

فقه الصادق (ع)

الجزء: ١٩

السيد محمد صادق الروحاني

الكتاب: فقه الصادق (ع)
المؤلف: السيد محمد صادق الروحاني
الجزء: ١٩
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الثالثة
سنة الطبع: ١٤١٤
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
١٨	جريان المعاظة في الإجارة
٢٠	أشياء الإجارة بصيغة البيع
٣٣	يعتبر أن يكون العوضان مملوكين
٤٠	يعتبر تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين
٤١	اعتبار تعيين العين المستأجرة
٤٣	طريق معلومية المنفعة
٤٥	استئجار الدابة للحمل عليها
٤٧	حكم ما لو قال: اجرتك كل شهر بدرهم
٥٤	لو قال: آجرتك شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه
٥٥	الإجارة للخياطة المرددة بين صنفين
٥٧	الإجارة على عمل معين في وقت معين
٥٩	شرط عدم الأجرة تماما أو رأسا
٧٠	بيع العين المستأجرة من المستأجر
٨٢	شرط الضمان في العين المستأجرة
٩٥	ايجار العين المستأجرة بأكثر من العوض
١٠٣	حكم الأجير الخاص
١١٨	حكم انهدام المسكن
١٢٠	استئجار المرأة للرضاع
١٢٣	مطالبة الزوج بالاستمتاع في الزمان للإجارة
١٢٥	استئجار المرأة لكنس المسجد
١٢٧	الاختلاف في الإجارة
١٥٧	إجارة الصغير زائدا على زمان صغره
٢٣٢	الرياضة البدنية
٢٣٣	المباراة بغير رهان
١٩٢	قرار الخرص مشروط بالسلامة
٢٠٩	اشترط مساقاة في ضمن مساقاة أخرى
٢٢٠	الجعالة عقد جوائز من الطرفين
١٥٣	وجوب سقي الدابة المستأجرة وعلفها
٢٧٤	عقد المضاربة
٢٧٥	اشترط عدم الفسخ
٢٩٥	الربح وقاية لرأس المال
٣٧٨	حكم الحيوان غير البعير والشاة
٣٤٤	جواز استعارة الأرض للزرع

٢٨٢	عدم اعتبار كون رأس المال بيد العامل
٤٣٠	مورد بدل الحيلولة
٤٣٢	حق الأولوية
٤٣٨	تعيين القيمة
٧	المقدمة
٩	كتاب الإجارة والوديعة وتوابعهما
١٧	العقد وشرائطه
٢٢	شرائط المتعاقدين
٢٥	حكم إجارة المحجور
٢٦	شروط العوضين
٢٩	يعتبر في الإجارة القدرة على التسليم
٣٥	اعتبار بقاء العين باستيفاء المنفعة
٣٥	اعتبار إباحة المنفعة
٣٩	يعتبر امكان استيفاء المنفعة
٥٠	تصحيح الإجارة المزبورة بعنوان آخر
٦٣	الإجارة صحيحة ولازمة
٦٤	إقالة الإجارة
٦٧	لا تنفسخ الإجارة ببيع العين المستأجرة
٧٢	حكم تقارن البيع والإجارة
٧٤	عدم بطلان الإجارة بالموت
٨٠	المستأجر أمين لا يضمن إلا مع التعدي
٨٥	لزوم التعجيل في التسليم
٨٧	فروع
٨٩	الاستئجار من المستأجر
٩١	اشتراط استيفاء المستأجر المنفعة بنفسه
٩٩	ايجار العين المستأجرة بالأكثر
١٠١	حكم ما لو تقبل عملا وقبله غيره بالنقيصة
١٠٩	حكم الأجير العام
١١٢	حكم منع المؤجر من العين
١١٥	حكم التلف قبل القبض
١١٧	حكم منع الظالم من العين
١٣١	اختلاف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجرة
١٣٥	كل موضع تبطل فيه الإجارة يثبت فيه اجرة المثل
١٣٩	إجارة المشاع
١٤٠	الصناع ضامنون لما جنته أيديهم
١٤٤	عدم ضمان المتاع التالف تحت يد الأجير
١٤٦	عدم ضمان صاحب الحمام

١٤٨	استئجار الدراهم والدنانير
١٤٩	عدم لزوم اتصال المدة بالعقد
١٥١	كراهة استعمال الأجير قبل مقاطعته على الأجرة
١٥٥	حكم نفقة الأجير
١٦٠	المزارعة
١٦٥	شروط المزارعة - أحدها العقد من أهله
١٦٧	اعتبار كون النماء مشاعا بينهما
١٧١	اعتبار تعيين المدة في المزارعة
١٧٦	يعتبر كون الأرض ينتفع بها
١٧٩	حكم عقد المزارعة بين أزيد من اثنين
١٨٤	حكم اطلاق المزارعة
١٨٧	حكم خراج الأرض ومؤونتها
١٩٠	حكم الخرص
١٩٤	ثبوت اجرة المثل مع بطلان المزارعة
١٩٦	إجارة الأرض للزراعة بالحنطة والشعير
١٩٩	المساقاة
٢٠٤	احكام المساقاة
٢٠٦	كراهة اشتراط الذهب والفضة
٢١١	المغارسة باطلة
٢١٢	الجعالة
٢١٦	الجعالة على العمل المحرم
٢١٨	حكم الجهل بالعمل، أو العوض
٢٢٤	العامل يستحق الجعل بالتسليم
٢٢٦	لو جعل على عمل معين جعلاً فشاركه غيره
٢٢٨	حكم ما لو اختلفا في الجعل
٢٣١	السبق والرماية
٢٣٥	المباراة مع العوض
٢٣٨	الالفاظ المستعملة في هذا الباب
٢٤٠	عقد المسابقة والرمامة
٢٤٢	بيان ما يسابق به
٢٤٤	العوض وما يعتبر فيه
٢٤٥	شرائط المسابقة
٢٤٧	شرائط المناضلة
٢٤٩	حكم الأجرة مع فساد العقد
٢٥٢	الفصل الخامس: في الشركة
٢٥٤	مورد الشركة
٢٥٨	شرائط الشركة العقدية

٢٦٢	القسمة
٢٦٥	اعتبار القرعة
٢٦٨	لا تصح الشركة المؤجلة
٢٧٠	قسمة الوقف
٢٧٢	الفصل السادس: في المضاربة
٢٧٩	مال القارض وشرائطه
٢٨٣	اعتبار الشركة في الربح
٢٨٧	الربح بين المالك والعامل
٢٨٩	شرط المالك على العامل لازم
٢٩٣	يملك العامل حصته من النماء بالظهور
٢٩٩	فروع التنازع
٣٠١	نفقة العامل المسافر على رب المال
٣٠٥	حكم الشراء في الذمة
٣٠٧	للعامل اجرة المثل إذا فسخ المالك المضاربة
٣١٠	الفصل السابع: في الوديعة
٣١٥	الوديعة عقد جائز
٣١٨	وجوب الحفظ على على مستودع
٣١٩	وجوب سقي الدابة وعلفها على الودعي
٣٢٢	ضمان المستودع مع التعدي أو التفريط
٣٢٤	إعادة الوديعة بعد التفريط
٣٢٨	حكم ما إذا ائلف الأجنبي الوديعة
٣٣١	يجب رد الوديعة على المودع
٣٣٥	فروع التنازع
٣٣٨	الفصل الثامن: في العارية
٣٤٠	ضابط العين المستعارة
٣٤٢	إعارة الغنم للانتفاع بلبنها
٣٤٦	المعير والمستعير
٣٤٧	لا يضمن المستعير مع التلف
٣٤٩	حكم عارية الذهب والفضة من حيث الضمان
٣٥٣	حكم النقصان الحاصل بالاستعمال
٣٥٧	الفصل التاسع: في اللقطة
٣٥٨	اللقيط
٣٦١	شروط ملتقط اللقيط
٣٦٣	الاحكام
٣٦٤	حكم نفقة اللقيط
٣٦٧	عدم وجوب اخذ اللقيط
٣٦٨	احكام الضوال

٣٧٠	لا يؤخذ البعير إذا وجد في كلا وماء
٣٧٥	حكم الشاة الملتقطة
٣٧٩	حكم ما ينفق على الضالة
٣٨١	حكم لقطه المال الصامت
٣٨٢	يكره اخذ اللقطة
٣٨٥	حكم اللقطة بعد الاخذ
٣٨٨	وجوب تعريف اللقطة حولا
٣٩١	حكم لقطه غير الحرم
٣٩٤	حكم ما لو كانت اللقطة مما لا يبقى
٣٩٧	حكم ما يوجد في الخربة
٤٠٠	من يصح التقاطه
٤٠٢	كيفية التعريف
٤٠٤	لا تدفع اللقطة بدون البينة
٤٠٦	الفصل العاشر: في الغصب
٤٠٧	حرمة التصرف في مال الغير بلا رضا صاحبه
٤٠٨	الضمان وأسبابه
٤١١	حكم ما لو سكن الدار مع المالك
٤١٢	ضمان المنفعة المستوفاة
٤١٦	منع المالك من اخذ ماله
٤١٧	قاعدة الاحترام
٤١٩	تعاقب الأيدي
٤٢٠	عدم ثبوت الغصب فيما ليس بمال كالحر
٤٢٣	ضمان الخمر والخنزير
٤٢٥	وجوب رد المغصوب إلى مالكة
٤٢٨	بدل الحيلولة
٤٣٣	المثلي والقيمي
٤٣٥	حكم ما لو تعذر المثل في المثلي
٤٣٧	ضمان القيمي بالقيمة
٤٤٣	حكم ارتفاع القيمة السوقية والزيادة العينية
٤٤٤	زيادة العين بعمل الغاصب
٤٤٧	حكم مزج المغصوب بغيره
٤٥٠	فوائد المغصوب للمالك
٤٥٣	الزراع لمالك البذر
٤٥٦	الفصل الحادي عشر: في احياء الموات
٤٥٧	بيان حد الطريق
٤٦١	بيان حریم العين
٤٦٤	لو لم يف النهر المباح المحتمع عليه املاك

(١)

فقه الصادق

تأليف

فقيه العصر سماحة آية الله العظمى

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله

الجزء التاسع عشر

(٣)

مواصفات الكتاب:
الكتاب: فقه الصادق ج / ١٩
المؤلف: السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
الطبعة: الثالثة ١٤١٤ هـ، ق
المطبعة: العلمية
الكمية: ١٠٠٠ نسخة
الناشر: مؤسسة دار الكتاب، قم المقدسة تليفون ٢٤٥٦٨
السعر: ٢٠٠ تومان

(٤)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٥)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلائق أجمعين محمد
وعترته الطيبين الطاهرين.
وبعد، فهذا هو الجزء التاسع عشر من كتابنا (فقه الصادق) وقد وفقنا الله تعالى
لطبعه، والمرجو منه تعالى التوفيق لنشر بقية الأجزاء، فإنه ولي التوفيق.

(٧)

كتاب الإجارة والوديعة وتوابعهما. وفيه فصول، الفصل الأول: في الإجارة

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب ما يكتسب به - من كتاب التجارة - حديث ١.

(٩)

فلا تستأجر (١).

وفيه: إن المراد من الثمرة على الشجرة إن كان هي الثمرة الموجودة فعلا، فلا شبهة في أنها لا تقع موردا للإجارة، ولا تصح إجارة الشجرة لتلك الثمرة، لأنه لم يحتمل أحد صحة استئجار عين لأجل عين أخرى موجودة، كاستئجار الشاة للينها المحلوب. وإن كان المراد بها شأنية ظهورها عليها، فاستئجار الشجرة لها وإن كان صحيحا وتنتقل هي إلى المستأجر، إلا أن الإجارة لم تستعمل في نقل الأعيان بل في نقل المنافع.

وأما الصحيح فالظاهر أن المراد بالاستئجار فيه الاثراء، إذ من المعلوم أن ظهور الثمرة ليس شرطا في استئجار الشجرة، وإنما هو شرط في بيع الثمرة، وعليه فالمراد من لفظ التقبل في صدره الشراء دون الاستئجار. فالأظهر عدم استعمالها في نقل الأعيان.

وأما الجهة الثالثة: فالظاهر - كما اعترف به غير واحد - إن ألفاظ العقود برمتها أسام لأحد الطرفين وهو الايجاب، ويظهر ذلك من سائر مشتقاتها، مثل: أجرتك، وبعتك، ووهبتك، وما شاكل. نعم، الايجاب المجرد عن القبول لا يطلق عليه شئ من عناوين العقود حتى في نظر الموجب، بل الايجاب المشروط بتعقب القبول يصدق عليه ذلك، فالقبول شرط لا جزء.

وأما الجهة الرابعة: فالمشهور بين الأصحاب أنها تمليك المنفعة أو العمل بعوض، أورد عليه بايرادات:

١ - ما عن المحقق الخراساني وتبعه غيره، وهو أن الإجارة تتعلق بالعين ولا

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

وشروطها ستة: العقد، وهو الايجاب والقبول الدالان بالوضع على تمليك المنفعة مدة من الزمان بعوض معلوم،

عمل بعوض كما أفاده المشهور.

العقد وشرائطه

وحيث إن للإجارة أركاناً، ولكل ركن منها شرائط وأحكاماً، فلا بد من البحث في مقامين: الأول: في أركانها (وشروطها)، وأفاد المصنف أنها (ستة)، ولكن ستعرف أنها أكثر، والكلام في ذلك في مواضع.

أحدها: يعتبر فيها (العقد) وقد عدّه المصنف في المقام من الشروط، وفي القواعد عدة ماهية الإجارة، والأمر سهل، قال الشهيد: والعقد جنس والباقي المذكور بعده خاصة مميزة.

(وهو الايجاب والقبول الدالان بالوضع) أو غيره مما يكون مبرزاً عرفاً (على

تمليك المنفعة) أو العمل (مدة من الزمان بعوض معلوم).

وتفصيل ذلك بالبحث في فروع:

١ - لا ريب في احتياج الإجارة - التي كما عرفت تمليك منفعة أو عمل بعوض

وذلك أمر اعتباري قائم بالنفس - إلى الأبراز في الخارج، ويعبر عن مبرزها من المعتبر

بالايجاب، وعن المبرز من الطرف بالقبول، وجه الحاجة: إن بناء العقلاء على عدم

ترتيب آثار المعاملات على الاعتبارات النفسانية المجردة.

٢ - يكفي فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور، لأنه لم يدل دليل على انحصار

المبرز في العقود والايقاعات بمبرز معين إلا في بعض الموارد، فمقتضى

وأن يكون ممن هو جائز التصرف

سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال عليه السلام: نعم، يبيعهما على هذا (١).
شرائط المتعاقدين
الثاني: ما يعتبر في المتعاقدين، قال: (وأن يكون ممن هو جائز التصرف)،
واعتبار ذلك متفق عليه، فيشترط فيهما: البلوغ، والعقل، والاختيار، وعدم الحجر
لفلس أو سفه أو رقية.
أما الأول فيشهد له ما دل على عدم نفوذ تصرفات الصبي المعاملية، من قوله
تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا
إليهم أموالهم) (٢).
وحديث رفع القلم الذي رواه في محكي الخصال عن ابن الظبيان عن أمير
المؤمنين عليه السلام في سقوط الرجم عن الصبي: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة:
عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، الحديث (٣).
ورواه أبو البخترى عن الإمام الصادق عليه السلام عن أبيه عن علي عليه
السلام: أنه كان يقول في المجنون والصبي رفع عنهما القلم (٤).
وفي موثق عمار عنه عليه السلام في حديث: فإن احتلم قبل ذلك فقد وجب

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب عقد البيع حديث ٥.

(٢) النساء آية ٦.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

(٤) الوسائل - باب ٣٦ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

عليه الصلاة وجرى عليه القلم (١).

والنصوص الدالة بالمفهوم والمنطوق على عدم جواز أمر الصبي في البيع والشراء (٢)، وقد أشبعنا الكلام في كتاب البيع في ذلك، وبيننا دلالتها على عدم نفوذ معاملات الصبي مستقلاً، ولا تدل على أنه لا يكون لكلامه حكم أصلاً - على ما ادعاه الشيخ في المبسوط على ما حكى في مسألة الاقرار، قال: إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم، انتهى - ولا على أن قصده كلاً قصداً، ولذلك بنينا على صحة معاملة الصبي بإذن الولي، إذا كان بحيث يستند إلى الولي لا مثل الوكيل المفوض، فراجع ما حققناه. نعم، ما ذكر من أن قصده كلاً قصداً يتم في الصبي غير المميز، ولذلك لا تصح معاملاته حتى بهذا النحو المشار إليه.

وأما الثاني وهو العقل، فيشهد له ما دل على رفع القلم عنه، منه ما تقدم، ومنه النبوي الذي رواه الوصي (ع) في حديث رواه العامة والخاصة على ما أفاده المفيد: رفع القلم عن المجنون حتى يفيق (٣). هذا مع القصد وإلا فالأمر أوضح. وأما الثالث وهو الاختيار، فإن أريد به القصد فاعتباره من القضايا التي قياساتها معها، وإن أريد به طيب النفس والرضا فيشهد لاعتباره ما دل على رفع ما استكره عليه (٤) بناء على ما تقدم في كتاب البيع من شموله لجميع الآثار والأحكام التكليفية والوضعية.

ولكن المشهور بين الأصحاب صحة إجارة المكروه عليها إذا تعقبها الرضا

-
- (١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب مقدمة العبادات حديث ١٢.
(٢) الوسائل - باب ١٤ - من أبواب عقد البيع وشروطه وباب ٢ من أبواب كتاب الحجر.
(٣) الوسائل - باب ٨ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢.
(٤) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وباب ١٢ - و ١٦ - من أبواب كتاب الايمان.

حكم إجارة المحجور

وأما الرابع وهو عدم الحجر، فيعتبر في الإجارة على المنفعة مطلقا، وفي الإجارة على عمل الحر يفصل بين المفلس والسفيه.

توضيح ذلك: أنه لا اشكال في عدم صحة إجارة المفلس بعد الحجر عليه داره أو عقاره، لتعلق حق الغرماء بهما المانع عن ذلك. ولا مانع من صحة إجارة نفسه لعمل أو خدمة، لأن منافعه ليست موضوعة لحق الغرماء، وليست تصرفا في ماله كي يعمها ما دل على المنع.

وأما السفيه، فعدم جواز تصرفه في ماله بالتصرف المعاملي لا كلام فيه بينهم، إنما الكلام في أنه هل يصح إجارة نفسه للاكتساب؟ وفيه وجهان، وقد ذكر في منشأ الوجهين: إنها تصرف مالي، فيشملها معقد الاجماع على عدم نفوذ تصرفه المالي، وتقتضيه العلة المستفادة من النصوص، وهي الاحتفاظ بمصلحة اليتيم من حيث المال. وأنها ليست تصرفا في ماله الموجود بل هي تحصيل للمال، ولا تعد منافعه من أمواله، فلا يشملها دليل المنع.

وفيه: إن كان مدرك عدم الجواز ما أشير إليه، فيرد عليه أن الاجماع ليس تعبديا، والعلة ليست منصوصة.

ولكن يمكن أن يستدل لعدم الجواز بالنصوص (١)

الدالة منطوقا أو مفهوما على عدم جواز أمر السفيه، فإن اطلاقها يقتضي المنع حتى

(١) الوسائل باب ١ و ٢ من أحكام الحجر - وباب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه وباب ٤٤ و ٤٦ من أبواب الوصايا.

والعلم بالأجرة كيلا أو وزنا ويكفي فيهما وفي غيرهما المشاهدة، وأن تكون المنفعة معلومة بالزمان أو العمل، ومملوكة أو في حكمها،

من إجارة نفسه.

وقد قال صاحب الجواهر في كتاب الحجر: والظاهر دخول تزويجها نفسها في التصرفات المالية من جهة مقابلة البضع بالمال، ووافق في ذلك غيره من الفقهاء كالمحقق الثاني.

وفيه: إن البضع لا يكون في النكاح مقابلا للمال.

فالأولى أن يستدل لفساد النكاح بالنصوص الخاصة، كموثق موسى بن بكر عن أبي جعفر عليه السلام: إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعنت وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز تزوج إن شاءت بغير إذن وليها، وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الأمر بأمر وليها (١).

وصحيح الفضلاء عنه عليه السلام: المرأة التي ملكت نفسها غير السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز (٢).

شروط العوضين

الثالث: في شروط العوضين، وقد ذكر المصنف أربعة منها، وبضميمة ما تقدم تصير ستة، قال: (والعلم بالأجرة كيلا أو وزنا، ويكفي فيهما وفي غيرهما المشاهدة، وأن تكون المنفعة معلومة بالزمان أو العمل و) أن تكون (مملوكة أو في حكمها،

(١) الوسائل - باب ٩ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٦.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ١.

وضبط المدة بما لا يزيد وينقص

وضبط المدة بما لا يزيد وينقص).

وتفصيل القول في المقام أن الفقهاء ذكروا في شرايط العوضين أموراً، وقالوا -

أو قال بعضهم - إنها تعتبر في العوضين:

الأول: المعلومية، وهي في كل شئ بحسبه، بحيث لا يكون هناك غرر، فلو آجره داراً أو حماراً من غير مشاهدة ولا وصف رافع للجهالة بطل، وكذا لو جعل العوض شيئاً مجهولاً.

والشاهد لا اعتبار العلم بالعين المستأجرة والأجرة النبوي الذي رواه جماعة:

نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر (١). وأورد عليه بايرادين:

أحدهما: ضعف السند.

الثاني: إن الغرر بمعنى الخدعة، وحيث إنها محرمة فالنهى عنه محمول على

الحرمة النفسية دون الارشاد إلى الفساد، وحيث إنه قد ثبت في محله عدم دلالة النهي

على فساد المعاملة، فهذا لا يدل على الفساد.

ولكن يدفع الأول أن ضعفه منجبر بعمل الأصحاب، كما صرح به في الجواهر.

ويدفع الثاني أنه في اللغة وإن ذكر للغرر معان: الخدعة، والغفلة، والخطر، إلا

أن الظاهر أن ما هو بالمعنى الأول هو: غر يغر - بالضم - ويكون متعدياً، وما هو بالمعنى

الثاني هو: غر يغر - بالكسر - ويكون لازماً، وأما الغرر الذي هو جامد وغير مشتق

فهو بمعنى الخطر، كما صرح به في الأساس والمصباح والمغرب والجمل والمجمع

والقاموس. فالمراد أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المعاملة الموجبة للخطر،

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ مسألة بيع الطير في الهواء - ونحوه عن الشهيد وسبقهما الشيخ في الخلاف.

وحيث إن النهي في باب المعاملات ظاهر في الارشاد إلى الفساد، فيدل النبوي على الفساد مع الجهل بالعين المستأجرة أو الأجرة. ويشهد له في الثاني خاصة: ما رواه المصنف ره عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: من استأجر أجيورا فليعلمه أجره (١).

وخبر أبي الربيع الشامي عن الإمام الصادق عليه السلام عن أرض يريد رجل أن يتقبلها، فأى وجوه القبالة أحل، قال عليه السلام يتقبل الأرض من أربابها بشئ معلوم إلى سنين مسماة، فيعمر ويؤدي الخراج (٢).

وغاية ما يستفاد من النصوص إنما هو اعتبار العلم ومانعية الجهل، وأما اعتبار الكيل في المكيل والوزن في الموزون والعد في المعدود على ما ذكره الأصحاب فلا يستفاد منها، والأصل عدمه، فتكفي المشاهدة كما في المتن. وعن الشيخ والسيد والمحقق وغيرهم من الأساطين الاعتبار. وعن جماعة التردد في المسألة.

واستدل للأولين بأن الجهالة مانعة عن صحة الإجارة نصا واجماعا، وارتفاعها في المكيل والموزون بالمشاهدة غير معلوم، فإن مرتبة منها وإن كانت مرتفعة بها، إلا أنها بتمام مراتبها لا ترتفع بها ولا أقل من الشك، فالمرجع أصالة الفساد.

وفيه: إن المقيد لاطلاق الأدلة عنوانان: الخطر، والجهل، فإذا سلم اجمال العنوانين فلا بد من الاقتصار في التقييد على المتيقن، فالمرجع عند الشك اطلاقات أدلة الإجارة وعموماتها.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٩١ - المستدرک باب ٣ - من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث ٥.

يعتبر في الإجارة القدرة على التسليم
الثاني: أن يكون العوضان مقدوري التسليم، فلا تصح إجارة ما لا يقدر المؤجر
على تسليمه، بلا خلاف فيه في الجملة، وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه. ومدرك
اعتبار هذا القيد أمور:

- ١ - إن بذل المال بإزاء ما لا يمكن تسلمه سفهي، فلا تشمله أدلة نفوذ
المعاملات، فإنها مسوقة لبيان إنفاذ المعاملات العقلانية.
وفيه: أولاً: إن بذل المال القليل بإزاء مال كثير يرجى حصوله ليس سفهياً، بل
ربما يعد عدم البذل سفهياً.
وثانياً: إن أدلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة، والدليل إنما دل على
عدم نفوذ معاملة السفهية (١) ولم يرد دليل على بطلان المعاملة السفهائية.
- ٢ - إن لازم العقد لزوم التسليم المشروط بالقدرة، فمع عدم القدرة لا لزوم
للتسليم، فيلزم عدم تأثير العقد، وإلا لزم انفكاك اللازم عن الملزوم.
وفيه: إنه إن أريد بذلك أن لزوم التسليم من مقتضيات الملك فهو مسلم، لأنه
يجب رد المال إلى صاحبه، إلا أن هذا اللازم ليس لازماً لا ينفك بل هو فرع التمكّن
منه، ومع عدم التمكّن يكون ملكاً له لا يجب تسليمه، لعدم القدرة.
وإن أريد به أنه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه، فيرد عليه أن العقد عبارة
عن تمليك المنفعة مثلاً، لا هو مع اعتبار أمر آخر أو تكليف آخر.
وإن أريد أن الملكية تكون مقيدة بما يتمكن من تسليمه، فيرد عليه أن التعليق

(١) النساء آية ٦ الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الحجر.

في العقد موجب للبطلان.

وإن أريد أن لزوم التسليم من أحكام العقد، من جهة أن التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذي وجوبه من أحكام العقد، فيرد عليه أولاً: إن (أوفوا بالعقود) (١) على ما حققناه في محله يكون ارشادا إلى لزوم العقد، وعلى فرض كونه تكليفيا يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلى كل تقدير لا ربط له بالتسليم. وثانياً: إن التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح، فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة.

٣ - إن بناء المتعاقدين كلية على تسليم العوض والمعوض، فهو من الشروط المبني عليها العقد، ويكون بحكم ذكره في ضمن العقد. وفيه: أولاً: إن لازم ذلك ثبوت الخيار لا عدم صحة العقد، كما هو الشأن في جميع موارد تخلف الشرط.

وثانياً: إن هذا لا يجري مع علمهما بعدم القدرة.

٤ - إن الغرض من المعاملة هو الانتفاع بالعوض، ومع عدم القدرة على التسليم لا يمكن تحقق هذا الغرض.

وفيه: أولاً: إن تخلف الأغراض والدواعي لا يوجب فساد المعاملة.

وثانياً: إن الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع على فرض التسليم.

وثالثاً: نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم، مثلاً يمكن أن يستأجر أرضاً هي في يد غير مالكا وأجرها ذلك الغير

(١) المائدة آية ٢.

بأشخاص لأن يباح لهم التصرف فيها.

٥ - إن ما لا يقدر على تسليمه لا يكون مالا عرفا، فلا يصح جعله أحد العوضين.

وفيه: إن المال إنما هو من العناوين المنطبقة على الأشياء بأنفسها مع قطع النظر عن الأشخاص، وهو ينتزع من كون ذلك الشيء موضوعا لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه وهي صفة للشيء وإن لم يكن هناك مالك، مع أنه لو سلم ذلك فإنما هو فيما لا يحتمل التمكن من التسليم كما لا يخفى.

٦ - إن المعاملة على ما لا يقدر على تسليمه أكل للمال بالباطل. وفيه: إن المراد بالأكل بالباطل المنهي عنه، بقرينة المقابلة بالتجارة عن تراض، التملك بالأسباب الباطلة - كالقمار ونحوه - وإلا فغاية ما هناك كون اعطاء المال مجانا وبلا عوض، وليس هذا من قبيل أكل المال بالباطل.

٧ - النبوي: نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر (١). وأورد عليه: تارة بأنه مع معلومية العوضين ذاتا ووصفا، عدم القدرة على التسليم لا يوجب صدق كون المعاملة غررية، بل الغرر إنما يكون من جهة الآثار والأمور الخارجية.

أخرى بأنه مع تعذر التسليم، له خيار التعذر، فله أن يفسخ ويسترجع العوض فلا غرر.

وثالثة بأنه لو اشترط الخيار برد العوض، مع عدم وصول المعوض إليه، لا يكون هناك غرر.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ ورواه الشهيد - وسبقهما الشيخ في الخلاف.

اعتبار بقاء العين باستيفاء المنفعة

الرابع من الشروط ما ذكره سيد العروة، قال: الرابع: أن تكون العين المستأجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها، فلا تصح إجارة الخبز للأكل، ولا الحطب للاشعال، وهكذا. ولم يتعرض الفقهاء ولا النصوص لهذا الشرط، ولعل السرفيه - مع أنه لا كلام عندهم في بطلان الإجارة المفروضة - إن ذلك من مقومات الإجارة، فإنها كما عرفت تملك للمنفعة، والمنفعة عبارة عن الحيثية والشأن للعين تستوفي منها تدريجاً، ولا يكون للخبز هذا الشأن والحيثية، فإن أكله اتلافه لا استيفاء شأن من شؤونه.

اعتبار إباحة المنفعة

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة، فلا تصح إجارة المساكن لأحراز المحرمات، أو الدكاكين لبيعها، أو الدواب لحملها، أو الجارية للغناء، أو العبد لكتابة الكفر، ونحو تلكم. وتحرم الأجرة عليها كما هو المشهور. وفي الشرايع: وربما قيل بالتحريم وانعقاد الإجارة، لامكان الانتفاع في غير المحرم.

وقد استدلل للفساد بوجوه:

الأول: الإجماع، وهو كما ترى.

الثاني: النبوي المشهور: إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمناً (١).

(١) أورده العامة والخاصة في كتبهم الاستدلالية - راجع مسند أحمد ص ٣٢٢ - والبحار ج ٢٣ ص ١٧ - والخلاف ج ١ ص ٢٢٥ - والغنية وغيرها.

وفيه: إن هذا النبوي لا أصل له في أصول العامة والخاصة، فإن الموجود في كتب العامة هكذا: إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه (١) فهو لم يثبت كونه رواية، وما في أصول العامة لضعف سنده وعدم انجباره بشيء لا يعتمد عليه. مع أن عمومه على هذا لم يعمل به أحد، إذ كثير من الأمور التي يحرم أكلها يجوز بيعها، بل الظاهر أن النبوي لو كان بذلك النحو لما كان يعتمد عليه، لأن الشهرة الفتوائية وإن كانت على وفقه، إلا أن الظاهر ولا أقل من المحتمل استناد القوم في فتياهم تلك إلى الوجوه الأخر، من اعتبار المالية في العوضين المتوقفة على كون المنفعة محللة وغير ذلك، وإنما يذكرون النبوي تأييدا.

الثالث: خبر جابر - أو حسن صابر - عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال عليه السلام: حرام أجره (٢). وفيه: أولا: أنه لو كان الخبر لجابر فهو ضعيف السند.

وثانيا: أن ظاهره فساد الإجارة مع اتفاق وقوع بيع الخمر فيه بلا شرط والزام، وحيث إنه معارض مع النصوص المستفيضة الأخر، ولم يفت به أحد، فلا بد من طرحه لا حملة على إرادة معنى آخر. ثم إنه على فرض التنزل وتعين حملة على معنى آخر، لا يبعد دعوى أظهرية إرادة الفساد في صورة العلم بوقوع بيع الخمر فيه، وفي تلك الصورة أيضا وردت نصوص تدل على صحة المعاملة (٣) وهي تكون معمولا بها. الرابع: إن الإجارة في الفرض إعانة على الإثم المحرمة كتابا وسنة واجماعا.

(١) مسند أحمد ج ١ - ص ٢٤٧.

(٢) الوسائل - باب ٣٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به.

وفيه - مضافا إلى ما ذكرناه في محله من عدم حرمتها - : إن المعاملة ليست إعانة عليه، بل الاقباض والتسليط الخارجي إعانة عليه، مع أن حرمة المعاملة لا تدل على الفساد، كما حققناه في الأصول وفي أول الجزء الرابع عشر من هذا الشرح. الخامس: إن أدلة النهي عن المنكر تدل على حرمتها، إذ لو وجب النهي للرفع، فالنهي عن المنكر لدفعه أولى بالوجوب. وفيه: أولا: إن الحرمة لا تلازم الفساد. وثانيا: إن الدفع ليس بواجب، كما حققناه في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح. وثالثا: إن وجوب الدفع لا يلازم حرمة الاقباض والتسليط. ورابعا: إنه لو حرم شيء فهو التسليط لا المعاملة. السادس: إن فعل المباح للتوصل به إلى الحرام حرام، فالإجارة لأن ينتفع بالعين بما يكون حراما حرام. فيه: أولا: الحرمة أعم من الفساد. وثانيا: إن مقدمة الحرام لا تكون محرمة إلا ما لا ينفك الحرام عنه. السابع: ما في خبر تحف العقول: كل أمر نهى عنه من جهة من الجهات، فمحرّم على الانسان إجارة نفسه فيه (١) وهو وإن اختص بالعمل المحرم، إلا أنه يثبت في المنفعة المحرمة بعدم الفصل وفيه: إنه ضعيف السند للارسال، ولم يثبت استناد الأصحاب إليه. الثامن: يعتبر سلطنة من يعامل على شيء عليه، ولا سلطنة على التصرف

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب أحكام الإجارة حديث ١.

غير صحيح، فإن اعتبار المالية إنما يكون بلحاظ الآثار الراجع نفعها إلى الشخص، فإذا فرضنا حرمتها ومبغوضيتها وكونها مفسدة ومضرة لا أثر كذلك كي تعتبر المالية.

فإن قلت: إن حسن أبي أذينة: كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤجر سفينته أو دابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر والخنزير، قال عليه السلام: لا بأس (١) يدل على الجواز.

قلت: إنه يدل على جواز الإجارة ممن يفعل ذلك، لا الإجارة لخصوص هذه المنفعة التي هي مورد البحث، مع أنه لا دليل على حرمة الحمل. يعتبر امكان استيفاء المنفعة

السادس: أن تكون العين مما يمكن استيفاء المنفعة المقصودة منه، فلا تصح إجارة الأرض للزراعة إذا لم يمكن إيصال الماء إليها، مع عدم امكان الزراعة بماء السماء أو عدم كفايته.

وقد استدل المحقق الأصفهاني ره لاعتبار ذلك بأن استيفاء المنفعة تابع لامكانه، وحيث لا تصلح الأرض للزراعة فعلا فهي غير واجدة لهذه المنفعة، وما لا منفعة له لا تعقل في حقه حقيقة الإجارة.

وفيه: إن المنفعة عبارة عن الحيشة القائمة بالعين، وهي موجودة بوجود العين على حد وجود المقبول بوجود القابل، وهذه الجهة لا تنعدم بواسطة عدم امكان إيصال

(١) الوسائل باب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

بالنسبة إلى الشهر الأول، من جهة أن المراد من ذلك عرفاً هذا الشهر بدرهم، وكل شهر تسكنه كذلك.

أو أن هذا مقتضى حمل الاطلاق في الإجازات المطلقة بحسب الزمان على الزمان المتصل بالعقد.

وبفحوى مصحح أبي حمزة عن الإمام الباقر عليه السلام الوارد في من اكرى دابة إلى مكان معين بشئ معين، ثم قال: فإن جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمي ذلك، قال عليه السلام: لا بأس به كله (١). وفي الجميع نظر. أما الأولى فلأن الشهر الأول هو المتيقن، وهذا لا يوجب معلومية المنفعة والأجرة بعد كون الإجارة إجارة واحدة لا تعدد فيها. وأما الثاني فلأن الاطلاق يقتضي تعيين الابتداء وأنه المتصل بالعقد، وهذا أعم من المعلومية.

وأما الثالث فلأن الظاهر من المصحح تعيين المنفعة والأجرة، وأن قوله: فإن جاوزته، شرط أو مواعدة ومراضاة، وعلى كل حال أجنبي عن المقام. فالأظهر هو البطلان مطلقاً.

تصحیح الإجارة المزبورة بعنوان آخر أفاد بعض الفقهاء أنه على القول ببطلان الإجارة المفروضة بعنوان الإجارة، يمكن تصحيحها بعنوان الجعالة، أو بعنوان الإباحة بال عوض.

(١) الوسائل باب ٨ - من أبواب الإجارة حديث ١.

أما الأول، فلا ريب في أنها ليست تمليكا للعين، ولا للمنافع، ولا للانتفاع. أما الأولان فواضح، وأما الأخير فلأن الانتفاع قائم بالمباح له ومن أفعاله، فكيف يملكه! وأيضا ليست من قبيل اعطاء حق به، فإن جواز التصرف من الأحكام التكليفية لا من الحقوق، ولذا ليس له اسقاطه ولا اعطائه ونقله إلى غيره. وعلى هذا فهي ليست اعطاء شيء بالمباح له بإزاء شيء فلا تكون بيعا، ولا تكون نقلا للمنافع فلا تكون إجارة، وليست انشاءا للتصالح والتسالم على أمر - كما هو واضح - فلا تكون صلحا. وبعبارة أخرى: إن الصلح ليس هو التسالم على أمر، وإلا لزم كون جميع المعاملات صلحا، بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية وانشاءا للتسالم، ومن الواضح أنها لا تنطبق على المقام، بل هي إباحة تكليفية للتصرفات ورفع للمنع عنها، فهي معاملة مستقلة.

وأما الثاني، فيدل على صحتها آية التجارة عن تراض (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) (١) فإن التجارة عبارة عن التكسب والاسترباح الشامل للمقام، ولا وجه لما قيل من أنها عبارة عن التكسب بالمال فلا يشمل المقام.

والنبوي: الناس مسلطون على أموالهم (٢) فإن مقتضى عمومته الأنواعي أن للمالك التصرف في ماله بجميع أنواعه، منها إباحتها للغير بالعوض. والسيرة العقلائية القائمة على الإباحة بالعوض المسمى، كما هو المتعارف في إجارة الدكاكين والفنادق وما شاكل، إذ الانسان يستأجر الدكان من مالكة شهرا مثلا

(١) النساء - آية ٢٩.

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ - الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

بمبلغ، ثم يبينان على أنه كل ما بقي المستأجر يعطي الأجرة بتلك النسبة، بل التصرف في الحمامات أيضا من هذا القبيل.
وأما المورد الثالث فيشهد للزومها قوله تعالى (أوفوا بالعقود) (١). لا يقال: إنه يعارضه في طرف الإباحة عموم دليل السلطنة. فإنه يتوجه عليه: أولا: إن دليل السلطنة إنما يدل على ثبوت السلطنة على المال، ولا يدل على السلطنة على العقد، والإباحة اللازمة في المقام إنما هي إباحة عقدية، لا إباحة مستندة إلى الإذن.

وثانيا: إن دلالة الآية الشريفة بالعموم، ودلالة دليل السلطنة بالاطلاق، ففي مورد الاجتماع يقدم الأولى.
وثالثا: إن الآية تقدم، وعلى فرض التساقط المرجع هو استصحاب الإباحة. فالمتحصل أن الإباحة بالعوض معاوضة مستقلة صحيحة لازمة.
وأما الجهة الثانية، فلا اشكال في صدق الإباحة بالعوض على المقام، فإن الفرض أن المالك يبيح لغيره التصرف في ماله بالمبلغ المعين.
وأما الجهة الثالثة، فالأظهر عدم كفاية انشاء الإباحة بالعوض بالصيغة المزبورة، أي: آجرتك كل شهر بدرهم، فإن انشاء عقد بما وضع لعقد آخر لا يجوز، كما تقدم الكلام في ذلك.

(١) سورة المائدة آية ٢.

أبو جعفر عليه السلام جالس، فجاءه رجلان فقال أحدهما: إني تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعا إلى بعض المعادن، واشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا لأنها سوق أخاف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حطت من الكراء لكل يوم احتبسته كذا وكذا، وأنه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوما. فقال القاضي: هذا شرط فاسد وفه كراه. فلما قام الرجل أقبل إلي أبو جعفر عليه السلام فقال: هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه (١) صحة الإجارة والشرط إن كان الشرط من قبيل شرط السقوط، إذ الحط من الكراء ظاهر في شرط سقوط مقدار منه لا عدم استحقاقه. هذا كله في المورد الأول.

وأما الثاني وهو شرط عدم الأجرة رأسا، فإن كان ذلك من قبيل شرط السقوط، فمقتضى القاعدة صحة الشرط أيضا، إذ لا وجه لفساده سوى الوجهين المتقدمين وقد عرفت ما فيهما، وما أفاده صاحب الجواهر ره من أن شرط سقوط الأجرة كلا مناف لمقتضى العقد الإجاري المتقوم حقيقته بالأجرة، يندفع بأن شرط السقوط من جهة تفرع السقوط على الثبوت، يؤكد مقتضى العقد لا أنه مناف له، إلا أن مقتضى صحيح الحلبي المتقدم فساد الشرط كما هو واضح. وإن كان من قبيل شرط عدم الاستحقاق فسد الشرط، لكونه منافيا لمقتضى عقد الإجارة، وحينئذ إن كان المراد جعل الأجرة بإزاء العمل على تقدير الاتيان به في الوقت المعين، فسدت الإجارة أيضا للتعليق. وأما إن كان شرط سقوط الأجرة رأسا على وجه القيدية، فإن كان ذلك على وجه التخيير بطل العقد للجهالة، وإن كان على نحو الترتب بطلت الثانية خاصة - لأن الإجارة بلا أجرة باطلة - وصحت الأولى كما تقدم.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب الإجارة حديث ٢.

الإجارة صحيحة ولازمة
المقام الثاني: في الأحكام، والكلام فيه في طي مسائل:
الأولى: الإجارة ثابتة بالكتاب والسنة واجماع علماء الخاصة والعامة، قال الله
تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) (١).
وقال سبحانه (لو شئت لا اتخذت عليه أجرا) (٢).
وقال عز وجل (قالت إحداهن يا أبت استأجره إن خير من استأجرت
القوي الأمين) (٣).
وقال: (قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني
حجج) (٤).
وأما السنة فمستفيضة ستمر عليك جملة منها.
(وهي لازمة) بلا خلاف، ويشهد به - مضافا إلى عموم قوله تعالى: (أوفوا
بالعقود) (٥) وغيره مما تقدم في كتاب البيع -
جملة من النصوص، كصحيح علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه
السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت أو السفينة، سنة أو

(١) سورة الطلاق آية ٦.

(٢) سورة الكهف آية ٧٧.

(٣) سورة القصص آية ٢٦.

(٤) سورة القصص آية ٢٧.

(٥) سورة المائدة آية ٢.

أكثر من ذلك أو أقل، قال عليه السلام: الكري لازم له إلى الوقت الذي تكارى إليه (١) ونحوه خبر محمد بن سهيل (٢) وصحيحه الآخر عنه عليه السلام (٣) ونحوها غيرها.

وأفاد صاحب الحقائق: إن المشهور بين الأصحاب أنه لما كانت الإجارة من العقود اللازمة، وجب انحصار ألفاظها في الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة، وكذا يشترط فيها ما يشترط في غيرها من العقود اللازمة من العربية ووقوع القبول على الفور وما شاكل.

ولكن قد عرفت في كتاب البيع أنه لا يعتبر شئ من ذلك في البيع وغيره من العقود اللازمة، وإنما وقع الكلام بينهم في المقام في موردين: الأول: في جريان الإقالة في عقدها. الثاني: في جعل الخيار فيه.

إقالة الإجارة

أما الأول، ففي المتن متفرعا على القول بلزوم الإجارة: (لا تبطل إلا بالتراضي)، والظاهر أن هذا - أي انفساخ الإجارة بالإقالة بأن يتراضيا على فسخ عقدها - هو المشهور بين الأصحاب، بل قيل بلا خلاف. ويمكن أن يستدل له بأن التقايل من العقود، فتشمله الأدلة العامة صحة ولزوما. توضيحه: إن موضوع تلك الأدلة تجارة عن تراض والعقد والتصرف في ماله،

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب أحكام الإجارة.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من أبواب أحكام الإجارة.

(٣) الوسائل - باب ٧ - من أبواب أحكام الإجارة.

وجميع هذه تصدق على الإقالة. فإن حل العقد بالتراضي بعد كونه أمرا اعتباريا، وكل من الطرفين يلتزم بعود ما انتقل إليه إلى صاحبه ويربط التزامه بالتزام الآخر يصدق عليه العقد، ومجرد التعبير بحل العقد لا ينافي ذلك. وحيث إنه يوجب صيرورة كل من العوضين ملكا لمالكه الأول، فيصدق عليه التجارة والمفروض أنه عن تراض. وحيث إنه قبل التصرف مال للمقبل، وقد حققنا في كتاب البيع أنه يدل دليل السلطنة على نفوذ التصرفات المتعلقة به كالبيع وغيره، فهو أيضا دال على صحة الإقالة. وربما يستدل لها - مضافا إلى ما ذكرناه - بوجوه أخرى:

منها: أن حقيقة المعاقدة متقومة بالتزام الطرفين، فمع رفع اليد عنه لا معاقدة حقيقة. وفيه: أن عقد المتعاقدين حدوثا موضوعا لا اعتبار العقلاء والشارع بقاء وإن ارتفع التزامها كما لا يخفى.

ومنها: النصوص الخاصة: وفيه: إنها ما بين ما هو مختص بالبيع، كخبر ابن حمزة عن مولانا الصادق عليه السلام: أيما عبدا قال مسلما في بيع أقاله الله عشرته يوم القيامة (١) ومرسل الصدوق عنه عليه السلام: أيما مسلم أقال مسلما ندامة في البيع (٢) الخ ونحوهما غيرهما.

وبين ما هو ضعيف السند، كمرسل الجعفري: إن رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأذن لحكيم بن حزام في التجارة حتى ضمن له إقالة النادم (٣) فإنه وإن كان شاملا للإجارة أيضا فإنها تجارة، لكنه ضعيف السند للارسال.

-
- (١) الوسائل باب ٣ - من أبواب آداب التجارة حديث ٢.
(٢) الوسائل باب ٣ - من أبواب آداب التجارة حديث ٤.
(٣) الوسائل باب ٣ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

وبين ما لا يكون له اطلاق من هذه الجهة، كخبر سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام: أربعة ينظر الله إليهم يوم القيامة: من أقال نادما الخ (١) فإنه يدل على ترتب ما تضمنه من الأثر على الإقالة المشروعة، وليس في مقام بيان المشروعية كي يتمسك باطلاقه. ولكن الانصاف أنه لا وجه لمنع اطلاقه، فإن ظاهره وروده في مقام بيان المشروعية بلسان ترتب الثواب، كغيره من النصوص المتضمنة للثواب على فعل. ومنها: الاجماع. وفيه: أنه لم يثبت كونه اجماعا تعديدا كاشفا عن رأي المعصوم عليه السلام.

فتحصل أن مقتضى العمومات وخبر سماعة مشروعية الإقالة في الإجارة. وأما المورد الثاني، فالمشهور بين الأصحاب، بل لا يظهر فيه مخالف، صحة شرط الخيار لهما أو لأحدهما أو لأجنبي، وأنه تنفسخ الإجارة إذا اختار الفسخ من جعل له الخيار، وقد نفى الخلاف والاشكال عن ذلك الشيخ الأعظم ره. والأصل في ذلك النصوص العامة المسوغة لاشتراط كل شرط إلا ما استثنى (٢) وليس هذا منه. وقد اتفقوا على أنه لا يدخلها خيار المجلس، لاختصاصه بالبيع، فلا يثبت فيه مع الاطلاق. أما لو شرط، فالمشهور عدم صحته، وعن الشيخ في المبسوط صحة الشرط المذكور، لعموم دليل صحة الشرط. ولكن يرد عليه أن المجلس حيث يختلف زيادة ونقصانا، فلا محالة يلزم كونه شرطا مجهولا فيفسد لذلك.

(١) الوسائل باب ٣ - من أبواب آداب التجارة حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٦ - من أبواب الخيار.

لا تنفسخ الإجارة ببيع العين المستأجرة
 الثانية: (لا) تنفسخ الإجارة (بالبيع)، أي بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة، بلا خلاف فيه. وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد: أحدها: ما إذا باع العين المستأجرة من غير المستأجر، لا خلاف في صحة البيع، ولا في بقاء الإجارة الصحيحة اللازمة على حالها، ويشهد لهما العمومات فإنه لا منافاة بينهما، فإن الإجارة إنما تتعلق بالمنافع، والبيع يتعلق بالأعيان. وغاية ما قيل في المقام - في وجه انفساخ الإجارة - : إن مالك العين له تمليك منافعها ما دامت هي مملوكة له، ولذا لو تلفت العين بعد الإجارة تنفسخ الإجارة من حين التلف، وعليه فحيث إنه إذا باع العين وخرجت هي عن ملكه لما كانت المنافع باقية في ملكه، إذا بانتقالها تنتقل المنافع للتبعية فتتفسخ الإجارة. ولكن يرد عليه: أن مالك العين كما يكون مالكا لها بالملكية المرسلة، كذلك يكون مالكا لمنافعها ما دام بقاء العين، فإذا ملكها إلى مدة خرجت في تلك المدة عن ملكه، وفي أثناء تلك المدة إذا باع العين تنتقل هي مسلوبة المنفعة في تلك المدة إلى المشتري، فإن تملك المشتري المنافع إنما يكون مع بقائها في ملك البائع وانتقالها إليه بالتبعية، وهذا إنما يكون مع عدم انتقالها قبل ذلك إلى الغير. وقد يقال - كما عن المحقق الأردبيلي ره - : إنه إن كانت المنافاة ثابتة، لبطل البيع العارض عليها دون الإجارة. وفيه: إنه إن كان المدعى تبعية ملك العين لملك المنافع صح ذلك، ولكن حيث يكون هو تبعية ملك المنافع لملك العين فلا مانع من صحة البيع، فتدبر حتى لا تبادر

محل واحد بمقتضى الآية الكريمة (١).
الرابع: إن أثر الإجارة الانتفاع بمال الغير، وهذا لا يبقى بعد الشراء. وفيه: إن هذا أول الدعوى.
فالأظهر عدم انفساخ الإجارة وصحة البيع.
حكم تقارن البيع والإجارة
ثالثها: ما إذا تقارن البيع والإجارة، كما لو باع العين مالكة من شخص،
وآجرها وكيله من شخص آخر، واتفق وقوعهما في زمان واحد. وفيه وجوه وأقوال:
١ - بطلانهما معا.
٢ - صحة البيع وبطلان الإجارة.
٣ - بطلانهما معا بالنسبة إلى تملك المنفعة، وصحة البيع بالنسبة إلى تملك العين،
فتنتقل العين مسلوبة المنفعة في تلك المدة إلى المشتري، وتبقى المنفعة على ملك المالك.
٤ - صحتهما معا، وانتقال العين مسلوبة المنفعة إلى المشتري، والمنفعة إلى
المستأجر.
واستدل للأول بأنه يقع التزاحم بين البيع والإجارة، من حيث إن كلا منهما
تمليك للمنفعة من شخص غير من يوجب الآخر ملكيتها له، وحيث لا مرجح لأحدهما
على الآخر فلا محالة يبطلان معا.
وفيه: أن التزاحم بينهما لو كان، فإنما هو بالإضافة إلى تملك المنفعة، فإن كانت

(١) المؤمنون آية ٦.

المشتري، وانتقال المنفعة في المدة الخاصة المستأجر. والظاهر - كما مر - ثبوت الخيار للمشتري، فله أن يفسخ البيع وله ابقائه. عدم بطلان الإجارة بالموت

الثالثة: (و) في بطلان الإجارة بموت المؤجر أو المستأجر أقوال:

- ١ - إنها (لا) تبطل (بالموت) مطلقاً، اختاره المصنف، وفي المسالك: وعليه المتأخرون أجمع، ونسب إلى جملة من القدماء كالسيد المرتضى والقديمين.
- ٢ - بطلانها بالموت مطلقاً، وهو المحكي عن الشيخين في المقنعة والنهاية والخلاف، والديلمي وبني حمزة وزهرة والبراج، وفي الشرايع نسبه إلى المشهور، وعن الغنية والخلاف الاجماع عليه.
- ٣ - إنها تبطل بموت المستأجر، ولا تبطل بموت المؤجر، اختاره الشيخ في بعض كتبه وابن طاووس، وفي محكي المختلف عن ابن البراج نسبه إلى أكثر أصحابنا.

- ٤ - عكس القول الثالث، نسبه المصنف ره في محكي التذكرة إلى بعض علمائنا. والظاهر أن منشأ ذلك نص المرتضى وابن الجنيد على عدم البطلان بموت المستأجر، وحيث إنه لا يدل على قولهما بالبطلان بموت المؤجر، فما أفاده الشهيد من أن هذا القول غير موجود بين أصحابنا متين. وتنقيح القول في المقام بالبحث في موردين:
الأول: فيما تقتضيه القواعد.
الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

من شخص ثالث بلا شبهة ولا خلاف فيه في الجملة.
وقد استدل للبطلان بموت المستأجر بوجهين:
أحدهما: الوجه الثاني من الوجوه التي استدل بها على البطلان بموت المؤجر،
وقد عرفت ما فيه.

ثانيهما: إن الأجرة تتعذر بموت المستأجر، لكونه المطالب بها.
وفيه: إنها تثبت في ذمته، فتخرج من تركته بعد موته كساير ديونه. فالأظهر
بحسب القواعد الصحة في صورتين.

وأما من حيث النص الخاص، ففي المقام خبر واحد استدل به كل من القائمين
بالصحة والبطلان على ما ذهب إليه، وهو موثق إبراهيم بن محمد الهمداني: كتبت إلى
أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطي
الأجرة (الإجارة خ ل) في كل سنة عند انقضائها، لا يقدم لها شيء من الأجرة
(الإجارة خ ل) ما لم يمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، هل يجب على
ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت، أم تكون الإجارة منقضية (منتقضة خ ل) بموت
المرأة؟ فكتب عليه السلام: إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك
الإجارة، فإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئا منه فتعطى ورثتها بقدر
ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله تعالى (١).

فعن جماعة منهم المجلسي ره وسيد الرياض وصاحب مفتاح الكرامة والشيخ
الأعظم أن الظاهر من الخبر بطلان الإجارة بموت المؤجر. وعن المحقق الأردبيلي
والعلامة الطباطبائي ظهوره في الصحة، بل ادعى الأول صراحته فيها.

(١) الوسائل باب ٢٥ من أبواب أحكام الإجارة حديث ١.

المستأجر أمين لا يضمن إلا مع التعدي
الرابعة: (والمستأجر أمين)، والعين المستأجرة أمانة في يده لا (يضمن) تلفها
أو تعييبها إلا (مع التعدي) أو التفريط، بلا خلاف أجده بل عليه الاجماع في الغنية،
كذا في الرياض. فإن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر، والأصل في الأمين عدم
الضمان إلا مع التعدي والتفريط، لانصراف دليل الضمان وهو قاعدة على اليد (١) عن
مورد الأمانة، وللأصل المستفاد من السنة في عدد مقامات، والاجماع، أضف إلى تلكم
النصوص المستفيضة، فإنها دالة على الضمان مع التفريط أو التعدي، وعدم الضمان
بدونهما:

لاحظ صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن رجل استأجر دابة
فأعطاهما غيره فنفقت، ما عليه؟ قال عليه السلام: إن شرط أن لا يركبها غيره فهو
ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء (٢).
وصحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام عن رجل تكارى دابته إلى
مكان معلوم فنفقت الدابة، قال عليه السلام: إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن
دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن لأنه لم يستوثق منها (٣)
إلى غير ذلك من النصوص الدالة على الحكمين.
وصحيح الحلبي وإن لم يكن كصحيح علي دالا على الحكمين بالمنطوق، إلا أنه

(١) سنن البيهقي ج ٦ - ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧.

(٢) الوسائل باب ١٦ - من أبواب أحكام الإجارة.

(٣) الوسائل باب ١٧ - من أبواب أحكام الإجارة حديث ٣.

بالمفهوم المستفاد من الشرط، والتعليل يدل على عدم الضمان بدون التعدي أو التفريط، وبالمنطوق يدل على الضمان مع أحدهما.

وأيضاً يدل على الضمان مع التعدي أو التفريط صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام في المتعدي في البغل الذي اكتراه، وفيه فقلت: رأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال عليه السلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه (١) الحديث.

وتمام الكلام بالبحث في جهات:

الأولى: إذا كانت الإجارة فاسدة، فهل يضمن المستأجر العين المستأجرة أم لا؟ ربما ينسب إلى المشهور الضمان، ولذلك عد هذا المورد من موارد النقض على قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

والأظهر هو عدم الضمان، وذلك لأنه في الموارد التي لا يتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة، حيث إنه لا يتوقف استيفاء المنفعة منها - وهي الركوب - على استيلائه لا يمكن كون المالك هو السائق، لا شبهة في عدم الضمان، إذا بعد ما لا ملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا، فتكون العين أمانة مالكية إذ لا حقيقة للاستيमान المالكى إلا التسليط عن الرضا.

وأما في الموارد التي يكون استيفاء المنفعة متوقفاً على التسليط، فإن كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقياً إلى حين التسليم كما هو الغالب، فلا إشكال أيضاً في عدم الضمان من جهة الأمانة المالكية. وإن لم يكن باقياً، فيمكن أن يوجه عدم

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب أحكام الإجارة حديث ١.

في الرياض، انتهى.

- وقد استدل لفساد الشرط في مقابل عموم: المسلمون عند شروطهم (١) بوجوه:
- ١ - أنه يعارض ذلك الأخبار الدالة بالمنطوق أو المفهوم على عدم الضمان (٢) والنسبة عموم من وجه، وتقدم تلك الأخبار لموافقته للشهرة التي هي أول المرجحات. وفيه: ما حقق في محله من أن أدلة العناوين الثانوية مقدمة على أدلة العناوين الأولية، إما بالحكومة، أو التوفيق العرفي، أو غيرهما.
- ٢ - ما أفاده صاحب الجواهر ره، وهو أن الشرط لا يكون شارعا، بل هو نظير النذر والعهد، يوجب وجوب ما هو مشروع في نفسه.
- وفيه: إن الضمان وجودا أو عدما مما يكون قابلا للتسبب إليه، كما يظهر من التزام الفقهاء بشرط الضمان في العارية، فهو من قبيل الغايات التي لم يعلم إناطتها بأسباب خاصة، نظير الخيار وملكية حمل الجارية ومال العبد التي اتفقت النصوص والفتاوى على جواز اشتراطها، وعلى الجملة أن مقتضى عموم دليل الشرط صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم إناطتها بأسباب خاصة، كاشتراط الخيار وسقوطه وحمل الجارية ومال العبد وما شاكل، وقد استدل الإمام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من هذا القبيل. وتمام الكلام في محله.
- ٣ - ما أفاده صاحب الجواهر ره أيضا، وهو أن الشرط مناف لمقتضى الأمانة الآبية عن التضمين.
- وفيه: إن التأمين في المقام لا يكون عقديا بل هو خارجي، من جهة تسليط

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

(٢) الوسائل باب ١٦ و ١٧ - من أبواب أحكام الإجارة.

المالك للغير على ماله برضاه، ومن الواضح أن التسليط الخارجي يوجب التأمين إذا تجرد عن التضمين، وإلا فلا يكون تأميناً.

٤ - إن الشرط مخالف لمقتضى العقد.

وفيه: إن مدلول عقد الإجارة ومقتضاه تملك المنفعة بالأجرة، وهذا المعنى لا اقتضاء فيه بالنسبة إلى الضمان وعدمه.

٥ - إنه شرط مخالف للكتاب والسنة، لما دل من النصوص على أنه لا ضمان على الأمين (١).

وفيه: إنه لا شبهة في أن الشرط يغير الحكم، ويوجب تحقق شيء لم يكن أو عدم ما كان، ولو كان المراد بالمخالفة للكتاب والسنة هذا المعنى العام لزم عدم صحة الشرط مطلقاً، فالمراد بالمخالفة هو كون الشرط مخالفاً لحكم غير قابل لتغيير وهو الأحكام اللزومية وغير اللزومية إذا كان عن اقتضاء، وأما غير اللزومي لعدم الاقتضاء فمخالفة الشرط له لا توجب بطلانه. وعدم الضمان في المقام إما أن يكون محرزا عدم كونه اقتضائياً، من جهة أن المرتكز عند العقلاء أن خروج يد الأمين عن تحت عموم على اليد من باب التخصيص، فيكون عدم الضمان لعدم المقتضي. أو يكون ذلك مشكوكاً فيه، فيرجع إلى استصحاب عدم المخالفة أزلاً، بناء على ما هو الحق من جريان استصحاب عدم الأزلي. ويقال: إن قبل جعل هذا الحكم لم يكن حكم ولا شرط ولا مخالفة، وبعد انقلاب عدم الحكم إليه وعدم الشرط إلى نقيضه يشك في تبدل عنوان عدم المخالفة إليها، والأصل يقتضي عدمه، وبذلك يحرز خروجه عن تحت المخصص، وبقائه تحت عموم: المسلمون عند شروطهم. فتحصل أن الأظهر صحة الشرط وثبوت الضمان معه.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب أحكام الوديعة.

لزوم التعجيل في التسليم

الخامسة: لا خلاف ولا اشكال في أن الأجير يملك الأجرة بنفس العقد، لأن ذلك مقتضى صحة المعاوضة الموجبة لانتقال كل من العوضين إلى الآخر، بعد عدم اشتراطه شرعا بشئ، كالتقبض في بيع الصرف والسلم. وما ينسب إلى المصنف أنه فرق في القواعد بين شرط التأجيل وعدمه، لا منشأ له إلا تعبيره باستقرار الأجرة، ولا شهادة له على ذلك كما لا يخفى.

والمعروف بينهم أنه لا يجب تسليم كل من العوضين إلا مع تسليم الآخر، والظاهر أن منشأ ذلك - مع أن مقتضى عموم تسلط الناس على أموالهم (١) لزوم تسليم كل منهما مال الآخر وإن امتنع ذلك عن التسليم، فإن سلطان الغير على الامتناع مع مطالبة المالك مناف لسلطنة مالكه، وظلم أحد ومعصيته لما يجب عليه لا يوجب جواز ظلم الآخر ومعصيته - الالتزام الضمني بالتسليم بإزاء التسليم الذي عليه بناء المتعاقدين بما هما من العقلاء، فيكون ذلك مشمولاً لدليل الشرط على ما حرر في محله، فجواز الامتناع عن التسليم مع امتناع الآخر عنه إنما يكون من جهة الشرط الضمني. ويترتب على ذلك أنه لو اشترط التأجيل في أحدهما حيث إنه لا التزام ضمني بما ذكر، يجب على الآخر تسليم ما عنده، لعموم دليل السلطنة.

ثم إن لظاهر أن تسليم العمل إنما هو بايجاده، وتسليم المنفعة بتسليم العين المستأجرة، فلا يجب تسليم الأجرة إلا مع تسليم العين المستأجرة أو العمل، إلا أن يكون هناك عادة أو انصراف يقتضي التعجيل، وإلى ذلك يشير ما في الخبر في

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ - الطبع القديم و ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

الجمال والأجير لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته (١) وقريب منه غيره، إذ فيه نوع اشعار بعدم لزوم دفع الأجرة قبل العمل.

وقد ظهر مما ذكرناه أنه لو لم يشترط التأجيل في دفع الأجرة، كان مقتضى اطلاق العقد تعجيلها، بمعنى استحقاق المؤجر للأجرة حالا، وهذا هو مراد المصنف ره حيث قال: (واطلاق العقد يقتضي تعجيل الأجرة)، لا أنه يجب تسليمها وإن لم يسلم الآخر المنفعة أو العمل، ولا أنه يجب تسليمها وإن لم يطالب مالکها، فإنه لا دليل على ذلك. فإن دليل وجوب التسليم، إما قاعدة السلطنة أو الالتزام الضمني، وشئ منهما لا يقتضي وجوب التسليم بدون المطالبة. أما القاعدة فلأن مقتضى سلطنة الانسان على ماله عدم سلطان الغير على الامتناع مع المطالبة، فإنه المنافي والمزاحم لسلطنته دون عدم التسليم بدون المطالبة. وأما استحقاق التسليم بالالتزام الضمني، فهو لا يقتضي أداء الحق إلا عند المطالبة.

ثم إنه لا خلاف بينهم في صحة شرط التأجيل ولزومه بشرط أن يكون الأجل معلوما. أما صحة الشرط، فلأنها مقتضى عموم: المسلمون عند شروطهم (٢). ودعوى أنه شرط مخالف للمشروع لوجوب رد المال إلى صاحبه لو طالب، مندفعة بأن هذا وجوب حقي كما يظهر من صحة التأجيل في البيع، فلا مانع من اشتراطه. وأما اعتبار كون الأجل معلوما، فلأنه يلزم من الجهل به الغرر، وقد مر أنه موجب لبطلان العقود والايقاعات ومنها الشرط، وحيث إن المختار أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد، فلو شرط التأجيل بالأجل غير المعلوم لم يفسد الإجارة.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب أحكام الإجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

ولو شرط دفعها نجوما معينة أو بعد المدة صح

ودعوى أنه تسري الجهالة من الشرط إلى العقد، فيكون العقد غرريا فيفسد من ناحية غرريته، مندفعة بأن حقيقة الشرط هو الالتزام في ضمن الالتزام، لا تقييد متعلق العقد وورود العقد على المقيد.

(و) مما ذكرناه ظهر أنه لا فرق في صورة التأجيل بين ما (لو شرط دفعها نجوما معينة أو بعد المدة) المعلومة، وأنه (صح) الشرط في الموردين.

فروع

بقي في المقام فروع:

١ - قد عرفت أنه يجب تسليم الأجرة في الإجارة على العمل بعد تسليم العمل، وليس معنى ذلك أن للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة قبل العمل وليس للمؤجر التعرض له، فإن مدرك ذلك إنما هو الالتزام الضمني كما عرفت، وهو كما يقتضي عدم تسليم الأجرة قبل تسليم العمل، كذلك يقتضي عدم لزوم العمل قبل أن يطمئن تسليم الأجرة بعد العمل، وعليه فإذا لم يطمئن بذلك له الاستيثاق ولو بوضع الأجرة على يد ثالث كما لا يخفى.

٢ - لا فرق في عدم استحقاق تسليم الأجرة قبل تسليم العمل بين عمل لا يتوقف على بذل المال، وبين ما يتوقف عليه كالحج، فإن مدرك كون التسليم معاوضيا فيهما واحد. بل قيل إنه لو فرض عدم تمكن الأجير من إيجاد العمل إلا بأخذ الأجرة - لفرض عدم مال له وعدم تمكنه من تحصيله - كانت الإجارة باطلة، لأن العمل على الفرض غير مقدور له إلا بالخلف المحال، وهو استحقاق الأجرة قبل العمل، مع أنه لا يستحقها قبله.

٣ - هل يستحق الأجير بعض الأجرة ببعض العمل المستأجر عليه إذا كان قابلاً لتقسيط الأجرة عليه - كصلاة سنة مثلاً - أم لا؟
والحق أن يقال: إنه بعد ما عرفت من أن مقتضى العقد هو مالكية كل من الطرفين لما انتقل إليه، ومقتضى تسلط الناس على أموالهم (١) أن له المطالبة بتسليمه ولو امتنع عن تسليم ما عنده، وإنما التزمنا بأن لكل منهما الامتناع عن التسليم ما لم يسلم الآخر من جهة الالتزام الضمني الذي عليه بناء العقلاء.
وعليه فدعوى أن العقد لا يستقل بالتحصل، بل متقوم بمتعلقه وهو كون شيء ملكاً بعوض، فمع تعدد المتعلق يستحيل وحدة العقد، أجنبية عن المقام، بل المدار في المقام على ملاحظة الالتزام الضمني، فإنه يمكن أن يكون بتسليم كل جزء بإزاء تسليم ما يقابله من العوض، ويمكن أن يكون بتسليم الجميع بإزاء الجميع، فعلى الأول يستحق الأجير بعض الأجرة ببعض العمل، وعلى الثاني لا يستحق، فإن أحرز أحدهما فلا كلام، وإلا فمقتضى القاعدة البناء على الاستحقاق الذي هو مقتضى قاعدة السلطنة، ووجود المانع عنه والمقيد له غير محرز، والأصل عدمه.
٤ - إذا كانت الأجرة أيضاً عملاً، فهل يكون الأجير غير مستحق لها إلا بعد عمل نفسه، نظراً إلى أن حكم الأجرة بما هي استحقاق تسليمها بعد العمل، أو يكون الأجير كالمستأجر، نظراً إلى أن لزوم البداية به من جهة كونه عملاً لا من جهة كونه أجرة، وهذه الجهة مشتركة بينهما؟ وعليه فحيث لا مرجح ولا مخصص لأحد العاملين، ولا معنى للتخيير بين شيئين لشخصين، فيرجع إلى القرعة أو يتساقطان فيجب تسليمهما معاً على وجه المقارنة، أو أن البداية ليست لكونه أجرة ولا لكونه عملاً، بل

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

وللمستأجر أن يؤجر بأكثر أو أقل إن لم يشترط عليه المباشرة

إنما هو مقتضى الالتزام الضمني، ومقتضاه في الفرض التقارن في العمل؟ وجوه وأقوال، أظهرها الأخير كما لا يخفى.

الاستئجار من المستأجر

السادسة: قالوا: (وللمستأجر أن يؤجر) العين المستأجرة (بأكثر) مما استأجر، أو بالمساوي، (أو أقل إن لم يشترط عليه المباشرة). وتام الكلام في هذه المسألة بالبحث في جهات:

١ - لا اشكال في جواز إجارة المستأجر من المؤجر وغيره، فإنه بالإجارة تملك المنفعة فله أن يملكها بالغير، وليست الإجارة إلا تمليك المنفعة كما مر، فيشمله عموم ما دل على صحة الإجارة ولزومها، مضافا إلى النصوص المستفيضة أو المتواترة الواردة في الأرض والدابة والسفينة التي يأتي شطر منها في مسألة الإجارة بالأكثر.

٢ - إنه هل للمستأجر الأول تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر الثاني من دون إذن المالك كما عن المختلف وغاية المراد والحواشي والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض، أم ليس له ذلك كما عن النهاية والسرائر والقواعد وجامع المقاصد؟

الظاهر هو الأول، وذلك لأن ذلك لازم الإجارة لفرض توقف استيفاء المنفعة على التسليم، وبعبارة أخرى أن مقتضى اطلاق الإجارة الأولى من حيث الاستيفاء الذي هو مفروض في المورد، اطلاقها من حيث الاستيلاء المتوقع عليه الاستيفاء، وإلى هذا يرجع ما قيل إن الإذن في الشيء إذن في لازمه.

وبه يندفع ما استدل به للقول الثاني، بأن العين أمانة لم يأذن له المالك في

تسليمها إلى الغير، لأن الإذن للأول في التصرف فيها إنما هو من مقتضيات الإجارة الأولى، وحيث إنها مطلقة فمقتضاه الإذن في تسليمها إلى من انتقلت إليه المنفعة ثانياً. ويمكن أن يستدل له بالنصوص (١) الواردة في إجارة الأرض وغيرها بمساوي الأجرة أو بالأقل المصرحة بالجواز، من دون تعرض فيها لشبهة عدم جواز التسليم. وحملها على صورة عدم الحاجة في استيفاء المنفعة إلى التسليم، أو صورة إذن المالك، فيه خلاف المقطوع. فلا اشكال في الجواز.

٣ - على فرض التسليم، هل يكون المستأجر الأول ضامناً للعين أم لا؟ فإن قلنا بأنه لا يجوز له التسليم، كان الضمان بمقتضى القاعدة ظاهراً. وأما على القول بجوازه - كما اخترناه - فقد يتوهم الضمان، من جهة أن جواز التسليم بل وجوبه لا ينافي الضمان إذ المنافي له هو الائتمان، ووجوب التسليم غير وجوب التأمين، فمقتضى عموم قاعدة على اليد (٢) الضمان.

ولكنه فاسد من جهة أن مدرك عدم ضمان العين في الإجارة الأولى لم يكن خصوص الائتمان، بل ذلك بضميمة ما التزم به في ضمن عقد الإجارة بعدم الضمان، ولذلك بنينا على عدم الضمان حتى في الإجارة الفاسدة، وإذا كانت الإجارة الأولى مطلقة كما هو المفروض كان البناء على عدم الضمان واسقاط المالك احترام ماله عاماً، فقاعدة على اليد لا تشمل المقام لانصرافها عنه كما هو واضح. ويشهد لعدم الضمان - مضافاً إلى ذلك - صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره، فنفتت ما عليه؟ قال عليه السلام: إن

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب أحكام الإجارة.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ - ص ٩٠.

كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء (١). وأورد عليه بأن الصحيح إنما يدل على عدم الضمان من حيث الركوب، لا عدمه من حيث التسليم، بتقريب أن الشرطية الأولى متضمنة لضمان المستأجر في صورة الاشتراط من جهة مخالفة الشرط، فيده عادية وإن لم يكن هناك تسليم بل تمكن من الركوب خاصة، ومورد النفي في الثانية هو مورد الإثبات في الأولى. وفيه: أن المفروض في السؤال اعطاء الدابة وظاهره تسليمها إليه، فالمثبت هو الضمان في ذلك الفرض وكذلك المنفي، وظاهر المنفي هو نفي الضمان مطلقا لا نفيه من حيثية خاصة.

اشتراط استيفاء المستأجر المنفعة بنفسه

٤ - المشهور بين القائلين بصحة الإجارة من الغير، تقييدها بما إذا لم يشترط المؤجر عليه استيفائه بنفسه، ونخبة القول في المقام أن هاهنا صورا:

إحداها: ما إذا كانت المنفعة التي يملكها مقيدة بالاستيفاء.

ثانيتها: ما لو كانت المنفعة المملوكة مطلقة، ولكن اشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه على نحو شرط الفعل.

ثالثتها: الصورة، ولكن الشرط على نحو شرط النتيجة، وهو كونه محجورا عن جميع التصرفات إلا استيفاء المنفعة بنفسه.

أما الصورة الأولى، فعلى فرض معقوليتها لا اشكال في أنه ليس له أن

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب أحكام الإجارة حديث ١.

القدماء - كالسيدين والشيخين والصدوقين وغيرهم - المنع عنه، وفي الحدائق نسبه إلى المشهور بين القدماء. وعن جماعة تخصيص المنع بالموارد التي تضمنتها النصوص، والجواز بلا كراهية في غيرها. وعن جماعة الحكم بالكراهة مطلقاً. وتفصيل القول في المقام: إن الموارد التي ورد المنع فيها خمسة: الدار، والحانوت، والرحي، والسفينة، والأرض.

أما الأوليتان، فقد ورد النص على حرمة فضل الأجرة فيهما بلا معارض، لاحظ حسن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين، ثم يؤجرها بأكثر مما تقبلها به ويقوم فيها بحظ السلطان، فقال عليه السلام: لا بأس به، إن الأرض ليست مثل الأجير ولا مثل البيت، إن فضل الأجير والبيت حرام (١) وبمضمونه خبر إبراهيم بن ميمون (٢). ومصحح الحلبي عنه عليه السلام في الدار: ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها شيئاً (٣).

وحسن أبي المعزا عنه عليه السلام، قال عليه السلام في الجواب عن السؤال المذكور في خبر أبي الربيع: لا بأس إن هذا ليس كالحانوت ولا الأجير، إن فضل الحانوت والأجير حرام (٤).

ولا موهم لمعارضة هذه النصوص إلا النصوص المجوزة الواردة في غيرهما بإلغاء خصوصية المورد، وحسن الحلبي عنه عليه السلام في الرجل يستأجر الدار ثم

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث ٥.

(٣) الوسائل باب ٢٢ - من أبواب أحكام الإجارة حديث ٣.

(٤) الوسائل باب ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة حديث ٤.

يؤاجرها بأكثر مما استأجرها، به قال عليه السلام: لا يصلح ذلك، إلا أن يحدث فيها شيئاً (١) بتقريب ظهور: لا يصلح، في الكراهة. ولكن التعدي ممنوع سيما مع التصريح في النصوص بالفرق، ولا يصلح غير ظاهر في الكراهة، غايته عدم الظهور في الحرمة.

