

العروة الوثقى الجزء: ٥

السيد اليزدي

الكتاب: العروة الوثقى

المؤلف: السيد اليزدي

الجزء: ٥

الوفاء: ١٣٣٧

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤٢٠

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٤٤٢	تتمة أحكام الضمان
٧	كتاب الإجارة تعريف الإجارة
٨	أركان الإجارة
٢٤	الإجارة من العقود اللازمة
٣٦	يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان، والعمل في الإجارة على الأعمال بنفس العقد
٦١	العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة
٧٥	يكفي في صحة الإجارة كون المؤجر مالكا للمنفعة
٩٥	عدم جواز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها
٩٩	استئجار الأرض لتعمل مسجدا
١٠٠	الاستئجار لحيازة المباحات
١٠٥	استئجار المرأة للإرضاع
١٠٧	استئجار الشاة لبنها والأشجار للانتفاع بأثمارها والآبار للاستقاء
١٠٩	الاستئجار لإتيان الواجبات
١١١	الاستئجار للنيابة عن الحي في العبادات
١١٣	اعتبار المنفعة المحللة المقصودة في متعلق الإجارة
١١٥	الجمع بين الإجارة والبيع بعقد واحد
١١٧	استعمال الأجير مع عدم تعيين الاجرة وعدم اجراء صيغة الإجارة
١١٧	حكم الزرع والغرس بعد انقضاء مدة الإجارة
١١٨	التنازع
١٢٥	خاتمة فيها مسائل
١٤٥	كتاب المضاربة تعريف المضاربة
١٤٧	شروط المضاربة
١٥٥	أحكام المضاربة
٢٤٨	مسائل
٢٧٣	فصل: في أحكام الشركة
٢٨٩	كتاب المزارعة تعريف المزارعة
٢٩٠	فضل الزراعة
٢٩٢	ما يشترط في المزارعة
٢٩٥	أحكام المزارعة
٣٤٣	مسائل متفرقة
٣٥١	كتاب المساقاة تعريف المساقاة ومشروعيتها
٣٥٢	ما يشترط في المساقاة
٣٥٥	أحكام المساقاة

٣٩٥	تذنيب
٣٩٩	كتاب الضمان تعريف الضمان
٣٩٩	ما يشترط في الضمان
٤١٠	أحكام الضمان
٤٥١	كتاب الحوالة تعريف الحوالة
٤٥١	ما يشترط في الحوالة
٤٦٣	أحكام الحوالة
٤٨١	كتاب النكاح استحباب النكاح
٤٨٣	انقسام حكمه بالأحكام الخمسة
٤٨٤	استحباب أمور عند إرادة التزويج
٤٨٦	يكره عند التزويج أمور
٤٨٦	من يستحب اختيارها من النساء
٤٨٧	من يكره اختيارها
٤٨٨	مستحبات الدخول على الزوجة
٤٨٨	جواز أكل ما ينثر في الأعراس
٤٨٩	يستحب عند الجماع أمور
٤٨٩	الأزمة المكروهة فيها الجماع
٤٩٠	مستحبات ومكروهات
٤٩١	أحكام النظر
٤٩٦	يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبي والأجنبية مواضع
٤٩٧	مسائل متفرقة
٥٠٣	ما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة
٥٠٩	عدم جواز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين
٥١٥	عدم جواز الزيادة على الأربع في العقد الدائم
٥١٩	عدم جواز تزويج المعتدة
٥٣٧	التزويج حال الإحرام
٥٤١	المحرمات بالمصاهرة
٥٦٤	في نكاح الأمة على الحرية
٥٦٨	في نكاح العبيد والإماء
٥٩٠	في الطوارئ
٥٩٦	العقد وأحكامه
٦٠٩	مسائل متفرقة
٦٢٣	أولياء العقد
٦٣٣	شروط أولياء العقد
٦٣٤	نكاح الفضولي
٦٥١	كتاب الوصية معنى الوصية وأقسامها
٦٥٢	هل تحتاج الوصية إلى القبول أم لا؟

٦٥٤	إيقاع القبول بعد وفاة الموصي
٦٥٥	أحكام الوصية
٦٦٢	مسائل تتعلق بالوارث
٦٦٨	القبول مختص بالوصية التمليلية
٦٦٩	بماذا يتحقق الوصية؟
٦٧٠	يشترط في الموصي أمور
٦٧٦	الموصى به

العروة الوثقى
تأليف
آية الله العظمى السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي
المتوفى سنة ١٣٣٧ هـ
مع تعليقات
عدة من الفقهاء العظام قدس سره
الجزء الخامس
التقليد - الطهارة
مؤسسة النشر الاسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

(١)

العروة الوثقى

(ج ٥)

تأليف: - آية الله العظمى السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي -

تعليق: - عدة من الفقهاء العظام قدس سرهم -

الموضوع: - فقه -

تحقيق وطبع: - مؤسسة النشر الإسلامي -

المطبوع: - ١٠٠٠ نسخة -

الطبعة: - الأولى -

التاريخ: ١٤١٧ هـ

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٣)

أصحاب التعليقات

الآيات العظام (قدس سرهم):

- ١ - الجواهري: الشيخ علي ابن الشيخ باقر ابن الشيخ محمد حسن (م ١٣٤٠ هـ).
- ٢ - الفيروزآبادي: السيد محمد ابن السيد محمد باقر الفيروزآبادي (م ١٣٤٥ هـ).
- ٣ - النائيني: الميرزا حسين النائيني (م ١٣٥٥ هـ).
- ٤ - الحائري: الشيخ عبد الكريم الحائري (م ١٣٥٥ هـ).
- ٥ - آقا ضياء: الشيخ آقا ضياء الدين العراقي (م ١٣٦١ هـ).
- ٦ - الإصفهاني: السيد أبو الحسن الموسوي الإصفهاني (م ١٣٦٥ هـ).
- ٧ - آل ياسين: الشيخ محمد رضا آل ياسين (م ١٣٧٠ هـ).
- ٨ - كاشف الغطاء: الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء (م ١٣٧٣ هـ).
- ٩ - البروجردي: السيد حسين البروجردي (م ١٣٨٠ هـ).
- ١٠ - الشيرازي: الميرزا السيد عبد الهادي الحسيني الشيرازي (م ١٣٨٢ هـ).
- ١١ - الحكيم: السيد محسن الطباطبائي الحكيم (م ١٣٩٠ هـ).
- ١٢ - الخوانساري: السيد أحمد الخوانساري (م ١٤٠٥ هـ).
- ١٣ - الإمام الخميني: السيد روح الله الموسوي الخميني (م ١٤٠٩ هـ).
- ١٤ - الخوئي: السيد أبو القاسم الخوئي (م ١٤١٣ هـ).
- ١٥ - الكلبيكاني: السيد محمد رضا الكلبيكاني (م ١٤١٤ هـ).

تنبيه

لا يخفى أن بعض هؤلاء الأجلة - قدس الله أسرارهم - لم يعلقوا على جميع كتب العروة الوثقى حسب ما وصل إلينا من حواشيمهم وتعليقاتهم.

فالجواهري والحكيم وآل ياسين - رحمهم الله تعالى - تنتهي تعليقاتهم إلى آخر كتاب الخمس، ص ٣١٣ من الجزء الرابع.

والحائري (قدس سره) أيضا تنتهي تعليقاته إلى آخر كتاب الخمس، إلا أن له تعليقات على كتاب الإجارة والمضاربة والنكاح في هذا الجزء.

والخوانساري (قدس سره) تنتهي تعليقاته إلى آخر كتاب المساقاة، ص ٣٩٥ من هذا الجزء.

(١) بل هي معاملة يستتبعها ذلك وليس التمليك مفادا أوليا للإجارة ولهذا يكون لفظها الصريح آجرتك وأكريتك وأما ملكتك منفعة الدار مثلا مريدا به الإجارة فليس من اللفظ الصريح وإن صحت الإجارة بمثله كما أن التسليط على العين ليس حقيقتها بل التسليط الاعتباري على فرضه من أحكامها العقلية أو لوازمها كذلك في مثل إجارة الأعيان المملوكة أو غيرها أيضا على وجهه. (الإمام الخميني).

* بل الظاهر أن حقيقتها اعتبار إضافة بين العين والمستأجر مستتبعة لملك المنفعة أو العمل والتسلط على العين لاستيفائهما ولذا تستعمل أبدا متعلقة بالأعيان ويقال آجرت الدار مثلا. (الكلبيانگاني).

* المنفعة تشمل العمل فذكره مستدرك كما أن تعريفها تمليك منفعة بعوض أصح من تعريفها الثاني فإن الإجارة تمليك لا تسليط إذ هو أعم من التمليك وهي تمليك منفعة لا تسليط على الانتفاع. (كاشف الغطاء).

* بل هي بمعناها الاسمي إضافة خاصة يعتبرها العقلاء في العين المستأجرة بالنسبة إلى المستأجر مستتبعة لملكه أو استحقاؤه لمنفعتها أو عملها ولتسلطه عليها بتلك الجهة ولذلك لا تستعمل إلا متعلقة بالعين. (البروجردي).

التسليط (١) على عين للانتفاع بها بعوض، وفيه فصول:

فصل

في أركانها

وهي ثلاثة:

الأول: الإيجاب والقبول، ويكفي فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور، والصريح منه آجرتك أو أكريتك الدار مثلا، فيقول: قبلت أو استأجرت أو استكرت ويجري فيها المعاواة (٢) كسائر العقود

(١) وهذا المعنى لا يناسب بعض مواردنا التي لا يكون المستأجر مسلطا على العين أبدا خصوصا في الأعمال الكلية في ذمة الأحرار. (آقا ضياء).

* لا يخفى عدم اطراده إذ لا يعم الإجارة الواقعة على عمل كلي لم يعتبر فيه مباشرة الأجير. (النائيني).

* هذا إنما يصح في إجارة الأعيان المملوكة لا في إجارة الحر نفسه. (الإصفهاني).

(٢) إنما تجري المعاواة في إجارة الأعيان كالدار والعقار والحيوان بالتسليط عليها للانتفاع بها بعوض وأما في إجارة الحر نفسه لبعض الأعمال فجريانها فيها محل التأمل والإشكال. (الإصفهاني).

* في جريانها في إجارة الحر إشكال وإن كان غير بعيد بجعل نفسه تحت اختيار الطرف بهذا العنوان أو بشروعه في العمل كذلك. (الإمام الخميني).

* وتحقق بإعطاء العين من طرف المؤجر والأجرة من طرف المستأجر وفي إجارة الحر نفسه فبتسليم نفسه للعمل هذا هو مقتضى تعلق الإجارة بالعين كما ذكرنا في الحاشية السابقة. (الكلبيايگاني).

* لكن المعوض فيها وهو العمل أو المنفعة لما كان متدرج الوجود كان

ويجوز أن يكون الإيجاب بالقول، والقبول بالفعل، ولا يصح أن يقول

في الإيجاب: بعتك (١) الدار مثلا وإن قصد الإجارة، نعم لو قال: بعتك منفعة الدار أو سكنى الدار مثلا بكذا لا يبعد صحته (٢) إذا قصد الإجارة.

الثاني: المتعاقدان ويشترط فيهما البلوغ والعقل والاختيار وعدم

إيجابها عن المؤجر بإعطاء بعضه إنشاء لما تساوما عليه من المعاملة بالكل كما قد يتفق نظيره في البيع أيضا فيكون في المتقدرة بالعمل بالشروع فيه بقصد إجارة نفسه على الكل كما يكون في المتقدرة بالزمان بتسليم العين في أوله قصدا إلى إيجارتها في جميعه. (البروجردى).

(١) مع قيام القرينة الحافة بالكلام على وجه يصير ظاهرا في عقد الإجارة لا بأس بصحتها بل بلزومها أيضا كما لا يخفى من جهة الأصل والعمومات. (آقا ضياء).
* لا تبعد الصحة إذا نصب قرينة عرفية على إرادة الإجارة من لفظ البيع. (الخوئي).

* إن قصد منه تمليك المنفعة وكان هناك قرائن حالية أو مقالية تصرف وجه الكلام عن تمليك العين صح مع كون وجه الكلام عرفا إلى الإجارة. (الفيروزآبادي).
(٢) استعمال ألفاظ العقود بعضها في بعض مجاز بل ومجاز بعيد ويشكل الحكم بتأثيره ولزومه. (كاشف الغطاء).
* مشكل وكذا إنشاء كل عقد بلفظ الآخر. (الكلبيگانى).

* بل يبعد صحته لا بتناؤه على جواز التجوز في صيغ العقود وصلاحيه كل عقد لأن ينشأ بلفظ الآخر وهو في غاية الإشكال بل لا يبعد عدم جوازه. (النائيني).

الحجر (١) لفلس أو سفه أو رقية (٢).
الثالث: العوضان، ويشترط فيهما أمور (٣):
الأول: المعلومية، وهي في كل شيء بحسبه بحيث لا يكون هناك
غرر (٤) فلو آجره دارا أو حمارا من غير مشاهدة ولا وصف رافع
للجهالة بطل، وكذا لو جعل العوض شيئا مجهولا.
الثاني: أن يكونا مقدوري التسليم (٥)، فلا تصح إجارة العبد الآبق،
وفي كفاية ضم الضميمة هنا كما في البيع إشكال (٦).

-
- (١) إلا مع إجارة من له الأمر في الثلاثة بل في المميز أيضا على الأقرب.
(الإمام الخميني).
- (٢) بسم الله الرحمن الرحيم. الظاهر أن المراد من المتعاقدين صاحب العين
المستأجرة والعوض وبناء عليه الأقوى صحة إجارة المميز والمفلس والسفيه
والرق ولو كان موقوفا على إجازة الولي والديان والمالك. (الحائري).
- (٣) بعض هذه الشروط راجع إلى الصحة وبعضها راجع إلى النفوذ فيتوقف نفوذ
العقد الفاقد للشروط على إجازة من له الإجازة. (الخوئي).
- (٤) القيد لإخراج الجهالة اليسيرة وإلا فالظاهر البطلان في المجهول وإن لم يكن
هناك غرر. (الحائري).
- * الأقوى مع الجهل بأحد العوضين البطلان وإن لم يكن هناك غرر. (الكلبياني).
- (٥) بل يكفي كونهما مقدوري التسلم كما في البيع. (الخوانساري).
- * الملاك أن لا تكون المعاملة غررية لا أن المقدورية شرط واقعي. (الحائري).
- (٦) أقواه عدم الكفاية. (البروجردى، الخوانساري، النائيني).
- * الأقوى الكفاية للأخبار الواردة في البيع وإن كان عدمها أحوط.
(الكلبياني).

الثالث: أن يكونا مملوكين، فلا تصح إجارة مال الغير، ولا إجارة بمال الغير إلا مع الإجازة من المالك.
الرابع: أن تكون عين المستأجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها، فلا تصح إجارة الخبز للأكل مثلا، ولا الحطب للإشعال وهكذا.
الخامس: أن تكون المنفعة مباحة (١) فلا تصح إجارة المساكن لإحراز المحرمات أو الدكاكين لبيعها، أو الدواب لحملها، أو الجارية للغناء، أو العبد لكتابة الكفر ونحو ذلك، وتحرم الأجرة عليها.

السادس: أن تكون العين مما يمكن استيفاء المنفعة المقصودة بها (٢)، فلا تصح إجارة أرض للزراعة إذا لم يمكن إيصال الماء إليها مع عدم إمكان الزراعة بماء السماء أو عدم كفايته.
السابع: أن يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة (٣)،

-
- (١) لما كانت حرمة المنفعة مخرجة لها عن المملوكية بل عن المثالية أيضا فاشتراط مملوكيتها يغني عن هذا الشرط ولا موجب للتكلف بحمل المملوكية المعتبرة في العوضين على ما يقابل الفضولية العارضة من جهة المتعاقدين. (النائيني).
(٢) الظاهر اندراج هذا الشرط مع الشرط الرابع تحت جامع واحد ولا موجب للتعدد. (النائيني).
(٣) لو بدله بإمكان حصول المنفعة للمستأجر كان أولى وأشمل إذ يخرج به ما لا يدخله النيابة من الأعمال أيضا ولو لاشتغال ذمة العامل به وأما المثال فقد خرج باشتراط مملوكية المنفعة وإباحتها. (النائيني).
* الظاهر أن الشرط هو قابلية العين للانتفاع بها والمنفعة لاستيفائها فتصح الإجارة معهما وإن لم يتمكن المستأجر من الانتفاع وبطلان إجارة الحائض

فلا تصح إجارة الحائض لكنس المسجد (١) مثلاً.
 (مسألة): لا تصح الإجارة إذا كان المؤجر أو المستأجر مكرهاً
 عليها إلا مع الإجازة اللاحقة، بل الأحوط (٢) عدم الاكتفاء بها، بل
 تجديد العقد إذا رضياً، نعم تصح مع الاضطرار، كما إذا طلب منه
 ظالم مالا فاضطر إلى إجارة دار سكنائه لذلك، فإنها تصح حينئذ
 كما أنه إذا اضطر إلى بيعها صح.
 (مسألة): لا تصح إجارة المفلس بعد الحجر عليه داره أو
 عقاره (٣) نعم تصح إجارته نفسه لعمل (٤) أو خدمة، وأما السفينة
 فهل هو كذلك - أي تصح إجارة نفسه للاكتساب مع كونه
 محجوراً

للكنس مستند إلى فقد الشرط الخامس. (الكلبياني).
 (١) في عد المثل من فروع المسألة وإن لم تكن الإجارة فيه صحيحة تأمل.
 (الحائري).
 * المثل غير مطابق وحق العبارة أن يتمكن الأجير من العمل شرعاً وعقلاً.
 (كاشف الغطاء).
 * إلا بنحو الترتب كما مر في كتاب الطهارة. (الشيرازي).
 (٢) لا يترك. (الخوانساري، الحائري).
 (٣) المراد غير المستثنيات وقد مضى أن إجارة المفلس والسفينة صحيحة مع
 إجازة الديان والولي. (الحائري).
 * يعني غير دار سكنائه فإنها من المستثنيات فلو قتر على نفسه وآجرها صحت
 على الظاهر لاختصاص المنع بما للديان استيفاء الدين منه. (الكلبياني).
 (الإصفهاني).
 * أقربهما عدم الصحة وكذا الحال في تزويج السفينة نفسها. (الإمام الخميني).
 * أقواهما الثاني. (الشيرازي).
 * أو جههما الأول وفي المسألة (٥) إذا احتمل الأمران فالأقوى الصحة ظاهراً
 حتى ينكشف الحال وفي العاشرة الصحة في الشهر الأول مع اللزوم والصحة
 بدون اللزوم في الباقي ويكون إباحة بعوض وفي (١١) لا مانع من الصحة ولو
 بعنوان الإجارة ومثل هذه الجهالة لا تقدر ومثله في الثانية عشر في ما لو قال
 إن أوصلتك في الوقت الفلاني إلى آخره ومن راجع أخبار الباب يجد فيها
 صحة أكثر هذه الصور كصحيحتي الحلبي ومحمد بن مسلم ومصححة أبي
 حمزة ومكاتبة الهمداني. (كاشف الغطاء).
 * لا يبعد أن يكون الوجه الأول هو الأوجه. (الخوئي).
 (٢) وهو الأقوى. (الكلبياني).
 (٣) لا يبعد شمول دليل المنع وإن كان بمناطه. (الفيروزآبادي).
 (٤) لا يخلو عن قوة وإن كان التعليل عليلاً. (الفيروزآبادي).
 (٥) بل لقول أبي جعفر (عليه السلام) في صحيحة الفضلاء المرأة التي ملكت نفسها غير

السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز وقوله (عليه السلام) في موثقة موسى
ابن بكير عن زرارة عنه (عليه السلام) إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعتق

(١٢)

عن إجارة داره مثلا - أو لا؟ وجهان (١) من كونه من التصرف
المالي (٢) وهو محجور، ومن أنه ليس تصرفا في ماله الموجود (٣)
بل هو تحصيل للمال، ولا تعد منفعه من أمواله، خصوصا إذا لم
يكن كسوبا، ومن هنا يظهر النظر فيما ذكره بعضهم من حجر
السفيهة (٤) من تزويج نفسها، بدعوى أن منفعة البضع مال (٥) فإنه

(١٣)

أيضا محل إشكال (١).

(مسألة): لا يجوز للعبد أن يؤجر نفسه أو ماله أو مال مولاه إلا بإذنه، أو إجازته.

(مسألة): لا بد من تعيين العين المستأجرة، فلو آجره أحد هذين العبدین أو إحدى هاتین الدارين لم يصح (٢) ولا بد أيضا من تعيين نوع المنفعة إذا كانت للعين منافع متعددة نعم تصح إيجارها بجميع منافعها مع التعدد فيكون المستأجر مخيرا بينها.

وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فإن أمرها جائز تزوج إن شاءت بغير إذن * بل لخصوص النص الوارد في المورد. (الخوانساري).

(١) يعني كون البضع منفعة وأما نكاح السفينة بغير إذن الولي فظاهرهم التسليم على بطلانه بل ادعي عليه الإجماع والضرورة وتدل عليه صحيحة الفضلاء عن أبي جعفر (عليه السلام) المرأة التي ملكت نفسها غير السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز وموثقة ابن بكير عن زرارة عنه (عليه السلام) إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشترى وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فإن أمرها جائز تتزوج إن شاءت بغير إذن وليها وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها. (الكلبيكاني).

* لا وجه للإشكال بعد ورود النص على عدم الجواز. (الخوانساري).
(٢) لا تبعد الصحة في المتساويين في الأوصاف. (الخوانساري).

(مسألة): معلومية المنفعة إما بتقدير المدة كسكنى الدار شهرا (١) والخياطة يوما، أو منفعة ركوب الدابة إلى زمان كذا، وإما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه ورقته وغلظته، فارسية أو رومية، من غير تعرض للزمان، نعم يلزم تعيين الزمان (٢) الواقع فيه هذا العمل كأن يقول: إلى يوم الجمعة مثلا، وإن أطلق اقتضى التعجيل (٣) على الوجه العرفي، وفي مثل استئجار الفحل (٤) للضراب يعين بالمرة والمرتين (٥)، ولو قدر المدة والعمل على وجه التطبيق فإن علم

-
- (١) أي دار معلومة في شهر معلوم وكذا ما بعدها. (الكلبيكاني).
- (٢) مع دخالته في الرغبات. (الإمام الخميني).
- * مع اختلاف أغراض العقلاء بذلك. (الكلبيكاني).
- * الظاهر أنه لا يلزم ذلك وعليه فيملك المستأجر على الأجير كلي العمل فيجب عليه تسليمه حين المطالبة في أول أزمته الإمكان. (الخوئي).
- * لزومه غير معلوم. (الإصفهاني).
- * مع عدم دخل الزمان في مالية العمل لا وجه للزومه مثل خياطة ثوب معين وأمثالها. (آقا ضياء).
- (٣) في بعض الموارد لا مطلقا وسيأتي منه منعه مطلقا ولذا حكم بلزوم التعيين نعم فيما قلنا بعدم لزومه فالظاهر أنه يجب الإتيان به عند المطالبة كالدين إلا مع الانصراف فإنه أيضا تعيين. (الكلبيكاني).
- (٤) إن قلنا بكرهته دون الحرمة. (الفيروزآبادي).
- (٥) مع تعيين زمان يسع الضراب إلا في مورد تقتضي العقد عرفا وقوعه في

سعة الزمان له صح (١) وإن علم عدمها بطل (٢)، وإن احتمل الأمران ففيه قولان (٣).

(مسألة): إذا استأجر دابة للحمل عليها لا بد من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس إن كان يختلف الأغراض باختلافه، وبحسب الوزن ولو بالمشاهدة والتخمين إن ارتفع به الغرر، وكذا بالنسبة إلى الركوب لا بد من مشاهدة الراكب أو وصفه. كما لا بد

زمان متصل بالعقد وكان له حد عرفا. (الفيروزآبادي).

(١) الأقوى بطلانها مطلقا مع إرادة التطبيق عليه أولا و آخرًا لتعذره أو ندرته جدا فتكون المعاملة غررية نعم إن أريد وقوع العمل في الزمان صح التفصيل. (البروجردي).

* مع تمكنه منه وتعلق غرض عقلائي به. (الكلبيايگاني).

(٢) إلا إذا كان بنحو الاشتراط وتعدد المطلوب لا التقييد ووحدته فإنه يبطل الشرط حينئذ ويصح العقد. (آقا ضياء).

(٣) والأقوى فيه كون الصحة حينئذ مراعى لواقعه فعلى فرض السعة واقعا كان العمل مقدور التسليم فيصح وإلا فلا. (آقا ضياء).

* أقربهما البطلان. (البروجردي).

* الظاهر هو البطلان إن كان التطبيق دخيلا في الرغبات وإلا فالصحة تابعة لواقعه. (الإمام الخميني).

* لا يبعد حينئذ كون الصحة مراعى لواقعه. (الخوانساري).

* أقواهما عدم الصحة. (الشيرازي).

* أقواهما البطلان. (الكلبيايگاني).

* أقواهما البطلان مع الإطلاق والصحة مع التعليق على السعة والقدرة.

(الخوئي).

من مشاهدة الدابة أو وصفها حتى الذكورية والأنوثية إن اختلفت الأغراض بحسبهما، والحاصل أنه يعتبر تعيين الحمل والمحمول عليه والراكب والمركوب عليه من كل جهة يختلف غرض العقلاء باختلافهما.

(مسألة): إذا استأجر دابة لحرث جريب معلوم فلا بد من مشاهدة الأرض أو وصفها على وجه يرتفع الغرر.

(مسألة): إذا استأجر دابة للسفر مسافة لا بد من بيان زمان السير من ليل أو نهار إلا إذا كان هناك عادة متبعة (١).

(مسألة): إذا كانت الأجرة مما يكال أو يوزن لا بد من تعيين كيلها أو وزنها ولا تكفي المشاهدة، وإن كانت مما يعد لا بد من تعيين عددها، وتكفي المشاهدة فيما يكون اعتباره بها.

(مسألة): ما كان معلوميته بتقدير المدة لا بد من تعيينها شهرا أو سنة أو نحو ذلك، ولو قال: آجرتك إلى شهر أو شهرين بطل، ولو قال: آجرتك كل شهر بدرهم مثلا، ففي صحته مطلقا أو بطلانه مطلقا، أو صحته في شهر وبطلانه في الزيادة، فإن سكن فأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة، أو الفرق بين التعبير المذكور وبين أن يقول: آجرتك شهرا بدرهم (٢) فإن زدت فبحسابه، بالبطلان في الأول والصحة في شهر في

(١) أو لم يختلف بذلك الأغراض والمالية. (الكلبايگاني).

(٢) لا إشكال في صحتها في الشهر الأول في هذه الصورة مع معلومية المبدأ والأقوى عدم صحتها في غيره. (الإمام الخميني).

* الأقوى صحة الإجارة في الشهر الأول في هذا الفرض إن كان المبدأ معلوما بالتعيين أو الانصراف بل لا يبعد ذلك في التعبير الأول أيضا بل وفي قوله إلى

الثاني أقوال: أقواها الثاني (١) وذلك لعدم تعيين المدة الموجب لجهالة الأجرة بل جهالة المنفعة أيضاً، من غير فرق بين أن يعين المبدأ أو لا، بل على فرض عدم تعيين المبدأ يلزم جهالة أخرى إلا أن يقال: إنه حينئذ ينصرف إلى المتصل بالعقد، هذا إذا كان بعنوان الإجارة، وأما إذا كان بعنوان الجعالة (٢) فلا مانع منه، لأنه يغتفر فيها مثل هذه الجهالة،

شهر أو شهرين إن كانت أجرة كل شهر معينة على حدة. (البروجردى).
(١) لا يبعد أن يكون أقواهما الثالث ولا سيما إذا كان الإنشاء بالتعبير الثاني. (الخوئي).

* أي من الأخيرين كما لا يخفى. (آقا ضياء).
* صحة الإجارة في الشهر الأول إذا علم المبدأ بالتعيين أو الانصراف لا تخلو عن قوة. (الشيرازي).

* بل الرابع إذا كان المبدأ معلوما ولو بالانصراف. (الكلبايگاني).

(٢) كما هو المتعارف على الظاهر. (الإصفهاني).

* لا معنى للجعالة في نظائر المقام. (الشيرازي).

* ليست هذه هي الجعالة المتعارفة وإن لا يبعد صحتها ولعلها ترجع إلى الإباحة بالعوض. (الإمام الخميني).

* بأن يجعل منفعة الدار لمن أعطاه درهما مثلاً. (الخوئي).

ولم يأخذ على الثياب. (الكلبايگاني).

* حيث لا خفاء في تقوم الجعالة بأن يكون تعيين الجعل والالتزام به ممن يبدله دون الطرف الآخر وأن يكون بإزاء عمل محترم دون منافع الأموال

وكذا إذا كان بعنوان الإباحة بالعوض (١).
(مسألة): إذا قال: إن خطت هذا الثوب فارسيا أي بدرز فلك درهم،
وإن كان خطته روميا أي بدرزين فلك درهمان، فإن كان بعنوان الإجارة
بطل (٢) لما مر من الجهالة (٣) وإن كان بعنوان الجعالة كما هو ظاهر العبارة
صح، وكذا الحال إذا قال: إن عملت العمل الفلاني في هذا اليوم فلك

فكون المعاملة المذكورة أجنبية عنها ظاهر وأما الإباحة بالعوض فحيث إن
عوضية المسمى تتوقف على عقد معاوضة صحيحة وإلا كان ما أباحه المالك
بعوضه مضمونا بالمثل أو القيمة دون المسمى فلا يجدي الانطباق عليها صحة
هذه المعاملة. (النائيني).

* لا معنى للجعالة هنا فإن الجعالة هي جعل شيء على نفسه لمن يعمل عملا له
وها هنا جعل شيئا لنفسه على من يستوفي منفعة ملكه. (البروجردي).

(١) فيه إشكال. (الشيرازي).

(٢) هذا في المتباينين وأما في الأقل والأكثر كما هو مفروض المثال فيمكن تصحيح
الإجارة بالإضافة إلى الأقل ويشترط الزيادة بالنسبة إلى الأكثر. (الخوئي).

(٣) لا جهالة فيها أصلا لا في العمل ولا في الأجرة نعم ربما قيل ببطلانها لأجل
الإبهام وعدم تعيين ما يستحقه عليه من العمل وهو أيضا غير واضح إذ لا مانع
من أن يستحق عليه أحد العاملين ويكون التعيين باختيار العامل وأيهما فعل
استحق ما عين له من الأجرة فالصحة لا تخلو من وجه. (البروجردي).

* بل لأجل الإبهام فإن العرف لم يساعد عليه. (الكلبيكاني).

* إذا كانت الإجارة واحدة وكان متعلقها مرددا بين أمرين فالبطلان من جهة
إبهام المتعلق وعدم تعيينه حتى في الواقع، وأما إذا كانت متعددة وكان متعلق
كل منهما معلوما فلا جهالة ولكنها مع ذلك باطلة لاستحالة صحتهما معا
وترجيح إحداهما على الأخرى بلا مرجح. (الخوئي).

درهمان، وإن عملته في الغد فلك درهم، والقول بالصحة إجارة في
الفرضين ضعيف، وأضعف منه القول بالفرق بينهما بالصحة في الثاني
دون الأول، وعلى ما ذكرنا من البطلان فعلى تقدير العمل (١) يستحق أجره المثل (٢)
وكذا في المسألة السابقة إذا سكن الدار شهرا أو أقل أو أكثر.
(مسألة): إذا استأجره أو دابته ليحمله أو يحمل متاعه إلى مكان
معين في وقت معين بأجرة معينة، كأن استأجر منه دابة لإيصاله إلى
كربلاء قبل ليلة النصف من شعبان ولم يوصله، فإن كان ذلك لعدم سعة
الوقت وعدم إمكان الإيصال فالإجارة باطلة (٣) وإن كان الزمان واسعا

(١) مشكل إذا كان الداعي إلى العمل اعتقاده لزوم العمل عليه مع كونه بحسب
الواقع غير لازم عليه. (الخوانساري).

(٢) هذا إذا لم تكن أجره المثل أزيد من وجه الإجارة وإلا لم يستحق الزائد فيما
إذا كان المؤجر عالما بالغبن أو كان مقدما على الإجارة مطلقا. (الخوئي).

(٣) على ما هو ظاهر العنوان من التقييد وإلا فقد تقدم أنه في صورة الاشتراط
يصح العقد ويبطل الشرط كما لا يخفى وجهه. (آقا ضياء).

* الظاهر الصحة فيما إذا كان على وجه الشرطية لعدم فساد العقد بفساد
الشرط. (الحائري).

* إذا كان على وجه القيدية والعنوانية. (الشيرازي).

* إلا إذا كان ذلك بنحو الاشتراط. (الإمام الخميني).

* إن كان ذلك على وجه العنوانية والتقييد وأما إن كان على وجه الشرطية
فالإجارة صحيحة والشرط لغو. (الكلبيگاني).

* إذا كان متعلق الإجارة هو الدابة وكان الإيصال شرطا فهو من اشتراط أمر
غير مقدور والصحيح فيه صحة العقد وإلغاء الشرط. (الخوئي).

ومع هذا قصر (١) ولم يوصله فإن كان ذلك على وجه العنوانية (٢) والتقييد لم يستحق شيئاً من الأجرة (٣)، لعدم العمل بمقتضى الإجارة أصلاً، نظير ما إذا استأجره ليصوم يوم الجمعة فاشتبه وصام يوم السبت، وإن كان ذلك على وجه الشرطية بأن يكون متعلق الإجارة بالإيصال إلى كربلاء (٤)، ولكن اشترط عليه الإيصال في ذلك الوقت فالإجارة صحيحة، والأجرة المعينة لازمة، لكن له خيار الفسخ من جهة تخلف الشرط، ومعه يرجع إلى أجرة المثل، ولو قال: وإن لم توصلني في وقت

(١) المناط في عدم الاستحقاق في الفرض الأول وكذا في خيار تخلف الشرط في الثاني هو عدم الإيصال ولولا عن تقصير كمن ضل الطريق فلم يوصله. (الإمام الخميني).

(٢) إذا استأجره لعمل في ذمته وهو الإيصال إلى كربلاء في الوقت المذكور فهذا هو المنطبق على القيدية والعنوانية وإنما يفرض الشرطية فيما لو استأجر دابته أو سفينته مثلاً إلى كربلاء وشرط عليه الإيصال المذكور وبالجملة فمورد العنوان غير مورد الشرطية ولا ينطبق مورد واحد على أحدهما تارة وعلى الآخر أخرى. (النائيني).

(٣) بل يستحق الأجرة كما أن المستأجر يستحق أجرة مثل العمل. (الشيرازي). * الظاهر أنه يستحق الأجرة المسماة ولكنه يضمن للمستأجر أجرة المثل نعم لا يستحق عليه المطالبة ما لم يدفعها وللمستأجر أن يفسخ المعاملة لتعذر التسليم. (الخوئي).

(٤) إذا كان متعلق الإجارة هو العمل كان الاشتراط بمنزلة التقييد فإنه يرجع إليه لها وإنما الاختلاف في اللفظ نعم يصح ما ذكر فيما إذا كان متعلق الإجارة الدابة وكان الإيصال أخذ شرطاً. (الخوئي).

كذا فالأجرة كذا أقل مما عين أولاً، فهذا أيضاً قسماً (١)، قد يكون ذلك بحيث يكون كلتا الصورتين من الإيصال في ذلك الوقت وعدم الإيصال فيه مورداً للإجارة فيرجع إلى قوله: آجرتك بأجرة كذا إن أوصلتك في الوقت الفلاني، وبأجرة كذا إن لم أوصلك في ذلك الوقت، وهذا باطل للجهالة (٢) نظير ما ذكر في المسألة السابقة من البطلان إن قال: إن عملت في هذا اليوم فلك درهمان الخ، وقد يكون مورد الإجارة هو الإيصال (٣)

(١) الظاهر انطباق هذا الفرض على اشتراط نقص الأجرة على تقدير عدم الإيصال ولا إشكال في صحته وإنما يفرض القسم الأول فيما إذا كانت الإجارة واقعة على المردد بين الوجهين بأن يستأجره للإيصال في وقت بأجرة وفي الآخر بأخرى. (النائيني).

(٢) قد تقدم أن الصحة لا تخلو من وجه. (البروجردى).

* بل للإبهام كما مر. (الكلبايگاني).

* مر وجه البطلان في المسألة السابقة. (الخوئي).

(٣) إذا كان مورد الإجارة هو الإيصال في ذلك الوقت فاشتراط نقص الأجرة على تقدير عدمه شرط على خلاف مقتضى عقد الإجارة ومعه لا مورد للحكم بالصحة ولا للتمسك بعموم المؤمنون كما أنه أجنبي عن مورد الصحة لأنها وردت في الاستئجار لحمل المتاع إلى موضع معين مع اشتراط الإيصال في يوم كذا وإن لم يوصله حط من الأجر ولعل مقصوده (قدس سره) هذا الفرض لكن العبارة غير وافية ويمكن أن يكون " في ذلك الوقت " بعد قوله " على فرض عدم الإيصال " وقدمه الناسخ. (الكلبايگاني).

* إذا كان مورد الإجارة هو الإيصال فمع عدمه لا يستحق المؤجر شيئاً على ما اختاره (قدس سره) فلا معنى لاشتراط النقص وأما النص فمورده هو إيجار الدابة

في ذلك الوقت، ويشترط عليه (١) أن ينقص من الأجرة كذا على فرض عدم الإيصال (٢) والظاهر الصحة في هذه الصورة لعموم المؤمنون وغيره، مضافاً إلى صحيحة محمد الحلبي (٣) ولو قال: إن لم توصلني

واشترط النقص على تقدير عدم الإيصال وهو غير مفروض الكلام نعم على ما اخترناه يصح هذا الاشتراط على القاعدة. (الخوئي).

(١) الظاهر أن مراده أن مورد الإجارة هو الإيصال واشترط عليه الإيصال في ذلك الوقت وإن لم يوصله في ذلك الوقت ينقص من الأجرة كذا وإنما وقع سهو في العبارة وذلك بقريئة تمسكه بصحيحة الحلبي فإن مفادها مع إلغاء الخصوصية عرفاً من قبيل ما ذكرنا لا ما ذكره وكيف كان فإن كان مراده ما ذكرنا فلا إشكال فيه وإن كان المراد ظاهر العبارة فالظاهر رجوعه إلى ما حكم بطلانه ولا ينطبق عليه النص المتقدم. (الإمام الخميني).

* إن كان مرجعه إلى تملك جديد من الأجرة شيئاً معيناً على تقدير كذا وإلا فلو كان النظر إلى عدم استحقاقه مقدار الناقص من الأول ففي صحة هذا الشرط نظر بل منع بل ربما يشكل أمر صحة العقد أيضاً كما هو الشأن في كلية الشروط المخالفة لمقتضى العقد من جهة تضاد قصديهما مع الالتفات فيشك حينئذ في تمشي القصد إلى حقيقة العقد من الأول. (آقا ضياء).

* بعد فرض أن مورد الإجارة هو الإيصال في ذلك الوقت لا معنى لاشتراط النقص منها على تقدير عدم الإيصال فيه إلا أن يراد به جعل أجرة أخرى للإيصال في غيره أنقص مما جعله له فيرجع حينئذ إلى القسم السابق الذي قال بطلانه. (البروجردي).

(٢) الظاهر أن موضع قوله: في ذلك الوقت، بعد قوله: على فرض عدم الإيصال، فقدمه الناسخ. (الشيرازي).

(٣) مورد الصحيحة هو أنه استأجره لحمل متاعه إلى موضع وشرط عليه إيصاله

فلا أجرة لك، فإن كان على وجه الشرطية (١) بأن يكون متعلق بالإجارة هو الإيصال الكذائي (٢) فقط واشترط عليه عدم الأجرة على تقدير المخالفة صح (٣) ويكون الشرط المذكور مؤكداً لمقتضى العقد (٤) وإن كان على وجه القيدية بأن جعل كلتا صورتين مورداً للإجارة إلا أن في الصورة الثانية بلا أجرة يكون باطلاً، ولعل هذه الصورة مراد المشهور (٥) القائلين بالبطلان دون الأولى، حيث قالوا: ولو شرط سقوط الأجرة إن لم يوصله لم يجز.

في يوم كذا أنه إن لم يوصله فيه حظ من أجره وهو غير ما فرضه من كون فيه العنوانية أصلاً ويكون شرطاً على كل تقدير ومؤكداً لمقتضى العقد إن تعلق بنفس الإيصال في الوقت المذكور ومنافياً له إن كان الإيصال شرطاً خارجاً مما تعلق به وموجباً للبطلان حينئذ كما نسب إلى المشهور. (النائبي).

(٢) وذلك أيضاً على فرض كون العقد المأخوذ في الإيصال بنحو التقييد وإلا فيجئ فيه التفصيل المشار إليه في الحاشية السابقة ومنه يظهر النظر فيما أفاده في الشق الثاني إذ هو أيضاً بإطلاقه غير تام. (آقا ضياء).

(٣) أي العقد إلا أنه لا يجوز الشرط وإن كان مؤكداً لمقتضى العقد. (الشيرازي).

(٤) بل هو مخالف لمقتضاه فإن مقتضاه انتقال المنفعة إلى المستأجر وال عوض إلى المؤجر سواء أتى الأجير بالعمل أم لا وعليه يحمل ما في ذيل الصحيحة. (الخوئي).

(٥) فيه منع بل الظاهر متابعة المشهور للنص كصحيحة الحلبي. (الإمام الخميني).

* الظاهر أن مراد المشهور عين ما هو مورد الصحيحة حيث قال (عليه السلام) شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع الكرى. (الكلبيكاني).

(مسألة): إذا استأجر منه دابة لزيارة النصف من شعبان مثلا ولكن لم يشترط (١) على المؤجر ذلك، ولم يكن على وجه العنوانية أيضا واتفق أنه لم يوصله (٢) لم يكن له خيار الفسخ، وعليه تمام المسمى من الأجرة. وإن لم يوصله إلى كربلاء أصلا سقط من المسمى بحساب ما بقي (٣)، واستحق بمقدار ما مضى، والفرق بين هذه المسألة وما مر في المسألة السابقة أن الإيصال هنا غرض وداع، وفيما مر قيد أو شرط.

فصل

الإجارة من العقود اللازمة لا تنفسخ إلا بالتقاييل أو شرط الخيار لأحدهما أو كليهما إذا اختار الفسخ، نعم الإجارة المعاطاتية جائزة (٤)

(١) ولو بالابتناء. (الشيرازي).

(٢) في ذلك اليوم. (الكلبيكاني).

(٣) هذا إذا كان عدم الوصول لعدم إمكانه بموت الدابة ونحوه ومع ذلك فللمستأجر الخيار فإن فسخ استحق المؤجر أجرة المثل لما مضى وأما إذا كان عدم الوصول من قبل المؤجر فللمستأجر أن يفسخ ويعطي أجرة المثل لما مضى وله أن يطالب بأجرة المثل لما بقي ويعطي تمام الأجرة المسماة. (الخوئي).

(٤) المعاطاة فيها مساوقة للزوم غالبا لما ذكرناه من أن إيجاب المتقدرة منها بالعمل يكون بالشروع فيه وفي المتقدرة بالزمان بتسليم العين في جزء منه وكلاهما مستلزم لتلف جزء من المعوض. (البروجردي).

* الأقوى لزومها كما أن الأقوى لزوم البيع المعاطاتي أيضا لكن لا ينبغي ترك مراعاة الاحتياط. (الإمام الخميني).

* لا يبعد كونها لازمة. (الشيرازي).

يجوز لكل منهما الفسخ ما لم تلزم بتصرفهما (١) أو تصرف أحدهما فيما انتقل إليه (٢).

(مسألة): يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة، ولا تفسخ الإجارة به فتنتقل إلى المشتري مسلوقة المنفعة مدة الإجارة، نعم للمشتري مع جهله بالإجارة خيار فسخ البيع، لأن نقص المنفعة عيب (٣)، ولكن ليس كسائر العيوب مما يكون المشتري معه مخيرا بين الرد والأرش فليس له أن لا يفسخ ويطالب بالأرش فإن العيب الموجب للأرش ما كان نقصا في الشيء في حد نفسه، مثل العمى والعرج، وكونه مقطوع اليد، أو نحو ذلك، لا مثل المقام الذي العين في حد نفسها لا عيب فيها، وأما لو علم المشتري أنها مستأجرة ومع ذلك أقدم على الشراء فليس له الفسخ أيضا، نعم لو اعتقد كون مدة الإجارة كذا مقدارا فبان أنها أزيد له الخيار أيضا، ولو فسخ المستأجر الإجارة رجعت المنفعة في بقية المدة إلى البائع لا إلى المشتري، نعم لو اعتقد البائع

* لا يبعد لزومها ورعاية الاحتياط أولى (الخوئي)، وفي حاشية أخرى منه: الأظهر أنها أيضا لازمة.

- (١) الظاهر أن الملزم هو التلف أو التصرف المغير. (الكلبائيگاني).
- (٢) وإن كان تصرف المستأجر باستيفاء المنفعة في بعض المدة. (الفيروزآبادي).
- * الظاهر أن الملاك في اللزوم التصرف المغير أو التلف. (الحائري).
- (٣) كون الخيار من جهة العيب محل منع. (الشيرازي).
- * الأقوى أنه لتخلف الوصف. (الحائري).
- * في التعليل إشكال. (الإمام الخميني).

والمشتري بقاء مدة الإجارة وأن العين مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا وتبين أن المدة منقضية فهل منفعة تلك المدة للبائع حيث إنه كأنه شرط كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا، أو للمشتري لأنها تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل إلى الغير أو بالاستثناء، والمفروض عدمها وجهان، والأقوى الثاني (١) نعم لو شرطا (٢) كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا بعد اعتقاد بقاء المدة كان لما ذكر وجه (٣) ثم بناء على ما هو الأقوى من رجوع

(١) لا يبعد أن يكون الأول هو الأقوى. (الخبوي).

(٢) ولو بنحو الشرط الضمني غير المذكور في متن العقد على ما حققناه من صحته ووجوب الوفاء به ولو من جهة وجوب الوفاء بالعقود بأي نحو تحقق مطلقا أم مقيدا بلا احتياج في مثله إلى عموم ف بالشرط كي يدعى انصرافه إلى ما كان إيقاعيا مستقلا في ضمن إنشاء آخر والشروط الضمنية ليس كذلك بل شأنها ليس إلا تضيق دائرة العقود بلا كونها أيضا إيقاعيا في عرض إيقاع عقده إلا في ظرف انصراف لفظ العقد إليه فإنه أيضا متعلق بإنشاء في ضمن إنشاء العقود وهذا بخلاف ما لم يكن من هذا القبيل ولعله لهذه النكتة التزم شيخنا العلامة بصحة مثل هذه العقود المنصرف إليها الإطلاق مع عدم التزامه بصحة الشروط الضمنية كما لا يخفى على من راجع كلماته ولقد حققنا الكلام فيه في كتاب البيع فراجع. (آقا ضياء).

(٣) لكنه غير وجيه حيث إنه لم يشترط كون المنفعة للبائع في تلك المدة ولا لغيره إلا بعنوان الإجارة التي قد تبين عدمها فتبقى قاعدة تبعية ملكية المنفعة لملكية العين على حالها. (الإصفهاني).

* لكن الأوجه تبعية النماء للعين أيضا وهذا كما لو توهم عدم المنفعة للعين مدة واشترط مسلووية المنفعة فيها. (الإمام الخميني).

* إن كان الشرط بعنوان الاستثناء وأما إن كان بعنوان التوصيف فالمنفعة

المنفعة في الصورة السابقة إلى المشتري فهل للبائع الخيار أو لا؟ وجهان، لا يخلو أولهما من قوة (١) خصوصا إذا أوجب ذلك له الغبن (٢) هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر، أما لو بيعت عليه ففي انفساخ الإجارة وجهان، أقواهما العدم (٣) ويتفرع على ذلك أمور، منها: اجتماع الثمن والأجرة عليه حينئذ. ومنها: بقاء ملكه للمنفعة في مدة

للمشتري وللبائع خيار تخلف الوصف إذا كانت منافع تلك المدة معتدا بها بحيث يختلف بلحاظها الرغبات في العين. (الكلبيايگاني).
* لكنه غير موجه إذ الشرط في المقام بمنزلة التوصيف لا الاستثناء فلا أثر له. (النائيني).

- (١) إن كانت منفعة تلك المدة معتدا بها بحيث يختلف رغبات الناس في العين بثبوتها ونفيها. (البروجردی).
* في صورة الغبن. (الإمام الخميني).
* إذا أوجب الغبن. (الشيرازي).
* بل الأقوى هو الثاني إلا إذا كان ذلك موجبا للغبن. (الخوئي).
(٢) في غير صورة الغبن محل نظر وإشكال. (الإصفهاني).
* بل في خصوصه كما لا يخفى وجهه. (آقا ضياء).
* الظاهر اختصاص الخيار بهذه الصورة. (النائيني).
* الغبن سبب مستقل للخيار وخيار التخلف لا يبتنى عليه كما مر. (الكلبيايگاني).
(٣) بل احتمال انفساخ في غاية الضعف والسقوط. (البروجردی).
* لا وجه للانفساخ واحتماله في غاية السقوط. (الخوانساري).
* اعتبار الإضافة المعتبرة بين العين والمستأجر بينها وبين المالك في غاية الإشكال وكذا اعتبار ملك المنفعة استقلالاً لمالك العين كما نبه عليه غير واحد من أساطين الفن فالأحوط التصالح في منفعة تلك المدة. (الكلبيايگاني).

تلك الإجارة لو فسخ البيع بأحد أسبابه، بخلاف ما لو قيل بانفساخ الإجارة. ومنها: إرث الزوجة من المنفعة في تلك المدة لو مات الزوج المستأجر بعد شرائه لتلك العين وإن كانت مما لا ترث الزوجة منه، بخلاف ما لو قيل بالانفساخ بمجرد البيع. ومنها: رجوع المشتري بالأجرة (١) لو تلف العين بعد قبضها وقبل انقضاء مدة الإجارة، فإن تعذر استيفاء المنفعة يكشف عن بطلان الإجارة، ويوجب الرجوع بالعوض وإن كان تلف العين عليه.

(مسألة): لو وقع البيع والإجارة في زمان واحد كما لو باع العين مالكةا على شخص وأجرها وكيله على شخص آخر واتفق وقوعهما في زمان واحد فهل يصحان معا، ويملكها المشتري مسلوبة المنفعة، كما لو سبقت الإجارة، أو يبطلان معا للتزاحم في ملكية المنفعة، أو يبطلان معا بالنسبة إلى تملك المنفعة فيصح البيع على أنها مسلوبة المنفعة تلك المدة، فتبقى المنفعة على ملك البائع وجوه، أقواها الأول (٢)

(١) من حين تلف العين فإنه بهذا القيد من متفرعات عدم الانفساخ. (الإمام الخميني).

* هذا التفريع مبني على ثالث الاحتمالات وهو في غاية السقوط كما مر. (البروجردي).

* المشتري يرجع على البائع على التقديرين لكنه من حين البيع على الانفساخ ومن حين التلف على عدمه. (الكلبيكاني).

(٢) ولكن يثبت الخيار للبائع مع جهله. (كاشف الغطاء).

* بل أقواها الأخير لتزاحم العقدين في التأثير زمانا ولا أثر للتقدم والتأخر في الرتبة في المقام ونحوه كما حقق في محله. (الحوئي).

لعدم التزامهم، فإن البائع لا يملك المنفعة (١)، وإنما يملك العين، وملكية العين توجب ملكية المنفعة للتبعية وهي متأخرة عن الإجارة (٢).
(مسألة): لا تبطل الإجارة بموت المؤجر ولا بموت المستأجر على الأقوى، نعم في إجارة العين الموقوفة إذا آجر البطن السابق تبطل بموته بعد الانتقال إلى البطن اللاحق، لأن الملكية محدودة، ومثله ما لو كان المنفعة موصى بها للمؤجر ما دام حيا، بخلاف ما إذا كان المؤجر هو المتولي للوقف وآجر لمصلحة البطون إلى مدة، فإنها لا تبطل بموته (٣) ولا بموت البطن الموجود حال الإجارة، وكذا تبطل إذا آجر نفسه (٤) للعمل بنفسه (٥) من خدمة أو غيرها، فإنه إذا مات لا يبقى محل للإجارة، وكذا إذا مات المستأجر الذي هو محل العمل من خدمة، أو عمل آخر

* لا يخلو عن تأمل. (الخوانساري).

- (١) أي ليس في مقام تمليك المنفعة وإنما يوجد تمليك العين وكون المستأجر وصيرورته مالكا للعين توجب ملكية المنفعة بالتبعية. (الفيروزآبادي).
- (٢) والأولى أن يقال إن قاعدة التبعية مقتضية قابلة لمنع المانع ولو مقارنا. (آقا ضياء).
- (٣) فيه تأمل وكذا في موت البطن الموجود. (الكلبيگاني).
- (٤) البطلان في هذه الصورة وفي الصورة الثانية إنما هو فيما إذا كان متعلق الإجارة مقيدا بزمان قد تحقق الموت قبله أو في أثناءه أو كان الموت واقعا قبل مضي زمان يسع متعلق الإجارة. (الخوئي).
- (٥) يختص البطلان بما إذا كان متعلق الإجارة هو منفعة نفسه ولو كان المتعلق هو الخدمة ونحوها كليا وشرط المباشرة بنفسه فللمستأجر الخيار ويطرد الوجهان في موت المستأجر أيضا في أحدهما وفي الآخر يكون الخيار للمؤجر كما ذكره (قدس سره) في إجارة الدار. (النائيني).

متعلق به بنفسه، ولو جعل العمل في ذمته (١) لا تبطل الإجارة بموته، بل يستوفى من تركته، وكذا بالنسبة إلى المستأجر إذا لم يكن محل للعمل، بل كان مالكا له على المؤجر، كما إذا أجره للخدمة من غير تقييد بكونها له، فإنه إذا مات تنتقل إلى وارثه، فهم يملكون عليه ذلك العمل، وإذا أجر الدار واشترط على المستأجر سكناه بنفسه لا تبطل بموته، ويكون للمؤجر خيار الفسخ (٢) نعم إذا اعتبر سكناه على وجه القيدية تبطل بموته (٣).

(مسألة): إذا أجر الولي أو الوصي الصبي المولى عليه مدة تزيد على زمان بلوغه ورشده بطلت في المتيقن بلوغه فيه، بمعنى أنها موقوفة على إجازته وصحته واقعا وظاهرا بالنسبة إلى المتيقن صغره، وظاهرا بالنسبة إلى المحتمل (٤)، فإذا بلغ، له أن يفسخ على الأقوى، أي لا يجيز، خلافا لبعضهم (٥) فحكم بلزومها عليه (٦) لوقوعها من أهلها في

(١) من دون قيد المباشرة. (الكلبایگانی).

(٢) الأقرب البطلان إذا ملك الورثة لسكني الدار مع عدم استحقاقهم لاستيفائها بأنفسهم وبغيرهم غير معقول فالشرط بالنسبة إلى ما بعد الموت مناف لمقتضى العقد ثم على تقدير الصحة لا وجه لخيار المؤجر إذ لا يتوجه عليه شيء في بقائها حتى يجبر بالخيار. (البروجردی).

* لا وجه لهذا الخيار بل الظاهر بطلان الإجارة بالموت. (الإمام الخميني).

* هذا إذا تخلفت الورثة عن العمل بالشرط. (الخوئي).

(٣) فيه إشكال بل منع. (الخوئي).

(٤) فيه تأمل. (الخوانساري).

(٥) هذا القول لا يخلو من قوة خصوصا في إجارة أملاكه لأن المولى عليه في

محلها في وقت لم يعلم لها منافع، وهو كما ترى، نعم لو اقتضت المصلحة اللازمة المراعاة إجارته مدة زائدة على زمان البلوغ بحيث يكون إجارته أقل من تلك المدة خلاف مصلحته تكون لازمة (١) ليس له فسخها بعد بلوغه (٢)، وكذا الكلام في إجارة أملاكه (٣).

(مسألة): إذا آجرت امرأة نفسها للخدمة مدة معينة فتزوجت قبل انقضائها لم تبطل الإجارة، وإن كانت الخدمة منافية لاستمتاع الزوج. (مسألة): إذا آجر عبده أو أمته للخدمة ثم أعتقه لا تبطل الإجارة بالعتق. وليس له الرجوع على مولاه بعوض تلك الخدمة في بقية المدة لأنه كان مالكا لمنافعه أبدا وقد استوفاهما بالنسبة إلى تلك المدة، فدعوى أنه فوت على العبد ما كان له حال حره كما ترى، نعم يبقى

زمان عدم بلوغه مالك لجميع المنافع حتى ما كانت بعد بلوغه فقد وقع تصرف الولي فيما هو ملك للمولى عليه فعلا فإذا كان مصلحة له كما هو المفروض نفذ ولزم وليس له رده بعد بلوغه نعم لو كان له الخيار بسبب من الأسباب ولم يقع الفسخ من الولي لجهة من الجهات فله الفسخ بعد بلوغه ورشده. (الإصفهاني). (٦) وهو الأقوى لأن المستفاد من أدلة الولاية أنها قبل البلوغ مطلقة غير مقيدة بشئ غير المصلحة فله قبل البلوغ ما للمولى عليه لو كان بالغاً مع مراعاة المصلحة فيكون البلوغ غاية للولاية لا قيوداً لما فيه الولاية. (الكلبياني). (١) فيه إشكال نعم هي كذلك في إجارة الأملاك. (الخوئي). (٢) فيه إشكال. (الخوانساري). (٣) تصح إجارة أملاكه مطلقاً، وفي صحة إجارة نفسه أيضاً كذلك بالنسبة إلى ما بعد بلوغه ورشده إشكال إلا إذا توقف شئ من مصالحه الفعلية على ذلك. (النائيني).

الكلام في نفقته في بقية المدة إن لم يكن شرط كونها على المستأجر، وفي المسألة وجوه، أحدها: كونها على المولى لأنه حيث استوفى بالإجارة منفعه فكأنه باق على ملكه. الثاني: أنه في كسبه (١) إن أمكن له الاكتساب لنفسه في غير زمان الخدمة، وإن لم يمكن فمن بيت المال، وإن لم يكن فعلى المسلمين كفاية (٢). الثالث: أنه إن لم يمكن اكتسابه في غير زمان الخدمة ففي كسبه وإن كان منافيا للخدمة. الرابع: أنه من كسبه، ويتعلق مقدار ما يفوت منه من الخدمة بدمته. الخامس: أنه من بيت المال من الأول ولا يبعد قوة الوجه الأول (٣).

-
- (١) وهو الأقوى. (الكلبياني).
(٢) ومع التعذر ففي كسبه وتنفسخ الإجارة في تلك المدة ويرجع المستأجر إلى المولى ويسترد ما أعطاه من الأجرة في مقابلها. (الكلبياني).
(٣) بل ثاني الوجوه أوجه لأن مجرد استيفاء منفعه لا يقتضي إجراء أحكام بقاءه في ملكه حتى بالنسبة إلى مثل هذا الأثر لعدم مساعدة دليله عليه كما أن ثالث الوجوه أيضا مخدوش باقتضاء ملكية منفعه بالإجارة لغيره منع سلطنته على صرفها لنفسه كما أن الانتقال إلى ذمة العبد أيضا مما لا وجه له لأن العقد وقع على منفعه الشخصية فلا وجه لانتقال ملك المستأجر إلى الذمة كما أنه ليس من المصالح النوعية الراجعة إلى نوع المسلمين المعد له بيت المال فلا جرم يصير بواسطة مثل هذه الجهات العبد المزبور بمنزلة غير القادر ذاتا على نفقته فيجب على المسلمين كفاية وإن لم يف ما زاد عن مقدار استحقاق الغير من منفعه واقعا بمخارجه وهو الوجه الثاني من الوجوه الخمسة والله العالم. (آقا ضياء).
* بل الأقوى هو الوجه الثاني. (الإصفهاني، الخوئي، الخوانساري).

(مسألة): إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيبا سابقا على العقد وكان جاهلا به فإن كان مما تنقص به المنفعة فلا إشكال في ثبوت الخيار له (١) بين الفسخ والإبقاء، والظاهر عدم جواز مطالبته الأرش (٢) فله الفسخ أو الرضا بها مجانا نعم لو كان العيب مثل خراب بعض بيوت الدار فالظاهر تقسيط الأجرة (٣) لأنه يكون حينئذ من قبيل تبعض الصفقة، ولو كان العيب مما لا تنقص معه المنفعة، كما إذا تبين كون الدابة مقطوع الأذن أو الذنب فربما يستشكل في ثبوت الخيار معه، لكن

* بل أقواها الثاني ثم إن تعذر الثاني بمراتبه جاز له تحصيل ما يسد رمقه وإن زاحم ما عليه من الخدمة وحينئذ يتعلق عوض الفاتت منها بذمته يطالب به عند يساره ويحتمل أن يكون للمستأجر حينئذ الرجوع على مولاه بما يقابل ما فاتته من الخدمة من الأجرة. (البروجردى).

* بل الثاني أشبه. (الإمام الخميني).

* بل الثاني. (الشيرازي).

* بل الوجه الثاني. (الفيروزآبادي).

* بل الأخير. (النائيني).

(١) فإذا فسخ دفع للمؤجر من المسمى ما يقابل ما استوفاه من المنفعة أو مقدار ما فوته سواء كان العيب قد حدث قبل أو بعده قبل القبض أما ثبوت الخيار بعد القبض فمحل نظر نعم لو كان مما يخجل بالمنفعة أو يوجب صعوبة الانتفاع وجب على المؤجر إصلاحه فإن لم يفعل فله الخيار. (كاشف الغطاء).

(٢) لا يخلو عن الإشكال وكذا ما بعده. (النائيني).

* فيه إشكال والأحوط ما في المتن. (الشيرازي).

(٣) وله خيار الفسخ أيضا. (الإمام الخميني).

* في إطلاقه إشكال. (الخوئي).

الأقوى ثبوته إذا كان مما يختلف به الرغبات، وتتفاوت به الأجرة (١) وكذا له الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد وقبل القبض، بل بعد القبض أيضا (٢)، وإن كان استوفى بعض المنفعة ومضى بعض المدة (٣) هذا إذا كانت العين شخصية، وأما إذا كانت كلية وكان الفرد المقبوض معييا فليس له فسخ العقد. بل له مطالبة البدل، نعم لو تعذر البدل كان له الخيار في أصل العقد.

(مسألة): إذا وجد المؤجر عيبا سابقا في الأجرة ولم يكن عالما به كان له فسخ العقد، وله الرضا به، وهل له مطالبة الأرش معه؟ لا يبعد ذلك (٤) بل ربما يدعى عدم الخلاف فيه، لكن هذا إذا لم تكن الأجرة

-
- (١) بل وإن لم تتفاوت به الأجرة. (الكلبيكاني).
- (٢) الظاهر تقسيط الأجرة إن كان العيب بنقص الجزء. (الشيرازي).
- (٣) مشكل فالأحوط في هذه الصورة التراضي في الفسخ والإبقاء. (الكلبيكاني). * هذه المسألة مشكلة غاية الإشكال. (النائيني).
- (٤) مشكل. (الإمام الخميني، الكلبيكاني، الحائري).
- * فيه كمال البعد لعدم تنقيح مناط الثمن في المقام ومجرد اشتراك باب الإجارة مع البيع في غالب الأحكام بدليل خاص لا يقتضي التسوية في جميع الأحكام كما لا يخفى. (آقا ضياء).
- * بدعوى استفادته من أدلة ثبوته في البيع بإلقاء خصوصية كون الناقل للمعيب عقد البيع بعد حفظ كون المنقول عينا كما في البيع ولكنها لا تخلو من إشكال ودعوى عدم الخلاف في مثلها لا تفيد. (البروجردي).
- * فيه إشكال. (الخوانساري، الخوئي).
- * فيه إشكال إن لم يثبت الإجماع. (الشيرازي).

منفعة عين، وإلا فلا أرش فيه، مثل ما مر في المسألة السابقة من كون العين المستأجرة معييا (١) هذا إذا كانت الأجرة عينا شخصية، وأما إذا كانت كلية فله مطالبة البدل، لا فسخ أصل العقد إلا مع تعذر البدل على حد ما مر في المسألة السابقة.

(مسألة): إذا أفلس المستأجر بالأجرة كان للمؤجر الخيار (٢) بين الفسخ واسترداد العين، وبين الضرب مع الغرماء نظير ما أفلس المشتري بالثمن حيث إن للبائع الخيار إذا وجد عين ماله.

(مسألة): إذا تبين غبن المؤجر أو المستأجر فله الخيار إذا لم يكن عالما به حال العقد إلا إذا اشترط سقوطه في ضمن العقد.

(مسألة): ليس في الإجارة خيار المجلس ولا خيار الحيوان، بل ولا خيار التأخير على الوجه المذكور في البيع، ويجري فيها خيار الشرط حتى للأجنبي وخيار العيب والغبن كما ذكرنا، بل يجري فيها سائر الخيارات كخيار الاشرط، وتبعض الصفقة، وتعذر التسليم والتفليس والتدليس والشركة، وما يفسد ليومه (٣) وخيار شرط رد

(١) تقدم الإشكال فيه. (النائيني).

(٢) والنص منصرف إلى خصوص ملك العين ولكن الظاهر من كلماتهم تعديهم إلى المنفعة أيضا كما يشهد له ظاهر عنوانهم في المسألة بأن صاحب المال أحق الشامل للمنافع جزما فتدبر. (آقا ضياء).

* محل إشكال فالأحوط التخلص بالتصالح. (الإمام الخميني).

(٣) فيه تأمل. (الإمام الخميني).

* يعني إذا كانت الأجرة ما يفسد ليومه. (الكلبايگاني).

* في جريان الخيار فيه إشكال. (الحوئي).

العوض (١) نظير شرط رد الثمن في البيع.
(مسألة): إذا آجر (٢) عبده أو داره مثلاً ثم باعه من المستأجر
لم تبطل الإجارة (٣) فيكون للمشتري منفعة العبد مثلاً من جهة
الإجارة قبل انقضاء مدتها، لا من جهة تبعية العين، ولو فسخت الإجارة
رجعت إلى البائع، ولو مات بعد القبض رجع المشتري المستأجر
على البائع بما يقابل بقية المدة من الأجرة وإن كان تلف العين عليه
والله العالم.

فصل

يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان، والعمل في الإجارة
على الأعمال بنفس العقد من غير توقف على شيء كما هو مقتضى
سببية العقود، كما أن المؤجر يملك (٤) الأجرة ملكية متزلزلة به (٥) كذلك

-
- (١) أما ما استوفاه من المنفعة قبل الرد فهل له أجرة بالنسبة من المسمى أو يكون
مجانا وجهان والأوجه اتباع الشرط لو كان وإلا فالتقسيم. (كاشف الغطاء).
(٢) قد مرت في السابق. (الفيروزآبادي).
* قد مرت المسألة فلا وجه لإعادتها ولعله سهو من قلم الناسخ. (آقا ضياء).
(٣) قد مر الإشكال والاحتياط فيه. (الكلبایگانی).
(٤) إلا في بعض موارد يأتي التصريح به منه. (الإمام الخميني).
(٥) في كل مورد يملك المستأجر المنفعة أو العمل واقعا كانت ملكية المؤجر
لمال الإجارة ملكية مستقرة بلا تزلزل فيها. (آقا ضياء).
* بل مستقرة. (الشيرازي).
* لا فرق في ملكية الأجرة وملكية المنفعة في أن كليهما مستقرة من جهة

ولكن لا يستحق المؤجر (١) مطالبة الأجرة إلا بتسليم العين أو العمل، كما لا يستحق المستأجر مطالبتهم إلا بتسليم الأجرة كما هو مقتضى المعاوضة وتستقر ملكية الأجرة باستيفاء المنفعة أو العمل أو ما بحكمه، فأصل الملكية للطرفين موقوف على تمامية العقد، وجواز المطالبة موقوف على التسليم، واستقرار ملكية الأجرة موقوف على استيفاء المنفعة أو إتمام العمل أو ما بحكمهما فلو حصل مانع عن الاستيفاء (٢) أو عن العمل تنفسخ الإجارة كما سيأتي تفصيله.

(مسألة): لو استأجر داراً مثلاً وتسلمها ومضت مدة الإجارة استقرت الأجرة عليه سواء سكنها أو لم يسكنها باختياره، وكذا إذا استأجر دابة للركوب أو لحمل المتاع إلى مكان كذا ومضى زمان يمكن له ذلك وجب عليه الأجرة واستقرت، وإن لم يركب أو لم يحمل بشرط أن يكون مقدرًا بالزمان المتصل بالعقد، وأما إذا عينا وقتاً فبعد مضي ذلك الوقت، هذا إذا كانت الإجارة واقعة على عين معينة شخصية في وقت معين، وأما إن وقعت على كلي وعين في فرد وتسلمه فالأقوى أنه

العقد ومتزلزلة من جهة احتمال الانفساخ. (الخوئي).

(١) فيه نظر جداً كيف وهو خلاف إطلاق وجوب وفاء كل منهما بعقده غاية (٢) المانع عن الاستيفاء لا يوجب الانفساخ إذا كانت العين قابلة للانتفاع بها والمنفعة قابلة للاستيفاء والمؤجر باذلاً للعين. (الكلبيكاني).

كذلك مع تعيين الوقت وانقضائه، نعم مع عدم تعيين الوقت (١) فالظاهر عدم استقرار الأجرة المسماة (٢) وبقاء الإجارة وإن كان ضامنا لأجرة المثل (٣) لتلك المدة من جهة تفويته المنفعة (٤) على المؤجر.

(١) بل ومع عدم التعيين أيضا إذا كان التسليم والتسلم بذلك العنوان. (النائيني).
(٢) بل الظاهر استقرارها كما في العين الشخصية. (الإصفهاني).
* بل الظاهر استقرارها مع انقضاء زمان يمكن الاستيفاء وعدم ضمان أجرة المثل. (الإمام الخميني).

* بمضي مقدار العمل أو المنفعة بعد قبض المعين للكلي لصدق عدم تلف المنفعة حينئذ وقابلية العين للاستيفاء منه فيصح العقد حينئذ واقعا الموجب لاستقرار الأجرة كما لا يخفى. (آقا ضياء).
* في إطلاقه تأمل. (الخوانساري).
* بل الظاهر استقرارها. (الشيرازي).
* بل الظاهر الاستقرار إذا كان التسليم بعنوان الوفاء حيث لا يعتبر فيه وقت نعم إن كان بعنوان الأمانة وإيكال الوقت إلى المستأجر فلا تستقر الأجرة المسماة إلا بعد التعيين ويضمن أجرة المثل قبله إن لم يأذن في بقاءه عنده مجانا. (الكلبايگاني).

* بل الأقوى في هذه الصورة أيضا الاستقرار. (الحائري).
* باستقرارها في نظيره في المسألة الثالثة (الخوئي). وفي حاشية أخرى منه: بل الظاهر استقرارها وقد التزم (قدس سره) باستقرارها في العين الشخصية إذ لا فرق بين العين الشخصية والكلية بعدما كان التعيين بيد المؤجر.
(٣) ضمانه لأجرة مثل ما فات على المؤجر في تلك المدة مع أن المفروض هو أن المؤجر سلمه إليه تعيينا لما أجره من الكلي فيه مع إبقائه على توسعته من حيث الزمان لا يتصور له وجه فالأقوى فيه عدم الضمان. (البروجردي).
(٤) على فرض صدق التفويت. (الفيروزآبادي).

(مسألة): إذا بذل المؤجر العين المستأجرة للمستأجر ولم يتسلم حتى انقضت المدة استقرت عليه الأجرة، وكذا إذا استأجره ليخيط له ثوبا معيناً مثلاً في وقت معين وامتنع من دفع الثوب إليه حتى مضى ذلك الوقت فإنه يجب عليه دفع الأجرة، سواء اشتغل في ذلك الوقت مع امتناع المستأجر من دفع الثوب إليه بشغل آخر (١) لنفسه أو لغيره أو جلس فارغاً.

(مسألة): إذا استأجره لقلع ضرسه ومضت المدة التي يمكن إيقاع ذلك فيها وكان المؤجر باذلاً نفسه استقرت الأجرة (٢)، سواء كان المؤجر حراً أو عبداً بإذن مولاه واحتمال الفرق بينهما بالاستقرار في الثاني دون الأول لأن منافع الحر لا تضمن إلا بالاستيفاء لا وجه له، لأن منفعه بعد العقد عليها صارت مالا للمستحق، فإذا بذلها ولم يقبل كان تلفها منه، مع أننا لا نسلم أن منفعه لا تضمن إلا بالاستيفاء، بل تضمن بالتفويت (٣) أيضاً إذا صدق ذلك، كما إذا حبسه وكان كسوباً فإنه يصدق (٤)

(١) إن اشتغل بمقدار أجرة المثل للعمل المستأجر عليه من أجرة الشغل للمستأجر إن زادت أجرة الشغل وإلا فأجرة مثل الشغل. (الفيروزآبادي).
يشمله إتلاف مال الغير وإن كان مثل هذه الأعمال والمنافع أيضاً من الأموال ولكن مجرد ذلك لا يجدي في التضمن ما لم يكن ملك أحد وبذلك يفرق حبس الحر غير المستأجر عليه من حبسه المستأجرة أو المملوك لغيره من العبيد والإماء بالتضمنين في الأخيرتين دون الأول. (آقا ضياء).

في العرف أنه فوت عليه كذا مقدارا، هذا ولو استأجره لقلع ضرره فزال الألم (١) بعد العقد لم تثبت الأجرة لانفساخ الإجارة (٢) حينئذ. (مسألة): إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر بطلت الإجارة (٣)، وكذا إذا تلفت عقيب قبضها بلا فصل، وأما إذا تلفت بعد استيفاء (٤) منفعتها في بعض المدة فتبطل بالنسبة إلى بقية المدة (٥) فيرجع من الأجرة (٦) بما قابل المتخلف من المدة إن نصفا فنصف، وإن ثلثا فثلث، مع تساوي الأجزاء بحسب الأوقات، ومع التفاوت تلاحظ النسبة.

* في ضمانه نظري. (الخوانساري).

* مشكل بل الظاهر عدم الضمان. (الكلبياني).

* الحكم بالضمان في الفرض لا يخلو عن إشكال. (الحائري).

* التفويت في نفسه ليس من أسباب الضمان وعليه فلا ضمان على الأقوى.

(الخوئي).

(٤) لا أثر لهذا الصدق التسامحي ولو سلم فلا دليل على هذه الكلية ولا ضمان عليه على الأقوى. (النائيني).

(١) بحيث يحرم قلعه. (الكلبياني).

(٢) في إطلاقه منع ظاهر بل الظاهر عدم الانفساخ مطلقا. (الخوئي).

(٣) البطلان في صورة التلف مشكل مطلقا نعم الأحوط فيما إذا أراد الرجوع بالأجرة الفسخ. (الحائري).

(٤) بل بعد مضي بعض المدة مع إمكان الاستيفاء. (الإمام الخميني).

(٥) ولا يبعد أن يكون للمستأجر خيار التبعض بالنسبة إلى ما مضى إن كان التبعض ضروريا. (الكلبياني).

(٦) هذا إذا لم يفسخ الإجارة من أصلها وإلا فيرجع إلى المؤجر بتمام الأجرة ويجب عليه دفع أجرة المثل بالإضافة إلى ما مضى. (الخوئي).

(مسألة): إذا حصل الفسخ في أثناء المدة بأحد أسبابه تثبت الأجرة المسماة بالنسبة إلى ما مضى، ويرجع منها بالنسبة إلى ما بقي (١) كما ذكرنا في البطلان على المشهور، ويحتمل قريبا أن يرجع تمام المسمى (٢)

- (١) وللمتضرر بالتبعض خياره إن لم يكن التبعض مستندا إليه. (الكلبيانگاني).
- (٢) الشهرة غير ثابتة والاحتمال المذكور قريب في بادئ النظر فيما كان منشأ الخيار ثابتا حين العقد وتبين في الأثناء ولكن فيه إشكالات عويصة لا يسعه المقام والمسألة تحتاج إلى مزيد تأمل. (البروجردی).
- * بل هو الأقوى إن قلنا بعدم التبعيض في فسخ العقد وإلا فما عن المشهور أقرب لو قصد ولو بحكم الارتكاز فسخ ما بقي من العقد لا مطلقا. (آقا ضياء).
- * هذا هو الأقوى فيما إذا كان حق الفسخ والخيار بسبب كان حين العقد كما إذا تبين الغبن أو وجد العيب السابق وأما مع عروض ذلك في الأثناء فالأقوى هو التوزيع. (الإمام الخميني).
- * بل هو المتعين في الخيارات الثابتة بالنص المستفاد منها حق فسخ مجموع العقد بمقتضى ظهور الدليل أو المتيقن منه وأما الخيارات الناشئة من الضرر أو الشرط أو تخلف الوصف أو الشرط فالظاهر أنه لا مانع في فسخ البعض وضرر التبعض ينجر بخياره. (الكلبيانگاني).
- * بل هو المتعين ولم يعلم ذهاب المشهور إلى خلافه. (النائيني).
- * إذا كان سبب الخيار من حين العقد فله أن يفسخ العقد من الأول ويترتب عليه بعد الفسخ ما ذكر في المتن. (الشيرازي).
- * هذا الاحتمال قريب جدا فيما إذا كان الفسخ وحق الخيار بسبب كان حين العقد كما إذا تبين في أثناء المدة كونه مغبونا أو وجد في العين عيبا سابقا تنقص به المنفعة ففسخ العقد وأما إذا طرأ موجب الخيار في الأثناء كما إذا انهدمت الدار في أثناء المدة مع إمكان الانتفاع بها كما يأتي في المسألة

ويكون للمؤجر أجره المثل بالنسبة إلى ما مضى (١)، لأن المفروض أنه يفسخ العقد الواقع (٢) أولاً ومقتضى الفسخ عود كل عوض إلى مالكه، بل يحتمل أن يكون الأمر كذلك في صورة البطلان أيضاً، لكنه بعيد (٣). (مسألة): إذا تلف بعض العين المستأجرة تبطل بنسبته (٤)، ويجوز خيار تبعض الصفقة. (مسألة): ظاهر كلمات العلماء (٥) أن الأجرة من حين العقد مملوكة

التاسعة فالمتعين ما عليه المشهور من توزيع أجره المسمى على ما مضى وما بقي من المدة حيث إن بالفسخ تنفسخ الإجارة بالنسبة إلى ما بقي منها. (الإصفهاني).

* هذا الاحتمال هو المتعين إلا أن يكون الخيار ثابتاً بالاشتراط الظاهر عرفاً في تقسيط الأجرة المسماة. (الخوئي).

(١) الظاهر أنه يختلف بحسب الموارد والأسباب ففي بعضها تثبت أجره المثل وفي بعضها الأجرة المسماة. (الحائري).

(٢) لكنه من حين الفسخ فمقتضاه ما هو المشهور. (الفيروزآبادي).

* الحق أن الفسخ للعقد من حين الفسخ لا من حين العقد وكذلك البطلان كالبيع عملاً بوجوب الوفاء بالعقد حسب الإمكان ولا يجوز رفع اليد عن ترتيب أثر العقد إلا بمقدار ما علم زواله ومنه تظهر الخدشة فيما ذكره في المسألة التاسعة أن هذا هو مقتضى فسخ العقد وقد عرفت أن الخيار لا يوجب قطعاً رفع العقد من أصله بل من حين الفسخ إذا فلا وجه لاسترجاع الأجرة ودفع أجره المثل لا في هذا ولا في نظائره فتدبر. (كاشف الغطاء). (الكلبيگاني).

(١) بل ممنوع لعدم وجه لرجوع تمام الأجرة في هذه الصورة بعد تأثير العقد الضمني في الانتقال بالنسبة إلى المقدار الموجود. (آقا ضياء). * ولكنه الأقوى. (النائيني).

(٢) وكذا إذا نمت الأجرة بين العقد وتلف العين المستأجرة كان نماؤها للمستأجر أو مشتركاً بينهما بنسبة الزمانين. (البروجردي).

* ومنفعة ما يقابلها تكون لمالكه وهو المستأجر مع الإجارة. (الفيروزآبادي). * وكذا نماؤه. (الكلبيگاني).

(٣) لا يخفى ما في التعبير من المساحة. (الإمام الخميني).

للمؤجر بتمامها، وبالتلف قبل القبض أو بعده أو في أثناء المدة ترجع إلى المستأجر كلا أو بعضا من حين البطلان، كما هو الحال عندهم في تلف المبيع قبل القبض، لا أن يكون كاشفا عن عدم ملكيتها من الأول، وهو مشكل (١) لأن مع التلف ينكشف عدم كون المؤجر مالكا للمنفعة إلى تمام المدة، فلم ينتقل ما يقابل المتخلف من الأول إليه، وفرق واضح بين تلف المبيع قبل القبض وتلف العين هنا، لأن المبيع حين بيعه كان مالا موجودا قوبل بالعوض، وأما المنفعة في المقام فلم تكن موجودة حين العقد، ولا في علم الله إلا بمقدار بقاء العين، وعلى هذا فإذا تصرف في الأجرة يكون تصرفه بالنسبة إلى ما يقابل المتخلف فضوليا (٢) ومن هذا يظهر أن وجه البطلان في صورة التلف كلا أو بعضا انكشاف عدم الملكية للمعوض.

(مسألة): إذا آجر دابة كلية ودفع فردا منها فتلف لا تنفسخ الإجارة، بل ينفسخ الوفاء (٣)، فعليه أن يدفع فردا آخر.

(مسألة): إذا أجره دارا فانهدمت فإن خرجت عن الانتفاع بالمرة (١) بطلت (٢)، فإن كان قبل القبض أو بعده قبل أن يسكن فيها (٣) أصلا رجعت الأجرة بتمامها وإلا فالنسبة، ويحتمل تمامها في هذه الصورة أيضا، ويضمن أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى. لكنه بعيد (٤) وإن أمكن الانتفاع بها (٥) مع ذلك كان للمستأجر الخيار بين الإبقاء والفسخ، وإذا فسخ كان حكم الأجرة ما ذكرنا، ويقوى هنا رجوع تمام المسمى مطلقا (٦) ودفع أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى، لأن هذا هو مقتضى

-
- (١) أي الذي هو مورد الإجارة. (الإمام الخميني).
* أو عن الانتفاع الذي استأجرها له بنحو التقييد. (البروجردى).
* أو خرجت عما استأجرها له بنحو التقييد. (الكلبيكاني).
(٢) قد مضى أن البطلان محل إشكال. (الحائري).
(٣) أي بلا فصل معتد به أو قبل مجيء زمان الإجارة. (الإمام الخميني).
* أي قبل مجيء الزمان الذي عين في العقد لسكنائها. (البروجردى).
* أي قبل مجيء الزمان الذي أجرها لسكنائه. (الكلبيكاني).
(٤) نعم إلا أن للمستأجر حينئذ خيار تبعض الصفقة وعلى تقدير الفسخ يرجع بتمام الأجرة ويضمن أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى. (الخوئي).
* لكن لا يبعد ثبوت خيار التبعض للمستأجر بالنسبة إلى ما مضى. (الكلبيكاني).
(٥) أي الانتفاع الذي استؤجرت له. (الكلبيكاني).
* كفاية إمكان الانتفاع بمثل إحراز التبن ونحوه فيه في غاية الإشكال نعم لو أمكن الانتفاع بمرتبة ناقصة من السكنى لم تنفسخ الإجارة بلا إشكال. (النائيني).
(٦) بل ضعيف كما أشرنا إليه آنفا. (الإصفهاني).
* بل يقوى خلافه كما مر. (الإمام الخميني).

فسخ العقد (١) كما مر سابقا (٢)، وإن انهدم بعض بيوتها بقيت الإجارة بالنسبة إلى البقية، وكان للمستأجر خيار تبعض الصفقة، ولو بادر المؤجر إلى تعمیرها بحيث لم يفت الانتفاع أصلا (٣) ليس للمستأجر الفسخ حينئذ على الأقوى (٤) خلافا للثانين.
(مسألة): إذا امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجرة يجبر عليه، وإن لم يمكن إجباره للمستأجر فسخ الإجارة (٥) والرجوع بالأجرة، وله الإبقاء ومطالبة عوض المنفعة الفائتة، وكذا إن أخذها منه بعد التسليم (٦)

-
- * محل إشكال. (الخوانساري).
* لا قوة فيه ولا مانع من فسخ البعض في أمثال المقام وضرر التبعض يجبر بالخيار كما مر. (الكلبایگانی).
* بل الأقوى خلافه. (الشيرازي).
* محل إشكال كما مر. (البروجردي).
* الأقوى الرجوع بالنسبة فيما لو انهدم في الأثناء لأن المورد ليس من موارد فسخ العقد. (الحائري).
(١) مر جوابه. (الفيروزآبادي).
(٢) قد مر التفصيل فيه فراجع. (آقا ضياء).
(٣) لا يبعد أن يكون مناط الانفساخ بالنسبة إلى ما انهدم من بيوتها والخيار بالنسبة إلى البقية هو فوات منفعة المنهدم في جزء من الزمان لا فوات ما يقصد من الانتفاع به والذي يمكن أن يتدارك بالمبادرة إلى التعمير هو الثاني دون الأول فما اختاره المحقق والشهيد الثانين هو الصحيح. (النائيني).
(٤) فيه إشكال. (الخوانساري).
(٥) لا يبعد ثبوت الخيار مع التمكن من الإجبار أيضا. (الخوئي).
(٦) ثبوت الخيار بالغصب بعد القبض محل إشكال بل منع. (الإمام الخميني).

بلا فصل، أو في أثناء المدة (١) ومع الفسخ في الأثناء يرجع بما يقابل المتخلف من الأجرة، ويحتمل قويا رجوع تمام الأجرة (٢) ودفع أجرة

* محل إشكال وكذا الكلام في تاليه. (الخوانساري).

القبض بنظرهم لما كان من متممات العقد لأنه بحسب الارتكاز مبني على التقابض يدا بيد فكان الضرر الناشئ من الامتناع المزبور ناش من قبل متممات العقد فيجبر بالخيار ومن هذه الجهة أيضا يفرق بين صورة غصب العين المستأجرة قبل القبض فيوجب الخيار لا بعده ولكن لنا في جعل التقابض الخارجي من متممات العقد بهذا المعنى نظر بل هو من أحكامه ولكن الذي يسهل الخطب إمكان جبر عملهم بعموم نفي الضرر في الخارج عن العقد بمقدار قبل قبضه وإن كان خارجا من العقد لأنه المشهور وعلى أي حال لا مجال لتوهم جريان قاعدة التلف قبل القبض في طرف المنفعة لأنه مع صدق إتلاف الغير إياها كانت موجودة في عهدة الغير لا تالفة ونظيره ما لو تلفت في يد غير المضمن لها وإن كان تالفا فلا ضمان فيكشف ذلك عن بطلان الإجارة من الأول لكشف التلف عن عدم بقاء العين المصحح لاعتبار وجود المنفعة في علم الله. (آقا ضياء).

(٢) مر ما هو الأقوى. (الإمام الخميني).

* محل إشكال كما مر. (الخوانساري).

* الأقوى ثبوت الخيار له في فسخ المجموع والبعض وقد مر وجهه في الحواشي السابقة. (الكلبايگاني).

* بل الظاهر تعيينه ولم يظهر من المشهور خلافه. (النائيني).

* لو كان قصده فسخ تمام العقد وإلا فلو كان قصده فسخ العقد بالنسبة إلى ما

المثل لما مضى، كما مر نظيره سابقا، لأن مقتضى فسخ العقد عود تمام كل من العوضين إلى مالكهما الأول، لكن هذا الاحتمال خلاف فتوى المشهور (١).

(مسألة): إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض تخير بين الفسخ والرجوع بالأجرة، وبين الرجوع على الظالم (٢) بعوض ما فات، ويحتمل قويا تعين الثاني (٣) وإن كان منع الظالم أو غصبه بعد القبض

بقي وقلنا أيضا بصلاحيه الفسخ للتبعيض بالنسبة إلى العقود التحليلية فلا محيص من المصير إلى ما هو المشهور كما لا يخفى. (آقا ضياء).

- * مر الإشكال فيه. (البروجردى).
- * ما عليه المشهور هو الأقوى. (الحائري).
- * مر أن هذا الاحتمال هو الأظهر. (الخوئي).
- (١) وخلاف التحقيق أيضا. (الفيروزآبادى).
- * وقد مر أنها المتعين. (الإصفهاني).
- * والأقوى ما عليه المشهور. (الشيرازي).
- (٢) فيما إذا صدق التفويت. (الحائري).
- (٣) في قوته تأمل إذ لا جابر لضرره الناشئ من تعلق غرضه بخصوص المنفعة إلا خياره. (آقا ضياء).
- * لا قوة فيه. (الإمام الخميني، الشيرازي).
- * فيه إشكال. (الخوانساري).
- * بل هو المعين وإن كان خلافا للمشهور لضعف دليلهم المذكور في محله. (الفيروزآبادى).
- * بل ضعيف جدا. (النائيني).
- * في غاية الضعف. (الحائري).

يتعين الوجه الثاني (١) فليس له الفسخ حينئذ، سواء كان بعد القبض في ابتداء المدة أو في أثنائها، ثم لو أعاد الظالم العين المستأجرة في أثناء المدة إلى المستأجر فالخيار باق، لكن ليس له الفسخ إلا في الجميع، وربما يحتمل (٢) جواز الفسخ بالنسبة إلى ما مضى من المدة في يد الغاصب، والرجوع بقسطه من المسمى واستيفاء باقي المنفعة وهو ضعيف (٣) للزوم التبويض (٤) في العقد وإن كان يشكل الفرق (٥) بينه وبين ما ذكر من

* بل هو ضعيف. (الكلبيايگاني).

* هذا الاحتمال هو المتعين فيما إذا كان منع الظالم متوجها إلى المستأجر في انتفاعه لا إلى المؤجر في تسليمه. (الخوئي).

(١) لا في صورة الغصب. (الحائري).

* فيه إشكال بل الأظهر أن له الخيار. (الشيرازي).

(٢) هذا الاحتمال ضعيف والفرق بينه وبين ما نسب إلى المشهور ظاهر. (الإمام الخميني).

* لكنه ضعيف. (الإصفهاني).

(٣) بل هو الأقوى ولا مانع من التبويض كما مر. (الكلبيايگاني).

(٤) لا للزوم التبويض بل لأن المورد من موارد فسخ العقد. (الحائري).

* لا تبويض في العقد بل التبويض في متعلقه وإلا للزم التبويض في البيع عند

خيار تبعض الصفقة الذي لا إشكال فيه اتفاقا وأي فرق بين الفسخ أولا

وأخيرا كما أشار إليه (قدس سره) أخيرا وقد سبق منا وجه ذلك. (كاشف الغطاء).

(٥) لا إشكال فيه والفرق بينهما واضح. (الإصفهاني).

* الفرق واضح لعدم اعتبار بقاء العقد عرفا بعد فسخه كما يلزم هنا بخلاف

مذهب المشهور باعتبار حل العقد من حين الفسخ فثبوت العقد فيما مضى

وعدم بقاءه فيما يأتي. (الفيروزآبادي).

مذهب المشهور (١) من إبقاء العقد فيما مضى وفسخه فيما بقي، إذ إشكال تبعض العقد مشترك بينهما (٢).

(مسألة): لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء كما لو استأجر دابة لتحمله إلى بلد فمرض المستأجر ولم يقدر فالظاهر البطلان (٣) إن اشترط المباشرة على وجه القيدية (٤)، وكذا لو حصل له عذر آخر، ويحتمل عدم البطلان (٥) نعم لو كان هناك عذر عام بطلت قطعاً (٦) لعدم

-
- (١) تقدم المنع عن كونه مذهب المشهور. (النائيني).
(٢) ولقد تقدم بأنه لا بأس بالالتزام بمثل هذا التبعض في فسخ العقود وهو المشهور أيضاً. (آقا ضياء).
(٣) فيه تأمل بل عدم البطلان لا يخلو من قرب. (الإمام الخميني).
* فيه تأمل وهو أيضاً قد استشكل فيه كما سيحى. (الفيروزآبادي).
(٤) بمعنى كونه مورداً للإجارة كأن يستأجرها لركوبه بنفسه. (الشيرازي).
* بأن يكون انتفاع شخص المستأجر بنفسه هو متعلق الإجارة أما لو شرط عليه المباشرة في الاستيفاء فالظاهر تخير المؤجر حينئذ بين فسخ العقد وإسقاط شرطه ويطرد الوجهان في موت المستأجر أيضاً كما تقدم. (النائيني).
(٥) هذا الاحتمال ضعيف جداً والظاهر عدم الفرق بين المقام وبين ما لو استأجره لقلع ضره فزال الألم. (الخوانساري).
* هذا هو الأقوى. (البروجردى).
* لا يبعد قوته. (الحائري).
* هذا الاحتمال هو الأظهر. (الخوئي).
* لا وجه له. (الشيرازي).
* وهو الأقوى. (الكلبایگانى).
(٦) لا مطلقاً بل فيما إذا سقط العين عن قابلية الاستيفاء. (الحائري).

قابلية العين للاستيفاء حينئذ.

- (مسألة): التلف السماوي (١) للعين المستأجرة أو لمحل العمل (٢) موجب للبطلان، ومنه إتلاف الحيوانات، وإتلاف المستأجر (٣) بمنزلة القبض وإتلاف المؤجر (٤) موجب للتخيير بين ضمانه (٥) والفسخ، وإتلاف الأجنبي موجب لضمانه (٦) والعدر العام (٧) بمنزلة

- * قطع في غير محله فإن تعليقه بعدم قابلية العين للاستيفاء يجري في مثل برودة الهواء التي تؤثر في الشجرة وتسقط من قابلية الإثمار وفي الأرض وتسقطها من النباتات لا في العذر كالمريض أو منع السلطان أو برودة الهواء الموجب لخوف الضرر عموماً أو خصوصاً. (الفيروزآبادي).
- (١) قد مضى سابقاً ويأتي ما يتعلق بفروع المسألة. (الحائري).
- * الأقرب بطلان الإجارة في جميع صور التلف والإتلاف وضمن المتلف للمالك ورجوع المستأجر إلى المؤجر في مال الإجارة حتى مع إتلافه العين من غير فرق بين العين المستأجرة ومحل العمل. (الإمام الخميني).
- (٢) ظاهره أن محل العمل مثل عين المستأجرة في التفصيل المذكور وهو مخالف لما يأتي منه في الفصل التالي من أن تلفه مطلقاً موجب للبطلان وهو أقرب الوجوه فيه بل وفي تلف العين المستأجرة أيضاً وإن كان لا يخلو من شوب إشكال. (البروجردي).
- (٣) في إطلاقه تأمل. (الخوانساري).
- (٤) في كون إتلاف المؤجر سبباً للخيار حتى بعد القبض إشكال نعم لا بأس بالالتزام به قبله كما أشرنا إلى وجهه. (آقا ضياء).
- (٥) ضمانه محل إشكال وكذا الكلام في إتلاف الأجنبي وحينئذ لا يبعد الانفساخ. (الخوانساري).
- * الأحوط الاقتصار على تضمينه. (الشيرازي).
- (٦) إذا كان بعد القبض وأما قبله فموجب للبطلان. (الشيرازي).

التلف وأما العذر الخاص بالمستأجر كما إذا استأجر دابة لركوبه بنفسه فمرض ولم يقدر على المسافرة (١)، أو رجلا لقلع سنه فزال ألمه (٢) أو نحو ذلك ففيه إشكال (٣)، ولا يبعد أن يقال: إنه يوجب

* أي ضمانه للمستأجر ما أتلفه عليه ولا يتصور لهذا وجه في إتلاف محل العمل وإن كان له وجه في إتلاف العين المستأجرة لكن الأوجه هو البطلان فيهما كما مر. (البروجردى).

* لكنه إذا كان قبل القبض جاز للمستأجر الفسخ هذا بالإضافة إلى العين المستأجرة وأما بالإضافة إلى إتلاف محل العمل هو البطلان. (الخوئي).

* أي لضمان الأجنبي فإن كان بعد القبض يضمن العين للمالك والمنفعة للمستأجر وإن كان قبله فالمستأجر مخير بين الفسخ والرجوع إلى المالك في الأجرة المسماة والإبقاء والرجوع إلى المتلف في المنافع التالفة. (الكلبيكاني). (٧) العذر في الاستيفاء مطلقا عاما أو خاصا لا يوجب البطلان أما مسألة قلع السن فكما ذكره (قدس سره) لوجه مذكور في محله. (الفيروزآبادي).

(١) تقدم أن الأظهر في أمثاله عدم البطلان. (الخوئي).

* قد مر أنه لا يوجب البطلان على الأقوى. (الكلبيكاني).

(٢) إذا كان بحيث يحرم قلعه فالأقوى فيه البطلان. (الكلبيكاني).

(٣) أقربهما البطلان خصوصا في زوال الألم. (الإصفهاني).

* أقرب البطلان في زوال ألم السن وعدمه في عدم القدرة على السفر كما مر. (البروجردى).

* الأقوى هو البطلان في مثل زوال ألم السن وأما في المثال الآخر فقد تقدم ما هو الأقرب. (الإمام الخميني).

* أقرب البطلان في المثاليين. (الخوانساري).

البطلان (١) إذا كان بحيث لو كان قبل العقد لم يصح معه العقد (٢).
(مسألة): إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فيما ينافي
حق الاستمتاع وقفت على إجازة الزوج (٣)، بخلاف ما إذا لم يكن
منافيا فإنها صحيحة (٤)، وإذا اتفق إرادة الزوج للاستمتاع كشف
عن فسادها (٥).

(مسألة): قد ذكر سابقا أن كلا من المؤجر والمستأجر يملك ما
انتقل إليه بالإجارة بنفس العقد، ولكن لا يجب تسليم أحدهما إلا بتسلم
الآخر (٦)، وتسليم المنفعة بتسليم العين، وتسليم الأجرة بإقباضها إلا إذا

(١) بل هو الأقوى. (الشيرازي).

* في إطلاق هذه الفروض الشاملة لصورة مضي زمان يمكن الاستيفاء فيه نظر
جدا ولقد أشرنا إلى وجهه في بعض الحواشي السابقة فراجع. (آقا ضياء).

(٢) إن الأمر وإن كان كذلك إلا أن بطلان الإجارة على قلع الضرس الزائل عنه
الألم مطلقا لا يخلو عن إشكال بل منع. (الحوثي).

(٣) هذا مستلزم للتوالي الفاسدة التي لا يمكن الالتزام بها وكذا الكلام فيما بعده.
(الخوانساري).

(٤) إذا كان مورد الإجارة في معرض إرادة الزوج للاستمتاع ففي الصحة إشكال
بل منع نعم لو كان احتمال تعلق إرادته ضعيفا لا يعتنى به فالعقد محكوم

بالصحة ظاهرا ولو اتفق إرادته يكشف عن فسادها. (الإمام الخميني).

(٥) أي مع عدم الإجازة. (الفيروزآبادي).

* الظاهر من العبارة صحة إجارتها بدون إذنه فيما يضاد الاستمتاع ما لم يرد

الزوج لكن فيه إشكال لأن التمكين متعلق لحق الزوج فلا تملك تمليك ضده
بالإجارة وليس الحق موقوفا على الإرادة بل مطلق كلما أراد استوفاه. (الكلبيگاني).

(٦) قد تقدم الكلام فيه سابقا وبه يظهر حال الفروع الآتية. (آقا ضياء).

كانت منفعة أيضا فتسليم العين التي تستوفى منها، ولا يجب على واحد منهما الابتداء بالتسليم، ولو تعاسرا أجبرهما الحاكم، ولو كان أحدهما باذلا دون الآخر ولم يمكن جبره كان للأول الحبس إلى أن يسلم الآخر، هذا كله إذا لم يشترط في العقد تأجيل التسليم في أحدهما، وإلا كان هو المتبع، هذا، وأما تسليم العمل فإن كان مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة ونحوها في إتمامه، فقبله لا يستحق المؤجر المطالبة وبعده لا يجوز للمستأجر المماطلة إلا أن يكون هناك شرط أو عادة في تقديم الأجرة فيتبع وإلا فلا يستحق حتى لو لم يمكن له العمل إلا بعد أخذ الأجرة، كما في حج الاستنجاري إذا كان المؤجر معسرا، وكذا في مثل بناء جدار داره أو حفر بئر في داره أو نحو ذلك، فإن إتمام العمل تسليم، ولا يحتاج إلى شيء آخر، وأما في مثل الثوب الذي أعطاه ليخيطه أو الكتاب الذي يكتبه أو نحو ذلك مما كان العمل في شيء بيد المؤجر فهل يكفي إتمامه في التسليم، فبمجرد الإتمام يستحق المطالبة، أو لا إلا بعد تسليم مورد العمل فقبل أن يسلم الثوب مثلا لا يستحق مطالبة الأجرة؟ قولان، أقواهما الأول (١) لأن المستأجر

(١) بل أقواهما الثاني ولكنه مع ذلك إذا تلف الثوب بعد تمام الخياطة مثلا في يد المؤجر بلا ضمان استحق أجره العمل لأنه ليس من التلف قبل القبض ولو تلف مع ضمانه وجبت عليه قيمته مخيطة واستحق الأجرة المسماة لأن العين ملك للمستأجر ولا يشاركه المؤجر فيها. (الخوئي).

* بل الثاني. (الشيرازي، الفيروزآبادي).

* بل الثاني وضابط ذلك هو أنه لو كان مالية العمل باعتبار نفس صدوره من العامل كالعبادات مثلا وحفر البئر وبناء الجدار وحمل المتاع ونحوه من مكان

عليه نفس العمل، والمفروض أنه قد حصل، لا الصفة الحادثة في الثوب مثلا وهي المخيطة حتى يقال: إنها في الثوب، وتسليمها بتسليمه، وعلى ما ذكرنا فلو تلف الثوب مثلا بعد تمام الخياطة في يد المؤجر بلا ضمان يستحق أجره العمل، بخلافه (١) على القول الآخر، ولو تلف مع ضمانه أو أتلفه وجب عليه قيمته مع وصف المخيطة، لا قيمته قبلها، وله الأجرة المسماة بخلافه على القول الآخر، فإنه لا يستحق الأجرة، وعليه قيمته غير مخيط (٢) وأما احتمال عدم استحقاقه الأجرة مع

إلى آخر الفراغ عن العمل تسليمه وإن كان الأثر المتولد منه هو مناط ماليته كالخياطة والقصارة والصياغة ونحو ذلك فذلك الأثر يملك تبعاً لملك العمل ويتوقف تسليم ما أجر نفسه له على تسليمه بتسليم مورده على الأقوى فلو تلف قبل ذلك بعد الفراغ عن العمل المستأجر له كالخياطة مثلا كان بالنسبة إلى متعلق الإجارة من التلف قبل القبض الموجب لانفاسها ولو أتلفه المؤجر أو الأجنبي يتخير المالك في فسخ الإجارة فيستوفي قيمة الثوب غير مخيط ممن أتلفه أو إمضائها فيستوفي قيمته مخيطا ويدفع إلى العامل أجرة الخياطة ويثبت للعامل حق حبس العين بعد إتمام العمل إلى أن يستوفي أجرته. (النائيني).

(١) بل كذلك على القول الآخر. (الفيروزآبادي).

(٢) بل عليه قيمته مخيطا على هذا القول أيضا فإنه بهذا الوصف ملك للمستأجر وإن كان المؤجر لا يستحق مطالبة الأجرة على عمله قبل تسليمه إليه وعلى هذا فإذا أعطى المؤجر قيمته مخيطا استحق مطالبته بأجرة عمله فإنه سلم العمل إليه ببدله. (البروجردي).

* بل عليه قيمته مخيطا على هذا القول أيضا فإذا أعطى قيمة كذلك يستحق الأجرة. (الإمام الخميني).

* هذا إذا فسخ المستأجر الإجارة لتعذر التسليم وله أن لا يفسخ ويأخذ قيمة الثوب مخيطا وحينئذ فيستحق الأجير الأجرة. (الخوئي).

ضمانه القيمة مع الوصف فبعيد (١)، وإن كان له وجه (٢)، وكذا يتفرع على ما ذكر أنه لا يجوز حبس العين (٣) بعد إتمام العمل إلى أن يستوفي الأجرة، فإنها بيده أمانة، إذ ليست هي ولا الصفة التي فيها موردا للمعاوضة، فلو حبسها ضمن بخلافه (٤) على القول الآخر. (مسألة): إذا تبين بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر واستحق المؤجر أجره المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة، أو فانت تحت يده إذا كان جاهلا بالبطلان، خصوصا مع علم المستأجر، وأما إذا كان عالما فيشكل ضمان المستأجر (٥)،

-
- (١) بل قوي قريب لأن الوصف وإن كان من شغله لكن صار سببا لزيادة قيمة الموصوف في اعتبار العقلاء والمتلف ضامن لما أتلفه بتمام قيمته ولا يعد بعض القيمة قيمة للموصوف في اعتبارهم كما هو بناء الفقهاء عليه في الأحكام. (الفيروزآبادي).
- (٢) لكنه غير وجيه. (الإصفهاني).
- * غير وجيه. (الإمام الخميني).
- (٣) هذا ينافي ما تقدم من استحقاق المطالبة بالإتمام ولا ريب أن له الحبس لأنه ذو حق فيه. (كاشف الغطاء).
- (٤) بل كذلك على القول الآخر. (الفيروزآبادي).
- (٥) بل أظهر الضمان إلا في الإجارة بلا أجرة أو فيما إذا كانت الأجرة مما لا يتمول عرفا ولا شرعا بحيث يعد بذل المال بإزائه مجانا. (الشيرازي).
- * بل لا إشكال في ضمانه لقاعدة اليد وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وهتك حرمة ماله غير معلوم بل معلوم العدم فإن التسليط عوضي لا مجاني. (كاشف الغطاء).
- * الأقوى هو الضمان في غير الإجارة بلا عوض أو بما لا يتمول عرفا من غير

خصوصا إذا كان جاهلا (١) لأنه بتسليمه العين إليه قد هتك حرمة ماله (٢) خصوصا إذا كان البطلان من جهة جعل الأجرة ما لا يتمول شرعا أو عرفا (٣)، أو إذا كان أجرة بلا عوض (٤)، ودعوى أن إقدامه وإذنه

الفرق فيهما بين العلم بالبطلان وعدمه ومن هنا يظهر حال الأجرة في يد المؤجر فإن عليه الضمان علم المستأجر ببطلانها شرعا أو لا وكذا يظهر مما ذكرنا حال الإجارة على الأعمال فإن العامل يستحق أجرة مثل عمله إلا فيما تقدم. (الإمام الخميني).

* لكن الأقوى هو الضمان لأنه لم يسلطه على المنفعة مجانا حتى يكون خارجا من أدلة الضمانات فلم يهتك حرمة ماله بحسب بنائه العرفي وإن علم فساده شرعا نعم يتم ذلك في الإجارة بلا أجرة بل وفيما إذا كانت الأجرة مال الغير فإن تسليطه للمستأجر الفضولي على منفعة ماله يكون مجانا بالنسبة إليه من الموردين. (الخوئي).

* لم يظهر وجه هذه الخصوصية. (النائيني).

(٢) في كون التسليم بعنوان الوفاء في المعاملات الفاسدة هتكا لحرمة المال ومسقطا للضمان تأمل بل منع فإن أكل المال مبنيا عليها مصداق للأكل بالباطل حتى في الإجارة بلا عوض أو بعوض لا يتمول شرعا أو عرفا فالأقوى هو الضمان مطلقا إلا إذا كان المستأجر مغرورا وكذلك الحكم في الأجرة إذا تلفت في يد المؤجر. (الكلبيايگاني).

(٣) لا يبعد الضمان في غير صورتها جعل الأجرة ما لا يتمول عرفا والإجارة بلا عوض. (الحائري).

(٤) الأقوى عدم الضمان في هذه الصورة وكذا لو جعل الأجرة ما لا يتمول عرفا

في الاستيفاء إنما هو بعنوان الإجارة والمفروض عدم تحققها فإذنه مقيد بما لم يتحقق مدفوعة، بأنه إن كان المراد كونه مقيدا بالتحقق شرعا فممنوع، إذ مع فرض العلم بعدم الصحة شرعا لا يعقل قصد تحققه إلا على وجه التشريع المعلوم عدمه، وإن كان المراد تقيده بتحققها الإنشائية فهو حاصل (١)، ومن هنا يظهر حال الأجرة أيضا، فإنها لو تلفت في يد المؤجر يضمن عوضها إلا إذا كان المستأجر عالما ببطلان الإجارة (٢)، ومع ذلك دفعها إليه، نعم إذا كانت موجودة له أن يستردها، هذا، وكذا في الإجارة على الأعمال (٣) إذا كانت باطلة يستحق العامل أجرة المثل (٤) لعمله دون المسماة إذا كان جاهلا

كالخفساء ونحوها ولا يفرق في عدم الضمان في هاتين الصورتين بين علم المؤجر بالفساد أو جهله به أما فيما عدا ذلك فلا أثر لعلم المؤجر بالفساد في سقوط الضمان حتى إذا كانت الأجرة ما لا يتمول شرعا كالخمر مثلا فضلا عما عدا ذلك ويطرد ذلك في جميع المعاضات. (النائيني).

(١) مجرد إعطائه المال بعنوان الملكية التشريعية للمستأجر لا يقتضي إذنه بتصرفه في ماله بما هو ماله بلا عوض فمثل هذا الإذن لا يوجب إباحته ولا يرفع ضمانا لعدم كون قصده هتك ماله بما هو ماله كما لا يخفى. (آقا ضياء).

(٢) بل وإن كان عالما ببطلانها نعم يقوى عدم الضمان فيما إذا كانت فضولية من طرف المؤجر كما مر. (البروجردي).

* الأظهر فيه الضمان. (الشيرازي).

* لكن الأقوى هو الضمان لأنه لم يسلطه على المنفعة مجانا حتى يكون خارجا من أدلة الضمانات. (الخوانساري).

(٣) الكلام فيها هو الكلام في الإجارة على المنافع. (البروجردي).

(٤) إطلاقه محل تأمل فإنه لو اشتغل العامل بالعمل بتوهم لزوم العمل عليه بسبب

بالبطلان (١)، وأما إذا كان عالما فيكون هو المتبرع بعمله (٢)، سواء كان بأمر من المستأجر (٣) أو لا، فيجب عليه (٤) رد الأجرة المسماة أو عوضها، ولا يستحق أجرة المثل، وإذا كان المستأجر أيضا عالما فليس له مطالبة الأجرة (٥) مع تلفها ولو مع عدم العمل من المؤجر. (مسألة): يجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه وصلحه وهبته، ولكن لا يجوز تسليمه إلا بإذن الشريك (٦) إذا كان مشتركا، نعم إذا

جهله من دون إلزام من المستأجر يشكل استحقاقه أجرة المثل. (الخوانساري).
* إذا استوفاه المستأجر أو كان بأمره من غير فرق بين كونها عالمين أو جاهلين أو مختلفين ما لم يكن غرور في البين. (الكلبيكاني).
(١) بل وإن كان عالما به. (الشيرازي).

(٢) إنما يكون متبرعا بعمله لو آجر نفسه لذلك العمل بلا أجرة أو جعل الأجرة ما لا يتمول عرفا ولا تبرع فيما عدا ذلك حذو ما تقدم في إجارة الأموال. (النائيني).
(٣) إن كان بأمر منه أو المستأجر خصوصا إذا كان عالما بالبطلان فله أجرة المثل وليس بقاصد للتبرع واقعا وأما التبرع الحكمي فممنوع. (الفيروزآبادي).
(٤) ذلك كذلك لو لم يكن داعيه على العمل الوفاء بما عقدا عليه وإلا فهو بمنزلة العمل بداعي أمر غيره كما هو الشأن أيضا في صورة جهلهما فلازمه الحكم بالضمان في المقام أيضا. (آقا ضياء).
* كونه من المتبرع بعمله في صورة عدم أمر من المستأجر محل تأمل وكذا الكلام في تاليه. (الخوانساري).
(٥) بل له المطالبة بها مطلقا ويلزمه أجرة عمل المؤجر لو أتى به. (النائيني).
* بل له المطالبة. (الشيرازي).
* بل له المطالبة لما أعطاه وفاء للعقد الفاسد عينا وبدلا كما مر. (الكلبيكاني).
(٦) لكن إذا عصى وسلمه يترتب عليه آثاره. (الكلبيكاني).

كان المستأجر جاهلاً بكونه مشتركاً كان له خيار الفسخ للشركة، وذلك كما إذا أجره نصف داره فتبين أن نصفها للغير ولم يجز ذلك الغير فإن له خيار الشركة بل وخيار التبعض، ولو أجره نصف الدار مشاعاً وكان المستأجر معتقداً أن تمام الدار له فيكون شريكاً معه في منفعتها فتبين أن النصف الآخر مال الغير فالشركة مع ذلك الغير، ففي ثبوت الخيار له حينئذ وجهان. لا يبعد ذلك (١) إذا كان في الشركة مع ذلك الغير منقصة له (٢).

-
- * ولكن إذا سلمه بدون إذنه ترتب عليه آثار التسليم وإن كان عاصياً. (البروجردى).
(١) بل هو بعيد إلا إذا كان المؤجر أخبره بكونه بتمامه له أو كان كلامه ظاهراً فيه بحيث كانت المعاملة مبنية عليه. (البروجردى).
* بل هو بعيد إلا فيما إذا عدت العين معيبة مع تلك الشركة.
* بل هو بعيد. (الخوانساري).
* بل بعيد إلا إذا أوجبت الشركة نقصاً في العين بحيث عدت معيبة.
نظير الأوصاف من الشرائط الضمنية الارتكازية وفيه نظر بعد عدم ظهور في تعلق العقد بالخصوصية كي به يستكشف تعلق غرضه الأقصى بمقتضى نفس عقده به وبمثل هذه الجهة ربما يفرق بين الأوصاف المأخوذة في المبيع وغيرها كما هو ظاهر. (آقا ضياء).
* موجبة للغبن. (الإمام الخميني).

(مسألة): لا بأس باستئجار اثنين دارا على الإشاعة ثم يقتسمان مساكنها بالتراضي أو بالقرعة، وكذا يجوز استئجار اثنين دابة للركوب على التناوب، ثم يتفقان على قرار بينهما بالتعيين بفرسخ فرسخ أو غير ذلك، وإذا اختلفا في المبتدئ يرجعان إلى القرعة، وكذا يجوز استئجار اثنين دابة مثلا لا على وجه الإشاعة بل نوبا معينة بالمدّة أو بالفراسخ وكذا يجوز إجارة اثنين نفسيهما على عمل معين على وجه الشركة (١) كحمل شيء معين لا يمكن إلا بالمتعدد.

(مسألة): لا يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد على الأقوى، فيجوز أن يؤجره داره شهرا متأخرا عن العقد بشهر أو سنة، سواء كانت مستأجرة في ذلك الشهر الفاصل أو لا، ودعوى البطلان من جهة عدم القدرة على التسليم كما ترى إذ التسليم لازم في زمان الاستحقاق لا قبله، هذا، ولو آجره داره شهرا وأطلق انصرف (٢) إلى الاتصال بالعقد، نعم لو لم يكن انصراف بطل.

فصل

العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة، فلا يضمن تلفها أو تعييبها إلا بالتعدي أو التفريط، ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونهما فالمشهور عدم الصحة (٣) لكن الأقوى صحته (٤) وأولى بالصحة إذا

* أو حرجا عليه. (الفيروزآبادي).

(١) في مال الإجارة. (آقا ضياء).

(٢) إذا لم تكن مستأجرة. (الإمام الخميني).

(٣) وهو الأقوى نعم يصح لو كان الاشتراط على النحو الثاني. (الإصفهاني).

* وهو الأقوى نعم يصح على النحو الثاني. (الخوانساري).

اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب، لا بعنوان الضمان، والظاهر عدم الفرق في عدم الضمان مع عدم الأمرين بين أن يكون التلف في أثناء المدة أو بعدها (١) إذا لم يحصل منه منع للمؤجر عن عين ماله إذا طلبها (٢)، بل خلى بينه وبينها (٣) ولم يتصرف بعد ذلك فيها، ثم هذا إذا كانت الإجارة صحيحة، وأما إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان، أقواهما العدم (٤) خصوصا إذا كان المؤجر عالما بالبطلان حين الإقباض دون المستأجر.

(مسألة): العين التي للمستأجر بيد المؤجر الذي أجر نفسه لعمل فيها كالثوب أجر نفسه ليخيطه أمانة فلا يضمن تلفها أو نقصها

- * مشكل نعم لا إشكال في صحة ما حكم بأنه أولى بالصحة. (الكلبيكاني).
- (١) إلى مدة يتعارف الرد فيها إلى صاحبها فإن أخرجها فالظاهر الضمان إلا أن يكون تعارف في البقاء عنده حتى يرجع إليه صاحبها. (الإمام الخميني).
- (٢) في ظرف كان له المطالبة بملاحظة عدم المزاحمة لحق انتفاع المستأجر وإلا ففي الضمان مع منعه في هذه الصورة إشكال. (آقا ضياء).
- (٣) الظاهر وجوب رد العين المستأجرة بعد انقضاء مدة الإجارة ولا يجوز حبسها إلا برضاء المالك ويضمن تلفها وإن خلى بينه وبينها ما لم يصدق الرد. (الكلبيكاني).
- * مجرد التخلية لا يخرجها عن كونها في يده وتحت استيلائه وهو المالك في الضمان إذا لم يكن عن إذن لا الحيلولة ولا التصرف. (البروجردي).
- (٤) إذا كان أداءه العين المستأجرة بعنوان استحقاقه القبض مقدمة لاستيفائه المنفعة في نفي الضمان نظر بل منع نعم لو قصد بإعطائه الأمانة مطلقا لا إشكال
- (١) حكم الضمان في المقام بسبب الاشتراط أشكال لإمكان التشكيك في جريان مناط العارية في المقام ولو قيل بجريانه في المقام السابق. (آقا ضياء).
- * على نحو ما مر في العين المستأجرة. (البروجردي).
- * مر ما هو الأقوى. (الإمام الخميني).
- (٢) الحال فيه كما تقدم آنفا. (الخوئي).
- * وتفترقان بصحة اشتراط الضمان هنا وبطلانه في المستأجرة كما تقدم. (النائيني).
- * قد مر الإشكال فيها لكن الأقوى هنا الصحة. (الكلبيكاني).
- (٣) ما ذكره (قدس سره) من البطلان مخالف لما ذكره في مسألة (١٣) من أن إتلاف المؤجر موجب للتخيير بين ضمانه والفسخ إلى آخره فراجع الفصل السابق. (كاشف الغطاء).
- * الأقوى في صورة إتلاف المؤجر أو الأجنبي أن المستأجر يتخير بين الفسخ لتعذر التسليم والإبقاء والرجوع إلى المتلف في عوض المنفعة كما في العين. (الكلبيكاني).
- (٤) البطلان مشكل كما مضى والأحوط الفسخ ثم الرجوع بالأجرة. (الحائري).
- * مر التفصيل بين التلف السماوي وغيره في المسألة الثالثة عشرة من الفصل

السابق وما ذكره (قدس سره) هنا يناقض ما تقدم منه فيها وقد تقدم أيضا أن إتلاف المستأجر بمنزلة قبضه. (الخوئي).
* فيما كان العقد على وجه التقييد بالنسبة إلى العين الخاصة وإلا فإن كانت العين موردا فلا بطلان مع إمكان تبديل العين بفرد آخر وإن كانت الإجارة

(٦٣)

إلا بالتعدي، أو التفريط، أو اشتراط ضمانها (١) على حذو ما مر في العين
المستأجرة (٢) ولو تلفت أو أتلّفها المؤجر (٣) أو الأجنبي قبل العمل
أو في الأثناء بطلت الإجارة (٤) ورجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلى

(٦٤)

المستأجر، بل لو أتلّفها مالکها المستأجر كذلك أيضا (١)، نعم لو كانت الإجارة واقعة على منفعة المؤجر بأن يملك منفعته الخياطي في يوم كذا يكون إتلافه لمتعلق العمل بمنزلة استيفائه (٢) لأنه بإتلافه إياه فوت على نفسه المنفعة، ففرق بين أن يكون العمل في ذمته أو يكون منفعته الكذائية للمستأجر (٣)، ففي الصورة الأولى التلف قبل العمل موجب للبطلان (٤) ورجوع الأجرة إلى المستأجر وإن كان هو المتلف، وفي الصورة الثانية إتلافه بمنزلة الاستيفاء (٥) وحيث إنه مالك لمنفعة المؤجر وقد فوتها على نفسه فالأجرة ثابتة عليه.

واقعة على المنفعة لا يكون إتلاف متعلق العمل استيفاء ولا تفويت فيما فرضناه. (الفيروزآبادي).

(١) محل إشكال أيضا. (الحائري).

(٢) محل إشكال. (الخوانساري).

(٣) والنكته الفارقة أنه في الصورة الأولى لما كان مالكا للكلي في ذمة الأجير

فإتلاف الثوب موجب لعدم القدرة على تسليم الكلي بإتلاف محله فيبطل

بخلافه في الثاني فإنه مالك لعمله الشخصي الموجب إتلاف الثوب لصديق

إتلاف المنفعة الشخصية فيكون بحكم الاستيفاء ولازمه في هذه الصورة

أن يلتزم بعدم اقتضاء إتلاف الأجنبي أيضا بطلان العقد بل كان ضامنا للمنفعة

ولا يبعد حينئذ دعوى ثبوت الخيار للمستأجر لأنه بحكم الإتلاف قبل القبض

لأن القبض في الأحرار بعين استيفاء منافعها. (آقا ضياء).

(٤) مشكل كما مر ولا فرق بين الصورتين في كون الإتلاف بمنزلة الاستيفاء كما

لا يخفى. (الحائري).

(٥) بل في الصورة الأولى أيضا كذلك. (الشيرازي).

* الظاهر عدم الفرق بين الصورتين في كون إتلاف المستأجر بمنزلة

الاستيفاء. (الكلبايگاني).

(مسألة): المدار في الضمان على قيمة يوم الأداء (١) في القيميات لا يوم التلف (٢)، ولا أعلى القيم على الأقوى.
 (مسألة): إذا أتلّف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطا (٣) واستحق الأجرة المسماة، وكذا لو حمل متاعا إلى مكان معين ثم تلف مضمونا أو أتلّفه فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان، لا أن يكون المالك مخيرا بين تضمينه غير مخيط بلا أجرة أو مخيطا مع الأجرة (٤) وكذا لا أن يكون في المتاع مخيرا بين قيمته غير محمول في مكانه الأول بلا أجرة أو في ذلك المكان مع الأجرة كما قد يقال.
 (مسألة): إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصارة أو لتفصيل الثوب

(١) في القوة تأمل والمسألة محل نظر ولو من جهة معارضة صدر عموم على اليد مع ذيله خصوصا مع فهم المشهور ترجيح الذيل فتدبر. (آقا ضياء).
 * بل على يوم التلف على الأقوى. (الحائري).
 * لا يبعد أن يكون المدار على قيمة يوم الضمان والأحوط الرجوع إلى المصالحة عند اختلاف القيمتين. (الخوئي).
 * محل تأمل. (الخوانساري).
 * بل يوم التلف على الأقوى. (الكلبایگانی).
 * لو اختلفت قيمة يوم التلف ويوم الأداء فالأحوط التصالح. (النائني).
 (٢) بل يوم التلف. (الفيروزآبادي).
 (٣) الظاهر أنه يضمن قيمته غير مخيط بلا أجرة. (الشيرازي).
 (٤) الظاهر أن لا يكون المثالان من واد واحد ففي مثل الثوب يقوى تخير المالك بين الأمرين على ما تقدم وفي المتاع المحمول إلى المكان المعين في عقد الإجارة يستحق الأجرة ويكون ضامنا لقيمة المتاع في ذلك المكان والفرق ظاهر مما تقدم. (النائني).

ضمن، وكذا الحجام إذا جنى في حجامته، أو الختان في ختانه، وكذا الكحال والبيطار وكل من آجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده يكون ضامنا إذا تجاوز عن الحد المأذون فيه، وإن كان بغير قصده، لعموم من أتلف، وللصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يعطي الثوب ليصبغه، فقال (عليه السلام): كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن، بل ظاهر المشهور ضمانه وإن لم يتجاوز عن الحد المأذون فيه، ولكنه مشكل (١) فلو مات الولد بسبب الختان مع كون الختان حاذقا من غير أن يتعدى عن محل القطع بأن كان أصل الختان مضرا به في ضمانه إشكال (٢).

(مسألة): الطبيب المباشر للعلاج (٣) إذا أفسد ضامن، وإن كان حاذقا، وأما إذا لم يكن مباشرا بل كان أمرا ففي ضمانه إشكال (٤)، إلا

(١) الأمر كما ذكره (قدس سره) لكن الظاهر هو الضمان في مسألة الختان إلا إذا كان المقتول به هو الذي سلم نفسه له مع استجماعه شرائط التكليف (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: بل الأقوى عدم الضمان ومع ذلك الظاهر هو الضمان في مسألة الختان إلا إذا كان المقتول به هو الذي سلم نفسه له مع استجماعه شرائط التكليف.

(٢) والأقوى عدم الضمان. (الإمام الخميني).

* بل الأقوى عدم الضمان إن لم يكن وظيفة الختان إلا الختان بأن لا يكون بصيرا في كون الختان مضرا أو لا وأما مع بصيرته في ذلك بحيث يعتمد عليه فيه مثل الجراحين في زماننا فالأقوى الضمان إلا مع التبرئة. (الكلبيكاني).

(٣) لا فرق بين المباشر للعلاج والمتطبب الذي يخبر عن الداء والدواء كما هو المتعارف في الطبابة على الأقوى وتنزيل النص والفتوى على المباشر تنزيل للإطلاق على النادر. (البروجردي).

(٤) عدم الضمان فيه وفي أمثاله أشبه. (كاشف الغطاء).

أن يكون سببا وكان أقوى من المباشر (١) وأشكل منه إذا كان واصفا للدواء من دون أن يكون آمرا، كأن يقول: إن دوائك كذا وكذا، بل الأقوى فيه عدم الضمان (٢) وإن قال: الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني، فلا ينبغي الإشكال في عدم ضمانه (٣)، فلا وجه لما عن بعضهم من التأمل فيه، وكذا لو قال: لو كنت مريضا بمثل هذا المرض لشربت الدواء الفلاني (٤).

(مسألة): إذا تبرأ الطبيب من الضمان وقبل المريض أو وليه ولم يقصر في الاجتهاد والاحتياط برأ على الأقوى (٥).
(مسألة): إذا عثر الحمال فسقط ما كان على رأسه أو ظهره مثلا ضمن (٦) لقاعدة الإلتلاف (٧).

(١) لا يبعد الضمان في التطب على النحو المتعارف سواء أمر أم لا. (الإمام الخميني).

* كما هو الغالب في الطبيب والمريض ولذا لا يكون تنزيل النص والفتوى على تلك الصورة تنزيل للإطلاق على النادر. (الكلبيكاني).

(٢) المدار في جميع صور عدم المباشرة على السببية والقوة. (الحائري).

(٣) إن اقتصر على هذه الكبرى وأما إن ضم إليه الصغرى وقال مرضك هو المرض الفلاني فهو كالصورة السابقة. (البروجرد).

(٤) الأظهر الضمان في جميع الصور إلا مع التبري. (الشيرازي).

(٥) في القوة تأمل لرجوعه إلى إسقاط ما لم يجب. (آقا ضياء).

(٦) محل تأمل. (الخوانساري).

* الأظهر عدم الضمان وكونه من التلف دون الإلتلاف. (النائيني).

(٧) الظاهر أنه لا يصدق الإلتلاف إذا لم يفرض في مشيه وعليه فلا ضمان عليه.

(مسألة): إذا قال للخياط مثلاً: إن كان هذا يكفيني قميصاً فاقطعه، فقطعه فلم يكف ضمن في وجهه، ومثله لو قال: هل يكفي قميصاً؟ فقال اقطعه فلم يكفه، وربما يفرق بينهما (١) فيحكم بالضمان في الأول (٢) دون الثاني بدعوى عدم الإذن في الأول دون الثاني وفيه أن في الأول أيضاً الإذن حاصل (٣)، وربما يقال بعدم الضمان

(الخوئي).

* إن لم تكن العثرة عن مسامحة وتقصير ففي الضمان إشكال. (الشيرازي).
* انطباق القاعدة على مثل هذه الموارد التي هي من قبيل القضاء والقدر مشكل نعم لو عثر بحجارة أو نحوها بحيث يكون مقصراً وجب الضمان. (كاشف الغطاء).

* إن كان العثور عن تقصير وإلا فالأظهر عدم الضمان لأنه بالتلف أشبه.

(الكلبيكاني).

(١) الظاهر أن الفرق هو الصحيح فإن الإذن في الأول مقيد بالكفاية دون الثاني نعم إذا كان الخياط عالماً بالحال مع جهل المالك فالظاهر ثبوت الضمان في (٢) الضمان في الفرضين لا يخلو من قوة. (الشيرازي).
(٣) لكن على تقدير الكفاية لا على تقدير عدمها كما هو المفروض. (الإصفهاني، البروجردي).

* وفيه أن الإذن المنوط بعنوان غير حاصل لا يكون مصححاً لرفع الزمان ولا التكليف كما أشرنا إليه سابقاً. (آقا ضياء).

* إذنه إنما هو على تقدير الكفاية كما أن الإذن في الثاني أيضاً مبني عليه

فيهما للإذن فيهما، وفيه أنه مقيد بالكفاية، إلا أن يقال: إنه مقيد باعتقاد الكفاية وهو حاصل، والأولى الفرق بين الموارد والأشخاص بحسب صدق الغرور (١) وعدمه أو تقيد الإذن (٢) وعدمه، والأحوط مراعاة الاحتياط (٣).

(مسألة): إذا أجر عبده لعمل فأفسد ففي كون الضمان عليه أو على العبد يتبع به بعد عتقه أو في كسبه إذا كان من غير تفريط، وفي ذمته يتبع به بعد العتق إذا كان بتفريط، أو في كسبه مطلقا وجوه وأقوال أقواها الأخير (٤) للنص الصحيح، هذا في غير الجناية على نفس

-
- ولا يوجب شئ منهما رفع الضمان. (الإمام الخميني).
- * ليس بحاصل لأنه مقيد بالكفاية كما هو سلمه في تقريب مرامه. (الفيروزآبادي).
- (١) في التمسك بقاعدة الغرور في المقام تأمل والأقوى الفرق بين كون الإذن مقيدا بالكفاية وكون اعتقاد الكفاية داعيا لإذنه فيحكم بالضمان في الأول دون الثاني. (الكلبيگاني).
- * التمسك بقاعدة الغرور كما أشار إليه لإثبات كون إذن المالك المغرور كلا إذن حتى يلزم منه ضمان المتلف المأذون محل تأمل وإشكال. (البروجردي).
- (٢) فيضمن في الأول لتقييد الإذن بالكفاية وفي الثاني فيما إذا حصل من قوله الاطمئنان ومعه يتحقق الغرور الموجب للضمان. (الإصفهاني).
- (٣) لا يترك. (الخوانساري).
- (٤) بل الأول للنص الصحيح وأما النص الذي أشار إليه فالظاهر منه غير ما نحن فيه أو يقيد بالنص المتقدم والجناية على النفس والطرف تحتاج إلى المراجعة. (الإمام الخميني).
- * لا يخلو عن الإشكال. (النائيني).
- * هذا فيما إذا استهلك أموالا آخر غير مورد الإجارة وأما الإفساد في مورد

أو طرف، وإلا فيتعلق برقبتة، وللمولى فداؤه بأقل الأمرين من الأرش والقيمة (١).

(مسألة): إذا أجر دابة لحمل متاع فعثرت وتلف أو نقص لا ضمان على صاحبها إلا إذا كان هو السبب بنخس أو ضرب.

(مسألة): إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق لم يضمن صاحبها، نعم لو اشترط عليه الضمان (٢) صح (٣) لعموم دليل الشرط وللنص.

(مسألة): إذا حمل الدابة المستأجرة أزيد من المشترك أو المقدار المتعارف مع الإطلاق ضمن تلفها أو عوارها، والظاهر ثبوت أجرة المثل (٤)

الإجارة فالأقوى فيه القول الأول. (الخوئي).

* بل الأول للحسن ومفاد النص ما إذا استهلك مالا آخر والأقوى فيه الأخير. (الكلبيكاني).

* بل أقواها الأول نعم إن استهلك مالا آخر للمستأجر غير ما استؤجر

لإصلاحه فأفسده فالأقوى فيه هو الأخير للنص الصحيح. (البروجردي).

(١) هذا فيما إذا كان القتل أو الجناية خطأ وأما في فرض العمد فلا خيار للمولى

بل لولي المقتول الخيار بين الاقتصاص والاسترقاق وكذلك المجني عليه إذا

كانت الجناية تحيط برقبة العبد. (الخوئي).

(٢) الأولى الأحوط أن يشترط عليه على حد ما ذكرنا في العين المستأجرة.

(الإمام الخميني).

* مر الكلام والتفصيل فيه في أول الفصل. (الخوانساري).

* على النحو الذي مر في العين المستأجرة. (البروجردي).

(٣) على تفصيل تقدم آنفا. (الخوئي).

(٤) محل إشكال خصوصا مع زيادة المسمى عليها ولا يبعد ثبوت المسمى

للمقدار المشترك وأجرة مثل الزيادة بوصف كونها زيادة مطلقا فإن الشرط

لا المسمى (١) مع عدم التلف (٢)، لأن العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل، نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد (٣) ثبت عليه المسماة (٤)

إنما يفيد استحقاقه عليه عدم حمل الزيادة لا تقييد المقدار بكونه لا معها.
(البروجردى).

* المتعارف عرفاً غير صورة التقييد حتى مع اشتراط عدم التجاوز عما وقع عليه العقد أو المتعارف مع الإطلاق والظاهر بل المتعين حينئذ ثبوت المسمى وأجرة المثل بالنسبة إلى الزائد نعم لو فرض كونه على وجه التقييد فحكمه حكم المتباينين وسيأتي إن شاء الله. (الحائري).

* بل الظاهر ثبوت أكثر الأمرين في صورة التقييد والأجرة المسماة مع أجرة مثل الزائد في صورة الاشتراط إذا لم يفسخ المؤجر الإجارة وإلا فأجرة مثل المجموع. (الشيرازي).

* بل المسماة وأجرة المثل بالنسبة إلى الزائد حتى في صورة التقييد وما اختاره (قدس سره) في تلك الصورة خلاف ما سيأتي منه في المتباينين. (الكلبايگاني).

(١) بل الظاهر ثبوت المسمى بالنسبة إلى المقدار المشترك أو المتعارف وأجرة مثل الزيادة نعم لو فرض إيقاع الإجارة على حمل مقدار معين بشرط لا عن غيره فيصير حكمه حكم المتباينين على ما يأتي. (الإمام الخميني).

(٢) بل مع التلف أيضاً. (البروجردى).

(٣) المرتكز العرفي هو الاشتراط دون التقييد ولو فرض التقييد بنصب القرينة عليه فالظاهر ثبوت الأجرتين كما سيأتي. (الخوئي).

(٤) هذا هو المتعين في جميع ما يكون متعلق الإجارة بالنسبة إلى ما استوفاه المستأجر من الأقل والأكثر الخارجيين بل لا يبعد ذلك فيما إذا كانت مرتبة المنفعة كذلك فكان المستأجر لها هي زراعة الحنطة مثلاً والمستوفاة هي زراعة الشعير أو الرonas ونحو ذلك فيسقط من أجرة المستوفاة حينئذ ما

وأجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة.
(مسألة): إذا اكرت دابة فسار عليها زيادة عن المشترك ضمن،
والظاهر ثبوت الأجرة المسماة بالنسبة إلى المقدار المشترك (١) وأجرة المثل بالنسبة إلى الزائد.

(مسألة): يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضربها إذا وقفت على المتعارف، أو يكبحها (٢) باللحام أو نحو ذلك على المتعارف إلا مع منع المالك (٣) من ذلك أو كونه معها، وكان المتعارف سوقه هو، ولو تعدى عن المتعارف أو مع منعه ضمن نقصها أو تلفها، أما في صورة الجواز ففي ضمانه مع عدم التعدي إشكال، بل الأقوى العدم (٤) لأنه

يقابل المستأجرة ويضمن الزيادة ولو تساوتا أو زادت المستأجرة لم يضمن شيئاً حتى مع اشتراط عدم التجاوز عما وقع عليه العقد أو ظهور إطلاقه في ذلك وإن كان المستأجر آثماً حينئذ بالتخلف وفي الإجارة على الأعمال أيضاً يطرد ذلك. (النائبي).

(١) يأتي فيه التفصيل المتقدم. (الإمام الخميني).

* إذا لم يفسخ المعاملة وإلا فأجرة مثل المجموع. (الشيرازي).

(٢) أي يجذبها. (الفيروزآبادي).

(٣) مع توقف استيفاء المنفعة على النحو المتعارف على خصوص ضربه ففي سلطنة المالك على المنع نظر بل منع نعم في ضمانه بإتلافه وجه. (آقا ضياء).

* في ضمن العقد وأما بعد العقد فلا تأثير في منعه من المتعارف. (الإمام الخميني).

* لا وجه لمنعه عن المتعارف إلا مع اشتراطه في العقد. (الكلبيايگاني).

(٤) فيه إشكال فلا يترك الاحتياط بالصلح. (الفيروزآبادي).

* فيه إشكال لأن الإذن من المالك مفروض العدم ومن الشارع لا يستلزم عدم

الضمان. (الإصفهاني).

* الأقوى ضمان الإلتلاف إلا مع الإذن فيه وعدم ضمان التلف إلا مع التعدي.

(الكلبيايگاني).

مأذون فيه (١).

(مسألة): إذا استؤجر لحفظ متاع فسرقت لم يضمن إلا مع التقصير في الحفظ، ولو لغلبة النوم عليه (٢)، أو مع اشتراط الضمان (٣) وهل يستحق الأجرة مع السرقة؟ الظاهر لا (٤)، لعدم حصول العمل المستأجر عليه إلا أن يكون متعلق الإجارة الجلوس عنده (٥) وكان الغرض هو

(١) بل لأنه مع تعارفه لا يكون تعدياً أو تفريطاً حتى تصير يده عليها يد عدوان. (البروجردى).

* مجرد التعارف لا يستلزم الإذن ليرفع الضمان نعم لو كان بحيث ينتزع منه الإذن لدى العقلاء صح ما ذكره. (الإمام الخميني).

* فيه أنه مأذون بعنوان السوق والسلامة لا التنقيص والإتلاف وسيجيئ حكمه بضمن القصاب المأذون في الذبح إذا صار الحيوان حراماً. (الفيروزآبادي). (٢) فيه تأمل. (الإصفهاني).

* في كونها من التقصير في الحفظ مطلقاً إشكال بل منع. (الخوئي). * في إطلاق كونها تقصيراً تأمل. (الشيرازي).

(٣) على النحو المتقدم. (البروجردى، الخوانساري).

* فيه إشكال نعم لا بأس باشتراط التدارك من ماله عند التلف. (الكلبایگانی). * بمعنى التدارك كما تقدم. (الخوئي).

(٤) بل الظاهر نعم إذا كان قد أتى بما هو تحت قدرته من الأعمال الموجبة للحفظ على النحو المتعارف إذ هو الذي يصح الاستئجار عليه لا المحفوظية التي ليست مقدورة له وربما تحصل على سبيل الاتفاق. (البروجردى).

(٥) أو سائر الأعمال الموجبة للحفظ على النحو المتعارف إذا أتى بها ثم سرق وأما إذا سرق قبل الإتيان بما ذكره فلا يستحق الأجرة بلا إشكال. (الكلبایگانی).

الحفظ لا أن يكون هو المستأجر عليه.

(مسألة): صاحب الحمام لا يضمن الثياب إلا إذا أودع وفرط أو تعدى، وحينئذ يشكل صحة اشتراط الضمان أيضا لأنه أمين محض (١) فإنه إنما أخذ الأجرة على الحمام ولم يأخذ على الثياب، نعم لو استؤجر مع ذلك للحفظ أيضا ضمن مع التعدي أو التفريط، ومع اشتراط الضمان (٢) أيضا، لأنه حينئذ يأخذ الأجرة على الثياب أيضا فلا يكون أمينا محضا.

فصل

يكفي في صحة الإجارة كون المؤجر مالكا للمنفعة، أو وكيفا عن المالك لها، أو وليا عليه، وإن كانت العين للغير كما إذا كانت مملوكة بالوصية أو بالصلح أو بالإجارة فيجوز للمستأجر أن يؤجرها من المؤجر أو من غيره، لكن في جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثاني بدون إذن المؤجر إشكال (٣) فلو استأجر دابة للركوب أو لحمل

-
- (١) إذا كان الضمان بمعنى التدارك فاشتراطه لا ينافي كونه أمينا. (الخوئي).
- (٢) على النحو المذكور. (البروجردي).
- * على النحو المتقدم. (الكلبيكاني، الخوانساري).
- (٣) بل لا إشكال فيما لا يحتاج إلى الإذن وإجارة المستأجر كإجارة المؤجر في ملازمتها التسليم في بعض الموارد. (الحائري).
- * لا يبعد الجواز إذا كان المستأجر الثاني أمينا مع إطلاق العقد كما هو المفروض ومع ذلك للمالك مطالبة العين من المستأجر الأول بعد انقضاء المدة وبذلك يظهر عدم ضمانه بالتسليم إلى المستأجر الثاني. (الخوئي).
- * وإن كان الجواز لا يخلو من وجه. (الإمام الخميني).
- * لا إشكال في جواز التسليم بل وجوبه فيما له التسليم من المؤجر الأول بحيث لو لم يسلم إليه يجبر عليه من غير فرق بين ما توقف استيفاء المنفعة

المتاع مدة معينة فأجرها في تلك المدة أو في بعضها من آخر يجوز، ولكن لا يسلمها إليه، بل يكون هو معها، وإن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه فجواز الإجارة لا يلازم تسليم العين بيده (١)، فإن سلمها بدون إذن المالك ضمن (٢)، هذا إذا كانت الإجارة الأولى مطلقة، وأما إذا كانت مقيدة كأن استأجر الدابة لركوبه نفسه فلا يجوز إيجارها من آخر (٣) كما أنه إذا اشترط المؤجر عدم إيجارها من غيره أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه كذلك أيضا، أي لا يجوز إيجارها من الغير نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه ولم يشترط كونها لنفسه جاز أيضا إيجارها من الغير بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير، ثم لو خالف وأجر في هذه الصور ففي الصورة الأولى وهي ما إذا استأجر الدابة لركوبه نفسه بطلت (٤) لعدم كونه مالكا (٥) إلا ركبته نفسه فيكون المستأجر الثاني ضامنا (٦) لأجرة المثل (٧) للمالك (٨) إن استوفى المنفعة

عليه أو ما تعارف ذلك في إيجارته وحينئذ لا ضمان مع التلف. (الكلبيكاني).

- (١) هذه الكلية ممنوعة كما مر. (الحائري).
- (٢) لا مطلقا بل فيما يحتاج إلى الإذن. (الحائري).
- (٣) التقييد لا ينافي جواز الإجارة من آخر وذلك كما إذا استأجرت المرأة دارا لسكنائها مقيدة ثم تزوجت فإنه يجوز لها أن تؤجرها من زوجها لسكنائها وبذلك يظهر ما في الحكم بالبطلان على الإطلاق بعيد ذلك. (الخوئي).
- (٤) مع عدم إجازة المالك. (الفيروزآبادي).
- (٥) بل لعدم كونه مأذونا منه أيضا. (الفيروزآبادي).
- (٦) بل على المستأجر الأول أكثر الأمرين. (الشيرازي).
- (٧) الظاهر أن المستأجر الأول ضامن للأجرة المسماة للمالك والمستأجر الثاني ضامن لما أتلفه على المستأجر الأول نعم إن كان ما استوفاه الثاني أزيد مما

وفي الصورة الثانية والثالثة في بطلان الإجارة وعدمه وجهان (١) مبنيان على أن التصرف المخالف للشرط باطل (٢) لكونه مفوتا لحق الشرط أو لا، بل حرام وموجب للخيار (٣)، وكذا في الصورة الرابعة (٤) إذا لم

استحققه الأول فالثاني ضامن لأجرة المثل للمالك بالنسبة إلى الزيادة وإن كان للمالك الرجوع إلى كل منهما فيها. (الكلبيكاني).

(٨) بل للمستأجر الأول وهو ضامن للمالك ومديون له بالمسمى. (الفيروزآبادي).

(١) لا يخلو أولهما من قوة إلا أن يجيزها المشروط له. (البروجردي).

* أظهرهما الثاني في الصورة الثانية وأما الصورة الثالثة فهي وإن لم تكن

* الظاهر صحة الإجارة في الصورة الثانية والرابعة وللمالك خيار تخلف

الشرط مع عدم تمكنه من إزمه بالعمل بالشرط وأما الصورة الثالثة فالظاهر

أنه يرجع إلى تحديد المنافع وحكمه حكم الصورة الأولى في بطلان الإجارة

والضمان. (الكلبيكاني).

* الأقوى الصحة مع الخيار. (الشيرازي).

* أصحهما الثاني فإن الشرط في العقود التزام في التزام لا تقييد وإلا لبطل

العقد بدونه رأساً. (كاشف الغطاء).

(٢) هذا هو الأقوى. (النائيني).

(٣) هذا هو الأقوى. (الإصفهاني، الحائري).

(٤) بل فيها تصح الإجارة ويثبت الخيار مع عدم التمكن من إزمه بالعمل

بالشرط وجهاً واحداً. (البروجردي).

* الظاهر عدم بطلان الإجارة في هذه الصورة فإن حرمة التسليم لا تلازم

بطلان الإجارة بل الظاهر عدم البطلان مع اشتراط التسليم أيضاً فإن بطلان

يستوف هو بل سلمها إلى ذلك الغير.
(مسألة): يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة وما بمعناها أن يؤجر العين المستأجرة بأقل مما استأجر، وبالمساوي له مطلقا أي شئ كانت، بل بأكثر منه أيضا إذا أحدث فيها حدثا، أو كانت الأجرة من غير جنس الأجرة السابقة (١)، بل مع عدم الشرطين أيضا فيما عدا البيت والدار والدكان والأجير، وأما فيها فإشكال (٢)، فلا يترك الاحتياط (٣) بترك إجارتها بالأكثر (٤) بل الأحوط (٥) إلحاق الرحي (٦)

-
- الشرط لا يوجب بطلان العقد الواقع فيه الشرط على الأظهر. (الخبوي).
(١) في كفاية ذلك في الصحة نظر لعدم مساعدة دليل على التجويز به عدا توهم لزوم الربوي في الجنس وهو كما ترى. (آقا ضياء).
* الأحوط ترك الإجارة بالأكثر ولو كانت الأجرة من غير جنس الأجرة السابقة. (الكلبيگاني).
(٢) بل لا يجوز على الأقوى. (الإصفهاني).
* عدم الجواز فيها لا يخلو من قوة. (البروجردي).
* بل الأقوى عدم الجواز. (الإمام الخميني).
* أقواه عدم الجواز. (الشيرازي).
(٣) بل حرام. (الحائري).
(٤) بل لا يترك بترك إجارتها بغير الجنس أيضا إذا كانت الأجرة من النقود أو ما بحكمها (الخبوي) وفي حاشية أخرى منه: بل الأظهر ذلك كما أن الأظهر ترك إجارتها بغير الجنس أيضا إذا كانت الأجرة من النقود أو ما بحكمها.
(٥) وإن كان عدم الإلحاق لا يخلو من قوة وكذا الخان. (الإمام الخميني).
* لا يترك. (الكلبيگاني).
(٦) لا بأس بترك الاحتياط فيه. (الخبوي).

والسفينينة بها أيضا في ذلك، والأقوى جواز ذلك مع عدم الشرطين في الأرض على كراهة، وإن كان الأحوط الترك (١) فيها أيضا، بل الأحوط الترك في مطلق الأعيان إلا مع إحداث حدث فيها، هذا، وكذا لا يجوز أن يؤجر بعض أحد الأربعة المذكورة بأزيد من الأجرة، كما إذا استأجر دارا بعشرة دنائير وسكن بعضها وآجر البعض الآخر بأزيد من العشرة، فإنه لا يجوز بدون إحداث حدث (٢) وأما لو آجر بأقل من العشرة فلا إشكال، والأقوى الجواز بالعشرة أيضا، وإن كان الأحوط تركه. (مسألة): إذا تقبل عملا من غير اشتراط المباشرة ولا مع الانصراف إليها يجوز أن يوكله إلى عبده أو صانعه أو أجنبي ولكن الأحوط عدم تسليم متعلق العمل كالثوب ونحوه إلى غيره (٣) من دون إذن المالك، وإلا ضمن، وجواز الإيكال لا يستلزم جواز الدفع، كما مر نظيره (٤) في العين المستأجرة فيجوز له استئجار غيره لذلك العمل بمساوي الأجرة التي قررها في إجارته أو أكثر، وفي جواز استئجار الغير بأقل من الأجرة إشكال (٥) إلا أن يحدث حدثا، أو يأتي ببعض فلو آجر نفسه لخياطة

-
- (١) لا يترك. (الكلبيكاني).
(٢) أو كون الأجرة من غير جنس الأجرة السابقة. (الإمام الخميني).
(٣) إلا مع جريان العادة بذلك. (النائيني).
(٤) ما ذكرناه في العين المستأجرة يجري هنا بعينه. (الخوئي).
* مر الكلام فيها وجواز دفع متعلق العمل على المؤجر لذلك العمل أيضا لا يخلو من وجه والأحوط عدم الدفع إلى غير المؤجر. (الإمام الخميني).
(٥) بل لا يجوز كما تقدم. (الإصفهاني).
* عدم الجواز لا يخلو من قوة. (البروجردى، الخوانساري).
* أظهره عدم الجواز ولا يكفي إحداث الحدث هنا في جوازه. (الخوئي).

ثوب بدرهم يشكل استئجار غيره لها بأقل منه إلا أن يفصله أو يخيط شيئاً منه ولو قليلاً، بل يكفي أن يشتري الخيط والإبرة (١) في جواز الأقل (٢)، وكذا لو آجر نفسه لعمل صلاة سنة أو صوم شهر بعشر دراهم مثلاً في صورة عدم اعتبار المباشرة يشكل استئجار غيره (٣) بتسعة مثلاً إلا أن يأتي بصلاة واحدة أو صوم يوم واحد مثلاً.
(مسألة): إذا استؤجر لعمل في ذمته لا بشرط المباشرة يجوز تبرع الغير عنه، وتفرغ ذمته بذلك، ويستحق الأجرة المسماة، نعم لو أتى بذلك العمل المعين غيره لا بقصد التبرع عنه (٤) لا يستحق الأجرة المسماة (٥)

* والأقوى عدم الجواز. (الإمام الخميني، الكلپايگانی).

* أقواه عدم الجواز. (الشيرازي).

* المشهور عدم الجواز وهو أحوط والجواز أقرب. (كاشف الغطاء).

(١) محل إشكال بل منع. (الإمام الخميني).

* في كفايته ما لم يعمل فيه نظر كما هو ظاهر. (آقا ضياء).

* هذا إذا اشتراه بماله وأما إذا اشتراه بمال الأجير ففي كفايته إشكال بل منع.

(الخوئي).

(٢) يعني مع دفع ما اشتراه من الخيط والإبرة إلى الأجير الثاني ليخيط الثوب به

لا مع عدمه. (النائيني).

