مستمسك العروة الوثقى

تأليف

فقيه عصره آية الله العظمى

السيد محسن الطباطبائي الحكيم قدس سره

١٣٠٦ - ١٣٩٠هـ / ١٨٨٩ - ١٩٧٠م

تحقيق

السيد محمد القاضي

الجزء العشرون

مُستمسِكٌ

بالعُروةِ الوُثقى

وَمَنْ يُسْلِمْ وَجْهَهُ إِلَى اللهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى

مُستمسَك

العُروة الوُثقى

تأليف

فَقِيهِ عَصرِهِ آيَةِ اللهِ العُظمى

السيّد محسن الطّباطبائي الحكيم قدس سره

١٣٠٦ ـ ١٣٩٠هـ / ١٨٨٩ ـ ١٩٧٠م

شبكة الفكر
alfeker.net

تحقيق

السيد محمد القاضي

الجزء العشرون

الحكيم ، محسن، ١٢٦٧ ـ ١٣٤٨.

العنوان مستمسك العروة الوثقى / الجزء العشرون / تأليف : السيد الحكيم قدس سره /

والمؤلف تحقيق: السيد محمد القاضي.

الناشر دار الهلال، ١٤٤١هـ.ق / ٢٠٢٠م

الموضوع الفقه الجعفري ـ القرن ١٤ ـ Islamic law, Ja'fari - 20th century

الإضافات اليزدي، محمد كاظم بن عبد العظيم، العروة الوثقى. شرح

تصنيف BP ١٣٩٥ ٤٤٠٢١٣٥ي/ ٥/ ١٨٣ BP

تصنيف ديوي : ٣٤٢ / ٢٩٧ الايداع في المكتبة الوطنية : ٤٢٣٥٠٥٧

الطبعة الأولى المحققة

١٤٤١هـ / ٢٠٢٠م

جميع الحقوق محفوظة

اسم الكتاب ..... مستمسك العروة الوثقى ـ الجزء العشرون

تأليف ..... السيد الحكيم قدس سره

تحقيق ..... السيد محمد القاضي

المطبعة ..... فاضل

العدد ..... ٥٠٠ نسخة

الناشر ..... دار الهلال

ISBN الدورة 978-600-6992-37-2

ISBN 978-600-6992-87-7

كتاب الشركة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه أجمعين، محمد وآله الغرّ الميامين، الطيبين، الطاهرين، المعصومين.

فصل

في أحكام الشركة

وهي عبارة عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد ملكاً أو حقاً(١).

فصل في أحكام الشركة

(١) قال في الشرائع: «الشركة اجتماع حقوق الملّاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع»[١]، ونحوه في القواعد وغيرها[٢]، بل هو المشهور.

وفي جامع المقاصد: «في التعريف نظر؛ لانتقاضه بالشركة في القصاص، وحد القذف، والخيار، والرهن، والشفعة، ونحو ذلك، فإنه ليس هناك ملك حقيقي، فلا مالك حقيقة، وقد صرحوا بأن هذا أحد أقسام الشركة الثلاثة»[٣].

وفيه: أن المراد من الملّاك ما يشمل ذوي الحقوق التي منها ما ذكره، إذ الحقوق نوع من الأملاك، والحق نوع من الملك والاختلاف بينهما بحسب المورد لا غير، كما أوضحناه في بعض مباحث هذا الكتاب[٤].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٠٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٥/ تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٠٧.

(٣) جامع المقاصد ٨: ٨.

(٤) تقدّم في ج ٦ ص ٣٤٩.

وهي إما واقعية قهرية، كما في المال أو الحق الموروث.

وإما واقعية اختيارية، من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو حفرا بئراً، أو اغترفا ماءً، أو اقتلعا شجراً.

وإما ظاهرية قهرية(١)، كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما

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

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما ذكره المصنف عدولاً عن تعريف المشهور، إذ زاد قوله رحمه الله: «ملكاً أو حقاً» فراراً عن الإشكال المذكور.

لما عرفت من عدم ورود الإشكال في نفسه.

ونقص تقييد على سبيل الإشاعة مع الحاجة إليه، إذ لولاه لصدقت الشركة فيما إذا كان خشب البيت لشخص، وسائر آلاته لآخر، وأرضه لثالث؛ لصدق كون الشيء الواحد لأكثر من واحد، مع أنه لا شركة هنا، كما صرحوا بذلك[1].

وحمل الواحد على البسيط الذي لا يتجزأ، كما ترى!.

وكأن عذره أن الشركة التي يقصد تعريفها غير الشركة بالمعنى الشرعي، كما سيأتي في كلامه قريباً.

(١) قال في الشرائع: «وكل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان

---

(١) جامع المقاصد ٨: ٧/ مسالك الأفهام ٤: ٣٠٢.

. . . . . .

تحققت فيهما الشركة، اختياراً كان المزج أو اتفاقاً»[١]، وألحقه في الجواهر بقوله: «مقصوداً به الشركة أو لا، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»[٢].

وفي القواعد: «وتحصل الشركة بالمزج، سواء كان اختياراً أو اتفاقاً»[٣]، ونحوهما عبارات غيرهما.

والظاهر منها كون الشركة واقعية تتبدل ملكية كل منهما للجزء المعين في نفس الأمر بالجزء المشاع.

لكن في الجواهر خصّ ذلك بما إذا كان المزج بقصد الشركة، أما إذا كان قهراً ـ كما في مفروض كلام المصنف ـ أو اختياراً لا بقصدها، فالمراد من الشركة الحكمية، يعني تجري أحكام الشركة حينئذٍ ويعامل معاملتها في الأحكام، مع بقاء الملكية بمالها من تعلقها بالجزء المعين الخارجي في نفس الأمر، بحيث لو فرض العلم ببعضه لأحدهما لم يكن للآخر شركة فيه، بل لو فرض بقاء ما ليس هو إلا لأحدهما أمكن حينئذٍ الرجوع إلى القرعة عند القائل بها في مثله... إلى آخر ما ذكر مما يرجع إلى نفي ملكية الجزء المشاع.

وكأن هذا هو المراد من الظاهرية في عبارة المتن، بل في بعض عبارات الجواهر أيضاً، فالمراد الشركة الحكمية الواقعية، لا الشركة على وجه الإشاعة لكنها ظاهرية؛ لأن جعل هذه الملكية إما مع بقاء الملكية للجزء المعين أو مع انتفائها، فعلى الأول يلزم اجتماع ملكيتين في موضوع واحد لمالكين، وعلى الثاني لا ملكية واقعية سوى ملكية المشاع، فكيف تكون ملكية المشاع ظاهرية؟!

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٠٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩١.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٦.

. . . . . .

اللهم إلا أن يكون مجرد اصطلاح.

وكيف كان، فـــما في الجواهر هو الذي تقتضيه القواعد العامة، ولا دليل على تبدل الملكية حقيقة، و الأصل عدمه.

والإجماع على التبدل غير ثابت.

ولا سيما بملاحظة أن ســـببية المزج للشركة لم يذكره الشيخ ولا غيره من القدماء، وإنما ذكره المتأخرون، على ما قيل.

وعلى هذا لا يعتبر في حصـــول الشركة بالمعنى المذكور ـ أعني الحكمية ـ اتحاد الجنس، ولا اتحاد الوصف، بل تكون حتى مع تعدد الجنس وفقد التمييز، كما في مزج الدبس بالخل، ودقيق الحنطة بدقيق الشـــعير، ودهن الحيوان بدهن النبات، ودهن اللوز بدهن الجوز.

ومع وحدة الجنس واختلاف الوصف، كمزج الحنطة الحمراء بالصفراء.

ومع اختـــلاف الجنس واختـــلاف الوصف، مثل خلط المـــاش بالرز، والحنطة بالشعير، إذا فرض تعذر عزل بعضها عن بعض، فإن الحكم في الجميع هو الشركة الحكمية، ولا وجه لذكر القيود المذكورة في كلامهم.

وبالجملة: الشركة الحكمية ـ بمعنـــى ترتيب آثار الشركة وأحكامها ـ لا تتوقف على أكثـــر من الامتزاج، فيكفي ذلك فيه وإن كان تميز بين الأجزاء مثل الأمثلة التي ذكرناها.

ومن ذلك يظهر إشـــكال ما في الجواهر، فإنه اعترف بأن الشركة في مزج

.....

المالين حكمية، واعتبر فيها عدم التميز بين الأجزاء، فلاحظ كلامه[١].

هذا ولكن التحقيق: أن الامتزاج بين المالين الموجب لارتفاع التميز بينهما موجب للشركة الحقيقية ـ كما هو ظاهر الأصحاب وإن كانت أجزاء المالين متميزة في نفس الأمر ـ فإن ذلك من الأحكام العرفية الممضاة لدى الشارع المقدس.

بل إن ذلك ـ في الجملة ـ من الضروريات الفقهية والعرفية، وقد حكي عن التذكرة الإجماع عليه[٢]، وفي المسالك: أنه لا خلاف فيه[٣].

نعم، قد يقع الإشكال في عموم الحكم وخصوصه، والمحكي عن المقداد أنه قال: «الفائدة الثانية: الشركة أمر حادث، وكل حادث لا بد له من سبب، والسبب هنا قد يكون إرثاً، وقد يكون حيازة ـ كما لو اقتلعا شجرة، أو اغترفا ماء بآنية ـ وقد يكون مزجاً، كما إذا مزجت الأجزاء المتساوية المصغرة بحيث لا يتميز جزء عن جزء كالأدقة والأدهان، لا كالحنطة والذرة والدخن والسمسم والدراهم الجدد والعتق»[٤].

والظاهر عدم الشركة في امتزاج الحنطة بمثلها، والذرة بمثلها، وكذا الدخن والسمسم.

وحمله في الجواهر على إرادة عدم الشركة في امتزاج الأمور المذكورة بغيرها، لا بمثلها[٥].

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢٨٨ ـ ٢٨٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٢٨.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ٣٠٦.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ٢٠٧.

(٥) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٣.

.....

لكنه خلاف الظاهر جداً.

وفي الشرائع: «أما ما لا مثل له ـ كالثوب والخشب والعبد ـ فلا يتحقق فيه المزج»[١].

وحمل على أن المراد عدم الشركة في مزج القيميات مثل الثوب والعبد والخشب، فيكون ذلك تفصيلا فيه بين المثلي والقيمي.

لكن الظاهر من عبارته اعتبار المزج في حصول الشركة، ولا يتحقق ذلك في مثل الأمثلة المذكورة، بل يكون من اشتباه أحد المالين بالآخر، والمرجع فيه القرعة.

والمتحصل مما ذكرنا أمور:

الأول: أن التعبير عن الشركة في المقام بالظاهرية لم يكن مذكوراً في كلام الأصحاب، وإنما هو مذكور في كلام المصنف، وفي الجواهر في بعض مباحث الشركة غير هذا المقام.

الثاني: أن الشركة مع اتحاد الجنس والوصف شركة حقيقية واقعية.

الثالث: أن الشركة مع الامتزاج بين الجنسين ـ سواء انتفى التميز مثل خلط الأدهان ومثل خلط الدبس بالخل، أم كان تمييز، مثل خلط الحنطة بالشعير ـ أو بين أفراد جنس واحد مع اختلاف الوصف ـ مثل الحنطة الحمراء بالصفراء ـ شركة حكمية، بمعنى: أنه لا يجوز لأحد المالكين التصرف بدون إذن الآخر، ويجوز المطالبة بالقسمة، وأن العوض يكون مشتركاً بين المالكين.

الرابع: أن وجه الحكم في المقامين بناء الفقهاء الموافق لبناء العرف.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٠٥.

.....

الخامس: أن ما ذكره في الجواهر من حمل الشركة على الشركة الحكمية إن كان ذلك خلافاً منه للفقهاء كان المناسب له التعرّض للوجه المسوغ له، مع ظهور الإجماع عليه، أو دعواه صريحاً، ونفي الخلاف فيه.

وإن كان ذلك شرحاً لمراد الفقهاء كان المناسب له أيضاً التعرض لوجهه، فإنه خلاف الظاهر.

ولا سيما بملاحظة الشروط المذكورة في كلامهم من اتحاد الجنس وعدم التميز، فإن هذه الشروط لا تكون شرطا في الحكمية كما عرفت.

هذا وفي الرياض: «واعلم أن المستفاد من كلمة الأصحاب في المقام سيما كلام الفاضل في التذكرة ـ في دعوى الإجماع على حصول الشركة بمزج العروض والأثمان مزجاً لا يتميز معه المالان ـ عدم اشتراط عدم التمييز في نفس الأمر، بل يكتفى بعدمه في الظاهر وإن حصل في نفس الأمر.

وهو منافٍ لما ذكروه في التعريف من أنها اجتماع الحقوق على الإشاعة، فإن الظاهر حينئذٍ منها حيث تطلق أن لا يفرض جزؤ إلا وفيه حق لهما، وبه صرح الفاضل المقداد في شرح الكتاب ـ يعني النافع ـ ... إلى أن قال: بقي الكلام في التوفيق بين التعريف وما هنا، والخطب سهل بعد الإجماع على ما هنا، لعدم الدليل على ما في التعريف من اعتبار الإشاعة بالمعنى المتقدم»[1].

والظاهر منه أن الشركة في المالين الممتزجين على نحو لا يتميز أجزاؤها في الظاهر ليست على الإشاعة، بل على شكل آخر وإن لم يتعرض له.

وهو كما ترى! فإن الإجماع الذي ادعاه كما كان على الشركة كان على كون

(١) رياض المسائل ٩: ٣١٩/ تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٢٨، ٣٣٠/ التنقيح الرائع ٢: ٢٠٧.

ـ ولو بفعل أجنبي ـ بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد، كمزج حنطة بحنطة، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير(١)، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس.

وإما ظاهرية اختيارية، كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض

الشركة على نحو الإشاعة.

وهذا هو مراد الجواهر من قوله في الإشكال على الرياض: «إن التعريف للشركة الشرعية الموجبة للملك على الإشاعة التي قد ذكروا أسبابها بعد تعريفها»[١].

وكأنه يخالف ما ذكره سابقاً من كون الشركة حكمية لا حقيقية.

على أن الشركة لا بمعنى الملك على الإشاعة ليست من الأحكام الشرعية، بل الأحكام الواقعية التابعة لأسبابها الواقعية، نظير الشركة في النسب، والبلد، والمهنة، وليس من وظيفة الفقهاء التعرّض لها.

(١) قال في الشرائع بعد العبارة المحكية سابقاً: «ويثبت ذلك في المالين المتماثلين في الجنس والصفة»[٢].

وظاهره اختصاص الشركة بذلك فيكون امتزاج الجنسين أو الفردين من جنس واحد مع اختلاف الصفة خارجاً عن مورد الشركة الحقيقية، وإن كان داخلاً في مورد الشركة الحكمية.

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٣.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٠٥.

تمييزهما اختص كل منهما بماله(١).

وأما الاختلاط مع التميز فلا يوجب الشركة ولو ظاهراً(٢)،

---

(١) هذا لا يدل على انتفاء الشركة قبل التميز الحادث من باب الاتفاق، لإمكان انفساخ الشركة بهذا التميز.

نظير: ما إذا وقع مقدار من البول في كر من ماء، فإنه لما صار مستهلكاً بالامتزاج صار طاهراً، فإذا أخذ كف منه فذلك المقدار طاهر يجوز شربه والوضوء به، فإذا اتفق عروض بعض الطوارئ الموجب لتميز البول، صار البول نجساً بعد أن خرج عن حال الاستهلاك إلى حال الوجود العرفي.

(٢) إذا كان الاختلاط بالمزج، مثل اختلاط الحنطة البيضاء بالصفراء، فقد عرفت أنه مع تعذر التخليص والعزل فهو أيضاً يوجب الشركة الحكمية[1]، ولو فرض إمكان العزل والتخليص بقي كل مال لمالكه من دون تبدل الأحكام.

وإذا كان الاختلاط بدون مزج ـ كما إذا وضع ثوباً في ثياب زيد، أو قوساً في أقواس عمرو ونحو ذلك ما لا مزج فيه ـ فإن كان تميز فلا إشكال في أن كلا من العينين لمالكه كما قبل الاختلاط، وإذا لم يكن تميز فهذا من اشتباه المال بالمال، فكل من المالين مردد بين المالكين، فيرجع إلى القرعة في تعيين مالكه.

نعم، لو فرض تعذر العمل بالقرعة لكثرة الثياب ـ كما إذا خلط مائة ألف ثوب لزيد في مائة ألف ثوب لعمرو ولم يكن تميز بين الثياب ـ يرجع إلى الشركة الحكمية.

ومن ذلك تعرف أن باب اشتباه أحد المالين بالآخر أجنبي عن باب المزج بلا تميز.

---

(١) تقدّم في ص ١٠.

إذا مع الاشتباه(١) مرجعه الصلح القهري(٢) أو القرعة.

وإما واقعية، مستندة إلى عقد غير عقد الشركة، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها(٣).

وإما واقعية منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه، ويسمى عندهم بالتشريك، وهو صحيح لجملة من الأخبار(٤).

---

(١) كأنه يريد أنه مع عدم الاشتباه يبقى كل مال لمالكه من دون تبدل في الأحكام، ولوضوح ذلك لم يتعرض لحكمه.

وقد عرفت أنه مع عدم الاشتباه تكون الشركة حكمية، إذا كان من قبيل مزج الحنطة الصفراء بالبيضاء[١].

(٢) الظاهر أن المراد من الصلح القهري الشركة الحكمية، فالصلح يكون في مقام تمييز الحقوق والقسمة، لا قبل ذلك، وإلا كان هو الشركة الحقيقية.

(٣) هذا من الواضحات ومصرح به في كلامهم.

(٤) منها صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشارك في السلعة، قال: إن ربح فله، وإن وضع فعليه»[٢].

وصحيح الحلبي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها، فأتى رجل من أصحابه فقال يا فلان أنقد عني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك، فنقد عنه، فنفقت الدابة قال: ثمنها عليهما، لأنه لو

---

(١) تقدّم في ص ١٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٥، ب١ ـ الشركة ـ حديث: ١.

وإما واقعية منشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله، ويسمى هذا بالشركة العقدية ومعدود من العقود(١).

كان ربح فيها لكان بينهما»[١]، ونحوهما غيرهما.

وأما مثل صحيح إسحاق بن عمار قال: «قلت للعبد الصالح عليه السلام: الرجل يدل الرجل على السلعة فيقول: اشترها ولي نصفها، فيشتريها الرجل وينقد من ماله، قال: له نصف الربح، قلت: فإن وضع يلحقه من الوضيعة شيء؟ قال: عليه من الوضيعة كما أخذ الربح»[٢]، ونحوه غيره.

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

(١) قال في المسالك: «وهي يعني: الشركة تطلق على معنيين أحدهما: ما ذكره المصنف في تعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه المذكور وهذا هو المتبادر من معنى الشركة لغة وعرفاً... إلى أن قال: وثانيهما: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع.

وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود، ويلحقها الحكم بالصحة و البطلان، وإليه يشير المصنف رحمه الله فيما بعد بقوله: «قيل: تبطل الشركة، أعني: الشرط والتصرف، وقيل: تصح».

ولقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره؛ لأنها المقصود بالذات هنا، أو ينبه عليهما معاً على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها وأحكامها، ولكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الأول»[٣].

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٥، ب ١ ـ الشركة ـ حديث: ٢.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ٣٠١

. . . . . .

لكن في القواعد ذكر تعريفها بما سبق، ثم قال: «وأقسامها أربعة شركة العنان... إلى أن قال: وأركانها ـ يعني شركة العنان ـ ثلاثة المتعاقدان...»[١].

وظاهر ذلك أن التعريف إنما هو للشركة العقدية، ولذلك أشكل عليه في جامع المقاصد: بأنه إن كان غرضه البحث عن الشركة التي يجوز معها التصرف فحقه أن يعرف هذا القسم، وإن كان غرضه البحث عن أحكام مطلق الشركة فعليه أن يقيد قوله: «وأركانها».

ثم ذكر أن الشركة لها معنيان:

الأول: مطلق اجتماع حقوق الملاك في واحد على سبيل الشياع.

والثاني: هو الذي ينتظم في قسم العقود ويجري عليه أحكام الفساد والصحة.

والأحسن ما يقال في تعريفها: أنها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع. انتهى[٢].

و في الحدائق ـ بعد ما ذكر ما حكيناه عن المسالك ـ قال: «لا يخفى على من تأمل الأخبار الجارية في هذا المضمار أنه لا يفهم منها معنى للشركة غير ما ذكره الفاضلان ونحوهما، كالشهيد في اللمعة وغيره، وهو المتبادر لغة وعرفا من لفظ الشركة، وهذا المعنى الذي ذكره لا يكاد يشم له رائحة منها بالمرة».

ثم حكى كلام الروضة الذي هو مثل ما في المسالك، ثم أشكل عليه بما أشكل به على المسالك[٣].

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٥.

(٢) جامع المقاصد ٨: ١١.

(٣) الحدائق الناضرة ٢١: ١٤٨.

. . . . . .

هـــذا ولا يخفى أن المراد من الشركة العقديـــة ـ في كلام الجماعة ـ إن كان إنشاء مفهوم الشركة بالعقد، فلا ينبغي التأمل في صحة ذلك عرفاً، فكما يصح إنشاء الشركة من قبل الشارع في الميراث مع تعدد الوارث، وفي الحيازة مع تعدد الحائز، يجوز إنشـــاؤها بعقد المتعاقدين، ســـواء كان المال من أحد الشخصين فيشرك الآخر فيه ـ كما سبق ـ أم من كل من الشخصين فيشرك كل منهما صاحبه، فيقول أحدهما مثلاً: اشتركنا، ويقول الآخر: قبلت.

وقد دلت الأخبار على ذلك كله، كصحيحي هشـــام بن ســـالم والحلبي المتقدمين[١].

ومثل صحيح علي بـــن رئاب: «قال أبو عبـــد الله عليه السلام: لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبضعه ولا يودعه وديعة»[٢]، ونحوه غيره.

وإن كان المراد من الشركة العقدية إنشاء الإذن في التصرف ـ كما قد يظهر من عبارتي جامع المقاصد والمسالك المتقدمتين، ونحوهما عبارات غيرهما، قال في القواعد: «وأركانها ثلاثـــة: المتعاقدان... إلى أن قال: والصيغة، وهو ما يدل على الإذن في التصرف، ويكفي قولهما اشتركنا»[٣] ونحوها غيرها.

فإنشـــاء الإذن ليس من العقـــود، بل من الإيقـــاع، ولا يرتبط بمفهوم الشركة، وليس هو من لوازمه، ولا مما تشير إليه النصوص كما ذكر في الحدائق.

وإن أريد من الشركة العقدية الاشـــتراك المنشأ بالعقد، بشرط الإذن في

---

(١) تقدّما في ص ١٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٨، ب ٢ من أبواب الشركة ـ حديث: ١

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٥.

ثـــم إن الشركة قد تكـــون في عين وقد تكـــون في منفعة وقد تكون في حق، وبحسب الكيفية إما بنحو الإشاعة وإما بنحو الكلي في المعـــين(١)، وقد تكون على وجه يكـــون كل من الشريكين أو

التصرف بهما، فهو أيضاً مقتضى عمومات الصحة في العقد وفي الشرط.

ولا يظن من صاحـــب الحدائق أو غيره إنكاره، إذ هو شركة بشرط، كما لو اشـــتركا بشرط أن يكون التصرف لثالث، أو لأحدهما بعينه، وغير ذلك من الشرائط، فإنه لا بد من القول بصحته، عملاً بعموم الأدلة.

ثم إنه قد يستشـــكل في صحة إنشـــاء الشركة بين مالكين في ماليهما: بأنه لا بد من مزج المالين في صحة الشركة العقدية، مع أن المزج نفسه يقتضي الشركة.

ويندفع: بـــأن المزج إنما يقتضي الشركة إذا لم تكن منشـــأة، أما إذا فرض إنشاؤها فلا يقتضي شيئاً.

مع أن المزج قد لا يقتضي الشركة الحقيقية، كما عرفت.

مضافاً إلى الإشكال في اعتبار المزج الذي هو من أسباب الشركة في صحة الشركة العقدية، كما سيأتي الكلام في ذلك.

(١) في الجواهر: «لا إشكال في صدق الشركة معه ولا إشاعة، اللهم إلا أن يراد منها عدم التعيين، لا خصوص الثلث والربع ونحوهما»[1].

وما ذكره غير ظاهـــر، فإن معنى الشركة في المملوك كون الملك على نحو الجزء المشـــاع، كما ذكره الأصحاب، وحمل الإشـــاعة على معنـــى عدم التعيين خلاف المقطوع به من كلامهم، فحملها على ذلك لا مقتضي له.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢٨٦.

الشركاء مستقلاً في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة(١)

وعليه فلا شركة في المقام، ولا وجه لنفي الإشكال في صدقها.

إلا أن يراد بها الاشتراك في عنوان من العناوين والمماثلة فيه، كما في البيت الواحد الذي يملك حجارته شخص وخشبه آخر وطينه ثالث، فإن هؤلاء اشتركوا في وصف من الأوصاف، وهو تملك شيء من هذا البيت، والشركة في ملك الصاع من الصبرة من هذا القبيل، لاشتراك المالكين في صفة المالكية في الصبرة وإن اختلف المملوك، وهذا خلاف معنى الشركة في المملوك التي هي محل الكلام.

(١) عن الشهيد في بعض حواشيه: أن ملك الفقراء للزكاة على البدل لا الجميع في عرض واحد، فلا اشتراك[١].

وفي الجواهر: أن المالك للزكاة الجنس لا الفرد، وذكر أنه لا ريب في ملك الفقراء للزكاة في الجملة[٢].

وفيه: أن الملكية إن كانت مستفادة من اللام في قوله تعالى: ﴿**إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ...**﴾[٣]، فاللام فيه ليست للملك، وإنما هي للمصرف بقرينة بقية الأصناف، مثل في الرقاب، وفي سبيل الله تعالى الذي لا يظن من أحد الالتزام بالملك فيه، والتفكيك بين الأصناف بعيد جداً.

وإن كانت مستفادة من غيره فغير ظاهر.

وأما ما ذكره المصنف من كون كل من الفقراء مستقلاً بالتصرف بالزكاة

---

(١) عنه في جامع المقاصد ٨: ٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ٢٨٦.

(٣) سورة التوبة: ٦٠ .

والسادة في الخمس(١) والموقوف عليهم في الأوقاف العامة(٢) ونحوها.

فغريب، فإنه لا يجوز للفقير التصرف في الزكاة بدون إذن الولي، وهو المالك أو الحاكم الشرعي، فضلاً عن أن يكون مستقلاً بالتصرف.

(١) ظاهر الآية الشريفة: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لله خُمُسَهُ﴾[1] هو الملكية، ولا مانع من ثبوت هذه الملكية بالنسبة إليه تعالى، كثبوتها في النذر مثل: (لله عليّ أن أتصدّق)، فإن الصدقة تكون مملوكة له تعالى، على نحو ملكية زيد للدينار في قول المقر: (لزيد عليّ دينار).

نعم، لا يمكن حملها على ملكية الأفراد، وإلا لزم البسط، ولا يقول المشهور به، وللزم انتقال المال إلى وارثه ولو لم يكن هاشمياً.

فالمتعيّن أن يكون المالك الجنس العاري عن الخصوصيات الفردية، وبتعيين المالك يصير الفرد مالكاً، وحينئذٍ لا معنى للاشتراك بين الأفراد على نحو الاستقلال في التصرف.

(٢) الأوقاف العامة إنما كان الوقف فيها على نحو البذل من دون ملك للموقوف عليهم ولا رائحة الملك، فإن كتب العلم موقوفة على أن تبذل الطلبة، والمدارس موقوفة على أن تبذل للطلبة، ومنازل المسافرين موقوفة على أن تبذل للمسافرين من دون ملك ولا مالك.

ولذلك إذا غصبت فسرق الكتاب غير الطلبة لا يضمن منافعه بالاستيفاء، وكذلك المدرسة إذا اغتصبها غير الطلبة فسكنوها لا يكون ضماناً لمنافعها عليهم، بل ليس إلا الغصب وفعل الحرام.

---

(١) سورة الأنفال: ٤١ .

(مسألة ١): لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال(١) بل الأعيان، فلا تصح في الديون(٢)، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح.

وكذا لا تصح في المنافع، بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلاً.

ولو أراد ذلك(٣) صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلاً وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار.

ولو فرض إن كان للساكن من غير الطلبة عذر شرعي، من غفلة أو ضرورة أو نحو ذلك، فلا أثم ولا ضمان عليه.

(١) في مقابل الشركة في الأبدان وأختيها.

(٢) لما يأتي من شرطية الامتزاج بين المالين في الشركة العقدية، وهذا متعذر في الديون، وكذا في المنافع.

ولأجل ذلك كان المناسب تأخير هذه المسألة عن المسألة الرابعة المتضمنة لشرطية الامتزاج.

(٣) يعني: لو أرادا نفس المشاركة في المنافع صالح أحدهما الآخر عل نحو المعاوضة بين الحصتين، أو على نحو تكون المعاوضة بين التمليكين، فيقول: صالحتك على أن تملك حصة من مالي في مقابل أن أملك حصة من مالك.

أو على نحو آخر من دون معاوضة بين العينين، ولا بين التمليكين، فيقول: صالحتك على أن تكون حصة من مالي لك وحصة من مالك لي.

وكذا لا تصح شركة الأعمال(١) وتسمى شركة الأبدان أيضاً، وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً، أو كان عمل أحدهما الخياطة والآخر النساجة، وسواء كان ذلك في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما.

ففي جميع ذلك تحصل الشراكة بينهما في ماليهما، وكذلك إذا كان بطريق الهبة المشروطة، فيهب أحدهما حصته من ماله لصاحبه بشرط أن يهبه الآخر حصته من ماله.

أو بطريق بيع الحصة على صاحبه بثمن، ثم شراء حصة صاحبه بذلك الثمن.

كل ذلك لعدم اعتبار المزج في هذه العقود بخلاف الشركة، فإن انشاءها لا يصح إلا بالمزج، على ما سيأتي بيانه، ولا يمكن ذلك في المنفعة.

(١) بلا خلاف معتد به أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منه مستفيض أو متواتر، كذا في الجواهر[١].

وفي مفتاح الكرامة: «أجمعوا على نقل الإجماع، إذ هو محكي في تسعة عشر كتاباً أو أكثر، كما سمعت، وهو معلوم محصل قطعاً»[٢].

وعن المختلف: أنه استدل على البطلان بإجماع الفرقة، وبأن الأصل عدم الشركة، ولأنه غرر عظيم، ولأن الشركة عقد شرعي فيقف على الإذن فيه[٣].

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٦.

(٢) مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٢٤.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٣٠.

.....

وفي الجواهر: استدل عليه بـ«الأصل السالم عن معارضة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] بعد ما عرفت، والتراضي بما لم يثبت شرعيته غير مجدٍ، والمراد بالتجارة عنه ما ثبت التكسب به شرعاً»[٢]، انتهى.

والإشكال عليه ظاهر فإن عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لا مخصص له إلا دعوى الإجماع على البطلان، وعليه لا مجال للرجوع إلى الأصل معه.

ولا وجه لدعوى كون المراد من التجارة عن تراض ما ثبت التكسب به، أو ما ثبت شرعيته، فإن ذلك خلاف الإطلاق المقامي الموجب للتنزيل على المعنى العرفي.

ولا يظهر الفرق بين عموم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وعموم: ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[٣]، حيث جعل الإجماع مقيداً للأول، ولم يتعرض لذلك في الثاني.

والذي تحصل من كلماتهم في المقام أن العمدة دعوى الإجماع.

وفي كلام الأردبيلي قدس سره: «لا يظهر دليل على عدم الجواز إلا الإجماع، فإن كان فهو، وإلا فلا مانع»[٤].

ويمكن أن يقال: إن العامل إذا آجر نفسه لعمل كانت الأجرة عوض العمل فتكون في ملك العامل، فجعلها لغيره بعقد الشركة خلاف مقتضى دليل صحة الإجارة، فإذا كانت الإجارة صحيحة كانت الشركة باطلة، وإذا كانت الإجارة باطلة فالشركة أيضاً باطلة، لأنها مبنية عليها، فيعلم ببطلان الشركة

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٦.

(٣) سورة النساء: ٢٩.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٩٣.

ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين(١) وصالحه الآخر أيضاً(٢) نصف منفعته بذلك العوض.

ولا تصح أيضاً شركة الوجوه(٣)، وهي أن يشترك اثنان

على كل من تقديري صحة الإجارة وبطلانها.

نعم، لو كان مفاد شركة الأعمال الاشتراك في الأجر بعد ما يدخل في ملك العامل منهما، بحيث يخرج من ملك العامل إلى ملك الشريك لم يجر الإشكال المذكور، وكانت صحتها على طبق القواعد العامة.

وكذا لو كان مفادها تشريك كل منهما الآخر في منفعته التي تقابل بالأجر والعوض لم يتوجّه الإشكال المذكور، كما سيأتي نظيره في كلام المصنف.

(١) فيكون التشريك في المنفعة بعنوان المصالحة لا بعنوان التشريك، كما سبق منا في الحاشية السابقة.

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

(٣) وجه البطلان فيها عندهم هو الوجه فيه في شركة الأعمال، وفي مفتاح الكرامة: «والحجة على بطلانها ـ بعد الإجماع ـ الأصل، والغرر، والضرر، وأنه عقد يتوقف على الإذن»[1].

والعمدة دعوى الإجماع.

---

(١) مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٢٨.

وجيهان لا مال لهما(١) بعقد الشركة على أن يبتاع كل منهما في ذمته إلى أجل(٢) ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما.

(١) هذا المعنى أحد الوجوه المذكورة في تفسيرها، وفي المسالك: أنه الأشهر[١]، وفي التذكرة: أنه أشهرها[٢]، انتهى.

(٢) ظاهر العبارة أن الثمن جميعه في ذمة المبتاع وإن كان قد ابتاع المثمن لهما معاً، وفي الجواهر لم يتعرّض لكون الثمن في ذمة المبتاع أو ذمتهما، واقتصر على كون الابتياع لهما معاً[٣].

وفي التذكرة قال في تفسيرها: «ليبتاعا في الذمة إلى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما»[٤]، ونحوه عبارة المسالك[٥].

وظاهره أن الابتياع لهما والثمن في ذمتهما معاً.

وكيف كان، فإن كان المراد ما ذكره المصنف رحمه الله من كون الابتياع لهما والثمن في ذمة المبتاع المباشر فالمعاملة في نفسها باطلة، بناءً على المشهور من وجوب دخول كل من العوضين في ملك من خرج منه الآخر، فإن الابتياع إذا كان لهما فقد دخل في ملك كل منهما نصف المبيع، فيجب أن يخرج من كل منهما نصف الثمن، ولازمه كون نصف الثمن في ذمة أحدهما والنصف الآخر في ذمة الآخر، لا أن يكون تمام الثمن في ذمة أحدهما المباشر.

(١) مسالك الأفهام ٤: ٣٠٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٦: ٣١٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٨.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٦: ٣١٢.

(٥) مسالك الأفهام ٤: ٣٠٨.

وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح وكّل كل منهما الآخر في الشراء(١) فاشترى لهما وفي ذمتهما.

نعم، بناءً على أن اللازم في المعاملات المعاوضية أن يدخل العوض في ملك مالك المعوّض، ولا يلزم العكس كما هو الظاهر، تصح المعاملة المذكورة.

وحينئذٍ لا موجب لبطلان الشركة إلا الإجماع، وسيأتي.

(١) الفرق بين هذا وما قبله ـ بناءً على ما ذكره المصنف ـ أمران:

الأول: أن الشراء فيما قبله لهما كان بالإذن، وهنا بالوكالة.

الثاني: أن الشراء فيما قبله كان بذمة أحدهما، وهنا بذمتهما معاً.

وعلى ما هو ظاهر التذكرة وغيرها يكون الفرق بين هذا وما قبله بالإذن فيما قبله وبالوكالة فيه.

لكن هذا الفرق لا يصح أن يكون فارقاً قطعاً، والمظنون ـ كما هو ظاهر المبسوط ـ أن المراد من شركة الوجوه أن يبتاع كل من الشريكين لنفسه بثمن في ذمته على أن يكون الربح بينهما.

و حينئذٍ يتوجَّه الإشكال المتقدِّم في شركة الأبدان: من أن الربح يتبع الأصل بمقتضى المعاملة، فلا يمكن أن يجعل بعضه لغير مالك الأصل، إلا بدليل خاص، وهو مفقود، ولا بد حينئذٍ من القول بالبطلان.

ولولا ذلك أشكل القول بالبطلان، كما أشكل الاعتماد على الإجماع في البطلان، لعدم تحصل معقد الإجماع، إذ قد عرفت أن شركة الوجوه قد فسرت بمعان أربعة، أظهرها أو أشهرها ما ذكره المصنف رحمه الله.

.....

وفي القواعد فسرها: بأن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه، وخصه بالبطلان[١].

وهذا المعنى ذكره في التذكرة آخر المعاني الأربعة.

وذكر قبله أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، والمال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، والربح بينهما.

وذكر قبلهما أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل، ويكون الربح بينهما[٢]، عكس المعنى المذكور في القواعد.

ويظهر منهم أن معقد الإجماع مردد بين هذه المعاني، فهو واحد منها مردد بينها.

كما يظهر أيضاً ـ من الاقتصار على واحد منها في كلام بعضهم ـ أن الإجماع لم يكن على البطلان في الجميع.

وحينئذٍ كيف يعتمد على مثل هذا الإجماع المردد معقده؟! ولا سيما بملاحظة أن المعنى الثالث نوع من المضاربة الصحيحة، لا يختلف عنها إلا في خصوصية الوجاهة والخمول، ومن المعلوم أن هذين القيدين لا يوجبان اختصاصه بالبطلان، ولم يذكر الأصحاب في شروط صحة المضاربة انتفاء القيدين المذكورين.

نعم، المعنى الذي ذكره في القواعد وعكسه من قبيل الجعالة، لكنها لا تصح فيهما؛ لما تقدّم من الإشكال في شركة الأبدان، من أن عقد الشركة لا

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٦: ٣١٢.

. . . . . .

يصلح لتشريع غير المشروع[١].

والذي يتحصل مما ذكرناه أمور..

الأول: أن الإجماع في مسألة شركة الوجوه لا مجال للاعتماد عليه بعد جهالة معقده.

الثاني: أن المعنى المشهور من شركة الوجوه لا مجال للبناء على البطلان فيه، والعموم يقتضي الصحة.

نعم، على ما نظن يتعين البناء على البطلان، للوجه المتقدم في شركة الأبدان.

الثالث: أن المعنى الثالث من شركة الوجوه لا مجال للقول بالبطلان فيه، لأنه نوع من المضاربة.

الرابع: أن المعنيين الآخرين لتعين البناء على البطلان فيهما للوجه المتقدم في شركة الأبدان كونهما نوعا من الجعالة لا يكفي في البناء على الصحة، إذ لا عموم يقتضي صحة الجعالة وإن كانت موجبة لمخالفة الأدلة.

نعم، يصح إذا كان المراد أن تكون الحصة من الربح للعامل بعد أن تدخل في ملك مالك الأصل، كما لعله المفهوم من عنوان الجعالة، إذ لا مانع من ذلك، بل هو صحيح حتى في شركة الأبدان، لعدم وجود المانع المتقدم حينئذٍ.

وهذا هو المصحح للمضاربة في مواردها، وفي المعنى الثالث الذي صححناه؛ لأنه من المضاربة.

---

(١) تقدّم في ص ٢٥.

وشركة المفاوضة أيضاً باطلة(١)، وهي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة، أو زراعة، أو كسب آخر، أو إرث، أو وصية، أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما.

(١) وفي الجواهر: «الإجماع بقسميه على فسادها»[١].

وفي مفتاح الكرامة: «إجماعاً كما في السرائر، والإيضاح، وشرح الإرشاد لولد المصنف، والمهذب البارع، والتنقيح، وجامع المقاصد...»[٢]، إلى آخر ما حكاه عن الكتب المتضمنة لنقل الإجماع ظاهراً.

والذي يظهر منهم أن الإجماع هو مستند البطلان لا غير.

وفيه نظر ظاهر؛ لورود الإشكال المتقدم في شركة الأبدان هنا بعينة[٣]، إذ الربح يكون لصاحبه بدليله، فانتقال بعضه إلى غير صاحبه خلاف ذلك الدليل.

وكذلك الغرامة تكون على صاحبها بدليل ثبوتها لغيره خلاف ذلك الدليل.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما في بعض الحواشي من أنه يمكن تصحيح ذلك بالاشتراط في ضمن عقد لازم آخر[٤].

إذ بناءً على ما ذكرنا يكون مخالفاً لمقتضى الكتاب، فلا يصح.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٨.

(٢) مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٢٥/ السرائر الحاوي ٢: ٣٩٩/ إيضاح الفوائد ٢: ٢٩٩/ المهذب البارع ٢: ٥٤٥/ التنقيح الرائع ٢: ٢١٠/ جامع المقاصد ٨: ١٣.

(٣) تقدّم في ص ٢٥.

(٤) العروة الوثقى ٥: ٢٧٧، حاشية الميرزا النائيني قدس سره.

فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلاً، وتسمى بشركة العنان(١).

(مسألة ٢): لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح وكانت الأجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما. ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد، لكفاية معلومية المجموع(٢) ولا يكون من شركة الأعمال(٣) التي تكون باطلة، بل من شركة الأموال(٤)، فهو كما لو استأجر كل منهما لعمل(٥) وأعطاهما

إلا أن يقال: إذا كان الشرط في ضمن عقد المعاوضة أو نحوها، فالظاهر من اشتراط شيء من الربح فيه: أن يدخل الربح في ملك المشروط له بعد أن يدخل في ملك المشروط عليه، لا قبل أن يدخل.

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

(١) سيأتي في المسألة الرابعة أن هناك قسم خامس للشركة، فانتظر[1].

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

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

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

(٥) يعني: بأجرة معينة، مثل نصف دينار، وبعد عملهما أعطاهما ديناراً

---

(١) يأتي في ص ٣٦.

شيئاً واحداً بإزاء أجرتهما.

ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما فإن احتمل التساوي حمل عليه، لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر(١)، وإن علم زيادة أحدهما على الآخر(٢) فيحتمل القرعة في المقدار الزائد(٣)

واحداً ورضيا بذلك.

(١) قال في القواعد: «وإذا تميز عمل الصانع من صاحبه اختص بأجرته، ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح»[١]، ونحوه عن التذكرة[٢].

وفي المسالك: «ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح»[٣].

وكأن وجه التساوي الأصل المذكور، كما صرّح بذلك في الجواهر في المسألة الآتية، لكن يعارضه أصالة عدم التساوي.

أو يقال: لا مجال للأصول المذكورة، لعدم كون مجراها موضوعا لحكم شرعي، إذ ليس المدار في الاستحقاق على مقدار نسبة أحد العملين إلى الآخر، بل على مقدار نسبة العمل إلى ما يقابله من الأجرة، والنسبة مجهولة، والأصول لا تصلح لإثباتها لتعارضها في العملين، وحينئذٍ فالمقدار المردد يرجع فيه إلى القرعة، فإذا تعذرت لكثرة المحتملات لزم البناء على الصلح بينهما، ومع تعاسرهما يفصل بينهما الحاكم الشرعي بما يراه من كيفية الصلح.

(٢) يعني: ولم يعلم مقدار الزيادة.

(٣) بناءً على ما تقدم منه من جريان أصالة عدم الزيادة، فمع الشك في

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٤٣.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ٣٠٥.

ويحتمل الصلح القهري.

(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية واحدة أو نصبا معاً شبكة للصيد أو أحييا أرضاً معاً، فإن ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي، وإلا فلكل منهما بنسبة عمله ولو بحسب القوة والضعف(١).

ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة(٢).

وربما يحتمل التساوي مطلقاً(٣)، لصدق اتحاد فعلهما في السببية واندراجهما في قوله: من حاز ملك، وهو كما ترى(٤).

مقدار الزيادة يبنى على القدر المتيقن؛ لأصالة عدم الزيادة المحتملة.

لكن عرفت إشكاله.

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

(٢) لكن عرفت التحقيق فيها.

(٣) هذا الاحتمال ذكره في الجواهر؛ لصدق اتحاد فعلهما في السببية، واندراجهما في قول: «من حاز ملك»، ولعدم الدليل على اقتضاء ذلك التفاوت في المحاز، وإن كان هو منافياً للاعتبار العقلي، الذي لا يرجع إلى دليل معتبر شرعاً[1].

(٤) فإن انطباقه على كل واحد ينافي انطباقه على الآخر، فيجب أن يكون له انطباق واحد عليهما معاً، وحينئذٍ لا إطلاق له يقتضي المساواة في الحصة، بل الارتكاز العقلائي يقتضي صرفه إلى كون الملكية بمقدار العمل.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٠.

(مسألة ٤): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم(١) في الشركة العقدية ـ مضافاً إلى الإيجاب، والقبول، والبلوغ، والعقل، والاختيار، وعدم الحجر لفلس أو سفه ـ امتزاج المالين(٢) سابقاً

(١) بل هو صريح كلماتهم.

نعم، ظاهرهم الإجماع عليه، ولعلّه مراد المصنف.

(٢) قال في التذكرة: «لا تصح الشركة إلا بمزج المالين، وعدم الامتياز بينهما، عند علمائنا»[١].

لكن في الخلاف: «لا تنعقد الشركة إلا في مالين مثلين في جميع صفاتهما، ويخلطان، ويأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف فيه، وبه قال الشافعي»، ثم حكى عن أبي حنيفة عدم اعتبار الخلط، ثم قال: «دليلنا أن ما اعتبرناه مجمع على انعقاد الشركة به، وليس على انعقادها بما قاله دليل، فوجب بطلانه»[٢].

وظاهره الإجماع على الصحة في المختلطين، لا على اشتراط الاختلاط في الصحة والبطلان في غير المختلطين، وإن كان ظاهر كلمات الجماعة في هذا الباب التسالم على اعتبار المزج في صحة الشركة.

قال في النافع: «ولا تصح إلا مع امتزاج المالين على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر»[٣]، ونحوه كلام غيره[٤].

وقد عرفت الإشكال في ذلك في الحاشية على قول المصنف رحمه الله: «وهو

(١) تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٣١.

(٢) الخلاف ٣: ٣٢٧.

(٣) المختصر النافع ١: ١٤٥، وفيه: «ويصح مع امتزاج المالين...».

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٦.

. . . . . .

معدود من العقود»[1]، فإن النصـــوص صريحة في حصول الشركة بقول مالك العين للآخر: شاركتك، فإذا قال أحد المالكين للعينين: شاركتك، وقال الآخر: قبلت، حصلت الشركة في عينه، فإذا قال الآخر للأول: شاركتك، وقال الأول: قبلت، حصلت الشركة في عينه أيضاً، فتكون شركة في العينين.

ومثله أن يقول أحدهما: تشاركنا في مالينا، فيقول الآخر: قبلت.

ودعوى: أنه لا يحصـــل في هذا الشركة إلا بشرط الامتزاج، بعيدة جداً، وإن عرفت أنها ظاهرة من كلام الأصحاب.

إلا أن يكون مرادهم من الشركة معنى غير المعنى العرفي، وهو الاشتراك على وجه الإذن في التصرف من كل مـــن الشريكين، كما عرفت أنه أيضاً ظاهر كلمات جماعة منهم، و منهم الشيخ في عبارته في الخلاف المتقدمة.

ومن ذلـــك ظهر أن لا إجمـــاع على اعتبـــار الامتـــزاج في حصول مجرد الاشـــتراك في المالين وإن كان ظاهر بعض العبـــارات ذلك، والقدر المتيقن من الإجماع الشركة في التجارة المتضمنة للإذن في التصرف، المسماة بشركة العنان.

وكأن وجه تســـميتها بذلك أن كلا من الشريكين كأنه فارس وبيده عنان الفرس يذهب حيث يشاء، بخلاف من لا يكون بيده العنان، فإنه يذهب حيث تشاء الفرس لا حيث يشاء هو.

وإن كان هـــذا الوجه لم يذكر في وجه التســـمية بشركـــة العنان، مع أنهم ذكروا الوجوه الكثيرة.

وعلى هذا لم يظهر إجماع على اعتبار الامتزاج في أصل الاشتراك، والمتيقن

(١) تقدّم في ص ١٧.

على العقد(١) أو لاحقاً، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض. بل اشترط جماعة(٢) اتحادهما في الجنس والوصف.

منه في خصوص شركة التجارة التي يقصد فيها الاسترباح، المسماة بشركة العنان، المتضمنة للإذن لهما في التصرف.

والمتحصل مما ذكرنا: أن الشركة العقدية على قسمين:

الأول: مجرد عقد شركة بين المالكين في المالين فقط، وهذه لم يقم دليل على اعتبار المزج فيها.

والثاني: عقد شركة بين المالكين في ماليهما مع الإذن في التصرف منهما لهما.

وهي التي يعتبر فيها المزج بين المالين على نحو لا يتميز أحدهما عن الآخر، بناءً على الإجماع المتقدم في كلامهم.

بل هناك قسم ثالث يكون في المال الذي يشرك مالكه فيه، كما تضمنته النصوص، فإن الشركة فيه عقدية في مال واحد.

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

(٢) حكى في مفتاح الكرامة: اشتراط الاتحاد في الجنس والصفة عن المبسوط، والوسيلة، والسرائر، وجامع الشرائع، والشرائع، والتذكرة، وجامع المقاصد، والمسالك، والكفاية، وعن السرائر: الإجماع على ذلك[1].

(١) مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٣٤/ المبسوط ٢: ٣٤٥/ الوسيلة: ٢٦٢/ السرائر الحاوي ٢: ٣٩٩/ الجامع للشرائع: ٣١٠/ شرائع الإسلام ٢: ١٠٥/ تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٢٧/ جامع المقاصد ٨: ١٦/ مسالك الأفهام ٤: ٣٠٥/ كفاية الأحكام ١: ٦١٨.

والأظهر عدم اعتباره(١)، بـل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه، أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر(٢).

لكن الذي يظهر من عبارة المبسوط الآتية خلاف ذلك، فانتظر.

(١) قد يظهر ذلك من عبارة القواعد، إذ قال في مقام بيان أركانها الثلاثة: المتعاقـدان والصيغة والمال: «وهو كل ما يرتفع الامتياز مع مزجه، سـواء كان أثماناً، أو عروضاً، أو فلوساً»[١].

وفي المبسـوط: «ومن شرط الشركة أن يكون مال الشركة مختلطاً لا يتميز مال أحدهما عن الآخـر... إلى أن قال: ومتى أخرجـا مالين متفقين في الصفة ـ مثل أن يخرج كل واحد منهما دراهم مثل دراهم صاحبه، أو دنانير مثل دنانير صاحبه، أو دهنـاً مثل دهن صاحبه، أو حباً مثل حـب صاحبه ـ وخلطاهما، وأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف في المال انعقد الشركة»[٢].

وكأنه لهذا ونحوه لم يتحقـق الإجماع على اعتبار الجنس والوصف، ولذا قال في مجمع البرهان: إن في اشتراط التساوي في الجنس تأملاً، لأنه يجري في غير المتجانسين حيث يرتفع المائز[٣].

وحينئذٍ لا بأس بالبناء على حصول الشركة العقدية بمجرد الخلط الرافع للامتياز وإن كان المالان مختلفي الجنس.

(٢) يعني: مع عدم الامتياز.

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٦.

(٢) المبسوط ٢: ٣٤٥.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٩٧، نقلاً بالمعنى.

بـــل لا يبعد كفايـــة امتزاج الحنطـــة بالشـــعير(١)، وذلك للعمومات العامة، كقوله تعـــالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله عليه السلام: «المؤمنـــون عند شروطهم» وغيرهما، بل لـــو لا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملاً بالعمومات.

ودعوى عدم كفايتها لإثبات ذلك(٢)، كما ترى(٣).

لكـــن الأحوط مع ذلـــك أن يبيع كل منهما حصـــة مما هو له بحصة مما للآخر، أو يهبهـــا كل منهما للآخر أو نحو ذلك، في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن.

---

(١) لا يخفـــى أن الإجماع على اعتبار الخلـــط الذي عول عليه المصنف في اعتبـــار المزج، كان معقده المزج الذي يرتفع معـــه الامتياز بين المالين، ولم يكن على محض اعتبار المزج مطلقاً، كي يمكن التفكيك بين اعتبار المزج واعتبار عدم التميز، كما لا يخفى، وحينئذٍ لا مجال للرجوع إلى العمومات الدالة على الصحة.

(٢) تظهر هذه الدعوى من كلام الشيخ في الخلاف المتقدم نقله في الحاشية السابقة، فإنه ظاهر في أنه مع عدم الامتزاج لا دليل على الصحة.

بل يمكن أن ينســـب ذلك إلى القواعد، وجامع المقاصد، والمسالك[1]، بناءً على ما يظهر منها من أن العقد إنما ينشأ به الإذن في التصرف، دون الاشتراك في الملكية، وأن ذلك إنما يستند إلى المزج، فإذا شك في السببية للاشتراك في الملك يرجع إلى أصالة عدم ترتب الأثر، إذ لا عموم يقتضي ذلك.

(٣) لأن الظاهر من الشركة العقدية إنشـــاء نفس الاشتراك بالعقد، غاية

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٦/ جامع المقاصد ٨: ١٦/ مسالك الأفهام ٤: ٣٠٦.

هذا ويكفي في الإيجـــاب والقبول كل ما دلّ على الشركة(١) من قول أو فعل.

(مسألة ٥): يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالين(٢)، ومع الزيادة فبنســـبة الزيادة ربحاً وخسراناً سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التســـاوي فيه أو الاختلاف أو من متبرع أو أجير.

هذا مع الإطلاق، ولو شرطـــا في العقد زيادة لأحدهما، فإن كان للعامل منهما، أو لمن عمله أزيد، فلا إشـــكال ولا خلاف على الظاهر(٣) عندهم في صحته.

الأمر أن ينضم إلى الاشـــتراك الإذن في التصرف، وحملها على إنشاء نفس الإذن مقطوع بخلافه، فلاحظ.

(١) بناءً على ما ســـبق يتعين أن يكون المراد من الشركة الشركة في الملك والشركة في العمل والتجارة، ليتضمن الإذن في التصرف.

(٢) هذا مقتضى أصالة تبعية الربح لأصل المال، وكذا في المسألة الثانية.

(٣) قال في الجواهر: «بل لا خلاف فيه بينهم، على ما اعترف به جماعة، بل ولا في جوازه مع العمل منهما أيضاً وشرطت الزيادة لمن زاد عمله على الآخر»[١].

وفي الشرائـــع: «أما لو كان [العامل] أحدهما وشرطـــت الزيادة للعامل صح، وكان بالقراض أشبه»[٢].

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٣٠١

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٦، وما بين المعقوفين من المصدر.

أمـــا لو شرطا لغـــير العامل منهما، أو لغير مـــن عمله أزيد، ففي صحة الـــشرط والعقد(١)، وبطلانهـــما(٢)، وصحة العقد

واستشـــكل عليه في الجواهر بعدم قصد القراض أولاً، وبعدم اعتبار ما يعتـــبر في صحة القراض من كونه نقداً ثانياً، وبأنه لا يتم في الفرض الثاني ثالثاً، فيتعين أن يكون الملك بالشرط، وحينئذٍ يطالب بوجه الفرق بين صورة العمل وغيرها بالصحة في الأولى والبطلان في غيرها، لتحقق الشرط في المقامين، فإن صح صح فيهما معاً، وإن بطل ففيهما معاً أيضاً[١]، وفيه ما سيأتي فانتظر.

(١) حكي ذلك عن المرتضى في الانتصار، وعن العلامة في جملة من كتبه كالتذكـــرة، والتحرير، والتبصرة، والمختلف، وعـــن مجمع البرهان، والكفاية وغيرها[٢]، وعن العلامة حكايته عن والده[٣]، واختاره في الجواهر[٤].

(٢) حكاه في الشرائع قولاً واختاره[٥]، ونسب إلى الخلاف، والمبسوط، والسرائر، وشرح الإرشاد للفخر، واللمعة، والتنقيح، وغيرها[٦]، وفي جامع المقاصد: أنه الأصح[٧].

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٢.

(٢) الانتصار: ٤٧٠/ تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٥٣/ تحرير الأحكام ٣: ٢٢٩/ تبصرة المتعلمين: ١٠٨/ مختلف الشـــيعة ٦: ٢٣١/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٩٩/ كفاية الأحكام ١: ٦٢٠/ إيضاح الفوائد ٢: ٣٠١/ المقتصر: ١٩٩/ مفاتيح الشرائع ٣: ٨٤.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٣١.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ٣٢٨.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٠٦.

(٦) الخلاف ٣: ٣٣٢/ المبسوط ٢: ٣٤٩/ السرائر الحاوي ٢: ٤٠٠/ اللمعة الدمشقية: ١٤٣/ التنقيح الرائع ٢: ٢١١/ الروضة البهية ٤: ٢٠١/ وعن شرح الإرشـــاد في مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٥٩.

(٧) جامع المقاصد ٨: ٢٥.

وبطلان الشرط(١) ـ فيكون كصورة الإطلاق ـ أقوال(٢)، أقواها الأول(٣). وكذا لو شرطا كون الخسارة على أحدهما أزيد، وذلك لعموم: «المؤمنون عند شروطهم».

ودعوى: أنه مخالف لمقتضى العقد(٤)، كما ترى(٥).

نعم، هو مخالف لمقتضى إطلاقه.

---

(١) حكي عن ظاهر الكافي، والغنية، والنافع، وجامع الشرائع، حيث قالوا: لم يلزم الشرط[١]، بل في المسالك حكايته عن أبي الصلاح[٢].

(٢) سيأتي القول الرابع الذي اختاره في القواعد[٣].

(٣) لما سيأتي.

(٤) لا يحضرني من ادعى ذلك.

(٥) من الواضح أن مقتضى الشركة الاشتراك في الربح على حسب الشركة في الأصل، لكن هذا الاقتضاء ليس على نحو العلية بل على نحو الاقتضاء، وهذا المقدار كافٍ في بطلان الشرط على خلافه لكونه حينئذٍ مخالفاً للكتاب، المراد أنه مخالف للحكم الاقتضائي.

هذا بالنسبة إلى النماء الخارجي، وأما بالنسبة إلى النماء الاعتباري أعني الربح فالإشكال فيه أظهر، كما أشرنا إليه في شركة الأبدان، وسيأتي أيضاً.

ومن ذلك تعرف الإشكال في قوله﵀: «هو مخالف لمقتضى ...».

---

(١) الكافي في الفقه: ٤٧١/ غنية النزوع: ٢٦٤/ المختصر النافع: ١٤٥/ الجامع للشرائع: ٣١٠.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٣١٢.

(٣) في ص ٤٩.

والقــول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة، بــل هو أكل بالباطل(١)، كما ترى

(١) هــذا القول لجامع المقاصد، وقد أطال في الاســتدلال على البطلان فإنه بعد أن اســتدل للقول بالصحة بعموم قوله تعــالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٢]، وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[٣].

قــال: «ويضعف بأنه أكل مــال بالباطل؛ لأن الزيادة ليــس في مقابلها عوض، لأن الفرض أنها ليســت في مقابله عمل، ولا وقع اشــتراطها في عقد معاوضة، لتضم إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها وعقد هبة.

والأســباب المثمرة للملك معدودة، وليس هــذا أحدها، ولا هو إباحة للزيادة، إذ المشروط تملكها بحيث يســتحقها المشروط له، فيكون اشــتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابة ليحمل عليها والحاصل لهما، فيكون باطلاً، فيبطل العقد المتضمّن له؛ إذ لم يقع التراضي بالشركة، والإذن في التصرف إلا على ذلك التقدير، ولا يندرج في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، ولا في قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم».

أمــا عدم اندراجه في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ فظاهر، إذ الشركة ليست من التجارة في شيء، إذ هي مقابلة مال بمال.

نعم، لو شرط ذلك للعامل تحققت التجارة حينئذٍ، لأن العمل مال، فهو

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ ـ المهور ـ حديث: ٤.

باطل(١).

ودعوى: أن العمل بالشرط غير لازم، لأنه في عقد جائز(٢).

مدفوعة أولاً: بأنه مشترك الورود، إذ لازمه عدم وجوب

في معنى القراض»[١].

(١) فإن قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾[٢] وإن كان مقدماً على قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله تعالى: ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ونحوهما، إما لأنه مخصص لها، أو وارد عليها، إلا أن كون الزيادة ليس في مقابلها عوض لا يستوجب أكل المال بالباطل، فإن أكل مال الغير بإذنه أو بتمليكه ليس من الأكل بالباطل ضرورة.

كما أنه لا تنحصر صحة التملك بالمعاوضة والهبة ـ كما ذكر ـ إذ لا دليل على ذلك، بل هو خلاف عموم صحة الشروط المقتضية للملك المجاني.

هذا مضافاً إلى أن بطلان الشرط لا يقتضي بطلان العقد، وعدم التراضي بالعقد إلا على تقدير الشرط، ممنوع، فإن الرضا بالعقد والشرط كان على نحو تعدد المطلوب، كما حقق في محله.

ولذا بنى جماعة من المحققين على أن بطلان الشرط لا يقتضي بطلان العقد[٣].

(٢) هذا محكي عن الرياض[٤]، وقد سبق أن عقد الشركة..

---

(١) جامع المقاصد ٨: ٢٤.

(٢) سورة البقرة: ١٨٨/ سورة النساء: ٢٩ .

(٣) انظر: مفتاح الكرامة ١٤: ٧٢٨/ كتاب المكاسب ٦: ٩٠.

(٤) رياض المسائل ٩: ٣٢٥.

.....

تارة: يراد به عقد التشريك في الملك.

وأخرى: عقد التشريك في العمل والإذن في التصرف لهما.

كما عرفت ظهور عبارات جماعة في أنه معنى عقد الشركة، وأنه بهذا المعنى كان من العقود الجائزة[1].

وحينئذٍ فالشرط المذكور إن كان شرطاً في الشركة بالمعنى الأول فهو شرط في عقد لازم، ولا ينافي لزومه بطلان الشركة بالقسمة، كما لا ينافي لزوم البيع بطلانه بالإقالة، كما ذكر ذلك في الجواهر[2].

وإن كان شرطاً في الشركة بالمعنى الثاني كان شرطاً في عقد جائز لا لازم.

لكن عرفت سابقاً الإشكال في كون الشركة بهذا المعنى من العقود[3]؛ لأن الإذن في التصرف منهما ـ كالإذن من أحدهما ـ من قبيل الإيقاع، الذي لا يصح فيه الشرط.

نعم، يصح الشرط في الإذن على معنى كونه عوض الإذن، فيكون الشرط مقوماً للعقد، لا شرطاً في العقد، بأن يقول الشريك لشريكه: أنت مأذون في العمل وحدك في المال المشترك، على أن يكون لي ثلاثة أرباع الربح، فيقبل الشريك ذلك؛ لما يترتب على ذلك من الأغراض العقلائية.

لكن الشرط بهذا المعنى ليس بالمعنى المصطلح في معنى الشرط في العقد، بأن يكون إنشاء في ضمن إنشاء، بل يكون قيداً مقوماً للعقد.

---

(١) تقدّم في ص ٣٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٢.

(٣) تقدّم في ص ١٩.

الوفاء به في صورة العمل أو زيادته(١).

وثانياً: بأن غاية الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط والمفروض في صورة عدم الفسخ(٢)، فما لم يفسخ يجب الوفاء به.

وليس معنى الفسخ حل العقد من الأول(٣) بل من حينه، فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين.

ولا مجال للتمسك فيه بقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»[١]، بل يتمسك فيه بمثل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢].

ومن ذلك يظهر أن شرط التفاوت مع العمل ـ الذي تقدم الاتفاق على صحته ـ من هذا القبيل، فإنه معاملة بين الشريكين موضوعها العمل والتفاوت، لا أن ذلك شرط في العقد.

(١) وقد عرفت أنه لا خلاف في صحة الشرط حينئذٍ ونفوذه.

(٢) يعني: المفروض ومحل الكلام في صورة عدم الفسخ، فيكون الشرط نافذاً.

(٣) يعني: لو فرض أنه وقع الفسخ بعد ذلك لا يكون ذلك الفسخ موجباً لبطلان الشرط من أصله؛ لأن الفسخ حل العقد من حينه ـ يعني: من حين وقوع الفسخ ـ لا من أول الأمر، وحينئذٍ يترتب أثر الشرط وإن وقع الفسخ بعده.

---

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٦، ب ٦ ـ الخيار ـ حديث: ١.

(٢) سورة المائدة: ١.

. . . . . .

هذا ولكن عرفت في مسألة بطلان الشركة في الأبدان أن المعاوضة على مال الغير تقتضي دخول العوض في ملك مالك المعوض عنه، فالربح يجب أن يدخل في ملك مالك المال، فلا يصح اشتراط خلاف ذلك؛ لأنه إن صح الشرط بطلت المعاوضة، وإن صحت المعاوضة بطل الشرط[1].

نعم، إذا كان المراد أن تمليك مقدار التفاوت للشريك بعد أن يدخل في ملك شريكه صح.

لكنه خلاف الظاهر من جعل التفاوت له في غير مقام المعاوضة.

نعم، إذا كان الجعل في مقام المعاوضة ـ كما إذا كان له عمل ـ فإن ذلك قرينة على كون المقدار خارجاً عن ملك الشريك إلى ملكه، لأنه عوض العمل الذي ترجع فائدته إلى من يخرج من ملكه، كما في الصورتين الأوليين اللتين لا خلاف فيهما في صحة الشرط.

ولأجل ذلك كانت المضاربة لا مخالفة فيها للقاعدة من أجل أن جزء الربح المجعول للعامل في مقابل عمله، فيكون المراد صيرورته للعامل بعد أن يدخل في ملك المالك لا قبل أن يدخل في ملكه، ليلزم مخالفة القاعدة.

وكذلك الحكم في المثال الذي ذكره في جامع المقاصد، وهو ما إذا دفع دابة إلى غيره ليحمل عليها ويكون الحاصل لهما[2]، فإن جزء الحاصل الذي يكون للعامل يراد منه ذلك بعد أن يدخل في ملك مالك الدابة في مقابل عمله، لا قبله ليلزم الإشكال، والقرينة على ذلك ظهور قصد المعاوضة الموجبة لدخول كل

---

(١) تقدّم في ص ٢٥.

(٢) تقدّم في ص ٤٣.

.....

من العوضين في ملك مالك من خرج عنه الآخر.

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور:

الأول: أن المراد من الشرط في المقام ليس ما يكون إنشاء في ضمن إنشاء، بل القيد المأخوذ في المعاملة سواء كان في مقابل عمل ـ كما في الصورتين الأوليين ـ أم لا، كما في مورد الكلام.

الثـاني: أن الوجه في البطلان في الصورة الأخيرة ليس من جهة أكل المال بالباطـل، ولا من جهـة أنه شرط في عقد جائز، بل من جهـة أنها معاملة على خلاف مقتضى المعاملة الواقعة على أصل المال، فلا يمكن تصحيحهما معاً، فإن صحـت المعاملة على المال بطلت هذه المعاملة، وإن صحت هذه المعاملة بطلت المعاملة على المال.

الثالـث: أن الوجه في الفرق بين الشرط مـع العمل والشرط بدونه: أنه مع العمل يكون المراد دخول جزء الربح في ملك العامل بعد خروجه من ملك الشريك، عملاً بظاهر المعاوضة، ولا إشـكال فيه، وبدون العمل يكون المراد دخوله في ملك الشريك قبل أن يدخل في ملك شريكه، فيلزم الإشكال.

فلـو فرض التصريح بأن الدخول في ملك من له التفاوت بعد دخوله في ملك الشريك تعين القول بالصحة.

فالفارق بين المسـألتين اختلافهما في المـراد، لا اختلافهما في الدخول في الأدلة، ليطالب بالوجه الفارق في ذلك.

الرابع: أن المعيار في الصحة والفسـاد كون اشتراط الزيادة لأحدهما بعد دخولها في ملك الشريك وقبله، فعلى الأول تصح، وعلى الثاني تبطل.

هذا ولو شرطا تمام الربح لأحدهما بطل العقد، لأنه خلاف مقتضاه(١).

نعم لو شرطا كون تمام الخسارة على أحدهما فالظاهر صحته(٢) لعدم كونه منافياً.

تنبيه:

قال العلامة في القواعد: «ولو اشترطا التفاوت مع تساوي المالين أو التساوي مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما، سواء اشترطت الزيادة له أو للآخر»[1].

ووجهه غير ظاهر، فإنه إذا جاز اشتراط الزيادة لغير العامل فلا وجه لاعتبار عمل غيره في ذلك، فاشتراط ذلك فيه لا يخلو وجهه من غموض وخفاء.

(١) لم يتضح وجه الفرق بين تمام الربح وبعضه في كون شرط الأول مخالفاً لمقتضى العقد دون الثاني، وقد عرفت أنه ليس هناك عقد وشرط، بل ليس إلا عقد فقط، غايته أنه مقيد بقيد ينافي صحة المعاملة الموجبة للربح.

(٢) الكلام في الخسارة بعينه الكلام في الربح، فإن مقتضى المعاملات الواقعة على المال رجوع النقص على المالك، عملاً بالعوضية كرجوع الزيادة إليه عملاً بالعوضية، فرجوع الخسران إلى غير المالك خلاف مقتضى المعاوضة الذي لا يمكن أن يتخلف، فيكف لا يكون منافياً؟!.

نعم، لو أريد من رجوع الخسارة إلى أحدهما لزوم تداركهما فلا بأس به،

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٧.

(مسألة ٦): إذا اشترطا في ضمن العقد(١) كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما فهو المتبع ولا يجوز التعدي، وإن أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر.

ومع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه فإن كان مقيداً بنوع خاص من التجارة لم يجز التعدي عنه، وكذا مع تعيين كيفية خاصة.

وإن كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف(٢) من حيث النوع والكيفية.

ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة، فلا يجوز البيع

ولا يكون منافياً لمقتضى المعاوضات، نظير ما عرفته في الربح.

(١) الظاهر إرادة عقد التشريك في الملك، لا عقد التشريك في العمل والتجارة، ولذا قال في الشرائع: «وإذا اشترك المال لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه إلا مع إذن الباقين، فإن حصل الإذن لأحدهم تصرف هو دون الباقين، ويقتصر من التصرف على ما أذن له، فإن أطلق له الإذن تصرف كيف شاء»[1]، ونحوه ما في القواعد وغيرها[2]، فالحكم المذكور من أحكام الشركة وإن لم تكن بعقد.

(٢) إذا كان التعارف قرينة على التقييد به أو صالحاً لذلك، أما إذا لم يكن كذلك فلا مانع من الأخذ بخلافه، خصوصاً إذا كان ذلك أقرب إلى المصلحة وأبعد عن الضرر.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٠٦.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٦.

بالنسيئة، بل ولا الشراء بها، ولا يجوز السفر بالمال، وإن تعدى عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف، ولكن يبقى الإذن بعد التعدي أيضاً(١) إذ لا ينافي الضمان بقاءه.

والأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظة المصلحة، وإن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة(٢).

(مسألة ٧): العامل أمين(٣)، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى.

---

(١) لإطلاقه الشامل لذلك.

(٢) وفي الجواهر: «إن ذلك لا يخلو من قوة»[١].

لكن وجهه غير ظاهر، إذ الإذن بالتجارة يقتضي الاختصاص بما فيه الفائدة، فلا إطلاق له يشمل رفع المفسدة.

(٣) عبر في الشرائع بقوله: «ولا يضمن الشريك ما تلف في يده»[٢].

وفي القواعد: «والشريك أمين لا يضمن ما يتلف في يده»[٣]، والعبارات الثلاث واحدة المفاد، وهو عدم ضمان من هو مأذون في وضع يده على المال؛ لأنه أمين.

والحكم عندهم من المسلمات الواضحات، وهو كذلك، لما دل من النصوص على عدم ضمان الأمين، وهي كثيرة[٤].

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٠٧.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٧.

(٤) تقدّمت الإشارة إليها في ج ١٩ ص ٩٥ ـ ٩٦، ٣٤٣، ٤٧١.

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

(١) قد اشتهر التعبير بذلك في كلام الجماعة، كالمحقق، والعلامة، والمحقق الثاني، والشهيد الثاني، وغيرهم[١].

وعن الغنية والتذكرة: الإجماع عليه[٢].

قال في الشرائع: «ولكل واحد من الشركاء الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة؛ لأنها غير لازمة»[٣].

وقال في القواعد: «ويجوز الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة، إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين»[٤]، ونحوهما عبارات غيرهما.

وفي المسالك ـ في شرح عبارة الشرائع المتقدمة ـ قال: «الشركة بمعنييها غير لازمة، وأشار إلى الأول بقوله: «والمطالبة بالقسمة»، وإلى الثاني بقوله: «الرجوع في الإذن»»[٥].

ويشكل: بأن المطالبة بالقسمة لا تنافي اللزوم، إذ القسمة ليست فسخاً، وإنما هي تعيين الحصة المشاعة، وذلك وإن كان يقتضي زوال الإشاعة والاشتراك لكنه ليس فسخاً لعقد التشريك في الملك، إذ الفسخ يقتضي رجوع كل مال إلى ملك مالكه قبل الاشتراك، وليست القسمة كذلك.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٠٧/ إرشاد الأذهان ١: ٤٣٢/ تحرير الأحكام ٣: ٢٣١/ جامع المقاصد ٨: ٢٢/ مسالك الأفهام ٤: ٣١٥/ الوسيلة: ٢٦٢/ السرائر الحاوي ٢: ٤٠١/ إصباح الشيعة: ٢٦٠/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٠١.

(٢) غنية النزوع: ٢٦٥/ تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٤٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٠٧.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٧.

(٥) مسالك الأفهام ٤: ٣١٥.

.....

ومجرد زوال الاشتراك به لا يوجب كونه فسخاً، كما أن الطلاق لا يكون فسخاً للنكاح وإن زال النكاح به.

هذا إذا كان التشريك قد أنشئ بالعقد، أما إذا كان قد حصل بالامتزاج فهو من الأحكام لا من العقود، فلا يقبل الجواز واللزوم حتى يكون طلب القسمة مقتضياً للجواز.

وأما الرجوع بالإذن فليس فسخاً لعقد، وإنما هو رفع للإذن، والإذن ليس من العقود بل من الإيقاع، كما أشرنا إلى ذلك في أول المبحث[1]، وذكره شيخنا في الجواهر[2].

ثم إنه في المسالك قرب أن يكون مراد الشرائع من قوله رحمه الله: «غير لازمة» هو المعنى الثاني؛ لأنه الذي يكون من العقود[3].

لكن على هذا لا يحسن جعله تعليلاً لطلب القسمة الذي ذكر أنه يتعلق بالمعنى الأول، فلاحظ.

هذا، والظاهر أن مراد الشرائع والقواعد وغيرهما من طلب القسمة طلب قسمة المال المشترك بعقد الشركة التجارية، يعني: أن الشريكين في التجارة يجوز لكل منهما نقضها بالرجوع عن الإذن وبطلب القسمة، في مقابل احتمال لزوم الاستمرار عليها، فيكون طلب القسمة أيضاً منافياً للزوم الشركة التجارية، ولا يرتبط بالشركة الملكية، وحينئذٍ يتوجه الإشكال الأخير فقط، وهو: أن الشركة التجارية إيقاع لا عقد، فلا تقبل الجواز واللزوم.

(١) تقدّم في ص ١٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٦.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ٣١٦.

لكل من الشريكين فسخه(١)، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجبا للانفساخ(٢) من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركة(٣)، إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن في التصرف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة(٤)

وإن شئت قلت: لا يمكن أن يكون المراد كل واحد من المعنيين للشركة، لأنه من استعمال المشترك في أكثر من معنى، وحينئذٍ إما أن يراد المعنى الأول أو الثاني، والأول ممتنع؛ لأنه لا يرتبط بالإذن، فيتعين الثاني.

(١) ذكر المصنف ذلك؛ لأنه من أحكام جواز العقد ومن فروعه.

(٢) إذا لم يكن بهذا المعنى لم يكن من أحكام جواز العقد، بل يكون حكماً خاصاً، وحينئذٍ لا يكون جواز عقد الشركة بمعناه المصطلح بل يكون بمعنى آخر، وحينئذٍ لا داعي إلى هذا التعبير وهذا الايهام.

(٣) إذا كان المراد من الشركة العقدية التمليكية فهي لازمة لا جائزة، ولا يجوز فسخها، وإذا كان المراد الشركة التجارية فإن كانت من العقود فلا مانع من أن تكون جائزة، ويجوز فسخها، وإن بقيت الشركة في المال بحالها.

نعم، عرفت سابقاً الإشكال في كونها من العقود، كي تقبل الجواز واللزوم، وتقبل الفسخ[1].

(٤) عزل الوكيل ليس فسخاً للوكالة، وإنما هو اعتبار آخر وإن كان رافعاً لها، كما أن طلاق الزوجة ليس فسخاً لنكاحها، وعتق العبد ليس فسخاً لشرائه أو استرقاقه، فإن هذه العناوين الاعتبارية مباينة لاعتبار الفسخ.

---

(١) تقدّم في ص ١٩.

أو بمعنى مطالبة القسمة(١).

وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر ـ فيما لو كان كل منهما مأذوناً ـ لم يجز التصرف للآخر، ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول(٢) وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما.

---

(١) الظاهر أنه لا إشكال في أنه يجوز للشريك مطالبة القسمة، ويقتضيه عموم السلطنة.

لكنه ليس فسخاً للسبب الموجب للتشريك، ولذا تصح القسمة في الموارد الذي لا يكون التشريك إنشائياً كالإرث ونحوه.

(٢) هذا مما يوضح أن الرجوع عن الإذن ليس فسخاً، إذ لو كان فسخاً كان رفعاً للإذن من الطرفين.

نعم، إذا كان الإذن من الطرفين مضمون عقد الشركة، فإن كان عقد الشركة يقتضي الإذن فرفع الإذن من أحد الطرفين يقتضي ارتفاع الإذن من الآخر، لما بينهما من نوع المعاوضة، فيكون انفساخاً قهرياً.

ومن ذلك يشكل ما عن التذكرة من الفرق بين قوله: (فسخت العقد)، وبين قوله: (عزلتك)، حيث أن الأول يقتضي ارتفاع الإذن من الطرفين، بخلاف الثاني[1].

لكن عرفت أن التحقيق أنه لا عقد، ولا جواز، ولا لزوم، وإنما هو إيقاع من الطرفين، فإذا ارتفع أحدهما لم يرتفع الآخر[2].

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٤٩.

(٢) تقدّم في ص ١٩.

وبمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر، وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح أو نقصان في الخسارة يمكن الفسخ، بمعنى إبطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين(١) على ما هو مقتضى إطلاق الشركة.

(مسألة ٩): لو ذكرا في عقد الشركة أجلاً لا يلزم، فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه(٢).

إلا أن يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم، فيكون لازماً.

---

(١) هذا إذا كانت التفاوت قد أخذ شرطاً زائداً على إنشاء الشركة التجارية، إذ حينئذٍ يجوز بطلان الشرط، ويبقى الإنشاء المشروط فيه بحاله، ولذا يجوز للمشروط إسقاط شرطه من دون ورود خلل في أصل العقد.

أما إذا كان قد أخذ مقوّماً للإيقاع ـ كما عرفت ـ فإذا بطل احتيج إلى إيقاع جديد.

(٢) قال في الشرائع: «ولو شرط التأجيل في الشركة لم يصح، ولكن منهما أن يرجع متى شاء»[١].

وفي القواعد: «ولا يصح التأجيل فيها»[٢]، ونحوهما كلام غيرهما.

وفي بعضها: أن المؤجلة باطلة[٣].

والظاهر أن المراد بطلان التأجيل، لا بطلان أصل الشركة التجارية،

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٠٧.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٧.

(٣) المقنعة: ٦٣٣/ النهاية: ٤٢٧.

.....

بحيث لا يصح التصرف في المال والاتجار به، فضلاً عن بطلان الشركة العقدية التمليكية.

ثـم إن الظاهر أنه لا إشـكال في الحكم المذكور عندهـم، وعللوه: بأن الشركة من العقود الجائزة، فلا تلزم بالشرط[1].

والإشـكال فيه ظاهر، إذ لم يثبت أن الشركة التجارية من العقود، فضلاً عن أن تكون جائزة.

ولو سـلم فلا مانع مـن صحة شرط اللزوم وعدم الفسـخ إلى أجل في العقود الجائزة، كما تقدَّم من المصنف ﷺ في أوائل المضاربة[2].

اللهم إلا أن يكون جوازها اقتضائياً، فيكون الشرط مخالفاً للكتاب.

لكن بناءً على هذا لا يصح وإن كان في عقد لازم.

نعم، لو كان المستند الإجماع على بطلان الشرط أمكن اختصاص الإجماع بصورة الشرط في ضمن العقد، فلا يشمل غيره.

لكن ثبوت الإجماع غير ظاهر.

فالتحقيق: أن الوجه فيه أن الشركة التجارية ليسـت إلا إيقاع الإذن من الـشركاء، والإذن لا يقبل اللزوم ضرورة، فيجوز للآذن العدول عن إذنه ما لم يكن سبب ملزم.

---

(١) مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٥٤/ جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٨.

(٢) تقدّم في ج ١٩ ص ٣٥٥.

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

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

(مسألة ١٢): تبطل الشركة بالموت(٣)، والجنون، والإغماء،

---

(١) لأنه أمين، وليس على الأمين إلا اليمين، كما سبق أنه مفاد النصوص[١].

(٢) يعني: وليس على الأمين إلا اليمين.

ولا فرق بين أن يكون التلف المدعى بسبب ظاهر أو خفي ـ كما نص على ذلك في الشرائع وغيرها[٢] ـ لإطلاق الأدلة، خلافاً لبعض العامة[٣].

(٣) كما نص على ذلك في الشرائع، والقواعد، وغيرهما من كتب القدماء والمتأخرين[٤].

ويظهر منهم الإجماع عليه، بل عن الغنية: الإجماع صريحاً[٥].

وعن التذكرة: انفساخها بالإغماء، والحجر، والسفه[٦].

وعن التحرير، وجامع المقاصد، والمسالك: انفساخها بالفلس[٧].

---

(١) تقدّم في ص ٥١.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٠٧.

(٣) المجموع ١٤: ٨١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٠٧/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٧/ المقنعة: ٦٣٣/ النهاية: ٤٢٧/ السرائر الحاوي ٢: ٤٠١.

(٥) غنية النزوع: ٢٦٥.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٥١.

(٧) تحرير الأحكام ٣: ٢١٣/ جامع المقاصد ٨: ٢٣/ مسالك الأفهام ٤: ٣١٧.

والحجر بالفلس أو السفه، بمعنى: أنه لا يجوز للآخر التصرف، وأما أصل الشركة فهي باقية(١).

نعم، يبطل أيضاً ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو نقصان الخسارة كذلك(٢).

إذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله(٣) محكومة بالصحة، ويكون الربح على نسبة المالين، لكفاية الإذن المفروض

والوجه في الحكم في الموت ظاهر؛ لانتقال المال إلى الوارث فلا يجوز التصرف بغير إذنه.

وكذا في الفلس؛ لكون الأموال تحت سلطان الحاكم الشرعي، فلا يجوز التصرف بغير إذنه.

أما في غيرهما فغير ظاهر، لولا ظهور الإجماع، وكما أن الإذن لا تبطل بالنوم لا تبطل عرفاً بالإغماء، والجنون، والسفه، وإذا شك فالاستصحاب كافٍ في ترتيب الأحكام.

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

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

(٣) يعني: قبل تبين البطلان.

حصوله(١).

نعم، لو كان مقيداً بالصحة تكون كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً.

---

(١) يعني: أن الشركة إذا بطلت فبطل الشرط في ضمنها تبقى الإذن فيصح بها التصرف، وقد ذكر جماعة أنه إذا بطلت الوكالة يصح التصرف بالإذن التي في ضمنها، مثلاً إذا علق الوكالة على شرط استقبالي بطلت للتعليق، لكن تبقى الإذن، فيصح لأجلها التصرف الصادر من الوكيل، لا لأنه وكيل، بل لأنه مأذون.

فيكون هناك أمور ثلاثة: شركة عقدية، وشرط التفاوت، وإذن في التصرف، فإذا بطلت الشركة فبطل الشرط لم تنتف الإذن بالتصرف، فتصح المعاملات الجارية على المال.

لكن عرفت أن الشركة العقدية نفس الإذن بالتصرف[1]، والشرط إن فرض فهو قيد للإذن ومقوّم لها؛ لأن الإذن بالتصرف أخذت مقيدة بالتفاوت، نظير الإباحة، فمع انتفاء القيد تنتفي الإذن.

هذا مضافاً إلى أن المبطلات المذكورة إنما تبطل الشركة؛ لأنها تبطل الإذن؛ فلا تصح الإذن معها، كما هو ظاهر، وقد سبق منه أنه لا يجوز التصرف.

نعم، لو فرض بطلان الشركة بمبطل غير الأمور المذكورة، أمكن القول ببقاء الإذن، كما تقدَّم ذلك في المضاربة[2].

لكن ظاهر كلام المصنف رحمه الله الحكم في المبطلات المذكورة.

---

(١) تقدّم في ص ١٩.

(٢) تقدّم في ج ١٩ ص ٥٢٤، ٥٨٠.

ولكل منهما أجرة مثل عمله(١) بالنسبة إلى حصة الآخر إذا كان العمل منهما، وإن كان من أحدهما فله أجرة مثل عمله.

(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعاً وادعى أنه اشتراه

ويحتمل بعيداً أن يكون المراد أن المعاملات الواقعة قبل البطلان صحيحة.

لكن صحتها حينئذٍ من جهة صحة الشركة، لا لكفاية الإذن مع بطلان الشركة كما ذكر.

وأيضاً بناءً على ذلك لا تختص الصحة بالمعاملات الواقعة قبل البطلان، بل يشمل حتى المعاملات الواقعة بعد البطلان؛ لأن البطلان لا يوجب ارتفاع الإذن.

(١) الذي يظهر من العبارة أن ذلك من أحكام البطلان، يعني إذا بطلت الشركة استحق العامل أجرة عمله بالنسبة إلى حصة شريكه، لاستيفائه العمل، فيضمن بالاستيفاء.

لكن يختص ذلك بما إذا فرض للعامل أجرة، أما إذا لم يفرض له أجرة فقاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، تقتضي عدم الضمان.

هذا، والمصنف لم يتعرض في الشركة الصحيحة لاستحقاق الأجرة وعدمه، وكان المناسب ذلك، بل الظاهر من قوله في المسألة الخامسة: «يتساوى الشريكان...»[1] أن ذلك مبني على أن العمل مجاني، وكذلك ظاهر كلمات الفقهاء.

وعليه فلا وجه لاستحقاق الأجرة مع البطلان.

---

(١) في ص ٤٠.

لنفسه وادعى الآخر أنه اشتراه بالشركة، فمع عدم البينة القول قوله مع اليمين، لأنه أعرف بنيته(١).

كما أنه كذلك لو ادعى أنه اشتراه بالشركة وقال الآخر أنه اشتراه لنفسه، فإنه يقدم قوله أيضاً، لأنه أعرف، ولأنه أمين(٢).

هذا، ويحتمل بعيداً أن يكون كلامه هذا لبيان حكم العمل في الشركة الصحيحة، لكن كان المناسب أن يفصله عن هذه المسألة بمسألة أخرى.

(١) يشير هذا التعليل إلى القاعدة المشهورة في كلام الأصحاب من قبول قول من لا يعرف المقول إلا من قبله، ويظهر أنها من القواعد المعوّل عليها عند العقلاء، ولولاها يلزم تعطيل أحكام المقول، إذ لا طريق إلى إثبات موضوعها.

ويقتضيها قاعدة: من ملك شيئاً ملك الإقرار به، المدعى عليها الإجماع في كلام الأصحاب، وقد مرّ ذلك في المسألة الثانية والخمسين من كتاب المضاربة، فراجع[1].

(٢) لا يظهر دليل على كلية سماع قول الأمين إلا في حال الإخبار عن وقوع الفعل المؤتمن عليه، كما إذا أخبرت الجارية بغسل الثوب الذي كلفت بغسله، أو يكون الخبر مع التداعي مع من ائتمنه في جملة من الموارد لا على كليته، فلو ادعى الرد لم يقبل قوله إلا في الودعي.

فكان الأولى للمصنف رحمه الله أن يقول: لأنه أمين على أداء الفعل الذي أخبر عن وقوعه.

---

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ٥٣١.

كتاب المزارعة

كتاب المزارعة

وهـــي المعاملة على الأرض بالزراعة بحصة من حاصلها(١)

كتاب المزارعة

المزارعة من بـــاب المفاعلة، مصدر (فاعل) وهو للســـعي نحو الفعل، بخلاف فعل، فإنه لوقوع الفعل، فـــإذا قلت: قتل زيد عمراً، فقد أخبرت عن وقـــوع القتل على عمرو من زيد، فإذا قلـــت: قاتل زيد عمراً، فقد أخبرت عن ســـعي زيد لقتل عمرو، فإذا قلت: زارع زيد عمراً، كان المراد أنه ســـعى زيد لتحقيق الزرع ووقوعه من عمرو، ففي المثالين يراد من فاعل السعي، ويختلفان في كيفية وقوع الفعل، ولا يقال: زارعت الحب، بمعنى ســـعيت إلى زرعه، كما يقال: قاتلت زيداً، فهذا الاختلاف ناشئ من اختلاف الموارد.

(١) تفـــترق المزارعة عن إجارة الأرض: بأن إجـــارة الأرض لا يملك مؤجرها على المســـتأجر لها شـــيئاً غير الأجرة، وهنا يملك المؤجر لها مضافاً إلى الحصة، أن يعمل العامل، وليس له الامتناع عن العمل.

كما أنها تفترق عن إجـــارة الأجير: بأن في إجارة الأجير لا يملك الأجير على المســـتأجر شـــيئاً غير الأجرة، وهنا يملك على مالك الأرض بذل الأرض مضافاً إلى الحصة.

فالمزارعة كأنهـــا إجارة للأرض وإجارة للعامل، فهي كأنها إجارتان لأن

وتسمى مخابرة أيضاً، ولعلها من الخبرة بمعنى النصيب، كما يظهر من مجمع البحرين(١) ولا إشكال في مشروعيتها، بل يمكن دعوى استحبابها؛ لما دل على استحباب الزراعة، بدعوى كونها أعم من المباشرة والتسبيب(٢).

كلا من العامل والمالك يملك على الآخر شيئاً غير الحصة.

ولأجل ذلك احتمل أن تكون المزارعة معاوضة بين عمل العامل ومنفعة الأرض، أو بذلها، وتكون الحصة من قبيل الشرط فيها، لا أن الحصة هي العوض.

لكن الارتكاز العرفي لا يساعد عليه، بل يساعد على ما ذكره الأصحاب لا غير، وسيأتي في المسألة التاسعة عشرة من مبحث المساقاة بعض الكلام في ذلك[١].

(١) وفي القاموس: «الخبرة: النصيب تأخذه من لحم أو سمك»[٢].

وفي المسالك: «وقد يعبر عن المزارعة بالمخابرة، إما من الخبير وهو الأكار، أو من الخبارة وهي الأرض الرخوة، أو مأخوذة من معاملة النبي صلى الله عليه وآله لأهل خيبر»[٣].

وقد أشار في القاموس إلى المعنيين الأولين مضافاً إلى المعنى السابق.

(٢) أو كون الاستحباب من باب: ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾[٤].

---

(١) في ص ٢٥٦.

(٢) القاموس المحيط ٢: ٢٦.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٧.

(٤) سورة المائدة: ١٠٦.

ففي خبر الواسطي قال: «سألت جعفر بن محمد عليهما السلام عن الفلاحين قال: هم الزراعون كنوز الله في أرضه، وما في الأعمال شيء أحب إلى الله من الزراعة، وما بعث الله نبيا إلا زارعا إلا إدريس عليه السلام فإنه كان خياطاً».

وفي آخر عن أبي عبد الله عليه السلام: «الزارعون كنوز الأنام، يزرعون طيباً أخرجه الله، وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً، وأقربهم منزلة، يدعون المباركين».

وفي خبر عنه عليه السلام قال: «سئل النبي صلى الله عليه وآله أي الأعمال خير؟ قال: زرع يزرعه صاحبه، وأصلحه، وأدى حقه يوم حصاده.

قال: فأي الأعمال بعد الزرع؟ قال: رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر، يقيم الصلاة، ويؤتي الزكاة.

قال: فأي المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخير، ويروح بخير.

قال: فأي المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات في الوحل المطعمات في المحل، نعم المال النخل، من باعها فإنما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق اشتدت به الريح في يوم عاصف، إلا أن يخلف مكانها.

قيل: يا رسول الله صلى الله عليه وآله فأي المال بعد النخل خير فسكت، فقام إليه رجل فقال له: فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء والجفاء

والعناء وبعد الدار، تغدو مدبرة، وتروح مدبرة، لا يأتي خيرها إلا من جانبها الأشأم، أما إنها لا تعدم الأشقياء الفجرة».

وعنه عليه السلام «الكمياء الأكبر الزراعة».

وعنه عليه السلام: «إن الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع والضرع كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء».

وعنه عليه السلام: «أنه سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوماً يقولون: إن المزارعة مكروهة، فقال: ازرعوا فلا والله ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيب منه».

ويستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة والتسبيب.

وأما ما رواه الصدوق مرفوعا عن النبي صلى الله عليه وآله: «أنه نهى عن المخابرة، قال: وهي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع».

فلا بد من حمله على بعض المحامل، لعدم مقاومته لما ذكر.

وفي مجمع البحرين: «وما روي من أنه صلى الله عليه وآله نهى عن المخابرة، كان ذلك حين تنازعوا، فنهاهم عنها».

ويشترط فيها أمور.

أحدها: الإيجاب والقبول(١).

ويكفي فيهما كل لفظ دال(٢)، سواء كان حقيقة أو مجازا مع القرينة، كـ(زارعتك أو سلمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا)، ولا يعتبر فيهما العربية(٣)، ولا الماضوية، فيكفي الفارسي وغيره، والأمر(٤) كقوله: (ازرع هذه الأرض على كذا)، أو المستقبل، أو الجملة الإسمية مع قصد الإنشاء بها.

---

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

(٢) كما يقتضيه عمومات الصحة وإطلاقاتها من دون مخصص ولا مقيد، كما حرّر في أوائل مباحث البيع[٢].

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

(٤) قال في الشرائع: «وعبارتها أن يقول: زارعتك، أو ازرع هذه الأرض»[٣].

قال في المسالك: «وأما قوله: ازرع هذه الأرض ـ بصيغة الأمر ـ فإن ذلك لا يجيزونه في نظائره من العقود، ولكن المصنف وجماعة أجازوه، استناداً إلى رواية أبي الربيع الشامي والنضر بن سويد عن أبي عبد الله عليه السلام، وهما قاصرتان

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٧.

(٢) انظر: نهج الفقاهة ١: ٢٣٨.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١١٨

. . . . . .

عن الدلالة على ذلك، فالاقتصار على لفظ الماضي أقوى»[١].

ومراده من رواية أبي الربيع ما رواه الشيخ والصدوق عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط على ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر، فقال: لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقراً، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصفاً، وثلثاً، وما كان من شرط، ولا يسمي بذراً ولا بقراً، فإنما يحرّم الكلام»[٢].

ومراده من رواية النظر ما رواه الكليني والشيخ عن النضر بن سويد، عن عبد الله بن سنان: «أنه قال: في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره، فيقول: ثلث للبقر، وثلث للبذر، وثلث للأرض، قال: لا يسمي شيئاً من الحب والبقر، ولكن يقول: أزرع فيها كذا وكذا، إن شئت نصفاً، وإن شئت ثلثاً»[٣].

هذا والمذكور في الروايتين لفظ المضارع لا لفظ الأمر.

كما أن رواية النضر عن عبد الله بن سنان لا عن أبي عبد الله عليه السلام كما ذكر، وقد سبقه إلى ذلك في جامع المقاصد[٤].

وأيضاً فإن الأمر ـ لو فرض أنه كان في الروايتين ـ فهو من العامل، لا من صاحب الأرض.

ولعل مراد المستدل بالروايتين الاستدلال بهما بتوسط الأولوية، فإنه إذا

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٨.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٩٤/ من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٨/ وسائل الشيعة ١٩: ٤٣، ب ٨ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١٠ .

(٣) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٢٦٧/ تهذيب الأحكام ٧: ١٩٧/ المصدر السابق ـ حديث: ٥ .

(٤) جامع المقاصد ٧: ٣١٢.

. . . . . .

جاز الإيجاب بالمضارع جاز بالأمر بالأولوية، كما حكي ذلك عن الإيضاح[١].

لكن الإشكال فيه ظاهر.

وكان الأولى الاستدلال بصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل يعطي الرجل أرضه فيها ماء [رمان. خ. ل] أو نخل، أو فاكهة، ويقول: اسق هذا من الماء، واعمره، ولك نصف ما أخرجه الله [عزَّ وجلَّ. خ. ل]، قال: لا بأس»[٢]، بضميمة عدم القول بالفصل، أو فهم عدم الخصوصية.

وإن أمكن الإشكال فيه: بأنه لم يثبت كون الأمر إنشاء للمساقاة، بل من المحتمل ـ بل الظاهر ـ أنه من قبيل الجعالة.

والأولى أن يقال: إن المائز بين العقد والايقاع أن المفهوم المنشأ إن كان متعلقاً بطرفين على وجه يكون تعلّقه بكلٍّ منهما خلاف السلطنة عليه يكون عقدياً، أو لا يكون كذلك، فيكون إيقاعاً.

مثلاً: تمليك مال إنسان لآخر لما كان على خلاف سلطنة المالك والمتملك ـ فإن خروج مال إنسان عن ملكه إلى ملك غيره خلاف سلطنة المالك على ماله، وخلاف سلطنة المتملك على نفسه ـ كان التمليك مفهوماً عقدياً.

واسقاط ما في الذمة لما لم يكن خلاف سلطنة من له الذمة كان إيقاعاً، فيجوز وقع الثاني بلا حاجة إلى إعمال سلطنة صاحب الذمة، ولا يجوز وقوع الأول بلا سلطنة المتملك.

---

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٢٨٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٤٤، ب ٩ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢ .

. . . . . .

ومن ذلك تعرف أن إنشاء المفهوم العقدي لا يكون إلا بإعمال سلطنة كل من الطرفين، فيكون إيجاباً من طرف وقبولاً من طرف آخر.

وربما يحصل بإعمال السلطنة من دون صدق القبول، كما إذا قال زيد لعمرو: بعني فرسك، فإنه إذا قال عمرو: بعتك الفرس، حصل البيع بلا حاجة إلى قبول، لحصول الإعمال للسلطنة من جهة زيد بمجرد الأمر.

وكذا إذا قال: أذنت لك في أن تبيعني فرسك، فإنه إذا قال عمرو: بعتك فرسي، صح من دون حاجة إلى القبول، وكذلك الوكيل للمتعاقدين معاً، فإنه إذا قال: بعت فرس أحدهما للآخر، صح من دون حاجة إلى القبول، ومالك العبد والأمة إذا أنشأ تزويج أمته من عبده صح من دون حاجة إلى قبوله، كما أفتى بذلك جماعة[1].

وعلى هذا فالأمر بالزرع ليس إيجاباً ولا قبولاً؛ لعدم صدوره في مقام الإنشاء للمفهوم الإنشائي، فإنه أمر بالزرع، وطلب له من دون إنشاء للمزارعة، فصحة المعاملة مع ذلك ليس لأنه إيجاب أو قبول، بل لأنه إعمال للسلطنة.

ومثله أن يقول: أذنت لك في أن تزرع الأرض بحصة كذا، أو أذنت لك في أن تزارعني على الثلث، فذلك بمنزلة الإيجاب، لأنه إعمال لسلطنة صاحب الأرض الذي وظيفته الإيجاب، إذ الاحتياج إلى الإيجاب في حصول المفهوم العقدي لأجل كونه إعمالاً للسلطنة، وهو حاصل بالأمر.

فإذا قال زيد لعمرو: تملك مالي، فقال عمرو: تملكت مال زيد، حصل

---

(١) المبسوط ٤: ١٩٤/ وانظر: نهج الفقاهة ١: ٢٥٢، وما بعدها.

. . . . . .

الملك من دون حاجة إلى قول زيد: قبلت.

ومن ذلك يظهر أن الاكتفاء بالأمر في الإيجاب ليس من باب استعمال الأمر في المعنى الإنشائي، بأن يكون قوله: ازرع هذه الأرض، مستعملاً في إنشاء المزارعة مجازاً، كي يكون من المجازات المستنكرة، ولا من باب الكناية عن الإنشاء النفساني، فيكون الأمر حاكياً عنه بالدلالة العقلية، نظير حكاية تصرف من له الخيار في العين المبيعة الحاكي عن إنشاء الفسخ، بل هو من باب إعمال السلطنة الكافي عن القبول.

وربما يكون الأمر بنفسه إنشاء على الحقيقة، بأن يكون أمراً تكوينياً لا تشريعياً، كما إذا قال البائع للمشتري: اشتر هذا الفرس بدرهم، مُنشئاً نفس الشراء، كما في قوله تعالى: ﴿كُنْ فَيَكُونُ﴾[1]، فيقول المشتري: قبلت، ويتم العقد، فيكون قوله: اشتر، إيجاباً على الحقيقة.

وفي المقام يقول صاحب الأرض للفلاح: كن مزارعاً، فيقول الفلاح: قبلت.

و في باب النكاح يقول الرجل للمرأة: كوني زوجة، فتقول المرأة: قبلت، أو تقول هي: كن لي زوجا، فيقول: قبلت.

وهكذا ينشأ المفهوم الإنشائي بصيغة الأمر، فيكون جعلاً تكوينياً للمعنى الإنشائي، ويكون إيجاباً، فإذا لحقه القبول كان عقداً.

ويتحصل مما ذكرنا: أن الاكتفاء بالأمر في العقود يكون على أربعة أنحاء:

الأول: أن يكون من باب إعمال السلطنة، فيكون كافياً عن الإيجاب أو القبول، لا أنه إيجاب أو قبول.

(١) سورة يس: ٨٢ .

وكذا لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول(١).

الثاني: أن يكون إيجاباً أو قبولاً، كما إذا كان أمراً تكوينياً.

الثالث: أن يكون حاكياً عن الالتزام النفسي ودالاً عليه بالدلالة العقلية، نظير تصرف من له الخيار، ويكون جزء العقد في الحقيقة هو ذلك الالتزام النفسي، ويكون الأمر تشريعياً دالاً عليه دلالة المعلول على علته.

الرابع: أن يكون مستعملاً مجازاً في معنى فعل الماضي أو المضارع، على نحو الإنشاء لا الإخبار فيكون من المجازات المستنكرة، التي لا يجوز إنشاء العقد بها.

(١) لا يخفى أن مفهوم القبول ـ لغة وعرفاً ـ مثل مفهوم الرضا، يمكن أن يتعلق بالمستقبل كما يتعلق بالماضي، بل قد يتعلق بالمفهوم اللحاظي من دون أن يكون له خارجية ومطابق عيني.

أما القبول العقدي فلا يتعلق إلا بما هو واقع، فإذا تعلق بما يقع في المستقبل لم يكن قبولاً عقدياً، بل هو قبول عرفي، وحينئذٍ يمتنع تقدم القبول على الإيجاب.

نعم، إذا تقدم كان إعمالاً للسلطنة، ويكفي ذلك عن القبول وإن كان خبراً لا إنشاء لا أنه قبول متقدم.

وكذا يمكن أن يكون إنشاء ممن وظيفته القبول فيكون إيجاباً، ويكون الإنشاء من الآخر قبولاً، كما إذا قال المشتري للبائع: اشتريت منك الفرس بدرهم، فيقول البائع: بعتكها بدرهم، فإن ما صدر من المشتري إيجاب، وما صدر من البائع قبول، لا أن ما صدر من المشتري قبول متقدم، وكذلك في المقام.

ويصح الإيجاب من كل من المالك والزارع(١).

بل يكفي القبول الفعلي(٢) بعد الإيجاب القولي على الأقوى(٣).

---

(١) لا يختص ذلك بالمقام، بل يجري في عامة العقود، كما أشرنا إليه.

ويدل عليه في المقام روايتا أبي الربيع الشامي والنضر بن سويد المتقدمتان[١].

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

(٣) كما صرّح به في القواعد، قال: «ومن قبول، وهو كل لفظ أو فعل دل على الرضا»[٢].

وفي المسالك: استظهر من عدم تعرض الشرائع للقبول مع تعرضه للايجاب أنه لا يعتبر اللفظ فيه، كما ذكره في الايجاب[٣].

وفي مفتاح الكرامة: أن القبول الفعلي ليس بقبول، وأن العقود عبارة عن الصيغة من الطرفين، وأن تسمية ما اشتمل على القبول الفعلي عقدا مسامحة. انتهى[٤].

لكنه ـ كما ترى ـ خلاف مرتكزات العرف، فإنه لا فرق عندهم بين القول والفعل في الدلالة على الالتزام النفسي الذي هو قوام العقد، غاية الأمر

---

(١) في ص ٧٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣١١.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٨.

(٤) مفتاح الكرامة ٢٠: ١٦

وتجري فيها المعاطاة(١)، وإن كانت لا تلزم(٢) إلا بالشروع في العمل(٣).

أن دلالة اللفظ لفظية ودلالة الفعل عقلية، وليس بفارق في انطباق عنوان العقد أو عنوان المزارعة أو غيرهما من العناوين.

وحينئذٍ يتعين العمل بإطلاقات الصحة وعموماتها.

(١) كما نص على ذلك في الجواهر[١]، لاطراد الوجه المصحح لها في البيع هنا، كما عرفت.

نعـــم، لا يمكن هنا حصول التعاطي من الطرفين، وإنما يكون من طرف صاحب الأرض لا غير.

نعـــم، يكون القبول بأخذ الأرض من الفـــلاح، فيكون العقد بالإعطاء والأخذ، لا بالتعاطي من الطرفين.

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

(٣) لأن استيفاء الفعل إتلاف له، فيكون ملزماً لها.

ثم إنه قد تشـــكل صحة المعاطاة في المقام: بأنه يعتبر في المزارعة اشـــتراط أمور: من تعيين الحصـــة، والأجل، ومن عليه البذر، والزرع، والفعل لا يقبل الاشتراط؛ لأنه لا يقبل الإطلاق، فلا يقبل التقييد.

وفيه: أن التقييد للالتزام النفســـاني كما هو كذلك في العقد اللفظي، فإن اللفظ أيضاً لا يقبـــل التقييد، وكما أن اللفظ في العقد اللفظي حاك عن الالتزام المشروط، كذلك بالفعل أيضاً يكون حاكياً عن الالتزام المشروط.

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٣.

الثاني: البلوغ، والعقل، والاختيار، وعدم الحجر(١) لسفه أو فلس، ومالكية التصرف(٢) في كل من المالك والزارع.

نعم، لا يقدح فلس الزارع إذا لم يكن منه مال، لأنه ليس تصرفاً مالياً.

الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما، فلو جعل الكل لأحدهما لم يصح مزارعة(٣).

نعم، الفعل لا يصلح للحكاية عن الاشتراط، لكن يمكن استفادة الشرط من القرائن الحافة بالعقد الفعلي، بأن يكون الالتزام المحكي بالفعل مبنياً على الشروط المذكورة، وربما تكون الاستفادة من اللفظ.

(١) الشروط المذكورة شروط عامة لمطلق التصرف، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك في بعض الكتب السالفة، وتحرير الاستدلال على الوجه الأكمل يكون في كتاب البيع؛ لأنه الكتاب الأول من كتب العقود والإيقاعات، وقد تعرضنا لذلك في كتاب: (**نهج الفقاهة**) تعليقا على كتاب المكاسب لشيخنا الأعظم قدس سره[1].

(٢) الظاهر من العبارة أنها شرط آخر زائد على ما ذكر.

وكأن وجهه: أن ما سبق يختص بقصور في المتصرف، وهذا الشرط لقصور في موضوع التصرف، كالمرهون ونحوه.

ويحتمل أن يكون المراد بيان الجامع بين الشروط المذكورة؛ لأن مرجع الجميع إلى مالكية التصرف.

(٣) إجماعاً، ويشهد له ما سيأتي من الصحيح.

---

(١) نهج الفقاهة ٢: ٧.

الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما، فلو شرطا اختصاص أحدهما بنوع ـ كالذي حصل أولا ـ والآخر بنوع آخر، أو شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة الأرض لأحدهما وما حصل من القطعة الأخرى للآخر، لم يصح(١).

الخامس: تعيين الحصة بمثل النصف، أو الثلث، أو الربع، أو نحو ذلك، فلو قال: (ازرع هذه الأرض على أن يكون لك أو لي شيء من حاصلها) بطل(٢).

السادس: تعيين المدة(٣) بالأشهر والسنين، فلو أطلق بطل.

---

(١) بلا خلاف ظاهر، وعن مجمع البرهان: «كأنه إجماع»[١].

ويشهد له مصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تقبل الأرض بحنطة مسماة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به، وقال: لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس»[٢].

(٢) إجماعاً، كما عن التذكرة[٣]، ويشهد له النصوص التي منها المصحح المتقدم.

(٣) كما صرّح به في كلماتهم، بل عن التذكرة: الإجماع على أنه لا يجوز مع جهالة المدة[٤].

وفي الجواهر: «بلا خلاف معتد به، بل لعل الإجماع عليه»[٥].

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٩٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٤١، ب ٨ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٣.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨: ٣٩٩.

(٤) المصدر السابق.

(٥) جواهر الكلام ٢٧: ١٤.

. . . . . .

ولم يظهر عليه دليل، فإن ما دل على النهي عن بيع الغرر لا يشمل المقام.

وما دل على نهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر غير ثابت[١].

وما في الشرائع من الاستدلال عليه بأنه عقد لازم فهو كالإجارة، فيشترط فيه تعيين المدة، دفعاً للغرر[٢] ـ وإليه يرجع ما في المسالك من الاستدلال عليه: بأن مقتضى العقد اللازم ضبط أجله[٣]، وكذا ما في الجواهر من الاستدلال: بأن المزارعة أشبه بالإجارة[٤] ـ كما ترى، لا يرجع إلى دليل.

ومثلها الاستدلال بخبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها، فأي وجوه القبالة أحل؟ قال: يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماة، فيعمر، ويؤدّي الخراج»[٥]، ونحوه غيره.

فإن الظاهر من القبالة غير المزارعة.

نعم، يستفاد من مجموع كلماتهم أنه لا بد من تعيين المدة في الجملة بحيث لا يؤدي إلى الغرر، فإن تم إجماعاً ـ كما هو الظاهر ـ فهو المعتمد لا غير.

لكنه لا يقتضي لزوم تعيين المدة بحيث لا تقبل الزيادة والنقيصة، بل يكفي التعيين في الجملة، ولو بتعيين الزرع، والبدء به، وإن جهل زمان بلوغه.

بل ربما يكون تعيين المدة موجباً للغرر، إذا كان من المحتمل عدم بلوغ

(١) رواه في الخلاف والتذكرة وغيرهما بهذا اللفظ، وسيأتي من المصنف التنبيه عليه في ص ٣٦٤، انظر: الخلاف ٣: ٣١٩ / تذكرة الفقهاء ١٠: ٥١، ٩٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١١٩.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ١٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٧: ١٤.

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٦٠، ب ١٨ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٥

نعم لو عين المزروع، أو مبدأ الشروع في الزرع لا يبعد صحته إذا لم يستلزم غرراً، بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً إذا كانت الأرض مما لا يزرع في السنة إلا مرة، لكن مع تعيين السنة، لعدم الغرر فيه(١)، ولا دليل على اعتبار التعيين تعبداً، والقدر المسلم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصورة.

وفي صورة تعيين المدة لا بد وأن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع(٢)، فلا تكفي المدة القليلة التي تقصر عن إدراك النماء.

الزرع فيها، لأن في ذلك تعريضاً لضياع الزرع، بناءً على استحقاق المالك قلعه عند انتهاء المدة، أو الخسارة المالية بناءً على غير ذلك.

(١) لأن الغرر إنما يكون للجهل بالخصوصيات التي تختلف باختلافها الرغبات، وتتفاوت بها المالية، فإذا كانت الأرض لا تزرع إلا مرة واحدة في السنة، لا تتفاوت المالية باختلاف الابتداء والانتهاء.

(٢) في الجواهر: «صرح جماعة بوجوب كون المدة فيها مما يعلم فيها إدراك الزرع، ولو من جهة العادة، لأن إدراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة، بل ركنها الأعظم، حتى أنه ظن من جعل ذلك هو المدار في بعض النصوص عدم اعتبار المدة في المزارعة، وأن إدراك الزرع هو الغاية فيها.