أما الرحي ففيها خبران، أحدهما: موثق أبي بصير عن الإمام الصادق عليه السلام: إني لأكره أن أستأجر رحي وحدها، ثم أواجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن يحدث فيها حدثاً أو يغرم فيها غرامة (٢). ثانيهما: صحيح سليمان بن خالد (٣) وهو قريب من الأول. والكراهة وإن لم تكن ظاهرة في المصطلحة، لكنها غير ظاهرة في الحرمة، فالمتيقن مطلق المرجوحية المساوقة للكراهة المصطلحة. وأما السفينة، ففيها رواية واحدة، وهي ما رواه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: لا بأس أن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينة، ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئاً (٤) وهي بمفهوم الشرط تدل على ثبوت البأس في الثلاثة وهو ظاهر في الحرمة، وحمله على الكراهة بالنسبة إلى الأرض - بقرينة روايات آخر - لا يوجب حمله عليها بالنسبة إلى السفينة التي لا معارض له فيها، وإلا لزم البناء عليها في الدار أيضاً، ويجعل هذه معارضة لما تقدم من النصوص. فما أفاده المحقق الأصفهاني ره من حملها على الكراهة بالنسبة إلى السفينة، لا يلائم مع ما ذكره في الدار من أنه لا معارض لنصوص حرمة فضل الأجرة فيها.

(١) الوسائل باب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة حديث ٥.

(٣) الوسائل باب ٢٠ - من أبواب أحكام الإجارة حديث ١.

(٤) الوسائل باب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة حديث ٢.

وأما الأرض ففيها طوائف من النصوص:
منها: ما يدل على الجواز مطلقا، كحسني أبي الربيع وأبي المعز وخبير ابن ميمون
المتقدمة.

ومنها: ما يدل على عدم جواز إجارتها وجواز مزارعتها بالأكثر، كخبير الحلبي،
قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتقبل الأرض بالثلث أو الربع فاقبلها بالنصف، قال
عليه السلام: لا بأس به. قلت: فأتقبلها بألف درهم وأقبلها بألفين؟ قال عليه السلام:
لا يجوز. قلت: لم؟ قال عليه السلام: لأن هذا مضمون، وذاك غير مضمون (١) وقريب
منه موثق إسحاق بن عمار (٢). فإن المعلوم عدم خصوصية للدراهم ولا للذهب والفضة
الموجودين في الموثق، سيما وقد علل فيهما بأن الذهب والفضة مضمونان - أو أن هذا
مضمون - وإن لم نفهم العلة.

ومنها: ما يدل على عدم جواز إجارتها ومزارعتها معا، كخبير الهاشمي (٣).
ولا يصح حمل الطائفة الأولى على ما إذا أحدث فيها شيئا بقريئة الطائفة
الثالثة، لما نبه عليه في الحدائق من أنه على هذا لا يبقى فرق بين الأرض وبين الدار
والحانوت، فإن حرمة الإجارة فيهما أيضا مقيدة بأن لا يحدث فيهما شيئا، وصريح
الطائفة الأولى الفرق.

وبه يظهر أنه لا يصح حملها على إرادة المزارعة منها نظرا إلى
أنه يعبر عنها بالإجارة كثيرا، ولا بتخصيص روايات المنع بما إذا كانت مضمونة في
الذمة أو بالدراهم والدنانير.

-
- (١) الوسائل باب ٢١ من أبواب أحكام الإجارة حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ٢١ - من أبواب أحكام الإجارة حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ٢١ من أبواب أحكام الإجارة حديث ٣.

بل الجمع العرفي يقتضي حمل الثانية على الكراهة بقريئة الأولى، ثم الجمع بينها الصريحة في الجواز في المزارعة وبين الثالثة الظاهرة في عدم الجواز فيها، يقتضي حمل المنع في الثالثة على مرتبة من الكراهة هي أخف من كراهة الإجارة.

فالمتحصل مما ذكرناه حرمة الإجارة بالأكثر ما لم يحدث شيئاً في الدار والدكان والسفينة، وكراهتها في الرحي والأرض.

إجارة بعض العين المستأجر بالأكثر

ولو استأجر نصف العين المستأجرة بالأكثر أو المساوي، فهل يجوز أم لا، أم يفصل بين الموردين؟ الظاهر هو الثالث، لصحيح الحلبي - أو حسنه - عن مولانا الصادق عليه السلام: لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم، فسكن ثلثها وأجر ثلثها بعشرة، لم يكن به بأس، ولا يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها شيئاً (١) ونحوه خبر أبي الربيع (٢).

ومعها لا يصغى إلى ما قيل من أنه لو استأجر بعضها بالمساوي، وإن لم يصدق الإجارة بالأكثر لكن يصدق الفضل على الأجرة، لأن انتفاعه بما عدا الحصة المستأجرة فضل، والمأخوذ في جملة من نصوص المنع فضل الأجرة. ولا إلى ما قيل من أن أجرة نصف العين المستأجرة نصف أجرة تمامها، فلو

(١) الوسائل باب ٢٢ من أبواب الإجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الإجارة حديث ٢.

آجر النصف بالمساوي لزم منه الإجارة بالأكثر، أضف إلى ذلك عدم تماميتهما، فإن المأخوذ في بعض الأخبار فضل الأجرة لا الفضل على الأجرة، ومعلوم أن الانتفاع بما عدا الحصة المستأجرة لا يكون من فضل الأجرة بل هو فضل عليها، وأيضا ظاهر الأخبار ملاحظة الأجرة بنحو الوحدة كملاحظة الإجارة كذلك، لا تحليل الإجارة إلى إجازات وتقسيط الأجرة على الحصص.

فإن قيل: إن الضمير في قوله عليه السلام في الخبرين: ولا يؤجرها، يرجع إلى الدار لا إلى ثلثها، فلا يدل الخبران على حكم الإجارة بالأكثر. قلنا: أولا: إن الظاهر دلالة صدرهما بالمفهوم عليه.

وثانيا: إنه يثبت فيه ذلك بالأولوية، ففحوى ما دل على حرمة ايجار الجميع بالأكثر حرمة ايجار بعضه أيضا به.

وعن الشيخ قده القول بالمنع في إجارة البعض بالمساوي، ومضمر سماعة (١) شاهد به. لكنه محمول على الكراهة، لأن ذلك مقتضى حمل النص على الظاهر، سيما وأن مورده الأرض التي قد مر كراهة الاستئجار فيها بالأكثر لا حرمة.

ثم إن ظاهر جماعة وصريح آخرين اختصاص الحكم المزبور - أي حرمة استئجار العين المستأجرة بالأكثر أو كراهته - بما إذا كانت الأجرة في الإجارة الثانية من جنس الأجرة في الإجارة الأولى، وإلا فمع الاختلاف لا مانع من ذلك. واستدلوا لذلك بأن الظاهر من الأكثر الأكثر في الجنس لا الأكثر في المالية والقيمة، فمع الاختلاف في المالية لا يقال إن إحدى الأجرتين أكثر من الأخرى. وفيه: أولا: إنه حيث يكون النظر في الثمن والأجرة إلى المالية والقيمة، فمقام

(١) الوسائل باب ٢٢ من أبواب الإجارة حديث ٦.

الأجرة مقام النقدين في التمحض في المالية، وعليه فيصدق الأكثرية. وثانياً: إنه لا تنحصر الأخبار فيما كان المأخوذ فيه هذا العنوان، بل المأخوذ في بعض النصوص فضل البيت أو الحانوت أو الأجير، ففي خبر أبي الربيع عن مولانا الصادق عليه السلام: إن فضل الأجير والبيت حرام (١) وفي خبر أبي المغرا عنه عليه السلام: إن فضل الحانوت والأجير حرام (٢) ومن المعلوم أن إحدى الأجرتين إذا كانت ذات فضل وزيادة على الأخرى في المالية يصدق فضل تلكم، فالظاهر عدم الفرق بين الصورتين.

حكم ما لو تقبل عملاً وقبله غيره بالنقيصة
٦ - من تقبل عملاً في ذمته من غير اشتراط المباشرة لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة، كما عن النهاية والسرائر والارشاد، وفي المسالك نسبه إلى المشهور، إلا أن يحدث فيه ما يستبيح به الفضل.
والمستند جملة من النصوص، لاحظ صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل، فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه، قال عليه السلام: لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً (٣).
وخبره الآخر عنه عليه السلام أيضاً عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه

-
- (١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الإجارة حديث ٢.
(٢) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الإجارة حديث ٤.
(٣) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الإجارة حديث ١.

ويعطيه من يخيطه ويستفضل، قال عليه السلام: لا بأس، قد عمل فيه (١) ونحوه خبر أبي حمزة (٢).

وخبر أبي محمد الخياط، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتقبل الثياب أخيها ثم اعطيها الغلمان بالثلثين؟ قال عليه السلام: أليس تعمل فيها؟ فقلت: أقطعها وأشتري الخيوط، قال عليه السلام: لا بأس (٣) ويعضدها ما تقدم من النصوص المانعة عن فضل الأجير.

ولا ينافيها خبر علي الصائغ عنه عليه السلام في تقبله العمل ثم تقبيله من غلمان يعملون معه: لا يصلح ذلك إلا أن تعالج معهم فيه. قال قلت: فإني أذيه لهم، فقال عليه السلام: ذلك عمل فلا بأس (٤) لعدم ظهور: لا يصلح، في الكراهة. كما لا ينافيها خبر الحكم الخياط الدال على جواز ذلك (٥) فإنه مطلق يقيد إطلاقه بما إذا أحدث فيه شيئا.

وعن المصنف في التذكرة والقواعد والمحقق الثاني والشهيدان القول بالكراهة، قال في المسالك: ومستنده أخبار حملها على الكراهة أولى جمعا. ومستندهم في ذلك إما ما تقدم الذي عرفت ما فيه، أو صحيح أبي حمزة عن مولانا الباقر عليه السلام أنه سأل عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر يربح فيه، قال عليه السلام: لا بأس (٦) هكذا رواه المصنف ره، وعن السرائر روايته كذلك.

- (١) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الإجارة حديث ٥.
- (٢) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الإجارة حديث ٤.
- (٣) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الإجارة حديث ٦.
- (٤) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الإجارة حديث ٧.
- (٥) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الإجارة حديث ٢.
- (٦) التذكرة ج ٢ ص ٢٩١.

أموالهم (١)، وأما المستأجر الثاني فلأن عهدة التسليم المعاوضي عليه ولا يخرج عنها إلا بالتسليم إلى المالك أو المأذون من قبله. وإن كانت الأجرة كلية وقد أقبض المستأجر الثاني فردا منها، فإن أجاز المستأجر الأول القبض تعين الرجوع إلى الأجير لأنه بإجازة القبض قد صار الفرد ملكا له، وإن لم يجزه كانت الأجرة باقية في ذمة المستأجر وما بيد الأجير ملك له دون المستأجر الأول، فله الرجوع إلى خصوص المستأجر الثاني.

الثاني: في أجرة المثل، فالظاهر أن له التخيير في مطالبتها من أيهما شاء. أما الأجير، فلأنه بايجاد العمل للمستأجر الثاني قد فوت ذلك على المستأجر الأول. لا يقال: إن الأجير أوجد العمل وسلمه إلى المستأجر الثاني، فلا يصدق عليه أنه أتلّفه، إذ الاتلاف إنما يكون ببقاء عدم العمل لا بايجاده. فإنه يتوجه عليه: إنه ايجاد للعمل بالإضافة إلى المستأجر الثاني، واتلاف له بالإضافة إلى المستأجر الأول لامتناع وجوده له، ولا ينحصر الاتلاف في الاعدام، كيف وقد صرح في خبر عقبة بن خالد (٢) الوارد في التلف قبل القبض بأن السرقة من الاتلاف مع أنه لا اعدام هناك. وأما مطالبة المستأجر الثاني، فلأنه تسلم مال الغير من دون إذن من مالكة، لأن الأجير ليس مالكا له فلا يكفي تسليمه.

وإذا أدى المستأجر الثاني أجرة المثل، فإن كانت مساوية للمسماة فلا كلام. وإن كانت أزيد، فإن كان جاهلا بالأمر يرجع بالزائد إلى الأجير لقاعدة الغرور، وإن كان عالما فليس له ذلك بل يكون قرار الضمان عليه كما في تعاقب الأيدي. وبه يظهر

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.
(٢) الوسائل - باب ١٠ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

حكم ما لو أداها الأجير.

٧ - إذا عمل الأجير تبرعا للغير، فللمستأجر الأول الرجوع في أجره المثل إلى الأجير، لأنه بالعمل التبرعي أتلفه على المستأجر المالك له فهو له ضامن، كما أن له الرجوع إلى المتبرع له، لأنه تسلم مال الغير من دون تبرع من ماله، لأن الأجير ليس مالكا له فلا يكفي تبرعه. ثم إن رجوع إلى المتبرع له وكان جاهلا، يرجع هو إلى الأجير لقاعدة الغرور، وإن كان عالما لا يرجع إليه لعدم الغرور. وإن رجع إلى الأجير، فإن كان المتبرع له جاهلا فلا اشكال في أنه ليس له الرجوع إليه، وإن كان عالما فالظاهر أن له ذلك لعدم كون العمل مملوكا له حتى يكون تبرعه هتكا لحرمة عمله. نعم، إن غره المتبرع له - كما إذا أغفله عن أن هذا اليوم هو اليوم الخاص - له الرجوع إليه، لقاعدة الغرور.

حكم الأجير العام

المورد الثاني: في الأجير العام والمشارك، وقد مر في أول المسألة ضابطه، وهو من كان فاقدا لبعض ما يعتبر في الأجير الخاص أو لكله، من تعيين المدة الخاصة والمباشرة، وهذا هو المراد مما في بعض الأخبار من تفسير المشارك بأنه الذي يعمل لي ولك (١). فإذا سقطت المباشرة، أو ألغيت المدة المخصوصة، أو هما معا، كان الأجير عاما ومشاركاً.

وملخص القول فيه: إن مقتضى القاعدة الأولية جواز عمله للغير ولو على

(١) الوسائل باب ٣٠ من أبواب الإجارة حديث ١٣.

ولو منعه المؤجر من العين أو هلكت قبل القبض بطلت، ولو منعه ظالم بعد القبض صحت ورجع المستأجر على الظالم، ولو انهدم المسكن من غير تفريط فسخ المستأجر ورجع بنسبة المتخلف من الأجرة أو ألزم المالك بالعمارة

ومنها: أنه حيث يجب على الأجير العمل للمستأجر الأول، فهو غير قادر شرعا على تسليم العمل للمستأجر الثاني، والقدرة على التسليم شرط في صحة الإجارة.

وفيه: ما تقدم منا من أن القدرة على التسليم ليست بعنوانها شرطا حتى يقال إن الممتنع شرعا كالممتنع عقلا، بل من جهة لزوم الغرر ودفعها له بنينا على اعتبارها، ولا يلزم ذلك مع عدم القدرة شرعا كما لا يخفى.

ومنها: أن الإجارة الأولى أحدثت حقا للمستأجر الأول على الأجير، ولازمه عدم تأثير الإجارة الثانية.

وفيه: إن الإجارة الأولى لم توجب سوى مالكية المستأجر العمل الكلي في ذمة الأجير، ولا منافاة بين ذلك وبين التمليك الثاني، لعدم التضاد بين العملين. فالمتحصل أنه على القول بالتعجيل أيضا لا تبطل الإجارة الثانية.

حكم منع المؤجر من العين

الثامنة: قال قده: (ولو منعه المؤجر من العين أو هلكت قبل القبض بطلت، ولو منعه ظالم بعد القبض صحت ورجع المستأجر على الظالم، ولو انهدم المسكن من غير تفريط فسخ المستأجر ورجع بنسبة المتخلف من الأجرة أو ألزم المالك بالعمارة).

وتحقيق القول في المقام بالبحث في موارد:

١ - لو استأجر شيئاً فمنعه المؤجر من تسلمه واستيفاء المنفعة منه، ففيه أقوال: أحدها: ما في المتن وعن الشيخ ره والتذكرة، وهو انفساخ العقد فتسقط الأجرة.

ثانيها: ما قواه صاحب الجواهر ره لو لم يكن اجماع على خلافه، واختاره المحقق الأصفهاني، وهو بقاء العقد، وأن للمؤجر المسماة، وللمستأجر أجرة المثل للمنفعة الفائتة.

ثالثها: ما في الشرائع وعن غيرها، وهو التخيير بين سقوط الأجرة وعدم دفعها إليه، وبين الدفع ومطالبة أجرة المثل.

واستدل للأول بأن التلف قبل القبض - كما يأتي في المورد الثاني - موجب لانفساخ العقد، والتلف شامل للقهري والاختياري، والاختياري عام لما إذا استند إلى المؤجر أو الأجنبي.

وفيه: إن كون تلفها قبل القبض موجبا لانفساخ، إن كان بلحاظ القاعدة لأجل عدم المنفعة فهي غير شاملة للمقام، وإن كان بلحاظ ما ورد في البيع من أن كل مبيع تلف قبل قبضه... الخ (١) بضميمة أنهم الحقوا بالإجارة بالبيع، فهو منصرف إلى التلف القهري أو ظاهر فيه، ولا يشمل الاختياري المساوق للاتلاف.

واستدل للثاني بعموم قاعدة الاتلاف (٢) الشاملة لما قبل القبض أيضا. وهو متين، لكنها لا تدل على تعيين ذلك كي تنافي مع ما يدل على التخيير. والحق أن يقال: إن قاعدة الاتلاف تقتضي ضمان أجرة المثل لو لم يفسخ العقد،

(١) المستدرک باب ٩ من أبواب الخيار - كتاب التجارة حديث ١.

(٢) قاعدة مصطادة من موارد خاصة.

إنه يلزم التبعض في الغرض المعاملي، وهو الانتفاع بالمجموع، فيثبت الخيار. وبما ذكرناه يظهر حكم ما لو سلمه المؤجر في بعض المدة، ثم منعه في بعضها الآخر، فإنه في المدة الباقية يجري ما ذكرناه من التفويت في تمام المدة، وبالنسبة إلى المجموع يثبت خيار التبعض كما في عكس المسألة.

فإن قيل: إن من يقول بالانفساخ لقاعدة التلف قبل القبض، ليس له البناء عليه في الفرض، لفرض كونه بعد القبض.

قلنا: إن المنفعة حيث تكون تدريجي الوجود، فكما أن وجودها تدريجي كذلك قبضها تدريجي، فبالنسبة إلى المنفعة الباقية يكون من قبيل التلف قبل القبض. حكم التلف قبل القبض

٢ - إذا استأجر شيئاً معيناً فتلف قبل قبضه، انفسخت الإجارة بلا خلاف.

ويشهد له - مضافاً إلى الاجماع على الحاق الإجارة بالبيع الذي ورد فيه النبوي: كل مبيع تلف قبضه فهو من مال بايعه (١) وخبر عقبة بن خالد (٢) كما الحقوا في ذلك الباب الثمن بالمبيع - أن المملوك بالإجارة إنما هو المنفعة وهي تدريجية، فمع تلف العين قبل المدة المضروبة لا منفعة، فلا شيء حتى يملك بالإجارة. هذا في التلف الحقيقي، وأما التنزيلي منه فالبطالان أو الانفساخ خلاف القاعدة ينحصر مدركه بالاجماع على الالحاق بالبيع، ثم إن مقتضى القاعدة هو بطلان الإجارة، ومقتضى الالحاق بالبيع هو

(١) المستدرک باب ٩ من أبواب الخيار - حدیث ١.

(٢) الوسائل باب ١٠ - من أبواب الخيار.

وإذا وقع عقد الإجارة على عين كلية، وتوافقا على تعيينها في فرد فتلّف فهل يصدق التلّف قبل القبض من حيث انفساخ الإجارة كما عن بعض، أو من حيث انفساخ الوفاء كما أفاده صاحب الجواهر، أم لا يصدق ذلك؟ وجهان، الظاهر عدم الصدق، لأن الفرد التالف حيث لا يكون شيئاً فلا مورد للانطباق، فينكشف بالتلّف فساد التعيين.

حكم منع الظالم من العين

٣ - ولو منعه ظالم عن العين، فتارة يكون قبل القبض، وأخرى يكون بعده.

فإن كان قبله، فالظاهر هو الانفساخ، وذلك من جهة كونه من قبيل التلّف قبل القبض، الثابت كونه في البيع موجبا لانفساخ بالنص (١) وألحقوا به الإجارة وذكروه إرسال المسلمات، وذلك لأن التلّف وإن كان ظاهرا في القهري كما قدمناه، إلا أنه في الفرض قهري على المؤجر والمستأجر وإن كان اختياريا للظالم، فهو نظير السرقة التي جعلها في خبر عقبة بن خالد من قبيل التلّف (٢) ومعه لا يبقى مجال لدعوى ثبوت الخيار نظرا إلى تعذر التسليم، فإن ذلك موجب لانفساخ العقد وانعدام موضوع الخيار، فدليله وارد على دليل الخيار.

ولو كان ذلك بعد القبض، ففي المتن والشرايع صحت الإجارة وكان له الرجوع إلى الظالم. واستدل له بأن المؤجر أقبض مورد الإجارة وخرج عن ضمانه،

(١) المستدرک باب ٩ من أبواب الخيار حديث ١ - كتاب التجارة.

(٢) الوسائل باب ١٠ من أبواب الخيار حديث ١.

واخراج لبنها، واقتطاف الثمرة من الشجرة.

أما القسم الأول فما هو مناف لحقيقة الإجارة ملك العين لا اقتضائها تلف العين، ضرورة أن استيفاء المنفعة يلازم غالباً تلف العين، كما في استيفاء المنفعة من الدار بسكنائها فإنه يوجب تلف مقدار منها، واستيفائها من الدابة ربما يوجب هزأها أو جرح ظهرها، وهكذا، وهذه اللوازم جائزة ومستحق عليها بنفس تشريع الإجارة واستحقاق استيفاء المنفعة.

وأما القسم الثاني فيلتزم فيه بأن ملكية هذه الأعيان إنما هي بتبع ملكية المنافع، وهذا لا محذور فيه، فإن المحذور في صيرورة هذه مملوكة بنفس عقد الإجارة، وإلا فكما أن البيع لنقل الأعيان ويستلزم تمليك العين تمليك المنافع ولم يتوهم أحد الأشكال فيه كذلك في المقام الإجارة لنقل المنافع ولكن ملكية المنافع ربما تستلزم ملكية الأعيان ولا محذور في ذلك.

ويمكن المناقشة في الجميع:

أما الأول فلأن الاجماع قائم على الصحة في هذه الموارد، لا على الصحة بعنوان الإجارة، ولعلها من جهة انطباق عنوان آخر - الذي سيمر عليك - وبه يظهر حال ما دل من الكتاب (١) والسنة (٢) على جواز أخذ الأجر على الارضاع، لعدم ظهوره في الإجارة.

وأما الثاني فلأن لازمه جواز تمليك تلك الأعيان ابتداء كما يجوز تمليك سكنى الدار، ولا أظن أن يلتزم به أحد، اللهم إلا أن يقال: إنها إنما تعد منفعة إذا لوحظت

(١) الطلاق آية ٧.

(٢) الوسائل باب ٧١ من أبواب أحكام الأولاد - كتاب النكاح.

والقول قول منكر الإجارة مع عدم بينة المدعي

انقضائها.

فإن كان المدعي هو المالك وكان قبل الاستيفاء، فلا اشكال في أن (القول قول منكر الإجارة، مع عدم بينة المدعي) يمينه. وإن كان النزاع بعد الاستيفاء أو في أثناء ذلك، فعن جماعة أن القول قول المنكر وهو ظاهر المتن، وعن المشهور أن القول قول المالك، وعن بعضهم التحالف، وعن الشيخ استعمال القرعة في تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله يمينه. واستدل في ملحقات العروة للأول إذا كان محط الدعوى استحقاق الأجرة وعدمه أو كان الغرض منهما ذلك، وإن كان مصب الدعوى أن الواقع أي العقدين، بأصالة عدم الإجارة، قال: ولا يعارضها أصالة عدم الإجارة، لأنها لا تثبت الضمان إلا بضميمة العلم الاجمالي، بخلاف أصالة عدم الإجارة، فإنها موجبة لعدم الضمان بنفسها.

وفيه: أنه في تعارض الأصول في أطراف العلم الاجمالي وتساقطهما، لا يعتبر سوى ترتب الأثر على كل من الأصليين، كان الأثر غرضه أم لم يكن، فإذا فرضنا ترتب الأثر على أصالة عدم الإجارة على ما يعترف به فيما لو كان الغرض في تشخيص الواقع بملاحظة خصوصية تعارض أصالة عدم الإجارة مع أصالة عدم الإجارة وتتساقطان.

فالحق أن يستدل له بأصالة البراءة عن الضمان، فالقول قول منكر الضمان. واستدل للمشهور تارة بأن مقتضى قاعدتي اليد (١) والاتلاف (٢) هو الضمان،

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.
(٢) المصطادة من الأخبار الواردة في الموارد الخاصة.

فإن المستفاد منهما كون الأصل هو الضمان في الأموال التالفة عند غير مالكيها أعم من الأعيان والمنافع.

وأخرى بقاعدة الاحترام الثابتة بالأخبار (١).

وثالثة بموثق إسحاق عن أبي الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضا، فقال عليه السلام: المال لازم له، إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة (٢). بتقريب أنه من المعلوم كون تقديم قول مدعي القرض، لأجل احترام مال المسلم، وهذه العلة موجودة في المقام.

ولكن يرد على الأول: أولا: إن المتنازعين متوافقان على عدم ثبوت أجره المثل التي هي مفاد القاعدتين، أما القابض فلا دعائه العارية، وأما المالك فلأنه يدعي ثبوت الأجرة المسماة.

وثانيا: إنه لو سلم كون مفادهما الضمان أعم من المسمى أو المثل، حيث إنه لا ريب في أن ذلك خصص بما إذا لم يكن عارية، فمع الشك فيها يشك في صدق المخصص، فالتمسك بالقاعدتين تمسك بالعام في الشبهة المصدقية وهو لا يجوز. وبذلك يظهر ما في الوجه الثاني، مع أن في كونها مثبتة للضمان كلا ما تقدم في كتاب البيع.

وأما الوجه الثالث فيرد عليه: أن العلة المذكورة ليست منصوصة بل هي مستنبطة ظنية، والظن لا يغني عن الحق شيئا، مع أنه في مورد الخبر النزاع في عوض

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي - وباب ٣ من أبواب القصاص في النفس حديث ٣ وباب ٤٠ من أبواب كتاب الشهادات.

(٢) الوسائل باب ٧ - من أبواب الوديعة حديث ١.

المثل، وفي المقام في العوض المسمى، فقياس المقام عليه مع الفارق. وبما ذكرناه يظهر مدرك القول الثالث، وهو تعارض الأصلين فالمتبع هو التحالف، وقد اختاره السيد فيما لو كان الغرض تشخيص الواقع بملاحظة خصوصية، وهو يتم إذا لم تكن تلك الخصوصية مورد الأصل العدم. وأما الرابع فلعل وجهه ما دل (١) على لزوم القرعة لتعيين المنكر، فيما إذا لم يتميز المدعي عن المنكر. ويرده - مضافا إلى ما مر من التمييز في المقام - ما سيأتي في كتاب القضاء من اختصاصه بموارد خاصة. فالأظهر هو القول الأول. هذا كله بالنسبة إلى الضمان وعدمه. وأما بالنسبة إلى جواز استيفائه المنفعة، فالظاهر جوازه ما لم يسترده المالك، لتوافقهما عليه. وإن استرد فالمالك يعترف بأنه ليس له ذلك إذا بذل القابض العوض، والقابض يعترف بثبوته له، فليس للمالك الاسترداد لإقراره كما ليس للقابض الانتفاع بمقتضى إقراره، إلا أن للمالك التصرف فيه واستيفاء منفعته إن لم يبذل القابض العوض مقاصة، وللقابض ذلك مع بذله بهذا العنوان أيضا.

وأما على الثاني، وهو ما لو كان مدعي الإجارة هو القابض فيدعي مالكيته للمنفعة ومدعي العارية المالك، فالظاهر تقديم قول المالك، لا لأصالة عدم الإجارة لما مر من تعارضها من أصالة عدم العارية، بل لأصالة بقائها في ملكه وعدم انتقالها إلى القابض. نعم، إذا كانت العين بيد القابض لا يبعد دعوى كون يده عليها الموجب لكون المنفعة تحت استيلائه، ويده أمانة الملكية، واليد تقدم على الأصل، فالقول قوله حينئذ.

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

وقول المستأجر في قدر الأجرة

اختلاف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجرة
٢ - إذا اختلفا في مقدار الأجرة - كما لو ادعى المؤجر أنها عشرة، وقال
المستأجر أن الأجرة خمسة - فمع عدم البينة لأحدهما فيه أقوال: أحدها: ما في المتن،
قال: (وقول المستأجر في قدر الأجرة)، وهو المشهور بين
الأصحاب.

ثانيها: ما اختاره صاحب الجواهر ره، وهو أن القول قول المستأجر لو كان
مصعب الدعوى الزيادة والنقصان، والتحالف إذا كان مصعب الدعوى أن العقد وقع
على الخمسة أو العشرة.

ثالثها: ما عن الشيخ في المبسوط، وهو التحالف مطلقا، ثم الرجوع إلى أجرة
المثل.

رابعها: ما للشيخ أيضا، وتبعه في المستند، وهو الرجوع إلى القرعة.
خامسها: ماله أيضا، وهو التفصيل بين النزاع قبل انقضاء الأجل فالتحالف،
أو بعده فالقرعة أو تقديم قول المستأجر مترددا بينهما.
والأظهر هو الأول، لأن وقوع العقد على الأقل معلوم - إما في ضمن الأكثر
أو مستقلا - ووقوعه على الزايد مشكوك فيه، يجري فيه الأصل. ودعوى أنه يعارضه
أصالة عدم وقوع العقد على الأقل بخصوصه، مندفعة بأن هذا الأصل لعدم ترتب
الأثر عليه لا يجري.

مع أنه مع الاغماض عن ذلك يمكن أن يقال: إن مصعب الدعوى كان هو
العقد وأنه وقع على الخمسة أو العشرة، أم كان هو استحقاق الزيادة، تجري أصالة عدم

الزيادة وعدم وقوع العقد على العشرة، أما الأولى فواضحة، وأما الثانية فلأنه بها ينفي استحقاق الزيادة. ولا يعارضها أصالة عدم وقوع العقد على الخمسة، لأنه لا يثبت بها استحقاق الزيادة، فإن ذلك من آثار وقوع العقد على العشرة، لا عدم الوقوع على الخمسة. فقول المستأجر موافق للأصل مطلقاً.

ثم إن الحكم بالتحالف في الموارد التي يكون كل من الطرفين مدعياً ومنكراً، لم يظهر لنا وجهه، وسيأتي الكلام فيه في كتاب القضاء. واجمال ما يخطر بالبال أن ما دل على أن الحلف على المدعى عليه (١) مختص بما إذا كان كذلك محضاً، على ما يظهر

من المقابلة بينه وبين ثبوت البينة على المدعي. ثم على تقدير القول بالتحالف، لا وجه للرجوع بعده إلى أجره المثل، فإن حلف كل منهما ينفي ظاهراً ما يدعيه الآخر من وقوع العقد على الأجرة الخاصة، ولا ينفي وقوع العقد على الأجرة المسماة المعلوم الذي هو مورد توافقهما. بل لا بد وأن يقال بعد التحالف: إن انتقال المنفعة إلى المستأجر معلوم، واشتغال ذمته بأجرة معينة أيضاً معلوم وهو مردد بين الأقل والأكثر، فيقدم قول مدعي الأقل بيمينه، لأن الاشتغال به معلوم والزايد مشكوك فيه يرتفع بالأصل، كما لو علما بوقوع العقد على أحد الوجهين بلا نزاع بينهما لجهلها معا بالتعيين. وبعبارة أخرى: إن الأصل الجاري في العقد من قبيل الأصل الجاري في السبب، وما يجري في اشتغال الذمة من قبيل الأصل الجاري في المسبب، ومعلوم أنه مع عدم جريان الأصل في السبب يجري في المسبب. فإن قيل: إن حلف كل منهما ينفي إحدى الخصوصيتين، فيحلفها تنفيان معا،

(١) الوسائل باب ٣ - من أبواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

وحيث إن عدم خصوصية أخرى معلوم فيحكم في ظاهر الشرع بعدم وقوع عقد بينهما، فالمتبع ما يدل على ثبوت أجره المثل.

قلنا: إن الحلف إنما ينفي ما لم يعلم ثبوته، ووقوع العقد على إحدى الأجرتين معلوم، فلا ينفيه الحلف. وإن شئت قلت: المحلوف عليه ليس عدم وقوع العقد، بل عدم تعلقه بخصوصية خاصة، فلا وجه للحكم بعدمه بالحلف.

(و) بما ذكرناه يظهر حكم ما لو اختلفا في (التفريط) فإنه يقدم قول المستأجر المدعي لعدمه.

٣ - إذا قال: أجرتك نصف الدار بعشرة دراهم، وقال الآخر: بل أجرتني تمام الدار بعشرة، فهو عكس الفرع السابق، إذ المؤجر هنا يدعي الأقل والمستأجر يدعي الأكثر، فينعكس الحكم ويجري على كل منهما عكس ما جرى عليه في الفرع المتقدم.

٤ - لو تعدى بالعين المستأجرة فتلفت أو تعيبت، لا اشكال في أن المستأجر ضامن.

(و) لو اختلفا في (قيمة العين) فعن الحلبي وأكثر المتأخرين بل عامتهم أن القول قول الغارم مع يمينه، واستدل له بأصالة عدم الزيادة، وبأنه منكر فيكون القول قوله، ولا يخفى رجوع الوجهين إلى وجه واحد.

إنما الاشكال في أنه في ذيل صحيح أبي ولاد المتقدم ما يدل على أن القول قول المالك، وأن وظيفته الحلف إلا أن يرد الحلف على القابض: قال: قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال عليه السلام: أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة

وقول المالك في رد العين وقدر المستأجر،

البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك (١) الحديث.
وقد عمل به الشيخ قده في محكي النهاية، والمفيد في محكي المقنعة، ونسبه
المصنف ره إلى الأكثر، وإنما لم يعمل به جماعة بل في الرياض عامة المتأخرين من
جهة مخالفته لموازنين باب القضاء، فإن المالك يدعي الزيادة فقوله مخالف للأصل،
فيكون هو مدعياً ووظيفته إقامة البينة، والقابض منكرًا ووظيفته الحلف أو رد الحلف،
وقد حكم في الخبر بأنه يحلف صاحب المال، أو يرد الحلف على الغاصب المتعدي. ثم
إنه على فرض كونه منكرًا، فما معنى جعل إقامة البينة وظيفته مع أن البينة على
المدعي! وأجيب عن ذلك بأجوبة.

والحق أن يقال: إن الصحيح يحمل على التعبد ويخصص به القاعدة العامة،
ولعل السر في ذلك أن المفروض في مورد الخبر غصب البغل، ومن شؤون أخذ
الغاصب بأشق الأحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه، وأن لا يطلب منه بشيء
من موازين القضاء، بل يوجه الخطاب إلى المالك، وعلى ذلك فالأظهر أن القول قول
المالك مع يمينه.

٥ - لو اختلفا في أن العين المستأجرة بعد انقضاء الأجل هل ردت إلى المالك
أم لا؟ فلا اشكال (و) لا خلاف في أن القول (قول المالك في) عدم (رد العين)،
لأنه منكر للرد والأصل عدمه.
(و) قد مر أيضا أنهما لو اختلفا في (قدر المستأجر) القول قول المالك، لاحظ
ما ذكرناه في الفرع الرابع.

(١) الوسائل باب ١٧ - من كتاب الإجارة حديث ١.

وكل موضع يبطل فيه الإجارة يثبت فيه أجره المثل

كل موضع تبطل فيه الإجارة يثبت فيه أجره المثل
العاشرة: (وكل موضع تبطل فيه الإجارة يثبت فيه أجره المثل) سواء زادت
عن المسماة أو نقصت عنها، بلا خلاف فيه، وفي الجواهر: بل قد يظهر من ارسالهم ذلك
إرسال المسلمات أنه من القطعيات.
والحق أن يقال: إنه تارة يستوفي المنفعة، وأخرى لا يستوفها ولكن تتلف تحت
يده، وثالثة لا يكون مستوفيا ولا المنفعة تالفة تحت يده.
أما الصورة الأولى، فالظاهر ضمان المستوفي للمنافع، لعموم على اليد ما
أخذت (١). وأورد على التمسك به لضمان المنافع بايرادين:
أحدهما: ما أفاده الشيخ الأعظم قده، وهو عدم صدق الأخذ بالإضافة إلى
المنافع.

وفيه: إنه ليس المراد بالأخذ الأخذ بالجراحة الخاصة، وإلا لزم عدم شمول الخبر
لجملة من الأعيان - كالدار والعقار وما شاكل - بل الأخذ كناية عن الاستيلاء على
الشيء، والأخذ بهذا المعنى يصدق بالإضافة إلى المنافع أيضا، إذ الاستيلاء على المنفعة
إنما يتحقق بالاستيلاء على العين، إذ المنفعة هي ما في العين من القابلية، كقابلية الدابة
للكوب. والدار للسكنى، وهذه القابلية من مراتب وجود العين، والاستيلاء على العين
استيلاء عليها بجميع شؤونها ومرتبات وجودها، ومنها القابلية للانتفاع.
ثانيهما: ما أفاده المحقق الأصفهاني ره، وهو عدم صدق التأدية في المنافع، فإن
ظاهر قوله: حتى تؤدي، كون عهدة المأخوذ مغيية بأداء نفس المأخوذ، والمنافع

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها. وفيه: إن الغاية في الخبر ليست أداء شخص ما أخذ، وإلا بقي الضمان في صورة التلف وأداء العوض لعدم تحقق أداء الشخص، بل المراد به أعم من أداء الشخص وأداء العوض غاية الأمر يكون بنحو الطولية، والمنافع وإن لم يمكن ردها إلا أنه يمكن رد عوضها.

وللرواية الشريفة الواردة في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري، الدالة على أنه يأخذ الرجل ولده بالقيمة (١). فإن الخبر يدل على ضمان المنفعة المستوفاة، ومورده وإن كان هو البيع، إلا أن ثبوت ضمان المنفعة في البيع الفاسد الذي لا ضمان في صحيحه للمنفعة، مستلزم لضمانيها في الإجارة الفاسدة بالأولوية. ولصحيحة أبي ولاد المتقدمة: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل، وذاهبا من النيل إلى بغداد، ومثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه (٢) الحديث.

ولقاعدة من أتلّف، المستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة، وجملة منها موارد العقود الاستيمانية - كالوكالة والمضاربة والرهن وغيرها - فإنه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتفريط، وجملة منها في غيرها، مثل ما ورد في القصار يخرق الثوب من قوله عليه السلام: فهو ضامن بما جنت به يده (٣) وغيره. وأما الصورة الثانية وهي عدم استيفاء المنفعة وفوتها تحت يده، فالظاهر هو ثبوت الضمان، لحديث على اليد - بالتقريب المتقدم - ولقاعدة الاتلاف، فإن حبس

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ١٧ من كتاب الإجارة حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٢٩ - من أبواب الإجارة.

أحدهما: إن ضمان المنافع لو كان فإنما هو لقاعدة اليد، أو لقاعدة الاتلاف، أو لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده - بتقريب أن في صحيح الإجارة ضمنا بالنسبة إلى المنافع فكذا في فاسدها - أو للخبرين المتقدمين، وشئ من تلکم لا يشمل المقام:

أما الأولان فلانصراف حديث اليد وكذا من أتلف عن اليد المستندة إلى التسليط المجاني والاتلاف المبني عليه، ولعل وجهه أن القاعدتين إنما تكونان من القواعد العقلائية الممضاة شرعا لا من التعبدية الصرفة، وهي إنما تكون لأجل احترام المال، ولا ريب في سقوط الاحترام بتسليط المالك غيره مجانا. وأما القاعدة الثالثة فمدركها إما الاجماع، أو اقدم الآخذ على الضمان، أو قاعدة اليد. أما الاجماع فغير ثابت في المقام، أما الاقدام فالمفروض عدمه، وأما قاعدة اليد فقد عرفت حالها.

وأما الخبران فهما مختصان بصورة الشراء والإجارة مع العوض. فالمتحصل أن ما أفاده الشهيد ره متين. نعم، لا بد وأن يقيد ذلك بما إذا كان التسليط المشار إليه باقيا إلى حين التلف أو الاتلاف، فلو آجر داره بلا عوض واعتقد صحتها، ولم يكن راضيا ببقائها تحت يده ولا يستردها لاعتقاد لزومها، لا اشكال في الضمان في صورة التلف والاتلاف، لعموم قاعدتي اليد والاتلاف، وعدم المخصص. إجارة المشاع

الحادية عشرة: (ويصح إجارة المشاع) مطلقا، استأجره من شريكه أو غيره، وهو موضع وفاق كما في المسالك، وتشهد به عمومات الكتاب والسنة أعم مما دل على امضاء

ويضمن الصانع ما يجنيه وإن كان حاذقا كالقصار يخرق الثوب

العقود أو خصوص الإجارة، وعدم القسمة لا يكون مانعا بعد امكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك.

نعم، لا يسلم العين إلا بإذنه، ولو أبى رفع أمره إلى الحاكم. ولو استأجره بظن كونه مقسوما فتبين الإشاعة، كان للمستأجر الخيار نظير خيار تبعض الصفقة. وعلى الجملة لا يعتبر في صحة الإجارة وراء الأمور التي قدمناها شيء، ولو شك فيه ينفي بالاطلاقات والأصل، ولذا اشتهر بينهم أن كلما صح إعارته شرعا من الأعيان المنتفع بها مع بقائها يصح إجارته، بل صرح بعدم الخلاف في هذه الكلية غير واحد، وفي الجواهر الاجماع عليها، ومدركها الاطلاقات والعمومات.

وحيث إنه قد مر في تعريف الإجارة أنها لنقل المنافع، والبيع لنقل الأعيان، وأنه لا يصح استعمال أحدهما في مورد الآخر، فلا يصح إجارة ما لا يبقى بالانتفاع به فإنه ليس انتفاعا بالعين بل هو اتلاف لها، ولذلك اتفقت كلماتهم على أن كل ما لا يصح إعارته - وهو كل ما لا يلزم الانتفاع به اتلافه - لا يصح إجارته. وإن شئت قلت: إن ما لا يبقى بالانتفاع به، وإن آجره وقصد بالإجارة نقله بنفسه فهو بيع لا إجارة وإلا فلا يجوز اتلافه، فلا منفعة له كي يملكها المؤجر فلا يصح إجارته، ولو تكلف في صدق مفهوم الإجارة لا ريب في انصراف الأدلة عنه، وهو واضح لا ستره عليه.

الصناع ضامنون لما جنته أيديهم

الثانية عشرة: (ويضمن الصانع ما يجنيه وإن كان حاذقا كالقصار يخرق الثوب) أو يتلفه ويحرقه، أو الحجم يجني في حجامته، أو الختان يختن فيسبق موساه

هو صادق قطعاً، بل من جهة أن الاتلاف المفروض من حيث كونه من لوازم العمل الذي استؤجر عليه، يكون مأذوناً فيه بالإذن في ضمن الإجارة، وبعبارة أخرى: إن استئجار الخياط لقصارة الثوب العتيق الذي يخرق بالقصارة عادة، إذن له في الخرق والاتلاف عن إذن لا يوجب الضمان.

وأما الطبيب فإن لم يكن مباشراً لا يكون ضامناً لأنه ليس بمتلف، وإن كان مباشراً فحيث إنه مأمور من قبل الشارع الأقدس بمعالجة المريض بما يراه علاجاً، لا بما هو علاج واقعا وإلا لانسد باب الطبابة، فإذن المريض أو وليه في العلاج إذن في الاتلاف، فلا ضمان عليه.

وأما الثاني، وهو ما يستفاد من النصوص وهي كثيرة، كصحيح الحلبي - أو حسنه - عن مولانا الصادق عليه السلام عن القصار يفسد، فقال عليه السلام: كل أجير يعطى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن (١) ونحوه في التضمن للكبرى الكلية نصوص أخر.

وخبر أبي الصباح عنه عليه السلام الثوب أدفعه إلى القصار فيخرقه، قال عليه السلام: أغرمه، فإنك إنما دفعته إليه ليصلحه، ولم تدفعه إليه ليفسده (٢) ومثله في التضمن للعلة أخبار أخر.

وقوي السكوني عنه عليه السلام عن أبيه عليه السلام: إن علياً عليه السلام ضمن ختاناً قطع حشفة غلام (٣) ومثله في التضمنين في مورد خاص بعض أخبار أخر. وقوية الآخر عنه عليه السلام، قال أمير المؤمنين عليه السلام: من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه وإلا فهو له ضامن (٤).

(١) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ٨.

(٣) الوسائل باب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ٢ . ١

(٤) الوسائل باب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ٢ . ١

وصحيح داود بن سرحان عنه عليه السلام في رجل حمل متاعا على رأسه، فأصاب انسانا فمات وانكسر منه، فقال عليه السلام: هو ضامن (١).
وخبر زيد بن علي عنه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في حديث: كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن (٢). وفي المقام أخبار كثيرة أخر دالة على الضمان، سيأتي طرف منها في المورد الثاني.
فالظاهر موافقته لما قدمناه. أما النصوص المتضمنة للكبرى والتعليل، فلأنها تدل على الضمان في مورد قابل للإصلاح والافساد، وما لا يصلح للإصلاح يكون خارجا عن تحتها.
وأما خبر زيد وما بمضمونه من النصوص المطلقة الآتية، فهي يقيد إطلاقها لو لم تكن منصرفة إلى صورة القابلية للإصلاح والافساد معا، بمفهوم التعليل في النصوص المتقدمة: ولم تدفعه إليه ليفسد، فإنه يدل على أنه لو كان الدفع متمحضا بكونه للإفساد فلا ضمان.
وأما قوي السكوني الأول وما بمضمونه من الأخبار الواردة في الموارد الخاصة، فهي دالة على الضمان مع الاتلاف في مورد خطأ الصانع وسبق يده وما شاكل.
وأما صحيح داود فعلى فرض كونه مما نحن فيه بعود الضمير المجرور إلى المتاع، يدل على ما ذكرناه في الحمال من شمول قاعدة الاتلاف لما إذا كان بغير اختيار.
وأما خبر السكوني الثاني، فالظاهر أن المراد بأخذ البراءة من وليه ليس

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب موجبات الضمان - من كتاب الديات حديث ١ -
(٢) الوسائل باب ٣٠ من أبواب الإجارة حديث ١٣.

البراءة عن الضمان - وإلا أشكل بأنه لا معنى لها قبل حدوث موجبها والإذن في الاتلاف نفسه أو طرفه غير جائز - بل المراد منها الإذن في العلاج على نحو لا ضمان معه.

وعلى ذلك فالنصوص موافقة للقاعدة. نعم، مقتضى إطلاق خبر السكوني ثبوت الضمان على الطبيب في صورة عدم الإذن، ولو كانت الطبابة على النحو المتعارف، وهو كونها بنحو الأمر وتوصيف الدواء ولم يكن الطبيب مباشراً. عدم ضمان المتاع التالف تحت يد الأجير وأما المورد الثاني، وهو ما لو تلف المتاع تحت يد الأجير لا بسببه من غير تعد ولا تفريط، فالمشهور بين الأصحاب عدم الضمان، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه، وما نقله الشهيد الثاني بقوله: وقيل إنه كذلك في الضمان بل ادعى عليه المرتضى الاجماع، خطأ في النقل، فإن الظاهر أن خلاف المرتضى واجماعه إنما هو في تصديق دعواه التلف، وهو غير مربوط بما نحن فيه من معلوم التلف في يده بغير تعد ولا تفريط. وكيف كان، فمقتضى القاعدة عدم الضمان، لكونه أميناً سلطه المالك على ماله، وقد مر عدم الضمان في أمثال ذلك.

وأما الأخبار الخاصة، فطائفة منها مطلقة دالة على ضمان الصائغ أتلف المال أو تلف تحت يده، كصحيح الحلبي - أو حسنه - عن أبي عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطاً على الناس، وكان أبي عليه السلام يتطول عليه إذا كان مأموناً (١).

(١) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ٤.

وخبر يونس عن الإمام الرضا عليه السلام عن القصار والصائغ أئضمنون؟ قال عليه السلام: لا يصلح إلا أن أئضمنوا (١).
 وخبر السكوني عن الإمام الصادق عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام أئضمن الصباغ والقصار والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس (٢).
 وطائفة ثانية منها تدل على عدم الضمان كذلك، كصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام عن الصباغ والقصار، فقال عليه السلام: ليس أئضمنان (٣).
 وطائفة ثالثة منها تدل على الضمان مع الاتلاف، وعدمه مع التلف، كخبر بكر ابن حبيب عنه عليه السلام: لا أئضمن القصار إلا ما جنت يده، وإن اتهمته أئلفته (٤).
 وطائفة رابعة تدل على التضمن مع التهمة، وعدمه مع عدمها، وهي كثيرة كصحيح أبي بصير عنه عليه السلام: لا أئضمن الصائغ، ولا القصار، ولا الحائك، إلا أن أئكونوا متهمين (٥) الحديث، ونحوه غيره.
 والمستفاد من هذه النصوص بعد رد بعضها إلى بعض أنه في صورة الاتلاف أئثبت الضمان، وفي صورة التلف لا ضمان مع كونه أميناً، وكذا لو كان متهما فأئثبت التلف بالبينة أو الحلف، وأما لو كان متهما ولم أئثبت التلف فهو ضامن. وهذا كله على وفق القاعدة، سوى عدم قبول دعوى التلف من الأمين، والأصل الذي أسسه أمير المؤمنين عليه السلام في هذا الباب هو ذلك لا الضمان في صورة التلف، ولذا قال في ذيل خبر

- (١) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ٩.
- (٢) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ٦.
- (٣) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ١٤.
- (٤) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ١٧.
- (٥) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ١١.

السكوني المتضمن لذلك الأصل: وكان عليه السلام لا يضمن من الغرق والحرق والشئ الغالب، ولا مانع من العمل بهذه الأخبار على خلاف القاعدة، فلا يقبل قول الأمين في دعوى التلف مع كونه متهما.

ثم إن وظيفة مدعي التلف بحسب موازين باب القضاء هو إقامة البينة، ولكن المستفاد من هذه النصوص جواز تحليفه والاكتفاء بحلفه عن البينة، ففي خبر بكر المتقدم: وإن اتهمته أحلفته، وفي خبره الآخر: إن اتهمته فاستحلفه، وفي صحيح أبي بصير المتقدم: لا يضمن الصايغ، ولا القصار، ولا الحائك، إلا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبينة ويستحلف، لعله يستخرج منه شيئا، فإن ظاهره جواز كل من مطالبة البينة والاستحلاف.

عدم ضمان صاحب الحمام

ثم إن في المقام فرعين مناسبين:

أحدهما: قالوا صاحب الحمام لا يضمن الثياب إلا إذا أودع وفرط أو تعدى، والظاهر أنه لا خلاف فيه. ويشهد له خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام: إن عليا عليه السلام كأن يقول: لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب، لأنه إنما أخذ الجعل على الحمام ولم يأخذ على الثياب (١) ونحوه خبر أبي البخترى (٢) وخبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: إن

(١) الوسائل باب ٢٨ من أبواب الإجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٢٨ من أبواب الإجارة حديث ٢.

أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب الحمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمه، وقال عليه السلام: إنما هو أمين (١).
وأورد على هذه النصوص بأن مقتضى الخبر الأخير كون صاحب الحمام أمينا دائما، وجعل ذلك علة لعدم الضمان، وعلل ذلك في الخبرين الأولين بأنه لم يأخذ الجعل على الثياب، مع أن أخذ الجعل أيضا أمين لا يضمن بدون التفريط.
وفيه: إن الأمين قسمان، أمين عام، وأمين خاص، إذ التأمين تارة عقدي وهي الوديعة، وأخرى غير عقدي وهي الأمانة بالمعنى الأعم، وهو مجرد تسليط الغير على المال عن رضاه. وفي الأول يجب الحفظ، فلو تركه وتلف فقد فرط فيكون ضامنا. وفي الثاني لا يجب الحفظ، إذ مع عدم الاستيداع من المالك الرجوع إلى الاستنابة في الحفظ، لا دليل على وجوب حفظ مال الغير، فبتركه لا يكون مفرطا فلا ضمان.
وعليه فالخبران الأولان يدلان على أن صاحب الحمام لم يأخذ الجعل على الثياب، فلا يكون الحفظ واجبا عليه، فلو ترك الحفظ وتلف الثياب لا تفريط فلا ضمان عليه. والخبر الأخير يدل على أنه أمين، والأمين كان عاما أو خاصا لا ضمان عليه.

وبذلك يظهر أنه لو استؤجر مع ذلك على الحفظ، فتلفت الثياب بتركه التحفظ ضمن. وهل يصح شرط الضمان بدون الاستئجار فيضمن مع التلف أم لا؟ وجهان تقديما، وعرفت أن الأظهر ذلك.
الثاني: في الاستئجار على حفظ الثياب مطلقا، وقد ظهر مما أسلفناه أن مقتضى القاعدة هو الضمان مع ترك التحفظ، وعدمه مع التلف السماوي، أو ما غلب عليه

(١) الوسائل باب ٢٨ من أبواب الإجارة حديث ١.

كالسرقة غيلة مع كمال التحفظ. وأما الصحيح عن مولانا الصادق عليه السلام عن رجل استأجر أجيرو فأقعه على متاعه فسرق، قال عليه السلام: هو مؤتمن (١) فمحمول على ما هو الغالب من السرقة غيلة ولو مع التحفظ. استئجار الدراهم والدنانير خاتمة: في بيان فروع باقية من الأحكام.

الأول: إنه وقع الخلاف بين الأصحاب في استئجار أشياء ليس لها منفعة مقصودة للعقلاء، أو ما له منفعة مقصودة ولكن استؤجر لغير تلك المنفعة - كاستئجار الدرهم والدينار للتزيين، واستئجار التفاح للشم، والطعام لتزيين المجلس وما شاكل - والمشهور بينهم جواز ذلك، وخالف في ذلك صريحاً الحلبي، وتردد فيه جماعة. ومنشأ الاشكال - مع أن مقتضى الاطلاقات صحة الإجارة - أمران: أحدهما: من ناحية عدم المنفعة، نظراً إلى أن منافع الأشياء على قسمين: منافع مقصودة وهي ما يترقب من الأعيان - كسكنى الدار، وركوب الدابة، وأكل التفاح، وصرف النقود في التكسب - ومنافع غير مقصودة - كشم التفاح، والتزيين بالنقدين، وما شاكل - ومناطق صحة الإجارة كون العين ذات منفعة عقلائية وتعلق الإجارة بها لذلك، وإلا فتكون الإجارة غير عقلائية وسفهية وباطلة.

وفيه: إنه لا اشكال في أن الإجارة لتمليك المنفعة ومع عدمها لا إجارة، ولكن اعتبار كون المنفعة من المنافع المقصودة العقلائية مما لا شاهد به. ودعوى أن الإجارة

(١) الوسائل باب ٢٨ من أبواب الإجارة حديث ٣.

حينئذ سفهية يدفعها:

أولاً: إن تعلق غرض عقلائي بالمنفعة غير كونها مقصودة عند العقلاء، إذ قد يتعلق الغرض بالمنفعة غير المقصودة، والمخرج للإجارة عن السفهائية هو تعلق غرض عقلائي بها، لا كون المنفعة مقصودة عند العقلاء.
وثانياً: إنه لا دليل على بطلان المعاملة السفهائية، إذ الدليل دل على بطلان معاملة السفهية (١) وأما معاملة الكامل السفهائية فهي باقية تحت الاطلاقات والعمومات.

الثاني: إن مناط مالية الأشياء هي منافعها المقصودة للعقلاء، فما لا منفعة مقصودة للعقلاء فيه لا يكون مالا عندهم، كما أن المنفعة غير المقصودة لهم ليست بنفسها مالا، ويعتبر في البيع والإجارة وغيرهما من المعاوضات كون مورد المعاملة مالا كما هو واضح، فمع كون المنفعة غير مقصودة للعقلاء لا تكون مالا فلا يصح تملكها بعوض.

وفيه: إنه لم يدل دليل على اعتبار كون ما يقع مورد الإجارة مالا، إذ ربما يبذل الأجرة بإزاء شيء غير مال، لغرض عقلائي مترتب على الانتفاع بالعين الذي لا يحصل إلا ببذل العوض، مع أن للمنع عن كون المنفعة غير المقصودة للعقلاء غير مال مجالا واسعا. فالأظهر هو صحة الإجارة في هذه الموارد.
عدم لزوم اتصال المدة بالعقد
الثاني: المشهور بين الأصحاب أنه لا يشترط في الإجارة اتصال مدتها بالعقد،

(١) النساء آية ٧ - الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الحجر.

- أم لا تصح؟ والحق أن يقال: إنه إن لم تكن قطعات الزمان مختلفة بلحاظ المالية من حيث الصيف والشتاء أو من جهات آخر، صح العقد وإلا بطل للزوم الغرر. ثم إنه لو آجر داره شهرا انصرف الاطلاق إلى الاتصال بالعقد وإلا بطل كراهة استعمال الأجير قبل مقاطعته على الأجرة الثالث: قالوا يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة، وعن غير واحد أنه لا خلاف في الجواز والكراهة. وينبغي أولا تعيين مورد الحكم ثم ذكر دليله. أما الأول، فالظاهر أن مورده ليس هو الإجارة القولية أو المعاطاتية في الموارد التي ليس للعمل أجرة عادية - لاستلزام عدم المقاطعة حينئذ جهالة الأجرة وهي توجب البطلان فلا معنى للكراهة - ولا الإجارة في المورد الذي يكون له أجرة عادية فإنه كالمذكور كما في الالتزامات الضمنية، بل الظاهر أن مورده العمل بعوض الذي هو معاملة مستقلة قامت السيرة القطعية عليها، نظير الإباحة بالعوض التي تقدم الكلام فيها وفي الدليل على مشروعيتها الجاري في العمل بعوض. وأما الثاني، فيشهد به صحيح (١) سليمان بن جعفر الجعفري: إن مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلمانة وغضب غضبا شديدا، حيث استعانوا برجل في عمل وما عينوا له أجرته، فقال له سليمان: جعلت فداك، لم تدخل على نفسك؟ فقال عليه السلام: إني قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة، إلى أن قال: واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئا بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب الإجارة حديث ١.

نقصته أجرته، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبة عرف ذلك لك ورأي أنك قد زدته ونحوه غيره (١). والصحيح بنفسه ظاهر في الجواز، نظرا إلى ما ذكره عليه السلام تعليلا للنهي، مضافا إلى السيرة وعدم الخلاف.

الرابع: قد ذكر في جملة من الكلمات في أحكام الإجارة أنه يكره أن يضمن الأجير إلا مع التهمة، وقد مر موارد ضمان الأجير وعدم ضمانه، فإن كان المراد مورد عدم الضمان فالتضمين حرام غير جائز، وإن كان المراد مورد الضمان فلا دليل عليه، لأنهم استدلوا له بالنصوص (٢) الناهية عن التضمين مع عدم التهمة، وقد مر أن مفاد تلك النصوص عدم الضمان إلا مع التهمة.

نعم، يمكن أن يقال: بأن الأولى عدم التضمين في موارد الاتلاف التي عرفت ثبوت الضمان، لما روي عن الفقيه مرسلا، قال الإمام الصادق عليه السلام: كان أبي عليه السلام يضمن الصائغ والقصار ما أفسدا، وكان علي بن الحسين عليهما السلام يتفضل عليهما (٣) وقريب منه غيره. وظاهر التفضل أن الضمان ثابت، ولكن كان بنائه عليه السلام على عدم التضمين والابراء، ونفس التعبير بالتفضل ظاهر في استحبابه لا لزومه، وهو وإن لم يختص بصورة عدم التهمة إلا أنه يمكن أن يكون التقييد به، لما في خبر آخر: كان أبي عليه السلام يتطول عليه إذا كان مأمونا (٤) فتدبر. وعلى ما ذكرناه فالأولى التعبير باستحباب الابراء وعدم التضمين لا كراهته.

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب الإجارة حديث ٢، ٣.

(٢) الوسائل باب ٣٠ - من أبواب الإجارة.

(٣) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ٢٠.

(٤) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الإجارة حديث ٤.

وأما الثاني: فالظاهر جواز الرجوع على المالك، لمفهوم التعليل في صحيح أبي ولاد المتقدم، قال قلت: قد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟ قال عليه السلام: لا، لأنك غاصب (١) فإن المفهوم منه أن غير الغاصب له الرجوع بما أنفق على الدابة. ثم إنه فيما يجب عليه البذل لو تركه فتلف، هل يكون ضامنا؟ الظاهر ذلك، لصدق التعدي والتفريط، ويستفاد ذلك من النصوص الدالة على الضمان مع تجاوز الشرط، لاحظ صحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفتت الدابة، قال عليه السلام: إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن لأنه لم يستوثق منها (٢).

وصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن رجل استأجر دابة فأعطها غيره فنفتت ما عليه، قال عليه السلام: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء (٣) ونحوهما غيرهما. وهذه النصوص تدل على الضمان من وجهين: أحدهما - تضمنها أن التلف مع تخلف الشرط موجب للضمان. ثانيهما - دلالتها على الضمان مع عدم الاستيثاق، الظاهر لزومه بمقتضى الشرط الضمني. فلا اشكال في الضمان.

(١) الوسائل باب ١٧ - من أبواب الإجارة حديث ١ -

(٢) الوسائل باب ١٧ - من أبواب الإجارة حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١٦ من أبواب الإجارة حديث ١.

حكم نفقة الأجير

السادس: المشهور - كما عن اللمعة - أنه من استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه كانت نفقته على المستأجر إلا أن يشترط كونها على الأجير. وعن جماعة عدم الوجوب، بل المصنف ره في محكي التذكرة نقل عن بعضهم عدم الخلاف فيه ساكتا عليه.

ومقتضى القاعدة عدم الوجوب، لأن الإجارة لا تقتضي سوى كون عمل الأجير للمستأجر بإزاء الأجرة المعينة، إلا إذا كان هناك عادة مستقرة على كون نفقة الأجير على المستأجر، ويكون ذلك حينئذ من قبيل الشرط الضمني فتجب لذلك، وإن كان فيه اشكال من جهة جهالة الشرط، ولذا قال في المسالك - بعد حكمه بوجوبها مع الشرط - : وحيث يشترط على المستأجر فلا بد من بيان قدرها ووصفها، ولكن عن التذكرة عدم الضرر في جهالة النفقة، لأنها من التوابع حينئذ كأس الجدار. وكيف كان، فقد استدلل للوجوب بالصحيح إلى سليمان بن سالم، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقة ودرهم مسماة على أن يبعثه إلى أرض، فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر، فنظر الأجير إلى ما كان ينفق عليه في الشهر إذا هو لم يدعه فكافأه به الذي يدعوه، فمن مال من تلك المكافأة أمن مال الأجير أو من مال المستأجر؟ قال عليه السلام: إن كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله، وإلا فهو على الأجير (١) الحديث، بتقريب أنه يدل على أن البقاء عنده إن كان في الاشتغال

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب الإجارة حديث ١.

لو استأجر لها، فهل يملك المستأجر ما حازه أم لا؟
وملخص القول فيه: إنه تارة يجوز للأجير للمستأجر، فالظاهر أنه لا اشكال في صيرورته ملكا له، لا من جهة الإجارة بل من جهة أن المرتكز في أذهان العرف كون الحيازة من العناوين القابلة للنيابة والوكالة، وهو المعيار المائز بين ما تدخله النيابة والوكالة وما لا تدخله، بل قد يقال إن التسالم على كون القبض مما تدخله النيابة في كل مورد كان موضوعا لحكم شرعي، يقتضي البناء عليه هنا لأنها من أنواعه وأنحاءه، وعلى الجملة لا ينبغي التوقف في أن هذا العنوان كعناوين العقود والايقاعات قابل للنيابة والوكالة، فحينئذ إن حاز الأجير للمستأجر ونيابة عنه ملك المستأجر ما يحوزه.

وأخرى يحوز الأجير لنفسه لا للمستأجر، فمقتضى ما دل على أن من حاز ملك - وإن لم أظفر بما تضمن هذه العبارة، إلا أن بمضمونها رواية وهي ما تضمن قول أمير المؤمنين عليه السلام: للعين ما رأت ولليد ما أخذت (١) وقريب من هذا المضمون غيره - هو كونه ملكا للأجير لا للمستأجر.

وقد استدلل لصيرورته ملكا للمستأجر بعقد الإجارة بوجوه:
أحدها: ما أفاده صاحب الجواهر ره، وهو أن حيازة الأجير حيازة المستأجر، ويده على المباح يد المستأجر، من جهة أن حيازته على المفروض مملوكة له، فنية الخلاف من الأجير كنية التملك من أحد بالنسبة إلى ما حازه غيره.
وفيه: إن الإجارة إنما توجب ملكية الحيازة ولا توجب استناد الحيازة إليه، والدليل دل على أن ما يحوزه الحائز لمن تستند إليه الحيازة لا لمن هو مالك للحيازة،

(١) الوسائل - باب ٣٨ من أبواب الصيد - من كتاب الصيد والذباحة.

والفرق ظاهر، بل لو كانت الحيازة مستندة إليه لم تكن كافية في الملكية، فإن الحيازة ليست سببا قهريا للتملك بحيث يملك الحائز ما حازه وإن لم يكن ذلك عن قصد - كحيازة النائم وشبهه - وعليه فالأجير لا يملك ما حازه لعدم كون الحيازة مستندة إليه بل إلى المستأجر، والمستأجر لا يملكه لعدم قصد التملك له. ثانيها: ما عن بعض الأجلة، وهو كون الحيازة موجبة لملك مالك الحيازة قهرا، وهي من الأسباب الشرعية القهرية، فالمستأجر يملك ما حازه الأجير لكون الحيازة له.

وفيه: إنها لو كانت من الأسباب القهرية مع أنه ممنوع، فهي سبب لملكية من أنتسب إليه الحيازة وهو الأجير، وحينئذ إن لم نعتبر ملكية الحيازة يملكه الأجير وإلا فلا يملكه المستأجر ولا الأجير، أما الأول فلعدم الاستناد، وأما الثاني فلعدم الملكية. ثالثها: إن ملكية ما حازه من آثار ومنافع الحيازة، فتتبع ملكية الحيازة. وفيه: إن ملكيته من آثار نفس الحيازة المنتسبة إلى الحائز لا من آثار ملكيتها، كما يظهر من أدلة مملكية الحيازة. فالأظهر عدم صيرورته ملكا للمستأجر، والحمد لله أولا وآخرا.

المزارعة

(الفصل الثاني: في المزارعة والمساقاة) أما المزارعة فهي لغة مفاعلة من الزرع، وقالوا شرعا هي معاملة على الأرض بحصة من حاصلها، ولعل تحقق المعنى اللغوي فيها باعتبار مباشرة أحدهما وأمر الآخر. وكيف كان، فلا اشكال في أن هذا التعريف من قبيل شرح الاسم.

وقد وقع الكلام في ماهيتها، وأنها هل تكون من سنخ المشاركات أو المعاوضات، وعلى الثاني فهل 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، أم هي تمليك حصة من منفعة الأرض من الزارع بحصة من عمله مع اشتراط كون الحاصل بينهما بنسبة الحصتين، فتكون من إجارة الأرض بالعمل مطلقا على الأخير، ومن إجارة الأرض تارة وإجارة النفس أخرى على ما قبله؟ وجوه. الظاهر هو الأول، فإنه لا ريب في أن هذه المعاملة معاملة عقلائية وقد أمضاها الشارع الأقدس، واعتبر فيها أموراً كما في سائر الامضائيات، وإذا راجعنا أهل العرف نراهم لا يخطر ببالهم إجارة الأرض أو النفس، ولذا تصح المزارعة مع عدم كون الأرض ملكاً للمزارع بل كان مالكا للانتفاع بها كما سيمر عليك. ولعله يشير إلى ذلك خبر يعقوب بن شعيب عن مولانا الصادق عليه السلام، قال: وسألته عن المزارعة، فقال عليه السلام: النفقة منك والأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر (١) الحديث. وخبر الكرخي عنه عليه السلام، قال: قلت له: أشرك العليج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر، ويكون علي العليج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه، ويبقى ما بقي علي أن للعليج منه الثلث ولي الباقي، قال عليه السلام: لا بأس بذلك. قلت: فلي عليه أن يرد علي مما أخرجت الأرض البذر ويقسم ما بقي؟ قال عليه السلام: إنما شاركته علي أن البذر من عندك، وعليه السقي والقيام (٢) وقريب منهما غيرهما.

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب المزارعة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١٠ - من أبواب المزارعة حديث ١.

وأما الدليل على مشروعية هذه المعاملة فأمور:

١ - إنها معاملة عقلائية لم يردع الشارع الأقدس عنها، وذلك كاشف عن امضائه إياها.

٢ - العمومات الدالة على امضاء كل عقد، مثل (أوفوا بالعقود) (١) وآية التجارة عن تراض (٢) ونحوهما، فإنها بعمومها واطلاقها تدل على امضاء كل معاملة عقلائية منها هذه المعاملة.

٣ - جملة من النصوص الخاصة الواردة فيها وفي المساقاة البالغة حد التواتر، وسيأتي طرف منها في طي المباحث الآتية.

بل ادعى بعض المحققين أنها مستحبة، واستدل له بما دل على استحباب الزراعة (٣) بدعوى كونها أعم من المباشرة والتسييب.

ولكن يرد عليه أن غاية ما يستفاد من هذه النصوص كون الزراعة مستحبة في نفسها، ولا تدل على استحباب التكسب بها.

وأما ما رواه زيد بن ثابت: نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن المخابرة.

قلت: وما المخابرة؟ قال صلى الله عليه وآله: أن تأخذ الأرض بنصف أو بثلث أو

بربع (٤) فلا بد وأن يحمل على ما لا ينافي النصوص المتقدمة، مع الاغماض عن ضعف

سنده، وإلا فللاعراض عنه ومعارضته لما تقدم لا بد من طرحه، كيف وقد استفاضت

النصوص بأن رسول الله صلى الله عليه وآله قبل خيبر أعطاهم اليهود حين فتحت

(١) المائدة آية ٢.

(٢) النساء آية ٢٩.

(٣) الوسائل باب ٣ - من أبواب المزارعة والمساقاة.

(٤) التذكرة ج ٢ ص ٣٣٧ - كتاب المزارعة.

بالنصف (١)

ثم إن الشهيد الثاني قد أفاد في المسالك أنه لا بد من كون الأرض ملكاً لأحدهما عينا أو منفعة، لأنه المستفاد من حقيقة المزارعة وصيغتها، فلا تشرع المزارعة في الأرض الخراجية بلا حيلة من الحيل الشرعية، ثم ذكر جملة من تلك الحيل. وهذا بظاهره ظاهر الفساد إذ - مضافاً إلى ما مر من أن المزارعة حقيقتها من المشاركات وليست من قبيل إجارة الأرض كي تتوقف على كونه مالكا لها أو لمنفعتها، وبناء العقلاء واطلاقات المزارعة ينفيان اعتبار ذلك - يشهد لعدم اعتباره جملة من الأخبار الخاصة، لاحظ:

صحيح يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما، قال عليه السلام: لا بأس (٢).
وصحيح الحلبي عنه عليه السلام في حديث عن مزارعة أهل الخراج بالربع والثلث والنصف، قال عليه السلام: نعم، لا بأس به (٣) ونحوهما غيرهما.
ولذلك تصدى جماعة لتوجيه كلامه وحملوه على إرادة أنه إذا لم يكن لأحدهما جهة اختصاص بالأرض ولم يكن له فيها حق لا يجوز المزارعة وهو واضح، ومراده من الأرض الخراجية هي ما للمسلمين قاطبة ولا يكون له فيها جهة اختصاص.
وكيف كان، فالأظهر صحة المزارعة مع ثبوت حق للمزارع في الأرض، كانت

(١) الوسائل باب ٨ و ٩ و ١٠ من أبواب المزارعة - والمستدرک باب ٦ منها.

(٢) الوسائل باب ١٠ من أبواب المزارعة حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٨ - من أبواب المزارعة حديث ٨.

وهما عقدان لازمان لا يبطلان إلا بالتفاسخ

ملكا له، أو كان له منافعتها، أو الانتفاع بها، أو حق الأولوية فيها. نعم، إذا لم يكن له حق فيها لا تصح المزارعة، فلا تجوز المزارعة في الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، لفقد تسلط أحدهما على الأرض الذي هو ركن في المزارعة وبدونه لا معنى للمشاركة. نعم، تصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر، أو بإجارة أحدهما للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك، لكنه ليس من المزارعة المصطلحة.

وأما المساقاة فهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها، ولا اشكال ولا خلاف في مشروعيتها. ويشهد لها - مضافا إلى الاجماع، وإلى أنها معاملة عقلائية لم يردع عنها الشارع الأقدس - جملة من الأخبار الخاصة، كخبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمان أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج، قال عليه السلام: لا بأس (١). وطائفة من الأخبار الواردة في قصة خبير (٢)، فإنه وإن لم يكن تصريح فيها بالمساقاة إلا أنها دالة عليها صريحا وظاهرا.

وحيث إنه ليس في الأدلة لفظ المساقاة، فلا يهمننا البحث في مفهوم هذا اللفظ. وأما المعاملة الخاصة فالظاهر كونها كالمزارعة من قبيل المشاركات، وما ذكرناه في المزارعة جار هنا.

(وهما) أي المزارعة والمساقاة (عقدان لازمان لا يبطلان إلا بالتفاسخ) بلا خلاف. أما كونهما من العقود اللازمة فلعوم ما دل على أن الأصل في العقود اللزوم من الآية الكريمة (أوفوا بالعقود) (٣) وغيرها مما مر في كتاب البيع. وأما مشروعية

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب المزارعة حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٨ و ٩ و ١٠ من أبواب المزارعة.

(٣) سورة المائدة آية ٢.

الإقالة فيهما وانفساخهما بها - وهي التفاسخ بالتراضي - فلما مر في كتاب الإجارة من مشروعية الإقالة في العقود، نظرا إلى كون التقايل بنفسه من العقود فتشمله الأدلة العامة صحة ولزوما، فراجعه.

والمشهور بين الأصحاب على ما قيل إنهما لما كانتا من العقود اللازمة وجب انحصار ألفاظهما في الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة، وكذا يشترط فيهما ما يشترط في غيرهما من العقود اللازمة من العربية ووقوع القبول على الفور وما شاكل، لكن قد مر في كتاب البيع أنه لا يعتبر شيء من تلكم في شيء من العقود اللازمة، وأيضا قد ظهر مما ذكرناه في كتاب الإجارة جريان المعاطاة فيهما. ثم إنه حيث إن الأظهر عدم اعتبار الماضوية في صيغ العقود اللازمة كما مر، فلا يهمننا النزاع في أنه هل يكفي غير الماضي من الصيغ في المزارعة أم لا، والاستدلال للكفاية بالنصوص الخاصة فإنها حينئذ تكون على القاعدة.

شروط المزارعة - أحدها العقد من أهله والكلام في هذا الفصل يقع في مقامين:

الأول: في المزارعة.

الثاني: في المساقاة.

(أما المزارعة) فالكلام فيها في موضعين:

الأول: في شروطها.

الثاني: في أحكامها.

أما الأول (فشروطها خمسة):

الأول: (العقد من أهله) وهذا مركب من أمرين:
أحدهما: اعتبار العقد، وهو الايجاب والقبول فيها والمراد به إن كان هو
الاعتبار النفساني فاعتباره فيها من القضايا التي قياساتها معها، وإن كان هو المبرز له
وما ينشأ به من الألفاظ أو الأفعال فالدليل على اعتباره ما دل على اعتباره في جميع
العقود والايقاعات، وهو أن بناء العقلاء والشارع الأقدس على عدم ترتيب الآثار
على الالتزامات النفسانية ما لم تبرز بما يكون مبرزا لها نوعا، ولذا لا يصح انشاء عقد
بما وضع لآخر إلا مع القرينة الموجبة لظهوره فيه، وأما الخصوصيات المعتبرة فيهما فقد
مر الكلام فيها مفصلا في البيع، وكفاية المعاطاة والعقد المركب من القول والفعل
ظاهرة مما ذكرناه في كتاب الإجارة فلا نعيد.