(٣) وإن كان الجواز لا يخلو من وجه لكن لا ينبغي ترك الاحتياط. (الإمام الخميني).

* مر آنفاً أن عدم الجواز هو الأظهر. (الخوئي).

(٤) المدار على كونه قاصداً لإتيان العمل عن قبل الأجير بلا خصوصية لقصد

تبرعه. (آقا ضياء).

(٥) إذا فسخ المستأجر بسبب تعذر تسليم العمل والانفساخ مشكل كما مر في

نظائرها وليست المسألة نظير مسألة الإجارة على قلع السن نعم هي نظير مسألة

وتنفسخ الإجارة (١) حينئذ لفوات المحل، نظير ما مر سابقا من الإجارة على قلع السن فزال ألمه، أو لخياطة ثوب فسرق أو حرق. (مسألة): الأجير الخاص وهو من آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه (٢) للمستأجر في مدة معينة أو على وجه تكون منفعته

الإجارة للخياطة فسرق الثوب أو حرق والإشكال جار فيها أيضا. (الحائري). (١) لا موجب للانفساخ إذا كان عمل غيره بعد مضي زمان كان الأجير متمكنا من الإتيان به فيه فإنه يدخل حينئذ تحت عنوان التعذر الطارئ وهو يوجب الخيار لا الانفساخ وقد تقدم الكلام في الإجارة على قلع الضرس إذا زال ألمه. (الخوئي).

(٢) لا يخفى قصور العبارة عن توضيح ذلك وحيث لا خفاء في عدم قابلية المنافع المتضادة لأن تملك جمعا في عرض واحد لا في منافع الأموال ولا الأعمال وإن القدر المشترك بين أنواعها المتضادة والجامع لمراتبها الطولية هو المملوك في البابين فإن تعلق عقد الإجارة بذلك القدر المشترك بماله من الشمول لمراتب الانتفاع يملك المستأجر حينئذ ما كان المؤجر مالكا له ويتخير في استيفاء أي مرتبة شاء في ضمن أي الأنواع ولو تعلق بنوع خاص كالكتابة مثلا أو الخياطة وكزرع الحنطة مثلا أو الشعير وغير ذلك كان ذلك تحديدا لما يملكه المستأجر من مراتب المنفعة بما في ضمن ذلك النوع وسلبا لسلطنة كل من المؤجر والمستأجر على ما عداه فيملك المستأجر ذلك القدر المشترك بهذه الخصوصية وهذا هو توضيح الوجهين الأولين وأما الوجوه الأربعة الأخيرة فمرجعها وإن كان إلى تملك عمل في الذمة لا إلى تملك المنفعة لكن مقتضى اعتبار المباشرة وتعيين المدة بأحد هذه الوجوه هو عدم جواز ما ينافي ذلك. (النائني).

* لا يخلو عن شوب إشكال لاستلزام الغرر. (الخوانساري).

الخاصة كالخياطة مثلاً له، أو أجر نفسه لعمل مباشرة مدة معينة، أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية لا يجوز له أن يعمل في تلك المدة لنفسه أو لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرع عملاً ينافي حق المستأجر إلا مع إذنه، ومثل تعيين المدة تعيين أول زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ، نعم لا بأس بغير المنافى كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل (١) فإنه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار، ومثل إجراء عقد (٢) أو إيقاع أو تعليم أو تعلم في أثناء الخياطة ونحوها، لانصراف المنافع عن مثلها، هذا ولو خالف وأتى بعمل مناف لحق المستأجر فإن كانت الإجارة على الوجه الأول بأن يكون جميع منفعه للمستأجر وعمل لنفسه في تمام المدة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ (٣) ويسترجع تمام الأجرة المسمأة، أو بعضها (٤) أو يقيها ويطالب عوض الفأث (٥) من المنفعة

(١) إذا لم يكن الليل داخلا في مدة هذه الإجارة حتى في الصورة الأولى. (الكلبايگاني).

(٢) في غير الصورة الأولى وأما فيها فلا يجوز له عمل له المالية نعم لا بأس بما لا يعد من المنافع عند العرف. (الكلبايگاني).

(٣) لأنه من باب إتلاف المنفعة على المستأجر قبل القبض لما أشرنا من أن قبض المنافع في الأحرار باستيفائها لعدم كونهم تحت اليد. (آقا ضياء).

(٤) مر أن الفسخ إنما يتعلق بعقد الإجارة بتمامه وعليه فلا وجه لاسترجاع بعض الأجرة. (الخوئي).

* هذا محل إشكال لاستلزام التبويض في الخيار. (الخوانساري).

(٥) بل عوض المنفعة التي استوفاه المستأجر أو غيره وهو أجرة مثل العمل

بعضاً أو كلا، وكذا إن عمل للغير تبرعاً، ولا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرع له بالعوض، سواء كان جاهلاً بالحال أو عالماً، لأن المؤجر هو الذي أتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير، وإن كان ذلك الغير آمراً له بالعمل (١) إلا إذا فرض على وجه يتحقق معه صدق الغرور (٢) وإلا فالمفروض أن المباشر للإتلاف هو المؤجر، وإن كان

الذي أوقعه لنفسه أو غيره ولعل هذا مراد الماتن هنا وفي الصورة الآتية. (الإصفهاني).

* أي أجره مثل العمل الذي عمله لنفسه أو لغيره كما في الفرع التالي وكذا في نظائره. (الإمام الخميني).

* بل له الأخذ بأكثر الأمرين منه ومن عوض المنفعة التي استوفاهما الأجير أو غيره وهو أجره مثل ما أوقعه لنفسه أو لغيره. (الكلبيكاني).

(١) لا يبعد الرجوع على الأمر المستوفي للمنفعة. (الخوانساري).

* لا يبعد الجواز في هذه الصورة لا لأنه أتلف على المستأجر منافعه حتى يجاب بأن المباشر هو الأجير بل لأنه استوفى عمل الأجير الذي هو ملك المستأجر بدون تبرع من مالكة فله أخذ عوضه عنه وتبرع الأجير به لا يفيد بعد كونه ملكاً لغيره. (البروجردي).

* لا يبعد جواز مطالبة الغير بالعوض في تلك الصورة لأن الأمر استوفى بأمره عمل الأجير بدون إذن مالكة يعني المستأجر فعليه عوضه وتبرع الأجير لا يؤثر في ملك الغير. (الكلبيكاني).

(٢) فرض غرور الأجير من قبل الأمر بعيد. (الخوانساري).

* بأن يدعي الأمر الإذن أو الوكالة من المستأجر ويعتقده الأجير لحسن ظنه به مثلاً فيرجع الأجير حينئذ على الأمر على تقدير رجوع المستأجر إليه لو لم نقل بأن أمره استيفاء كما مر. (الكلبيكاني).

* لم يتحصل محصل لفرض صدق الغرور ولو كان أمر الأمر استيفاء منه للعمل

عمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة (١) فللمستأجر أن يجيز ذلك، ويكون له الأجرة المسماة في تلك الإجارة أو الجعالة، كما أن له الفسخ والرجوع إلى الأجرة المسماة وله الإبقاء ومطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخير بين الأمور الثلاثة (٢) وإن كانت الإجارة على الوجه الثاني وهو كون منفعتها الخاصة للمستأجر فحاله كالوجه الأول إلا إذا كان

ومخرجا له عن التبرعية فلا يبعد جواز الرجوع إليه. (النائيني).
* ليس للمستأجر الرجوع على الأمر حتى مع صدق الغرور فإن المغرور هو الأجير دون المستأجر والأجير أيضا لا يرجع إليه إذا كان متبرعا بعمله كما هو المفروض نعم إذا لم يكن متبرعا كما إذا غره الأمر وادعى أن المستأجر قد أذن بالعمل له فعمل له كان للأجير أن يرجع إليه بأجرة المثل. (الخوئي).
(١) يختص صلاحية الجعالة لتعلق إجازة المستأجر بها بما إذا تعلق بعمل شخص ذلك الأجير ولا يطرد فيما لم يتعين شخصه في عقد الجعالة. (النائيني).
(٢) تتصور هذه الوجوه في الصورة الأولى أي كون جميع منافعه للمستأجر وقد عرفت الإشكال فيه مضافا إلى لزوم التبعض في الخيار. (الخوانساري).
* بل وبين رابع وهو إبقاء إجارة نفسه ورد الإجارة الثانية والرجوع على مستأجرها بأجرة العمل لما مر في الحاشية السابقة وكذا في بعض صور الجعالة ثم إن أخذ عوض المثل أو المسمى في هذه الفروض نحو استيفاء لمنفعة الأجير فمع تمكن المستأجر منه بلا عسر ولا ضرر لا يبعد عدم جواز فسخ عقد نفسه. (البروجردى).
* بل له في هذا الفرض الأخذ بأكثر الأمرين منه ومن عوض ما أتى للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة مخيرا فيه بين الرجوع إليه أو إلى الغير مع صدق استيفائه له من دون غرور فيتخير بين الخمسة. (الكلبايگاني).

العمل للغير على وجه الإجارة أو الجعالة، ولم يكن من نوع العمل المستأجر عليه، كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخياطي فأجر نفسه للغير للكتابة، أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنه ليس للمستأجر إجازة ذلك (١)، لأن المفروض أنه مالك لمنفعة الخياطي، فليس له إجازة العقد (٢) الواقع على الكتابة فيكون مخيرا بين الأمرين (٣) من الفسخ واسترجاع الأجرة المسماة والإبقاء ومطالبة عوض الفأث وإن كانت على الوجه الثالث فكالثاني (٤) إلا أنه لا فرق فيه في عدم صحة الإجازة (٥) بين ما إذا كانت الإجارة أو الجعالة واقعة على نوع العمل

(١) مقتضى ما تقدم من تعلق الإجارة الواردة على آحاد المنافع المتضادة بالقدر المشترك الذي كان المؤجر مالكا له هو ورود الإجارة الثانية على ما ملكه المستأجر الأول وصلاحيته لإجازته بذلك ولو أجاز فمع تساوي المنفعتين في المالية ومقدار الانتفاع تكون الأجرة المسماة في الإجارة الثانية حينئذ هي تمام ما يستحقه ولو كان ما عقد عليه في الإجارة الأولى دون ما عقد عليه في الثانية كان الزائد على ما يستحقه المستأجر الأول من مراتب المنفعة للمؤجر ولو انعكس الفرض ضمن المؤجر مقدار التفاوت على إشكال في ذلك. (النائبي).

(٢) لكن له إسقاط حقه فيصح العقد الواقع على الكتابة نظير إجازة المرتهن بيع الرهن للعين المرهونة ويكون مال الإجارة للمؤجر لا للمجيز. (الكلبيكاني).

(٣) التخيير مشكل بناء على عدم البطلان بتعيين عوض الفأث. (الخوانساري).

(٤) قد مر الإشكال في الثاني. (الخوانساري).

* ويجري فيه أيضا ما ذكرنا في الثاني. (الكلبيكاني).

(٥) لو التزم للمستأجر الثاني بما يضاد الإجارة الأولى فالأقوى صحة إجازة المستأجر الأول له مطلقا. (النائبي).

المستأجر عليه أو على غيره، إذ ليست منفعة الخياطة مثلا مملوكة للمستأجر حتى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها، بل يملك عمل الخياطة في ذمة المؤجر (١)، وإن كانت على الوجه الرابع وهو كون اعتبار المباشرة أو المدة المعينة على وجه الشرطية لا القيدية ففيه وجهان (٢) يمكن أن يقال بصحة العمل (٣) للغير بعنوان الإجازة أو الجعالة من غير حاجة إلى الإجازة وإن لم يكن جائزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل، غاية ما يكون أن للمستأجر خيار تخلف الشرط، ويمكن أن يقال بالحاجة إلى الإجازة، لأن الإجازة أو الجعالة منافية

(١) بمباشرته كما لا يخفى. (آقا ضياء).

(٢) بل وجوه ثالثها عدم الصحة مع الإجازة أيضا إذ الإجازة بمعنى إمضاء العقد لنفسه لا موقع لها وبمعنى إسقاط ما استحقه بالشرط توجب تجدد سلطنته الأجير بعدها فلا تنفع في صحة ما وقع منه قبلها. (البروجردي).
* لا يبعد البطلان ولو مع تعقب الإجازة (الخوئي)، وفي حاشية أخرى منه:
الأوجه الثاني.

* بل وجوه أوجهها أول وجهي ما في المتن. (الإمام الخميني).

* أقواهما التوقف على الإجازة. (الشيرازي).

* أقواهما الثاني. (الفيروزآبادي).

* الثاني هو الأوفق بالقواعد. (كاشف الغطاء).

(٣) ولعله الأقوى ما لم يرجع إلى تحديد المنفعة وإلا فكالسابقة. (الكلبایگانی).

* وهذا هو المختار ولو من جهة إحداث الشرط كالنذر قصور السلطنة على ضد ما شرط ونقيضه ولو من جهة إحداث حق للغير في المشروط به. (آقا ضياء).

لحق الشرط، فتكون باطلة بدون الإجازة (١).
(مسألة): إذا آجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة ولو مع تعيين المدة أو من غير تعيين المدة (٢) ولو مع اعتبار المباشرة جاز عمله للغير ولو على وجه الإجازة قبل الإتيان بالمستأجر عليه، لعدم منافاته له من حيث إمكان تحصيله، لا بالمباشرة أو بعد العمل للغير، لأن المفروض عدم تعيين المباشرة أو عدم تعيين المدة، ودعوى أن إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضي وجوب التعجيل ممنوعة (٣) مع أن لنا أن نفرض الكلام فيما لو كانت قرينة على عدم إرادة التعجيل.
(مسألة): لو استأجر دابة لحمل متاع معين شخصي (٤) أو كلي على وجه التقييد (٥) فحملها (٦) غير ذلك المتاع أو استعمالها في الركوب لزمه

-
- (١) هذا هو المتعين في المقام بل لا سبيل إلى توجيه الوجه الأول. (النائيني).
(٢) وإن كان مقتضى الإطلاق. (الفيروزآبادي).
(٣) في بعض الموارد مقبولة. (الفيروزآبادي).
* في بعض الموارد لا مطلقا وقد تقدم منه (قدس سره) أن الإطلاق يقتضي التعجيل مطلقا. (الكلبيكاني).
* لعله أراد من التعجيل الحقيقي لا العرفي فإن دعوى وجوبه لا تكون ممنوعة وإلا لكان العقد غرريا وعليه فلا يكون منافيا لما تقدم منه (قدس سره) من أن إطلاق العقد يقتضي التعجيل العرفي. (الخوئي).
(٤) في زمان معين. (الفيروزآبادي).
(٥) مع تعيين الزمان في الكلي كما لا يخفى. (آقا ضياء).
(٦) في الوقت الذي استأجرها أو استعمالها في الركوب كذلك. (الإمام الخميني).

الأجرة المسماة (١)، وأجرة المثل (٢) لحمل المتاع الآخر أو للركوب،

(١) هذه المسألة محتاجة إلى التأمل. (الإصفهاني).

* بل لا يضمن إلا أعلى المنفعتين فلو كان ما استوفاه دون متعلق الإجارة أو مساويا له ولم يكن المسمى دون أجرة مثله لم يلزمه إلا المسمى ويرجع إلى أجرة المثل فيما عدا ذلك. (النائيني).

(٢) لزوم الأجرتين مع أنه لم يذكره أحد فتوى ولا وجهها مخالف لما رواه أبو ولاد عن أبي عبد الله (عليه السلام) فيما وقع له من اكترائه البغل من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة ذاهبا وجائيا ومسيس حاجته إلى تبديل سفره ذلك بالسفر من الكوفة إلى النيل ثم إلى بغداد ثم الرجوع منها إلى الكوفة فركبه كذلك بدون إذن صاحبه في مدة خمسة عشر يوما أنه (عليه السلام) قال له عليك مثل كراء بغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل ومن النيل إلى بغداد ومنها إلى الكوفة توفيه إياه. انتهى مقدار الحاجة فإنه ظاهر بل صريح بقريئة سائر فقراته في أن ذلك تمام حقه نعم لو كان المسمى للطريق التي تركها أكثر من أجرة المثل فالأقرب لزوم الزيادة أيضا ولا ينافيه الحديث لوروده على المتعارف في مثل الواقعة. (البروجردي).

* بل الأقرب أنه لم يلزمه إلا الأجرة المسماة والتفاوت بين أجرة المنفعة التي استوفاه وأجرة المنفعة المستأجرة عليها لو كان فلو استأجرها بخمسة فركبها وكانت أجرة الركوب عشرة لزمته العشرة ومع عدم الزيادة لم تلزمه إلا الأجرة المسماة وكذا الحال في نظائر المسألة. (الإمام الخميني).

* بل عليه أكثر الأمرين. (الشيرازي).

* بل ما به التفاوت. (الفيروزآبادي).

* بل الأجرة المسماة ومقدار فضل ما استوفاه فيما له فضل. (الكلبيكاني).

* في استحقاق أجرة المثل إشكال إلا بمقدار فضل المنفعة المستوفاة بل أعلى

وكذا لو استأجر عبدا للخياطة فاستعمله في الكتابة، بل وكذا لو استأجر حرا لعمل معين في زمان معين وحمله على غير ذلك العمل مع تعمله وغفلة ذلك الحر (١) واعتقاده أنه العمل المستأجر عليه، ودعوى أن ليس للدابة في زمان واحد منفعتان متضادتان، وكذا ليس للعبد في زمان واحد إلا إحدى المنفعتين من الكتابة أو الخياطة، فكيف يستحق أجرتين؟ مدفوعة (٢) بأن المستأجر بتفويته على نفسه (٣) واستعماله في

المنافع المتعارفة الغير المستوفاة على المنفعة المستأجر عليها فلا يترك الاحتياط بالتصالح. (الحائري).

(١) بل الأمر كذلك مع النفقات الحر وغفلة المستأجر إذا لم يكن الأجير قاصدا للإتيان بالعمل مجانا. (الخوئي).

(٢) بل العلة المذكورة لدفعها عليه مردودة لأن المستأجر استوفى منفعة الحمل الذي ملكه على وجه غير مأذون فيه بتغيير وصف فكأنه كان مالكا لكلي كان له استيفاءه مع قيد ووصف فاستوفاه مع وصف آخر ولا ريب أن في نظر العرف ليس تاركا لاستيفاء حقه ولا يعتبرون منفعتين عرضيتين فيما لم يمكن جمعهما نعم فيما يمكن جمعهما يعتبرونهما. (الفيروزآبادي).

* تقدم منه (قدس سره) في أول هذا الفصل أنه لو أجره الدابة على وجه القيدية بأن أجرها لركوبه بنفسه فخالف وأجر بطلت واستحق المالك أجره المثل من المستأجر الثاني وظاهره بطلان الإجاريتين ويسترد الأول الأجرة المسمومة من المالك وعلى ما ذكره هنا من إمكان اجتماع المنفعتين المتضادتين في وقت واحد كما في المقام يمكن القول بصحة الإجاريتين الأولى بالعقد والثانية بالإجازة فيستوفي المالك الأجرتين كما في مثال العبد والخياطة والكتابة فيستوفي أجره الخياطة للتفويت وأجرة الكتابة بالإجازة مع الإجازة والحق استحالة اجتماع المنفعتين المتضادتين عقلا وليس له إلا أجره المثل في

غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة أخرى (١).
(مسألة): لو آجر نفسه للخياطة مثلاً في زمان معين فاشتغل
بالكتابة للمستأجر مع علمه بأنه غير العمل المستأجر عليه لم يستحق
شيئاً (٢) أما الأجرة المسماة (٣) فلتفويتها على نفسه (٤) بترك الخياطة، وأما

الجميع. (كاشف الغطاء).

(٣) بل مدفوعة بعدم المانع من ملكية المنفعتين المتضادتين على ما حققناه في
محلّه. (الخوئي).

(١) مع إمكان أن يقال: إنه لا بأس باعتبار العقلاء ملكية كل واحد من
المتضادين بمحض قابلية العين لكل منهما ولو على البدل غاية الأمر لا يعقل
السلطنة الفعلية التعينية عليهما ولكن يكفي في اعتبار الملكية لهما مجرد ترتب
أثر الضمان أحياناً باستيفاء غير ما ملكه بالعقد وبذلك يفرق بين ضمان الغير
بإتلاف المنفعة غير المملوكة وبين إجازته للغير في هذه المنفعة إذ ليس للمؤجر
السلطنة على هذه المنفعة بعد تملكه المنفعة الأخرى كما هو ظاهر. (آقا ضياء).

* لكنه لا يملك منفعتين متضادتين جمعاً في عرض واحد حتى يستحق
العوض لأحدهما بالعقد وللآخر بالاستيفاء نعم لو كانت أجرة ما استوفاه زائدة
عما وقع عليه العقد له مطالبة الزيادة كما مر. (الكلبياني).

* لا يخفى ما في هذه الدعوى من المنع بل هي بالخطابة أشبه. (النائيني).
(٢) على فرض فسخ المستأجر وإلا فذمته مشغولة بقيمة العمل واقعا ومستحق
على المستأجر بالمسمى ما لم يلزم تهاتر قهري. (آقا ضياء).

* فيه تفصيل. (الفيروزآبادي).

* هذا إذا فسخ المستأجر ولكن له أن لا يفسخ وحينئذ فلا يجير الأجرة المسماة وعليه
عوض الفئات. (الكلبياني).

(٣) عدم استحقاق المسماة مشكل إلا إذا فسخ المستأجر العقد. (الحائري).

أجرة المثل للكتابة مثلا فلعدم كونها مستأجرا عليها، فيكون كالمتبرع بها (١) بل يمكن أن يقال: بعدم استحقاقه لها، ولو كان مشتبهها غير متعمد، خصوصا مع جهل المستأجر بالحال.

(مسألة): لو أجر دابته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشتبه وحملها متاع عمرو لم يستحق الأجرة على زيد (٢) ولا على عمرو. (مسألة): لو أجر دابته من زيد مثلا فشردت قبل التسليم إليه أو بعده (٣) في أثناء المدة (٤) بطلت الإجارة (٥) وكذا لو أجر عبده فأبق، ولو

(٤) مر أن التفويت لا يوجب بطلان الإجارة بل المستأجر مخير بين الفسخ ومطالبة قيمة العمل المستأجر عليه وبه يظهر الحال في المسألة الآتية. (الخوئي).

(١) إلا إذا أمره المستأجر أو أحرز الرضا منه. (كاشف الغطاء).

(٢) على فرض الفسخ وكونه قبل قبض الدابة وإلا فعلى تقدير الإمضاء كان حكمه حكم المسألة السابقة كما أنه لو كان بعد قبض العين كان الأمر كذلك بلا احتياج إلى الإمضاء أيضا لصحة الإجازة ولزومه. (آقا ضياء).

* فيه إشكال إلا إذا فسخ الزيد المستأجر كما مر. (الحائري).

* هذا إذا فسخ زيد ولكن له أن لا يفسخ فعلى الأجير عوض الفاتت وله الأجرة المسماة كما مر. (الكلبيكاني).

(٣) إذا لم يكن تقصير من المستأجر في حفظها المتعارف وكذا في العبد. (الإمام الخميني).

(٤) يعني بالنسبة إلى القدر الباقي من المدة نعم لو لم تبق العين المستأجرة في يد المستأجر زمانا يعتد به انفسخت الإجارة كليا. (النائيني).

(٥) البطلان مشكل والأحوط الفسخ ثم الرجوع بالأجرة كما مضى سابقا. (الحائري).

* بالإضافة إلى المدة الباقية وللمستأجر الخيار بالإضافة إلى ما مضى. (الخوئي).

* رأسا إذا لم يمض من المدة مقدار معتد به وإلا فبالنسبة إلى ما بقي من المدة.

غضبهما غاصب فإن كان قبل التسليم فكذلك، وإن كان بعده يرجع
المستأجر على الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة، ويحتمل
التخيير (١) بين الرجوع على الغاصب وبين الفسخ في الصورة الأولى
وهو ما إذا كان الغصب قبل التسليم.
(مسألة): إذا آجر سفينته لحمل الخل مثلا من بلد إلى بلد فحملها
المستأجر خمرا لم يستحق المؤجر إلا الأجرة المسماة (٢)، ولا يستحق

(الشيرازي).

- (١) بل هو الأقوى كما أشرنا إليه سابقا. (آقا ضياء).
* هذا هو الأقوى ولا فرق بين الصورتين في ذلك. (الحائري).
* هذا هو المتعين والفرق بين المقام وما تقدم من تعيين الرجوع على الظالم في
بعض صور منعه يظهر بالتأمل. (الخوئي).
* هذا هو الأقوى. (الإمام الخميني).
* التخيير مشكل ولا يبعد الرجوع على الغاصب. (الخوانساري).
* مشكل. (الفيروزآبادي).
* وهو الأقوى. (الكلبایگانی).
* بل هو الأقوى. (النائيني).
* هذا هو الأقوى وقد اضطرب كلامه (قدس سره) في هذه المسألة فهنا أبطلها ثم احتمل
التخيير وفي الفصل الثالث خير المستأجر ثم احتمل قويا تعيين رجوعه على
الظالم بعوض ما فات منه. (البروجردي).
(٢) بل يستحق مضافا إلى الأجرة المسماة التفاوت بينها وبين أجرة المثل على
فرض زيادتها على المسماة كما مر. (الإمام الخميني).
* هذه المسألة محتاجة إلى التأمل. (الإصفهاني).
* لا يبعد استحقاق الأجرتين الأجرة المسماة والمثل. (الخوانساري).

أجرة المثل (١) لحمل الخمر لأن أخذ الأجرة عليه حرام فليست هذه المسألة مثل مسألة إجارة العبد للخياطة فاستعمله المستأجر في الكتابة، لا يقال: فعلى هذا إذا غصب السفينة وحملها خمرا كان اللازم عدم استحقاق المالك أجرة المثل، لأن أجرة حمل الخمر حرام، لأننا نقول: إنما يستحق المالك أجرة المثل للمنافع المحللة الفاتئة في هذه المدة، وفي المسألة المفروضة لم يفوت على المؤجر منفعة (٢) لأنه أعطاه الأجرة المسماة لحمل الخل بالفرض.

(مسألة): لو استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان فاشتبهه وركب دابة أخرى له لزمه الأجرة المسماة للأولى (٣) وأجرة المثل (٤)

-
- (١) بل يستحق أكثر الأمرين من المسماة وأجرة المثل كما مر في المسألة السادسة وحرمة استيفاء المنفعة على من يستوفيه لا يوجب عدم استحقاق المالك عوضه عليه إذا لم يكن التحريم راجعا إليه وإلا كان اللازم عدم ضمان الغاصب للمنافع المستوفاة لحرمة استيفائها عليه وعدم لزوم مهر المثل على الزاني فيما إذا كانت المرأة مشتبهة لحرمة وطئها على الرجل. (البروجردي).
- (٢) يرد عليه بمذاقه أنه بتفويته على نفسه حصل للمالك منفعة محللة أخرى فوثها المستأجر على المؤجر. (الفيروزآبادي).
- * هذا إذا عمل المستأجر على طبق الإجارة وإلا فلا يبعد صدق التفويت بالنسبة إلى أعلى المنافع المتعارفة المحللة وحينئذ تستحق فضلها على المنفعة المستأجرة فلا يترك الاحتياط بالتصالح. (الحائري).
- (٣) مع كون الدابة مسلمة إليه أو تحت اختياره وكذا في الفرع التالي. (الإمام الخميني).
- * إن كان مكنه منها وبقيت تحت مكنته إلى مدة يمكنه الاستيفاء منها كما مر. (البروجردي).
- * مع تسليم صاحب الدابة لها وتمكينه منها مدة يمكنه الاستيفاء. (الكلبيايگاني).

لثانية، كما إذا اشتبه فركب دابة عمرو فإنه يلزمه أجره المثل لدابة عمرو، والمسماة لدابة زيد، حيث فوت منفعتها على نفسه. (مسألة): لو آجر نفسه لصوم يوم معين عن زيد مثلا ثم آجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو لم تصح الإجارة الثانية (١)، ولو فسخ الأولى بخيار أو إقالة قبل ذلك اليوم لم ينفذ في صحتها (٢) بل ولو أجازها ثانيا (٣) بل لا بد له من تجديد العقد، لأن الإجارة كاشفة (٤)، ولا يمكن

(٤) وللمستأجر أجره المثل للأولى إن ركبها راكب استأجرها أو استعملها المالك. (الفيروزآبادي).

(١) لو أجازها المستأجر الأول صحت وكانت الأجرة المسماة في الإجارة الثانية ملكا للمستأجر الأول والأجرة المسماة في الأولى ملكا للأجير مطلقا. (النائيني).

(٢) لا يبعد الصحة في الفرض. (الشيرازي).

* بل لا يبعد الصحة إذا فسخ الأولى أو أقالها وكذا مع الإجارة ويكون مال الإجارة للأجير لا للمجيز وقد مر نظيره. (الكلبيكاني).

(٣) بعد فرض كون الأجير مالكا لعمله بشهادة ضمان من استوفاه ولو بأمره غايته لا يكون سلطانا عليه ما دام وجود العقد الأول فلا بأس بتصحيح الإجارة الكاشفة للإجارة الثانية كما هو الشأن في نظيره من مسألة من باع شيئا ثم ملك بل الأمر في المقام أهون لا أشكل لأن العقد وقع في محله غاية الأمر من غير أهله بخلاف المسألة المزبورة فإنه لم يقع العقد في محله أيضا. (آقا ضياء).

(٤) في وجهه. (الفيروزآبادي).

* كونها كاشفة محل تأمل وإشكال وإن كان البطلان كما ذكره لا يخلو من وجهه. (الإمام الخميني).

الكشف هنا لوجود المانع حين الإجارة. فيكون نظير من باع شيئاً ثم ملك بل أشكل (١).

فصل

لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير (٢)، لا لما قيل من عدم كون مال الإجارة

(١) لأن الإجارة الثانية غير قابلة حين صدورهما للإجارة من أحد (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: وجه الإشكال أن المعاملة في مسألة من باع شيئاً ثم ملك قابلة للإجارة من المالك الواقعي حين حدوثها وفي المقام الإجارة الثانية غير قابلة للإجارة من أحد حين وقوعها هذا. ولكن الصحيح بناء على ما ذكرناه سابقاً من أن المنافع المتضادة مملوكة جميعاً فالمقتضي لصحة الإجارة الثانية موجود وهو ملك المؤجر المنفعة المستأجر عليها في الإجارة الثانية ولكن المانع وهو المزاحمة وعدم إمكان استيفاء كلتا المنفعتين متوفر فإذا افترضنا رفع المانع بالإقالة أو الفسخ فلا مانع من الحكم بصحة الإجارة المزبورة من دون حاجة إلى الإجارة فيكون المقام نظير نكاح العبد بدون إذن مولاه. * لتخالف الصوم عن عمرو مع الصوم عن زيد. (الفيروزآبادي). * لم يظهر وجهه. (النائيني).

(٢) سواء أراد أن يملكها للمؤجر من حين الإجارة أو ملكاً له حال وجودهما في الخارج وسواء أراد إجارة الأرض مطلقاً بهما وإن لم توجدا حتى تكون حينئذ إجارة بلا أجر أو إجارتها بهما على تقدير وجودهما فالأقوى في جميعها البطلان للأخبار وللغرر ولما يلزم في كل منها من المحذور الخاص به. (البروجردي).

* بل بما يحصل منها مطلقاً سواء كان بمقدار معين من حاصلها أو مع اشتراط أدائه منه. (الإمام الخميني).

موجودا حينئذ لا في الخارج ولا في الذمة (١)، ومن هنا يظهر عدم جواز إجارتها بما يحصل منها (٢) ولو من غير الحنطة والشعير، بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى أيضا لمنع ذلك،

(١) الأولى في وجه الإشكال على مثل هذه الإجارة أن يقال: إن ما يحصل من الأرض وإن كان موجودا اعتبارا بتبع وجود منشئها من قابلية الأرض لها كما هو الشأن في وجه اعتبار وجود المنافع التدريجية المعدومة إلا أن ملكية المستأجر إنما جاء بنفس هذه الإجارة فكيف يصح جعله عوضا في هذه الإجارة من دون فرق من تلك الجهة بين الحنطة والشعير وبين غيرهما من سائر ما يحصل من الأرض من الحبوب وغيرها كما يؤول إليه بعض النصوص أيضا فلا غرو حينئذ من جعل هذه النصوص على القاعدة ولا يكاد يستفاد منها النهي عما لا تقتضي القاعدة فسادها من زرع أرض أخرى والكلبي في الذمة ولو مع شرط أدائه من حاصل هذه الأرض فضلا عما لو لم يشترط والله العالم. (آقا ضياء).

* القائل هو صاحب الجواهر وهو تام فيما إذا أريد تمليكها من حين الإجارة. (البروجردى).

* الظاهر صحة هذا القول لأن الأجرة لا بد من كونها مملوكة أو في حكم المملوكة كما إذا كانت من الأعمال أو شيئا في الذمة والمفروض في المقام عدم ذلك وعليه فالإجارة باطلة بلا فرق بين كون الحاصل من الحنطة والشعير وكونه من غيرهما كما أنه لا فرق بين كون الحاصل من تلك الأرض وكونه من غيرها وقياسه بمنفعة العين قياس مع الفارق فإنها من شؤون العين ومملوكة بتبعها فعلا بخلاف الحاصل من الأرض الذي هو معدوم حال العقد. (الخوئي).

(٢) يعني بمقدار معين من الحنطة أو الشعير الحاصلين منها. (الإصفهاني).

فإنهما في نظر العرف واعتبارهم بمنزلة الموجود (١) كنفس المنفعة (٢)، وهذا المقدار كاف في الصحة نظير بيع الثمار سنتين (٣) أو مع ضم الضميمة، فإنها لا يجعل غير الموجود موجودا، مع أن البيع وقع على المجموع، بل للأخبار الخاصة (٤) وأما إذا أجرها بالحنطة أو الشعير

(١) محل إشكال بل منع ولذا لم يتعارف المعاملة على أمثالهما والفرق بينهما وبين المنفعة واضح. (الكلبياني).

* هذا ممنوع وليس هذا كالمنفعة ولا نظير الثمار الغير الموجودة فإن المنفعة حيث إنها من شؤون العين والثمرة مما يتولد ويتكون من الشجرة لهما نحو وجود في العين في نظر العرف واعتبارهم بخلاف الطعام الغير الحاصل الذي لم يزرع وعلى تقدير اعتبار الوجود فيه فكفاية هذا النحو من الوجود في الملكية والمالية حتى يجعل عوضا في باب المعاوضات محل نظر وإشكال. (الإصفهاني).

(٢) المنفعة وجودها نفس وجود العين وعدمها بعدم العين فوجود العين كاف في اعتبار ملكية المنفعة بخلاف ما نحن فيه. (البروجردى).

(٣) الحكم فيه بالصحة تعدي وإلا فالقاعدة تقتضي البطلان حتى مع الضميمة. (الكلبياني).

* دخالة انضمام الثمرة الموجودة أو الضميمة الخارجية في صحة بيع ما يحتمل أن يوجد من ثمار السنة الآتية تعبدا يخرج عن كونه نظيرا لمسألتنا. (البروجردى).

(٤) الأخبار بين ما هو ضعيف السند وما لا دلالة فيه وأما صحيح الحلبي فهو مع اختصاصه بإجارة الأرض بالحنطة غير ظاهر في النهي الوضعي وعليه فلا بد من حمله على الكراهة أي كراهة إجارة الأرض بالحنطة ثم زرعها حنطة كما صرح به في خبر آخر. (الخوئي).

في الذمة لكن بشرط الأداء منها، ففي جوازه إشكال، والأحوط العدم (١) لما يظهر من بعض الأخبار، وإن كان يمكن حمله على الصورة الأولى، ولو آجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونها منها فالأقوى جوازه، نعم لا يبعد كراهته، وأما إجارتها بغير الحنطة والشعير من الحبوب فلا إشكال فيه (٢) خصوصا إذا كان في الذمة مع اشتراط كونه منها أو لا.

(مسألة): لا بأس بإجارة حصة من أرض معينة مشاعة، كما لا بأس بإجارة حصة منها على وجه الكلي في المعين مع مشاهدتها على وجه يرتفع به الغرر، وأما إجارتها على وجه الكلي في الذمة فمحل

-
- (١) وإن كان الأظهر الجواز وقد عرفت ما في الأخبار. (الخوئي).
* لا يترك بل الأقوى البطلان إذا لم يطمئنا بحصولها منها لكون الشرط غريبا ومنه يسري إلى المعاملة. (الكلبياني).
(٢) بل فيه الإشكال المتقدم المنقول من القائل المتقدم إذا قيد بكونه منها من دون اعتباره في الذمة وأما بدون ذلك القيد فالظاهر جوازه لكن لا يبعد كراهته. (الإصفهاني).
* الأقوى عدم جوازها إذا قيد بكونه منها لما مر. (البروجردي).
* مر ما هو الأقوى. (الإمام الخميني).
* مر أنه لا فرق بين الحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب. (الخوئي).
* بل فيه أيضا إشكال خصوصا مع اشتراط كونه منها وإن كان الأقوى ما في المتن. (الشيرازي).
* بل الحكم فيه هو الحكم فيهما على الأقوى. (الكلبياني).
* الأحوط العدم فيما إذا لم يكن في الذمة أو كان واشترط كونه منها. (الحائري).

إشكال، بل قد يقال بعدم جوازها لعدم ارتفاع الغرر بالوصف، ولذا لا يصح السلم فيها، وفيه أنه يمكن وصفها على وجه يرتفع فلا مانع منها إذا كان كذلك (١).

(مسألة): يجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً (٢) لأنه منفعة محللة، وهل يثبت لها آثار المسجد من حرمة التلويث، ودخول الجنب والحائض ونحو ذلك؟ قولان، أقواهما عدم (٣) نعم إذا كان قصده عنوان المسجدية (٤) لا مجرد الصلاة فيه وكانت المدة (٥) طويلة كمائة سنة أو أزيد لا يبعد ذلك (٦) لصدق المسجد عليه حينئذ.

-
- (١) لكنه مجرد فرض ظاهراً إذ الوصف لا يحيط بما فيها من الخصوصيات الموجبة لتفاوت الرغبات. (البروجردى).
- (٢) فيه إشكال بل منع نعم يجوز استئجارها مدة معينة لجعلها مصلى أو معبداً ولا تجري عليها أحكام المسجد بذلك. (الخوئي).
- * أي لتجعل مأذونا فيها للصلاة لا المسجد المصطلح. (الفيروزآبادي).
- * المسجدية من العناوين الأبدية ولا تقبل التحديد والتوقيت وإذا كان الدوام لازماً في الوقت فلزومه في المسجدية أشد لأنها تحرير وفك ملك. (كاشف الغطاء).
- بالعين المضادة مع ملكيتها في صحة قصدها نظر جداً. (آقا ضياء).
- (٥) في ترتب الآثار عليه وإن طالت المدة إشكال بل منع. (الشيرازي).
- (٦) محل تأمل ومجرد قصد المسجدية في ترتيب الآثار غير معلوم ولو كانت المدة طويلة. (الإمام الخميني).

(مسألة): يجوز استئجار الدراهم والدنانير للزينة أو لحفظ الاعتبار أو غير ذلك من الفوائد التي لا تنافي بقاء العين.

(مسألة): يجوز استئجار الشجر لفائدة الاستظلال ونحوه كربط الدابة به أو نشر الثياب عليه (١).

(مسألة): يجوز استئجار البستان لفائدة التنزه لأنه منفعة محللة عقلائية.

(مسألة): يجوز الاستئجار لحيازة المباحات (٢) كالاختطاب والاحتشاش والاستقاء فلو استأجر من يحمل الماء له من الشط مثلا ملك ذلك الماء بمجرد حيازة السقاء (٣) فلو أتلفه متلف قبل الإيصال

* بل يبعد لبعد الصدق بل عدمه واضح فإن المسجدية تحرير الأرض وجعل

رقبتها حرا. (الفيروزآبادي).

* على الأحوط. (الحائري).

* مشكل. (الخوانساري).

(١) مع كونه بوجه يعد عقلائيا عند العرف ولا يكون سفهيا وكذا الفرع الآتي. (الفيروزآبادي).

(٢) محل إشكال نعم يجوز على مقدماتها من الجمع والحمل إليه ليملكها بعد استيلائه عليها. (البروجردي).

* يتوقف جواز الاستئجار لها على أن تكون مما تدخله النيابة ويكون تملك المباح بها أثرا متولدا منها تابعا لها في الملكية بلا حاجة إلى قصده أو كفاية قصد من يملك العمل في حصوله له ولا يخلو جميع ذلك عن الإشكال. (النائيني).

(٣) مع قصده الوفاء بعقد الإجارة وأما مع قصده لنفسه يصير المحوز له ومع عدم

إلى المستأجر ضمن قيمته له (١)، وكذا في حيازة الحطب والحشيش، نعم لو قصد المؤجر كون المحوز لنفسه فيحتمل القول بكونه له (٢)، ويكون ضامنا للمستأجر عوض ما فوته عليه من المنفعة، خصوصا إذا كان المؤجر آجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه (٣) في اليوم الفلاني للمستأجر، أو يكون منفعتة من حيث الحيازة له، وذلك لاعتبار النية في التملك بالحيازة (٤) والمفروض أنه لم يقصد كونه للمستأجر، بل قصد نفسه، ويحتمل القول بكونه للمستأجر (٥) لأن المفروض أن

القصد لواحد منهما فالظاهر بقاؤه على إباحته ولا يبعد أن يكون المباشر حينئذ أولى بالحيازة فيكون الجمع بلا قصد موجبا لتعلق حق الحيازة عليه هذا إذا كان الجمع لغرض الحيازة مع عدم قصدتها فعلا وأما مع عدم هذا القصد كما إذا جمع لأغراض آخر فالظاهر بقاؤه على الاشتراك والاستواء بين الناس. (الإمام الخميني).

* محل إشكال بل عدمه لا يخلو من رجحان إذ هو مخالف للأصل ولا دليل عليه. (البروجردي).

* مع قصد التملك له. (الكلبيايگاني).

(١) الظاهر أن ضمان الماء التالف بالمثل لا بالقيمة. (الخوئي).

(٢) وهو الأقوى. (الكلبيايگاني، الإمام الخميني).

* وهو ضعيف. (الفيروزآبادي).

(٣) للمستأجر في تلك الصورة أكثر الأمرين من عوض الفئات وأجرة مثل الحيازة بقصد نفسه. (الكلبيايگاني).

(٤) بل لاعتبار النية في انصراف عمل الأجير عنه إلى المستأجر حتى يصير هو الحائز له دون الأجير. (البروجردي).

(٥) وهو الأقوى وعقد المستأجر كاف. (الفيروزآبادي).

منفعته من طرف الحيازة له (١) فيكون نية كونه لنفسه لغوا، والمسألة مبنية (٢) على أن الحيازة من الأسباب القهرية لتملك الحائز ولو قصد

(١) نعم ولكن ذلك لا يجعله كأحد مخازنه الجمادية يكون كلما دخل فيه صار تحت استيلائه قهرا بل هو بعد إنسان له عمل وإرادة وعناوين أعماله تابعة لإرادته سواء كانت وفاء لما عقده لغيره على نفسه أو نقضا له غايته أنه يضمن مع النقض ما فوته عليه بأجرة مثله. (البروجردى).

(٢) بل مبنية على أن الحيازة التي من أسباب تملك المباح فعل مباشري أو أعم منه ومن التسببي كتعمير المسجد وبنائه حيث يعم كونه بالمباشرة والتسبب ببذل المال فيه واستئجار العملة والبناء له فعلى الأول لا يصح الاستئجار لها بل الحائز هو المباشر لها فإن بنينا على عدم اعتبار قصد التملك وكونها من الأسباب القهرية لتملك الحائز ملك المباح سواء قصد لنفسه أو لغيره أو لم يقصد أصلا وإن بنينا على اعتبار قصده كما هو الأقوى فما لم يقصده لنفسه لم يملكه سواء قصد لغيره أو لم يقصد أصلا وعلى الثاني كما هو الأقوى فإذا ملك المستأجر عمله الخاص وهو الحيازة الصادرة منه بالإجارة وذلك إما باستجاره لجميع منافعه أو من حيث الحيازة مطلقا أو مقيدة بزمان خاص فحاز في ذلك الزمان أو لحيازة عين شخصية فحازها تكون الحيازة الواقعة في الخارج ملكا له ومنسوبا إليه بالتسبب فكان المحوز له دون الأجير وإن قصد كونه له لأنه لم يملك عمله حتى يكون فائدته له كالعبد نعم لو اعتبرنا قصد التملك لا بد أن يكون المستأجر قاصدا له في استجاره وأما إذا لم يكن قاصدا له بأن استأجره لها بغرض من الأغراض العقلائية يبقى المحوز على إباحته الأصلية ولا يكون ملكا للأجير ولا للمستأجر. (الإصفهاني).

* أقول لا إشكال ظاهرا أن حقيقة الحيازة ليست إلا عبارة عن جعل الشئ تحت استيلائه خارجا وهذا المعنى ليس من الأمور القصدية ولكن مثل هذا العمل لما كان في حيلة سلطنة الإنسان شرعا فالعقلاء يعتبرون استتباع هذا

الغير، ولازمه عدم صحة الاستئجار لها، أو يعتبر فيها نية التملك ودائرة مدارها، ولازمه صحة الإجارة (١) وكون المحوز لنفسه (٢)

العمل للملكية المحوز من الأعيان ولازمه مالكية الحائز ولو قصد ملكية المحوز لغيره أو قصد أن حيازته من قبل غيره إلا في مورد كان وكيلا عن قبل الغير على وجه يرون المال تحت حيازة الغير وكان المباشر للحيازة ضعيفا في نسبة الاستيلاء إليه بل يرون الموكل مستوليا على المال وهكذا في مورد آجر نفسه في هذا العمل فإن عمله أيضا ملك لغيره وتحت سلطنته شرعا المستتبع ملكية ما يحوزه ففي مثل هذه الصور لو قصد لنفسه لا يكون موجبا لملكته له بل هو ملك لمن يكون سلطانا على هذا العمل شرعا كما لا يخفى والله العالم. (آقا ضياء).

* بل مبنية على أن الحيازة فعل مباشري أو أعم منه ومن التسببي وعلى الثاني كما هو الأقوى هل التسبب يحصل بمجرد كون المنفعة الخاصة للمستأجر أو لا بد فيه من عمل المؤجر للمستأجر وفاء لإجارته والثاني هو الأقوى. (الإمام الخميني).

* بل مبنية على أن الحيازة هل هي إخراج المباح عن تساوي الناس فيه بإدخاله تحت استيلاء نفسه ولو بفعل غيره أو يتحقق أيضا باستيلاء غيره عليه بتسبب منه فعلى الأول لا تصح الإجارة عليها وإن صحت على مقدماتها كما مر وعلى الثاني تصح وعلى تقدير الصحة فهل استحقاق المستأجر عمل الأجير أو منفعته يجعل استيلاءه استيلاء المستأجر مطلقا أو فيما لم ينو الأجير خلافه أو لا ينصرف إليه إلا بنيته كونه له أو عنه أو أداء ما استؤجر عليه وجوه أظهرها الأخير وأما اعتبار نية التملك في حصول الملك بالحيازة وعدمه فأجنبي عن ذلك رأسا. (البروجردي). (١) الملازمة ممنوعة. (الخوانساري).

إذا قصد نفسه وإن كان أجييرا للغير، وأيضا لازمه عدم حصول الملكية له إذا قصد (١) كونه للغير من دون أن يكون أجييرا له أو وكيفا عنه (٢)، وبقاؤه على الإباحة إلا إذا قصد بعد ذلك (٣) كونه له، بناء على عدم (٤) جريان التبرع في حيازة المباحات، والسبق إلى المشتركات وإن كان لا يبعد جريانه (٥) أو أنها من الأسباب القهرية لمن له تلك المنفعة (٦) فإن لم يكن أجييرا يكون له وإن قصد الغير فضولا، فيملك بمجرد قصد الحيازة، وإن كان أجييرا للغير يكون لذلك الغير قهرا، وإن قصد نفسه أو قصد غير ذلك الغير، والظاهر عدم كونها من الأسباب القهرية مطلقا، فالوجه الأول غير صحيح، ويبقى الإشكال في ترجيح أحد الأخيرين (٧) ولا بد من التأمل (٨).

-
- (٢) ممنوع لكفاية نية التملك من المستأجر. (الفيروزآبادي).
(١) أي للغير. (الفيروزآبادي).
(٢) بناء على عدم جريان التبرع كما ذكره في المتن بعيد هذا. (الفيروزآبادي).
(٣) أي لنفسه. (الفيروزآبادي).
(٤) قيد لقوله عدم حصول الملكية له إذا قصد كونه للغير إلى آخره. (الفيروزآبادي).
(٥) محل إشكال بل منع. (الإمام الخميني).
* بل هو بعيد. (البروجردي).
* بل بعيد. (الكلبايگاني).
(٦) لا يبعد صحة ذلك المبني. (الشيرازي).
(٧) الأقوى رجحان أولها كما لا يخفى. (الحائري).
* لا يبعد أن يكون الوجه الأخير هو الأرجح. (الخوئي).
* الأصح أن الحيازة سبب قهري ولكن مع قصد التمليك لغيره أو التملك لنفسه فلو استؤجر على الحيازة في وقت معين ملك عليه تلك المنفعة ووجب وفاء بالعقد أن يقصد الحيازة للمستأجر. فلو قصد لها لنفسه بطلت لأن تلك المنفعة

(مسألة): يجوز استئجار المرأة للإرضاع بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها (١)، وإن لم يكن منها فعل مدة معينة (٢)، ولا بد من مشاهدة الصبي الذي استؤجرت لإرضاعه، لاختلاف الصبيان، ويكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر، وكذا لا بد من تعيين المرضعة شخصا أو وصفا على وجه يرتفع الغرر، نعم لو استؤجرت على وجه يستحق منافعتها أجمع التي منها الرضاع لا يعتبر حينئذ مشاهدة الصبي أو وصفه، وإن اختلفت الأغراض بالنسبة إلى مكان الإرضاع لاختلافه من حيث السهولة والصعوبة والوثاقة وعدمها لا بد من تعيينه أيضا.
(مسألة): إذا كانت المرأة المستأجرة مزوجة، لا يعتبر في صحة

مملوكة لغيره ولم تقع للغير لأنه لم يقصدها فيبقى المحاز على الإباحة الأصلية ويسترجع المستأجر الأجرة لعدم حصول الوفاء بالعقد. (كاشف الغطاء).
(٨) الأقوى أول الأخيرين فيصير المحوز للمستأجر والأجير بمنزلة الآلة ونية الحيازة والتملك من المستأجر كاف. (الفيروزآبادي).
* والأقوى ترجيح الأول منهما كما هو المرتكز عند العقلاء في حيازة المباحات. (الكليبايگاني).

(١) مشكل بل الظاهر عدم الجواز. (الحائري).
(٢) بناء على عدم انحصار إجارة النفس بتملك العمل وكفاية كون الشخص موردا للانتفاع المعتد به مما لا يجوز إلا برضاه في صحتها ولا ريب أن الارتضاع من المرأة انتفاع مقصود للعقلاء ولا يجوز إلا برضاها فلا مانع من إجارة نفسها لأن يرضع منها فتكون المرأة في الحقيقة من حيث إنها عين ينتفع بها موردا للإجارة كسائر الأعيان المنتفع بها واستلزام الانتفاع بها لإتلاف اللبن لا يضر بصحة الإجارة بعدما كان متعلقها شخص المرأة الباقية لا لبنها كما سيأتي في إجارة الشاة ونحوها. (الإصفهاني).

استئجارها إذنه ما لم يناف ذلك لحق استمتاعه، لأن اللبن ليس له، فيجوز لها الإرضاع من غير رضاه، ولذا يجوز لها أخذ الأجرة من الزوج على إرضاعها لولده سواء كان منها أو من غيرها، نعم لو نافي ذلك حقه لم يجز إلا بإذنه (١) ولو كان غائبا فأجرت نفسها للإرضاع فحضر في أثناء المدة وكان على وجه ينافي حقه انفسخت الإجارة (٢) بالنسبة إلى بقية المدة (٣).

(مسألة): لو كانت الامراة خلية فأجرت نفسها للإرضاع أو غيره من الأعمال ثم تزوجت قدم حق المستأجر على حق الزوج (٤) في صورة المعارضة، حتى أنه إذا كان وطؤه لها مضرا بالولد منع منه. (مسألة): يجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع (٥) إجارة أو تبرعا، قنة كانت أو مدبرة أو أم ولد، وأما المكاتبه المطلقة فلا يجوز له

-
- (١) هذا إذا أذن قبل العقد وأما بعده فمشكل لأنه لا منفعة لها بالنسبة إلى القدر المنافي فيكون نظير من باع ثم ملك وليس من قبيل الضدين وكذا فيما كان الزوج غائبا فحضر في الأثناء فالأحوط في كلتا الصورتين العدم. (الحائري).
- (٢) مع عدم الإجازة. (الإصفهاني، الإمام الخميني، البروجردي).
- * مع رفع يده عن حقه لا وجه للانفساخ. (الخوانساري).
- * بل للزوج الرد والإجازة. (الشيرازي).
- * على تقدير عدم الإجازة من الزوج. (الخوئي).
- (٣) بل له الرد والإمضاء حتى بالنسبة إلى ما مضى مع المنافاة لحقه لأن غيبته لا تسقط حقه كما مر. (الكلبيكاني).
- (٤) بناء على أهميته. (الخوانساري).
- (٥) لأنه مالك للبنها لأنه نماء ملكه. (آقا ضياء).

إجبارها، بل وكذا المشروطة كما لا يجوز في المبعضة (١)، ولا فرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى اللبن أو لا، لإمكان إرضاعه من لبن غيرها. (مسألة): لا فرق في المرتضع بين أن يكون معيناً أو كلياً، ولا في المستأجرة بين تعيين مباشرتها للإرضاع أو جعله في ذمتها، فلو مات الصبي في صورة التعيين أو المرأة في صورة تعيين المباشرة انفسخت الإجارة، بخلاف ما لو كان الولد كلياً أو جعل في ذمتها، فإنه لا تبطل بموته أو موتها إلا مع تعذر الغير من صبي أو مرضعة. (مسألة): يجوز استئجار الشاة (٢) للبنها (٣) والأشجار للانتفاع بأثمارها، والآبار للاستقاء ونحو ذلك، ولا يضر كون الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، لأن المناطق في المنفعة هو العرف (٤) وعندهم يعد اللبن

-
- (١) إلا أن يقسم بالمهاياة. (الخوانساري).
(٢) إذا كان المقصود الانتفاع بالشاة بصرف لبنها وبالأشجار بتناول ثمرها وبالبئر بالاستقاء منها لا تملك اللبن والتمر والماء لأن الإجارة ليست من الأسباب المملكة للأعيان وإنما يكون سببه البيع ونحوه. (الإصفهاني).
* ويشكل استئجارها لتملك ما يكون أو يتكون فيها من اللبن والتمر والماء. (الخوانساري).
(٣) الأقوى عدم صحة استئجارها لتملك ما يكون أو يتكون فيها من اللبن والتمر والماء وأما استئجارها للانتفاع بها بدون تملكها فهو وإن كان لصحته وجه لكنها أيضاً محل إشكال. (البروجردي).
* أي للانتفاع بلبنها. (الكلبيكاني).
(٤) الأولى أن يقال إن الذي ينافي حقيقة الإجارة كون الانتفاع فيها بإتلاف العين المستأجرة كإجارة الخبز للأكل والشمع والحطب للإشعال وليس متعلق

منفعة للشاة (١)، والثمر منفعة للشجر، وهكذا ولذا قلنا: بصحة استئجار المرأة للرضاع وإن لم يكن منها فعل بأن انتفع بلبنها في حال نومها أو بوضع الولد في حجرها وجعل ثديها في فم الولد من دون مباشرتها

الإجارة في الأمثلة المزبورة إلا الأمور الباقية وهي الشاة والشجر والبئر لا الأشياء التالفة من اللبن والتمر والماء وكون الانتفاع بعين بإتلاف عين أخرى لا ينافي حقيقة الإجارة نعم ربما يشكل في إجارة الأشجار للثمار بأن الانتفاع الحاصل فيها يعد في العرف انتفاعا بالثمر لا بالشجر فليتدبر. (الإصفهاني).

الموجودات المستقلة في قبال الأرض ومنافعها فهي بهذا الاعتبار لا تعد من منافع الأرض وتبعات العين بل كانت موجودات في قبالها وهذا بخلاف ملاحظتها بالاعتبار الأول إذ هي من تبعات قابلية العين كنفس المنافع التدريجية وهي بهذا الاعتبار تعد من منافعها ومن تبعات وجودها ومثل ذين الاعتبارين جائيان في الأعمال أيضا خصوصا في العبادات فكان وزانهما وزان المفاهيم القابلة لاعتبارها بنحو الاستقلال والاسمية وبنحو التبعية والحرفية وبهذا البيان ترتفع شبهة أبي حنيفة في إجارة مكان للصلاة أو الفضاء فراجع الجواهر ولقد أجاد فيما أفاد في حل الشبهة في مقام الرد على إبليس وعلى أي حال نقول: إن من نتائج كل اعتبار صحة نحو من العقد إجارة أو بيع ثمار فتدبر والله العالم. (آقا ضياء).

* لكن لا بنحو يملك اللبن بعقد الإجارة بل له الانتفاع بصرف لبنها وكذا في الأشجار والآبار فهذا نحو من الانتفاع بتلك الأعيان وإن استلزم إتلاف أعيان أحر من اللبن والتمر والماء. (الكلبيكاني).

لذلك، فما عن بعض العلماء من إشكال الإجارة في المذكورات لأن الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان وهو خلاف وضع الإجارة لا وجه له (١). (مسألة): لا يجوز الإجارة لإتيان الواجبات العينية (٢) كالصلوات الخمس، والكفائية (٣) كتغسيل الأموات وتكفينهم والصلاة عليهم، وكتعليم القدر الواجب من أصول الدين وفروعه، والقدر الواجب من تعليم القرآن كالحمد وسورة منه، وكالقضاء والفتوى ونحو ذلك، ولا يجوز الإجارة على الأذان (٤) نعم لا بأس بارتزاق القاضي والمفتي والمؤذن من بيت المال، ويجوز الإجارة لتعليم الفقه والحديث والعلوم الأدبية وتعليم القرآن ما عدا المقدار الواجب ونحو ذلك. (مسألة): يجوز الإجارة لكنس المسجد والمشهد وفرشها وإشعال

(١) بل في محله نعم يجوز إعطاء الشاة للبنها وأما كونها إجارة فغير معلوم. (الحائري).

* بل له وجه وجيه بالنسبة إلى الأعيان الموجودة من المنافع نعم لا بأس بالإجارة بالإضافة إلى ما يتكون منها فيما بعد. (الخوئي).
* بل هو في محله خصوصا في إجارة الأشجار للانتفاع بأثمارها ونحو ذلك. (النائيني).

(٢) على الأحوط. (الحائري).

* وجوب الشيء كفاثيا بل عينيا لا ينافي جواز أخذ الأجرة عليه ما لم يثبت من الخارج لزوم الإتيان به مجانا كما ثبت في المذكورات في المتن. (الخوئي).

(٣) على الأحوط. (الإمام الخميني).

* في عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات الكفائية على إطلاقه إشكال. (الشيرازي).

(٤) مر الجواز في الإعلامي منه. (الإمام الخميني).

السراج ونحو ذلك.

(مسألة): يجوز الإجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان مدة معينة عن السرقة، والإتلاف، واشتراط الضمان (١) لو حصلت السرقة أو الإتلاف. ولو من غير تقصير، فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان على الناظر إذا ضاع مال، لكن لا بد من تعيين العمل والمدة والأجرة على شرائط الإجارة.

(مسألة): لا يجوز استئجار اثنين للصلاة عن ميت واحد (٢) في

-
- (١) يعني اشتراط أن يدفع بدل التالف من ماله. (النائيني).
* على تفصيل مر في اشتراطه في العين المستأجرة. (الخوئي).
* مثل هذا الشرط قد يوجب الغرر والغبن الفاحش مضافا إلى جهالته في نفسه وتعذر الوفاء به كثيرا وإن كلامه (قدس سره) في الشروط مختلف فتارة يظهر منه أن الجهالة غير قاذحة كما في هذا وكثير من أمثاله وأخرى يظهر منه اعتبار المعلوماتية وعدم الغرر كما في المسألة الثانية عشر من مسائل خاتمة الإجارة وغيرها والحق عندنا أن الجهالة في الشرط إذا استلزمت الغرر بطل الشرط وتختلف باختلاف المقامات. (كاشف الغطاء).
* باشتراط التدارك من ماله عند التلف كما مر. (الكلبيكاني).
* على النحو المذكور في العين المستأجرة. (البروجردي).
(٢) على الأحوط وإن كان الجواز هو الأقوى لعدم وجوب الترتيب في القضاء عن الغير بل وجوبه في القضاء عن نفسه أيضا محل النظر كما مر. (الإصفهاني).
* على الأحوط. (الحائري).
* في مورد كان الترتيب واجبا على الميت وقد مر عدم وجوب الترتيب إلا فيما كان في أدائها شرطا كالظهيرين وإن كان الأحوط مراعاة الترتيب إذا علم بكيفية الفوائت. (الإمام الخميني).
* على الأحوط في غير المترتبين. (الخوانساري).

وقت واحد، لمنافاته للترتيب (١) المعتبر في القضاء بخلاف الصوم فإنه لا يعتبر فيه الترتيب، وكذا لا يجوز استئجار شخص واحد لنيابة الحج الواجب عن اثنين (٢)، ويجوز ذلك في الحج المندوب، وكذا في الزيارات، كما يجوز النيابة عن المتعدد تبرعا في الحج (٣) والزيارات، ويجوز الإتيان بها لا بعنوان النيابة، بل بقصد إهداء الثواب لواحد أو متعدد. (مسألة): لا يجوز الإجارة للنيابة عن الحي في الصلاة ولو في الصلوات المستحبة (٤) نعم يجوز ذلك في الزيارات والحج المندوب

* الجواز هو الأقوى إلا فيما كان مرتبا شرعا كالظهرين والعشاءين ليوم واحد. (الشيرازي).

* الظاهر جوازه لما مر من عدم وجوب الترتيب في القضاء على تفصيل تقدم. (الحوئي).

(١) إنما يلزم الترتيب عند القائلين به إذا كان قد وجب على المنوب عنه لعلمه أما مع جهله بالترتيب فهو ساقط عنه فيجوز أن يستنيب عنه شخصين في وقت واحد وحيث إن الترتيب عندنا غير واجب فلا مانع من استنابة اثنين أو ثلاثة فأكثر. (كاشف الغطاء).

* بناء على لزومه وقد مر عدم اللزوم إلا في الظهرين والعشاءين خصوصا مع الجهل بالترتيب. (الكلبيكاني).

(٢) في عام واحد مباشرة. (الإمام الخميني).

(٣) المندوب. (الإمام الخميني).

(٤) على الأحوط والجواز فيها لا يخلو من وجه. (الإمام الخميني).

* جوازها في الصلوات المستحبة لا يخلو من قوة. (الشيرازي).

* جوازها فيها لا يخلو عن وجه قوي. (النائيني).

وإتيان صلاة الزيارة ليس بعنوان النيابة (١) بل من باب سببية الزيارة لاستحباب الصلاة بعدها ركعتين، ويحتمل (٢) جواز قصد النيابة فيها لأنها تابعة للزيارة والأحوط إتيانها بقصد ما في الواقع. (مسألة): إذا عمل للغير لا بأمره ولا إذنه لا يستحق عليه العوض وإن كان بتخييل أنه مأجور عليه فبان خلافه. (مسألة): إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك فإن كان بقصد التبرع لا يستحق عليه أجره (٣) وإن كان من قصد الأمر إعطاء الأجرة وإن قصد الأجرة وكان ذلك العمل مما له أجره استحق وإن كان من قصد الأمر إتيانه تبرعاً (٤) سواء كان العامل ممن شأنه أخذ الأجرة ومعداً نفسه لذلك أو لا، بل وكذلك إن لم يقصد التبرع ولا أخذ الأجرة، فإن عمل المسلم محترم، ولو تنازعا بعد ذلك في أنه قصد التبرع أو لا قدم قول العامل، لأصالة عدم قصد التبرع بعد كون عمل المسلم محترماً، بل

-
- (١) الأقوى جوازها بعنوانها. (الفيروزآبادي).
(٢) وهو الأقرب. (الإمام الخميني، الكلپايگاني).
* بل هو الأقوى. (النائيني).
* بل لا يخلو من رجحان والأحوط الجمع بينهما. (البروجردي).
(٣) مع جهل المأمور بقصده وأما مع اطلاعه عليه ولو بقيام قرينة فالظاهر عدم الاستحقاق. (الإمام الخميني).
(٤) على الأحوال استحق الأجرة. (الخوانساري).
* هذا إذا لم تكن قرينة موجبة لظهور الأمر في المجانية. (الخوئي).
* إلا أن يكون هناك انصراف أو قرينة على استدعاء التبرع. (الكلپايگاني).
* بشرط أن يكون من مجرد القصد القلبي ولا يكون في البين قرينة عليه. (النائيني).

اقتضاء احترام عمل المسلم (١) ذلك وإن أغمضنا عن جريان أصالة عدم التبرع (٢) ولا فرق في ذلك بين أن يكون العامل ممن شأنه وشغله أخذ الأجرة وغيره إلا أن يكون هناك انصراف أو قرينة على كونه بقصد التبرع أو على اشتراطه.

(مسألة): كل ما يمكن الانتفاع به منفعة محللة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته، وكذا كل عمل محلل مقصود للعقلاء عدا ما استثنى (٣) يجوز الإجارة عليه، ولو كان تعلق القصد والغرض به نادرا (٤)، لكن في صورة تحقق ذلك النادر (٥) بل الأمر في باب المعاوضات

(الإصفهاني).

* فيه منع. (الإمام الخميني).

* في جريان الأصلين إشكال. (الخوآنساري).

* مشكل إلا على جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية أو على تمامية قاعدة المقتضي والمانع وكلاهما ممنوعان. (الكلبيكاني).

(٢) لا وجه للضمان مع هذا الإغماض لأصالة البراءة عنه والشبهة مصداقية لا يتمسك فيها بالعموم. (الخوئي).

(٣) من الواجبات. (الفيروزآبادي).

(٤) فيه تأمل وكذلك في المعاوضة الواقعة على الأعيان نعم لو صار العمل أو العين بسبب تبدل الأحوال من الأموال لا بأس بأن يبذل بإزائهما المال بالإجارة والبيع ونحو ذلك. (الإصفهاني).

* فيه تأمل. (الخوآنساري).

(٥) بحيث يصير في هذا الحال مرغوبا فيه لدى العقلاء كما هو المفروض.

الواقعة على الأعيان أيضا كذلك، فمثل حبة الحنطة لا يجوز بيعها، لكن إذا حصل مورد يكون متعلقا لغرض العقلاء (١) ويبدلون المال (٢) في قبالتها يجوز بيعها.

(مسألة): في الاستئجار للحج المستحبي أو الزيارة لا يشترط أن يكون الإتيان بها بقصد النيابة، بل يجوز أن يستأجره (٣) لإتيانها بقصد إهداء الثواب إلى المستأجر أو إلى ميتة، ويجوز أن يكون لا بعنوان النيابة (٤) ولا إهداء الثواب، بل يكون المقصود إيجادها في الخارج من حيث إنها من الأعمال الراجحة فيأتي بها لنفسه أو لمن يريد نيابة أو إهداء.

(الإمام الخميني).

- (١) الظاهر أنه يكفي في صحة البيع تعلق الغرض الشخصي به. (الخوئي).
- (٢) بشرط أن يحسب عندهم من الأموال ولو بلحاظ الحاجة إليه في ذلك الحال وكذلك الحكم في الأعمال. (الكلبيكاني).
- (٣) مشكل لأن الثواب على العمل المأتي به لنفسه وصحة الإجارة في * فيه إشكال بل منع نعم لا مانع من بذل المال لمن يحج أو يزور لنفسه ومعونته وهذا ليس من الإجارة في شيء. (الإصفهاني).
- * محل إشكال. (البروجردي).
- * إذا كان له غرض عقلائي في تحقق ذلك العمل الراجح. (الإمام الخميني).
- * هذا أيضا مشكل إلا أن يقصد بذلك إعطاء المال لإيجاد الداعي له لأصل العمل مخيرا في قصد النيابة والأصالة فإنه لا إشكال فيه لكنه ليس من الإجارة في شيء. (الكلبيكاني).

(مسألة): في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة كالمداد للكتابة والإبرة والخيط للخياطة مثلا على المؤجر أو المستأجر قولان، والأقوى وجوب التعيين إلا إذا كان هناك عادة ينصرف إليها الإطلاق، وإن كان القول بكونه مع عدم التعيين وعدم العادة على المستأجر لا يخلو عن وجه (١) أيضا لأن اللازم على المؤجر ليس إلا العمل. (مسألة): يجوز الجمع بين الإجارة والبيع مثلا بعقد واحد (٢)، كأن يقول: بعتك داري وأجرتك حماري بكذا، وحينئذ يوزع العوض عليهما بالنسبة (٣) ويلحق كلا منهما حكمه، فلو قال: أجرتك هذه الدار وبعتك هذا الدينار بعشرة دنانير فلا بد من قبض العوضين بالنسبة إلى البيع في المجلس، وإذا كان في مقابل الدينار بعد ملاحظة النسبة أزيد من دينار أو أقل منه بطل بالنسبة إليه، للزوم الربا ولو قال: أجرتك هذه الدار

-
- (١) والأوجه كونه على المؤجر. (الإصفهاني).
* ضعيف والأقوى كونه على المؤجر. (الإمام الخميني).
* وهو الأقوى. (النائيني).
* لا وجه له بل الأقوى كونه على المؤجر. (الحائري).
* والأظهر التفصيل بين ما يبقى للمستأجر بعد العمل كالخيط وما لا يبقى له كالإبرة وإنما هو من معدات العمل فما كان من قبيل الأول فعلى المستأجر وما كان من قبيل الثاني فعلى المؤجر. (الخوئي).
(٢) إن تم الإجماع على الصحة وإلا ففيه إشكال. (الخوانساري).
* مع تعيين الأجرة والثلث ولو بالمقابلة وإيقاع العقد مبني عليه. (الشيرازي).
* مع تعيين العوض في كل منهما. (الفيروزآبادي).
(٣) فيه إشكال. (الفيروزآبادي).

وصالحتك هذه الدينار بعشرة دنائير مثلا فإن قلنا: بجريان حكم
 الصرف من وجوب القبض في المجلس وحكم الربا في الصلح (١)
 فالحال كالبيع وإلا فيصح بالنسبة إلى المصالحة أيضا.
 (مسألة): يجوز استئجار من يقوم بكل ما يأمره من حوائجه (٢)
 فيكون له جميع منافعه، والأقوى أن نفقته على نفسه، لا على المستأجر
 إلا مع الشرط أو الانصراف من جهة العادة، وعلى الأول لا بد من تعيينها
 كما وكيفاً إلا أن يكون متعارفاً، وعلى الثاني على ما هو المعتاد
 المتعارف، ولو أنفق من نفسه أو أنفقه متبرع يستحق مطالبة عوضها
 على الأول (٣) بل وكذا على الثاني لأن الانصراف بمنزلة الشرط.

- (١) الظاهر أنه لا يجري فيه حكم الصرف ويجري فيه الربا. (الخوئي).
 * يجري فيه حكم الربا دون حكم الصرف. (الكلبيكاني).
 * لا يجوز فيه الربا ولا يجري فيه حكم الصرف على الأقوى. (النائيني).
 (٢) إذا كان له متعارف ومعه لا يكون له جميع المنافع نعم تصح الإجارة بنحو
 يكون له جميع المنافع لكنه غير مفروض المسألة. (الكلبيكاني).
 * إذا كان سنخها معلوماً. (البروجردي، الخوانساري).
 * إذا كان له متعارف ولا يكون له جميع المنافع حينئذ كما لا يخفى. (الحائري).
 * إذا كان بهذا العنوان لا بد من رفع الغرر بوجه ومع ذلك لا يكون جميع المنافع
 له إلا أن يراد بذلك استئجاره بجميع منافعه فحينئذ يكون جميع المنافع له
 ويدفع به الغرر. (الإمام الخميني).
 (٣) إن كان الشرط هو الإنفاق وبذل المنفق واستنكف المنفق عليه حتى يمضي
 زمانه فيسقط بلا استحقاق العوض. (الكلبيكاني).
 * الظاهر أنه لا يستحقها إذ المفروض أن النفقة أخذت على وجه الشرطية دون
 الجزئية. (الخوئي).

(مسألة): يجوز أن يستعمل الأجير مع عدم تعيين الأجرة وعدم إجراء صيغة الإجارة. فيرجع إلى أجرة المثل لكنه مكروه، ولا يكون حينئذ من الإجارة المعاطاتية، كما قد يتخيل، لأنه يعتبر في المعاملة المعاطاتية اشتمالها على جميع شرائط تلك المعاملة عدا الصيغة، والمفروض عدم تعيين الأجرة في المقام، بل عدم قصد الإنشاء منهما ولا فعل من المستأجر، بل يكون من باب العمل بالضمان، نظير الإباحة بالضمان، كما إذا أذن في أكل طعامه بضمان العوض ونظير التمليك بالضمان كما في القرض على الأقوى من عدم كونه معاوضة، فهذه الأمور عناوين مستقلة غير المعاوضة والدليل عليها السيرة بل الأخبار أيضا، وأما الكراهة فلا أخبار أيضا.

(مسألة): لو استأجر أرضا مدة معينة فغرس فيها أو زرع ما لا يدرك في تلك المدة فبعد انقضائها للمالك أن يأمره بقلعها (١)، بل وكذا لو استأجر (٢) لخصوص الغرس أو لخصوص الزرع وليس له الإبقاء ولو مع الأجرة ولا مطالبة الأرش مع القلع، لأن التقصير من قبله، نعم لو استأجرها مدة يبلغ الزرع فاتفق التأخير لتغير الهواء أو غيره أمكن أن يقال (٣) بوجوب الصبر على المالك مع الأجرة للزوم الضرر (٤) إلا أن

(١) الأقوى العدم إذا لم تكن الإجارة منصرفا إلى غير ذلك النوع من الزرع أو الغرس وكذا في الصورة الثانية فيكون للمستأجر حينئذ أحد الأمرين. (الحائري).

(٢) استئجار الأرض لغرس ما لا يدرك في تلك المدة باطل. (الشيرازي).
(٣) لكنه غير وجيه فلا يجب عليه الصبر على الأقوى. (الإمام الخميني).
* والأقوى عدم الوجوب. (الكلبایگانی).

يكون موجبا لتضرر المالك (١).

فصل

في التنازع

(مسألة): إذا تنازعا في أصل الإجارة قدم قول منكرها مع اليمين (٢)، فإن كان هو المالك استحق أجره المثل دون ما يقوله المدعي، ولو زاد عنها لم يستحق تلك الزيادة (٣) وإن وجب على المدعي

* ولكنه بعيد. (الخوئي).

(١) فيلاحظ الأقوى من الضررين أو التراضي مع تساوي الأمر مع صاحب الأرض لقاعدة السلطنة. (الفيروزآبادي).

(٢) إطلاقه لا يخلو من إشكال وكذا في إطلاق توجه اليمين إلى المنكر. (الإمام الخميني).

* هذا فيما إذا ادعى المالك الإجارة بأكثر من أجره المثل أو ادعى المتصرف الإجارة بأقل منها وأما إذا انعكس الأمر فهو من تعارض الإقرارين ولا مقتضى فيه لتوجه اليمين على المالك أو المتصرف. (الخوئي).

(٣) لا يمين مع الزيادة سواء كان المنكر مالكا أم متصرفا إذا لم يترتب أثر آخر على المدعي. (الشيرازي).

* نعم ولكن دعوى الإجارة حينئذ من الدعاوى الغير الملزمة فلا يتوجه بها اليمين على منكرها وكذا إذا كان المالك مدعيا للإجارة وكانت اجرة المثل أزيد مما يدعيه. (البروجردي).

* ولم تسمع دعاؤها لعدم الفائدة فيها. (الكلبيكاني).

المتصرف إيصالها إليه (١)، وإن كان المنكر هو المتصرف فكذلك لم يستحق المالك إلا أجره المثل، ولكن لو زادت عما يدعيه من المسمى لم يستحق الزيادة (٢) لاعترافه بعدم استحقاقها، ويجب على المتصرف إيصالها إليه (٣)، هذا إذا كان النزاع بعد استيفاء المنفعة، وإن كان قبله رجع كل مال إلى صاحبه (٤).

(مسألة): لو اتفقا على أنه أذن للمتصرف في استيفاء المنفعة ولكن المالك يدعي أنه على وجه الإجارة بكذا أو الإذن بالضمان، والمتصرف يدعي أنه على وجه العارية ففي تقديم أيهما وجهان (٥) بل قولان (٦)، من أصالة البراءة (٧) بعد فرض كون التصرف جائزا (٨) ومن أصالة احترام مال

-
- (١) لو كان بينه وبين ربه صادقا فيما أقر به لا لمكان إقراره. (النائيني).
 - (٢) ولم تسمع دعواها كما مر. (الكلبيكاني).
 - (٣) إذا علم بصحة دعواه لا لمجرد إقراره. (الخوئي).
 - (٤) مع احتياج فصل الخصومة إلى اليمين عند عدم البينة. (آقا ضياء).
 - (٥) الأقوى هو التحالف في مصب الدعويين وبعده يثبت أجره المثل تقديماً للأصل الحاكم على أصل البراءة. (الإمام الخميني).
 - (٦) نعم ولكن الوجه الثاني هو التداعي لا تقديم قول المالك مطلقاً فإن المالك يدعي الإجارة بالمسمى والمتصرف ينكرها وهو يدعي على المالك موضوعاً إن ثبت كان رافعا لضمان ما استوفاه من ماله بأجرة المثل والمالك ينكرها فاللازم هو التحالف كما اعترف به في بيان منشئه. (البروجردي).
 - (٧) لا وجه للرجوع إلى أصالة البراءة فإن قاعدة اليد بضميمة استصحاب عدم العارية تثبت الضمان. (الخوئي).
 - (٨) فليس للعارية أثر حتى ينتفي بالأصل لينجر إلى التحالف فيقدم قول

المسلم (١) الذي لا يحل إلا بالإباحة. والأصل عدمها فتثبت أجره المثل بعد التحالف (٢) ولا يبعد ترجيح الثاني (٣) وجواز التصرف أعم من الإباحة. (مسألة): إذا تنازعا في قدر المستأجر قدم قول مدعي الأقل.

المتصرف ويحكم ببراءة ذمته. (الكلبياني).

(١) وعليها فالعارية رافعة للضمان والأصل عدمها والإجارة توجب الأجرة المسماة والأصل عدمها فيحكم بأجرة المثل بعد التحالف إن لم تكن زائدة عما يدعيه المالك. (الكلبياني).

(٢) إن لم تكن أزيد مما يدعيه المالك من الأجرة المسماة. (البروجردي).
* هذا فيما إذا ادعى المالك أجره زائدة على أجره المثل أو مباينة لها وإلا فلا وجه له لأن المتصرف حينئذ مدع والمالك منكر فيتوجه الحلف إليه فإذا حلف استحق عليه أجره المثل إلا إذا كان ما يدعيه أقل منها فلا يستحق عليه المقدار الزائد. (الخوئي).

(٣) بل الظاهر ترجيح الأول. (الإصفهاني).

* بل هو بالمعنى الذي ذكرناه في غاية القوة فإن أصالة براءته مما يدعيه المالك عليه من المسمى لا تستلزم براءته من العوض مطلقاً وهو قد استند في براءته من العوض إلى الإعادة والأصل عدمها. (البروجردي).
* بل الأول لا يخلو من قوة. (الشيرازي).

* والأظهر هو ترجيح الأول وذلك لعدم الموجب للضمان إلا أحد أمرين الأول الاستيلاء على مال الغير بدون إذنه الثاني الالتزام بالضمان العقدي والأول في المقام مفروض الانتفاء والثاني لم يثبت. (الخوئي).
* وهو الأقوى لكن لا لما ذكر بل لأن إتلاف المنافع لم يكن مأذوناً فيه والأصل بقاؤها كما كان والمنافع مسبقة بملكية المالك والأصل بقاؤها كما كانت فقاعدة الإتلاف تقتضي الضمان واحتمال التخصيص أو التخصيص ينتفي بالأصل الموضوعي. (الكلبياني).

(مسألة): إذا تنازعا في رد العين المستأجرة قدم قول المالك (١).
(مسألة): إذا ادعى الصائغ أو الملاح أو المكارى تلف المتاع من غير تعد ولا تفريط، وأنكر المالك التلف، أو ادعى التفريط أو التعدي قدم قولهم (٢) مع اليمين (٣) على الأقوى (٤).
(مسألة): يكره (٥) تضمين الأجير في مورد ضمانه من قيام البينة على إتلافه أو تفريطه في الحفظ أو تعديه أو نكوله عن اليمين أو نحو ذلك.
(مسألة): إذا تنازعا في مقدار الأجرة قدم قول المستأجر.
(مسألة): إذا تنازعا في أنه أجره بغلا أو حمارا أو أجره هذا الحمار مثلا أو ذاك فالمرجع التحالف (٦) وكذا لو اختلفا في الأجرة أنها

-
- (١) وإن لم يقدم قوله في التعدي والتفريط. (الفيروزآبادي).
(٢) مع سبق يدهم بعدم التفريط وإلا فمع احتمال مقارنته لحدوثها فالأقوى تقديم قول المالك كما لا يخفى. (آقا ضياء).
* وإن أقاموا البينة حكم لهم بها وكذا المالك ولا يبقى معها موضع لليمين. (الحائري).
(٣) هذا فيما إذا لم يكونوا متهمين وإلا فالقول قول المالك وهم مطالبون بالإثبات شرعا. (الخوئي).
(٤) وإن كان الأحوط التصالح. (الكلبيكاني).
(٥) ثبوت الكراهة بهذا الإطلاق محل تأمل نعم يستحب التفضل عليه. (الإمام الخميني).
* لم يظهر مستند الحكم بالكراهة. (الخوئي)
(٦) الأقوى تقديم قول المؤجر مع يمينه على نفي ما يدعيه المستأجر في الأول وتقديم قول المستأجر مع يمينه على نفي ما يدعيه المؤجر في الثاني. (الإصفهاني).
* مع عدم البينة من الطرفين كما هو ظاهر. (آقا ضياء).

عشرة دراهم أو دينار (١).
 (مسألة): إذا اختلفا في أنه شرط أحدهما على الآخر شرطا أو لا فالقول قول منكره.
 (مسألة): إذا اختلفا في المدة أنها شهر أو شهران مثلا فالقول قول منكر الأزيد.
 (مسألة): إذا اختلفا في الصحة والفساد قدم قول من يدعي الصحة.
 (مسألة): إذا حمل المؤجر متاعه إلى بلد فقال المستأجر:
 استأجرتك على أن تحمله إلى البلد الفلاني غير ذلك البلد وتنازعا (٢)
 قدم قول المستأجر (٣) فلا يستحق المؤجر أجره حمله (٤)، وإن طلب منه

* لأن دعوى المؤجر إجارة الحمار وإن كانت إقرارا على نفسه لكنها باعتبار تضمنها لاستحقاق المسمى بتسليم الحمار يكون مدعيا على المستأجر شيئا هو ينكره وكذا دعوى المستأجر في طرف الأجرة. (البروجردى).
 * والأقوى تقديم قول المؤجر مع الحلف في الأول وتقديم قول المستأجر مع الحلف في الثاني. (الكلبيكاني).
 (١) لا يبعد تقديم قول المستأجر في خصوص المثل في بعض الأحيان نعم لو اختلفا في الأجرة أنها من الحنطة أو الشعير فالمرجع التحالف. (الإمام الخميني).
 (٢) أي قال الأجير بل استأجرتني لحمله إلى هذا البلد الذي حملته إليه كما يظهر من تفريعاته. (البروجردى).
 * إن كان التنازع في أن الأجير يدعي الاستئجار لهذا البلد والمستأجر يدعي لبلد آخر كما هو الظاهر فالمرجع التحالف. (الإمام الخميني).
 * بل يتحالفان فإن المالك مضافا إلى نفيه استحقاق الأجير أجره حمله إلى هذا البلد يدعي عليه استحقاق حمله إلى البلد الفلاني وهو ينكره. (البروجردى).
 * هذا إنما يتم على مسلكه (قدس سره) من انفساخ الإجارة بتفويت المؤجر محلها وأما على ما بنينا عليه من ثبوت الخيار للمستأجر فإن لم يفسخ وطالب بأجرة المثل وكانت زائدة على الأجرة المسماة أو مبنية لها لزم التحالف وبذلك يظهر الحال في المسألة الآتية. (الخوئي).
 * بل هو من باب التداعي فاللزم التحالف على قواعده وأي فرق بين هذا وبين التنازع في أنه أجره هذا الحمار أو ذاك أو حمارا أو بغلا التي حكم فيها بالتحالف في المسألة السابعة. (كاشف الغطاء).
 * قدم قوله مع يمينه لنفي ما يدعى عليه الأجير من الأجرة دون ما يدعى عليه من استحقاق حمله إلى مكان آخر فإنه يقدم فيه قول الأجير مع يمينه. (الكلبيكاني).
 (٤) أي إذا حلف المستأجر على نفي ما ادعاه. (البروجردى).
 * هذا فيما لم يكن النزاع في الأقل والأكثر. (الفيروزآبادي).
 (١) فيه إشكال نعم يمكن تضمينه أجره الرد. (الفيروزآبادي).
 * فيه تأمل فإن الواجب هو الرد إلى المالك وأما إلى المكان الأول فلا دليل عليه. (الكلبيكاني).

(٢) هذا الفرع المذكور في كتب الخاصة والعامة هكذا: إذا خاط ثوبه قباء فقال المالك أمرتك بأن تخيطه قميصا وقال الخياط بل أمرتني بخياطته قباء وعليه يكون الأقوى تقديم قول المالك لأن دعوى المالك على الخياط غير ملزمة

(١٢٢)

الرد إلى المكان الأول وجب عليه (١) وليس له رده إليه إذا لم يرض،
ويضمن له إن تلف أو عاب لعدم كونه أميناً حينئذ في ظاهر الشرع.
(مسألة): إذا خاط ثوبه قباء وادعى المستأجر أنه أمره بأن يخيطه
قميصاً (٢) فالأقوى تقديم قول المستأجر (٣) لأصالة عدم الإذن في

(١٢٣)

خياطته قباء، وعلى هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك، ولا يجوز له نقصه إذا كان الخيط للمستأجر وإن كان له كان له ويضمن النقص الحاصل من ذلك، ولا يجب عليه قبول عوضه لو طلبه المستأجر، كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه المؤجر هذا ولو تنازعا في هذه المسألة والمسألة المتقدمة قبل الحمل (١) وقبل الخياطة فالمرجع التحالف (٢).

(مسألة): كل من يقدم قوله في الموارد المذكورة عليه اليمين

فيبقى دعوى الخياط على المالك إذنه فيما فعله والقول فيها قول المالك وأما على ما قرره الماتن فالمرجع فيه هو التحالف كما مر في المسألة السابقة.

(البروجردي).

(٣) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

(١) قد مر أن الحكم في المسألة المتقدمة التحالف حتى بعد الحمل والفرق بين المسألتين واضح نعم لو طلب المستأجر خياطة الثوب قميصا بعد ما خاطه قباء فالمسألتان من واد واحد. (الكلبيكاني).

(٢) بل يقدم قول المؤجر في المسألتين مع يمينه على نفي ما يدعي المستأجر استحقاقه. (الإصفهاني).

* في مقام فصل الخصومة مع عدم البينة أيضا للطرفين. (آقا ضياء).

* التحالف بالنسبة إلى المسألة السابقة صحيح قبل الحمل وبعده وأما في هذه المسألة قبل الخياطة والتفصيل فالدعوى من الطرفين غير مسموعة فإن مجرد الأمر لا يوجب شيئا إلا أن يكون المراد في أصل المسألة اختلافهما في الاستئجار على خياطة القبا والقميص فحينئذ يكون المرجع التحالف مطلقا كما في المسألة السابقة. (الإمام الخميني).

للآخر (١).

خاتمة

فيها مسائل:

الأولى: خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجية على مالكيها، ولو شرط كونه على المستأجر صح على الأقوى، ولا يضر كونه مجهولاً (٢) من حيث القلة والكثرة لاغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً، وإطلاق بعض الأخبار.

الثانية: لا بأس بأخذ الأجرة على قراءة تعزية سيد الشهداء وسائر الأئمة صلوات الله عليهم، ولكن لو أخذها على مقدماتها (٣) من المشي إلى المكان الذي يقرأ فيه كان أولى.

الثالثة: يجوز استئجار الصبي المميز من وليه الإجباري (٤) أو غيره كالحاكم الشرعي لقراءة القرآن والتعزية والزيارات، بل الظاهر جوازه

(١) على نفي قول الآخر. (الإصفهاني).

(٢) فيه تأمل. (الإمام الخميني).

* محل إشكال. (البروجردي).

* الظاهر عدم الفرق بينه وبين سائر الشروط وإطلاق الأخبار محل تأمل.

(الحائري).

* إذا كان التفاوت غير معتنى به عند العامة وإلا فلا فرق بين هذا الشرط وسائر

الشرائط وإطلاق الأخبار منصرف إلى المعلوم عند الطرفين كما هو الغالب.

(الكلبيكاني).

(٣) أي الموصلة. (الفيروزآبادي).

(٤) الخاص كالأب والجد والوصي والعام كالحاكم وكلاهما إجباريان.

(الفيروزآبادي).

لنيابة الصلاة عن الأموات (١) بناء على الأقوى من شرعية عباداته.
الرابعة: إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدة أصول
الزراع فبنتت فإن لم يعرض المستأجر عنها كانت له، وإن أعرض عنها (٢)
وقصد صاحب الأرض تملكها (٣) كانت له، ولو بادر آخر إلى تملكها
ملك (٤) وإن لم يجز له الدخول في الأرض إلا بإذن مالِكها.
الخامسة: إذا استأجر القصاب لذبح الحيوان فذبحه على غير الوجه

(١) لا يخلو من إشكال. (البروجردى، الإصفهاني، الخوانساري).

* فيه إشكال. (الإمام الخميني).

* مشكل وإن قلنا بشرعية عباداته. (الكلبایگانی).

* فيه نظر بل منع لعدم اقتضاء شرعية أعمالهم صلاحها للوفاء بالمصلحة
الملزمة اللهم إلا أن يدعى أن عموم دليل النيابة بعد شرعية عملهم وافية بذلك
إلا أن يقال: إن دليل النيابة لا يحرز قابلية المحل لتحمل المصلحة الملزمة ولو
عن الغير فلا بد من إحراز هذه من الخارج ومع عدمه فالأصل عدم صحة النيابة
المزبورة. (آقا ضياء).

* فيه إشكال إذ لا ملازمة بين شرعية عبادات نفسه وجواز نيابته ليرتب عليها
فراغ ذمة الغير. (الخوئي).

(٢) في صحة الإعراض بالنسبة إلى الأمور الخطيرة نظر بل القدر المتيقن من
السيرة مخرجة الإعراض في الأمور اليسيرة كباقة بقل أو حطب أو جلة
(٣) بالحياسة. (الإمام الخميني).

(٤) إذا كان حازها لا بمجرد النية. (البروجردى).

* بالحياسة لا بالقصد المجرد. (الكلبایگانی).

الشرعي بحيث صار حراما ضمن قيمته، بل الظاهر ذلك إذا أمره بالذبح تبرعا، وكذا في نظائر المسألة.

السادسة: إذا أجر نفسه للصلاة عن زيد فاشتبه وأتى بها عن عمرو فإن كان من قصده النيابة عن من وقع العقد عليه وتخيل أنه عمرو فالظاهر الصحة عن زيد واستحقاقه الأجرة وإن كان ناويا النيابة عن عمرو على وجه التقييد لم تفرغ ذمة زيد ولم يستحق الأجرة وتفرغ ذمة عمرو إن كانت مشغولة ولا يستحق الأجرة من تركته، لأنه بمنزلة التبرع، وكذا الحال في كل عمل مفتقر إلى النية.

السابعة: يجوز أن يؤجر داره مثلا إلى سنة بأجرة معينة ويوكل المستأجر في تجديد الإجارة عند انقضاء المدة، وله عزله بعد ذلك، وإن جدد قبل أن يبلغه خبر العزل لزم عقده، ويجوز أن يشترط في ضمن العقد أن يكون وكيلا عنه في التجديد بعد الانقضاء، وفي هذه الصورة ليس (١) له عزله (٢).

الثامنة: لا يجوز للمشتري (٣) بيع الخيار بشرط رد الثمن للبائع أن

(١) فيها إشكال. (الخوانساري).

(٢) ولكن ليس للوكيل أيضا إيجارها من نفسه قهرا على الموكل إذا كان كارها لها نعم إن اشترط عليه أن يؤجرها منه وأن يكون هو وكيلا فيه كان له ذلك. (البروجردي).

* تكليفا. (الحائري، الكلبيكاني).

* هذا بحسب التكليف وأما من جهة الوضع فلا يبعد انعزاله بعزله. (الخوئي).

(٣) هذا بحسب التكليف لكنه لو أجر لا تبعد الصحة ولكنه إذا فسخ العقد في وقته أخذ من المشتري بدل التالف من المنفعة. (الخوئي).

* أي لا يلزم بدون إجازة البائع. (الفيروزآبادي).

* الأقوى الجواز ويقف على الإجازة بل يمكن أن يقال بالصحة وعدم

يؤجر المبيع أزيد من مدة الخيار (١) للبائع، ولا في مدة الخيار من دون اشتراط الخيار (٢) حتى إذا فسخ البائع يمكنه أن يفسخ الإجارة، وذلك لأن اشتراط الخيار من البائع في قوة إبقاء المبيع على حاله حتى يمكنه الفسخ، فلا يجوز تصرف ينافي ذلك (٣).

التاسعة: إذا استؤجر لخياطة ثوب معين لا بقيد المباشرة فخاطه شخص آخر تبرعا عنه استحق (٤) الأجرة المسماة، وإن خاطه تبرعا عن المالك لم يستحق المستأجر (٥) شيئا وبطلت الإجارة (٦) وكذا إن لم يقصد التبرع عن أحدهما ولا يستحق على المالك أجرة، لأنه لم يكن مأذونا من قبله، وإن كان قاصدا لها أو معتقدا أن المالك أمره بذلك. العاشرة: إذا أجره ليوصل مكتوبه إلى بلد كذا إلى زيد مثلا في مدة معينة فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد فإن كان

الوقوف على الإجازة غايته أن له المثل أو القيمة لو فسخ كما لو باع. (كاشف الغطاء).

- (١) من دون اشتراط الخيار. (الكلبايگاني).
- (٢) قيد للجملتين. (الإمام الخميني).
- (٣) تكليفا لا وضعيا كما مر. (الحائري).
- (٤) يعني الأجير. (الكلبايگاني).
- * يعني المستأجر. (الإصفهاني).
- * يعني من استؤجر على الخياطة وهو الأجير. (البروجردى).
- (٥) بفتح الجيم يعني الأجير. (الكلبايگاني).
- * المستأجر بالفتح أي الأجير. (الخوئي).
- (٦) قد مر سابقا أن البطلان مشكل وأنه لا يستحق الأجير شيئا إذا فسخ المستأجر. (الحائري).
- * في إطلاقه إشكال وقد مر التفصيل في نظائره. (الخوئي).

المستأجر عليه الإيصال وكان طي الطريق مقدمة لم يستحق شيئا (١)، وإن كان المستأجر عليه مجموع السير والإيصال استحق بالنسبة، وكذا الحال في كل ما هو من هذا القبيل، فالإجارة مثل الجعالة قد يكون على العمل المركب من أجزاء وقد تكون على نتيجة ذلك العمل (٢)، فمع عدم حصول تمام العمل في الصورة الأولى يستحق الأجرة بمقدار ما أتى به وفي الثانية لا يستحق شيئا، ومثل الصورة ما إذا جعلت الأجرة في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع (٣)، كما إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع في الأثناء من إتمامها. الحادية عشر: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال، وإن كان بعده استحق أجرة المثل، وإن كان في

-
- (١) مع فسخ المستأجر وإلا فمشكل كما مر. (الحائري).
- (٢) لكن الإجارة على نتيجة العمل إنما تصح إذا كانت مترتبة غالبا بحيث لا تكون الإجارة غرورية بخلاف الجعالة والفرق هو أن المستأجر يملك المستأجر عليه على الأجير بخلاف الجاعل فإنه لا يستحق على العامل شيئا وإنما يعمل هو باختياره بترتب الفائدة. (البروجردى).
- (٣) هذا إذا كان العمل كليا في ذمة الأجير وأما إذا كان بحيث تكون منفعته الخاصة ملكا للمستأجر فلا يبعد استحقاق الأجرة المسماة أو أجرة المثل لما أتى به لأن تخلف وصف الاجتماع في الفرض نظير تخلف الوصف في المبيع الشخصي يوجب الخيار لا بينونة المأتي به لما استؤجر عليه مع أن الإجارة الواقعة على مثل الصوم والصلاة غالبا تكون من قبيل الأول إلا إذا استؤجر على إبراء الذمة وهو أيضا نادر. (الكلبيكاني).
- * الظاهر أن الإجارة الواقعة على الصوم والصلاة وأمثالهما في الغالب من قبيل الأول نعم لو كان المستأجر عليه نتيجة العمل كإبراء الذمة في الصوم والصلاة فلا يستحق شيئا ما لم يتم. (الحائري).

أثنائه استحق بمقدار ما أتى به من المسمى أو المثل على الوجهين المتقدمين (١) إلا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع فلا يستحق شيئاً (٢) وإن كان العمل مما يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما في الصلاة، بناء على حرمة قطعها، والحج بناء على وجوب إتمامه فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا، وجهان أو جههما الأول (٣) هذا إذا كان الخيار فورياً، كما في خيار الغبن (٤) إن ظهر كونه مغبوناً في أثناء العمل

- (١) وقد تقدم أن الأوجه التفصيل بين ما إذا كان سبب الخيار موجوداً حين العقد وبين ما إذا طرأ في أثناء المدة. (الإصفهاني).
- * مر التفصيل فيه وأن الأقوى رجوع تمام المسمى وللمؤجر أجره المثل بالنسبة إلى ما مضى إن كان حق الفسخ بسبب متحقق حال العقد وأما مع العروض في الأثناء فالأقوى التوزيع. (الإمام الخميني).
- * قد مر أنه يختلف بحسب الموارد والأسباب ففي بعضها تثبت أجره المثل وفي بعضها أجره المسمومة. (الحائري).
- * جواز فسخ الإجارة بالنسبة إلى المجموع أو خصوص البعض الباقي موقوف على كيفية جعل الخيار لما مر من عدم المانع في فسخ البعض مع تحقق سبب الخيار. (الكلبایگانى).
- (٢) قد مر حكم تخلف وصف المجموع في الحاشية السابقة. (الكلبایگانى).
- (٣) الظاهر أنه يستحق الأجرة بالنسبة نعم لو كان المستأجر عليه النتيجة فالأوجه الثاني. (الحائري).
- * بل أو جههما الثاني. (الخوئي).
- * الأقوى جريان التفصيل المتقدم فيه أيضاً إلا أن يكون الاستئجار على مجموع العمل أو النتيجة فمع إعمال الخيار لا يستحق شيئاً. (الإمام الخميني).
- * إذا لم يكن إتمام العمل بقصد المجانية. (الشيرازي).
- (٤) في المثل مناقشة. (الإمام الخميني).

وقلنا: إن الإتمام مناف للفورية، وإلا فله أن لا يفسخ إلا بعد الإتمام وكذا الحال إذا كان الخيار للمستأجر إلا أنه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع، وكان في أثناء العمل يمكن أن يقال (١): إن الأجير يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل لاحترام عمل المسلم خصوصا إذا لم يكن الخيار من باب الشرط.

الثانية عشر: كما يجوز اشتراط كون نفقة الدابة المستأجرة والعبد والأجير المستأجرين للخدمة أو غيرها على المستأجر إذا كانت معينة بحسب العادة أو عيناها على وجه يرتفع الغرر كذلك يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على الأجير أو المؤجر بشرط التعيين أو التعيين الرافعين للغرر، فما هو المتعارف من إجارة الدابة (٢) للحج واشتراط كون تمام النفقة ومصارف الطريق ونحوها على المؤجر لا مانع منه (٣) إذا عينوها

(١) الظاهر عدم الفرق بين كون الخيار للأجير أو للمستأجر. (الحائري).
* لكنه بعيد إذ المفروض أن الواقع في الخارج مغاير لما تعلق به الإجارة وقاعدة الاحترام في نفسها لا تفي بإثبات الضمان. (الخوئي).

* لكنه غير وجيه. (الإمام الخميني).

* لكنه بعيد. (الشيرازي).

* هذا ينافي ما سبق منه بأسطر. (الفيروزآبادي).

* الظاهر عدم الفرق بين كون الخيار للأجير أو للمستأجر. (الكلبيكاني).

(٢) المتعارف من عمل الحجاج والحملدارية ليس من إجارة الدابة ولا الشرط في ضمنها بل هو إجارة النفس للمسافرة بالحاج من البلد إلى البلد مثلا مع تهيئة جميع محاووجه السفرية بكذا وكذا وهي أيضا جائزة وليست من تملك العين وإن كان العمل لا يتم إلا بصرف الأعيان كما في الصبغ والغسل والإرضاع. (البروجردى).

(٣) وكذا لا بأس بما هو المتعارف في زماننا من إجارة رجل نفسه للمسافرة

على وجه رافع للغرر.
الثالثة عشر: إذا أجر داره أو دابته من زيد إجازة صحيحة بلا خيار له ثم أجرها من عمرو كانت الثانية فضولية موقوفة على إجازة زيد، فإن أجاز صحت له (١) ويملك هو الأجرة فيطالبها من عمرو، ولا يصح له (٢) إجازتها على أن تكون الأجرة للمؤجر، وإن فسخ الإجازة الأولى بعدها، لأنه لم يكن مالكا للمنفعة حين العقد الثاني، وملكيته لها حال الفسخ (٣) لا تنفع إلا إذا جدد الصيغة (٤) وإلا فهو من قبيل من باع شيئا ثم ملك، ولو زادت مدة الثانية عن الأولى لا يبعد

بالحاج من البلد إلى البلد مع تحمل جميع ما يحتاجه إليه في السفر من المأكل والمشروب والسيارة والطيارة وغيرها إذا كانت معينة أو عينها على وجه يرتفع الغرر. (الكلبيكاني).
(١) إذا كان مالكا لجميع منافعتها أو كانت الإجازة الثانية واقعة على مورد الأولى. (آقا ضياء).
* إذا كان مورد الإجازتين واحدا ولو في الجملة. (الإمام الخميني).
* إذا وقعت الإجازة الثانية على وجه يملك المستأجر الثاني تمام ما ملكه المستأجر الأول أو بعضه. (الكلبيكاني).
(٢) على الأحوط. (الشيرازي).
(٣) لا يبعد كفاية الإجازة لصحة العقد السابق من حين الفسخ. (الخوانساري).
(٤) والأقوى كفاية إجازة العقد السابق من حين الفسخ ويصح من حين انتقالها إليه بالفسخ كما لا يخفى وجهه. (آقا ضياء).
* كفاية الإجازة لا تخلو من قوة. (الشيرازي).
* بل يكفي إجازة العقد الثاني بعد فسخ العقد الأول بدون حاجة إلى تجديد الصيغة. (الخوئي).

لزومها على المؤجر في تلك الزيادة، وأن يكون لزيد إمضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدة الأولي.

الرابعة عشر: إذا استأجر عينا ثم تملكها قبل انقضاء مدة الإجارة بقيت الإجارة على حالها (١) فلو باعها والحال هذه لم يملكها المشتري إلا مسلوبة المنفعة (٢) في تلك المدة، فالمنفعة تكون له، ولا تتبع العين، نعم للمشتري خيار الفسخ إذا لم يكن عالما بالحال، وكذا الحال إذا تملك المنفعة بغير الإجارة في مدة ثم تملك العين، كما إذا تملكها بالوصية أو بالصلح أو نحو ذلك فهي تابعة للعين إذا لم تكن مفروزة، ومجرد كونها لمالك العين لا ينفع في الانتقال إلى المشتري، نعم لا يبعد تبعيتها للعين (٣) إذا كان قاصدا لذلك (٤) حين البيع.

-
- (١) في إطلاقه إشكال والظاهر اختلاف الموارد ولا يبعد التبعية إذا تملكها بمثل الإرث من الأسباب التي ليس لبقائها اعتبار أو احتمال زوال وعدم التبعية في العقود التي لها اعتبار بقاء وأثر واحتمال فسخ وانفساخ وفي مثلها لا يؤثر قصد التبعية في تبعيتها نعم له أن يضمها إليها في العقد. (الإمام الخميني).
* قد مر الإشكال فيه والاحتياط فراجع. (الكلبايگاني).
- (٢) فيه إشكال ولا يترك الاحتياط باشتراط التبعية وعدمها في عقد البيع ومع عدمه فلا يترك الاحتياط بالتراضي والتصالح. (النائيني).
* فيه إشكال بل الظاهر عدمه. (الخوئي).
- * بل غير مسلوبة ومحض تعدد السبب في تمليك العين والمنفعة بالنسبة إلى البائع لا يغير ظاهر العقد في تمليك العين وتبعية منفعتها لها. (الفيروزآبادي).
(٣) فيه تأمل بل العدم لا يخلو من رجحان نعم لا بأس بضمها إليها في العقد. (البروجردي).
* فيه تأمل. (الإصفهاني).

الخامسة عشر: إذا استأجر أرضاً للزراعة مثلاً فحصلت آفة سماوية أو أرضية توجب نقص الحاصل لم تبطل، ولا يوجب ذلك نقصاً في مال الإجارة (١) ولا خياراً للمستأجر، نعم لو شرط على المؤجر إبراءه من ذلك بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة ثلثاً أو ربعاً أو نحو ذلك أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الإجارة عيناً شخصية فالظاهر الصحة (٢)، بل الظاهر صحة اشتراط البراءة (٣) على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة (٤)، ولا يضره التعليق لمنع كونه مضراً في الشروط، نعم لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد بأن يكون ظهور النقص كاشفاً عن البراءة من الأول فالظاهر عدم صحته (٥) لأوله إلى الجهل بمقدار مال الإجارة حين العقد (٦).

(٤) أي لانتقال المنفعة. (الشيرازي).

(١) سقطت هنا كلمة نقصاً (أ) والتعليق في الشروط مضر إذا استلزم نوعاً من الغرر. (كاشف الغطاء).

(أ) الكلمة موجودة في الأصل وسائر النسخ الموجودة عندنا.

(٢) في صحة هذا الشرط مع جهالته حين العقد نظر بل به يبطل عقد الإجارة أيضاً لكونه غررياً. (آقا ضياء).

(٣) لا تخلو عن الإشكال. (النائيني).

(٤) فيه إشكال. (الحائري).

(٥) بل الظاهر صحته فإن البراءة إنما هي في الآن المتأخر عن زمان الاشتغال محذور الجهل السابق. (آقا ضياء).

(١) هذا إذا كان العمل معيناً كما وكيفاً. (الخوئي).

(٢) مع معلومية حدودها بنحو لا يلزم غرر في عقدها. (آقا ضياء).

* مع التعيين على وجه يرتفع به الغرر. (الإمام الخميني، الكلبيكاني).

(٣) مع تعيينهما على وجه يرتفع معه الغرر. (البروجردي).

(٤) الرواية منقولة بالمعنى. (الخوئي).

(٥) في الوجوب الشرعي في مثل المقامات إشكال بل منع. (الإمام الخميني).

(٦) بل لأن وجوبها لما كان عبارة أخرى عن الإلزام بعدم حبسها عمن يحتاج إليها فليس هو مخرجاً لذات العمل عن ملك مالكه ويجوز أخذ الأجرة عليه

حذو سائر الأعمال. (النائيني).

(٧) مع عدم تعيين المدة يشكل صحة الإجارة نعم لو كان بعنوان الجعالة لا بأس به. (الإصفهاني).

* مع عدم تعيين المدة لا تصح الإجارة. (البروجردي، الخوانساري).

* مشكل مع عدم تعيين المدة. (الإمام الخميني).

السادسة عشر: يجوز إجارة الأرض (١) مدة معلومة بتعميرها (٢) وإعمال عمل فيها (٣) من كرى الأنهار وتنقية الآبار وغرس الأشجار ونحو ذلك، وعليه يحمل قوله (عليه السلام) (٤): لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أكثر فيعمرها ويؤدي ما خرج عليها، ونحوه غيره.
السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأجرة على الطبابة وإن كانت من الواجبات الكفائية، لأنها كسائر الصنائع واجبة (٥) بال عوض (٦)، لانتظام نظام معاش العباد، بل يجوز وإن وجبت عينا لعدم من يقوم بها غيره، ويجوز اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الرفع للغرر، ويجوز أيضا مقاطعته على المعالجة إلى مدة أو مطلقا (٧) بل يجوز المقاطعة (٨)

(١٣٥)

عليها بقاء البرء (١) أو بشرطه (٢) إذا كان مضمونا (٣) بل مطلقا (٤) وما قيل

* فيه إشكال. (الشيرازي).

* بشرط أن لا تكون المعاملة غررية. (الكلبيكاني).

(٨) فيه إشكال سواء جعل البرء غاية لزمان الإجارة بأن استأجره للمعالجة إلى زمان البرء وقيدا للعمل بأن يكون متعلق الإجارة بالمعالجة المؤدية إلى البرء أو شرطا بأن استأجره على المعالجة إلى مدة كذا على أن تؤدي إلى البرء للجهالة في الأول وعدم القدرة على العمل المقيد في الثاني وعلى الشرط في الثالث نعم بناء على عدم مفسدية الشرط الفاسد تصح الإجارة في الأخير ويلغو الشرط. (الإصفهاني).

(١) الأقوى عدم صحة الإجارة عليها مقيدة بالبرء فإنه وإن كان ربما يحصل بمقدمات اختيارية لكن حصوله اتفاقي فالمعاملة عليه غررية نعم تصح الجعالة عليها كذلك لما مر في المسألة العاشرة. (البروجردي).

* مع الوثوق بحصوله بحيث يدفع به الغرر وكذا في الشرط لكن الأحوط أن يكون القرار بنحو الجعالة. (الإمام الخميني).

* لو قاطعه عليها بقاء البرء فمقتضى اعتبار المقدورية في متعلق الإجارة هو فسادها من أصله ولو جعله شرطا في ضمن العقد فمقتضى اعتبارها في صحة الشرط أيضا هو فساد الاشتراط به وبناء على ما هو أصح الوجوه عند فساد الشرط من ثبوت الخيار به وجريان تعذره الشرعي لمكان الفساد مجرى التعذر العقلي في ذلك فالمتجه في المقام حينئذ ثبوت الخيار للشارط وإن كان عالما بفساد الشرط على الأقوى. (النائيني).

(٢) لا تصح هذه المعاملة إلا بعنوان الجعالة. (الشيرازي).

(٣) بمقدار لا يلزم معه الغرر عرفا. (آقا ضياء).

* مشكل بل لا بد أن يكون البرء موردا للاطمئنان حتى يصح الالتزام به ويبدل بلحاظه المال ولا يكون غررا نعم لا مانع من الجعالة عليها بقاء البرء أو بشرطه

من عدم جواز ذلك لأن البرء بيد الله فليس اختياريا له، وأن اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة (١) لا الإجارة فيه أنه يكفي كون مقدماته العادية اختيارية (٢)، ولا يضر التخلف في بعض الأوقات، كيف وإلا لم يصح بعنوان الجعالة، أيضا (٣).
الثامنة عشر: إذا استؤجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتبا (٤)

مطلقا. (الكلبايگاني).

(٤) يشكل الحكم بالصحة في فرض التقييد مع الظن بالبرء أيضا نعم لا تبعد الصحة مع الاطمئنان به. (الخوئي).

(١) بأن يقع القرار بين المريض والطبيب بأنه لو عالجه وأدت معالجته إلى البرء فله جعل الفلاني نظير ما إذا قيل لشخص لو تفحصت عن دابتي وظفرت بها فلك كذا مع أن الظفر لها غير معلوم وإنما يترتب على فحصه بضرب من الاتفاق إلا أن ذلك لا يضر في باب الجعالة. (الإصفهاني).

(٢) إنما يكفي اختيارية المقدمات في اختيارية ذبيها إذا كان كمخيطية الثوب مثلا أثرا متولدا منها ولم يتوسط في البين مقدمة أخرى غير اختيارية وإلا كانت هي الأخير من أجزاء علته واستند الأثر إليها ويكون تابعا لها في عدم المقدورية ولا يصح الالتزام به بالإجارة مثلا أو الاشتراط أو غير ذلك وظاهر أن برء المريض وكذا سمن الدابة ونحوهما من ذلك، نعم لما كانت الجعالة لا يتضمن إلزاما على العامل وكان المنشأ بها هو الالتزام له على تقدير خاص فالفرق بينها وبين الإجارة وكذلك الشرط في ضمن العقد من هذه الجهة ظاهر. (النائيني).

(٣) الفرق بين الجعالة والإجارة من هذه الجهة ظاهر. (الخوئي).

(٤) إلا إذا كان التعارف موجبا للانصراف كما هو كذلك ظاهرا نعم لو اتفق الغلط في بعض الآيات فالظاهر كفاية إعادته ولا يلزم إعادة ما بعده، وكذا لو نسي وخالف الترتيب. (الإمام الخميني).

* الأحوط أن يقرأ مرتبا بل لا يبعد أن ينصرف إليه إطلاقه نعم لو اتفق الغلط

بالشروع من " الفاتحة " والختم بسورة " الناس " (١)، بل يجوز أن يقرأ سورة فسورة على خلاف الترتيب، بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضا (٢)، ولهذا إذا علم بعد الإتمام أنه قرأ الآية الكذائية غلطا أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط (٣)، نعم لو اشترط عليه الترتيب (٤) وجب

في بعض الآيات لا يبعد كفاية إعادته. (النائيني).

* إلا مع انصراف عقد الإجارة إليه كما هو الغالب وإن أمكن مع ذلك دعوى كفاية ما نسي من آية أو آيتين مثلا بعد تذكره لعدم إضراره بالترتيب العرفي المنصرف إليه اللفظ ومنه ظهر حال ما لو شرط الترتيب صريحا في متن العقد ولكن الأحوط مع ذلك وجوب الإعادة. (آقا ضياء).

* إلا أن يكون هناك ما يوجب انصراف الإطلاق إليه. (الخوانساري).

* إلا أن يكون هناك تعارف يوجب انصراف الإطلاق إليه. (البروجردي).

* فيه إشكال وأولى منه بالإشكال تجويزه عدم رعاية الترتيب في آيات السورة بل الظاهر هو الانصراف إلى القراءة المرتبة ولا سيما في الفرض الثاني. (الخوئي).

* بل يقرأ مرتبا لانصراف إطلاق الإجارة كما هو المتعارف نعم لا بأس بخلاف الترتيب مع القرينة على عدم لزومه. (الكلبيكاني).

(١) لا يبعد الانصراف عرفا إلى القراءة مع الوصفين فإنها المتعارف. (الفيروزآبادي).
(٢) كل ما ذكره (قدس سره) مشكل والأحوط بل الأقوى الجري على المتعارف في الترتيب والصحة وغيرهما. (كاشف الغطاء).

(٣) إذا كانت الإجارة على قراءة القرآن على النحو المتعارف صحيحة كفى ذلك بلا حاجة إلى الإعادة وإن كانت على قراءة القرآن صحيحة كفى قراءة تلك الآية صحيحة ثانية لعدم الانصراف إلى اعتبار الترتيب في هذا الفرض. (الخوئي).

(٤) أو كان الترتيب منصرفا إليه. (الحائري).

مراعاته (١)، ولو علم إجمالاً بعد الإتمام أنه قرأ بعض الآيات غلطاً من حيث الإعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادة فلا يبعد كفايته (٢) وعدم وجوب الإعادة، لأن اللازم القراءة على المتعارف والمعتاد، ومن المعلوم وقوع ذلك من القارئ غالباً إلا من شذ منهم، نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلاً لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة، وكذا الكلام في الاستئجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها، وكذا في الاستئجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضر في استحقاق الأجرة إسقاط كلمة (٣) أو حرف أو كتابتهما غلطاً. التاسعة عشر: لا يجوز (٤) في الاستئجار للحج البلدي أن يستأجر شخصاً من بلد الميت إلى النجف، وشخصاً آخر من النجف إلى مكة أو إلى الميقات، وشخصاً آخر منه إلى مكة إذ اللازم أن يكون قصد المؤجر من البلد الحج، والمفروض أن مقصده النجف مثلاً، وهكذا فما أتى به من السير ليس مقدمة للحج، وهو نظير أن يستأجر شخصاً لعمره التمتع

-
- (١) وكذا إذا كان تعارف انصرف إليه الإطلاق. (الإصفهاني).
 - (٢) مع كونه غير معتد به. (الإمام الخميني).
 - (٣) إذا وقعت بغير عمد ولم تكن زائدة على المتعارف ومع ذلك لو أمكن التصحيح فالأحوط ذلك مع عدم الحرج. (الإمام الخميني).
 - * إذا كان سهواً بمقدار المتعارف. (الكليبايگاني).
 - (٤) إذا وقعت على وجه السهو ولم تكن زائدة على ما يتعارف وقوعها من الكتاب المتحفظين. (البروجردي).
 - * الأقوى جوازه ولا يبعد أن يكون ما أفتي به من عدم الجواز مبني على ما اختاره في الأصول من تخصيص وجوب المقدمة بالموصلة. (النائيني).

وشخصاً آخر للحج، ومعلوم أنه مشكل (١)، بل اللازم (٢) على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استئجار شخص للركعة الأولى من الصلاة وشخص آخر للثانية (٣)، وهكذا.

متمم العشرين: إذا استؤجر للصلاة عن الميت فصلى ونقص من صلاته (٤) بعض الواجبات الغير الركنية سهواً فإن لم يكن زائداً على القدر المتعارف الذي قد يتفق أمكن أن يقال: لا ينقص من أجرته شيء، وإن كان الناقص من الواجبات والمستحبات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف ينقص من الأجرة بمقداره (٥) إلا أن يكون المستأجر عليه

(١) بل لو قلنا بجواز الثاني لا نقول بجواز الأول. (الإصفهاني).

* إشكاله أهون من الأول. (الإمام الخميني).

(٢) فيه ما لا يخفى. (الإمام الخميني).

* لا يلزم ذلك. (الخوئي).

* هذا قياس غريب بل قياس مع الفارق ضرورة أن الحج لو انفرد عن العمرة لا يبطل بل من حقه أن ينفرد فكيف يقاس بالصلاة الواحدة التي لا يجوز التفريق بين ركعاتها أبداً أما الاستئجار للحج البلدي متفرقا فلا مانع منه ولكن لو أوصى بحجة بلدية وأطلق انصرف إلى المتعارف. (كاشف الغطاء).

(٣) الملازمة ممنوعة جداً كما أن ما أفيد في وجه عدم الاجتزاء بالمتعدد أيضاً نظر واضح. (آقا ضياء).

(٤) تقدم الكلام فيه في بحث القضاء (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: تقدم الكلام فيه في صلاة الاستئجار.

(٥) بل لا ينقص إلا إذا أوقع الإجارة على نحو يوزع على أجزاء الصلاة ولم يكن الجزء المنسي قابلاً للتدارك. (الإمام الخميني).

* إن لم يكن للنقص تدارك وإلا فالظاهر كفاية التدارك من دون نقصان في

الصلاة الصحيحة المبرئة للذمة (١)، ونظير ذلك إذا استؤجر للحج فمات بعد الإحرام ودخول الحرم، حيث إن ذمة الميت تبرأ بذلك، فإن كان المستأجر عليه ما يبرأ الذمة استحق تمام الأجرة، وإلا فتوزع (٢) ويسترد ما يقابل بقية الأعمال (٣).
تم كتاب الإجارة

الأجرة. (الكلبيكاني).

- (١) لا يبعد أن ينصرف إطلاق الاستئجار للصلاة إلى ذلك فلا ينقص من الأجرة حينئذ إلا مع التصريح بخلاف ذلك بل لا يبعد أن يكون في باب الحج أيضا كذلك والحمد لله رب العالمين والصلاة على نبيه وآله الطاهرين. (النائيني).
* وكذا إذا كان طبيعة الصلاة فإنها صادقة إذا كان النقص مما لا يضر بصحتها وكذا في الحج وإن مات بعد الإحرام ودخول الحرم. (البروجردي).
(٢) بل يستحق الأجير تمام الأجرة مع الإطلاق. (الفيروزآبادي).
(٣) قد مر في الحج أنه لا يبعد استحقاق تمام الأجرة إذا مات في الحرم بعد الإحرام وإن كان أجيروا على الأعمال. (الكلبيكاني).

كتاب المضاربة

وتسمى قراضا عند أهل الحجاز، والأول من الضرب لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح، والمفاعلة (١) باعتبار كون المالك سببا له والعامل مباشرا، والثاني من القرض بمعنى القطع لقطع المالك حصة من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول، وعلى الأول مضارب بالبناء للفاعل، وكيف كان عبارة عن دفع (٢)

(١) ذكره جمع من العلماء ويمكن أن يكون فاعل في المقام بمعنى فعل كسافر بمعنى سفر. (الكلبيايگاني).

(٢) بل عبارة عن عقد واقع بين شخصين على أن يكون من أحدهما المال ومن الآخر العمل والربح الحاصل بينهما. (الإمام الخميني).

* هذا مناف لما يأتي منه (قدس سره) في الشرط الثاني من اختيار صحة المضاربة مع كون المال بيد المالك فيتصدى العامل للمعاملة فقط والظاهر أن حقيقتها توكيل صاحب المال غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما فيكون عقد المضاربة بمنزلة وكالة محدودة وجعالة مخصوصة لشخص معين في عمل خاص بجعل مخصوص. (الكلبيايگاني).

* وحقيقتها في اعتبار الناس اشترآك شخصين في تجارة على أن يكون من أحدهما المال ومن الآخر العمل ويكون سهم من الربح للمال وسهم منه للعمل

الإنسان مالا إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح للمالك ولا أن يكون تمامه للعامل، وتوضيح ذلك أن من دفع مالا إلى غيره للتجارة تارة على أن يكون الربح بينهما وهي مضاربة، وتارة على أن يكون تمامه للعامل، وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده (١) وتارة على أن يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعة وتارة لا يشترطان شيئا، وعلى هذا أيضا يكون تمام الربح للمالك فهو داخل في عنوان البضاعة، وعليهما يستحق العامل أجره المثل لعمله إلا أن يشترطا عدمه، أو يكون العامل قاصدا للتبرع (٢) ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع أيضا له أن يطالب الأجرة إلا أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الأجرة (٣)، وإلا فعمل المسلم

فليس فيها تعويض ولا جعل حق للمالك على رقة العامل ولا للعامل على مال المالك. (البروجردي).

(١) وإن كان قصده أن يكون المال لمالكه وتام الربح للغير لا تصح المعاملة وسيجئ أن أجره المثل والربح للمالك. (الفيروزآبادي).

* ومضاربة فاسدة إن كان بقصدها. (الكلبيكاني).

(٢) أو يقيد المالك إذنه في التجارة بماله بالمجانبة لأنه إن اتجر العامل به مع ذلك فقد هتك احترام عمله. (الكلبيكاني).

(٣) كما هو كذلك في البضاعة وقد التزم (قدس سره) في باب المساقاة بعدم استحقاق العامل الأجرة فيما إذا اشترط المالك انفراده بالثمر. (الخوئي).

* حتى يأخذ المالك به في مقام الترافع أو تكليفه الظاهري والاستحقاق الواقعي تابع لواقعيته. (الإمام الخميني).

* بحيث يكون إرجاع المالك إليه ظاهرا في المجانية ليكون العمل معه هتكا لاحترام عمله. (الكلبيكاني).

* هذا الظهور لا تأثير له في عدم استحقاق الأجرة واقعا نعم ربما يكون له أثر

محترم (١) ما لم يقصد التبرع. ويشترط في المضاربة الإيجاب والقبول،
ويكفي فيهما كل دال قولاً أو فعلاً والإيجاب القولي كأن يقول: ضاربتك
على كذا وما يفيد هذا المعنى، فيقول: قبلت. ويشترط فيها أيضاً بعد
البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر (٢) لفلس (٣) أو جنون (٤) أمور:
الأول: أن يكون رأس المال عيناً فلا تصح بالمنفعة (٥) ولا بالدين،
فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه،
ولو أذن للعامل في قبضه ما لم يحدد العقد بعد القبض، نعم لو وكله على
القبض والإيجاب (٦) من طرف المالك والقبول منه بأن يكون موجبا
قابلاً صح، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً إلا أن

في مقام الترافع أو في الحكم الظاهري عند الشك. (البروجردى).
(١) تقدم في كتاب الإجارة الإشكال في اقتضاء فاعل الاحترام للضمان.
(الخوانساري).

- (٢) في رب المال لفلس وفيهما لسفه. (الإمام الخميني).
* في صاحب المال وأما العامل ففلسه ليس مانعاً من صحتها. (البروجردى).
(٣) هذا في المالك وسيأتي منه (قدس سره) عدم اعتباره في العامل. (الخوئي).
* في صاحب المال دون العامل. (الكلبيكاني).
(٤) كان مراده به السفه وإلا كان ذكر العقل مغنياً عنه وكان اعتبار الرشد غير
مذكور. (البروجردى).
* لعله يريد به السفه وإلا فهو من سهو القلم وعلى الأول فإنما يعتبر عدمه في
المالك دون العامل. (الخوئي).
* هذا تكرار لما مر من اشتراط العقل إلا أن يكون المراد به السفه. (الكلبيكاني).
(٥) على الأحوط. (الخوئي).
(٦) بعد القبض. (الكلبيكاني).

يوكله في تعيينه، ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولي الطرفين.
الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة
بأن يكون درهما أو دينارا، فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض بلا خلاف
بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع، نعم تأمل فيه
بعضهم وهو في محله (١) لشمول العمومات إلا أن يتحقق الإجماع وليس
ببعيد (٢) فلا يترك الاحتياط، ولا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل
به مثل الشاميات والقمرى (٣) ونحوها، نعم لو كان مغشوشا يجب كسره

-
- (١) الأقوى هو ما عليه المشهور. (البروجردى).
(٢) لم يثبت الإجماع في المسألة لعدم تعرض كثير من القدماء لها ويظهر من
الخلاف والغنية أن المسألة ليست إجماعية لتمسكهما بعدم الدليل على الصحة
دون الإجماع وإنما ادعى الإجماع وعدم الخلاف في الصحة مع الدرهم
والدينار بل يظهر من العلامة أيضا بعد نسبة القول بالبطلان إلى علمائنا أن
الدليل عليه كونها على خلاف القاعدة فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن
وإنما ادعى الإجماع صاحب جامع المقاصد وتبعه بعض آخر بل حجية
الإجماع في مثل تلك المسألة التي ادعى الأعظم كون الصحة فيها خلاف
القواعد ممنوعة أو مشكلة ولو فرض صحة الإجماع وثبوته فالقدر المتيقن منه
هو عدم الجواز في غير الأثمان أي العروض منه وأما في مثل الدينار العراقي
والاسكناس من الأثمان غير الذهب والفضة فغير ثابت فعليه فصحتها بمثلها لا
يخلو من قوة للعمومات وكون المعاملة عقلائية وعدم غريرتها بل عدم ثبوت
البطلان بمثل ذلك هذا مع أنه لا يبعد إطلاق بعض أدلة الباب. (الإمام الخميني).
* الظاهر أن الإجماع لم يثبت وعبارة القاضي في الجواهر تدل على تحقق
الإجماع على صحة المضاربة بالدرهم والدنانير لا على عدم صحتها في
غيرهما. (الخوئي).
(٣) إلا على وجه يكون الذهب أو الفضة فيه مستهلكا لا يصدق عليهما كونهما

بأن كان قلبا لم يصح (١) وإن كان له قيمة فهو مثل الفلوس، ولو قال للعامل: بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضا لم يصح إلا أن يوكله في تجديد العقد عليه بعد أن نض ثمنه (٢).

الثالث: أن يكون معلوما قدرا ووصفا (٣) ولا يكفي المشاهدة وإن زال به معظم الغرر.

الرابع: أن يكون معينا (٤) فلو أحضر مالين وقال: قارضتك بأحدهما أو بأيهما شئت لم ينعقد إلا أن يعين ثم يوقعان العقد عليه، نعم لا فرق بين أن يكون مشاعا أو مفروزا بعد العلم بمقداره ووصفه، فلو كان المال مشتركا بين شخصين فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع، وكذا لو كان للمالك مائة دينار مثلا فقال: قارضتك بنصف هذا المال صح.

من جنسهما وحينئذ ففي القمري المتعارف في عصرنا إشكال وإن قيل بأن فيها شيئا من الفضة إذ هذا المقدار لا يوجب صدق معاهد الإجماعات عليه الذي هو تمام المدرك في المسألة بضميمة عدم تمامية العمومات الشاملة لجميع أبواب العقود والتجارة لمثله للتشكيك في صدق الحقيقة من تلك الجهة عرفا الموجبة للتشكيك في شمولها للمقام بملاحظة انصرافها إلى الأنواع المتعارفة كما لا يخفى. (آقا ضياء).

* فيه وفي أمثاله من المستهلك فيه الذهب والفضة إشكال. (الخوانساري).

(١) فيه إشكال بل لا تبعد الصحة. (الخوئي).

(٢) نض المال: تحول نقدا بعدما كان متاعا والصحيح في التعبير بعد أن نضت باعتبار السلعة أو نض باعتبار المتاع. (الفيروزآبادي).

(٣) على الأحوط الأولى. (الخوئي).

(٤) على الأحوط ولا يبعد عدم اعتباره. (الخوئي).

الخامس: أن يكون الربح مشاعا بينهما فلو جعل لأحدهما مقدارا معيناً والبقية للآخر أو البقية مشتركة بينهما لم يصح (١).
السادس: تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق.

السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطا جزءا منه لأجنبي عنهما لم يصح (٢) إلا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة (٣)، نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح، ولا بأس به خصوصا على القول بأن العبد لا يملك (٤)، لأنه يرجع إلى مولاه، وعلى القول الآخر يشكل إلا أنه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للأجنبي والقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاما لأحدهما فالأقوى الصحة (٥) مطلقا، بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضا (٦) وإن لم يكن عاملا لعموم الأدلة.

(١) لا يخلو من الإشكال فيما إذا علم أن الربح يزيد على المقدار المعين وقد التزم (قدس سره) في باب المساقاة بالصحة في نظير المقام. (الخوئي).

(٢) على المشهور. (الفيروزآبادي).

(٣) مع ضبط عمله على وجه يرتفع معه الغرر. (آقا ضياء).

(٤) لا يبعد ابتناء صحة الاشتراط على هذا القول إذا كان الشرط من شرط النتيجة كما هو المفروض وأما الاشتراط للأجنبي فالظاهر عدم صحته. (الخوئي).

(٥) مشكل. (الكلبيگاني).

(٦) فيه تأمل. (الإمام الخميني).

* لا يخلو عن إشكال. (الحائري).

* بل بعيد. (الكلبيگاني).

* الأقوى عدم صحة الشرط للأجنبي وكذا لغلام أحدهما لو قيل بملكه

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصح، لكن لا دليل عليه فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك كما عن التذكرة. التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة وأما إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة مثلا ويكون الربح بينهما يشكل صحته إذ القدر المعلوم من الأدلة هو التجارة، ولو فرض صحة غيرها للعمومات (١) كما لا يبعد (٢) لا يكون داخلا في عنوان المضاربة. العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، مع اشتراط المباشرة (٣) من دون الاستعانة بالغير أو كان عاجزا حتى مع

استقلالاً وقول المشهور بصحته له مبني على عدم ملكه كذلك كما هو المصرح به في كتب الفريقين. (البروجردى).

(١) إذا كان من المعاملات المتعارفة في أيدي الناس وإلا ففي شمول العمومات لمثلها إشكال كما أشرنا إليه آنفا. (آقا ضياء).

* إذا لم يكن متعارفا في صحته إشكال. (الخوانساري).

(٢) بل هو بعيد. (البروجردى).

* فيه إشكال بل منع. (الإمام الخميني).

* بل بعيد. (الكلبایگانى).

(٣) اشتراط القدرة في المضاربة غير معلوم ولم يذكر في كلمات السابقين بل المذكور في كلامهم فلو أخذ واحد ما يعجز عن العمل فيه ضمن وهذا غير اشتراط القدرة فإن الضمان فيه مستند إلى عدم كون اليد على المال عن إذن لأنه مقيد بالقدرة على التجارة ولا يقاس بالإجارة حيث إنه ليس في المضاربة تمليك إلا تمليك الجعل بعد العمل ولا يضره العجز حيث لا يستحقه إلا بعد العمل وعلى فرض الاشتراط فلا مانع من صحة العقد في المقدور. (الكلبایگانى).

الاستعانة بالغير وإلا فلا يصح (١) لاشتراط كون العامل قادرا على العمل (٢)
كما أن الأمر كذلك في الإجارة للعمل، فإنه إذا كان عاجزا تكون
باطلة، وحينئذ فيكون تمام الربح للمالك وللعامل أجره عمله مع جهله

(١) إذا كان ذلك بنحو وحدة المطلوب وإلا فيصح في المقدار المقذور مباشرة أو
في تمامه تسبيبا. (آقا ضياء).

* لا تبعد الصحة في المقدار الذي يقدر العامل على الاتجار به. (الخوئي).
* الأقوى صحتها بالنسبة إلى ما يقدر عليه واستحقاق العامل فيما يعمل به
حصته من الربح. (الخوانساري).

(٢) اعتبار القدرة على العمل في تحقق المضاربة عقلا لتقومها بالمال والعمل
وعدمها بالنسبة إلى جميع المال لكثرتة لا يوجب بطلانها فيما يقدر عليه
ويبدله من العمل في بعضه فالأقوى صحتها بالنسبة إلى ما يقدر عليه
واستحقاق العامل فيما يعمل به حصته من الربح بل الأمر في الإجارة أيضا
كذلك وإن كان بينهما فرق من جهة أخرى نعم يكون للمستأجر مع جهله خيار
التبعض. (البروجردي).

وكذا الحال في الإجارة للعمل وعلى ما ذكرناه يعلم حال الربح وأما الضمان
فعلى مقدار البطلان إن كلا فكل وإن بعضا فبعض مع تلف الكل وبالنسبة
مع تلف البعض المشاع نعم لو أخذ بمقدار مقدوره أولا وقلنا بصحته بالنسبة
فمع عدم الامتزاج يكون ضامنا بالنسبة إلى غير المقذور وما أخذ أولا بعنوان
المعاملة يتعين لمال المضاربة والباقي الزائد مقبوض بلا وجه ومضمون.
(الإمام الخميني).

البطلان (١)، ويكون ضامنا لتلف المال (٢) إلا مع علم المالك بالحال (٣)، وهل يضمن حينئذ جميعه لعدم التمييز مع عدم الإذن في أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد لأن العجز إنما يكون بسببه فيختص به أو الأول (٤) إذا أخذ الجميع دفعة والثاني إذا أخذ أولا بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولا؟ أقوال (٥) أقواها الأخير (٦)

(١) مر في الإجارة تفصيل ذلك. (الإمام الخميني).

* ويقرب ذلك مع العلم به أيضا. (الشيرازي).

* أو بالعجز. (الفيروزآبادي).

(٢) الظاهر أنه لا يضمن مطلقا. (الخوئي).

* فيما إذا كان التلف بالمضاربة. (الشيرازي).

(٣) بل مطلقا إذا كان إعطاؤه المال بعنوان المضاربة الفاسدة فإن التحقيق فيه

ضمانه كما هو الشأن في كلية المقبوض بمقتضى الوفاء بالعقود الفاسدة ولقد

تعرضنا نظيره في الإجارة فراجع. (آقا ضياء).

(٤) أي ضمان الجميع. (الفيروزآبادي).

(٥) مع فرض بطلان المعاملة رأسا لا وجه لهذا التفصيل في ضمانه بل لا بد من

ضمان جميعه مطلقا. (آقا ضياء).

(٦) بل أقواها عدم الضمان مطلقا. (النائيني).

بمقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده لا يضمن أصلا مطلقا

وإن كان مانعا عن الصحة بالنسبة إلى الزائد عن مقدوره بأن يكون صحيحا

بالنسبة إلى المقدار المقذور وفاسدا بالنسبة إلى الزائد فمن المعلوم أن نسبة

العجز والقدرة بالنسبة إلى ما أخذه أولا وثانيا على حد سواء. (الإصفهاني).

ودعوى أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لا يكون عاجزا كما ترى، إذ الأول وقع صحيحا (١)، والبطلان مستند إلى الثاني وبسببه، والمفروض عدم المزج، هذا ولكن ذكر بعضهم (٢) أن مع العجز المعاملة صحيحة، فالربح مشترك،

* بل أقواها الأول بناء على مختاره من كون منشأ الضمان بطلان المضاربة فإن الجميع مقبوض كذلك وأما على ما قويناه فأقواها الثاني مع تعيينه بالتلف كما إذا تلف جميع المال قبل العمل أو تلف الباقي بعد الشروع في العمل في جميع ما يقدر عليه منه. (البروجردى).

* الأقوى عدم الضمان فيما اتجر به مطلقا. (الحائري).

* مع فرض البطلان لا وجه لهذا التفصيل. (الخوانساري).

* بل الأول. (الشيرازي).

* هذا إذا أنشأ المضاربة بالمعاطاة بأن أعطى المقدور بقصد المضاربة ثم أعطى الزائد ولم يمزجه وأما لو أنشأ العقد على الزائد فالعقد باطل على مختاره وحيث إن الإعطاء مبني على القدرة فاليد ضمان بالنسبة إلى المجموع وعليه فالأقوى الأول وأما على ما اخترناه من عدم اشتراط القدرة في العقد المجموع وما أخذ أولا بمقدار مقدوره لم يكن متعلقا لمضاربة مستقلة على حده. (الإصفهاني).

(٢) بل كلهم فيما أعلم وهو الوجه ولا تلازم بين الصحة وعدم الضمان كما ترى في موارد تخلف العامل عن الشروط أنه ضامن مع أن الربح بينهما. (البروجردى).

ومع ذلك يكون العامل ضامنا مع جهل المالك ولا وجه له لما ذكرنا، مع أنه إذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه (١) للضمان، ثم إذا تجدد العجز في الأثناء وجب عليه رد الزائد (٢) وإلا ضمن.
(مسألة): لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة أو غيرها فضاربه عليها صح، وإن كان في يده غصبا أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك، لانقلاب اليد حينئذ (٣) فينقلب الحكم ودعوى أن الضمان مغيا بالتأدية ولم تحصل كما ترى (٤)، ولكن ذكر

* بل أسند إلى الكل وهو الأقوى كما مر. (الكلبايگاني).

(١) وجه الضمان هو كون الإعطاء مبنيا على القدرة كما مر. (الكلبايگاني).

(٢) مع العجز عن البعض ورد التمام مع العجز مطلقا. (الإمام الخميني).

(٣) إذا كان إنشاء المضاربة ظاهرا في الإذن في إبقاء اليد عليه كما لا يبعد ذلك

وإلا فلا وجه للانقلاب وكذلك في الرهن. (الكلبايگاني).

* مر أنه لا يعتبر في المضاربة كون المال بيد العامل وعليه فلا دلالة لعقدها

على رضا المالك ببقاء المال في يد الغاصب من دون قرينة فالصحيح ما ذكره

الجماعة من بقاء الضمان (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: مر أنه لا يعتبر في

المضاربة كون المال بيد العامل وعليه فلا دلالة لعقدها على رضا المالك

ببقاء المال في يد الغاصب من دون قرينة إلا أن عقد المضاربة من المالك

على ذلك المال قرينة على رضاه ببقاء هذا المال في يده وتصرفه فيه وعليه

فلا ضمان نعم لو لم تكن هنا قرينة على ذلك فالصحيح ما ذكره الجماعة

من بقاء الضمان.

(٤) ولا أرى وجهها لرفع الضمان إلا دعوى اقتضاء عقد المضاربة كون يده يد

المالك كالوكالة والوديعة وفيه نظر ظاهر لأن مجرد كونها يد أمانة ومأذونة

لا يقتضي مثل هذا التنزيل وحينئذ من أين حصلت الغاية لعموم على اليد.

(آقا ضياء).

جماعة بقاء الضمان إلا إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع (١) فإنه يرتفع الضمان به، لأنه قد قضى دينه بإذنه (٢)، وذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً، وأن العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنها تبقى على الضمان، والأقوى ما ذكرنا في المقامين (٣) لما ذكرنا. (مسألة): المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها (٤) سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده قبل حصول الربح، أو بعده نض المال أو كان به عروض، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل (٥)، وإن

-
- (١) بل يرتفع الضمان له بمجرد الشراء به من دون احتياج إلى الدفع نعم يحتاج إلى إذن البائع. (الكلبيكاني).
- (٢) مع ظهور كلامه في كون الشراء بالعين كيف يكون من باب قضاء دينه بل الأولى في الوجه أن يقال: إنه من باب تملكه الغير الذي هو بمنزلة إتلاف المالك إياه الرافع لزمانه قهراً بمناط كون قرار الضمان على من ينسب إليه الإتلاف. (آقا ضياء).
- (٣) ارتفاع الضمان بالرهن والإجارة وإن كان قويا لكنه في المقام وأشباهه من العقود الإذنية مشكل. (النائيني).
- (٤) بمعنى أنه يجوز للمالك الرجوع عن الإذن في التصرف في ماله وللعامل الامتناع من العمل في أي وقت كان وأما ما عيناه للمال وللعمل من الربح فلا يجوز فسخه والرجوع إلى أجره المثل بعد ظهور الربح بل وبعد الشروع في العمل أيضاً إذا كانا باقيين على الإذن والعمل. (البروجردي).
- * يعني للمالك الرجوع عن الإذن في التصرف وللعامل الامتناع من العمل في أي وقت وأما الفسخ بعد العمل والرجوع إلى أجره المثل دون ما عيناه من الربح فالأقوى عدم جوازه. (الكلبيكاني).
- (٥) بمعنى أن لكل واحد جواز المتاركة عند أجل كذا لا بمعنى عدم الفسخ قبله. (الفيروزآبادي).

كان قبل انقضائه، نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى (١)، لوجوب الوفاء بالشرط (٢)، ولكن عن المشهور بطلان الشرط (٣) المذكور، بل العقد أيضا (٤) لأنه مناف لمقتضى العقد (٥)، وفيه منع بل هو مناف

(١) بل الشرط مطلقا يوجب لزوم العقد تكليفا ولكن إذا فسخ يفسخ. (الحائري).
* فيه إشكال. (الفيروزآبادي).

(٢) الأحوط وجوب الوفاء بالشرط تكليفا إذا شرط أن لا يفسخ لكن إذا فسخ يفسخ وأما إذا شرط أن لا يملك الفسخ فالأقوى بطلان الشرط والعقد كما أفتى به المشهور. (الكلبائكاني).
* فيه إشكال. (الخوانساري).

(٣) الظاهر أن ما أفتى المشهور ببطلانه هو ما إذا اشترط أن لا يملك الفسخ إلى زمان كذا دون ما إذا اشترط أن لا يفسخ نعم مقتضى ما صرحوا به من عدم لزوم الشرط في ضمن العقود الجائزة هو تساوي وجود هذا الشرط لعدمه وهو كذلك. (النائيني).

* وهو الأقوى وليس لزومها وعدم فسخها بأي معنى كان مما يقبل الاشتراط. (البروجردي).

(٤) ذكرنا في محله أن اشتراط العقد بشئ ليس معناه مجرد مقارنة التزام مع التزام آخر كما أنه ليس من تعليقه على وجوده بل معناه تعليق الالتزام بالعقد والوفاء به عليه وعليه فلا يصح اشتراط لزوم العقد ولا عدم فسخه في المقام وفي غيره من العقود الجائزة نعم الأظهر عدم بطلان العقد ببطلان شرطه هذا ويمكن اشتراط عدم فسخ العقد الجائز في ضمن عقد آخر ويجب الوفاء به حينئذ بلا إشكال. (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: ذكرنا في محله أن اشتراط العقد بشئ ليس معناه مجرد مقارنة التزام مع التزام آخر بل هو يختلف

لإطلاقه (١)، ودعوى أن الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء

باختلاف الموارد فقد يكون معنى الشرط في ضمن العقد تعليق الالتزام بالعقد والوفاء به عليه كما إذا اشترط في بيع عبد مثلا كونه كاتباً أو عادلاً أو ما شاكل ذلك وقد يكون معناه تعليق نفس العقد على الالتزام بشئ كما إذا اشترطت المرأة في عقد النكاح السكنى في بلد معين مثلا أو نحو ذلك وقد يكون كلا الأمرين معا كما إذا اشترط البائع أو المشتري على الآخر خياطة ثوب أو كتابة شئ مثلا. ثم إن الاشتراط فيما نحن فيه ليس من قبيل الأول حيث إنه لا التزام هنا بالعقد حتى يعلق على شئ آخر بل هو من قبيل الثاني بمعنى أن المعلق على الالتزام بشئ إنما هو عقد المضاربة نفسه وعليه ففيما نحن فيه إن كان المعلق عليه هو لزوم العقد ووجوب الوفاء به فهو باطل وإن كان هو الالتزام بعدم فسخه خارجا فهو صحيح ويجب عليه الوفاء به ولكن لا يوجب لزوم العقد وضعا ومن هنا إذا فسخ كان فسخه نافذا وإن كان غير جائز وكذا الحال فيما إذا اشترط في ضمن عقد آخر وبذلك يظهر الحال في سائر فروض المسألة. (٥) إن كان المشروط لزوم عقدها بحيث لم يفسخ بالفسخ مقابل جوازه فما عن المشهور من بطلان الشرط صحيح وما علل به من كونه منافيا لمقتضى العقد متين نعم فساد العقد به مبني على كون الشرط الفاسد مفسدا وحيث لا نقول به لا نقول به والذي نقول به فيما إذا كان الشرط منافيا لمضمون العقد أو لوازمه العرفية لا فيما إذا كان منافيا لبعض أحكامه الشرعية كما في المقام وإن الطرفين كالمضاربة ولعل نظر المشهور إلى الصورة الأولى وقد تبين أن عدم الصحة فيها هو الأقوى. (الإصفهاني).

(١) اشتراط عدم الفسخ كما هو المفروض غير مناف لإطلاقه أيضا لعدم اقتضاء

ممنوعة (١)، نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط وإلا فما دام العقد باقيا يجب الوفاء بالشرط فيه، وهذا إنما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فإنه يوجب لزوم ذلك العقد (٢) هذا، ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحة الشرط ولزومه (٣)

العقد ولا إطلاقه الفسخ وعدمه بل مقتضاه أو مقتضى إطلاقه جواز العقد مقابل اللزوم وشرط عدم الفسخ لا يقتضي اللزوم حتى ينافي مقتضى العقد فشرط اللزوم باطل غير مبطل للعقد وشرط عدم الفسخ صحيح والظاهر أنه يجب العمل به ما دام العقد باقيا فإذا شرط في ضمن عقد المضاربة عدم الفسخ يجب العمل به لكن لو فسخ يفسخ وإن عصى بمخالفة الشرط وإن شرط في ضمن عقد جائز آخر يجب العمل به ما دام ذلك العقد باقيا ومع فسخه يجوز فسخ المضاربة أيضا بلا عصيان ولو شرط في ضمن عقد لازم عدم الفسخ يجب الوفاء به مطلقا لكن لو فسخ المضاربة تنفسخ لعدم اقتضاء شرط عدم الفسخ لزومها بوجه فما في المتن من صيرورة العقد لازما غير تام سواء كان في ضمنه أو ضمن عقد آخر لازم أو جائز. (الإمام الخميني).

(١) هذه الدعوى صحيحة جدا وما وجه عليها من المنع غير موجه. (الإصفهاني).

* في المنع تأمل فتأمل في الفروع الآتية. (الفيروزآبادي).

* لو فرض كون الشرط في ضمن العقد الجائز مقيدا لزومه ببقاء العقد فامتياز هذا الشرط عن غيره في ذلك لم يظهر موجه. (النائيني).

(٣) إذا كان المشروط عدم الفسخ لا لزوم العقد والذي لا ينافي مقتضى العقد هو الأول لا الثاني كما مر. (الإصفهاني).

وهذا يؤيد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافيا لمقتضى العقد، إذ لو كان منافيا لزم عدم صحته (١) في ضمن عقد آخر أيضا، ولو شرط في عقد مضاربة أخرى سابقة صح ووجب الوفاء به (٢) إلا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب، كما أنه لو اشترط في مضاربة مضاربة أخرى في مال آخر أو أخذ بضاعة منه أو قرض أو خدمة أو نحو ذلك وجب الوفاء به (٣) ما دامت المضاربة باقية، وإن فسخها سقط الوجوب، ولا بد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى (٤). وإلا فلا وجه (٥) لعدم لزومها مع بقاء

* بل هو أيضا باطل على الأقوى. (البروجردى).

* إذا كان المشروط عدم الفسخ لا لزوم العقد. (الخوانساري).

* تكليفا إن شرط أن لا يفسخ وأما إن شرط أن لا يملك الفسخ فإنه باطل كما مر. (الكلبيكاني).

(١) هذه الدعوى بمكان من الضعف بل الغرابة. (النائيني).

(٢) بل لا يجب فيه وفي تاليه. (الإصفهاني).

* تبين عدم لزومه مما قدمناه. (النائيني).

* محل إشكال فيه وفي تاليه. (الخوانساري).

* تكليفا على الأحوط في شرط أن لا يفسخ دون أن لا يملك الفسخ فإنه باطل كما مر. (الكلبيكاني).

(٣) فيه إشكال أظهره العدم. (البروجردى).

* على الأحوط. (الكلبيكاني).

(٤) هذا الحمل لا يتحملة كلام المشهور. (الإصفهاني).

* الظاهر أن هذا المعنى لا اختصاص له بالعقود الجائزة فإنه إذا انحل العقد اللازم انحل الشرط الواقع في ضمنه فظهر أن مرادهم من جواز الشرط الذي

العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر، بدعوى أنها تابعة للعقد لزوماً وجوازا، بل مع جوازه هي أولى بالجواز وأنها معه شبه الوعد، والمراد من قوله تعالى: * (أوفوا بالعقود) * اللازمة منها، لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق، والمراد من قوله (عليه السلام): "المؤمنون عند شروطهم" بيان صحة أصل الشرط، لا اللزوم والجواز إذ لا يخفى ما فيه (١).
(مسألة): إذا دفع إليه مالا وقال: اشتر به بستانا مثلاً أو قطيعاً من الغنم فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة، وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك ففي صحته مضاربة وجهان، من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح، ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة، والأقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربة إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة، لا مثل هذه الفوائد، نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة وإن لم يكن المراد

خصوه بالعقود الجائزة دون اللازمة غير هذا المعنى الذي هو ثابت في الشروط في ضمن تمام العقود اللازمة والجائزة. (الفيروزآبادي).
* لما كان الالتزام بالشرط في ضمن الالتزام العقدي لا بالتزام مستقل آخر وكان الجواز واللزوم هنا بالمعنى الوضعي الذي هو عبارة عن كون الالتزام المذكور بحيث يقبل الانفساخ بالفسخ أو لا يقبله دون مجرد التكليف فهذا المعنى وإن حكي عن العلامة في بعض كتبه لكنه ضعيف غايته. (النائيني).
(٥) الوجه تخصيص دليل لزوم الشرط بما دل على جواز العقد الذي هو في ضمنه وإلا لكان اللازم لزوم الالتزام بالشرط ولو لم يلتزم بأصل العقد وهو لا يلتزم به والتفصيل لا يسعه المقام. (الإصفهاني).
(١) تبين مما تقدم أنه الصحيح. (النائيني).