قال إبراهيم الكرخي لأبي عبد الله عليه السلام: «أشارك العلج فيكون من عندي الأرض، والبذر، والبقر، ويكون على العلج القيام، والسقي، والعمل في الزرع، حتى يكون حنطة أو شعيراً، ويكون القسم، فيأخذ السلطان حقه، ويبقى ما بقي، على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي، قال عليه السلام: لا بأس»[1].

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٥/ وسائل الشيعة ١٩: ٤٤، ب ١٠ ـ المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١.

.....

بل بناءً على ما ذكره من أن قوام المزارعة هو الزرع فذكر المدة الزائدة على بلوغ الزرع و المساوية له بلا فائدة، وذكر المدة الناقصة مفوت للمقصود منها، بناءً على ما سيأتي الكلام فيه في المسألة السادسة[1].

وعلى هذا فالأولى المنع من اشتراط المدة زائداً على اشتراط زمان الشروع في الزرع.

إلا أن يكون المقصود من اشـــتراط المدة اشتراط عدم التواني في الأعمال المتعلقة بالزرع، بحيث يتأخر الانتاج، أو يكون المراد من اشـــتراط المدة تعيين السنين والأعوام التي تســـتمر فيها المزارعة، فلا يصح أن يقول: زارعتك على هذه الأرض مرات مـــن دون تعيين، فيكون الواجب التعيين بذكر عدد المرات أو بالسنين والأعوام، في مقابل بقاء المزارعة و استمرارها إلى أجل مبهم.

وإن كان يكفـــي أيضاً التعيين في عدد الزرع، فيقـــول: زارعتك على أن تزرع الشعير فيها مرتين، أو خمساً، أو عشراً، فيكون التعيين في عدد الزرع وإن لم يعلم مقدار الزمان.

وبالجملة: تعيين الزرع، ووقت الشروع فيه، والاســـتمرار على الأعمال عـــلى النحو المتعارف بلا مماهلة، كافٍ في رفـــع الغرر، وكذلك ذكر عدد الزرع والخصوصيات المتعلقة به كافٍ في رفع الغرر.

ومـــن ذلك يظهر أن مـــا ذكر في الشرائع بقوله: «ولـــو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدة فوجهان: أحدهما يصح؛ لأن لكل زرع أمد فيبني على العادة ـ كالقراض ـ والآخر يبطل؛ لأنه عقد لازم فهو كالإجارة، فيشـــترط فيه

---

(١) في ص ١٠٤.

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

تعيين المدة رفعاً للغرر؛ لأن أمد الزرع غير مضبوط، وهو أشبه»[1].

ضعيف، وأول الوجهين أصح، وأشبه بالقواعد حتى لو بني على منع الغرر من الصحة، إذ لا غرر ولا خطر، كما عرفت.

والمتحصل مما ذكرنا أمور:

الأول: أنه لا دليل لفظي على مانعية الغرر في المقام.

الثاني: أن مانعية الغرر في المقام مستفادة من ظهور الإجماع.

الثالث: اندفاع الغرر بتعيين المزروع، وأوان الزرع، أو نحو ذلك، بلا حاجة إلى تعيين المدة.

الرابع: أن تعيين المدة غير جائز، إما لأنه مفوت للمقصود، أو أنه عبث ولغو، فلا يكون له أثر.

(١) لأن امتناع الموضوع يوجب امتناع المضمون.

مع أن الحكم إجماعي ظاهراً، وإن كان البطلان أوضح من أن يستدل عليه بالإجماع.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١١٩.

الثامن: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما مع اختلاف الأغراض فيه، فمع عدمه يبطل(١) إلا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين، أو كان مرادهما التعميم(٢) وحينئذٍ فيتخير الزارع بين أنواعه.

التاسع: تعيين الأرض ومقدارها، فلو لم يعينها بأنها هذه القطعة أو تلك القطعة، أو من هذه المزرعة أو تلك، أو لم يعين مقدارها، بطل مع اختلافها، بحيث يلزم الغرر(٣).

---

(١) الظاهر من العبارة البطلان حتى مع إرادة التعميم، لكن ينافيه ما سيأتي من الصحة حينئذٍ، فيختص البطلان ـ على هذا ـ بما إذا كان المراد من الزرع المردد.

وحينئذٍ فالبطلان ظاهر الوجه؛ لأن المردد لا خارجية له، كي يكون موضوعاً للأحكام، على أنه فرض نادر.

ولأجل ذلك لم يتعرض الجماعة لذكر هذا الشرط بهذا المعنى.

(٢) يعني: المفهوم الجامع بين الأفراد.

لكن لا يخفى إن إرادة التعميم لا توجب ارتفاع الغرر، وإنما توجب الإقدام على الغرر، فإذا كان دليل على مانعية الغرر فهو حاصل في الفرض مع اختلاف الأفراد في الضرر وعدمه، أو شدة الضرر وخفته، والرضا بالتعميم لا يرفع مانعية الغرر.

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

(٣) الكلام في هذا الشرط هو الكلام فيما قبله، فإذا كان الغرر مانعاً فهو

نعـــم مع عدم لزومـــه لا يبعد الصحـــة، كأن يقول: (مقدار جريـــب من هذه القطعة من الأرض التي لا اختلاف بين أجزائها) أو (أي مقدار شئت منها).

ولا يعتبر كونها شـــخصية فلو عيّن كليـــاً موصوفاً على وجه يرتفع الغرر فالظاهر صحته وحينئذٍ يتخير المالك في تعيينه(١).

العاشر: تعيين كـــون البذر على أي منهما(٢)، وكذا ســـائر المصارف واللوازم إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه ولو بســـبب التعارف.

في المقامين سواء، وإلا فلا موجب للبطلان فيهما أيضاً.

(١) كما في بيع الكلي.

(٢) قال في القواعد: «والإطلاق يقتضي كون البذر على العامل، ويحتمل البطلان»[١]، وحكي الأول عن جماعة[٢].

وكأن وجهه: أن المزارعة تقتضي لزوم العمل على الفلاح بنحو الواجب المطلق المقتضي وجوب مقدماته، ومنها البذر، كالعوامل وآلات الحرث ونحو ذلـــك، كما أن إطلاق الإجارة على الخياطـــة يقتضي كون الخيوط على الأجير لا على المستأجر.

فيكون وجه البطلان الذي احتمله في القواعد المنع من ذلك، وأن مقتضى المزارعـــة مجرد العمل بنحو الوجوب المشروط بوجـــود البذر، فإذا لم يتعين من

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣١٤.

(٢) انظر: مفتاح الكرامة ٢٠: ١٢٦.

. . . . . .

عليه البذر كان المفهوم المنشأ بلا موضوع، فيبطل.

وعن الإيضاح وجامع المقاصد: أنه الأصح[١].

لكن في صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: «وسألته عن المزارعة، قال عليه السلام: النفقة منك والأرض لصاحبها، فلما أخرج الله تعالى من شيء قسم على الشطر، وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها، ولهم النصف مما أخرجت»[٢].

لكن في جامع المقاصد الإطباق على صحة المزارعة مع كون البذر على المالك[٣].

فإن تم ـ كما هو الظاهر، كما يشهد به تقسيم المزارعة في كلامهم إلى صور متعددة، ومنها كون البذر على العامل تارة، وعلى صاحب الأرض أخرى، وعليهما معاً ثالثة ـ فلا مجال للعمل بظاهر الرواية، ويتعين تأويلها والرجوع إلى القواعد المقتضية لوجوب التعيين إذا لم يكن تعين، وربما يختلف ذلك باختلاف الأصقاع والأزمان.

فقد يكون البذر على صاحب الأرض فيكون الفلاح كالبناء، وقد يكون على الفلاح فيكون الفلاح كالخياط والصحاف في زماننا، وقد لا يكون تعارف، وحينئذٍ لا بد من التعيين، ومع عدمه تبطل لعدم الموضوع.

إلا أن يكون إطلاق فيقتضي كونه على العامل، كما ذكر في القواعد:

---

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٢٨٨/ جامع المقاصد ٧: ٣٣٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٤٥، ب ١٠ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢ .

(٣) جامع المقاصد ٧: ٣٣١.

(مسألة ١): لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع، بل يكفي كونه مسلطاً عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالإجارة، أو الوصية، أو الوقف عليه، أو مسلطاً عليها بالتولية، كمتولي الوقف العام أو الخاص والوصي، أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير والسبق، ونحو ذلك(١)، أو كان مالكاً للانتفاع بها، كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره(٢) أو شارك غيره، بل يجوز أن يستعير الأرض للمزارعة.

نعم، لو لم يكن له فيها حق أصلاً لم يصح مزارعتها، فلا يجور المزارعة في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، فإن المزارع والعامل فيها سواء.

نعم، يصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر، أو بإجارة أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك، لكنه ليس حينئذٍ من المزارعة المصطلحة(٣).

وسيأتي في المسألة التاسعة عشرة ما له نفع في المقام[١].

(١) كما إذا وضع فيه شيئاً.

(٢) كما سيأتي التعرّض لذلك في المسألة الثالثة عشرة[٢].

(٣) من المعلوم أن الشركة في الزرع ليست مزارعة ـ كما عرفت ـ مفهوماً عرفاً، ولغة، وشرعاً.

---

(١) في ص ١٦٠.

(٢) في ص ١٤١.

ولعل هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين قاطبة(١) إلا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها، وإلا فلا إشكال في جوازها بعد الإجارة من السلطان، كما يدل عليه جملة من الأخبار.

---

(١) قال في المسالك: «واعلم أنه قد استفيد من حقيقة المزارعة، ومن صيغتها، أن المعقود عليه هو الأرض المملوكة المنتفع بها ـ كما سيتحرر من شرائطها ـ ويبقى من لوازمها البذر والعمل والعوامل، وهي بحسب ما يتفقان عليه في مقابلة الأرض، أو بعضها مضافاً إليها من صاحب الأرض وبعضها على العامل، وصورها المتشعبة بينها كلها جائزة، وأنه لا تشرع المزارعة إذا لم تكن الأرض ملكاً لأحدهما، كما في الأرض الخراجية»[١].

وأشكل عليه: بأن صيغة المزارعة ـ التي هي: زارعتك ونحوها ـ لا تقتضي اعتبار ملكية الأرض لا عيناً ولا منفعة، بل يكفي فيها الأولوية الحاصلة في أرض الخراج بالإحياء أو بالتفويض ممن هي بيده.

وعن الكفاية: الجزم بعدم اعتبار ذلك في المزارعة[٢]، وذكر جملة من النصوص الدالة على جواز مزارعة أرض الخراج، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام ـ في حديث ـ: «أنه سئل عن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث، قال: نعم، لا بأس به، قد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر، والخبر هو النصف»[٣].

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٨.

(٢) كفاية الأحكام ١: ٦٣٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ٤٢، ب ٨ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٨.

(مسألة ٢): إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما، فالظاهر صحته وإن لم يكن من المزارعة المصطلحة، بل لا يبعد كونه منها أيضاً(١).

وخبر الفيض بن المختار: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في أرض أتقبلها من السلطان، ثم أواجرها أكرتي، على أن ما أخرج الله منها من شيء كان لي من ذلك النصف والثلث بعد حق السلطان، قال: لا بأس به، كذلك أعامل أكرتي»[١]، وصحيح يعقوب المتقدم في الشرط العاشر[٢].

لكن في الجواهر حمل كلام المسالك على إرادة ما في المتن... إلى أن قال: «ودعوى ظهور كلامه في اعتبار ملكية العين في المزارعة، مقطوع بفسادها، فإن القواعد والنصوص والفتاوى صريحة في خلافها، ويبعد خفاء مثل ذلك على مثله»[٣].

أقول: صريح كلامه اعتبار الملكية وعدم صحة المزارعة على الأرض الخراجية لعدم كونها ملكا للمزارع، فدعوى ظهور كلامه في ذلك مقطوع بصحتها لا بفسادها.

والقواعد والفتاوى والنصوص إنما تدل على فساد دعوى اعتبار الملكية، لا على فساد دعوى ظهور كلامه في ذلك.

(١) قد تقدم وسيأتي أن المزارعة المصطلحة من العقود اللازمة، ومن المعلوم أن الإذن في الفعل الخارجي ليس عقداً، فضلاً عن أن يكون لازماً.

---

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٥٢، ب ١٥ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٣.

(٢) تقدّم في ص ٨٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٦.

وكذا لو أذن لكل من يتصدى للزرع وإن لم يعين شخصاً(١).

وكذا لو قال: (كل من زرع أرضي هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه) ـ مثلاً ـ فأقدم واحد على ذلك، فيكـــون نظير الجعالة(٢) فهو كما لو قال: (كل من بات في خاني أو

نعـــم، إذا كان المراد من الإذن في زرع الأرض الإذن في إيقاعه للمزارعة الإنشائية، وكان المزارع في مقام إنشائها، كان إنشاؤها بذلك إيجابا لها، ويكون الإذن السابق قائماً مقام القبول؛ لكونه إعمالاً للسلطنة.

وكذا إذا كان من قبيـــل الدال على إيجاب المزارعة بالدلالة العقلية، نظير دلالة التصرف على إمضاء العقد أو فســـخه، كما سبق ذلك في مبحث الإيجاب والقبول.

لكن الظاهر خروج ذلك عن الفرض المقصود من العبارة.

وبالجملة: الإذن في زرع الأرض لشخص إيقاع بحت، لا عقد، ولا جزء عقد.

(١) الفرق أن الأول إذن لشخص بعينه، والثاني إذن عام، والثالث ليس إذناً، وإنما هو جعل على نفسه، ويستفاد منه الإذن بالقرينة، وهو جعل العوض للمأذون الدال على الترغيب إليه.

(٢) لأن الجعالة جعل شيء على نفسه، فتشترك مع الفرض الأخير في ذلك.

لكن يشـــكل ما ذكره: بأن الجعالـــة إيقاع على المشـــهور، فكيف يكون الفرض الأخير إيقاعاً وقد جعله من المزارعة المصطلحة؟

اللهم إلا أن يكون بناؤه على أن الجعالة من العقد، كما هو قول لبعضهم.

داري فعليه في كل ليلة درهم)، أو (كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقة)، فإن الظاهر صحته للعمومات، إذ هو نوع من المعاملات العقلائية، ولا نسلم انحصارها في المعهودات، ولا حاجة إلى الدليل الخاص لمشروعيتها، بل كل معاملة عقلائية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص، كما هو مقتضى العمومات.

والتحقيق: أن الفروض المذكورة ـ وكذلك الجعالة ـ ليست من العقود، إذ لم يجعل فيها للعامل عنوان من العناوين الموقوف على إعمال سلطنته وقبوله.

مع أنها لو كانت عقداً احتاجت إلى القبول، وهو مفقود، فإن العمل من العامل لم يكن بقصد القبول للإيجاب، بل كان بقصد الجري على مقتضى الإيجاب بناءً منه على تمامية اقتضائه، فلا يكون قبولاً فعلياً.

مع أنه في الصورتين الأخيرتين وفي الجعالة قد لا يكون موالياً للإيجاب، أو لا يكون مطابقاً له، كما إذا كان العمل بقصد عوض آخر غير ما ذكر في الإيجاب، أو كان صادراً من غير البالغ، أو من غير الرشيد، أو من غير المميز، أو من المجنون الذي لا يصح قصده.

ولعله لذلك قال في الشرائع في مبحث الجعالة: أنها لا تحتاج إلى قبول.

وإن كان ينافيه قوله بعد ذلك: «ويجوز أن يكون العمل مجهولاً؛ لأنه عقد جائز كالمضاربة»[1]، إلا أن يكون مراده من العقد معنى آخر، لا ما اشتمل على الإيجاب والقبول، وإن كان بعيداً.

وكيف كان، فالتحقيق ما ذكرنا.

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ١٢٦.

(مسألة ٣): المزارعة من العقود اللازمة(١) لا تبطل إلا بالتقايل(٢) أو الفسخ بخيار الشرط(٣) أو بخيار الاشتراط(٤) أي: تخلف بعض الشروط المشترطة على أحدهما.

(١) إجماعاً، كما عن جامع المقاصد[١].

وفي المسالك: أنه اتفاق[٢].

وفي الجواهر: «بلا خلاف، بل لعل الإجماع بقسميه عليه»[٣].

وعن الكفاية: كأنه إجماع[٤].

ويقتضيه ما دلّ على اللزوم في عامة العقود.

(٢) لما دل على مشروعية الإقالة في عامة العقود اللازمة.

وعن الرياض: الظاهر أنه لا خلاف في البطلان بالتقايل[٥]، ونحوه عن غيره[٦].

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

(٤) فإن فوات الشرط يوجب الخيار، إما لأنه من الأحكام العرفية الممضاة لدى الشارع المقدس، أو لأن لازم اشتراط الشرط اشتراط الخيار عند فقده.

---

(١) جامع المقاصد ٧: ٣١٣.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ١٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٧.

(٤) كفاية الأحكام ١: ٦٣٤.

(٥) رياض المسائل ٩: ٣٦٦.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٩٩/ كفاية الأحكام ١: ٦٣٤.

وتبطل أيضاً بخروج الأرض عن قابليـــة الانتفاع(١) لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك. ولا تبطل بموت أحدهما(٢)، فيقوم وارث الميت منهما مقامه(٣).

نعم تبطل بموت العامل مع اشـــتراط مباشرته للعمل(٤)،

هذا، وقد اقتصر المصنف في الخيار على السببين المذكورين، مع أن الخيار قـــد يكون بالغبن، بناءً عـــلى عموم دليله لجميع المعاوضـــات المالية، وقد أثبته المصنف وغيره في الإجارة[١]، ولا فرق بينها وبين المقام.

نعم، لـــو كان دليله الإجمـــاع اختص بالبيع؛ لاختصـــاص الإجماع به، وحينئذٍ لا يشمل الإجارة، ولا المقام.

فالتفكيـــك بين الإجارة والمقام غير ظاهر، إذ المقـــام إما من قبيل إجارة الأرض، أو إجارة الأجير العامل، أو إجارتهما.

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

(٢) كما في الشرائع والقواعد وغيرهما[٢].

وفي جامع المقاصد: «لا نعرف خلافاً في أن المزارعة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين»[٣]، ويقتضيه الأصل.

(٣) كما نص على ذلك في جامع المقاصد، والمسالك، وغيرهما[٤].

(٤) كما ذكره في المسالك[٥].

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ٦٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١١٨/ قواعد الأحكام ٢: ٣١١/ تحرير الأحكام ٣: ١٣٧.

(٣) جامع المقاصد ٧: ٢١٤.

(٤) جامع المقاصد ٧: ٢١٤/ مسالك الأفهام ٥: ١٠

(٥) مسالك الأفهام ٥: ١٠.

سواء كان قبل خروج الزرع أو بعده(١).

وأما المزارعة المعاطاتية فلا تلزم إلا بعد التصرف(٢).

وأما الإذنية فيجوز فيها الرجوع دائماً(٣)، لكن إذا كان بعد

لكنه يختص بما إذا كان الشرط راجعاً إلى تقييد العمل بعمل العامل مباشرة، بأن كان موضوع المزارعة الأرض ومنفعة العامل نفسه، والبطلان فيه ظاهر؛ لفوات الموضوع الموجب لفوات الحكم.

أما إذا كان الشرط راجعاً إلى اشتراط شيء زائد على العامل، فالموضوع نفس العمل في الذمة، الشامل لعمل غيره، فيكون الشرط تطبيقه على عمل نفسه، فإذا مات العامل فقد تعذّر العامل بالشرط، ويكون الحكم صحة العقد والخيار في الفسخ، لفوات الشرط.

(١) في المسالك: «هو مشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة؛ لأنه قد ملك الحصة وإن وجب عليه بقية العمل، فخروجه عن ملكه بعد ذلك بعيد»[١].

ورده في الجواهر: «بأن الملك وإن حصل، لكنه متزلزل إلى حصول تمام العمل، نحو ملك العامل في المضاربة في بعض الأحوال»[٢].

وهو في محلّه عملاً بمقتضى العقد الخاص.

(٢) لما حرّر في مبحث البيع المعاطاتي من عدم لزومها إلا بالتصرف[٣].

(٣) قد تقدّم منه أن المزارعة الإذنية من المزارعة المصطلحة[٤]، وقد

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ١٠.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٧.

(٣) انظر: نهج الفقاهة ١: ١٠١، وما بعدها.

(٤) تقدّم في ص ٨٨.

الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم ابقائه إلى حصول الحاصل، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه(١)، وفائدة الرجوع أخذ أجرة الأرض منه حينئذٍ ويكون الحاصل كله للعامل.

عرفت أن المزارعة المصطلحة من العقود، فتكون لازمة، عملاً بأصالة اللزوم في العقود.

نعم، إذا كانت من الإيقاع جاز الرجوع فيها، لكن بالنسبة إلى المستقبل الذي هو محل الابتلاء، لا بالنسبة إلى الماضي الخارج عن محل الابتلاء، فإذا قال زيد: (أذنت لك أن تسكن داري شهراً)، فسكنت فيه أياماً، ثم رجع عن الإذن، صح ذلك بالنسبة إلى اللاحقة، لا الماضية، فإنه لا يجوز الرجوع فيها، لخروجها عن محل الابتلاء.

(١) الإذن في بقاء الزرع ليس مستنداً إلى الإذن في الزرع، ليكون من باب: الإذن في الملزوم إذن في اللازم، بل هو مقتضى صريح العبارة الدالة على استحقاق حصة الناتج.

مضافاً إلى أن ثبوت الإذن في بقاء الزرع لا يجدي بعد فرض رجوع المالك عن الإذن، كما هو المفروض.

اللهم إلا أن يكون مراده أنه إذا أذن المالك في إبقاء الزرع فرجع عن إذنه ليس له قلع الزرع الذي كان مأذوناً في ابقائه.

لكن ـ على هذا ـ يكون المناسب التعرض لإثبات هذه الدعوى ووجهها، لا التعليل بما ذكر.

وأيضاً فإن جواز رجوع المالك بعد عمل العامل غير ظاهر، إذ لا دليل على عموم الرجوع عن الإذن، ومقتضى الأصل عدم تأثير الرجوع شيئاً، وبقاء

(مسألة ٤): إذا استعار أرضاً للمزارعة(١) ثم أجرى عقدها لزمت، لكن للمعير الرجوع في إعارته(٢)، فيستحق أجرة المثل

الاستحقاق للحصة المعينة، وعدم الرجوع إلى أجرة المثل بحاله.

فالذي يتحصل في الإشكال على ما في المتن أمور:

الأول: أن الإذن في بقاء الزرع ليس مستنداً إلى الملازمة والإذن في الملزوم، بل مستند إلى صريح القول.

الثاني: أن الكلام ليس في الإذن من المالك، بل في تأثير الرجوع عن الإذن في جواز القلع وعدمه.

الثالث: أنه لا دليل على جواز رجوع المالك عن إذنه بعد عمل العامل، لا سيما إذا كان النتاج لا يحتاج إلى عمل.

(١) الظاهر أنه لا مانع من صحة استعارة الأرض للمزارعة، فإن الاستعارة استباحة العين للاستفادة بمنافعها، أعم من أن تكون الاستفادة بالمباشرة أو بالتسبيب، فالحصة التي تكون للمستعير بالمزارعة نتيجة استعارة الأرض للمزارعة.

(٢) لا يخلو من نظر، فإن المزارعة قد اقتضت على وجه اللزوم استحقاق المستعير والعامل لمنفعة الأرض، فلا يمكن رجوع المنفعة إلى مالكها كي يترتب على الرجوع فائدة.

ودعوى: أن فائدة الرجوع عن الإذن ضمان أجرة المثل.

مدفوعة: بأنه لا موجب لهذا الضمان.

وثبوت الضمان ـ فيما لو باع المشتري العين ثم ظهر غبن البائع، فإنه إذا

لأرضه على المستعير، كما إذا استعارها للإجارة(١) فآجرها، بناءً على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

فسخ يرجع على المشتري ببدل العين؛ لأنها مضمونة بالمعاوضة ـ لا يقتضي ثبوت الضمان هنا، إذ لا معاوضة في العارية.

(١) في صحة هذه الاستعارة نظر، فإن الاستعارة استباحة الانتفاع بالعين واستيفاء منفعتها، والإجارة ليست استيفاء للمنفعة، بل استيفاء لعوضها، فلا تصح الاستعارة لها.

لكن المصنف رحمه الله لم يهتم لهذا الإشكال، واهتم لإشكال آخر، وهو أن الإجارة من المعاوضات، وهي تقتضي دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض، فيجب أن تدخل الأجرة في ملك مالك المنفعة وهو المعير، ولا يمكن أن تدخل في ملك غيره وهو المستعير.

وأجاب عنه: بأن العوض في المعاوضات لوحظ فيه العوضية في الجملة، ولا يجب أن يدخل في ملك مالك المعوض.

لكن قد تقدّم الإشكال في ذلك، وأنه خلاف المرتكز في باب المعاوضة[1].

نعم، لا يبعد عدم اعتبار دخول المعوض في ملك من يخرج منه العوض.

ثم إنه قد يقال بصحة الاستعارة للإجارة، بملاحظة أن الأجرة تدخل في ملك المعير، ثم تدخل في ملك المستعير، فمرجع الاستعارة للإجارة الإذن في تملك الأجرة.

ولكن لا يخفى أن ذلك بعيد عن مفهوم الاستعارة جداً، إذ العين المستعارة على هذا لم يقصد الاستفادة بمنفعتها، ولا بعوض المنفعة، وإنما قصد الإذن في

(١) لعله إشارة إلى ما تقدّم في ص ٢٥، ٤٧، فلاحظ.

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

الإجارة للمعير ثم تملك الأجرة، لا الإجارة للمستعير، فلم تكن الاستعارة للإجارة.

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

وفي الشرائع: حكاية القول بالبطلان[٢]، لكن عن جماعة أنه لم يعرف قائله، بل ولا دليله[٣]؛ لمخالفته لعموم نفوذ الشروط من غير مخصص، أو مقيد.

مضافاً إلى ما رواه المشايخ الثلاثة (رضوان الله عليهم) عن محمد بن سهل ابن اليسع، عن أبيه قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يزرع له الحراث بالزعفران، ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً، فربما نقص وغرم، وربما استفضل وزاد، قال عليه السلام: لا بأس به إذا تراضياً»[٤].

وقد استدل به على الحكم كما عن جماعة، مستظهرين دلالته، منهم الخراساني، والكاشاني، والسيد في الرياض[٥].

وفي الجواهر: «في المفاتيح: في بعض الأخبار عليه دلالة (يعني: على جواز

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١١.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١١٩.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ١٢/ مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٦.

(٤) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٢٦٦/ من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٩/ تهذيب الأحكام ٧: ١٩٦/ وسائل الشيعة ١٩: ٤٩، ب ١٤ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١.

(٥) كفاية الأحكام ١: ٦٣٦/ مفاتيح الشرائع ٣: ٩٦/ رياض المسائل ٩: ٣٦٩.

وليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل(١)، بل الأقوى صحة

الشرط المذكور)، قيل: ولعله ما أشار إليه في الكفاية من بعض المعتبرة: عن الرجل...»[١]، ثم ذكر الحديث ولم يتعرض لوجه الدلالة.

لكن الدلالة على ما نحن فيه غير ظاهرة، لوروده في اشتراط حصة معينة من الحاصل لا من غيره، والتعدي إلى غيره غير ظاهر.

(١) قال في المسالك: «القول بالمنع لا نعلم القائل به.

وعلى القول بالجواز يكون قراره مشروطاً بالسلامة، كاستثناء أرطال معلومة من الثمرة في البيع، فلو تلف البعض سقط منه بحسابه؛ لأنه كالشريك وإن كانت حصته معينة.

مع احتمال أن لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى بقي قدر نصيبه، عملاً بإطلاق الشرط»[٢].

والذي يظهر من العبارة أن في المسألة احتمالين:

الأول: أنه يسقط من الشرط بنسبة التالف إلى الحاصل، فيكون من قبيل الجزء المشاع، فإذا تلف من الحاصل الربع ـ مثلاً ـ سقط من الشرط الربع.

الثاني: أنه لا يسقط منه ما دام الباقي من الحاصل بمقداره، فإذا تلف الحاصل كله سقط الشرط حينئذٍ، فيكون من قبيل الكلي في المعين.

والأول أقوى في نظره الشريف من الثاني.

ولكن الاحتمالين خلاف عموم صحة الشرط وإطلاقها الشامل لصورتي تلف الحاصل أو بعضه وعدمه، فلا يسقط من الشرط شيء، وإن تلف جميع

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١١/ مفاتيح الشرائع ٣: ٩٦/ كفاية الأحكام ١: ٦٣٦.
(٢) مسالك الأفهام ٥: ١٢.

استثناء مقدار معين من الحاصل لأحدهما(١) مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما، فلا يعتبر إشاعة جميع الحاصل بينهما على الأقوى.

الحاصل، نظير الدين في الذمة.

ولا مجال لقياس المقام على صورة استثناء البائع للثمرة بعض الحاصل، الذي ذكر الأصحاب أنه يسقط من المستثنى بالنسبة؛ لأن الاستثناء يقتضي وحدة السنخية بين المستثنى والمستثنى منه، ولما كان المستثنى منه خارجياً كان المستثنى أيضاً خارجياً، فيكون جزءاً مشاعاً لا كلياً في المعين، ولا في الذمة، وفي المقام لا وحدة جنسية بين الحاصل وبين الشرط، كي يبنى على وحدة السنخية ليترتب ما ذكر.

فلاحظ ما ذكرناه في تلك المسألة في باب (بيع صاع من صبرة) من كتابنا **(نهج الفقاهة)**[١].

(١) قال في المختلف: «منع بعض أصحابنا أن يشترط أحدهما شيئاً من الحاصل والباقي يكون بينهما، والوجه عندي الجواز.

وقد نص الشيخ وجماعة ـ كابن البراج، وابن إدريس، وغيرهما ـ على جواز اشتراط إخراج البذر أولاً»[٢].

وفي التحرير: «لو شرط أحدهما قفيزاً معلوماً من الحاصل وما زاد بينهما ففي البطلان نظر»[٣]، وظاهره أن الصحة أقرب.

---

(١) نهج الفقاهة ٢: ٤٥٣.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ١٩٢/ النهاية: ٤٤٠/ المهذب ٢: ١٢/ السرائر الحاوي ٢: ٤٤٦.

(٣) تحرير الأحكام ٣: ١٣٨.

. . . . . .

وعن الكفاية: أنه غير بعيد[١].

لكن في القواعد الحكم بالبطلان على إشكال[٢]، وهو المحكي عن كثير من كتب الأصحاب[٣]، وهو المشهور، كما في المسالك[٤].

وفي الشرائع: «لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل وما زاد على بينهما لم يصح، لجواز أن لا تحصل الزيادة»[٥].

ولا يخفى ضعف التعليل، فإن الاحتمال المذكور لا يبطل المزارعة في صورة عدم الشرط، فكيف صار يبطلها مع فرضه.

مضافاً إلى أنه قد يحصل العلم بالزيادة، فلا وجه للمنع مطلقاً.

نعم، لا بد من حصول الزيادة في الواقع، لا أن العلم به شرط في الصحة.

وفي جامع المقاصد: الاستدلال بأصالة عدم المشروعية فيما لم يثبت مشروعيته؛ لأن العقود بالتلقي[٦].

وفي المسالك: الاستدلال بأن ذلك منافٍ لوضع المزارعة، وكون العقد على خلاف الأصل، حيث أن العوض فيه مجهول، فيقتصر فيه على موضع النقل[٧]، انتهى.

---

(١) كفاية الأحكام ١: ٦٣٦.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣١٣.

(٣) حكاه عن كثير من الأصحاب في إيضاح الفوائد ٢: ٢٨٧/ وانظر: مفتاح الكرامة ٢٠: ٧٧.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ١١.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١١٩.

(٦) جامع المقاصد ٧: ٣٢٦.

(٧) مسالك الأفهام ٥: ١١.

كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه(١)، أو استثناء

وفيه: أنه لا دليل على قدح الجهالة كلية، كما أنه لم يثبت منافاته لوضع المزارعة.

وأما أصالة عدم المشروعية فهي خلاف إطلاق دليل صحة المزارعة، فضلاً عن صحة العقود.

نعم، لا بد من إثبات كونها مزارعة عرفاً، أما مع الشك في ذلك فالأصل عدم ترتب أحكام المزارعة، وإن قيل بصحتها من حيث كونها عقداً.

ثم إن ظاهر النصوص المتقدّمة أن قوام المزارعة المعاملة على الأرض بالصحة المشاعة، وهو في المقام حاصل، غاية الأمر أنه اشترط فيه شرط، ودليل صحة الشروط يقتضي صحته، كما في المسألة السابقة، ولا فرق بين أن يكون الشرط متعلقاً بالحاصل كما هنا، أو متعلقاً بخارج الحاصل كما في المسألة السابقة، فالتفصيل بينهما ـ كما عن الأكثر ـ بلا فاصل.

ودعوى: كون الشرط المتعلق بالحاصل منافياً لوضع المزارعة، فيكون منافياً لمقتضى العقد، فيكون باطلاً، ممنوعة؛ لما عرفت.

ويمكن الاستدلال على الصحة برواية سهل بن اليسع المتقدمة[1]، إذ تقدم أن موردها ما نحن فيه دون ما تقدم.

(١) الظاهر أنه لا إشكال في صحة اشتراط ذلك واستثنائه، والنصوص تدل عليه، ففي خبر إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشارك العلج [المشرك. خ ل] فيكون من عندي الأرض والبقر والبذر ويكون على العلج القيام والسقي [السعي. خ ل] والعمل في الزرع حتى يصير حنطة أو

(١) تقدّمت في ص ٩٧.

مقدار خراج السلطان، أو ما يصرف في تعمير الأرض، ثم القسمة. وهل يكون قراره في هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الأرطال في بيع الثمار(١) أو لا؟

شعيرا، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه [مثله.خ ل] ويبقى ما بقي على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي، قال: لا بأس بذلك، قلت: فلي عليه أن يرد عليّ مما أخرجت الأرض البذر ويقسم ما بقي؟ قال: إنما شاركته على أن البذر من عندك و عليه السقي والقيام [القيام والسعي.خ ل]»[١].

وظاهر التعليل في الأخير جواز اشتراط أخذ البذر قبل القسمة.

وصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها، ويصلحها، ويؤدي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس»[٢].

وظاهره اشتراط الأمور الثلاثة جميعها.

(١) قد أشرنا في أوائل المسألة إلى أنه قد ذكر الفقهاء ـ قدس الله أسرارهم ـ أنه إذا باع الثمرة واستثنى مقداراً معينا فخاست الثمرة ينقص من المستثنى على حسب النسبة.

قال في الشرائع: «يجوز أن يستثني ثمرة شجرات أو نخلات بعينها، وأن يستثني حصة مشاعة أو أرطالاً معلومة، ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه»[٣].

---

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤٤، ب ١٠ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١ .

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٢ .

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٤٧.

وجهان(١).

وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه»[١].

كما أنهم ذكروا في بيع الصاع من صبرة أنه إذا تلف بعض الصبرة لم ينقص من المبيع شيء.

ولأجل ذلك استشكل في وجه الفرق بين المسألتين جماعة.

والأقرب في وجه الفرق: أن المبيع في بيع صاع من صبرة الكلي الذي لا ينقص بنقصان الصبرة، والمستثنى في بيع الثمرة المقدار المشاع لا الكلي، لأن حمله على الكلي يوجب عدم السنخية بين المستثنى والمستثنى منه، وإذا حمل على المقدار المشاع لا بد أن يرد عليه النقص الوارد على الكل، بخلاف بيع الصاع، فإن الظاهر من المبيع الكلي، ولا مقتضى لحمله على المشاع، كما أشرنا إلى ذلك آنفاً.

(١) الظاهر اختلاف الحكم باختلاف التعبير، فإن كان بنحو الاستثناء ـ كما عبر به في المتن ـ حمل على الإشاعة، كما ذكرنا.

وإن كان على نحو آخر حمل على الكلي في المعين، أو في الذمة على اختلاف العبارات.

والمصنف رحمه الله عبر بالاستثناء، وغيره بالشرط، والشرط قد يكون بنحو الإشاعة، وقد يكون بنحو الكلي في المعين، وقد يكون بنحو الكلي في الذمة، وقد عرفت حكم كل منها.

فإن كان التعبير من المصنف بالاستثناء يريد به معناه فاللازم الفتوى بسراية النقص، ولا وجه للتردد، وإن كان يريد به الشرط ـ كما ذكر الفقهاء ـ فالحكم يختلف باختلاف التعبير.

---

(١) جواهر الكلام ٢٤: ٨٤.

(مسألة ٦): إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالباً فمضت والزرع باق لم يبلغ، فالظاهر أن للمالك الأمر بإزالته(١) بلا أرش(٢)، أو إبقائه ومطالبة الأجرة إن رضي العامل بإعطائها، ولا يجب عليه الإبقاء بلا أجرة، كما لا يجب عليه الأرش مع إرادة الإزالة؛ لعدم حق للزارع بعد المدة، والناس مسلطون على أموالهم(٣).

---

(١) قال في الشرائع: «ولو مضت المدة والزرع باقٍ كان للمالك إزالته على الأشبه، سواء كان بسبب الزارع ـ كالتفريط ـ أو من قبل الله سبحانه، كتأخر المياه، أو تغير الأهوية»[١]، ونحوه ما في المسالك، وما عن التحرير، والإرشاد، والروض، ومجمع البرهان، والكفاية وغيرها مما هو كثير[٢].

(٢) للأصل.

(٣) هذا الاستدلال ذكره في المسالك[٣].

وفيه: أن قاعدة السلطنة معارضة بقاعدة الضرر؛ لأن إزالة الزرع ضرر على الزارع، وقاعدة الضرر مقدّمة على قاعدة السلطنة.

نعم، إذا اتفق أن منع المالك عن التصرف في أرضه ضرر عليه ـ لما فيه من تفويت المنفعة الخاصة ـ تعارضت قاعدة الضرر في الطرفين، فيرجع إلى عموم قاعدة السلطنة.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١١٩.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ١٥/ تحرير الأحكام ٣: ١٣٩/ إرشاد الأذهان ١: ٤٢٧/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٠٣/ كفاية الأحكام ١: ٦٣٦/ المقنعة: ٦٣٦/ قواعد الأحكام ٢: ٣١٢/ وعن الروض في مفتاح الكرامة ٢٠: ٤٩، ولم اهتد إليه.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ١٥.

ولا فــرق بين أن يكون ذلك بتفريط الــزارع(١) أو من قبل الله، كتأخير المياه أو تغير الهواء.

وعليه يتعين التفصيل بين صورة ما إذا كان حبس المالك عن التصرف في أرضة ضرراً وبين غيرها، فتجوز الإزالة في الأولى، ولا تجوز في الثانية.

فإذا جازت الإزالة في الأولى فأزاله الزارع فلا موجب لاستحقاق الأرش على مالك الأرض، للأصل كما سبق.

ولا مجال لاحتمال أن قاعدة الضرر تقتضي ذلك..

أولاً: لما عرفت من سقوطها.

وثانياً: لأنها نافية فلا تصلح للإثبات.

وكذا إذا امتنع الزارع من الإزالة فأزاله المالك.

واحتمال الضمان ـ لأن النقص جاء بفعله ـ ضعيف، لأن الزرع لما لم يكن مستحق البقاء لم تكن في إزالة المالك له نوع من التعدي، كي يوجب الضمان.

وإذا لم تجــز الإزالة في الثانية فبقي الزرع اســتحق المالك أجرة الأرض، وقاعــدة الضرر الموجبة لجواز الابقاء لا تقتضي الإبقاء مجاناً، فاســتيفاء منفعته الأرض تقتضي ضمانها.

(١) يمكن أن يقــال بعدم جريان قاعدة الــضرر في هذه الصورة، لأن تفريطه يوجب نسبة الضرر إليه، لا إلى الحكم الشرعي كي يرتفع بقاعدة الضرر.

ولكنه كما ترى! إذ الضرر يحصل بالإزالة التي سوغها الشارع.

نعم، قد يقــال: إن تفريطــه إقدام على الــضرر، فلا تشــمله القاعدة لاختصاصها بغير المقدم.

وقيل: بتخييره بين القلع مع الأرش والبقاء مع الأجرة(١).

وفيه: ما عرفت(٢)، خصوصاً إذا كان بتفريط الزارع(٣)، مع أنه لا وجه لإلزامه العامل بالأجرة بلا رضاه(٤).

وهو أيضاً مشكل إذ قد يكون تفريطه برجاء بلوغ الزرع مع التفريط، أو رضا المالك بإبقائه، أو نحو ذلك من الوجوه التي لا يكون فيها الإقدام على الضرر.

(١) القائل العلامة في القواعد، قال: «ولو ذكر مدة يظن الإدراك فيها فلم يحصل، فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرش، أو التبقية بالأجرة، سواء كان بسبب الزارع، كالتفريط بالتأخير، أو من قبل الله تعالى كتغيير الأهوية وتأخير المياه»[١].

(٢) من أنه لا دليل على الأرش.

(٣) ولذلك فصل جماعة بين صورة التفريط من الزارع فتجوز الإزالة بلا أرش، وبين غيرها فلا تجوز الإزالة.

(٤) كما ذكره في جامع المقاصد[٢]، وتبعه عليه غيره[٣]، فإن ذلك خلاف قاعدة السلطنة على النفس المانعة من إلزام الزارع بالأجرة.

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور:

الأول: أن قلع الزرع عند انتهاء المدة إذا لم كن موجبا للضرر فيه جاز للمالك الأمر بإزالته، عملا بقاعدة السلطنة من دون معارض.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣١٢.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٣١٧

(٣) مسالك الأفهام ٥: ١٦.

نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ ـ بلا أجرة، أو معها ـ إن مضت المدة قبله لا يبعد صحته(١) ووجوب الإبقاء عليه.

الثاني: أنه إذا كان قلع الزرع موجباً للضرر فيه كان مقتضى قاعدة نفي الضرر ـ المقدمة على قاعدة السلطنة ـ عدم جواز قلعه، ويتعين دفع الأجرة للمالك في مقابل المنفعة المستوفاة من بقاء الزرع، فإن استيفاء المنفعة موجب للضمان.

الثالث: إذا كان قلع الزرع ضرراً عليه وإبقاؤه في الأرض ضرراً عليها، كان مقتضى تعارض الضررين سقوط القاعدة فيهما، والرجوع إلى قاعدة السلطنة، ولا يقدم أقوى الضررين؛ لأن المقام من تعارض التطبيقين، ونسبة الدليل إليهما نسبة واحدة من دون ترجيح، وليس المقام من التزاحم، كي يقدم الأقوى على الأضعف.

ثم إذا رجع إلى قاعدة السلطنة جاز للمالك الأمر بالإزالة من دون أرش عليه، إذ لا موجب له، وقاعدة الضرر غير جارية.

مع أنها لا تصلح للإثبات؛ لأنها نافية لا مثبتة.

مع أنه لو ثبت الأرش لم يكن ذلك لعدم الضرر، وإنما كان لتدارك الضرر، وليس من شأن القاعدة إثبات التدارك.

الرابع: أن التفريط بالتأخير لا يوجب نسبه الضرر إلى المفرط، ولا يقتضي الإقدام عليه، فقاعدة الضرر بحالها، كما في غير المفرط.

(١) قال في الشرائع: «لو شرط في العقد تأخيره إن بقي بعد المدة المشروطة بطل العقد على القول باشتراط تقرير المدة»[1].

(١) شرائع الإسلام ٢: ١١٩.

. . . . . .

وفي المسالك: «وجه البطلان على القول المذكور: أن المدة تصير في الحقيقة هي المجموع من المذكور وما بعده إلى أن يدرك الزرع، وهي مجهولة، فيبطل العقد للإخلال بالشرط.

وعلى تقدير عدم جهالة الجملة فالمدة المشروطة مجهولة، وشرطها في ضمن العقد من جملة العوض، فإذا تضمّن جهالة بطل العقد... إلى أن قال: ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور؛ لأن المدة مضبوطة، وما تضمّنه الشرط بمنزلة التابع، ذكر احتياطاً لأجل الحاجة، وجهالة التابع غير مضرة»[١].

لكن في الجواهر: «فيه ما لا يخفى»[٢]، وكأنه لعدم الفرق في قدح الجهالة بين التابع والمتبوع.

وفيه: أن عموم دليل المنع للأمرين غير ظاهر، إذ بناء على اعتبار تعيين المدة فالدليل عليه الإجماع، وهو غير شامل للتابع.

ثم إنه قال في الجواهر: «قد يقال بالبطلان حتى مع تعيين المدة المشروطة، للتعليق، وللجهالة ولو لاعتبار الترديد بين المدتين»[٣].

وهو كما ترى، إذ لا دليل على البطلان في التعليق في التابع أيضاً، إذ العمدة في دليله الإجماع، وهو غير شامل للتابع.

ومن ذلك ظهر أن ما في القواعد من قوله: «ولو شرط في العقد تأخيره عن المدة إن بقي بعدها فالأقرب البطلان»[٤]، أولى بالضعف.

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ١٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ١٨.

(٣) المصدر السابق.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣١٢.

(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة، ففي ضمانه أجرة المثل للأرض ـ كما أنه يستقر عليه المسمى في الإجارة ـ أو عدم ضمانه أصلاً غاية الأمر كونه آثماً بترك تحصيل الحاصل، أو التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن أو معذوراً فلا، أو ضمانه ما يعادل الحصة المسماة من الثلث أو النصف أو غيرها بحسب التخمين في تلك السنة، أو ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الأرض ـ من نصف أو ثلث ـ ومن قيمة عمل الزارع، أو الفرق بين ما إذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن، وبين صورة عدم اطلاعه إلى أن فات وقت الزرع فيضمن، وجوه، وبعضها أقوال، فظاهر بل صريح جماعة الأول(١)، بل قال

---

(١) قال في الشرائع: «ولو ترك المزارعة حتى انقضت المدة لزمه أجرة المثل، ولو كان استأجرها لزمته الأجرة»[1].

ونحوه ما في القواعد، وعن التذكرة، والتحرير، والإرشاد، والروض، والمفاتيح، ومجمع البرهان[2]، وعن الأخير: أنه ظاهر، وهو المنسوب إلى ظاهر الأصحاب في كلام غير واحد.

وعلله في المسالك: بـ«أن منفعة الأرض صارت مستحقة له بحيث لا

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣١٢/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٠٠/ تحرير الأحكام ٣: ١٤٠/ إرشاد الأذهان ١: ٤٢٧/ مفاتيح الشرائع ٣: ٩٧/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٠٥، وعن الروض في مفتاح الكرامة ٢٠: ٥٩.

بعضهم(١): يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل

يتمكن المالك من استيفائها، وقد فوّتها [عليه]، فيلزم الأجرة»[١].

وفيه: أنه لا يظهر وجه الملازمة بين تفويته ما يستحق وبين ضمان الأجرة للمالك.

وكان الأولى تعليله: بأن منفعة الأرض صارت مستحقة له بعوض لم يسلم لتعذره، فينتقل إلى أجرة المثل.

وإن كان يشكل أيضاً: بأن تعذّر العوض موجب للبطلان فاستحقاق أجرة المثل يحتاج إلى دليل.

إلا أن يقال: يكفي في الضمان عموم قاعدة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ولما كانت منفعة الأرض مضمونة في المزارعة الصحيحة بالحصة فهي مضمونة في المزارعة الفاسدة بالأجرة، كذا استدل، وفيه تأمل.

(١) القائل الشهيد الثاني في المسالك، قال: «وحيث يلزم ضمان الأجرة يلزم أرشها لو نقصت بترك الزرع، كما يتفق في بعض الأرضين، لاستناد النقص إلى تفريطه»[٢].

وهو في محله؛ لأنه بحكم الأمين، وهو يضمن النقص بالتفريط.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما في الجواهر من أن ضمان النقص من أحكام يد الضمان التي ليست هذه اليد منها[٣].

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ١٨، وما بين المعقوفين من المصدر.

(٢) المصدر السابق.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٢٠.

نقص، واستظهر بعضهم الثاني(١)، وربما يستقرب الثالث(٢)،

(١) يريد به صاحب الجواهر قدس سره حيث ذكر في الإشكال على الضمان أن الرجوع إلى أجرة المثل مما لا يرجع إلى قاعدة، ضرورة عدم العدوان في يده حتى يندرج في عموم: «على اليد ...»، وعدم صدق إتلاف مال الغير، لأن عقد المزارعة جعله بحكم ماله.

نعم، يجب عليه الاستنماء وتسليم الحصة، وذلك إنما يترتب عليه الإثم لا الضمان.

وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» لا يستفاد منها الضمان، ولكن ترفع اللزوم، وحينئذٍ يتسلط على الخيار، ولم ينسب ذلك لأحد قولاً أو احتمالاً.

(٢) هو ظاهر الشهيد الثاني في المسالك، قال: «وهل يفرق فيهما (يعني: في ضمان أجرة المثل وضمان النقص) بين ما إذ ترك العامل الانتفاع اختياراً وغيره؟ ظاهرهم عدمه.

ولا يبعد الفرق؛ لعدم التقصير في الثاني، خصوصاً في الأرش، ومقتضي العقد لزوم الحصة خاصة، ولم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال إلى ما لا يقتضيه العقد»[1]، وقد يظهر منه أن القول المذكور يختص به.

وفيه: أن التقصير والقصور إنما يختلفان في الإثم وعدمه، واستحقاق العقاب وعدمه، لا في الضمان وعدمه، فإن الضمان بعموم: «على اليد...»، أو عموم: «من أتلف...»، لا يفرق فيه بين القصور والتقصير.

وكذا في ضمان المعاوضات، فإن ضمان كل من العوضين عند الفسخ لا يفرق فيه بين القصور والتقصير.

(١) مسالك الأفهام ٥: ١٨.

ويمكن القول بالرابع(١)، والأوجه الخامس(٢)، وأضعفها

وكذا الضمان بالتفريط في الأمانات لا يفرق فيه بين الأمرين، فالتفصيل بين القصور والتقصير ـ في الضمان وعدمه ـ ضعيف جداً.

(١) لأن الحصة المسماة في العقد مستحقة للمالك بمقتضى العقد، وقد فوّتها عليه العامل، فيضمنها له، ولما لم يمكن ضبطها على وجه التحقيق انتقل إلى وجه التقريب والتخمين.

وفيه: أن الحصة المستحقة إنما هي من الحاصل، والمفروض عدمه، فيبطل العقد، لانتفاء موضوعه، فيبطل أثره وهو الاستحقاق، وليست هي في الذمة حتى تكون مضمونة.

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

وفيه: أن الذي تضمنه عقد المزارعة هو ملك مالك الأرض نفس الحصة من الزرع فقط في مقابل تمام منفعة الأرض، أو في مقابل بذل الأرض، وأما عمل الزارع فليس موضوعاً لعقد المزارعة، إذ لا يستفاد من قولهم في شرح مفهوم المزارعة أنها المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها إلا ذلك، فلا يملك مالك الأرض إلا الحصة الخاصة من الحاصل، ولما تعذّرت بطلت المزارعة وصارت كأن لم تكن، وقد فاتت منفعة الأرض بيد العامل، فيكون ضامناً لها ـ على ما ذكره المشهور، أو لا كما ذكر في الجواهر، على ما سبق ويأتي.

وكان الأقرب من هذا الوجه أن يقال: إن المزارعة مأخوذة من الزرع،

السادس(١).

فهـي معاملة على الأرض على أن تـزرع، فيكون عوض بـذل الأرض عمل الـزارع، وأما الحصة مـن الحاصل فهي من قبيل الـشرط في المزارعة، فيكون صاحب الأرض مالكاً على العامل العمل، وهو الزرع فإذا لم يزرع يكون ضامناً لقيمة العمل المملوك عليه.

وهذا الوجه أقرب عرفاً من الوجه الخامس، ويكون وجهاً سابعاً.

لكن يشكل: بأن الأعمال المملوكة لا تكون مضمونة إذا فاتت، ولذا ذكر المشهور أن الأجير إذا لم يفعل ما اسـتؤجر عليه لم يستحق الأجرة، ولم يذكروا أنه يستحق الأجرة ويستحق عليه المستأجر قيمة العمل.

وكذا إذا شرط العمل في عقد لازم ففـات الشرط، ولم يكن للمشروط له ـ عند المشـهور ـ مطالبة المشروط عليه بقيمة العمل، وإنما يكون للمشروط له الفسـخ لا غير، فالأعمال إذا كانت في الذمة لا تكون مضمونة بقيمتها عند التعذر والفوات، وإنما يستلزم ذلك الفوات إما بطلان العقد أو الخيار.

وهذا الإشكال كما يجري على هذا الوجه يجري على الوجه الخامس، فإنه لا يصح تضمين حصة من العمل بالقيمة.

وسيأتي في المسألة الحادية عشرة من كتاب المساقاة ما له نفع في المقام[1].

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

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

(١) في ص ٢٣٧.

. . . . . .

فهذه الوجوه الأربعة الأخـيرة كلها ضعيفة، ويبقى الوجهان الأولان، أولهما ـ المنسـوب إلى ظاهر الأصحاب ـ أقواهما، إذ المزارعة إما أن تكون عبارة عن بذل الأرض في مقابل العمل، أو بذل الأرض في مقابل الحصة من الزرع، كما قد يظهر مـن الأصحاب، وكيف كانت فهي معاوضـة، فإذا بطلت لعدم العمل، أو لعدم الحصة كان موضوعها مضمونـاً بضمان المعاوضة، وهو نوع آخر من الضمان، لا يكون باليد ولا بالإتلاف.

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

ونظير المقام: أن يدفع مالك الشـبكة شـبكته إلى الصيـاد ليصطاد بها، ويكـون الحاصل بينهما، فيأخذها الصياد ولا يسـتعملها في الصيد، فإنه أيضاً يكون ضامناً لمنفعة الشبكة.

ومن ذلك يظهر الإشـكال فيما سبق نقله عن الجواهر من أن الرجوع إلى أجـرة المثل مما لا يرجع إلى قاعدة، لعدم العدوان في يده حتى يندرج في عموم: «على اليد...»، وعدم صدق إتلاف مال الغير؛ لأنه بحكم ماله.

إذ لا ينحصر الضمان بالسـببين المذكورين، بل يكون بسبب غيرهما كما في الضـمان في المعاوضات التي تكون اليد فيها على مال نفسـه، والإتلاف لمال

ثم هذا كله إذا لم يكن الترك بسبب عذر عام، وإلا فيكشف عن بطلان المعاملة(١).

نفسه، ومع ذلك يكون مضموناً عند الفسخ.

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

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور:

الأول: أن المزارعة معاوضة قائمة بذل الأرض في مقابل العمل أو في مقابل الحصة.

الثاني: أن تعذر العمل يوجب بطلان المزارعة، لفوات العوض، كما أن تعذر العمل في الإجارة يوجب بطلان الإجارة.

الثالث: أن الضمان لا ينحصر باليد والاتلاف، بل يكون بغيرهما، كالمعاوضة.

الرابع: أن العمل لا يكون مضموناً بمثله أو قيمته، والضمان يختص بالمنافع والأعيان.

الخامس: أنه لا فرق في أسباب الضمان بين الاختيار واللاختيار.

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

(١) لفوات شرط إمكان الانتفاع بالأرض الذي تقدّم أنه من شرائط الصحة.

ولو انعكس المطلب، بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد فللعامل الفسخ(١)، ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته من منفعة الأرض(٢)، أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين(٣)، أو التفصيل بين صورة العذر وعدمه(٤)،

ثم إن المصنف لم يتعرّض للضمان في هذه الصورة، ولعله لوضوح عدم الضمان، لعدم منفعة الأرض لتكون مضمونة.

لكن يختص ذلك بما إذا لم يمكن الانتفاع بالأرض من وجه آخر غير الزراعة، أما إذا كان يمكن الانتفاع بها في غير الزراعة، فاللازم البناء على الضمان، كما في المقبوض بالإجارة الفاسدة.

اللهم إلا أن يكون إقدام مالك الأرض على إهمال تلك المنافع مانعاً عن ضمانها.

(١) لأن التسليم وإن لم يكن قوام المزراعة، إذ هي قائمة بين بذل الأرض، وعمل الزارع والحصة، والتسليم أمر آخر، لكن مبنى المزارعة عليه، فهو شرط ارتكازي زائد على مفهومها، فمع تخلفه يكون الخيار في الفسخ.

(٢) فيه: أن الزارع لم يملك شيئاً من منفعة الأرض؛ لعدم اقتضاء عقد المزارعة ذلك، وإنما يملك بذلك الأرض للزراعة.

(٣) وفيه: أن ضمان الحصة من الحاصل موقوف على ملكها، وملكها موقوف على وجود الحاصل، والمفروض انتفاؤه، كما سبق نظيره.

(٤) قد عرفت أن العذر وعدمه لا فرق بينهما في الضمان وعدمه، وإنما الفرق بينهما في الإثم وعدمه.

ولم يتعرض المصنف ﷺ لكيفية الضمان بناءً على التفصيل المذكور، وأن

أو عدم الضمان حتى لو قلنا بـــه في الفرض الأول، بدعوى الفرق بينهما(١)، وجوه.

الضمان على النحـــو الأول أو الثاني أو نحو آخر، والمظنـــون أن الضمان حينئذٍ لأجرة مثل العمل.

(١) قال في الجواهر هنا في ذيل المســـألة الســـابقة: «بل عدم الضمان فيه (يعني: في مقامنا) أولى؛ لعدم صـــيرورة منفعة الأرض ملكاً له بعقد المزارعة، حتى تكون يد المالك عليها عادية يترتب عليها الضمان»[1].

يعني: أنه يمكن في المسألة السابقة أن تقول: بأن عمل الزارع مملوك لمالك الأرض فتفويته على المالك يوجب ضمانه، وفي هذه المسألة لا يمكن القول بأن منفعة الأرض مملوكة للزارع، حتى تكون مضمونة على المالك باليد العادية.

هذا، وقد عرفت أن الضمان في المســـألة السابقة لم يكن من جهة أن عمل الـــزارع مملوك للمالك وقد فوته، لما عرفت مـــن أن الأعمال لا تكون مضمونة، وإنما كان الضمان ضمان المعاوضة، وفي المسألتين على نهج واحد، فإن بذل الزارع نفسه للعمل جرياً على مقتضى العقد بمنزلة استيفاء عمله، فيكون مضموناً على المبذول له، نظير ما لو اســـتأجره على عمل بأجرة، فبذل العامل نفسه للعمل، فلم يســـتوفه المالك، ثم طرأ الفسخ، فإن عمل الأجير مضمون على المستأجر، كالإجارة الصحيحة.

فالأقوى في المقام أن يكون المالك ضامناً لعمل الزارع بأجرة المثل، كما سبق.

نعم، بناءً على ما اختاره المصنف رحمه الله من كون الضمان في المســـألة السابقة مـــن جهة أن المالك يملك حصة من منفعـــة الأرض وحصة من عمل العامل،

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٢٠.

(مسألة ٨): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب ولم يمكن الاسترداد منه، فإن كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخير بين الفسخ وعدمه(١)، وإن كان بعده لم يكن له الفسخ، وهل

وقد فوّتها العامل على المالك، فالوجه المذكور غير آتٍ هنا؛ لأن العامل لا يملك حصة من منفعة نفسه، فلا يضمنها له المالك.

ولذا ذكروا أن منافع الحر لا تضمن.

نعم، يملك حصة من منفعة الأرض، وقد فوتها عليه المالك، فيضمنها، فيختص الضمان بحصة من منفعة الأرض، ولا يكون بحصة، من منفعة العامل، فالفرق بين المسألتين يكون في عموم الضمان وخصوصه.

ولا وجه للتوقف من المصنف في أصل الضمان.

والذي يتحصل أنه بناء على الضمان بنحو الوجه السابع ـ الذي ذكرناه سابقاً ـ فالفرق بين المسألتين بالضمان وعدمه في محله.

و بناءً على الضمان على الوجه الخامس، فالفرق يكون بعموم الضمان وخصوصه.

وبناءً على الضمان بالمعاوضة، فلا فرق بين المسألتين في ثبوت الضمان.

(١) لما سبق من أن مبنى المزارعة على تسليم الأرض، فهو شرط زائد على قوامها، فإذا فات كان للمشروط له الخيار، فإن فسخ كان أجنبياً عن المعاملة، ولم تجر له الأحكام الآتية، وأن لم يفسخ كان محكوماً بالأحكام الآتية.

لكن بناءً على ما هو التحقيق من أنه لا ضمان بالنسبة إلى العامل ـ كما يأتي ـ لا فرق بين الفسخ وعدمه، وحينئذٍ يبطل أثر العقد قهراً، فيكون انفساخاً للعقد.

يضمن الغاصب تمام منفعة الأرض في تلك المدة للمالك فقط(١)، أو يضمن له بمقدار حصته ـ من النصف أو الثلث ـ من منفعة الأرض ويضمن له أيضاً مقدار قيمة حصته من عمل العامل، حيث فوته عليه(٢)، ويضمن للعامل أيضاً مقدار حصته من منفعة الأرض(٣)؟ وجهان(٤).

---

(١) لأن منفعة الأرض باقية على ملك المالك، وقد فاتت في يد الغاصب العادية، فتكون مضمونة للمالك.

ودعوى: أن منفعة الأرض صارت مملوكة للعامل، كما أن منفعة العامل صارت مملوكة لصاحب الأرض.

ممنوعة، والقدر الثابت لزوم بذل الأرض للعامل، لا تمليكه منفعة الأرض ـ كما سبق وسيأتي في المسألة الخامسة عشرة ـ فالعامل له أن ينتفع بالأرض، لا أنه يملك منفعة الأرض، لا تماماً ولا بمقدار الحصة المعينة له.

(٢) لا دليل على الضمان بهذا التفويت، فإن من حبس انساناً فقد فوت عليه الانتفاع بداره، و بدابته، وبالآلات التي يستعملها، والحابس لا يضمن شيئاً من هذه المنافع التي فوتها عليه، لا شرعاً ولا عرفاً.

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

(٤) أقواهما الأول، كما عرفت.

و كان المناسب لاختيار المصنف رحمه الله القول الخامس في المسألة السابقة اختياره الوجه الثاني هنا، ولا وجه للتوقف.

ويحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين(١).

(مسألة ٩): إذا عين المالك نوعاً من الزرع ـ من حنطة أو شعير أو غيرهما ـ تعين ولم يجز للزارع التعدي عنه(٢)، ولو تعدى إلى غيره ذهب بعضهم(٣) إلى أنه إن كان ما زرع أضر مما عينه المالك كان المالك مخيراً بين الفسخ وأخذ أجرة المثل للأرض، والإمضاء وأخذ الحصة من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضر، وإن كان أقل ضرراً لزم وأخذ الحصة منه.

---

(١) قد عرفت إشكاله في المسألة السابقة.

(٢) قطعاً، كما في الجواهر[١]، وفي الرياض: أنه لا خلاف فيه[٢]، وعن الغنية: أنه إجماع[٣].

ويقتضيه عموم الوفاء بالعقد والشرط.

(٣) قال في الشرائع: «ولو زرع ما هو أضر والحال هذه كان للمالك أجرة المثل إن شاء أو المسمى مع الأرش، وإن كان أقل ضرراً جاز»[٤]، ونحوه عن التذكرة، والتحرير، واللمعة[٥].

وفي القواعد: «فإن زرع الأضر فللمالك الخيار بين المسمى والأرش وبين

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٢٥.

(٢) رياض المسائل ٩: ٣٧٦.

(٣) غنية النزوع: ٢٩١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٢٠.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٠٧/ تحرير الأحكام ٣: ١٤٠/ اللمعة الدمشقية: ١٥١.

وقال بعضهم(١): يتعين أخذ أجرة المثل للأرض مطلقاً، لأن ما زرع غير ما وقع عليه العقد، فلا يجوز أخذ الحصة منه مطلقاً(٢).

أجـرة المثل، ولو زرع الأخـف تخير المالك بين الحصة مجانـاً وأجرة المثل»[١]، فلـم يفرق بين الأضر والأخف في الخيار بين المسـمى وأجرة المثل، وفي مفتاح الكرامة: أنه من منفردات القواعد[٢].

وكأنه لذلك لم يتعرض له المصنف.

كما أنه في الشرائع والقواعد وغيرهما لم يتعرض لحكم المسـاوي ضرراً، وكان اللازم التعرض له كغيره.

اللهـم إلا أن يكون ذكـر الأرش في الأضر بالخصـوص يقتضي إلحاق المساوي بالأخف.

(١) يشـير إلى ما في جامع المقاصد، والمسـالك، وعن الروضة، ومجمع البرهان، حيث حكموا بأجرة المثل في جميع صور التعدي[٣].

(٢) هذا مذكور في المسالك، وأما المذكور في جامع المقاصد فهو التعليل بـ«أن المزروع غير معقود عليه، والحصة المسـماة إنما هي من غيره، فكيف تجب الحصة منه؟... إلى أن قال: فالأصح حينئذٍ وجوب أجرة المثل»[٤].

وظاهره أن المانع ليس مجـرد المخالفة، وإنما المانـع أن الحصة المجعولة للمالك إنما هي مما عينه، وهي متعذرة فيتعين الرجوع إلى أجرة المثل.

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣١٣.

(٢) مفتاح الكرامة ٢٠: ٩٥.

(٣) جامع المقاصد ١٧: ٣٢٨/ مسـالك الأفهام ٥: ٢٢/ الروضـة البهية ٤: ٢٨٢/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٠٩.

(٤) جامع المقاصد ٧: ٣٢٨ ـ ٣٢٩.

والأقوى أنه إن علم أن المقصود مطلق الزرع وأن الغرض من التعيين ملاحظة مصلحة الأرض(١) وترك ما يوجب ضرراً فيها، يمكن أن يقال: إن الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين في صورة كون المزروع أضر وتعين الشركة في صورة كونه أقل ضرراً.

لكن التحقيق مع ذلك خلافه.

وإن كان التعيين لغرض متعلق بالنوع الخاص لا لأجل قلة الضرر وكثرته، فإما أن يكون التعيين على وجه التقييد والعنوانية(٢)، أو يكون على وجه تعدد المطلوب والشرطية، فعلى الأول إذا خالف

---

(١) هذا ذكره في جامع المقاصد، وأشكل عليه[1].

والأولى في الإشكال عليه أن يقال: إن تعيين زرع بعينه إن كان دخيلا في المزارعة كان قيداً، وتركه يوجب البطلان، لفوات المقيد بفوات قيده، وإن كان أجنبيا عن المعاملة فلا يوجب الخيار.

فالجمع بين المسمى والخيار غير ممكن، إلا أن يكون التقييد بنحو تعدد المطلوب، وسيأتي.

ولعله إلى ذلك أشار المصنف﵀ بقوله: «لكن التحقيق...».

لكن لا يتناسب قوله هذا مع قوله سابقاً، «والأقوى أنه إن علم...»، فإنه كيف يكون أقوى مع أنه خلاف التحقيق؟!.

(٢) المقابلة بين الأمرين غير ظاهرة، وقد سبقه إلى ذلك في الجواهر فجعل القيود على قسمين: منوّع وشرط، والأول فواته يوجب البطلان، والثاني فواته

---

(١) المصدر السابق ٧: ٣٢٧.

.....

يوجب الخيار، والمقام من الثاني؛ لأن «حقيقة المزراعة ليست إلا زرع الأرض بحصة من حاصلها، كائناً ما كان الحاصل، وإنما يذكر التعيين من الشرط، لا أنه منوع للمزارعة»[1].

وهو كما ترى! فإن الخصوصيات المقومة للمزارعة التي هي داخلة في قوامها ـ من زارع، ومزروع، ومكان الزرع، وزمانه ـ لا بد أن تكون قيوداً لموضوع المزارعة، ويمتنع أن تكون شروطاً لها مجعولة بجعل مستقل، لأنها عينية غير قابلة للجعل المختص بالأمور الاعتبارية.

اللهم إلا أن يكون المراد من الشرط ما يرادف القيد لا ما يقابله، كما يستعمل بهذا المعنى في مقابل الجزء، فيقال أجزاء الصلاة وشرائطها، وحينئذٍ يكون وجه المقابلة بين القسمين أن المنوع هو القيد على نحو وحدة المطلوب، والثاني هو القيد على نحو تعدد المطلوب.

لكن القسم الثاني مجرد فرض لا خارجية له.

ولذا كان بناء الفقهاء (رضوان الله عليهم) على وحدة المطلوب في باب الوكالة، والعارية، والوديعة، والإجارة، وغيرها من المفاهيم المقيدة.

فلو وكّل شخصاً على شراء عبد فاشترى جارية لم يحتمل أحد الصحة من باب تعدد المطلوب، وكذا إذا استأجره على أن يصلي عن زيد فصلى عن عمرو، فإنه لا مجال لاحتمال الصحة لتعدد المطلوب... وهكذا، فكذا في المقام.

وهذه كقاعدة مطردة في جميع العقود الواردة على المفاهيم الذهنية، فإنه لا مجال للقول بكونها بنحو تعدد المطلوب، سواء كان التعبير بقوله: وكلتك

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٢٥.

.....

عـــلى شراء العبد، أم: وكلتك على شراء مملوك ولا بد أن يكون عبداً، أو عليك أن تشريه عبداً، وكذا مثل: اســـتأجرتك أن تخيط هذا الثوب بخيط إبريســـم، أو: وعليك أن تخيطه بخيط إبريســـم، فإن الجميع من باب التقييد بنحو وحدة المطلوب، فيختـــص تعدد المطلـــوب بالقيود للموضوعـــات الخارجية، مثل موارد خيار الاشـــتراط، وخيار العيب، وخيار الرؤية في البيع أو في الإجارة، ونحو ذلك.

بل تقدم في بعض المباحث السابقة أن تعدد المطلوب في موارد الخيارات ليس على نحو الحقيقة، بأن يكون هناك غرضان: أحدهما قائم بالمقيد، والآخر قائـــم بالمطلق، بل المراد منه تعدد المطلوب حكـــماً، فتجري عند العرف أحكام تعدد المطلوب وإن لم يكن إلا مطلـــوب واحد، كما يظهر من ملاحظة كثير من المـــوارد التي يكون فيها خيار الرؤية، والاشـــتراط، والعيـــب، وكذلك خيار تبعض الصفقة، فإنه وإن لم يكن لأجل تخلف القيد، بل لأجل تخلف ما يشـــبه القيـــد، لكنهم ذكروا في تصحيحه أنه من باب تعـــدد المطلوب، ولم يريدوا أنه من ذلك الباب على الحقيقة، ضرورة أنه قد لا يكون للمشتري أقل مطلوب في بعض الصفقة، وإنما المطلوب في مجموع الصفقة.

فإن من اشـــترى باباً وتبين أن أحـــد مصراعيه لغير البائـــع، صح البيع في المـــصراع الآخر، وليس للمشـــتري أقل مطلوب فيه، وإنـــما مطلوبه في تمام المصراعـــين، فالمراد من تعدد المطلوب فيه الحكمي لا الحقيقي، فتجري أحكام التعدد حتى مع وحدة المطلوب على الحقيقة[1].

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ٣٠، وما بعدها.

ما عين فبالنسبة إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلاً(١) حتى انقضت المدة، فيجري فيه الوجوه الستة المتقدمة في تلك المسألة(٢)، وأما بالنسبة إلى الزرع الموجود فإن كان البذر من المالك فهو له، ويستحق العامل أجرة عمله، على إشكال في صورة عمله بالتعيين وتعمده الخلاف، لإقدامه حينئذٍ على هتك حرمة عمله(٣).

(١) لأنه ترك ما عينه له، وزرع غير ما عينه المالك.

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

(٣) كأنه يريد بهذا التعليل ما ذكره مكرراً في الإجارة والمضاربة وغيرها من أن العامل إذا كان يعلم بعدم استحقاق الأجرة شرعاً لا يستحق شيئاً؛ لأنه إقدام منه على هتك حرمة عمله.

وقد تكرر دفع الإشكال المذكور: بأن العلم بعدم الاستحقاق شرعاً لا يقتضي الإقدام على المجانية، وهتك حرمة عمله[1].

وكان الأولى له الإشكال: بأن استحقاق الأجرة يتوقف على كون العمل بأمر المالك، أما إذا لم يكن بأمره فلا وجه للاستحقاق، وإن كان جاهلاً بالتعيين فخالف، فضلاً عما إذا كان عالماً بالتعيين، لأن العمل باعتقاد أمر إنسان لا يقتضي ضمان ذلك الإنسان، فكذا في المقام، فإن زرع حب صاحب الأرض بغير إذن منه، ولا دعوة منه، لا يقتضي استحقاق الزارع أجرة عمله.

نعم، إذا كان بأمر من المالك ـ ولو بتوسط عقد باطل ـ كان موجباً للاستحقاق، وإن كان عالماً بالبطلان، على إشكال من المصنف في ذلك الذي

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ٩١، ٣٤٢.

وإن كان البذر للعامل كان الزرع له ويستحق المالك عليه أجرة الأرض(١) مضافاً إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمة(٢) ولا يضر استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرتين على ما بيناه في محله، لأنه من جهتين(٣) وقد ذكرنا نظير ذلك في

قد تكرر ذكره غير مرة وذكر الجواب عنه كما عرفت.

والمقام نظير ما إذا استأجره بدينار ليصلي عن زيد فصلى عن عمرو، فإنه لا يستحق الأجرة المسماة ولا أجرة المثل.

ثم إن مقتضى ما ذكرنا كونه ضامناً للبذر إذ تصرف فيه بغير إذن المالك، إلا إذا كان المالك قد أعدّه للزرع، فإن زارعه يعدّ محسناً، فلا يكون ضامناً، إذ ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾.

وحينئذٍ لا يكون ضامناً لأجرة الأرض، لأنه استوفى المنفعة لمصلحة المالك، فضمان البذر يلازم ضمان الأرض.

(١) لاستيفائه منافعها.

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

(٣) يعني من جهة بطلان المعاوضة بترك ما عينه المالك، فتكون العين مضمونة بضمان القبض بالمعاوضة، المقتضي لضمان منافعها بأجرة المثل.

ومن جهة أنه قد زرعها بما لم يأذن به المالك، فيكون قد استوفى منفعتها فتكون أيضاً مضمونة.

ومقتضى ذلك أن يكون الغاصب للأرض إذا زرعها ضمن أيضاً من

الإجارة أيضاً(١).

وجهين: ضمان اليد العادية للعين بمنافعها، واستيفائه منفعتها، ولا يلتزم به أحد.

بل هو خلاف ظاهر صحيح أبي ولاد الوارد فيمن اكترى بغلاً من الكوفة إلى قصر بني هبيرة، فتجاوز فسافر إلى النيل، ثم إلى بغداد، ثم إلى الكوفة، حيث حكم الإمام عليه السلام بضمانه أجرة البغل من القصر إلى النيل، ومن النيل إلى بغداد، ومن بغداد إلى الكوفة، ولم يحكم بأجرة أخرى للبغل[١].

وهو الذي تقتضيه الارتكازيات العرفية العقلائية.

ولا مجال لمقايسة المقام بباب الإجارة، فإن المستأجر إذا تعدّى عما أذن له به المالك لا يكون ذلك مبطلاً للإجارة، فاستحقاقه الأجرة بالعقد بحاله، فيمكن أن يقال بوجود سبب آخر الضمان وهو التصرف العدواني.

أما في المقام فعقد المزارعة باطل بترك العمل، فيكون الضمان باليد، ومع الضمان بها لا ضمان آخر باستيفاء المنفعة، كما ذكرنا ذلك في الغاصب الذي قيل إنه يؤخذ بأشق الأحوال، فحمل المقام على الإجارة في غير محله.

نعم، بناءً على صحة المزارعة، وضمان العامل قيمة الحصة بمقتضى العقد، يمكن دعوى الضمان ثانياً بسبب العدوان، نظير الإجارة.

(١) قد تقدَّم في الإجارة التعرّض لتحقيق ذلك[٢].

ويمكن أن نقول هنا: بأن الأجرة في مثل إجارة الدابة للركوب، وإجارة الدار للسكنى، ليست في مقابل المنفعة الخارجية ـ أعني الركوب والسكنى ـ ضرورة استحقاق المالك للأجرة وإن لم يتحقق الركوب والسكنى، بل هي في

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١١٩، ب ١٧ ـ كتاب الإجارة ـ حديث: ١.
(٢) تقدّم في ج ١٩ ص ١٤٣.

. . . . . .

مقابل معنى قائم في الدابة والدار حصل الركوب والسكنى أم لم يحصلاً.

وحينئذٍ فاشتراط الركوب في الدابة، أو اشتراط عدم تحميلها حديداً، واشتراط السكنى في الدار، أو اشتراط عدم إخلائها، يكون شرطاً خارجاً عن قوام الإجارة، كسائر الشروط في العقود يكون ترك العمل به موجباً للخيار، لا أنه شرط مقوّم للعقد، أو شرط لما هو في قوام العقد، فيكون قيداً من قيود العقد.

وإلا لزم من فواته بطلان العقد، وهو خلاف المبنى، لما عرفت من أن ترك ركوب الدابة لا يوجب بطلان العقد، بل الأجرة مستحقة على المستأجر وإن لم يركب الدابة أو يسكن الدار.

فلما كان الشرط المذكور ـ وجودياً كان، كما إذا اشترط سكنى الدار، أو عدميا، كما إذا اشترط أن لا يحمل الدابة حديداً ـ شرطاً زائداً على مفاد العقد كان موجباً للخيار، فإن فسخ المالك استحق أجرة المثل، وإن أمضى العقد استحق الأجرة المسماة، فلا وجه حينئذٍ لاستحقاق أجرة المثل والمسماة معاً، كما اختاره المصنف رحمه الله وتفرّد به.

وكذلك الكلام فيما إذا استأجر أجيراً وشرط عليه أن يكتب فاشتغل بالخياطة، فإنه أيضاً يكون للمستأجر الخيار، فإن أمضى العقد استحق الأجير الأجرة المسماة وكان للمستأجر أجرة الخياطة، وإن فسخ العقد لم يستحق الأجير شيئاً، بخلاف ما إذا استأجره للكتابة، فإنه إذا ترك الكتابة بطل العقد، لأن الكتابة الخارجية أخذت عوضاً عن الأجرة، فإذا انتفت انتفت الأجرة، وبطل العقد.

وعلى الثاني(١) يكون المالك مخيراً بين أن يفسخ المعاملة لتخلف شرطه ـ فيأخذ أجرة المثل للأرض، وحال الزرع الموجود حينئذٍ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر(٢) ـ وبين أن لا يفسخ ويأخذ حصته من الزرع الموجود بإسقاط حق شرطه، وبين أن لا يفسخ ولكن لا يسقط حق شرطه أيضاً(٣) بل يغرم العامل على بعض

والمتحصل مما ذكرنا: أن قول المالك: آجرتك الدابة بشرط أن لا تحملها حديداً، لم تجعل فيه الأجرة في مقابل المنفعة الخارجية المضادة لتحميلها الحديد، بل جعلت الأجرة في مقابل المعنى القائم بالدابة، سواء حصل الركوب أو تحميل الحديد، أم لم يحصلا، فيكون شرط الركوب، أو عدم تحميل الحديد من قبيل الشرط الزائد على ما هو قوام العقد، فيكون ترك العمل به موجباً للخيار.

(١) يعني: لوحظ التعيين على وجه الشرطية.

(٢) يعني: فإذا كان البذر للمالك كان الحاصل له، ولكن يستحق عليه العامل أجرة العمل هنا، وإن لم نقل بالاستحقاق في المسألة السابقة، لأن التصرف في هذه المسألة بإذن المالك، وعلى هذا لا وجه لاستحقاق المالك عليه أجرة المثل للأرض؛ لأنه لم يستوف منفعة الأرض لنفسه، وإنما استوفاها للمالك، فلا موجب للضمان، كما ذكرنا ذلك في الفرض السابق.

نعم، إذا كان البذر للعامل كان للمالك عليه أجرة المثل.

(٣) يعني يطالب بشرطه، بأن يطالب العامل بضمان التصرف غير المأذون فيه.

ويشكل: بأنه لم يظهر خصوصية للشرط في المقام يمتاز بها عن سائر الشروط، فإن أحكامها مجرد الخيار عند فوات الشرط، فلم صار حكم الشرط

الوجوه الستة المتقدمة، ويكون حال الزرع الموجود كما مر من كونه لمالك البذر(١).

في المقام أنه يجوز للمشروط له عدم اسقاطه والمطالبة بالضمان؟!

وكيف يصح الضمان والتغريم مع اعتراف المالك بأن التصرف كان عن إذن منه وصحة العقد؟!

نعم، ذكروا جواز مطالبة المالك بالأرش في خيار العيب، وقال بعض تجوز المطالبة بالأرش في شرط البكارة وشرط الختان[1]، وهو إن ثبت فغير ما نحن فيه.

ثم على تقدير المطالبة بحق الشرط كيف تحقق أن غرامته تكون بالضمان على أحد الوجوه السابقة.

وكان الأولى للمصنف أن يدعي بأنه يجوز للمشروط له المطالبة بشرطه وضمانه على المشروط عليه بقيمته؛ لأنه فوّته على مالكه، فإنه أبعد عن الإشكال.

وإن كان هو أيضاً محل إشكال، فإن الشروط الإيجابية من قبيل الأعمال، وهي غير مضمونة، كما عرفت في المسألة السابعة.

(١) يشكل ما ذكره: بأنه مخالف لمقتضى العقد الذي لم يفسخ، فإن مقتضاه كون الحاصل بينهما، فما الذي دعا إلى مخالفة مقتضى العقد؟!.

والمتحصل مما ذكرناه: أنه إن فسخ وكان البذر للمالك كان الزرع له وعليه أجرة العمل للزارع، وإن كان البذر للزارع كان الزرع له وعليه أجرة المثل للمالك.

---

(١) انظر: كتاب المكاسب ٥: ٣٧٢، ٣٧٥.

(مسألة ١٠): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً لكن أمكن تحصيله بعلاج ـ من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك ـ فإن كان الزارع عالماً بالحال صح ولزم(١)، وإن كان جاهلاً كان له خيار الفسخ(٢)، وكذا لو كان الماء مستولياً عليها وأمكن قطعه عنها(٣)، وأما لو لم يمكن التحصيل في الصورة الأولى أو القطع في الثانية كان باطلاً(٤) سواء كان الزارع عالماً أو جاهلاً، وكذا لو انقطع في الأثناء ولم يمكن تحصيله أو استولى عليها ولم يمكن قطعه. وربما يقال بالصحة مع علمه بالحال(٥).

---

(١) كما يقتضيه إطلاق الأدلة.

(٢) لما في ذلك من الضرر عليه.

(٣) إذ لا فرق بين الابتداء والاستدامة.

(٤) لما عرفت في الشرط السابع من شرائط المزارعة[١].

(٥) القائل الفاضلان في ظاهر الشرائع حيث قال: «ولو زارع عليها، أو آجرها للزراعة ولا ماء لها، مع علم المزارع لم يتخير، ومع الجهالة له الفسخ»[٢].

وفي ظاهر القواعد حيث قال: «ولو زارعها أو آجرها ولا ماء لها تخير مع الجهالة لا مع العلم»[٣]، ونحوه عن التذكرة[٤].

---

(١) تقدّم في ص ٨٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٠.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣١٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٨: ٣٩٢ـ٣٩٣.

ولا وجه له(١) وإن أمكن الانتفاع بها بغير الزرع لاختصاص

وعن الإرشاد: «ولو زارع على ما لا ماء لها بطل إلا مع علمه»[١]، وظاهره التفصيل بين العلم فيصح والجهل فيبطل.

(١) لما عرفت من أنه خلاف ما ذكر في الشرط السابع[٢].

ولعل مراد الشرائع والقواعد والتذكرة صورة ما إذا لم يكن للأرض ماء فعلي، وأمكن تحصيله بحفر ونحوه مما يوجب صعوبة غير معتادة، كما ذكره المصنف في أول المسألة.

لكن قال في المسالك: «وربما تكلّف للجمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للأرض ماء يمكن الزرع والسقي به، لكنه غير معتاد من جهة المالك، بل يحتاج معه إلى تكلف من إجراء ساقية ونحوه، والمنع على ما لو لم يكن لها ماء.

وهو جيد لو ثبت أن مثل هذا القدر يوجب التخيير وأن الإطلاق يقتضي كون الماء معتادا بلا كلفة، إلا أن إطلاق كلامهم يأباه، فإنهم اقتصروا في الحكم بالجواز على إمكان السقي بالماء من غير تفصيل، وفي التخيير على عدم الإمكان»[٣].

وفيه: أنه يكفي في التخيير قاعدة الضرر ونحوها مما يرفع اللزوم، وهو محمل كلامهم في التخيير واقتصارهم في الحكم بالجواز على إمكان السقي بالماء من غير تفصيل لا ينافي وقوع التفصيل في اللزوم والخيار وإن صح العقد في المقامين، ويحمل حكمهم بالتخيير على عدم الامكان الفعلي مما يوجب الضرر

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٧.

(٢) تقدّم في ص ٨٢.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٢٣.

المزارعة بالانتفاع بالزرع(١).

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

(مسألة ١١): لا فرق في صحة المزارعة(٢) بين أن يكون

والمشقة حصول الماء الكافي.

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

(٢) قال في الشرائع: «إذا كان من أحدهما الأرض حسب، ومن الآخر البذر، والعمل، والعوامل صح بلفظ المزارعة، وكذا لو كان من أحدهما الأرض والبذر، ومن الآخر العمل، أو كان من أحدهما الأرض والعمل، ومن الآخر البذر، نظراً إلى الإطلاق»[١].

قال في الجواهر: «جميع الصور المتصورة في هذه الأربعة كلاً أو بعضاً بين الزارع والمزارَع جائزة، نظراً إلى العموم والإطلاقات بلا خلاف أجده في شيء منها عندنا، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه»[٢].

وذكر نحو ذلك في الحدائق وبعد ما ذكر ذلك قال: «وهو مما لا خلاف فيه ولا إشكال فيما إذا كان عقد المزارعة بين اثنين خاصة، فإنه لا خلاف في الصحة»[٣].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢١.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣.

(٣) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٢٤.

البذر من المالك أو العامل(١) أو منهما.

(١) هذه الصورة متيقنة من النصوص التي هي الأصل في المزارعة، وهي ما ورد في مزارعة النبي صلى الله عليه وآله لأهل خيبر، والظاهر أن البذر منهم ـ كما صرح به جماعة[١] ـ بل هو صريح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «وسألته عن المزارعة، فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر، وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خيبراً حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت»[٢].

والصورة الأولى تستفاد من خبر إبراهيم الكرخي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشارك العلج [المشرك. خ. ل] فيكون من عندي الأرض والبقر والبذر، ويكون على العلج القيام والسقي [والسعي. خ. ل] والعمل في الزرع، حتى يصير حنطة أو شعيراً، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه [مثله. خ. ل] ويبقى ما بقي على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي، قال: لا بأس بذلك»[٣].

لكن ليس في الرواية أنها مزارعة، ومجرد الصحة أعم من ذلك.

وفي جامع المقاصد: جعل الصورة الأخيرة صحيحة عندنا[٤]، لكن الكلام في كونها مزارعة.

وقد تقدم ما في الشرائع من الاستدلال بالإطلاق، وكذا ما في الجواهر[٥].

والمراد من الإطلاق إن كان إطلاق المزارعة فغير ثابت، وإن كان إطلاق

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٠٣/ جامع المقاصد ٧: ٣٣٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٤٥، ب ١٠ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ١.

(٤) جامع المقاصد ٧: ٣٣١.

(٥) تقدّم في الصفحة السابقة.

ولا بد من تعيين ذلك(١)، إلا أن يكون هناك معتاد ينصرف إليه الإطلاق.

وكذا لا فرق بين أن يكون الأرض مختصة بالمزارع أو مشتركة بينه وبين العامل، وكذا لا يلزم أن يكـــون تمام العمل على العامل فيجوز كونه عليهما، وكذا الحال في سائر المصارف.

وبالجملة هنـــا أمور أربعـــة(٢): الأرض والبـــذر والعمل

صحة العقود فهـــو وإن كان يقتضي الصحة، لكنه لا يقتضي كونها مزارعة، بل ظاهر صحيح يعقـــوب أن المزارعة خصوص الصورة الثانية لا غير، فهي تقيد الإطلاق إن ثبت.

(١) إذ لـــولا التعيين امتنع كل منهما عن أدائـــه، فتقف المعاملة ويفوت الغرض منها.

وفي الجواهر احتمل لزوم التعيين، وإلا بطل العقد للغرر، واحتمل كونه على العامل لصحيحة يعقوب، فإنها كالأصل الشرعي في ذلك[1].

ويشكل الوجه الأول: بأنه لا دليل على بطلان ما فيه الغرر كلية.

والثاني: بأن الصحيحة واردة في مقام التحديد الواقعي، فإن عمل بها لزم كونه على العامل دائماً، وإلا أجمل المراد منها، وحملها على أنها كالأصل الشرعي ـ كما ترى ـ غير ظاهر.

(٢) قـــال في الحدائق: «وبالجملة فإن هنا أموراً أربعة: الأرض، والبذر، والعمل، والعوامل.

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٤٨.

والعوامل، فيصح أن يكون من أحدهما أحد هذه ومن الآخر البقية، ويجوز أن يكون من كل منهما اثنان منها، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها ومن الآخر البقية، كما يجوز الاشتراك في الكل فهي على حسب ما يشترطان.

ولا يلزم على من عليه البذر دفع عينه، فيجوز له دفع قيمته،

والضابط أن الصور الممكنة في اشتراك هذه الأربعة بينهما كلاً أو بعضاً جائزة، لإطلاق الإذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك بخصوصه من أحدهما»[١].

لكن الإطلاق المذكور يتوقف على صدق المزارعة على الجميع، وهو غير ظاهر، بل عرفت أن ظاهر صحيح يعقوب خلافه.

نعم، في موثق سماعة: «سألته عن مزارعة المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر والبقر، ويكون الأرض والماء والخراج والعمل على العلج، قال: لا بأس به»[٢].

لكنه ليس وارداً في مقام بيان مفهوم المزارعة، فلا يعارض غيره.

ولذلك يشكل ما في الحدائق فإنه بعد ما ذكر روايات يعقوب وإبراهيم وسماعة المذكورة قال: «والظاهر من هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض هو ما قدمنا من الضابط»[٣].

إذ لا تدل الأخبار الثلاثة على الضابط المذكور، فلاحظ.

---

(١) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٢٣

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٤٧، ب ١٢ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١ .

(٣) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٢٤.

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

(١) عملاً بإطلاق العمل المجعول عليه، فإنه أعم من المباشرة.

ولا مجال للتمسك بأصالة عدم جواز التصرف في مال الغير للشك في إذن المالك.

إذ فيه: أنه إذا ثبت إطلاق العمل الشامل لعمل الأجير فهذا الإطلاق يثبت الإذن، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه.

ثم إن قول القائل: زارعتك على الأرض الفلانية، أعم من المباشرة، لكن إذا قال: عاملتك على أن تزرع هذه الأرض، أو: إزرع هذه الأرض ولك نصف حاصلها مثلاً، فظاهر النسبة المباشرة، وكذا إذا قال: استأجرتك على أن تخيط ثوبي بكذا، فإن ظاهر النسبة المباشرة.

ولذلك ذكروا أن قول القائل: (بنى الأمير المدنية) مجاز؛ لأن النسبة ليست بنحو المباشرة.

ولأجل ذلك قد يقال: إن الأصل المباشرة لا أن ثبوت المباشرة يحتاج إلى شرط وذكر.

لكن لما كان بناء العرف فيما يقبل النيابة هو العموم، كان الأصل ذلك العموم، وأن المباشرة محتاجة إلى شرط وذكر.

وعليه ـ أيضاً ـ بناء الفقهاء في مختلف الأبواب.

ولذا ذكروا أن من استأجر أجيراً على عمل فمات قام وارثه مقامه إلا أن يشترط المباشرة، ومن استأجر داراً فمات انتقلت المنفعة إلى وارثه.

(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين(١) بأن تكون الأرض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع، بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك، كأن يكون بعض البذر من واحد وبعضه الآخر من آخر، وهكذا بالنسبة إلى العمل والعوامل؛ لصدق المزارعة(٢)، وشمول الإطلاقات بل يكفي العمومات العامة(٣).

فلا وجه لما في المسالك من تقوية عدم الصحة(٤) بدعوى أنها

---

(١) كما اختاره في الحدائق، وحكاه عن المحقق الأردبيلي، عملاً بإطلاق الأدلة[١].

وفي القواعد: «في صحة كون البذر من ثالث نظر، وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع»[٢].

وفي جامع المقاصد: «منشأ الإشكال من عموم ﴿أَوفُوا بِالعُقُودِ﴾ من أن المعاملة بتوقيف الشارع، ولم يرد النص بمثل هذا، والأصل عدم الجواز»[٣].

(٢) الصدق عرفاً غير ثابت.

فلا مجال للتمسك بإطلاق مشروعية المزارعة.

(٣) العمومات تكفي في الصحة ولا تكفي في كونها مزارعة.

(٤) قال في المسالك: «فلو جعلا معهما ثالثاً وشرطا عليه بعض الأربعة،

---

(١) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٢٤/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١١٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣١٤.

(٣) سورة المائدة: ١/ جامع المقاصد ٧: ٣٣٢.

. . . . . .

أو رابعاً كذلك، ففي الصحة وجهان من عموم الأمر بالوفاء بالعهد، والكون مع الشرط.

ومن توقف المعاملة ـ سيما التي هي على خلاف الأصل ـ على التوقيف من الشارع ولم يثبت منه ذلك، والأصل في المزارعة قصة خيبر ومزارعة النبي اليهود عليها، على أن يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وله شطره الآخر.

وليس فيها أن المعاملة مع أكثر من واحد، وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرقنا.

ولأن العقد يتم باثنين موجب ـ وهو صاحب الأرض ـ وقابل، فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه، أو يحتاج إثباته إلى دليل، والأجود عدم الصحة»[1].

وفيه: أنه إن كان المراد عدم صحته مزارعة ـ بمعنى أنه لا تجري عليها أحكام المزارعة ـ فهو في محله، لعدم الدليل على مشروعية المزارعة مع ثالث.

وإن كان المراد عدم صحته عقداً من العقود، ففيه: أن ذلك خلاف الإطلاق ـ كما عرفت ـ فالإطلاق محكم.

ومن الغريب ما في الحدائق من الإشكال ثانياً على ما ذكره في المسالك بقوله: «فإن ما ادعاه من أن معاملة النبي ﷺ مع أهل خيبر لا تدل على أن المعاملة مع أكثر من واحد من أعجب العجاب عند ذوي الألباب، لاستفاضة الأخبار بأنه ﷺ بعد فتح خيبر أقرّ الأرض في أيدي الذين فيها وقاطعهم بالنصف، يعني جميع من كان فيها من اليهود، لا شخصاً بعينه، أو اثنين، أو ثلاثة»، ثم ذكر جملة من الأخبار، ثم قال: «فهل ترى هنا بعد ذكرهم بطريق الجمع في هذه

(١) مسالك الأفهام ٥: ٢٨.

على خلاف الأصل، فتتوقف على التوقيف من الشارع ولم يثبت عنه ذلك.

ودعوى: أن العقد لا بد أن يكون بين طرفين موجب وقابل، فلا يجوز تركبه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركاناً له.

مدفوعة: بالمنع، فإنه أول الدعوى(١).

الموارد مجالاً للحمل على واحد منهم، بل الظاهر لكل ناظر إنما هو دفع الأرض إليهم كملاً... »[1]، إلى آخر ما ذكره.

وقد سبقه إلى الإشكال بذلك المحقق الأردبيلي قدس سره[2].

وفيه: أن الكثرة التي تضمنتها أخبار خيبر إنما هي في العامل وليس ذلك محل الكلام، ضرورة جواز كون كل من صاحب الأرض والعامل أكثر من واحد، وإنما الكلام في دخول غير صاحب الأرض والعامل في قوام المزارعة، بحيث تقوم بهما وبثالث، أو بهما وباثنين آخرين، أو أكثر، وأين ذلك من أخبار خيبر؟!

مضافاً إلى أنه لم يثبت أن كل أرض بعينها كان لها أكثر من زارع، ومن الجائز أن تكون كل أرض لها زارع واحد، فتكون مزارعات كثيرة.

(١) لا إشكال في أن العقد متقوّم بالإيجاب والقبول، فلا يحتاج إلى أكثر من موجب وقابل، ولكن لا يعتبر فيه وحدة الموجب والقابل، فمن الجائز تعدد الموجب والقابل، وإذا كانت المزارعة قائمة بأربعة كان أحدهم موجباً والباقون قابلاً، فلم يكن إلا إيجاب واحد وقبول واحد.

---

(١) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٢٤.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١١٨.

(مسألة ١٣): يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعة، أو يزارعه في حصته(١)، من غير فرق بين أن يكون البذر منه أو من المالك(٢)،

هذا، وفي الجواهر الميل إلى المنع؛ لخبر أبي الربيع الشامي وغيره مما تضمَّن المنع عن التسمية للبذر ثلثاً، وللبقر ثلثاً، قال عليه السلام: «ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصفاً أو ثلثاً وما كان من شرط، ولا يسمي بذراً ولا بقراً، فإنما يحرم الكلام»[١].

لكن الرواية المذكورة مهجورة بظاهرها عند الأصحاب، فلا مجال للاعتماد عليها.

مع أن موردها الاثنان لا الأكثر، فحملها على ذلك بلا قرينة غير جائز.

(١) قال في الشرائع: «للمزارَع أن يشارك غيره في حصته، وأن يزارع عليها غيره، ولا يتوقف على إذن المالك، لكن لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم، ولم تجز المشاركة إلا بإذنه»[٢].

وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل عن ظاهر الغنية: الإجماع عليه»[٣].

(٢) أشار بذلك إلى ما حكاه في المسالك عن بعضهم قال فيها: «اشترط بعضهم في جواز مزارعة غيره كون البذر منه ليكون تمليك الحصة منوطاً به، وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة حيث لا يصح له أن يساقي غيره، ولأن البذر إذا كان من صاحب الأرض فالأصل أن لا يتسلط عليه إلا مالكه ،أو من أذن

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٣٤/ وسائل الشيعة، ب ٨ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١٠ .
(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢.
(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٤١/ غنية النزوع: ٢٩١.

. . . . . .

له، وهو الزارع.

وهو حسن في مزارعة غيره، وأما المشاركة فلا، لأن المراد بها أن يبيع بعض حصته في الزرع مشاعاً بعوض معلوم، وهذا لا مانع منه لمالكه لها فيتسلط على بيعها كيف شاء، بخلاف ابتداء المزارعة، إذ لا حق له حينئذٍ إلا العمل، وبه يستحق الحصة مع احتمال الجواز مطلقاً، لأن لزوم عقدها اقتضى تسليطه على العمل بنفسه وغيره، وتملكه للمنفعة والتصرف في البذر بالزرع وإن لم يكن بنفسه، حيث لا يشترط عليه الاختصاص يجوز[1] نقله إلى الغير كما تجوز الاستنابة.

ويضعف: بأن البذر حينئذٍ ليس ملكاً له، وإنما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع، وبه يملك الحصة.

وقد يقال: إن هذا كافٍ في جواز مزارعة الغير، لأنها عبارة عن نقل حقه في ذلك وتسليطه على العمل، فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة بغيرها من الوجه»[2].

ولم يعرف هذا البعض ولا وجود القائل.

بل في مفتاح الكرامة: «تتبعنا كتب الأصحاب من المقنع إلى المسالك فلم نجد أحداً حكاه، ولا نقل حكايته من الخاصة والعامة»[3].

وكيف كان، فالمتحصل: أن الوجه في الشرط المذكور عند قائله أمران:

---

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

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٣٣.

(٣) مفتاح الكرامة ٢٠: ١٠٠.

. . . . . .

الأول: أنه إذا كان البذر من المالك فليس للعامل شيء يصح نقله إلى غيره على نحو الشركة، أو المزارعة عليه.

الثاني: أن البذر لمالكه فلا يجوز لأحد التصرف فيه بغير إذنه، وإذن العامل ليست إذناً من المالك، فلا يجوز لغير الزارع التصرف فيه.

وفيه: أن مفاد عقد المزارعة ثبوت حق لكل من المالك والزارع على الآخر، فحق المالك على الزارع العمل، وحق الزارع على المالك بذل الأرض ومنفعتها أو نحو ذلك، ولذا لو مات المالك انتقل إلى وارثه، فذلك الأمر القابل للانتقال إلى الوارث هو القابل للنقل إلى الغير على نحو التشريك، أو على نحو آخر، فاندفع الوجه الأول.

وأما الوجه الثاني فيدفعه ما عرفت من أنه يجوز لمن عليه العمل أن يأخذ أجيراً للعمل، فإذا جاز أخذ الأجير جاز للأجير التصرف؛ لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه.

وأيضاً إذا مات العامل قام وارثه مقامه في العمل، وإذا مات مستأجر الدار كانت المنفعة للوارث، ولم تبطل الإجارة، وهكذا الحكم في جميع الأمور التي تقبل النيابة عرفاً، فإن الأصل فيها جواز النيابة إلا مع شرط المباشرة، كما تقدم في المسألة الحادية عشرة[1].

مضافاً إلى أن الوجه الثاني لو تم منع من نقل الحق إلى الغير حتى في صورة كون البذر منه؛ لأن كون البذر منه إنما يجوز التصرف في البذر لغيره، لأنه في ماله بإذنه، ولا يجوز التصرف في الأرض التي هي للمالك.

---

(١) تقدّم في ص ١٣٣.

ولا يشترط فيه إذنه.

نعم، لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلا بإذنه(١)، وإلا كان ضامناً، كما هو كذلك في الإجارة أيضاً.

والظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير ـ بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك ـ بصلح ونحوه بعوض ـ ولو من خارج ـ أو بلا عوض.

كما يجوز نقل حصته إلى الغير، سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده، كل ذلك لأن عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض(٢) نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل، فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة.

ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أو لا(٣) إذ لا منافاة بين صحة المذكورات وبين

---

(١) قد عرفت الإشكال فيه، وأن مقتضى جواز أخذ الأجير جواز تسليم الأرض إليه، ولا فرق بين جواز التصرف في الأرض وجواز تسليمها وقد تقدم في كتاب الإجارة جواز ذلك أيضاً.

(٢) هذا دفع للوجه الأول من وجهي الإشكال.

وفيه: أنه لم يثبت أن عقد المزارعة اقتضى تملك العامل منفعة الأرض، بل هو ممنوع فالوجه في دفعه ما عرفت.

(٣) إشارة إلى التفصيل الذي أشار إليه في الشرائع، والقواعد، والمسالك بين صورة اشتراط المباشرة على العامل فلا يجوز له نقل حصته أو مزارعة غيره،

مباشرته للعمل(١)، إذ لا يلـــزم في صحة المزارعة العمل، فيصح أن يشارك أو يزارع غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير.

(مسألة ١٤): إذا تبين بطلان العقد فإما أن يكون قبل الشروع في العمـــل أو بعده وقبل الـــزرع ـ بمعنى نثر الحب في الأرض ـ أو بعده وقبل حصول الحاصل، أو بعده.

فإن كان قبـــل الشروع فلا بحث ولا إشـــكال(٢) وإن كان بعده وقبل الزرع ـ بمعنى الإتيان بالمقدمات من حفر النهر وكري

وبين صورة عدم اشتراط المباشرة عليه فيجوز ذلك[١].

(١) إشـــارة إلى الإشكال في التفصيل المذكور بأن نقل الحصة إلى الغير أو مزارعته لا يقتضي مباشرته للعمل؛ لجواز المباشرة من الزارع الأول بالنيابة عن الزارع الثاني، أو من نقل إليه بعض حصته.

وسبقه إلى هذا الإشكال في الجواهر وغيرها[٢].

لكـــن الظاهر عدم توجه الإشـــكال المذكور عـــلى المفصلين؛ لأن مورد كلامهم في جواز التشريـــك للغير أو مزارعته صورة التشريك في العمل أيضاً، لا مجرد نقل الحق فقط، وحينئذٍ لا بد في جواز ذلك من عدم اشتراط المالك على العامل المباشرة، وإلا كان التشريك للغير أو مزارعته مخالفة للشرط.

(٢) إذ لا يحتمـــل وجوب شيء للعامل لعـــدم العمل، ولا للمالك لعدم التصرف في أرضه بما له قيمة.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢/ قواعد الأحكام ٢: ٣١٤/ مسالك الأفهام ٥: ٣٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٤٢.

الأرض وشراء الآلات ونحو ذلك ـ فكذلك(١).

نعم، لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعوض ـ من جهة كريها، أو حفر النهر لهـا، أو إزالة الموانع عنها ـ كان للعامل قيمة ذلك الوصف(٢)، وإن لم يكن كذلك وكان العمل لغواً فلا شيء له، كما أن الآلات لمن أعطى ثمنها.

وإن كان بعد الزرع كان الزرع(٣) لصاحب البذر(٤)، فإن كان للمالك كان الزرع له وعليه للعامل أجرة عمله وعوامله(٥)، وإن كان للعامـل كان له وعليه أجرة الأرض للمالك(٦) وإن كان

---

(١) لأن المعاملـة كانت على الزرع لا غير، فما لم يكن العمل زرعاً لا أمر به من المالك ولا استيفاء منه له.

اللهم إلا أن يقال: المراد من الزرع كل عمل يتعلق بالزرع ومنه حفر النهر وحرث الأرض.

(٢) لأنه أثر عمله، فيملكه تبعاً له.

(٣) هـذه الأحكام ذكرها في الجواهر نافياً لوجدان الخلاف فيها، حاكياً ذلك عن الرياض أيضاً[١].

(٤) لأنه نماء ملكه، فيتبعه في إضافة المالك، كما تقدم مراراً.

(٥) لما تقدم مراراً في الإجارة، والمضاربة، من الضمان بالاستيفاء[٢].

(٦) لاستيفاء منفعتها بالزرع فيضمنها ضرورة.

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٤٧/ رياض المسائل ٩: ٣٨٢.

(٢) منها ما تقدّم في ج ١٩ ص ١٨٩، ٣٢٣.

منهما كان لهما على النسبة نصفاً أو ثلثاً، ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من تلك النسبة(١)، وإن كان من ثالث فالزرع له وعليه للمالك أجرة الأرض(٢) وللعامل أجرة عمله وعوامله(٣) ولا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل(٤) إن كان التبين قبله، بل له أن يأمر بقلعه، وله أن يبقى بالأجرة إذا رضي صاحبه، وإلا فليس له إلزامه بدفع الأجرة(٥).

هذا كله مع الجهل بالبطلان، وأما مع العلم فليس للعامل منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله، لأنه هو الهاتك لحرمة ماله أو عمله(٦) فكأنه متبرع به وإن كان الآخر أيضاً عالماً بالبطلان.

---

(١) لما سبق.

(٢) لاستيفائه منفعة أرضه، من دون فرق بين كونها تحت يده أو يد الزارع لصدق الاستيفاء بالنسبة إليه في المقامين بعد ما كان تسليم الأرض للزرع فيها بداعي الوفاء بالعقد الواقع بينهم.

(٣) لما سبق بعينه.

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

(٥) كما تقدم في المسألة السادسة[1].

(٦) تقدّم أنه لما كان العمل بقصد الجري على مقتضى المعاملة والمعاوضة

---

(١) في ص ١٠٤.

ولو كان العامل بعد ما تسلم الأرض تركها في يده بلا زرع فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعاملة، لفوات منفعتها تحت يده(١)، إلا في صورة علم المالك بالبطلان، لما مر(٢).

(مسألة ١٥): الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصة المقررة له(٣)، وملكية المالك للعمل على العامل بمقدار حصته، واشتراك البذر بينهما على النسبة(٤)، سواء كان منهما أو من أحدهما أو من ثالث، فإذا خرج

لا يكون تبرعاً، ولا هو هاتك لحرمة عمله أو ماله[١].

(١) وذلك كافٍ في الضمان، إما لعموم: «على اليد ما أخذت...»، بناء على شموله للمنافع، وإما لملاك ضمان الأعيان باليد.

(٢) قد مرَّ الإشكال فيه مراراً[٢].

(٣) قد عرفت فيما سبق أن مفاد عقد المزارعة أن يزرع الأرض بحصة من الحاصل، وهذا المعنى يقتضي أن يكون عمل الزرع مملوكاً لصاحب الأرض، ولا يقتضي كون منفعة الأرض مملوكة للعامل، إذ كون الأرض موضوعاً للزرع لا يقتضي إلا تعلق الزرع بالأرض، ولو على نحو البذل من المالك لأرضه، إذ لا دليل على ملك العامل لمنفعة الأرض.

وأما التحصيص الذي ذكره المصنف رحمه الله فغريب، لا مأخذ له كما عرفت في المسألة السابقة، ومجرد الاشتراك في الحاصل لا يقتضي الاشتراك في مقدماته.

(٤) هذا غير ظاهر، بل هو خلاف ظاهر قولهم في تعريف المزارعة

---

(١)، (٢) تقدّم في ص ١٢٥، وفي ج ١٩ ص ٩١، ٣٤٢.

الزرع صار مشـــتركاً بينهما على النسبة(١)، لا أن يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل، فيصير الحاصل مشـــتركاً من ذلك

بـ«أنها المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها»، فإنه ظاهر في أن الاشتراك في الحاصل، لا في غيره من المراتب السابقة عليه.

مع أن ذلك لا يناسب ما ذكره في المسالك من الإشكال في جواز مشاركة العامل لغيره، أو مزارعته إذا كان البذر من المالك؛ لأنه لا يملك شـيئاً ليجوز له نقله، فإذا كان مقتضى المزارعة المشـاركة في البذر لا مجال لتوهم الإشـكال المذكور.

كما أن من تأخر عن المسـالك لم يدفع الإشـكال بما ذكر، وإنما دفعه من وجه آخر[1].

مضافاً إلى أن المزارعة إذا اقتضت المشاركة في البذر كان اللازم التعرض لحكـم ما إذا لم يزرع العامل وأنه يرجع البذر إلى مالكه أو أنه يقسـم بين المالك والعامل، أو غير ذلك.

وبالجملة: دعوى الاشتراك في البذر غريبة.

وكأن الذي دعـا إليها هو التحصيـص الذي دعا المصنـف إلى القول بالاشـتراك في منفعـة الأرض وفي عمل العامل، الذي عرفـت غرابته أيضاً، وغرابة استفادته من تحصيص الحاصل.

(١) الذي يظهر من عبارة المسـالك المتقدمة في المسـألة الثالثة عشرة أن خـروج الزرع هو وقت حدوث الاشـتراك بين المالك والـزارع، لا قبله ولا بعده[2].

---

(١)، (٢) تقدّم في ص ١٤١.

الحين، كما ربما يستفاد من بعض الكلمات(١)، أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل وادراكه، فيصير مشتركا في ذلك الوقت، كما يستفاد من بعض آخر.

نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين مع التصريح والاشتراط به من حين العقد(٢).

ويترتب على هذه الوجوه ثمرات:

منها: كون التبن أيضاً مشتركاً بينهما على النسبة على الأول، دون الأخيرين(٣) فإنه لصاحب البذر.

---

(١) هذا مقتضى ما ذكره الأصحاب في تعريف المزارعة بـ«أنها المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها»، إذ جعل فيه موضع التحصيص هو الحاصل الشامل لهذا المعنى ولما بعده، فلا تحصيص قبله.

اللهم إلا أن يكون المراد من الحاصل الأعم من الزرع، والتعبير بالحاصل لمزيد الاهتمام به وكونه الغرض الأولي.

وهذا وإن كان خلاف الظاهر، لكن يجب الحمل عليه عملاً بالارتكاز العرفي، فإن بناءَ العرف على عدم الاشتراك في البذر والاشتراك في جميع مرات النماء والتحولات للبذر.

(٢) لكن الشرط المذكور إذا كان منافياً للمزارعة، لا يكون العقد مزارعة وإن كان صحيحاً.

(٣) فإن التبن جزء من الزرع، فيكون مشتركاً على الأول، ولا يكون جزءاً من الحاصل، فلا يكون مشتركاً بناءً على الأخيرين.

ومنها: في مسألة الزكاة(١).

ومنها: في مسألة الانفساخ أو الفسخ في الأثناء قبل ظهور الحاصل(٢).

ومنها: في مسألة مشاركة الزارع مع غيره ومزارعته معه(٣).

ومنها: في مسألة ترك الزرع إلى أن انقضت المدة(٤)... إلى غير ذلك.

(مسألة ١٦): إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه ـ كما إذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصيله،

---

(١) كما يأتي في المسألة الحادية والعشرين[١].

(٢) كما يأتي في المسألة السابعة عشرة[٢].

(٣) يظهر مما ذكرنا في المسألة الثالثة عشرة الإشكال في هذه الثمرة، وأنه يصح مشاركة الغير ومزارعته وإن لم نقل بالاشتراك بالبذر.

نعم، يترتب على ذلك عدم توجه الإشكال أصلاً، بخلاف القول بعدم الاشتراك فإنه يتوجه الإشكال، وإن كان يمكن اندفاعه بما عرفت.