ثانيهما: صدور العقد من أهله، وهو كونه بالغا عاقلا مختارا غير محجور عليه
لسفه أو فلس. ومدرك اعتبار الأولين حديث رفع القلم عنهما (١) ومدرك اعتبار الثالث
حديث رفع ما استكرهوا عليه (٢) ومدرك اعتبار الرابع تعلق حق الغرماء بماله في
الفلس، وما دل على عدم جواز أمر السفية في التصرف المالي (٣) على ما سيحى. وقد
مر تفصيل الكلام في جميع تلكم في كتاب الإجارة، ومما قدمناه فيه يظهر أنه لا مانع
من كون الزارع مفلسا إذا لم يكن منه مال، لعدم كونه تصرفا ماليا.

(١) الوسائل باب ٤ - من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١ - وباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس

حديث ٢ - وباب ٨ من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وباب ١٢ من أبواب كتاب الايمان.

(٣) النساء آية ٦ - الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الحجر.

وأن يكون النماء مشاعا

اعتبار كون النماء مشاعا بينهما

(و) الثاني: (أن يكون النماء مشاعا) بينهما تساويا أو تفاضلا بلا خلاف فيه،
وظاهر الحدائق - حيث قال: والظاهر أن دليله الاجماع - الاجماع عليه، وهو صريح
الغنية.

واستدل له، تارة بالاختصار على المتيقن من النص والفتوى في عقد المزارعة
المخالف لأصالة عدم الغرر، ذكره سيد الرياض.
وأخرى بما في المسالك من منافاة عدم إشاعة النماء بينهما لوضع المزارعة.
وثالثة بجملة من النصوص استدلل بها في الحدائق، كحسن الحلبي عن مولانا
الصادق عليه السلام: لا بأس بالمزارعة بالثلث والرابع والخمس (١). وصحيح عبد الله بن
سنان الآتي: ولكن يقول ازرع فيها كذا وكذا، إن شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً (٢) ونحوه
خبر أبي الربيع (٣).

ولكن يرد الأول: أنه لا فرق في لزوم الغرر بين جعل النماء مشاعا بينهما، أو
تخصيص كل واحد بنوع من الزرع دون صاحبه. وإن شئت قلت: إن دليل مشروعية
المزارعة أخص من ما دل على النهي عن الغرر (٤) من هذه الجهة، وإطلاق المقيد مقدم
على إطلاق المطلق كما حقق في محله.

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب المزارعة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب المزارعة حديث ٥.

(٣) الوسائل باب ٨ من أبواب المزارعة حديث ١٠.

(٤) التذكرة ج ١ - ص ٤٦٦ - وسبقه الشيخ في الخلاف.

والثاني: إن وضع المزارعة على كون بعض الحاصل لصاحب الأرض وبعضه للعامل، وأما كون ذلك بنحو الإشاعة فلم يظهر منه ذلك. وإن شئت قلت: إن اعتبار ذلك أول الكلام، فكيف يفرض مفروغا عنه!

والثالث: إن تلك الأخبار لا مفهوم لها، أما الأول فواضح، وأما الأخيران فلأنهما في مقابل تسمية شيء من الحاصل للبقر وشيء منه للبذر، لاحظ ما في أولهما قال عليه السلام: لا يسمى شيئا من الحب والبقر، ولكن يقول ازرع... الخ. فالحق أن يستدل له بصحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام: لا تقبل الأرض بحنطة مسماة، ولكن بالنصف والثلث والرابع والخمس لا بأس به (١) بناء على إرادة المزارعة من القبالة فيه أو ما يشملها، وظهوره في اعتبار كون النماء حصة مشاعة لا ينكر.

وعلى هذا فلو اقتص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه، كان يشترط أحدهما الهرف أي المتقدم من الزرع والآخر المتأخر منه، أو ما يزرع على مكان معين والآخر ما يزرع في غيره، أو نحو ذلك مما لا إشاعة في شيء منه بينهما، لا تصح المزارعة.

إنما الكلام فيما لو كانت الإشاعة في الجملة محققة، ولكن بعد استثناء شيء معين، كان يشترط لأحدهما قدرا من الحاصل وما زاد عليه بينهما، فالمنسوب إلى المشهور عدم صحتها أيضا. وعن المصنف ره جواز استثناء شيء مطلقا، ورجحه في محكي الكفاية وفي الجواهر وغيرهما. وعن الشيخ في النهاية وجماعة جواز استثناء البذر من جملة الحاصل.

واستدل للأول بظهور النصوص في اعتبار الإشاعة في الحصة، وينافيها

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب المزارعة حديث ٣.

البذر من عندك، وعليه السقي والقيام (١). فإن صدره صريح في جعل مقدار من الحاصل للغير، وعدم إشاعة الحصة في المجموع، وذيله ظاهر في ذلك فإنه عليه السلام علل عدم جواز أخذ مقدار البذر من الحاصل بأنه عند عقد الشركة لم يصرح بذلك، فيستكشف منه أنه لو كان صرح به لما كان فيه محذور.

وخبر يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال عليه السلام: لا بأس (٢) ونحوهما غيرهما.

ومما ذكرناه يظهر حال مسألة أخرى، وهي ما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصة من ذهب أو فضة أو غيرهما، فإنه لا اشكال في الجواز، بل الوجوه المذكورة لعدم الجواز في المسألة المتقدمة لا تجري هنا،

ولذا ذهب المشهور إلى الصحة هنا، بل ظاهر المسالك عدم الخلاف فيها. وفي الجواهر: قال في المفاتيح في بعض الأخبار عليه دلالة، قيل: ولعله ما أشار إليه في الكفاية من بعض المعبرة عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران، ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهما، فربما نقص وغرم وربما استفضل وزاد، قال عليه السلام: لا بأس إذا تراضيا (٢) انتهى. وفيه تأمل.

وكيف كان، ففي المسالك أن قراره حينئذ مشروط بالسلامة، كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة في البيع، ولو تلف البعض منه سقط منه بحسابه، لأنه كالشريك وإن كان حصته معينة، انتهى!

-
- (١) الوسائل باب ١٠ من أبواب المزارعة حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ١٠ من أبواب المزارعة حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ١٤ من أبواب المزارعة حديث ١.

وأورد عليه بمنافاته لعموم ما دل على لزوم الشرط (١) بعد فرض كونه في الذمة، وبذلك يفرق بينه وبين استثناء الأبطال التي هي بعض المبيع. ويمكن أن يوجه كلام ثاني الشهيدين ره بأن الظاهر من الشرط ليس جعل شيء له مجاناً، بل بإزاء ما يصل إلى الآخر، فيتم ما أفاده، اعتبار تعيين المدة في المزارعة

(و) الثالث: تعيين (الأجل المعلوم)، بلا خلاف معتد به بل لعل الاجماع عليه، كذا في الجواهر. وفي الحدائق الفتوى صريحا بعدم اعتباره. والأول أظهر، لعموم ما دل على النهي عن الغرر (٢) الشامل للمقام مع الجهل بالمدة كما في الإجارة، فإن المزارعة وإن لم تكن من المعاوضات بل من قبيل المشاركات ولكنها من العقود اللازمة، ولم يقيد الغرر المنهي عنه بما في المعاوضات. ودعوى أن المزارعة تحتمل من الغرر ما لا يحتمله غيرها، مندفة بأن ذلك بالنسبة إلى الحصاة لا في غيرها. لا يقال: إن النسبة بين مطلقات المزارعة، وما دل على النهي عن الغرر، عموم من وجه، فلا وجه لتقديم النبوي. فإنه يتوجه عليه: أولاً: إن النبوي حاكم على أدلة الباب، وهو ينفي المعاملة المشروعة في نفسها لولا الغرر إذا كانت غررية.

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

(٢) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

وثانياً: إنه لو سلم كون النسبة عموماً من وجه من دون حكومة في البين،
يقدم النبوي للشهرة التي هي أول المرجحات.
ودعوى أن لكل زرع أمدا معتادا، فيبنى مع الاطلاق على العادة،
ويكتفى به عن ذكر المدة، فيها: أنه إن أوجب الاطمينان بالمدة فهو في حكم
التعيين، وإلا فلا يوجب رفع الغرر، فلا يكتفى به.
وقد استدل للمختار بروايات متعددة أكثرها لا تدل عليه. نعم، لو قيل
بدلالة خبر أبي الربيع الشامي عن مولانا الصادق عليه السلام عن أرض يريد
رجل أن يتقبلها، فأى وجوه القبالة أحل؟ قال عليه السلام: يتقبل الأرض من
أربابها بشئ معلوم إلى سنين مسماة فيعمر ويؤدي الخراج، فإن كان فيها علوج
فلا يدخل العلوج في قبالته، فإن ذلك لا يحل (١) عليه، نظراً إلى أن المراد بالقبالة
المزارعة أو ما يشملها، ليس بكل البعيد.
وقد ذهب جماعة إلى اعتبار كون المدة مما يعلم فيه ادراك الزرع ولو من
جهة العادة، لأن ادراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة، بل هو ركنها الأعظم.
ويمكن أن يستدل له في صورة احراز القصور بمنافاته لما هو المقصود من
المزارعة، وفي صورة الشك بحديث النهي عن الغرر.
وتمام الكلام في المقام في ضمن فروع:
١ - لو شرط في العقد تأخيره إن بقي بعد المدة المشترطة، ففي الشرايع
بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة، ووجهه في المسالك والجواهر بأن
المدة تصير في الحقيقة هي المجموع من المذكور وما بعده إلى أن يدرك الزرع

(١) الوسائل باب ١٨ من أبواب المزارعة حديث ٥.

مع الأجرة.

وجه الأول: عموم ما دل على تسلط الناس على أموالهم (١) وعدم حل مال المسلم إلا بطيب نفسه (٢) ضرورة عدم حق للزارع بعد المدة التي ذلك فائدة جعلها غاية.

ووجه الثاني: إنه قد حصل في الأرض بحق، فلم يكن للمالك قلعه، وأن للزارع أمدا معينا غير دائم الثبات، فإذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع، كما لو استأجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه.

ووجه الثالث: كونه جمعا بين الحقين، هكذا ذكروا.

وحق القول في المقام أن يقال: إنه لا ينبغي التوقف في سقوط حق الزارع، لأن الحق كان إلى غاية فلا حق له بعدها، وكون أمدا معينا للزرع لا يوجب ثبوت حق للزارع في الأرض، بعد عدم كونه المعاملة واردة على الزرع بما له من الأمد بل إلى وقت معين. وأما أنه هل لمالك الأرض إزالته ففيه اشكال، نظرا إلى أن عموم الناس مسلطون على أموالهم إنما يدل على جواز التصرف في ماله لا في مال الغير، ألا ترى أنه لا يصح أن يقال إن مقتضى قاعدة السلطنة جواز أن يذبح حيوانا للغير بمديته من جهة أنه تصرف في المدية، وفي المقام غاية ما تدل عليه قاعدة السلطنة جواز التصرف في الأرض، أما جواز التصرف في الزرع بالإزالة فلا يستفاد منها.

وهل له الأمر بالإزالة فيجب على الزارع تلك، وإن لم يفعل يلزمه الحاكم عليها أم لا؟ الظاهر أن له تلك إلا في صورة واحدة، وهي مما لو استلزم القلع والإزالة الضرر

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - و ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي المستدرك ج ١ ص ٢١٢.

على الزارع، وكان بقاء الزرع في الأرض غير موجب لتضرر المالك ولا كان له نفع في قلعه، فإنه في هذه الصورة يمكن أن يقال إن مقتضى حديث لا ضرر (١) عدم وجوب الإزالة، وإنما لم نقل بذلك فيما إذا تضرر المالك ببقاء الزرع أو كان له نفع في قلعه، فلما حقق في محله وصرح به جماعة بل المشهور من أنه لا يجب تحمل الضرر لدفعه عن الغير، لأن حبس المالك عن الانتفاع بملكه وجعل الجواز تابعا لتضرر الغير حرج عظيم، ولا يعارضه تضرر الغير، وتام الكلام في محله. ولذلك أفتوا بجواز أن يتصرف الانسان في ملكه بحفر بئر وشبهه وإن تضرر جاره بذلك، إن كان في ترك الحفر ضرر عليه أو كان له فيه نفع، راجع كلمات القوم في كتاب احياء الموات.

وعلى الجملة في خصوص هذه الصورة من جهة عموم حديث لا ضرر يحكم بأنه لا حق له في الإزالة، فليس له أن يأمر بها، ولا يجب على الزارع الإزالة، ولكن ليس لازم ذلك أن له ابقاء الزرع بلا أجر، بل من جهة أنه يستوفي بذلك منفعة الأرض فعليه أجره المثل للأرض. فالمتحصل مما ذكرناه أنه ليس له الإزالة بنفسه مطلقا، وإنما له أن يأمر بالإزالة بلا أرش، ولا حق للزارع في الابقاء إلا في صورة واحدة، وفي خصوص تلك الصورة له ابقاء الزرع مع الأجرة، فتدبر فإنه حقيق به. ثم إنه في موارد ثبوت حق الأمر بالإزالة للمالك، لا فرق بين أن يكون عدم ادراك الزرع بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير، أو من قبل الله تعالى كتغيير الأهوية وتأخير المياه. وأما في مورد ثبوت حق الابقاء للزارع، فلا يبعد القول بالاختصاص بما

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار - كتاب التجارة.

وتعيين الحصّة بالجزء المشاع وكون الأرض مما ينتفع بها

إذا كان ذلك من قبل الله تعالى، وإن كان من قبله لا حق له في الإبقاء من جهة أنه بفعله أقدم على الضرر، وفي مثل ذلك لا يصلح حديث لا ضرر لتخصيص عموم قاعدة السلطنة وحكومته عليها، كما لا يخفى.

ولو اتفقا على التبقية جاز بعوض وبغيره، وفي التبقية بالعوض يمكن أن يكون ذلك بنحو الإجارة، أو الصلح، أو الإباحة بعوض.

(و) الرابع: (تعيين الحصّة بالجزء المشاع) من الثلث أو ما شاكل، فلو قال: ازرع هذه الأرض على أن يكون لي أو لك شيء من حاصلها، بطل بلا خلاف، ويظهر وجهه مما ذكرناه في سابقة.

يعتبر كون الأرض مما ينتفع بها

(و) الخامس: (كون الأرض مما ينتفع بها) بأن تكون من أراضي الزراعة، وأن يكون لها ماء ولو تقديراً، إما من نهر وبئر وعين أو ما شاكل، ومن تلکم الأرض التي تسقيها الغيوث والأمطار عادة.

وإن لم يمكن الانتفاع بها بطلت المزارعة بلا خلاف في ذلك في الجملة، إلا ما عن المصنف ره في القواعد حيث قال - بعد ذكر الشرط المذكور - : ولو زارعها أو آجرها له ولا ماء لها، تخير العامل مع الجهالة لا مع العلم، لكن في الأجرة يشب المسمى، انتهى. وظهوره في صحة المزارعة لا ينكر، ولكن الظاهر إرادته صورة عدم الماء فعلاً وإن كان يمكن بحفر بئر مثلاً، لا صورة عدم إمكان الانتفاع بها للزرع، الذي لا يطابق ما اعترف به قبيل هذه العبارة من الشرط المزبور، وعلى ذلك يحمل ما عن ارشاده، قال: ولو زارع على ما لا ماء له بطل إلا مع علمه. فلا خلاف في

وله أن يزرع بنفسه، أو بغيره، أو بالشركة، ما لم يشترط المباشرة

التبعض ليس من ناحيته، بل من جهة تخلف الشرط الضمني.

وبما ذكرناه ظهر ما في كلمات الأصحاب في المقام.

حكم عقد المزارعة بين أزيد من اثنين

الموضع الثاني: في أحكامها، (و) فيه مسائل:

الأولى: (له) أي للزارع (أن يزرع بنفسه أو بغيره أو بالشركة ما لم يشترط المباشرة) وإلا تعين أن يزرع بنفسه عملاً بالشرط، وهذا لا كلام فيه لو كان المراد ظاهره، كما لا كلام في أنه يجوز كون الأرض من أحدهما والعمل والبذر والعوامل من الآخر، أو العمل من أحدهما والبقية من الآخر، والنصوص المتقدمة جملة منها شاهدة بذلك، إنما الكلام في موردين:

الأول: في جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين، مثال ذلك أن تكون الأرض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع، ففي محكي القواعد في صحة كون البذر من ثالث نظر، وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع. وفي المسالك في مقام بيان منشأ الاشكال، قال: من عموم الأمر بالوفاء بالعقد، والكون مع الشرط، ومن توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الأصل على التوقيف من الشارع، ولم يثبت منه مثل ذلك، والأصل في المزارعة قصة خبير، ومزارعة النبي صلى الله عليه وآله اليهود عليها على أن يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وله صلى الله عليه وآله وسلم شطره الآخر (١) وليس فيها أن المعاملة مع أكثر من واحد وكذلك

(١) الوسائل باب ٨ و ٩ من أبواب المزارعة.

ظاهر الفساد، وإن كان مراده انصراف العقد إلى ذلك فيرده أنه لا منشأ له سوى التعارف، وهو لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق.
فالانصاف أنه لا مانع من شمول العمومات، سيما على المختار من كون المزارعة من المشاركات، سوى النصوص الخاصة، لاحظ:
خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع أرض آخر، فيشترط عليه ثلثا للبذر وثلثا للبقر، فقال عليه السلام: لا ينبغي أن يسمى بذرا ولا بقرا، ولكن يقول لصاحب الأرض: ازرع في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمى بذرا ولا بقرا وإنما يحرم الكلام (١).
وخبر عبد الله بن سنان عنه عليه السلام - في حديث - : لا يسمى شيئا من الحب والبقر، ولكن يقول ازرع فيها كذا وكذا، الحديث (٢) ونحوهما غيرهما.
فإن المستفاد من هذه النصوص أنه لا يجوز أن يجعل بإزاء البذر والبقر شيئا من الحاصل، بل هو يجعل لصاحب الأرض والعامل، وليس معنى الفساد والبطلان إلا ذلك.

وعن المختلف حمل هذه النصوص على الكراهة، معللا بأنه لا ربا هنا، لأن الربا إنما يثبت في البيع خاصة.
وفيه: أولا: إنه ليس النظر في النهي إلى الربا قطعا، ولذا نهى عن جعله بإزاء البقر أيضا.
وثانيا: إن الحمل على الكراهة - مضافا إلى أنه خلاف الظاهر بلا قرينة عليه

(١) الوسائل باب ٨ - من أبواب المزارعة حديث ١٠.

(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب المزارعة حديث ٥.

ويزرع ما شاء مع عدم التخصيص في العقد

هو المباشر دون ذلك الغير.

وأما النص وهو موثق سماعة، سألته عن المزارعة قلت: الرجل يبذر في الأرض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعاما أو غيره، فيأتيه رجل فيقول له: مني نصف هذا البذر الذي زرعت في الأرض ونصف نفقتك علي وأشركني فيه؟ قال عليه السلام: لا بأس (١) فظاهره التشريك في حصة من الحاصل، وليس فيه ما يشهد بنقل المزارعة أو جعله شريكا معه في كونه طرفا للمالك، والله العالم.

حكم اطلاق المزارعة

الثانية: قالوا (و) لو أطلق المزارعة (يزرع ما شاء)، ولا يتعين نوع خاص (مع عدم التخصيص في العقد)، وتنقيح القول بالبحث في موارد:

١ - هل يصح الاطلاق فيختار الزارع ما شاء كما هو ظاهر المشهور، أم يعتبر التعيين كما عن المصنف ره. في التذكرة؟ وجهان.

واستدل المصنف لما اختاره بتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات، فيلزم من تركه الغرر.

وأورد عليه في المسالك بأن المالك دخل على أضر الأنواع من حيث دخوله في الاطلاق، فلا غرر.

وفيه: إن المالك إن عين الأضر فلا غرر. ولكن إن أطلق ولم يعين، وكان الخيار بيد الزارع ويكون له زرع الأضر وزرع غيره، فلا محالة يلزم الغرر، ودخول المالك

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب المزارعة حديث ١.

أنه يدفعها أن ما ينشأ بالعقد لا يختلف باختلاف الأغراض، ويكون ما وقع عليه العقد عنوانا لما يستحقه أحدهما على الآخر، فإذا وقع العقد على الأشد ضررا لا يجوز الأقل ضررا، والحكم في الإجارة أيضا كذلك.

حكم خراج الأرض ومؤونتها

الثالثة: (والخراج) ومؤونة الأرض - كأجرتها إذا كانت مستأجرة - ونحوها (على المالك)، فإن العامل إنما يجب عليه العمل، وما اشترط عليه من البذر والعوامل وأمر الأرض وما يتعلق بها إلى ربها.

بل في خبر سعيد الكندي، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني آجرت قوما أرضا فزاد السلطان عليهم، قال عليه السلام: اعطهم فضل ما بينهما. قلت: أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم؟ قال عليه السلام: إنهم زادوا على أرضك (١) وإن كان فيه قصور من حيث السند، والظاهر ولا أقل من المحتمل كونه في الخراج الذي هو على مالك الأرض، باعتبار أنه كأنه عوض الأرض يأخذه السلطان وغير مقدر بقدر، فقد يزيد السلطان فيه وقد ينقص.

فلا يرد عليه ما أفاده سيد الرياض، قال: ويستفاد من التعليل انسحاب الحكم في كل موضع يشابه مورده، كما يتفق كثيرا في بلادنا من الظلم على سكنة الدار بمال يكتب عليها، فمقتضى الأصل والقاعدة براءة ذمة أربابها وصرف الغرامة إلى السكنة، فإن المظلوم من ظلم. فإنه على ما ذكرناه يكون الخبر موافقا للقاعدة، بل

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب المزارعة - حديث ١٠.

وللأصل وهو أصالة البراءة عما زاد على ما وجب عليه بعقد المزارعة، والخبر وإن كان في الإجارة إلا أنه يستفاد حكم المقام منه بعموم التعليل. هذا كله (ما لم يشترط) على الزارع، وإلا لزم (عليه) عملا بالشرط، والظاهر تسالمهم عليه مع كونه معلوما.

وإنما أشكل الشهيد الثاني في المسالك في صورة الجهل، قال: ولو شرط عليه الخراج، فزاد السلطان فيه زيادة، فهي على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها ولم تكن معلومة، فلا يمكن اشتراطها، انتهى.

وأورد عليه صاحب الحدائق ره بأن المستفاد من الأخبار خلاف ما ذكره، لاحظ صحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليهما السلام في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص، فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة، قال عليه السلام: لا بأس (١) ورواه الصدوق بإسناده عن يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام.

وصحيح ابن شعيب عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما، قال عليه السلام: لا بأس (٢). قال: وهذه الأخبار ظاهرة في عدم ضرر جهالة الشرط المذكور.

وفيه: أولا: إنه ليس في هذه النصوص ما يدل على أن ذلك هل هو بعنوان الجعالة أو الصلح أو نحوهما المغتفر فيها الجهالة، أم بعنوان الإجارة وشبهها، ثم إنه

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب المزارعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٠ من أبواب المزارعة حديث ٢.

كان هناك عادة ينصرف إليها الاطلاق.

حكم الخرص

الرابعة: (والخرص جائز من الطرفين)، أي يجوز لكل من المالك والزارع أن يخرص على الآخر، كما هو المشهور بين الأصحاب.

والأصل في ذلك - مضافا إلى امكان دعوى أنها معاملة مستقلة، يشملها عموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد (١) بناء على ما هو الحق من عدم اختصاصه بالعقود المتعارفة التي لها عناوين خاصة، وإلى امكان ارجاعه إلى الصلح غير المعاوضي، فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصة أحدهما من المال المشترك كذا مقدار أو البقية للآخر شبه القسمة أو نوع منها - جملة من النصوص الخاصة الواردة هنا وفي الثمار:

كصحيح أبي الصباح الكناني، سمعت أبا عبد الله يقول: إن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة إليهم فخرص عليهم، فجاؤوا إلى النبي صلى الله عليه وآله وقالوا: أنه قد زاد علينا. فأرسل إلى عبد الله بن رواحة، فقال: ما يقول هؤلاء؟ قال: خرصت عليهم بشيء، فإن شاؤوا يأخذون بما خرصت، وإن شاؤوا أخذنا (٢).

ومرسل محمد بن عيسى، قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن لنا أكرة فنزارعهم فيجيئون فيقولون: إنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا، فأعطونا ونحن نضمن لكم

(١) المائدة آية ٢.

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

أن نعطيكم حصتكم على هذا الحرز، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم. قال عليه السلام: لا بأس بهذا. قلت: إنه يجيء بعد ذلك فيقول: إن الحرز لم يجيء كما حرزت قد نقص، قال: فإذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال عليه السلام: فلكم أن تأخذوه بتمام الحرز، كما أنه إذا زاد كان له كذلك إذا نقص كان عليه (١). ونحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة.

وأورد عليه. تارة بأنه من قبيل بيع المحاقلة والمزابنة، وهما أن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة، كما في صحيح البصري (٢) وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنهما كما في الصحيح وغيره. وأخرى بأنها معاملة ربوية وهي باطلة. وثالثة بأنه باطل من جهة اتحاد العوض والمعوض.

والجميع مردودة، لعدم كون هذه المعاملة بيعا كما مر، وعلى فرضه يكون دليلها أخص من ما دل على بطلان بيع المحاقلة والمزابنة فيخصص به. وبه يندفع اشكال كونها ربوية، مع أن حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكمل والموزون، أضف إلى ذلك كله أن في جريان الربا في مطلق المعاملات حتى ما كان راجعا إلى التعاوض كالأما محررا في محله. وأما اتحاد العوض والمعوض فيدفعه - مضافا إلى أنه لا محذور فيه بعد دلالة الدليل على الصحة في المقام - أنه لا يكون هنا اتحاد حقيقة، لكون المعوض الحصة المشاعة والعوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين. فلا اشكال في صحة الخرص.

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ١٣ - من أبواب المزارعة حديث ٢.

التراضي، وفي الأخبار تصريح بذلك، وعليه (فإن) لم يتفقا لم تصح، وإن (اتفقا) وأوقعاها صحت ولزمت كما مر.

وهل (كان) قرارها (مشروطا ب) شرط آخر وهي (السلامة) أي سلامة الحاصل، فلو تلف بأفة سماوية أو أرضية كان عليهما كما هو المشهور، أم لا؟ قال في المسالك - بعد نسبة الاشتراط إلى المشهور - : ومستنده غير واضح، وحكمه لا يخلو عن اشكال إن لم يكن انعقد عليه الاجماع، وأنى لهم به وإنما هو شيء ذكره الشيخ في كتبه، وتبعه عليه الباقر معترفين بعدم النص ظاهرا على هذه اللوازم، انتهى. وظاهر المحقق الأردبيلي التوقف في ذلك، وحكى عن التذكرة أيضا التردد فيه. وتنقيح القول في المقام أنه تارة نقول في هذه المعاملة أن تعيين الحصة في المقدار المعين، لا يجعل ما يستحقه المتقبل من قبيل الكلبي في المعين بل هي باقية على إشاعتها، غاية الأمر تعيينها في مقدار معين، وعليه فكون التلف عليهما كما قبل التقبل واضح. وأخرى نقول بأن حقيقة هذه المعاملة تعهد أحد الشريكين حصة الآخر على المقدار الذي يراه الخارص، فتفيد مضافا إلى التعيين خروج العين عن الإشاعة واختصاصها بالمتقبل كما أفاده بعض الأجلة، ولازمه كون ما يستحقه من قبيل الكلبي في المعين فلا يكون التلف عليهما ولكن يمكن أن يقال إن المالك وإن ملك بالتقبل مقدارا معينا من الحاصل بنحو الكلبي في المعين، إلا أن ما يستحقه الزارع أيضا من قبيل الكلبي في المعين، وهو ما زاد على ذلك المقدار. وليس المقام نظير بيع صاع من صبرة، فإن المبيع هناك كلي في المعين، ومال المالك ليس ملحوظا بعنوان كلي، إذ لم يقع موضوع الحكم في البيع حتى يلحظ بعنوان كلي، وهذا بخلاف المقام.

وإذا بطلت المزارعة، أو لم يزرع العامل، يثبت أجره المثل

بل المقام نظير ما لو باع الصبرة إلا صاعا منها، أو باع ثمرة شجرات إلا أرطالا معلومة، فكما أنه في تلك المسألة لا اشكال ولا خلاف في أنه لو خاست الثمرة وتلف من الصبرة مقدار منها سقط من المستثنى بحسابه كذلك في المقام، والسرف في ذلك أنه حيث يملك كل منهما كليا في المعين فالموجود مشترك بينهما، لأن نسبة كل جزء منه إلى

كل منهما على حد سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح، وكذا التالف نسبتة إليهما على السواء فيحسب عليهما، وتمام الكلام في ذلك في كتاب البيع في مسألة بيع صاع من الصبرة. ومع الاغماض عن ذلك يمكن توجيهه بالشرط الضمني بينهما، وإلى ذلك يرجع ما أفاده بعضهم بكون ذلك من أحكامها العقلية. وعلى ما ذكرناه فيلحق اتلاف متلف من الانسان أيضا بالتلف والمتلف ضامن لكل منهما.

ثبوت أجره المثل مع بطلان المزارعة
الخامسة: (وإذا بطلت المزارعة، أو لم يزرع العامل، تثبت أجره المثل) كما هو المشهور بين الأصحاب، والكلام في موردين:
الأول: في صورة بطلان المزارعة، وحينئذ تارة تكون الأرض بيد الزارع، وأخرى تكون بيد المالك.

أما في الصورة الأولى، فمدرك ضمانه أجره المثل للأرض ما تقدم منا في كتاب البيع والإجارة، من أن المنافع غير المستوفاة إذا تلفت تحت يد الشخص يكون ضامنا لها. وأما قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده - المتوهم شمولها للمقام من جهة أن المزارعة الصحيحة بالنسبة إلى منفعة الأرض توجب الضمان، فكذا فاسدها -

في أن التلف غير شامل للاختياري المساوق للاتلاف. وقد يقال إن للزارع أجره المثل لعمله، لأنه ملكه لمالك الأرض، وهو قد أتلفه عليه بعدم تسليم الأرض إليه. وفيه: أنه يتم لو كان العمل ملكا لمالك الأرض، ولكن قد عرفت أن المزارعة من قبيل المشاركات لا المعاوضات. فالأظهر عدم الضمان وأنه ليس له سوى الفسخ. إجارة الأرض للزراعة بالحنطة والشعير السادسة: المشهور بين الأصحاب أنه لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها، (و) ظاهر اطلاق ما في المتن (يكره إجارة الأرض بالحنطة والشعير) المخالفة في المنع، وهي المحكية عن النافع والمختلف. واستدل للأول في الجواهر بعدم كون مال الإجارة موجودا حينئذ، لا في الخارج ولا في الذمة. وأورد عليه سيد العروة بأنهما في نظر العرف واعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة، وهذا المقدار كاف في الصحة. وفيه: إن المنفعة كما مر غير مرة عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها، على نحو وجود المقبول بوجود القابل، والحاصل من الأرض ليس كذلك. وعليه فكما أفاده المستدل بما أن الأجرة لا بد وأن تكون موجودة ومعلوم الحصول ومملوكة أو بحكمها كالأعمال، والحاصل من الأرض غير معلوم الحصول، مضافا إلى عدم وجوده حال الإجارة، تبطل الإجارة. وبه يظهر عدم جواز إجارتها بما يحصل منها ولو من غير الحنطة والشعير، بل

وعدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى.
ويمكن أن يستدل للمنع في أصل المسألة بجملة من النصوص الخاصة:
كموثق أبي بصير عن مولانا الصادق عليه السلام: لا تؤاجر الأرض بالحنطة،
ولا بالشعير، ولا بالتمر، ولا بالأربعاء، ولا بالنطاف، ولكن بالذهب والفضة، لأن
الذهب والفضة مضمون، وهذا ليس بمضمون (١) بناء على اختصاص المنع بصورة
إجارتها بالحاصل منها حتى يصح التعليل.
وخير أبي بردة عنه عليه السلام عن إجارة الأرض المحدودة بالدرهم المعلومة،
قال عليه السلام: لا بأس. قال: وسألته عن إجارتها بالطعام، فقال: إن كان من طعامها
فلا خير فيه (٢).

وخير الفضيل بن يسار عن الإمام الباقر عليه السلام عن إجارة الأرض
بالطعام، قال عليه السلام: إن كان من طعامها فلا خير فيه (٣).
والمناقشة في السند أو الدلالة في غير محلها بعد الانجبار بالشهرة العظيمة،
مع أن الموثق لا اشكال فيه سندا ولا دلالة كما مر، والتعير بلا خير فيه، لا يصلح
لصرف ظهور النهي عن ظاهره، بل ربما يقال إنه بنفسه ظاهر في المنع. وبما ذكرناه
ظهر وجه عدم المنع والجواب عنه.
وهل يجوز إجارة الأرض للزراعة حنطة بالحنطة أو شعيرا بالشعير، مع ضمان
ذلك في الذمة، أم لا؟ المشهور الأول على كراهة، كما في الحدائق. وعن ابن البراج

(١) الوسائل باب ١٦ - من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب المزارعة حديث ٩.

(٣) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة - حديث ٥.

المنع، ومال إليه الشهيد الثاني. واستدل له بصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة (١). وأورد عليه بأنه يعارضه مفهوم التعليل في الموثق المتقدم، ومفهوم الشرط في غيره.

وأجاب عنه الشهيد الثاني ره بأنه لا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بحمله. وأيده بعض المعاصرين بإمكان تعدد وجوه المنع. ويرد عليهما أن ما أفاده يتم إن لم يكن للنصوص المتقدمة مفهوم، وكانت دالة على المنع في موارد، وأما مع ثبوت المفهوم ودلالاتها به على الجواز في غير تلك الموارد فلا يتم ما أفاده.

والحق أن يقال: إن النسبة بينها وبين الصحيح عموم من وجه مورد التعارض إجارة الأرض للحنطة بحنطة من غير حاصلها مضمونة في الذمة، فيرجع إلى المرجحات، والترجيح لها للشهرة التي هي أول المرجحات. نعم، يبقى حينئذ السؤال عن مدرك الكراهة، إذ لو قيد إطلاق الصحيح بتلك النصوص فلا شيء يشهد لها، وإلا فلا بد من البناء على المنع. والاستدلال لها بما تضمن تعليل النهي عن إجارة الأرض بحنطة من حاصلها، بقوله عليه السلام: لا يجوز إجارة حنطة بحنطة، ولا شعير بشعير (٢)، لا يتم لأن حاله حال الصحيح في التعارض والتقديم. وكيف كان، فالظاهر تسالمهم عليها.

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب المزارعة حديث ٣.
(٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب المزارعة حديث ١١.

ولو غرقت الأرض قبل القبض بطلت، ولو غرق بعضها تخير العامل في الفسخ والامضاء، وكذا لو استأجرها وأما المساقاة فشرطها ستة: العقد من أهله، والمدة المعلومة، وامكان حصول الثمرة فيها،

ولو آجره بالحنطة والشعير في الذمة، لكن بشرط الأداء منها، فالظاهر صحة الإجارة والشرط إذا كان عالما بالتمكن من الأداء منها، وصحة الإجارة وبطلان الشرط إذا لم يكن عالما به. أما صحة الإجارة للعمومات وخصوص ما مر، وأما بطلان الشرط في صورة وصحته في صورة أخرى فيمناط لزوم الغرر وعدمه. والسابعة: (ولو غرقت الأرض قبل القبض)، ولم يمكن الانتفاع بها بعلاج، (بطلت. ولو غرق بعضها) كذلك، فبالنسبة إلى التالف بطلت أيضا، وأما بالنسبة إلى الباقي (تخير العامل في الفسخ والامضاء، وكذا لو استأجرها) كما مر الكلام في الفرعين مفصلا، الأول في ذكر شرائط المزارعة، والثاني في كتاب الإجارة. المساقاة

(وأما المساقاة) فقد مر بيان حقيقتها، ومشروعيتها، ولزومها، وبقي الكلام فيها في جملة من شروطها وأحكامها، (ف) الكلام في تلك في موضعين: الأول: في شروطها، وهي (ستة). الأول: (العقد من أهله)، وما ذكرناه في المزارعة جار هنا فلا نعيد. (و) الثاني والثالث: (المدة المعلومة وامكان حصول الثمرة فيها)، بلا خلاف يعتد به في اشتراط الأول، وعلى المشهور في الثاني، وقد مر الكلام فيهما أيضا في كتاب المزارعة، لأن المدرك والأقوال فيهما واحد فلا حاجة إلى الإعادة، وما ذكرناه من الفروع المترتبة على هذين الشرطين هناك تأتي في المقام.

وتعيين الحصاة وشياعها وأن يكون على أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه

(و) أيضا قد ظهر مما قدمناه في المزارعة اعتبار شرط رابع وهو (تعيين الحصاة).
(و) أما الخامس، وهو (شياعها)، فقد استدلووا لاعتباره تارة بقاعدة الاقتصار على المتيقن من النص والفتوى في عقد المساقاة، المخالف لأصالة عدم الغرر. وأخرى بمنافاة عدم إشاعة النماء بينهما لوضع المساقاة. وثالثة بأن جملة من نصوصها مختصة بذلك.

وقد مر الكلام في هذه الوجوه في كتاب المزارعة وعرفت فساد الجميع، وإنما بنينا على اعتبار ذلك في المزارعة لنص خاص مفقود في المقام، ولكن الاجماع على عدم الفصل بينهما، بل الاجماع على اعتبار ذلك في المقام نفسه، يكفي في الحكم باعتباره. ثم إن هاهنا فروعا مترتبة على اعتبار هذا الشرط، قد ذكرناها في باب المزارعة فلا نعيد.

(و) السادس مما قالوا: بأنه يعتبر فيما يساقي عليه (أن يكون على أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه) وهذا ينحل إلى أمور.

١ - اعتبار كونه أصلا ثابتا، والمراد به ما كان كالنخل والشجر الذي له ساق، فلا تصح المساقاة على نحو البطيخ والباذنجان. قال في التذكرة: لا تثبت المساقاة عليها اجماعا. وفي العروة: ولكن لا يبعد الجواز للعمومات، وإن لم يكن من المساقاة المصطلحة، بل لا يبعد في مطلق الزرع كذلك، فإن مقتضى العمومات الصحة بعد كونها من المعاملات العقلائية ولا تكون من المعاملات الغررية عندهم، غاية الأمر أنها ليست من المساقاة المصطلحة.

ويرد عليه أنه: حيث يكون مقدار الحاصل غير معلوم، فلا محالة يلزم الغرر، وعليه فلا وجه للتمسك بالعمومات الدالة على امضاء كل عقد عقلائي، لأنها

خصصت بما دل (١) على النهي عن الغرر.
وأما بناء العقلاء على هذه بالخصوص، فقد يقال إنه بضميمة عدم ردع الشارع
كاف في البناء على المشروعية، وبه يقيد اطلاق دليل الغرر.
ولكن يتوجه عليه أن ما دل على النهي عن الغرر يصلح للرادعية، فلا دليل
على الامضاء.

فإن قيل: إن رادعيته دورية، لتوقفها على عدم امضاء ذلك البناء الخاص، وهو
متوقف على رادعية النهي عن الغرر، وإلا فلا ردع غيره فيستكشف الامضاء فهي
غير معقولة.

قلنا: إن رادعيته متوقفة على ثبوت موضوعه وصدقه على المورد لا على شيء
آخر، ولو أمضى الشارع الأقدس البناء الخاص لزم منه تقييد دليله، فلا تتوقف
رادعيته على عدم امضاء ذلك، بل الامضاء متوقف على عدم رادعية النهي عن الغرر.
وعليه فلا يبقى سوى النصوص الخاصة، وهي أخبار خبير (٢) وخبران آخران (٣) ومورد
الجميع ما له ساق، فثبوت الحكم في غيره يحتاج إلى دليل مفقود.
٢ - اعتبار كون ما يساقي عليه من الأشجار التي لها ثمرة، فما لا ثمرة له وإنما
له ورق ينتفع به أو ورد أو نحو ذلك كالحناء لا تصح المساقاة عليه. وهذا أيضا مشهور
بينهم، وتردد المحقق في الحكم، بل مال المصنف ره في محكي القواعد والشهيد الثاني
في

المسالك إلى الجواز، وفي الجواهر: ولو قيل بالتفصيل بين المساقاة على هذه تبعا لغيرها
من أشجار الفواكه فتجوز ومستقلة فلا تجوز لكان وجيها.

-
- (١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ - مسألة الطير في الهواء وقد سبقه الشيخ في الخلاف.
(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة.
(٣) الوسائل - باب ٩ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة.

واستدل للمنع بأن هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف الأصل، فيقتصر فيها على محل الوفاق، وهو شجر الثمرة. وللجواز بأن الورق المقصود كالثمرة في المعنى، فيكون مقصود المساقاة حاصلًا، وبما في المسالك: وفي بعض الأخبار ما يقتضي دخوله. أما وجه المنع فهو متين، لو لم يكن في الأخبار ما يشهد بالدخول، وإلا فمعه لا وجه للاقتصار على المتيقن.

وأما الوجه الأول للجواز فيدفعه أن حصول المقصود لا يكفي في الصحة بعد كون مقتضى القاعدة عدمها، واحتياج الصحة إلى دليل. وأما الوجه الثاني له فليس المراد بالخبر المقتضي للدخول النص الخاص، بل المراد به:

أما أخبار خبير، لغلبة الظن بوجود هذه الأشجار في خبير، بل عن جامع المقاصد: كاد يكون معلوماً.

وأما خصوص ما تضمن منها أن النبي صلى الله عليه وآله عامل أهل خبير بشرط ما يخرج من النخل والشجر (١) و" ما " من أدوات العموم. وأما ما تضمن منها المساقاة على ما له ثمرة، والثمرة شاملة لها.

وأما خبر يعقوب من شعيب عن الإمام الصادق عليه السلام عن الرجل يعطي الرجل أرضه، وفيها رمان أو نخل أو فاكهة، ويقول: إسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج، قال عليه السلام: لا بأس (٢) بدعوى عموم الفاكهة. والجميع حسنة، وعليه فالأظهر جواز المساقاة على الأشجار التي ينتفع بورقها

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

(٢) الوسائل باب ٩ من أبواب كتاب المزارعة.

وتصح قبل ظهور الثمرة وبعدها مع الاستزادة بالعمل

كالتوت والحناء.

٣ - أن ينتفع به مع بقاءه، فلو انعدم بالانتفاع لا تصح المساقاة، ووجهه واضح مما قدمناه.

٤ - يعتبر أن يكون ثابتا مغروسا، فلا يصح في الودي - أي الفسيل قبل الغرس - والظاهر أنه لا خلاف يعتد به في اعتباره، ووجهه اختصاص النصوص بما هو ثابت. والاستدلال للصحة في غير الثابت بالعمومات، قد عرفت فساده من جهة تقييدها بما دل على النهي عن الغرر.

ولا خلاف (و) لا اشكال في أنه (تصح) المساقاة (قبل ظهور الثمرة)، كما لا خلاف (و) لا اشكال في عدم صحتها بعد البلوغ والادراك، بحيث لا تحتاج إلى عمل غير الحفظ والاقتطاف، لأنها والحال هذه قد ملكها رب البستان ولم تحصل بالمساقاة زيادة الثمار، فلا موضوع للمساقاة.

إنما الخلاف في صحتها إذا كان (بعد) ظهور (ها) قبل البلوغ (مع الاستزادة بالعمل)، فالمشهور بين الأصحاب على ما في الحدائق الصحة، واستدل لها بأن الغرض من المساقاة تحصيل الثمارة أو جودتها، فتجوز في الفرض تحصيلاً لتلك الفائدة. وأيد ذلك في المسالك بأن العقد حينئذ أبعد عن الغرر للوثوق بالثمرة، فيكون أولى مما لو كانت معدومة.

ولكن الأول مردود بأن الصحة تتوقف على دليل، ومجرد وجود الغرض لا يكفي في ذلك. ويرد على الثاني أن الأولوية المزبورة غير قطعية. فالأظهر عدم الصحة، لاختصاص خبر شعيب المتقدم وقصة خبير بما قبل الخروج، فلا دليل عليها بعده، والأصل عدمها كما مر.

واطلاق العقد يقتضي قيام العامل بكل ما يستزاد به الثمرة

أحكام المساقاة

الموضع الثاني: في أحكامها، وفيه مسائل:
الأولى: في العمل. لا اشكال في أنه يعتبر كون عمل على العامل، ليتحقق به عنوان هذه المعاملة.

وهل يعتبر السقي بالخصوص عليه، فلا تصح المساقاة على أشجار لا تحتاج إلى السقي، لاستغنائها بماء السماء أو لمص أصولها من رطوبات الأرض، وإن احتاجت إلى أعمال آخر، نظرا إلى اقتضاء عنوان المساقاة ذلك، واختصاص خبر شعيب بن يعقوب المتقدم به. أم لا يعتبر ذلك، لأن عنوان المساقاة لم يؤخذ في خبر من الأخبار، وإنما هي من اصطلاح العلماء من جهة الاحتياج إلى السقي غالبا وجعله على العامل، وإلا فأخبار خبير التي هي العمدة في المقام خالية عن ذلك، وخبر شعيب لا مفهوم له كي يدل على عدم الصحة بدونه، سيما وأن السقي في كلام السائل؟ وجهان، أو جهما الثاني.

وليعلم أنه لا خلاف بينهم في أن بعض الأعمال على المالك وبعضها على العامل، (و) قالوا: إن (اطلاق العقد يقتضي قيام العامل بكل ما) يتكرر كل سنة، و (يستزاد به الثمرة) في الكم أو الكيف، كاصلاح الأرض بالحرث أو الحفر حيث يحتاج إليه وما يتوقف عليه من الآلات، وتنقية الأجاجين، وتنقية الأنهار، والسقي ومقدماته المتكررة كالدلو والرشا، واصلاح طريق الماء وتنقيتها من الحمأة، واستقاء الماء، وتهذيب جرائد النخل والكرم، والتلقيح واللقاط والتشميس، واصلاح موضعه، وحفظ الثمرة إلى موقع التقسيم، وما شاكل.

(و) أن (على المالك) ما لا يتكرر في كل سنة، أو لا يستزاد به الثمرة، ولا يؤثر في جودتها، ك (بناء الجدران وعمل الناضح والخراج) وما شاكل.
ولا دليل على شيء من الضابطين، سوى أنه في المساقاة بحسب الطبع الأرض وما يتبعها على المالك، والعمل وما يرتبط به مما هو دخيل في فعالية وجود الثمرة على العامل، ولعله إلى هذا يشير التعليل في خبر الكندي المتقدم في الخراج المتضمن أنه على المالك: بأنه على أرضك.

وإنما وقع الخلاف في بعض الأمور أنه على المالك أو العامل، مثل البقر الذي يدير الدولاب، والكبش للتلقيح، وبناء الثلم، ووضع الشوك على الجدران، وغير ذلك. والأقوى في الجميع أنه إن كان هناك عادة موجبة لكونها على المالك أو العامل، وإلا فلا بد في العقد من التعيين على المالك أو العامل أو عليهما معا، دفعا للغرر.
ولا يعتبر في صحة المساقاة كون جميع العمل على العامل، بل لو شرط كون بعضه على المالك صحت، فإن كان المشروط هو ما عليه كان تأكيدا، وإن كان غيره فإنما تصح لو كان بعض ذلك وإلا فبطل، لأن الحصة إنما يستحقها العامل بالعمل، فإذا دفعه عنه لم يستحق شيئا نعم، لا فرق في ما يبقى على العامل بين الأقل والأكثر، بشرط أن يكون ما يستزاد به الثمرة كما مر.

وأیضا لا خلاف بينهم في أنه لا يجب على العامل العمل بالمباشرة، ويجوز له أن يستأجر الغير للعمل، وعليه فيجوز أن يستأجر المالك له، فتكون الأرض والعمل منه وأجرة العمل على العامل، والحاصل بينهما على ما شرطا. ولو شرطا ذلك في العقد صح. ولو شرط العامل على المالك أجرة العمل، فإن كان مع عدم ابقاء شيء من العمل على العامل بطل، لمنافاته لوضع المساقاة. وإن كان مع ابقاء شيء منه مما يستزاد به الثمرة صح، وما عن المبسوط من البطلان لمنافاته موضوع المساقاة الذي هو ليس

مع بطلانها يثبت للعامل أجره المثل والنماء لربه. ولو شرط على العامل مع الحصّة ذهباً أو فضة، كره

إلا دفع الأصول من المالك، يدفعه أنه لا دليل على اعتبار ذلك بنحو ينافيه اشتراط خلافه. وإن كان مع بقاء ما لا يستزاد به الثمرة، ففي المسالك ذكر فيه وجهان، ولكن قد ظهر مما قدمناه أن الأظهر هو البطلان.

الثانية: في بيان حكم ما لو بطلت المساقاة، وأنه هل يستحق العامل شيئاً أم لا. (و) المشهور بين الأصحاب أنه (مع بطلانها يثبت للعامل أجره المثل)، وقد مر الكلام في نظير المسألة في باب المزارعة فيما إذا بطلت، وجميع ما ذكرناه في تلك المسألة

جارية في المقام، فلا وجه للإعادة. (و) مما ذكرناه هناك يظهر أن (النماء لربه) في المقام. كراهة اشتراط الذهب والفضة

الثالثة: لا اشكال (و) لا خلاف في أنه (لو شرط على العامل مع الحصّة ذهباً أو فضة) جاز، لأنه شرط ليس مخالفاً للكتاب والسنة ولا لمقتضى العقد، فيشملة دليل وجوب الوفاء بالشرط (١) إنما الكلام في موردين:

أحدهما: فيما أفاده بقوله (كره)، وهذا وإن كان مشهوراً بينهم بل عن غير واحد نفي الخلاف فيه، إلا أنه لا دليل عليه. ولا وجه لما في الجواهر - قال: ولعل مثل ذلك كاف في ثبوتها للتسامح فيه - فإن التسامح إنما هو في السنن والمستحبات لا في المكروهات، مع أنه فيما إذا ورد خبر ضعيف ولا دليل على التسامح بدونه ولو مع فتوى المشهور.

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

ثانيهما: إن أكثر الأصحاب بعد ما قالوا في فرض الاشتراط (ووجوب الوفاء) الذي يقتضيه عموم دليل الشرط، قيدوه بقولهم (مع سلامة الثمرة)، فلو تلفت الثمرة أجمع بأفة لم يلزم الوفاء به، وكذا إذا لم تخرج. وعن جماعة وجوب الوفاء به، وعدم سقوط الضميمة. وفصل بعضهم بين صورة عدم الخروج أصلا فتسقط وصورة التلف فلا.

واستدل للأول بامتناع استحقاق أحد العوضين أو بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر، فإن الشرط جزء من العوض. وبأن الفائدة ركن في المساقاة فمع عدمها لا يكون شيء في مقابل العمل، والضميمة المشروطة لا تكفي في العوضية، فتكون المعاملة باطلة من الأول، ومعه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط. ولكن يرد على الأول أن الشرط ليس جزء من العوض، بل هو التزام مستقل في ضمن التزام، ولذا تخلفه يوجب الخيار لا فساد العقد ولا سقوط شيء من العوض. ويرد على الثاني أن حقيقة المساقاة بحسب الارتكاز العرفي هي المشاركة في استخراج الأثمار، بضم العمل من أحدهما إلى الأصول من الآخر على أن تكون الفائدة بينهما، نظير المزارعة والمضاربة، ويستتبع العقد عليها تسليط من المالك للعامل على الأصول للاستئمان له وللمالك، فليست الفائدة ركنًا في المساقاة بالمعنى المزبور، ولذا لا يستحق العامل أجره عمله إذا لم تخرج أو خرجت وتلفت في غير صورة ضم الضميمة، بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول واحترام عمل المسلم. فإن قيل: فعلى هذا، يلزم صحة المساقاة مع الاطمينان بعدم الفائدة. قلنا - مضافا إلى أن المعاملة المفروضة سفهية - : إنه لا يتمشى القصد الجدي إلى المعاملة مع الاطمينان بعدم الفائدة، مع أنه لو سلم كون المساقاة من المعاوضات لا المشاركات، فالمعاوضة إنما هي بين العمل من العامل وبين منفعة الأرض وتسلط

بشمن معين بشرط أن يبيعه شيئاً آخر بشمن آخر الذي ليس منهياً عنه، فإن المنهي عنه البيع حالاً بكذا ومؤجلاً بكذا، والبيع على تقدير بشمن وعلى تقدير آخر بشمن آخر (١) وأي ربط لذلك بما نحن فيه.

وأما ما أفاده من عدم لزوم هذا الشرط، فيرد عليه: أنه لا وجه له بعد عموم وجوب الوفاء بالشرط، وكونه شرطاً في ضمن عقد لا كونه وعداً، مع أن عدم وجوب الوفاء به لا يوجب بطلان العقد وإن صار داعياً للزيادة أو النقصان، فإن تخلف الدواعي والأغراض وإن كانت دخيلة في الزيادة والنقصان لا توجب خللاً في العقد. فالأظهر هي الصحة ولزوم الوفاء بالشرط. فإن قيل: إن هذه المعاملة على خلاف القواعد كما مر، فلا بد من الاقتصار على المتيقن، وهو فاقد الشرط.

قلنا: إنه لو كان الشرط جزءاً لأحد العوضين كان ما أفيد تاماً، وأما على ما هو الحق من كونه خارجاً عن العقد والتزاماً مستقلاً في ضمنه فلا يتم، لعدم قصور في العقد، وعدم زيادة شيء فيه ولا نقصانه منه، كي يتوهم عدم شمول دليل الامضاء له. الخامسة: في جواز مساقاة العامل غيره إن لم يشترط المباشرة أقوال - ثالثها: عدم الجواز قبل ظهور الثمرة والجواز بعده، رابعها: الجواز مع إذن المالك وعدمه بدونه - أقواها المنع مطلقاً.

لا لما أفاده في المسالك من أن الأصل في هذه المعاملة أن تقع على الأصول المملوكة للمساقى، والعامل لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة بعد ظهورها، وباختلاف الناس في العمل وتفاوت الأغراض فيه.

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب أحكام العقود كتاب التجارة.

فإن شيئاً من ذلك لا يصلح دليلاً للمنع، إذ كون المعاملة على الأصول لا يقتضي عدم الجواز من المساقى بعد معلومية إرادة سقيها ونحو ذلك من المعاملة عليها، فهي حينئذ كالأرض في المزارعة فكما لا تعتبر هناك الملكية كذلك في المقام، واختلاف الناس في العمل مشترك فيها وفي المزارعة والإجارة. بل لأن هذه المعاملة على خلاف القواعد باعتبار الغرر والجهالة، ولا نص خاص في المقام، ومقتضى الاقتصار على المتيقن هو ذلك. وبه يظهر عدم الفرق بين إذن المالك وعده، ولا بين ظهور الثمرة وعدمه.

المغارسة باطلة

تذييل: المغارسة معاملة خاصة على الأرض، ليغرسها العامل على أن يكون الغرس بينهما - وهي مفاعلة منه - وهي باطلة عندنا، كذا في المسالك، وفي الجواهر: الاجماع بقسميه عليه. وعن المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية الاشكال فيه، وفي العروة: وهو في محله إن لم يتحقق الاجماع، وتبعه جمع من محشيها. واستدل للأول بأن عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع وهو منفي هنا. ولكن لو كان مدرك البطلان ذلك أمكن الاشكال فيه، بأنه وإن لم يرد نص خاص بمشروعيتها - وما يظهر من بعض النصوص محمول على وقوع ذلك بعقد صلح أو إجارة لا على مشروعية هذا العقد - إلا أنه يكفي في الحكم بالصحة ما دل على وجوب الوفاء بالعقد (١) الشامل للعقود العقلانية غير ما له عنوان خاص في الأخبار،

(١) سورة المائدة آية ٢.

فالصحيح أن يستدل له بأن ذلك العموم قد خصص بما تضمن النهي عن الغرر (١) الكافي في الردع، لو كان هذا عقدا خاصا ومعاملة مخصوصة فصحته تتوقف على دليل خاص مفقود. فالأظهر هو البطلان.

وعلى البطلان فالغرس لصاحبه بلا كلام. وهل للآخر عليه أجره مثل عمله لو كان لمالك الأرض وأجره المثل للأرض مدة شغله بها لو كان للعامل، أم ليس له ذلك، أم يفصل بين صورة جهل الغارس فالأول وعلمه فالثاني؟ أقوال.

أظهرها الأول، لا لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لما مر من أن عموم الموصول فيها أصنافي لا أفرادي وهذه المعاملة ليس لها صنفان صحيح وفاسد فلا تشملها القاعدة.

بل لاستيفاء منفعة مال الآخر أو عمله، وقد مر أن مقتضى قاعدة على اليد وغيرها ضمان المنافع المستوفاة، وما في ضمنها من الإذن ليس إذنا في الاستيفاء مجانا كي ينافي مع الضمان بل بعوض، فهو يؤكد الضمان، ولا فرق في ذلك بين صورة العلم بالبطلان والجهل به.

وهل للمالك قلع الغرس أو أمره به، أم يجب عليه الإبقاء مع الأرش أو بدونه؟ وجوه، وقد تقدم تنقيح القول في ذلك في باب المزارعة في مسألة المزارعة الفاسدة، فإنها نظير المقام فلا نعيد ما ذكرناه.

الجعالة

(الفصل الثالث: في الجعالة) وهي بتثليث الجيم، وكسرهما أشهر، كذا في

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

المسالك. وهي كما ذكره لغة اسم لما يجعل للانسان على عمل شيء، ولا حقيقة شرعية لها ولا متشرعية، بل في الشرع تستعمل فيما وضعت له، غاية الأمر أضاف الشارع الأقدس في موضوع الآثار قيودا، وإلى هذا نظرهم حيث قالوا: وهي شرعا التزام عوض عمل محلل مقصود. وكيف كان، فلا خلاف بين المسلمين في مشروعيتها، وعليها الاجماع في كثير من الكلمات.

والأصل في شرعيتها - مضافا إلى عمومات امضاء المعاملات، كقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) (١) وتخصيصها بالتجارات والعقود التي كانت متعارفة في زمان صدورها بلا وجه، بعد كونها متضمنة لبيان الحكم الخالد الباقي في جمع الأعصار وكونها من قبيل القضايا الحقيقية، مع أن الجعالة من التجارات التي كانت متداولة في ذلك الزمان. قوله سبحانه (ولمن جاء به حمل بعير) (٢) بناء على ما هو الحق من حجية مثله ما لم يعلم النسخ.

وجملة من النصوص كخبر عبد الله بن سنان، قال: سمعت أبي يسأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا أسمع، فقال: ربما أمر الرجل فيشتري لنا الأرض والدار والغلام والجارية ونجعل له جعلا، قال عليه السلام: لا بأس (٣) إلى غير ذلك من النصوص الآتية طرف منها في ضمن المباحث الآتية. وتنقيح القول فيها في موضعين: الأول: في حقيقتها، وما يعتبر فيها، وفي الجاعل والعامل.

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) سورة يوسف آية ٢٧.

(٣) الوسائل باب ٤ - من أبواب الجعالة حديث ١.

الثاني: في الأحكام.

أما الأول فقد وقع الخلاف في أنها من العقود أو الايقاعات، صريح المتن حيث قال: (ولا بد فيها من الايجاب والقبول) هو الأول، وظاهر الشرايع أنها تتحقق بكل من الوجهين، حيث إنه صرح أولاً بأنها لا تفتقر إلى قبول، ثم ذكر بعد ذلك أنها عقد جائز، والمراد أنه لا يشترط في تحققها القبول، وإلا فلو أوقعت بنحو الايجاب والقبول تكون عقداً.

والأظهر عدم اشتراط القبول، لأن العقد إنما هو فيما يتوقف تحققه على الالتزامين من الطرفين، وأما ما حقيقته وقوامه بجعل واحد والتزام فأرد فهو ليس من العقود، والمقام كذلك، فإن الجعالة من قبيل التسبيب الصادر من الشارع نحو من فعل كذا فله كذا المعلوم عدم كونه عقداً، وبالجملة الجعالة بما لها من المفهوم العرفي الذي عليه بناء العقلاء من الانشاءات القائمة بشخص واحد فهي من الايقاعات. ويؤيده أمور:

١ - ما ذكره من أنه لو أنشأها الجاعل وعمل العامل بغير قصد إلى الجعالة، بل ومع الغفلة عنها وعن كون فعله قبولاً، صح عمله واستحق الجعل، ولو كانت من العقود لزم عدم صحته وعدم استحقاقه الجعل، لعدم تمامية الجعالة. وما عن بعضهم من كفاية الرضا الباطني ولو التقديري منه في القبول وهو حاصل، لا وجه له، بل هذا في الحقيقة التزام بعدم اشتراط القبول.

٢ - إنه لو كانت الجعالة من العقود لزم مقارنة القبول لايجابها كما هو الشأن في العقود على المشهور، مع أنه تجوز الجعالة، وإن طال العمل المتوهم كونه قبولاً ووقع الفصل بينه وبين الايجاب.

٣ - ترتب أثرها على من لم يرد الفعل أولاً ثم أراد وفعل حتى لو تلبس بالعمل،

كقوله من رد عبدي أو فعل كذا فله كذا،

ثم رفع يده عنه بل ردها ثم عاد إليه، إذ لو كان ذلك من العقود افتقر إلى ايجاب آخر بعد الرد.

٤ - صحتها من غير مخاطب خاص، وممن لم يسمع عبارة الجعل. إلى غير تلكم من الأحكام والآثار المنافية لكونها من العقود.

وأما ما عن التذكرة من الاجماع على أنها عقد جائز، وعن جامع المقاصد: ظاهرهم أنها من العقود الجائزة فيكون القبول فيها فعليا، فمحمولان على إرادة ما قدمناه من أنها تتحقق بكل من الوجهين، أو على إرادة العهد منه، لصدوره ممن ظاهره أو صريحه الايقاعية.

وأما خبر علي بن جعفر عن أخيه (ع) عن رجل قال لرجل: أعطيك عشرة دراهم وتعلمني علمك وتشاركني، وهل يحل ذلك له؟ قال عليه السلام: إذا رضي فلا بأس (١) فلا ينافي ذلك، لعدم ظهور الرضا في القبول العقدي، ومن الجائز إرادة عدم البأس مع تراضيهما على ذلك.

فالمتحصل مما ذكرناه أنها ليست من العقود، وإن كان يمكن تحققها بكل من الوجهين.

ولا تتحقق الجعالة بالعلم بالرضا الباطني وإن كان فعليا، لما مر من أنه يعتبر في العقود والايقاعات إظهارها بمظهر من قول أو فعل. نعم، لا يعتبر لفظ مخصوص، بل تتحقق بكل لفظ مبرز لها، (كقوله: من رد عبدي أو فعل كذا فله كذا)، أو نحو ذلك. وعن التذكرة: الصيغة كل لفظ دال على الإذن في العمل واستدعائه بعوض يلزمه، كقوله: من رد عبدي، أو خاط ثوبي، أو بنى لي حائطا، أو ما أشبه ذلك من

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الجعالة حديث ١.

ولا يفتقر إلى القبول لفظاً، ويجوز على كل عمل محلل مقصود

الأعمال المحللة المقصودة في نظر العقلاء. وقريب من هذه العبارة عبارات غيرها من الكتب الفقهية، المتفقة على تحققها بكل لفظ من غير فرق بين " من رد " و " إن رددت " وغيرهما.

والظاهر جريان المعاطاة فيها، بناء على ما تقدم في كتاب البيع من أن جريانها فيه على القاعدة، لا من جهة النص الخاص أو الاجماع، ولذلك بنينا على جريانها في جميع العقود والايقاعات إلا ما خرج بالدليل.

ودعوى أن المعاطاة من باب المفاعلة، فيعتبر في تحققها الفعل من الجانبين، فتختص بالعقود. مندفعة بأن لفظ المعاطاة ليس عنواناً لموضوع الحكم، والمراد بها الانشاء الفعلي، فتشمل كل فعل مبرز للاعتبار النفساني. وعليه بنينا على عدم اعتبار العطاء فيها، وتحقيقها بكل فعل مبرز للاعتبار، ولو كان حركة الرأس في جواب من سأله هل لمن رد عبدك أو فعل كذا كذا.

ثم على القول بأنها من العقود الظاهر عدم الخلاف (و) لا الاشكال في أنه (لا يفتقر إلى القبول لفظاً)، وهو مقتضى القاعدة كما أسلفناه.

الجعالة على العمل المحرم

(و) أما ما يصح الجعالة فيه فقد طفحت كلماتهم بأنه (يجوز) الجعالة (على كل عمل محلل مقصود) للعقلاء، وهو مما لا اشكال فيه في الجملة لا طلاق الأدلة، إنما الكلام في أمور:

١ - هل تصح الجعالة على الواجب أم لا كما صرح به جماعة حتى أنهم قالوا: لو قال من دلني على مالي فله كذا، فدلته من كان المال في يده لم يستحق الجعل، لأن ذلك واجب عليه؟ وجهان مبنيان على ما تقدم في المكاسب من جواز أخذ العوض على

محرم عليه (١) فيستفاد منه أن ما تمحض في الجهة المحرمة لا يجوز ايقاع أي عقد أو ايقاع عليه، فيفهم منه أن كونه محرما يوجب سقوطه عن المالية شرعا فلا يعوض. ويؤيده النبوي المشهور: إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه (٢) وجه جعله مؤيدا لا دليلا عدم وجوده في أصل من أصول العامة والخاصة، والموجود في أصولهم هكذا: إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء محرم حرم عليهم ثمنه (٣). وكيف كان، فلا شبهة في اعتبار إباحة العمل بمعنى عدم حرمة.

حكم الجهل بالعمل، أو العوض

٣ - لا اشكال في أنه يجوز جعل العمل (وإن كان مجهولا)، لا لما في الشرايع من أنه عقد جائز، بل لأن بناء مشروعيتها على جهالة العمل والغرض منها تحصيل الأعمال المجهولة، فيقيد بدليلها اطلاق ما دل على النهي عن الغرر. وهذا واضح، إنما الكلام في أنه هل يعتبر كون العوض معلوما كما هو المشهور بين الأصحاب أم لا كما عن بعض؟ وملخص القول فيه: إن معلومية العوض تارة يراد بها التعيين المقابل للترديد. وأخرى يراد بها ما يقابل الجهل الموجب للوقوع في الغرر والخطر. وثالثة يراد بها ما يقابل الجهالة ولو لم توجب غررا. أما اعتبار المعنى الأول فواضح، فإن المردد من حيث هو مررد لا مالية له ولا

- (١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجارة حديث ١.
(٢) أورده العامة والخاصة في كتبهم الاستدلالية - راجع البحار - ج ٢٣ ص ١٧ - ومسند أحمد ج ١ ص ٣٢٢.
(٣) مسند أحمد ج ١ - ص ٢٤٧ - و ٢٩٣ - السنن الكبرى ج ٦ - ص ١٣.

وجود ولا تحقق، فهو غير قابل للملكية والاستحقاق عقلا.
وأما الثاني فيشهد لاعتباره المرسل المروي في كتب الفقهاء المتلقى بالقبول:
نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر (١) وقد مر في كتاب الإجارة الاشكال في
الاستدلال به والجواب عنه، وبيننا دلالة على بطلان كل معاملة غررية، ومنها الجعالة.
وأما الثالث فظاهر المشهور - حيث قالوا: لا بد وأن يكون معلوما بالكيل، أو
الوزن، أو العدد إن كان مما جرت العادة بعده - اعتباره، ولكن لا دليل عليه. فالأظهر
عدمه كما مر في الإجارة.

ولا فرق في اعتبار المعلومات الرافعة للغرر بين كون الجهالة مانعة عن التسليم
وعدمها. فما عن القواعد: لو قيل بجواز الجهالة إذا لم تمنع من التسليم كان حسنا،
كقوله: من رد عبدي فله نصفه - وعن المحقق الثاني تقويته، وعن الإيضاح أنه أصح،
ونفي عنه البعد في محكي الروضة، وفي الجواهر، ولعله الأقوى - إن أريد بها الجهالة
بالحصول فهو قوي، فإنها كما أفيد لا تمنع عن التسليم في ظرف الاستحقاق وهو بعد
الرد، وإن أريد بها الجهالة حتى من ناحية أوصاف العبد الدخيلة في المالية فلا يتم،
لعموم ما دل على النهي عن الغرر، ورفع الغرر في زمان التسليم لا يكفي في البناء على
الصحة كما في سائر العقد والايقاعات.

ويعتبر في الجاعل أهلية الاستتجار من البلوغ والعقل وعدم الممنوعة من
التصرف في أمواله وغيرها، لأن ما دل على اعتبارها في الإجارة من حديث رفع القلم (٢)
وحديث رفع ما استكره عليه (٣) وما شابههما يدل على اعتبارها في الجاعل. وأما العامل

(١) التذكرة ج ١ - ص ٤٦٦.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس.

(٣) الوسائل باب ٦ من أبواب جهاد النفس.

فإن كان العوض معلوما لزم بالفعل وإلا فأجرة المثل،

واستدل له في المسالك بأنها من حيث عدم اشتراط القبول فيها، بمنزلة أمر الغير بعمل له أجرة، فلا يجب المضي إليه من الجانبين. أقول: أما جواز فسخ العامل فلا أرى له وجهها، فإن الجعالة عبارة عن الايجاب والإذن في الفعل وحكمه بعد الإذن بيده، ولا ربط لذلك بالعامل كي يكون له الفسخ، وكونه بحيث لو عمل استحق الجعل من آثار فعل الموجب وليس ذلك تحت اختيار العامل وقدرته، ولذا قال في الجواهر: فمعنى قولهم يجوز للعامل الفسخ أنه لا يجب عليه الوفاء بالعمل. وأما الجاعل فكما أفاده يجوز له الفسخ، لما أفاده، وللإجماع والتسالم عليه. وهل يجوز ذلك حتى بعد التلبس بالعمل؟ كلام سيأتي عند تعرض المصنف ره له.

الثانية: إذا بذل جعلا على رد الضالة مثلا، (فإن كان العوض معلوما لزم) على الجاعل (بالفعل) بلا خلاف ولا اشكال، (وإلا) كما لو ذكر عوضا ولم يعينه (ف) يجب عليه مع الفعل رد (أجرة المثل)، لاحترام العمل والفرض أنه لم يعمله مجانا. ودعوى أنه مع علم العامل ببطان الجعالة يكون كالمتبرع في عمله فلا يستحق شيئا، مندفعة بأنه لا يكون متبرعا في عمله بل يعمل لأخذ العوض، فكيف يكون بحكمه! هكذا استدلوا له في المقام وغيره من نظائره.

وقد مر في كتاب البيع والإجارة أن مدرك قاعدة الاحترام: أما قوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه (١) أو قوله صلى الله عليه وآله:

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي - والمستدرک ج ١ ص ٢١٢ - والاحتجاج ص ٢٦٧ - مع اختلاف في المتن.

حرمة ماله كحرمة دمه (١) أو قوله: لا يصلح ذهاب حق أحد (٢). وشئ من تلکم لا يدل عليها، إذ الأولان ظاهران في الحرمة التکلیفية، بمعنى أنه لا يجبر المسلم على العمل ولا على أخذ ماله منه ولا يقهر عليهما، ولا نظر لهما إلى الحكم الوضعي وهو الضمان. والثالث يدل على عدم ذهاب الحق، والكلام إنما هو في ثبوته، والحكم لا يصلح لاثبات موضوعه. وتامم الكلام في الجزء الخامس عشر من هذا الشرح. وعلى هذا فقد يتوهم عدم الضمان في المقام من جهة أن الضمان: إما بالعقد، أو باليد (٣) أو بالتلاف (٤). وشئ من تلکم لا مورد له في المقام. أما العقد فلفساده. وأما قاعدة اليد فهي وإن كانت تشمل المنافع، لأن اليد على العين تستتبع اليد على المنافع، لكنها لا تشمل عمل الحر. وأما قاعدة التلاف فلأن سببية العامل فيه أقوى من الأمر لأنه المباشر، كما لو أمره بالتلاف مال الغير وأكل طعامه، فإن المتلف هو الضامن لا الأمر.

ودعوى أن استيفاء العمل الذي له مالية كاستيفاء المنفعة ذات المالية موجب للضمان كما عن الشهيد الثاني، مندفعة بأن ذلك محتاج إلى دليل. ولكن يمكن أن يستدل للضمان بقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، والجعالة الصحيحة موجبة للضمان فكذلك الفاسدة منها. ومما ذكرناه يظهر أنه لا ضمان لو استدعى الرد ولم يبذل الأجرة ولا شئ للراد، كما في الشرايع، وعن القواعد والارشاد والتحرير، بل قيل هو قضية كلام اللمعة. نعم،

-
- (١) الوسائل باب ٣ من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.
 - (٢) الوسائل باب ٤٠ من أبواب الشهادات حديث ١ و ٤.
 - (٣) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ - سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.
 - (٤) قاعدة مستفادة من الأخبار الواردة في الموارد الخاصة.

إلا في البعير والآبق يوجدان في المصر، فعن كل واحد دينار، وفي غير المصر أربعة. ولو تبرع فلا أجره له سواء جعل لغيره أولا

يمكن أن يقال بأجرة المثل لو جرت العادة بأجرة لمثله، فإن ذلك حينئذ يكون نظير الجعالة على عوض مجهول، ولا أقل من أنه حينئذ أمر بالعمل بعوض الذي هو نظير الإباحة بعوض معاملة مستقلة صحيحة، ويستحق فيه العامل الأجرة المسماة مع معلومية العوض، وعليه فهو فاسد ما في صحيحه الضمان فيضمن به.

وكيف كان، فالذي يستحقه هو أجره المثل في جميع موارد الفساد (إلا في البعير والآبق)، فإن المشهور أنه تارة (يوجدان في المصر فعن كل واحد دينار، و) أخرى يوجدان (في غير المصر) فعن كل واحد (أربعة) دنانير.

والمدرّك خبر مسمع بن عبد الملك كردين أبي سيار عن الإمام الصادق عليه السلام: إن النبي صلى الله عليه وآله جعل في جعل الآبق دينارا إذا أخذ في مصره، وإن أخذ في غير مصره فأربعة دنانير (١). وقد عمل به المشهور كما اعترف به غير واحد، وعن الرياض: إن الشهرة به عظيمة قديمة ومتأخرة، وعن المختصر: إنه مؤيد بعمل الأصحاب وشهرته حتى صار العمل به قريبا من الاجماع، وعن الخلاف - بعد الفتوى بما تضمنه -: دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم، وعن المقنعة: إنه ثبتت السنة عن النبي صلى الله عليه وآله بذلك.

فضعفه منجبر بالعمل وبأخبار آخر، فلا وجه لاشكال المصنف ره في القواعد في الحاق البعير بالعبد الآبق في هذا الحكم، وأضعف منه اشكال الشهيد الثاني في هذا الحكم في الموردین لضعف سند الخبر.

الثالثة: (ولو تبرع) من لم يعين الجعالة له، (فلا أجره له سواء جعل لغيره أولا) بلا خلاف في عدم الأجرة للعامل، لأنه متبرع على الفرض، وقد مر حصر

(١) الوافي الجزء العاشر ص ٥٦ - التهذيب ج ٦ ص ٣٩٨ ح ٤٣.

ولو تبرع الأجنبي بالجعل لزمه مع العمل ويستحق الجعل بالتسليم

موجبات الضمان في عدة أمور لا ينطبق شيء منها على المقام. وأما عدم الجعل لمن جعل له فلأن الجعل، إنما هو بإزاء العمل الممتنع، لأن الحاصل لا يتحصل فيفسخ المعاملة. وفي المسالك: هذا إذا شرط على المَجْعُول له العمل بنفسه، أو قصد الراد العمل لنفسه، أو أطلق. أما لو رده نيابة عن المَجْعُول له حيث يتناول الأمر النيابة، فإنه لا يضيع عمله، وكان الجعل لمن جعل له، انتهى. وفيه: إن مجرد قصد النيابة مع عدم أمر من المنوب عنه ولا عمل في ذمته لا يجعله نائباً، ولا فعله فعله.

(ولو تبرع الأجنبي بالجعل لزمه مع العمل) وإن لم يعد نفعه إليه، ولا يلزم على المالك شيء للعامل ولا للباذل، بلا خلاف ولا اشكال، لما مر من أنه لا يعتبر كون الجعل من المالك.

العامل يستحق الجعل بالتسليم

الرابعة: (ويستحق) العامل (الجعل بالتسليم) بيد المالك، مع التصريح بالجعل على ذلك أو الاطلاق، بناء على أن المتبادر من الرد القبض. فلو جاء به إلى البلد أو المنزل ففر، لم يستحق الجعل بلا خلاف، لعدم تحقق ما جعل العوض بإزائه. نعم، لو صرح بما لا يقتضي التسليم - كالا يصال إلى البلد - استحق الجعل بإيجاده، وهو واضح.