خصوص عنوان المضاربة (١) فيمكن دعوى صحته (٢) للعمومات.
(مسألة): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما
كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال ففي صحته وجهان، أقواهما
الأول (٣) لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد، كما قد يتخيل، بل إنما

-
- (١) فيستحق أجره المثل لعمله والقول بملكية النماء لغير المالك مشكل نعم إن
أراد المالك أن يعطيه من باب الوفاء بالوعد فهو منه بإحسان. (الفيروزآبادي).
(٢) بل باطل والتمسك لصحته بالعمومات فيه إشكال. (الإصفهاني).
* في صحته نظر بعد عدم كونها من المعاملات المتعارفة من جهة انصراف
العمومات عنها. (آقا ضياء).
* لكن الأقوى بطلانه. (البروجردي).
* الأقرب هو البطلان. (الإمام الخميني).
* محل إشكال. (الخوانساري).
* والأقوى بطلانه. (الكلبيكاني).
(٣) بل الثاني نعم لو شرط أنه لو وقع نقصان على رأس المال وخسران على
* بل الثاني هو الأقوى بل اشتراط كون الخسارة على العامل كأنه اشتراط
لأمر غير معقول. (البروجردي).
* فيه إشكال. (الحائري).
* هذا إذا كان الاشتراط راجعاً إلى لزوم تدارك العامل الخسارة من كيسه وأما
إذا رجع إلى اشتراط رجوع الخسارة إليه فالأظهر بطلان الشرط وبذلك يظهر
الحال في اشتراط ضمانه لرأس المال. (الخوئي).

هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل إلا مع التعدي أو التفريط.

(مسألة): إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلاني أو إلا إلى البلد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلا الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلا من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلا من شخص معين أو نحو ذلك من الشروط فلا يجوز له المخالفة، وإلا ضمن المال لو تلف بعضاً أو كلاً، وضمن الخسارة مع فرضها، ومقتضى القاعدة وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض

* بل الثاني نعم لو شرط أنه لو وقع نقصان على رأس المال وخسران على المالك جبر العامل نصفه مثلاً لا بأس به ولزم على العامل العمل به سواء شرط في ضمن عقد لازم أو جائز مع بقاءه نعم له فسخه ورفع موضوعه بل لا يبعد الصحة لو كان مرجع الشرط إلى انتقال الخسران إلى عهدته بعد حصوله في ملكه بنحو شرط النتيجة. (الإمام الخميني).

* محل إشكال بل الثاني. (الخوانساري).

* فيه إشكال بل الأخبار تدل على عدم وقوع المضاربة بل تصير قرضاً قهراً أو مآلاً ويصير الربح بتمامه للعامل. (الفيروزآبادي).

* بل الثاني وفي كونه موجبا لفساد العقد أيضاً لتقيد الإذن به نظر وإشكال. (النائيني).

* مشكل بل إذا اشترط أن تكون الخسارة على العامل انقلبت قرضاً وتمام الربح للعامل للنص المعمول به. (الكلبایگانی).

* إن كان الشرط من قبيل شرط الفعل كجبر الخسارة وأما إذا كان الشرط نفس الضمان ففيه إشكال. (الشيرازي).

إرادة القيدية (١) إذا أجاز المعاملة، وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط التزام في الالتزام، وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ إلا أن الأقوى اشتراكهما في الربح على ما قرر، لجملة من الأخبار الدالة على ذلك (٢)، ولا داعي إلى حملها على بعض المحامل، ولا إلى الاقتصار على موارد لا استفادة العموم من بعضها الآخر (٣).

- (١) الظاهر أن يكون تضمن العقود الإذنية للشروط أجنبيا من باب الالتزام في الالتزام بالكلية ويستند لزوم العمل بها إلى تقييد الإذن بتلك الشروط. (النائني).
- (٢) وهي على طبق القاعدة لأن مخالفة تلك الشروط منافية لأمانته الراجعة للضمان على تقدير التلف أو الخسران لا لكون الربح بينهما على تقدير كون التجارة رابحة كما هو مقتضى المضاربة. (الإصفهاني).
- * منها رواية جميل في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع فذهب فاشترى غير الذي أمره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط ولا يخفى أن هذا مخالف للقاعدة فيقتصر على مورده. (كاشف الغطاء).
- * لا يبعد ورودها على طبق القاعدة فإن غرض المالك من المضاربة هو استئناء المال وإنما يمنع من العمل على وجه خاص لجهله بالواقع وكونه عنده معرضا للخسران مثلا فإذا خالفه العامل وربح فيه كان عمله على وفق ما ضاربه لأجله فاستحق نصيبه منه وإن كان خرج بها عن الأمانة. (البروجردي).
- (٣) لا يبعد إتمام ما أفيد أيضا على القاعدة في صورة انفصال الأوامر والنواهي عن عقد المضاربة بدعوى كون مفاد عقد المضاربة التسليط المطلق الغير المنافي لضمانه من جهة مخالفته لأمر المالك تكليفا بمناط صدق التعدي في ماله بنفس هذه المخالفة نعم مع اتصال هذه الأوامر بالعقد كان المورد من قبيل لا يبقى مجال الأخذ بها على خلاف القاعدة في خصوص المورد فضلا عن أن يتعدى منها إلى نظائرها كما لا يخفى. (آقا ضياء).
- (١) مع وحدة المطلوب يشكل بقاء المضاربة وكذا الكلام في المسألة التالية. (الخوانساري).
- * فيما إذا أحرز الكراهة للأخبار والمعيار في كون الربح بينهما إحرار الكراهة أو الرضا ولو إجمالا ومع عدمه فمحل إشكال. (الحائري).
- (٢) بل يجوز إلا أن يكون نادرا بحيث ينصرف عنه الإطلاق. (الشيرازي).
- (٣) لا يبعد كفاية عدم الانصراف عنه. (الكلبيكاني).
- (٤) لا خصوصية له. (الخوانساري).
- * موقوف على الإجازة. (الفيروزآبادي).

(مسألة): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره إلا مع إذن المالك عموماً، كأن يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحة إن كان هناك مصلحة، أو خصوصاً، فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف إلا أن المضاربة باقية (١) والربح بين المالكين على النسبة.

(مسألة): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه من حيث البائع والمشتري، ونوع الجنس المشتري، لكن لا يجوز له (٢) أن يسافر من دون إذن المالك إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق، وإن خالف فسافر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة.

(مسألة): مع إطلاق العقد وعدم الإذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه (٣) الإطلاق، ولو خالف في غير مورد الانصراف فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك (٤) فهو، وإن اطلع

المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو، وإلا فالبيع باطل (١) وله الرجوع على كل من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشتر آخر منه، فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل إلا أن يكون مغرورا من قبله، وكانت القيمة أزيد من الثمن، فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه وإن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم (٢) إلا أن يكون مغرورا منه وكان الثمن أقل فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

(مسألة): في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل، كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل وإلا بطل (٣) نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به.
(مسألة): لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر وقيل: بعدم جواز البيع إلا بالنقد المتعارف ولا وجه له إلا إذا كان جنسا لا رغبة للناس فيه غالبا (٤).

* حكم اطلاعه قبل الاستيفاء وبعده واحد كما لا يخفى. (آقا ضياء).
* لا خصوصية فيه. (الكلبيكاني).

- (١) مشكل بل لو قيل بصحة المضاربة وكون الخسارة والتلف على العامل واشتراك الربح بينهما ففيه وجه لأن الانصراف لا يزيد عن الاشتراط ومع ذلك لا يترك الاحتياط في مثل المقام. (الكلبيكاني).
- (٢) بل بمقدار الثمن على هذا القول إن لم يأخذه ولم يكن الثمن زائدا على ما غرم ويجري ذلك الوجه فيما يذكر من نظائر المسألة. (الكلبيكاني).
- (٣) مشكل ويجري فيها ما تقدم في المسألة السابقة من وجه الصحة. (الكلبيكاني).
- (٤) وكان على وجه ينصرف الإطلاق في عقده عنه كما لا يخفى. (آقا ضياء).

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

(مسألة): المشهور على ما قيل: أن في صورة الإطلاق يجب أن
يشترى بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمة (١)، وبعبارة أخرى يجب
أن يكون الثمن شخصا من مال المالك، لا كليا في الذمة، والظاهر أنه
يلحق به الكلي في المعين أيضا، وعلل ذلك بأنه القدر المتيقن، وأيضا
الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس
المال قبل الوفاء، ولعل المالك غير راض (٢) بذلك، وأيضا إذا اشترى
بكلي في الذمة لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة، ولا يخفى
ما في هذه العلل، والأقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمة (٣)

* بحيث يوجب انصراف الإطلاق عنه فيصير كالاشرط وقد مر حكمه.
(الكلبيكاني).

(١) الظاهر أن مرادهم بذلك هو أن شراءه على ذمة المالك لا يصح بنفسه حتى
يثبت به شيء في ذمته ويلزم بتأديته من غير مال المضاربة إن تعذر أدائه منه
لا أن شراءه في الذمة وتأديته من مال المضاربة غير جائز كما فهمه الماتن (قدس سره)
وقوى خلافه. (البروجردي).

(٢) وإن رضي به فهو خارج عن المضاربة. (الفيروزآبادي).

(٣) لكن لا بمعنى جواز إلزام المالك على تأديته من غير مال المضاربة في
صورة تلفه وكذا الحال في المبيع الكلي لعدم الإذن على هذا الوجه وما هو
لازم عقد المضاربة هو الإذن بالشراء كليا متقيدا بالأداء من مال المضاربة لأنه
من الاتجار بالمال عرفا نعم للعامل أن يتجر بعين شخصية وإن كان غير
متعارف لكنه مأذون فيه قطعاً وأحد مصاديق الاتجار بالمال. (الإمام الخميني).
* محل تأمل فلا يترك الاحتياط بالافتقار على ما أسند إلى المشهور بل

والدفع من رأس المال، ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه، ومقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضا شخصا لا كليا ثم الدفع من الأجناس التي عنده، والأقوى فيه أيضا جواز كونه كليا، وإن لم يكن في المتعارف مثل الشراء ثم إن الشراء في الذمة يتصور على وجوه: أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمته من حيث المضاربة. الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته من حيث إنه عامل ووكيل عن المالك، ويرجع إلى الأول، وحكمها الصحة، وكون الربح مشتركا بينهما على ما ذكرنا، وإذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمة المالك (١) يؤدي من ماله الآخر (٢). الثالث: أن يقصد ذمة نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع منه، وعلى هذا الشراء

ادعي عليه الإجماع. (الكلبيكاني).
(١) إن كان أذن له في الشراء كذلك أو أجازته بعد الاطلاع عليه وإلا كان الشراء باطلا ولا يلزمه شيء. (البروجردي).
* في إطلاقه إشكال بل منع. (الخوئي).
* مع إذنه في الشراء كذلك وكذا الحال في المبيع إذا أذن في البيع كذلك لكن مع تلف مال المضاربة لا يكون ذلك مال المضاربة. (الإمام الخميني).
* مع الإذن في الشراء كذلك أو الإجازة وإلا كان باطلا. (الكلبيكاني).
(٢) والربح للمالك لأنه خارج عن المضاربة فتأمل. (الفيروزآبادي).
* ولكن لا يكون بذلك مال المضاربة مع تلف المال السابق بل يحتاج إلى عقد جديد مع استجماع شرائطها. (البروجردي).
* إن أمضى المالك المعاملة إلا أنه لا تكون حينئذ من باب المضاربة. (الشيرازي).

صحيح (١) ويكون غاصبا في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك إلا إذا كان مآذونا في الاستقراض (٢) وقصد القرض (٣).
الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء، حتى يكون الربح له فقصد نفسه حيلة منه، وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء وإن كان عاصيا في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك، وضامنا له، بل ضامنا للبائع أيضا، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح، ويحتمل القول ببطلان الشراء لأن رضا البائع مقيد بدفع الثمن، والمفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزلة السرقة، كما ورد في بعض الأخبار أن من استقرض ولم يكن قاصدا للأداء فهو سارق، ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغوا، بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربة، فإن البيع وإن كان بقصد نفسه وكليا في ذمته إلا أنه ينصب على هذا الذي يدفعه، فكان البيع وقع عليه، والأوفق بالقواعد الوجه الأول، وبالاختياط (٤) الثاني، وأضعف الوجوه الثالث وإن

-
- (١) ويقع له فيكون الربح له وهو خارج عن شغل العامل والمضارب من حيث إنه عامل ومضارب. (الإصفهاني).
* للعامل وغير مربوط بالمضاربة. (الكلبایگانی).
(٢) أو كان مآذونا في وفاء دينه من مال غيره وعليه ضمانه لاحترام مال غيره. (آقا ضياء).
(٣) وعلى أي حال يكون الربح له ولا يرتبط بمال المضاربة. (الإمام الخميني).
* فالربح للعامل وإن رده أي المال المأخوذ قرضا كان خارجا عن المضاربة. (الفيروزآبادي).
(٤) الاحتياط في الإقالة. (الفيروزآبادي).

لم يستبعده الآقا البهبهاني (١).
الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره،
وعليه أيضا (٢) يكون المبيع له (٣)، وإذا دفعه من مال المضاربة يكون
عاصيا (٤) ولو اختلف البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه أو لغيره،
وهو المالك المضارب يقدم قول البائع (٥) لظاهر الحال (٦) فيلزم بالثمن

(١) الأقوى ما عليه البهبهاني في صورة الدفع من مال المضاربة إلا أن الربح كله
للمالك والوضيعة على العامل. (الحائري).

* وليس بكل البعيد. (النائيني).

(٢) كسابقه فيما إذا قصد الدفع من مال المضاربة ودفع منه. (الحائري).

(٣) إذا لم يكن انصراف يصرفه إلى العمل للمضاربة. (الإمام الخميني).

(٤) ويكون ضامنا للبائع أيضا. (الكلپايگاني).

(٥) محل تأمل وإشكال. (الخوانساري).

(٦) مع سماع دعوى لا يعلم إلا من قبله عند قيام ظهور الحال على خلافه.

(آقا ضياء).

* إطلاق ظهور حاله في ذلك محل منع. (البروجردي).

* ظهور الحال في ذلك على إطلاقه محل إشكال وحجية هذا الظهور على

فرضه محل تأمل وتقديم قوله مع عدم الحجية ممنوع نعم لو كان ظهور لفظه في

أن الشراء لنفسه يؤخذ به ويقدم قول من وافق قوله الظهور. (الإمام الخميني).

* فالبائع ادعى كون الشراء لنفس العامل والعامل ادعى كونه للمالك يقدم

[قول] البائع لظاهر الحال هذا فيما كان وضعه على الشراء لنفسه بعض

الأحيان وأما إن لم يكن له مال وكان وضعه الشراء بعنوان العاملة فلا ظهور.

(الفيروزآبادي).

* ظاهر الحال يختلف لكن البيع يسند إلى نفسه ما لم يصرف عنه صارف.

من ماله (١)، وليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب (٢).
(مسألة): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه وإلى تلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان من العمل وتولى ما يتولاه التاجر لنفسه من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف، ويجوز له استئجار من يكون المتعارف استئجاره مثل الدلال والحمال والوزان والكيال وغير ذلك، ويعطي الأجرة من الوسط، ولو استأجر فيما يتعارف مباشرة بنفسه فالأجرة من ماله (٣) ولو تولى بنفسه ما يعتاد الاستئجار له فالظاهر جواز أخذ الأجرة إن لم يقصد التبرع، وربما يقال بعدم الجواز (٤) وفيه أنه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه.
(مسألة): قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك، ومعه فنفته في السفر من رأس المال إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه (٥)، وعن بعضهم كونها على نفسه مطلقا والظاهر أن مراده فيما إذا

(الكلبيايگاني).

- (١) إن كان ظاهر حاله البيع لنفسه وإلا فقد يكون ظاهر الحال في بعض العمال البيع لغيره. (الشيرازي).
- (٢) ولأنه أعرف بنيته. (الفيروزآبادي).
- (٣) وضمن المال لو تلف في يد الأجير إلا إذا كان مأذونا في ذلك. (الكلبيايگاني).
- (٤) وهو الأقوى إلا إذا أذن المالك ولو بالفحوى لتولي نفسه أيضا لأن العمل للغير بدون إذنه هتك لاحترام عمله. (الكلبيايگاني).
- (٥) وذلك لا لوجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقد الجائز كي يكون مجال توهم الإشكال عليه بل من جهة كونه على قاعدة عدم السلطنة على مال الغير بعد انصراف مورد النص الآتي عن هذه الصورة. (آقا ضياء).

لم يشترط كونها من الأصل، وربما يقال: له تفاوت ما بين السفر والحضر، والأقوى ما ذكرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما يصدق عليه النفقة ففي صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن (عليه السلام) " في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه " هذا وأما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً إلا إذا اشترط على المالك ذلك (١).

(مسألة): المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره وأجرة المسكن ونحو ذلك، وأما جوائزه وعطاياه وضيافته ومصانعاته فعلى نفسه إلا إذا كانت التجارة موقوفة عليها (٢).

(مسألة): اللازم الاقتصار على القدر اللائق فلو أسرف حسب عليه، نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له. (مسألة): المراد من السفر العرفي لا الشرعي، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة كما أنه إذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال، لأنه في السفر عرفاً، نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج أو لتحصيل مال له أو لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة فنفقته في تلك المدة على نفسه، وإن كان مقامه لما يتعلق بالتجارة ولأمر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الآخر، فإن كان

-
- (١) لأنه بمنزلة الإذن في إتلاف ماله مجاناً لا من جهة وجوب الوفاء بالشرط. (آقا ضياء).
- (٢) أو كانت مصلحة التجارة تقتضيها. (الإمام الخميني).

الأمر الآخر عارضا في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة (١)، وإن كانا في عرض واحد ففيه وجوه (٢) ثالثها التوزيع (٣) وهو الأحوط (٤) في الجملة، وأحوط منه كون التمام على نفسه، وإن كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءا من الداعي فالظاهر التوزيع (٥).

(مسألة): استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه (٦)، فلو سافر من غير إذن أو في غير الجهة المأذون فيه أو مع التعدي عما أذن فيه ليس له أن يأخذ من مال التجارة.

(مسألة): لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملا لاثنين أو أزيد أو عاملا لنفسه وغيره (٧) توزع النفقة وهل هو على نسبة المالكين أو على

-
- (١) الأحوط التوزيع بل لا يخلو من وجه. (الإمام الخميني).
* ولو للاستصحاب كما لا يخفى. (آقا ضياء).
* محل إشكال ولا يبعد توزيع نفقة زمان العروض عليهما. (البروجردي).
* محل تأمل ولا يبعد توزيع نفقة زمان العروض عليهما. (الخوانساري).
(٢) لا يبعد أن يكون الأخذ من مال التجارة هو الأظهر. (الخوئي).
* أقواها كونها على المالك. (الشيرازي).
(٣) وهو الأوجه. (الإمام الخميني).
بينهما ولا ينافي ذلك كون الخسارة عليه لمخالفة المالك. (الكلبيايگاني).
(٧) التوزيع في هذه الصورة محل تأمل بل لا يبعد جواز أخذ التمام من رأس مال التجارة للغير إذا كانت مضاربه علة مستقلة للسفر. (الكلبيايگاني).

نسبة العملين قولان (١).

(مسألة): لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح بل ينفق من أصل المال وإن لم يحصل ربح أصلاً، نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح ويعطى المالك رأس ماله ثم يقسم بينهما.
(مسألة): لو مرض في أثناء السفر فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقة، وإن منعه ليس له (٢) وعلى الأول لا يكون منها (٣) ما يحتاج إليه للبرء من المرض (٤).

(مسألة): لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه (٥)، بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ فإنها من مال

-
- (١) لا يترك الاحتياط برعاية أقل الأمرين. (الإصفهاني، الخوانساري، الشيرازي).
* لا يبعد أن يكون القول الثاني هو الأظهر. (الخوئي).
* الأحوط رعاية أقل الأمرين إذا كان عاملاً لنفسه وغيره والتخلص بالتصالح إذا كان عاملاً لآخرين. (الإمام الخميني).
* أقواهما أنه على نسبة العملين في المالين. (الفيروزآبادي).
* أقواهما الأول. (الكلبائيگاني).
(٢) على الأحوط فيهما. (الإمام الخميني).
* هذا أوفق بالاحتياط للعامل. (الشيرازي).
* على الأحوط. (الكلبائيگاني).
* هذا بإطلاقه مشكل بل ممنوع. (النائيني).
(٣) على الأحوط فيهما. (البروجردي).
* على الأحوط. (الحائري).
(٤) زائداً على نفقة الصحيح. (الفيروزآبادي).
(٥) وفيه أن الأمر كذلك في فرض الانفساخ وفيما إذا كان الفسخ من قبل العامل

المضاربة.

(مسألة): قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض (١) والبضاعة، وأن في الأول الربح مشترك، وفي الثاني للعامل، وفي الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي كان مضاربة فاسدة (٢) إلا إذا علم أنه قصد الإبضاع فيصير بضاعة (٣)، ولا يستحق (٤) العامل

وأما فيما إذا كان الفسخ من قبل المالك ففي كون نفقة الرجوع على نفسه لا يخلو من إشكال قوي. (الخوئي).

(١) لكن الفرق بين القرض وبينهما في الماهية لا في مجرد كون الربح للعامل بل كونه للعامل لأجل ذلك الفرق وهو التملك بالضمان فيه. (الإمام الخميني).

(٢) إنما يحكم بكونه مضاربة فاسدة في هذا الفرض وما بعده إذا علم أنه أرادها أولاً ثم عقبها بالمنافي دون ما لم يعلم ذلك واحتمل أنه أراد البضاعة أو القرض من أول الأمر. (النائيني).

* لا يجتمع قصد المضاربة بمعناها الاصطلاحي والربح بتمامه للمالك فلا بد

من كون المقصود من المضاربة الكذائية البضاعة لا المضاربة الاصطلاحية والبضاعة نوع من المضاربة وإن كانت قسيمة لها بمعناها الاصطلاحية نعم مع الإنشاء الصوري بلا جد يمكن الجمع ويكون فاسدا لغوا بل لا يصدق عليه مضاربة فاسدة أيضا. (الإمام الخميني).

* هذا إذا علم أنه أراد المضاربة ثم عقبها بالمنافي وأما مع احتمال إرادة البضاعة فيحكم بكونها بضاعة وكذا في الفرض الآتي يحكم بكونه قرضا مع احتمال إرادته. (الكلبيكاني).

(٣) لا يتصور وجه لهذا التشقيق وإن تكرر ذكره في الكتب بعد أن كان الفرق بين المضاربة والإبضاع بحسب الماهية كون الربح بينهما في الأول وللمالك في الثاني والمفروض تصريحه بأن الربح له فليس هو إلا إبضاعا عبر عنه بلفظ

أجرة إلا مع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع، ومع الشك فيه وفي إرادة الأجرة يستحق الأجرة أيضا (١) لقاعدة احترام عمل المسلم (٢) وإذا قال: خذه قراضا (٣) وتمام الربح لك فكذاك مضاربة فاسدة (٤)

المضاربة. (البروجردي).

(٤) بل يستحق إلا مع اشتراط عدمها أو تبرع العامل هذا بحسب الواقع وأما بحسب الحكم الظاهري فيحكم بالاستحقاق إلا إذا أحرز الخلاف لاستصحاب عدم تبرعه المنقح لموضوع قاعدة الاحترام على إشكال فيه وأما نفس القاعدة فلا تكفي كما أن نفس الاستصحاب غير مفيدة والمسألة مشككة للإشكال في مثل هذا الاستصحاب. (الإمام الخميني).

* بل يستحق الأجرة إلا مع اشتراط عدمها أو تبرع العامل كما تقدم منه (قدس سره) ولعل أن يرجع المتحصل من مجموع العبارة هنا أيضا إلى ذلك. (النائيني).
* بل للعامل الأجرة إلا مع الشرط أو القرائن الدالة على التبرع. (الحائري).
* بل يستحق أجرة عمله مع فرض قصد البضاعة بهذه اللفظة ما لم يقصد التبرع. (الشيرازي).

(١) بحسب الحكم الظاهري لأصالة عدم قصده التبرع بناء على أنه مانع من استحقاقها لا أن قصد الأجرة شرط فيه وإلا كان الأصل خلافه وأما التمسك بقاعدة الاحترام فهو كالتمسك بالعموم في الشبهة المصداقية. (البروجردي).
* لا يبعد عدم الاستحقاق لظهور الكلام في العمل مجانا وأما قاعدة الاحترام فهي بنفسها لا تفي بالضمان ولو علم أن العامل لم يقصد التبرع بعمله. (الخوئي).
* فيه إشكال ولا يترك الاحتياط بإعطائه الأجرة. (الشيرازي).

(٢) بضميمة أصالة عدم قصد التبرع في عمل أتى به بإذن الغير ولا تعارض بأصالة عدم قصد الأجرة لأن قصدها لا أثر له. (الكلبایگانى).
(٣) مر عدم إمكان الجمع بين المضاربة والبضاعة فكذاك بل الأولى منه عدم إمكان الجمع بين القراض والقرض جدا إلا أن يريد القراض ويريد تمليكه

إلا إذا علم أنه أراد القرض، ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال:
خذه واتجر به والربح بتمامه لي كان بضاعة إلا مع العلم (١) بإرادة
المضاربة فتكون فاسدة، ولو قال خذه واتجر به والربح لك بتمامه
فهو قرض إلا مع العلم بإرادة المضاربة ففاسد، ومع الفساد في الصور
المذكورة (٢) يكون تمام الربح للمالك وللعامل أجره عمله (٣) إلا مع
علمه (٤) بالفساد.

الربح بعد ظهوره وهو مع اجتماع شرائط القراض حتى تعيين الحصة صحيح
قرضا وتمليك الحصة قبل وجودها بلا أثر أو يريد القرض بلفظ القراض
ويكون قوله والربح لك قرينة عليه ففي وقوعه قرضا صحيحا وجه غير خال
عن التأمل. (الإمام الخميني).

(٤) ليس هذا من المضاربة أصلا كما مر فإن قصد به تمليك العين كان قرضا وإلا
كان إهداء للربح إليه قبل وجوده وهو لا يترتب عليه أثر. (البروجردي).

(١) لا دخل للعلم والجهل في ذلك وكذا في الفرع الآتي إلا أن يكون المقصود
في مقام الظاهر والترافع وهو تابع لظهور اللفظ وفي ظهور قوله خذه واتجر به
والربح لك بتمامه في القرض تأمل نعم قوله خذه واتجر به والربح لي ظاهر في
البضاعة. (الإمام الخميني).

(٢) الظاهر أنه أراد بها غير الصورة الأولى حيث إنه (قدس سره) قد بين حكمها بتمام
شقوقها. (الخوئي).

(٣) إذا جعل تمام الربح للمالك في المضاربة الفاسدة وكان الكلام ظاهرا في
العمل مجانا فلا وجه لزمانه أجره المثل للعامل هذا ولو فرض ثبوت الضمان
في فرض جهل العامل فالظاهر ثبوته في فرض علمه أيضا (الخوئي) وفي
حاشية أخرى منه: الظاهر ثبوته في فرض علمه أيضا.

(٤) بل مطلقا. (الفيروزآبادي).
* العلم بالفساد لا يلزم التبرع فللعامل الأجره إلا مع التبرع. (الحائري).

(مسألة): لو اختلف (١) العامل والمالك في أنها مضاربة فاسدة أو قرض (٢) أو مضاربة فاسدة أو بضاعة (٣) ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينة معينة فمقتضى القاعدة التحالف (٤)، وقد يقال: بتقديم قول من

* مجرد العلم بالفساد لا يوجب عدم استحقاق أجره المثل كما مر في الإجارة تفصيله. (الإمام الخميني).

* لا فرق بين علمه وجهله على الأصح. (الكلبيكاني).

* بل مطلقا إذا عمله بداعي الوفاء بعقده مع غيره. (أقا ضياء).

* بل يستحق مطلقا إلا مع قصد التبرع. (الشيرازي).

(١) الميزان في التحالف والحلف والإحلاف هو مصب الدعوى ففيما فرضه يكون مقتضى القاعدة هو التحالف وتختلف الآثار بحسب الموارد من كون العامل مدعيا للقرض والمالك للمضاربة الفاسدة أو العكس وكذا في الفرض الثاني والتفصيل لا يسع المقام. (الإمام الخميني).

(٢) إما بدعوى المالك الإقراض في صورة الخسران أو التلف لتضمن العامل ونفي استحقاقه لأجره عمله ودعوى العامل القراض الفاسد لنفي الضمان وإثبات الأجره وإما بدعواه القراض الفاسد في صورة حصول الربح ليكون الربح له ودعوى العامل القراض ليكون له. (البروجردي).

(٣) العامل في كليهما لا يضمن المال ولا له شيء من الربح وإنما يكون له الأجره في الأولى مع جهله بالفساد أو مطلقا وفي الثانية مع عدم تبرعه فعلى هذا لا إلزام في شيء منهما إلا أن يحزر المالك دعواه على وجه لا يستحق العامل معه الأجره على عمله فتكون ملزمة ويحلف العامل على نفيها فيحكم له بالأجره ولا تحالف على الأصح. (البروجردي).

(٤) لا يبعد ترجيح قول العامل في كونه قرضا لأن يده على الربح مرجحة لملكية تمامها وهكذا نعم لو كان العامل مدعيا للمضاربة الفاسدة ولو من جهة تعلق غرضه برفع ضمانه عن العين كان القول قول المالك في تضمينه وعلى أي

يدعي الصحة وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحة ما إذا علم أنهما أوقعا معاملة معينة واختلفا في صحتها وفسادها، لا مثل المقام الذي يكون الأمر دائر بين معاملتين على إحداهما صحيح، وعلى الأخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا في أ نهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجارة الفاسدة مثلا، وفي مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف وأصالة الصحة لا تثبت كونه بيعا مثلا لا إجارة أو بضاعة صحيحة مثلا لا مضاربة فاسدة. (مسألة): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضا والربح بيننا

(١٧٩)

صح، ولكل منهما النصف، وإذا قال: ونصف الربح لك فكذلك، بل وكذا لو قال: ونصف الربح لي فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل، ولكن فرق بعضهم بين العبارتين وحكم بالصحة في الأولى لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبقى له على قاعدة التبعية، بخلاف العبارة الثانية فإن كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضا على قاعدة التبعية (١)، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل، وأنت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفا كون النصف الآخر للعامل.

(مسألة): لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضا ولك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضا ولك ربح نصفه (٢) في الصحة والاشتراك في الربح بالمناصفة، وربما يقال: بالبطلان في الثاني بدعوى أن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، وقد يربح النصف فيختص به أحدهما، أو يربح أكثر من النصف فلا يكون الحصة معلومة، وأيضا قد لا يعامل إلا في النصف، وفيه أن المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا إشكال.

(١) لا يخفى كونه في نهاية السخافة والركاكة والرداءة وتنفير الطبع السليم والمصنف (قدس سره) اكتفى برده بلطيف الكلام. (الفيروزآبادي).
(٢) الظاهر بطلان المضاربة بالعبارة الثانية إلا إذا أريد بها المعنى الأول. (الشيرازي).

* في صحة المضاربة بتلك العبارة تأمل إلا إذا أريد بها المعنى الأول مع القرينة. (الكلبيكاني).

(مسألة): يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل (١) مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين، فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صح، وكانا فيه سواء، ولو فضل أحدهما على الآخر صح أيضا، وإن كانا في العمل سواء، فإن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به ويكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين، ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الآخر في النصف الآخر بربح الربح ولا مانع منه، وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل بأن كان المال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا بعقد واحد بالنصف مثلا متساويا بينهما، أو بالاختلاف بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف، وفي حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلا، وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كل منهما ممتازا وقارضا واحدا مع الإذن في الخلط مع التساوي في حصة العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف، وفي مال الآخر بالثلث أو الربع.

(١) إن كان المقصود من المضاربة مع الاثنين مثلا يكون كل منهما عاملا في نصف المال فلا إشكال فيه ويكون عقدا واحدا معهما بمنزلة عقدين سواء كان مال كل منهما في الخارج مميزا أو مشاعا كان في حصة أحدهما فضل أو لا وإن كان المقصود صدور العمل منهما معا بحيث لا يمضى من أحدهما منفردا فلا يبعد صحته أيضا ويصح التسوية بينهما في الحصة والتفاضل ولكن لا يجوز لكل منهما العمل مستقلا وهما شريكان في الربح على ما جعل لهما في العقد وأما إن كان المقصود جواز العمل لكل منهما في جميع المال منضمًا أو مستقلا لكن كلما عمل أحدهما يكون الآخر في ربحه شريكا سواء عمل الآخر عملا أم لم يعمل ففي صحة ذلك تأمل كانا في الحصة متساويين أو متفاوتين. (الكلبي يگاني).

(مسألة): إذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا واشترطا له نصف الربح وتفاضلا في النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه فإن كان من قصدهما (١) كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بماله أقل من ما شرطه الآخر له، كان اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، وشرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلا مع تساويهما في المال فهو صحيح (٢) لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل، وإن لم يكن النقص راجعا إلى العامل بل على الشريك الآخر بأن يكون المجعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصتهما بأن لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين، أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة، لأن المفروض كون العامل غيرهما ولا يجوز ذلك في الشركة، والأقوى الصحة (٣) لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين

- (١) لا يكفي مجرد القصد بل لا بد من إيقاع العقد بنحو يفيد ذلك. (الإمام الخميني).
(٢) بشرط أن يكون المقصود مفهوما من اللفظ ولو بالقرينة. (الكلبائيگاني).
* لكن يتوقف صحته على أن تقع بين كل من الشريكين والعامل عقد مضاربة مستقلة بتلك الكيفية ولا يكفي فيها مجرد القصد والنية مع وحدة العقد.
(النائيني).

(٣) بل الأقوى البطلان ها هنا والصحة في الشركة مع الشرط نعم لو أوقعا عقد الشركة واشترطا فيه ذلك ثم أوقعا المضاربة لا بأس به. (الإمام الخميني).
* على تقدير القول بها في الشركة يشكل القول بها هنا لأن ذلك فيما إذا اشترط

بلا مقابلتها لعمل منه، فإن الأقوى جواز ذلك بالشرط (١) ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها، مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة (٢) وإن كانت متضمنة للشركة.

الشريكان في عقد الشركة التفاوت في الربح مع تساوي المالين فربما يقال بالصحة عملاً بالشرط وهنا ليس عقد شركة في البين فإن الشركة حاصلة بسبب من الأسباب كالإرث وغيره والواقع مضاربة واقعة بين الشريكين والعامل فأين عقد واقع بين الشريكين قد شرطاً في ضمنه كون ربح مال المشترك بالاختلاف حتى يحكم بجوازه بالشرط. (الإصفهاني).

* الشركة بين المالين هنا ليست شركة عقدية حتى يقال بصحة اشتراط الزيادة فيها على القول بها هناك وإنما يكون العقد هنا بين كل من المالين والعامل لا بين المالين. (البروجردى).

* مشكل. (الحائري).

* الظاهر توقف الصحة هنا أيضاً على إيقاع عقد الشركة أولاً بين المالين متضمناً لما ذكر من شرط التساوي أو التفاضل في الربح الحاصل لهما ثم إيقاع عقد المضاربة بينهما والعامل ولا يجوز الاكتفاء بعقد المضاربة وحده واشتراط التساوي أو التفاضل المذكور في ضمنه. (النائيني).

(١) بناء على جريان أصالة عدم المخالفة في الشروط واشتراطها في ضمن عقد لازم وإلا فمشكل. (الخوانساري).

* فيه إشكال إذا كان الشرط من شرط النتيجة ولا بأس به إذا كان من شرط الفعل لكنه خلاف المفروض في المقام. (الخوئي).

* هذا إذا وقع الشرط في العقد الواقع بين الشريكين دون الواقع بين كل من المالين والعامل ومعلوم أن انضمام عقديهما مع العامل لا يستلزم إيقاع عقد بينهما ولو ضمنا. (الكلبيگاني).

(٢) نعم ولكن الفرق يقتضي بطلان الشرط هنا وإن قلنا بصحته هناك لا العكس

(مسألة): تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك، أما الأول فلاختصاص الإذن به، وأما الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه، فإن كان المال نقدا صح، وإن كان عروضاً فلا (١) لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين (٢)، وهل يجوز لو ارث المالك إجازة العقد بعد

مع أن صحته هناك أيضا محل تأمل وإشكال كما يأتي. (البروجردي).
* هذا الفرق مبين على ما تقدم منه (قدس سره) من جواز اشتراط كون جزء من الربح

للأجنبي وقد تقدم المنع عنه. (الخوئي).

* لا يخفى أن الشركة المقصودة في المقام هي الشركة بين المالكين في المال الذي تعلق به المضاربة وهي غيرها بالبديهة بل هي ليست متضمنة لها أيضا والتي تضمنتها هي الشركة بين المالك والعامل عند حصول الربح التي هي غير مقصودة في المقام والفرق الذي ادعاه مع وضوحه وبداهته لا يجدي في دفع الإشكال أصلا. (الإصفهاني).

* أقصى ما بينهما من الفرق هو صلاحية عقد الشركة لاشتراط التساوي أو التفاضل المذكور في ضمنه على ما هو أقوى الوجهين فيه وكون عقد المضاربة بمعزل عن هذه الصلاحية كما تقدم في الحاشية السابقة وظاهر أنه ينتج عكس ما هو بصدده. (النائيني).

* بأن يتمسك بإطلاقات المضاربة لصحتها مع الشرط المذكور حيث لم يكن مخالفا لمقتضاها بخلاف الشرط في ضمن الشركة فإنه يدعى أنه مخالف لمقتضى عقدها لكن ذلك أيضا لا يفيد إلا إذا وقع في العقد الواقع بين المالكين حتى يكون الشرط منهما لأن الشرط بين المالك والعامل لا يؤثر في التزام شئ على المالكين. (الكلبایگانى).

(١) مر أن جواز المضاربة على غير النقدين هو الأظهر. (الخوئي).

(٢) مر الكلام فيه سابقا. (الإمام الخميني).

موته (١)؟ قد يقال بعدم الجواز (٢) لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه، ليكون واقعا على ماله أو متعلق حقه وهذا بخلاف إجارة البطن السابق في الوقف أزيد من مدة حياته فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازة، لأن له حقا بحسب جعل الواقف، وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلا، وإنما ينتقل إليه المال حال موته، وبخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية، وفي المنجز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإن له حقا فيما زاد (٣)، فلذا يصح إجازته، ونظير المقام إجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته، فإنه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن أن يقال (٤): يكفي في صحة الإجازة كون المال في معرض الانتقال (٥) إليه،

-
- (١) لما كان عقد المضاربة من العقود الإذنية الصالحة لأن تعقد بأي لفظ يدل عليها جاز أن ينشأ بذلك ويكون إنشاء لعقد المضاربة من الوارث لا إنفاذا لعقد المورث. (النائيني).
- (٢) وهو الأقوى وما ذكره من الوجه للصحة غير وجيه. (الإمام الخميني).
- (٣) فيه نظر لأنه وإن قلنا بالشك في المنجز لكن لا دليل على أنه من باب ثبوت الحق فيما زاد حال الحياة بل من باب الحكم الفعلي بأن له أن يتملك. (الفيروزآبادي).
- (٤) لكن الأقوى خلافه. (البروجردي).
- * إلا أنه لا دليل عليه بل الدليل قائم على عدمه. (الخوئي).
- * وإن كان ضعيفا. (الشيرازي).
- * ولكن لا يصح أن يلتزم به. (الكلبایگانی).
- (٥) لولا التصرف. (الفيروزآبادي).

وإن لم يكن له علة به حال العقد، فكونه سيصير له كاف، ومرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث (١) لا قبوله ولا تنفيذه، فإن الإجازة أقسام قد تكون قبولا لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولا، وقد تكون راجعا إلى إسقاط حق، كما في إجازة المرتهن لبيع الرهن، وإجازة الوارث لما زاد عن الثلث، وقد تكون إبقاء لما فعله (٢) المالك كما في المقام (٣).

(مسألة): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلا في عمله، أو يستأجر أجيرا إلا بإذن المالك، نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستئجار في بعض المقدمات (٤) على ما هو المتعارف، وأما الإيكال إلى الغير وكالة أو استئجارا في أصل التجارة فلا يجوز من دون إذن المالك، ومعه لا مانع منه، كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلا بإذن المالك.

(١) الظاهر أن الإجازة في المنجز على القول بالتوقف عليها فيما زاد على الثلث كذلك وكذلك في الوصية. (الفيروزآبادي).

(٢) مشكل لعدم الدليل عليه. (الخوانساري).

* الإبقاء إن كان لحق للمبقي في متعلق ما يبقيه كان لإبقائه أثر ولكنه مفقود في المقام فإن الوارث ليس له أي حق في مال مورثه حال صحته وإذا لم يكن له حق أصلا فلا أثر لإبقائه بأي وجه من الوجوه نعم يمكن القول بأن الإبقاء عرفا بمنزلة عقد جديد كما لو كان المورث أعار ثوبا أو دارا فأبقاه الوارث فإنه بمنزلة عارية جديدة. (كاشف الغطاء).

(٣) تقدم أنها من إنشاء عقد المضاربة بهذه الصيغة لا من إجازة عقد المورث. (النائيني).

(٤) وفي إيقاع بعض المعاملات المتعارف إيكالها إلى الدلال. (الإمام الخميني).

(مسألة): إذا أذن في مضاربة الغير فإما أن يكون بجعل العامل الثاني عاملا للمالك، أو بجعله شريكا معه في العمل والحصة، وإما بجعله عاملا لنفسه، أما الأول فلا مانع منه، وتفسخ مضاربة نفسه (١) على الأقوى، واحتمال بقائها (٢) مع ذلك لعدم المنافاة (٣) كما ترى (٤) ويكون الربح مشتركا بين المالك والعامل الثاني، وليس للأول شيء إلا إذا كان بعد أن عمل عاملا وحصل ربح فيستحق حصته من ذلك، وليس له أن يشترط على العامل الثاني شيئا من الربح (٥) بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية، بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط له في الأولى، كأن يكون في الأولى بالنصف

(١) للتنافي بين المضاربتين فجعله عاملا مستقلا للمالك مع إذنه في ذلك فسخ منهما للمضاربة الأولى. (الإصفهاني).

(٢) لا يبعد هذا الاحتمال لعدم المنافاة كما في نظيره من ولاية الأب والجد حيث يكون لكل منهما ولاية على المولى عليه بالاستقلال. (الخوانساري).

(٣) إن كان المقصود جواز العمل لكل منهما في أي مقدار كان فالظاهر أنه لا مانع من صحته نظير جعل الوكالة لاثنين في بيع ماله أو جعل الجعالة لكل من رد ضالته مثلا فكل منهما إذا عمل في مجموع المال أو مقدار منه يستحق حصته من الربح ولا يبقى للآخر شيء حتى يجوز له العمل فيه. (الكلبيكاني).

(٤) لا أرى فيه شيئا بعدما كانت المضاربة من العقود الإذنية وعليه فلكل من العاملين أن يتجر بالمال والربح يكون مشتركا بين العامل والمالك. (الخوئي).

(٥) يعني لنفسه. (الإصفهاني).

* لا مانع منه بناء على ما تقدم منه (قدس سره) من عدم استبعاد جواز جعل جزء من الربح للأجنبي. (الخوئي).

وجعله ثلثا في الثانية لا يستحق تلك الزيادة، بل ترجع إلى المالك، وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له بدعوى أن هذا المقدار وهو إيقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصة من الربح له، وفيه أنه وكالة لا مضاربة (١) والثاني أيضا لا مانع منه (٢) وتكون الحصة المجعلولة له في المضاربة الأولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني على حسب قرارهما، وأما الثالث فلا يصح (٣) من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني ومعه

(١) الكلام في الجواز وعدمه لا في أنه وكالة أو مضاربة والحق أنه جائز وقد تقدم منه (قدس سره) الميل إلى جواز اشتراط مقدار للأجنبي وبالطريق الأولى هنا. (كاشف الغطاء).

* وأيضا عقد المضاربة لنفسه ليس من عمل المضارب في المال حتى يصح جعل الحصة بإذنه. (الكلبيكاني).

(٢) وجعله شريكا في المضاربة بتوكيل وإذن من المالك فسخ للمضاربة الأولى وإيجاد مضاربة أخرى مشتركة. (الإصفهاني).

* بفسخه المضاربة الأولى عن المالك وإيجاد مضاربة أخرى مشتركة. (البروجرد).

* بجعل مضاربة جديدة مشتركة بعد فسخ الأولى. (الإمام الخميني).

* فيكون ذلك فسخا للأولى وإنشاء لمضاربة أخرى بنحو التشريك على ما مر منا في التشريك. (الكلبيكاني).

(٣) إذا لم يعتبر المباشرة في المضاربة الأولى بل أذن المالك للعامل في أن يوكل وكيلا أو يستأجر أجيورا ونحو ذلك يمكن القول بصحة هذا القسم أيضا حتى فيما لم يكن له عمل أصلا فإن إيقاع المضاربة الثانية بمنزلة استئجار الغير فإذا كانت الحصة المعينة للعامل فيها بمقدارها في الأولى لم يستحق العامل الأول شيئا لأنه قد جعل لغيره تمام ما كان له في المضاربة الأولى وإن كانت

يرجع إلى التشريك (١).

(مسألة): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الإذن السابق (٢) في الصور المتقدمة، فيلحق كلا حكمه، وإن لم يجز بطلت المضاربة الثانية (٣) وحينئذ فإن كان العامل الثاني عمل وحصل الربح فما قرر للمالك في المضاربة الأولى فله، وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضا له، أو للعامل الأول، أو مشترك بين العاملين؟ وجوه وأقوال، أقواها الأول، لأن

أقل كانت الزيادة له وإن كانت أكثر استحق الثاني على الأول تلك الزيادة لكن الشأن في مشروعية المضاربة بين العامل وبين غيره ولو بإذن من المالك وهذا يحتاج إلى مزيد التأمل. (الإصفهاني).

* يعني لا تصح المضاربة مع غير المالك نعم للعامل أخذ الأجير والشريك بإذن المالك. (الكلبيكاني).

* إذ الولاية على عقد المضاربة بالمال من شؤون مالكية المالك له والعامل بمعزل عن الصلاحية لهذه الولاية وليس للمالك سلطنة على تشريعها له. (النائيني).

(١) ومع قصده بكونه عامل نفسه بنحو التقييد ووحدة المطلوب في الحكم بالشركة إشكال بل يشكل أصل هذه المضاربة الثانية لاحتمال اعتبار ملكية الموجب لعقد المضاربة لنفسه. (آقا ضياء).

(٢) هذا إذا أجاز المضاربة قبل صدور المعاملة من العامل الثاني وأما المعاملات الصادرة منه قبل الإمضاء ففي الاكتفاء بإمضاء المضاربة لصحتها إشكال نعم لا إشكال إذا أمضى المالك نفس المعاملات وإن لم يمض المضاربة لكن الربح حينئذ تمامه للمالك. (الكلبيكاني).

(٣) وتنفسخ الأولى مطلقا على ما اختاره (قدس سره) في المسألة السابقة لأن إنشاء العامل المعاملة الثانية فسخ للأولى. (الكلبيكاني).

المفروض بطلان المضاربة الثانية فلا يستحق العامل الثاني شيئاً (١)، وأن العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله، ويستحق العامل الثاني أجره عمله مع جهله بالبطلان (٢) على العامل الأول، لأنه مغرور من قبله، وقيل: يستحق على المالك، ولا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له في العمل، هذا إذا ضاربه على أن يكون عاملاً للمالك، وأما إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له وقصد العامل في عمله العامل الأول فيمكن أن يقال: إن الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق في الشرائع (٣)، وذلك بدعوى أن المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول فيكون كأنه هو العامل (٤) فيستحق الربح، وعليه أجره عمل العامل إذا كان جاهلاً (٥) بالبطلان، وبطلان المعاملة لا يضر بالإذن الحاصل منه للعمل له، لكن هذا إنما يتم إذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى، وأما مع اعتبارها فلا يتم (٦) ويتعين

(١) من ربح المعاملة. (الفيروزآبادي).

(٢) مر الكلام في أمثاله والتفصيل في باب الإجارة الفاسدة. (الإمام الخميني).

(٣) ظاهر المحقق عدم التفرقة بين أن يضاربه للمالك أو لنفسه نعم دليله لا يتم إلا في الثاني. (البروجردي).

(٤) هذا إذا كان عقد المضاربة حتى على فرض الفساد مستلزماً لنحو وكالة

لطرفه على التصرفات وإلا كما هو التحقيق فلا مجال لاحتساب عمله عملاً

للعامل الأول فمن أين يستحق شيئاً من الربح فلا يكون مثل هذه المضاربة

الفاسدة مبيحاً لشيء نعم عليه أجره المثل لعمل الثاني حتى مع علمه بالفساد

فضلاً عن جهله بعد كون عمله بداعي الوفاء بعقد المضاربة الفاسدة. (آقا ضياء).

(٥) مر الكلام فيه. (الإمام الخميني).

(٦) بل يبعد إتمامه مع اعتبارها أيضاً، إذ غاية أمره حينئذ تخلفه عما شرط عليه

كون تمام الربح للمالك (١) إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربة الثانية. (مسألة): إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا كأن اشترط المالك على العامل أن يخيط له ثوبا أو يعطيه درهما أو نحو ذلك أو بالعكس فالظاهر صحته (٢)، وكذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعا أو قرضا أو قراضا أو بضاعة أو نحو ذلك، ودعوى أن القدر المتيقن ما إذا لم يكن من المالك إلا رأس المال، ومن العامل إلا التجارة مدفوعة بأن ذلك من حيث متعلق العقد، فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه، ويكفي في صحته عموم أدلة الشروط، وعن الشيخ الطوسي فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد (٣) في أحد قولي، وبطلانها في قوله الآخر، قال: لأن العامل في القراض لا يعمل عملا بغير جعل ولا قسط من الربح، وإذا بطل الشرط بطل القراض، لأن قسط العامل يكون مجهولا، ثم قال: وإن قلنا: إن القراض صحيح والشرط جائز لكنه لا

وقد مر أنه موجب للضمان لا لحرمانه عن الحصة مع حصول الربح. (البروجردى).
* إذا كان الاعتبار بنحو القيدية وأما إذا كان بنحو الاشتراط فمع تخلفه أيضا يمكن الإتمام وللمالك خيار التخلف ويأتي في المسألة الآتية ثمر الخيار. (الإمام الخميني).

- (١) وأما الأخبار الدالة على أن الربح يشترك في العامل والمالك عند مخالفة الشرط أيضا فهي غير شاملة للمقام كما يظهر بالتأمل. (الخوئي).
- (٢) فيه إشكال أقرب البطلان كما مر. (البروجردى).
- (٣) ظاهر المحكي عن المبسوط صحة العقد والشرط مع عدم لزوم العمل عليه في أحد قولي، وبطلانها في قوله الآخر ولم أعثر على ما نسب إليه الماتن تبعا للمسالك ومحتمل كلامي الشرائع والتذكرة. (الكلبایگانى).

يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها، كان قويا، وحاصل كلامه في وجه بطلانهما أن الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا، وبطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهالة حصة العامل من حيث إن للشرط قسطا من الربح، وبطلانه يسقط ذلك القسط، وهو غير معلوم المقدار، وفيه منع كونه منافيا لمقتضى العقد فإن مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، والعمل الخارجي ليس عملا في مال القراض، هذا مع أن ما ذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ ليس الشرط مقابلا بالعوض في شيء من الموارد، وإنما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شيء من الحصة حتى تصير مجهولة وأما ما ذكره في قوله: وإن قلنا " الخ " فلعل غرضه أنه إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازما يكون وجوده كعدمه (١) فكأنه لم يشترط، فلا يلزم الجهالة في الحصة، وفيه أنه على فرض (٢) إيجابه للجهالة (٣) لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه حيث إنه

(١) أي لم يلحظ في مقابله شيء فما أورد عليه المتن خلاف الفرض ولعل مقصود الشيخ (قدس سره) صحة الشرط لعدم كونه خلاف مقتضى العقد كما اختاره (قدس سره) في

المتن فيكفي العلم بمجموع المتقابلين في العقد الصحيح ولا يضر الجهل بما قابل كلا من الأبعاض ولو انجر إلى فسخ البعض. (الكلبيايگانی).
(٢) بعد أن كان مرجع هذا الوجه الأخير إلى المنع عن كون الشرط في ضمن العقود الجائزة بمنزلة الضميمة لأحد العوضين وكان وجوده كعدمه وكأنه لم يشترط فلا يقع من العوض الآخر شيء بإزائه على كل من تقديري صحته أو فساده وإذ كان كذلك فمن أين يفرض إيجاب فساده جهالة العوض وهل هو إلا من فرض إيجاب الشيء لما يلازم نقيضه. (النائني).
(٣) الظاهر أن الشيخ لا يسلم إيجاب الجهالة في الاحتمال المتقدم بل محصل

على التقديرين زيد بعض العوض لأجله، هذا وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور أن هذا الشرط لا أثر له أصلاً، لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث إنه في العقد الجائز ولا يلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ، حيث إنه يجوز فسخه، ولو مع عدم التخلف، وفيه أولاً ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة (١) ما دامت باقية ولم تفسخ، وإن كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به، وثانياً لا نسلم أن تخلفه لا يؤثر في التسلط على الفسخ إذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً (٢) إنما يكون بالنسبة إلى الاستمرار، بخلاف الفسخ الآتي (٣) من تخلف الشرط فإنه يوجب فسخ المعاملة من

كلامه من أوله إلى آخره أنه قال بفساد الشرط على أي حال ثم تكلم في فساد المشروط وهو عقد القراض فحكم أولاً بفساده معللاً بأنه مع فساد الشرط يقع جهالة في قسط العامل وثانياً احتمل قويا صحته معللاً بأن فساد الشرط ليس معناه إلا إلغاء الشرط وعدم لزوم الوفاء به ولا يتفاوت حصة العامل بإلغائه فالقراض صحيح والشرط وهو البضاعة جائز غير لازم الوفاء فهو في الحقيقة بيان لمدرك القول بعدم سريان فساد الشرط إلى فساد المشروط في المقام. (الإصفهاني).

(١) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

(٢) هذا إنما يتم لو كان المراد من فسخ العقود الجائزة خصوص ارتجاع العين مع بقاء العقد بحاله وأما لو كان الجواز بمعنى السلطنة على فسخها أيضاً فلا يبقى مجال لهذا الفرق أصلاً. (آقا ضياء).

(٣) الظاهر عدم الفرق بين الصورتين في كون الانفساخ من حين الفسخ. (الخوانساري).

الأصل (١)، فإذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح فإن كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته، وإن كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك، ويستحق العامل أجره المثل لعمله، وهي قد تكون أزيد من الربح (٢)، وقد تكون أقل في تفاوت الحال بالفسخ وعدمه إذا كان لأجل تخلف الشرط. (مسألة): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره (٣) من غير توقف على الإنضاض أو القسمة، لا نقلا ولا كشفا على المشهور، بل الظاهر الإجماع عليه لأنه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما ولأنه مملوك، وليس للمالك، فيكون للعامل، وللصحيح: " رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال: يقوم فإن زاد درهما واحدا انعتق واستسعى في مال الرجل ". إذ لو لم يكن مالكا لحصته لم ينعق أبوه. نعم عن الفخر عن والده أن في المسألة أربعة أقوال، ولكن لم يذكر القائل ولعلها من العامة: أحدها: ما ذكرنا. الثاني: أنه يملك بالانضاض، لأنه قبله ليس موجودا خارجيا، بل

-
- (١) والفرق بينهما هو أن الجواز الآتي من قبل تخلف الشرط جواز وضعي والجواز في العقد الجائز جواز حكمي. (الخوئي).
(٢) إذا كان تخلف الشرط من قبل العامل فهو وإن كان يستحق أجره المثل إلا أنه لا بد أن لا يكون أزيد من الربح وإلا فلا يستحق الزائد. (الخوئي).
(٣) لا يخلو عن إشكال والأحوط عدم التصرف في الحصص قبل تمام المضاربة والقسمة إلا برضاء المالك. (الحائري).

هو مقدر موهوم.

الثالث: أنه يملك بالقسمة لأنه لو ملك قبله لاختص بربحه، ولم يكن وقاية لرأس المال.

الرابع: أن القسمة كاشفة عن الملك سابقا لأنها توجب استقراره، والأقوى ما ذكرنا لما ذكرنا، ودعوى أنه ليس موجودا كما ترى، وكون القيمة أمرا وهميا ممنوع، مع أننا نقول: إنه يصير شريكا في العين الموجودة بالنسبة (١)، ولذا يصح له مطالبة القسمة، مع أن المملوك لا يلزم أن يكون موجودا خارجيا، فإن الدين مملوك، مع أنه ليس في الخارج، ومن الغريب إصرار صاحب الجواهر على الإشكال في ملكيته بدعوى أنه حقيقة ما زاد على عين الأصل، وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له لا ذمة ولا خارجا، فلا يصدق عليه الربح، نعم لا بأس أن يقال: إنه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أن له الإنضاض فيملك، وأغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضا (٢)، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق الميني على السراية، إذ لا يخفى ما فيه، مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكا للمالك حتى مقدار الربح مع أنه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك، فلا ينبغي التأمل في أن الأقوى ما هو المشهور، نعم إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل، لا أن يكون كاشفا عن

(١) هذا هو المتعين لو صح له مطالبة القسمة كما هو المسلم عندهم على الظاهر.

(الإصفهاني).

(٢) هذا في غاية الضعف إذ غاية ما يمكن أن يقال هو أن ملكه لأن يملك أباه

موجب لعتق أبيه وليس هنا كذلك فإنه ملك أن يملك قيمة أبيه لا نفسه.

(البروجردى).

عدم ملكيته من الأول (١)، وعلى ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية من جواز المطالبة بالقسمة وإن كانت موقوفة على رضى المالك ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح (٢) ونحوهما، ومن الإرث (٣) وتعلق الخمس (٤) والزكاة وحصول الاستطاعة (٥) للحج وتعلق حق الغرماء به، ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة إلى غير ذلك. (مسألة): الربح وقاية لرأس المال (٦) فملكية العامل له بالظهور منزلة، فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به إلى أن تستقر

-
- (١) هذا ليس بذاك البعيد لأن ما اشترط في العقد كونه بينهما هو ربح تجارته بالمال لا ربح كل واحدة من معاملاته والربح المتعقب بالخسران لا يوجب كون التجارة رابحة حتى يشمل الشرط ودلالة النص عليه أيضا لا يخلو من مناقشة وعلى تقدير حصول الملكية فالظاهر عدم ترتب آثار الملك عليه لتعلق حق رب المال به لكونه وقاية لرأس ماله. (البروجردي).
 - (٢) في صحة هذه التصرفات وتعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة وسائر ما ذكره (قدس سره) مع فرض تنزيل ملكه إشكال. (الشيرازي).
 - (٣) الإرث ثابت على جميع الأقوال وإن كان الموروث على القول بتوقف الملك على القسمة ونحوها حق العامل في المال لا نفسه. (البروجردي).
* الظاهر أن تلك الثمرة تترتب على جميع الأقوال غاية الأمر أن الموروث ملك على تقدير وحق على تقدير آخر. (الكلبيگاني).
 - (٤) قد مر منه (قدس سره) عدم وجوب الخمس في الملك الغير المستقر. (الكلبيگاني).
 - (٥) حصولها به قبل اختتام المضاربة محل إشكال لعدم جواز الاستبداد بالتصرف قبله. (البروجردي).
 - (٦) الجمع بين الوقاية والملك مشكل ولا يترك الاحتياط بالتراضي قبل تمام المضاربة والقسمة. (الحائري).

ملكيته والاستقرار يحصل بعد الإنضاض والفسخ والقسمة (١) فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح، بل تلف كل على صاحبه، ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح (٢) فقط مع عدم الفسخ، بل ولا قسمة الكل كذلك (٣)، ولا بالفسخ (٤) مع عدم القسمة، فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركا والتلف والخسران عليهما ويتم رأس المال بالربح، نعم لو حصل الفسخ ولم يحصل الإنضاض ولو بالنسبة إلى البعض وحصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا؟ إن

-
- (١) محصل ذلك هو أنه لو اجتمعت الأمور الثلاثة المذكورة ينتهي عمل المضاربة بذلك ويخرج الربح عن كونه وقاية لرأس المال وتستقر ملكية العامل لحصته ولو حصل الفسخ والإنضاض ولم يحصل القسمة ففي الاستقرار وعدمه وجهان مبيان على كون القسمة خارجة عن عمل المضاربة جارية مجرى تميز سائر المشتركات أو كونها من متمماته ولو حصل الفسخ والقسمة بلا إنضاض ففيه أيضا وجهان مبيان على انتهاء عمل المضاربة برضى المالك بقسمة العروض أو عدم انتهائه ووجوب الإنضاض على العامل والأقوى هو الأول ولا يخرج الربح بما عدا ذلك من كونه وقاية لرأس المال حتى بالقسمة ناضيا إلا مع الفسخ لا مع عدمه على الأقوى. (النائيني).
- (٢) الظاهر أن قسمة الربح بإفراز حصة العامل بتراض منهما قسمة لجميع المال كما يأتي منه (قدس سره) في القسمة. (الكليبايگاني).
- (٣) الظاهر أن قسمة الكل لا تنفك عن الفسخ. (البروجردی).
- * الظاهر أنها فسخ فعلي فلا يكون التلف بعدها محسوبا من الربح. (الخوئي).
- (٤) لا يبعد الاستقرار بالفسخ فقط أو بتمام أمد المضاربة لو كان لها أمد والظاهر حصول الفسخ بقسمة الكل. (الإمام الخميني).
- * فيه تأمل خصوصا مع الإنضاض. (الإصفهاني).

قلنا بوجوب الإنضاض (١) على العامل فالظاهر عدم الاستقرار، وإن قلنا

(١) لا يخفى أن القول بوجوب الإنضاض مع توقفه على صحة معاوضته بالنقدين لا يجمع تأثير الفسخ في عقد المضاربة إلا على احتمال بعيد من كونه سلطانا على المال من قبل الشارع المالك للملوك وإلا فلا يبقى سلطنة من قبل المالك بعد فسخه وحينئذ فلا بد من جعله عند هذا القائل من شرائط تأثير الفسخ وحيث إنه لا إطلاق في البين فمقتضى الأصل دخله فيه وإن لم نقل بوجوبه للجزم بعدم دخل وجوبه في مؤثرية الفسخ وإنما الاحتمال في تأثير الفسخ مع عدم الإنضاض وحينئذ فربما يشكل ما أفاده من التفصيل بين وجوب الإنضاض علاوة عن الفسخ والقسمة وحينئذ يبقى الكلام في دخل القسمة علاوة عن الفسخ المؤثر في استقرار ملك الربح وفيه وجهان مبنيان على صدق عنوان مال للمضاربة على الموجود قبل القسمة بعد الفسخ أم لا والظاهر أن مثل هذا العنوان كسائر العناوين المضافة إلى عنوان آخر يكون بقاؤه تابع بقاء العنوان ومع عدم بقاء العنوان للمضاف إليه بالفسخ حسب الفرض لا يصدق العنوان المضاف المزبور فلا وجه حينئذ لبقاء الوفاء به اللهم إلا أن يقال إن مجرد الشك في بقاءه يكفي في استصحابه ولكن مع ذلك أمكن دعوى أن عموم السلطنة على الملك يقتضي عدم الاحتساب إلا ما خرج وهو قبل الفسخ بل وقبل إنشائه فيكشف مثل هذا العموم عن التأثير حتى مع عدم الإنضاض ولازمه كون الفسخ بنفسه مؤثرا في استقلال الملك بل وإن قلنا بكفاية الإنضاض فيه كما عن الشهيد أو كفاية القسمة فقط لقلنا بحصول الاستقلال بأحدهما لا بمجموعهما اللهم إلا أن يدعى الإجماع على خلافه فيخرج العام المزبور حينئذ عن الحجية فيشك في دخل أي واحد فيرجع إلى الأصل المقتضي لدخل المجموع فيه والمسألة بعد في محل النظر ومجاله والله العالم بحقيقة الحال. (آقا ضياء).

* وجوب الإنضاض عليه بعد القسمة كأنه لا قائل به نعم قال به جماعة بعد

بعدم وجوبه (١) ففيه وجهان (٢) أقواهما الاستقرار، والحاصل أن اللازم أولاً دفع مقدار رأس المال (٣) للمالك ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح، وتماमितها بما ذكرنا (٤) من الفسخ والقسمة.
(مسألة): إذا ظهر الربح ونض تماماً أو بعض منه فطلب أحدهما قسمته، فإن رضي الآخر فلا مانع منها، وإن لم يرض المالك لم يجبر عليها (٥)

الفسخ وقبل القسمة وعلى فرض القول به بعدها أيضاً فالظاهر أنه غير مانع من الاستقرار بالقسمة. (البروجردى).

(١) كما هو الأقوى. (الإصفهاني).

(٢) الظاهر أنه لا إشكال في عدم وجوبه مع فرض رضا المالك بالقسمة قبله كما هو المفروض. (الخوئي).

(٣) بل يكفي إفراز حصة العامل من الربح ودفع الباقي إلى المالك كما مر. (الكلبيكاني).

(٤) بل لا يبعد أن يكون بما ذكرنا آنفاً. (الإمام الخميني).

(٥) مع عدم الفسخ وأما معه ففيه تأمل وإشكال من جهة احتمال استقرار ملك العامل بذلك ومعه يجبر المالك عليها لو طلبها العامل. (الإصفهاني).

* لا يخفى أن مجرد الحاجة إليه لا ينافي مع سلطنة المالك على جبران رأس ماله بمال المضاربة من قسمة ربحه إذ ما لم يحصل الفسخ كان مثل هذه السلطنة باقية وحينئذ فلا قصور في عموم السلطنة المقتضية لإجبار المالك أيضاً على القسمة. (آقا ضياء).

* فيه تأمل وإشكال إلا أن يكون بناء المضاربة مع بقائها على عدم القسمة قبل الفسخ ولازمه عدم إجبار العامل أيضاً والتعليل الذي ذكره لعدم إجبارهما ليس بوجيه. (الإمام الخميني).

لا احتمال الخسران (١) بعد ذلك، والحاجة إلى جبره به، قيل: وإن لم يرض العامل فكذلك (٢) أيضا، لأنه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما أخذه، ولعله لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه، وفيه أن هذا لا يعد ضررا فالأقوى أنه يجبر إذا طلب المالك، وكيف كان إذا اقتسماه (٣) ثم حصل الخسران فإن حصل بعده ربح يجبره فهو وإلا رد العامل أقل الأمرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح، لأن الأقل إن كان هو الخسران فليس عليه إلا جبره والزائد له، وإن كان هو الربح فليس عليه إلا مقدار ما أخذ، ويظهر من الشهيد أن قسمة الربح موجبة لاستقراره، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث إنه مشاع في جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس أخذا له فقط، حيث قال على ما نقل عنه: إن المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين فاقسما العشرين فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمسة أسداسها من رأس المال، وسدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس (٤)

-
- (١) القسمة لا تنافي جبر الخسارة فلا بد لعدم الجبر من دليل آخر. (الكلبيايگاني).
(٢) هذا لا يخلو من قوة مع بقاء المضاربة. (البروجردی).
(٣) مع عدم الفسخ وأما معه فقد استقر الملكية وليس جبران بلا إشكال. (الإصفهاني).
(٤) وفيه أن نصف السدس بالفرض مشاع في العشرة كقبل القسمة فما الموجب للاستقرار. (الكلبيايگاني).

العشرين، وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين من ما خسر ومن ثمانية وثلث، وفيه - مضافا (١) إلى أنه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح، وأن عليه غرامة ما أخذه منه - أنظار آخر، منها: أن المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب رده لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك. ومنها: أنه ليس مأذونا (٢) في أخذ رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة. ومنها: أن المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنه (٣) ربح، لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال، ودعوى أنه لا يتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض إشاعته في تمام المال مدفوعة بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركا بين المالك والعامل، فمقدار رأس المال مع حصته من الربح للمالك، ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولا مانع منها.

(مسألة): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط (٤) من معلومية المقدار وغيره، وإذا حصل خسران بعد هذا لا

-
- (١) أقول عمدة ما يرد فساد استقرار الملك بالقسمة محضا وإلا فمع تسليم هذه المقدمة ما أفيد في غاية المتانة وما أفاده المصنف من الوجوه ليست إلا كالمصادرة فتدبر. (آقا ضياء).
 - (٢) هذا خلاف الفرض حيث إن الاقتسام وقع بالتراضي ولا أقل من رضاية المالك. (الكلبيايگاني).
 - (٣) يمكن أن يكون مراده غير هذا الفرض. (الكلبيايگاني).
 - (٤) إذا كان مع إجازة المالك وإلا ففيه إشكال كما مر. (الشيرازي).

يبطل البيع (١) بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه جبره بدفع أقل
الأميرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران.
(مسألة): لا إشكال (٢) في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة
تجبر بالربح، سواء كان سابقا عليها أو لاحقا ما دامت المضاربة باقية

(١) بل يبطل أي ينكشف بطلانه إما لعدم الملك أو لتعلق حق المالك بجبر
خسران رأس ماله به. (البروجردي).
* محل تأمل ويحتمل صحته ومالكية المشتري ملكية متزلزلة كمالكية البائع
فينسخ مع ظهور الخسران وعدم الجبران من مال آخر على إشكال. (الإمام
الخميني).
* محل إشكال وتأمل. (الخوانساري).

(٢) لا يخفى أن جبران الخسارة أو تلف رأس المال بالربح بعد ما كان على
خلاف القاعدة لأنه خلاف سلطنة المالك للربح فلا بد وأن يقتصر فيه على
المقدار المجمع عليه حيث إنه لم يرد نص دال على ميزان في جبران الخسارة
والتلف وإنما هو من جهة كونه من مقتضيات تشريع عقد المضاربة وعليه
يمكن أن يدعى بأن القدر المتيقن من الجبران في صورة الخسارة قبل القسمة
أو الفسخ بضم الإنضاض وكذا جبران التلف أو الإتلاف من العامل قبلهما
وأما في غير هذه الصورة فلا دليل عليه فيرجع إلى عموم السلطنة في إثبات
استقرار الملك كما لا يخفى ولقد أشرنا إلى هذه الجهة في بعض الحواشي
وحيث لو لم يكن في البين إجماع أمكن الفرق في جبران تلف المال بالربح
بين إتلاف الأجنبي أو المالك وبين غيرهما بدعوى عدم الجبران إلا في الأخير
دون الأوليين لاعتبار وجود المال في عهدة الأجنبي المتلف أو بمنزلة الاستيفاء
من المالك بإتلافه فيستقر ملك الربح لهما أيضا لعموم السلطنة فتدبر. (آقا ضياء).

ولم يتم عملها، نعم قد عرفت ما عن الشهيد (١) من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه (٢)، وأن مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته وأما التلف فيما أن يكون بعد الدوران في التجارة، أو بعد الشروع فيها أو قبله، ثم إما أن يكون التالف البعض أو الكل، وأيضا إما أن يكون بأفة من الله سماوية أو أرضية، أو بإتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان فإن كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح، ولو كان لاحقا مطلقا، سواء كان التالف البعض أو الكل، كان التلف بأفة أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي، ودعوى أن مع الضمان كأنه لم يتلف لأنه في ذمة الضامن كما ترى، نعم لو أخذ العوض (٣) يكون من جملة المال، بل الأقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجارة، وإن كان التالف الكل كما إذا اشترى في الذمة (٤) وتلف المال قبل دفعه إلى البائع فأداه المالك (٥) أو باع العامل المبيع وربح فأدى كما أن الأقوى في تلف البعض الجبر، وإن كان قبل الشروع أيضا، كما إذا

-
- (١) وتقدم أن الأقوى خلافه. (النائيني).
 - (٢) بناء منه على أن الإنضاض والقسمة كافيان في الاستقرار. (الإصفهاني).
 - (٣) اعتبار أخذ العوض في بقاء المضاربة مما لا وجه له لأنه إن كانت المضاربة باقية في بدل التالف في الذمة فلا مدخلية لأخذ البدل في البقاء وإن كان بقاء المضاربة في بدل التالف محل إشكال. (الحائري).
 - (٤) على فرض صحته وقد مر الإشكال فيه. (الكلبيكاني).
 - (٥) بقصد المضاربة مع العامل عليه وعلى المال الذي تلف ومع ذلك فصيورته بذلك جزء من القراض السابق حتى يجبر تلفه بربح هذا محل إشكال. (البروجردى).
- * بقصد الأخذ بعد استرباح المبيع. (الإمام الخميني).

سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة، أو في البلد أيضا قبل أن يسافر، وأما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد إذ لا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر، أو لا يجبر نعم إذا أتلفه أجنبي (١) وأدى عوضه تكون المضاربة باقية، وكذا إذا أتلفه العامل (٢). (مسألة): العامل أمين فلا يضمن إلا بالخيانة، كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئا لنفسه فأدى الثمن من ذلك أو وطئ الجارية المشتراة أو نحو ذلك، أو التفريط بترك الحفظ، أو التعدي بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه، كما لو سافر مع نهييه عنه أو عدم إذنه في السفر، أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو ترك شراء ما أمره به فإنه يصير بذلك ضامنا للمال لو تلف ولو بأفة سماوية وإن بقيت المضاربة (٣) كما مر، والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضا وإذا رجع عن تعديه أو خيانتته فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان (٤)، مقتضى الاستصحاب (٥) بقاؤه كما ذكروا في باب الوديعة أنه لو أخرجها الودعي

-
- (١) وأمكن تضمينه والوصول منه وكذا مع إتلاف العامل أمكنه تأدية العوض. (الإمام الخميني).
- (٢) قد مر الإشكال فيه. (الحائري).
- (٣) قد مر الإشكال في بدل التلف. (الحائري).
- (٤) أقربهما الأول. (البروجردي).
- * أو جههما الضمان لأن ارتفاع سبب الضمان غير معلوم. (الإمام الخميني).
- * أظهرهما الأول. (الشيرازي).
- (٥) أظهرهما عدم الضمان لعدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية. (الخوانساري).

عن الحرز بقي الضمان وإن ردها بعد ذلك إليه، ولكن لا يخلو عن إشكال (١) لأن المفروض بقاء الإذن وارتفاع سبب الضمان، ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبع ضمن الوضعية إن حصلت بعد ذلك، وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها؟ وجهان (٢) من عدم كون مجرد النية خيانة، ومن صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب، ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلا وبين العزم على أن يخون بعد ذلك (٣). (مسألة): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئا من مال المضاربة لأنه ماله (٤)، نعم إذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري (٥) حصة

-
- (١) قد تقدم أن الأقوى بقاء الضمان في مثل الفرض لعدم تحقق الغاية. (آقا ضياء).
(٢) أقربهما العدم. (البروجردى، الخوانساري).
* لا يبعد أن يكون الوجه الأول أقرب. (الخوئي).
* أو جهما عدم الضمان لأن صيرورة اليد بمجرد النية بمنزلة يد الغاصب غير معلوم وأما الفرق الذي في المتن فغير وجيه. (الإمام الخميني).
* أقواهما العدم. (الكلبيكاني).
(٣) الظاهر عدم الفرق بينهما في صيرورة يده يد ضمان لأن المتيقن الخارج من عموم على اليد غيره بعد التشكيك في بقاء عنوان الأمانة. (آقا ضياء).
* الظاهر عدم الفرق بينهما. (الكلبيكاني).
* الفرق لا يخلو من قوة ولا سيما مع الاشتغال ببعض مقدماتها. (الشيرازي).
(٤) يمكن أن يقال إن اختلاف العنوان يكفي لصحة الشراء كما يساعد عليه العرف بعد التأمل. (كاشف الغطاء).
(٥) قد مر الإشكال في الجمع بين ملكية العامل للربح مع كونه وقاية وقد مر الاحتياط فيه. (الحائري).
* محل إشكال كما مر سابقا. (الخوانساري).

العامل منه مع معلومية قدرها، ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك فإنه بمنزلة التلف، ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة (١)، كما لو باعها من غير المالك (٢)، وأما العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح بل وبعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصته من المبيع لأنه ماله، نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلًا بهذا الشراء يمكن الإشكال فيه، حيث إن بعض الثمن حينئذ يرجع إليه من جهة كونه ربحا (٣) فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عودته إلى نفسه ويمكن دفعه (٤) بأن كونه ربحا

(١) بل ثمنها المسمى وإن قلنا بصحة البيع باعتبار القول بالملك وإن الحق لا يعدوهما وذلك لإقدام المالك على عدم جبر الزيادة إن كانت القيمة أكثر. (البروجردى).

(٢) برضى المالك. (الشيرازي).

(٣) فيه منع ظاهر من جهة أن بذل العامل أزيد من قيمة السلعة خسارة عليه ومحاباة منه للمالك فليست هذه تجارة رابحة بالنسبة إليه ولو أعطى حصته من تلك الزيادة لكان ذلك جبرا لخسارته بمقدارها ولا يكون استرباحا له أصلا فهذه الزيادة راجعة إلى المالك ولا يشاركه العامل حتى يتوجه الإشكال ويحتاج إلى الدفع نعم لو اشتراه الأجنبي بأزيد من قيمتها كانت تلك الزيادة ربحا في هذه المعاملة ومنفعة عائدة لكل من المالك والعامل ولا يتوجه عليه هذا الإشكال. (الإصفهاني).

* بالنسبة إلى رأس المال وإن كان خسرانا في حق المشتري إذ الأول هو المناطق في ملك العامل لحصة منه لا الثاني. (البروجردى).

(٤) الإشكال والجواب كأنهما مبنيان على أن اعتبار المضاربة هو كون الربح لمال المالك وبعد الاسترباح تنتقل حصة منه من ملك مالك رأس المال إلى

متأخر (١) عن صيرورته للبائع فيصير أولاً للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمنًا، وبعد أن تمت المعاملة وصار ملكًا للبائع وصدق كونه ربحا يرجع إلى المشتري (٢) الذي هو العامل، على حسب قرار المضاربة، فملكية البائع متقدمة طبعًا، وهذا مثل ما إذا باع العامل مال

العامل بحسب اقتضاء المضاربة وأما إذا كان الاعتبار فيها هو كون المال للمالك والعمل للعامل وكأنهما شريكان في رأس المال والعمل والربح حاصل لهما باعتبارهما وبجلبهما فتكون حصة من الربح منتقلة إلى صاحب المال وحصة منه إلى صاحب العمل ابتداء فلا وقع للإشكال والجواب ولا يكون ذلك مخالفًا للقاعدة عند العقلاء نعم يبطل ذاك الشراء المفروض بالنسبة إلى حصة العامل باعتبار كون العوض والمعوض لشخص واحد فإذا اشترى ما تكون قيمته مائة بمائتين وكانت المضاربة على النصف تبطل بالنسبة إلى خمسين وبقي المال مائة وخمسين للمالك لرأس المال ومما ذكرنا يظهر النظر فيما يأتي من الماتن وفي دخول تلك الزيادة في مال المضاربة تأمل ونظر. (الإمام الخميني).

(١) لا يخفى أن تأخره عنه ليس بالزمان حتى يندفع به الإشكال المتوهم على تقدير وروده بل بنفس الشراء الذي أثره تملك البائع للثمن يحدث عنوان الربحية وحدوثه ملازم لتملك المشتري الذي هو العامل حصة منه فيلزم أن يكون في آن واحد ملكًا للمالك والعامل معًا ومنقولًا إلى البائع وغير منقول إليه وخارجًا عن ملك المشتري وغير خارج عن ملكه في زمان واحد إلا أنك عرفت عدم توجه الإشكال أصلاً حتى يحتاج إلى الدفع. (الإصفيهاني).

(٢) هذا إذا كان المتصدي للبيع والشراء هو العامل وأما إذا كان المتصدي للبيع هو المالك فلا يحسب من عمل المضاربة حتى يكون الربح بينهما. (الكلبایگانی).

المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبي بأزيد من قيمته (١)، فإن المبيع ينتقل من المالك والتمن يكون مشتركا بينه وبين العامل، ولا بأس به فإنه من الأول (٢) يصير ملكا للمالك، ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة، لكن هذا على ما هو المشهور (٣) من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض، وأنه لا يعقل غيره، وأما على ما هو الأقوى (٤) من عدم المانع من كون المعوض لشخص، والعوض داخل في ملك غيره، وأنه لا ينافي حقيقة المعاوضة فيمكن أن يقال: من الأول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة فلا يكون هذه الصورة مثالا للمقام ونظيرا له (٥). (مسألة): يجوز للعامل الأخذ بالشفعة (٦) من المالك في مال المضاربة، ولا يجوز العكس، مثلا إذا كانت دار مشتركة بين العامل

-
- (١) أي مثله في أن جوابهما واحد وإن كان هو إشكالا آخر عاما في مطلق المعاملات الربحية في باب القراض. (البروجردى).
- * وكذلك إذا اشترى شيئا بمال المضاربة بأنقص من قيمته فإن الثمن ينتقل من المالك والمبيع يكون مشتركا بينه وبين العامل حيث إن المعاملة الواقعة رابحة وبسبب ظهور الربح يحدث الشركة كما مر. (الإصفهاني).
- (٢) لا يندفع الإشكال فيه أيضا إلا أن يلتزم بالتقدم والتأخر الزمانيين بين الملكيتين وليس ببعيد. (الإصفهاني).
- (٣) وهو الصحيح. (الخوئي).
- * وهو الأقوى. (الكلبيكاني).
- (٤) بل الأقوى ما عليه المشهور. (النائيني).
- (٥) وأيضا يبقى إشكال لزوم نقل بعض الثمن إلى نفسه بحاله. (الكلبيكاني).
- (٦) في إطلاقه إشكال. (الشيرازي).

والأجنبي فاشترى العامل حصة الأجنبي بمال المضاربة يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعة، لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه، وأما إذا كانت الدار مشتركة بين المالك والأجنبي فاشترى العامل حصة الأجنبي ليس للمالك الأخذ بالشفعة، لأن الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له.

(مسألة): لا إشكال في عدم جواز وطء العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنها مال الغير أو مشتركة بينه وبين الغير الذي هو المالك فإن فعل كان زانيا يحد مع عدم الشبهة كاملا إن كان قبل حصول الربح، وبقدر نصيب المالك إن كان بعده، كما لا إشكال في جواز وطئها إذا أذن له المالك (١) بعد الشراء وكان قبل حصول الربح، بل يجوز بعده على الأقوى (٢) من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطء الجارية المشتركة بينهما، وهل يجوز له وطؤها بالإذن السابق في حال إيقاع

-
- * يعني بصيغة التحليل. (النائيني).
(٢) محل إشكال فلا يترك الاحتياط. (الكلبايگاني).
* محل تأمل. (البروجردي).
* محل إشكال. (الخوانساري).
* فيه إشكال وكذا في الإذن السابق على الشراء فلا يترك الاحتياط فيهما. (الحائري).

عقد المضاربة أو بعده قبل الشراء أم لا؟ المشهور على عدم الجواز (١) لأن التحليل إما تمليك أو عقد، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء، والأقوى كما عن الشيخ في النهاية الجواز (٢) لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو إباحة، ولا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا لم يرجع عن إذنه بعد ذلك، كما إذا قال: اشتر بمالي طعاما ثم كل منه، هذا مضافا إلى خبر الكاهلي (٣) عن أبي الحسن (عليه السلام) قلت: "رجل سألني أن أسألك أن رجلا أعطاه مالا مضاربة يشتري ما يرى من شيء، وقال له: اشتر جارية تكون معك، والجارية إنما هي لصاحب المال إن كان فيها وضیعة فعليه، وإن كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال (عليه السلام): نعم " ولا يضر ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من حيث جعل ربحها للمالك، لأن الظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تأثير الإذن السابق وعدمه، وأما وطء المالك لتلك الجارية فلا بأس به قبل حصول الربح (٤)، بل مع الشك فيه لأصالة عدمه، وأما بعده فيتوقف على إذن

(١) وهو الصحيح إذ المعتبر في التحليل كونه صادرا من المالك والمفروض عدمه في المقام وأما خبر الكاهلي فهو ضعيف السند. (الخوئي).

(٢) محل إشكال لا يترك الاحتياط. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال فلا يترك الاحتياط. (البروجردی، الإصفهاني، الخوانساري).

* مشكل فلا يترك الاحتياط. (الكلبيگانی).

* اقوائته ممنوعة. (النائینی).

(٣) هذا هو العمدة وإلا فللمناقشة فيما ذكره مجال. (الخوئي).

(٤) الأقوى عدم جواز الوطاء قبل ظهور الربح فضلا عنه بعد ظهوره لأنها متعلق حق العامل ولو بإعدادها للربح. (كاشف الغطاء).

العامل (١) فيجوز معه على الأقوى (٢) من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه.
 (مسألة): لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشتري العامل زوجها
 فإن كان بإذنها فلا إشكال في صحته، وبطلان نكاحها ولا ضمان عليه،
 وإن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها (٣) ونفقتها، وإلا ففي المسألة
 أقوال: البطلان مطلقا للاستلزام المذكور، فيكون خلاف مصلحتها،
 والصحة كذلك، لأنه من أعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد،
 كما إذا اشترى غير زوجها، والصحة إذا أجازت بعد ذلك، وهذا هو
 الأقوى، إذ لا فرق بين الإذن السابق والإجازة اللاحقة، فلا وجه للقول
 الأول، مع أن قائله غير معلوم، ولعله من يقول بعدم صحة الفضولي إلا
 فيما ورد دليل خاص، مع أن الاستلزام المذكور ممنوع لأنها لا يستحق
 النفقة إلا تدريجا، فليست هي مالا لها فوته عليها وإلا لزم غرامتها على
 من قتل الزوج، وأما المهر فإن كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط، وإن

* محل إشكال مع بقاء المضاربة كما هو المفروض. (البروجردي).

(١) أي تحليله. (الإمام الخميني).

(٢) محل إشكال كما مر. (الخوانساري).

* قد مر الإشكال والاحتياط فيه. (الكلبایگانی).

* محل تأمل كما مر. (البروجردي).

(٣) وفيه أن الشراء إن كان بعد الدخول فلا إشكال في عدم سقوط المهر وإن كان
 قبل الدخول ففي سقوطه كلام يأتي في المسألة السابعة من نكاح الإماء ولعل
 الماتن أراد هذه الصورة. (الخوئي).

* أي نصف المهر إذا كان قبل الدخول إلا أن يكون مهرا على العبد فيسقط
 بتمامه مطلقا. (الفيروزآبادي).

كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه (١) أيضا بمطلق المبطل، وإنما يسقط بالطلاق فقط (٢)، مع أن المهر كان لسيدها لا لها (٣) وكذا لا وجه للقول الثاني بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها، لا من حيث استلزام الضرر المذكور، بل لأنها تريد زوجها لأغراض أخرى، والإذن الذي تضمنه العقد منصرف (٤) عن مثل هذا، ومما ذكرنا ظهر

-
- (١) هذه الدعوى ساقطة جدا. (الإصفهاني).
- * بل الأقوى سقوط نصفه والدعوى المذكورة ضعيفة. (الكلبيكاني).
- (٢) فيه منع. (الإمام الخميني).
- (٣) هذا خلاف مفروض المسألة. (الإمام الخميني).
- * هذه العبارة زائدة لأن المفروض حرية الزوجة ومملوكية الزوج واحتمال كون المراد مملوكية الزوجة أيضا مع كونها مأذونة في المضاربة خلاف الظاهر بل لعله خلاف المقطوع. (الكلبيكاني).
- * هذا لعله من سهو القلم لأن المفروض مملوكية الزوج لا الزوجة. (الخوانساري).
- * الظاهر أنه من سهو القلم. (الشيرازي).
- * لا محل لهذه العبارة أصلا إذ الكلام ليس في الأمة حتى يكون المهر لسيدها فتدبر. (كاشف الغطاء).
- * إلا مع تملكه إياها بناء على أنها تملك ما ملكها مولاها كما هو المختار المبرهن في محله. (آقا ضياء).
- * هذا كأنه من سبق القلم فإن المفروض مملوكية الزوج لا الزوجة. (البروجردي).
- * مفروض المسألة رقية الزوج دون المرأة وعليه فلا موقع لهذا الكلام. (الخوئي).
- (٤) في إطلاقه تأمل لاختلاف الأوقات والحالات في ذلك. (آقا ضياء).

حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالك فإنه صحيح (١) مع الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة، ولا يكفي الإذن الضمني في العقد للانصراف. (مسألة): إذا اشترى العامل من ينعق على المالك فإما أن يكون بإذنه أو لا، فعلى الأول ولم يكن فيه ربح صح وانعتق عليه وبطلت المضاربة بالنسبة إليه، لأنه خلاف وضعها، أو خارج عن عنوانها حيث إنها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خسارة محضة، فيكون صحة الشراء من حيث الإذن من المالك، لا من حيث المضاربة، وحينئذ فإن بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة إليه وإلا بطلت من الأصل، وللعامل أجره عمله (٢) إذا لم يقصد التبرع (٣) وإن كان فيه ربح فلا إشكال في صحته لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصته من العبد، أو يستحق عوضه على المالك للسراية، أو بطلانه مضاربة واستحقاق العامل أجره المثل لعمله، كما إذا لم يكن ربح أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير، لا لكونه خلاف وضع المضاربة، للفرق بينه وبين صورة عدم الربح، بل لأنه فرع ملكية المالك (٤) المفروض عدمها، ودعوى أنه لا بد أن يقال: إنه يملكه أنا ثم ينعق أو بقدر ملكيته حفظاً لحقيقة البيع على القولين في تلك المسألة، وأي منهما كان يكفي في ملكية الربح،

(٣) وكان بأمر المالك. (الكلبي يگاني).

(٤) بل لأن هذه المعاملة لم يربح المالك فيها لتكون حصة منه للعامل. (الخوئي).
* بناء على كون مفاد عقد المضاربة تلقي العامل ملك الربح من المالك وفيه إشكال وسيشير إليه المصنف أيضاً ولقد أشار إليه سابقاً. (أقا ضياء).

مدفوعة بمعارضتها بالانعتاق الذي هو أيضا متفرع على ملكية المالك، فإن لها أثرين في عرض واحد: ملكية العامل للربح والانعتاق، ومقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني، وعليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس العبد، ولم يفوت المالك عليه أيضا شيئا، بل فعل ما يمنع عن ملكيته، مع أنه يمكن أن يقال: إن التفويت من الشارع لا منه (١)، لكن الإنصاف أن المسألة مشككة بناء على لزوم تقدم ملكية المالك وصورته للعامل بعده، إذ تقدم الانعتاق على ملكية العامل عند المعارضة في محل المنع (٢) نعم لو قلنا: إن العامل (٣) يملك الربح أولا بلا توسط ملكية المالك بالجعل الأولي حين العقد وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة لكون العوض من مال المالك والمعوض مشتركا بينه وبين العامل كما هو الأقوى (٤) لا يبقى إشكال، فيمكن أن يقال بصحته (٥)

-
- (١) التفويت منه بإذنه لا من الشارع. (كاشف الغطاء).
- (٢) لا وجه للمنع بعد كونه ملكية العامل مترتبة على ربح المالك في المعاملة. (الحوئي).
- * الظاهر تقدم أدلة العتق لأن شرط ملكية العامل شيئا ممن ينعق على المالك بعنوان الربح مخالف للسنة فلا تشمله أدلة الشروط. (الكلبيكاني).
- (٣) وذلك هو العمدة وإلا فيمكن استفادة أقوائية العتق عن سبب الملك من موارد حكمهم بالسراية والتقويم على العتق. (آقا ضياء).
- (٤) تقدم أن الأقوى خلافه. (الحوئي، النائيني).
- * وقد مر في بعض الحواشي السابقة أن ذلك موافق لاعتبار المضاربة. (الإمام الخميني).
- * وقد مر أن الأقوى خلافه. (الكلبيكاني).
- (٥) فيه إشكال بل منع. (الشيرازي).

مضاربة، وملكية العامل حصته من نفس العبد على القول بعدم السراية، وملكيته عوضها إن قلنا بها، وعلى الثاني أي إذا كان من غير إذن المالك فإن أجاز فكما في صورة الإذن (١) وإن لم يجر بطل الشراء، ودعوى البطلان ولو مع الإجازة لأنه تصرف منهى عنه كما ترى، إذ النهي ليس عن المعاملة بما هي، بل لأمر خارج فلا مانع من صحتها مع الإجازة، ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالماً بأنه ممن ينعق على المالك حين الشراء أو جاهلاً (٢)، والقول بالصحة مع الجهل لأن بناء معاملات العامل على الظاهر فهو كما إذا اشترى المعيب جهلاً بالحال ضعيف، والفرق بين المقامين واضح (٣)، ثم لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة أو في الذمة (٤) بقصد الأداء منه وإن

(١) إلا أن العامل هنا لا يستحق شيئاً. (الحائري).

* لكن العامل في هذه الصورة لا يستحق أجره العمل فيما استحق على تقدير الإذن. (الكلبيكاني).

(٢) بالموضوع أو الحكم أو كليهما. (الإصفهاني).

(٣) لأن مبنى عمل المضاربة بالنسبة إلى العيب هو الجري على المجرى المتعارف من إحراز عدمه ولو بالطرق الظنية والعمل على أصل الصحة أخطأ أو أصاب فيكون مورد تعيب المبتاع واقعا مع جهل العامل بالحال مما شمله إذن المالك فيصح شراؤه ولا يحتاج إلى الإجازة بخلاف المقام فإن معرضيته للانعتاق مما لا يلتفت إليه غالباً ولم يكن من المتعارف للتجارة حتى شمله إذن المالك في صورة كونه كذلك واقعا بل كثيراً ما لا يتخيله أصلاً فيتوقف صحته حينئذ على إجازته. (الإصفهاني).

(٤) أي ذمة المالك أما لو اشتراه بذمة نفسه أي العامل فلا انعتاق ولو نوى أداءه من مال المضاربة إذ لا أثر للنية هنا ولا يجوز أن يؤديه منه. (كاشف الغطاء).

لم يذكره لفظاً، نعم لو تنازع هو والبائع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدم قول البائع (١) ويلزم العامل به ظاهراً وإن وجب عليه التخلص منه، ولو لم يذكر المالك لفظاً ولا قصداً (٢) كان له ظاهراً وواقعاً. (مسألة): إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعق عليه فإن كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً صح الشراء، وكان من مال القراض، وإن كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح فمقتضى القاعدة وإن كان بطلانه (٣) لكونه خلاف وضع المضاربة فإنها موضوعة (٤) كما مر للاسترباح بالتقليب في التجارة والشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك، إلا أن المشهور بل ادعى عليه الإجماع صحته، وهو الأقوى في صورة الجهل بكونه ممن ينعق عليه، فينعق مقدار حصته من الربح منه، ويسري في البقية، وعليه عوضها (٥) للمالك مع يساره،

* على القول بصحته. (الكلبيكاني).

(١) مر الكلام فيه. (الإمام الخميني).

(٢) ولو ارتكازاً وانصرافاً. (الإمام الخميني).

(٣) بل لا يبعد القول بأن مقتضى قاعدة المضاربة أيضاً الصحة مع كون الربح بينهما والخسارة على العامل ويكون العامل متلفاً لمال المضاربة بالشراء المفروض وعليه عوضه كما إذا أتلفه غير العامل أو العامل بغير الشراء. (الكلبيكاني).
(٤) مجرد ذلك لا ينافي الصحة في المقام لأنه أيضاً مقتضى لاسترباح المالك من ماله ولو تبدل ما أعتق على العامل مع يساره بل ومع استرباح العامل أيضاً وإن استتبع الانعتاق عليه ومجرد ذلك لا ينافي وضع باب المضاربة وحينئذ فلا بأس بالمصير إلى الصحة مطلقاً لولا قيام الإجماع أو مفهوم الرواية على خلافه. (آقا ضياء).

(٥) لا دليل عليه بل الظاهر عدم الفرق بين يساره وإعساره. (الخوئي).

ويستسعى العبد فيه مع إعساره (١) لصحيحة ابن أبي عمير عن محمد بن قيس عن الصادق (عليه السلام) " في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم قال (عليه السلام): يقوم فإن زاد درهما واحدا انعتق واستسعى في مال الرجل " وهي مختصة (٢) بصورة الجهل المنزل عليها إطلاق كلمات العلماء أيضا، واختصاصها بشراء الأب لا يضر بعد كون المناط كونه ممن ينعق عليه، كما أن اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضر أيضا، بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق، وإطلاقها من حيث اليسار والإعسار في الاستسعاء أيضا منزل على الثاني (٣)، جمعا بين الأدلة (٤)، هذا ولو لم يكن ربح سابق ولا كان فيه أيضا لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع فالظاهر أن حكمه (٥) أيضا الانعتاق والسراية بمقتضى القاعدة (٦)، مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحة أيضا للربح المتجدد (٧) فيه فيلحق به الربح (٨) الحاصل من غيره لعدم الفرق.

-
- (١) بل مطلقا لإطلاق الخبر. (الحائري).
- (٢) الظاهر عدم الفرق بين الصورتين لما مر من أن الصحة مطابقة لقاعدة المضاربة. (الكلبيكاني).
- (٣) محل تأمل. (الإمام الخميني).
- (٤) لا دليل على ضمان العامل مع يساره في مفروض الكلام والدليل على التفصيل يختص بعنق الشريك حصته من العبد اختيارا. (الخوئي).
- (٥) فيه إشكال فلا يترك الاحتياط وكذا في الربح السابق. (الحائري).
- (٦) في كون ذلك بمقتضى القاعدة إشكال بل منع نعم لا يبعد شمول الصحيحة للمقام. (الخوئي).
- (٧) الصحيحة ظاهرة أو صريحة في الربح المتجدد وشمولها للربح السابق غير معلوم وإلا فلا وجه للتقويم. (كاشف الغطاء).
- (٨) في الإلحاق إشكال بل منع بعد عدم شمول النص لذلك. (الخوئي).

(مسألة): قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة (١) وأنه يجوز (٢) لكل منهما الفسخ إذا لم يشترط لزومها (٣) في ضمن عقد لازم، بل أو في ضمن عقدها (٤) أيضا ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما وقد يحصل البطلان والانسفاخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك فلا بد من التكلم في حكمها من حيث

-
- (١) وقد مر معنى جوازها. (الكلبيكاني).
- (٢) أي يكون فسخها نافذا. (الفيروزآبادي).
- (٣) الأقوى بطلان شرط لزومها لاشتمالها على الوكالة وهي تأتي عن اللزوم سواء كان الشرط في ضمن عقدها أو عقد آخر. (الكلبيكاني).
- * ماهية المضاربة بحسب اعتبار العقلاء لا تقبل اللزوم فشرط لزومها باطل سواء كان في ضمن عقدها أو عقد آخر والتفصيل لا يسعه المقام. (البروجردي).
- * قد مر حكم صورة الشرط سابقا. (الحائري).
- * شرط لزومها باطل على الأقوى وإن لم يكن مبطلا وقد مر جواز شرط عدم الفسخ وحكمه. (الإمام الخميني).
- * قبولها اللزوم مع اشتراطه مطلقا سواء كان في ضمن عقد لازم أو في ضمن عقده محل تأمل وإشكال. (الخوانساري).
- * أي عدم إنشاء فسخها. (الفيروزآبادي).
- (٤) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).
- * لا يتصور فائدة لاشتراط اللزوم في عقد المضاربة نفسها بل لا معنى لاشتراط اللزوم في كل عقد جائز ولا يصير بذلك لازما أصلا فتدبر. (كاشف الغطاء).
- * تقدم أنه لا يجدي لزومه. (النائيني).
- * مر الكلام فيه. (الحوئي).

استحقاق العامل للأجرة وعدمه، ومن حيث وجوب الإنضاض عليه وعدمه، إذا كان بالمال عروض (١)، ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه إذا كان به ديون على الناس، ومن حيث وجوب الرد إلى المالك وعدمه وكون الأجرة عليه أو لا، فنقول: إما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل، وأيضا إما أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها، أو بعده قبل ظهور الربح، أو بعده في الأثناء أو بعد تمام التجارة بعد إنضاض الجميع أو البعض، أو قبله، قبل القسمة أو بعدها (٢)، وبيان أحكامها في طبي مسائل:

الأولى: إذا كان (٣) الفسخ أو الانفساخ ولم يشرع في العمل ولا في مقدماته فلا إشكال، ولا شيء له ولا عليه، وإن كان بعد تمام العمل والإنضاض فكذلك إذ مع حصول الربح (٤) يقتسمانه ومع عدمه لا شيء للعامل ولا عليه إن حصلت خسارة إلا أن يشترط المالك كونها بينهما (٥) على الأقوى من صحة هذا الشرط (٦) أو يشترط العامل (٧) على المالك

(١) ومن حيث وجوب تمكين المالك إياه من الإنضاض إذا كان هو المطالب له وعدمه. (البروجردي).

(٢) بعد القسمة لا تبقى مضاربة حتى يصح ورود الفسخ عليها. (البروجردي).
* بعد قسمة البعض وأما بعد قسمة التمام فلا يبقى موضوع للفسخ.

(الإمام الخميني).

(٣) لفظة كان تامة أي حصل. (الفيروزآبادي).

(٤) وبقائه إلى حين القسمة. (الحائري).

(٥) مر تفصيله. (الإمام الخميني).

(٦) تقدم أن الأقوى خلافه. (النائيني).

شيئا (١) إن لم يحصل ربح، وربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أجره المثل مع عدم الربح، ولا وجه له أصلا (٢)، لأن بناء المضاربة على عدم

-
- * وقد مر ضعفه. (الإصفهاني).
 - * قد مر الإشكال فيه. (الحائري).
 - * ضعيف وكذا الشرط الثاني. (الخوانساري).
 - * في لزوم الشرطين تأمل بل في صحة الشرط الأول كما مر. (الفيروزآبادي).
 - * وقد مر ضعفه بل وكذا الشرط الثاني. (البروجردي).
 - * فيه تفصيل قد تقدم. (الخوئي).
 - * وقد مر الإشكال في صحته. (الكلبایگانی).
- (٧) هذا أيضا مشكل نعم إذا اشترط إعطائه شيئا من ماله مجانا على هذا التقدير فلا يبعد وجوب الوفاء عليه وإن كان الشرط في ضمن عقد المضاربة. (الكلبایگانی).
- (١) أي إعطاء شيء له. (الإمام الخميني).
- (٢) ذلك تمام في الفسخ بمعنى إبطال المضاربة من الحين برجوعه عن المعاملة وإذنه فإن مقتضاه ليس رجوع الأعمال السابقة فتبقى غير مضمونة إلى حين إبطالها بلا استحقاقه الأجرة على أعماله السابقة وأما لو كان المراد بالفسخ في المقام معنى الفسخ في باب الإجارة من حل العقد فإن كان متعلقا بالنسبة إلى الأعمال الآتية بناء على تصور التبويض في الفسخ كما أشرنا إليه في باب الإجارة فالأمر كما تقدم وأما لو لم نقل بالتبويض فيه وقلنا بأن مرجع فسخه إلى حل تمام العقد ولو من الحين فيلزم في الحين من الحكم بانعدام تمام العقد ولازمه رجوع كل عوض إلى صاحبه حتى الأعمال السابقة ومرجعها حينئذ إلى قلب الأعمال السابقة المضمونة بالربح إلى كونها مضمونة بغيره من العوض الواقعي ومجرد إقدامه على العمل في قبيل الربح التقديري وفاء بعقد المضاربة لا يوجب هتك عمله بقول مطلق كما لا يخفى. (آقا ضياء).

استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة.
الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح
فلا أجر له لما مضى من عمله، واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام
لا وجه له أصلاً (١)، وإن كان من المالك أو حصل الانفساخ القهري ففيه
قولان، أقواهما عدم أيضاً (٢) بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة
التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلا الربح، ولا ينفعه بعد ذلك كون
إقدامه من حيث البناء على الاستمرار.

الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك وصرف
جملة من رأس المال في نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقاً، أو إذا كان
لا لعذر منه وجهان، أقواهما عدم (٣) لما ذكر من جواز المعاملة وجواز
الفسخ في كل وقت، فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه.
الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال
عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك ببيع ونحوه،
وإن احتمل تحقق الربح بهذا البيع (٤)، بل وإن وجد زبون (٥) يمكن

-
- (١) بل لا يخلو عن وجه وإن لم يكن وجيهاً. (الفيروزآبادي).
(٢) بل الثبوت ولحاظ حكم المعاملة مقدم على لحاظ الإقدام فالتعليل دوري.
(الفيروزآبادي).
(٣) مشكل جداً مع عدم العذر لأن استحقاقه لنفقة السفر قد ثبت بالنص وشمول
إطلاقه له بعيد. (البروجردي).
* في القوة إشكال والاحتياط لا يترك. (الخوئي).
* فيما كان لا لعذر. (الفيروزآبادي).
(٤) مع هذا الاحتمال لا يبعد جواز مطالبته رب المال بتمكينه من البيع
والإنضاض. (البروجردي).

أن يزيد في الثمن فيحصل الربح نعم لو كان هناك زبون بان على
الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه،
لأنه في قوة وجود الربح فعلا، ولكنه مشكل (١) مع ذلك،
لأن المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة (٢)، والمفروض
عدمه (٣)، وهل يجب عليه البيع والإنضاض إذا طلبه المالك أو لا؟ قولان
أقواهما عدمه ودعوى أن مقتضى قوله (عليه السلام): " على اليد ما أخذت حتى
تؤدي " وجوب رد المال إلى المالك كما كان كما ترى.
الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام
العمل أو بعده وبالمال عروض فإن رضيا بالقسمة كذلك فلا إشكال، وإن
طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته (٤) وإن أحتمل (٥) ربح فيه

-
- (٥) أي راغب في شراء السلعة والحق أنه متى وجد راغب وكانت الرغبة قبل
الفسخ استحق العامل نصيبه من الربح. (كاشف الغطاء).
(١) بل ممنوع سواء وجد زبون أو كان الشيء في حد نفسه قيما نعم له بيع حصته
لشركته مع المالك بعد ظهور الربح. (الإمام الخميني).
(٢) هذا هو المناط في اشتراكه مع المالك في نفس العروض وأما استحقاقه
لتحصيل الربح المالي منها الذي هو الغرض الأقصى من المضاربة فمناطه
كونها معرضا له بالبيع سواء كان لأجل زيادة قيمتها السوقية أو لوجود الراغب
الشخصي فالأقوى عدم الفرق بينهما. (البروجردي).
(٣) بل على هذا الفرض أيضا ليس له إجباره نعم له بيع حصته وطلب القسمة
بناء على كونه شريكا مع المالك بعد ظهور الربح. (الإصفهاني).
(٤) لا يبعد الوجوب. (الخوانساري).
* لا يبعد الوجوب كما مر. (البروجردي).
(٥) الأحوط الإجابة مع احتمال حصول الربح قبل البيع. (الكلبيايگاني).

خصوصا إذا كان هو الفاسخ وإن طلبه المالك ففي وجوب إجابته وعدمه وجوه ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقدا فلا يجب، وبين عدمه فيجب (١)، لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملا بقوله (عليه السلام): " على اليد " (٢) والأقوى عدم الوجوب مطلقا (٣) وإن كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفا على الإنضاض (٤)، ولعله يحصل الخسارة بالبيع، إذ لا منافاة، فنقول: لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها (٥) يجب جبرها بالربح (٦) حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

(١) هذا هو الأقوى لكن لو رضي المالك بعد الفسخ بقسمة العروض بلا إنضاض يسقط وجوبه وتستقر ملكية العامل للربح بالقسمة على الأقوى. (النائني).
(٢) ضعف (قدس سره) الاستدلال به قبل ذلك. (الفيروزآبادي).
(٣) والأحوط الإجابة لا للتمسك بقوله (صلى الله عليه وآله) على اليد ما أخذت إلى آخره فإنه

أجنبي عن المقام بل لقوة احتمال أن يكون ذلك من لوازم المضاربة عرفا بحيث يكون الإقدام عليها ملازمة للتعهد على الإنضاض وتسليم رأس المال بعد الإتمام أو الفسخ أو الانفساخ. (الكلبيكاني).
* لا قوة فيه. (الخوانساري، البروجردي).
* الظاهر الاستقرار بالقسمة إذا رضيا بها بلا إنضاض. (الكلبيكاني).
* لا يخفى ما في الالتزام بعدم وجوب الإنضاض وتوقف الاستقرار عليه من التنافي وتقدم ما هو الأقوى في ذلك. (النائني).

السادسة: لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟ وجهان أقواهما العدم (١) من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل (٢) أو المالك. السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه (٣) فيما مر من الأحكام (٤).

الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد

-
- (٦) مع حصول الخسارة بعد حصول الانفساخ لا وجه للجبران. (الخوانساري).
- (١) فيه إشكال. (الإصفهاني، الشيرازي).
- * لا قوة فيه بل لعل الوجوب لا يخلو من قرب. (البروجردى).
- * فيه إشكال والوجوب إن لم يكن أقوى فهو أحوط. (الخوئي).
- * والأحوط الجباية لما مر في الإنضاض. (الكلبایگانى).
- * الأقوائية بإطلاقها ممنوعة بل لو كان الفسخ من العامل فلا يبعد وجوب الجباية. (النائيني).
- (٢) لكن لا ينبغي ترك الاحتياط خصوصا في هذه الصورة. (الإمام الخميني).
- (٣) فيما له من الأموال والحقوق وأما فيما وجب عليه فلا. (الإمام الخميني).
- * في إطلاقه إشكال بل منع وإنما المنتقل إلى الوارث هو المال أو الحق القابل للانتقال دون غيرهما. (الخوئي).
- * فيما له من الأموال والحقوق وأما ما عليه من الحقوق فلا كما إذا مات العامل وقلنا بوجوب الإنضاض عليه مع مطالبة المالك. (البروجردى).
- (٤) أي الأحكام التي تتعلق بعد الانفساخ. (الفيروزآبادي).
- * بل فيما له من الأموال والحقوق وأما ما عليه من الأموال والحقوق المالية فيؤدى من التركة. (الكلبایگانى).

من التخلية بين المالك وماله، فلا يجب عليه (١) الإيصال إليه، نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك ولو كان بإذنه يمكن دعوى وجوب الرد إلى بلده (٢) لكنه مع ذلك مشكل (٣)، وقوله (عليه السلام): " على اليد ما أخذت " أيضا لا يدل على مزيد من التخلية (٤)، وإذا احتاج الرد إليه إلى الأجرة فالأجرة على المالك، كما في سائر الأموال، نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر وحصل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد (٥) والأجرة، وإن كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون إذنه.

(مسألة): قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقا على التلف أو الخسران أو لاحقا، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس ثم لا يلزم أن يكون الربح حاصلًا من مجموع رأس المال، وكذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على

(١) والأحوط الإيصال لما مر. (الكلبایگانی).

* وجوبه لا يخلو من قوة. (الشيرازي).

* محل تأمل نعم إذا احتاج الإيصال إلى الأجرة كانت على المالك. (البروجردی).

(٢) الظاهر صحة هذه الدعوى. (الخوئي).

(٣) بل ممنوع وأما ما ذكره من الوجه فغير وجيه. (الإمام الخميني).

(٤) الأولى أن يقال: إن عموم على اليد لا تدل على مزيد من الضمان ولا يدل

على حكم الرد تكليفا نعم في رفع الضمان يحتاج إلى الإيصال المساوق

لعنوان الأداء ولا يكفي فيه التخلية وحينئذ فلا يكون موضوع الحكم التكليفي

إلا إخراج المال عن حیطة استيلائه ومن تحت سلطنته وفي هذا المقدار يكفي

مجرد التخلية ورفع اليد كما لا يخفى. (آقا ضياء).

(٥) يعني الرد إلى المالك وأما الرد إلى مكان الغصب فلا دليل عليه. (الكلبایگانی).

المجموع، فلو اتجر بجميع رأس المال فخرس ثم اتجر ببعض الباقي فربح يجبر ذلك الخسران بهذا الربح، وكذا إذا اتجر ببعض فخرس ثم اتجر ببعض الآخر أو بجميع الباقي فربح، ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها فالربح مطلقا جابر للخسارة (١) والتلف مطلقا ما دام لم يتم عمل المضاربة (٢) ثم إنه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الأثناء، ولكن تبطل بالنسبة إليه، وتبقى بالنسبة إلى البقية، وتكون رأس المال، وحينئذ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبة إلى رأس المال مقدارا من البقية ثم اتجر العامل بالبقية أو ببعضها فحصل ربح يكون ذلك الربح جابرا (٣) للخسران أو التلف السابق بتمامه (٤)، مثلا إذا كان رأس المال

-
- (١) قد تقدم أن الربح إنما يكون جابرا إذا كانت المضاربة باقية ومع عدم بقائها قد استقرت ملكية كل من المالك والعامل ولا وجه للجبر. (الخوئي).
- (٢) بل ما دام لم يستقر ملكية العامل للربح وقد عرفت سابقا ما تستقر به. (الإصفهاني).
- * بل ما دام لم يستقر ملكية العامل وقد مر ملاك الاستقرار. (الإمام الخميني).
- * وإن حصل الفسخ. (الفيروزآبادي).
- * بل ما لم يستقر الربح للعامل وقد مر ما به يستقر. (الكلبيانگاني).
- (٣) لا معنى لجبران الخسران بالنسبة إلى السابق بل يكون بالنسبة إلى البقية. (الخوانساري).
- (٤) انفساخ المضاربة بالنسبة إلى ما أخذه المالك وبقاؤها بالنسبة إلى البقية كما اعترف به مستلزم لعدم انجبار سهم المأخوذ من الخسران بربح البقية فيما بعد وكذا العكس إذ المضاربة فيه بعد ما تمت وهي خاسرة أو رابحة لا تنقلب عما تمت عليه فيستقر خسرتها على المالك إن كانت خاسرة ولا يكون ربحها

مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة، وبقيت ثمانون فرأس المال تسعون وإذا اتجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحا تجبر تلك العشرة، ولا يبقى للعامل شيء، وكذا إذا أخذ المالك بعدما حصل الربح مقدارا (١) من المال سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال أو هو مع الربح (٢)، أو من غير قصد إلى أحد الوجهين ثم اتجر العامل بالباقي أو ببعضه فحصل

وقاية لشيء إن كانت رابحة بخلافها في البقية فإنها لبقائها لا يتعين لأحدهما إلا بالاختتام. (البروجردى).

* الأوجه ما عليه الشيخ في محكي مبسوطه وتبعه المحققون وفصل العلامة في التذكرة والقواعد في المسألتين لأن المضاربة بالنسبة إلى المأخوذ صارت باطلة والبقية رأس المال وليس خسران الجميع خسرانا للبقية ولا ربحه ربحها فلا بد من التكسير على التمام والحساب بالنسبة فراجع القواعد وشرحها. (الإمام الخميني).

* الظاهر أن المرتكز في الأذهان استقرار الربح والخسارة في المقدار المسترد بنفس الاسترداد الموجب لانفساخ المضاربة بالفرض فالأقوى ما عن المحقق وغيره تبعاً للشيخ. (الكلبائيگاني).

(١) فيه إشكال ولا تبعد تمامية عمل المضاربة بالإضافة إلى المقدار المأخوذ فلا يجبر خسران الباقي بربحه. (الخوئي).

(٢) فيه لا بد من رد سهم العامل مما أخذه من الربح إليه لانفساخ المضاربة فيما أخذه من رأس المال فاستقر ملك العامل في حصته من ربحه بعد توزيع الربح الحاصل على المأخوذ من رأس المال وعلى البقية ومثله الحكم فيما أخذه من غير قصد. (البروجردى).

خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه، حتى المقدار الشائع (١) منه في الذي أخذه المالك، ولا يختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقيا له، مثلا إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم اتجر العامل بالبقية فخسر عشرة أو تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء، وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقق (٢) وتبعه غيره من أن الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة إليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لا يجبر بهذا الربح، فرأس

(١) وعلى ما مر من استقرار الربح بالاسترداد فالمسترد لا محالة مشتمل على ما فيه نصيب المالك من الربح من غير فرق بين الصور الثلاث ويستقر بمقداره من الربح ويملكه العامل ويجب الرد عليه ومع عدم الرد يبقى في رأس المال بنحو الاشتراك. (الكلبياني).

(٢) ما ذكره المحقق لا يخلو من قوة فإن قسمة الربح لازمة وليست مراعاة بل ناجزة نافذة والجبران إنما يكون في الربح الموجود لا الذي صار معدوما. (كاشف الغطاء).

* بل هذا الذي ذكره الشيخ وتبعه المحقق وغيره هو الصواب فإن المائة بعدما صارت بالخسران تسعين كان كل عشرة من التسعين وهي تسعها في الأصل إحدى عشرة وتسعا وهي تسع المائة وقد تنزلت بالخسران إلى عشرة فإذا أخذ المالك عشرة من التسعين كان كأنه أخذ إحدى عشرة وتسعا من المائة لانفساخ المضاربة في العشرة واحتساب سهمها من الخسران عليه وهو واحد وتسع فتبقى في البقية من المائة وهي ثمان وثمانون وثمانية أتسع. (البروجرد).

المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو واحد وتسع، فيكون رأس المال الباقي تسعين إلا واحدا وتسع، وهي تسعة وثمانون إلا تسع، وكذا لا وجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني أن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، وأن حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده إليه، فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقا أنه لو حصل ربح واقتسماه في الأثناء وأخذ كل حصته منه ثم حصل خسران أنه يسترد من العامل مقدار ما أخذ، بل ولو كان الخسران بعد الفسخ (١) قبل القسمة بل أو بعدها (٢) إذا اقتسما العروض وقلنا بوجود الإنضاض (٣) على العامل وإنه من تمت المصارفة. (مسألة): إذا كانت المصارفة فاسدة فيما أن يكون مع جهلها بالفساد. أو مع علمهما، أو علم أحدهما دون الآخر، فعلى التقادير الربح

-
- (١) وقد عرفت الإشكال فيه. (الإصفهاني).
* فيه إشكال كما عرفت. (الخوانساري).
* مر الكلام فيه. (الإمام الخميني).
(٢) قد تقدم الكلام عليه. (البروجردي).
* قد مر أن الظاهر هو الاستقرار بالقسمة إذا رضيا بها بلا إنضاض. (الكلبيكاني).
(٣) تقدم ضعف القول به بعد أن رضي المالك بقسمة العروض. (النائيني).
* مر أنه لا إشكال في عدم وجوبه في هذا الفرض ثم إن ظاهر كلامه أن تدارك الخسران هنا منوط بوجود الإنضاض على العامل وقد تقدم منه عدم وجوبه. (الخوئي).

بتمامه للمالك لإذنه في التجارات، وإن كانت مضاربه باطلة نعم لو كان الإذن مقيدا بالمضاربة (١) توقف ذلك على إجازته، وإلا فالمعاملات الواقعة باطلة، وعلى عدم التقيد أو الإجازة يستحق العامل مع جهلهما لأجرة عمله (٢)، وهل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه لتبين عدم استحقاقه النفقة أو لا لأن المالك سلطه على الإنفاق مجانا وجهان، أقواهما الأول (٣)، ولا يضمن التلف والنقص، وكذا الحال إذا كان المالك عالما دون العامل، فإنه يستحق الأجرة، ولا يضمن التلف والنقص، وإن كانا عالمين أو كان العامل عالما دون المالك فلا أجرة له (٤) لإقدامه

-
- (١) كما هو الظاهر في كل إذن حصل بتوسيط إنشاء عقد من العقود. (آقا ضياء).
- (٢) استحقاق الأجرة مع تقيد الإذن بالمضاربة لا وجه له ولو مع الإجازة نعم لو كان العمل بأمره بتخيل الصحة فعليه أجرة المثل ولو مع عدم الإجازة إن كان مما له أجرة. (الكلبايگاني).
- * إذا قيد الإذن بالمضاربة الصحيحة ففي استحقاق العامل أجرة مثل عمله ولو مع جهلهما وإجازة المالك لاحقا إشكال بل لا يبعد المنع. (الشيرازي).
- (٣) بل أقواهما الثاني فيما إذا أذن المالك في الإنفاق مجانا كما في فرض عدم التقيد. (الخوئي).
- * بل لا يبعد الأول مع التقيد والإجازة ومع عدم التقيد الثاني لا يخلو من قوة وهذا التفصيل جار في التلف والنقص. (الشيرازي).
- * بل الثاني مع الإذن في السفر كما هو المفروض. (الفيروزآبادي).
- * الظاهر أن الإذن في السفر يستلزم الإذن في الإنفاق ولو بتخيل الصحة وعليه فالأقوى هو الثاني. (الكلبايگاني).
- * أقوائته ممنوعة بل الثاني لا يخلو عن قوة. (النائيني).
- (٤) استحقاقه للأجرة في هذه الصورة أيضا لا يخلو من وجه إذا حصل الربح

على العمل (١) مع علمه بعدم صحة المعاملة (٢)، وربما يحتمل (٣) في صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة (٤)، وفيه

بمقدار كان سهمه مساويا لأجرة المثل أو أزيد ومع عدم الربح أو نقصان سهمه عنها فمع علمه بالفساد لا يبعد عدم استحقاق الأجرة مع عدم الربح وعدم استحقاقه الزيادة عن مقدار سهمه مع النقصان ومع جهله به فالأحوط التخلص بالصلح بل لا يترك الاحتياط مطلقا. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال بل منع فإن العلم بفساد المعاملة شرعا لا يستلزم الإقدام على العمل مجانا. (الخوئي).

* بل له أجرة المثل مع عدم التقييد وأما مع التقييد وجهل المالك دون العامل لا يبعد عدم استحقاق الأجرة. (الشيرازي).

* إن كان إذن المالك مقيدا بصحة المضاربة وإلا فمجرد علم العامل بالبطلان لا يستلزم التبرع وعدم استحقاق الأجرة. (الكلبائي).

* لا يخلو عن إشكال. (النائيني).

(١) إقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة لا يجعله مقدما على العمل مجانا واحترام عمل المسلم لا يسقطه إلا الإقدام على المجانية. (كاشف الغطاء).

* قد مر مرارا أن الإقدام على العمل بعنوان الوفاء بعقد المضاربة ولو فاسدة بنائه العرفي فعدم الفرق بين العلم والجهل كما هو المشهور لا يخلو من قوة.

(البروجردي).

(٣) لا يخلو عن وجه وجيه. (الفيروزآبادي).

(٤) المضاربة وإن كانت نوعا من الجعالة إلا أنهما تفترقان في أن العامل في باب المضاربة يشترك مع المالك في الربح وهذا بخلاف العامل في باب الجعالة فإنه

أن المفروض عدم قصدتها (١) كما أنه ربما يحتمل استحقاقه أجره المثل إذا اعتقد أنه يستحقها مع الفساد، وله وجه (٢) وإن كان الأقوى خلافه، هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلا، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجرة ولو مع الجهل مشكل (٣) لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح، وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضا يستحق أقل الأمرين (٤) من مقدار الربح وأجرة المثل، لكن الأقوى خلافه، لأن رضاه بذلك كان مقيدا (٥) بالمضاربة، ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدمة أولى (٦).

(مسألة): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقدارا مضاربة وأنكر ولم يكن للمدعي بينة فالقول قول المنكر مع اليمين.
(مسألة): إذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال الذي

-
- لا يشترك مع المالك في الربح وإنما يستحق الأجرة التي جعلت له. (الخوئي).
(١) بل المفروض قصدهما لما مر من أن المضاربة مركبة من جعالة وغيرها. (الكلبيكاني).
(٢) وهو الأوجه من استحقاق الجعالة. (الفيروزآبادي).
(٣) الظاهر أنه لا إشكال في عدم استحقاقه. (الخوئي).
* بل ممنوع. (النائيني).
(٤) بل يستحق أجره المثل. (الخوئي).
(٥) في إطلاقه تأمل. (الكلبيكاني).
(٦) بل لا يترك لما أشرنا في مطلق الصور التي أقدم على العمل بعنوان الوفاء بعقد المضاربة ومثل ذلك لا يقتضي هتك عمله الموجب لخروجه عن كونه مضمونا على غيره. (آقا ضياء).
* بل لا يترك في الأخير. (الإصفهاني).

أعطاه للعامل قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة من غير فرق بين كون المال موجودا أو تالفا مع ضمان العامل لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله وأصالة براءة ذمته إذا كان تالفا بالأزيد هذا إذا لم يرجع (١) نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذي بيده هو مال المضاربة، إذ حينئذ النزاع في قلة رأس المال وكثرته يرجع إلى النزاع (٢) في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، وعلى تقدير كثرته بالعكس، ومقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك (٣)

(١) بل وكذا إذا رجع إليه إن كان مصب الدعوى النزاع في مقدار رأس المال كما هو المفروض. (الشيرازي).

(٢) رجوع النزاع إلى ما ذكر لا يمنع من إجراء الأصل في مصب الدعوى. (الكلبيكاني).

(٣) ولكن مقتضى يد العامل على المال كون ما يحتمل كونه ماله ماله وهو مقدم على الأصل المزبور. (آقا ضياء).

* هذا إن قلنا بأن الربح ينتقل ابتداء إلى المالك ثم يتلقى المضارب منه وأما إن قلنا بأنه ينتقل إلى العامل حصته ابتداء كما هو الأقرب فلا أصل لهذا الأصل ثم لو قلنا باعتبار يد العامل في مورد الشك يقدم قوله بيمينه ولو مع سلامة الأصل لكن لو بنينا على عدم اعتباره كما هو الأوجه فلا بد من ملاحظة محط الدعوى فلو ادعى العامل أن مقدار رأس المال مائة مثلا وادعى المالك أنه مائتان يكون من موارد التحالف وكذا لو ادعى المالك أن هذا المقدار رأس المال وذاك الربح وادعى العامل خلافه ولو كان محط النزاع في مقدار رأس المال زيادة ونقصانا أو مقدار الربح كذلك يقدم قول المنكر بيمينه هذا مع بقاء المال

إلا بمقدار ما أقر به للعامل، وعلى هذا أيضا لا فرق بين كون المال باقيا أو تالفا بضمنان العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالك (١) إلا كذا مقدار منه فإذا تلف مع ضمانه لا بد أن يغرم المقدار الذي للمالك.

(مسألة): لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط في الحفظ فتلف، أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط، وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي (٢) والمفروض أن مع عدم الشرط يكون مختارا في الشراء وفي البيع من أي شخص أراد، نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بإذن من المالك كما لو سافر أو باع بالنسيئة وادعى الإذن من المالك فالقول قول المالك في عدم الإذن، والحاصل أن العامل لو ادعى الإذن فيما لا يجوز إلا بالإذن قدم فيه قول المالك المنكر، ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز إلا مع المنع قدم قول العامل المنكر له.

(١) خصوصا فيما إذا كان ظهور الربح بسبب ترقى القيمة لا بسبب شراء المال بأقل من قيمته أو بيعه بأكثر منها. (الإصفهاني).

(٢) هذه الصورة محتاجة إلى التأمل. (الخوانساري).

* هذا الشرط وما بحكمه يرجع إلى تقييد متعلق عقد المضاربة وعليه فالعامل يدعي الإطلاق كما أن المالك يدعي التقييد وأصالة عدم تقييد المتعلق معارضة بأصالة عدم إطلاقه على ما بينا في محله من أنهما متضادان في مقام الثبوت وأما استصحاب عدم التقييد في مقام الإثبات فلا يترتب عليه الإطلاق في مقام الثبوت وأما أصالة الإطلاق فلا مجرى لها في أمثال المقام ونتيجة ذلك كله أن القول قول المالك لأصالة عدم إذنه فيما يدعي العامل إذنه فيه. (الخوئي).

(مسألة): لو ادعى العامل التلف وأنكر المالك قدم قول العامل، لأنه أمين (١)، سواء كان بأمر ظاهر أو خفي، وكذا لو ادعى الخسارة أو ادعى عدم الربح أو ادعى عدم حصول المطالبات في النسبة مع فرض كونه مأذونا في البيع بالدين، ولا فرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده، نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء حكم أمانته، وعدمه لخروجه بعده عن كونه أمينا وجهان (٢) ولو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف أو الخسارة وقال: إني اشتبهت (٣) في حصوله. لم يسمع منه (٤)، لأنه رجوع

-
- (١) هذا إذا لم يكن متهما وإلا فيستحلف. (الخوئي).
- (٢) مبنيان على تقييد أمانته بخصوص بقاء المضاربة أو إطلاقه ولقد تقدم أن التحقيق هو الأول. (آقا ضياء).
- * أظهرهما الأول. (الخوئي).
- * لا يخلو الأول من قوة. (الشيرازي).
- * أقواهما الأول. (الفيروزآبادي).
- * لا ريب أن الفسخ لا يخرج عن الائتمان إلا إذا طالبه المالك بالمال وقصر في الدفع وإلا فهو أمين ويسمع قوله. (كاشف الغطاء).
- * أقواهما سماع قوله ما لم يكن مقصرا في الرد ومع التقصير فالأقوى عدم السماع. (الكليايگاني).
- * لا تخلو العبارة من اغتشاش صدرا وذيل فراجع. (آقا ضياء).
- (٣) العبارة غير جيدة والظاهر أن مراده أنه أقر أولا بتحقق الربح فعلا ثم ادعى الاشتباه ووجه اشتباهه بأن الربح حصل أولا لكن التلف أو الخسارة صار سببا لعدم بقاءه والظاهر قبول دعواه حينئذ نعم لو ادعى أولا بأن الربح حاصل ثم قال إن الربح غير حاصل وإني اشتبهت لم يسمع منه. (الإمام الخميني).

عن إقراره الأول ولكن لو قال: ربحت ثم تلف أو ثم حصلت الخسارة قبل منه.

(مسألة): إذا اختلفا في مقدار حصة العامل وأنه نصف الربح مثلا أو ثلثه قدم قول المالك (١).

(مسألة): إذا ادعى المالك أني ضاربتك على كذا مقدار وأعطيتك فأنكر أصل المضاربة، أو أنكر تسليم المال إليه فأقام المالك بينة على ذلك فادعى العامل تلفه لم يسمع منه (٢) وأخذ بإقراره (٣) المستفاد من

(٤) الأقوى سماع دعوى الغلط أو الاشتباه ونحوهما في الإقرار ولا يكون رجوعا عن إقراره السابق بل يكون دعوى على خلاف ظاهره. (النائيني).

(١) هذا مشكل على مبنى الماتن (قدس سره). (الخوانساري).

(٢) ينبغي أن يكون المراد أنه لم يقبل قوله بيمينه كما كان يقبل منه لو لم يصدر منه إنكار المضاربة وحينئذ إما أن يطالبه المالك بالضمان ويقضى عليه به أخذا بإقراره بالتلف الموجب له بعد ثبوت خيانتته من جهة إنكاره لأصل المضاربة أو تسلم المال وإما أن يطالبه بالعين إذا أنكر التلف الذي ادعاه العامل فعليه الإثبات بالبينة وأما احتمال عدم سماعها من جهة تكذيبه لها بإقراره السابق بعدم التلف المستفاد من إنكاره لأصل المضاربة كما ربما يستشعر من كلام الماتن فضعيف جدا. (الإصفهاني).

* فللمالك أن يطالبه بنفس العين نعم إذا أقام العامل البينة على التلف طالبه المالك بدفع البدل. (الخوئي).

* يعني يقضى عليه بالضمان ولا يقبل قوله في التلف كما كان يقبل لولا إنكاره وفي قبول الغرامة منه بنفس هذه الدعوى أو مع إقامة البينة على ما ادعاه أو يحبس حتى يتبين صدقه وجوه وأقوال أقواها سماع بينته. (النائيني).

* لا إشكال في عدم سماع قوله بيمينه كسماعه قبل الإنكار لكن هل يكلف

إنكاره الأصل (١) نعم لو أجاب المالك بأني لست مشغول الذمة لك بشئ، ثم بعد الإثبات ادعى التلف قبل منه لعدم المنافاة بين الإنكار من الأول وبين دعوى التلف.

(مسألة): إذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها قدم قول مدعي الصحة.

(مسألة): إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء وأنكر الآخر قدم قول المنكر، وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لا بد له من اليمين.
(مسألة): إذا ادعى العامل الرد وأنكره المالك قدم قول المالك (٢).

على إقامة البينة على التلف وتقبل بينته ومع عدمها يتوجه الحلف على المالك أو يقضى عليه بالضمان وترد بينته على التلف من غير تفريط وتعد أو يحكم بالضمان بعد إقامة البينة على التلف وقبلها يطالب بالعين ويحبس حتى يتبين الحال وجوه. (الإمام الخميني).

(٣) لا يستفاد الإقرار من الإنكار والإقرار المستفاد من دعوى التلف لا يتم لما مر من تقديم قوله في دعواه لأنه أمين. (الفيروزآبادي).

(١) أي لا يسمع منه بيمينه كما كان يسمع منه قبل ذلك بها لأجل أمانته لأن دعواه التلف إقرار منه بكذبه في الدعوى الأولى المستلزم لخيانته وخروجه عن الأمانة فيكون عليه البينة في دعواه المخالفة للأصل. (البروجردي).

* يعني إنكار المضاربة أو التسليم إقرار بعدم التلف عنده فلا يسمع دعواه وإن كانت له بينة وحينئذ ففي تعريمه أو حبسه حتى تتبين وجهان. (الكلبيكاني).

(٢) هذا هو المشهور ولكن قبول قوله في دعوى التلف يقتضي قبوله في الرد بطريق أولى ولم يخرج عن كونه آمينا ولذا ذهب الشيخ (قدس سره) وجماعة إلى قبول قوله في الرد أيضا ولعل نظر المشهور في الفرق بين الأمرين إلى نكتة دقيقة لا مجال هنا لبيانها. (كاشف الغطاء).

(مسألة): لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه وادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة قدم قول العامل، وكذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة وادعى المالك أنه اشتراه لنفسه، لأنه أعرف بنيته، ولأنه أمين (١)، فيقبل قوله، والظاهر أن الأمر كذلك (٢)، لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربة، بأن ادعى أنه اشتراه في الذمة لنفسه، ثم أدى الثمن من مال المضاربة ولو كان عاصيا في ذلك.

(مسألة): لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة وادعى القابض أنه أعطاه قرضا يتحالفان (٣)

(١) ولأصالة عدم اشتراؤه للمضاربة ولها أثر وأما أصالة عدم اشتراؤه لنفسه لا تثبت شراءه للمضاربة وبهذا يظهر الوجه في الفرع الآتي لكن هذا الأصل لا يخلو من إشكال بل منع وأما كونه أعرف بنيته لا يوجب تقديم قوله ظاهرا مع أنه غير مطرد في جميع الدعاوى مثل أن يدعي المالك إنشاء البيع له في ظاهر اللفظ وادعى العامل إنشاءه لنفسه. (الإمام الخميني).

(٢) فيه إشكال. (الإصفهاني).

* لأن قبوله في نفي اشتراؤه للمضاربة ليس لأجل أمانته فقط حتى ترتفع بخيانته التي أقر بها بل هو موافق للأصل مضافا إلى أنه أعرف بنيته. (البروجردي).

* لا يخلو من إشكال. (الشيرازي).

* فيه إشكال لأن ظاهر فعله يكذب قوله. (الكلبيگاني).

* بشرط عدم ظهور حال يقتضي كون شرائه بعنوان المضاربة ولو في ذمته لا لنفسه فإنه حينئذ يقدم الظهور على دعواه لنفسه. (آقا ضياء).

(٣) بل يقدم قول مدعي القرض في الحكم بملكية تمام الربح له ليده على ما احتمال ملكيته له. (آقا ضياء).

* وفيه وجه آخر أن القول قول المالك لأن القابض مقر بعدم الأجرة لعمله وأنه

فإن حلفا أو نكلا للقابض أكثر الأمرين (١) من أجره

عمل لنفسه والمالك مقر بثبوت حصة من الربح للقابض فينحصر النزاع في غير تلك الحصة والعامل يدعيه بالإقراض المخالف للأصل فيحلف المالك على نفيه فيحكم له به وأما دعوى المالك للقراض فغير ملزمة لا يتوجه بها حلف على منكرها. (البروجردى).

* يحتمل التحالف بملاحظة محط الدعوى وتقديم قول المالك بملاحظة مرجعها والأقرب الأول. (الإمام الخميني).

* بل يحلف المالك على نفي القرض ويقدم قوله وأما ادعاؤه القراض بإقرار على العامل بمقدار حصته من الربح ولا يستحلف المنكر لنفي ما أقر المقر له مع أن كون مقدار الحصة للعامل مقطوع فلا أثر لعدم المضاربة فتجري أصالة عدم الإقراض بلا معارض بل مع التحالف أو النكول أيضا لا نزاع في مقدار الحصة لتوافقهما عليه والزائد للمالك بعد عدم ثبوت القرض بقاعدة تبعية المنافع للمال. (الكلبيكاني).

* الأقوى رجوع هذا النزاع إلى باب المدعي والمنكر دون التداعي لكن على تفصيل بين صور المسألة في ذلك إذ لو كانت أجره عمل العامل محيطه بتمام الربح فمقتضى التسالم على احترام عمله وكونه هو القدر المشترك بين ما يقر به المالك ويدعيه العامل هو استحقاقه لتمام الربح وكون المالك مدعيا للسقوط بالحصة فيقدم قول العامل بيمينه في ذلك ولو كانت الأجره دون الحصة أو بمقدارها كان العامل مدعيا فيما يدعيه من استحقاق الزائد عليها فيقدم قول المالك بيمينه في ذلك ولو كانت الأجره أزيد من الحصة ودون تمام الربح يقدم قول العامل بيمينه فيما يقابل الأجره وقول المالك بيمينه في الزائد عليها. (النائيني). (١) على فرض تسليم ذلك لا يستحق القابض بإقراره أجره أصلا كما أنه يجب على المالك دس مقدار حصة العامل من الربح في ماله لعدم اعترافه بأزيد من ذلك بعد اقتضاء التحالف انفساخ العقدين المحتملين ظاهرا. (آقا ضياء).

المثل (١) والحصة من الربح إلا إذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح. (مسألة): إذا حصل تلف أو خسران فادعى المالك أنه أقرضه وادعى العامل أنه ضاربه قدم قول المالك (٢) مع اليمين.

* لا وجه لأجرة المثل بعد اتفاقهما على عدم استحقاقها ومرجع الاختلاف في الزائد من حصته فمع التحالف يحتمل الإقراع ويحتمل التقسيم بينهما والأقرب الأول. (الإمام الخميني).

* بل له الحصة من الربح ويقسم الزائد بينهما. (الشيرازي).

* لا وجه للزائد على الحصة في الفرض وأما الحصة فله بإقرار المالك. (الكلبيگاني).

(١) لا وجه لاعتبار أجرة المثل بعد اتفاقهما على عدم استحقاقه لها وإنما يكون اختلافهما في الربح حيث إن القابض يدعي استحقاق تمامه والمالك يدعي استحقاقه حصة منه كنصفه مثلا فيكون استحقاقه للنصف مما اتفقا عليه والزائد مورد التداعي فتقسم بعد التحالف أو النكول بينهما. (الإصفهاني).

* لا موقع لملاحظتها بعد اتفاق المالك والعامل على عدم استحقاقها كما أنه

لا موقع للتحالف بعد عدم إلزام عقد المضاربة العامل بشيء وعليه فالعامل يدعي ملكية العين وتمام الربح والمالك يعترف له بمقدار من الربح فيكون العامل مدعيا والمالك منكرا فيقدم قول المالك. (الخوئي).

(٢) تقديم قول المالك لعله لقاعدة اليد وهو مشكل إذ هو من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. (كاشف الغطاء).

* في هذا المقام أيضا يحتمل التحالف بلحاظ المحط وتقديم قول العامل بلحاظ المرجع ومحط الدعوى أولى باللحاظ. (الإمام الخميني).

* فيه تأمل. (الإصفهاني، الخوانساري).

* بعد الجزم التفصيلي بعدم وجود يد مضمنة في العين مرجع النزاع المزبور إلى

(مسألة): لو ادعى المالك الإبضاع والعامل المضاربة يتحالفان (١)

التضمين بالعقد والأصل حينئذ مع مدعي المضاربة. (آقا ضياء).
* لأصالة الضمان في الأموال التالفة عند غير مالكيها الثابتة بالنص والفتوى
ولولاها لكان القول قول العامل لأصالة عدم الإقراض وكون دعوى القراض
غير ملزمة. (البروجردى).

* لا يبعد تقديم قول العامل. (الشيرازي).

* لا يبعد تقدم قول العامل مع حلفه على نفي القرض لعدم الأثر في نفي
القراض بخلاف القرض. (الكلبيكاني).

(١) يمكن أن يقال بتقديم قول المالك بيمينه فيستحق تمام الربح من دون أن
يستحق العامل الأجرة حيث إنه معترف بعدم استحقاقه لها وكذلك في الفرض
الآتي. (الإصفهاني).

* والأقوى تقديم قول المضارب في الحكم بملكية سهمه من الربح ليده على
المال المحتمل. (آقا ضياء).

* إن ادعى المالك الإبضاع بلا أجرة أو بأجرة المثل وهي أقل من الحصة
المدعاة من الربح الحاصل أو مباينة لها وأما مع تساويهما أو كون الأجرة أكثر
فالظاهر عدم توجه الحلف إليهما بل يحكم له بالحصة أخذا بإقرارهما.
(البروجردى).

* احتمال التحالف ها هنا ضعيف لعدم جريان أصالة عدم البضاعة والظاهر
تقديم قول المالك بيمينه ولكن الظاهر استحقاق مقدار أقل الأمرين من
الأجرة والحصة لكون هذا المقدار مورد توافقهما إلا أن يدعي المالك مع ذلك
تبرعية العمل فهي دعوى أخرى تنفصل على الموازين بل الظاهر عدم التحالف
في الفرع الآتي أيضا بل يحلف العامل على نفي المضاربة فيحكم له بأجرة المثل. (الإمام
الخميني).

* لاتفاقهما على استحقاق العامل بعمله شيئا لكن المالك يلزمه بقبول أجرة

ومع الحلف أو النكول منهما يستحق العامل أقل الأمرين (١) من الأجرة والحصة من الربح، ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الأجرة، وادعى العامل الإبضاع (٢) استحق العامل بعد التحالف (٣) أجرة المثل لعمله (٤).

المثل كما أنه يلزم المالك بإعطاء ما يدعيه من الحصة من الربح نعم إذا قلنا بعدم ضمان المالك في فرض الإبضاع قدم قول المالك لأنه منكر للمضاربة. (الخوئي).

* الظاهر تقديم قول المالك مع يمينه. (الشيرازي).

* لا يبعد تقديم قول المالك مع يمينه على نفي القراض وأما الإبضاع فلا أثر لنفيه إن كان بلا أجرة وإن كان مع الأجرة فإقرار للعامل بمقدارها وقد مر أنه لا يستحلف المنكر لنفي ما أقر له. (الكلبيكاني).

(١) لو كانت الأجرة دون الحصة فاستحقاق العامل لمقدار الأجرة هو الذي يقتضيه تسالمهما على احترام عمله كما تقدم في الحاشية السابقة ويكون مدعياً بالنسبة إلى القدر الزائد عليها فيقدم قول المالك بيمينه في ذلك ولو انعكس الأمر فاستحقاقه لمقدار الحصة هو المتفق عليه بينهما وبالنسبة إلى الزائد عليها يقر المالك للعامل بما ينفي استحقاقه له ويندرج المقام فيما لو تعارض إقرار المقر وإنكار المقر له والمسألة مشكلة جداً وذات وجوه بل أقوال. (النائيني).

(٢) أي على وجه يستحق معه أجرة المثل والأقوى فيه عدم الحاجة إلى التحالف بل يحلف العامل على نفي القراض ويحكم له بأجرة المثل. (البروجردي).

(٣) هذا لو كان المدعي الإبضاع بأجرة معينة أو أزيد من أجرة المثل وإلا فالظاهر تقديم قول العامل مع حلفه ولا أثر لنفي الإبضاع حتى يستحلف المالك. (الكلبيكاني).

(٤) بل يقدم قول العامل مع يمينه. (الشيرازي).

(مسألة): إذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصة العامل واختلفا في مقدار الربح الحاصل فالقول قول العامل (١)، كما أنهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله، ولو علم مقدار المال الموجود فعلا بيد العامل واختلفا في مقدار نصيب العامل منه فإن كان من جهة الاختلاف في الحصة أنها نصف أو ثلث، فالقول قول المالك قطعا (٢)، وإن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله (٣) أيضا، لأن المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلا وربحا، ومقتضى الأصل (٤) كونه بتمامه للمالك إلا ما علم جعله للعامل، وأصالة

* الظاهر أنه لا مجال للتحالف في الفرض لأن العامل يدعي أجره المثل على المالك بناء على ثبوتها في الإبضاع والمالك ينكرها فإذا حلف لم يستحق العامل عليه شيئا. (الخوئي).

(١) بل قول المالك فيه وفيما بعده. (الإصفهاني).

* هذا مبني على ما سلكه (قدس سره) في الباب من انتقال العوض إلى المالك والعامل في المرتبة الواحدة وأما على ما هو المشهور من انتقاله ابتداء إلى المالك ومنه ثانيا إلى العامل فالقول قول المالك. (الخوانساري).

(٢) لولا أمارية اليد على العين المحتمل كونها بمقدار منها لذي اليد وإلا فهو حاكم على أصالة عدم الجعل في المقدار المشكوك. (آقا ضياء).

(٣) قد مر الإشكال والتأمل فيه وإن تقدم قول العامل في مثله لا يخلو عن قوة. (الكلبيكاني).

* قد مر التأمل فيه. (البروجردى).

(٤) مر الكلام في هذا الفرض وفي مقتضى الأصل. (الإمام الخميني).

* قد مر الإشكال فيه. (الفيروزآبادي).

عدم دفع أزيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً، مع أنها معارضة (١) بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا، فيبقى كون الربح تابعا للأصل إلا ما خرج.
مسائل:

الأولى: إذا كان عنده مال المضاربة فمات فإن علم بعينه فلا إشكال، وإلا فإن علم بوجوده في الشركة الموجودة من غير تعيين فكذلك ويكون المالك شريكا مع الورثة بالنسبة (٢)، ويقدم على الغرماء إن كان الميت مديونا لوجود عين ماله في الشركة، وإن علم بعدم وجوده في شركته ولا في يده ولم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أو رده على المالك

(١) عرفت أن أصالة عدم زيادة رأس المال حاکمة على أصالة عدم زيادة الربح لكون الشك في الثاني مسبب عن الشك في الأول أما إنه لا يثبت أن البقية ربح ففيه أنه لا حاجة إلى إثبات أنه ربح للبقية وإنما أثره عدم وجوب دفع العامل أكثر مما اعترف به من الأصل والربح. (كاشف الغطاء).

(٢) الحكم بالشركة إنما هو فيما إذا علم امتزاج مال المضاربة مع ماله امتزاجا يوجب الشركة على نحو ما يأتي في كتاب الشركة وأما إذا اشتبه المالان فلا يحكم بالشركة بل يعالج بما في نظائر المقام من اشتباه أموال الملاك وهل هو بإيقاع الصلح بينهما أو التقسيم بحسب نسبة المالين أو أعمال القرعة وجوه أقواها الأخير. (الإمام الخميني).

* في المخلوط بلا تميز وأما مع التميز في الواقع والاشتباه بحسب الظاهر فسيأتي منه (قدس سره) في الشركة إن حكمه هو الصلح القهري أو القرعة. (الكلبياني).
* في ثبوت الشركة بعدم تميز المال ولا سيما مع اختلاف الأجناس إشكال بل منع. (الخوئي).

فالظاهر عدم ضمانه، وكون جميع تركته للورثة، وإن كان لا يخلو عن إشكال (١) بمقتضى بعض الوجوه الآتية (٢)، وأما إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت ولم يعلم (٣) أنه موجود في تركته الموجودة أو لا بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك، أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده بحيث لو كان حياً أمكنه الإيصال إلى المالك، أو شك في بقاءه في يده وعدمه أيضاً ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف مراتبه، وكلمات العلماء في المقام وأمثاله كالرهن والوديعة ونحوهما مختلفة، والأقوى الضمان (٤) في صورتين الأوليين لعموم

(١) لكنه غير وجيه. (الإمام الخميني).

(٢) وسيتضح ضعفه بالمراجعة إلى الحاشية الآتية. (آقا ضياء).

(٣) بعدما كانت يده الأخرى مما يحتمل خروجه عن مورد ابتلاء الوارث أو علم بخروجه عنه كما في الفرض الثاني كانت يده الأخرى بالنسبة إلى المال المحتمل كونه له بلا معارض فيحكم بكونه للورثة نعم للمالك بدل الحيلولة من ماله الموجود فيكون أسوة الغرماء في أخذ بدل ماله من الموجود ومن هنا ظهر حال صورة الشك في بقاءه في يده مع الجزم بعدم كونه في الموجود أو الشك فيه من الأول وأما لو علم سابقاً كونه في الموجود وشك في بقاءه فيه فاستصحاب بقاء يده السابقة على مال الغير في الأعيان الموجودة يوجب سقوط يده على تمام الموجود عن الحجية بل يقتضي أحقية مالك العين بأخذ ماله الموجود في البين بنحو الإجمال ولا يكون حينئذ أسوة للغرماء كما لا يخفى. (آقا ضياء).

(٤) فيه إشكال. (الفيروزآبادي).

* بل الأقوى عدم الضمان فيهما. (الإصفهاني).

قوله (عليه السلام) (١): " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " حيث إن الأظهر شموله للأمانات (٢) أيضا، ودعوى خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة، بأن غاية ما يكون خروج بعض الصور (٣) منها، كما إذا تلفت بلا تفريط أو ادعى تلفها (٤) كذلك إذا حلف، وأما صورة التفريط والإتلاف (٥)

(١) ليست المسألة مبنية على شمول العام لأيادي الأمانة كيف ويد الميت باقية على الأمانة الخارجة عن العموم إلى حين الموت وإنما الضمان من جهة اعتبار العرف بقاء حكم يده بعد موته وانقلابه من جهة مطالبة المالك باليد المضمنة الموجبة لرجوع المالك إلى بدل الحيلولة ولولا هذا الاعتبار لما كان له وجه لعدم اقتضاء يده حال حياته ضمانا في الموجود ولا بد للوارث على ماله أيضا لأن المفروض أن الموجود بمقتضى يد الميت محكوم بالملكية بعد فرض خروج المحتمل الآخر عن محل ابتلائه كما أشرنا إليه في الحاشية السابقة فراجع. (آقا ضياء).