فالثمرة وضوح الحكم وعدم وضوحه، لا ثبوت الحكم وعدمه.

(٤) فإنه بناءً على الاشتراك في البذر يكون البذر مشتركاً، بناء على الاشتراك في البذر[٣]، وبناءً على الوجهين الأخيرين يختص المالك به.

---

(١) في ص ١٧٧.

(٢) في الصفحة التالية.

(٣) كذا في الأصل والمطبوع، ويبدو لي تكرار عبارة «بناء على الاشتراك في البذر»، فلاحظ.

أو استولى عليه ولم يمكن قطعه، أو حصل مانع آخر عام ـ فالظاهر لحوق حكم تبين البطلان من الأول ـ على ما مر ـ لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع(١)، فالصحة كانت ظاهرية، فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر.

ويحتمل بعيداً كون الانفساخ من حينه(٢)، فيلحقه حكم الفسخ في الأثناء ـ على ما يأتي ـ فيكون مشتركاً بينهما على النسبة.

(مسألة ١٧): إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط وحصل الفسخ في الأثناء ـ إما بالتقايل، أو بخيار الشرط لأحدهما، أو بخيار الاشتراط بسبب تخلف ما شرط على أحدهما ـ فعلى ما ذكرنا من مقتضى وضع المزارعة ـ وهو الوجه الأول من الوجوه المتقدمة ـ فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبة وليس لصاحب الأرض عل العامل أجرة أرضه، ولا للعامل أجرة عمله بالنسبة إلى ما مضى، لأن المفروض صحة المعاملة وبقاؤها إلى حين الفسخ(٣).

---

(١) التي هي شرط للصحة من الأول ـ كما تقدم في أول الكتاب ـ فإذا تبين فقد الشرط فقد تبين فقد المشروط.

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

(٣) هذا لا يجدي بعد وقوع الفسخ، لأنه يرد على أصل المعاملة، فتكون بعد الفسخ كأنها لم تكن، فيرجع الزرع إلى مالكه، فإن كان هو المالك ضمن عمل العامل بالاستيفاء، وإن كان هو العامل ضمن منفعة الأرض بالاستيفاء،

وأما بالنسبة إلى الآتي فلهما التراضي على البقاء إلى البلوغ بلا أجرة أو معها، ولهما التراضي على القطع قصيلاً، وليس للزارع الإبقاء إلى البلوغ بدون رضى المالك(١) ولو بدفع أجرة الأرض، ولا مطالبة الأرش إذا أمره المالك بالقلع، وللمالك مطالبة القسمة(٢) وإبقاء حصته في أرضه إلى حين البلوغ وأمر الزارع بقطع حصته قصيلاً.

هذا وأما على الوجهين الآخرين فالزرع الموجود لصاحب البذر، والظاهر عدم ثبوت شيء عليه من أجرة الأرض أو العمل،

وإن كان غيرهما ضمن كلا من الأمرين لمالكه.

ولأجل ذلك احتمل المصنف ﷺ في كتاب الإجارة ـ في المسألة الخامسة من فصل: (**يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان**) ـ الرجوع إلى أجرة المثل فيما مضى من المدة، وجعل الاحتمال المذكور قريباً، فراجع[1].

وحينئذٍ فالعمدة فيما ذكره المصنف ﷺ هنا: أن بناءَ العرف في المقام ونحوه على التبعيض، نظير باب تبعّض الصفقة، فيكون من قبيل تعدّد المطلوب، فيكون فسخ المزارعة من حينه، لا من الأول.

(١) لأنه خلاف سلطنة المالك على أرضه.

نعم، إذا كان في قلع الزرع ضرر على الزارع ولم يكن ضرر على مالك الأرض في إبقاء الزرع كانت قاعدة السلطنة المذكورة محكومة بقاعدة نفي الضرر، وكان له الابقاء بدفع الأجرة، كما تقدم نظير ذلك في المسألة السادسة.

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

---

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ٧١.

لأن المفـــروض صحة المعاملة إلى هذا الحـــين وإن لم يحصل للمالك أو العامل شيء مـــن الحاصل، فهو كما لو بقي الزرع إلى الآخر ولم يحصل حاصل(١) من جهة آفة سماوية أو أرضية.

(١) والوجـــه فيه في المقامين: أن البـــذر إذا كان للعامل فمالك الأرض لم يبذل أرضه على وجـــه الضمان مطلقاً، وإنما كان بذله لهـــا على وجه الضمان في صورة وجود الحاصل لامع عدمه.

وكذا الكلام إذا كان البذر لصاحب الأرض، فإن العامل لم يعمل بقصد العـــوض مطلقاً، وإنـــما كان بقصد العوض على تقدير وجـــود الحاصل لا مع عدمه، وحينئذٍ لا موجب لضمان منفعة الأرض، ولا لضمان عمل العامل.

وفيه: أن البذل في المقامين لم يكن بقصد التبرع والمجانية، وإنما كان برجاء الحاصل وبانتظاره، غاية الأمر أنه إذا فات الحاصل لأمر سماوي ونحوه لم يكن لـــه شيء، ولم يكن مقدماً على البذل مجاناً مع فوات الحاصل من جهة الفســـخ، فاستيفاء عمله حينئذٍ يوجب ضمانه.

وبذلك افترقت هذه المســـألة عن المسألة الســـابقة، فإن البذل في المسألة السابقة مضمون بالمسمى فيها، وهنا لا ضمان له بالمسمى، فإذا بني على الفسخ من حينه يكون البذل بلا عوض، وهو خلاف قاعدة الضمان بالاســـتيفاء، فإنه يوجب الضمان إما بالمسمى أو بأجرة المثل، ولما لم يسلم المسمى هنا تعيّن الضمان بأجرة المثل.

وقد اعترف بذلك المصنف في المســـألة التاسعة إذا كان التعيين على وجه التقييد، وكذلك في المســـألة الرابعة عشرة في صورة البطـــلان[1]، ولا فرق في

(١) تقدّم في ص ١٢٠، ١٤٥.

ويحتمل ثبوت الأجرة عليه إذا كان هو الفاسخ(١).

فذلكة

قد تبين مما ذكرنا في طي المسائل المذكورة أن هاهنا صوراً:

الأولى: وقوع العقد صحيحاً(٢) جامعاً للشرائط والعمل على طبقه إلى الآخر، حصل الحاصل أو لم يحصل لآفة سماوية أو أرضية.

الثانية: وقوعه صحيحاً مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدة(٣)، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلاً.

موجب الضمان بين الفسخ والبطلان.

وسيأتي في المسألة الثامنة والعشرين من كتاب المساقاة الحكم بالضمان بأجرة المثل[١].

وفي المسألة السابقة بناء على الفسخ من حينه يكون الضمان بالمسمى، فلا موجب للرجوع إلى أجرة المثل.

(١) لأنه ضيع الحاصل على شريكه، بخلاف ما إذا كان الفاسخ غير من له البذر، فإنه هو الذي ضيع الحاصل على نفسه.

لكن عرفت أن الاستيفاء هو الموجب للضمان، فإذا كان الفسخ مفوتاً للضمان بالمسمى وجب أن يكون بأجرة المثل، وهذا المعنى لا يختص بفسخ من له البذر، بل يكون بفسخ غيره أيضاً.

(٢) هذا تبين من بيان صحة المزارعة.

(٣) هذا تبين من المسألة السابعة[٢].

---

(١) يأتي في ص ٢٨٣.

(٢) تقدّم في ص ١٠٩.

الثالثة: تركه العمل في الأثناء بعد أن زرع(١) اختياراً أو لعذر خاص به.

الرابعة: تبين البطلان من الأول(٢).

الخامسة: حصول الانفساخ في الأثناء(٣)، لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامة.

السادسة: حصول الفسخ بالتقايل أو بالخيار في الأثناء(٤).

وقد ظهر حكم الجميع في طي المسائل المذكورة، كما لا يخفى.

(مسألة ١٨): إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة فمالكها مخير بين الإجازة، فتكون الحصة له ـ سواء كان بعد المدة أو قبلها في الأثناء أو قبل الشروع بالزرع ـ بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للإجازة(٥)، وبين الرد،

---

(١) هذا تبين مما قبله، ولم يتعرّض له المصنف.

(٢) تبين ذلك من المسألة الرابعة عشرة[١].

(٣) تبين ذلك من المسألة السادسة عشرة[٢].

(٤) تبين ذلك من المسألة السابعة عشرة[٣].

وقد تبين أمور كثيرة غير ما ذكر، لم يتعرض لها المصنف﵀ لأنه في مقام ما يتعلق بالصحة والبطلان من الأول أو في الأثناء.

(٥) لم يتضح الوجه في هذا الشرط، فإن القيود والشروط المذكورة في

---

(١)، (٢)، (٣) في ص ١٤٥، ١٥١، ١٥٢.

وحينئذٍ فإن كان قبل الشروع في الزرع فلا إشكال، وإن كان بعد التمام فله أجرة المثل لذلك الزرع(١)، وهو لصاحب البذر.

وكذا إذا كان في الأثناء(٢) ويكون بالنسبة إلى بقية المدة الأمر بيده(٣)، فإما يأمر بالإزالة وإما يرضى بأخذ الأجرة، بشرط رضا صاحب البذر.

ثم المغرور من المزارع والزارع يرجع فيما خسر على غاره(٤)، ومع عدم الغرور فلا رجوع.

ضمن العقد لا تمنع من إجازته، لأن الإجازة تتعلق به على ما هو عليه من قيد أو شرط.

(١) وهي على المباشر، لا على المالك للبذر وإن كان قد أمره به، لأن المباشر أقوى من الآمر، فتصح نسبة الاستيفاء إليه لا إلى المالك وإن كان آمراً، والضمان على المستوفي لا على الآمر بالاستيفاء.

نعم، المباشر يرجع على صاحب البذر بأجرة العمل مع ملاحظة كون العمل في أرض مضمونة منفعتها على العامل، وبذلك تزيد الأجرة.

(٢) لعين ما سبق.

(٣) لما سبق.

(٤) لقاعدة الغرور المستفادة من النبوي المشهور[1].

---

(١) إشارة إلى المقولة المشهورة «المغرور يرجع على من غره»، ولم أجد نسبتها إلى المعصوم لدى المتقدمين من الفقهاء، عدا ما توحيه بعض عبارات جامع المقاصد (٤: ٢٦٣)، والظاهر أنها قاعدة متصيدة من أبواب الفقه المتفرقة، منها ما أشار إليه المؤلف ﷺ هنا، وفيما تقدم.

وإذا تبين كون البـــذر مغصوباً فالزرع لصاحبه، وليس عليه أجرة الأرض، ولا أجرة العمل(١)، نعم إذا كان التبين في الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزالة(٢).

هذا إذا لم يكن محل للإجازة ـ كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلي لا المشخص في الخارج(٣) أو نحو ذلك ـ أو كان ولم يجز(٤)،

ولبعض الصحاح الواردة في باب تدليس الزوجة المتضمنة رجوع الزوج على المدلس معللاً بقوله عليه السلام: «كما غرّ الرجل وخدعه»[١].

وقد تعرّضنا لذلك في بعض المباحث المتقدمة من هذا الشرح[٢].

(١) لأنه لم يكـــن الزرع بأمره حتى يصدق الاســـتيفاء الموجب للضمان فـــإن جاء بالبذر العامل كان عليه أجرة الأرض لصاحبها، وإن جاء به صاحب الأرض كان عليه أجرة المثل للعامل، وقد بطلت المزارعة.

(٢) كما سبق وجهه.

(٣) إذ حينئذٍ لا يكون البذر الشـــخصي دخيـــلاً في المزارعة حتى يكون لصاحبه ســـلطان عليها بالإجازة والرد، فلو فرض أن مالك الشخصي أجاز لم تكن إجازته مصححة للمزارعة، بل تكون إجازته رخصه منه في تملكها لزرعه كل على حصته، مع بطلان المزارعة، لفقد البذر منهما.

(٤) أمـــا إذا أجاز حينئذٍ صحت المزارعة، لأنـــه يكفي في صحتها كون البذر مباحاً لهما ولو بإجازة متأخرة.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٠، ب ٧ ـ العيوب والتدليس ـ حديث: ١.

(٢) تقدّم في ج ١٧ ص ١٩١ ـ ١٩٢، ٥٣٥.

وإن كان لـــه محل وأجاز يكون هو الطـــرف للمزارعة(١) ويأخذ الحصة التي كانت للغاصب.

وإذا تبين كون العامل عبداً غير مأذون فالأمر إلى مولاه(٢).

وإذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبة فالمزارعة صحيحة(٣)، ولصاحبها أجرة المثل أو قيمة الأعيان التالفة.

وفي بعض الصور يحتمـــل(٤) جريان الفضولية(٥) وإمكان الإجازة، كما لا يخفى.

---

(١) بنـــاءً على ما تقدم منه من جواز كون صاحب البذر طرفاً للمزارعة، ولـــو بني على بطلان ذلك لم تنفع الإجازة في إثبات الحصة للمجيز، كما إذا كان البذر من صاحـــب الأرض أو الزارع، فذكر شرطاً عليه دون رضا مالكه، فإن الإجـــازة تقتضي ثبوت الحصـــة لأحدهما كما هو مضمـــون العقد، ولا توجب انقلاب مضمونه وثبوت الحصة للمجيز.

(٢) يعني: إن أجـــاز صحت المزارعة وكانت لـــه حصة، وإلا بطلت، وحينئـــذٍ فإن كان البذر من صاحـــب الأرض كان عليه أجرة عمل العبد، وإن كان من غيره كان على العبد أجرة مثل الأرض.

(٣) لأن العوامل ليست مقومة للمزارعة، بخلاف البذر، فإن الحاصل الذي هو مورد التحصيص قائم بالبذر.

(٤) كان المناسب الجزم لا الاحتمال.

(٥) كما ســـبق في البذر، بأن يكون المتولي لها طرفـــاً ثالثاً أو رابعاً، فيجيز المالك، وتكون له الحصة.

(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها(١)، وكذا مال الإجارة إذا كانت مستأجرة(٢)، وكذا ما يصرف في إثبات اليد عند أخذها من السلطان، وما يؤخذ لتركها في يده ولو شرط كونها على العامل ـ بعضاً أو كلاً ـ صح(٣) وإن كانت ربما تزاد وربما تنقص على الأقوى(٤)،

---

(١) بلا خلاف ظاهر، وفي المسالك: أنه محل وفاق[١]، وفي مفتاح الكرامة: أن الإجماع معلوم[٢]، وحكى عن مجمع البرهان: أن الحكم معلوم[٣]، وفي الحدائق: «الظاهر أنه لا خلاف فيه بينهم»[٤].

ويقتضيه: أن خراج الأرض موضوع على صاحب الأرض، ولا يرتبط بالعامل، والأصل براءة ذمته، فإذا طالب السلطان العامل بالخراج كان عادياً عليه وظالماً له.

(٢) الحكم فيه أوضح مما قبله، وكذا ما بعده.

(٣) عملاً بعموم الصحة في الشروط.

(٤) قال في الشرائع: «خراج الأرض ومؤنتها على صاحبها، إلا أن يشترط على الزارع»[٥]، وظاهره صحة الشرط مطلقاً.

لكن في المسالك: «فإن شرط عليه (يعني: على الزارع) لزم إذا كان القدر

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٣٤.

(٢) مفتاح الكرامة ٢٠: ١٠٧.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤٢.

(٤) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٣٧.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢.

فلا يضر مثل هذه الجهالة، للأخبار(١).

معلوماً، وكذا لو شرط بعضه معيناً أو مشاعاً مع ضبطه.

ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها، ولم تكن معلومة فلا يمكن اشتراطها»[١].

وفيه: أنه لا دليل على قدح الجهالة في المقام، وعموم الصحة ينفي ذلك.

(١) يشير بذلك إلى جملة من النصوص، كصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل تكون له الأرض يكون عليها خراج معلوم، وربما زاد وربما نقص، فدفعها إلى رجل يكفيه خراجها، ويعطيه مائتي درهم في السنة، قال عليه السلام: لا بأس»[٢].

ومثله ما رواه في كتاب من لا يحضره الفقيه عن يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام[٣].

وصحيح يعقوب بن شعيب ـ المروي في الكافي ـ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى رجل على أن يعمرها، ويصلحها، ويؤدي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس»[٤].

قال في الحدائق ـ بعد ما ذكر هذه الروايات الثلاث ـ: «وهذه الأخبار ـ كما ترى ـ ظاهرة في عدم جهالة الشرط المذكور هنا، سيما الخبرين الأولين»[٥]،

(١) مسالك الأفهام ٥: ٣٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٥٧، ب ١٧ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٤.

(٤) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٢٦٨/ وسائل الشيعة ١٩: ٤٥، ب ١٠ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢.

(٥) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٣٧.

وأما سائر المؤن(١) ـ كشق الأنهار، وحفر الآبار، وآلات السقي، وإصلاح النهر وتنقيته، ونصب الأبواب مع الحاجة إليها والدولاب، ونحو ذلك مما يتكرر كل سنة أو لا يتكرر ـ فلا بد من تعيين كونها على المالك أو العامل، إلا إذا كان هناك عادة ينصرف الإطلاق إليها.

وسبقه إلى ذلك في الكفاية[١].

ويشكل ما ذكره: بأن الخبرين الأولين ليسا في المزارعة، وإنما هما في موضوع آخر.

والخبر الثالث لا ظهور فيه في جهالة الخراج وتردده بين الأقل والأكثر، فالعمدة في عدم الجهالة هي القواعد العامة.

ومن ذلك يظهر لك الإشكال فيما ذكره المصنف رحمه الله من الاستدلال بالأخبار لا غير.

(١) قد تقدَّم عن الشرائع إلحاق المؤن مطلقاً بالخراج في كونها على صاحب الأرض، ونحوه ما في القواعد، وعن التذكرة، والتحرير، وجامع المقاصد، وغيرها[٢].

وفي جملة من الكتب اقتصر على الخراج ولم يتعرّض للمؤنة، وظاهر ذلك كونها على العامل[٣].

---

(١) كفاية الأحكام ١: ٦٣٩.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢/ قواعد الأحكام ٢: ٣١٤/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٣/ تحرير الأحكام ٣: ١٤٤/ جامع المقاصد ٧: ٣٣١/ النهاية: ٤٤٠/ المهذب ٢: ١٢/ مفاتيح الشرائع ٣: ٩٩.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٤٨/ السرائر الحاوي ٢: ٤٤٧/ إرشاد الأذهان ١: ٤٢٧/ الروضة البهية ٤: ٣٠٣/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١١٣.

. . . . . .

وفي المسالك فصل بين أنواع المؤنة، فقال: «والظاهر أن المراد من المؤنة ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته، كإصلاح النهر والحائط ونصب الأبواب ـ إن احتيج إليها ـ وإقامة الدولاب، وما لا يتكرر كل سنة، كما فصلوه في المساقاة.

والمراد بالعمل الذي على المزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة، كالحرث، والسقي، وآلاتهما، وتنقية النهر من الحماة، وحفظ الزرع وحصاده، ونحو ذلك، وبالجملة فكلامهم في هذا المحل قاصر جداً»[1].

وفيه: أنه لا قرينة على ما ذكره من التفصيل في مرادهم.

وما ذكروه في السقي ـ لو تم ـ لا يكون قرينة على ما نحن فيه، لاختلاف المقامين.

مضافاً إلى أنه لا دليل على التفصيل المذكور.

ولذا ذكر في الجواهر: أنه لا إشكال في كون المرجع مع الإطلاق التعارف فيما هو على المالك والعامل، وإلا أشكل الحال[2]، انتهى.

وكأن المصنف رحمه الله تبعه في ذلك.

وإن كان يشكل ما ذكره: بأن مقتضى الإطلاق كونه على العامل ما لم تقم قرينة على خلافه، كما تقدم في كتاب الإجارة أن مؤنة عمل الأجير عليه لا على المستأجر، إلا أن تقوم قرينة على خلاف ذلك[3].

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٣٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٤١.

(٣) تقدّم في ج ١٩ ص ١٩٤ ـ ١٩٦.

وأما ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلماً من غير الخراج فليس على المالك(١)، وإن كان أخذهم ذلك من جهة الأرض.

(مسألة ٢٠): يجوز لكل من المالك والزارع أن يخرص على الآخر(٢)

والوجه فيه: أن العمل المملوك على الأجير، والزرع المملوك على الزارع، إذا كان مطلقاً كان مقتضى ملكيته وجوب الإتيان به على كل حال، فتجب جميع مقدماته، من دون فرق بين مقدمة وأخرى، والتخصيص ببعضها دون بعض يتوقف على القرينة، ومع الإطلاق وفقد القرينة يجب الجميع.

لكن المصنف في الإجارة جعل الأقوى وجوب التعيين مع عدم القرينة، وذكر أن كونها على المستأجر، لا يخلو من وجه.

(١) لأصالة البراءة.

لكن في خبر سعيد الكندي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم، قال: أعطهم فضل ما بينهما، قلت: أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم، قال: إنهم إنما زادوا على أرضك»[١].

والظاهر أنه غير ما نحن فيه، وإنما فيما زاده السلطان من الخراج، مع أن الخبر ضعيف.

(٢) الظاهر أنه لا خلاف فيه إلا من ابن إدريس[٢].

وفي الحدائق: «الظاهر اتفاق الأصحاب عليه»[٣].

---

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٥٦، ب ١٦ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١٠.

(٢) السرائر الحاوي ٢: ٤٥٠.

(٣) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٣٩.

بعد إدراك الحاصل(١) بمقدار منه بشرط القبول والرضا من الآخر(٢) لجملة من الأخبار(٣)

وفي الجواهر: «لا أجد خلافاً فيه»[١]، وقد ذكره في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[٢].

(١) كما يظهر اشتراط ذلك من مرسل محمد بن عيسى الآتي، والروايات الواردة في أهل خيبر.

لكن خبر سهل الآتي خالٍ من ذلك.

(٢) كما صرح به جماعة[٣]، ويدل عليه خبر سهل الآتي.

(٣) كخبر سهل قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يزرع له الحراث بالزعفران ويضمن له على أن يعطيه في كل جريب يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً، فربما نقص وغرم وربما استفضل وزاد، قال عليه السلام: لا بأس به إذا تراضيا»[٤].

ومرسل محمد بن عيسى عن بعض أصحابه قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن لنا أكرة فنزارعهم، فيقولون: قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا، فأعطوناه ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصة على هذا الحزر، قال عليه السلام: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: فإنه يجيء بعد ذلك فيقول لنا: إن الحزر لم يجئ كما حزرت، قد نقص، قال: فإذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم أن

(١) جواهر الكلام ٢٤: ١٢٢، وفيه ـ بعد ذكره للنصوص ـ: «إلى غير ذلك من النصوص التي لا أجد خلافاً بين الأصحاب على العمل بمضمونها...».

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢/ قواعد الأحكام ٢: ٣١٤/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٠.

(٣) كما في المصادر السابقة وغيرها.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ٤٩، ب ١٤ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١.

هنا وفي الثـــمار(١)، فلا يختص ذلك بالمزارعة والمســـاقاة(٢)، بل مقتضى الأخبار جوازه في كل زرع مشـــترك أو ثمر مشـــترك(٣)،

تأخذوه بتمام الحزر، كما أنه إذا زاد كان له كذلك إذا نقص»[١]، ونحوه غيره.

(١) كصحيح يعقوب بن شعيب ـ في حديث ـ قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا، كيل [كيلاً. خ. ل] مسمى، وتعطيني نصف هذا الكيل، إما زاد أو نقص، وإما أن آخذه أنا بذلك، قال: نعم، لا بأس به»[٢].

والنصوص الواردة في إرسال النبي صلى الله عليه وآله عبد الله بن رواحة إلى أهل خيبر ليخرص عليهم حصته صلى الله عليه وآله، كصحيح الحلبي: «أخبرني أبو عبد الله عليه السلام أن أباه حدثه: أن رســـول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبر بالنصف أرضهـــا ونخلها، فلما أدركت الثمـــرة بعث عبد الله بن رواحـــة فيقوم عليه قيمة، وقال لهـــم: إما أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمر [الثمن. خ. ل] وإما أعطيكم نصف الثمر، فقالوا: بهذا قامت السماوات والأرض»[٣].

ونحوه صحيح يعقوب بن شعيب[٤] وصحيح أبي الصباح الكناني[٥].

(٢) فإن روايات أهل خيبر واردة فيها.

الظاهر أن أصل العبارة: بل يجري في المساقاة.

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

---

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٥٠، ب ١٤ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٤.

(٢)، (٣)، (٤)، (٥) المصدر السابق ١٨: ٣٣١، ب ١٠ ـ بيع الثمار ـ حديث: ١، ٢، ٥، ٣.

والأقوى لزومه بعد القبول(١)، وإن تبين بعد ذلك زيادته أو نقيصته، لبعض تلك الأخبار(٢)، مضافاً إلى العمومات العامة(٣)، خلافاً لجماعة(٤). والظاهر أنه معاملة مستقلة(٥)

(١) كما عن صريح جماعة كالمهذب، والوسيلة، وجامع المقاصد، والمهذب البارع، ومجمع البرهان[١]، وظاهر آخرين[٢].

وتقتضيه أصالة اللزوم، وظاهر النصوص.

(٢) وهو مرسل محمد بن عيسى المتقدم.

(٣) يعني عمومات صحة العقود.

(٤) منهم فخر المحققين في الإيضاح، وشرح الإرشاد، فذكر فيهما أن الأصح أنه إباحة، وأن الخرص لا يملك ولا يضمن[٣].

وفي القواعد: «ولو زاد فإباحة على إشكال»[٤].

وفي الجواهر: «عن التنقيح، وإيضاح النافع، والميسية: الجزم بالعدم»[٥].

وكيف كان، يظهر ضعف ذلك مما سبق.

(٥) قال في المسالك: «وعلى تقدير قبوله ـ يعني الزارع ـ يتوقف نقله إليه على عقد كغيره من الأموال بلفظ الصلح أو التقبيل، على ما ذكره الأصحاب»[٦].

---

(١) المهذب ٢: ١٤/ الوسيلة: ٢٧٠/ جامع المقاصد ٧: ٣٣٥/ المهذب البارع ٢: ٥٦٨/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١١٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٠.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ٢٨٩، وعن شرح الإرشاد في مفتاح الكرامة ٢٠: ١٣٤.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣١٤.

(٥) جواهر الكلام ٢٤: ١٢٣/ التنقيح الرائع ٢: ١١٣.

(٦) مسالك الأفهام ٥: ٣٥.

وليست بيعاً(١)،

وفي النسبة إلى الأصحاب تأمل ظاهر، فإن عبارة الشيخ في النهاية ـ التي هي الأصل لهذه المعاملة ـ خالية عن ذلك[١].

وكذلك عبارة الشرائع، قال فيها: «يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع، والزارع بالخيار في القبول والرد»[٢]، ونحوها عبارة القواعد وغيرها[٣].

نعم، عن المختلف: أنه نوع تقبيل وصلح[٤].

وعن الدروس، والمهذب البارع: أنه نوع من الصلح[٥].

لكن ذلك لا يدل على لزوم إيقاع عقد الصلح أو التقبيل زائداً على الخرص وقبوله.

نعم، عن جامع المقاصد: أنه لا بد من صيغة عقد، وفي المقام قال: «لا بد من إيجاب وقبول بلفظ التقبيل، أو الصلح، أو ما أدى هذا المعنى»[٦].

ولكنه غير ظاهر.

وحينئذٍ لا دليل على لزوم إنشاء المعاملة بعقد زائد على الخرص وقبوله، والأخبار وتأباه وتمنعه.

(١) في مفتاح الكرامة: «اتفقوا على أنه ليس بيعاً، غير أنه في التذكرة تردد

---

(١) النهاية: ٤٤٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٣٤/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٠.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ١٨٥.

(٥) الدروس الشرعية ٣: ٢٣٨/ المهذب البارع ٢: ٥٦٨.

(٦) جامع المقاصد ٧: ٣٣٥.

ولا صلحـاً معاوضياً(١)، فلا يجري فيها إشـكال اتحاد العوض

في جواز عقدها بلفظ البيع»[١].

وفي الجواهر: عن التذكرة أنه احتمل كونها بيعاً، ثم قال: إنه بعيد؛ «لشدة مخالفته لقواعد البيع... وذكر الأصحاب له في بيع الثمار أعم من ذلك»[٢].

لكـن المخالفة لقواعـد البيع لا تهم؛ لجـواز اختلاف أنـواع البيع في الأحكام، ولـذا اختلف بيع الثمار عـن بيع غيرها، فجاز فيهـا بيع المعدوم، والمحتمل الوجود، والمجهول المقدار والصفات، وغير ذلك.

والعمـدة أن في حاق البيع اعتبار مبادلة بـين مالين، والمقام لم يقصد فيه ذلك، وإنما قصد فيه تحديد الجزء المشاع لا غير.

نعـم، قد أخذ فيه شرطـاً الإذن في التصرف، لكنـه زائد على مفهومه، فالخرص من قبيـل تبديل وصف الشيء بوصف آخـر، لا تبديل ذات الشيء بذات أخرى، الذي هو داخل في قوام البيع.

(١) قد تقـدّم ما عن الدروس، والميسـية من أنه نوع مـن الصلح[٣]، وكذلك ما عن المختلف من أنه نوع تقبيل وصلح.

وعن بيع جامع المقاصد أن الذي يقتضيـه النظر أنه نوع من الصلح[٤]، ومال إليه في الجواهر[٥].

ولكنه كما ترى! إذ الصلح يجب أن يكون منشـأ بعنـوان كونه صلحاً،

(١) مفتاح الكرامة ٢٠: ١٤٣/ تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٠٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٤: ١٢٣.

(٣) يبدو لي أنه من سهو القلم، والمراد به (المهذب البارع) بدل (الميسية)، كما يظهر بملاحظة ما تقدم.

(٤) جامع المقاصد ٤: ١٧٦.

(٥) جواهر الكلام ٢٤: ١٢٣

والمعوض(١)، ولا إشكال النهي عن المحاقلة والمزابنة(٢)، ولا

فيقول الموجب: صالحت، ويقول القابل: قبلت، فلو كان المنشأ متعلق الصلح كان عقداً آخر، لا صلحاً ضرورة.

وبذلك افترق الصلح عن غيره من العقود، فإذا قال الرجل للمرأة: صالحتك على أن أكون زوجاً لك وتكوني زوجة لي، فقبلت، كان صلحاً، وإذا قال لها: تزوجتك، فقالت: قبلت، كان تزويجاً.

فالفرق بين الصلح وغيره من العقود: أن الصلح يكون منشأ بعنوان كونه صلحاً. وفي غيره يكون المنشأ أمراً آخر، وحيث أن المنشأ في المقام الخرص والتحديد كان مفهوماً مقابلاً للصلح، ولا يكون صلحاً.

(١) يكفي في تحقق المعاوضة الاختلاف ولو في الجملة، فقد ذكر في الجواهر أن المعوض عنه الحصة المشاعة، والعوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين.

(٢) أشار بذلك إلى ما ذكره الحلي في السرائر، قال: «الذي ينبغي تحصيله أنه لا يخلو أن يكون قد باعه حصته من الغلة والثمرة بمقدار في ذمته من الغلة والثمرة، أو باعه الحصة بغلة من هذه الأرض، فعلى الوجهين معاً البيع باطل؛ لأنه داخل في المزابنة والمحاقلة، وكلاهما باطلان.

وإن كان ذلك صلحاً لا بيعاً، فإن كان ذلك بغلة وثمرة في ذمة الأكار ـ الذي هو الزارع ـ فإنه لازم له سواء هلكت الغلة بالآفة السماوية أو الأرضية، وإن كان ذلك الصلح بغلة من تلك الأرض فهو صلح باطل؛ لدخوله في باب الغرر؛ لأنه غير مضمون، فإن كان ذلك فالغلة بينهما سواء زاد الخرص أو نقص، تلفت منهما أو سلمت لهما، فليلحظ ذلك، فهو الذي يقتضيه أصول مذهبنا،

إشـــكال الربا(١) ولو بناءً على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمته بالبيع(٢) وجريانه في مطلق المعاوضات.

مع أن حاصل الزرع والشـــجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون(٣).

ومع الإغماض عن ذلك كله يكفي في صحتها الأخبار الخاصة، فهو نوع من المعاملة عقلائية ثبت بالنصوص، ولتسم بالتقبل(٤)

وتشهد به الأدلة، فلا يرجع عنهما بأخبار الآحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً»[١].

ولا يخفى ما فيه بناءً على ما ذكر في المتن من أنه معاملة مســـتقلة وليست بيعاً ولا صلحاً، إذ لا يشملها النهي عن بيع المزابنة والمحاقلة.

(١) لاختصاصه بالمعاوضات، والمقام ليس منها، وإنما هو تحديد وتقدير.

(٢) تقدَّم الكلام فيه في المســـألة الثالثة والعشريـــن من فصل: (لا يجوز إجارة الأرض) من كتاب الإجارة[٢].

(٣) كما صرح بـــه في الجواهر في كتاب البيـــع[٣]، والربا في البيع يختص بالمكيل والموزون.

(٤) قال في المســـالك في باب بيع الثمار: «ظاهـــر الأصحاب أن الصيغة تكـــون بلفظ القبالة وأن لها أحكاماً خاصة زائدة عـــلى البيع والصلح... إلى أن قال: لا دليل على إيقاعه بلفظ التقبيل أو اختصاصه به»[٤].

---

(١) السرائر الحاوي ٢: ٤٥٠.

(٢) تقدّم في ج ١٩ ص ١٩٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٤: ١٢٤.

(٤) مسالك الأفهام ٣: ٣٧٠.

وحصر المعاملات في المعهودات ممنوع(١).

نعم يمكن أن يقال: إنها في المعنى راجعة إلى الصلح الغير المعاوضي(٢)، فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصة أحدهما من المال المشترك كذا مقداراً والبقية للآخر، شبه القسمة أو نوع منها.

وعلى ذلك يصح إيقاعها بعنوان الصلح(٣) على الوجه المذكور ـ مع قطع النظر عن الأخبار(٤) أيضاً ـ على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهالة فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص

وهو كما ذكر، لكن نسبة الحكم إلى ظاهر الأصحاب غير ظاهرة، كما عرفت، وأن عبارات الشيخ، والمحقق، والعلامة ـ في القواعد ـ وغيرهم تأباه[1]، فإنهم عبرّوا بالخرص، وهو مجرد التقدير والتحديد.

(١) ولو سلمت فالخرص من المعهود شرعاً وعرفاً، فلا إشكال في شمول عمومات صحة العقود له.

(٢) قد عرفت أن الصلح يجب أن يكون إنشاؤه بعنوان الصلح، فإذا كان الانشاء بعنوان آخر لم يكن صلحاً.

(٣) صحة الإيقاع بعنوان الصلح لا تتوقف على ما ذكره، بل تكون حتى إذا قلنا بأنها غير الصلح، فإن جميع عناوين العقود يصح إيقاعها في ضمن إيقاع الصلح، ولا يقتضي أنها نوع من الصلح، كما عرفت ذلك في صدر المسألة.

(٤) اعتماداً على ما دلّ على صحة الصلح، وأنه جائز بين المسلمين[2].

---

(١) تقدّمت الإشارة إليها في ص ١٦٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٤٣، ب ٣ ـ الصلح ـ حديث: ١، ٢.

المفروض(١) وعلى هذا لا يكون من التقبيل والتقبل(٢).

ثم إن المعاملة المذكورة لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة(٣)، بل يكفي كل لفظ دال على التقبل.

بل الأقوى عدم الحاجة إلى الصيغة أصلاً(٤)، فيكفي فيها مجرد التراضي، كما هو ظاهر الأخبار.

والظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل وإدراكه(٥)

---

(١) وكذا إذا لم يرتفع، إذ لا دليل على قدح الغرر في الصلح، وكذا في غيره غير البيع ونحوه.

(٢) الظاهر أن التقبيل والتقبل يختص اصطلاحاً بالأرض، ومفهومه قريب من معنى الإجارة، ولا يكون في غير الأرض إلا مجازاً.

(٣) كما تقدم عن المسالك، وإن كان قد نسب الاحتياج إلى ظاهر الأصحاب.

(٤) هذا غير ظاهر، بل ظاهر النصوص والفتوى أن الخرص من العقود المحتاجة إلى إنشاء بإيجاب وقبول.

وفي الجواهر: «لا ريب في اعتبار الصيغة، وخلو نصوصها عنه كخلو أكثر نصوص العقود عن ذلك»[1].

وفيه: أن النصوص مشتملة على الأقوال على اختلاف في مضامين تلك الأقوال، وكلها ظاهرة فيما ذكرنا من الإنشاء بالعقد اللفظي.

(٥) كما يشهد به مرسل محمد بن عيسى، وصحاح الحلبي، والكناني،

---

(١) جواهر الكلام ٢٤: ١٢٤.

فلا يجوز قبل ذلك.

والقدر المتيقن من الأخبـــار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع(١)، فلا يصح الخرص وجعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل(٢).

ويعقوب بن شـــعيب، الواردة في إرســـال النبي صلى الله عليه وآله عبد الله بن رواحة إلى أهل خيبر بعد ما أدركت الثمرة أو بلغت[١]، فـــإن ذكر القيد المذكور في مقام البيان يدل على اعتباره في الحكم، ويظهر من المسالك المفروغية من اعتباره[٢].

(١) في الجواهر أنه المنســـاق من النصوص، وصرّح بـــه جماعة، بل هو المشهور، بل ظاهر جامع المقاصد نسبته إلى تصريح الأصحاب[٣]، انتهى.

وقد عرفـــت أن المفهوم من الخرص في النص والفتـــوى ليس إلا تقدير الحصة المشـــاعة المبهمة بقدر معين، مـــن دون تبديل شيء بشيء، ولا معاوضة بين شيئين.

(٢) لأنـــه لما كان معاوضـــة والعوض في الذمة فـــلا يكون من الخرص المذكور في النصوص والفتوى، وإنما يكون بمعنى آخر، ويكون حينئذٍ من قبيل البيع، إذ هو معاوضة بين الحصة المشاعة وبين ما في الذمة.

ولا يلزم محذور الربا، لكون المبيع ليس من المكيل والموزون، كما لا يلزم الغرر، للاعتماد على قول أهل الخبرة إذا كان الخرص منهم.

---

(١) تقدّمت في ص ١٦٦.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٤: ١٢٣/ جامع المقاصد ٤: ١٧٨.

نعـــم، لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح(١) ـ على الوجه الذي ذكرنا ـ لا مانع من ذلك فيـــه، لكنه ـ كما عرفت ـ خارج عن هذه المعاملة(٢).

ثم إن المشـــهور بينهم أن قرار هذه المعاملة مشروط بســـلامة الحاصـــل(٣)، فلو تلـــف بآفة ســـماوية أو أرضيـــة كان عليهما، ولعله لأن تعيين الحصة في المقـــدار المعين(٤) ليس من باب الكلي في المعين(٥)، بل هي باقية على إشـــاعتها، غايـــة الأمر تعيينها في

(١) قد عرفت أن الصلح يجري في جميع المعاملات على أن يكون المنشـــأ نفس الصلح، وتكون المعاملة مورداً للصلح وموضوعاً له.

(٢) لكنه داخل في عنوان الصلح.

(٣) في جامع المقاصد: أنه ذكره الأصحاب[١].

وفي المســـالك: أنه «المشـــهور بين الأصحاب، ومســـتنده غير واضح، وحكمه لا يخلو من إشـــكال إن لم يكن انعقد عليه الإجماع، وأنّى لهم به؟! وإنما هو شيء ذكره الشـــيخ في بعض كتبه، وتبعه عليه الباقون، معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم[٢].

(٤) قد عرفت أن هذا هو الذي يقتضيه ظاهر النصوص والفتاوى.

(٥) وفي الجواهـــر: «لا يحتاج ذلك (يعني ما ذكره المشـــهور) إلى تنزيل العوض على الإشـــاعة، إذ يمكن أن لا يكون كذلك، وإن كان كلياً مضموناً في

(١) جامع المقاصد ٧: ٣٣٦.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٥/ وانظر: النهاية: ٤٤٢/ الوسيلة: ٢٧١/ قواعد الأحكام ٢: ٣١٤.

مقدار معين، مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمني بينهما، والظاهر أن المراد من الآفة الأرضية(١) ما كان من غير الانسان، ولا يبعد لحوق إتلاف متلف من الانسان أيضاً به(٢).

وهل يجوز خرص ثالث حصة أحدهما أو كليهما في مقدار؟ وجهان أقواهما العدم(٣).

العين بشرط السلامة؛ للدليل، نحو ما سمعته في خبر الأطنان»[١].

ولعله إلى ذلك يشير ما في بعض الحواشي: من أن مجرد كون التلف عليهما لا يوجب البقاء على الإشاعة[٢]، انتهى.

لكن الدليل الذي ذكره غير ظاهر، والقواعد تقتضي كون التلف على غير مالك الكلي، ولا يشاركه مالك الكلي فيه.

(١) يعني المذكور في كلام الجماعة.

(٢) لوجود المناط فيه، وهو الإشاعة المقتضية للاشتراك.

وكان المناسب للمصنف الجزم بذلك.

(٣) لقصور نصوص المقام عن شمول ذلك.

نعم، إذا كان المراد من الخرص معنى آخر ـ غير المعنى الاصطلاحي المذكور في النصوص والفتاوى ـ وهو المعاوضة على الحصة المشاعة بعوض في الذمة، صح ـ كما تقدم ـ عملاً بالعمومات، حتى إذا كان المقصود البيع، لارتفاع الغرر بخرص أهل الخبرة، ولعدم كون المبيع من المكيل والموزون فلا

---

(١) جواهر الكلام ٢٤: ١٢٥/ وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٥، ب ١٩ ـ عقد البيع ـ حديث: ١.

(٢) العروة الوثقى ٥: ٣٣٥، تعليقة الميرزا النائيني قدس سره.

(مسألة ٢١): بناءً على ما ذكرنا من الاشتراك من أول الأمر في الزرع يجب على كل منهما الزكاة(١) إذا كان نصيب كل منهما بحد النصاب، وعلى من بلغ نصيبه إن بلغ نصيب أحدهما.

وكذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور الثمرة؛ لأن تعلق الزكاة بعد صدق الاسم(٢) وبمجرد الظهور لا يصدق(٣).

وإن اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم أو حين الحصاد والتصفية فهي على صاحب البذر منهما لأن المفروض أن الزرع والحاصل له إلى ذلك الوقت، فتتعلق الزكاة في ملكه(٤).

(مسألة ٢٢): إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء

يلزم الربا.

(١) لأن الشرط في وجوب الزكاة الملك، والمفروض حصوله بالنسبة إليهما.

(٢) تقدم في كتاب الزكاة الاستدلال عليه[1].

(٣) فإذا حصل الملك حينئذٍ فقد تحقق الملك بالنسبة إليهما، وإذا كان الشرط الملك حال صدق الاسم، فالظاهر وجوب الزكاة عليهما، عملاً بإطلاق الأدلة.

وكان المناسب للمصنف التعرض له، فتكون الصور أربع، ولا وجه للاقتصار على الصور الثلاث.

(٤) دون صاحبه، لتأخره عن ذلك، فيجب عليه دون صاحبه.

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ١٩٣.

المدة والقسمة، فنبت بعد ذلك في العام الآتي، فإن كان البذر لهما فهو لهما، وإن كان لأحدهما فله، إلا مع الإعراض(١)، وحينئذٍ فهو لمن سبق.

ويحتمل أن يكون لهما مع عدم الإعراض(٢) مطلقاً(٣)، لأن المفروض شركتهما في الزرع وأصله وإن كان البذر لأحدهما أو لثالث، وهو الأقوى(٤).

---

(١) لكن الإعراض لا يوجب الخروج عن الملك، لعدم الدليل عليه، كما تقدم في كتاب الإجارة[١].

نعم، مع الإعراض يجوز تملكه لمن سبق إليه إذا بقي الإعراض بحاله، أما إذا زال الإعراض حين صيرورته زرعاً فلا يملكه من سبق إليه، بل هو لمالكه.

(٢) وكذا مع الإعراض؛ لأن الاعراض لا يرفع الملكية.

(٣) يعني: وإن كان البذر من أحدهما.

(٤) قد عرفت في المسألة الخامسة عشرة أن الاشتراك يكون في جميع التطورات الواردة على البذر، ولا يختص بالحاصل، ومنها أصول الزرع، فتكون مشتركة بينهما[٢].

ثم إن المصنف حرّر المسألة بما إذا نبت أصل الزرع، ولا ينبغي التأمل في اشتراك النابت بينهما؛ لاشتراك أصل الزرع.

وفي التذكرة حرر المسألة بما إذا نبت الحب، ومثله في الجواهر[٣].

---

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ٢٦٦.

(٢) تقدّم في ص ١٤٨.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٠/ جواهر الكلام ٢٧: ٤٩.

وكذا إذا بقي في الأرض بعض الحب(١) فنبت، فإنه مشترك بينهما مع عدم الإعراض(٢).

نعم، لو كان الباقي حب مختص بأحدهما(٣) اختص به، ثم لا يستحق صاحب الأرض أجرة لذلك الزرع النابت على الزارع في صورة الاشتراك أو الاختصاص به وإن انتفع بها، إذ لم يكن ذلك من فعله(٤)، ولا من معاملة واقعة بينهما(٥).

ولا ينبغي التأمل في اختصاص النابت بصاحب البذر للتبعية، ولذا نسب في التذكرة ذلك إلى علمائنا والشافعي، معللاً له: بأنه عين ماله، وحكى عن أحمد القول بأنه لصاحب الأرض، ولم يحك عن أحد القول بالاشتراك.

ومن ذلك تعرف اختلاف حكم المسألتين.

(١) يعني: من الحاصل المشترك.

(٢) وكذا مع الإعراض، كما عرفت.

(٣) من جهة قسمة الحاصل.

(٤) كما لو أطارت الريح الحب إلى أرض زيد فصار زرعاً.

اللهم إلا أن يقال: الاستيفاء الموجب للضمان أعم من ذلك.

لكنه غير ظاهر، والأصل البراءة، ولأجل ذلك يظهر ما جزم في الجواهر من أن عليه أجرة الأرض لمالكها[1].

(٥) يعني حتى يكون الأمر الحاصل من المعاملة موجباً لصدق الاستيفاء فإن الاستيفاء كما يحصل بمباشرة استيفاء المنفعة يحصل أيضاً بالأمر بالفعل، كما

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٤٩.

(مسألة ٢٣): لو اختلفا في المدة وأنها سنة أو سنتان مثلاً فالقول قول منكر الزيادة(١).

وكذا لو قال أحدهما: إنها ستة أشهر والآخر قال: إنها ثمانية أشهر(٢).

نعم، لو ادعى المالك مدة قليلة لا تكفي لبلوغ الحاصل ولو نادراً ففي تقديم قوله إشكال(٣).

ولو اختلفا في الحصة قلة وكثرة فالقول قول صاحب البذر المدعي للقلة.

إذا أمره بحلق رأسه فامتثل الأمر وحلق، فإن الآمر يكون هو المستوفي للمنفعة.

(١) بلا خلاف أجده فيه، كما في الجواهر[١].

بل في جامع المقاصد: الإجماع عليه[٢]، ويقتضيه الأصل.

فإن قلت: إذا كان الشك في المدة أنها سنة أو سنتان فقد شك في بقاء المزارعة بعد السنة، والأصل بقاؤها.

قلت: الشك في البقاء ناشئ من الشك في جعل المتعاقدين، والأصل عدم جعل الزيادة، فيكون حاكماً على أصالة بقاء المزارعة.

(٢) لعين ما سبق.

(٣) لمخالفته لأصالة الصحة المقدمة على أصالة عدم الزيادة، لما عرفت من اعتبار كون المدة كافية في بلوغ الزرع في صحة المزارعة.

---

(١) المصدر السابق ٢٧: ٣٧.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٣٤٠.

هذا إذا كان نزاعهما في زيادة المدة أو الحصة وعدمها، وأما لو اختلفا في تشـــخيص ما وقع عليه العقد وأنه وقع على كذا أو كذا، فالظاهر التحالف(١).

---

(١) قـــال في جامع المقاصد: «لولا الإجمـــاع لأمكن أن يقال: إن اتفاقهما على عقـــد تضمّن تعيين مدة وحصة نقل عن الأصـــل المذكور وكل منهما مدع لشئ ومنكر لما يدعيه الآخر، وليس إذا ترك دعوى الزيادة مطلقاً يترك، فإنه إذا ترك العمل طالبه به.

نعـــم، يجيء هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر، فيجب التحالف، وهو قول الشافعي في نظيره في المساقاة»[١].

وأشكل عليه في المســـالك: بأن العقد المتضمن لهما (يعني المدة والحصة) إنما أخرج عن حكم الأصـــل ـ أصل المدة والحصة ـ أما في قدر معين فلا فيبقى إنكار الزيادة فيهما بحاله لم يخرج عن حكم الأصل بشيء.

والمراد بمن يترك إذا ترك في نفـــس ذلك المدعى، وهو هنا المدة الزائدة، والحصة الزائدة، أما العمل فهو أمر خـــارج عن الدعوى، فلا أثر للمطالبة في هذه المنازعة»[٢].

أقـــول: إذا كان مدعي الزيـــادة الزارع فهو إذا تـــرك الدعوى ترك، ولا يطالب حتى بالعمل؛ لأن المالك المنكـــر للزيادة ليس له المطالبة بالعمل؛ لأنها مطالبة بغير حق بعد اعترافه بعدم الزيادة، ولأجله يشكل ما يظهر من المسالك من جواز مطالبة المنكر بالعمل.

---

(١) جامع المقاصد ٧: ٣٤٠/ وانظر: المجموع ١٤: ٤١١.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٠.

. . . . . .

لكنه خارج عن محل الدعوى.

وأما ما في جامع المقاصد من دعوى التحالف في المقام فقد تكرر منه نظيره في موارد كثيرة ـ كما يظهر من مراجعة ما ذكرناه في كتاب الإجارة في جملة من مباحث التنازع[1] ـ ووافقه عليه في الجواهر في بعضها، وربما وافقه هنا أيضاً في الجملة.

قال رحمه الله: «لا ريب في عدم التحالف في مسألة المدة لو كانت في نفس استحقاق الزائد منها، من دون تعرّض في الدعوى لسببه، ضرورة كون إنكارها على مقتضى الأصل، أما لو كانت الدعوى في سبب استحقاقها بعد اتفاقهما على كونه عقداً مشخصاً ووقع النزاع في كيفية تشخيصه ـ فقال المالك مثلاً: إنه بمدة قليلة، وقال العامل: إنه بمدة كثيرة ـ فلا ريب في أن المتجه التحالف؛ لكون كل منهما مدعياً ومنكراً، ودعوى كل منهما مخالفة للأصل، والقلة والكثرة بالنسبة إلى تشخيصهما العقد على حد سواء في مخالفة الأصل.

إلا أن ظاهر الأصحاب هنا تقديم قول مدعي القلة، حتى لو كانت الدعوى على الفرض المزبور»[2].

وما نسبه إلى ظاهر الأصحاب هو المتعين.

وما ذكره في توجيه التحالف إنما يتمّ بناءً على أن المعيار في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى.

لكن الظاهر خلافه، وأن المعيار في تشخيص ذلك الغرض المقصود من

---

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ٢١٤، ٢٢٥، وغيرها.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٧.

.....

الدعوى، كما أشرنا إلى ذلك في شرح المسألة الأولى من فصل التنازع من كتاب الإجارة[١]، وأشار إليه المصنف ﷺ في كتاب القضاء[٢].

وقد قال في الجواهر في مسألة ما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن أو في قدر الأجل أو نحو ذلك، قال ـ بعد أن ذكر اختلاف الحكم باختلاف إبراز الدعوى ـ: «قد يقال: بأن القول قول مدعي الأقل على أي حال أبرزت الدعوى إذا كان المراد إشغال الذمة بالأكثر، ضرورة أن أقصاه الاختلاف في السببين ـ أي السبب الموجب للأقل والسبب الموجب للأكثر ـ ولا ريب في موافقة الأصل للأول.

ومن هنا أفتى الأصحاب من غير خلاف يعتد به في سائر المقامات، حتى في الجنايات الموجبة للمال، لو وقع النزاع في السبب الموجب للأقل منها أو الأكثر.

فلاحظ وتأمل، فإن ذلك هو التحقيق في المسألة، بل هو الذي يوافق صدق المدعي عرفاً»[٣].

والمتحصل مما ذكرناه أمور:

الأول: أن جامع المقاصد أرجع النزاع في جميع هذه الموارد إلى النزاع في تشخيص العقد، وجعله من التداعي.

الثاني: أن صاحب الجواهر فصّل بين أن يكون مصب الدعوى تشخيص

---

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ٢١٣.

(٢) تكملة العروة الوثقى ٢: ٣٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ١٨٧.

وإن كان خلاف إطلاق كلماتهم(١)، فإن حلفا أو نكلا فالمرجع أصالة عدم الزيادة.

(مسألة ٢٤): لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما فالمرجع التحالف(٢)، ومع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة(٣).

العقد، وأن يكون الزيادة والنقصان، فعلى الأول يكون من التداعي، وعلى الثاني يكون من المدعي والمنكر.

وتبعه عليه المصنف﵀ هنا، وفي بعض الموارد الأخرى.

الثالث: أن ظاهر الأصحاب ـ هنا وفي جميع الموارد ـ أن المدار في تشخيص المدعي والمنكر الغرض المقصود، كما اعترف به جامع المقاصد، والجواهر، والمصنف.

الرابع: أن صاحب الجواهر قد حقق في بعض كلام له في كتاب البيع أن التحقيق ما هو ظاهر الأصحاب.

(١) قد عرفت أنه هو الذي يقتضيه التحقيق، وقد تقدم في كتاب الإجارة ما له نفع في المقام.

(٢) قد تقدّم القول بأن إطلاق المزارعة يقتضي كون البذر على العامل، وعليه فالخلاف يكون بينهما في اشتراط كونه على المالك وعدمه، ومقتضى ذلك كون القائل بكونه على المالك مدعياً لمخالفة قوله الأصل والإطلاق، وخصمه منكراً لموافقة قوله الإطلاق، فيكون على الأول البينة وعلى الثاني اليمين.

(٣) لعدم الباذل للبذر الذي لا بد منه في قوامها، وكذا في بقية الأمور.

ثم إن هذا الانفساخ ليس واقعياً، بل هو بحسب حكم القاضي، فمن

(مسألة ٢٥): لو اختلفا في الإعارة والمزارعة، فادعى الزارع أن المالك أعطاه الأرض عاريــة للزارعة، والمالك ادعى المزارعة، فالمرجع التحالف أيضاً(١)، ومــع حلفهما أو نكولهما تثبت أجرة

يعلم أن عليه البذر يجب عليه بذله والعمل بمقتضى الشرط والعقد.

(١) لأن كلا منهما يدعي خلاف الأصل، إذ الأصل عدم المزارعة وعدم العارية.

قال في الشرائع: «لو اختلفا فقال الزارع: أعرتنيها، وأنكر المالك وادعى الحصة أو الأجرة، ولا بينة، فالقول قول صاحب الأرض، ويثبت له أجرة المثل مع يمين الزارع، وقيل: يستعمل القرعة، والأول أشبه»[١].

وكأن مراده أن القول قول صاحب الأرض في عدم العارية، لا في دعواه الحصة أو الأجــرة، كما عبّر بذلك في القواعد، قال: «ولو ادعى العامل العارية والمالك الحصة، أو الأجرة، قدّم قول المالك في عدم العارية، وله أجرة المثل مع يمين العامل، ما لم تزد عن المدعى»، ونحوها عبارة التذكرة[٢].

ولا يخفى ما فيها من ســقم التعبير، فإنها توهم أن المالك منكر والعامل مــدعٍ، مع أن كلاً منهما مدعٍ من جهة ومنكر من جهة، فإن المالك مدعٍ للحصة ومنكر للعارية، والعامل مدعٍ للعارية ومنكر للحصة، فيقدم قول كل منهما في نفي دعوى الآخر بيمينه.

وهذا هو التداعي الذي حكمه التحالف، كما عبّر به العلامة في التحرير، قال: «لو ادعــى العارية، وادعى المالك الحصة أو الأجــرة، ولا بينة، تحالفا،

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣١٥/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٢.

المثل لـــلأرض(١)، فإن كان بعد البلوغ فلا إشـــكال وإن كان في

ويثبـــت لصاحب الأرض أجرة المثل»[١]، وتبعه في ذلك المصنف، وهو واضح معنىً ودليلاً.

(١) قد عرفت أن البناء على التحالف واضح.

ولكن الإشكال في استحقاق المالك أجرة المثل، فإنه لا يدعيه وإنما يدعي الحصة المســـماة، ولم تثبت بالبينة، بل بنى على انتفائها بيمـــين المنكر، فما الذي اقتضى إثبات أجرة المثل؟!

ولذلـــك حكي عـــن عارية الخلاف، والمبســـوط، والغنيـــة، واللمعة، والكفاية: العدم[٢].

وذكر الأردبيلي رحمه الله في شرحه للإرشاد ـ في مسألة ما لو ادعى مالك العين الإجارة والمتصرف بها العارية ـ أنه إذا حلف المتصرف على نفي الإجارة لم يلزمه شيء عوض التـــصرف، لأصالة البراءة، ولا نســـلم أن الأصل حصول أجرة وعوض لصاحب المال. انتهى[٣].

وظاهر كلامه ـ يعني كلام الأردبيلي رحمه الله ـ إنكار أصالة ضمان المال.

ولذلك أشـــكل عليه في الجواهـــر: بـ«أن أصل الـــبراءة مقطوع بقاعدة الضمان المســـتفادة من قوله: «على اليد...»[٤]، و«من أتلف...» ونحوهما، وإلا لـــزم عدم ضمان كل متلف لكل مال شـــخص بدعوى الهبـــة، بل لا يحتاج إلى

(١) تحرير الأحكام ٣: ١٤٣.

(٢) الخـــلاف ٣: ٣٨٨/ المبســـوط ٣: ٥٠/ غنية النزوع: ٢٧٦/ اللمعة الدمشـــقية: ١٥٧/ كفاية الأحكام ١: ٧١١.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٣٨٩.

(٤) وتمامه: «ما أخذت حتى تؤديه»، مسند أحمد ٥: ٨/ سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢.

. . . . . .

الدعوى بأصالة البراءة، والتزامه واضح الفساد.

والفرق بين المنفعة والعين أوضح فساداً، وذهاب اليمين بما فيها إنما هو بالنسبة إلى ما نفته من الأجرة والحصة المسماة لا غيرهما، كما هو واضح»[1]، انتهى.

وكان الأولى الاستدلال بما دلّ على ضمان المنفعة بالاستيفاء، من إجماع العرف، والمتشرعة عليه.

وكيف كان، فإذا كان الوجه في عدم ضمان أجرة المثل في المقام عدم الدليل على ضمان المنفعة بالاستيفاء، فإشكاله ظاهر، وضعفه واضح.

وإن كان الوجه فيه: أن دعوى المالك الأجرة المعينة، أو الحصة، تستلزم الاعتراف بعدم استحقاق غيرها من أجرة المثل أو غيرها، فيؤخذ باعترافه وإقراره، ففي محله، عملاً بعموم: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

اللهم إلا أن يقال: إن دعوى الضمان بالأجرة المعينة، أو الحصة، راجعة إلى دعوى الضمان المقيد، فإن كان التقييد على نحو وحدة المطلوب تمّ ما ذكر، أما إذا كان على نحو تعدد المطلوب، بأن كان المالك يدعي الضمان ويدعي كونه على نحو خاص، فإذا بطلت دعوى الخصوصية بيمين العامل، بقي أصل الضمان بحاله، ولا اعتراف منه حينئذٍ بعدم الاستحقاق.

ولا يبعد أن المرتكزات العرفية توافق على ذلك، فلا مجال إذاً للمناقشة فيه، وقد تقدَّم في المسألة الستين من كتاب المضاربة بعض الكلام في ذلك، فراجع[2].

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٣٩.

(٢) تقدّم في ج ١٩ ص ٥٥٠.

. . . . . .

هذا، وقد أطلق المصنف وجوب أجرة المثل بعد التحالف، كما في الشرائع وغيرها[١].

لكن عرفت التقييد في كلام القواعد بعدم زيادة أجرة المثل على الأجرة أو الحصة، ووجهه: أن دعواه الأجرة أو الحصة يقتضي الاعتراف بعدم استحقاق الزائد عليها، فيؤخذ باعترافه، ولا يدفع له الزائد، ولأجل ذلك وافق القواعد جماعة ممن تأخر عنه[٢].

وأشكل عليه في الحدائق: بأن اعترافه بعدم استحقاق الزائد مبني على صحة دعواه وثبوتها، فإذا بني على بطلانها فقد بني على بطلان ما يترتب عليها، وفرضهما معدومين[٣].

وفيه: أن الاعتراف بعدم استحقاق الزائد لا مجال لفرضه كالعدم، فإنه خلاف إطلاق الأدلة، ولا ملازمة بين بطلان الدعويين وبطلان ما يترتب عليهما من اللوازم الخارجية، وإنما الملازمة بين بطلانهما وبطلان ما يترتب عليهما شرعاً، لا عقلاً.

هذا ولم يتعرض المصنف رحمه الله لوجه إهمال القيد المذكور كما أنه لم يصرح بالإطلاق، وهل ذلك كان من جهة موافقته للحدائق في الإشكال المذكور؟ أو من جهة أن موضوع المسألة المزارعة، وعوض منفعة الأرض فيها الحصة، وليست هي من جنس أجرة المثل حتى يصح فرض الزيادة والنقيصة بينهما؛ لاختصاص ذلك بما كانا متحدي الجنس.

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢/ تحرير الأحكام ٣: ١٤٣/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٢.
(٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٧/ غاية المراد ٢: ٣٣٢/ جامع المقاصد ٧: ٣٤٢/ مسالك الأفهام ٥: ٣١.
(٣) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٢٩.

الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك(١).

لكن التقييد بعدم الزيادة في عبارة القواعد كان في مورد المزارعة صريحاً، وحمل كلامه على صورة ما إذا كانت الحصة مساوية لأجرة المثل بعيد، ولو كان المراد ذلك كان اللازم في التعبير أن يقال: إنه بعد التحالف يحكم بالأجرة المسماة، فلا بد أن يحمل كلامه على صورة كون الزيادة بحسب القيمة لا العين.

والوجه المقتضي للتقييد بعدم زيادة أجرة المثل أيضاً وارد في ذلك، إذ المالك أيضاً يعترف بعدم استحقاق الزيادة في القيمة على المسمى من أجرة أو حصة، فيؤخذ باعترافه.

ومن أجل ذلك يتوجه الإشكال على المصنف على كل حال.

(١) يعني: الرجوع عن العقد الواقع بينه وبين العامل، لأن العامل يدعي كونه عارية يجوز للمعير الرجوع فيها، وليس له الاعتراض على المالك بأنه يعترف بكونها مزارعة، وهي لا يجوز الرجوع فيها، وذلك لأن عدم جواز الرجوع في المزارعة من جهة حق العامل، والمفروض اعتراف العامل بأنه لا حق له.

اللهم إلا أن يقال: إنما يجوز العمل بالإقرار مع احتمال الموافقة للواقع، لا مع العلم بالخلاف، فإذا كان المالك يعلم بأن العقد مزارعة لا يجوز له الرجوع فيه إلا مع التقايل، ولا يكفي اعتراف العامل بأنه عارية.

هذا بالنظر إلى الحكم الواقعي الأولي، أما بالنظر إلى حكم الحاكم بنفي كل من العارية والمزارعة بعد التحالف فيجوّز الرجوع عن العقد، لا بمعنى فسخ العقد، بل بمعنى عدم ترتيب آثار العقد، وهذا الجواز جاء من حكم الحكام الذي يحرم ردّه.

. . . . . .

والمراد من جواز ذلك: أنه إذا فعله المالك فليس للعامل الاعتراض عليه؛ لأن الاعتراض عليه رد لحكم الحاكم، لا أنه يجوز ذلك واقعاً شرعاً، بمعنى أنه لا يؤاخذ عليه، فإن حكم الحاكم لا موضوعية له في تبديل الحكم الواقعي، بل الحكم الواقعي على ما هو عليه.

ففي صحيح هشام بن الحكم: «قال رسول الله ﷺ: إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأيما رجل اقتطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار»[1].

فإذا حكم الحاكم للمدعي بالبينة، أو اليمين المردودة، لم يجز له أن يأخذ المال من المدعى عليه إذا كان يعلم ببطلان دعواه، وحكم الحاكم لا يسوّغ له أكل مال الغير بغير رضا منه.

وإن شئت قلت: حكم الحاكم.. **تارة**: يكون اقتضائياً. **وأخرى**: لا يكون اقتضائياً.

وكذلك الحكم الواقعي يكون اقتضائياً تارة، وأخرى لا يكون اقتضائياً.

فإن كان الحكم الواقعي اقتضائياً وحكم الحاكم لا اقتضائياً وجب العمل على الحكم الواقعي؛ لأن العمل عليه لا يكون رداً لحكم الحاكم، كما في المثال المذكور، فإن ترك أخذ المال من المدعى عليه ظلماً لا يكون رداً لحكم الحاكم لجواز الأخذ.

وإذا كان الأمر بالعكس ـ بأن كان الحكم الواقعي لا اقتضائياً وحكم الحاكم اقتضائياً ـ وجب الحكم بحكم الحاكم من دون مزاحم، كما في المثال

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢، ب ٢ ـ كيفية الحكم وأحكام الدعوى ـ حديث: ١ .

وفي وجوب إبقاء الزرع إلى البلـــوغ عليه مع الأجرة إن أراد الزارع، وعدمه وجواز أمره بالإزالة، وجهان(١).

المذكور بالنســبة إلى الحكومة عليه، فإنه يجــب عليه بمقتضى حكم الحاكم دفع المال إلى المدعي، ولا يحرم عليه ذلــك بمقتضى الحكم الواقعي، فيجب العمل بمقتضى حكم الحاكم؛ لأن ترك العمل به ردّ لحكم الحاكم، وهو حرام.

وإذا كانا ـ معاً ـ اقتضائيــين وجب العمل بمقتضى حكم الحاكم بمقدار المزاحمة، لئــلا يلزم ردّه، ويجب العمــل بالحكم الواقعي فيــما زاد على مقدار المزاحمــة، كما إذا ادعى رجل زوجية امرأة ظلماً، فحكم الحاكم له فوجب عليها مطاوعته بمقدار المزاحمة، ولا يجوز لها ما زاد على ذلك، فإذا طلب منها المدعي الاســتمتاع بها، فإن أمكنها صرفه وجب عليها ذلك، وإن أصر على الاستمتاع بها وجب عليها المطاوعة، وتســقط حرمة المطاوعــة للأجنبي بدليل حرمة رد الحكم، الذي تكون نســبته إلى الحكم الواقعي نسبة الحكم الواقعي الثانوي إلى الواقعي الأولي مقيّداً لــه، وفي غير حال وجوب المطاوعة يحرم عليها التعرض له والتكشــف، ولا يجوز لها ذلك، عملاً بالحكــم الواقعي ما دام لا يصدق رد حكم الحاكم.

وفي المقام نقول: إن حكم الحاكــم بنفي المزارعة ليس حكماً اقتضائياً فلا يزاحــم الحكم الواقعي بوجوب العمل على عقد المزارعــة إذا كان المالك عالماً بذلك حســب دعواه، كما أنه يجب على العامل العمــل بمقتضى العقد إذا كان عالماً بذلك.

(١) أقواهما الأول؛ لأن الزرع كان بإذن المالك وقلعه ضرر على العامل، فلا يجوز، لقاعدة نفي الضرر.

وإن كان النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما(١).

(مسألة ٢٦): لو ادعى المالك الغصب والزارع ادعى المزارعة، فالقول قول المالك(٢) مع يمينه على نفي المزارعة.

ولا يعارض بالضرر الوارد على المالك من إبقاء الزرع؛ لأن المالك مُقدم على هذا الضرر، سواء كان العقد مزارعة أم عارية.

(١) قد عرفت أن حكم الحاكم بعد التحالف كان ينفي كلاً من العارية والمزارعة، فبالنظر إليه يبنى على نفيهما معاً.

أما بالنظر إلى الواقع فإن كان عارية فإنكارها رجوع بها، أما إذا كان مزارعة فإنكارها لا أثر له، وحكم الحاكم لا يبدل الواقع، فلا موجب للانفساخ، بل يبقى وجوب العمل بها على تقدير ثبوتها بحاله حتى ينتهي الوقت، كما عرفت في الحاشية السابقة.

(٢) إذا كان المعيار في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى فهما متداعيان، لأن كلا منهما يدعي خلاف الأصل، فكما يقدم قول المالك في نفي المزارعة يقدم قول العامل في نفي الغصب.

وإذا كان المعيار الغرض المقصود من الدعوى فدعوى المالك الغصب راجعة إلى دعوى ضمان العامل بأجرة المثل وهو منكر للمزارعة، وكلاهما على وفق الأصل.

وقد عرفت أن التحقيق الثاني، فيكون القول قول المالك.

ومنه يظهر ضعف ما عن التذكرة من أنه يحلف العامل على نفي

(مسألة ٢٧): في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاة وقبل البلوغ؟ قد يقال بعدم الجواز(١) إلا أن يضمن حصتها للفقراء، لأنه ضرر عليهم والأقوى الجواز(٢)، وحق الفقراء يتعلق بذلك الموجود وإن لم يكن بالغاً.

الغصب[١]، كما عرفت في المسألة السابقة.

(١) نسبه في الجواهر إلى ظاهر المحكي عن ابن الجنيد[٢]، وعبارته المحكية في المختلف هكذا: «لو استحقت الأرض كان للمالك أن يطالب المزارع بقلع الزرع، إلا أن يكون في ذلك ضرر على أهل الزكاة وغيرهم بتلف حقوقهم منه، فإن ضمنه رب الأرض لهم، وقلع الأرض، كان مخيراً بين أن يأخذ الجزء منه على تلك الحال، وبين أن يضمن الذي غر[٣] المزارع قيمة نصف الزرع ثابتاً وسلم الزرع كله إليه»[٤].

لكن ظاهر ذيل كلامه أن مورده صورة صحة المزارعة وانتهاء المدة إذ لو كانت المزارعة منتفية لم يكن وجه لأخذه الجزء من الزرع.

(٢) جعله في المختلف هو الوجه؛ لأن حق الفقراء لا يزيد على حق صاحب الزرع، فإذا جاز قلعه بلا ضمان للمزارع جاز أيضاً بالنسبة إلى مستحق الزكاة[٥].

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٢.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٢٩.

(٣) كذا في الأصل والمطبوع، وفي المصدر: «على»، ولعله الأصح.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ١٩٢.

(٥) المصدر السابق.

(مسألة ٢٨): يستفاد من جملة الأخبار(١) أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه ويؤدي خراجها عنه، ولا بأس به.

---

(١) يشير بذلك إلى خبر إبراهيم بن ميمون، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قرية لأناس من أهل الذمة، لا أدري أصلها لهم أم لا، غير أنها في أيديهم، وعليها خراج، فاعتدى عليهم السلطان، فطلبوا إلي فأعطوني أرضهم وقريتهم على أن أكفيهم [يكفيهم. خ ل] السلطان بما قلّ أو كثر، ففضل لي بعد ذلك فضل بعد ما قبض السلطان ما قبض، قال عليه السلام: لا بأس بذلك، لك ما كان من فضل»[١]، ونحوه خبر أبي الربيع[٢]، وخبر أبي بردة بن رجا[٣].

---

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٥٧، ب ١٧ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢.

(٢) المصدر السابق ـ حديث: ٤.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٣.

مسائل متفرقة:

الأولى: إذا قصر العامل في تربية الزرع فقل الحاصل، فالظاهر ضمانه التفاوت(١) بحسب تخمين أهل الخبرة، كما صرح به المحقق القمي قدس سره في أجوبة مسائله.

الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمن عقد المزارعة من بعض الشروط، أو ادعى عليه تقصيره في

---

(١) ظاهره ضمان نقص الحاصل الذي ملكه بالمزارعة.

لكن لا دليل على ضمان النقص إلا قاعدة الإتلاف، وهي تختص بالنقص الطارئ على الموجود كاملاً، ولا تشمل ما لو وجد ناقصاً.

ويحتمل أن يكون المراد نقص العمل المؤدي إلى نقص الحاصل، فإن المالك يملك على الزارع العمل الكامل، ولم يأت به كاملاً وإنما جاء به ناقصاً، فيضمن تفاوت العمل.

لكن عرفت ـ فيما سبق ـ أن الأعمال الذمية لا تكون مضمونة، والأجير على عمل إذا لم يأت به تبطل الإجارة، ولا يستحق الأجرة، لا أنه يستحق الأجرة ويكون ضامناً للعمل للمستأجر.

نعم، في المقام لما لم يأت بالعمل كاملاً يكون للمالك الخيار في فسخ المزارعة، فإن كان البذر له كان للعامل أجرة مثل العمل، وإن كان البذر للزارع عليه أجرة المثل للأرض للمالك، فنقص العمل يستوجب الخيار لا الضمان.

العمل على وجه يضر بالزرع، وأنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه، فالقول قوله، لأنه مؤتمن في عمله(١).

(١) لولا ذلك لكان القول قول المالك؛ لمطابقة قوله للأصل، إذ الأصل عدم فعل الشرط وعدم فعل تمام ما يلزم العامل الذي هو معنى التقصير.

لكـــن القاعدة المذكورة مقدّمة على الأصل، فيكون العامل منكراً لموافقة قوله للحجة.

والوجه في هذه القاعدة السيرة المستمرة على قبول قول الأمين فيما اؤتمن عليه، والموظـــف لأداء عمل في أداء وظيفته، وفي الجواهر عدّ من الضروريات قبول إخبار الوكيل في التطهير[١]، وهو في محله.

ويظهر ذلك واضحاً من مراجعة ســـيرة المتشرعة في جميع الموارد من هذا القبيل، ســـواء كان أجيراً على عمل فيخبر عن فعله، أو مأموراً متبرعا في عمل فيخبر عن وقوعه.

ولعل من هذا الباب قاعدة: (من ملك شيئاً ملك الإقرار به) التي ادعى على صحتها الإجماع كثير من الأعاظم[٢]، فإن الوكيل إذا أخبر عن الفعل الموكل فيه يقبـــل خبره، والزوج إذا أخبر عن طلاق زوجتـــه يقبل خبره، والحاكم إذا أخـــبر عن حكمه بالهلال ـ مثلاً ـ يقبل خبره، والولي إذا أخبر عن العقد للمولى عليه يقبل خبره... وهكذا.

والجامع بين ما نحـــن فيه وبين القاعدة المذكورة هـــو أنه إذا كان الفعل وظيفة الإنسان فأخبر بوقوعه يقبل، سواء كان الجاعل للوظيفة الشارع المقدس

(١) جواهر الكلام ٦: ١٨١.

(٢) انظر: مفتاح الكرامة ٢٢: ٣٢٧/ جواهر الكلام ٣٥: ١٠٤.

وكذا لو ادعى عليه التقصير في حفظ الحاصل بعد ظهوره(١) وأنكر.

الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطا متعلقا بالزرع وأنكر أصل الاشتراط، فالقول قول المنكر(٢).

الرابعة: لو ادعى أحدهما على الآخر الغبن في المعاملة فعليه إثباته(٣)، وبعده له الفسخ.

الخامسة: إذا زارع المتولي للوقف الأرض الموقوفة بملاحظة مصلحة البطون إلى مدة لزم ولا تبطل بالموت، وإما إذا زارع البطن المتقدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفة ثم مات في الأثناء قبل انقضاء المدة فالظاهر بطلانها من ذلك الحين، لانتقال الأرض إلى

أم غيره من الناس.

والأول هو مورد قاعدة: (من ملك ...).

والثاني مورد قاعدة: قبول خبر المؤتمن على فعل إذا أخبر بفعله.

وعلى هذه القاعدة إذا نازعه منازع كان مدعياً، لمخالفة قوله للحجة، على ما عرفت من أن المدعي من يكون قوله مخالفا للحجة، في مقابل المدعى عليه أو المنكر، وهو من يكون قوله موافقاً للحجة.

(١) لما عرفت.

(٢) لموافقة قوله لأصالة عدم الاشتراط.

(٣) لأن الغبن مفهوم وجودي مسبوق بالعدم، فدعواه على خلاف أصالة عدمه.

البطن اللاحق(١)، كما أن الأمر كذلك في إجارته لها.

لكن استشكل فيه المحقق القمي قدس سره بأن عقد المزارعة لازمة ولا تنفسخ إلا بالتقايل أو ببعض الوجوه التي ذكروها، ولم يذكروا في تعدادها هذه الصورة مع أنهم ذكروا في الإجارة بطلانها إذا أجر البطن المتقدم ثم مات في أثناء المدة، ثم استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعدة، فالتجأ إلى أن الإجارة أيضا لا تبطل بموت البطن السابق في أثناء المدة وإن كان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا من السابق، وأن ملكية السابق كانت إلى حين موته، بدعوى: أنه إذا أجر مدة لا تزيد على عمره الطبيعي ومقتضى الاستصحاب بقاؤه بمقداره، فكما أنها في الظاهر محكومة بالصحة كذلك عند الشارع وفي الواقع، فبموت السابق ينتقل ما قرره من الأجرة إلى اللاحق(٢)،

---

(١) كما هو مقتضى الوقف الترتيبي.

(٢) قال في كتاب المزارعة من كتابه جامع الشتات: «فالأولى أن يقال: بعدم بطلان الإجارة في الوقف أيضاً إذا مات كل منهما، إذا جعل مقدار المدة ما لا يزيد على العمر العادي، اعتماداً على استصحاب البقاء، فيصح عقد الإجارة الذي مقتضاه اللزوم، ويتلقى البطن الثاني وجه الإجارة عن الوقف بواسطة جعل البطن الأول وتصرفه، ويتم الكلام في إطلاقهم في المزارعة وعدم استثنائهم ...»[1].

---

(١) جامع الشتات ٣: ٣٧١.

لا الأرض بمنفعتهـــا(١)... إلى آخر ما ذكره من النقض والابرام. وفيه ما يخفى(٢)، ولا ينبغي الإشكال في البطلان بموته في المقامين.

---

(١) لأن المنفعة انتقلت إلى المســتأجر بالإجارة الصحيحة التي لا تبطل بالموت.

(٢) إذ لا دليل على ولاية التصرف للبطن الأول على المنفعة الراجعة إلى البطن الثاني.

ودعــوى: أن البناء عــلى جواز إجارة البطــن الأول في مدة لا تزيد على العمر الطبيعي يقتضي صحتها، فكأن الواقف جعل ولاية التصرف لهم.

ممنوعة، إذ لم يثبت الجــواز الواقعي، وإنما الثابت الجواز الظاهري الذي ينتفي بانكشاف الخلاف، ويتعين حينئذٍ العمل بالواقع، فيحكم بصحة الإجارة في مدة حياة البطن الأول دون ما بعد موته.

وأشــكل من ذلك ما ذكره في إجارة المالك، فإنه بعد كلامه السابق قال: «وظهــر من جميع ذلك أن المصحح لإجارة المالــك في مدة لا يبقى عمره بها في علــم الله تعالى وانتقال العين قبــل انتهائها إلى الوارث في نفــس الأمر إنما هو الاســتصحاب، مثل إجارة الوقف بعينها، لا لأنه ملكه بعد فوته أيضاً كما هو واضح»[1].

إذ فيه: أن المالك يصح تصرفه في ماله بالإجارة مدة يعمل بموته في أثنائها، عملاً بقاعدة الســلطنة، ولا دخل له بالاستصحاب، إذ لا مجال للاستصحاب مع العلم.

وقد حكى هو عــن جماعة التصريح: بأنه لا تتقــدر مدة إجارة الأرض

---

(١) جامع الشتات ٣: ٣٧١.

السادسة: يجوز مزارعة الكافر، مزارَعاً كان أو زارعاً(١).

السابعة: في جملة من الأخبار(٢) النهي عن جعل ثلث للبذر وثلث للبقر وثلث لصاحب الأرض، وأنه لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقراً، فإنما يحرم الكلام.

والظاهر كراهته(٣) وعن ابن الجنيد وابن البراج حرمته، فالأحوط الترك.

بقدر، وفي التذكرة قال: «يجوز إلى مائة ألف سنة»، وجعله قول علمائنا أجمع[١]، فما الذي دعى إلى إهمال هذا الإجماع وقاعدة السلطنة والعمل بغيرهما مما لا محصل له؟!

ومجرد كون المنفعة للوارث بعد موت المالك لا يقتضي قصور سلطنة المالك، فإن الوارث يملك ما تركه الميت، لا ما عاوض عليه وأخرجه عن ملكه بالإجارة.

(١) لعموم أدلة الصحة، مضافاً في الثاني إلى نصوص خيبر، وموثق سماعة[٢].

(٢) تقدّمت الإشارة إلى هذه الأخبار في المسألة الثانية عشرة[٣].

(٣) لأن الأخبار المذكورة مهجورة عند الأصحاب، كما تقدم في المسألة الثانية عشرة، وتقدم أنه في الجواهر مال إلى القول بظاهرها، وتقدم الإشكال عليه، فراجع.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٨: ٢١٨.

(٢) تقدّمت في ص ١٣٤، ١٣٦.

(٣) في ص ١٤١.

الثامنة: بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعي يجوز لأحدهما(١) بعد ظهور الحاصل أن يصالح الآخر عن حصته بمقدار معين من جنسه(٢) أو غيره بعد التخمين(٣) بحسب المتعارف، بل لا بأس به قبل ظهوره أيضا(٤).

كما أن الظاهر جواز مصالحة أحدهما مع الآخر عن حصته(٥) في هذه القطعة من الأرض بحصة الآخر في الأخرى، بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لأحدهما والأخرى للآخر.

إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصة مشاعة من أول الأمر وفي أصل العقد(٦).

---

(١) لعمومات صحة الصلح.

(٢) تقدم في المسألة العشرين أنه لا ربا ولو مع التفاوت؛ لعدم كونه من المكيل والموزون[1].

(٣) أو بدونه؛ لعموم صحة الصلح، ولا دليل على اعتبار التخمين وما دل على النهي عن الغرر مختص بالبيع.

(٤) مع العلم بوجوده في المستقبل، أما مع عدمه فلا دليل على صحة الصلح؛ لعدم ثبوت موضوعه.

(٥) لعمومات الصحة، وقد تقدم في المسألة العشرين ما له نفع في المقام[2].

(٦) فلا ينافي التقسيم بعد ذلك، كما لا ينافيه تقسيم الحاصل بعد بلوغه.

---

(١)، (٢) تقدّم في ص ١٦٤.

التاسعة: لا يجب في المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول الأمر(١) وفي السنة الأولى.

بل يجوز المزارعة على أرض بائرة لا يمكن زرعها إلا بعد إصلاحها وتعميرها سنة أو أزيد.

وعلى هذا إذا كانت أرض موقوفة ـ وقفا عاما أو خاصا ـ وصارت بائرة يجوز للمتولي أن يسلمها ـ إلى شخص بعنوان المزارعة إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد ـ حسب ما تقتضيه المصلحة ـ على أن يعمرها ويزرعها إلى سنتين ـ مثلاً ـ لنفسه(٢) ثم يكون الحاصل مشتركاً بالإشاعة بحصة معينة.

---

(١) عملا بعمومات الصحة بعد عدم وجود مقيد.

(٢) هذا لا دخل له في تفريع جواز المزارعة على أرض الوقف البائرة على ما ذكره من جواز انفصال الزرع عن سنة عقد المزارعة.

بل كان الأولى له تركه؛ لأن اختصاص الزرع بالعامل في السنتين الأوليين ـ مثلاً ـ ينافي وضع المزارعة من لزوم كون الحاصل مشتركا.

ودعوى: أن ما ذكروه في شرط المزارعة من لزوم الاشتراك في الحاصل يراد به اشتراطه في الجملة، بحيث لا ينافي اختصاص أحدهما به في بعض السنين.

إن صحت، كان اللازم التنبيه عليه في مسألة مستقلة، فيقال فيها: إنه لا يشترط في المزارعة أن يكون الزرع مشتركاً دائماً، بل يكفي أن يكون مشتركاً في بعض السنين وإن كان مختصاً في بعضها الآخر، فيقول المالك: زارعتك على هذه الأرض على أن يكون الزرع مشتركاً في السنة الأولى، ومختصاً بك في

العاشرة: يستحب للزارع ـ كما في الأخبار ـ الدعاء عند نثر الحب، بأن يقول: «اللهم قد بذرنا وأنت الزارع واجعله حباً متراكماً».

وفي بعض الأخبار: «إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة، وقل: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ * أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾ ثلاث مرات، ثم تقول: «بل الله الزارع، ثلاث مرات، ثم قل: اللهم اجعله حباً مباركاً، وارزقنا فيه السلامة، ثم انثر القبضة التي في يدك في القراح».

وفي خبر آخر: «لما هبط آدم عليه السلام إلى الأرض احتاج إلى الطعام والشراب، فشكى ذلك إلى جبرئيل، فقال له جبرئيل: يا آدم كن

الثانية، ومختصاً بي في الثالثة، لا أن يجعل ذلك من فروع ما حررت له المسألة.

مع أن الظاهر عدم تمامية ذلك، فإنه خلاف إطلاق الفتاوى والنصوص، مثل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تقبّل الأرض بحنطة مسماة، ولك بالنصف، و الثلث، والربع، والخمس لا بأس به، وقال: لا بأس بالمزارعة بالثلث، والربع، والخمس»[1].

نعم، يمكن البناء على صحته لا بعنوان المزارعة، بل بعنوان عقد آخر غيرها، على ما عرفت من الأخذ بعموم صحة العقود، وإن لم تكن متعارفة، بل الظاهر أنه متعارف عند أهل الزراعة، لكنه ليس من الكتب المحررة في كتب الفقهاء.

---

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤١، ب ٨ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٣.

حراثاً، فقال عليه السلام: فعلمني دعاء، قال: قل: اللهم اكفني مؤنة الدنيا وكل هول دون الجنة وألبسني العافية حتى تهنئني المعيشة».

كتاب المساقاة

كتاب المساقاة

وهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها(١).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ وَلَهُ الحَمْدُ

والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

كتاب المساقاة

(١) قــد تقدم بعض الكلام في تحقيق مفهوم المزارعة، وهو جار في المقام أيضاً، فراجع[١].

ثم إنه اشــتهر تحديد المســاقاة بما ذكر في كلام الأصحاب، وربما أسقط بعضهم لفــظ «الثابتة»[٢]، وأبدل بعضهم حاصلهــا بثمرتها[٣]، وقرأ بعضهم «النابتة» بالنون[٤].

وسيأتي التعرض لذلك إن شاء الله تعالى.

ثم إن لفظ المساقاة لم يذكر في الكتاب والسنة، ولا في أخبار الأئمة عليهم السلام، وإنما ذكر مفهومها والمراد منها في النصوص، كما سيأتي، ولا يهم عدم ذكر لفظها.

---

(١) تقدّم في ص ٦٥.

(٢) المختصر النافع ١: ١٤٨/ اللمعة الدمشقية: ١٥٣.

(٣) تحرير الأحكام ٣: ١٤٩.

(٤) حكاه عن حواشي الشهيد في جامع المقاصد ٧: ٣٤٣.

ولا إشكال في مشروعيتها(١) في الجملة.

ويدل عليها ـ مضافاً إلى العمومات ـ خبر يعقوب بن شعيب(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته 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».

وفي القواعد وغيرها: «هي مفاعلة من السقي، سميت به لأن أكثر حاجة أهل الحجاز إليه؛ لأنهم يسقون من الآبار»[١]، ولا بأس به.

(١) قد ادعى الإجماع عليه جماعة[٢]، وفي الجواهر: «جائزة بالإجماع من علمائنا وأكثر العامة»[٣].

وفي الحدائق: «دليل صحة هذه المعاملة الإجماع والنصوص»[٤].

وفي مفتاح الكرامة: «طفحت كتب أصحابنا بحكاية الإجماع على مشروعيتها»[٥].

(٢) بل هو صحيح، فقد رواه الصدوق عنه بطريقه الصحيح إليه[٦].

ورواه الكليني عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن صفوان عنه[٧]، والسند صحيح.

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣١٦/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٩.

(٢) الخلاف ٣: ٤٧٣/ المبسوط ٣: ٢٠٧/ غنية النزوع: ٢٩٠/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤١٩.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٥٠.

(٤) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٥٣.

(٥) مفتاح الكرامة ٢٠: ١٦٥.

(٦) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٤/ وانظر: خلاصة الأقوال: ٢٧٩، الفائدة الثامنة.

(٧) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٢٦٨.

وجملة من أخبار خيبر، منها: صحيح الحلبي(١) قال: «أخبرني أبو عبد الله عليه السلام أن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبراً بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله ابن رواحة...».

هذا مع أنها من المعاملات العقلائية ولم يرد نهي عنها، ولا غرر فيها(٢) حتى يشملها النهي عن الغرر.

ويشترط فيها أمور:

الأول: الايجاب والقبول(٣).

ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يحيى عمن بعده عنه[١].

(١) رواه في الكافي عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حماد عنه[٢]، والسند مصحح لأجل إبراهيم بن هاشم.

(٢) فيه منع ظاهر، ولذا منع عنها أبو حنيفة وزفر، على ما في الجواهر[٣].

نعم، لا دليل على المنع عن الغرر كلية.

ومنه يظهر الإشكال في قول المصنف رحمه الله: «حتى يشملها ...».

(٣) لأنها من العقود، لما عرفت سابقاً من أن المفهوم العقدي هو الذي يتعلق بشخصين على نحو يحدد سلطنتهما[٤]، وهذه المعاملة كذلك لأنها تلزم

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٩٧/ وسائل الشيعة ١٩: ٤٤، ب ٩ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢.

(٢) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ٢٦٦/ المصدر السابق ١٨: ٢٣٢، ب ١٠ ـ بيع الثمار ـ حديث: ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٥٠/ بدائع الصنائع ٦: ١٨٥/ فتح العزيز ١٢: ١٠١/ المجموع ١٤: ٤٠٢.

(٤) تقدّم في ص ٧١.

ويكفـــي فيهما كل لفظ دال على المعنـــى المذكور(١)، ماضياً كان أو مضارعاً أو أمراً(٢)، بل الجملة الإسمية مع قصد الانشاء بأي لغة كانت.

العامـــل بالعمل وتلزم المالك ببذل ملكه، فلا بد فيها من الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما، بأن كان الإنشـــاء متضمناً لإعمال السلطنتين معاً، كما في إنشاء ولي الطرفين، أو الوكيل عنهما.

(١) عملا بعمومات الصحة وإطلاقاتها.

(٢) قد عرفت ـ في بعض المباحث السابقة: أن الأمر ليس إنشاء للمفهوم الإيقاعي، فلا يكون إيجاباً ولا قبولاً، وإنـــما هو قائم مقام الإيجاب باعتبار أنه إعمال لســـلطنة المالك، وبذل لملكه؛ لأن يعمل العامـــل فيه، نظير قول المالك لغـــيره: أذنت لك في أن تتملك ملكي، فإن المخاطب إذ قال: تملكت، تم الملك بلا إيجاب، لقيام الإذن مقامه[١].

ومن ذلك يظهر الإشـــكال فيما قد يظهر من الشرائع وصريح غيرها من اعتبار الماضي، فلا يصح بغيره[٢].

كما يظهر الإشكال فيما في المســـالك حيث قال: «وزاد في التذكرة: تعهد نخلي بكذا، أو اعمل فيه بكذا»[٣].

ويشـــكل بما مرّ في نظائره من عدم صراحة الأمر في الإنشاء، كما لا وجه لإخراج هذا العقد اللازم من نظائره.

---

(١) تقدّم في ص ٧٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٣/ تحرير الأحكام ٣: ١٤٩.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٣٨/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٢٣.

ويكفي القبول الفعلي(١) بعد الإيجاب القولي، كما أنه يكفي المعاطاة(٢).

الثاني: البلوغ، والعقل، والاختيار(٣).

وقد نوقش في الاكتفاء في المزارعة بلفظ الأمر، مع الاستناد فيها إلى النص، وهو منتفٍ.

مضافاً إلى أن النص موجود هنا وغير منتف، وهو صحيح يعقوب المتقدم.

(١) لدلالته على الالتزام النفسي المقوم للقبول كاللفظ، فيشمله عموم صحة العقود.

(٢) قال في المسالك: «وجريان المعاطاة هنا بعيد؛ لاشتمال هذا العقد على الغرر، وجهالة العوض، بخلاف البيع والإجارة، فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين»[١]، وقد سبقه إلى ذلك في جامع المقاصد[٢].

ولكنه ظاهر الإشكال؛ لأن عموم أدلة الصحة لا يفرق فيه بين اللفظ والمعاطاة، فإذا جاز الغرر في الأول جاز في الثاني.

نعم، يتم لو لم يكن عموم يقتضي الصحة، وكان دليل الصحة يختص باللفظ، فيتعين الرجوع في غيره إلى أصالة عدم ترتب الأثر.

وفي المقام وإن كان صحيح يعقوب المتقدم يختص باللفظ، لكن روايات خيبر عامة له وللفعل، ومثلها العمومات الأولية.

(٣) لما دل على اشتراطها في صحة التصرف، كما أشرنا إلى ذلك في كتاب

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٣٨.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٣٤٥.

الثالث: عدم الحجر لسفه أو فلس.

الرابع: كون الأصـــول مملوكة(١) عينـــاً ومنفعة، أو منفعة فقط، أو كونه نافذ التصرف فيها، لولاية، أو وكالة، أو تولية.

الخامس: كونها معينة عندهما(٢) معلومة لديهما.

الإجارة[١].

هذا ولا يظهر وجه لجعل الثلاثة المذكورة شرطاً واحداً مع تباينها.

وكان الأولى أن يجعل أحد الشرطين الاختيار، والثاني عدم الحجر؛ لعدم البلوغ، أو لعدم العقل، أو للسفه، أو للفلس.

(١) كان المناسب جعل هذا الشرط أولاً، وتكون الشروط السابقة مبنية عليه، إذ لو لم تكن العين مملوكـــة وكان المتصرف مأذوناً صح التصرف، وإن لم يكن بالغاً ولا مختاراً، أو كان مفلســـاً أو كان سفيهاً، فليست الشروط السابقة شروطاً في مقابل الشرط المذكور، بل إنما تكون شروطاً على تقدير الملكية لا غير.

(٢) يحتمل أن يكون المراد به ما يقابل المرددة.

ولا إشكال في اعتبار ذلك، لأن المردد لا وجود له في الخارج، فلا يكون موضوعا للأحكام.

ويحتمل أن يكون المراد به المعلومة، فيكون قوله: «معلومة» تفســـيراً له، فالشرط واحد، وهو أن تكون معلومـــة، كما صرّح به جماعة، قال في القواعد: «يجب أن تكون الأشجار معلومة»[٢].

---

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ١١.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣١٧.

السادس: كونها ثابتة مغروسة(١)،

قال في جامع المقاصد ـ في شرح ذلك ـ : «إما بأن تكون مرئية مشاهدة وقت العقد، أو قبله، أو موصوفة بوصف يرفع الجهالة، فلا يصح بدون ذلك؛ لأن المساقاة عقد اشتمل على الغرر من حيث أن العوض فيه معدوم في الحال، مجهول القدر والوصف، فلا يحتمل فيه غرر آخر.

ولأنها معاملة لازمة فلا بد فيها من العلم إلا ما استثناه الشارع، ولا بد منه فيها»[١].

ولا يخفى ما في الاستدلال عليه بما ذكر.

وفي الإرشاد: «إذا كانت مرئية»[٢]، فاشترط الرؤية بالخصوص ولم يكتف بمطلق العلم.

وفي مجمع البرهان: «كأنه يلزم ذلك من تعريفها، حيث قيل فيه: إنه لا بد أن يكون شجراً له أصل ثابت، ولا يكون كذلك إلا إذا كانت مرئية، ولأنه مع عدم الرؤية مجهول، فتأمل»[٣].

ولا يخفى أيضاً ما في الاستدلال بما ذكر.

فكأن المستند الإجماع، ولا يخلو من تأمل؛ لعدم تعرض الأكثر له.

(١) بلا خلاف إلا من بعض العامة، كما في المسالك[٤].

وفي جامع المقاصد: «لا شك في عدم صحة المساقاة على ما ليس

---

(١) جامع المقاصد ٧: ٣٥٠

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٨.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٢٦

(٤) مسالك الأفهام ٥: ٤٣.

فلا تصح في الودي(١)، أي الفسيل قبل الغرس.

السابع: تعيين المدة(٢) بالأشهر والسنين وكونها بمقدار يبلغ

بمغـــروس، ولم ينقل في ذلك خلاف إلا لأحمد، وعللـــه في التذكرة: بأنه قد لا يعلق، وهذا غرر فلا يجوز»[١]، وهذا التعليل كما ترى!.

فالأولى أن يقال: بأن دليل المساقاة من النصوص والفتاوى مختص بالثابت ولا يشمل المقلوع.

قال في الشرائع: «ولو ســـاقى على ودي، أو شـــجر غير ثابت لم يصح، اقتصاراً على موضع الوفاق»[٢].

وفي الجواهـــر: «أنه مقتضى الاقتصـــار في المعاملة المخالفة للأصول على موضع الوفاق»[٣]، انتهى.

اللهم إلا أن يقال: هذا بالنظر إلى أدلة مشروعية المســـاقاة، أما بالنظر إلى الأدلة العامة فمقتضاها الصحة، وإن لم يكن بعنوان المساقاة.

(١) بالتشديد على وزن (غني).

(٢) يظهر من كلامه اعتبار أمرين:

الأول: أن يجـــب أن تذكر المدة فيها، فلا تجوز المســـاقاة دائماً، فإنه يبطل العقد قولاً واحداً؛ لأن عقد المســـاقاة لازم، ولا معنى لوجوب الوفاء به دائماً، كذا في المسالك[٤].

---

(١) جامع المقاصد ٧: ٣٤٩.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٦٢.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ٤٥.

فيه الثمر غالباً(١).

نعم، لا يبعد جوازها في العام الواحد إلى بلوغ الثمر(٢)

ويشكل: بأنه لا مانع من وجوب الوفاء به دائماً ما دام الموضوع، فيدخل تحت إطلاق صحيح يعقوب بن شعيب المتقدم[١] من جهة ترك الاستفصال.

الثاني: أنه يجب تعيين المدة بالشهور والسنين، فلا يجوز تقديرها بما يحتمل الزيادة والنقصان، مثل قدوم الحاج.

وفي المسالك: نسبه إلى المشهور، واستدل له بقوله: «وقوفاً فيما خالف الأصل واحتمل الغرر والجهالة على موضع اليقين»[٢]، وقد سبقه في جميع ذلك في جامع المقاصد[٣].

لكنه يشكل: بأنه يدخل في إطلاق صحيح يعقوب بن شعيب، كما عرفت فيما قبله.

(١) هذا غير ظاهر؛ لجواز عدم احتياج الشجر إلى السقي في جميع المدة إلى زمان البلوغ، وتكون المعاملة على سقيه بمقدار الحاجة لا غير، وتنتهي قبل البلوغ.

(٢) حكى في المسالك ذلك عن ابن الجنيد[٤]، لكن عبارته المحكية خالية عن ذكر العام الواحد.

قال في المختلف: «وقال ابن الجنيد: ولا بأس بمساقاة النخل وما شاكله سنة وأكثر من ذلك، إذا حصرت المدة أولم تحصر»[٥]، فإن ظاهر عدم الحصر الدوام.

(١) في متن ص ٢٠٨.

(٢)، (٤) مسالك الأفهام ٥: ٤٥.

(٣) جامع المقاصد ٧: ٣٥١.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ١٩٨.

من غير ذكر الأشهر؛ لأنه معلوم بحسب التخمين، ويكفي ذلك في رفع الغرر(١)، مع أنه الظاهر من رواية يعقوب بن شعيب المتقدمة(٢).

الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر(٣)، أو بعده وقبل

نعم، هذا القول احتمله في القواعد، قال: «ولو قدر المدة بالثمرة فإشكال»[١]، وفي المسالك: أن له وجهاً، وجعل الأجود هو المشهور[٢].

(١) قد أشرنا في كتاب المزارعة إلى أن الغرر إنما يكون للجهل بالخصوصيات التي تختلف بها المالية، ولما كانت المالية قائمة بالثمرة، والمدة طريق إلى الثمرة، فتعيين المدة دون الثمرة ربما يؤدي إلى الغرر؛ لعدم بلوغ الزرع، فيكون قلعه موجباً للضرر، وإبقاؤه موجباً للخسارة المالية، بخلاف بلوغ الثمرة، فإنه لا غرر فيه على العامل ولا على المالك، إذ لا يترتب الأثر على التصرف بالأرض بعد بلوغ الثمرة[٣].

(٢) في الجواهر احتمل فيها الظهور في الدوام؛ لعدم ذكر المدة[٤].

ولكنه غير ظاهر؛ لأن عدم ذكر المدة يقتضي إطلاق الرواية من حيث الدوام والانقطاع، فهي كما تدلّ على صحة المساقاة في المدّة المحدودة، تقتضي صحتها في صورة قصد الدوام، كما عرفت.

(٣) قال في الشرائع: «وتصح قبل ظهور الثمرة، وهل تصح بعد

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣١٨.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٤٥.

(٣) تقدّم في ص ٧٩.

(٤) جواهر الكلام ٢٧: ٦٥.

البلوغ(١)، بحيث كان يحتاج بعد إلى سقي أو عمل آخر.

وأما إذا لم يكـــن كذلك ففي صحتها إشـــكال(٢) وإن كان محتاجاً إلى حفظ أو قطوف أو نحو ذلك.

ظهورهـــا؟ فيه تردد، والأظهر الجواز بشرط أن يبقى للعامل العمل وإن قل مما تستزاد به الثمرة»[١]، ونحوه في القواعد وغيرها[٢].

أما الصحة في حال عدم ظهور الثمرة فقد حكى عليها الإجماع جماعة[٣]، وفي الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه»[٤]، وهو المتيقن من نصوص الباب.

(١) كـــما تقدَّم في الشرائع وغيرها، ونســـب إلى المشـــهور، بل لم يتضح وجود مخالف صريح فيه، ونصوص الباب شاملة له بإطلاقها، إذ لا قرينة على اختصاصها بما قبل الظهور، ودعوى ذلك في الجواهر[٥] غير ظاهرة.

مضافاً إلى عموم الوفاء بالعقود.

وحمله على المتعارف ـ كما احتمله في الجواهر[٦] ـ غير ظاهر، مع أن المقام ليس بعيداً عن المتعارف.

نعم، العموم لا يثبت المساقاة.

(٢) وفي جامـــع المقاصد والمســـالك: أنـــه لم يصح إجماعـــاً[٧]، وكذا في غيرهما[٨].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٣.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣١٧/ المبسوط ٣: ٢١٠/ إرشاد الأذهان ١: ٤٢٨.

(٣) انظر: مفتاح الكرامة ٢٠: ١٨٨.

(٤)، (٥)، (٦) جواهر الكلام ٢٧: ٥٨، ٥٩.

(٧) جامع المقاصد ٧: ٣٥١/ مسالك الأفهام ٥: ٣٩.

(٨) الروضة البهية ٤: ٣١١/ رياض المسائل ٩: ٣٩٦.

التاسع: أن يكون إلى الحصة معينة مشاعة(١)، فلا تصح مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعة، بأن يجعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للآخر.

ولأجله يشكل الأخذ بإطلاق وجوب الوفاء بالعقود ونحوه.

اللهم إلا أن يكون المراد أنه لا تصح مساقاة، لا أنها لا تصح مطلقاً، ولذا حكي عن بعض جواز ذلك[١].

وحينئذٍ فالبناء على الأخذ بالعموم متعين؛ لعدم وضوح المقيد له، وإن لم تثبت به المساقاة.

(١) أما اعتبار التعيين في مقابل الترديد فوجهه واضح، إذ المردد لا يقبل أن يكون موضوعاً لحكم من الأحكام، إذ لا وجود له في الخارج.

وأما اعتبار التعيين في مقابل ما يقبل الزيادة والنقيصة ـ مثل جزء من الثمرة، أو شيء منها، أو بعضها، أو نحو ذلك مما لا تحديد فيه ولا تقدير ـ فقد صرح به في كلام جماعة، بل قيل: «طفحت عباراتهم بذلك»[٢]، وعن التذكرة وجامع المقاصد: الإجماع عليه[٣]، ويقتضيه الاقتصار على ظاهر النصوص؛ لاختصاصها بالحصة المعينة.

وأما اعتبار الإشاعة فقد ادعى غير واحد نفي الخلاف فيه[٤]، وعن مجمع البرهان نفي الشك فيه[٥].

(١) انظر: مسالك الأفهام ٥: ٤٠/ الحدائق الناضرة ٢١: ٣٥٤.

(٢) مفتاح الكرامة ٢٠: ٢٣٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٣٨/ جامع المقاصد ٧: ٣٦٨.

(٤) المبسوط ٣: ٢٠٩/ الحدائق الناضرة ٢١: ٣٦٩/ رياض المسائل ٩: ٤٠٢.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٢٩.

نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومة وللآخر أخرى(١).

وقد ذكره الجماعة (رضوان الله عليهم) مرسلين له إرسال المسلمات، ويقتضيه الاقتصار على ظاهر نصوص الباب.

(١) قال في الشرائع: «ولا بد أن يكون للعامل جزء منها مشاعاً، فلو أضرب عن ذكر الحصة بطلت المساقاة، وكذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمرة لم تصح المساقاة، وكذا لو شرط لنفسه شيئاً معيناً وما زاد بينهما، وكذا لو قدر لنفسه أرطالاً وللعامل ما فضل، أو عكس ذلك، وكذا لو جعل حصة نخلات بعينها وللآخر ما عداها»[1]، ونحوه كلام القواعد وغيرها[2].

والجميع صريح في اعتبار الإشاعة في صحة المساقاة أولاً، واعتبار عموم الإشاعة في جميع الثمرة ثانياً، وتقديرها بالكسر المشاع ثالثاً.

وما ذكره المصنف هنا ينافي اعتبار أصل الإشاعة في الجملة، الذي صرح باعتبارها.

وحملها على ما يقابل اختصاص أحدهما بمقدار معين، والبقية للآخر لا مطلق الإشاعة، غير ظاهر.

فالتفصيل بلا فاصل، إذ لو بني على الاقتصار على مورد النصوص لزم اعتبار الإشاعة في تمام الثمرة على السوية.

وإذا بني على الرجوع إلى الأدلة العامة اقتضت إلغاء اعتبار الإشاعة بالمرة، فالتفصيل في اعتبار الإشاعة بين أن تكون بالمعنى المذكور في كلام المصنف دونها

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٠/ إرشاد الأذهان ١: ٤٢٨/ تحرير الأحكام ٣: ١٥١.

بل وكذا لو اشـــترط اختصاص أحدهما بأشجار معلومة(١) والاشتراك في البقية، أو اشترط لأحدهما مقدار معين مع الاشتراك في البقية إذا علم كون الثمر أزيد من ذلك المقدار وأنه تبقى بقية.

العاشر: تعيين ما عـــلى المالك من الأمور وما على العامل من

بالمعنى الآخر بلا فاصل.

بل هذه الصـــورة أولى بالبطلان من الصورة الأولى، إذ لا إشـــاعة فيها أصـــلاً، بخلاف الأولى فإن فيها إشـــاعة في تمام الثمرة، غايـــة الأمر أن حصة أحدهما مقدرة بالوزن.

وبالجملة فكلام المصنف يتوجه عليه الإشكال من وجوه:

الأول: أنه متنافٍ في نفســـه؛ لأن اعتبار الإشـــاعة ينافي القول بالجواز في هذه الصورة.

الثاني: أنه مخالف لكلام الفقهاء.

الثالـــث: أنه مخالف للأدلة الخاصة؛ لاقتضائهـــا المنع من هذه الصورة، والعامة؛ لاقتضائها الجواز في الصورة الأولى.

(١) هذا وما بعده لا ينافيان اعتبار الإشاعة في الجملة؛ لحصول الإشاعة بين حصتيهما في بعض الحاصل.

لكن الدليل على اعتبار الإشـــاعة قد عرفت أنه ظاهر في اعتبارها في جميع الثمـــرة، فإذا بني على العمل بـــه لم تجز هاتان الصورتان أيضـــاً، كما عرفت في الصورة السابقة.

الأعمال(١) إذا لم يكن هناك انصراف.

(مسألة ١): لا إشكال في صحة المساقاة قبل ظهور الثمر(٢)، كما لا خلاف في عدم صحتها بعد البلوغ والادراك بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ والاقتطاف(٣).

---

(١) قد تقدَّم في كتاب المزارعة أن مقتضى إطلاق المساقاة وجوب جميع الأعمال المتعلقة بالثمرة على العامل، وإن كانت مما لا يتكرر كل سنة، أو كان مما يفتقر إلى بذل المال، مثل حفر الأنهار، والآبار، وتعمير الدولاب وغير ذلك؛ لأن جميع ذلك يتوقف عليه عمل العامل الواجب، وما يتوقف عليه الواجب فهو واجب[١].

نعم، لما كان موضوع المساقاة الأصول، تكون المساقاة مقتضية لكل عمل زائد على الأصول، وما يتعلق بها من أعمال، وإن كانت هي أيضاً يتوقف عليها وجود الثمرة، لكنها خارجة عما تقتضيه المساقاة.

وإن شئت قلت: المنصرف إليه الأعمال التي لا ترتبط بالأصول، وإنما ترتبط بالثمرة لا غير، وسيأتي في المسألة التاسعة تمام الكلام فيه[٢].

(٢) قد تقدَّمت حكاية الإجماع على الصحة حينئذٍ[٣].

(٣) تقدمت دعوى الإجماع من جامع المقاصد، والمسالك وغيرهما على عدم صحة المساقاة حينئذٍ[٤].

لكن حكي عن المهذب البارع أنه ذكر فيه: «أنه يكفي في الجواز بقاء عمل

---

(١) تقدّم في ص ١٦٢.

(٢) في ص ٢٣٢

(٣)، (٤) تقدّم في ص ٢١٧.

واختلفوا في صحتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ(١)، والأقوى ـ كما أشرنا إليه(٢) ـ صحتها، سواء كان العمل مما يوجب الاستزادة أو لا(٣)، خصوصاً إذا كان في جملتها بعض الأشجار التي بعد لم يظهر ثمرها.

تنتفع به الثمرة، ولو في إبقائها وحفظها، فلو صارت رطباً تاماً وهي مفتقرة إلى الجذاذ، والتشميس، والكبس في الظروف جازت المساقاة عليها»[١].

وقد عرفت أن مقتضى القواعد العامة الصحة، وإن لم يكن بعنوان المساقاة، وأن نصوص الباب قاصرة عن إثباته.

(١) قد عرفت أنه لم يعرف مخالف صريح في الجواز إذا كان العمل تستزاد به الثمرة.

نعم، تردد في الشرائع فيه، واختار الصحة[٢].

(٢) الذي تقدّم منه الصحة في الصورة الأولى فقط، وتوقف في الثانية.

(٣) قد عرفت أن أدلة الباب تقصر عن إثبات الصحة حينئذٍ، لكن الأدلة العامة تقتضيها من غير مقيّد ظاهر، وإن كانت لا تثبت عنوان المساقاة.

والمناقشة في عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[٤]، باختصاصهما بالعقود المتعارفة ـ كما احتمله في الجواهر ـ غير ظاهرة، كما عرفت[٥].

(١) المهذب البارع ٢: ٥٧٤

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٣، وتقدم في ص ٢١٦.

(٣) سورة المائدة: ١ .

(٤) سورة النساء: ٢٩ .

(٥) تقدّم في ص ٢١٧.

(مسألة ٢): الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التي لا ثمر لها وإنما ينتفع بورقها(١)، كالتوت والحنا ونحوهما.

مع أنه يمكن أن تكون المعاملة على ذلك إيقاعاً على نحو الجعالة، لا عقداً.

(١) كما في القواعد: أنه أقرب[١]، وفي غيرها: أنه غير بعيد[٢]، وحكي عن كثير من كتب المتأخرين ومتأخريهم[٣]، بل الظاهر أنه المشهور.

نعم، تردد في الشرائع[٤]، وحكي ذلك عن غيرها[٥]، وكأنه لعدم وضوح إطلاق يقتضي الجواز، والأصل عدم ترتب الأثر.

لكن في صحيح يعقوب المتقدم: «اسق هذا من الماء، واعمره، ولك نصف ما أخرج»[٦]، والخارج كما يشمل الثمر يشمل الورق، إذا كان هو المقصود من الشجر.

لكن مورده غير ما نحن فيه، فلا عموم فيه.

نعم، في صحيح يعقوب الآخر قال عليه السلام: «وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها، ولهم النصف مما أخرجت»[٧].

وكأنه إلى ذلك أشار في المسالك بقوله: «وفي بعض الأخبار ما يقتضي

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣١٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٢٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٣٧/ غاية المراد ٢: ٣٣٥/ المهذب البارع ٢: ٥٧١/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٢٥/ كفاية الأحكام ١: ٦٤٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٢٣.

