

الكتاب: مستمسك العروة
المؤلف: السيد محسن الحكيم

الجزء: ١٣

الوفاة: ١٣٩٠

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق:

الطبعة:

سنة الطبع: ١٤٠٤

المطبعة:

الناشر: منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي - قم - إيران

ردمك:

ملاحظات:

ومن يسلم وجهه إلى الله وهو محسن فقد استمسك بالعروة الوثقى
قرآن الكريم
مستمسك
العروة الوثقى
تأليف
فقيه عصره آية الله العظمى
السيد محسن الطباطبائي الحكيم
قدس سره
الجزء الثالث عشر

منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي
قم - إيران ١٤٠٤ هـ ق

(٢)

فصل في أحكام الشركة
وهي عبارة عن كون شئ واحد لاثنين أو أزيد ملكا
أو حقا (١). وهي (إما واقعية قهرية) كما في المال أو الحق
الموروث (وإما واقعية اختيارية) من غير استناد إلى عقد
كما إذا أحيي شخصان أرضا مواتا بالاشتراك، أو حفرا بئرا،

أو اغترف ماء، أو اقتلعا شجرا (وإما ظاهرية قهرية) (١) كما
إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما - ولو بفعل أجنبي - 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 يقصد الشركة فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله (٢). وأما الاختلاط

مع التميز فلا يوجب الشركة ولو ظاهرا (١)، إذا مع الاشتباه (٢)

(٩)

مرجعه الصلح القهري (١) أو القرعة (وإما واقعية) مستندة إلى عقد غير عقد الشركة، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها (٢) (وأمّا واقعية) منشأه بتشريك أحدهما الآخر في ماله كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه. ويسمى عندهم بالتشريك. وهو صحيح لجملة من الأخبار (٣) (وإما واقعية) منشأه بتشريك كل منهما الآخر في ماله. ويسمى هذا بالشركة العقدية ومعدود

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

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

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

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

بنحو الكلي في المعين (١)، وقد تكون على وجه يكون كل من

(١٣)

الشريكين أو الشركاء مستقلا في التصرف، كما في شركة
الفقراء في الزكاة (١) والسادة في الخمس (٢) والموقوف عليهم

(١*) التوبة: ٦٠.
(٢*) الأنفال: ٤١.

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

مثلا. ولو أراد ذلك (١) صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلا وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار. وكذا لا تصح شركة الأعمال (٢) وتسمى شركة الأبدان أيضا وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركا بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلا، أو كان عمل أحدهما الخياطة والآخر النساجة، وسواء كان ذلك في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما. ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا

*١) حكي في المختلف عن ابن الجنيدي شركة الوجوه. ورده بما ذكره في المتن، فهو لم يستدل بما في المتن على البطلان شركة الأعمال بل على بطلان شركة الوجوه. وأما شركة الأعمال فقد حكي في المختلف عن ابن الجنيدي كلاما ظاهرا في بطلاتها وفاقا المشهور، ومن ثم لم يستدل على بطلاتها. راجع المختلف الجزء: ٢ الصفحة: ٢١.

بنصف منفعة أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين (١) وصالحه الآخر أيضا (٢) نصف منفعته بذلك العوض ولا تصح أيضا شركة الوجوه (٣)، وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما (٤) بعقد الشركة على أن يتناع كل منهما في ذمته إلى أجل (٥) ويكون ما يتناعه بينهما فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما. وإذا أراد ذلك على

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

(١٩)

لهما وفي ذمتهما. وشركة المفاوضة أيضا 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. 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 شيئاً واحداً بإزاء أجرتهما. ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما فإن احتمل التساوي حمل عليه، لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر (٦)، وإن علم

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

(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية واحدة أو نصبوا معا شبكة للصيد أو أحيايا أرضا معا، فإن ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي، وإلا فلكل منهما بنسبة عمله بحسب القوة والضعف (٣). ولو اشتبه الحال فكالسؤال السابقة (٤).

وربما يحتمل التساوي مطلقا (١)، لصدق اتحاد فعلهما في
السببية واندراجهما في قوله: من حاز ملك. وهو كما ترى (٢).
(مسألة ٤): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم (٣)
في الشركة العقدية - مضافا إلى الايجاب، والقبول، والبلوغ
والعقل، والاختيار، وعدم الحجر لفلس أو سفه - امتزاج المالين (٤)

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

من الحنطة بنوع آخر (١). بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير (٢). وذلك للعمومات العامة، كقوله تعالى: (أوفوا بالعقود) (*١) وقوله (ع): "المؤمنون عند شروطهم" (*٢) وغيرهما. بل لولا ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقا، عملا بالعمومات. ودعوى عدم كفايتها لا تثبت ذلك (٣).