وهل الموت كالفرار في عدم استحقاق شيء من الجعل كما عن التذكرة والمسالك وغيرهما، أم يستحق العامل في الموت بالنسبة كما عن القواعد احتماله وعن الإيضاح اختياره؟ وجهان، أظهرهما الأول، لأن الجعل إنما هو على العمل الخاص

ومع التلبس بالعمل ليس للجاعل الفسخ بدون أجره ما عمل ويعمل
بالتأخر من الجعالتين

المنتفي في الفرض، وعدم كون المانع من قبل العامل لا يصلح منشئاً للاستحقاق.
الخامسة: قد عرفت أنه لا اشكال ولا خلاف في أن الجعالة جائزة قبل التلبس
بالعمل، (و) أما (مع التلبس بالعمل) ففيه قولان:

أحدهما: إنه (ليس للجاعل الفسخ بدون أجره ما عمل) وإن كان للعامل
ذلك، فتصير الجعالة لازمة من طرف، وباقية على الجواز من الطرف الآخر، وهو مختار
الماتن هنا والمحقق في الشرايع، وعن المبسوط والارشاد، بل ظاهر المتن كالمبسوط
توقف فسخ الجاعل على دفع الأجرة.

ثانيهما: إنه لا فرق بين قبل التلبس وبعده، وهو المشهور، وفي المسالك دعوى
الاجماع عليه.

والأظهر هو الثاني: لأنه لم يطرأ ملزم لها بالتلبس، والاستصحاب يقتضي بقاء
جواز الفسخ. وعليه فلو فسخ الجاعل، فحيث إنه لا معنى لفسخ بعض وبقاء بعض،
فلا محالة لا يستحق من الجعل بالنسبة، وإنما يستحق أجره مثل عمله، كما لا يخفى.

السادسة: (و) لو عقب الجعالة على عمل معين بعوض بجعالة أخرى، وزاد
في العوض أو نقص (يعمل بالتأخر من الجعالتين) بلا خلاف، مع سماع الجعالتين قبل
التلبس بالعمل، لأن الثانية تقتضي فسخ الأولى بعد أن لا وجه لصحتها معاً، إلا مع
إرادة زيادة الجعل ولكنها خلاف الفرض.

أما إذا لم يسمع العامل إلا إحدى الجعالتين، فعن المحقق الكركي والشهيد
الثاني إن العبرة بما سمعه منهما، سواء كانت الأولى أو الثانية. وعن المصنف ره في
التذكرة أنه إن كان المسموع هي الثانية فالعبرة بها، وإلا فيرجع إلى أجره المثل.
والحق أن يقال: إنه لا وجه لكون العبرة بما سمعه مطلقاً، فإن المسموع إن كان

ولو جعل لفعل يصدر عن كل واحد بعضه

هو الأولى فقد انفسخت بالثانية، فلا بقاء لها كي تقتضي استحقاق ما فيها من الجعل، ولا غرور بعد أن أقدم على عقد جائز للمالك فسخه في كل وقت، وكان له طريق إلى إلزامه به بصلح ونحوه.

وأما أجره المثل فقد أورد على البناء على استحقاقها بأنه أقدم على الجعل المسمى، فيستحقه دون أجره المثل خصوصا مع زيادتها عليه. ويرده أن اقدمه على المسمى ليس من المعينات له بعد سقوطه بالفسخ بالثانية.

فالحق هو ثبوت أجره المثل في هذا الفرض. نعم، إن كانت الأجرة المسماة في الثانية أزيد من المثل لا يبعد القول باستحقاقها، لأنه لا يعتبر سماع الجعالة في استحقاق الجعل كما سمعته، وإنما لا نلتزم به في صورة كونه أقل لصدق الغرور، فإنه وإن لم يصدق على ما لو فسخ الأولى لما ذكرناه، إلا أنه يصدق على ما لو عقبها بجعالة أخرى، وإلا لزم التوصل بذلك إلى إلغاء ما جعله في جعالة وتبديله بأقل ما يصح، بفسخ الأولى وإيجاد جعالة أخرى من دون أن يسمع غيره.

هذا كله مع التنافي بين الجعالتين، وإلا - كما لو قيد كل منهما بزمان أو مكان غير ما قيد الأخرى به، كما لو قال: من رد ضالتي إلى آخر هذا الأسبوع فله كذا، ثم قال: من ردها إلى آخر الشهر فله نصف ذلك الجعل - تبقى الجعالتان على حالهما، وله الجعل المسمى على كل من التقديرين. لو جعل على عمل معين جعلاً فشاركه غيره السابعة: (ولو جعل لفعل فصدر عن كل واحد بعضه)، كما لو قال: من رد

فللجميع الجعل، ولو صدر من كل واحد فلكل واحد جعل، ولو جعل للرد
من المسافة فرد من بعضها فله النسبة

ضالتي فله دينار، فردها جماعة (فللجميع الجعل) بلا اشكال، لأن المفروض انطباق
موضع الحكم - وهو رد الضالة - على فعل الجميع، لأن ردهم من مصاديق الرد
المأخوذ في الموضوع، وحينئذ إن لم يتفاوتوا في العمل يوزع الجعل عليهم بالسوية،
ومع التفاوت يوزع عليهم على قدر العمل.

(ولو) جعل لفعل (وصدر) ذلك الفعل (عن كل واحد) مستقلا، ولم يكن
الصادر عن الجميع فعلا واحدا، كما لو قال: من دخل داري فله دينار، فدخله جماعة
(فلكل واحد جعل)، لأن فعل كل واحد منهم موضوع مستقل وفرد مما أخذ في
الموضوع، وهذا بخلاف الصورة الأولى التي كان الفعل الصادر من الجميع فردا من
الموضوع، والصادر من كل واحد منهم بعضه لا تمامه.

وما عن المختلف من احتمال التساوي، فيستحقون كلهم دينارا واحدا في
الصورة الثانية لأنه المبذول، والعموم يقتضي التشريك لا الزيادة على المبذول، غير
تام، كما يظهر مما ذكرناه.

(ولو جعل للرد من مسافة)، كما لو قال: من رد ناقتي من الشام فله كذا،
(فرده من بعضها فله) من الجعل (بالنسبة) أي بنسبة المسافة، كما عن الشيخ وابن
حمزة والمصنف وغيرهم، بل في المسالك نسبتها إلى الأصحاب وإن تنظر فيه.
والحق أن يقال: إن الجعل إن كان للرد عن مسافة، فالرد من بعضها ليس جزء
من ذلك العمل بل هو غيره، وعليه فالمتجه حينئذ أجرة مثل عمله على ما مر، فإن
عمله محترم لا يذهب هدرا ولم يجعل بإزائه شيء، فيتعين أجرة المثل. وأن الجعل
للرد، وكان التقييد بالمسافة لتخيله كونها هناك، فالمستحق الأجرة المسماة لآتيان ما
جعل له. وإن كان الجعل للرد من مسافة على نحو التوزيع، كان المستحق من الأجرة

والقول قول المالك في عدم الجعل، وفي تعيين المجعول فيه، وفي القدر،

المسماة بنسبة ما عمل. وهو واضح، ولا يبعد ظهور الجملة المزبورة بلا قرينة في الأخير، وعليه فيتم ما أفاده الأساطين فلا يرد عليهم شيء مما ذكر في المقام.

حكم ما لو اختلفا في الجعل

الثامنة: في فروع التنازع، وهي أربعة:

١ - (و) لو تنازعا في الجعل وعدمه، فقال المالك لم أشاركك وما أمرتك، وقال العامل شرطني وأمرتني بالعمل، وجعلت لي جعلاً معيناً أو استحق به أجره المثل، ف (القول قول المالك في عدم الجعل) بلا خلاف، لأصالة عدم الاشتراط، وأصالة البراءة من العوض. ومقتضى قول المشهور في نظائر المسألة، كالاختلاف في الإجارة والإعارة من تقديم قول مدعي الضمان لقاعدتي اليد والاحترام، الحكم بالضمان في المقام لقاعدة الاحترام، ولكن قد عرفت في كتاب الإجارة فساد ذلك، فالأظهر عدم الضمان.

٢ - (و) لو اختلفا (في تعيين المجعول فيه)، كما لو اختلفا في عين ما شرط في رده العوض، فقال العامل شرطت لي العوض فيما رددته، وقال الجاعل بل شرطت لك فيما لم ترده، فلا خلاف في أنه يقدم قول الجاعل، لأن مرجع هذا الخلاف إلى دعوى العامل على المالك الشرط على هذا الذي رده وهو ينكره فالقول قوله، لأصالة عدم الشرط وإن اتفقا على أصل الشرط.

٣ - (و) لو اختلفا (في القدر) أي قدر الجعل، ففيه أقوال: أحدها: ما عن الشيخ في الخلاف وجماعة، وهو أنه تثبت حينئذ أجره المثل بعد يمين الجاعل.

فيثبت فيه الأقل من أجره المثل والمدعي

ثانيها: ما في المتن والشرايع وعن اللمعة وغيرها، وهو أن القول قول المالك، (فيثبت فيه الأقل من أجره المثل والمدعي) مع الحلف.
ثالثها: إن القول قول المالك، لكن يثبت مع يمينه أقل الأمرين من أجره المثل ومدعي العامل، وأكثر الأمرين منها ومن مدعي المالك.
رابعها: تقديم قول المالك، إلا أن الثابت بيمينه هو ما يدعيه، لا أجره المثل ولا الأقل، وهو قول الشيخ نجيب الدين من مشايخ المحقق والشهيدين.
خامسها: أنهما يتحالفان، لأن كل واحد منهما مدع ومدعي عليه، اختاره في محكي القواعد.

والأظهر هو الرابع، لأن استحقاق الأقل متيقن ولو في ضمن الأكثر، ووقوعه على الأكثر غير معلوم، والأصل عدم وقوعه عليه، وعدم استحقاقه الزايد. وبه يظهر دفع ما أورده المحقق ره على هذا القول بأن فائدة يمين المالك اسقاط دعوى العامل لا ثبوت ما يدعيه الحالف، وما في الجواهر من أن اختصاص الدعوى بينهما في الأمرين لا يقتضي الانحصار واقعا كذلك ضرورة احتمال كون الواقع خلافهما، فإن نفي استحقاق الزايد من الأجرتين إنما هو بالأصل لا باليمين. وقد استدلل للقول الأول بأن القول قول المالك، لأن الفعل فعله فيقدم قوله فعليه اليمين، فإذا حلف ينفي الزايد، وحيث لا يثبت ما يدعيه بحلفه، فليس حينئذ إلا أجره المثل بعد الاتفاق على أن العمل بعوض ولم يثبت فيه مقدر. ويرده: أن الزايد ينفي بالأصل، مع أنه لو أغمض عن ذلك فاللازم هو ثبوت أقل الأمرين من أجره المثل وما يدعيه العامل، لاعترافه بعدم استحقاق الزايد إن كانت أجره المثل أزيد من ما يدعيه، بل وأكثر الأمرين منها ومن مدعي المالك، لأن ما يدعيه المالك إن كان أكثر من أجره المثل فهو يعترف بثبوتها في ذمته للعامل، فيؤخذ

بإقراره. وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثاني والثالث وضعفه، كما ظهر قوة القول الثالث بالنسبة إلى الأولين كما أفاده في المسالك.

وأما التحالف فقد استدل له بأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فلا ترجيح لأحدهما، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر. وبأن العقد الذي تشخص بالعمد الذي يدعيه المالك، غير العقد الذي تشخص بما يدعيه العامل.

ويرد على الأول ما تقدم من أن المالك منكر لا مدع، لأنهما متوافقان على استحقاق الأقل، والنزاع إنما هو بالنسبة إلى الزيادة.

وعلى الثاني إن العقد متفق عليه وإنما الاختلاف في الزيادة والنقصان، فكان كالاختلاف في قدر الأجرة في الإجارة، والقدر الذي يدعيه المالك متفق عليه وإنما الاختلاف في الزائد، فيقدم قول منكره. أضف إلى ذلك كله ما يأتي في كتاب القضاء من أن التحالف في الموارد التي يكون كل من طرفي المنازعة مدعياً ومنكراً لا دليل عليه، فإن ظاهر دليل الحلف هو الحلف فيما إذا كان منكراً محضاً، راجع ما ذكرناه. فالمتحصل مما ذكرناه أنه يقدم قول المالك، ويثبت بيمينه ما يدعيه لا أجرة المثل ولا الأقل.

(و) لو اختلفا في السعي بأن قال المالك: حصل في يدك قبل الجعل فلا جعل لك، وقال العامل: قد حصل في يدي بعده، قالوا: فالقول قول المالك من (عدم السعي) وهذا يتم على القول بوجوب رد المال إلى صاحبه إذا وقع في يد الغير، وعدم جواز الجعل على الواجب، فإن المالك حينئذ يدعي عدم الاستحقاق والأصل معه، وحيث عرفت جواز الجعل على الواجب فيسقط ذلك، والله العالم.

السبق والرماية

(الفصل الرابع: في السبق والرماية) والسبق - بسكون الباء - مصدر لكلمة سبقه إلى كذا، أي تقدمه وغلبه على كذا، وعن الصحاح أنه مصدر سابق، قال في المسالك: وكلاهما صحيح، إلا أن الثاني أوفق بالمطلوب، لأن الواقع في معاملته كون العمل بين اثنين فصاعدا، فباب المفاعلة به أولى. وأما السبق - بالتحريك - فهو العوض المبدول للسابق وما في معناه، ويقال له الخطر.

والمسابقة عرفا هي اجراء الخيل وشبهها في حلبة السباق، ليعلم الأجود منها والأفرس من الرجال والمتسابقين. والرماية عرفا هي المناضلة بالسهم مثلا، ليعلم حذق الرامي ومعرفته بمواقع الرمي.

ومستند شرعيتهما، مضافا إلى اجماع الأمة المحكي مستفيضا: من الكتاب قوله تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم) (١) وفي المرفوع لعبد الله بن المغيرة - الذي هو من أصحاب الاجماع - في تفسيره عن النبي صلى الله عليه وآله أنه الرمي (٢). وقوله تعالى حكاية عن إخوة يوسف (يا أبانا إنا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا) (٣)

(١) سورة الأنفال آية ٦٠.

(٢) الوسائل باب ٢ - من أبواب كتاب السبق والرماية حديث ٣.

(٣) سورة يوسف آية ١٨.

الأول: خبر عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام: لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، يعني النضال (١) بتقريب أن السبق - بسكون الباء - مصدر لكلمة سبقه إلى كذا، أي تقدمه وغلبه على كذا، فالمراد من نفيه نفي المشروعية، ومقتضى إطلاقه عدم مشروعية المسابقة بغير رهان. وفيه: أولاً: إن الخبر ضعيف لمعلى بن محمد، فتأمل فإنه من مشايخ الإجازة. وثانياً: أنه لم يثبت كون السبق بسكون الباء، ومن المحتمل أن يكون بفتحها، بل عن الشهيد ره أنه المشهور، والسبق بالفتح هو العوض، ونفيه ظاهر في فساد المراهنة، لظهوره في نفي استحقيقه، فلا يصح الاستدلال به للاجمال. الثاني: إطلاق أدلة القمار، لأنه مطلق المغالبة ولو بدون العوض. وفيه: إن القمار لا يصدق بدون الرهان والعوض. الثالث: ما دل على حرمة اللهو. وفيه: أولاً: ما تقدم من أن اللهو بقول مطلق لا دليل على حرمة. وثانياً: إن المسابقة إذا كانت لغرض عقلائي لا تكون لهوا. فالمتحصل أنه لا دليل على حرمتها، والأصل يقتضي الجواز، مع أنه يدل على جوازها - مضافاً إلى الأصل - السيرة القطعية القائمة من المسلمين على المباراة في عدة أمور كالسباحة والمصارعة والمكاتبة والمشاعرة وغيرها، وما ورد من مصارعة الحسين عليهما السلام بأمر النبي صلى الله عليه وآله ومكاتبتهما والتقاطهما حب قلادة أمهما (٢).

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب السبق والرماية حديث ٢.

(٢) المستدرک باب ٤ من أبواب السبق والرماية.

المباراة مع العوض

الموضع الثاني: في المعاملة على المسابقة، أي المباراة مع العوض بغير آلات القمار، فلا بد أولاً من تأسيس الأصل حتى يكون هو المرجع عند عدم الدليل الخاص، وقد يقال إن الأصل هو الجواز وصحة المعاملة الواقعة عليها. واستدل له بوجوه:

١ - الآية الشريفة حكاية عن إخوة يوسف عليه السلام: (يا أبانا إنا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا) (١) بدعوى أنها تدل على مشروعية السباق في شرعهم، ويشك في رفع المشروعية ونسخها، والأصل بقائها. وفيه: أولاً: إنه يتوقف على عدم ورود منع من الشارع الأقدس ولو بنحو العموم، وإلا فمع وجود الدليل لا يرجع إلى الأصل، وستعرف وجوده. وثانياً: إنه لا يعلم أنهم كانوا بم يستبقون، ولعله كان بما يجوز السباق عليه عندنا.

وثالثاً: إنه ليس في الآية الكريمة ما يشعر بكون سباقهم كان مع العوض.

٢ - إن مقتضى عموم (أوفوا بالعقود) (٢) صحة العقد على السباق بكل شئ.

وفيه: أنه يتوقف الاستدلال به على عدم ورود المنع وستعرف وجوده، وأنه يصدق القمار عليه الخارج عن عموم (أوفوا بالعقود).

٣ - إن الحكمة في مشروعية هذه المعاملة في الموارد المنصوصة، هي الاستعداد

(١) سورة يوسف آية ١٨.

(٢) المائدة آية ٢.

للجهاد والتهيؤ له وتحصيل القوة، وعليه فتجوز المسابقة على المراكب وآلات الحرب الحديثة، للعلة المشار إليها.

وفيه - مضافا إلى أخصيته عن المدعى - : إن حكمة الحكم إن ذكرت في الدليل بصورة العلة يتعدى عنها، فإنها بحسب المتفاهم العرفي تمام الموضوع للحكم، فكأنه جعل الحكم أولا على ذلك العنوان العام، وإلا فهي حكمة لا يتعدى عنها، والعبرة، حينئذ بالظهور أي المتبع ظهور الدليل، فإذا فرضنا اختصاص الدليل بالموارد الخاصة فلا وجه للتعدي عنها.

٤ - أنه روي: أن النبي صلى الله عليه وآله سابق عايشة بالقدم مرتين سبق في أحدهما وسبق في الأخرى (١) وأنه صلى الله عليه وآله صارع يزيد بن ركابة ثلاث مرات كل مرة على شاة، فصرع خصمه في الثلاث وأخذ منه ثلاث شياة (٢). وفيه: إنه لم يثبت شيء من ذلك من طرفنا، ولم ترد رواية بذلك بل الثابت خلافه.

فتحصل أنه لا دليل على الجواز، بل يشهد لعدم الصحة وجهان: أحدهما: صدق مفهوم القمار عليه، فإنه الرهن على اللعب بأي شيء كان، ففي المجمع: أصل القمار الرهن على اللعب بشيء، وفي القاموس: تقمره راهنه فغلبه، ونحوه ما عن لسان العرب، وفي المنجد: القمار كل لعب يشترط فيه أن يأخذ الغالب من المغلوب شيئا كان بالورق أو غيره. وهذا المفهوم يصدق على المعاملة المفروضة في المقام، فتكون باطلة وما يأخذه الغالب من المغلوب حرام. الوجه الثاني: النصوص الظاهرة في الفساد وحرمة التصرف في الرهن، وهي

-
- (١) التذكرة ج ٢ ص ٣٥٤ - والثاني مروى في المستدرک باب ٤ من السبق والرمایة حدیث ٢.
(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٥٤ - والثاني مروى في المستدرک باب ٤ من السبق والرمایة حدیث ٢.

طوائف من الأخبار:

منها: ما دل على نفار الملائكة عند الرهان ولعن صاحبها، ما خلا الحافر والخف والريش والنصل، كخبر العلاء بن سيابة (١) ومرسل الصدوق (٢) وخبر أبي بصير (٣). لكنها بأجمعها ضعيفة سندا، أما الأول فلا بن سيابة، وأما الثاني فللارسال، وأما الثالث فلسعدان بن مسلم.

ومنها: خبر ياسر الخادم عن الإمام الرضا عليه السلام، قال: سألته عن الميسر، قال: الثقل من كل شيء، قال: والثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم (٤)، ولكنه أيضا ضعيف لياسر.

ومنها: خبر جابر عن الإمام الباقر عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، قيل له: ما الميسر؟ قال عليه السلام: كل ما تقوم به حتى الكعاب والجوز (٥) وهو أيضا ضعيف السند لعمر بن شمر.

ومنها: صحيح ابن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام: الرد والشطرنج والأربعة عشرة بمنزلة واحدة، وكل ما قومر عليه فهو ميسر (٦).

ومنها: خبر إسحاق بن عمار عن الإمام الصادق عليه السلام عن الصبيان يلعبون بالجوز والبيض ويقامرون، فقال: لا تأكل منه فإنه حرام (٧).

(١) الوسائل - باب ٣ من أبواب السبق والرماية حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من أبواب السبق والرماية حديث ٦.

(٣) الوسائل باب ٢ من أبواب السبق والرماية حديث ٤.

(٤) الوسائل باب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به كتاب التجارة حديث - ٩.

(٥) الوسائل باب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

(٦) الوسائل باب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به من التجارة حديث ١.

(٧) الوسائل باب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به - حديث - ٧.

فالمتحصل مما ذكرناه أن المراهنة والمباراة مع العوض فاسدة، وما يؤخذ حرام لا يجوز التصرف فيه.

هذا كله في الحكم الوضعي. وأما حكمها التكليفي فيدل على الحرمة أدلة القمار، وأما سائر النصوص المتقدمة فهي ظاهرة في الحكم الوضعي ولا نظر لها إلى الحكم التكليفي.

وقد استدل صاحب الجواهر ره لجوازها التكليفي بصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أكل وأصحاب له شاة، فقال: إن أكلتموها فهي لكم، وإن لم تأكلوها فعليكم كذا وكذا، فقضى فيه أن ذلك باطل لا شيء في المؤكلة من الطعام ما قل منه وما كثر، ومنع عن الغرامة فيه (١) بدعوى أنه متضمن لفساد المراهنة في الطعام خاصة، ولو كانت محرمة لردع عنها أيضا، فيستكشف من عدم الردع الجواز.

وفيه: إن الظاهر كون الخبر أجنبيا عن المراهنة بالأكل، وأنها يكون مورد الخبر الإباحة المالكية المشروطة بالالتزام بالاعطاء لا الاعطاء، فالقاعدة الأولية تقتضي فساد المعاملة وحرمتها.

الألفاظ المستعملة في هذا الباب

وقد خرج عن هذه القاعدة المعاملة على السباق في موارد خاصة كما مر، وتنقيح القول فيه ببيان أمور:

(١) الكافي ج ٨ ص ٤٢٤ باب نواذر القضاء الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الجعالة.

ولا بد فيهما من ايجاب وقبول،

والخاصر ما أصاب أحد جانبي الغرض.
والخازق ما خدش الغرض.
والخاسق ما فتحه وثبت فيه.
والخارق ما يخرج من الغرض نافذا.
والخارم هو الذي يخرم حاشية الغرض.
والمزدلف هو الذي يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض، وظاهر القواعد
مرادفته مع الحابي، وعن التذكرة الفرق بينهما باعتبار القوة في المزدلف.
وأما الغرض فهو ما يقصد إصابته.
والهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره.
وأما المبادرة فهي أحد قسمي المراماة، وهي أن يبادر أحدهما إلى الإصابة مع
التساوي في الرشق.
والقسم الثاني منها المحاطة، وهي اسقاط ما تساويا فيه من الإصابة.
عقد المسابقة والمراماة

(و) منها: أنه (لا بد فيهما من ايجاب وقبول) كغيرهما من العقود على المشهور.
وعن الشيخ والمصنف ره في المختلف أن هذا العقد جعالة، فلا يفتقر إلى قبول. ثم إنهم
اختلفوا في لزومه وجوازه، وبعضهم بنى الخلاف في لزومه وجوازه على أنه عقد أو
ايقاع، فعلى الأول يكون لازما، وعلى الثاني جائزا. وبعضهم عكس، فبنى كونه عقدا
أو ايقاعا على لزومه وجوازه. ثم إن ظاهرهم ابتناء كونه عقدا أو ايقاعا على أنه إجارة
أو جعالة.

والحق أن يقال: إنه عقد أو ايقاع مستقل لا إجارة ولا جعالة على حسب المتفاهم العرفي، سيما وهو بنفسه من العقود العقلانية، ويعضده تخلف بعض آثاره عن كل من الأمرين، وظاهر النافع والمختلف وغيرهما المفروغية من ذلك، وأن التردد إنما هو في اللزوم. والجواز.

ثم إن الظاهر كونه من العقود ولا يكفي فيه الإيجاب خاصة، فإن ثبوت الآثار على الطرف الآخر بدون القبول مخالف لقاعدة السلطنة على النفس والمال (١). وإن شئت قلت: إن أثر ذلك والمرتب عليه عمل قائم بشخصين، ثم كل منهما قد يجب عليه العوض وقد يجب له، وثبوت جميع ذلك عليه بدون رضاه وإنشائه خلاف قاعدة السلطنة والمعهود من الشرع.

ثم إنه بعد ثبوت كونه من العقود يكفي في لزومه عموم (أوفوا بالعقود) (٢). وما عن المختلف من أن المراد من الأمر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه وإن كان جائزا، وليس المراد مطلق العقود وإلا لوجب الوفاء بالجائزة، غير تام، فإن الوفاء عبارة عن التمام أو ما يقاربه، والإيفاء عبارة عن الاتمام والانتهاء، فإذا كان العقد متعلقا بالنتيجة لا بالفعل كان الوفاء به اتمامه، وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه. وعليه فالأمر به إن كان ارشاديا - كما هو الظاهر - كان ارشادا إلى اللزوم. وإن كان مولويا نفسيا، فحيث إن وجوب الوفاء عدم جواز الفسخ لو كان فإنما هو بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، ولا يحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق، فيستكشف من عدم الحق عدم تأثير الفسخ،

(١) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) سورة المائدة آية ٢.

وإنما يصحان في السهام، والحراب، والسيوف، والإبل، والفيلة، والخيل،
والبغال، والحمير خاصة.

وهذا معنى اللزوم، مع أن الاجماع قائم على أنه لو كان حراما كان غير مؤثر. وبالجملة
فدلالة الآية الكريمة على اللزوم لا تنكر، وخروج بعض العقود عن تحتها لدليل
خاص لا يوجب خلافا في عمومها لغير ما علم بخروجه، إذ العام حجة فيما بقي من
الأفراد غير الفرد الخارج عن تحتها. ويمكن أن يستدل للزومه بالاستصحاب أيضا
بالتقريب المتقدم في كتاب البيع.

فالمتحصل أنه من العقود اللازمة، وحينئذ فما ذكرناه في كتاب البيع والإجارة
من القيود المعتبرة في العقد والعاقدة تجري هنا، كما أن ما أثبتنا عدم اعتباره من العربية
والماضوية والقول وما شاكل لا يكون معتبرا فيه، فلا نطيل المقام بذكر تلك الأمور.
بيان ما يسابق به

ومنها: بيان ما يسابق به، قال قده: (وإنما يصحان في السهام، والحراب،
والسيوف، والإبل، والفيلة، والخيل، والبغال، والحمير خاصة)، والصحة في جملة
من ما أفاده متفق عليها، وفي جملة منها الخلاف.

والتحقيق يقتضي أن يقال: إن النصوص تضمنت جواز السباق والمعاملة عليه
في النصل والخف والحافر، لاحظ خبر عبد الله بن سنان عن مولانا الصادق عليه
السلام: لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، يعني النضال (١).

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب السبق والرمية - حديث ٢ -

وما دل على نفاذ الملائكة عند الرهان ولعن صاحبها، ما خلا الحافر والخف والريش والنصل، كخبر العلا بن سيابة (١) ومرسل الصدوق (٢) وخبر أبي بصير (٣). وما تضمن أن رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل التي أضمرت من الحصى - وفي بعض النسخ من الحفى - إلى مسجد بني زريق، وسبقها من ثلاث نخلات، فأعطى السابق عذقا، وأعطى المصلى عذقا، وأعطى الثالث عذقا (٤). وما دل على أنه أجرى الخيل وجعل سبقها أواقى فضة (٥) وقريب منها غيرها. وهذه النصوص على طوائف:

منها: ما تضمن فعله (ص)، وهو مختص بالخيل ولا اطلاق له، ومثله الصحيح المتضمن أن مولانا عليه السلام كان يحضر الرمي والرهانة (٦). ومنها: ما تضمن الحصر في الثلاثة، وهي وإن كانت جملة منها ضعيفة السند، إلا أن فيها الصحيح وغيره مضافا إلى انجبار ضعف السند بالعمل. ومنها: ما أضاف إليها الريش، وهي بأجمعها ضعيفة السند، مع أن الريش يحتمل أن يكون المراد منه السهم ذي الريش، وليس في عطفه على النصل في أحد الخبرين دلالة على التغاير بينهما، بعد احتمال كونه من قبيل عطف المرادف أو الخاص على العام.

-
- (١) الوسائل باب ٣ من كتاب السبق والرمية حديث ٣.
 - (٢) الوسائل - باب ١ من أبواب كتاب السبق والرمية حديث ٦.
 - (٣) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب السبق والرمية حديث ٤.
 - (٤) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب السبق والرمية حديث ١.
 - (٥) الوسائل باب ٤ - من أبواب كتاب السبق والرمية حديث ٢.
 - (٦) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب السبق والرمية - حديث ٤.

ويجوز أن يكون العوض ديناً وعيناً، وأن يبذله أجنبي،

وفي المقام أخبار آخر استدل بها صاحب الحدائق على إضافة الطيور إلى الثلاثة، لكنها ضعيفة السند، غير منجبرة بالعمل، وقاصرة الدلالة من جهة احتمال إرادة اللعب بها بلا مسابقة، مع أن فيها الحمام ومن المحتمل إرادة الخيل منه، بل قيل إنه المتعارف في لسان أهل المدينة، ويعضده الاستدلال له في خبره بالنبوي المتضمن لاجراء الخيل (١). فالمتحصل أنه لا يجوز ذلك إلا في ثلاثة:

النصل الشامل للسهم، والحراب جمع حربة وهي الآلة، والسيف، وربما زيد النشاب. وهل يدخل فيه الدبوس والعصا والمرافق إذا جعل في رأسها حديدة؟ فيه اشكال.

والحف، ويدخل تحته الإبل والفيلة.
والحافر، ويدخل تحته الخيل والبغال والحمير.
العوض وما يعتبر فيه

(و) منها: بيان العوض وما يعتبر فيه. (يجوز أن يكون العوض ديناً وعيناً) حالاً أو مؤجلاً بلا خلاف، للأصل، والعمومات. (وأن يبذله أجنبي) اجماعاً لذلك، وللعمومات والأصل، بل يثاب الأجنبي عليه مع نيته، لأنه بذل في طاعة وقربة ومصالحة للمسلمين، فهو نظير ما لو اشترى لهم خيلاً وسلاحاً وغيرهما مما فيه إعانتهم على الجهاد. ودعوى أن مقتضى المعاوضة خروج العوض عن كيس من هو طرف المعاوضة، مندفة بعدم كونه من المعاوضات المصطلحة، مع أنه قد عرفت في كتاب البيع

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب السبق والرماية حديث ٣.

أو أحدهما، أو من بيت المال، وجعله للسابق منهما، أو للمحلل، وليس المحلل شرطاً. ولا بد في المسابقة من

جواز كون العوض من غير كيس من دخل في كيسه المعوض. وبالجملة فيجوز بذل الأجنبي، كما يجوز بذلها (أو أحدهما أو من بيت المال). ودعوى أنه مع بذل أحدهما بأن يقول لصاحبه: إن سبقت فلك عشرة وإن سبقت أنا فلا شئ عليك، يكون قماراً، مندفعة بأن كونه قماراً لا يختص بهذه الصورة بل يعم جميع صور البذل، والمستند في جوازه النصوص الخاصة وبها يقيد اطلاق أدلة القمار. (و) يجوز (جعله للسابق منهما أو للمحلل) إن سبق، بلا خلاف، للعمومات والأصل. وفي الرياض: قيل لا لأجنبي، ولا للمسبوق منهما ومن المحلل، ولا جعل القسط الأوفر للمتأخر أو المصلي والأقل للسابق، لمنافاة ذلك كله للغرض الأقصى من شرعيته، وهو الحث على السبق والتمرن عليه. (وليس المحلل شرطاً) عندنا، للأصل، والاجماع، وشمول ما دل على الجواز للعقد الخالي عنه. وعن ابن الجنيد لا يجوز إلا بالمحلل، ومستنده رواية (١) عامية عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وسندها ضعيف، ودلالاتها قاصرة، والأصحاب أعرضوا عنها.

شرائط المسابقة

ومنها: في شرائط المسابقة والمراماة. أما الأولى فلا خلاف (و) لا اشكال في أنه (لا بد في المسابقة من) أمور، ذكر الماتن هنا جملة منها، وأنهاها إلى اثني عشر في

(١) التذكرة ج ٢ ص ٣٥٥.

تقدير المسافة والعض، وتعيين الدابة، وتساويهما في احتمال السبق.

التذكرة.

الأول: (تقدير المسافة) التي يستبقان فيها، وتعيينها ابتداء وانتهاء، لاختلاف الأغراض في ذلك اختلافاً بينا، فيلزم من عدم التقدير الغرر وقد نهى عنه (١). ودعوى أنها جعالة فلا يعتبر فيها تعيين المسافة كما لا يعتبر في الجعالة، مندفة بما مر من أنها عقد مستقل.

(و) الثاني: (تعيين العض) للغرر في المجهول، وإثارة النزاع.

(و) الثالث: (تعيين الدابة التي يسابق عليها من فرس وبعير وغيرهما بالمشاهدة، فلا يكفي الاطلاق، ولا التعيين بالوصف، لاختلاف الغرض بذلك كثيراً، ولا يتم الغرض بالتوصيف وإنما يتم بالشخص، بخلاف نحو السلم لأن الغرض فيه متعلق بالكلي).

(و) الرابع: (تساويهما في احتمال السبق) بمعنى احتمال كل منهما أن يسبق الآخر، فلو علم قصور أحدهما بطل، لانتفاء الفائدة. هذه هي الشروط التي ذكرها المصنف ره هنا، وأما ما أضافه في التذكرة فهي ثمانية.

الأول: جعل السبق لأحدهما أو للمحلل، فلو جعله للأجنبي بطل، وقد مر الكلام فيه.

الثاني: تساوي الدابتين في الجنس، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال.
الثالث: إرسال الدابتين دفعة، فلو أرسل أحدهما دابة قبل الآخر ليعلم هل يدركه أم لا لم يصح.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

ويفتقر الرمي إلى تقدير الرشق،

الرابع: أن يستبقا على الدابتين بالركوب، فلو شرطا ارسالهما ليحريا بأنفسهما لم يجز.

الخامس: أن يجعللا المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولا ينقطعان دونها.
السادس: أن يكون ما ورد عليه العقد عدة للقتال، فلا يجوز السبق والرمي من النساء.

السابع: العقد المشتمل على أركانه المعتبرة فيه.

الثامن: عدم تضمن العقد الشرط الفاسد.

أما اعتبار الأخير فهو متوقف على مبطلية الشرط الفاسد، وقد مر في محله عدم مبطليته للعقد، وأما ما قبله فقد مر الكلام فيه، وكذا في الأول منها، وأما الخمسة الباقية فدليل اعتبارها: أما لزوم الغرر مع عدمها كما في بعضها، وأما المنافاة للغرض من هذه المعاملة، وأما الاجماع.

شرائط المناضلة

(و) أما الثانية: فالمشهور بين الأصحاب أنه (يفتقر الرمي إلى) شروط:

الأول: (تقدير الرشق) أي عدد الرمي، واستدل له في المسالك بأنه العمل المقصود المعقود عليه، ليكون غاية رميها معلومة منتهية إليه، فلو لم يعين أمكن أن يطلب المسبوق الرمي بمقتضى العقد، فيلحق أو يسبق ويمتنع الآخر فيحصل التنازع.

والأولى أن يستدل له بلزوم الغرر من عدم تقديره. والوجهان يختصان بالمحاطة، وأما المبادرة فلا يجريان فيها، لأن الاستحقاق فيها يتعلق بالبدار إلى إصابة

وعدد الإصابة، وصفتها، وقدر المسافة، والغرض، والعوض، وتمائل جنس الآلة. ولا يشترط تعيين السهم ولا القوس.

العدد المعتبر حيث اتفق، ولا يجب اكمال العدد المشروط، فلا حاجة إلى تعيينه.
(و) الثاني: تقدير (عدد الإصابة)، كخمس من عشرين رمية، واستدلوا له بأن الاستحقاق إنما يحصل بالإصابة، وبها يحصل معرفة جودة الرمية ومعرفة الناظر من المنضول. وتأمل فيه الفاضل الخراساني، لجواز حصول معرفة الإصابة بكونه أكثر إصابة في العدد المشروط أو غير ذلك، وهو حسن، لولا لزوم الغرر، واجماع الأصحاب على اعتباره.

(و) الثالث: تعيين (صفتها) من المارق والخاسق وما شاكل، للغرر مع عدمه.

(و) الرابع: تشخيص (قدر المسافة) التي يرميان فيها بالمشاهدة أو ذكر المساحة، إلا أن تكون هناك عادة ينصرف إليها الاطلاق، قيل لاختلاف الإصابة بالقرب والبعد.

(و) الخامس: تعيين (الغرض)، لاختلافه بالسعة والضيق.

(و) السادس: تعيين (العوض)، وقد مر الكلام فيه.

(و) السابع: (تمائل جنس الآلة) من كون القوس مثلاً عربياً أو فارسياً، والكلام فيه هو الكلام في تماثل حيوان السبق.

(ولا يشترط تعيين) شخص (السهم ولا القوس)، لاطلاق الأدلة، وعدم ما يوجب اشتراطه. وعن التذكرة: لو عينه لم يتعين، ويفسد العقد بذلك، كما في كل شرط فاسد.

وفيه: أولاً: إن الشرط المزبور ليس مخالفاً للكتاب والسنة ولا لمقتضى العقد، فيصح ويكون لازم الوفاء.

وثانياً: إن الشرط الفاسد لا يفسد العقد.

ولو قالوا: من سبق منا ومن المحلل فله العوضان، فمن سبق من الثلاثة فهما له، فإن سبقا فلكل ما له وإن سبق أحدهما والمحلل فللسابق ما له ونصف الآخر والباقي للمحلل. ولو فسد العقد فلا أجره

حكم الأجرة مع فساد العقد

ومنها: في الأحكام، (و) تفصيل القول فيها في طي مسائل: الأولى: (لو) كان المتراهنان اثنين، وأخرج كل واحد منهما عوضا وأدخلا محللا، و (قالا من سبق منا) أي من المتراهنين (ومن المحلل فله العوضان، فمن سبق من الثلاثة فهما له) بلا خلاف ولا اشكال، بناء على ما قدمناه من جواز جميع صور بذل العوض. وحينئذ (إن سبقا) أي سبق المستبقان (فلكل) واحد منهما (ما له)، لأنه جعل العوض لمن سبق ولم يسبق أحد في الفرض، وبه يندفع الإيراد عليه بأنه - على ما ذكر سابقا - يشتركان في المالين، لا أنه يكون لكل واحد منهما مال نفسه. (و) كذا الحال (إن سبق أحدهما والمحلل فللسابق ماله)، لأنه لم يسبقه أحد (ونصف الآخر) (و) النصف (الباقي للمحلل)، لاشتراكهما في صفة السبق له.

الثانية: (ولو فسد العقد) ورخص المتسابقان على فساد، وسبق الذي لو صحت المسابقة لاستحق السبق المشروط، (ف) عن الشيخ وفي الشرايع والتمن أنه (لا أجره) له، لا المسمأة ولا أجره المثل، أما عدم استحقاقه الأجر المسمى فلفساد العقد، وأما عدم استحقاقه أجره المثل فلا لأنه لم يعمل له ولا استوفى منفعة عمله، لأن نفع سبقه راجع إليه فلا شيء يوجب الضمان. هكذا استدلوا لعدم الضمان. ولكن يمكن أن يقال: إن قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده مقتضى للضمان، ولذا حكي عن القواعد والتذكرة وجامع المقاصد القول به. فإن قيل: إن القاعدة بكليتها لا مدرك لها، وحيث إن شيئا من القواعد الموجبة

ولو كان العوض مستحقاً فعلى الباذل مثله أو قيمته ويحصل السبق بالتقدم بالعنق والكتد،

للضمان لا تكون متحققة هنا، ولا اجماع، فلا ضمان كما أفاده الشهيد الثاني. قلنا: إن القاعدة بنفسها مجمع عليها، والاجماع عليها من قبيل الاجماع على القاعدة، فلا حاجة إلى ثبوت الاجماع في كل مورد شخصي، فتأمل. الثالثة: (ولو كان العوض مستحقاً، فعلى الباذل مثله أو قيمته)، كما هو المشهور بين الأصحاب، بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه. واستدلوا له بأن العقد صحيح ابتداءً بالعوض المعين وإنما اتفق تزلزله موقوفاً على إجازة المالك، فقد تشخص العوض المعين للعقد، فإذا طرأ زوال ذلك العوض لعدم إجازة المالك وجب الرجوع إلى أقرب شيء إليه، وهو مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً.

وفيه: إن العقد لم يقع صحيحاً ابتداءً بل كان يتخيل صحته، فلم يتشخص العوض المعين للعقد، لفرض أنه مال الغير فهو باطل مع عدم إجازة المالك، فيلحقه حكم الفاسد المتقدم.

ويمكن أن يقال: إنه على القول بالضمان في الصورة السابقة في هذه الصورة، إذا كانت أجرة المثل أقل من المسماة فقد التزم السابق في ضمن العقد بعدم استحقاق الزايد عليها بالالتزام الضمني الارتكازي وإن كانت أكثر فقد التزم ببراءة ذمته من الزيادة، وعليه فيستحق المثل أو القيمة، والله العالم.

الرابعة: (ويحصل السبق بالتقدم بالعنق والكتد)، كما هو المشهور، وعن الإسكافي حصوله بإذنه.

واستدل للثاني بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: بعثت والساعة كفرسي

رهان، كاد أحدهما أن يسبق الآخر بإذنه (١).
وفيه: إنه لا اشكال في صدق السبق بالإذن على ما لو حصل السبق بإذنه، إنما الكلام في ما إذا أطلقا السبق، وأن السبق بقول مطلق هل يصدق على السبق بالإذن أم لا؟ فالخبر أجنبي عن ذلك
والحق عدم تمامية شئ من القولين باطلاقه، والمتعين ايكال ذلك إلى العرف، كما هو الشأن في كل مفهوم وقع في الدليل ولم يفسر، فإن كان وإلا فلا بد من التقييد لرفع الغرر والنزاع.

(و) الخامسة: (لا يشترط ذكر) أحد قسمي المراماة وتعيينه، وهما (المحاطة والمبادرة) مع وجود القرينة من العرف أو العادة على تعيين أحدهما، كما عن المصنف ره في أكثر كتبه والروضتين وغيرها. وأما مع عدم وجودها، فالأظهر لزوم التعيين، لمخالفة حكم كل منهما لحكم الآخر وتفاوت الأغراض، فإن من الرماة من يكثر إصابته في الابتداء ويقل في الانتهاء، ومنهم من هو بالعكس، فدفعاً للغرر لا بد من التعيين.

ولعله يكون منشأ الاختلاف في المقام أنه مع الاطلاق هل ينصرف إلى أحد القسمين أم لا؟ والقائلون بعدم لزوم التعيين نظرهم إلى الانصراف، والقائلون بلزومه - كالشيخ في المبسوط، والمصنف ره في التذكرة، وغيرهما في غيرها - بنائهم على الثاني، وإلا فلا أظن الخلاف في الحكم الكلي، والله العالم.

(١) التذكرة ج ٢ - ص ٣٦٠.

الفصل الخامس: في الشركة

والنظر فيه يقع في مواضع:

الأول: في حقيقة الشركة، وماهيتها، وأقسامها. وهي قسمان:

أحدهما: ما فسروه بكون شئ واحد لاثنين أو أزيد، ملكا أو حقا.

ثانيهما: العقد الذي ينشأ به التشريك في المال على سبيل الشيعاء فيه، ويقال لهذه الشركة الشركة العقدية.

وقد يقال إن الشركة العقدية التي مفادها التشريك بين الشريكين في مالهما

لا معنى لها، لأن ظاهرهم الاجماع على اعتبار الامتزاج بين المالين قبل العقد أو حاله

أو بعده، فلا معنى لإنشاء التشريك بالعقد، لأن الامتزاج بنفسه يقتضي ذلك، فلذا

أنكر بعضهم كون الشركة من العقود.

وقال في المسالك: إنها عقد، ثمرة جواز تصرف الملاك لشئ واحد على سبيل

الشيعاء فيه.

وأجاب عنه صاحب الجواهر ره بأن الشركة الحاصلة من الامتزاج شركة

ظاهرية، وإلا ففي الواقع كل من الشريكين يملك جزئه المعين وإن لم يتميز، والشركة

المنشأة بالعقد شركة واقعية، فيملك به كل من الشريكين جزء مشاعا في المجموع

بلا تعيين أصلا.

وفيه: أولا: إن الشركة الظاهرية لا تتصور في بعض الموارد، كما لو امتزج

المالان بنحو تبديلا إلى حقيقة ثالثة عرفا.

وثانيا: إن لازم ما أفاده قده اجتماع ملكيتين في شئ واحد، أحدهما قائمة

إنما تصح في الأموال دون الأعمال

الشركة العقدية ومعدود من العقود.
ثم المال المشترك قد يكون عينا كما هو ظاهر، وقد يكون منفعة بالإجارة وشبهها أو بالإرث، وقد يكون حقا كحق الشفعة والخيار الموروثين.
ثم إن كيفية الشركة قد تكون بنحو الإشاعة كما هو ظاهر، وقد تكون بنحو الكلي في المعين - كما لو باع ثمرات أشجار واستثنى أرتالا - فإن الحق أن كلا منهما يملك حصته بنحو الكلي في المعين.
وأضاف في العروة إليهما بقوله: وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلا في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة، والسادة في الخمس، انتهى. وفيه: إن هذا ليس من الشركة في المال بل يكون المالك هو الكلي، كما مر تفصيل القول في ذلك في كتاب الزكاة.
وأما الدليل على مشروعية العقد المنشأ به الشركة - فمضافا إلى بناء العقلاء - بضميمة عدم الردع، العمومات العامة الدالة على امضاء كل عقد، ونصوص خاصة ستمر عليك. وأما الشركة في القسم الأول، فوجهها ظاهر لا يحتاج إلى بيان.
مورد الشركة

الموضع الثاني: في مورد الشركة:
(إنما تصح) الشركة العقدية (في الأموال) بل الأعيان، (دون) الديون و (الأعمال). فلو كان لكل منهما دين على شخص، فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم تصح، لأن من شرائط الشركة العقدية الامتزاج اجماعا، وهو منتف فيهما. وبه يظهر مدرك عدم صحة الشركة في المنافع، بأن كان لكل منهما دار مثلا وأوقعا العقد على

أن تكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف. ولو أرادا الاشتراك في الموردین صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بدينار مثلا، وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار، أو صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، وكذا في الدين. ولا تصح الشركة بالأعمال - كالخياطة والنساجة - بلا خلاف معتد به أجده فيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر، كذا في الجواهر. واستدل له في الجواهر بالأصل السالم عن معارضة (أوفوا بالعقود). وفيه: إن المتيقن من النصوص الخاصة وإن كان هو الشركة في الأعيان، فلا دليل خاص على جواز هذا العقد في الأعمال. وما يحكى من شركة سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر فيما يغنمونه، فأتى سعد بأسيرين ولم يأتي بشيء، فأقرهما النبي صلى الله عليه وآله وسلم وشركهما جميعا (١) غير ثابت، مع أنه يمكن أن يكون ذلك في يوم بدر وغنائمه كانت للنبي صلى الله عليه وآله على ما صرح به المصنف، فيمكن أن يكون ذلك منه صلى الله عليه وآله هبة لهم، إلا أن عمومات أدلة امضاء المعاملات كافية في الحكم بالصحة، ومعها لا تصل النوبة إلى الأصل. فالمتعين الاستدلال له - مضافا إلى الاجماع، إذ لم ينقل الخلاف عن أحد سوى ابن الجنيد، وقد يقال أن يمكن أن يكون مرادة ما لا يخالف الأصحاب بإرادة باب المزارعة وشبهه، فلا يكون خلاف فيه بل تتفق كلمة أهل الحق على البطلان - بما مر من اعتبار الامتزاج المنتفي في الفرض.

(ف) لو عملا لشخص كان (لكل) منهما (أجرة عمله). نعم، لو عملا معا لواحد مثلا بأجرة، ودفع إليهما شيئا واحدا عوضا عن أجرتهما، تحققت الشركة فيه،

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٢٠.

ولكنها ليست من شركة الأعمال، بل هي من شركة الأموال. ويمكن تحقق الشركة بنحو آخر، بأن يصلح أحدهما نصف منفعته المعينة بنصف منفعة الآخر، أو يصلح نصف منفعته بعوض معين، ويصلح الآخر أيضا نصف منفعته بذلك العوض.

(و) لا تصح أيضا الشركة ب (الوجوه) باشتراك وجهين لا مال لهما بعقد لفظي على أن يتناع كل منهما في ذمته إلى أجل، ويكون ما يتناعه بينهما فيبيعانه ويؤديان الثمن، ويكون ما حصل من الربح بينهما.

وقيل: هي أن يتناع وجيه في الذمة، يفوض بيعه إلى خامل، ويشترط أن يكون الربح بينهما. وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده ولا يسلمه إلى الوجيه والربح بينهما. وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له. وفي المسالك: والكل باطل عندنا خلافا لابن الجنييد، فإنه جوزها بالمعنى الأول.

لا اشكال في بطلان العقد المزبور، للاجماع، ولما مر من فقد شرط الامتزاج إنما الكلام في أنه هل يمكن القول بالشركة من جهة أخرى أم لا؟ الظاهر هو ذلك في غير التفسير الثاني، أما في التفسير الأول فلأن كلا منهما يشتري متاعا على أن يدخل نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه بضمن في ذمة نفسه، وهذا البيع صحيح على المختار من عدم اعتبار دخول المعوض في كيس من خرج العوض عن كيسه، ويتبعه أن الربح بينهما. وأما التفسير الثاني فلا يحضرني الآن ما يمكن تصحيحه به.

وأما موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري

والمفاوضة. ويتحقق باستحقاق الشخصين فما زاد عينا واحدة، أو بمزج المتساويين بحيث يرتفع الامتياز بينهما.

الدابة وليس عنده نقدها، فأتى رجل من أصحابه فقال: يا فلان انقد عني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك، فنقد عنه فنفتت الدابة، قال عليه السلام: ثمنها عليهما، لأنه لو كان ربحا فيها لكان بينهما (١) ونحوه غيره، فلا يدل على صحة ذلك، بل الظاهر من مفاد هذه النصوص تحقق الشركة في مال اشترى بثمن معين، مثلا بقول: شركتك فيه، على معنى إرادة نقل نصفه مثلا إليه بنصف الثمن، أو بقول: الربح بيني وبينك فيه، ونحو ذلك، كما نبه عليه في الجواهر.

وأما التفسيران الأخيران فيمكن أن يقال فيهما بتوكيل الخامل الوجيه في البيع والشراء بماله لهما، ولا محذور فيه كما مر.

(و) مما ذكرناه ظهر بطلان شركة (المفاوضة، و) هي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما - من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر، أو إرث أو وصية، أو نحو تلكم - مشتركا بينهما، وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما.

وفي الجواهر: بل الاجماع بقسميه على فسادها. وظاهر المسالك وجود المخالف، قال: وهي باطلة إلا عند أبي حنيفة ومن شذ. وعن المحقق الأردبيلي - بعد ما نقل عن المصنف ره أن شركة المفاوضة عندنا باطلة - قال: وليس لها أصل؟ وأيضا ظهر أن الشركة (تتحقق باستحقاق الشخصين فما زاد عينا واحدة) بإرث وما شاكل، (وبمزج المتساويين بحيث يرتفع الامتياز بينهما).

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

شروط الشركة العقدية

الثالث: في شروط الشركة العقدية. يشترط فيها أمور:

١ - الإيجاب والقبول، والكلام فيهما وفيما يعتبر فيهما هو الكلام في العقد في سائر الأبواب - كالبيع والإجارة وما شاكل - فيعتبر أن يكونا مبرزين للشركة المنشأة، ولا تعتبر العربية ولا الماضية بل لا يعتبر اللفظ، وتحقق بالفعل أيضا وبالمركب من القول والفعل.

٢ - البلوغ.

٣ - العقل.

ويشهد لاعتبارهما ما دل على رفع القلم عنهما (١) وغيره مما دل على اعتبارهما في البايع والمشتري والمؤجر والمستأجر.

٤ - الاختيار، لا تصح الشركة مع إكراه أحدهما أو هما معا، لحديث رفع ما استكره عليه (٢).

٥ - عدم الحجر، لأدلته (٣).

٦ - امتزاج المالكين سابقا على العقد أو لاحقا، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر - من النقود كانا أو من العروض - ولا دليل له سوى الاجماع والتميقن منه ذلك. وأما اعتبار الاتحاد في الجنس والوصف فلا دليل عليه، لعدم الاجماع عليه، بل

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١ - وباب ٣٦ من القصاص في النفس.

(٢) الوسائل باب ٥٦ - من أبواب جهاد النفس.

(٣) الوسائل باب ٦ من أبواب الحجر.

ولكل منهما في الربح والخسران بقدر ماله ولو اشترطا التساوي مع اختلاف المالين، أو بالعكس، جاز

قد يقال بكفاية امتزاج الحنطة بالشعير، لأن المتيقن من الاجماع غير هذه الصورة، فتكون داخلة تحت عمومات أدلة الامضاء، وهو متين. بقي في المقام فرعان:

أحدهما: إنه لا خلاف ولا اشكال في أنه يتساوى الشريكان في الربح والخسران، (و) أن (لكل منهما في الربح والخسران بقدر ماله). فلو تساويا في المال المشترك تساويا في الربح والخسران، ولو كان لأحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس ماله، وكذا عليه من الخسارة، بلا خلاف في شئ من ذلك، مع اتفاقهما في العمل أو اختلافهما فيه، بل الاجماع بقسميه عليه، والسنة مستفيضة أو متواترة فيه، مضافا إلى اقتضاء أصول المذهب وقواعده في المشاع ذلك، بل هو مقتضى الأصول العقلية أيضا، كذا في الجواهر.

(و) إنما الخلاف فيما لو اشترطا في العقد غير ذلك. وملخص القول فيه: إنه تارة يشترطان التساوي مع اختلاف المالين، وأخرى يشترطان الاختلاف مع تساوي المالين، وثالثة يشترطان كون تمام الربح لأحدهما، ورابعة يشترطان كون تمام الخسران عليه، وخامسة يشترطان كون تمام الربح لأحدهما والخسران على الآخر، أو تمام الربح له والخسران عليه. ثم إنه في جميع الصور تارة يكون الشرط للعامل منهما، وأخرى يكون لغيره.

أما (لو اشترطا التساوي مع اختلاف المالين أو بالعكس) أي اشترطا الاختلاف مع تساويهما، وكان شرط الزيادة للعامل منهما أو لمن عمله أزيد، فلا خلاف ولا اشكال على الظاهر عندهم في أنه (جاز) كما اعترف به غير واحد، قال في محكي التذكرة: لو اختص أحدهما بمزيد عمل وشرط مزيد ربح له صح عندنا، وإلى ذلك

ولا يصح تصرف أحدهما بدون إذن الآخر، ويقتصر على المأذون.

وبين ما لو لم تكن بإذائه.

وثانيا: إن الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء، كما مر الكلام فيه في محله.
وثالثا: ما أفاده صاحب الجواهر ره بأن عقد الشركة لازم لا جائز، وبطلانه بالقسمة لا يقتضي جوازه كبطلان العقود اللازمة بالفسخ.
أما لو اشترط كون تمام الربح لأحدهما، ففي العروة بطل العقد، لأنه خلاف مقتضاه.

وفيه: أولا: إن مقتضى العقد كما مر هو الاشتراك في المال، وأما كون الربح بينهما فهو من جهة القواعد الأولية في المشاع وتبعية الربح لملك الأصل، فلا محذور في اشتراط كونه لأحدهما.

وثانيا: إن لازم ذلك بطلان الشرط دون العقد.

فإن قيل: إن اشتراط كون الربح لأحدهما مخالف للشرع، فإن الملكية تحتاج إلى سبب ولا تثبت بالشرط.

قلنا: إن الظاهر كما بيناه في محله من هذا الشرح كون الملكية من الغايات التي يجوز اشتراطها، إذ لا يعتبر في تحققها سبب خاص، فدليل وجوب الوفاء بالشرط يصلح دليلا على كون الشرط من أسبابها.

وبما ذكرناه يظهر صحة اشتراط كون تمام الخسران على أحدهما، أو كون تمام الخسران على أحدهما وتتمام الربح للآخر، أو كون تمام الربح لأحدهما والخسران عليه أيضا.

(و) الثاني: إنه إذا اشترك المال بأحد أسبابه السابقة (لا يصح تصرف أحدهما بدون إذن الآخر)، لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه، فإن حصل الإذن لأحدهما تصرف هو دون الآخر، (و) لكن (يقتصر) من التصرف (على المأذون). ولو

إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف، ولكل من الشركاء الرجوع من الإذن الذي هو كالتوكيل لعدم الملزم للإذن، وليس هو من قبيل الإباحة بالعوض. القسمة

الرابع: في القسمة، وهي تعيين الحق لكل شريك، والظاهر كونها معاملة مستقلة ليست بيعا ولا صلحا ولا غيرهما، سواء كان فيها ردا ولم يكن، بلا خلاف أجده فيه ولا اشكال، فلا يترتب عليها آثار البيع من الشفعة وخيار المجلس واعتبار القبض في النقدين، بل هي ليست من قبيل المعاوضات فلا يلحقها الربا وإن تحقق فيها التعاوض.

والأصل في شرعيتها - مضافا إلى أنها معاملة عقلائية لم يردع الشارع الأقدس عنها واجماع الأمة عليها - من الكتاب قوله تعالى (وإذا حضر القسمة أولو القربى)... الخ (١). وقوله سبحانه (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر) (٢).

ومن السنة نصوص مستفيضة ستمر عليك جملة منها في طي المسائل الآتية. وقد فعلها النبي صلى الله عليه وآله، فإنه روى مجمع بن حارثة أنه صلى الله عليه وآله قسم خبير على ثمانية عشر سهما (٣) وروى أنه قسمها على ستة وثلثين سهما (٤) وللجمع بين هذين الخبرين محل آخر. وروى أنه كان لأمير المؤمنين عليه السلام قاسم يقال

(١) النساء آية ٩.

(٢) سورة القمر آية ٢٨.

(٣) المبسوط - كتاب القضاء - فصل ذكر القاسم.

(٤) المبسوط - كتاب القضاء - فصل ذكر القاسم.

ومع انتفاء الضرر بالقسمة يجبر الممتنع عنها مع المطالبة

له عبد الله بن يحيى، وكان يرزقه من بيت المال (١).

وتمام الكلام في المقام بالبحث في مسائل:

الأولى: إذا طلب أحد الشريكين القسمة وجب على الآخر إجابته مع عدم الضرر، (ومع امتناعه و) انتفاء الضرر بالقسمة يجبر الممتنع عنها مع المطالبة) بلا خلاف.

واستدل له في الرياض بأن للانسان ولاية الانتفاع بماله، والانفراد أكمل نفعا.

وفي الحدائق بأنه يجب ايصال المال إلى صاحبه، وهو هنا بالقسمة.

ولكن ثبوت الولاية على الانتفاع بالمال لا يقتضي الولاية على تبديل ماله ومال شريكه، فإن الملكية المشاعة غير الملكية المفروزة، وتبديل الأولى بالثانية - الذي يعبر عنه بالقسمة وعرفت أنها معاملة مستقلة - إنما يكون بتبديل مال نفسه ومال شريكه، ودليل السلطنة لا يثبت الولاية على التصرف الموجب للتصرف في مال الغير أيضا. وأما وجوب ايصال المال إلى صاحبه فهو أيضا لا يقتضي وجوب الإجابة، لأن الايصال الواجب إنما هو عدم الممانعة من تصرف المالك في ماله، وهذا غير وجوب تبديله إلى مال آخر.

واستدل المحقق القمي ره في جامع الشتات له بحديث لا ضرر ولا ضرار (٢)،

قال: وهو المدرك في هذه المسألة في أغلب المواضع.

وفيه: إنه بعد تحقق الشركة وصيرورة الموجود ملكا مشاعا لشريكين، لا يترتب ضرر على عدم القسمة بل غايته فوت النفع، مع أن حديث لا ضرر لا يصلح لاثبات

(١) المبسوط - كتاب القضاء - فصل ذكر القاسم

(٢) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

الوجوب، لأنه ناف للحكم لا مثبت. فإذا لا دليل على وجوب الإجابة. ثم على تقدير الوجوب، لو امتنع الشريك عنه، وقلنا بجواز اجباره لأنه ممتنع، تحقق القسمة بدون رضاه يحتاج إلى دليل مفقود. ولكن الظاهر تسالم الأصحاب على الحكمين، وتكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليهما، وهو المستند فيهما. ثم إنه إذا كانت القسمة موجبة للضرر، فتارة يتضرر الشريك بها ولا يتضرر الطالب بتركها، وأخرى يتضرران بها معا، وثالثة يتضرر الشريك بها والطالب بتركها، ورابعة يتضرر الطالب بها خاصة.

أما في الصورة الأولى والثانية فلا خلاف بينهم في عدم وجوب الإجابة، ووجهه قاعدة لا ضرر مضافا إلى الأصل كما مر.

وأما في الصورة الثالثة، ففي الحدائق: فيتعارض الضرران، فينبغي أن يرجح الأقل ضررا، ومع التساوي يشكل الأمر، فيحتمل الرجوع إلى القرعة. وفيه: أنه لا وجه لترجيح الأقل ضررا، لأنه لا يجب على الانسان تحمل الضرر ليدفع الضرر عن غيره، فوجوب الإجابة إذا كان ضرريا يرتفع بالحديث، وإن كان في ترك القسمة ضرر أعظم منه على الطالب.

وأما في الصورة الرابعة، فقد استدلوا لعدم وجوب الإجابة بأن ارتكاب ذلك سفه وتضييع لماله. وفيه: أنه إذا كان ذلك بنحو يجوز لمالكه ذلك كما لو كان التضرر بنقص القيمة، فلا وجه لعدم وجوب الإجابة، لعدم المانع عنه.

ثم إنه حيث عرفت أن منشأ عدم وجوب الإجابة في موارد هو حديث لا ضرر (١) فاعلم أن المناط في الضرر نقص القيمة أو غيره مما يوجب صدق كون

(١) الوسائل باب ١٧ - من أبواب الخيار كتاب التجارة.

القسمة ضرورية، ولا يعتبر الخروج عن الانتفاع بالمرة ولا خصوص نقصان الانتفاع. نعم، لو لم يكن في القسمة بما هي قسمة ضرر، وكان الضرر خارجيا متوجها بسبب القسمة - كما إذا كان شريكه من لا يقدر أحد عليه، وإذا استقل هو بحصة يتمكن الغاصب من غصب ما له مثلا - قد يقال بعدم كفايته في رفع وجوب الإجابة، ولعل وجهه أن حديث لا ضرر إنما يرفع حكم الموضوع الضرري ويكون من قبيل نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، والموضوع في المقام ليس ضرريا، ولكن بما أن المختار عندنا تبعا للشيخ الأعظم ره أنه ينفي كل حكم نشأ منه الضرر، فالظاهر كفاية الضرر الخارجي أيضا في رفع الوجوب.

ولا فرق فيما ذكرناه بين كون القسمة بنحو الافراز كما في المثليات من الحبوب والأدهان من نوع واحد، أو بالتعديل كما في القيميات من نوع واحد أو أنواع كالدور والدكاكين وما شاكل، أو تكون بنحو الرد بضم شئ إلى أحد الطرفين من الخارج. فما أفادوه من أنه يجبر عليها في الأوليين إن لم يكن ضرر، ولا يجبر عليها في الثالثة معللا بأنها متضمنة للمعاوضة المحتاجة إلى التراضي لا يتم، فإن القسمة في الموارد الثلاثة متضمنة للتعاوض، ولا تكون متضمنة للمعاوضة في شئ من الموارد، وفي التعاوض الذي هو من المعاملات وإن كان يعتبر التراضي إلا أن المفروض في المقام سقوط اعتبار ذلك. اللهم إلا أن يقال: إن عمدة مدرك وجوب الإجابة هو الاجماع والمتيقن من معقده القسمان الأولان، فلا تجب في الثالث للأصل.

اعتبار القرعة

الثانية: (و) قد صرح غير واحد من الأصحاب بأنه (تكفي القرعة في تحقق

القسمة مع تعديل السهام) بالأجزاء إن كانت في متساويها كيلا أو وزنا، أو عدا بعدد الأنصباء، أو بالقيمة إن اختلفت كالأرض والحيوان، ولا حاجة إلى شيء آخر من رضا بعدها وغيره في قسمة الاجبار وغيرها، من غير فرق بين كونها ردية أو غيرها، ولا بين كون القاسم منصوبا من الإمام عليه السلام أو الحاكم أو غيره ككونه منهما أو من وكيلهما، لأن القسمة إذا وقعت صحيحة فهي كساير المعاملات لا يعتبر فيها الرضا بعد تمامية المعاملة.

وعن المشهور - على ما قيل - الاحتياج إلى الرضا بعد القرعة، خصوصا في قسمة الرد، لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على ما يدل على الرضا بذلك. فإن كان نظرهم إلى أن القسمة من المعاملات فلا تتحقق بدون الرضا، فيرد عليهم أن المفروض وجود الرضا المقارن، أو عدم اعتباره كما في قسمة الاجبار. وإن كان إلى أن القرعة وحدها ليست مميزة للحق ومشخصة له وملزمة به، فيرده نصوص القرعة (١) وكون القرعة عند العرف مما ينشأ به القسمة فتشملها أدلة القسمة. وهل تعتبر القرعة في القسمة، أم لا؟ قولان، فظاهر جماعة بل قيل إنه ظاهر الجميع اعتبارها. وعن المحقق الأردبيلي والمحدث البحراني وغيرهما ممن تأخر عنهما عدم اعتبارها، والاكتفاء بالرضا من كل من الشركاء بأخذ سهم. والثاني أظهر، لا طلاق ما دل على القسمة من الأدلة المتقدمة، ولو شك في اعتبارها يرتفع الشك باطلاقها والأصل، كسائر ما يشك في اعتباره في المعاملة. وللنصوص الواردة في قسمة الدين، كخبر غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام في رجلين بينها مال، منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما وأحال

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى كتاب القضاء.

كل واحد منهما من نصيبه الغائب، فاقتضى أحدهما ولم يقتض الآخر، قال عليه السلام: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، وما يذهب بينهما (١) ومثله خبر الشمالي عن أبي جعفر عليه السلام (٢) وخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (٣) وصحيح عبد الله بن سنان (٤) وخبر سليمان بن خالد (٥). فإن ظاهرها صحة قسمة ما بأيديهما مع عدم القرعة، فتأمل لورود النصوص سؤالا وجوابا في مقام بيان حكم آخر، فلا وجه للتمسك بها، فالعمدة هو الاطلاق والأصل.

واستدل للأول في الجواهر تارة بأن القرعة داخله في حقيقة القسمة بحيث لا تصدق بدونها.

وأخرى بأن القرعة شرعت للتعيين، كما شرع قبض المستحق من المستحق عليه في الدين.

وثالثة بأن مقتضى تعريف القسمة بأنها تمييز الحقوق كون حصة الشريك كليا دائرا بين مصاديق متعددة، فتكون محلا للقرعة، إذ هي حينئذ لاخراج المشتبه، وتعيين ما لكل منهما من المصداق واقعا، فنكشف حينئذ عن كون حقه في الواقع ذلك. ورابعة باتفاق الأصحاب على اعتبارها في القسمة شرعا مؤيدا بتعارف ذلك بين عوام المتشركة فضلا عن خواصهم.

وفي الجميع نظر. أما الأول فلأن القسمة كما مر معاملة خاصة تنشأ بالقول أو الفعل، ولا دخل للقرعة فيها. نعم، هي أحد الأفعال المنشأ بها القسمة.

- (١) الوسائل - باب ٦ من أبواب كتاب الشركة حديث ١.
- (٢) الوسائل - باب ٦ من أبواب كتاب الشركة حديث ١.
- (٣) الوسائل - باب ٦ من أبواب كتاب الشركة حديث ١.
- (٤) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الشركة حديث ٢.
- (٥) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الدين والقرض حديث ١.

والأحوط حضور قاسم وليس شرطاً والشريك أمين،

وأما الثاني فلأنه لا كلام في أن القرعة تصلح للتعين وأنها شرعت له، ولكن لا يلزم ذلك عدم معين غيرها.

وأما الثالث فلأنه في موارد الشركة إنما يكون المال بينهما بنحو الإشاعة لا الكلي في المعين، مع أنه لو كان من قبيل الكلي في المعين كان مقتضى اطلاق أدلة القسمة تعين حق كل منهما بما ينشأ به القسمة.

وأما الرابع فلعدم ثبوت كون الاجتماع تعدياً، مع أنه قد صرح بأنه قد يقال إن مراد الأصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي لأنها العدل بينهما. فتحصل مما ذكرناه أنه مع التراضي لا حاجة إلى القرعة.

الثالثة: (والأحوط حضور قاسم) من قبل الحاكم، أو من قبلهما، لأنه أبعد إلى النزاع خصوصاً إذا كان هو الحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام، فإنه يقطع النزاع بين المتخاصمين. (وليس شرطاً) في صحة القسمة ولزومها بلا خلاف، لعدم الدليل عليه، بل مقتضى اطلاق الأدلة عدم شرطيته. لا تصح الشركة المؤجلة

الخامس: في جملة من أحكام الشركة والقسمة، وهي تذكر في طي فروع:
١ - لا خلاف (و) لا اشكال في أنه لا يضمن (الشريك) ما تلف من مال الشركة الذي في يده بإذن الشريك، من غير تعد ولا تفريط، لأنه (أمين)، وقد اتفقت النصوص (١) والفتاوى على أنه لا يضمن إلا مع التعدي أو التفريط.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب الوديعة وباب ١ من العارية وباب ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ من الإجارة.

ولا تصح مؤجلة وتبطل الشركة بالموت والجنون،

٢ - (ولا تصح) الشركة (مؤجلة).

قال في المسالك: المراد بصحة التأجيل المنفية ترتب أثرها بحيث لا تكون لازمة إلى الأجل، وأنها لم تصح لأنها عقد جائز، فلا يؤثر شرط التأجيل فيها، بل لكل منهما فسخها قبل الأجل. نعم، يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده إلا بإذن مستأنف، لعدم تناول الإذن له، فلشرط الأجل أثر في الجملة، انتهى. ونحوه ما قاله في الحدائق.

ونقل في محكي المختلف عن الشيخين أنهما قالوا: الشركة بالتأجيل باطلة، قال: وظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس بل عدم اللزوم، ولذا قال المفيد عقيب ذلك: ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أي وقت شاء. ثم نقل عن أبي الصلاح أنه قال: ولا أثر للتأجيل في عقد الشركة، ولكل شريك مفارقة شريكه أي وقت شاء وإن كانت مؤجلة. ثم قال: والعبارتان رديتان، والتحقيق أن للتأجيل أثرا، وهو منع كل منهما من التصرف بعده إلا بإذن مستأنف، وإن لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة، إذ لكل منهما الفسخ قبل الأجل، انتهى.

ولو اشترط عدم الرجوع قبل الأجل، فهل يجوز له الرجوع أم لا؟ الظاهر أنه ليس له ذلك تكليفاً، لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط (١) ولكن له الرجوع وضعا كما لا يخفى.

٣ - (وتبطل الشركة بالموت والجنون) والحجر، بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف، وأما الشركة فهي باقية، فالأولى في التعبير ما في الشرايع، قال: ويبطل الإذن بالجنون والموت.

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

ويكره مشاركة الكفار، وليس لأحد الشريكين المطالبة بإقامة رأس المال، وإنما تصح القسمة بالتراضي ولا يصح قسمة الوقف، ويجوز قسمته مع الطلق

٤ - (ويكره مشاركة الكفار) عند علمائنا كما عن التذكرة، ويشهد به خبر السكوني (١) وصحيح ابن رئاب (٢) وهما وإن اختصا بالذمي إلا أنه يثبت الحكم في غيره بالأولية.

٥ - (وليس لأحد الشريكين المطالبة بإقامة رأس المال)، بل يقتسمان العين الموجودة ما لم يتفقا على البيع كما هو واضح.

٦ - (وإنما تصح القسمة) في غير القسمة الاجبارية (بالتراضي)، ووجهه ظاهر مما قدمناه.

قسمة الوقف

٧ - (و) قد صرح الأصحاب بأنه (لا تصح قسمة الوقف، ويجوز قسمته مع الطلق). ولكن في محكي التحرير: ولو قيل بقسمة الوقف بعضه من بعضه مطلقاً أمكن، إذ القسمة ليست بيعاً، والأقرب عدم جوازها، إذ البطن الثاني يأخذ الوقف عن الواقف ولا يلزمه ما فعل البطن الأول، ولو تعدد الواقف والموقوف عليه فالأقرب جواز القسمة، انتهى.

وتبعه في الحدائق، قال: وأما لو تعدد الواقف والموقوف عليه، بأن كانت الدار

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

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

الفصل السادس: في المضاربة، وهي أن يدفع الانسان مالا إلى غيره ليعمل فيه بحصة من ربحه

لهم، وإن كان الرد من جانب الطلق فلا تجوز، لاستلزام القسمة ملكية بعض الوقف.
الفصل السادس: في المضاربة
وتسمى قراضا عند أهل الحجاز، (وهي) عبارة عن (أن يدفع الانسان مالا إلى غيره ليعمل فيه بحصة من ربحه).
وتوضيح ذلك ما في المسالك تبعا للتذكرة، قال: أعلم أن من دفع إلى غيره مالا ليتجر به، فلا يخلو إما أن يشترط كون الربح بينهما، أو لأحدهما، أو لا يشترط شيئا. فإن شرطاه بينهما فهو قراض، وإن شرطاه للعامل فهو قرض، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة، وإن لم يشترط شيئا فكذلك إلا أن للعامل أجره المثل.
وأورد على ما أفاده تارة بأن مجرد شرط كون الربح للعامل لا يوجب تحقق القرض الذي هو انشاء تمليك المال بعوض في الذمة، وأخرى بأن ظاهر ما ذكره أنه مع اشتراطهما كون تمام الربح للمالك لا يكون للعامل أجره المثل، وعن الرياض نسبه إلى ظاهر الأصحاب، وهو مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المقتضية للضمان. أقول: أما الايراد الأول فيمكن دفعه بأن مرادهما بيان حال كل من القراض والقرض والبضاعة في حد ذاته، لا أن المراد تحققه على الوجه المزبور. مع أنه إذا كان كون الربح للعامل من اللوازم الشرعية لمالك المال، فمجرد قصد كون الربح له كاف في تحقق القرض، بناء على عدم اعتبار الصراحة في انشاء العقود، وصحة انشائها بالكنايات وشبهها، كما حققناه في كتاب البيع. ويؤيد ما ذكرناه الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام: من ضمن تاجرا فليس له إلا رأس

ماله، وليس له من الربح شيء (١) والموثق عنه عليه السلام: من ضمن مضاربة فليس له إلا رأس المال، وليس له من الربح شيء (٢) إذ كما أن التضمين من لوازم القرض كذلك الاختصاص بالربح، فكما أن الأول يكفي في تحقق القرض فكذلك الثاني. وأما الأيراد الثاني فهو وارد، إن لم يكن لاشرط كون تمام الربح للمالك بدون ذكر أجره للعامل ظهور عرفي في إرادة المجانية وليس بكل البعيد. وجه الورود ليس ما أفاده صاحب الجواهر من اقتضاء قاعدة احترام عمل المسلم ذلك - لما مر في كتاب الإجارة من عدم اقتضاءها الضمان - بل هو أن الأمر بالعمل، أو الإذن في العمل، أو دفع السلعة إلى الغير للعمل وأشباهها، كأكل مال الغير بالضمان والإباحة بالعوض، من الأسباب المعاملية للضمان التي قامت السيرة عليها وبناء العقلاء ولم يردع الشارع عنها، بل هذه كلها من العقود، فتشملها أدلة امضاء المعاملات ولزومها، كما تقدم الكلام في ذلك في كتاب الإجارة. فالأظهر هو ثبوت أجره المثل في الموردين. قال في المسالك: إن عقد القراض مركب من عقود كثيرة، لأن العامل مع صحة العقد وعدم ظهور ربح ودعي أمين، ومع ظهوره شريك، ومع التعدي غاصب، وفي تصرفه وكيل، ومع فساد العقد أجير، انتهى. وبديهي أن ليس مراده انشاء هذه العقود بانشاء عقد المضاربة، بل المراد أنه يتبعها أحكام هذه العقود، وفي عده الغصب وأجره المثل والشركة في الربح من العقود مسامحة واضحة، فالأولى ما أفاده غيره من أن عقد المضاربة يتبعها أحكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة، وغيرها كالغصب وأجره المثل ونحوها.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب المضاربة - حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب المضاربة حديث ٢.