(٢) الظاهر خروج الأمانات تخصيصا أو تخصصا عن عمومه. (النائني).
(٣) بعد خروج بعض الصور منها وبقاء بعض الصور فيها مع الجهل بأن المورد من الباقية أو الخارجة لا يجوز التمسك بها لكون الشبهة مصداقية. (الإصفهاني).

(٤) في جعل صورة ادعاء التلف قبيل التلف بلا تفريط ما لا يخفى لأن الخارجة عن العموم هي يد الأمين الواقعي ودعوى المؤتمن مقبولة في الظاهر مع اليمين ولذا يحكم بضمانه مع العلم بخيانتة. (الكلبيگاني).
(٥) الظاهر أن الضمان في الإتلاف إجماعي كما يستفاد من بعض حتى فيما لا يكون في يد المتلف. (الكلبيگاني).

ودعوى الرد (١) في غير الوديعة ودعوى التلف (٢) والنكول عن الحلف فهي باقية تحت العموم، ودعوى أن الضمان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة أو من جهة الدليل الخارجي كما ترى لا داعي إليها، ويمكن أن يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الأمانة، بدعوى أن الرد أعم (٣) من رد العين ورد البدل، واختصاصه بالأول ممنوع، ألا ترى أنه يفهم من قوله (عليه السلام): "المغصوب مردود" وجوب عوضه (٤) عند تلفه، هذا مضافا إلى خبر السكوني (٥) عن علي (عليه السلام):

-
- (١) بل لا تسمع دعوى الرد في الوديعة أيضا. (الخوئي).
- * وفيه إشكال نظير ما مر لأن الباقية تحت العام هي يد الخائن الواقعي (٣) هذه الدعوى في الأمانة التالفة بلا تقصير مقطوعة الخلاف فهي أيضا تمسك بالعام في الشبهة المصدقية. (الكلبايگاني).
- * لو ثبت الضمان كما في اليد العادية كان الرد مثلا أو الأداء شاملا لرد البدل أيضا وأما مع عدم ثبوته كما هو مفروض المقام فلا مجال لهذه الدعوى وإثبات الضمان بها ويكون بالتمسك بالعموم عند الشك في مصداق العام أشبه. (النائيني).
- * هذه الدعوى فاسدة فإن وجوب الرد تكليفي ومتعلقه نفس الأمانة مضافا إلى أنه قد ثبت عدم الضمان مع عدم التفريط فلا مجال للتمسك بالعموم والشبهة مصدقية. (الخوئي).
- (٤) وجوب العوض من باب قاعدة اليد. (الفيروزآبادي).
- (٥) لم يتضح لي دلالة الخبر على مدعاه ولعله على خلافه أدل. (الإصفهاني).

" إنه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة قال: إن سماه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء " (١).
وأما الصورة الثالثة فالضمان فيها أيضا لا يخلو عن قوة (٢) لأن الأصل

* الخبر غير موثق مضافا إلى أنه لا دلالة له فإن مورده العلم بوجود مال المضاربة في التركة فلا يشمل مورد الكلام. (الخوئي). وفي حاشية أخرى منه: الخبر لا دلالة له فإن مورده العلم بوجود مال المضاربة في التركة فلا يشمل مورد الكلام.

* لا مناص إلا لحمله على صورة التعدي ولو بترك التسمية مع عدم العلم بكون المال في التركة للعلم بعدم الضمان بلا تعدد العلم بتقدم المالك على الغرماء مع بقاء عينه في التركة والالتزام بالتخصيص فيما ذكر مما لا داعي له. (الكلبيكاني).

(١) لا يخفى أن عموم قوله (عليه السلام) فهو أسوة الغرماء وإن كان يعم المقام ونحوه لكن

بعد أن لا مناص عن تخصيصه بما يدل على إناطة ضمان العامل بصورة التفريط والتعدي فمع الشك في التفريط لا مجال للتشبث به. (النائيني).
(٢) فالحكم به فيها مشكل. (الفيروزآبادي).

* الأقوى عدم الضمان وأصالة بقاء يده عليه إلى آخر آيات حياته لا يجري مع الشك في التفريط المتوقع عليه ضمانه وعدم كون الأصل المذكور مثبتا له. (النائيني).

* بل وجوب التخلص لا يخلو من قوة. (الشيرازي).

* الأقوى فيها أيضا عدم الضمان. (الإصفهاني).

* لا قوة في الضمان نعم لا يبعد وجوب التخلص مع احتمال كونه في التركة الموجودة ولكنه لا يخلو من إشكال. (البروجردي).

* بل الأقوى فيها أيضا عدم الضمان وأما التمسك باستصحاب بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت فيرده أن الضمان غير مترتب عليه ما لم يثبت التفريط وأما

بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت، واشتغال ذمته بالرد عند المطالبة (١)، وإذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته، ودعوى أن الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمته من العوض والمرجع بعد التعارض اليد المقتضية لملكيته، مدفوعة بأن الأصل الأول حاكم على الثاني (٢)، هذا مع أنه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بأنها مقتضية للملكية إذا كانت

التمسك باستصحاب اشتغال ذمته بالرد عند المطالبة فيرده أنه من الاستصحاب التعليقي ولا نقول به مضافا إلى أن المتيقن لا يحتمل بقاءه بعد الموت لأنه تكليفي محض وعلى تقدير التسليم لا يترتب عليه وجوب أداء البدل وعليه فأصالة البراءة من الضمان بلا معارض. (الخوئي).

* الأقوى فيها أيضا عدم الضمان فإن العلم ببقائه في يده بالنحو المتقدم لم يكن مؤثرا فكيف بالشك وأصالة بقاء يده عليه لا تثبت الضمان ولا كون المال في التركة. (الإمام الخميني).

* الأقوى فيها أيضا عدم الضمان. (الخوانساري).

* بل الأقوى فيها أيضا عدم الضمان واليد المستصحة ليست بأولى من المتيقنة التي مر عدم الضمان فيها هذا مع العلم ببقاء العين وأما مع الشك فاستصحاب بقاء اليد لا موضوع له كما لا يخفى. (الكلبایگانی).

(١) الأولى المصير إلى ما ذكر من الوجه وإلا فاشتغال ذمته بالرد عند المطالبة تكليف قائم به حال حياته غير مرتبط بالوارث بعد فرض كون اليد القائمة على المال الموجود حاكية عن الملكية بلا معارض نعم لو كان ما هو مشكوك في الموجود يقينا يستصحب عنوان يده على مال الغير في الموجود فيكون المالك أحق به من الغرماء والله العالم. (آقا ضياء).

(٢) لو كان مقتضاه الضمان وهو ممنوع. (الإصفهاني).

مختصة (١)، وفي المقام كانت مشتركة (٢) والأصل بقاؤها على الاشتراك، بل في بعض الصور يمكن أن يقال: إن يده يد المالك (٣) من حيث كونه عاملاً له، كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فأخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك، وإن احتمل (٤) أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال وإنه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده، وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك، كما إذا سافر وعنده من مال المضاربة مقدار، ومن ماله أيضاً مقدار (٥) نعم في بعض الصور لا يعد يده مشتركة

-
- (١) هذا القيد محل منع بشهادة أمارية يد الاثنين على الإشاعة بينهما. (آقا ضياء).
- (٢) الظاهر عدم كون المقام من موارد الاشتراك في اليد. (الخوئي).
- * لا يخفى ما في هذه البيانات من الاختلال لأن المال المعين الذي يشك في كونه صار ملكاً للغير بضمان كانت اليد عليه مختصة والاشتراك في الأموال بعنوان مفهوم كلي لا ربط له بالدليل. (الفيروزآبادي).
- * اشترك اليد بالنسبة إلى الأعيان الموجودة غير مسبوق بالعلم والعلم بأمانيتها بالنسبة إلى شيء لا يضر بكونها أمانة للملك بالنسبة إلى التركة الموجودة ما لم يعلم باشمالها على ملك الغير كما مر. (الكلبيگاني).
- (٣) هذا فيما إذا علم ببقاء مال المضاربة بعينه وإلا فقاعدة اليد محكمة. (الخوئي).
- (٤) كون يده بمنزلة يد المالك مشكل إلا إذا كانت يده على الأعيان الموجودة يد مضارب فإذا احتمل تبديلها باليد المالكية يمكن استصحاب كونها يد مضارب. (الكلبيگاني).
- (٥) مع العلم بكون بعض الأعيان الموجودة ملكاً للمشتري فعلاً أو سابقاً. (الكلبيگاني).

أيضا، فالتمسك باليد بقول مطلق مشكل (١) ثم إن جميع ما ذكر إنما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطا، وإلا فلا إشكال في ضمانه (٢).

الثانية: ذكروا (٣) من شروط المضاربة التنجيز، وأنه لو علقها على أمر متوقع بطلت، وكذا لو علقها على أمر حاصل إذا لم يعلم بحصوله، نعم لو علق التصرف على أمر صح، وإن كان متوقعا الحصول، ولا دليل لهم على ذلك (٤) إلا دعوى الإجماع على أن أثر العقد لا بد أن يكون حاصلًا من حين صدوره، وهو إن صح إنما يتم في التعليق على المتوقع، حيث إن الأثر متأخر، وأما التعليق على ما هو حاصل (٥) فلا يستلزم التأخير، بل في المتوقع أيضا إذا أخذ على نحو الكشف بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي (٦) لا يكون الأثر متأخرا، نعم لو قام

-
- (١) لا أظن إشكال أحد من الأعظم فيه. (آقا ضياء).
- * لا إشكال فيه في مثل المقام نعم في بعض الصور المفروضة يمكن القول بسقوطها. (الإمام الخميني).
- (٢) بل في عدم ضمانه فإن ظاهر حال المسلم عدم التفريط فيستكشف منه عند الشك. (الفيروزآبادي).
- (٣) ما ذكره هو الأحوط خصوصا في مثل المضاربة. (الإمام الخميني).
- (٤) لعل دليلهم هو منافاة التعليق لتحقيق المعاقدة بينهما بحسب اعتبار العقلاء. (البروجردي).
- (٥) مع العلم بذلك. (النائيني).
- (٦) هذا من فروع ما تخيله من الواجب المعلق ولا يرجع إلى محصل كما تقدم. (النائيني).

الإجماع على اعتبار العلم بتحقق الأثر حين العقد تم في صورة الجهل، لكنه غير معلوم، ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف ونفوذه من جهة الإذن، لكن يستحق حينئذ أجره المثل لعمله، إلا أن يكون الإذن مقيدا بالصحة (١) فلا يجوز التصرف أيضا. الثالثة: قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك، وأما العامل فلا يشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحق الغرماء، نعم بعد حصول الربح منع من التصرف (٢) إلا بالإذن من الغرماء (٣)، بناء على تعلق الحجر بالمال الجديد.

الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت كما مر أو الجنون أو الإغماء كما مر (٤) في سائر العقود الجائزة وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقا أو أدواريا، وكذا في الإغماء بين قصر مدته وطولها، فإن كان إجماعا وإلا فيمكن أن يقال بعدم البطلان (٥) في الأدوار، والإغماء القصير المدة فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما (٦)،

-
- (١) لا يحتاج إلى القيد المزبور بل يكفي عدم إطلاقه. (آقا ضياء).
(٢) محل تأمل نعم بعد تمام العمل لا إشكال في منعه منه على هذا المبنى. (الإمام الخميني).
* في حصته من الربح بعد تمام العمل. (الشيرازي).
(٥) الظاهر عدم الفرق بين المدة القصيرة والطويلة بحسب الدليل. (الكلبائگاني).
(٦) لم يتضح كيفية تصرف المغمى عليه وفي وكالة الجواهر إن أقصى ما يقتضيه عروضهما للوكيل عدم تصرف حالهما. (الإمام الخميني).

وأما بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجة إلى تجديد العقد سواء كانا في المالك أو العامل (١) وكذا تبطل بعروض السفه

(١) ما أفيد من اقتضاء القاعدة صحة العقد الأول بعد زوال الإغماء أو الجنون الدوري في غاية المتانة لو كان مفاد العقد السلطنة السارية في ضمن الأزمدة المتبادية مع إطلاق وجوب الوفاء بمضمونه من تلك الجهة بناء على شموله للعقود الجائزة بنحو من التقريب ولو بنحو شموله للعقود الخيارية قبل فسخها غاية الأمر بنحو الاشتراط ببقاء المعاملة وعدم حلها ولا الرجوع عن مضمونها وأما لو قلنا إن مفاد العقد مجرد حدوث التسلط الشخصي الباقي باستعداد ذاته ما لم يمنع عنه مانع وكان مفاد دليل إمضائه إمضاء هذه السلطنة الشخصية الباقية لولا المانع فلا شبهة حينئذ أن بمجرد حدوث أحد الأحداث المزبورة يرتفع مضمون العقد مع دليل نفوذه فلا يبقى بعد دليل آخر على نفوذه بل ولا يبقى محل لمضمون العقد كي ينفذ بل لازم بطلان التعليق في العقود - بمعنى عدم اتصال أثر العقد به - بطلان العقد بحدوث المحدثات (المحذورات خ ل) في الزمان الأول فلا يبقى حينئذ مجال فرق بين منقطع الأول والوسط في المقام وإن قلنا بإمكان التفكيك بينهما في لزوم العقود إذ هي جهة زائدة عن مضمون العقد فلا بأس بتقييد مضمون دليله على وجه يشمل المنقطع الأول لعدم منافاته لشخصيته بخلاف الوسط لمنافاته له ولكن ذلك أيضا بناء على منافاة نفس وبالجملة نقول: إنه على المشرب الأول لا محيص من عدم صحة العقد بعد طرو أحد الحوادث المزبورة ومقتضاه حينئذ جريان الإشكال في صورة الحجر للسفه أو الفس في الأثناء أيضا لو حدة مناط الشبهة ثم لئن شككنا في كيفية

لأحدهما (١) أو الحجر للفلس في المالك أو العامل (٢) أيضا إذا كان بعد حصول الربح (٣) إلا مع إجازة الغرماء.

الخامسة: إذا ضارب المالك في مرض الموت صح، وملك العامل الحصة وإن كانت أزيد من أجرة المثل على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل، بل وكذلك على القول (٤) بأنها من الثلث، لأنه ليس مفوتا لشيء على الوارث (٥)، إذ الربح أمر معدوم وليس مالا موجودا

مضمون العقد التابع له دليل إمضائه أمكن المصير إلى استصحاب الحكم الثابت على عنوان الكامل المختار المقتضي لثبوته مهما ارتفع المحذور وذلك حاكم على استصحاب حكم المخصص كما هو ظاهر نعم في المنقطع الأول لا مجرى لهذا الأصل فيرجع إلى استصحاب فساد العقد فتدبر فإنه دقيق. (آقا ضياء).

(١) مر أنه لا يعتبر في صحتها عدم السفه من العامل. (الخوئي).

(٢) عروض الحجر على العامل لا يوجب بطلان المضاربة وقد مر بعض الكلام فيه. (الإمام الخميني).

* الظاهر عدم بطلان المضاربة في صورة حجر العامل بالفلس. (الشيرازي).

(٣) تفليس العامل بعد ظهور الربح لا يبطل المضاربة بل في منعه من التصرف أيضا إشكال كما مر. (البروجردي).

* عروض الحجر بالفلس في العامل بعد ظهور الربح مانع عن تصرفه في حصته وهو غير مستلزم لبطلان المضاربة. (الإصفهاني).

* عروض الحجر بعد حصول الربح لا يمنع عن بقاء المضاربة بل يمنع من نفوذ التصرف في حصته من الربح من دون إجازة الغرماء. (الكلبيكاني).

(٤) محل تأمل على هذا القول. (الإمام الخميني).

(٥) فيه نظر واضح والذي يسهل الخطب أن منجزات المريض تكون من الأصل. (الخوئي).

* ولكن بعض العمومات شاملة للمقام أيضا فبناء على هذا القول يشكل أمره.

للمالك، وإنما حصل بسعي العامل (١).
السادسة: إذا تبين (٢) كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصبا
أو جاهلا بكونه ليس له، فإن تلف في يد العامل أو حصل خسران (٣)
فلمالكة الرجوع (٤) على كل منهما، فإن رجع على المضارب لم يرجع

(آقا ضياء).

(١) الظاهر عدم تأثير ذلك في نفوذ المعاملة في الزائد على الثلث على هذا القول
والأقوى كون المنجزات من الأصل كما في المتن. (الكلبيايگاني).
(٢) ليس للتبين دخالة في الأحكام المذكورة بل إذا كان رأس المال للغير
يترتب عليه الضمان وجواز الرجوع. (الإمام الخميني).
(٣) ليس الخسران كالتلف فإنه إن أجاز المعاملات التي حصل بها الخسران لم
يرجع على أحد بشئ وإن ردها رجع بأصل ماله لا بالخسران فقط.
(البروجردي).

* في صورة الخسران له الإجازة للمعاملة الخاسرة وله الرجوع بماله. (الإمام
الخميني).

* ليس الخسران كالتلف لأنه إن لم يجز المعاملة يرجع بأصل ماله لا
بالخسران فقط. (الخوانساري).

(٤) ليس للمالك الرجوع في الخسارة وحدها فإنه إن أجاز المعاملة صحت
وليس له الرجوع حينئذ على أحد وإلا رجع بتمام ماله. (الخوئي).
* إذا لم يجز المعاملات. (الشيرازي).

* رجوع المالك إليهما في الخسران لا وجه له فيرد العين مع بقائها والمثل أو
القيمة عند التلف إن رد المعاملة وإن أمضاها فهو راض بالخسران.
(الكلبيايگاني).

على العامل (١)، وإن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلا على المضارب
وإن كان جاهلا أيضا، لأنه مغرور من قبله (٢)، وإن حصل ربح كان للمالك
إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله وللعامل أجرة المثل على المضارب
مع جهله (٣)، والظاهر عدم استحقاقه الأجرة عليه (٤) مع عدم حصول الربح،

وعلم العامل والغرور في علم المضارب فقط وأما صورة جهلهما فكونهما من
مصاديق الغرور محل إشكال. (الخوانساري).

* بل يرجع عليه مع علمه. (البروجردى).

* فيما كان العامل مغرورا من قبله. (الكلبيكاني).

(٢) مجرد جهل العامل لا يستلزم غروره من قبل المالك كما يتراءى من العبارة
والميزان صدق الغرور عرفا. (الكلبيكاني).

* لا يصدق الغرور مع جهل المضارب إلا أنه مع ذلك يرجع العامل عليه لأنه
بأدائه يملك المال الثابت في ذمة المضارب على ما شيدنا أركانه في محله.

(الخوئي).

(٣) يشكل استحقاقه أجرة المثل مع عدم كونه مأمورا بذلك من قبله بل أقدم
عليه من جهة اعتقاده صحة المضاربة. (الخوانساري).

(٤) مر الكلام فيه وفي الفرع التالي. (الإمام الخميني).

* بل الظاهر استحقاقه كما مر منه (قدس سره) في مسألة ٤٨. (الكلبيكاني).

* فيه إشكال وقد تقدم منه خلاف ذلك في المضاربة الفاسدة. (الإصفهاني).

* بل الظاهر استحقاقه وقد مر منه تقويته. (البروجردى).

* بل الظاهر استحقاقه. (الشيرازي).

* هذا هو الصحيح إلا أنه تقدم منه (قدس سره) في المسألة الثامنة والأربعين خلافه.

لأنه أقدم على عدم شيء له (١) مع عدم حصوله، كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالما (٢) بأنه ليس له، لكونه متبرعا بعمله (٣) حينئذ. السابعة: يجوز اشتراط المضاربة (٤) في ضمن عقد لازم (٥) فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها مع الشارط، ولكن لكل منهما فسخه بعده (٦)، والظاهر أنه يجوز اشتراط عمل المضاربة (٧) على العامل، بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون

(الخوئي).

- (١) فيه أيضا إشكال قد مر منا نظيره مرارا وهكذا في صورة علمه مع كون عمله بداعي الوفاء بعقده مع غيره فإنه بحكم أمر الغير إجماعا. (آقا ضياء).
- (٢) تقدم أنه لا فرق بين صورتَي العلم والجهل. (الخوئي).
- (٣) بل متهتكا لعمله وإن لم يقصد التبرع. (الكلبيكاني).
- (٤) أي اشتراط إيقاعها. (الإمام الخميني).
- * يعني إيقاع عقدها. (الكلبيكاني).
- (٥) حقيقة المضاربة غير قابلة للاشتراط كذلك وإيقاع عقدها غير مقصود للعقلاء والعمل بالمال مدة معينة على نحو عمل المضاربة يصح اشتراطه ولكن استحقاق المالك له يخرج عن كونه عملا منه يبذله في التجارة حتى يستحق به شيئا من الربح كما في المضاربة نعم يمكن أن يستحق هو أيضا بالشرط في عقد يصح فيه شرط المجهول. (البروجردي).
- (٦) الظاهر أن متعلق الاشتراط عرفا ليس مجرد إجراء العقد وعليه فلا يجوز للمشروط عليه الفسخ قبل الجري على العقد خارجا. (الخوئي).
- (٧) لا بأس بهذا الشرط ويجب العمل على طبقه لكن صيرورة ذلك مضاربة يترتب عليه أحكامها محل إشكال بل منع ولا يعتبر فيه ما يعتبر فيها. (الإمام الخميني).

الربح بينهما (١)، نظير شرط كونه وكيلا في كذا في عقد لازم، وحينئذ لا يجوز للمشروط عليه (٢) فسخها كما في الوكالة.
الثامنة: يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة (٣)، كأن يقول إذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه، فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة (٤)، ولا يلزم أن يكون جامعا لشروط المضاربة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين (٥)، أو ديناً، أو مجهولاً جهالة لا توجب الغرر، وكذا في المضاربة المشروطة (٦) في ضمن عقد بنحو شرط

(١) فيجب على العامل ويملك الحصة بشرط النتيجة لا بعنوان المضاربة ولذا لا يجوز فسخه ولو كانت مضاربة لجاز فسخها وليست كالوكالة المشترطة في ضمن عقد لازم مع عدم لزومها أيضا على الأقوى. (الكلبياني).

(٢) محل إشكال. (الخوانساري).

(٣) فيه إشكال بل منع فإن الذي يملكه العامل في المضاربة غير مملوك للمضارب فعلا وإنما التزمنا بصحته لقيام الدليل على ذلك ولم يقد دليل على ذلك في الجعالة إذا كانت فاقدة لشروط المضاربة إذن فمقتضى القاعدة البطلان. (الخوئي).

(٤) محل إشكال. (الخوانساري).

* إن قلنا بصحة الجعالة مع عدم معلومية الجعل بحسب الكمية وعدم وجوده حال عقدها وهو محتاج إلى التأمل. (البروجردى).

(٥) فيه إشكال بناء على اشتراط المضاربة بكون رأس المال من النقدين. (الخوئي).

(٦) مر الكلام فيه آنفا. (الإمام الخميني).

* مع كون المشروط ما يساوق مضمونها وإلا فبنفسها يشكل حصولها بغير إنشاء سببها المخصوص كما لا يخفى. (آقا ضياء).

* يجوز في الأول ولا يجوز في الثاني ووجهه واضح فتدبر. (كاشف الغطاء).

* يعني عمل المضاربة المشروط في ضمن عقد لازم. (الكلبياني).

النتيجة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين.
التاسعة: يجوز (١) للأب والجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها بل مع عدمه أيضا بأن يكون بمجرد الإذن منهما (٢)، وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على أن يكون الربح مشتركا بينه وبين العامل، وكذا يجوز ذلك للوصي في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال.
العاشر: يجوز للأب والجد (٣) الإيضاء بالمضاربة بمال المولى عليه بإيقاع الوصي عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصة من الربح أو إيكاله إليه، وكذا يجوز لهما الإيضاء (٤) بالمضاربة في حصة القصير من تركتهما

-
- (١) مع عدم المفسدة بل لا ينبغي لهما ترك الاحتياط بمراعاة المصلحة وكأن عبارة المسألة في المتن لا تخلو عن تشويش والظاهر أن المقصود أنه يجوز لهما إيقاع عقد المضاربة لنفسهما كما يجوز إيقاعه بمالهما مع الغير كما يجوز الإذن في الاتجار بماله. (الإمام الخميني).
(٢) لعله (قدس سره) أراد به القصد والنية وإلا فهو من سهو القلم. (الخوئي).
* العبارة مجملة ولعل المقصود اتجارهما به بلا عقد فيكونان كالمأذون من قبلهما حيث إن مقتضى تعليل صحيح ابن مسلم صحة تجارة المأذون منهما مضاربة إلا أن يمنع إطلاقه لهذه الجهة ويحمل على الاتجار بشرائطه المتعارفة. (الكلبيكاني).
(٣) مع الشرط السابق ومع الإيكال إلى الوصي يجب عليه مراعاة الغبطة والمصلحة وكذا الحال في الإيضاء بالمضاربة بحصة القصير. (الإمام الخميني).
* محل إشكال. (الخوانساري).
(٤) لا يخلو نفوذ هذه الوصية عن الإشكال. (النائيني).

بأحد الوجهين، كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه بأن يتجر الوصي به أو يدفعه إلى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت في المصارف المعينة للثلث، بل وكذا يجوز الإيصال لهما بالنسبة إلى حصة الكبار أيضا (١) ولا يضر كونه ضررا عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى مدة، لأنه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة وإجازتها كما أن الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصير، فإن له أن يفسخ أو يجيز وكذا يجوز لهما الإيصال بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة بأن يكون هو الموصى به لا إيقاع عقد المضاربة لكن إلى زمان البلوغ أو أقل. وأما إذا جعل المدة أزيد فيحتاج إلى الإجازة بالنسبة (٢) إلى الزائد. ودعوى عدم صحة هذا النحو من

(١) الظاهر عدم نفوذ هذه الوصية. (النائيني).

* محل إشكال أيضا. (الخوانساري).

* فيه إشكال. (الإصفهاني، البروجردي).

* لم يتضح المراد منه فإن الظاهر بملاحظة عطفه على السابق أنه يجوز الإيصال بالمضاربة بمالهم بإيقاع الوصي عقد المضاربة في مالهم وهذا لا وجه له نعم إيقاع العقد الفضولي لا بأس به لكنه غير مراد وإن كان المراد إيقاع المضاربة بالإيصال في مالهم فهو أشكل. (الإمام الخميني).

* نفوذ الوصية بالنسبة إلى حصتهم يتوقف على إجازتهم وكذا بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في الصغار. (الشيرازي).

* فيه إشكال وكذا في الوصية إلى ما بعد البلوغ في الصغير. (الكلبيكاني).

* فيه إشكال بل منع. (الخوئي).

(٢) الظاهر عدم كفاية الإجازة في المقام بل لا بد من وقوع عقد المضاربة منه بعد البلوغ. (الكلبيكاني).

الإيضاء (١) - لأن الصغير لا مال له حينه وإنما ينتقل إليه بعد الموت ولا دليل على صحة الوصية العقدية في غير التملك فلا يصح أن يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التملك بعد الموت - مدفوعة بالمنع، مع أنه الظاهر (٢) من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية ابن أبي ليلى وموثق محمد بن مسلم المذكورين في باب الوصية. وأما بالنسبة إلى الكبار (٣) من الورثة فلا يجوز بهذا النحو، لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضررا عليهم من حيث تعطيل حقهم من الإرث (٤) وإن كان لهم حصتهم من الربح خصوصا إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف. الحادية عشر: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير (٥) فالظاهر عدم ضمانه، وكذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر (٦).

-
- (١) بعد تصريحه في كلامه بنفي الوصية بعقد المضاربة بأن يكون من باب الوصية بالنتيجة لا يبقى مجال لهذه الدعوى كما لا يخفى على من لاحظ صدر الكلام وذيله. (آقا ضياء).
- (٢) وهذا هو العمدة. (الإمام الخميني).
- (٣) عدم الجواز في مالهم لعدم نفوذ وصيته في مالهم وعدم دليل على النفوذ فيه لاختصاص الروايتين بمال الصغير. (الإمام الخميني).
- * الظاهر عدم نفوذ هذه الوصية. (الخوانساري).
- (٤) لكنه (قدس سره) ذكر هنا قريبا أن الضرر متدارك ومنجبر بكون الاختيار لهم في الفسخ ووجوب العمل بالوصية لو سلم في غير الثلث فهو جار هنا أيضا ومطرد في المقامين فالفرق بين الصورتين لم يظهر وجهه. (كاشف الغطاء).
- (٥) ولا تسامح للرد إلى أربابه وكذا في الفرع التالي. (الإمام الخميني).
- * حتى التواني في الرد فيما يجب عليه. (الكلبایگان).

الثانية عشر: إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فصاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين هل تبقى بالنسبة إلى حصة الآخر أو تنفسخ من الأصل؟ وجهان (١)، أقربهما الانفساخ (٢). نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر.

الثالثة عشر: إذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به إلى سنة مثلاً (٣) فإن تلف ضمن، ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال وإن كان آثماً في تعطيل مال الغير.

الرابعة عشر: إذا اشترط العامل (٤) على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً فكل ربح حصل يكون بينهما. وإن حصل خسران بعده

(٦) أي بغير موت المالك. (الفيروزآبادي).

(١) أقواهما الأول. (الشيرازي).

(٢) محل إشكال. (الإمام الخميني).

* في إطلاقه منع إذ لا وجه له مع عدم وكالة الشريك الفاسخ في فسخ حق شريكه فللمضارب حينئذ تقسيم ما بيده من المال مع الفاسخ واشتغاله بعمله. (آقا ضياء).

* غير واضح. (البروجردي).

* بل أقربهما عدمه. (الخوئي).

* فيه إشكال. (الخوانساري).

* بل عدمه لانحلال العقد إلى عقدين. (الفيروزآبادي).

* بل الأوفق بالقواعد عدم الانفساخ. (الكلبيكاني).

(٣) لا لعذر موجه وكان الإذن بإمساكه مقيداً بإيقاع المعاملة معه. (الكلبيكاني).

(٤) في صحة هذا الشرط تأمل وإشكال. (الإصفهاني).

* في صحة هذا الشرط تأمل. (الخوانساري).

أو قبله أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابرا للخسران السابق أو بالعكس فالظاهر الصحة (١). وربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة وهو كما ترى (٢).

الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلا أو نسيانا أو اشتباها كما قال: لا تشتت الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني - مثلا - فاشتره جهلا فالشراء فضولي (٣) موقوف على إجازة المالك، وكذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنه بمنزلة النهي عنه ولعل

(١) لا يخلو عن إشكال. (النائيني).

* بل الظاهر هو البطلان مع وحدة المضاربة. (البروجردى).

* محل تأمل. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال. (الشيرازي).

(٢) الظاهر أن الإشكال في محله في جميع فروض المسألة. (الكلبايگاني).

(٣) فيه إشكال لأنه وإن كان مقتضى القاعدة إلا أن إطلاق جملة من النصوص الواردة في بيان حكم مخالفة العامل لما عين له شرطا أو قييدا يعم المخالفة غير

العمدية أيضا نعم شراء من ينعق على المالك خارج عن عمل المضاربة بلا إشكال إذ لا تصح المضاربة فيه مع إذن المالك فضلا عن عدمه. (الخوئي).

* كونه فضوليا محل نظر بل الأقوى البطلان لسبق المنع فهو خارج من باب

الفضولي نعم لو عين له شيئا ولم يمنعه عن الآخر أي لم يكن التعيين ظاهرا في المنع عن غيره فاشترى غير المعين أو كان مما لا يشمل الإطلاق كان من

الفضولي. (كاشف الغطاء).

* مشكل بل الظاهر كون الربح بينهما والوضعية على العامل لإطلاق الأخبار

الآمرة بذلك في صورة مخالفة العامل وادعاء انصرافها إلى المخالفة العمدية

لا وجه له اللهم إلا أن يكون في المسألة إجماع وهو غير معلوم. (الكلبايگاني).

منه ما ذكرنا سابقا من شراء من ينعق على المالك مع جهله بكونه كذلك، وكذا الحال إذا كان مخطئا في طريقة التجارة (١) بأن اشترى ما لا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطائه.

السادسة عشر: إذا تعدد العامل كأن ضارب اثنين بمائة مثلا بنصف الربح بينهما متساويا أو متفاضلا، فإما أن يميز حصة كل منهما من رأس المال كأن يقول على أن يكون لكل منكما منه نصفه، وإما لا يميز. فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر إلا مع الشرط (٢)، لأنه بمنزلة تعدد العقد. وعلى الثاني يشتركان فيها وإن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقدارا منه إلا أن يشترط عدم الاشتراك فيها (٣).

(١) الظاهر أن الصحة تدور مدار ما يراه من المصلحة في المعاملة فالحكم بالبطلان في هذه مشكل. (الخوانساري).

* بحيث كان الإذن منصرفا عنه وأما في الخطأ المتعارف فلا يبعد إيكال الأمر إلى نظره فيكون له الخيار مع الغبن. (الكلبيكاني).

(٢) بل لا يشتركان فيها مع الشرط أيضا. (البروجردى، الخوانساري).
* بل مع الشرط أيضا على ما تقدم. (الخوئي).

* صحة هذا الشرط وكذا الشرط الآتي محل إشكال نعم لا يبعد صحة شرط إعطاء ماله من الربح إلى صاحبه أو شرط جبران ما خسر من كيسه بل لا يبعد صحة شرطهما على نحو النتيجة في الفرعين. (الإمام الخميني).

* بل الظاهر بطلان الشرط المذكور فلا أثر له في الاشتراك. (الكلبيكاني).
(٣) في ضمن عقد لازم ولم يكن مزاحما لحق المالك ومع ذلك فالمسألة لا تخلو من إشكال. (البروجردى).

* فيه منع. (الشيرازي).

فلو عمل أحدهما وربح وعمل الآخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الآخر، بل لو عمل أحدهما وربح ولم يشرع الآخر (١) بعد في العمل فانفسخت المضاربة يكون الآخر شريكا (٢) وإن لم يصدر منه عمل، لأنه مقتضى الاشتراك في المعاملة. ولا يعد هذا من شركة الأعمال كما قد يقال. فهو نظير ما إذا آجرا نفسيهما لعمل بالشركة فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة، كما أن النظير داخل في عنوان الإجارة.

السابعة عشر: إذا أذن المالك للعامل في البيع والشراء نسيئة فاشترى نسيئة وباع (٣) كذلك فهلك المال فالدين في ذمة المالك، وللدیان إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منهما (٤)، فإن رجع على العامل وأخذ منه رجع هو على المالك. ودعوى أنه مع العلم من الأول

* الظاهر عدم التأثير للشرط المذكور بدون إذن المالك ومعه يرجع إلى مضاربتين. (الكلبيگاني).

* في صحة هذا الشرط إشكال بل منع. (الخوئي).

(١) لعدم مجيء وقت العمل لا لتعطيله مع كونه وقته وبعده فهو محل إشكال مطلقا. (الإمام الخميني).

(٢) فيه تأمل. (الإصفهاني).

* فيه إشكال. (الخوئي).

(٣) قد مر الإشكال في صحة مثل هذه المعاملة وإن الأحوط الاقتصار على ما أسند إلى المشهور من لزوم كون المعاملة بالعين. (الكلبيگاني).

(٤) إن كان العامل باقيا على عمله. (البروجردي).

* رجوعه على العامل محل إشكال. (الخوانساري).

ليس له الرجوع على العامل - لعلمه بعدم اشتغال ذمته - مدفوعة، بأن مقتضى المعاملة ذلك (١)، خصوصا في المضاربة، وسيما إذا علم أنه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو ومن أي بلد. ولو لم يتبين للديان أن الشراء للغير يتعين له الرجوع على العامل في الظاهر، ويرجع هو على المالك.

الثامنة عشر: يكره المضاربة مع الذمي خصوصا إذا كان هو العامل لقوله (عليه السلام): لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه ودیعة ولا يصفیه المودة. وقوله (عليه السلام): إن أمير المؤمنين (عليه السلام) كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم، ويمكن (٢) أن يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام. التاسعة عشر: الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار - مثلا - كليا، فلا يشترط كون مال المضاربة عينا (٣) شخصية، فيجوز إيقاعهما العقد على كلي ثم تعيينه في فرد. والقول بالمنع - لأن القدر المتيقن العين

-
- (١) ومرجع هذا الوجه في الحقيقة إلى أن مجرد كون المعاملة في ذمة المضارب يقتضي الوفاء من ماله إلا إذا اشترط ولو ضمنا الوفاء من غيره ومع عدم وفائه طبع الذمة المزبورة يقتضي الوفاء من ماله بلا احتياج في ذلك إلى اقتضاء عقد المضاربة شرطا ضمنيا متعلقا بالوفاء من ماله في ظرف عدم وفاء المالك وربما يشهد بمثل هذه الجهة أيضا السيرة القطعية في الرجوع إلى العامل في ظرف عدم وفاء غيره. (آقا ضياء).
- (٢) غير معلوم. (الإمام الخميني).
- (٣) مشكل. (الإصفهاني، البروجردي، الخوانساري).

الخارجي من النقدين - ضعيف (١)، وأضعف منه احتمال المنع حتى في الكلي في المعين، إذ يكفي في الصحة العمومات (٢).
متمم العشرين: لو ضاربه على ألف - مثلا - فدفع إليه نصفه فعامل به ثم دفع إليه النصف الآخر فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر، لأنه مضاربة واحدة. وأما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها إليه وعامل بها وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسمائة أخرى (٣) فالظاهر عدم

(١) لا يبعد قوة هذا القول لأن صحة عقد المضاربة تحتاج إلى دليل خاص ولا يكفي فيها العمومات ولا دليل على جواز ذلك بل ما دل على عدم جواز المضاربة في الدين حتى يقبضه دليل على العدم نعم لا بأس بالمضاربة في الكلي في المعين لشمول أدلتها لها. (الخوئي).

(٢) مع احتمال دخل العين في حقيقة المضاربة عرفا لا يثمر العمومات ومع الحزم بعدمه لا يحتاج إلى التشبث بها بل يكفي فيه بناؤهم على عدم اعتباره بضميمة عدم الردع من الشارع الكافي في إمضائها وبمثل هذا البيان ربما لا يحتاج في أبواب المعاملات إلى التشبث بالعمومات ولو لدفع احتمال القيود الزائدة عما يعتبره العرف إذ يكفي في ذلك عدم وصول الردع من الشارع نظير باب ظواهر الألفاظ وسائر ما قامت على اعتبارها بناء العقلاء نعم لو لم يكف عدم ثبوت الردع في الإمضاء ولو بضميمة مقدمات نقض الغرض يحتاج في الإمضاء إلى عمومات الباب لدفع احتمال مثل هذه القيود الزائدة عما يعتبر العرف في حقيقتها فتدبر فافهم. (آقا ضياء).

(٣) هذا يتصور على نحوين: أحدهما أن تكون الثانية مضاربة مستقلة في مقابل الأولى كما إذا فرض أن في المضاربة الأولى كان الربح بينهما على النصف وفي الثانية كان على الثلث ففي هذه الصورة لا أثر للمزج. الثاني: أن تكون

جبر (١) خسارة إحداهما بربح الأخرى، لأنهما في قوة مضاربتين،
نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة.

فصل

في أحكام الشركة

وهي عبارة عن كون شئ واحد لاثنين أو أزيد ملكا أو حقا وهي:
إما واقعية قهرية كما في المال أو الحق الموروث. وإما واقعية اختيارية
من غير استناد إلى عقد كما إذا أحيا شخصان أرضا مواتا بالاشتراك،
أو حفرا بئرا، أو اغترفا ماء، أو اقتلعا شجرا. وإما ظاهرية قهرية (٢)

الثانية بنحو التتميم للأولى فعندئذ كانتا مضاربة واحدة فلا فرق أيضا بين
صورة المزج وعدمه. (الخوئي).

(١) بل الظاهر الجبران. (الشيرازي).

* بالنسبة إلى ما مضى وأما بالنسبة إلى ما يأتي فلا يبعد أن يكون المجموع
مضاربة واحدة فيجبر خسران إحداهما بربح الأخرى. (الكلبيايگاني).

(٢) الظاهر أن يكون الامتزاج الموجب لعدم تميز المالكين اختياريا كان أو قهريا
موجبا لخروج كل منهما في نفس الأمر عن صلاحية الاختصاص بمالكة
وكون الشركة حينئذ واقعية لا ظاهرية مطلقا والظاهر أن يكون خلط الدرهم
ونحوه بمثله موجبا للشركة ولا يكون من مجرد الاشتباه مع بقاء كل من
الممتزجين على الاختصاص بنفس الأمر بمالكة. (النائيني).
* كون الشركة ظاهرية فيما ذكر محل تأمل بل لا يبعد كونها واقعية كما هو
المرتکز في أذهان العرف مع عدم ردع معلوم. (الكلبيايگاني).

كما إذا امتزج مالهما (١) من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبي بحيث لا يتميز أحدهما (٢) من الآخر سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس. وإما ظاهرية اختيارية كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة، فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله. وأما الاختلاط مع التمييز فلا يوجب الشركة ولو ظاهرا، إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري أو القرعة. وإما واقعية مستندة إلى عقد غير عقد الشركة كما إذا ملكا شيئا واحدا بالشراء، أو الصلح، أو الهبة، أو نحوها. وإما واقعية منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله كما إذا اشترى شيئا فطلب منه شخص أن يشركه فيه، ويسمى عندهم بالتشريك وهو صحيح لجملة من الأخبار. وإما واقعية منشأة بتشريك (٣) كل منهما الآخر في ماله،

(١) في إطلاقه تأمل إذ في خلط المائعات من جنس واحد ربما يحكم العرف بالشركة الواقعية وكذا في المختلفات المحدثه خلطها ولو بفورانه طبيعة ثالثة كالسكنجبين. (آقا ضياء).

(٢) ميزان الشركة الواقعية في مثل الامتزاج هو رفع الامتياز واقعا بحسب نظر العرف وإن لم يكن كذلك عقلا ففي مثل مزج المائعين المتمثلين تكون واقعية وكذا في غير المتمثلين غالبا وفي مثل مزج الحبات الصغيرة كالخشخاش والسمسسم لا يبعد ظاهريتها إذا كانا متجانسين وعدم الشركة في غيرهما وفي الجامدات الناعمة كالدقيق محل تأمل لا يبعد ظاهريتها والأحوط التخلص بمثل الصلح في خلط الجوز بالجوز واللوز باللوز وفي مثل الدراهم والدنانير المتمثلات. (الإمام الخميني).

(٣) لا يخفى أن الاشتراك في المالين لما كان دائرا بوجوده الواقعي مدار امتزاجهما وعدمه فالذي يصلح لأن ينشأ بعقد الشركة هو الاشتراك فيهما بما

ويسمى هذا بالشركة العقدية ومعدود من العقود. ثم إن الشركة قد تكون في عين، وقد تكون في منفعة، وقد تكون في حق. وبحسب الكيفية إما بنحو الإشاعة، وإما بنحو الكلي في المعين (١). وقد تكون على وجه (٢) يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في التصرف (٣) كما في شركة الفقراء (٤) في الزكاة، والسادة في الخمس، والموقوف عليهم في الأوقاف العامة، ونحوها.

يستتبعه من الآثار دون نفسه. (النائيني).

* الظاهر أن المنشأ بعقد الشركة هو التعهد والالتزام بآثارها المبينة لآثار المضاربة والإجارة والوكالة وأما الإباحة فمبنية على استفادتها من تلك المعاهدة فمن عدها من آثارها لا يحتاج إلى الإذن في التصرف بعد ومن لا يعدها منها فيحتاج إلى ذلك وأما الاشتراك في المالين فهو مسبب عن خلطهما بلا تمييز وليس من آثار العقد. (الكلبايگاني).

(١) جعل الكلي في المعين من أقسام الشركة المعروفة محل منع وإن يترتب في بعض الأحيان بعض آثارها من كون التلف والنماء لهما وعليهما. (آقا ضياء).

* فيه إشكال. (الإمام الخميني).

(٢) الظاهر أن تكون الشركة في هذه الأمور بل وفي الكلي في المعين أيضاً بمعنى آخر والخطب هين. (النائيني).

(٣) تحقق الشركة الشرعية بل والاصطلاحية عند الفقهاء مع استقلال كل واحد من الشركاء بالتصرف مشكل فإن من أظهر خواص الشركة عدم جواز تصرف الشريك بدون إذن شريكه مع أن ملكية الفقراء للحق قبل القبض محل نظر بل منع وعلى فرض الملك فهو ملك الجنس الذي لم يلحظ فيه التعدد لا ملك الأفراد والأشخاص. (كاشف الغطاء).

(٤) في كون الأمثلة من قبيل ما ذكره إشكال بل منع. (الإمام الخميني).

(مسألة): لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال بل الأعيان، فلا تصح في الديون (١)، 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 - وأوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف - مثلا - ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلا وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار. وكذا لا تصح شركة الأعمال وتسمى شركة الأبدان أيضا وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركا بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطة - مثلا - أو كان على أحدهما الخياطة والآخر النساجة، وسواء كان ذلك في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما، ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر أيضا نصف منفعته بذلك العوض. ولا تصح أيضا شركة الوجوه (٢) وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يتتبع كل منهما في ذمته إلى أجل ويكون ما يتتبعه بينهما، فيبيعانه ويؤديان الثمن، ويكون ما حصل من الربح بينهما. وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح وكل كل منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما وفي ذمتهما.

-
- (١) على الأصح لبعض ما ذكر من مستند المنع في غيرها كاستلزام اشتراك منفعة دين أحدهما بينهما مع أن عقد الشركة في التجارة غير مؤثر في تملك مال من أحد إلى غيره وليس بمعاوضة مال بمال لا عينا ولا منفعة. (الكلبياني).
(٢) ما فسرها به هو أشهر معانيها على ما حكى. (الإمام الخميني).

وشركة المفاوضة أيضا باطلة، وهي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركا بينهما، وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما (١). فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلا، وتسمى بشركة العنان.

(مسألة): 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، ولا يكون من شركة الأعمال التي تكون باطلة، بل من شركة الأموال، فهو كما لو استأجر كلا منهما لعمل وأعطاهما شيئا واحدا بإزاء أجرتهما. ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما فإن احتمل التساوي حمل عليه (٢)، لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر (٣). وإن علم زيادة أحدهما على الآخر

(١) ويمكن تصحيح ذلك كله بالاشتراط في ضمن عقد لازم آخر. (النائيني).

(٢) الأحوط الصلح. (الإصفهاني، البروجردي، الخوانساري).

* الأحوط في هذه الصورة وفي صورة العلم بزيادة أحدهما على الآخر التصالح إن أمكن وإلا فالقرعة. (الشيرازي).

* الأحوط التصالح وأما أصله فغير أصيل. (الإمام الخميني).

* بل الأحوط التصالح وأما الأصل فكما يجري في عدم زيادة استحقاق كل منهما على الآخر يجري في عدم استحقاقهما بنحو التساوي ويسقط بالمعارضة. (الكلبيكاني).

(٣) لا مجرى لها لأنها معارضة بأصالة عدم تساويهما في العمل فالأحوط الرجوع إلى الصلح. (الخوئي).

فيحتمل القرعة في المقدار الزائد، ويحتمل الصلح القهري (١).
(مسألة): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية واحدة أو نصبا معا
شبكة للصيد أو أحيا أرضا معا، فإن ملك كل منهما (٢) نصف منفعتيه
بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي، وإلا فلكل منهما بنسبة
عمله (٣) ولو بحسب القوة والضعف. ولو اشتبه الحال فكالمسألة
السابقة (٤). وربما يحتمل التساوي (٥) مطلقا، لصدق اتحاد فعلهما في
السببية، واندراجهما في قوله " من حاز ملك " (٦). وهو كما ترى.
(مسألة): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركة العقدية
- مضافا إلى الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر
لفلس أو سفه - امتزاج المالين سابقا على العقد أو لاحقا بحيث لا يتميز
أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض. بل اشترط جماعة
اتحادهما في الجنس والوصف، والأظهر عدم اعتباره، بل يكفي
الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق

-
- (١) والأحوط التصالح والتراضي. (الكلبيايگاني).
(٢) بمصالحة أو شرط في ضمن عقد. (آقا ضياء).
(٣) الأحوط الصلح. (الإصفهاني، الخوانساري، البروجردي).
* بحسب الاستناد العرفي. (الكلبيايگاني).
(٤) مر الاحتياط. (الإمام الخميني).
* وقد مر الكلام فيها. (الشيرازي).
(٥) لا يبعد ذلك. (الخوئي).
(٦) هذه الجملة لم نعثر عليها في الروايات بل الوارد فيها قوله (عليه السلام) للعين ما رأت
ولليد ما أخذت. (الخوئي).

الحنطة بدقيق الشعير ونحوه، أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر (١) بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير (٢) وذلك للعمومات العامة كقوله تعالى * (أوفوا بالعقود) * وقوله (عليه السلام) " المؤمنون عند شروطهم " وغيرهما، بل لولا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملاً بالعمومات. ودعوى عدم كفايتها (٣) - لإثبات ذلك - كما ترى، لكن الأحوط (٤) مع ذلك أن يبيع كل منهما حصة مما هو له بحصة مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر، أو نحو ذلك في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن. هذا ويكفي في الإيجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول، أو فعل.

(مسألة): يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالين ومع زيادة فبنسبة الزيادة ربحاً وخسراناً - سواء كان العمل من أحدهما أو منهما - مع التساوي فيه أو الاختلاف - أو من متبرع أو أجير هذا مع الإطلاق. ولو شرطاً في العقد زيادة لأحدهما، فإن

(١) مع رفع الامتياز ولا يكفي امتزاج الحنطة بالشعير على الأحوط. (الإمام الخميني).

(٢) بل هي بعيدة. (البروجردي).

* كفاية امتزاج مثل الحنطة بالشعير مشكل. (الكلبيكاني).

(٣) وهو الأقوى كما مر. (الكلبيكاني).

(٤) لا يترك. (الإصفهاني، البروجردي، الإمام الخميني، الخوانساري).

* لا يترك للتشكيك في قابلية المحل للشركة فلا يكفي العمومات حينئذ.

(آقا ضياء).

* بل المتعين في غير صورة الامتزاج. (الكلبيكاني).

كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم في صحته، أما لو شرطاً لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففي صحة الشرط والعقد وبطلانهما وصحة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الإطلاق أقوال: أقواها الأول (١) وكذا لو شرطاً كون الخسارة (٢) على أحدهما أزيد، وذلك لعموم "المؤمنون عند شروطهم" ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد كما ترى (٣)، نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه (٤). والقول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير

(١) محل تأمل وإشكال. (البروجردى).

* بل أقواها الثالث وكذا الحال فيما بعده. (الخوئي).

* محل تأمل وإشكال وكذا الكلام فيما بعده. (الخوانساري).

* بل لا يبعد أن يكون الثالث هو الأقوى إلا مع تقييد الإذن بالشرط المذكور فيكون الأقوى هو الثاني وكذا شرط كون الخسارة على أحدهما أزيد. (الكلبيكاني).

(٢) الأقوى فيه البطلان. (البروجردى).

(٣) وهذا ليس ببعيد لأنه يرجع إلى تفكيك لوازم الشركة عنها ولا منافاة بين ذلك واختيار القول الثالث في الحاشية السابقة لأن ترتيب آثار الشركة غير متوقف على صحة عقدها حتى يقال ببطلانه للشرط المخالف لمقتضاه بل يكفي الإذن في التجارة بنحو الشركة نعم مع تقييد الإذن بذلك الشرط فالأقوى هو القول الثاني كما مر. (الكلبيكاني).

* لكنه من الشرط المخالف للسنة فإن تملك شخص ربح مال غيره بلا سبب شرعي مخالف لها والشرط لا يكون مشرعاً لحكم غير مشروع وبذلك يظهر بطلان اشتراط كون تمام الربح أو الخسارة من أحدهما. (الخوئي).

(٤) ولو من جهة اقتضاء العقد أو قاعدة التبعية ملكه في ظرف عدم سلطنة الغير

أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة بل هو أكل بالباطل، كما ترى باطل. ودعوى أن العمل بالشرط غير لازم - لأنه في عقد جائز - (١) مدفوعة (٢) أولاً: بأنه مشترك الورود، إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل أو زيادته. وثانياً: بأن غاية الأمر جواز فسخ العقد (٣) فيسقط وجوب الوفاء بالشرط والمفروض في صورة عدم الفسخ، فما لم يفسخ يجب الوفاء به وليس معنى الفسخ حل العقد من الأول بل من حينه، فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين.

على استيفائه فالشرط حينئذ رافع للاقتضاء لا أنه مانع من تأثير المقتضي كي يقال: بأن المشروط لا يقتضي شيئاً في قبال المقتضيات فلا يصلح لمانعيتها لها وإليه يرجع معنى عدم مخالفتها للسنة كما لا يخفى وتوضيحه بأزيد من ذلك موكول إلى محله. (آقا ضياء).

(١) يمكن القول بلزوم عقد الشركة وإن كان لكل منهما مطالبة القسمة الرافعة لموضوعها. (الإصفهاني).

(٢) قد مر التأمل في لزوم الشرط في ضمن العقد الجائز والإشكال باشتراك الورود ليس بشيء لأن القائل يحكم بالجواز هنا أيضاً منتهى الأمر حكم بالصحة وهي غير اللزوم وما نقل (قدس سره) من عدم الخلاف وهو بالنسبة إلى الصحة مع أنه لو كان هنا إجماع لا يضر بالقائل فإن خروج مورد خاص بالدليل لا يوجب القياس بالنسبة إلى ما لا دليل على لزومه. (الفيروزآبادي).

* بل مدفوعة بما تقدم منا في كتاب المضاربة من أن تضمن العقود الإذنية للشرط توجب تقييد الإذن بها وتكون لازمة من ذلك. (النائيني).

(٣) بل الشرط فقط وإبقاء أصل العقد وإن كان يجوز فسخه أيضاً وسيجئ منه ما يؤيد ذلك. (الفيروزآبادي).

هذا، ولو شرطاً تمام الربح لأحدهما بطل العقد (١)، لأنه خلاف مقتضاه (٢). نعم لو شرطاً كون تمام الخسارة على أحدهما فالظاهر صحته (٣)، لعدم كونه منافياً.

(مسألة): إذا اشترط في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما فهو المتبع ولا يجوز التعدي، وإن أطلقا لم يحز لواحد منهما (٤) التصرف إلا بإذن الآخر. ومع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه، فإن كان مقيداً بنوع خاص من التجارة لم يحز التعدي عنه، وكذا مع تعيين كيفية خاصة. وإن كان مطلقاً فاللازم

(١) الظاهر الصحة. (الشيرازي).

(٢) فيه أيضاً تأمل وأشكل منه التفكيك بين الربح والخسارة في ذلك ووجه الكل ظاهر لا يحتاج إلى بيان والله العالم. (آقا ضياء).

(٣) بل الظاهر بطلانه. (البروجردي).

* محل إشكال. (الخوانساري).

* مقتضى اشتراك المالكين كون الربح والخسران عليهما فالتفرقة بينهما لم يظهر وجهها نعم يجوز أن يصلح أحد الشريكين شريكه على أن يأخذ رأس ماله ويكون الباقي للآخر وله الربح وعليه الخسران وفيه أخبار خاصة ولا دخل له (٤) قد مر أن المنشأ بذلك العقد هو التعهد والالتزام بلوازم الشركة في التجارة بأن يتجرا معا في المال المعين إلى زمان معين مع شرائط معينة من العامل والمعاملة ومكانها وكيفيةها فإن كان العقد مشتملاً لتعيين العامل فهو وإلا فتحتاج المعاملة من كل منهما إلى إذن جديد. (الكلبيكاني).

الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفية. ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة فلا يجوز البيع بالنسيئة (١)، بل ولا الشراء بها، ولا يجوز السفر بالمال، وإن تعدى عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف (٢)، ولكن يبقى الإذن (٣) بعد التعدي أيضا، إذ لا ينافي الضمان بقاءه. والأحوط (٤) مع إطلاق الإذن ملاحظة المصلحة وإن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة.

(مسألة): العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى.

(مسألة): عقد الشركة من العقود الجائزة (٥) فيجوز لكل من الشريكين فسخه، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجبا للانفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركة (٦) إذ هي باقية (٧) ما لم تحصل القسمة،

-
- (١) مع عدم التعارف وكذا حال السفر فالموارد مختلفة. (الإمام الخميني).
 - (٢) لو أجاز الشريك معاملة شريكه المتعدي فلا ضمان في الخسارة وإلا بطلت المعاملة في حصته ويرجع بعين ماله أو ببدله. (الخوئي).
 - (٣) مع فرض كونه مطلقا. (الكلبيايگاني).
 - (٤) لا يترك. (الخوانساري).
 - (٥) قد مر الكلام فيه آنفا. (الإصفهاني).
 - (٦) الظاهر بطلان عقد الشركة وبقاء الشركة الناشئة من الامتزاج ففي مثل مزج اللوز باللوز والجوز بمثله والدرهم والدنانير بمثلهما يفسخ العقد ويرجع كل مال إلى صاحبه فيتخلص فيه بالتصالح كما قبل العقد لو حصل الامتزاج. (الإمام الخميني).
- * الشركة في المال ليست من آثار العقد حتى تبطل بالانفساخ بل هي من آثار المزج ولا ترتفع إلا بالقسمة وما جاء من قبل العقد من التعهد بلوازم التجارة والإذن في التصرف فيرتفع بانفساخ العقد. (الكلبيايگاني).

بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن في التصرف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة أو بمعنى مطالبة القسمة. وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كل منهما مأذونا لم يحز التصرف للآخر، ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول. وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يحز لواحد منهما. وبمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر. وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح أو نقصانا في الخسارة (١) يمكن الفسخ (٢)، بمعنى إبطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالكين على ما هو مقتضى إطلاق الشركة. (مسألة): لو ذكرا في عقد الشركة أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه، إلا أن يكون مشروطا في ضمن عقد لازم فيكون لازما (٣).

(٧) لما كان موجب الشركة في المالكين هو امتزاجهما دون عقد الشركة فكل منهما أجنبي عن الآخر وليس لجواز العقد أثر فيها ولا لعدم ارتفاعها بغير القسمة أثر في لزومه وحيث إنه لا ينشأ بعقدتها سوى الإذن في التصرف وما يستتبعه فلا يؤثر فسخه سوى ارتفاع هذا الإذن دون نفس الشركة. (النائبي). * ما كان باقيا هي الشركة وهي غير مربوطة بالعقد والعقد غير باق. (الخوانساري).

(١) إن قيل بصحتها وقد مر. (البروجردى).

* تقدم بطلان هذا الشرط. (الخوئي).

(٢) بإسقاط الشرط ويبقى أصل عقد الشركة. (الفيروزآبادي).

* على القول بصحة هذا الشرط وإطلاق الإذن في المعاملة وقد مر الإشكال في صحة الشرط المذكور. (الكلبيكاني).

(٣) محل إشكال. (البروجردى، الخوانساري).

(مسألة): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر، عليه (١) الحلف مع عدم البيينة.
(مسألة): إذا ادعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين، لأنه أمين.
(مسألة): تبطل الشركة بالموت والجنون والإغماء والحجر بالفلس أو السفه بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف، وأما أصل الشركة فهي باقية. نعم يبطل (٢) أيضا ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو نقصان الخسارة كذلك. إذا تبين بطلان الشركة (٣) فالمعاملات الواقعة قبله محكمة بالصحة، ويكون الربح على نسبة المالكين، لكفاية الإذن المفروض حصوله. نعم لو كان مقيدا بالصحة تكون كلها فضوليا بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيدا، ولكل منهما أجرة مثل عمله (٤) بالنسبة

* بمعنى أنه لا تجوز مخالفة الشرط بالرجوع قبل الأجل ولكنه إذا خالف

ورجع فالظاهر أنه يؤثر أثره. (الخوئي).

* تكليفا لا وضعيا. (الكلبيكاني).

* فيه إشكال. (الشيرازي).

(١) خبر مقدم أي يلزم الآخر الحلف. (الفيروزآبادي).

(٢) محل تأمل. (الإمام الخميني).

* تقدم أن هذا الشرط في نفسه باطل ولو كان عقد الشركة صحيحا. (الخوئي).

* على فرض صحته. (الكلبيكاني).

(٣) إذا تبين بطلان عقد الشركة من حين وقوعه مع كون العاقد الشريك واجدا

للشرائط فالمعاملات الواقعة قبل تبين البطلان محكمة بالصحة كما في المتن

والظاهر أن المقصود من العبارة هو ذلك وإن كانت قاصرة. (الكلبيكاني).

(٤) محل إشكال. (الخوانساري).

* إن لم يكن متبرعا به. (البروجردي).

إلى حصة الآخر إذا كان العمل منهما، وإن كان من أحدهما فله أجره
مثل عمله.

(مسألة): إذا اشترى أحدهما متاعا وادعى أنه اشتراه لنفسه وادعى
الآخر أنه اشتراه بالشركة فمع عدم البينة القول قوله (١) مع اليمين، لأنه
أعرف بنيته، كما أنه كذلك لو ادعى أنه اشتراه بالشركة وقال الآخر أنه
اشتراه لنفسه، فإنه يقدم قوله أيضا لأنه أعرف ولأنه أمين.

* لا وجه لأجرة المثل فيما وقع فضوليا ولو بعد الإجازة بل مطلقا فيما يكون
متبرعا به نعم فيما جعلنا شيئا بإزاء العمل ولم يكن الإذن مقيدا بالصحة فله
الأجرة المسماة فيما إذا كان التراضي بها غير مقيد وأجرة المثل في المقيد
بالصحة. (الكلبياني).
(١) أي المشتري. (الفيروزآبادي).

(١) الظاهر أن ما يقع في الخارج من هذه المعاملة وما هو المتعارف منها على نحوين أحدهما ما يشبه إجارة الأملاك بأن يقع المعاملة على الأرض للمزارعة بحصة من حاصلها فتكون الحصة كأجرة الأرض، والثاني ما يشبه إجارة النفس وتقبل بعض الأعمال كالخياطة ونحوها فتقع المعاملة بين صاحب الأرض والمزارع بأن يزرع أرضه ويصلحها بحصة من الحاصل فتكون الحصة بمنزلة أجرة العمل، ولعل ما هو المتعارف في الأراضي الخراجية بين الحكومة وبين المتقبلين المسمين في العرف الحاضر بالسراكيل من النحو الأول، وما يقع بين المتقبلين والفلاحين من النحو الثاني، والغالب في الأول أن يكون البذر من المزارع وفي الثاني من صاحب الأرض، ويحتمل قريبا أن تكون داخلة في الإجارة فهي إما إجارة للأرض أو تقبل للعمل والحصة المقررة أجرة للأرض أو العمل وقد دل الدليل على صحتها مع جهالة الأجرة فيها واغتفر في زراعة الأراضي والإجارة المتعلقة بها ما لم يغتفر في سائر الإجازات وليكن هذا على ذكر منك فلعله ينتفع به في بعض المسائل الآتية. (الإصفيهاني).

* وحققتها اعتبار إضافة بين الأرض والعامل مستتبعة لسلطنته عليها بالمزارعة

مخابرة أيضا، ولعلها من الخبرة بمعنى النصيب، كما يظهر من مجمع البحرين. ولا إشكال في مشروعيتها، بل يمكن دعوى استحبابها، لما دل على استحباب الزراعة بدعوى كونها أعم من المباشرة (١) والتسبيب، ففي خبر الواسطي قال: سألت جعفر بن محمد (عليه السلام) عن الفلاحين قال هم الزارعون كنوز الله في أرضه، وما في الأعمال شيء أحب إلى الله من الزراعة، وما بعث الله نبيا إلا زارعا إلا إدريس (عليه السلام)، فإنه كان خياطا. وفي آخر عن أبي عبد الله (عليه السلام) الزارعون كنوز الأنام، يزرعون طيبا أخرجهم الله، وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاما وأقربهم منزلة يدعون المباركين. وفي خبر عنه (عليه السلام) قال: سئل النبي (صلى الله عليه وآله) أي الأعمال خير؟

بيذره أو يبذر المالك أو غيره وإضافة أخرى بين المالك والعامل مستتبعة لسلطنته عليه بالعمل بإزاء حصة من الحاصل أو السلطنة على الأرض فعقدها بمنزلة إجارة الأرض والعامل ومال الإجارة للأرض حصة من الزراعة إن كان البذر من العامل مع التزامه بالعمل ومجرد العمل إن كان البذر من المالك وفي إجارة العامل حصة من الحاصل إن كان البذر للمالك ومنافع الأرض إن كان للعامل. (الكلبياني).

* هذا من شرح الاسم وأما ماهيتها فهل هي من سنخ المشاركات أو المعاوضات وعلى الثاني فهل هي تمليك حصة من منفعة الأرض من الزارع بحصة من عمله مع اشتراط كون الحاصل بينهما بنسبة الحصتين حتى تكون من إجارة الأرض بالعمل مطلقا أو هي تمليك تمام منفعة الأرض من الزارع بحصة من الحاصل فيما إذا كان البذر من الزارع وتمليك الزارع تمام عمله من المالك بحصة منه فيما كان البذر من المالك حتى تكون تارة من إجارة الأرض وأخرى من إجارة النفس بعين معدومة فعلا غير معلومة الوجود والكمية فيما بعد وجوه أقربها الأول والتفصيل لا يسعه المقام. (البروجردي).
(١) أو بدعوى كونها مقدمة للمستحب. (الكلبياني).

قال زرع يزرعه صاحبه وأصلحه وأدى حقه يوم حصاده قال: فأبي الأعمال بعد الزرع؟ قال: رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة قال: فأبي المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخير ويروح بخير قال فأبي المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات في الوحل، المطاعم 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 (صلى الله عليه وآله) فأبي المال بعد النخل خير؟ فسكت،

فقام إليه رجل فقال له فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار تغدو مدبرة وتروح مدبرة لا يأتي خيرها إلا من جانبها الأثيم، أما إنها لا تعدم الأشقياء الفجرة. وعنه (عليه السلام) الكيمياء الأكبر الزراعة. وعنه (عليه السلام) أن الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع والضرع كيلا يكرهوا شيئا من قطر السماء. وعنه (عليه السلام) أنه سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوما يقولون: إن المزارعة مكروهة، فقال ازرعوا فلا والله ما عمل الناس عملا أحل ولا أطيب منه. ويستفاد (١) من هذا الخبر ما ذكرنا: من أن الزراعة أعم من المباشرة والتسيب. وأما ما رواه الصدوق مرفوعا عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه نهى عن المخابرة - قال: وهي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع - فلا بد من حمله على بعض المحامل، لعدم مقاومته لما

(١) فيه تأمل. (الكلبياني).

* لا يستفاد ذلك لأن المذكور في الخبر أسمع قوما يقولون: إن الزراعة

مكروهة. (الخوئي).

* لكن في النسخ التي عندي من الوسائل ومستدركه ومرآة العقول أسمع قوما يقولون إن الزراعة مكروهة فيخرج عن استفادة ما ذكره. (الإمام الخميني).

ذكر (١) وفي مجمع البحرين: وما روي من أنه (صلى الله عليه وآله) نهى عن المخابرة، كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها، ويشترط فيها أمور:
أحدها: الإيجاب والقبول، ويكفي فيهما كل لفظ دال، سواء كان حقيقة أو مجازاً مع القرينة (٢) كزارعتك أو سلمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا، ولا يعتبر فيهما العربية ولا الماضوية، فيكفي الفارسي وغيره والأمر - كقوله ازرع هذه الأرض على كذا - أو المستقبل، أو الجملة الاسمية مع قصد الإنشاء بها. وكذا لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول. ويصح الإيجاب من كل من المالك والزارع، بل يكفي القبول الفعلي (٣) بعد الإيجاب القولي على الأقوى، وتجري فيها المعاطاة (٤) وإن كانت لا تلزم (٥) إلا بالشروع في العمل.

-
- (١) الرواية ضعيفة وتقدم أنه ليس فيما ذكر دلالة على الاستحباب. (الخوئي).
(٢) بشرط كونه حافاً بالكلام على وجه يحدث له ظهور في عقدها كما هو الشأن في جميع العقود اللازمة ولقد فصلنا الكلام فيه في كتاب البيع فراجع. (آقا ضياء).
* بشرط أن يكون ظاهراً. (الكلبيكاني).
(٣) في كفاية ذلك في لزومه نظر. (آقا ضياء).
* الأحوط اعتبار كل ما يعتبر في العقود اللازمة من العربية والماضوية وغيرهما إما بالمعاطاة فلا تلزم حتى بعد الشروع بالعمل ولا تلزم إلا بالعقد الجامع للشرائط. (كاشف الغطاء).
* الأحوط عدم الاكتفاء به. (الكلبيكاني).
(٤) فيه إشكال. (الإصفهاني).
* يعني تسليم الأرض بعد تعيين ما يلزم تعيينه. (النائيني).
(٥) حال المعاطاة حال العقد بالصيغة في اللزوم والجواز ظاهراً كما مر. (الإمام الخميني).

الثاني: البلوغ والعقل والاختيار، وعدم الحجر لسفه أو فلس، ومالكية التصرف في كل من المالك والزارع. نعم لا يقدر حينئذ فلس الزارع إذا لم يكن منه مال، لأنه ليس تصرفا ماليا (١).
الثالث: أن يكون النماء مشتركا بينهما، فلو جعل الكل لأحدهما لم يصح مزارعة.

الرابع: أن يكون مشاعا بينهما، فلو شرطا اختصاص أحدهما بنوع كالذي حصل أولا والآخر بنوع آخر، أو شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة من الأرض لأحدهما وما حصل من القطعة الأخرى للآخر، لم يصح.

الخامس: تعيين الحصبة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك، فلو قال: ازرع هذه الأرض على أن يكون لك أولي شيء من حاصلها بطل.

السادس: تعيين المدة بالأشهر والسنين، فلو أطلق بطل. نعم لو عين المزروع (٢) أو مبدأ الشروع (٣) في الزرع لا يبعد صحته إذا لم يستلزم غررا (٤)، بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع (٥) أيضا إذا كانت الأرض مما

* فيه إشكال واللزوم غير بعيد. (الخوئي).

- (١) هذا إذا لم يكن البذر من العامل ولم يكن الزرع محتاجا إلى صرف المال ولكن الأحوط مع ذلك الاستئذان من الغرماء. (الكلبيكاني).
- (٢) مع تعيين مبدئه ومنتهاه بحسب العادة. (الكلبيكاني).
- (٣) مع تعيين منتهاه بحسب العادة. (الكلبيكاني).
- (٤) بأن يكون بحسب المتعارف أمد الزرع معلوما وإلا فيشكل إلحاقها لها بباب الإجارة المعتبر فيها العلم في الزائد عما كان جهله لازم طبع عقد المزارعة وهو الشأن أيضا في نظائرها من عقد المضاربة والمساقاة. (آقا ضياء).

لا يزرع في السنة إلا مرة (١) لكن مع تعيين السنة (٢)، لعدم الغرر فيه ولا دليل على اعتبار التعيين تعبداً، والقدر المسلم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصورة، وفي صورة تعيين المدة لا بد وأن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع، فلا تكفي المدة القليلة التي تقصر عن إدراك النماء. السابع: أن تكون الأرض قابلة للزرع ولو بالعلاج، فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها أو كان يستولي عليها الماء قبل أو ان إدراك الحاصل أو نحو ذلك أو لم يكن هناك ماء للزراعة ولم يمكن تحصيله ولو بمثل حفر البئر أو نحو ذلك ولم يمكن الاكتفاء بالغيث، بطل. الثامن: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما - مع اختلاف الأغراض فيه - فمع عدمه يبطل، إلا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين، أو كان مرادهما التعميم، وحينئذ فيتخير الزارع بين أنواعه. التاسع: تعيين الأرض ومقدارها، فلو لم يعينها بأنها هذه القطعة أو تلك القطعة أو من هذه المزرعة أو تلك أو لم يعين مقدارها، بطل مع اختلافها، بحيث يلزم الغرر، نعم مع عدم لزومه لا يبعد الصحة، كأن يقول "مقدار جريب (٣) من هذه القطعة" من الأرض التي لا اختلاف بين

* نعم ولكنه مستلزم له في العادة. (البروجردى).

(٥) فيه إشكال. (الإصفهاني، الإمام الخميني).

(١) في وقت معين. (الكلبايگاني).

(٢) بل لو لم يعين عدد السنين وكان بناء المزرعة بحسب العادة الجارية سنة فسنة وكان الأمد الذي يدرك به الزرع مضبوطاً بحسب العادة فالأظهر الصحة. (النائيني).

(٣) إذا كان بنحو الكلي في المعين لا إشكال فيه. (الإصفهاني، الخوانساري).

أجزائها، أو " أي مقدار شئت منها (١) " ولا يعتبر كونها شخصية، فلو عين كليا موصوفا على وجه يرتفع الغرر فالظاهر صحته (٢)، وحينئذ يتخير المالك في تعيينه.

العاشر: تعيين كون البذر على أي منهما وكذا سائر المصارف واللوازم إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه ولو بسبب التعارف. (مسألة): لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكا للمزارع، بل يكفي كونه مسلطا عليها بوجه من الوجوه، كأن يكون مالكا لمنفعتها بالإجارة (٣) والوصية أو الوقف عليه، أو مسلطا عليها بالتولية كمتولي الوقف العام أو الخاص والوصي، أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير (٤) والسبق ونحو ذلك (٥)، أو كان مالكا للانتفاع بها كما إذا

(١) ليس المراد هذا العنوان بإجماله بل المراد أي مقدار معين شئت بنحو الكلي في المعين من الأرض الكذائية. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال. (الفيروزآبادي، الشيرازي).

* مشكل. (الكلبيكاني).

(٢) بل الظاهر بطلانه إذا لم يكن كليا في المعين بل صحته فيه أيضا محل تأمل. (البروجردي).

(٣) مع فرض التعميم من حيث مباشرة الغير أيضا وكذا في الفرع الآتي. (آقا ضياء).

* مع عدم الاشتراط فيها بانتفاعه مباشرة. (الإمام الخميني).

* مع عدم قيد المباشرة بالزراعة في عقد الإجارة. (الكلبيكاني).

(٤) الظاهر عدم كفاية مثل حق التحجير والسبق في صحة المزارعة نعم لو كانت الأرض زراعية وله حق اختصاص بها من جهة تقبلها من السلطان مثلا لا إشكال في جواز مزارعتها. (الإصفهاني).

* لا يكفي التحجير في صحتها إذ التحجير يفيد أولويته بإحيائها وعدم جواز

أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره، بل يجوز أن يستعير الأرض (١) للمزارعة. نعم لو لم يكن له فيها حق أصلا لم يصح مزارعتها. فلا يجوز المزارعة في الأرض الموات (٢) مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، فإن المزارع والعامل فيها سواء. نعم يصح الشركة (٣) في زراعتها مع اشتراك البذر أو بإجارة أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك، لكنه ليس حينئذ من المزارعة المصطلحة. ولعل هذا مراد

مزاحمته فيه لا اختصاصه بمنافعها حتى لا يجوز لغيره التصرف فيها إلا بإذنه. (البروجردي).

* لا يكفي ظاهرا حق التحجير في صحتها وكذا السبق للإحياء نعم لا إشكال فيما إذا سبق فأحيها. (الإمام الخميني).

* في كفاية التحجير ونحوه لصحة المزارعة إشكال بل منع لأنه موجب لأولويته بالإحياء لا للتسلط على نقل المنافع إلى الغير ولو بالمزارعة. (الكلبيكاني).

(٥) ويتم مالكية من له حق السبق والتحجير بهذه المزارعة. (النائيني).

(١) جواز استعارة الأرض للمزارعة محل منع لأن المستعير يملك الانتفاع من

غير تسلط على المعير ولا يملك التمليك عليه ولا إيجاد حق الزراعة للغير

عليه ولو فعل ذلك يكون فضوليا موقوفا على إجازة المالك ولو زارع لنفسه

يكون كالفضولي لنفسه. (الكلبيكاني).

(٢) لا مانع من إجراء عقد المزارعة مع شخص فضلا عن استئجاره على أن يدفع

له المصارف من بذره وغيره ويكون له حصة معينة في العائد ولكن الأحوط

مع ذلك الاستئذان من حاكم الشرع ويكون عقد مزارعة بمعناها المصطلح

عليه. (كاشف الغطاء).

(٣) الأولى أن يقال يحكم بالشركة في الحاصل مع الشركة في البذر لأن الشركة

حينئذ ليست مستندة إلى العقد حتى يحكم عليها بالصحة. (الكلبيكاني).

الشهيد (١) في المسالك من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين قاطبة إلا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها، وإلا فلا إشكال في جوازها بعد الإجازة من السلطان، كما يدل عليه جملة من الأخبار. (مسألة): إذا أذن لشخص في زرع أرضه (٢) على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحته (٣) وإن لم يكن من

(١) لكنه خلاف الظاهر من كلامه فراجع. (الكلبياني).
(٢) إذا كان مالك الأرض قاصدا بذلك إنشاء عقد المزارعة صح ولزم بقبول الزارع ولو قبولا فعليا وأما إذا كان قاصدا مجرد الإباحة لم يصح بعنوان المزارعة وبذلك يظهر الحال في الفروض الآتية. (الخوئي).
(٣) صحته في غاية الإشكال فإن مرجعه إلى جعل شيء على الزارع لنفسه من دون أن يستحق الزارع عليه إحداث الزرع في أرضه ولا إبقاءه إلى أوان بلوغه وهذا من أعظم الغرر. (البروجردي).
* العمومات لا تشمل هذه الموارد التي يكون التمليك والتملك متعلقا بأمر معدوم حال العقد. (الخوئي).

* إن لم يكن من المزارعة فصحته محل تأمل وإشكال لكن كونه منها كما في المتن غير بعيد وكذا لو أذن عاما وليس ذلك من الجعالة ولا نظيرها وكذا الإذن في الخان والحمام غير شبيه بالجعالة بل الظاهر أنه إباحة بالعرض أو إذن بالإتلاف مضمونا وبعضها إجارة باطلة ولهذا يشكل استحقاقه للزيادة عن أجره المثل ونظائر المسألة محل إشكال تحتاج إلى التأمل. (الإمام الخميني).
* في هذه الفروع وأمثالها إشكال وإن كانت صحتها غير بعيدة. (الشيرازي).
* بمعنى أن ذلك الإذن المقيد مع تقبل العامل موجب لنقل حصة من الحاصل إلى الآخر ولعل ذلك من قبيل الإذن بالاستيفاء أو بالإتلاف بعوض معين

المزارعة المصطلحة، بل لا يبعد كونه منها أيضا (١)، وكذا لو أذن لكل من يتصدى للزرع وإن لم يعين شخصا، وكذا لو قال كل من زرع أرضي هذه أو مقدارا من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه - مثلا - فأقدم واحد على ذلك فيكون نظير الجعالة (٢)، فهو كما لو قال كل من

المتداول بين الناس في كثير من الموارد كما في دخول الحمام وأكل الطعام من الطباخ وشرب الشاي والبيتوتة في الخانات والمنازل المعدة لذلك ولا بعد في الالتزام بتأثير الإذن المذكور مع تقبل المتلف أو المستوفي في اشتغال ذمته بالمسمى بالإتلاف أو الاستيفاء فيكون نظير الجعالة في أن الإذن في العمل مع تقبل جعل مخصوص موجب لاشتغال ذمة الآذن بما جعل على نفسه والظاهر أنه المراد من العبارة والمقصود من تنظيره بالجعالة. (الكلبيانگاني).

(١) فيه تأمل لولا ظهور لفظه فيه بضم قبول غيره ولو بالفعل. (آقا ضياء).

* بدعوى أن المزارعة المتداولة بين الناس قد تكون بإنشاء المزارعة بقول زارعتك وقد تكون بالإذن في الزراعة هكذا فيشملة قوله (عليه السلام) لا بأس بالمزارعة بالثلث والرابع والخمس هذا إذا لم يكن الإذن المذكور ظاهرا في إنشاء المزارعة وإلا فيدخل فيما ذكره سابقا من كون الإيجاب باللفظ والقبول بالفعل. (الكلبيانگاني).

(٢) بل هو عكس الجعالة فإنها جعل شئ على نفسه لغيره على فرض وقوع عمل من الغير نعم إن كان البذر من المالك كان نظير الجعالة المجهول جعلها وجودا وكمية. (البروجردي).

* الظاهر أن يكون جميع ذلك من المزارعة الصحيحة ويكون أجنبيا عن الجعالة وإلا اتجه بطلانه وكذا مثال الخان والحمام أيضا أجنبي عن الجعالة وإنما هو من باب الإباحة بالعرض نعم لو زاد ما عينه المالك عن أجره المثل ففي لزوم تلك الزيادة بالبيتوتة في الخان ودخول الحمام إشكال. (النائيني).

بات في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم، أو كل من دخل حمامي (١) فعليه في كل مرة ورقة، فإن الظاهر صحته للعمومات، إذ هو نوع من المعاملات العقلانية (٢) ولا نسلم انحصارها في المعهودات (٣)، ولا حاجة إلى الدليل الخاص لمشروعيتها، بل كل معاملة عقلانية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص كما هو مقتضى العمومات. (مسألة): المزارعة من العقود اللازمة لا تبطل إلا بالتقاييل أو الفسخ بخيار الشرط أو بخيار الاشتراط - أي تخلف بعض الشروط المشتركة على أحدهما - وتبطل أيضا بخروج الأرض عن قابلية الانتفاع (٤) لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك. ولا تبطل بموت أحدهما، فيقوم وارث الميت منهما مقامه (٥). نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط

-
- (١) وفي الرواية إنما أخذ الجعل لدخول الحمام لا للثوب وقد مر في الإجارة. (الكلبيكاني).
- (٢) ويمكن إدراج جميع ذلك في الإذن بالإتلاف بالضمان بمقدار مخصوص وإلا فالعقد القائم بأمر مردد أو بشخص مردد غير معهود عندهم. (آقا ضياء).
- (٣) بناء على انحصارها في المعهودات أيضا الظاهر كون الأمثلة المزبورة وأشباهها منها. (الإصفهاني).
- * هذه الأمثلة إن صحت كانت صحتها توسعة في المعهودات لا أنها معاملات أخرج غيرها. (البروجردي).
- (٤) مع عدم تيسر العلاج. (الإمام الخميني).
- * وعدم إمكان العلاج فإن صلحت بالعلاج استمرت وإلا فبالبطلان. (كاشف الغطاء).
- (٥) بمعنى أن الأرض تنتقل إلى ورثة مالكيها متعلقة لحق العامل والبذر إلى ورثة مالكيه متعلقا لحق الآخر والعمل دين على العامل يستوفى من تركته.

مباشرته للعمل (١) سواء كان قبل خروج الثمرة أو بعده (٢). وأما المزارعة المعاطاتية (٣) فلا تلزم إلا بعد التصرف (٤). وأما الإذنية فيجوز فيها الرجوع دائما (٥)، لكن إذا كان بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقائه (٦) إلى حصول الحاصل، لأن الإذن في الشيء إذن

(الكلبايگاني).

- (١) على وجه التقييد وإلا فللمالك الخيار. (الفيروزآبادي).
- (٢) فإن كان قبل خروج الزرع أو قبل بلوغه فيأتي حكمه في المسألة السادسة وإن كان بعد بلوغه وكان البذر للعامل فالحصة بينهما على ما جعلنا ولمالك الأرض أجرة مثلها بمقدار الباقي من العمل إذا أراد الورثة إبقاء سهمهم من الزرع إلى أوان حصاده ورضي به المالك أيضا وإن كان البذر لمالك الأرض فينقص من حصة العامل بمقدار ما نقص من العمل. (الكلبايگاني).
- * لكن لا يخرج حصة العامل من الحاصل بعد الظهور عن ملكه بذلك فيرثه ورثته مع سائر حقوقه فيه نعم لا حق لهم في إبقائه. (البروجردي).
- (٣) بناء على صحتها. (الإصفهاني).
- * مر الكلام فيها. (الإمام الخميني).
- (٤) مر آنفا أن اللزوم غير بعيد. (الخوئي).
- (٥) إذا لم نقل بحصول المزارعة الصحيحة بالإذن وإلا فصارت لازمة لا يجوز الرجوع فيها. (الإمام الخميني).
- (٦) فيه نظر جدا لعدم تمامية الملازمة المزبورة مع أن لزوم الملزوم أيضا أول الكلام فيرجع عن الإذن في اللوازم كالملزوم وتوهم منع عموم نفي الضرر عن الرجوع باطل إذ ليس شأن مثل هذا العموم نفي سلطنة الإنسان الذي من الأحكام الإرفاقية المجعولة في حقهم. (آقا ضياء).
- * مع فرض جواز الرجوع ما ذكره غير وجيه كدليله. (الإمام الخميني).

في لوازمه (١). وفائدة الرجوع أخذ أجره الأرض منه حينئذ، ويكون الحاصل كله للعامل.

(مسألة): إذا استعار أرضاً (٢) للمزارعة ثم أجرى عقدها لزمته، لكن للمعير الرجوع في إعارته (٣) فيستحق أجره المثل لأرضه على

* لا يتعين إبقاؤه بل اللازم إما الإبقاء وإما دفع قيمة البذر وأجرة العمل إذا أراد فصله. (كاشف الغطاء).

(١) لا يخفى ما في هذا التعليل لأن الإذن في الإبقاء ولو كان صريحاً لا يقتضي عدم جواز الرجوع فإذا رجع غرم للعامل بدل البذر وأجرة المثل لعمله. (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: ومقتضاه عدم جواز الرجوع لعموم التعليل في رواية الرحي وعلى تقدير جواز الرجوع فإذا رجع غرم للعامل بدل البذر وأجرة المثل لعمله.

* نعم الإذن في الشيء وإن كان إذناً في لوازمه لكن لا مانع من الرجوع عنه فلو أذن بالزراعة وإبقاء الزرع له الرجوع عنه قبل البلوغ وله الأمر بإزالته بلا أرش وله أخذ أجره المثل لإبقائه إلى أن يبلغ. (الكلبيكاني).
(٢) في جواز الاستعارة للمزارعة والإجارة تأمل وإشكال. (الإصفهاني، البروجردى، الخوانساري).

* قد مر أن استعارة الأرض للمزارعة محل منع كما مر وجهه وكذلك استعارتها للإجارة لا اشتراكهما في جهة المنع. (الكلبيكاني).
(٣) لا يبعد عدم جواز رجوعه. (الخوئي).

* بل لا وجه للرجوع على فرض صحة الاستعارة للإجارة والمزارعة ولزوم عقدهما لأن الإذن لإيقاع العقد اللازم على ملكه بمنزلة الإذن في إتلاف ماله سواء قلنا بتمليك المنافع في المزارعة والإجارة أو بإيجاد إضافة موجبة للسلطنة عليها. (الكلبيكاني).

المستعير (١)، كما إذا استعارها للإجارة فأجرها بناء على ما هو الأقوى (٢) من جواز كون العوض لغير مالك المعوض (٣). (مسألة): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئا (٤) في ذمته أو في الخارج من ذهب أو فضة أو غيرهما مضافا إلى حصته من الحاصل صح، وليس (٥) قراره مشروطا بسلامة الحاصل (٦)، بل الأقوى (٧) صحة

(١) أي أجرة ما بعد الرجوع. (الإمام الخميني).

* يعني أجرة الأرض بالنسبة إلى ما بعد رجوعه لا ما تقدمه. (النائيني).

(٢) مر أن الأقوى خلافه والمسألة غير مبتنية عليه. (الخوئي).

* الظاهر عدم الابتناء على هذا المبنى ومع ابتناؤه أيضا لا يبعد ما في المتن.

(الإمام الخميني).

* بل الأقوى خلافه نعم لمالك الأرض الإذن للمستعير لنقل المنافع إلى نفسه

قبل المزارعة فتصح المزارعة لكنه غير ما في المتن. (الكلبيكاني).

* تقدم أن الأقوى خلافه والظاهر أن يكون إذن المالك في المزارعة وكذلك

الإجارة أيضا بعد الفراغ عن نفوذه موجبا لانتقال الحصة وكذلك الأجرة أيضا

إليه آنا ما ومنه إلى المستعير ويكون المقام نظير ما لو دفع المالك إلى غيره

دراهم ليشتري بها حاجة لنفسه ونحو ذلك ولا يبنى صحة شيء من ذلك على

هذا المبنى نعم نفوذ إذن المالك لا يخلو عن الإشكال في جميع ذلك. (النائيني).

(٣) بناء على أن المستعير مالك للانتفاع لا المنفعة كما هو الأقوى. (الفيروزآبادي).

* بل الظاهر أنه مشروط بها. (الشيرازي).

* بل مشروط بها على الأقوى. (البروجردي).

استثناء مقدار معين من الحاصل لأحدهما مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما، فلا يعتبر إشاعة جميع الحاصل بينهما على الأقوى، كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه، أو استثناء مقدار خراج السلطان أو ما يصرف في تعمير الأرض ثم القسمة، وهل يكون قراره (١) في هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الأبطال في بيع الثمار أو لا؟ وجهان (٢).

(٧) والأحوط ترك ذلك. (الكلبياني).

* في القوة إشكال بل منع لأن العمومات كما عرفت لا تشمل مثل هذه المعاملات والدليل الخاص غير موجود وكذا الحال في مقدار استثناء مقدار البذر. (الخوئي).

(١) إن كان المراد من السلامة هو حصول الزرع في مقابل لا حصوله فلا معنى للقرار مع عدم السلامة فيما يستثنى من الحاصل وإن كان المراد هي السلامة في مقابل التعيب حتى تلاحظ نسبة النقص فيحاسب بالنسبة فلا يكون القرار مشروطاً بها أي لا تلاحظ النسبة. (الإمام الخميني).

* أي استثناء مقدار إلى آخره. (الفيروزآبادي).
* لا موقع لهذا التردد بعد كون المفروض استثناء هذه الأمور من الحاصل. (البروجردي).

(٢) أو جههما الأول. (الإصفهاني، الخوانساري).

* أو جههما الثاني في غير استثناء حصته من الحاصل وذلك لأن استثناء غير الحصّة من قبيل اشتراط شيء في الذمة فلا وجه لورود التلف عليها بخلاف استثناء حصته من الحاصل فإنه من باب الكلي في المعين كاستثناء الأبطال في الثمرة وحكم مثل هذا الكلي كون الخسارة وارداً عليهما كما لا يخفى. (أقا ضياء).

(مسألة): إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالبا فمضت والزرع باق لم يبلغ، فالظاهر أن للمالك (١) الأمر بإزالته بلا أرش، أو إبقائه ومطالبة الأجرة إن رضي العامل بإعطائها، ولا يجب عليه الإبقاء بلا أجرة (٢) كما لا يجب عليه الأرش (٣) مع إرادة الإزالة، لعدم حق للزارع بعد المدة والناس مسلطون على أموالهم. ولا فرق بين أن يكون ذلك بتفريط الزارع، أو من قبل الله (٤) كتأخير المياه أو تغير الهواء. وقيل بتخييره بين

* أظهرهما الأول. (الشيرازي).

* لا يبعد قرب الوجه الأول فلو تلف نصف الحاصل مثلا يحسب التالف على المستثنى والمستثنى منه بالنسبة. (الخوئي).

* أقواهما نعم. (الفيروزآبادي).

* أما سلامة ذلك المقدار فلا بد منه لصحة الاستثناء وكذا مقدار يكون مشاعا بينهما لتحقق شرط الإشاعة ولو في بعض الحاصل وأما الزائد على ذلك فمبني على الاشتراط كما مر نظيره. (الكلبيكاني).

(١) إجبار المالك العامل بإزالته بمعنى تخيير المالك بين إزالته وإبقائه مشكل مع عدم تفريط الزارع. (الخوانساري).

(٢) ولا مع الأجرة إن كان العامل باذلا لها والحاصل أن الإبقاء بالأجرة محتاج إلى معاملة جديدة برضاها ولو بأزيد من أجرة المثل أو بأقل منها. (البروجردي).

* بل ولا مع الأجرة. (الكلبيكاني).

(٣) مع تفريط الزارع. (الفيروزآبادي).

(٤) الفرق واضح لحكومة لا ضرر على قاعدة الناس ولا تعارض باعتبار فردين من الضرر لأنه لا ضرر مع حصول الأجرة. (الفيروزآبادي).

القلع مع الأرش والبقاء مع الأجرة. وفيه: ما عرفت خصوصا إذا كان بتفريط الزارع، مع أنه لا وجه (١) لإلزامه العامل بالأجرة بلا رضاه. نعم لو شرط الزارع على المالك إبقائه إلى البلوغ بلا أجرة أو معها إن مضت المدة قبله، لا يبعد صحته (٢) ووجوب الإبقاء عليه.

(مسألة): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة، ففي ضمانه أجرة المثل (٣) للأرض كما أنه يستقر عليه

(١) بل الوجه الالتزام العقلاني. (الفيروزآبادي).

(٢) لولا شبهة غررية هذا الشرط للجهل بزمانه. (آقا ضياء).

* إذا كانت مدة التأخير على فرضه معلومة. (الإمام الخميني).

* بشرط تعيين المدة بأن يقال إلى شهر مثلا وإلا فمشكل بل صحة العقد معه أيضا محل إشكال. (الكلبيكاني).

* صحته بل صحة العقد معه محل إشكال. (البروجردي).

(٣) وهو الأقوى لأن المالك إنما ملك الزارع انتفاء أرضه المتقوم بعمله فيها فمع عدمه ولو بتقصير منه يكشف عن بطلان المعاملة في المقدار التالف لأنه بحكم المعدوم المحض الغير الصالح لورود عقد عليه وحينئذ يده على هذه العين بقابليتها لها كان موجبا لضمنان منافعها الغير المستوفاة وبهذه الجهة يمتاز المقام عن الإجارة التي لا يكون عدم استيفائه إلا موجبا لضمنان مسماه لأنه من باب ملك المنفعة الغير المتقوم بالأعمال والغير الموجب انعدامه عن بطلان المعاملة لا من باب ملك الانتفاع المتقوم بعمله فبدونه يكون تالفا على ضمانه بقيمته الواقعية. (آقا ضياء).

* إما لكونها أقرب بما فات من مالك الأرض وإما لكون الأرض مع عدم الزرع مغصوبة تحت يده. (الكلبيكاني).

المسمى في الإجارة، أو عدم ضمانه (١) أصلا غاية الأمر كونه آثما بترك تحصيل الحاصل، أو التفصيل بين ما إذا تركه اختيارا فيضمن أو معذورا (٢) فلا، أو ضمانه ما يعادل الحصة (٣) المسماة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة، أو ضمانه بمقدار تلك الحصة (٤) من منفعة الأرض من نصف أو ثلث ومن قيمة عمل الزارع، أو الفرق بين ما إذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن (٥)، وبين صورة عدم اطلاعه إلى أن فات وقت الزرع فيضمن، وجوه،

-
- (١) بناء على عدم كون المزارعة إلا تعهدا والتزاما من الطرفين بلا إيراث حق لأحدهما على الآخر وكون الأرض تحت يد العامل برضا المالك وفيه ما لا يخفى. (الكلبيكاني).
 - (٢) ولعله لعدم كونه غاصبا في هذا الفرض وفيه أنه مع تقييد إذنه بالزراعة تكون الأرض تحت يده بغير إذن المالك وعليه أجره المثل غاية الأمر أنه معذور غير معاقب لو كان معذورا في الرد على المالك أيضا. (الكلبيكاني).
 - (٣) بتقريب أنها أقرب إلى الفئات من المالك يعني الحصة المسماة. (الكلبيكاني).
 - (٤) هذا على القول باقتضاء المزارعة الشركة كما يأتي منه في المسألة الخامسة عشر وعليه فيجب على العامل إعطاء نصف البذر على المالك إن كان البذر عليه وإن كان على المالك فعليه إعطاء نصفه على العامل بعدما يأخذ أجره الأرض والعمل منه حسب السهم. (الكلبيكاني).
 - (٥) هذا التفصيل على تقدير صحته لا ينفع لفرض كون العين تحت يد العامل ومعه لا تأثير للفسخ في رفع الضمان حتى يستند تركه إلى المالك نعم لو كانت الأرض بيد المالك كان له وجه. (الكلبيكاني).

وبعضها أقوال (١) فظاهر بل صريح جماعة الأول (٢) بل قال بعضهم
يضمن النقص (٣) الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص،
واستظهر بعضهم الثاني، وربما يستقرّب الثالث، ويمكن القول
بالرابع (٤)، والأوجه الخامس (٥)، وأضعفها السادس. ثم هذا كله إذا لم

(١) الأوجه الأول في الجملة يعني عليه أجره المثل للأرض إن فوته بلا عذر
لأنه بحكم المتلف أما مع العذر فلا شيء عليه أما في صورة العكس فلا شيء
على المالك سوى الإثم. (كاشف الغطاء).

* الظاهر هو التفصيل بين ما إذا كانت الأرض بيد الزارع وما إذا كانت بيد
المالك وعلى الثاني فقد يطلع المالك على ترك العامل للزرع وقد لا يطلع إلى
فوات وقته ففي الصورة الأولى والثالثة يثبت الضمان على العامل لأجرة المثل
ولا ضمان في الثانية. (الخوئي).

* أوجهها الأول فيما إذا كان الأرض تحت يده وترك الزراعة بتفريط منه وإلا
فلا ضمان. (الإمام الخميني).

(٢) وهو الأقوى مع فرض تسليم الأرض وكذلك ضمان النقص الحاصل بترك
الزرع في هذا الفرض. (الكلبيكاني).

* لما كان تسليم الأرض إلى الزارع وبقاؤها في يده إلى انقضاء المدة هو
مفروض هذه المسألة فزمانه لما فات من منافعتها تحت يده ولزوم أجره المثل
عليه بمكان من الوضوح. (النائيني).

(٣) ولعله هو الصحيح على التفصيل المزبور آنفا. (الخوئي).

(٤) وهو الأوجه مع ضمانه النقص الحاصل بترك الزرع إذا حصل نقص وإن كان
الأحوط التصالح. (الشيرازي).

* بل هو الأوجه. (الفيروزآبادي).

(٥) بل الأوجه الثاني إن لم يكن إجماع على خلافه والأحوط لهما التصالح
والتراضي. (الإصفهاني).

يكن الترك بسبب عذر عام وإلا فيكشف عن بطلان المعاملة (١). ولو انعكس المطلب بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد فللعامل الفسخ ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته (٢) من منفعة الأرض أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين أو التفصيل بين صورة العذر وعدمه أو عدم الضمان حتى لو قلنا به في الفرض الأول بدعوى الفرق بينهما وجوه (٣).

* بل الأوجه هو الأول إن كانت الأرض في تلك المدة تحت يد العامل واستيلائه وأما مع كونها تحت استيلاء المالك أو هما فزمانه مطلقا محل إشكال. (البروجردي).

* والأحوط التصالح والتراضي إذا كانت الأرض في تلك المدة تحت يد العامل واستيلائه وإلا فزمانه مطلقا محل إشكال. (الخوانساري).

(١) بلا ضمان ولو بملاحظة أن العين المزبورة من جهة هذا العذر العام غير قابل للانتفاع بها فيده عليها ليست يدا على القابلية المزبورة كي يكون تلفها تحت يده موجبا لزمانه إياها. (آقا ضياء).

(٢) وهذا هو الأوجه وإن كان الأحوط التصالح. (الشيرازي).

(٣) أوجهها الأخير. (الإصفهاني، البروجردي، الخوانساري، الكليبايگاني).
* الأقوى بالقواعد هو الأخير لعدم تفويت المالك عليه ملكا فعليا بعد الجزم بأن الزارع لا يكون مالك المنفعة بل هو سلطان على الانتفاع بحصته من الحاصل على فرض الوجود. (آقا ضياء).

* أقربها الأخير. (الخوئي).

* الأحوط التخلص بالتصالح وإن كان الأخير أوجه. (الإمام الخميني).

* أقواهما الثاني. (الفيروزآبادي).

* والأحوط التصالح. (النائيني).

(مسألة): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب ولم يمكن الاسترداد منه، فإن كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخير بين الفسخ وعدمه (١)، وإن كان بعده لم يكن له الفسخ، وهل يضمن

(١) يمكن منع دعوى الخيار في المقام لإمكان دعوى انفساخ المعاملة من جهة عدم القدرة على الاستيفاء والانتفاع الذي هو محط العقد وليس المقام من قبيل ملك المنفعة فيجيب خياره من جهة فوت خصوصية المنفعة المملوكة وحينئذ قياس المقام بباب الإجارة منظور فيه جدا وعمدة النكتة الفارقة فيهما هو الذي أشرنا إليه في الحاشية السابقة من أن عقد الإجارة مملك للمنفعة بمنشئها من القابلية للعين الموجودة بعين وجودها فما دام كانت العين على قابليتها حين المنفعة الكذائية كان العقد صحيحا موجبا لضمان المسمى غاية الأمر تلف الخصوصية قبل القبض ولو بغصب الغاصب منشأ للخيار وأما في المقام ما هو طرف المعاملة ليس إلا نفس الانتفاع ونتيجة المعاملة ليست أيضا إلا مجرد تسلطه عليه بضمان المسمى من حصة الحاصل فمع انعدام الانتفاع المزبور لا يبقى مجال بقاء المعاملة على صحتها لعدم وجود ما يصلح السلطة عليه الذي هو نتيجة هذه المعاملة وحينئذ فإن كان انعدام الانتفاع المزبور بتقصير منه فيكون يده على العين بمالها من القابلية المزبورة يد ضمان لمنافعها الغير المستوفاة واقعا قبل الإجارة الموجب في هذا الفرض لضمان المسمى لعدم بطلان المعاملة بهذا المقدار وأما إن لم يكن بتقصير منه فإن لم يكن العين على يده بمالها من القابلية رأسا بأن غصبها غاصب فلا ضمان عليه أيضا وإنما الضمان على الغاصب لمالكها بالقيمة الواقعية وإن كانت العين على يده بأن كان المانع من الأعدار العامة المانعة عن الانتفاع بها رأسا فربما يكشف ذلك عرفا عن عدم قابليتها للانتفاع مع وجود الأعدار المزبورة في علم الله فلا يكون ضامنا للمنافع غير المستوفاة أيضا وأما إن لم يكشف عن قصور العين في القابلية وإنما تمام القصور في عدم قدرته على الانتفاع بها من جهة منع

الغاصب (١) تمام منفعة الأرض في تلك المدة للمالك فقط أو يضمن له بمقدار حصته من النصف أو الثلث من منفعة الأرض ويضمن له أيضا مقدار قيمة حصته من عمل العامل حيث فوته عليه ويضمن للعامل أيضا مقدار حصته من منفعة الأرض وجهان (٢)، ويحتمل (٣) ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بحسب

-
- ظالم عنه ففي الضمان حينئذ وجه بناء على المختار في ضمان المنافع غير المستوفاة ولو لقصور منه على وجه لا يكشف عن عدم قابلية العين للمنفعة بشهادة عدم بطلان عقد الإجارة في مثله والله العالم. (آقا ضياء).
- (١) أي مع فرض عدم الفسخ وإلا فلا اشكال في ضمانه للمالك. (الإمام الخميني).
- * الأقوى ضمان الغاصب للمالك بلا وجه لضمانه للعامل على المختار من بطلان المعاملة بنفس ترك العمل وبعبارة أخرى استحقاق العامل للحصة إنما هو في قبال عمله نظير باب الجعالة فبدون العمل لا يستحق شيئا فكيف يتصور حينئذ ضمان الغاصب للعامل، ولا نعي من بطلان المعاملة بترك العمل إلا هذا المعنى. (آقا ضياء).
- (٢) أو جههما الأول. (الإصفهاني، البروجردي).
- * أقربهما الأول. (الحوئي).
- * أو جههما الأول والأحوط التصالح. (الإمام الخميني).
- * والأول أوجه. (الكلبيگاني).
- * أقواهما ضمانه لهما جميعا بأجرة المثل والأحوط أن تقسم عليهما بالتصالح على ما يقتضيه التخمين. (النائيني).
- (٣) احتمالا قويا. (الفيروزآبادي).
- * وهو الأظهر. (الشيرازي).
- * هذا الاحتمال هو المتجه. (كاشف الغطاء).

التخمين.

(مسألة): إذا عين المالك نوعا من الزرع من حنطة أو شعير أو غيرهما تعين، ولم يحز للزارع التعدي عنه. ولو تعدى إلى غيره (١) ذهب بعضهم إلى أنه إن كان ما زرع أضر مما عينه المالك كان المالك مخيرا بين الفسخ وأخذ أجره المثل للأرض، والإمضاء وأخذ الحصة من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضر، وإن كان أقل ضررا لزم وأخذ الحصة منه. وقال بعضهم يتعين أخذ أجره المثل للأرض مطلقا لأن ما زرع غير ما وقع عليه العقد، فلا يجوز أخذ الحصة منه

(١) إن كان التعيين على وجه الشرطية فمع التعدي يتخير المالك بين الفسخ والإقرار ومع عدم الفسخ يأخذ حصته من الحاصل وإن كان على وجه القيدية كان له أجره مثل أرضه ولو صارت ناقصة بواسطة الزارع له أرش نقصها على الزارع. (الإمام الخميني).

* الصحيح أن يقال إنه إذا علم المالك به بعد بلوغ الحاصل فليس له إلا المطالبة بأجره مثل المنفعة الفائتة من الأرض وأما الحاصل فهو للعامل إن كان البذر له وإن كان للمالك فله المطالبة ببدله أيضا وعلى تقدير البذل كان الحاصل للعامل أيضا وليست له مطالبة المالك بأجره العمل مطلقا وإذا علم به قبل بلوغ الحاصل فله المطالبة ببدل المنفعة الفائتة وإلزام العامل بقلع الزرع أو إبقاؤه بالأجره أو مجانا إذا كان البذر له وأما إذا كان للمالك فله المطالبة ببدل المنفعة الفائتة وبدل البذر أيضا فإن دفع بدله كان حكمه حكم ما إذا كان البذر له من أول الأمر هذا كله إذا كان التعيين بعنوان التقييد وأما إذا كان بعنوان الاشتراط فإن تنازل المالك عن شرطه فهو وإلا فسخ العقد وجرى عليه حكم التقييد. (الخوئي).

* يقوى ضمان أجره المثل في جميع صور التعدي لكن الأحوط هو التصالح في الجميع. (النائيني).

مطلقا والأقوى أنه إن علم أن المقصود مطلق الزرع وأن الغرض من التعيين ملاحظة مصلحة الأرض (١) وترك ما يوجب ضررا فيها، يمكن أن يقال إن الأمر (٢) كما ذكر من التخيير بين الأمرين (٣) في صورة كون المزروع أضر (٤)، وتعين الشركة في صورة كونه أقل ضررا. لكن التحقيق مع ذلك خلافه (٥). وإن كان التعيين (٦) لغرض متعلق بالنوع

-
- (١) بحيث يكون المعين في الحقيقة هذا وكل ما يكون أقل ضررا منه وإلا فلا يبعد التخيير بين الفسخ وأخذ أجرة المثل أو الإمضاء وأخذ الحصة من دون أرش. (الكلبيكاني).
- (٢) الظاهر ابتناء هذا التفصيل على مقايضة المقام بباب الإجارة وتوهم أن القدر المشترك بين المنافع المتضادة كما يملك بالإجارة فكذا بالمزارعة أيضا وضعفه ظاهر فإن عقد المزارعة إنما يوجب تملك الانتفاع المحدود دون المنفعة ولو اتفق في عقد الإجارة أيضا كونه تملك للانتفاع كان أجنبيا عن تملك القدر المشترك المذكور. (النائني).
- (٣) بل المتعين في هذا الفرض استحقاق أخذ الحصة مع أرش النقص الحاصل من الأضر. (الإصفهاني).
- (٤) لكن الأقوى فيها أيضا هو الشركة في المزروع بلا أرش إن كان تعيين الزرع الخاص في الخارج عن العقد وكان متعلقه مطلق الزرع وكونه كمطلق التخلف في القسم الثاني إن كان في العقد وكان قبالا للأضر لا مطلقا فيجري فيها ما ذكر هناك من التفصيل. (البروجردي).
- (٥) بعد كون التعيين من باب تعدد المطلوب لا وجه للمصير إلى خلافه بل ما أفيد حينئذ في غاية المتانة. (آقا ضياء).
- (٦) عطف (قدس سره) الجملة الشرطية على قوله وأن الغرض من التعيين إلى آخره. (الفيروزآبادي).

الخاص لا لأجل (١) قلة الضرر وكثرته، فإما أن يكون (٢) التعيين على وجه التقييد والعنوانية، أو يكون على وجه تعدد المطلوب والشرطية، فعلى الأول (٣) إذا خالف ما عينه بالنسبة إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلاً حتى انقضت المدة فيجري فيه الوجوه الستة المتقدمة (٤) في تلك المسألة. وأما بالنسبة إلى الزرع الموجود، فإن كان البذر من المالك فهو

(١) وإن كان لأجلها فالأمر كما قواه قبله وإن قال التحقيق مع ذلك خلافه وجعل التقسيم ناقصاً في البيان. (الفيروزآبادي).

(٢) لو كان متعلق عقد المزارعة هو القدر المشترك بين أنواع المزروعات وتعيين بعضها شرطاً في ضمنه يندرج حينئذ في ضابط الشرط في ضمن العقد ويلحقه حكمه وإلا فلا يختلف ما ينشأ بالعقد باختلاف الأغراض ويكون ما وقع العقد عليه عنواناً لما يستحقه العامل على كل تقدير. (النائيني).

(٣) بعد أن تبين ضابط العنوانية والشرطية فتحرير المسألة هو أنه على تقدير الشرطية وتخلف العامل عن التزامه يتخير المالك بين إمضاء العقد أو فسخه فإن أمضاه وأسقط شرطه يلزمهما العمل بمقتضى العقد على كل من تقديري كون البذر للمالك أو العامل ولو فسخه بخياره كان العقد كأن لم يكن وكذا على تقدير العنوانية أيضاً فإن كان البذر للمالك كان الزرع له ولا يستحق العامل أجره عمله لا في صورة الفسخ ولا العنوانية وفي ضمانه لما فات المالك من منفعة الأرض وجهان ولو كان البذر للعامل كان الزرع له ويضمن أجره الأرض للمالك وله إلزامه بقلع زرعه أو الإذن في إبقائه مجاناً أو بالأجرة. (النائيني).

(٤) قد عرفت أن المختار استحقاق المالك أجره مثل تمام منافع الأرض. (آقا ضياء).

* قد مر في تلك المسألة ما هو الأوجه منها فكذا في هذه المسألة بل هنا أولى. (الإصفهاني).

له ويستحق (١) العامل أجره عمله على إشكال في صورة علمه (٢) بالتعيين وتعتمده الخلاف (٣) لإقدامه حينئذ على هتك حرمة عمله، وإن كان البذر للعامل كان الزرع له ويستحق المالك عليه أجره الأرض (٤) مضافا إلى ما استحقه (٥) من بعض الوجوه المتقدمة، ولا يضر استلزامه (٦) الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على ما بينا (٧) في محله، لأنه من جهتين (٨) وقد ذكرنا نظير ذلك في الإجارة (٩). أيضا

-
- (١) بل لا يستحق. (الشيرازي).
(٢) بل مطلقا حتى في صورة جهله. (الإصفهاني، الخوانساري).
* بل وفي صورة جهله أيضا نعم لا يبعد استحقاقه لها على ما عمله قبل التخلف من الأعمال المشتركة. (البروجردي).
* وكذا في صورة جهله لأن جهل العامل بعدم جواز ذلك التصرف لا يوجب استحقاق الأجرة للعمل الغير المأذون من المالك ولا فرق فيما أتى به من الأعمال بين أن يكون مشتركا بين المأتمني به وما أعرض عنه أو يكون مختصا بأحدهما لأن المجموع عمل غير مأذون فيه وأما المالك فليس له زائدا على الزرع الموجود إلا التفاوت بين المستوفاة وما فات منه من منفعة الأرض ولا يجري فيه الوجوه الستة المتقدمة. (الكلبایگانی).
(٣) بل في صورة عدم التعمد والجهل أيضا محل إشكال بل منع. (الإمام الخميني).
(٤) بل يستحق أكثر الأمرين. (الشيرازي).
(٥) لو قلنا به. (الإصفهاني).
(٦) إلا سخافة الرأي. (الفيروزآبادي).
(٧) وتقدم ضعفه وكونه أشبه بالخطابة. (النائيني).
(٨) الأقوى أنه لا يضمن من العين أزيد من واحدة من منافعها المتضادة وإن كان مع تعدد الجهة بل وتحقق جهة الضمان بالنسبة إلى الأزيد غير ممكن في

وعلى الثاني يكون المالك مخيرا بين أن يفسخ المعاملة لتخلف شرطه
فيأخذ أجره المثل للأرض (١) وحال الزرع الموجود حينئذ ما ذكرنا
من كونه لمن له البذر، وبين أن لا يفسخ ويأخذ حصته من الزرع
الموجود بإسقاط حق شرطه وبين أن لا يفسخ (٢) ولكن لا يسقط حق
شرطه أيضا بل يغرم العامل (٣) على بعض الوجوه الستة المتقدمة (٤)

غير باب المعاوضات نعم مع اختلافها بحسب الأجرة فالظاهر ضمان أكثرها
أجرة. (البروجردى).

* قد مر في الإجارة أن المضمون من عين واحدة في زمان واحد لا يكون
أكثر من منفعة واحدة نعم مع الاختلاف هو الأكثر قيمة. (الكلبيكاني).
(٩) وقد أوضحنا فساده. (الفيروزآبادي).

* وقد مر الإشكال عليه فيها وأن عليه أكثر الأمرين من أجرة المسماة وأجرة المثل وفي
المقام أيضا لا يستحق المالك غير أجرة المثل لأرضه وأرش نقصها
لو حصل بالزرع ولا يلاحظ في أجرة المثل. (الإمام الخميني).

(١) بالنسبة إلى الزمان المتقدم على الفسخ إن قلنا برجوع الفسخ إلى المعاملة من
أول الأمر وأما بالنسبة إلى ما بعده فله القلع ولهما التراضي بالبقاء مع الأجرة
إن كان البذر من العامل. (البروجردى).

* إذا كان البذر من العامل واختار الفسخ فعليه أجرة المثل للأرض بالنسبة
إلى الزمان المتقدم وبعد الفسخ فللمالك أن يأمر بالقلع ولهما التراضي بالبقاء
وعلى ما تراضيا. (الكلبيكاني).

(٢) الأقوى أنه مخير بين الوجهين الأولين. (الشيرازي).

(٣) قد مر أن الأوجه عدم الغرامة. (الإصفهاني).

* لا وجه للغرامة في المقام حتى بالنسبة إلى ما به التفاوت مع فرض عدم
الفسخ وكون الحاصل مشتركا بينهما. (الكلبيكاني).

(٤) مر ما هو الأقوى بينها فهاهنا أيضا ليس له إلا التخيير بين الفسخ والإبقاء

ويكون حال الزرع الموجود كما مر من كونه لمالك البذر (١).
(مسألة): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلا لكن أمكن تحصيله
بعلاج من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك، فإن كان الزارع عالما بالحال
صح ولزم، وإن كان جاهلا كان له خيار الفسخ (٢) وكذا لو كان الماء
مستوليا عليها وأمکن قطعه عنها. وأما لو لم يمكن التحصيل في الصورة
الأولى أو القطع في الثانية كان باطلا، سواء كان الزارع عالما أو جاهلا،
وكذا لو انقطع في الأثناء ولم يمكن تحصيله أو استولى عليها ولم يمكن
قطعه. وربما يقال بالصحة مع علمه بالحال، ولا وجه له وإن أمكن
الانتفاع بها بغير الزرع، لاختصاص المزارعة بالانتفاع بالزرع نعم لو
استأجر أرضا للزراعة (٣) مع علمه بعدم الماء وعدم إمكان تحصيله
أمكن الصحة، لعدم اختصاص الإجارة بالانتفاع بالزرع، إلا أن يكون

فيأخذ حصته من غير غرامة زائدة ومع عدم الفسخ تكون الزراعة بينهما
لا لمالك الزرع كما في المتن. (الإمام الخميني).

(١) بل يكون بينهما بمقتضى العقد المفروض عدم فسخه وعدم تقييد متعلقه بمفاد
الشرط وأما تغريم العامل فإن صح فإنما يصح على ما به التفاوت بين الزرعين
لا على ترك الزرع الخاص كما هو ظاهر العبارة لكنه محل إشكال مطلقا.
(البروجردى).

* مع فرض عدم الفسخ فالحصبة مشتركة بينهما لا محالة. (الكلبياني).
(٢) لتخلف الوصف فيما إذا كان العقد مبنيا على أن لها الماء فعلا كما هو الغالب.
(الكلبياني).

* إذا كان تحصيل الماء ضررا عليه. (الشيرازي).
(٣) أي بداعي الزراعة. (الفيروزآبادي).

على وجه التقييد فيكون باطلا أيضا.
(مسألة): لا فرق في صحة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما، ولا بد من تعيين ذلك، إلا أن يكون هناك معتاد ينصرف إليه الإطلاق. وكذا لا فرق بين أن تكون الأرض مختصة بالزارع، أو مشتركة (١) بينه وبين العامل. وكذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل، فيجوز كونه عليهما (٢) وكذا الحال في سائر المصارف وبالجملة هنا أمور أربعة: الأرض (٣) والبذر والعمل والعوامل، فيصح أن يكون من أحدهما أحد هذه، ومن الآخر البقية (٤) ويجوز أن

(١) المزارعة بين العامل وشريكه في الأرض بالنسبة إلى حصة الشريك لا إشكال فيه وأما بالنسبة إلى حصة نفسه فلا تصح إلا إذا كان البذر من الشريك. (الكلبيايگاني).

* الظاهر أنه يعتبر في المزارعة كون الأرض من أحدهما والعمل من الآخر. (الشيرازي).

(٢) وحينئذ تصح المزارعة بالنسبة إلى مقدار عمل العامل فقط نعم لو كان البذر أو البقر أو هما معا من العامل فتصح المزارعة في الكل. (الكلبيايگاني).

(٣) الظاهر أن يكون الأرض والعمل ركني هذه المعاملة والبقية تابعة للاشتراط أو التعارف. (النائيني).

(٤) الظاهر أنه يعتبر في حقيقة المزارعة كون الأرض من أحدهما والعمل من الآخر وأما البذر والعوامل فبحسب ما شرطا. (الإصفهاني).

* يعتبر في المزارعة كون الأرض من أحدهما والعمل من الآخر وأما البذر والعوامل فبحسب ما شرط. (الخوانساري).

* هذه التوسعة لا تلائم ما يظهر منه في مواضع من أن حقيقة المزارعة تمليك مالك الأرض حصة من منفعتها من الزارع بحصة من عمله وكذا ما في المسألة

يكون من كل منهما اثنان منها، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها ومن الآخر البقية، كما يجوز الاشتراك في الكل، فهي على حسب ما يشترطان، ولا يلزم على من عليه البذر دفع عينه، فيجوز له دفع قيمته، وكذا بالنسبة إلى العوامل كما لا يلزم مباشرة العامل بنفسه، فيجوز له أخذ الأجير على العمل إلا مع الشرط.

(مسألة): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين (١) بأن تكون الأرض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع، بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك، كأن يكون بعض البذر من واحد وبعضه الآخر من آخر، وهكذا بالنسبة إلى العمل والعوامل، لصدق المزارعة وشمول الإطلاقات، بل يكفي العمومات (٢) العامة، فلا وجه لما

التالية. (البروجردى).

(١) بل الأقوى عدم جوازه نعم لو اشترط البذر والعوامل على العامل فلا يبعد جواز تشريكه من يبذل كلا منهما في حصته من الحاصل. (النائيني).

* فيه إشكال. (الشيرازي).

* هذا وإن لا يخلو من قرب لكن لا ينبغي ترك الاحتياط بإيقاعها بين الاثنين بل لا يترك حتى الإمكان. (الإمام الخميني).

* محل إشكال. (الخوانساري).

* هذا وإن كان غير بعيد على ما قويناه من كون المزارعة من سنخ المشاركات لكن إثباته بالدليل مع ذلك لا يخلو من إشكال إذ المتيقن منها ما يكون بين الاثنين. (البروجردى).

(٢) لكن لا تجري الأحكام الخاصة. (الفيروزآبادي).

* تقدم أن العمومات لا تشمل مثل هذه المعاملات والدليل الخاص غير

في المسالك (١) من تقوية عدم الصحة بدعوى: أنها على خلاف الأصل فتتوقف على التوقيف من الشارع ولم يثبت عنه ذلك، ودعوى: أن العقد لا بد أن يكون بين طرفين موجب وقابل - فلا يجوز تركبه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركانها له - مدفوعة بالمنع، فإنه أول الدعوى. (مسألة): يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته (٢) أو يزارعه في حصته، من غير فرق بين أن يكون البذر منه أو من المالك، ولا يشترط فيه إذنه. نعم لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلا بإذنه (٣) وإلا كان ضامنا، كما هو كذلك في الإجارة أيضا. والظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير (٤) - بحيث يكون كأنه هو الطرف

موجود ومن هنا فالأقوى عدم جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين. (الخوئي).

- (١) ما قواه في المسالك هو الأقوى للشك في صدق المزارعة على غير ما يكون * إن أريد به نقل بعض حصته إلى غيره فهو محل منع قبل ظهور الحاصل وإن أريد به اشتراك غيره في مزارعته فهو عين قوله أو يزارعه في حصته. (الخوئي).
- (٣) الكلام فيه كما مر في الإجارة. (الخوئي).
- (٤) فيه وفي نقل حصته قبل ظهور الحاصل إشكال وكون عقد المزارعة من العقود اللازمة لا يقتضي جواز ذلك. (الإصفهاني).
- * ليس هذا من المزارعة ولا يجوز عقد المزارعة كذلك ولا معنى لنقل مزارعته إلى الغير نعم يجوز نقل حصته إلى الغير وشرط القيام بأمر المزارعة عليه لكن الناقل طرف للمالك وعليه القيام ولو تسببا بأمر الزراعة كما فعل. (الإمام الخميني).

للمالك - بصلح ونحوه، بعوض - ولو من خارج - أو بلا عوض، كما يجوز نقل حصته (١) إلى الغير، سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل، أو بعده (٢) كل ذلك، لأن عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض (٣) نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل، فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة. ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط

* محل تأمل وإشكال. (الخوانساري).

* بل الظاهر عدم جوازه. (البروجردى).

* لكن بأن يكون المزارع الثاني متلقياً من الأول لا من المالك نظير المستأجر من المستأجر وأما نقل المزارعة بنحو يكون الثاني مزارعاً للمالك بلا واسطة فلا يصح إلا بفسخ الأولى ومزارعة جديدة. (الكلبيايگاني).

(١) في صورة النقل إلى الغير بعد ظهور الحاصل لا يصير المنقول إليه طرفاً للمزارعة بل الناقل هو العامل للمالك وعليه القيام بأعمال المزارعة ولو بالتسبيب. (الخوانساري).

* فيه منع إذا كان النقل قبل ظهور الحاصل. (الخوئي).

* نعم ولكن لا يصير الغير بهذا النقل زارعاً له ولا لصاحب الأرض بل الناقل هو العامل للمالك وعليه القيام بأعمال الزراعة ولو بالتسبيب. (البروجردى).

(٢) في نقل الحصة قبل ظهور الحاصل تأمل وإشكال. (الكلبيايگاني).

(٣) ليس مقتضى المزارعة نقل المنفعة إلى العامل بل مقتضاها ثبوت حق الانتفاع بالزرع من الأرض. (الإمام الخميني).

* هذا على مختاره (قدس سره) ويأتي ما هو المختار في المسألة الخامسة عشر. (الكلبيايگاني).

* بل السلطنة على الانتفاع منه بشهادة صحة المضاربة مع المستعير كما اعترف به سابقاً. (آقا ضياء).

عليه مباشرة العمل بنفسه أو لا (١) إذ لا منافاة بين صحة المذكورات وبين مباشرته للعمل، إذ لا يلزم في صحة المزارعة مباشرة العمل، فيصح أن يشارك أو يزارع غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير. (مسألة): إذا تبين بطلان العقد، فإما أن يكون قبل الشروع في العمل أو بعده، وقبل الزرع - بمعنى نثر الحب في الأرض - أو بعده، وقبل حصول الحاصل أو بعده. فإن كان قبل الشروع فلا بحث ولا إشكال. وإن كان بعده وقبل الزرع - بمعنى الإتيان بالمقدمات من حفر النهر وكري الأرض وشراء الآلات ونحو ذلك - فكذلك (٢). نعم لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعمول - من جهة كريبها أو حفر النهر لها أو إزالة الموانع عنها - كان للعامل قيمة ذلك الوصف (٣)، وإن لم يكن كذلك

-
- (١) في صورة اشتراط المباشرة يشكل أن يشارك أو يزارع غيره. (الخوانساري).
* صحة مزارعة الغير مع هذا الشرط في غاية الإشكال. (البروجردى).
(٢) يشكل ذلك بل لا يبعد استحقاقه أجره مثل عمله باعتبار أنه أتى به بأمر صاحب الأرض ولا فرق فيه بين حصول وصف في الأرض وعدم حصوله. (الخوئي).
* إن لم يكن العمل بأمر المالك ولو بعنوان المطالبة لحقه بتوهم صحة العقد وإلا فله أجره المثل لعمله. (الكلبيانگاني).
(٣) إن كان البطلان مستندا إلى جعل جميع الحاصل لصاحب الأرض فالأقوى عدم استحقاق العامل قيمة ذلك الوصف وكذا لا يستحق أجره العمل والعوامل في صورة تبين البطلان بعد الزرع وبعد حصول الحاصل إلا إذا اشترط عليه الأجره لعمله وعوامله فيستحق أجره المثل وإن كان مستندا إلى جعل جميع الزرع للزارع لا يستحق المالك أجره أرضه على العامل إلا مع الشرط وكذا الحال في سائر الصور فإن كان البطلان مستندا إلى جعل جميع الحاصل لصاحب البذر لا يستحق العامل ولا صاحب الأرض ولا صاحب العوامل شيئا

وكان العمل لغوا فلا شيء له، كما أن الآلات لمن أعطى ثمنها. وإن كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر، فإن كان للمالك كان الزرع له وعليه للعامل أجره عمله (١) وعوامله، وإن كان للعامل كان له وعليه أجره الأرض للمالك (٢)، وإن كان منهما كان لهما على النسبة نصفاً أو ثلثاً ولكل منهما على الآخر (٣) أجره مثل ما يخصه من تلك النسبة، وإن كان من ثالث فالزرع له وعليه للمالك أجره الأرض (٤) وللعامل أجره عمله وعوامله (٥) ولا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل إن كان التبين قبله، بل له أن يأمر بقلعه (٦) وله أن يبقى بالأجرة إذا رضي

- عليه إلا مع الاشتراط فيكون لهم أجره المثل عليه. (الإمام الخميني).
* محل تأمل وإشكال. (الخوانساري).
* إن كان العمل بأمر المالك ولو بنحو ما مر وإلا فلا وجه لضمان قيمة الوصف كما مر في أصل عمله. (الكلبيكاني).
(١) محل إشكال كما مر. (الخوانساري).
* إن كان العمل بأمر المالك وإلا فلا وجه لضمان الأجرة كما مر. (الكلبيكاني).
(٢) بالنسبة إلى ما مضى من الزمان وأما بالنسبة إلى ما سيأتي فموقوف على رضاء المالك. (الخوانساري).
(٣) هذا بالنسبة إلى العامل محل إشكال كما مر. (الخوانساري).
(٤) إن كانت الأرض تحت يده أو كان الزرع بأمره وإلا فلا شيء عليه بالنسبة إلى ما مضى نعم بعد التبين لمالك الأرض إلزامه بالقلع ولهما التراضي بالبقاء. (الكلبيكاني).
(٥) محل إشكال. (الخوانساري).
* قد مر أنها تابعة للأمر كما في نظير المسألة. (الكلبيكاني).
(٦) مع جبران الضرر بإعطاء الأرش. (الفيروزآبادي).

صاحبه، وإلا فليس له إلزامه بدفع الأجرة هذا كله مع الجهل بالبطلان. وأما مع العلم فليس للعالم منهما (١) الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله، لأنه هو الهاتك لحرمة ماله (٢) أو عمله، فكأنه متبرع به (٣) وإن كان الآخر أيضا عالما بالبطلان. ولو كان العامل بعدما تسلم (٤) الأرض تركها في يده بلا زرع فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعاملة، لفوات منفعتها تحت يده، إلا في صورة علم

(١) إذا كان إعطاء الأرض بيد الزراع بعنوان الوفاء بالمعاملة لا توجب ذلك هتك ماله ولو في العقود الفاسدة كما مر مرارا. (آقا ضياء).

* بل له الرجوع. (الشيرازي).

* قد مر أن العلم والجهل غير دخيلين في ذلك وعدم وجاهة ما علله به وكذا الحال في الفرع التالي. (الإمام الخميني).

(٢) قد مر في الإجارة منع كون التسليم بعنوان الوفاء في العقود الفاسدة هتكا لحرمة المال وموجبا لسقوط الضمان ولو مع العلم نعم في مثل البيع بلا ثمن يمكن الالتزام به وإن كنا قويننا خلافه أيضا سابقا. (الكلبيكاني).

* الظاهر أن العلم بالبطلان غير مستلزم لذلك. (الخوانساري).

* إقدامه مع علمه بالبطلان ليس بهتك لحرمة ماله بل رجوع إلى أجرة المثل الذي هو الميزان العام في مثل المقام وإنما المسقط للجميع أن يقول ازرع ومع البطلان لا شيء عليك. (كاشف الغطاء).

* قد مر مرارا أن العلم بالبطلان شرعا غير مستلزم لذلك. (البروجردي).

(٣) مر أن العلم بالبطلان لا يستلزم التبرع بالعمل وبه يظهر الحال فيما بعده. (الخوئي).

* تقدم ضعف هذه الدعوى بإطلاقها في كتاب المضاربة. (النائيني).

(٤) بأن تثبت يده عليها. (الخوانساري).

المالك بالبطلان، لما مر (١).
(مسألة): الظاهر (٢) من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة
الأرض (٣) بمقدار الحصة المقررة له، وملكية المالك للعمل على العامل

- (١) تقدم أن العلم ببطلان المعاملة بمعزل عن كونه رافعا لما تقتضيه اليد العادية من ضمان العين أو المنفعة. (النائبي).
- (٢) بل الظاهر كما أشرنا في أول الباب أنه قد يكون مقتضاها كإجارة الأملاك ملكية العامل لمنفعة الأرض بعوض الحصة المقررة من دون أن يملك صاحب الأرض عليه العمل وقد يكون ملكية المالك للعمل بإزاء الحصة من دون أن يكون العامل مالكا للمنفعة نظير إجارة الأشخاص للأعمال هذا بالنسبة إلى منفعة الأرض وعمل العامل وأما بالنسبة إلى الحصة المجعولة عوضا للمنفعة أو العمل فهو تابع للجعل والقرار الواقع بينهما فتارة يجعل حصة من الزرع من حين طلوعه وظهوره فيشتركان فيه قصيلا وتبنا وحباً وأخرى حصة من الثمرة حين انعقادها وثالثة حصة منها حين بلوغها وإدراكها وزمان حصاده ولا يخفى الثمرات المترتبة على هذه الوجوه ولا بد من التعيين لو لم يكن تعارف يوجب الانصراف إلى أحدها. (الإصفهاني).
- (٣) بل لنماء الأرض تبعا لسلطنته على الانتفاع منها. (آقا ضياء).
- * بل الظاهر أنه لا يملك كل من المالك والعامل على الآخر شيئا غير إلزامه بما التزم به من تسليمه الأرض أو العمل وغير ذلك ومع ذلك فالظاهر أنهما يشتركان من حين خروج الزرع إلا أن يشترطا خلاف ذلك. (الخوئي).
- * بل مقتضاها استحقاق كل منهما على الآخر بذل ما جعله عليه وملكية العامل الانتفاع بالأرض زراعة وملكية المالك الانتفاع بعمل العامل كذلك. (الإمام الخميني).
- * هذا على ما قلنا من أنها بمنزلة إجارتين لكن لا يبعد أن تكون حقيقة

بمقدار حصته، واشتراك البذر بينهما على النسبة سواء كان منهما، أو من أحدهما، أو من ثالث، فإذا خرج الزرع صار مشتركا بينهما على النسبة، لا أن (١) يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل فيصير الحاصل مشتركا من ذلك الحين كما ربما يستفاد من بعض الكلمات، أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل وإدراكه فيصير مشتركا في ذلك الوقت كما يستفاد من بعض آخر. نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين (٢) مع التصريح والاشتراط به من حين العقد ويترتب على هذه الوجوه ثمرات، منها: كون التبن (٣) أيضا مشتركا بينهما على النسبة على الأول دون الأخيرين فإنه لصاحب البذر. ومنها: في مسألة الزكاة (٤). ومنها: في مسألة الانفساخ أو الفسخ في الأثناء قبل

-
- المزارعة تعهدا والتزاما من المزارعين بإتمام عمل المزارعة بنحو قرر بينهما وعلى ذلك لا تملك في البين بل يستحق كل على الآخر العمل بما التزم به حتى يحصل الزرع ويصير سهم منه لغير صاحب البذر. (الكلبيايگاني).
- * بل مقتضاها استحقاق كل منهما على الآخر بذل ما جعل عليه من حوائج الزراعة وإن لم يكن مالكا لعينه ولا منفعتة. (البروجردي).
- (١) الظاهر أنه تابع للتعارف وأنه يختلف بحسب الأزمنة والأمكنة. (الشيرازي).
- (٢) محصله أن مقتضى إطلاق عقد المزارعة هو الوجه الأول ويتوقف كل من الوجهين الأخيرين على اشتراطه صريحا في ضمن العقد. (النائيني).
- * محل إشكال. (الخوانساري).
- * لا يبعد أن تكون المزارعة أحد هذين دون غيره. (الكلبيايگاني).
- * صحة إيقاعه كذلك محل إشكال. (البروجردي).
- (٣) الظاهر أن التبن من الحاصل ومشارك بينهما مطلقا. (الكلبيايگاني).
- (٤) فيه نظر كما يظهر مما ذكرنا. (آقا ضياء).

ظهور الحاصل (١). ومنها: في مسألة مشاركة الزارع مع غيره ومزارعته معه (٢). ومنها: في مسألة ترك الزرع إلى أن انقضت المدة إلى غير ذلك. (مسألة): إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه، كما إذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصيله، أو استولى عليه ولم يمكن قطعه، أو حصل مانع آخر عام، فالظاهر (٣) لحق حكم تبين البطلان من الأول - على ما مر - لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع. فالصحة كانت ظاهرة فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر. ويحتمل بعيدا (٤) كون الانفساخ من حينه، فيلحقه حكم الفسخ في الأثناء على ما يأتي، فيكون مشتركا بينهما (٥) على النسبة. (مسألة): إذا كان العقد واجدا لجميع الشرائط وحصل الفسخ في الأثناء، إما بالتقاييل أو بخيار الشرط لأحدهما أو بخيار الاشتراط

-
- (١) لا ثمره فيها على ما سيتبين وجهه في كتاب المساقاة. (الخوئي).
(٢) مشاركة الزارع ومزارعته مع غيره مطلقا جائزة ومعناها عين معنى المزارعة. (الكلبيايگانی).
(٣) لا يبعد التفصيل بين الانفساخ في زمان لم يحصل زرع مشترك ولو مثل القصيل أو التبن فيحكم بالبطلان من الأول وبين ما إذا حصل ذلك فيحكم بالانفساخ من حينه فيكون ما حصل مشتركا بينهما. (الإمام الخميني).
* بل الظاهر الانفساخ من حين. (الفيروزآبادي).
(٤) والثاني أظهر عرفا. (آقا ضياء).
* بل لا يخلو من قوة. (الشيرازي).
* لا بعد فيه بل الظاهر كون الانفساخ من حينه. (الخوانساري).
(٥) سيأتي في المسألة الآتية أن الأمر ليس كذلك. (الخوئي).

- بسبب تخلف ما شرط على أحدهما - فعلى ما ذكرنا من مقتضى وضع المزارعة - وهو الوجه الأول من الوجوه المتقدمة (١) - فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبة (٢) وليس لصاحب الأرض على العامل (٣) أجره أرضه ولا للعامل أجره عمله بالنسبة إلى ما مضى، لأن المفروض صحة المعاملة وبقاؤها إلى حين الفسخ. وأما بالنسبة إلى الآتي فلهما التراضي على البقاء إلى البلوغ بلا أجره أو معها، ولهما التراضي على القطع قصيلاً، وليس للزرع الإبقاء إلى البلوغ بدون رضا

(١) في المسألة المتلوة السابقة على هذه المسألة. (الفيروزآبادي).

(٢) بل على ما ذكره ورجحه في المسألة التاسعة من أن مقتضى وضع المزارعة الفسخ ولو من حينه يوجب رجوع تمام البذر إلى مالكة ومنافع الأرض إلى صاحب الأرض والعمل إلى العامل ولزوم أجره الأرض والعمل على صاحب البذر إن كان غيره وكون تمام الحاصل له إن شاء يقلعه وإن شاء يقيه مع رضا المالك وأما على ما ذكرنا فالبذر قبل الفسخ لمالكة فضلاً عما بعد الفسخ ولا تجب عليه أجره الأرض بالنسبة إلى ما قبل الفسخ إلا إذا كانت تحت يده ولا أجره العمل إلا إذا كان بأمره كما مر. (الكلبيگاني).

* كيف يكون كذلك والفسخ يوجب ارتفاع العقد وفرضه كأن لم يكن وتأثير الفسخ وإن كان من حينه إلا أنه يوجب رجوع كل من العوضين أو ما بحكمهما إلى من انتقل عنه وعليه فيرجع الزرع إلى مالك البذر فإن كان هو العامل لزم عليه للمالك أجره مثل المنفعة الفائتة من الأرض ومع ذلك كان المالك مخيراً بين إبقاء الزرع مجاناً أو بالأجره وإلزام العامل بقلعه وإن كان هو المالك استحق العامل عليه أجره المثل. (الخوئي).

(٣) قد تقدم في المسألة التاسعة منه (قدس سره) ما يخالف ذلك ولكن الأقوى ما ذكره هنا

كما نبهنا عليه هناك. (البروجردي).

المالك ولو بدفع أجرة الأرض، ولا مطالبة الأرش (١) إذا أمره المالك بالقلع، وللمالك مطالبة القسمة وإبقاء حصته في أرضه إلى حين البلوغ وأمر الزارع بقطع حصته قصيلا: هذا، وأما على الوجهين الآخرين فالزرع الموجود لصاحب البذر (٢) والظاهر عدم ثبوت شئ عليه من أجرة الأرض أو العمل (٣)، لأن المفروض صحة المعاملة إلى هذا الحين. وإن لم يحصل للمالك أو العامل شئ من الحاصل فهو كما لو بقي الزرع إلى الآخر ولم يحصل حاصل من جهة آفة سماوية أو أرضية. ويحتمل (٤) ثبوت الأجرة عليه إذا كان هو الفاسخ. فذلكتة: قد تبين مما ذكرنا في طي المسائل المذكورة أن ها هنا صوراً:

- (١) فيه نظر لأن الزارع مالك للزرع بهذه الخصوصية بوجه صحيح فإتلافها بلا أرش ضرر عليه فلا بد وأن يجبر خصوصاً مع كون الفاسخ هو المالك لأن رجوع العين إليه مشغولاً بالزرع أيضاً من قبيل رجوعه إليه معيوباً موجبا لا اعتبار ضمانه على من بيده التلف فيستحق المالك أيضاً أجرة أرضه إلى زمان حصاده كما أن له قلعه بعد فسخه مع التزامه بأرشه لعموم سلطنته على تخليص ماله كما لا يخفى. (آقا ضياء).
- * فيه نظر. (الفيروزآبادي).
- (٢) إذا حصل الفسخ قبل ظهور الحاصل على أول الوجهين. (الإمام الخميني).
- (٣) فيه نظر. (الفيروزآبادي).
- * إلا إذا كانت الأرض تحت يده أو كان العمل بأمره كما مر وصحة المعاملة لا تنافي الضمان بعد الفسخ. (الكلبيگاني).
- (٤) هذا الاحتمال بعيد. (الكلبيگاني).

الأولى: وقوع العقد صحيحا جامعا للشرائط، والعمل على طبقه إلى الآخر، حصل الحاصل أو لم يحصل لآفة سماوية أو أرضية.
الثانية: وقوعه صحيحا مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدة، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلا.
الثالثة (١): تركه العمل في الأثناء بعد أن زرع، اختيارا أو لعذر خاص به.
الرابعة: تبين البطلان من الأول.
الخامسة: حصول الانفساخ في الأثناء، لقطع الماء أو نحوه من الأعدار العامة.
السادسة: حصول الفسخ بالتقاييل أو بالخيار في الأثناء، وقد ظهر حكم الجميع (٢) في طي المسائل المذكورة كما لا يخفى.

(١) هذه الصورة لم تسبق منه على الظاهر وإن ظهر حكمها من سائر المسائل.
(الإمام الخميني).

* هذه الصورة لم تذكر في المسائل السابقة أصلا لا صريحا ولا إشارة أما المتقدمة في المسألة السابعة فهي ما إذا ترك الزرع أصلا لا من زرع وترك في الأثناء واختلافهما موضوعا واضحا نعم يمكن أن يتحدا في الحكم وتجري فيها الأقوال أو الاحتمالات الستة ويزيد احتمال أن على المالك أو له أن يستأجر لإتمام العمل شخصا فيدفع له الأجرة من حصة العامل وهو متجه جدا. (كاشف الغطاء).

(٢) إلا الصورة الثالثة وهي بمنزلة ترك الزراعة في جميع الأحكام إلا أنه إذا كان البذر لغير العامل وكان ترك العمل موجبا لتلفه فهو ضامن له وأما إذا ترك العمل بعد حصول الحاصل من قصيل وغيره وكان ترك العمل موجبا لتلفه فعلى القول بالاشتراك يكون ضامنا لحصة الشريك وإن كان البذر له أيضا. (الكلبيكاني).
* لم يظهر حكم الصورة الثالثة مما تقدم وإن كان حكمها حكم الصورة الثانية.

(مسألة): إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة فمالكها مخير بين الإجازة (١) - فتكون الحصة له، سواء كان بعد المدة أو قبلها، في الأثناء أو قبل الشروع بالزراع بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل (٢) للإجازة - وبين الرد، وحينئذ فإن كان قبل الشروع في الزرع فلا إشكال، وإن كان بعد التمام فله أجره المثل لذلك الزرع وهو لصاحب البذر. وكذا إذا كان في الأثناء ويكون بالنسبة إلى بقية المدة الأمر بيده، فإما يأمر بالإزالة (٣) وإما يرضى بأخذ الأجرة

(الخوئي).

- * لم يظهر حكم الصورة الثالثة في المسائل السابقة. (البروجردى).
- (١) الظاهر أن هذا العقد بقيوده غير صالح للإجازة خصوصاً بعد المدة بل وبعد ظهور الزرع أيضاً. (البروجردى).
- * إن كان البذر من العامل. (الشيرازي).
- * هذا على ما اختاره من أن حقيقة المزارعة تمليك منفعة الأرض بقدر الحصة وأما على ما اخترناه من أنها تعهد من صاحب الأرض بتسليمها للزراعة فإن قصد الغاصب التعهد من المالك فيمكن تصحيحه بالإجازة وأما إذا تعهد من قبل نفسه تسليم أرض الغير فلا مورد للإجازة ولا معنى للإجازة تعهد الغير ولا يجري فيه الفصولي. (الكلبيگاني).
- (٢) كأن يجعل الغاصب البذر والنفقة على عهده فإجازة صاحب الأرض لا تصح ذلك نعم يمكن أن يكون الغاصب أيضاً طرفاً للمزارعة بناء على جواز كون البذر لثالث لكن هذا غير المنشأ. (الكلبيگاني).
- (٣) بلا أرش هنا وهكذا في الفرض الآتي من جهة عدم استحقاق الزارع خصوصية قيام زرعه كي به يستحق أرش قلعه. (آقا ضياء).

بشرط رضا صاحب البذر. ثم المغرور من المزارع والزراع يرجع فيما خسر على غاره، ومع عدم الغرور فلا رجوع وإذا تبين كون البذر مغصوبا (١) فالزرع لصاحبه (٢) وليس عليه أجره الأرض ولا أجره العمل (٣) نعم إذا كان التبين في الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزالة، هذا إذا لم يكن محل للإجازة (٤) - كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلي لا المشخص في الخارج أو نحو ذلك - أو كان ولم يجز، وإن كان له محل وأجاز يكون هو الطرف للمزارعة (٥) ويأخذ الحصة (٦) التي

* ويضمن الغاصب الخسارة الواردة على المغصوب منه. (الإمام الخميني).

(١) ما يتعلق بالبذر المغصوب يحتاج إلى مزيد التأمل. (الإصفهاني).

(٢) هذا فيما إذا لم يؤد بدله. (الخوئي).

(٣) لكن للمالك الرجوع على الزارع بأجرة الأرض إن كان هو الغاصب وللعامل الرجوع عليه بأجرة المثل لعمله إن كان المالك غاصبا لتفويت منفعة الأرض في الأول والتغدير في الثاني. (الفيروزآبادي).

* نعم ولكن على الزارع أجره الأرض إن كان هو الغاصب للبذر مع جهل مالك

الأرض وعلى المالك أجره عمل الزارع إن كان عكس ذلك. (البروجردي).

(٤) يفرض هذا الفرع بكلا شقيه فيما إذا وقعت معاملة بين العامل وبازل البذر بشئ من حصة العامل وكذا إذا كان البازل بنفسه طرفا لعقد المزارعة بناء على ما اختاره (قدس سره) من جوازه وإن كان الأقوى خلافه كما تقدم. (النائيني).

(٥) هذا إذا كان باذل البذر طرفا للعقد مع العامل أو مالك الأرض بل مع كليهما أيضا بناء على القول بصحة عقد المزارعة بين أكثر من اثنين وأما إذا كان العقد بين المالك والعامل مع اشتراط البذر على الثاني فلا محل للإجازة كما هو ظاهر وبذلك يظهر الحال فيما إذا كانت العوامل أو نحوها مغصوبة وكان صاحب العوامل طرفا للمعاملة. (الخوئي).

كانت للغاصب. وإذا تبين كون العامل عبدا غير مأذون فالأمر إلى مولاه. وإذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبة فالمزارعة صحيحة، ولصاحبها أجرة المثل أو قيمة الأعيان التالفة. وفي بعض الصور (١) يحتمل جريان الفضولية (٢) وإمكان الإجازة، كما لا يخفى. (مسألة): خراج الأرض على صاحبها، وكذا مال الإجازة إذا كانت مستأجرة، وكذا ما يصرف في إثبات اليد عند أخذها من السلطان وما يؤخذ لتركها في يده. ولو شرط كونها على العامل بعضا أو كلا صح وإن كانت ربما تزداد وربما تنقص على الأقوى فلا يضر مثل هذه الجهالة (٣) للأخبار وأما سائر المؤن - كشق الأنهار، وحفر الآبار، وآلات السقي، وإصلاح النهر وتنقيته، ونصب الأبواب مع الحاجة إليها، والدولاب، ونحو ذلك مما يتكرر كل سنة أو لا يتكرر - فلا بد من تعيين كونها على المالك أو العامل، إلا إذا كان هناك عادة ينصرف الإطلاق إليها. وأما ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلما من غير الخراج، فليس على

-
- (٦) أي مقدارا يقع بإزاء البذر دون ما لوحظ بإزاء العمل وسائر النفقات وهذا الحكم مبني على ما اختاره في المزارعة وأما على المختار فقد مر الإشكال في جريان الفضولي فيها. (الكلبيكاني).
- (١) كما إذا جعل قسط لصاحبها. (الفيروزآبادي).
- (٢) إن عممنا الفضولية حتى للغصب جرت في الجميع وإلا فلا تجري في شيء منها. (كاشف الغطاء).
- (٣) محل اشكال بل منع. (الإمام الخميني).
- * بل يضر على الأقوى نعم إذا كان الخراج معينا وزاد السلطان عليه بعد العقد صح الشرط وكانت الزيادة على المالك. (البروجردي).

المالك (١) وإن كان أخذهم ذلك من جهة الأرض (٢).
(مسألة): يجوز لكل من المالك والزارع أن يحرص على الآخر بعد إدراك الحاصل بمقدار منه بشرط القبول والرضا من الآخر، لجملة من الأخبار هنا وفي الثمار فلا يختص ذلك بالمزارعة والمساقاة، بل مقتضى الأخبار جوازه في كل زرع مشترك أو ثمر مشترك. والأقوى لزومه بعد القبول وإن تبين بعد ذلك زيادته أو نقيصته - لبعض تلك الأخبار، مضافا إلى العمومات العامة - خلافا لجماعة. والظاهر أنه معاملة مستقلة وليست بيعا ولا صلحا معاوضيا، فلا يجري فيها إشكال اتحاد العوض والمعوض، ولا إشكال النهي عن المحاقلة والمزابنة، ولا إشكال الربا ولو بناء على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمة بالبيع وجريانه في مطلق المعاوضات، مع أن حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون. ومع الإغماض عن ذلك كله يكفي في صحتها الأخبار الخاصة، فهو نوع من المعاملة العقلانية ثبت بالنصوص ولتسم بالتقبل. وحصر المعاملات في المعهودات ممنوع (٣) نعم يمكن أن يقال: إنها في المعنى راجعة إلى الصلح الغير

-
- (١) إلا إذا كان أخذهم ذلك معتادا عند أخذ الخراج بحيث يكون في العرف جزء من الخراج. (البروجردي).
* إلا ما تعارف أخذه منه بحيث وقع العقد مبني عليه. (الكلبيانگاني).
(٢) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).
(٣) مع أنها أيضا من المعهودات. (الإصفهاني).
* مع أنها أيضا منها كما يتراءى من الأخبار. (الكلبيانگاني).

المعاوضي (١) فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصة أحدهما من المال المشترك كذا مقدارا والبقية للآخر شبه القسمة أو نوع منها، وعلى ذلك يصح إيقاعها بعنوان الصلح على الوجه المذكور مع قطع النظر عن الأخبار أيضا على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهالة فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض، وعلى هذا لا يكون من التقبيل. والتقبيل ثم إن المعاملة المذكورة لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة، بل يكفي كل لفظ دال على التقبيل، بل الأقوى عدم الحاجة إلى الصيغة (٢) أصلا، فيكفي فيها مجرد التراضي (٣) كما هو ظاهر الأخبار. والظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل (٤) وإدراكه، فلا يجوز قبل ذلك. والقدر المتيقن من الأخبار كون المقدار المنخروس عليه من حاصل ذلك الزرع، فلا يصح الخرص وجعل المقدار في الذمة من جنس ذلك

-
- (١) لكن الأقوى هو كونه معاملة مستقلة. (الإمام الخميني).
(٢) الأقوى اعتبار الإنشاء فيه كسائر المعاملات ودعوى ظهور بين فسادها. (الفيروزآبادي).
(٣) بل لا بد فيه من الإنشاء سواء كان باللفظ أو بغيره. (البروجردي).
* إذا كان له مبرز في الخارج. (الخوئي).
* لكن الأحوط عدم الاكتفاء بمجرد. (الإمام الخميني).
* بل لا بد فيه من الإنشاء. (الخوانساري).
* بل لا بد له من الإنشاء بالقول أو بالفعل. (الكلبائي).
* لا يخلو عن الإشكال. (النائيني).
(٤) لا يبعد كفاية صيرورته بحيث يعرف أهل الخبرة مقداره التقريبي. (النائيني).
* على الأحوط. (الإمام الخميني).