(٥) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٨/ اللمعة الدمشقية: ١٥٣.

(٦) تقدّم في ص ٢٠٨.

(٧) وسائل الشيعة ١٩: ٤٥، ب ١٠ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢.

(مسألة ٣): لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة(١)، كالبطيخ، والباذنجان، والقطن، وقصب السكر ونحوها، وإن

دخوله، والقول بالجواز لا يخلو من قوة»[١].

لكن الاستدلال به يتوقف على العلم بوجود ما هو محل الكلام في خيبر.

اللهم إلا أن يكون بيان الإمام يقتضي العموم.

ولعل مراد الحدائق من عدم وجود نص في المساقاة على ما كان كذلك[٢]، انتهى، عدم وجود النص بالخصوص، فلاحظ.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما في الجواهر من التفصيل بين أن تكون المساقاة على هذه الأشجار تبعاً فيجوز، ومستقلاً فلا يجوز، للزوم الاقتصار على المتيقن فيما كان على خلاف الأصل، وفيه من الغرر ما ليس في غيره[٣].

إذ العموم مقدّم على الأصل، والغرر غير قادح كلية.

نعم، الدليل الخاص يختص بصورة الانضمام، فيكون من المساقاة المصطلحة، وفي غيرها يكفي العموم وإن لم تكن منها.

مع إمكان التعدي عن مورد الدليل الخاص إلى غيره، كما يقتضيه الارتكاز العرفي، ولذا لم يعرف التفصيل المذكور لغيره.

اللهم إلا أن يقال: إن الدليل على الصحة عام، لكن الاصطلاح خاص.

(١) قد تقدم تعريف المساقاة في كلام المصنف ـ تبعاً للمشهور ـ بأنها

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٤٣.

(٢) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٢٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٦١.

تعددت اللقطات فيها كالأولين.

ولكن لا يبعد الجواز، للعمومات(١) وإن لم يكن من المساقاة

معاملة على أصول ثابتة[١]، والأصول الثابتة لا تشمل ما هو محل الكلام.

وبعضهم أسقط هذا القيد[٢].

وعن بعض أنه قرأ: «النابتة» بالنون، بدل الثاء[٣].

(١) يعني عمـــوم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُـــودِ﴾[٤]، و﴿إِلاَّ أن تَكُـــونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[٥]، ونحوهما.

لكن استشـــكل في الجواهر في ذلك: بأن (﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، و﴿إِلَّا أن تَكُـــونَ تِجَارَةً عَنْ تَـــرَاضٍ﴾ لا يثبت بهما شرعية الأفراد المشـــكوكة من المعاملة المعهودة التي لها أفراد متعارفة، وإنـــما المراد من الأول بيان اللزوم، ومن الثاني عدم أكل المال بالباطـــل إذا كان بالتجارة المتعارفة، لا أن المراد شرعية كل عقد وكل تجـــارة يقع الاتفاق عليهما من المتعاقدين، كـــما هو واضح بأدنى تأمل[٦]، انتهى.

ولا يخفـــى ما فيه ـ وإن تكرر منه ذلك في كثـــير من الموارد ـ فإنه خلاف العمـــوم والإطلاق من دون قرينـــة، ومن الخفي جداً الوجـــه في قوله: «وهو واضح بأدنى تأمل».

---

(١) تقدّم في ص ٢٠٧.

(٢) المختصر النافع ١: ١٤٨/ اللمعة الدمشقية: ١٥٣.

(٣) حكاه عن حواشي الشهيد في جامع المقاصد ٧: ٣٤٣.

(٤) سورة المائدة: ١.

(٥) سورة النساء: ٢٩.

(٦) جواهر الكلام ٢٧: ٦١.

المصطلحة.

بل لا يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك، فإن مقتضى العمومات الصحة(١) بعد كونه من المعاملات العقلائية، ولا يكون من المعاملات الغررية(٢) عندهم، غاية الأمر أنها ليست من المساقاة المصطلحة(٣).

ثم إن كون المراد من الأول اللزوم ومن الثاني خلاف الباطل مسلم، لكنه لا يجدي فيما ذكره من الحمل على المتعارف.

مع أن كون محل الكلام خلاف المتعارف، غير ظاهر.

مضافاً إلى إمكان دخول المقام في صحيح يعقوب المتقدم[١]، وإن كان الاصطلاح خاصاً بغيره.

(١) بل مقتضى صحيح يعقوب المتقدم أيضاً.

(٢) لا إشكال في أنها غررية للجهل بمقدار الحاصل، لكن لا دليل على المنع من الغرر كلية، كما عرفت.

(٣) لكن عن الشيخ رحمه الله أنه جوّز المساقاة على البقل الذي يجزّ مرة بعد أخرى[٢].

وعن جامع الشرائع: جواز المساقاة على الباذنجان[٣].

والإشكال عليها ظاهر، إلا أن يكون استعمال المساقاة من باب المجاز.

---

(١) تقدّم في ص ٢٠٨.

(٢) الخلاف ٣: ٤٧٦.

(٣) الجامع للشرائع: ٢٩٩.

(مسألة ٤): لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج إلى السقي(١) لاستغنائها بماء السماء أو لمص أصولها من رطوبات الأرض وإن احتاجت إلى أعمال أخر، ولا يضر عدم صدق المساقاة حينئذٍ، فإن هذه اللفظة لم يرد في خبر من الأخبار، وإنما هي من اصطلاح العلماء، وهذا التعبير منهم مبني على الغالب، ولذا قلنا بالصحة إذا كانت المعاملة بعد ظهور الثمر واستغنائها من السقي.

---

(١) قال في القواعد: «وتصح المساقاة على البعل من الشجر، كما تصح على ما يفتقر إلى السقي»[١].

والبعل: كل شجر، ونخل، وزرع لا يسقى، أو ما سقته السماء، كما عن القاموس[٢].

والحكم كاد أن يكون من المسلمات، وعن التذكرة: «لا نعرف فيه خلافاً ممن جوز المساقاة؛ لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها فيما يحتاج إلى السقي»[٣].

ويقتضيه إطلاق تعريف المساقاة: بأنها معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها، أو بحصة من حاصلها، على اختلاف التعبيرات، وليس فيه اعتبار السقي بالخصوص.

نعم، مفهوم المساقاة لغة مأخوذ من السقي، لكن وجه التسمية يمكن أن يكون ملاحظة الغالب، والاعتبار بالمفهوم الاصطلاحي، لا بالمفهوم اللغوي.

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣١٨.

(٢) القاموس المحيط ٣:

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨: ٥٠٦.

وإن ضويق نقول بصحتها وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة(١).

(مسألة ٥): يجوز المساقاة على فسلان مغروسة(٢)، وإن لم تكن مثمرة إلا بعد سنين، بشرط تعيين مدة تصير مثمرة فيها ولو بعد خمس سنين أو أزيد.

(مسألة ٦): قد مر أنه لا تصح المساقاة على ودي غير مغروس، لكن الظاهر جواز إدخاله في المعاملة على الأشجار المغروسة، بأن يشترط على العامل غرسه في البستان المشتمل على

وكيف كان، يكفي في الحكم بصحة ذلك مثل صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام ـ المتقدم ـ : «وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خيبراً حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت»[1]، فإنه شامل للمقام، وحكاية الإمام عليه السلام، ذلك يدل على العموم، كما سبق.

(١) عملاً بالعمومات الدالة على صحة العقود ونحوها.

(٢) قال في القواعد: «ولو ساقاه عشر سنين وكانت الثمرة لا تتوقع إلا في العاشر جاز، ويكون في مقابله كل العمل»[2]، ونحوه ما في غيرها[3].

ويقتضيه إطلاق النصوص الواردة في المساقاة، لشمولها له كغيره، والظاهر أنه لا خلاف فيه.

---

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤٥، ب ١٠ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢ .

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣١٨.

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٨/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٣١/ جامع المقاصد ٧: ٣٥٣/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٢٨.

النخيل والأشجار(١) ودخوله في المعاملة بعد أن يصير مثمراً(٢).

بـــل مقتضى العمومـــات صحة المعاملة على الفســـلان الغير المغروسة إلى مدة تصير مثمرة وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة(٣).

(مسألة ٧): المســـاقاة لازمة(٤) لا تبطل إلا بالتقايل(٥) أو الفسخ بخيار الشرط أو تخلف بعض الشروط أو بعروض مانع عام موجب للبطلان أو نحو ذلك.

---

(١) ضرورة أن نفي الخلاف في البطلان يختص بغير صورة الشرط تبعاً، إذ هو حينئذٍ مشمول لأدلة صحة الشروط.

(٢) ظاهره أنه يدخل في المساقاة.

ويشكل: بأنه تعليق لا يصح.

ولعل المراد أنه يدخل في تحصيص ثمره، ولا بأس به.

(٣) لاختصاصها بالأصول الثابتة.

ثم إن ظاهر صحيح يعقوب بن شـــعيب الثاني[١] أيضاً يدل على الصحة، وإن لم يدل على عنوان المساقاة.

(٤) بلا خلاف، كما في المســـالك[٢]، أو إجماعاً، كما في جامع المقاصد[٣]، مستدلاً له بالأصل، ونحوه كلام غيرهما.

(٥) لما دلّ على مشروعية الفسخ بالأمور المذكورة، المذكور في محله.

---

(١) وسائل الشيعة، ب ١١ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ١ .

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٩.

(٣) جامع المقاصد ٧: ٣٤٤.

(مسألة ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين(١)، فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه(٢)، ومع موت العامل يقوم مقامه

(١) كما هو في الشرائع، والقواعد، والمسالك، وجامع المقاصد، وغيرها[١].

وعن الكفاية: أنه المشهور[٢]، بل في جامع المقاصد: «لا نعرف في ذلك خلافاً».

ولكن عن المبسوط: «إذا مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاة كالإجارة عندنا»[٣]، وظاهره الإجماع عليه.

وعن المهذب البارع والمقتصر أن من قال ببطلان العقد في الإجارة قال ببطلانه هنا، ومن لا فلا[٤].

ويقتضي الأول أصالة اللزوم من دون معارض، وليس ما يقتضي الثاني.

اللهم إلا القياس على الإجارة، لكن القياس ليس بحجة.

مع عدم ذلك في الإجارة في موت المستأجر.

نعم، ورد في النصوص ما يحتمل فيه الدلالة على البطلان بموت المالك، وقد تقدم في الإجارة بعض الكلام فيه[٥].

(٢) من المعلوم أن العقد اقتضى أن يكون لكل من المتعاقدين حق على

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٣/ قواعد الأحكام ٢: ٣١٧/ مسالك الأفهام ٥: ٤٠/ جامع المقاصد ٧: ٣٤٨/ الجامع للشرائع: ٢٩٩/ إرشاد الأذهان ١: ٤٢٨/ تحرير الأحكام ٣: ١٤٩.

(٢) كفاية الأحكام ١: ٦٤٢.

(٣) المبسوط ٣: ٢١٦.

(٤) المهذب البارع ٢: ٥٧٥/ المقتصر: ٢٠٢.

(٥) في ج ١٩ ص ٤٧.

وارثـــه، لكن لا يجـــبر على العمل، فـــإن اختار العمل بنفســـه أو بالاســـتئجار فله، وإلا فيســـتأجر الحاكم من تركته من يباشره إلى بلوغ الثمر، ثم يقسم بينه وبين المالك.

نعم، لو كانت المســـاقاة مقيدة بمبـــاشرة العامل(١) تبطل بموته. ولو اشـــترط عليه المبـــاشرة لا بنحو التقييـــد(٢) فالمالك مخير بين الفســـخ ـ لتخلف الشرط ـ وإسقاط حق الشرط والرضا باستئجار من يباشر.

الآخـــر، فالمالك له عـــلى العامل حق العمل، وعليه للعامل حق بذل الشـــجر للعمـــل، ومن المعلوم أن الوارث يقوم مقام المورث فيما له، ولا يقوم مقامه فيما عليه، بل يتعلق بالتركة على تقدير وجودها.

وعليه فحق العمـــل الذي كان للمالك على العامـــل الميت لا يكون على الوارث، بل يكون على التركة فيجب على الوارث تخليصها من الحق، فإذا امتنع من ذلك كان للحاكم الشرعي ذلك، لئلا يلزم تعطيل الحقوق.

هـــذا إذا كان للميت تركة، أما إذا لم يكـــن له تركة فإن أقدم الوارث على إنجاز الحق الذي على الميت ـ بأن يعمل بنفسه أو يستأخر من يعمل ـ فهو، وإن لم يقدم الوارث بطلت المساقاة، لعدم ترتب الأثر عليها حينئذٍ.

(١) بأن جعل عمل العامل القائم به موضوعا للمســـاقاة، كما إذا جعل عمـــل الأجير الخاص موضوعا للإجـــارة، وحينئذٍ يتعـــذر بموته، فلا بد من بطلانها لعدم ترتب الأثر عليها.

(٢) إذا كان موضوع المســـاقاة العمل في الذمة واشترط تطبيقه على عمل

(مسألة ٩): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل، وجملة منها على المالك، وضابط الأولى ما يتكرر كل سنة(١).

وضابط الثانية ما لا يتكرر نوعاً وإن عرض له التكرر في بعض الأحوال.

فمن الأول إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات، وتنقية الأنهار، والسقي ومقدماته ـ كالدلو، والرشا، وإصلاح طريق الماء، واستقائه إذا كان السقي من بئر أو نحوه ـ وإزالة الحشيش المضرة، وتهذيب جرائد النخل

نفسه رجع هذا الشرط إلى التقييد ضرورة، كما تقدم في المسألة التاسعة من أول كتاب المزارعة، وذكرنا هناك أن القيود على اختلاف أنواعها إذا كانت للمفهوم يجب أن تكون على نحو التقييد.

وإذا كانت للموضوع الخارجي يجب أن تكون لا على نحو التقييد، فراجع[1].

(١) كما هو المذكور في كثير من كتب المتأخرين[2].

وفي جملة منها جعل الضابط ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها[3].

---

(١) تقدّم في ص ١٢٨.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٩/ اللمعة الدمشقية: ١٥٣/ الروضة البهية ٤: ٣١٣/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٣٣/ كفاية الأحكام ١: ٦٤٢.

(٣) المبسوط ٣: ٢٠٩/ الوسيلة: ٢٧١/ السرائر الحاوي ٢: ٤٥١/ الجامع للشرائع: ٢٩٩/ شرائع الإسلام ٢: ١٢٤/ مسالك الأفهام ٥: ٤٦/ مفاتيح الشرائع ٣: ٩٩.

والكـــرم، والتلقيح، واللقاط، والتشـــميس، وإصلاح موضعه، وحفظ الثمرة إلى وقت القسمة.

ومن الثاني حفـــر الآبار والأنهار، وبنـــاء الحايط والدولاب والدالية ونحو ذلك مما لا يتكرر نوعا.

واختلفـــوا في بعض الأمور أنه على المالـــك أو العامل، مثل البقر الذي يدير الدولاب(١)، والكش للتلقيح(٢)، وبناء الثلم، ووضع الشوك على الجدران وغير ذلك.

---

(١) قال في القواعد: «وفي البقر الذي تدير الدولاب تردد، ينشأ من أنها ليست من العمل فأشبهت الكش، ومن أنها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث»[١].

وعن المبسوط وغيره: أن البقر على رب المال[٢].

وعن السرائر وغيره: أنها على العامل[٣].

(٢) قال في القواعد في ذكر ما على المالك: «والكش للتلقيح على رأي»[٤]، حكي عن الشيخ[٥]، والمتأخرين[٦]، وعن الأكثر[٧].

وقيل: إنه على العامل، كما عن السرائر، وجامع الشرائع[٨].

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣١٩.

(٢) المبسوط ٣: ٢١٠.

(٣) السرائر الحاوي ٢: ٤٥١.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣١٩.

(٥) المبسوط ٣: ٢١٠.

(٦) جامع المقاصد ٧: ٣٦٢.

(٧) مسالك الأفهام ٥: ٤٩.

(٨) السرائر الحاوي ٢: ٤٥١/ الجامع للشرائع: ٢٩٩.

ولا دليل على شيء من الضابطين، فالأقوى أنه إن كان هناك انصراف في كون شيء على العامل أو المالك فهو المتبع، وإلا فلا بد من ذكر ما يكون عـلى كل منهما رفعاً للغرر، ومع الإطلاق وعدم الغرر يكـون عليهما معاً(١)؛ لأن المال مشـترك بينهما، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما.

وفي الشرائع: أنه حسن، لأنه به يتم التلقيح[١].

(١) كما في الجواهر، معللاً له بما ذكر، ثم قال: «أو أن الأصل فيه وجوبه على العامل، لنحو ما سـمعته في المزارعة، من صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام الذي فيه: «سـألته عن المزارعة، فقـال: النفقة منك والأرض لصاحبهـا، فـما أخرج الله تعالى من شيء قسـم على الشـطر، وكذلك أعطى رسـول الله صلى الله عليه وآله خيبر حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها ولهم النصف مما خرجت»[٢]، فإن ظاهر تشـبيهه عليه السلام يقتضي كون وضع المسـاقاة على الوجه المزبور، فليس على المالـك حينئذٍ إلا دفع الأصول، كما أنه ليس على المالك إلا دفع الأرض، اللهم إلا أن يكون تعارف أو شرط»[٣].

وهـو في محلّه، ولو فرض قصـور النصوص عن إثبـات ذلك كان هو مقتضى الإطلاق.

ومـا ذكره من التعليل للوجه الأول ضعيـف، إذ لا مأخذ لذلك، إذ لا يجب على الشركاء في أمر فعل ما يقتضي حصوله أو بقاءه، فإن الشركاء في دار لا يجب عليهم تعميرها، والشركاء في شجر أو حيوان لا يجب عليهم تنميته، فإنما

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٤

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٤٥، ب ١٠ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢ .

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٦٨.

(مسألة ١٠): لو اشـــترطا كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم في البطلان، لأنه خلاف وضع المساقاة(١).

نعم، لو أبقى العامل شـــيئاً من العمل عليه واشـــترط كون الباقي على المالك، فإن كان(٢) مما يوجب زيادة الثمرة فلا إشكال في صحته، وإن قيل بالمنع(٣) من جواز جعل العمل على المالك ولو

وجب العمل في المقام باعتبار أن العقد اقتضى لأحدهما على الآخر حق العمل، لا أنه اقتضى الاشتراك، والاشتراك اقتضى العمل.

نعم، تفترق المزارعة عن المساقاة: بأن المزارعة معاملة على زرع الأرض، وإطـــلاق زرع الأرض يقتضي وجوب جميع مقدماتـــه، كالإطلاق الخياطة في الإجـــارة على خياطة الثوب، المقتضي لوجوب مقدمات الخياطة، أما المســـاقاة فلم يذكر في مفهومها عمل بعينه كي يؤخذ بإطلاقه.

(١) هذا يقتضي بطلانها مساقاة، لا بطلانها مطلقاً.

فـــالأولى التعليل: بـــأن العامل إذ لم يكن له عمل فاســـتحقاقه يكون بلا عوض، فيكون وعداً لا يلزم الوفاء به، كما إذا قال: لك عليَّ أن أعطيك درهماً.

(٢) يعني: ما أبقاه العامل لنفسه.

(٣) وهو ظاهر محكي المبســـوط، قال: «إذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه فالمســـاقاة باطلة؛ لأن موضوع المساقاة على أن من رب المال المال ومن العامل العمل»[١]، ونحوه ما عن الوسيلة، وجامع الشرائع[٢].

---

(١) المبسوط ٣: ٢١١.

(٢) الوسيلة: ٢٧١/ الجامع للشرائع: ٢٩٩.

بعضا منه، وإلا ـ كما(١) في الحفظ ونحوه ـ ففي صحته قولان(٢) أقواهما الأول.

وكذا الكلام إذا كان إيقاع عقد المساقاة بعد بلوغ الثمر وعدم بقاء عمل إلا مثل الحفظ ونحوه، وإن كان الظاهر في هذه الصورة عدم الخلاف في بطلانه، كما مر.

وما ذكر في المبسوط من التعليل متين، وقد عرفت أن ذلك ظاهر صحيح يعقوب المتقدم في المتن، وصحيحه الآخر.

نعم، يمكن تصحيحه بعنوان غير المساقاة عملاً بالأدلة العامة، كما تقدم في نظيره ويأتي.

فإن كان مراد المبسوط ومن وافقه البطلان مطلقاً فضعيف، وإن كان المراد بطلانها مساقاة ففي محله.

(١) يعني وإن لم يكن العمل الذي أبقاه العامل لنفسه مما يوجب زيادة الثمرة.

(٢) قد تقدّم في المسألة الأولى ما عن المهذب البارع من القول بالصحة، وإن حكى الإجماع على البطلان من جماعة[١].

وتقدم من المصنف في الشرط الثامن، وفي المسألة الأولى ما ظاهره نفي الخلاف في البطلان[٢].

لكن كلام المهذب في الصورة الآتية لا في هذه الصورة، وحينئذٍ لم يتضح قول بالصحة في هذه الصورة إلا بالأولوية.

---

(١)، (٢) تقدّم في ص ٢٢١، ٢١٦.

(مسألة ١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال(١)، فإن لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل، وإن لم يمكن فله الفسخ. وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط.

وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأجرة العمل بالنسبة إلى حصته بمعنى أن يكون مخيراً بين الفسخ وبين المطالبة بالأجرة ؟ وجهان، بل قولان، أقواهما ذلك(٢).

---

(١) الأعمال اللازمة للعامل تكون.. تارة: من قوام المعاملة ـ أعني المساقاة ـ بأن تكون دخيلة في حصول الثمرة وزيادتها.

وأخرى: خارجة عن ذلك، مثل أن يشترط المالك على العامل أن يصلي ركعتين.

والذي يظهر من عبارة المتن أن كلامه في القسم الثاني، وسيأتي في المسألة السادسة والعشرين تحرير حكم القسم الأول[١].

(٢) كما هو ظاهر عبارة التحرير، قال في البحث الثاني من كتاب المساقاة: «إذا شرط المالك على العامل عملاً معيناً وجب على العامل القيام به، فإن أخل بشيء منه تخير المالك بين فسخ العقد وإلزامه بأجرة العمل»[٢]، ونحوه ما في جامع المقاصد، والمسالك[٣].

وأشكل عليه في الجواهر: بأن ذلك مبني على تمليك الشرط العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله، وهو ممنوع، فإن أقصاه إلزام من

---

(١) يأتي في ص ٢٧٦.

(٢) تحرير الأحكام ٣: ١٥٢.

(٣) جامع المقاصد ٧: ٣٥٩/ مسالك الأفهام ٥: ٥٠.

. . . . . .

عليه الشرط بالعمل وإجباره عليه والتسلط على الخيار لعدم الوفاء به، لا لكونه مالاً له[١]، انتهى.

ويشكل: بأن الشرط المذكور في كلامهم يراد به تعيين العمل اللازم على المالك صريحاً، فالعمل المشروط داخل في قوام المعاملة، فيكون مملوكاً للمالك بعقد المساقاة، لا أنه خارج عن المعاملة فيكون واجباً بالشرط، حتى يقع الكلام في كون الشرط موجباً لملك العمل حتى يترتب عليه ضمان العمل بالقيمة، أو غير موجب له حتى لا يكون العمل مضموناً بقيمته.

نعم، يشكل ما ذكروه بما عرفت ـ في المسألة السابعة من مبحث المزارعة وغيرها ـ من أن الأعمال الذمية لا تكون مضمونة على العامل إذا فاتت عمداً أو لعذر، ولذا ذكروا في كتاب الإجارة أنه إذا لم يأت الأجير بالعمل المستأجر عليه لم يستحق الأجرة، ولم يدع أحد أنه يستحق الأجرة ولكن المستأجر يستحق عليه قيمة العمل المستأجر عليه[٢]، فمن استؤجر على صوم يوم الجمعة فلم يصم لم يستحق الأجرة، لا أنه يستحقها وعليه قيمة صوم يوم الجمعة.

وكذلك كلامهم في خيار الاشتراط خالٍ عن التعرض لذلك، وظاهر أنه مع فوات الشرط يتخير من له الشرط بين فسخ العقد وإمضائه من دون استحقاق شيء.

ولذلك لم يتعرّض شيخنا الأعظم ﷺ في مبحث أحكام الشرط إلى استحقاق للمشروط له لقيمة العمل المشروط عند تخلف الشرط.

نعم، ذكر في المسألة السابعة من مسائل مبحث الشرط: أنه لو كان الشرط

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٦٩.

(٢) تقدّم نظيره في ج ١٩ ص ١٥٢.

ودعوى: أن الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله(١)، بل أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل وإجباره عليه، والتسلط على الخيار بعدم الوفاء به.

مدفوعة بالمنع من عدم إفادته التمليك، وكونه قيداً في المعاملة، لا جزءاً من العوض يقابل بالمال، لا ينافي إفادته لملكية من له الشرط إذا كان عملاً من الأعمال على من عليه.

عملاً من المشروط عليه يعد مالاً، ويقابل بالمال كخياطة الثوب، فتعذر، ففي استحقاق المشروط له لأجرته أو مجرد الخيار وجهان.

والظاهر أن مراده من الأجرة حصة من الثمن، بحيث يكون الشرط كجزء من أحد العوضين، كما يظهر ذلك من حكايته لكلام التذكرة، وإشكاله عليه: بأن الشروط خارجة عن موضوع المعاوضة، وليست ملحوظة كالجزء من أحد العوضين، فلاحظ كلامه[1].

وبالجملة: المرتكزات العرفية تأبى القول بهذا الضمان، وإن كان العمل مملوكاً بالشرط، فلا مجال للبناء عليه.

(١) تقدمت هذه الدعوى من الجواهر[2]، ووافقه عليها المصنف رحمه الله في حاشيته على خيار المجلس من مكاسب شيخنا الأعظم قدس سره في مسألة ما إذا اشترط أحد المتعاقدين عدم الفسخ، فقد ذكر أن التحقيق أن الشرط لا يثبت أزيد من الحكم التكليفي، بل التزم في النذر ذلك أيضاً، ردّ في ذلك على ما ذكره شيخنا الأعظم قدس سره فيما لو اشترط عدم الفسخ من أنه يحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ، لأن

(١) كتاب المكاسب المكاسب ٦: ٧٤، المسألة الرابعة/ تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٥٦.

(٢) في ص ٢٣٧.

. . . . . .

وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه وعدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصدق به، على ما ذهب إليه غير واحد، فمخالفة الشرط ـ وهو الفسخ ـ غير نافذة في حقه، ثم قال: «ويحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار...»[1].

وعبارة شيخنا ليست صريحة في حصول الملك، بل ولا ظاهرة، لكنها صريحة في أن الشرط مانع من سلطنة المشروط عليه على تركه من أجل أن وجوب الوفاء بالشرط موجب ذلك.

هذا ولكن المفهوم عرفاً من شرط الفعل هو الملكية، فإن عبارة الشرط وإن كانت مختلفة..

فتارة: يكون المشروط له هو المنشئ للشرط، فيقول: واشترط عليك أن لا تفسخ، أو: عليك أن لا تفسخ، أو: ولي عليك أن لا تفسخ، أو نحو ذلك.

وأخرى: يكون المشروط عليه هو المنشئ للشرط، فيقول: واشترط أن لا أفسخ، أو عليَّ أن لا أفسخ، أو لك عليَّ أن لا أفسخ، أو نحو ذلك.

ومرجع الجميع إلى معنى واحد مهما اختلفت العبارات، فإذا كان ظاهر قول المشروط له: ولي عليك أن لا تفسخ هو التمليك؛ لأن الظاهر من اللام أنها لام الملك، كما إذا قال لي على زيد درهم، فإنه دعوى الملكية، أو قال: لزيد عليَّ درهم، فإنه اعتراف بالملكية، فاللام في قول المشروط له: لي عليك أن لا تفسخ، كذلك، وكذا اللام في قول المشروط عليه: لك عليَّ أن لا أفسخ.

ودعوى: أن اللام في قول المشروط عليه: لك عليَّ أن لا أفسخ متعلقة

(١) حاشية المكاسب ٢: ١١/ كتاب المكاسب ٥: ٥٦.

.....

بقوله: التزمت ـ يعني التزمت لك أن لا أفسخ ـ فتكون اللام لام الصلة، لا لام الملك، ويكون الظرف لغواً لا مستقراً.

مدفوعة: بأن هذا الاحتمال لا يجيء في قول المشروط له: ولي عليك أن لا تفسخ، إذ لا معنى لقوله: التزمت لي عليك أن لا تفسخ، فإذا لم يصح تقدير الالتزام فيه، وجعل الظرف لغواً، لم يصح ذلك في قول المشروط عليه: ولك على أن لا أفسخ؛ لما عرفت أن مفهوم جميع الجمل واحد مهما اختلفت العبارات.

وعلى هذا، فإذا كان عدم الفسخ مملوكاً للمشروط له، كان تحت سلطان مالكه، وخرج عن سلطان المشروط عليه، فيكون الفسخ كذلك؛ لأن نسبة القدرة إلى الوجود والعدم نسبة واحدة، فإذا لم يكن المشروط عليه قادراً على الفسخ لم يصح فسخه، وإلا كان خلفاً.

ولو فرض عدم ظهور اللام في لام الملك، أمكن إثبات الملكية بإثبات لوازمها، مثل جواز المطالبة به، وجواز الإجبار عليه، وجواز السكوت عنه، وجواز إسقاطه، فإن الأمور المذكورة لا تتناسب مع التكليف البحت.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما حكاه في المتن من الجمع بين دعوى نفي الملكية وجواز الإجبار.

هذا كله في الشرط، أما النذر فالحكم فيه أظهر، لوجود اللام صريحاً في صيغة النذر: (لله علي أن أفعل كذا، أو لا أفعل كذا)، وهي ظاهرة في الملكية، فيكون مفاد النذر تمليك الله سبحانه الفعل على الناذر.

واحتمال أن يكون الظرف لغواً واللام متعلقة بقوله: التزمت لله تعالى، خلاف الأصل في الظرف، فإذا قال القائل: زيد في الدار، ودار الأمر بين أن

و المسألة سيالة في ساير العقود، فلو شرط في عقد البيع على المشتري ـ مثلاً ـ خياطة ثوب في وقت معين وفات الوقت فللبايع الفسخ أو المطالبة بأجرة الخياطة(١) وهكذا.

(مسألة ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح(٢)، أما لو شرط أن يكون تمام العمل على غلام المالك فهو

يكون الظرف لغواً والتقدير: زيد نائم في الدار، أو آكل في الدار، أو نحو ذلك، وبين أن يكون الظرف مستقراً، والتقدير: زيد كائن في الدار، فالأصل يقتضي الثاني، ولا مجال للبناء على الأول إلا بقرينة خاصة.

وعلى هذا إذا نذر الإنسان أن يبيع، أو لا يتزوج، فباع أو تزوج كان البيع والتزويج باطلين؛ لعدم قدرته على ذلك، على نحو ما ذكر في الشرط، فلاحظ.

(١) قد عرفت إشكاله.

(٢) بلا خلاف ظاهر، وعن التذكرة وغيرها ما ظاهره الإجماع عليه[١]، ولم يحك عن أحد خلاف فيه.

نعم، نسب إلى الشافعي وأحمد في إحدى الروايتين، معللين: بأنه بمنزلة اشتراط عمل المالك، وهو منافٍ لمقتضى مفهوم المساقاة[٢].

لكن في المسالك ـ تبعاً للتذكرة ـ قال: «والفرق بين الغلام وسيده ظاهر، فإن عمل العبد يجوز أن يكون تابعاً لعمل العامل، ولا يجوز أن يكون عمل المالك تابعاً لعمله؛ لأنه هو الأصل، ويجوز في التابع ما لا يجوز في المنفرد.

مع أنا نمنع حكم الأصل، فإنا قد جوزنا أن يشترط على المالك أكثر

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٥٩/ مسالك الأفهام ٥: ٥٠.

(٢) انظر: تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٦٠.

.....

العمل»[١].

وقد يشكل ما ذكره:

أولاً: مـــن جهة عدم ظهور الفرق بين عمـــل العبد وعمل المولى في قبول التبعية والأصالة، والفرق بينهما غير ظاهر.

ثانياً: بأنه لو ســـلم الفرق المذكور فهو لا يقتضي الفرق في الحكم، إذ كل منهما ـ وإن كان على وجه التبعية ـ خلاف وضع المســـاقاة المســـتفادة من الأدلة المتقدمة، فإنها متفقة على أن قوامها كون العمل على العامل، فمشروعية مشاركة العامل وغلام المالك محتاجة إلى دليل آخر، وهو عموم الصحة.

لكنه حينئذٍ لا يقتضي كون المعاملة من المساقاة.

ومن ذلك يظهر الإشـــكال **ثالثاً**: فيما ذكره من أنه يجوز أن يشـــترط على المالك أكثر العمل، فإنه وإن ذكره في الشرائع وغيرها[٢]، بل هو المشهور، لكنه غير ظاهر الأدلة، فلا يصح مســـاقاة، ولذا حكي عن المبسوط المنع، مستدلاً له بما ذكرناه، كما عرفت في المســـألة العاشرة، وعرفت أن الاستدلال على الصحة بالعموم لا يثبت المساقاة[٣].

والاســـتدلال بعموم صحة الشروط يختص بـــما إذا لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد.

ومن ذلك يظهر أنه لا مانع من القول بصحة العقد والشرط إذا اشـــترط

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٥٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٤/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٥٨.

(٣) تقدّم في ص ٢٣٥.

كما لو شرط أن يكون تمام العمل على المالك، وقد مر عدم الخلاف في بطلانه(١)، لمنافاته لمقتضى وضع المساقاة.

ولو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاص بالعامل فلا ينبغي الإشكال في صحته، وإن كان ربما يقال بالبطلان(٢)، بدعوى أن عمل الغلام في قبال عمل العامل، فكأنه صار مساقياً بلا عمل منه، ولا يخفى ما فيها(٣).

العامل أن يعمل معه المالك أو غلامه، لكنه ليس من المساقاة، ولا تترتب عليه أحكامها، كما عرفت.

(١) مرَّ ذلك في المسألة العاشرة[١].

(٢) قال في الشرائع: «أما لو اشترط أن يعمل الغلام لخاص العامل، لم يجز، وفيه تردد، والجواز أشبه»[٢].

قال في المسالك: «وجه التردد أنه اشترط عملاً في مقابل عمله، فصار في قوة اشتراط جميع العمل على المالك... ثم قال: وفساده ظاهر، والمعروف أن المانع من ذلك الشافعي، لكن المصنف والعلامة ذكرا المسألة على وجه يشعر بالخلاف عندنا»[٣].

لكن يظهر المنع أيضاً من عبارة المبسوط، فلاحظها[٤].

(٣) سبق ذلك في المسالك[٥].

---

(١) في ص ٢٣٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٤.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٥١/ تحرير الأحكام ٣: ١٥٤/ قواعد الأحكام ٢: ٣١٩.

(٤) تقدّمت في ص ٢٣٥.

(٥) تقدّم في ص ٢٤٢.

ولـــو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المســـاقاة ـ بـــأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هـــو العامل ـ ففي صحته وجهـــان لا يبعد الأول(١)، لأن الغلام حينئـــذٍ كأنه نايب عنه في العمل بإذن المالك، وإن كان لا يخلو عن إشكال(٢)، مع ذلك.

ولازم القول بالصحة الصحة في صورة اشـــتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل(٣).

(مسألة ١٣): لا يشـــترط أن يكون العامل في المساقاة مباشراً للعمل بنفسه، فيجوز له أن يســـتأجر في بعض أعمالها أو في تمامها ويكون عليه الأجرة، ويجوز أن يشـــترط كون أجرة بعض الأعمال

ووجهـــه: أن الموجب للبطلان فيما لو شرط جميـــع العمل على المالك أنه مخالف لوضع المساقاة، وهذا لا يجيء هنا فلا وجه للمقايسة بينهما.

(١) لأنه لا يعتبر في عمل العامل في المساقاة أن يكون على نحو المباشرة، بل يكفي أن يكون على وجه يكون العمل له، كما ســـيأتي، فإذا كان غلام المالك يعمل للعامل ونائباً عنه في العمل كان بمنزلة الأجير له.

(٢) لأن اســـتحقاقه للحصة لم يكن معوض، فـــلا تكون معاوضة، بل تكون وعداً بأداء الحصة مجاناً.

ويندفع: بأن الحصة كانت في مقابل العمل. نعم، لم يكن العمل مباشرة، وهو غير قادح.

(٣) لا محذور فيه، لما سبق.

على المالك، والقول بالمنع(١) لا وجه له(٢).

وكذا يجوز أن يشترط كون الأجرة عليهما معاً(٣) في ذمتهما، أو الأداء من الثمر.

وأمـــا لو شرط على المالك أن يكون أجرة تمام الأعمال عليه أو في الثمر(٤) ففي صحته وجهان:

---

(١) حكي هذا القول عن الشيخ رحمه الله[١]؛ لمنافاته موضوع المساقاة الذي هو ليس إلا دفع الأصول من المالك.

(٢) وفي الجواهر: «فيه منع واضح، ضرورة عدم ما يدل على اعتبار ذلك حتى بالشرط ونحوه»[٢].

لكـــن الضرورة التي ادعاها خفية جداً، إذ الأدلة الواردة في المســـاقاة لا إطلاق لها يشـــمل المقام، فكيف يتمسك بها على صحته؟! بل ظاهر تلك الأدلة في غير ما نحن فيه.

نعم، لا بأس بالتمسك على الصحة في المقام بعموم صحة العقود، ولكنه لا يثبت المساقاة.

هذا إذا كانت الأجرة على المالك في مقابل العمل له، وأما إذا كانت نحواً آخر ـ يأتي بيانه في الفرض الآتي ـ فلا مانع من صحة المساقاة، كما سيأتي.

(٣) لما سبق من الأدلة العامة.

(٤) يتصوّر هذا على وجوه:

---

(١) المبسوط ٣: ٢١٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٧٠.

أحدهما: الجواز، لأن التصدي لاستعمال الأجراء نوع من العمل(١)، وقد تدعو الحاجة إلى من يباشر ذلك لمعرفته بالآحاد من الناس وأمانتهم وعدمها، والمالك ليس له معرفة بذلك.

الأول: أن تكون الأجرة في ذمة العامل، ويشترط على المالك وفائها من ماله، والظاهر صحة ذلك مساقاة، لأن العمل من العامل والأجرة في ذمته، وهو كافٍ في صدق مفهوم المساقاة.

الثاني: أن تكون الأجرة على المالك وفي ذمته، لكن المستأجر عليه العمل للعامل.

والظاهر أيضاً صحة ذلك مساقاة، نظير ما سبق في آخر المسألة السابقة.

الثالث: أن تكون الأجرة على المالك والمستأجر عليه العمل له.

ولا ينبغي التأمل في عدم صحة ذلك من باب المساقاة؛ لأنه خارج عن مفهومها.

نعم، يمكن أن يصح بعنوان آخر، فيكون عقداً من العقود الصحيحة، عملاً بعموم صحة العقود.

وما في الجواهر من اختصاصه بالمتعارف فلا يشمل غيرها غير ظاهر ـ كما عرفت ـ وإن تكرر منه قدس سره ذلك[1].

مع أنه متعارف في زماننا، ويسمى هذا العامل في عرف أهل العراق (سركال) ـ مصحف (سركار) فارسي ـ وهو الذي يتولى إدارة الفلاحين لا غير.

(١) هذا لا يثبت كون العقد حينئذٍ مساقاة، وإنما يثبت كونه عقلائياً،

---

(١) تقدّم في ص ٢٥، ١٠١.

والثاني: المنع(١)، لأنه خلاف وضع المساقاة. والأقوى الأول.

هذا ولو شرطا كون الأجرة حصة مشاعة من الثمر بطل؛ للجهل بمقدار مال الإجارة، فهي باطلة(٢).

(مسألة ١٤): إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد(٣) وكان جميعه للمالك، وحينئذٍ فإن شرطا انفراد العامل به استحق

لا سفهياً.

(١) كما استوضحه في الجواهر، لما ذكر من التعليل[١].

لكن هذا التعليل يقتضي عدم صحته مساقاة، ولا يمنع من صحته عقدا آخر، كما عرفت.

(٢) يعني: فيبطل الشرط؛ لأنه شرط مخالف للكتاب.

لكن الإشكال أن لم يقم دليل على مانعية الجهل بالأجرة مطلقاً، كما يظهر من ملاحظة مبحث الإجارة، فإذا جاز بيع الثمار جاز جعلها أجرة[٢].

ولا سيما بملاحظة ما ورد من تقبيل الأرض بحصة من حاصلها، وأجرة الأرض بذلك[٣].

(٣) أما بطلان العقد بعنوان المساقاة فظاهر، إذ لا دليل على صحته حينئذٍ بالخصوص، والنصوص الواردة في مشروعية المساقاة لا تشمله.

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٧٠.

(٢) تقدّم في ج ١٩ ص ١٢.

(٣) تقدّمت الإشارة إلى بعض نصوصها في ص ٧٩.

أجرة المثل لعمله(١) وإن شرطا انفراد المالك به لم يستحق العامل شيئاً(٢)، لأنه حينئذٍ متبرع بعمله.

وأما بطلان العقد حتى بعنوان آخر غير المساقاة فغير ظاهر إذا كان المشروط انفراد العامل، لإمكان أن يكون غرض المالك يحصل بسقاية الأصول لئلا تتيبس فتتلف، فيجعل في مقابل ذلك تمام الثمر، فيشمله عموم الصحة، ويكون نظير الجعالة، ولا موجب للبطلان كلية.

وأما إذا كان المشروط انفراد المالك فالبطلان حينئذٍ ظاهر إذ يكون عمل العامل بلا عوض، فلا يكون عقداً بل يكون إيقاعاً ووعداً.

(١) للاستيفاء الموجب لضمان المستوفي، فإنه من أسباب الضمان عرفا فيكون موجباً له شرعاً لعدم الردع.

نعم، إذا كان العامل متبرعاً بعمله لا يكون عمله مضموناً ضرورة.

(٢) كذا في المسالك[١]، وتبعه عليه الكاشاني والسيد في الرياض ـ على ما حكي ـ معللين له بما في المتن[٢].

وتنظر فيه في الجواهر: بأن «الرضا بالعقد المتضمّن لعدم الأجرة ليس رضا بالعمل بلا أجرة، فإن الحيثية ملاحظة، بمعنى كون المتشخص منه في الخارج الرضا بالعقد الذي لا يترتب عليه ذلك.

والعمل الصادر منه إنما هو من حيث أنه مقتضى العقد الفاسد، لا أنه رضا منه بالعمل في حد ذاته وفي نفسه بلا عوض»[٣].

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٥٦.

(٢) مفاتيح الشرائع ٣: ١٠٠/ رياض المسائل ٩: ٤٠٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٧٧.

. . . . . .

وهو كما ترى، فإنه خلاف قاعدة: (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده).

اللهم إلا أن يقال: بأن دليلها الإجماع، ولا إجماع في المقام.

فالعمدة في الإشكال: أن ما ذكره قدس سره يختص بما إذا كان مفاد العقد عنواناً إنشائياً يكون التبرع مبنياً عليه، فإذا فات فات التبرع، أما إذا كان مفاد العقد هو التبرع بالعمل، وقد أقدم عليه العامل فلا موجب للاستحقاق مع التبرع.

ومثله ما لو قال: آجرتك بلا أجرة، إذا كان معناه أدعوك إلى العمل بلا أجرة، فإذا عمل لم يستحق الأجرة لكونه متبرعاً، بخلاف ما لو كان معناه: آجرتك حقيقة بلا أجرة، فإن التبرع فيه مبني على تحقق الإجارة، وهي منتفية.

وكذا يتم في مثل قوله: تزوجتك بلا مهر، فإنه إذا تبين بطلان العقد استحقت المهر بالوطء؛ لأن التبرع كان مبنياً على وقوع التزويج، فإذا تبين عدمه فلا إقدام على التبرع.

وما نحن فيه قد عرفت أنه طلب من المالك ووعد من العامل، والوعد لا يجب الوفاء به، ولا يكون فاعله مستحقاً للأجرة بعد أن كان قد وعد بالتبرع.

نعم، إذا كانا قد قصدا تمليك المالك العمل على العامل مجاناً، تمّ ما ذكره في الجواهر؛ لفوات التمليك الإنشائي، لكن المفهوم من العقد المذكور الأول، أعني الوعد بدون تمليك.

وسيأتي في المسألة الثالثة والعشرين ما له نفع في المقام[1].

ومن ذلك يظهر أن ما ذكر في الشرائع، والقواعد وغيرهما من أنه إذا تبين

---

(١) في ص ٢٧٠.

(مسألة ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع ـ كالنخل والكرم والرمان ونحوها من أنواع الفواكه ـ فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كل واحد(١) فيجوز المساقاة عليها بالنصف أو الثلث أو نحوها وإن لم يعلم عدد كل نوع، إلا إذا كان الجهل بها موجباً للغرر.

(مسألة ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر(٢) كأن يجعل النخل بالنصف والكرم بالثلث

بطلان المساقاة كانت الثمرة للمالك، وللعامل أجرة المثل[١]، ليس على إطلاقه ـ وإن نسبه في المسالك إلى الأكثر[٢] ـ بل يختص بغير الصورة المذكورة.

(١) كما هو ظاهر الأصحاب، وفي التذكرة: «إذا اشتمل البستان على أشجار مختلفة ـ كالزيتون، والرمان، والتين، والكرم ـ فساقاه المالك على أن للعامل سهماً واحداً في الجميع ـ كنصف الثمرة أو ثلثها أو غير ذلك ـ صح إجماعاً، سواء علما قدر كل واحد أو جهلاه، أو علم أحدهما دون الآخر، وسواء تساوت أو تفاوتت»[٣].

ووجهه إطلاق الأدلة مع عدم الدليل على قدح مثل هذه الجهالة، لاختصاص المنع من الغرر في البيع كما عرفت.

ومن ذلك تعرف الإشكال في قول المصنف رحمه الله: «إلا إذا كان الجهل...».

(٢) كما في الشرائع والقواعد وغيرهما من كتب الأصحاب[٤]، بل في

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٦/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢/ المقنعة: ٦٣٧/ النهاية: ٤٤٢/ المهذب ٢: ١٥/ الجامع للشرائع: ٢٩٩/ تحرير الأحكام ٣: ١٦٠.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٥٧.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٤٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٢٥/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢١/ الخلاف ٣: ٤٧٧/ المبسوط ٣: ٢١٣/ ←

والرمان بالربع مثلاً وهكذا.

واشترط بعضهم(١) في هذه الصورة العلم بمقدار كل نوع، ولكن الفرق بين هذه وصورة اتحاد الحصة في الجميع غير واضح(٢).

الجواهر: «بلا خلاف ولا إشكال»[١].

ودليله غير ظاهر، إذ النصوص الواردة في الباب لا تشمله، والرجوع إلى عمومات صحة العقود لا يثبت المساقاة، كما عرفت غير مرة.

اللهم إلا أن يستفاد من الأدلة الخاصة بالغاء الخصوصية.

(١) ظاهر المحكي من كلماتهم أن الشرط بينهم اتفاقي وإن كل من ذكر المسألة ذكر فيها الشرط، وفي مفتاح الكرامة: «في الخلاف لم يشترط علمه بكل منهما، لكنه مراد له»[٢].

(٢) لا إشكال في وجود الفرق بين الصورتين، لأنه إذا لم يفرد كل صنف بحصة فحصته معلومة النسبة إلى جميع الثمرة، أما إذا أفرد كل صنف بحصة فإنه لا يعلم نسبة حصته إلى جميع الثمرة، فيحتمل زيادة النسبة لزيادة الصنف، وقلة النسبة لقلة الصنف.

ولذا قال في المسالك: «فإن المشروط فيه أقل الجزئين قد يكون أكثر الجنسين، فيحصل الغرر»[٣].

← إرشاد الأذهان ١: ٤٢٩/ تحرير الأحكام ٣: ١٥٥/ اللمعة الدمشقية: ١٥٣/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٢٩/ كفاية الأحكام ١: ٦٤٣.

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٧٢.

(٢) مفتاح الكرامة ٢٠: ٢٤٥.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٥٤.

والأقوى الصحة مع عدم الغرر(١) في الموضعين، والبطلان معه فيهما.

(مسألة ١٧): لو ساقاه بالنصف ـ مثلاً ـ إن سقى بالناضح وبالثلث إن سقى بالسيح، ففي صحته قولان(٢) أقواهما

نعم، الفرق المذكور لا يصح فارقاً، إذ الغرر موجود في المسألتين، غاية الأمر أن الغرر في صورة الإفراد من جهتين، وفي صورة عدمه من جهة واحدة، فإن نصف الثمرة الذي لا يعلم أن ربعه تمر وثلاثة أرباعه رمان، أو ربعه رمان وثلاثة أرباعه تمر ـ أيضاً ـ مجهول وغرري، فإذا كان دليل الغرر مرجعاً في المقام لزم العمل بقدر كل صنف حتى مع عدم الإفراد، وإذا لم يكن مرجعاً لم يقدح الجهل بالنسبة حتى في صورة الإفراد.

(١) قد عرفت أن الغرر حاصل في الصورتين، لكن لا دليل على قدحه، بل الدليل ـ في الجملة ـ على عدم قدحه، وحينئذٍ لا وجه للبطلان مع الغرر.

(٢) قال في الشرائع: «ولو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح، وبالثلث إن سقى بالسائح، بطلت المساقاة؛ لأن الحصة لم تتعين، وفيه تردد»[١].

وفي القواعد والمسالك: جزم بالبطلان، وحكي عن التذكرة والتحرير، واختاره في الجواهر، وحكي عن المبسوط[٢].

و[عن] الكفاية، والرياض: أنه الأشهر[٣].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٥.

(٢) قواعد الأحكام / مسالك الأفهام ٥: ٥٤/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٤٩/ تحرير الأحكام ٣: ١٥٢/ جواهر الكلام ٢٧: ٧٤/ المبسوط ٣: ٢١٧.

(٣) كفاية الأحكام ١: ٦٤٤/ رياض المسائل ٩: ٤٠٣، وما بين المعقوفين مطموس في الأصل.

الصحـــة، لعدم إضرار مثل هذه الجهالة، لعـــدم إيجابها الغرر(١) مـــع أن بناءها على تحملـــه، خصوصاً على القـــول بصحة مثله في

وظاهر ذلك وصريح المصنف وجود قول بالصحة، وفي مفتاح الكرامة عدم القائل بالصحة هنا، والمحقق إنما تردد[1]، يعني: لم يقل بالصحة.

(١) يعني: الخطر المـــالي، إذ لا خطر في المال في المقام، باعتبار أن الأجرة معينة بالإضافة إلى كل تقدير.

لكن هذا المعنى من الغرر أيضاً لا دليل على مانعيته، فكان الأولى التعليل بذلك.

هذا ولكن التفصيل في مانعية الجهالـــة بين ما توجب الخطر المالي وما لا توجبه لا مأخذ له، فإن بناء الأصحاب على مانعية الجهالة مطلقاً في المعاوضات من البيع ونحوه، ولذلـــك بنى المصنف على بطلان الإجارة في المثال الآتي، مع أنه لا خطر مالي فيه.

وعلى هذا فإن كان دليل مانعية الجهالة شـــاملاً لمـــا نحن فيه كان اللازم القـــول بالبطلان ـ كما هو المشـــهور ـ، وإن لم يكن الدليل شـــاملاً لما نحن فيه، فاللازم القول بالصحة، وإن كان الجهل موجباً للخطر، وهذا هو المتعين.

ثم إن الظاهر أن مقتضى المعاملة على النحو المذكور كون المالك للأصول يملك على العامل الجامع بين الأمرين، في مقابل الحصة الجامعة بين الحصتين، وتكـــون الزيادة في الحصة عوضـــاً عن الخصوصية الكذائيـــة في العمل، لا أن المملوك كل واحد من العملين على الترديد، إذ المردد لا يقبل الملكية، وليس له مطابق في الخارج، إذ كل ما في الخارج متعين.

(١) مفتاح الكرامة ٢٠: ٢٤٣.

الإجارة(١)، كما إذا قال: إن خطت روميا فبدرهمين وإن خطت فارسياً فبدرهم.

(مسألة ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضة أو غيرهما مضافاً إلى الحصة من الفائدة(٢)، والمشهور كراهة اشتراط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضة(٣)، ومستندهم في الكراهة غير واضح(٤).

كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهة بهذه الصورة أو جريانها

---

(١) فإن المساقاة لا تزيد على الإجارة في مانعية الغرر.

(٢) بلا خلاف في ذلك ولا إشكال ظاهر؛ لعموم أدلة صحة الشرط، فيجب العمل به، كما صرحوا بذلك.

وفي المسالك: إن العامة أطبقوا على منعه وأبطلوا به المساقاة[١]، انتهى.

وهو خلاف إطلاق أدلة الصحة الخاصة والعامة منها.

(٣) كما هو المصرح به في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[٢].

وفي المسالك: «وأما كراهيته فهو المشهور بين الأصحاب، ولا نعلم بينهم خلافاً في ذلك»[٣].

(٤) كما اعترف به غير واحد[٤]، وفي مفتاح الكرامة: «لا دليل لهم على الكراهة إلا الإجماع»[٥].

---

(١)، (٣) مسالك الأفهام ٥: ٥٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٥/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٠/ وانظر: مفتاح الكرامة ٢٠: ٢٤٧.

(٤) رياض المسائل ٩: ٤٠٦/ جواهر الكلام ٢٧: ٧٤.

(٥) مفتاح الكرامة ٢: ٢٤٧.

بالعكس أيضاً(١)، وكذا اختصاصها بالذهب والفضة أو جريانها في مطلق الضميمة، والأمر سهل.

(مسألة ١٩): في صورة اشتراط شيء من الذهب والفضة أو غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منهما شيء أو لا؟ وجهان(٢)، أقواهما العدم(٣)، فليس قرارهما مشروطاً بالسلامة.

---

(١) مقتضى اقتصارهم على اشتراط المالك على العامل وعلى الذهب والفضة هو الاختصاص بذلك، إذ لا دليل على الكراهة في غيرهما.

(٢) مبنيان ـ كما في جامع المقاصد والمسالك ـ على أن المساقاة على الثمرة مبنية على التبعيض، لأن مقابلة العمل بالثمرة ينحل إلى مقابلات متعددة بتعدد الأجزاء، فإذا تلف بعض الثمر فقد بطلت المساقاة بالنسبة إليه، فيبطل بعض الشرط، لأنه بمنزلة أحد العوضين[١].

(٣) كما في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما[٢].

أولاً: بأن التلف لا يوجب بطلان المعاوضة، لأنه من كيس العامل أيضاً، ولا يختص بالمالك.

وثانياً: بأن المقابل به العمل جنس الثمرة لا أجزاؤها.

وثالثاً: بأنه لا دليل على تبعية الشرط لأحد العوضين في التقسيط، إذ الشرط ليس من أحد العوضين، وإنما هو خارج عن المعاوضة، فإذا بطلت في بعضها لم يكن وجه لسقوط الشرط أو تبعضه؛ لأنه خلاف عموم صحة الشروط.

---

(١)، (٢) جامع المقاصد ٧: ٣٧٠/ مسالك الأفهام ٥: ٥٥/ الروضة البهية ٤: ٣١٥/ مفتاح الكرامة ٢: ٢٤٩/ جواهر الكلام ٢٧: ٧٤.

نعم، لو تلفت الثمرة بجميعها أو لم تخرج أصلاً ففي سقوط الضميمة(١) وعدمه أقوال، ثالثها الفرق بين ما إذا كانت للمالك

هذا مضافاً إلى ما يأتي من المصنف رحمه الله هنا من منع كون الثمرة عوضاً، وإنما العوض شيء أخر، وإن كان ذلك مشكل، كما سيأتي.

هذا وفي القواعد: «وفي تلف البعض أو قصور الخروج إشكال»[١]، ولكنه ضعيف.

(١) قال في الشرائع: «ويكره أن يشترط رب المال على العامل شيئاً من ذهب أو فضة، لكن يجب الوفاء بالشرط، ولو تلفت الثمرة لم يلزم»[٢]، ونحوه كلام غيره[٣].

وعلله في المسالك: بأنه لولاه لكان أكلاً للمال بالباطل، فإن العامل قد عمل ولم يحصل له عوض، فلا أقل من خروجه رأسا برأس[٤]، انتهى.

ونحوه ما في غيرها[٥].

وقد عرفت في الفرض الأول أن مبنى المساقاة على المعاوضة، فإذا تلفت الثمرة بطلت المساقاة من رأس فيبطل الشرط فيها.

هذا ولم أقف على قائل بعدم السقوط، وفي مفتاح الكرامة: دعوى ظهور الإجماع على السقوط[٦].

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨: ٥٠٧.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ٥٥.

(٥) جامع المقاصد ٧: ٣٧٠/ الروضة البهية ٤: ٣١٥.

(٦) مفتاح الكرامة ٢٠: ٢٤٩.

على العامل فتسقط(١)، وبين العكس فلا تسقط(٢)، رابعها الفرق بين صورة عدم الخروج أصلا فتسقط وصورة التلف فلا(٣).

والأقوى عدم السقوط مطلقاً(٤)، لكونه شرطاً في عقد لازم، فيجب الوفاء به.

ودعوى: أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحة المعاملة من الأول(٥)؛ لعدم ما يكون مقابلاً للعمل، أما في صورة

---

(١) لما سبق.

(٢) قال في المسالك: «نعم، لو كان الشرط للعامل على رب الأرض اتجه عدم سقوطه؛ لأن الغرض من قبل العامل قد حصل، والشرط قد وجب بالعقد، فلا وجه لسقوطه. وربما قيل بمساواته للأول، وهو ضعيف»[١].

ويشكل: بأن التلف إذا كان يبطل المساقاة فقد بطل الشرط فيها، سواء كان للعامل أم للمالك، فلا مجال للتفصيل.

(٣) لما عرفت من الإشكال في بطلان المساقاة بتلف الثمرة، لأنها بوجودها قد حصل العوض، فإذا تلفت فقد تلفت من كيسه وكيس المالك معاً، فلا موجب للبطلان لوجود العوضين، بخلاف صورة عدم الخروج، إذ معه تكون المعاوضة من أصلها بلا عوض، فتبطل، كما يأتي في كلام المصنف.

(٤) قد عرفت أنه لم يعرف قائل به.

(٥) هذه الدعوى ادعاها في جامع المقاصد وغيره[٢].

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٥٥.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٣٧٠/ الروضة البهية ٤: ٣١٥.

كون الضميمة للمالك فواضح، وأما مع كونها للعامل فلأن الفائدة ركن في المساقاة، فمع عدمها لا يكون شيء في مقابل العمل، والضميمة المشروطة لا تكفي في العوضية(١) فتكون المعاملة باطلة من الأول، ومعه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط.

مدفوعة ـ مضافاً إلى عدم تماميته بالنسبة إلى صورة التلف، لحصول العوض بظهور الثمرة(٢) وملكيتها وإن تلف بعد ذلك ـ: بأنا نمنع كون المساقاة معاوضة بين حصة من الفائدة والعمل، بل حقيقتها تسليط من المالك للعامل على الأصول(٣) للاستنماء

(١) لخروجها عن قوام المعاوضة ولذلك لا تبطل المعاوضة بترك الشرط.

(٢) احتمل في الجواهر أن يكون موضوع المعاوضة الظهور مع الإدراك، لعدم النفع بالثمرة بدون إدراك[١].

لكن عدم النفع لا يلازم كون الإدراك مقوماً للمعاوضة، فإنه خلاف المرتكزات العرفية.

(٣) هذا خلاف ظاهر ما في صحيح شعيب: «اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج»[٢]، فإنه كالصريح في أن المقابلة كانت بين السقي والإعمار وبين الحصة، وكذلك ظاهر روايات خيبر.

وعلى ذلك جرى الفقهاء (رضوان الله عليهم) ـ ومنهم المصنف ﷺ ـ في تعريف المساقاة: بأنها معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها، وهو الموافق للمرتكزات العرفية.

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٦٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٤٤، ب ٩ ـ كتاب المزارعة والمساقاة ـ حديث: ٢.

له(١) وللمالك، ويكفيه احتمال الثمر وكونها في معرض ذلك.

ولذا لا يستحق العامل أجرة عمله إذا لم يخرج أو خرج

وأما التسليط فهو لازم المفهوم المذكور؛ لأن العمل لا يمكن وقوعه بدون تسليط المالك وتمكينه العامل، فطلب العمل من العامل يدل بالالتزام على بذل الأصل للعمل والتمكين منها، لا أنه عين مفهوم المساقاة التي هي كالمزارعة مفهوماً وإن اختلفا موضوعاً.

وقد عرفت سابقاً أنها تفترق عن إجارة الأعيان، في أن إجارة الأعيان لا يملك المؤجر على المستأجر استيفاء المنفعة، وفيها يملك المالك على العامل العمل، وتفترق عن إجارة الأجير: بأن إجارة الأجير لا يملك الأجير على المستأجر بذل العين للعمل، وفيها يملك العامل على المالك بذل العين، فكأنها إجارة للعين وإجارة للأجير معاً[1].

كما تفترق عنهما: بأن الأجرة في الإجارة ثابتة على كل حال، والأجرة هنا ـ وهي الحصة ـ غير ثابتة على كل حال، لجواز عدم خروج الثمرة، فالأجرة رجائية لا جزمية، كالثمن في بيع الثمرة بدون ضميمة، فإن المعاوضة فيه رجائية لا جزمية.

ثم إن المصنف رحمه الله لم يصرح بأن المساقاة معاوضة، بل ظاهر عبارته أنها إيقاع وتسليط، ولكنه غير مراد، وإلا كان الإشكال عليه ظاهر، لأن الشرط في الإيقاع لا يصح.

(١) فيكون النماء غاية للمعاوضة، وتخلف الغاية لا يقدح في بقاء المعاوضة.

---

(١) تقدّم في ص ٦٥.

وتلف بآفة سماوية أو أرضية في غير صورة ضم الضميمة، بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول(١)، واحترام عمل المسلم.

فهي نظير المضاربة، حيث أنها أيضاً تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له وللعامل، وكونها جايزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق.

كما أن ما ذكره في الجواهر(٢) من الفرق بينهما: بأن في المساقاة يقصد المعاوضة بخلاف المضاربة التي يراد منها الحصة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل، وأما المساقاة فيعتبر فيها الطمأنينة بحصول الثمرة، ولا يكفي احتمال مجرد دعوى لا بينة لها(٣).

---

(١) متعلق بقوله: «يستحق»، يعني: أن استحقاق العامل أجرة عمله بدعوى الكشف عن البطلان الموجب للاستحقاق بقاعدة الاحترام، منفي وغير ثابت.

(٢) قال في الجواهر: «ضرورة قصد المعاوضة في المساقاة بخلافه في المضاربة، التي يراد منها الحصة من الربح، الذي قد يحصل وقد لا يحصل، بخلاف المقام المعتبر فيه الطمأنينة بحصول الثمرة، وقد لا يكفي الاحتمال عندهم»[1].

(٣) بل عدم تعرضهم في شرائط المساقاة لاعتبار الطمأنينة بحصول الثمرة في صحتها دليل على خلاف ذلك.

نعم، لما كانت المساقاة تقتضي أعمالاً كثيرة شاقة في مدة طويلة لم يقدم

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٧٥.

ودعوى: أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأمر عدم خروج الثمر لا يصح المساقاة، ولازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثم انكشف بعد ذلك.

مدفوعة: بأن الوجه في عدم الصحة كون المعاملة سفهية مع العلم بعدم الخروج من الأول(١) بخلاف المفروض.

عليها العقلاء ـ غالباً ـ إلا مع الاطمئنان، بخلاف المضاربة، فإن أعمالها خفيفة في مدة قليلة غالباً يكثر منهم الإقدام عليها مع ضعف الاحتمال.

لكن ذلك ليس للفرق الشرعي بينهما، بل يصح شرعاً الإقدام على كل منهما مع الاحتمال في الجملة.

كما أنهما يشتركان ـ أيضاً ـ في كون العمل في كل منهما في مقابل النماء، فهما ـ أيضاً ـ من باب واحد من هذه الجهة.

(١) أما عدم صحة المساقاة حينئذٍ فلا ريب فيه؛ لقصور أدلتها عن شمول ذلك، واختصاص الأدلة بغيره.

ومثله كلامهم في شرح مفهومها، فإنه يختص بغير ذلك.

وأما عدم الصحة بعنوان كونها عقداً من العقود فغير ظاهر؛ لشمول الأدلة العامة إذا كان قد نوى المعاوضة بين العمل وبين التمكين من الأصول، إذا كان له غرض في التمكين.

ولا وجه للفساد من جهة كونها سفهية، إذ الثابت بطلان معاملة السفيه وإن كانت عقلائية، لا بطلان معاملة الرشيد وإن كانت غير عقلائية.

وأما إذا لم ينو المعاوضة بين العمل والتمكين، وإنما نوى التعهد بالعمل فهو حينئذٍ إيقاع، لا عقد مساقاة ولا غيره.

فالأقوى ما ذكرنا من الصحة(١)، ولزوم الوفاء بالشرط ـ وهو تسليم الضميمة ـ وإن لم يخرج شيء أو تلف بالآفة.

نعم، لو تبين عدم قابلية الأصول للثمر ـ إما ليبسها، أو لطول عمرها أو نحو ذلك ـ كشف عن بطلان المعاملة من الأول(٢)، ومعه يمكن استحقاق العامل للأجرة إذا كان جاهلاً بالحال(٣).

(مسألة ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصة من الفائدة ملك حصة من الأصول مشاعاً أو مفروزاً، ففي صحته مطلقاً، أو عدمها كذلك(٤)، أو التفصيل بين أن يكون ذلك بنحو الشرط

---

(١) الذي يظهر مما ذكرنا هو التفصيل الأخير.

(٢) لفقد شرط المعاملة، وهو قابلية الشجر للإثمار التي أخذت في قوام العقد.

(٣) لاستيفاء المالك عمل العامل الموجب لضمانه.

إلا أن يقال: بأن المالك كان طالباً للعمل في الشجر القابل للإثمار، وما وقع من العمل غير ما هو طالبه، فلم يكن منه استيفاء لعمل العامل كي يكون ضامناً له.

(٤) قال في الشرائع: «ولو شرط مع الحصة من النماء حصة من الأصل الثابت لم يصح؛ لأن مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة، وفيه تردد»[١].

وعن القواعد: فيه إشكال[٢].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٠.

فيصح، أو على وجه الجزئية(١) فلا، أقوال والأقوى الأول، للعمومات(٢).

ودعوى: أن ذلك على خلاف وضع المساقاة، كما ترى(٣)، كدعوى: أن مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك، إذ هو أول الدعوى.

والمحكي عن الأكثر في الجواهر: العدم[١].

وعن الرياض: أنه لم يقف على مخالف[٢].

وفي مفتاح الكرامة: «لم نجد قائلاً بالصحة ولو بنحو الأقرب»[٣].

(١) هذا التفصيل جعله في الجواهر هو التحقيق، وكذا فيما لو جعل للعامل مع الحصة شيئاً من الذهب أو الفضة[٤].

(٢) لكن العمومات لا تثبت عنوان المساقاة.

(٣) فيه نظر ظاهر، فإن مورد نصوص المساقاة يختص بغير هذه الصورة، فالدعوى المذكورة في محلها.

ومثلها الدعوى الأخرى ضرورة أن مورد تلك النصوص ـ أيضاً ـ هو صورة كون الأصول للمالك لا للعامل، وكذلك كلام الفقهاء قدس سرهم.

ومن ذلك يظهر الإشكال في قوله: «إذ هو أول الدعوى».

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٧٣.

(٢) رياض المسائل ٩: ٤٠٧.

(٣) مفتاح الكرامة ٢٠: ٢٤١.

(٤) جواهر الكلام ٢٧: ٧٣.

والقول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه(١).

فيه: أنه لا مانع منه إذا كان للشـــارط فيه غرض أو فائدة، كما في المقام حيث أن تلك الأصول وإن لم يكن للمالك الشارط، إلا أن عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصة من نمائها.

ودعوى: أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعية نمائها لها(٢).

مضافاً إلى أنه بناءً على ما ذكره من أنه ليس على خلاف وضع المساقاة كان اللازم الاستدلال على الصحة بالأدلة الخاصة لا بالعمومات.

ثم إن هذه الدعوى ذكرها في المسالك وغيرها تقريباً للمنع[١].

وكان الأولى في منعها أن يقال: إن الدعوى المذكورة صحيحة، لكن يراد منها كون العمل في ملك المالك قبل العقـــد و إن صار بعضه ملكاً للعامل بعد العقد، ولذا لا تبطل المساقاة بخروج الأصول عن ملك المالك ببيع ونحوه، بل لا تبطل لو باعها على العامل دون غيره من الناس، فالمراد من وجوب أن تكون الأصول في ملك المالك وجوب ذلك بالإضافة إلى ما قبل العقد لا بعده.

(١) هذا ـ أيضاً ـ ذكره في المســالك وغيرهــا توجيهاً للقول بالمنع الذي جعله الأوجه[٢].

(٢) يعنــي: وحينئذٍ لا وجه لأن يكون للمالك فيها حصة، كما ذكر في رد القول والإشكال عليه.

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٥٤/ مفتاح الكرامة ٢٠: ٢٤٠.

(٢) المصدر السابق.

مدفوعة: بمنعهـــا بعد أن كان المشروط لـــه الأصل فقط في عرض تملك حصة من نماء الجميع.

نعم، لو اشـــترط كونها له على وجه يكـــون نماؤها له بتمامه كان كذلك(١) لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزلة المستثنى من العمل، فيكون العمل فيما عداهـــا(٢) مما هو للمالك بإزاء الحصة من نمائه مع نفس تلك الأصول.

---

(١) يعني: فيصح القول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملكه.

(٢) يعني: فيصح اشتراط العمل فيه.

ثم إن مقتضى الدعوى الأولى والثانية: المنع من صحة كون العقد مساقاة.

ومقتـــضى القول الذي ذكر ثالثاً المنع مـــن صحته عقداً مطلقاً؛ لأن عدم المعقولية إذا تم لم يختص بالمساقاة، بل يعمها وكل عقد.

والتحقيق أن يقال: أنه إذا كان الخلاف في الصحة وعدمها بعنوان المساقاة فالوجه ما ذكره في الجواهر: من أنـــه إذا كان المشروط من الأصل لوحظ قواماً للمعاوضة فالوجه البطلان؛ لقصور أدلة المســـاقاة عن شـــموله، وإن لوحظ شرطاً خارجا عنها فالوجه الصحـــة، عملاً بعموم أدلة صحة الشروط، وأدلة المساقاة لا تنافيها؛ لإهمالها من هذه الجهة[1].

وإذا كان الخلاف في الصحة وعدمها في العقد مطلقاً لا بعنوان المساقاة، فالوجه الصحة مطلقاً، عملاً بالعمومات من غير مخصص.

ودعوى المانع العقلي المذكور في كلام المصنف رحمه الله بقوله: «القول بأنه ...»،

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٧٢.

(مسألة ٢١): إذا تبين في أثناء المدة عدم خروج الثمر أصلاً هل يجب على العامل إتمام السقي؟ قولان، أقواهما العدم(١).

(مسألة ٢٢): يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل(٢) مع تعيينه نوعاً ومقداراً بحصة من الثمرة أو بتمامها بعد الظهور وبدو

قد أجاب عنها المصنف بما ذكر.

(١) قال في جامع المقاصد: «فرع آخر: إذا لم تخرج الثمرة أو تلفت كلها لم يجب على العامل إكمال العمل إلى آخر المدة»[١].

وفي الجواهر، عن ظاهر المسالك: الوجوب، مشبهاً له بعامل القراض الذي لم يربح مع وجوب الإنضاض عليه[٢].

هذا واللازم ابتناء الوجوب وعدمه على انفساخ المساقاة وعدمها، فإذا قلنا بالانفساخ ـ كما هو المشهور ـ فاللازم البناء على عدم وجوب إتمام العمل، للأصل.

وإن قلنا بعدم الانفساخ ـ كما يراه المصنف ـ فاللازم البناء على وجوب العمل عملاً بالعقد.

اللهم إلا أن يدعى أن العمل اللازم في المساقاة ما يكون موجباً للنماء لا مطلقاً، كما هو غير بعيد عند العرف.

(٢) كما هو المصرح به في كلام الجماعة، قال في الشرائع: «إذا استأجر أجيراً للعمل بحصة منها، فإن كان بعد بدو صلاحها جاز»[٣].

---

(١) جامع المقاصد ٧: ٣٨٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٧٥/ مسالك الأفهام ٥: ٤٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٢٦.

الصلاح، بل وكذا قبل البدو(١)، بل قبل الظهور أيضاً إذا كان مع الضميمة الموجودة أو عامين(٢)، وأما قبل الظهور عاماً واحداً بلا ضميمة فالظاهر عدم جوازه(٣).

وفي الجواهر: «بلا خلاف ولا إشكال؛ لعموم الأدلة وإطلاقها السالمين عن معارضة ما يقتضي المنع»[١].

(١) يعني: قبل بدو الصلاح وبعد الظهور، عملاً بعموم الأدلة، وفي الشرائع: «إن كان بشرط القطع صح»[٢].

لكن الظاهر ـ كما قيل ـ أنه مبني على اعتبار الشرط المذكور في صحة البيع حينئذٍ، فيتعدى منه إلى الإجارة[٣].

والتحقيق عدمه في البيع، إذ لا دليل عليه.

ودليل نفي الغرر في البيع لا يقتضي ذلك، إذ لا غرر عرفاً في بقائه إلى زمان الإدراك، بل تعيين المدة موجب الغرر؛ لاحتمال عدم الإدراك حينئذٍ.

مع أنه لا وجه لحمل الإجارة على البيع في ذلك، والعمومات تقتضي الصحة مطلقاً، كما عرفت.

(٢) الوجه في الجواز العمومات أيضاً.

مضافاً إلى الإلحاق بالبيع الذي هو أولى من الإجارة في مانعية الغرر، فإذا جاز البيع في الفرض، فأولى أن تجوز الإجارة فيه.

(٣) قولاً واحداً؛ لأن عوض الإجارة يشترط فيه الوجود والمعلومية

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٧٧.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٦.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٥٨.

لا لعـــدم معقولية تمليـــك ما ليس بموجـــود(١)؛ لأنا نمنع عدم المعقولية بعد اعتبار العقلاء وجوده لوجوده المســـتقبلي، ولذا يصح مع الضميمة أو عامين، حيث أنهم اتفقوا عليه في بيع الثمار، وصرح به جماعة هاهنـــا، بل لظهور اتفاقهم على عدم الجواز(٢)، كما هو كذلك في بيع الثمار.

كعـــوض البيع، وهمـــا منتفيان هنا، بخـــلاف عوض المســـاقاة، فإنها جوزت كذلك، وخرجت عن الأصل بالنص والإجماع، كذا في المسالك[١]، ونحوه في التذكرة[٢].

(١) كأنه يشـــير إلى ما ذكره في الجواهر، حيث قال: «لم يجز قولا واحداً، لكونها معدومة»[٣].

لكن الظاهر أن مراده اشتراط كون عوض الإجارة موجوداً، لما دلَّ على إلحاقها بالبيع، لا لعدم المعقولية.

(٢) قيل: أول من ذكر الفرع الشـــيخ ﷺ في المبســـوط، وحكم فيه بعدم الجواز[٤]، وتبعه عليه من تأخر عنه.

وقد عرفت دعوى الاتفاق عليه من المسالك، والجواهر.

وعن الكفاية: نســـبته إلى الأصحاب[٥]، وإن كان التعليل في كلماتهم بما ذكر في التذكرة، والمسالك يقتضي أن الوجه فيه الإلحاق بالبيع.

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٥٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٨٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٧٧.

(٤) المبسوط ٣: ٢١٧.

(٥) كفاية الأحكام ١: ٦٤٤.

ووجه المنع هناك خصوص الأخبـــار الدالة عليه، وظاهرها أن وجه المنع الغرر لا عـــدم معقولية تعلق الملكية بالمعدوم، ولولا ظهـــور الإجماع في المقام لقلنا بالجواز مـــع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك، كما يجوز بيع ما في الذمـــة مع عدم كون العين موجوداً فعلاً عند ذيها، بل وإن لم يكن في الخارج أصلاً.

والحاصـــل: أن الوجـــود الاعتباري يكفـــي في صحة تعلق الملكية(١)، فكأن العين موجودة في عهدة الشجر كما أنها موجودة في عهدة الشخص.

(مســـألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك، وللعامل أجرة المثل لعمله(٢).

---

(١) الملكية عند العقلاء لا تتعلـــق إلا بالوجود الذمي أو الخارجي، أما مـــا لا وجود له في الذمة ولا في الخارج فلا يكون مملوكاً لمالك، ولا تترتب عليه أحكام المملوك.

ويكفي في الوجود الخارجي الوجود الاستقبالي، وإن لم يكن حالياً.

فجعل الثمرة قبل ظهورها أجرة يصح عرفاً إذا كان له وجود في المستقبل، ولا يصح عرفاً إذا لم يكن له وجود في المســـتقبل، فالوجود الاعتباري غير كافٍ في تعلق الملكية ما لم يكن له مطابق في الخارج.

(٢) قال في الشرائع: «كل موضع تفسد فيه المساقاة فللعامل أجرة المثل، والثمرة لصاحب الأصل»[1].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٦.

إلا إذا كان عالماً بالبطلان(١) ومع ذلك أقدم على العمل، أو كان الفساد لأجل اشتراط كون جميع الفائدة للمالك، حيث أنه بمنزلة المتبرع في هاتين الصورتين، فلا يستحق أجرة المثل على الأقوى وإن كان عمله بعنوان المساقاة.

وفي القواعد: «ولو فسد العقد كانت الثمرة للمالك، وعليه أجرة العامل»[١].

ونحوهما ما في غيرهما[٢]، بل هو المشهور شهرة عظيمة بينهم، ذكروا ذلك هنا، وفي المزارعة، والإجارة، وغيرهما من عقود المعاوضات، وظاهر محكي التذكرة: الإجماع عليه[٣].

ووجهه ـ كما في المسالك وغيرها ـ: أن النماء يتبع الأصل، فالثمرة تكون ملكاً لمالك الأصل، بعد أن لم يكن موجب للخروج عنه.

وأن العامل لم يتبرع بعمله، ولم يحصل له العوض المشروط، فيرجع إلى الأجرة.

وهذا المقدار لا يقتضي الرجوع على المالك بالأجرة، إلا بضميمة ما عرفت سابقاً من الضمان بالاستيفاء، فيكون مضموناً بالاستيفاء على المستوفي، وهو المالك[٤].

(١) قال في المسالك: «ويجب تقييده (يعني تقييد الحكم باستحقاق

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢.

(٢) المقنعة: ٦٣٧/ النهاية: ٤٤٢/ المبسوط ٣: ٢٠٩/ المهذّب ٢: ١٥/ الجامع للشرائع: ٢٩٩/ تحرير الأحكام ٣: ١٦٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٣٩، ولم أجد عبارته المحكية في مفتاح الكرامة ٢٠: ٢٦٧.

(٤) تقدّم في ص ١٤٦، ١٥٤.

. . . . . .

العامل أجرة المثل) بما إذا كان جاهلاً بالفساد، ولم يكن الفساد باشتراط جميع الثمرة للمالك.

إذ لو كان عالماً بـه كان متبرعاً بالعمل؛ لأنه بذل عمله في مقابلة ما يعلم أنه لا يحصل. وأما مع شرط جميع الثمرة للمالك فلدخوله على أن لا شيء له وإن كان جاهلاً»[١].

وقد سبقه في القيد الثاني الشهيد فيما حكي من حواشيه على إجارة القواعد[٢]، كما تبعه في القيد الأول جماعة[٣]، والمصنف رحمه الله تبعه في القيدين معاً، وقد تكرر منه في المزارعة والمضاربة و غيرهما ذكر القيد الأول، كما تقدم منا الإشكال عليه، وأن العلم بالفساد لا يقتضي التبرع بالعمل، كما يظهر من ملاحظة بيع الغاصب.

كما تقدَّم التعرض للقيد الثاني في المسألة الرابعة عشرة[٤]، وأن مرجع الإقدام على العمل بلا أجرة الإقدام على التبرع.

وتقدَّم من الجواهر التنظر فيه، وكذلك في المقام فقد قال: «إن الرضا بالعقد الفاسد، وبالعقد المتضمن لعدم الأجرة ليس رضا بالعمل بلا أجرة، فإن الحيثية ملاحظة بمعنى كون المتشخص منه في الخارج الرضا بالعقد الذي لا يترتب عليه ذلك، والعمل الصادر منه إنما هو من حيث أنه مقتضى العقد الفاسد، لا أنه رضا منه بالعمل في حد ذاته وفي نفسه بلا عوض، فمع فساد

(١) مسالك الأفهام ٥: ٥٧.

(٢) عنه في مفتاح الكرامة ١٩: ٤١٠، وقد سبقه إليه في تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٣٩، فلاحظ

(٣) كفاية الأحكام ١: ٦٤٤/ مفاتيح الشرائع ٣: ١٠١/ رياض المسائل ٩: ٤٠٤..

(٤) تقدّم في ص ٢٤٩.

. . . . . .

العقد الذي قد وقع العمل على مقتضـــاه معاملا معاملة الصحيح يبقى احترام العمل بنفسه»[1].

وحاصله: أن الرضا بالعمل مجاناً وبلا أجـــرة كان مبنياً على العقد، فإذا فرض بطلان العقد فقد انتفى الرضا المنوط به.

ويشـــكل: بأن الأجرة إذا كانت من أركان العقد امتنع القصد إلى العقد مع القصد إلى عدم الأجرة، فإذا فرض القصد إلى عدم الأجرة فقد فرض عدم القصد إلى المساقاة، لا صحيحة ولا فاسدة، وإنما قصد إلى أمر آخر وهو الوعد بالعمل مجاناً، وهو عين التبرع بالعمل.

وكذا الكلام في قولـــه: بعتك بلا ثمن، وآجرتك بـــلا أجرة، فإن ذلك ليس بيعاً وإجارة فاسدين كي يدخلان في قاعدة: (**ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده**)، وإنما هما خارجان عن المعاوضة.

فإن قلت: المنشـــأ في عقد المساقاة إشـــغال ذمة العامل بالعمل للمالك، وإشـــغال ذمة المالك بتمكين العامل من العين، مضافـــاً إلى ملك الحصة، فإذا فرض القصـــد إلى عدم الأجرة فقط فقـــد بقي القصد إلى إشـــغال ذمة المالك بتمكين العامل من العين، وهذا المعنـــى أجنبي عن الوعد، فإن الوعد بالعمل لا يستوجب اشغال ذمة المالك ببذل العين.

قلت: إشـــتغال ذمة المالك بالتمكين ليس داخلاً في حقيقة المســـاقاة إلا بالتبعية؛ لاســـتحقاق الحصة التي هي العـــوض للعمل، فإذا فرض القصد إلى عـــدم الأجرة فلا قصد إلى إشـــغال ذمة المالك بالتمكين، فلـــم يكن إلا التزام

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٧٧.

(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث.

والقول بعدم الصحة(١)، لأنه كالبيعين في بيع المنهي عنه(٢)، ضعيف؛ لمنع كونه من هذا القبيل، فإن المنهي عنه(٣)

العامل بالعمل مجاناً وهو عين الوعد بالعمل تبرعاً.

مضافاً إلى أنه لو فرض إنشاء التزام المالك بتمكين العامل من العين، والتزام العامل بالعمل في مقابل ذلك، كان ذلك عقداً آخر غير المساقاة، ولا بأس بالالتزام بصحته، ويكون ذلك معاملة بين المالك والعامل، هذا يلتزم بالتمكين، وهذا يلتزم بالعمل في مقابل التمكين، وتكون معاوضة بين عملين، وهي أيضاً لا تقتضي رجوع العامل بالأجرة.

(١) حكي هذا القول عن الشيخ في المبسوط[١]، ولم يعرف لغيره.

(٢) روى الصدوق رحمه الله عن شعيب بن واقد، عن الحسين بن زيد، عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله: «قال: ونهى عن بيعين في بيع»[٢].

وفي رواية الشيخ رحمه الله: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع»[٣].

(٣) ويحتمل البيع إلى أجلين بثمنين، ويحتمل أيضاً غير ذلك.

مع أنه لو سلم أن المراد منه البيع بشرط البيع فالتعدي منه إلى ما نحن فيه

---

(١) المبسوط ٣: ٢١١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ٤ / وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٧، ب ١٢ ـ عقد البيع ـ حديث: ١٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٣٠.

البيع حالاً بكذا ومؤجلاً بكذا، أو البيع على تقدير كذا بكذا وعلى التقدير آخر بكذا، والمقام نظير أن يقول: بعتك داري بكذا على أن أبيعك بستاني بكذا ولا مانع منه، لأنه شرط مشروع في ضمن العقد.

(مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل(١)، كأن يساقي مع اثنين بالنصف له والنصف لهما، مع تعيين عمل كل منهما بينهم أو فيما بينهما(٢)، وتعيين حصة كل منهما(٣).

وكذا يجوز تعدد المالك(٤) واتحاد العامل، كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد: ساقيناك على هذا البستان بكذا،

يحتاج إلى دليل، فكم من فرق بين البيع والمساقاة في الأحكام.

(١) كما في القواعد وغيرها[١]، وكأنه لا خلاف فيه ولا إشكال.

ويقتضيه إطلاق نصوص خيبر.

(٢) إذ لا غرر على المالك لو كان جاهلاً بمقدار حصة كل منهما بعد أن كانت الحصة المعينة ـ كالنصف ـ بينهما تساويا فيها أو اختلفا، إذ اختلافهما لا يوجب اختلافاً في حصته.

(٣) يعني: فيما بينهما وإن لم يعلم بذلك المالك، لما عرفت من أن اختلافهما لا يوجب اختلافا في حصته.

(٤) كما في الشرائع والقواعد وغيرهما[٢]، بلا خلاف ظاهر، والأدلة الخاصة قاصرة عن شمول ذلك، إلا بملاحظة إلغاء الخصوصية عرفاً.

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٢١/ المبسوط ٣: ٢١٣/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٤٥.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٦/ قواعد الأحكام ٢: ٢٣١/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٤٤.

وحينئـذٍ فإن كانت الحصة المعينة للعامل منهما سـواء ـ كالنصف أو الثلث مثـلاً ـ صـح وإن لم يعلم العامل كيفيـة شركتهما(١) وأنهـا بالنصف أو غيره، وإن لم يكن سـواء ـ كأن يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصـة الآخر بالثلث مثلاً ـ فلا بد من علمه بمقدار حصة كل منهما، لرفع الغرر والجهالة في مقدار حصته من الثمر(٢).

(مسألة ٢٦): إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداء أو في الأثنـاء، فالظاهر أن المالك مخير بين الفسـخ أو الرجوع إلى الحاكم الشرعي(٣)

---

(١) لما عرفته في صورة اتحاد المالـك وتعدد العامل من أن جهل العامل بذلك لا يوجب الجهل بمقدار حصته.

(٢) قال في الشرائع: «لو كانت الأصول لاثنين فقالا لواحد: سـاقيناك على أن لك من حصة فلان النصـف ومن حصة الآخر الثلث، صح بشرط أن يكون عالماً بقدر نصيب كل واحد منهما، ولو كان جاهلاً بطلت المساقاة لتجهل الحصة»[١]، ونحوه كلام غيره[٢].

فـإن تمّ إجماع على البطلان مع الجهل فهو، وإلا أشـكل القول به، إذ لا دليل لفظي على قدح الغرر في المقام.

(٣) قال في التحرير: «إذا هرب العامل فللمالك الفسخ والبقاء، فيقضي الحاكم من ماله إن لم يتبرع بالعمل أحد، فإن لم يجد فمن بيت المال قرضاً، فإن لم

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٦.

(٢) المبسوط ٣: ٢١٢.

. . . . . .

يجد اقترض من أحد، فإن لم يجد استأجر من يعمل بأجرة مؤخرة إلى الادراك، فإن تعذر استأذن الحاكم وأنفق، فإن تعذر الاستئذان أشهد في الإنفاق والرجوع»[1].

وتبعه في هذا التخيير بين الفسخ والرجوع إلى الحاكم المحقق الأردبيلي قدس سره؛ لوجوه أشار إلى بعضها في الجواهر، فقال: «قد يقال: إنه (يعني البناء على تعيين الرجوع إلى الحاكم من دون خيار) مناف لما يستفاد منهم في غير المقام ـ كالخيار بعدم الوفاء بالشرط، وكالخيار بتأخير الثمن، وبالامتناع من العمل وتسليم العين المستأجرة ونحو ذلك ـ من ثبوت الخيار بمجرد حصول شيء من ذلك من غير مراجعة إلى الحاكم، بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافي استحقاق الآخر عليه، شرع له الشارع الفسخ، وكان العقد في حقه جائزاً، دفعاً لضرره بذلك»[2]، وظاهره الميل إليه.

لكن يشكل الوجه الأول: بأن الخيار عند تخلف الشرط مدلول التزامي لجعل الشرط وهو غير المقام.

كما يشكل الثاني: بأن النص الوارد في خيار التأخير هو الفارق بين المقامين، ولا سيما بملاحظة دلالته على عدم الخيار بمجرد التأخير والامتناع من تسليم الثمن، فإن قياس المقام عليه يقتضي عدم الخيار بمجرد امتناع العامل من العمل.

ولأجل ذلك يشكل مقايسة المقام بامتناع المؤجر عن تسليم العين المستأجرة، وامتناع الأجير عن العمل، فإن ثبوت الخيار في الموردين المذكورين

(١) تحرير الأحكام ٣: ١٥٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٨٠/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤٠.

فيجبره على العمل(١)،

خلاف مقتضى النص المذكور، المعتضد بفتوى الأصحاب، فإنهم لم يذكروا من الخيارات الخيار بامتناع البائع من تسليم المبيع، أو المشتري من تسليم الثمن، وإنما ذكروا أن مقتضى ذلك جواز امتناع الطرف الثاني من تسليم ما بيده، لا أن له الخيار في الفسخ.

اللهم إلا أن يفرق بين الإجارة والبيع: بأن الإجارة لما كانت معاملة على المنفعة، والمنفعة تستهلك بغير الاستيفاء، فكان مبنى المعاملة عليها على تسليم المنفعة لتستوفى، بخلاف البيع الذي هو المعاملة على العين التي تبقى لنفسها وإن لم تستوف.

ولأجل ذلك يتعين القول بثبوت خيار الفسخ في المقام ـ كما في الإجارة ـ لأن مبنى العقد على ذلك، فيكون شرطاً ضمنياً ارتكازياً، يستدعي تخلفه الخيار، وليس كذلك في البيع.

ولأجله لا تنافي نصوص خيار التأخر مع دلالتها على نفي الخيار قبل الثلاثة ثبوت الخيار فيما نحن فيه كالإجارة، لما عرفت من الفرق بين المقامين.

وأما الكلية التي ذكرها فغير ثابتة ما لم ترجع إلى خيار تخلف الشرط.

وأما الاستدلال بقاعدة الضرر فلا مجال له، لتدارك الضرر بالرجوع إلى الحاكم الشرعي.

(١) لأنه ولي الممتنع.

وقد استدل في الجواهر على ولايته بقوله تعالى: ﴿**إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا...**﴾[1].

(١) سورة المائدة: ٥٥ .

وإن لم يمكن استأجر(١) من ماله من يعمل عنه، أو بأجرة مؤجلة إلى وقت الثمر فيؤديها منه، أو يستقرض عليه(٢) ويستأجر من يعمل عنه، وإن تعذر الرجوع إلى الحاكم أو تعسر فيقوم بالأمور المذكورة عدول المؤمنين(٣)، بل لا يبعد جواز إجباره بنفسه(٤) أو المقاصة من ماله(٥) أو استئجار المالك عنه ثم الرجوع عليه أو نحو ذلك.

لكن الآية الشريفة متعرّضة لولاية الرسول والإمام لا غير، فالاستدلال بها على ولاية الحاكم موقوف على دليل يدل على عموم نيابة الحاكم، ولكنه مفقود.

إذ لا دليل على ولاية الحاكم إلا مقبولة ابن حنظلة المتضمّنة لجعل الحاكم قاضياً[١]، فيكون له وظيفة القضاة، فكل وظيفة ثبت أنها للقاضي كانت للحاكم الشرعي، وما لم تثبت أنها وظيفة للقاضي لا تثبت للحاكم.

(١) الظاهر أنها من وظائف القاضي.

(٢) لم يثبت أن ذلك من وظائف القاضي، وكذا الاستقراض من بيت المال، المذكور في كلام الجماعة[٢].

(٣) القدر الثابت من ولاية عدول المؤمنين الموارد التي يعلم من مذاق الشارع رجحان التصدي من كل أحد فيها عند تعذر الوصول إلى الحاكم، وهذا المعنى غير ثابت في المقام، ولا سيما بملاحظة تدارك الضرر بالخيار.

(٤) يمكن استفادة ذلك مما دل على جواز دفاع الإنسان عن نفسه وماله.

(٥) لا يخلو من إشكال، إذ لم يثبت جواز المقاصة عن العمل المستحق

---

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٣٦، ب ١١ ـ صفات القاضي ـ حديث: ١.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٧/ تحرير الأحكام ٣: ١٥٧/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢.

وقد يقال(١) بعدم جواز الفسخ إلا بعد تعذر الاجبار(٢) وأن اللازم كون الاجبار من الحاكم(٣) مع إمكانه، وهو أحوط

قبل زمان فواته، كما لا يثبت جواز المقاصة في ضمان العمل ـ مقابل العين ـ حتى بعد الفوات.

بل عرفت الإشكال في ضمان الأعمال بحيث يطالب بعوضها[١].

وأشكل من ذلك جواز استئجار المالك عنه، وسيأتي في المسألة التاسعة والعشرين بقية الكلام في ذلك[٢].

(١) هذا هو الذي طفحت به الكلمات، وفي الجواهر: نسبته إلى ظاهر الأصحاب[٣]، وفي مفتاح الكرامة: «اتفقت كلمتهم ـ أيضاً ـ على أنه ليس للمالك فسخها بمجرد هرب العامل»، ثم ذكر بعد ذلك خلاف التحرير، ومجمع البرهان[٤].

وفي المسالك: «لما كانت المساقاة من العقود اللازمة لم تنفسخ بمجرد هرب العامل، ولا يتسلط المالك على فسخها به، كما لا يملك فسخها بامتناعه من العمل بغير هرب»[٥]، وظاهره أنه من المسلمات.

(٢) كأن المستند في الخيار حينئذٍ عندهم قاعدة نفي الضرر، وهي لا تجري مع إمكان الرجوع إلى الحاكم؛ لتدارك الضرر حينئذٍ به.

(٣) يعني: لا من نفسه.

---

(١) تقدّم في ص ٢٣٧، وما بعدها.

(٢) يأتي في ص٢٨٤.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٨٠.

(٤) مفتاح الكرامة ٢٠: ٢٧٦/ تحرير الأحكام ٣: ١٥٧/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤٠.

(٥) مسالك الأفهام ٥: ٦٠.

وإن كان الأقوى التخيير بين الأمـــور المذكورة(١) هذا إذا لم يكن مقيداً بالمباشرة وإلا فيكون مخيراً بين الفسخ والإجبار(٢) ولا يجوز الاستئجار عنه للعمل.

نعم لو كان اعتبار المبـــاشرة بنحو الشرط(٣) لا القيد يمكن اسقاط حق الشرط والاستئجار عنه أيضاً.

---

(١) وهي الفســـخ، والإجبار بنفســـه، والرجوع إلى الحاكم، والمقاصة والاستئجار للعمل عنه.

(٢) وكذا المقاصة، بناء على جواز المقاصة في الفرض.

(٣) قد تكرر الإشكال في صحة شرط مقومات موضوع العقد في ضمن العقـــد في مقابل جعلها قيوداً لـــه، فإذا جعلت شرائط فلا بـــد أن تلحظ قيداً لموضـــوع العقد، فيلزم حينئذٍ جعل موضوع العقـــد ثانياً، وهو خلاف المرتكز العرفي.

مثلاً: إذا اســـتأجر زيداً ليخيط له ثوبـــاً، وأوقع عقد الإجارة على ذلك، فقد ملك على زيد خياطة الثوب، فإذا أراد اشتراط المباشرة لم يصح شرطها إلا بمعنى اشتراط العمل مباشرة، فيقول: آجرتك على أن تخيط ثوبي، واشترطت عليك أن تخيطه مباشرة، وحينئذٍ تكون الخياطة مملوكة على الأجير من جهتين، من جهة نفس العقد، ومن جهة الشرط في ضمنه، وهو لا يوافق عليه العرف، بل لا يرى إلا جعلاً واحداً للموضوع مقيداً بالمباشرة، فإذا جاء العامل بالعمل بلا مباشرة لم يستحق العوض؛ لا أنه يستحق العوض وللمشروط له الفسخ.

هـــذا هو المرتكز العـــرفي، ولولاه لم يكن مانع عقلي مـــن جعل ملكيتين للمطلق والمقيد.

(مسألة ٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشرة، بل لو أتى به من غير قصد التبرع عنه أيضاً كفى، بل ولو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضاً، وإن كان لا يخلو عن إشكال(١)، فلا يسقط حقه من الحاصل، وكذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الأعمال، كما إذا حصل السقي بالأمطار ولم يحتج إلى النزح من الآبار، خصوصاً إذا كانت العادة كذلك.

وربما يستشكل(٢) بأنه نظير الاستئجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه، فإن الأجير لا يستحق الأجرة لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه، فاللازم في المقام أيضاً عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل.

ويجاب بأن وضع المساقاة وكذا المزارعة على ذلك، فإن المراد حصول الزرع والثمرة، فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط واستحق حصته، بخلاف الإجارة، فإن المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه. ولا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحياناً

---

(١) لأن الفعل لا ينسب إلى العامل، كي يستحق به الحصة المعينة له.

وهذا الإشكال يطرد في الصورة التي قبلها، فإن العمل لم يكن منسوباً إلى العامل أيضاً، فلا يستحق عليه شيئاً.

(٢) هذا الإشكال ذكره في الجواهر[1]، وأجاب عنه بما يأتي.

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٨٢.

ـ كالاستقاء بالمطر ـ مع بقاء ساير الأعمال، وأما لو كان على خلافه ـ كما إذا لم يكن عليه إلا السقي واستغنى عنه بالمطر أو نحوه كلية ـ فاستحقاقه للحصة مع عدم صدور عمل منه أصلاً مشكل(١).

(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل يكون الثمر له، وعليه أجرة المثل للعامل بمقدار ما عمل(٢).

---

(١) فإن الاختلاف بين المزارعة والمساقاة وبين الإجارة إنما هو في أن العمل فيهما يختلف زيادة ونقيصة وفي الإجارة لا يختلف، لا أنه يختلف فيهما زيادة ونقيصة ووجوداً وعدماً أيضاً، فإن ذلك غير ثابت.

(٢) على ما صرّح به جماعة[١].

وهو في محلّه لو كان الفسخ للعقد من أصله، إذ يكون عمل العامل من حين وقوعه مضموناً على المالك بالاستيفاء.

أما إذا كان الفسخ من حينه فقد يشكل الضمان بأجرة المثل، من جهة أن العمل حين وقوعه كان مضموناً بالحصة، والمفروض انتفاؤها، فلا وجه للضمان بأجرة المثل حينئذٍ.

ويقتضيه ما ذكره المصنف ﷺ في المسألة السابعة عشرة من كتاب المزارعة[٢].

لكن عرفت هناك أن الاستيفاء يوجب الضمان، إما بالمسمى أو بأجرة المثل، فإذا لم يسلم الأول ثبتت الأجرة.

---

(١) تحرير الأحكام ٣: ١٥٧/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٩١/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢.

(٢) في ص ١٥٢.

هذا إذا كان قبل ظهـــور الثمر، وإن كان بعده يكون للعامل حصته وعليه الأجرة(١) للمالك إلى زمان البلوغ إن رضي بالبقاء، وإلا فله الاجبار على القطع بقدر حصته(٢)، إلا إذا لم يكن له قيمة أصلا، فيحتمل أن يكون للمالك(٣) كما قبل الظهور.

(مســألة ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مــع ترك العامل العمل أن لا يفسخ ويستأجر عنه(٤) ويرجع عليه، إما مطلقاً ـ كما لا يبعد ـ أو بعد تعذر الرجوع إلى الحاكم.

---

(١) يعني: أجرة الأرض، لأن العامل لا يستحق بقاء حصته فيها.

(٢) عملاً بقاعدة السلطنة.

نعم، إذا لزم من القطع ضرر على العامل كان دليل نفي الضرر مانعاً من إجباره على القطع.

(٣) لكنه ضعيف، إذ الملكية لا تتوقف على المالية، فلا موجب للخروج عما دلّ على الاشتراك في الظهور.

(٤) قد عرفــت أنه لا دليل على ذلك، ولذلك تردّد فيه في الشرائع، قال فيها: «ولو لم يفسخ وتعذر الوصول إلى الحاكم كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه، ويرجع إليه، على تردد»[١].

لكن جزم في القواعد بالرجوع مع الإشهاد، قال: «ولو تعذر الحاكم كان له أن يشهد أنه يستأجر عليه ويرجع حينئذٍ، ولو لم يشهد لم يرجع، على إشكال»[٢].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٧.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢.

لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالاشهاد على الاستئجار عنه(١)، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه وبين الله، وفيه ما لا يخفى.

فالأقوى أن الإشهاد للإثبات ظاهراً، وإلا فلا يكون شرطاً للاستحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شرعا يستحق الرجوع وإن لم يكن أشهد على الاستئجار.

نعم، لو اختلفا في مقدار الأجرة فالقول قول العامل في نفي الزيادة، وقد يقال بتقديم قول المالك، لأنه أمين(٢).

---

(١) يظهر ذلك من عبارة الشرائع والقواعد المتقدمتين.

وفي المسالك: أنه أحد الأقوال، والقول الثاني: أنه يرجع مع تعذر الإشهاد لا مع إمكانه، والثالث: أنه يرجع مع نيته مطلقاً، «وهو الأقوى، إذ لا مدخلية لشهادة الشاهدين في التسلط على مال الغير... إلى آخر كلامه»[١]، وسبقه إلى ذلك في جامع المقاصد[٢]، ووافقهما على ذلك غير واحد[٣].

هذا، وفي جامع المقاصد: أن الرجوع مع الإشهاد موضع وفاق[٤].

لكن تقدّم التردد فيه من الشرائع، وعرفت أنه في محله، إذ لا دليل عليه، وأنه خلاف عموم قاعدة السلطنة.

(٢) بناءً على ثبوت ولايته في ذلك، كما مال إليه في الجواهر[٥].

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٥٢.

(٢)، (٤) جامع المقاصد ٧: ٣٨٣.

(٣)، (٥) جواهر الكلام ٢٧: ٨١.

وفيه ما لا يخفى(١).

وأما لو اختلفا في أنه تبرع عنه أو قصد الرجوع عليه فالظاهر تقديم قول المالك، لاحترام ماله وعمله(٢) إلا إذا ثبت التبرع، وإن كان لا يخلو عن إشكال(٣)، بل يظهر من بعضهم تقديم قول

(١) لعله لأجل أن ما دل على قبول قول الأمين مختص بالمؤتمن من قبل الخصم.

لكن ثبوت ذلك بالنسبة إلى الولي الإجباري، والحاكم الشرعي، يقتضي عموم الحكم المولى الشرعي ـ كما في المقام ـ لقاعدة: من ملك شيئاً ملك الإقرار به، التي يدل عليها الإجماع القولي والعملي[1]، وهي غير قاعدة سماع قول الأمين المستأمن.

(٢) يعني: أصالة احترام مال المسلم وعمله.

لكن هذا الأصل غير أصيل إلا في صورة الاستيفاء، وهو مفقود في المقام.

فالعمدة: قاعدة من ملك، الدالة على قبول خبره ما لم يثبت الخلاف.

(٣) لما في الجواهر من أن أصالة عدم تبرع الإنسان بعمل يحصل فيه غرامة من الغير، ليست أصلاً أصيلاً[2].

وفيه: أنه لو ثبت عموم ضمان مال المسلم وعمله إلا إذا كان متبرعاً، فأصالة عدم التبرع تقتضي ثبوت الضمان؛ لأن الخاص الخارج عن حكم العام إذا كان ثبوتياً فأصالة عدمه كافية في إثبات حكم العام، وقد تقدم العمل بذلك في جملة من صور التداعي في الإجارة، والمضاربة، والمزارعة، وغيرها.

(١) تقدّمت الإشارة إليها في ص ١٩٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٨١.

العامل(١).

(مسألة ٣٠): لو تبين بالبينة أو غيرها أن الأصول كانت مغصوبة، فإن أجاز المغصوب منه المعاملة صحت المساقاة(٢)، وإلا بطلت(٣)، وكان تمام الثمرة للمالك(٤) المغصوب منه، ويستحق العامل أجرة المثل على الغاصب(٥) إذا كان جاهلاً

هذا، وقد عرفت أن مقتضى قاعدة من ملك، قبول قول المالك، وحينئذٍ لا مجال للرجوع إلى الأصول، إذ الرجوع إلى الأصل إنما يكون حيث لا أمارة، وقول المالك أمارة على مؤادّه.

(١) عملاً بأصالة البراءة، كما تقدّم ذلك في بعض مباحث التداعي، وضعفه ظاهر، إذ يختص ذلك بما إذا لم يكن المورد من موارد قاعدة: من ملك ـ كما في المقام ـ ولا من موارد عموم الضمان إلا مع التبرع.

(٢) لصحة عقد الفضولي بإجازة المالك.

(٣) لقاعدة السلطنة، وكأنّ الحكم من الواضحات، قال في الشرائع: «إذا ساقاه على أصول فبانت أنها مستحقة بطلت المساقاة، والثمرة للمستحق، وللعامل الأجرة على المساقي»[1]، ونحوه ما في غيره[2].

(٤) كما عرفت التصريح به في كلامهم؛ لتبعية النماء للأصل في الملك.

(٥) كما هو مصرّح به في كلماتهم؛ لأن الغاصب هو الذي استدعاه إلى العمل، فيكون العمل مضموناً عليه بالاستيفاء بعد أن لم تسلم له الحصة التي

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٧.

(٢) المبسوط ٣: ٢١٦/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٩٧/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤١/ مفاتيح الشرائع ٣: ١٠٠.

بالحال(١)، إلا إذا كان مدعياً عدم الغصبية وأنها كانت للمساقي، إذ حينئذٍ ليس لـــه الرجوع عليه، لاعترافه بصحة المعاملة(٢) وأن

اقتضاها العقد الباطل، كما ذكر ذلك في المسالك وغيرها[١].

وفي الجواهـــر علل الرجـــوع على الغاصـــب: بأن العامـــل مغرور من الغاصب، فيرجع على من غره[٢].

ويشكل: بأنه قد يكونان معاً مغرورين من سبب خارجي، ولازمه ضياع عمل العامل حينئذٍ، وهو كما ترى! فالدليل أخص من الدعوى.

(١) كـــما هو ظاهر من اقتصر في تحرير المســـألة على صورة الجهل، كما في الشرائع، والقواعد، وغيرهما، بل هو المصرّح به في كلام جماعة، وأنه لا يرجع إذا كان عالماً، معللين له: بأنه متبرع بعمله[٣].

لكن عرفت الإشكال فيه في المسألة الثالثة والعشرين[٤].

نعم، بناءً على تعليل الرجوع بالغرور يصح ذلك؛ لانتفاء الغرور حينئذٍ.

ولأجل أنك عرفت أن استيفاء العمل موجب لضمانه، من غير فرق بين العالم بصحة العقد والعالم بفساده، فاللازم البناء في المقام على الضمان مطلقاً.

نعم، إذا كان العلم بالفســـاد موجباً لحرمـــة العمل؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه أمكن البناء على عدم الرجـــوع، إذ لا أجرة للعمل المحرم، فلو فرض حليته جاز الرجوع على المساقي حتى مع العلم بالفساد.

(٢) وحينئذٍ تكـــون الحصة عوض عمله، فتكون قد ســـلمت له، وقد

(١) مسالك الأفهام ٥: ٦٤/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٩٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٨٥

(٣) جامع المقاصد ٧: ٣٨١/ مسالك الأفهام ٥: ٥٦، ٦٤/ مفاتيح الشرائع ٣: ١٠٠.

(٤) تقدّم في ص ٢٧١.

المدعي أخذ الثمرة منه ظلماً.

هذا إذا كانت الثمرة باقية، وأما لو اقتسماها وتلفت عندهما، فالأقوى أن للمالك الرجوع بعوضها على كل من الغاصب والعامل(١) بتمامه، وله الرجوع على كل منهما بمقدار حصته.

فعلى الأخير لا إشكال(٢)، وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصته(٣)، إلا إذا اعترف بصحة العقد وبطلان

تعرض لهذه الصورة في المسالك[١].

(١) لاستقلال يد كل منهما على العين، الموجب لضمانه لها، لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[٢].

وهذا القول حكاه في الشرائع قولاً[٣]، ولم يعرف قائله.

نعم، اختاره العلامة في جملة من كتبه[٤]، وتبعه عليه من تأخر عنه[٥].

(٢) يعني: لا يرجع أحدهما على الآخر بشيء؛ لأن قرار الضمان في الأيدي المتعاقبة على عين واحدة على من تلفت العين في يده، والمفروض أن كل واحد منهما قد تلف في يده نصف العين، وقد رجع المالك عليه فيه، فلا وجه لأن يرجع أحدهما على الآخر.

(٣) لوقوع تلف النصف عنده، الموجب لاستقرار الضمان عليه، كما ذكر

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٦٥.

(٢) مسند أحمد ٥: ٨/ سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٢٧

(٤) تحرير الأحكام ٣: ١٦٠/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٩٩/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢.

(٥) جامع المقاصد ٧: ٣٨٠/ مسالك الأفهام ٥: ٦٥/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤٢/ جواهر الكلام ٢٧: ٨٦.

دعوى المدعي للغصبية؛ لأنه حينئذٍ معترف بأنه غرمه ظلماً(١).

وقيـــل: إن المالك مخير(٢) بين الرجوع على كل منهما بمقدار

ذلك في مسألة تعاقب الأيدي.

(١) كان الأولى أن يقـــول: لأنه معترف بأن التالف في يد كل منهما ملكه وماله، فلا معنى لأن يكون مضموناً عليه.

(٢) كـــما هو المعروف زمـــان العلامة، واختـــاره في الشرائع[١]؛ لأن يد العامل كانت بعنوان النيابة عن المساقي، فلا تستوجب الضمان.

وفيه: أنه خلاف إطلاق قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[٢]، من دون مقيّد ظاهر.

وعن ظاهر الإرشاد أنه ليس للمالك الرجوع على المساقي أو العامل بتمام الثمرة، وإنما له الرجوع على كل منهما بحصته لا غير[٣].

وكأنـــه لبنائه على عدم اســـتقلال يد أحدهما، على جميـــع الثمرة، ولكنه خلاف المفروض.

ومن ذلك يظهر أنه يمكن فرض المسألة:

تارة: باستقلال يد كل منهما.

وأخرى: بعدم استقلال يد أحدهما، بأن تكون الثمرة في يدهما معاً.

وثالثة: باستقلال يد المساقي دون العامل، بل تكون يد العامل على وجه

---

(١) المبسوط ٣: ٢١٧/ شرائع الإسلام ٢: ١٢٧/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٩٩/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢.

(٢) مسند أحمد ٥: ٨/ سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢.

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٤٣٠.

حصته، وبين الرجـوع على الغاصب بالجميـع، فيرجع هو على العامل بمقدار حصته، وليس لـه الرجوع على العامل بتمامه، إلا إذا كان عالماً بالحال(١).

الاشتراك.

ورابعة: بالعكس.

والحكم في الأول هو ما ذكره العلامة ومن تبعه، ومنهم المصنف.

وفي الثاني هو ما ذكر في ظاهر الإرشاد.

وفي الثالث يرجع المالك على المساقي بتمام الثمرة، وليس له الرجوع على العامل إلا بحصته لا غير.

وفي الرابع بالعكس.

ثم إن مـا ذكر يتم فيما إذا كانت الحصة النصـف، أما إذا كانت أقل من النصف، جاز للمالك الرجوع على العامل بنصف الثمرة في الفرض الثالث مع كونه أكثر من حصته؛ لأن يده حينئذٍ تكون على النصف، وإن كان هو أكثر من حصته.

ثم إنه يمكن فرض اليد على الثمرة لأحدهما على الاستقلال دون الآخر، فإنـه لا يد له على الثمـرة أصلاً، ولكن وصلت إليه حصته بتسـليم صاحبه، وحكم ذلك أنه لا يجوز رجوع المالك على الآخر إلا بالحصة.

(١) كما قيّده بذلك في الشرائع.

وهو غير ظاهر، لأن عموم: «على اليد...» إذا كان لا يشـمل يد العامل ـ لكونها بعنوان النيابة ـ فلا فرق بين العلم والجهل بالحال.