والمراد من قوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم (١) بيان صحة أصل الشرط لا لزوم والجواز.

فيرد عليه: إن الشرط هو الالتزام في ضمن التزام، ومع تحقق ذلك مقتضى ظهور المسلمون عند شروطهم - الذي مضمونه عدم انفكك المسلم عن شرطه - وجوب الوفاء به ما دام بقاء الموضوع. فحينئذ إن كان ذلك في ضمن عقد لازم فلا اشكال، وإن كان في ضمن عقد جائز، فإن ارتفع العقد بفسخ فقد انتفى الشرط فينتفي الوجوب بتبعه، وإلا فالموضوع باق ولا يعقل تخلف حكمه عنه. وما أفاده من تبعيته للعقد لزوما وجوازا، لا دليل عليه أصلا، بل اطلاق دليل وجوب الوفاء به يشهد بخلافه، وأغرب من ذلك دعواه عدم دلالة المسلمون عند شروطهم على لزوم الوفاء به.

وكذا يصح الشرط ويجب الوفاء به لو اشترط المالك على العامل، أو العكس، بيعا أو قرضا أو قراضا أو بضاعة أو نحو ذلك.

ودعوى أن القدر المتيقن من أدلة امضاء المضاربة ومشروعيتها ما إذا كان من المالك رأس المال خاصة ومن العامل التجارة، فمع إضافة آخر لا يعلم المشروعية والأصل عدمها، مندفعة:

أولا: بأن الشرط كما مر مرارا لا يكون داخلا في العقد، بل هو التزام مستقل غير مرتبط بالالتزام العقدي، وإنما يكون الالتزام بالعقد والوفاء به معلقا عليه، فهذا العقد الذي اشترط في ضمنه لا يكون فيه من المالك إلا رأس المال، ومن العامل التجارة.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

وإنما تصح بالأثمان الموجودة،

مال القراض وشرائطه

الأمر الثاني: في مال القراض، قالوا: (وإنما تصح بالأثمان الموجودة)، وينحل ذلك إلى أنه يعتبر فيه أمور:

١ - أن يكون رأس المال عينا فلا تصح بالدين، فلو كان له على العامل دين لا يصح جعله قراضا، وكذا لو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة، بلا خلاف في ذلك. ويشهد به خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده، فيقول: هو عندك مضاربة، قال عليه السلام: لا يصلح حتى يقبضه منه (١).

ولا تصح بالمنفعة أيضا، اجماعا محققا ومحكما مستفيضا، وهو العمدة فيه كما صرح به في المسالك، وبه يخرج عن عمومات الصحة.

٢ - أن يكون من الأثمان أي الذهب والفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهما أو ديناراً، فلا تصح بالفلوس والاسكناس وما شاكل ولا بالعروض. وقد اعترف جملة من الأصحاب بأنهم لم يقفوا على دليل على اعتبار ذلك غير الاجماع الدعي في المقام، وكفى به حجة في مثل هذا الحكم المخالف للقواعد والأصول، فإن مثل هذا الاجماع لا محالة يكون تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم عليه السلام، فلا وجه لتأمل بعض متأخري المتأخرين فيه لشمول العمومات، فإنها تخصص بالاجماع. نعم، لا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به، ولو كان خالصا ولم يكن بسكة المعاملة فلا تصح المضاربة به، لعدم كونه من الدرهم والدينار.

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب المضاربة - حديث ١.

٣ - أن يكون معلوما قدرا ووصفا، ولا تكفي المشاهدة، للنهي عن الغرر (١).
وعن الشيخ والمختلف أنه يصح مع الجهالة، وتجاوز المضاربة بالجزاف من غير
تقييد بالمشاهدة. واحتج له في محكي المختلف بالأصل، وقوله عليه السلام: المؤمنون
عند شروطهم (٢) ولا أثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع، بعد أن كان القول قول العامل
شرعا في قدر الواصل، لأن الأصل عدم وصول الزايد إليه.
وفي الجواهر: والتحقيق إن لم يكن ثم اجماع عدم قدح الجهالة التي تؤول إلى
العلم، نحو أن يقع العقد على ما في الكيس مثلا ثم يعد أنه بعد ذلك، لاطلاق الأدلة
أو عمومها. نعم، بناء على عدم عموم أو اطلاق مستند إليه في مثل ذلك، فلا ريب في أن
الأصل الفساد. أما الجهالة التي لا تؤول إلى العلم، فالظاهر عدم جوازها، لعدم
امكان تحقق الربح معها، وهو روح هذه المعاملة، انتهى.
ولكن: يرد على ما أفاده المصنف ره - بعد تصحيحه بإرادة العمومات
والاطلاقات من الأصل، والاعراض عن التمسك بدليل الشرط - أنه لا بد من تقييد
الاطلاق، وتخصيص العام بما دل على النهي عن الغرر، المنجبر ضعفه بالعمل
والاستناد في كثير من الأبواب كالإجارة وغيرها. ودعوى أن النسبة بينه وبين أدلة
المقام عموم من وجه فلا وجه لتقديمه، مندفة بأنه من قبيل الحاكم على الاطلاقات
لا معارض، مع أنه لو سلم التعارض فالترجيح للنص بفتوى المشهور التي هي أول
المرجحات. وليس مدرك اعتبار العلم أداء الجهالة إلى التنازع، حتى يقال لا أثر
لاقتضاء هذه الجهالة التنازع، بل هو لزوم الغرر مع الجهالة.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب المهور كتاب النكاح حديث ٤.

على بعض فلا بد من البناء على البطلان في الجميع.
ويترتب عليه أن تمام الربح للمالك، وللعامل أجره عمله علم بالبطلان أم لا،
لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ولما مر من أن من أسباب الضمان الأمر
بالعمل لا مجاناً.

وهل يكون العامل ضامناً للمال إذا تلف مطلقاً، أم لا يكون ضامناً كذلك، أم
يفصل بين ما لو أخذ الجميع دفعة فالأول، وبين ما إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ
الزائد ولم يمزجه بما أخذه أولاً فيضمن خصوص المقدار الزائد؟ وجوه وأقوال، أظهرها
الثاني، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وقد مر نظير المسألة في كتاب
الإجارة، فراجع ما ذكرناه فيه.

اعتبار الشركة في الربح

الأمر الثالث: في الربح، (و) المعروف بينهم أنه يعتبر في صحة المضاربة
(الشركة في الربح)، فلو شرط أحدهما شيئاً معيناً والباقي بينهما فسد.
واستدل له في الشرايع بعدم الوثوق بحصول الزيادة، فلا تتحقق الشركة.
وفي الحدائق بأنه مقتضى المضاربة كما تنادي به الأخبار الحاكمة بأن الربح
بينهما، وما لم يكن مشتركاً فإنه خارج عن مقتضاها، فهذا الشرط داخل في مفهوم
المضاربة.

وفي الجواهر بالشك في شمول الاطلاقات له، ولو لظهورها في اعتبار الشركة
الاشاعية في جميع الربح.

أما ما أفاده المحقق ره، فيرده أولاً: أنه يتصور صورة يوثق فيها بالزيادة.

وثانيا: إن عدم الوثوق بالزيادة كعدم الوثوق بأصل الربح لا يمنع عن الصحة.

وأما ما أفاده العلمان، فإن كان نظرها إلى الاستدلال بالنصوص الخاصة كمصحح إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام عن مال المضاربة، قال عليه السلام: الربح بينهما والوضيعة على المال (١) ونحوه غيره، الدالة على أنه في المضاربة الاشتراك في جميع الربح، تم الاستدلال. لكن التعبير في كلام الأول بأن هذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة، وفي كلام الثاني بالشك في شمول الاطلاقات له، غير جيد، وإلا فالاشكال عليهما ظاهر.

ويتفرع على ذلك البطلان في صور:

منها: أن يجعل لأحدهما شيئا معيناً، فإنه باطل اتفاقاً.

ومنها: أن يقول: خذها قراضاً والربح لي، ووجه الفساد في هذه الصورة ظاهر مما قدمناه. وهل يكون في هذه الصورة بضاعة، بمعنى أن العامل لا يستحق على عمله أجره كما هو المقرر في البضاعة، أم يكون قراضاً باطلاً؟ والمشهور بينهم هو الثاني، للتصريح به، ولأن البضاعة توكيل في التجارة تبرعاً وهذا ليس ظاهراً فيه، فإنه ظاهر في كون الربح للمالك لا أن عمله المحترم المستوفى بالأمر به هدر ومجاني. وعليه فيستحق أجره المثل لعمله، لعدم ظهور الكلام في المجانية، بل قد مر أن الأمر بالعمل لا مجاناً بنفسه موجب للضمان. فما عن المصنف ره في المختلف: والوجه عندي أنه لا أجره للعامل، لأنه دخل على ذلك فكان متبرعاً بالعمل، غيره وجيه.

ومنها: ما لو قال: خذها قراضاً والربح كله لك، وقد ظهر من ما ذكرناه بطلانه

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب المضاربة - حديث ٥.

مضاربة. وهل يصح قرضا؟ فيه كلام قد مر في أول هذا الفصل.

والأصحاب ذكروا شرطين آخرين في الربح:

أحدهما: تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك، إن لم يكن هناك متعارف ينصرف إليه الاطلاق، والظاهر عدم الخلاف في اعتباره. ووجهه على تقدير الابهام ظاهر، فإن المبهم لا تحقق له في الخارج. وأما على تقدير التعيين ولو بعدا، بنحو لا يعلمه العامل حين العقد أو ولا المالك، فلا وجه له سوى الاجماع والتسالم، ولا سبيل إلى التمسك بما دل على النهي عن الغرر (١) فإن أصل الربح في المقام غير معلوم الحصول وكذا قدره، فالجهل بحصة منه لا يضر.

وقد وقع الخلاف بينهم في موارد:

منها: ما لو قال: خذه على النصف، فحكم جمع بصحته، وتنظر فيه في المسالك، ولعل الأول أظهر، لظهور العبارة المذكورة في كون الربح بينهما نصفين، ومثله ما لو قال: خذه على أن الربح بيننا.

ومنها: ما لو قال: خذه على أن لك النصف، والظاهر هو الصحة فيه أيضا، إذ المالك لا يفتقر إلى تعيين حصته للتبعية، وإنما يفتقر إليه العامل وقد ذكر له النصف. ومنها: ما لو قال: خذه على أن لي النصف، فالظاهر هو البطلان، لأنه لم يعين للعامل حصة، والفرق بينه وبين المورد السابق ظاهر، فإنه في المورد السابق عين حصة العامل والباقي لا محالة يكون للمالك للتبعية، وأما في هذا المورد فقد عين حصة المالك ولم يعين حصة العامل مع أنها تفتقر إلى التعيين. ويمكن أن يقال في الموردين: بأن ظاهر هذه العبارة - أي تعيين حصة لأحدهما - كون الباقي للآخر، وعليه فيصح في

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

الموردين.

ثانيهما: كون الربح بين المالك والعامل. فلو شرطاً جزءاً منه لأجنبي، فإن كان الأجنبي عن المعاملة - بمعنى من لم يفوض إليه أمر التجارة - عاملاً صح الشرط، لأنه حينئذ يكون بمنزلة العامل المتعدد، وإن لم يصدق عليه العامل بحسب الاصطلاح، وهو من فوض إليه أمر التجارة.

وإن لم يكن عاملاً فسد بلا خلاف، ولم يستبعد في العروة القول بالصحة لعموم الأدلة، وذكره وجهاً آخر في الشرايع بعد حكمه بالفساد، وفي المسالك: قيل إنه إذا شرط للأجنبي يصح الشرط وإن لم يعمل، لعموم: المؤمنون عند شروطهم (١) و (أوفوا بالعقود) (٢). وقيل إن المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعاً إلى أصله، لئلا يخالف مقتضى العقد، انتهى.

ولكن مقتضى النصوص الخاصة المتقدم بعضها أن من أحكام المضاربة كون الربح بينهما، وعليه فشرط كون بعضه لغيرهما شرط مخالف للمشروع فيفسد. وحينئذ فلا يبعد القول بصحة المضاربة وكون المشروط للمالك وعدم بطلان العقد، إذ لا شيء يتوهم كونه مدركاً للبطلان سوى أنه مع بطلان الشرط يكون حصة كل منهما غير معلومة، ودلالة النصوص الخاصة عليه. وهما غير تأمين، أما الأول فلأن حصة العامل معلومة، وما شرط للأجنبي لفساد الشرط يرجع إلى أصله، فيكون للمالك فلا جهل بها. وأما الثاني فلأنها لا تدل على أنه يعتبر في المضاربة جعل الربح لهما، بل تدل على أن من آثار المضاربة كون الربح بينهما، وفي المقام بعد بطلان الشرط يكون الربح بينهما.

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب المهور كتاب النكاح حديث ٤.
(٢) المائدة آية ٢.

وللعامل ما شرطه له،

فالأظهر بطلان الشرط وصحة المضاربة.

قال في التذكرة - على ما حكى - : إنه يعتبر أن يكون الاسترباح بالتجارة،
وأما إذا كان غيرها كان يدفع إليه ليصرفه في الزراعة ويكون الربح بينهما لم يصح.
وعلله بأن هذه الأعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، فاستغنى عن القراض فيها،
وإنما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستئجار عليه، وهو التجارة التي لا يمكن ضبطها
ولا معرفة قدر العمل فيها.

ولكنه لا يصلح للمنع لو كان لدليل المضاربة اطلاق شامل للفرض، فالعمدة
في اعتبار ذلك أنه لا اطلاق لأدلة المضاربة شامل للدفع لغير التجارة. ودعوى أن
عمومات امضاء العقود كافية في الحكم بالصحة، مندفة بأنها مخصصة بما دل على النهي
عن الغرر اللازم في الفرض، للجهل بحصول الزرع ومقداره كما لا يخفى. فالظاهر
اعتبار ذلك.

الربح بين المالك والعامل

الأمر الرابع: في الأحكام، وفيه مسائل.

الأولى: (وللعامل ما شرط له) في هذه المعاملة، إن نصفاً فنصف وإن ثلثاً
فثلث، كما هو المشهور بين الأصحاب. وعن المفيد والشيخ في النهاية وسنن وابن
البراج أن له أجره المثل والربح بتمامه للمالك.

ومرجع هذا الخلاف إلى أن عقد المضاربة هل يكون مشروعاً أم لا؟ والقول
المشهور مبني على الأول، والثاني على الثاني.

والأول أظهر، للنصوص الخاصة الدالة على ذلك، لاحظ صحيح

ولو وقعت فاسدة فله أجره المثل والربح لصاحب المال، وليست لازمة.

محمد بن قيس عن مولانا الباقر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام: من اتجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان، وقال: من ضمن تاجرا فليس له إلا رأس ماله، وليس له من الربح شيء (١) ومثله موثقه (٢). وموثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام عن مال المضاربة، قال عليه السلام: الربح بينهما والوضيعة على المال (٣) ونحوه غيره من النصوص الكثيرة. واستدل للثاني بأن النماء تابع للأصل بالأصل، فيكون الربح للمالك. وبأن هذه المعاملة معاملة فاسدة لجهالة العوض، فتبطل فيكون الربح لصاحب المال، وعليه أجره المثل للعامل.

وفيه: أن جميع ما ذكر وإن كانت موافقة للقواعد، ولكنها مندفة بالنصوص الخاصة بالمعبرة المعمول بها بين الأصحاب، فلا اشكال في الحكم أصلا. هذا على تقدير صحة المعاملة، (و) أما (لو وقعت فاسدة، فله أجره المثل والربح لصاحب المال)، أما كون الربح لصاحب المال فلتبعية النماء للأصل، وأما كون أجره المثل للعامل فلقاعدته ما يضمن، ولما مر من أن الأمر بالعمل لا مجاناً موجب للضمان.

الثانية: المضاربة جائزة من الطرفين (وليست لازمة) اجماعاً، وبه يخرج عن أصالة اللزوم. وفي الحدائق: ويؤيده أنه وكالة في الابتداء، ثم قد يصير شركة بعد العمل، وكل من الوكالة والشركة من العقود الجائزة. وكيف كان، فيجوز لكل منهما فسخها، سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده، نض

(١) أورد صدره في الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب المضاربة - حديث ٢ وذيله في باب ٤ منها.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب المضاربة حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ٣ من أبواب المضاربة حديث ٥.

المال أو كان به عروض.
لكن ذكر واحد أنه إن كان الفاسخ هو العامل ولم يظهر ربح فلا شيء له،
وإن كان هو المالك ضمن للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت.
وقيل: إنه لا شيء له وإن فسخ المالك، لاقدامه عليه مع معرفته جواز العقد
وامكان فسخه قبل ظهور الربح بل وبعده، مع تحقق الوضيعة المستغرقة له لكونه
وقاية لرأس المال.

وعن التذكرة أنه يستحق أجره المثل وإن فسخ العامل. وهذا هو الأظهر، لما
مر من أن العمل لا مجاناً محترم لا يذهب هدراً إذا كان بأمر المالك، والاقدام مع العلم
بجواز العقد غير الاقدام على التبرع، والنافي للضمان هو الثاني دون الأول.
وقد تقدم الكلام في اشتراط الأجل وعدم الفسخ مفصلاً في الأمر الأول فلا
نعيد.

شرط المالك على العامل لازم

بقي في المقام فروع:

١ - إذا اشترط المالك على العامل شراء الجنس الخاص، أو الشراء من
شخص معين، أو أن لا يسافر وما شاكل، يجب عليه العمل بالشرط (ويقتصر على
المأذون)، لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط (١) ولتقييد الإذن في التصرف في
ماله، فمقتضى قاعدة السلطنة عدم التصرف غير المأذون.

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

ولكن لو خالف وبيع يكون الربح بينهما، وذلك لجملة من النصوص الخاصة، لاحظ صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام عن الرجل يعطي المال مضاربة، وينهى أن يخرج به فخرج، قال عليه السلام: يضمن المال، والربح بينهما (١). وصحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام، أنه قال في الرجل يعطي الرجل المال فيقول له: أنت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال عليه السلام: فإن تجاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما (٢).

وخبر أبي بصير عنه عليه السلام في الرجل يعطي الرجل المال مضاربة وينهاه أن يخرج إلى أرض أخرى فعصاه، فقال: هو له ضامن، والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه (٣).

وموثق جميل عنه عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذي أمره به، قال عليه السلام: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط (٤) وقال المحقق الأردبيلي ره: إن هذه الرواية أصح الروايات التي في هذا الباب، مع أن في سندها معاوية بن حكيم، فيستكشف من ذلك أن نظره موافق مع ما قاله النجاشي من أنه ثقة جليل، إلى غير تلکم من النصوص الكثيرة.

ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين أخذ الشرط قيذا، وبين كونه من قبيل

- (١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب المضاربة - حديث ١.
- (٢) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب المضاربة حديث ٢.
- (٣) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب المضاربة حديث ١٠.
- (٤) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب المضاربة حديث ٩.

ولو أطلق تصرف كيف شاء مع اعتبار المصلحة، ويضمن لو خالف. وتبطل بالموت.

الالتزام في الالتزام، وعدم انطباقها حينئذ على القواعد، فإنها في صورة القيدية تقتضي كون تمام الربح للمالك، وكذا في صورة الالتزام في الالتزام، لو فسخ المالك العقد وليس عليه أجرة المثل للعامل حينئذ، لعدم كون العمل بأمره، بل المفروض كونه مع نهيه لا يضر بعد كون الروايات معتبرة والأصحاب عملوا بها، وكم من قاعدة يقيد إطلاقها بالنص الخاص. ولا يصغى إلى ما ارتكبه المحقق الأردبيلي ره من الاحتمالات البعيدة والتمحلات غير السديدة، ولا إلى ما ذكره بعض محشي العروة من امكان تطبيقها على القواعد.

٢ - (ولو أطلق) المالك ولم يشترط شيئاً (تصرف) العامل (كيف شاء مع اعتبار المصلحة)، أما تصرفه كيف شاء فهو للإذن المطلق في عقد المضاربة، وأما اعتبار المصلحة فلكونه من قبيل الشرط الضمني.

٣ - (و) لو اشترط عليه (يضمن لو خالف) بلا خلاف، للنصوص المتقدمة.

٤ - لا خلاف (و) لا كلام في أنه (يبطل) عقد المضاربة (بالموت) من غير فرق بين موت المالك أو العامل.

أما الأول فقد استدل لبطلان العقد بموته بانتقال المال بموته إلى وارثه، فابقائه يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه.

وفيه: إنه إن أريد بذلك أنه ليس للمالك في حال حياته التصرف في ماله بعد موته، فيرد عليه أولاً: إنه يختص بما زاد على الثلث.

وثانياً: إن الحق أن له أن يتصرف في ماله بعد موته بأزيد من الثلث أيضاً بمثل البيع بثمن المثل.

وإن أريد به أن مناط جواز تصرف العامل هو الإذن وينقطع بالموت، ففيه: إن

حدوث الإذن سيما العقدي منه كاف فيه، ولذا لو وكله ثم سها عن توكيله بالمرة بحيث لم يبق في خزانة نفسه نفذ تصرفه عليه، مع أن له أن يقول: أنت مأذون في التصرف في مالي في حياتي وبعد مماتي، غاية الأمر أن يدخل في عنوان الوصية بالنسبة إلى ما بعد الموت. فالعمدة في الحكم بالبطلان الاجماع إن تم، وما قيل من انصراف العقد إلى حال حياته في الغالب.

وأما الثاني فقد استدل لبطلانه بموته باختصاص الإذن به. ويمكن أن يقال: إن عقد المضاربة إذا أوجب حقا للعامل في التصرف في المال، فما دل على أن ما تركه الميت فلوارثه (١) يدل على انتقال هذا الحق كحق الشفعة وغيره إلى الوارث، اللهم إلا أن يقال: إن ذلك متوقف على ثبوت كونه من قبيل الحق القابل للانتقال ولم يثبت، والذي يسهل الخطب أن المسألة اجماعية، كما أن ظاهر الأصحاب التسالم على بطلان العقود الجائزة مطلقا بالموت أو الجنون أو الاغماء، أو نحو ذلك مما يوجب بطلان الإذن من المالك.

وهل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته أم لا؟ ربما يقال بالثاني، نظرا إلى أن المال حال العقد غير مربوط بالوارث، فالعقد غير واقع على ماله حتى يأذن فيه ويجيزه.

وأورد عليه بأنه يكفي في صحة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له علقه به حال العقد، ومرجع إجازته حينئذ إلى ابقاء ما فعله المورث، وهذا بظاهره بين الضعف.

ويمكن أن يقال: إن المقام من قبيل إجازة البيع الواقع من غير المالك ثم ملك

(١) النساء آية ١١ و ١٢ أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.

ويشترط العلم بمقدار المال. ويملك العامل حصته من النماء بالظهور،

حال الإجازة، فكما أن هناك يقال إن للعقد بقاء والمالك بإجازته إياه ينسبه إلى نفسه، كذلك يقال في المقام أن للعقد بقاء ما دام بقاء المال فيجيز الوارث المالك ذلك العقد، ومجرد أنه في هذه المسألة يكون العقد صحيحا حدوثا بخلافه في تلك المسألة، لا يصلح فارقا بعد عدم كون المجاز هو حدوث العقد بل بقاءه. فإن قيل: لو تم ذلك لزم التقييد بما إذا كان المال نقدا، فإنه بالإجازة يتحقق فرد آخر من المضاربة، فيعتبر فيه ذلك. قلنا: إن مدرك اعتبار كون مال القراض نقدا هو الاجماع، والمتيقن منه غير الفرض.

٥ - (و) قد مر أنه (يشترط العلم بمقدار المال).

يملك العامل حصته من النماء بالظهور

الثالثة: (و) المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة أنه (يملك العامل حصة من النماء بالظهور) ملكا متزلزلا، ولا يتوقف ذلك على وجوده ناضا. وعن الفخر عن والده ره أن في المسألة أقوالا أربعة، ولكنه لم يذكر القائل واحتمل أن يكون من العامة:

١ - ما هو المشهور.

٢ - أنه يملك بالانضاض.

٣ - أنه يملك بالقسمة.

٤ - أن القسمة كاشفة عن الملك سابقا.

والأول أظهر، لأنه جعل الربح لهما، فالربح من أول تحققه يكون مشتركا

بينهما. ولأنه مملوك وليس للمالك، فيكون للعامل. ولا طلاق النصوص بأن العامل يملك ما شرط من الربح، وهو متحقق قبل الانضاض وقبل القسمة. ولصحيح محمد بن قيس عن الإمام الصادق عليه السلام عن رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال عليه السلام: يقوم، فإن زاد درهما واحدا أعتق واستسعى في مال الرجل (١) إذ لو لم يكن مالكا لحصة من الربح بمجرد ظهوره لم ينعقد عليه أبوه في الصورة المفروضة في الخبر. واستدل للثاني بأنه قبل الانضاض غير موجود خارجي بل مقدر موهوم، والمملوك لا بد وأن يكون محقق الوجود. وأورد عليه تارة بما عن جامع المقاصد والمسالك وغيرها بالنقض بملك الدين مع أنه معدوم، وأخرى بمنع كونه أمرا وهميا كما في العروة. ولكن الصحيح أن يقال: إن الربح لا يراد به المالية المحضبة التي هي أمر انتزاعي ناشئ من الرغبة في العين، وإلا لم يتم شيء من الأيرادين، بل المراد به مقدار من العين الموجودة على حسب الحصة من المالية، وبه يندفع الاشكال رأسا، وكون المراد من الربح ذلك هو المرتكز في أذهان أهل العرف كما يظهر لمن راجع، ويشهد به أن له مطالبة القسمة. واستدل للثالث بأنه لو ملك قبل القسمة لاختص بربحه، وبأنه يلزم أن يكون النقصان الحادث بعد ذلك شايعا في المال كسائر الأموال المشتركة، والتالي باطل لانحصاره في الربح. ولكن يرد على الوجه الثاني أنه لا ملازمة بين الملك وضمنان الحادث

(١) الوسائل باب ٨ - من أبواب المضاربة.

إنما الكلام فيما لو قسم الربح مع عدم الفسخ، أو قسم الجميع كذلك أو فسخ العقد ولم يقسم، أو تحقق الفسخ والقسمة ولم يحصل الانضاض. والتحقيق أن يقال: إن القسمة حيث تكون خارجة عن عمل المضاربة، وتكون كسائر ما يميز به المشتركات، ولا يجب الانضاض، فالظاهر استقرار الملكية بالفسخ فقط، وبه يخرج الربح عن كونه وقاية لرأس المال، وأولى منه ما لو انضم إليه الانضاض أو القسمة، وبعبارة أخرى: إنه بالفسخ يرتفع العقد وبه يرتفع حكم القراض، فلا موجب لبقائه على كونه وقاية.

واستدل لبقاء ذلك وعدم الاستقرار مع عدم القسمة بالاستصحاب. وبظاهر قوله: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١). وبصدق مال القراض، فتشمله الأدلة الدالة على أن وظيفته من الربح. وبأن تسليم رأس المال إلى المالك من تنمة المضاربة، وإلا لزم عدم كون الخسران من الربح، فيما لو نض المال أجمع في بلد عمل العامل الذي سافر إليه وفسخ عقد المضاربة، ثم تلف بعض المال قبل الوصول إلى المالك، وهو مناف لظاهر الأدلة.

ولكن الجميع كما ترى، إذ الاستصحاب لا يجري بعد ارتفاع العقد الموجب، لتبدل عنوان المال من كونه مال قراض إلى عنوان آخر، مع أنه تقديري. وعموم على اليد لا يشمل الأمانات، ومنها المال المفروض بعد خروجه عن كونه قراضاً. وصدق مال القراض ممنوع بعد ارتفاع العقد بالفسخ. والالتزام بكون الخسران من أصل المال لا من الربح في الفرض المذكور لا مانع منه. وعلى الجملة بعد كون الفسخ رافعا لعقد القراض، لا وجه لبقاء أحكامها المخالفة للقواعد والأدلة الأولية.

(١) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ - سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

وقد مر في الفصل المتقدم في مبحث القسمة ما يظهر به حكم المقام، وأن ما ذكره من عدم جبر الممتنع كان هو المالك أو العامل هو الصحيح.

الرابعة: لا خلاف (و) لا اشكال في أن العامل أمين، ف (لا خسران عليه بدون التفريط) بترك الحفظ، أو التعدي بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه كما لو سافر مع نهيته عنه أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو الخيانة بأن أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك.

والحكمان اجماعيان ويشهد بهما - مضافاً إلى ذلك، وإلى أنهما من مقتضيات قواعد باب الضمان - النصوص الخاصة، كصحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال (١).

وموثق جميل عنه عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذي أمره به، قال عليه السلام: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط (٢) ونحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة المتقدمة جملة منها.

فروع التنازع

الخامسة: في جملة من فروع التنازع. فقد يدعي شخص على آخر أنه أعطاه

(١) الوسائل باب ١ من أبواب المضاربة حديث ٧.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب المضاربة حديث ٩.

والقول قوله في عدمه، وفي قدر رأس المال، والتلف، والخسران وقول
المالك في عدم الرد

كذا مقداراً مضاربة وينكر الآخر ذلك، وقد يتفقان على إعطاء مقدار من المال
مضاربة ولكن يتنازعان في مقدار رأس المال، وقد يتفقان في ذلك ولكن العامل يدعي
التلف أو الخسران والمالك ينكره، وقد لا يكون النزاع بينهما إلا في رد رأس المال
والعامل يدعيه.

قال المصنف: (والقول قوله في عدمه، وفي قدر رأس المال، والتلف،
والخسران. وقول المالك في عدم الرد).

أما لو تنازعا في أصل إعطاء المال مضاربة وعدمه، فكون القول قول منكره
واضح، لأصالة عدمه، وكذا لو تنازعا في مقدار رأس المال، إذ لو كان المال موجوداً
تجري أصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله، ولو كان تالفاً مع ضمان العامل تجري أصالة
براءة ذمته.

ودعوى أن ذلك يتم إذا كان مصب الدعوى زيادة مال القراض ونقصانه، وأما
إذا كان مصب الدعوى العقد وادعى المالك أنه وقع على العشرة مثلاً والعامل ادعى
أنه وقع على الخمسة فالمتجه هو التحالف، لأن العقد المتشخص بالخمسة غير
المتشخص بالعشرة، فكل منهما مدع ومدعى عليه فيتحالفان،
مندفعة، بأن الغرض من هذه الدعوى حيث لا يكون إلا إثبات
الزيادة أو عدمها، فالمالك الذي يدعي الزيادة يعد في العرف مدعياً،
لأنه لا غرض له إلا إثبات كون مال القراض هو الأزيد، والعامل
منكراً لأنه لا غرض له سوى نفي الزيادة. مع أنه يمكن أن يقال:
إن وقوع العقد على الأقل معلوم ولو في ضمن الأكثر، ووقوعه على الأكثر غير معلوم
والأصل عدم وقوعه عليه، فيكون مدعيه مدعياً والعامل منكراً، فيقدم قوله بيمينه.

ولو اشترى العامل أباه عتق نصيبه من الربح فيه، وسعى الأب في الباقي.
وينفق العامل من الأصل في السفر

وأما لو ادعى العامل التلف أو الخسران وأنكره المالك، فوجه تقديم قوله بيمينه أنه أمين، وعدم تصديقه في دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤتمن، وقد ورد أنه ليس لك أن تتهم من ائتمنته (١). ودعوى اختصاص الاتهام الممنوع بالمؤتمن بالتأمين العقدي وهي الوديعة، ممنوعة، لعدم الدليل مع صدق الائتمان، سيما بعد قوله عليه السلام: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وصاحب العارية مؤتمن (٢).
وأما لو ادعى العامل رد مال المضاربة وأنكره المالك، فالمشهور بين الأصحاب أن القول قول المالك، وعن الشيخ في المبسوط أنه يقبل قول العامل، وقد مر الكلام في ذلك مفصلاً في كتاب الإجارة، ومما ذكرناه في التنازع في التلف يظهر حكم المقام. فالأظهر أن القول قول العامل.
ثم إن في المقام فروعا آخر للتنازع، حيث تقدم نظائرها أو عينها في الإجارة فلا نطيل الكلام بذكرها.
السادسة: (ولو اشترى العامل أباه عتق نصيبه من الربح فيه، وسعى الأب في الباقي) بلا خلاف، ويشهد به الصحيح المتقدم.
نفقة العامل المسافر على رب المال
السابعة: (وينفق العامل من الأصل في) حال (السفر) كمال نفقته من مآكل

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب كتاب الوديعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب العارية - حديث ٦.

ومشرب وملبس ومسكن، ونحو تلکم مما هو داخل في النفقة (قدر كفايته)، كما هو المشهور بين الأصحاب، وعن التذكرة نسبتہ إلى علمائنا، وعن الخلاف الاجماع عليه. وفي المسألة قولان آخران وإن لم يحضرنی الآن القائل: أحدهما: إنه لا يخرج من أصل المال إلا ما زاد على نفقة الحاضر.

الثاني: إن نفقة السفر كلها على العامل كنفقة الحاضر. والأول أظهر، لصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه (١) ونحوه خبر السكوني (٢).

واستدل للثاني بالاجماع على أن نفقة الحاضر على نفسه، فما ساواه في السفر يحتسب أيضا عليه، والزائد على ذلك من مال القراض. وبأنه إنما حصل بالسفر الزيادة لا غير، أما غيرها فسواء كان مسافرا أم حاضرا لا بد منه، فلا يكون من مال القراض.

واستدل للثالث بأن الربح مال المالك، والأصل أن لا يتصرف فيه إلا بما دل عليه الإذن، ولم يدل إلا على الحصة التي عينها للعامل، وهو لم يدخل في العمل الأعلى هذا الوجه فلا يستحق سواه.

ولكن جميع ذلك من قبيل الاجتهاد في مقابل النص، مع ما فيها من الاشكال، فالقول المشهور هو المنصور. وتام الكلام في ضمن فروع:
١ - المراد من السفر العرفي لا الشرعي وهو ما يجب فيه القصر، فيشمل

(١) الوسائل - باب ٦ من أبواب كتاب المضاربة - حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب المضاربة حديث ٢.

٥ - الظاهر من النص والفتوى أن النفقة من مال القراض وإن لم يحصل ربح، إنما الكلام في أنه لو حصل ربح، هل تؤخذ منه مقدمة على حق العامل، أم تخرج من أصل المال؟

قال في محكي التذكرة: والقدر المأخوذ في النفقة يحسب من الربح، وإن لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق لمال، ونحوه ما في المسالك. وهو الظاهر، فإن غاية ما يدل عليه الخبر أن كون نفقة السفر من المال، وإذا انضم إلى ذلك ما دل على أن حصة العال إنما هي من الربح، وهو إنما يصدق على ما يبقى بعد جبر جميع ما حدث على المال من أول تسلمه إلى انتهاء المضاربة، كانت النتيجة هو تقديمها على حصة العامل.

٦ - استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه، فلو سافر إلى غيره فلا نفقة، بل دلت النصوص على أنه بضمن المال، وتكون الخسارة الواردة عليه على المال ومنها ما أنفقه على نفسه، لاحظ صحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام في الرجل يعطى المال، فيقول: له أئت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال عليه السلام: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما (١) ونحوه غيره.

٧ - المشهور بين الأصحاب أنه لا يجوز للعامل أن يسافر من دون إذن المالك إلا إذا كان هناك متعارف، وعن جامع المقاصد نسبته إلى علمائنا، وعللوه بأن فيه تغريرا بالمال، وهو كما ترى.

٨ - لو كان لنفسه مال غير مال القراض وكان السفر لهما، فالظاهر - كما

(١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب المضاربة حديث - ٢.

ولا يطاء جارية القراض من دون إذن والاطلاق يقتضي الشراء بعين المال،

صرح به في الشرايع وغيرها - التوزيع. وهل هو على نسبة المالكين أو العملين؟ وجهان، أجودهما الأول، لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال لا العمل، كما في المسالك تبعا لجامع المقاصد.

٩ - لو سافر بمال المضاربة، فاتفق عزله في السفر وانتزاع المال منه، كانت نفقة الرجوع عليه، لأنه إنما يستحق النفقة ما دام كونه مضاربا، فبارتفاع العقد يرتفع سبب الاستحقاق. ودعوى أنه يرجع بما أنفقه على المالك لقاعدة الغرور، مندفعة بأنه لا غرور بعد دخوله على العقد الجائر الذي هو معرض ذلك.

١٠ - إذا مرض في السفر، فإن كان لا عمل له في المال معه تكون نفقته أيام مرضه عليه، وإن كان لا يمنعه من العمل بالمال فهي على المالك. وهل الدواء من النفقة؟ وجهان، يأتي ما هو الحق عندنا في مبحث النفقات.

السابعة: (ولا يطاء جارية القراض من دون إذن) وهو واضح.

حكم الشراء في الذمة

الثامنة: قالوا: (والاطلاق يقتضي الشراء بعين المال) لا في الذمة.

واستدلوا له تارة بأنه المفهوم أو المتيقن منه، وأخرى بأنه إذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة، وثالثة بأن في الشراء في الذمة تغيرا بمال المالك وجعله في معرض التلف، ورابعة بأن الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء ولعل المالك غير راض بذلك. وهذه كلها كما ترى.

والحق أن يقال: إنه بعد ما تعارف في المعاملات الشراء بالذمة على وجه الحلول،

لا ينبغي الاشكال في جوازه كذلك والدفع من رأس المال. وأما الشراء بها على وجه التأجيل، فإن كان فيه الغبطة والفائدة جاز، لأن الغرض الأقصى من القرض تحصيل الفائدة والربح، ولذا يجب أن يكون تصرف العامل مقصورا على ما يحصل به هذه الغاية الذاتية. نعم، إذا لم يكن فيه الغبطة والفائدة لم يجز لما ذكرناه ويمكن إرادة الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص.

ثم إن الشراء في الذمة يتصور على وجوه:

- ١ - أن يشتري في ذمة المالك.
- ٢ - أن يشتري في ذمة نفسه لكن بما أنه عامل، ومرجعه إلى الأول، والحكم في الصورتين ظاهر.

٣ - أن يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يكن من نيته الوفاء من مال القراض ثم دفع منه، لا اشكال في صحة الشراء، وكون الربح لنفسه، والأداء من مال القراض إن كان بنية الاستقراض وكان مأذونا في ذلك فلا اشكال أيضا، وإلا فهو غاصب بالنسبة إليه.

٤ - أن يقصد ذمة نفسه مع قصده دفع الثمن من مال المضاربة، فالظاهر أنه على فرض صحة الشراء حكم هذه الصورة حكم ما قبلها، وأما الصحة فقد مر الكلام فيها تحت عنوان عام، - وهو أن اشترى في ذمته مع قصد الأداء من المال الحرام - في كتاب البيع.

٥ - أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه والمالك، والظاهر - كما أفاده صاحب الجواهر ره وغيره - أنه يتعلق الثمن بذمته ظاهرا وواقعا، ويكون الربح له كما لو نوى نفسه. فما عن الرياض من الوقوع للمالك في هذه الصورة، ضعيف. التاسعة: (و) اطلاق العقد يقتضي الشراء (بثمن المثل) كما هو المشهور،

فلا يجوز له أن يبيع بأقل من ثمن الثمل، كما لا يجوز له أن يشتري بأزيد من ثمن المثل، ويظهر وجهه مما ذكرناه في المسألة السابقة. وبه يظهر أن ما أفاده سيد الرياض من جعل المدار على حصول المصلحة مع الاطلاق، وإن كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادرا، متين. وقريب منه في الحدائق.

وقيده صاحب الجواهر ره بما إذا كان متعارفا، أما إذا كان نادرا فلا يدخل في الاطلاق، لانصرافه إلى المتعارف. وفيه: ما ذكرناه مرارا من أن الانصراف الناشئ عن التعارف وكثرة الوجود لا عبرة به.

للعامل أجرة المثل إذا فسخ المالك المضاربة

العاشرة: (ولو فسخ المالك المضاربة). فإما أن يكون قبل الشروع في التجارة، أو في مقدماتها، أو بعده قبل ظهور الربح، أو بعده في الأثناء، أو بعد اتمام التجارة قبل القسمة، أو بعدها. فالكلام في فروع:

١ - إن كان الفسخ قبل الشروع في العمل وفي مقدماته، فلا اشكال ولا كلام في أنه لا شيء له ولا عليه.

٢ - إن كان ذلك من اتمام العمل وبعد القسمة، فإذا كان حصل الربح يقتسمانه، وإلا فلا شيء للعامل ولا عليه، حصلت خسارة أو لم يحصل الربح ولا الخسارة. فما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت أجرة المثل مع عدم الربح، غير تام، لأن وضع المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح، فكان ذلك شرط ضمنى في عقدها، وبه يخرج عما دل على احترام عمل المسلم، وأنه لا يذهب هدرا إن كان عن أمر.

فللعامل أجرته إلى ذلك الوقت

٣ - إذا كان الفسخ في الأثناء قبل حصول الربح، (ف) في المتن (للعامل أجرته إلى ذلك الوقت) ومقتضى إطلاقه كإطلاق ما في الشرايع ثبوت أجره المثل لما عمل.

واستدل له بأن عمله محترم صدر بإذن المالك، لا على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة، وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح، فيستحق أجره المثل إلى حين الفسخ.

وفيه: إن الأمر بالعمل إنما هو على الحصة من الربح على تقدير وجوده، ولو لم يوجد فلا شيء له، وحيث إن للمالك الفسخ متى شاء، فكان إقدامهما على أن لا يكون له شيء إلا مع بقاء العقد وحصول الربح وبدون ذلك لا شيء له، ومع الإقدام على ذلك لا وجه للضمان.

٤ - إذا كان الفسخ بعد حصول الربح في الأثناء أخذ العامل حصته منه وإن قل، كان ذلك بعد الانضاض أو قبله، اتفاقاً في الأول كما في المسالك، ووجهه ظاهر مما قدمناه.

ومما ذكرناه ظهر حكم ما لو فسخ العامل، وأنه إنما يستحق من الربح حصته إن ظهر ولا يستحق أجره المثل في شيء من الموارد، كما يظهر حكم ما لو حصل الانفساخ بموت أو جنون وما شاكل.

وقد وقع الكلام في صورة الفسخ أو الانفساخ في أحكام، وهي: وجوب الانضاض إذا كان بالمال عروض، ووجوب الجباية عليه إذا كان به ديون على الناس، ووجوب الرد على المالك.

أما الأول فغاية ما قيل في وجه وجوبه على العامل إذا طلبه المالك، أن قوله

صلى الله عليه وآله: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) يدل عليه، لأنه أخذه نقدا فيجب رده إليه كذلك، وأيضا أن التغير حدث في المال بفعله فيجب رده إلى ما كان. وفيه: أولا: إن الحديث متضمن للضمان الخارج منه المقام، فكان الأولى الاستدلال له بما دل على وجوب در الأمانة. وثانيا: إن مال المالك حيث كان التغير حادثا بإذنه حال الفسخ هو العروض، وهو الذي يجب أدائه لا النقد الذي أخذه. وأما ما في المسالك - تبعا لجامع المقاصد - من الاستدلال له فيما إذا كان الفسخ بعد ظهور الربح، بأن استحقاقه الربح وإن كان ثابتا بظهوره إلا أن استقراره مشروط بالانضاض، فيحتمل عروض ما يقتضي سقوطه، فدفعه ما تقدم من عدم توقف استقراره عليه، وإن شئت قلت: إن توقف الاستقرار على الانضاض فرع وجوبه، فاثبات الوجوب بالاستقرار دور واضح. فالأظهر عدم وجوب الانضاض مطلقا، ولا فرق في ذلك بين كون الطالب له هو المالك أو العامل. وأما الثاني: ففي المسالك: وقد أطلق المصنف وجماعة وجوب جبايته على العامل، لاقتضاء المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى المال، ولأن الدين ملك ناقص والذي أخذه كان ملكا تاما فليؤده كما أخذه، لظاهر: على اليد ما أخذت حتى تؤدي، انتهى. ولكن الحديث قد عرفت اشكاله، والإدانة حيث تكون بإذن المالك توجب عدم كون رد رأس المال على صفته واجبا، ومع الشك تكفي أصالة البراءة عن الوجوب. فالأظهر عدم وجوبه أيضا.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

وأما الثالث، فالكلام فيه سيأتي في الوديعة، فإن المال بعد الفسخ أمانة في يد العامل كما مر، فيلحقه حكم الأمانة، والتمسك لوجوبه بحديث علي اليد قد عرفت ما فيه.

الفصل السابع: في الوديعة

وحقيقتها الاستنابة في الحفظ، وهي الأمانة بالمعنى الأخص. وعرفها في التذكرة بأنها عقد يفيد الاستنابة في الحفظ، والظاهر أن مراده بالعقد اللفظ أو الفعل الذي ينشأ به ذلك. وحيث عرفت أن العقد بنفسه من مقولة المعنى، كما عرفت أن أسامي المعاملات كلها أسام للاعتبارات النفسانية على ما مر في كتاب البيع، فما في الشرايع والتمن أولى، قال في الشرايع: العقد وهو استنابة في الحفظ، وفي التمن: (وهي عقد) والأمر سهل. والأصل في شرعيتها الكتاب، والسنة، والاجماع.

قال الله تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (١).

وقال عز شأنه: (فليؤد الذي ائتمن أمانته وليتق الله ربه) (٢).

وأما السنة فالأخبار بذلك بالغة حد التواتر، لاحظ:

خبر الحسين الشباني عن الإمام الصادق عليه السلام، قال قلت له: رجل من مواليك يستحل من مال بني أمية ودمائهم، وأنه وقع لهم عنده وديعة، فقال عليه السلام: أدوا الأمانة إلى أهلها وإن كانوا مجوساً (٣).

(١) سورة النساء آية ٥٨.

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٣.

(٣) الوسائل - باب ٢ من أبواب الوديعة حديث - ٥.

وخبر محمد بن مسلم عنه عليه السلام: قال أمير المؤمنين عليه السلام: أدوا الأمانات ولو إلى قاتل ولد الأنبياء (١).
وخبر عمر بن أبي حفص عنه عليه السلام: اتقوا الله، وعليكم بأداء الأمانة إلى من ائتمنكم، فلو أن قاتل علي بن أبي طالب ائتمني على أمانة لأديتها إليه (٢).
وخبر عمار بن مروان عنه عليه السلام: أعلم أن ضارب علي عليه السلام بالسيف وقتله، لو ائتمني على سيف واستنصحتني واستشارني ثم قبلت ذلك منه، لأديت إليه الأمانة (٣) إلى غير تلكم من الأخبار الآتي طرف منها في ضمن المباحث الآتية.

وأما الاجماع فقد نقله جمع من الأساطين منهم المصنف ره، قال في محكي التذكرة: وقد أجمع المسلمون كافة على جوازها، وتواترت الأخبار بذلك. وفي الحدائق: ويؤكد ذلك دلالة العقل والنقل على قضاء حاجة المؤمن وادخال السرور عليه مع عدم المانع، كما لو لم يثق من نفسه بالحفظ لبعض الأسباب المتوقف عليها ذلك، انتهى.

وبذلك يظهر أن قبول الوديعة مستحب، بل عن التذكرة بعد التصريح بالاستحباب: ولو لم يكن هناك غيره، فالأقوى أنه يجب عليه القبول، لأنه من المصالح العامة، وبالجملة فإن القبول واجب على الكفاية، ثم استثنى ما إذا تضمن القبول ضررا في نفسه أو ماله أو على أحد من إخوانه المؤمنين، ونفى في الحدائق البأس عما ذكره. ولكن الوجوب الكفائي يتوقف على توقف حفظ المال على الاستيداع،

-
- (١) الوسائل باب ٢ من أبواب الوديعة حديث ٦.
(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب الوديعة حديث ٢.
(٣) الوسائل باب ٢ من أبواب الوديعة حديث ٨.

عليها أحكامها من وجوب الحفظ وعدم الضمان بدون التقصير. وإن لم يقبلها كان حكمها ما تقدم.

وعلى الثاني تكون تلك حينئذ أمانة مالكية. توضيح ذلك: إن الأمانة مالكية وشرعية، والأمانة المالكية على قسمين: الأمانة الحاصلة بالتأمين العقدي كالوديعة، والأمانة الحاصلة بالتأمين بالتسليط على ماله برضاه وهي الأمانة بالمعنى الأعم، وبهذا المعنى أطلقت الأمانة على العين المستأجرة والمرهونة والمضارب بها وما شاكل. والأمانة الشرعية فيما كان التسليط على المال بحكم الشارع، كما في تسليط الولي على مال القاصر، وكالتسليط على مجهول المالك وما شاكل.

وليعلم أن الأمانة المالكية بالمعنى الأعم إنما تتحقق بالتسليط على المال عن الرضا من دون توقف على شيء آخر، كما يستفاد مما ورد في الأبواب المتفرقة من العارية والمضاربة والوديعة ونحوها، لاحظ صحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وقال: ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن (١) ونحوه غيره من النصوص الكثيرة. فإنه ليس في شيء من هذه الموارد سوى التسليط على المال عن الرضا، فيستكشف من ذلك أن كل تسليط عن الرضا ائتمان، ويترتب عليه عدم الضمان وغيره مما يكون مترتبا على المؤتمن. وعلى هذا ففي المقام لو طرح المال عنده فإن لم يضع يده عليه فلا شيء عليه، وإن أثبت يده عليه فلا ضمان عليه لو تلف عن غير تقصير.

وهل يجب عليه حفظه حينئذ كما في المسالك، قال: واليد توجب الحفظ إلى أن

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العارية حديث ٦.

ترده على مالكة، لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) أم لا يجب عليه الحفظ؟
وجهان، أظهرهما الثاني، فإن الدليل إنما دل على وجوب الحفظ في الأمانة بالمعنى
الأخص، وأما في الأمانة بالمعنى الأعم الحاصلة من التسليط عن رضاه التي ليس
مقتضاها إلا كون استيلائه عن رضا المالك، فلا دليل على وجوب الحفظ. وأما الحفظ
من حيث إنه ما محترم فلا يجب أصلا، ولذا لا يجب التقاطه بل يكره. والتمسك
بحديث على اليد غريب، فإن الحديث في الضمان ولا يدل على وجوب الرد تكليفا، مع
أن يد الأمين خارجة عن تحت الحديث. فالأظهر عدم وجوب الحفظ عليه.
ويترتب على ذلك أنه لو ترك الحفظ وتلف لا يكون ضامنا، إذ لو لم يكن الحفظ
واجبا لم يكن تركه تفريطا، وإلى ما ذكرناه يشير خبر إسحاق عن جعفر عن أبيه
عليهما السلام: إن عليا عليه السلام كان يقول: لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب
من الثياب، لأنه إنما أخذ الجعل على الحمام ولم يأخذ على الثياب (٢) فإنه مع استيلاء
الحمامي على الثياب يدل على أنه لو كان أخذ الجعل على الثوب كان مكلفا بحفظه،
فترك التحفظ عليه تفريط فيكون ضامنا وحاله حينئذ حال الوديعة بخلاف ما إذا
لم يكن حفظ الثوب بعهدته، فإنه لا يجب عليه الحفظ، فتركه التحفظ ليس تفريطا
فلا يكون ضامنا.

٢ - لو أكره على قبضها لم تصر وديعة، لعموم حديث رفع ما استكرهوا عليه (٣)
فلا يجب عليه حفظها. وفي المسالك: لكن يجب تقييده بما إذا لم يضع يده عليها بعد

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

(٢) الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب الإجارة حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

زوال الاكراه مختارا، فإنه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة، وإن لم يجب بالاكراه، وفيه: إن وضع يده عليها بعد زوال الاكراه إن كان بعنوان قبول الوديعة، أو كان حين ما أكره قبل الوديعة وكان ذلك منه رضا به، وكان المالك أنشأ الوديعة قولاً أو فعلاً، وجب عليه الحفظ وإلا فلا، وإن كان المال عنده أمانة مالكية كما مر.

الوديعة عقد جائز وكيف كان، فلا خلاف بينهم في أن الوديعة عقد (جائز من الطرفين). وفي الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه، وهو الحجة في تخصيص الآية (١) وغيرها من أدلة اللزوم. ويترتب عليه بطلانه بموت كل منهما أو بجنونه واغمائه، ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه أو ولايته عليه، كما هو الشأن في العقود الجائزة مطلقاً على ما مر في باب المضاربة، وقد عرفت هناك أنه لا يمكن اثبات ذلك بالدليل، ولكن لتسالم الأصحاب بيني عليه، فراجع ما ذكرناه.

ولو بطل العقد، فالمال يكون في يده الودعي أمانة شرعية، كما في الشرايع والمسالك والجواهر وغيرها. واستدل له بعدم إذن المالك الصوري، وحصول الإذن من المالك الحقيقي في الاستيلاء عليه للرد حسبة، وحينئذ يلحقه حكم غيره من الأمانات الشرعية.

ولكن يمكن أن يقال: إن الأمانة الشرعية ملاكها الترخيص في اثبات اليد على مال الغير لحفظه أو لا يصلح المال إلى مالكه، كما استفيد من أدلة اللقطة ومجهول

(١) سورة المائدة آية ٢.

المالك وما شاكل، وليس مجرد الترخيص الشرعي تأميناً شرعياً، كما لو أباح الشارع وضع اليد على العين المستأجرة لإباحة المالك إياه، فإنه من باب إباحة ما أباحه المالك لا تأمين من الشارع بل الترخيص الابتدائي منه، كما في اللقطة تأمين من الشارع. وعليه ففي المقام غاية ما يثبت بالدليل وجوب رد المال إلى صاحبه، وهو وجوب عرضي يتبع حرمة إمساكه، فلا ترخيص ابتداء من الشارع في وضع اليد عليه، ولا إيجاب للايصال ابتداء حتى يكون حاله كحال الترخيص الابتدائي، وعليه فليس هو أمانة شرعية، بل يجب الرد من باب حرمة إمساك مال الغير.

وعلى هذا، فهل يكون ضامناً له لو تلف أم لا؟ يشهد للضمان عموم قاعدة على اليد (١) فإن الخارج عنها يد الأمين، وهو ليس أميناً على الفرض. واستدل لعدم الضمان تارة بعدم شمول القاعدة للمقام، نظراً إلى ما عن المحقق النائيني ره، قال: إن الأخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر والغلبة، كما تشهد به موارد استعماله، لاحظ قوله تعالى (و كذلك أخذ ربك إذا أخذ القرى) (٢) وقوله سبحانه (ولأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين) (٣) وقوله تعالى (فأخذناهم أخذ عزيز مقتدر) (٤) وغير تلكم من موارد استعماله، وعليه فيختص الحديث بصورة الغصب ولا يشمل أمثال المقام.

وأخرى بأن قاعدة الاحسان تمنع عن الضمان، بدعوى أن وضع يده على المال

(١) سنن البيهقي ج ٦ - ص ٩٠.

(٢) سورة هود آية ١٠٢.

(٣) سورة الحاقة آية ٤٦.

(٤) سورة القمر آية ٤٣.

بداعي الايصال إلى مالكة احسان إليه (وما على المحسنين من سبيل) (١) الشامل لكل سبيل دنيوي أو أخروي.

ولكن يرد على الأول أن الأخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء، كان عن قهر وغلبة أم لم يكن، واستعماله في غير موارد الأخذ بالغلبة والقهر كثير، لاحظ قوله تعالى (خذ العفو) (١) وقوله عز اسمه (خذ من أموالهم صدقة) (٣) وقوله عليه السلام: خذها فإني إليك معتذر، وغير تلکم من الموارد، فالحديث يدل على الضمان في كل مورد كان مال الغير تحت اليد، ومن تلك الموارد المقام. ويرد على الثاني أن قاعدة اليد تخصص بقاعدة الاحسان كتخصيصها بقاعدة الائتمان إلا أنها في موارد التمحض في الاحسان، كما لو علم من حال المالك رضاه بوضع اليد على ماله لا يصاله إليه، فإنه ليس هناك تسليط ليكون أمانة مالكية، لكنه يجوز وضع اليد عليه، فوضع اليد للايصال احسان محض منه، ومع تلفه قبل وصوله لا ضمان، وأما في المقام فايصال المال إلى صاحبه واجب من حيث حرمة إمساكه، فهو حينئذ ترك الإساءة لا من باب أنه احسان محض. فتحصل مما ذكرناه أنه يكون ضامنا لو تلف قبل الايصال، إلا أن يثبت الاجماع على عدم الضمان.

(١) التوبة آية ٩٢.

(٢) سورة الأعراف آية ٢٠٠.

(٣) سورة التوبة آية ١٠٣.

ويجب حفظها بمجرى العادة ولو عين المالك حرزا تعين، فلو خالف ضمن

وجوب الحفظ على المستودع

وتمام الكلام في هذا الفصل في طي مسائل:

الأولى: (ويجب حفظها) أي الوديعة (بمجرى العادة)، كالثوب في الصندوق، والشاة في المراح، والدابة في الإصطبل، أو ما يجري مجرى تلكم في الحرز لمثلها في العادة، كما هو الشأن في كل ما لا حد له شرعا فإنه يرجع فيه إلى العرف والعادة. ومنه المقام فإن الوديعة كما مر استنابة في الحفظ، وليس لها في الشرع حد فيتعين الرجوع فيها إلى العادة. وعلى ذلك فلا يهمننا النزاع في المصاديق، مثل أنه هل يجب أن يكون الصندوق محرزا أم يكفي مطلقة، فإن الضابط ما ذكرناه، والميزان هو حفظها بما يحفظ به أمواله. ولا فرق في ذلك بين علم المودع بأن المستودع ليس له ما يحفظ فيه الوديعة، أو عدم علمه بذلك.

والدليل على وجوب الحفظ - مضافا إلى الاجماع المحقق، وكون ذلك من مقتضيات عقد الوديعة فإنها كما مر استنابة في الحفظ - الآيات والنصوص المتقدمة الدالة على وجوب رد الأمانة، فإنه لولا وجوب حفظها لم يجب أدائها، ولو كان يجوز له اهمالها وعدم حفظها كيف يترتب عليها وجوب الأداء. والأخبار الآتية الدالة على الضمان مع ترك الحفظ، إذ لو لم يكن الحفظ واجبا لم يكن وجه للضمان بتركه. (ولو عين المالك حرزا تعين)، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، (فلو خالف ضمن) لأنه عاد، وقد استثنوا من ذلك موردين:

الأول: ما إذا كان النقل إلى الأحرز، فقد ادعى الاجماع على أنها في هذا المورد لو تلفت لا تضمن، وأضاف جمع منهم إليه النقل إلى مثله.

إلا مع الخوف. ويجب على الودعي علف الدابة وسقيها، ويرجع به على المالك.

والتحقيق أن يقال: إنه إن فهم من التعيين أن الغرض المعاملي له الاحتفاظ وإنما عين المحل الخاص من باب المثال، فمع النقل إلى الأحرز أو المساوي لا ضمان، وإلا فالمتجه هو الضمان.

الثاني: ما ذكره المصنف ره بقوله (إلا مع الخوف) لجواز النقل حينئذ حسبة، بل قالوا إنه لو قال الودع: لا تنقلها عن هذا المكان وإن تلفت فيه، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي، بل حرم عليه إضاعة المال واتلافه في غير وجهه، ومن ذلك النهي عن التبذير، وعن تمكين السفهاء من الأموال التي جعلها لنا قواما. فهل يجب النقل حينئذ كما في المسالك، لأن الحفظ واجب عليه ولا يتم إلا بالنقل وللنهي عن إضاعة المال، أم لا؟ الظاهر هو الثاني، فإن وجوب الحفظ إن كان بمناط وجوب حفظ المال المحترم، فقد مر أنه لا وجه لوجوبه، ولذا لا يجب التقاطه بل يكره. وإن كان بمناط وجوب حفظ الوديعة، فالمفروض أنه بالنقل يخرج عن الوديعة، فإنه قيد فيها عدم النقل. وأما النهي عن إضاعة المال، فهو بالنسبة إلى المالك، ولا دليل على حرمتها على غير المالك حتى بترك الحفظ إياه عن التلف، بل لا يحرم ذلك قطعا. فالأظهر عدم وجوبه، وعليه فحيث يجوز شرعا النقل حسبة، فلا ضمان عليه لو نقلها وتلفت، لقاعدة الاحسان بالتقريب المتقدم.

وجوب سقي الدابة وعلفها على الودعي
الثانية: (ويجب على الودعي علف الدابة وسقيها ويرجع به على المالك) على المشهور بين الأصحاب، بل بلا خلاف في ذلك في الجملة.

فعلى هذا لا يجب عليه سقي الدابة في هذه الصورة ولا علفها، بل لا يجوز من غير مراجعة الحاكم، فإنه تصرف في مال الغير بلا رضاه. ولو سقاها واعلفها والحال هذه، ليس له الرجوع بقيمتها على المالك، كما ظهر مما ذكرناه في الصورة الأولى. الصورة الثالثة: أن يطلق المالك المودع لا يأمره ولا ينهاه، والظاهر في هذه الصورة وجوب السقي والعلف، لأنهما من مقدمات الحفظ المأمور به، بل قد يقال - كما عن التذكرة وغيرها - : أن مقتضى الشرط الضمني هو ذلك. وهل يرجع بما بذله في مقام حفظه إلى المالك أم لا؟ الظاهر ذلك، لا لمجرد وجوب الحفظ فإنه لا اقتضاء من حيث المجانية وعدمها، ولا لحرمة المال المبذول فإنها لا توجب الضمان ما لم يكن المالك مستوفيا له بالمباشرة أو بوكيله أو بأمر أحدهما أو بأمر الحاكم، بل لمفهوم قوله عليه السلام في صحيح أبي ولاد في جواب قول السائل: جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه: لا، لأنك غاصب (١) فإنه يستفاد منه أن غير الغاصب له الرجوع بما أنفق على الدابة. فالمتحصل مما ذكرناه أنه مع الاطلاق أو الأمر بهما يجب السقي والعلف، ويرجع بما بذله على المالك. بقي الكلام في الضمان مع الإهمال في حفظ الدابة بترك السقي والعلف، فالظاهر هو ذلك، لا لوجوب الحفظ فإنه لا يوجب تركه إلا الإثم، ولا من جهة تخلف الشرط الضمني أو الصريح فإن ترك الوفاء بالشرط ليس من موجبات الضمان، بل لأن ترك الحفظ داخل في التعدي أو التفريط، وسيجيئ أن اليد معه مضمنة، والنصوص الخاصة دالة عليه أيضا.

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب.

ويضمن المستودع مع التفريط لا بدونه،

ثم إنه لا يهمننا البحث في جواز اخراج الدابة من المنزل وعدمه، لما مر - ومما ذكرناه يظهر حكم ما لو كانت الوديعة غير الحيوان - كشجر وبناء ونحوهما - وأنه مع الاطلاق، أو الأمر بانفاق ما يتوقف عليه حفظها، يجب ويرجع بما بذله على المالك. ضمان المستودع مع التعدي أو التفريط

الثالثة: (ويضمن المستودع مع التفريط) بترك التحفظ، أو التعدي بالمخالفة في كيفية الحفظ، أو الخيانة بالتصرف في المال. والضابط هو التقصير، وإن حصره بعضهم في ستة: الانتفاع بها، والايذاء، والتقصير في دفع المهلكات، والمخالفة في كيفية الحفظ، والتضييع بأن يلقيها في مضيعة، والجحود. و (لا) يضمن (بدونه)، بلا خلاف فيهما بل عليهما الاجماع بقسميه في الجواهر.

ويشهد بهما - مضافا إلى قواعد باب الضمان كما مر في الإجارة والمضاربة وغيرهما - النصوص الخاصة المتعلقة جملة منها لعدم الضمان على الائتمان، إما بجعله سببا، أو عنوانا لعدم الضمان، لاحظ:

ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح والحسن عن أبي عبد الله عليه السلام: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان (١).

وصحيح زرارة - أو حسنه - عنه عليه السلام عن وديعة الذهب والفضة، فقال عليه السلام: كل ما كان وديعة ولم تكن مضمونة لا تلزم (٢).

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العارية حديث ٦ وباب ٤ من أبواب الوديعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب الوديعة - حديث ٤.

وموثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاقت، فقال: الرجل كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضا، فقال عليه السلام: المال لازم له، إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة (١). وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال عليه السلام: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أمينا (٢) ونحوها غيرها.

أضف إلى ذلك النصوص الدالة على الضمان بالتعدي والاستهلاك في باب المضاربة والرهن، بعد معلومية اشتراك الجميع في الحكم المزبور باعتبار كونها أمانة. مع أنه يدل على الضمان بالتعدي مكاتبة محمد بن الحسن إلى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاقت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له إن شاء الله (٣). وعلى الجملة، فإن المستفاد من مجموع الأدلة بعد ضم بعضها إلى بعض، أن تلف المال عند الودعي لا يوجب الضمان إلا مع التقصير في الحفظ، الموجب لخروج اليد عن كونها يدا أمانية ومأذونة وصيرورتها خيانة. وقد وقع الخلاف والكلام في جملة من الموارد، كترك ما يحفظ به الوديعة مثل نشر الثوب وطيه وتعريضه للهواء، والمسافرة بها، وإخراج الوديعة من الحرز لينتفع بها، والجحود، وما شاكل. وحيث إنه لا نص في شيء من الموارد يعتمد عليه، فلا بد في كل مورد من عرضه على الميزان المتقدم ثم الحكم بالضمان وعدمه، فلا يهمننا البحث في

-
- (١) الوسائل - باب ٧ من أبواب الوديعة حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب المضاربة حديث ٨.
(٣) الوسائل باب ٥ من أبواب الوديعة حديث ١.

كل مورد بالخصوص.
نعم، لا بأس ببيان حكم ما لو ضيع بالنسيان، فالمحكي عن جماعة - منهم المصنف ره في التحرير وولده والمحقق الثاني - الضمان، واستدل له بأن الدليل دل على أن الأمين يضمن مع التعدي أو التفريط، وحديث رفع النسيان (١) لا يصلح رافعا للضمان، لكونه في مقام الامتنان ولا امتنان على الأمة في رفعه، ولذا في سائر موارد الضمان لا يرتفع الضمان مع تحقق السبب نسيانا. وأورد عليه بأن مقتضى اطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين العموم، وغاية ما خرج منه العامد الإثم دون غيره، فاطلاق ذلك يقتضي عدم الضمان، وبه يرفع اليد عن قاعدة على اليد (٢).

وفيه: إنه وإن لم يكن دليل لفظي يدل على أنه في هذا الباب يكون المتعدي أو المفريط ضامنا، ولكن لا ريب في استفادة ذلك من مجموع ما تقدم، بل يمكن أن يقال إنه يستفاد ذلك من نفس ما دل على أنه لا ضمان على الأمين، فإن أخذ الأمانة عنوانا للموضوع مشعر بذلك، والمضيع وإن كان عن نسيان ليس يده أمانة. فالأظهر هو الضمان.

إعادة الوديعة بعد التفريط
المعروف بين الأصحاب أنه إذا أعاد الوديعة بعد التعدي أو التفريط إلى

(١) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

ولا يزول إلا بالرد إلى المالك أو البراء

الحرز، لم يبرأ (ولا يزول) الضمان.
قال في محكي التذكرة: إذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع، إما بنقل الوديعة واخراجها من الحرز، أو استعمالها كركوب الدابة ولبس الثوب أو غيرها من أسباب الضمان، ثم إنه ترك الخيانة ورد الوديعة إلى مكانها وخلع الثوب، لم يبرأ بذلك عند علمائنا أجمع، ولم يزل عنه الضمان ولم تعد أمانة، انتهى.
والتحقيق يقتضي أن يقال: إن الدليل دل على عدم ضمان الودعي، خرج عن ذلك ما لو كان متعديا أو مفرطا. وعليه فإذا فرط أو تعدى ثم عاد، يدخل المقام تحت كبرى كلية مذكورة في الأصول، وهي أنه إذا فرض خروج بعض الأفراد في بعض الأزمنة عن العموم، فهل فيما بعد ذلك الزمان المخرج بالنسبة إلى ذلك الفرد يجري استصحاب حكم الخاص أو يتمسك بالعموم؟ وحيث إن المختار عندنا هو التمسك بالعموم مطلقا، وإن لم يكن لدليل ذلك العموم عموم أزماي، ولا يصح الرجوع إلى الاستصحاب، فالمتعين في المقام البناء على ارتفاع الضمان وعدم بقائه، لفرض أن الوديعة لا تنفسخ بالخيانة، بل تلك الوديعة في حال الخيانة خارجة عن تحت عموم ما دل على عدم الضمان، فإذا أعادها الودعي فقد دخلت تحت العموم، ولا مجال لاجراء استصحاب بقاء الضمان. وأولى بذلك ما لو جدد المالك له الاستيمان، بأن فسخ العقد السابق ثم أودعه جديدا.
فإن قيل: إن المصنف ره ادعى الاجماع على الضمان، فهو المقيد للاطلاق.
قلنا: إنه ليس اجماعا تعبديا، لاستدلالهم له بالاستصحاب.
وعلى تقدير ما بنى عليه القوم من الضمان والخروج عن كونه وديعة، فالظاهر أنه لا يزول الضمان (إلا بالرد إلى المالك)، وعود الحكم الأول إنما هو بتجديد المالك له الوديعة (أو البراء)، بأن يبرأه المالك من الضمان.

والأول مورد الوفاق. إنما الخلاف بينهم في أنه لو لم يرد لها ولكن جدد له المالك الأيداع، فظاهر الأكثر أنه كالأول، وعلوه بأن الضمان إنما كان بحق المالك، وقد رضي بسقوطه باحداثه ما يقتضي الأمانة.

وقيل: لا يزول الضمان، وهو ظاهر المتن، واستدل له بظاهر قوله عليه السلام على اليد ما أخذت (١).

وقال في المسالك: ويمكن بناء ذلك على أن الغاصب إذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا؟ فإن المستودع هنا قد صار بتعديه بمنزلته. والمسألة موضع اشكال، إذ لا منافاة بين الوديعة والضمان كما في المفروض المذكور، فلا يزول السابق بتجدد ما لا ينافيه، مع عموم قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي، ومن أنه قد أقام يده مقام يده وجعله وكيلا في حفظها، وذلك يقتضي رفع الضمان، إلى أن قال: والأقوى هنا زوال الضمان، لأن المستودع نائب عن المالك في الحفظ فكانت يده كيده، وقبضه لمصلحته، فكان المال في يده بمنزلة ما كان في يد المالك، بخلاف لرهن، انتهى. وفيه: أنه إذا فسخ المالك الوديعة الأولى، وجدد العقد ولم يرجع المال إلى يده، وقلنا بصحة الثاني، فلا اشكال في ارتفاع الضمان، ولا مورد للتمسك بعموم على اليد، لأن يده بمقتضى الوديعة الثانية يد أمانية. اللهم إلا أن يقال مبتنيا على الكبرى المتقدمة: أن يده هذه كانت يد ضمان، فبعد ارتفاع العدوان والخيانة يشك في بقاء الضمان ودخولها تحت ما دل على عدم الضمان على الأمين، فيستصحب الضمان، ولكن قد أشرنا إلى بطلانها.

وإن لم يفسخ المالك الوديعة الأولى، وقال: أذنت لك في حفظها أو أودعتكها أو

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

ما دام بقائها، والبذل على تقدير التلف، ففي جميع الموارد تكون العين في العهدة حتى بعد التلف. وعلى ذلك فالإبراء عنه لا اشكال فيه أصلاً، بعد معلومية كون الضمان من الحقوق القابلة للاسقاط لا من قبيل الحكم.

حكم ما إذا أتلف الأجنبي الوديعة
ثم إنه بعد ما عرفت من وجوب الحفظ، فاعلم أنه إذا أراد ثالث أخذ المال الذي جعل وديعة عنده قهراً أو أراد اتلافه، فإن تمكن من الدفع من دون أن يترتب عليه ضرر أو مشقة وجب، لأنه مقدمة للحفظ المأمور به على جهة الاطلاق. ولو توقف ذلك على بذل مال فهل يجب أم لا؟ وعلى تقدير البذل هل يرجع بما بذله على المالك؟ خلاف في الجهتين، وقد تقدم ما عندنا عند بيان حكم علف الدابة وسقيها، وما ذكرناه في تلك المسألة جار هنا.

ولو توقف الدفع على الكذب جاز، بل وجب بل (و) عليه أن (يحلف للظالم) لو طولب باليمين - على ما سيأتي الكلام في ذلك مفصلاً في كتاب الايمان - والنصوص الخاصة شاهدة بذلك.

(و) هل يجب أن (يوري) مع التمكن من التورية؟ الظاهر ذلك كما سيأتي في ذلك الكتاب.

ولو أدى وظيفته ومع ذلك أخذ منه قهراً أو أتلف فلا ضمان عليه، بلا خلاف أجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، لقاعدة الائتمان. ودعوى اختصاصها بالتلف، وفي المقام أما اتلاف أو أخذ، وعلى التقديرين لا تلف، مندفعة:

أولاً: بصدق التلف عليهما بكل من اتلاف الثالث وأخذه، كما يشهد به خبر عقبة بن خالد الوارد في تلف المبيع قبل قبضه من اطلاق التلف على سرقة المتاع (١). وثانياً: أنه لم يؤخذ في أدلة عدم الضمان على الأمين خصوص التلف، بل صرح في بعضها بالسرقة، كصحيح محمد بن مسلم عن الإمام الباقر عليه السلام عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه الضمان؟ فقال عليه السلام: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً (٢).

ثم الظاهر أنه لا اشكال فيه، سواء كان قد تولى الظالم أخذها من يده، أو من مكانها الذي كانت فيه، أو قهره على الاتيان بها فدفعها إليه، لصدق عدم التفريط فيهما، ولا ضمان عليه فيهما، وإنما الضمان على الظالم كما هو المشهور بين الأصحاب. وعن أبي الصلاح وأبي المكارم والمصنف ره في التذكرة والتحرير أنه يجوز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه إلى من أمره الظالم، لأنه باشره تسليم مال الغير بيده، فيشملة عموم على اليد، وإن كان قرار الضمان عليه. وقواه في الجواهر، بتقريب أن التسليم إلى الظالم من أقسام الاتلاف، والمخصص بقاعدة الائتمان قاعدة على اليد دون قاعدة الاتلاف.

ولكن يرد على الوجه الأول: إن التسليم إلى الظالم إن كان جائزاً له، فلا يكون به مفرطاً ولا متعدياً، ومعه يدخل في قاعدة الائتمان، وهي تخصص قاعدة على اليد. وأما ما أفاده في الجواهر، ففيه: أن التسليم إلى الظالم لا يعد اتلافاً للمال، بل لو كان ذلك اتلافاً يكون فاعله الظالم الأخذ، فهو المتلف بأخذه لا الودعي المسلم إليه، وإنما

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الخيار - من كتاب التجارة حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب المضاربة حديث ٣.

ولو أقر له لم يضمن

فعله مقدمة للاتلاف لا أنه اتلاف، فتدبر. فالأظهر عدم الضمان عليه.
(ولو أقر له يضمن) عند الماتن.