الحاصل. نعم لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح - على الوجه الذي ذكرنا - لا مانع من ذلك فيه، لكنه كما عرفت خارج عن هذه المعاملة. ثم إن المشهور بينهم أن قرار هذه المعاملة مشروط بسلامة الحاصل فلو تلف بأفة سماوية أو أرضية كان عليهما، ولعله لأن تعيين الحصة في المقدار المعين ليس من باب الكلّي في المعين (١) بل هي باقية على إشاعتها (٢)

(١) هذا التعليل غير وجيه. (الإمام الخميني).

* بل لوجه آخر ذكرناه في محله. (الخوئي).

(٢) مجرد كون التلف عليهما لا يوجب البقاء على الإشاعة وعلى أي حال فجواز تصرف المتقبل في الحاصل مما يقتضيه التقبل على كل تقدير. (النائيني).
* المستفاد من النص والفتوى هو أن حقيقة هذه المعاملة تعهد أحد الشريكين حصة الآخر على المقدار الذي يراه الخارص الخبير فتفيد مضافاً إلى التعيين المذكور خروج العين عن الإشاعة واختصاصها بالمتقبل نعم لا إشكال في أن استقرارها مشروط بسلامة الحاصل للإجماع واستقرار العمل مع عموم البلوى بها بل الظاهر كونه من أحكامها العقلية. (البروجردى).

* هذا مشكل بل الظاهر اختصاص المجموع بالمتقبل ولذا لا يحتاج في تصرفاته إلى إذن المتقبل له ولم يؤخذ بإتلافه إذا بقي المقدار الذي تقبله له نعم لما تعهد بإعطائه ما تقبل من الموجود لا يجوز له إتلاف الجميع وأما كون التلف عليهما فليس من جهة الإشاعة بل لأن التقبل لما كان مبني على سلامة الحاصل فكأنه لم يلتزم المتقبل بما التزم به من الحصة إلا بالنسبة إلى الحاصل السالم إلى وقت التسليم ولذلك يحسب التلف عليهما. (الكلبيگاني).
* لا معنى للإشاعة مع تعيين المقدار ولكنه مع ذلك يحسب التلف عليهما على أساس أن المقدار المعين إنما لوحظ بالإضافة إلى مجموع الحاصل فكلما نقص عن الحاصل بأفة سماوية أو أرضية نقص عن ذلك المقدار بالنسبة ولعل

غاية الأمر تعيينها في مقدار معين مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط
الضميني بينهما. والظاهر أن المراد من الآفة الأرضية ما كان من غير
الإنسان، ولا يبعد (١) لحوق إتلاف متلف من الإنسان أيضا به (٢) وهل
يجوز خرص ثالث حصة أحدهما أو كليهما (٣) في مقدار وجهان،
أقواهما العدم.

(مسألة): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك من أول الأمر في الزرع
يجب على كل منهما الزكاة إذا كان نصيب كل منهما بحد النصاب،

الماتن (قدس سره) أراد بالإشاعة هذا المعنى. (الخوئي).

(١) بل بعيد. (الكلبایگانی).

* غير معلوم بل لا يبعد بقاء المعاملة. (الإمام الخميني).

(٢) الظاهر بقاء المعاملة في هذه الصورة أيضا. (الخوانساري).

* ولا يبعد الالتزام ببقاء المعاملة في هذه الصورة بملاحظة بقاء الزرع في عهدة

الضامن وإن لم يكن في البين ثمرة بناء على شمول خرصهم لجميع مراتب

الزرع ولا يختص بخصوص الحاصل والثمرة بعينهما وإلا فلا يبقى موضوع

للخرص فيرجع سهمهم إلى ما كان قبل الخرص في عهدة الضامن. (آقا ضياء).

(٣) إن كان الثالث وكيلا عن أحدهما أو عن كل منهما فلا إشكال في اعتبار

خرصه كما في خرص عبد الله بن رواحة، وإن كان أجنبيا فلا إشكال في عدم

اعتباره إلا بالإجازة أما اعتباره بدون الإجازة فلم يعلم وجهه واحتماله ساقط

ثم إن الحكم لما كان مخالفا للقاعدة فاللازم الاقتصار على مورده وهو المالك

والعامل أما لو أراد ثالث أن يخرص حصة أحدهما ويدفع ثمنها فالظاهر عدم

الصحة إلا بصلح ونحوه. (كاشف الغطاء).

وعلى من بلغ نصيبه إن بلغ نصيب أحدهما وكذا إن اشترطا الاشتراك (١) حين ظهور الثمر، لأن تعلق الزكاة بعد صدق الاسم (٢) وبمجرد الظهور لا يصدق (٣) وإن اشترطا (٤) الاشتراك بعد صدق الاسم أو حين الحصاد والتصفيه فهي على صاحب البذر (٥) منهما، لأن المفروض أن الزرع والحاصل له إلى ذلك الوقت فتتعلق الزكاة في ملكه (٦).
(مسألة): إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدة والقسمة فنبت بعد ذلك في العام الآتي، فإن كان البذر لهما فهو لهما، وإن كان لأحدهما فله، إلا مع الإعراض (٧) وحينئذ فهو لمن سبق ويحتمل أن يكون لهما مع عدم الإعراض مطلقا (٨)، لأن المفروض

-
- (١) قد مر الكلام فيه. (الخوانساري).
(٢) قد مر الاحتياط في وقت تعلق الزكاة. (الكلبيكاني).
* تقدم في كتاب الزكاة ما هو الأقوى في وقت تعلقها فإن كان الاشتراك هنا قبل ذلك تجب الزكاة على من بلغ نصيبه النصاب مطلقا وإن كان بعده فهي على صاحب البذر مطلقا ولو تقارنا ففيه الإشكال. (النائيني).
* وتحقق العنوان في ملكه. (الفيروزآبادي).
(٣) ولا يتحقق العنوان. (الفيروزآبادي).
(٤) تقدم الكلام في هذين الشرطين. (البروجردي).
(٥) في حصته خاصة إن كانت حصته بمقدار النصاب. (الشيرازي).
(٦) ولأن الزارع مثلا الذي ليس بصاحب البذر ما تحقق الاسم والعنوان في ملكه. (الفيروزآبادي).
(٧) الظاهر أن الإعراض لا يوجب الخروج عن الملك كما مر. (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: مع الإعراض أيضا لأن الإعراض لا يوجب الخروج عن الملك.
(٨) الميزان في كون الحاصل في العام الآتي لهما كون أصل الزرع لهما، كان

شركتهما في الزرع وأصله (١) وإن كان البذر لأحدهما أو الثالث وهو الأقوى (٢) وكذا إذا بقي في الأرض بعض الحب (٣) فنبت، فإنه مشترك بينهما (٤) مع عدم الإعراض نعم لو كان الباقي حب مختص بأحدهما اختص به (٥) ثم لا يستحق (٦) صاحب الأرض أجره لذلك الزرع النبات (٧) على الزارع في صورة الاشتراك أو الاختصاص به (٨) وإن انتفع

- البذر لهما أو لأحدهما وهو مقتضى إطلاق المزارعة كما مر. (الإمام الخميني).
- * هذا هو المتعين إذا وقع القرار بينهما على اشتراكهما في الزرع وأصله ولا وجه له إذا وقع على اشتراكهما فيما يخرج من الزرع في ذلك العام. (الإصفهاني).
- (١) هذا إنما يكون بالاشتراط وإلا فعقد المزارعة لا يقتضي أزيد من الاشتراك في الحاصل وبذلك يظهر الحال في بقية المسألة. (الخوئي).
- (٢) بل الأقوى خلافه كما مر. (الكلبيكاني).
- * قد مر أنه تابع للتعرف. (الشيرازي).
- (٣) يعني من الحاصل وهذا على ما اختاره من شركتهما في الحاصل وأما على ما اخترناه فيكون تمامه للمتقبل. (الكلبيكاني).
- (٤) إذا كان الحب مشتركاً. (البروجردي).
- (٥) ولصاحب الأرض قلعه ومطالبة الأجرة لو أراد الطرف بقاءه وكان الزرع له. (الإمام الخميني).
- (٦) فيه نظر. (الفيروزآبادي).
- (٧) إنما لا يستحقها من جهة نباته في أرضه وأما من جهة بقاء الزرع فله أن يطالبه بالقلع أو دفع الأجرة. (الإصفهاني).
- * مما سقط بغير اختيار بالنسبة إلى ما مضى قبل تبين ذلك وأما بالنسبة إلى بقاءه فللمالك أن يطالبه بقلعه أو دفع الأجرة وأما أصل الزرع فإن لم يعرض (٨) فيه إشكال والأحوط لصاحب الأرض المصالحة مع صاحب البذر. (الشيرازي).
- (١) التعليل عليل. (الفيروزآبادي).
- (٢) لا اختصاص بالمالك في الإشكال المذكور بل لا يبعد تقديم قول مدعي الكثرة إذا كانت دعوى مدعي القلة في الفرض راجعة إلى دعوى المزارعة الفاسدة. (الإمام الخميني).
- (٣) هذه الدعوى وإن سبقه إليها صاحب الجواهر في المقام ونظائره لكن ما عليه معظم الأصحاب وهو عدم الفرق بين الصورتين في رجوع الدعاوى المذكورة ونظائرها إلى باب المدعي والمنكر دون التداعي هو الصحيح. (النائيني).
- * بل الظاهر كونه كالفرض السابق لأنهما متفقان على وقوع العقد على الأقل وإنما اختلفا في وقوعه على الزيادة. (البروجردي).
- * بل الظاهر أن القول قول من يدعي القلة. (الخوئي).
- * هذا الكلام يأتي في جميع موارد الاختلاف في العقود التي مرجعها إلى الزيادة والنقيصة فمع كون محط الدعوى كيفية وقوع العقد يقع الكلام في أن الميزان في تشخيص المدعي والمنكر هل هو محط الدعوى في مثل المقام أو

(۳۳۵)

بها، إذ لم يكن (١) ذلك من فعله ولا من معاملة واقعة بينهما.
(مسألة): لو اختلفا في المدة وأنها سنة أو سنتان - مثلا - فالقول
قول منكر الزيادة، وكذا لو قال أحدهما إنها ستة أشهر والآخر قال إنها
ثمانية أشهر. نعم لو ادعى المالك (٢) مدة قليلة لا تكفي لبلوغ الحاصل
ولو نادرا ففي تقديم قوله إشكال. ولو اختلفا في الحصص قلة وكثرة
فالقول قول صاحب البذر المدعي للقلة، هذا إذا كان نزاعهما في زيادة
المدة أو الحصص وعدمها، وأما لو اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد
وأنه وقع على كذا أو كذا فالظاهر التحالف (٣) وإن كان خلاف إطلاق

(٣٣٦)

كلماتهم (١)، فإن حلفا أو نكلا فالمرجع أصالة عدم الزيادة (٢).
(مسألة): لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على
أيهما فالمرجع التحالف (٣) ومع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة (٤).
(مسألة): لو اختلفا في الإعارة والمزارعة (٥) فادعى الزارع أن
المالك أعطاه الأرض عارية للزراعة والمالك ادعى المزارعة فالمرجع

مرجعها فإن قلنا بالأول يكون من التحالف وإن قلنا بالثاني يكون من الحلف
والإحلاف والمسألة بعد تحتاج إلى زيادة تأمل ولعل الموارد مختلفة ولا يبعد
في مثل المقام ترجيح الثاني. (الإمام الخميني).
* بل الظاهر تقديم قول مدعي وقوعه على القليل لأن اختلافهما في مقدار
الزيادة. (الكلبيكاني).

(١) من أن القول قول مدعي الأقل مطلقا وإن كان تحرير الدعوى في تشخيص
ما وقع عليه العقد وهذا هو الأقوى. (الإصفهاني).
(٢) لا محل لهذا الأصل هنا أصلا بعد فرض أن النزاع في التشخيص الذي هو
من قبيل المتباينين لا الأقل والأكثر واللازم بعد التحالف أو النكول الرجوع
إلى العرف أو العادة أو الصلح. (كاشف الغطاء).
(٣) في كل مورد يرجع النزاع إلى تضمين غيره في إتلاف العامل أو المالك
فالأصل مع منكره بلا تحالف. (آقا ضياء).
* إذا كان النزاع قبل العمل في العامل والعوامل. (الإمام الخميني).
* إذا ادعى كل منهما شرطا على الآخر وأنكر ما ادعى عليه الآخر.
(الكلبيكاني).

(٤) لا يبعد بقاء المعاملة والرجوع فيما اختلفا فيه بالقرعة أو التنصيف والقرعة
أوفق. (الإمام الخميني).
(٥) هذه المسألة محتاجة إلى التأمل. (الإصفهاني).

التحالف (١) أيضا، ومع حلفهما أو نكولهما تثبت أجره المثل للأرض (٢) فإن كان بعد البلوغ فلا إشكال (٣) وإن كان في الأثناء فالظاهر جواز الرجوع (٤) للمالك، وفي وجوب إبقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الأجرة إن أراد الزارع، وعدمه وجواز أمره (٥) بالإزالة وجهان (٦) وإن كان النزاع

(١) مع كون البذر للزارع كما هو ظاهر هذا الفرع فالقول قول منكر المزارعة للحكم بملكيته لتمام الزرع بمقتضى يده عليه. (آقا ضياء).

* يأتي فيه الكلام السابق. (الإمام الخميني).

* في كونه موردا للتحالف إشكال. (الشيرازي).

* بل يقدم قول المالك في نفي العارية وأما التعيين للحصة فيرجع فيها إلى أهل الخبرة فتدبر جيدا. (كاشف الغطاء).

* مقتضى ما تقدم من أصالة الضمان في نظائر المسألة هو تقديم قول المالك بيمينه. (النائيني).

(٢) مع عدم كون حصة المالك أقل من أجره المثل. (الإمام الخميني).

* مع الحزم بكون الحصة أقل من الأجرة المزبورة ففي استحقاقه منع لأن

الحكم يبطلان المزارعة أو انفساخه ظاهرا لا يوجب إبطال إقراره بعدم

استحقاقه أجره المثل وإجراء حكم الفساد الواقعي الموجب لذلك محل منع جدا. (آقا ضياء).

* محل تأمل. (الخوانساري).

(٣) الظاهر أنه لا وجه للتحالف في هذه الصورة لأن الزارع لا يدعي على المالك

شيئا وأما المالك فهو يدعي الاشتراك في الحاصل فعليه الإثبات. (الخوئي).

(٤) الظاهر أن هذا ليس بوجه يغير ما سبق وإن كان التعبير بالمصعب وعلى

تقديره يحكم بالانفساخ. (الفيروزآبادي).

(٥) مع بذل الأرش. (الفيروزآبادي).

(٦) أقواهما الثاني. (الكلبيكاني).

قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما.
(مسألة): لو ادعى المالك الغصب والزارع ادعى المزارعة فالقول
قول المالك (١) مع يمينه على نفي المزارعة.
(مسألة): في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك
بعد تعلق الزكاة وقبل البلوغ؟ قد يقال بعدم الجواز إلا أن يضمن حصتها
للفقراء، لأنه ضرر عليهم. والأقوى الجواز (٢) وحق الفقراء يتعلق بذلك
الموجود وإن لم يكن بالغا.
(مسألة): يستفاد من جملة من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض
الخراجية أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه ويؤدي خراجها عنه،
ولا بأس به.

مسائل متفرقة

الأولى: إذا قصر العامل في تربية الزرع فقل الحاصل فالظاهر
ضمانه التفاوت (٣) بحسب تخمين أهل الخبرة (٤) كما صرح به المحقق

-
- (١) لا بمعنى ثبوت عنوان الغصب وترتب آثاره بل بمعنى الحكم بعدم المزارعة
بعد الحلف. (الإمام الخميني).
(٢) بل الأقوى عدمه. (الفيروزآبادي).
* محل تأمل. (الخوانساري).
(٣) لم يظهر وجهه. (النائيني).
* محل إشكال وإن كان عدم الضمان أشبه. (الإمام الخميني).
* محل التأمل. (الإصفهاني).
* لا يبعد ذلك فيما إذا كان التقصير بعد ظهور الزرع وأما إذا كان التقصير قبل
ظهوره فلا وجه له نعم للمالك حينئذ الفسخ والمطالبة بأجرة المثل لمنفعة

القمي (قدس سره) في أجوبة مسأله.
الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمن عقد المزارعة من بعض الشروط، أو ادعى عليه تقصيره في العمل على وجه يضر بالزرع، وأنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه، فالقول قوله، لأنه مؤتمن في عمله. وكذا لو ادعى عليه التقصير في حفظ الحاصل بعد ظهوره وأنكر.
الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلقاً بالزرع وأنكر أصل الاشتراط فالقول قول المنكر.
الرابعة: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن في المعاملة فعليه إثباته وبعده له الفسخ.
الخامسة: إذا زارع المتولي للوقف الأرض الموقوفة بملاحظة مصلحة

الأرض وقيمة البذر إذا كان البذر للمالك. (الخوئي).
* أي التفاوت بين الموجود وما كان يحصل لولا التقصير ولكنه مشكل إلا على الوجه الرابع من الوجوه الستة في المسألة السابعة لكنه قد اختار فيها الخامس ويمكن أن يكون المقصود التفاوت بين المنفعة المستوفاة ومنفعة حصة المالك من الأرض وحصة من عمل العامل فيوافق مختاره في تلك المسألة وأما على المختار فيها فلا يبعد أن يكون التقصير في حكم ترك الزراعة فإن كانت الأرض تحت يد الزارع يضمن تمام أجره الأرض لأنه الغاصب وتمام الزرع الموجود لمالك البذر. (الكلبيكاني).
(٤) كان مراده ما به التفاوت بين حاصله الموجود وما كان يحصل لو لم يقصر في عمله وهو حسن لو قيل بالرابع من الوجوه الستة المذكورة في مسألة ترك الزرع واختار الماتن هناك خامسها والفرق غير واضح والمسألة محل إشكال. (البروجردى).

البطون إلى مدة لزم، ولا تبطل بالموت (١) وأما إذا زارع البطن المتقدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفة ثم مات في الأثناء قبل انقضاء المدة فالظاهر بطلانها من ذلك الحين (٢) لانتقال الأرض إلى البطن اللاحق، كما أن الأمر كذلك في إجارته لها. لكن استشكل فيه المحقق القمي (قدس سره) بأن عقد المزارعة لازمة، ولا تنسخ إلا بالتقاييل، أو ببعض الوجوه التي ذكروها، ولم يذكروا في تعدادها هذه الصورة، مع أنهم ذكروا في الإجارة بطلانها إذا آجر البطن المتقدم ثم مات في أثناء المدة ثم استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعدة فالتجأ إلى أن الإجارة أيضا لا تبطل بموت البطن السابق في أثناء المدة وإن كان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا من السابق وأن ملكية السابق كانت إلى حين موته بدعوى أنه إذا آجر مدة لا تزيد على عمره الطبيعي ومقتضى الاستصحاب بقاءه بمقداره فكما أنها في الظاهر محكومة بالصحة كذلك عند الشارع وفي الواقع فموت السابق ينتقل ما قرره من الأجرة إلى اللاحق لا الأرض بمنفعتها، إلى آخر ما ذكره من النقص والإبرام. وفيه ما لا يخفى. ولا ينبغي الإشكال في البطلان بموته في المقامين.

(١) عدم البطلان بموت المتولي مما لا إشكال فيه وأما بقاء المزارعة بعد موت البطن الأول فمحل تأمل وإشكال وإن كان المزارع هو المتولي كما مر في الإجارة. (الكلبيايگاني).

(٢) لو كان موت البطن المتقدم بعد خروج وقت الزرع فالظاهر صحة المزارعة بالنسبة إلى مزروع تلك السنة ولو كان البطن المتقدم هو الزارع كان الزرع له بلا أجرة عليه للبطن المتأخر وكذلك الحال في ثمرة النخيل والأشجار وأيضا لو مات البطن المتقدم بعد ظهورها وترث الزوجة نصيبها من جميع ذلك. (النائيني).

السادسة: يجوز مزارعة الكافر (١) مزارعا كان أو زارعا.
السابعة: في جملة من الأخبار (٢) النهي عن جعل ثلث للبذر وثلث
للبقر وثلث لصاحب الأرض، وأنه لا ينبغي أن يسمى بذرا ولا بقرا،
فإنما يحرم الكلام والظاهر كراهته، وعن ابن الجنيد وابن البراج
حرمته (٣) فالأحوط (٤) الترك.
الثامنة: بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعي يجوز لأحدهما بعد
ظهور الحاصل أن يصلح الآخر عن حصته بمقدار معين من جنسه أو
غيره بعد التخمين بحسب المتعارف، بل لا بأس به قبل ظهوره (٥) أيضا،
كما أن الظاهر جواز مصالحة أحدهما مع الآخر عن حصته في هذه

-
- (١) قد مر قريبا آخر مسائل المضاربة ما يظهر منه الكراهة العامة الشاملة حتى
أزيد من اثنين. (النائيني).
(٢) وعن غيرهما أيضا وهو الأظهر. (الخوئي).
(٣) لا يترك. (الشيرازي، الإصفهاني، البروجردي، الخوانساري، الكلپايگاني).
* لا يترك وإن كان ما في المتن أقرب. (الإمام الخميني).
(٤) مشكل. (الخوانساري، الإصفهاني).
* فيه إشكال. (الإمام الخميني).
* فيه تأمل. (الكلپايگاني، الشيرازي).
* ولكن مع ضميمة على الأحوط والحمد لله رب العالمين والصلاة على نبيه
وآله الطاهرين. (النائيني).
* فيه إشكال إلا إذا كان مع الضميمة. (الخوئي).

القطعة من الأرض بحصة الآخر في الأخرى، بل الظاهر جواز تقسيمهما (١) بجعل إحدى القطعتين لأحدهما والأخرى للآخر، إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصة مشاعة من أول الأمر وفي أصل العقد. التاسعة: لا يجب في المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول الأمر وفي السنة الأولى، بل يجوز المزارعة على الأرض بائرة لا يمكن زرعها إلا بعد إصلاحها وتعميرها سنة أو أزيد. وعلى هذا إذا كانت أرض موقوفة وقفاً عاماً أو خاصاً وصارت بائرة يجوز للمتولي أن يسلمها إلى شخص بعنوان المزارعة إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد، حسب ما تقتضيه المصلحة على أن يعمرها ويزرعها إلى سنتين - مثلاً - لنفسه ثم يكون الحاصل مشتركاً (٢) بالإشاعة بحصة معينة. العاشرة: يستحب للزارع - كما في الأخبار - الدعاء عند نثر الحب بأن يقول: "اللهم قد بذرنا وأنت الزارع واجعله حبا متراكماً" وفي بعض الأخبار: إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة وقل: * (أفرأيتم ما تحرثون أنتم تزرعونه أم نحن الزارعون) * ثلاث مرات ثم تقول: "بل الله الزارع" ثلاث مرات ثم قل: "اللهم اجعله حبا مباركاً وارزقنا فيه السلامة" ثم انثر القبضة التي في يدك في القراح (٣).

- (١) أي بعد ظهور الزرع. (الشيرازي).
- (٢) على وجه لا يلزم تعليق في مفاد عقد المزارعة بأن ينشئ فعلاً المزارعة في السنين الآتية بمعنى كون تسليطه على الانتفاعات الآتية فعلية لا معلقة على مجيء السنين الآتية وإلا فيبطل للإجماع على بطلان العقود المعلقة. (آقا ضياء).
- * وتكون المزارعة من حين الاشتراك وأما قبله فيزرع العامل لنفسه بالشرط. (الكلبيگاني).
- (٣) القراح بالفتح المزرعة أي الأرض التي تزرع ليس فيها بناء ولا شجر. (الفيروزآبادي).

وفي خبر آخر لما هبط آدم (عليه السلام) إلى الأرض احتاج إلى الطعام والشراب
فشكا ذلك إلى جبرئيل فقال له جبرئيل يا آدم كن حراثا فقال (عليه السلام)
فعلمني دعاء قال قل: اللهم اكفني مؤنة الدنيا وكل هول دون الجنة
وألبسني العافية حتى تهتني المعيشة.
تم كتاب المزارعة

(٣٤٤)

وهي معاملة على أصول ثابتة (١) بحصة من ثمرها، ولا إشكال في مشروعيتها في الجملة، ويدل عليها مضافا إلى العمومات (٢) خبر يعقوب

- (١) ويصح أن يقال إن حقيقتها اعتبار إضافة بين الأصول الثابتة والعامل مستتبعة لتسلطه على سقيها وإصلاحها وملكيته للحصة من ثمرها وإضافة أخرى بين المالك والعامل مستتبعة لتسلط المالك على العامل بأن يجبره على ما يأتي من الأعمال وعند بعض هي معاملة على سقي أصول ثابتة بحصة من ثمرها وعليه فهي إضافة بين المالك والعامل مستتبعة لتسلطه عليه لأن يعمل ما عليه بإزاء الحصة نظير الإجارة بل هي نوع منها غاية الأمر يغتفر فيها الجهالة الملازمة لها والأول أقوى في الاعتبار ولذا لا يصح إنشاؤها بلفظ الإجارة. (الكلبيكاني).
- * يعني معاملة على سقيها بحصة من ثمرها فهي تشبه الاستئجار للعمل بل يحتمل قريبا أن تكون داخلة في عنوان الإجارة وقد اغتفر في خصوص هذه الإجارة الجهالة كما مر في المزارعة ولازم ذلك جواز إيقاع صيغتها بلفظ الإجارة ولعله لا يرضى به الأصحاب وكيف كان فيملك صاحب الأصول على العامل العمل كالمستأجر بالنسبة إلى الأجير. (الإصفهاني).
- المعاملة وأما المأخوذ فيه كما في أمثال هذه العقود فلا يشملها النهي المزبور فكأنه من تلك الجهة نظير عمومات نفي الضرر والخرج كما لا يخفى. (آقا ضياء).
- * هذه المعاملة صحيحة غررية كانت أو لا. (الإمام الخميني).
- (٣) حالها حال المزارعة وقد تقدم ما هو الأصح أو الأحوط فيها. (كاشف الغطاء).
- (٤) فلس العامل غير مانع من صحتها. (البروجردي).
- * أي فلس المالك وأما فلس العامل فغير مانع. (الشيرازي).
- * هذا إنما يعتبر في المالك دون العامل. (الخوئي).
- * لا يعتبر في العامل ذلك. (الإمام الخميني).

ابن شعيب عن أبي عبد الله (عليه السلام) سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمان أو نخل أو فاكهة ويقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج قال (عليه السلام) لا بأس، وجملة من أخبار خير منها صحيح الحلبي (١) قال أخبرني أبو عبد الله (عليه السلام) أن أباه حدثه أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)

أعطى خيبرا بالنصف أرضها ونخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله ابن رواحة... الخ هذا مع أنها من المعاملات العقلائية ولم يرد نهى عنها ولا غرر فيها (٢) حتى يشملها النهي عن الغرر ويشترط فيها أمور: الأول: الإيجاب والقبول، ويكفي فيها كل لفظ دال على المعنى المذكور ماضيا كان أو مضارعا أو أمرا، بل الجملة الاسمية مع قصد الإنشاء بأي لغة كانت، ويكفي القبول الفعلي بعد الإيجاب القولي كما أنه يكفي المعاطاة (٣).

الثاني: البلوغ والعقل والاختيار.

الثالث: عدم الحجر لسفه أو فلس (٤).

الرابع: كون الأصول مملوكة عينا ومنفعة أو منفعة فقط، أو كونه نافذ التصرف فيها لولاية أو وكالة أو تولية.
الخامس: كونها معينة عندهما معلومة لديهما.
السادس: كونها ثابتة مغروسة، فلا تصح في الودي (١) أي الفسيل قبل الغرس.

السابع: تعيين المدة بالأشهر والسنين، وكونها بمقدار يبلغ فيه الثمر غالبا. نعم لا يبعد جوازها في العام الواحد (٢) إلى بلوغ الثمر (٣) من غير ذكر الأشهر، لأنه معلوم بحسب التخمين، ويكفي ذلك في رفع الغرر، مع أنه الظاهر من رواية يعقوب بن شعيب (٤) المتقدمة.
الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر أو بعده وقبل البلوغ (٥) بحيث كان يحتاج بعد إلى سقي أو عمل آخر، وأما إذا لم يكن كذلك ففي صحتها إشكال (٦) وإن كان محتاجا إلى حفظ أو قطف أو نحو ذلك.

* يشترط في صحة المساقاة عدم فلس المالك وأما عدم فلس العامل فمبني على الاحتياط كما مر في الأبواب السابقة. (الكلبيكاني).

(١) الودي بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء الفسيل وهو الصغير من النخل. (الفيروزآبادي).

(٢) مع معلومية مبدأ الشروع في السقي أو العمل. (الإمام الخميني).

(٣) فيما إذا كانت مدته معلومة بحسب العادة كما هو المفروض. (الكلبيكاني).

(٤) لا ظهور فيها لذلك وهي ناظرة إلى هذه الجهة فالأحوط التعيين. (كاشف الغطاء).

(٥) في صحتها حينئذ إشكال ولا سيما في فرض الاستغناء عن السقي. (الخوئي).

(٦) سيجئ منه (قدس سره) الاتفاق على عدم صحتها مع عدم الاحتياج إلى السقي إن أدرك وبلغ. (الفيروزآبادي).

التاسع: أن يكون الحصة معينة مشاعة، فلا تصح مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعة بأن يجعل لأحدهما مقدارا معيناً والبقية للآخر. نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومة وللآخر أخرى (١) بل وكذا لو اشترط اختصاص أحدهما بأشجار معلومة (٢) والاشتراك في البقية، أو اشترط

* لا ينبغي الإشكال لأنها كما ذكر في نظائرها معاملة عقلائية ولا غرر فيها. (كاشف الغطاء).

* الظاهر عدم الصحة. (الخوئي).

(١) اختصاص أحدهما بأشجار معلومة والآخر بأخرى بلا اشتراك في شيء منهما كما هو ظاهر المتن غير صحيح نعم لا يبعد الصحة مع الاشتراك كما في الفرعين التاليين. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال وقد التزم بعدم الصحة في مثله في المزارعة. (الخوئي).

* فيه إشكال. (الفيروزآبادي، الشيرازي الكلپايگاني).

* محل إشكال وكذا فيما بعده. (الخوانساري).

* بأن يجعل حصته المشاعة في النخلات المعلومة التي مرجعها إلى إفرازها بعد إشاعتها لا أن يجعل أصل سهمه من الأول في النخلات بتمام ثمرها نعم لا بأس أيضاً بجعل حصته في ضمن ثمرات الأشجار في خصوصها كي يصير حصته مشاعة ولو في الجملة. (آقا ضياء).

* أي مع اشتراكهما في الباقي وإلا فلا تصح المساقاة قطعاً ومع ذلك فالصحة مع فرض دخول تلك الأشجار في المساقاة لا تخلو من إشكال وكذا ما بعده. (البروجردي).

(٢) بأن تكون هذه الأشجار خارجة عن المساقاة وإلا فمشكل كما مر. (الكلپايگاني).

* فيه إشكال بل منع كما تقدم في المزارعة في المسألة الخامسة. (الخوئي).

لأحدهما مقدار معين (١) مع الاشتراك في البقية إذا علم كون الثمر أزيد من ذلك المقدار وأنه تبقى بقية.

العاشر: تعيين ما على المالك من الأمور وما على العامل من الأعمال إذا لم يكن هناك انصراف.

(مسألة): لا إشكال في صحة المساقاة قبل ظهور الثمر، كما لا خلاف في عدم صحتها بعد البلوغ والإدراك - بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ والاقتطاف - واختلفوا في صحتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ، والأقوى كما أشرنا إليه صحتها (٢) سواء كان العمل مما يوجب الاستزادة أو لا (٣) خصوصا إذا كان في جملتها بعض الأشجار التي بعد لم يظهر ثمرها.

(مسألة): الأقوى جواز المساقاة (٤) على الأشجار التي لا ثمر لها وإنما ينتفع بورقها (٥) كالتوت والحناء ونحوهما.

(١) فيه أيضا إشكال. (الكلبيكاني).

(٢) وقد مر الإشكال فيها. (الخوئي).

(٣) محل إشكال مطلقا. (الخوانساري).

* البطلان في الثاني لا يخلو من قوة بل الأول لا يخلو من إشكال. (البروجردى).

* مع عدم الاحتياج إلى السقي ولا إلى عمل تستزاد به فالأقرب البطلان إلا إذا

كانت الأشجار مختلطة بعضها يحتاج وبعضها يستغني. (الإمام الخميني).

* فيما لا يكون فيها عمل يوجب زيادة الثمر إشكال. (الكلبيكاني).

(٤) محل تأمل. (البروجردى).

* فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

* فيه إشكال. (الكلبيكاني).

(٥) أو وردها. (الإمام الخميني).

(مسألة): لا يجوز (١) عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة، كالبطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر ونحوها، وإن تعددت اللقطات فيها كأوليين. ولكن لا يبعد الجواز (٢) للعمومات وإن لم يكن من المساقاة المصطلحة، بل لا يبعد الجواز (٣) في مطلق الزرع كذلك، فإن مقتضى العمومات الصحة بعد كونه من المعاملات العقلانية ولا يكون من المعاملات الغررية عندهم، غاية الأمر أنها ليست من المساقاة المصطلحة.

(مسألة): لا بأس بالمعاملة (٤) على أشجار لا تحتاج (٥) إلى السقي لاستغنائها بماء السماء أو لمص أصولها من رطوبات الأرض وإن احتاجت إلى أعمال آخر (٦) ولا يضر عدم صدق المساقاة حينئذ، فإن

-
- (١) وهو الأقوى كما أن الأقوى عدم الجواز في مطلق الزرع أيضا. (الإمام الخميني).
* وهو الأقوى. (الإصفهاني، البروجردى، الخوانساري).
- (٢) بعيد جدا. (الخوانساري).
* لا يترك الاحتياط فيها وفي مطلق الزرع وقد تقدم أن العمومات لا تشمل أمثال هذه المعاملات. (الخوئي).
- * بل بعيد فيها وفي مطلق الزرع نعم لا بأس بالمعاملة فيها بعنوان المصالحة أو الاشتراط في ضمن العقد. (الكلبائيگاني).
- * فيه وفي ما بعده منع. (الشيرازي).
- * الأقوى عدم الجواز فيها وفي مطلق الزرع ولكن لا بأس بإيقاع المعاملة فيهما بعقد الصلح أو الاشتراط في ضمن عقده. (النائيني).
- (٣) بعيد جدا. (البروجردى، الإصفهاني).
- (٤) الأحوط أن يكون بعقد الصلح أو الاشتراط في ضمن عقده. (النائيني).
* فيه إشكال والاحتياط فيه لا يترك. (الإصفهاني، الخوانساري).
- (٥) بشرط أن تحتاج إلى عمل يوجب زيادة الثمر. (الكلبائيگاني).
- (٦) موجبة لاستزادة الثمرة كمية أو كيفية وفي غير هذه الصورة محل إشكال.

هذه اللفظة (١) لم يرد في خبر من الأخبار (٢) وإنما هي من اصطلاح العلماء، وهذا التعبير منهم مبني على الغالب، ولذا قلنا بالصحة (٣) إذا كانت المعاملة بعد ظهور الثمر واستغنائها من السقي، وإن ضويق نقول بصحتها وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة.

(مسألة): يجوز المساقاة (٤) على فسلان (٥) مغروسة وإن لم تكن ثمرة إلا بعد سنين بشرط تعيين مدة تصير ثمرة فيها ولو بعد خمس (٦) سنين أو أزيد.

(مسألة): قد مر أنه لا تصح المساقاة على ودي غير مغروس، لكن الظاهر جواز إدخاله في المعاملة على الأشجار المغروسة، بأن يشترط على العامل غرسه في البستان المشتمل على النخيل والأشجار ودخوله في المعاملة (٧) بعد أن يصير ثمرا (٨) بل مقتضى العمومات صحة

(الإمام الخميني).

- (١) قد ورد لفظ السقي في الرواية ولكن الظاهر لا موضوعية له. (الخوئي).
- (٢) قد مر وروده فيما رواه العامة عن ابن عمر وخبر ابن شعيب عن الصادق (عليه السلام) المروي من طرق الخاصة أيضا وفيه لفظة اسق كما نقله (قدس سره) وهي كافية لمشروعية العنوان. (الكلبائيگاني).
- (٣) القول بالجواز هنا لا يستلزم القول به هناك. (الخوئي).
- (٤) كما ظهر مما سبق. (الفيروزآبادي).
- (٥) جمع فسيل. (الفيروزآبادي).
- (٦) مع جعل المدة طويلة غير متعارفة إشكال. (الإمام الخميني).
- (٧) العمومات لا تشمل ذلك كما عرفت وبالشرط لا يصير مساقاة فلا بد إذن من معاملة جديدة بعد الغرس وبذلك يظهر أن العمومات لا تشمل ذلك بعنوان معاملة مستقلة. (الخوئي).

المعاملة (١) على الفسلان الغير المغروسة إلى مدة تصير ثمرة وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة.

(مسألة): المساقاة لازمة لا تبطل إلا بالتقاييل أو الفسخ بخيار الشرط، أو تخلف بعض الشروط أو بعروض مانع عام موجب للبطلان أو نحو ذلك.

(مسألة): لا تبطل بموت أحد الطرفين، فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه، ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه، لكن لا يجبر على العمل (٢) فإن اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله، وإلا فيستأجر الحاكم من تركته من يباشره إلى بلوغ الثمر ثم يقسم بينه وبين المالك نعم لو كانت المساقاة مقيدة بمباشرة العامل تبطل بموته (٣) ولو اشترط عليه المباشرة لا بنحو التقييد فالمالك مخير بين الفسخ - لتخلف الشرط - وإسقاط حق الشرط، والرضا باستئجار من يباشر.

(٨) اشتراط دخول الأشجار في المعاملة بعد أن تصير ثمرة بظاهره مخدوش ولعله أراد غير ما هو الظاهر منه. (الكلبيكاني).

(١) محل إشكال وإن كانت الصحة غير بعيدة. (الشيرازي).
* محل إشكال. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال. (الإصفهاني، الخوانساري، البروجردي).

* مشكل نعم لا بأس باشتراط غرسها في ضمن عقد لازم والالتزام بإيقاع عقد المساقاة عليها بعد صيرورتها ثمرة. (الكلبيكاني).

* الأحوط هنا أيضا أن تكون بعقد الصلح ونحوه. (النائيني).
(٢) سقوط حق الإيجار مشكل. (الخوانساري).

(٣) قبل ظهور الثمرة وأما الموت بعد ظهورها يوجب الانفساخ من حين الموت. (الفيروزآبادي).

(مسألة): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل، وجملة منها على المالك. وضابط الأولى ما يتكرر كل سنة، وضابط الثانية ما لا يتكرر نوعا وإن عرض له التكرر في بعض الأحوال، فمن الأول: إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه وما يتوقف عليه من الآلات، وتنقية الأنهار، والسقي ومقدماته - كالدلو والرشا وإصلاح طريق الماء واستقائه إذا كان السقي من بئر أو نحوه - وإزالة الحشيش المضرة، وتهذيب جرائد النخل والكرم، والتلقيح، واللقاط، والتشميس، وإصلاح موضعه، وحفظ الثمرة إلى وقت القسمة ومن الثاني: حفر الآبار والأنهار، وبناء الحائط والدولاب (١) والدالية (٢) ونحو ذلك مما لا يتكرر نوعا. واختلفوا في بعض الأمور أنه على المالك أو العامل - مثل البقر الذي يدير الدولاب، والكش (٣) للتلقيح، وبناء الثلم ووضع الشوك على الجدران، وغير ذلك. ولا دليل على شيء من الضابطين. فالأقوى أنه إن كان هناك انصراف في كون شيء على العامل أو المالك فهو المتبع، وإلا فلا بد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعا للغرر، ومع الإطلاق وعدم الغرر يكون عليهما معا، لأن المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما.

(١) الدولاب والناعور والمنجنون بمعنى واحد يديرها الدابة للاستقاء. (الفيروزآبادي).

(٢) الدالية دلو أو خشبة تصنع كهيئة الصليب تشد برأس الدلو. (الفيروزآبادي).

(٣) كش بفتح وتشديد گرد شكوفه درخت نر از خرما بجهة تلقيح ومراد از زدن آن بنخوشه درخت ماده است تا آنکه حمل بردارد وخرما بدهد وبدون آن شيس می شود که پوست وهسته نازکی است. (الفيروزآبادي).

(مسألة): لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم في البطلان، لأنه خلاف وضع المساقاة. نعم لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه واشترط كون الباقي على المالك، فإن كان مما يوجب (١) زيادة الثمرة فلا إشكال في صحته - وإن قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك ولو بعضاً منه - وإلا كما في الحفظ ونحوه ففي صحته قولان: أقواهما الأول (٢) وكذا الكلام (٣) إذا كان إيقاع عقد المساقاة بعد بلوغ الثمر وعدم بقاء عمل إلا مثل الحفظ ونحوه وإن كان الظاهر في هذه الصورة عدم الخلاف في بطلانه (٤) كما مر.

(مسألة): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال فإن لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل وإن لم يمكن فله الفسخ (٥)

-
- (١) يعني عمل العامل. (آقا ضياء).
- (٢) بل أقواهما الثاني وكذا الحال فيما بعده. (الخوئي).
- * ولكن المعاملة ليست بمساقاة مصطلحة. (الفيروزآبادي).
- * بل الثاني لا يخلو عن قوة فيه وفيما بعده. (الشيرازي).
- * بل الثاني. (الإصفهاني، البروجردي، الخوانساري، الكلبيگاني).
- * بل الأقرب الثاني وكذا في الفرع التالي. (الإمام الخميني).
- * خروج حفظ الثمر عن صلاحية كونه متعلقاً لعقد المساقاة مطلقاً ظاهر نعم لا بأس بإيقاع المعاملة بعقد الصلح ونحوه في صورتين كما تقدم في نظائره. (النائيني).
- (٣) ليس هذا كما تقدمه لوجود الفارق من جهة وجود الثمر وعدمه. (الخوئي).
- (٤) وهو الأقوى. (الإصفهاني، الخوانساري، الكلبيگاني).
- (٥) ويحتمل في المقام أيضاً التخيير بين الفسخ أو استئجار أحد يقوم بما فات من ماله ولو بإذن الحاكم لإمكان دفع الضرر بذلك أيضاً. (آقا ضياء).

وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط، وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأجرة العمل بالنسبة إلى حصته (١) - بمعنى أن يكون مخيرا بين الفسخ وبين المطالبة بالأجرة - وجهان، بل قولان: أقواهما ذلك (٢) ودعوى أن الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله - بل أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل وإجباره عليه والتسلط على الخيار بعدم الوفاء به - مدفوعة، بالمنع من عدم إفادته التمليك. وكونه قيذا في المعاملة لا جزءا من العوض يقابل بالمال لا ينافي إفادته لملكية من له الشرط، إذا كان عملا من الأعمال على

-
- * بل مع التمكّن من الإيجابار أيضا. (الخوئي).
- (١) بل تمام الأجرة مع كون تمام حصة الثمر للعامل إن عين من يعمل عمله هذا إن كان العمل دخيلا في زيادة الثمر وإلا يطالبه بتمام الأجرة من دون ثبوت شيء وعوض على حده للعامل. (الفيروزآبادي).
- * الظاهر عدم اختصاص الأجرة بحصة من العمل لأن المالك يملك تمام العمل في عهدة العامل بإزاء حصة من الزرع والتخلف إتلاف له يوجب غرامة الجميع. (الكلبايگاني).
- (٢) محل تأمل. (البروجردي).
- * بل أقواهما عدمه هنا وفي سائر العقود. (الخوئي).
- * محل إشكال في المقام ولا يبعد أن تكون الشروط مختلفة والتفصيل لا يسعه المقام. (الإمام الخميني).
- * محل إشكال. (الخوانساري).
- * الأقوى عدم جواز المطالبة بأجرة العمل المشروط في ضمن أي عقد من العقود اللازمة عند تخلف المشروط عليه عن التزامه وعدم استحقاق المشروط له سوى فسخ عقده. (النائيني).

من عليه. والمسألة سيالة (١) في سائر العقود. فلو شرط في عقد البيع على المشتري - مثلا - خياطة ثوب في وقت معين وفات الوقت فللبائع الفسخ، أو المطالبة بأجرة الخياطة وهكذا.

(مسألة): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح. أما لو شرط أن يكون تمام العمل على غلام المالك فهو: كما لو شرط أن يكون تمام العمل على المالك، وقد مر عدم الخلاف في بطلانه، لمنافاته لمقتضى وضع المساقاة. ولو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاص بالعامل فلا ينبغي الإشكال في صحته وإن كان ربما يقال بالبطلان بدعوى أن عمل الغلام في قبالة عمل العامل فكأنه صار مساقيا بلا عمل منه، ولا يخفى ما فيها. ولو شرط أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة، بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل ففي صحته وجهان، لا يبعد الأول (٢) لأن الغلام حينئذ كأنه

(١) يمكن في المقام أن يدعى بأن شرط العمل في باب المساقاة وأمثالها ليس من باب اشتراط أمر أجنبي عن مضمون العقد والتزام بأمر خارجي في ضمن الالتزام العقدي كاشتراط الخياطة في عقد بيع الدار مثلا بل كانت من مقومات حقيقة العقد وتفصيل لإجماله وتقييد لإطلاق ما شرع عليه بعقد المساقاة نظير أعمال العامل المضارب وأعمال الزارع أيضا على وجه. (آقا ضياء).

(٢) بل بعيد جدا. (الإصفهاني، الخوانساري).

* لا إشكال في بطلانه كبطلانه في الفرع التالي. (الإمام الخميني).

* بل لا إشكال في بطلانه كبطلان اشتراط نيابة المالك عنه في تمام العمل.

(البروجردي).

* بل هو بعيد جدا. (الخوئي).

* بل هو في غاية البعد إلا أن يكون العامل عالما ماهرا والغلام جاهلا يصنع

نائب عنه في العمل بإذن المالك وإن كان لا يخلو عن إشكال (١) مع ذلك ولازم القول بالصحة الصحة في صورة اشتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل (٢).

(مسألة): لا يشترط أن يكون العامل في المساقاة مباشرا للعمل بنفسه، فيجوز له أن يستأجر في بعض أعمالها أو في تمامها ويكون عليه الأجرة، ويجوز أن يشترط كون أجرة بعض الأعمال على المالك، والقول بالمنع لا وجه له (٣) وكذا يجوز أن يشترط كون الأجرة عليهما معا في ذمتهما أو الأداء من الثمر (٤) وأما لو شرط على المالك أن يكون أجرة تمام الأعمال عليه أو في الثمر ففي صحته وجهان: أحدهما: الجواز، لأن التصدي لاستعمال الأجراء نوع من العمل، وقد تدعو الحاجة إلى من يباشر ذلك لمعرفة بالآحاد من الناس وأمانتهم

ويعمل بتعليمه وأمره بحيث يصدق عرفا أنه آلة. (الفيروزآبادي).
* بل بعيد والأقوى الثاني ولازمه بطلان الشرط على المالك. (الكلبيگاني).
(١) بل فساده ظاهر خصوصا مع ما تفتن له من استنزام صحته لما ذكره من اللازم القطعي فساده وهو واضح البطلان. (النائني).
(٢) لا أظن إشكال أحد في صحة إجارة العامل للمالك للفلاحة فإنه حينئذ يحسب عمل المالك عمل العامل فإذا كان ذلك صحيحا فلا بأس بعمل المالك له تبرعا أو مع شرطه كذلك. (آقا ضياء).
(٣) بل هذا هو الأقوى. (الخوئي).
(٤) إن أريد بذلك اشتراط أداء الأجرة الثابتة في الذمة من الثمر فهو وإن كان صحيحا إلا أنه خلاف ظاهر المقابلة في العبارة وإن أريد بذلك جعل الأجرة في الثمر كما هو ظاهر العبارة فهو غير صحيح لأن الثمر معدوم حين العقد فلا يصح جعله أجرة ومن ذلك يظهر حال ما بعده. (الخوئي).

وعدمها، والمالك ليس له معرفة بذلك.
والثاني: المنع (١)، لأنه خلاف وضع المساقاة. والأقوى الأول (٢) هذا ولو شرطاً كون الأجرة حصة مشاعة (٣) من الثمر بطل، للجهل بمقدار مال الإجارة فهي باطلة.
(مسألة): إذا شرطاً انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد، وكان جميعه للمالك. وحينئذ فإن شرطاً انفراد العامل به استحق (٤) أجرة المثل لعمله (٥) وإن شرطاً انفراد المالك به لم يستحق العامل شيئاً، لأنه حينئذ

(١) وهو الأقوى. (الإمام الخميني، الشيرازي).

* هذا هو الصحيح. (النائيني).

(٢) بل الثاني من حيث المساقاة وإن قلنا بالصحة بعنوان آخر. (الفيروزآبادي).

* بل الثاني. (الإصفهاني، البروجردي، الخوانساري، الشيرازي).

* مع الجزم بعدم منافاته لوضع حقيقة المساقاة وإلا فيشكل أمره لعدم وفاء العمومات لإثبات مشروعيتها كما هو الشأن في كل خصوصية يحتمل دخله في قوام المعاملة عرفاً. (آقا ضياء).

* بل الأقوى هو الثاني. (الكلبيايگاني).

(٣) من ثلث أو ربع وإن كان بنحو الحققة أو الحقتين أو الصاع والصاعين وإن لم يلزم غرر من جهة المقدار ولكن فيه غرر وجودي لولا ظهور حال كاشف عن الوجود على وجه يتكل العقلاء عليه في رفع الغرر. (آقا ضياء).

(٤) مع كون الثمرة بحسب المتعارف بمقدار أجرة المثل أو أكثر ومع الأقلية لا يستحق الزيادة. (الإمام الخميني).

* مجرد العمل مبتنياً على العقد الفاسد لا يوجب استحقاق الأجرة بل المناط استناد العمل بأمر المالك أو باستدعائه أو بوعده إعطاء شيء بإزاء العمل. (الكلبيايگاني).

(٥) إذا كان العمل مسبباً عن أمر المالك لا عن توهمه صحة المساقاة. (الخوانساري).

متبرع بعمله (١).

(مسألة): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل والكرم والرمان ونحوها من أنواع الفواكه فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كل واحد، فيجوز المساقاة عليها بالنصف أو الثلث أو نحوهما وإن لم يعلم عدد كل نوع، إلا إذا كان الجهل بها موجبا للغرر (٢).

(مسألة): يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر، كأن يجعل النخل بالنصف، والكرم بالثلث، والرمان بالربع - مثلا - وهكذا... واشترط بعضهم في هذه الصورة العلم بمقدار كل نوع. ولكن الفرق بين هذه وصورة اتحاد الحصة في الجميع غير واضح والأقوى الصحة مع عدم الغرر في الموضوعين، والبطلان معه فيهما. (مسألة): لو ساقاه بالنصف مثلا إن سقى بالناضح وبالثلث إن سقى بالسيح ففي صحته قولان: أقواهما الصحة (٣) لعدم إضرار مثل هذه

-
- (١) المسألة حينئذ من صغريات ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده كالإجارة بلا أجره فإن قلنا بتمامية القاعدة فهو في غاية المتانة وإلا ففي الحكم بعدم الضمان حتى مع العلم بالفساد إذا كان العمل بداعي الوفاء بعقد نظر وتمتمة الكلام في محله. (آقا ضياء).
- (٢) بشرط كونه زائدا عما هو المتعارف في وضع أمثال هذه المعاملات. (آقا ضياء).
- * لا وجه لهذا الاستثناء حيث إن هذه المعاملة مبنية على عدم العلم بعدد الأشجار والفواكه وإن استلزم الغرر وبذلك يظهر الحال في المسائل الآتية. (الخوئي).
- (٣) لا يخلو من إشكال. (الإصفهاني).
- * في الصحة إشكال بل لا يبعد البطلان. (الشيرازي).
- * محل إشكال وبينهما وبين الإجارة فرق. (البروجردي).

الجهالة، لعدم إيجابهما الغرر، مع أن بناءها على تحمله خصوصا على القول بصحة مثله في الإجارة (١) كما إذا قال: إن خطت روميا فبدرهمين، وإن خطت فارسيا فبدرهم.

(مسألة): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئا من ذهب أو فضة أو غيرهما مضافا إلى الحصة من الفائدة. والمشهور كراهة اشتراط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضة، ومستندهم في الكراهة غير واضح، كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهة بهذه الصورة أو جريانها بالعكس أيضا، وكذا اختصاصها بالذهب والفضة أو جريانها في مطلق الضميمة، والأمر سهل (٢).

(مسألة): في صورة اشتراط شيء من الذهب والفضة أو غيرهما على أحدهما، إذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منهما شيء أو لا؟ وجهان: أقواهما العدم (٣) فليس قرارهما مشروطا بالسلامة. نعم لو تلف الثمرة بجمعها أو لم تخرج أصلا ففي سقوط الضميمة وعدمه

* محل إشكال وقد مر الحكم بالبطلان في الإجارة بالنحو المذكور. (الإمام الخميني).

* محل إشكال. (الخوانساري).

* بل الأقوى هو الفساد حذو ما تقدم في الإجارة المرددة. (النائيني).

* بل الأقوى البطلان كما في الإجارة المرددة. (الخوئي).

(١) لكن الأقوى الفساد كما مر في الإجارة. (الكلبيكاني).

* قد تقدم الإشكال فيها ولكن لا تلازم بين الباين. (آقا ضياء).

(٢) إذ لا بأس بتركها رجاء. (آقا ضياء).

(٣) الظاهر المتبادر عرفا في مثل هذه الشروط أنها تدور مدار الفائدة ومع عدم العائد أصلا لا يثبت شيء أصلا. (كاشف الغطاء).

أقوال (١): ثالثها: الفرق (٢) بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط، وبين العكس فلا تسقط. رابعها (٣): الفرق (٤) بين صورة عدم الخروج أصلا فتسقط، وصورة التلف فلا. والأقوى عدم السقوط (٥) مطلقا، لكونه شرطا في عقد لازم فيجب الوفاء به. ودعوى أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحة المعاملة من الأول - لعدم

(١) خيرها أخيرها. (الفيروزآبادي).

(٢) هذا هو الأقوى. (البروجردى).

(٣) بل هنا وجه خامس وهو أن المساقاة في فرض عدم ظهور الثمر أصلا باطلة لأنه لم تكن معاوضة في هذا الفرض إلا صورتها ولذا لو علم من الخارج بعد عقد المساقاة أن الثمرة لا تخرج أصلا لم تكن شبهة في بطلانه وعليه فلا أثر للشرط المزبور لأنه شرط في ضمن عقد باطل وأما في صورة التلف كلاً أو بعضاً فنفوذ الشرط وعدم نفوذه تابع لكيفية جعله إطلاقاً أو تقييداً فإذا لم يكن دليل على التقييد ولو من جهة الانصراف وجب العمل بالشرط من دون فرق بين أن يكون الشرط على العامل أو على المالك. (الخوئي).

(٤) هذا القول لا يخلو من قوة. (الإصفهاني).

* هذا لا يخلو من قوة والأحوط التخلص بالتصالح. (الإمام الخميني).

* هذا هو الأقوى. (الخوانساري).

(٥) لو التزم العامل بشئ للمالك فلا يبعد أن يكون خروج الثمرة وسلامتها عن التلف شرطا ضمنياا للالتزامه ومقتضاه السقوط لو انتفى أحد الأمرين ولو كان الالتزام من المالك ففي السقوط وعدمه إشكال. (النائيني).

* بل الأقوى السقوط مطلقاً في صورة عدم الخروج أصلاً لبطلان المعاملة

وفيما إذا كان الشرط للمالك على العامل في صورة التلف لظهور اشتراط السلامة من التلف في التزامه للمالك شيئاً من الذهب أو الفضة. (الكلبيگانى).

ما يكون مقابلا للعمل أما في صورة كون الضميمة للمالك فواضح،
وأما مع كونها للعامل، فلأن الفائدة ركن في المساقاة فمع عدمها
لا يكون شئ في مقابل العمل، والضميمة المشروطة لا تكفي في
العوضية فتكون المعاملة باطلة من الأول، ومعه لا يبقى وجوب الوفاء
بالشرط - مدفوعة مضافا إلى عدم تماميته (١) بالنسبة إلى صورة التلف
لحصول العوض بظهور الثمرة وملكيته وإن تلف بعد ذلك بأننا نمنع (٢)
كون المساقاة معاوضة بين حصة من الفائدة (٣) والعمل، بل حقيقتها

-
- (١) بل الدعوى حق إن كان التلف قبل حصول عنوان مالي. (الفيروزآبادي).
(٢) الظاهر كون حقيقتها عرفا وشرعا هي العمل بإزاء الحصة المجمولة كما يشعر
بذلك بل يدل عليه قوله في صحيحة ابن شعيب ويقول اسق هذا من الماء
واعمره ولك نصف ما أخرج الله منه قال لا بأس وكأن اعتبارها غير اعتبار
المضاربة بل المزارعة. (الإمام الخميني).
* هذا المنع لعله مكابرة وحقيقتها عند العرف والشرع ليس إلا العمل بإزاء
حصة من الحاصل وعدم استحقاق العامل أجره عمله إذا لم يخرج لو قلنا به
من جهة أنه بعد بطلانها لا موجب لاستحقاقه إلا قاعدة الاحترام الغير الجارية
في المقام من جهة الإقدام. (الإصفهاني).
* بل على فرض تسليمه أيضا لا ينافي ذلك صحة المعاملة إذ في مقابل العمل
في أمثال هذه المعاملات الثمرة أو الربح المحتمل لا بوجودهما واقعا فكأن
هذه المعاملات من تلك الجهة نظير الصلح عن الحقوق المحتملة بشئ فإنه
لا يراعى وجودها واقعا في ملكية العوض كما هو ظاهر. (آقا ضياء).
(٣) الظاهر أن كون الفائدة ركن في المساقاة غير قابلة للإنكار وقد تقدم منه (قدس سره)
أنها معاملة على أصول ثابتة بحصة من الثمر وأما على ما اخترناه فالثمر أيضا
ركن لأن اعتبار إضافة خاصة توجب تملك الثمر لا يعقل بدونه كما في إجارة

تسليط من المالك (١) للعامل على الأصول للاستئناء له وللمالك،
ويكفيه احتمال الثمر (٢) وكونها في معرض ذلك ولذا لا يستحق
العامل (٣) أجره عمله إذا لم يخرج، أو خرج وتلف بأفة سماوية أو
أرضية في غير صورة ضم الضميمة، بدعوى الكشف عن بطلانها من
الأول واحترام عمل المسلم (٤) فهي نظير المضاربة، حيث إنها أيضا
تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له وللعامل. وكونها جائزة
دون المساقاة لا يكفي في الفرق. كما أن ما ذكره في الجواهر: من الفرق
بينهما بأن في المساقاة يقصد المعاوضة بخلاف المضاربة التي يراد منها
الحصة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل، وأما المساقاة فيعتبر

العين التي لا منفعة لها كما أن التسلط للاستئناء لا معنى له في ما لا نماء له
كإعارة شيء لا نفع فيه وتحويل النماء والنفع ليس إلا كتحويل المنفعة في الإجارة
لا يؤثر فيما لا واقع له. (الكلبيانگاني).

(١) بل حقيقتها بحسب الاعتبار هي المشاركة في استخراج فوائد الأشجار على
ما ينبغي بضم العمل من أحدهما إلى الأشجار من الآخر على أن تكون الفائدة
بينهما نظير المضاربة والمزارعة نعم يستتبع العقد على هذه المشاركة السلطنة
المذكورة. (البروجردي).

(٢) أي وإن لم يخرج ولا يخفى أن هذا ينافي ما سيحى منه من أنه إذا تبين
في أثناء المدة عدم خروج الثمر أصلا لا يجب على العامل إتمام السقي.
(الفيروزآبادي).

(٣) بل لعدم المعوض. (الفيروزآبادي).

* بل الظاهر الاستحقاق إذا كان بأمره أو استدعائه ولو بعنوان الوفاء بعقده كما
مر نظيره واحترام العمل لا يقتضي الضمان في غير الصورتين. (الكلبيانگاني).

(٤) في غير صورة الإقدام. (الفيروزآبادي).

فيها الطمأنينة بحصول الثمرة ولا يكفي الاحتمال مجرد دعوى (١) لا بينة لها. ودعوى أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأمر عدم خروج الثمر لا يصح المساقاة - ولازمه البطان إذا لم يعلم ذلك ثم انكشف بعد ذلك - مدفوعة، بأن الوجه في عدم الصحة كون المعاملة سفهية (٢) مع العلم بعدم الخروج من الأول بخلاف المفروض، فالأقوى (٣) ما ذكرنا من الصحة، ولزوم الوفاء بالشرط وهو تسليم الضميمة وإن لم يخرج شيء أو تلف بالآفة. نعم لو تبين عدم قابلية الأصول للثمر إما لبيسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك كشف عن بطان المعاملة من الأول، ومعه يمكن استحقاق العامل للأجرة إذا كان جاهلا بالحال (٤).

-
- (١) بل من القضايا التي قياساتها معها. (الفيروزآبادي).
- (٢) ليس هذا هو الوجه إذ لا دليل على بطان المعاملة السفهية بل الوجه في البطان مع العلم بعدم الخروج من الأول مضافا إلى ما تقدم هو امتناع تعلق القصد الجدي بالمعاملة. (الخوئي).
- (٣) بل الأقوى ما قدمناه. (النائيني).
- (٤) بل ولو كان عالما بها بناء على التضمين حتى في فعل الإجارة بلا أجرة والعمدة فيه أن المغروس في مثل هذه المعاملات كون المالك مسلطا للعامل على ماله والعامل مسلطا للمالك على نفسه مقدمة لانتفاعهما من المال المزبور بأحد الوجوه من الانتفاع بحاصل الأرض أو ثمرة الشجرة أو ربح مال الإجارة فمع فساد هذه المعاملات من الأول فكل منهما ضامن لغيره ولو في الجملة ومع طرو الفساد في الأثناء لا يكون كل واحد ضامنا للآخر بالنسبة إلى ما مضى من الأعمال والمنافع لأنه مقتضى وضع أمثال هذه العقود. (آقا ضياء).
- * إذا كان بأمر من المالك وأما لو كان بتوهمه صحة العقد فلا. (الخوانساري).
- * الجهل بالحال لا يوجب عدم الاستحقاق كما مر نظيره في الإجارة وغيرها.

(مسألة): لو جعل المالك للعامل مع الحصة من الفائدة ملك حصة من الأصول مشاعا، أو مفروزا، ففي صحته مطلقا، أو عدمها كذلك، أو التفصيل بين أن يكون ذلك بنحو الشرط فيصح، أو على وجه الجزئية فلا، أقوال: والأقوى الأول (١) للعمومات. ودعوى أن ذلك على خلاف وضع المساقاة كما ترى. كدعوى أن مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك، إذ هو أول الدعوى (٢) والقول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه، فيه: أنه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائدة كما في المقام، حيث إن تلك الأصول وإن لم تكن

(الإمام الخميني).

* قد مر المناط في الاستحقاق. (الكلبایگانی).

(١) بل الأخير. (الإصفهاني، البروجردی، الخوانساري).

* الأحوط أن يجعل على نحو الشرط وإن كان الأقوى ما في المتن.

(الإمام الخميني).

* بل لا يبعد الثاني لأن الشرط المذكور خلاف وضع المساقاة مضافا إلى ما مر

في الإجارة من عدم اعتبار ملكية المنفعة لمالك العين بسبب آخر غير ملك العين. (الكلبایگانی).

* لا يخلو عن الإشكال. (النائيني).

* في صحته إذا كان بنحو الجزئية إشكال إلا أن يكون بنحو الاستثناء.

(الشيرازي).

* بل الأقوى الأخير إذ جعل على وجه الجزئية لا يتصور إلا بجعل العمل

للمالك ومعه لا تصح المساقاة. (الخوئي).

(٢) مجرد ذلك لا يثمر في التصحيح ما لم يحرز عدم دخله في حقيقة المساقاة

عرفا كما أشرنا إليه مرارا. (آقا ضياء).

للمالك الشارط إلا أن عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصة من نمائها. ودعوى أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعية نمائها لها مدفوعة، بمنعها بعد أن كان المشروط له الأصل فقط في عرض تملك حصة من نماء الجميع. نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نموها له بتمامه كان كذلك، لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزلة المستثنى من العمل فيكون العمل فيما عداها مما هو للمالك بإزاء الحصة من نمائه مع نفس تلك الأصول.

(مسألة): إذا تبين في أثناء المدة عدم خروج الثمر أصلاً، هل يجب على العامل إتمام السقي؟ قولان، أقواهما العدم.

(مسألة): يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل مع تعيينه نوعاً ومقداراً بحصة من الثمرة أو بتمامها بعد الظهور وبدو الصلاح، بل وكذا قبل البدو (١) بل قبل الظهور أيضاً (٢) إذا كان مع الضميمة الموجودة أو

-
- (١) جعلها أجرة بعد الظهور وقبل بدو الصلاح بدون الضميمة والعامين محل إشكال إلا مع شرط القطع وأما قبل الظهور فمحل إشكال مطلقاً بل البطلان فيه لا يخلو من قوة. (البروجردى).
- * إذا كان مالاً. (الشيرازي).
- * مع كون الثمرة مالاً قبل بدوها إن قطع وإلا فالأحوط الترك إلا مع الضميمة الموجودة. (الكلبيكاني).
- (٢) إذا كان قبل الظهور فيه إشكال ولو مع الضميمة أو عامين. (الإصفهاني، الخوانساري).
- * البطلان أشبه قبل الظهور ولو مع القيد وأما مع الظهور قبل البدو فلا يبعد صحته مع اشتراط القطع أو شرط بقائه مدة معلومة. (الإمام الخميني).
- * فيه إشكال وإسراء حكم البيع إلى الإجارة قياساً. (الخوئي).

عامين (١) وأما قبل الظهور عاما واحدا بلا ضميمة فالظاهر عدم جوازه، لا لعدم معقولية (٢) تملك ما ليس بموجود - لأننا نمنع عدم المعقولية بعد اعتبار العقلاء وجوده لوجوده المستقبلي، ولذا يصح مع الضميمة أو عامين حيث إنهم اتفقوا عليه (٣) في بيع الثمار وصرح به جماعة هاهنا - بل لظهور اتفاقهم (٤) على عدم الجواز كما هو كذلك في بيع الثمار ووجه المنع هناك (٥) خصوص الأخبار الدالة (٦) عليه، وظهرها أن وجه المنع الغرر، لا عدم معقولية تعلق الملكية بالمعدوم. ولولا

* لا يخلو البطلان عن قوة. (الشيرازي).

(١) هذا خلاف الاحتياط. (الكلبيكاني).

* الظاهر عدم خروج المعاملة عن كونها غررية بشئ من الأمرين ولا سبيل إلى مقايضة المقام ببيع الثمار. (النائيني).

(٢) لكن الإنصاف أنه وجه وجيه. (الكلبيكاني).

(٣) دعوى الاتفاق منه (قدس سره) عجبية حيث إنهم ادعوا الإجماع على عدم الجواز أو نفي الخلاف عليه إلا عن الصدوق ولم يدع أحد الإجماع على الجواز في عامين وأما مع الضميمة فادعوا الشهرة على عدم الجواز ولم يدع أحد الجواز لا في باب البيع ولا في غيره نعم ادعى العلامة في التذكرة الإجماع على جواز البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الضميمة أو عامين والخلاف والمبسوط والسرائر في خصوص عامين. (الكلبيكاني).

(٤) الاتفاق في تلك المسألة منقول عن جماعة لكن تحققه محل تأمل ولعله اجتهاد من بعض. (الكلبيكاني).

(٥) تقدم وجه المنع في بحث الإجارة فليراجع. (الخوئي).

(٦) الأخبار غير آبية عن الجمع بحمل أخبار المنع على الكراهة والعمدة في وجه المنع عدم معاملة العقلاء مع المعدوم معاملة الموجود في النقل والانتقال إلا في موارد مخصوصة وليس المقام منها. (الكلبيكاني).

ظهور الإجماع في المقام لقلنا بالجواز مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك، كما يجوز بيع ما في الذمة مع عدم كون العين موجودا فعلا عند ذيتها، بل وإن لم يكن في الخارج أصلا. والحاصل أن الوجود الاعتباري يكفي في صحة تعلق الملكية، فكأن العين موجودة في عهدة الشجر (١) كما أنها موجودة في عهدة الشخص.

(مسألة): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك، وللعامل أجره المثل لعمله (٢) إلا إذا كان عالما بالبطلان (٣) ومع ذلك أقدم

- (١) ولا يحتاج إلى اعتبار عهدة الشجر بل نفس قابليتها كافية في اعتبار وجود النماء كما هو الشأن في اعتبار وجود المنافع بمحض قابلية العين لها غاية الأمر يحتاج إلى أصالة بقائها إلى أوان الثمرة كي لا يلزم غرر وجودي فيها كما لا يخفى. (آقا ضياء).
- * جعل عهدة للشجر كما للإنسان من الغرابة بمكان فإن العهدة عبارة عن الذمة والذمة ليست إلا للرجل المدرك العاقل الذي يمنعه من الغدر وأكل الباطل شرفه أو دينه ومن أين للشجر أو مطلق الجماد ذلك ولو كان للجماد عهدة أو ذمة لكان الحيوان أولى بها ولا يقاس هذا على المال الذي يجعل وثيقة لمال آخر كالرهن وتركه الميث بالنسبة إلى الغرماء فإنها حقوق جعلها الشارع وسيلة لصاحب الحق أن يستوفي حقه منها فتدبر. (كاشف الغطاء).
- (٢) قد مر مرارا أن ميزان استحقاق الأجرة كون العمل مستندا بأمر المالك أو استدعائه ومجرد العمل مبنيا على عقد فاسد لا يوجب الاستحقاق من غير فرق بين علم العامل وجهله. (الكلبياني).
- * إذا كان عمله بأمر من المالك حراما وأما إذا كان بتوهمه صحة العقد فلا. (الخوانساري).
- (٣) بل وإن كان عالما بالبطلان نعم إذا كان البطلان يجعل جميع الفائدة للمالك لم يستحق الأجرة. (البروجردي).

على العمل، أو كان الفساد لأجل اشتراط (١) كون جميع الفائدة للمالك، حيث إنه بمنزلة المتبرع (٢) في هاتين الصورتين، فلا يستحق أجره المثل (٣) على الأقوى وإن كان عمله بعنوان المساقاة.

(مسألة): يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة، كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك (٤) على هذا الآخر

* الظاهر ثبوت أجره المثل في هذه الصورة. (الشيرازي).

* العلم بالفساد شرعا لا يوجب سقوط الأجرة نعم لو كان الفساد مستندا إلى اشتراط جميع الثمرة للمالك يتجه عدم الاستحقاق كان عالما بالفساد أو لا واستحقاق أجره المثل إنما هو فيما إذا كانت حصته بحسب التعارف بقدرها أو أكثر وإلا فلا يستحق إلا الأقل. (الإمام الخميني).

* بل يستحق أجره المثل وإن كان عالما بالبطلان إذا كان العمل بأمره. (الخوانساري).

* العلم بالبطلان لا يوجب تبرع العامل بعمله وقد مر نظيره في المضاربة والمزارعة نعم الأمر كما ذكر فيما إذا اشترط كون تمام الفائدة للمالك. (الخوئي).

(٢) إقدامه على العمل مع علمه بالفساد لا يجعله متبرعا ولا سيما مع علمه بأن للعامل أجره المثل مع فساد العقد وقد سبق نظيره قريبا. (كاشف الغطاء).

* الظاهر ثبوت أجره المثل في الصورة الأولى. (الشيرازي).

(٣) قد مر الإشكال فيه مرارا. (آقا ضياء).

(٤) بأن يكون الشرط فعل المساقاة الأخرى بحيث كان له الخيار في فسخ الأولى لو لم يساق لتخلف الشرط. (الكلبيكاني).

بالثلث. والقول بعدم الصحة لأنه كالبيعين في بيع المنهي عنه ضعيف، لمنع كونه من هذا القبيل، فإن المنهي عنه البيع حالا بكذا ومؤجلا بكذا، أو البيع على تقدير كذا وكذا وعلى تقدير آخر بكذا. والمقام نظير أن يقول: بعتك داري بكذا على أن أبيعك بستاني بكذا. ولا مانع منه، لأنه شرط مشروع في ضمن العقد.

(مسألة): يجوز تعدد العامل، كأن يساقي مع اثنين بالنصف له والنصف لهما، مع تعيين عمل كل منهما بينهم أو فيما بينهما، وتعيين حصة كل منهما. وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل، كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد ساقيناك على هذا البستان بكذا، وحينئذ فإن كانت الحصة المعينة للعامل منهما سواء - كالنصف أو الثلث مثلاً - صح وإن لم يعلم العامل كيفية شركتهما وأنها بالنصف أو غيره. وإن لم يكن سواء كأن يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث مثلاً، فلا بد من عمله بمقدار حصة كل منهما لرفع الغرر والجهالة في مقدار حصته من الثمر.

(مسألة): إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءً أو في الأثناء فالظاهر أن المالك مخير بين الفسخ (١) أو الرجوع إلى الحاكم الشرعي، فيجبره على العمل. وإن لم يمكن استأجر من ماله من يعمل عنه، أو بأجرة مؤجلة إلى وقت الثمر فيؤديها منه، أو يستقرض عليه ويستأجر

(١) بل الإيجابار مقدم. (الخوانساري).

* بل الإيجابار مقدم على الفسخ مهما أمكن لعموم الوفاء بالعقد ومع عدم الإمكان أمكن دعوى التخيير بين الفسخ والتقصص بإقامة غيره مقامه من ماله. (آقا ضياء).

من يعمل عنه. وإن تعذر الرجوع إلى الحاكم أو تعسر فيقوم بالأمر المذكورة عدول المؤمنين، بل لا يبعد جواز إجباره بنفسه، أو المقاصة (١) من ماله، أو استئجار المالك عنه ثم الرجوع عليه، أو نحو ذلك. وقد يقال بعدم جواز الفسخ إلا بعد تعذر الإجماع، وإن اللازم كون الإجماع من الحاكم (٢) مع إمكانه وهو أحوط (٣) وإن كان الأقوى التخيير بين الأمور المذكورة. هذا إذا لم يكن مقيدا بالمباشرة، وإلا فيكون مخيرا بين الفسخ والإجماع (٤) ولا يجوز الاستئجار عنه للعمل. نعم لو كان اعتبار المباشرة بنحو الشرط لا القيد يمكن إسقاط حق الشرط والاستئجار عنه أيضا.

(مسألة): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط

-
- (١) للاستئجار. (الإمام الخميني).
- * ولو بإذن الحاكم فرارا عن شبهة عدم جوازها بدونه. (آقا ضياء).
- * في جوازها وجواز استئجار المالك عنه إشكال بل منع. (الخوئي).
- (٢) تقدم إجبار الحاكم على إجبار غيره مع اختيار المالك الإجماع وعدم الفسخ لا إشكال فيه وكأن العبارة لا تخلو من نحو تشويش. (الإمام الخميني).
- (٣) لا يترك هذا الاحتياط. (الإصفهاني، البروجردي، الخوانساري).
- * لا يترك وإن كان ما في المتن لا يخلو من قوة. (الإمام الخميني).
- * لا يترك. (الكلبایگانی).
- * بل هو الأقوى مطلقا. (النائيني).
- (٤) بل الإجماع ثم الخيار على الأحوط كما في سابقه. (الإصفهاني، الخوانساري).
- * بل يتعين الإجماع ثم الخيار على الأحوط كما في سابقه. (البروجردي).
- * لا يترك مراعاة الاحتياط المذكور سابقا فيه أيضا. (الكلبایگانی).

المباشرة، بل لو أتى به من غير قصد التبرع عنه (١) أيضا كفى، بل ولو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضا (٢) وإن كان لا يخلو عن إشكال (٣) فلا يسقط حقه من الحاصل. وكذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الأعمال، كما إذا حصل السقي بالأمطار ولم يحتج إلى النزع من الآبار، خصوصا إذا كانت العادة كذلك. وربما يستشكل: بأنه نظير الاستئجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه، فإن الأجير لا يستحق الأجرة،

-
- (١) إذا لم يقصد التبرع عنه فكفايته محل إشكال خصوصا فيما إذا قصد التبرع عن المالك. (الإصفهاني).
- * في غير ما قصد به التبرع عن العامل إشكال. (الشيرازي).
- * لا يخلو من إشكال وإن لا يخلو من وجه. (الإمام الخميني).
- * في غير ما إذا قصد التبرع عن العامل إشكال إلا إذا كان ذلك متعارفا وسيأتي منه (قدس سره) الحكم بالإشكال في نظيره في ذيل المسألة مع عدم الفرق بين المسألتين إلا في كون الاستغناء عن العمل هناك بفعل الله وهنا بفعل الغير والظاهر أنه ليس بفارق. (الكلبائيگاني).
- * إذا لم يقصد التبرع عنه فكفايته محل إشكال. (الخوانساري).
- * محل تأمل. (البروجردي).
- (٢) هذا فيما إذا كان المأتي به بعض عمل المساقاة وأما إذا كان جميعه ففي كفايته في غير ما إذا قصد التبرع به عن العامل إشكال بل منع. (الخوئي).
- (٣) ولو من جهة كون عمله محسوبا عمل المالك فمع حصر العمل به لا يصح المساقاة لعدم محل فيه لعمل العامل الذي هو ركن في عقدها ولا أقل من الشك فيه فيكفي فيه أصالة الفساد فلا مجال حينئذ للتمسك بالعمومات. (آقا ضياء).
- * بل الأقوى بطلانه. (الخوانساري).

لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه، فاللازم في المقام أيضا عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل. ويجاب: بأن وضع المساقاة وكذا المزارعة على ذلك، فإن المراد حصول الزرع والثمرة فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط واستحق حصته، بخلاف الإجارة، فإن المراد منها مقابلة العوض بالعمل (١) منه أو عنه، ولا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحيانا كالاستقاء بالمطر مع بقاء سائر الأعمال. وأما لو كان على خلافه، كما إذا لم يكن عليه إلا السقي واستغنى عنه بالمطر أو نحوه كلية، فاستحقاقه للحصة مع عدم صدور عمل منه أصلا مشكل (٢). (مسألة): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل يكون الثمر له، وعليه أجره المثل (٣) للعامل بمقدار ما عمل. هذا إذا كان قبل ظهور الثمر، وإن كان بعده يكون للعامل حصته (٤) وعليه الأجرة

-
- (١) المساقاة أيضا مقابلة بالعوض وهو الحصة وهي فرع من فروع الإجارة لا فرق بينهما إلا بأن الأجرة في المساقاة هي الحصة التي يغتفر فيها بعض الجهالة بخلافها في الإجارة التي لا يجوز فيها شئ من الجهالة. (كاشف الغطاء).
(٢) لا فرق بين هذا وسابقه فيما هو ملاك الإشكال والجواب. (البروجردي).
* بل ممنوع. (الإمام الخميني).
* بل منع. (الخوانساري).
(٣) مع القيد المتقدم. (الإمام الخميني).
* الظاهر أنه لا يستحق أجره المثل لأن هذا العمل لم يقع عليه العقد حتى يكون بأمر المالك فإن الواقع عليه العقد هو العمل المنتهي إلى وصول الثمر لا مطلقا. (الخوئي).
(٤) لا يظهر وجه لبقاء ملك العامل لحصته بعد فسخ العقد الذي هو العلة له

للمالك إلى زمان البلوغ إن رضي بالبقاء، وإلا فله الإيجار على القطع (١)
بقدر حصته، إلا إذا لم يكن له قيمة أصلا فيحتمل (٢) أن يكون للمالك
كما قبل الظهور.

(مسألة): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا
يفسخ ويستأجر عنه، ويرجع عليه إما مطلقا كما لا يبعد (٣) أو بعد تعذر

حدوثا وبقاء. (البروجردى).

* الظاهر أن حكم الفسخ بعده حكمه قبله. (الخوئي).

* لا وجه له بعد كون الفسخ من الأصل لا من حينه. (الإمام الخميني).

* لا معنى لبقاء حصة العامل بملكه بعد فسخ العقد الذي كان سببا للملكية بقاء

وحدوثا ويكون الثمر في المساقاة بمنزلة الثمن أو المثلث في البيع بناء

على كونها معاوضة ويكون بمنزلة المنفعة في الإجارة على ما اخترناه وأما

على مختاره من أنها تسليط العامل للاستئمان فإن كان ذلك التسليط بمنزلة

الإذن غير قابل للفسخ بل له الرجوع عن تسليطه فتم ما ذكره (قدس سره) وأما إذا كان

قابلا للفسخ كما يظهر من سياق كلامه بالفسخ ينحل العقد من حينه ويحكم بأنه

كأن لم يقع ولازمه رجوع الثمر إلى المالك. (الكلبيكاني).

(١) مع إعطاء الأرش. (الفيروزآبادي).

(٢) احتمالا في نهاية الضعف بل لا وجه له. (الفيروزآبادي).

* فيه منع لأن العقد اقتضى ملكيته فلا وجه للانتقال إلى المالك غاية الأمر لا

يوجب ضمانا على المالك بإتلافه لفرض عدم المالية والقيمة ولكن مجرد ذلك

لا ينافي ملكيته لغيره إذ دائرة الملكية أوسع من المالية من وجه كما أن دائرتها

أيضا أوسع من الملكية بوجه آخر. (آقا ضياء).

(٣) مر الكلام فيه. (الإمام الخميني).

* وقد مر الإشكال فيه. (الخوئي).

الرجوع إلى الحاكم. لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد على الاستئجار عنه، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه وبين الله. وفيه ما لا يخفى. فالأقوى أن الإشهاد للإثبات ظاهراً وإلا فلا يكون شرطاً للاستحقاق، فمع العلم به، أو ثبوته شرعاً يستحق الرجوع وإن لم يكن أشهد على الاستئجار. نعم لو اختلفا في مقدار الأجرة فالقول قول العامل في نفي الزيادة وقد يقال بتقديم قول المالك، لأنه أمين (١) وفيه ما لا يخفى وأما لو اختلفا في أنه تبرع عنه أو قصد الرجوع عليه، فالظاهر تقديم قول المالك، لاحترام ماله (٢) وعمله، إلا إذا ثبت التبرع وإن كان لا يخلو عن إشكال (٣) بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل (٤).

(مسألة): لو تبين بالبينة أو غيرها (٥) أن الأصول كانت مغصوبة، فإن أجاز المغصوب منه (٦) المعاملة صحت المساقاة (٧) وإلا بطلت،

-
- (١) الظاهر أن أدلة الأمين منصرفه عن مثله. (الكلبياني).
(٢) بل لأنه ولي لعمله وأعرف بنيته كالوكيل. (الكلبياني).
(٣) لا إشكال فيه ظاهراً بمقتضى الكلمات. (آقا ضياء).
* لا وجه للإشكال أصلاً وكيف يقدم قول العامل وهو خلاف أصالة احترام العمل والمالك أعرف بقصده وبالجملة فقول العامل مخالف للأصل والظاهر. (كاشف الغطاء).
(٤) لكن الأقوى هو القول الأول. (البروجردي).
(٥) هذا إذا كان حجة مطلقاً وأما مثل اعتراف المساقى فلا أثر له بالإضافة إلى العامل. (الخوئي).
(٦) صلاحية هذا العقد بقيوده للإجازة محل تردد. (البروجردي).

وكان تمام الثمرة للمالك المغصوب منه، ويستحق العامل أجرة المثل على الغاصب إذا كان جاهلا بالحال (١) إلا إذا كان مدعيا عدم الغصبية وأنها كانت للمساقي، إذ حينئذ ليس له الرجوع عليه لاعترافه (٢) بصحة المعاملة، وأن المدعى أخذ الثمرة منه ظلما. هذا إذا كانت الثمرة باقية، وأما لو اقتسماها وتلفت عندهما فالأقوى أن للمالك الرجوع (٣) بعوضها على كل من الغاصب والعامل (٤) بتمامه، وله الرجوع على كل منهما بمقدار حصته، فعلى الأخير لا إشكال. وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصته، إلا إذا اعترف بصحة العقد وبطلان دعوى المدعي للغصبية، لأنه حينئذ معترف بأنه غرمه ظلما. وقيل: إن المالك مخير بين الرجوع على كل منهما بمقدار حصته وبين الرجوع على الغاصب بالجميع، فيرجع هو على العامل بمقدار حصته، وليس له الرجوع على العامل بتمامه، إلا إذا كان عالما بالحال (٥) ولا وجه له (٦)

- (٧) مر الإشكال في جريان الفضولي في المساقاة لما تتضمن التعهد من الطرفين زائدا على ما يتعلق بملك الغير. (الكلبيكاني).
- (١) بل مع العلم به أيضا فيه وفيما بعده وقد مرت نظائره. (الخوئي).
- * وكان عمله مستندا إلى الغاصب. (الكلبيكاني).
- (٢) مع عدم القطع بالخلاف. (الخوانساري).
- (٣) لا وجه لرجوعه على العامل إلا بالمقدار الذي وقع من الثمر تحت يده وسلطانه وهو خصوص حصته منه لا جميعه نعم له الرجوع بتمام عوضها على الغاصب. (الخوئي).
- (٤) إذا كان لكل منهما الاستيلاء عليها. (الشيرازي).
- (٥) هذا القول هو الأقوى لكن لا فرق في ذلك بين كونه عالما بالحال وجهله به ووجهه هو أن العمل في الأشجار ليس استيلاء له عليها ولا على ثمرتها والموجب للضمان هو الإتلاف أو الاستيلاء الذي هو المراد باليد لا التصرف.

بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضا. فالأقوى ما ذكرنا لأن يد كل منهما يد ضمان وقرار الضمان على من تلف في يده العين (١) ولو كان تلف الثمرة بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه. هذا، ويحتمل في أصل المسألة كون قرار الضمان على الغاصب مع جهل العامل (٢) لأنه مغرور من قبله (٣) ولا ينافيه ضمانه لأجرة عمله، فإنه محترم،

(البروجردى).

(٦) إذا استولى العامل على العين والثمره وأما إذا كانتا تحت يد المالك والعامل يقوم بالسقي والعمل فالوجه الرجوع إلى المالك ولو في حصة العامل قبل استيلائه عليها نعم مع استيلائه عليها يجوز الرجوع إليه أيضا فالميزان في الرجوع هو الاستيلاء لا مطلق التصرف. (الإمام الخميني).

(١) إلا إذا كان مغرورا فعلى من غره. (النائيني).

(٢) هذا الاحتمال ضعيف فإنه لم يدخل على أن تكون الحصة له مجانا ولم يغره الغاصب بذلك بل على كونها له بعوض عمله الذي خرج عن كونه عوضا له واستحق أجرته على الغاصب. (البروجردى).

* هذا لا يخلو من قوة. (الإصفهاني).

* لا يخلو عن قوة. (الشيرازي).

* لكنه غير وجيه. (الإمام الخميني).

* هذا الاحتمال ضعيف لأن العامل أقدم على أن تكون الحصة له بإزاء عمله لا مجانا فحيث لم يمض الشارع هذه المعاملة فلا محالة يحكم عليه بضمن ما أتلفه أو تلف تحت يده من الثمر خصوصا مع الحكم باستحقاقه أجره عمله. (الكلبيايگاني).

(٣) أي غرور في المقام مع أنه أقدم على تملك حصته المجعولة له بإزاء عمله لا مجانا والمفروض أنه يرجع على المالك بأجرة مثله فالاحتمال المزبور

وبعد فساد المعاملة لا يكون الحصة عوضا عنه فيستحقها. وإتلافه الحصة إذا كان بغيره من الغاصب لا يوجب ضمانه له.
(مسألة): لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقي غيره مع اشتراط المباشرة أو مع النهي عنه (١) وأما مع عدم الأمرين ففي جوازه مطلقا، كما في الإجارة والمزارعة وإن كان لا يجوز تسليم الأصول إلى العامل (٢) الثاني إلا بإذن المالك، أو لا يجوز مطلقا وإن أذن المالك، أو لا يجوز إلا مع إذنه (٣) أو لا يجوز قبل ظهور الثمر، ويجوز بعده، أقوال: أقواها الأول (٤) ولا دليل على القول بالمنع مطلقا، أو في الجملة، بعد

ضعيف جدا. (الخوئي).

(١) لا تأثير لنهي المالك إلا بالنسبة إلى تسليم الأصول إلى العامل الثاني فإنه لا يجوز بدون إذن المالك وأما المساقاة بدون التسليم على فرض جوازها (٣) هذا هو الأقوى لكن إذنه فيها توكيل للمساقي الأول في إيقاع مساقاة أخرى للمالك مع المساقي الثاني بعد فسخ المساقاة الأولى فلا يستحق المساقي الأول شيئا وأما مساقاة المساقي الأول مع غيره لنفسه فالظاهر عدم جوازه مطلقا. (الإصفهاني).

* هذا هو الأقوى لكن إذنه فيها توكيل للمساقي الأول في إيقاع مساقاة أخرى من المالك مع المساقي الثاني بعد فسخ المساقاة الأولى ولا يتصور غير ذلك. (الخوانساري).

(٤) أقواها الثاني فإنه ليس مساقاة كما مر في المزارعة أيضا ما هو الأقوى فراجع. (الإمام الخميني).

شمول العمومات من قوله تعالى * (أوفوا بالعقود) * و * (تجارة عن تراض) * وكونها على خلاف الأصل فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم ممنوع (١) بعد شمولها. ودعوى أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكا للمساقى، أو كان وكيلا عن المالك، أو وليا عليه، كما ترى، إذ هو أول الدعوى.

(مسألة): خراج السلطان في الأراضي الخراجية على المالك، لأنه إنما يؤخذ على الأرض التي هي للمسلمين، لا الغرس الذي هو للمالك، وإن أخذ على الغرس فبملاحظة الأرض، ومع قطع النظر عن ذلك أيضا كذلك فهو على المالك مطلقا، إلا إذا اشترط كونه على العامل أو عليهما بشرط العلم بمقداره.

(مسألة): مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من حين ظهوره، والظاهر عدم الخلاف فيه، إلا من بعض العامة حيث قال: بعدم ملكيته له إلا بالقسمة، قياسا على عامل القراض، حيث إنه لا يملك الربح إلا بعد الإنضاض. وهو ممنوع عليه حتى في المقيس عليه. نعم لو اشترط ذلك في ضمن العقد لا يبعد صحته (٢) ويتفرع على ما ذكرنا فروع:

منها: ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط

* بل أقواها الثاني بمعنى أنه لا يجوز له مساقاة الغير على أن يكون الغير عاملا له وهو عاملا لمالك الأصول وهو مراد القوم في هذا الخلاف. (البروجردى).
(١) ذلك كذلك في غير المقومات العرفية. (آقا ضياء).
(٢) صحة هذا الشرط محل تأمل. (البروجردى، الخوانساري).
* بل هي بعيدة. (الخوئي).

مباشرة للعمل فإن المعاملة تبطل من حينه (١) والحصة تنتقل (٢) إلى وارثه على ما ذكرنا.
ومنها: ما إذا فسخ أحدهما بخيار الشرط (٣) أو الاشتراط بعد الظهور وقبل القسمة أو تقايلا.
ومنها: ما إذا حصل مانع (٤) عن إتمام العمل بعد الظهور.
ومنها: ما إذا أخرجت الأصول عن القابلية لإدراك الثمر ليبس

-
- (١) بل من أصله ويستحق العامل أجره المثل وبذلك يظهر الحال في الفروع الآتية. (الخوئي).
- (٢) مقتضى القاعدة انكشاف بطلان المساقاة من حين الوقوع لأن الحصة في العقد مقابلة لمجموع العمل من حيث المجموع ولا يكون ما ظهر مقابلا لما عمل إلى آن الموت ومع فرض دخالة المباشرة يكشف الموت عن عدم المقابل للحصة في الواقع فيكون تمام الثمر للمالك وعليه أجره المثل لما عمل مستندا إلى المالك. (الكلبيايگاني).
- (٣) الفسخ حل العقد من أصله وكذا التقايل ومقتضاه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه وفي ما نحن فيه ترجع الحصة إلى المالك. (الإمام الخميني).
- * مقتضى الفسخ أو التقايل رجوع تمام الحصة إلى المالك وقد مر وجهه. (الكلبيايگاني).
- * تقدم أن انفساخ العقد بالخيار أو التقايل موجب لزوال ملكية العامل عن الحصة وعودها إلى مالك الأصل. (البروجردي).
- قيدا وإلا فيستأجر من يتم العمل على القولين. (الكلبيايگاني).

أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور، فإن الثمر (١) في هذه الصور مشترك بين المالك والعامل وإن لم يكن بالغاً (٢).

ومنها: في مسألة الزكاة فإنها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصته النصاب كما هو المشهور، لتحقق سبب الوجوب وهو الملكية له حين الانعقاد أو بدو الصلاح على ما ذكرنا بخلافه إذا قلنا بالتوقف على القسمة. نعم خالف في وجوب الزكاة عليه ابن زهرة هنا وفي المزارعة بدعوى أن ما يأخذه كالأجرة، ولا يخفى ما فيه من الضعف، لأن الحصبة 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 وأما إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها كما في المقام، وكما 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، وربما يقال بعدم وجوب الزكاة على العامل في المقام، ويعلل بوجهين آخرين:

أحدهما: أنها إنما تجب بعد إخراج المؤن، والفرض كون العمل في مقابل الحصبة فهي من المؤن (٣) وهو كما ترى، وإلا لزم احتساب أجرة

-
- (١) هذا إذا كان للثمر قبل بلوغه مالية بحيث تصح المساقاة مع اشتراط قطع الثمر في هذه الحالة وأما إذا كان بحيث تكون المساقاة مع الشرط المذكور غير عقلائية فالظاهر أن خروج الأصول عن قابلية الإدراك يكشف عن البطلان من الأول نظير موت العامل بل لا يبعد ذلك مطلقاً إذ المساقاة مبنية على بلوغ الثمر وإدراكه بنحو التقييد وظهور الخلاف يكشف عن البطلان. (الكلبيايگاني).
- (٢) هذا إذا صدق عليه الثمر وإلا فالحكم بصحة المساقاة مشكل. (الخوئي).
- (٣) لو صح ذلك فأقصى ما يقتضيه هو سقوط زكاتها عن المالك ولا أثر له في

عمل المالك والزارع لنفسه أيضا، فلا نسلم (١) أنها حيث كانت في قبال العمل تعد من المؤمن (٢).

الثاني: أنه يشترط في وجوب الزكاة التمكن من التصرف وفي المقام وإن حصلت الملكية للعامل بمجرد الظهور إلا أنه لا يستحق التسلم إلا بعد تمام العمل (٣) وفيه مع فرض (٤) تسليم عدم التمكن من التصرف (٥) أن اشتراطه مختص (٦) بما يعتبر في زكاته الحول - كالتقدين

السقوط عن العامل أصلا. (النائبي).

(١) وعلى فرض التسليم لا يلزم منه السقوط مطلقا. (الإمام الخميني).
(٢) مع أنه لو كان منها لم يستلزم سقوط الزكاة عن الحصة فقد يكون أجره العمل أقل منها بكثير والمدار في المؤمن على المالية التي صرفها لأجل الغلة. (الإصفهاني).

(٣) لكن بعد ما يتمكن من إتمام العمل يتمكن من التسلم وهذا المقدار كاف في وجوبها نعم لو قيل بكفاية عدم استحقاق التسلم في عدم الوجوب لكان له وجه لكنه غير وجيه حيث إنه باختياره. (الكلبيكاني).

* هذا غير مستلزم لسلب التمكن الذي يعتبر في وجوب الزكاة. (البروجردي).
(٤) الأولى منع المقدمة وإلا فشرطه التمكن من التصرف مطلق لا اختصاص بما اعتبر فيه الحول كما لا يخفى على من راجع بابه. (آقا ضياء).
* الأولى منع عدم التمكن المعتبر في الزكاة وإلا فقد مر اعتباره مطلقا. (الإمام الخميني).

(٥) الصحيح عدم تسليمه وإلا فقد تقدم في محله عدم اختصاص الاشتراط بما يعتبر الحول في زكاته. (الخوئي).

(٦) قد مر في باب الزكاة منع هذا الاختصاص فلو سلم عدم التمكن من التصرف المانع عن وجوب الزكاة أشكل الأمر على المشهور. (الإصفهاني).

والأنعام - لا في الغلات (١) ففيها وإن لم يتمكن من التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد التمكن على الأقوى (٢) كما بين في محله. ولا يخفى أن لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصة على المالك أيضا - كما اعترف به - فلا يجب على العامل، لما ذكر ولا يجب على المالك، لخروجها عن ملكه.

(مسألة): إذا اختلفا في صدور العقد وعدمه فالقول قول منكره، وكذا لو اختلفا في اشتراط شيء على أحدهما وعدمه. ولو اختلفا في صحة العقد وعدمها قدم قول مدعي الصحة، ولو اختلفا في قدر حصة العامل قدم قول المالك المنكر (٣) للزيادة، وكذا لو اختلفا في المدة (٤)، ولو اختلفا في قدر الحاصل قدم قول العامل، وكذا لو ادعى المالك عليه سرقة أو إتلافا أو خيانة، وكذا لو ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أمينا له كما هو الظاهر، ولا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين

(١) تقدم في كتاب الزكاة أن الأقوى اعتبار التمكن من التصرف فيها حال التعلق وفي المقام وإن كان العامل متمكنا حينئذ من التصرفات الناقلة في حصته لكن كفاية ذلك في تعلق الزكاة بها مع عدم استحقاقه تسلمها مشكلة نعم هي الأحوط. (النائيني).

(٢) بل الأحوط والأقرب عدم الوجوب كما مر ومر منه الإشكال في اعتباره في كتاب الزكاة. (الكلبيايگاني).

(٣) مع صدق اختصاصه باليد يقدم قوله بمقدار لا يكون على خلاف مقتضى يده حجة أخرى. (آقا ضياء).

* وإن اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد فالتحالف. (الفيروزآبادي).

(٤) أي قدم قوله مع إنكار الزيادة وقدم قول العامل إذا أنكر الزيادة. (الإمام الخميني).

مقدار ما يدعيه عليه بناء على ما هو الأقوى (١) من سماع الدعوى المجهولة خلافا للعلامة في التذكرة في المقام.
(مسألة): إذا ثبتت الخيانة من العامل بالبينة أو غيرها هل له (٢) رفع يد العامل على الثمرة أو لا؟ قولان: أقواهما العدم (٣) لأنه مسلط على ماله، وحيث إن المالك أيضا مسلط على حصته فله أن يستأجر أمينا يضمه مع العامل، والأجرة عليه، لأن ذلك لمصلحته. ومع عدم كفايته في حفظ حصته جاز رفع يد العامل (٤) واستئجار من يحفظ الكل، والأجرة على المالك أيضا.

-
- (١) في كونه أقوى إشكال. (الكلبايگاني).
* أفوائته مشكلة بل ممنوعة. (النائني).
(٢) أي المالك. (الفيروزآبادي).
(٣) فيه إشكال. (الخوئي).
(٤) محل تأمل. (البروجردي).
* فيه إشكال. (الشيرازي).
* محل إشكال نعم إن أرجع الأمر إلى الحاكم لا يبعد جوازه له بل في بعض الصور جائز له بلا إشكال. (الإمام الخميني).
* محل تأمل لكونه خلاف قاعدة السلطنة. (الخوانساري).
* لتعارض قاعدتي السلطنة فيؤخذ بالأهم من الإرفاقين كما هو الشأن في دوران الأمر بين كسر القدر أو قطع رأس الدابة فيؤخذ بأقل الضررين بهذا المناط، هذا ما ذهب إليه بعض الأعاظم. ولكن التحقيق في كلية جبر تراحم الحقوق سلطنة كل طرف على تخليص ماله مع خسارة مال غيره إن لم يكن ذلك بتقصير منه، والله العالم. (آقا ضياء).
* ولعله يستفاد ذلك من قضية سمرة بن جندب. (الكلبايگاني).

(مسألة): قالوا المغارسة باطلة (١) وهي أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصة من الأرض أيضا للعامل أو لا، ووجه البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة. بل ادعى جماعة الإجماع عليه. نعم حكى عن الأردبيلي وصاحب الكفاية الإشكال فيه، لإمكان استفادة الصحة من العمومات وهو في محله (٢) إن لم يتحقق الإجماع. ثم على البطلان (٣) يكون الغرس لصاحبه، فإن كان من مالك الأرض فعليه أجره عمل الغارس إن كان جاهلا (٤)

(١) ما قالوا هو الأقوى. (الإمام الخميني).

* وقولهم هو الصحيح. (الخوئي).

* وهو الأحوط. (الكلبيكاني).

* ولا يخلو عن قوة. (النائيني، الشيرازي).

(٢) بل يكفي في بطلانه مجرد الشك في كونه من المعاملات المتعارفة لأصالة فسادها. (آقا ضياء).

(٣) وهو الأقوى. (الإصفهاني، البروجردي).

(٤) في القيد نظر لما مر مرارا. (آقا ضياء).

* بل مطلقا وكذا في أجره الأرض. (الشيرازي).

* بل وإن كان عالما وكذا في أجره الأرض. (البروجردي).

* بل مطلقا لكن مع القيد المتقدم مع كون حصته بحسب التعارف لا تنقص من أجره عمله. (الإمام الخميني).

* لا فرق بين صورتى الجهل والعلم في كون الأجرة على المالك لو كان

الغارس متحركا من قبله وكان الغرس بأمره وأما لو كان بتوهمه صحة تلك

المعاملة فلا. (الخوانساري). إلى هنا انتهى تعليقه مد ظله.

* بل إن كان بأمر المالك أو استدعائه من غير فرق بين العالم والجاهل.

بالبطلان (١) وإن كان للعامل فعليه أجرة الأرض للمالك مع جهله به (٢) وله الإبقاء بالأجرة، أو الأمر بقلع الغرس أو قلعه بنفسه، وعليه أرش نقصانه إن نقص من جهة القلع. ويظهر من جماعة أن عليه (٣) تفاوت ما بين قيمته قائما ومقلوعا، ولا دليل عليه بعد كون المالك مستحقا للقلع. ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر - مثلا - بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر. ولكن كلمات الآخرين لا يقبل هذا الحمل، بل هي صريحة في ضمان التفاوت بين القائم والمقلوع، حيث قالوا مع ملاحظة أوصافه الحالية من كونه في معرض الإبقاء مع الأجرة أو القلع. ومن الغريب ما عن المسالك من ملاحظة كون قلعه مشروطا بالأرش لا مطلقا، فإن استحقاقه للأرش من أوصافه وحالاته فينبغي أن يلاحظ أيضا في مقام التقويم، مع أنه مستلزم للدور كما اعترف به. ثم إنه إن قلنا بالبطلان يمكن تصحيح المعاملة بإدخالها تحت عنوان الإجارة أو المصالحة أو نحوهما مع مراعاة شرائطهما كأن تكون الأصول مشتركة بينهما إما بشرائها (٤)

(١) بل مع العلم به أيضا فيه وفيما بعده. (الخوئي).

(٢) بل مطلقا أيضا. (الإمام الخميني).

* بل مطلقا وقد مر وجهه في الفروع السابقة. (الكلبيكاني).

(٣) الأحوط التصالح. (النائيني).

* الأحوط فيه التصالح. (الكلبيكاني).

(٤) ولو بأن يوكل صاحب الأرض الغارس في أن كل ما يشتري من الفسيل يشتريه لهما بالاشتراك. (الإصفهاني). (*)

(الكلبيكاني).

* بل مطلقا وكذا فيما بعده. (النائيني).

بالشركة أو بتمليك أحدهما للآخر نصفاً منها مثلاً إذا كانت من أحدهما،
فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه مثلاً، أو بنصف
عينها على أن يشتغل بغيرها وسقيه إلى زمان كذا، أو يستأجره
للغرس (١) والسقي إلى زمان كذا بنصف منفعة الأرض مثلاً.
(مسألة): إذا صدر من شخصين مغارسة ولم يعلم كيفيتها وأنها على
الوجه الصحيح أو الباطل، بناء على البطلان يحمل فعلهما على
الصحة (٢) إذا ماتا، أو اختلفا في الصحة والفساد.

(١) فيه منع. (الشيرازي).

* أي يستأجره لغرس الأشجار المشتركة ففي الحقيقة يملك المالك على
العامل غرس حصته من الأشجار في أرض نفسه والسقي والعمل ويملك
العامل على المالك غرس حصته من الأشجار في أرضه إلى زمان كذا بإزاء
عمله. (الكلبيكاني).

(٢) الحمل على الصحة مع كون عنوان العمل مجهولاً ومردداً بين الصحيح من
عنوان والفساد من آخر محل إشكال بل منع. (الكلبيكاني).
* بناء على ما سبق منه تبعاً لغيره في بعض فروع المضاربة من اختصاص
مورد أصالة الصحة بما دار الأمر بين صحيح عنوان وفساده فلا تجري فيما دار
الأمر بين عنوان باطل وصحيح عنوان آخر يشكل التمسك هنا بأصالة الصحة.
(الإصفهاني).

* لا موقع لأصالة الصحة مع كون الأمر دائراً بين عنوانين أحدهما صحيح
والآخر فاسد نعم إذا كانا متصرفين في المغروس بعنوان كونه لهما كانت اليد
منهما أمانة على ملكيتهما وترتب آثار الصحة على ما وقع منهما. (البروجردي).
* جريانها محل إشكال بل منع. (الإمام الخميني).
* لا موقع لأصالة الصحة إذا ادعى أحدهما المغارسة والآخر معاملة
صحيحة غيرها. (الخوئي).

تذنيب: في الكافي عن أبي عبد الله (عليه السلام): من أراد أن يلحق النخل إذا كان لا يوجد عملها (١) ولا يتبعل بالنخل، فيأخذ حيتانا صغارا يابسة فيدقها بين الدقين، ثم يذر في كل طلعة منها قليلا، ويصر الباقي في صرة نظيفة ثم يجعله في قلب النخل ينفع بإذن الله تعالى. وعن الصدوق في كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوي عن آبائه (عليهم السلام): أن النبي (صلى الله عليه وآله) قال مر أخي عيسى بمدينة فإذا في ثمارها الدود، فسألوا إليه ما بهم؟ فقال (عليه السلام) دواء هذا معكم وليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صببتم التراب وليس هكذا، يجب بل ينبغي أن تصبوا الماء في أصول الشجر، ثم تصبوا التراب كي لا يقع فيه الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك. وفي خبر عن أحدهما (عليهما السلام) قال: تقول إذا غرست أو زرعت* (ومثل كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء تؤتى أكلها كل حين بإذن ربها)* (٢) وفي خبر آخر إذا غرست غرسا أو نبتا فاقرأ على كل عود أو حبة " سبحان الباعث الوارث " فإنه لا يكاد يخطئ إن شاء الله.
تم كتاب المساقاة

(١) أي لا يحسن مباشرتها. (الفيروزآبادي).

(٢) إبراهيم: ٢٣.

كتاب الضمان

وهو من الضمن لأنه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما. وما قيل: من احتمال كونه من الضم - فيكون النون زائدة - واضح الفساد، إذ مع منافاته لسائر مشتقاته لازمه كون الميم مشددة. وله إطلاقان: إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحوالة والكفالة أيضا فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس، وإطلاق بالمعنى الأخص وهو التعهد بالمال عينا أو منفعة أو عملا، وهو المقصود (١) من هذا الفصل ويشترط فيه أمور: أحدها: الإيجاب، ويكفي فيه كل لفظ دال، بل يكفي الفعل الدال (٢)

-
- (١) ولعل الأولى تعريف ما هو المقصود من هذا الفصل بأنه إثبات مال في الذمة بعقد كما في المبسوط والوسيلة. (الكلبياني).
(٢) في كفايته تأمل وإشكال. (الإصفهاني).
* الأحوط بل الأقوى اعتبار الألفاظ الصريحة إيجابا وقبولا كغيره من العقود اللازمة. (كاشف الغطاء).
* محل تأمل. (الإمام الخميني).

ولو بضميمة القرائن على التعهد والالتزام بما على غيره من المال. الثاني: القبول من المضمون له، ويكفي فيه أيضا كل ما دل على ذلك من قول أو فعل. وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول كذا ذكره (١) ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول (٢) على حد سائر العقود اللازمة، بل يكفي رضا المضمون له (٣) سابقا أو لاحقا كما عن الإيضاح والأردبيلي حيث قال: يكفي فيه الرضا ولا يعتبر القبول العقدي. بل عن القواعد: وفي اشتراط قبوله احتمال. ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي (صلى الله عليه وآله) أن يصلي عليه حتى ضمنه علي (عليه السلام). وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاته وسائر ما يعتبر في قبولها. وأما رضا المضمون عنه فليس معتبرا فيه، إذ يصح الضمان التبرعي فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعا حيث لا يعتبر رضاه. وهذا واضح فيما

-
- * لو فرض دلالة عليه لكنه مجرد فرض وكذا في القبول. (الكلبایگانى).
 * دلالة الفعل على التعهد وكونه إيجادا له مجرد فرض لا واقع له. (النائىنى).
 * لو وجد فعل دال على ذلك على حد دلالة الألفاظ الدالة عليه لكن الظاهر أنه مجرد فرض. (البروجردى).
 (١) وهو الأقوى. (البروجردى، الإمام الخمينى، الكلبایگانى).
 (٢) فيه تأمل. (الفىروزآبادى).
 (٣) كفاية مجرد الرضا القلبي حتى السابق منه في غاية الإشكال نعم لا يبعد كفاية أن يقول رضيت ونحو ذلك. (النائىنى).
 * هذا إذا أبرزه في الخارج بمبرز. (الخوئى).

لم يستلزم (١) الوفاء أو الضمان عنه ضررا عليه أو حرجا (٢) من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لشأنه، كما إذا تبرع وضيع ديننا عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلا.

الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا، فلا يصح ضمان الصبي وإن كان مراهقا، بل وإن أذن له الولي على إشكال (٣) ولا ضمان المجنون إلا إذا كان أدواريا في دور إفاقته. وكذا يعتبر كون المضمون له بالغا عاقلا. وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك، فيصح كونه صغيرا أو مجنونا. نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض.

(١) بل وإن استلزم. (الكلبايگاني).

(٢) اعتبار عدم الضرر والحرج على المضمون عنه في صحة الضمان غير معلوم. (الإمام الخميني).

* مجرد حرجية تخليص ذمة غيره على صاحب الذمة ولو بنقل الضامن ما في ذمة الغير إلى ذمة نفسه برضاء المالك لا يوجب نفي سلطنة المالك على استيفاء ماله ولو بجعله في ذمة غيره إذ مثل هذه العمومات لا يرفع مثل هذه الإرفاقية لأن في نفيها خلاف الامتنان على الغير وليس للمديون سلطنة على إبقاء مال الغير في ذمته بل تمام السلطنة للمالك والضامن الجاعل مال غيره في ذمته بإذنه. (آقا ضياء).

* بل ولو استلزم ذلك فإن التكليف لا يرتبط بالوضع. (الخوئي).

(٣) عند عدم قيام مصلحة عليه وإلا فلا إشكال في جوازه لعموم جهة ولايته عليه. (آقا ضياء).

* الظاهر الجواز إذا كان فيه مصلحة وإن كان هذا الفرض نادرا وأولى بالجواز ما إذا كان المضمون له صبيا. (الخوئي).

الرابع: كونه مختارا (١) فلا يصح ضمان المكره (٢).
الخامس: عدم كونه محجورا لسفهه إلا بإذن الولي وكذا المضمون له،
ولا بأس بكون الضامن مفلسا، فإن ضمانه نظير اقتراضه فلا يشارك
المضمون له مع الغرماء، وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلسا (٣)
ولا بأس بكون المضمون عنه سفيها أو مفلسا، لكن لا ينفع إذنه في
جواز الرجوع (٤) عليه.
السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل
مولاه على المشهور (٥) لقوله تعالى: * (لا يقدر على شيء) * ولكن

-
- (١) وكذا المضمون له فلا يصح قبوله مع الإكراه. (البروجردي).
* وكذا المضمون له في قبوله. (الإمام الخميني).
* وكذا يعتبر كون المضمون له أيضا مختارا فلا يصح الضمان للمكره.
(الكلبيايگاني).
(٢) وكذلك المضمون له. (الخوئي).
(٣) لا مانع أن يضمن له بإذن وليه ويدفع المال للولي. (كاشف الغطاء).
(٤) أي في أمواله الموجودة التي تكون موردا للحجر. (الخوئي).
* في الرجوع إلى ما تعلق به الحجر وأما بغيره أو بعد رفعه فلا مانع من الرجوع
إليه بسبب إذنه في حال الحجر. (الإمام الخميني).
* إنما لا ينفع إذن المفلس في جواز الرجوع عليه حال حجره بالزائد على
نصيب المضمون له من أمواله وأما الرجوع عليه حال الحجر بمقدار نصيب
المضمون له وبعد ارتفاع الحجر مطلقا بسبب إذنه فلا مانع منه. (البروجردي).
(٥) وهو المنصور. (الكلبيايگاني).
* وهو الأقوى. (البروجردي).
* وهو الأقوى ودعوى الانصراف غير وجيهة وضمن الإلتلاف خارج عنها
تخفيفا. (الإمام الخميني).

لا يبعد (١) صحة ضمانه، وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق كما عن التذكرة والمختلف. ونفي القدرة منصرف (٢) عما لا ينافي حق المولى. ودعوى أن المملوك لا ذمة له كما ترى، ولذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته هذا. وأما إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحة ضمانه. وحينئذ فإن عين كونه في ذمة نفسه أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه فهو المتبع، وإن أطلق الإذن ففي كونه في ذمة المولى أو في كسب المملوك أو في ذمته يتبع به بعد عتقه أو كونه متعلقا برقبته وجوه، وأقوال: أوجهها (٣) الأول لانفهامه عرفا (٤) كما في إذنه للاستدانة لنفقته

* فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

* وهو الصحيح نعم لو أجاز الولي ضمانه لا يبعد الصحة ويكون كما لو وقع بإذنه. (النائيني).

(١) بل بعيد. (الشيرازي).

(٢) في الانصراف المزبور إشكال بل منع، وما أفاد به من الاستشهاد واضح البطلان في الشهادة لأن ضمان التلف من الأحكام القهرية المترتبة على إتلافه يتبع به بعد عتقه، وهذا بخلاف الضمان العقدي المنوط بسلطنته على الإيقاع المزبور الممنوع بعموم * (لا يقدر) * بشهادة شموله لإطلاقه (أ) بنص الرواية. (آقا ضياء).

(٣) لا يخلو عن إشكال. (النائيني).

(٤) محل تأمل. (الإمام الخميني).

(أ) في نسخة أخرى: فشهادة شموله لإطلاقه.

* لا إشكال في ذلك مع انفهامه عرفا لكنه راجع إلى التعيين وأما مع عدمه كما هو المفروض فأوجههما هو الثالث. (البروجردي).

أو لأمر آخر، وكما في إذنه في التزويج حيث إن المهر والنفقة على مولاه. ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة بأن الاستدانة موجبة لملكيته وحيث إنه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه بخلاف الضمان حيث إنه لا ملكية فيه مدفوعة بمنع عدم قابليته للملكية، وعلى فرضه أيضا لا يكون فارقا بعد الانفهام العرفي.

السابع: التنجيز (١) فلو علق الضمان على شرط - كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي، أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلا - بطل على المشهور (٢) لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة، إلا دعوى الإجماع في كل العقود على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير، أو دعوى منافاة التعليق للإنشاء. وفي الثاني ما لا يخفى، وفي الأول منع تحققه في المقام. وربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقا. وفيه: أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك (٣). نعم في المثال الثاني (٤) يمكن

* ولو لم يفهم منه ذلك وكان محملا مرددا بين كونه في ذمة نفسه أو ذمة العبد بحيث يتبع به بعد عتقه فالظاهر بطلانه. (الكلبيكاني).

(١) على الأحوط. (الإمام الخميني).

(٢) وهو المنصور. (البروجردي، الكلبيكاني، الإصفهاني).

* وهو الأقوى. (الفيروزآبادي، الشيرازي).

* وهو الصحيح. (النائيني).

* فيه إشكال، والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

(٣) فيه ما لا يخفى كما يظهر من ملاحظة الديون المؤجلة. (آقا ضياء).

(٤) هذا المثال خصوصا فيما إذا علق على عدم الوفاء أصلا أولى بالبطلان من

أن يقال (١) بإمكان تحقق الضمان (٢) منجزاً مع كون الوفاء (٣) معلقاً على عدم وفاء المضمون له، لأنه يصدق (٤) أنه ضمن الدين على نحو الضمان

سائر صور التعليق لاستلزامه اشتغال ذمتين وضم ذمة إلى ذمة أخرى وهو خلاف حقيقة الضمان عندنا. (الإصفهاني).

(١) بعد القول بعدم تعقل التفكيك بين التعليقين كيف يصير ممكناً أو واقعاً في هذا المثال ثم إن تصحيح الضمان فيه لا يتم على أصلنا بل على قول العامة من أنه ضم ذمة إلى ذمته. (البروجردى).

* كيف يمكن مع دعوى امتناع التفكيك مع أن هذا النحو من الضمان غير ما عندنا من كونه ناقلاً. (الإمام الخميني).

* لعله يريد بذلك أن الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس بمعنى النقل إلى الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى تعليق الضمان بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية وعليه فالضمان فعلي وأثره الانتقال إلى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون كما أن أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها وعلى هذا فلا بأس بما أفاده (قدس سره) ولا يبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية. (الخوئي).

(٢) امتناع أن يكون الضمان منجزاً مع تعليقه على عدم وفاء المديون وكونه على فرض إمكان ذلك من ضم ذمة إلى أخرى دون الضمان الناقل بمكان من الوضوح. (النائيني).

(٣) بمعنى جعل الضمان فيه بمعنى تعليقاً فلا ينافي ما أفاده من عدم التفكيك بين الوفاء والضمان بمعنى نقل ذمة الغير إلى ذمته. (آقا ضياء).

(٤) لا سبيل إلى هذه الدعوى ولو فرض صحة ما ادعاه من الصديق العرفي التسامحي فظاهر أنه مما لا يعتد به. (النائيني).

في الأعيان المضمونة، إذ حقيقته قضية تعليقية (١) إلا أن يقال بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي (٢).

الثامن: كون الدين الذي يضمه ثابتا في ذمة المضمون عنه سواء كان مستقرا، كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه أو متزلزلا، كأحد عوضين في البيع الخياري - كما إذا ضمن الثمن الكلي للبائع أو المبيع الكلي للمشتري أو المبيع الشخصي (٣) قبل القبض - وكالمهر

(١) كون حقيقة ضمان اليد قضية تعليقية في محل المنع ولا يسع المقام تفصيله. (الإمام الخميني).

* حقيقة الضمان فيها أيضا قضية فعلية تستتبع أحكاما تعليقية باعتبار حال التلف مثلا أو إعواز المثل وغير ذلك وليست هي عين تلك القضايا ولتوضيح ذلك مقام آخر. (النائيني).

* إن كان المقصود تعليق الضمان بعدم الإعطاء فهذا عين ما هو باطل عند المشهور وإن كان المقصود الضمان منجزا لكنه يخبر بأنه يفني ما دام الدين باقيا ولم يؤد المضمون عنه فالظاهر أنه ليس بتعليق ولا ممنوع. (الكلبيكاني).

(٢) وهو الحق كما أشرنا إليه قبلا في الحاشية السابقة عليه. (آقا ضياء).
* ويمكن أن يقال إن عهدة العين في ضمان اليد أيضا فعلي غاية الأمر أن عليه الرد مع البقاء والمثل والقيمة مع التلف. (الكلبيكاني).

(٣) في المبيع الشخصي قبل القبض وهكذا في المهر الشخصي صحة الضمان مبنية على كفاية وجود المقتضي للدين فيه أو الالتزام بكون مفاد عقد الضمان مجرد تبديل العهدة على وجه يشمل مثل هذه الموارد من التعليقات وإلا ففيه إشكال بل منع والمسألة بعد في محل النظر. (آقا ضياء).
* محل إشكال مع أنه ليس من أمثلة المقام. (الإمام الخميني).

* لا موقع لذكره في المقام فإن الكلام إنما هو في ضمان الدين. (الخوئي).
* ذكر المبيع الشخصي لا يلتئم مع عنوان الدين وتحرير المسألة أن المضمون

قبل الدخول ونحو ذلك. فلو قال: اقترض فلانا كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئة وأنا ضامن، لم يصح على المشهور (١) بل عن التذكرة الإجماع، قال: لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو علي لم يصح إجماعاً. ولكن ما ذكره من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية. ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي (٢) للثبوت وإن لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً، لصدق الضمان وشمول العمومات العامة وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً.

إما دين أو عين والأول هو ضمان الأموال الكلية التي تشتغل بها الذمم كالقرض والتمن والمثمن الكليين ونحوهما والثاني هو ضمان العهدة نظير ضمان اليد وهو الأموال الشخصية ومعنى ضمانها كونها في عهدة الشخص إما يردّها عيناً أو يدفع بدلها عيناً أو قيمة لو تلفت ومن هذا القبيل المبيع الشخصي. (كاشف الغطاء).

(١) وهو الأقوى ويأتي الكلام في الفروع. (البروجردى).

* وهو الأقوى. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال والاحتياط لا يترك ولا يبعد تفرع هذا الشرط على سابقه.

(الخوئي).

* وهو الأقوى وأما الفروع الآتية فيأتي الكلام فيها إن شاء الله. (الكلبيانگاني).

(٢) لو كان الحق المضمون متقوماً بأن يشتغل به ذمة شخص معين عند حدوثه

كنفقة الزوجة ونحوها فامتناع الضمان الناقل لها من تلك الذمة قبل حدوثه

وعدم الجدوى ولو جود المقتضي وهو الزوجية مثلاً في ذلك ظاهر نعم يصح

ضمان مال الجعالة ونحوه قبل أن يشتغل به ذمة المضمون عنه لكونه تعهداً

والتزاماً من الضامن وإلغاء لتعهد المضمون عنه لا لكونه تحويلاً له من ذمته إلى

ذمة نفسه كي يندرج فيما عرفت امتناعه. (النائيني).

التاسع: أن لا يكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعم حيث قالوا: إنه بمعنى التعهد بمال، أو نفس، فالثاني الكفالة، والأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص. لكن لا دليل على هذا الشرط، فإذا ضمن للمضمون عنه (١) بمثل ماله عليه يكون ضمانا، فإن كان بإذنه يتهاثران (٢) بعد أداء مال الضمان، وإلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعا وليس من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه (٣) على الضامن حتى تكون حوالة. ومع الإغماض عن ذلك غاية ما يكون أنه يكون داخلا في كلا العنوانين (٤)

-
- (١) أي عن المضمون عنه. (البروجردى).
(٢) هذا إذا كان كلاهما حالين أو كلاهما مؤجلين بمدة متساوية، وإلا فلا وجه للتهاثر. (الخوئي).
(٣) ولئن شئت قلت: إن مرجع الحوالة إلى نقل المديون مال الدائن من ذمته إلى ذمة شخص آخر ولو باحتساب المحيل ما في ذمة المحال عليه وفاء لدينه للمحتال أو بنحو الاعتياض وهذا بخلاف باب الضمان إذ مرجعه إلى نقل الضامن ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة نفسه عكس الحوالة وربما يترتب على الاعتبارين ثمرات مختلفة وعلى أي حال لا مجال لما أفاده المصنف في وجه الامتياز كما لا يخفى. (آقا ضياء).
(٤) مع التسليم والاعتراف بتغاير العنوانين وأن المنشأ في أحدهما إثبات مال في الذمة وفراغ ذمة أخرى وفي الآخر نقل ما في ذمة إلى ذمة مشغولة بمثل ما فيها وأن اعتبار ذلك في أحدهما وظيفة الضامن وفي الآخر وظيفة المديون فكيف يمكن إنشاؤهما بإنشاء واحد حتى يكون داخلا في كلا العنوانين

فترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافا إلى ما يكون مشتركا.
العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد إلى الضمان ويكفي التميز الواقعي وإن لم يعلمه الضامن فالمضر هو الإبهام والترديد، فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد. ولو قال: ضمنت الدين الذي على فلان ولم يعلم أنه لزيد أو لعمر، أو الدين الذي لفلان ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح (١) لأنه متعين واقعا، وكذا لو قال: ضمنت لك كل ما كان لك على الناس، أو قال: ضمنت عنك كل ما كان عليك لكل من كان من الناس. ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما، مع أنه لا دليل عليه أصلا، ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيقة دائرة من سائر العقود. (مسألة): لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه، ويمكن أن يستدل عليه - مضافا إلى العمومات العامة

وموردا لكلا الأثرين مع أن الأثر المختص بأحدهما مستلزم لما لا يجتمع مع المختص بالآخر فيكون الجمع بينهما مستلزما للجمع بين النقيضين وظاهر العلماء رضوان الله عليهم أن المديون إذا ضمن فلا بد أن يكون حوالة بمعنى بطلان ما إذا قصد الضمان ولا يبعد ذلك وسيأتي في الحوالة ما يوضحه إن شاء الله تعالى. (الكلبيايگانی).
(١) هذا مع قبول المضمون له، وإلا فلا يصح وبذلك يظهر حال ما بعد هذا الفرع. (الخوئي).

وقوله (صلى الله عليه وآله) الزعيم غارم - بضمان علي بن الحسين (عليهما السلام) (١)
لدين عبد الله

بن الحسن، وضمانه لدين محمد بن أسامة. لكن الصحة مخصوصة بما
إذا كان له واقع معين، وأما إذا لم يكن كذلك كقولك: ضمنت شيئاً من
دينك فلا يصح. ولعله مراد من قال: إن الصحة إنما هي فيما إذا كان
يمكن العلم به بعد ذلك، فلا يرد عليه ما يقال من عدم الإشكال في
الصحة مع فرض تعيينه واقعا وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر
المعلوم. هذا، وخالف بعضهم فاشتراط العلم به لنفي الغرر والضرر، ورد
بعدم العموم في الأول، لاختصاصه بالبيع أو مطلق المعاوضات
وبالإقدام في الثاني. ويمكن الفرق بين الضمان التبرعي والإذني (٢)
فيعتبر في الثاني (٣) دون الأول، إذ ضمان علي بن الحسين (عليه السلام) كان
تبرعياً. واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجري في مثل
المقام الشبيه بالمعاوضة إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الإذن.
وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب (٤).

(مسألة): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من
ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه بالإجماع

-
- (١) لكن في الروايتين ضعف سندنا بل ودلالة ولكن ما في المتن لا يخلو من قوة
مطلقاً من غير فرق بين الضمان التبرعي وغيره. (الإمام الخميني).
(٢) لكنه بعيد. (الخوئي).
(٣) بل لا يعتبر في شيء منهما. (الشيرازي).
(٤) لكن الأقرب عدم الفرق بين القسمين. (البروجردي).
* بل الأقرب عدم الفرق لعدم الغرر فإن باب الضمان غير باب المعاوضات.
(الكلبيانگاني).

والنصوص، خلافا للجمهور حيث إن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة. وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو، ويمكن الحكم بصحته (١) حينئذ للعمومات. (مسألة): إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته وذمة المضمون عنه. وإن أبرأ ذمة المضمون عنه لم يؤثر شيئا فلا تبرأ ذمة الضامن، لعدم المحل للإبراء بعد برائته بالضمان إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه بحيث يفهم منه عرفا إبراء ذمة الضامن. وأما في الضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة (٢) فإن أبرأ ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضا، وإن أبرأ ذمة الضامن فلا تبرأ ذمة المضمون عنه. كذا قالوا (٣) ويمكن أن يقال ببراءة ذمتهما على التقديرين (٤).

-
- (١) ممنوع. (الإصفهاني، البروجردي).
* الإجماع والنصوص على خلافه. (الفيروزآبادي).
* فيه إشكال إذ لم يكن في قبالة الضمان المعهود معاملة أخرى مجعولة عند العقلاء غاية الأمر اختلفوا في حقيقة الضمان فبعد ردعهم عما فهموا لا يبقى مجال التشبث بالعمومات بالنسبة إليها بعد ردعه. (آقا ضياء).
* محل إشكال. (الإمام الخميني).
* بل مشكل. (الكلبائيكاني).
* ضعيف غايته. (النائيني).
* لكنه ضعيف. (الشيرازي).
* لكنه ضعيف جدا. (الخوئي).
(٢) بالمعنى الذي لا نقول به. (الفيروزآبادي).
(٣) وهو الوجه على هذا المبنى. (الإمام الخميني).
* وهو الأظهر. (الفيروزآبادي).

(مسألة): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان بإذن المضمون عنه وتبين إعساره، وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره، بخلاف ما لو كان معسرا حين الضمان وكان جاهلا بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور (١) بل الظاهر عدم الخلاف فيه، ويستفاد من بعض الأخبار أيضا. والمدار كما أشرنا إليه في الإعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان موسرا ثم أعسر لا يجوز له الفسخ. كما أنه لو كان معسرا ثم أيسر يبقى الخيار (٢) والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار

(٤) حيث لم يعلم المقصود من ضم الذمة إلى الذمة وأن ذمة الضامن هل هي وثيقة لذمة المديون كما صرح بعض القائلين به بعدم جواز المطالبة من الضامن إلا بعد عدم إمكان الأداء من المديون أو أن ضمانها كضمان اليد مع تعدد الأيدي كما عن بعضهم جواز الرجوع إلى كل منهما على التخيير فلا داعي لنا لتفريع الفروع سيما مع عدم ملائمتها لبعض ما فرعوا عليه. (الكلبيكاني).
* لكنه ضعيف على ذلك القول فإن إسقاط الوثيقة على الدين لا يستلزم سقوط نفس الدين. (البروجردى).

* ممنوع. (الشيرازي).
* ويحتمل حينئذ أيضا عدم براءة ذمة واحد منهما لعدم استقلال كل منهما في الذمة كي بإبراء ذمته مستقلا يسقط ذمته بل لا يسقطان إلا بإبرائهما. (آقا ضياء).
(١) ولكن للمناقشة فيه مجال واسع وليس في المسألة رواية تدل على الخيار وجواز الفسخ. (الخوئي).
(٢) إذا كان العلم بالإعسار بعد حصول اليسار فثبوت الخيار محل تأمل وإشكال. (البروجردى).

مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضا معسرا أو لا. وهل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلا مع يساره (١) في ثبوت الخيار أو لا؟ وجهان (٢).

(مسألة): يجوز اشتراط الخيار (٣) في الضمان للضامن والمضمون له، لعموم أدلة الشروط. والظاهر جواز (٤) اشتراط شيء لكل منهما كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخط لي ثوبا (٥) أو قال المضمون

(١) الأقوى عدم خياره مهما أمكن إجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم من جهة سلطنته على استنقاذ ماله إلا إذا كان ذلك حرجا عليه فيجبر بالخيار حينئذ. (آقا ضياء).

(٢) أقربهما العدم. (البروجردى).

* أو جههما العدم. (الإمام الخميني، الخوئي).

* أقواهما العدم. (الكلبيايگاني).

* الأوجه الأول. (الشيرازي).

(٣) جوازه في غاية الإشكال بل لا يبعد عدم جوازه. (النائيني).

* فيه إشكال بل منع وكذا في ثبوت الخيار عند تخلف الشرط والوجه فيه أن انفساخ عقد ما إذا لم يمكن في نفسه ولو بالتقاييل فأدلة الشروط لا تفي بصحة جعل الخيار فيه وبذلك يظهر الحال في المسألة الآتية. (الخوئي).

(٤) يشكل جوازه ولو قيل به ففي كون التخلف عنه موجبا للخيار أو كونه كالتخلف عما تضمنه عقد النكاح وجهان والأظهر الثاني. (النائيني).

(٥) بنحو الالتزام في الالتزام لا بنحو التعليق في الضمان وجواز الفسخ لتخلف الشرط كأصل الشرط وإن كان على القاعدة لكن حيث يستلزم اشتغال ذمة المضمون عنه بعد الخلو وذلك بدون رضاه خلاف القاعدة فالقول بأن الفسخ مع التخلف موقوف على رضا المضمون عنه لا يخلو عن سداد. (الكلبيايگاني). * أي على أن تخطه لي. (البروجردى).

له أقبّل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا، ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط.

(مسألة): إذا تبين كون الضامن مملوكا وضمن من غير إذن مولاه أو بإذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق، لا يبعد (١) ثبوت الخيار للمضمون له.

(مسألة): يجوز ضمان الدين الحال حالا ومؤجلا، وكذا ضمان المؤجل حالا ومؤجلا بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص. والقول بعدم صحة الضمان إلا مؤجلا وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم ضعيف، كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالا أو بأنقص. ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب كما ترى.

(مسألة): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين (٢) فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه، لأن الذي عليه كان حالا ولم يصر مؤجلا بتأجيل الضمان. وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته يجوز لو ارثه الرجوع على المضمون عنه. واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلا حتى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف.

(مسألة): إذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك فمات وحل ما عليه وأخذ من تركته ليس لو ارثه الرجوع على المضمون عنه إلا بعد حلول أجل أصل الدين، لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم

(١) وذلك لكون العبد حينئذ مصداقا للمفلس والمعسر والمفروض جهل الضامن به. (الكلبيايگاني).

(٢) في إطلاقه تأمل فيشكل ما فرعه عليه. (الشيرازي).

الحلول على المضمون عنه. وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل.
(مسألة): إذا ضمن الدين المؤجل حالا بإذن المضمون عنه (١) فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، وإلا فلا يجوز (٢) إلا بعد انقضاء الأجل، والإذن في الضمان أعم من كونه حالا.
(مسألة): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه ليس له (٣) الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله. وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه، على ما مر (٤) من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلا. وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته، فإنه يرجع على المضمون عنه.

(مسألة): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أدأه بإذنه أو أمره إلا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعا منه في وفاء دينه، كأن يقول: أد ما ضمننت عني وارجع به علي،

(١) إذا صرح بضمانه حالا فالأقرب الرجوع عليه مع أدائه. (الإمام الخميني).
(٢) لا يبعد كفاية الإذن في الضمان حالا في جواز الرجوع ولعله المراد بقوله الإذن في الضمان أعم من كونه حالا. (الكلبياني).
* الظاهر كفاية إذنه في الضمان حالا في جواز الرجوع عليه بمجرد الأداء. (النائيني).

(٣) إلا إذا صرح المضمون عنه بضمانه أقل من أجله فإن الأقرب معه جواز الرجوع عليه مع الأداء. (الإمام الخميني).
(٤) وقد مر التأمل فيه. (الشيرازي).

على إشكال (١) في هذه الصورة أيضا، من حيث إن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به. وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن بإذنه، لأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء. نعم لو أذن له في الضمان تبرعا فضمن ليس له الرجوع عليه، لأن الإذن على هذا الوجه كالا إذن.

(مسألة): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف (٢) فيه. وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى فليس له المطالبة قبله إما لأن ذمة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرد الإذن إلا أن ذمة المضمون عنه لا تشتغل إلا بعد الأداء (٣) وبمقداره، وإما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء، وظاهرهم هو الوجه الأول (٤) وعلى أي حال لا خلاف

-
- (١) الظاهر إنه لا إشكال فيه وليس مرجعه إلى الوعد. (الخوئي).
- (٢) إلا عن الشيخ (قدس سره) حيث حكم في المبسوط بأنه إذا ضمن بإذنه كان له مطالبة المضمون عنه بتخليصه عن الدين وإن لم يطالبه المضمون له واختاره العلامة في التحرير اللهم إلا أن يكون المقصود أن ليس له الرجوع بأخذ الدين بحيث يملكه قبل الأداء فهو صحيح والظاهر عدم الخلاف فيه. (الكلبيكاني).
- (٣) هذا هو الأقوى. (الإصفهاني).
- (٤) وهو الذي تقتضيه القاعدة. (الخوئي).
- * وهو الأقوى كما هو صريح بعضهم وظاهر الباقي حتى مثل الشيخ في المبسوط والعلامة في التحرير فإن الحكم بجواز مطالبة الضامن المضمون عنه بتخليصه عن الدين غير الحكم باشتغال ذمة المضمون عنه. (الكلبيكاني).

في أصل الحكم وإن كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة (١) واشتغال ذمته (٢) من حين الضمان في قبال اشتغال ذمة الضامن سواء أدى أو لم

* وهو الصحيح ومع الغض عن النص والإجماع فالقاعدة أيضا تقتضي ذلك فإن إذن المضمون عنه في الضمان عنه أو أداء دينه ونحو ذلك لا يوجب شيئا (١) بل مع احتمال كون منشأ الرجوع وقوع الخسارة في ماله فعلا مقتضى الأصل عدم الرجوع إلا بعد الأداء إذ مجرد اشتغال الذمة غير موجب لورود الخسارة الفعلية عليه كما لا يخفى. (آقا ضياء).

* كون مقتضى القاعدة ما ذكره ممنوع بل الظاهر أن مجرد إذنه بالضمان وضمانه واشتغال ذمته لا يوجب اشتغال ذمة المضمون عنه ولو للأصل وعدم الدليل عليه نعم بعد الأداء لا إشكال نصا وفتوى في جواز الرجوع واشتغال ذمته ويمكن استفادة ما ذكر من الرواية المشار إليها أيضا. (الإمام الخميني). * هذا هو الأقوى ولا إجماع ولا خبر على خلافه وهو مختار الشيخ وجماعة نعم خالفه العلامة واشتهر بعده وإنما مورد الإجماع والخبر هو أنه إذا صولح الضامن عما ضمنه بأقل منه لم يستحق على الأصيل إلا ما صولح عليه ولا منافاة بينهما غاية الأمر أنه يجب عليه رد الزائد إن صولح عليه بعد أخذ مال الضمان. (البروجردي).

(٢) بل الأوفق بالقواعد هو الأول لأن إنشاء الضمان إنشاء لاشتغال ذمة الضامن بما في ذمة المضمون عنه للمضمون له ويعبر عنه بانتقال ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن وليس فيه من اشتغال ذمة المضمون عنه عين ولا أثر ولكن حيث إن أداء الضامن دينه من مال نفسه بإذنه يكون بمنزلة أداء المضمون عنه وإتلافه ذلك المال واستيفائه فيشتغل ذمته به له وأما اشتغال

يؤد. فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ثبت (١) بالإجماع، وخصوص
 الخبر عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال: ليس له إلا الذي
 صالح عليه. بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ما خسر، ويتفرع
 على ما ذكره أن المضمون له لو أبرأ ذمة الضامن عن تمام الدين ليس
 له الرجوع على المضمون عنه أصلا، وإن أبرئه من البعض ليس له
 الرجوع بمقداره، وكذا لو صالح معه بالأقل كما هو مورد الخبر، وكذا لو
 ضمن عن الضامن ضامن تبرعا فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشئ لم
 يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه، وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعا.
 (مسألة): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو
 زكاة أو صدقة فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه ولا يكون ذلك
 في حكم الإبراء، وكذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبة، وأما لو وهبه ما
 في ذمته فهل هو كالإبراء (٢) أو لا؟ وجهان (٣) ولو مات المضمون له
 فورثه الضامن لم يسقط (٤) جواز الرجوع به على المضمون عنه.

ذمته بمجرد اشتغال ذمة الضامن فلا دليل له ما لم ينجر إلى إتلاف المال.
 (الكلبيايگاني).

- (١) كونه على خلاف القاعدة محل النظر. (الإصفهاني).
- (٢) بل هو حقيقة إبراء بلفظ الهبة وإلا فلا تصح الهبة إلا في الأعيان ولو من جهة
 استفادته من شرطية القبض فيه. (آقا ضياء).
- (٣) أو جههما الثاني. (الإصفهاني).
- * أقواهما الأول. (الإمام الخميني، الفيروزآبادي، النائيني).
- * لا يبعد أن يكون ثانيهما أقرب. (الخوئي).
- (٤) الفرق بين سقوط الدين بالهبة وسقوطه بالإرث غير واضح حيث حكم في

(مسألة): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوي أقل من الدين أو وفاه الضامن بما يسوي أقل منه، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوي وهو مشكل (١) بعد كون الحكم على خلاف القاعدة (٢) وكون القدر المسلم غير هذه الصور، وظاهر (٣) خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه لا ما إذا صالحه بما يسوي أقل منه (٤) وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوي أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة.

(مسألة): إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل

الأول بأن في كونه كالإبراء أولاً وجهان وحكم في الثاني بعدم السقوط جزماً. (الكلبيكاني).

- (١) لا إشكال فيه مع ظهور الخبر وعدم الاستفصال. (الفيروزآبادي).
- * بل لا إشكال فيه ولا ظهور للخبر في خصوص الرضا من الدين بأقل منه وقد مر أن الحكم على القاعدة. (الكلبيكاني).
- (٢) بل في كل مورد كان من باب انتقال الدين لا يمنع عن الرجوع لأنه بمنزلة الوفاء به خارجاً بإذنه فلا ينافي ذلك كون الحكم على وفق الأصول. (آقا ضياء).
- (الخوئي).
- (٣) استظهار خصوص القسم الأول من الرواية الشريفة أضعف من دعوى كون الحكم على خلاف القاعدة. (النائيني).
- (٤) الظاهر عدم الفرق بينهما. (الإصفهاني، البروجردي).
- * الظاهر شمول الرواية للمورد. (الشيرازي).

أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما له عليه فلا إشكال ويكون في يده أمانة لا يضمن لو تلف إلا بالتعدي أو التفريط، وإن كان بعنوان وفاء ما عليه فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان (١) وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعد أداء الضامن أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح ويحتسب وفاء لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني، وإن قلنا إنه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء وحينه كما هو ظاهر المشهور (٢) فيشكل صحته وفاء، لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد، فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (٣) وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد (٤) أو العلم ببقاء الرضا به.

(مسألة): لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عني إلى المضمون له ما علي من مال الضمان فدفع برئت ذمتهما معا، أما الضامن فلأنه قد أدى دينه، وأما المضمون عنه فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر كذا قد يقال. والأوجه (٥) أن يقال: إن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء

-
- (١) وهو الأقوى كما مر بل مر أنه يجب عليه أيضا مع المطالبة. (البروجردي).
(٢) وهو الأشبه كما مر. (الإمام الخميني).
* وقد مر أنه الأقوى. (الكلبيكاني).
(٣) لو دفعه بدلا عما ضمنه عنه فلا يبعد أن يكون كالمقبوض بالسوم ويملكه الضامن بنفس الأداء بلا حاجة إلى إذن جديد. (النائيني).
(٤) لا يحتاج إليه. (الفيروزآبادي).
(٥) وأما على ما ذكرناه فهو واضح لا يحتاج إلى توجيه. (البروجردي).
* بل الأوجه التفصيل بين القول باشتغال ذمة المضمون عنه حين الضمان فيشتغل ذمة الضامن للمضمون عنه بالأداء بإذنه فيتهاتران وبين القول بعدم

دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء، والمفروض أن ذمة المضمون عنه أيضا مشغولة له، حيث إنه أذن له في الضمان، فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمة المضمون عنه حيث إن الضمان بإذنه وقد وفي الضامن (١) فيتهاتران أو يتقاصان (٢) وإشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور في غير محله (٣).

(مسألة): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن براء معا، كما لو دفعه أجنبي عنه.

(مسألة): إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن بإذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه، بل على الضامن. بل وكذا لو ضمن بالإذن فضمن عنه ضامن بإذنه، فإنه بالأداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الأول.

(مسألة): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له، وكذا

الاشتغال إلا بعد أداء الضامن فإن أدى المضمون عنه مجانا فلا تشتغل ذمته لعدم خسران الضامن وإن أدى بإذنه بقصد أخذ العوض منه فإن أعطاه الضامن عوض ما أدى عنه بإذنه اشتغل ذمته له بالدين لأنه خسر بإعطائه وإلا فلا كما مر في أداء الضامن. (الكلبيايگاني).

(١) بل وفي المضمون عنه ولعل في العبارة تحريفا. (كاشف الغطاء).

(٢) لا معنى للتقاص ها هنا وأما التهاتر فوجيه. (الإمام الخميني).

* الصحيح أن يقال: وقد وفي المضمون عنه ولعل التبديل من سهو القلم أو من غلط النساخ ثم إنه لا موقع للمقاصة في المقام وبراءة الذمتين إنما هي من جهة التهاتر. (الخوئي).

* كونه من أظهر موارد التهاتر وأجيبا عن باب المقاصة ظاهر. (النائيني).

(٣) بل في السخيف من القول. (الفيروزآبادي).

يجوز أن يضمه بأكثر (١) منه، وفي الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلا بذلك الأقل، كما أن في الثانية لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين، إلا إذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة.

(مسألة): يجوز الضمان بغير جنس الدين (٢) كما يجوز الوفاء بغير الجنس (٣) وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلا بالجنس الذي عليه إلا برضاه.

(مسألة): يجوز الضمان بشرط الرهانة (٤) فيرهن بعد الضمان، بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهنا بنحو شرط النتيجة (٥) في ضمن عقد الضمان (٦).

(مسألة): إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك (٧) بالضمان أو لا؟ يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه (٨) لأنه

-
- (١) فيه إشكال. (البروجردي، الإمام الخميني، الشيرازي، الخوئي).
 - * مشكل إلا بمعنى الالتزام بإعطاء شيء زائد عليه مجاناً. (الكلبيكاني).
 - (٢) ولو بنقله إلى ذمته بعض مراتب ما في ذمة غيره من مراتب ماليته في ضمن غيره كما هو الشأن في الوفاء بغير الجنس. (آقا ضياء).
 - * بمعنى اشتراط الأداء من غير الجنس وإلا فمشكل. (الكلبيكاني).
 - (٣) فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).
 - (٤) هذا إنما يتم فيما إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة وأما إذا كان بنحو شرط الفعل فلا يصح لأن مرجعه إلى جعل الخيار فيه وقد تقدم أن الخيار لا يدخل في عقد الضمان. (الخوئي).
 - (٥) لكن ذلك لا يوجب سقوط اشتراط صحة الرهن بالقبض. (الكلبيكاني).
 - (٦) وفي اشتراط صحة الرهن حينئذ بالقبض وعدمه وجهان. (النائيني).
 - (٧) الظاهر ذلك. (الشيرازي).
 - (٨) وهو الصحيح. (الخوئي).

بمنزلة الوفاء، لكنه لا يخلو عن إشكال (١) هذا مع الإطلاق. وأما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع.
(مسألة): يجوز اشتراط الضمان (٢) في مال معين (٣) على وجه التقييد (٤) أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في

* وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).

(١) لا وجه للإشكال إذا كان وثيقة لدين في ذمة شخصه نعم لو كان وثيقة لنفس ما في الذمة في أي ذمة كان لا وجه لفكه. (آقا ضياء).

* لكن الفك هو الأقوى. (الإمام الخميني).

* الظاهر أنه لا إشكال فيه. (الكلبایگانی).

* ولكنه الأقوى. (النائيني).

(٢) اشتراط ذلك وإن ادعي عدم الخلاف في جوازه لكنه لا يخلو عن الإشكال خصوصا إذا كان على وجه التقييد. (النائيني).

(٣) بأن يشترط الأداء منه. (الكلبایگانی).

(٤) لم يظهر لي معنى معقول لتقييد ما في الذمة بالمال الموجود في الخارج كما هو ظاهره. (البروجردي).

* صحته كذلك محل إشكال بل منع إلا إذا كان كليا في المعين فإن له وجه

صحة فإن الكلي في المعين لا يخرج عن الكلية والذمة على ما هو التحقيق

فيكون ضمانه في دائرة المعين فمع تلف الكل يبطل الضمان ومع بقاء مقدار

الدين لا يبطل ويتعين للأداء ومع بقاء ما ينقص عنه يبطل بالنسبة. (الإمام الخميني).

* لا يظهر معنى متحصل للتقييد في المقام فينحصر الأمر في الاشتراط ولا

يترتب عليه إلا وجوب الوفاء بالشرط لما مر من الإشكال في ثبوت الخيار

بتخلفه. (الحوئي).

* ظاهره تقييد الضمان بأداء العين وهو يرجع إلى التعليق الباطل بالإجماع ولم

أجد من تعرض للمسألة إلا العلامة (قدس سره) وهو المتفرد به على ما في مفتاح الكرامة

الالتزام، وحينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه. وعلى الأول إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان ويرجع المضمون له على المضمون عنه، كما أنه إذا نقص يبقى الناقص في عهده. وعلى الثاني لا يبطل، بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن (١) أو المضمون له أو هما، ومع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ. وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن، بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال (٢) فلا يصح. (مسألة): إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه (٣) فإن قلنا: إن الضامن هو المولى للانفهام العرفي، أو لقرائن خارجية يكون من اشتراط الضمان في مال معين وهو الكسب الذي للمولى، وحينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن

والظاهر أن مقصوده الاشتراط دون التقييد كما أن صاحب مفتاح الكرامة حمل كلامه عليه من دون ذكر احتمال آخر. (الكلبيكاني).

(١) الظاهر عدم الخيار للضامن على فرض كون الشرط له إذ مرجعه حينئذ إلى التزام المضمون له قبوله إن أداه الضامن إليه فلا تخلف منه حتى يثبت به الخيار للضامن. (البروجردي).

* ثبوت الخيار للضامن بالتلف عنده محل منع ولو كان هو المشروط له لأن الشرط على المضمون له معناه عدم استنكافه من أخذه وليس من شأنه أن يلتزم بغير ذلك فلا خيار للضامن إلا مع استنكاف المضمون له من الأخذ. (الكلبيكاني).

* لا وجه لخيار الضامن في فرض المسألة وهو تلف ذلك المال. (الشيرازي).

(٢) ولا يكون عهدة المال على الضامن. (الفيروزآبادي).

(٣) تقدم الإشكال فيه. (النائيني).

العقود، ويبطل (١) إن كان على وجه التقييد (٢) وإن اعتق بيقى وجوب الكسب عليه (٣) وإن قلنا: إن الضامن هو المملوك وإن مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان فإذا مات لا يجب على المولى شيء، وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريره بالزكاة ونحوها، وإن اعتق بيقى الوجوب عليه.

(مسألة): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد فإما أن يكون على التعاقب أو دفعة، فعلى الأول الضامن من رضي المضمون له بضمانه ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق (٤) ويحتمل قويا كونه كما إذا

-
- (١) قد مر الإشكال في أصل الضمان بنحو التقييد. (الكلبيكاني).
- (٢) مر آنفا أنه لا محصل له في المقام. (الخوئي).
- (٣) مشكل بناء على أن الضامن هو المولى كما هو المفروض. (الإصفهاني).
- * لا وجه له في الفرض. (الإمام الخميني).
- * لا وجه له مع فرض القول بأن الضامن هو المولى بل الظاهر أنه كتلف المال الذي اشترط أن يؤدي منه فإن كسب العبد على وجه يكون من أموال المولى قد تعذر بانعناقه. (البروجردي).
- * بل تبقى ذمة المولى مشغولة كما في الموت. (الخوئي).
- * بقاء الحق عليه مع أن الضامن هو المولى للانفهام العرفي أو غيره لا يتجه. (كاشف الغطاء).
- (٤) لو تعقب كل ضمان بقبول مستقل فالسابق قبله هو الصحيح وإن تأخر إنشاؤه من الضامن أو كان مقارنا لإنشاء الآخر ويلغى ما عداه مطلقا ولو تعقب الجميع بقبول واحد فالأظهر التقسيط مطلقا ولا أثر للتعاقب ولا التقارن في الصدور عن الضامن مطلقا. (النائيني).