ولا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر، بل العين أيضاً.

فالأقوى ما ذكرنا، لأن يد كل منهما يد ضمان، وقرار الضمان على من تلف في يده العين.

ولو كان تلف الثمرة بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه(١).

هذا ويحتمل في أصل المسألة(٢) كون قرار الضمان على الغاصب(٣) مع جهل العامل، لأنه مغرور من قبله(٤).

---

(١) كما هو حكم تعاقب الأيدي على عين واحدة، فإن قرار الضمان على من تلفت في يده العين، كما هو محقق في ملحه.

(٢) يعني: مسألة تعاقب الأيدي على الثمرة التي ظهر أنها لغير المتعاملين.

(٣) يعني: لا على من تلفت الثمرة في يده ـ كما ذكرنا ـ بل يرجع هو على الغاصب، فيكون قرار الضمان عليه.

(٤) يشير بذلك إلى قاعدة الغرور، التي ادعي الإجماع على العمل بها.

وقد استدل عليها بأمور ـ أشرنا إليها في كتابنا نهج الفقاهة ـ:

منها: قاعدة الضرر، كما نسب إلى السيد في الرياض[1]، وعبارته لا تساعد على ذلك.

ومنها: قاعدة الاتلاف بالنسبة إلى العين المضمونة، كما هو ظاهر الجواهر في كتاب الغصب[2].

---

(١) رياض المسائل ٨: ٢٢٨، ١٤: ٤٧.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ٣٤، ١٧٨، ١٨٣.

. . . . . .

أو قاعدة الإتلاف بالنسبة إلى الغرامة، كما يظهر من شيخنا الأعظم في مبحث الفضولي، حيث جعل من الوجوه المصححة للقاعدة كون الغار سبباً في تغريم المغرور[١].

ومنها: النصوص الواردة في تدليس الزوجة، المتضمنة لجواز الرجوع إلى المدلس بالمهر وغيره، معللاً في بعضها: بأنه دلّس، وفي بعضها: بأنه غرَّ وخدع[٢].

ومنها: النصوص الواردة في ضمان شاهد الزور[٣]، على اختلاف مواردها.

ومنها: النبوي ـ على ما قيل ـ: «المغرور يرجع على من غره»[٤].

والجميع لا يخلو من إشكال، عدا نصوص تدليس الزوجة، كما أشرنا إلى ذلك في نهج الفقاهة[٥].

والارتكازيات العرفية تقتضي أن يكون السبب مجرد التغرير والإيقاع في خلاف الواقع، سواء كان عن علم أم جهل.

فلا بأس بالبناء عليها، وسيما بملاحظة بناء الأصحاب على الرجوع إليها

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢١١، ٢١٨، ٢٢٠/ ب٢، ٦، ٧ـ العيوب والتدليس ـ حديث: ٢، ٢، ١.

(٣) المصدر السابق ٢٧: ٣٢٦ ـ ٣٣٢، ب ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤ من كتاب الشهادات.

(٤) لم أجد نسبته إلى المعصوم لدى متقدمي الفقهاء، عدا ما توحيه بعض عبارات جامع المقاصد (٤: ٢٦٣)، والظاهر أنه قاعدة متصيدة من أبواب الفقه المتفرقة، منها ما أشار إليه سيدنا المؤلف ﷺ هنا، وفيما تقدم.

(٥) نهج الفقاهة ٢: ١٦٧.

ولا ينافيه ضمانه لأجرة عمله(١)، فإنه محترم، وبعد فساد المعاملة لا يكون الحصة عوضا عنه، فيستحقها، وإتلافه الحصة إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له(٢).

في مختلف الموارد.

ومنها: رجوع المشتري من الفضولي إليه في تدارك خساراته، حتى فيما كان له في مقابله نفع، فراجع مباحث الفضولي[1].

(١) **وجه المنافاة**: أن الغاصب كان ضامناً لأجرة عمله بعد تبين بطلان العقد الذي كان موجباً لضمانه بالحصة، فإذا كان ضامناً ما أتلفه من الحصة فقد صار ضامنا لعوضين، والعمل ليس له إلا عوض واحد.

(٢) يعني: يكون الغاصب هو الضامن للحصة، فتكون الحصة مضمونة للمالك لا للعامل، فالغاصب يضمن الأجرة للعامل، ويضمن الحصة للمالك، فلا يكون ضامناً للعوضين.

وفيه: أن الحصة بعد أن لم تكن أجرة للعمل فهي مضمونة على العامل للمالك، فإذا دفع العامل بدل الحصة للمالك فقد وصل إلى المالك حقه، فإذا بنينا على الرجوع إلى قاعدة الغرور لإثبات لزوم تدارك خسارة العامل للحصة، فقد تمسكنا بالقاعدة لزيادة ربح العامل، فإنه بعمله حصل على أجرة المثل وعلى الحصة معاً، والقاعدة ما شرّعت لإرباح العامل، وإنما شرعت لتدارك خسارته.

وإن شئت قلت: إن القاعدة تختص بالخسارة المحضة، ولا تجري في الخسارة المضمونة بالعوض التي أقدم عليها المغرور.

ولذلك لو اشترى من الفضولي عيناً جهلاً، ثم أتلفها، ولم يدفع الثمن إلى

---

(١) نهج الفقاهة ٢: ١٧٢.

(مسألة ٣١): لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقي غيره مع اشتراط المباشرة(١)، أو مع النهي عنه(٢).

وأما مع عدم الأمرين ففي جوازه مطلقاً ـ كما في الإجارة والمزارعة(٣) ـ وإن كان لا يجوز تسليم الأصول إلى العامل الثاني

البائع، فرجع عليه المالك في بدل المبيع، لم يجز له الرجوع على البائع في تدارك خسارة ثمن المبيع الذي دفعه إلى المالك؛ لأن خسارة الثمن كانت في مقابل المبيع الذي أخذه، وكان مقدماً على ضمانه به، فلو رجع على البائع فيه كان ربح المبيع بلا عوض، وذلك ما لا تقتضيه قاعدة الغرور.

(١) قد تقدم في المزارعة الإشكال من المصنف: بأن اشتراط المباشرة لا يمنع من مزارعة الغير؛ لجواز كون المزارع الثاني نائباً عن العامل الثاني في العمل، فيكون هو المباشر.

وتقدم منا الإشكال عليه بأن مورد كلام الأصحاب كون العامل الثاني هو المباشر، فراجع المسألة الثالثة عشرة من كتاب المزارعة[1].

(٢) إذا كان النهي قد أخذ شرطا في ضمن العقد وجب العمل به، عملا بدليل صحة الشرط، أما إذا لم يؤخذ شرطا فمجرد النهي لا تجب موافقته إذا كان مقتضى عقد المساقاة جواز فعل المنهي عنه.

(٣) حكى في الجواهر هذا القول عن بعض أفاضل متأخري المتأخرين[2]، ثم قال: «ولعله ظاهر المحكي عن الإسكافي»[3].

---

(١) تقدّم في ص ١٤١.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٨٨/ مختلف الشيعة ٦: ١٩٩.

إلا بإذن المالك(١)، أو لا يجـوز مطلقاً وإن أذن المالك(٢)، أو لا يجوز إلا مع إذنه(٣)، أو لا يجوز قبل ظهور الثمر ويجوز بعده(٤)

(١) تقدم الإشكال في ذلك في كتاب الإجارة، وأنه إذا كان مقتضى إطلاق عقد المساقاة الأولى جواز المساقاة الثانية، وأنها من حقوق العامل الأول، كان مقتضاه ـ أيضاً ـ جواز التسليم إلى العامل الثاني.

وكذلك الحكم في الإجارة، فإنه إذا جاز للأجير أن يتخذ أجيراً فيعمل في العين جاز تسليم العين إليه، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه[١].

(٢) كما هو المشهور المعروف، وفي الشرائع: «ليس للعامل أن يساقي غيره؛ لأن المساقاة إنما تصح على أصل مملوك للمساقي»[٢]، ونحوه كلام غيره[٣].

(٣) كما هو ظاهر المسالك[٤].

وينسب إلى ظاهر المختلف، قال: «والتحقيق أن المالك إن أذن للأول في مساقاة الثاني صحت وكان الأول كالوكيل لا حصة له في النماء، وإن لم يأذن فالثمرة للمالك، وعليه أجرة المثل للثاني، ولا شيء للأول»[٥].

لكن الظاهر منه الإذن في المساقاة عن المالك كالوكيل، لا الإذن في المساقاة عن نفسه، كما هو المراد منه هنا، وعرفت أنه ظاهر المسالك.

(٤) يظهر هذا القول من المسالك، قال بعد تقريب المنع مطلقاً: «وربما أشكل الحكم فيما لو ظهرت الثمرة، وبقي فيها عمل يحصل به زيادة فيها، فإن

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ١٣١.
(٢) شرائع الإسلام ٢: ١٢٧.
(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٣.
(٤) مسالك الأفهام ٥: ٦٧.
(٥) مختلف الشيعة ٦: ٢٠٠.

أقوال أقواها الأول.

ولا دليل على القول بالمنع مطلقاً، أو في الجملة، بعد شمول العمومات(١) من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

وكونها على خلاف الأصل فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم(٢)، ممنوع بعد شمولها.

المساقاة حينئذٍ جائزة، والعامل يصير شريكاً فيها»[١].

(١) لكن العمومات لا تثبت المساقاة، وإنما تثبت صحة العقد وترتب مضمونه، كما عرفت غير مرة.

(٢) إشارة إلى ما ذكره في الجواهر في موارد سبقت من أن العمومات المذكورة تختص بالعقود المعهودة، فلا تشمل غيرها.

وقد تقدم الإشكال عليه: بأن ذلك خلاف الإطلاق والعموم[٢].

وفي المقام ذكر أن ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٣]، و﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[٤]، لا يصلح لإثبات مشروعية مثل ذلك[٥]، انتهى.

فيحتمل أن يكون مراده ذلك، ويحتمل أن يكون مراده ما ذكرنا من أنها لا تثبت عنوان المساقاة.

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٦٧.

(٢) تقدّم في ص ٢٢٥.

(٣) سورة المائدة: ١.

(٤) سورة النساء: ٢٩.

(٥) جواهر الكلام ٢٧: ٨٧.

ودعـــوى: أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكاً للمســـاقي(١) أو كان وكيـــلاً عن المالـــك، أو ولياً عليه، كما تـــرى، إذ هو أول الدعوى(٢).

---

(١) هذه الدعوى تقدمت في عبارة الشرائع[١].

(٢) لا إشكال في أن النصوص الواردة في تشريع المساقاة ـ مثل صحيحة يعقوب، وصحيحة الحلبي المتقدمتـــين في أول الكتاب، ونحوهما من روايات خيبر[٢] ـ تختص بذلك، ولا تشمل ما نحن فيه.

وظاهر المصنف الاعتراف بذلك، حيث استدل على الصحة بالعمومات، ولم يستدل بالنصوص الخاصة بالمساقاة.

لكن البناء على الاقتصار على مورد النصوص يقتضي عدم صحة المساقاة فيما لو باع مالك الأصول الثمرة سنين، واشترط أن يكون إصلاح الأصول بيد المشـــتري، فساقى العامل بحصة من الثمرة، وكذا أمثال ذلك مما كانت المعاملة فيه على إصلاح الأصول من وظائف غـــير المالك، ولما لم يمكن الالتزام بذلك يتعين أن يكون المـــراد من كون الأصول مملوكة كون المعاملة عليها من وظائف المساقي، ســـواء كان للملك، أم الوكالة، أم الولاية، ولكونه عاملاً في المساقاة مع المالك.

ومن ذلك يظهر لك الإشـــكال فيما ذكر في الجواهر من أن الأدلة الخاصة لا تشمل المقام، والأدلة العامة لا تصلح لتشريع مثل ذلك.

فإن قلت: المالك إنما أذن له خاصة في العمل، ولم يأذن لغيره في العمل.

---

(١) في ص ٢٩٦.

(٢) تقدّمت في ص ٢٠٨، ٢٠٩، ١٦٦.

(مسألة ٣٢): خراج السلطان في الأراضي الخراجية على المالك(١)، لأنه إنما يؤخذ على الأرض التي هي للمسلمين(٢)، لا الغرس الذي هو للمالك، وأن أخذ على الغرس فبملاحظة الأرض، ومع قطع النظر عن ذلك أيضاً كذلك، فهو على المالك مطلقاً(٣).

قلت: إطلاق المساقاة اقتضى جواز أخذ الأجير للعمل؛ لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، كما تقدَّم ذلك في المسألة الثالثة عشرة من كتاب المزارعة[١].

ولأجل ذلك يضعف القول بالتفصيل بين إذن المالك وعدمه، الذي هو أحد الأقوال في المسألة.

(١) كما هو المصرح به في كلامهم[٢]، على نحو يظهر أنه مما لا إشكال فيه ولا خلاف.

(٢) كان الأولى أن يقول: إنما يؤخذ على الغرس؛ لأنه تصرف في الأرض التي هي للمسلمين، والغرس إنما غرسه المالك، ولا يؤخذ على تعمير الغرس الذي يقوم به العامل.

(٣) لا يظهر له وجه إلا أن السلطان قد جعله على المالك لا على غيره، ولو فرض أن السلطان قد جعله على العامل كان عليه أيضاً.

كما أنه لو فرض أن الخراج كان بنحو المقاسمة ـ بأن كان حصة من الثمرة ـ كان عليهما معاً.

---

(١) تقدّم في ص ١٤١.

(٢) النهاية: ٤٤٠/ المهذب ٢: ١٥/ شرائع الإسلام ٢: ١٢٨/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٥٠٩.

إلا إذا اشترط كونه على العامل، أو عليهما بشرط العلم بمقداره(١).

(مسألة ٣٣): مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من حين ظهوره، والظاهر عدم الخلاف فيه(٢)، إلا من بعض العامة، حيث قال بعدم ملكيته له إلا بالقسمة قياساً على عامل القراض، حيث أنه لا يملك الربح إلا بعد الانضاض.

---

(١) كما صرح به في المسالك، معللاً له: بأن لا يتجهل العوض[١].

وفيه: أنه لا دليل على قدح الجهالة في مثل ذلك، وعموم نفي الغرر غير ثابت.

ثم إنه إذا كان خراج الأرض بنحو المقاسمة ـ بأن كان حصة من الثمرة، كالخمس أو العشر ـ فقد يكون الخراج على الطرفين، وقد يكون على أحدهما بعينه، حسب التراضي، منهما.

(٢) في المسالك: «هو مما لا نعلم فيه خلافاً، وفي التذكرة: أسند الحكم إلى علمائنا»[٢]، ونحوه ما في غيرها[٣].

وفي جملة من كتب الأصحاب دعوى الإجماع صريحاً[٤].

ويقتضيه ظاهر نصوص الباب.

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٦٨.

(٢) المصدر السابق/ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٧٦.

(٣) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٨٩/ جواهر الكلام ٢٧: ٩٠.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤٣/ كفاية الأحكام ١: ٦٤٥/ رياض المسائل ٩: ٤٠٣.

وهو ممنوع عليه حتى في المقيس عليه(١).

نعم، لو اشترطا ذلك في ضمن العقد لا يبعد صحته(٢).

ويتفرع على ما ذكرنا فروع:

منها: ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل، فإن المعاملـــة تبطل من حينه(٣)، والحصة تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا(٤).

---

(١) مع وضوح الفرق بين المقامين، فيكون قياساً مع الفارق.

ووجه الفرق: أنه يمكن أن يقال في القراض: إن الربح وقاية لرأس المال فلا ربح إلا بعد وصول رأس المال إلى المالك، ولا مجال لذلك، في المقام.

(٢) لعموم صحة الشروط.

ويشـــكل: بأن ذلك ليس من الـــشرط في ضمن العقد، بـــل هو تحديد لموضوع العقد، وحينئذٍ فتصحيحه يكون بعموم صحة العقد.

لكنه لا يثبت عنوان المساقاة، إذ الأدلة الخاصة بها لا تشمله.

(٣) إذا كان هناك عمل لازم إلى وقت القسمة، وإلا فلا موجب للبطلان.

(٤) لأنهـــا مملوكة للعامل فتنتقل إلى وارثه كغيرها من مملوكاته، بخلاف القول الآخر، إذ لا ملك للعامل حينئذٍ.

وكذا الحكم في الفروع الثلاثة الآتية.

وهذه الفروغ الأربعة تشترك في حصول الفسخ بعد الظهور قبل القسمة، إما لسبب اختياري أو غير اختياري، والحكم في الجميع واضح.

ومنها: ما إذا فسخ أحدهما بخيار الشرط أو الاشتراط بعد الظهور وقبل القسمة أو تقايلا.

ومنها: ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور.

ومنها: ما إذا أخرجت الأصول عن القابلية لادراك الثمر، ليبس أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور، فإن الثمر في هذه الصور مشترك بين المالك والعامل وإن لم يكن بالغاً.

ومنها: في مسألة الزكاة فإنها تجب على العامل أيضا إذا بلغت حصته النصاب، كما هو المشهور، لتحقق سبب الوجوب، وهو الملكية له حين الانعقاد أو بدو الصلاح على ما ذكرنا، بخلافه إذا قلنا بالتوقف على القسمة(١).

نعم خالف في وجوب الزكاة عليه ابن زهرة هنا وفي المزارعة(٢)، بدعوى: أن ما يأخذه كالأجرة.

وبناء على القول الآخر يكون للعامل أجرة المثل، على ما تقدم في المسألة الثانية والعشرين، فراجع[1].

(١) فإنه حينئذٍ لا يجب على العامل الزكاة، لعدم ملكيته للثمر حين تعلق وجوب الزكاة، فتكون زكاته جميعا على المالك، لأنه هو المالك له.

(٢) قال في الغنية في كتاب المزارعة: «فأما الزكاة فإنها تجب على مالك البذر والنخل، فإن كان ذلك لمالك الأرض فالزكاة عليه، لأن المستفاد من ملكه نماء أصله، وما يأخذه المزارع والمساقي كالأجرة عن عمله، ولا خلاف

(١) تقدّم في ص ٢٦٧.

.....

أن الأجرة لا تجب فيها الزكاة.

وكـذا إن كان البذر للمزارع؛ لأن ما يأخذه مالك الأرض كالأجرة عن أرضـه، فإن كان البذر منهما فالزكاة على كل واحد منهما إذا بلغ مقدار سـهمه النصاب»[١].

وفي السرائـر: «كاتبته وعرّفته ما ذكـره في تصنيفه من الخطأ، فاعتذر رحمه الله بأعذار غير واضحة، وأبان فيها، وأنه ثقل عليه الرد...»[٢] إلى آخر ما ذكره، مما لا يناسب مقامه ولا مقام السيد قدس سره، وإن كان هو أعرف بنيته.

وفي المختلف: «وقول ابن إدريس وإن كان جيداً مسـتفاداً من الشيخ أبي جعفر، إلا أن قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد عن الصواب»[٣].

وفي الحدائـق: «الظاهر أن الحامل له على ذلك كثرة تشـنيع ابن إدريس عليه، وإلا فهو في غاية البعد عن الصواب»[٤].

وفي جامع المقاصـد بعد أن حكى ما في المختلف قـال: «وهو أعلم بما قـال، والظاهر عندنا أنه لا وجه له أصلاً، إلا على القول بأن اسـتحقاقه تملكه إنما يكون بعد بدو الصلاح وتعلق الزكاة، وهذا خلاف ما نقله المصنف رحمه الله عن علمائنا، فكيف يكون خلافه قريباً مـن الصواب؟! ولعله يريد أن ذلك محتمل وغير مقطوع ببطلانه، فلا يأتي على قائله كل ما ذكره ابن إدريس من التشنيع»[٥].

(١) غنية النزوع: ٢٩١.

(٢) السرائر الحاوي ٢: ٤٤٣.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ١٨٣.

(٤) الحدائق الناضرة ٢١: ٣٩١.

(٥) جامع المقاصد ٧: ٣٧٨.

ولا يخفى ما فيه من الضعف، لأن الحصة قد ملكت بعقد المعاوضة أو ما يشبه المعاوضة، لا بطريق الأجرة.

مع أن مطلق الأجرة لا تمنع من وجوب الزكاة، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب وأما إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها، كما في المقام، وكما لو جعل مال الإجارة لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره، فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب، فهو نظير ما إذا اشترى زرعا قبل ظهور الثمر.

هذا وربما يقال بعدم وجوب الزكاة على العامل في المقام(١)، ويعلل بوجهين آخرين:

أحدهما: أنها إنما تجب بعد إخراج المؤن، والفرض كون العمل في مقابل الحصة، فهي من المؤن(٢).

---

(١) قال في الجواهر: «لعل ابن زهرة لحظ عدم الوجوب في الأجرة عن العمل باعتبار عدم استحقاق تسلمها إلا بعد تمام العمل، والزكاة يعتبر فيها التمكن من التصرف في المال المملوك، وأنه لحظ وجوبها بعد المؤنة، والفرض كون العمل في مقابلها، فهو حينئذٍ مؤنته»[1].

ومن كلامه هذا يتحصل الوجهان اللذان ذكرهما في المتن.

(٢) الذي يظهر من الجواهر أن العمل مؤنة، فلا تجب الزكاة في الحصة إلا بعد استثنائه، فإذا استثنينا قيمة العمل لم يبق شيء.

ويشكل: بأن قيمة العمل ربما تكون أقل من الحصة، فتجب الزكاة في

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٩١.

وهـــو كما ترى، وإلا لزم احتســـاب أجرة عمـــل المالك(١) والزارع لنفسه أيضا فلا نسلم أنها حيث كانت في قبال العمل تعد من المؤن.

الثاني: أنه يشـــترط في وجوب الزكاة التمكن من التصرف، وفي المقام وإن حصلت الملكيـــة للعامل بمجرد الظهور، إلا أنه لا يستحق التسلم إلا بعد تمام العمل.

وفيـــه ـ مع فرض تســـليم عدم التمكن مـــن التصرف ـ: أن اشـــتراطه مختص بما يعتبر في زكاته الحول ـ كالنقدين والأنعام ـ لا في الغلات(٢)، ففيها وإن لم يتمكن من التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد التمكن، على الأقوى، كما بين في محله.

الزائد، والمصنف جعل المؤنة نفس الحصة، فلا يتوجه عليه الإشكال المذكور.

لكنه غير مراد الجواهر.

(١) قد فرق في الجواهر بين المقامين: بأن عمل العامل في المقام معاوض عليه بخلاف عمل المالك.

وفيه: أنه غير فارق، فإن عمل العامل مضمون على المالك بالحصة، ولا يكون مضمونا على نفس العامل، ولما لم يكن مضمونا على العامل لا يكون من المؤنة على العامل.

(٢) قد تقدم هذا من المصنف في كتاب الزكاة في المســـألة السابعة عشرة، وفي المســـألة الحادية والأربعين من مســـائل الختام، وتقدّم في الشرح الإشكال عليه، وأنـــه لا فرق بين الغلات وغيرهـــا في اعتبار التمكـــن من التصرف في

ولا يخفى أن لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصة على المالك أيضاً(١) ـ كما اعترف به ـ فلا يجب على العامل، لما ذكر، ولا يجب على المالك، لخروجها عن ملكه.

(مسألة ٣٤): إذا اختلفا في صدور العقد وعدمه فالقول قول منكره(٢)، وكذا لو اختلفا في اشتراط شيء على أحدهما وعدمه.

ولو اختلفا في صحة العقد وعدمها قدم قول مدعي الصحة(٣).

وجوب الزكاة فيها[1].

فالعمدة أن التمكن المعتبر في المشتركات هو تمكن مجموع الشركاء، لا تمكن كل واحد منهم، وهو حاصل في المقام.

ولو بني على اعتباره بالنسبة إلى كل واحد من العامل والمالك كان اللازم عدم وجوب الزكاة على المالك أيضاً؛ لأنه لا يتمكن من التصرف في الثمر بلا إذن العامل، ولا يجوز له طلب القسمة قبل تمام العمل، فحاله حال العامل، فإذا لم تجب على العامل زكاة حصته؛ لعدم التمكن من التصرف فيها، لم يجب على المالك الزكاة في حصته أيضاً، لذلك.

(١) بل عرفت أن لازم كلامه عدم وجوب الزكاة على المالك في حصته، فضلاً عن حصة العامل.

(٢) لأصالة عدمه، وكذا فيما بعده.

(٣) لأصالة الصحة، المبرهن على صحتها إجماعاً، قولياً وعملياً.

---

(١) تقدّم في ج ١٦ ص ٢٧، ٤٢.

ولو اختلفا في قدر حصة العامل قدم قول المالك المنكر للزيادة(١)، وكذا لو اختلفا في المدة ولو اختلفا في قدر الحاصل قدم قول العامل(٢)، وكذا لو ادعى المالك عليه سرقة أو إتلافاً أو خيانة(٣)، وكذا لو ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أميناً له(٤)، كما هو الظاهر(٥).

ولا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدعيه عليه، بناءً على ما هو الأقوى(٦) من سماع الدعوى المجهولة، خلافاً للعلامة في التذكرة في المقام(٧).

---

(١) لأصالة تبعية النماء للأصل، وكذا فيما بعده.

(٢) إذا كان الحاصل في يده؛ لحجية إخبار ذي اليد عما في يده، ولو كان لحاصل بيد المالك كان القول قول المالك، لما ذكر.

(٣) لأن دعواه خلاف الأصل في الجميع.

(٤) إذ لو لم يكن أميناً فلا أثر لتفريطه، فإنه لا يوجب الضمان حينئذٍ.

(٥) لأنه مؤتمن من المالك، وهذا معنى كونه أميناً.

(٦) وحكي عن أكثر المتأخرين[١]، بل نسب إلى الأكثر[٢]؛ لعموم ما دل على سماع الدعوى من دون مخصص.

(٧) قال في التذكرة في المقام: «فإن ادعى المالك عليه خيانة، أو سرقة في الثمار، أو السعف، أو الأغصان، أو أتلف، أو فرط بتلف، لم تسمع دعواه حتى

---

(١) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٠/ وانظر: مفتاح الكرامة ٢٥: ١٧٦.

(٢) لم أعثر عليه عاجلاً.

(مسألة ٣٥): إذا ثبتت الخيانة من العامل بالبينة أو غيرها هل له رفع يد العامل على الثمرة أو لا؟ قولان(١) أقواهما العدم، لأنه مسلط على ماله، وحيث أن المالك أيضاً مسلط على حصته فله أن يستأجر أميناً يضمه مع العامل، والأجرة عليه، لأن ذلك لمصلحته.

يحررها، فإذا حررها بيّن قدر ما خان فيه، وأنكر العامل، وجب على مالك النخيل البينة»[١]، وحكي ذلك عن جماعة[٢].

وليس له وجه ظاهر.

نعم، إذا كان المجهول مردداً بين ما لا قيمة له وما له قيمة، كان عدم السماع في محله؛ لعدم إحراز عنوان العام.

(١) قال في الشرائع: «وبتقدير الخيانة هل يرفع يده، أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمرة؟ الوجه: أن يده لا ترفع عن حصته»[٣].

وفي القواعد: «الأقرب أن يده لا ترفع عن حصته»[٤]، ونحوهما عبارات غيرها[٥].

وفي الجواهر: أن احتمال رفع يده لم أجده قولاً لأحد من أصحابنا، بل ولا لغيرهم[٦]، انتهى.

لكن في محكي المبسوط: «قيل يكترى من يكون معه لحفظ الثمرة، وقيل:

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٩٥.

(٢) المبسوط ٣: ٢١٥.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٢٧.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢.

(٥) تحرير الأحكام ٣: ١٥٨/ جامع المقاصد ٧: ٣٨٧.

(٦) جواهر الكلام ٢٧: ٨٣.

ومع عــدم كفايته في حفظ حصته جاز رفــع يد العامل(١) واستئجار من يحفظ الكل، والأجرة على المالك أيضاً(٢).

ينتزع من يده، ويكترى من يقوم مقامه»[١].

لكن هذا القول لم يعرف قائله.

ومن الغريب أنه اســتدل عليه في الإيضاح بعموم النص، وظاهر ذلك القول به[٢].

وهو كما ترى! لجهالة النص، وكونه خلاف قاعدة السلطنة، كما يشير إليه المصنف رحمه الله.

(١) كما جعله في القواعد هو الأقرب[٣]، واختاره في المســالك[٤]، وكأنه لقاعدة نفي الضرر، المقدمة على قاعدة السلطنة.

(٢) لأن الحفظ لمصلحته.

هــذا إذا كانت الأجرة على الحفظ فقط، أما إذا كانت الأجرة على العمل فكونها على المالك غير ظاهر؛ لأن العمل من وظائف العامل في مقابل الحصة، فيجــب أن يكون من ماله، كما هو ظاهر القواعد، قــال: «ولو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالأقــرب رفع يده عن الثمرة، وإلزامه بأجــرة عامل»، ونحوه في المسالك، وإن كانت عبارته الأولى ظاهرة في أن الأجرة عليهما معاً.

لكن التعليل بأن العمل واجب عليه، وتشــبيه المقام بما إذا هرب، يدلان

---

(١) المبسوط ٣: ٢١٥.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٢٩٧.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٣.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ٦٣.

(مسألة ٣٦): قالوا: المغارسة باطلة(١)، وهي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرس فيها، على أن يكون المغروس بينهما، سواء اشترط كون حصته من الأرض أيضاً للعامل أو لا، ووجه البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة(٢)، بل ادعى جماعة الإجماع عليه(٣).

على أن مراده أن الأجرة على العامل لا غير.

(١) كما هو المصرّح به في كلام جماعة كثيرة[١]، من دون نقل خلاف بينهم، بل لم يعرف قائل بالخلاف، وإن حكي عن المفاتيح أنه نقل قولاً بالصحة[٢].

(٢) وفي المسالك: «لأن عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع وهي منتفية هنا»[٣]، ونحوه كلام غيره[٤].

وفي مفتاح الكرامة: أنه حجة المعظم[٥].

وقد تقدم في كلام الجواهر مكرراً: أن العمومات لا تصلح لإثبات مشروعية ما لم يثبت مشروعيته من العقود[٦].

(٣) حكي الإجماع صريحاً عن جامع المقاصد ومجمع البرهان،[٧] وفي

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٨/ إرشاد الأذهان ١: ٤٣٠/ تحرير الأحكام ٣: ١٦٠/ تذكرة الفقهاء ١٧: ٣٩/ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٣/ اللمعة الدمشقية: ١٥٤/ جامع المقاصد ٧: ٣٩٢/ الروضة البهية ٤: ٣٢٠/ مسالك الأفهام ٥: ٧١/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤٤/ كفاية الأحكام ١: ٦٤٥.

(٢) مفاتيح الشرائع ٣: ١٠١.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٧١.

(٤) كفاية الأحكام ١: ٦٤٥/ مفاتيح الشرائع ٣: ١٠١.

(٥) مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٠٢.

(٦) تقدّم في ص ٢٢٥، ٢٩٧.

(٧) جامع المقاصد ٧: ٣٩٢/ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤٤.

نعم، حكي عن الأردبيلي، وصاحب الكفاية الإشكال فيه، لإمكان استفادة الصحة من العمومات.

وهو في محله(١) إن لم يتحقق الإجماع.

الجواهر: «الإجماع بقسميه على البطلان»[١].

وفي المسالك: «المغارسة باطلة عندنا وعند أكثر العامة»[٢]، ونحوه ما في غيرها.

(١) كما عرفت مراراً.

ودعوى: انصراف العمومات إلى المتعارف ـ مع أنها ممنوعة ـ لا تجدي في البطلان؛ لأن المغارسة أيضاً من المتعارف.

ولعل مراد جماعة من القائلين بالبطلان أنها مساقاة باطلة لا تجري عليها أحكام المساقاة، لا أنها باطلة بكل عنوان.

نظير ما تقدم في بعض شروط المساقاة من أن فقده يوجب بطلان المساقاة، لا بطلان العقد[٣]، ومثل ذلك تقدّم في المزارعة والمضاربة.

والذي يتحصل مما ذكرنا: أن الوجه في بطلان المغارسة إن كان هو الأصل ـ كما تقدم عن المعظم ـ فالأصل لا يجري مع عموم صحة العقود.

والإشكال على العموم بأنه لا يصلح لتشريع ما لم يثبت تشريعه ـ كما في الجواهر وغيرها ـ مندفع بما عرفت من أنه خلاف العموم من دون قرينة عليه.

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٩٣.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٧١.

(٣) تقدّم في ص ٢١٤.

. . . . . .

ومثله الإشكال بأنه مختص بالمتعارف، مضافاً إلى أنها من المتعارف.

وكذا الإشكال بأنه يختص بالعقود المذكورة في كتب الفقهاء.

فهذه الإشكالات نظير ما ذكره في التذكرة، قال فيها: «مسألة إذا دفع بهيمة إلى غيره ليعمل عليها ومهما رزق الله تعالى فهو بينهما، فالعقد فاسد؛ لأن البهيمة يمكن إجارتها، فلا حاجة إلى عقد آخر عليها يتضمّن الغرر، ولو قال: تعهّد هذه الأغنام على أن يكون درها ونسلها بيننا فكذلك، لأن النماء لا يحصل بعمله.

ولو قال: اعلف هذه من عندك ولك النصف من درها، ففعل، وجب بدل العلف على مالك الشياه، وجميع الدر لصاحب الشياه، والقدر المشروط لصاحب العلف مضمون في يده؛ لحصوله بحكم بيع فاسد، والشياه غير مضمونة؛ لأنها غير مقابلة بالعوض»[1].

فكأن الموجب للبطلان عندهم هو الموجب له في الأمثلة المذكورة، وهو الأصل، وقصور العموم عن إثبات الصحة.

ولكنه ـ كما ترى ـ غير ظاهر، ومقتضى العموم الصحة في الأمثلة المذكورة، وقد تقدّم مثل ذلك في المباحث السابقة، فلاحظ الشرط التاسع من شروط المضاربة[2].

هذا إذا كان المستند في البطلان الأصل.

وأما إذا كان المستند الإجماع، فيشكل: بأنه لم يتضح أن مراد القائلين بالبطلان هو البطلان مطلقاً، بل من الجائز أن يكون مراد بعضهم ـ بل أكثرهم ـ

(١) تذكرة الفقهاء ١٨: ٥٠٥.

(٢) تقدّم في ج ١٩ ص ٣٤٠.

ثم على البطلان يكون الغرس لصاحبه(١)، فإن كان من مالك الأرض فعليه أجرة عمل الغارس(٢) إن كان جاهلاً بالبطلان(٣)، وإن كان للعامل فعليه أجرة الأرض للمالك مع

البطلان بعنوان المساقاة، فلا تجري عليها أحكامها، لا البطلان تعبداً مطلقاً.

(١) لعدم ما يوجب خروجه عن ملكه بعد البناء على بطلان العقد.

قال في الشرائع: «إذا دفع أرضاً إلى غيره ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة، والغرس لصاحبه، ولصاحب الأرض إزالته، وله الأجرة لفوات ما حصل الإذن بسببه، وعليه أرش النقصان بالقلع»[١]، ونحوه عبارة القواعد وغيرها[٢].

لكن المفروض في الجميع كون الغرس للعامل كما هو الغالب، وفي المتن تعرض للصورتين.

(٢) لأن العمل مضمون بالاستيفاء، على ما عرفت في المباحث السابقة من أنه من أسباب الضمان.

ثم إن هذا التقسيم ذكره في المسالك[٣]، وتبعه عليه في المتن.

لكن الذي يظهر من عبارة الشرائع المتقدمة وغيرها: أن المغارسة أن يكون الغرس من العامل لا غير، فتكون الأرض من أحدهما والغرس من الآخر.

فالتعدي إلى غير هذه الصورة ـ كما في المسالك والمتن ـ غير ظاهر.

(٣) قد تقدّم من المصنف رحمه الله هذا القيد في موارد من المباحث السابقة،

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٢٣/ تحرير الأحكام ٣: ١٦٠.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٧١.

.....

وتقدم الإشكال عليه بأن العلم بالبطلان لا يقتضي التبرع[١].

نعـــم، في المقام يكون العلم بالبطلان موجبـــاً للعلم بحرمة التصرف في الغرس، وحينئذٍ لا يستوجب الأجرة، إذ لا أجرة على الحرام.

وقد تقدم ذلك في بعض المباحث السابقة[٢].

لكن هذا الإشكال ـ إن تم ـ منع من استحقاق الأجرة في صورة جهلها؛ لأن الأجرة إنما كانت مضمونة على المالك بالاســتيفاء، والاستيفاء لا يعقل مع انتفاء إذنه.

والالتزام بثبوت الإذن مع الجهل دون العلم كما ترى! إذ الإذن إن كانت مقيدة بالمســاقاة الصحيحة فهي مفقودة في المقامين، كما هو المفروض، فلا إذن في المقامين، فلا يتحقق الاستيفاء في المقامين.

وإن كانــت غــير مقيّدة بها فــالإذن موجودة في المقامــين، فلا موجب للحرمة، لا في صورة الجهل، ولا في صورة العلم.

واحتمال أن المعاملــة الصحيحة من قبيل الداعي إلى الإذن، فانتفاؤها لا يوجب انتفاء الإذن؛ لأن الداعي في الحقيقة هو الوجود العلمي الاعتقادي وهو حاصل، وانتفاء الوجود الواقعي لا يقتضي انتفاءه، وحينئذٍ يصدق الاســتيفاء حقيقة في حال الجهل.

مدفوع: بأن مقتضى ذلك عدم جواز إجبار العامل على قلع الغرس إذا كان الغرس له؛ لأن غرسه بإذن من المالك، مع أنه لا إشكال عندهم في جواز ذلك.

(١) تقدّم في ص ٢٧١.

(٢) تقدّم في ص ٢٨٨.

جهله به(١)،

ومن ذلك يشكل الجمع مع جهل المالك بين صدق الاستيفاء الموجب لضمانه وبين البناء على حرمة عمل العامل إذا كان عالماً؛ لعدم كونه مأذوناً، وبين وجوب قلع الغرس إذا كان له، لعدم كونه مأذوناً في غير غرسه.

والتحقيق: أنه إذا كان المتعاملان في مقام إيقاع المعاملة الشرعية فمع البطلان لا استيفاء، ولا إذن في العمل، فيكون فعل العامل غير مأذون فيه، فلا يستحق عليه أجراً إذا كان الغرس للمالك، ويجب عليه قلعه إذا كان الغرس له، لأن الإذن منوطة بوجود المفهوم شرعاً، وهو مفقود، فلا يجوز للعامل أن يطالب المالك بالأجرة لاستيفاء عمله؛ لانتفاء الإذن الموجب لصدق الاستيفاء، ويجوز للمالك أن يقول للعامل: فعلت بغير إذني، فلا يستحق أجراً، كما يجوز أن يقول: غرست غرسك في ملكي بغير إذني فاقلعه.

وإذا لم يكن المتعاملان في مقام المعاملة الشرعية، بل في مقام إيقاع معاملة بينهما والجري عليها، فالإذن في التصرف جرياً على تلك المعاملة حاصل، وحينئذٍ يصدق الاستيفاء، ويكون الفعل حلالاً وإن كانا عالمين.

وحينئذٍ لا يجوز للمالك المطالبة بقلع الغرس إذا كان الغرس للعامل، وكان يحصل الضرر بقلعه؛ لأنه كان بإذن من المالك، فلا يدخل تحت قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[1].

(١) وكذا مع علمه، لأنه لم يأذن للعامل في غرس شجره مجاناً، وإنما أذن له في غرسه بعوض، فإذا فات العوض استحق الأجرة شرعاً.

---

(١) عنه ﷺ في المجازات النبوية: ٢٥٥/ الخلاف ٣: ٣٩١/ مسند أحمد ٥: ٣٢٧/ سنن أبي داود ٢: ٥٠، وعن الصادق عليه السلام في وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، ب ٣٣ ـ الإجارة ـ حديث: ٣.

وله الإبقاء بالأجرة(١)، أو الأمر بقلع الغرس(٢)، أو قلعه بنفسه(٣)، وعليه أرش نقصانه إن نقص من جهة القلع.

(١) لأن الإذن في نصب الغرس لا يوجب خروج الأرض عن سلطنة المالك، فيكون له المطالبة بالأجرة لها.

(٢) لأنه مقتضى سلطنة المالك على أرضه، فيكون له إخلاؤها من غرس العامل.

(٣) هذا لا يكون عدلاً لما قبله، وإنما يجوز مع تعذر ما قبله؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فيحرم.

نعم، إذا امتنع من قلع غرسه جاز لمالك الأرض قلعه؛ لقاعدة السلطنة على أرضه، الموجبة لقدرته على إخلائها من غرس غيره.

وربما يعارض: بأن مباشرة القلع بنفسه تصرف في ملك الغير بغير إذنه وهو خلاف سلطنة مالكه عليه، وحينئذٍ يقع التعارض بين قاعدة السلطنة على الأرض بالنسبة لمالكها وقاعدة السلطنة على الغرس بالنسبة لمالكه.

وفيه: أن قاعدة السلطنة لا تجري إذا كانت موجبة للعدوان، فإن منع تصرف مالك الأرض في الغرس موجب للعدوان على أرضه.

وكذلك إذا كان صاحب الغرس يريد قلع غرسه وكان صاحب الأرض بمنعه عن ذلك، فإنه يجوز له قلع غرسه، وإن أدّى إلى التصرف في الأرض.

بل الظاهر فيما لو أخذ السارق فرساً وربطها في بيته، أنه يجوز لمالك الفرس دخول البيت وأخذ الفرس، فتكون قاعدة السلطنة لمالك الفرس مسوّغة لدخول بيت السارق؛ لعدوانه المانع من سلطنته على ماله إذا كانت

ويظهر من جماعة(١) أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً، ولا دليل عليه(٢) بعد كون المالك مستحقاً للقلع.

ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا(٣) من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر مثلاً، بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر.

ولكن كلمات الآخرين لا تقبل هذا الحمل، بل هي صريحة في ضمان التفاوت بين القائم والمقلوع، حيث قالوا: مع ملاحظة

موجبة للعدوان.

وهناك وجوه في ترجيح سلطنة مالك الأرض في الفرض تعرضنا لها في نهج الفقاهة في بعض مباحث خيار الغبن[١].

(١) هو ظاهر عبارة الشرائع المتقدمة[٢] ونحوها.

إذ لو كان المراد من النقصان الكسر ونحوه، كان اللازم أن يقال: عليه أرش النقصان بالقلع إن حدث، فعدم التقييد بذلك يدل على أن المراد النقصان اللازم للقلع.

(٢) قد عرفت الإشكال فيه، فإن لازم ذلك عدم ضمان أجرة العامل لو كان الغرس للمالك، فبناؤهم على الضمان يلازم الإذن في غرس العامل، والإذن تستلزم ضمان الصفة الحاصلة من نصب الغرس في الأرض الفائتة بقلعه.

(٣) هذا الحمل بعيد عن كلامهم وعن مبناهم.

---

(١) مخطوط.

(٢) تقدّمت في ص ٣١٣.

أوصافه الحالية من كونه في معرض الابقاء مع الأجرة أو القلع.

ومن الغريب ما عن المسالك(١) من ملاحظة كون قلعه مشروطا بالأرش لا مطلقاً فإن استحقاقه للأرش من أوصافه وحالاته، فينبغي أن يلاحظ أيضاً في مقام التقويم.

مع أنه مستلزم للدور، كما اعترف به.

---

(١) قال فيها: «والمراد بالأرش تفاوت ما بين قيمته في حالتيه على الوضع الذي هو عليه وهو كونه باقيا بأجرة ومستحقاً للقلع بالأرش وكونه مقلوعا؛ لأن ذلك هو المعقول من أرش النقصان، لا تفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقاً ومقلوعاً، إذ لا حق له في القيام كذلك، ليقوم بتلك الحالة.

ولا تفاوت ما بين كونه قائماً بأجرة ومقلوعاً؛ لما ذكرنا، فإن استحقاقه للأرش بالقلع من جملة أوصافه.

ولا تفاوت ما بين كونه قائماً مستحقاً للقلع ومقلوعاً؛ لتخلف بعض أوصافه أيضاً، كما بيناه.

ولا بين كونه قائماً مستحقاً للقلع بالأرش ومقلوعاً، لتخلف وصف القيام بأجرة.

وهذه الوجوه المنفية ذهب إلى كل منها بعض.

اختار الثاني منها الشيخ علي رحمه الله، والأخير فخر الدين في بعض ما ينسب إليه، والآخران ذكرهما من لا يعتد بقوله.

والأول مع سلامته من ذلك لا يخلو من دور؛ لأن معرفة الأرش فيه متوقفة على معرفته، حيث أخذ في تحديده، والظاهر أن القيمة لا تختلف

. . . . . .

باعتباره، وأن تقديره كذلك كتقديـــره مقلوعاً وقائماً بأجرة، فلا يضر مثل هذا الدور»[١].

ولا يخفى ما فيه من التهافت، فإن ما ذكره في رفع إشـــكال الدور راجع إلى عدم اعتبار ملاحظة الأرش، وهو عين الوجه الثاني، الذي نفاه ونســـبه إلى الشيخ علي، فما الذي دعا إلى نفيه أولاً والبناء عليه أخيراً؟!

ثـــم إن الدور لا يختص بما ذكره هو من الوجه الأول، بل يجري في الوجه الأخير الذي نســـبه إلى الفخر، لذكر الأرش فيها أيضـــاً، فإن كان ذكره موجباً للدور، فالوجه الأخير كذلك.

وإن كان الظاهر ارتفاع الدور بالاختلاف بالتفصيل والإجمال.

ثم إنه لا يظهر وجه لاســـتغراب ما في المســـالك بخصوصه؛ لاشتراك الوجوه الخمســـة ـ المذكورة فيها المنســـوبة إلى قائليها ـ في ضمان الصفة الخاصة الحاصلة بالنصب الزائلة بالقلع، عـــلى اختلافها في كيفية التقويم، وقد عرفت أنه هـــو التحقيق بعـــد أن كان النصب بإذن مالـــك الأرض، وليس داخلاً في قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[٢].

ولأجل ذلك قد يشـــكل جواز قلع المالك لـــه؛ لأنه ضرر على صاحب الغرس.

ودفـــع قيمة ما به التفاوت تداركاً للـــضرر لا يوجب عدم جريان قاعدة نفي الضرر المانعة من جواز القلع.

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٧١/ جامع المقاصد ٧: ٣٩٣.

(٢) تقدّم في ص ٣١٥.

. . . . . .

والذي يتحصل مما ذكرنا: أنه بعد أن تبين فساد المعاملة تجري قاعدة السلطنة في حق مالك الأرض، فتقتضي جواز إفراغ أرضه بقلع الغرس، إذا لم يكن قلعه موجباً للضرر على صاحب الغرس، كما إذا لم تمض مدة على نصب الغرس.

أما إذا مضت مدة عليه واستقر نصبه، وكان في قلعه فوات صفة فيه، فقد صار قلعه موجباً للضرر على صاحبه، فتجري قاعدة نفي الضرر، وتمنع من قلعه، ومن جريان قاعدة السلطنة في حق مالك الأرض؛ لأنها مقدمة وحاكمة عليها.

ودفع ما به تدارك الضرر لا يوجب سقوط قاعدة نفي الضرر.

نعم، إذا كان بقاء الغرس في الأرض موجباً للضرر على مالك الأرض جرت قاعدة نفي الضرر في حق مالك الأرض، فتسقط القاعدة في الطرفين للتعارض بين التطبيقين، ويرجع إلى قاعدة السلطنة في حق مالك الأرض المقتضية لجواز القلع.

لكن لم يتضح ما يوجب ضمان مالك الأرض للصفة الحاصلة من النصب إذا كان المباشر للقلع مالك الغرس، فإن إتلاف الصفة مستند إليه لا إلى الآمر بالقلع، خصوصاً إذا كان فعل المباشر القلع بداعي امتثال أمر الله تعالى، لا امتثال أمر مالك الأرض، فإن الأمر بالإتلاف لا يوجب ضمان الآمر به.

أما إذا كان المباشر للقلع هو مالك الأرض، كان ضمانه للصفة التالفة في محله؛ لأن تلفها بفعله.

وحينئذٍ إذا أريد تقويم الصفة يقوّم الشجر غير مستحق للبقاء، لا مجاناً ولا بأجرة، لأنه الحال الذي عليه الشجر حين القلع.

ثم إنه إن قلنا بالبطلان(١) يمكن تصحيح المعاملة بادخالها تحت عنوان الإجارة(٢) أو المصالحة أو نحوهما(٣) مع مراعاة شرائطهما، كأن تكون الأصول مشتركة بينهما(٤)، إما بشرائها

ولا وجه لما ذكر في المسالك من تقويمه باقياً بأجرة، فإن ذلك ليس من حال الشجر حين القلع.

نعم، يقوم مضموناً بالأرش، لا مستحقاً للقلع مجاناً، فإنه غير الحال الذي عليه الشجر حين القلع، فلاحظ وتأمل.

(١) يعني: بعنوان المساقاة، لا مطلقاً.

(٢) بأن يكون الغرس من مالك الأرض فيستأجر العامل على أن يغرسه بأجرة نصف الغرس، أو مع نصف الأرض.

أو يكون الغرس من العامل، فيستأجر الأرض على أن يغرس فيها غرسه، وتكون الأجرة نصف ذلك الغرس، وحينئذٍ لا يكون للعامل حصة من الأرض.

ويشكل مثل هذه الإجارة إذا لم تذكر المدة، ولو فرض ذكر المدة فسيأتي في كلام المصنف.

(٣) كان المناسب أن يقول: أو غيرهما، إذ لم يعهد عقد هو نحو الإجارة والمصالحة.

(٤) هذا لا حاجة إليه في إيقاع المصالحة، فيمكن أن يكون الغرس لصاحب الأرض فقط، فيقول للعامل: صالحتك على أن تغرس غرسي في أرضي ويكون لك نصفه ونصف أرضي.

بالشركة أو بتمليك أحدهما للآخر نصفاً منها ـ مثلاً ـ(١) إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه مثلا أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها وسقيه إلى زمان كذا(٢) أو يستأجره للغرس والسقي إلى زمان كذا(٣) بنصف منفعة الأرض مثلاً.

(مسألة ٣٧): إذا صدر من شخصين مغارسة ولم يعلم كيفيتها وأنها على الوجه الصحيح أو الباطل ـ بناءً على البطلان ـ يحمل فعلهما على الصحة(٤) إذا ماتا أو اختلفا في الصحة والفساد.

---

(١) يعني: أو ربعاً منها أو ثلثاً، على اختلاف الأغراض والفروض.

(٢) لا حاجة إلى تعيين الزمان في الصلح، فيصالحه على أن يغرس نصف غرسه في أرضه، ويكون له نصف منفعة أرضه دائماً ما دام الغرس بلا تحديد مدة.

(٣) لازم هذا التحديد أنه إذا انتهت المدة يستحق صاحب الأرض على العامل أجرة بقاء حصته من الغرس في الأرض.

ويمكن الإشكال على ما ذكره بأن الإجماع على البطلان ـ الذي سبق نقله ـ إن كان على عنوان المساقاة لا غير، أمكن التصحيح للمغارسة لا بعنوان المساقاة، ولا حاجة إلى تكلف دخولها في الإجارة أو المصالحة أو غيرهما.

وإن كان على نفس المضمون بأي عنوان كان، كان مقتضاه بطلان المغارسة حتى إذا كانت داخلة في الإجارة أو المصالحة أو غيرهما، وتكلّف الادخال لا يجدي في تصحيحها، فلاحظ وتأمل.

(٤) عملاً بأصالة الصحة، المعوّل عليها عند المتشرعة والعقلاء.

. . . . . .

والله سبحانه ولي التوفيق، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

إلى هنا تم ما أريد شرحه من كتاب المساقاة، على يد مؤلفه الفقير إلى رحمة ربه الرحمن الرحيم، وكرم مولاه أكرم الأكرمين، وهو في جوار الحضرة العلوية المقدسة، على مشرفها أفضل الصلاة والسلام.

عند منتصف الليلة المباركة ليوم المبعث الشريف، السابع والعشرين من شهر رجب المكرم، في السنة السابعة والثمانين بعد الألف والثلاثمائة هجرية، على صاحبها وآله البررة الكرام أفضل التحية وأزكى السلام.

وأنا الحقير (**محسن**) بن السيد مهدي، بن السيد صالح، بن السيد أحمد، بن السيد محمود، بن السيد إبراهيم الطبيب، بن السيد علي الحكيم، ابن السيد مراد، بن السيد أسد الله، بن السيد مير جلال الدين الأمير، ابن مير سيد حسن، بن المير مجد الدين، بن مير قوام الدين، بن مير إسماعيل، ابن أبي المكارم مير عباد، بن مير أبي المجد علي، بن مير عباد أبي الفضل، ابن مير علي أبي هاشم أميركا، بن مير حمزة وهو عباد، بن أبي المجد، ابن مير إسحاق أبي المجد، بن مير طاهر أبي هاشم، بن مير علي أبي الحسين الشاعر، ابن مير محمد أبي الحسن الشاعر، بن مير أحمد فتوح الدين، بن مير محمد أبي جعفر الأصغر، بن أحمد الرئيس أبي العباد، بن إبراهيم طباطبا، بن إسماعيل الديباج أبي إبراهيم الشريف الخلاص، بن إبراهيم الغمر، بن الحسن المثنى، ابن الإمام المجتبى **الحسن الزكي، بن علي بن أبي طالب، أمير المؤمنين**، وسيد الوصيين، وقائد الغر المحجلين، صلوات الله وسلامه عليه وعلى أولاده الأئمة المعصومين، الغر الميامين.

تذنيب

في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام: «من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا يجود عملها، ولا يتبعل بالنخل فيأخذ حيتاناً صغاراً يابسة فيدقها بين الدقين، ثم يذر في كل طلعة منها قليلاً ويصر الباقي في صرة نظيفة ثم يجعله في قلب النخل ينفع بإذن الله تعالى».

وعن الصدوق في كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوي عن آبائه عليهم السلام: «إن النبي صلى الله عليه وآله قال: مرّ أخي عيسى بمدينة فإذا في ثمارها الدود، فسألوا إليه ما بهم، فقال عليه السلام: دواء هذا معكم وليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صببتم التراب، وليس هكذا يجب، بل ينبغي أن تصبوا الماء في أصول الشجر ثم تصبوا التراب، كي لا يقع فيه الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك».

وفي خبر عن أحدهما عليهما السلام: «قال: تقول إذا غرست أو زرعت: «ومثل كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها».

وفي خبر آخر: «إذا غرست غرساً أو نبتاً فاقرأ على كل عود أو حبة سبحان الباعث الوارث، فإنه لا يكاد يخطئ إن شاء الله».

وبتمامه تم شرح كتاب العروة الوثقى، لمؤلفه الفقيه الأعظم السيد (محمد كاظم) الطباطبائي اليزدي قدس سره. والحمد لله رب العالمين.

كتاب الضمان

كتاب الضمان

وهو من الضمن(١)، لأنه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما.

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على رسوله وآله الطاهرين.

كتاب الضمان

(١) قال في المسالك: «الضمان عندنا مشتق من الضمن، لأنه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة أخرى، أو لأن ذمة الضامن تتضمن الحق.

فالنون فيه أصلية، بناءً على أنه ينقل المال من الذمّة إلى الذمّة.

وعند أكثر العامة: أنه غير ناقل، وإنما يفيد اشتراك الذمتين، فاشتقاقه من الضَّم، والنون فيه زائدة؛ لأنه ضم ذمة إلى ذمة، فيتخير المضمون له في المطالبة»[1].

لكن في كونه عندنا مشتقاً من الضِّمن خفاء، فمن الجائز أن يكون الضِّمن مشتقاً منه، فيكون معنى كون الشيء في ضِمن شيء آخر: أنه في عهدته.

(١) مسالك الأفهام ٤: ١٧١.

وما قيل من احتمال كونه من الضم(١) فيكون النون زائدة(٢)، واضح الفساد، إذ ـ مع منافاته لسائر مشتقاته ـ(٣) لازمه كون الميم مشددة(٤).

وله إطلاقان(٥): إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحوالة

وكذا معنى قولنا: إن كذا تضمَّن كذا، أو مضمون العبارة كذا، وضمنت قصيدتي آية أو بيتاً من شعر فلان، ونحو ذلك، فإن معنى ذلك وإن كان الظرفية، لكن يمكن أن تكون الظرفية موجبة للتعهد.

وبالجملة: الضمن معناه الظرفية، ولازمها نوع من التعهد، والضمان هو التعهد، ولازمه نوع من الظرفية، فيحتمل أن يكون كل واحد منها أصلاً للآخر، ومقتضى كثرة استعمال الضمان ومشتقاته كونه أصلاً للآخر، لا فرعاً عليه.

(١) تقدمت حكايته عن أكثر العامة.

(٢) نظير: الجولان، والنزوان، والجريان، والحيوان، والضربان، وغيرها مما هو كثير.

ويختص غالباً بما كان فيه حركة وتقلب، كما ذكره ابن مالك في منظومته[1].

(٣) لأن زيادة النون في المصدر تقتضي خلو سائر المشتقات منها، مع أنها موجودة فيها، اللهم إلا أن يكون المراد الاشتقاق الكبير.

(٤) ليكون الفعل ثلاثياً لا ثنائياً.

(٥) كما نص على ذلك جماعة، منهم المحقق والشهيد الثانيان في جامع

(١) قال فيها: مالم يكن مستوجباً فِعَالَا ... أو فَعَلَاناً فادر أو فُعَالَا
فأول لذي امتناع كأبى ... والثاني للذي اقتضى تقلبا

الألفية لابن مالك: أبنية المصادر.

والكفالة أيضاً، فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس.

وإطلاق بالمعنى الأخص، وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً، وهو المقصود من هذا الفصل.

المقاصد والمسالك[١].

وفي الشرائع: «كتاب الضمان، وهو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس، والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون، فهنا ثلاثة أقسام»، فجعل الضمان مقسماً للأقسام الثلاثة، لكن قال بعد ذلك: «القسم الأول في ضمان المال ممن ليس للمضمون عنه عليه مال، وهو المسمى بالضمان بقول مطلق»[٢]، ونحوه في القواعد[٣].

وفي الجواهر: أنه ـ يعني: الأخير ـ المعنى الحقيقي المتبادر عند الإطلاق، وما تقدم من تقسيم الضمان إلى الثلاثة بحسب المعنى المجازي بالعارض، وإن كان هو في الأصل المعنى الحقيقي، لكنه هجر.

أو أنه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى الخاص والعام، والاشتهار قرينة على إرادة الخاص.

أو أنه باق على الاشتراك المعنوي، والاشتهار قرينة على إرادة الخاص عند الإطلاق[٤].

لكن ما ذكر من الاحتمالات الثلاثة كلها بعيدة عن المراد.

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٠٨/ مسالك الأفهام ٤: ١٧١.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٨٨.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٥٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ١١٤.

ويشترط فيه أمور:

أحدها: الإيجاب، ويكفي فيه كل لفظ دال(١)، بل يكفي

وأبعد منها ما ذكره في المسالك: من أن الفرق بين مطلق الضمان والضمان المطلق هو الفرق بين مطلق الماء والماء المطلق، وكما أن مطلق الماء ينقسم إلى المطلق والمضاف، كذلك مطلق الضمان ينقسم إلى الضمان المطلق والضمان المقيد[1].

فإن مطلق الماء ليس جامعاً بين الماء المطلق والمضاف، بل هو جامع بين أفراد الماء المطلق، مطلقها ومقيدها، وكذلك مطلق الضمان إنما يكون جامعاً بين أفراد الضمان بالمعنى المقابل للحوالة والكفالة، لا جامعاً بينه وبين الحوالة والكفالة.

ولا جامع بين الماء المطلق والمضاف حقيقي، وإنما هو اعتباري، وهو ما يسمى ماء، مثل الجامع بين معاني المشترك اللفظي.

والتحقيق: أن للضمان معنيين: عرفي، وهو التعهد بالمال أو النفس.

واصطلاحي: وهو الضمان الخاص.

فإذا أطلق الضمان في العرف كان المراد منه المعنى العام الشامل للضمان.

وإذا أطلق عند الفقهاء كان المراد منه المعنى الخاص لا غير.

فإن كان مراد الشهيد ذلك كان في محله، وإن كان غيره كان محلاً للنظر، كما يظهر بالتأمل.

(١) هذا مما لا ينبغي الإشكال فيه؛ لتحقق الإنشاء بذلك، الموجب لصدق العنوان.

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ١٧٣.

الفعل الـــدال ـ ولو بضميمة القرائن ـ على التعهد والالتزام بما على غيره من المال.

الثاني: القبول من المضمون لـــه، ويكفي فيه أيضاً كل ما دل على ذلك من قول أو فعل(١).

وعلى هذا فيكون من العقـــود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول، كذا ذكروه(٢).

ولكن لا يبعد دعوى عدم اشـــتراط القبول على حد ســـائر العقود اللازمة، بل يكفي رضى المضمون له سابقاً أو لاحقاً(٣)،

ولأجل ذلك نقول بكفاية الفعل لتحقق الإنشـــاء به تحققه بالقول، فإن الفعل وإن كان في نفسه خالياً عن الدلالة على شيء، لكن بتوسط القرائن يكون دالاً على إنشـــاء العنوان، كالقول، فإن لم يكـــن دالاً لم يكف في صدق العنوان عرفاً، وإن قصد به الإنشاء.

(١) لما سبق في الايجاب.

(٢) قد عرفت عبـــارة الشرائع والقواعد، ونحوهما غيرها مما تضمن أن الضمان عقد.

وفي جامع المقاصد: أن الضمان عقد إجماعاً[١].

(٣) قـــال في الخلاف: «ليس من شرط صحة الضمان رضاهما أيضاً، وإن قيل: إن من شرطه رضى المضمون له كان أولى»[٢].

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٥٥

(٢) الخلاف ٣: ٣١٣.

. . . . . .

وهو صريح في عدم لزوم الرضا فضلاً عن القبول.

واحتج على ذلك بضمان أمير المؤمنين عليه السلام، وأبي قتادة الدين عن الميت[١]، ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله عن رضا المضمون له.

وفيه: أن عدم السؤال أعمّ من عدم اعتبار الرضا، كما هو ظاهر، إذ من الجائز إطلاعه صلى الله عليه وآله على حصول الرضا فلم يسأل عنه.

ولذلك قيل: إنه قضية في واقعة لا عموم فيها[٢].

وفي الجواهر: أن اشتمال الخبر على وقوع الضمان يدل على وقوع الرضا، لأن الضمان عقد مؤلف من الإيجاب والقبول، فالإخبار عنه إخبار عنهما[٣].

لكن في صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يموت وعليه دين، فيضمنه ضامن للغرماء، فقال عليه السلام: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»[٤]، وظاهر اشتراط الرضا في الجواب: أنه أمر زائد على الضمان، وأنه يتحقق وإن لم يرض المضمون له، وعلى هذا فوقوع الضمان لا يدل على الرضا ولا على القبول.

فاللازم في الجواب عن احتجاج الشيخ رحمه الله ما ذكرنا.

---

(١) المحكي في الخلاف: «إن أمير المؤمنين ضمن درهمين عن الميت، فقال النبي صلى الله عليه وآله: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»، والمحكي أيضاً: أن أبا قتادة ضمن دينارين عن ميت، فقال عليه السلام له: هما عليك، والميت منهما بريء». [منه قدس سره]. الخلاف ٣: ٣١٤.

(٢) رياض المسائل ٩: ٢٦٤.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٣، ب ٢ ـ الضمان ـ حديث: ١ .

كـــما عن الإيضاح والأردبيلي، حيث قـــالا: يكفي فيه الرضا، ولا يعتبر القبول العقدي.

بل عن القواعد:(١) وفي اشـــتراط قبولـــه احتمال، ويمكن اســـتظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله أن يصلي عليه حتى ضمنه علي عليه السلام.

وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاة وسائر ما يعتبر في قبولها.

هذا بناءً على ثبوت الخبر، لكنه محل تأمل.

وحينئذٍ فالاحتجاج به غير ظاهر وإن سلمت الدلالة.

مضافاً إلى أنه إذا تمّت دلالـــة الخبر على عدم اعتبار الرضا، كان معارضاً لصحيح ابن سنان المذكور، فيتعين حمله على الصحيح، لا حمل الصحيح عليه؛ لأن الصحيح أظهر دلالة.

(١) قال في القواعد: «وفي اشتراط قبوله احتمال»[١].

وفي جامع المقاصد ـ في شرحه ـ قال: «ينشأ من واقعة علي عليه السلام، والتمسّك بالأصل. والأصح الاشـــتراط؛ لأن الضمان عقد إجماعاً فلا بد فيه من القبول، ولأن المال للمضمون له، فكيف يملك شـــخص نقلـــه إلى ذمته بغير رضاه؟! وقضيـــة علي عليه السلام واقعة في عين لا عموم لها، ولا أصل في هذا، بل الأصل عدم شرعيته إلى أن يثبت»[٢].

أقول: دعوى الإجماع على كون الضمان عقداً وإن كان يقتضيها ما عرفت

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

(٢) جامع المقاصد ٣١٩.

. . . . . .

من عبارة الشرائع ونحوها، لكن خلاف الخلاف في اعتبار الرضا يوهنها جداً.

بل عبارة القواعد مثل عبارة الشرائع صريحة في كونه عقداً، ومع ذلك جعل اعتبار قبول المضمون له احتمالاً، فربما يدل ذلك على كون المراد من كونه عقداً: أنه عند العرف، لا عند الشارع.

وحينئذٍ يسهل المنع عن ذلك، فإن الضمان تعهّد بالمال وهو ـ بمنزلة الوعد ـ قائم بنفس المتعهد.

ويشير إلى ذلك صحيح ابن سنان المتقدّم، حيث جعل الرضا شرطاً زائداً على الضمان، وأنه يتحقق وإن لم يرض المضمون له.

إلا أن يقال: إن الضمان ليس بمنزلة الوعد تعهداً محضاً، وإنما هو نقل مال المضمون له من ذمة المدين إلى ذمة الضامن، ولما كان نقله تصرفاً بمال الغير، كان قائماً بالغير فهو عقد قائم بين الضامن والمضمون له، كما أشار إلى ذلك في جامع المقاصد.

وأما صحيح ابن سنان فيمكن حمله إذاً على مجرد إيجاب الضامن وإنشائه، كما يطلق ألفاظ سائر العقود على إنشاء إيجابها، فيقال: باع زيد على عمرو فلم يقبل عمرو، ويكون المراد من رضا المضمون له قبوله، لا مجرد الرضا النفساني.

اللهم إلا أن يقال: الضمان عندنا نقل ما في ذمّة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وحكي عن أبي ثور، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وداود أيضاً.

وعن الشافعي وباقي الفقهاء: أنه لا نقل فيه من ذمة إلى ذمة، بل هو ضم ذمة إلى ذمته، والمضمون له مخير في أن يطالب أيهما شاء[1].

(١) انظر: الخلاف ٣: ٣١٤.

.....

وهذا الاختلاف لا يجوز أن يكون في المفهوم، ضرورة أن المفهوم المنشأ عندهم هو المفهوم المنشأ عندنا، فلا بد أن يكون مفهومه ما به الاشتراك بيننا وبينهم، وأما ما به الاختلاف فهو خارج عن المفهوم.

وعلى هذا فليس الضمان إلا التعهّد بالدين وشغل الذمة به، من دون تعرض فيه إلى نقل الدين، بل هو من الأحكام المستفادة من الأدلة الخاصة الآتية.

ولأجل ذلك يظهر أنه من المفاهيم الإيقاعية دون العقدية، لعدم تعرض الضامن لشؤون غيره نفساً أو مالاً، ولا تصرف منه في ذلك.

ولأجل ذلك يجب الأخذ بظاهر صحيح ابن سنان المتقدم، ولا موجب للتصرف فيه بحمله على الإيجاب الناقص، كما ذكرنا سابقاً، بل يحمل على ما هو الظاهر من الضمان الكامل، وأن حكمه اعتبار الرضا من المضمون له شرطاً له على نحو لا يصح بدونه.

ويشهد بما ذكرنا تفسير الفقهاء للضمان: بأنه تعهد بمال، في قبال الحوالة التي هي تعهد بنفس.

فكما أن التعهد بالنفس ليس إلا محض التعهد بالنفس، كذلك التعهد بالمال، ليس إلا التعهد بالمال، من دون تعرض لنقل التعهد من غيره إليه.

وقد عرف في الشرائع وغيرها الضمان بالمعنى الأعم ـ حسبما ذكروه ـ بأنه تعهد بالمال أو النفس[1].

فهما على وتيرة واحدة.

---

(١) تقدّمت عبارته في ص ٣٢٩.

وأمـــا رضى المضمون عنـــه فليس معتبراً فيـــه(١)، إذ يصح الضـــمان التبرعي، فيكون بمنزلة وفاء ديـــن الغير تبرعاً، حيث لا يعتبر رضاه، وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً(٢)، من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشـــأنه، كما إذا تبرع وضيع ديناً عـــن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً.

الثالث: كون الضامن بالغـــاً عاقلاً، فلا يصح ضمان الصبي

ومن ذلك كله يظهر أنه لا مقتضي لاعتبار قبول المضمون له.

نعم، لا بأس باعتبار رضاه، كما تضمّنه صحيح ابن سنان.

ولا ســـيما أن من أحكامه انتقـــال الضمان، وربـــما كان ذلك ضرراً على المضمون له مالياً أو أدبياً، لا يجوز ارتكابه بلا رضاه.

وإن كان هذا الوجه لا يقتضي اعتبار رضاه إلا مع لزوم الضرر، بخلاف الصحيح فإنه يقتضيه مطلقاً.

(١) هذا موضع وفاق، كما في المسالك[١].

وفي الجواهر: «بلا خلاف أجد فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»[٢]، لما ذكره في المتن.

(٢) أما إذا اســـتلزم ذلـــك فقاعدة نفـــي الضرر والحـــرج مانعتان من الصحة.

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ١٨١.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٦.

وإن كان مراهقـاً(١)، بل وإن أذن له الولي على إشـكال(٢) ولا ضمان المجنـون(٣)، إلا إذا كان أدواريـاً في دور إفاقته(٤) وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً(٥).

(١) إجماعاً حكاه جماعة[١]؛ لقصور سلطنة الصبي عن التصرف في ماله.

(٢) ظاهرهـم الاتفاق عليه، فقد فصلوا في ضـمان العبد بين إذن المولى وعدمه، ولم يفصلوا هنا ولا في المجنون، بناءً منهم على قصور عبارتهما.

لكنه في الصبـي غير ظاهر إذا كان مميزاً؛ لانـصراف أدلة المنع من نفوذ تصرفه عن صورة إذن الـولي، بل لعل قوله تعالى: ﴿**وَابْتَلُـوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ**﴾[٢] ظاهر في صحة تصرفه بإذن الولي.

وكذا رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الإمـاء، فإنها إن لم تجـد زنت، إلا أمة قد عرفت بصنعة يد. ونهى عن كسـب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده، فإنه إن لم يجد سرق»[٣].

وقد تعرضنا لذلك في مباحث الإجارة من هذا الشرح، فلاحظ[٤].

(٣) قصور عبارته عنـد العقلاء ظاهر، فلا يدخل عقده في أدلة الصحة وإن أذن له الولي.

(٤) هذا الاستثناء منقطع.

(٥) لما تقدّم مـن اعتبار رضاه، الذي لا يصح من غـير البالغ إلا بإذن

---

(١) غنية النزوع: ٢٦٠/ مسالك الأفهام ٤: ١٧٤/ الحدائق الناضرة ٢١: ٤.

(٢) سورة النساء: ٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ١٦٣، ب ٣٣ ـ ما يكتسب به ـ حديث: ١.

(٤) تقدّم في ج ١٩ ص ١١.

وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك(١)، فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً. نعم، لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض(٢).

الرابع: كونه مختاراً، فلا يصح ضمان المكره(٣).

الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه(٤) إلا بإذن الولي وكذا المضمون له(٥)، ولا بأس بكون الضامن مفلساً(٦)، فإن ضمانه

وليه، ولا من المجنون مطلقاً.

(١) إذ لا دخل له في صحة الضمان على ما عرفت.

(٢) لأن ذلك من أحكام إذن المضمون له كما سيأتي، وإذنهما تصرف منفي بأدلة قصور سلطنتهما.

(٣) إجماعاً، لحديث نفي الإكراه، بناءً على كون المراد منه رفع السببية، ولو بقرينة استدلال الإمام عليه السلام به في صحيح البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام: «في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطيقوا، وما أخطأوا»[1].

(٤) لدليل الحجر المانع من صحة التصرف.

(٥) لما سبق من اعتبار رضاه، ودليل الحجر مانع من صحة رضاه، وترتب الأثر عليه.

(٦) لأن الفلس إنما يمنع من التصرف في ماله لا في نفسه، والضمان تصرّف في النفس، لأنه اشغال الذمة بالمضمون، نظير الإجارة على العمل،

---

(١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٢٦، ب ١٢ ـ الأيمان ـ حديث: ١٢ .

نظير اقتراضه(١)، فلا يشارك المضمون له مع الغرماء(٢).

وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً(٣)، ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه.

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور(٤)، لقوله تعالى: ﴿لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾(٥).

ولكن لا يبعد صحة ضمانه وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكرة والمختلف.

فإنها تصرّف في النفس، مقابل إجارة العين، فإنها تصرف في المال.

(١) فإنه يوجب اشتغال ذمته، فهو تصرف في نفسه لا في ماله.

(٢) لتعلق حق الغرماء بالمال قبل صيرورته غريماً، فلا يصح أن يشاركهم.

(٣) لما سبق، وكذا الكلام فيما يأتي، فإنه قد سبق أيضاً.

(٤) وحكي عن المبسوط، والإرشاد، التحرير، و اللمعة، وجامع المقاصد، والروضة، والمسالك[١]، واختاره في الشرائع[٢].

(٥) فإن إطلاقه يقتضي نفي سلطنته على كل شيء ومنه الضمان.

وتخصيصه بالمال ـ كما عن المختلف[٣] ـ غير ظاهر، بل خلاف صحيح

---

(١) المبسوط ٢: ٣٣٦/ إرشاد الأذهان ١: ٤٠١/ تحرير الأحكام ٢: ٥٤٩/ اللمعة الدمشقية: ١٣٥/ جامع المقاصد ٥: ٣١٣/ الروضة البهية ٤: ١١٣/ مسالك الأفهام ٤: ١٧٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٨٨.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٤٦٨.

ونفي القدرة منصرف عما لا ينافي حق المولى(١).

زرارة عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام: «قالا المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فإن كان السيد زوّجه، بيد من الطلاق؟ قال عليه السلام: بيد السيد، ﴿ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾، أفشي الطلاق؟!»[1].

نعم، المشهور تخصيص ذلك بما إذا كان قد تزوج أمة سيده، أما إذا كان قد تزوج حرة، أو أمة لغير سيده، وكان بإذن مولاه، فالطلاق بيده لا بيد سيده.

لكنه حينئذٍ يكون تخصيصاً للآية الشريفة، ولا مانع من العمل بعمومها في غيره.

(١) هذا الانصراف غير ظاهر، بل ظاهر قوله تعال: ﴿مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ﴾ أن انتفاء القدرة لكونه مملوكاً، وفعله مملوك تبع عينه، وإذا كان فعله مملوكاً لم يكن تحت سلطانه، سواء كان منافياً لحق المولى أم لم يكن.

مضافا إلى أن الاستدلال به في الصحيح على عدم قدرته على الطلاق صريح في عدم اختصاصه بما ينافي حق المولى.

ومنه يظهر الإشكال فيما في المختلف من تخصيص الآية بالمال، بقرينة ما بعدها من قوله تعالى: ﴿وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقاً حَسَناً فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ...﴾.

كما يظهر إشكال آخر عليه وعلى المصنف رحمه الله وهو أن الآية في نفسها غير ظاهرة في جعل الحكم الشرعي، نظير قوله تعالى: ﴿مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللهِ...﴾[2]، فإنه لا يدل على أن كل حبة تزرع نتاجها سبعمائة حبة،

(١) سورة النحل: ٧٥ / وسائل الشيعة ٢٢: ١٠١، ب ٤٥ ـ مقدمات الطلاق ـ حديث: ١ .

(٢) سورة البقرة: ٢٦١ .

ودعوى: أن المملوك لا ذمة له، كما ترى(١)، ولذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته.

هذا وأما إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحة ضمانه(٢).

وحينئذٍ فإن عين كونه في ذمة نفسه، أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه، فهو المتبع(٣)، وإن أطلق الإذن ففي كونه

فالاستدلال بها لا بد أن يكون بملاحظة الاستدلال بها في الصحيح، وهو صريح في غير المال، وصريح فيما لا ينافي حق المولى، فتأمل جيداً.

(١) هذه الدعوى لم أقف عليها لأحد فيما يحضرني.

نعم، ذكر في جامع المقاصد وغيره: كون ذمته مملوكة لمولاه، فلا سلطان له عليها بغير إذنه[١].

وفيه: أنه ممنوع، إذا لم يرجع إلى ما ذكرنا من ملكية فعله.

(٢) عن المبسوط: نسبته إلينا[٢]، وعن التذكرة: أنه قولا واحدا[٣].

وفي المختلف: «يصح ضمان العبد بإذن مولاه إجماعاً»[٤].

(٣) قال في المختلف: «وإن عينه في ذمته، أو في كسبه، أو في مال غيرهما من أمواله تعين»[٥].

وفي الشرائع: «ويثبت ما ضمنه في ذمته لا في كسبه إلا أن يشترطه في

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣١٣/ مسالك الأفهام ٤: ١٧٤.

(٢) المبسوط ٢: ٣٣٥، وفيه: «يصح ضمانه بلا خلاف».

(٣) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٩٩.

(٤) مختلف الشيعة ٥: ٤٦٨.

(٥) المصدر السابق، حاكياً عبارة المبسوط، فلاحظ.

في ذمة المولى(١)، أو في كسب المملوك(٢)، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه(٣)،

الضمان بإذن مولاه، وكذا إذا شرط أن يكون الضمان من مال معين»[١].

وفي القواعد: «ولو أذن له احتمل تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق، أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح، كما لو شرط الأداء من مال بعينه»[٢]، ونحوها عبارات غيرهم.

وكلها تشترك في أنه إذا اشترط المولى كون الضمان في ذمة معينة ـ ذمته أو ذمة عبده ـ أو من مال معين ـ سواء كان كسب العبد أو غيره ـ تعيّن، ويظهر منهم المفروغية عن ذلك.

وكأنه لعموم نفوذ الشروط وصحتها.

(١) في جامع المقاصد: إنه لا يخلو من قرب[٣]، وفي المسالك: «لعله الأقوى»[٤].

(٢) حكي عن بعض الشافعية[٥]، وحكاه في المسالك قولاً[٦]، وفي القواعد وغيرها احتمالاً[٧].

(٣) اختاره المحقق في الشرائع[٨]، وحكي عن جملة من كتب العلامة،

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٨٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٥٦.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٣١٣.

(٤) مسالك الأفهام ٤: ١٧٦.

(٥) عنهم في تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٠٠.

(٦) مسالك الأفهام ٤: ١٧٥.

(٧) قواعد الأحكام ٢: ١٥٦/ تحرير الأحكام ٢: ٤٦٠/ جامع المقاصد ٥: ٣١٣.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٨٨.

أو كونه متعلقاً برقبته(١)، وجوه وأقوال.

أوجهها: الأول؛ لانفهامه عرفاً(٢)، كما في إذنه في الاستدانة

وعن اللمعة[١].

(١) حكي عن نسختين من التحرير[٢]، كما حكي عن بعض الشافعية أيضاً[٣].

(٢) يعني: يفهم من الإذن في الضمان أن المال في ذمة المولى لا في ذمة العبد، فيكون الإذن في الضمان راجعاً إلى التوكيل فيه.

ولذلك أشكل عليه في الجواهر: بأنه خلف؛ لأن المفروض أن المولى أذن له في الضمان، والضمان اشتغال الذمة بالدين، فالمأذون فيه إشغال ذمته بالدين، لا إشغال ذمة مولاه، فكيف يمكن دعوى انفهامه؟![٤].

نعم، لما كان الضمان يستتبع الأداء وكان العبد عاجزاً عنه، أمكنت دعوى كون المفهوم كون الأداء على السيد لا أنه في ذمته.

وهذا هو مراد القائلين بهذا القول.

ففي جامع المقاصد ـ بعد أن ذكر وجه القول بتعلّقه بكسبه، وهو أن إطلاق الإذن يستعقب الأداء، والأداء من غير مال السيد، ممتنع ـ قال: «وهذا التوجيه ـ إن تمَّ ـ يقتضي عدم القصر على الكسب، بل يقتضي وجوب الأداء

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤١٠/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٩٩/ مختلف الشيعة ٥: ٤٦٩/ اللمعة الدمشقية: ١٣٥.

(٢) بل في موردين احتمله في احدهما، وجزم به في الآخر، انظر: تحرير الأحكام ٢: ٤٦٠، ٥٥٠/ مفتاح الكرامة ١٦: ٣٧٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٩٩.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ١١٦

لنفقته أو لأمـــر آخر(١)، وكما في إذنـــه في التزويج حيث أن المهر

على السيد، وهو قريب من قول ابن الجنيد، ولا يخلو من قرب»[1].

فالمراد: أن الواجب على الســـيد الأداء لما في ذمة العبد، من دون اشتغال ذمته بالمال.

والمتحصل: أنه يتوجّه إشـــكال الجواهر على المصنف﵀ في دعواه انفهام التوكيل من الإذن في الضمان.

كما يتوجه عليه وعلى الجواهر إشكال حمل القول المذكور على هذا المعنى ـ أعني: اشتغال ذمة السيد ـ مع أن ظاهر عبارته كون الأداء على السيد، لا كون الدين عليه.

ومثله القولان الآخران، فإن مرجعهما إلى كون الأداء على السيد من رقبة العبد أو من كســـبه، في مقابل القول المذكور، وهو كونه على الســـيد مطلقاً من غير تقييد بمال معين.

فالأقوال الأربعة كلها مشـــتركة في كون الدين بذمة العبد، واختلفت في أنه ليس على الســـيد أداؤه بل يتبع به العبد بعد العتق، أو على الســـيد أداؤه من ماله الخاص وهو كسب العبد، أو من ماله الخاص وهو رقبة العبد، أو من ماله مطلقاً، وهذا الذي اختاره في جامع المقاصد.

ومن ذلك يظهر أن الاحتمالات خمسة، خامسها: أنه في ذمة السيد لا غير كساير ديونه، وهو الذي اختاره المصنف.

(١) يعنـــي: أنه إذا أذن له في الاســـتدانة يكون العـــوض في ذمة المولى، فكذلك إذا أذن له في الضمان.

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣١٣.

والنفقة على مولاه(١).

ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة: بأن الاستدانة موجبة لملكيته، وحيث أنه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث أنه لا ملكية فيه(٢).

مدفوعة: بمنع عدم قابليته للملكية(٣).

---

(١) تقدم في هـذا الشرح من مباحث النكاح: أنه إذا أذن السـيد لعبده في التزويج كانت ذمّة العبد مشـغولة بالمهر، والنفقة، وذمّة السيد فارغة منهما، لكن يجب عليه الأداء[١].

(٢) قال في الجواهر: «وفرق واضح بين إطلاق الإذن في المقام، وبينه في الاستدانة المقتضية ملك العين المستدانة على أن يملك صاحبها مثلها أو قيمتها في ذمة المسـتدين، والعبد لا قابلية له لذلـك، لما حرّرناه من عدم ملكه لشيء، فلا وجه لإطلاق الاستدانة إلا على السيد، بخلاف المقام الذي لا ملك فيه»[٢].

(٣) لكن على تقديره نقول في الاسـتدانة أيضاً: بأن الضمان على العبد؛ لأن الـذي دعى إلى القول بأنه على السـيد امتناع الملكيـة، لا ظهور الإذن في الاستدانة.

وكان المناسب للمصنف أن يتعرّض لإشكال الجواهر الأول، كما تعرّض لإشـكاله هذا، فإن الأول أهم وألزم، فإن الالتزام بإشتغال ذمة السيد مخالفة للظاهر من دون سبب ظاهر، فهذا القول ضعيف جداً.

ومثله القول: بأن الدين في ذمة العبد، لكن الأداء يكون من كسب العبد،

---

(١) يأتي في ج ٢٠ ص ٤٦٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١١٦

وعلى فرضه أيضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفي(١).

أو من رقبته،[1] فإنه بلا قرينة.

فحينئذٍ يدور الأمر بين القولين الآخرين:

القول: بأنه في ذمة العبد، ولا دخل للسيد فيه، ولا في وفائه.

والقول: بأنه في ذمة العبد، وعلى السيد وفاؤه.

والظاهـــر اختلاف الحكم باختلاف المقامات، فـــإن كان العبد قد أهمله مولاه وسيبه، وأذن له في الذهاب حيث يشاء، فهذا ضمانه على نفسه ولا يرتبط بالسيد.

نعم، يفي من كســـبه وكدّه، سواء بقي على رقيته أو أعتق، فإن عجز عن الوفاء كان كغيره من المعسرين.

وإن كان العبد في خدمة مولاه، ويسير في ركابه، وتحت سلطانه ورعايته، فهذا إذا ضمن فضمانه في ذمته، لكن وفاؤه على مولاه حسبما تقتضيه قرينة الحال.

وإذا كان العبد ذا مال فضمن، وكان ناوياً الوفاء من ماله، وأذن له مولاه وقد علم بذلك، فتلف المـــال بعد الضمان قبل الوفاء، فالمال يبقى بذمته يتبع به بعد العتق، كما ذكر المحقق.

وإن شـــئت قلت: إذا كانت القرينة على كون ضمانه مبنياً على كون وفائه من كســـبه، أو في عهدة المولى عمل بها، وإن لم تكن القرينة على شيء كان وفاؤه بعد عتقه.

(١) قد عرفت أن الانفهام العرفي الذي ادعاه جامع المقاصد بالنســـبة إلى

---

(١) حكاهما عن بعض الشافعية في تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٩٩.

السابع: التنجيز، فلو علق الضمان على شرط ـ كأن يقول: أنا ضامـــن لما على فلان إن أذن لي أبي، وأنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلاً ـ بطل على المشهور(١).

الأداء، لا بالنسبة إلى اشتغال الذمة.

(١) قال في التذكرة: «يشترط في الضمان التنجيز، فلو علقه بمجيء الشهر أو قدوم زيد لم يصح... إلى أن قال: ولو قال: إن لم يؤد إليك غداً فأنا ضامن، لم يصح عندنا. وبه قال الشـــافعي، لأنه عقد من العقود فلا يقبل التعليق، كالبيع ونحوه»[١].

وفي القواعـــد جعل التنجيز شرطـــاً[٢]، ولم يتعـــرض لشرحه في جامع المقاصد، ولم يتعرض في مفتاح الكرامة لنقل ذلك عن أحد.

نعم، حكى عن تمهيد القواعد: الإجماع على عدم صحة التعليق في العقود على الشرط، وإن ذلك يلوح من التذكرة، وكشف اللثام[٣].

وقد عرفت ما في التذكرة.

وفي الرياض ـ في مســـألة ضمان الدين الحال مؤجلاً ـ قال: «وربما يتوهم كونه ضماناً معلقاً وهو غير جائز عندنا، وليس كما يتوهم، بل هو تأجيل للدين الحال»[٤].

وإلى ذلك أشـــير في تلك المسألة في المسالك والجواهر[٥]، وأهمل ذكره في

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٨٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٥٥.

(٣) مفتاح الكرامة ١٦: ٣٥٢ / تمهيد القواعد: ٥٣٣/ كشف اللثام ٧: ٤٨.

(٤) رياض المسائل ٩: ٢٧١.

(٥) مسالك الأفهام ٤: ١٨٤/ جواهر الكلام ٢٦: ١٢٩.

لكن لا دليل عليه ـ بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة ـ إلا دعوى الإجماع في كلي العقود على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير.

أو دعوى منافاة التعليق للإنشاء(١).

وفي الثاني ما لا يخفى(٢) وفي الأول منع تحققه في المقام(٣).

وربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، ولكن يجوز تعليق الوفاء

الشرائع هنا، وجملة كتب أخرى.

لكن الظاهر أنه من المسلمات التي لا تقبل المناقشة والتأمل.

(١) لأن الإنشاء الإيجاد، وكما أن الإيجاد والوجود واحد والاختلاف اعتباري، كذلك الإنشاء والنشوء واحد والاختلاف اعتباري، فلا يمكن أن يكون الإنشاء فعلياً والنشوء معلقاً.

(٢) ضرورة صحة الإنشاء المعلق في جملة من الموارد ـ كالوصية التمليكية، والتدبير، والنذر المعلق على شرط ـ فضلاً عن إمكان ذلك.

والسر فيه: أن المعلق عليه الوجود اللحاظي، لا الخارجي، فالإنشاء يكون حالياً والمنشأ كذلك، لكنه معلق على أمر ذهني لحاظي، لا على الأمر الخارجي الاستقبالي، حتى يكون منوطاً بوجوده اللاحق.

(٣) لا يظهر الفرق بين المقام وغيره من موارد العقود والإيقاعات التي صرح الفقهاء بعدم صحة التعليق فيها عدا موارد مخصوصة.

وقد عرفت أنه يظهر منهم عدم المناقشة فيه، وأنه من المسلمات.

على الشرط مع كون الضمان مطلقاً(١).

وفيه: إن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك(٢).

نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له(٣)، لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونة، إذ حقيقته

---

(١) قد تقدم هذا المضمون صريحاً في كلام الرياض، وإشارة في المسالك، والجواهر[١].

(٢) إشكاله ظاهر من ملاحظة الديون المؤجلة، فإن الدين فيها مضمون في الذمة حالاً والوفاء مؤجل.

وسيأتي بيان جواز الضمان للدين الحال حالاً ومؤجلاً، وهو إجماعي[٢].

والمراد منه تأجيل الوفاء مع حلول الضمان، كما تقدم التصريح بذلك في الرياض وغيره[٣].

(٣) هذا ـ مع أنه خلاف ظاهر العبارة، فإنها مشتملة على تعليق الضمان لا تعليق الوفاء، فكيف يكون الضمان منجزاً؟! ـ يلزم منه كون الضمان ضم ذمة إلى ذمة، لا نقل ما في الذمة إلى ذمة أخرى؛ لأن وفاء المديون المعلق على عدمه الضمان يراد منه وفاء ما في ذمته، فلا بد أن يكون الدين في ذمته، لا في ذمة الضامن.

---

(١)، (٣) تقدّم في ص ٣٤٧.

(٢) يأتي في ص ٣٧٩.

قضية تعليقية(١).

(١) قال في الجواهر ـ في شرح قول ماتنه «وكذا لو أبرأه من الضمان» يعني: لو فرط الودعي في الوديعة فأبرأه المالك من ضمانها برأ ـ: «المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلف بالمثل أو القيمة، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك، ونحوه مما هو إبراء مما لم يجب بعد»[١]، ونحوه كلام غيره[٢].

وفيه: أن ضمان العين معناه كونها في العهدة، ووجوب المثل أو القيمة على تقدير التلف من قبيل الحكم لذلك الضمان، لا أنه معناه، إذ لا مانع من اعتبار وجود العين في العهدة، في قبال وجودها في الخارج على نحو البدل عنه، بل هو الظاهر من العرف في المضمونات.

ثم إنه إذا سلم كون الضمان في ضمان الأعيان من قبيل القضية التعليقية، فحمل الضمان في المقام عليه يلزم منه كون الضمان في المقام معلق، وقد سبق منه: أن الضمان منجز وأن التعليق للوفاء لا للضمان.

وأيضاً يلزم منه تكرار التعليق على أمر واحد، لأن التعليق مأخوذ في حاق مفهومه، وهو غير التعليق الذي تضمنته أداة الشرط: نظير قول الشارع «إذا فرّط الودعي ضمن»، فإن فيه تعليقين أحدهما في حاق مفهوم الضمان، لأن الضمان حسب الفرض معناه اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة على تقدير التلف، فهو معنى داخل فيه التعليق، وقد علق هذا المعنى التعليقي على التفريط.

لكنه في لسان الشارع على أمرين، وهنا يكون التعليقان في لسان الموجب

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٤٦.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ١١٦.

إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي(١).

على أمر واحد.

وبالجملة: إذا حملنا معنى الضمان في المقام على معنى الضمان في الأعيان ـ بناءً على ما ذكر في الجواهر من أنه تعليقي ـ ويكون معنى: (ضمنت الدين)، أنه يلزمني الدين على تقدير عدم أداء المديون، فحينئذٍ يصح إنشاؤه بلا تعليق، بأن يقول: (ضمنت الدين) ويريد المعنى المذكور.

أما إذا أنشأه معلقاً على عدم الوفاء يكون المعنى ـ حينئذٍ ـ: أني يلزمني الدين على تقدير عدم وفاء الدين على تقدير عدم وفاء الدين، فيكون عدم وفاء المديون دينه شرطاً للموضوع والحكم، وهو ممتنع.

اللهم إلا أن يريد من القضية التعليقية: أن التعليق مقدر خارج عن معنى الضمان، فيكون الضامن هنا قد خرج به، غاية الأمر أن المعلق عليه الضمان هناك التلف، وهنا عدم أداء المديون دينه.

فالإشكال على المصنف..

تارة: من جهة منع كون ضمان الأعيان تعليقاً.

وأخرى: أنه لو سلم فلا وجه لحمل المقام عليه، فإن الضمان هناك حكم شرعي، وهنا إنشائي جعلي، وجواز التعليق في الأول لا يقتضي جوازه في الثاني.

ولو سلم لزم وجود تعليقين، ولا يمكن الجمع بينهما، فتأمل.

(١) الفرق بينهما ظاهر، فإن الأول إنشائي جعلي، والآخر حكم شرعي غير إنشائي.

والأول يختص بالذمي، والآخر يختص بالخارجي.

الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه(١)، سواء كان مستقراً، كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه، أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري كما إذا ضمن الثمن الكلي للبايع، أو المبيع الكلي للمشتري، أو المبيع

والأول تنجيزي، والثاني معنى تعليقي على ما اختاره المصنف.

(١) قال في الشرائع: «الثاني: في الحق المضمون، وهو كل مال ثابت في الذمة، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن، ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع»[١].

وفي القواعد: «الخامس: الحق المضمون [به] وشرطه المالية والثبوت في الذمة، وإن كان متزلزلاً، كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول»[٢].

وفي مفتاح الكرامة: «كما طفحت به عباراتهم كالخلاف، والغنية، وغيرهما.

وفي المبسوط نفي الخلاف ـ وظاهره بين المسلمين ـ عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع، والمهر بعد الدخول، والأجرة بعد دخول المدة، وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم، والأجرة قبل انقضاء الإجارة، والمهر قبل الدخول، قال: «فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة، فيصح ضمانها ـ أيضاً ـ بلا خلاف»»[٣].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٥٧، وما بين المعقوفين من المصدر.

(٣) مفتاح الكرامة ١٦: ٣٩٨/ الخلاف ٣: ٣١٨/ غنية النزوع: ٢٦٠/ المبسوط ٢: ٣٢٥.

الشخصي قبل القبض(١)، وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك.

فلو قال:(٢) اقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئة وأنا ضامن، لم يصح على المشهور، بل عن التذكرة الإجماع، قال: «لو قال لغيره مهما أعطيت فلاناً فهو عليَّ، لم يصح إجماعاً»(٣).

ولكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية(٤).

---

(١) المبيع الشخصي قبل القبض مضمون بضمان المعاوضة، يعني: بالتلف يكون من مال البائع، لانفساخ العقد قبله آناً ما، وليس مضموناً بضمان اليد، فلا يكون مضموناً في ذمة البائع.

والضمان بهذا المعنى حكم شرعي لا يقبل الإسقاط، ولا يمكن نقله إلى غيره بضمانه، وذلك يختص بالضمان باليد.

نعم، إذا أتلفه البايع كان ضامناً له، لكنه بالإتلاف لا باليد.

(٢) تفريع على الشرط المذكور.

(٣) في التذكرة: «ولو قال لغيره: ما أعطيت فلاناً فهو عليّ، لم يصح أيضاً عند علمائنا أجمع، وبه قال أحمد»[١].

(٤) قال في مفتاح الكرامة ـ بعد ما حكى عن التذكرة العبارة المذكورة ـ: «وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة، كضمان الأعيان المضمونة، وضمان العهدة، ونقصان الصنجة، وغير ذلك، فهي إما مستثناة أو الشرط أغلبي»[٢].

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣١١.

(٢) مفتاح الكرامة ١٦: ٣٩٧.

ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي للثبوت وإن لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً، لصدق الضمان وشمول العمومات العامة(١)، وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم.

بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً.

وسيأتي في المسألة الثامنة والثلاثين وغيرها التعرض للموارد التي يكون الضمان فيها منافياً لما ذكر[١].

(١) قد عرفت في أول الكتاب أن الضمان إشغال الضامن ذمته بما اشتغلت به ذمة المضمون عنه[٢]، وهو يتوقف على اشتغال ذمة المضمون عنه ليصح القصد إليه، فإذا لم يكن في ذمة المضمون عنه شيء، لم يكن للضامن قصد اشغال ذمته به، ولا إنشاء ذلك، فلا ضمان ولا عقد، كي يتمسك بالعمومات الدالة على صحة الضمان أو صحة العقود.

ولذلك لم يصح ضمان ما لم يجب.

أما ما سيجب وما سيثبت فيمكن ضمانه على نحو الواجب المعلق، أو على نحو الواجب المشروط.

والثاني تعليق في الإنشاء مانع عن صحته.

والأول وإن كان جائزاً لكنه غير ثابت بالنسبة إلى المضمون عنه، فكيف يكون ثابتاً بالنسبة إلى الضامن، وهو تابع له؟!.

نعم، على ما عرفت من معنى الضمان فهو من ضمان ما لم يجب، الذي لا

---

(١) يأتي في ص ٤٦١.

(٢) تقدّم في ص ٣٢٧.

.....

يكون من الضمان الذي هو محل الكلام، بل إن صح كان ضماناً بمعنى آخر، ولا يتوقف على وجود المقتضي.

لكنه يكون المضمون في الذمة بـــدون مضمون له؛ لفرض عدم حصول السبب المملك له، وربما يأتي التعرض له في المسألة الثامنة والثلاثين[1].

كما يمكن أيضاً التعهد على غير وجه الضمان، بأن يتعهد إنســـان للزوجة بأن ترفع اليد عن النفقة التي لها على الزوج في المستقبل، ويعطيها هو النفقة.

ولا بأس به؛ لدخوله في عمومات الصحة.

ونظيره أن يتعهد لمن له دين عـــلى زيد أن يصلي عنه ركعتين، ويرفع اليد عن دينه على زيد، فإنه نوع من أنواع العقد، إن صح لم يكن من جنس الضمان، بل هو عقد لنفسه يدخل في عموم صحة العقود.

لكن لا يســـقط الديـــن في الفرض بمجرد العقد، بل لا بد من إســـقاط الدين من الدائن، وإذا كان العوض مفروضاً بدلاً عن الدين، كان الدين لذي العوض، ولا يسقط إلا بالوفاء أو الإبراء منه.

ويمكن أن تكون المعاملة بنحو آخر.

وكيف كان، فهذا ليس من الضمان في شيء، والضمان ليس مطلق التعهد، وإلا فالعقود كلها تعهدات على أنحاء مختلفة باختلاف مضامينها.

ومـــن ذلك تعرف صحة ما ذكره الأصحاب، كما تعرف الإشـــكال فيما ذكره من قوله رحمه الله: «يمكن منع عدم كونه منه».

---

(١) في ص ٤٦١، وما بعدها.

التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعم، حيث قالوا: إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس(١)، فالثاني الكفالة، والأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص.

ولكن لا دليل على هذا الشرط(٢)، فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضماناً، فإن كان بإذنه يتهاتران بعد أداء مال الضمان، وإلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه، وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعاً، وليس من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه(٣) على الضامن حتى تكون حوالة

والذي يتحصل: أن ضمان ما لم يجب ليس من الضمان المصطلح، فإن صح كان ضماناً بالمعنى اللغوي، ولا يتوقف على وجود المقتضي، وسيأتي إن شاء الله[1]، فلاحظ.

(١) ذكر ذلك في الشرائع والقواعد وغيرهما[2].

(٢) كما أنه أيضاً لا يتم التقسيم المذكور، بناءً على صحة الحوالة على البريء، كما أشار إلى ذلك في المسالك وغيرها[3].

(٣) أصل العبارة: لم يحل دائنه.

---

(١) في ص ٤٦٦.

(٢) شرائع الإسلام ١: ٨٨/ قواعد الأحكام ٢: ١٥٥.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ١٧٢/ جواهر الكلام ٢٦: ١١٤.

ومـــع الإغماض عن ذلك(١) غاية ما يكون أنه يكون داخلاً في كلاً العنوانين(٢)، فيترتـــب عليه ما يختص بكل منهـــما مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.

العـــاشر: امتياز الديـــن والمضمون له والمضمـــون عنه عند

(١) يعني: يصدق عليه حوالة وإن لم يكن المضمون عنه قد أحال دائنه.

(٢) كما ذكر ذلك في المسالك[1].

والذي يتحصل: الإشكال على الأصحاب من وجوه:

الأول: أن الحوالة لا تختص بالمديون للمحيل، بل تصح على البريء على قول يأتي.

الثاني: أن الضمان لا يختص بالبريء فإنه لا دليل على ذلك، والعمومات تنفيه، فيصح من المديون.

الثالث: أن الفرق بـــين الحوالة والضمان في نفس المفهـــوم، فإن الحوالة متقوّمة بالمحيل والمحال، بل والمحال عليه، والضمان متقوّم بالضامن والمضمون له، ولا يتوقف على رضا المضمون عنه.

فالمتصـــدّي في الضمان الضامن، والمضمون له تابـــع له، والمضمون عنه أجنبي عنه.

والمتصدّي في الحوالة المحيل، والمحال والمحال عليه تابعان له.

فالفـــرق بين الحوالة والضـــمان في المفهوم، كالفرق بـــين البيع والرهن، وليس الفرق بينهما في حدود المفهوم، كالفرق بين النقد والنسيئة مثلاً.

(١) مسالك الأفهام ٤: ١٧٢.

الضامن(١)، على وجـــه يصح معه القصـــد إلى الضمان، ويكفي التميز الواقعي وإن لم يعلمه الضامن(٢).

فالمضر هو الإبهام والترديد(٣)، فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقـــق الدينين، ولا ضمان دين أحد الشـــخصين ولو لواحد، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد.

ولو قال: ضمنت الدين الذي على فلان، ولم يعلم أنه لزيد أو لعمرو، أو الدين الذي لفلان، ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو، صح لأنه متعين واقعا.

وكذا لو قال: ضمنت لك كلما كان لك على الناس، أو قال: ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس.

ومـــن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنســـب، أو العلم باسمهما ونسبهما(٤)

---

(١) بلا خلاف ولا إشكال.

(٢) إذ لا دليل على اعتبار أكثر من ذلك، والعمومات تقتضي الصحة.

(٣) لأن المبهم لا خارجية له، فلا ينطبق على فرد بعينه، فلا يترتب عليه الأثر؛ لأن الأثر للموجود المتعين الخارجي دون غيره.

(٤) حكي عن المبسوط أنه قال: «يشترط معرفة المضمون له، ليعرف هل هو سهل المعاملة أم لا؟ ومع انتفاء ذلك يتطرق الغرر، ومعرفة المضمون عنه؛

.....

لينظر هل يستحق ذلك أم لا؟»[١].

وحكي ذلك عن المفاتيح؛ للغرر، والضرر، ولأنه ربما تمس الحاجة إلى المعرفة، ولأنه إحسان فلا بد من معرفة محله حتى لا يوضع في غير موضعه[٢].

ولا يخفى ما في الجميع من التأمل.

وفي المختلف: «والوجه عندي: أن معرفة المضمون عنه شرط دون معرفة المضمون له. لنا: أن المضمون عنه لا بد أن يتميز عند الضامن ويتخصص عن غيره، ليقع المضان عنه، وذلك يستدعي العلم به»[٣].

وهو كما ترى!.

وفي الخلاف: «ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له أو المضمون عنه»، واستدل على ذلك بما تضمّن ضمان علي عليه السلام وأبي قتادة لدين الميت، ولم يسألهما النبي صلى الله عليه وآله عن معرفة صاحب الدين ولا الميت، «فدلَّ على أنه ليس من شرطه معرفتهما»[٤].

وفيه: أن ذلك قضية في واقعة مجملة من هذه الجهة، فلا مجال للاستدلال بها، كما تقدَّم.

وفي الشرائع: «لكن لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد إلى الضمان»[٥].

---

(١) المبسوط ٢: ٣٢٣.

(٢) مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٣.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٤٥٥.

(٤) الخلاف ٣: ٣١٣، وتقدمت الإشارة إلى الحديثين في ص ٣٣٢.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٨٩.

مـــع أنه لا دليل عليه أصلاً، ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرة من سائر العقود.

(مســـألة ١): لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه(١).

والظاهر منه الامتياز المصحح للقصد إلى الضمان، في مقابل الإبهام المانع من القصد إلى الضمان، كما فسره به في الجواهر[١].

لكن في المســـالك حمل التمييز على التمييز التفصيلي، فأشـــكل عليه: بأن القصد إلى الضمان غير متوقف على معرفة من عليه الدين، فلو قال شخص: إني أستحق في ذمة شخص مائة درهم، فقال له آخر: ضمنتها لك، كان قاصداً إلى عقد الضمان عن أي من كان عليه الدين، ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك[٢].

(١) كما عن جماعة كثيرة[٣]، وفي المسالك: أنه الأشهر[٤].

وفي جامـــع المقاصد: «هذا قول الشـــيخ وأكثـــر الأصحاب، للأصل، ولقوله صلى الله عليه وآله: «الزعيم غارم»[٥]، ولأن الضمان عقد لا ينافيه الغرر»[٦].

وكأن المراد من الأصل العموم الدال على صحة العقود.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٢١.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ١٧٩.

(٣) المقنعة: ٨١٥/ الكافي في الفقه: ٣٤٠/ المراســـم العلوية: ٢٠٠/ النهاية: ٣١٥/ غنية النزوع: ٢٦٠/ شرائع الإســـلام ٢: ٩٠/ إرشـــاد الأذهان ١: ٤٠١/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥٢/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٢٤ ـ ٣٢٥/ قواعد الأحكام ٢: ١٥٨/ إيضاح الفوائد ٢: ٨٦.

(٤) مسالك الأفهام ٤: ١٩٧.

(٥) مسند أحمد ٥: ٢٦٧/ سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٤/ السنن الكبرى ٦: ٧٢.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٣٢٥.

ويمكن أن يستدل عليه ـ مضافاً إلى العمومات العامة، وقوله صلى الله عليه وآله: «الزعيم غارم» ـ بضمان علي بن الحسين عليهما السلام لدين عبد الله بن الحسن(١)،

وأما ما بعده فغير ثابت من طرقنا، بل المروي في خبر الحسين بن خالد[1] تكذيبه.

وفي المسالك: استدل بظاهر قوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، مع اختلاف كمية الحمل[2].

لكن الظاهر أن حمل البعير مقدار معيّن من الوزن.

وفي زماننا حمل البعير وزنتان: مائة وستون حقة اسلامبول، أو مائتا كيلو تقريباً.

(١) روى ذلك في الفقيه، قال: «روي أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم، فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم، ولكن أرضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي، علي بن الحسين وعبد الله بن جعفر، فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فمليّ مطول، وأما علي بن الحسين فرجل لا مال له صدوق، وهو أحبهما إلينا.

فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال عليه السلام: أضمن لكم المال إلى غلة، ولم يكن له غلة، فقال القوم: قد رضينا، فضمنه، فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداه»[3].

---

(١) يأتي في ص ٣٩٤.

(٢) سورة يوسف: ٧٢/ مسالك الأفهام ٤: ١٩٧.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٥/ وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٦، ب ٥ ـ الضمان ـ حديث: ١.

وضمانه لدين محمد بن أسامة(١).

لكن الصحة مخصوصة بـــما إذا كان له واقع معين، وأما إذا لم يكن كذلك ـ كقولك: «ضمنت شيئاً من دينك» ـ فلا يصح(٢).

ولعله مراد من قـــال إن الصحة إنما هي فيـــما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك(٣).

---

(١) روى في الـــكافي، عن فضيل وعبيد عـــن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لما حضر محمد بن أســـامة الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم، وعليَّ دين فأحب أن تقضوه، فقال علي بن الحســـين عليه السلام: ثلث دينك عليَّ، ثم ســـكت وســـكتوا، فقال علي بن الحســـين عليه السلام: عليَّ دينك كله، ثم قال علي بن الحســـين: أما إنه لم يمنعني أن أضمنـــه أولاً إلا كراهة أن يقولوا سبقنا»[1].

لكنهما من حكاية واقعة، وهي مجملة، لا دلالة فيها على المقصود نفياً أو إثباتاً.

فإذاً العمدة في دليل الحكم العمومات.

(٢) قولاً واحداً، كما في التذكرة، وجامع المقاصد، والمسالك[2].

(٣) ذكر ذلك في التذكرة، وجامع المقاصد، والمسالك.

قال في التذكـــرة: «إن قلنا بصحة ضمان المجهـــول فإنما يصح في صورة يمكن العلم فيهـــا بعد ذلك، كما لو قال: أنا ضامـــن للدين الذي عليك، وأنا ضامن لثمن ما بعت من فلان، وهو جاهل بالدين والثمن، لأن معرفته ممكنة،

---

(١) الكافي ـ الروضة ـ ٨: ٣٣٢/ وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٣، ب ٣ ـ الضمان ـ حديث: ١.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٢٥/ جامع المقاصد ٥: ٣٢٦/ مسالك الأفهام ٤: ١٩٧.

فلا يرد عليه ما يقال: من عدم الإشكال في الصحة مع فرض تعينه واقعاً(١)، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم(٢). هذا وخالف بعضهم فاشترط العلم به(٣)، لنفي الغرر والضرر. ورد بعدم العموم في الأول، لاختصاصه بالبيع(٤)، أو مطلق

والخروج عن العهدة مقدور عليه.

أما لو لم يمكن الاستعلام فإن الضمان لا يصح فيه قولاً واحداً، كما لو قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان»، ونحوه ما في جامع المقاصد، والمسالك[١].

(١) قال في الجواهر ـ بعد نقل ما ذكره عن التذكرة والمسالك وغيرها ـ: «وهو جيد إن كان المراد عدم إمكان العلم في الواقع للإبهام ونحوه ـ كما عساه يومئ إليه قوله: «فيدفع ... انتهى» ـ وإلا كان محلاً للنظر»[٢].

(٢) هذا إذا دار بين الأقل والأكثر، أما إذا دار بين المتباينين فلا بد من طريق آخر، إما قرعة أو غيرها.

(٣) حكي عن الخلاف، والمبسوط، والقاضي، وابن إدريس[٣].

وعن كشف الرموز: أنه أشبه[٤].

(٤) فإن الحديث المشهور: «نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر»[٥] مختص بالبيع.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٢٥/ جامع المقاصد ٥: ٣٢٦/ مسالك الأفهام ٤: ١٩٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٦:

(٣) الخلاف ٣: ٣١٩/ المبسوط ٢: ٣٣٥/ السرائر الحاوي ٢: ٧٢/ وعن المهذب لابن البراج في مختلف الشيعة ٥: ٤٦٠، ولم أجده.

(٤) كشف الرموز ١: ٥٥٨.

(٥) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، ب ٤٠ ـ آداب التجارة ـ حديث: ٣.

المعاوضات(١)، وبالإقدام في الثاني(٢).

ويمكن الفرق بين الضمان التبرعي والإذني، فيعتبر في الثاني دون الأول، إذ ضمان علي بن الحسين عليهما السلام كان تبرعياً(٣).

واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجري من مثل المقام الشبيه بالمعاوضة(٤)، إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الآذن، وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب(٥).

وفي بعض كتب العلامة روايته: «نهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر»[١].

لكنه غير ثابت، بل المظنون أن مراد العلامة من ذلك هو الحديث المشهور.

(١) إما للإجماع ـ كما قد يدعى ـ وإما للتعدي عن البيع المذكور في الحديث إلى غيره من المعاوضات.

(٢) فإنه مع الإقدام لا نفي للضرر، إما لأنه امتناني، ولا امتنان في نفيه مع الإقدام.

وإما لأن الظاهر من نفي الضرر نفي الحكم الذي يؤدّي إلى الضرر، ومع الإقدام على الضرر يكون الضرر من جهة الإقدام، لا من جهة الحكم.

(٣) الذي يظهر من الروايتين السابقتين أنه كان بالإذن والطلب، لكن من الخارج يعلم أنه عليه السلام لم يضمن بقصد الرجوع على المضمون عنه.

(٤) لكن دليله غير ظاهر، كما عرفت.