وفي المسالك - في شرح قول المحقق: ولا يلزم دركها -: هذا إذا لم يكن سببا في الأخذ القهري كما لو كان هو الساعي بها إلي الظالم، ولم يقدر بعد ذلك على دفعه، فإنه يضمن لأنه فرط في الحفظ، بخلاف ما لو كانت السعاية من غيره، أو علم الظالم بها من غير سعاية، ومثله ما لو أخبر اللص بها فسرقتها، انتهى. وتبع في ذلك المصنف ره في التذكرة والمحقق الثاني.

وهو متين، فإن اخبار الظالم بها نظير جعلها في غير حرز، ينافي الحفظ المأمور به فيكون متعديا، فلا يرد عليه ما في الجواهر من الشك في تحقق الضمان، ولو للشك في الاندراج تحت ما جعلوه عنوانا له من التعدي والتفريط والتضييع ونحوها، لأن عموم على اليد ونحوه مخصوص بقاعدة الائتمان، إذ لا شك في عدم صدق الحفظ، ومعه يصدق التعدي أو التفريط لتركه ما وجب عليه، وقاعدة الائتمان مختصة بغير المفرط والمتعدي والمضيع.

نعم، لو تم ما ذكره من الشك في صدق العنوان الخارج تم ما أفاده، من جهة أن التمسك بعموم على اليد حينئذ من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية وهو لا يجوز، فيتعين الرجوع إلى أصالة البراءة عن الضمان. فالمتحصل مما ذكرناه أن الأظهر فيما لو أقر له من غير أن يكون الاقرار لدفع الضرر أو الحرج أو ما شاكل من موانع التكليف يكون ضامنا، وإن كان قرار الضمان على الظالم.

ويجب ردها عقلا على المودع، أو إلى ورثته بعد موته

يجب رد الوديعة على المودع

الرابعة: (ويجب ردها) أي الوديعة (عقلا على المودع، أو إلى ورثته بعد موته) مع المطالبة في أول أوقات الامكان، بلا خلاف في الوجوب، وفي الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه، وقد تقدم ما عن التذكرة من اجماع المسلمين كافة عليه. ويشهد به ما دل من الكتاب والسنة على الأمر بأداء الأمانة إلى أهلها (١) المتقدم في أول هذا الفصل، وما دل على عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه (٢) والفرض عدمه هنا لانقطاع الإذن بالمطالبة. وأما كون الوجوب بحكم العقل أيضا، فتقريبه ما مر في أول هذا الفصل.

ولا يخفى أنه لا ريب في تقييد هذا الحكم كسائر الأحكام الشرعية بالامكان العقلي. وهل يعتبر الامكان الشرعي كما صرح به في المسالك وغيرها، لأن المانع الشرعي كالمانع العقلي؟ الظاهر ذلك، إلا أن كون حكم شرعي آخر مانعا عن ذلك يتوقف على وجود أحد المرجحات لباب التزاحم، وبعبارة أخرى بعد رعاية قواعد ذلك الباب وتقديم ما يزاحم ذلك لا ريب في سقوطه. وفي المسالك: والمراد بالامكان ما يعم الشرعي والعقلي والعادي، والظاهر أن مراده بالامكان العادي ما لو لم يكن في الرد مشقة، وعليه فدليل اعتباره ما دل على رفع العسر والخرج. ومنه يظهر الحكم في جملة من الفروع المذكورة في المقام، مثل ما لو كان في الحمام فطلب المالك منه الرد، ولا يتمكن منه إلا بخروجه من الحمام، وأنه يجوز له اكمال

(١) النساء آية ٥٨ والوسائل باب ٢ من الوديعة.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي - والمستدرک ج ١ ص ٢١٢.

الحمام إذا كان في عدمه المشقة، ونحو ذلك غيره من الفروع، فإن الضابط الكلي هو اللزوم إن لم يكن فيه حرج ومشقة، وإلا فيجوز التأخير.

وهل التأخير ليشهد عليه عذر أم لا، أم يفصل بين ما إذا كان لصاحب المال بينة على كون ماله عنده فله ذلك، وبين غيره فلا؟ أقوال، خيرها وسطها، بعد فرض أن قوله في الرد مقبول فلا حاجة إلى البينة.

وهل يجب الرد حتى لو كان المالك ممن يجوز تملك ماله، كما لو كان للودعي عنده مال هو غاصب له وأراد المقاصة من الوديعة، أو كان ماله فيئا للمسلمين، أو كالأموال المباحة كما إذا كان المودع كافرا حريبيا؟ وجهان، صرح جمع من الأصحاب بالأول. وفي الجواهر ر: إن لم يكن اجماع على وجوب الرد حتى على الحربي، وحتى على من عليه حق المقاصة وغيرهم، أمكن المناقشة فيه، انتهى. أما المقاصة من الوديعة ففيها روايتان:

إحدهما: دالة على الجواز، وهي صحيحة أبي العباس البقباق، أن شهابا ما رآه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر ذلك، له فقال عليه السلام: أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف (١).

وخبر علي بن سليمان قال: كتبت إليه رجل غصب مالا أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانته أو غصبه، أيحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب عليه السلام: نعم، يحل له ذلك أن كان بقدر حقه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي إليه إن شاء الله (٢).

(١) الوسائل باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ كتاب التجارة.

(٢) الوسائل باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

الثانية: ما يدل على المنع، كصحيح معاوية بن عمار عن الإمام الصادق عليه السلام، قلت له: الرجل يكون لي عليه حق فيجحد منه ثم يستودعني مالا إلى أن آخذ مالي عنده، قال: لا، هذه الخيانة (١).

وخبر ابن أخي الفضيل بن يسار، كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم إليها، فقالت لي: أسأله، فقلت: عن ماذا؟ فقالت: إن ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فأتلفه، ثم أفاد مالا فأودعنيه، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلفه من شيء، فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك (٢).

والجمع بين الطائفتين يقتضي البناء على الكراهة، والمسألة محررة مستوفاة في أواخر كتاب القضاء فراجع، ونسب القول بالجواز هناك إلى أكثر المتأخرين، وفي ملحقات العروة: الظاهر أنه المشهور.

وأما وجوب الرد على الحربي، فهو الظاهر من النصوص المتقدمة المتضمنة للرد وإن كان المودع مجوسيا، أو كان قاتل ولد الأنبياء، أو أنه لو ائتمني قاتل علي عليه السلام على السيف لأديت إليه الأمانة. ولا منافاة بينها وبين ما دل على حلية أمواله، كي يقال إن النسبة عموم من وجه، فإنه يمكن أن يكون الرد واجبا من جهة كونه ردا للأمانة، وإن كان المال مع قطع النظر عن هذا العنوان كان يحل أخذه، هذا على تقدير عدم القول بأن ماله فئ للمسلمين، وإلا فالوديعة باطلة كما لا يخفى. وكيف كان، فلا اشكال في وجوب الرد على من لم يكن كذلك (إلا أن يكون)

(١) الوسائل باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ١١.

(٢) الوسائل باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

غاصبا فيردها على مالکها ومع الجهل لقطه يتصدق بها إن شاء، إلا أن
يمتزج بمال الظالم فيردها عليه.

المودع (غاصبا) لها، فإنه لا يجوز الرد إليه لعدم الوديعة شرعا بل يمنع عنها، (فيردها
على مالکها) إن عرف، (ومع الجهل) به تكون هي (لقطة)، لخبر حفص بن
غياث - المنجبر ضعفه بعمل الأكثر - عن مولانا الصادق عليه السلام عن رجل من
المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا واللص مسلم، هل يرد عليه؟ فقال:
عليه السلام: لا يرده، فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة
اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها فإن جاء
طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله الأجر، وإن اختار الغرم
غرم له وكان الأجر له (١).

والأمر بالتصدق بها وإن كان في نفسه ظاهراً في الوجوب، إلا أنه حيث رتب
ذلك على جعله بمنزلة اللقطة، فعلى القول في اللقطة بجواز التملك يحمل الأمر فيه
على إرادة بيان أحد الأفراد أو على الترخيص، ولذلك قال المصنف ره: (يتصدق بها
إن شاء). وعليه فما عن الإرشاد وتبعه الشهيد الثاني من التخيير بين الصدقة بها مع
الضمان وابقائها أمانة، لا ينافي ذلك. وكيف كان، فلا يصغى إلى ما عن الحلبي والحلي
من وجوب الرد إلى إمام المسلمين، ومع التعذر تبقى أمانة، ثم يوصى بها إلى عدل إلى
حين التمكن من المستحق.

وبالجملة فبعد ما عرفت من انجبار ضعف الخبر بالعمل، لا ينبغي التردد في أن له أن
يتصدق بها (إلا أن تمتزج بمال الظالم فيردها عليه) إن لم يمكن للمستودع
تمييز المالين ولو بالقسمة، عند الأصحاب على ما نسب إليهم، وعن الغنية والسرائر

(١) الوسائل باب ١٨ من أبواب كتاب اللقطة - حديث ١.

والقول قول الودعي في التلف، وعدم التفريط، والرد، والقيمة، مع يمينه.
وقول المالك أنه دين لا وديعة مع التلف

الاجماع عليه، تقديم احترام المال المعلوم مالكة على غيره الذي لا يمكن معرفته ليرد على صاحبه. ولكن يشكل ذلك، فإن المال المفروض مركب من ما يجب رده إلى صاحبه وما يتعين التصديق به عن مالكة، فتقديم أحدهما يحتاج إلى دليل. فما أفاده في المسالك - وتبعه عليه غيره - من أن الأوفق بالقواعد رده على الحاكم مع امكانه ليقسمه ويرد على الغاصب ماله، هو المتجه، ومع عدم امكانه يقوم عدول المؤمنين مقامه كما في كل حاسبة.

فروع التنازع

الخامسة: في فروع التنازع.

وملخص القول فيها: إنه تارة يدعي الودعي تلف المال، والمودع ينكره. وأخرى يتوافقان على التلف، ولكن المودع يدعي التفريط والودعي ينكره. وثالثة يدعي المستودع رد المال، والمودع ينكر ذلك. ورابعة يتوافقان على الوديعة وعدم الرد والتلف مع التفريط، ويختلفان في القيمة. وخامسة يتنازعان في أن المال التالف هل هو كان وديعة فلا ضمان، أم كان قرضا فعليه عوضه.

قال المصنف ره: (والقول قول الودعي في التلف وعدم التفريط والرد والقيمة مع يمينه، وقول المالك إنه دين لا وديعة مع التلف) فهاهنا فروع خمسة: ١ - إذا اعترف بالوديعة، وادعى الودعي التلف وأنكره المودع، فالقول قول الودعي على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، سواء أسنده إلى سبب أولا، وسواء كان ظاهرا كالغرق والحرق أو خفيا كالسرقة ونحوها، بل عن التذكرة نسبته

إلى علمائنا أجمع.

والوجه في ذلك أنه أمين، وعدم تصديقه في دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤتمن، وقد ورد أنه ليس لك أن تتهم من ائتمنته (١) أضف إليه مرسل المقنع عن مولانا الصادق عليه السلام عن المودع إذا كان غير ثقة، هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام: نعم، ولا يمين عليه (٢). فما عن الشيخ في المبسوط من أنه لا يقبل قوله إلا بالبينه في التلف بأمر ظاهر لعموم البينة، مردود بالشذوذ، والعموم المزبور يجب تخصيصه بما مر كما أفاده بعضهم.

وهل يقبل قوله بلا يمين كما عن الصدوق والشيخ في. النهاية وابن حمزة، بل عن الفقيه: قضى مشايخنا رضي الله عنهم على أن قول المودع مقبول فإنه مؤتمن ولا يمين عليه، أم يعتبر اليمين لقاعدة انحصار ثبوت الدعوى بالبينة واليمين كما في الجواهر؟ وجهان، الظاهر أنه لا حاجة إلى اليمين إلا عند التنازع عند الحاكم، ولعل القائلين بعد الحاجة إليه نظرهم إلى غير باب الخصومة عند الحاكم، كما أن نظر صاحب الجواهر ره إلى صورة النزاع عنده.

٢ - إذا ادعى الودعي الرد وأنكره المالك، فالمشهور أنه يقبل قوله، وعن جماعة الاجماع عليه بل أرسلوه في غير المقام إرسال المسلمات، ووجهه ظاهر مما قدمناه.

٣ - لو اتفقا على التلف، ولكن المالك ادعى التفريط وأنكره الودعي، فلا اشكال في تقدم قول الودعي، لما مر، ولأن ما دل على الضمان بالتعدي والتفريط يخص ما دل على عدم ضمان الأمين، وبعد الجمع بينهما يكون الخارج عن تحت ما

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب كتاب الودعية حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٤ من أبواب كتاب الودعية حديث ٧.

دل على الضمان مطلقا الأمين غير المفرد وغير المتعدي، فأصالة عدم التفريط والتعدي تثبت عنوان الخاص، فيثبت حكمه وهو عدم الضمان.

٤ - لو اختلفا في القيمة، فعن الشيخ ره أن القول قول المالك، محتجا بأنه بالتفريط خرج عن الأمانة، فلا يكون قوله مسموعا، وقيل إن به رواية. وفي المتن والشرايع والمسالك والجواهر أن القول قول الغارم مع يمينه، ونسبه في المسالك إلى الأكثر. وهو الأظهر، لأصالة البراءة عن الزائد، وخروجه عن الأمانة لا يخرج عنه حكم المنكر، والخير لم يصل إلينا.

٥ - لو قال المالك: أقرضتك العين، وقال القابض: أودعنيها، والعين تالفة، فالظاهر كما أفاده المصنف ره وغيره أن القول قول المالك، لموثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام عن رجل استودع برحلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضا، فقال عليه السلام: المال لازم له، إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة (١).

وموثقه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قال لرجل: لي عليك ألف درهم، فقال الرجل: لا ولكنها وديعة، فقال أبو عبد الله عليه السلام: القول قول صاحب المال مع يمينه (٢).

ودلالتهما واضحة فيخرج عن القاعدة بهما.

والكلام في تطبيق ذلك على القاعدة تقدم في كتاب الإجارة، وعرفت أن مقتضى القاعدة عدم الضمان، للشك فيه والأصل عدمه، والتمسك بقاعدة على اليد

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب كتاب الوديعة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٨ من أبواب كتاب الرهن حديث ١.

لأثباته فيه محذوران:

- ١ - توافقهما على عدم الضمان الثابت بها، فإن المالك يدعي ضمان القرض، والقابض ينكر الضمان رأسا.
- ٢ - مع الاغماض عن ذلك، وتسليم كون ضمان القرض بعينه ضمان المثل أو القيمة، يكون التمسك بالقاعدة تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية، فرض خروج الوديعة عنها والشك في كونه وديعة أو قرضا، فالمتعين هو الرجوع إلى أصالة البراءة، فالقاعدة تقتضي تقديم قول القابض، ولكن يتعين تقييدها بالخبرين المتقدمين، فالأظهر تقديم قول المالك.

الفصل الثامن: في العارية

قال المصنف ره في التذكرة: العارية - بتشديد الياء - عقد شرع لإباحة الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرع، وشدت الياء كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار، قاله صاحب الصحاح. وقال غيره: منسوبة إلى العارة وهي مصدر، إلى أن قال: وقيل إنها مأخوذة من عار يعير إذا جاء وذهب، انتهى.

لا خلاف ولا ريب في أن العارية مشروعة. ويشهد بها - مضافا إلى ذلك، وإلى أن عليها بناء العقلاء والشارع الأقدس لم ينها عنها، وإلى قاعدة السلطنة (١) وأدلة الهبة (٢) الشاملة لهبة المنافع -:

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.
(٢) الوسائل - باب ٢ من أبواب الهبات.

من الكتاب قوله تعالى (ويمنعون الماعون) (١). فعن مجمع البحرين:
الماعون اسم جامع لمنافع البيت، كالقدر والدلو والملح والماء والسراج والخمرة، ونحو ذلك مما جرت العادة بعاريته. وفي حديث المناهي: نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن يمنع أحد الماعون جاره، وقال: من منع الماعون جاره منعه الله خيره يوم القيمة ووكله إلى نفسه ومن وكله إلى نفسه فما أسوأ حاله (٢). وروى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في الآية الشريفة: هو القرض يقرضه، والمعروف يصنعه، ومتاع البيت يعيره (٣) ونحوه خبر سماعة (٤).

ومن السنة نصوص مستفيضة منها ما تقدم، ومنها النصوص المتضمنة لاستعارة النبي صلى الله عليه وآله وسلم: من صفوان بن أمية سبعين درعا حطمية، فقال: أغضب أم عارية؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم: بل عارية مؤداة (٥) ومنها غير تلكم من الأخبار، وسيأتي طرف منها.
ثم الظاهر كما صرح به غير واحد أنها من العقود، وتفتقر إلى الإيجاب والقبول، والكلام فيما يعتبر في عقدها وما لا يعتبر هو الكلام في عقد الوديعة، فراجع ما ذكرناه فيه.
وتمام الكلام في هذا الفصل بالبحث في مقامات.

-
- (١) سورة الماعون آية ٨.
 - (٢) الوسائل - باب ٧ من أبواب ما تجب فيه الزكاة حديث ١٣.
 - (٣) الوسائل باب ٧ من أبواب ما تجب فيه الزكاة حديث ٣.
 - (٤) الوسائل باب ٧ من أبواب ما تجب فيه الزكاة حديث ٢.
 - (٥) الوسائل باب ١ و ٢ من أبواب العارية.

كل عين مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها صح إعارتها

ضابط العين المستعارة

الأول: في العين المستعارة: وقالوا في ضابطها: إن المستفاد من الفتاوى ومعقد الاجماع ونفي الخلاف والاقتصار على المتيقن من اطلاق النص عدا ما خرج مما يأتي، أنها (كل عين مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها) منفعة معتدا بها عند العقلاء، كالثوب والدرهم والدار والدابة وما شاكل، فإن اجتمعت الشرائط (صح إعارتها). فما لا يصح الانتفاع به شرعا - كأواني الذهب والفضة للأكل والشرب، والجواري للاستمتاع - لا يجوز إعارته، وهو واضح. كما أن ما يتلف بالانتفاع به كالأطعمة والأشربة ونحوها، لا يصح إعارته للانتفاع بها بالأكل والشرب، بلا خلاف ولا اشكال في ذلك.

وقد يقال: إنه لا ثمرة في النزاع في ذلك، إذ يحل الانتفاع بالأعيان المشار إليها بما يوجب اتلافها، مع احراز رضا المعير باتلاف العين بقوله أعركه مع القرينة، فإن المعيار في جوازه هو رضاه به وقد حصل في محل الفرض، وإن هو إلا كالهبة وإن عبر عنها بلفظ العارية.

وأجاب عنه سيد الرياض بأنه حيث لا يعلم الرضا بالاتلاف إلا به اتجه ما ذكره، لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه ولو بالالتزام، ودلالة لفظ العارية بمجرد على الاتلاف فاسدة، لعدم استنادها إلى عرف أو لغة. وأجاب عن الايراد في الجواهر بترتب الضمان على الاتلاف المزبور وإن كان بالإذن إلا أنها بعنوان العارية، زعما منه عموم موضوعها أو تشريعا، ودعوى كونه حينئذ هبة أو إباحة وإن كان الدفع بهذا العنوان واضحة البطلان، إلا أن ينصب قرينة على إرادتهما من اللفظ المزبور، ثم قال: نعم قد يتوقف في ضمانه من غير تعد ولا تفريط

(٣٤٠)

لها منفعة لا يستلزم استيفائها تلف العين، ومنفعة تستلزم ذلك، فإنه على الضابط المذكور لا يجوز أن يستوفي المنفعة المستلزمة للتلف إن لم يحرز رضاه بذلك. ثم إن تمام الكلام في هذا المقام بالبحث في فروع.

إعارة الغنم للانتفاع بلبنها

١ - لا خلاف ظاهرا في أنه يجوز استعارة الشاة للحلب - وهي المسماة بالمنحة بالكسر وأصلها العطية - وعن بعض متأخري المتأخرين الاجماع عليه. واستدل له في التذكرة باقتضاء الحكمة بإباحته، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، والضرورة تبيح مثل هذه الأعيان كما في استئجار الظئر. وقد روى العامة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: المنحة مردودة (١) والمنحة هي الشاة. ومن طرق الخاصة ما رواه الحلبي - في الحسن - عن مولانا الصادق عليه السلام في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة شيئا معلوما أو دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا في كل شهر، قال عليه السلام: لا بأس بالدراهم، ولست أحب أن يكون بالسمن (٢) ثم ذكر صحيح عبد الله بن سنان (٣) وهو نحو حسن الحلبي، وقال: وإذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى.

وفي المسالك: وجواز إعارة ذلك ثابت بالنص على خلاف الأصل، والظاهر أن

(١) التذكرة ج ١ ص ٤١٠.

(٢) الوسائل باب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه - حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٩ من أبواب عقد البيع حديث ٤.

الإذن المستفاد منها، وعليه فلا يمكن جعل ضابط كلي لذلك، والله العالم.
المعير والمستعير

المقام الثاني: في المعير والمستعير.

أما الأول، فلا خلاف في أنه إنما تصح العارية (بشرط كون المعير جائز التصرف) أي بالغافقلا غير محجور عليه، لرفع القلم عن الصبي والمجنون (١) وعدم جواز أمرهما (٢). نعم، يجوز للصبي أن يعير بإذن الولي لما مر في كتاب البيع من عدم الدليل على سلب عبارته، وغاية ما يستفاد من الأدلة عدم جواز استقلاله في التصرف المعاملي، وأما مع إذن الولي فتصح معاملاته، وكذلك العارية. فما عن الإرشاد والتحرير واللمعة وغيرها من أنه لو أذن الولي للطفل صح أن يعير مع المصلحة، متين. وعن السرائر تقييده بالميمز، إذ الإذن لا يجعل المسلوب غير المسلوب، وهو حسن إن لم تقم السيرة على عدم اعتبار التمييز في خصوص المقام ولكنها غير قائمة، وإنما يتصرف فيما أتاه الصبي غير المميز من جهة أنهم يرونه آلة، ومنه يستكشف رضا الولي بالتصرف الكافي في جوازه. وأما اعتبار عدم كونه محجورا عليه فظاهر. ويعتبر أيضا الاختيار، لرفع ما استكره عليه (٣).

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس.

(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

وينتفع المستعير على العادة ولا يضمن مع التلف بدون التضمين، أو التعدي، أو كون العين أثمانا.

وأما المستعير، فبالنسبة إلى تحقق العارية يعتبر كونه مكلفا، لعين ما مر. وأما في الإباحة فلا يعتبر، فإن غير المكلف غير ممنوع عن التصرف. وأما بالنسبة إلى الضمان فالظاهر عدمه، فإن العارية وإن لم تتحقق، إلا أن التسليط المجاني عن الرضا المحقق للأمانة المالكية بالمعنى الأعم كاف في خروج يده عن اليد الضمانية. وهل يعتبر فيه التعيين؟ الظاهر ذلك في التعيين المقابل للابهام، لأن المبهم المردد لا حقيقة له ولا تحقق. وعدمه في التعيين المقابل للعلم لعدم المورد، للغرر في المقام.

(و) كيف كان، ف (ينتفع المستعير على العادة) في الانتفاع بالعين المستعارة، فإن كان لها منفعة خاصة انتفع بها، وإن تعددت المنفعة فإن عينها أو كان هناك انصراف تعين، وإلا بأن عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه.

لا يضمن المستعير مع التلف

المقام الثالث: في الأحكام، وفيه مسائل.

الأولى: لا خلاف (و) لا اشكال في أن المستعير (لا يضمن مع التلف بدون التضمين) إلا بالتفريط (أو التعدي) أو باشتراط الضمان (أو كون العين) المستعارة (أثمانا).

أما المستثنى منه فيشهد به - مضافا إلى الاجماع المحكي، وإلى أن العين أمانة مالكية بالمعنى الأعم على ما مر - جملة من النصوص الخاصة، لاحظ صحيح الحلبي - أو حسنه - عن الإمام الصادق عليه السلام: إذا هلكت العارية عند المستعير لم

يضمنها، إلا أن يكون قد اشترط عليه (١).

وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وليس على المستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن (٢) إلى غير ذلك من النصوص الكثيرة الآتية جملة منها في المباحث اللاحقة. وقد استثنوا من ذلك موارد:

- ١ - التعدي أو التفريط لا اشكال في الضمان معه، فإن عدم الضمان علق في النصوص على الائتمان، إما بجعله مسببا أو عنوانا لعدم الضمان. وبعبارة أخرى التعدي أو التفريط يوجب خروج اليد كونها يدا أمانية ومأذونة وصيروتها خيانية، وقد علق في جملة من النصوص الضمان على كونه أمينا أو مأمونا. أضيف إليه النصوص الدالة على الضمان بالتعدي والاستهلاك في باب المضاربة والرهن، بعد معلومية اشتراك الجميع في الحكم المزبور باعتبار كونها أمانة. وهل يضمن بتركه التحفظ الموجب للتلف؟ فيه وجهان تقدما في كتاب المضاربة مفصلا.
 - ٢ - اشتراط الضمان، وهو متفق عليه نصا وفتوى، لاحظ صحيح الحلبي المتقدم، وصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: لا تضمن العارية إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمانا، إلا الدنانير فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضمانا (٣) ونحوهما غيرهما.
- ومعها لا يصغى إلى ما قيل من منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد، لأن بنائه

(١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب العارية حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب العارية حديث ٦.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من أبواب كتاب العارية حديث ١.

على التبرع، أو أنه شرط في عقد جائز فلا يكون نافذا، أو أن الضمان من الأمور المتوقفة على أسبابها وليس الشرط منها.

إذ الجميع مردودة بأنها اجتهادات في مقابل النصوص، مع أن بناء العارية على التبرع في الانتفاع بالعين لا في صورة التلف، والشرط في ضمن العقد الجائز نافذ كما مر، وعرفت في كتاب الإجارة أن الضمان من الغايات التي تقبل الاشتراط.

٣ - العارية من غير المالك، ويشهد به موثق إسحاق بن عمار عن الإمام الصادق عليه السلام والإمام الكاظم عليه السلام: إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت، فالمستعير ضامن (١).

٤ - عارية الذهب والفضة إذا لم يشترط عدم الضمان، وسيأتي الكلام فيه.

٥ - عارية الصيد للمحرم، وقد مر الكلام فيه.

٦ - عارية الحيوان، فإن ابن الجنيد حكم بكونه مضمونا، لخبر وهب عن جعفر عن أبيه: إن عليا عليه السلام كأن يقول: من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن (٢). ولكن الخبر ضعيف السند لراويه، ومعرض عنه عند الأصحاب، وأخص من المدعى، ومعارض مع صحيح محمد بن قيس (٣) فلا وجه لاستثنائه.

حكم عارية الذهب والفضة من حيث الضمان لا خلاف ولا اشكال في استثناء عارية الذهب والفضة في الجملة، وأنه يضمن

-
- (١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب العارية حديث ٢.
(٢) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب العارية حديث ١١.
(٣) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب العارية حديث ٩.

إذا كانت العين المستعارة ذهباً أو فضة وإن لم يشترط الضمان، والنصوص الكثيرة المتقدم بعضها والآتي بعضها الآخر شاهدة به.

إنما الكلام في اختصاص ذلك بالدرهم والدينار كما هو صريح الفخر والقطيفي والكفاية والرياض وظاهر المتن والوسيلة المعبر فيهما بالثمن، أم يعم غيرهما من المصوغ وغيره كما هو صريح اللمعة والمهذب وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع

البرهان على ما حكى عن بعضها، وظاهر المقنع والنهاية والمبسوط والتحرير والقواعد والمختلف وغيرها مما عبر فيه بالذهب والفضة؟

ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص، فإنه في جملة منها استثنى الدرهم والدينار، كصحيح عبد الله بن سنان المتقدم، وخبر عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام: ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يشترط صاحبها، إلا الدراهم فإنها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط (١).

وفي طائفة أخرى منها استثنى مطلق الذهب والفضة، كموثق إسحاق بن عمار عنه عليه السلام وعن أبي إبراهيم عليه السلام، قالوا: العارية ليس على مستعيرها ضمان إلا ما كان من ذهب أو فضة، فإنهما مضمونان اشترطاً أو لم يشترطاً (٢).

وصحيح زرارة عن الإمام الصادق عليه السلام، قال قلت له: العارية مضمونة؟ قال فقال عليه السلام: جميع ما استعرت فتوى (أي هلك) فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضة، فإنهما يلزمان إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك (٣)

- (١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب العارية - حديث ٣.
(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب العارية حديث ٢.
(٣) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب العارية حديث ٢.

ولو نقصت بالاستعمال المأذون فيه لم يضمن،

الدرهم والدينار، فإن النسبة بينه وبين منطوق أخبار الذهب والفضة عموم من وجه. وثانياً: أنه لا يتم، فإن المستثنى منه قبل ورود القيد غير مقيد وأقبل لأن يرد عليه، وبعد التقييد يكون المتحصل من المستثنى منه خاصة عدم الضمان في غير الدرهم والدينار، ومن الواضح معارضة ذلك مع ما دل على الضمان في الذهب والفضة وإن لم يكونا من الدرهم والدينار.

ثم إن ثبوت الضمان في عارية الذهب والفضة إنما هو إذا لم يشترط عدمه، وإلا فلا ضمان بلا خلاف، لصحيح زرارة المتقدم.

حكم النقصان الحاصل بالاستعمال

الثانية: (ولو نقصت) العين المستعارة (بالاستعمال المأذون فيه لم يضمن)، وكذا لو تلفت، بلا اشكال، لأنه من لوازم الانتفاع بالعين الذي أباحه المالك مجاناً، فهو مأذون فيه بعين الإذن في الانتفاع وإلا لم تكن العارية مشروعاً، ولا يعقل ضمان ما أذن المالك في اتلافه مجاناً وبلا عوض، لا سقاط المالك احترام ماله، وجعل مثل ذلك من مقتضيات عقد العارية لا مانع منه، وفي صحيح ابن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام عن العارية، فقال عليه السلام: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً (١) إشارة إليه.

وفي المسالك - بعد نقل عدم الضمان والاستدلال له - قال: وفيه وجه آخر، وهو ضمان المتعلق في آخر حالات التقديم، لأن الظاهر عدم تناول الإذن للاستعمال المتلف،

(١) الوسائل باب ١ - من أبواب كتاب العارية حديث ٣.

وإن كان داخلا في الاطلاق، انتهى.
وفيه: إن محل الكلام الاستعمال المأذون فيه، وما أفاده تشكيك في الصغرى،
حيث إنه استشكل في شمول الإذن للاستعمال المتلف.
ولذلك عنون المصنف ره في محكي القواعد مسألتين:
الأولى: ما لو أذن في التصرف وأطلق، فأشكل في عدم الضمان بالاستعمال
المتلف، نظرا إلى إمكان انصراف الإذن بحسب الغالب إلى الاستعمال غير المتلف.
الثانية: ما لو تلفت العين أو نقصت بالاستعمال المأذون فيه، فحكم جزما بعدم
الضمان.

وبذلك يظهر اندفاع ايراد المحقق الثاني عليه، بأن ما ذكره ثانيا ينافي أول
كلامه. مع أنه في المسألة الأولى لم يدع الانصراف جزما، كي يورد عليه بأن لازمه
الحكم بالضمان جزما لا الاشكال فيه، بل ادعى أنه يمكن أن يقال به كما يمكن
دعوى الاطلاق.

الثالثة: (ولو استعار من الغاصب ضمن) بلا اشكال، لأنه وضع يده على مال
الغير بغير رضاه، فيشملة حديث علي اليد (١) وغيره من أدلة الضمان. أضف إليها موثق
إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله وأبي إبراهيم عليهم السلام: إذا استعيرت عارية بغير
إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن (٢).
وحينئذ (ف) تارة يكون المستعير عالما بالغصب، وأخرى يكون جاهلا به.
ومقتضى اطلاق الأدلة المشار إليها هو ضمان المستعير في الصورتين، غاية الأمر (إن

(١) سنن البيهقي ج ٦ - ص ٩٠.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب العارية حديث ١.

فإن كان جاهلا رجع على المعير بما يؤخذ منه.

كان جاهلا رجع على المعير بما يؤخذ منه) لقاعدة الغرور، كما هو المشهور بين الأصحاب.

وفي الشرايع وعن المصنف في غير المتن وبعض آخر أنه ليس للمالك أن يرجع على المستعير في صورة جعله.

واستدل له بأن الرجوع عليه ظلم محض لفرض كونه جاهلا، وبقاعدة ما لا يضمن بصحيفة لا يضمن بفاسده.

ولكن يرد على الأول: أنه لو كان ظلم فإنما هو في الحكم بعدم رجوعه إلى الغار، وإلا فأصل الضمان الذي تقتضيه قاعدة على اليد والموثق وغيرهما لا ظلم فيه، بل هو مقتضى العدل، لأنه تلف مال الغير تحت يده. وأما الثاني فيرده: إن تلك القاعدة مختصة بموارد تسليط المالك نفسه على ماله كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة، ولا تشمل تسليط الغير كما لو وهب الغاصب مال المالك على ما حقق في كتاب البيع. فالأظهر ما هو المشهور بين الأصحاب من ضمانه، غاية الأمر يكون قرار الضمان على الغاصب، لقاعدة الغرور.

ولو كانت العارية مضمونة، كما إذا كانت ذهباً أو فضة، أو اشترط فيها الضمان، فهل يرجع المستعير الجاهل على المعير في ما يبذله بإزاء العين من جهة الغرور، أم لا يرجع إليه لأنه أقدم المستعير على العارية مضمونة فلا غرور حينئذ؟ وجهان، أظهرهما الثاني. نعم، يرجع هو على المعير فيما يبذله بعوض المنافع التي استوفاهما المستعير بعنوان العارية، لقاعدة الغرور.

وإن كان عالماً بالغصب، فقرار الضمان عليه، لأنه غاصب تلفت العين تحت يده، بل لو رجع المالك على المعير يرجع هو على المستعير، لما مر في تعاقب الأيدي من أن الضمان يستقر على من تلف المال تحت يده.

يقتصر المستعير على المأذون

الرابعة: (ويقتصر المستعير على المأذون) كما هو صريح المتن والشرايع والمسالك والروضة وغيرها وظاهر القواعد واللمعة. وعن الشيخ في المبسوط وابن زهرة في الغنية والحلي في السرائر وغيرهم أنه يجوز أن يستبيح ما دونه في الضرر لا ما فوقه، كان يستعير أرضاً للغرس فيزرع، بل عن الأول نفي الخلاف فيه. وعن التذكرة والتحرير جواز المساوي أيضاً. وعن جامع المقاصد: ظاهر كلامهم أن الحكم بذلك اجماعي.

والأول أظهر، لأن الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، المفروض اختصاصه بنوع خاص من التصرف، فالنوع الآخر الباقي تحت الأصل المزبور لا يجوز. ودعوى أن الأدنى أولى بالإذن، ممنوعة، فإن الإذن ليس من قبيل الحكم الشرعي الصادر عن مصلحة المكلف كي تتم فيه دعوى الأولوية، فلعله له غرض خاص في التصرف المخصوص، أو أنه قيد إذنه بلا غرض. نعم، لا ننكر جواز ما دون أو المساوي بل الأضر، لو أحرز رضاه بالتصرف فيه مجاناً، لكنه خارج عن محل الفرض.

وعليه فلو أثم وفعل الأقل ضرراً، هل عليه الأجرة أم لا؟ وجهان، من أنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه واستوفى منفعته فعليه الأجرة، ومن أنه قد أباح له المنفعة الخاصة التي عوضها أما أزيد من عوض ما استوفاه أو مساو معه، أظهرهما الأول، فإنه لم يبرأ ذمته من العوض بالمقدار الخاص، بل أذن في استيفاء منفعة خاصة بلا عوض، والفرض أنه لم يستوفها وإنما استوفى منفعة أخرى لها مالية، ولم يأذن فيها مالكها ولم يسقط احترامها، فلا بد من أن يغترم عوضها.

والقول قول المستعير مع يمينه في عدم التفريط أو القيمة معه، وقول المالك في الرد ويصح الإعارة للرهن وله المطالبة بالافتكاك بعد المدة. الفصل التاسع: في اللقطة،

وبذلك يظهر أنه لو عدل إلى الأضر مع النهي أو الاطلاق، يلزمه أجره المجموع لا خصوص ما يزيد عن مقدار المأذون فيه. وما عن المصنف من الفرق بين صورة النهي والاطلاق، واختيار وجوب الأجرة كمالا مع النهي، وسقوط التفاوت مع الاطلاق، غير ظاهر الوجه، لأن التخطي في الصورتين لا يجوز، والنص على المنع في إحدهما دون الأخرى لا يصلح فارقا في الضمان.

الخامسة: (و) لو تنازعا في التفريط، أو القيمة، أو الرد، كان (القول قول المستعير مع يمينه في عدم التفريط والقيمة معه، وقول المالك في الرد) كما يظهر مما أسلفناه في الوديعة، فلا حاجة إلى الإعادة.

السادسة: (ويصح الإعارة للرهن) لما سيأتي في كتاب الرهن من جواز رهن مال الغير بإذنه، (وله المطالبة بالافتكاك بعد المدة) كما سيأتي.

الفصل التاسع: في اللقطة

وهي - بضم اللام وفتح القاف وسكونها - اسم للمال الملقوط على ما صرح به جمع من أهل اللغة، كالأصمعي وابن الأعرابي والفراء وأبي عبيدة. وعن الخليل، هي بالتسكين لا غير، وأما بفتح القاف فهي اسم للملتقط، لأن ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل كهزمة ولمزة. ولا اصطلاح جديد لها في الشرع، بل هي فيه مستعملة في معناها اللغوي، نعم وقع الخلاف بين الفقهاء من جهة أن جمعا منهم أطلقوها على ما يشمل الآدمي الحر، وخصها جماعة آخرون بغيره وأفردوا للقيط كتابا آخر. وكيف كان فالكلام في هذا الفصل في مواضع.

اللقيط

الأول: في اللقيط. ويقال له: الملقوط والمنبوذ أيضا، وإنما يقال له اللقيط والملقوط اللذان هما بمعنى واحد، لأن فعيل كجريح بمعنى مفعول باعتبار الالتقاط، ويقال له المنبوذ باعتبار أنه ينبذ أولا. والكلام فيه في موارد: أحدهما: اللقيط كما في التذكرة والقواعد والتحرير: كل صبي ضايع لا كافل له حال الالتقاط، وفي الجواهر: بل لا أجد خلافا في غير المميز منه بل الاجماع بقسميه عليه.

قال في المسالك: احترز بالصبي عن البالغ، فإنه مستغن عن الحضانة والتعهد فلا معنى لالتقاطه، نعم لو وقع في معرض هلاك وجب تخلصه كفاية. وبالضايع عن غيره المنبوذ وإن لم يكن له كافل، فإنه لا يصدق عليه اسم اللقيط، وإن كانت كفالته واجبة كفاية كالضايع إلا أنه لا يسمى لقيطا. وبقوله لا كافل له عن الضايع المعروف النسب، فإن أباه وجدته ومن يجب عليه حزانه مختصون بحكمه، ولا يلحقه حكم الالتقاط وإن كان ضايعا، انتهى.

وكيف كان، فلا اشكال في مشروعية الالتقاط، بل عن التذكرة المفروغية عن وجوبه كفاية، وسيمر عليك ما هو الحق عند تعرض المصنف ره له. إنما الكلام في المقام في مشروعيته، ويشهد بها جملة من النصوص، كخبر زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: اللقيط لا يشتري ولا يباع (١). وخبر إسماعيل المدائني عنه عليه السلام: المنبوذ حر، فإن أحب أن يوالي غير

(١) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة - حديث ١.

لذي رباه والاه، فإن طلب منه الذي رباه النفقة وكان موسرا رد عليه، وإن كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقة (١).

وخبر عبد الرحمان العزرمي عنه عليه السلام عن أبيه عليه السلام: المنبوذ حر، فإذا كبر فإن شاء توالى إلى الذي التقطه، وإلا فليرد عليه النفقة، وليذهب فليوال من شاء (٢).

وصحيح محمد بن أحمد عنه عليه السلام عن اللقيطة، فقال عليه السلام: لا تباع ولا تشتري، ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها (٣).
وصحيح محمد بن مسلم - أو حسنه - عن أبي جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال عليه السلام: حر لا يباع ولا يوهب (٤) إلى غير تلکم من النصوص. ودلالة هذه النصوص على جواز الالتقاط، والتصرف في الضبط وحفظه، ونحو تلکم مما هو مخالف للأصل ظاهرة والمأخوذ في النصوص موضوعا لهذا الحكم اللقيط، واللقيط، والمنبوذ، وفي بعضها التقييد بعدم الكبر، فإنه ظاهر في بقائه على حكم الالتقاط حتى يكبر فيوالي من شاء. واختصاصها بمن لا كافل له، باعتبار ما فيها من حكم الانفاق عليه، والاستخدام وأنه لا يباع ولا يوهب، ظاهر. وأما اعتبار كونه ضايعا فلا تشمل النصوص غير المنبوذ، فيدفعه المتفاهم العرفي ضرورة صدق الموضوع عندهم على الضايع من أهله وإن لم ينبذوه. وأما الصبي غير المميز، فهو المتيقن من النصوص. وإن كان مميزا، فعن المحقق

- (١) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٢.
- (٢) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٣.
- (٣) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٤.
- (٤) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٥.

والمصنف ره والشهيدين والكركي وغيرهم جواز التقاطه، لصدق كونه لقيطاً، وعجزه عن دفع ضرورته.

وفي الرياض - بعد الاعتراف بأن ذلك هو المشهور بين أصحابنا - : ولا ريب فيه مع عدم بلوغ التمييز حدا يحفظ نفسه عن الهلاك، ويشكل مع بلوغه ذلك الحد وإن احتاج إلى بعض الضروريات، وبعدم الجواز فيه صرح بعض الأصحاب، قال: فيكون أمره إلى الحاكم كالبالغ، من باب الولاية العامة كحفظ المجانين، إلى أن قال: وهو حسن، واستدل له بعدم صدق اللقيط عليه ولا أقل من الشك، فيرجع بالنسبة إليه إلى أصالة عدم الجواز.

وفيه: ما عرفت من صدق اللقيط على المميز، ويشهد به اطلاق الالتقاط على يوسف عليه السلام في الكتاب العزيز (١) ضرورة أنه كان مميزاً، كما تشهد به رؤياه التي قصها على أبيه قبل أن يرمى في البئر، ويؤيده ما في النصوص المتقدمة من بقاء حكم الالتقاط ما لم يكبر، المعلوم إرادة البلوغ من الكبر ولو بقريئة المطالبة بالنفقة. فالأظهر شموله للمميز.

ثم إنه إن لم يكن للصبى من هو كافل له شرعاً، ولكن كان له العم أو الخال أو الخالة ونحوهم، فهل يجري عليه حكم اللقيط على ما هو الظاهر من كلمات الفقهاء على ما فيها من الاختلاف، أم لا فإن ذلك في العرف لا يسمى لقيطاً؟ ولعل الثاني أظهر، بل لو كان هناك متبرع بالكفالة والحضانة لا يسمى لقيطاً في العرف.

(١) سورة يوسف آية ١٠.

شرائط ملتقط اللقيط

الثاني: في ما (يشترط في ملتقط الصبي). لا خلاف ظاهرا في اشتراط (التكليف) بالبلوغ والعقل، فلا يصح التقاط الصبي والمجنون، لقصورهما عن الولاية والحضانة والانفاق وعدم أهليتهما لشيء من تلكم، وهي من لوازم صحة الالتقاط. وحينئذ فيجوز الالتقاط من يدهما لمن له أهلية وله ولاية لحفظه، لأن التقاطهما كالعدم كما استوجهه الشهيد الثاني. فما عن التذكرة من أنه يخرج بذلك عن حكم اللقيط، وتكون الولاية للحاكم، في غير محله. وظاهر الاطلاق الماتن وكثير اشتراط التكليف خاصة، وعدم اعتبار الرشد. واستدل له بأن السفية محجور عن التصرف في ماله وليست حضانتها مالا، ومجرد كونه مولى عليه لا يمنع عن ولايته.

وعن الدروس اشتراط الرشد، محتجا بأن الشارع لم يأتئنه على ماله فعلى الطفل وماله أولى بالمنع، وبأن الالتقاط ائتمان شرعي والشرع لم يأتئنه. وهو حسن، سيما وأن التقاطه يستلزم وجوب انفاقه وهو لا يجوز من السفية، لأنه تصرف مالي، أضف إليه عدم وجود اطلاق دال على جواز التقاط كل أحد، فالأظهر اعتبار الرشد.

(و) مما قالوا باشتراطه (الإسلام) إذا كان اللقيط محكوما بالاسلام، بل الطاهر عدم الخلاف فيه إلا ما في النافع من التردد فيه، وهو الظاهر من الشرايع. وهو الأظهر، فإنه نوع سبيل (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) (١) وأيضا أنه لا يؤمن مخادعته عن الدين، وقد ورد في النصوص تعليل المنع عن تزويج العارفة

(١) سورة النساء آية ١٤١.

من المخالف بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها (١).
وبما ذكرناه يظهر اختصاص ذلك بما إذا كان اللقيط محكوما بالاسلام، وإن كان محكوما بالكفر فلا دليل على اعتبار الاسلام في ملتقطه، وهو المشهور بين الأصحاب، وربما يستدل له - مضافا إلى اختصاص وجوه المنع بغير الفرض - بقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) (٢).
وفي اعتبار العدالة في الملتقط قولان، فعن الشيخ في أحد قوليهِ والمصنف ره في التحرير والارشاد والقواعد الاعتبار، وعن الأكثر عدمه، وعن المحقق الثاني التفصيل بين ما إذا كان له مال فالأول، وما إذا لم يكن فالثاني.
وجه الأول: إن الالتقاط يفتقر إلى الحضنة، وهي استيمان لا يليق بالفاسق، وأيضا أنه لا يؤمن أن يسترقه ويأخذ ماله.
وجه الثاني: الأصل، وأن المسلم محل الأمانة مع أنه ليس استيمانا حقيقيا، وفحوى جواز التقاط الكافر مثله.
ووجه الثالث: أن الخيانة في المال أمر راجح الوقوع.
والأول أقوى، للسيرة، واطلاق الأدلة، والأصل في المسلم الائتمان وعدم فعل المحرم، ولذا ائتمنه الشارع في كثير من الأمور كالطهارة والتذكية وغيرهما. ولو كان له مال يخاف عليه يمكن الجمع بانتزاع الحاكم له منه.
هذا كله بلحاظ كونه فاسقا، ولو كان هناك جهة أخرى في الملتقط، وعلم أو ظن من القرائن استعماله في الأمور التي يخشى منها التلف، أو كان يخشى على عرضه

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه - من كتاب النكاح.
(٢) سورة الأنفال آية ٧٣.

وإذن المولى في المملوك.

أو على دينه، فلا ينبغي التوقف في عدم جواز التقاطه، ووجوب انتزاع الحاكم من يده ودفعه إلى من يؤمن منه من جميع ذلك.
(و) يعتبر أيضا (إذن المولى في المملوك).
الأحكام

الثالث: في الأحكام، وفيه مسائل.

الأولى: اللقيط تارة يلتقط في دار الاسلام، وأخرى يلتقط في دار الكفر. وقد أطنب الأصحاب في تفسير دار الاسلام ودار الكفر، وتقسيم كل واحد إلى أقسام، وكلماتهم مع ما بينها من الاختلاف لا يثبت بها شيء بعد عدم تعليق الحكم على دار الاسلام ودار الكفر، فإن الحكم الذي يراد اثباته إما الحكم باسلامه أو كفره، أو بحريته أو رقيته.

أما الأول فقد مر في كتاب الطهارة والجهاد أن الصبي المميز اسلامه أو كفره باعتقاده ويكون مستقلا في ذلك، وأما غير المميز فإن كان أحد أبويه مسلما فهو تابع له، وإلا فإن كان السابي له مسلما يكون تابعا للسابي، وبدون ذلك لا يحكم باسلامه ولا بكفره. وبيننا في ذينك الباين أن حديث الفطرة (١) والحديث: الاسلام يعلو ولا يعلو عليه (٢) لا يدلان على الحكم بالاسلام بمجرد احتمال الاسلام، وطريقة دار الاسلام له ودار الكفر له مما لم يدل عليه دليل.

(١) أصول الكافي ج ٢ ص ١٣ من طبعة طهران.

(٢) الوسائل - باب ١ من أبواب موانع الإرث حديث ١١.

فإن كان في دار الاسلام فهو حر، وإلا فرق ووارث الأول الإمام مع عدم الوارث وهو عاقلته. ولو بلغ رشيدا فأقر بالرقية قبل

وأما الثاني فمقتضى اطلاق الأخبار المتقدمة عدم الحكم بالرقية مطلقا. فما في المتن (فإن كان في دار الاسلام فهو حر وإلا فرق) غير ظاهر الوجه. ودعوى أن الأخبار خطابات للمسلمين وفي بلادهم كما في الرياض، من الغرائب، فإن كان هناك اجماع يقيد به اطلاق النصوص، وإلا فالمتجه هو الحكم بالحرية مطلقا. الثانية: (وارث الأول) أي الحر (الإمام مع عدم الوارث)، لأن الإمام وارث من لا وارث له كما سيأتي (وهو عاقلته) عندنا كما في المسالك، إذا لم يكن له نسب ولم يكبر فيتوالى أحدا على وجه يكون ضامنا لجريرته، لأن ميراثه له. الثالثة: (ولو بلغ رشيدا فأقر بالرقية قبل) لعموم قاعدة الاقرار. حكم نفقة اللقيط

الرابعة: في نفقته. فالمعروف بين الأصحاب أن الواجب على الملتقط حضانته بالمعروف، وهو تعهده والقيام بضرورة تربيته بنفسه أو بغيره. ولا يجب عليه الانفاق من ماله ابتداء، للأصل، ولما دل من النصوص (١) على حصر من يجب انفاقه في أصناف ليس اللقيط منهم، وللإجماع الذي ادعاه المصنف ره في محكي التذكرة. فحينئذ إن كان للصبى مال ينفق عليه منه بإذن الحاكم الشرعي، لأصالة عدم جواز التصرف في ماله بغير إذنه أو إذن وليه، ولأن ذلك من وظائف حكم الجور، وقد دلت النصوص (٢) على أن ما هو من وظائفهم ثابتة لحكام الشرع.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب النفقات كتاب النكاح.
(٢) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي من كتاب القضاء.

وينفق عليه السلطان، فإن تعذر فبعض المؤمنين، فإن تعذر أنفق الملتقط ويرجع عليه مع نيته لا بدونها

(و) إن لم يكن له مال، فإن وجد سلطان يستعان به على نفقته من بيت المال أو الزكاة (ينفق عليه السلطان) وجوبا مع عدم متبرع بلا خلاف، وما عن المقنعة والنهاية من التعبير بلفظ ينبغي يراد منه الوجوب، لأن بيت المال معد المصالح المسلمين.

فإن تعذر السلطان، ولم يوجد من ينفق عليه من الزكاة، أو ما أعد لمثله، أو ما كان يصح صرفه فيه، (ف) المعروف بينهم أنه (إن تعذر) ينفق عليه (بعض المؤمنين) الذين منهم الملتقط، وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، واستدل له بأن بذل النفقة لمثله واجب على الكفاية، لأنه دفع ضرورة مع التمكن. قالوا: (فإن تعذر أنفق الملتقط ويرجع عليه مع نيته لا بدونها). وما أفادوه من هذا الترتيب ينافيه نصوص الباب، لاحظ قوله عليه السلام في خبر المدائني المتقدم: فإن طلب منه الذي رباه النفقة وكان موسرا رد عليه، وإن كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقة (١) وقوله عليه السلام في صحيح محمد بن أحمد: ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها (٢) ونحوهما غيرهما. فإن المستفاد منها جواز أن ينفق عليه الملتقط بنية الرجوع عليه بعد البلوغ واليسار، أو لأن يستخدمه، ومقتضى إطلاقها جواز ذلك حتى مع وجود السلطان المنفق، وهذا مما تقتضيه القاعدة، إذ الوجوب على المسلمين من باب رفع حاجة المحتاج لا يوجب التبرع. وإن شئت قلت: إن وجوب الانفاق على المسلمين تبرعا، حكم شرعي موقوف

(١) الوسائل - باب ٢٢ من أبواب اللقطة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢٢ من أبواب اللقطة حديث ٤.

ولو كان له أب أو جد أو ملتقط قبله أجبر على أخذه

على الدليل ولا دليل عليه، وأصل البراءة يقتضي عدمه. بل يمكن أن يقال: إنه لا يجب على السلطان الانفاق عليه تبرعا بمقتضى القاعدة أيضا، لأن كون بيت المال معدا لصالح المسلمين لا يقتضي الانفاق تبرعا، بل له أن ينفق عليه قرضا، ويرجع عليه بعد بلوغه ويساره.

فالمتحصل مما ذكرناه أن الواجب هو الانفاق عليه ولو بعنوان القرض، فإن وجد سلطان فهو أحق بذلك لأن بيت المال معد لذلك وأمثاله، وإلا فالملتقط وغيره على حد سواء. نعم، إن وجد من ينفق عليه من الوجوه المنطبقة عليه أو تبرعا، ليس للملتقط الانفاق عليه بقصد الرجوع عليه، لأن ذلك وإن كان منافيا للاطلاق في بادي النظر، لكنه بعد ملاحظة فتوى الأصحاب والمنساق إلى الذهن من النصوص. يظهر عدم المنافاة.

ولم يخالف في جواز الرجوع عليه بعد البلوغ سوى الحلبي، محتجا له بالأصل، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار (١). ولكن الأصل يخرج عنه بالنصوص المتقدمة، ومعها لا وجه للرجوع إلى قاعدة لا ضرر، أضف إليه أنه لا ضرر في أخذ عوض ما أنفقه عليه. ثم إن ظاهر خبر المدائني كون النفقة صدقة مع الاعسار، ولم يجد صاحب الجواهر ره عاملا به، ولذلك حملة بعضهم على إرادة جواز احتسابه زكاة من سهم الفقراء أو الغارمين.

(ولو كان له) أي للقيط (أب أو جد أو ملتقط قبله) لا يكون محكوما بحكم القيط و (أجبر على أخذه) كما مر.

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار.

وأخذ اللقيط واجب على الكفاية، وهو مالك لما يده عليه.

عدم وجوب أخذ اللقيط

(و) الخامسة: قال الشيخ والمصنف ره وتبعهما غيرهما: (أخذ اللقيط واجب على الكفاية)، وفي المسالك نسبه إلى أكثر الأصحاب تارة، وإلى معظمهم أخرى. وفي الشرايع والنافع والجواهر البناء على الاستحباب. وعن اللمعة والدروس التفصيل بالوجوب مع الخوف عليه، ولا استحباب مع عدمه، واستوجهه في المسالك، والظاهر أنه يرجع إلى القول الثاني، لأن الكلام في الالتقاط من حيث هو لا فيما إذا توقف عليه حفظ النفس، وإلا فلا يظن بأحد أن يشك في الوجوب حينئذ، ولا يختص ذلك بالالتقاط بل الحكم ذلك حتى في الكبير.

وعلى هذا، ففي المسألة قولان: الوجوب، والاستحباب. والأظهر هو الثاني، لعدم الدليل على الوجوب، والأصل يقتضي عدمه. والاستدلال للوجوب بأنه تعاون على البر، وبأنه دفع لضرورة المضطر، غير تام، إذ التعاون على البر لا يكون واجبا باطلاقه قطعا، وإخراج الموارد الثابت فيها عدم الوجوب عن تحت الدليل مستلزم لإخراج الأكثر المستهجن، فالمتعين حمل دليله على الاستحباب، وكونه دفع ضرورة المضطر قد عرفت عدم ربطه بما هو محل البحث.

السادسة: (وهو) أي اللقيط بعد الحكم بحريته (مالك لما يده عليه) كما في الكبير، ويده كيد البالغ أمانة الملكية، لأن له أهلية الملك والتملك، كما صرح به الشيخ والمحقق والمصنف والشهيدان وغيرهم، وفي الجواهر: بل لا أجد فيه خلافا بين من تعرض له، بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه.

أحكام الضوال

الموضع الثاني: في الضوال - جمع ضالة - وهي كل حيوان مملوك ضايع أخذ ولا يد محترمة عليه. لا اشكال (و) لا خلاف في أنه (يكره أخذ الضوال) في صورة الجواز، وفي المسالك: وأخذه حيث يجوز مكروه كراهة شديدة. واستدل لها في المسالك والرياض بالنبوي: لا يؤوي الضالة إلا الضال (١) وبالخبيرين: لا يأكل من الضالة إلا الضالون (٢).

وحيث إن الأول ضعيف السند عند سيد الرياض، والخبيرين لا يدلان على حكم الأخذ بل هما متضمنان لحكم الأكل، فلذا استشكل في الرياض أولا في الحكم، ثم قال: وفي الفتاوى والخبير الأول كفاية لجواز التسامح في أمثال المقام. ويرده أولا: ما تقدم منا مرارا من أن التسامح إنما هو في أدلة السنن والمستحبات لا في المكروهات.

وثانيا: إن النبوي لا ضعف في سنده، فإنه رواه الصدوق ره، قال: ومن ألفاظ رسول الله صلى الله عليه وآله لا يؤوي الخ. وقد أشرنا مكررا إلى أن المرسل إذا كان ثقة، ونسب الخبر إلى المعصوم جزما لا بنحو روي وشبهه، يكون ذلك الخبر حجة، لأن نسبته جزما إليه كاشفة عن ثبوت صدوره عنه عنده، فهو في حكم توثيق الواسطة أو الوسائط، وعلى هذا فهو قوي السند وظاهر الدلالة. ويشهد بها - مضافا إلى ذلك - النصوص الناهية عن أخذ اللقطة، كصحيح

(١) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ١٠.

(٢) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ٥ - ٧.

الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام في حديث في اللقطة، قال: وكان علي بن الحسين عليه السلام يقول لأهله: لا تمسوها (١) ونحوه غيره، فإنها وإن كانت في اللقطة - وهي المال غير الحيوان كما يأتي - إلا أنها بالفحوى تدل على المقام. وصحيح معاوية بن عمار عنه عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله في الشاة الضالة: وما أحب أن أمسها (٢) ومثله صحيح هشام (٣). وعلى هذا فلا اشكال في الكراهة (إلا مع التلف) إذا لم يلتقطه، فإن يجوز الأخذ بلا كراهة، كما صرح به المصنف وغيره. واستدل له بأن نصوص الكراهة منصرفة عن هذه الصورة، وبالأخبار المتضمنة لقوله عليه السلام: هي لك أو لأخيك أو للذئب (٤) بدعوى أنه يرغب في أخذ الضالة التي هي في معرض التلف، على معنى إنك إن أخذتها ولم تعرف مالکها بعد التعريف تكون لك، وإن عرفته فقد حفظت مال أخيك المؤمن، وإن لم تأخذها أكلها الذئب أو أخذها غير الأمين الذي هو بمنزلة الذئب، ولعله لذا حكي عن المبسوط استحباب أخذها إذا كان أمينا في مفازة أو في خراب أو في عمران. ولكن الانصراف ممنوع، وقوله عليه السلام متصلا بالقول المتقدم في الأخبار: وما أحب أن أمسها، يدفع التقريب المذكور لدلالة الأخبار عليه، ووجوب حفظ المال عن التلف قد مر ما فيه. فإذا مقتضى اطلاق النصوص الكراهة حتى مع خوف

(١) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ٦.

(٣) الوسائل باب ١٣ من اللقطة حديث ١.

(٤) الوسائل باب ١٣ من اللقطة.

التلف.

اللهم إلا أن يقال: إن حفظ مال الغير وإن لم يكن واجبا لكن لا ريب في حسنه، لأنه احسان إليه، كيف وقد دلت الأخبار (١) على جواز الحلف كاذبا لحفظ مال الغير، فإنها وإن كانت فيما لو كان مال الغير تحت اليد، إلا أنه لا شبهة في استفادة مطلوبة حفظ مال الغير مطلقا منها، وهذا إن لم يوجب الاستحباب ولكن لا ريب في كونه موجبا لرفع الكراهة، فلا شبهة في عدم الكراهة في هذه الصورة.

لا يؤخذ البعير إذا وجد في كلا وماء

وتمام الكلام في هذا الموضوع بالبحث في مسائل:

الأولى: إن الحيوان الذي يوجد لا يخلو من كونه بعيرا، أو شاة، أو غيرهما،
(ف) الكلام في فروع:

- ١ - (لا يؤخذ البعير) إذا وجد (في كلا وماء) يتمكن من التناول منهما، بلا خلاف، وعن صريح غاية المراد وظاهر الكفاية الاجماع عليه. والنصوص شاهدة به، لاحظ صحيح هشام بن سالم - أو حسنه - عن الصادق عليه السلام: رجاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله إني وجدت شاة؟ فقال رسول الله: هي لك أو لأخيك أو للذئب. فقال: يا رسول الله إني وجدت بعيرا؟ فقال: معه حدائه وسقائه، حدائه خفه، وسقائه كرشه، فلا تهجه (٢).

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب الايمان.

(٢) الوسائل - باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ١.

وصحيح معاوية بن عمار عنه عليه السلام: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن البعير الضال، فقال صلى الله عليه وآله: ما لك وله، خفه حذائه، وكرشه سقائه، خل عنه (١) ونحوهما غيرهما.

ومع ذلك فهو مقتضى القاعدة أيضا، لعدم جواز اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه، أو السبب المرخص فيه، المفقودين في المقام، لأن مالكة غير معلوم، والبعير مصون عن السباع بامتناعه مستغن بالرعي، فلو أخذه والحال هذه ضمنه بلا خلاف ولا اشكال، لعموم على اليد.

قال الشهيد الثاني ره في محكي الروضة: لا يجوز أخذه حينئذ بنية التملك مطلقا، وفي جوازه بنية الحفظ لمالكة قولان، من اطلاق الأخبار بالنهي والاحسان، وعلى التقديرين يضمن بالأخذ. وظاهره الضمان حتى على القول بأن أخذه احسان وتجويزه، ووجهه في الجواهر بالعموم المزبور الذي لا تنافيه قاعدة الاحسان، المراد منها ما حصل فيه الاحسان لا ما قصد ولم يحصل.

وتنقيح القول أن جواز أخذ ما يحرم التقاطه بعنوان الحفظ، قد اختاره في محكي التذكرة، ولا وجه له بعد اطلاق النصوص المتقدمة. ولا مورد لقاعدة الاحسان، فإنها في موارد جواز وضع اليد حتى يتمحض في الاحسان، كما لو علم من حال صاحبه الرضا بوضع اليد على ماله لا يصله، لا في مثل الفرض الذي يحرم ذلك كما هو مقتضى القاعدة واطلاق الأخبار، بل مقتضى الاحسان ترك التعرض له حتى يجده، فإن الغالب أن من أضل شيئا يطلبه حيث يضعه، فإذا أخذه غيره ضاع عنه، فلا توقف في عدم الجواز. وأما الضمان مع القول بجوازه، فتنافيه قاعدة الاحسان المخصصة

(١) الوسائل باب ١٣ من اللقطة حديث ٥.

ويؤخذ في غيره إذا ترك من جهد ويملكه الآخذ.

لقاعدة على اليد.

ويرد ما أفاده صاحب الجواهر ره: إن الفعل إذا صدر بقصد عنوان حسن يتصف بالحسن، وإن لم يتحقق مبدأ ذلك العنوان في الخارج، مثلاً ضرب اليتيم بقصد التأديب حسن وإن لم يتأدب، والكذب بقصد انجاء المؤمن حسن وإن لم يترتب عليه نجاته، بل تمام المناط لاتصاف الفعل بالحسن هو ذلك لا الوجود الواقعي، فضرب اليتيم لا بداعي التأديب قبيح وإن تأدب. وعليه ففي المقام على فرض تسليم شمول قاعدة الاحسان، لا بد من البناء على عدم الضمان إذا أخذه بقصد الحفظ لمالكة وايصاله إليه وإن تلف قبل الوصول إليه.

هذا كله فيما إذا وجد في كلا وماء، (و) إلا فيجوز أن (يؤخذ في غيره إذا ترك من جهد) وعطب، لمرض أو كسر أو غيرهما، (ويملكه الآخذ) حينئذ على الأظهر الأشهر بل عليه عامة من تأخر، كذا في الرياض. ولكن صاحب الجواهر ينكر صحة نسبة ذلك إلى الأصحاب، قال: لا أظن بإرادة الأصحاب ذلك حتى يكون جابراً، لأن تعبير المعظم: لو تركه من جهد ونحوه، مما هو ظاهر في غير اللقطة. وملخص الكلام: إن البعير المزبور ربما يعرض صاحبه عنه ويتركه، وربما يضيع منه، ومحل الكلام هو الثاني. وحيث إن في المقام نصوصاً يمكن استفادة الحكم منها فلا بد من ملاحظتها، لاحظ صحيح عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام: من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض، قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه، فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت، فهي له ولا سبيل له عليها، وإنما هو مثل الشيء المباح (١).

(١) الوسائل باب ١٣ - من كتاب اللقطة - حديث ٢.

وقد يقال إنه مختص بالصورة الأولى ولا يشمل ما نحن فيه، لقوله: وسيبها، ولجعله كالمباح. ولكن الموجود في بعض النسخ " نسيها " بدل " سيبها " وهو أنسب بما فيه من الظهور، في أن احياء الحيوان الذي هو في غير ماء ولا كلاء وقد أصابه الجهد والكلال سبب لتملك الحيوان المزبور، سواء كان أعرض عنه أم لا، مع أن الحمل على صورة الاعراض حمل على الفرد النادر جدا، فإن البعير الذي يوجد ولا يعرف صاحبه كيف يمكن احراز الاعراض عنه، فالمتعين البناء على العموم. وأما جعله كالمباح، فلو لم يدل على الاختصاص بمحل الكلام نظرا إلى جعله كالمباح لا مباحا، والمعروف صيرورته مباحا بالاعراض، لما دل على الاختصاص بصورة الاعراض، فالانصاف شمول الصحيح لما هو محل الكلام.

وخبر مسمع عن مولانا الصادق عليه السلام: إن أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحيها، قال: وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابة بمضيعة، فقال عليه السلام: إن كان تركها في كلاً أو ماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء، وإن كان تركها في غير كلاً ولا ماء فهي لمن أحيها (١). وأعميته من الاعراض واضحة، وبضميمة أن احراز أنه هل تركها أو ضاع عنها غير ممكن غالباً، وقوله بمضيعة وعدم القول بالفصل بين صورة احراز الترك واحتمال الضياع، يثبت الحكم في مورد الضياع أيضاً. وخبر السكوني عنه عليه السلام: إن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد، فقال عليه السلام: إن كان تركها في كلاً وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها، وإن تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلاً فهي لمن أصابها (٢)

(١) الوسائل باب ١٣ من اللقطة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ٤.

وتقريب الاستدلال به كسابقه. فالحكم خال عن الاشكال.
ولا يخفى أن الظاهر من النصوص - كما أفاده سيد الرياض - اعتبار الأمرين
من الترك من جهد وفي غير ماء ولا كلاً معاً. فلو انتفى أحدهما بأن ترك من جهد في
كلاً وماء، أو من غير جهد في غيرهما، أو انتفى كل منهما، لم يجز الأخذ، وعليه
الاجماع

في بعض الكتب. فما عن بعض من كفاية أحدهما، ضعيف.
ثم لو كانت الفلاة مشتملة على أحد الأمرين من الماء والكلاً، فهل هي بحكم
عادمتهما، أم بحكم مشتملتها؟ وجهان، مقتضى مفهوم صدر الخبرين الأول، ومقتضى
مفهوم ذيلهما الثاني، ويؤيد الأول عدم قوام الحيوان بدونهما. فما أفاده الشهيد الثاني
من اختيار الأول أظهر.

والنسبة بين هذه النصوص وبين النصوص المانعة عن الأخذ عموم مطلق،
فيقيد إطلاقها بها. فما عن ابن حمزة من عدم جواز الأخذ في هذه الصورة، التفاتاً منه
إلى المنع عنه في النصوص المتقدمة، ضعيف.

ثم إذا أخذها وتملكها، فلا اشكال في عدم الضمان ولا خلاف، لظاهر النصوص
المتقدمة. نعم، عن القواعد في رد العين مع طلب المالك اشكال، بل عن الإيضاح أنه
الأقوى، ولعل وجهه اطلاق قول أبي جعفر عليه السلام في خبر أبي بصير: من وجد
شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه (١) بناء على شموله
لمثل المقام.

وأجاب عنه في الجواهر بأن أقصاه كون التعارض بينهما من وجه، ولا ريب في
أن الترجيح للأول من وجوه.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب اللقطة حديث ٢.

وأورد عليه بأنه لا تعارض بينهما، فإن خبر أبي بصير أيضا متضمن لكونه له، وليس مفاد النصوص المتقدمة غير ذلك، فلا معارض للخبر بالنسبة إلى وجوب الرد. ولكن يمكن دفع ذلك بأن التفصيل في خبري السكوني ومسمع بين تركها في كلاً وماء فله أخذها، وبين تركها في غير ذلك فهي لمن أصابها، ظاهر في إرادة الملكية اللازمة، وإلا فله أخذها في المورد الثاني أيضا، ولغى التفصيل من هذه الجهة، بل قوله عليه السلام في الصحيح: فهي له ولا سبيل له عليها، ظاهر في أنه ليس له الفسخ والرد. فما أفاده في الجواهر تام، وتقدم نصوص الباب للشهرة التي هي أول المرجحات. حكم الشاة الملتقطة

٢ - (وتؤخذ الشاة) إن وجدت (في الفلاة) التي يخاف عليها من السباع جوازا، بلا خلاف ظاهر، بل عن التذكرة عليه الاجماع. ويشهد به جملة من النصوص المتقدم بعضها، المتضمنة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: هي لك أو لأخيك أو للذئب (١)

وما ذكروه من أنها لا تمتنع من صغير السباع، فهي معرضة للتلف فكانت بحكم التالفة.

ثم إنه بعد أخذها يتخير بين أن يحفظها لمالكها ودفعها إلى الحاكم - ولا ضمان فيهما اجماعا، لأنه في الأول أمين إذ الشارع رخص في الأخذ، وفي الثاني الحاكم ولي الغائب، فالدفع إليه كالدفع إلى المالك. وبين أن يملكها بلا خلاف، والنصوص المتقدمة شاهدة به، ولا يعارضها ما دل على أنه يحبسها عنده ثلاثة أيام فإن جاء

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كتاب اللقطة.

صاحبها وإلا تصدق بئمنها عن صاحبها، لما سيأتي.

وهل هي (مضمونة) على تقدير التملك كما عن الأكثر - مطلقا أو مع ظهور المالك - بل هو المشهور بينهم، أم لا؟ قولان. يشهد للأول - مضافا إلى اطلاق خبر أبي بصير المتقدم: من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه - صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن رجل أصاب شاة في الصحراء، هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها فعرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكلها وأنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه (١) ولا ينافي ذلك ما دل على التملك، فإن الجمع بينهما يقتضي البناء على التملك بعوض.

وهل التملك لها قبل تعريف السنة، أم بعده؟ قولان:

وجه الأول: اطلاق الصحاح المتقدمة المتضمنة لجواز التملك من دون تقييد له.

ووجه الثاني: الأصل، وعموم الأمر بالتعريف في اللقطات، وظاهر صحيح علي ابن جعفر المتقدم، وصحيحه الآخر عنه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوبا أو دابة، كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها جعلها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه إياه، وإن مات أوصى بها، فإن أصابها شيء فهو ضامن (٢) فتأمل.

والثاني أظهر، لأن أكثر ما ذكر في وجهه وإن كانت مخدوشة - إذ الأصل لا يرجع إليه مع الدليل. والأمر بالتعريف في اللقطات إنما هو في لقطة الأموال غير

(١) الوسائل باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ٧.

(٢) الوسائل - باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٣.

الضوال، بحكم الانصراف والسياق والصحيح الثاني لابن جعفر ظاهر في عدم التملك أصلاً، سيما وفي نسخة الوسائل " حفظها " بدل " جعلها " - ولكن في الصحيح الأول كفاية، ولا يعارضه اطلاق الصحاح المتقدمة فإنه يقيد به، كيف وقد جمع في الصحيح بين ما تضمنته تلك النصوص وبين الأمر بالأكل والتملك بعد التعريف. ويمكن أن يستدل له بصحيح صفوان عن أبي عبد الله عليه السلام: من وجد ضالة فلم يعرفها، ثم وجدت عنده فإنها لربها (١).

فلا توقف في أن التملك إنما هو بعد التعريف سنة، وفي الصحيحين وإن لم يصرح بسنة إلا أنه من المعلوم أن التعريف في هذا الباب هو التعريف سنة، واطلاق التعريف فيهما منزل على ما هو المعلوم بثبوته بنصوص أخر ولو في لقطة الأموال. وأما خبر ابن أبي يعفور عنه عليه السلام: جاء رجل من المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة، فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام ويسأل عن صاحبها، فإن جاء صاحبها وإلا باعها وتصدق بثمنها (٢) فقد حملة الأصحاب على ما إذا أخذت من العمران أو المساكن المأهولة وما هو قريب منها، بحيث لا يخاف عليها من السباع، جمعاً. وفي الرياض: وظاهرهم الاطباق على العمل به حينئذ، فبه ينجر ضعف سنده، ويختص الحكم بمورده وهو الشاة، وقد مر أن اطلاقه من حيث أخذه من العمران أو الفلاة يقيد بالنصوص المتقدمة، وليس في الخبر دلالة على جواز الأخذ، ففي ذلك يرجع إلى القواعد، وهي تقتضي عدم جواز الأخذ ما لم يخف التلف أو النهب كما مر.

(١) الوسائل باب ١٤ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٣ - من كتاب اللقطة حديث ٦.

وينفق مع تعذر السلطان ويرجع بها،

إشارة إليه، وصحيحا صفوان وعلي بن جعفر المتقدمان المتضمنان لبيان تعريف الضالة لا يدلان على الجواز، لعدم كونهما في مقام البيان من هذه الجهة وقد خرج عن ذلك الشاة، وقد مر الكلام فيها.
حكم ما ينفق على الضالة

الثانية: (و) لو أخذ الضالة عليه أن (ينفق) عليها (مع تعذر السلطان) بل ومع امكانه، لأنه إن لم يكن الأخذ جائزا فهو غاصب ويجب عليه حفظها ليردها على المالك، والانفاق من مقدمات الحفظ، وإن كان جائزا فهي أمانة شرعية في يده ويجب حفظ الأمانة من التلف، وإن أخذها وتملكها في ما كان جائزا فهي مملوكته وانفاق المملوك واجب. (و) على التقادير لا وجه للتقييد بصورة تعذر السلطان.
ولو أنفق عليها، فهل (يرجع بها) على المالك أم لا؟ الظاهر هو الثاني في مورد عدم جواز الأخذ، لأن الانفاق ليس بأمر المالك ولا إذنه ولا إذن من الشارع الأقدس، ومجرد عود نفعه إلى المالك لا يوجب ضمانه لها. أضف إليه أنه مع عدم جواز الأخذ يكون غاصبا، وقد صرح في صحيح أبي ولاد بأن الغاصب لا يرجع، قال قلت له: جعلت فداك، فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟ قال عليه السلام، لا لأنك غاصب (١).

والأول في مورد جوازه، لمفهوم الصحيح، فإن المستفاد منه أن غير الغاصب له الرجوع بما أنفق على الضالة، ولقوله عليه السلام في خبر علي بن جعفر: إنما يحل

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب حديث ١.

ولو أنتفع تقاص. وإذا حال الحول على الضالة ونوى الاحتفاظ فلا ضمان،
ولو نوى التملك

له بيعها بما أنفق عليها، (١) وقريب منه غيره، حيث إنه يدل على جواز البيع لأخذ ما أنفق عليها. فالمتحصل أنه مع إذن الشارع في الأخذ، أو العلم برضا المالك به، يرجع فيما أنفق عليها، ولا يرجع بدون ذلك. وإن كان للضالة نفع - كالظهر والركوب أو اللبن - فإن كان يجوز له أخذها جاز الانتفاع به في مقابلة الانفاق، بلا خلاف، ويعضده صحيح محمد بن أحمد عن الإمام الصادق عليه السلام عن اللقيطة: لا تباع ولا تشرى، ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها (٢).

إنما الخلاف في كيفية الاحتساب، ففي المتن (ولو أنتفع تقاص) ونحوه ما في الشرايع والنافع، بل في الجواهر: هو خيرة جميع من تأخر عن المصنف. وعن الشيخ في النهاية: كان ذلك بإزاء ما أنفق. وكل من القولين مخالف للقاعدة: أما الأول، فلأن المقاصة مشروطة بشروط ذكرناها في كتاب القضاء، ولم يعتبر أحد شيئا منها في المقام.