ضمنا دفعة (١) خصوصا بناء على اعتبار القبول (٢) من المضمون له فإن الأثر حاصل بالقبول نقلا لا كشفا، وعلى الثاني إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضي بهما معا ففي بطلانه - كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره (٣) صاحب الجواهر - أو التقييد بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا، أو ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الأيدي وجوه: أقواها الأخير (٤) وعليه إذا أبرأ المضمون له واحدا منهما برئ دون الآخر، إلا

-
- (١) هذا هو المتعين. (الخوئي).
- (٢) وهو الأقوى كما مر وعلى هذا فهو المدار في الدفعة والتعاقب. (البروجردى).
- * كما هو الأقوى. (الكلبيكاني).
- (٣) وهو المختار. (الفيروزآبادي).
- (٤) على ما يراه العامة إذ عليه يمكن تعهدات كثيرة لما في ذمة واحدة مع بقاءه على ما كان عليه بل عليه يصح الجميع من التعاقب أيضا وأما على مذهب أصحابنا فالأقوى هو الأول. (البروجردى).
- * بل أضعفهما لعدم امکان ضمان الاثنين تمام المال على وجه النقل الذي هو معنى الضمان على المذهب الحق ولا يبعد كون الأول أقرب الوجوه. (الإمام الخميني).
- * هذا إذا لم يكن ضمان المتعدد من ضمان المجموع وإلا فلا ينبغي الشك في لزوم التقييد وأما إذا كان بنحو ضمان المتعدد استقلالا فهو باطل على الأظهر. (الخوئي).
- * بل الأول. (الكلبيكاني).
- * هذا أضعف الوجوه مطلقا بل لا وجه له. (النائيني).
- * لو كان قصد كل منهما ضمان تمام المال وإلا فإن كان قصد كل منهما ضمان

إذا علم إرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمة ذلك الواحد.
(مسألة): إذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه فإن رضي المضمون له بهما صح، وحينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنسا وقدرا تحول ما على كل منهما إلى ذمة الآخر، ويظهر الثمر في الإعسار (١) واليسار وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر بناء على افتكاك الرهن بالضمان، وإن كانا مختلفين قدرا أو جنسا أو تعجيلا وتأجيلا أو في مقدار الأجل فالثمر ظاهر. وإن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه، وحينئذ فإن أدى الجميع رجع على الآخر بما أدى حيث إن المفروض كونه مأذونا منه، وإن أدى البعض فإن قصد كونه مما عليه أصلا أو مما عليه ضمانا فهو المتبع ويقبل قوله إن ادعى ذلك، وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط (٢) ويحتمل القرعة، ويحتمل كونه مخيرا في التعيين (٣) بعد ذلك،

حصته من المال فيرجع إلى كل بحساب ما قصد. (آقا ضياء).

(١) وكذا في إبراء صاحب الدين دينه. (الكلبيكاني).

(٢) في التقسيط نظر بعد اعتبار العقلاء سقوط أحد الدينين بلا عنوان نعم لا يسقط أثره من الرهن لأنه تابع شخص الدين المرهون عليه معينا وهو بعد باق بحكم الاستصحاب لأن انتقاء أحدهما بلا عنوان لا بد وأن يكون في ضمن انتفاء إحدى الخصوصيتين قهرا وحيث لا يكون معلوما فيرجع فيه إلى الاستصحاب. (آقا ضياء).

* محل تأمل بل احتمال القرعة أقرب، وأقرب منه عدم جواز الرجوع إلى المضمون عنه إلا مع العلم بالأداء لما عليه ضمانا، وكذا نظائر المسألة، فلا يفك الرهان إلا مع العلم بافتكاه بأداء الدين الذي له رهن وكذا الحال في الإبراء. (الإمام الخميني).

والأظهر الأول. وكذا الحال في نظائر المسألة (١) كما إذا كان عليه دين عليه رهن ودين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع، وهكذا... فإن الظاهر في الجميع التقسيط (٢) وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي، ويقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد، لأنه لا يعلم إلا من قبله.

(مسألة): لا يشترط علم الضامن (٣) حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه كما لا يشترط العلم بمقداره، فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: علي ما عليه صح. وحينئذ فإن ثبت بالبينة يجب عليه أدائه سواء كانت سابقة أو لاحقة، وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان أو باليمين المردودة كذلك وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره ويلزم عنه (٤) بأدائه في الظاهر (٥) ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت

* بل الظاهر أنه يقع وفاء لما في ذمته أصلاً فلا يجوز له الرجوع على المضمون عنه ما لم يقصد وفاء ما وجب عليه من قبله والوجه في ذلك: أن الرجوع عليه من آثار أداء ما ثبت في ذمته من قبله فما لم يقصد بخصوصه لا يترتب أثره وبذلك يظهر حال نظائر المسألة. (الخوئي).

(٣) هذان الاحتمالان كلاهما ضعيفان مطلقاً. (النائيني).

(١) الحكم في نظائر المسألة محتاج إلى مزيد التأمل. (الإصنهاني).

(٢) ويحتمل قويا انصرافه قهراً إلى ما لا أثر لأدائه سوى براءة ذمته من الدين من فك رهن أو سقوط خيار أو رجوع إلى الغير بعوض. (البروجردي).

(٣) فيه تأمل وإشكال. (الكلبيگاني).

(٤) أي يلزم المضمون عنه بأداء ما أقر عليه أخذاً بإقراره. (الكلبيگاني).

الدين أو مقداره فأقر الضامن أو رد اليمين على المضمون له فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكرا وإن كان أصل الضمان بإذنه (١) ولا بد في البينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوتها حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أدائه.

(مسألة): لو قال الضامن: علي ما تشهد به البينة وجب عليه (٢) أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام، لأنها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتا حينه. فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له (٣) ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة " إلا أن يكون مراده في صورة إطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان. وأما ما في الجواهر 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 في ذمته لتكون البينة طريقا، بل جعل العنوان ما

(٥) مع اعتراف المضمون له بالضمان المزبور عن هذا الدين لا وجه لإلزام المقر ظاهرا أيضا. (آقا ضياء).

* في العبارة تحريف ظاهرا ولعل الصحيح ولا يلزم بأدائه عنه في الظاهر. (كاشف الغطاء).

(١) هذا إذا كان الإنكار في المقدار. (الفيروزآبادي).

(٢) إذا كان أصل الدين ثابتا وكان المجهول مقداره وأما إذا كان أصل الدين غير محقق فقد مر الإشكال فيه ولعله المقصود من تعليل الشرائع. (الكلبيكاني).

(٣) بل هو وجهه إن كان الثبوت بالبينة على وجه التقييد بخلاف ما إذا كان على وجه المعرفة والمشيرية إلى ما في ذمته أو مقدار منه. (الإمام الخميني).

يثبت بها والفرض وقوعه قبل ثبوته بها " فهو كما ترى لا وجه له (١).
(مسألة): يجوز الدور في الضمان بأن يضمن عن الضامن ضامن
آخر ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل، وما عن المبسوط من عدم
صحته - لاستلزامه صيرورة الفرع أصلا وبالعكس، ولعدم الفائدة
لرجوع الدين كما كان - مردود بأن الأول غير صالح للمانعة بل الثاني
أيضا كذلك، مع أن الفائدة يظهر في الإعسار (٢) واليسار وفي الحلول
والتأجيل والإذن وعدمه، وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال.
(مسألة): إذا كان المديون فقيرا يجوز أن يضمن (٣) عنه بالوفاء من
طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق

(١) بل هو مراد الشيخ ومن تابعه عليه قطعا وهو الوجه فإن الضمان لا بد من
تعلقه بالدين بعنوانه أو بعنوان ملازم له ليشار به إليه وما تشهد به البينة ليس
كذلك. (البروجردي).

* نرى له وجهها وجيها والتوجيه الذي ذكره المصنف (رحمه الله) بعيد جدا.
(الفيروزآبادي).

(٢) وكذا في الإبراء ولوازمه. (الكلبيكاني).

(٣) محل إشكال نعم لا يبعد الجواز في بعض الأحيان للولي فيشتغل ذمته بعنوان
الولاية فيؤدي من الوجوه المنطبقة وعليه لا دخالة فيه لاشتغال ذمته بها.
(الإمام الخميني).

* بل لا يجوز مطلقا. (الشيرازي).

* بشرط كون الضامن وليا عن كلي الفقير المالك للخمس والزكاة وإلا ففي
صحته بمجرد ولايته عن شخص الفقير إشكال لعدم كونه مالكا قبل القبض.
(آقا ضياء).

* جواز هذا الضمان في غاية الإشكال خصوصا فيما عدا الخمس والزكاة بل
لا يبعد عدم جوازه مطلقا. (النائيني).

عليه إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلا، بل وإن لم تشتغل (١) فعلا على إشكال (٢).

(مسألة): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي، بل ولأحد الفقراء على إشكال (٣). (مسألة): إذا ضمن في مرض موته فإن كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل لأنه ليس من التبرعات بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة، وإن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات، نعم على القول بالثلث يخرج منه.

(١) فيه إشكال وإن كانت ذمته مشغولة. (الكلپايگاني).

(٢) بل على إشكال في الأول أيضا. (الإصفهاني).

* بل فيه منع ظاهر لاعتبار فعالية الاشتغال في صحته ولا أقل من مقتضيه المعدوم في المقام أيضا وإن كنا بعد في شك من كفايته في صحة الضمان كما تقدم الإشكال منا في مثله. (آقا ضياء).

* بل على إشكال في الأول أيضا. (البروجردي).

* لا يبعد عدم الجواز فيه بل وفي سابقه. (الخوئي).

* هذا من قبيل الضمان التبرعي سواء اشتغلت أو لم تشتغل وتوجيهه يحتاج إلى نظر أما ضمان الزكاة لأحد الفقراء فلا وجه له أصلا فإن الأحاد لا يملكون قبل القبض نعم يصح الضمان لحاكم الشرع باعتبار ولايته. (كاشف الغطاء). (٣) بناء على ما ذكرنا في تصويره لا مدخل لاشتغال ذمته بهما أصلا. (آقا ضياء). * بل منع. (الإمام الخميني).

* حتى في الضمان للحاكم وعلى فرض الصحة فالمضمون له كلي الفقير أو السادة والحاكم ولي لهم في قبول الضمان لا أنه المضمون له. (الكلپايگاني).

* والأقوى عدم جوازه. (النائيني).

* لا وجه لجوازه. (الخوئي).

(مسألة): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه، كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة، وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون. وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين (١) كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة، فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها (٢) مع بقاء (٣) تلك الصبرة موجودة. (مسألة): يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة لأنها دين على الزوج، وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنة في صبيحته، لوجوبها عليه حينئذ وإن لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار بناء على سقوطها بذلك. وأما النفقة المستقبلية فلا يجوز (٤) ضمانها عندهم، لأنه من ضمان ما لم يجب، ولكن لا يبعد (٥) صحته، لكفاية وجود المقتضي (٦) وهو الزوجية. وأما نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها

- (١) لا مانع من ضمانه كضمان العين الشخصية وهو ضمان العهدة حسبما عرفت وسيأتي في مسألة ٣٨. (كاشف الغطاء).
- (٢) بل ومع الأداء منها أيضاً كما إذا كان المالك للكلي في المعين من صبرة متعدداً فضمن أحدهما عن الآخر فإنه يرجع إلى ضمان الأعيان ولا يخلو عن إشكال. (الكلبايگاني).
- (٣) وكذا مع عدم بقائها. (الإمام الخميني).
- (٤) وهو الأقوى. (الإمام الخميني، النائيني، الشيرازي).
- (٥) بل بعيد. (الكلبايگاني).
- * بل هو بعيد. (البروجردي).
- * مر الكلام فيه. (الخوئي).
- (٦) في كلية صحة الضمان بوجود المقتضي إشكالاً للتشكيك في صدق حقيقته في اعتبار العرف اللهم إلا أن يقال: إن المقتضي لوجود الشيء منشأ اعتبارهم لمرتبة من الوجود للشيء على وجه يرتبون عليه بعض الآثار ومنه التزامهم

بالنسبة إلى ما مضى، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه إلا إذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه أو أذن له الحاكم في ذلك، إذ حينئذ يكون ديناً عليه. وأما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب (١) مضافاً إلى أن وجوب الإنفاق حكم تكليفي ولا تكون النفقة في ذمته، ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال (٢).

(مسألة): الأقوى جواز ضمان (٣) مال الكتابة سواء كانت مشروطة أو مطلقة، لأنه دين في ذمة العبد وإن لم يكن مستقراً لإمكان تعجيز نفسه (٤) والقول بعدم الجواز مطلقاً أو في خصوص المشروطة معللاً بأنه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم ضعيف، كتعليقه. وربما يعلل بأن لازم ضمانه لزومه مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم فيكون في الفرع لازماً مع أنه في الأصل غير لازم، وهو أيضاً كما ترى (٥).

بكفاية وجود مقتضى حق الخيار لإسقاطه وحينئذ فمن الممكن أيضاً أن يكون المقام من هذا القبيل ويتفرع عليه الفروع الآتية في كلمات المصنف فراجع ولقد أشرنا إليه آنفاً وسابقاً. (آقا ضياء).

(١) ظاهر العبارة يوهم الفرق بين ما مضى وما سيأتي لكن لا فرق بينهما لأنه مع الإذن في الاستقراض يصح فيهما ومع عدمه لا يصح في كليهما. (الكلبایگانی).

(٢) بل منع لعدم المقتضي في المقام أيضاً. (آقا ضياء).

* لا ينبغي الإشكال في بطلان الضمان. (الخوئي).

* بل لا إشكال في عدم صحته. (الكلبایگانی).

* لا إشكال في بطلان الضمان. (النائني، الإمام الخميني).

(٣) فيه إشكال. (الكلبایگانی، الشيرازي).

* لا يخلو عن الإشكال. (النائني).

(٤) فإذا عجز انعتق وليس عليه شيء. (الفيروزآبادي).

(٥) إذ مرجع لزوم الضمان إلى عدم قابليته للفسخ المنتج لاستقرار ما في ذمة

(مسألة): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل وكذا مال السبق والرماية، فقليل بعدم الجواز، لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل. والأقوى (١) وفاقا لجماعة الجواز (٢) لا لدعوى ثبوته في الذمة من الأول وسقوطه إذا لم يعمل ولا لثبوته من الأول بشرط مجيء العمل في المستقبل إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل، بل لقوله تعالى (٣) * (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) *، ولكفاية المقتضي (٤) للثبوت في صحة الضمان، ومنع اعتبار الثبوت الفعلي كما أشرنا إليه سابقا. (مسألة): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة - كالغصب، والمقبوض بالعقد الفاسد، ونحوهما - على قولين: ذهب إلى كل منهما جماعة. والأقوى الجواز (٥) سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها

غيره على ذمته بنحو كان في الأول مستقرا أو مترزلا. (آقا ضياء).

(١) لا قوة فيه فلا يترك الاحتياط. (الكلبايگاني).

(٢) محل تأمل. (البروجردي).

* محل إشكال. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

(٣) بل لما تقدم من كون الضمان بالنسبة إلى هذه الأمور التزاما وتعهدا من الضامن

بها وإلغاء لتعهد المضمون عنه لا تحويلا لها من ذمته إلى ذمة نفسه وانطباق

مفاد الآية المباركة على كون الزعيم هو المتعهد بالجعل ظاهر. (النائيني).

* وفي دلالة الآية على الضمان المصطلح إشكال والتمسك بأصالة الحقيقة في

أمثال المقام منظور فيه. (آقا ضياء).

(٤) قد مر الإشكال في كفايته. (الكلبايگاني).

(٥) بل الأقوى عدم الجواز. (الكلبايگاني، الإمام الخميني).

* لا قوة فيه. (الشيرازي).

عينا ومثلها (١) أو قيمتها على فرض التلف، أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت، وذلك لعموم قوله (صلى الله عليه وآله): الزعيم غارم، والعمومات العامة مثل قوله تعالى * (أوفوا بالعقود) *. ودعوى أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها - مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى وأيضا لا إشكال في أن الغاصب

* الظاهر فيه التفصيل فإن المنشأ إذا كان هو التعهد الفعلي للعين المضمونة ليرتب عليه وجوب ردها مع بقائها ودفع البديل عند تلفها فلا بأس به للعمومات ولا سيما أنه متعارف في الخارج وإذا كان اشتغال الذمة بالبديل فعلا على تقدير تلفها واشتغال ذمة الضامن الأول به متأخرا فهو واضح الفساد بل صحته غير معقولة وإذا كان اشتغال الذمة بعد اشتغال ذمة الضامن الأول به على نحو الواجب المشروط فصحته مبتنية على عدم اعتبار التنجيز وبذلك يظهر الحال في ضمان الأعيان غير المضمونة. (الخوئي).

* عدم صلاحية المذكورات مع بقاء أعيانها لأن يضمن بالضمان الناقل الذي شرع عقده لإنشائه ظاهر نعم لو بنى على صحته إذا كان من ضم ذمة إلى ذمة أمكن تصحيحه وقد بنى الصحة في المتن على ذلك لكنه كما ترى. (النائيني).

(١) بل المراد جعلها بأعيانها في عهده على نحو كونها شرعا في عهدة من هي في يده المستتبع لاستحقاق مطالبته بها موجودة أو تالفة ثم لوجوب ردها بشخصها إن أمكن وإلا فبنوعها أو بماليتها ولكن صحته محل إشكال سواء أريد به نقلها عن عهدة ذي اليد إلى عهده أو ضمها إليها لاحتمال كونها من الأحكام الشرعية لا من الأمور التي بيد الناس وضعها ورفعها. (البروجردي).

* لا يخفى أن الضمان في موارد الضمان هو العهدة وهو أمر فعلي أثره وجوب الرد عند وجود العين ورد مثلها أو قيمتها عند تلفها ومع ذلك كونه قابلا للضمان بأن يثبت تلك العهدة للضامن بسبب تعهده محل إشكال والتمسك بعموم أوفوا بالعقود مشكل وعموم الزعيم غارم أشكل. (الإصفهاني).

أيضا مكلف بالرد فيكون من ضم ذمة إلى أخرى وليس من مذهبنا - وعلى الثاني (١) يكون من ضمان ما لم يجب كما أنه على الأول أيضا كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف، مدفوعة بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح. وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضي، ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب (٢) من نص أو إجماع وإن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع. وأما ضمان الأعيان الغير المضمونة - كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط - فلا خلاف بينهم في عدم صحته (٣). والأقوى بمقتضى العمومات صحته (٤) أيضا.

(مسألة): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري (٥) إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد

(١) أي بمعنى التزام مثلها أو قيمتها. (الفيروزآبادي).

(٢) قد مر أن الأقوى عدم صحته. (الكلبيكاني).

* بل الأقوى بطلانه. (الإمام الخميني).

(٣) وهو الصحيح. (النائيني).

* وهو الأقوى. (الشيرازي).

(٤) بل الأقوى عدمه. (الفيروزآبادي).

* كيف تجدي العمومات بعد التشكيك في أصل حقيقته العرفية في أمثال

المقام. (آقا ضياء).

* بل بطلانه. (البروجردي، الإصفهاني).

(٥) محل إشكال. (الكلبيكاني).

شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيد به الأكثر، أو مطلقا كما أطلق آخر (١) وهو الأقوى (٢). قيل: وهذا مستثنى (٣) من عدم ضمان الأعيان. هذا، وأما لو كان البيع صحيحا وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض، فعلى المشهور لم يلزم الضمان (٤) ويرجع 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. نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم (٥) وعن بعضهم دخوله، ولازمه الصحة مع التصريح

* مع بقاء الثمن في يد البائع محل تردد نعم لا إشكال فيه مع تلفه. (الإمام الخميني).

* محل تأمل وإشكال وعدم الخلاف فيه مع قلة المتعرض له لا يفيد. (البروجردى).

(١) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

(٢) في كونه أقوى تأمل. (الشيرازي).

(٣) الاستثناء لم يثبت بل الحال فيه هو الحال في ضمان بقية الأعيان الخارجية وبذلك يظهر حال بقية المسألة. (الخوئي).

(٤) وهو المنصور فيه وفيما بعده نعم لا يبعد ذلك في الأرش. (الإمام الخميني).

* وهو الأقوى فيه وفيما بعده. (الإصفهاني، البروجردى).

* وهو الأقوى. (الكلبایگانی).

* وهو الصحيح وكذا لو رد بالعيب أيضا أو اختار الأرش. (النائيني).

(٥) وهو الأقوى. (الكلبایگانی).

بالأولى (١). والأقوى في الجميع الدخول مع الإطلاق، والصحة مع التصريح. ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب مدفوعة بكفاية وجود السبب هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ. وأما بالنسبة إلى مطالبة الأرش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها (٢) لأن الاستحقاق له ثابت عند العقد فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضا، وأن تحقق السبب حال العقد كاف، مع إمكان دعوى أن الأرش أيضا لا يثبت إلا بعد اختياره (٣) ومطالبته، فالصحة فيه (٤) أيضا من جهة كفاية تحقق السبب. ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع (٥) للبائع.

(مسألة): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض، وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الإمضاء والفسخ، لتبعص الصفقة فيرجع على البائع بما قابله. وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع، ولا وجه له. (مسألة): الأقوى (٦) وفاقا للشهيدين صحة ضمان ما يحدثه

(١) أولويته واضحة. (الفيروزآبادي).

(٢) ولعله لا يخلو من قوة. (الإصفهاني).

(٣) لا يثبت الأرش بالاختيار بل ثابت له فيختار. (الإصفهاني).

* هذا هو الصحيح ولكن لما كان مطالبته عين اختياره فلا إشكال في اختياره بعد العقد ومطالبته. (الكلبائي).

(٤) لا وجه للصحة لفرض أن الذمة غير مشغولة بالأرش إلا بعد المطالبة، وعليه قال يصح ضمانه لأنه من ضمان ما لا يجب. (الخوئي).

(٥) يأتي فيه ما قوينا في ضمان درك الثمن. (الإمام الخميني).

(٦) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس فيضمن الأرش - وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع - خلافاً للمشهور (١) لأنه من ضمان ما لم يجب وقد عرفت كفاية السبب. هذا، ولو ضمنه البائع (٢) قيل لا يصح (٣) أيضاً كالأجنبي، وثبوته (٤) بحكم الشرع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان. وقيل بالصحة، لأنه لازم بنفس العقد فلا مانع من ضمانه، لما مر من كفاية تحقق السبب. فيكون حينئذ للضمان سببان: نفس العقد، والضمان بعقده. ويظهر الثمر فيما لو أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد، فإنه يبقى الضمان العقدي، كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما. وقد يورد عليه بأنه

* فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

(١) وهو المنصور. (الإصفهاني، البروجردى، الإمام الخميني).

* وهو الأقوى. (الكلبائىگاني).

* وهو الصحيح بل لما كان منشأ ضمان البائع لأمثال هذه الخسارات الواردة

على المشتري هو قاعدة الغرور دون نفس العقد فلو قيل بكفاية تحقق السبب

في صحة ضمان المسبب كان تعميمه لمثل الغرور من الضعف بمكان. (النائيني).

(٢) هذا ما هو المرسوم من كتبه في أوراق الأملاك وسنداتها. (الفيروزآبادي).

(٣) وهو الأقوى بل لا معنى له وتعدد الجهة لا يجدي. (البروجردى، الإصفهاني).

* وهو الأقوى بل لا وجه لضمان الشخص عن نفسه ولو مع تعدد الجهة. (الإمام

الخميني).

(٤) لأن المشتري مغرور من قبل البائع والمغرور يرجع على من غره.

(الفيروزآبادي).

لا معنى (١) لضمان شخص عن نفسه، والمقام من هذا القبيل. ويمكن أن يقال لا مانع منه مع تعدد الجهة (٢). هذا، كله إذا كان بعنوان عقد الضمان. وأما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به، ويكون مؤكداً لما هو (٣) لازم العقد. (مسألة): لو قال عند خوف غرق السفينة ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه صح بلا خلاف بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه، وهو الدليل (٤) عندهم. وأما إذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة أخرى

-
- (١) وهو كذلك لا يرجع دعوى تعدد الجهة في المقام إلى محصل. (النائبي).
- (٢) لكنه بعيد بل لا وجه له أصلاً. (الخوئي).
- * لا يخفى وهن هذا البيان. (الفيروزآبادي).
- * بعد فرض كون العقد سبباً لإثبات المال في ذمة البائع فإثبات ذلك بالضمان تحصيل للحاصل ولا يفيد تعدد الجهة مع أن العقد الواقع على مال الغير ليس سبباً للضمان بل السبب نفس تلف مال المشتري بتسبب البائع ولذا يقال في ضمان الغير أنه ضمان لما لا يجب. (الكلبيكاني).
- (٣) مع فرض ظهور المبيع مستحقاً للغير ورد المالك المبيع وقلع البناء والشجر فالحكم بصحة شرط الضمان الواقع في ضمن العقد وكونه مؤكداً لما هو لازمه لا يوافق القواعد إلا أن يكون المراد غير ما هو ظاهر العبارة. (الكلبيكاني).
- * هذا الشرط إن كان بعنوان شرط النتيجة فهو غير صحيح وإن كان بعنوان شرط الفعل فهو وإن كان صحيحاً إلا أنه لا يكون مؤكداً. (الخوئي).
- (٤) ويمكن تطبيقه على القواعد لأنه أتلّف ماله بأمر الغير واحترام المال يقتضي الضمان نعم لا بد أن يكون الأمر بداع عقلائي كحفظ السفينة من الغرق وأما لمجرد خفة السفينة ونحوها فيمكن الخدشة في كونه عقلائياً ولذا لم يحكموا بالصحة والإنصاف أن الموارد مختلفة. (الكلبيكاني).

من خفة السفينة (١) أو نحوها فلا يصح عندهم (٢) ومقتضى العمومات صحته (٣) أيضا.

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 (٤) وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل (٥). (مسألة): لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان، فادعى أنه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له فالقول قوله. وكذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له، لأصالة بقاء ما كان عليه. ولو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد ويساره فادعى المضمون له

(١) لسرعة سيرها أو من جهة سعة المكان على الناس. (الفيروزآبادي).

(٢) وهو الأقوى. (الإصفهاني).

* وهو الأقوى وأما الأول فقد ادعى الشيخ إجماع الفرقة بل إجماع الأمة عدا أبي ثور عليه ولا بأس به لكنه ليس من فروع هذا الكتاب وغير مربوط بالضمان المذكور فيه. (الإمام الخميني).

* وهو الصحيح. (النائيني).

* وهو الأقوى بل الأول أيضا موضوعا وحكما محل تأمل. (البروجردي).

(٣) بل السيرة القطعية العقلائية قائمة على الصحة. (الخوئي).

(٤) بناء على مبناه وقد مر الكلام في المسائل المذكورة. (الإمام الخميني).

(٥) قد مر التفصيل. (الخوئي).

إعساره (١) فالقول قول المضمون عنه (٢). وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه فإن القول قول المضمون عنه، وكذا لو اختلفا في صحة الضمان (٣) وعدمها.

(مسألة): لو اختلف الضامن والمضمون له - في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين وعدمه، أو في مقداره، أو في مقدار ما ضمن، أو في اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلا، أو في اشتراط شيء عليه زائدا على أصل الدين - فالقول قول الضامن. ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالا أو زيادة أجله مع كونه مؤجلا أو وفائه أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه أو تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه أو اشتراط خيار الفسخ للضامن أو اشتراط شيء على المضمون له أو اشتراط كون الضمان بما يسوي أقل من الدين، قدم قول المضمون له.

(مسألة): لو اختلف الضامن والمضمون عنه - في الإذن وعدمه،

(١) إلا إذا كان مسبوقا بالإعسار المجهول عند الضامن فالقول قوله في دعوى بقاءه. (الكلبيايگاني).

(٢) إلا إذا كان الضامن مسبوقا بالإعسار. (الشيرازي).

* مع سبق يساره وقول المضمون له مع سبق إعساره ومع الجهل بالحالة السابقة فمحل إشكال. (الإمام الخميني).

* إذا لم يكن مسبوقا بالإعسار. (البروجردي).

* هذا فيما إذا لم يثبت إعساره سابقا. (الخوئي).

* مع سبق يساره وقول المضمون له مع سبق إعساره ولو لم يعلم حاله السابق ففيه إشكال. (النائيني).

(٣) القول فيه قول مدعي الصحة. (الكلبيايگاني).

أو في وفاء الضامن (١) حتى يجوز له الرجوع وعدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن وأنكر المضمون عنه الزيادة، أو في اشتراط شيء على المضمون عنه (٢) أو اشتراط الخيار للضامن - قدم قول المضمون عنه. ولو اختلفا في أصل الضمان أو في مقدار الدين الذي ضمنه وأنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن.

(مسألة): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفي الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن (٣) أو الدين، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلما. نعم لو كان مدعيا (٤) مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان ولم يكن منكرا لأصل الدين وفرض كون المضمون عنه أيضا معترفا

(١) لو ادعى الضامن الوفاء فإن صدقه المضمون له يلزم المضمون عنه بالأداء ولا يلتفت إلى إنكاره ولو أنكره فإن أقام البينة على ما يدعيه يثبت عليهما مطلقا وإلا لم يكن حتى اليمين المردودة من أحدهما حجة له على الآخر. (النائيني).

(٢) لعل المراد اشتراطه عليه في ضمن عقد آخر وإلا فهو ليس طرفا في عقد الضمان حتى يشترط عليه في ضمنه. (البروجردي).
* أي في عقد آخر. (الإمام الخميني).

* في ضمن عقد خارج حيث إن المضمون عنه ليس طرفا في عقد الضمان حتى يشترط فيه شيء عليه واحتمال كونه ملزما بما اشترط عليه برضاه وإذنه لا وجه له. (الكلبایگانی).

(٣) قيد كون المضمون عنه منكرا للإذن أو الدين غير محتاج إليه لأن الحكم في صورتها الاعتراف والإنكار واحد وإرجاع القيد إلى الضامن لا مصحح له. (الكلبایگانی).

* الظاهر أنه لا فرق بين صورتها الإنكار وعدمه. (الخوئي).

(٤) لا يخفى ما في هذا الفرض بقيوده من التشويش. (النائيني).

بالدين والإذن في الضمان جاز له الرجوع (١) عليه، إذ لا منافاة بين إنكار الضمان وادعاء الإذن في الأداء. فاستحقاقه الرجوع معلوم (٢) غاية الأمر أنه يقول: إن ذلك للإذن في الأداء، والمضمون عنه يقول: إنه للإذن في الضمان، فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضا والمدعى [عليه] ينكر القرض ويقول إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة. فكذلك (٣) يجوز له الرجوع عليه مقاصة (٤) عما أخذ منه. وهل يجوز للشاهدين على الإذن في الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن من غير بيان كونه الإذن في الضمان أو كونه

(١) إذا أذاه بقصد ما أذن له وأما إذا أخذ منه قهرا من دون أن يقصد الأداء فلا وجه لرجوعه عليه لاعترافه بأن الدين باق بحاله والمال مأخوذ غصبا. الضمان والوفاء به خارجا والمفروض في المقام أن الضامن ينكر الضمان ويعترف بأن ما أخذ منه إنما أخذ ظلما ومعه كيف يكون استحقاقه الرجوع معلوما نعم لا بأس بالرجوع على المضمون عنه مقاصة لما أخذ منه قهرا بإذن من الحاكم الشرعي. (الخوئي).

(٣) في العبارة تشويش فإن جواز الرجوع على المضمون عنه مقاصة لا يرتبط بثبوت الضمان أو الإذن فيه بالبينة بل المناط فيه اعترافه بالدين وبعدم الضمان. (الخوئي).

(٤) لم أتحقق معنى المقاصة في المقام لأنه إن أذن له وأذاه بقصد أداء دينه فهو ضامن له ولا مورد للتقاص وإن لم يأذن أو لم يقصد الضامن أداءه فلا حق له عليه حتى يتحقق موضوع التقاص. (الكلبيايگاني).

الإذن في الأداء؟ الظاهر ذلك (١) وإن كان لا يخلو عن إشكال وكذا في نظائره كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً، وبينته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن المبيع على إشكال (٢).
(مسألة): إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف (٣) ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك، وإن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه، وتقبل شهادته له بالأداء إذا لم يكن هناك مانع من تهمة أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة.
(مسألة): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز

- (١) بل الظاهر عدمه إذ ليس الإذن مع قطع النظر عن متعلقه موضوعاً متحصلاً له أحكام حتى يترتب عليه أحكامه بقيام البيئة عليه بدون ذكر متعلقه وليس مثل الدين فإن له في حد نفسه تحصلاً وأحكاماً وليس متقوماً بأسبابه. (البروجردى).
* لا معنى للشهادة بالإذن المطلق بلا ذكر المتعلق ولا تأثير للبيئة فيه وهذا بخلاف الفرض الآتي فإن الشهادة على الدين مؤثرة ولو بلا ذكر السبب. (الإمام الخميني).
* بل الظاهر عدمه ويظهر وجهه مما مر. (الخوئي).
(٢) مع العلم بكون نظر الشاهدين إلى جهة واحدة لا إشكال في سماعها بالنسبة إلى تلك الجهة لصدق البيئة عليه. (آقا ضياء).
* الشهادة على أصل الدين من دون ذكر السبب لا إشكال فيه ظاهراً. (الكلبيگانى).
(٣) وكذا إن لم يحلف ما لم يكن يصدقه المضمون عنه ولم يثبت عليه شرعاً. (الكلبيگانى).

له الرجوع عليه (١). ولو ادعى الوفاء وأنكر الإذن قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله. ولو قيد الأداء بالإشهاد وادعى الإشهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله أيضا، ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع. نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه (٢) لأن الغرض من الإشهاد العلم (٣) بحصول الوفاء والمفروض تحققه. تم كتاب الضمان

-
- (١) إذا لم يقيد إذنه بالوفاء المجاني. (الكلبيكاني).
(٢) لكنه ضعيف وتعليقه بحصول الغرض أضعف كما لا يخفى والحمد لله رب العالمين والصلاة على نبيه وآله الطاهرين. (النائيني).
* لكنه بعيد في فرض التقييد كما هو المفروض. (الحوئي).
(٣) وقد لا يكون ذلك مثل أن يخاف من الدائن دعوى عدم الضمان أو عدم الوفاء بعد الأداء. (الكلبيكاني).

كتاب الحوالة

وهي عندهم تحويل المال من ذمة إلى ذمة، والأولى (١) أن يقال: إنها إحالة المديون دائنه إلى غيره (٢) أو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره. وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان، فإنه وإن كان تحويلا من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته إلا أنه ليس فيه الإحالة المذكورة (٣) خصوصا إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه. ويشترط فيها - مضافا إلى البلوغ (٤) والعقل والاختيار وعدم السفه في الثلاثة (٥) من المحيل

-
- (١) حيث إن المقصود إحالة الدائن بماله إلى غيره والإحالة بالمال هي عين إحالة ما في ذمته إلى ذمة غيره فمرجع التعبيرين واحد. (الكلبيايگاني).
 - (٢) في دينه. (الإمام الخميني).
 - (٣) المقصود أنه ليس في الضمان إحالة المديون لأن المحيل فيه هو الضامن فإنه بنفسه يحيل دين المديون إلى ذمته من غير فرق بين كون الضمان تبرعا أو باستدعاء المضمون عنه. (الكلبيايگاني).
 - (٤) الظاهر عدم اعتبار شيء من ذلك في المحال عليه إلا إذا كانت الحوالة على البرئ فإنه يعتبر فيه الأمور المذكورة غير الفلوس. (الخوئي).
 - (٥) الظاهر أن حكم الحجر بالسفه حكمه بالفلوس. (الخوئي).
- * بناء على اعتبار رضا المحال عليه مطلقا أو في خصوص البرئ. (الكلبيايگاني).

والمحتال عليه، وعدم الحجر بالفلس (١) في المحتال والمحال عليه (٢) بل والمحيل إلا إذا كانت الحوالة على البرئ، فإنه لا بأس به (٣) فإنه نظير الاقتراض (٤) منه - أمور:

- (١) هكذا في النسخ (أ) والصحيح وعدم الحجر بالفلس. (الشيرازي).
* بل بالفلس والظاهر اشتباه النسخة وإنما يعتبر عدم الحجر بالفلس في المحتال وكذا في المحيل إلا على البرئ وأما في المحال عليه فلا يعتبر وإن كان محجورا عليه في أمواله الموجودة قبل رفعه. (الإمام الخميني).
* هذه الكلمة من سهو القلم أو غلط النساخ وصحيحها بالفلس. (الخوئي).
* بالفلس. (الفيروزآبادي).
* الصواب بالفلس حيث إن عدم السفه مر ذكره. (الكلبيكاني).
* هكذا في النسخ والصواب وعدم الحجر بالفلس. (البروجردى).
(٢) لا يعلم وجه لمنع حجر المحال عليه عن الحوالة عليه لعدم كونه تصرفا في المال الخارجي بل هي نقل لذمته المشغولة بدين المحيل إلى المحتال فصارت مشغولة بدينه فإن قلنا بأنه عين الدين السابق فالمحتال شريك للغرماء وإن قلنا بأن هذا دين حادث فالمحتال لم يكن شريكا لهم مثل سائر الديون الحادثة بعد الحجر. (الكلبيكاني).
(٣) أي بأن يكون المحيل محجورا بالفلس. (الفيروزآبادي).
* سواء كان المحيل مفلسا أو المحال عليه. (البروجردى، الكلبيكاني).
(٤) الاقتراض الصادر من المفلس. (الفيروزآبادي).
(أ) في الأصل الذي مصورته عندنا: " بالفلس " كما أثبتناه.
والتعليقات إنما هي بالنظر إلى النسخ المتأخرة.
* معاملات السفه كلها باطلة شرعا اقتراضا أو غيره ويكفي إطلاق الآية الشريفة * (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) *. (كاشف الغطاء).

أحدها: الإيجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم حيث عدوها من العقود اللازمة، فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال. وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً، فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا يدل على كونه طرفاً وركناً للمعاملة. ويحتمل أن يقال: يعتبر قبوله (١) أيضاً فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين (٢). وعلى ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة من الموالاة بين الإيجاب والقبول ونحوها، فلا تصح مع غيبة المحتال أو المحال عليه (٣) أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة. ولكن الذي يقوى عندي كونها من الإيقاع (٤) غاية الأمر اعتبار الرضا

(١) لكنه بعيد جداً. (الإصفهاني، الخوئي).

* هذا لا يخلو من قوة فيما إذا كانت الحوالة على البرئ أو بغير جنس ما على المحال عليه نعم لا يبعد عدم بطلان الحوالة بالفصل على النحو المتعارف فيها. (البروجردى).

* الأقوى اعتباره في الحوالة على البرئ أو بغير جنس ما على المحال عليه والأحوط اعتباره في غيرهما أيضاً لكن لا يبعد عدم اعتبار عدم الفصل المعتبر في القبول. (الإمام الخميني).

* وهو الأقوى. (الكلبيانگاني).

(٢) أو منحلاً إلى عقدين. (النائيني).

(٣) بناء على كونه من أطراف العقد أيضاً. (الإصفهاني).

(٤) بل الذي يقوى كونه عقداً بين المحيل والمحتال وكذا الضمان والوكالة نعم الظاهر صدق هذه المقالة في الجعالة. (الإصفهاني).

* هذا ضعيف جداً وما استدل به عليه أضعف منه إذ الوفاء هو تأدية الدين إلى مالكة والمديون هو السلطان عليها بعد حلوله وليس لصاحبه الامتناع منه والمحيل لا يؤدي ما في ذمته إلى مالكة بل ينقله إلى ذمة أخرى وهو تصرف

من المحتمل أو منه ومن المحال عليه ومجرد هذا لا يصيره عقداً، وذلك لأنها نوع من وفاء الدين (١) وإن كانت توجب انتقال الدين

في ملك الغير وفي ذمة الغير بلا سلطنة منه عليهما فلا يصح بدون قبولهما فظهر بهذا احتياج الضمان أيضاً إلى القبول. (البروجردى).
* الظاهر كون الحوالة والضمان والوكالة من العقود ولا ينافيه عدم اعتبار ما ذكره فيها. (الشيرازي).

* هذا في غاية الضعف في المقام وكذا في الضمان والوكالة ولا إشكال في أن كلها من العقود وفيها ميزانها المقوم لها وأما الإذن فهو إيقاع والفرق بينه وبين الوكالة ظاهر. (الإمام الخميني).

* بل الأقوى خلافه كما أن الأمر كذلك في الضمان والوكالة نعم لا يبعد جواز الاكتفاء في جميعها بالكتابة وعدم اعتبار الموالاتة بين الإيجاب والقبول. (الخوئي).

* فيه نظر. (الفيروزآبادي).

* بل الأقوى أن حقيقة الحوالة نقل من المحيل ما في ذمته للمحتمل إلى ذمة المحال عليه وبهذا الاعتبار تكون عقداً وحصول الإيفاء والاستيفاء في خصوص الحوالة على المديون أمر خارج عن حقيقة العقد كما في بيع الدين على المديون ولذا تصح الحوالة على البرئ. (الكلبيكاني).

* لا يخفى ضعف هذه الدعوى في الحوالة وكذا في الضمان أيضاً والوكالة وانعقادها بالكتابة ومع عدم التوالي بين الإيجاب والقبول لا يوجب أن تكون من الإيقاع ولتوضيح الفرق بينها وبين سائر العقود اللازمة في ذلك مقام آخر. (النائيني).

(١) في كون الحوالة من سنخ الوفاء محل إشكال لقوة احتمال كونه من باب تبديل الذمم ولو لم يكن اعتياضاً كما في البرئ ويترتب عليه رضاء الثلاثة من المحتمل والمحال عليه والمحيل والأصل أيضاً يقتضيه. (آقا ضياء).

من ذمته إلى ذمة المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقدا وإن احتاج إلى الرضا من الآخر كما في الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع. ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضا من الإيقاع، فإنه نوع من الوفاء. وعلى هذا فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر في العقود اللازمة ويتحققان (١) بالكتابة ونحوها، بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضا كذلك (٢)

* إفادة العقد فائدة الإيقاع لا يصيره إيقاعا كما أن إفادة عقد فائدة عقد آخر بذلك العقد وإفادة المكاتب فائدة العتق لا يصيرها إيقاعا. وفائدة الصلح فائدة الإجارة أو بيعا لا يخرجها عن كونه صلحا وحقيقة أخرى. وأما قوله أنت مأذون ببيع داري فليست هي إيقاعا ولا عقدا بل هي إباحة ورخصة. وكون فائدته فائدة الوكالة لا يقتضي اتحادهما. ألا ترى أنه لو رد الإذن جاز له البيع بخلاف الوكالة. ومن الغريب قوله (قدس سره) ومجرد هذا لا يصيره عقدا، فإننا لا نعرف ضابطة يمتاز بها العقود من الإيقاعات سوى أن المسببات الشرعية إذا توافقت أسبابها على طرفين فهي عقود وإذا كفى في تحققها طرف واحد فهي إيقاع. وليته طاب ثراه ذكر لنا غير هذه الضابطة، ولو سلمنا أن الحوالة والضمان إيقاع ولكن الإيقاعات كلها لا تصح ولا تقع إلا باللفظ والصيغة الخاصة ولا يصح شيء منها بالكتابة وحدها كالطلاق والعتق ونحوهما. فما ذكره (قدس سره) ممنوع صغرى وكبرى وسبب مجاز بمجاز، ولو اعتبرنا الرضا شرطا أمكن ذلك في جميع العقود ولا يبقى مائز ولا فرق بين العقد والإيقاع أصلا فتدبره جيدا. (كاشف الغطاء).

- (١) فيه إشكال فلا يترتب عليها ما يترتب على العقدين من الأحكام. (الفيروزآبادي).
- (٢) لكن الأقوى أنها أيضا من العقود لأنها نيابة الوكيل عن الموكل ولها إضافة إليهما فليس لأحدهما الاستبداد بجعلها من دون دخالة الآخر وليست هي كالإذن فإنه قائم بنفس الآذن فقط وإن كان ينتزع عنه بنفسه وصف المأذونية

كما أن الجعالة كذلك وإن كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر.
ألا ترى أنه لا فرق (١) بين أن يقول: أنت مأذون في بيع داري، أو قال:
أنت وكيل، مع أن الأول من الإيقاع قطعاً.

للآخر. (البروجردى).

* الأقوى أن الوكالة أيضاً عقد وله آثار عند العرف والمعتبر فيها إضافة
مخصوصة بين الوكيل والموكل من آثارها سلطنة الوكيل على الموكل إليه
ورفع المنع بخلاف الثاني فإنه تفويض وإعطاء سلطنة وهو شيء لا يتم إلا
بقبول الطرف المقابل كقبوله للملكية ونحوها. (الإصفهاني).
* في ترتب آثار الوكالة من نفوذ تصرفاته قبل بلوغ العزل على مجرد الإذن
نظر وإشكال وحينئذ لا يكون ذلك شاهد الإيقاعية وإن أمكن دعوى السيرة
على عدم اعتبار ما اعتبر في سائر العقود فيها كما لا يخفى وحينئذ فمن
الممكن أن يكون هذه الموارد من قبيل الوصية شبه إيقاع مشروط بالقبول ولا
يكفي مجرد الرضاء الباطني. (آقا ضياء).

* الفرق ظاهر فإن الإذن في بيع الدار مثلاً ليس إلا ترخيصاً محضاً وأما
الوكالة فهي إعطاء سلطنة على التصرف وله آثار خاصة لا تترتب على مجرد
الترخيص. (الخوئي).

* الفرق بين الوكالة العقدية ومجرد الإذن والرخصة ظاهر وقد اعتبر في كل
منهما ما لم يعتبر في الآخر وكون الثاني من الإيقاع لا يوجب أن يكون الأول
أيضاً كذلك. (النائيني).

الثاني: التنجيز (١) فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف كما هو ظاهر المشهور (٢) لكن الأقوى (٣) عدم اعتباره كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين.

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال. وما عن بعضهم: من عدم اعتبار (٤) رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء بأن قال للمحتال أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي وحينئذ فيشترط رضا المحتال والمحال عليه دون المحيل، لا وجه له إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان. وكذا من المحال عليه (٥) إذا كان بريئاً أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه، وأما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف (٦)

(١) على الأحوط. (الإمام الخميني).

(٢) وهو الأقوى. (الإصفهاني، الكلبيكاني).

* وهو الصحيح كما تقدم. (النائيني).

(٣) فيه إشكال لظهور الإطلاق في معاهد كلماتهم على وجه لا ينصرف عن المقام. (آقا ضياء).

* فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

(٤) أي يشرط الرضاء منه. (الفيروزآبادي).

(٥) الأقوى اعتباره. (الفيروزآبادي).

(٦) الأقوى اعتبار رضاه. (الإصفهاني).

* لولا ما يحكى عن المشهور من اعتباره لكان عدم اعتباره قويا جدا لأن ما في ذمته ملك للمحيل وهو مسلط على ملكه يتصرف فيه ما يشاء. (البروجردي).

* الأحوط اعتبار رضاه ولا محصل لهذا التفصيل. (الشيرازي).

* والأحوط اعتباره بل اعتبار قبوله كما مر. (الإمام الخميني).

* الأقوى عدم الاعتبار والتفصيل لا محصل له والتوكيل خارج عن محل

ولا يبعد التفصيل (١) بين أن يحوله عليه بماله عليه - بأن يقول: أعطه من الحق الذي لي عليك، فلا يعتبر رضاه فإنه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه وإن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة بخلاف ما إذا وكله (٢) فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء - وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة (٣) على البرئ فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة. وقد يعلل باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بد من رضاه، ولا يخفى ضعفه، كيف وإلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه.

البحث. (الخوئي).

* والأحوط للمديون قبول الحوالة في هذه الصورة. (النائيني).

(١) هذا التفصيل لا محصل له والتوكيل لا ربط له بالحوالة وهو ليس إلا على نحو واحد. (الإصفهاني).

* الأقوى اعتبار رضاه أيضا كما ذكرنا. (آقا ضياء).

* لا محصل لهذا التفصيل فإنه إذا كان للمحيل على المحال عليه عشرة دنانير وأحال زيدا عليه بعشرة دنانير فقد أحاله بما يملكه عليه في ذمته سواء قيده بكونه له في ذمته أو أطلقه. (البروجردى).

* بل لا وجه له فإن الحوالة على المديون بنحو ما على البرئ لا محصل لها ولا ربط بين باب الحوالة والوكالة. (الإمام الخميني).

* ليس قولاً قويا فصلاً. (الفيروزآبادي).

(٢) مع هذا الفرق الظاهر بينهما كيف يكونان من واد واحد. (النائيني).

(٣) الظاهر أن نحو الحوالة على المديون والبرئ نحو واحد ولذا يعتبر قبول المديون كما مر وقد مر أيضا أن حصول الإيفاء والاستيفاء في المديون خارج عن الحوالة. (الكلبایگانی).

الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل سواء كان مستقراً أو متزلزلاً، فلا تصح في غير الثابت سواء وجد سببه كـ " مال الجعالة " قبل العمل ومال السبق والرمية قبل حصول السبق أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه، هذا ما هو المشهور (١). لكن لا يبعد (٢) كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان، بل لا يبعد الصحة فيما إذا قال أقرضني كذا وخذ عوضه من زيد (٣) فرضي ورضي زيد أيضاً لصدق الحوالة (٤) وشمول العمومات (٥) فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل

* وهو الأقوى كما مر في الضمان. (الكلبيايگاني).

* وهو الصحيح كما تقدم. (النائيني).

* وهو الأقوى. (الشيرازي).

(٢) قد تقدم الاشكال في كفاية ذلك في باب الضمان الجاري وجهه في المقام أيضاً فالمشهور هو المنصور. (آقا ضياء).

* فيه اشكال والاحتياط لا يترك فيه وفيما بعده. (الحوئي). وفي حاشية أخرى منه: فيه إشكال بل منع وكذا فيما بعده.

(٣) لو أمره زيد بالإقراض وتعهد به لا يبعد صحة هذا التعهد ويكون أمره بالإقراض استيفاء منه لذلك المال ويضمنه من ذلك لا لتوهم الضمان ولا

الحوالة. (النائيني).

* يشبه أن يكون من قبيل ما يقال يلزم من وجوده عدمه. (كاشف الغطاء).

(٤) صدق الحوالة ممنوع ولو قلنا بصحته فهو داخل في عنوان آخر. (الإصفهاني).

* بل الظاهر عدم الصدق كما أن الأقوى عدم الصحة. (الكلبيايگاني).

(٥) شمول عمومات الحوالة مشكل والعمومات من قبيل أوفوا بالعقود لا تثبت

ذمة المحال بعد العمل وبعد الاقتراض.
الخامس: أن يكون المال المحال به معلوما جنسا وقدرًا للمحيل
والمحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور (١) للغرر. ويمكن
أن يقال بصحته (٢) إذا كان أثلا إلى العلم كما إذا كان ثابتا في دفتره على
حد ما مر في الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد الجواز (٣)
مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن، بل وكذا لو قال
كل ما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان. نعم لو كان مبهما كما إذا قال:
أحد الدينين اللذين لك علي خذ من فلان بطل، وكذا لو قال خذ شيئا
من دينك من فلان. هذا، ولو أحال (٤) الدينين على نحو الواجب
التخييري أمكن الحكم بصحته (٥) لعدم الإبهام (٦) فيه حيثئذ.

الأحكام الخاصة. (الفيروزآبادي).
ضعف سنده وعدم جبره بالعمل ولذا اشتهر بينهم عدم إضراره في عقد الصلح
بلا نظر منهم إلى دليل مخصص. (آقا ضياء).
* إذا كان أصل الدين معلوما وكان الجهل بالمقدار وإلا فمشكل كما مر في
الضمان. (الكلبيكاني).
(٣) لا يخفى ما فيه إلى آخر المسألة. (الفيروزآبادي).
(٤) لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الذي صرح بطلانه. (النائيني).
(٥) فيه تأمل وإشكال. (الإصفهاني).
* محل تأمل. (الإمام الخميني).
* فيه تأمل. (البروجردي).
* فيه إشكال. (الشيرازي).

السادس: تساوي المالين أي المحال به والمحال عليه جنسا ونوعا ووصفا على ما ذكره جماعة (١) خلافا لآخرين، وهذا العنوان وإن كان عاما إلا أن مرادهم بقرينة التعليل بقولهم: " تفصيلا من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به " - إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه - فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة (٢) بغير ما هو مشغول الذمة به كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم، فلا يشمل (٣) ما إذا

* هذا أيضا كالسابق في البطلان بل لم يعلم الفرق بين الفرعين وإن كان المقصود في الفرع الأول ما إذا كان معينا في قصده مع عدم ذكره حين الحوالة بل يخبر به حين الأخذ فهو أولى بالصحة. (الكلبيكاني).
(٦) هذا إنما يتم فيما إذا تساوى الدينان كما وكيفا وإلا فهو عين الفرض الذي حكم فيه بالبطلان. (الخوئي).

* بل هو عين الإبهام حقيقة فإنه من قبيل النكرة وهي أشد المبهمات ولذا لم يجوزوا بيع عبد من عبيد للجهالة والغرر. (كاشف الغطاء).
(١) هذا الشرط وإن اعتبره غير واحد ممن يرى جواز الحوالة على البرئ لكن لا يبعد أن يكون منشأ اشتراطه هو القول بعدم جوازها وكيف كان فعدم اعتبار هذا الشرط ظاهر. (النائيني).

(٢) مع عدم رضاء المحال عليه. (الفيروزآبادي).
(٣) التعليل بعدم التسلط على المحال عليه وإن لم يشمل المثالين مع فرض رضاه لكن الحوالة حيث كانت نقل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فبإحالة من له عليه الدراهم على البرئ بالدنانير لا تتحقق الحوالة ولا تصح ولو مع رضاه بل يشبهه المعاوضة بتبديل الدراهم بالدنانير نعم إذا أحال من له عليه الدراهم على من له عليه الدنانير بالدراهم تتحقق الحوالة لكن لعدم تسلطه على غير ما في ذمته يشترط رضا المحال عليه كما في الحوالة على

أحال من له عليه الدراهم على البرئ بأن يدفع الدنانير أو على مشغول الذمة (١) بالدنانير بأن يدفع الدراهم، ولعله (٢) لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن. فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس. والوجه في عدم الصحة ما أشير إليه من أنه لا يجب عليه، أن يدفع إلا مثل ما عليه وأيضا الحكم على خلاف القاعدة، ولا إطلاق في نصوص الباب، ولا سيرة كاشفة، والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة. ووجه الصحة أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به (٣) وهذا هو الأقوى (٤). ثم لا يخفى أن الإشكال إنما هو فيما إذا قال: أعط مما لي عليك من الدنانير دراهم بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه. وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الإشكال فيه، إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البرئ بأن يدفع الدنانير. وحينئذ تفرغ ذمة المحيل من الدراهم

البرئ ومعه فلا مانع من صحتها. (الكلبيكاني).

(١) عطف على قوله: على من له عليه دنانير، ومع ذلك العبارة مختلة النظام. (الفيروزآبادي).

(٢) أي الجواز فيما كان على البرئ. (الفيروزآبادي).

(٣) بعدما رضي به المحال عليه كما هو المفروض. (البروجردي، الإصفهاني).
* بعد رضا الطرفين ولكن الأحوط قلب ما على المحال عليه بناقل شرعي بالجنس ثم الحوالة. (الإمام الخميني).

* غاية الأمر أنه يعتبر حينئذ رضا المحال عليه. (الخوئي).

(٤) مع رضا المحال عليه كما مر في الأمر الثالث. (الشيرازي).

* بعد الفراغ عن رضا المحال عليه أيضا بذلك. (آقا ضياء).

وتشتغل ذمة المحال عليه (١) بها وتبقى ذمة المحال عليه (٢) مشغولة بالدنانير وتشتغل ذمة المحيل له بالدراهم (٣) فيتحاسبان بعد ذلك. ولعل الخلاف أيضا مختص بالصورة الأولى لا ما يشمل هذه الصورة أيضا. وعلى هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة وهي: 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): لا فرق في المال المحال به أن يكون عينا في الذمة أو منفعة أو عملا لا يعتبر فيه المباشرة - ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة - سواء كانت على برئ أو على مشغول الذمة بمثلها، وأيضا لا فرق بين أن يكون مثليا كالطعام أو قيميا كالعبد والثوب والقول بعدم الصحة في القيمي للجهالة ضعيف. والجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها.

(مسألة): إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وإن لم يبرئه المحتال، والقول بالتوقف على إبرائه ضعيف. والخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال المراد منه القبول لا اعتبارها بعده أيضا. وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين إلى ذمته وتبرأ ذمة المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر

(١) أي للمحتال بالدراهم. (الفيروزآبادي).

(٢) أي تبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير التي كانت عليه من قبل الحوالة. (الفيروزآبادي).

(٣) أي للمحال عليه. (الفيروزآبادي).

المال المحال به، وتشغل ذمة المحيل (١) للمحال عليه إن كانت على برئ أو كانت بغير المثل ويتحاسبان بعد ذلك.

(مسألة): لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على ملئ (٢).

(مسألة): الحوالة لازمة فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كل من الثلاثة نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال بإعساره يجوز له الفسخ والرجوع على المحيل. والمراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائدا على مستثنيات الدين وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم، ولا يعتبر فيه كونه محجورا. والمناط الإعسار واليسار حال الحوالة وتماमितها. ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ (٣). ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه يسقط (٤) الخيار للانصراف على إشكال (٥) وكذا مع وجود المتبرع.

(مسألة): الأقوى جواز الحوالة على البرئ ولا يكون داخلا في الضمان.

(مسألة): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة.

-
- (١) اشتغال ذمة المحيل في الحوالة على البرئ بمجرد الحوالة محل منع والمحقق اشتغال ذمته بعد أداء المحال عليه كما في الضمان وقد مر أنه مطابق للقواعد وأما الحوالة على المشغول بغير الجنس فقد مر منه (قدس سره) أنه وفاء بغير الجنس فلا وجه لاشتغال ذمته له. (الكلبيكاني).
- (٢) أي غني. (الفيروزآبادي).
- (٣) فيه إشكال للإطلاقات المانعة عن الرجوع إلى الاستصحاب. (آقا ضياء).
- (٤) الأشبه عدم السقوط. (الإمام الخميني).
- (٥) أظهره عدم السقوط. (الخوئي).
- * بل الأقوى عدم سقوط الخيار والانصراف ممنوع. (الكلبيكاني).
- * أقواه عدم السقوط. (النائيني).

(مسألة): يجوز الدور في الحوالة، وكذا يجوز الترامي بتعدد المحال عليه واتحاد المحتال أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه.
(مسألة): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته، وكذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال، وكذا لو تبرع المحيل عنه.
(مسألة): لو أحال فقبل وأدى ثم طالب المحيل بما أداه فادعى أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البينة فيحلف على براءته ويطالب عوض ما أداه، لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل ودعوى أن الأصل أيضا عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء، مدفوعة (١) بأن الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه وعدمه، وبعد جريان أصالة براءة ذمته (٢) يرتفع الشك. هذا على المختار من صحة الحوالة على البرئ، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل (٣) لأن مرجع الخلاف إلى صحة الحوالة وعدمها، ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة (٤) وهو المحيل. ودعوى أن تقديم قول مدعي الصحة إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما في الحوالة المحيل والمحتال وأما

-
- (١) في هذا الدفع إشكال. (الإمام الخميني).
(٢) الصحيح التمسك في المقام باستصحاب عدم اشتغال ذمته فإنه يحرز الموضوع دون أصالة البراءة. (الخوئي).
(٣) محل تأمل وإشكال. (البروجردي).
* فيه تأمل والتعليل عليل لصحة المعاهدة وإن كانت بالإذن في وفاء الدين كما يأتي. (الفيروزآبادي).
(٤) إثبات الدين بإجراء أصالة صحة الحوالة محل تأمل. (الكلبيانگاني).

المحال عليه فليس طرفا وإن اعتبر رضاه في صحتها، مدفوعة أولا:
بمنع عدم كونه طرفا، فإن الحوالة مركبة من إيجاب وقبولين (١) وثانيا:
يكفي اعتبار رضاه في الصحة في جعل اعترافه بتحقيق المعاملة حجة
عليه بالحمل على الصحة. نعم لو لم يعترف بالحوالة بل ادعى أنه أذن له
في أداء دينه يقدم قوله، لأصالة البراءة من شغل ذمته، فبإذنه في أداء
دينه له مطالبة عوضه ولم يتحقق هنا حوالة بالنسبة إليه حتى تحمل
على الصحة وإن تحقق بالنسبة إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها.
(مسألة): قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: " أحال
عليه فقبل وأدى " فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء أن
حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلا بعد الأداء (٢)
فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل لكن ذمة المحيل لا تشتغل
للمحال عليه البرئ إلا بعد الأداء. والأقوى (٣) حصول الشغل بالنسبة
إلى المحيل (٤) بمجرد قبول المحال عليه (٥) إذ كما يحصل به الوفاء

-
- (١) قد مر منع ذلك. (الإصفهاني).
* مر أنها ليست كذلك. (الخوئي).
(٢) وهو الأقوى وقد مر أنه موافق للقاعدة في الضمان والحوالة على البرئ
ومر بيانه فراجع. (الكلبيكاني).
(٣) بل الأقوى عدم حصوله إلا بالأداء وحالها حال الضمان فيه وفي سائر ما
ذكر في المسألة مثل الإبراء والوفاء بالأقل. (الإمام الخميني).
* بل الأقوى عدم اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه إلا بعد الأداء وبمقداره
حذو ما مر في الضمان. (النائيني).
(٤) قد تقدم ما فيه في نظيره في باب الضمان. (آقا ضياء).
* بل الأقوى أن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه إلا بعد الأداء إذ به يتحقق

بالنسبة إلى دين المحيل بمجرد حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديونا له وحصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئا. ومقتضى القاعدة في الضمان أيضا تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه إلا أن الإجماع وخبر الصلح (١) دلا على التوقف على الأداء فيه، وفي المقام لا إجماع ولا خبر (٢) بل لم يتعرضوا لهذه المسألة. وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء، بل وكذا لو أبرءه المحتال أو وفاه بالأقل أو صالحه بالأقل (٣) فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقا إذا كان بريئا.

(مسألة): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته في ذمته. والقول بعدم صحته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف، إذ غاية ما يكون كونه متزلزلا فيكون كالحالة على المشتري بالثمن في زمان

استيفائه لماله بأمره وعليه يترتب أن حال الحوالة حال الضمان في بقية الجهات المذكورة في المتن. (الخوئي).

(٥) فيه تأمل. (الإصفهاني).

(١) تقدم في الضمان أن الأقوى هو العمل بالقاعدة وأن مورد الإجماع وخبر الصلح هو عدم استحقاقه الزائد على ما صولح عليه لا كون الاستحقاق بعد الأداء. (البروجردى).

(٢) بل مضافا إلى مساعدة العرف على شرطية فعلية الأداء علاوة على إمكان تنقيح المناط من باب الضمان في المقام أيضا. (آقا ضياء).

(٣) الظاهر أن حكمها حكم الضمان في ذلك إذ هي مع براءة المحال عليه ضمان في المعنى وإن اختلف اللفظ وخصوصية اللفظ لا دخل لها في نظر العرف بل الظاهر أن الإبراء والوفاء بالأقل كذلك. (البروجردى).

الخيار. واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفاً كما ترى. ثم إن العبد بقبول الحوالة يتحرر (١) لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة ولو لم يحصل (٢) الأداء منه. فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه. وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء - لأن الحوالة ليست في حكم الأداء بل في حكم التوكيل، وعلى هذا إذا أعتقه المولى صح وبطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، لأنه صار لازماً للمحتال ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة - فيه نظر من وجوه. وكأن دعواه (٣) أن الحوالة ليست في حكم الأداء (٤) إنما هي بالنظر إلى ما مر (٥) من دعوى

-
- (١) الظاهر أنه لا يتوقف على قبوله لها إذ المفروض أنه مديون للمولى فبتحقق الحوالة تبرأ ذمته وتشتغل للمحتال. (الخوئي).
- (٢) هذا على الأصح من كون مال الكتابة ديناً على العبد وأما لو قيل بعدم الدين للزوم كون المولى مديوناً لنفسه فتكون الحوالة عليه كالحوالة على البرئ ولا يعتق ما لم يؤد كما مر وعلى هذا لو أعتقه المولى صح وبطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة ولا يضمن السيد ما يغرمه العبد بعد الحرية كما اختاره المسالك. (الكلبيكاني).
- (٣) كون نظره إلى ما ذكر محل إشكال. (الإمام الخميني).
- * ويمكن أن يكون دعواه مبنيًا على ما قلناه أو على ما عن الشيخ من أن مال الكتابة ليس بثابت لأن للمكاتب إسقاطه. (الكلبيكاني).
- (٤) هذه الدعوى وإن كانت باطلة في نفسها لأنها تستلزم عدم براءة ذمة المحيل عن دين المحتال بمجرد الحوالة وهو خلاف المفروض إلا أنها غير مبتنية على الدعوى الثانية فإن مورد الثانية هي الحوالة على البرئ لا على المديون. (الخوئي).

توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الأداء كما في الضمان فهي وإن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل والمحتال فبمجرد ما يحصل الوفاء وتبرأ ذمة المحيل لكن بالنسبة إلى المحال عليه والمحيل ليس كذلك، وفيه منع التوقف المذكور (١) كما عرفت فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء فيتحقق بها الوفاء.

(مسألة): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها (٢) صح، لأن حاله حال الأحرار من غير فرق بين سيده وغيره. وما عن الشيخ من المنع (٣) ضعيف.

(٥) لا يخفى ما بين الحوالة على المديون والبرئ من البون البعيد وقصورها في القسم الثاني عن كونها موجبة لاشتغال ذمة المحيل للمحال عليه قبل الأداء لا يوجب أن تكون في القسم الأول بالنسبة إلى فراغ ذمة المحال عليه عن دين المحيل أيضا كذلك وإلا لزم اشتغال ذمة المحال عليه قبل الأداء لكل من المحيل والمحتال بذلك المال ولو قيل بابتناء ما أفاده الشهيد (قدس سره) في المقام على المنع عن كون العبد ذا ذمة اختيارية كان أولى من أن ينسب إليه ما يستلزم هذا المحال خصوصا مع ما نقل عنه من تصريحه في غير المقام بفراغ ذمة المحال عليه عن دين المحيل بنفس الحوالة. (النائيني).

(١) مع تسليم التوقف المزبور في موارد رجوع المحال عليه على المحيل كما في البرئ لا مجال لدعواه في المقام لأن بنفس الحوالة تفرغ ذمة المحال عليه من المحيل وفراغ ذمته عنه بمنزلة أدائه فليس للسيد حينئذ عتقه بمجرد الحوالة. (آقا ضياء).

(٢) هذه العبارة ناقصة والصحيح أن يقال: لو أحال عليه غريمه بثمنها كما عنون المسألة في المبسوط كذلك. (الكلبائيگاني).

(٣) لم يمنع الشيخ عن ذلك على سبيل الجزم بل قال فيه وجهان وما منعه هو

(مسألة): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح، فيجب عليه تسليمه للسيد ويكون موجبا لانعاقه (١) سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا.

(مسألة): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة، فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة (٢) سواء كان هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده (٣) وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال. ودعوى أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحال فيكون المنكر للحوالة مدعيا فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة، مدفوعة بأن مثل

إحالة السيد غريمه على المكاتب بمال المكاتب واستدل عليه بعدم ثبوته لجواز إسقاطه بتعجيز نفسه. (الكلبيكاني).

- (١) على فرض ثبوت مال الكتابة. (الكلبيكاني).
- (٢) لا بمعنى ثبوت الوكالة وترتيب أثرها لو كان لها أثر وللمسألة صور وكذا لطح الدعوى ولعل في بعضها يكون المرجع التحالف على إشكال. (الإمام الخميني).
- (٣) لا إشكال في جريان الأصول المذكورة قبل القبض وأما بعد القبض فلا معنى لبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل لأنه على فرض الحوالة تبرأ ذمته بمجرد ما وعلى فرض الوكالة تبرأ بأدائها إلى وكيل المحيل والمفروض هو العلم بعدم الخروج عنهما وكذلك ذمة المحيل في الحوالة تبرأ بمجرد ما وفي الوكالة بأخذه الوكيل بمقدار ما عليه من المحال عليه عوضا عن دين المحيل نعم لو كانت الدعوى الوكالة في أخذ المحال بوكالة المحيل والبقاء عنده أمانة فيصح استصحاب اشتغال ذمة المحيل للمحتال واستصحاب عدم انتقال ما أخذه إليه. (الكلبيكاني).

هذه اليد لا يكون أمانة (١) على ملكية ذبيها. فهو نظير ما إذا دفع شخص

(١) قد يقال: إن مثل هذا اليد لا يوجب تقديم قول المدعي للحوالة لعدم إثباتها سبب دعواه ولكن لا يخرج عن الأمانية لأصل الملكية بعد كون المدار في مثل المقام على ترجيح يد الحادثة على السابقة وإن كان في مقام استناد الشاهد كان الأمر بالعكس كما يظهر من التعليل في رواية اليد بأنه لولاه لما يبقى للمسلمين سوق إذ نفس هذه العلة يقتضي تقديم اليد اللاحقة على السابقة في غير مورد الشهادة وتقديم السابقة في مقام استناد الشاهد بها لئلا يختل أمر قيام البينة أيضا هذا. ولكن نقول: إن ما أفيد في وجه تقديم اللاحقة على السابقة في غير باب الشهادة وعكسه فيها للعلة المزبورة في غاية المتانة وإنما الكلام في أمانية اليد على أصل الملكية في المقام بعد سقوطها عن إثبات السبب بدعوى أن قضية سقوطها تقتضي إجراء أحكام المدعى عليه كما هو ظاهر كلماتهم بلا خلاف فيه ومن المعلوم أن لازمه إجراء أصالة عدم الانتقال في حق قائله كي يصير منكرا ومن المعلوم أن مثل هذا الأصل مع فرض أمانية اليد على أصل الملكية لا يجتمعان لأن نتيجة مثل هذا الأصل وما هو المصحح جريانه ليس إلا ترتيب أثره من عدم الملكية إذ لولاه لا يتصور لمثل هذا الأصل أثر عملي فلو كانت اليد حينئذ أمانة على الملكية لا يتصور مجال لجريان الأصل المزبور فلا يبقى حينئذ مجال جعل القائل بعدم الانتقال منكرا فإطباقهم على جعله منكرا مساوق لإجماعهم على جريان الأصل المزبور في حقه وهو مساوق لإطباقهم على عدم أمانية مثل هذه اليد على أصل الملكية أيضا ولا على استحقاق كون المال تحت يده من جهة أخرى لاعترافه على نفيها ولازمه حينئذ انتزاع الحاكم المال من يده ولعله إلى هذه النقطة نظر شيخنا العلامة من دعوى الإجماع على انتزاع المال من يده فلا يبقى حينئذ مجال إشكال المحشين بأنه لا وجه لانتزاعه مع بقاء اليد على أماريتها في أصل الملكية فتأمل وتدبر. (آقا ضياء).

ماله إلى شخص وادعى أنه دفعه أمانة وقال الآخر دفعتني هبة أو قرضاً، فإنه لا يقدم قول ذي اليد. هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأما إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع. ولو علم أنه قال أحلتك على فلان وقال: قبلت ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة، فربما يقال: إنه يقدم قول مدعي الحوالة (١) لأن الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة واستعماله في الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة، وفيه منع الظهور (٢) المذكور. نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأما ما يشتق منها (٣) كلفظ أحلت فظهوره فيها ممنوع (٤). كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة، وأما لفظ أوصيت أو أوصيك بكذا فليس كذلك. فتقديم قول مدعي الحوالة في الصورة المفروض محل منع (٥).

-
- (١) لا يخلو من قوة ومنع الظهور ممنوع. (الإمام الخميني).
(٢) خلاف الوجدان إنصافاً. (آقا ضياء).
* في المنع إشكال. (الخوئي).
* لا يبعد ظهوره في الحوالة المصطلحة. (الشيرازي).
(٣) من المعلوم أن لفظ أحلت ليس من الألفاظ المجملة أو المهملة ولا شك أنها لا تدل إلا على الحوالة بمعناها المعروف ولو استعملت في غيره فهو مجاز لا يصار إليه إلا بالقرينة المفقودة في المقام وأصالة الحقيقة يقتضي الحمل عليه. (كاشف الغطاء).
(٤) منع اقتراحي. (الفيروزآبادي).
* الظاهر أن منع الظهور فيما إذا صدر هذا اللفظ من المديون مخاطباً لدائنه لإرجاعه إلى مديونه أو إلى برئ لا يخلو عن تعسف وتقديم قول مدعيه لا يخلو عن قوة. (الكلبيكاني).
(٥) لكنه لا يخلو عن قوة. (النائيني).

(مسألة): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي برئ أو مديون للمشتري ثم بان بطلان البيع بطلت الحوالة في صورتين، لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال (١) هذا في الصورة الثانية. وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري محالا عليه ويجوز الحوالة على البرئ (٢) إلا أن المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته (٣) فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته (٤) لا عليه (٥). ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده،

(١) يعني اللازم في الحوالة أن تكون ذمة المحيل مشغولة للمحتال وهنا ليس كذلك. (كاشف الغطاء).

(٢) الأولى أن يقال: إلا أن قبوله الحوالة أو رضاه مقيد بكون الثمن في ذمته مطلقا. (الفيروزآبادي).

(٣) هذا إذا كانت الحوالة عليه بنحو التقييد وأما إذا كانت بنحو يكون ثبوت الثمن في ذمته من باب الداعي فتكون من الحوالة على البرئ. (الشيرازي).
* كونه من قبيل تخلف الداعي واندرج المقام في الحوالة على البرئ لا يخلو عن وجه قوي. (النائيني).

* إذا لم يكن بنحو تخلف الداعي وإلا صحت الحوالة ولزم ويرجع بعد أدائه إلى المحيل. (آقا ضياء).

(٤) لا معنى للحوالة على ما في الذمة لأنها نقل ذمة إلى ذمة غاية الأمر في المشغول يلزم استيفاء الدين بخلافها في البرئ ومع تحقق الحوالة لا يضر عدم الاستيفاء نظير تخلف الداعي إلا مع تقييد رضاه بالحوالة بكونه مديونا بالثمن فتكون باطلة. (الكلبيكاني).

(٥) هذا ممنوع بل حوالة عليه بما في ذمته فإن كان بنحو التقييد بطلت الحوالة

فإذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقيا (١) على ملك المشتري (٢) فله الرجوع به، ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى وعلى البائع في الثانية.

(مسألة): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة (٣) لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع (٤). ولا فرق بين أن

-
- وإن كان بنحو الداعي صحت وتكون الحوالة على البرئ. (الإمام الخميني).
- (١) في غير صورة إحالة المشتري البائع على الأجنبي البرئ وأما فيها فالمقبوض باق على ملك الأجنبي في صورة بطلان الحوالة. (الإمام الخميني).
- (٢) في غير صورة إحالة المشتري للبائع بالثمن على الأجنبي البرئ وأما فيها فهو باق على ملك البرئ يأخذه منه مع بقاءه وبدله مع تلفه وإن تعذر أخذ عينه أو بدله منه كان له الرجوع على المشتري. (البروجردي).
- * هذا في غير ما إذا أحال المشتري البائع على البرئ وأما فيه فالمقبوض باق على ملك البرئ فله الرجوع به ومع تلفه جاز له الرجوع على المحيل فالمقبوض باق على ملك المأخوذ منه يرد عليه مع بقاءه ويرد بدله مع التلف لأن الحوالة باطلة ولا مملك غيرها للمشتري. (الكليايگاني).
- (٣) فيه إشكال خصوصا في الصورة الثانية. (الشيرازي).
- (٤) نعم لا بأس بالالتزام بكون الفاسخ له السلطنة على فسخ التصرف الملزم الوارد على ماله إن كان في بقاءه على الملزوم ضرر عليه اللهم إلا أن يقال: إن الضرر المتصور فيه ليس إلا ضرر نقض الغرض وإلا فماليته مجبورة بالقيمة
- (٤٦٨)

يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده، فهي تبقى بحالها ويرجع البائع على المشتري (١) بالثمن. وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق (٢) بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية (٣) - وهي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي لأنها تتبع البيع في هذه الصورة حيث إنها بين المتبايعين - بخلاف الصورة الأولى ضعيف. والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة، نعم هي تبع للبيع حيث إنها واقعة على الثمن (٤). وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين. وربما يقال ببطلانها إن قلنا إنها استيفاء، وتبقى إن قلنا إنها اعتياض. والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء، لأنها معاملة مستقلة (٥) لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع.

جزما ومن المعلوم أن هذا الضرر في غير باب نفس العقود غير مجبور كما هو ظاهر على من راجع ولاحظ. (آقا ضياء).
(١) بل يرجع المشتري على البائع كما هو ظاهر ولعل في النسخة تحريفا. (كاشف الغطاء).

* هذا من سهو القلم والصحيح ويرجع المشتري على البائع. (الخوئي).
(٢) الفرق بين الصورتين أن في الثانية بالفسخ ينتفي الموضوع وهو الدين المحال وفي الأولى يصير كالحوالة على البرئ لكن ذلك لا يؤثر لأن الفسخ بعد الحوالة بمنزلة الفسخ بعد سائر النواقل مثل البيع أو الصلح لا يفيد في رفع أثر الحوالة. (الكلبيگانى).
(٣) أي الثانية المذكورة في المسألة السابقة. (الفيروزآبادي).
(٤) الصورة الثانية وهي تحويل البائع أجنبيا على المشتري بالثمن أيضا الحوالة واقعة على الثمن فلا فرق بين الصورتين. (كاشف الغطاء).
(٥) كون الدعوى المذكورة خروجاً عن الفرض ورجوعاً إلى دعوى الاعتياض ظاهر. (النائيني).

وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاء حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر لا الدارهم المكسرة، فإن الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة (١) بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه حيث إن الحوالة عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

(مسألة): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتيال (٢) والمحال عليه وجب عليه الدفع إليه وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة. وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته، ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه (٣) إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً

* هذا إنكار للمبني لا للبناء بعد تسليم المبني وإنكار المبني وجيه وفرق بين كونها استيفاءً أو لازمها ذلك. (الإمام الخميني).

- (١) الظاهر أنها معاملة لازمة فلا تتبع البيع في الانفساخ. (الخوئي).
- (٢) هذا الفرع من أوله إلى آخره لا يخلو من اغتشاف فإن كان المقصود الوكالة وأما الغريم فإن كان ما أمر بالرد إليه مصداقاً لدينه فملزم بالقبول وهذا ليس من الحوالة في شيء لا المصطلحة ولا غير المصطلحة والحكم بالضمان لقاعدة الغرر في المقام محل منع. (الكلبيكاني).
- (٣) تخلف الوكيل عن أمر المالك وإن كان موجبا لصيرورة يده على المال يد ضماناً ويضمنه لمالكه لكن ضمانه للمحتال لا موجب له والتشبه بقاعدة

إليه للغرور.

الغرور ضعيف غايته والحمد لله رب العالمين والصلاة على رسوله وآله
الطاهرين. (النائيني).
* لا أثر لقبول المحال عليه في الحكم أي وجوب الدفع نعم له أثر في الضمان
لأجل الغرور. (الإمام الخميني).
* فيه إشكال بل منع. (الخوئي).
تم كتاب الحوالة

(٤٧١)

وله الحمد والمنة

كتاب النكاح

النكاح مستحب في حد نفسه بالإجماع والكتاب والسنة
المستفيضة بل المتواترة قال الله تعالى: * (وأنكحوا الأيامى منكم
والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله
واسع عليم) * وفي النبوي المروي بين الفريقين " النكاح سنتي فمن
رغب عن سنتي فليس مني " وعن الصادق (عليه السلام) عن أمير المؤمنين (عليه السلام)
قال: تزوجوا فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال من أحب أن يتبع سنتي فإن من
سنتي التزويج. وفي النبوي ما بني بناء أحب إلى الله تعالى من التزويج.
وعن النبي (صلى الله عليه وآله) من تزوج أحرز نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر.
بل يستفاد من جملة من الأخبار استحباب حب النساء ففي الخبر عن
الصادق (عليه السلام) من أخلاق الأنبياء حب النساء. وفي آخر عنه (عليه السلام) ما أظن
رجلا يزداد في هذا الأمر خيرا إلا ازداد حبا للنساء. والمستفاد من
الآية وبعض الأخبار أنه موجب لسعة الرزق (١) ففي خبر إسحاق بن

(١) الظاهر أن ما وعده الله تعالى شأنه عباده من إغناء الفقراء بالنكاح وأرشد
نبيه (صلى الله عليه وآله) ذا الحاجة إليه أمر إرشادي محسوس بحسب العادة فإن الرجل ما
لم
يلتزم على نفسه مؤنة العيال لا داعي له في السعي في طلب المال ويفني عمره

عمار قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) الحديث الذي يرويه الناس حق: إن رجلا أتى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فشكى إليه الحاجة فأمره بالتزويج حتى أمره ثلاث مرات، قال أبو عبد الله (عليه السلام): نعم هو حق ثم قال (عليه السلام): الرزق مع النساء والعيال.

(مسألة): يستفاد من بعض الأخبار كراهة العزوبة، فعن النبي (صلى الله عليه وآله) رذال موتاكم العزاب. ولا فرق على الأقوى في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تشتق، لإطلاق الأخبار، ولأن فائدته لا تحصر في كسر الشهوة، بل له فوائد، منها: زيادة النسل وكثرة قائل لا إله إلا الله. فعن الباقر (عليه السلام) قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): ما يمنع المؤمن أن يتخذ

أهلا لعل الله أن يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلا الله.

(مسألة): الاستحباب لا يزول بالواحدة، بل التعدد مستحب أيضا قال تعالى * (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) * والظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنكاح الدائم أو المنقطع، بل المستحب أعم منهما ومن التسري بالإماء.

(مسألة): المستحب هو الطبيعة أعم من أن يقصد به القرابة أو لا،

بالتسوية والإهمال وأما إذا رأى نفسه متعبدا لتأمين حوائج العيال فلا محالة يسعى ويجد في الطلب ويتحمل المشقة والتعب وكذلك المرأة حيث تجد نفسها مديرة للعائلة والأولاد تستعد لإعانة الزوج في التحصيل والحفظ فالازدواج جزء معظم لسياسة المدن وتسهيل لإدارة المعاش لمعظم الناس مضافا إلى ما فيه من كسر الشهوة ودفع مفسدها وبقاء النسل وتكثيره ومن هذا يظهر صحة القول بمحبوبيته حتى لمن لم يكن له اشتياق إليه بل للمريض والعين إذا لم تترتب عليه مفسدة أخرى. (الكلبياني).

نعم عباديته (١) وترتب الثواب عليه موقوفة على قصد القربة.
(مسألة): استحباب النكاح إنما هو بالنظر إلى نفسه وطبيعته. وأما
بالنظر إلى الطوارئ فينقسم بانقسام الأحكام الخمسة: فقد يجب
بالنذر (٢) أو العهد أو الحلف وفيما إذا كان مقدمة لواجب مطلق أو كان
في تركه مظنة الضرر (٣) أو الوقوع في الزناء أو محرم آخر، وقد يحرم
كما إذا أفضى إلى الإخلال بواجب من تحصيل علم واجب أو ترك حق
من الحقوق الواجبة كالزيادة على الأربع (٤)، وقد يكره كما إذا كان فعله

(١) يعني إطاعة أمره تعالى وامثاله. (الكلبياني).

(٢) مرت المناقشة في وجوب المنذور بعنوانه الذاتي بل الواجب هو عنوان
الوفاء بالنذر وإنما ينطبق في الخارج على المنذور والخارج ليس ظرف تعلق
الوجوب وكذا الحال في العهد واليمين وكذا في سائر أمثله من كونه مقدمة
للواجب المطلق وما يتلوه فإنها مع ورود الإشكال المتقدم عليها أو على بعضها
ترد عليها إشكالات أخر ليس المقام مقتضيا لبيانها وكذا الكلام في النكاح
المحرم والأمثلة المذكورة وأما الزيادة على الأربع ونكاح المحرمات عينا
وجمعا فإنها محرمات وضعية أي لا يقع النكاح فيها لا أنه يقع محرما وتأتي
المناقشة في النكاح المكروه بما ذكره أيضا. (الإمام الخميني).
(٣) لا اعتبار بالظن في غير الضرر من الوقوع في المحرمات ما لم يطمئن به.
(الكلبياني).

(٤) الزيادة على الأربع وسائر المحرمات عينا وجمعا ممن لا يصح نكاحها
ليست في عداد ما ذكر قبل ذلك ممن يحرم نكاحها تكليفا وكذا في المنكوحة.
(الكلبياني).

* النكاح الزائد على الأربع فاسد في نفسه ولا يحرم إلا تشريعا. (الشيرازي).
* الزيادة على الأربع لا يقع نكاحها لا أنه يقع ويكون محرما كما في سائر
الأمثلة وكذا نكاح المحرمات. (البروجردي).

موجبا للوقوع في مكروهه، وقد يكون مباحا كما إذا كان في تركه مصلحة معارضة لمصلحة فعله مساوية (١) لها. وبالنسبة إلى المنكوحه أيضا ينقسم إلى الأقسام الخمسة: فالواجب كمن يقع في الضرر لو لم يتزوجها أو يتلى بالزناء معها لولا تزويجها، والمحرم نكاح المحرمات (٢) عينا أو جمعا، والمستحب المستجمع للصفات المحموده في النساء، والمكروه النكاح المستجمع للأوصاف المذمومة في النساء ونكاح القابلة المريبة ونحوها، والمباح ما عدا ذلك.
(مسألة): يستحب عند إرادة (٣) التزويج أمور:
منها: الخطبة (٤).

ومنها: صلاة ركعتين عند إرادة التزويج قبل تعيين المرأة وخطبتها، والدعاء بعدها بالمأثور وهو " اللهم إني أريد أن أتزوج فقدر لي من النساء أعفهن فرجا وأحفظهن لي في نفسها ومالي وأوسعهن رزقا وأعظمهن بركة وقدر لي ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا في حياتي وبعد

-
- (١) في الحكم بالإباحة لذلك مسامحة غير خفية. (الكلبيايگاني).
 - (٢) نكاح المحرمات فاسد ولا يحرم العقد عليهن إلا تشريعا. (الشيرازي).
 - (٣) لا بأس بالعمل بجمعها رجاء لعدم الاطمئنان بمستند كثير منها بعدما أشرنا مرارا بأن اتكال المشهور على رواية لا يصلح لجبر سندها في باب وضوح المستند في بعضها وكذا ترك المكروهات برجاء الكراهة. (الكلبيايگاني).
 - (٤) بكسر الخاء الاستدعاء. (الفيروزآبادي).

موتي " ويستحب أيضا أن يقول: أقررت بالذي أخذ الله إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.

ومنها: الوليمة يوما أو يومين لا يزيد فإنه مكروه، ودعاء المؤمنين (١). والأولى كونهم فقراء، ولا بأس بالأغنياء خصوصا عشيرته وجيرانه وأهل حرفته، ويستحب إجابتهم وأكلهم، ووقتها بعد العقد أو عند الزفاف ليلا أو نهارا. وعن النبي (صلى الله عليه وآله) لا وليمة إلا في خمس: عرس (٢) أو خرس (٣) أو عذار (٤) أو وكار أو ركاز، العرس: التزويج، والخرس: النفاس، والعذار (٥) الختان، والوكار: شراء الدار، والركاز: العود من مكة.

ومنها: الخطبة أمام العقد بما يشتمل على الحمد والشهادتين والصلاة على النبي (صلى الله عليه وآله) والأئمة (عليهم السلام) والوصية بالتقوى والدعاء للزوجين، والظاهر كفاية اشتمالها على الحمد والصلاة على النبي وآله. ولا يبعد استحبابها أمام الخطبة أيضا. ومنها: الإشهاد في الدائم والإعلان به، ولا يشترط في صحة العقد عندنا.

ومنها: إيقاع العقد ليلا.

(مسألة): يكره عند التزويج أمور:

منها: إيقاع العقد والقمر في العقرب، أي في برجها لا المنازل

(١) أي طلبهم لحضور مجلس الوليمة. (الفيروزآبادي).

(٢) بكسر العين. (الفيروزآبادي).

(٣) بضم الخاء وسكون الراء والمراد الولادة. (الفيروزآبادي).

(٤) بكسر العين. (الفيروزآبادي).

(٥) بكسر العين. (الفيروزآبادي).

المنسوبة إليها وهي: القلب والإكليل والزبانا والشولة.
ومنها: إيقاعه يوم الأربعاء.

ومنها: إيقاعه في أحد الأيام المنحوسة في الشهر وهي الثالث
والخامس والثالث عشر والسادس عشر والحادي والعشرون والرابع
والعشرون والخامس والعشرون.

ومنها: إيقاعه في محاق الشهر وهو الليلتان أو الثلاث من آخر الشهر.
(مسألة): يستحب اختيار امرأة تجمع صفات: بأن تكون بكرا،

ولودا، ودودا، عفيفة، كريمة الأصل بأن لا تكون من زناء أو حيض أو
شبهة أو ممن تنال الألسن آباءها أو أمهاتها أو مسهم رق أو كفر أو فسق

معروف، وأن تكون سمراء (١) عيناء (٢) عجزاء (٣) مربوعة (٤) طيبة الريح
ورمة الكعب (٥) جميلة ذات شعر، سالحة تعين زوجها على الدنيا

والآخرة، عزيزة في أهلها، ذليلة مع بعلها، متبرجة مع زوجها، حصانا
مع غيره. فعن النبي (صلى الله عليه وآله) إن خير نسائكُم الولود الودود العفيفة العزيزة

في أهلها، الذليلة مع بعلها، المتبرجة مع زوجها، الحصان على غيره،

(١) أي يضرب لونها إلى الحمرة. (الفيروزآبادي).

(٢) واسعة العين. (الفيروزآبادي).

(٣) عظيمة كبيرة الألتين. (الفيروزآبادي).

(٤) متوسطة قامتها. (الفيروزآبادي).

(٥) أسقط المصنف (رحمه الله) من الخبر جزء، والخبر هكذا: رمة الكعب عظيمة
الكعب

والمراد من قوله الأول رمة الكعب أي خفي العظم النابت في طرفي الساق منها

يمينا وشمالها ومن الثاني سمينة عريضة فرجها وضبط الكعب بتقديم العين

كما في المجمع وبتقديم الثاء كما في القاموس. (الفيروزآبادي).

التي تسمع قوله وتطيع أمره، وإذا خلا بها بذلت له ما يريد منها، ولم تبذل (١) كتبذل الرجل. ثم قال: ألا أخبركم بشرار نساءكم الذليلة في أهلها، العزيزة مع بعلها، العقيم الحقود، التي لا تدرع (٢) من قبيح المتبرجة (٣) إذا غاب عنها بعلها، الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله، ولا تطيع أمره، وإذا خلا بها بعلها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عن ركوبها، لا تقبل منه عذرا، ولا تغفر له ذنبا. ويكره اختيار العقيم، ومن تضمنته الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة التي يجمعها عدم كونها نجية. ويكره الاقتصار على الجمال والثروة. ويكره تزويج جملة أخرى منها: القابلة وابنتها للمولود. ومنها: تزويج ضرة كانت لأمه مع غير أبيه. ومنها: أن يتزوج أخت أخيه (٤). ومنها: المتولدة من الزناء. ومنها: الزانية. ومنها: المجنونة. ومنها: المرأة الحمقاء، أو العجوزة. وبالنسبة إلى الرجال يكره تزويج سيئ الخلق، والمخنث، والزنج، والأكراد، والخزر، والأعرابي، والفاسق، وشارب الخمر.

(مسألة): مستحبات الدخول على الزوجة أمور:
منها: الوليمة قبله أو بعده.

ومنها: أن يكون ليلا لأنه أوفق بالستر والحياء، ولقوله (صلى الله عليه وآله) زفوا عرائسكم ليلا وأطعموا ضحى. بل لا يبعد استحباب الستر المكاني أيضا.

(١) أي تتصاون فتمنع في الجملة على الدلال كأنها تشتهي وتظهر عدم الميل.
(الفيروزآبادي).

(٢) أي لا تجتنب. (الفيروزآبادي).

(٣) أي الظاهرة بالمشي والسوق. (الفيروزآبادي).

(٤) أي من الرضاعة. (الفيروزآبادي).

ومنها: أن يكون على وضوء.
ومنها: أن يصلي ركعتين والدعاء بعد الصلاة - بعد الحمد والصلاة
على محمد وآله - بالألفة وحسن الاجتماع بينهما، والأولى المأثور
وهو " اللهم ارزقني ألفتها وودها ورضاها بي وأرضني بها واجمع بيننا
بأحسن اجتماع وأنفس ائتلاف فإنك تحب الحلال وتكره الحرام ".
ومنها: أمرها بالوضوء والصلاة أو أمر من يأمرها بهما.
ومنها: أمر من كان معها بالتأمين على دعائه ودعائها.
ومنها: أن يضع يده على ناصيتها مستقبل القبلة ويقول " اللهم
بأمانتك أخذتها، وبكلماتك استحلتها، فإن قضيت لي منها ولدا فاجعله
مباركا تقيا من شيعة آل محمد (صلى الله عليه وآله)، ولا تجعل للشيطان فيه شركا ولا
نصيبا " أو يقول: " اللهم على كتابك تزوجتها، وفي أمانتك أخذتها
وبكلماتك استحلت فرجها، فإن قضيت في رحمها شيئا فاجعله مسلما
سويا، ولا تجعله شرك شيطان " ويكره الدخول ليلة الأربعاء.
(مسألة): يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع الإذن
ولو بشاهد الحال إن كان عاما فللعوموم، وإن كان خاصا فللمخصوصين.
وكذا يجوز تملكه مع الإذن فيه (١) أو بعد

(١) الإذن في التملك مما لا محصل له فإن التملك والتملك من ذوات الأسباب
التي لا تحصل إلا بأسبابها الخاصة شرعا والإذن بالتملك ليس من الأسباب
الشرعية فلو قال لك رجل تملك داري فقلت تملكتها لم تحصل الملكية قطعا
نعم له أن يوكلك على تملكها لك عنه فتجري بيعا أو صلحا بالوكالة عنه أما
نثار الأعراس وما يبذل من الطعام في الولائم فليس فيه شيء من ذلك وإنما
هو إباحة صرفة أو إذن في الإئتلاف فقط فله الرجوع مع بقاء عينه قطعا ولا

الإعراض (١) عنه فيملك، وليس لمالكه الرجوع فيه (٢) وإن كان عينه موجودا. ولكن الأحوط لهما مراعاة الاحتياط.

(مسألة): يستحب عند الجماع الوضوء، والاستعاذة، والتسمية، وطلب الولد الصالح السوي، والدعاء بالمأثور، وهو: أن يقول " بسم الله وبالله اللهم جنبي الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني "، أو يقول " اللهم بأمانتك أخذتها " إلى آخر الدعاء السابق، أو يقول " بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السماوات والأرض اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيبا ولا حظا، واجعله مؤمنا مخلصا مصفى من الشيطان ورجزه جل ثناؤك " وأن يكون في مكان مستور.

(مسألة): يكره الجماع ليلة خسوف القمر ويوم كسوف الشمس، وفي الليلة واليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحمراء، واليوم الذي فيه الزلزلة، بل في كل يوم أو ليلة حدث فيه آية مخوفة. وكذا يكره عند الزوال وعند غروب الشمس حتى يذهب الشفق، وفي المحاق، وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي أول ليلة من كل شهر إلا في الليلة الأولى من شهر رمضان فإنه يستحب فيها، وفي النصف من كل شهر، وفي السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال، وبين الأذان والإقامة، وفي ليلة الأضحى.

يجوز له بيعه وأخذ عوض عنه. (كاشف الغطاء).

- (١) هذا مبني على كون الإعراض عن الشيء مخرجا له من الملك كما لا يبعد وعليه فيصح التملك للعموم. (الكلبايگاني).
- (٢) فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

ويكره في السفينة، ومستقبل القبلة ومستديرها، وعلى ظهر الطريق، والجماع وهو عريان، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء، والجماع وهو مختضب أو هي مختضبة، وعلى الامتلاء، والجماع قائماً، وتحت الشجرة المثمرة، وعلى سقوف البنيان، وفي وجه الشمس إلا مع الستر. ويكره أن يجامع وعنده من ينظر إليه ولو الصبي الغير المميز، وأن ينظر إلى فرج المرأة حال الجماع، والكلام عند الجماع إلا بذكر الله تعالى، وأن يكون معه خاتم فيه ذكر الله أو شيء من القرآن. ويستحب الجماع ليلة الاثنين والثلاثاء والخميس والجمعة، ويوم الخميس عند الزوال (١) ويوم الجمعة بعد العصر. ويستحب عند ميل الزوجة إليه.

(مسألة): يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح.

(مسألة): يستحب السعي في التزويج والشفاعة فيه بإرضاء الطرفين.

(مسألة): يستحب تعجيل تزويج البنت وتحسينها بالزوج عند بلوغها، فعن أبي عبد الله (عليه السلام): من سعادة المرء أن لا تطمث ابنته في بيته.

(مسألة): يستحب حبس المرأة في البيت فلا تخرج إلا لضرورة ولا يدخل عليها أحد من الرجال.

(مسألة): يكره تزويج الصغار قبل البلوغ.

(مسألة): يستحب تخفيف مؤنة التزويج وتقليل المهر.

(مسألة): يستحب ملاعبة الزوجة قبل المواقعة.

(مسألة): يجوز للرجل تقييل أي جزء من جسد زوجته، ومس أي جزء من بدنه ببدنها.

(مسألة): يستحب اللبث وترك التعجيل عند الجماع.

(١) بل بعده وأما عنده فلم أر دليلها. (الإمام الخميني).

(مسألة): يكره المجامعة تحت السماء.
(مسألة): يستحب إكثار الصوم وتوفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله وعدم طوله.
(مسألة): يستحب خلع خف العروس إذا دخلت البيت وغسل رجليها وصب الماء من باب الدار إلى آخرها.
(مسألة): يستحب منع العروس في أسبوع العرس من الألبان والخل والكزبرة والتفاح الحامض.
(مسألة): يكره اتحاد خرقه الزوج والزوجة عند الفراغ من الجماع.
(مسألة): يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر إلى وجهها وكفيها وشعرها ومحاسنها (١). بل لا يبعد (٢) جواز النظر إلى سائر جسدها ما عدا عورتها وإن كان الأحوط خلافه (٣). ولا يشترط أن يكون ذلك بإذنها ورضائها. نعم يشترط أن لا يكون بقصد التلذذ وإن علم أنه يحصل بنظرها قهرا. ويجوز تكرار النظر إذا لم يحصل الغرض وهو الاطلاع على حالها بالنظر الأول، ويشترط أيضا (٤) أن لا يكون مسبوقا بحالها وأن يحتمل

-
- (١) الأحوط الاقتصار على الوجه والكفين. (الكلبياني).
* الأحوط إن لم يكن أقوى هو الاقتصار على الوجه والكفين. (البروجردي).
(٢) بل الأظهر اختصاص جواز النظر بالوجه واليدين - بما فيهما المعصم - والشعر والساقين. (الخوئي).
(٣) كما أن الأحوط الاقتصار على الوجه والكفين. (الحائري).
* لا يترك لعدم تمامية المستند في قبال عمومات حرمة النظر إلى الأجنبية. (آقا ضياء).
(٤) ويشترط أيضا أن تكون المرأة خلية عن المانع فلا يجوز النظر إلى ذات البعل والعدة. (الإمام الخميني).

اختيارها وإلا فلا يجوز. ولا فرق بين أن يكون قاصدا لتزويجها (١) بالخصوص، أو كان قاصدا لمطلق التزويج وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار (٢) وإن كان الأحوط الاقتصار على الأول (٣) وأيضا لا فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر من توكيل امرأة تنظر إليها وتخبره أو لا؟ وإن كان الأحوط الاقتصار على الثاني. ولا يبعد جواز نظر المرأة أيضا (٤) إلى الرجل الذي يريد تزويجها، ولكن لا يترك الاحتياط (٥) بالترك. وكذا يجوز النظر إلى جارية يريد شراءها وإن كان بغير إذن سيدها، والظاهر اختصاص ذلك بالمشترى لنفسه فلا يشمل الوكيل والولي والفضولي. وأما في الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص. (مسألة): يجوز النظر إلى نساء أهل الذمة بل مطلق الكفار مع عدم التلذذ والريية (٦) أي خوف الوقوع في الحرام، والأحوط الاقتصار (٧) على المقدار الذي جرت عادتهن (٨) على عدم ستره وقد يلحق بهم نساء

(١) واختيارها مع موافقتها لطبعه. (الفيروزآبادي).

(٢) مع احتمال اختبارها بالخصوص. (الكلبيكاني).

(٣) لا يترك. (البروجردي، الإصفهاني، الإمام الخميني، الشيرازي).

* لا يترك الاحتياط. (الخوئي). وفي حاشية أخرى منه: بل الأقوى ذلك.

(٤) فيه إشكال. (الخوئي، الشيرازي).

(٥) بل عدم الجواز لا يخلو من قوة. (البروجردي).

(٦) والأحوط أن لا يكون النظر مقصودا أصليا. (الحائري).

(٧) لا يترك الاحتياط. (الحائري).

(٨) في الأزمنة السابقة. (البروجردي).

* والأحوط الاقتصار على ما كانت عادتهن على عدم ستره في زمان النبي (صلى الله عليه وآله) والأئمة (عليهم السلام) وأما ما استحدث في زماننا من عدم ستر المحاسن

أهل البوادي والقرى من الأعراب وغيرهم، وهو مشكل (١). نعم الظاهر عدم حرمة التردد في الأسواق ونحوها مع العلم بوقوع النظر (٢) عليهن. ولا يجب غض البصر (٣) إذا لم يكن هناك خوف افتتان. (مسألة): يجوز لكل من الرجل والمرأة النظر إلى ما عدا العورة من مماثله شيخا أو شابا حسن الصورة أو قبيحها ما لم يكن بتلذذ أو ريبة. نعم يكره كشف المسلمة بين يدي اليهودية والنصرانية بل مطلق الكافرة، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن. والقول بالحرمة للآية حيث قال تعالى * (أو نسائهن) * فخص بالمسلمات ضعيف، لاحتمال كون المراد من نسائهن الجوارى (٤) والخدم لهن من الحرائر. (مسألة): يجوز لكل من الزوج والزوجة النظر إلى جسد الآخر حتى العورة مع التلذذ وبدونه، بل يجوز لكل منهما مس الآخر (٥) بكل عضو منه كل عضو من الآخر مع التلذذ وبدونه.

فالأحوط ترك النظر. (الكلبيكاني).

- (١) لا إشكال فيه. (الخوئي).
- (٢) مع توطين النفس على ترك النظر عمدا والصرف على تقدير وقوعه اتفاقا. (الكلبيكاني).
- (٣) محل تأمل إذا كان عالما بوقوع النظر عليهن. (البروجردى).
- * إن كان فيه الحرج وهو المناط لا خوف الافتتان. (الفيروزآبادي).
- (٤) أو مطلق النساء كما احتمله بعض المفسرين. (الكلبيكاني).
- * هذا الاحتمال ضعيف جدا، إذ الظاهر أن المراد من نسائهن: الحرائر بقريئة قوله تعالى: أو ما ملكت أيماهن. (الخوئي).
- (٥) وإدخاله. (الفيروزآبادي).

- (مسألة): الخنثى (١) مع الأنثى (٢) كالذكر ومع الذكر كالأنثى.
 (مسألة): لا يجوز النظر إلى الأجنبية ولا للمرأة النظر إلى الأجنبي
 من غير ضرورة، واستثنى جماعة الوجه والكفين فقالوا بالجواز فيهما (٣)
 مع عدم الريبة والتلذذ، وقيل بالجواز فيهما مرة ولا يجوز تكرار النظر.
 والأحوط (٤) المنع مطلقا (٥).
- (مسألة): يجوز النظر إلى المحارم التي يحرم عليه نكاحهن نسبا أو
 رضاعا أو مصاهرة ما عدا العورة مع عدم تلذذ وريبة وكذا نظرهن إليه.
 (مسألة): المملوكة كالزوجة بالنسبة إلى السيد إذا لم تكن مشركة (٦)

(١) في إطلاق التشبيه في المقامين إشكال للتخلف في بعض الأحكام كالنظر فيجوز
 لكل من الرجل والمرأة النظر إلى الخنثى فتدبر في الأحكام المرعية من كل
 جانب بالنسبة إلى الجانب الآخر ولعل المصنف (رحمه الله) أراد تكليف الخنثى مع
 الابتلاء

بأحدهما لا تكليفهما بالنسبة إليه وإن كان ظاهر العبارة الإطلاق. (الفيروزآبادي).
 (٢) أي في معاملتها مع الأنثى والذكر لا معاملتها معها وإن كان الأحوال لهما
 ذلك. (الإمام الخميني).

(٣) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).

(٤) بل الأقوى. (النائيني).

* بل لا يخلو من قوة. (الكلبيكاني).

(٥) وإن كان الجواز لا يخلو من قرب. (الإمام الخميني).

* ولكن الأقوى الجواز مع عدم الريبة مطلقا. (كاشف الغطاء).

(٦) هذا الاستثناء يحتاج إلى التأمل والمراجعة. (الإمام الخميني).

* هذه الاستثناءات تحتاج إلى المراجعة. (الإصصهاني).

* لم يظهر وجه الاشتراط بعدم كونها مشركة أو وثنية أو مرتدة وكان اللازم

الاشتراط بعدم كونها ذات عدة أيضا. (الخوئي).

* يجوز للسيد النظر إلى أمته المشركة والوثنية والمزوجة والمكاتب ما لم

أو وثنية أو مزوجة (١) أو مكاتبة أو مرتدة.
(مسألة): يجوز النظر إلى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة وإن حرم وطؤها، وكذا الأمة كذلك، وكذا إلى المطلقة الرجعية ما دامت في العدة ولو لم يكن بقصد الرجوع (٢).
(مسألة): يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبي والأجنبية مواضع: منها: مقام المعالجة وما يتوقف عليه من معرفة نبض العروق (٣) والكسر والجرح والفصد والحجامة ونحو ذلك إذا لم يمكن بالمماثل (٤) بل يجوز المس واللمس حينئذ.
ومنها: مقام الضرورة كما إذا توقف الاستنقاذ (٥) من الغرق أو الحرق

ينعتق منها شيء وكذا المرتدة فاستثناء المذكورات إنما يصح من جواز الوطاء في غير المكاتبة قبل اعتناق شيء منها فإن الظاهر فيها جواز الوطاء أيضا وتلحق بما ذكر في عدم جواز الوطاء المعتدة من غير السيد تزويجا أو تحليلا أو شبهة وأما المحللة قبل وطاء المحلل له فيجوز للسيد وطؤها بالرجوع من تحليله وأما بعد الوطاء فهي معتدة من غير السيد وقد مر الحكم فيها. (الكلبيكاني).
* استثناءؤها إنما هو من جواز الوطاء لا من جواز النظر. (البروجردي).
(١) أو معتدة بعدة تزويجها للغير على الأقوى أو محللة للغير بعقد التحليل على الأحوط بل وكذا المعتدة من الوطاء بالتحليل أو الشبهة. (البروجردي).
(٢) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).
* ولا يتحقق به الرجوع مع عدم التلذذ. (النائيني).
(٣) مع عدم الإمكان بمثل الآلات الحديثة. (الإمام الخميني).
(٤) وكان محتاجا إليه بحيث يصدق عليه الاضطرار العرفي كما هو كذلك في غالب المعاملات. (الكلبيكاني).
(٥) هذا من مصاديق معارضة الأهم في نظر الشارع والفرع الأول داخل في

أو نحوهما عليه أو على المس.
ومنها: معارضة كل ما هو أهم في نظر الشارع مراعاته من مراعاة
حرمة النظر أو اللمس.
ومنها: مقام الشهادة تحملاً أو أداء مع دعاء الضرورة، وليس منها ما
عن العلامة من جواز النظر إلى الزانيين لتحمل الشهادة، فالأقوى عدم
الجواز (١). وكذا ليس منها النظر إلى الفرج للشهادة على الولادة، أو
الثدي للشهادة على الرضاع وإن لم يمكن إثباتها بالنساء وإن استجوده
الشهيد الثاني.
ومنها: القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً بالنسبة إلى ما هو
المعتاد له من كشف بعض الشعر والذراع ونحو ذلك، لا مثل الثدي
والبطن ونحوهما مما يعتاد سترهن له.
ومنها: غير المميز من الصبي والصبية فإنه يجوز النظر إليهما بل
اللمس ولا يجب التستر منهما، بل الظاهر جواز النظر إليهما قبل البلوغ
إذا لم يبلغا مبلغاً يترتب على النظر منهما أو إليهما ثوران الشهوة.
(مسألة): لا بأس بتقبيل الرجل الصبية التي ليست له بمحرم
ووضعها في حجره قبل أن يأتي عليها ست سنين إذا لم يكن عن شهوة.
(مسألة): لا يجوز للمملوك النظر إلى مالكته، ولا للخصي النظر إلى
مالكته أو غيرها، كما لا يجوز للعنين والمجبوب بلا إشكال، بل ولا
لكبير السن الذي هو شبه القواعد من النساء على الأحوط.
(مسألة): الأعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة إليه.

الاضطرار. (الحائري).
(١) إلا مع الضرورة وكذا في الشهادة على الرضاع والولادة. (الكلبيكاني).

- (مسألة): لا بأس بسماع صوت الأجنبية ما لم يكن تلوذ ولا ربية من غير فرق بين الأعمى والبصير وإن كان الأحوط الترك في غير مقام الضرورة. ويحرم عليها إسماع الصوت الذي فيه تهيج للسامع بتحسينه وترقيقه قال تعالى * (ولا يخضعن (١) بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض) * .
- (مسألة): لا يجوز مصافحة الأجنبية نعم لا بأس بها من وراء الثوب (٢) كما لا بأس بلمس المحارم.
- (مسألة): يكره للرجل (٣) ابتداء النساء بالسلام ودعاؤهن إلى الطعام، وتتأكد الكراهة في الشابة.
- (مسألة): يكره الجلوس في مجلس المرأة إذا قامت عنه إلا بعد برده (٤).
- (مسألة): لا يدخل الولد (٥) على أبيه إذا كانت عنده زوجته إلا بعد الاستئذان، ولا بأس بدخول الوالد على ابنه بغير إذنه (٦).

-
- (١) الوارد في الآية المباركة: فلا تخضعن. (الخوئي).
- (٢) مع عدم الربية والتلوذ وكذا فيما بعده ولا يغمض كف الأجنبية لدى المصافحة. (الإمام الخميني).
- * مع عدم التلوذ والربية وكذا في لمس المحارم. (الكلبايگاني).
- * مع عدم الربية والتلوذ وكذا ما بعده. (البروجردي).
- (٣) أو مطلقاً لأي رجل لا السلام على أية امرأة. (الفيروزآبادي).
- (٤) لا مع بقاء حرارة بدننها فيه. (الفيروزآبادي).
- (٥) مع تأذيه من ذلك وإلا فقيام الدليل عليه مشكل لعدم الظفر على نص دال عليه بهذا الإطلاق. (آقا ضياء).
- * على الأحوط. (الإمام الخميني).
- (٦) في إطلاقه تأمل. (الإمام الخميني).

(مسألة): يفرق بين الأطفال في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين، وفي رواية إذا بلغوا ست سنين.

(مسألة): لا يجوز النظر (١) إلى العضو المبان من الأجنبي مثل اليد والأنف واللسان ونحوها، لا مثل (٢) السن والظفر والشعر (٣) ونحوها. (مسألة): يجوز وصل (٤) شعر الغير بشعرها، ويجوز لزوجها النظر إليه على كراهة بل الأحوط الترك (٥).

(مسألة): لا تلازم بين جواز النظر وجواز المس، فلو قلنا بجواز النظر إلى الوجه والكفين من الأجنبية لا يجوز مسها إلا من وراء الثوب. (مسألة): إذا توقف العلاج على النظر دون اللمس أو اللمس دون النظر يجب الاقتصار على ما اضطر إليه، فلا يجوز الآخر بجوازه. (مسألة): يكره اختلاط النساء بالرجال، ويكره لهن حضور الجمعة والجماعات إلا للعجائز.

(مسألة): إذا اشتبه من يجوز النظر إليه بين من لا يجوز بالشبهة

* في إطلاقه إشكال بل منع. (الخوئي).

* إطلاقه محل تأمل. (البروجردي).

* إذا كان مأمونا من أن يكون في خلوتهما ما لا يجوز له التطلع عليه. (الكلبيانگاني).

(١) على الأحوط. (الخوئي).

(٢) الأحوط الترك مع العلم بكونه مبانا ممن لا يجوز له النظر إليه. (البروجردي).

(٣) الأحوط ترك النظر إليه. (الإمام الخميني).

(٤) على إشكال في وصله بشعر الإنسان والأحوط الترك. (الخوئي).

(٥) لا يترك. (البروجردي، الإمام الخميني).

المحصورة وجب الاجتناب (١) عن الجميع، وكذا بالنسبة إلى من يجب التستر عنه ومن لا يجب. وإن كانت الشبهة غير محصورة (٢) أو بدوية فإن شك في كونه مماثلاً أو لا؟ أو شك في كونه من المحارم النسبية أو لا؟ فالظاهر وجوب الاجتناب (٣) لأن الظاهر من آية وجوب الغض أن جواز النظر مشروط بأمر وجودي (٤) وهو كونه مماثلاً (٥) أو من

(١) بل الأظهر عدم الوجوب إلا في مورد أصل موضوعي وإن قلنا بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لعدم إحراز عنوان العام هنا. (الفيروزآبادي).
(٢) لا يجب الاجتناب في الشبهة الغير المحصورة بأن تكون مرة أجنبية مثلاً مختلطة بغير محصورة من النساء من غيرها ولو كانت محرمة نسبية مختلطة بأجنيبات غير محصورات لا يجب الاجتناب عن نكاح بعضهن بما لا يوجب الخروج عن عدم الحصر وأما الشبهة البدوية بين المماثل وغيره وبين المحرمة النسبية وغيرها فالأحوط الاجتناب بل الأقوى في بعض الصور لكن لا لما في المتن فإنه ضعيف وأما الشبهة البدوية فيما كانت مجرى الأصل كالشك في كونها أختاً رضاعية أو أجنبية فلا يجوز النظر إليها ويجوز نكاحها. (الإمام الخميني).

(٣) ما في المتن موافق للاحتياط وإن كان فيما استدل به نظر واضح. (الحائري).
(٤) قال تعالى * (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون) * انتهى. وأنت خبير بأنه ليس في الآية من خبر الاشتراط عين ولا أثر وهكذا قوله تعالى * (وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن) * وأما آية إبداء الزينة من قوله تعالى * (ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن) * إلى قوله * (أو نسائهن) * فلا ربط لها بالغض المذكور من أن الاستثناء تخصيص كسائر التخصيصات. (الفيروزآبادي).
* ويدل نفس هذا التعليق على إناطة الرخصة والجواز بإحراز ذلك الأمر وعدم جواز الاقتحام عند الشك فيه ويكون من المدليل الالتزامية العرفية وهذا هو

المحارم، فمع الشك يعمل بمقتضى العموم، لا من باب التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية (١) بل لاستفادة شرطية الجواز بالمماثلة أو المحرمة أو نحو ذلك فليس التخصيص في المقام من قبيل التنوع (٢)

الوجه في تسالمهم على أصالة الحرمة في جميع ما كان من هذا القبيل وعليه يبتني انقلاب الأصل في النفوس والأموال والفروج في كل من الشبهات الموضوعية والحكمية وكذا أصالة انفعال الماء بملاقاة النجاسة عند الشك في العاصم وغير ذلك مما علق فيه حكم ترخيصي وضعي أو تكليفي على أمر وجودي وليس شئ من ذلك مبنيا على التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية ولا على قاعدة المقتضي والمانع. (النائيني).

(٥) ذلك كذلك لو كان موضوع الحكم مثل هذا العنوان كالقرشية وإلا بأن يكون مثله حاكيا عن العناوين الذاتية فالحاقها بالعام بمقتضى أصالة عدم الاتصاف منظور فيه بل ممنوع. (آقا ضياء).

(١) الظاهر أن ما تمسك به (قدس سره) هو عين التمسك بالعام في الشبهة المصدقية أما في المماثل فلا يبعد انصراف الآية والأخبار إلى غيره فالشك فيه كالشك في كونه حيوانا أو إنسانا وأما في المحارم فلأن التخصيص يستلزم التنوع لا محالة نعم بناء على صحة استصحاب عدم النسب بالعدم الأزلي فمقتضى الاستصحاب عدم تحقق العناوين المذكورة ومعه فلا مانع من التمسك بالعام. (الكلبيايگاني).

(٢) التخصيص يوجب التنوع لا محالة إلا أن المخصص في المقام بما أنه أمر وجودي فعند الشك يحرز عدمه بالأصل بناء على ما حققناه من جريانه في الأعدام الأزلية. (الخوئي).

* لا وجه لنفي التنوع مع ظهور العرفي. (الفيروزآبادي).

حتى يكون من موارد أصل البراءة، بل من قبيل المقتضي والمانع (١) وإذا شك في كونه زوجة أو لا فيجري مضافا إلى ما ذكر من رجوعه إلى الشك في الشرط أصالة عدم حدوث الزوجية، وكذا لو شك في المحرمية من باب الرضاع نعم لو شك في كون المنظور إليه أو الناظر حيوانا أو إنسانا فالظاهر عدم وجوب الاحتياط، لانصراف عموم وجوب الغض إلى خصوص الإنسان. وإن كان الشك في كونه بالغاً أو صبياً أو طفلاً مميزاً أو غير مميز ففي وجوب الاحتياط وجهان (٢): من العموم على الوجه الذي ذكرنا، ومن إمكان (٣) دعوى الانصراف. والأظهر الأول (٤).

(مسألة): يجب على النساء التستر كما يحرم على الرجال

-
- (١) أي كالعلم والفسق في قوله أكرم العلماء ولا تكرم الفساق ويا ليته بين في المقام ما المقتضي وما المانع حتى يظهر الفرق، مع منع العموم في قاعدة المقتضي والمانع. (الفيروزآبادي).
- * فيه نظر جدا كما لا يخفى على من راجع. (آقا ضياء).
- (٢) أظهرهما عدم الوجوب للاستصحاب. (الخوئي).
- (٣) ومن إجراء أصالة عدم البلوغ أو التميز. (الفيروزآبادي).
- (٤) الأقوى جواز النظر. (الإمام الخميني).
- * ولكن الأقوى الثاني فإن العمومات غير شاملة للأطفال ولا سيما غير المميزين قطعاً وكذا صورة عدم التمييز بين كونه رجلاً أو امرأة وإنساناً أو حيواناً والعموم في الآية غير مبين فيؤخذ منه بالقدر المتيقن وما استظهره من الآية من اشتراط جواز النظر بأمر وجودي ممنوع. (كاشف الغطاء).
- * بل الأظهر الثاني في غير المميز لعدم الفرق بينه وبين الحيوان مع أن استصحاب عدم البلوغ والتمييز لا مانع منه. (الكلبيكاني).

النظر، ولا يجب على الرجال التستر وإن كان يحرم على النساء النظر - نعم حال الرجال بالنسبة إلى العورة حال النساء (١) - ويجب عليهم التستر (٢) مع العلم بتعمد النساء في النظر (٣) من باب حرمة الإعانة على الإثم (٤).

(مسألة): هل المحرم من النظر ما يكون على وجه يتمكن من التمييز بين الرجل والمرأة وأنه العضو الفلاني أو غيره أو مطلقه؟ فلو رأى الأجنبية من بعيد بحيث لا يمكنه تمييزها وتمييز أعضائها أو لا يمكنه تمييز كونها رجلاً أو امرأة بل أو لا يمكنه تمييز كونها إنساناً أو حيواناً أو جماداً هل هو حرام أو لا؟ وجهان، الأحوط الحرمة (٥).

-
- (١) فيجب عليهم سترها مع عدم الأمن عن الناظر المحترم. (الكلبياني).
(٢) جملة مستأنفة أو عطف على جملة ولا يجب على الرجال التستر. (الشيرازي).
* على الأحوط. (الخوئي).
(٣) في غير ما جرت السيرة مستمرة من زمان المعصوم (عليه السلام) إلى زماننا على عدم ستره ولو مع العلم بنظر النساء عليه مثل الوجه نعم مع العلم بنظرهن مع الريبة والالتذاذ يجب التستر عليهم من باب حرمة الإعانة وإن كان المتيقن منها حكماً وموضوعاً هو مع قصد الإعانة وأما بدونه فمحل تأمل نعم التستر أحوط. (الكلبياني).
* أو الرجال بل ومع العلم بوقوع نظرهم إليها من غير تعمد بل الأحوط ذلك إذا كانت معرضاً لذلك وإن لم يكن معلوماً. (البروجردي).
(٤) صدق الإعانة على الإثم ممنوع فلا يجب عليهم التستر حتى مع العلم بتعمدها. (الإمام الخميني).
(٥) والأقوى عدم الحرمة. (الإمام الخميني).
* والأقوى الجواز. (الشيرازي).

فصل

فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة وفيه مسائل:

- (مسألة): الأقوى وفاقا للمشهور جواز وطء الزوجة والمملوكة دبرا على كراهة شديدة، بل الأحوط تركه (١) خصوصا مع عدم رضاها بذلك.
(مسألة): قد مر في باب الحيض الإشكال في وطء الحائض (٢) دبرا وإن قلنا بجوازه في غير حال الحيض.
(مسألة): ذكر بعض الفقهاء ممن قال بالجواز: أنه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبرا، وهو مشكل (٣) لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كل ما هو جائز من أنواع الاستمتاع حتى يكون تركه نشوزا.

- (مسألة): الوطء في دبر المرأة كالوطء في قبلها في وجوب الغسل (٤) والعدة، واستقرار المهر، وبطلان الصوم، وثبوت حد الزنا إذا كانت أجنبية، وثبوت مهر المثل إذا وطئها شبهة، وكون المناط فيه

* وإن كان الأقوى خلافه لانصراف الدليل. (آقا ضياء).

* بل الأقوى فيما ترى البشرة دون ما إذا يرى سواد مردد عن بعد لانصراف أدلة وجوب الغض عنه. (الكلبيكاني).

- (١) لا يترك. (الخوئي).
(٢) قد مر الحكم بشدة الكراهة أزيد منها في حال الطهر. (الفيروزآبادي).
(٣) أقواهما العدم. (الفيروزآبادي).
(٤) على ما هو المشهور وإلا فلا يخلو أكثر الأحكام المذكورة من تأمل وإشكال. (الكلبيكاني).

دخول الحشفة أو مقدارها (١) وفي حرمة البنت والأم (٢) وغير ذلك من أحكام المصاهرة المتعلقة على الدخول. نعم في كفايته في حصول تحليل المطلقة ثلاثا إشكال (٣) كما أن في كفاية الوطء في القبل فيه بدون الإنزال أيضا كذلك (٤) لما ورد في الأخبار من اعتبار ذوق عسيلته (٥) وعسيلتها فيه، وكذا في كفايته (٦) في الوطء الواجب في أربعة

-
- (١) كفاية المسمى من مقطوع الحشفة لا يخلو من قوة كما مر. (الإمام الخميني).
(٢) لا مدخل للدخول على البنت في حرمة الأم ولعل مراده على تقدير القول بدخله فيها. (البروجردي).
* حرمتها غير متوقفة على الدخول. (الإمام الخميني).
* يعني حرمة الأم المزني بها على القول بها وأما أم المعقودة فتحرم بمجرد العقد ولا مدخلية للدخول على البنت في حرمتها. (الكلبيكاني).
(٣) أقواه العدم فيه وفي الثلاثة التي بعده. (الإصفهاني).
* أقواه عدم الكفاية فيه وفي الفئة وفيما يجب في الأربعة أشهر وأما الوطء في القبل بدون الإنزال فالأقوى كفايته في الأحكام الثلاثة. (البروجردي).
* الأقوى عدمها فيه والأحوط عدم الكفاية في القبل بدون الإنزال ولا يبعد عدم الكفاية في الوطء في الدبر في الفرعين المتأخرين أيضا والظاهر كفاية الوطء في القبل بلا إنزال في الأربعة أشهر وحصول الفئة في الإيلاء. (الإمام الخميني).
* بل الأقوى عدمه. (الفيروزآبادي).
(٤) بل الأقوى عدمها. (الفيروزآبادي).
* بل الظاهر كفايته وأما الأخبار فلم يرد في الصحيح منها: ذوق عسيلته وإنما الوارد: ذوق عسيلتها والمراد به إدراك اللذة جزما وهو يتحقق بدون الإنزال. (الخوئي).
(٥) لم أعثر على ما يدل على اعتبار ذوق عسيلته إلا في بعض أخبار العامة نعم

أشهر (١) وكذا في كفايته في حصول الفئة (٢) والرجوع في الإيلاء أيضا.
(مسألة): إذا حلف على ترك وطء امرأته في زمان أو مكان يتحقق
الحنث (٣) بوطنها دبرا، إلا أن يكون هناك انصراف إلى الوطاء في القبل
من حيث كون غرضه عدم انعقاد النطفة.

(مسألة): يجوز العزل بمعنى إخراج الآلة عند الإنزال وإفراغ المنى
خارج الفرج في الأمة وإن كانت منكوحة بعقد الدوام والحررة المتمتع
بها (٤) ومع إذنها وإن كانت دائمة، ومع اشتراط ذلك عليها في العقد وفي
الدبر وفي حال الاضطرار من ضرر أو نحوه. وفي جوازه في الحررة
المنكوحة بعقد الدوام في غير ما ذكر قولان: الأقوى ما هو المشهور من
الجواز مع الكراهة، بل يمكن أن يقال بعدمها أو أخفيتها في العجوزة
والعقيمة والسليطة والبذية والتي لا ترضع ولدها. والأقوى عدم وجوب

ورد في اعتبار ذوق عسيلتها أخبار من طرفنا لكن في دلالتها على المقصود
تأمل. (الكلبيكاني).

(٦) الأقوى عدمها. (الفيروزآبادي).

(١) والأقرب فيه كفاية الوطاء في القبل ولو بلا إنزال. (الكلبيكاني).

(٢) بل المشكل هو تحقق الإيلاء بالحلف على ترك الوطاء في الدبر ولو مع القبل
والمتيقن تحققه بالحلف على ترك الوطاء في القبل وأما لو قيل بتحقيقه بالحلف

على تركه فلا إشكال في تحقق الفئة والرجوع به أيضا. (الكلبيكاني).

* يقوى عدم الكفاية في جميع المذكورات. (الخوئي).

(٣) تحقق الحنث تابع لقصد الحالف وانصراف المفهوم غير دخيل فيه نعم
لو قصد المفهوم من الوطاء صح ما ذكره (قدس سره) لكنه نادر الوقوع. (الكلبيكاني).

(٤) في عدم مرجوحية العزل فيها نظر لإطلاق دليله وعدم وجه لتخصيصه

بالدائمة بعد بطلان دعوى الانصراف. (آقا ضياء).

دية النطفة عليه وإن قلنا بالحرمة. وقيل بوجوبها عليه للزوجة وهي عشرة دنانير، للخبر الوارد فيمن أفرع رجلا عن عرسه فعزل عنها الماء من وجوب نصف خمس المائة عشرة دنانير عليه. لكنه في غير ما نحن فيه، ولا وجه للقياس عليه مع أنه مع الفارق. وأما عزل المرأة بمعنى منعها من الإنزال في فرجها فالظاهر حرمة بدون رضا الزوج، فإنه مناف للتمكين الواجب عليها، بل يمكن وجوب دية النطفة عليها. هذا، ولا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب وغيره، حتى فيما يجب في كل أربعة أشهر (١).

(مسألة): لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر من غير فرق بين الدائمة والمتمتع بها (٢) ولا الشابة ولا الشائبة (٣) على الأظهر (٤) والأمة والحررة، لإطلاق الخبر كما أن مقتضاه عدم

-
- (١) فيه إشكال كما اعترف به (قدس سره) في المسألة الآتية. (الخوئي).
* فيه نظر للانصراف الآتي قريبا. (آقا ضياء).
* يأتي في المسألة الآتية التصريح بالإشكال في كفاية الوطاء بلا إنزال
* على الأحوط في المتمتع بها (الشيرازي).
(٣) مع عدم تنفر الطبيعة عنها بل مع التعوض معها برغبة ولا كلفة. (الفيروزآبادي).
* على الأحوط. (النائيني).
(٤) في الشابة وعلى الأحوط في الشائبة. (الكلبايگاني).
* بل على الأحوط الأولى. (الخوئي).

الفرق (١) بين الحاضر والمسافر (٢) في غير السفر الواجب (٣) وفي كفاية الوطاء في الدبر إشكال كما مر (٤) وكذا في الإدخال (٥) بدون الإنزال (٦) لانصراف الخبر (٧) إلى الوطاء المتعارف وهو مع الإنزال. والظاهر عدم توقف الوجوب على مطالبتها ذلك. ويجوز تركه مع رضاها أو اشتراط ذلك حين العقد عليها (٨) ومع عدم التمكن منه لعدم انتشار العضو، ومع خوف الضرر عليه أو عليها، ومع غيبتها باختيارها،

-
- (١) إطلاقه من هذه الجهة مشكل بل ممنوع لكن الأحوط أن يكون السفر المنافي لذلك مع عدم وجوبه برضا الزوجة. (النائيني).
- (٢) في الوجوب على المسافر نظر لقيام السيرة على خلافه. (آقا ضياء).
- * علي الأحوط في المسافر. (الخوئي).
- (٣) أو الضروري ولو عرفا كسفر التجارة وتحصيل العلم دون ما كان لمجرد الميل والتفريح والتفرج على الأحوط. (الإمام الخميني).
- (٤) الأقوى عدمها. (الفيروزآبادي).
- * مر الكلام فيه. (الإمام الخميني).
- (٥) قد مر أن الأقوى كفاية الثاني دون الأول. (البروجردي).
- * هذا ينافي ظاهر ما سبق من جواز العزل في الجماع الواجب في كل أربعة أشهر والأقوى كفايته. (الفيروزآبادي).
- (٦) مر عدم اعتباره. (الإمام الخميني).
- * أي الإنزال في الفرج الذي به تكمل لذتها وتسكن دغدغتها. (الفيروزآبادي).
- * لا يبعد كفاية الوطاء في القبل بلا إنزال كما مر. (الكلبيگاني).
- (٧) لا وجه للانصراف وقد مر منه (قدس سره) ما ينافي ذلك في المسألة السابقة. (الخوئي).
- (٨) فيه إشكال. (الكلبيگاني).
- * لا يخلو من إشكال. (البروجردي).

ومع نشوزها. ولا يجب أزيد من الإدخال والإنزال، فلا بأس بترك سائر المقدمات من الاستمتاع. ولا يجري الحكم في المملوكة الغير المزوجة فيجوز ترك وطئها (١) مطلقا.

(مسألة): إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها فالأحوط المبادرة إلى مواعقتها قبل تمام الأربعة، أو طلاقها وتخليه سبيلها.

(مسألة): إذا ترك مواعقتها عند تمام الأربعة الأشهر لمانع من حيض أو نحوه، أو عصيانا لا يجب عليه القضاء (٢). نعم الأحوط إرضائها بوجه من الوجوه، لأن الظاهر (٣) أن ذلك حق لها عليه (٤) وقد فوته عليها. ثم

(١) الأحوط عدم الترك في الشابة منها. (الكلبايگانی).

(٢) على وجه يجب عليه وطء لما سبق ووطء آخر من جهة عدم التأخير عن زمان وطئه بأربعة أشهر مهما أمكن. (آقا ضياء).

* الأحوط مواعقتها وعدم تأخيرها وإن لم يكن بعنوان القضاء. (الشيرازي).

* ليس الوطء الواجب موقتا برأس الأربعة أشهر حتى يكون بعده قضاء

ويحتاج وجوبه إلى أمر جديد بل ظاهر الدليل هو حرمة إبقائها بلا وطء في هذا المقدار وأكثر منه فيجب بعده فورا ففورا ولا يسقط بالعصيان أو وجود المانع نعم لا يجب وطء آخر قضاء لما فات. (البروجردی).

* وإن كان يجب عليه الوطء في أول أزمئة الإمكان. (الخوئي).

* أي تدارك ما فات بحيث لو ترك الثمانية لوجب عليه المرتان لكن يجب عليه بعد مضي الأربعة وطؤها فورا ففورا ولا يسقط بتركه في رأس الأربعة. (الإمام الخميني).

* فيه نظر واضح. (الفيروزآبادي).

(٣) في كونه حقا قابلا للترضية بعد فوته نظر وإن كان أحوط. (آقا ضياء).

اللازم عدم التأخير من وطء إلى وطء أزيد من الأربعة، فمبدأ اعتبار الأربعة اللاحقة إنما هو الوطاء المتقدم لا حين انقضاء الأربعة المتقدمة.

فصل

(مسألة): لا يجوز وطء الزوجة (١) قبل إكمال تسع سنين حرة كانت أو أمة دواما كان النكاح أو متعة، بل لا يجوز (٢) وطء المملوكة والمحللة كذلك. وأما الاستمتاع بما عدا الوطاء من النظر واللمس بشهوة والضم والتفخيذ فجائز في الجميع ولو في الرضیعة.
(مسألة): إذا تزوج صغيرة دواما أو متعة، ودخل بها قبل إكمال تسع سنين، فأفضاها حرمت عليه أبدا على المشهور (٣). وهو الأحوط (٤)

* محل إشكال. (الإمام الخميني).

(٤) المتيقن هو الإثم على الترك وأما كون ذلك حقا لها بحيث يوجب تفويته لزوم إرضائها فغير معلوم وإن كان الاحتياط حسنا مع أن الظاهر وجوب الوطاء بعد تمام الأربعة فورا ففورا لكن لا يفوت بالتأخير لأنه غير موقت وعليه فلا تفويت حتى يجب الإرضاء. (الكلبيكاني).

(١) في قبلها. (الفيروزآبادي).

(٢) على الأحوط. (الكلبيكاني).

(٣) الأقوى عدم ترتب غير الإثم مع عدم الإفضاء ومع الإفضاء حرمة وطئها أبدا مطلقا مع بقاء زوجيتها وترتب جميع آثارها عليها ويجب عليه نفقتها وإن طلقها بل وإن تزوجت بعد الطلاق على الأحوط بل لا يخلو من قوة. (الإمام الخميني).

(٤) لا يترك الاحتياط إن كان مكلفا. (الفيروزآبادي).

* لا يترك هذا الاحتياط. (النائيني).

وإن لم تخرج عن زوجيته، وقيل بخروجها عن الزوجية أيضا. بل الأحوط (١) حرمتها عليه بمجرد الدخول وإن لم يفضها، ولكن الأقوى بقاؤها على الزوجية وإن كانت مفضاة. وعدم حرمتها عليه أيضا (٢) خصوصا إذا كان جاهلا بالموضوع أو الحكم (٣) أو كان صغيرا أو مجنونا، أو كان بعد اندمال جرحها، أو طلقها ثم عقد عليها جديدا. نعم يجب عليه دية الإفضاء وهي دية النفس، ففي الحرة نصف دية الرجل، وفي الأمة أقل الأمرين من قيمتها ودية الحرة. وظاهر المشهور ثبوت الدية مطلقا وإن أمسكها ولم يطلقها، إلا أن مقتضى حسنة حمران وخبر بريد المثبتين لها عدم وجوبها عليه إذا لم يطلقها (٤). والأحوط ما ذكره المشهور. ويجب عليه أيضا نفقتها ما دامت حية وإن طلقها، بل وإن تزوجت بعد الطلاق على الأحوط (٥).

(مسألة): لا فرق في الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون في القبل أو الدبر. والإفضاء أعم من أن يكون باتحاد مسلكي البول

-
- (١) لا يترك الاحتياط إن كان مكلفا. (الفيروزآبادي).
- * لا يترك الاحتياط بترك الوطء أبدا فيما لو دخل بها قبل التسع مطلقا من غير فرق بين ما ذكر من الأقسام. (الكلبياني).
- (٢) المسألة محل إشكال والأحوط له ترك وطئها أبدا إذا دخل بها قبل التسع مطلقا. (البروجردي).
- (٣) الظاهر عدم الفرق بين العالم بالحكم والجاهل به. (النائيني).
- (٤) هذا هو الصحيح. (الخوئي).
- (٥) بل الأقوى لإطلاق صحيحة الحلبي. (آقا ضياء).
- * الأقوى سقوط نفقتها في هذه الصورة. (النائيني).

والحيض، أو مسلكي الحيض والغائط (١) أو اتحاد الجميع وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأول (٢).
(مسألة): لا يلحق بالزوجة في الحرمة الأبدية - على القول بها - ووجوب النفقة المملوكة والمحللة والموطوءة بشبهة أو زناء، ولا الزوجة الكبيرة. نعم تثبت الدية في الجميع (٣)
- عدا الزوجة (٤) الكبيرة إذا أفضاها بالدخول بها - حتى في الزنا وإن كانت عالمة مطاوعة وكانت كبيرة (٥). وكذا لا يلحق بالدخول الإفضاء

-
- (١) على الأحوط في هذه الصورة. (الإمام الخميني).
(٢) لكن الأول يشمل الثالث أيضا. (البروجردى).
* في مقابل الثاني لا الثالث. (الإمام الخميني).
* وتحققه بالثالث أيضا معلوم فينحصر خلاف المشهور في خصوص الثاني ولا يبعد صدق الإفضاء عليه أيضا. (الكلبيانگاني).
(٣) على الأحوط. (الفيروزآبادي).
* لا يعقل ثبوتها في المملوكة إذا أفضاها مالکها بوطئها لأن المستحق لدية الجناية عليها هو مالکها والمفروض أنه هو الجاني. (البروجردى).
* لا دية على المالك بإفضاء المملوكة قبل التسع نعم يمكن الحكم بوجوب الكفارة عليه إلحاقا لما يوجب الدية الكاملة بالقتل وكذا في وجوب التصديق بثمنها على القول به. (الكلبيانگاني).
(٤) وعدا المملوكة إذا أفضاها مالکها. (الإمام الخميني).
* والمملوكة. (الشيرازي).
* وعدا المملوكة إذ لا معنى لوجوب الدية على المالك. (الخوئي).
(٥) الظاهر عدم ثبوت الدية للموطوءة الكبيرة المطاوعة خصوصا مع العلم لأن الجناية حاصلة بمشاركتها والنصوص الدالة عليه في الزوجة الكبيرة واردة على طبق القاعدة. (البروجردى).

بالإصبع ونحوه فلا تحرم عليه مؤبداً، نعم تثبت فيه الدية.
(مسألة): إذا دخل بزوجه بعد إكمال التسع فأفضاها لم تحرم عليه
ولا تثبت الدية كما مر، ولكن الأحوط (١) الإنفاق عليها ما دامت حية.
(مسألة): إذا كان المفضي صغيراً أو مجنوناً، ففي كون الدية عليهما
أو على عاقلتهما؟ إشكال وإن كان الوجه الثاني لا يخلو عن قوة (٢).
(مسألة): إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الإفضاء
ضمن أرشه، وكذا إذا حصل مع الإفضاء عيب آخر يوجب الأرش
أو الدية ضمنه مع دية الإفضاء.
(مسألة): إذا شك في إكمالها تسع سنين لا يجوز له وطؤها،
لاستصحاب الحرمة (٣) السابقة. فإن وطئها مع ذلك فأفضاها ولم يعلم

-
- * ثبوتها للكبيرة المطاوعة محل إشكال. (الإمام الخميني).
(١) بل الأقوى لإطلاق الصحيحة المتقدمة. (آقا ضياء).
* وإن كان الأقوى عدم الوجوب. (الإمام الخميني).
(٢) محل تأمل. (الإمام الخميني).
(٣) بل لاستصحاب عدم بلوغها ويترتب عليه تمام أحكام الوطء قبل البلوغ من
الحرمة وما يترتب على الإفضاء. (الحائري).
* بل لاستصحاب أنها لم تبلغ تسعاً بنحو السلب الرابط ويترتب عليه جميع
الأحكام وأما استصحاب عدم بلوغها بنحو السلب المحمولي فمثبت وكذا في
نظائر المقام مما يترتب الحكم على الكون الرابط أو السلب الرابط والتفصيل
موكول إلى محله. (الإمام الخميني).
* بل لاستصحاب عدم البلوغ وكون المرأة في أقل من تسع سنين ويترتب
عليه جميع الآثار. (الخوئي).
* بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين والظاهر ترتب جميع آثار الوطء

بعد ذلك أيضا كونها حال الوطء بالغة أو لا، لم تحرم (١) أبدا - ولو على القول بها - لعدم إحراز كونه قبل التسع (٢) والأصل (٣) لا يثبت ذلك. نعم يجب عليه الدية والنفقة عليها ما دامت حية (٤).

(مسألة): يجري عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجة: من حرمة الخمسة وحرمة الأخت، واعتبار الإذن في نكاح بنت الأخ والأخت، وسائر الأحكام ولو على القول بالحرمة الأبدية (٥). بل يلحق به الولد

قبل بلوغها تسعا عليه حتى الحرمة المؤبدة على القول بها. (البروجردي).
(١) لا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادي).

* بل تحرم أبدا على القول بها. (الشيرازي).

(٢) ما أفيد في غاية المتانة لو لم نقل بكونه كناية عن صغرها كما يشعر به بعض أخبار الباب. (آقا ضياء).

(٣) لا يخفى أنه ليس في لسان الدليل الإفضاء الذي هو قبل التسع يوجب الحرمة الأبدية بل هكذا إن دخل بها فأفضاها ولم تبلغ تسع سنين إلى آخره فالدخول والإفضاء وجدانيان وعدم بلوغ التسع يستصحب ولا يحتاج إلى التوصيف وإثبات الوصف والتقييد حتى يرد إشكال الإثبات وإن فرض استفادة التوصيف من بعض الأخبار أيضا لا يفيد لوجود العنوان الذي ذكرنا فيها فعنوان المحرم أعم فافهم. (الفيروزآبادي).

* الظاهر أن لا يكون استصحاب عدم البلوغ مثلا أو الصغر إلى زمان الوطء من الأصول المثبتة. (النائيني).

(٤) هذا تفكيك غريب فإن الأصل إذا كان لا يثبت الحرمة الأبدية فكذلك لا يثبت الدية والنفقة ما دامت حية لوضوح أن استصحاب الصغر لا يثبت وقوع الوطء للصغيرة حتى تترتب تلك الأحكام الثلاثة والحكم بها غير مرتب على مطلق الوطء المحرم. (كاشف الغطاء).

(٥) بمعنى حرمة الوطء لا بمعنى حرمة المرأة على حد سائر المحرمات.

وإن قلنا بالحرمة، لأنه على القول بها (١) يكون كالحرمة حال الحيض.
(مسألة): في سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حية بالنشوز
إشكال (٢) لاحتمال كون هذه النفقة لا من باب إنفاق الزوجة، ولذا تثبت
بعد الطلاق بل بعد التزويج بالغير، وكذا في تقدمها على نفقة الأقارب.
وظاهر المشهور أنها كما تسقط بموت الزوجة تسقط بموت الزوج
أيضا، لكن تحتمل (٣) بعيدا عدم سقوطها بموته. والظاهر عدم سقوطها
بعدم تمكنه وتصير دينا عليه، ويحتمل بعيدا (٤) سقوطها. وكذا تصير
دينا إذا امتنع من دفعها مع تمكنه، إذ كونها حكما تكليفيا صرفا بعيد.
هذا بالنسبة إلى ما بعد الطلاق (٥) وإلا فما دامت في حبالته الظاهر أن
حكمها حكم الزوجة.

فصل

لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على الأربع حرا كان أو عبدا
والزوجة (٦) حرة أو أمة، وأما في الملك والتحليل فيجوز ولو إلى ألف،

(البروجردى).

- (١) أي على القول بحرمة وطئها أبدا. (الإمام الخميني).
- (٢) أقرب عدم السقوط. (البروجردى).
- * الأقرب عدم السقوط. (الإمام الخميني).
- * الأقوى عدم السقوط. (الشيرازي).
- (٣) ضعيف غايته. (النائيني).
- (٤) هذا الاحتمال ضعيف. (الإمام الخميني).
- (٥) بل لا يبعد أن يكون حكم النفقة بعد الطلاق حكم النفقة قبل الطلاق في جميع
الآثار إلا في عدم السقوط بالنشوز لانتفاء موضوعه. (الكلبایگانی).
- (٦) في العبارة نوع حزاة. (الفيروزآبادي).

وكذا في العقد الانقطاعي. ولا يجوز للحر أن يجمع بين أزيد من أمتين (١) ولا للعبد أن يجمع بين أزيد من حرتين (٢) وعلى هذا فيجوز للحر أن يجمع بين أربع حرائر أو ثلاث وأمة أو حرتين وأمتين، وللعبد أن يجمع بين أربع إماء أو حرة وأمتين أو حرتين، ولا يجوز له أن يجمع بين أمتين وحرتين (٣) أو ثلاث حرائر أو أربع حرائر أو ثلاث إماء (٤) وحررة، كما لا يجوز للحر أيضا أن يجمع بين ثلاث إماء (٥) وحررة. (مسألة): إذا كان العبد مبعوضا أو الأمة مبعوضة ففي لحوقهما بالحر أو القن إشكال، ومقتضى الاحتياط (٦) أن يكون العبد المبعوض كالحر بالنسبة إلى الإماء فلا يجوز له الزيادة على أمتين، وكالعبد القن بالنسبة

-
- (١) لكنهما ليستا تمام نصابه بخلاف الحرتين للعبد فإنهما تمام نصابه وعلى هذا يتفرع ما ذكره من الفروع. (البروجردي).
- * من الإماء بأن ينكح ثلاث إماء أو أكثر أما نكاح أمتين وحررة أو حرتين فلا مانع منه كما يأتي. (الكلبيكاني).
- (٢) من مطلق النساء حتى الإماء يعني إذا كانت تحت العبد حرتان لا يجوز له تزويج غيرهما من النساء حرة كانت أو أمة. (الكلبيكاني).
- (٣) ولا أمة وحرتين. (الكلبيكاني).
- (٤) هذا الحكم وإن كان صحيحا لكن ليس متفرعا على عدم جواز الجمع بين أزيد من حرتين. (الكلبيكاني).
- (٥) بعدما علم جواز الجمع له بين أزيد من أمتين علم عدم جواز الجمع بين ثلاث إماء سواء كانت معهن حرة أم لا فذكر الحررة غير محتاج إليه. (الكلبيكاني).
- (٦) لا يترك. (الإصفهاني، البروجردي، الإمام الخميني).
- * لا يترك الاحتياط. (الحائري).

إلى الحرائر فلا يجوز له الزيادة على حرتين، وأن تكون الأمة المبعضة كالحرة إلى العبد، وكالأمة بالنسبة إلى الحر. بل يمكن أن يقال: إنه بمقتضى القاعدة بدعوى أن المبعض حر وعبد والمبعضة حرة وأمة، فمن حيث حرته لا يجوز له أزيد من أمتين، ومن حيث عبديته لا يجوز له أزيد من حرتين. وكذا بالنسبة إلى الأمة المبعضة إلا أن يقال: إن الأخبار الدالة على أن الحر لا يزيد على أمتين والعبد لا يزيد على حرتين منصرفاً (١) إلى الحر والعبد الخالصين، وكذا في الأمة. فالمبعض قسم ثالث خارج عن الأخبار، فالمرجع عمومات الأدلة على جواز التزويج، غاية الأمر عدم جواز الزيادة على الأربع فيجوز له نكاح أربع حرائر أو أربع إماء، لكنه بعيد من حيث لزوم كونه أولى من الحر الخالص. وحينئذ فلا يبعد أن يقال: إن المرجع الاستصحاب ومقتضاه إجراء حكم العبد والأمة عليهما. ودعوى تغير الموضوع كما ترى. فتحصل أن الأولى الاحتياط الذي ذكرنا أولاً، والأقوى العمل بالاستصحاب (٢) وإجراء حكم العبيد والإماء عليهما. (مسألة): لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق وصار حراً لم يجز إبقاء الجميع، لأن الاستدامة كالاتداء (٣) فلا بد من إطلاق الواحدة

(١) الانصراف ممنوع. (الكلبيايگانی).

* ولو سلم دعوى الانصراف فكونه من الانصرافات البدوية التي لا عبرة بها ظاهر. (النائینی).

(٢) فيه إشكال بل منع. (الخوئی).

* في جريان الاستصحاب نظر. (الشیرازی).

(٣) في خروجه عن الزوجية قهراً. (آقا ضیاء).

أو الاثنتين. والظاهر كونه مخيرا بينهما كما في إسلام الكافر عن أزيد من أربع، ويحتمل القرعة، والأحوط أن يختار هو القرعة بينهن (١). ولو أعتقت أمة أو أمتان فإن اختارت الفسخ (٢) حيث إن العتق موجب لخيارها بين الفسخ والبقاء فهو (٣) وإن اختارت البقاء يكون الزوج مخيرا (٤) والأحوط اختياره القرعة كما في الصورة الأولى. (مسألة): إذا كان عنده أربع وشك في أن الجميع بالعقد الدائم أو البعض المعين أو غير المعين منهن بعقد الانقطاع، ففي جواز نكاح الخامسة دواما إشكال (٥).

-
- (١) لا يترك هذا الاحتياط باختيار القرعة واختيار ما خرج بها. (الإصفهاني).
* بل الأحوال طلاق الجميع ثم العقد على الواحدة أو الاثنتين. (الكلبيكاني).
* لا يترك الاحتياط بالقرعة في الفرعين. (الإمام الخميني).
* لا يترك الاحتياط. (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: بل هو الأظهر.
(٢) سقوط اختيار الزوج بفسخها محل تأمل لكن الأحوال حينئذ اختيار إبقاء النصاب من غيرها. (البروجردي).
(٣) أي فهو واضح ولا إشكال فيه. (الفيروزآبادي).
(٤) هذا إذا كانت عنده أربع إماء أو كانت المعتقة أمتين وأما إذا كانت عنده ثلاث إماء وكانت المعتقة إحداها فلا مانع من الجمع بينها وبين الباقيتين فإنه من الجمع بين حرة وأمتين. (الخوئي).
(٥) الأقوى جوازه للاستصحاب الجاري في جواز أصل التزويج. (آقا ضياء).
* وإن كان الجواز أشبه. (الإمام الخميني).
* أظهره الجواز. (الخوئي).
* فلا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادي).
* بل يمكن إثبات الدوام بأصالة عدم ذكر الأجل بناء على القول بأن الدوام والمتعة من قبيل الزائد والناقص. (الكلبيكاني).