(٥) لكن الجواز مطلقاً أقرب؛ لما عرفت من إطلاق أدلة الصحة من دون مقيد ظاهر.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٥١، ٩٥/ الخلاف ٣: ٣١٩.

(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وتبرأ ذمة المضمون عنه، بالإجماع والنصوص(١)، خلافاً للجمهور حيث أن الضمان

---

(١) في التذكرة: أنه عند علمائنا أجمع، وبه قال ابن أبي ليلي، وابن شبرمة، وداود، وأبو ثور[١].

وعن الغنية: أن عليه إجماع الطائفة[٢].

وفي المسالك: أنه موضع وفاق[٣].

وفي الحدائق: «الظاهر أنه لا خلاف فيه»[٤].

وفي الجواهر: «بلا خلاف في ذلك ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات الفقه»[٥].

وتقدم في مبحث اعتبار رضا المضمون عنه صحيح ابن سنان المتضمن: أنه إذا رضي المضمون عنه فقد برئت ذمة الميت[٦].

كما تقدمت الروايات الدالة على براءة ذمة الميت بالضمان عنه، التي هي من طرقنا، ومن طرق الجماعة، كرواية أبي سعيد الخدري في ضمان علي عليه السلام دين الميت، ورواية جابر في ضمان أبي قتادة دين الميت[٧].

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٤٢.
(٢) غنية النزوع: ٢٦١.
(٣) مسالك الأفهام ٤: ١٨٢.
(٤) الحدائق الناضرة ٢١: ١١.
(٥) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٧
(٦) تقدّم في ص ٣٣٢.
(٧) تقدّم في ص ٣٣٢.

عندهم ضم ذمة إلى ذمة(١).

وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو، ويمكن الحكم بصحته حينئذٍ(٢)،

---

(١) نسب في التذكرة ذلك إلى عامة الفقهاء، كالثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبي عبيدة، وأصحاب الرأي، على خلاف بينهم في أن للمضمون عنه مطالبة كل منهما، كما عن الشافعي، وأبي حنيفة، وأحمد وغيرهم، أو أنه لا يطالب الضامن إلا إذا عجز من تحصيله من المضمون عنه لغيبته أو إعساره، كما عن مالك[1].

(٢) إذ لا مانع من اشتغال ذمم متعددة بمال واحد، على أن يكون بعضها بدلاً عن الآخر، كما في المقام.

أو لم يلحظ فيها ذلك، كما في تعاقب الأيدي، فإن العين المغصوبة إذا تعاقبت عليها الأيدي كان كل واحد من ذوي الأيدي ضامناً لها على السواء فيما بينهم، لم يكن قد لوحظت البدلية معه.

وامتناع كون الشيء الواحد في مكانين يختص بالأمور الحقيقية، ولا يجري في الأمور الاعتبارية، التي هي وجودات ادعائية، اعتبرت عند العقلاء لأسباب اقتضت ذلك الاعتبار.

ونظير ذلك الوجوب الكفائي، فإنه يتعدد بتعدد الواجب عليهم مع وحدة الواجب.

فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد، ولا فرق إلا من حيث التكليف والوضع، فالواجب الكفائي

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٤٢.

للعمومات(١).

مع أنه واحد ثابت على كل واحد من المكلفين، أو في ذمته، والمضمون في تعاقب الأيدي أيضاً ثابت في ذمة كل واحد من ذوي الأيدي.

وسيأتي في المسألة السادسة والعشرين بعض الكلام في ذلك[١].

(١) الظاهر أنه يريد عمومات صحة الشروط.

لكن يشكل: بأن تلك العمومات مخصصة بما لا يخالف الكتاب والسنة، والمراد به الشرط الذي لا يكون على خلاف الحكم الشرعي الاقتضائي، فإذا كان مخالفاً للحكم الشرعي الاقتضائي كان باطلاً.

والظاهر من الدليل الدال على كون الضمان موجباً لبراءة ذمة المضمون عنه كونه مقتضياً لذلك حسب الارتكاز العقلائي، لا أن البراءة لعدم المقتضي للاشتغال، فإذا كانت براءة ذمة المضمون عنه لوجود المقتضي لها، لا لعدم المقتضي للاشتغال، فاشتراط الاشتغال يكون على خلاف الحكم الاقتضائي، فلا يصح.

وكذا بناءً على ما ذكره شيخنا الأعظم رحمه الله في تفسير الشرط المخالف للكتاب والسنة بأنه: ما كان على خلاف إطلاق دليل الحكم[٢].

فإن إطلاق قوله عليه السلام: «إذا رضي المضمون له فقد برئت ذمة الميت»[٣]، يقتضي البراءة حتى مع الشرط المذكور، فيكون الشرط المذكور مخالفاً لدليل الحكم، فيبطل.

---

(١) في ص ٤٢٢، وما بعدها.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٢، ب ٢ ـ الضمان ـ حديث: ١.

. . . . . .

إن كان مـا ذكره قدس سره ضعيفـاً، فإن أكثر أدلة الأحـكام مطلقة من حيث العنوان الثانوي حتـى الأحكام غير الالزامية، وحينئذٍ يشـكل الأمر في أكثر الشروط، إذ ما مـن شرط إلا ويبدل حكم مشروطـه إلى اللزوم، وهو مناف لإطـلاق دليل حكم المشروط، ولازم ذلك بطلان الـشروط عامة، إلا النادر منها، وهو كما ترى!.

ودعوى: أن أغلب المباحات، والمسـتحبات، والمكروهات، بل جميعها إنـما دل دليلها على حكمها بالنظر إلى الذات، ومن حيث نفسـها، ومجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طارئ عليـه، بخلاف أغلب المحرمات والواجبات، فإن دليل الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق، لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع.

ممنوعـة؛ لـورود أدلة الطرفين على نهـج واحد، إمـا مطلقة من حيث العناوين الثانوية أو مهملة.

بل ربما وردت في سـياق واحـد، مثل قوله تعالى: ﴿**يُحِلُّ لَهُـمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ**﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿**وَأَحَـلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾[2]، فالتفكيـك بينهما بحمل: (أحل) على النظر إلى الـذات دون العناوين الثانوية، و(حرم) بالنظر إلى العناوين الثانوية، بلا فارق.

وكيـف كان، فالتحقيق: أن الـشرط المخالف للكتـاب هو المخالف للحكـم الاقتضائي، ومنه الشرط في المقام حسـب الارتكاز العرفي، فإن كون الحكم اقتضائياً أو غير اقتضائي لما لم يكـن طريق إليه شرعاً، تعيّن الرجوع إلى

---

(١) سورة الأعراف: ١٥٧ .

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥ .

(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته وذمة المضمون عنه(١).

وإن أبرأ ذمة المضمون عنه لم يؤثر شيئاً(٢)، فلا تبرء ذمة

المرتكزات العقلائية، إذ لولا ذلك كان البيان المذكور خالياً عن الفائدة، إذ لا طريق إلى تشخيص الموضوع سواه.

وبالجملة: مقتضي الإطلاق المقامي الرجوع إلى المرتكزات، كما أن مقتضاه الرجوع إليها في تشخيص مفاهيم موضوعات الأحكام الشرعية.

نعم، إذا توقف العرف في تشخيص الحكم الاقتضائي واللا اقتضائي تعين الرجوع إلى الأصل، وهو أصل عدم كون الشرط مخالفاً، بناءً على جريان الأصل في العدم الأزلي بنحو مفاد ليس الناقصة، كما هو الظاهر.

وتحقيق ذلك في مبحث الشروط من كتاب المكاسب، فلاحظ.

(١) أما براءة ذمته: فللإبراء.

وأما براءة ذمة المضمون عنه: فلأنها كانت بريئة بالضمان قبل الإبراء المذكور.

ففائدته بالنسبة إلى المضمون عنه تكون من جهة استحقاق الضامن الرجوع عليه بالأداء، ولا أداء، فتكون ذمة المضمون عنه بريئة عن مال المضمون له وعن مال الضامن.

(٢) قال في الشرائع: «ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا»[1].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٨٩.

الضامن، لعدم المحل للإبراء بعد برائته بالضمان، إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمة الضامن(١).

وأما في الضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة فإن أبرء ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً، وإن أبرء ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه، كذا قالوا.

ويمكن أن يقال: ببراءة ذمتهما على التقديرين(٢).

وفي المسالك: «فقول المصنف: «على قول مشهور لنا» يشعر بثبوت مخالف منا، لكن لم نقف عليه، وفي التذكرة: ادعى إجماع علمائنا على ذلك.

ولعله أراد بذلك أنه لم يتحقق الإجماع وإن لم نجد مخالفاً، فإن عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الإجماع»[١].

وكيف كان لا ينبغي الإشكال فيما ذكره المصنف، لما ذكره من التعليل.

(١) كما أشار إلى ذلك في الجواهر، لكنه قال: «إلا أن ذلك ـ لو سلم ـ فهو خروج عما نحن فيه، ضرورة كون المراد من الحيثية المزبورة، لا من حيث دعوى دلالة العرف على إرادة براءة ذمة الضامن أيضاً، مع أنها واضحة المنع، على مدعيها مع عدم القرائن»[٢].

(٢) بأن يفهم منه إرادة رفع اليد عن الدين المضمون، كما سبق في ابراء ذمة المضمون عنه على قول الأصحاب، بل هنا أولى.

لكنه خروج عن موضوع البحث، كما تقدّم من الجواهر في المسألة السابقة.

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ١٨٣/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٤٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٧

(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له(١)، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان بإذن المضمون عنه وتبين إعساره(٢).

وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه(٣)، لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره، بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور(٤)، بل الظاهر عدم الخلاف فيه.

أو يقال: بأن الإبراء بمنزلة الاستيفاء، فكما أن استيفاء الدين من أحدهما يوجب براءة الآخر، كذلك إبراء أحدهما منه.

وسيأتي التعرض لذلك في المسألة السادسة والعشرين[١].

(١) بلا خلاف ظاهر، بل الظاهر الاتفاق عليه، كما يظهر من كلامهم في المسألة الآتية، وتقتضيه أصالة اللزوم.

(٢) كما يقتضيه إطلاق الفتاوى، وتقتضيه أصالة اللزوم.

(٣) بلا إشكال ولا خلاف، كما في الجواهر[٢]، لأصالة اللزوم.

(٤) بل لا خلاف فيه عندنا، كما في الجواهر[٣].

وعن ظاهر الغنية: الإجماع عليه[٤].

---

(١) في ص ٤٢٦.

(٢)، (٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٨.

(٤) غنية النزوع: ٢٦٠.

ويستفاد من بعض الأخبار أيضاً(١).

وعن السرائر: نسبته إلى أصحابنا[١].

وفي جامع المقاصد: «ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق»[٢].

وعن الرياض: أنه لم نجد خلافاً فيه[٣].

(١) يريد موثق الحسن بن الجهم: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله عليَّ دين، وخلف ولداً رجالاً ونساءً وصبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حلّ مما لأبي عليك من حصتي، وأنت حلّ مما لإخوتي وأخواتي، وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال: تكون في سعة من ذلك وحلّ، قلت: وإن لم يعطهم، قال: ذلك في عنقه، قلت: فإن رجع الورثة علي فقالوا: أعطنا حقنا.

فقال عليه السلام: لهم ذلك في الحكم الظاهر، وأما بينك وبين الله تعالى فأنت في حلّ منها، إذا كان الرجل الذي أحلك يضمن رضاهم.

قلت: فما تقول في الصبي، لأمه أن تحلل؟ قال عليه السلام نعم، إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه، قلت: فإن لن يكن لها مال؟ قال عليه السلام؟ فلا»[٤].

لكن مورده التحليل لا الضمان.

ومفاده أن الملاءة شرط الصحة فيه، لا شرط اللزوم، كما هو المدعى.

وأن ذلك مختص بالصبي وأمه، دون البالغ وأخيه، فإن إطلاق الصحة في الثاني يقتضي عدم الشرطية فيه، فيكون صدر الحديث دليلاً على عدم الخيار.

(١) السرائر الحاوي ٢: ٧٤.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣١٢.

(٣) رياض المسائل ٩: ٢٦٩.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٥، ب ٤ ـ الضمان ـ حديث: ١ .

والمدار ـ كما أشرنا إليه ـ في الإعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ(١).

ولذلك قال في مفتاح الكرامة: «والشهرة تجبر السند والدلالة»[١].

وفي الجواهر قال: «وما عساه يشعر به ذيل خبر ابن الجهم»[٢]، فلم يجعل الخبر دالاً عليه.

هذا مضافاً إلى ما فيه من الإشكال من صحة التحليل بلا إذن الدائن، أو الضمان بلا إذن المضمون له.

ولم يعرف خبر يدل على المشهور غير ما ذكر.

نعم، قيل: إن فتوى ابن إدريس به، وذكر الشيخ له في النهاية يدل على أن به خبراً، أو أخباراً[٣]، انتهى.

ولعله اجتهاد منهما في دلالة خبر ابن الجهم.

وفي الجواهر: استدل عليه بما دلّ على اشتراط الملاءة في المحال عليه، لأن الحوالة أخت الضمان[٤].

لكن لم تثبت هذه الأخوّة في المقام.

(١) كما صرَّح به في التذكرة، والقواعد، والتحرير، وغيرها[٥].

---

(١) مفتاح الكرامة ١٦: ٣٦٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٨

(٣) مفتاح الكرامة ١٦: ٣٦٨/ السرائر الحاوي ٢: ٧٤/ النهاية: ٣١٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٨.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٣٤/ قواعد الأحكام ٢: ١٥٦/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥١/ شرائع الإسلام ٢: ٨٩/ إرشاد الأذهان ١: ٤٠١.

كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار(١).

وفي مفتاح الكرامة: «طفحت به عباراتهم منطوقاً ومفهوماً»[١].

وظاهر جامع المقاصد: أن ظاهرهم الاتفاق عليه[٢].

ويقتضيه أصالة اللزوم بعد اختصاص دليل الخيار في الصورة السابقة.

ومثله ما إذا ضمن باستدعاء المضمون عنه بانيا على الرجوع إليه فتبين إعساره، فإنه لا خيار للضامن، لاختصاص الدليل بالمضمون له.

(١) وفي الجواهر: «قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتى تجدد يساره؛ للأصل»[٣].

لكن الأصل يقتضي بقاء الخيار لا عدمه.

إلا أن يقال: أصالة اللزوم تقتضي عدم الخيار، ولم يثبت لها مخصص، لما عرفت من إجمال دليل التخصيص، والمتيقن منه غير هذه الصورة.

نعم، إطلاق كلمات الأصحاب يقتضي عدم الفرق بين زوال الإعسار وبقائه.

اللهم إلا أن يكون تعليلهم الحكم بالإرفاق يقتضي الاختصاص بغير من تجدد يساره.

ولكنه يعم من علم بإعساره حال الضمان أيضاً.

اللهم إلا أن يكون عدم الفسخ مع العلم بالإعسار موجباً لسقوط الخيار

---

(١) مفتاح الكرامة ١٦: ٣٦٨.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣١٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٨.

والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا(١).

وهل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أو لا ؟ وجهان(٢).

وإن لم يتجدد اليسار ؛ لأنه فوري، وحينئذٍ يتعين تخصيص الاستثناء بصورة عدم العلم بالإعسار، كما ذكر في الجواهر[١].

لكن الظاهر أن التعليل بالإرفاق من باب بيان الحكمة لا العلة، وإلا لم يكن وجه للاقتصار في الخيار على الصورة المذكورة.

وحينئذٍ يكون إطلاق كلماتهم بلا مقيد.

(١) كما في الجواهر ؛ لإطلاق الفتاوى[٢].

(٢) من ظهور اتفاقهم على اختصاص الخيار بصورة الاعسار مع الجهل به، ومن قاعدة نفي الضرر.

ولذا ذكر في الجواهر: أن إطلاق الفتاوى يقتضي عدم الخيار مع الملاءة وإن لم يكن وفياً، بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر أو تعسر الاستيفاء[٣].

ولكنه لا يخلو من نظر.

لكن العمل بقاعدة نفي الضرر لإثبات الخيار ليس بناء الأصحاب عليه في البيع، وليس من أنواع الخيار خيار المماطلة للبائع أو المشتري.

وكأنه لعدم الضرر فيها، وإنما فيها تحديد سلطنة المالك عن ملكه،

---

(١)، (٢)، (٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٨.

(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له(١)؛ لعموم أدلة الشروط.

وحبسه عنه.

ولذلك قال في المسالك: «وكما لا يقدح تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدح تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان»[١].

هذا مع عدم امكان الاجبار، وإلا فلا مجال للقول بالخيار.

(١) وهو الأصح، كما في جامع المقاصد، وحكاه عن صريح بيع التذكرة، وظاهر بيع القواعد[٢]، والتحرير، وغيرها[٣].

لكن في القواعد ـ في كتاب الضمان ـ ذكر أن شرط الخيار في الضمان مفسد[٤].

وفي التذكرة: «لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلاً؛ لأنه ينافي مقتضي الضمان، فإن الضامن على يقين من الغرر»[٥]، وهو ـ كما ترى ـ غير ظاهر.

والذي ينبغي ابتناء الجواز وعدمه على كون اللزوم في المقام من الحقوق أو من الأحكام، فعلى الأول يجوز الشرط، وعلى الثاني لا يجوز، لأنه مخالف للكتاب.

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ١٨٤.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣٠٩/ تذكرة الفقهاء ١١: ٦٤/ قواعد الأحكام ٢: ٦٧.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٩٣/ إرشاد الأذهان ١: ٣٧٥.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٥٥.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٨٥.

والظاهر جواز اشـــتراط شيء لكل منهـــما(١)، كما إذا قال

والمرتكزات العرفية تقتـــضي الأول، وهو ظاهر المانعين، فإن العلامة في التذكـــرة علل المنع بما عرفت، لا بكون اللـــزوم حكمياً، وصرّح بجواز شرط الخيار للمضمون له؛ لأن له الخيـــار في الإبراء والمطالبة، ولو كان اللزوم عنده حكمياً لم يجز شرط الخيار حتى للمضمون له.

وعلى ذلك يبتني جواز التقايل؛ لاختصاص الإقالة بما يكون الفسخ فيه مـــن حقوق الطرفين، ولا تكون فيما لا يكون الفســـخ كذلك، لأن أدلة الإقالة العامة ليس واردة في مقام إثبات قابلية المحل، وإنما هي واردة في مقام تشريعها على تقدير القابلية، فالقابلية تحرز من الخارج، والإطلاق المقامي يقتضي الرجوع إلى العرف في إحراز القابلية، والارتـــكاز العرفي يقتضي ثبوت القابلية فيما كان الفسخ من الحقوق الراجعة إلى طرفي المعاقدة.

والظاهر اطراد ذلك في عامة العقود المتعلقة بالنفس أو المال، فإن إيقاعها من حقوق الطرفين، وفســـخها كذلك، ما لم يقـــم دليل على الخلاف، كالنكاح والوقف؛ لما دل على لزومهما، وعدم تمكن المتعاقدين من فسخهما.

فما لم يقم ذلك الدليـــل فالارتكاز العرفي يقتضي جـــواز الإقالة، لتعلق العقد بحقوق الطرفين وشؤونهما، وكما أن لهما إيقاعه لهما فسخه، ولأجل ذلك يصح شرط الخيار فيه.

والضمان من قبيل ذلك؛ لما عرفت من أن لزومه مأخوذ من أصالة اللزوم الذي هو من حقوق المتعاقدين، ولا دليل على لزومه حكماً كالنكاح.

(١) كـــما يقتضيه عموم أدلة الشروط، الـــذي كان بناؤهم على العمل به في الضمان بشرط التأجيـــل أو الحلول، وبشرط أن يكون الضمان من مال معين

الضامن: (أنـــا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوبـــاً)، أو قال المضمون لـــه: (أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كـــذا)، ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط(١).

(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن من غير إذن مولاه، أو بإذنه وقلنـــا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له(٢).

وغير ذلك.

لكـــن في التذكرة: «لو ضمن رجل عن غيره ألفاً، وشرط المضمون له أن يدفع إليه الضامن أو المضمون عنه كل شـــهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان، بطل الشرط إجماعاً»[1].

والظاهـــر أن دعوى الإجمـــاع المذكورة مبنية على كونه مـــن الربا المحرم بالإجمـــاع، وإلا فلم أقف على من تعرّض لهذا الشرط ولحكمه، فضلاً عن كونه معقد إجماع.

وليس هو من الربا في البيع، ولا في القرض.

ثم إنه إذا تمّ ذلك في الشرط للمضمون له لا يتم في الشرط للضامن؛ لأن الشرط الموجب للربا ما يرجع إلى الدائن، دون ما يرجع إلى المديون.

(١) لأنه مقتضى الشرط عرفاً، فكأن المشـــترط اشترط الشرط، واشترط الخيار عن تقدير تخلف الشرط، وقد عرفت أن عقد الضمان يقبل الخيار بالشرط.

(٢) لأن ذلك نوع من الإعسار الموجب للخيار.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٩٠.

(مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالاً، ومؤجلاً(١) وكذا ضمان المؤجل حالاً، ومؤجلاً(٢) بمثل ذلك الأجل، أو أزيد، أو أنقص.

---

(١) أمـا مؤجلاً: فقد حكى الإجماع عليـه في الشرائع، قال: «والضمان المؤجل جائز إجماعاً»[١].

وفي المسالك: أنه موضع وفاق[٢].

ونحوهما ما عن التنقيح، وإيضاح النافع، وجامع المقاصد، والمفاتيح[٣].

وعن الكفاية: «لا أعرف فيه خلافاً»[٤].

ويقتضيه عموم الأدلة.

قال في المسالك: «وليس هذا تعليقاً للضمان على الأجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم، فيلزم»[٥].

وأما حالاً: فسيأتي نقل الخلاف فيه من الشيخ.

(٢) أما ضمان المؤجل حالاً، فهو مقتضى عموم الصحة في الضمان، وفي شرط الحلول.

وفي الشرائـع ـ بعـد أن ذكر ما سـبق ـ قال: «وفي الحال تـردد، أظهره

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٨٩.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ١٨٤.

(٣) التنقيح الرائـع ٢: ١٨٨/ جامع المقاصد ٥: ٣١٠/ مفاتيـح الشرائع ٣: ١٤٦/ وعن إيضاح النافع في مفتاح الكرامة ١٦: ٣٤٥.

(٤) كفاية الأحكام ١: ٥٤٩.

(٥) مسالك الأفهام ٤: ١٨٤

والقول بعدم صحة الضمان إلا مؤجلاً(١)، وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم، ضعيف(٢)، كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالاً(٣)، أو بأنقص.

الجواز»[١]، وسيأتي فيه نقل خلاف الشيخ والفخر أيضاً.

وأما ضمان المؤجل مؤجلاً: فلا إشكال فيه إذا كان أجل الضمان أبعد.

وأما إذا كان مساوياً فيأتي فيه الخلاف المحكي عن الشيخ.

وإذا كان أجل الضمان أقل فيأتي فيه خلاف الشيخ والفخر أيضاً.

لكن عموم الصحة يقتضي صحته من دون مخصص كما يأتي.

(١) حكى في المختلف عن الشيخ في النهاية أنه قال: «ولا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل معلوم»، ونسب في المختلف ذلك إلى المقنعة، وإلى ابن البراج في الكامل، وابن حمزة[٢].

قال في مفتاح الكرامة: «لم أجد ذلك في المقنعة»[٣].

وفي السرائر: حمل كلام النهاية على أنه إذا اتفقا على كون الضمان بأجل فلا بد من تعيينه، وجعله حق اليقين[٤].

لكنه خلاف ظاهر العبارة، كما فهمه الأصحاب.

(٢) لمخالفته للعمومات المقتضية للصحة.

(٣) في جامع المقاصد في شرح قول مصنفه: «والأقرب جواز العكس»

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٨٩.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٤٥٩/ النهاية: ٣١٥/ المقنعة: ٨١٥/ الوسيلة: ٢٨٠.

(٣) مفتاح الكرامة ١٦: ٣٥٦، بل هو موجود ـ بعين عبارة النهاية ـ في ص ٨١٥، فراجع.

(٤) السرائر الحاوي ٢: ٧٠.

.....

ـ يعني: جواز ضمان المؤجل حالاً ـ قال: «وجه الأقرب: أن الأداء معجلاً جائز، فكذا الضمان، لأنه كالأداء.

وقال الشيخ: إنه لا يصح؛ لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل.

وفي هـذا التوجيه ضعف، ولأن الضمان نقل المال على ما هو به، ولا يرد تأجيل الحال، لأن ذلك شرط زائد يستقل صاحب الحق بإثباته في العقد اللازم، بخلاف الأجل الذي هو مشترك بين المضمون له والمضمون عنه.

ولأن الحلول زيـادة في الحق، ولهذا يختلف الأثمان به، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته، فيكون ضمان ما لم يجب، فلا يصح عندنا.

وهذا التوجيه الأخير ذكره الشـيخ فخر الدين ولد المصنف، وحسّنه في المختلف، وهو المختار»[1].

وقد أشار بذلك إلى ما ذكره العلامة في المختلف قال: «إذا ضمن المؤجل حالاً، قال في المبسوط: الأقوى أنه لا يصح، لأنه لا يجوز أن يكون الفرع أقوى من الأصل.

والوجه عندي الصحة، ولا نسلم تحقق القوة هنا، فإنه كما يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلاً كذا يجوز الضمان معجلاً، فإن الضمان كالقضاء... إلى أن قال: وقد استخرج ولدي العزيز محمد ـ جعلت فداه ـ وجهاً حسناً يقوي قول الشيخ، وهو أن الحلول زيادة في الحق، ولهذا تختلف الأثمان به، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون، ولا ثابتة في ذمتـه، فيكون ضمان ما لم يجب، فلا يصح عندنا»[2].

(١) جامع المقاصد ٥: ٣١٠/ قواعد الأحكام ٢: ١٥٥.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٤٧٠/ المبسوط ٢: ٣٤١.

. . . . . .

وقد تضمّن كلامهما هذا وجوهاً من الإشكال.

منها: أن الفرع لا يكون أقوى من الأصل.

ومنها: أن الضمان نقل المال على ما هو به.

ومنها: أن الحلول زيادة غير ثابتة في ذمة المديون، فيكون ضمانها ضمان ما لم يجب.

لكن الجميع كما ترى! بل ما كان يؤمل من مقامه الرفيع في التحقيق والإتقان الاعتماد على مثل هذه الوجوه الضعيفة.

إذ لا دليل على القاعدة الأولى على نحو تمنع من الصحة في المقام.

والضمان في المقام لنفس الدين على ما هو عليه، والأجل ليس مضموناً، وإنما هو ظرف أداء المضمون.

ومن ذلك يظهر ضعف الوجه الأخير.

والذي يظهر من عبارة المختلف اختيار الصحة، كما هو المشهور، والاستحسان منه إنما كان للوجه لا للفتوى بالمنع، ولعل فخر المحققين كذلك.

والذي يتحصل مما ذكر: أن الدين المضمون..

تارة: يكون حالاً، وأخرى: مؤجلاً.

وكل منهما إما يضمن حالاً، أو مؤجلاً، فهذه أربعة[1] صور.

والصورة الرابعة ـ وهي ضمان المؤجل مؤجلاً ـ **تارة**: يكون الأجل فيها

---

(١) كذا في الأصل والمطبوع.

.....

مساوياً لأجل الدين، **وأخرى**: يكون أقل، **وثالثة**: يكون أكثر.

فهذه ست صور.

وفي كل منها إما أن يكون الضمان بسؤال المضمون عنه، أو تبرعاً من الضامن.

فهذه اثنتا عشرة صورة.

والإشكال والخلاف يكون في: صورة ضمان المؤجل حالاً كما عن الشيخ في المبسوط، واختاره في جامع المقاصد، وتردد فيه في الشرائع في آخر كتاب الضمان، وإن جزم بالصحة في أوائل الكتاب.

وصورة ضمان الحال حالاً، كما تقدم عن الشيخ في النهاية، ونسب إلى المقنعة وغيرها، كما عرفت، خلافاً للشيخ في المبسوط فاختار الجواز.

وصورة ضمان المؤجل بأجل أقل.

وفي المختلف نسب إلى الشيخ الإجماع، للمنع من الضمان الحال ـ الذي تقدمت حكايته عن النهاية ـ بأن الضمان شرع للإرفاق بالمضمون عنه، فإذا كان الضمان حالاً ورجع الضامن على المضمون عنه لم يكن إرفاق به.

وفيه: أنه لو تمّ أنه إرفاق فهو بملاحظة إفراغ ذمته بالضمان، وهو حاصل في الحال.

مع أنه عليه يختص المنع بصورة ما إذا كان الضمان موجباً للرجوع على المضمون عنه لكونه بسؤاله، أما إذا لم يكن كذلك ـ بأن كان تبرعاً ـ فلا إشكال في الجواز.

ودعوى: أنه من ضمان ما لم يجب، كما ترى(١).

(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين(٢)، فلو أسقط الضامن أجله وأدّى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه(٣)، لأن الذي عليه كان حالاً(٤) ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان.

---

(١) إذ الضمان الدين، وهو ثابت في الذمة لا للأجل، فإن الأجل للوفاء بما في الذمة، لا أنه مضمون بنفسه.

(٢) وفي الجواهر: أنه لا يخلو من قوة[١].

والمراد به أنه أجل لجواز مطالبة الضامن، فلا تجوز مطالبته قبله، فإن ذلك مقتضى الشرط النافذ الصحيح، وهو لا يرتبط بالدين الذي كان في ذمة المضمون عنه، فإنه لم يكن مؤجلاً قبل الضمان، والضمان لا يقتضي تأجيله، لأن الشرط لم يكن متعلقاً به، وإنما كان متعلقاً بالضامن.

(٣) كما صرّح به في جامع المقاصد، والمسالك، والحدائق، والجواهر[٢].

وعن المبسوط، والتحرير، والتذكرة: التنبيه عليه[٣].

(٤) لا يخفى أن الدين الذي عليه كان للمضمون عنه، وقد فرغت ذمته منه حالاً كان أو مؤجلاً، وليس للضامن عليه شيء سابقاً، وإنما حدث الدفع الضامن إلى المضمون له، فليس هناك دين حالّ كي يعلل به الحكم.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢٦: ١٢٩.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣١١/ مسالك الأفهام ٤: ١٨٤/ الحدائق الناضرة ٢١: ١٨/ جواهر الكلام ٢٦: ١٢٩.

(٣) المبسوط ٢: ٣٢٤/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥٩/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٤٧.

وكـــذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحـــل ما عليه، وأخذ من تركته، يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه(١).

واحتمال صـــيرورة أصل الديـــن مؤجلاً حتى بالنســـبة إلى المضمون عنه ضعيف.

(مســـألة ٩): إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك، فمات وحل مـــا عليه وأخذ من تركته، ليـــس لوارثه الرجوع على المضمـــون عنه إلا بعد حلول أجل أصـــل الدين(٢)؛ لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه.

وكان اللازم تعليله بإطلاق ما دل على جواز رجوع الضامن على المضمون عنه بما دفعه المقتضي للحول.

لكن ذلك إذا أذن في الضمان عنه مطلقاً، أما إذا أذن بشرط الأجل، ففي جواز الرجوع قبل الأجل إشـــكال، إذ قد يرجع ذلك إلى اشـــتراط الأجل في الرجوع إليه، فلا يجوز الرجوع إليه قبله.

(١) كما صرح بذلك في جامع المقاصد، والمسالك، والحدائق، والجواهر.

وعن المبسوط، والتحرير، والتذكرة: التنبيه عليه[1].

لما ذكر فيما قبله.

ويشكل أيضاً إطلاقه بما سبق فيما قبله.

(٢) قال في القواعد: «ولو ضمـــن الحال مؤجلاً تأجل، وليس للضامن مطالبة المديون قبل الأداء، وإذا مـــات حل، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل

---

(١) تقدّمت الإشارة إلى جميع ذلك في الصفحة السابقة.

وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل.

الأجل، ولو كان الأصل مؤجلاً لم يكن لهم»[١].

وذكره في الجواهر من دون نقل خلاف[٢].

وكذا في مفتاح الكرامة حاكياً له عن صريح المبسوط، والتذكرة، والتحرير، معللاً له بما في المتن، وتبعه في الجواهر[٣].

لكن قد عرفت أن الدين الأصلي قد فرغت منه ذمة المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل.

وإطلاق ما دلَّ على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه يقتضي جواز الرجوع في المقام بعد الأداء من دون مقيّد يقتضي تأجيل الرجوع.

ومجرد كون الدين الذي كان على المضمون عنه مؤجلاً لا يقتضي التأجيل للدين الجديد.

نعم، إذا كان إذن المضمون عنه مقيداً بالمؤجل، بحيث يفهم منه اشتراط عدم الرجوع إليه قبل الأجل، كان الشرط المذكور مانعاً من الرجوع على المضمون عنه، وهو أمر آخر غير كون الدين مؤجلاً في نفسه.

وبالجملة: تعليل جواز الرجوع على المضمون عنه حالاً ومؤجلاً بكون الدين الذي كان عليه حالاً أو مؤجلاً، غير ظاهر؛ لعدم دخل ذلك به، وإنما

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٣.

(٣) مفتاح الكرامة ١٦: ٤٤٠/ المبسوط ٢: ٣٢٤/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٤٧/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥٩/ جواهر الكلام ٢٦: ١٣٣.

(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه(١)، فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل، والإذن في الضمان أعم من كونه حالاً.

الدخيل فيه الإذن مطلقاً أو مشروطاً بعدم الرجوع حالاً.

(١) إذا ضمن المؤجل حالاً صار الدين حالاً بالنسبة إلى الضامن، فيجب عليه الأداء حالاً.

وهل يكون حالاً بالنسبة إلى المضمون عنه، بحيث يكون للضامن الرجوع على بمجرد الأداء قبل الأجل؟ فيه أقوال:

الأول: عدمه مطلقاً، قال في التذكرة: «على قولنا إنه يصح ضمان المؤجل حالاً، إذا أدى الضامن المال إلى صاحبه لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلا عند الأجل إن أذن له في مطلق الضمان، ولو أذن له في الضمان عنه معجلاً، ففي حلوله عليه إشكال، أقربه عدم الحلول أيضاً»[١].

وفي مفتاح الكرامة: نسب ذلك إلى المختلف، والمسالك، والروضة، وظاهر التحرير، ومجمع البرهان[٢].

الثاني: أنه يجوز الرجوع إلى المضمون عنه بسؤاله مطلقاً، حكاه في مفتاح الكرامة عن صريح التنقيح[٣].

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٩٠.

(٢) مفتاح الكرامة ١٦: ٣٦١/ مختلف الشيعة ٥: ٤٧٠/ مسالك الأفهام ٤: ١٨٧/ الروضة البهية ٤: ١٢٢/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥٩/ مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٩١.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ١٨٨.

. . . . . .

ولعله ظاهر القواعد، حيث قال: «فيحلّ مع السؤال على إشكال»[١].

الثالث: أنه يصير حالا مع التصريح بالإذن حالاً، لا مع الإطلاق، حكاه في مفتاح الكرامة عن ظاهر المفاتيح[٢].

الرابع: أنه مع التصريح بالسؤال حالاً يرجع عليه حالاً، وأما مع الإطلاق فمحل إشكال، وحكاه في مفتاح الكرامة عن الإيضاح[٣].

قال في جامع المقاصد: «وأعلم أن الشارح ولد المصنف قال: إن موضع الإشكال ما إذا أذن في الضمان وأطلق، أما إذا أذن فيه حالاً فلا إشكال في الحلول، وليس بشيء، بل قد يقال: إنه مع الإطلاق لا إشكال في عدم الحلول»[٤].

ومن ذلك يظهر قول خامس، وهو ما ذكره في جامع المقاصد.

والأقرب هو الثاني، لإطلاق ما دلَّ على رجوع الضامن على المضمون عنه عند أداء مال الضمان، من دون مقيِّد ظاهر.

والإذن في الضمان وإن كانت أعمّ من كونه حالاً، لكن الإطلاق المتقدّم كافٍ في جواز الرجوع.

ومن ذلك يظهر ضعف الثالث، الذي جعله في الجواهر الأقوى؛ لعدم اقتضاء الإطلاق الإذن في التعجيل، فيكون كالمتبرع[٥].

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٥.

(٢) مفاتيح الشرائع ٢: ١٤٦.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ٨٢.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٣١١.

(٥) جواهر الكلام ٢٦: ١٢٩.

(مسألة ١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه(١)، ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله، وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه، على ما مرّ(٢) من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلاً.

إذ التعجيل في الرجوع لا يحتاج إلى الإذن، بل يكفي فيه إطلاق الدليل الدال عليه.

والذي اختاره المصنف هو المنع من الرجوع على المضمون عنه مطلقاً، إلا أن يفهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه.

ولعله راجع إلى القول الأول، أو هو قول سادس.

والذي يتقضيه إطلاق أدلة الرجوع على المضمون عنه هو القول الثاني، إلا أن يفهم من الإذن بالضمان المؤجل اشتراط عدم الرجوع عليه قبل الأجل، فيجب العمل بالشرط.

ولعله يكون قولاً سابعاً.

ومنه يظهر ضعف بقية الأقوال، فإن المنع من الرجوع قبل الأجل مطلقاً ـ كما هو القول الأول ـ أو في بعض الصور ـ كما في الأقوال الأخر ـ خلاف إطلاق ما دل على الرجوع على المضمون عنه، إذا كان بسؤاله، كما يأتي.

(١) الذي يظهر من الجواهر أن هذه المسألة نظير المسألة السابقة، يأتي فيها الأقوال كلها؛ لوجود مأخذ الأقوال المذكورة فيها بعينها[1].

(٢) ومرّ الكلام فيه في المسألة الثامنة، وأنه وإن لم يوجب أجل الدين

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٤.

وكـــذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبـــل انقضاء الزائد فأخذ من تركته، فإنه يرجع على المضمون عنه.

(مســـألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، ولم يكـــن له الرجوع عليه(١) وإن كان أداؤه بإذنه أو أمره(٢)، إلا

لكنه قد يوجب اشتراط عدم الرجوع قبل أجل الضمان.

(١) قال في الشرائع: «ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه إن ضمن بإذنه ولو أدى بغير إذنه، ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدى بإذنه»[١].

وفي المسالك بعد أن ذكر أن العبارة تتضمن أحكاماً أربعة: اثنين بالمنطوق، واثنين بالمفهوم، قال: «وحكم الأربعة كما ذكر عند علمائنا أجمع»[٢].

وفي جامـــع المقاصد: «والحكم عدم الرجـــوع فيهما عند علمائنا، ذكره في التذكرة»[٣].

وفي الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه»[٤]، ونحو ذلك كلام غيرهم.

ويكفي في إثباته أصالة البراءة لولا مـــا يقتضيه إطلاق الأخبار الآتية في المسألة الآتية؛ لشمولها لما نحن فيه.

فالعمدة إذاً الإجماع.

(٢) كما صرّح به في معقد إجماع المسالك، وجامع المقاصد، وغيرهما، إذ الإذن في أداء ما وجب، أو الأمر به، ليس من أسباب الضمان.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ١٨٩.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٣٣٠/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٤.

أن يأذن له(١) في الأداء عنه(٢) تبرعاً منه في وفاء دينه، كأن يقول: (أدّ مـا ضمنت عني وارجع به عليَّ) على إشـكال في هذه الصورة أيضاً(٣)، من حيـث أن مرجعه حينئذٍ إلى الوعـد الذي لا يلزم الوفاء به.

---

(١) كما مال إليـه في الجواهر، وجعله نظير ما إذا قـال لأجنبي: أدّ عن الضامن المتبرع وارجع به عليّ، فـإذا أدى بعنوان امتثال أمر المضمون عنه اتجه الرجوع عليه[١].

(٢) يعني: عن الآذن.

(٣) حـكاه في الجواهر عن بعض الناس، معلـلاً له بما ذكر في المتن، ثم قال: «لا يخلو من نظر أو منع بعد ما عرفت»[٢].

والمـراد مما عرفت قاعدة الاحـترام، فإنه وإن لم يكـن دليل على قاعدة الاحترام كلية، لكن المتيقن منها صورة استيفاء عمل الغير.

وهو على قسمين:

الأول: أن يكون الاسـتيفاء بالأمر على وجه الضمان، كما في المثال الذي ذكره.

والظاهر أنه لا إشـكال في الضمان، فإن الأمر بـه على وجه الضمان من المعاملات العرفية الممضاة من الشارع المقدس، بشهادة استقرار سيرة المتشرعة عليها.

فهي نظير القرض الذي هو تملك للعين على وجه الضمان بالمثل في المثليات

---

(١)، (٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٤.

. . . . . .

وبالقيمة في القيميات، فإذا قال له: (اقرضني درهماً)، أو (اقرضني ثوباً)، كان ضامناً لدرهم في الأول، ولقيمة الثوب في الثاني، لأن معنى: (اقرضني): ملكني على وجه الضمان.

كذلك الأمر في المقام، فإذا قال: (ادفع عني لزيد درهماً وعليَّ ضمانه) أو (خط ثوب زيد وعليَّ ضمانه) كان ضامناً في الأول لدرهم، وفي الثاني قيمة الخياطة، فهي معاملة جرت عليها سيرة العرف والمتشرعة، أشبه ما يكون بالجعالة، فتكون صحيحة، وتستوجب الضمان.

وتوهم: أنها وعد لا يجب الوفاء به.

غريب؛ لاختصاصه بالوعد بالإحسان المجاني، ولا ينطبق على الإحسان المعاوضي.

الثاني: ما لا يكون الأمر على وجه الضمان، كما إذا قال للحلاق: (احلق رأسي) فحلق رأسه، وكان كل من الآمر والمأمور غافلاً عن الضمان، فإنه يكون الآمر ضامناً للأجرة ما لم يقصد المأمور المجانية.

والضمان في المقام لا يكون مستنداً إلى معاملة؛ لعدم قصد العوض منهما.

والمعروف عندهم الضمان أيضاً، اعتماداً على قاعدة احترام مال المسلم كدمه، فإن استيفاءه بلا عوض ظلم وعدوان.

فإذا كان المناط في الضمان في القسمين أمراً واحداً، تعيّن أن يكون سبب الضمان في القسم الأول هو الاستيفاء أيضاً، لا المعاملة، ويكون الضمان في المقامين لقاعدة الاحترام.

وإذا كان سبب الضمان فيهما مختلفاً كان الضمان في القسم الأول مقتضى

. . . . . .

المعاملة، وفي الثاني لقاعدة الاحترام.

والـذي يظهر من الجواهر وغيرهـا: أن المناط في الضمان في القسمين واحد، ولذلك جعل الضمان في المثال المذكور في الجواهر هو قاعدة الاحترام[1].

وهو محتمل، بل في كتاب الإجارة جزمنا به[2]، ولكن الأظهر خلافه.

هـذا كله إذا كان الأمر بالفعل على أن يكون للآمر، وأما إذا كان للفاعل كما إذا قال له: (أدّ دينك، وأنفق على زوجتك، وأحسن إلى من أساء إليك) ففعل المأمور لم يكن الآمر ضامناً، لعدم الدليل عليه، بل هو على خلافه.

ضرورة أن الأمر بالمعروف ـ واجباً كان أو مستحباً ـ لا يوجب ضمان الآمر، حسب ما تقتضيه السيرة القطعية.

هذا إذا كان خالياً عن التعويض، أما إذا كان مشتملاً عليه، كما إذا قال لأخيه: (صلِّ اليومية ولك عليَّ أن أعطيك كل يوم درهماً)، فالظاهر أنه كذلك، فلا يجب عليه دفع العوض ـ أعني: الدرهم في المثال ـ لأنه وعد وإحسان مجاني، فلا يجب الوفاء فيه.

والذي يتحصل: أن استيفاء عمل الغير على أربعة أقسام..

لأن الفعل المأمور به.. **تارة**: يكون للآمر، **وأخرى**: يكون للمأمور.

وإذا كان للآمر فهو مضمون، سواء قصد الآمر والمأمور الضمان ليكون نوعاً من المعاملة، أم لم يقصدا.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٤.

(٢) تقدّم في ج ١٩ ص ١٩١.

وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن بإذنه(١)، لأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء.

نعم، لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه، لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن.

وإذا كان للمأمور فلا ضمان على الآمر، سواء قصدا الضمان أم لم يقصدا.

ومن ذلك يتوجه الإشكال على الجواهر، حيث جعل الضمان في القسم المعاملي، لقاعدة الاحترام.

كما يتوجّه على المصنف حيث ذكر الإشكال عليه من بعضهم بأنه وعد، وسكت عنه، مع أن الوعد يختص بالإحسان المجاني، ولا مجانية في الفرض، لأن الآمر أمر بالتبرع عن نفسه.

نعم، إذا أمره بالوفاء عن نفسه ـ يعني: المأمور ـ فقال: (أدّ دينك ولا تعص ربك وعليَّ عوضه)، كان من الإحسان المجاني، فيكون وعداً لا يجب الوفاء به.

(١) إجماعاً حكاه جماعة كثيرة، كما سبق[1].

وفي الجواهر: «الإجماع بقسميه عليه»[2].

ويشهد له ما رواه المشايخ الثلاثة عن الحسين بن خالد، قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: ليس على

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥٧/ مسالك الأفهام ٤: ١٨٩، وتقدّم في ص ٣٩٠.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٣.

(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضمان، على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه(١)، وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدّى، فليس له المطالبة قبله.

إما لأن ذمة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرده إلا أن ذمة المضمون عنه لا تشتغل إلا بعد الأداء وبمقداره.

الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»[١].

وإطلاقه يشمل صورة الضمان بغير إذن، لكنه مقيد بغير ذلك بالإجماع.

ويعضده الأخبار الآتية في المسألة الآتية.

ولعله إلى ذلك أشار في السرائر بقوله: «وردت به الأخبار عن الأئمة الأطهار»[٢].

(١) قد أخذ الأداء موضوعاً للرجوع في معاقد الإجماعات.

قال في الشرائع: «ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أدّاه إن ضمن بإذنه»[٣]، ونحوه عبارات غيره[٤].

وظاهر الجميع: أن الرجوع بعد الأداء.

وفي جامع المقاصد: أن الضامن إنما يرجع بعد الأداء، فلا يرجع بما

---

(١) الكافي ـ الفروع ـ ٥: ١٠٥/ من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٤/ تهذيب الأحكام ٦: ٢٠٩/ وسائل الشيعة ١٨: ٤٢١، ب ١ ـ الضمان ـ حديث: ١.

(٢) السرائر الحاوي ٢: ٧١.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

(٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٠١/ تحرير الأحكام ٢: ٥٦١.

وإما لأنها تشتغل حين الضمان، لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه(١)، وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء. وظاهرهم هو الوجه الأول(٢).

لم يؤده[١]، ويظهر التسالم عليه.

(١) ويحتمل أن يكون اشتغال الذمة حاصلاً بمجرد الضمان، لكنه متزلزل فيستقرّ بالأداء، وإذا لم يحصل الأداء بطل الاشتغال وانفسخ، احتمله في الجواهر أيضاً[٢].

وأما الاحتمال الثالث المذكور في المتن فالظاهر منه حصول الاشتغال بمجرد الضمان، وبقاؤه وإن لم يحصل الأداء أبداً.

فتكون الاحتمالات أربعة.

(٢) قال في المسالك: «قد عرفت أن الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئاً إلى أن يؤدي مال الضمان»[٣].

وفي الجواهر نسب الوجه المذكور إلى المسالك وغيرها، ثم قال: «ولعله الأقوى»[٤].

لكن في الشرائع: «إذا ضمن عنه ديناراً بإذنه فدفعه إلى الضامن فقد قضى ما عليه»[٥]، وظاهره اشتغال الذمة بمجرد الضمان بالإذن.

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٣٠.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٣.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٧.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٤.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

وعلى أي حال لا خلاف في أصل الحكم، وإن كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته من حين الضمان في قبال اشتغال ذمة الضامن(١)، سواء أدى أو لم يؤد.

ولكن حمله في المسالك على خلاف ظاهره، ويظهر منه عدم احتمال ذلك[١].

(١) يعني: لما كان اشتغال ذمة الضامن بالضمان كان بأمر المضمون عنه، وكان ذلك ضرراً على الضامن، كان مضموناً على المضمون عنه.

وعلله في الجواهر: بأن الضمان نوع أداء، والفرض حصوله بإذنه، فيقتضي شغل ذمة المضمون عنه، فيصح حينئذٍ الدفع له وفاء، كما يصح للضامن إبراء ذمة المضمون عنه قبل الأداء، انتهى.

لكنه أشكل عليه: بأنه لم يثبت كون الضمان أداء بالنسبة إلى ذلك، وإن كان هو كالأداء بالنسبة إلى إبراء ذمة المضمون عنه، فلا سبب حينئذٍ لشغل ذمة المضمون عنه إلا الأداء المأذون فيه بالإذن بالضمان، لقاعدة احترام مال المسلم[٢]، انتهى.

وكل من التعليل وإشكاله مبني على كون سبب ضمان المضمون عنه للضامن هو أداؤه، فالتعليل مبني على أن الضمان أداء، والإشكال راجع إلى نفي ذلك.

وفيه: أنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك، بل من الجائز أن يكون السبب هو الضمان الإيقاعي بإذن المضمون عنه، لأنه المأذون فيه والمأمور به، وبه يكون

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٣، ١٥٤.

. . . . . .

خـــلاص المضمون عنه من الدين الذي عليه للمضمون له، والأداء لا يتعلق به بوجه، وإنما يتعلق بالضامن وبه إفراغ ذمته.

وفي حاشية بعض الأعاظم: إن القاعدة تقتضي ذلك، من جهة أن اشتغال ذمة المضمون عنه إنما يكون باســتيفائه لمــال الضامن، وهو إنما يحصل بالأداء، وقبله لا استيفاء[1]، انتهى.

والإشــكال فيه ظاهر ممــا عرفت، فــإن أداء الضامن للــمال لا يرتبط بالمضمون عنه بوجه، وإنما يرتبط بالضمان وبه فراغ ذمته.

أما ما يرتبط بالمضمون عنه ويكون به فراغ ذمته من ثقل الدين فهو ضمان الضامن، وهو الذي أذن له فيه وأمره به، وبنفس الضمان تكون الخســارة المالية على الضامن، وهي بأمر المضمون عنه، فيكون ضامناً لها.

قال في التذكرة: «وإن لم يكــن (يعني: الضامن) متبرعاً بالضمان وضمن بســؤال المضمون عنه، فهل يثبــت للضامن حق عليه ويوجــب علقة بينهما؟ للشافعية وجهان:

أحدهما: أنه يثبت، لأنه اشــتغلت ذمته بالحق كملاً لما ضمن، فليثبت له عوضه على الأصيل.

والثاني: لا يثبت لأنه لا يفــوت عليه قبل الغرم شيء، فلا يثبت له شيء إلا بالغرم.

إذا عرفت هــذا، فإن كان المضمون له يطالــب الضامن بأداء المال فهل للضامن مطالبة الأصيل بتخليصه؟ قال أكثر الشافعية: نعم، كما أنه يغرم إذا غرم.

---

(١) العروة الوثقى ٥: ٤١٧، حاشية الميرزا النائيني قدس سره.

فالحكم المذكور على خلاف القاعدة، ثبت بالإجماع، وخصوص الخبر(١): عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه».

بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ما خسر.

وقال القفال: لا يملك مطالبته به، وهو الأقوى عندي، إذ الضامن إنما يرجع بما أدّى فقبل الأداء لا يستحق الرجوع، فلا يستحق المطالبة»[١].

ومن أمعن النظر في الوجهين الذين ذكرهما الشافعية يتضح له أن الأوجه أولهما، وأن العلامة إنما رجّح ثانيهما لعدم وجوب شيء على المضمون عنه إلا ما أداه الضامن، حسب ما دلّ عليه الدليل بالخصوص، فكأنه لأجله لزم رفع اليد عن القاعدة المقتضية لجواز الرجوع من أول الأمر.

لكن الإجماع على عدم جواز رجوع الضامن إلا بما أدّاه، وكذا النص لم يدلا على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه، فإن الإجماع دلّ على عدم جواز المطالبة قبل الأداء، وقد عرفت عبارة الشرائع الظاهرة في ثبوت الاستحقاق على المضمون عنه بمجرد ضمان الضامن.

وأما الخبر فسيأتي بيانه.

(١) وهو موثق عمر بن يزيد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال عليه السلام: ليس له إلا الذي صالح عليه»[٢].

ونحوه موثق عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام[٣].

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٤٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٧، ب ٦ ـ الضمان ـ حديث: ١.

(٣) المصدر السابق ـ حديث: ٢.

ويتفرع على ما ذكروه(١): أن المضمون له لو أبرء ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً، وإن أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره، وكذا لو صالح معه بالأقل، كما هو مورد الخبر، وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه، وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً.

وهذا الخبر لا يدلّ على عدم اشتغال الذمة حين الضمان، وإنما يدل على عدم اشتغال الذمة بما لم يؤد أو ما لم يصالح عليه وكذلك خبر الحسين بن خالد ـ المتقدم[1] ـ يدل على أن الضامن بعد أن يغرم تكون غرامته على المضمون عنه، ولو لأجل كونه مشغول الذمة بذلك من الأول، أما لأنه لا تشتغل ذمته قبل الأداء فلا دلالة له عليه.

فالنصوص قاصرة عن إثبات الوجه الثالث، لا أنها دالة على الوجه الأول، وتكون موجبة لخلاف القواعد.

(١) يعني: ما ذكروه أولاً من أنه يرجع بما أدى لا بتمام المال المضمون.

والوجه في تفرع الأمور المذكورة على ذلك واضح في الجميع، عدا صورة ما إذا ضمن عنه ضامن فأدى تبرعاً، أو وفى عنه تبرعاً، أو وفي عنه من باب الزكاة، فإن الجميع غير داخل في النص.

وحينئذٍ يشكل إلحاقه بمورد النص، ولا بد من الرجوع فيه إلى القاعدة الآتي بيانها.

---

(١) تقدّم في ص ٣٩٤.

(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاة أو صدقة، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه(١)، ولا يكون ذلك في حكم الإبراء.

---

(١) وفي الجواهر: «لعله كذلك»[1].

ولا يخلو من إشكال، إذ لا غرم من الضامن ليكون على المضمون عنه.

نعم، كان الغرم فيه على مستحق الزكاة مثلاً، لا على الشخص المذكور.

اللهم إلا أن نقول: إن القاعدة تقتضي اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان بأمره، ولم يثبت في المقام ما يقتضي الخروج عنها.

وإلحاقه بمورد النص غير ظاهر، ولأجل ذلك يكون اللازم الحكم بالرجوع في جميع موارد الشك في الخروج، بخلاف ما إذا كان السبب في ضمان المضمون عنه استيفاؤه لمال الضامن، فإنه مع الشك يبني على عدم الرجوع، لأصالة البراءة.

فعلى المبنى الأول: يكون الشك في السقوط، وعلى المبنى الثاني: يكون الشك في الثبوت.

اللهم إلا أن يقال: لما كان المدين له باحتسابه من الزكاة برئت ذمته فالبراءة كانت بماله، فيكون ماله قد استوفاه المضمون عنه،.

فعليه ضمانه ومن ذلك يصح أن يقال: إنه قد غرم ماله، فيكون الغرم على المضمون عنه.

فالحكم في هذا الفرض لا يختلف باختلاف المباني.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٣.

وكذا لو أخذه منه ثم ردّه عليه هبة(١).

وأما لو وهبه ما في ذمته فهل هو كالإبراء أو لا؟ وجهان(٢).

ولو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه(٣).

(مسألة ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين(٤)، أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه(٥)، فقد صرح

لكنه يتم بناءً على ثبوت ملك ما في الذمة آناً ما، أما إذا قلنا بامتناعه؛ لعدم الفرق بين الآنات، فلا استيفاء لما له ولا غرامة عليه، فيتعين الابتناء على المباني.

(١) كما نص عليه في الجواهر[١]، وفي التذكرة: أنه أقرب[٢].

ووجهه واضح؛ لحصول الغرم، فيرجع به على المضمون عنه.

(٢) بناءً على ما سبق في الزكاة يكون الأقرب الثاني، إذ لا فرق بين الهبة المجانية، وبين الصدقة، أو الزكاة، في أن البراءة بماله في الجميع، بخلاف الإبراء فإن البراءة فيه لم تكن بمال الضامن، وعليه يتعين الرجوع إلى المباني

(٣) يتعين فيه الرجوع إلى المباني المتقدمة.

(٤) الظاهر أن أصل العبارة: «لو باع أو صالح» وفاعله ضمير الضامن، كما يظهر بالتأمل.

(٥) الوفاء بالأقل قيمة يختص بما إذا كان من الجنس الردي مثلاً، أما إذا

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٦٢.

بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوى(١).

وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة، وكون القدر المسلم غير هذه الصور.

وظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه، لا ما إذا صالحه بما يسوى أقل منه(٢).

كان من غير الجنس فلا يمكن الوفاء إلا بمقدار القيمة.

(١) ذكر ذلك في الشرائع، والتذكرة، والقواعد، والمسالك، وغيرها[١].

قال في التذكرة: «لو صالح عن ألف على عبد يساوي ستمائة لم يرجع إلا بستمائة»، ثم استدل عليه بموثقي عمر بن يزيد و عبد الله بن بكير[٢].

(٢) ظهور الخبر فيما يشمل هذا الفرض الذي ذكروه لا يقبل الإنكار؛ لوضوحه.

نعم، الخبر بلفظه لا يشمل البيع، لكن الظاهر منه عرفاً الأعم من البيع.

وقد نفي الخلاف عن أنه لا يجب على المضمون عنه أن يدفع إلى الضامن أزيد مما دفعه إلى المضمون له.

نعم، لو صالحه عن ذلك، أو أو باعه عليه بما يساوي الدين، وتقاصّا عنه بالأقل، ففي المسالك: اتجه رجوعه عليه بما يساوي الدين[٣].

وفي التذكرة: احتمل ذلك، واحتمل الرجوع بقيمة العين؛ لأن الضمان

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٢/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥٩/ قواعد الأحكام ٢: ١٦٠/ مسالك الأفهام ٤: ٢٠٦/ جامع المقاصد ٥: ٣٣٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥٩، وتقدّم الموثقان في ص ٣٩٩.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٧.

وأما لو باعه، أو صالحه، أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد، فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة(١).

(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما له عليه، فلا إشكال، ويكون في يده أمانة، لا يضمن لو تلف إلا بالتعدي أو التفريط.

وإن كان بعنوان وفاء ما عليه، فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف، فهو صحيح ويحتسب وفاء، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني.

وإن قلنا: إنه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء وحينه ـ كما هو ظاهر

وضع للارتفاق، ونسب إلى الشافعية الأول[1].

(١) صرّح بذلك غير واحد مرسلين له إرسال المسلمات[2]، معللين له بأنه متبرع بالزيادة غير مأذون فيها، فلا استيفاء لها من المضمون عنه، بناءً على كون الضمان بالاستيفاء.

وكذا بناءً على كون الضمان بالضمان؛ لأن الضمان لم يكن بالزايد، وهو واضح.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٦٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٦٠/ جامع المقاصد ٥: ٣٣٧/ مسالك الأفهام ٤: ٢٠٦.

المشهور ـ فيشكل صحته وفاء، لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد، فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد(١)، وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد(٢) أو العلم ببقاء الرضا به.

(١) كما صرّح به في التذكرة، فيكون مضموناً عليه، ويجب عليه رده إلى مالكه[١].

وفي المسالك: أنه كالمقبوض بالسوم[٢].

ولكنه غير ظاهر، لأن المقبوض بالسوم مقبوض على أنه ملك الدافع، والمفروض في المقام أنه مقبوض على أنه ملك القابض ـ كما هو معنى الوفاء ـ كالمقبوض بالعقد الفاسد، فالإذن في قبضه مقيدة بعنوان مفقود، فتكون مفقودة.

ولذا قلنا لا يجوز التصرف فيه ولو بوضع اليد عليه، ويجب رده إلى مالكه، كالمغصوب، فيكون مضموناً.

(٢) لا حاجة إلى الإذن الجديد، بل يكفي بقاء الإذن السابق؛ لأنها كانت مقيدة بعنوان الوفاء المفقود سابقاً، فإذا وجد لاحقاً بحصول الأداء، وبقيت الإذن، كفت في حصول الملك.

ومن ذلك يظهر: أن الإذن الجديد لا فائدة فيها إذا لم ترجع إلى بقاء الإذن السابق، ولعل هذا هو المراد مما في حاشية بعض الأعاظم في هذا المقام[٣]، وإلا فلا محصل له.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥٠.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٧.

(٣) العروة الوثقى ٥: ٤٢١، حاشية الميرزا النائيني قدس سره.

(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: (ادفع عني إلى المضمون له ما عليَّ من مـــال الضمان) فدفع برئت ذمتهما معاً(١)، أما الضامن: فلأنه قد أدى دينه، وأما المضمون عنه: فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر، كذا قد يقال.

والأوجه أن يقـــال: أن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشـــتغلت ذمته بالأداء، والمفروض أن ذمة المضمون عنه أيضا مشـــغولة له، حيث أنه أذن له في الضـــمان فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمة

ويكفي الشك في بقاء الإذن لجريان الاستصحاب، ولا حاجة إلى العلم بالبقاء، فلا حظ.

(١) قـــال في الشرائع: «ولو قـــال: ادفعه إلى المضمون لـــه، فدفعه، فقد برئا»[١].

وقال في المسالك ـ في شرحه ـ: «أي: قال الضامن للمضمون عنه: ادفعه أنت إلى المضمـــون له، فدفعه فقد برئا، أما الضامن فلوفاء دينه، وأما المضمون عنه فلأن الضامن لم يغرم، فلا يرجع عليه.

ويمكن اعتبار التقاص القهري، لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن؛ لأنه المديون وقـــد أذن له في وفائه، وثبوت مثله في ذمـــة المضمون عنه لأدائه، فيتقاصان»[٢].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٨.

المضمون عنه حيث أن الضمان بإذنه وقد وفى الضامن، فيتهاتران، أو يتقاصان(١).

وإشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور(٢) في غير محله(٣).

---

(١) وقع التعبير بالتقاص القهري في المسالك، وكأن المراد منه التهاتر بقرينة وصفه بالقهري، والتقاص المشروع اختياري من أفعال المكلف القصدية بخلاف التهاتر، فإنه من الأحكام الشرعية.

وكأن عطفه في المتن على التهاتر، بقصد التوضيح، لا التقاص الاصطلاحي.

(٢) قال في الجواهر ـ بعد نقل عبارة المسالك السابقة ـ: «وفيه: أن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بإذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده، وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون، كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه؛ لعدم حصول الأداء منه، فلا تقاص حينئذٍ؛ لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما، فتأمل»[1].

(٣) لأن الموجب لضمان الضامن لما أدّاه المضمون عنه أمر الضامن له بالأداء الموجب لصدق الاستيفاء، الذي هو من أسباب الضمان ـ كما عرفت ـ، لا لتحقق القرض حتى يتوقف على قصده، ولا لتوقف الوفاء على كونه مملوكاً للمديون حتى يمنع ذلك.

كما أنه يستحق الضامن الرجوع على المضمون عنه بأدائه، لأن هذا

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٥.

(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئا معاً(١)، كما لو دفعه أجنبي عنه.

(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه(٢)،

الأداء من المضمون عنه لما كان بأمر الضامن وموجباً لاستحقاق الرجوع على الضامن، كان ذلك خسارة على الضامن، فاستحق الرجوع على المضمون عنه في تدارك خسارته بعد أن كان ضمانه بإذنه.

نعم، يتوجه الإشكال على المسالك: بأن المضمون عنه لما دفع إلى المضمون له بأمر الضامن إن كان يستحق الرجوع على الضامن ـ من جهة تحقق الاستيفاء ـ تعين الوجه الثاني ولم يصح الوجه الأول، وإن كان لا يستحق الرجوع على الضامن ـ من جهة قصده التبرع بالدفع ـ تعيّن الوجه الأول ولم يصح الوجه الثاني.

(١) قال في الشرائع: «ولو دفع المضمون عنه مالاً إلى المضمون له بغير إذن الضامن، فقد برئ الضامن والمضمون عنه»[١]، ونحوها ما في القواعد وغيرها[٢].

وفي الجواهر نفى الإشكال والخلاف في ذلك[٣].

وهو واضح مما عرفت في صدر المسألة السابقة.

(٢) يعني: ليس للضامن الثاني الرجوع على المضمون عنه الأول؛ لأنه لم يضمن عنه، فلا موجب لرجوعه عليه.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٦٠/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٢٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٥.

بل على الضامن(١)، بل وكذا لو ضمن بالإذن فضمن عنه ضامن بإذنه، فإنه بالأداء يرجع على الضامن، ويرجع هو على المضمون عنه الأول.

(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له(٢)، وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه.

وفي الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلا بذلك الأقل(٣).

كما أن في الثانية لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين(٤) إلا إذا أذن

---

(١) لأنه ضمن عنه بإذنه.

(٢) لم يحضرني عاجلاً من تعرض له.

ومقتضى ما تقدم من معنى الضمان من أنه نقل ما في الذمة إلى ذمة الضامن امتناع ذلك، إلا أن يرجع إلى ضمان البعض وسقوط الباقي أو الإبراء منه.

وكذلك الفرض الثاني، فإنه ممتنع إلا أن يرجع إلى اشتراط الزيادة للمضمون له.

اللهم إلا أن يكون المراد من الضمان في المقام مفهوماً آخر، وهو إثبات بدل ما في الذمة في ذمة أخرى، أقل منه أو أكثر.

ولا بأس بالبناء على صحته، عملاً بعمومات الصحة، ولا يكون من الضمان الاصطلاحي، ولا تجري عليه أحكامه إلا ما تقتضيه العمومات.

(٣) لأن الزائد عليه لم يؤده، فلا يرجع به على المضمون عنه وإن كان بإذنه.

(٤) كما سبق.

المضمون عنه في الضمان بالزيادة(١).

(مسألة ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين(٢)، كما يجوز الوفاء بغير الجنس(٣)، وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلا بالجنس الذي عليه(٤)، إلا برضاه.

(مسألة ٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانة(٥)، فيرهن بعد الضمان.

---

(١) لإطلاق ما دل على الرجوع بما أدى.

(٢) لم أقف على من تعرّض له.

ويشكل بما سبق من امتناع ذلك، لأن نقله من ذمة إلى ذمة مع البناء على ثبوت غيره خلف.

إلا أن يكون المقصود اشتراط الأداء من غير الجنس، فلا بأس، لعموم الوفاء بالشروط، نظير الاشتراط من مال معين، كما سيأتي.

أو يكون المراد غير الضمان الاصطلاحي، بل معنى آخر، وهو إثبات بدل لما في الذمة في ذمة أخرى، كما تقدّم.

وحينئذٍ لا تجري عليه أحكام الضمان، وتثبت له الأحكام العامة.

(٣) بلا إشكال، والنصوص به شاهدة.

(٤) لإطلاق الموثق: «ليس له إلا الذي صالح عليه»[1].

(٥) يعني: بنحو شرط الفعل، يعني: شرط أن يرهن، فيجب على الضامن أن يرهن عند المضمون له عيناً، لتكون مورد حق الاستيفاء.

---

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٧، ب ٦ ـ الضمان ـ حديث: ١، وتقدّم في ص ٣٩٩.

بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان(١).

(١) قد ذكرنا في كتاب الإجارة من هذا الشرح الإشكال في صحة شرط النتيجة من وجهين:

الأول: أن النتائج لا تقبل أن تكون مضافة إلى مالك، فلا يمكن أن تكون شرطاً؛ لأن التحقيق أن الشرط مملوك للمشروط له، ولذا كان له المطالبة به، وإذا امتنع أن تكون مملوكة امتنع أن تشترط ملكيتها.

نعم، إذا كانت في العهدة جاز أن تكون مملوكة، لكنها تكون من شرط الفعل لا من شرط النتيجة.

الوجه الثاني: أن مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك بين المشروط له والمشروط، لا جعل نفس المشروط، فإن صيغة الشرط لا تتكفل ذلك، فإذا لم يحصل الشرط لا يكون ثابتاً، فلا تترتب آثاره، وحينئذٍ لا نتيجة ولا يجوز ترتيب آثارها.

وهذا معنى بطلان شرط النتيجة.

ثم إن الإشكالين المذكورين إنما يتوجهان على شرط النتيجة بناءً على أن مفاد الشرط تمليك المشروط له للمشروط، كما يقتضيه مناسبته مع شرط الفعل.

أما إذا كان مفاده مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط، فيكون مفاده إنشاء المشروط ـ وهو النتيجة ـ في ضمن العقد، فلا بأس به، عملاً بعموم نفوذ الشروط، إلا إذا كانت النتيجة لا تنشأ إلا بسبب خاص، فإن عموم نفوذ الشرط لا يصلح لتشريع ما لم يشرع، فيكون الشرط حينئذٍ مخالفاً للكتاب، فيدخل في الشرط الباطل.

.....

وإذا لم يشترط في إنشائها سبب خاص، صح شرطها، وترتب عليه الأثر وإن لم يكن مملوكاً للمشروط له.

ويكـــون له الخيار في تخلفه نظير خيار تبعض الصفقة، كما إذا جمع بين بيع ونكاح فبطل أحدهما، فإنه يكون الخيار في الآخر.

لكن هنا يبطل الـــشرط ببطلان العقد؛ لأن الشرط لوحظ تابعاً لمضمون العقد ومبنياً عليه، فلا يســـتقلّ بدونه، بخلاف ما لو جمع بين بيع ونكاح، فإنه لم يلاحظ أحدهما تابعاً للآخر ومبنياً عليه، بل إنشاء كل منهما في مقابل الآخر، فيكون بطلان كل منهما موجباً للخيار في الآخر.

كما أن بطلان الشرط موجب للخيار في العقد لعين الوجه الموجب للخيار هناك عند بطلان أحد الأمرين، وهو اشتراكهما في قصد واحد، كما هو موضح في محلّه.

والذي تحصل مما ذكرناه: أن شرط الفعل يتضمّن إنشـــاء تمليك الفعل، وشرط النتيجة لا يتضمّن إنشـــاء التمليك، وإنما يتضمّن إنشاء نفس النتيجة، فإذا لم يشترط في إنشاء النتيجة سبب خاص صح، وإذا اشترط في إنشائها سبب خاص لم يصح؛ لأنه لا يصلح دليله لتشريع ما لم يشرع.

وإذا تخلف الأول ـ إما لعدم صحة التمليك، أو لعدم حصول المملوك ـ يكون الخيـــار للمشروط له، وتخلف الثاني لا يكون إلا لعدم صحة الإنشـــاء، وهو موجب للخيار للمشروط له، وهو من كان إنشاؤه موافقاً لرغبة أحدهما.

فإن كان إنشاؤه موافقاً لرغبة أحدهما بعينه كان تخلفه موجباً لخياره فقط، كما إذا باعه الشجر بشرط أن يكون للمشتري الثمر الموجود، فإن الشرط يوافق

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا ؟ يظهر من المسالك والجواهر

رغبة المشتري فيكون الخيار له، أو يبيعه الشجر بشرط أن يكون ثمره في السنة الآتية للبائع، فإن الشرط يوافق رغبة البائع، فيكون الخيار له.

وإذا كان موافقاً لرغبة كل منهما كان الخيار لكل منهما، كما إذا باعه الجارية بشرط أن يكون حملها عوضاً عن دين المشتري على البائع.

فإن المعاوضة لما كانت من الطرفين كانت موافقة لرغبة كل منهما، فيكون خيار التخلف لكل منهما، نظير تخلف البيع في بعض الصفقة، فإنه يوجب الخيار لكل من البائع والمشتري.

ثم إنه لا ينبغي التأمل في صحة شرط النتيجة بعد ما ورد النص به في شرط الضمان في الإجارة، والعارية، وشرط الأجل في النسيئة، والسلف، وغير ذلك.

نعم، لا مجال للبناء على جواز نذر النتيجة، فإن اللام في قول الناذر: (لله عليَّ) لام الملك، فيتوجَّه على نذر النتيجة الإشكالان السابقان.

واحتمال أن تكون اللام لام التعليل، ويكون معنى (لله عليَّ): التزمت لله علي، خلاف الظاهر جداً، فالبناء على المنع من صحة نذر النتيجة في محله، كالبناء على صحة شرط النتيجة[1].

وعليه يصح شرط الرهن في ضمن عقد الضمان، ولا بد فيه من القبض ـ بناءً على اشتراطه في الرهن ـ إذ لا فرق بين الموارد.

---

(١) تقدّم في ج ١٩ ص ٩٨.

انفكاكه(١)، لأنه بمنزلة الوفاء(٢)، لكنه لا يخلو عن إشكال(٣).

هذا مع الإطلاق، وأما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع(٤).

(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان(٥)

(١) قد صرحا بذلك في شرح المسألة الرابعة من الشرائع في كتاب الضمان[١].

(٢) في الجواهر: «لأن الضمان أداء»[٢].

وفي المسالك: «لأن الضمان بمنزلة الأداء»[٣]، ويظهر منهما المفروغية عن ذلك.

(٣) إذ لا أداء ولا وفاء، وإنما كانت فائدة الضمان اشتغال ذمة الضامن به وفراغ ذمة المضمون عنه، فالدين انتقل من ذمة إلى أخرى من دون أداء، فإن كان الرهن على وفائه بقي على حاله؛ لعدم الوفاء، وإن كان على إفراغ ذمة المديون بطل؛ لفراغ ذمته بالضمان.

ولكن الأظهر الثاني؛ لأن الراهن إنما وضع الرهن لحسابه، لا لحساب المرتهن.

(٤) عملاً بعموم صحة الشروط.

(٥) كما في الشرائع، والقواعد، والتذكرة وغيرها[٤]، ويظهر منهم التسالم

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٢/ مسالك الأفهام ٤: ٢٠٥/ جواهر الكلام ٢٦: ١٥٠.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٠.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٨٩/ قواعد الأحكام ٢: ١٥٩/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٢.

في مـــال معين(١) على وجه التقييـــد(٢)، أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام.

وحينئـــذٍ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال(٣)، بمعنى صرفه فيه.

وعـــلى الأول: إذا تلف ذلك المال يبطـــل الضمان(٤) ويرجع على ذلك، ولم ينقل فيه خلاف أو إشكال.

وفي الجواهر: «لا خلاف أجده في صحته»[١].

وكفى دليلاً عليه عموم: «المؤمنون عند شروطهم»[٢].

(١) يعني: يكون الأداء منه، كما في عبارة القواعد، والتذكرة[٣]، وعبارة الشرائع كعبـــارة المصنف[٤]، والظاهر أن المراد منها ذلك، وســـيجيء احتمال آخر، فانتظر.

(٢) يعنـــي: يؤخذ الأداء من ذلك المال قيداً للضمان، أو قيداً للمضمون فكأنه قال: اضمن الضمان الذي يكون وفاء ماله من المال المعين، أو اضمن المال الذي يكون وفاؤه من المال المعين.

(٣) عملاً بالشرط.

(٤) لفوات القيد الموجب لفوات المقيّد.

قال في التذكرة: «لو شرط في الضـــمان الأداء من مال بعينه صح الضمان

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١١٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ ـ المهور حديث ٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٥٩/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٢

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٨٩.

. . . . . .

والشرط معاً؛ لتفاوت الأغراض في أعيان الأموال.

فلو تلف المال قبل الأداء بغير تفريط الضامن فالأقرب فساد الضمان لفوات شرطه، فيرجع صاحب المال على الأصيل.

وهل يتعلّق الضمان بالمال المشروط تعلّقه به تعلّق الدين بالرهن، أو الأرش بالجاني؟ الأقرب: الأول، فيرجع على الضامن لو تلف، وعلى الثاني: يرجع على المضمون عنه»[1].

والعبارة لا تخلو من إشكال، لتنافي الصدر والذيل فيها، لأن الرجوع على الضامن ـ الذي قرّبه في الذيل ـ يقتضي صحة الضمان، وهو ينافي ما في الصدر من بطلان الضمان والرجوع على الأصيل، المناسب لكون التعلق نظير تعلق أرش الجناية.

والمصنف رحمه الله جعل البطلان من أثار أخذ الشرط على نحو القيد؛ لأن فوات القيد يوجب فوات المقيد.

وقد تبعه إلى ذلك في المسالك في توجيه البطلان الذي حكاه عن التذكرة والشهيد في بعض فتاواه[2].

ولكنه يشكل: بأن فوات القيد لا يوجب بطلان العقد، وإنما يوجب الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف، كما إذا قال: (بعتك هذا العبد الكاتب) فتبين أنه غير كاتب، فلا فرق بين فوات القيد وفوات الشرط.

فإن قلت: فوات المقيد بفوات قيده من الضروريات، فالقصد إنما تعلق

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٢.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ١٧٨.

.....

بالمقيد لا بغيره، فكيف يصح مع فواته الموجب لانتفاء قصده؟!

قلت: هذا الإشكال يتوجه نظيره في صورة فوات الشرط، لأن القصد إنما كان إلى المشروط لا إلى الخالي عن الشرط، فكيف يصح الخالي عن الشرط من دون قصد؟!

بل يتوجه أيضاً في باب تبعض الصفقة، فإن من اشترى داراً وتبين أن بعضها لغير البائع ولم يجز، أو بعضها وقف لا يصح بيعه، لم يكن يقصد شراء البعض أبداً، وإنما كان يقصد شراء المجموع.

ويندفع: بأن القصد الضمني التحليلي كافٍ في صحة العقد بالنسبة إلى الفاقد للقيد أو الشرط، وبالنسبة إلى الجزء في باب تبعض الصفقة.

ويشهد بذلك بناؤهم على صحة العقد في البعض لكن مع الخيار، وكذا بناؤهم على صحة العقد مع تخلف الوصف لكن مع الخيار، المعبر عنه خيار الوصف، كما في: (بعتك العبد الكاتب).

ومثله الكلام في مورد خيار الرؤية.

ودعوى: أن الصحة في هذه الموارد لأن الإنشاء فيها من باب تعدد المطلوب، بحيث يكون قصدان: قصد قائم بالمجموع، وبالمشروط، وبالموصوف، وقصد قائم بالبعض وبالخالي عن الشرط أو الوصف، فإذا فات القصد الأول كفى القصد الثاني.

فيها ـ مع أن ذلك ممنوع، بل ليس إلا قصد واحد في أكثر الموارد ـ: أنه لو صح ذلك جاء فيما نحن فيه أيضاً واقتضى الصحة، فلا وجه للبطلان.

ثم إن العلامة في القواعد قال: «فإن تلف بغير تفريط ففي بطلان الضمان

. . . . . .

إشـــكال، ومع عدمه يتعلّق به تعلّق الدين بالرهن، لا الأرش بالجاني، فيرجع على الضامن، وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه»[١].

وكأن منشأ الإشكال في البطلان الإشـــكال في أن فوات الشرط يوجب فوات المشروط وعدمه.

والظاهـــر من قوله﵀: «ومع عدمه» أنه مع عدم البطلان، وقوله: «تعلق الدين بالرهن» يعني: يثبـــت الدين في ذمة الضامن كما يثبت في ذمة الراهن، لا أنه لا يثبـــت في ذمته كما في حق الجناية، فإنه لا يتعلق بذمة المالك للجاني، وإنما يثبت في رقبة الجاني فقط.

لكن هذا التردد لا يتناســـب مع عنوان المسألة التي هي الضمان واشتراط كون الأداء من المال المعين، إذ المراد منه أن الذمة مشـــغولة ويكون الأداء لما في الذمة من المال المعين، لا أن الذمة فارغة، فليس من شـــقوقها كون الذمة فارغة كما في حق الجناية.

وقوله﵀: «وعلى الثاني» الظاهر من الثاني تعلق الأرش بالجاني، كما صرّح بذلك في عبارة التذكرة[٢].

وحمله في مفتاح الكرامة على البطلان[٣].

ووجهه غير ظاهر؛ لأن البطلان لم يذكر ثانياً لأول، وإنما ذكر أولاً بدون ذكر ثانٍ.

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.

(٢) تقدّمت في ص ٤١٥ ـ ٤١٦.

(٣) مفتاح الكرامة ١٦: ٤٥٠.

.....

ولذلك فهم منه في جامع المقاصد ما ذكرنا، وأشكل عليه: بأنه إذا صح الضمان وبنينا على كون التعلق كتعلق أرش الجناية، كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه؟![1].

وعلى هذا فالمتعيّن: أنه بناءً على صحة الضمان مع الشرط المذكور يكون تعلق الدين بالمال المعين تعلق الدين بالرهن، فتكون ذمة الضامن مشغولة، وعليه الوفاء من المال المعين.

ولا مجال لاحتمال كون التعلّق به تعلق أرش الجناية، وعلى تقديره يتعين البناء على سقوط الدين بالتلف بدون تفريط، لا أنه يرجع المضمون له على المضمون عنه، فإن أرش الجناية المتعلق بالعبد الجاني يسقط بموته، لا أنه يرجع المجني عليه إلى مالكه أو غيره، فإنه بعد انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى المال المعين لا وجه لرجوعه إلى ذمة المضمون عنه بتلف موضوعه.

نظير حق الزكاة، الذي يسقط بتلف العين بدون تفريط.

ثم إن الاختلاف بين حق الرهانة وحق الجناية من وجهين:

الأول: ما ذكرناه من أن حق الرهانة مقرون بإشتغال ذمة الراهن، بخلاف حق الجناية فإنه غير مقرون باشتغال ذمة المالك.

الثاني: أن حق الرهانة مانع من التصرف في الرهن، فكأنه قائم بالعين بما أنها مضافة إلى مالكها حال الرهن، بخلاف حق الجناية، فإنه غير مانع من التصرف، فلو باع المالك العبد الجاني صح البيع، وانتقل الحق معه، فكأن الحق قائم به غير مقيد بإضافته إلى مالك بعينه.

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٣٢.

المضمون له على المضمون عنه، كـما أنه إذا نقص يبقى الناقص في عهدته.

وعلى الثـاني: لا يبطل، بل يوجب الخيـار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما.

ومع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ.

وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن، بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال، فلا يصح(١).

---

(١) قال في المسالك فيما لو اشترط أن يكون الضمان من مال معين: «وهل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن، أو كتعلق الدين بالجاني؟ وجهان، مأخذهما: أن الضمان ناقل للدين إلى ذمة الضامن، لأن موضعه إنما هو الذمة، وتخصيص هذا المال أفـاد انحصار المطالبة فيه، ولم تخرج الذمـة عن العهدة؛ لأن مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها، وهذا هو وجه تعلق الرهن.

ومن أن الضامن لم يدخل ذمته مطلقاً، وإنما حصر الاسـتحقاق في المال المعـين وجعله متعلق حق المضمون له، فينحصر حقـه فيه ابتداءً من غير تعلق بالذمة. وأقواهما الأول»[1].

ولا يخفى أن مفاد الوجه الثاني إلى ارجاع اشـتراط الضمان من مال معين إلى تخصيص حـق المضمون له بالمال المعين، فالبناء عـلى صحته حينئذٍ يقتضي البناء على صحة هذه الصورة، بل ظاهر بعض عبارات المسالك الأخرى ذلك.

وهو كذلك، عملاً بعمومات الصحة، وإن لم تكن من الضمان المصطلح

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ١٧٧.

.....

الذي هو اشتغال الذمة، فلا تجري عليها أحكامه.

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور:

الأول: أن اشـــتراط الضمان في مال معين يكـــون على صور ثلاث ذكرها المصنف، كلها صحيحة.

الثاني: أن أحكام الضمان تجري على الأولتين منها دون الأخيرة.

الثالث: أنه مع التلف بدون تفريط يكون الخيار للمشروط له في الصورتين الأولتين، ولا يكون له الخيار في الأخيرة.

الرابع: أنه مع التلف بدون تفريـــط يرجع المضمون عنه على الضامن في الصورتين الأولتين، ولا يرجع على أحـــد في الصورة الثالثة، لا على الضامن، لأن المفـــروض فراغ ذمته، ولا على المضمون عنه لأن المفروض انتقال المال من ذمته إلى المال المعين، فلا موجب لبطلان هذا الانتقال، كما احتمله في المسالك، خلافاً لما سبق عن التذكرة، والقواعد، وغيرهما[1].

الخامس: أن الوجه في صحـــة العقد في صورتي تخلف القيد والشرط هو الاجتزاء بالقصد الضمني الارتباطي في صدق العقد والايقاع، وكذلك في باب تبعـــض الصفقة، وإن كان القصد المذكور غير حاصـــل في حال انتفاء القيد أو الشرط أو المقارن.

السادس: أن الفرق بين حق الرهانة وحق الجناية من وجهين:

الأول: أن الأول لا يسقط الدين فيه بتلف موضوع الحق، بخلاف الثاني.

---

(١) تقدّم في ص ٤١٥، وما بعدها.

(مسألة ٢٥): إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه، فإن قلنا إن الضامن هو المولى ـ للانفهام العرفي، أو لقرائن خارجية ـ يكون من اشتراط الضمان في مال معين، وهو الكسب الذي للمولى، وحينئذٍ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن العقود، ويبطل إن كان على وجه التقييد(١)، وإن انعتق يبقى وجوب الكسب عليه(٢).

وإن قلنا إن الضامن هو المملوك، وأن مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شيء(٣)، وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها، وإن انعتق يبقى الوجوب عليه(٤).

(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد فإما أن يكون على التعاقب، أو دفعة، فعلى الأول: الضامن من رضي المضمون

الثاني: أن الأول يمنع من التصرف في موضوعه، بنقل أو نحوه، بخلاف الثاني.

(١) قد سبق في المسألة الماضية الإشكال فيه.

(٢) عملاً بمقتضى الشرط، وإن لم نقل بأن المدين يجب عليه الكسب.

(٣) إذ لا مقتضى لهذا الوجوب، فإن الضمان الواقع لا يقتضيه، وليس له مقتض غيره.

(٤) عملاً بمقتضى إطلاق عقد الضمان لما لم يقيد بحال الرقية.

له بضمانه(١)، ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق(٢).

ويحتمل قوياً كونه كما إذا ضمنا دفعة، خصوصاً بناءً على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً(٣).

---

(١) **تارة**: يرضى المضمون له بضمان أحدهما دون الآخر.

وأخرى: يرضى بضمان أحدهما ثم يرضى بالآخر.

فإن كان الأول صح ضمان من رضي المضمون له به، لحصول شرطه، سواء كان سابقاً أم لاحقاً، وبطل الآخر لفقد شرطه كذلك.

وإن كان الثاني صح ضمان الأول وبطل ضمان الثاني، لانتفاء موضوعه بالأول؛ لأنه أوجب فراغ ذمة المضمون عنه، فلا معنى للضمان الثاني.

(٢) كذا في الجواهر وغيرها[١].

وعلله في مفتاح الكرامة: بأنه إذا رضي بضمان كل منهما فقد رضي بضمان الأول، فينتقل المال إليه، فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقاً على المضمون عنه، فيبطل[٢].

(٣) فتكون نسبته إلى الإيجابين نسبة واحدة، فترجيح أحدهما على الآخر من دون مرجح، فيكون الحكم كما إذا اقترن الإيجابان.

هذا بناءً على اعتبار القبول في الضمان لكونه من العقود.

أما بناءً على اشتراط الرضا في الضمان لكونه من الإيقاع فالرضا وإن كان

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٢.

(٢) مفتاح الكرامة ١٦: ٤٦٨.

وعلى الثاني: إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضي بهما معاً ففي بطلانه ـ كما عن المختلف وجامع المقاصد(١)، واختـــاره صاحب الجواهر(٢) ـ أو التقســـيط بينهـــما بالنصف،

شرطاً خارجاً عن السبب المؤثر إلا أنه دخيل في ترتب الأثر فيكون الأثر مقارنا له، وحينئذٍ يرجع الكلام السابق من أن نسبة الرضا إلى الايقاعين نسبة واحدة، فلا يترجح أحدهما على الآخر وإن سبق زمانا.

نعم، بناءً على الكشف يتعين الأثر للأول، ويبطل الثاني لارتفاع موضوعه بالأول، كما سبق في مفتاح الكرامة، ولا يتوجه ما ذكره بناءً على النقل.

(١) قال في المختلف فيـــما إذا وقع ضمان الجماعة دفعة: «وإن وقع الرضا دفعة احتمل بطلان الضمان؛ لامتناع انتقال الحق دفعة واحدة إلى ذمم متعددة، والصحة، فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع، والأقوى الأول»[١].

وفي جامع المقاصد بعد ما نقل القول الثالث في المسألة وهو البطلان قال: «وهو الأصح»[٢].

وفي التذكـــرة: «لو اتفق ضـــمان الأول مع صاحب الحـــق وضمان الثاني مع وكيله في الزمان الواحد بطـــل الضمانان معاً، لعدم أولوية أحدهما بالصحة والآخر بالبطلان»[٣].

(٢) فإنه بعد أن نقل القول الثالث في المســـألة وهو البطلان قال: «ولكن لا يخفى على من أحاط خبراً بنظائر المســـألة قوة الأخير منها، وما ذكر الفاضل

(١) مختلف الشيعة ٥: ٤٦٧.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣٤٢.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٣.

أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا(١)، أو ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبة من شاء ـ كما في تعاقب الأيدي ـ وجوه.

من وجود النظير ـ لو سلّم أنه مثله ـ لا يصلح دليلاً للمسألة»[١].

(١) حكاه في المختلف وجامع المقاصد قولاً[٢]، ونسبه في مفتاح الكرامة إلى ابن الجنيد[٣].

لكن عبارته غير ظاهرة فيه، قال: «ولو كفل جماعة بمال الرجل على رجل، ولم يفصلوا قدر ما كفل به كل واحد من المال، كان كل واحد منهم كفيلاً بحقه على قدر عددهم»[٤].

وظاهره أنه في مقام الإثبات لا الثبوت، فلا يكون مما نحن فيه.

وكيف كان، فاستدل لهذا القول في جامع المقاصد: بأن الأصل صحة الضمان، ولما امتنع انتقال المضمون إلى كل من الذمتين، ولا أولوية، انتقل إلى كل واحدة منهما ما يقتضيه التحاص.

ثم قال: «وفيه نظر؛ لأنه خلاف ما اقتضاه العقدان وأراده الضامنان، بل إن كان العقد صحيحاً ترتب عليه مقتضاه، وإلا كان باطلاً»[٥].

وقد يتوهم أن التقسيط مقتضى التزاحم.

وفيه: أن التزاحم يتوقف على وجود المقتضي في الطرفين، وهو أول

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٢.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٤٦٦/ جامع المقاصد ٥: ٣٤١.

(٣) مفتاح الكرامة ١٦: ٤٦٩.

(٤) حكاها عنه في مختلف الشيعة ٥: ٤٦٧.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٣٤٢.

أقواها: الأخير(١).

الكلام، فإنه بناءً على امتناع اشتغال الذمتين بتمام المالين يكون التنافي بين تطبيق الدليل بالإضافة إلى كل من العقدين، ولعدم المرجح يسقط الدليل فيهما معاً.

(١) حكاه في جامع المقاصد عن ابن حمزة في الوسيلة، وعبارته صريحة فيه، وسماه ضمان الانفراد، وهو ضمان جماعة عن واحد، ويكون للمضمون له الخيار في مطالبة المال من أيهم شاء على الانفراد وعلى الاجتماع، في مقابل ضمان الاشتراك، وهو بالعكس، يعني: ضمان واحد عن جماعة[١].

وكان المناسب التسمية على العكس.

وفي جامع المقاصد، عن الفخر، عن والده في درسه الشريف توجيهه: بأن مثله واقع في العبادات، كالواجب على الكفاية، وفي الأموال كالغاصب من الغاصب[٢]، وحكى ذلك عنه الشهيد أيضاً على ما حكاه في مفتاح الكرامة[٣].

ثم ذكر أن ظاهر الفخر وصريح الشهيد الرضا به.

لكن أشكل على مقايسته بباب الغاصب من الغاصب: بأنه لم يثبت المال في ذمم متعددة، وإنما وجب على من جرت يده على المغصوب رده على مالكه، عملاً بعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[٤].

وفيه: أن تقدير المضاف خلاف الأصل.

مع أنه لا ينسجم الصدر فيه مع الذيل؛ لأن مرجع التقدير إلى قوله: (على

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٤١/ الوسيلة: ٢٨١.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٨٩.

(٣) مفتاح الكرامة ١٦: ٤٦٩.

(٤) مسند أحمد ٥: ٨/ سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢.

. . . . . .

اليد أداء ما أخذت حتى تؤدي) فتتحد الغاية والمغيى، وهو كما ترى!.

وفي الجواهر في شرح مفهوم الضمان ذكر أن المشغول به في تعاقب الأيدي على المغصوب ذمة واحد، وهو من تلف في يده المال مثلاً، وإن جاز للمالك الرجوع على كل واحدك لعدم تصور اشتغال ذمتين فصاعداً بمال واحد[١].

وكأنه إلى ذلك أشار في عبارته السالفة بقوله: «لو سلم أنه مثله»[٢].

وفيه: أنه خلاف قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

وجواز الرجوع إلى كل واحد لا دليل عليه سواه.

وشيخنا الأعظم ذكر أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة واحدة، ولأجل ذلك يتعين الالتزام بأن اشتغال ذمة كل واحد من الأيدي المتعاقبة على البدل، ثم قال: «ويمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور، وضمان الاثنين لواحد، كما اختاره ابن حمزة»[٣].

وظاهره حمل هذه الأقوال على ما ذكر من كون الضمان بدَلِي لا عَرَضي.

ويشكل: بأن الضمان على البدل غير معقول، إذ كل ما يكون في الخارج متعين، إلا أن يريد ﷺ من كونه على البدل أنه كذلك من حيث الحكم، فالذمتان وإن كانت كل واحدة منهما مشغولة بالبدل في عرض واحد، لكن بالاستيفاء من أحدهما يسقط الآخر.

وإلا لم يكن البدل بدلاً، فإن معنى كونه بدلاً أنه يقوم مقام المبدل منه،

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١١٣.

(٢) تقدمت في ص ٤٢٤ ـ ٤٢٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٧.

.....

ويشـــغل الفراغ الذي كان بفقده، فإذا قام مقامه وتدارك الخسارة التي جاءت من فقده فلا معنى لضمانه.

وعلى هذا يجوز عنده اشـــتغال الذمم المتعددة بمال واحد، لكنها في مقام الفراغ متلازمة، فإذا فرغت إحدى الذمم من المال بدفع البدل فرغت الأخرى حينئذٍ، ولا يحســـن التعبير منه بأن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة واحدة.

وكيف كان، فالتحقيق جواز اشـــتغال الذمم متعـــددة بمال واحد لمالك واحد، كجواز اشـــتغال ذمم متعددة بواجب واحد كما في الواجبات الكفائية، فإن اشتغال الذمم المتعددة بالواجب فيها حاصل، ولا فرق بينها وبين المقام إلا في أن المصحح للاشتغال فيها الوجوب، والمصحح للاشتغال هنا الملك.

ودعوى: أن الواحد لا يقبل الوجود إلا في مكان واحد.

مدفوعة: بأن ذلك في الوجود الحقيقي والوجود هنا اعتباري لا حقيقي، واعتباره تابع لوجود منشـــأ الاعتبار، وهو ســـبب الضمان، فلـــما كان: «على اليد...» ينطبق بالنســـبة إلى كل واحد من ذوي الأيـــدي المتعاقبة، كان موجباً لاشـــتغال الذمة بالنسبة إليهم جميعاً أيضاً، وإن كان الحكم إذا أدى واحد منهم فقـــد برأت ذمة الباقين؛ لأن المضمون في جميع الذمم مال واحد، فإذا وصل إلى أهله لزم حصول البراءة منه.

نظير ما يقال في الواجبات الكفائية: من أنه يســـقط الوجوب عن الجميع بفعل واحد منهم، لأن الواجب واحد يســـقط الأمر به بمجرد حصوله، وهنا تبرأ الذمم منه بمجرد وصوله إلى مالكه.

وعليه إذا أبرأ المضمـــون له واحداً منهما برئ دون الآخر(١) إلا إذا علم إرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمة ذلك الواحد.

(مســألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما عــلى الآخر بإذنه، فإن رضي المضمون له بهما صح(٢)، وحينئذٍ

---

(١) لاختصاصه بالإبراء فلا يتعدى إلى الآخر.

اللهم إلا أن يقال: إنه بمنزلة الاســتيفاء؛ لأنه إسقاط لما في الذمة وقطع العلاقة بينــه وبينه، فهو تصرف في المال نفســه، لا تصرف في الذمة، ليختص بأحدهما دون الآخر، إذ لا ســلطان له على الذمة، و إنما سلطانه على ماله، فإذا كان قد قطع العلقة بينه وبينه، فقد قطع العلقة بينه وبين ما في غيرها من الذمم، لأن المفروض أنه عينه لا غيره.

وقد تقدم من المصنف﵀ احتمال ذلك في المسألة الثالثة[١].

لكن التحقيق أن إبراء الذمة ـ بحسب الارتكاز العرفي ـ مجرد إخلائها من ماله، فإن كان له مســتقر آخر فهو على حاله، لا أنه قطع للعلقة بينه وبين المال، كي يسقط من جميع الذمم.

(٢) قال في الشرائع: «إذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على صاحبــه تحوّل ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبــه»[٢]، ونحوه في القواعد وغيرها[٣].

وفي المســالك: «لا إشــكال في صحة هذا الضمان، لأن كل واحد جامع

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٩.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٦١/ المبسوط ٢: ٣٢٩/ تحرير الأحكام ٢: ٥٦٢.

فإن كان الدينان متماثلين جنساً وقدراً تحوّل ما على كل منهما إلى ذمة الآخر.

ويظهر الثمر في الإعسار واليسار(١)، وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر(٢)، بناءً على افتكاك الرهن بالضمان.

وإن كانا مختلفين قدراً، أو جنساً، أو تعجيلاً وتأجيلاً، أو في مقدار الأجل، فالثمر ظاهر.

وإن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه(٣)، وحينئذٍ فإن أدّى الجميع رجع على الآخر بما أدّى، حيث أن المفروض كونه مأذوناً منه.

وإن أدّى البعض، فإن قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه

لشرائط الصحة»[١].

(١) فإذا كان أحدهما معسراً كان للمضمون له الخيار في فسخ الضمان، فإذا فسخ استقرَّ تمام المال على الموسر.

(٢) كما نص عليه في المسالك، معللاً له: بأن الضمان بمنزلة الأداء[٢].

وقد تقدَّم الكلام فيه في المسألة الثالثة والعشرين[٣].

(٣) أما دينه الأول: فلأنه لم ينتقل عنه بضمان صاحبه، لبطلانه.

وأما دين صاحبه: فلانتقاله إلى ذمته بضمانه.

---

(١)، (٢) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٥.

(٣) في ص ٤١٣.

ضمانـــاً فهو المتبع، ويقبل قوله إن ادعـــى ذلك(١)، وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط(٢).

(١) كـــما نص عليه في الشرائع في آخر كتاب الرهن، معللاً له: بأنه أبصر بنيته[١].

وفي جامع المقاصد: «لأنه أعرف بنيته»[٢].

وفي الجواهر: «بلا خلاف ولا إشكال»[٣].

وكأنـــه لبناء العقلاء والمتشرعة، نظير إخبـــار ذي اليد عما في يده، بل هو أولى منه؛ لأنه إخبار عن النفس، وبناء العقلاء والمتشرعة على الأخذ به.

نعم، إذا كان في مقـــام النزاع، ثم الرجـــوع إلى الحاكم الشرعي، يتعين اليمـــين عليه؛ لأنه منكر، فاليمين يحتاج إليه الحاكم الشرعي لفصل الخصومة، ولا يحتاج إليه غيره لترتيب آثار الصدق.

وهكـــذا جميع موارد الحجج، فإن الحجة تكون مع المنكر، ولا يكتفي بها الحاكـــم، بل يحتاج إلى يمين إذا لم يقم المدعـــي بينة على صدقه، لقوله صلى الله عليه وآله: «إنما أقضي بينكـــم بالبينات والأيمان»[٤]، وإن كان غير الحاكم يرتب آثار الواقع على الحجة التي تكون مع المنكر، فـــإن المنكر من يوافق قوله الحجة، ولا يكتفي بها الحاكم في فصل الخصومة، لانحصار فصل الخصومة بالبينة واليمين.

(٢) كما نص عليه في القواعد[٥].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٧٦.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣٤٤.

(٣) جواهر الكلام ٢٥: ٢٧٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٣، ب ٢ ـ كيفية القضاء ـ حديث: ١.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ١٦١.

.....

وفي جامع المقاصد: «لامتناع صرفه إلى أحدهما، نظراً إلى عدم الأولوية، فيتعين الأول لانحصار الحال فيهما، ويحتمل صرفه الآن إلى ما شاء، لعدم القصد، وامتناع وقوعه بدونه.

ويضعف: بأن المدفوع إليه ملكه من حين القبض، فيمتنع أن لا يسقط شيء من الدين في مقابله؛ لأن قبضه إنما كان عن جهته، فيتعين التوزيع لما قلنا من انتفاء الأولوية، وهو الأصح.

وأعلم أن المصنف تردّد في الرهن في نظائر هذه المسألة ثم رجع إلى الفتوى هنا»[1].

وفيه: أنه لا دليل على حصول الملك بالقبض كي يتعين التوزيع لعدم الأولوية، كيف وإن كل واحد من الدينين متعين في نفسه، ولذا لو عينه في الوفاء تعين، فإذا كان متعيناً في نفسه كان محتاجاً إلى التعيين؛ لأن الوفاء قصدي، وقصد الشيء يتوقف على ملاحظته بخصوصياته.

وإلا فالتقسيط محتاج إلى مرجح كالتعيين لأحدهما، فالبناء على التقسيط لعدم المرجح ليس أولى من البناء على عدم التقسيط لعدم المرجح.

وقد ذكر الأصحاب أنه إذا كان الواجب متعدداً بلا تعيين امتنع التعيين في مقام الوفاء، فإذا جاء المكلف ببعض الواجب سقط البعض وبقي البعض بلا تعيين.

فإذا كان عليه صوم أيام من شهر رمضان فصام يوماً سقط يوم من تلك الأيام بلا تعيين.

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٤٤.

ويحتمل القرعة(١)، ويحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك(٢) والأظهر الأول.

وإذا كان الواجب متعددا مع تعين بعضه في مقابل البعض الآخر، كما إذا كان عليه صوم الكفارة وصوم القضاء، فصام يوماً ولم يعين بطل، ولم يصح لأحدهما.

وكذا في المقام ما دام كل واحد من الدينين متعيناً في نفسه في مقابل الآخر، لم يحصل الوفاء القصدي إلا بقصد أحد المتعينين، وإلا خرج عن كونه قصدياً.

وأما قصد الجامع بين المتعينين، فليس قصداً لما في الذمة، لعدم كون الجامع المذكور في الذمة، وإنما الذي في الذمة كل واحد من المتعينين.

هذا ما تقضيه المرتكزات العرفية.

ونظير المقام: ما إذا كان عليه قضاء رمضان من هذه السنة، وقضاء رمضان من السنين السابقة، فإن قضاء رمضان هذه السنة تجب المبادرة إليه قبل رمضان الثاني، فإذا لم يبادر كان عليه الكفارة، وليس كذلك قضاء رمضان السابق، فإذا نوى صوماً قضاءً ولم يعين لم يصح لأحدهما.

(١) كما احتملت فيما لو كان له زوجتان أو زوجات فقال: (زوجتي طالق) ولم ينو واحدة منهما.

لكن هذا الاحتمال ضعيف في المقيس والمقيس عليه، إذ لا دليل على القرعة بعد أن كان موضوعها المشكل أو المشتبه[1]؛ لعدم الإشكال والاشتباه بعد قيام الأدلة على البطلان.

(٢) قد عرفت أنه هو المتعين الذي تقتضيه الأدلة، فيبقى المدفوع على

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٧، ب ١٣ ـ كيفية الحكم وأحكام الدعاوى.

وكذا الحال في نظائر المسألة، كما إذا كان عليه دين وعليه رهن وديـــن آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما(١)، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيـــع(٢)، وهكذا، فإن الظاهر في الجميع التقسيط.

وكذا الحال إذا أبـــرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي(٣).

ويقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد(٤)، لأنه لا يعلم إلا من قبله.

(مسألة ٢٨): لا يشـــترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه(٥)،

ملك الدافع إلى أن يعين المراد له.

(١) فإن المدفوع إن كان وفاء للأول بطل حق الرهانة لوفاء الدين، وإن كان عن الثاني فالحق بحاله لبقاء دينه.

(٢) فإن كان الوفاء للأول بقي حق الخيار من جهة عدم دفع الثمن.

(٣) فإن كان من مال الضـــمان لم يرجع الضامن على المضمون عنه، وإن كان من غيره رجع، على ما تقدم.

(٤) قد تقدم وجهه[١].

(٥) قد يظهر من جامع المقاصد والمسالك وضوحه، والتسالم عليه[٢].

---

(١) في ص ٤٣١.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣٢٧/ مسالك الأفهام ٤: ١٩٩.

كما لا يشترط العلم بمقداره(١)، فلو ادعى رجل على آخر دينا فقال: (عليَّ ما عليه) صح، وحينئذٍ فإن ثبت بالبينة يجب عليه أداؤه، سواء كانت سابقة أو لاحقة(٢)، وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان، أو باليمين(٣)

وقد يظهر من عبارتي الشرائع والقواعد اشتراط ذلك، وسيأتي نقل ذلك في المسألة الآتية[١].

وعمومات الصحة تقتضي عدم اشتراط ذلك.

ولازم استدلال القائلين باشتراط العلم بمقدار المضمون بقاعدة نفي الغرر، القول باشتراط العلم بوجوده؛ لحصول الغرر بدونه.

وقد أصر على ذلك في مفتاح الكرامة، ناسباً له إلى الأصحاب، مستدلاً عليه بقاعدة نفي الغرر، مؤيداً له بالعقل[٢].

(١) تقدم الكلام فيه في المسألة الأولى[٣].

(٢) لإطلاق عموم دليل حجية البينة الشامل للحالين.

والعمدة في هذا العموم رواية مسعدة بن صدقة المتضمنة قوله عليه السلام: «والأشياء كلها على هذا حتى يتبين غير ذلك أو تقوم به البينة»[٤].

(٣) كما صرح بذلك غير واحد؛ لحجيتهما[٥].

---

(١) في ص ٤٣٧.

(٢) مفتاح الكرامة ١٦: ٤٣٢ ـ ٤٣٣.

(٣) في ص ٣٦٠.

(٤) وسائل الشيعة ١٧: ٨٩، ب ٤ ـ ما يكتسب به ـ حديث: ٤.

(٥) مختلف الشيعة ٥: ٤٦٢/ الحدائق الناضرة ٢١: ٣٢.

المردودة(١) كذلك(٢) وأمـــا إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمـــين المردودة فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره(٣)، ويلزم عنه بأدائه في الظاهر(٤).

ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره،

---

(١) بـــأن كان المضمون عنه قد أنكر الدين الذي يدعيه المضمون له، ولم يقـــم المضمون له البينة على دعواه، فكان على المضمون عنه اليمين على النفي أو رد اليمين على المضمون له، فردها فحلف المضمون له على ثبوت دعواه.

(٢) يعني: قبل الضمان.

(٣) أما الإقرار فلأنه إقرار في حق الغير.

وأما اليمين المـــردودة فهي بمنزلة الإقرار من هذه الجهة، لا تكون حجة إلا للحاكم في فصل الخصومة؛ لقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك.

وقد أشرنا إلى الخـــلاف في حجية اليمين المردودة في المســـألة الثالثة من (فصل فيه مسائل متفرقة) من كتاب النكاح.

وعـــن أبي الصلاح وأبي المكارم حجية الإقـــرار[1]، بل عن الثاني دعوى الإجماع عليه.

وفيه: ما عرفت، والإجماع ممنوع.

(٤) هذا اللزوم غير ظاهر، للعلم بفراغ ذمة المضمون عنه؛ لأنه إن كان مشغول الذمة قبل الضمان فقد برئت بالضمان، وإن كان بريء الذمة قبل الضمان فلا موجب لاشتغالها، فأخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه.

---

(١) الكافي في الفقه: ٣٤٠/ غنية النزوع: ٢٦٠.

فأقر الضامن أورد اليمين على المضمون له فحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكراً(١) وإن كان أصل الضمان بإذنه.

ولا بد في البينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أداؤه(٢).

(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: (عليَّ ما تشهد به البينة) وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام(٣)، لأنها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه(٤).

فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له(٥) ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: «لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة»، إلا أن يكون مراده في صورة إطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان.

---

(١) لعدم ثبوت الدين على المضمون عنه باقرار الضامن، لاختصاص حجيته به، ولا بيمين المضمون له المردودة لما عرفت.

(٢) لعدم ثبوت الدين حال الضمان لينتقل إلى ذمته، والأصل عدمه.

(٣) يعني: حين الضمان.

(٤) وإذا كان ثابتا حينه كان مضموناً على الضامن ومنتقلاً إلى ذمته.

(٥) قال في الشرائع: «لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح؛ لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان»[1].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩١.

. . . . . .

وقوله: «وقت الضمان» يحتمل فيه أن يكون قيداً للثبوت في الذمة، يعني: أن الثبوت في الذمة وقت الضمان غير معلوم، إما لعدم شهادة البينة بالثبوت وقت الضمان، وإنما كانت شهادتها بالثبوت حال الشهادة، وإما لعدم كونها حجة على الثبوت وقت الضمان، وإن كانت قد شهدت بذلك.

ويحتمل أن يكون قيداً للعلم، يعني: لا يعلم وقت الضمان بالثبوت في الذمة.

ومقتضى الأخير اعتبار العلم وقت الضمان بالثبوت في الذمة، فإذا لم يعلم حين الضمان الثبوت في الذمة لم يصح الضمان، كما أصرَّ على ذلك في مفتاح الكرامة، حاملاً عبارات الأصحاب عليه، كما أشرنا إليه آنفاً، فيكون مخالفاً لما تقدم في المسألة السابقة، كما أشرنا إليه هناك[1].

وعلى الاحتمالين السابقين لا تعرض فيه لذلك.

والمصنف حملها على الاحتمال الثاني منهما.

وهو غير ظاهر، إذ لا خلاف من أحد في حجية البينة، فكيف يحتمل الخلاف من المحقق رحمه الله؟!

والأول منهما أيضاً غير ظاهر، إذ ربما تشهد بالثبوت وقت الضمان، كما ربما تشهد بالثبوت في الجملة، فإطلاق عدم شهادتها بالثبوت حال الضمان لا وجه له.

ومثلها في هذه الاحتمالات عبارة القواعد، قال: «ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح، لعدم العلم بثبوته حينئذٍ»[2].

(١) في ص ٤٣٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٥٨.

. . . . . .

نعم، ظاهر عبارة المختلف أن المراد الاحتمال الأول.

قال في المختلف: «قال الشيخ في المبسوط: قال قوم من أصحابنا أنه يصح أن يضمن ما تقوم به البينة، دون ما يخرج به دفتر الحساب، ولست أعرف به نصاً.

وفي هذه العبارة إشكال، وعبارة المفيد وأبي الصلاح هنا أحق، وهو أنه يضمن حقه عليه، إذ ما تقوم به البينة لا يعلم ثبوته وقت الضمان، فلا يصح، لأنه يكون ضمان ما لم يجب»[1].

فإن الظاهر أن وجه الفرق بين عبارة قوم من أصحابنا وعبارة المفيد وأبي الصلاح: أن الثانية من قبيل ما علم ثبوته حال الضمان؛ لأن المفروض أن المضمون الحق الذي عليه، والثانية[2] من قبيل ما لم يعلم ثبوته حال الضمان، لعدم شهادة البينة بذلك، ولذلك كان من قبيل ضمان ما لم يجب، يعني: ضمان ما لم يعلم أنه وجب، لعدم ثبوت البينة بثبوته، فيحتمل أن يكون من ضمان ما لم يجب.

وفي المسالك حمل عبارة الشرائع على إرادة ضمان الجامع بين الثابت وقت الضمان وغيره، فإنه لا يصح ضمان الجامع المذكور، ثم قال: «فعلى هذا لو صرح بقوله: ما يشهد عليه إن كان ثابتاً وقت الضمان، فلا مانع من الصحة كما لو ضمن ما في ذمته، ولزمه ما تقوم به البينة إن كان ثابتاً»[3].

وكأنه أخذه من جامع المقاصد، فإنه في شرح عبارة القواعد المتقدمة قال: «لو قال لعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في الذمة حينئذٍ لكان أولى،

(١) مختلف الشيعة ٥: ٤٦٢/ المبسوط ٢: ٣٣٥/ المقنعة: ٨١٥/ الكافي في الفقه: ٣٤٠.

(٢) كذا في الأصل والمطبوع، ولعل الصحيح: (الأولى)، فلاحظ.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ١٩٩.