وأما الثاني، فلأن وقوع المعاوضة بين مال المالك الغائب وما ينفق عليه خلاف القواعد.

ولكن الذي يسهل الخطب معلومية أن له الانتفاع، ولا ثمرة للنزاع في أنه هل هو بعنوان المعاوضة أو المقاصة.

الثالثة: (وإذا حال الحول على الضالة ونوى الاحتفاظ فلا ضمان) كما مر، بل عرفت أنه لا ضمان مع نية الاحتفاظ في أثناء الحول أيضا. (ولو نوى التملك

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٨.

(٢) الوسائل - باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٤.

ضمن) كما تشهد به النصوص على ما مر، فراجع.

حكم لقطة المال الصامت

الموضع الثالث: في لقطة المال الصامت. وهي لغة وعرفا: كل مال غير الحيوان ضايع، ولا يد لأحد عليه، ولو كانت هي يد ملتقط سابق. وبالقيد الأخير يخرج المال الضايع الذي سبقت عليه يد الالتقاط، كما أنه باعتبار الضياع يخرج غير اللقطة من أفراد المال المجهول مالكة.

وإن شئت قلت: إن المجهول مالكة الذي لا يد لأحد عليه تارة يكون ضايعا عن مالكة مثل ما يوجد في الطريق وشبهه، وأخرى لا يكون ضايعا منه مثل ما يؤخذ من يد السارق والغاصب وما جعل أمانة ثم فقد مالكة وما شاكل. والأول هو اللقطة بالمعنى الأخص، والثاني هو مجهول المالك، فالفرق بين العنوانين هو اعتبار صدق اسم الضياع ولو بشاهد الحال من المالك في اللقطة دون مجهول المالك، بل قيل إن الأصل عدم ترتب أحكام اللقطة مع عدم تحقق اسم الضياع.

أما مجهول المالك، فقد أشبعنا الكلام فيه في المكاسب المحرمة، وبيننا هناك أن الأظهر فيه تعيين الصدقة، وذكرنا عدم اعتبار إذن الحاكم، وأن مصرفها الفقراء ويجوز إعطائها الهاشمي.

والكلام في المقام في خصوص اللقطة، وتمام البحث فيها في طي مسائل.

يكره أخذ اللقطة

الأولى: (ويكره أخذ اللقطة) مطلقا في مورد جوازه، كما مر في الموضوع الثاني، وتشهد به نصوص كثيرة:

كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن اللقطة، قال عليه السلام: لا ترفعها، فإن ابتليت بها فعرفها سنة (١) الحديث.

وصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام في حديث، قال: وكان علي بن الحسين يقول لأهله: لا تمسوها (٢).

ومرسل الصدوق، قال الصادق عليه السلام: أفضل ما يستعمله الانسان في اللقطة، إذا وجدها أن لا يأخذها ولا يعترض لها، فلو أن الناس تركوا بما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه، وإن كانت اللقطة دون درهم فهي لك (٣) الحديث، ونحوها غيرها. وما في جملة من تلك النصوص من النهي عن الأخذ محمول على الكراهة، للاجماع على عدم الحرمة، وفي الجواهر: بل يمكن دعوى القطع بفساد القول بالحرمة، أو الضرورة فضلا عن الاجماع. ولمرسل الصدوق. وصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام عن اللقطة، فأراني خاتما في يده من فضة، قال عليه السلام: إن هذا مما جاء به السيل، وأنا أريد أن أتصدق به (٤). ولما في جملة منها من القرائن، كالتعبير بلا يصلح

(١) الوسائل باب ٢ من اللقطة حديث ١٠.

(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب اللقطة حديث ١٢.

(٣) الوسائل باب ٢ من اللقطة حديث ٩.

(٤) الوسائل باب ٧ من أبواب اللقطة حديث ٣.

ولا ينبغي وغير ذلك.

وإنما الخلاف وقع في جواز أخذ لقطة الحرم وعدمه، وفي المسالك: اختلف الأصحاب في لقطة الحرم على أقوال منتشرة حتى من الرجل في كتاب واحد. وعلى هذا فلا بد من ملاحظة الأدلة بلا نظر إلى أقوال الفقهاء. فقد استدل للحرمه بقوله تعالى (أو لم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً) (١) بدعوى أن مقتضاه أن يكون الانسان آمناً فيه على نفسه وماله، وهو ينافي جواز أخذه. وبجملة من النصوص:

كحسن الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم، قال عليه السلام: لا يمسه، وأما أنت فلا بأس لأنك تعرفها (٢). وخبره الآخر عن أبي جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم، فقال عليه السلام: لا تمس أبدا حتى يجئ صاحبها فيأخذها. قلت: فإن كان مالا كثيرا؟ قال: فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها (٣).

وخبر علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليهما السلام عن رجل وجد دينارا في الحرم فأخذه، قال عليه السلام: بئس ما صنع ما كان ينبغي له أن يأخذه. قلت: قد ابتلي بذلك؟ قال: يعرفه. قلت: فإنه قد عرفه يجد له باغيا؟ فقال عليه السلام: يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضامن (٤).

(١) سورة العنكبوت آية ٦٧.

(٢) الوسائل باب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف حديث ٥.

(٣) الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ٢.

(٤) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة حديث ٢.

ومرسل إبراهيم بن أبي البلاد، قال الماضي (أي العسكري عليه السلام):
لقطة الحرم لا تمس بيد ولا برجل، ولو أن الناس تركوها لحاء صاحبها وأخذها (١).
وخبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام عن اللقطة ونحن يومئذ
بمنى، فقال عليه السلام: أما بأرضنا فلا يصلح، وأما عندكم فإن صاحبها الذي يجدها
يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله (٢).
ولكن الآية الكريمة لا تدل على المنع من الأخذ، فإن المراد من كونه آمنا هو
كونه آمنا في الدنيا أو الآخرة، وهذا لا ينافي جواز الالتقاط مع البناء على التعريف.
وأما النصوص وإن أتعب سيد الرياض نفسه الزكية لاثبات دلالتها على الحرمة، بعد
ادعاء جبر ضعف السند في جملة منها بالشهرة، إلا أن الانصاف أن ملاحظة مجموعها
توجب الاطمينان بالكراهة، فإن فيها قرائن دالة على ذلك:
منها: التصريح في حسن الفضيل بعدم البأس، معللا بأنك تعرفها.
ومنها: قوله في خبره الآخر: فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها، فإن ذلك بعد
النهي عن المس ظاهر في جوازه لمثله، ومن المعلوم أنه لو كان حراما لساوى مع غيره.
ومنها: قوله: لا يصلح، في خبر ابن شعيب.
ومنها: إن في جملة من النصوص الآتية المتضمنة لحكمه بعد الأخذ من دون
تعرض فيها للنهي.
ومنها: غير تلكم من القرائن الموجبة للاطمئنان بعدم الحرمة. فإذا الأظهر هو
الكراهة مطلقا.

(١) الوسائل باب ١ من أبواب اللقطة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.

فإن أخذها وكانت دون الدرهم ملكها،

حكم اللقطة بعد الأخذ

الثانية: (فإن أخذها وكانت دون الدرهم ملكها) بغير تعريف، بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، بل عليه الاجماع عن التذكرة وغيرها.

ويشهد به مرسل

الصدوق المتقدم: وإن كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلا تعرفها، فإن وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرفه (١).

وخبر أبي بصير عن الإمام الباقر عليه السلام: من وجد شيئاً فهو له فليتمتع حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه (٢) فإن اطلاقه يشمل ما دون الدرهم، ويدل على جواز التملك بدون التعريف.

وخبر محمد بن أبي حمزة الصحيح بابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن الإمام الصادق عليه السلام عن اللقطة، قال عليه السلام: تعرف سنة، قليلاً كان أو كثيراً، قال: وما كان دون الدرهم فلا يعرف (٣).

وظهور الأولين في الملكية لا ينكر. وتام الكلام بالبحث في جهات.

١ - هل يختص ذلك بلقطة غير الحرم، أم يعم لقطته؟ قولان، بل ظاهر الشرايع والنافع عدم الخلاف في الثاني، بل عن الخلاف الاجماع عليه، وهو الأظهر، لاطلاق النصوص المتقدمة. ولا يعارضها اطلاق ما دل على عدم تملك لقطة الحرم، لأنه بقرينة ما فيه من التفصيل بين لقطة الحرم ولقطة غيره، والحكم بالتصدق في الأولى وجواز

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ٩.

(٢) الوسائل باب ٤ - من كتاب اللقطة - حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٤ من كتاب اللقطة حديث ١.

ويرده كفاية الظهور، ولا تعتبر الصراحة في الدليل، وانكار ظهور اللام في الملكية مكابرة. والمرسل قد عرفت اعتباره، مضافا إلى انجبار ضعفه لو كان بالعمل. فالحق أن يقال: إن مقتضى القاعدة عدم الضمان، بمعنى أنه مع بقاء العين لا يجب ردها، ومع تلفها لا يجب رد بدلها، إذ بعد ما صارت له لا موجب للضمان. لكن خبر أبي بصير المتقدم دال على أنه مع بقاء العين إذا جاء طالبها وجب الرد، فيلتزم به في خصوص صورة البقاء.

وما عن الإيضاح والتنقيح من أن الخبر بعد الاجماع على عدم وجوب رد العين، يحمل على إرادة رد القيمة، غريب، إذ لا اجماع على عدم وجوبه، وعلى فرضه يطرح الخبر، أو يحمل على الرجحان لا أنه يحمل على إرادة معنى آخر.

٤ - هل يختص هذا الحكم بما دون الدرهم، أم يعم الدرهم؟ قولان، أقواهما الأول، فالدرهم كالزائد في التعريف، لا اختصاص المرسل وخبر ابن أبي حمزة بما دون الدرهم، بل في الخبر حكم عليه السلام أولا بوجوب التعريف في القليل والكثير، ثم استثنى خصوص ما دون الدرهم.

واستدل له في الرياض والجواهر بالصحيح عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابة، قال عليه السلام: يعرفه سنة. والظاهر أن المراد به صحيح علي بن جعفر المتقدم (١) والموجود في نسخة الوسائل الموجودة عندي "دراهم" بدل "درهما"، وعليه فهو لا يدل على ذلك.

قال في النافع: فيه روايتان، وفي الرياض والجواهر عدم الوقوف عليهما. الظاهر أن مراد المحقق من رواية اللاحق خبر أبي بصير المتقدم، الدال على

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ١٣.

وإن كانت درهما فما زاد عرفها حولاً

أن اللقطة لو أجدها مطلقاً بدون التعريف (١) خرج عنه ما زاد عن الدرهم وبقي الباقي. ولكن النسبة بينه وبين نصوص التعريف التباين من حيث المورد، والاطلاق والتقييد من حيث اعتبار التعريف، فيقيد اطلاقه من هذه الجهة بها، ثم يقيد اطلاق الجميع من حيث كونها أقل من الدرهم أو الأزيد بما تقدم من الأخبار. فالمتحصل من النصوص بعد ضم بعضها إلى بعض إلحاق الدرهم بما زاد عليه.

وجوب تعريف اللقطة حولاً

(وإن كانت) اللقطة (درهما فما زاد عرفها حولاً) بلا خلاف، بل عليه الاجماع في جملة من الكلمات. ويشهد به صحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام في حديث، قال: واللقطة يجدها الرجل ويأخذها؟ قال عليه السلام: يعرفها سنة، فإن جاء لها طالب وإلا فهي كسييل ماله (٢).

وخبر كثير، سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة، فقال عليه السلام: يعرفها، فإن جاء صاحبها دفعها إليه وإلا حبسها حولاً، فإن لم يجى صاحبها أو من يطلبها تصدق بها (٣) ونحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة الآتية جملة منها. ومقتضى اطلاق جملة منها وصراحة أخرى عدم الفرق في وجوب ذلك بين لقطة الحرم ولقطة غيره، وأيضا عدم الفرق في لقطة غير الحرم بين صورة إرادة التملك

(١) الوسائل باب ٤ من اللقطة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٢.

فإن كانت في الحرم تصدق بها بعده ولا ضمان أو استبقاها أمانة،

وصورة إرادة التصدق أو الحفظ كما عليه الأكثر.

وعن المبسوط اختصاص وجوب التعريف حولا بالصورة الأولى، محتجا بأن التعريف إنما وجب لتحقيق شرط التملك، فإذا لم يقصده لم يجب ويكون مالا مجهول المالك. وفيه: إنه مناف لصراحة جملة من النصوص المتضمنة للتعريف حولا ثم يتصدق به، فلا اشكال في وجوب التعريف حولا مطلقا.

(فإن كانت في الحرم تصدق بها بعده) أي بعد تعريف السنة (ولا ضمان، أو استبقاها أمانة) في يده، ولا يجوز له أن يملكها، بلا خلاف في شيء من تلكم، إلا في عدم جواز التملك فقد جوزة الحلبي.

أما التصدق، فتشهد به نصوص كثيرة كخبر علي بن أبي حمزة عن الإمام الكاظم عليه السلام عن رجل وجد دينارا في الحرم فأخذه، قال عليه السلام: بئس ما صنع، ما كان ينبغي له أن يأخذه. قال قلت: قد ابتلي بذلك؟ قال عليه السلام: يعرفه. قلت: فإنه قد عرفه فلم يجد له باغيا؟ فقال عليه السلام: يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضامن (١).

وخبر اليماني عن الإمام الصادق عليه السلام: اللقطة لقطتان: لقطة الحرم وتعرف سنة فإن وجدت صاحبها وإلا تصدقت بها، ولقطة غيرها تعرفه سنة فإن جاء صاحبها وإلا فهي كسبيل مالك (٢) ونحوهما غيرهما

وظاهرها تعيين الصدقة. ولكن يمكن أن يقال: إن الأمر بالصدقة لوروده مورد توهم الحظر بالنسبة إلى حفظ المال لصاحبه الذي هو مقتضى القاعدة، والأصل

(١) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة - حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف - حديث ٤.

لا يستفاد منه اللزوم، فيتخير بين الصدقة واستبقائها أمانة.
وأما التملك، فقد استدل له تارة باطلاق ما دل على تملك اللقطة بعد التعريف.
وأخرى بخبر الفضيل بن غزوان، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له
الطيّار: إن ابن حمزة وجد ديناراً في الطواف قد انسحقت كتابته، قال عليه السلام: هو
له (١). وثالثة بمرسل الصدوق عن الإمام الصادق عليه السلام: فإن وجدت في الحرم
ديناراً مطلساً، فهو لك لا تعرفه (٢).
ولكن الاطلاق يقيد بما مر. والخبرين لم يعمل بهما أحد سوى الصدوق، لأنهما
يدلان على جواز التملك بدون التعريف، بل في الثاني منهما النهي عن ذلك، فيتعين
حملهما على صورة العلم باليأس عن معرفة المالك.
وأما الضمان على فرض التصديق، فيشهد به خبر علي بن أبي حمزة، واطلاق ما
ورد في مطلق اللقطة، كصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن الرجل
يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدق بها
ولمن الأجر، هل عليه أن يرد على صاحبها أو قيمتها؟ قال عليه السلام: هو ضامن لها
والأجر له، إلا أن يرضى صاحبها فيدعها والأجر له (٣) ونحوه غيره، ولا وجه
لتخصيص هذه النصوص بلقطة الحرم. وأما على فرض الاستبقاء، فالظاهر عدمه على
المختار من عدم حرمة أخذ لقطة الحرم، لأن المال حينئذ أمانة شرعية عنده، فلا يكون
عليه ضمان بتلفه.

(١) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٩.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٤.

وإن كانت في غيره فإن نوى التملك جاز ويضمن، وكذا إن تصدق بها ولو نوى الحفظ فلا ضمان.

فإن قيل: إن عموم على اليد قاض به.

قلنا: إنه خصص باليد الأمانية، شرعية كانت أم مالكية. نعم، يتم الاستدلال به له على القول بعدم جواز الأخذ، لأنه حينئذ كالغاصب.

حكم لقطة غير الحرم

(وإن كانت في غيره) أي في غير الحرم (فإن نوى التملك) بعد التعريف (جاز

ويضمن، وكذا إن تصدق بها. ولو نوى الحفظ فلا ضمان). فها هنا فرعان:

أحدهما: أنه يتخير بين التملك والتصدق والحفظ.

ثانيهما: إن عليه الضمان على الأولين دون الأخير.

أما الأول فهو المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل عليه الاجماع عن التذكرة وغيرها. واستشكل في جواز الابقاء والحفظ في الرياض، قال: إن ظاهر الأخبار تعيين أحد الأولين.

والنصوص الواردة في المقام على طوائف:

الأولى: ما يدل على الصدقة، كصحيح علي بن جعفر المتقدم، وخبر كثير عن

أمير المؤمنين عليه السلام المتقدم: فإن لم يجئ صاحبها ومن يطلبها تصدق بها، فإن

جاء صاحبها بعد ما تصدق بها إن شاء اغترمها الذي كانت عنده وكان الأجر له،

وإن كره ذلك احتسبها والأجر له (١).

(١) الوسائل باب ٢ من اللقطة حديث ٢.

وخبر حفص بن غياث عن الإمام الصادق عليه السلام في رجل أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا واللص مسلم، هل يرد عليه؟ فقال عليه السلام: لا يرده، فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها، فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم (١) الحديث، ونحوها غيرها.

الثانية: ما يدل على جواز التملك، كخبر داود بن سرحان - الذي ليس في سنده من يتوقف فيه سوى سهل، والأمر فيه سهل لأنه يعتمد على خيره - عن الإمام الصادق عليه السلام في اللقطة: يعرفها سنة، ثم هي كسائر ماله (٢).

وخبر حنان عنه عليه السلام عن اللقطة: تعرفها سنة، فإن وجدت صاحبها وإلا فأنت أحق بها، وقال: هي كسييل مالك، وقال: خيره إذا جاءك بعد سنة بين أجرها وبين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها (٣) وفي نقل آخر: " فأنت أملك بها " بدل " أحق بها " .

وصحيح علي بن مهزيار: فالغنائم والفوائد - يرحمك الله - فهي الغنيمة يغنمها المرء والفائدة يفيدها، والجائزة من الانسان للانسان التي لها خطر، إلى أن قال: ومثل ما يؤخذ ولا يعرف له صاحب (٤).

وصحيح أبي بصير عن الإمام الباقر عليه السلام: من وجد شيئاً فهو له،

(١) الوسائل باب ١٨ - من كتاب اللقطة - حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١١.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٥.

(٤) الوسائل باب ٨ - من كتاب الخمس حديث ٥.

فليتمتع به حتى يأتيه طالبه (١) ونحوها غيرها.

الثالثة: ما يدل على جواز الحفظ، كصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوبا أو دابة، كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه إياه، وإن مات أوصى بها فإن أصابها شيء فهو ضامن (٢).

وصحيح محمد بن مسلم عن الإمام الباقر عليه السلام عن اللقطة: لا ترفعها، فإن ابتليت بها فعرفها سنة، فإن جاء طالبها وإلا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك حتى يجيء لها طالب، فإن لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك (٣) ونحوه صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام (٤) بناء على أن المراد بجعلها في عرض المال حفظها فيه من غير عزل لها عنه، قال المحدث الكاشاني: أي في جملته وفيما بينه من غير مبالاة بترك عزلها عنه، انتهى.

الرابعة: ما ظاهره أنها للإمام عليه السلام، كخبر داود بن أبي يزيد عن الإمام الصادق عليه السلام، قال له رجل: إني قد أصبت مالا وإني قد خفت فيه على نفسي، فلو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلصت منه، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: والله، إن لو أصبته كنت تدفعه إليه؟ قال: إي والله. قال: فأنا - والله - ماله صاحب غيري، قال: فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره، قال: فحلف، فقال: فاذهب فاقسمه في إخوانك،

- (١) الوسائل - باب ٤ من كتاب اللقطة حديث ٢.
- (٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث - ١٣.
- (٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٠.
- (٤) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ٣.

ولو كانت مما لا يبقى انتفع بها بعد التقويم وضمن القيمة، أو يدفعها إلى الحاكم فلا ضمان.

ولك الأمن مما خفت منه، قال: فقسمته بين إخواني (١).
والجمع بين الطوائف الثلاث الأول يقتضي البناء على التخيير بين الثلاثة -
أي التملك، والحفظ، والتصديق - فإن نصوص التملك صريحة في الجواز وعدم لزوم
التصدق أو الحفظ، فيحمل الأمر بكل منهما، مضافا إلى عدم ظهوره في نفسه في التعيين
على إرادة بيان أحد أفراد التخيير. وأما الأخيرة فالخبر ضعيف لحجال، مع أنه يحتمل
فيه وجوه:

منها: ما هو أساس الاستدلال، وهو كونه لقطعة غيره، لكنه تكون له.
ومنها: كون ما أصابه لقطته عليه السلام، فأمر بالصدقة على الإخوان تبرعا.
ومنها: كونه لقطعة من غيره، لكنه عرف أنه لا وارث له، فيكون المال له.
ومنها غير ذلك. فلا يصح الاستدلال به للاجمال.
وأما الفرع الثاني، فيشهد لثبوت الضمان مع التملك أو الصدقة النصوص
المتقدمة الواردة في كل منهما. وأما ثبوته مع الحفظ، فيدل عليه أيضا ما تقدم من نصوصه
وإن كان خلاف قاعدة الأمانة، إلا أن الظاهر تسالمهم على عدم الضمان معه.
حكم ما لو كانت اللقطة مما لا يبقى

الثالثة: (ولو كانت مما لا يبقى) كالطعام والرطب الذي يفسد والبقول
ونحوها، (انتفع بها بعد التقويم وضمن القيمة، أو يدفعها إلى الحاكم فلا ضمان)

(١) الوسائل باب ٧ - من كتاب اللقطة حديث ١.

بلا خلاف في شئ من تلکم. فهاهنا أحكام:

١ - أن له الانتفاع بها بعد التقويم. ويشهد به قوي السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: إن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة، كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل، لأنه يفسد وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن. فقيل: يا أمير المؤمنين، لا يدري سفرة مسلم أو سفرة مجوسي؟ فقال عليه السلام: هم في سعة حتى يعلموا (١).

ومرسل الصدوق عنه عليه السلام: وإن وجدت طعاما في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله (٢).

وهل له أن يبيعها من غيره كما عن المصنف والكركي وثاني الشهيدين وغيرهم، بل عن التذكرة الاجماع عليه، أم لا يجوز ذلك؟ وجهان مبنيان على أن ما هو ظاهر الخبر الأول وصريح الثاني من أنه يقوم على نفسه، أريد به المثال وإلا فمن المقطوع به عدم الفرق بين تقويمها على نفسه أو على الغير، أو له خصوصية فلا موجب لرفع اليد عن أصالة عدم جواز بيع مال الغير. والأظهر هو الأول، لما مر، ولعموم التعليل، ويؤيده ما دل على جواز بيع الجارية لمن التقطها بما ينفق عليها. وعلى هذا فلا يحتاج إلى إذن الحاكم.

٢ - أن له أن يدفعها إلى الحاكم. ووجهه: إن الحاكم ولي الغيب، من جهة أن حفظ مال الغائب والتصرف فيه بما فيه صلاحه من وظائف حكام الجور، وقد دل

(١) الوسائل باب ٢٣ - من كتاب اللقطة - حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٩.

الدليل (١) على أن جميع ما هو من وظائفهم ثابتة للحاكم الشرعي، كما مر وسيأتي مفصلاً. ولا ينافيه الخبران، لأن الأمر فيهما لوروده مورد توهم الحظر لا يدل على أزيد من الجواز.

٣ - أنه لو قومها على نفسه ضمن قيمتها، ويشهد به - مضافاً إلى عدم الخلاف فيه - الخبران المتقدمان.

٤ - أنه لو دفعها إلى الحاكم فلا ضمان. ووجهه: أن الدفع إلى الحاكم من قبيل الدفع إلى المالك نفسه لأنه وليه، فلا وجه للضمان بعد ذلك.

وهل يجب التعريف كما صرح به المصنف ره والشهيد الثاني وهو ظاهر الأصحاب كما في الجواهر، أم لا يجب كما عن بعض الأجلة؟ وجهان، أظهرهما الأول، لاطلاق أدلة التعريف، ولا ينافيه التصرف المزبور فيه قبله، فيعرفه حينئذ نفسه دون الثمن.

ولو افتقر ابقاء اللقطة إلى علاج كالرطب المفتقر إلى التجفيف، فعن الشيخ والمصنف ره والمحقق يرفع خبرها إلى الحاكم، يبيع بعضاً وينفقه في اصلاح الباقي، إن رأى الحاكم الحط في بيعه أجمع جاز. وعن التحرير والتذكرة والدروس والمسالك التخيير بين ذلك وبين فعله، وقواه في الجواهر.

أما خبر السكوني ومرسل الصدوق المتقدمان فهما مختصان بغير المورد، وفي الفرض لا بد من ملاحظة القواعد، فقد يقال: إن مقتضى أصالة عدم جواز بيع مال الغير أن لا يجوز للملتقط، وأما الحاكم فقد مر أنه ولي الغائب، ولكن يمكن أن يقال: إنه بعد الالتقاط يكون المال أمانة شرعية عنده فهو مأمور بحفظه، والفرض أن

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي من كتاب القضاء.

ويكره أخذ ما يقل قيمته ويكثر نفعه. وما يوجد في فلاة أو خربة فلو أجده.

الحفظ متوقف على ذلك فيجوز، ويعضده ما دل على جواز بيع اللقيط فيما أنفق عليه (١). فالأظهر هو التخيير.

(و) الرابعة: المشهور بين الأصحاب أنه (يكره له أخذ ما يقل قيمته ويكثر نفعه) كالعصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباهها، وقد مر الكلام في ذلك وعرفت أنه يكره أخذ اللقطة مطلقا. نعم، في هذه الأشياء لعلها أكد، من جهة ورود النص بالنهي عنه في بعضها (٢) وإن دل آخر على عدم البأس به (٣).
حكم ما يوجد في الخربة

الخامسة: (وما يوجد في فلاة أو خربة فلواجده) بلا خلاف فيه في الجملة، وإن اضطربت كلماتهم في بيان موضوع الحكم بنحو يكون جامعا ومانعا. والمستند صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن الدار يوجد فيها الورق، فقال عليه السلام: إن كانت معمورة فيها أهلها فهي لهم، وإن كانت خربة قد جلا عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به (٤) ونحوه صحيحه الآخر عن أحدهما عليه السلام (٥). وما في الخبرين من أنه إن كانت الدار معمورة فما وجد لأهلها، إنما هو من جهة قاعدة اليد، فإن اليد على الدار أمانة ملكيتها وما فيها.

(١) الوسائل - باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٨.

(٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب اللقطة حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١٢ - من كتاب اللقطة - حديث ١.

(٤) الوسائل باب ٥ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٥) الوسائل باب ٥ من كتاب اللقطة حديث ٢.

ثم إن الخبرين - مضافا إلى أنه ليس فيهما ما يشهد بأنه لواجده، فإنهما متضمنان أن الواجد أحق به، ويلائم ذلك مع أن له التملك بعد التعريف سنة وأن له ولاية حفظه - يعارضهما موثق محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: قضى علي عليه السلام في رجل وجد ورقا في خربة أن يعرفها، فإن وجد من يعرفها وإلا تمتع بها (١).

وقد جمع الأصحاب بين النصوص تارة بحمل الموثق على ما عليه أثر الاسلام، والصحيحين على ما لا أثر عليه. وأخرى بحمل الصحيحين على ما لا مالك معروف له، والموثق على ماله مالك معروف. وثالثة بحمل الصحيحين على ما يوجد في تلکم الأماكن مما هو معلوم أو ظاهر في أنه للأعصر السالفة، والموثق على الموجود فيها مما هو معلوم أو ظاهر لأهل ذلك الزمان. ولكن شيئا منها ليس عرفيا. وفي المسالك أورد على الموثق بأن محمد بن قيس مشترك بين الثقة والضعيف. وفيه: إنه بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه هو الثقة.

فالحق هو الجمع بتقييد اطلاق الأولين بالموثق، وحملهما على إرادة أن المال لواجده بعد التعريف، كما أنه قد ورد نظير ذلك في مطلق اللقطة، لاحظ صحيح أبي بصير المتقدم: من وجد شيئا فهو له فليتمتع به، فكما أنه يحمل على ما بعد التعريف كذلك هذان الخبران.

فالمتحصل، إنه لا خصوصية للخربة. وعلى هذا، فالخربة إن كانت بحيث يدخلها أحد ولو من جهة كونها في الطريق فيمر منها فحكمها حكم غيرها، وإلا فحيث لا أثر للتعريف لا محالة يكون ساقطا، فله أن يملك بمجرد الالتقاط أو

(١) الوسائل باب ٥ من كتاب اللقطة حديث ٥.

ولو كان في مملوكة عرف المالك فإن عرفه فهو له، وإلا فللواجد،

يتصدق به. وكذا في كل مورد سقط التعريف، للعلم بعدم العثور على صاحب المال، أو أنه لا يتمكن صاحبه من اثبات أنه له، أو لا يعرف هو أيضا من جهة عدم العلامة لما وجد، فإنه في جميع هذه الموارد يسقط التعريف، فيرجع إلى اطلاق مثل صحيح أبي بصير وغيره الدال على التملك أو الصدقة.

(و) مما ذكرناه ظهر أنه (لو كان) ما وجد (في مملوكة عرف المالك فإن عرفه فهو له)، لدلالة الصحيحين عليه، مضافا إلى قاعدة اليد، وموثق إسحاق (١) أيضا شاهد به.

وهذا لا اشكال فيه، إنما الاشكال فيما أفاده بقوله (وإلا فللواجد)، إذ لا دليل عليه أصلا، والتمسك بفحوى ما في الصحيح الآتي الوارد في المأخوذ من جوف الدابة غير صحيح، بل موثق إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحو من سبعين درهما مدفونة، فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة، كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها. قلت: فإن لم يعرفوها؟ قال: يتصدق بها (٢) يدل على الصدقة به. اللهم إلا أن يقال: إن الموثق في مجهول المالك لا اللقطة.

وعليه فإن صدق على المال الموجود في المملوك اللقطة بصدق الضياع عن مالكة عليه بأن كان المملوك فندقا وشبهه، تعين ترتيب آثار اللقطة، وإلا فهو مجهول المالك ويلحقه حكمه، وهو التصديق به بعد الفحص واليأس عن العثور على مالكة. والمصنف ره بعد ما حكم بأن ما وجد في مملوك عرف المالك، فإن عرفه فهو له

(١) الوسائل - باب ٥ - من كتاب اللقطة - حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٩ - من كتاب اللقطة - حديث ١.

وإلا فللواجد، قال: (وكذا ما يوجد في جوف الدابة) أي يعرفه المالك أو البائع، وإن لم يعرفه فهو للواجد. وهذا هو المعروف بين الأصحاب، وعن التذكرة نسبته إلى علمائنا. والأصل في ذلك صحيح عبد الله بن جعفر: كتبت إلى الرجل عليه السلام أسأله عن رجل اشترى جزورا أو بقرة للأضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو جوهرة، لمن يكون ذلك؟ فوقع عليه السلام: عرفها البائع، فإن لم يكن يعرفها فالشئ لك رزقك الله إياه (١) وإطلاقه كالعبارة يقتضي عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام وغيره. فما عن المختلف والروضة وغيرهما من أنه في الأول لقطه، غير تام.

من يصح التقاطه

السادسة: في بيان الملتقط للمال، فالمشهور بين الأصحاب أنه من له أهلية الاكتساب، فلو التقطه الصبي أو المجنون جاز، وعن بعضهم أنه من له أهلية الحفظ، وفي الشرايع اعتبر فيه أحد الأمرين، وعن بعض اعتبار الأمرين معا. توضيح ذلك: إن في اللقطة معنى الولاية والأمانة في الابتداء بالنسبة إلى حفظها وتعريفها، ومعنى الاكتساب في الانتهاء بالنسبة إلى تملكها. وعليه فمنهم من غلب فيها معنى الاكتساب، فمنع من التقاط من ليس له أهلية الاكتساب وإن كان أهلا للحفظ، وجوز التقاط من له أهلية الاكتساب، فجوز التقاط الصبي والمجنون والكافر والفاسق، ولم يجوز التقاط العبد. ومنهم من عكس، فجوز التقاط العبد، ومنع

(١) الوسائل - باب ٩ - من كتاب اللقطة - حديث ١.

ويتولى الولي التعريف لو التقط الطفل أو المجنون،

من التقاط الصبي والمجنون. ومنهم من اكتفى بأحد الأمرين، فجوز التقاط الصبي. ومنهم من اعتبر الأمرين، فلم يجوز التقاط واحد منهم. والحق أن يقال: إن اعتبار الأمانة في الملتقط وكونه أهلا للائتمان لا وجه له أصلا، إذا ليس في النصوص ما يشهد بذلك، وهو وإن كان أمينا شرعا بمعنى أن الشارع أذن له في الأخذ والحفظ، ولكن لا يكون ذلك مقيدا بكونه محلا للأمانة. فالتقاط الكافر الأهل للاكتساب لا اشكال فيه، وأما العبد فلا يهمننا التعرض لحكمه، وأما الصبي فإن أريد بجواز التقاطه جواز أخذه فهو من الواضحات، ثم بعد الأخذ صدق عنوان اللقطة على ما أخذه قهري، فيبقى أحكامها منها جواز التملك، مقتضى حديث رفع القلم (١) وغيره عدم جوازه مستقلا والجواز بإذن الولي، وليس في نصوص اللقطة ما يشهد باعتبار الاستقلال في التملك، وكذا الصدقة. وأما التعريف فله حكمان: أحدهما الوجوب وهو مرفوع عن الصبي، والآخر شرطيته للتملك أو الصدقة بعد السنة، وهي غير متوقفة على بلوغ الملتقط. وأما الحفظ فله أيضا حكمان: الوجوب، وصيرورة تركه موجبا للضمان. أما الأول فهو مرفوع عن الصبي، وأما الثاني فقد مر في محله أن الضمان من الأحكام التي لا ترتفع بحديث الرفع. وبه يظهر حال المجنون. فالمتحصل مما ذكرناه أنه لا ينبغي الاشكال في جواز التقاط الصبي والمجنون كالتقاط غيرهما من المكلفين، غاية الأمر (يتولى الولي) الصدقة أو التملك بعد (التعريف إذا التقطه الطفل أو المجنون)، أو يأذن لهما في ذلك أن كانا قابليين له بالتمييز.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب مقدمة العبادات حديث - ١١ وباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

ويكفي تعريف العبد في تملك المولى وله أن يعرف بنفسه وأن يستنيب،

وهل يعتبر تولي الولي التعريف كما هو صريح المتن والشرايع والنافع وغيرها، أم لا؟ الظاهر هو الثاني، فإن التعريف وإن كان وجوبه مرفوعاً عن الصبي، ولكن ليس مما يعتبر في وجوده التكليف وهو نظير الغسل الموجب لحصول الطهارة، وكذلك الحفظ.

(ويكفي تعريف العبد في تملك المولى).

كيفية التعريف

السابعة: في كيفية التعريف. لا خلاف ولا اشكال في أنه يعتبر التعريف سنة كاملة، وقد مر ما يشهد به. وأما خبر أبان: أصبت يوماً ثلاثين ديناراً فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك، فقال: أين أصبته؟ قال قلت له: كنت منصرفاً إلى منزلي فأصبته. فقال: صر إلى المكان الذي أصبت فيه فعرفه، فإن جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فاعطه إياه وإلا تصدق به (١) فمطروح، أو محمول على غير اللقطة، أو على حصول اليأس بذلك، أو غير ذلك من المحامل. وقد مر أنه واجب وإن لم ينو التملك. (و) لا خلاف أيضاً في أن (له أن يعرف بنفسه وأن يستنيب)، وفي الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه. وفي المسالك: لما كان الغرض من التعريف إظهار اللقطة وإشاعة خبرها ليظهر مالكها، لم يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين، فيجوز أن يتولاه الملتقط، ومن ينوب عنه من غلام وولد، ومن يستعين به، ومن يستأجره عليه، وهو موضع وفاق. فالمستند في مقابل ظهور النصوص في اعتبار المباشرة كما في سائر

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب اللقطة حديث ٧.

التكاليف. الاجماع، والسيرة، ومناسبة الحكم الموضوع التي هي قرينة على إرادة الأعم.

وفي المتن (ولا يشترط فيه التوالي)، وقريب من هذه العبارة ما عن الشيخ وفي الشرايع وعن غيرهم. والمراد به إن كان عدم اعتبار استيعاب الحول بالتعريف فهو اجماعي، ويشهد به صدق التعريف سنة بدونه.

وإن كان المراد به ما صرح به جماعة منهم الشهيد الثاني من عدم اعتبار توالي الشهور، بأن يجوز له أن يعرف شهرين ويترك شهرين، وهكذا حتى يتم له اثني عشر شهرا، وعن التذكرة تشبيهه بما لو نذر صوم سنة أنه يجوز له التوالي والتفريق، ففيه: أنه إن لم يكن اجماع يشكل ذلك، فإن المنساق من الأمر بالعمل المستمر في قطعة من الزمان اعتبار التوالي فيه.

ولا بد في الضابط في تعريف السنة من الرجوع إلى العرف، كما هو الشأن في كل عنوان أخذ في الموضوع ولم يبينه الشارع. وفي المسالك: وقد اعتبر العلماء فيه أن يقع على وجه لا ينسى أن الثاني تكرر لما مضى، ويتحقق ذلك بالتعريف في الابتداء في كل يوم مرة أو مرتين، ثم في كل أسبوع، ثم في كل شهر كذلك. ونحوه عن القواعد وغيرها.

وأیضا لا بد وأن يقع التعريف في وقت اجتماع الناس وبروزهم كالغدوات والعشيات وما شاكل، وذلك مضافا إلى وضوحه - حيث إن التعريف إنما هو ليطلع صاحبه، فلا بد وأن يكون ذلك بمجمع من الناس - تشهد به جملة من النصوص، ففي خبر أبي خديجة: فإنه ينبغي أن يعرفها سنة في مجمع (١) وفي خبر سعيد بن عمرو

(١) الوسائل باب ٢٠ من كتاب اللقطة حديث ١.

ولا يكفي الوصف بل لا بد من البينة

الجعفي: اتق الله عز وجل وعرفه في المشاهد (١) ونحوهما غيرهما.
لا تدفع اللقطة بدون البينة

الثامنة: المشهور أنه لا تدفع اللقطة إلى مدعيها إلا بما يثبت دعواه، (ولا يكفي الوصف) اجماعاً إذا لم يورث ظناً (بل لا بد من البينة) على القول بعدم حجية خبر الواحد العادل في الموضوعات، لأن الملتقط مكلف بإيصاله إلى مالكه، ولا يثبت ذلك بدعواه المالكية.

وحق القول في المقام: إنه تارة نقول بأن الأصل سماع دعوى كل مدع لا معارض له، كما يشهد به حديث الكيس (٢) وخبر الطير (٣) وغيرهما ما سيأتي في كتاب

القضاء، من غير فرق بين كون المال تحت يد من هو مأمور بإيصاله إلى مالكه وغيره، فلا بد في المقام من البناء على الرد على مدعيها، وإن لم يأت بالبينة ولم يكن له شاهد، بل بمجرد عدم كونه متهما يرد إليه.

فإن قيل: إن الأصحاب مجمعون على أنها لا تدفع إليه بمجرد دعواه.
قلنا: كلا، فإن الأكثر صرحوا بأن التوصيف المفيد للظن، سيما في الأموال الباطنة كالذهب والفضة، يكون كافياً.

وأخرى لا نقول بذلك، فإن كان المدعي الواصف له ثقة تدفع إليه، لحجية

(١) الوسائل باب ٦ - من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١٥ من كتاب اللقطة حديث ١.

خبر الواحد الثقة في الموضوعات، وإنما لا يكون حجة في خصوص باب الخصومات والقضاة.

وإن لم يكن ثقة، فإن أوجب توصيفه العلم أو الاطمينان تدفع إليه. وخبر سعيد ابن عمر والجعفي (١) الطويل المتضمن لتقرير مولانا الصادق عليه السلام ملتقط الدنانير الدافع لها إلى من وصفها من دون بينة على ذلك، والنبوي الذي أمر فيه بحفظ عفاصها ووكاها وعددها (٢) شاهدان به.

وإن لم يوجب الاطمينان، فلا تدفع إليه وإن أوجب التوصيف الظن، لأنه لا يغني من الحق شيئاً. ودعوى أن مناط أغلب الشرعيات الظن فيلحق المقام به إلحاقاً له بالأعم الأغلب، وأيضاً أنه يتعذر إقامة البينة في الأغلب فلولاها لزم عدم وصولها إلى مالكةا كما في الرياض، مندفعة بأن مناط أكثر الشرعيات الظنون الخاصة لا مطلق الظن، ومجرد تعذر إقامة البينة لا يكفي في الحكم بحجية الظن الحاصل من التوصيف، ما لا تتم مقدمات الانسداد التي منها العلم بأن الشارع الأقدس لا يرضى بعدم وصولها إلى مالكةا حتى في حال عدم العلم بكونه مالكةا، وهو كما ترى. وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

التاسعة (والملتقط أمين) لا يضمن في الحول وبعده لقطة ولا لقيطا ولا ضالة ما لم يفرط أو يتعدى، بلا خلاف في شيء من تلكم، وقد تقدم مدرك ذلك كله في المباحث المتقدمة.

العاشرة: ما وجدته في داره أو في صندوقه، فإن كان يشاركه في التصرف فيهما

(١) الوسائل باب ٦ من كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٦٢٤.

الفصل العاشر: في الغضب، وهو حرام عقلا ويتحقق بالاستيلاء على مال الغير ظلما وإن كان عقارا

غيره فهو لقطة، وإلا فهو له بلا خلاف.

ويشهد لهما صحيح جميل بن صالح، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل وجد في منزله دينارا؟ قال عليه السلام: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير. قال عليه السلام: هذه لقطة. قلت: فرجل وجد في صندوقه دينارا؟ قال عليه السلام: يدخل أحد يده في صندوقه أو يضع فيه شيئا؟ قلت: لا: قال عليه السلام: فهو له (١). وهذا الخبر يدل على ما اخترناه من أن يد الانسان نفسه أمانة على الملكية، فإنه مع مشاركة غيره لا يكون تحت يده مستقلا، ومع الانحصار يكون تحت يده كما هو واضح.

الفصل العاشر: في الغضب

(وهو حرام عقلا) وشرعا، لأن غضب مال الغير ظلم وقبح الظلم عقلي، وبالملازمة بين الحكم العقلي - بمعنى درك القبح - والحكم الشرعي يستفاد حرمة شرعا، وهذا هو مراده من الحرمة العقلية، وإلا فمن الواضح أن العقل ليس مشرعا كي يحكم بالحرمة، فإن شأن القوة العاقلة الدرك لا التشريع. وللآيات الكريمة والنصوص المتواترة الدالة على حرمة الظلم، والنصوص الكثيرة الدالة على حرمة الغضب خاصة وسيأتي طرف منها. وعلى الجملة، فحرمة الغضب من الضروريات لا تحتاج إلى إقامة الدليل عليها. (ويتحقق بالاستيلاء على مال الغير ظلما وإن كان عقارا) كما عن الأكثر،

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب اللقطة حديث ٢.

ويوافق ذلك ما صرح به أهل اللغة من أن الغضب أخذ الشيء ظلماً، فإن المراد بالأخذ ليس هو القبض بالجراحة بل المراد به الاستيلاء على الشيء. وحيث إن أكثر أحكام هذا الفصل غير معلقة على عنوان الغضب، فلا يهم إطالة البحث في ذلك، والأولى صرف عنان الكلام إلى تلكم الأحكام، وتنقيح القول فيها في طبي مسائل. حرمة التصرف في مال الغير بلا رضا صاحبه

الأولى: لا اشكال في أنه يحرم التصرف في مال الغير من دون رضاه، ويشهد به قوله عجل الله فرجه في خبر الاحتجاج: لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه (١).

وقول الإمام الصادق عليه السلام في موثق سماعة: فإنه لا يحل دم امرئ مسلم، ولا ماله، إلا بطيبة نفسه (٢)

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم في خبر تحف العقول: ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه (٣).

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم في خبر غوالي اللئالي: المسلم أخو المسلم، لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه (٤).

وقول الإمام الرضا عليه السلام في خبر محمد بن زيد الطبري، في جواب

-
- (١) الإحتجاج ص ٢٦٧ عن الأسدي العمري عنه عليه السلام والوسائل باب ٣ من الأنفال حديث ٦.
(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي حديث ١. كتاب الصلاة.
(٣) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي حديث ٣.
(٤) المستدرک ج ١ - ص ٢١٢.

السؤال عن الإذن في الخمس كتبه إليه: لا يحل مال إلا من وجه أحله الله تعالى (١). فإن الحل هو الاطلاق والارسال، وإذا أسند ذلك إلى الأعيان الخارجية - كما في الروايات - يراد به الترخيص في الفعل، وحيث لا معنى لحلية تلکم إلا باعتبار ما يناسبها وفي المقام المناسب هو التصرف كما صرح به في التوقيع الشريف، فالمراد من الروايات أن الشارع الأقدس لم يرخص في التصرف في مال امرئ إلا بطيب نفسه، فلا اشكال في حرمة التصرف فيه من دون رضا صاحبه. نعم، لا دليل على حرمة الانتفاع ما لم يعد تصرفاً، بل الظاهر جوازه كما في الاستضاءة بنور الغير، والمتبع في صدق التصرف هو العرف. الضمان وأسبابه.

الثانية: (ويضمن ب) مجرد (الاستقلال) بالعقار باثبات اليد عليها والاستيلاء عليها وتسليم مفاتيحها، من دون أن يزعب المالك ويخرجه منها، وذلك لحديث: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (٢) وهو وإن كان ضعيف السند، إلا أنه لاعتماد الأصحاب عليه واستدلّاهم به لا محال للمناقشة في سنده. وإنما المهم دفع ما أورد على الاستدلال به، وهو أن كلمة "على" ظاهرة في الحكم التكليفي من جهة أن ظاهرها الاستعلاء، والاستعلاء المعقول الحاصل في التكليف أقرب إلى المعنى الحقيقي مما يتصور بالنسبة إلى الوضع. ويمكن الجواب عنه بوجوه:

(١) فروع الكافي ج ١ - ص ٤٢٦ - الوسائل باب ٤ من الأنفال حديث ٢.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ - الرقم ٥١٩٧.

ولو سكن الدار قهرا مع المالك ضمن النصف

حكم ما لو سكن الدار مع المالك

(ولو سكن الدار قهرا مع المالك ضمن النصف) كما عن الشيخ وجماعة، ونسبه في المسالك إلى الأكثر. وذهب المحقق في الشرايع إلى عدم ضمان الأصل، وإن قال - بعد نقل فتوى الشيخ - : وفيه تردد. وفي النافع: ففي الضمان قولان، قال في الرياض: مبنيان على الاختلاف في تعريف الغصب، بأن المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن، أو الاستيلاء فيضمن.

والتحقيق أن يقال: إن في المقام مسألتين: إحداهما: ضمان الأصل.

الثانية: ضمان المنفعة المستوفاة.

أما الأولى، فقد عرفت أن عمدة وجه الضمان في موارد الغصب إنما هو النبوي: على اليد ما أخذت، وعرفت أن اليد كناية عن الاستيلاء، وهو كما يكون بالاستيلاء على تمام الدار مستقلا كذلك يكون بالاستيلاء على النصف، ولذلك لا شبهة في أن يد الشخص على نصف الدار أمانة للملكية أي ملكية النصف، كما أن اليد على التمام أمانة ملكية الجميع، وبالجملة صدق اليد على النصف كصدقها على الجميع لا ينكر، فهو يدل على الضمان صدق عنوان الغصب أم لم يصدق. مع أنه قد عرفت أن حقيقة الغصب أيضا هي الاستيلاء بلا اعتبار الاستقلال فيه، فعلى ذلك لا يبقى شك في ضمان الأصل.

وعلى تقدير الضمان إنما يضمن بمقدار ما تكون الدر تحت يده، فلو كانت يده على النصف ضمن النصف، ولو كانت على الثلث - كما لو كان المالك اثنين ساكنين في الدار وسكن الغاصب معهما قهرا - ضمن الثلث، وكذا لو كان على الربع - كما لو

كان المالك ثلاثاً - ضمن الربع، وهكذا. فاطلاق المتن وعبائر الجماعة بأنه يضمن النصف، منزل على ما هو المفروض في كلماتهم من كون المالك واحداً.

ضمان المنفعة المستوفاة

وأما المسألة الثانية فالكلام فيها في موردين:

الأول: في الدليل على الضمان.

الثاني: فيما استدل به على عدم الضمان.

أما الأول، فيمكن أن يستدل له بوجوه:

١ - عموم على اليد، بناء على ما تقدم من أن اليد على المنافع إنما تكون بتبع اليد على الأعيان، وأن الحديث يدل على الضمان.

٢ - الرواية الشريفة الواردة في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن

أولدها المشتري، الدالة على أنه يأخذ الرجل ولده بالقيمة ويأخذ الجارية صاحبها (١) بتقريب أنها تدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري، فتدل بالأولوية على ضمان المستوفاة.

٣ - صحيح أبي ولاد الآتي الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاة، قال

عليه السلام: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كراء البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة، وتوفيه إياه (٢).

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب حديث ١.

٤ - قاعدة من أئلف الاستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة، جملة منها واردة في موارد العقود الاستيمانية كالكوكالة والمضاربة والرهن وغيرها فإنه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتفريط، وجملة منها في غيرها، مثل ما ورد في القصار يخرق الثوب الدال على أنه ضامن بما جنت به يده (١) وغيره.

ودعوى عدم صدق المال على المنفعة، مندفعة بما مر من أن المالية لا تكون من المقولات الخارجية، بل هي متقومة برغبة الناس في الشيء رغبة عقلانية، ولذا يكون الكلي في الذمة مالا، وعمل العبد مالا، وكذا عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه. وأما قاعدة احترام مال المسلم، ونفي الضرر، فسيمر عليك في بعض المباحث الآتية أنه لا يصح الاستدلال بهما على الضمان. وأما الثاني، فقد استدلل لعدم الضمان بوجوه:

١ - النبوي المرسل: الخراج بالضمان (٢) بتقريب أنه يدل على أن من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه، فخراجه - أي منافعه - له مجاناً.

وتنقيح القول في النبوي على فرض تسليم قوة سنده لعمل قدماء أصحابنا به مع أنه محل نظر، فإنه وإن استدلل به شيخ الطائفة في جملة من الموارد في محكي مبسوطه، والمصنف ره في باب الغصب من التذكرة، إلا أن هذا المقدار لا يكفي في جبر ضعف السند. وبعد تسليم أن ما ذكره المصنف من اختصاص النبوي بالبيع، إنما هو اجتهاد منه في تطبيقه على البيع - إنه فيه احتمالات: أحدها: أن المراد بالضمان المعنى الاسم المصدري، وكونه بمعنى التعهد المالي،

(١) الوسائل - باب ٢٩ من الإجارة.

(٢) راجع صحيح الترمذي ج ٥ ص ٢٨٥ - وسنن أبي داود ج ٢ - ص ٢٥٥ - وغيرهما من كتب العامة.

ولو غصب حاملا ضمن الحمل.

لكونها في كفالته، مع أنه يختص الخبر حينئذ بالحيوان ولا يشمل غيره.
وأما الاحتمال السادس فهو خلاف اطلاقه، فإن حذف المتعلق يفيد العموم.
وأما الاحتمال الأول فيدفعه صحيح أبي ولاد، الدال على ضمان المنافع زيادة
على ضمان العين.

وأما الثاني فيدفعه أنه مع عدم امضاء الشارع لا تحقق حقيقة لاحداث
الضمان، مع أنه يلزم منه حينئذ ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم،
أضف إليه أن لازمه أنه لو ضمن بشئ في ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه.
وأما الرابع فيدفعه أن المراد بالضمان هو ما يراد به في سائر موارد استعماله،
بل سائر موارد استعمال مشتقاته وهو التعهد المالي، ففي العقود الصحيحة يكون هذا
المعنى، أي تعهد كل منهما مال صاحبه بتسبب من المتعاقدين مع امضاء الشارع، وفي
العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع. وتام الكلام في محله.
فيدور الأمر بين الثالث والخامس، والأظهر هو الأول منهما، فإن ظاهر القضية
أن المنفعة إنما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التي هي الداعية
إليه، ومعلوم أن الداعي للاقدام على الضمان في العقود المعاوضية هي المنافع.
فالمتحصل أنه لا يدل على عدم الضمان في ما هو محل البحث، ومع الاغماض
عما ذكرناه لاجمال الخبر لا يستند إليه في الحكم بعدم الضمان، فالمنفعة المستوفاة
مضمونة.

(و) بما ذكرناه ظهر أنه (لو غصب حاملا ضمن الحمل)، لليد عليه بتبع اليد
على الحامل، وللخبر المتقدم.

ولو منع المالك من إمساك الدابة المرسلة، أو من القعود على بساطه،
لم يضمن

منع المالك من أخذ ماله

الثالثة: (ولو منع المالك من إمساك الدابة المرسلة، أو من القعود على
بساطه، لم يضمن) كما صرح به جماعة. وتنقيح القول في المقام يقتضي بيان أمور:
منها: إن عمل الحر مال، إذ المالية من الأمور لاعتبارية، وتعتبر للشئ من
جهة كونه مما يرغب ويميل إليه النوع، أو أن نظام الاجتماع يتوقف عليه، ومن المعلوم
أن عمل الحر مال بهذا المعنى، غاية الأمر لا يكون ملكا للعامل ولا لغيره إلا بوقوع
المعاوضة عليه، فحينئذ يصير ملكا لمن جعل له.
ومنها: أن الضمان لا بد وأن يكون لليد، أو الاتلاف، أو الاستيفاء، ومع عدم
هذه الأسباب لا ضمان.

وأما قاعدة لا ضرر التي يستدل بها في هذه المقامات كثيرا للضمان، فهي لا
تصلح لإثباته، فإن غاية ما يمكن أن يقال في تقريب الاستدلال بها: أن حكم الشارع
بعدم الضمان ضرري على المالك أو على من منع من العمل، فينتفي بحديث نفي
الضرر (١) فيحكم بالضمان.

وفيه أنه - بعد تسليم مبنيين اللذين عليهما بنى الشيخ الأعظم في محله، وهما
أساس الاستدلال في المقام: أحدهما أن المنفي بحديث لا ضرر ليس خصوص
الأحكام الوجودية المجعولة، بل كل ما هو من الإسلام وجوديا كان أو عدميا. ثانيهما:
إن مدلول الحديث نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، كان الضرر ناشئا من متعلقه

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات حديث ٢ - وباب ١٧ من أبواب الخيار.

أم كان ناشئاً من نفسه، كلزوم البيع الغبني - : أنه لا يصح الاستدلال بالقاعدة في المقام، من جهة أن حديث لا ضرر إنما يدل على نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، وأن الضرر يكون منفيًا في عالم التشريع، ولا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي، فلو تضرر أحد في تجارته مثلاً لا يجب على المسلمين تدارك ضرره، وهذا من الواضح بمكان.

وفي المقام إذا حكم الشارع بالضمان، فإنما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفي الضرر، فالحديث لا يثبت ذلك. مع أن الحديث لو كان مثبتاً للزوم التدارك، لما كان وجه للزوم التدارك على شخص خاص لو لم ينتفع به ولا أتلفه، فليكن سد ضرره من بيت المال. فالانصاف أن قاعدة نفي الضرر لا تنفي باثبات المطلب.

قاعدة الاحترام

ومنها: أنه قد يستدل على الضمان في هذا الباب بقاعدة احترام مال المسلم الثابتة، بما دل على أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه (١) وقوله صلى الله عليه وآله: حرمة ماله كحرمة دمه (٢) وقوله عليه السلام: لا يصلح ذهاب حق أحد (٣).
نقريب دلالة الأول على الضمان أن الحلال هو ما لا تبعه له، فإذا نسب إلى

-
- (١) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي حديث ١ - و ٣ - المستدرک ج ١ - ص ٢١٢ والوسائل باب ١ من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.
(٢) الوسائل باب ٣ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.
(٣) الوسائل باب ٤٠ من أبواب الشهادات حديث ١ و ٤.

ولو غصب من الغاصب تخيير المالك في الاستيفاء ممن شاء

فالمتحصل أن قاعدة الاحترام أيضا لا تثبت الضمان.
ومنها: إن الاتلاف المضمن أعم من اعدام الموجود والمنع من الوجود.
إذا عرفت هذه الأمور، فاعلم أنه في الفرع الأول يمكن القول بالضمان، أي
ضمان الأصل لو تلفت الدابة، وضمان منفعتها الفاتئة.
أما الأول فلأنه يصدق أنه بمنع المالك من إمساك الدابة أتلفها عليه، فمقتضى
قاعدة الاتلاف هو الضمان، وبه يظهر وجه ضمان منفعتها، فإن منع المالك من إمساك
الدابة كحبس العين ومنع مالكةا عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا. وما قيل في
وجه عدم ضمان المنفعة غير المستوفاة سيظهر في بعض المباحث الآتية عدم تماميته،
وأن الحق ضمانها.
وأما في الفرع الثاني فكما أفاده الأظهر عدم الضمان، لأن عمل الحر ليس ملكا
له كي تشمله قاعدة من أتلف مال الغير، والفرض أنه ليس تحت اليد ولا استوفاه.
وقاعدتا لا ضرر والاحترام لا تدلان على الضمان، فلا موجب للضمان والأصل عدمه،
وسياتي تمام الكلام فيه.
تعاقب الأيدي

الرابعة: (ولو غصب) غاصب (من الغاصب تخيير المالك في الاستيفاء ممن شاء)، لأن المال وقع تحت يد كل منهما، فموجب الضمان بالنسبة إلى كل منهما متحقق،
فيكون المال في عهدة كل منهما، لا بمعنى أنه لو تلف ثبت الضمان على كل منهما
مستقلا.

توضيح ذلك: إنه قد عرفت أن معنى الضمان هو التعهد المالي، وأن المال في

غير العقود الصحيحة من موارد الضمان يكون في عهدة من وضع يده عليه، فإذا فرض تعدد الأيدي تكون العين الواحدة في عهدة كل من أصحابها، ولكن حيث إن معنى كون شئ واحد في عهدة متعددة خروج كل منهم عن عهده، ومن المعلوم أن الشئ الواحد ليس له إلا تدارك واحد، كان لازم ذلك تسلط المالك على مطالبة كل منهم الخروج عن عهده، ومع التلف يستحق على واحد منهم البدل على البدل، فإذا استوفى العين أو عوضها من أحدهم سقط عهدة الباقيين.

ثم إن قرار الضمان إنما يكون على من تلف المال في يده. واجمال وجهه: إن الغاصب الأول وضع يده على مال الغير فنفس العين تثبت في عهده، والغاصب الثاني وضع يده على ما ثبت في عهدة الغير، فهو يضمن المال المتصف بهذا الوصف وتثبت العين بهذه الخصوصية في ذمته. فإذا تلف المال وأدى الغاصب الأول عوضه فله أن يرجع إلى الغاصب الثاني، فإن ذلك لازم ضمانه للمال الذي له بدل، الذي مرجعه إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، فعليه أن يدفع إلى الأول، ويكون ما يدفعه إليه تداركاً لما استقر تداركه في ذمة الأول. وبه يظهر وجه عدم رجوع الثاني إلى الأول لو أدى العوض إلى المالك. وقد مر تفصيل القول فيه وفي الاشكالات الواردة ونقدها والفروع المتفرعة في كتاب البيع في الجزء السادس عشر من هذا الشرح، وإنما الغرض في المقام الإشارة إلى ما هو الوجه في ذلك.

عدم ثبوت الغصب فيما ليس بمال كالحرق

الخامسة: (و) لا يثبت الغصب في ما ليس بمال كالحرق، ف (لا يضمن الحر) بالاستيلاء عليه عينا أو منفعة، لعدم صدق الغصب، ولا ينطبق عليه شئ من قواعد

إلا أن يكون صغيرا وإلا أجره الصانع لو منعه عنها،

باب الضمان، من اليد والاتلاف والاستيفاء كما مر. نعم، لو أصابه تلف من قبل الغاصب من نحو الجناية على نفسه أو طرفه ضمنه اجماعا، كما يأتي في كتاب الديات. وفي غير هذه الصورة عدم الضمان اجماعي في الكبير مطلقا، والصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعي، ولو كان التلف لا بسبب الغاصب ولا من قبل الله تعالى - كالموت بلذع

الحية أو افتراس السبع ونحو ذلك - ففيه قولان، أحدهما الضمان، وإليه أشار المصنف ره بقوله (إلا أن يكون صغيرا). وعن الشيخ في المبسوط والمصنف في المختلف والشهيد في الدروس وغيرهم في غيرها اختياره.

واستدل له بأنه سبب التلف، وأن الصغير لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه وعروضها، وبخبر وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: إن عليا عليه السلام: كأن يقول: من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن، ومن استعار حرا صغيرا فعيب ضمن (١) بناء على أن الاستعارة أهون من الغصب.

وأورد على الأول في محكي التذكرة بقوله: إن تعليلهم المشار إليه غير صالح للحجية وتخصيص أصالة البراءة القطعية. على الثاني: وبأنه ضعيف السند غير معمول به على إطلاقه، ولذا ذهب جماعة إلى عدم الضمان.

والحق: أن هذه المسألة لا بد وأن تعنون في كتاب الديات في مباحث الجنايات، وغير مربوطة بمسائل الغصب، لأن الحر لا يتعلق به الغصب، والحق فيها أنه بين أخذ الغاصب للحر كبيرا كان أو صغيرا إن لم يكن فعل فاعل مختار فاصلة ضمن وإلا فلا، وتام الكلام موكول إلى محله.

(و) كذا لا يضمن (أجرة الصانع لو منعه عنها) إن لم يكن أجيرا وإلا

(١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب العارية حديث ١١.

ولو استعمله فعليه أجرة عمله، ولو أزال القيد عن العبد المجنون أو الفرس ضمن، ولو فتح بابا فسرق غيره المتاع ضمن السارق.

فيضمن، (و) كذا يضمن (لو استعمله فعليه أجرة عمله) كما مر الكلام في جميع تلکم مفصلا في كتاب الإجارة.

(و) مما ذكرناه في المسائل المتقدمة ظهر أنه (لو أزال القيد عن العبد المجنون أو الفرس) ونحوه فشرّد (ضمن). وأما (لو فتح بابا فسرق غيره المتاع) فلا اشكال في أنه ي (ضمن السارق)، إنما الكلام في ضمان من فتح الباب وعدمه، فالمشهور بين الأصحاب هو الثاني، وعن جماعة ضمانه.

واستدل للأول بأقوائية المباشر من السبب، وللثاني في الرياض بحديث نفي الضرر (١). ولكن القوة لا تدفع الضمان عن ذي السبب إن وجد ما يقتضي ضمانه، وحديث نفي الضرر قد مر عدم دلالته على الضمان.

والحق أن يقال: إنه حيث لا يد هنا للسبب على المال ولا استيفاء، فلو كان هناك ضمان فإنما هو من جهة قاعدة الاتلاف، ولا اشكال في صدق التلف على السرقة، كما يشهد به خبر عقبة بن خالد في تلف المبيع قبل قبضه حيث جعل فيه سرقة المتاع من التلف (٢)، وعليه فحيث إن الموجب للسرقة والجزء الأخير لها هو فتح الباب، إذ لو لم يفتح لما تمكن من السرقة، فيصدق على فتح الباب أنه اتلاف للمال، فيشملة قاعدة من أتلف. وبالجملة فتح الباب يعد عرفا اتلافا للمال إن تعقبه سرقة المتاع فيوجب الضمان، هذا غاية ما يمكن أن يقال في وجه الضمان، ومع ذلك في النفس منه شيء، سيما وقد ادعى الاجماع على عدم الضمان في المقام في كثير من الكلمات.

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

(٢) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار.

ويضمن الخمر والخنزير للذمي و بقيمتها عندهم مع الاستتار لا للمسلم

ضمان الخمر والخنزير

السادسة: قالوا (ويضمن الخمر والخنزير للذمي و بقيمتها عندهم مع الاستتار لا للمسلم)، وتنقيح القول في المقام بالبحث في موردين:
الأول: في الخمر.

الثاني: في الخنزير.

أما الأول، فتارة نقول إن الخمر مال وتملك كما هو الحق، لأن لها منفعة محللة وهي جعلها خلا والانتفاع بها. ولأن جواز شرب الذمي إياها منفعة محللة توجب صيرورتها مالا. ولموثق ابن أبي عمير عن جميل، قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يكون لي على الرجل الدراهم فيعطيني بها خمرا، فقال عليه السلام: خذها ثم أفسدها (٢). ولا ينافيه ما دل من النصوص على عدم جواز بيعها، فإنه يكون الاعطاء في الخبر بعنوان أداء الدين لا بعنوان البيع، فلا وجه لما في مكاسب الشيخ الأعظم من أن المراد بالخبر: أما أخذ الخمر مجانا ثم تخليلها، أو أخذها وتخليها لصاحبها ثم أخذ الخل وفاء للدين، بعد كون كل منهما خلاف الظاهر. وعليه فلا اشكال في أنه لو أتلفها متلف أو تلف تحت يده العادية يكون ضامنا، لعموم على اليد، وقاعدة من أتلف، بعد عدم ورود مخصص عليهما بالنسبة إليها.

وأخرى نقول بأنها لا تملك، وأن غاية ما يدل عليه الوجهان الأولان كونها مالا لا ملكا، والخبر محمول على ما أفاده الشيخ قده أو غيره.
فإن بنينا على أنها مال كما هو الصحيح، فحيث إن الأظهر ثبوت حق

(١) الوسائل - باب ٣١ - من أبواب الأشربة المحرمة حديث ٦.

الاختصاص بالنسبة إليها لمن هي تحت يده من جهة الحيابة أو كون أصلها له، لأن عليه بناء العرف والعقلاء، ولم يرد من الشارع الأقدس نهى عن ذلك، بل لا يبعد دعوى سيرة المتشعبة عليه سيرة مستمرة إلى زمان المعصوم عليه السلام، فثبوت الضمان لا كلام فيه، لعموم على اليد، وقاعدة الاتلاف، والاجماع. ولعله إلى ذلك نظر الإسكافي حيث قال: إنه يحكم له بقيمتها خلا، لأن له حق اليد فكان عليه الضمان. وعلى التقديرين لا فرق بين كونها للمسلم أو للذمي.

وثالثة نقول إنها ليست بما من جهة أنه لا يجوز شرب الذمي إياها، بل غاية ما ثبت بالدليل أنه لو استتر بالشرب لا يحد، أو أنه لا يكفي في انتزاع المالية ذلك ولا القابلية لأن تصير خلا، فالظاهر حينئذ عدم الضمان فإنه بلحاظ المالية، من غير فرق على هذا أيضا بين كونها للذمي أو المسلم.

وأما الثاني، فقد مر في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح أن مقتضى الجمع بين النصوص (١) المختلفة الواردة في الخنزير، هو جواز بيعه للذمي، وعدم جواز البيع من المسلم،

وذلك - بضميمة ما مر من جواز أكل الذمي لحمه، وأن له غير الأكل منافع محللة آخر، هي الانتفاع بجلده وشعره، بل بلحمه في غير الأكل - كاف في البناء على أنه مال وملك، سيما وقد دل الدليل (٢) على جواز بيع شعره مطلقا. وعليه فلو أتلفه متلف، أو تلف تحت يده العادية، يكون ضامنا.

فالمتحصل مما ذكرناه أن الأظهر هو الضمان، ولو كان الخمر والخنزير للمسلم. نعم، لا بد من تقويمهما على إلغاء جهة أكل المسلم وشربه إياهما، أو إلغاء الجهتين مطلقا، وبهذا الاعتبار ينقص قيمتها. هذا ما تقتضيه القواعد، فإن ثبت اجماع على

(١) الوسائل باب ٥٧ و ٥٨ و ٦٠ و ٦١ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل باب ٥٧ و ٥٨ و ٦٠ و ٦١ من أبواب ما يكتسب به.

ويجب رد المغصوب،

خلافه فهو المتبع.

وجوب رد المغصوب إلى مالكة

السابعة: لا خلاف (و) لا اشكال في أنه (يجب رد المغصوب) على مالكة ما دامت العين باقية.

ويشهد به - مضافا إلى ما دل على وجوب رد المال إلى صاحبه مطلقا، كموثق سماعة عن الإمام عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيب نفسه منه (١) فإن اطلاق التعليل سيما وهو مذكور لوجوب رد الأمانة يشمل الامسك على مال الغير، والنصوص المتقدمة الدالة على عدم جواز التصرف في مال الغير ومنه الامسك، والنصوص المتفرقة الواردة في الأبواب المتفرقة في موارد الأمانات المالكية والشرعية وغيرها - جملة من النصوص الخاصة:

كخبر حماد بن عيسى، عن بعض أصحابنا، عن العبد الصالح عليه السلام، وذكر ما يختص بالإمام إلى أن قال: وله صوافي الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغصب، لأن الغصب كله مردود (٢).

وما في نهج البلاغة، قال أمير المؤمنين عليه السلام: الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها، قال الرضي: ويروى هذا الكلام للنبي صلى الله عليه وآله وسلم (٣).

(١) الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ - من كتاب الغصب - حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١ من كتاب الغصب حديث ٥.

وخبر عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن أبي عبد الله عليه السلام عمن أخذ أرضاً بغير حقها وبني فيها، قال عليه السلام: يرفع بنائه ويسلم التربة إلى صاحبها ليس لعرق ظالم حق (١) ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله من أخذ رضا بغير حق كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر (٢) ونحوها غيرها.

لا خلاف في أن المراد بالرد في هذا الباب هو الإقباض والتسليم إلى مالكة، ولا يكفي التخلية بين المال وصاحبه كما في باب الوديعة، إذ كما أن كون المال تحت سلطنة الغاصب واستيلائه في غير محله فلا بد من إيصاله إلى محله، كذلك كونه عنده خارجاً يكون في غير محله فلا بد من إيصاله إليه بالإقباض، وخبر عبد العزيز أيضاً يشهد به، بل لعل الظاهر من الرد والمفهوم عرفاً منه ذلك.

كما لا خلاف في أنه يجب الرد وإن تعسر واستلزم ذهاب مال الغاصب - كالخشبة المستدخلة في البناء واللوح والسفينة والخيط في الثوب وما شاكل - بلا خلاف فيه، لإطلاق بعض ما مر وصراحة آخر. نعم، في خصوص ما لو كان المغصوب بحيث لو أريد رده لزم منه عدم بقاء القيمة والمالية له - كالصبغ إذا صبغ ثوب به، والجص في البناء، والخيط إذا خيط به الثوب، وما شاكل - أشكال واختلاف بين الأصحاب، وفيه أقوال:

- ١ - وجوب الرد مع رد تمام القيمة، اختاره في المسالك وغيرها.
- ٢ - عدم وجوبه بل يجب رد القيمة خاصة، اختاره المصنف ره، ولعله المشهور.
- ٣ - صيرورة ذلك الشيء مشتركاً بين الغاصب والمغصوب منه.

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الغصب حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٣ من كتاب الغصب حديث ٢.

- والأظهر عدم وجوب الرد، والاكتفاء برد بدله، ولا يستحق المالك ذلك الشيء، وذلك إذ الصبغ أو الخيط أو الجص يعد في هذه الموارد تالفاً، فيكون الغاصب ضامناً للمثل أو القيمة، ويصير ذلك ملكاً للمغضوب منه بدلاً عن ماله.
- وأما المبدل منه فهو يخرج عن ملكه لوجوه:
- ١ - إن الملكية من الاعتباريات، والاعتبار إنما يكون بلحاظ الأثر وبدونه لغو، فلا يكون هناك اعتبار الملكية.
 - ٢ - إن أهل العرف يفهمون من الأمر بدفع البديل حصول المعاوضة والمبادلة بين العينين، وصيرورة كل منهما ملكاً للآخر وبدلاً منه.
 - ٣ - إن مقتضى عنوان التدارك والغرامة ذلك، إذ مع حكم الشارع بتدارك ماليته بتمامها، بعنوان تدارك ما في العهدة، وبمعنى أنه أداء للمتعذر، لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه، وحيث إن كون المتعذر من المباحات الأصلية لم يقل به أحد، فلا بد من البناء على صيرورته ملكاً للضامن.
- ومحصل الكلام: إن المال المغضوب تارة لا يرد إليه نقص برده إلى مالكه، وأخرى يلزم منه تلف مقدار من أوصافه موجب لنقص في ماليته، وثالثة يوجب تلف العين عرفاً بمعنى أنه لا يبقى له مالية إذا أريد رده.
- أما القسم الأول فيجب رده وإن تضرر الغاصب به.
- وأما في الثاني فيجب الرد مع ضمان النقص الحاصل، وإليه أشار المصنف ره بقوله (فإن تعيب ضمن الأرش)، أما وجوب رد العين فلما مر، وأما وجوب الأرش فلحديث على اليد وقاعدة الاتلاف.
- وأما في القسم الثالث، فإن كان المال المغضوب بحيث لا يعد تالفاً كما لو امتزجه بمساويه، فسيأتي حكمه عند تعرض المصنف ره له. وإن كان يعد تالفاً كما في

الأمثلة المتقدمة، فيجب رد القيمة دون العين، بل هي تصير برد البديل ملكا للغاصب. وأما ما اشتهر من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، فلم أظفر بما يكون مأخذا صحيحا له، كي يقال إنه يقتضي وجوب رد العين مع رد القيمة. بدل الحيلولة

بقي في المقام فرعان:

أحدهما: ما إذا تعذر إيصال المال إلى صاحبه، ولم يكن بحيث يصدق عليه التالف، فهل يلزم على الغاصب دفع البديل وهو المسمى عندهم ببديل الحيلولة، أم لا يجب ذلك؟ وتنقيح القول فيه في جهات.

الأولى: في الدليل على الضمان، بمعنى لزوم دفع البديل، وقد استدل له بوجوه. ١ - قاعدة نفي الضرر (١) بدعوى أن صبر المالك إلى حين الوصول إليه ضرر عليه، فجاز له إلزام الغاصب بالبديل.

وفيه: أن قاعدة نفي الضرر قد مر أنها لا تصلح لاثبات الضمان.

٢ - قاعدة على اليد (٢) بدعوى أن أداء العين كما يكون بأداء بدلها عند تلفها، يكون بأداء بدل الحيلولة.

وفيه: أن مفاد حديث على اليد إن كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف، فعدم دلالة على الضمان ببديل الحيلولة واضح. وإن كان مفاده بقاء العين في العهدة إلى

(١) الوسائل - باب ١٢ من أحياء الموات وباب ١٧ من أبواب الخيار.

(٢) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

حين الخروج عنها، فهو إنما يدل على لزوم أداء العين ما دامت موجودة، وتدارك ماليتها بأداء حصة مماثلة لها بعد التلف. وبعبارة أخرى: ما دامت موجودة لا يكون أداء بدل الحيلولة أداء لها، ولذا لا تخرج عن ملك مالكةا، ولو كان ذلك أداء لها كان اللازم خروجها عن ملكه،

٣ - إن في أدائه جمعا بين الحقين، بعد فرض رجوع البدل إلى الضامن لو ارتفع التعذر.

وفيه: إن الحق الثابت للمالك إنما هو بالإضافة إلى العين نفسها لا بد لها مع بقائها، مع أنه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر، وهو إلزام الغاصب بالشراء، بل هذا الجمع أولى كما لا يخفى.

٤ - قاعدة السلطنة (١). إما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها إلى مطالبة البدل وأخذه، أو بدعوى أن من شؤون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها - وبعبارة أخرى، للعين شؤون ثلاثة: من جهة الشخصية، ومن حيث الطبيعية النوعية، ومن حيث المالية، وتعذر مطالبة الأولى لا يمنع عن مطالبة غيرها - أو بدعوى السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بماله.

وفي الجميع نظر. أما الأولى فلأن السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردها ثابتة، ولازمها السعي في ذلك بالسعي في مقدماته لا رد البدل. ومع عدم امكانه لا تكون ثابتة، لعدم القدرة، والامتناع بالاختيار وإن كان لا ينافي الاختيار إلا أنه عقابا لا خطابا.

وأما الثانية فلأن مالية العين القائمة بها - أي تلك الحصة الخاصة من المالية -

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فإن تعذر ضمن مثله، فإن تعذر فقيمته يوم المطالبة ولو لم يكن

ارتفاعه بارتفاعه، وعلى الجملة حق الأولوية الذي هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك.