(*١) المائدة: ١.

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

كما ترى (١). لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصة مما هو له بحصة مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك، في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن. هذا ويكفي في الايجاب والقبول كل ما دل على الشركة (٢) من قول أو فعل.

(مسألة ٥): يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالين (٣)، ومع زيادة فبنسبة الزيادة ربحا وخسرانا سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوي فيه أو الاختلاف أو من متبرع أو أجير. هذا مع الاطلاق، ولو شرطاً في العقد زيادة لأحدهما، فإن كان للعامل منهما، أو لمن عمله أزيد، فلا اشكال ولا خلاف على الظاهر (٤) عندهم في

صحته. أما لو شرطاً لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد
ففي صحة الشرط والعقد (١) وبطلانهما (٢) وصحة العقد وبطلان
الشرط (٣) - فيكون كصورة الاطلاق - أقوال (٤) أقواها
الأول (٥) وكذا لو شرطاً كون الخسارة على أحدهما أزيد.
وذلك لعموم: "المؤمنون عند شروطهم". ودعوى: أنه

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

(١*) المائة: ١.

(٢*) النساء: ٢٩.

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

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

(١*) البقرة: ١٨٨، النساء: ٢٩.

(٢*) المائة: ١.

(٣*) النساء: ٢٩.

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

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

إذ لازمه عدم وجوب 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. 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 منافيا.
(مسألة ٦): إذا اشترطا في ضمن العقد (٣) 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 مقيدا بنوع خاص من التجارة لم يجز التعدي عنه. وكذا مع تعيين كيفية خاصة. وإن كان مطلقا فاللازم الاقتصار على المتعارف (١) من حيث النوع والكيفية. ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة، فلا يجوز البيع 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 أيضا (٢) إذ لا ينافي الضمان بقاءه. والأحوط مع اطلاق الإذن ملاحظة المصلحة، وإن كان لا يعد كفاية عدم المفسدة (٣).

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

ما لم يفرط أو يتعدى.
(مسألة ٨): عقد الشركة من العقود الجائزة (١)،

فيجوز 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 (١) أو بمعنى مطالبة القسمة (٢). وإذا رجع أحدهما عن إذنه الآخر - فيما لو كان كل منهما مأذونا - لم يجز التصرف للآخر، ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول (٣) وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما. 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 المالكين (١) على ما هو مقتضى إطلاق الشركة. (مسألة ٩): لو ذكر في عقد الشركة أجلا لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه (٢). إلا أن يكون مشروطا في ضمن عقد لازم، فيكون لازما.

(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
والاغماء، والحجر بالفلس أو السفه، بمعنى: أنه لا يجوز للآخر

التصرف، وأما أصل الشركة فهي باقية (١). نعم يبطل أيضا ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو نقصان الخسارة كذلك (٢).

إذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله (٣) محكمة بالصحة، ويكون الربح على نسبة المالكين، لكفاية الإذن المفروض حصوله (٤). نعم لو كان مقيدا بالصحة تكون كلها فضوليا بالنسبة إلى من يكون إذنه

مقيدا. 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 متاعا وادعى أنه

اشتراه 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 أيضا، لأنه أعرف، ولأنه أمين (٢).
تم كتاب الشركة

بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب المزارعة
وهي المعاملة على الأرض بالزراعة بحصة من حاصلها (١)
وتسمى مخابرة أيضا، 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 والتسيب (٢). ففي خبر الواسطي قال: " سألت جعفر بن محمد (ع) 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 (ع) فإنه كان خياطا " (* ١) وفي آخر عن أبي عبد الله (ع): " الزارعون كنوز الأنام يزرعون طيبا أخرجهم الله وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاما وأقربهم منزلة يدعون المباركين " (* ٢). وفي خبر عنه (ع) قال: " سئل النبي صلى الله عليه وآله أي الأعمال خير؟ قال: زرع يزرعه صاحبه وأصلحه وأدى حقه يوم حساده. قال: فأبي الأعمال بعد الزرع؟ قال: رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة. قال: فأبي المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخير ويروح بخير. قال: فأبي المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات في الوحل المطعمات في المحل: نعم المال النخل. من باعها فإنما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق اشتدت به الرياح في يوم عاصف، إلا أن يخلف مكانها. قيل يا رسول الله صلى الله عليه وآله: فأبي المال بعد النخل خير فسكت، فقام إليه رجل فقال له: فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار، تغدو مدبرة وتروح مدبرة لا يأتي خيرها إلا من جانبها الاشأم أما إنها لا تعدم الأشقياء الفجرة " (* ٣). وعنه (ع) " الكمياء الأكبر الزراعة " (* ٤). وعنه (ع): " إن الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع والضرع كيلا يكرهوا شيئا من قطر السماء " (* ٥)