(مسألة): إذا كان عنده أربع فطلق واحدة منهن وأراد نكاح الخامسة، فإن كان الطلاق رجعياً لا يجوز له ذلك إلا بعد خروجها عن العدة، وإن كان بائناً ففي الجواز قبل الخروج عن العدة قولان: المشهور على الجواز، لانقطاع العصمة بينه وبينها. وربما قيل بوجود الصبر (١) إلى انقضاء عدتها عملاً بإطلاق جملة من الأخبار، والأقوى (٢) المشهور، والأخبار محمولة على الكراهة. هذا ولو كانت الخامسة أخت المطلقة فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدة البائنة، لورود النص فيه (٣) معللاً بانقطاع العصمة، كما أنه لا ينبغي الإشكال إذا كانت العدة لغير الطلاق كالفسخ بعيب أو نحوه، وكذا إذا ماتت الرابعة فلا يجب الصبر إلى أربعة أشهر وعشر. والنص الوارد بوجود الصبر معارض

-
- (١) هذا القول إن لم يكن أظهر فهو أحوط. (الخوئي).
- (٢) فيه تأمل والأحوط الصبر إلى انقضاء العدة حتى فيما إذا كانت الخامسة أخت المطلقة والنص الوارد فيها ساكت عن حيثية كونها خامسة والتعليل بانقطاع العصمة لا ظهور له في كونه تمام العلة بحيث يتعدى إلى غير الأختين. (الكلبائيكاني).
- (٣) النص لا يدل على الجواز فيها من حيث كونها خامسة إلا من جهة التعليل بانقطاع العصمة ولا فرق حينئذ بين كونها أختاً أو غيرها ولا ينبغي ترك الاحتياط في كلتا المسألتين. (البروجردى).
- * أي استفاد من النص وإن لم يرد في خصوص المسألة. (الإمام الخميني).
- * لم يرد نص في المقام وإنما ورد في جواز نكاح الأخت في عدة أختها إذا كان الطلاق بائناً وبين المسألتين بون بعيد وعليه فلا فرق بين الخامسة بين كونها أختاً للمطلقة وعدمه. (الخوئي).

بغيره، ومحمول على الكراهة. وأما إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدة حتى يجب الصبر أو لا يجب.

فصل

لا يجوز التزويج في عدة الغير (١) دواما أو متعة، سواء كانت عدة الطلاق بائنة أو رجعية، أو عدة الوفاة، أو عدة وطء الشبهة، حرة كانت المعتدة أو أمة. ولو تزوجها حرمت عليه أبدا إذا كانا عالمين بالحكم والموضوع، أو كان أحدهما عالما بهما مطلقا سواء دخل بها أو لا، وكذا مع جهلهما بهما لكن بشرط الدخول بها. ولا فرق في التزويج بين الدوام والمتعة، كما لا فرق في الدخول بين القبل والدبر (٢). ولا يلحق بالعدة أيام استبراء الأمة، فلا يوجب التزويج فيها حرمة أبدية ولو مع العلم والدخول. بل لا يبعد جواز تزويجها فيها وإن حرم الوطء قبل انقضائها، فإن المحرم فيها هو الوطء دون سائر الاستمتاع. وكذا لا يلحق بالتزويج الوطء بالملك أو التحليل فلو كانت مزوجة فمات زوجها أو طلقها وإن كان لا يجوز لمالكها وطؤها ولا الاستمتاع بها في أيام عدتها ولا تحليلها للغير، لكن لو وطئها أو حللها للغير فوطئها لم

-
- (١) وكذا لا يجوز التصريح بالخطبة في عدة الغير مطلقا ويجوز التعريض في غير الرجعية وأما فيها فلا يجوز لأنها زوجة نعم للزوج التصريح بالخطبة والتزويج لنفسه في عدة البائن إذا لم يكن مانع من تزويجها. (الكلبيكاني).
- (٢) لإطلاق الدخول الوارد في النص ولما ورد أنه أحد المأتين ولما في الحكم بالتحريم أبدا من الاحتياط نعم لو عقدها بعد العدة اتفاقا فلا يترك الاحتياط بالطلاق أيضا. (الكلبيكاني).

تحرم أبدا عليه (١) أو على ذلك الغير ولو مع العلم بالحكم والموضوع.
(مسألة): لا يلحق بالتزويج في العدة وطء المعتدة شبهة من غير عقد بل ولا زناء إلا إذا كانت العدة رجعية كما سيأتي. وكذا إذا كان بعقد فاسد، لعدم تمامية أركانه. وأما إذا كان بعقد تام الأركان وكان فاسده لتعبد شرعي - كما إذا تزوج أخت زوجته في عدتها أو أمها (٢) أو بنتها أو نحو ذلك مما يصدق عليه التزويج وإن كان فاسدا شرعا - ففي كونه كالتزويج الصحيح إلا من جهة كونه في العدة وعدمه لأن المتبادر من الأخبار التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه في العدة إشكال، والأحوط الإلحاق في التحريم (٣) الأبدى، فيوجب الحرمة مع العلم

(١) هذا في غير العدة الرجعية وأما فيها فيجري عليها حكم الزناء بذات البعل.
(الحوثي).

(٢) لا يخفى أن أم الزوجة لكونها من المحرمات الأبدية بنفسها ولا يعقل أن يترتب أثر على العقد عليها في عدتها فذكرها في المقام من غلط الناسخ أو سهو القلم بل لا يستقيم ذكر بنتها أيضا في المقام إلا مع التقييد بعدم الدخول بأمها لا مطلقا. (النائيني).

* هذه الكلمة من سهو القلم، أو غلط النسخ. (الحوثي).

* ذكر الأم في المقام لعله من سهو الناسخ لأن أم الزوجة من المحرمات الأبدية وعقدها في العدة لا تأثير له في التحريم وكذلك الربيبة مع الدخول بأمها ومع عدم الدخول بالأم فالعقد عليها بعد بينونة الأم صحيح لولا العدة نعم لو تزوج الأم والبنت بعقد واحد في عدتهما فكانت من صغريات هذه المسألة وكذا الأختين. (الكلبيكاني).

(٣) بل الأقوى عدمه لعدم مساعدة الدليل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة.
(آقا ضياء).

مطلقا، ومع الدخول في صورة الجهل.
(مسألة): إذا زوجه الولي في عدة الغير (١) مع علمه بالحكم
والموضوع، أو زوجه الوكيل في التزويج بدون تعيين (٢) الزوجة كذلك
لا يوجب الحرمة الأبدية، لأن المناط علم الزوج لا وليه أو وكيله. نعم
لو كان وكيلا في تزويج امرأة معينة وهي في العدة (٣) فالظاهر كونه
كمباشرته بنفسه، لكن المدار علم الموكل لا الوكيل.

* لا بأس بتركه. (الخوئي).

* بأن لا يتزوجها ولكن لو عقد عليها ولو جهلا فلا يترك الاحتياط بالطلاق.
في العقد الصحيح سواء كان وكيلا في عقد امرأة معينة أو غير معينة نعم لو كان
وكيلا للعقد في العدة أو لعقد امرأة معينة في عدتها ففيه وجهان من بطلان
الوكالة والمتيقن مما يوجب الحرمة الأبدية عقده مباشرة ومن صدق العقد في
العدة ولو بالتسبيب والمناط حينئذ علم الموكل. (الكلبيكاني).
(٢) أي تعيين الموكل امرأة وهي في العدة مع علم الوكيل. (الفيروزآبادي).
(٣) أو إحدى المعينات تخييرا وكانت إحداهن في العدة فاختارها الوكيل فإن
تزويجه بها يوجب الحرمة الأبدية كمباشرته بنفسه إن علم أنها في العدة ومع
الدخول إن لم يعلم. (كاشف الغطاء).

* وكذا لو أذن في تزويج إحدى المعينات على سبيل التخيير وكانت إحداهن
في العدة فاختار الوكيل تزويج من في العدة فإن الظاهر في هذه الصورة أيضا
أنه كمباشرته بنفسه في أنه يوجب الحرمة الأبدية إن علم بكونها في العدة
وبشرط الدخول إن جهل بذلك. (الحائري).

(مسألة): لا إشكال في جواز تزويج من في العدة لنفسه (١) سواء كانت عدة الطلاق، أو الوطء شبهة، أو عدة المتعة، أو الفسخ بأحد الموجبات أو المجوزات له. والعقد صحيح إلا في العدة الرجعية فإن التزويج فيها باطل (٢) لكونها بمنزلة الزوجة، وإلا في الطلاق الثلاث الذي يحتاج إلى المحلل فإنه أيضا باطل بل حرام ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الأبدية، وإلا في عدة الطلاق التاسع في الصورة التي تحرم أبدا، وإلا في العدة لو طئه زوجة الغير شبهة لكن لا من حيث كونها في العدة بل لكونها ذات بعل (٣) وكذا في العدة لو طئه في العدة شبهة إذا حملت منه بناء على عدم تداخل العدتين، فإن عدة وطء الشبهة حينئذ مقدمة على العدة السابقة التي هي عدة الطلاق أو نحوه، لمكان الحمل وبعد وضعه تأتي بتتمة العدة السابقة، فلا يجوز له تزويجها في هذه العدة - أعني عدة وطء الشبهة وإن كانت لنفسه - فلو تزوجها فيها عالما أو جاهلا بطل (٤). ولكن في إيجابه التحريم الأبدي إشكال (٥).

-
- (١) أي في العدة التي تتربصها المرأة من جهة نفس الزوج. (الفيروزآبادي).
 - (٢) التعليل لا يوافق المعلل بل التعليل الموافق أن يقال: إنها زوجة والعلقة باقية وانقطاعها موقوف على انقضاء العدة والأظهر كونها بمنزلتها بمقدار ما ثبت من ترتيب الآثار ولا يبطل عقدها لنفسه. (الفيروزآبادي).
 - (٣) ويأتي حكمها من حيث الحرمة الأبدية. (الكلبائي).
 - (٤) في بطلانه تأمل لعدم شمول العمومات المانعة نعم لولا العمومات المجوزة مقتضى الاستصحاب بطلانه. (آقا ضياء).
 - * على تأمل ولا يبعد عدم إيجابه التحريم. (الإمام الخميني).
 - (٥) فلا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادي).

(مسألة): هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبدية (١) في صورة الجهل أن يكون في العدة أو يكفي كون التزويج في العدة مع الدخول بعد انقضائها قولان: الأحوط الثاني، بل لا يخلو عن قوة (٢) لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف إلى الدخول في العدة. (مسألة): لو شك في أنها في العدة أم لا مع عدم العلم سابقا جاز التزويج خصوصا إذا أخبرت بالعدم، وكذا إذا علم كونها في العدة سابقا وشك في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء. وأما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها، وهل تحرم أبدا إذا تزوجها مع ذلك؟ الظاهر ذلك (٣). وإذا تزوجها باعتقاد خروجها عن العدة أو من غير التفات إليها ثم

* لا يبعد جريان حكم التزويج في العدة عليه. (الخوئي).

(١) في صورة التزويج في العدة. (الفيروزآبادي).

(٢) في القوة منع. (الإصفهاني، البروجردي).

* لا قوة فيه نعم هو أحوط. (الشيرازي).

* لا قوة فيه ولكن لا يترك الاحتياط بترك التزويج وبالطلاق على فرض

التزويج. (الكلبيگاني).

* لكن الأول أقوى. (النائيني).

(٣) إذا دخل بها ولم ينكشف الخلاف وأما مع الانكشاف فلا تحرم ومع عدم

الدخول لا يخلو من إشكال. (البروجردي).

* فيه إشكال إلا إذا دخل بها. (الشيرازي).

* أي محكوم بذلك ظاهرا ما لم ينكشف الخلاف ومع ذلك في صورة عدم

الدخول لا يخلو من إشكال. (الإمام الخميني).

* ما لم ينكشف الخلاف. (الكلبيگاني).

أخبرت بأنها كانت في العدة فالظاهر قبول قولها (١) وإجراء حكم التزويج (٢) في العدة، فمع الدخول بها تحرم أبداً (٣).
(مسألة): إذا علم أن التزويج كان في العدة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً ولكن شك في أنه دخل بها حتى تحرم أبداً أو لا؟ بيني على عدم الدخول. وكذا إذا علم بعدم الدخول بها وشك في أنها كانت عالمة أو جاهلة، فإنه بيني على عدم علمها فلا يحكم بالحرمة الأبديّة (٤).
(مسألة): إذا علم إجمالاً بكون إحدى امرأتين المعينتين في العدة ولم يعلمها بعينها وجب عليه ترك تزويجهما. ولو تزوج إحداهما بطل،

- (١) محل تأمل. (البروجردي).
* فيه إشكال بل منع نعم إذا أخبرت قبل الدخول بها أنها في العدة لزم الفحص على ما دلت عليه صحيحة أبي بصير. (الخوئي).
* بل الظاهر أنها لا تصدق بعد الدخول كما في النص فالعقد محكوم بالصحة ما لم يقطع بصدقها ولم يثبت شرعاً ومع ذلك لا يترك مراعاة الاحتياط وأما قبل الدخول فالأحوط التفحص فإن انكشف الحال فهو وإلا فلا يترك الاحتياط بالطلاق أو العقد الجديد بعد العلم بخروجها عن العدة نعم لو ادعت العلم بالعدة وحرمة التزويج فالأحوط ترك تزويجها مطلقاً. (الكلبيكاني).
(٢) فيه تأمل إذا لم يفد إخبارها القطع وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه بل لا يترك. (الإصفهاني).
(٣) على الأحوط. (الإمام الخميني، النائيني، الشيرازي).
(٤) إلا إذا كانت مسبوقاً بالعلم بالعدة حيث إن مقتضى استصحابها إلى زمان وقوع العقد الحرمة الأبديّة. (الكلبيكاني).

ولكن لا يوجب الحرمة الأبدية (١) لعدم إحراز كون هذا التزويج في العدة. نعم لو تزوجهما معا حرمتا عليه (٢) في الظاهر عملا بالعلم الإجمالي (٣).

(مسألة): إذا علم أن هذه المرأة المعينة في العدة لكن لا يدري أنها في عدة نفسه أو في عدة لغيره جاز له (٤) تزويجها، لأصالة عدم كونها في عدة الغير، فحاله حال الشك البدوي.
(مسألة): يلحق (٥) بالتزويج في العدة في إيجاب الحرمة الأبدية

(١) الأحوط إيجابها إذا كانتا معتدتين وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العدة إلا إذا انكشف الخلاف. (الإمام الخميني).

* إلا إذا كانت كل واحدة منهما مستصحية العدة. (الكلبياني).

* بل يوجبها أيضا في الظاهر إذا كانتا معتدتين وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العدة. (الإصفهاني).

(٢) ولا يبعد جريان القرعة للتعين. (الشيرازي).

* بل مقتضى العلم الإجمالي الاحتياط من حيث حرمة وطئهما ووجوب الإنفاق عليهما وسائر الأحكام مما يمكن فيه الاحتياط إلا أن يطلقهما. (الكلبياني).

(٣) إلا أن هنا علما إجماليا آخر وهو العلم الإجمالي بحرمة وطء كل واحدة منهما أو وجوبه قبل مضي أربعة أشهر فيدور أمر كل منهما بين المحذورين فلا مناص عندئذ من الرجوع إلى القرعة في المقام أو إلى طلاق كليهما. (الخوئي).

(٤) إلا إذا كان طرف العلم هو العدة الرجعية لنفسها والمسألة مطلقا لا تخلو من تأمل وإشكال. (الإمام الخميني).

(٥) على إشكال. (البروجردي).

* فيه إشكال لكن لا يترك مراعاة الاحتياط. (الكلبياني).

تزويج ذات البعل. فلو تزوجها مع العلم بأنها ذات بعل حرمت عليه أبدا
مطلقا سواء دخل بها أم لا. ولو تزوجها مع الجهل لم تحرم (١) إلا مع
الدخول بها من غير فرق بين كونها حرة أو أمة مزوجة وبين الدوام
والمتعة في العقد السابق واللاحق. وأما تزويج أمة الغير بدون إذنه مع
عدم كونها مزوجة فلا يوجب الحرمة الأبدية وإن كان مع الدخول والعلم.
(مسألة): إذا تزوج امرأة عليها عدة ولم تشرع فيها - كما إذا مات
زوجها ولم يبلغها الخبر فإن عدتها من حين بلوغ الخبر - فهل يوجب
الحرمة الأبدية أم لا؟ قولان: أحوطهما الأول، بل لا يخلو عن قوة (٢).
(مسألة): إذا تزوج امرأة في عدتها ودخل بها مع الجهل فحملت مع
كونها مدخولة للزوج الأول فجاءت بولد، فإن مضى من وطء الثاني
أقل من ستة أشهر ولم يمض من وطء الزوج الأول أقصى مدة الحمل
لحق الولد بالأول. وإن مضى من وطء الأول أقصى المدة ومن وطء
الثاني ستة أشهر أو أزيد إلى ما قبل الأقصى فهو ملحق بالثاني. وإن

-
- (١) حتى مع علم الزوجة بالحال على الأظهر وبذلك يظهر الفرق بين المعتدة
وذات البعل. (الخوئي).
- (٢) في القوة منع. (الإصفهاني، البروجردي).
- * لولا مساعدة الإطلاقات على جواز نكاحه وإلا فيقدم المطلقات على
الاستصحاب التعليقي الجاري في المقام لإثبات الحرمة. (آقا ضياء).
- * بل الثاني لا يخلو من قوة. (الإمام الخميني).
- * لا قوة فيه فلا يترك مراعاة الاحتياط. (الكلبيكاني).
- * والأقوى هو الثاني لكن الظاهر فساد العقد وجواز تجديده بعد خروجها من
العدة. (النائيني).

مضى من الأول أقصى المدة ومن الثاني أقل من ستة أشهر فليس ملحقا
بواحد منهما. وإن مضى من الأول ستة فما فوق وكذا من الثاني فهل
يلحق بالأول أو الثاني أو يقرع؟ وجوه أو أقوال (١): والأقوى لحوقه
بالثاني (٢) لجملة من الأخبار، وكذا إذا تزوجها (٣) الثاني بعد تمام العدة (٤)
للأول واشتبه حال الولد.

(مسألة): إذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزويج أو لا معه وعدة
الطلاق أو الوفاة أو نحوهما فهل تتداخل العدتان أو يجب التعدد؟
قولان: المشهور على الثاني (٥) وهو الأحوط (٦) وإن كان الأول لا يخلو

-
- (١) لم أظفر على أكثر من قولين لأصحابنا أحدهما: ما قواه في المتن وهو مختار
النهاية ومستند هذا القول مرسله جميل بن دراج على نقل الفقيه الواردة
في خصوص المورد يعني التزويج في العدة والأخبار الواردة في التزويج
بذات البعل بعد إلغاء الخصوصية وثانيهما: القرعة وهي مختار المبسوط مشيرا
إلى كونها مجمعا عليها بقوله عندنا وأما الإلحاق بالأول ففي المسالك أنه لا
خلاف في عدمه نعم في المبسوط وعند قوم يرجع إلى القافة ويلحق الولد بمن
ألحقه به ومع عدم التمكن أو حصول الشبهة لهم يلحق بمن ينتسب به بعد
البلوغ والظاهر أن مقصوده من القوم هو العامة. (الكلبيكاني).
- (٢) فيه إشكال ولا يبعد الرجوع إلى القرعة. (الخوئي).
- (٣) إلحاق الولد بالثاني فيه أقوى من إلحاقه به في الفرع الأول للأخبار الواردة
في المسألة ولذا لم يختر الشيخ فيه القرعة وإن نسبها إليه غير واحد من
الأساطين ولكن لم نجد لها في مظان التعرض مع كثرة التفحص فراجع أنت لعله
خفي علينا. (الكلبيكاني).
- (٤) إن كانت بالأشهر في الطلاق وهكذا في عدة الوفاة. (الفيروزآبادي).
- (٥) وهو الأقوى. (البروجردي).
- * وهو الأحوط لو لم يكن أقوى فلا يترك. (الإمام الخميني).

عن قوة (١) حملا للأخبار الدالة على التعدد على التقية (٢) بشهادة خبر زرارة وخبر يونس. وعلى التعدد يقدم ما تقدم سببه (٣) إلا إذا كان إحدى العديتين بوضع الحمل فتقدم وإن كان سببها متأخرا، لعدم إمكان التأخير حينئذ. ولو كان المتقدمة عدة وطء الشبهة والمتأخرة عدة الطلاق الرجعي فهل يجوز الرجوع قبل مجئ زمان عدته؟ وهل ترث الزوج إذا مات قبله في زمان عدة وطء الشبهة؟ وجهان بل قولان لا يخلو

(٦) بل الأقوى. (الكلبايگاني).

* لا يترك. (الشيرازي).

* بل هو المتعين وليست الروايتان إلا معارضتين لما يدل على عدم التداخل ولعدم العمل بهما إلا من الشاذ لا تصلحان لذلك. (النائيني).

(١) وحيث إن الشهرة العظيمة على خلافه لا يترك الاحتياط. (الإصفهاني).

(٢) بعيد يظهر بالتبع والتأمل. (الكلبايگاني).

* لا وجه للحمل على التقية والظاهر هو التفصيل بين عدة الوفاة وغيرها بالالتزام بالتعدد في الأولى والتداخل في الثانية وذلك لأن الروايات على إطلاق الطائفة الثانية وبعد ذلك تنقلب النسبة بين الطائفة الثانية والطائفة الأولى فتصبح الطائفة الثانية أحص من الطائفة الأولى فتقيد إطلاقها فالنتيجة هي عدم التداخل في خصوص الموت والتداخل في غير الموت فإذا لا معارضة بين الروايات. (الخوئي).

(٣) قد عرفت أنه لا تعدد إلا فيما إذا كان الوطاء بشبهة في عدة الوفاة ولا بد فيه من إتمام عدة الوفاة أولا ثم الاعتداد بعدة الوطاء بالشبهة. (الخوئي).

الأول منهما من قوة (١). ولو كانت المتأخرة عدة الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلق لها في زمان عدة الوطء قبل مجيء زمان عدة الطلاق؟ وجهان (٢): لا يبعد الجواز (٣) بناء على أن الممنوع في عدة وطء الشبهة وطء الزوج لها، لا سائر الاستمتاع بها كما هو الأظهر. ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذ للمطلق فيحتمل كونه موجبا للحرمة الأبدية أيضا، لصدق التزويج في عدة الغير. لكنه بعيد (٤) لانصراف أخبار التحريم المؤبد عن هذه الصورة. هذا، ولو كانت العدتان

-
- (١) بناء على وقوع البينونة في الطلاق الرجعي بنفسه يمكن الفرق بين الحكمين بالاستصحاب بعد عدم إضرار الفصل بينهما في الحكم الظاهري وإن لم يكن كذلك واقعا. (آقا ضياء).
* فيه تأمل. (الإصفهاني).
- (٢) فيما لا يحتاج إلى المحلل كالبائن الخلعي لا المطلقة ثلاثا. (الفيروزآبادي).
- (٣) بل الأقوى عدم الجواز بمقتضى دليل العدة وعدم بطلان النكاح بعدة الوطء بالشبهة لا يستلزم جواز النكاح فيها. (الكلبيكاني).
* فيه إشكال. (الإصفهاني).
* بل لا يترك الاحتياط. (الشيرازي).
- * ولكن الأقوى عدم الجواز واجتماع عدة وطء الشبهة مع بقاء الزوجية التي وقع الوطء في أثنائها غير مستلزم لجواز إحداثها ثانيا بعد زوالها فعموم الأدلة المانعة من التزوج في العدة على حاله. (البروجردي).
- * بل لا يبعد عدم الجواز ولا يبعد كونه موجبا للحرمة الأبدية. (الإمام الخميني).
- * بل هو بعيد ولا يبعد جريان حكم التزويج في العدة عليه. (الخوئي).
- (٤) لا بعد فيه بعد شمول الأدلة وكون الانصراف في محل المنع. (البروجردي).
* بل لا بعد فيه والانصراف ممنوع. (الكلبيكاني).

لشخص واحد، كما إذا طلق زوجته بائنا ثم وطئها شبهة في أثناء العدة فلا ينبغي الإشكال في التداخل (١) وإن كان مقتضى إطلاق بعض العلماء التعدد (٢) في هذه الصورة أيضا.

(مسألة): لا إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطاء بالشبهة المجردة عن التزويج إذا كانت الموطوءة مشتبهة وإن كان الواطئ عالما. وأما إذا كان بالتزويج ففي ثبوت المسمى أو مهر المثل قولان: أقواهما الثاني (٣). وإذا كان التزويج مجردا عن الوطاء فلا مهر أصلا.

(مسألة): مبدأ العدة في وطء الشبهة المجردة عن التزويج حين الفراغ من الوطاء، وأما إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك أو من حين تبين الحال؟ وجهان: والأحوط الثاني، بل لعله الظاهر من الأخبار (٤).

(١) وإن كان التعدد أحوط. (الشيرازي).

* الأحوط التعدد في هذه الصورة أيضا. (الإمام الخميني).

* بل فيه إشكال خصوصا إذا كانت إحداهما للطلاق والأخرى للوفاة. (البروجردي).

* بل لا وجه للتداخل بالنسبة إلى الغير وأما لنفسه فلا عدة لها أصلا وأما في عدة الطلاق والوفاة فهو تبديل لا تداخل ودليله النص. (الكلبيكاني).

(٢) ويؤيده قاعدة عدم تداخل الأسباب. (آقا ضياء).

(٣) محل تأمل. (الإمام الخميني).

* في كون الثاني أقوى تأمل والأحوط المصالحة في التفاوت. (الكلبيكاني).

(٤) بل ويساعده الاستصحاب أيضا. (آقا ضياء).

* لكن معتبرة زرارة واضحة الدلالة على أن المبدأ من حين الفراغ من وطء الشبهة وإن الاستبراء إنما يكون بثلاثة قروء من حين الوطاء. (الخوئي).

(مسألة): إذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمة بأن كان الاشتباه من طرف الواطئ فقط فلا مهر لها إذا كانت حرة، إذ لا مهر لبغي. ولو كانت أمة ففي كون الحكم كذلك أو يثبت المهر لأنه حق السيد وجهان (١): لا يخلو الأول منهما من قوة (٢).
(مسألة): لا يتعدد المهر بتعدد الوطاء (٣) مع استمرار الاشتباه. نعم لو كان مع تعدد الاشتباه تعدد (٤).
(مسألة): لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل (٥) للزاني

-
- (١) هنا وجه آخر لا يبعد أن يكون أوجه منهما وهو ثبوت عشر قيمتها للمولى إن كانت بكرا ونصف العشر إن كانت ثيبا. (الإمام الخميني).
(٢) بل لا إشكال فيه. (الإصفهاني).
* في القوة نظر للتشكيك في عموم لا مهر لبغي بالنسبة إلى المقام فيبقى إطلاق خبر وليد لإثبات عشر ثمنها أو نصفه بلا معارض. (آقا ضياء).
* لا قوة منه إلا إذا كان المولى دخيلا في بغائها. (البروجردي).
* بل الثاني. (الشيرازي).
* فيه تأمل وسيأتي منه في أحكام العبيد والإماء ما ظاهره المنافاة لما اختاره هنا. (الفيروزآبادي).
* بل الأقوى هو الثاني إلا إذا أذن المولى لها في المعصية. (الكلپايگاني).
(٣) يحتاج إلى التأمل. (البروجردي).
* فيه إشكال نعم الظاهر ذلك في وطاء المعقود عليها في العدة جهلا. (الخوئي).
(٤) محل تأمل في بعض صورته لكنه أحوط مطلقا وأقوى في بعض الصور. (الإمام الخميني).
(٥) وفي حكمها ذات العدة الرجعية. (الخوئي).

وغيره. والأحوط الأولى (١) أن يكون بعد استبراء رحمها بحيضة من مائه أو ماء غيره إن لم تكن حاملاً، وأما الحامل فلا حاجة فيها إلى الاستبراء، بل يجوز تزويجها ووطؤها بلا فصل. نعم الأحوط ترك (٢) تزويج المشهورة بالزنا إلا بعد ظهور توبتها، بل الأحوط ذلك بالنسبة إلى الزاني بها، وأحوط من ذلك ترك تزويج الزانية مطلقاً (٣) إلا بعد توبتها. ويظهر ذلك بدعائها إلى الفجور فإن أبت ظهر توبتها. (مسألة): لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها وإن كانت مصرة (٤) على ذلك، ولا يجب عليه أن يطلقها (٥).

(مسألة): إذا زنى بذات بعل دواما أو متعة حرمت عليه أبدا (٦) فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها، أو طلاقه لها، أو انقضاء مدتها إذا كانت متعة. ولا فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالماً بأنها

-
- (١) منشأ الاحتياط وجود المقيدات الضعيفة الواردة في المقام مع إعراض المشهور عنها في قبال المطلقات. (آقا ضياء).
- * لا يترك الاحتياط في تزويج نفس الزاني. (الخوئي).
- * لا يترك حتى الإمكان. (الإمام الخميني).
- (٢) لا يترك. (الخوئي).
- (٣) وإن لم تكن مشهورة بالزنا. (الفيروزآبادي).
- (٤) لكن إذا صارت مشهورة يأتي فيها الاحتياط المذكور في المسألة السابقة لعدم الفرق بين الابتداء والاستدامة بحسب الآية والأخبار فالأحوط اعتزالها بمجرد الاشتهار وتجديد عقدها بعد التوبة مع عدم إرادة الطلاق وإلا فالطلاق. (الكلبيكاني).
- (٥) ولكنه الأولى من جهات لا ينبغي إهمالها. (النائيني).
- (٦) على الأحوال. (الخوئي).

ذات بعل أو لا، كما لا فرق بين كونها حرة أو أمة وزوجها حرا أو عبدا كبيرا أو صغيرا، ولا بين كونها مدخولا بها من زوجها أو لا، ولا بين أن يكون ذلك بإجراء العقد عليها وعدمه بعد فرض العلم بعدم صحة العقد (١) ولا بين أن تكون الزوجة مشتبهة أو زانية أو مكرهة. نعم لو كانت هي الزانية وكان الواطئ مشتبها فالأقوى (٢) عدم الحرمة الأبدية. ولا يلحق بذات البعل الأمة المستفرشة (٣) ولا المحللة. نعم لو كانت الأمة مزوجة فوطئها سيدها لم يبعد الحرمة الأبدية عليه وإن كان لا يخلو عن إشكال. ولو كان الواطئ مكرها على الزنا فالظاهر (٤) لحوق الحكم وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضا. (مسألة): إذا زنى بامرأة في العدة الرجعية حرمت عليه أبدا (٥) دون البائنة وعدة الوفاة وعدة المتعة والوطء بالشبهة (٦) والفسخ. ولو شك في كونها في العدة أو لا، أو في العدة الرجعية أو البائنة،

- (١) يعني لو تزوجها جاهلا بكونها ذات بعل ثم انكشف له قبل الدخول ودخل بها يكون زنا وأما إن دخل بها قبل الانكشاف فيدخل في المسألة التاسعة. (الكلبيايگاني).
- (٢) إن لم يكن عقد في البين وإلا فيدخل في المسألة التاسعة. (الكلبيايگاني).
- (٣) أي الموطوءة من مولاها. (الفيروزآبادي).
- (٤) بل الأحوط. (الإمام الخميني).
- * بل الظاهر عدمه. (الفيروزآبادي).
- (٥) على الأحوط. (الخوئي).
- (٦) ولو كانت ذات الزوج معتدة لوطء الشبهة لم يجز لزوجها وطؤها لكن لو فعل لم تحرم عليه وإن أثم ولا يحد حد الزاني بل يعزر. (كاشف الغطاء).

فلا حرمة ما دام باقيا على الشك. نعم لو علم كونها في عدة رجعية،
وشك في انقضائها وعدمه، فالظاهر الحرمة (١) خصوصا إذا أخبرت
هي بعدم الانقضاء. ولا فرق بين أن يكون الزنا في القبل أو الدبر،
وكذا في المسألة السابقة.

(مسألة): من لاط بغلام فأوقب ولو بعض الحشفة (٢) حرمت عليه أمه
أبدا وإن علت، وبنته وإن نزلت، وأخته، من غير فرق بين كونهما كبيرين
أو صغيرين (٣) أو مختلفين. ولا تحرم على الموطوء أم الواطئ وبنته
وأخته على الأقوى. ولو كان الموطوء خنثى (٤) حرمت أمها وبنتها على
الواطئ، لأنه إما لواط أو زنا (٥) وهو محرم (٦) إذا كان سابقا كما مر (٧).

(١) حتى مع إخبارها بعدم العدة لكونها متهمة لا يسمع دعواها. (آقا ضياء).

(٢) على الأحوط. (النائيني).

* الحكم بالحرمة في هذه الصورة مبني على الاحتياط. (الخنثي).

(٣) الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان الواطئ كبيرا والموطوء صغيرا.
(الخنثي).

* في الدليل ذكر الرجل ولكن التعميم أحوط. (كاشف الغطاء).

* لو كان الواطئ صغيرا فالحرمة لا تخلو عن الإشكال. (النائيني).

(٤) إذا كان في دبرها. (آقا ضياء).

* وكان الوطء في دبرها. (الإمام الخميني).

(٥) إذا وطئ في تلك الثقبين أو في دبرها وأما لو وطئ في قبلها فلا يعلم أحد
الأميرين بل يحتمل أن لا يكون أحدهما. (الإصفهاني).

(٦) بتشديد الراء المكسورة أي يوجب الحرمة. (الفيروزآبادي).

(٧) بل كما يأتي. (الكلبيگاني).

والأقوى * (١) حرمة المذكورات على الواطئ وإن كان ذلك بعد التزويج (٢) خصوصا إذا طلقها (٣) وأراد تزويجها جديدا. والأم الرضاعية كالنسبية وكذلك الأخت وال بنت. والظاهر عدم الفرق في الوطاء (٤) بين أن يكون عن علم وعمد واختيار، أو مع الاشتباه كما إذا تخيله امرأته، أو كان مكرها، أو كان المباشر (٥) للفعل هو المفعول. ولو كان الموطوء ميتا ففي التحريم إشكال (٦). ولو شك في تحقق الإيقاب وعدمه بنى (٧)

* هذا من سهو القلم والصحيح كما يأتي ثم إنه يأتي ما هو المختار من أن الزنا بالمرأة لا يوجب تحريم أمها و بنتها إلا في الخالة والعمة وعليه فلا تحرم أم الخنثى و بنتها على الواطئ لعدم إحراز كونه ذكرا. (الخنثي).

(١) بل الأقوى خلافه للأصل بعد عدم جريان أصالة الصحة في التزويج في أمثال المقام الذي يكون الشك في أصل العنوان عرفا. (آقا ضياء).

* وإن كان الأقوى عدمها. (الإمام الخميني).

* ندبا. (الفيروزآبادي).

* الأولى. (الإصفهاني).

(٢) وقبل الدخول وأما بعد الدخول فالأقوى عدم الحرمة كما يأتي منه (قدس سره). (الكلبايگاني).

* لكن الأقوى خلافه نعم لو طلق زوجته السابق نكاحها فجواز تزويجها جديدا لا تخلو عن الإشكال. (النائيني).

(٣) لا بأس بترك الاحتياط في غير هذه الصورة. (الخنثي).

(٤) فيه إشكال بل منع. (الخنثي).

(٥) على الأحوط في هذه الصورة إذا لم يتحقق من الفاعل العمل. (الإمام الخميني).

(٦) بل منع. (الإمام الخميني).

* أظهره عدم التحريم. (الخنثي).

* كذا في الأصل وبعض النسخ المطبوعة، وفي أكثر النسخ المتأخرة بدل

على العدم. ولا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكورة، فلا بأس بنكاح ولد الواطئ ابنة الموطوء أو أخته أو أمه وإن كان الأولى الترك في ابنته (١).

فصل

من المحرمات الأبديّة (٢) التزويج حال الإحرام: لا يجوز للمحرم أن يتزوج امرأة محرمة أو محلة، سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل مع إجراء الوكيل العقد حال الإحرام، سواء كان الوكيل محرماً أو محلاً وكانت الوكالة قبل الإحرام أو حاله. وكذا لو كان بإجازة عقد الفضولي الواقع حال الإحرام أو قبله مع كونها حاله، بناء على النقل، بل على الكشف (٣) الحكمي، بل الأحوط مطلقاً. ولا إشكال في بطلان النكاح في الصور المذكورة. وإن كان مع العلم بالحرمية حرمت الزوجة عليه أبداً سواء دخل بها أو لا. وإن كان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الأقوى دخل بها أو لم يدخل، لكن العقد باطل على أي حال. بل لو كان المباشر للعقد محرماً بطل وإن كان من له العقد محلاً. ولو كان

"الأقوى": الأحوط. والتعليقات بعضها ناظرة إلى ما في الأصل وبعضها إلى ما في النسخ المطبوعة.

(١) للمرسلّة الضعيفة فراجع. (آقا ضياء).

* لم يظهر وجه للأولوية. (الخوئي).

(٢) بتشديد الراء المكسورة خبر مقدم والمبتدأ المؤخر قوله التزويج حال الإحرام. (الفيروزآبادي).

(٣) في استفادة الكشف الحكمي من القواعد نظر واشكال تعرضناه في كتاب البيع فراجع. (آقا ضياء).

* على الأحوط فيه. (الإمام الخميني).

الزوج محلا وكانت الزوجة محرمة فلا إشكال في بطلان العقد، لكن هل يوجب الحرمة (١) الأبدية؟ فيه قولان: الأحوط الحرمة، بل لا يخلو عن قوة (٢). ولا فرق في البطلان والتحريم الأبدى بين أن يكون الإحرام لحج واجب أو مندوب أو لعمره واجبة أو مندوبة، ولا في النكاح بين الدوام والمتعة.

(مسألة): لو تزوج في حال الإحرام مع العلم بالحكم لكن كان غافلا عن كونه محرما أو ناسيا له فلا إشكال في بطلانه لكن في كونه محرما أبدا إشكال والأحوط ذلك (٣).

(مسألة): لا يلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الإحرام بالتزويج في التحريم الأبدى، فلا يوجب وإن كان مع العلم بالحرمة والعقد.

(مسألة): لو تزوج في حال الإحرام ولكن كان باطلا من غير جهة الإحرام - كتزويج أخت الزوجة، أو الخامسة - هل يوجب التحريم

(١) الظاهر أن مناط الحكم في المسألتين واحد لأن المذكور في الروايات ليس إلا المحرم فإن كان محمولا على الجنس يحمل عليه في كلا الحكمين وذكر الرجل في بعض الأخبار يحمل على كونه من باب المثل وإن أخذ بالمتيقن من المحرم وهو الرجل فالمتيقن بطلان عقد المحرم دون المحرمة والأقوى ما في المتن كما صرح به في الخلاف مستدلا بالأخبار والإجماع منه. (الكلبي يگاني).

(٢) في القوة نظر لعدم وفاء دليل بها فراجع. (آقا ضياء).

* القوة ممنوعة. (الشيرازي).

* لا قوة فيه. (البروجردى).

(٣) بل الأقوى لأن علمه بحرمتها له الذي هو مضمون الرواية المقيدة ملازم مع التفاته بحرمتها له. (آقا ضياء).

أو لا؟ الظاهر ذلك (١) لصدق التزويج (٢) فيشملة الأخبار (٣). نعم لو كان بطلانه لفقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.
(مسألة): لو شك في أن تزويجه هل كان في الإحرام أو قبله بنى على عدم كونه فيه (٤). بل وكذا لو شك في أنه كان في حال الإحرام أو بعده على إشكال (٥). وحينئذ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله أو حال الإحلال سابقا أو لاحقا قدم قول من يدعي الصحة، من غير فرق بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما. نعم لو كان محرما وشك في أنه أحل من إحرامه أم لا، لا يجوز له التزويج. فإن تزوج مع ذلك

(١) محل تأمل نعم هو أحوط. (البروجردي).

* فيه إشكال نعم هو أحوط. (الشيرازي).

* فيه إشكال والأظهر عدم التحريم وقد مر منه (قدس سره) الإشكال في نظيره في الفصل السابق. (الخوئي).

(٢) بل هو مقتضى الاحتياط. (الحائري).

* وربما يستأنس ذلك مما رواه في التهذيب عن حكم بن عيينة قال سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن محرم تزوج امرأة في عدتها قال (عليه السلام) يفرق بينهما ولا تحل له أبدا

وإن كان الفرق بين المسألتين واضحا. (الكلبيكاني).

(٣) فيه إشكال. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال لانصرافها إلى ما كان صحيحا من غير جهة الإحرام. (آقا ضياء).

(٤) أي بنى على صحته وكذا في ما يتلوه على الأقوى. (الإمام الخميني).

* بمعنى بناؤه على صحة التزويج كما لا يخفى. (آقا ضياء).

(٥) الفرق بين المسألتين بإجراء الإشكال هنا دون الفرع قبله مختص بصورة

العلم بتاريخ التزويج. (الفيروزآبادي).

* لكنه ضعيف. (الخوئي).

بطل وحرمت عليه (١) أبدا، كما هو مقتضى استصحاب بقاء الإحرام (٢).
(مسألة): إذا تزوج حال الإحرام عالما بالحكم والموضوع ثم
انكشف فساد إحرامه صح العقد، ولم يوجب الحرمة. نعم لو كان إحرامه
صحيحا فأفسده (٣) ثم تزوج ففيه وجهان (٤): من أنه قد فسد (٥) ومن

-
- (١) في الظاهر إذا لم ينكشف الخلاف. (البروجردي).
* مع علمه بالحرمة وإنما تكون الحرمة في الظاهر ما لم ينكشف الخلاف.
(الإمام الخميني).
- (٢) ولا مجال لأصالة الصحة في المقام إذ الأصل المزبور في فعل الشخص لا
يجري إلا فيما مضى منه نعم في فعل الغير لا بأس بجريانها حتى قبل مضيه
ومدركه السيرة غير الجارية في المقام وإنما تجري في فعل الشخص عموم كل
ما شككت فامضه كما هو. (آقا ضياء).
- (٣) لكنه فرض غير واقع وما هو محل الكلام هو فساد الحج في بعض الموارد
لإفساد الإحرام فإن الظاهر عدم فساده مع فساد الحج. (الإمام الخميني).
- (٤) أظهرهما الثاني فيما إذا كان الإفساد بجماع أو نحوه وأما إذا كان بترك أعمال
الحج أو العمرة بحيث لا يتمكن من الإتيان بها بعد ذلك فالأظهر هو الأول. (الخوئي).
* أو جههما الأول. (الفيروزآبادي).
* أقواهما الثاني. (الشيرازي).
- (٥) إفساد الإحرام بعد النية وعقده بالتلبية غير متصور لأن بقية المحرمات
أحكام ثابتة في حاله وبمثله يمتاز عن الصوم. (آقا ضياء).
* الفاسد على القول به هو الحج لا الإحرام فالعقد باطل وموجب للحرمة
الأبدية وجها واحدا. (البروجردي).
* هذا على القول بفساد الحج وفساد الإحرام بفساده أما على القول بعدم
فساد الحج كما هو الظاهر من بعض الأخبار أو عدم فساد الإحرام بفساده
فالوجه الثاني هو المتعين. (الكلبائيكاني).

معاملته معاملة الصحيح في جميع أحكامه.
(مسألة): يجوز للمحرم الرجوع في الطلاق في العدة الرجعية، وكذا تملك الإمام.

(مسألة): يجوز للمحرم أن يوكل محلا في أن يزوجه بعد إحلاله، وكذا يجوز له أن يوكل محرما في أن يزوجه بعد إحلالهما.
(مسألة): لو زوجه فضولي في حال إحرامه لم يجز له إجازته في حال إحرامه (١). وهل له ذلك بعد إحلاله؟ الأحوط العدم (٢) ولو على القول بالنقل. هذا، إذا كان الفضولي محلا، وإلا فعقده باطل لا يقبل الإجازة ولو كان المعقود له محلا.

فصل

في المحرمات بالمصاهرة
وهي علاقة بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجية، أو الملك (٣) عينا أو انتفاعا بالتحليل، أو الوطاء شبهة أو زناء، أو النظر واللمس في صورة مخصوصة.

(مسألة): تحرم زوجة كل من الأب والابن على الآخر فصاعدا في الأول ونازلا في الثاني - نسبا أو رضاعا دواما أو متعة - بمجرد

(١) أي المزوج بالفتح. (الفيروزآبادي).

(٢) لا بأس بتركه. (الخوئي).

* بل لا يخلو عن قوة. (الكلبيكاني).

(٣) حدوث العلاقة المذكورة بمجرد الملك عينا أو انتفاعا غير معلوم والتميقن هو حدوثها بالوطء مملوكة كانت أو محللة وبالنظر واللمس في المملوكة نعم في الزوجة تحدث بمجرد الزوجية وإن كان التحريم في بعض المحرمات مشروطا بالدخول. (الكلبيكاني).

العقد وإن لم يكن دخل. ولا فرق في الزوجين والأب والابن بين الحر والمملوك.

(مسألة): لا تحرم مملوكة الأب على الابن وبالعكس مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر، وتحرم مع الدخول أو أحد الأمرين إذا كان بشهوة (١). وكذا لا تحرم المحللة لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولة (٢).

(مسألة): تحرم على الزوج أم الزوجة وإن علت نسبا أو رضاعا مطلقا، وكذا بنتها وإن نزلت بشرط الدخول بالأم، سواء كانت في حجره أو لا وإن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته. وكذا تحرم أم

(١) بل الأحوط تركه باللمس وإن لم يكن عن شهوة لإطلاق نصه كما أن في إطلاق النظر ولو بشهوة لمثل الوجه والكفين أيضا نظر لعدم مساعدة الدليل عليه كما لا يخفى على من راجع. (أقا ضياء).

* والأحوط نشر الحرمة إذا نظر إلى عورتها وإن لم يكن بشهوة بل لا يخلو عن قرب. (الحائري).

* وكان النظر إلى ما لا يحل لغير مالكتها النظر إليها والحكم عندي محل إشكال لكنه أحوط. (البروجردى).

* على الأحوط في الأمرين. (الشيرازي).

* على الأحوط بل الأحوط مطلق اللمس والنظر إلى ما لا يحل لغير المالك. (الإمام الخميني).

* بل وإن لم يكونا بشهوة على الأحوط إلا إذا كان النظر إلى ما لا يحرم لغير المالك النظر إليه. (الكلبايگاني).

(٢) وملموسة ومنظورة. (الإمام الخميني).

* ولا ملموسة ولا منظورة. (الفيروزآبادي).

المملوكة الموطوءة على الواطئ وإن علت مطلقا، وبنتها.
(مسألة): لا فرق في الدخول بين القبل والدبر، وتكفي الحشفة أو مقدارها (١). ولا يكفي الإنزال على فرجها من غير دخول وإن حبلت به. وكذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظة أو النوم، اختيارا أو جبرا منه أو منها.

(مسألة): لا يجوز لكل من الأب والابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل وإن لم تكن مدخولة له، وإلا كان زانيا.
(مسألة): يجوز للأب أن يقوم مملوكة ابنه الصغير على نفسه ووطؤها (٢). والظاهر إلحاق الجد بالأب والبنت بالابن، وإن كان الأحوط خلافه (٣). ولا يعتبر إجراء صيغة البيع (٤) أو نحوه وإن كان أحوط (٥). وكذا لا يعتبر كونه مصلحة للصبي (٦) نعم يعتبر عدم المفسدة. وكذا لا يعتبر الملاءة في الأب وإن كان أحوط.
(مسألة): إذا زنى الابن بمملوكة الأب حد. وأما إذا زنى الأب

-
- (١) كفاية المسمى في مقطوع الحشفة لا تخلو من قوة. (الإمام الخميني).
 - (٢) مع الاشتراء. (الفيروزآبادي).
 - (٣) لا يترك في الجد وكذا في اعتبار الملاءة. (البروجردي).
 - * لا يترك الاحتياط فيه وفيما قبله وفيما بعده. (الخوئي).
 - * لا يترك. (الفيروزآبادي).
 - (٦) في غير الجد والبنت للاقتصار في إطلاق النص الخاص بغيرهما. (آقا ضياء).

بمملوكة الابن فالمشهور (١) عدم الحد عليه، وفيه إشكال (٢).
(مسألة): إذا وطئ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحد، ولكن عليه
مهر المثل. ولو حبلت فإن كان الواطئ هو الابن عتق الولد قهراً مطلقاً،
وإن كان الأب لم ينعثق (٣) إلا إذا كان أنثى. نعم يجب (٤) على الأب فكه
إن كان ذكراً.

(مسألة): لا يجوز نكاح بنت الأخ (٥) أو الأخت على العممة والخالة
إلا بإذنهما، من غير فرق بين الدوام والانتقاع، ولا بين علم العممة
والخالة وجهلها، ويجوز العكس وإن كانت العممة والخالة جاهلتين
بالحال على الأقوى (٦).

(مسألة): الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين (٧) والكبيرتين

-
- (١) وهو الأقوى. (الإصفهاني).
(٢) بل الظاهر ثبوت الحد عليه ويظهر من المسالك في المسألة الرابعة من حد
السارق المفروغية عن ترتب حد الزاني على الأب لو زنى بجارية الابن.
(الخوئي).
* كما لا يوماً إليه في الجواهر فراجع. (آقا ضياء).
* لا إشكال فيه. (النائيني).
(٣) الظاهر هو الانعتاق كما صرح به في المسألة الثامنة في فصل نكاح العبيد
والإماء. (الخوئي).
(٤) يحتاج إلى المراجعة. (الإمام الخميني).
(٥) بنت أخ الزوجة أو أختها. (الفيروزآبادي).
(٦) هذه الصورة محل تأمل وإشكال وكذا صورة الاقتران. (البروجردي).
(٧) من بنت الأخ أو الأخت والعممة والخالة. (الفيروزآبادي).
* في كفاية إجازة الولي في العممة والخالة الصغيرتين إشكال فالأحوط ترك

والمختلفتين، ولا بين اطلاع العمّة والخالة على ذلك وعدم اطلاعهما أبداً، ولا بين كون مدة الانقطاع قصيرة ولو ساعة أو طويلة، على إشكال (١) في بعض هذه الصورة، لإمكان دعوى انصراف الأخبار (٢). (مسألة): الظاهر (٣) أن حكم اقتران العقدين حكم سبق العمّة والخالة.

(مسألة): لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين.
(مسألة): لا فرق في العمّة والخالة بين الدنيا منهما والعليا.
(مسألة): في كفاية الرضا الباطني منهما من دون إظهاره (٤) وعدمها، وكون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلاً وجهان (٥).

-
- العقد ولو مع إجازة الولي. (الكلبيكاني).
(١) لكن الأقوى هو التعميم. (البروجردى).
* أقواه التعميم. (الشيرازي).
* الأقوى التعميم. (الإمام الخميني).
(٢) دعوى الانصراف ممنوعة. (الكلبيكاني).
(٣) فيه إشكال بل الأشبه عكسه. (الإمام الخميني).
* لا منشأ لذلك الاستظهار نعم هذا الحكم مطابق للاحتياط. (الكلبيكاني).
* فيه تأمل لانصراف النص. (آقا ضياء).
* فيه إشكال والاحتياط لا ينبغي تركه. (الخوئي).
(٤) على الوجه الظاهر المتعارف. (الفيروزآبادي).
(٥) أوجههما الأول لظهور النص في كفاية الرضا. (آقا ضياء).
* أحوطهما الثاني. (الشيرازي).
* الأحوط الثاني. (الإمام الخميني).
* أوجههما الكفاية. (الفيروزآبادي).
* أقواهما الأول في صورة العلم بالرضا وأحوطهما الثاني. (الكلبيكاني).

(مسألة): إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الإذن السابق.

(مسألة): إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثر في البطلان (١).

(مسألة): الظاهر كفاية إذنهما وإن كان عن غرور، بأن وعدها أن

يعطيها شيئاً فرضيت ثم لم يف بوعده، سواء كان بانياً على الوفاء حين

العقد أم لا (٢) نعم لو قيدت الإذن بإعطاء شيء فتزوج ثم لم يعط (٣)

كشفت عن بطلان الإذن (٤) والعقد وإن كان حين العقد بانياً على العمل به.

(مسألة): الظاهر (٥) أن اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعي،

لا أن يكون لحق منهما فلا يسقط بالإسقاط (٦).

(مسألة): إذا اشترط في عقد العمدة أو الخالة إذنهما في تزويج بنت

الأخ أو الأخت ثم لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط لم يصح

* والأوجه هو الأول. (الخوئي).

(١) أي لا يبطل العقد الواقع بعد صحته. (الفيروزآبادي).

(٢) مع العزم على عدم الوفاء لا يخلو من إشكال. (البروجردي).

(٣) التعميم باطل فلا حاجة إلى الاستدراك لأن الرضا في صورة وعد الإعطاء

مقيد لا مطلق. (الفيروزآبادي).

(٤) لا يتصف الإذن بالصحة والبطلان فإنه إما موجود أو معدوم ولعله يريد بذلك

عدم تحققه باعتبار عدم تحقق المعلق عليه. (الخوئي).

(٥) منشأ الاستظهار غير معلوم نعم مقتضى الاستصحاب عدم التأثير

لا الإسقاط. (الكلبيكاني).

* فيه إشكال. (الشيرازي).

(٦) فإن أسقطنا ثم أظهرنا عدم الرضا لا يصح عقدهما. (الفيروزآبادي).

العقد على إحدى البنيتين، وهل له إجبارهما في الإذن؟ وجهان (١) نعم إذا اشترط عليهما (٢) في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنة الأخ أو الأخت فالظاهر الصحة (٣) وإن أظهرتا الكراهة بعد هذا. (مسألة): إذا تزوجهما من غير إذن ثم أجازتا صح على الأقوى (٤).

(١) مع دخل الرضا الباطني بنحو الحكمة في صحة العقد لا يتصور فيه إجبارهما عليه. (آقا ضياء).

* لا ينفع الإجبار. (الفيروزآبادي).

* لو كان المعتبر الإذن الكاشف عن الرضا كما هو الظاهر فلا يتحقق بالإجبار. (الكلبيايگاني).

* الظاهر هو جواز الإجبار إلا أنه لا يجدي فإن الموضوع لصحة العقد على بنت الأخ أو الأخت رضا العممة أو الخالة وهو لا يتحقق به. (الخوئي).

(٢) في صحة هذا الشرط نظر لأنه بإطلاقه خلاف السنة الدالة على اعتبار رضاهما بالتزويج وتوهم انصرافه إلى صورة عدم الشرط فاسد بعد اقتضاء العنوانين دخل رضاهما في صحة العقد المزبور. (آقا ضياء).

* فيه إشكال. (الشيرازي).

(٣) الظاهر أن الشرط المذكور إن لم يقيد بالرضا ولا بعدمه يكون بمنزلة الإذن فيصح العقد ما لم تظهر الكراهة. (الكلبيايگاني).

* بل الظاهر الفساد. (البروجردي، الخوئي).

* لو رجع الشرط إلى سقوط إذنه فالظاهر بطلان الشرط. (الإمام الخميني).

تزوجهما. (الفيروزآبادي).

(٤) لكن الأحوط عدم الاكتفاء به. (الكلبيايگاني).

(مسألة): إذا تزوج العممة وابنة الأخ وشك في سبق عقد العممة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحة، وكذا إذا شك في السبق والاقتران بناء على البطلان مع الاقتران.

(مسألة): إذا ادعت العممة أو الخالة عدم الإذن، وادعى هو الإذن منهما قدم قولهما. وإذا كانت الدعوى بين العممة وابنة الأخ - مثلا - في الإذن وعدمه فكذلك قدم قول العممة.

(مسألة): إذا تزوج ابنة الأخ أو الأخت وشك (١) في أنه هل كان عن إذن من العممة والخالة أو لا؟ حمل فعله على الصحة.

(مسألة): إذا حصل بنتية الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم على وجه (٢).

(مسألة): إذا طلق العممة أو الخالة طلاقا رجعيا لم يجز تزويج أحد البنتين إلا بعد خروجهما عن العدة، ولو كان الطلاق بائنا جاز من حينه.

(مسألة): إذا طلق أحدهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت، لأن طلاق الخلع بائن. وإن رجعت في البذل لم يبطل العقد.

(مسألة): هل يجري الحكم في المملوكتين والمختلفتين؟ وجهان أقواهما عدم (٣).

(مسألة): الزنا الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة إذا كان

(١) سواء حصل الشك منه أو من الغير. (الفيروزآبادي).

(٢) فيه تأمل. (الإمام الخميني).

* لا يخلو عن قوة. (الشيرازي).

(٣) إن كانت العممة أو الخالة حرة وبنت الأخ أو الأخت مملوكة تجري الأحكام ظاهرا. (الفيروزآبادي).

بعد الوطء، بل قبله أيضا (١) على الأقوى (٢). فلو تزوج امرأة ثم زنى بأمرها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته. وكذا لو زنى الأب بامرأة الابن لم تحرم على الابن. وكذا لو زنى الابن بامرأة الأب لا تحرم على أبيه. وكذا الحال في اللواط الطارئ على التزويج، فلو تزوج امرأة وواط بأخيها أو أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته، إلا أن الاحتياط فيه لا يترك (٣). وأما إذا كان الزنا سابقا على التزويج، فإن كان بالعمة أو الخالة يوجب حرمة بنتيهما (٤) وإن كان بغيرهما ففيه خلاف. والأحوط التحريم، بل لعله لا يخلو عن قوة (٥). وكذا الكلام في الوطء

(١) فيه إشكال ولا يترك الاحتياط ولو من جهة وجود مقيدات وإن قيل بضعفها سندا. (آقا ضياء).

* لا يترك الاحتياط فيما إذا كان الزنا قبل الوطء وكذا في اللواط الطارئ قبل الوطء. (الكلبيگاني).

(٢) ينبغي في هذه الصورة رعاية الاحتياط. (البروجردي).

* فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

* لا يترك الاحتياط بالطلاق. (الحائري).

(٣) يجوز تركه. (الفيروزآبادي).

* إذا كان اللواط قبل الوطء وأما إذا كان بعد الوطء فالأقوى عدم وجوب مراعاته. (الكلبيگاني).

* تقدم ما هو الأقوى في ذلك. (النائيني).

* لا ينبغي تركه. (الإمام الخميني).

* لا بأس بتركه في غير ما إذا أراد التزويج بها ثانيا. (الخوئي).

(٤) على الأحوال في بنت العمة. (الخوئي).

(٥) القوة محل منع وكذا في الوطء بالشبهة. (البروجردي).

بالشبهة، فإنه إن كان طارئاً لا يوجب الحرمة، وإن كان سابقاً على التزويج أو جيبها (١).

(مسألة): إذا زنى بمملوكة أبيه، فإن كان قبل أن يطأها الأب حرمت على الأب (٢) وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم. وكذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكة ابنه.

(مسألة): لا فرق في الحكم بين الزنا في القبل أو الدبر.

(مسألة): إذا شك في تحقق الزنا وعدمه بنى على العدم. وإذا شك في كونه سابقاً أو لا، بنى على كونه لاحقاً (٣).

(مسألة): إذا علم أنه زنى بأحد الإمرأتين ولم يدر أيتهما هي؟ وجب عليه الاحتياط إذا كان لكل منهما أم أو بنت. وأما إذا لم يكن لإحدهما أم ولا بنت فالظاهر جواز نكاح الأم أو البنت من الأخرى (٤).
(مسألة): لا فرق في الزنا بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً، ولا بين كونه في حال النوم (٥) أو اليقظة، ولا بين كون الزاني

* في القوة إشكال وكذا في الوطاء بالشبهة. (الإمام الخميني).

* في القوة إشكال بل منع. (الخوئي).

(١) فيه إشكال بل منع. (الخوئي).

(٢) للأخبار المقيدة بعموم العلة بأن الحلال لا يحرمه الحرام وعملهم بها في المقام يكشف عن اعتبارها وهو الفارق بين المقام والمقام السابق. (آقا ضياء).

* فيه إشكال بل منع. (الخوئي).

(٣) لأصالة الصحة لا للاستصحاب كي يشكل في إطلاقه. (آقا ضياء).

(٤) للاستصحاب فيهما بلا معارض. (آقا ضياء).

* هذا إذا كانت المرأة زانية لا مشتبهة. (الإمام الخميني).

(٥) الظاهر عدم شمول الحكم لما إذا كان الواطئ نائماً وذلك لاعتبار الاختيار

بالغا أو غير بالغ وكذا المزني بها. بل لو أدخلت الامرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة على إشكال (١). بل لو زنى بالميتة فكذلك على إشكال أيضا. وأشكل من ذلك لو أدخلت ذكر الميت المتصل. وأما لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

(مسألة): إذا كان الزنا لاحقا فطلقت الزوجة رجعيا ثم رجع الزوج في أثناء العدة لم يعد سابقا حتى ينشر الحرمة، لأن الرجوع إعادة الزوجية الأولى (٢). وأما إذا نكحها بعد الخروج عن العدة، أو طلقت بائنا فنكحها بعقد جديد، ففي صحة النكاح وعدمها وجهان (٣): من أن الزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة لكونه لاحقا فلا أثر له (٤) بعد هذا أيضا، ومن أنه سابق بالنسبة إلى هذا العقد الجديد والأحوط النشر (٥).

(مسألة): إذا زوجه رجل امرأة فضولا فزنى بأمرها أو بنتها ثم أجاز العقد، فإن قلنا بالكشف الحقيقي كان الزنا لاحقا. وإن قلنا بالكشف

في مفهوم الزنا. (الخوئي).

(١) كل ذلك لشبهة الانصراف في الأدلة إلى غيرها ولا يترك الاحتياط فيها. (آقا ضياء).

* ضعيف جدا وكذا الحال فيما بعده. (الخوئي).

(٤) وهو الأوجه. (الفيروزآبادي).

(٥) بل الأقوى لصدق سبقه على العقد الجديد. (آقا ضياء).

الحكمي (١) أو النقل كان سابقا (٢).
(مسألة): إذا كان للأب مملوكة منظورة، أو ملموسة له بشهوة
حرمت على ابنه (٣). وكذا العكس على الأقوى فيهما، بخلاف ما إذا
كان النظر أو اللمس بغير شهوة، كما إذا كان للاختبار (٤) أو للطبابة،
أو كان اتفاقيا، بل وإن أوجب شهوة أيضا. نعم لو لمسها لإثارة
الشهوة - كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوة -
فالظاهر النشر.

(مسألة): لا تحرم أم المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس
والناظر على الأقوى. وإن كان الأحوط الاجتناب، كما أن الأحوط
اجتناب الربيبة الملموسة أو المنظورة أمها، وإن كان الأقوى عدمه.
بل قد يقال: إن اللمس والنظر يقومان مقام الوطء في كل مورد يكون
الوطء ناشرا للحرمة، فتحرم الأجنبية الملموسة أو المنظورة شبهة
أو حراما على الأب والابن، وتحرم أمها وبناتها حرة كانت أو أمة.
وهو وإن كان أحوط، إلا أن الأقوى خلافه. وعلى ما ذكر فتنحصر
الحرمة في مملوكة كل من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسة

-
- (١) فيه تأمل. (الإمام الخميني).
(٢) الحكم بسبق الزنا مخالف للكشف الحكمي لأن مقتضاه الحكم بسبق
الزوجية لكن لا يترك الاحتياط. (الكلبيكاني).
(٣) تقدم الكلام فيه فراجع. (آقا ضياء).
(٤) مر الكلام فيه. (الإمام الخميني).
* لا يترك الاحتياط فيما إذا تعمد النظر إلى الفرج ولو للاختبار.
(الكلبيكاني).

أو منظورة بشهوة.
(مسألة): في إيجاب النظر أو اللمس إلى الوجه والكفين إذا كان بشهوة نظر، والأقوى العدم (١) وإن كان هو أحوط (٢).
(مسألة): لا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح دواما أو متعة، سواء كانتا نسبيتين أو رضاعيتين (٣) أو [مختلفتين] (٤).

-
- (١) في النظر لا اللمس. (البروجردى).
(٢) لا يترك في اللمس بشهوة. (الإمام الخميني).
* لا يترك في خصوص اللمس. (الشيرازي).
* لا يترك الاحتياط في اللمس. (الخوئي).
* لا يترك في اللمس. (الكلبايگاني).
(٣) في بعض الكتب الغير المصححة كتبت بعد الرضاعيتين كلمة " أو مختلفتين " لكن في النسخة التي عندي لم تكن تلك الكلمة وهي مصححة في عصر المصنف (قدس سره). (الكلبايگاني).
(٤) أي مختلفي الانتساب إلى أبيهما أو أمهما الذي هو الملاك لكونهما أختين. (البروجردى).
* كرضيعة من لبن فحل مع بنته النسبية التي لم ترتضع من لبنه فهما أختان مختلفتا الانتساب لم تحصل أختيهما بالرضاعة ولا بالنسب بل بهما على الاختلاف. (الإمام الخميني).
* يريد بذلك ما إذا كانت الأختية بين المرأتين ناشئة من ولادة إحداهما وارتضاع الأخرى. (الخوئي).
* تصور المختلفتين في الأختين مشكل بل غير ممكن وقد راجعناه (قدس سره) فألغاه في الطبعة الثانية أما في الثالثة وما زاد فواضح. (كاشف الغطاء).

وكذا لا يجوز (١) الجمع بينهما في الملك مع وطئهما. وأما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطء فلا مانع منه. وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطاء بأن لم يطأهما أو وطئ إحداهما واستمتع بالأخرى بما دون الوطاء؟ فيه نظر، مقتضى بعض النصوص (٢) الجواز. وهو الأقوى (٣) لكن الأحوط العدم.

(مسألة): لو تزوج بإحدى الأختين وتملك الأخرى (٤) لا يجوز له وطء المملوكة إلا بعد طلاق المزوجة، وخروجها عن العدة إن كانت رجعية. فلو وطئها قبل ذلك فعل حراما، لكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك ولا يحد حد الزنا بوطء المملوكة، بل يعزر فيكون حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض.

(مسألة): لو وطئ إحدى الأختين بالملك ثم تزوج الأخرى فالأظهر بطلان التزويج (٥) وقد يقال (٦) بصحته وحرمة وطء الأولى،

-
- (١) ما لا يجوز هو وطئهما بالملك لا جمعهما فيه مع وطئهما. (الإمام الخميني).
 - (٢) النص الوارد في المقام ضعيف جدا. (الخوئي).
 - (٣) في القوة إشكال بل منع. (الخوئي).
 - (٤) بعد التزويج بأختها. (الفيروزآبادي).
 - (٥) ولو للأصل بعد حرمة الجمع بينهما. (آقا ضياء).
 - * محل تأمل. (الإمام الخميني).
 - * لا دليل عليه والنهي عن الجمع لا يقتضي البطلان بل بمقتضى الأخبار الممنوع الجمع في الوطاء ويمكن الاجتناب عنه بترك الأولى والاعتزال عنها أو بيعها أو هبتها ولو لابنه وولده. (الفيروزآبادي).
 - * البطلان ليس بواضح. (البروجردي).

إلا بعد طلاق الثانية.

(مسألة): لو تزوج بإحدى الأختين ثم تزوج بالأخرى بطل عقد الثانية، سواء كان بعد وطء الأولى أو قبله. ولا يحرم بذلك وطء الأولى وإن كان قد دخل بالثانية. نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الأولى يكره له وطء الأولى قبل خروج الثانية عن العدة، بل قيل (١) يحرم، للنص الصحيح. وهو الأحوط (٢).

(مسألة): لو تزوج بالأختين ولم يعلم السابق واللاحق، فإن علم تاريخ أحد العقدین حكم بصحته (٣) دون المجهول، وإن جهل تاريخهما (٤) حرم عليه وطؤهما، وكذا وطء إحداهما إلا بعد طلاقهما

* فيه إشكال. (الخوئي).

(٦) لوجوه ضعيفة لا تصلح لرفع اليد بها عن الأصل المتيقن. (آقا ضياء).
* الأظهر صحته وحرمة وطء الثانية ما دامت الأولى في ملكه. (الشيرازي).
* مستندها غير واضح بل مقتضى الاستصحاب حلية وطء الأولى وحرمة وطء الثانية ولو على فرض صحة النكاح بعد العلم بحرمة الجمع في الوطاء وعدم معين لإحداهما. (الكلبایگانی).

(١) والقائل الشيخ (قدس سره) ولكن حمله جماعة على الكراهة لضعف سندها والمسألة لمخالفة الشيخ والنصوص لا تخلو عن إشكال لا يترك الاحتياط فيه. (آقا ضياء).

(٢) لا يترك. (البروجردی، الإمام الخميني، الكلبيگانی).

* لا يترك بل هو الأظهر. (الخوئي).

* لا يترك الاحتياط. (الحائري).

(٣) فيه إشكال بل منع وذلك لما بنينا عليه من معارضة الاستصحابيين في أمثال المقام. (الخوئي).

(٤) مع العلم بعدم الاقتران وعدمه. (الفيروزآبادي).

أو طلاق الزوجة الواقعية منهما (١) ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى عن العدة إن كان دخل بها أو بهما. وهل يجبر على هذا الطلاق (٢) دفعا لضرر الصبر (٣) عليهما؟ لا يبعد ذلك (٤) لقوله تعالى * (فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان) * (٥). وربما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه، وعدم إجباره، وأنه يعين بالقرعة (٦). وقد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما. ثم مقتضى العلم الإجمالي بكون إحدهما زوجة

-
- (١) على إشكال في ذلك. (الإصفهاني).
- (٢) نعم يجبر عليه فإن لم يطلق طلقهما الحاكم الشرعي قهرا عليه وله أن يتزوج بمن يشاء منهما. (كاشف الغطاء).
- (٣) بل فرارا عن ترك الواجب المبتلى به حيث يعلم إجمالا بوجوب الاضطجاع عليه في كل أربعة ليال ووجوب الوطء في كل أربعة أشهر ولا يتمكن من أداء الواجب ولا للتخلص منه إلا بالطلاق. (الكلبيكاني).
- (٤) فيه تأمل ولا يبعد التعيين بالقرعة. (الشيرازي).
- * الأقرب هو الرجوع إلى القرعة في تعيين السابق منهما فتسقط الاحتمالات اللاحقة وكذا الحال في الرجوع إلى القرعة في نظائر المقام إلا بعض الموارد النادرة مما خرج عنها بالنص فحينئذ تستعمل بالنسبة إلى المهر لو طلقها وما هو المعروف بين المتأخرين من الإشكال في أدلة القرعة قد فرغنا عن جوابه في محله وأنه مما لا أساس له وأما الآية الشريفة التي تمسك بها في المتن فهي غير مربوطة بالمسألة وإن تمسك بها العلامة أيضا. (الإمام الخميني).
- * لا دليل عليه والآية الكريمة على ما فسرت راجعة إلى النفقة فإذا انتهى الأمر إلى القرعة. (الخوئي).
- (٥) لم يظهر لي وجه الاستدلال بالآية الشريفة وإن كان المدعى لا يخلو من وجه. (البروجردي).
- (٦) وهو الأظهر. (الفيروزآبادي).

وجوب الإنفاق عليهما ما لم يطلق. ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر (١) لكل منهما، وإن كان بعد الدخول فتمامه. لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب (٢) عليه إلا نصف المهر لهما، فلكل منهما الربع في صورة عدم الدخول، وتمام أحد المهرين (٣) لهما في صورة الدخول (٤). والمسألة محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالي في الماليات. (مسألة): لو اقترن عقد الأختين، بأن تزوجهما بصيغة واحدة، أو عقد على إحداهما ووكيله على الأخرى في زمان واحد بطلا معا. وربما يقال بكونه مخيرا (٥) في اختيار أيهما شاء، لرواية محمولة على

-
- (١) ولكن يحرم على كل منهما التصرف فيه فطريق الاحتياط إنما هو بتمليكه إياه على تقدير عدم الاستحقاق. (آقا ضياء).
- (٢) هذا لا يخلو من وجه لكن بمعنى أن تعطى كل واحدة منهما نصف ما سمي لها من المهر أو رבעه لا أن يقسم نصف مجموع المهرين أو رבעه بينهما بل لا يبعد أحد المهرين مهر المثل والآخر مهر المسمى وتعيين ذلك إنما هو بالقرعة وكذا الحال في فرض عدم الدخول فإن نصف المهر يتعين بالقرعة. (الخوئي).
- (٥) لا تبعد صحة هذا القول فإن الرواية صحيحة وظاهرة الدلالة وقد عمل بها جماعة من الأصحاب فلا وجه لحملها على خلاف ظاهرها هذا في الصورة الأولى وأما الصورة الثانية فلا تبعد صحة عقد نفسه فيها وبما ذكرنا يظهر ما في الحكم بطلانها في فرض الشك في السبق والاقتران وعليه فإن كان محتمل السبق عقد إحداهما معينة فيؤخذ به وإن كانت غير معينة فالمرجع هو القرعة لتعيين السبق والاقتران. (الخوئي).

التخيير (١) بعقد جديد (٢). ولو تزوجهما وشك في السبق (٣) والاقتران حكم يبطلانهما أيضا (٤).

(مسألة): لو كان عنده أختان مملوكتان فوطئ إحداهما حرمت عليه الأخرى حتى تموت الأولى، أو يخرجها عن ملكه ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما ولو بأن يهبهما من ولده. والظاهر كفاية (٥) التملك الذي له فيه الخيار وإن كان الأحوط اعتبار لزومه. ولا يكفي على الأقوى (٦) ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية - كالتزويج للغير والرهن والكتابة ونذر عدم المقاربة ونحوها - ولو وطئها من غير إخراج للأولى لم يكن زنا (٧) فلا يحد، ويلحق به الولد. نعم يعزر.

-
- (١) لا مانع من العمل بظاهرها وتحمل على صحة عقد كل منهما مراعاة بفراق الأخرى. (كاشف الغطاء).
- (٢) ومع ذلك الأحوط اختيار إحداهما ثم الطلاق إذا أراد التسريح والعقد الجديد إذا أراد الإمساك. (الكلبياني).
- (٣) في إطلاقه تأمل لأنه بعد تعارض أصالتي الصحة يرجع إلى الاستصحاب ويجري فيه التفصيل في السبق والحق. (آقا ضياء).
- * مع الجهل بتاريخهما. (الإمام الخميني).
- (٤) إن لم يكن تاريخ أحدهما معلوما وإلا فيحكم بصحة معلوم التاريخ. (الشيرازي).
- (٥) مشكل. (البروجردي).
- (٦) لنص ابن سنان المعلق فيه الجواز بالخروج عن الملكية. (آقا ضياء).
- (٧) المسألة محل إشكال لأن الجمع بين الأختين المملوكتين بالوطء إذا كان حراما فيكون وطء أخت المملوكة الموطوءة نظير وطء أمها ولا أظن أحدا أن لا يحكم بأنه زنا ولكن مع ذلك الحدود تدرأ بالشبهات. (الكلبياني).

(مسألة): إذا وطئ الثانية بعد وطء الأولى حرمتا (١) عليه مع علمه بالموضوع والحكم. وحينئذ فإن أخرج الأولى عن ملكه حلت الثانية مطلقا وإن كان ذلك بقصد الرجوع إليها، وإن أخرج الثانية عن ملكه يشترط في حلية الأولى أن يكون إخراجها لها لا بقصد الرجوع إلى الأولى، وإلا لم تحل. وأما في صورة الجهل بالحرمة موضوعا أو حكما فلا يبعد بقاء الأولى على حليتها والثانية على حرمتها، وإن كان الأحوط عدم حلية الأولى إلا بإخراج الثانية ولو كان بقصد الرجوع إلى الأولى، وأحوط من ذلك كونها كصورة العلم.

(مسألة): لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا فالأحوط لحقوق الحكم، من حرمة الجمع بينهما في النكاح والوطء إذا كانتا مملوكتين.

(مسألة): إذا تزوج بإحدى الأختين ثم طلقها طلاقا رجعيا لا يجوز له نكاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن العدة، وأما إذا كان بائنا - بأن كان قبل الدخول، أو ثالثا، أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب، أو بالخلع، أو المبراة - جاز له نكاح الأخرى. والظاهر عدم صحة رجوع الزوجة في البذل بعد تزويج أختها، كما سيأتي في باب الخلع إن شاء الله. نعم لو كان عنده إحدى الأختين بعقد الانقطاع وانقضت المدة لا يجوز له على الأحوط (٢) نكاح أختها في عدتها وإن

(١) لعموم حرمة الجمع بين الأختين المخصوص في الإماء بوطنها وعدم الجمع يقتضي تحريم الثانية بعد وطء الأولى ومع وطئها ينطبق وطء كل واحدة مع وطء الأخرى ولا كذلك في العقد فإن العقد على الثانية لا يكون صحيحا نعم لو عقدا مرة واحدة بطل العقدان لبطلان الترجيح بلا مرجح. (آقا ضياء).

(٢) والأقوى الجواز كما هو المشهور والنص معارض بأقوى منه فهو محمول

كانت بئنة، للنص الصحيح. والظاهر أنه كذلك إذا وهب مدتها وإن كان مورد النص انقضاء المدة.

(مسألة): إذا زنى بإحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى في مدة استبراء الأولى. وكذا إذا وطئها شبهة جاز له نكاح أختها في عدتها، لأنها بئنة (١). نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العدة خصوصا (٢) في صورة كون الشبهة من طرفه والزنا من طرفها، من جهة الخبر (٣) الوارد في تدليس الأخت التي نامت في فراش أختها بعد لبسها لباسها.
(مسألة): الأقوى جواز الجمع بين فاطميتين على كراهة. وذهب جماعة من الأخبارية إلى الحرمة والبطلان بالنسبة إلى الثانية، ومنهم من قال بالحرمة دون البطلان. فالأحوط الترك. ولو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانية، أو طلاق الأولى وتجديد العقد على الثانية بعد خروج الأولى عن العدة. وإن كان الأظهر على القول بالحرمة عدم

على نوع كراهة. (الفيروزآبادي).

(١) ولكن الأحوط ترك الوطء حتى تنقضي عدة الموطوءة بشبهة. (الحائري).

(٢) لم يظهر وجه للخصوصية. (الخوئي).

(٣) وإن كان منطوقه النهي عن وطء الزوجة بعد وطء أختها لشبهة حتى تنقضي عدتها لكن الظاهر عدم الفرق بينه وبين نكاح أخت الموطوءة كما أنه لا فرق بين كون الموطوءة زانية أو مشتبهة. (البروجردي).

* الخبر صحيح ومثله صحيح زرارة بن أعين في الدلالة على هذا الحكم وإن كان مورده غير صورة التدليس. (الخوئي).

* هو صحيحة بريد العجلي وهو غير مربوطة بالمقام بل يمكن دعوى إشعارها بخلاف ما ذكره نعم الأحوط ترك وطء الأخت التي هي زوجته مع وطء أختها المدلسة للصحيحة. (الإمام الخميني).

البطلان، لأنها تكليفية فلا تدل على الفساد. ثم الظاهر عدم الفرق في الحرمة أو الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطميا أو لا (١). كما أن الظاهر اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطمية من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجري في المنتسب إليها - صلوات الله عليها - من طرف الأم، خصوصا إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدات العاليات. وكيف كان فالأقوى عدم الحرمة وإن كان النص الوارد في المنع صحيحا (٢) على ما رواه الصدوق في العلل بإسناده عن حماد قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا يحل لأحد أن يجمع بين ثنتين من ولد فاطمة (عليها السلام) إن ذلك يبلغها فيشق عليها قلت: يبلغها؟ قال (عليه السلام) إي والله. وذلك لإعراض المشهور عنه (٣) مع أن تعليقه ظاهر في الكراهة، إذ لا نسلم أن مطلق كون ذلك شاقا عليها إيداء لها، حتى يدخل في قوله (صلى الله عليه وآله) من آذاها فقد آذاني.

(مسألة): الأحوط ترك تزويج الأمة (٤) دواما مع عدم الشرطين: من عدم التمكن من المهر للحررة، وخوف العنت - بمعنى المشقة أو الوقوع

-
- (١) بل الظاهر اختصاص المنع بالثاني. (الإصفهاني).
- (٢) النص غير صحيح لأن في سنده محمد بن علي ماجيلويه وهو لم يوثق ومجرد كونه شيخا للصدوق لا يدل على وثاقته وعليه فالحكم بالكراهة مبني على قاعدة التسامح. (الخوئي).
- (٣) إعراض المشهور لا يسقط الصحيح عن الاعتبار على ما حققناه في محله والتعليل غير ظاهر في الكراهة فلا مناص عن القول بالحرمة نعم الحرمة تكليفية لا وضعية كما يظهر بالتأمل. (الخوئي).
- (٤) عدم الابتلاء بهذه المسألة وما بعدها من المسائل الراجعة إلى أحكام العبيد والإماء أغنانا عن التعرض لها. (الخوئي).

في الزنا - بل الأحوط (١) تركه متعة أيضا وإن كان القول بالجواز فيها غير بعيد (٢). وأما مع الشرطين فلا إشكال في الجواز، لقوله تعالى "ومن لم يستطع" إلى آخر الآية، ومع ذلك الصبر أفضل في صورة عدم خوف الوقوع في الزنا. كما لا إشكال في جواز وطئها بالملك، بل وكذا بالتحليل. ولا فرق بين القن وغيره، نعم الظاهر جوازه في المبعوضة (٣) لعدم صدق الأمة عليها وإن لم يصدق الحررة أيضا.

(مسألة): لو تزوجها مع عدم الشرطين فالأحوط طلاقها. ولو حصل بعد التزويج جدد نكاحها إن أراد على الأحوط.

(مسألة): لو تحقق الشرطان فتزوجها ثم زالا، أو زال أحدهما لم يبطل، ولا يجب الطلاق.

(مسألة): لو لم يجد الطول أو خاف (٤) العنت ولكن أمكنه الوطء بالتحليل أو بملك اليمين يشكل جواز التزويج.

(مسألة): إذا تمكن من تزويج حرة لا يقدر على مقاربتها لمرض، أو رتق، أو قرن، أو صغر، أو نحو ذلك فكما لم يتمكن. وكذا لو كانت

-
- (١) لا يترك. (الإمام الخميني).
- (٢) مستند التفصيل بين المتعة والدوام غير معلوم. (الكلبياني).
- * فيه إشكال بل منع. (الخوئي).
- (٣) محل إشكال. (البروجردي).
- * فيه تأمل. (الإمام الخميني).
- * بل الظاهر أن المبعوضة في حكم الأمة من جهة مملوكية بعضها. (الكلبياني).
- (٤) الظاهر أن كلمة "أو" اشتباه من الناسخ والصحيح وخاف لكن مع التمكن من وطء الأمة بالملك أو التحليل ينتفي موضوع خوف العنت. (الكلبياني).

عنده واحدة (١) من هذه، أو كانت زوجته الحرة غائبة.
(مسألة): إذا لم تكفه في صورة تحقق الشرطين أمة واحدة يجوز
الاثنين، أما الأزيد فلا يجوز كما سيأتي.
(مسألة): إذا كان قادرا على مهر الحرة لكنها تريد أزيد من مهر
أمثالها بمقدار يعد ضررا عليه (٢) فكصورة عدم القدرة (٣) لقاعدة نفي
الضرر (٤) نظير سائر المقامات، كمسألة وجوب الحج إذا كان مستطيعا
ولكن يتوقف تحصيل الزاد والراحلة على بيع بعض أملاكه بأقل من
ثمن المثل، أو على شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل، فإن الظاهر
سقوط الوجوب وإن كان قادرا على ذلك. والأحوط في الجميع (٥)

(١) لكن يعتبر حينئذ في نكاحها مع الشرطين إذن الحرة أيضا. (البروجردى).
(٢) بل حرجا عليه وكذا في أمثال المقام وأما قاعدة الضرر ففيها إشكال.
(الإمام الخميني).

(٣) فيه إشكال. (الشيرازي).

* فيه منع فإن قاعدة نفي الضرر إنما توجب نفي الإلزام لا صحة العقد، والعبرة
في عدم جواز العقد على الأمة إنما هي القدرة على عقد الحرة وهي موجودة
هنا. (الحوثي).

(٤) قاعدة نفي الضرر تقتضي عدم وجوب نكاح الحرة إذا كان ضرريا لكن
لا يقتضي جواز عقد الأمة مع التمكن من مهر الحرة نعم إذا كان بحيث يصدق
عليه أنه لا يتمكن ولا يستطيع فيتحقق الشرط. (الكلبايگاني).
(٥) لا يترك الاحتياط. (الحائري).

* لشبهة جريان العلة في باب الوضوء في أمثال المقام فيكون تمام المدار فيها
على عموم نفي الحرج ومن هذه ربما مال المصنف (رحمه الله) في باب الاستطاعة على
كون المدار على الضرر المجحف بحاله فراجع ولكن في عموم العلة نظر

اعتبار كون الزيادة مما يضر بحاله (١) لا مطلقا.

فصل

الأقوى جواز نكاح الأمة على الحرية مع إذنها (٢). والأحوط اعتبار الشرطين: من عدم الطول، وخوف العنت. وأما مع عدم إذنها فلا يجوز وإن قلنا في المسألة المتقدمة بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين، بل هو باطل. نعم لو أجازت بعد العقد صح على الأقوى (٣) بشرط تحقق الشرطين على الأحوال. ولا فرق في المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين، بل الأقوى عدم الفرق بين إمكان وطء الحرية وعدمه لمرض أو قرن أو رتق إلا مع عدم الشرطين (٤). نعم لا يبعد الجواز (٥) إذا لم تكن الحرية قابلة للإذن لصغر أو جنون خصوصا إذا كان عقدها انقطاعيا. ولكن الأحوال مع ذلك المنع (٦). وأما العكس وهو

والمسألة حينئذ محل النظر ولا يترك الاحتياط في أمثال المقام. (آقا ضياء).
* لا يترك. (الإصفهاني).

(١) بحيث يكون نكاحها لتوقفه عليه مما لا يستطاع عرفا. (البروجردي).

(٢) في كون الإذن مجوزا إشكال فضلا عن الإجازة اللاحقة. (الحائري).

(٣) لا يخلو عن إشكال. (البروجردي).

* مشكل فلا يترك الاحتياط بتجديد العقد عند إرادة الإمساك والطلاق عند

إرادة التسريح. (الكلبيكاني).

(٤) الظاهر أن كلمة "إلا" هنا زائدة. (الكلبيكاني).

(٥) مشكل فلا يترك الاحتياط. (الكلبيكاني).

(٦) لا يترك جدا لشبهة إطلاقات الباب وعدم الانصراف فيها كما في الجواهر

فراجع. (آقا ضياء).

* بل لا يخلو من قوة. (البروجردي).

نكاح الحرة على الأمة فهو جائز ولازم إذا كانت الحرة عالمة بالحال،
وأما مع جهلها فالأقوى خيارها في بقائها مع الأمة وفسخها ورجوعها
إلى أهلها. والأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال، فعلى هذا لو أخفى
عليها ذلك أبدا لم يفعل محرما.

(مسألة): لو نكح الحرة والأمة في عقد واحد مع علم الحرة صح،
ومع جهلها صح بالنسبة إليها وبطل (١) بالنسبة إلى الأمة إلا مع إجازتها (٢).
وكذا الحال لو تزوجهما بعقدين في زمان واحد على الأقوى.
(مسألة): لا إشكال في جواز نكاح المبعضة (٣) على المبعضة. وأما
على الحرة ففيه إشكال (٤) وإن كان لا يبعد جوازه (٥) لأن الممنوع نكاح
الأمة على الحرة، ولا يصدق الأمة على المبعضة وإن كان لا يصدق أنها
حرة أيضا.
(مسألة): إذا تزوج الأمة على الحرة فماتت الحرة، أو طلقها، أو

(١) في بطلانه تأمل فلا يترك الاحتياط وكذا في كفاية الإجازة كما مر.
(الكلبيايگاني).

(٢) لا يخلو من اشكال كما مر. (البروجردي).

(٣) قد مر أن المبعضة في حكم الأمة من جهة مملوكية بعضها فنفي الإشكال عن
نكاح كل منهما على الآخر غير موجه ولا أقل من أنه خلاف الاحتياط ومنع
الصدق حقيقة محل منع. (الكلبيايگاني).

(٤) والاحتياط لا يترك. (النائيني).

(٥) مشكل بل عدم الجواز لا يخلو من وجه. (البروجردي).

* لا يترك الاحتياط بالتجنب. (الشيرازي).

وهب مدتها في المتعة أو انقضت لم يثمر في الصحة (١). بل لا بد من العقد على الأمة جديدا إذا أراد.

- (مسألة): إذا كان تحتها حرة فطلقها طلاقا بائنا يجوز له نكاح الأمة (٢) في عدتها، وأما إذا كان الطلاق رجعيا ففيه إشكال (٣) وإن كان لا يبعد الجواز (٤) لانصراف الأخبار (٥) عن هذه الصورة. (مسألة): إذا زوجه فضولي حرة فتزوج أمة ثم أجاز عقد الفضولي، فعلى النقل (٦) لا يكون من نكاح الأمة على الحرة فلا مانع منه (٧) وعلى الكشف (٨) مشكل (٩).
- (مسألة): إذا عقد على حرة وعقد وكيه له على أمة وشك في

-
- (١) لا يترك مراعاة الاحتياط. (الشيرازي).
(٢) مع الشرطين احتياطا وهكذا في الفروع الآتية المبينة على صحة نكاح الأمة سابقا على الحرة (آقا ضياء).
(٣) لا يترك فيه الاحتياط. (الإصفهاني).
(٤) بل عدم الجواز قوي. (البروجردي).
* بل فيه بعد. (الشيرازي).
(٥) دعوى الانصراف ممنوعة والاحتياط لا يترك. (النائيني).
* لو كان المدرك الأخبار الدالة على عدم جواز نكاح الأمة على الحرة يمكن دعوى الانصراف وأما ما دل من الأخبار والإجماع على كون المطلقة الرجعية بمنزلة الزوجة بل هي زوجة يشمل ذلك الأثر أيضا. (الكلبيكاني).
(٦) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).
(٧) وإن كان للحرة الخيار في عقد نفسها. (البروجردي).
(٨) حتى الحكمي منه وعلى النقل يكون من نكاح الحرة على الأمة. (الكلبيكاني).
* وهو المختار. (الشيرازي).
(٩) بل على النقل أيضا. (الإصفهاني).

السابق منهما لا يبعد صحتها (١) وإن لم تخبر الحرة، والأحوط (٢) طلاق الأمة مع عدم إجازة الحرة.

(مسألة): لو شرط في عقد الحرة أن تأذن في نكاح الأمة عليها صح، ولكن إذا لم تأذن لم يصح بخلاف ما إذا شرط عليها (٣) أن يكون

(١) لا وجه للحكم بصحة عقد الأمة وإن سلمنا وجود أصل محرز لها بعد العلم الإجمالي بفساده أو ثبوت الخيار للحرة في عقد نفسها فلا يترك الاحتياط بما ذكر. (البروجردى).

(٢) لا يترك. (الإصفهاني).

* قبل فسخ الحرة نكاح نفسها وأما إذا فسخت نكاح نفسها قبل طلاق الأمة ثم طلقها فالأحوط الاجتناب عن الحرة أيضا. (الشيرازي).

* كما أن الأحوال طلاق الحرة عند اختيار فسخ عقد نفسها بل لا يترك الاحتياط بطلاقهما عند عدم إجازة الحرة مطلقا اختار الفسخ أو لا مراعاة للعلم الإجمالي. (الكلبيكاني).

* هذا الاحتياط لا يترك. (النائيني).

(٣) فيه إشكال كما تقدم نظيره في العمه والخالة بعد الشك في كون ذلك من الحقوق القابلة للإسقاط واحتمال كونه من الأحكام بملاحظة اقتضاء حرية الزوجة ذلك مطلقا. (آقا ضياء).

* في صحة هذا الشرط إشكال. (الشيرازي).

* النتيجة واحدة فإن قبولها الشرط إذن إذا فالصحة أقرب. (كاشف الغطاء).

* فيه إشكال. (الإصفهاني، البروجردى).

* قد مر أن الشرط المذكور بمنزلة الإذن فيصح نكاح الأمة ما لم تظهر الكراهة. (الكلبيكاني).

* قد مر الكلام في نظير المسألة. (الفيروزآبادي).

له نكاح الأمة.

فصل

في نكاح العبيد والإماء (١)

(مسألة): أمر تزويج العبد والأمة بيد السيد، فيجوز له تزويجهما ولو من غير رضاهما أو إجبارهما على ذلك. ولا يجوز لهما العقد على نفسيهما من غير إذنه، كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك حتى لو كان لهما أب حر (٢). بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراما (٣) إذا كان ذلك بقصد ترتيب الأثر ولولا مع إجازة المولى. نعم لو كان ذلك بتوقع الإجازة منه فالظاهر عدم حرمة، لأنه ليس تصرفا في مال الغير عرفا كبيع الفضولي مال غيره. وأما عقدهما على نفسيهما (٤) من غير إذن المولى ومن غيرهما (٥) بتوقع الإجازة فقد يقال بحرمة (٦)

(١) قد أغمضنا عن هذا الفصل والفصلين التاليين مما تتعلق بالعبيد والإماء لعدم الابتلاء بهما. (الإمام الخميني).

(٢) وقد أوقع عليهما العقد وهما صغيران. (الإصفيهاني).

* وكانا صغيرين. (الكلبائيگاني).

(٣) تشريعا كما لا يخفى. (آقا ضياء).

* على الأحوط. (الكلبائيگاني).

* ليس هذا حراما شرعيا بل هو داخل في نية المعصية وهي نوع من التجري.

(الخوئي).

* بل هو حينئذ من نية الحرام والعزم على ارتكابه. (البروجردي).

(٤) هذا تكرار لما سبق في صدر المسألة ولعله إنما أعاد البيان على طوله لبيان

قضية سلب القدرة ولكن ليس حق البيان ذلك فتدبره. (كاشف الغطاء).

(٥) أي يكون تزويجهما وعقدهما بإيقاع من غير العبد والأمة عليهما كأنه عطف

لسلب قدرتهما (١) وإن لم يكونا مسلوبا العبارة، لكنه مشكل (٢) لانصراف سلب القدرة عن مثل ذلك (٣). وكذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو فضولة، فإنه ليس بحرام على الأقوى وإن قيل بكونه حراما. (مسألة): لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته فإن أجاز صح، وكذا الأمة على الأقوى. والإجازة كاشفة، ولا فرق في صحته بها بين أن يكون بتوقعها أو لا، بل على الوجه المحرم، ولا يضره النهي، لأنه متعلق بأمر خارج (٤) متحد. والظاهر اشتراط عدم الرد منه قبل الإجازة فلا تنفع الإجازة (٥) بعد الرد. وهل يشترط في تأثيرها عدم

على ضمير "هما" في قوله عقدهما. (الفيروزآبادي).

* في العبارة تشويش والمراد ظاهر فإن موضع هذه العبارة قبل سطرين يعني: بعد قوله: نعم لو كان ذلك كما يظهر وجهه بأدنى تأمل. (الخوئي).

(٦) لا وجه للقول بالحرمة أصلا فإن سلب القدرة لا يكون منشأ للحرمة وإنما يكون منشأ لعدم النفوذ. (الخوئي).

(١) التعليل لا يناسب قوله أو من غيرهما وهو ناظر إلى الأول ووجه الثاني مر قبل ذلك. (الفيروزآبادي).

(٢) إلا مع نهي المولى حيث إن مخالفته حرام تكليفا وأما نفوذه فموقوف على إجازة المولى. (الكلبيكاني).

(٣) قد تعرضنا في كتاب البيع بطلان الانصراف المزبور في أمثال المقام فراجع محله. (آقا ضياء).

(٤) التعليل ضعيف جدا والصحيح أن يقال: إنه على تقدير الحرمة فهي في المعاملات لا توجب الفساد. (الخوئي).

(٥) فيه إشكال بل منع. (الخوئي).

سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد أو لا؟
وجهان: أقواهما الثاني (١).

(مسألة): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج
فالمهر إن لم يعين في عين يكون في ذمة المولى، ويجوز أن يجعله في
ذمة العبد (٢) يتبع به بعد العتق مع رضاه. وهل له ذلك قهرا عليه؟ فيه
إشكال (٣) كما إذا استدان على أن يكون الدين في ذمة العبد من غير
رضاه. وأما لو أذن له في التزويج فإن عين كون المهر في ذمته أو في
ذمة العبد أو في عين معين تعين، وإن أطلق ففي كونه في ذمته أو ذمة
العبد مع ضمانه له وتعهد (٤) أداءه عنه أو كونه في كسب العبد (٥)

(١) فيه إشكال. (الفيروزآبادي).

* بل الأول فإن النهي قبله أشد من الرد بعده. (كاشف الغطاء).

* بل الأول. (النائيني).

(٢) جواز جعله في ذمة العبد على هذا الوجه ولو مع رضاه محل إشكال واستدانة
المولى بهذا النحو أشد إشكالا والتفصيل لا يسعه المقام. (البروجردي).

* سلطنة المولى على اشتغال ذمة العبد مستقلا بحيث يتبع به بعد العتق محل

إشكال بل منع ولو مع رضاه لأن رضاه غير مؤثر في شئ وسلطنة المولى
محدودة بحدود ملكه ولا معنى لعهد العبد إلا عهد المولى. (الكلبيايگاني).

(٣) لعدم مالكية السيد لذمة العبد التابع له بعد عتقه. (آقا ضياء).

* ولكنه الأقوى. (النائيني).

(٤) أو في ذمة العبد وكون اشتغال ذمته بشئ بإذن المولى عين اشتغال ذمة
المولى بذلك الشئ كما أن مالكيته لشئ عين مالكيته ولعل هذا أقرب الوجوه
ولا ينافيه الرواية والظاهر عدم الفرق بين الإذن والإجازة. (البروجردي).

(٥) أو في ذمة العبد يتبع به بعد عتقه فلا تعهد للمولى في أدائه ولو من ماله

وجوه (١): أقواها الأول لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه (٢)، وكون المهر عليه بعد عدم قدرة العبد على شيء وكونه كلاً على مولاه من لوازم الإذن في التزويج عرفاً، وكذا الكلام في النفقة. ويدل عليه أيضاً في المهر رواية علي بن أبي حمزة، وفي النفقة موثقة عمار الساباطي، ولو تزوج العبد من غير إذن مولاه ثم أجاز ففي كونه كالإذن السابق في كون المهر على المولى أو بتعهده أو لا؟ وجهان. ويمكن (٣) الفرق بين

الخاص. (آقا ضياء).

- (١) وله وجه آخر وهو كونه في ذمة العبد لكن معنى اشتغال ذمته اشتغال ذمة المولى والأقوى الأول لأن ذلك الوجه أيضاً يحتاج إلى مؤنة واعتبار زائد بل هو من أقسام التعيين. (الكلبياني).
- (٢) في هذه الكلية نظر فالعمدة في المسألة النصوص الخاصة وإلا فالأقوى ما ذكرنا من الاحتمال لعدم اقتضاء إذن السيد تعهده في ماله في ذمته أو في غيرها فقهاً يستقر المهر في ذمة الزوج يتبع به بعد عتقه للعمومات نعم لا يبعد الالتزام في النفقة بما ذكر من كونها على السيد بلا خصوصية في كسبه لاحتساب العرف كونها من عيال السيد وإن أمكن النظر في ملازمة العيلولة العرفية مع وجوب النفقة فمن المحتمل كونها بمقتضى القواعد ممن لا يقدر على نفقة عياله ولا على طلاقها فيجب على الناس كفاية القيام بأمرها ولكن لا أظن التزام هذا المعنى أيضاً من أحد بل هو أيضاً خلاف السيرة بل السيرة قائمة على قيام السيد بأمرها في نفقتها ومنها يستكشف كون نفقتها عليه وكونها من عيالاته الواجب نفقتها عليه. (آقا ضياء).
- (٣) وهذا هو الأقوى. (الشيرازي).

ما لو جعل المهر في ذمته فلا دخل له (١) بالمولى وإن أجاز العقد، أو في مال معين من المولى أو في ذمته فيكون كما عين أو أطلق فيكون على المولى. ثم إن المولى إذا أذن فتارة يعين مقدار المهر، وتارة يعمم، وتارة يطلق. فعلى الأولين لا إشكال، وعلى الأخير ينصرف إلى المتعارف، وإذا تعدى وقف على إجازته. وقيل (٢) يكون الزائد في ذمته يتبع به بعد العتق. وكذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجة، فإنه إن لم يعين ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعفة، فإن تعدى وقف على إجازته.

(مسألة): مهر الأمة المزوجة للمولى سواء كان هو المباشر أو هي بإذنه أو بإجازته، ونفقتها على الزوج إلا إذا منعها مولاها عن التمكين (٣) لزوجها، أو اشترط كونها عليه (٤) وللمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج، والمشهور أن للمولى أن يستخدمها نهاراً ويخلي بينها وبين الزوج ليلاً، ولا بأس به (٥). بل يستفاد من بعض الأخبار (٦) ولو اشترطاً

(١) الظاهر أن التفصيل غير وجيه لأن ذمة العبد ليس إلا ذمة المولى فبإجازته يشتغل ذمته. (الكلبياني).

(٢) ولكنه ضعيف. (الكلبياني).

(٣) الظاهر أن المناط في عدم وجوب النفقة على الزوج نشوز الزوجة ومنع المولى وعدمه لا تأثير فيه. (الكلبياني).
* وعملت على طبق منعه. (البروجردى).

(٤) صحة هذا الشرط محل إشكال بل منع نعم يصح شرط الإنفاق على المولى فيجب عليه الوفاء ولو عصى فالنفقة على الزوج. (الكلبياني).
* صحة هذا الشرط محل إشكال. (البروجردى).

(٥) ولكن الأقوى أن للزوج حق الاستمتاع بها ولو نهاراً. (كاشف الغطاء).

غير ذلك فهما على شرطهما. ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من دون إذن السيد؟ قد يقال ليس له، بخلاف ما إذا أراد السيد أن يسافر بها، فإنه يجوز له من دون إذن الزوج. والأقوى العكس (١) لأن السيد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجية (٢) والرجال قوامون على

(٦) لكنه ضعيف والأوجه ما ذكره أولاً. (الخوئي).

(١) هذا لا يخلو من المناقشة فإن إذن السيد بالتزويج وإن كان التزاماً بلوازم الزوجية وأحكامها إلا أن من أحكامها وجوب إطاعة الزوج لو لم تراحم بما هو الأهم والتزامه بأحكامها ليس مزيلاً لسيادته وأحكامها ولوازمها فكما أن مقتضى زوجية الزوج وجوب طاعته كذلك مقتضى سيادة السيد وجوب إطاعته فإذا أمر كل منهما بخلاف ما أمره الآخر يقع التزاخم بين الإطاعتين فيراعى ما هو الأهم ولا يبعد أن يكون رعاية السيد الذي يكون مالكا لرقبتها ألزم. (الإصفهاني).

* بعد تراحم مقتضى الملكية والزوجية وقصور شمول الدليل من كل طرف صورة قصور المحل عن القابلية لعدم كون إطلاقاتها في مقام البيان من تلك الجهة فالمرجع في الترجيح هو الأصل الجاري في طرف المالك بعد منع الكلية من اقتضاء الالتزام بالشئ الالتزام باللوازم. (أقا ضياء).

* يعني يجوز للعبد أن يسافر بها من دون إذن مولاه دون العكس لكن المسلم منه فيما إذا أراد منها الاستمتاع في السفر وإلا فوجوب السفر عليها بأمر الزوج غير معلوم. (الكلبايگاني).

(٢) فيه نظر واضح لأنه لا يفهم العرف من الإذن في تزويج الأمة الإذن في أخذها معه في الأسفار المانع من الخدمة والمنافية لحق الملكية وهذا ليس من اللوازم الظاهرة في نظر العقلاء ولمعارضه الناس مسلطون على أموالهم والزوج يلتزم بلوازم ملكية الزوجية. (الفيروزآبادي).

النساء. وأما العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته، إلا ما كان واجبا عليه: من الوطاء في كل أربعة أشهر، ومن حق القسم.

(مسألة): إذا أذن المولى للأمة في التزويج وجعل المهر لها صح على الأقوى من ملكية العبد والأمة وإن كان للمولى أن يملك ما ملكاه بل الأقوى (١) كونه مالكا لهما ولمالهما ملكية طويلة.

(مسألة): لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر توقف صحة النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم، ولو كانا مبعضين توقف على إذنهما وإذن المالك، وليس له إجبارهما.

(مسألة): إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح، وتستحق المهر إن كان ذلك بعد الدخول. وأما إن كان قبله ففي سقوطه، أو سقوط نصفه (٢) أو ثبوت تمامه (٣) وجوه: مبنية (٤) على أنه بطلان، أو انفساخ (٥).

(١) بل الأقوى كون المهر لمولاها المالك لبضعها وأنها لا تملك إلا ما ملكها مولاها وأن المهر المزبور ليس منها. (آقا ضياء).

(٢) وهو الأظهر وإن كان الأحوط التصالح. (الشيرازي).

(٣) لا يبعد أنه المتعين. (الخوئي).

(٤) أوجهها أولها. (الإصفهاني).

إنه معلول لتملك الزوجة رقبة زوجها ومتأخر عنه في الرتبة ففي رتبة إنشاء البيع يكون ثابتا على كل تقدير ولو جعل ثمننا لا يلزم منه خلو البيع عن العوض في شيء من الصور. (النائيني).

ثم هل يجري عليها حكم الطلاق قبل الدخول أو لا؟ وعلى السقوط
كلا إذا اشترته بالمهر الذي كان لها في ذمة السيد بطل الشراء (١) للزوم
خلو البيع عن العوض. نعم لا بأس به إذا كان الشراء بعد الدخول (٢)
لاستقرار المهر حينئذ، وعن العلامة في القواعد البطلان إذا اشترته
بالمهر الذي في ذمة العبد وإن كان بعد الدخول، لأن تملكها له يستلزم
براءة ذمته من المهر فيخلو البيع عن العوض. وهو مبني على عدم
صحة (٣) ملكية المولى في ذمة العبد. ويمكن منع عدم الصحة (٤) مع أنه

(٥) والأقوى ترتيب آثار البطلان عليه ويظهر من الجواهر (قدس سره) تسليم الانفساخ
ولكن لا يساعده أخباره والأصل أيضا يقتضي عدم سقوط تمام المهر عنه لولا
قيام إجماع عليه. (آقا ضياء).

(١) فيه نظر بل منع. (الشيرازي).

(٢) تبين عدم الفرق بين الصورتين وكذا بين أن يكون المهر في ذمة الزوج أو
سيده من الحاشية السابقة. (النائيني).

(٣) أقول على فرض عدم الصحة إنما السقوط مترتب على الانتقال وما هو لازم
هو الثبوت في رتبة سابقة أو مقارنة كما لا يخفى. (آقا ضياء).

* هذا الوجه ذكره غير واحد من شراح القواعد لكن الظاهر عدم ابتناء خلو
البيع عن الثمن على ذلك بل يلزم ذلك ولو على القول بصحة ملكية المولى لذمة
عبده وذلك لأنها اشترت عبدا وجعلت ثمنه فراغة ذمته وهذا نفع يعود إلى
العبد ولا يعود إلى البائع لأن براءته بعد الخروج عن ملكه غير مربوط به
فيصدق أنه بلا ثمن يرجع إلى البائع لكن هذا مبني على أن يكون الثمن براءة
ذمته لا انتقال ما في ذمته إلى المولى وعليه فيأتي حكمه. (الكلبایگانى).
(٤) صحة ملكية المولى في ذمة عبده غير الضريبة ومال الكتابة مشكلة وسواء
صح أو امتنع ذلك فالمقام أجنبى عنه. (النائيني).

لا يجتمع (١) ملكيتها له ولما في ذمته بل ينتقل ما في ذمته إلى المولى (٢) بالبيع حين انتقال (٣) العبد إليها.

(مسألة): الولد بين المملوكين رق سواء كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهة مع العقد أو مجردة، أو عن زنا منهما أو من أحدهما، بلا عقد، أو عن عقد معلوم الفساد عندهما أو عند أحدهما. وأما إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر إذا كان عن عقد صحيح، أو شبهة مع العقد أو مجردة، حتى فيما لو دلست الأمة نفسها بدعواها الحرية فتزوجها حر على الأقوى وإن كان يجب عليه حينئذ دفع قيمة الولد إلى مولاهما. وأما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم (٤) من الحر

* هذا المنع غير موجه. (البروجردى).

- (١) يعني يستحيل أن تجتمع رقة العبد وما في ذمته معا ملكا لها كي يسقط ما في ذمته بذلك لأن ما في ذمته من المهر كان قبل البيع ملكا لها وكانت رقبته لسيدة وبالبيع ينتقل كل منهما من مالكة إلى مالك آخر ولا يجتمعان معا في ملكها ولو أنا ما كي يلزم ما ذكره العلامة (قدس سره) من المحذور. (النائيني).
- (٢) لا يخفى أن الثمن إن كان نفس ما في ذمة العبد ففي فرض عدم صحة تملك المولى ما في ذمة عبده يكون الحكم بصحة البيع مستلزما للدور لأن صحة البيع تتوقف على قابلية الثمن لملكية البائع وهي تتوقف على صحة البيع لأن العبد ما لم ينتقل إلى الزوجة لم يكن ما في ذمته قابلا لتملك البائع. (الكلبيكاني).
- * بائع العبد ثمنا للعبد وبناء على هذا يملكه البائع في ذمة العبد يتبع به بعد العتق ويسعى به بعده. (الفيروزآبادي).
- (٣) فكان العبد مشغول الذمة لمولاه السابق يتبع به بعد العتق. (آقا ضياء).
- (٤) ولكن إذا كان بتوقع الإذن أو رجاء الإجازة فالحكم بالرقية مشكل. (كاشف الغطاء).

بفساد العقد، أو عن زنا من الحر أو منهما، فالولد رق (١). ثم إذا كان المملوك كان لمالك واحد فالولد له، وإن كان كل منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسوية (٢) إلا إذا اشترطا (٣) التفاوت، أو الاختصاص بأحدهما. هذا إذا كان العقد بإذن المالكين، أو مع عدم الإذن من واحد منهما (٤). وأما إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك، ولكن المشهور (٥) أن الولد حينئذ لمن لم يأذن. ويمكن أن يكون مرادهم في صورة إطلاق الإذن بحيث يستفاد منه إسقاط حق نمائية الولد، حيث إن مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحر أو الحرة وإلا فلا وجه له (٦). وكذا لو كان الوطاء شبهة منهما سواء كان مع العقد أو شبهة مجردة، فإن الولد

-
- (١) هذا إذا كانت الأم أمة وأما إذا كانت الأم حرة فلا يبعد أن يكون الولد حرا وإن كانت الأم زانية. (الخوئي).
- (٢) لا يبعد أن يكون الولد لمالك الأمة على أساس أنه نماؤها كما هو الحال في الحيوانات. (الخوئي).
- (٣) الظاهر أنه لا أثر لهذا الاشتراط إذا كان على نحو شرط النتيجة وبذلك يظهر حال ما بعده. (الخوئي).
- (٤) لعله يريد بذلك وبما بعده عدم العلم بفساد العقد ليكون الوطاء شبهة وإلا فهو داخل في ذيل المسألة وهو قول الماتن: وأما لو كان الولد عن زناء من العبد. (الخوئي).
- (٥) وهو الأقوى. (البروجردى، الشيرازي، النائيني).
- (٦) والوجه الذي ذكر للمشهور أيضا غير وجيه والمسألة تحتاج إلى المراجعة ومزيد التأمل. (الإصفهاني).
- * إلا الشهرة وادعاء النص من بعض المؤيد بذكره في الكتب المبينة على ذكر ما في النصوص بصورة الفتوى. (الكلبيگاني).

مشترك. وأما لو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد لمالك الأمة، سواء كان من طرفها شبهة أو زنا. (مسألة): إذا كان أحد الأبوين حرا فالولد حر، لا يصح اشتراط رقيته (١) على الأقوى (٢) في ضمن عقد التزويج فضلا عن عقد خارج لازم، ولا يضر بالعقد إذا كان في ضمن عقد خارج. وأما إن كان في ضمن عقد التزويج فمبني على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه، والأقوى عدمه. ويحتمل (٣) الفساد وإن لم نقل به في سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلا بفساده، لأن في سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه (٤) بالخيار بخلاف المقام (٥) حيث إنه لا يجري خيار الاشتراط في النكاح (٦). نعم

-
- (١) صحة اشتراطها في ضمن عقد التزويج لا يخلو من وجه. (البروجردى).
(٢) بل الأقوى صحة اشتراطها. (الإصفهاني، الشيرازي).
* ولذا كان المشهور على خلافه لعموم الشرط غير الشامل لما خالف الكتاب وأما المطلقات المشتملة على الرقية من النصوص الخاصة فهي محمولة على التقييد فحملها على صورة الشرط لا شاهد فيها فحينئذ فالأقوى ما أفاده المصنف (رحمه الله) خلاف المشهور. (آقا ضياء).
(٣) احتمالا ضعيفا. (الفيروزآبادي).
* بعيدا جدا. (الإصفهاني).
(٤) الشرط الفاسد لا يوجب الخيار في سائر العقود أيضا. (الخوئي).
(٥) هذا الفرق غير فارق مع أن الخيار بتخلف الشرط الفاسد غير مذكور في كلمات العلماء نعم في الجواهر لا بأس بالالتزام به. (الكلبيكاني).
(٦) في المسألة مجال التأمل ولقد أجاد في الجواهر حيث قال إن مقتضى القاعدة جريان خيار تخلف الشرط في باب النكاح أيضا فراجع. (آقا ضياء).

مع العلم بالفساد لا فرق، إذ لا خيار (١) في سائر العقود أيضا.
(مسألة): إذا تزوج حر أمة من غير إذن مولاهما حرم عليه وطؤها
وإن كان بتوقع الإجازة. وحينئذ فإن أجاز المولى كشف عن صحته
على الأقوى من كون الإجازة كاشفة، وعليه المهر، والولد حر، ولا يحد
حد الزنا وإن كان عالما بالتحريم، بل يعزر، وإن كان عالما بلحوق
الإجازة فالظاهر عدم الحرمة (٢) وعدم التعزير أيضا. وإن لم يجز المولى
كشف عن بطلان التزويج، ويحد حينئذ حد الزنا إذا كان عالما
بالحكم، ولم يكن مشتبهاً من جهة أخرى، وعليه المهر بالدخول وإن
كانت الأمة أيضا عالمة على الأقوى (٣) وفي كونه المسمى، أو مهر
المثل، أو العشر إن كانت بكراً، ونصفه إن كانت ثيباً، وجوه بل أقوال:

-
- (١) هذه الدعوى واضحة المنع كما تقدم في نظائر المقام. (النائني).
(٢) بل الظاهر ثبوتها حتى على الكشف على المختار المشهور لا الكشف
المرضي لدى الفصول. (آقا ضياء).
* محل إشكال. (البروجردي).
* بل الظاهر الحرمة على ما هو الصحيح من معنى الكشف نعم يمكن القول
بعدم التعزير لوقوع الخلاف فيه والحدود تدرأ بالشبهات. (الكلبياني).
* بل الظاهر هو التحريم ولا ينافي ذلك الحكم بعدم الحرمة بعد الإجازة
وكذلك الحال في التعزير إلا إذا فرض إنه كان مشتبهاً. (الخوئي).
(٣) قد تقدم منه (قدس سره) خلاف ذلك في المسألة الخامسة عشر من الفصل الرابع.
(البروجردي).
* في ثبوت المهر في هذا الفرض إشكال. (الخوئي).

أقواها الأخير (١). ويكون الولد لمولى الأمة. وأما إذا كان جاهلا بالحكم، أو مشتبهها من جهة أخرى فلا يحد، ويكون الولد حرا (٢). نعم ذكر بعضهم أن عليه قيمته يوم سقط حيا (٣). ولكن لا دليل عليه في المقام (٤). ودعوى أنه تفويت لمنفعة الأمة كما ترى (٥) إذ التفويت إنما

- (١) بل مهر المثل أقوى. (كاشف الغطاء).
- (٢) حرية الولد إذا كانت الشبهة من جهة جهله بالحكم أو احتمال الإذن من مولاهما محل إشكال بل عدمها لا يخلو من وجه. (البروجردي).
- * إذا كان جهله عن قصور. (الشيرازي).
- * لأصالة عدم المملوكية ولما يستفاد من أخبار التزويج على أنها حرة بعد إلغاء خصوصية العقد وإحاقا للشبهة بالعقد حتى في أن الولد تابع للحر من الوالدين. (الكلبيكاني).
- (٣) وهو الصحيح إذ الاستيلاء لكونه استيفاء لهذه المنفعة من أمة الغير فيضمنها المستوفي لها وتكون العبرة بيوم سقوطه حيا من ذلك وهذا هو المراد من تفويت المنفعة في المقام ونظائره لا إعدامها بلا استيفاء كما توهم. (النائيني).
- * يمكن استفادته من أخبار متفرقة فليراجع. (الإصفهاني).
- * هذا هو الصحيح لمعتبرة سماعه وغيرها وعليه فمن الغريب من الماتن (قدس سره) حيث إنه نفى الدليل عليه في المقام وذلك لأن مورد الروايات هو هذا المقام وهو ما إذا كان الواطئ جاهلا بالحكم أو مشتبهها. (الخوئي).
- (٤) استفادة ذلك مما دل عليه في المسألة الآتية غير بعيدة على فرض القول بالحرية في المقام لكنه محل إشكال كما مر. (البروجردي).
- * وإن كان عليه الدليل في مقام آخر كما في الأمة المشتراة جهلا بحالها فأولدها ثم ظهر كونها مستحقة للغير لكن الظاهر شمول قوله (عليه السلام) ويأخذ الرجل أي المشتري الواطئ ولده بقيمته لغير مورده وما ذكره من القاعدة خلاف بعد حمل جملة يوم تصير إليه على يوم الولادة أي يوم تصير ذات ولد دون يوم التسليم لأنها بهذا المعنى غير معمول بها. (الكلبيكاني).
- (١) لكن في ذلك الوقت لم يكن متمولا حتى يقوم وإنما يقوم ويتمول حال سقوطه حيا فالعبرة بتلك الحال. (الإصفهاني).
- (٢) بل الصحة أقوى وليس هو من باب من باع ثم ملك بل حق إجازة المورث انتقل إلى الوارث. (كاشف الغطاء).
- * بل الأقوى نفوذ إجازته وليس المحذور المتوهم في المقام كونه من قبيل من باع شيئا ثم ملك وإنما المتوهم هو كونه من قبيل مغايرة المالك حال العقد للمالك حال الإجازة وخروج العقد بذلك عن صلاحية أن يجيزه المالك الثاني على كل من الكشف والنقل ومنشأ ذلك هو قياس ملك الوارث بالانتقال إلى الأجنبي مع ما بينهما من البون البعيد فإن ملك الوارث هو بعينه ملك المورث وبموته يقوم وارثه مقامه في قيام تلك الإضافة به بجميع شؤونها التي منها السلطنة على إجازة العقد الواقع على ذلك المال وصلاحيتها للتأثير على كل

من الكشف والنقل وعلى هذا يبتني بقاء الحقوق المتعلقة بذلك المال مما يكون
من قبيل حق الرهانة ونحوها مع ملك الوارث بحالها بخلاف ما إذا انتقل إلى
الأجنبي في جميع ذلك. (النائيني).

(٥٧٢)

جاء من قبل حكم الشارع بالحرية. وعلى فرضه فلا وجه لقيمة يوم
التولد، بل مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد، لأنه انعقد حراً فيكون
التفويت في ذلك الوقت (١).
(مسألة): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته ولم يردده أيضاً
حتى مات، فهل يصح إجازة وارثه له أم لا؟ وجهان: أقواهما العدم (٢)
(٥٧٣)

لأنها على فرضها كاشفة، ولا يمكن الكشف (١) هنا، لأن المفروض أنها كانت للمورث، وهو نظير من باع شيئاً ثم ملك (٢).
(مسألة): إذا دلست أمة فادعت أنها حرة فتزوجها حر ودخل بها ثم تبين الخلاف وجب عليه المفارقة، وعليه المهر لسيدها وهو: العشر، ونصف العشر على الأقوى، لا المسمى، ولا مهر المثل. وإن كان أعطاه المهر استرد منها إن كان موجوداً، وإلا تبعت به بعد العتق (٣). ولو جاءت بولد ففي كونه حراً أو رقاً لمولاها، قولان:

(١) في عدم إمكان الكشف في المقام نظر بناء على المختار في معنى الكشف والفارق بين المقام وبين بيع ما ليس عنده النص المخصوص بالبيع دون المقام فتأمل. (آقا ضياء).

(٢) بل هو نظير ما إذا بيع مال شخص فضولاً ثم انتقل إلى شخص آخر قبل إجازة المالك الأول، وفي صحة إجازة المالك الثاني وعدمها كلام طويل لا يسعه المقام. (الإصفهاني).

* من حيث وقوع العقد قبل انتقال الملك إلى المجيز والأقوى اشتراط كون الإجازة من المالك حين العقد. (الكلبيكاني).

* ليس المقام نظير ذلك بل هو نظير ما إذا بيع دار زيد فضولاً من عمرو ثم انتقلت الدار منه إلى بكر ببيع أو نحوه فأجاز بكر ذلك العقد الواقع فضولاً هذا مضافاً إلى أنه قد ثبت صحة العقد فيمن باع شيئاً ثم ملك بالنص وأما المقام فلا نص فيه ومقتضى القاعدة فيه هو البطلان. (الخوئي).

(٣) هذا خلاف النص ففي صحيح ابن الوليد وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له لكن لما كان الظاهر من بعض أن الحكم من المسلمات فالأحوط التصالح فيما تلف من المهر. (الكلبيكاني).

* هذا الحكم وإن كان مشهوراً بين الفقهاء بل أرسلوه إرسال المسلمات إلا أنه

فعن المشهور أنه رق (١) ولكن يجب على الأب فكه بدفع قيمته يوم سقط حيا، وإن لم يكن عنده ما يفكه به سعى في قيمته، وإن أبي وجب على الإمام (عليه السلام) دفعها من سهم الرقاب، أو من مطلق بيت المال. والأقوى كونه حرا كما في سائر موارد اشتباه الحر، حيث إنه لا إشكال في كون الولد حرا فلا خصوصية لهذه الصورة. والأخبار الدالة على رقيته (٢) منزلة على أن للمولى أخذه ليتسلم القيمة جمعا بينها وبين ما دل على كونه حرا. وعلى هذا القول أيضا يجب عليه ما ذكر: من

مشكل جدا بل لا يبعد عدمه بمقتضى قوله (عليه السلام) في صحيحة الوليد بن صبيح: " وإن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها " فإنه ينافي ثبوت شيء عليها في ذمتها. (الخوئي).

(١) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).
(٢) الصحيح في المقام أن يقال: إن مقتضى عدة من الروايات العامة: أن الولد حر إذا كان أحد أبويه حرا فيما إذا كان الوطاء صحيحا ولو كان شبهة، ولكن لا بد من رفع اليد عن إطلاق تلك الروايات بالروايات الواردة في المقام المفصلة بين ما إذا كان الوطاء بالشبهة مستندا إلى بينة شرعية وما إذا لم يكن مستندا إليها فعلى الأول: الولد حر، وعلى الثاني: رق فهذه الصورة - بمقتضى هذه الروايات - خارجة عن تلك المطلقات رغم أن الوطاء فيها كان بشبهة نعم يجب على أبيه أن يفكه عن الرقية بإعطاء قيمته لمولى الأمة يوم سقط حيا، وهو اليوم الذي يصير إليه كما في موثقة سماعة وإن لم يكن عند الأب ما يفكه به سعى في قيمته وإن أبي فعلى الإمام (عليه السلام) أن يفديه وبذلك يظهر الحال فيما بعده. (الخوئي).

دفع القيمة (١) أو السعي، أو دفع الإمام (عليه السلام)، لموثقة سماعة (٢). هذا كله إذا كان الوطاء حال اعتقاده كونها حرة. وأما إذا وطئها بعد العلم بكونها أمة فالولد رق، لأنه من زناء حينئذ. بل وكذا لو علم سبق رقيتها فادعت أن مولاهما أعتقها ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان (٣) فإن الوطاء حينئذ أيضا لا يجوز، لاستصحاب بقائها على الرقية (٤) نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها، لأصالة الحرية. فلو تبين الخلاف لم يحكم برقية الولد (٥) وكذا مع سبقها مع قيام

-
- (١) لكن دفعها على هذا القول من باب الضمان لا لأجل فكه من الرقية ومقتضاه قيمة يوم وضعه حيا كما مر وهو خلاف صريح موثقة سماعة حيث جعل فيه يوم تسليمه إلى أبيه. (البروجردى).
* على ما مر لها من المعنى. (الكلبياني).
- (٢) ولم يتحقق شيء آخر يصح الاعتماد عليه أو اعتقد صحة الاعتماد عليه ولو لاعتقاد عدم حجية الاستصحاب حيث إن الولد في جميع ما ذكر ولد شبهة وحر. (الكلبياني).
- (٣) بناء على عدم حجية الدعوى بلا معارض وإلا فهو حاكم على الأصل المزبور. (آقا ضياء).
- * هذا إذا لم تكن شبهة وإلا - كما إذا اعتقد أن قولها حجة فتزوجها ثم وطأها - كان الوطاء وطء شبهة وحكمه ما عرفت بالإضافة إلى الولد يعني: أن الولد رق، ولكن يجب على أبيه فكه على ما تقدم. (الحوئي).
- (٥) على مختاره. (الفيروزآبادي).

البينة (١) على دعواها.

(مسألة): إذا تزوج عبد بحرة من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلاً، فلا تستحق مهراً ولا نفقة. بل الظاهر أنها تحد حد الزنا إذا كانت عالمة بالحال وأنه لا يجوز لها ذلك، نعم لو كان ذلك لها بتوقع الإجازة واعتقدت جواز الإقدام حينئذ بحيث تكون شبهة في حقها لم تحد، كما أنه كذلك (٢) إذا علمت بمجئ الإجازة (٣) وأما إذا كان بتوقع الإجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحد مع عدم حصولها، بخلاف ما إذا حصلت فإنها تعزر حينئذ، لمكان تجريها (٤) وإذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد مع كونه مشتبهاً، بل مع كونه زانياً (٥) أيضاً، لقاعدة النمائية (٦) بعد عدم لحوقه بالحررة. وأما إذا كانت جاهلة بالحال

(١) أو حصول شبهة له كما فصلنا في الحاشية السابقة. (الكلبييگاني).

(٢) في عدم الحد وإن كان الوطاء محرماً كما مر نظيره. (الكلبييگاني).

(٣) أي وإن لم تجئ الإجازة. (الفيروزآبادي).

* مجرد العلم بتحقيق الإجازة فيما بعد لا يوجب سقوط الحد عنها ما لم تتحقق في الخارج إلا إذا كانت مشتبهة وكانت معتقدة بالجواز في هذا الفرض. (الخوئي).

(٤) بل لما فعلت من الحرام. (الكلبييگاني).

* بل لارتكابها المحرم واقعا في ظرفه. (الخوئي).

(٥) فيه تأمل وفي التعليل نظر أيضاً فإن النمائية لعلها في نظر العرف تقتضي الإلحاق بالأم في الأنساب كما في سائر الحيوانات وعدم ثبوت النسب بالزنا لا يثبت مرامه. (الفيروزآبادي).

(٦) جريان تلك القاعدة بالنسبة إلى الأب مشكل خصوصاً مع كونه زانياً نعم الحكم مشهور والنص عليه مفقود وتوهم دلالة خبر العلاء عليه خطأ لأن مورده علم العبد واشتباه الحررة ولا عامل به في مورده أيضاً. (البروجردي).

فلا حد والولد حر (١) وتستحق عليه المهر يتبع به بعد العتق.
(مسألة): إذا زنى العبد بحرة من غير عقد فالولد حر (٢) وإن كانت
الحرة أيضا زانية (٣). ففرق بين الزنا المجرد عن عقد والزنا المقرون
به (٤) مع العلم بفساده، حيث قلنا (٥) إن الولد لمولى العبد.

* تمامية تلك القاعدة في طرف الأب مشكلة نعم يمكن التمسك بخبر علاء بعد
حمله على عدم تحقق الشبهة من طرف الزوجة لأنها كانت مكلفة بالتفحص
وزوجت نفسها متساهلة في التكليف. (الكلبيكاني).
* لم تثبت هذه القاعدة في طرف العبد وإنما هي ثابتة من طرف الأمة وعلى
تقدير ثبوتها فلا فرق بين الزنا المجرد عن العقد الفاسد والزنا المقرون به
ولا دليل على هذا الفرق أصلا وأما إذا كان المدرك لذلك رواية العلاء بن رزين
فهي ضعيفة سندا ولو تمت الرواية لم يختص الحكم بصورة العلم بل يعم صورة
الجهل أيضا مع أن الماتن (قدس سره) قد حكم في صورة جهل المرأة بكون الولد حرا.
(الخوئي).

(١) إلحاقا للشبهة بالعقد الصحيح حتى في أن الولد تابع لأشرف أبويه
في الحرية. (الكلبيكاني).

(٢) لأصالة عدم الرقية وعدم تمامية قاعدة النماء في طرف الأب كما مر وعدم
شيء آخر يقتضي الرقية. (الكلبيكاني).

(٣) الحكم في هذه الصورة محل إشكال والفرق بين الزنا المجرد والمقرون
بالعقد الفاسد في غاية البعد. (البروجرد).

(٤) والفارق خبر علاء على ما مر من معناه. (الكلبيكاني).

* تقدم أنه لا فرق بينهما. (الخوئي).

* والفارق هو النص الوارد في أن الولد لمولى العبد في الثاني دون الأول.
(الإصفهاني).

(مسألة): إذا زنى حر بأمة فالولد لمولاها وإن كانت هي أيضا زانية (١). وكذا لو زنى عبد بأمة الغير فإن الولد لمولاها (٢). (مسألة): يجوز للمولى تحليل أمته لعبد، وكذا يجوز له أن ينكحه إياها. والأقوى أنه حينئذ نكاح لا تحليل، كما أن الأقوى كفاية أن يقول (٣) له: أنكحتك فلانة، ولا يحتاج إلى القبول (٤) منه أو من العبد، لإطلاق الأخبار، ولأن الأمر بيده. فأجابه مغن عن القبول، بل

(٥) كما تقدم سابقا. (آقا ضياء).

- (١) محل تأمل وكذا ما بعده. (البروجردى).
- * لفحوى ما دل عليه في الأمة المدلسة مع عدم الشبهة من طرف الزوج لكن الإنصاف أن الفرق بين زنا العبد بالحرّة وزنا الحر بالأمة محل إشكال لتحقق الفحوى في المسألتين. (الكلبيكاني).
- (٢) لقاعدة النماء. (الكلبيكاني).
- (٣) فيه إشكال. (الإصفهاني).
- * في الاكتفاء بصرف الإيجاب في هذه الموارد نظر جدا والتعليان عليان فيشملة إطلاق معاهد الإجماعات من أن النكاح يحتاج إلى العقد ولو من شخص واحد فتدبر. (آقا ضياء).
- * لكن الأحوط عدمها. (البروجردى).
- (٤) مشكل فلا يترك الاحتياط بالقبول. (الكلبيكاني).
- * الأحوط اعتبار القبول في الجميع. (الشيرازي).
- * فيه وفيما ألحق به نظر. (الفيروزآبادي).
- * الأحوط اعتبار القبول في الجميع بل هو الأقوى في الولي والوكيل مطلقا. (النائيني).

لا يبعد (١) أن يكون الأمر كذلك في سائر المقامات - مثل الولي والوكيل عن الطرفين - وكذا إذا وكل غيره في التزويج فيكفي قول الوكيل أنكحت أمة موكلي لعبد فلان، أو أنكحت عبد موكلي أمته. وأما لو أذن للعبد والأمة في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة إلى الإيجاب والقبول.

(مسألة): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة إلى الطلاق، بل يكفي أمره بإيهما بالمفارقة. ولا يبعد جواز الطلاق أيضا، بأن يأمر عبده بطلاقها وإن كان لا يخلو من إشكال أيضا.

(مسألة): إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئا (٢) سواء ذكره في العقد أو لا، بل هو الأحوط. وتملك الأمة ذلك بناء على المختار من صحة ملكية المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

(مسألة): إذا مات المولى وانتقلا إلى الورثة فلهم أيضا الأمر

بالمفارقة بدون الطلاق، والظاهر كفاية أمر (٣) أحدهم في ذلك.

(مسألة): إذا زوج الأمة غير مولاه من حر فأولدها جاهلا بكونها لغيره عليه العشر أو نصف العشر لمولاه وقيمة الولد، ويرجع بها على

(١) بعيد جدا. (الإصفهاني، البروجردي).

* بل بعيد. (الكلبيكاني، الخوئي).

(٢) لا يبعد وجوبه. (الخوئي).

(٣) بل الظاهر عدمها. (البروجردي).

* فيه إشكال. (الشيرازي).

* لا يخلو عن إشكال بل منع. (الخوئي).

ذلك الغير (١) لأنه كان مغرورا من قبله، كما أنه إذا غرته الأمة بتدليسها ودعواها الحرية تضمن القيمة وتتبع به بعد العتق (٢) وكذا إذا صار مغرورا من قبل الشاهدين على حريتها.

(مسألة): لو تزوج أمة بين شريكين بإذنها ثم اشترى حصة أحدهما أو بعضها أو بعضا من حصة كل منهما بطل نكاحه، ولا يجوز له بعد ذلك وطؤها (٣). وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها. وهل يجوز له وطؤها إذا حللها الشريك؟ قولان: أقواهما نعم (٤) للنص. وكذا لا يجوز وطء من بعضه حر إذا اشترى نصيب الرقية لا بالعقد ولا بالتحليل منها. نعم لو هاياها فالأقوى جواز التمتع (٥) بها في الزمان الذي لها، عملا بالنص الصحيح وإن كان الأحوط (٦) خلافه.

فصل

(١) لا دليل عليه لأن قاعدة الغرور غير ثابتة مطلقا والرواية الدالة على ذلك ضعيفة سندا بل لا يبعد أن يكون المستفاد من صحيحة ابن الوليد عدم وجوب شيء عليه غير المهر. (الخوئي).

(٢) لا دليل على ذلك وتقدم الكلام في نظير ذلك. (الخوئي).

(٣) بدون إذن الشريك ما دامت الشركة. (الفيروزآبادي).

(٤) الأحوط الترك. (البروجردي).

* لكن الأحوط الترك والنص لم يعمل به إلا ابن إدريس والمتأخرون نعم لا يبعد أن لا يكون الحكم على خلاف القاعدة حتى يحتاج إلى النص. (الكلبيكاني).

(٥) أي يتزوجها متعة. (الفيروزآبادي).

(٦) لا يترك. (البروجردي، الكلبيكاني).

في الطوارئ
وهي العتق والبيع والطلاق، أما العتق: فإذا أعتقت الأمة المزوجة
كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد، بل مطلقا وإن كانت تحت حر
على الأقوى (١). والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع. نعم
الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلها فلا خيار لها مع عتق بعضها على
الأقوى. نعم إذا أعتق البعض الآخر أيضا ولو بعد مدة كان لها الخيار.
(مسألة): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر، وهل هو لمولاها (٢)
أو لها أو تابع (٣) للجعل في العقد؟ فإن جعل لها فلها، وإلا فله، ولمولاها
في الصورة الأولى تملكه كما في سائر الموارد، إذ له تملك مال مملوكه
بناء على القول بالملكية، لكن هذا إذا كان قبل انعقادها، وأما بعد انعقادها
فليس له ذلك. وإن كان قبل الدخول ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو
عدم سقوطه أصلا، وجوه: أقواها الأخير (٤) وإن كان مقتضى الفسخ

(١) خلافا للشيخ في مبسوطه. (آقا ضياء).

* فيه إشكال بل منع. (الخوئي).

(٢) هذا هو المتعين بلا إشكال ولا يصح جعل المهر لها على وجه لا يرجع إلى
المولى. (البروجردي).

(٣) هذا هو المتعين لو صححنا جعل المهر لها وإلا فالمتعين هو الأول. (الإصفهاني).
(٤) بل الأول وكونه من باب الفسخ لا شبهة فيه كما أن كون مقتضاه ذلك مما لا
مرية تعتريه. (الإصفهاني).

* أقواها الثاني وإن كان الأحوط التصالح. (الشيرازي).

* كما تقدم نظيره أيضا في فرض تملك الزوجة زوجها قبل الدخول ولكن
الإنصاف أن المستفاد من التعبير بالتخيير في أخبار المقام كون المقام من باب

الأول، وذلك لعدم معلومية كون المقام من باب الفسخ (١) لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح (٢) مع اختيارها المفارقة. والقياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له.

(مسألة): إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده فإن كان المهر جعل لها فلها، وإن جعل للمولى أو أطلق ففي كونه لها، أوله قولان: أقواهما الثاني، لأنه ثابت بالعقد وإن كان يستقر بالدخول، والمفروض أنها كانت أمة حين العقد.

(مسألة): لو كان نكاحها بالتفويض (٣) فإن كان بتفويض المهر فالظاهر أن حاله حال ما إذا عين في العقد، وإن كان بتفويض البضع (٤) فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين (٥) فحاله حال ما إذا عين

الفسخ المتعارف مثل هذا التعبير عنه في أبواب المعاملات بل هو مقتضى الأصل أيضا. (آقا ضياء).

(٢) بل الظاهر من الأخبار أنه مفارقة ونزع شبه الطلاق ومع ذلك لا يقاس به. (الكلبياني).

(٣) أي يذكر المهر إجمالا ويفوض تعيينه إلى أحد الزوجين. (الفيروزآبادي).

(٤) أي بعدم ذكر المهر في العقد. (الفيروزآبادي).

(٥) بل يكفي كونه بعد أحدهما في ذلك وإنما يكون المهر لها إذا كان قبل الدخول والتعيين كليهما. (البروجردي).

* وكذا لو كان قبل الدخول وبعد التعيين. (الكلبياني).

حين العقد، وإن كان قبل الدخول (١) فالظاهر أن المهر لها، لأنه يثبت حينئذ بالدخول والمفروض حريتها حينه.

(مسألة): إذا كان العتق في العدة الرجعية فالظاهر أن الخيار باق (٢). فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ، وإن اختارت البقاء بقي له حق الرجوع. ثم إذا اختارت الفسخ لا تتعدد العدة، بل يكفيها عدة واحدة، ولكن عليها تميمها (٣) عدة الحرة. وإن كانت العدة بائنة فلا خيار لها على الأقوى (٤).

(مسألة): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم.

(مسألة): الخيار على الفور على الأحوط (٥) فورا عرفيا. نعم لو كانت جاهلة بالعتق أو بالخيار أو بالفورية (٦) جاز لها الفسخ بعد العلم، ولا يضره التأخير حينئذ.

* لا يبعد أن يكون المراد أحدهما بمعنى أنه مع الدخول أو مع التعيين قبل الدخول يكون حال المهر حاله مع التعيين حال العقد. (الخوئي).

(١) وقبل التعيين. (الكلبيكاني).

(٢) ثبوت الخيار بالعتق في العدة محل تأمل فلا يترك مراعاة الاحتياط فيها بعدم اختيار الزوجة الفسخ وعدم رجوع الزوج لو اختارت الفسخ وعدم إمساكها بلا عقد جديد إذا رجع بعد الفسخ وعدم تزويج الزوجة بدون الطلاق مع الرجوع بعد الفسخ. (الكلبيكاني).

(٣) بل الأحوط في الفرض استئناف عدة الحرة من حين الفسخ. (الكلبيكاني).

(٤) إشارة إلى خلاف القواعد بثبوت الخيار قال (رحمه الله) فإن فسخت بطل الطلاق وإلا وقع. (الفيروزآبادي).

(٥) وإن كان الأظهر عدم فوريته. (الخوئي).

(٦) في بقاء الخيار مع الجهل بالفورية تأمل. (الكلبيكاني).

(مسألة): إن كانت صبية أو مجنونة فالأقوى أن وليها يتولى خيارها.

(مسألة): لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها.

(مسألة): ظاهر (١) المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون المولى هو المباشر لتزويجها أو أذنها فاختارت هي زوجها برضاها، ولكن يمكن دعوى انصراف الأخبار (٢) إلى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها.

(مسألة): لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها فالظاهر صحته (٣).

(١) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).

* وهو المنصور. (الشيرازي).

(٢) لولا إلجأؤها في اختيارها مثل هذا الشخص ولو من جهة عدم إقدام الشرفاء لنكاح الإماء ومن المعلوم أن هذا المقدار من الاختيار لا ينافي بقاء خيارها إرفاقا لها لتحصيل الأشرف نسبا وحسبا ولا وجه لانصراف الأخبار عن مثلها أيضا. (آقا ضياء).

* هذه الدعوى لا تخلو من مجازفة. (الإصفهاني، البروجردي).

* هذا الانصراف ممنوع. (كاشف الغطاء).

(٣) ولكن الأظهر عدم السقوط فإنه حكم شرعي لا حق مالي فلا يسقط بالشرط. (كاشف الغطاء).

(مسألة): لو أعتق العبد لا خيار له ولا لزوجه.
(مسألة): لو كان عند العبد حرة وأمتان فأعتقت إحدى الأمتين
فهل لها الخيار أو لا؟ وجهان (١) وعلى الأول، إن اختارت البقاء فهل
يثبت للزوج التخيير (٢) أو يبطل نكاحها؟ وجهان (٣) وكذا إذا كان عنده
ثلاث (٤) أو أربع إماء (٥) فأعتقت إحداها. ولو أعتق في هذا الفرض
جميعهن دفعة (٦) ففي كون الزوج مخيرا، وبعد اختياره يكون التخيير

* هذا الشرط وإن كان صحيحا ويجب عليها العمل به إلا أنها إذا فسخت كان
فسخها مؤثرا وموجبا لبطلان العقد. (الخوئي).
(١) الأظهر هو الوجه الأول، وعليه فإن اختارت الفسخ بطل نكاحها فحسب وإن
اختارت البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعة كما مر نظيره سابقا. (الخوئي).
(٢) بين إبقاء المعتقة والإعراض عن الأمة الأخرى أو إبقائها والإعراض عن
المعتقة. (الفيروزآبادي).
(٣) ولو من جهة دعوى انصراف الأخبار إلى صورة إمكان بقائها على حالها
بعد اختيار البقاء وفي المقام ليس كذلك ولو من جهة اختيار الزوج غيرها
فضلا عما لو قيل ببطلان نكاحها ثم على فرض ثبوت الخيار لها ولو بإطلاق
الأخبار لمثل المورد لا وجه للالتزام لبطلان نكاح غيرها فلا يبعد حينئذ إجراء
حكم تخيير الزوج الثابت في إسلام الزوجات في المقام أيضا لو حدة المناط
وإن كان الأحوط عدم اختيارها. (آقا ضياء).
(٤) هذا من سهو القلم فإنه إذا أعتقت واحدة منها فلا مانع من الجمع بينها وبين
الأمتين الباقيتين حيث إنه من الجمع بين حرة وأمتين. (الخوئي).
(٥) يظهر ذلك مما تقدم. (الخوئي).
* لو كان عنده ثلاث إماء وأعتقت إحداها فقد جمع بين حرة وأمتين ومر أنه
لا إشكال فيه. (الكلبيكاني).
(٦) الظاهر أن جهات المسألة في جميع الفروض متماثلة فلا وجه للفرق بين

للباقيات أو التخيير من الأول للزوجات، فإن اخترن البقاء فله التخيير،
أو يبطل نكاح الجميع، وجوه (١).

فصل
في العقد وأحكامه

الفرض والفرضين السابقين والأشبه في الجميع البطلان وعلى القول بعدمه
فالتخيير للزوج ابتداء ثم للباقيات ويظهر وجهه بالتأمل. (الكلبيايگاني).
(١) قد عرفت أن الأظهر هو ثبوت الخيار لهن جميعا فإن اخترن البقاء فالأظهر
رجوع الزوج إلى القرعة وإن اخترن الفسخ بطل نكاحهن جميعا وبذلك يظهر
حال التبويض. (الخوئي).

تنمة

إن الماتن (قدس سره) لم يتعرض لحكم البيع والطلاق فالمناسب أن نتعرض له فنقول إذا
باع المالك أمته المزوجة كان ذلك طلاقا سواء كان زوجها حرا أم كان عبدا
ولكن يتخير المشتري بين إمضاء عقد النكاح وفسخه والمشهور على أن
خياره فوري وفيه إشكال بل منع نعم إذا أمضى المشتري العقد ولم يفسخه
سقط خياره وليس له الفسخ بعد ذلك وكذلك العبد المزوج من أمته فإذا بيع كان
ذلك طلاق زوجته وكان للمشتري الخيار وأما لو كانت زوجته حرة فبيع
فالمشهور أن يبعه أيضا طلاق زوجته إلا أنه لا يخلو عن إشكال بل منع وإذا
زوج المولى عبده من أمته كان الطلاق بيد المولى بل له أن يفرق بينهما بلا
طلاق كما مر وأما إذا زوج من أمة لغيره أو حرة أو تزوج العبد بإذنه فالطلاق
بيد العبد وليس للمولى إجباره على الطلاق ولو بيعت الأمة المطلقة أثناء عدتها
* هذا الاحتياط لا يترك. (الخوئي، النائيني).

(٢) على وجه يوجب ظهور لفظه فيه عرفا. (آقا ضياء).

* أي يجعله ظاهرا في الدوام ومع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط. (الإمام الخميني).

(٣) وإن كان الجواز مع عجز نفسه لا يخلو من قوة وإن تمكن من التوكيل.

(الإمام الخميني).

* لكن الظاهر كفاية غيرها لغير المتمكن منها ولو مع التمکن من التوكيل.

(الكلبيايگاني).

(٤) لا يترك الاحتياط بالصبر إلى أن يتمكن من التوكيل كما لا يخفى والله العالم.

(آقا ضياء).

* لا يبعد صحة النكاح من كل قوم بلسانهم. (النائيني).

(٥) لا يترك هذا الاحتياط في باب الصيغة وإن كانت القواعد غير موجبة لها

لكن شدة الاهتمام بأمر النكاح أوجبت النهي عن تركها أجمع. (آقا ضياء).

* بل لا يخلو عن قوة. (النائيني).

* لا يترك. (البروجردي).

(مسألة): يشترط في النكاح الصيغة بمعنى الإيجاب والقبول اللفظيين فلا يكفي التراضي الباطني ولا الإيجاب والقبول الفعليين، وأن يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج على الأحوط (١) فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم وإن كان لا يبعد كفايته مع الإتيان بما يدل على إرادة الدوام (٢). ويشترط العربية مع التمكن منها ولو بالتوكيل (٣) على الأحوط (٤). نعم مع عدم التمكن منها ولو بالتوكيل يكفي غيرها من الألسنة إذا أتى بترجمة اللفظيين من النكاح والتزويج. والأحوط (٥)

(٥٨٨)

اعتبار الماضوية وإن كان الأقوى عدمه، فيكفي المستقبل والجملة
الخبرية كأن يقول: أزوجك، أو أنا مزوجك فلانة. كما أن الأحوط (١)
تقديم الإيجاب على القبول وإن كان الأقوى جواز العكس (٢) أيضا.
وكذا الأحوط (٣) أن يكون الإيجاب من جانب الزوجة والقبول من
جانب الزوج وإن كان الأقوى جواز العكس (٤). وأن يكون القبول بلفظ

(١) هذا الاحتياط لا يترك وكذا ما بعده. (النائيني).

(٢) إذا كان القبول بغير لفظ قبلت. (الإصفهاني).

* إذا كان القبول بمثل تزوجت ونكحت لا بمثل قبلت ورضيت. (البروجردى).

* في غير ما يدل على المطاوعة مثل رضيت وقبلت ونحوهما. (الشيرازي).

* بمثل تزوجت لا بمثل قبلت. (الإمام الخميني).

(٣) هذا الاحتياط لا يترك. (الإصفهاني).

* لا يترك. (الإمام الخميني).

* بل الأقوى لأن حقيقة النكاح على ما هو الظاهر اعتبار إضافة وعلاقة بين

الزوجين مستلزمة لتسلط الزوج على الزوجة في لوازم المزوجة وآثارها

وإن كان لها عليه حقوق أيضا فيعتبر الإيجاب من قبل الزوجة باعتبار تسلطها

على نفسها بأن تجعلها تحت سلطنة الزوج بإنشاء زوجيتها له ولا سلطنة للزوج

عليها حتى يجعلها تحت سلطنته بإنشاء زوجيتها لنفسه أو زوجيته لها فلا

محالة يعتبر منه قبول ما أنشأت والقول بأن المزوجة علاقة بينهما من دون

استلزام سلطنة من أحدهما على الآخر وإنما أوجب عليهما الشارع ما أوجب

لمصالح فهو خلاف ما يترأى من العرف والشرع حيث قال عز وجل

* (الرجال قوامون على النساء) * وخيرهم في إمساكهن بالمعروف أو تسريحهن

بالإحسان وغير ذلك من الأحكام مما لا مجال لذكره في المقام. (الكلبيكاني).

(٤) إن أريد بالعكس إيجاب الزوج بلفظ أنكحتك نفسي مثلا فصحته محل

قبلت، ولا يبعد كفاية رضيت. ولا يشترط ذكر المتعلقات، فيجوز
الاقتصار على لفظ " قبلت " من دون أن يقول: " قبلت النكاح لنفسي "
أو " لموكلي بالمهر المعلوم ". والأقوى (١) كفاية الإتيان بلفظ الأمر (٢)
كأن يقول: زوجني فلانة فقال: زوجتكها وإن كان الأحوط خلافه (٣).
(مسألة): الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول بالإشارة (٤) مع قصد
الإنشاء وإن تمكن من التوكيل على الأقوى (٥).
(مسألة): لا يكفي في الإيجاب والقبول الكتابة (٦).
(مسألة): لا يجب التطابق (٧) بين الإيجاب والقبول في ألفاظ

إشكال بل عدمها لا يخلو من رجحان وإن أريد به إيجابه بلفظ نكحتك أو
تزوجتك فلا بأس به لكنه راجع إلى تقديم القبول كما مر. (البروجردى).
(١) في القوة تأمل بل منع ولقد شرحنا وجهه في كتاب البيع، فراجع. (آقا ضياء).
(٢) محل إشكال. (البروجردى).
(٣) لا يترك. (الإمام الخميني، الشيرازي).
* لا يترك الاحتياط. (الخوئي).
* هذا الاحتياط لا يترك. (النائيني).
(٤) وبتحريك لسانه أيضا. (الخوئي).
(٥) الأولى والأحوط توكيهه خصوصا إذا كان أحد طرفي العقد بل لا يترك
الاحتياط فيه لإمكان التشكيك في شمول الدليل لمثل ذلك. (آقا ضياء).
(٦) للقادر على التكلم وأما للعاجز ففيه إشكال وكذا في الاكتفاء بالإشارة مع
القدرة على الكتابة فالأحوط للعاجز عن التكلم الجمع بين الكتابة والإشارة
مع عدم التوكيل. (الكلبائگانى).
(٧) الأحوط رعايته. (النائيني).
* الأحوط التطابق فيما إذا لم يترادفا. (الشيرازي).