ولا لما قيل من أن الدليل دل على أن المالك أحق بماله، فيستفاد من ذلك كون حق الأولوية من مقارنات الملك، ولو شك في زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك. إذ يرد عليه: إن ما دل عليه الدليل أولوية المالك بالتصرف في ماله عن غيره، وهذا غير ثبوت حق الأولوية.

بل لما مر من السيرة العقلائية وبناء العقلاء على ذلك، وحيث إنه لم يردع الشارع الأقدس عنه فيستكشف امضائه لذلك، ويؤيده الاجماع عليه. الجهة الثانية: في وجوب رده على القول بثبوته، وعدم انتقاله إلى الغاصب، الظاهر ذلك، إذ كما يجب رد المملوك إلى مالكه كذلك يجب رد ما هو متعلق الحق إلى ذي الحق. ولو شك في وجوب رد متعلق الحق، فهل يجري استصحاب وجوبه نظرا إلى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية، فالموضوع عند العرف يكون باقيا، أم لا يجري لكونه من الجهات التقييدية؟ وجهان، أظهرهما الأول. الجهة الثالثة: في أنه مع فرض ثبوت هذا الحق، هل يكون ذلك للمالك أو الغصب؟ والأظهر هو الثاني، لاقتضاء الغرامة ذلك، ولبناء العقلاء عليه، فالغاصب أحق به من غيره.

المثلي والقيمي

الثامنة: (فإن تعذر) رد المغصوب أو تلف (ضمن) الغاصب (مثله) إن كان المغصوب مثليا بلا خلاف، (فإن تعذر) رد المثل (فقيمة يوم المطالبة، ولو لم يكن

مثليا ضمنه بأعلى القيم من حين الغضب إلى حين التلف على اشكال

مثليا ضمنه بأعلى القيم من حيث الغضب إلى حين التلف على اشكال). وتنقيح القول في المقام بالبحث في مواضع:

الأول: في تعريف المثلي والقيمي، وإن لم يقعا في شئ من الروايات، ولا في معقد اجماع، بحيث يكون من قبيل الاجماع على القاعدة. فالمشهور في تفسير المثلي أنه ما يتساوى أجزائه من حيث القيمة، والمراد بالأجزاء الجزئيات والأفراد، والمراد بالتساوي التساوي من غير جهة الكم. فمحصل المراد أن المثلي ما له مماثل في الصورة والصفات التي تختلف بها الرغبات وتتفاوت به القيم.

وأظن أن ما عن التحرير من تفسيره بما تماثلت أجزائه وتقاربت صفاته، وما عن الدروس والروضة من أنه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات، وما عن بعضهم من أنه من يجوز بيعه سلما، وما عن آخر من أنه ما يجوز بيع بعضه، ببعض، ترجع إلى هذا المعنى ولا اختلاف بينهم بحسب المراد.

وأورد على ذلك بايرادات ذكرناها مع أجوبتها في كتاب البيع، كما أنه قد ذكرنا في ذلك الكتاب ما هو مقتضى الأصل عند الشك في المثلية والقيمية، وما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك فيهما، وهي مسائل مهمة وفيها تحقيقات نافعة، راجعها.

الثاني: لا خلاف بين الأصحاب في أن ضمان المثلي إنما هو بالمثل، والقيمي بالقيمة، واستفادة ذلك من الأدلة إنما هي من وجوه:

١ - إن مقتضى اطلاقات أدلة الضمان الواردة في المغصوبات والأمانات المفرط فيها وغير تلكم المقامية، ايكال ما يجب رده إلى ما هو المتعارف عند الناس، ومن المعلوم أن المتعارف عندهم رد العين مع بقائها، ورد ما هو الأقرب إليها بعد عدم امكان ردها، والأقرب هو المثل، لكونه تداركا للمالية والخصوصيات الفائتة التي تختلف بها الرغبات. وفي صورة عدم امكان رده أيضا لعدم المماثل، يراعى ما هو الأقرب إلى

التالف بعد المثل، هو القيمة من الأثمان، لأن غيرها مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف، ومعلوم أن غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة أقرب من المشتمل عليها.

وفي المقام وجوه آخر ذكرناها في كتاب البيع فراجع، كما أنه ذكرنا هناك جملة من الفروع من قبيل أنه إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، وما لو سقط المثل عن المالية أو نقصت قيمتها، ونحوهما.

حكم ما لو تعذر المثل في المثلي الثالث: لو تعذر المثل في المثلي، لا خلاف في وجوب رد قيمته، لما بيناه من أن الشيء إذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمي، من غير فرق بين التعذر في جميع الأعصار أو في عصر واحد ومن باب الاتفاق، فالمثلي المتعذر مثله قيمي، فللمالك مطالبة القيمة لأنه حقه. ولأن للعين جهات ثلاثا - الخصوصية الشخصية، والخصوصية النوعية، والحيثية المالية - فمقتضى الأدلة وجوب رد جميعها على الأخذ، فكما أنه إذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الأخيرتين، كذلك إذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فيجب رد القيمة من هذه الجهة.

ويعضدهما أن منع المالك ظلم، والزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فتجب القيمة جمعا بين الحقين، والآية الكريمة (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١).

(١) سورة البقرة: آية ١٩٥.

ضمان القيمي بالقيمة

الرابع: اتفقت كلماتهم على أن القيمي يضمن بالقيمة، وقد بينا سابقا أن الظاهر من حديث علي اليد بقاء العين في العهدة ولو بعد التلف، ويكون دفع المثل أو القيمة مسقطا لها - كما اختاره جمع من المحققين - لكونه من مراتب رد العين. ولا ينافيه النصوص الخاصة الواردة في رد القيمة، فإنها طائفتان:

منها: ما يدل على أن لواجد المال الولاية على أن يبيعه عن صاحبه من نفسه، ويبقى الثمن في الذمة، مثل ما ورد (١) في الحيوان الملتقط، ولقطة الطعام، وما شاكل. ومنها: ما (٢) لا يستفاد منها أزيد من وجوب دفع القيمة حين الأداء، وهذا يلائم مع كون العين في العهدة، والمدرك لمسقطية رد القيمة هو الاطلاق المقامي والاجماع، كما مر في المثلي.

وإذا وجد المثل في القيمي، فالمعروف بينهم كفاية رد القيمة. وعن الإسكافي والمحقق وجوب رد المثل، وظني أنهما غير مخالفين للمشهور، فإن مورد كلامهما القرض،

ولا يبعد فيه دعوى أن المتعارف الشرط الضمني برد المثل ولو في بعض الصفات، ويؤيد ما ذكرناه تصريح المحقق في الباب: وفي المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة. فمدعي عدم الخلاف في كفاية رد القيمة مع تعسر المثل غير مجازف، والاطلاق المقامي بالتقريب المتقدم شاهد به.

(١) الوسائل باب ٢ و ١٣ و ٢٣ من أبواب اللقطة.

(٢) الوسائل باب ٧ من أبواب الغصب.

فوجب أن يغرم أكثرها.

وأما الثاني، فقد يقال إن النصوص الخاصة تدل على خلاف ذلك، منها: صحيح أبي ولاد، قال: اكرتت بغلا إلى قصر ابن هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد فاتبعته فظفرت به ورجعت إلى الكوفة، إلى أن قال: فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام فقال: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل، ومثل كراء البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه. قال قلت: قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟ قال: عليه السلام لا لأنك غاصب. فقلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال عليه السلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكرتى كذا وكذا فيلزمك (١) الحديث، ومحل الاستشهاد فيه جمالات ثلاث:

الأولى: قوله عليه السلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته، وقد استدل بها على أن المدار على قيمة يوم الغصب بأن اليوم قيد للقيمة، لإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانيا، فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل، أو لجعل اليوم قيدا للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل.

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب - حديث ١ - وباب ١٧ - من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.

رده، فالخبر أجني عن المقام. أو ترجع إلى قوله " عليك " فلا تعرض فيها ليوم هذه القيمة. أو ترجع إلى القيمة، ويراد رد الأرش من قوله " يوم ترده " فتدل على أن العبرة بقيمة يوم الرد. أو ترجع إليها، ويراد رد البغل، فهي تدل على أن الميزان قيمة يوم الأداء. فهذه الجملة، إما تدل على مقتضى القواعد، أو لا تنافيه. فالمتحصل أنه لا يستفاد من الصحيح ما يخالف القاعدة الأولية. ومنها: ما ورد (١) في باب الرهن الدال على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك.

قيل: فلولا ضمان التالف بالقيمة يوم التلف، لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف، ذكره الشيخ الأعظم ره.

وفيه مضافا إلى أنه ليس في نصوص الرهن عنوان السقوط بل فيها أنهما يترادان الفضل، إذا كان لأحد الأمرين من الرهن والدين عند تلفه فضل، وأنه إذا كان يساوي ما رهنه فليس عليه شيء، مع أنه أيضا لا ينافي القاعدة بعد فرض أن أدائها بعد التلف إنما يكون بدفع القيمة بدلا أو وفاء، وأن ذلك إنما يكون باستيلاء المالك على ذلك المقدار من المال للضامن، فيوم الأداء في ذلك يوم التلف. ومنها: ما ورد في عبد أعتق بعضه، ففي خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام عن القوم ورثوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقي؟ فقال عليه السلام: نعم، يؤخذ بما بقي منه بقيمة يوم أعتق (٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ١٨ - من كتاب العتق حديث ٥.

ولو زاد للسوق لم يضمنها مع الرد، ولو زاد للصفة ضمنها،

وفيه: إنه من المحتمل كون قوله " يوم أعتق " قيذا ليؤخذ لا للقيمة، وعليه فيدل على أن زمان توجه التكليف إنما هو من حين أعتق، وسأكت عن أنه ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف أو يوم الأداء. فالمتحصل مما ذكرناه أن الأظهر بحسب الأدلة أن الميزان قيمة يوم الأداء والدفع مطلقاً.

حكم ارتفاع القيمة السوقية والزيادة العينية بقي في المقام فروع:

أحدها: المعروف بين الأصحاب أن زيادة القيمة السوقية ليست مضمونة، بخلاف الزيادة العينية، (و) عليه ف (لو زاد للسوق لم يضمنها مع الرد، ولو زاد للصفة ضمنها). والوجه في ذلك: إن الصفة إذا زيدت تكون تابعة للمال، وحيث إنها تحت يد الغاصب فمقتضى أدلة الضمان ضمانها أيضاً. وأما القيمة السوقية فأصلها وترقيها ناشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود، كما أن عدمها وتنزلها ينشئان من كثرة الوجود وقلة الطالب، وهذا ليس شيئاً يضمن، لعدم كونه وصفاً في العين كي يدخل تحت اليد.

وقد استدل لضمانه تارة بحديث لا ضرر (١) وأخرى بأن دليل الضمان إنما يدل على التضمين والتغريم، فلا بد من رعاية الحيثية المالية. ولكن يرد الأول ما مر من أنه لا يدل على الضمان. والثاني أنه لا يستفاد من

(١) الوسائل - باب ١٢ من احياء الموات.

ولو تجددت صفة لا قيمة لها لم يضمنها، ولو زادت القيمة لنقص بعضه
كالحب فعليه الأرش. ولو زادت العين بأثرها

أدلة الضمان سوى رد العين بما لها من الخصوصيات مع امكانه، وفي الفرض حيث إن
التالف رغبات الناس لا شئ من العين، فالعين ترد بما لها من الخصوصيات.
ثانيها: (ولو تجددت صفة لا قيمة لها لم يضمنها) بلا خلاف، إذ لا معنى
للضمان مع عدم القيمة لها وعدم كونها مثلية، والفرض أن عينها لا يمكن ردها.
ثالثها: (ولو زادت القيمة لنقص بعضه كالحب فعليه الأرش)، لعموم ما
دل على ثبوت الأرش بالجناية.

زيادة العين بفعل الغاصب

التاسعة: (ولو زادت) قيمة (العين بأثرها)، فتارة يكون ذلك أثرا محضا لا عينا،
كتعليم الصنعة، وخیاطة الثوب بخيوط المالك، ونسج الغزل، وطحن الطعام، وما
شاكل. وأخرى يكون عينا، كما لو خاط ثوبه بخيوطه، أو صبغه بصبغه، أو زرع في
أرضه، وهكذا.

أما في الصورة الأولى، فلا اشكال في أن المالك يأخذ ماله، ومع التلف مثل
التالف أو قيمته مع ذلك الأثر، فإن الأثر أوجب زيادة قيمة العين وهي تابعة للعين،
ولا شئ للغاصب على المالك، فإن مجرد عود نفع العمل إلى المالك لا يكون موجبا
للضمان، بل الضمان إما أن يكون لليد، أو يكون للاتلاف، أو من جهة الأمر بالعمل،
أو من ناحية الاستيفاء بالإذن، وشئ من تلکم لا يكون في المقام.
وأما في الصورة الثانية، فإن لم يمكن أخذ الزيادة، وكانت لا تعد عند العرف
شيئا في مقابل المغصوب منه، فهي تالفة عرفا، فالحكم فيها ما تقدم من غير فرق بين

شاء الله تعالى.

وبما ذكرناه يظهر أنه لو كان الصبغ مغصوبا من غير مالك الثوب، لا يصير الثوب المصبوغ مشتركا بين المغصوب منهما، بل الصبغ يعد تالفا عرفا، فيكون الغاصب ضامنا له لمالكه، والثوب المصبوغ تاممه لمالك الثوب. فما في المسالك أيضا من حصول الشركة بينهما، ضعيف.

وأما إن كانت الزيادة يمكن أخذها ولها مالية، فالمشهور بين الأصحاب أنه ي (رجع الغاصب بها) ولو نقصت قيمة العين ورد الأصل، جمعا بين الحقين (وعليه أرش النقصان) إن نقص المغصوب بأخذ الزيادة منه. وعن الإسكافي والمختلف والتنقيح والمجلسي أنه ليس للغاصب أخذ ما زاده بغير إذن المالك، فإن لم يرض ودفع قيمته وجب على الغاصب قبوله.

ولكن لا اشكال في بقاء الزيادة على ملك الغاصب، لأن عدوانه لا يقتضي اسقاط ماليتها ولا الملكية، ولا اشكال أيضا في أنه لا يوجب العدوان سلب سلطنة المالك. فما عن المشهور من أن له أخذ الزيادة ورد الأصل، وظاهره ذلك مع عدم رضا المالك، غير تام.

نعم، للمالك المغصوب منه ذلك، لخبر عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن أبي عبد الله عليه السلام عن أخذ أرضا بغير حقها وبني فيها، قال عليه السلام: يرفع بناؤه وتسلم التربة إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق (١).

وأما ما أفاده جمع من الأصحاب من أنه إن لم يرض المالك ودفع قيمته وجب على الغاصب قبوله، فمضافا إلى أنه لا وجه له، والأصل عدم وجوب القبول عليه،

(١) الوسائل باب ٣ - من كتاب الغصب - حديث ١.

وليس له الرجوع بأرش نقصان عينه، ولو غضب عبد أو جنى عليه بكمال قيمته رده - الأرش على قول، بمساويه أو بأجود رده،

يشهد لعدم وجوب القبول خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه، حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت، له ذلك أم لا؟ فقال عليه السلام: للزارع زرعه، ولصاحب الأرض كراء أرضه (١).

ولو أخذ الغاصب عين ماله بإذن المالك ولزم منه نقصانه (ليس له الرجوع بأرش نقصان عينه) لأنه جاء من قبله. (و) مما مر ظهر أنه (لو غضب عبدا وجنى عليه بكمال قيمته رده مع الأرش على قول).

حكم مزج المغصوب بغيره

(ولو امتزج المغصوب بغيره، فتارة يكون بجنسه، وأخرى بغير جنسه. وعلى الأول إما أن يكون (بمساويه) في الجودة والرداءة، (أو بأجود) منه، أو بأدنى. فإن خلطه بمساويه، فإن أمكن التمييز كلف به و (رده) أي رد مال المغصوب منه إليه وإن شق - كما لو خلط الحنطة بالشعير، أو الحمراء منها بالصفراء - بلا خلاف، لوجوب رد العين حيث يمكن.

ولو لم يمكن التمييز، فقد جزم الأكثر على ما في المسالك بأنه يكون الغاصب شريكا بنسبة المخلوط. واستدلوا له بأن عين مال المالك موجودة في الجملة، وغايته أنها ممتزجة بغيرها، وذلك لا يخرجها عن ملكه. وبأنه في ذلك إيصال المالك إلى بعض

(١) الوسائل - باب ٢ من كتاب الغصب حديث ١.

ولو كان بأدون ضمن المثل.

من العين أو غيرها.

وجه الأول: وجود عين مالك المالك المقتضي لتسلطه على الموجود وعدم الانتقال إلى المثل أو القيمة، والزيادة لا تقدر لأنها زيادة صفة حاصله بفعل الغاصب. ووجه الثاني: استهلاك عين مال المالك إذ لا يقدر على الرد لو طلبه، والتخيير في الحقيقة راجع إلى ضمان المثل، لأنه حينئذ لا ينحصر في العين وهي أجود مما يلزمه، فإذا بذلها وجب قبولها بطريق أولى، ولأن بعضها عين حقه وبعضها خير منه. ولكن: يرد على الثاني أولاً: ما تقدم من منع الاستهلاك. وثانياً: إن الموجود لو كان بعضه عين حقه وبعضه خيراً منه، فمضافاً إلى أنه ينافي ما ذكرناه أولاً من الاستهلاك، حيث إنه أقرب إلى مال المالك هو المتعين دفعه. وثالثاً: إنه لو سلم أن الموجود غير مال المالك ولا مثله، فلا وجه لالزامه بقبوله، لأن له أن لا يقبل إلا ما هو حقه لا ما يكون أجود منه. فما أفاده المشهور هو المنصور، إلا أن لازم الشركة استحقاق الغاصب بمقدار أجودية ماله من مال المالك لا أزيد منه، فليست الزيادة حينئذ عائدة إلى المالك حتى يعلل بما ذكر.

(ولو كان) الخلط (بأدون)، ففيه أقوال:

- ١ - إنه ي (ضمن المثل) وهو مشهور بينهم، وعن التنقيح نفي الخلاف فيه.
 - ٢ - ما عن الروضة وفي المسالك، وهو أنه مخير بين أن يأخذ حقه من العين مع الأرش وبين أخذ المثل.
 - ٣ - التخيير بين أخذ حقه من العين بدون الأرش وأخذ المثل، وهو ظاهر ما نقله في الشرايع.
- وجه الأول: استهلاك مال المالك، وقد مر ما فيه.
- وجه الثاني: إن حقه في العين لم يسقط لبقائها كما لو مزجها بالأجود، والنقص

بالخلط يمكن جبره بالأرش.

وفيه: أن لازم الوجه المزبور حصول الشركة لا الانتقال إلى المثل، مع أنه لا وجه للجبر بالأرش، بل يجبر النقص بالزيادة من نفس العين على ما هو مقتضى الشركة، وبذلك يظهر مدرك القول الثالث. فالمتجه حينئذ هو الوجه الرابع، وهو حصول الشركة.

وإن كان الخلط بغير جنسه - كما إذا اختلط الزيت بالشيرج - ففيل: إن المغصوب هالك، لبطلان فائدته وخاصيته وباختلاط غير الجنس به، فيضمن بالمثل. وفيه: إنه لو كان في الفرض شئ فهو الاستحالة دون الاستهلاك. فالأظهر فيه الشركة، كما قواه في محكي التذكرة، لأن مال المالك موجود فلا ينتقل إلى المثل أو القيمة.

فوائد المغصوب للمالك

العاشرة: (وفوائد المغصوب للمالك) له، بلا خلاف، لأنها نماء ملكه، فتكون مضمونة عند الغاصب كالأصل، سواء تجددت عنده أم لا، أعيانا منفصلة كانت كالولد، أو متصلة كالصوف والسمن، أو منفعة كأجرة سكنى الدار وركوب الدابة. والأصل في ذلك كله حديث: على اليد ما أخذت حتى تودي (١) فإن اليد كما تكون على العين كذلك تكون على الفوائد حتى المنفعة، ولا يختص الحديث بحدوث اليد بل يشمل بقائها، فكل زمان من أزمنة كون العين تحت اليد قد أزيلت فيه يد

(١) كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

مختلفة على سبيل البدل وحيث إنه استوفى واحدة منها ولم يكن هناك فائدة أخرى يمكن استيفائها فائتة، كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة، مع أنه عليه السلام في الصحيح في مقام الرد على أبي حنيفة وبيان أن عليه كرى البغل، وليس في مقام بيان أحكام آخر.

وربما يستدل لعدم ضمانها بقوله عليه السلام: في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري: يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بالقيمة (١) بتقريب أنه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة، وساكت عن ضمان غيرها في مقام البيان.

وفيه: إن الخبر وارد في مقام بيان منفعة واحدة، وأنه يكون الولد حر أو عليه قيمته، ولذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الأخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما، بل ولا لاشتغال ذمة المشتري بالوطء مع أنه منفعة استوفاه. أضف إلى ذلك أن تلك المنفعة التي حكم بضمانها منفعة لم يستوفها المشتري بل أتلفها، كما لا يخفى. ومما ذكرناه ظهر الجواب عن الاستدلال لعدم الضمان بصحيح محمد بن قيس الورد فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، قال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها (٢) بتقريب أنه ساكت عن المنافع الفائتة. فالحق هو ضمان المنفعة ولو لم يستوفها. ومما ذكرناه ظهر أنه لو كانت للعين منافع مختلفة، إنما يضمن الغاصب أكثرها قيمة دون الجميع، فتقوم إجارة تلك العين بجميع منافعها فيضمنها الغاصب، كما هو واضح.

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

ولو اشتراه جاهلا بالغصب رجع بالثمن على الغاصب وبما غرم عوض عما لا نفع في مقابلته أو كان على اشكال، ولو كان عالما فلا رجوع بشيء. ولو زرع في المغصوب كان الزرع له وعليه الأجرة.

وقد مر مفصلا في كتاب البيع (و) في بعض المسائل المتقدمة في هذا الكتاب أنه (لو اشتراه) أي المغصوب (جاهلا بالغصب رجع بالثمن على الغاصب و) كذا (بما غرم عوضا عما لا نفع في مقابلته أو كان على اشكال. ولو كان عالما فلا رجوع بشيء).

الزرع لمالك البذر

(و) أيضا قد ظهر مما قدمناه أنه (لو زرع الغاصب كان الزرع له وعليه الأجرة). ويشهد به - مضافا إلى ما مر، وإلى أنه نماء ملك الزارع وهو البذر فيتبعه في الملك، وأن الأرض كالماء والهواء والشمس من المعدات لصيرورة البذر زرعاً ثم حبا بالتدريج - خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه، حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت، أله ذلك أم لا؟ فقال عليه السلام: للزارع زرعه، ولصاحب الأرض كراء أرضه (١) ونحوه غيره.

وعن ابن الجنيد أن لصاحب الأرض أن يرد ما خسره الزارع، لقوله عليه السلام: من زرع في أرض قوم بغير إذنه، ليس له من الزرع شيء وعليه نفقته (٢).

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الغصب حديث ١.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٩٢.

والقول قول الغاصب في القيمة مع اليمين وتعذر البينة

وفيه: إن الخبر لم تثبت صحته كما ذكره الأصحاب، ولم يعمل به أحد غيره، وهو مع ذلك معارض بما تقدم، وبموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أكرى دارا وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلا وأشجارا وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، قال عليه السلام: على الكراء، ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيها الغارس إن كان استأمره في ذلك، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء (١) والترجيح للخبرين.

وأيا قد مر أن لصاحب الأرض إزالة الزرع والحرق ولو قبل أوان بلوغهما ويشهد به ما مر، وخبر عبد العزيز بن محمد الدراوردي - المتلقى بالقبول - عن أبي عبد الله عليه السلام عن أخذ أرضا بغير حقها وبنى فيها، قال عليه السلام: يرفع بنائه وتسلم التربة إلي صاحبها ليس لعرق ظالم حق (٢) الحديث. وله أن يلزمه بالإزالة، وطم الحفر، والأرش إن نقصت بالقطع أو الزرع، لأنه نقص أوردته الغاصب ومنفعة أتلفها. وهل له الأرش لو تصدى بنفسه بالإزالة أم لا؟ الظاهر ذلك إذا كان النقص حاصلًا بالزرع كما هو ظاهر، وأما إن كان حاصلًا بالقلع ففيه وجهان، من كونه الموجد للنقص، ومن أن سببه الزرع، والله العالم. الحادي عشرة: (ولو تلف المغصوب واختلفا في القيمة، فعن المبسوط والخلاف والحلي والمحقق والمصنف ره والشهيدين وكثير من المتأخرين بل عامتهم، أن القول قول الغاصب في القيمة مع اليمين وتعذر البينة). وعن النهاية والمقنعة بل قيل عن

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب كتاب الغصب حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب الغصب حديث ١.

الأكثر أن القول قول المغضوب منه.

واستدل للأول بأن الغاصب منكر للزيادة، وللمالك يدعيها، والأصل عدمها. وفيه: إن ذلك وإن تم بحسب موازي باب القضاء، إلا أن صحيح أبي ولاد المتقدم - قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال عليه السلام: أنت وهو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك، الحديث (١) - يدل على تقديم قول المالك مع الحلف، وتخصص القاعدة العامة به، وهذا التخصيص موافق للاعتبار إذ من شؤون أخذ الغاصب بأشق الأحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه، وأن لا يطالب منه شيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب إلى المالك، ويكون الحلف وظيفته وكذا رد اليمين اللذان هما وظيفة المنكر في غير باب الغصب، والبينة أيضا وظيفته كما هي وظيفة المدعي في كل باب، فيكون مع تعذر البينة قوله مقدما مع الحلف، بل الصحيح يدل على تقديم قوله مع اليمين وإن أمكنه إقامة البينة. فإن قيل: إن الصحيح في مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة، وقضية البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إنما هي في المخاصمات، وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب في ذلك، حيث إن السؤال إنما يكون عن العارف وأجاب عليه السلام بأنه: إما أن يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله، أو أن تحلف أنت من جهة كونه عندك في مدة، أو يقيم المالك البينة لو لم تعرف أنت ولم يعرف هو. فالصحيح غير مربوط بباب النزاع والخصومة، كما عن جمع من المحققين كاليزدي والإصفهاني والايرواني.

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الغصب حديث ١.

الفصل الحادي عشر: في احياء الموات. لا يجوز التصرف في ملك الغير بغير إذنه ولو فيما فيه صلاحه كالطريق والنهر والمراح

قلنا: إنه يوهن ذلك قوله " فيلزمك " وقوله " لزمه " إذ الملزم إنما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الإلهي ذلك لا حلف كل أحد وإن توافق الطرفان عليه. فالأظهر أن القول قول المالك مع يمينه، ومع ذلك أو أقام البينة تسمع منه.

الفصل الحادي عشر: في احياء الموات

والمراد بالموات الأراضي غير المنتفع بها، لعطلتها باستيجامها، أو عدم الماء عنها، أو استيلاء الماء عليها بحيث تعد مواتا عرفا. وقد استوفينا البحث في أقسام الأراضي وما يملك منها بالاحياء وما لا يملك، وحكم الموت العارض بعد كونها عامرة، وغير ذلك مما يرجع إلى الأراضي في كتاب البيع والمكاسب المحرمة وكتاب الخمس. ومما ذكرناه هناك يظهر أن الاحياء لا يختص بالبناء بل قد يكون به، وقد يكون بالزراعة والغرس، وقد يكون باحداث الطريق والنهر والمراح وما شاكل، وفي جميع هذه الموارد تصير الأرض ملكا للمحيي مع الشرائط المذكورة في تلك الكتب. وإنما الكلام في المقام في مسائل:

الأولى: (لا يجوز التصرف في ملك الغير بغير إذنه) كما مر في كتاب الغصب، (ولا فيما فيه صلاحه) أي صلاح المملوك، ويحتاج إليه من مرافقه وحريره (كالطريق) المسلوك إليه (والنهر، والمراح) أي مأوى الإبل والغنم، لاتحاد الدليل.

وحد الطريق المبتكر في المباحة مع المشاحة سبع أذرع

بيان حد الطريق

(و) في (حد الطريق المبتكر) والمراد به الملك المحدث (في المباحة مع المشاحة) خلاف، فعن النهاية والحلي والمصنف هنا وفي المختلف والتحرير وفخر الاسلام والشهيدين وغيرهم، وفي الرياض: بل لعله المشهور بين الطائفة، أن حده (سبع أذرع). وفي الشرايع والنافع وعن القواعد وعن ولد الماتن أنه نقله عن كثير من الأصحاب، أنه خمس أذرع. ومنشأ الاختلاف اختلاف الأخبار: فإن منها ما يدل على الأول، كقوي السكوني عن أبي عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وآله في حديث: والطريق يتشاح إليه أهله فحده سبع أذرع (١) ومثله خبر مسمع أخي عبد الملك عنه عليه السلام (٢). ومنها ما يدل على الثاني، كموثق أبي العباس البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام: بل خمس أذرع (٣). وهما متعارضان، والترجيح للطائفة الأولى للشهرة التي هي أول المرجحات. والظاهر من النصوص عدم اختصاص هذا التحديد بالمبتكر، بل هو حد للطريق مطلقاً، كما عن جماعة من المحققين من المتأخرين منهم المحقق القمي ره. وحق القول في المقام: إن الطريق قد يكون ملكاً لشخص كما لو أحدثه في أرض موات، وهو على قسمين: إذ قد يشتري من شخص داره أو بستانه أو ما شاكل

(١) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموات حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ١١ - من كتاب احياء الموات حديث ٦.

(٣) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الصلح حديث ١.

ويجعله طريقا إلى أملاكه، لا اشكال في أن الحد المذكور غير مربوط به، بل إنما التحديد لغيره. وقد يحدثه في أرض موات فحده ما ذكر، وإن كان فيه خلاف آخر، وهو أنه هل يصير الطريق ملكا له بتبع ملك ما جعل طريقا إليه أم لا؟ وقد مر الكلام فيه. وهذا الحكم الذي ذكرناه فيما إذا كان الطريق ملكا لشخص، يجري فيما لو يكن ملكا له ولكن كان ذلك حريما لملكه.

وقد لا يكون ملكا لشخص خاص ولا حريما لملكه، بل كان شارعا عاما معدا لمصالح القاطنين، وهو أيضا على قسمين: إذ تارة يختص بطائفة خاصة، والظاهر أن حده ما مر. وقد يكون غير مختص بشخص ولا طائفة - كالشوارع العامة في البلدان - فحده حينئذ ما يحتاجون إليه، فقد يكون في هذه الأزمنة يحتاجون إلى شارع يبلغ مائة ذراع، وعلى الجملة الميزان في ذلك رعاية مصلحة الاجتماع، وما يتوقف عليه حفظ النظام. والظاهر أن الحد المذكور غير مربوط به، كما يشهد به موثق البقباق عن الإمام الصادق عليه السلام، قال قلت له: الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء إذا لم يضر بالطريق؟ قال عليه السلام: لا (١).

وفي هذه الطرق التصرف المنافي للتطرق لا يجوز. وأما غير المنافي له، كالوقوف في الطريق والجلوس، بل المعاملة والتظليل على موضع الوقوف، بل بناء الدكة بحيث لا تضر المارة، وإخراج الجناح والروشن وما شاكل، فلا محذور فيه، لعدم كونها ملكا لشخص أو أشخاص كي لا يجوز مطلق التصرف فيها، والله العالم.

(١) الوسائل - باب ٢٧ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث - ١.

وحریم بئر المعطن أربعون ذراعاً، والناضح ستون ذراعاً

بيان حریم البئر

(وحریم بئر المعطن) وهو والعطن واحد الأعطان والمعطن، وهي مبارك الإبل عند الماء لتشرب (ربعون ذراعاً) من الجوانب الأربعة (و) حریم بئر (الناضح ستون ذراعاً) كذلك على المشهور بين الأصحاب.
وقيل: إن الحریم في البئر مطلقاً ما يحتاج إليه في السقي، ومنها وقوف الناضح والدولاب، وتردد البهايم، ومصب الماء، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض وغيره، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة.
وأما النصوص فهي مختلفة:

منها: ما يدل على القول الأول، كخبر عبد الله بن معقل أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها لمعطن ماشيته (١).
وخبر مسمع بن عبد الملك عن الإمام الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله: ما بين بئر المعطن إلى بئر أربعون ذراعاً، وما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعاً، وما بين بئر العين إلى بئر العين خمسمائة ذراع (٢) الحديث، ونحوه قوي السكوني إلا أنه أضاف إليه بعد قوله العين: يعني القناة (٣).
ومنها: ما يدل على أن حریم البئر أربعون ذراعاً مطلقاً، كصحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: حریم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها (٤).

(١) التذكرة ج ٢ ص ٤١٣.

(٢) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموات حديث ٦.

(٣) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموات حديث ٥.

(٤) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموات حديث ١.

وما رواه الصدوق، قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن البئر حريمها أربعون ذراعا، لا يحفر إلى جانبها بئر أخرى لعطن أو غنم (١). ومنها: ما يدل على أنه خمسون ذراعا، كخبر وهب عن جعفر بن محمد عن أبيه: إن علي بن أبي طالب عليه السلام كأن يقول: حريم البئر العادية خمسون ذراعا، إلا أن يكون إلى عطن أو إلى طريق فيكون أقل من ذلك إلى خمسة وعشرين ذراعا (٢). ومنها: ما يدل على أن الحد في الأرض الصلبة خمسمائة ذراع، وفي الرخوة ألف ذراع، كخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: يكون بين البئرين إذا كانت أرضا صلبة خمسمائة مائة ذراع، وإن كانت أرضا رخوة فألف ذراع (٣). والحق في الجمع أن يقال: أما الأخير فهو يختص ببئر العين أي القناة، وأما ما قبله فضعيف السند، وأما صحيح حماد ومرسل الصدوق فمطلقان يقيد اطلاقهما بالنصوص المفصلة. وعليه فما أفاده المشهور أظهر.

ثم إن ذلك يختص بالبئر في الأرض الموات، وأما في المملوكة فلا حد لها، لورود النصوص في ذلك المورد. قال في المسالك: ونسبة البئر إلى العادية إشارة إلى احداث الموات، لأن ما كان في زمن عاد وما شابهه فهو موات غالبا، وخص عاد بالذکر لأنها في الزمان الأول كان لها آبار في الأرض فنسب إليها كل قديم، انتهى.

ثم إن بعض النصوص والفتاوى وإن اختص بحفر بئر أخرى، إلا أن الظاهر أنه لا يجوز لأحد احياء المقदार المزبور بغير حفر البئر أيضا - كزرع أو شجر أو نحوهما - لا طلاق بقية النصوص.

-
- (١) الوسائل باب ١ من كتاب احياء الموات حديث ٧.
(٢) - الوسائل باب ١١ من أبواب احياء الموات حديث ٨.
(٣) الوسائل ج ١٧ باب ١١ من احياء الموات، حديث ٣.

والعين في الرخوة ألف، وفي الصلبة خمسمائة.

بيان حريم العين

(و) حريم (العين) والقناة (في) الأرض (الرخوة ألف) ذراع، (وفي) الأرض (الصلبة خمسمائة) على المشهور بين الأصحاب. وعن الإسكافي أن حد ذلك أن لا يضر الثاني بالأول، ونفى عنه البأس في محكي المختلف، وجعله في المسالك أظهر، واختاره صاحب الكفاية، وقواه المحقق القمي ره.

يشهد للأول خبر عقبة بن خالد - المنجبر بما عرفت وبرواية المشايخ الثلاثة - عن أبي عبد الله عليه السلام: يكون بين البئر إذا كانت أرضا صلبة خمسمائة ذراع، وإن كانت أرضا رخوة فألف ذراع (١). وبه يقيد اطلاق خبري مسمع والسكوني المتقدمين الدالين على أن حده خمسمائة ذراع، كما أنه يقيد اطلاق مرسل محمد بن حفص عن رجل عن الإمام الصادق عليه السلام: يكون بين العينين ألف ذراع (٢). وللثاني صحيح محمد بن الحسين: كتب إلى أبي محمد عليه السلام رجل كانت له قناة في قرية، فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى إلى قرية له، كم يكون بينهما في البعد حتى لا تضر إحدهما بالأخرى في الأرض إذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوقع عليه السلام: على حسب أن لا تضر إحدهما بالأخرى إن شاء الله تعالى (٣) ونحوه خبر محمد بن علي بن محبوب، قال: كتب رجل إلى الفقيه، وذكر الحديث (٤). وخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أتى جبلا فشق فيه

- (١) الوسائل باب ١١ - من كتاب احياء الموات حديث ٣.
- (٢) الوسائل - باب ١٣ من كتاب احياء الموات حديث ١.
- (٣) الوسائل باب ١٤ من كتاب احياء الموات حديث ١.
- (٤) الوسائل باب ١٤ من كتاب احياء الموات حديث ١.

قناة، فذهبت قناة الأخرى بماء قناة الأولى، فقال عليه السلام: يتقايسان بحقايب
البئر ليلة ليلة، فينظر أيتها أضرت بصاحبها، فإن رأيت الأخيرة أضرت بالأولى
فلتغور (١) ورواه في الوسائل عن الصدوق، قال: وزاد: وقضى رسول الله بذلك، وقال:
إن كانت الأولى أخذت ماء الأخيرة لم يكن لصاحب الأخيرة على الأول سبيل (٢).
وخبره الآخر عنه عليه لسلام في رجل احتفر قناة وأتى لذلك سنة، ثم إن رجلا
احتفر إلى جانبها قناة، فقضى أن يقاس الماء بحقايب البئر، ليلة هذه وليلة هذه، فإن
كانت الأخيرة أخذت ماء الأولى عورت الأخيرة، وإن كانت الأولى أخذت ماء
الأخيرة لم يكن لصاحب الأخيرة على الأولى شيء (٣).
ومورد هذه الأخبار الثلاثة الأخيرة وإن كان في القرينتين، إلا أنها تدل على أن
الميزان هو الضرر، وأنه لا عبرة بالقدر المعين. وأما خبر عقبة الذي هو مدرك القول
الأول فهو في البئر وهو غير محل النزاع، وحمله على العين وإن كان ممكنا إلا أنه يحتاج
إلى دليل، وفهم المشهور لا يصلح قرينة عليه، وعليه فالقول الثاني أظهر. ولو سلم
شموله لما هو محل النزاع، وكذا النصوص المطلقة، فيمكن الجمع بين الطائفتين بحمل
النصوص الأول على صورة عدم معرفة الضرر، وأن ما فيها مجعول طريقا للضرر
وعدمه، ويؤيده مناسبة الحكم والموضوع.
ثم إن النصوص سيما ما اعتمدنا عليه في الحكم مختصة بالقناة في الأرض
الموات، وأما القناة في المعمورة فالظاهر أنه لا خلاف في أن لصاحب الأرض المعمورة
المملوكة أن يحفر قناة في ملكه وإن تضرر صاحب القناة الأخرى، وأنه لا حد لها، ولا

(١) الوسائل باب ١٦ من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب احياء الموات حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١٦ - من أبواب كتاب احياء الموات حديث ٣.

يعتبر الفصل بينهما بمقدار لا يضر الثانية بالأولى ولا بالزرع. وعلى الجملة المعروف بينهم أن التحريم مختص بالأراضي المباحة، وأما في الأملاك المتجاورة فلا حریم، لقاعدة السلطنة (١).

والتحقيق يقتضي أن يقال: إنه تارة نقول بأن من حفر قناة كما يملك الأرض يملك ما فيها من المياه، أما لأن من ملك أرضاً ملك قرارها إلى تخوم الأرض وفراغها إلى عنان السماء، أو لأن الاحتفار حيازة لما فيها من المياه. فيحنئذ يتعين البناء على عدم جواز حفر قناة أخرى في ملك الحافر إن أضرت بالأولى، ولا تصلح قاعدة السلطنة لاثبات الجواز، فإنها لا تدل على جواز التصرف في ملك الغير، وهل التمسك بها في المقام إلا كالتمسك بها لاثبات جواز أن يذبح بمديته غنم الغير، بدعوى أنه مسلط على مديته يتصرف فيها ما شاء.

وأما لو أنكروا ذلك، وقلنا بأن من ملك أرضاً وإن كان يملك مقداراً من الفراغ الذي يتوقف عليه تصرفاته في أرضه، ولمقدار آخر منه بتبعية الأرض بمنزلة الحریم لها، ومقداراً من قرارها كذلك، ولا يملك ما تجاوز عن ذينك الحدين كما هو الأظهر، وبنينا على أن الحيازة المملكة لا تصدق على حفر القناة بالإضافة إلى المياه الموجودة في عروق الأرض، وإن ادعاه المحقق القمي ره كما هو الصحيح، فالظاهر تمامية الاستدلال بقاعدة السلطنة على المال والنفس والعمل لجوازه. ويبقى الكلام حينئذ في حديث لا ضرر (٢) الحاكم على قاعدة السلطنة، كحكومته على جميع الأدلة الأولية. ونخبة القول فيه: إنه تارة يتضرر المالك من عدم

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.
(٢) الوسائل - باب ١٢ من احياء الموات وباب ١٧ من أبواب الخيار.

حفر القناة، وأخرى لا يتضرر ولكن تفوت منه المنفعة، وثالثة لا يتضرر بترك الحفر ولا تفوت منه المنفعة به.

أما في الصورة الأولى فلا توقف في جواز الحفر، لأن إزامه بتحمل الضرر وحبسه عن ملكه لئلا يتضرر الغير حكم ضرري منفي، ولا مورد حينئذ لملاحظة أقل الضررين.

وأما في الصورة الثالثة فلا كلام في عدم جواز الحفر، لأن تجويز ذلك حكم ضرري، ولا ضرر في منع المالك عن هذا التصرف، ولا تصلح قاعدة السلطنة لمعارضة حديث لا ضرر، لمحكوميتهما بالنسبة إليه.

وما في الصورة الثانية فالمشهور الجواز، ويشهد به أن حبس المالك عن الانتفاع بملكه وجعل الجواز تابعا لتضرر الجار حرج عظيم، ولا يعارضه تضرر الجار، لعدم وجوب تحمل الحرج والضرر لدفع الضرر عن الغير، كما يدل عليه تجويز الاضرار مع الاكراه.

وفائدة هذا الحريم منع الغير من احداث عين أخرى، بخلاف حريم البئر المتقدم، فإن فائدته كما مر منع الغير من احياء ذلك المقدار مطلقا حتى بالزرع والشجر، والفرق أن الحريم هناك للانتفاع بالبئر فيما أعد له وما يحتاج إليه عادة كما مر، وفي المقام عدم انتقال ماء العين الأولى إلى الثانية،

لو لم يف النهر المباح المجتمع عليه أملاك

الثانية: إذا تشاح وتنازع أهل الوادي في مائه، فإن كان الماء ملكا لهم فيقسم الماء على قدر انصبتهم فيه، (و) إن لم يكن ملكا لهم بل كان مباحا (يحبس النهر

للأعلى إلى الكعب في النخل وللزرع إلى الشراك، ثم كذلك لمن هو دونه.

للأعلى) الذي يلي فوهة الأرض - بضم الفاء - وهو أصله (إلى الكعب في النخل، وللزرع إلى الشراك) وهو أسفل منه بقليل (ثم كذلك لمن هو دونه) وهكذا، بلا خلاف في أصل الحكم مطلقا، استتضر الثاني بحبس الأول أم لا، كما في الرياض، وفي المسالك الاجماع عليه.

والمستند جملة من النصوص، لاحظ خبر غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في سيل وادي مهزور للزرع إلى الشراك، وللنخل إلى الكعب، ثم يرسل الماء إلى أسفل من ذلك. قال ابن أبي عمير: ومهزور موضع واد (١).

وخبره الآخر عنه عليه السلام: قضى رسول الله في سيل وادي مهزور أن يحبس الأعلى على الأسفل، للنخل إلى الكعبين، وللزرع إلى الشراكين (٢).
وخبر عقبة بن خالد عنه عليه السلام: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في شرب النخل بالسيل إن الأعلى يشرب قبل الأسفل، يترك من الماء إلى الكعبين ثم يسرح الماء إلى الأسفل الذي يليه وكذلك حتى ينقضي الحوائط ويفنى الماء (٣) ونحوها غيرها.

وأما ما عن المبسوط والسرائر: روى أصحابنا أن الأعلى يحبس إلى الساق للنخل وللشجر إلى القدم وللزرع إلى الشراك، وعليه أكثر الأصحاب، فلا ينافي ما مر فإن الكعب هو المفصل بين القدم وعظم الساق، فيكون قوله إلى القدم كناية عن

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب احياء الموات حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ٨ من أبواب احياء الموات حديث ٥.

منتهى الكعب، فموافق الطائفتان والقولان. نعم، في القول الثاني والأخبار الثانية أضيف الشجر ولم يذكر في الأولى، ولا تنافي بينهما من هذه الجهة أيضا، فلا خلاف بين الأصحاب ولا بين الروايات.

ومقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين سبق الأعلى في احياء الأرض التي يراد سقيها وبين لحوقه. وعن الشهيدين وجماعة اختصاص الحكم بما لو كان الأعلى سابقا في احياء الأرض، أو كان السابق مجهولا، وأما إذا كان المتأخر سابقا في احياء فهو يقدم، لتقدم حقه في الماء بالاحياء. واستوجهه الفاضل الخراساني ره قائلا: إن الروايات الدالة على تقديم الذي يلي فوهة النهر لا عموم لها بحيث يشمل هذا القسم. ولكن ثبوت حقه في الماء المباح الجاري من الأعلى باحياء الأرض يحتاج إلى دليل، وعدم العموم لا يضر بعد وجود الاطلاق. فالأظهر عدم الاختصاص.

قال في المسالك: إن اطلاق النص والفتوى لسقي الزرع والشجر بذلك المقدار محمول على الغالب في أرض الحجاز من استوائها وامكان سقي جميعها كذلك. فلو كانت مختلفة في الارتفاع والانخفاض، بحيث لو سقيت أجمع كذلك زاد الماء في المنخفضة عن الحد المشروع، أفرد كل واحد بالسقي بما هو طريقه، توصلا إلى متابعة النص بحسب الامكان، ولو كانت كلها منحدره لم يقف الماء فيها كذلك سقيت بما تقتضيه العادة، وسقط اعتبار التقدير الشرعي لتعذره، انتهى.

جواز حماية المرعى للمالك

الثالثة: لا خلاف (و) لا اشكال في أنه يجوز (للمالك أن يحمي المرعى في

ملكه. وللإمام (عليه السلام) مطلقا.

ملكه) خاصة، ولا يجوز أن يحمي بقعة من الموات لمواش بعينها ويمنع سائر الناس من الرعي فيها، وإنما كان ذلك جائزا لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خاصة لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم ولكنه لم يفعل، (و) كذا يجوز عندنا الحمى (للإمام عليه السلام مطلقا) لأنه بمنزلة النبي صلى الله عليه وآله وسلم والموات له عليه السلام كما مر.

قالوا: والأصل في هذا الحكم أن الغريب من العرب كان إذا انتجع بلدا منحصبا، وافى بكلب على جبل إن كان به أو على نشر إن لم يكن به ثم استعوى الكلب ووقف له من كل ناحية يسمع صوته بالعوى، فحيث إنتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه، ويرعى مع العامة فيما سواه، فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك وقال: لا حمى إلا لله ولرسوله، وزاد في آخر: ولأئمة المسلمين. وعلى هذا فلو بادر أحد إلى الحمى وأحياه لم يملكه، لتعلق حق المسلمين به، وللنبوي (١) وما دل على شركة المسلمين في الماء والكأ والنار (٢) ومفهوم نصوص كخبر

محمد بن عبد الله - الذي هو قريب من الصحيح بالزنطي - عن الإمام الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة، وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا أو أقل أو أكثر، يأتيه الرجل فيقول: أعطني من مراعي ضيعتك وأعطيك كذا وكذا درهما، فقال عليه السلام: إذا كانت الضيعة له فلا بأس (٣). وحسن إدريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام، قال قلت: جعلت فداك،

(١) التذكرة ج ٢ ص ٤١١.

(٢) الوسائل باب ٥ - من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٩ من كتاب احياء الموات حديث ١.

وليس لصاحب النهر تحويله إلا بإذن صاحب الرحي المنصوبة عليه

إن لنا ضياعاً ولها حدود ولنا الدواب فيها مراعي، وللرجل منا غنم وإبل ويحتاج إلى تلك المراعي لإبله وغنمه، أيحل له أن يحمي المراعي لحاجته إليها؟ فقال عليه السلام: إذا كان الأرض أرضه فله أن يحمي ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه، قال وقلت له: الرجل يبيع المراعي؟ فقال عليه السلام: إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس (١). وعليهما يحمل اطلاق خبر موسى بن إبراهيم عن أبي الحسن عليه السلام عن بيع الكأ والمرعى، فقال عليه السلام: لا بأس به، وقد حمى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم النقيع لخيال المسلمين (٢).

الرابعة: (وليس لصاحب النهر تحويله إلا بإذن صاحب الرحي المنصوبة عليه بإذنه)، لصحيح محمد بن الحسن، كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل كانت له رحي على نهر قرية والقرية لرجل، فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قرية الماء وفي غير هذا النهر ويطل هذه الرحي، أله ذلك أم لا؟ فوقع عليه السلام: يتقي الله ويعمل في ذلك بالمعروف لا يضر أخاه المؤمن (٣).

ومقتضى اطلاق النص شمول الحكم لما إذا كان نصب الرحي عليه بسبب لازم من صلح أو غيره، أم كان بسبب جائز كالإذن، وبه أفتى المحقق القمي ره في جامع الشتات. ولكن قيده الحلّي في محكي السرائر بما إذا كان نصب الرحي على النهر بأمر حق واجب على صاحبه، وفي الرياض: وهذا هو الأقوى، بناء على القول الآخر الذي ذهب إليه أصحابنا من ترجيح أدلة السلطنة على أدلة نفي الضرر. وفيه: أنه تقييد للاطلاق بلا مقيد.

(١) الوسائل - باب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٩ من أبواب احياء الموات حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١٥ من أبواب احياء الموات حديث ١.

ويكره بيع الماء في القنوات والأنهار.

حكم بيع الماء

الخامسة: قال قده (ويكره بيع الماء في القنوات والأنهار).
الكلام في هذه المسألة يقع في جهات.

الأولى: في أن الماء هل يملك أم لا؟ الظاهر هو ذلك كما هو المعروف بين
الأصحاب، وفي الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه، بل لعله ضروري. والشاهد به ما
دل على تملك المباحات بالحيازة، فإن الماء من جملة المشتركات بالأصالة، للأصل،
والاجماع بقسميه، والنبوي: الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكأ والنار (١) والكاظمي:
إن المسلمين شركاء في الماء والنار والكأ (٢) فيملكه من حازه.
فإن قيل: إنه بالحيازة تملك المباحات لا المشتركات، والخبران يدلان على
اشترك الناس أو المسلمين في الماء، فلا يملك بالحيازة.

قلنا: إنه بعدما ليس المراد بالشركة هو كونه ملكا للجميع، وإلا لزم عدم جواز
التصرف إلا بإذن الجميع وهو بديهي البطلان، فالمراد هو الشركة في الانتفاع به، فهو
من المباحات والناس فيه شرع سواء، فيشمله ما دل على أن من سبق إلى ما لم يسبق
إليه أحد فهو له (٣) مضافا إلى تسالم الأصحاب عليه بنحو لا يبقى مجال للتشكيك.
الثانية: إنه لا اشكال على ما تقدم في ملكية الماء بالشراء أو الحيازة، كما لو
أحرز من المباح في آنية أو غيرها بقصد التملك، فهل يملك الماء بحفر البئر وبلوغ
الماء أم لا؟

(١) المستدرک باب ٤ من أبواب احياء الموات حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٥ من كتاب احياء الموات حديث ١.

(٣) المستدرک باب ١ من احياء الموات حديث ٤.

أما بعد اخراجه من الأرض من من بئر وعين بنية التملك، فملكه مذهب الأصحاب - كما في المسالك - كسائر المباحات التي يملكها السابق، وما عن الشيخ من وجوب بذل الفاضل عن حاجته سيأتي الكلام فيه. وأما قبل الاخراج فملكه منسوبة في غير واحد من الكلمات إلى الأصحاب مشعرا بالاجماع عليها، وفي الجواهر: بل لعله كذلك نظرا إلى السيرة المستمرة، ويمكن توجيهها بأن الماء نماء ملكه كلبن الدابة، بل الظاهر أنه حيازة للماء نفس وسبق إليه ما لم يسبق إليه مسلم فهو له، وربما يقال: إن ملك الأرض يقتضي ملك الماء الكامن فيها وإن لم يكن من أجزائها، وأيضا يشهد به فحوى ما سيحى من الأخبار المتضمنة لبيع الشرب.

الثالثة: ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح، قال الشيخ: لا يملكه الحافر كما إذا جرى السيل إلى أرض مملوكة، لأنه مباح دخل في ملكه فيبقى على أصل الإباحة، وإنما يكون الحافر أولى به لأن يده عليه. والمشهور بين الأصحاب، بل لم ينقل الخلاف عن غير مبسوط الشيخ، أنه يملك الماء كما يملك الماء الخارج بحفر البئر والعين، وهو الأظهر، لأن ذلك إنما يكون من قبيل شبكة مثلا لصيد في أنه يعد حيازة وسبقا إلى ما لم يسبق إليه غيره.

وخبر إسماعيل بن الفضل يشهد به، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الكلاً إذا كان سيحا فيعمد الرجل إلى مائه فيسوقه إلى الأرض فيسقيه الحشيش، وهو الذي حفر النهر وله الماء يزرع به ما شاء؟ فقال عليه السلام: إذا كان الماء له فليزرع به ما شاء وليبعه بما أحب (١).

الرابعة: في بيع الماء، لا خلاف ولا اشكال في جواز بيع الماء المملوك المخرج،

(١) الوسائل - باب ٩ من كتاب احياء الموات حديث ٢.

المعلوم كيله أو وزنه أو بالمشاهدة الرافعة للغرر. وأما الماء المخرج من الأرض من بئر وعين بنية التملك، فالمعروف من مذهب الأصحاب أنه يجوز جميع التصرفات فيه ونقله إلى الغير بعوض، لكن عن الشيخ في المبسوط أنه أوجب على مالكة بذل الفاضل عن حاجته لشربه وشرب ماشيته وزرعه إلى غيره بغير عوض، إذا احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته من السابلة وغيرهم لا لسقي الزرع والشجر. ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص:

إذ منها ما تضمن النهي عن بيعه، كموثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النطاف والأربعاء، قال: والأربعاء أن يسنى مسناة فيحمل الماء فيسقي به الأرض ثم يستغني عنه، فقال عليه السلام: فلا تبعه ولكن أعره جارك. والنطاف أن يكون له الشرب فيستغني عنه فيقول: لا تبعه أعره أخاك أو جارك (١).

وموثق البصري عنه عليه السلام: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المحاقلة، إلى أن قال: والنطاف شرب الماء ليس لك إذا استقيت عنه أن تبيعه جارك تدعه له، والأربعاء المسناة تكون بين القوم فيستغني عنها صاحبها، قال عليه السلام: يدعها لجاره ولا يبيعه إياه (٢).

والخبر عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى عن بيع فضل الماء (٣).
والنبوي: من منع فضل الماء ليمنع به الكلاً منعه الله فضل رحمته يوم القيامة (٤)

-
- (١) الوسائل باب ٧ من كتاب احياء الموات حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٢٤ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٤.
(٣) التذكرة ج ٢ ص ٤١٠.
(٤) المستدرک باب ٦ من احياء الموات حديث ٥.

والمراد أن الماشية إنما ترعى بقرب الماء، فإذا امتنع من الماء فقد امتنع من الكلاً وحازه لنفسه ونحوه خبر عقبة (١).

ومنها: ما يدل على جواز البيع، كخبر إسماعيل بن الفضل المتقدم، وصحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه، يبيع شربه؟ قال عليه السلام: نعم، إن شاء باعه بورق، وإن شاء بكيل حنطة (٢).

وحسن الكاهلي عنه عليه السلام عن قناة بين قوم لكل رجل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه، أبيعته بحنطة أو شعير؟ قال عليه السلام: يبيعه بما شاء، هذا مما ليس فيه شيء (٣) ونحوه خبر علي بن جعفر (٤). والجمع بين الطائفتين يقتضي البناء على كراهة البيع، أو أفضلية عدم أخذ العوض.

ثم إنه وقع الخلاف بين المجوزين في أخذ العوض، في أنه هل يصح بيعه، أم يتعين في نقله بعوض من ايقاع معاملة أخرى عليه من صلح وشبهه، نسب المحقق القمي ره إلى المشهور عدم جواز البيع. وعن الشهيدة قده جواز بيعه دائماً، وعدم جوازه بدون ذلك.

والأظهر هو الجواز مع المعلوماتية بمقدار يرتفع به الغرر. ولا يضر الجهل بالكيل أو الوزن، لعدم كون الماء من المكييل والموزون، والنصوص المتقدمة شاهدة به. وحمل

-
- (١) الوسائل باب ٧ من أبواب احياء الموات حديث ٢.
 - (٢) الوسائل باب ٦ من كتاب احياء الموات حديث ١.
 - (٣) الوسائل باب ٦ من كتاب احياء الموات حديث ٢.
 - (٤) الوسائل باب ٦ من أبواب احياء الموات حديث ٣.

ويجوز اخراج الرواشن والأجنحة في الطرق النافذة ما لم تضر بالمارة ومع الإذن في المرفوعة وكذا فتح الأبواب

ما فيها من البيع على إرادة النقل بعوض بغير البيع المصطلح - كما أفاده المحقق القمي ره - خلاف الظاهر، لا يصار إليه إلا مع القرينة، وكون بيعه غرريا لا يصلح قرينة عليه، لمنعه أولا، وأخصية النصوص عن دليله لو سلم كونه غرريا دائما ثانيا. فلا اشكال في جواز بيعه.

حكم اخراج الرواشن في الطرق

السادسة: (و) المعروف بين الأصحاب أنه (يجوز اخراج الرواشن والأجنحة في الطرق النافذة ما لم يضر بالمارة ومع الإذن في المرفوعة وكذا فتح الأبواب).
وتمام الكلام ببيان أمور.

١ - قالوا: الجناح والروشن يشتركان في اخراج خشب من الحائط إلى الطريق، بحيث لا يصل إلى الجدار المقابل ويبني عليه، ولو وصل فهو السباط. وفي المسالك: وربما فرق بينهما بأن الأجنحة ينضم إليها مع ما ذكران يوضع لها أعمدة من الطريق.

٢ - المدار في الضرر بالمارة هو العرف، ويعتبر في المارة بما يليق بتلك الطرق عادة، فإن كانت مما يمر فيه الإبل اعتبر فيه مروره محملا ومركوبا وعلى ظهره محملا، وإن كانت مما يمر عليه الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه مما لا عادة.

٣ - مدرك الجواز في الطرق النافذة - وهي الطرق التي تنتهي إلى طريق أو مكان مباح يجوز استطراره - أنها ليست ملكا لأربابها، وإنما هي من قبيل الحریم،

لحقهم. فعلى ذلك لا يجوز لأحدهم التصرفات مطلقا إلا مع إذن الباقيين، إلا خصوص الاستطراق، إما لأن ذلك شرط ضمني عند جعله طريقا بينهم، أو لأن بعض التصرفات يجوز في الأملاك للسيرة أو غيرها - كالصلاة في الأراضي المتسعة، والوضوء من الأنهار الكبار - فليكن المقام من هذا القبيل، وبه يظهر وجه جواز التصرفات المشار إليها لغير أربابه. فما أفاده المشهور أظهر.

هذا كله في التصرف في الطريق. أما تصرف كل منهم في ملكه بفتح الروازن والشبايبك فلا اشكال في جوازه، لتسلط الانسان على التصرف في ملكه بما شاء وإن استلزم الاشراف على الجار، لأن المحرم هو التطلع لا التصرف في الملك، فيستفيد بذلك الاستضاءة في بيته وليس للجار سد ذلك، وإن كان له وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف. نعم، استثنوا من ذلك فتح باب فيه، كما لو كان له دار حائطها إلى الطريق المرفوع فأراد أن يفتح بابا إليه في ملكه، قالوا: لا يجوز ذلك، دفعا لشبهة استحقاقه المرور منه بعد تطاول الزمان، فإنه إذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور لأنه وضع له.

وقد أشكل الشيخ ره في مصالحة أحد أرباب الطريق الباقيين على احداث روشن فيه، وعلله بأنه لا يجوز افراد الهواء بالبيع، والصلح متفرع عليه في ذلك. وفي الشرايع: وفيه تردد. ولكن لو سلم الاشكال في البيع، لا مجال للاشكال في الصلح بعد اطلاق أدلته.

الطرق المرفوعة مشتركة بين أربابها
السابعة: (و) المشهور بين الأصحاب أنه (يشترك المتقدم والمتأخر في المرفوعة

إلى الباب الأول وصدر الدرب، ويختص المتأخر بما بين البابين، ولكل منهما تقديم بابه لا تأخيرها

إلى الباب الأول وصدر الدرب، ويختص المتأخر بما بين البابين، ولكل منهما تقديم بابه لا تأخيرها). وعن الشهيد في الدروس تقوية اشتراك الجميع في الجميع، واختاره المحقق الأردبيلي ره.

واستدل للأول بأنه في المرفوعة إلى الباب الأول وصدرها هم متساوون في الارتفاق بها ولا أولوية لواحد على غيره، بخلاف ما بين البابين، لأن أدخلة الباب تقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق، فيتحقق الترجيح. وأورد عليهم المحقق الأردبيلي قائلا: إن دليل المشهور مدخول، والأصل دليل قوي، وليس هنا ما يدل على اختصاص أحد الاستطراق وعدم مرور الغير إليه وهو ليس بدليل لما مر. ولأنه لو كان ذلك دليل الملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكا للأخير. ولأنه قد يكون المرفوعة واسعة ولا يمر الأدخل إلا في بعضها. ولأنه قد يكون في مقابله أيضا باب فيشكل الاختصاص.

ثم إنه ره أخذ عليهم التناقض بين كلامهم هذا وبين ما ذكروه من أن المرفوعة لكل من فيها أرضها وهوائها، لا يجوز لأحد منهم اخراج الرواشن والأجنحة والساباط والميزاب حتى فتح الباب الجديد لغير الاستطراق بدون إذن الجميع، ويجوز مع إذنهم، فإن هذه الأحكام تدل على عدم الاختصاص لأحد. وأيضا حكمهم بجواز اخراج الأقدم ببابه في المشترك يقتضي جواز ادخال الأدخل ببابه في الفاضل، لأنه أيضا مشترك، وهم منعوا عنه.

ويرد على ما مر منه ما تقدم منا.

ويرد على الوجه الثاني ما أفاده الشهيد الثاني ره: بأن ثبوت ملك شئ لا يتوقف على مسلك له، ومع ذلك فيمكن دخول الخارج إلى الفضلة بشاهد الحال،

ولو أخرج الرواشن في النافذة فليس لمقابله منعه وإن استوعب عرض
الدرب ولو سقط فبادر مقابله لم يكن للأول منعه

كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطرق، فإذا انضم إلى ذلك اشتراكهم جميعاً في
التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم.
وعلى الثالث: إن أمانة الملكية ليست هي المرور، بل كون الشيء تحت
استيلائه، والطريق الواسع كذلك وإن كان في المرور يمر على بعضه.
وعلى الرابع: إنه لو كان في مقابله أيضاً باب كانا مشتركين فيه.
وأما التناقض الأول الذي ذكره فيمكن دفعه بأن مراد الأصحاب من كون
المرفوعة ملكاً لأربابها، ليس كونها ملكاً لجميع الأرباب بنحو الإشاعة في الجميع، بل
مرادهم أنها ليست مثل النافذة التي ليست ملكاً لأحد، ومرادهم بأربابها جنس الجميع
لا العموم الفرادي، فلا ينافي مع كون بعضها ملكاً لبعضهم خاصة.
وأما قوله ره: وأيضاً حكمهم بجواز اخراج الأقدم... الخ، فيرده منع الملازمة،
ومنع كون العلة في الأول هو مجرد الاشتراك حتى يتم في الفرع، بل لأنه اسقاط لحقه
السابق الثابت من دون تصرف جديد في مال الشريك فهو تصرف بعض في حقه
المشترك، بخلاف ادخال الباب في الفاضل، فإن الاستحقاق فيه ليس من جهة العبور
بل من جهة كونه من المرافق المحتاج إليها أحياناً لحط الأثقال ونحوه، والتصرف على
نهج يوجب استحقاق العبور فيه من دون الشركاء تصرف في المشترك بدون الإذن
واسقاط لبعض حق الشركاء. نبه على ذلك المحقق القمي ره.
(و) مما ذكرناه في المسألة المتقدمة يظهر أنه (لو أخرج الرواشن في النافذة
فليس لمقابله منعه وإن استوعب عرض الدرب، و) أنه (لو سقط فبادر مقابله لم
يكن للأول منعه) لأن الأول لم يملك الموضوع بوضع الرواشن فيه وإنما اكتسب
أولوية، فإذا زال زالت. اللهم إلا أن يقال: إن الهواء يملك مستقلاً، فباخراج الرواشن

ويستحب للجار وضع خشب جاره على حائطه مع الحاجة، ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع، أما بعده فبالأرث.

حازه المخرج وملكه ولا مزيل له، والمسألة محتاجة إلى التأمل.

وضع الجذوع على حائط الجار

الثامنة: إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره لم يجب على الجار إجابته، بلا خلاف، وفي المسالك: هذا عندنا موضع وفاق، لما دل على أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه (١).

(و) لكن (يستحب للجار وضع خشب جاره على حائطه مع الحاجة) لما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم: لا يمتنع أحدكم جاره أن يغرز خشبه في حائطه (٢) وفي خبر آخر: إن الجار يضع جذوعه في حائط جاره شاء أم أبي (٣) المحمولين على الاستحباب، سيما مع عدم ثبوت صحتهما.

(و) إنما الكلام فيما ذكره جماعة من أنه (لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع، أما بعده فبالأرث). ومورد الكلام أمور:

الأول: بعد ما لا كلام في أنه يجوز الرجوع قبل الوضع، اختلفوا في الرجوع بعد الوضع، وقد منع عنه الشيخ والأتباع، واستدلوا له بأن الإذن في مثل ذلك يقتضي الدوام كالإذن في دفن الميت في الأرض، بلزوم الضرر بالنقض حيث يفضي إلى

(١) الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلي - وباب ١ - من أبواب القصاص في النفس والمستدرک ج ١ ص ٢١٢.

(٢) أخرجه البخاري ج ٣ ص ١٦٤ كتاب المظالم والغصب ورواه مسلم ج ٥ ص ٥٧.

(٣) رواه الخرائطي من مكارم الأخلاق من حديث أبي هريرة كما عن المغني.

ولو تداعيا جدارا مطلقا فهو للحالف مع نكول الآخر، ولو حلفا أو نكلا فلهما. ولو اتصل ببناء أحدهما أو كان له عليه طرح فهو له مع اليمين،

فروع التنازع

التاسعة: في جملة من فروع التنازع.

منها: (ولو تداعيا جدارا) بين ملكيهما (مطلقا) والمراد بالاطلاق هنا أن لا يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لأحدهما شرعا، كاتصاله بأحدهما اتصال ترصيف بتداخل الأحجار، أو كون أس الجدار له، أو كونه مبنيا على جذع داخل في بنائه، أو كون وجه الجدار إليه بزيادات فيه من طرفه، وما شاكل. فإن كان الجدار في يديهما، أو لم يكن لأحدهما يد عليه، (فهو للحالف مع نكول الآخر). فإنه إذا كان في يديهما مقتضى اليد هو الشركة. فعلى كل منهما الحلف على ما يدعيه الآخر من كون مجموع الجدار له، فإن حلف أحدهما دون الآخر ثبت ما يدعيه. وإن لم يكن في يديهما، فيحتمل الشركة من غير الحلف، ويحتمل كونه من باب التداعي، وعلى التقديرين حيث إنه من المعلوم عدم خروجه عنهما، بل هو إما لهما أو لأحدهما، فلو حلف أحدهما مع نكول الآخر ثبت به حقه. (ولو حلفا أو نكلا فلهما)، لليد، أو العلم بعدم خروجه عنهما، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيحكم بالتنصيف. هذا كله مع عدم البينة لأحدهما، وإلا فيحكم بأنه له للبينة.

(ولو اتصل ببناء أحدهما) اتصال ترصيف (أو كان له عليه طرح) من قبة أو غرفة أو نحو تلك مما يكون لأحدهما اختصاص به (فهو له مع اليمين) إن لم يكن للآخر بينة، لصدق كون اليد له بذلك.

ويمكن أن يستدل له بصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام

ولا يتصرف الشريك في الحائط والدولاب والبئر والنهر بغير إذن شريكه،
ولا يجبر الشريك على العمارة

عن خص بين دارين: فزعم أن عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله القماط (١) المعتضد بخبر عمرو بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام أنه قضى في رجلين اختصما إليه في خص، فقال عليه السلام: إن الخص للذي إليه القماط (٢) وقد عمل معظم الأصحاب بهما. ودعوى أنهما قضية في واقعة - كما عن النافع - بعد كون الإمام عليه السلام ينقلها في مقام بيان الحكم، كما ترى.

لا اشكال (و) لا خلاف في أنه لا يجوز أن يتصرف الشريك في الحائط) كما لا يجوز له التصرف في سائر الأموال المشتركة من الدار (والدولاب والبئر والنهر) وما شاكل (بغير إذن شريكه) لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه. نعم، قد مر أنه لا دليل على حرمة الانتفاع بمال الغير إن لم يعد تصرفا، كالاستضاءة، بنور الغير. وربما يشبه الأمر في أنه من التصرف أم لا كاسناد المتاع إلى الحائط مع انتفاء الضرر، ومقتضى أصالة البراءة هو الجواز في الموارد المشكوك فيها.

(و) لو انهدم الجدار (لا يجبر الشريك على العمارة) إذ لا يجب على الانسان عمارة جداره المختص فضلا عن المشترك. وهذا لا كلام فيه، إنما الكلام في أنه هل تتوقف العمارة على إذن الشريك كما لعله المشهور، أم يجوز له البناء وإن نهاه كما عن الشيخ، أم يفصل بين إعادته بالآلة المشتركة فالثاني، وبين إعادته بآلة من عنده فالأول.

(١) الوسائل باب ١٤ من كتاب الصلح حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٤ من كتاب الصلح حديث ٢.

والقول قول صاحب السفلى في جدران البيت، وقول صاحب العلو في
السقف وجدران الغرفة والدرجة،

والأظهر هو الأول، لعدم جواز التصرف في ملك الغير بغير إذنه.
واستدل للثاني بأنه نفع واحسان في حق الشريك فلا يشترط رضاه، حيث إنه
يعمر حائطه ولا يغرمه في نفقته ولا ضرر فيه عليه. وفيه: إن إيصال النفع إلى الغير
والاحسان إليه بغير التصرف في ماله حسن ومطلوب، ومع التصرف في ماله حيث
ينطبق عليه عنوان قبيح فلا يكون حسنا.
واستدل للثالث بأنه على الأول يبقى شريكا كالأول، بخلافه على الثاني. وقد
ظهر مما مر ما فيه.

(و) منها: أنه لو تنازع صاحب العلو والسفل في جدارهما، ف (القول قول
صاحب السفلى في جدران البيت، وقول صاحب العلو في السقف وجدران الغرفة
والدرجة) كما هو المشهور بين الأصحاب، وقيل باشتراكهما في جدار السفلى
واختصاص صاحب العلو بجداره. عن الشيخ ره والشهيد اشتراكهما في السقف.
فها هنا أحكام.

١ - لو تنازعا في جدران البيت، فالظاهر تقديم قول صاحب السفلى، لأن
جدران البيت جزئه فيحكم بها لصاحبه.

٢ - لو تنازعا في السقف - والمراد به الحامل للغرفة المتوسط بينها وبين البيت
- فقد استدل لتقديم قول صاحب العلو بأن الغرفة إنما تتحقق بالسقف الحامل لأنه
أرضها، والبيت قد يكون بغير سقف، وهما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من
تحققها. وبأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى.
وبه يظهر اندفاع ما استدل به لما ذهب إليه الشيخ والشهيد من اشتراكهما
فيه، بأنه سقف لصاحب البيت وأرض لصاحب الغرفة، فكان كالجزم من كل منهما.

وأما الخزانة تحتها فلهما، وطريق العلو في الصحن بينهما والباقي للأسفل وللجار عطف أغصان الشجرة، فإن تعذر قطعها عن ملكه.

وأضعف من ذلك ما في الشرايع من الرجوع إلى القرعة لأنها لكل أمر مشتبه، إذ يرد عليه - مضافا إلى ما مر - أن غاية ما هناك كونه تحت يديهما فهما شريكان فيه. ٣ - لو تنازعا في جدران الغرفة، لا اشكال في تقديم قول صاحب العلو، لأنها جزء من الغرفة فيحكم بها لصاحبها.

٤ - لو تنازعا في الدرجة، فالظاهر تقديم قول صاحب العلو، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعة في الأرض التي هي لصاحب السفلى، لأن مجرد ذلك لا يوجب صدق اليد.

(فأما الخزانة تحتها فلهما) لأن لكل منهما شاهدا بملكها، إذ الظاهر كما مر أن الدرجة لصاحب العلو فيكون قرارها كالهواء له، وحيث إنها متصلة بما يملكه الأسفل بل هي من جملة البيوتات السفلى فظاهره كونه لصاحب السفلى، فيحكم بها لهما بعد التحالف.

(و) منها: ما لو تداعيا في الصحن، قالوا: (طريق العلو في الصحن بينهما والباقي للأسفل). وعللوه بأن صاحب العلو لما افتقر سلوكه إليه في التصرف من الصحن في قدر الممر كان له يد عليه دون باقي الصحن، وصاحب السفلى يشاركه في التصرف في ذلك وينفرد بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما لصدق كون يديهما عليه، بخلاف الباقي فإن يد الأسفل عليه خاصة.

(و) منها: إنه إذا خرج أغصان شجرة إلى ملك الجار، فعلى مالكها عطفها أو قطعها تحرزا من اشغال ملك الغير بملكه. (و) إن لم يفعل ف (للجار عطف أغصان الشجرة، فإن تعذر قطعها عن ملكه) لأن بقائه عدوان، وقاعدة حرمة التصرف في مال الغير لا تأتي في دفع الظلم والضرر عنه، ولذا لم يشك أحد في أنه إذا دخل بهيمة

وراكب الدابة أولى من قابض لجامها وصاحب الأسفل أولى بالغرفة المفتوح بابها إلى غيره مع التنازع واليمين وعدم البينة.

الغير داره له أن يخرجها منها.

نعم، يجب عليه أولاً مراجعة المالك ثم عطف الأغصان إن أمكن وإلا يقطعها، بل قد يظهر من التحرير أن للمالك الإزالة من دون استيذان من مالك الشجرة، بل صرح به المحقق الثاني ره، لأن إزالة العدوان أمر ثابت له وتوقفها على إذن الغير ضرر عليه، ولا يخلو عن وجه وإن كان الأول أحوط، وأحوط منه الاستيذان من الحاكم فرارا عن التصرف في ملك الغير بغير إذنه أو إذن من يقوم مقامه مع التمكن، والله العالم.

(و) منها: إن (راكب الدابة أولى من قابض لجامها) كما عن الشيخ وغيره، لظهور يد الاختصاص له. ولكن الظاهر أنهما سواء، كما عن الخلاف والسرائر والمحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك وغيرهم، لثبوت يد كل منهما عليها، ولا ترجيح لقوة تصرف الراكب وشدته بالنسبة إلى القابض ولا لزيادته، ولذلك ذهبوا إلى اشتراك الثوب بين شخصين لكل منهما يد عليه وإن كان تصرف أحدهما أزيد.

(و) منها: أنه لو تداعيا غرفة على بيت أحدهما وبابها إلى غرفة الآخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت، لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته التابع لقراره، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد يدا عرفا، وهذا هو مراد المصنف ره حيث قال: (وصاحب الأسفل أولى بالغرفة المفتوح بابها إلى غيره مع التنازع واليمين وعدم البينة) والله العالم.

قد تم الجزء التاسع عشر من كتابنا فقه الصادق ويتلوه الجزء العشرون من أول كتاب الديون، والحمد لله أولا وآخرا.