وأمـــا ما في الجواهر(١) من أن مـــراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينـــة من حيث كونه كذلك، لأنه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعـــل العنوان ضمان ما في ذمته لتكـــون البينة طريقا، بل جعل العنوان ما يثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها.

وتخرج العبارة على أن المراد لعدم العلم بثبوته من صيغة الضمان...»[١]، يعني: أن صيغة الضمان بالمعنى المذكور لا تـــدل على ضمان ما ثبت، لأن ما ثبت أخذ بنحو الاجمال والاهمال لا بنحو الإطلاق.

فـــلا يتوجه عليه ما في الجواهر، من أنـــه إذا أخذ مطلقاً كان اللازم البناء على الصحة على تقدير شـــهادة البينة بالثبوت حال الضمان، فلا وجه لإطلاق البطلان[٢].

فإنه يتم لو كان المراد مطلق ما تشـــهد به البينة، وليس كذلك بل المراد ما تشهد به في الجملة.

(١) قال في الجواهر: «ولعل الأولى تفســـير ذلك بإرادة بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينـــة من حيث كونه كذلك؛ لأنه حينئذٍ من ضمان ما لم يجب، ضرورة عدم جعل عنوان الضمان في ذمته والبينة طريق لمعرفته، بل كان العنوان ما يثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوته.

ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله: «فلا يصح؛ لأنه ضمان ما لم يجب»»[٣].

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٢٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٤٤.

فهو ـ كما ترى ـ لا وجه له(١).

(١) إن كان المـــراد أنه لا وجه للحكم المذكور على تقدير كون المراد ذلك فوجهه ظاهر لأنه من ضمان ما لم يجب.

وإن كان المـــراد أنه لا وجه لحمل العبارة عليه لأنه بعيد، فهو ليس بأبعد مما ذكره من الحمل.

وبالجملة: عبارتا الشرائع والقواعد ونحوهما تحتمل معاني كثيرة قد حملها كل واحد من الأكابر على واحد منها.

فحملها في مفتاح الكرامة على عـــدم العلم حال الضمان بالثبوت حاله، فيكون من ضمان مجهول الثبوت، وهو غير صحيح؛ لاشـــتراط العلم بالثبوت حال الضمان.

وحملها في المسالك وجامع المقاصد على ضمان ما لم يكن مفروض الثبوت حال الضمان.

وحملها في الجواهر على ضمان ما عنون بعنوان غير ثابت حال الضمان.

وحملها المصنف على عدم العلم حتى بعد الضمان بالثبوت، لعدم حجية البينة، والمحامل الثلاثة الأخيرة بعيدة جداً عن العبارات المذكورة.

والمحمـــل الأول وإن كان قريباً بالنظر إلى نفـــس التعبير، لكنه بعيد عن ســـيرة الأصحاب، إذ لو كان العلم وقت الضمان بثبوت الدين شرطاً للضمان كان اللازم عده في جملة شرائطه التي فصلت في كتبهم، لا إهماله والإشارة إليه بمثل هذه العبارة.

مضافـــاً إلى عدم الدليـــل على شرطيته غير عموم نفـــي الغرر، وهو غير

(مسألة ٣٠): يجوز الدور في الضمان(١)، بأن يضمن عن الضمان ضامن آخر، ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل.

وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس، ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان مردود بأن الأول غير صالح للمانعية(٢)، بل الثاني أيضاً كذلك(٣).

مع أن الفائدة تظهر في الإعسار واليسار(٤)، وفي الحلول والتأجيل، والإذن وعدمه.

ثابت، ولذا بني على عدم اشتراط العلم بمقدار الدين المضمون.

وأما تأييد الشرطية بالعقل ـ على ما ذكر في مفتاح الكرامة ـ فغير ظاهر.

هذا بالنظر إلى كل من الاحتمالات في نفسه، لكن إذا دار الأمر بينها فالأقرب ما ذكره في المسالك، وجامع المقاصد.

(١) كما صرح به جماعة[١].

وفي الجواهر: «لا إشكال في جواز الدور، خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط، فمنعه، لصيرورة الفرع أصلاً وبالعكس، ولعدم الفائدة فيه»[٢].

(٢) إذ لا محذور في صيرورة الفرع أصلاً ولا في عكسه.

(٣) إذ لا محذور فيه، لأن مجرد عدم الفائدة لا يوجب الخروج عن إطلاق الأدلة المقتضية للصحة.

(٤) كما تقدم نظير ذلك في المسألة السابعة والعشرين.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٠/ إرشاد الأذهان ١: ٤٠١/ قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٤١/ المبسوط ٢: ٣٤٠.

وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال(١).

(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه(٢)، إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلاً، بل وإن لم تشتغل فعلاً، على إشكال.

---

(١) كما في الجواهر[١].

أو: لا شبهة في جوازه، كما في المسالك[٢].

أو: الظاهر عدم الخلاف فيه عند الأصحاب، كما عن مجمع البرهان[٣].

(٢) **تارة**: يكون المراد نقل الدين من ذمة الفقير إلى مصرف الخمس أو غيره، بأن يكون المتعهد المصرف الخاص.

وأخرى: يكون المراد النقل إلى ذمة الضامن، ويكون الأداء من الحق الخاص.

وثالثة: بأن يكون المراد التعهد بالوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال؛ لأن التعهد كان بالوفاء لا بالمال.

أما الأول: فتتوقف صحته على ولاية الضامن على الحق، بحيث يجعله مديناً للمضمون له، نظير ما إذا اشترى وليّ الزكاة علفاً لأنعام الصدقة، فإن الثمن يكون على الزكاة لا على الوليّ، فإذا لم يكن له ولاية على الحق لم يصح منه أن يجعله مديناً للمضمون له.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٤١.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ١٩٦.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٩٥.

(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً جاز إن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي(١)، بل ولآحاد

وثبوت هذه الولاية غير واضح من الأدلة، خصوصاً في الخمس، وردّ المظالم، والكفارات ونحوها من الحقوق التي يجب تمليكها إلى الفقير، فإنه لا تبرأ ذمة من عليه الحق إلا بالتمليك، والوفاء على النحو المذكور ليس تمليكاً.

أما ما لا يجب فيه التمليك كالزكاة، فإنه قد تبرأ ذمة المالك بالصرف في مصارفها من دون تمليك، لكن الولاية للمالك على هذه الاستدانة عليها غير ثابته.

بل ثبوتها للحاكم الشرعي غير ظاهر؛ لقصور أدلة ولاية الحاكم الشرعي عن شمول مثل ذلك، وإن كانت له ولاية على الاستدانة عليها إذا قضت الضرورة بذلك، لكن عموم الولاية لما نحن فيه بحيث يجعل الضمان على الزكاة غير ثابت.

مضافاً إلى أنه قد تقدّم في المسألة الرابعة والعشرين أن نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى نفس المال المعين لا يصح عند المصنف[1]، فكيف صح هنا عنده؟!.

وأما الثاني: فهو أوضح إشكالاً؛ لأن صرف الحقوق في الوفاء عن ذمة المالك لا يصح في الزكاة فضلاً عن غيرها، فلا يصح اشتراطه.

وأما الثالث: فهو وعد بالوفاء لا يجب العمل به، ولا يوجب انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة أخرى.

(١) لأنه الولي عليه، فيكون هو المضمون له، لأن المراد من المضمون له من له ولاية المال، سواء كان مالكاً له أم ولياً عليه، وإن لم يكن الدين مملوكاً

(١) في ص ٤١٤.

الفقراء، على إشكال(١).

(مسألة ٣٣): إذا ضمن في مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل، لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض، والبيع بثمن المثل نسيئة(٢).

وإن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات. نعم على القول بالثلث يخرج منه(٣).

لمالك، كالزكاة.

وإن شئت قلت: المضمون له الجهة المختص بها المال، والحاكم ولي عليها، فبقبوله يتم الضمان.

وكذلك الحكم في الصدقات المعينة للجهات إذا كانت دينا فضمنه للجهة المعينة اعتبر قبول الولي الخاص إن كان، وإلا كان القبول من الحاكم الشرعي.

كل ذلك لعموم الأدلة المقتضية للصحة.

(١) ظاهر؛ لأن آحاد الفقراء لا يملكون المال، بل ولا حق لهم فيه، إذ لا دليل على شيء من ذلك، فلا ولاية لهم عليه.

(٢) كما صرح بذلك في المسالك وغيرها[١].

(٣) كما جعله الأصح في الشرائع ـ قال ﷺ: «إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح»[٢] ـ لبنائه على خروج المنجزات من الثلث، وقوله ﷺ: «خرج ما ضمنه من ثلث تركته» ظاهر في

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢١٠.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٩٣.

(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه(١)، كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة، وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون(٢) وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين(٣)، كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة، فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة.

الضمان التبرعي الذي يحتاج إلى المخرج، إذ الضمان المأذون فيه لا نقص فيه مالي كي يحتاج إلى مخرج.

(١) لامتناع انتقاله إلى ذمة غير المديون، لأن ما في ذمة غير المديون ليس مصداقاً لما في ذمة المديون.

اللهم إلا أن يقال: لا مانع من تعهد غير المديون بفعل المديون، فمباشرة الخياطة مثلا إنما تقتضي اعتبار صدور الخياطة من المديون ولا تقتضي اعتبار اشتغال ذمته به، فيجوز أن يتعهد غير الخياط بفعل الخياط، بأن يُستأجر زيد على خياطة ثوب، ويُشترط أن يكون المباشر للخياطة عبده أو أجيره.

(٢) يمكن مجيء الإشكال السابق فيه أيضاً، بأن يتعهد زيد بالوفاء من مال عمرو، فاعتبار الوفاء من مال معين لا يقتضي اختصاص التعهد به بمالك المال، بحيث لا يمكن أن يتعهد به غيره وتشتغل ذمته به.

(٣) لا يخفى أن الكلي في المعين ليس ثابتاً في ذمة فلا يكون ضمانه من ضمان ما في الذمة، الذي هو موضوع كتاب الضمان، على ما عرفت في الشرط الثامن.

ومع غض النظر عن ذلك فلو ضمنه بقصد الأداء من تلك الصبرة لا مانع من صحته، ولو ضمنه بقصد الأداء من صبرة أخرى مع بقاء تلك الصبرة لم يصح، لأن الأداء من الصبرة الأخرى ليس أداءً للمضمون، بل أداء لغيره.

(مسألة ٣٥): يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة(١) لأنها دين على الزوج، وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنة في صبيحته، لوجوبها عليه حينئذٍ(٢).

---

(١) قال في الشرائع: «ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة، لاستقرارها في ذمة الزوج، دون المستقبلة»[١]، ونحوه في القواعد بإسقاط التعليل[٢].

وحكي عن كثير من كتب القدماء والمتأخرين[٣].

وفي مفتاح الكرامة عن مجمع البرهان: «لعله لا خلاف فيه»، ثم قال: «وهو كذلك»[٤].

وفي الجواهر في الماضية نفي الخلاف والإشكال[٥].

ويظهر من المسالك التسالم على الحكم في الماضية والحاضرة[٦].

(٢) قال في الشرائع: «الزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين»[٧]، وظاهره أنها تملك نفقة اليوم في أول اليوم مع التمكين، كما لعله صريح القواعد، حيث قال: إنها تملك النفقة في صبيحة اليوم[٨].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

(٣) الخلاف ٣: ٣١٧/ المبسوط ٢: ٣٢٥/ السرائر الحاوي ٢: ٧٢/ إرشاد الأذهان ١: ٤٠١.

(٤) مفتاح الكرامة ١٦: ٤٠٥/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٩٣.

(٥) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٩.

(٦) مسالك الأفهام ٤: ١٩٤.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٤.

(٨) قواعد الأحكام ٣: ١٠٦، قائلاً: «تملك نفقة كل يوم في صبيحته».

.....

وظاهر المسالك: أنه لا إشكال فيه[١]، وكذا ظاهر غيرها.

وعلله في المسالك: بأنها تحتاج إلى الطحن والخبز والطبخ، إذ الواجب عليه دفع الحب ونحوه ومؤنة إصلاحه، لا عين المأكول مهيئاً، عملاً بالعادة، فلو لم يسلم إليها في أول النهار لم تنله عند الحاجة».

ويشكل: بمنع الاكتفاء بدفع الحب ونحوه، إذ هو خلاف إطلاق النفقة والرزق، وإلا لأجزأ دفع الصوف والقطن في نفقة الكسوة.

مع أنه لو سلم ذلك كان اللازم الدفع في الوقت الذي لا بد منه في تحصيل المأكول والملبوس، فقد يقتضي تقديمه على اليوم، كما هو الغالب، فإن دفع الحب لا يكفي في أكلة الصبح، وقد يقتضي تأخيره عن الصبح إذا كانت المقدمات تتهيأ في جزء يسير من الزمان.

وبالجملة: تعيين أول اليوم لا دليل عليه، ومقتضي الأدلة حصول الملك عند الحاجة.

ولذلك اعترف في الجواهر: بأن أدلة الإنفاق لا تقتضي الملك، فضلاً عن ثبوته في صبيحة اليوم[٢].

لكن الظاهر من قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[٣] هو الملك.

اللهم إلا أن يحمل الرزق والكسوة على المصدر لا العين، لكن لازم ذلك

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ٤٦٢.

(٢) جواهر الكلام ٣١: ٣٤٢.

(٣) سورة البقرة: ٢٣٣ .

وإن لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار، بناءً على سقوطها بذلك(١).

السقوط بخروج الوقت، فلا تقضى إذا فاتت، وهو خلاف المتسالم عليه.

وكـــون العادة جارية على البذل لا ينافي ذلك إذا كان البذل مع التراضي، فإنه يجوز وفاء الدين بغير جنسه إذا كان مع التراضي.

(١) الاحتمالات في نفقة الممكّنة في أول اليوم إذا نشـــزت في أثناء النهار ثلاثة:

الأول: أن تكون ثابتة في ذمة الزوج أول اليوم، ولا يجوز استرجاعها إذا طرأ النشوز في أثناء النهار.

الثاني: أن تكون ثابتة في الذمة أول اليوم، ويكون النشوز مسقطاً لها بعد الثبوت.

الثالث: أن تكون ثابتة في الذمة أول اليوم ثبوتاً مراعى باستمرار التمكين، فإذا نشزت في أثناء النهار انكشف عدم الثبوت من أول الأمر.

والذي يقتضيه إطلاق الأدلة هو الأخير؛ لأن النشوز مانع من استحقاق النفقة، فإذا حصل في أثناء النهار انكشف عدم الاستحقاق من أول الأمر.

ودعوى: حصول الاستحقاق بالتمكين أول اليوم، فيكون النشوز مانعاً من بقائه، وموجباً لسقوطه بعد الثبوت.

لا دليل عليها، ولا تســـاعدها أدلة المقام، كما أن الزوجية موضوع النفقة فإذا زالت بالموت أو الطلاق انكشف عدم الحكم لعدم موضوعه.

ودعوى: أن الموضوع هو الزوجية في صبيحـــة اليوم، فإذا كانت زوجة

. . . . . .

حينئذٍ استحقت نفقة اليوم تامة، غير ظاهر من الأدلة.

ومن ذلك يشكل ما في القواعد من أنها إذا ماتت أو طلقها في أثناء النهار لم يسترد النفقة؛ لأنها ملكتها[١].

كما يشكل الفرق بين الطلاق والموت وبين النشوز، حيث حكم في القواعد أيضاً بالاسترداد فيه دونهما إذا طرأ في أثناء النهار، على إشكال، من تقديم القبض الموجب للملك قبل النشوز، ومن أن التمكين شرط في ملك النفقة[٢].

إذ لا يخفى أن دخل الزوجية في استحقاق النفقة أأكد من دخل التمكين فيه، فكيف لا يكون فوات الزوجية بالموت أو الطلاق موجبا لفوات الاستحقاق وفوات التمكين موجبا لذلك؟!

وفي بعض عبارات القواعد أنه لا تسترد النفقة في الطلاق في أثناء النهار، وتسترد في موتها، أو موته، أو نشوزها[٣]، وهو كما ترى!.

فإذاً التحقيق أن الجميع من باب واحد، وأن فوات كل منها موجب لفوات الاستحقاق.

والملك في أول اليوم ـ إن تم ـ فهو مراعى ببقاء الموضوع والشرط، ومع انتفاء واحد منهما ينكشف فوات الاستحقاق من أول الأمر.

وعلى هذا فصحة ضمان النفقة الحاضرة مراعاة ببقاء التمكين.

وأما ما ذكره المصنف من احتمال ثبوت الملك أول النهار، ويستقر باستمرار التمكين، فإذا طرأ النشوز بطل التمليك، فهو ظاهر التعبير بالاسترداد

(١)، (٢)، (٣) قواعد الأحكام ٣: ١٠٦، ١٠٧.

وأما النفقة المستقبلة فلا يجوز ضمانها عندهم، لأنه من ضمان مـا لم يجب، ولكن لا يبعـد صحته، لكفاية وجـود المقتضي وهو الزوجية(١).

وأما نفقة الأقـارب فلا يجوز ضمانها بالنسـبة إلى ما مضى، لعدم كونهـا ديناً على ما كانت عليـه(٢)، إلا إذا أذن للقريب أن

في كلام الجماعة.

قال في المسـالك: «وأما الحاضرة فلا إشكال في وجوبها وثبوتها في الذمة مع التمكين، أما اسـتقرارها ففيه نظر، مبني على أنه لو نشـزت في أثناء النهار هل تسـترد نفقة ذلك اليوم أم لا؟ فيه خلاف، يأتي إن شاء الله الكلام فيه»[١]، وظاهره أن القائلين بالاسـترداد يقولون بالسقوط بعد الثبوت، لا أنه كاشف عن عدم الثبوت من أول الأمر، كما عرفت أنه ظاهر الأدلة.

وكيف كان، فالإشـكال في كون الملك لتمام نفقة اليوم أول اليوم، أو أن الملك يكون حين الحاجة إلى النفقة بالنسـبة إلى أبعاضها في اليوم ـ كما هو ظاهر الأدلة ـ لا ينافي صحـة ضمان النفقة الحاضرة بناءً عـلى الملك؛ لحصول الملك واشتغال الذمة المصحح للضمان على كل حال.

(١) قد تقدم الإشكال فيه في الشرط الثامن من شروط الضمان، فراجع[٢].

(٢) فلا تقضى، بلا خلاف أجده فيـه، بل ظاهر بعضهم الإجماع عليه، كذا في الجواهر[٣].

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ١٩٤.

(٢) في ص ٣٥٢.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ٣٧٩.

يستقرض(١) وينفق على نفسه، أو أذن له الحاكم في ذلك(٢)، إذ حينئذٍ يكون ديناً عليه(٣).

وأما بالنسبة إلى ما سيأتي(٤) فمن ضمان ما لم يجب.

لكن قال بعد ذلك: «قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء في كل حق مالي لآدمي.

ودعوى: كون الحق هنا خصوص السد الذي لا يمكن تداركه، واضحة المنع بعد إطلاق الأدلة المزبورة، وحرمة العلة المستنبطة عندنا»[١].

وفيه: أن أدلة النفقة للأقارب قاصرة عن إثبات ملك المال.

ففي خبر حريز: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: من الذي أجبر عليه وتلزمني نفقته؟ فقال: الوالدان، والولد، والزوجة»[٢]، ونحوه غيره.

وهي ـ كما ترى ـ لا تعرض فيها لملك عين النفقة، بل ظاهرها التكليف بالبذل للنفقة في زمان الحاجة إليها، فلا موضوع له بالنسبة إلى الزمان الماضي، فلا يتضح هذا الإطلاق المقتضي للقضاء.

(١) هذا واضح، فإن الإذن كافٍ في صحة الاستقراض.

(٢) كما ذكره في الشرائع وغيرها[٣]، ويظهر منهم المفروغية عن صحته.

(٣) لكن الدين يكون للمقرض، لا للقريب المستقرض.

(٤) ظاهره خصوص المستقبلة.

---

(١) جواهر الكلام ٣١: ٣٨٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٥٢٥، ب ١١ ـ النفقات ـ حديث: ٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٧/ تحرير الأحكام ٤: ٤٣/ قواعد الأحكام ٣: ١١٤/ مسالك الأفهام ٤: ٨: ٤٩١/ جواهر الكلام ٣١: ٣٧٩.

مضافاً إلى أن وجوب الإنفاق حكم تكليفي(١)، ولا تكون النفقة في ذمته.

ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال(٢).

---

(١) إن كان مورد كلامه المستقبلة فكونها من قبيل الحكم التكليفي أيضاً غير ظاهر، لعدم ثبوت هذا التكليف بالنسبة إلى الزمان المستقبل.

نعم، يتم بالنسبة إلى الزمان الحاضر لو بني على الاقتصار على ما تحت عبارة النصوص.

أما بالنظر إلى جواز مطالبة القريب بالنفقة، وعرض الأمر على الحاكم الشرعي، وإذنه في الاستدانة لها، فيتعين البناء على عدم كونها تكليفاً بحتاً، بل على كون القريب يملك الإنفاق عليه أو النفقة، إذ لولا الملك والحق الوضعي لم تجز المطالبة، إلا من باب الأمر بالمعروف، لكنه يختص بشرائط لا مجال له مع فقدها.

وكذلك لولا الحق الوضعي لا وجه لرفع الأمر إلى الحاكم، ولا لإذنه بالاستقراض، كما هو واضح.

نعم، لما كان الحق مردداً بين الحقين لا مجال للاستصحاب في إثبات القضاء؛ لأنه من قبيل الاستصحاب الجاري في المفهوم المردد، وهو غير حجة، فيتعين الرجوع في وجوب قضائه إلى أصالة البراءة، فهو حق وضعي لا تكليف محض.

(٢) لما عرفت، مضافاً إلى بنائهم على صحة ضمانها، فقد ذكر في القواعد أنه يصح ضمان النفقة الحاضرة للقريب، دون الماضية والمستقبلة[1].

وفي التذكرة: «أما نفقة اليوم فالأقرب جواز ضمانها، لوجوبها بطلوع

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

. . . . . .

الفجر»[١]، ونحوه في المسالك، وعن مجمع البرهان[٢].

ومن المعلوم أن الضمان لا يصح في التكليف، فلا بد أن يكون الانفاق حقاً مالياً مملوكاً للقريب، ويكون المضمون هو ذلك الحق المالي.

وإن كان ظاهر كلامهم أن المضمون عين النفقة، كما يقتضيه أيضاً سوقها مساق نفقة الزوجة التي يكون المضمون منها عين النفقة بلا شبهة.

لكن لا مجال للأخذ بهذا الظاهر، إذ لا دليل عليه، بل لا يتناسب مع فتواهم بعدم قضاء الماضية.

والذي يتحصل مما ذكرنا أمور:

الأول: أن وجوب الإنفاق ليس من باب التكليف، بل من باب الحق المالي.

الثاني: أن هذا الحق في الزوجة لما كان مشروطاً بالتمكين، وعدم النشوز، لا يكون ثابتاً إلا عند الحاجة مع حصول الشرط، ولا يثبت قبله.

وما ذكره الأصحاب من أن نفقة اليوم تثبت للزوجة عند طلوع الفجر غير ظاهر، بل تثبت نفقة الصبح عند حصوله مع الشرط، ونفقة الظهر عند حصوله كذلك، ونفقة العشاء عند حصوله كذلك، وكذلك نفقة القريب.

وعلى تقدير البناء على ثبوت الملك عند الفجر فهو مراعى ببقاء الشروط.

الثالث: أن الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة القريب: أن الأولى من قبيل ملك النفقة، والثانية من قبيل ملك الإنفاق.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣١٤.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ١٩٤/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٩٣.

(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة(١) سواء كانت مشروطة أو مطلقة، لأنه دين في ذمة العبد(٢) وإن لم يكن

الرابع: أن عبارة المصنف أهملت التعرّض لنفقة القريب الحاضرة، مع أنها أولى من غيرها بالتعرّض، لذكر الأصحاب لها بالخصوص من حيث جواز الضمان، وإن كان التعليل الثاني كافياً في المنع عن ضمانها، لكن عرفت إشكاله.

الخامس: أن التحقيق جواز ضمان نفقة القريب الحاضرة كنفقة الزوجة الحاضرة، كما ذكره الجماعة آنفاً.

وكون الثابت في الثانية ملك العين، وفي الأولى ملك الإنفاق لا يوجب الفرق بينهما في ذلك، فإن الإنفاق حق مالي في الذمة يقبل الانتقال منها إلى ذمة أخرى، وليس من قبيل الحكم التكليفي الذي لا يقبل ذلك، فكما أن الخياطة إذا كانت ديناً يجوز ضمانها كذلك الإنفاق.

(١) وفي الشرائع: أنه حسن[١]، وفي التذكرة والقواعد: أنه أقرب[٢]، وحكي عن الإرشاد، والتحرير، والمختلف[٣].

وفي جامع المقاصد: أنه الأصح[٤]، وفي المسالك: أنه يصح[٥]، وحكي نحو ذلك عن غيرها[٦].

(٢) هذا مما لا خلاف فيه حتى من الشيخ ﷺ، كما سيأتي كلامه ووجه خلافه.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣١٦/ قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٤٠١/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥٤/ مختلف الشيعة ٥: ٤٦٣.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٣٢٠.

(٥) مسالك الأفهام ٤: ١٩٤.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٩٣.

مستقراً لإمكان تعجيز نفسه(١).

والقول بعدم الجواز مطلقاً(٢)، أو في خصوص المشروطة، معللاً: بأنه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم.

---

(١) لأنه إذا عجّز نفسه بطلت المكاتبة، فتبرأ الذمة من مالها.

(٢) ذكره الشيخ في المبسوط، لأنه لا يلزم العبد في الحال؛ لأن للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز، فلا يلزم العبد في الحال، ولا يؤول إلى اللزوم، لأنه إذا أدّاه أعتق، وإذا أعتق خرج عن أن يكون مكاتباً، فلا يتصوّر أن يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه، فهذا المال لا يصح ضمانه، لأن الضمان إثبات مال في الذمة والتزام لأدائه، وهو فرع لزومه للمضمون عنه، فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم ويكون في الفرع لازماً، فلهذا منعنا من ضمانه، وهذا لا خلاف فيه[1]، انتهى.

هذا وفي المسالك: أن موضع الخلاف الكتابة المشروطة كما بينا، إذ لا خلاف في المطلقة، فإطلاقها من المصنف غير جيد[2]، انتهى.

وما ذكر غير ظاهر، لإطلاق عبارة المبسوط، وقد صرّح جماعة بأن الخلاف لا يختص بالمشروطة، كما ذكر في الشرائع[3].

نعم، ما حكاه في الشرائع من أن بناء الشيخ ﷺ على جواز تعجيز العبد نفسه يختص بالمشروطة، وأنها الجائزة دون المطلقة، يقتضي اختصاص خلافه بها دون المطلقة، وإن كان هذا التخصيص من الشيخ غير ظاهر.

---

(١) المبسوط ٢: ٣٢٥.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ١٩٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٩٠/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣١٦ ـ ٣١٧/ قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

ضعيف كتعليله(١).

وربما يعلل: بأن لازم ضمانه لزومه، مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً مع أنه في الأصل غير لازم(٢).

---

(١) قد يظهر من العبارة تعليلان للحكم.

الأول: أن مال الكتابة في ذمة العبد غير لازم.

وهو كما ترى.. **أولاً**: من أجل أن عدم اللزوم غير مانع من صحة الضمان، فيكفي في الضمان الثبوت في الذمة، كما سبق في شرائط الضمان، فيكون كضمان الثمن في مدة الخيار.

وثانياً: أن المشهور المنصور لزومه من جهة العبد، قال في الشرائع: «الكتابة عقد لازم، مطلقة كانت أو مشروطة. وقيل: إن كانت مشروطة فهي جائزة من جهة العبد، لأن له أن يعجز نفسه. والأول أشبه، ولا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه، بل يجب عليه السعي، ولو امتنع يجبر.

وقال الشيخ: لا يجبر وفيه إشكال، من حيث اقتضاء عقد الكتابة وجوب السعي، فكان الأشبه الإجبار، لكن لو عجز كان للمولى الفسخ»[1].

وما ذكره مقتضى القواعد، كما أشار إليه في كلامه، لأن الأصل اللزوم.

(٢) هذا هو التعليل الثاني من التعليلين الذين ذكرهما في عبارة المبسوط المتقدمة.

ويحتمل أن مفاد العبارة تعليل واحد، وهو هذا الأخير.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٦/ الخلاف ٦: ٣٩٣/ المبسوط ٢: ٣٢٥.

وهو أيضاً كما ترى!(١).

وحاصله: أنه لا يجوز ضمان غـير اللازم؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون الفرع غير لازم والأصل لازماً.

فيكون الأول من قبيل الصغرى له.

(١) لأنه لم يتضح وجه منعه من صحة الضمان، إذ يكون من قبيل ضمان الثمن في مدة الخيار.

والذي يتحصل في الإشكال على الشيخ: أنه إن كان المانع من صحة ضمان مال الكتابة هو الجواز مطلقاً.

ففيه.. أولاً: أنها ليست جائزة، ولو سلم فليس بمانع، إذ لا دليل على منعه.

وإن كان الجواز الذي لا يؤول إلى اللزوم، ولذلك افترق عن ثمن البيع الخياري.

ففيه ـ أيضاً ـ: أنه ليس بفارق، ولا دليل على الفرق به.

وإن كان قاعدة عدم جواز زيادة الفرع على أصله.

ففيه: أنها ليست قاعدة عقلية على نحو يجب تخصيص الأدلة الشرعية لأجلها.

كما أن المتحصل في الإشكال على المصنف: أنه جزم أن الأول تعليل للمنع، واحتمل أن يكون الثاني تعليلاً ثانيا، مع أن الأولى العكس وأن الثاني هو تعليل الحكم.

ويحتمل أن يكون الأول تعليلاً آخر، كما يحتمل أن يكون تمهيدا للتعليل الثاني، نظير الصغرى للكبرى.

(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرماية، فقيل بعدم الجواز(١)؛ لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل.

والأقوى ـ وفاقاً لجماعة ـ الجواز(٢)، لا لدعوى ثبوته في الذمة

---

(١) قال في جامع المقاصد: «والفرق بينه (يعني: مال الجعالة) وبين الثمن في مدة الخيار ظاهر، لأن الثمن حينئذٍ ثابت، غاية ما في الباب أنه متزلزل، بخلاف الجعل فإنه لا ثبوت له أصلاً، والمتجه عدم الجواز قبل الفعل»[١]، ونحوه في المسالك[٢].

(٢) كما عن المبسوط، والتحرير، ومجمع البرهان، وغيرها[٣].

وفي القواعد: «الخامس: الحق المضمون، وشرطه المالية، والثبوت في الذمة وإن كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار، والمهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً لكن يؤول إليه، كمال الجعالة قبل العمل، ومال السبق والرماية»[٤].

ونحوه في الشرائع، لكن قال بعد ذلك: «وفيه تردد»[٥].

وصريحهما الثبوت في الذمة، كظاهر الاستدلال عليه بالعمومات، مثل قوله صلى الله عليه وآله: «الزعيم غارم»[٦].

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٢٠.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ١٩٢.

(٣) المبسوط ٢: ٣٢٥/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥١/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٩٢/ الخلاف ٣: ٣١٦/ غنية النزوع: ٢٦٠/ إصباح الشيعة: ٣١٥.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

(٦) مسند أحمد ٥: ٢٦٧/ سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٤/ السنن الكبرى ٦: ٧٢.

من الأول وسقوطه إذا لم يعمل(١)، ولا لثبوته من الأول بشرط مجيء العمل في المستقبل(٢)، إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل،

(١) فيكون عدم العمل بمنزلة الفسخ.

(٢) فيكون العمل بمنزلة الشرط المتأخر، فإن تحقق العمل تبين ثبوت الجعل من حين الجعالة.

وهذان الاحتمالان جعلهما في الجواهر مبنى للقول بصحة الضمان، ثم قال: «ولعل ذلك لا يخلو من قوة»[١].

ولكنه غير ظاهر، فإن مفاد الجعالة ثبوت مال على تقدير العمل، لا الثبوت وملك العمل كالإجارة.

ولذا ذكروا من غير خلاف أن العامل يستحق الجعل بالعمل الذي جعل له الجعل، فإن جعل للتسليم لم يستحق الجعل إلا بالتسليم، وإن جعل لغيره لم يستحق الجعل إلا بفعل ذلك الغير.

وبالجملة: ظاهر قول الجاعل: (إن فعلت كذا فلك كذا) أن الملك يكون على تقدير العمل وفي حينه، فلا يكون قبله، لا منوطاً به بنحو الشرط المتأخر، ولا غير منوط به، فإن ذلك خلاف الظاهر، وخلاف ظاهر كلماتهم في كتاب الجعالة، فكيف يصح البناء على ثبوته قبله وإن كان غير لازم أو غير مستقر؟! فإنه لا مأخذ له.

وعلى هذا فضمان المال المذكور من ضمان ما لم يجب.

وعن المختلف الاستدلال على صحة الضمان بمسيس الحاجة إليه[٢]،

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٨.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٤٦٧.

بل لقوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾(١).

ولكفاية المقتضي للثبوت في صحة الضمان(٢) ومنع اعتبار الثبوت الفعلي، كما أشرنا إليه سابقا.

(مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة ـ كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد، ونحوهما ـ على قولين، ذهب إلى كل منهما جماعة.

والأقوى الجواز(٣)، سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام

فجاز ضمانه، كقوله: (الق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه).

وهو كما ترى، فإن ذلك لا يصلح لتشريع ما لم يشرع.

(١) وفيه: أن الآية إنما دلّت على مشروعية التعهّد على النحو المذكور، ولا دلالة فيها على أنه من الضمان الذي هو محل البحث، أو هو من قبيل الوعد الذي لا يجب الوفاء به، فلا دلالة لها على شيء من ذلك.

(٢) هذا خلاف ما تقدّم من اعتبار كون الحق المضمون ثابتاً في الذمة، وكون الضمان نقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فإذا لم يكن ثبوت في ذمة المضمون عنه لم يكن ثبوت في ذمة الضامن أيضاً.

فلو صح مثل هذا الضمان لم يكن من الضمان المصطلح، بل كان بمعنى آخر.

(٣) قال في الشرائع: «وفي ضمان الأعيان المضمونة والمقبوض بالبيع الفاسد تردد، الأشبه الجواز»[1].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

ردها(١) عيناً، ومثلهـا أو قيمتها على فرض التلف، أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت.

وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «الزعيم غارم»، والعمومات العامة، مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

ودعوى(٢): أنه على التقديـر الأول يكون من ضمان العين

وفي القواعـد: «ويصح ضـمان أرش الجناية... إلى أن قـال: والأعيان المضمونة ـ كالغصب، والعارية، والأمانة مع التعدي ـ على إشكال»[١].

وحكي الجواز عن المبسوط، والتحرير، والإرشاد وغيرها[٢].

(١) قـال في التذكرة: «الأعيان المضمونة ـ كالمغصوب، والمسـتعار مع التضمين، أو كونه أحد النقدين، والمستام، والأمانات إذا خان فيها أو تعدى ـ فله صورتان: **الأولى**: أن يضمن رد أعيانها، وهو جائز لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه، وبه قال أبـو حنيفة... إلى أن قال: **الثانية**: أن يضمن قيمتها لو تلفـت، والأقوى عندي الصحة، لأن ذلك ثابـت في ذمة الغاصب فيصح الضمان»[٣].

(٢) هذه الدعوى ذكرها في جامع المقاصد، فإنه أشـكل على ما ذكره في التذكرة ـ من أن لضمانهـا صورتين: الأولى: أن يضمن رد أعيانها، وجوّزه لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنـه ـ بأن الثابت في الذمة هو جوب ردها، وليس بمال.

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

(٢) المبسوط ٢: ٣٢٦/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥٤/ إرشاد الأذهان ١: ٤٠١/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٩٧.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٢١.

بمعنى الالتزام بردها(١) مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى.

وأيضاً لا إشكال(٢) في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد(٣)، فيكون من ضم ذمة إلى أخرى، وليس من مذهبنا.

وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضا كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف(٤).

وبأن القيمة إنما تثبت بعد التلف، فضمانها قبله ضمان ما لم يجب.

مع أن الضمان على تقدير التلف حكم شرعي تابع لوصف الغصب، والاستعارة، والتعدي في الأمانة، وهذا لا يمكن نقله بالضمان؛ لأن الذي ينقل بالضمان هو الحق لا الحكم الشرعي، فعدم صحة الضمان قوي[١]، انتهى.

وتبعه عليه جمع ممن تأخر عنه، ومنهم في الجواهر[٢].

(١) يعني: أن الضامن إنما يلتزم برد العين، وليس هو بمال كان في ذمة المضمون عنه.

(٢) هذا إشكال ثان ذكره في المسالك، مضافاً إلى الإشكال الذي ذكره تبعاً لجامع المقاصد[٣].

(٣) إجماعاً، كما في المسالك[٤].

(٤) يعني: إذا كان المراد من الضمان الالتزام بالرد، فبالإضافة إلى رد العين نفسها حكم فعلي، لكن بالنسبة إلى المثل أو القيمة حكم تعليقي على تقدير

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٢١.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٤٠ـ ١٤١.

(٣)، (٤) مسالك الأفهام ٤: ١٩٥.

. . . . . .

التلف، فيكون من ضمان مـــا لم يجب، فلا يصح، وإن قلنا بصحة ضمان الحكم الشرعي.

إلا أن يقال: إن الضمان بلحاظ الحكم الفعلي لا غير.

والذي يتحصل من عبارة جامع المقاصد الإشـــكال على الضمان في المقام من وجهين:

الأول: أن الثابـــت في المقام حكـــم شرعي لا حق مـــالي، وهو لا يقبل الانتقال، وهذا الإشكال ذكره في كل من المعنيين.

الثاني: أنه ضمان ما لم يجب، وهذا يختص بالمعنى الثاني.

والذي يظهر من عبارة المتن اختصاص الإشـــكال الأول بالمعنى الأول والإشـــكال الثاني بالمعنى الثاني، وهو في محلـــه، إذ لا فرق على المعنى الثاني بين الضـــمان حال التلف والضمان على تقدير التلف، فكما أنه على الأول يكون حقاً مالياً كذلك على الثاني، والاختلاف إنما هو في التعليق والتنجيز.

وكيف كان، فالإشكال الأول ـ إن تم ـ لا يمكن دفعه بالعمومات؛ لأنها لا تصلح لذلك.

أما قولـــه صلى الله عليه وآله: «الزعيم غارم»، فقد عرفت أنه غير ثابت من طرقنا، وفي بعض الأخبار تكذيبه[1].

مع أنه لا غرامة مع وجود العين، والرد ليس غرامة ليدل عليه الحديث.

وأما قوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[2] ونحوه، فإنما يدل على صحة العقد

(١) تقدّم في ص ٣٩٤.

(٢) سورة المائدة: ١.

. . . . . .

وتحقق مضمونه، فـإذا كان مضمون قول الضامن: (ضمنت) التزمت لك بردّ العين، فقد ملك مالك العين عليه الرد، ولا يرتبط برد الغاصب، فكيف يقتضي عدم وجوب الرد على الغاصب؟!

وقد تقدَّم أن فراغ ذمة المضمون عنه إنما قلنا بها للنص، أو لامتناع اشتغال ذمتين بمال واحد، وكلاهما لا مجال لهما في المقام، إذ النص لا يشمل المقام، وذمة الغاصب ليست مشغولة بمال ولا برد، وإنما يجب الرد تكليفاً لا غير.

بـل الظاهر أن الضامـن في المقام إنما يلتـزم بالرد من دون أن يشـغل ذمته بملـك الرد للمالك، ولأجـل ذلك يكون من باب الوعـد، لا من باب الوضع والعقد، فلا مجال للتمسـك بعموم الوفـاء بالعقد، إذ لا عقد وإنما هو محض الوعد.

وبالجملة: تارة يقول الضامن: (سأرد مالك)، وأخرى يقول: (لك علي أن أرد مالك).

فالأول من قبيل الوعد، والثاني من قبيل العقد.

والواقع في الخارج هو الأول.

وعلى تقدير الثاني فلا موجب لسقوط وجوب الرد على الغاصب.

نعم، لو كان مضمون قول الضامن تعهدت برد الغاصب، كان مقتضاه السقوط.

لكنه يحتاج إلى قبول من الشـارع وبدونه لا يصح، وعمومات العقود لا تقتضي مشروعية هذا الفعل، نظير ما إذا ضمن الفرائض اليومية عن شخص، فإن عموم الوفاء بالعقود لا يقتضي سـقوط الفريضة عن المضمون عنه، لأنه لا

مدفوعة: بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح.

وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضي(١).

ولا دليل على عـــدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع وإن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، وفي جملة منها اختلفوا فيه، فلا إجماع.

يدل على قابلية المحل لذلك، وعموم دليل الوجوب على المضمون عنه محكم.

(١) قـــد تقدم في الشرط الثامـــن من شروط الضمان الـــكلام في ذلك، وأن ضمان ما ســـيجب إن كان المراد اشـــتغال الذمة به فعلاً، فهو غير مقصود ولا مدعى.

وإن كان المراد اشـــتغال الذمة به معلقاً فهو من الإنشاء المعلق، الذي لا يصح إجماعاً، فـــإن التعليق مانع من صحة العقـــود والإيقاعات إلا في موارد خاصة، فراجع[1].

وإن كان المـــراد الضمان بنحـــو الواجب المعلّق، فيكـــون الضمان حالياً والمضمون اســـتقبالياً، فقد عرفت أن الضامن تابع للمضمون عنه، فلما لم يثبت في ذمـــة المضمون عنه ولو بنحو الواجب المعلّق لم يثبت كذلك في ذمة الضامن، فلو أريد إثباته كذلك لم يكن من باب الضمان المصطلح، بل كان من باب الضمان العرفي، وليس هو محل كلامهم، فإن المراد من ضمان ما لم يجب ضمان ما لم يثبت في الذمة، ولو بنحو الواجب المعلق.

إذ ما يثبت بنحو الوجوب المعلّـــق ثابت وواجب، لا ما لم يجب، وذلك

---

(١) تقدّم في ص ٣٥٢.

.....

يختص بالضمان المصطلح الذي يمكن فرض شيء ثابت في الذمة غير ذمة الضامن، أما الضمان العرفي فليس موضوعه ما ثبت إذ ثبوته بالضمان فلا يكون موضوعاً للضمان، فلو ثبت بالضمان كان بلا مضمون له، لأن المفروض أن المضمون له لم يتحقق السبب المملك له.

هذا ولا يخفى أن حمل الضمان للأعيان المضمونة على أحد المعنيين قد عرفت أنه ذكره العلامة في التذكرة، وتبعه عليه الجماعة[1]، وجعلوا ذلك مورد النقض والإبرام في المقام.

مع أن الظاهر من الضمان في الأعيان المضمونة كونها بنفسها في الذمة، كما يقتضيه ظاهر دليل الضمان، مثل: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[2]، فإن ظاهر العبارة المذكورة أن نفس المأخوذ ثابت في الذمة، ولما لم يكن مانع من ذلك عقلي ولا غيره، وجب الأخذ به.

ودعوى: أن الأعيان الخارجية موجودة في الخارج، فكيف تكون موجودة في الذمة؛ لأن الواحد لا يكون في مكانين.

مندفعة: بأن الخارج ظرف للوجود الحقيقي، والذمة ظرف للوجود الاعتباري، ولا مانع من أن يكون للشيء الواحد وجودان اعتباري وخارجي، فالوجود الذمي نظير الوجود الذهني، فكما أن الموجود الخارجي يجوز أن يكون له وجود ذهني، يجوز أن يكون له وجود ذمي.

وعلى هذا يكون الغاصب ونحوه مشغول الذمة بالعين، فيصح الضمان عنه، وبه تبرأ ذمته من العين، وتشتغل بها ذمة الضامن فقط.

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٢٢/ مسالك الأفهام ٤: ١٩٥/ كفاية الأحكام ١: ٥٩٤.

(٢) مسند أحمد ٥: ٨/ سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢.

وأمـــا ضمان الأعيان غير المضمونة ـ كـــمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق ســـبب ضمانها من تعـــد أو تفريط ـ فلا خلاف بينهم في عدم صحته(١).

وأمـــا وجوب الرد فهو من أحكام عدم الإذن في الاســـتيلاء على العين، فإذا حصل الإذن لم يجب الردّ ولو مع الضمان، كالمقبوض بالسوم، فإنه مضمون ولا يجب رده ما دام مشغولاً بالســـوم، وإذا لم يحصل الإذن يجب الرد حتى مع عدم الضمان، كالأمانة عند انتهاء مدة الإيتمان، فإنه يجب الرد ولا ضمان.

وعلى هذا فوجوب الرد ليس معنى للضمان، ولا من أحكامه.

وأما المعنى الثاني للضمان فأشـــكل؛ لأن اشتغال الذمة بالبدل على تقدير التلف حكم تعليقي، وضـــمان الغاصب حكم تنجيزي، فكيف يكون أحدهما معنى للآخر؟!

ولا يبعد أن تكون العين نفسها في الذمة على تقدير التلف، ووجوب أداء البدل من أحكام ذلك، لا من معانيه.

(١) قـــال في الشرائع: «ولو ضمـــن ما هو أمانة كالمضاربـــة والوديعة لم يصح؛ لأنها ليســـت مضمونة في الأصل»[١]، ونحـــوه ـ في المنع ـ ما في القواعد وجامع المقاصد والمسالك وعن غيرها[٢].

وفي التذكرة: نســـبته إلى علمائنا أجمع[٣]؛ لأنها غـــير مضمونة العين ولا

(١) شرائع الإسلام

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٥٧/ جامع المقاصد ٥: ٣٢٢/ مسالك الأفهام ٤: ١٩٥/ كفاية الأحكام ١: ٥٩٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٢٠.

والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً(١).

مضمونة الرد، وإنما الذي يجب على الأمين مجرد التخلية، وإذا لم تكن مضمونة على ذي اليد فكذا على ضامنه.

وفي الجواهر: أنه لا إشكال ولا خلاف فيه[1].

(١) قد عرفت إشكاله في المسألة السابقة.

نعم، إذا كان المراد من ضمانها اشتغال الذمة بها، لا بالمعنى المصطلح من الضمان الذي نحن في مباحثه ومسائله بل بمعنى محض اشتغال الذمة، فمعنى (ضمنت الأمانة التي عند زيد): أشغلت ذمتي بها، أمكن التمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط والعهد ونحوهما في صحة الضمان المذكور، فإذا تلفت العين لم يكن الأمين ضامنا، وكان الضامن له ضامنا بمقتضى انشائه.

ولعل من ذلك ضمان شركة التأمين المتعارف في هذا العصر، وإن كان ضمانها في مقابل المال لا تبرعاً، فصاحب المال يعطي الشركة مالاً في قبال أن تضمن، أو في قبال أن تنشئ الضمان، فتنشئ الضمان ويلزمها ذلك، لعموم الوفاء بالعهد، وإن كان الجاري بينهم الأول.

وكيف كان، فهذا ليس من الضمان الذي نحن فيه بل هو معنى آخر، إذ ليس فيه مضمون عنه أصلاً.

والذي يتحصل: أن الضمان المصطلح لا يصح إذا لم يكن المال المضمون مضموناً لمضمون عنه حال الضمان.

وأما الضمان العرفي.. فمنه شرعي بحت، مثل من أتلف مال غيره فهو

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٤١.

(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم(١) ضمان درك

له ضامن.

ومنه إنشـــائي.. إما تبرعاً، ويحتمل أنـــه إيقاعي لا عقدي، لأنه ليس فيه تصرف في المال، ليتوقف على قبول المالك.

اللهم إلا أن يكون عقداً لاقتضائه التمليك.

وإما بعوض، فيكون عقداً، كضمان شركة التأمين المجعول في مقابل مال معين.

وقد يكون العوض في مقابل إنشـــاء الضمان، فيكون نظير عقد الإجارة، ولا بد فيه من إنشاء الضمان بعد العقد.

ويمكن أن يكون المال مبذولاً مجانًا بشرط إنشاء الضمان، أو بشرط تدارك الخسارة لو اتفقت، فلا يكون ضمان في البين، وإنما يكون تدارك خسارة لا غير.

وأما بذل المال في مقابل تدارك الخســـارة فلا يصح، لعدم وجود الخسارة في بعض الأوقات، فيكون المال بلا عوض.

(١) وفي الجواهـــر: «بلا خلاف أجده فيه، بـــل في محكي التذكرة ـ وكذا مجمع البرهان ـ نسبته إلى إطباق الناس عليه في جميع الأعصار، وفي المسالك: أن ظاهرهم الاطباق عليه»[١].

وفي جامع المقاصد: «إطباق الناس على ضمان العهدة»[٢].

---

(١) جواهـــر الكلام ٢٦: ١٤٦/ تذكرة الفقهـــاء ١٤: ٣٣٠/ مجمع الفائـــدة والبرهان ٩: ٢٩٧/ مسالك الأفهام٤: ٢٠٠.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣٢٢.

الثمن للمشـــتري(١) إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته، إذا كان ذلك بعد قبض الثمن(٢).

---

(١) قال في الصحاح: «الدرك التبعة، وقيل: سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله»[١].

ويســـمى ضمان العهدة، وفي التذكرة: «ســـمي ضـــمان العهدة، لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده»[٢].

(٢) يعني: إذا وقع البيع وقبض البائع الثمن يخاف المشـــتري من ضياع ثمنه إذا تبين بعد ذلك أن المبيع لغير البائع، فيأخذه المالك من المشـــتري ويتمرد البائع عن دفع الثمن إليه، فحينئذٍ يضمن ضامن للمشتري ثمنه الذي دفعه إلى البائع، ليكون المشتري واثقاً بعدم ضياع ماله، فالضمان يكون احتمالياً لا يقينياً، لأنه إذا كان البيع صحيحاً كان الثمن ملكاً للبائع، فلا معنى لضمانه للمشتري، وإنما يصح هذا الضمان إذا كان البيع باطلاً والثمن الذي قبضه البائع غير مملوك له ولا يســـتحقه، لأنه مقبوض بالعقد الفاسد، فيكون مضموناً عليه، فيضمنه آخر للمشتري.

قال في المسالك: «وفي الحقيقة هذا فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونة على تقدير كونه موجودا حالة الضمان»[٣].

وفي مفتاح الكرامة: «وقد قيّد بكونه بعد القبض في أكثر الكتب المتقدمة،

---

(١) الصحاح ٢: ٥١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٢٩.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٠.

كما قيد به الأكثر ـ أو مطلقاً ـ كما أطلق آخر ـ وهو الأقوى(١). قيل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان(٢).

ما عدا المبسوط، والشرائع، والإرشاد، واللمعة، بل في الوسيلة، والتذكرة، والتحرير: التصريح بأنه إن كان قبض الثمن صح الضمان، وإن لم يكن قد قبض لم يصح.

وهو أيضاً مراد في كلام من لم يقيد به؛ لأنهم لا يختلفون في أن الضمان لا بد فيه من ثبوت حق في ذمة المضمون عنه في نفس الأمر وقت الضمان، بحيث يمكن تكليف غيره به، والبائع ما لم يقبض لم يتعلق بذمته حق»[١].

وقال في الجواهر: «ومن ذلك يعلم إرادة المصنف وغيره ممن ترك التقييد بالقبض ما صرح به الأكثر من التقييد به، ضرورة عدم دخوله في عهدة البائع الذي هو المضمون عنه إلا بقبضه»[٢].

ومن ذلك تعرف الإشكال في قول المصنف.

(١) وكأنه مبني على ما ذكره في آخر المسألة السابقة من جواز ضمان الأعيان غير المضمونة، فكأن المشتري يخاف أن يدفع الثمن إلى البائع ويتبين عدم استحقاق البائع له، ولا يتمكن المشتري من استرجاعه، فيضمنه للمشتري ضامن قبل أن يدفعه إلى البائع، فيأمن من ضياعه، فيدفعه إليه.

(٢) قال في جامع المقاصد: «ولا شبهة في صحة ضمان الثمن عن المشتري للبائع إذا كان ديناً، أما إذا كان عيناً فهو من جملة الأعيان المضمونة، ولعل تجويز

---

(١) مفتاح الكرامة ١٦: ٤١٥/ وانظر: المبسوط ٢: ٣٢٦/ شرائع الإسلام ٢:/ إرشاد الأذهان ١: ٤٠١/ اللمعة الدمشقية: ١٣٥/ الوسيلة: ٢٨١/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٣٣/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٤٧.

هـذا وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض، فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع، لعدم ثبوت الحق وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب، بل لو صرّح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور(١).

ضمانه لعموم البلوى ودعاء الحاجة إليه، وإطباق الناس على ضمان العهدة»[١]، ونحوه في المسالك، والجواهر[٢].

بل الظاهر أنه لا ينبغي الإشكال فيه، فالضمان فيما نحن فيه من قبيل ضمان العين على تقدير كونها مضمونة على المضمون عنه.

لكن في المسالك جعل الفرق بين ضمان المال وضمان العهدة الاختلاف في نفس المضمون، قال رحمه الله: «والفرق يظهر في اللفظ والمعنى، أما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن: ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلاً، ونحوه، وضمان العهدة: ضمنت لك عهدته أو دركه، ونحو ذلك.

وأما المعنى فظاهر، إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه، وضمان العهدة ليس كذلك، إنما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات»[٣]، وهو كما ترى!.

(١) كما صرح به في الجواهر، معللاً له بما ذكر[٤].

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٢٢.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٠/ جواهر الكلام ٢٦: ١٤٦.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ١٩١.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٦.

نعم، في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم(١)، وعن بعضهم: دخوله(٢)، ولازمه الصحة مع التصريح بالأولى.

---

(١) قال في الشرائع: «أما لو تجدد الفسخ بالتقايل، أو تلف المبيع قبل القبض، لم يلزم الضامن، ويرجع المشتري على البائع، وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق»[١].

وفي الجواهر: نسبته إلى المشهور؛ لأن الفسخ إنما أبطل العقد من حينه لا من أصله، فلم يكن حالة الضمان مضموناً، بل لو صرح بضمانه كان فاسداً؛ لأنه ضمان ما لم يجب.

فما في القواعد، ومحكي التذكرة من الإشكال فيه مما عرفت، ومن وجود سبب الفسخ حال البيع ـ بل عن فخر المحققين الجزم بالدخول فيه للحاجة ـ واضح الضعف، ولذا استقرب ـ يعني: العلامة في القواعد ـ عدم اندراجه بعد أسطر من الإشكال، بل جزم به بعد ذلك، انتهى[٢].

ويشير بقوله: «ولذا استقرب...» إلى قوله في القواعد ـ بعد أسطر من الإشكال ـ: «والأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً ورده»، وقوله بعد ذلك: «ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل، أو العيب السابق»[٣].

(٢) حكى ذلك عن فخر المحققين ـ كما تقدَّم ـ في الجواهر[٤].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩١.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٤٧/ قواعد الأحكام ٢: ١٥٨/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٤٠.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٥٨، ١٦٠.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ١٤٧/ إيضاح الفوائد ٢: ٨٥.

والأقــوى في الجميــع الدخول مع الإطــلاق، والصحة مع التصريح.

ودعوى: أنه من ضمان ما لم يجب.

مدفوعة: بكفاية وجود السبب(١).

هــذا بالنســبة إلى ضمان عهــدة الثمن إذا حصل الفســخ، وأما بالنســبة إلى مطالبــة الأرش، فقال بعض مــن منع من ذلك بجوازها(٢) لأن الاســتحقاق له ثابت عند العقد، فلا يكون من ضمان ما لم يجب.

وذكر في مفتاح الكرامة: أنه قوي متين[1]، انتهى.

(١) قد عرفت أن ضمان ما لم يجــب لا يدخل في الضمان المصطلح، ولا تشمله أدلته الخاصة.

نعم، تشــمله أدلة الصحة العامة، لكن شــمولها لا يتوقف على وجود السبب.

(٢) قــال في القواعد: «ويرجع على ضامن عهــدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، لا ما يتجدد له الفســخ بالتقايل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه، بــل يرجع على البائع، ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن»[2].

ونحوه في الشرائع بزيادة تعليل الحكم الأخير: بأن استحقاقه ثابت حين

---

(١) مفتاح الكرامة ١٦: ٤١٧.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٦٠.

وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضاً، وأن تحقق السبب حال العقد كافٍ.

مع إمكان دعـــوى: أن الأرش أيضاً لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته(١)، فالصحة فيه أيضاً من جهة كفاية تحقق السبب.

العقد، ثم قال: «وفيه تردد»[١].

(١) هذا ذكره في المسالك وجهاً لتردد الشرائع، قال رحمه الله: «والموجود حالة العقـــد من العيب ما كان يَلزمه تعيين الأرش، بـــل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرش إلا باختياره.

ولو قيل[٢]: إنه أحد الفردين الثابتـــين على وجه التخيير، فيكون كأفراد الواجب المخير حيث يوصـــف بالوجوب قبل اختياره، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره، لزمه مثله في الثمن، لأنه قسيمه في ذلك.

والحق ثبوت الفرق بينهما، فإن الثمن ما وجب إلا بالفسخ، وأما الأرش فإنه كان واجباً بالأصـــل، لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضة»[٣]، وتبعه على ذلك في الجواهر[٤].

ولكنـــه كما ترى، فإن صفة الصحة لا تقابـــل بجزء من الثمن، وإنما هي دخيلة في زيادة الثمن في مقابل الذات الموصوفة.

وكذا الكلام في الصفات المشروطة في المبيع.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩١.

(٢) هذا القول اختاره في الروضة، وحينئذٍ يشكل بما ذكره في المسالك، مضافاً إلى ما ذكرناه. [منه قدس سره]. الروضة البهية ٤: ١٢٦.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ١٤٨.

. . . . . .

ولذا كان خيار تخلف الوصف، وخيار العيب، غير خيار تبعض الصفقة.

والمقايسة على الواجب التخييري غير ظاهرة، فإن وجوب الاختيار في الواجب التخييري دليل على ثبوت الوجوب، وفي المقام لا يجب الاختيار، وإنما هو جائز، فإن اختار أحد الأمرين ثبت له، وإلا لم يثبت، فلا تشتغل ذمة البائع بالأرش إلا بعد اختياره.

نعم، المطالبة فرع الاستحقاق، فلا يتوقف عليها الاستحقاق.

نعم، لو اختص الكلام بصورة تعذّر الرد، وتعين الأخذ بالأرش، أمكن دعوى ثبوت الأرش من أول الأمر حين العقد، كما قد يقتضيه ظاهر النصوص.

لكن مورد كلامهم أعم.

ومن ذلك يظهر عدم صحة الضمان الاصطلاحي في المقام، الذي يتوقف على وجود مضمون عنه، ويكون قصد الضامن الضمان عنه، لا مجرد الضمان العرفي، ولذا جزم في التحرير بعدمه[1].

والذي يتحصل: أنه إذا كان غرض الضامن الضمان عن مضمون عنه هو ضامن، فلا يصح في جميع الموارد المذكورة حتى الأرش، لعدم وجود مضمون عنه ضامن.

وإذا كان غرضه الضمان بنفسه مع التغافل عن مضمون عنه، فإن كان المقصود الضمان مطلقاً صح في جميع ذلك، وإذا كان غرضه مقيداً بصورة دون أخرى، اقتصر في الرجوع إليه على خصوص تلك الصورة، ولا يتعداها إلى غيرها.

---

(١) تحرير الأحكام ٢: ٥٥٥.

ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع(١).

(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفقة، فيرجع على البايع بما قابله.

وعن الشيخ: جواز الرجوع على الضامن بالجميع(٢)، ولا وجه له(٣).

---

(١) إذا ضمن ضامن درك المبيع للبائع عن المشتري جرى فيه جميع ما ذكر من الصور والأحكام.

ولا يصح الضمان الاصطلاحي إلا إذا تبين عدم استحقاق المشتري للمبيع حال القبض، لما سبق.

(٢) حكي ذلك عن الشيخ رحمه الله في المبسوط[1].

(٣) هذا يتوجّه على المشهور الذين لا يقولون بجواز الرجوع على الضامن لو حدث ما يقتضي انفساخ العقد بخيار، أو إقالة، أو نحو ذلك.

أما بناءً على ما ذكره المصنف في المسألة السابقة من أن الأقوى جواز الضمان فيرجع المشتري على الضامن، فوجهه ظاهر، وهو عموم الصحة الذي تمسك به فيما سبق لردّ دعوى المشهور من عدم صحة الضمان، وعدم جواز الرجوع على الضامن.

وبالجملة: الجمع بين كلامي المصنف في المسألتين غامض.

---

(١) المبسوط ٢: ٣٢٧.

(مسألة ٤١): الأقوى ـ وفاقاً للشهيدين(١) ـ صحة ضمان ما يحدثه المشـــتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس، فيضمن الأرش، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البايع.

خلافاً للمشهور، لأنه من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت كفاية السبب.

---

(١) قال في الشرائع: «إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح؛ لأنه من ضمان ما لم يجب»[١]، ونحوه في القواعد وغيرها[٢].

وفي اللمعة قال: «والأقوى جوازه»[٣]، وظاهر الروضة: الميل إليه[٤].

وعن التذكرة: الإشكال فيه[٥]، وعن التحرير: احتماله على ضعف[٦].

والوجه في الجواز وجود السبب حال العقد.

وقد عرفت الإشـــكال فيه، وأنه إن أريد الضمان المصطلح فلا بد فيه من وجود ضامن قبل هذا الضمان ليكون مضموناً عنه، وهو مفقود.

وإن أريد الضمان العرفي لم يتوقف على وجود السبب حال الضمان[٧].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٦٠.

(٣) اللمعة الدمشقية: ١٣٥.

(٤) الروضة البهية ٤: ١٢٤.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٣٩.

(٦) تحرير الأحكام ٢: ٥٥٦.

(٧) تقدّم في ص ٤٦٩.

هـذا ولو ضمنه البايع قيل: لا يصـح أيضاً كالأجنبي(١)، وثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان(٢).

وقيل بالصحـة، لأنه لازم بنفس العقـد(٣)، فلا مانع من ضمانه، لما مر من كفاية تحقق السـبب(٤)، فيكون حينئذٍ للضمان

(١) حكاه في الشرائع قولاً، وهو المحكي عن المبسـوط، واختاره جماعة ممن تأخر[١].

(٢) يعني: وهو مفقود، إذ ليس هناك حق مضمون حال الضمان.

(٣) كذا ذكر في الشرائع، ونحوه في القواعد، والتذكرة[٢].

وفيه: أن العقد بنفسه لا يقتضي الضمان، وإنما يقتضي الغرور.

وضمان الغار إنما يكون بعد ورود الخسارة على المغرور، وذلك إنما يكون بعد قلع البناء والشجر، كما حرّر ذلك في مباحث الفضولي.

(٤) لكن إذا كان وجود السبب كافياً لزم البناء على صحة ضمان الأجنبي أيضاً؛ لوجود المصحح.

ولو حمـل كلام المحقق على حصول الضمان نفسـه بالعقـد أيضاً جاء الإشـكال المذكور من عدم الوجه في المنع من ضمان الأجنبي، معللاً: بأنه من ضمان ما لم يجب.

فالإشـكال على المحقق ومن وافقـه في التفصيل بـين الأجنبي والبائع

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٢/ المبسوط ٢: ٣٢٨/ جواهر الفقه: ٧٠/ تحرير الأحكام ٢: ٥٥٦.
(٢) شرائع الإسلام ٢: ٩٢/ قواعد الأحكام ٢: ١٦٠/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٣٩.

سببان: نفس العقد(١)، والضمان بعقده.

وتظهر الثمرة(٢) فيما لو أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد، فإنه يبقى الضمان العقدي(٣)، كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما.

متوجّه على كل حال.

مضافاً إلى أن وجود السبب لا يكفي في تحقق الضمان المصطلح، كما هو ظاهر كلامهم.

(١) قد عرفت أن نفس العقد لا يقتضي الضمان.

(٢) هذه الثمرة ذكرها في المسالك، والروضة[1].

(٣) المراد أن الضمان يقتضي اشتغال الذمة بالمال المضمون، فإن تكرر الضمان فقد تكرر اشتغال الذمة، فيكون للمال المضمون وجودان في الذمة، كل واحد بعنوان البدلية عن المضمون، فيجوز إسقاط أحدهما دون الآخر، ولا تلازم بينهما في السقوط، كما لا تلازم في الثبوت.

وعبارة المسالك هكذا: «وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فإنه يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان».

لكن من المعلوم أن الرجوع ليس من الحقوق التي تسقط بالإسقاط، بل من الأحكام، ولو أسقطه لم يسقط.

ولعل مراده ما ذكر في المتن، وإن كان هو ـ أيضاً ـ لا يخلو من خفاء.

وجواز التعدّد مع تعدّد الذمم لتعدّد الضامن لا يقتضي جواز التعدّد في

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٥/ الروضة البهية ٤: ١٢٥.

وقد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه، والمقام من هذا القبيل(١).

ذمة واحدة.

ولذا عبر بعضهم بالتأكيد، وإن كان التأكد يختص بالماهية التشكيكية، وكون العين المضمونة من ذلك غير ظاهر.

نعم، وجوب الأداء مما يقبل التأكد، لكنه لا يمكن إسقاطه.

ولأجل ذلك يشكل البناء على الفائدة المذكورة.

ثم إن الذي يظهر من الشرائع وغيرها أن الضمان الذي يكون من البائع من الضمان المصطلح، فإنه ذكره في سياق ضمان الأجنبي الممنوع من صحته لأجل أنه من ضمان ما لم يجب، والضمان المصطلح إذا صح فرغت ذمة المضمون عنه، فضمان البائع إذا صح فرغت ذمة البائع من جهة كونه غاراً.

وعلى هذا لا يجتمع ضمانان في وقت واحد حتى تجري الفائدة المذكورة من سقوط أحدهما وبقاء الآخر.

فالجمع بين كلامهم في تصحيح الضمان من البائع وفي بيان فائدة الضمان المذكور لا يخلو من غموض، فإن الأول يقتضي الضمان المصطلح، والثاني يقتضي غيره.

ومن هنا يتعين أن يكون المراد من الضمان غير المصطلح، وهو العرفي، كما هو الظاهر من أمثال المقام، فلاحظ.

(١) المورد صاحب الجواهر رحمه الله، وبعد تقرير الإيراد المذكور قال: «ومن الغريب اشتباه هؤلاء الأفاضل في ذلك، وحمل كلام الشرائع على صورة اشتراط

ويمكـــن أن يقال: لا مانع منه مع تعدد الجهة(١) هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان.

وأما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به(٢)، ويكون مؤكداً لما هو لازم العقد(٣).

الضمان على البائع، كما في بعض نسخ الشرائع.

لكن على هذا لا حاجة إلى تعليل الجواز بأنه لازم بنفس العقد، فإنه يجوز اشتراط الضمان ولو لم يكن لازماً بنفس العقد»[١].

(١) فإن أحد الضمانين قائم بالغرور والضمان الثاني قائم بالعقد.

إلا أن يقال: إن هذه الجهات تعليلية، فلا توجب تعدد الموضوع.

(٢) يعني: اشترط في عقد البيع أو غيره ضمان البائع.

وقد حكى في الجواهر عن نســختين من نسخ الشرائع أن العبارة هكذا: «إذا ضمــن ضامن للمشــتري درك ما يحدث من بنــاء أو غرس لم يصح، لأنه من ضمان ما لم يجب. وقيل: وكذا لــو ضمنه البائع، ولو شرط في نفس العقد، والوجه الجواز؛ لأنه لازم بنفس العقد»[٢]، فتكون متعرضة لشرط الضمان.

لكــن عرفت أن شرط الضــمان يصح ولو لم يكن لازمــاً بنفس العقد، فالتعليل به غير ظاهر.

(٣) الضمان ليس من الماهيات التشكيكية ليقبل التأكد والتأكيد، فالمراد التأكيد في الأثر، وهو وجوب الأداء.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٤٩.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة: (القِ متاعك في البحر وعليَّ ضمانه) صح بلا خلاف بينهم بل الظاهر الإجماع عليه(١)، وهو الدليل عندهم.

---

(١) هذه المسألة حررت في الشرائع والقواعد وغيرهما في كتاب الديات لبعض المناسبات، كما حررت أيضاً في بعض الكتب في كتاب الضمان لبعض المناسبات، فإن الضمان فيها ليس من الضمان المصطلح.

قال في الشرائع في أوائل مباحث الديات: «ولو قال: القِ متاعك في البحر لتسلم السفينة، فألقاه فلا ضمان. ولو قال: وعليَّ ضمانه، ضمن، دفعاً لضرورة الخوف، ولو لم يكن خوف فقال: ألقه وعليَّ ضمانه، ففي الضمان تردد، أقربه أنه لا يضمن»[١].

وفي القواعد: «ولو أشرفت سفينة على الغرق فقال الخائف على نفسه أو غيره: القِ متاعك في البحر وعليَّ ضمانه، ضمن»[٢].

وفي كشف اللثام: «بلا خلاف إلا من أبي ثور، كما في المبسوط، والخلاف»[٣].

وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل وبين غيرنا، إلا من أبي ثور، وهو شاذ لا يعتد به، كما في محكي الخلاف، بل فيه أن عليه إجماع الأمة عداه، كما عن المبسوط نفي الخلاف فيه من غيره»[٤].

ويقتضيه ـ مضافاً إلى ذلك ـ عموم الصحة، فإنه نوع من العهد.

---

(١) شرائع الإسلام ٤: ٢٤١.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٦٦٤.

(٣) كشف اللثام ١١: ٢٩٧/ المبسوط ٧: ١٧١/ الخلاف ٥: ٢٧٥.

(٤) جواهر الكلام ٤٣: ١٥٠.

وأمـــا إذا لم يكن لخوف الغرق، بـــل لمصلحة أخرى من خفة الســـفينة أو نحوها، فلا يصح عندهـــم(١)، ومقتضى العمومات صحته أيضاً.

ويحتمل أن يكون عقداً ويكون قبوله فعلياً، وهو الإلقاء.

وأن يكون قولياً كما إذا قال: قبلـــت، فيلزمه الإلقاء، عملاً بالعقد، ولا يلزم في الصورة الأولى لعدم تحقق القبول.

ويحتمـــل أن يكون إيقاعاً، نظير: (خط ثـــوبي ولك درهم) أو(رد عبدي ولك نصفه).

وهذا هو الأقرب وقد عرفت أن الضمان هنا ليس من الضمان المصطلح، بل هو من الضمان العرفي.

(١) قـــال في الشرائع: «ولو لم يكن خوف، فقال: ألقه وعليَّ ضمانه، ففي الضمان تردد، أقربه أنه لا يضمن»[١].

ونحوه في القواعد، إلا أنه لم يذكر التردد[٢].

وفي المسالك: أنه أدعى عليه الشيخ في المبسوط الإجماع[٣]، انتهى.

وفي كشـــف اللثام عن المبســـوط: أنه قال: قيل: إنـــه لا خلاف في عدم الضمان[٤]، انتهى.

وفي المســـالك ـ بعد أن جعل الأظهر عدم الضمان ـ قال: «لكن المصنف

(١) شرائع الإسلام ٤: ٢٤١.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٦٦٤.

(٣) مسالك الأفهام ١٥: ٣٨٥/ المبسوط ٧: ١٧١.

(٤) كشف اللثام ١١: ٢٩٧.

. . . . . .

تردد في الحكم عند عدم الخوف.

ووجـــه التردد: من عدم الفائدة، والإجمـــاع المدعى، وكون الضمان على خلاف الأصل، وإنما ترك العمل به مع الخوف؛ للمصلحة، فيبقى الباقي.

ومن عموم الأمر بالوفاء بالعقـــود، وهو عام إلا ما خصصه الدليل ولا مخصص هنا. وهو ضعيف لوجود المخصص»[1].

ولا يخفى أن فرض عدم الفائدة لا يتناسب مع إطلاق عنوان المسألة وهو عدم الخوف، فإنه أعم من أن يكون فائدة وأن لا تكون.

كما أنه لا وجه لتنظيره بقوله: اهدم دارك، ومزق ثوبك، واجرح نفسك.

ومن ذلك يظهر :أن إلقاء المتاع إذا كان يترتب عليه فائدة عقلائية من خفة السفينة، وحسن سيرها فتقطع المسافة البعيدة في مدة قليلة، وكان المتاع بحيث يحسن بذله في سبيل الفائدة عند العقلاء، جاز لصاحبه إلقاؤه بلا عوض، وجاز التعويض عليه من ركبان السفينة، أو من بعضهم.

وإذا كان لا يترتب على فائدة عقلائية لم يجز الإلقاء مع الضمان وبدونه.

وكذلك في مثل: اهدم دارك، ومزق ثوبك، واجرح نفسك، فإنه إذا كان يترتـــب فائدة عقلائية على كل واحد من الأمور المذكورة جاز فعله بلا عوض، ومع العوض، ويكون ذلك من قبيل إعابة السفينة لصاحب موسى عليه السلام، وإذا لم يترتب عليه فائدة لم يجز مع الضمان وبدونه.

وإذا أمره آمر على شرط الضمان فالضمان باطل؛ لأنه تعويض على الحرام

---

(١) مسالك الأفهام ١٥: ٣٨٥

.....

وتضييع المال، ولا يبعد أن تكون هذه الصورة مورد القول بالمنع، ومورد الإجماع عليه.

ولذا قال في محكي الإيضاح: «لو خلى عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعاً»[١].

ومن ذلك تعرف أن إطلاق الصحة عملاً بالعمومات غير ظاهر، واللازم التفصيل بين صورة وجود الفائدة العقلائية وعدمه، فلاحظ.

هذا، ولم يتعرض المصنف رحمه الله للمسألة الأولى التي ذكرها في الشرائع في صدر كلامه، من أنه إذا كان خوف على السفينة فقال لصاحب المتاع: ألق متاعك، واقتصر على ذلك، فألقى المتاع صاحبه، لم يرجع على القائل وليس عليه ضمانه.

وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخين، والفاضلين، وثاني الشهيدين، وغيرهم. للأصل، كما لو قال: (اعتق عبدك) فأعتقه، أو: (طلق زوجتك، فطلقها)»[٢].

وسبقه في الاستدلال المذكور كاشف اللثام[٣].

وفي المسالك: «والفرق بينه وبين قوله: (أدّ ديني)، فأداه حيث يرجع عليه: أن أداء دينه منفعة لا محالة، وإلقاء المتاع قد يفضي إلى النجاة وقد لا يفضي، فلا يضمن إلا مع التصريح»[٤].

(١) إيضاح الفوائد ٤: ٦٧٥.

(٢) جواهر الكلام ٤٣: ١٤٩.

(٣) كشف اللثام ١١: ٢٩٧.

(٤) مسالك الأفهام ١٥: ٣٨٥.

. . . . . .

وفي الجواهـــر: «وهو كما ترى! نعم، قد يقـــال: الفارق الإجماع، أو لأن المفهوم من الأمر بالأداء التوكيل في ذلك، فيكون حينئذٍ بالأداء كالقرض عليه، كما أن المفهوم من الأمر بالضمان عنه الرجوع به عليه، بخلاف المفروض»[1].

وهـــو أيضاً كما ترى! فإن التمســـك بالإجماع على الفـــرق خلاف ظاهر الاســـتدلال منهم على ذلك بالأصل ونحوه، كما أنـــه إذا كان المفهوم من الأمر بأداء الدين التوكيل فلم لا يكون المفهوم من الأمر بإلقاء المتاع ذلك؟!

فالتحقيق: أن استيفاء مال الغير وعمل الغير موجب لضمانه، وكما توجد قاعدة: (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) توجد قاعدة أخرى: (من اســـتوفى مال غيره فهو له ضامن).

وكـــما أنه إذا قال للحلاق: (احلق رأسي) يكـــون ضامناً للأجرة، يكون ضامناً للمال الذي أدّاه إذا قال له: (أد ديني).

وكذلك في المقام إذا كان الأمر بالإلقاء لمصلحة الآمر كان ضامناً للمتاع.

وإذا كان لمصلحة المأمور لا غير ـ كما إذا كان الآمر خارجاً عن الســـفينة، وكان الباعث له على الأمر مصلحة المأمور ـ لم يكن ضامناً؛ لعدم تحقق استيفاء مال الغير.

ولأجل ذلك لا يضمـــن إذا قال له: (أد دينك)، ويضمن إذا قال له: (أد ديني).

---

(١) جواهر الكلام ٤٣: ١٤٩.

تتمة

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أو الخلافية: أن ما ذكروه في أول الفصل من تعريف الضمان، وأنه نقل الحق الثابت من ذمة إلى أخرى، وأنه لا يصح في غير الدين، ولا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له، وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل(١).

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان، فادعى أنه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له، فالقول قوله(٢).

تتمة

قد فصل المسائل الآتية عما قبلها فجعلها تتمة لما قبلها؛ من جهة أن ما قبلها كان في أحكام الضمان الكلية، والتتمة في بيان حكم الشبهة الموضوعية.

(١) لكن عرفت إشكاله، وأن الضمان في الموارد التي أشار إليها ليس من الضمان المصطلح، بل بالمعنى العرفي، الذي يدل على صحته العمومات، ولا سيما وأنه متداول عند العرف، فراجع[1].

(٢) يعني: قول المضمون له.

والمراد أن قوله لا يحتاج إلى الإثبات؛ لأنه يطابق الحجة، بخلاف قول

---

(١) تقدّم في ص ٤٦٩.

وكذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له(١)، لأصالة بقاء ما كان عليه(٢).

خصمه، فإنه المحتاج إلى الإثبات، لمخالفته للحجة.

والمراد من الحجة ما يجب العمل به من غير دافع ولا معارض، وهي هنا أصالة عدم الضمان الجارية بلا معارض ولا دافع.

(١) لعين ما ذكر، فإن الأصل عدم ضمان تمام الديون.

(٢) الظاهر من هذا الأصل استصحاب بقاء الدين على حاله في ذمة المضمون عنه.

وهو وإن كان جارياً في نفسه، لكنه محكوم بأصالة عدم الضمان للسببية والمسببية بين مجراهما، فإن بقاء الدين وعدمه من آثار عدم الضمان وحدوثه شرعاً، فإذا حصل الضمان زال الدين وسقط، وإذا لم يحدث بقي الدين بحالة.

فإن قلت: الوجود لا يكون من آثار العدم، كما أن العدم لا يكون من آثار الوجود، فإن العدم لا شيء فلا يكون أثر الشيء.

قلت: هذا في العلل العقلية لا الشرعية، وإلا فهي تابعة لدليل الجعل وكيفية مؤدّاه، والأصول إنما تجري بلحاظ مؤدّى الدليل الشرعي.

لكن قد يشكل ما ذكرنا: بأن صحيح زرارة[1] الذي هو دليل الاستصحاب تضمّن جريان استصحاب الطهارة مع الشك في النوم، مع أنها من آثار عدم النوم، نظير ما نحن فيه بعينه، وكان اللازم على ما ذكرنا جريان أصالة عدم النوم الذي هي الأصل السببي.

---

(١) وسائل الشيعة ١: ٣٦٥، ب ١ ـ الوضوء ـ حديث: ١ .

ولو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد ويساره فادعى المضمون له إعساره فالقول قول المضمون عنه(١).

اللهم إلا أن يقال: إنه لا بد من توجيهه وحمله على خلاف الظاهر، عملاً بما دل على لزوم تقدّم الأصل في السبب على الأصل في المسبب.

هذا، ولعل مقصود الإمام عليه السلام التمثيل للاستصحاب بالمثال الواضح، فإن بقاء الطهارة أوضح من بقاء عدم النوم، وأقرب إلى الفهم منه، وليس مقصوده عليه السلام بيان الحجة الفعلية، ويحتمل غير ذلك.

(١) كأنه لأصالة اللزوم.

لكن الظاهر أنه مع سبق إعسار الضامن يجري استصحابه، فيثبت إعساره حال الضمان، فيكون مدعيه منكراً لا مدعياً.

بل مع سبق العلم باليسار يجري استصحاب اليسار المقدم على أصالة اللزوم.

نعم، تجري مع عدم العلم بسبق أحد الأمرين، ومرجعها إلى عموم اللزوم.

لكن الشك في المقام من قبيل الشبهة المصداقية، ولا مجال للعموم في الشبهة المصداقية.

اللهم إلا أن يقال: إن المخصص في المقام لبّي لا لفظي، فلا مانع من التمسك حينئذٍ بالعام في الشبهة المصداقية.

ثم إن الرجوع إلى أصالة اللزوم لإثبات كون مدعي الإعسار مدعياً وخصمه مدعى عليه، مبني على أن المعيار في كون الخصم مدعياً أو مدعى عليه

وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فإن القــول قول المضمون عنه(١)، وكذا لــو اختلفا في صحة الضمان وعدمها(٢).

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين وعدمــه، أو في مقداره أو في مقدار ما ضمن أو في اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً، أو في اشتراط شيء عليه زائدا على أصل الدين، فالقول قول الضامن(٣).

الغرض المقصود من الدعوى.

أمــا إذا كان المعيار مصب الدعوى، فالأصل الحكمي لا أثر له في ذلك، ولا بد أن يلاحظ الأصل الموضوعي الجاري في الإعســار وعدمه، فمع تعاقب الحالتين يكون كل من المضمون له والمضمون عنه مدعياً؛ لعدم قيام الحجة على أحد الأمرين.

(١) لأصالة عدم اشتراط الخيار.

(٢) لأصالة صحة الضمان.

(٣) لأصالة عدم الضمان الذي يدعيه المضمون له، ولأصالة عدم الدين الذي يدعيه.

أو لأصالة عدم الزيادة التي يدعيها.

أو لأصالة عدم الضمان في الزائد الذي يدعيه.

أو لأصالة عدم اشتراط التعجيل الذي يدعيه.

أو لأصالة عدم اشتراط تنقيص الأجل الذي يدعيه.

ولو اختلفا في اشـــتراط تأجيله(١) مع كونه حالاً، أو زيادة أجله مع كونه مؤجـــلاً، أو وفاء أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن، أو اشتراط شيء على المضمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين قدم قول المضمون له.

(مســألة ٣): لو اختلف الضامن والمضمـــون عنه في الإذن وعدمه(٢)، أو في وفاء الضامن(٣) حتى يجوز له الرجوع وعدمه،

أو لأصالة عدم اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين.

(١) بأن ادعى الضامن أنه اشـــترط تأجيله مـــع كونه حالاً، أو ادعى أنه اشـــترط زيادة أجله مع كونه مؤجلاً، أو ادعى الوفاء، أو ادعى إبراء المضمون له عن جميعه أو عن بعضه، أو ادعى أنه اشـــترط أداؤه من مال معين وقد تلف فبطل الضمان وبرئت ذمته من المال، وكـــذا إذا كان المال المعين موجوداً ولكن الوفاء منه موقوف على مقدمات تســـتوجب تأخره زماناً والمضمون له مطالب بالأداء فوراً.

فإن الأصل في جميع ذلك يوافق قول المضمون له.

وكذا في الفروض الآتية في بقية المسألة.

(٢) يعني: فادعى الضامـــن الإذن من المضمون عنه ليرجع عليه بما أداه للمضمون له وأنكر المضمون عنه ذلك.

(٣) يعنـــي: ادعى الضامن الوفاء فطالب المضمون عنه، فأنكر المضمون عنه الوفاء حتى لا يرجع عليه الضامن بما ضمن.

أو في مقـــدار الدين الذي ضمن وأنكر المضمون عنه الزيادة، أو في اشـــتراط شيء على المضمون عنه(١) أو اشتراط الخيار للضامن،

ومقتضى إطلاق المتن عـــدم الفرق بين صورتي إقرار المضمون له بالوفاء وعدمه.

لكن في القواعد في الصورة الأولى احتمل عدم سماع إنكار المضمون عنه، لسقوط المطالبة بالإقرار الذي هو أقوى من البينة، كما احتمل السماع أيضاً؛ لأن قول المضمون له ليس حجة[١].

وأشكل عليه في جامع المقاصد: بأن عدم السماع ليس لأن قول المضمون له حجة، بل لسقوط المطالبة كما سبق.

كما أنه أشـــكل على وجه الاحتمال الأول: بأن الإقرار إنما يقتضي سقوط المطالبـــة ظاهراً لا واقعاً، إذ من الجائز كذبـــه في الإقرار فيكون دينه باقياً وتجوز مطالبته[٢].

أقول: لو ســـلم عدم جواز المطالبة واقعاً فالموجب لجواز رجوع الضامن على المضمون عنه وفاؤه لدينه واقعاً، وهو غير ثابت، ومجرد عدم جواز المطالبة واقعاً وظاهراً غير كافٍ في جواز الرجوع إذا لم يحصل الوفاء.

فإذاً ما في المتن أقوى.

(١) المضمون عنه ليس طرفاً لعقد الضمان، فلا يصح اشتراط شيء على المضمون عنه فيه.

نعم، يمكن اشتراط ذلك في عقد آخر غير عقد الضمان، لكنه خارج عن

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٦١ ـ ١٦٢.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٣٥٢.

قدم قول المضمون عنه(١).

ولـــو اختلفـــا في أصل الضـــمان، أو في مقـــدار الدين الذي ضمنه(٢) وأنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن.

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو الدين، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً.

نعم لـــو كان مدعياً مع ذلك لـــلإذن في الأداء بلا ضمان، ولم يكن منكراً لأصل الدين، وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً

محل الكلام.

(١) لأنه يدعي عدم الإذن في الفـــرض الأول، وعدم الوفاء في الفرض الثاني، وعدم الزيادة في الدين في الفرض الثالث، وعدم اشـــتراط شيء عليه في الفرض الرابع، وعدم اشتراط الخيار للضامن في الفرض الخامس.

والأصل يوافـــق مدعاه في جميع هذه الفروض، فإن الأصل عدم الإذن، وعدم الوفاء وعدم زيادة الدين، وعدم اشـــتراط شيء عليه، وعدم اشـــتراط الخيـــار للضامن، فيكون لذلك منكراً، ويكون القول قوله، إلا إذا أقام خصمه البينة على مدعاه.

(٢) بأن ادعى المضمون عنه الضمان وأنكر الضامن، أو ادعى المضمون عنه أن الدين عشرون، وادعى الضامن أنه عشرة.

ومن الواضح أن قول الضامن هو الذي يوافقه الأصل، فإن الأصل عدم الضمان، وعدم الزيادة.

بالديـــن والإذن في الضمان جاز له الرجوع عليـــه، إذ لا منافاة بين إنكار الضمان وادعاء الإذن في الأداء، فاســـتحقاقه الرجوع معلوم غاية الأمر أنه يقول إن ذلك لـــلإذن في الأداء(١)، والمضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان، فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانـــات قرضاً، والمدعى ينكر القرض ويقول: إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم.

---

(١) من المعلوم أن الإذن في الأداء إنما تقتضي جواز الأداء لا وجوبه، كما لا تقتضي ولاية الدائن على الأخذ من المأذون، ولا جواز إجباره على الأداء، فإذا أجبر على الأداء لم يكن الأداء صحيحاً بل المال باق على ملك المالك، ولا يدخل في ملك الدائن، فكيف يجوز الرجوع على المضمون عنه بعد الأداء الاجباري؟!.

والإذن إنـــما يقتضي جـــواز الرجوع عـــلى الآذن إذا كان الأداء صحيحاً موجباً لإفـــراغ ذمة الآذن، لا مطلقاً، فإذا لم يكـــن موجباً لإفراغ ذمة الآذن لا يكون مسوغاً للرجوع عليه.

فـــلا مجال لرجوعه على المضمون عنه وإن اعتقد أنه أذن في الأداء؛ لكون المفروض أن هذا الأداء كلا أداء؛ لعدم كونه مفرغاً لذمته، فالضامن يعلم بعدم استحقاقه الرجوع على المضمون عنه بما أدّاه؛ لعدم حصول الأداء الصحيح.

نعم، إذا رضي به بعد ذلك، بناءً على صحة احتســـاب دينه على الغاصب وفاءً عن دين الغاصب على شخص آخر، فإذا صح هذا الوفاء فقد تحقق المأذون فيه، وجاز رجوعه على الآذن.

كـــما أن الآذن يعلم بجواز رجوع عليه؛ لأنه ضامـــن عن إذن المضمون عنه، فجواز الرجوع مما يعتقده كل واحد منهما، فلا مانع منه، بخلاف ما إذا لم

ولو لم يعترف المضمـــون عنه بالضمان أو الإذن فيه(١) وثبت على ذلك بالبينة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه.

يرض، فإنه يعلم بعدم جواز رجوعه على المضمون عنه؛ لعدم حصول الأداء.

ومن ذلك يظهر: أنه لا مجال لتمثيل المقام بالفرض المذكور في المتن.

نعم، يصح التمثيل إذا رضي بالأداء؛ لما عرفت من أن جواز الرجوع مما يعتقده كل واحد منهما، وإن اختلفا في ســببه، فالضامن يعتقد أن ســببه الأداء المأذون فيه، والمضمون عنه يعتقد أن سببه الضمان المأذون فيه، فقد تصادقا معاً على اشتغال ذمة المضمون عنه، وجواز الرجوع عليه، فيكون كالمثال بعينه.

(١) هذا هو الشق الثاني لما ذكره ســابقاً بقوله: «وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً...».

يعني: إذا لم يعترف المضمون عنه بالإذن بالضمان، لكن قامت على ذلك البينة، فالحكم كما ســبق، يجــوز رجوع الضامن عليه بما أخــذ منه قهراً، لكن بالمقاصــة؛ لأن المضمون له لما كان ظالماً في أخــذه للمال، جاز للضامن المظلوم أن يســتوفي حقه من مال المضمون له الموجود في ذمة المضمون عنه، فيأخذه من المضمون عنه بدلاً عن ماله المأخوذ منه ظلماً.

فيكــون الرجوع على المضمــون عنه ليس لأجل اشــتغال ذمته ـ كما في الفرض الســابق ـ بل لاشتغال ذمة المضمون له بما أخذ بغير استحقاق، المسوّغ لجواز أخذ مالــه الذي في ذمة المضمــون عنه، فالمضمون عنــه على هذا ليس مشغول الذمة بشيء ولا ضامناً لشيء، وإنما يرجع عليه لأن عنده مال المضمون له، فالخسارة تكون على المضمون له، لا المضمون عنه.

. . . . . .

هذا ويشكل..

أولاً: بأنه لم يظهر الفرق بين هذه الصورة وما قبلها، ولأي جهة لم تصح المقاصة فيما قبلها كما صحت هنا؟ ولأي جهة لم يصح الرجوع على المضمون عنه في هذه الصورة للعلم باشتغال ذمته لأحد السببين كما صح الرجوع عليه لذلك فيما قبلها؟.

وثانياً: بأنه لم تثبت المقاصة في الذمة، وإنما ثبتت بها في الخارج، فالعين الخارجية المملوكة للظالم يجوز للمظلوم أخذها، أما دين الظالم الذي له على الناس فلم يثبت جواز أخذه مقاصة، بحيث يكون للمظلوم ولاية على تعيينه وتشخيصه في الخارج؛ لقصور أدلتها عن العموم لذلك.

فراجعها في المكاسب المحرّمة في أوائل كتاب التجارة من الوسائل[1].

وإن كان الذي يظهر من التذكرة، والقواعد، وشروحها المفروغية عن جواز المقاصة في الذميات، فقد تعرّضوا للمسألة وأفتوا بجواز المقاصة بالرجوع إلى المضمون عنه[2].

وإن كان المذكور في كلام بعضهم أن المراد من المقاصة معنى آخر، وهو مطالبة الظالم بالحق من غير الطريق الواقعي، بأن يطالبه بثمن المبيع في الفرض السابق مع أن الدين قرض لا ثمن، وفي المقام يطالبه بمؤدى البينة مع أن السبب الإذن في الأداء.

وحينئذٍ يكون الرجوع في الصورة السابقة من باب المقاصّة أيضاً، وإن

---

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٢، ب ٨٣ ـ ما يكتسب به.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٤ ـ ٣٨٥/ قواعد الأحكام ٢: ١٦١/ جامع المقاصد ٥: ٣٤٨.

. . . . . .

كان التعبير بها كان في هذه الصورة لا غير، فالاختلاف بين الصورتين في مجرد التعبير، فلاحظ كلماتهم.

والذي ينبغي ـ في بيان صور المسألة ـ أن يقال: إذا ادعى المضمون له الضمان على شخص وأنكر ذلك الشخص، فقامت البينة على الضمان، فأخذ منه قهراً بحكم الحاكم..

فإما أن يكون المضمون عنه قد أذن له في أداء ما عليه أو لا.

وعلى الأول لا يجوز رجوعه عليه من جهة إذنه؛ لعدم حصول الأداء، والمال المأخوذ من الضامن باقٍ على ملكه.

كما لا يجوز الرجوع عليه بأخذ الدين الذي عليه للمضمون له بعنوان المقاصة للمضمون له، في قبال ما أخذه من الضامن؛ لما عرفت من عدم الدليل على المقاصة في الذميات.

ومنه يظهر: أنه لا يجوز الرجوع على المضمون عنه على الثاني لا من باب المقاصة، ولا من باب الإذن، لفرض عدم الإذن مضافاً إلى عدم الأداء.

ولا فرق فيما ذكرنا بين إذن المضمون عنه بالضمان وعدمه؛ لأن المفروض عدم الضمان، فلا يقتضي الإذن فيه جواز الرجوع على الآذن.

وثم إنه لو فرض تحقق الأداء المأذون فيه إذا أخذ المال من الضامن بحكم الحاكم قهراً، فحينئذٍ يجوز للضامن الرجوع على المضمون عنه؛ لتحقق المأذون فيه، ولا دخل لإذنه في الضمان وعدمه في جواز الرجوع المذكور.

ففرض الإذن في الضمان، والاعتراف بها وإنكارها، لا ينبغي ذكره في فروض المسألة.

وهل يجوز للشاهدين على الآذن في الضمان حينئذٍ أن يشهدا بالإذن من غير بيان كونه الآذن في الضمان أو كونه الآذن في الأداء الظاهر ذلك(١)، وإن كان لا يخلو عن إشكال، وكذا في نظائره.

كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن البيع على إشكال.

(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك(٢).

وإن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه(٣) وتقبل شهادته له بالأداء(٤)

---

(١) لا يخفى أنه لما كان الإذن بالشيء في نفسه ليس موضوعاً لأثر شرعي، وإنما موضوع الأثر الشرعي الإذن المتعلقة بشيء بعينه، من ضمان أو أداء، أو نحوهما، فإذا شهد الشاهد بالإذن نفسه، من دون ذكر المتعلق، لم تسمع هذه الشهادة؛ لعدم الأثر.

وهذا بخلاف الدين، فإنه بنفسه موضوع للأثر الشرعي وإن لم يذكر السبب المقتضي له من بيع أو قرض أو غيرهما، فالفرق بين الأمرين ظاهر.

ولا يجوز مقايسة أحدهما على الآخر.

(٢) لعدم ثبوت الأداء، بل ثبوت عدمه، فلا موجب للرجوع.

(٣) أخذاً له بإقراره واعترافه.

(٤) يعني: شهادة المضمون عنه، كما صرّح بذلك في الشرائع، والقواعد،

إذا لم يكـــن هناك مانع مـــن تهمة(١) أو غيرها ممـــا يمنع من قبول الشهادة(٢).

(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه(٣).

وغيرهما من كتب الأصحاب[١].

(١) في المسالك: «ذكروا للتهمة صوراً...

ومنها: أن يكون الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له بإعســاره، فإن له الفســخ حيث لا يثبت الأداء، ويرجع على المضمون عنه فيدفع بشــهادته عود الحق إلى ذمته ...»[٢].

وهذه الصورة ذكرها في جامع المقاصد[٣].

(٢) مثل فقد شرط قبول الشهادة على ما ذكر في كتاب الشهادة.

(٣) قــال في القواعد: «ومن أدى دين غيره بغير ضمان ولا إذن لم يرجع، وإن أداه بإذنــه بشرط الرجوع رجع، ولو لم يشــترط الرجوع احتمل عدمه إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع، وثبوته للعادة»[٤].

ونحوه في التذكرة[٥].

وفي جامع المقاصد: «والحــق أن العادة إن كانت مضبوطة في أن من أذن

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٢/ قواعد الأحكام ٢: ١٦١.
(٢) مسالك الأفهام ٤: ٢٠٩.
(٣) جامع المقاصد ٥: ٣٥٠.
(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.
(٥) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥٢.

ولو ادعى الوفاء وأنكر الآذن(١) قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله(٢).

في الأداء يريد به الرجوع ويكتفي بالإذن مطلقاً استحق الرجوع، وإلا فلا»[١].

وهو كما ذكر، كما أنه لم يثبت أن العادة تقتضي ذلك.

نعم، إذا كان الإذن مستفاداً من الاستدعاء، بأن قال: (أد ديني) كان مقتضياً للرجوع؛ لما عرفت سابقاً من أن استيفاء مال الغير موجب لضمانه.

ولعله المراد من العادة في كلامهم، وإلا لم يكن مقتضياً له، كما إذا قال: (أنت مأذون في وفاء ديني) بعد أن استأذنه المخاطب في الوفاء لاحتمال كراهته لذلك لغرض من الأغراض.

ولو قال ابتداء: (أنت مأذون في وفاء ديني) فقد يكون دالاً على اشتراط الرجوع، من أجل أن وفاء غيره لدينه ليس تحت سلطانه حتى يكون محتاجاً إلى الإذن، فليس الغرض من الإذن إلا اشتراط الرجوع، فإن لم يفهم ذلك لم يكن له الرجوع.

وعلى هذا فالرجوع ليس للإذن، بل لاشتراط الرجوع المفهوم من القرائن.

(١) اسم فاعل.

(٢) كما في الجواهر[٢]، والأمين يقبل خبره، كما إذا أمر الجارية بتطهير الثوب فأخبرت بذلك، فإنه يقبل خبرها، وكذلك الأجير على عمل إذا أخبر بوقوعه، كالأجير على العبادة عن ميت، يقبل خبره بفعلها وهكذا.

والعمدة في ذلك سيرة العقلاء والمتشرعة.

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٣٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٥.

ولو قيد الأداء بالإشـــهاد وادعى الإشـــهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله أيضاً(١)، ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع(٢).

نعم لو علم أنه وفّاه، ولكن لم يشـــهد يحتمل جواز الرجوع عليـــه، لأن الغرض من الاشـــهاد العلـــم بحصـــول الوفاء(٣) والمفروض تحققه.

---

(١) لما سبق.

(٢) كما في الجواهر[1]؛ لانتفاء الإذن بـــالأداء الواقع في الخارج، لانتقاء المقيد بانتفاء قيده.

(٣) هذا غير ظاهر، فقد يكون الغرض من الإشهاد التخلص من دعوى الدائن عدم الأداء، أو التخلص من تهمة الناس له أنه مماطل في وفاء دينه، وقد يكون الغرض أمراً آخر.

وبالجملة: المدار في جواز الرجوع وقـــوع الأداء على الوجه المأذون فيه، فإذا لم يحصل لم يجز الرجوع وإن حصل الغرض.

والله ســـبحانه العالم العاصم، وهو حسبنا ونعم الوكيل، والحمد لله رب العالمين.

انتهى الكلام إلى هنـــا في الرابع والعشرين من ربيع الثاني في ســـنة اثنتين وثمانين بعد الألف والثلاثمائة للهجرة.

وقد انتهى الكلام في الـــشرح القديم في الحادي عشر من جمادى الأولى في السنة التاسعة والخمسين بعد الألف والثلاثمائة للهجرة.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٥.

كتاب الحوالة

كتاب الحوالة

وهي عندهم تحويل المال من ذمة إلى ذمة(١).

كتاب الحوالة

قال في التذكرة: «الحوالة عقد جائز بالنص والإجماع»[١].

وعن المبسوط والسرائر: أنها مشروعة بالنص وإجماع الأمة[٢]، انتهى.

(١) قال في الشرائع: «فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله»[٣].

ولأجل أن هذا التعريف مانع من صحة الحوالة على البريء، والعلامة يرى صحتها، عدل في القواعد عن هذا التعريف إلى تعريفها بقوله: «وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى»[٤]، ونحوه في التذكرة، والتحرير[٥]، وكذلك غيره[٦].

ومن ذلك يظهر أن نسبة التعريف المذكور إليهم غير ظاهر.

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٣٠.

(٢) المبسوط ٢: ٣١٢/ السرائر الحاوي ٢: ٧٨.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٩٣.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٦٢.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٢٩/ تحرير الأحكام ٢: ٥٧٨.

(٦) المبسوط ٢: ٣١٢/ الوسيلة: ٢٨٢/ السرائر الحاوي ٢: ٧٨.

والأولى أن يقـــال: إنها إحالة المديون داينه إلى غيره، أو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره.

وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضـــمان، فإنه وإن كان تحويلاً مـــن الضامن للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته، إلا أنه ليس فيه الإحالة المذكورة، خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه(١).

ويشـــترط فيها ـ مضافاً إلى البلوغ، والعقل، والاختيار(٢) وعدم الســـفه(٣) في الثلاثة من المحيل، والمحتال، والمحال عليه، وعـــدم الحجر بالســـفه في المحتـــال(٤)، والمحال عليـــه(٥)، بل

---

(١) أما إذا كان بسؤاله فقد يوهم أن المضمون عنه هو الذي نقل المال من ذمته إلى ذمة الضامن.

لكن التأمل يقتضي خلاف ذلك، لأن الذي يســـأل الفعل من غيره غير فاعل، بل الفاعل هو المسؤول منه الفعل.

(٢) هذه الثلاثة شرائط عامة لمطلق التصرف، فلا يصح التصرف بدونها، كما أشرنا إلى ذلك في كتاب الضمان.

وتحرير ذلك مفصلاً مـــن الفقهاء (رضي الله عنهم) يكون في كتاب البيع الذي هو أول الكتب الباحثة عن العقود والايقاعات.

(٣) هذا شرط للتصرف المـــالي، لا مطلق التصرف، ولأجل أن كلاً من المحيل والمحتال والمحال عليه متصرف في مال لم يصح منه ذلك.

(٤) أصل العبارة بالفلس، كما يشهد بذلك ما قبله وما بعده.

(٥) يشـــكل ذلك بأن قبوله ليس تصرفـــاً في ماله الذي هو موضوع حق

والمحيل، إلا إذا كانت الحوالة على البريء فإنه لا بأس به(١) فإنه نظير الاقتراض منه ـ أمور:

أحدها: الإيجاب والقبول، على ما هو المشهور بينهم(٢) حيث عدوها من العقود اللازمة، فالإيجاب من المحيل(٣)، والقبول من المحتال.

الغرماء، وإنما هو تصرف في نفسه وفي ذمته، فلا مانع منه.

نعم، هو تصرّف مالي، فلا يجوز من السفيه ويجوز من المفلس، نظير الاقتراض الذي سيذكره.

(١) فإن مرجع الحوالة على غير البريء نقل الدين إلى ذمة المحال عليه ليكون وفاؤه مما في ذمته، فتكون الحوالة تصرفاً في ماله الذي في ذمة المحال عليه، وهو متعلّق حق الغرماء.

لكن إذا قلنا بصحة الحوالة على البريء أمكن القول بصحتها من المفلس على غير البريء، إذ ليس من لوازم التحويل التصرف في ماله، بل من الجائز صحة الحوالة وكون ماله الذي في ذمة المحال عليه تحت سلطان الغرماء، إذ هو بمنزلة الاقتراض ـ كما ذكر ـ فكما يجوز اقتراض المفلس من البريء يجوز اقتراضه من المديون، وكما يجوز للمفلس التحويل على البريء يجوز له التحويل على غير البريء، ويكون المال في ذمة المحيل للمحال عليه بعد دفعه الحوالة.

(٢) بل الظاهر أنه من المسلمات من دون خلاف ولا إشكال.

(٣) قال في المسالك: «ثم على تقدير اعتبار رضا المحيل عليه ليس هو على حد رضا الآخرين؛ لأن الحوالة عقد لازم من جملة العقود اللازمة، فلا يتم إلا

وأما المحال عليه فليس مـــن أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقـــاً أو إذا كان بريئاً، فإن مجرد اشـــتراط الرضا منه لا يدل على كونه طرفاً وركناً للمعاملة.

ويحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضاً(١)، فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين.

وعلى ما ذكروه يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة، من الموالاة بـــين الايجاب والقبول ونحوها، فلا تصح مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة.

ولكن الذي يقوى عندي كونها مـــن الإيقاع(٢) غاية الأمر

بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال.

ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما مـــن اللفظ والمقارنة وغيرهما، وأما رضا المحال عليه فيكفي كيف اتفق، مقارناً أم متراخياً»[١].

(١) قال في الجواهر: «لم أجد القـــول باحتمال اعتباره على وجه القبول، بأن يكون هذا العقد مركباً من إيجاب وقبولين، وإن كان هو مقتضى ما تســـمعه من دليلهم»[٢].

ويريد به دعوى الإجماع على أنها تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ضرورة توقف انتقال الدين إلى ذمة الغير على رضاه.

(٢) لا يخفى أن الفرق بـــين الإيقاع والعقد: أن الأول يكفي في حصوله

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢١٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٢.

اعتبـــار الرضا من المحتال أو منه ومـــن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيره عقـــداً، وذلك لأنها نوع من وفاء الديـــن(١)، وإن كانت

إعمال سلطنة سلطان واحد، والثاني يتوقف حصوله على إعمال سلطنة سلطانين، ولا يكفي في حصوله إعمال سلطنة واحدة.

فإذا قال الإنسان لزوجته: (طلقتك)، ثم قال لها: (تزوجتك)، فالطلاق إيقاع؛ لأنه يكفي في حصوله إعمال سلطنة الزوج، والتزويج عقد لأنه يتوقف حصوله على إعمال ســلطنة الزوج والزوجة معاً، فالطلاق وإن كان تصرفاً في الزوجة كالتزويج، إلا أن الأول لما جعله الشــارع الأقدس تحت سلطان الزوج فقط كان إيقاعاً، والتزويج لما جعله الشــارع تحت ســلطان الزوجين معاً كان عقداً.

وربما يكون إيقاعاً إذا كان تحت ســلطنة شــخص واحد، كما في تزويج المولى أمته من عبده، فإنه لما لم يكن تحت سلطان كل من الزوجين وإنما هو تحت سلطان مولاهما كان إيقاعاً... وهكذا.

فكل تصرف لا يتحقق إلا بإعمال ســلطنة شــخصين فهــو عقد، وكل تصرف يتحقق بإعمال سلطنة شخص واحد فهو إيقاع.

فالاختلاف بــين العقد والإيقاع ليس لاختلاف مفاهيمها المنشــأة، بل لاختلاف أحكامها من حيث السلطنة.

وعــلى هذا يمتنع أن تكون الحوالة إيقاعــاً، لأنها تصرف في مال المحتال الذي هو تحت سلطانه، وفي ذمة المحال عليه التي هي تحت سلطانه، فيجب أن تكون بقبولهما معاً، ولا تكون بإيقاع المحيل فقط لتكون إيقاعاً.

(١) الفــرق بين الوفاء والحوالة أظهر من أن يحتاج إلى بيان، لأن المحتال

توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء.

وهو لا يكون عقداً(١) وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الداين ومع ذلك إيقاع(٢)، ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع، فإنه نوع من الوفاء(٣).

وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في العقود اللازمة(٤)،

إنما انتقل بالحوالة دينه من ذمة إلى أخرى، وهذا الانتقال بعيد عن معنى الوفاء الذي هو وصول الدين إلى الدائن، فكيف يكون هذا الانتقال نوعاً من الوفاء؟!

وكذلك الكلام في الضمان، فإنه لم يحصل به وفاء الدين، وإنما يكون به انتقال الدين من ذمة المديون إلى غيره.

نعم، يشترك الوفاء والحوالة والضمان في فراغ ذمة المديون، لكنه ليس للوفاء بل للانتقال.

(١) لأنه يكون تحت سلطنة المديون على إفراغ ذمته، وليس تحت سلطنة الدائن، فلو أراد المديون الوفاء ليس للدائن الامتناع، إذ لا سلطان له على ذمة المديون ليجعلها محلاً لماله.

(٢) فيه منع ظاهر، بل هو نوع من المعاوضة بين الدين والجنس الآخر.

(٣) سبق الإشكال فيه كالإشكال في الحوالة.

(٤) بناءً على ما ذكر لا يعتبر فيها ما يعتبر في العقود، لازمة كانت أو غير لازمة، ولا يختص باللازمة.

ويتحققان بالكتابة ونحوها(١).

بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك(٢)، كما أن الجعالة كذلك، وإن كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر(٣).

ألا تــرى أنه لا فرق بين أن يقول: (أنت مأذون في بيع داري) أو قال: (أنت وكيل)(٤)، مع أن الأول من الإيقاع قطعاً.

---

(١) يمكن القول به في العقود كلية كالمعاطاة.

ولو بني على المنع في العقود بني عليه في الايقاع، لاشتراكهما في دليله نفياً وإثباتاً.

(٢) يعني: من الإيقاع.

(٣) قــد عرفت أن اعتبار الرضا يقتضي كونها من العقود، والعقود لا بد أن تكون بإيجاب وقبول، ولا يكفي الرضا النفســاني المقابل للكراهة والإرادة الذي ليس من الإنشاء، فإنه غير القبول اللازم اعتباره في صدق العقد.

وبالجملة: اعتبار الرضا مســاوق لكون الوكالة مــن العقود المعتبر فيها القبول.

(٤) الفــرق بين الأمرين ظاهر، فإن الوكيل كالأصيل، فالوكيل في وفاء الدين يجب عليه الوفاء مع المطالبة، والمأذون في الأداء ليس كذلك.

وأيضاً فإن الوكيــل تجوز مطالبته في الوفــاء ومخاصمته، والمأذون ليس كذلك.

وأيضاً الوكيل يتمكن من عزل نفســه عن الوكالــة، فلا يكون وكيلاً، والمأذون لا يتمكن من عزل نفسه عن الإذن.

الثـــاني: التنجيز(١)، فـــلا تصح مع التعليـــق على شرط أو وصف، كما هو ظاهر المشهور.

والوكيل يســـتطيع أن لا يقبل الوكالة ويرد الإيجـــاب فلا يكون وكيلاً، والمأذون ليس كذلك.

والوكالة المعلقة باطلة، بخلاف الإذن.

والوكيل المعزول ينفذ تصرفه قبل بلوغ العزل، وليس كذلك المأذون.

ومـــن ذلك يتبين أن الوكالة قائمة باختيـــار الوكيل وتتوقف على قبوله، وليس كذلك الإذن.

والمتحصل: أن المفهوم الإنشائي إذا كان تحت سلطنتين فهو قائم بهما، فلا يتحقق إلا بأعمالهما، فيكون عقداً.

وإذا كان تحت سلطنة واحدة يتحقق بإعمالها فقط، فيكون إيقاعاً.

ودعوى أنه إيقاع ومع ذلك يتوقف على رضا الآخر، تناقض، فإن اعتبار الرضا من الطرفين مساوق لكون المفهوم عقداً، فلاحظ.

(١) العمـــد في اعتباره الإجماع المدعى على اعتباره في كلية العقود، الذي لا مجال لرفع اليد عنه بعد دعواه من الأساطين، وتلقي الباقين له بالقبول.

وإلا فلم يذكر هذا الشرط هنا في جملة من الكتب، كالشرائع، والقواعد، وغيرهما، ولم يتعرض له فيما وقفت عليه من شروحهما.

وفي التذكرة: ذكر التنجيز من شروط الضمان ـ كما ســـبق ـ ولم يذكر ذلك في الحوالة[1].

---

(١) تذكـــرة الفقهاء ١٤: ٤٣٢، بل قال في الحوالة: «ولا تقع معلقة بشرط أو صفة، بل من شرطها التنجيز»، فلاحظ.

ولكــن الأقوى عدم اعتبــاره كما مال إليــه بعض متأخري المتأخرين.

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال(١).

وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل(٢) فيما لو تبرع المحــال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: (أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي)، وحينئذٍ فيشترط رضا المحتال والمحال عليه دون المحيل.

ولعله اكتفى بذكره في غيرها مع دعوى الإجماع عليه في عامة العقود.

(١) عن التذكرة، والمســالك، والروضة، والمفاتيح، والكفاية: الإجماع عليه[١].

وفي الجواهر: «الإجماع بقســميه عليــه، بل المحكي منه مســتفيض أو متواتر»[٢].

(٢) قال في التذكرة: «يشــترط في الحوالة رضا المحيل ـ وهو الذي عليه الحق ـ إجماعاً... إلى أن قال: في صورة واحدة لا يعتبر فيها رضا المحيل وهي ما إذا جوزنا الحوالة على من لا دين عليه، لو قال للمستحق: (أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي) فقبل، صحت الحوالة.

فإذاً لا يشترط هنا رضا المحيل، بل رضا المحال والمحال عليه خاصة»[٣]،

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٤١/ مسالك الأفهام ٤: ٢١٣/ الروضة البهيّة ٤: ١٣٥/ مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٨/ كفاية الأحكام ١: ٥٩٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٤١ ـ ٤٤٢.

لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان(١).

ونحوه في المسالك، والحدائق، وعن الروضة[١].

ولكن في الجواهر منع عن صحة هذه الحوالة، لعدم إطلاق في نصوص المقام يتناولها، و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢] يراد به العقود المتعارفة، فلا شمول فيه للمشكوك[٣].

وفيه: أن التعارف لا يقيد الاطلاق، ولو بني على ذلك لزم تأسيس فقه جديد، كما أشرنا إلى وجه ذلك في مواضع من هذا الشرح.

(١) يتم إذا كان مفهوم الضمان نقل ما في ذمة إلى ذمة، كما ذكره الأصحاب.

أما إذا كان التعهد بالدين فهو غير التحويل المذكور، وإن كان التعهد من لوازمه، وحينئذٍ لا بد من الرجوع في تصحيحه إلى عموم الوفاء بالعقود ونحوه.

وعليه فلا يختص بصورة ما إذا كان المحال عليه بريئاً، بل يجري في غيره.

غاية الأمر أنه لا يكون الوفاء من مال المحيل، بل من مال المحال عليه، ويبقى دين المحيل على المحال عليه بحاله.

كما لا يختص أيضاً بتحويل المحال عليه على نفسه، بل يكون أيضاً بتحويل المحال على المحال عليه، فيقول المحال للمحال عليه: (أحلت ديني

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢١٤/ الحدائق الناضرة ٢١: ٤٩/ الروضة البهيّة ٤: ١٣٧.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٦١.

وكـــذا من المحال عليه إذا كان بريئـــاً، أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه(١).

عليك) فيقول المحال عليه: (قبلت)، فيكون المحيل هو المحال لا المحال عليه.

وجميع هذه الصور ليســـت من الحوالة المصطلحـــة عند الفقهاء، بل هي حوالة بالمعنى اللغوي قام الدليل على صحتها إن تمّ.

ومثل ذلك ما إذا كان التحويل من شخص آخر، كما إذا كان دين لزيد على عمرو، فيحيل الدين المذكور خالد على بكر، فيقبل الدائن ـ وهو زيد ـ والمحول عليه ـ وهو بكر ـ فتصح مثل هذه الحوالة بالعمومات مع عدم رضا المدين وهو المحيل، وليست من الحوالة الاصطلاحية ذات الأحكام المخصوصة المستفادة من النصوص والإجماع.

ثم إنه لا يخفى أن من يعتبر رضاه يجب أن يكون المفهوم الإنشـــائي تحت ســـلطانه، والمحيل ليس كذلك، فإن التحويل إفراغ لذمته، ولا سلطان له على المنع من إفراغ ذمته.

نعم، ســـلطانه على المنع من إشـــغال ذمته، والتحويل ليس فيه شيء من ذلك.

نعم، لما كان التحويل موجباً إما لاشتغال ذمته بمثل الدين للمحال عليه لو كانت الحوالة على البريء أو بغير الجنس، وإما لسقوط دينه الذي على المحال عليه لو كانت الحوالة بالجنس على غير البريء، وكان كل ذلك تحت ســـلطانه، كانت الحوالة تحت سلطانه.

(١) يعني: يشـــترط رضاه، ويقتضيه قاعدة الســـلطنة على نفســـه، لأن إشغال ذمته بدين للمحتال تصرف في نفسه، وهو واضح لو كان بريئاً.

وأمـــا إذا كانت بمثل مـــا عليه ففيه خـــلاف(١)، ولا يبعد

وكذلك لو كان مشـــغول الذمـــة بغير جنس الدين، فإن اشـــتغال ذمته بجنس الدين ـ أيضاً ـ تصرف في نفسه يحتاج إلى إعمال سلطنته.

وعن التنقيح: أنه في هذه الصورة يعتبر رضاه قطعاً[١].

لكن في الجواهر قد يمنع القطع فيما ذكره[٢].

(١) والمنسوب إلى المشهور اعتبار رضاه[٣].

وعن الأردبيلي: أنه لم يظهر فيه مخالف[٤].

وعن التذكرة: نسبته إلى أصحابنا[٥].

وعن المختلف: نسبته إلى علمائنا[٦].

ولكن عن أبي الصلاح عدم اعتبار رضاه[٧]، وعن المختلف: الميل إليه.

وفي مفتـــاح الكرامة: أنه خيرة المقتـــصر، والتنقيح، وإيضـــاح النافع، والمسالك، والروضة»[٨].

---

(١) التنقيح الرائع ٢: ١٩٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٦:

(٣) مختلف الشـــيعة ٦: ٣/ التنقيح الرائع ٢: ١٩٢/ المهذب البـــارع ٢: ٥٢٨/ جامع المقاصد ٥: ٣٥٧/ مسالك الأفهام ٤: ٢١٣/ كفاية الأحكام ١: ٥٩٦.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٠٨.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٤٤

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٣.

(٧) الكافي في الفقه: ٣٤٠.

(٨) مفتاح الكرامة ١٦: ٤٩٩/ المقتصر: ١٩٧/ التنقيح الرائع ٢: ١٩٣/ مسالك الأفهام ٤: ٢١٣/ الروضة البهيّة ٤: ١٣٦.

التفصيل بين أن يحول عليه بما له عليه، بأن يقول: (أعطيه من الحق الذي لي عليك)، فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه(١)، وإن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة، بخلاف ما إذا وكله فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء.

وعن التنقيح: أنه قال: «إن اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً»[١].

(١) قد استدل في المسالك على ذلك: بأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق، كما لو وكله في القبض منه.

ثم ذكر: إنا نمنع أن مقتضى الحوالة النقل، بل هي إيفاء بما في ذمة الغير، فلا تقصر عن بيع ما في ذمة الغير، ولا يشترط فيه الرضا إجماعاً، انتهى[٢].

وتبعه على ذلك في الجواهر[٣]، غير أنه لم يتعرض لما ذكره أولًا من إقامة المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة.

وفي المتن جعل المحول عليه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه.

والمتحصل من كلمات الجماعة في الاستدلال على عدم اعتبار رضا المحول عليه أمور:

الأول: منع كون الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

---

(١) التنقيح الرائع ٢: ١٩٣.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٢١٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٦١.

. . . . . .

الثاني: أن المحيل قد أقام المحتال مقامه في قبض دينه.

الثالث: أن الحوالة إيفاء بماله الذي في ذمة المحال عليه.

الرابع: أن الحوالة بمنزلة توكيل المحال عليه في وفاء دينه.

وفي الجميع إشكال ظاهر.

إذ الأول خـــلاف ما عليه الإجماع من أن الحوالة نقل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال.

فراجـــع كلماتهم في تعريف الحوالة، وقد ادعى في المســـالك الاتفاق على ذلك في مسألة اعتبار إبراء المحتال للمحيل في عدم جواز رجوعه إليه[1].

ومن ذلك يظهر الإشكال في الثاني، إذ لو كان مفادها ذلك لم تكن نقلاً، بل كان الدين باقياً بحاله في ذمـــة المحيل حتى يحصل الوفاء بقبض المحتال من المحال عليه.

ومنه يظهر الإشكال في الثالث.

وأما الرابع فيتوجّه عليه: أن مقتضى ذلك اعتبار الرضا من المحال عليه، كالوكيل الذي لا تصح وكالته إلا برضاه، كما تقدّم[2].

مضافاً إلى أن جعله بمنزلة الوكيل في الاســـتيفاء ينافي كون الحوالة نقلاً، كما سبق.

فالمصنف جمع بين دعويين متنافيتين.

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢١٤.

(٢) في ص ٥١٥.

وبين أن يحوله عليه من غير نظـــر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة على البريء، فيعتبر رضاه؛ لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة.

وقد يعلل باختلاف الناس في الاقتضاء(١) فلا بد من رضاه.

ولا يخفى ضعفـــه، كيف وإلا لزم عدم جـــواز بيع دينه على غيره، مع أنه لا إشكال فيه.

الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل(٢) سواء

مضافاً إلى أن أولاهما أولى بالدليل على اعتبار الرضا من الدليلية على عدم الاعتبار، والثانية كذلك؛ لأن اشـــتغال ذمة المحول عليه بغير ســـلطانه خلاف قاعدة ســـلطنة الناس على أنفســـهم، المستفادة من قاعدة ســـلطنة الناس على أموالهم.

فحكم هذه الصورة كالصورة الآتية، والفرق الذي ذكره غير فارق.

(١) عللـــه بذلك في المســـالك في جملة أدلة المشـــهور، وأجاب عنه: بأن اختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق ومن ينصب[١].

(٢) إجماعاً، كما عن الحدائق[٢].

وعن مجمع البرهان حكايته عن بعضهم[٣].

وعـــن التحرير: أن شرطها ثبوته في ذمـــة المحيل، فلو أحاله بما يقرضه لم

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢١٤.

(٢) الحدائق الناضرة ٢١: ٥٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٠٩.

كان مستقراً أو متزلزلاً، فلا تصح في غير الثابت، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل، ومال السبق والرماية قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه.

هذا ما هو المشهور(١).

ولكن لا يبعد كفاية حصول السبب، كما ذكرنا في الضمان(٢)، بل لا يبعد الصحة فيما إذا قال: (أقرضني كذا وخذ

يصح إجماعاً[1]، انتهى.

ويقتضيه مفهومها عرفاً، فإن التحويل عرفاً يقتضي نقل ما في ذمة إلى ذمة، فهو يتوقف على وجود شيء في الذمة، كما يقتضي ثبوت شيء في ذمة المحال عليه، فلا يتحقق مع عدم ذلك.

و بالجملة: التحويل والتحول يتوقف على ثبوت شيء في محل فينتقل إلى محل آخر.

(١) قد عرفت دعوى الإجماع عليه.

(٢) قد عرفت الإشكال عليه في الضمان، وأن امتناع ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها، فإنه إذا لم يجب الشيء فضمانه بلا مضمون عنه ولا مضمون له؛ لأن المضمون عنه من يكون عليه شيء لغيره، والمضمون له من يكون له شيء على غيره، ومع عدم ثبوت شيء لا يكون شيء لأحد، ولا في ذمة أحد.

نعم، يجوز أن يتعهد شخص لآخر بأمر استقبالي، فيكون وجوبه

---

(١) تحرير الأحكام ٢: ٥٧٧.

عوضــه من زيد)(١) فرضي ورضي زيد أيضــاً، لصدق الحوالة، وشــمول العمومات، فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال بعد العمل وبعد الاقتراض.

بالضمان، فيملكه المضمون له.

لكنه ليس من الضمان الاصطلاحي، بل هو ضمان لغوي ليس موضوعاً لكلام الأصحاب، كما تقدَّم تفصيل ذلك مراراً[1].

وكذا نقول في المقام: إذا لم يكن ديــن فلم ينقل المحيل ما في ذمته إلى ذمة المحال عليه.

(١) مفهوم الجملة المذكورة أن العوض يؤخذ من زيد، لا أن الدين ينتقل إلى ذمة زيد، وحينئذٍ لا تحويل ولا تحول، فكيف تصدق الحوالة؟!

وكذ إذا قال: (أقرضني درهماً، وينتقل بدله الذي في ذمتي إلى ذمة زيد)، فقبــل المخاطب وزيد، فإنه أيضاً لا شيء في ذمة القائل، ولا انتقال من ذمته إلى ذمة زيد إذ لا قرض.

نعم، إذا وقع القرض وقع الانتقال فإذا أخذ بنحو الواجب المعلق امتنع الثبوت فعلاً؛ لعدم القرض، وإذا كان مشروطاً بالقرض كان العقد معلقاً وهو باطل.

فإذا قــال الزوج لزوجته: (أحلتك في نفقة الغد عــلى زيد) فقبل، امتنع أن تملك المرأة شــيئاً على زيد بعنوان نفقة الغد؛ لأنهــا لا تملك قبل الغد، وإذا كان الملك عــلى نحو التعليق على الغــد فهو باطل؛ لقــدح التعليق في العقود

---

(١) تقدّم في ص ٣٥٤، ٤٦٦.

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً للمحيل والمحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور(١) للغرر(٢).

ويمكن أن يقال بصحته إذا كان آئلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً في دفتره، على حد ما مر في الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا

والإيقاعات، إلا في موارد مخصوصة ليس هذا منها.

وكذلك الكلام في مال الجعالة قبل العمل، فإن التحويل يقتضي أن يملك المحتال في ذمة المحال عليه، وقبل العمل لا يملك العامل شيئاً لا في ذمة المحيل ولا في ذمة غيره.

وكذا الكلام في مال السبق ونحوه.

(١) وعن النهاية: الإجماع عليه[١].

وفي مفتاح الكرامة: «لم نجد المخالف، وإنما ذكرت الصحة احتمالاً مع الجهل في التذكرة، والمسالك، ومجمع البرهان.

نعم، لم يذكر هذا الشرط في عداد الشرائط في الوسيلة والغنية وغيرهما، ولعل تركهم له لظهوره، كالبلوغ والرشد وغيرهما»[٢].

(٢) قد عرفت في الضمان أن عموم نفي الغرر لم يثبت، وإنما الثابت نفيه في البيع، فلا يشمل المقام، وعموم الصحة يقتضي الجواز، فراجع ما سبق في الضمان[٣].

---

(١) لم أجده فيها ولا الحاكي عنها، وتجد دعوى الإجماع في تحرير الأحكام ٢: ٥٧٥.

(٢) مفتاح الكرامة ١٦: ٥٠٣/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٥٣/ مسالك الأفهام ٤: ٢١٨/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٠٩.

(٣) في ص ٣٦٣.

يبعد الجواز مع عدم أَوْله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن، بل وكذا لو قال: (كلما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان).

نعم، لو كان مبهماً كما إذا قال: (أحد الدينين الذين لك علي خذه من فلان) بطل(١)، وكذا لو قال: (خذ شيئاً من دينك من فلان)(٢).

هذا ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييري أمكن الحكم بصحته(٣)؛

---

(١) لأن المبهم المردّد لا مطابق له في الخارج، إذ كل ما في الخارج متعين غير مردّد، وإذا لم يكن له مطابق في الخارج امتنع أن يثبت له حكم شرعي يترتب عليه عمل.

(٢) لإبهام الشيء.

(٣) يفترق الواجب التخييري عن المردد: أن المردد لا يكون موضوعاً لحكم شرعي؛ لعدم المطابق الخارجي له، والواجب التخييري يكون موضوعاً للوجوب التخييري، وله مطابق خارجي، فإن الوجوب التخييري ليس قائماً بالمردد بين الخصال، وإنما قائم بكل واحدة من الخصال، لكن قيامه على نحو خاص بحيث يسقط عن الجميع بفعل واحدة من الخصال.

وكذلك الوجوب الكفائي، فإنه موجّه إلى كل واحد من المكلفين على نحو خاص، بحيث يسقط بامتثال واحد منهم، وليس متعلقاً بالمردد بين أفراد المكلفين.

فالواجب التخييري كل واحد من الخصال الثلاث في الكفارة، لا أمر مردد بينها، وهذه الخصال الثلاث مع أن كل واحدة منها واجبة لا يجب فعلها أجمع؛ لأن الوجوب تعلّق بها على نحو لا يقتضي فعلها أجمع، بل يسقط عن

لعدم الإبهام فيه حينئذٍ(١).

السادس: تساوي المالين ـ أي المحال به والمحال عليه ـ جنساً ونوعاً ووصفاً، على ما ذكره جماعة(٢)،

الجميع بفعل واحدة منها.

فـإذا تعلّقت الحوالة بالدينين على وجه التخيير اقتضت وفاء المحال عليه لأحدهما على التخيير لا جمعا، فإذا وفي أحد الدينين بطلت الحوالة بالنسـبة إلى الآخر ولم تقتض وفاءه.

(١) كأن الوجـه فيه عمومات صحة العقود، والإبهـام المانع عقلاً من الصحة مفقود.

(٢) قال في الشرائع: «ويشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً، تفصياً عن التسلط على المحال عليه، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه، وفيه تردد»[١].

ونسبه في المسالك إلى الشيخ وجماعة[٢].

وفي جامع المقاصد إلى الشيخ في المبسوط، وابن البراج، وابن حمزة[٣].

وفي مفتاح الكرامة: نسبه إلى المبسوط في آخر الباب، وحكى عن الإيضاح نسـبته إلى القاضي وابن حمزة، ثم قال: «ولم نجد ذلك في الوسـيلة، ولم يحكه في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط»[٤].

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٤.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٢١٨.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٣٦١.

(٤) مفتاح الكرامة ١٦: ٥٠٨/ المبسـوط ٢: ٣١٦/ إيضاح الفوائد ٢: ٩٣/ مختلف الشيعة ٦: ٨، قائلاً ـ تعقيباً على ما في المبسوط ـ: «وكذا قال ابن البراج وابن حمزة»، فلاحظ/ الوسيلة: ٢٨٢، مصرحاً بلزوم اتفاق الحقين في الجنس، والنوع، والصفة، فلاحظ.

خلافاً لآخرين(١).

وهذا العنوان وإن كان عامـاً إلا أن مرادهم ـ بقرينة التعليل بقولهم: تفصياً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجـب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه ـ فيما كانت الحوالة(٢) على مشـغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم.

فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء(٣) بأن

---

(١) حكي ذلك عن التذكرة، والتحرير، والحواشي، واللمعة، والتنقيح، وإيضاح النافع، وجامع المقاصد، والمسالك، والروضة، وغيرها[١].

وحكي ذلك أيضاً عن موضع من المبسوط[٢].

(٢) متعلق بقوله: «إن مرادهم».

ويحقق أن مرادهم ذلك قول العلامة في القواعد في تحرير المسألة: «وتصح على من ليس عليه حق، أو عليه مخالف، على رأي»[٣]، فموضع الخلاف أن يكون المال المحول به مخالفاً لما على المحول عليه من حق.

(٣) لكن يشكل ذلك من وجه آخر، وهو أنك عرفت في الشرط

---

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٥٥/ تحرير الأحكام ٢: ٥٧٥/ اللمعة الدمشقية: ١٣٧/ التنقيح الرائع ٢: ١٩٢/ جامع المقاصد ٥: ٣٦١/ مسالك الأفهام ٤: ٢١٩/ الروضة البهية ٤: ١٤٢/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣١٤/ مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٩، وعن الحواشي والإيضاح في مفتاح الكرامة ١٦: ٥١٧.

(٢) المبسوط ٢: ٣١٧.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٦٣.

يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم.

ولعله لأنــه وفاء بغير الجنــس برضا الدائــن(١)، فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس.

الرابع وجوب كون المــال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل، فإذا أحال في الفرضين المذكورين بغير الجنس فقد أحال بما ليس ثابتاً في ذمة المحيل، لأن ما هو الثابت في ذمة المحيل في الفرضين المذكورين الدراهــم لا الدنانير، فالإحالة بالدنانير إحالة بما ليس ثابتاً في الذمة.

ولعل عدم تعرّضهم لهذه المســألة لوضوح حكمها، وهو بطلان الحوالة لفقد الشرط المذكور.

نعم، إذا تراضى المحيل والمحتال على تحول الدراهم التي للمحتال في ذمة المحيــل إلى الدنانير، وصار الدين دنانير، جاز التحويل حينئذٍ، وكان تحويلاً لما هو ثابت في الذمة.

ولعل إنشاء الحوالة كافٍ في حصول هذا التحول.

(١) قد عرفت الإشــكال في أن الحوالة وفــاء، إذ هي نقل وتحويل لما في الذمة إلى ذمة أخرى.

كما قد عرفت الإشــكال أيضاً في الحوالة هنا من جهة عدم ثبوت شيء في الذمة.

والذي يرفع الإشــكال من الوجهين في المقام: هو تحويل ما في الذمة من جنس إلى آخر ثم تحويله من ذمــة إلى أخرى، وحينئذٍ يكون من الوفاء بالجنس لا بغير الجنس.

والوجه في عدم الصحة: ما أشير إليه(١) من أنه لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه.

وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة(٢)، ولا إطلاق في خصوص الباب، ولا سيرة كاشفة، والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة.

ووجه الصحة: أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس(٣) ولا بأس به، وهذا هو الأقوى(٤).

---

(١) يعني: في تعليل الحكم المتقدم.

(٢) ذكر ذلك في الجواهر[١].

(٣) فيه ما عرفت من المباينة بين الحوالة والوفاء بالجنس أو بغيره، وحينئذٍ تحتاج في مشروعيتها إلى دليل، فإذا تم ما ذكره في الجواهر تعين الرجوع إلى أصالة البطلان.

(٤) إذ الإشكال المشار إليه في الشرائع لا مجال له مع التراضي، لأن التسليط يكون بسلطنته[٢].

وأما إشكال الجواهر: ففيه أن التعارف لا يوجب قصور الإطلاق، ولا تخصيص العمومات، كما أشرنا إلى ذلك مراراً.

فالعمل بالإطلاق المقتضي للصحة متعين.

ثم لا يخفى أن مقتضى التحويل نفسه انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه،

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٧٠.

(٢) تقدّمت عبارته في ص ٥٢٦.

ثم لا يخفى أن الإشكال إنما هو فيما إذا قال: (اعط مما لي عليك من الدنانير دراهم) بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه.

وأما كون المدفوع بدلاً عما للمحيل في ذمة المحال عليه فأمر خارج عن التحويل قد أنشيء في ضمنه، فالمحيل قصد إنشاء نقل الدين في ذمته إلى ذمة المحال عليه، كما قصد إنشاء كون المدفوع من المال عوضاً عما له في ذمته، فالقبول من المحال عليه قبول للأمرين معاً.

وهذه البدلية الإنشـــائية ظاهرة في محل الكلام من اختلاف الجنسين، أما مع اتحادهما فيمكن أن يقصد إنشاء البدلية ويمكن أن لا يقصد ذلك، بل تكون البدلية قهرية بنحو التهاتر، وصحـــة الجميع موافقة لمقتضى القواعد العامة من دون معارض ولا مقيد.

والـــذي يتحصل مما ذكرنا: أن الإشـــكال في صـــورة اختلاف ما في ذمة المحيل مـــع المال المحال به يلزم من وجهين: من جهة صحة الحوالة، ومن جهة الوفاء، فإذا صحت الحوالـــة ـ بأن حوّل ما في الذمة إلى جنس المال المحوّل به ـ ارتفع الإشـــكال الثاني وكان الوفاء بالجنس، وإن لم تصح الحوالة ـ بعدم قصد هذا التحول ـ لم يحصل الوفاء لا بالجنس ولا بغير الجنس.

وأما صوره اختلاف المـــال المحال به مع ما في ذمة المحال عليه فإن قصد الوفاء به صحت الحوالة وكان الوفاء بغير الجنس، وإن لم يقصد الوفاء صحت الحوالة ولم يكن وفاء.

فالحوالة لا مانع من صحتها ولا وجه للإشـــكال فيها، وإن كان إشكال فهو في الوفاء، وعلى تقدير قصد الوفاء لا مجال للإشـــكال؛ لأنه يكون من قبيل الوفاء بغير الجنس.

وأما إذا أحـــال عليه بالدراهم من غير نظـــر إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الإشـــكال فيه، إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البريء، بأن يدفـــع الدنانير، وحينئذٍ فتفـــرغ ذمة المحيل من الدراهم، وتشـــتغل ذمة المحال عليه بهـــا، وتبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير، وتشـــتغل ذمة المحيل له بالدراهم، فيتحاسبان بعد ذلك.

ولعل الخلاف أيضاً مختص بالصورة الأولى، لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً(١).

وعلى هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة وهي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمة بأن يدفع من طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم.

(مســـألة ١): لا فرق في المال المحال به بـــين أن يكون عيناً في الذمـــة، أو منفعة، أو عمـــلاً لا يعتبر فيه المبـــاشرة(٢)، ولو مثل

---

(١) التي يختص الإنشاء فيها بنقل الدين لا غير.

(٢) في الجواهر: «لا يبعد ـ إن لم يكن إجماعاً ـ جواز الحوالة بالأعمال على البريء، أو على مشغول الذمة للمحيل بمثلها، بناءً على أنها بحكم المال، بدليل صحة وقوعها ثمناً للمبيع، وعوضاً للخلـــع، ومهراً في النكاح... إلى أن قال: لكن لم أجد مصرحاً به، كـــما أنه لم أجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر، بل هو غير متعارف»[1].

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٩.

الصلاة، والصوم، والحج، والزيارة، والقراءة(١)، سواء كانت على البريء أو على مشغول الذمة بمثلها(٢).

وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبد والثوب(٣)، والقول بعدم الصحة في القيمي(٤) للجهالة،

أما احتمال الإجماع على الخلاف فضعيف، إذ لا مأخذ له، وعدم التعرض له أعم من البناء على العدم.

وعدم دلالة نصوص الحوالة عليه لا يمنع من الرجوع فيه إلى القواعد العامة المقتضية للصحة، وكذلك عدم التعارف على ما عرفت.

ثم إن الفرق بين المنفعة والعمل: أن المنفعة أثر العمل، فالمملوك تارة: يكون العمل، وأخرى: المنفعة والأثر المترتب على العمل.

(١) مما كان الغرض منه الثواب أو غيره من الأمور المتعلقة بالآخرة، كما أشار إلى ذلك في الجواهر.

(٢) لعدم الفرق في الدخول في عموم الأدلة.

(٣) قال في الشرائع: «وأن يكون (يعني: المال المحال به) ثابتاً في الذمة، سواء كان له مثل كالطعام، أو لا مثل له كالعبد»[١]، ونحوه ما في غيرها[٢].

ويقتضيه عموم أدلة الصحة.

(٤) حكي عن الشيخ رحمه الله في أحد قوليه، وابن حمزة[٣].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٦٣/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٥٣.

(٣) المبسوط ٢: ٣١٢/ الوسيلة: ٢٨٢.

ضعيف، والجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها(١).

وفي الحدائق: نسبته إلى الشيخ وجماعة[١].

وفي مفتاح الكرامة: أن نسبته إلى الشيخ وجماعة في غير محله، إذ ليس غير الشيخ إلا ابن حمزة[٢].

قال في المبسوط: «وإنما تصح في الأموال ذوات الأمثال»[٣].

(١) قد عرفت أن الجهالة لا تقدح في الحوالة[٤]، وليس من شرائطها العلم، ولأجل ذلك كان المناسب الجواب بذلك.

ولو سلم منع الجهالة فلا يقتضي ذلك عموم المنع عن القيمي، إذ قد لا يكون القيمي مجهولاً.

هذا وأما الجواب المذكور فالإشكال فيه ظاهر، إذ بعد ما عرفت من أنه لا تجوز الحوالة بغير ما في الذمة فالقيمي المحول به هو عين ما في ذمة المحيل للمحتال، فإن كان كلياً قابلاً للانطباق على الواجد للصفات والفاقد لها، فالمحال به هو ذلك الكلي، وإن كان ما في الذمة مقيداً ببعض الصفات الوجودية أو العدمية، فالمحال به هو ذلك المقيد.

وفي الصورة الأولى لا يجوز أن يكون المحال به مقيداً بصفات خاصة، وفي الصورة الثانية لا يجوز أن يكون مطلقاً، ولا مقيداً بغير الصفات المقيد بها ما في الذمة، وإلا كان التحويل بغير ما في الذمة.

---

(١) الحدائق الناضرة ٢١: ٥٤.

(٢) مفتاح الكرامة ١٦: ٥٢١.

(٣) المبسوط ٢: ٣١٢.

(٤) تقدّم في ص ٥٢٤.

(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وإن لم يبرئه المحتال، والقول بالتوقف على إبرائه(١) ضعيف.

والخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال(٢)، المراد منه القبول(٣)، لا اعتبارها بعده أيضاً.

وعليه فيجوز أن يكون المحال به مجهولاً إذا كان ما في الذمة كذلك، ولو قيد بالصفات الموجبة لمعلوميته لم تصح الحوالة.

وعلى هذا فالجواب المذكور ظاهر الإشكال.

(١) حكي ذلك عن أبي علي، والشيخ في النهاية، والقاضي، والحلبي، والمقداد[١].

(٢) هو خبر زرارة عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر، فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك، فقال عليه السلام: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع إلى الذي أحاله»[٢].

والسند ليس فيه مناقشة أو إشكال إلا من جهة إبراهيم بن هاشم، والصحيح أنه صحيح الحديث.

وظاهره اشتغال الذمة بالدين إلى أن يحصل الإبراء، فيكون المراد من الرجوع عدم صحة الحوالة، لا فسخ الحوالة، إذ معنى الإبراء يتوقف على ذلك.

(٣) هذا أحد المحامل.

وحمل أيضاً على ما إذا شرط المحيل البراءة، فإنه يستفيد بذلك عدم

---

(١) النهاية: ٣١٦/ الكافي في الفقه: ٣٤٠/ التنقيح الرائع ٢: ١٩٤/ وعن أبي علي والقاضي في مختلف الشيعة ٦: ٤ ـ ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٣، ب ١١ ـ كتاب الضمان ـ حديث: ٢.

.....

الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه[١].

وحمل أيضاً على ما إذا ظهر بعد التحويل إعسار المحال عليه فأبرأ المحتال المحيل[٢].

وهذه المحامل كلها بعيدة.

لكن لا بد من ارتكاب واحد منها أو من غيرها لما في رواية أبي أيوب: «أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال عليه السلام: لا يرجع عليه أبداً، إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»[٣]، ونحوها رواية منصور ابن حازم[٤].

وفي رواية عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثم يتغير حال الصيرفي، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال عليه السلام لا»[٥].

فإن حمل هذه النصوص على صورة الإبراء ـ فيكون الجمع من حمل المطلق على المقيد ـ بعيد، فإن الاستثناء دليل على كون المتكلم في مقام الحصر.

ولا سيما وإن اعتبار الإبراء بعيد عن المرتكزات العرفية جداً، فيكون أولى بالتنبيه عليه من صورة الإفلاس.

ولعل الأقرب من وجوه الجمع المتقدمة ما ذكره في المتن وسبقه إليه جماعة[٦]، ويكون المراد من قوله في الرواية: «في الرجل يحيل» خصوص الإيجاب

(١)، (٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٤١/ مسالك الأفهام ٤: ٢١٥/ كفاية الأحكام ١: ٥٩٨.

(٣)، (٤)، (٥) وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٣، ب ١١ ـ كتاب الضمان ـ حديث: ١، ٣، ٤.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٦/ إيضاح الفوائد ٢: ٩٣/ مسالك الأفهام ٤: ٢١٥/ مفاتيح الشرائع ٣: ١٥٠/ الحدائق الناضرة ٢١: ٥١.

وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين إلى ذمته، وتبرأ ذمة المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به، وتشتغل ذمة المحيل للمحال عليه(١) إن كانت على بريء، أو كانت بغير المثل، ويتحاسبان بعد ذلك.

(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة(٢) وإن كانت على ملي(٣).

لا العقد، يعني: في الرجل ينشئ التحويل، إذ بعد تحقق القبول تبرأ ذمة المحيل، ولا معنى للإبراء بعد ذلك، بناءً على اتفاقهم على أن الحوالة ناقلة للدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

ومن ذلك تعرف الوجه في قوله: «وتشتغل ذمة المحال عليه».

(١) بلا إشكال ظاهر؛ لأنه استوفى مال المحال عليه، فيكون له ضامناً.

(٢) إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر[١].

وعن الخلاف، والغنية، والمبسوط، والتذكرة، وغيرها إجماع المسلمين إلا من زفر[٢].

ويقتضيه ما تقدَّم مما دل على اعتبار رضا المحال عليه[٣].

(٣) وعن داود الظاهري وجوب القبول حينئذٍ[٤]، للنبوي: «إذا أحيل

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٦.

(٢) الخلاف ٣: ٣٠٥ ـ ٣٠٦/ غنية النزوع: ٢٥٧/ المبسوط ٢: ٣١٢/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٤١/ السرائر الحاوي ٢: ٧٩، ولم أجد ـ عاجلاً ـ من استثنى زفر بن هذيل في هذه المسألة.

(٣) تقدّم في ص ٥١٥.

(٤) بداية المجتهد ٢: ٢٤٢.

(مسألة ٤): الحوالة لازمة، فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كل من الثلاثة(١).

نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال بإعساره يجوز له الفسخ والرجوع على المحيل(٢).

والمراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائداً على مستثنيات الدين(٣).

أحدكم على الملي فليحتل»[١]، لكنه غير ظاهر الحجية.

(١) اتفاقاً، كما يقتضيه أصالة اللزوم.

ولبعض النصوص المتقدمة في رجوع المحتال في لزومها بالنسبة إليه.

وعن سلار: جواز رجوع المحتال إلى المحيل إذا لم يأخذ شيئاً من المال[٢].

ودليله غير ظاهر، مع أنه مخالف لما تقدَّم.

(٢) بلا خلاف أجده فيه، كما في الجواهر[٣]، بل عن غير واحد دعوى الإجماع عليه صريحاً أو ظاهراً[٤].

ويقتضيه روايتا أبي أيوب ومنصور المتقدمتان في المسألة الثانية[٥].

(٣) التعبير بالإعسار وقع في كلام العلامة في القواعد[٦]، ولم يكن في

---

(١) مسند أحمد ٢: ٤٦٣/ السنن الكبرى ٦: ٧٠.

(٢) المراسم العلوية: ٢٠١.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٧.

(٤) الخلاف ٣: ٣٠٨/ السرائر الحاوي ٢: ٧٩/ غنية النزوع: ٢٥٧/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٣٤.

(٥) في ص ٥٣٥.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ١٦٣.

وهو المـــراد من الفقر في كلام بعضهم(١) ولا يعتبر فيه كونه محجوراً(٢)، والمناط الإعسار واليسار حال الحوالة(٣) وتماميتها.

النص، وإنما الذي كان في النص التعبير بالفلس، والظاهر منه عدم التمكن من وفاء الدين، فإن المفلس عرفاً هو العاجز عن وفاء دينة، وكذلك المعسر ظاهر في الواقع في العسر، وإذا كان الإنسان لا يتمكن من وفاء دينه فهو في عسر.

ويشير إلى ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[١].

(١) كالمحقق في الشرائع[٢].

ولولا ذلك لم يكن دليل عليه، بل الدليل على خلافه، فإن ظاهر قوله عليه السلام: «لا يرجع عليـــه إلا أن يكون قد أفلس»[٣] المنع من الرجوع في غير المفلس وإن كان فقيرا.

ومن ذلك تعرف أن التعبير بالاعسار أصح من التعبير بالفقر.

(٢) لإطـــلاق النصوص التي أخـــذ موضوعها المفلـــس واقعاً في مقام الثبوت، فلا يعتبر أن يكون في مقام الإثبات.

(٣) كما يقتضيه ظاهر قوله عليه السلام في رواية أبي أيوب: «قد أفلس قبل ذلك»، وما في رواية عقبة من المنع مـــن الرجوع على المحيل إذا تغير حال الصيرفي بعد التحويل[٤].

نعم، ظاهر رواية أبي أيوب اعتبار الإفلاس قبل الحوالة.

---

(١) سورة البقرة: ٢٨٠، وفي المطبوع ـ تبعاً للأصل ـ: «فإن»، وهو من سهو القلم كما هو ظاهر.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٩٤.

(٣) كما في رواية أيوب المتقدمة في ص ٥٣٥.

(٤) تقدّمت في ص ٥٣٥.

ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ(١).

ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه يسقط الخيار؛ للانصراف، على إشكال(٢).

لكن من المعلوم أن المراد به حال الحوالة، والتعبير بذلك مبني على الغالب، لندرة المقارنة بينهما حدوثاً.

(١) كما يقتضيه إطلاق النص والفتوى.

وفي الجواهر: «وهل هو على الفور أو التراخي؟ وجهان، أقواهما الثاني، للإطلاق وغيره»[١].

وكأنه يريد من غير الإطلاق الاستصحاب.

لكن يشكل بناءً على أن المرجع في المقام عموم اللزوم، لا استصحاب الجواز، فلاحظ.

وعن الحواشي: إذا قلنا بالخيار في نظير المسألة الآتية فهو على الفور[٢].

ولم يتضح وجهه في قبال ما عرفت.

اللهم إلا أن يتأمل في الإطلاق، وهو كما ترى!.

(٢) المفروض في كلامهم صورة ما إذا تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر.

وعن جامع المقاصد، والمسالك، والروضة، والكفاية، والرياض: ثبوت الخيار، للإطلاق[٣].

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٧.

(٢) عنها في مفتاح الكرامة ١٦: ٥١٢.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٣٦٠/ مسالك الأفهام ٤: ٢١٧/ كفاية الأحكام ١: ٥٩٨/ رياض المسائل ٩: ٢٨٧.

. . . . . .

وفي القواعد: إنه فيه إشكال[١]، وكذا عن التذكرة، والحواشي[٢].

وعن الإيضاح: أن التحقيق أنه يبنى على أن علل الشرع معرفات أو علل حقيقية، وعلى الثاني فالباقي مستغنٍ عن المؤثر أو محتاج[٣].

يعني: فعلى الأولين يثبت الخيار، وعلى الأخير ينتفي.

وفي الجواهر: أنه لا بأس به بعد كون علل الشرع معرفات، وعدم احتياج الباقي في بقائه إلى غير الأول.

وفيه: أنه لو سلمت هذه المباني فليس بحيث يجوز رفع اليد عن الأدلة الشرعية من أمارة أو أصل.

فلو قلنا: بأن علل الشرع معرفات، أو أنها علل حقيقية أصلية، وكان عموم اللزوم بلا معارض، كان هو المحكم.

ولو قلنا: بأنها علل أصلية وكان الباقي محتاجاً إلى مؤثر، وكان إطلاق دليل الخيار بلا معارض، كان هو المحكم، أو كان استصحاب الخيار بلا معارض كان أيضاً هو المحكم.

فالمباني المذكورة إذا لم توجب العلم لا تسقط الأدلة الشرعية عن مقام المرجعية، وأنى لها بالعلم مع أن العلية غير منصوصة، وإنما استفيدت من قرائن الأحوال الظنية.

وبالجملة: فالتعويل على الأمور المذكورة في إثبات الأحكام الشرعية في

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٦٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٤٠، وعن الحواشي في مفتاح الكرامة ١٦: ٥١٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٧.

وكذا مع وجود المتبرع(١).

(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البريء(٢)، ولا يكون

غاية من الوهن.

هذا فيما فرضه الأصحاب من تجدد اليسار، والمصنف لم يتعرض له وإنما تعرض لمثله.

والكلام في الجميع من باب واحد، والعمل بإطلاق دليل الخيار المقتضي للتراخي ـ كما ذكره في الجواهر وغيره ـ متعين.

وأما دعوى الانصراف فممنوعة.

ولو كان الانصراف موجباً لسقوط الخيار بتجدد اليسار كان موجباً لثبوته بتجدد الإعسار، وهو خلاف النص، فمنشأ الانصراف مخالف للنص.

(١) الكلام فيه كالكلام فيما قبله.

(٢) على المشهور شهرة عظيمة، بل عن السرائر: نفي الخلاف فيه بين أصحابنا[١]، بل حكى بعضهم عنها الإجماع عليه[٢].

ويقتضيه إطلاق الأدلة، عمومها وخصوصها.

وفي الجواهر استدل على ذلك بالسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها[٣].

لكنه كما ترى!.

---

(١) السرائر الحاوي ٢: ٧٩.

(٢) رياض المسائل ٩: ٢٧٨.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٥.

.....

وعن الشيخ في المبسوط ـ في آخر الباب ـ : المنع[١].

وحكى بعضهم ذلك عن القاضي وابن حمزة[٢]، لأصالة عدم ترتب الأثر، التي لا مجال لها مع الإطلاق المقتضي للصحة.

وفي جامع المقاصد: أن مبنى القولين المذكورين على الخلاف في أن الحوالة استيفاء أو اعتياض، فعلى الأول يجوز، وعلى الثاني لا يجوز[٣].

وتبعه على ذلك في المسالك، وسبقه إليه الشهيد في الحواشي على ما حكي[٤].

وفيه ـ كما في مفتاح الكرامة ـ : أن ذلك من تخريجات الشافعية، وإنما هي أصل برأسه وعقد مفرد، كما صرح بذلك جماعة، ومنهم الخلاف، قال: «إن الذي يقتضيه مذهبنا أن نقول: إنها عقد قائم بنفسه»، ثم حكى إطباق أصحابنا على أنها ليست بيعاً إلا ما يلوح من المبسوط، وهو مؤول... إلى آخر ما ذكره[٥].

وفي الجواهر: أن الأصح كونها أصلاً برأسه، وإن لحقها حكم الوفاء في بعض الأحوال، والاعتياض في بعض آخر[٦].

هذا والتأمل في مفهوم الحوالة، والبيع، والوفاء يقتضي وضوح تباين المفاهيم المذكورة، وعدم انطباق بعضها على بعض، فلا وجه لإجراء أحكام

(١) المبسوط ٢: ٣٢١.

(٢) لم يحك عنهما أكثر من لزوم اتفاق الحقين، كما في مختلف الشيعة ٦: ٨/ الوسيلة: ٢٨٢.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٣٥٩.

(٤) مسالك الأفهام ٤: ٢١٥، وعن الحواشي في مفتاح الكرامة ١٦: ٥٠٧.

(٥) مفتاح الكرامة ١٦: ٥٠٧/ الخلاف ٣: ٣٠٩.

(٦) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٥.

داخلاً في الضمان(١).

(مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة(٢).

بعضها على بعض إلا بدليل خاص.

وقد سبق في الشرط السادس التعرّض لما يظهر من جماعة من الأصحاب ـ ومنهم المصنف ـ من كونها وفاء، فراجع[١].

(١) أشـــار بذلك إلى ما ذكره في الشرائع، قال: «ويصح أن يحيل على من ليس له عليه دين، لكن يكون ذلك بالضمان أشبه»[٢].

وفي القواعد «لكنه أشبه بالضمان»[٣].

ووجه المشـــابهة اشتراكها مع الضمان في انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه كانتقاله إلى ذمة الضامن البريء.

وعن الكاشاني: «الأظهر أنها ضمان»[٤].

لكنه كما ترى! فإن الضمان التعهد بالدين الذي في ذمة المضمون عنه ومن أحكامـــه انتقاله إلى ذمة الضامن، لا عين الانتقال، ولذا خالف فيه المخالفون، وفي المقـــام معنى الحوالة هو النقل والانتقال، فاختلفا مفهوماً وإن اشـــتركا في بعض الآثار.

(٢) بلا إشكال ظاهر، عملاً بعموم نفوذ الشروط وصحتها.

قال في الجواهر: «وقد تقدّم في الضمان ما لا يخفى عليك جريانه في المقام

---

(١) ص ٥٢٦.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٩٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٦٣.

(٤) مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٩.

(مسألة ٧): يجوز الدور في الحوالة(١)، وكذا يجوز الترامي(٢) بتعدد المحال عليه واتحاد المحتال(٣)، أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه(٤).

كغيره، من أحكام الأجل، واشتراط الخيار، وغير ذلك»[١].

(١) كما ذكره في التذكرة وغيرها[٢].

وفي الجواهر: «بل لم نجد خلافاً هنا وإن سمعته في الضمان»[٣].

ويقتضيه عموم الأدلة في البابين.

والمراد به: أن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأول، فيرجع المحتال منه أولاً عليه بعد ذلك.

(٢) كما نص عليه في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[٤].

والظاهر أنه لا إشكال فيه، كما يظهر ذلك من ذكرهم له مرسلين له إرسال المسلمات، ويقتضيه عموم الأدلة.

(٣) كما إذا أحال زيد بكراً على عمرو، فأحاله عمرو على خالد، فأحاله خالد على الوليد، فأحاله الوليد على عبد الملك، فإن المحتال واحد وهو بكر، والمحال عليه عمرو ثم خالد ثم الوليد... .

(٤) كما إذا أحال بكر في المثال السابق خالداً على عمرو، فأحال خالد الوليد على عمرو، فأحال الوليد عبد الملك على عمرو.

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٨١/ إرشاد الأذهان ١: ٤٠٢/ قواعد الأحكام ٢: ١٦٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٦٨.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٩٤/ قواعد الأحكام ٢: ١٦٣/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٨١.

(مسألة٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته(١)، وكذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال(٢)، وكذا لو تبرع المحيل عنه(٣).

(مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل وأدى ثم طالب المحيل بما أداه، فادعى أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه، فالقول قوله مع عدم البينة(٤)، فيحلف على براءته ويطالب عوض ما أداه،

(١) هذا مما لا إشكال فيه، ضرورة جواز التبرع عن الغير في وفاء دينه، وعدم اعتبار المباشرة فيه عرفاً.

ويقتضيه ما دل على جواز وفاء الوارث دين المورث[١]، وما دل على وفاء دين الفقير من الزكاة[٢]، وما ورد في وفاء الولد دين والده، وأنه يكتب بذلك باراً[٣].

(٢) على ما تقدَّم في كتاب الضمان[٤].

(٣) هذا من أفراد المسألة الأولى.

(٤) كما في الشرائع، والقواعد، وغيرهما[٥].

(١) تقدّم نظيره في ج ١١ ص ٣٣٥، وفي الصحيح عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام، «في الرجل يكون عليه الدين فحضره الموت، فقال وليه: عليَّ دينك، قال يبرئه ذلك». [وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٦، ب ١٤ ـ القرض والدين ـ حديث:٢].

(٢) تقدّم في ج ١٥ ص ٣٦٢.

(٣) كما في حديث محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن العبد ليكون بارّاً بوالديه في حياتهما، ثم يموتان فلا يقضي عنهما الدين ولا يستغفر لهما، فيكتبه الله عاقّاً. وإنه ليكون في حياتهما غير بارّ بهما فإذا ماتا قضى عنهما الدين واستغفر لهما، فيكتبه الله بارّاً». [وسائل الشيعة ١٨: ٣٧٠، ب ٢٩ ـ القرض والدين ـ حديث: ١].

(٤) في ص ٣٣١، وما بعدها.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٩٤/ قواعد الأحكام ٢: ١٦٣/ تحرير الأحكام ٢: ٥٨٦.

لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل(١).

ودعوى: أن الأصل أيضاً عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء.

مدفوعة: بأن الشـــك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشـــتغال ذمة المحال عليه(٢) وعدمه، وبعد جريان أصالة براءة ذمته يرتفع الشك.

هذا على المختـــار من صحة الحوالة على الـــبريء، وأما على القـــول بعدم صحتها فيقدم قول المحيـــل، لأن مرجع الخلاف إلى صحـــة الحوالة وعدمها، ومع اعتراف المحـــال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة وهو المحيل(٣).

---

(١) فيكون قول المحيل موافقاً للأصل، فيكون منكراً وعليه اليمين، إذا لم تكن بينة لخصمه.

(٢) يعني: أن أداء المال المحول به يوجب اشـــتغال ذمة المحيل لو لم يكن ذمة المحال عليه مشغولة بمثله، أما إذا كانت مشغولة بمثله فحينئذٍ يقع التهاتر قهراً، فلا تشـــتغل ذمة المحيل بشيء، فيكون الحكم الشرعي أنه تشـــتغل ذمة المحيل بأداء المال إذا لم تكن ذمة المحال عليه مشغولة به للمحيل، فإذا كان هذا العدم مجرى الأصل ثبت الحكم الوجودي، وهو اشتغال ذمة المحيل.

(٣) فإذا ثبتت الصحة ثبت اشـــتغال ذمة المحـــال عليه؛ لتوقف الصحة عليـــه، وإذا ثبت ذلك ثبتت براءة ذمة المحيل مـــن مثل المال الذي دفعه المحال عليه للمحتال.

وفي جامع المقاصد، والمسالك، وعن غيرهما: تعارض أصل الصحة مع

ودعوى: أن تقديم قول مدعـــي الصحة(١) إنما هو إذا كان

أصالة براءة ذمـــة المحال عليه، فيبقى مع المحال عليـــه أداء دين المحيل بإذنه، فيرجع عليه[١].

وفي مفتـــاح الكرامة والجواهر: الإشـــكال على ذلك بـــأن أصل الصحة مقدم على أصل البراءة في المقام، وكذلك على جميع الأصول المقتضية للفســـاد، لأخصيـــة دليل حجية أصل الصحة من أدلة حجية الأصول المذكورة، ولو بني على العمل بها لم يبق لأصل الصحة مورد[٢].

نعم، يشـــكل ما ذكر: بأن أصل الصحة وإن اقتضى اشـــتغال ذمة المحال عليـــه، لكن بلحاظ أثر الصحة، لا بلحاظ أثر آخر، فإذا وقع عقد أو إيقاع من مشـــكوك البلوغ، وكان أصل الصحة يقتضي تحقق البلـــوغ، لم يجز ترتيب آثار البلوغ كلية، بل يختص بصحة العقد المذكور.

وكذلك إذا شـــك في الطهارة بعد الفراغ من الصلاة، فإنه لا يترتب على أصالة صحة الصـــلاة إلا الطهارة من حيث الصلاة الواقعـــة، فلا يجوز له أن يصـــلي صلاة أخرى بلا طهارة اعتماداً على أصالة صحة الصلاة المثبتة للطهارة، فلا تثبت الطهارة بلحاظ ســـائر آثارها، كما بنـــى على ذلك المصنف في مباحث الشك من مباحث الخلل، وكذلك غيره ممن سبقه أو لحقه[٣].

(١) هـــذه الدعوى ذكرها في الجواهر معترضاً بها على ما تقدّم منه، ومن مفتاح الكرامة[٤].

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٤٦/ مسالك الأفهام ٤: ٢٢٠/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣١١.

(٢) مفتاح الكرامة ١٦: ٥٢٨/ جواهر الكلام ٢٦: ١٧٢.

(٣) تقدّم في ج ٤ ص ٣٥٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ١٧٣.

النزاع بين المتعاقدين(١)، وهما في الحوالة المحيل والمحتال، وأما المحال عليه فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صحتها.

مدفوعة.. أولاً: بمنع عدم كونه طرفاً، فإن الحوالة مركبة من إيجاب وقبولين.

وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصحة في جعل اعترافه بتحقق المعاملة حجة عليه(٢) بالحمل على الصحة.

نعم، لو لم يعترف بالحوالة، بل ادعى أنه أذن له في أداء دينه، يقدم قوله لأصالة البراءة من شغل ذمته، فبإذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه، ولم يتحقق هنا الحوالة بالنسبة إليه حتى تحمل على الصحة وإن تحقق بالنسبة إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها.

(مسألة ١٠): قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة(٣) ـ حيث

---

(١) لا يخفى أن أصل الصحة لا يختص بطرف العقد، بل يجري بالإضافة إلى كل من هو محل ابتلاء العمل الصحيح، سواء كان أحد طرفي العقد أو غيره.

(٢) لا يتوقف العمل بأصل الصحة على اعترافه، بل إذا ثبت وجود الحوالة وشك في صحتها لزم ترتيب الأثر عليها وإن لم يعترف بها أحد المتنازعين، فإن القاضي الشرعي يجري الأصل المذكور ويعمل عليه في تشخيص المدعي والمنكر وترتيب الأحكام.

(٣) قال في جامع المقاصد: «فرع: لا يرجع المحال عليه مع براءة ذمته إلا بعد الأداء، لأن الحوالة حينئذٍ في معنى الضمان»[١].

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٦٤.

قالوا: «لو أحال عليه فقبل وأدى» فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النـزاع بعـد الأداء ـ أن حال الحوالة حال الضـمان في عدم جواز

وفي المسالك: «وفي قوله ـ (يعني: المحقق في الشرائع) ـ: «أدى ثم طالب» إشـارة إلى أن المحال عليـه مع براءة ذمته لا يرجع عـلى المحيل إلا مع الأداء، كالضامن، لما تقدم من أن هذا القسم بالضمان أشبه»[1].

وفي مفتاح الكرامة: «وليعلم أن المحال عليه إذا كان بريء الذمة لا يرجع على المحيـل إلا بعد الأداء؛ لأن الحوالة حينئـذٍ في معنى الضمان، ولذا عبر في الشرائع وغيرها بالأداء»[2]، وفي الجواهر نحو ذلك[3].

وصريح الجميع: أن الوجه في ذلك المشـابهة بالضمان من أنها نقل للمال من ذمة المحيل إلى ذمة البريء.

وهو كما ترى! فإن هذا النوع من المشـابهة لا يقتضي ثبوت حكم الضمان من دون دليل عليه.

وما أكثر المشابهات بين العقود؟! مع أن لكل واحد منها حكمه لا يتعدى منه إلى غيره مما يشـابهه، فإن الهبة المعوضة تشـبه البيع، ولا يجري عليها حكم البيع، وكذا الصلح المعاوضي، بل عمـوم المعاوضات، مع أن لكل حكمه لا يتعدى منه إلى غيره.

فالتعليل بذلك أشـبه بتخريجات الشـافعية ونحوهم، لا يعوّل عليه في إثبات الحكم الشرعي.

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢٢١.

(٢) مفتاح الكرامة ١٦: ٥٢٩.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٧٢.

مطالبة العوض إلا بعد الأداء، فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل والمحتال، لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء إلا بعد الأداء.

والأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه، إذ كما يحصل به الوفاء(١) بالنسبة إلى دين المحيل بمجرده، فكذا في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له، وحصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئاً.

ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه، إلا أن الإجماع وخبر الصلح دلا على التوقف على الأداء فيه، وفي المقام لا إجماع ولا خبر، بل لم يتعرضوا لهذه المسألة.

وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء، بل وكذا لو أبرأه المحتال أو وفاه بالأقل أو صالحه بالأقل، فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

---

(١) يعني: كما يحصل بالقبول وفاء ذمة المحيل، يحصل اشتغال ذمة المحيل به، فيحصل التهاتر إذا كان له دين على المحال عليه، أو يستقر في ذمته إذا كان المحال عليه بريئاً.

لما قد عرفت من أن من أسباب الضمان عرفاً استيفاء مال الغير، والمحيل هنا قد استوفى مال المحال عليه باشتغال ذمته لإفراغ ذمة نفسه.

لكن في حاشية بعض الأعاظم: أن ما ذكر هو الصحيح، وكذا في كتاب

(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه(١) بمال

الضمان، بدعوى أن استيفاء مال الغير الموجب لضمانه إنما يحصل بالأداء، لا بمجرد الاشتغال[١].

وقد ذكرنا هناك الإشكال فيه: وأن الأداء إنما يكون لمصلحة المحال عليه، لا لمصلحة المحيل، فإن مصلحة المحيل حصلت بمجرد الحوالة، وبها كان فراغ ذمته وصلاح حاله، والأداء له دخل في فراغ ذمة المحال عليه، ولا يرتبط بالمحيل حتى يكون استيفاء له من المحيل[٢].

مع أنه لو سلم ذلك هنا لم يكن فرق بين الحولة على البريء، والحوالة على غيره، وكل من قال باعتبار الأداء خصه بالحوالة على البريء، لأنها في معنى الضمان، ولم يقل به في الحوالة على غيره؛ لأنها ليست كذلك.

وما ذكره قدس سره في حاشيته الأخرى من الفرق بين الحوالة على البريء والحوالة على المديون، بأنه في الحوالة على المديون لو توقف اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه على الأداء لزم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل قبل الأداء وللمحتال معاً[٣].

غير ظاهر، إذ لم يتضح كون ذلك محذوراً حتى يتعين الفرار عنه بالالتزام بفراغ ذمة المحال عليه عن دين المحيل، ويبقى في ذمته دين المحتال لا غير.

ولو سلم فمثله في الإشكال الالتزام باشتغال ذمة المحال عليه بمال الحوالة بلا عوض في الحوالة على البريء، إذ لم يكن ذلك قد أقدم عليه، فلاحظ.

(١) يعني: إذا كان السيد مديناً، فأحال دائنه على عبده المكاتب بلحاظ ما

(١) العروة الوثقى ٥: ٤١٧، ٤٦٧، حاشية الميرزا النائيني قدس سره.

(٢) تقدّم في ج ٢٠ ص ٣٩٨.

(٣) العروة الوثقى ٥: ٤٦٩، حاشية الميرزا النائيني قدس سره.

الكتابة المشروطة أو المطلقة صح، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده، لثبوته في ذمته(١).

والقول بعدم صحته قبل الحلول(٢)، لجواز تعجيز نفسه، ضعيف، إذ غاية ما يكون كونه متزلزلاً، فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار.

واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد(٣)، لعدم ثبوت ذمة اختيارية له، فيكون وجوب الأداء تكليفياً، كما ترى!.

ثم إن العبد بقبول الحوالة يتحرر لحصول وفاء مال الكتابة

عليه من مال الكتابة، صح التحويل.

(١) هذا ما لا إشكال فيه، كما في المسالك[١]، ويقتضيه عمومات الصحة.

(٢) هذا القول حكي عن الشيخ في المبسوط، وعن القاضي متابعته مستدلاً بما ذكر[٢].

(٣) حكي ذلك عن الشيخ أيضاً، كما تقدَّم في كتاب الضمان[٣].

ومقتضاه عدم صحة الحوالة حتى بعد حلول النجم، كما حكي عن الشيخ القول به.

لكن ظاهر الشرائع، وصريح المسالك اختصاص خلاف الشيخ بما قبل حلول النجم[٤].

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢٢١.

(٢) المبسوط ٢: ٣٢٠/ وعن القاضي في مختلف الشيعة ٦: ١٠.

(٣) المصدر السابق ٢: ٣٢٥، وقد تقدّم في ص ٤٥٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٩٠/ مسالك الأفهام ٤: ١٩٣.

بالحوالـــة ولو لم يحصل الأداء منه، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه.

وما عن المســـالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء؛ لأن الحوالة ليســـت في حكم الأداء، بل في حكـــم التوكيل، وعلى هذا إذا أعتقه المولى صح وبطلت الكتابة، ولم يســـقط عن المكاتب مال الحوالة، لأنه صار لازماً للمحتال، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة.

فيه نظر من وجوه(١).

وكأن دعواه أن الحوالة ليســـت في حكم الأداء إنما هي بالنظر إلى ما مر من دعوى توقف شـــغل ذمة المحيـــل للمحال عليه على الأداء، كـــما في الضمان، فهي وإن كان كالأداء بالنســـبة إلى المحيل والمحتال فبمجردها يحصل الوفاء وتبرأ ذمة المحيل، لكن بالنســـبة إلى المحال عليه والمحيل ليس كذلك.

---

(١) **أحدها**: أنه لو كانت الحوالة توكيلاً لم يكن وجه لانتقال المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

ثانيها: أنـــه منافٍ لما ذكره من لزوم المال للمحتـــال، إذ لو كانت توكيلاً فبالعتق ينتفي موضوع التوكيل، فتبطل الوكالة فكيف يبقى المال في ذمة المحال عليه للمحتال؟!

ثالثهـــا: أن لزوم المال للمحتال في ذمة المحال عليه يقتضي اشـــتغال ذمة السيد بمثله للاستيفاء.

وفيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء، فيتحقق بها الوفاء(١).

(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صح، لأن حاله حال الأحرار، من غير فرق بين سيده وغيره.

وما عن الشيخ من المنع ضعيف(٢).

(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح، فيجب عليه تسليمه للسيد(٣) ويكون

---

(١) وحينئذٍ يتحقق الانعتاق، ولا يصح عتق المولى بعد ذلك، حسب ما ذكر في المتن، ولا يصح ما ذكره في المسالك[١].

(٢) استدل له بأن المكاتبة جائزة، فلو اشترى شيئاً من سيده لزمه ثمنه، ومن الجائز فسخ الكتابة؛ لأنها من العقود الجائزة، فيلزم حينئذٍ ثبوت شيء في ذمة العبد لسيده[٢].

وفيه: **أولاً**: منع كونها جائزة.

ولو سلّم وفرض تحقق الفسخ، فإن امتنع ملك المولى شيئاً في ذمة العبد كان ذلك موجباً لانفساخ البيع، لا بطلان البيع مطلقاً من أول الأمر.

ولأجل ذلك لم ينسب المنع إلى أحد سوى الشيخ، فلم يوافقه عليه أحد.

كما أنه بناءً على ذلك فالمسألة من مسائل الكتابة، لا الحوالة.

(٣) أما الصحة: فمقتضى العمومات.

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢٢١.

(٢) المبسوط ٢: ٣٢١.

موجباً لانعتاقه(١)، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا.

(مسألة ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة(٢)، فمع عدم البينة يقدم قول المنكر الحوالة(٣)، سواء كان

وأما وجوب التسليم: فلكونه من لوازمها.

(١) كما ذكره في الجواهر[١]، وقبله في المسالك وغيرها[٢]؛ لأنه بمنزلة الأداء، ولم ينقل خلاف فيه، بل لا ينبغي ذلك، فكأن المراد من أداء مال الكتابة عدم بقائه في ذمة العبد وافراغ ذمة العبد منه، كما إذا أبرأه منه.

(٢) قال في الشرائع: «إذا قال: (أحلتك عليه) فقبض، وقال المحيل قصدت الوكالة، وقال المحتال: إنما أحلتني بما عليك، فالقول قول المحيل، لأنه أعرف بلفظه، وفيه تردد. أما لو لم يقبض واختلفا فقال: (وكلتك)، فقال: (بل أحلتني)، فالقول قول المحيل قطعاً، ولو انعكس الفرض فالقول قول المحتال»[٣].

فاقتصر في تحرير الخلاف على صورة الاتفاق على صدور لفظ التحويل، والمصنف فرض المسألة أولاً في صورة عدم الاتفاق منهما على لفظ بعينه، ثم فرضها ثانياً في صورة الاتفاق على صدور لفظ: (أحلتك) من المحيل، وقد تبع في ذلك القواعد[٤]، غير أنه فيها قدم الفرض الثاني على الأول، وهو أوسع وأنفع.

(٣) كما عن التذكرة، والتحرير، والمبسوط[٥]، بل عن الأخير: أنه لا

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٧٤ ـ ١٧٥.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٢٢٢/ مفتاح الكرامة ١٦: ٥٢٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٩٤.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٦٥ ـ ١٦٦.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٧٩/ تحرير الأحكام ٢: ٥٨١/ المبسوط ٢: ٣١٥.

هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده، وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال(١) وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل، وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال.

ودعوى: أنه إذا كان بعد القبض(٢) يكون مقتضى اليد ملكية المحتال، فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة.

خلاف فيه.

(١) إذا كان المعيار في كون الشخص مدعياً ومنكراً مصب الدعوى، ففي المقام يقتضي ذلك أن يكون الخصمان متداعيين؛ لأن كلاً من الحوالة والوكالة مخالف لأصالة عدمه.

لكن التحقيق: أن المدار في تشخيص المدعي والمنكر هو الغرض المقصود من التداعي، لا مصب الدعوى.

والغرض المقصود هنا هو اشتغال ذمة المحيل للمحتال، واشتغال ذمة المحال عليه للمحيل أو للمحتال والأصل يقتضي بقاء الأول والثاني، وعدم الثالث.

وكل هذه الأصول توافق الغرض من دعوى الوكالة، وتخالف الغرض من دعوى الحوالة، فيكون مدعي الحوالة مدعياً؛ لمخالفة دعواه للحجة، ومدعي الوكالة منكراً؛ لموافقة دعواه للحجة.

(٢) هذه الدعوى ذكرها في الجواهر وجهاً للتردد في تقديم قول المحيل

مدفوعة: بأن مثل هذه اليد لا يكون أمارة على ملكية ذيها(١) فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادعى أنه دفعه أمانة وقال الآخر: دفعتني هبة أو قرضاً، فإنه لا يقدم قول ذي اليد.

هذا كلــه إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأما إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع.

ولو علم أنه قــال: (أحلتك على فلان)، وقــال: (قبلت)، ثــم اختلفا في أنه حوالــة أو وكالــة، فربما يقال: إنــه يقدم قول مدعي الحوالــة(٢)، لأن الظاهر من لفــظ: (أحلت) هو الحوالة

إذا كان يدعي التوكيل، كما ذكر في الشرائع[١].

(١) لما اشتهر من أن ذا اليد إذا ادعى الملكية عن سبب معين كان مدعيا، لأن اليد إنما تدل على الملكية في الجملة ولا تدل على السبب المدعى، فالمدعي له تخالف دعواه الأصل.

لكــن عرفــت أن المدار في كون الخصــم مدعياً هو الغــرض لا مصبّ الدعوى، والغرض هو الملكية لا السبب المعين.

فالعمــدة في عدم حجية اليد في المقام عــدم الدليل على حجية اليد، لأن أدلة الحجية منزلة على الارتكاز العقلائي، وهو يختص بغير هذه الصورة.

(٢) كذا في المسالك، لكن قوّى خلافه[٢].

وفي جامع المقاصد جعله الأصح، وتبعه في الجواهر[٣].

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١٧٥ ـ ١٧٦، وتقدّمت عبارة الشرائع في ص ٥٥٥.

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٢٢٢ ـ ٢٢٥.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٣٧٨/ جواهر الكلام ٢٦: ١٧٥.

المصطلحة(١)، واستعماله في الحوالة مجاز فيحمل على الحوالة. وفيه: منع الظهور المذكور(٢).

خلافاً للمبسوط فذكر أن القول قول مدعي الوكالة[١]، عملًا بالأصول المتقدمة في صدر المسألة.

وفي القواعد: أنه الأقرب[٢]، ومـال إليه في الشرائع، بل قطع به إذا كان الاختلاف بعد القبض، كما تقدَّم في عبارته المحكية[٣].

وفي المسالك: نسبه إلى الشيخ وجماعة[٤].

لكن في مفتاح الكرامة: «لم نعرفهم، ولا وجدنا ناقلاً عنهم»[٥].

ولعل غرض المسالك من ذلك المحقق، والعلامة، وقد أطال في المسالك في تقريبه والدفاع عنه.

(١) ذكر ذلك في جامع المقاصد، وسبقه إلى ذلك في التذكرة، وتبعه على ذلك في الجواهر وغيرها.

(٢) لكن ظاهـر الجماعة الذين ذهبـوا إلى تقديم قـول مدعي الوكالة الاعتراف بذلك، فقد ذكـر في القواعد: أن الأقرب تقديم قول المحيل إذا كان قـد ادعى التوكيل؛ لأنه أعرف بلفظه وقصـده، واعتضاده بالأصل، ثم قال: «ويحتمل تصديق المستحق، عملاً بشهادة اللفظ»[٦].

---

(١) المبسوط ٢: ٣١٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٦٥.

(٣) تقدّمت في ص ٥٥.

(٤) مسالك الأفهام ٤: ٢٢٥، ناسباً الحكم إلى المصنف (يعني: المحقق) وجماعة، فلاحظ.

(٥) مفتاح الكرامة ١٦: ٥٥١

(٦) قواعد الأحكام ٢: ١٦٥.

.....

فهو يعترف بشـــهادة اللفظ بالحوالة ومع ذلك جعل الأقرب تقدم قول مدعي الوكالة.

ونحوه كلام الشـــيخ في المبســـوط، فإن المحكي عنه في الاستدلال على تقديم دعوى المحيل قصد الوكالة: أنه أعرف بلفظه باعتبار اســـتعماله في المعنى الحقيقي وغيره، وكذا هـــو أعرف بما قصده إذ لا يعلم قصده إلا من قبله، وأن قوله معتضد بأصالة بقاء المحيل.

فهو يعترف بـــأن الحوالة حقيقة في معناها، لكن يقبل قول القائل أردت الوكالة.

وبالجملة: فالذي يظهر من كلماتهم الاعتراف بظهور (أحلتك) ونحوه في الحوالة، لكن يقبل قول مدعي الوكالة من جهة الأصل.

وحينئذٍ فالإشـــكال عليه واضح، فإن الأصل لا يجري مع ظهور الكلام عـــلى خلافه، فلا يكون من يوافق قوله الأصـــل منكراً بعد أن كان الأصل غير حجة؛ لمخالفته لظاهر الكلام.

وأما منـــع الظهور الذي ادعاه المصنف رحمه الله: فغير ظاهـــر، إذ التحويل له معنيان: شرعي في الأصل، وحقيقة في عـــرف المتشرعة، وهو نقل المحيل دينه من ذمته إلى ذمة المحال عليه.

وعرفي وفي الأصل لغوي، وهو نقل الشيء من شيء إلى آخر، سواء كان من ذمة إلى أخرى، أم من مكان إلى آخر، أم من حال إلى حال أخر.

فإذا قال المديـــن للدائن: (أحلت دينك على فـــلان) كان حوالة شرعية وعرفية، وإذا قـــال: (أحلتك على فلان) فالمعنى الذي تحـــت الفظ هو الحوالة

. . . . . .

العرفية، لكنه كناية عن الحوالــة الشرعية؛ لأن الدين لما نقل من ذمة المدين إلى غــيره كأنه نقل الدائن من مكان المطالبة إلى مــكان آخر، فهو نظير قولنا: (زيد كثير الرماد) المراد منه كثير الطبخ والكرام.

وأما اســتعماله في الوكالة فهو من المجاز، إذ لا رائحة فيه للنقل للدين، ولا لأثر من آثاره، إذ في التوكيل تسليط على مطالبة غير المدين، فيكون الوكيل قادراً على مطالبة المدين الموكل ومطالبة مدينه، فالوكالة حينئذٍ توسع في سلطان الدائن، لا نقل لمدينه، ولا لسلطانه على المطالبة؛ لأن توكل المدين له على استيفاء دينه لا يمنعه من مطالبته، وإنما يسوّغ له مطالبة المدين لمدينه، مضافاً إلى مطالبة مدينه، فكيف يصح حمله على الوكالة؟! إلا أن تكون من المجازات البعيدة.

ومن ذلك تعرف الإشــكال على ما ذكره في المسالك ـ حيث أشكل على ما ذكره في جامع المقاصد من أن ظهور (أحلتك) في الحوالة مقدم على الأصول التــي توافق الوكالة؛ لأن الأصل الحقيقــة ـ: بأن الوكالة لما كانت تتحقق بكل لفظ يدل على الإذن بطريق الحقيقة، وكانــت الحوالة مؤدية لذلك؛ لأن معنى (أحلتــك) كما يحتمل تحويل المال من ذمة إلى ذمــة، يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال، ففائدتها تســليطه على المحال عليه... إلى آخر ما ذكر في النقض والإبرام في تقريب ما ذكره الشيخ والجماعة[1].

وجــه الإشــكال: أن الوكالة ليس فيهــا تحويل المطالبة مــن المحيل إلى المحتــال، فإن الوكالة لا تمنع من مطالبة المــوكل لمدينه، فإن الوكالة لا توجب انعزال الموكل عن السلطان، فلا تحويل ولا تحول، فلا بد أن يكون من المجاز.

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٢٢٣.

نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأما ما يشتق منها ـ كلفظ: (أحلت) ـ فظهوره فيها ممنوع(١).

كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة، وأما لفظ: (أوصيت) أو (أوصيك بكذا) فليس كذلك(٢).

فتقديم قول مدعي الحوالة في الصورة المفروضة محل منع(٣).

(مسألة ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي بريء، أو مديون للمشتري، ثم بان بطلان البيع، بطلت الحوالة في الصورتين(٤)،

---

(١) فيه نظر، لأن المشتق تابع للمشتق منه ومشارك له في مادة الاشتقاق.

نعم، كان الأولى لـه أن يمنع أن يكون: (أحلتك) مشتقاً من الحوالة، فلعله مشتق من التحويل، وحينئذٍ يتخلص من الإشكال المذكور.

لكن يتوجّه عليه أن اشتقاقه من التحويل لا يصحح استعماله في الوكالة على وجه الحقيقة، لما عرفت من أنه لا تحويل فيه ولا تحول، فيتعين حمله على الحوالة الاصطلاحية بقرينة المورد.

(٢) قد عرفت الإشكال فيه، وأن اللازم حينئذٍ دعوى كون (أوصيت) ونحوه من المشتقات مشتقة من الإيصاء لا من الوصية.

(٣) بل هو المتعين، كما عرفت.

(٤) كما في الشرائع، والقواعد، وجامع المقاصد، والمسالك، وغيرها[1]،

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٥/ قواعد الأحكام ٢: ١٦٤/ جامع المقاصد ٥: ٣٧٢/ مسالك الأفهام ٤: ٢٣٣/ تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٦٨/ مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣١٣/ الحدائق الناضرة ٢١: ٥٧.

لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال.

هذا في الصورة الثانية، وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري محالاً عليه ويجوز الحوالة على البريء، إلا أن المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته(١) لا عليه.

ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده

وعن الفخر في شرحه: الإجماع عليه[١].

وعلل بما في المتن، ومقتضاه بطلان الحوالة من أصلها، وإن كان ظاهر العبارة ـ كعبارة الشرائع والقواعد وغيرهما ـ يقتضي طروء البطلان على الحوالة بظهور بطلان البيع، لا بطلانها من أصلها، فكأنه تسامح في التعبير.

ولذا قال في جامع المقاصد: «وقد كان الأحسن أن يقول: ولو فسد البيع فالحوالة باطلة إذ لم يطرأ بطلانها»، ونحوه في المسالك.

(١) بذلك دفع الإشكال في مفتاح الكرامة، والجواهر[٢].

وفيه: أن الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحال عليه، لا إلى ما في ذمته.

نعم، قد يلحظ ما في ذمته قيداً للتحويل، وقد يلحظ داعياً، وقد لا يلحظ أصلاً، وفي الأول تبطل الحوالة بفقده؛ لانتفاء المقيد بانتفاء قيده، ولا تبطل في الأخيرين؛ لانتفاء المقتضي.

---

(١) عنه في مفتاح الكرامة ١٦: ٥٤٢.

(٢) مفتاح الكرامة ١٦: ٥٤٢/ جواهر الكلام ٢٦: ١٨٥.

فإذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقياً على ملك المشتري، فله الرجوع به ومع تلفه يرجع على المحتال(١) في الصورة الأولى وعلى البائع في الثانية.

(مسألة ١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة، لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن(٢)، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع.

ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده(٣)، فهي تبقى بحالها ويرجع البائع على المشتري(٤) بالثمن.

وما عن الشيخ وبعض آخر(٥) من الفرق بين الصورتين

---

(١) لأنه القابض لغير ماله، وكذا البائع في الثانية.

(٢) هذا يصلح تعليلاً لصحتها حال وقوعها، لا لصحتها حال انفساخ البيع الذي هو محل الكلام.

واللازم تعليل الصحة حينئذٍ بعدم المقتضي للبطلان، كما إذا تصرف أحد المتبايعين ثم وقع الفسخ.

(٣) لاطراد المقتضي للصحة في المقامين.

(٤) هذا من السهو، والصحيح ويرجع المشتري على البائع.

(٥) المحكي عن الشيخ في المبسوط: بطلان الحوالة إذا كان المشتري قد

والحكم بالبطلان في الصورة الثانية ـ وهي ما إذا أحال المشتري البايع بالثمن على أجنبي ـ لأنها تتبع البيع في هذه الصورة، حيث أنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى.

ضعيف، والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة.

نعم هي تبع للبيع حيث أنها واقعة على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين(١).

أحال البائع ثم فسخ البيع؛ لأنها تابعة للبيع، فإذا بطل المتبوع بطل التابع[١].

وعن مجمع البرهان: أن البطلان أقوى[٢].

وفي الشرائع: «إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة، لأنها تتبع البيع، وفيه تردد»[٣].

فيحتمل أن يكون وجه التردد ما ذكره المصنف ـ تبعاً لجماعة ـ من أن الحوالة من العقود اللازمة.

وتبعيتها للبيع في الانفساخ لا مقتضي لها، ويحتمل أن يكون وجه التردد ما سيأتي نقله عن العلامة.

(١) إذ في الصورة الأولى الحوالة واقعة من البائع على الثمن، وفي الصورة الثانية واقعة من المشتري بالثمن، فالثمن موضوع لها في الصورتين معاً.

هذا ولا يخفى أنه في الصورة الثانية لما كان المشتري قد حول البائع بالثمن

---

(١) المبسوط ٢: ٣١٣.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣١٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٩٥.

.....

فالبائـــع يقبض الثمن مـــن المحول عليه، فإذا بطل البيـــع رجع الثمن إلى ملك المشتري.

أما في الصورة الأولى فالبائع حوّل غريمه على الثمن، فالمقبوض للغريم هو الثمن، فإذا بطل البيع بالفســـخ امتنع أن يرجع الثمن المقبوض لغريم البائع إلى المشتري، لأنه ليس ملكاً للبائع، بل هو مضمون على البائع ضمان المعاوضة فيرجع المشتري به على البائع الضامن له لا على غيره.

فيكون الحكم كما إذا اشـــترى البائع بالثمن ثوباً، فإنه لا يرجع الثوب إلى المشتري بالفسخ.

وبالجملة: في الصورة الثانية ينتقل الثمن الذي للبائع على المشـــتري من ذمة المشتري إلى ذمة المحال عليه، فلا تبدل في نفس المال، وإنما التبدل في الذمة، فانتقل من ذمة إلى ذمة، فإذا قبضه البائع من المحال عليه ففسخ البيع رجع نفس المقبوض إلى المشتري؛ لأنه عين الثمن.

وفي الصورة الأولى يكون الثمن الذي في ذمة المشتري قد انتقل إلى غريم البائع، ولم يبق في ملك البائع كي يرجع بالفسخ إلى المشتري، فالتبعية للبيع وإن كانت موجودة في الصورتين، ولكن الكيفية مختلفة.

بل عرفت سابقاً أن الحوالة على غير البريء ليست حوالة على المال، وإنما هي حوالة على الذمة، والمال مأخوذ قيـــداً تارة، وداعياً أخرى، وغير ملحوظ ثالثة كما عرفت، والتبعية تختص بالصورة الأولى لا غير، وفيها أيضاً لا تبعية في الفسخ.

ولذلك قال في الشرائع: «أما لو أحال البائع أجنبياً بثمن على المشـــتري،

وربما يقال ببطلانها(١) إن قلنا إنها استيفاء، وتبقى إن قلنا إنها اعتياض.

والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء، لأنها معاملة مستقلة(٢)، لازمة لا تفسخ بانفساخ البيع، وليس حالها حال

ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث، لم تبطل الحوالة، لأنها تعلقت بغير المتعاقدين»[١].

ونحوه ما في القواعد[٢]، وعن الفخر في شرح الارشاد: الإجماع عليه[٣]، بل عن الشيخ: نفي الخلاف فيه[٤]، وإن تأمل في الحكاية بعض[٥].

(١) ذكر ذلك في القواعد، قال: «ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق، فإن قلنا: إن الحوالة استيفاء بطلت، لأنها نوع إرفاق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الارفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحيحاً ثم فسخ، فإنه يرجع بالصحاح.

وإن قلنا: إنها اعتياض، لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب، فإنه يرجع بالثمن لا الثوب، فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض، ولا يتعين المقبوض، وإن لم يقبضه فله قبضه»[٦].

(٢) هذا خلف، فإنه إذا سلم أنها استيفاء لا تكون معاملة مستقلة في

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٥.
(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٦٤
(٣) عنه في مفتاح الكرامة ١٦: ٥٤٠.
(٤) المبسوط ٢: ٣١٤.
(٥) مفتاح الكرامة ١٦: ٥٤٠.
(٦) قواعد الأحكام ٢: ١٦٤.

. . . . . .

قبال الاستيفاء والاعتياض.

اللهم إلا أن يكون مراده من الاستيفاء الأعم من ذلك، كما يظهر من عبارته.

إلا أنه غير مرادهم من الاستيفاء، كما يظهر من المثال المذكور في القواعد، فإنه من الاستيفاء بالمعنى الخاص.

وقد تقدَّم في كلام جماعة: أنها استيفاء، والمصنف وافقهم على ذلك، وتقدَّمت المناقشة معهم: بأنها لا تكون استيفاء، إذ لم يصل إلى الدائن شيء فلم يكن وفاء، وإنما كان مجرد فراغ ذمة المديون المحيل لا غير[1].

وإن شئت قلت: ليس الحوالة وفاء حال وقوعها، إذ لم يصل إلى الدائن شيء من ماله، ولا حال القبض من المحال عليه، لفراغ ذمته قبل ذلك، وإنما القبض وفاء عما في ذمة المحال عليه لا غير.

كما أنها ليست اعتياضاً، إذ لم تكن معاوضة بين المحيل والمحتال بأن يكون المال الذي في ذمة المحال عليه عوضاً عما له في ذمة المحيل، فإن ذلك غير مقصود، ولا هو مفهوم الحوالة عرفاً.

بل ليس مفهومها إلا نقل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فالثمن الذي في ذمة المشتري للبائع قد انتقل إلى ذمة المحال عليه، فالحوالة تبديل في الذمم لا تبديل في المال، فإن المال باق بحاله وخصوصياته، من دون تغيير فيه ولا تبديل، كالعين الخارجية التي تنقل من صندوق إلى صندوق، ومن ظرف إلى ظرف.

---

(١) تقدّم في ص ٥٤١، وما بعدها.

.....

ولو كانت اعتياضاً جرى عليها حكم بيع الصرف، من لزوم التقابض في المجلس، وجرى عليها حكم بيع الدين بالدين.

فالبائع المحتال يملك الثمن في ذمة المحال عليه، فإذا وقع الفسخ قبل القبض بطلت الحوالة؛ لرجوع الثمن إلى ملك المشتري، وليس للبائع أخذه من المحال عليه، وإذا وقع الفسخ بعد القبض رجع المقبوض إلى ملك المشتري، لأنه الثمن فيرجع إليه بالفسخ.

ولذلك قال في الشرائع تفريعاً على بطلان الحوالة: «فإن لم يكن البائع قبض المال فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري، وإن كان البائع قبضه فقد برئ المحال عليه ويستعيده المشتري من البائع»[1].

وأوضحه العلامة في التذكرة، والشهيد الثاني في المسالك بنحو ما ذكرنا[2]، بل في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له»[3].

وعلى هذا فاللازم القول ببطلان الحوالة إذا وقع الفسخ قبل القبض وصحتها إذا وقع بعد القبض، لأن بطلانها حينئذٍ يقتضي رجوع المقبوض إلى ملك المحال عليه، لا إلى المشتري، ولا يقولون به، ولا مقتضي له، فاللازم التفصيل بين ما قبل القبض فالبطلان، وما بعده فالصحة، لا إطلاق القول ببطلان الحوالة.

بل تمكن المناقشة فيما في الشرائع ـ إذا بطلت الحوالة للفسخ قبل القبض يكون المال باقياً في ذمة المحال عليه للمشتري ـ: بأن بطلان الحوالة يقتضي فراغ

(١) شرائع الإسلام ٢: ٩٥

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٦٨/ مسالك الأفهام ٤: ٢٣٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٨٤.

الوفاء بغير معاملة لازمة، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاء(١)، حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسرة، فإن الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة، بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث أن الحوالة عقد لازم(٢) وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

ذمة المحال عليه، لا اشتغالها بالمحال به للمشتري، فإن ذلك مقتضى الصحة لا البطلان.

(١) في كون ذلك من الوفاء إشكال؛ لأن الوفاء أداء ما في الذمة، والجنس الآخر أجنبي عما في الذمة، فلا يكون أداءً له.

نعم، إذا كان الاختلاف بالصفات مثل الصحاح والمكسرة، والعبد الكاتب وغير الكاتب، يمكن تنازل المشتري عن الوصف فيقبل غير الموصوف، أو تنازل البائع عنه فيدفع غير الموصوف كالصحيح بدل المكسور، فيكون الوفاء بالنسبة إلى الذات.

وهذا المعنى لا يأتي مع اختلاف الذات والاكتفاء بالمالية، فيكون الوفاء بالإضافة إليها لا غير، خلاف ما بنوا عليه من بطلان البيع مع اختلاف الجنس، كما إذا باع عبداً فتبين أنه حيوان، أو باع ذهباً فتبين أنه نحاس، ونحو ذلك، فإن البناء على البطلان يقتضي عدم البناء على تعدد المطلوب في ذلك، بخلاف باب الاختلاف بالصفة.

وعلى هذا فلو بطل البيع رجع المشتري بالمسمى، لا ببدله.

(٢) اللزوم في نفسه لا ينافي الانفساخ بذهاب الموضوع وانتفائه.

(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال داينه عليه ليدفع إليه بـما عنده فقبل المحتال والمحال عليه، وجب عليه الدفع إليه(١)، وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة(٢).

وإذا لم يدفـع له الرجوع على المحيل لبقاء شـغل ذمته، ولو لم يتمكن من الاسـتيفاء منه ضمن الوكيـل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً إليه، للغرور(٣).

---

(١) جواز الدفع من جهة الإذن معلوم، أما وجوبه فغير معلوم إذا أمكن الدفع إلى المالـك في ذلك الزمان، أو فيما قبلـه، إذ الوكيل ممنوع من التصرف في المال بغير إذن مالكه، وكـما يمكن الفرار عن ذلك بالدفع إلى المحتال يمكن بإرجاعه إلى المالك.

نعم، إذا تعذر الدفع إلى المالك حينئذٍ وجب الدفع إلى المحتال، لئلا يلزم التصرف في مال المالك بغير إذنه، وحينئذٍ لا يتوقف وجوب الدفع على قبوله الحوالة.

(٢) لعدم انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

(٣) فإن قاعدة الغرور شاملة للمقام، ومجرد عدم وجوب الوفاء بالوعد والقبـول لا يمنع من صـدق الغرور، فإن الغرور لم يكن مسـتنداً إلى وجوب الوفاء، بل مستنداً إلى الثقة بالوفاء بالوعد، كما لعله ظاهر.

والحمد لله رب العالمين كما هو أهله، والصلاة والسلام على رسوله الكريم وأهل بيته الطاهرين.

انتهى الكلام في ثامن شعبان المكرم، في السنة الثانية والثمانين بعد الألف والثلاثمائة من الهجرة النبوية، على صاحبها أفضل السـلام وأكمـل التحية.

محتويات الكتاب

فصل في احكام الشركة

تعريف الشركة وأقسامها ٧

الكلام في أن المزج القهري هل يوجب الشركة الواقعية الحقيقية أولا؟ ٨

تحقيق الكلام في الشركة العقدية وفي مفادها ١٦

الكلام في أنحاء الشركة من حيث كونها بنحو الإشاعة أو بنحو الكلي في العين أو غيرهما ٢٠

الكلام في اشتراط الشركة العقدية بأن تكون في الأعيان دون الديون والمنافع، مع بيان بعض الطرق التي يمكن بها حصول الاشتراك في المنافع ٢٣

الكلام في شركة الأعمال أو الأبدان ٢٤

الكلام في حكم شركة الوجوه وفي معناها ٢٦

الكلام في شركة المفاوضة ٣١

إذا استؤجر اثنان لعمل واحد بأجرة معلومة صح، ولا يكون ذلك من شركة الأعمال. مع الكلام في كيفية قسمة الأجرة بينهما مع اشتباه عمل كل منهما ٣٢

إذا اشتركا في قلع شجرة أو حيازة أرض أو نحو ذلك اشتركا فيما يحصل لهما. مع الكلام في كيفية استحقاق كل منهما مع اختلاف عملهما ٣٤

يشترط في الشركة العقدية الشروط العامة في العقود. مع الكلام في اعتبار مزج المالين فيها ٣٥

يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع الكلام فيما لو اشترطا ما يخالف ذلك ٤٠

لا يجوز لكل من الشريكين التصرف إلا بإذن الآخر أو باشتراطه ذلك في العقد ٥٠

العامل من الشريكين أمين لا يضمن ٥١

تحقيق الكلام فيما اشتهر من أن الشركة من العقود الجائزة ٥٢

الكلام فيما لو اشترط في الشركة التأجيل ٥٦
إذا ادعى أحدهما على الآخر الخيانة لم يقبل منه إلا بالبينة ٥٨
إذا ادعى العامل من الشريكين التلف قبل قوله ٥٨
مبطلات الشركة العقدية ٥٨
إذا تبين بطلان الشركة ٥٩
إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً وادعى أنه اشتراه لنفسه وادعى الآخر أنه اشتراه بالشركة ٦١

كتاب المزارعة

تعريف المزارعة ٦٥
المزارعة مشروعة بل مستحبة ٦٦
يشترط في المزارعة أمور:
الأول: الايجاب والقبول، ويكفي فيهما كل ما يدل عليهما ٦٩
الكلام في إنشاء المزارعة بالأمر، مع بيان أن الامر قد يقوم مقام القبول وإن لم يكن قبولا ٦٩
الكلام في تقديم القبول على الايجاب ٧٤
يصح الايجاب من المالك والزارع ٧٥
تجري المعاطاة في المزارعة. ولا تلزم إلا بالشروع في العمل ٧٦
الثاني: الشروط العامة في العقود من البلوغ والعقل وغيرهما ٧٧
الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما ٧٧
الرابع: أن يكون النماء مشاعاً بينهما، فلو اشترطا اختصاص أحدهما بمعين لم يصح ٧٨
الخامس: تعيين الحصة بالنصف أو الربع أو غيرهما ٧٨
السادس: تعيين المدة مع كونها بمقدار يبلغ فيه الزرع. مع تفصيل الكلام في الحاجة إلى تعيين المدة ٧٨
السابع: قابلية الأرض للزرع ولو بعلاج ٨٢
الثامن: تعيين المزروع إلا أن يراد التعميم ٨٣
التاسع: تعيين الأرض ولو بنحو الكلي في المعين ٨٣
العاشر: تعيين كون البذر وغيره من المصارف على أي منهما ٨٤
لا يعتبر في المزارعة ملكية المزارع للأرض، بل يكفي سلطنته عليها بإجارة أو نحوها، مع الكلام في المزارعة على الأراضي الخراجية ٨٦
إيقاع المزارعة بالاذن في الزرع أو بنحو الجعالة ٨٨
المزارعة من العقود اللازمة. مع بيان جملة مما يقتضي بطلانها ٩١
لا تبطل المزارعة بموت المالك، أو العامل إذا لم يشترط مباشرته بالعمل ٩٢

حكم المزارعة المعاطاتية والاذنية ٩٣
استعارة الأرض للمزارعة ٩٥
إذا شرط أحد هما على الآخر مع الحصة شيئاً من ذهب أو فضة لزم، وليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل . ١٠١
حكم اشتراط مقدار معين من الحاصل لأحدهما، مع الكلام في أن قراره مشروط بسلامة الحاصل أو لا، وكذا الكلام في استثناء مقدار البذر أو النفقة أو ما يأخذه السلطان ١٠٤
إذا انتهت مدة المزارعة والزرع باق لم يبلغ ١٠٤
الكلام فيما لو ترك العامل الزرع بعد تسليم الأرض إليه حتى انتهت المدة، مع الكلام في مفاد عقد المزارعة وأنه تمليك المنفعة أو مجرد البذل أو غيرهما، وفي أن الأعمال لا تكون مضمونة بالتفويت ١٠٩
إذا امتنع المالك من تسليم الأرض ١١٦
إذا غصبت الأرض بعد عقد المزارعة... ١١٨
إذا زرع العامل غير ما عينه المالك..... ١٢٠
لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً مع إمكان تحصيله بعلاج أولا وكان العامل عالماً بالحال أو جاهلا به. أو استأجر للزراعة أرضاً كذلك ١٣١
لا بد من تعيين من عليه البذر. مع تحقيق مقتضى الاطلاق لو لم يعين صريحاً. وكذا الكلام في غير البذر من النفقات..... ١٣٥
الكلام في عقد المزارعة بين أزيد من اثنين ١٣٨
الكلام في مزارعة العامل غيره على تمام حصته، أو باشراكه فيها، وفي تسليم الأرض إليه لو زارعه ١٤١
إذا تبين بطلان عقد المزارعة قبل الشروع في العمل أو بعده. قبل حصول الحاصل أو بعده ١٤٥
هل مفاد عقد المزارعة اشتراكهما في الحاصل بعد ظهوره، أو ظهوره بنحو يكون مشتركاً بينهما ؟ ١٤٨
إذا حصل ما يوجب بطلان العقد في الأثناء قبل ظهور الثمر أو قبل بلوغه... ١٥١
إذا حصل الفسخ بتقايل ونحوه في الأثناء قبل ظهور الثمر ١٥٢
فذلكة: في بيان حاصل المسائل السابقة . ١٥٥
إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة ١٥٦
إذا تبين بعد العقد أن البذر مغصوب... ١٥٨
إذا تبين بعد العقد أن العامل عبد غير مأذون ١٥٩
خراج الأرض على صاحبها، وكذا جميع ما يصرف على إثبات اليد عليها ويجوز اشتراط قيام العامل بها. مع الكلام في حكم الشرط المذكور لو

كانت مما يقبل الزيادة والنقصان ١٦٠
لابد من تعيين من يقوم بالمؤن التي يتوقف عليها الزرع كشق الأنهار، مع الكلام في مقتضى الاطلاق ١٦٢
حكم ما يأخذه المأمورون من الزراع ظلماً ١٦٤
يجوز لكل من المالك والزارع الخرص على الآخر هنا وفي بيع الثمار. مع الكلام في حقيقة الخرص ومفهومه ١٦٤
هل يحتاج الخرص إلى الصيغة ؟ ١٧٣
شروط الخرص ١٧٣
هل يكون قرار معاملة الخرص مشروطاً بسلامة الحاصل ؟ ١٧٥
هل يجوز للأجنبي خرص حصة أحد المزارعين أو كليهما ١٧٦
يجب على كل من المزارعين الزكاة إذا بلغت حصته النصاب ١٧٧
إذا بقيت أصول الزرع في الأرض بعد القسمة فنبتت في العام الثاني ١٧٧
إذا اختلفا في قدر المدة أو الحصة ١٨٠
إذا اختلفا في تعيين كون البذر أو العوامل على أي منهما ١٨٤
إذا ادعى المالك المزارعة وادعى الزارع العارية ١٨٥
تحقيق حال حكم الحاكم لرفع الخصومة إذا كان مخالفاً لكلا الدعويين ١٨٩.
هل للمالك الامر بقلع الزرع إذا لم تثبت المزارعة ؟ ١٩١
إذا ادعى المالك الغصب وادعى الزارع المزارعة ١٩٢
في الموارد التي يجوز للمالك قلع الغرس
هل يشترط عدم تضرر حق الزكاة ؟ ١٩٣
يجوز لمن بيده الأرض الخراجية تسليمها لغيره على أن يزرعها ويؤدى عنه خراجها ١٩٤

مسائل متفرقة

الأولى: هل يضمن العامل لو قصر في تربية الزرع فقل الحاصل ؟ ١٩٥
الثانية: فيما إذا ادعى المالك على العامل المخالفة لما شرط عليه أو تقصيره في العمل ١٩٥
الثالثة: فيما إذا ادعى أحدهما اشتراط شيء في العقد وأنكر الآخر ١٩٧
الرابعة: فيما إذا ادعى أحد هما الغبن ١٩٧
الخامسة: في حكم مزارعة متولي الوقف، أو البطن السابق مدة طويلة تزيد على عمره. مع الإشارة إلى حكم الإجارة ١٩٧
السادسة: يجوز مزارعة الكافر مزارعاً كان أو زارعاً ٢٠٠
السابعة: فيما تعرضت له الاخبار من النهي عن جعل ثلث للبذر وثلث للبقر وثلث لصاحب الأرض ٢٠٠
الثامنة: بعد تحقق المزارعة يجوز أن

يصالح أحد هما صاحبه عن حصته بمقدار معين من جنس الحاصل أو غيره ٢٠١

التاسعة: لا يعتبر في الأرض إمكان زرعها في السنة الأولى، بل يكفي إمكان زرعها في مدة المزارعة وإن كانت طويلة، وحكم ما لو اشترط اختصاص العامل بالحاصل في السنين الأولى واشتراكهما فيه في السنين المتأخرة ٢٠٢

العاشرة: في بعض ما ورد من الأدعية المأثورة وغيرها عند الزرع ٢٠٣

كتاب المساقاة

تعريف المساقاة ٢٠٧

مشروعية المساقاة ٢٠٨

يشترط في المساقاة أمور:

الأول: العقد. ويكفي فيه كل دال على المقصود حتى المعاطاة ٢٠٩

الثاني: البلوغ والعقل والاختيار ٢١١

الثالث: عدم الحجر لسفه أو فلس ٢١٢

الرابع: كون المساقي مالكاً للأصول عيناً أو منفعة أو ولياً عليها ٢١٢

الخامس: كون الأصل معينة معلومة للمتعاقدين ٢١٢

السادس: كون الأصول ثابتة مغروسة، فلا تصح في الودي غير المغروس على كلام ٢١٣

السابع: تعيين المدة، مع الكلام في كيفية التعيين ٢١٤

الثامن: أن تكون قبل بلوغ الثمر، فلا تصح بعده وإن احتاج إلى عمل كالقطف على كلام ٢١٦

التاسع: تعيين الحصة وإشاعتها على تفصيل وكلام ٢١٨

العاشر: تعيين ما على العامل والمالك من الأعمال، مع الإشارة إلى مقتضى الاطلاق ٢٢٠

الكلام في صحة المساقاة بعد ظهور الثمر قبل بلوغه ٢٢١

الكلام في صحة المساقاة على ما لا ثمر له وانما ينتفع بورقه ٢٢٣

الكلام في صحة المساقاة على أصول غير ثابتة كالبطيخ ٢٢٤

تصح المساقاة على شجر لا يحتاج إلى سقي إذا كان محتاجا إلى عمل آخر ٢٢٧

تصح المساقاة على فسلان مغروسة غير مثمرة إذا كانت المدة طويلة تكون فيها مثمرة ٢٢٨

طريق تصحيح المعاملة على فسلان غير مغروسة ٢٢٨

المساقاة لازمة لا تبطل إلا بالتقابل أو الفسخ بخيار مستحق ٢٢٩

لا تبطل المساقاة بموت أحد الطرفين

بل ينتقل الحق إلى التركة ٢٣٠
الكلام في الضابط الذي يقتضيه إطلاق العقد للأعمال التي يقوم بها العامل والمالك ٢٣٢
لو اشترطا كون تمام الأعمال على المالك لم يصح مع بيان ما يصح اشتراطه على المالك ٢٣٥
حكم مخالفة العامل بترك ما يجب عليه من الأعمال ٢٣٧
تحقيق حال الشرط في إفادته تمليك العمل المشروط وعدمها، وكذا النذر، وفي أنه على تقدير كونه مملوكاً هل يضمن بالقيمة على تقدير المخالفة ؟ ٢٣٩
حكم اشتراط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه ٢٤٢
لا يجب على العامل مباشرة العمل بنفسه بل له أن يستأجر، وحكم ما لو اشترط على المالك المشاركة في الأجرة، أو اختصاصه بها ٢٤٥
إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد وكان جميعه للمالك، مع الكلام في ضمانه أجرة المثل للعامل ٢٤٨
إذا اشتمل البستان على أنواع من الثمر لم يجب معرفة مقدار كل منها على كلام ٢٥١
يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر، مع الكلام في لزوم العلم بمقدار كل نوع حينئذ ٢٥١
لو ساقاه بالنصف إن سقي بالناضح وبالثلث إن سقي بالسيح فهل يصح العقد؟ ٢٥٣
يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضة مضافاً إلى الحصة، والمشهور كراهة ذلك للمالك من دون أن يتضح المستند. مع الكلام في أن قرار ذلك مشروط بسلامة الحاصل أو لا ٢٥٥
لو جعل المالك للعامل مع الحصة من الثمر حصة من الأصول هل يصح العقد أولا ؟ ٢٦٣
إذا تبين في أثناء المدة عدم خروج الثمر فهل يجب على العامل إتمام الأعمال المجعولة عليه ؟ ٢٦٧
يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل بحصة من الثمرة أو بتمامها مطلقا، إلا إذا كان قبل ظهور الثمرة عاماً واحداً بلا ضميمة ففيه كلام ٢٦٧
في أحكام بطلان عقد المساقاة ٢٧٠
يجوز في عقد المساقاة على اشتراط مساقاة أخرى على شجر آخر. مع الكلام في معنى البيع في بيعين ٢٧٤
يجوز تعدد المالك أو العامل أو كليهما ... ٢٧٥

أحكام امتنـــاع العامل عن العمل بعد وقوع عقد المســـاقاة. مـــع الكلام في استحقاق المالك الفسخ بامتناعه. وفي الفرق بينه وبـــين البيع الذي لا يشرع فيه الفســـخ بامتناع أحد المتبايعين من تسليم ما عنده..... ٢٧٦

بعض الـــكلام في مقدار ولاية الحاكم وغيره على الاجبار في المقام ٢٧٨

إذا قام غـــير العامل بأعمال المســـاقاة متبرعاً عنه أو عن المالك ٢٨٢

أحكام فسخ المالك عند امتناع العامل عن العمل ٢٨٣

إذا استأجر المالك عن العامل الممتنع من يقـــوم عنه بالعمـــل فهل يعتبر في جواز رجوعه عليه بالأجرة الاشـــهاد أولا ؟ مـــع الكلام فيمـــن يقبل قوله منهما مع عدم الاشـــهاد لو اختلفا في التبرع أو في مقدار الأجرة ٢٨٤

إذا تبين أن الأصول مغصوبة ٢٨٧

الكلام في أدلـــة قاعدة: المغرور يرجع على من غره ٢٩٢

الكلام في حكم مساقاة العامل غيره.... ٢٩٥

خراج السلطان على المالك ٢٩٩

مقتـــضى عقد المســـاقاة ملكية العامل لحصته من حين ظهور الثمر، لا حين القســـمة، ويمكن جعل العقد بنحو يقتـــضي ملكيته حينها مع بيان ثمرات ذلك ٣٠٠

الـــكلام في وجوب الزكاة على العامل هنا وفي المزارعة. وفي وجه خلاف ابن زهرة للمشهور في المقام ٣٠٢

المرجـــع عند النـــزاع في وقـــوع عقد المســـاقاة، أو صحته، أو في اشـــتراط شيء على أحد هما، أو في قدر المدة، أو الحاصل، أو في مقدار حصة العامل أو سرقته أو خيانته أو تفريطه ٣٠٦

إذا ثبتت خيانة العامـــل فهل للمالك رفع يده عن الثمرة ؟ ٣٠٨

الكلام في المغارسة التي ادعي الاجماع عـــلى بطلانهـــا، وفي أحكامهـــا على تقدير البطلان. مع بيـــان الضابط في ضمان أجرة عمل العامـــل في العقود الفاسدة..... ٣١٠

المعيار في الأرش الذي يضمنه المالك للعامل لو أراد قلع غرســـه على تقدير بطلان المعاملة..... ٣١٧

بيان بعـــض العقـــود الصحيحة التي تثمر ثمرة المغارسة ٣٢١

إذا أوقـــع شـــخصان عقد المغارســـة ولم يعلم أنه عـــلى الوجه الصحيح أو الباطل حمل على الصحيح..... ٣٢٢

بعض مـــا ورد من الأدعيـــة المأثورة وغيرها عنـــد تلقيح النخل أو الغرس أو الزرع ٣٢٤

كتاب الضمان

معنى الضمان لغة واصطلاحاً ٣٢٧
يشترط في الضمان أمور:
الأول: الايجاب ٣٣٠
الثاني: القبول من المضمون له على كلام في اعتباره وأن المعتبر إنما هو رضاه من دون أن يكون قبولاً عقدياً ... ٣٣١
تحقيق مفاد عقد الضمان، وأنه ايقاعي أو عقدي ٣٣٣
لا يعتبر رضا المضمون عنه. ولو استلزم الضرر أو الحرج عليه لم يصح .. ٣٣٦
الثالث: كمال الضامن والمضمون له بالبلوغ والعقل، دون المضمون عنه. نعم لو أذن غير الكامل في الضمان عنه لم يرجع الضامن عليه..... ٣٣٦
الرابع: كون الضامن مختاراً فلا يصح ضمان المكره..... ٣٣٨
الخامس: عدم التحجير على المضمون له لسفه أو فلس، أو على الضامن لسفه، ولا بأس بكونه مفلسا ولكن لا يشارك المضمون له حينئذ الغرماء، ولا بأس بكون المضمون عنه سفيها أو مفلساً لكن لا يجوز الرجوع عليه لو أذن في الضمان..... ٣٣٨
السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه على المشهور . ٣٣٩
إذا أذن المولى للعبد في الضمان صح، وهل يكون الضمان في ذمته أو في ذمة المولى ؟..... ٣٤١
السابع: التنجيز في الضمان على المشهور، مع الكلام في تنجيز الضمان مع تعليق الوفاء ٣٤٧
الثامن: ثبوت الذين المضمون في ذمة المضمون عنه على المشهور، سواه كان مستقراً أم متزلزلا، مع الإشارة إلى حال بعض الضمانات العرفية ٣٥٢
التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه، على ما قد يظهر منهم ٣٥٦
العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه واقعاً، ولا يضر الجهالة بالشخص ٣٥٧
لا يعتبر العلم بمقدار الدين ولا بجنسه ٣٦٠
الضمان يقتضي انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن لا ضم ذمة أحدهما إلى ذمة الآخر، مع الكلام فيما لو صرحا بالضمان على نحو ضم ذمة إلى أخرى. وفي ضابط مخالفة الشرط للكتاب ٣٦٥
إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن أو المضمون عنه..... ٣٦٩
الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له. ولو جهل المضمون

عنه باعسار الضامن حين الضمان كان له الفسخ ٣٧١

يجوز اشتراط الخيار في الضمان. مع بيان الضابط في صحة الشرط المذكور وفي صحة الإقالة في جميع العقود ٣٧٦

إذا تبين كون الضامن مملوكا وكان الضمان في ذمته يتبع به بعد العتق بثبت الخيار للمضمون له ٣٧٨

يصح ضمان الدين الحال مؤجلاً والمؤجل حالا، مع الكلام في أن الرجوع على المضمون عنه بعد الأداء تابع لأجل الدين أو لأجل الضمان أو للأداء على تفصيل في فروع ذلك وصوره ٣٧٩

إذا ضمن بغير اذن المضمون عنه برئت ذمته وليس له الرجوع عليه بعد الأداء . ٣٩٠

لو قال المضمون عنه للضامن بغير إذنه : (أد ما ضمنت عني وارجع به علي)، فهل له الرجوع عليه بما أدى مع الكلام في صور استيفاء عمل الغير والضابط في ضمانه ٣٩١

إذا ضمن بإذن المضمون عنه فله الرجوع عليه بمقدار ما أدى فقط بعد الأداء. مع الكلام في حكم مطالبته قبل الأداء من حيث القواعد العامة والأدلة الخاصة ٣٩٥

لو حسب المضمون له الدين على الضامن من الحقوق الشرعية أو الصدقات فهل للضامن الرجوع به على المضمون عنه أو لا؟ ٤٠١

حكم ما لو باعه أو صالحه عن الدين بما يساوي أقل منه ٤٠٢

إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل الأداء فهل يقع وفاء أو لا؟ ٤٠٤

إذا أمر الضامن المضمون عنه بالوفاء عنه فوفى برئت ذمتهما معاً. وكذا لو وفي عنه بغير إذنه ٤٠٦

إذا ضمن عن الضامن شخص فدفع ليس له الرجوع على المضمون عنه الأول ٤٠٨

ضمان الدين بأقل منه أو بأكثر منه ٤٠٩

يجوز الضمان بغير جنس الدين، كما يجوز الوفاء به، وحكم الرجوع على المضمون عنه حينئذ ٤١٠

في الضمان بشرط الرهانة بنحو شرط الفعل وبنحو شرط النتيجة. مع تحقيق حال شرط النتيجة ٤١٠

إذا كان على الدين المضمون رهن فهل ينفك بالضمان ؟ ٤١٣

صور اشتراط الضمان في مال معين وأحكامها، مع التعرض إلى حكم تخلف القيد في العقد ٤١٤

إذا أذن المولى للعبد في الضمان في كسبه فهو من اشتراط الضمان في مال

معين إن قلنا برجوعه إلى ضمان المولى وإلا فلا ٤٢٢

إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد دفعة أو على التعاقب، مع الكلام في انشغال ذمم متعددة بمال واحد، وفي كيفية انشغال الذمم في تعاقب الأيدي.. ٤٢٢

إذا كان لرجل على شخصين مال فضمن كل منهما ما على الآخر باذنه صح مع رضا الدائن، ولو رضي بأحدهما صح خاصة وانشغلت ذمته بكلا المالين مع التعرض لحكم ما إذا دفع مالا ولم يعينه لوفاء أحد هما ٤٢٩

لا يشترط علم الضامن بالدين حين الضمان فلو ضمن ما يشك في ثبوته صح واحتاج إلى إثبات، ومنه ما إذا قال: (علي ما تشهد به البينة) على كلام..... ٤٣٤

يجوز الدور في الضمان بأن يضمن المضمون عنه على الضامن ٤٤٢

إذا كان المديون فقيراً فهل يجوز الضمان عنه من الحقوق الشرعية ؟..... ٤٤٣

إذا كان الدين من الحقوق فهل يصح ضمانه للحاكم الشرعي أو للفقير ؟ ٤٤٤

حكم ضمان الشخص في مرض موته تبرعا أو بإذن المديون ٤٤٥

حكم ضمان ما يعتبر مباشرة المديون له، وضمان الكلي في المعين ٤٤٦

ضمان النفقة الماضية والحاضرة والمستقبلة للزوجة والرحم مع الكلام في كيفية استحقاق النفقة ووقته ٤٤٧

يجوز ضمان مال الكتابة ٤٥٥

هل يصح ضمان مال الجعالة ومال السبق والرماية قبل العمل ؟..... ٤٥٩

الكلام في ضمان الأعيان المضمونة، وفي حقيقة ضمانها شرعا، وفي ضمان الأعيان غير المضمونة ٤٦١

ضمان درك الثمن للمشتري لو ظهر بطلان البيع فسخ بعيب أو غيره ٤٧٠

ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لو ظهر المبيع مستحقاً للغير فقلع ٤٧٩

إذا قال عند خوف الغرق أو بدونه (الق متاعك في البحر وعلي ضمانه) ٤٨٤

تتمة

في مسائل النزاع

صور اختلاف المضمون له والمضمون عنه ٤٨٩

صور اختلاف الضامن والمضمون له... ٤٩٢

صور اختلاف الضامن والمضمون عنه . ٤٩٣

إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفي الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر، وحكم ما لو أنكر الضامن الضمان وادعى اذن الميت في الأداء عنه مع الكلام في

المقاصة في الذميات ٤٩٥
إذا ادعى الضامن الوفاء وانكر المضمون له وحلف ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه إلا أن يصدقه، وتقبل شهادة المضمون عنه في حقه إلا مع التهمة ٥٠٠
إذا أذن المديون لشخص في وفاء دينه فوفاه جاز رجوعه عليه ٥٠١

كتاب الحوالة

تعريف الحوالة ٥٠٧
يشترط في الحوالة ـ مضافاً إلى الشرائط العامة ـ أمور:
الأول: الايجاب من المحيل والقبول من المحتال على ما ذكروه، مع الكلام في المحال عليه واحتمال تركب العقد من إيجاب وقبولين، واحتمال كون الحوالة من الإيقاع ٥٠٩
الثاني: التنجيز على المشهور ٥١٤
الثالث: رضا المحيل والمحتال، مع الكلام في اعتبار رضا المحيل لو تبرع المحال عليه بالحوالة على نفسه. وفي اعتبار رضا المحال عليه ٥١٥
الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل على المشهور ٥٢١
الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً على المشهور ومعيناً واقعاً، مع الكلام في ما لو أحال الدينين بنحو الواجب التخييري . ٥٢٤
السادس: تساوي المالين المحال به والمحال عليه على تفصيل ٥٢٦
لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً أو منفعة أو عملاً، مثلياً أو قيمياً... ٥٣١
إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وان لم يبرئه المحتال ٥٣٤
لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على ملي. ٥٣٦
الحوالة لازمة، إلا مع اعسار المحال عليه وجهل المحال به فله الفسخ ٥٣٧
تصح الحوالة على البريء وليست ضماناً ٥٤١
يجوز اشتراط خيار الفسخ للمحيل والمحتال والمحال عليه ٥٤٣
يجوز الدور والترامي في الحوالة ٥٤٤
لو تبرع شخص عن المحال عليه أو ضمن عنه برئت ذمته ٥٤٥
لو طالب المحال عليه المحيل بما أداه فادعى المحيل أنه كان له عليه مال..... ٥٤٥
يجوز مطالبة المحال عليه للمحيل بمال الحوالة قبل أدائه للمحتال ٥٤٨
يجوز للسيد أن يحيل على مكاتبه بدينه قبل حلول النجم وبعده ٥٥١
لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صح..... ٥٥٤

لو كان للمكاتب دين على شخص فأحال سيده عليه من مال المكاتبة صح ٥٥٤
إذا اختلفا في أن الواقع حوالة أو وكالة ٥٥٥
إذا أحال البائع من له عليه دين على المشـــتري بالثمن، أو أحال المشتري البائع بالثمن
على أجنبي، ثم بان بطلان البيع، أو كان صحيحاً ثم فسخ بخيار أو إقالة..... ٥٦١
إذا أحال دائنه على وكيله أو أمينه وجب عليهما الدفع ولا يكون من الحوالة المصطلحة..... ٥٧٠
محتويات الكتاب ٥٧١