- المتعلقات، فلو قال: أنكحتك فلانة، فقال: قبلت التزويج، أو بالعكس كفى (١). وكذا لو قال: على المهر المعلوم، فقال الآخر: على الصداق المعلوم. وهكذا في سائر المتعلقات.
- (مسألة): يكفي على الأقوى في الإيجاب لفظ " نعم " بعد الاستفهام (٢) كما إذا قال زوجتي فلانة بكذا؟ فقال: نعم، فقال الأول: قبلت. لكن الأحوط عدم الاكتفاء (٣).
- (مسألة): إذا لحن في الصيغة فإن كان مغيرا للمعنى لم يكف، وإن لم يكن مغيرا فلا بأس به إذا كان في المتعلقات، وإن كان في نفس اللفظين كأن يقول: جوزتك (٤) بدل زوجتك، فالأحوط عدم الاكتفاء به. وكذا اللحن في الإعراب.
- (مسألة): يشترط قصد الإنشاء في إجراء الصيغة.
- (مسألة): لا يشترط في المحجري للصيغة أن يكون عارفا بمعنى

-
- (١) محل إشكال. (الإصفهاني، البروجردي).
- (٢) فيه نظر وإن كان يشعر به بعض الروايات لكن لا وثوق في اعتنائهم بسندها ومضمونها. (آقا ضياء).
- (٣) لا يترك. (الإصفهاني، البروجردي، الإمام الخميني، الشيرازي، الكلبيكاني).
- * هذا الاحتياط لا يترك. (النائيني).
- * بل لا يبعد أن يكون هو الأظهر. (الخوئي).
- (٤) هذا من اللحن المغير للمعنى ولا يكفي بلا إشكال. (البروجردي).
- * لا يكفي بمثل ذلك مما يكون اللحن مغيرا للمعنى. (الإمام الخميني).
- * الأقوى عدم كفايته لأنه لحن مغير للمعنى. (الكلبيكاني).

الصيغة تفصيلا، بأن يكون مميزا للفعل والفاعل والمفعول، بل يكفي (١) علمه إجمالا بأن معنى هذه الصيغة إنشاء النكاح والتزويج. لكن الأحوط (٢) العلم التفصيلي.

(مسألة): يشترط الموالاتة بين الإيجاب والقبول وتكفي العرفية منها، فلا يضر الفصل في الجملة بحيث يصدق معه أن هذا قبول لذلك الإيجاب، كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت.

(مسألة): ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو كان القابل غائبا عن المجلس فقال الموجب: زوجت فلانا فلانة وبعد بلوغ الخبر إليه قال: قبلت لم يصح. وفيه: أنه لا دليل على اعتباره من حيث هو، وعدم الصحة في الفرض المذكور إنما هو من جهة الفصل الطويل، أو عدم صدق المعاقدة والمعاهدة، لعدم التخاطب. وإلا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدد المجلس صح، كما إذا خاطبه وهو في مكان آخر لكنه يسمع صوته (٣) ويقول: قبلت، بلا فصل مضر، فإنه يصدق عليه المعاقدة.

(١) إذا كان جاهلا باللغة بحيث لا يفهم أن العلقة تحصل بلفظ زوجت مثلا أو بلفظ موكلتي فصحته محل إشكال وإن علم أن هذه الجملة لهذا المعنى. (الإمام الخميني).

(٢) لا يترك. (البروجردى، الكلبياني).

* هذا أيضا من زمرة الاحتياطات السابقة التي يمكن دعوى القاعدة على خلافه ولكن شدة الاحتياط بأمر النكاح أوجبته. (آقا ضياء).

(٣) ولعل من اعتبر اتحاد المجلس يعتبره في غير هذه الصورة. (الإصفهاني).

(مسألة): ويشترط فيه التنجيز كما في سائر العقود، فلو علقه على شرط أو مجيء زمان بطل. نعم لو علقه على أمر محقق معلوم كأن يقول: إن كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانة مع علمه بأنه يوم الجمعة صح، وأما مع عدم علمه فمشكل (١).

(مسألة): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته، فإن أرادا البقاء فاللازم الإعادة على الوجه الصحيح، وإن أرادا الفراق فالأحوط الطلاق (٢) وإن كان يمكن التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجية (٣). وإن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي فمع إرادة

(١) لا يصح قطعاً بل في الصورة الأولى أيضاً لا يخلو من إشكال. (الإصفهاني، البروجردي).

* بل باطل. (الكلبيكاني).

* بل الظاهر بطلانه. (النائيني).

(٢) هذا الاحتياط لا يترك. (الخوئي).

(٣) لو لم يكن وجه احتياطه تزلزله في اجتهاده ولو من جهة عدم اطمئنانه بفحصه أو استظهاره من الدليل ولو لشوب ذهنه واتهامه في حدسه كما أن كثيراً من احتياطاتنا من هذا القبيل مع وضوح كون مواردها مجاري العمومات أو الأصول النافية التي لا بد من المجتهد أن ينتهي إليهما بعد قصور يده عن المثبتات للتكليف ولقد أشرنا آنفاً أيضاً إلى وجه عدم ترك الاحتياط المذكور من المصنف في باب النكاح فإنها طرا من هذا القبيل وإلا فشان المجتهد بعد تمامية فحصه المشي على طبق القواعد والأصول عصمنا الله عن الخطأ والزلل. (آقا ضياء).

* لكن يجريها المجتهد الفاحص عن الأدلة وليس إجراؤها من وظيفة المقلد

البقاء الأحوط الاستحبابي إعادته على الوجه المعلوم صحته، ومع إرادة الفراق فاللازم الطلاق.

(مسألة): يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل، سواء كان عاقدا لنفسه أو لغيره وكالة أو ولاية أو فضولا، فلا اعتبار بعقد الصبي ولا المجنون ولو كان أدواريا حال جنونه وإن أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقة على المشهور بل لا خلاف فيه. لكنه في الصبي الوكيل عن الغير محل تأمل (١) لعدم الدليل (٢) على سلب عبارته (٣) إذا كان عارفا بالعربية وعلم قصده حقيقة، وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا. وكذا إذا كان لنفسه بإذن الولي أو إجازته أو إجازته هو بعد البلوغ. وكذا لا اعتبار بعقد السكران فلا يصح ولو مع الإجازة

العامي. (البروجردى، الإصفهاني).

* يعني يمكن للفقهاء التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجية. (الكلبيكاني).
* هذا الأصل مما لا أصل له نعم يجري بعض أصول آخر لكن المجري هو المجتهد. (الإمام الخميني).

* لا يترك الطلاق على الأحوط. (النائني، الشيرازي).
(١) بل منع. (الخوئي).

* فلا يترك فيه مراعاة الاحتياط وكذا في عقده لنفسه بإذن الولي أو إجازته. (الكلبيكاني).

* الأحوط عدم الاعتداد بعقده مطلقا. (النائني).

(٢) بل الأقوى اعتبار إجراء النكاح وعقده وصحته منه. (الفيروزآبادي).
* يكفي فيه إطلاق معاهد الإجماعات وبعض وجوه آخر تعرضناه في كتاب البيع. (آقا ضياء).

(٣) الأقوى سلب عبارته. (الإمام الخميني).

بعد الإفاقة. وأما عقد السكري إذا أجازت بعد الإفاقة ففيه قولان فالمشهور أنه كذلك. وذهب جماعة إلى الصحة مستنديين إلى صحة ابن بزيع، ولا بأس (١) بالعمل بها وإن كان الأحوط خلافه، لإمكان حملها (٢) على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول، مع أن المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل، فلا يترك الاحتياط (٣). (مسألة): لا بأس بعقد السفية إذا كان وكيلا عن الغير في إجراء الصيغة، أو أصيلا مع إجازة الولي. وكذا لا بأس بعقد المكره على إجراء الصيغة للغير، أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك. (مسألة): لا يشترط الذكورة في العاقد فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في إجراء الصيغة، كما يجوز إجراؤها لنفسها. (مسألة): يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد فلو أوجب ثم جن أو أغمي عليه قبل مجئ القبول لم يصح (٤) وكذا لو أوجب ثم نام بل أو غفل عن العقد بالمرة، وكذا الحال في سائر العقود، والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة، مضافا إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدلة. (مسألة): يشترط تعيين الزوج والزوجة - على وجه يمتاز كل

-
- (١) مشكل فيما إذا كان السكر بحيث لا التفات لها إلى ما تقول. (الكلبيكاني).
 - (٢) هو بعيد جدا والعمدة دعوى إعراض المشهور وهي غير ثابتة لعمل جماعة من المتقدمين بها على أن كبرى هذه غير ثابت. (الخوئي).
 - (٣) بل الأقوى بطلانه لعدم الاعتناء بالرواية لضعفه وعدم صحة إطلاق العقد على ما صدر من السكران. (آقا ضياء).
 - (٤) في إطلاقه نظر. (الشيرازي).

منهما عن غيره - بالاسم أو الوصف الموجب له أو الإشارة فلو قال زوجتك إحدى بناتي، بطل، وكذا لو قال: زوجت بنتي أحد ابنيك، أو أحد هذين. وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر، بل وكذا لو عيننا معينا من غير معاهدة بينهما بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر، وأما لو كان ذلك مع المعاهدة (١) لكن لم يكن هناك دال على ذلك (٢): من لفظ، أو فعل، أو قرينة خارجية مفهومة، فلا يبعد الصحة وإن كان الأحوط خلافه، ولا يلزم تمييز ذلك (٣) المعين عندهما حال العقد بل يكفي التمييز الواقعي (٤) مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: زوجتك بنتي الكبرى ولم يكن حال العقد عالما بتاريخ تولد البنيتين لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم. نعم إذا كان مميزا واقعا ولكن لم يمكن العلم به ظاهرا كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ولم يمكنه

-
- (١) إذا تقاولا وتعهدا على معين فعقدا بلا فصل مبني عليه الظاهر الصحة كما إذا قال بعد ذلك زوجت بنتي منك لكنه من قبيل القرينة الخارجية الحافة بالكلام نعم لو قال بعد التعاقد زوجت إحدى بناتي يشكل الصحة. (الإمام الخميني).
* بأن يكون الزوجان معلومين عندهما من غير أن يذكر في العقد إلا بعبارات مشتركة مثل ابني وبنتي وابنيك وبنيتك. (الكلبایگانی).
- (٢) مع دخل اللفظ في إبراز المعاهدة في باب النكاح الأقوى اعتباره كما لا يخفى. (آقا ضياء).
- * العبارة لا تخلو من إجمال فإن تحقق المعاهدة مع انتفاء ما يدل على وحدة المقصود غير متصور وإجراء العقد مبني على المعاهدة يدل على وحدته في العقد أيضا. (البروجردی).
- (٣) الأحوط اعتباره. (النائینی).
- (٤) فيه تأمل. (الإصفهانی).

العلم به فالأقوى البطلان (١) لانصراف الأدلة عن مثله. فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعة ضعيف.

(مسألة): لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة (٢) أخذ بما هو المقصود والغى ما وقع غلطا - مثلا - لو قال زوجتك الكبرى من بناتي فاطمة، وتبين أن اسمها خديجة (٣) صح العقد على خديجة التي هي الكبرى. ولو قال: زوجتك فاطمة وهي الكبرى، فتبين أنها صغرى صح على فاطمة، لأنها المقصود، ووصفها بأنها كبرى وقع غلطا فيلغى. وكذا لو قال: زوجتك هذه وهي فاطمة أو وهي الكبرى، فتبين أن اسمها خديجة أو أنها صغرى، فإن المقصود تزويج المشار إليها، وتسميتها بفاطمة أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطا فيلغى.

(١) بل الأقوى إجراء حكم الشبهة المحصورة عليهما. (آقا ضياء).

* محل تأمل فلا يترك الاحتياط بالطلاق. (البروجردى).

* في القوة إشكال بل الصحة غير بعيدة. (الخوئي).

* محل إشكال فلا يترك التخلص بالاحتياط. (الإمام الخميني).

* لا يترك الاحتياط بالطلاق. (الشيرازي).

* لا يترك فيه مراعاة الاحتياط. (الكلبائي).

(٢) لكن إذا كان المقصود العقد على الكبرى فتخيل أن المرأة الحاضرة هي الكبرى فقال زوجتك هذه وهي الكبرى فالصحة بالنسبة إلى الحاضرة لا تخلو من وجه لكن لا يترك الاحتياط بتحديد العقد أو الطلاق. (الإمام الخميني).

(٣) إن كان المقصود الكبرى والاشتباه وقع في الاسم وعلى فاطمة إن كانت هي المقصودة والاشتباه وقع في كونها كبرى وكذا فيما ذكره بعد هذا ولا اعتبار بالعنوان المذكور أولا. (الفيروزآبادي).

(مسألة): إذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه (١) حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً، فالقول قول مدعي الصحة (٢) كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها، وكما في سائر العقود. وإن اتفقا الزوج وولي الزوجة على أنهما عينا معيناً وتنازعا فيه أنها فاطمة أو خديجة فمع عدم البينة المرجع التحالف (٣) كما في سائر العقود. نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها وهي: ما إذا كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها عند العقد ولا عينها بغير الاسم لكنه قصد لها معينة، واختلفا

- (١) بعد اتفاقهما في وقوع العقد والاختلاف في التعيين واللاتعيين. (الإمام الخميني).
* ظاهر العبارة هو كون النزاع في وقوع العقد عليها أو على امرأة أخرى فيكون أجنبياً عن جريان أصالة الصحة فيه بل يقدم قول المنكر بيمينه نعم لو تسالما على وقوع العقد عليها وكان النزاع في صحته أو فساده يقدم قول مدعي الصحة. (النائيني).
* إن كان النزاع في عدم التعيين حتى قبل العقد فهو يرجع إلى النزاع في وقوع العقد على المعين والأصل عدمه وإن كان النزاع في التعيين عند ذكر اللفظ بأن يدعى بعدم إتيان لفظ دال على التعيين وإن كان الزوجان معينين عند العاقدين فقد تقدم منه (قدس سره) الحكم بالصحة. (الكلبایگانی).
(٢) إذا لم يرجع إلى التنازع في وقوع العقد على المعين وعدمه وإلا فالقول قول المنكر مع يمينه. (الإصفهاني، البروجردي).
* إذا كان النزاع في وقوع العقد على المعين وعدمه كما هو ظاهر العبارة لم يكن مجالاً للتمسك بأصالة الصحة. (الخوئي).
(٣) ويترتب عليه سقوط الدعوى فقط فليس لكل من طرفي الدعوى إلزام الآخر بما يدعيه وأما كون التحالف موجبا لانفساخ العقد - كما في الجواهر - فمحل منع، بل اللازم على كل منهما أن يعمل بما هو وظيفته في الواقع. (الخوئي).

فيها فالمشهور على الرجوع إلى التحالف (١) الذي هو مقتضى قاعدة
الدعاوي. وذهب جماعة إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعا
فالقول قول الأب، وما لو لم يرهن فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحة
أبي عبيدة الحذاء. وهي وإن كانت صحيحة إلا أن إعراض المشهور عنها
مضافا إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها على بعض المحامل يمنع
عن العمل بها، فقول المشهور لا يخلو عن قوة (٢) ومع ذلك الأحوط (٣)
مراعاة الاحتياط، وكيف كان لا يتعدى عن موردها.
(مسألة): لا يصح نكاح الحمل وإنكاحه وإن علم ذكوريته أو أنوثيته،

(١) الرجوع إلى التحالف محل نظر بل مقتضى القاعدة تقديم قول الأب فإنه
أعلم بقصده غايته أن للزوج حق اليمين عليه بل في الحقيقة لا معنى لمنازعة
الزوج للأب في ما قصده كي يدخل في باب التحالف بل الحكم هو أن يحلف
الأب أنه عين فلانة فإما أن يقبل الزوج بها أو يطلق ويجري عليه أحكام
الطلاق قبل الدخول نعم لو أخبره الأب بما عين فتنازعا فيما أخبره كان الحكم
هو التحالف فإن حلفا أو نكلا بطل كل من الدعويين والأحوط مع ذلك الطلاق
لهما معا وإن حلف أحدهما مضى قوله على الآخر. (كاشف الغطاء).
* بل المشهور بين من تعرض للمسألة هو ما تضمنه الرواية فقد أفتى بها
الشيخ والقاضي والمحقق والعلامة وغيرهم نعم خرجها المتأخرون على
أنه إذا رآهن كان قد وكل التعيين إلى أبيهن وقبل نكاح من نواها هو فيرجع
النزاع إلى تعيين من نواها فيكون القول قوله لأنه كالوكيل وهو أعرف بنيته.
(البروجردى).

(٢) فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

(٣) لا يترك. (الإمام الخميني).

وذلك لانصراف الأدلة (١) كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولي الولي وإن قلنا بصحة الوصية له عهدية بل أو تمليلية أيضا.
(مسألة): لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر مما يختلف به الرغبات، وتكون موجبة لزيادة المهر أو قلته، فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها، فلا تجري قاعدة الغرر هنا.

فصل

في مسائل متفرقة

الأولى: لا يجوز في النكاح دواما أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد فلو شرطه بطل، وفي بطلان العقد به قولان: المشهور على أنه باطل (٢). وعن ابن إدريس أنه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور، ولا يخلو

-
- (١) الظاهر أنه لا يوجد إطلاق يعم نكاح الحمل حتى يدعى انصرافه. (الخوئي).
* لا يبعد عدم اعتبار النكاح للحمل عند العرف فلا يكون نكاحه نكاحا حتى يحتاج إلى التمسك بانصراف الأدلة. (الكلبيكاني).
- (٢) وهو الصحيح والفرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة هو أن اشتراط الخيار يرجع إلى تحديد الزوجية بما قبل الفسخ لا محالة وهو ينافي قصد الزواج الدائم أو المؤجل إلى أجل معلوم وهذا بخلاف سائر الشروط الفاسدة فإنها بحسب الارتكاز العرفي لا ترجع في خصوص النكاح إلى جعل الخيار على تقدير التخلف وإنما ترجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على وجود الشرط ففسادها لا يسري إلى العقد. (الخوئي).
* وهو الصحيح. (النائيني).

قوله عن قوة (١) إذ لا فرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه، مع أن المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد. ودعوى كون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط الفاسدة - التي لا يقولون بكونها مفسدة - كما ترى. وأما اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه (٢) ولكن لا بد من تعيين مدته (٣). وإذا فسخ قبل انقضاء المدة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع إلى مهر المثل، هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر. وأما في المتعة - حيث إنها لا تصح بلا مهر - فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل (٤).

الثانية: إذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقته أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها حكم لهما (٥) بذلك في ظاهر الشرع، ويرتب جميع آثار

-
- (١) يحتاج إلى التأمل. (البروجردى).
 - * لولا الإجماع على خلافه كما ادعاه الشيخ (قدس سره) في الخلاف. (الكلبيكاني).
 - (٢) كما هو المشهور ولكن لا يخلو من كلام. (الكلبيكاني).
 - (٣) فيه إشكال بل منع. (الخوئي).
 - (٤) وحكم مفسديتها كما تقدم منه. (آقا ضياء).
 - * فلا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادي).
 - * اشتراط الخيار في المهر له صورتان فتارة يشترط أن له الخيار أن يعين مهرا أو لا يعين وهذا يصح في الدوام فإن عين لزم وإلا فمهر المثل وفي المتعة يبطل لاتفاقهم على أن المهر ركن فيه يبطل بدون ذكره ولكن لو قيل بأنه يراعى فإن عين صح وإلا بطل لم يكن بعيدا وأخرى أن يعين المهر ثوبا مثلا ويشترط أن له الخيار أن يبدله بدراهم إلى ستة وهذا لا مانع منه متعة ودواما. (كاشف الغطاء).
 - (٥) مع الاحتمال. (الإمام الخميني).

الزوجية بينهما، لأن الحق لا يعدو هما، ولقاعدة الإقرار (١). وإذا مات أحدهما ورثه الآخر. ولا فرق في ذلك بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين. وأما إذا ادعى أحدهما الزوجية وأنكر الآخر فيجري عليهما قواعد الدعوى، فإن كان للمدعي بينة، وإلا فيحلف (٢) المنكر، أو يرد اليمين فيحلف المدعي ويحكم له بالزوجية، وعلى المنكر ترتيب آثاره (٣) في الظاهر (٤). لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع بينه

(١) وفي كفاية قاعدة الإقرار في أمثال المقام نظر إذ ليس شأنها إلا ترتيب ما كان ضررا على المقر لا مطلقا. (آقا ضياء).

(٢) إن كان منكرا بتا وإن كان يظهر الشك فالظاهر عدم السماع إلا بالبينة لعدم جواز الحلف مع الشك ولا الرد من غير فرق بين كون المدعى عليه الزوج أو الزوجة ولعل هذه الصورة هي المراد من عبارة القواعد حيث قال لو ادعى رجل زوجية امرأة لم تسمع إلا بالبينة سواء كانت معقودا عليها أم لا. (الكلبيانگاني).

(٣) يعني آثارها المحللة مثل الإنفاق على الزوجة وترك الخروج بدون إذن الزوج وأما المحرمة مثل الوطء فيجب على المحكوم عليه العالم بالخلاف طلاق المرأة في الظاهر لئلا يجبر على وطء المحرم باعتقاده ويجب على المحكوم عليها إرضاء الزوج بالطلاق أو ترك الوطء ولو ببذل المال وعلى فرض عدم التمكن من التخلص لكل منهما فليقتصر على المقدار المضطر إليه. (الكلبيانگاني).

(٤) بالمقدار الذي يجبر عليه ولا مندوحة له عنه من الآثار المحرمة إن كان إنكاره عن علم منه بالعدم نعم إن كان مبنيا على الأصل فالظاهر أن الحكم حجة عليه في الظاهر فله وعليه ترتيب آثارها مطلقا. (البروجردي).

* بمقدار لا يمكن التخلص عنه لو كان عالما بخلاف مدعي الزوجية وإن كان المنكر هو الزوج يجب عليه الطلاق في الظاهر أو تجديد النكاح مع الإمكان.

وبين الله. وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجية بينهما لكن المدعي مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه، فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة، ولا أم المنكرة ولا بنتها مع الدخول بها، ولا بنت أخيها أو أختها إلا برضاها، ويجب عليه إيصال المهر إليها (١). نعم لا يجب عليه نفقتها، لنشوزها بالإنكار. وإن كانت هي المدعية لا يجوز لها التزويج بغيره إلا إذا طلقها (٢) ولو بأن يقول: هي طالق إن كانت زوجتي. ولا يجوز لها السفر من دون إذنه (٣) وكذا كل ما يتوقف (٤) على إذنه. ولو رجع المنكر إلى الإقرار هل يسمع منه ويحكم بالزوجية بينهما؟ فيه قولان: والأقوى السماع (٥) إذا أظهر عذرا لإنكاره (٦) ولم يكن

(الإمام الخميني).

(٣) عندي في المسألة إشكال. (الفيروزآبادي).

* فيه وفيما بعده إشكال. (الخوئي).

(٤) في حرمة ما يتوقف على إذنه بدونه إشكال لانصراف الأدلة عن منكر

الزوجية عمدا بل يمكن أن يكون إنكاره بمنزلة إسقاط حقه أو إذنه نعم

لو اشتبه عليه الأمر فعلى المرأة المراعاة لحقه الواقعي. (الكلبيكاني).

(٥) في سماع إقراره على نفسه بلزوم إنكاره نظر جدا. (آقا ضياء).

(٦) هذا بالإضافة إلى الحقوق التي ادعي عليه والظاهر أنه لا يعتبر في سماعه

حينئذ أن يظهر عذرا لإنكاره وأن لا يكون متهما وأما بالإضافة إلى حقوقه

على المدعي ففي سماعه إشكال وكذلك الحال فيما إذا رجع المدعي عن دعواه

وكذب نفسه بلا فرق بين الرجوع قبل إقامة البينة والرجوع بعدها. (الخوئي).

متهما وإن كان ذلك بعد الحلف (١) وكذا المدعي إذا رجع عن دعواه وكذب نفسه. نعم يشكل (٢) السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامة البينة منه (٣) على دعواه، إلا إذا كذبت البينة أيضا نفسها. الثالثة: إذا تزوج امرأة تدعي خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر لم تسمع دعواه (٤) إلا بالبينة (٥). نعم له مع عدمها على كل

-
- (١) بناء على عدم كون الحلف فسخا كما احتمله بعض. (الكلبياني).
* لو حلف منكر النكاح على نفيه ثم كذب نفسه فيشكل سماعه لقوة احتمال أن يكون حلفه فاسخا تعديدا للزوجية ولو حلف المدعي يمين الرد ثم رجع عن دعواه أو كذب نفسه فالظاهر بطلان يمينه وسقوط دعواه. (النائني).
(٢) الظاهر عدم الإشكال في سقوط النزاع وانتفاء موضوع الحكم برجوع المدعي عن الدعوى سواء كان قبل الحكم أو بعده كذبت البينة نفسها أو لا. (الكلبياني).
* لولا معارضته بإقراره السابق كان إقراره مقدا على البينة لعموم أصدقية الإنسان على نفسه على ما هو مضمون النص. (آقا ضياء).
(٣) لو كذب المشهود له بينته فلا إشكال في سقوطها فلا حاجة إلى أن تكذب هي أيضا نفسها من دون فرق بين أن يكون قبل حكم الحاكم بها أو بعده ويسقط أيضا بذلك الحكم. (النائني).
(٤) يعني لم تسمع بحيث كانت حجة على الزوج والزوجة فلا ينافي قوله بعد ذلك نعم إلى آخره لكن ظاهر النص وفتوى الأكثر على ما قيل عدم السماع مطلقا إلا بالبينة فلا محل لتوجه اليمين على أحدهما. (الكلبياني).
(٥) والظاهر أنه حينئذ ليس له إحلاف الزوج ولا الزوجة نعم إذا كان المدعي ثقة فالأحوط للزوج أن يطلقها. (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: والظاهر أنه حينئذ ليس له إحلاف الزوج ولا الزوجة أما الزوج فيكفي له عدم علمه بالحال وأما الزوجة فلأن اعترافها بالزوجية لا أثر له حتى يكون لحلفها أثر وبذلك يظهر الحال في بقية المسألة.

منهما اليمين (١) فإن وجه الدعوى على المرأة فأنكرت وحلفت سقط دعواه عليها، وإن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة (٢) على الزوج، وتبقى على زوجية الزوج مع عدمها، سواء كان عالما بكذب المدعي أو لا. وإن أخبر ثقة واحد بصدق المدعي وإن كان الأحوط حينئذ طلاقها فيبقى النزاع (٣) بينه وبين الزوج، فإن حلف سقط دعواه بالنسبة إليه أيضا، وإن نكل (٤) أو رد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجية إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجية بعد الرد عليه، وإن كان قبل تمامية الدعوى مع الزوجية فيبقى النزاع بينه وبينها، كما إذا وجه الدعوى أولا عليه. والحاصل أن هذه دعوى على كل من الزوج والزوجة فمع عدم البينة إن حلفا سقط دعواه عليهما، وإن نكلا (٥)

-
- * ما ذكره أولا من أن هذه الدعوى لا تسمع إلا بالبينة هو الصحيح ومع عدمها (٢) ولا ميزانا للفصل بينه وبين المدعي حتى يحكم الحاكم له على الزوج بسببه وهذا فيما إذا كان الزوج منكرا لدعواه على البت وأما إذا قال أنا لا أعلم وإنما تزوجتها بإخبارها فالظاهر أن الحاكم يلزمه الحكم بيمين المدعي إذا ردها الزوجة عليه ويكون حكمه حجة على الزوج أيضا ولا يبقى بعده نزاع بينهما. (البروجردي).
- (٣) تفريع على قوله: وتبقى على زوجية الزوج. قوله: بينه وبين الزوج أي بين المدعي. (الفيروزآبادي).
- (٤) الظاهر عدم ثبوت الحق بمجرد النكول بل يرد الحاكم الحلف على المدعي فإن حلف يثبت الحق والمسألة سيالة. (الإمام الخميني).
- (٥) مر الكلام فيه. (الإمام الخميني).

أو رد اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه. وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه، فإذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة إليه، والزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدعي أو نكلت ورد الحاكم عليه فحلف وإن كان لا يتسلط عليها لمكان حق الزوج، إلا أنه لو طلقها أو مات عنها ردت إليه، سواء قلنا إن اليمين المردودة بمنزلة الإقرار، أو بمنزلة البيعة، أو قسم ثالث. نعم في استحقاقها النفقة والمهر المسمى على الزوج إشكال، خصوصاً (١) إن قلنا إنه بمنزلة الإقرار أو البيعة. هذا كله إذا كانت منكراً لدعوى المدعي. وأما إذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة إلى حق الزوج، ولكنها مأخوذة بإقرارها، فلا تستحق النفقة على الزوج، ولا المهر المسمى، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها، لأنها بغية بمقتضى إقرارها إلا أن تظهر عذراً في ذلك. وترد على المدعي بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك.

الرابعة: إذا ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت، فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الأول، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها أو لا إلا بعد فراغها من المدعي؟ وجهان: من أنها قبل ثبوت دعوى المدعي خلية ومسلطة على نفسها، ومن تعلق حق المدعي بها (٢) وكونها في معرض ثبوت زوجيتها للمدعي، مع أن ذلك تفويت حق المدعي إذا ردت الحلف عليه وحلف، فإنه ليس حجة على غيرها وهو الزوج. ويحتمل التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى - فيجوز للضرر

-
- (١) ولكن يجب على الزوج بمقتضى إقراره دسه في مالها. (آقا ضياء).
(٢) الظاهر أن حق المدعي ليس إلا أن له أن يدعي لكن قبل الإثبات وحكم الحاكم لا يمنع المدعي عليه من التصرفات ولا يثبت بمجرد الدعوى حق حتى يحكم بحرمة تفويته. (الكلبيكاني).

عليها بمنعها حينئذ - وبين غير هذه الصورة. والأظهر: الوجه الأول (١).
وحينئذ فإن أقام المدعي بينة وحكم له بها كشف عن فساد العقد عليها.
وإن لم يكن له بينة وحلفت (٢) بقيت على زوجيتها (٣). وإن ردت اليمين
على المدعي وحلف ففيه وجهان: من كشف كونها زوجة للمدعي
فيبطل العقد عليها، ومن أن اليمين المردودة لا يكون مسقطا لحق الغير
- وهو الزوج - وهذا هو الأوجه (٤). فيشمر فيما إذا طلقها الزوج أو مات
عنها فإنها حينئذ ترد على المدعي. والمسألة سيالة تجري في دعوى

(١) ولكن الأقوى هو الثاني إلا إذا استوجب ضررا عليها فتتزوج وإذا ثبتت
دعوى مدعي الزوجية السابقة ظهر بطلان عقد الثاني. (كاشف الغطاء).
* بل الثاني إذ مقتضى ما تقدم من عدم توجه الحلف على الزوجة هو كون
التزوج من الغير تفويتا لهذا الحق الثابت للمدعي بنفس الدعوى فلا يجوز.
(النائيني).

(٢) الظاهر عدم سماع الدعوى وكذلك الحكم في نظائرها. (الكلبياني).
(٣) فيه إشكال ولا يبعد أن يكون الوجه الأول أوجه فإن اليمين المردودة في
مفروض المسألة تثبت الدعوى السابقة على العقد. (الخوئي) وفي حاشية أخرى
منه: تقدم أن الحلف لا يتوجه على الزوجة بعد التزويج كما هو المفروض هنا
حيث لا موضوع لحلفها فإن موضوعه إنما هو فيما إذا كان لاعترافها أثر
ولا أثر له في المقام وبذلك يظهر حال اليمين المردودة.
(٤) بل الأوجه هو الأول فإنه إنما يحلف اليمين المردودة لإثبات ما كان ادعاه
عليها حينما كانت خلية عن هذا الزوج ولم يكن لدعواه توجه إليه أصلا.
(البروجردى).
* لا يترك الاحتياط في هذه المسألة وسابقها. (الشيرازي).

الأُملاك وغيرها (١) أيضا والله العالم.
الخامسة: إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت وادعت زوجية امرأة
أخرى لا يصح شرعا (٢) زوجيتها لذلك الرجل مع المرأة الأولى - كما
إذا كانت أخت الأولى أو أمها أو بنتها - فهناك دعويان: إحداها من
الرجل على المرأة، والثانية من المرأة الأخرى على ذلك الرجل.
وحيثُ أن لا يكون هناك بينة لواحد من المدعين، أو يكون
لأحدهما دون الآخر، أو لكليهما. فعلى الأول: يتوجه اليمين على
المنكر في كلتا الدعويين، فإن حلفا سقطت الدعويان (٣). وكذا إن نكلا (٤)
وحلفت كل من المدعين اليمين المردودة (٥). وإن حلف أحدهما ونكل
الآخر وحلف مدعيه اليمين المردودة سقطت دعوى الأول وثبت مدعى
الثاني. وعلى الثاني: وهو ما إذا كان لأحدهما بينة ثبت مدعى من له
البينة، وهل تسقط دعوى الآخر أو يجري عليه قواعد الدعوى من

-
- (١) ولا تسمع الدعوى في شئ مما يكون من هذا القبيل إلا بالبينة. (النائبي).
(٢) الجملة صفة لقوله امرأة أخرى. (الفيروزآبادي).
(٣) بمقتضى الحلفين. (الكلبايگاني).
(٤) لكن سقوط الدعويين في الأول يكون للعمل بكلا الحلفين وفي الثاني
لسقوطهما عن الاعتبار بالتعارض. (البروجردي).
* أي سقطت الدعويان لكن لتعارض الحلفين. (الكلبايگاني).
(٥) بناء على الاكتفاء بلوازم اليمين على إثبات مدعاه في وظيفة المنكر في مقام
إسقاط دعوى الغير عنه وإلا فيتساقطان فتبقى الدعوى بلا ميزان فينتظر إلى
زمان وجود البينة ولا معنى حينئذ لسقوط الدعويين اللهم إلا أن يحمل
السقوط على السكوت وعدم الحكم بواحد من الدعويين إلى زمان التمكن من
الميزان للفصل وهو بعيد عن سوق العبارة فراجع. (آقا ضياء).

حلف المنكر أو رده؟ قد يدعى القطع بالثاني، لأن كل دعوى لا بد فيها من البينة أو الحلف. ولكن لا يبعد (١) تقوية الوجه الأول، لأن البينة حجة شرعية (٢) وإذا ثبت بها زوجية إحدى امرأتين لا يمكن معه زوجية الأخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين امرأتين فلازم ثبوت زوجية إحداهما بالأمانة الشرعية عدم زوجية الأخرى (٣). وعلى الثالث: فيما أن يكون البينتان مطلقتين، أو مورختين، متقارنتين أو تاريخ إحداهما أسبق (٤) من الأخرى فعلى الأولين تتساقطان ويكون كما لو لم يكن بينة أصلاً، وعلى الثالث ترجح الأسبق (٥) إذا كانت تشهد بالزوجية من ذلك التاريخ إلى زمان الثانية، وإن لم تشهد ببقائها إلى

-
- (١) الأقرب هو الوجه الأول. (الإمام الخميني).
 - (٢) حجية البينة في لوازم مدلولها في مقام العمل لا تستلزم كونها ميزانا لفصل الخصومة الواقعة في اللوازم مع كون من له البينة مدعى عليه في تلك الخصومة. (البروجردى).
 - (٣) مجرد استلزام البينة عدم زوجية الأخرى لا يقتضي فصل الخصومة فيها بل يحتاج إلى فصل آخر جديد ولو يمين المنكر فيها اللهم إلا أن يقال: إن سلطة المدعي في الأخرى على دعواه إنما هو في ظرف إمكان إثباته واستيفاء حقه وهو في ظرف الفصل في الأولى غير متمكن فتأمل. (آقا ضياء).
 - (٤) بناء على مرجحية الأسبقية من الرواية الآتية مطلقاً وإلا ففي إطلاقه تأمل كما لا يخفى. (آقا ضياء).
 - (٥) هذا إذا شهدت المتقدمة بوقوع العقد السابق وبقائه إلى زمان تشهد المتأخر بوقوع العقد الثاني فيه فإن مقتضى العمل بكلتا البينتين بطلان العقد الثاني وأما إذا شهدت البينتان على زوجيتهما الفعلية فالظاهر تعارض البينتين. (الكلبيكاني).

زمان الثانية فكذلك إذا كانت الامراتان الأم والبنت مع تقدم تاريخ البنت، بخلاف الأختين والأم والبنت مع تقدم تاريخ الأم، لإمكان صحة العقدين بأن تطلق الأولى وعقد على الثانية في الأختين، وطلق الأم مع عدم الدخول بها، وحينئذ ففي ترجيح الثانية أو التسايط وجهان (١).

(١) فيه تفصيل. (الإمام الخميني).

* تارة يفرض شهادة البينتين على العقد وأخرى يفرض شهادتهما على الزوجية فعلى الأول لا تنافي بينهما إلا في الأم والبنت وكان تاريخ عقد البنت مقدما على تاريخ عقد الأم وفي مثله تتقدم البينة الأولى على البينة الثانية لأنها ترفع موضوعها وأما في غير الأم والبنت كما في الأختين أو فيهما إذا كان تاريخ عقد الأم متقدما على عقد البنت فعندئذ لا تنافي بين البينتين لإمكان صحة كلا العقدين معا إذ من المحتمل أن يطلق الأولى ويتزوج بالأخرى وعليه فيؤخذ على طبق البينة الثانية فيحكم بصحة العقد على المرأة الأخرى لأصالة الصحة وعلى الثاني فإن كانت البينة الأولى قائمة على زوجية المرأة الأولى فعلا فعندئذ تسقط من جهة المعارضة مع البينة الثانية التي تدل على زوجية المرأة الأخرى فيكون المرجع في المسألة هو استصحاب بقاء زوجية الأولى إلا فيما كانت المعارضة بينهما في الأم والبنت وكانت زوجية البنت متقدمة على زوجية الأم فإنه حينئذ كما أن البينة الثانية تعارض البينة الأولى في البقاء كذلك تعارضها في الحدوث وعليه فبعد سقوطهما لا يمكن الرجوع إلى استصحاب بقاء زوجية الأولى وأما الرواية الواردة في المسألة فهي ضعيفة لا يمكن الاعتماد عليها وبذلك يظهر ما في قول الماتن قبل أسطر (ترجح الأسبق إذا كانت تشهد الخ) وإن كانت البينة الأولى قائمة على زوجية المرأة الأولى فحسب من دون دلالتها على أنها زوجية فعلا فعندئذ حال هذا الفرض حال الفرض الأول. (الخوئي).

هذا، ولكن وردت رواية تدل على تقديم بينة الرجل إلا مع سبق بينة المرأة المدعية أو الدخول بها في الأختين. وقد عمل بها المشهور في خصوص الأختين. ومنهم من تعدى إلى الأم والبنت أيضا. ولكن العمل بها حتى في موردها مشكل (١) لمخالفتها للقواعد (٢) وإمكان حملها على بعض المحامل التي لا تخالف القواعد.

السادسة: إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها بإذن المولى فإن اشتراها للمولى بقي نكاحها (٣) على حاله ولا إشكال في جواز وطئها، وإن اشتراها لنفسه بطل نكاحها وحلت له بالملك على الأقوى من ملكية العبد (٤). وهل يفتقر وطؤها حينئذ إلى الإذن من المولى أو لا؟

* مع فرض إمكان الجمع لا وجه للترديد بين الترجيح والتساقط بل يعمل بكلتا البينتين ولو شهدت كلتاهما بالزوجية الفعلية فلا وجه إلا التساقط. (الكلبيكاني).

(١) لا إشكال فيه بعد عمل المعظم وإنما الإشكال في التعدي. (البروجردى).

* لا إشكال فيه ولا بأس بمخالفتها للقواعد. (الإمام الخميني).

* لا إشكال في العمل بها في موردها نعم في التعدي إشكال. (الكلبيكاني).

* العمل بالرواية في موردها هو المتعين. (الشيرازي).

(٢) مجرد المخالفة للقواعد لا يوهن الرواية المعمول بها ولو لدى جمع من الأعاظم. (آقا ضياء).

(٣) ولكن للمولى الخيار في الفسخ والإمضاء والأحوط للعبد ترك وطئها بدون إمضاء المولى. (الكلبيكاني).

* تقدم أن بيع الأمة طلاقها وعلى هذا فيثبت الخيار للمولى على أساس أنه المشتري لها فإن أجاز بقي النكاح وإلا انفسخ وعليه فلا يجوز للعبد وطؤها إلا بإجازة المولى. (الخنوي).

(٤) كون ملكيته التي هي عين ملكية المولى موجبا لترتب هذه الأحكام محل

وجهان: أقواهما ذلك (١) لأن الإذن السابق إنما كان بعنوان الزوجية وقد زالت بالملك فيحتاج إلى الإذن الجديد (٢). ولو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى، فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له وتبقى الزوجية (٣) وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجية. وكذا إن اشتراها في الذمة، لانصرافه إلى ذمة نفسه. وفي الحاجة إلى الإذن الجديد وعدمها الوجهان (٤).

السابعة: يجوز تزويج امرأة تدعي أنها خلية من الزوج من غير فحص مع عدم حصول العلم (٥) بقولها، بل وكذا إذا لم تدع ذلك ولكن دعت الرجل إلى تزويجها، أو أجابت إذا دعت إليه. بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقا وادعت طلاقها، أو موته. نعم لو كانت متهممة في دعواها فالأحوط (٦) الفحص عن حالها (٧) ومن هنا ظهر جواز تزويج

تأمل. (البروجردى).

* ملكيته محل تأمل كما أن بطلان النكاح بها محل تأمل. (الإمام الخميني).

(١) بل الأوفق بالقواعد أنه لا يفتقر إلى الإذن بمقتضى الملكية نعم للمولى منعه عن الوطاء بمقتضى ملكيته الطولية. (الكلبيكاني).

(٢) نعم إلا أن الإذن في الشراء لنفسه إذن له فيه فلا يحتاج إلى إذن آخر. (الخوئي).

(٣) مع الخيار للمولى بنحو ما مر. (الكلبيكاني).

(٤) والأوجه عدم الحاجة إلى الإذن هنا. (كاشف الغطاء).

* وقد مر أن الأوفق بالقواعد عدم الحاجة إلى الإذن. (الكلبيكاني).

(٥) الأحوط في هذه الصورة ترك الاعتماد على قولها إلا إذا ادعت أنها خلية. (الكلبيكاني).

(٦) والأولى. (الإمام الخميني).

زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته إذا ادعت حصول العلم لها بموته (١) من الأمارات (٢) والقرائن أو بإخبار المخبرين وإن لم يحصل العلم بقولها، ويجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم. ولكن الأحوط (٣) الترك خصوصا إذا كانت متهمة. الثامنة: إذا ادعت امرأة أنها خلية فتزوجها رجل ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها (٤) نعم لو أقامت البينة على ذلك فرق بينها وبينه (٥) وإن لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل (٦)

* لا بأس بتركه فيما إذا لم يكن اطمئنان بكذبها. (الخوئي).
(٧) إلى أن يعلم حالها ولا يكفي الظن بالعدم لأنه لا يغني من الحق شيئا. (آقا ضياء).

- (١) لا بل إذا أخبرت بأنها لا زوج لها. (البروجردى).
 - (٢) ما لم يكن حدسية محضة وإلا ففيه إشكال ووجهه واضح. (آقا ضياء).
 - (٣) هذا الاحتياط لا يترك. (النائيني).
- * الأحوط بل الأقوى في مثل هذه الفروع أو الفروض الرجوع إلى حاكم الشرع العارف بالشؤون العرفية مضافا إلى الموازين الشرعية فيطلق ويزوج أو يمنع حسبما يظهر له بعد التحري والتحقيق. (كاشف الغطاء).
- (٤) نعم لو ادعت ذلك قبل الدخول فالأحوط للزوج التفحص وإن كان الأقوى عدم لزومه. (الكلبيگانى).
 - (٥) ظاهره سماع الحاكم دعواها والحكم لها ببينتها على الزوج إن كان منكرا وهو مشكل وإن كان اتباع البينة واجبا على الزوج في عمل نفسه مع جهله. (البروجردى).
 - (٦) بأن تشهد بأنها كانت ذات بعل وتزوجت من الثاني حين كونها كذلك. (الإمام الخميني).

على وجه الإجمال.

التاسعة: إذا وكلا وكيلا في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضي ذلك الزمان إلا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه، ولا يكفي الظن بذلك وإن حصل من إخبار مخبر بذلك وإن كان ثقة (١). نعم (٢) لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقة بل مطلقا، لأن قول الوكيل حجة فيما وكل فيه.

فصل

في أولياء العقد

وهم الأب والجد من طرف الأب بمعنى أب الأب فصاعدا فلا يندرج فيه أب أم الأب، والوصي لأحدهما (٣) مع فقد الآخر، والسيد بالنسبة إلى مملوكه، والحاكم (٤). ولا ولاية للأم ولا الجد من قبلها ولو من قبل أم الأب، ولا الأخ والعم والنخال وأولادهم.

(مسألة): تثبت ولاية الأب والجد على الصغيرين، والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ بل والمنفصل (٥) على الأقوى (٦). ولا ولاية لهما

(١) إخبار العدل كاف. (الفيروزآبادي).

* لا يبعد حجية قول الثقة وإن لم يحصل الظن منه. (الخوئي).

(٢) على الأحوط. (الإمام الخميني).

(٣) المسألة مشكلة لا يترك فيها الاحتياط. (الإمام الخميني).

(٤) في بعض الموارد ويأتي الكلام فيه. (الإمام الخميني).

(٥) بل الأقوى فيه ولاية الحاكم والأحوط الاستئذان من أحدهما أيضا.

(الكلبيايگانی).

(٦) فيه إشكال والأحوط الاستئذان من الحاكم أيضا. (الخوئي).

* الأقوى اختصاص الولاية في المنفصل بالحاكم الشرعي. (النائيني).

على البالغ الرشيد، ولا على البالغة الرشيدة إذا كانت ثيبة. واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة على أقوال: وهي استقلال الولي واستقلالها (١) والتفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الأول دون الثاني والعكس، والتشريك بمعنى اعتبار إثنين معا (٢). والمسألة مشككة (٣) فلا يترك مراعاة الاحتياط بالاستئذان منهما. ولو تزوجت من دون إذن الأب، أو زوجها الأب من دون إذنها، وجب إما إجازة الآخر أو الفراق بالطلاق (٤). نعم إذا عضلها الولي أي: منعها من التزويج بالكفؤ مع ميلها سقط اعتبار إذنه، وأما إذا منعها من التزويج بغير الكفؤ شرعا فلا يكون عضلا. بل وكذا لو منعها من التزويج بغير الكفؤ عرفا (٥) ممن في تزويجه غضاضة وعار عليهم وإن كان كفوا شرعيا. وكذا لو منعها من التزويج

-
- (١) وهذا لا يخلو من وجه ولكن لا يترك ما ذكره من الاحتياط. (الكلبياني).
* وهو الأقوى. (الشيرازي).
(٢) واستقلال كل منهما كولاية الجد والأب على الصغيرة اختاره في المستند. (الإصفهاني).
(٣) وإن كان القول الثاني لا يخلو من قوة. (الإصفهاني).
* بل الأقوى استقلالها مطلقا حملا للناحية المطلقة المفصلة على الكراهة الناشئة من الاستقباحات العرفية ولا أظن حينئذ إشكالا في المسألة بعد وضوح الجمع المزبور والله العالم. (آقا ضياء).
* وإن كان أول الأقوال أوفق بالجمع بين الأخبار ثم التشريك. (الفيروزآبادي).
(٤) على الأحوط لكن استقلالها في الأمر ونفوذ العقد الصادر منها دون أبيها هو الأقوى. (النائيني).
(٥) مع وجود الكفؤ العرفي وإلا فمشكل. (الكلبياني).

بكفو معين مع وجود كفو آخر. وكذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائبا (١)
لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها إلى التزويج.
(مسألة): إذا ذهبت بكارتها (٢) بغير الوطاء من وثبة ونحوها
فحكمها حكم البكر. وأما إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه إشكال،
ولا يبعد (٣) الإلحاق بدعوى أن المتبادر من البكر من لم تتزوج، وعليه
فإذا تزوجت (٤) ومات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم
البكر (٥). ومراعاة الاحتياط أولى (٦).
(مسألة): لا يشترط في ولاية الجد حياة الأب ولا موته. والقول

-
- (١) الأحوط استئذان حاكم الشرع لولايته عن الغائب. (كاشف الغطاء).
(٢) يعني عذرتها وإلا فالبكاراة لا تزول بغير الوطاء. (الخوئي).
* في ولاية الأب على غير البكر على فرض ولايته إشكال. (الشيرازي).
(٣) فيه إشكال. (الفيروزآبادي).
* بل بعيد. (الكلبایگانی).
* بعيد جدا ودعوى التبادر ممنوعة. (النائيني).
* بل لا يبعد عدمه لكن لا يترك الاحتياط فيه وفي تاليه. (الإمام الخميني).
* بل هو بعيد ودعوى التبادر لا أساس لها. (الخوئي).
(٤) أي البكر الرشيدة قوله " لا يلحقها حكم البكر " أي بعد هذا التزويج
لا تحتاج إلى إذن الأب وإن كانت العذرة وجلدة البكاراة باقية لفوات العنوان
أي عنوان عدم التزويج. (الفيروزآبادي).
* يعني إذا تزوجت البكر ومات عنها زوجها قبل الدخول أو طلقها مع كونها
بكرًا والأقوى كونها حينئذ محكومة بحكم البكر وما ذكره مستندا لعدم
الإلحاق ضعيف. (الكلبایگانی).
(٥) فيه نظر. (الشيرازي).
(٦) بل لا يترك. (البروجردی).

بتوقف ولايته على بقاء الأب - كما اختاره جماعة - ضعيف، وأضعف منه القول بتوقفها على موته، كما اختاره بعض العامة.
(مسألة): لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب (١) أو الجد بعد بلوغها ورشدها بل هو لازم عليها، وكذا الصغير على الأقوى. والقول بخياره في الفسخ والإمضاء ضعيف. وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقة.
(مسألة): يشترط في صحة تزويج الأب والجد ونفوذه عدم المفسدة، وإلا يكون العقد فضولياً كالأجنبي. ويحتمل عدم الصحة (٢) بالإجازة أيضاً، بل الأحوط مراعاة المصلحة. بل يشكل (٣) الصحة إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغير، فاختار الأب غير الأصلح

-
- (١) هذا هو المعروف بل ادعي فيه عدم الخلاف إلا أنه في رواية صحيحة ثبوت الخيار لها وللصغير بعد بلوغهما فيما إذا زوجها أبواهما حال الصغر فالاحتياط في هذه الصورة لا يترك. (الخوئي).
(٢) لكنه ضعيف. (الإمام الخميني).
* هذا الاحتمال في مسألة التزويج ضعيف. (الكلبيكاني).
* الأقوى كفاية الإجازة بعد البلوغ. (النائيني).
* وهو ضعيف جداً. (آقا ضياء).
* لكنه بعيد وكذلك الحال في المسألة الآتية. (الخوئي).
(٣) بل لا إشكال فيها ما لم تكن فيه مفسدة وإن كان الأحوط والأولى للأب مراعاة الأصلح. (الكلبيكاني).
* ولعله في مثل هذا الفرض يصدق على مثل هذا التزويج خيانة على الصغير وأدلة الولاية منصرفه عن هذه الحالة. (آقا ضياء).

لتشهي نفسه.

(مسألة): لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوج الصغير بأزيد منه، فإن كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صح العقد والمهر، ولزم، وإلا ففي صحة العقد وبطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل، أو بطلان العقد أيضا قولان: أقواهما الثاني (١). والمراد من البطلان عدم النفوذ، بمعنى توقفه على إجازتها بعد البلوغ. ويحتمل البطلان (٢) ولو مع الإجازة بناء على اعتبار وجود المجيز في الحال.

(مسألة): لا يصح نكاح السفية (٣) المبذر (٤) إلا بإذن الولي وعليه أن يعين المهر والمرأة، ولو تزوج بدون إذنه وقف على إجازته، فإن

-
- (١) الأقوى هو صحة العقد مع عدم المفسدة وتوقف صحة المهر على الإجازة ومع عدم الإجازة يرجع إلى مهر المثل. (الإمام الخميني).
- * بل الأقوى هو الأول إذا لم يكن أصل التزويج على خلاف المصلحة.
- (٢) مر ضعفه. (الإمام الخميني).
- * قد مر ضعف هذا الاحتمال في المقام. (الكلبيكاني).
- * وهو ضعيف جدا ووجهه واضح. (آقا ضياء).
- * تقدم أن الأقوى خلافه. (النائيني).
- (٣) إذا حجر عليه للتبذير نعم السفية المتصل سفهه بزمان الصغر محجور مطلقا. (الإمام الخميني).
- (٤) الظاهر أنه أراد بهذا القيد من لا يعلم صلاحه وفساده ولأجل ذلك يكون القيد توضيحيا لا احترازيا حيث إن ذلك معنى السفية في الماليات وإلا فلا يكاد يظهر وجه للتقييد. (الخوئي).

رأى المصلحة وأجاز صح، ولا يحتاج إلى إعادة الصيغة، لأنه ليس كالمجنون والصبي مسلوب العبارة. ولذا يصح وكالته عن الغير في إجراء الصيغة، ومباشرته لنفسه بعد إذن الولي.
(مسألة): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في المآليات لكن لا رشده بالنسبة إلى أمر التزويج وخصوصياته - من تعيين الزوجة، وكيفية الإمهارة ونحو ذلك - فالظاهر (١) كونه كالفقيه في المآليات (٢) في الحاجة إلى إذن الولي وإن لم أر من تعرض له.
(مسألة): كل من الأب والجد مستقل في الولاية، فلا يلزم الاشتراك ولا الاستئذان من الآخر، فأيهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محل للآخر. ولو زوج كل منهما من شخص فإن علم السابق منهما فهو المقدم ولغى الآخر، وإن علم التقارن قدم عقد الجد، وكذا إن جهل التاريخان (٣). وأما إن علم تاريخ أحدهما دون الآخر فإن كان المعلوم

(١) الظهور ممنوع لو لم يكن الظاهر خلافه نعم الأحوط له الاستئذان من الولي. (الكلبيانگاني).

(٢) لا يبعد فيمن اتصل زمان سفهه بزمان صغره دون غيره. (الإمام الخميني).
* الأقوى فيه إجراء حكم المرأة المعلوم إجمالاً كونها زوجة لأحد رجلين. (البروجردي).

* بل فيه يعلم إجمالاً بكون المرأة زوجة لأحدهما ولا معين في البين لعدم جريان الأصلين مع جهل التاريخين أو تعارضهما على فرض الجريان على اختلاف المبني فعلى المرأة الاحتياط بترك التمكين لهما وترك التزويج إلا

تاريخ عقد الجد قدم أيضا، وإن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمال تقدمه (١). لكن الأظهر (٢) تقديم عقد الجد، لأن المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجد ما لم يكن الأب زوجها قبله. فشرط تقديم عقد الأب كونه سابقا، وما لم يعلم ذلك يكون عقد الجد أولى. فتحصل أن اللازم تقديم عقد الجد في جميع الصور إلا في صورة معلومية سبق عقد الأب. ولو تشاح الأب والجد فاختر كل منهما واحدا قدم اختيار الجد. ولو بادر الأب فعقد فهل يكون باطلا أو يصح؟ وجهان بل قولان (٣): من كونه سابقا فيجب تقديمه، ومن أن لازم أولوية اختيار الجد (٤) عدم صحة خلافه. والأحوط (٥) مراعاة الاحتياط. ولو تشاح الجد الأسفل والأعلى هل يجري عليهما حكم الأب والجد أو لا؟ وجهان: أو جههما الثاني (٦)

بعد طلاقهما وكما يجب عليها الاحتياط كذلك يجب على الرجال الاحتياط بترك تزويجها حتى الرجلين المشتبهين. (الكلبايگاني).

(١) بل هو المتعين ولا دلالة في خبر عبيد على خلافه. (البروجردي).

* بل هذا هو المتعين. (الشيرازي).

* بل هو المتعين والرواية تدل على صحة عقد الأب مع سبقه في الواقع من دون دخالة العنوان ولا الإحراز. (الكلبايگاني).

(٢) بل الأظهر تقدمه وما تشبث به غير وجهه. (الإمام الخميني).

(٣) أقواهما الأول. (الشيرازي).

(٤) لا يبعد أن يكون هذا هو الأظهر. (الخوئي).

(٥) لا يترك. (الإصهاني).

* هذا الاحتياط لا يترك. (النائيني).

(٦) لا يبعد أوجهية الأول. (الإمام الخميني).

* بل الأول. (الشيرازي).

* بل الأول لما يستفاد من وجه تقدم الجد من النص. (الكلبايگاني).

لأنهما ليسا أبا وجدا بل كلاهما جد، فلا يشملهما ما دل على تقديم الجد على الأب.

(مسألة): لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أو لا، لأنه خلاف المصلحة. نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز. وحينئذ لا خيار له ولا للمولى عليه إن لم يكن من العيوب المجوزة للفسخ، وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو إفاقة وعدمه لأن المفروض إقدام الولي مع علمه به وجهان: أو جههما الأول (١) لإطلاق أدلة تلك العيوب وقصوره بمنزلة جهله. وعلم الولي ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه، وغاية ما تفيد المصلحة إنما هو صحة العقد، فتبقى أدلة الخيار بحالها. بل ربما يحتمل (٢) ثبوت الخيار للولي أيضا من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق، وهل له إسقاطه أم لا؟ مشكل، إلا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك. وأما إذا كان الولي جاهلا بالعيب ولم يعلم به إلا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوزة للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار له (٣) وللمولى عليه إن لم يفسخ (٤) وللمولى عليه فقط

(١) بل الثاني فيسقط ما فرع عليه. (الفيروزآبادي).

* بل الثاني والاحتياط لا ينبغي تركه. (الشيرازي).

(٢) لو كان الخيار للمولى عليه بعد البلوغ أو الإفاقة كما هو ظاهر المتن فقبله لا حق حتى يستوفيه الولي نعم لو كان للمولى عليه حق فعلا فللولي الخيار نيابة وهو غير بعيد كما نفى عنه البعد في الجواهر. (الكلبيكاني).

(٣) نيابة وأما أصالة فلا وجه له. (الكلبيكاني).

(٤) إلا أن يكون الصلاح بنظره قرار العقد وثبوته وبقاءه. (الفيروزآبادي).

إذا لم يعلم به الولي إلى أن بلغ أو أفاق، وإن كان من العيوب الأخر فلا خيار للولي، وفي ثبوته للمولى عليه وعدمه وجهان: أوجهما ذلك (١) لأنه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج بل يمكن (٢) أن يقال إن العقد فضولي حينئذ لا أنه صحيح وله الخيار. (مسألة): مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى. (مسألة): للموصي (٣) أن يزوج المجنون (٤) المحتاج إلى الزواج،

(١) بل أوجهما العدم مع فرض وقوع العقد صحيحا. (البروجردي).

* بل الأوجه العدم بعد فرض كون العقد صحيحا. (الشيرازي).

* لا يبعد أوجهية العدم إذا عمل الولي جهده في إحراز المصلحة وكشف عدم المصلحة لا تأثير له. (الإمام الخميني).

* فيه إشكال بل منع. (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه: فيه إشكال بل منع، فإن تزويج الأب إن كان نافذا في حقه على أساس أن المعتبر في ولايته عليه عدم المفسدة فلا يكون عدم المصلحة مانعا عن نفوذ تصرفه في حقه كما مر سابقا وعليه فلا خيار له وإن لم يكن نافذا فالعقد فضولي تتوقف صحته على إجازة المولى عليه بعد البلوغ.

* بل الأوجه عدم الخيار مع فرض المصلحة وأما مع عدمها فالعقد فضولي موقوف على إجازة المولى عليه بعد البلوغ أو الإفاقة. (الكلبائيگاني).

(٢) بل لا محيص عنه كما هو ظاهر. (آقا ضياء).

* فيه إشكال. (الخوئي).

(٣) في مورد ثبوت الولاية للموصي كالمتصل جنونه بصغره والأحوط الذي لا يترك ضم إذن الحاكم وأما المجنون الذي عرض جنونه بعد البلوغ فالأقرب أن أمره إلى الحاكم حتى مع وجود الأب والجد وإن كان الاحتياط حسن وأما أمر الصغير فلا يترك الاحتياط فيه. (الإمام الخميني). (٤)

(٤) الأحوال انضمام إذن الحاكم في المجنون المحتاج إلى التزويج

بل الصغير أيضا (١) لكن بشرط نص الموصي عليه (٢) سواء عين الزوجة أو الزوج أو أطلق. ولا فرق بين أن يكون وصيا من قبل الأب أو من قبل الجد، لكن بشرط (٣) عدم وجود الآخر (٤) وإلا فالأمر إليه. (مسألة): للحاكم الشرعي (٥) تزويج من لا ولي له - من الأب والجد والوصي - بشرط الحاجة إليه (٦) أو قضاء المصلحة اللازمة للمراعاة. (مسألة): يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أبها أو جدها، وإن لم يكونا فتوكل أحدها، وإن تعدد اختارت الأكبر.

-
- والاقتصار عليه دون الصغير. (البروجردى).
- * المتصل جنونه بصغره وفي المنفصل فالأقوى أن الولاية للحاكم كما مر نعم الأحوط الاستئذان من الوصي أيضا. (الكلبيكاني).
- * مع اتصال جنونه بصغره كما تقدم. (النائني).
- * هذا في الجنون المتصل بالصغير وأما في غيره فلاحتياب بالاستحارة من الحاكم لا يترك. (الخوئي).
- (١) لا يخلو عن الإشكال. (النائني).
- * المسألة في غاية الإشكال فلا يترك الاحتياط. (الإصفهاني).
- * الأحوط فيه عدم التزويج إلا مع اقتضاء الضرورة اللازمة. (الكلبيكاني).
- (٢) إذا لم ينص الموصي على الزواج ولكن كان للوصي التصرف في مال الصغير بالبيع والشراء فلاحتياب بالجمع بين إذنه وإذن الحاكم لا يترك. (الخوئي).
- (٣) في تقديم الأب على وصي الجد تأمل لأنه ينوب مناب الجد. (آقا ضياء).
- (٤) أي الأب والجد. (الفيروزآبادي).
- (٥) الأحوط لغير الأب والجد من الأولياء عدم تزويج الصغير إلا مع الضرورة اللازمة للمراعاة. (الكلبيكاني).
- (٦) على وجه يدخل في الحسيات وإلا ففيه إشكال. (آقا ضياء).

(مسألة): ورد في الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها. وأفتى به العلماء. لكنها محمولة على ما إذا ظهر رضاها، وكان سكوتها لحياتها عن النطق بذلك.

(مسألة): يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ والعقل والحرية، والإسلام إذا كان المولى عليه مسلما، فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما من عبد أو أمة بل الولاية حينئذ لوليتهما، وكذا مع فساد عقلهما بجنون أو إغماء أو نحوه، وكذا لا ولاية للأب والجد مع جنونهما ونحوه، وإن جن أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر، وكذا لا ولاية للمملوك ولو مبعضا على ولده حرا كان أو عبدا، بل الولاية في الأول للحاكم وفي الثاني لمولاه، وكذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم، فتكون للجد إذا كان مسلما، وللحاكم إذا كان كافرا (١) أيضا. والأقوى ثبوت ولايته على ولده الكافر (٢). ولا يصح تزويج الولي في حال إحرامه أو المولى عليه سواء كان بمباشرته أو بالتوكيل نعم لا بأس بالتوكيل، حال الإحرام ليوقع العقد بعد الإحلال.

(مسألة): يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص والمهر وسائر الخصوصيات، وإلا كان فضوليا موقوفا على الإجازة، ومع الإطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل (٣) من سائر الجهات، ومع التعدي يصير فضوليا.

(١) أي الجد. (الفيروزآبادي).

(٢) إذا لم يكن له جد مسلم وإلا فلا يبعد ثبوت الولاية له دون الأب الكافر. (الإمام الخميني).

(٣) بحسب المتعارف. (الكلبائيگانی).

ولو وكلت المرأة رجلا في تزويجها لا يجوز له أن يزوجه من نفسه، للانصراف عنه. نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضا بالعموم أو الإطلاق (١) جاز، ومع التصريح (٢) فأولى بالجواز. ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الإطلاق، والجواز مع العموم. بل قد يقال بعدمه (٣) حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه، لرواية "عمار" المحمولة على الكراهة، أو غيرها من المحامل.

(مسألة): الأقوى صحة النكاح الواقع فضولا مع الإجازة سواء كان فضوليا من أحد الطرفين أو كليهما، كان المعقود له صغيرا أو كبيرا، حرا أو عبدا. والمراد بالفضولي العقد الصادر من غير الولي والوكيل سواء كان قريبا - كالأخ والعم والخال وغيرهم - أو أجنبيا، وكذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغير إذن الولي، ومنه العقد الصادر من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكل - كما إذا أوقع الولي العقد على خلاف المصلحة أو تعدى الوكيل عما عينه الموكل - ولا يعتبر في الإجازة الفورية سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد، أو مع العلم به وإرادة التروي أو عدمها أيضا. نعم لا تصح الإجازة بعد الرد (٤) كما لا يجوز الرد بعد الإجازة فمعها يلزم العقد.

(١) لا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادي).

(٢) الأحوط الاقتصار في التزويج من نفسه بصورة التصريح أو ما في قوته. (النائيني).

(٣) لا تبعد صحة هذا القول ورعاية الاحتياط أولى. (الخوئي).

(٤) على إشكال والأحوط رعاية الاحتياط. (الخوئي) وفي حاشية أخرى منه:

(مسألة): لا يشترط في الإجازة لفظ خاص، بل تقع بكل ما دل على إنشاء الرضا بذلك العقد، بل تقع بالفعل الدال عليه.
 (مسألة): يشترط في المجيز علمه (١) بأن له أن لا يلتزم بذلك العقد، فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضي به (٢) لم يكف في الإجازة (٣). نعم لو اعتقد لزوم الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز، فإن كان على وجه التقييد (٤) لم يكف، وإن كان على وجه الداعي يكون كافيا.
 (مسألة): الإجازة كاشفة (٥) عن صحة العقد (٦) من حين وقوعه، فيجب ترتيب الآثار من حينه (٧).

فيه إشكال بل لا يبعد نفوذها.

- (١) العبرة في صحة العقد إضافته إليه بإجازته ورضاه بذلك العقد حقيقة ولا يعتبر في ذلك علمه بأن له ذلك. (الخوئي).
- (٢) أي مجرد الرضا باعتقاد كونه لازما عليه وأما لو أظهر الرضا بالعقد قولاً أو فعلاً فلا يبعد كفايته. (الإمام الخميني).
- (٣) إن كان رضاه به بمعنى إرادة ترتيب الأثر عليه فقط وأما إن رضي بمفاده وبنى عليه فلا يبعد كفايته ولا يضر اعتقاده لزوم العقد. (البروجردي).
- * لا يبعد كفاية الرضا الحقيقي ولو لا اعتقاد لزوم العقد نعم لا يكفي التسليم الخالي عن الرضا باعتقاد ذلك. (الكلبائيجاني).
- (٤) إن أجاز العقد الخارجي وقيد بذلك على وجه التوصيف بأن قال أجزت هذا العقد الذي يجب علي إجازته فلا يبعد كفايته نعم لو رجع التقييد إلى الاشتراط لا يكفي. (الإمام الخميني).
- (٥) المسألة مشككة لا بد فيها من الاحتياط. (الإمام الخميني).
- (٦) حكماً لا حقيقة. (الكلبائيجاني).
- (٧) في زمان الإجازة من زمان العقد لا في زمانه حتى مع العلم بمجئ (٢) بشرط أن لا يعد سكوته إجازة. (الكلبائيجاني).
- * فيه إشكال فلا يترك الاحتياط. (الشيرازي).
- (٣) تقدم أن الرد لا أثر له. (الخوئي).
- (٤) لا يترك الاحتياط وكذا في المكره. (الفيروزآبادي).
- * صحته بالإجازة لا تخلو عن قوة. (الشيرازي).
- (٥) كونه بمنزلة الرد ممنوع كما تقدم. (النائيني).
- (٦) هذا الاحتمال قوي. (الكلبائيجاني).
- * هذا الاحتمال بعيد جداً بل الظاهر كونه بمنزلة الرد ودعوى الفرق بينه وبينه ممنوعة كدعوى عدم كونه أدون من عقد المكره إذا لحقه الرضا لوضوح التفاوت بينهما. (الإصفهاني).
- * هذا الاحتمال بعيد مع سبقه بالنهي وقريب مع عدم الإذن والسكوت.

(مسألة): الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضولية، فلو لم يكن ملتفتا حال العقد إلا أنه كان بحيث لو كان حاضرا وملتفتا كان راضيا لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة، بل لو كان حاضرا حال العقد وراضيا به إلا أنه لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على رضاه (١) فالظاهر أنه من الفضولي (٢) فله أن لا يجيز.

(مسألة): إذا كان كارها حال العقد إلا أنه لم يصدر منه رد (٣) له فالظاهر صحته بالإجازة. نعم لو استؤذن فنهى ولم يأذن، ومع ذلك أوقع الفضولي العقد يشكل صحته بالإجازة (٤) لأنه بمنزلة الرد (٥) بعده. ويحتمل صحته (٦) بدعوى الفرق بينه وبين الرد بعد العقد فليس بأدون

(٦٢٧)

من عقد المكره الذي نقول بصحته إذا لحقه الرضا، وإن كان لا يخلو ذلك أيضا من إشكال (١).

(مسألة): لا يشترط في الفضولي قصد الفضولية ولا الالتفات إلى ذلك، فلو تخيل كونه وليا أو وكيفا وأوقع العقد فبين خلافه يكون من الفضولي ويصح بالإجازة.

(مسألة): لو قال في مقام إجراء الصيغة زوجت موكلتي فلانة - مثلا - مع أنه لم يكن وكيفا عنها فهل يصح ويقبل الإجازة أم لا؟
الظاهر الصحة. نعم لو لم يذكر لفظ " فلانة " ونحوه كأن يقول: زوجت موكلتي، وكان من قصده امرأة معينة مع عدم كونه وكيفا عنها يشكل صحته بالإجازة (٢).

(مسألة): لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين هل يجوز إجازة العقد دون المهر أو بتعيين (٣) المهر على وجه آخر من حيث الجنس أو

(الإمام الخميني).

* هذا الاحتمال هو الأظهر حتى على القول بكون الرد بعد العقد مانعا عن الإجازة. (الخوئي).

(١) لا إشكال في صحتها إن شاء الله تعالى. (آقا ضياء).

* نعم هو مشكل واللازم تجديد العقد. (كاشف الغطاء).

(٢) مع جعل هذا العنوان مرآة إلى ذاتها لا إشكال في الصحة كما أنه مع جعله عنوانا للمعقود عليه الأقوى بطلانه إلا مع تشريعه في تطبيقه عليه فإنه حينئذ يمكن المصير إلى تصحيح إجازته. (آقا ضياء).

* الأقوى صحته بالإجازة. (الشيرازي).

* لا إشكال فيها إذا كانت المرأة معينة بالقريئة. (الخوئي).

* لا فرق بين الصورتين على الظاهر. (الكلبيكاني).

(٢) الأقرب عدم الخروج عن الفضولي. (الإمام الخميني).

* غير معتبر. (الفيروزآبادي).

* بل الأقوى فيه الصحة وقياسه بعزله قبل بلوغ الخبر إليه بكون نصبه أيضا منوطا بالبلوغ واضح البطلان. (آقا ضياء).

* بل لا يبعد عدم اللزوم. (الخوئي).

(٣) مبني على الداعي والتقيد وهكذا الأمر في الفرع الآتي ويلزمه على الثانية قابليته للإجازة وما وجه به عدم صحته رأسا على وجه يخرج عن قابلية لحوق الإجازة أيضا منظور فيه كما لا يخفى والله العالم. (آقا ضياء).

* الأقوى لزومه بلا حاجة إلى الإجازة. (الشيرازي).

* الظاهر صحته ولزومه مع مراعاة الغبطة. (الإمام الخميني).

* أظهره اللزوم وعدم الحاجة إلى الإجازة. (الخوئي).

* الأظهر عدمه. (الفيروزآبادي).

من حيث القلة والكثرة؟ فيه إشكال، بل الأظهر عدم الصحة في الصورة الثانية (١) وهي ما إذا عين المهر على وجه آخر. كما أنه لا تصح الإجازة مع شرط لم يذكر في العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط. (مسألة): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلا فالظاهر صحته ولزومه إذا كان ناسيا لكونه وكيلا، بل وكذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على إشكال (٢) فيه. وأما لو أوقعه بعنوان الفضولية فتبين كونه وليا، ففي لزومه بلا إجازة منه أو من المولى عليه إشكال (٣).

(٦٢٩)

(مسألة): إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي، ومع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية (١) فهل يصح ويلزم، أو يتوقف على الإجازة، أو لا يصح؟ وجوه: أقواها عدم الصحة (٢) لأنه يرجع إلى اشتراط كون العقد

- * لا فرق بين الصورتين والأظهر الصحة بلا إجازة في المقامين. (كاشف الغطاء).
- * لا يبعد الصحة من دون حاجة إلى الإجازة إذا كان مراعيًا لمصلحة المولى عليه كما هو المفروض. (الكلبايگاني).
- * والأقوى لزومه بلا حاجة إلى الإجازة. (النائيني).
- (١) أي بقصد الفضولية. (الفيروزآبادي).
- (٢) أقواها الصحة نعم لو علق عقده على رضائه أو رضا موكله متأخراً جاء فيه إشكال التعليق ولعل مراده (قدس سره) هو هذه الصورة. (الخوائي).
- * بل أقواها الصحة وما ذكر وجهها لعدم الصحة محل المناقشة. (الإصفهاني).
- * بل أقواها الصحة واللزوم ورجوعه إلى اشتراط الجواز ممنوع. (البروجردي).
- * بل الأقوى الصحة. (الشيرازي).
- * بل الأقوى الصحة واللزوم ولغوياً قصدتها وما ذكره من الرجوع إلى اشتراط الجواز ممنوع ومع تسليمه فكونه موجبا للبطلان محل إشكال. (الإمام الخميني).
- * بل الأقوى الصحة واللزوم والتعليل عليل فإنه لا يرجع إلى الاشتراط بل قصد الفضولية وهذا القصد وقع لغواً كتصرف الحاكم بقصد أنه متول خاص أو بالعكس أو بقصد أنه ليس بمتول عام أو تصرف المالك بقصد أنه أجنبي. (الفيروزآبادي).
- * هذا إذا قيد المنشأ بالترنزل ليرجع إلى عدم قصد إنشاء النكاح وأما إذا أنشأ النكاح واشتراط جوازه وكونه موقوفاً على إجازة الموكل أو المولى عليه فهذا شرط فاسد ومفسد على القول بإفساده وأما إذا أنشأ النكاح بغير عنوان الوكالة بل بعنوان الإنشاء من قبل نفسه بلا قيد ولا شرط كما هو الظاهر من عنوان المسألة فالظاهر صحة العقد وعدم توقفه على الإجازة. (الكلبايگاني).

الصادر من وليه جائزا، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الإبقاء والعدم، وبعبارة أخرى أوقع العقد متزلزلا.
(مسألة): إذا زوج الصغيرين وليهما، فقد مر أن العقد لازم عليهما (١) ولا يجوز لهما بعد البلوغ رده أو فسخه (٢). وعلى هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر. وأما إذا زوجهما الفضوليان فيتوقف على إجازتهما بعد البلوغ أو إجازة وليهما قبله، فإن بلغا وأجازا ثبتت الزوجية ويترتب عليها أحكامها من حين العقد لما مر (٣) من كون الإجازة كاشفة، وإن ردا أو رد أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة كشف عن عدم الصحة من حين الصدور، وإن بلغ أحدهما وأجاز ثم مات قبل بلوغ الآخر يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية، فإن بلغ وأجاز يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع (٤) في الإرث، فإن حلف يدفع إليه، وإن لم يحز أو أجاز ولم يحلف لم يدفع،

* بل الأقوى هو الصحة نعم لو قيد المنشأ بالعقد بتوقفه على الإجازة اللاحقة يشكل الصحة. (النائبي).

(١) مر الإشكال فيه ولكنه مع ذلك يثبت بينهما التوارث لأن المفروض صحة العقد وإن ثبت لهما الخيار بعد البلوغ. (الخوئي).

(٢) إذا كان موافقا لمصلحتهما وإلا فلهما الرد. (كاشف الغطاء).

(٣) قد مر الإشكال في الكشف ولزوم الاحتياط وإن لا يبعد الالتزام به في المقام لأجل النص الخاص. (الإمام الخميني).

(٤) هذا ما عبر به الفقهاء قدس سرهم وفي الرواية يحلف على أنه ما دعاه على أخذ الميراث إلا رضاه بالتزويج والفرق بين التعبيرين واضح ولعلمهم استفادوا من الرواية ما عبروا به. (الكلبيكاني).

بل يرد إلى الورثة، وكذا لو مات بعد الإجازة وقبل الحلف. هذا، إذا كان متهما بأن إجازته للرغبة في الإرث، وأما إذا لم يكن متهما بذلك - كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته، أو كان المهر اللازم عليه أزيد مما يرث، أو نحو ذلك - فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف.

(مسألة): يترتب على تقدير الإجازة والحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية - من المهر، وحرمة الأم والبنت (١) وحرمتها إن كانت هي الباقية على الأب والابن ونحو ذلك - بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الإجازة (٢) من غير حاجة إلى الحلف (٣). فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متهما لا يرث، ولكن يترتب سائر الأحكام (٤).

(مسألة): الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين، بل الظاهر التعدي إلى سائر الصور - كما إذا كان أحد الطرفين الولي والآخر الآخر الفضولي، أو كان أحد الطرفين المجنون والآخر الصغير، أو كانا

-
- (١) هذه الكلمة من سهو القلم أو غلط النساخ. (الخوئي).
- * لا محل لذكر البنت بعد أن كانت لا تحرم إلا بعد الدخول والمفروض أن الزوجة قد ماتت قبل بلوغ الزوج فتدبره ومثله في مسألة ٣٢. (كاشف الغطاء).
- (٢) فيه إشكال نعم هو أحوط. (الخوئي).
- * على الأحوط. (النائيني).
- (٣) الأقرب هو الحاجة إليه في ترتب الأحكام ظاهرا. (الإمام الخميني).
- * محل إشكال بل الحاجة إليه لا تخلو من وجه فإن ظاهر النص هو أن الإجازة التي بها يتم سبب الزوجية هي الصادرة لا عن طمع في الميراث وأن الطريق لإحراز ذلك هو الحلف فمع عدمه لا طريق إلى إحراز تمام السبب والأصل عدمه. (البروجردي).
- (٤) محل إشكال. (الإصفهاني).

بالغين كاملين، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً، أو نحو ذلك - ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه لعدم الحاجة إلى الإجازة أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده وبقي الآخر فإنه يعزل حصة الباقي من الميراث إلى أن يرد أو يجيز. بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور، لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين. ولكن الأحوط (١) الإحلاف (٢) في الجميع (٣) بالنسبة إلى الإرث، بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً. (مسألة): إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً والطرف الآخر فضولياً ولم يتحقق إجازة ولا رد، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة وبناتها وأختها والخامسة، وإذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره؟ وبعبارة أخرى هل يجري عليه آثار الزوجية

-
- (١) لا يترك ومع عدم التمكن منه فالأحوط التخلص بالصلح. (البروجردى).
* لا يترك بالنسبة إلى الإرث. (الشيرازي).
* لا يترك في ترتب جميع الأحكام بل لا ينبغي ترك الاحتياط بالتخليص بالصلح في جميع الصور الخارجة عن النص. (الإمام الخميني).
* هذا الاحتياط لا يترك. (النائيني).
(٢) لا يترك الاحتياط خصوصاً بالنسبة إلى الإرث. (الإصفهاني).
* يعني الأحوط على أخذ الإرث الحلف ثم الأخذ وأما الأحوط على المعطي فالإعطاء مع الإجازة ولو لم يحلف إلا مع التراضي والتصالح. (الكلبيكاني).
(٣) لا يترك الاحتياط بالإضافة إلى الإرث وإلى أخذ المهر وأما بالإضافة إلى بقية الأحكام فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف مع أنه أحوط. (الخوئي).

وإن لم تجر على الطرف الآخر أو لا؟ قولان: أقواهما الثاني (١)
إلا مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك (٢) الكاشفة عن تحققها
من حين العقد، نعم الأحوط (٣) الأول، لكونه في معرض ذلك (٤)
بمجيء الإجازة. نعم إذا تزوج الأم أو البنت - مثلا - ثم حصلت الإجازة
كشفت عن بطلان ذلك (٥).

(مسألة): إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا العقد ولم يجزه
لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة، سواء أجاز الطرف الآخر
أو كان أصيلا أم لا، لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز، وتبين

(١) بل الأول. (النائيني).

(٢) في الاستثناء إشكال بل منع. (الإمام الخميني).

* بل مع فرض العلم بحصولها أيضا وإن كان يجب من حين الإجازة ترتيب
آثار الصحة من حين العقد كما أشرنا إليه سابقا وهو الذي يقتضيه القواعد في
باب الفضولي من كل عقد والتزم به المشهور القائلين بالكشف. (آقا ضياء).
* الحكم بثبوت التحريم في فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك لا يجتمع
مع القول بكون الإجازة كاشفة حكما وناقلة حقيقة كما هو المختار. (الكلبايگاني).
* بل مع هذا الفرض أيضا. (الخوئي).

(٣) لا يترك. (البروجردي).

(٤) معرضيته لذلك موقوف على بقاء الموضوع ولا مانع من القول بانتفائه

(٥) فيه منع نعم يتم ذلك على الكشف الحقيقي ببعض معانيه على إشكال فيه
أيضا. (الخوئي).

كونه كأن لم يكن. وربما يستشكل في خصوص نكاح أم المعقود عليها، وهو في غير محله بعد أن لم يتحقق نكاح. ومجرد العقد لا يوجب شيئاً، مع أنه لا فرق بينه وبين نكاح البنت (١). وكون الحرمة في الأول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني، لا ينفع في الفرق.

(مسألة): إذا زوجت امرأة فضولاً من رجل ولم تعلم بالعقد فتزوجت من آخر ثم علمت بذلك العقد ليس لها أن تجيز لفوات محل الإجازة، وكذا إذا زوج رجل فضولاً بامرأة وقبل أن يطلع على ذلك تزوج أمها أو بنتها أو أختها ثم علم. ودعوى أن الإجازة حيث إنها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني، كما ترى (٢).

(مسألة): إذا زوجها أحد الوكيلين من رجل وزوجها الوكيل الآخر من آخر فإن علم السابق من العقدين فهو الصحيح، وإن علم الاقتران

(١) الأمر وإن كان كذلك في المقام حيث لم يتحقق عقد قبل الإجازة إلا أن بين نكاح الأم ونكاح البنت فرقا من جهة أخرى وهي أن مجرد نكاح الأم لا يوجب بطلان العقد على البنت فلو عقد على البنت والحال هذه بطل عقد الأم وهذا بخلاف عقد البنت فإنه بمجرد يوجب بطلان العقد على الأم. (الخوئي).

(٢) إذ كشف الإجازة فرع سلطنة المجيز وهو فرع بطلان نكاحه فكيف يؤثر في بطلانه. (آقا ضياء).

* مناط حكم المسألة ومسألة الإحدى والثلاثين من حيث الحكم الوضعي واحد نعم لا تجب الإجازة في الفرض على غير الأصيل تكليفا وله إفتاء الموضوع ولو مع الالتفات بخلاف المسألة السابقة حيث إنه يجب على الأصيل الوفاء ويحرم عليه إفتاء الموضوع لكن تكليفا لا وضعاً كما مر. (الكلبياني).

بطلا معاً، وإن شك في السبق والاقتران فكذلك (١) لعدم العلم بتحقق عقد صحيح، والأصل عدم تأثير (٢) واحد منهما. وإن علم السبق واللحق ولم يعلم السابق من اللاحق فإن علم تاريخ أحدهما حكم بصحته (٣)

- (١) الظاهر أن يكون ملحقاً بما علم عدم الاقتران لا بما علم الاقتران فلو كان أحدهما معلوم التاريخ يحكم بصحته. (النائيني).
- * مع عدم العلم بتاريخ أحدهما وإلا فيحكم بصحة ما علم تاريخه. (الشيرازي).
- * الظاهر أنه إذا علم تاريخ أحدهما في هذه الصورة يحكم بصحته كالصورة اللاحقة وعدم العلم بتحقق عقد صحيح في هذه الصورة دونها ليس بفارق بينهما بعد احتمال صحة كل منهما والعلم ببطان واحد منهما في كل منهما فكما يحكم بعدم وقوع العقد الآخر إلى زمان وقوع ما علم تاريخه في تلك الصورة فيحكم بصحته وتأثيره كذلك في هذه الصورة غاية الأمر في تلك الصورة يدفع بالأصل احتمال سبق العقد الآخر على ما علم تاريخه وفي هذه الصورة احتمال سبقه وتقارنه. (الإصفهاني).
- * مع الجهل بتاريخهما وأما مع العلم بتاريخ أحدهما فيحكم بصحته دون الآخر كما في صورة العلم بالسبق واللحق. (البروجردى).
- * مع الجهل بتاريخهما وأما مع العلم بتاريخ أحدهما يحكم بصحته دون الآخر. (الإمام الخميني).
- (٢) واستصحاب عدم تحقق المجهول إلى زمان مقارن للمعلوم لا يترتب عليه أثر شرعي كي يلحق ذلك بمعلوم السبق كما أفاده غير واحد من أكابر المحشين لأن بطلان العقد المقارن بمثله عقلي لا شرعي بخلاف المسبوق بمثله حيث إن بطلانه شرعي فيستصحب عدم وقوع العقد السابق فيترتب عليه عدم البطلان شرعاً. (الكلبائيجاني).
- (٣) الظاهر أن حكم المعلوم تاريخه حكم مجهوله. (الخوئي).

دون الآخر، وإن جهل التاريخان (١) ففي المسألة وجوه:
أحدها: التوقيف حتى يحصل العلم.

الثاني: خيار الفسخ للزوجة.

الثالث: أن الحاكم يفسخ.

الرابع: القرعة والأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير (٢) وكذا الكلام
إذا زوجه أحد الوكيلين برابعة والآخر بأخرى أو زوجه أحدهما بامرأة
والآخر ببنتها (٣) أو أمها أو أختها، وكذا الحال إذا زوجت نفسها من رجل
وزوجها وكيلها من آخر أو تزوج بامرأة وزوجه وكيله بأخرى لا يمكن
الجمع بينهما. ولو ادعى أحد الرجلين المعقود لهما سبق وقال الآخر لا

(١) ولم يحتمل الاقتران وإلا فيحكم ببطلانهما كما مر. (الإمام الخميني).

(٢) على فرض ثبوت جبر الرواية بعملهم وإلا فالأول أولى. (آقا ضياء).

* والأحوط الطلاق منهما. (الشيرازي).

* وإن كان الأحوط أن يطلقها أحد الرجلين فإن شاء الآخر تزوجها بعقد
جديد وإلا فالأحوط أن يطلقها هو أيضا وكذلك يراعى الاحتياط في الفروع
الآتية. (الخوئي).

* بل الذي قبله وهو فسخ الحاكم بمعنى أن الحاكم يلزمهما بالطلاق فإن طلقا
وإلا طلقها قهرا عليهما أما الفسخ بغير الطلاق فلا وجه له فتدبره. (كاشف الغطاء).

* لكن الأحوط على الزوجة إرضاءهما للطلاق مع التمكن ولو بإعطاء شيء
عليهما وصرف النظر عن الصداق كما أن الأحوط عليهما الطلاق. (الكلبایگانی).

* لا يخلو عن الإشكال والأحوط الطلاق منهما ولو امتنعا فلا يبعد أن يكون
للحاكم إلزامهما بذلك وكذا في نظائر المسألة والحمد لله رب العالمين والصلاة
على رسوله وآله الطاهرين. (النائيني).

(٣) الظاهر أن عقد البنت صحيح وعقد الأم باطل كما تقدم. (الخوئي).

أدري من السابق وصدقت المرأة المدعي للسبق حكم بالزوجية (١)
بينهما، لتصادقهما عليها.
هذا آخر ما برز منه دام ظله من النكاح

(١) الظاهر أن للآخر عليهما الحلف. (الفيروزآبادي).

(٦٣٨)

كتاب الوصية

وهي: إما مصدر " وصى يصي " بمعنى الوصل حيث إن الموصي يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة، وإما اسم مصدر بمعنى العهد (١) من وصى يوصي توصية أو أوصى يوصي إيصاء. وهي إما تمليلية، أو عهدية (٢) وبعبارة أخرى (٣) إما تملك عين أو منفعة، أو تسليط

(١) هذا هو المتعين والعهد هنا هو الذي يستعمل متعديا بلفظة " إلى " ويرادفه أو يقرب منه لفظة " سفارش " في لغة الفرس قال الله تعالى: * (ألم أعهد إليكم يا بني آدم أن لا تعبدوا الشيطان) * إلا الآية. * (وعهدنا إلى آدم) * الآية * (قالوا إن الله عهد إلينا أن لا نؤمن) * الآية. وقال تعالى * (ووصى بها إبراهيم بنيه ويعقوب) * إلى آخره. * (أم كنتم شهداء إذ وصاكم بهذا) * إلى آخره. * (ذلكم وصاكم به) * إلى آخره. نعم غلب استعمالها في عهد الإنسان إلى غيره بما يريد حصوله من بعد موته في ماله أو بدنه. (البروجردي).

(٢) اعتبار العهد متحقق في التمليلية أيضا إذ كما يتعلق التوصية والعهد بالعمل كذا يتعلق بالأمر الوضعية كالولاية وافتكك الملك ويؤيده قوله تعالى: * (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) * . ومرجعه إلى الإيصاء بترتيب آثارها. (البروجردي).

(٣) ما ذكره ليس عبارة أخرى لما سبق لأن الوصية بالفك ليست من القسمين ولو جعلت العهدية أعم من الفك لا تكون الوصية إلا قسما واحدا والأمر سهل.

على حق، أو فك ملك، أو عهد متعلق بالغير، أو عهد متعلق بنفسه - كالوصية بما يتعلق بتجهيزه - وتنقسم انقسام الأحكام الخمسة. (مسألة): الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول (١) وكذا الوصية بالفك كالعق، وأما التمليكية فالمشهور (٢) على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً، وعليه تكون من العقود (٣) أو شرطاً على وجه

(الإمام الخميني).

(١) أي إلى قبول الموصى له وإن كانت ربما احتاجت إلى قبول الموصى إليه في بعض أحكامها. (البروجردى).

الملك القهري فلا تدل عليه. (البروجردى).

(٣) الذي يقتضيه التحصيل هو أن القبول وإن كان معتبراً في تحقق الموصى به جزءاً أو شرطاً لكنه غير معتبر في تحقق الوصية حتى تكون من العقود بذلك فالإيجاب من الموصى كاف في صدق أنه أوصى بكذا وفي ترتب أحكامها من حرمة التبديل والتصرفات المزاحمة وإن كان غير كاف في تحقق الموصى به في الجملة فالوصية بما هي وصية من الإيقاعات مطلقاً وإن كانت جزء السبب للملكية ولذا لا تبطل بتخلل الموت بين إيجابها وقبولها مع أن اعتبار المعاقدة مع تخلله غير معقول. (البروجردى).

* الظاهر أن تحقق الوصية وترتب الأحكام عليها من حرمة التبديل وغيرها لا يتوقف على القبول لكن تملك الموصى له متوقف عليه فلا يملك قهراً فالوصية من الإيقاعات لكنها جزء سبب لحصول الملك للموصى له. (الإمام الخميني). * وهو الأقوى، والظاهر أن الوصية اصطلاحاً عبارة عن العهد المتعلق بأمور راجعة إلى بعد الموت وهي ليست عنواناً قبال سائر العناوين من العقود

الكشف أو النقل فيكون من الإيقاعات (١). ويحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها (٢) بل يكون الرد مانعا، وعليه تكون من الإيقاع الصريح (٣).

والإيقاعات حتى يبحث في أنها من أيهما، فكما أن العهود الراجعة إلى أمور الناس حال حياتهم مختلفة بعضها عقود وبعضها إيقاعات وبعضها شرائط وبعضها وعد وبعضها استدعاء، فكذلك العهود الراجعة إلى بعد الموت. فإن كان تملك عين أو منفعة أو نقل حق أو تسليطا أو وكالة فهو عقد كما في حال الحياة. وإن كان عتقا أو إبراء أو إسقاطا فهو إيقاع. وإن كان عهدا راجعا إلى تجهيزه وصلاته وصومه وحجه ورد أمانته وأمثال ذلك فهو إذن واستدعاء. والفرق أن العهود الراجعة إلى بعد الموت معلقة بالموت بخلاف الراجعة إلى حال الحياة حيث إنها منجزة. وأما نفوذ أي عقد أو إيقاع وجواز العمل بأي عهد أو وجوبه أو عدمه فهو تابع للدليل. وحيث إنها اعتبرت للتصرف بعد الموت فلا يضرها التعليق بالموت، وتخلل الموت بين الإيجاب والقبول ولا بين الإنشاء والمنشأ عقدا كان أو إيقاعا. والحاصل أنه يعتبر في التمليكية القبول وكذا في العهدية إن كانت راجعة إلى التصرف في ماله أو بدنه أو إلى أمر من يكون عليه الولاية، لأن هذه في الحقيقة وكالة ويحتاج إلى القبول. وإن لم تكن راجعة إليه كاستدعاء عمل بعد موته فلا يعتبر في جواز العمل بها القبول وإن كان في وجوبه على الموصى إليه يحتاج إليه أحيانا. وأما إذا كانت عهدا بتمليك الغير أو إعطاء شيء إياه فلا إشكال في اعتبار قبول ذلك الغير بعد تملك الوصي أو إعطاؤه إياه وإن رد فالمال للوارث أو يصرف في الخيرات إن كان من الثلث. (الكلبيكاني).

(١) الأصح أنها برزخ بين العقد والإيقاع ومثلها الوكالة والجعالة والوقف في بعض أنواعه كما شرحنا ذلك في تحرير المجلة وغيرها من مؤلفاتنا فراجع (كاشف الغطاء).
(٢) ضعفه ظاهر. (النائيني).

* بل الأقوى بمقتضى الأصل الاحتياج إلى القبول مطلقا غاية الأمر بنحو

ودعوى أنه يستلزم الملك القهري - وهو باطل في غير مثل الإرث - مدفوعة بأنه لا مانع منه عقلا، ومقتضى عمومات الوصية ذلك، مع أن الملك القهري موجود في مثل الوقف.

(مسألة): بناء على اعتبار القبول في الوصية يصح إيقاعه بعد وفاة الموصي بلا إشكال، وقبل وفاته على الأقوى (١). ولا وجه لما عن جماعة: من عدم صحته حال الحياة لأنها تمليك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية فلا محل له ولأنه كاشف أو ناقل وهما معا منتفیان حال الحياة، إذ نمنع عدم المحل له، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له، والكشف والنقل إنما يكونان بعد تحقق المعلق عليه فهما في القبول بعد الموت لا مطلقا.

(مسألة): تنضيق الواجبات الموسعة بظهور أمارات الموت - مثل

الشرطية للإيجاب لا بنحو الجزئية لعقد على حد سائر العقود. (آقا ضياء).
* هذا الاحتمال هو الصحيح بل لا دليل على كون الرد مانعا سوى ظهور التسالم عليه فإن تم إجماع وإلا فلا وجه له أيضا. (الخوئي).

(٣) هذا خلاف ما ارتكز عند العرف من كون التملك والتملك عقدا لا إيقاعا فلا بد لإثباته من دليل شرعي تعبدى وليس في أدلة الوصية ما يدل على ذلك إلا ما دل على أنه لو مات الموصى له قبل موت الموصي فالوصية لوارثه وظاهر بعضه عدم اعتبار القبول حتى من الوارث ويبيعه ما ذكر من ارتكاز احتياجها إلى القبول عند العامة فيحمل على أن الوصية لوارث الموصى له مع قبوله فالمتيقن مما ثبت به تعبدا على خلاف القاعدة قيام الوارث مقامه مع قبوله لا بدون القبول. (الكلبيگاني).

(١) محل تأمل وإشكال. (البروجردى).

قضاء الصلوات، والصيام، والندور المطلقة، والكفارات ونحوها - فيجب المبادرة إلى إتيانها مع الإمكان، ومع عدمه يجب (١) الوصية بها سواء فاتت لعذر أو لا لعذر، لوجوب تفريغ الذمة بما أمكن في حال الحياة، وإن لم يجر فيها النيابة فبعد الموت تجري فيها يجب التفريغ (٢) بها بالإيضاء. وكذا يجب رد أعيان أموال الناس التي كانت عنده - كالوديعة، والعارية، ومال المضاربة، ونحوها - ومع عدم الإمكان يجب الوصية بها. وكذا يجب أداء ديون الناس الحالة، ومع عدم الإمكان أو مع كونها مؤجلة يجب الوصية بها، إلا إذا كانت معلومة، أو موثقة بالأسناد المعتمدة. وكذا إذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه أدائها أو الوصية بها. ولا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا إذا احتمل وجود (٣) متبرع أو أداءها من بيت المال. (مسألة): رد الموصى له للوصية مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكية (٤) وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلا لها، فعلى هذا إذا كان

(١) إذا كان عنده أموال الناس أو كان عليه حقوق وواجبات يعلم بها الورثة ويضمن بإيصالهم وتأديتهم على ما هي عليها لا يجب الإيضاء بها وإن كان أولى بل أحوط. (الإمام الخميني).

(٢) أي تفريغ الذمة عنها بالنيابة. (الفيروزآبادي).

(٣) على الأحوط. (الكلبيكاني).

(٤) المعروف بينهم أن رد الوصية حال حياة الموصي لا يبطلها وهو الصحيح وقد عرفت حاله بعد الموت وقبل القبول وأما الرد في سائر العقود فالظاهر أنه لا يبطلها فلو قبل بعده صحت بل الأمر كذلك في العقد الفضولي أيضا إن لم يتم إجماع على خلافه. (الخوئي).

* لكن لا مطلقا بل المسلم مبطلته إذا وقع بعد الموت وقبل القبول وأما الرد

الرد منه بعد الموت وقبل القبول أو بعد القبول (١) الواقع حال حياة الموصي (٢) مع كون الرد أيضا كذلك يكون مبطلا لها، لعدم حصول الملكية (٣) بعد، وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلا، سواء

قبل الموت فسيأتي حكمه ثم التعبير بالمبطل يناسب القول باشتراط القبول في الملك إما جزءا للعقد وإما دخيلا في الإيقاع وأما على القول بحصول الملكية بالموت وكون الرد رافعا فيناسب التعبير بالفسخ دون المبطل إلا أن يلتزم بأن الرد بوجوده المتأخر يمنع عن تأثير الموت حين وقوعه وهو في غاية الإشكال ولا يلتزم به في غير المورد. (الكلبيايگاني).

(١) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

* في مبطلية الرد بعد القبول إشكال للأصل بعد الفرق في تأثيره في الرفع والدفع فلا يتوهم حينئذ استصحاب آخر في مانعية الرد قبله كما لا يخفى. (آقا ضياء).

(٢) ظاهر عبارة كثير منهم عدم الاعتبار بالرد الواقع قبل موت الموصي مطلقا بعد القبول أو قبله. (الكلبيايگاني).

* في مبطلية الرد إذا كان حال حياة الموصي وبعد القبول إشكال. (الشيرازي).

(٣) هذا في الصورة الثانية وكذلك في الأولى بناء على اعتبار القبول ولو شرطا وأما على ما احتمله سابقا من عدم اعتباره أصلا فالملكية حاصلة بمجرد الموت فاللازم على هذا إما الالتزام بانحصار مبطلية الرد بما إذا وقع قبل موت الموصي أو عدم اختصاص مبطليته بكونه قبل حصول الملكية وهو لا يقول به. (الإصفهاني).

* هذا بالنسبة إلى الصورة الأولى مناف لما سبق منه من قوة احتمال عدم

اعتبار القبول لحصول الملكية بموت الموصي قبل قبول الموصي له قهرا وإن كان هو الأقوى لما سبق منا من اعتباره في حصول ملكيته نعم لو قيل بأن الرد كاشف عن عدم الملكية بالموت يرتفع التنافي لكنه ضعيف. (الإمام الخميني).

* التعليل لا ينتج المعلل. (الفيروزآبادي).

كان القبول بعد الموت أيضا أو قبله، وسواء كان قبل القبض أو بعده بناء على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها، لعدم الدليل على اعتباره، وذلك لحصول الملكية حينئذ له فلا تزول بالرد، ولا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة إلى الموصى له، كما أنها جائزة بالنسبة إلى الموصي حيث إنه يجوز له الرجوع في وصيته كما سيأتي. وظاهر كلمات العلماء حيث حكموا ببطلانها بالرد عدم صحة القبول بعده، لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصي، كما أن الأمر كذلك في سائر العقود حيث إن الرد بعد الإيجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا تأخير، وكما في إجازة الفضولي حيث إنها لا تصح بعد الرد، لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصي باقيا على إيجابه (١). بل في سائر

* هذا صحيح في الصورة الثانية وأما في الأولى فمبني على كون الرد كاشفا عن عدم حصول الملكية بعد الموت وهو ضعيف ولم أجد به قائلًا منا وإن قال به الشافعي في أحد أقواله وأما على القول بحصولها بالموت وارتفاعها بالرد كما قال به جماعة منا فلا يصح ذلك. (البروجردى).

(١) فيما إذا كان الموصي باقيا على إيجابه الظاهر منه حال حياته، نسب إلى المشهور عدم تأثير الرد بل يجوز له القبول بعد حياته وكيف كان لا يبطل الصحة بعد الرد وإن قلنا بالبطلان في الفضولي والإيجاب في سائر العقود ولا أظن تحقق إجماع في المقام. (الإمام الخميني).

* ظاهر هذه العبارة موهمة لكون المقصود حال حياة الموصي مع أنهم لم يحكموا ببطلان الإيجاب بالرد حال حياة الموصي كما مر في الحاشية السابقة. (الكلبيايگاني).

* إنما حصل هذا الإشكال والإشكال الآتي من تقطيعه كلامهم فإنهم إنما حكموا بإبطال الرد فيما إذا ردها بعد الموت لا حال الحياة كما هو الأقوى بل

العقود (١) أيضا مشكل (٢) إن لم يكن إجماع خصوصا في الفضولي (٣) حيث إن مقتضى بعض الأخبار صحتها ولو بعد الرد. ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفا إذا كان القبول بعد الرد ممنوعة (٤). ثم إنهم ذكروا

علله بعضهم ببقاء الوصية في نفس الموصى ما دام حيا فلا يرد عليهم هذا ولا ما سيأتي من سؤال الفرق بين الحاليين نعم يبقى سؤال الفرق بين الرد والقبول حال الحياة على من فرق بينهما وله أيضا وجه لكنه محل تأمل. (البروجردى). (١) لا مجال للالتزام به فيها لمجىء الشك في أصل العقدية بعده بخلاف المقام وهكذا أيضا يشكل في الفضولي للشك معه في إضافة العقد إلى المجيز بعد رده. (آقا ضياء).

(٢) لا إشكال في سائر العقود وفي إجازة الفضولي وإنما يختص الإشكال بما نحن فيه من جهة الإشكال في كون القبول جزءا للعقد أو شرطا خارجا بل قد مر سابقا احتمال عدم كونه شرطا أيضا. (الإصفهاني). * ولكنه الأقوى حتى في الفضولي. (النائيني).

* الأقوى في العقود أيضا صحة القبول بعد الرد إذا كان الموجب باقيا على إيجابه منتظرا لأن يبدو له فيقبله وليست أمثال هذه ليدعى فيها الإجماع نعم إن حصل له انصراف عن الإيجاب برده أو فأتت الموالاة المعتبرة في المعاهدة بطل بلا إشكال. (البروجردى).

(٣) كما أن له خصوصية في عدم البطلان للخبر كذا له خصوصية في البطلان حيث إن الرد فيه متعلق بما هو بمنزلة فعل نفسه ولا يعتبر باقيا مع رده. (البروجردى). (٤) الإنصاف أن دعوى الجزم بصدق المعاهدة مع وقوع الرد بين الإيجاب والقبول مشكلة والحكم بالصحة في الوصية على القول بها مبني على استدلال ضعيف منهم بأن الرد والقبول حال حياة الموصي لا أثر له اللهم إلا أن يقال إن بقاء الوصية بعد الرد بمنزلة وصية جديدة ولكنه ممنوع وإلا فيمكن أن يقال بذلك في سائر العقود أيضا. (الكلبايگاني).

أنه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح، وهو أيضا مشكل (١) على ما ذكره من كونه مبطلا للإيجاب، إذ لا فرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت، إلا إذا قلنا إن الرد والقبول لا أثر لهما حال الحياة وإن محلها إنما هو بعد الموت، وهو محل منع. (مسألة): لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر صح فيما قبل (٢) وبطل فيما رد، وكذا لو أوصى له بشيئ فقبل بعضه مشاعا أو مفروزا ورد بعضه الآخر (٣) وإن لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه بدعوى عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب والقبول، لأن مقتضى القاعدة الصحة (٤) في البيع أيضا إن لم يكن إجماع. ودعوى عدم التطابق ممنوعة (٥). نعم لو علم من حال

(١) لكنه الأقوى. (النائني).

(٢) لا يخلو عن الإشكال. (النائني).

* الحكم بالصحة مشكل لعدم تطابق القبول مع الإيجاب. (الكلپايگاني).

(٣) الأقوى عدم تحقق الملكية بالنسبة إلى البعض مطلقا وفي بطلان الوصية أو عدم بطلانها بردها في البعض إشكال. (النائني).

(٤) فيه نظر. (الإصفهاني).

* بل مقتضى القاعدة في البيع البطلان إلا في بعض الموارد كما لو جمع بين أمور مستقلة في اللحاظ والقيمة في إنشاء واحد وأما في الوصية فالأقوى الصحة إلا فيما استثناءه. (الإمام الخميني).

إيقاعا وكون القبول شرطا في الموصى به أو كون الرد رافعا فمقتضى القاعدة

الموصي إرادته تمليك المجموع من حيث المجموع لم يصح التبويض (١).
(مسألة): لا يجوز للورثة (٢) التصرف في العين الموصى بها قبل أن
يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الرد. وليس لهم إجباره
على اختيار أحدهما معجلا، إلا إذا كان تأخيرها موجبا للضرر عليهم
فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما (٣).
(مسألة): إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام
وارثه مقامه في ذلك فله القبول إذا لم يرجع الموصى عن وصيته من غير
فرق بين كون موته في حياة الموصى أو بعد موته، وبين علم الموصى

صحة الوصية والتبويض في تحقق الوصية واستقراره لكنه ضعيف. (الكلبياني).
* عدم التطابق بين الإيجاب والقبول ظاهر وكون القاعدة مقتضية للصحة
بالنسبة إلى بعض المبيع مثلا عند تبعض الصفقة أجنبي عن المقام بالكلية.
(النائيني).

(١) بل صح فيه أيضا فإن تمليك المجموع من حيث إنه مجموع لا محصل له إلا
أن يكون قبول الوصية في كل جزء أو عدم ردها على القول بالاعتبار شرطا
في الوصية بالجزء الآخر وعليه فلا يترتب على التخلف إلا الخيار دون
البطلان. (الخوئي).

(٢) هذا على ما اختاره من عدم اعتبار القبول وحصول الملك بالموت وكون
الرد مانعا بناء على إرادة الرفع من المنع فواضح وأما على غير هذا المبني
فالحكم مبني على الاحتياط دون الإلزام لعدم الملزم خصوصا على القول
بكون الوصية عقدا. (الكلبياني).

(٣) لا وجه له ولو قلنا باعتبار القبول في صحة الوصية إذ لا ضرر على الورثة
في التأخير غاية الأمر أنه يفوت عليهم الانتفاع على تقدير تأخير الرد. (الخوئي).

بموته وعدمه. وقيل بالبطلان بموته قبل القبول. وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته. والقول الأول وإن كان على خلاف القاعدة (١) مطلقا بناء على اعتبار القبول في صحتها - لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له، وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع، كما أن دعوى انتقال حق القبول إلى الوارث أيضا محل منع صغرى وكبرى، لمنع كونه حقا (٢) ومنع كون كل حق منتقلا إلى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به الذي لا يصدق كونه من تركته، وعلى ما قويننا من عدم اعتبار القبول فيها بل كون الرد مانعا أيضا يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له، لعدم ملكيته في حياة الموصي - لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصحة كما هو المشهور، وذلك لصحيحة محمد بن قيس الصريحة في ذلك حتى في صورة موته في حياة الموصي المؤيدة بخبر الساباطي وصحيح المثنى، ولا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم ومنصور بن حازم، بعد إعراض المشهور عنهما وإمكان حملهما على محامل منها التقية، لأن المعروف

-
- (١) كونه على طبق القاعدة قريب جدا بعدما ذكرناه من أن القبول مع اعتباره في تحقق الموصى به غير معتبر في الوصية إذ ينتزع منها حينئذ للموصى له حق مالي يصدق عليه بعد موته أنه من متروكاته نظير حق التحجير. (البروجردى).
* لا يبعد أن يكون على وفقها بناء على ما مر في حقيقة الوصية. (الإمام الخميني).
(٢) ويشهد لذلك عدم كونه قابلا للإسقاط والالتزام بكونه قابلا للنقل بالإرث دون الإسقاط في غاية الإشكال. (الكلبايگاني).

بينهم عدم الصحة. نعم يمكن دعوى انصراف (١) الصحيحة عما إذا علم كون غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد. بل ربما يقال: إن محل الخلاف غير هذه الصورة، لكن الانصراف ممنوع (٢). وعلى فرضه يختص الإشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصي، وإلا فبناء على عدم اعتبار القبول بموت الموصي صار مالكا بعد فرض عدم رده فينتقل إلى ورثته.

بقي هنا أمور:
أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث، كما إذا مات الموصى له قبل القبول ومات وارثه أيضا قبل القبول فهل الوصية لوارث الوارث أو لا؟ وجوه: الشمول (٣) وعدمه (٤) لكون الحكم على خلاف القاعدة. والابتناء

-
- (١) دعوى الانصراف ممنوعة بل الغالب كون شخص الموصى له موردا لغرض الموصي نعم لو قيد الوصية بحياة الموصى له بأن يقول: هذا لك بعد حياتي إن كنت حيا فلا ينتقل إلى وارث الموصى له بموته في حياة الموصي لرواية (٣) أقواها الأول. (الإمام الخميني).
- * والأقوى الشمول. (الشيرازي).
- * وهو الأقوى. (البروجردى).
- * وهو الأظهر. (الفيروزآبادي).
- (٤) أقواها الأول بل لا وجه لغيره إذا كان موت الموصى له بعد موت الموصي على ما مر من عدم اعتبار القبول. (الخوئي).

على كون مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل، وكونه الأخبار (١) فلا (٢).
الثاني: إذا قبل بعض الورثة ورد بعضهم، فهل تبطل (٣) أو تصح
ويرث الراد أيضا مقدار حصته أو تصح بمقدار حصة القابل فقط
أو تصح وتمامه للقابل أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصي
فتبطل أو بعده فتصح بالنسبة إلى مقدار حصة القابل؟ وجوه (٤).
الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه أو إليه
ابتداء من الموصي؟ وجهان: أوجههما الثاني (٥). وربما يبنى على كون

(١) وهو الأقوى. (الكلبيكاني).

(٢) الأصح الشمول حتى لو جعلنا مدركه الأخبار. (كاشف الغطاء).

(٣) قد مر الإشكال في قبول الموصى له بعض الوصية فضلا عن وارثه.
(الكلبيكاني).

(٤) أقواها الثالث. (الإصفهاني، الشيرازي، البروجردي، الإمام الخميني).

* إذا كان موت الموصي قبل الموصى له فلا ريب في تعيين الوجه الثاني على
ما مر وأما إذا انعكس الأمر فعلى القول باشتراط تملك الوارث بعدم رده
فالمتمعين هو الثالث وأما على ما قويناه من أنه لا أثر للرد فيتعين الوجه الثاني
أيضا. (الخوئي).

* أوجههما الثاني. (الفيروزآبادي).

* أصحها أنها تصح بمقدار حصة القابل مطلقا. (كاشف الغطاء).

* أقوى الوجوه ثالثها لشمول الإطلاق له وعدم اقتضائه أيضا صحة أزيد من
ذلك له ولغيره من غير فرق بين كون موته قبل موت الموصي أم بعده بعد كون
القبول شرطا لا الرد فاسخا للنقل الثابت بعد موته. (آقا ضياء).

(٥) لكن القسمة بين الورثة على حسب قسمة الموارث. (الإمام الخميني).

* بل الأول. (الشيرازي).

القبول كاشفاً أو ناقلاً فعلى الثاني الثاني وعلى الأول الأول، وفيه: أنه على الثاني أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت أنا ما ثم إلى وارثه، بل على الأول يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصي، لأنه كأنه هو القابل فيكون منتقلاً إليه من الأول. الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصي له إذا كان قبل موت الموصي أو الوارث حين موت الموصي أو البناء على كون القبول من الوارث موجبا للانتقال إلى الميت ثم إليه أو كونه موجبا للانتقال إليه أولاً من الموصي؟ فعلى الأول الأول وعلى الثاني الثاني: وجوه (١).

* وإن كانت القسمة بين الورثة مع التعدد على حساب قسمة الموارث. (الإصفهاني).

* لكن بوراثتهم عن الموصي له حق تملك الموصي به بالقبول، ولذا يقسم بينهم مع التعدد على حسب قسمة الموارث. (البروجردى).

* هذا فيما إذا مات الموصي له قبل الموصي وأما في عكسه فالمال ينتقل إلى الوارث من الموصي له على ما مر. (الخوئي).

* كما هو ظاهر الأخبار. (الكلبيكاني).

* لا يخلو عن الإشكال. (النائيني).

(١) أوجهها الأول. (الإصفهاني، البروجردى، الشيرازي، الخوئي).

* الأوجه الأول. (الإمام الخميني).

* أوجهها أن المدار على الوارث حين موت الموصي والصلح أحوط. (كاشف الغطاء).

* لا يبعد أن يكون الخبر ظاهراً في الثاني. (الكلبيكاني).

* أقواها أولها لظهور اقتضاء استناد الوارث إلى شخص كونه وارثاً حين موت مورثه لا موت غيره. (آقا ضياء).

الخامس: إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته
منها (١) أو لا؟ وجهان: مبنيان على الوجهين (٢) في المسألة المتقدمة (٣)
فعلى الانتقال إلى الميت ثم إلى الوارث لا ترث، وعلى الانتقال إليه أولاً
لا مانع من الانتقال إليها، لأن المفروض أنها لم تنتقل إليه إرثاً من
الزوج (٤) بل وصية من الموصي (٥). كما أنه يبنى على الوجهين إخراج
الديون (٦) والوصايا (٧) من الموصى به بعد قبول الوارث (٨) وعدمه. أما إذا

-
- (١) الأحوط التصالح وإن كان الأظهر عدم إرثها منها. (الشيرازي).
(٢) وأصح الوجهين أنها تنتقل من الموصي إلى الوارث الذي قام مقام مورثه.
(كاشف الغطاء).
* الأقوى إخراجهما منه على الوجهين والمتولي للقبول بالنسبة إلى السهمين
هو وصي الميت أو الحاكم والأحوط ضم قبول الورثة إليه. (الإمام الخميني).
(٣) وقد عرفت التفصيل فيها. (الخوئي).
(٤) لكن لا يبعد دعوى انصراف النص إلى الانتقال إلى وارث الموصى له بنحو
الإرث المعهود في الشرع فالزوجة محرومة على الوجهين. (الكلبيكاني).
(٥) لكن بتوسط وراثته عن الموصى له حق تملكها وحينئذ لا يبعد القول
بحرمانها على هذا الوجه أيضاً بدعوى ظهور أدلة حرمانها عن الأرض في
حرمانها عن الحقوق التي لا فائدة لها إلا ملك الأرض. (البروجردي) (أ).
(٦) الأحوط إخراج الديون منه بإمضاء الورثة بعد قبولهم الوصية لكن القاعدة
تقتضي عدم وجوب القبول عليهم على تقدير كون جوازه حكماً وعلى تقدير
القبول فالمسألة مبنية على القولين كما في المتن وعلى تقدير كون القبول حقا
لهم بالإرث فلا يبعد جواز إلزام الدائن الورثة على القبول بناء على انتقال
الملك ابتداءً إلى الميت لتعلق حقهم على هذا الحق أيضاً وعلى القول بانتقال
الملك إليهم ابتداءً فيمكن القول بجواز منع الدائن الوارث عن التملك إلا بعد
أداء الدين لما مر من تعلق حقه بهذا الحق أيضاً. (الكلبيكاني).

كانت بما يكون من الحبوّة ففي اختصاص الولد الأكبر به بناء على الانتقال إلى الميت أولاً فمشكل، لانصراف الأدلة عن مثل هذا. السادس: إذا كان الموصى به ممن يعتقد على الموصى له (١) فإن قلنا بالانتقال إليه أولاً بعد قبول الوارث فإن قلنا به كشفاً وكان موته بعد موت الموصى (٢) انعتق عليه، وشارك الوارث (٣) ممن في طبقته ويقدم

(٧) حكم الوصايا حكم الدين فيما تعلق بمال الميت نعم فيما يجب على الوصي العمل به وإن لم يكن للميت مال وتوقف العمل به على القبول فيجب عليه القبول والعمل به. (الكليايگاني).

* الأقوى إخراجها منه والأحوط أن يكون برضا الورثة. (الشيرازي).

(٨) هذا هو المتعين بلا إشكال لكن الظاهر أن المتولي لقبول الوصية حينئذ بالنسبة إلى سهم الدين والوصية هو ولي أمر الميت من الوصي أو الحاكم وإن كان الأحوال الجمع بينه وبين قبول الوارث. (البروجردي).

(أ) في هامش الحاشية ما يلي:

قد عدل دام ظله في مجلس البحث عما في الحاشية واختار ما في المتن وأمر بضرب الخط على هاتين الحاشيتين على ما حكاه بعض الثقات. (السيد موسى الشيرازي الزنجاني) والحاشية الأخرى منه (قدس سره): هذا هو المتعين... الخ.

(١) الذي مات وقبل وارثه الوصية. (الفيروزآبادي).

(٢) لا حاجة في هذا الفرض إلى قبول الوارث على ما مر فيحكم بالاعتاق الموصى به من الأول وأما إذا مات الموصى بعد الموصى له فلا وجه للانعقاد أصلاً لأن الوارث حينئذ يتلقى الموصى به من الموصى دون الموصى له.

(الخوئي).

(٣) لأنه يكشف عن موت الموصى له عن وارث معتق حر وحصل الملك والانعقاد قبل [موت] موصى له. (الفيروزآبادي).

عليهم مع تقدم طبقته (١) فالوارث يقوم مقامه في القبول ثم يسقط عن الوارثية لوجود من هو مقدم عليه، وإن كان موته قبل موت الموصي أو قلنا بالنقل وأنه حين قبول الوارث ينتقل إليه آنا ما فينعتق (٢) لكن لا يرث إلا إذا كان انعتاقه قبل قسمة الورثة (٣) وذلك لأنه على هذا التقدير انعتق بعد سبق (٤) سائر الورثة بالإرث. نعم لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدد الورثة شاركهم (٥) وإن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصي لا من الموصى له فلا ينعتق عليه لعدم ملكه، بل يكون للورثة إلا إذا كان ممن ينعتق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعتق ولكن لا يرث إلا إذا كان ذلك مع تعدد الورثة وقبل قسمتهم.

-
- (١) بناء على الكشف الحكمي وكون القبول شرطا متأخرا وأما على الكشف الحقيقي لو قيل به فمشكل إذ يلزم من كاشفيته تقدمها. (البروجردي).
- * ولا يلزم من كاشفية القبول عدم كاشفيته إلا على القول بالكشف الحكمي لأن الكاشف قبول الوارث لولا الوصية والمكشوف الوارثية بالوصية من غير فرق بين الكشف الحقيقي أو الحكمي. (الكلبيكاني).
- * في غير الكشف الحقيقي وإلا فتلزم لغوية إجازتهم للكشف عن كونهم غير الورثة من أول الأمر. (الإمام الخميني).
- (٢) فحصل الملك والانعقاد. (الفيروزآبادي).
- (٣) في إرثه لقبول الوصية حتى في هذه الصورة نظر لأن المنساق من الأدلة كون الوارث وارثا مع قطع النظر عن الحقوق الموروث بها ولا يشمل ما كان أصل وراثته من جهة هذا الحق. (آقا ضياء).
- (٤) وما مات الموصى له عن وارث منعتق. (الفيروزآبادي).
- (٥) أو تفرد بالإرث دونهم. (البروجردي).
- * مع اتحاد الطبقة ويقدم عليهم مع تقدم طبقته. (الكلبيكاني).

السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليلية والعهدية (١).

(مسألة): اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليلية كما عرفت فلا يعتبر في العهدية (٢). ويختص بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معينين، وأما إذا كان للنوع أو للجهات - كالوصية للفقراء والعلماء، أو للمساجد - فلا يعتبر (٣) قبولهم أو قبول الحاكم فيما للجهات

(١) الأقوى عدم القيام في العهدية. (النائيني).

* الأقوى عدم قيامه مقامه في العهدية. (الشيرازي).

(٢) يعني قبول الموصى له وأما قبول الموصى إليه إذا نصب وصيا فهو معتبر فيها أيضا في الجملة. (الإصفهاني).

* يعني قبول الموصى له لا الموصى إليه كما مر وعدم اعتباره فيها واضح فيما إذا كانت عهدا بصرف شئ في شخص أو أشخاص أو نوع أو جهة وأما إذا كانت عهدا بإعطاء شخص أو أشخاص فليس بينها وبين التمليلية كثير فرق بناء على ما مر من أن القبول فيها معتبر في الموصى به دون الوصية. (البروجردي).

* يعني قبول الموصى له في صحة الوصية وقد مر اعتباره مطلقا وفي العهدية لا وجه لاعتباره وأما لو عهد أن يعطي شيئا بشخص ففي تملكه يعتبر القبول بلا إشكال. (الإمام الخميني).

(٣) الظاهر من العبارة ومن تنظيرها في المسألة الأولى بالعتق وفك الملك عدم اعتبار القبول في العهدية مطلقا حتى من الموصى إليه لكن الظاهر منهم الإجماع على عدم الفرق بين الوصيتين في الحاجة إلى القبول في التمليلية من الموصى له وفي العهدية من الموصى إليه نعم يكفي في قبول الموصى إليه القبول الفعلي وأما قبول الموصى له في العهدية إذا كانت وصية بالتمليك فلا إشكال في اعتباره لكنه غير مربوط بقبول الوصية. (الكلبيكاني).

وإن احتمل (١) ذلك، أو قيل. ودعوى أن الوصية لها ليست من التمليلية بل هي عهدية (٢) وإلا فلا يصح تمليك النوع أو الجهات كما ترى. وقد عرفت سابقا قوة عدم اعتبار القبول مطلقا، وإنما يكون الرد مانعا، وهو أيضا لا يجري في مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقهاء - مثلا - بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل. (مسألة): الأقوى في تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الألفاظ ولا يعتبر فيه لفظ خاص، بل يكفي كل فعل دال عليها حتى الإشارة والكتابة ولو في حال الاختيار (٣) إذا كانت صريحة في الدلالة، بل أو ظاهرة (٤) فإن ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال. فما يظهر من جماعة اختصاص كفاية الإشارة والكتابة بحال الضرورة لا وجه له، بل يكفي وجود مكتوب منه بخطه ومهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصية (٥). ويمكن أن يستدل عليه بقوله (عليه السلام) لا ينبغي لامرئ مسلم أن

-
- (١) احتمال اعتبار قبول الفقهاء أو العلماء بما أنهم منطبقات الجهات بعيد غايته لكن احتمال اعتبار قبول الحاكم ليس بذلك البعد وإن كان الأقرب عدمه كما أن بطلانها برد الحاكم فيما تقضي مصلحة سياسية أو كان في قبولها مفسدة كذلك قريب. (الإمام الخميني).
- (٢) ولا يبعد ذلك وإن قلنا بمالكية الجهة أو النوع. (الكلبيانگاني).
- (٣) الأحوط الاقتصار عليهما بحال الضرورة. (الكلبيانگاني).
- (٤) في إنشائه الوصية فعلا بها على حد ظهور الألفاظ ولا يكون مع ذلك عدم نطقه بها مع قدرته عليه كما هو العادة في الأمور الخطيرة قرينة صارفة عن ظهورها كما لا يبعد ولعله لذا قصر الجماعة كفايتها على حال الضرورة. (البروجردي).
- (٥) فعلا بنفس الكتابة لا لإحصاء ما يريد الوصية بها فيما بعد ليوصي بعد على

بييت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه. بل يدل عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت إليه كتب رجل كتابا بخطه ولم يقل لورثته: هذه وصيتي ولم يقل: إني قد أوصيت إلا أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره.

(مسألة): يشترط في الموصي أمور:

الأول: البلوغ فلا يصح وصية غير البالغ. نعم الأقوى وفاقا للمشهور (١) صحة وصية البالغ عشا إذا كان عاقلا في وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم (٢) لجملة من الأخبار المعتبرة، خلافا لابن إدريس وتبعه جماعة.

الثاني: العقل فلا تصح وصية المجنون، نعم تصح وصية الأدواري منه إذا كانت في دور إفاقته. وكذا لا تصح وصية السكران حال سكره ولا يعتبر استمرار العقل فلو أوصى ثم جن لم تبطل، كما أنه لو أغمي عليه أو سكر لا تبطل وصيته. فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصية. الثالث: الاختيار.

الرابع: الرشيد (٣) فلا تصح وصية السفیه (٤) وإن كانت بالمعروف سواء

طبقها ويشهد عليها فإن وجوب العمل بها حينئذ محل إشكال وإن كان الأحوط والاستدلال بالخبرين محل مناقشة. (البروجردي).

(١) محل تأمل. (البروجردي).

(٢) صحة وصيته للغرباء محل إشكال. (الخوئي).

(٣) في اعتباره إشكال والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

كانت قبل حجر الحاكم (١) أو بعده. وأما المفلس فلا مانع من وصيته وإن كانت بعد حجر الحاكم لعدم الضرر بها على الغرماء، لتقدم الدين على الوصية.

الخامس: الحرية فلا تصح وصية المملوك (٢) بناء على عدم ملكه وإن أجاز مولاه (٣) بل وكذا بناء على ما هو الأقوى (٤) من ملكه (٥) لعموم أدلة الحجر، وقوله (عليه السلام) لا وصية لمملوك بناء على إرادة نفي وصيته لغيره لا نفي الوصية له. نعم لو أجاز مولاه صح على البناء المذكور. ولو أوصى بماله ثم انعتق وكان المال باقيا في يده صحت (٦) على إشكال (٧). نعم لو علقها على الحرية فالأقوى

-
- (٤) لا مانع من تنفيذها إذا كانت بالمعروف وعلى الموازين العقلائية. (كاشف الغطاء).
(١) الأقرب صحتها قبل حجره إلا إذا كان سفهه متصلا بصغره. (الإمام الخميني).
(٢) في بطلانها مع إجازة مولاه نظر. (الشيرازي).
(٣) قيل لخروج وصيته عن موضوع الوصية ضرورة كونها كقول زيد مال عمرو ل بكر بعد وفاتي وعن الفضولي الذي هو الوصية عن زيد بعد وفاة زيد لا وفاة غيره وفي الاستدلال عندي نظر ولا يبعد الصحة مع الإجازة وحديث لا وصية لمملوك سنده وكذا دلالاته ضعيف مع عدم ظهوره في مورد الإجازة. (الفيروزآبادي).
(٤) ملكه محل إشكال. (الإمام الخميني).
(٥) ولو فيما ملكه مولاه كما هو المختار. (آقا ضياء).
(٦) مشكل وإن علقها على الحرية. (الكلپايگاني).
(٧) إلا إذا أجازها جديدا كما لا يخفى. (آقا ضياء).
* بل لا تصح على الأقوى. (البروجردي).
* بل الصحة ممنوعة. (الإمام الخميني).

صحتها (١) ولا يضر التعليق المفروض، كما لا يضر إذا قال هذا لزيد إن مت في سفري. ولو أوصى بدفنه (٢) في مكان خاص لا يحتاج إلى صرف مال فالأقوى الصحة (٣) وكذا ما كان من هذا القبيل. السادس: أن لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه: من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك، فإنه لا تصح وصيته على المشهور المدعى عليه الإجماع، للنص الصحيح الصريح. خلافا لابن إدريس وتبعه بعض. والقدر المنصرف إليه الإطلاق الوصية بالمال، وأما الوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها (٤). كما أن الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمدا لا سهوا أو خطأ، وبرجاء أن يموت لا لغرض آخر، وعلى وجه العصيان

* الإشكال قوي فيه وفيما بعده نعم إذا أجازها بعد العتق صحت وإن لم يجزها المولى. (الخوئي).

(١) في القوة نظر لعدم ثبوت صحة التعليق بغير الموت لولا دعوى عدم شمول معاهد الإجماعات لمثله إلا بدعوى إطلاقها في مطلق الأسباب عقدا كان أم إيقاعا مطلقا أم مشروطا وليس الأخير ببعيد. (آقا ضياء).

* لا تخلو من تأمل. (الإمام الخميني).

* صحتها في غاية الإشكال. (النائيني).

(٢) محل تأمل فيه وفيما كان من هذا القبيل. (الإمام الخميني).

* هذه الفروع مبنية على انصراف لا يقدر إلى التصرفات المالية وفيه نظر واضح. (آقا ضياء).

(٣) والأحوط أن تكون بإذنه أو إجازته للوصية أو للعمل بها. (الكلبایگانی).

(٤) بل مشكل. (الكلبایگانی).

لا مثل الجهاد في سبيل الله، وبما لو مات من ذلك. وأما إذا عوفي ثم أوصى صحت وصيته بلا إشكال، وهل تصح وصيته قبل المعافاة (١) إشكال (٢) ولا يلحق التنجيز بالوصية. هذا، ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته وإن كان حين الوصية بانيا على أن يحدث ذلك بعدها، للصحيح المتقدم، مضافا إلى العمومات. (مسألة): يصح لكل من الأب والجد الوصية بالولاية على الأطفال مع فقد الآخر، ولا تصح مع وجوده، كما لا يصح ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعي (٣) فإنه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حيا، وليس

(١) ثم عوفي ثم مات. (الفيروزآبادي).

(٢) الظاهر أنه لا إشكال فيها إذا أوصى ثم عوفي. (الكلبائيگانی).

* والأقوى الصحة. (الشيرازي).

(٣) لكن إذا نصب قيما عليهم تبقى ولايته عليهم ولو بعد موت الحاكم نعم لو نصب وكيلا سقطت وكالته بموت موكله. بألطافه تعالى وحسن توفيقه قد تم ما تيسر لنا من الحواشي والتعليق على عروة سيدنا الأستاذ نور الله ضريحه. (كاشف الغطاء) (أ).

(أ) في آخر تعليقة كاشف الغطاء (قدس سره) بيان، أحببنا إيراد ما فيه من الفائدة: بيان:

كان ولا يزال من المعلوم أن هذا المؤلف الجليل " العروة الوثقى " الذي هو من مفاخر الفقه الجعفري وآياته الزاهرة في العصور المتأخرة. قد كان السيد الأستاذ " رضوان الله عليه " شرع فيه في السنة الثانية والعشرين بعد الألف والثلاثمائة، وكان كل يومين أو ثلاث ينتهز من وقته المستغرق بأشغال المرجعية العظمى فرصة يحرر فيها من هذا الكتاب الورقتين والثلاث بخطه

له أن يوصي بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر. فحاله حال كل من الأب والجد مع وجود الآخر. ولا ولاية في ذلك للأم، خلافا لابن الجنيّد حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدة. وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال

الدقيق يدفعها لي ولأخي آية الله الشيخ أحمد " تغمده الله برضوانه " لأجل إصلاح عباراته من حيث العربية ورفع الركافة أو التعقيد والنظر في أدلة الفروع ومطابقة الفتوى للدليل حذرا من أن مشغوليته العظمى أدخلت سهوا عليه في ذلك أو غفلة، ولا يعتمد على غيرنا في هذا الشأن كسائر مهماته الأخرى وشؤونه من إرجاع المرافعات إلينا وغيرنا، واستمر اعتماده مدة حياته وبعد وفاته حيث جعلنا أوصياءه، ولا تزال وصيته بخطه الشريف وخاتمه محفوظة في خزانة أوراقه. وكنا نستفرغ الوسع ونسهر الليالي في إصلاح العبارات وجعلها بغاية الوضوح والسلامة بحيث يفهما حتى العامي والأمي، كما ننظر أيضا في المدارك والأدلة. ونتذكر في كل فرع فرع مع أفاضل ذلك العصر - في دارنا الكبرى التي كانت مجمع الأعلام والأعظم يومي الخميس والجمعة - ومنهم الآيتان الحجتان المرحوم ميرزا محمد حسين النائيني - قبل أن يصير من المراجع - والشيخ المحقق وحيد عصره الأستاذ الشيخ حسن الكربلائي " رضوان الله عليهما " وبعد استفرغ الوسع وسد الفراغ نعود إليه " رضوان الله عليه " بما أصلحنا وتذاكر معه في مجلس خاص، فربما رجع إلى رأينا في الفتوى وربما أصر واستمر على رأيه. وفي السنة الثامنة والعشرين لما توجهت إلى بغداد لطبع كتابي (الدعوة الإسلامية) - الذي حجز وجرى فيه ما جرى - طلب مني " تغمده الله برحمته " أن أشرف على طبعها وكنا نطبع الكتابين في مطبعة دار السلام.

وجعل أمره إلى غير الأب والجد وغير الحاكم لم يصح، بل يكون للأب والجد مع وجود أحدهما، وللحاكم مع فقدتهما. نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم بعد بلوغهم (١) أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم، يمكن أن يقال بصحته (٢) وعدم رجوع أمره إلى الأب والجد أو الحاكم.

فصل

في الموصى به

تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائي محلل من عين أو منفعة، أو حق قابل للنقل. ولا فرق في العين بين أن تكون موجودة فعلا أو قوة فتصح بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة، وتصح بالعبد الآبق منفردا ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمة. ولا تصح بالمحرمات - كالخمر والخنزير ونحوهما - ولا بآلات اللهو، ولا بما لا نفع فيه، ولا غرض عقلائي، كالحشرات و كلب الهراش، وأما كلب الصيد فلا مانع منه، وكذا كلب الحائط والماشية والزرع وإن قلنا بعدم مملوكية ما عدا كلب الصيد، إذ يكفي وجود الفائدة فيها. ولا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق، كحق القذف ونحوه. وتصح بالخمر المتخذ للتخليل. ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمر والخنزير

(١) هذا لا إشكال فيه وغير مربوط بالوصية على الأطفال وأما الوصية بالصرف عليهم قبل البلوغ من دون المراجعة إلى الولي الشرعي فلا يخلو من إشكال. (الكلبيايگاني).

(٢) لا إشكال في صحته في الصورتين. (الإمام الخميني).
* بل هو صحيح بلا إشكال. (البروجردی).

بين كون الموصي والموصى له مسلمين أو كافرين (١) أو مختلفين، لأن الكفار أيضا مكلفون بالفروع (٢) نعم هم يقرون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحا. ولا تصح الوصية بمال الغير ولو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه (٣). نعم لو أوصى فضولا عن الغير (٤) احتمل صحته إذا أجاز (٥).

(مسألة): يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد إلا مع إجازة الورثة بلا إشكال.

(١) فيه تأمل. (الإمام الخميني).

(٢) الحكم ببطان الوصية بالخمير والخنزير ولو من الكافر للكافر لا يتوقف على تكليفهم بالفروع. (الخوئي).

(٣) لا مانع منها مع الإجازة. (الفيروزآبادي).

* قد مر النظر فيه. (الشيرازي).

(٤) بل يمكن تصحيح الأول أيضا مع إلغاء قيد لنفسه ولو كانت فائدتها راجعة إلى الأول إذ بالإجازة لإنشائه السابق يصدق إضافة الوصية إليه إلا أن يشكل في الفضولي في مطلق الإيقاعات ولكن في المقام يمكن جعل الإجازة وصية إجمالية بما ذكره بعد التوسعة في أمرها. (آقا ضياء).

* بأن يقول مثلا دار زيد بعد وفاته للفقراء فأمضاه زيد والظاهر عدم الإشكال فيه على تقدير كون الوصية عقدا نعم على تقدير كونها إيقاعا فجريان الفضولي فيها محل تأمل بل منع. (الكلبيكاني).

(٥) لو كانت الوصية بمال الغير قابلة لأن تصح بالإجازة فالظاهر عدم الفرق بين صورتين. (النائيني).

* هذا هو الأظهر. (الخوئي).

وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقا على تقدير ثبوت النسبة شاذ. ولا فرق بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة. ولو كانت زائدة وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصة المجيز فقط، ولا يضر التبعض، كما في سائر العقود. فلو خلف ابنا وبنتا وأوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثة إلا ثلث من ستة، ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستة.

(مسألة): لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها من الثلث الذي جعله الشارع له. فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى ثلثه وكانت بقدره أو أقل صحت. ولو قصد كونها من الأصل أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليما مع وصيته بالثلث سابقا أو لاحقا (١) بطلت (٢) مع عدم إجازة الورثة. بل وكذا إن اتفق أنه لم يوص بالثلث

-
- (١) لا يخفى ضعفه وكذا حكمه في الفرع اللاحق. (الفيروزآبادي).
(٢) لا يبعد لغوية قصده وصحة وصيته في الثلث ولغوية الوصية الثانية بالثلث وكذا لا يبعد صحتها في الفرض الآتي ولغوية قصده لكن في الفرعين إشكال لا يترك التخلص بالاحتياط. (الإمام الخميني).
* مع وصيته بالثلث سابقا وأما مع عدمها فإن كان من قصده الوصية زائدا عن الثلث فعلا وقصد بيان مصرف الثلث بعد ذلك فهذه عين الوصية بالثلث مع الزيادة وفي الزائد موقوفة على إمضاء الورثة وأما لو لم يرجع إلى الوصية بالثلث فعلا مع الزيادة فقصد كون ذلك من الأصل وزائدا على الثلث لغو سواء أوصى بعد ذلك بالثلث أو لم يوص وهذه الوصية نافذة بمقدار الثلث وما أوصى بعد ذلك فموقوف على الإمضاء. (الكلبيكاني).

أصلاً (١) لأن الوصية المفروضة مخالف للشرع (٢) وإن لم تكن حينئذ زائدة على الثلث (٣). نعم لو كانت في واجب (٤) نفذت لأنه يخرج من الأصل (٥) إلا مع تصريحه بإخراجه من الثلث.
(مسألة): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ أو لا حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثة، فهل الأصل النفوذ إلا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلا إذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان: ربما يقال بالأول، ويحمل عليه ما دل من الأخبار على أنه " إذا أوصى بماله كله فهو جائز "، و " أنه أحق بماله

(١) فيه تأمل. (الإصفهاني).

* فيه نظر. (الشيرازي).

* الأقوى صحتها في هذه الصورة. (البروجردي).

(٢) ما لم يكن ذلك بنحو التشريع في التطبيق وإلا فهو صحيح. (آقا ضياء).

* فيه منع ظاهر. (الخوئي).

(٣) لا سبيل إلى هذه الدعوى ولا إلى المنع عن نفوذ الوصية قدر ما يسعه الثلث

على أي تقدير. (النائيني).

(٤) في خصوص المالي ويلحق به الحج وأما في غيره ففيه إشكال تقدم وجهه.

(آقا ضياء).

* مالي دون غيره. (الإمام الخميني).

* يعني فيما يخرج من الأصل. (الكلبایگانی).

(٥) مر أن الواجبات البدنية كالصلاة والصوم لا تخرج من الأصل وبذلك يظهر

حال المسألة الآتية. (الخوئي).

ما دام فيه الروح ". لكن الأظهر الثاني، لأن مقتضى ما دل (١) على عدم صحتها إذا كانت أزيد ذلك والخارج منه كونها بالواجب وهو غير معلوم (٢). نعم إذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل. بل وكذا إذا قال أعطوا مقدار كذا خمسا أو زكاة أو نذرا أو نحو ذلك وشك في أنها واجبة عليه أو من باب الاحتياط المستحبي فإنها أيضا تخرج من الأصل، لأن الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منهما. والظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما.

(مسألة): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصي فلا إشكال في نفوذها ولا يجوز له الرجوع في إجازته، وأما إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان أقواهما الأول كما هو المشهور، للأخبار (٣) المؤيدة باحتمال (٤) كونه ذا حق في الثلثين فيرجع إجازته إلى إسقاط حقه، كما لا يبعد استفادته من الأخبار الدالة على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث. هذا، والإجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصي وليست ابتداء عطية من الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصي أولا ثم ينتقل إلى الموصى له، بل ولا بتقدير

-
- (١) هذا تمسك بالعام في الشبهة المصدقية والأولى التمسك بأصالة عدم نفوذها في أزيد من الثلث إلا مع الإمضاء. (الكلبيايگاني).
- (٢) هذا مبني على التمسك بالعام في الشبهة المصدقية وليس هنا أصل موضوعي منقح لمصدق المخصص غير مثبت. (الفيروزآبادي).
- (٣) وهي العمدة وإلا فالمؤيدات موهونة. (آقا ضياء).
- (٤) ليس فيه تأييد من حيث كونه ذا حق ولا في الأخبار واستفادته ولكن أصل القول بالنفوذ تعبدا للأخبار منصور كما هو المشهور. (الفيروزآبادي).
- * هذا الاحتمال ضعيف كما يأتي منه (قدس سره). (الكلبيايگاني).

ملكه بل ينتقل إليه من الموصي من الأول.
(مسألة): ذكر بعضهم (١) أنه لو أوصى بنصف ماله - مثلا - فأجاز
الورثة ثم قالوا ظننا أنه قليل قضى عليهم بما ظنوه وعليهم الحلف على
الزائد. فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار قضى عليهم
بصححة الإجازة في خمسمائة درهم وأحلفوا على نفي ظن الزائد (٢)
فللموصى له نصف (٣) ألف درهم من التركة وثلث البقية (٤) وذلك

(١) وجها ضعيفا. (الفيروزآبادي).

(٢) بل يحلفون على عدم إجازتهم الوصية بالزائد على الثلث كائنا ما كان ولا
زائدا على مقدار سدس ألف درهم ويحتمل إحلافهم على أن إجازتهم كانت
مبنية على زعم كذا بناء على كونهم مدعين لكن لما لا يعلم إلا من قبلهم.
(البروجردي).

* بل على نفي احتماله. (الإمام الخميني).

* ليرجع إلى الحلف على نفي الإجازة عن الزائد مما ظنوا وإلا فمجرد نفي
الظن لا يفيد نفي الإجازة. (الكلبائيگاني).

(٣) أو ثلث المجموع والزائد عليه بمائة وسبعين إلا ثلاثة دراهم وثلثا من
درهم. (الفيروزآبادي).

(٤) وإن شئت قلت يعطي ثلث ألف دينار والتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه
أعني التفاوت بين ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين درهما وثلث درهم وبين
خمسمائة درهم وهو مائة وسبع وستون درهما إلا ثلث درهم وذلك لأن
الوصية في ثلث أصل المال نافذة لا يحتاج إلى الإجازة وقد اعترف الورثة
بإجازتهم ما به التفاوت بين الثلث والنصف وهو السدس غاية الأمر مدعون
أنه هذا المقدار وينفون الزائد فإذا حلفوا على نفي الزائد يلزمون بهذا المقدار

لأصالة (١) عدم تعلق الإجازة بالزائد وأصالة عدم (٢) علمهم بالزائد، بخلاف ما إذا أوصى (٣) بعين معينة كدار أو عبد فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير فإنه لا يسمع منهم ذلك، لأن إجازتهم تعلق بمعلوم وهو الدار أو العبد. ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول. ومنهم من سوى بينهما في عدم القبول. وهذا هو الأقوى (٤) أخذا بظاهر كلامهم في الإجازة (٥) كما في سائر

زائدا على ثلث أصل مال الذي نفذ فيه الوصية على كل حال والمسألة بعد تحتاج إلى مزيد التأمل. (الإصفهاني).
* إذا كان نصف تمام ماله زائدا عن الثلث وإلا فضم الثلث على هذا الفرض أيضا منظور فيه ولكن ما أفاده ذيل هو الأقوى كما لا يخفى والله العالم. (آقا ضياء).

* لا وجه لثلث البقية زائدا على خمسمائة درهم لأنه لو كان الممضى تمام خمسمائة درهم زائدا على الثلث فللموصى له ثلث المجموع زائدا على خمسمائة درهم وإن كان الممضى سدس ألف درهم زائدا على الثلث فللموصى له ثلث المجموع وسدس ألف درهم. (الكلبيايگاني).
(١) هذان الأصلان غير أصيلين وإن كان المدعي حقا. (الإمام الخميني).
(٢) هذا الأصل يفيد لدعوى عدم العلم وأما لنفي الإجازة فغير مفيد. (الكلبيايگاني).

* هذا الأصل غير مفيد إذ يكفي في إجازة النصف كائنا ما كان احتمال الزيادة. (البروجردي).

(٣) الظاهر عدم الفرق بين الصورتين كما أن الظاهر سماع الدعوى في المسألتين. (الإصفهاني).

(٤) بل الأقوى هو الأول لأن دعواهم في الفرض الثاني ترجع إلى علة إجازتهم الوصية بالعبد بعد الاعتراف بها وهذه لا أثر لها وإن كانت محققة أيضا بخلافها

المقامات، كما إذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظن كذا فإنه لا يسمع منه. بل الأقوى عدم السماع (١) حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم (٢) إلا إذا علم كون إجازتهم مقيدة بكونه (٣) بمقدار كذا فيرجع إلى عدم الإجازة ومعه

في الأول فإنها راجعة إلى متعلق الإجازة فإن النصف قابلة للكثرة والقلة فإذا كانت إجازته مبنية على زعم كونه كذا وكان في الواقع أزيد منه لم يتعلق الإجازة بالزيادة. (البروجردى).

* هذا مع الشك في الصدق وأما مع العلم بصدق المدعى فالأقوى في الصورة الأولى السماع لأن النصف في نظر من يعلم بكون الكل ألف درهم ليس إلا خمسمائة درهم بخلاف الصورة الثانية فإن العبد لا يتفاوت بكثرة المال وقتله أو كثرة قيمته وقتلها نعم تخيل ذلك أوجب إمضاء الدار والعبد وهذا لا يضر بشيء. (الكلبيكاني).

(٥) ظهور كلامهم في الإجازة لا يوجب عدم سماع الدعوى نعم منافاتها للإقرار موجب له إذا لم تكن راجعة إلى تفسيره كما فيما نحن فيه. (البروجردى).

(١) بل الأقوى خلافه. (الإصفهاني، البروجردى).

(٢) هذا إنما يتم في مثل الوصية بمعلوم كالعبد والدار فإن الإجازة حينئذ تكون نافذة ولو علم مخالفة علم المجيز لما عليه الموصى به من المالية فإن التخلف حينئذ من قبيل تخلف الداعي وهو لا يضر بصحة الإجازة وأما في مثل الوصية بالنصف مثلا فالمجاز على تقدير اعتقاد المجيز بأن المال ألف درهم فرضا إنما هي الوصية بخمسمائة درهم فلا تكون الإجازة نافذة في الزائد وبذلك يظهر أنه لا مانع من سماع الدعوى في هذه الصورة إلا أنها محتاجة إلى الإثبات لأنها مخالفة لظاهر الكلام. (الخوئي).

(٣) يعني أنها قيدت عند إنشائها بذلك فتنتفي حينئذ بانتفاء قيدها ولو لم تقيد

يشكل السماع (١) فيما ظنوه أيضا.

(مسألة): المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصي لا حال الوصية، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاة. فلو أوصى بحصة مشاعة كالربع أو الثلث وكان ماله بمقدار ثم نقص كان النقص مشتركا (٢) بين الوارث والموصى له، ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقا وإن كانت كثيرة جدا. وقد يقيد بما إذا لم تكن كثيرة، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجددة والأصل عدم تعلق الوصية بها. ولكن لا وجه له، للزوم العمل بإطلاق الوصية. نعم لو كان هناك قرينة

وبيان الحكم بعدم السماع مع العلم والاستثناء ركيك. (الفيروزآبادي).

(١) لعله من سهو القلم وصحيحه يشكل القضاء. (الخوئي).

* لا إشكال فيه لرضاهم بما ظنوه والتقيد من حيث عنوان النصف مثلا راجع إلى عدم الرضا بالزيادة على ما ظنوه. (الفيروزآبادي).

(٢) هذا الحكم متفرع على أن الظاهر من لفظ الموصي الربع حال الوصية أو حال الموت ولذا لو صرح بالربع حال الوصية ثم زاد كانت الزيادة للوارث وكذا لو نقص كان النقص عليه ما لم ينقص ربع المال حال الوصية عن الثلث حال الوفاة وكذا لو صرح بالثلث حال الوصية ثم زاد المال كانت الزيادة للوارث نعم لو نقص كان النقص عليهما لعدم نفوذ الوصية في أكثر من الثلث حال الوفاة نعم ما ذكر من الوصية بالعين المعينة أو بالكلي مثل مائة دينار فهو من فروع كون المدار في الثلث الثلث حال الموت. (الكلبائيگاني).

قطعية (١) على عدم إرادته الزيادة المتجددة صح ما ذكر لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة وقتها. ولو أوصى بعين معينة كانت بقدر الثلث أو أقل ثم حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث، وإن كانت أزيد من الثلث حال الوصية ثم زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصية فيها، وكذا الحال إذا أوصى بمقدار معين كلي كمائة دينار مثلا. (مسألة): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلي كمائة دينار - مثلا - أنه إذا أتلف من التركة بعد موت الموصي يرد النقص عليهما أيضا بالنسبة كما في الحصة المشاعة وإن كان الثلث وافيا، وذلك بدعوى أن الوصية بهما ترجع إلى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها فيرجع إلى الوصية بحصة مشاعة. والأقوى عدم ورود النقص عليهما ما دام الثلث وافيا، ورجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث أو في التركة لا وجه له خصوصا في الوصية بالعين المعينة. (مسألة): إذا حصل للموصي مال بعد الموت - كما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته - يخرج منه الوصية، كما يخرج منه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضا مثلا، وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها، وكذا إذا أوصى بكلي كمائة دينار مثلا، بل لو أوصى

(١) إن لم يكن اللفظ وجه إليها صح أيضا ما ذكر والفرق بين القلة والكثرة وجهه عرفا في الثاني والانصراف عنه وعدم الوجه إليه في الأولى. (الفيروزآبادي).

ثم قتل حسب دية من جملة تركته فيخرج منها الثلث كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأ، بل وإن كان عمدا وصالحوا على الدية، للنصوص الخاصة، مضافا إلى الاعتبار وهو: كونه أحق بعوض نفسه من غيره (١). وكذا إذا أخذ دية جرحه خطأ أو عمدا.
تم كتاب الوصية

(٦٧٦)