-
- (* ١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب مقدمات التجارة حديث: ٣.
(* ٢) الوسائل باب: ٣ من كتاب المزارعة والمسقاة: ٧.
(* ٣) الوسائل باب: ٤٨ من أبواب أحكام الدواب حديث: ١.
(* ٤) الكافي الجزء: ٥ الصفحة: ٢٦١ الطبعة الحديثة. الوافي الجزء: ٣ الصفحة: ٢٣
أواخر باب فضل المزارعة، مجمع البحرين مادة: " كرم ".
(* ٥) الوسائل باب: ٣ من كتاب المزارعة والمسقاة حديث: ٢.

وعنه (ع): " أنه سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع
قوما يقولون: إن المزارعة مكروهة. فقال: ازرعوا فلا والله
ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيب منه " (* ١). ويستفاد من هذا
الخبر ما ذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة والتسييب
وأما ما رواه الصدوق مرفوعاً عن النبي صلى الله عليه وآله: " أنه نهى
عن المخابرة. قال: وهي المزارعة بالنصف أو الثلث أو
الربع " (* ٢). 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 مجازاً مع القرينة، ك
" زارعتك أو سلمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا "
ولا يعتبر فيهما العربية (٣)، ولا الماضوية، فيكفي الفارسي

(* ١) الوسائل باب: ٣ من أبواب المزارعة حديث: ١.
(* ٢) معاني الأخبار الجزء: ٢ باب: ١٣٣ الصفحة: ٨٠. بحار الأنوار المجلد: ٢٣
كتاب المزارعة الحديث: ٢.

وغيره، والأمر (١) كقوله: " ازرع هذه الأرض على كذا " أو المستقبل أو الجملة الإسمية مع قصد الانشاء بها.

-
- * (١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١٠.
* (٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٥.

(* ١) الوسائل باب: ٩ من أبواب كتاب المزرعة والمساقاة حديث: ٢.

وكذا لا يعتبر تقديم الايجاب على القبول (١).
ويصح الايجاب

(* (١) يس: ٨٢.

من كل من المالك والزارع (١). بل يكفي القبول الفعلي (٢)
بعد الايجاب القولي على الأقوى (٣).

وتجري فيها المعاطاة (١)، وإن كانت لا تلزم (٢) إلا بالشروع
في العمل (٣).
الثاني: البلوغ، والعقل، والاختيار، وعدم الحجر (٤)

لسفه أو فلس، ومالكية التصرف (١) في كل من المالك
والزارع. نعم لا يقدر فلس الزارع إذا لم يكن منه مال،
لأنه ليس تصرفا ماليا.

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

الرابع: أن يكون مشاعا بينهما. فلو شرطا اختصاص
أحدهما بنوع - كالذي حصل أولا - والآخر بنوع آخر، أو
شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة الأرض لأحدهما
وما حصل من القطعة الأخرى للآخر، لم يصح (٣).

الخامس: تعيين الحصة بمثل النصف أو الثلث أو
الربع أو نحو ذلك، فلو قال: " ازرع هذه الأرض على أن

(* ١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٣.

يكون لك أو لي شيء من حاصلها " بطل (١).
السادس: تعيين المدة (٢) بالأشهر والسنين، فلو أطلق
بطل. نعم لو عين المزرع، أو مبدأ الشروع في الزرع
لا يبعد صحته إذا لم يستلزم غررا. بل مع عدم تعيين ابتداء
الشروع أيضا إذا كانت الأرض مما لا يزرع في السنة إلا مرة،

(* ١) تقدم التعرض لمصادر الحديث المذكور في الجزء الثاني عشر صفحة: ٢٤٦ من هذه الطبعة
(* ٢) الوسائل باب: ١٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٥

لكن مع تعيين السنة، لعدم الغرر فيه (١). ولا دليل على اعتبار التعيين تعبداً، والقدر المسلم من الاجماع 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.

(* ١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة حديث: ١. ويأتي التعرض الحديث بتمامه في أواخر المسألة: ٥ من هذا الفصل.

السابع: أن تكون الأرض قابلة للزراع ولو بالعلاج فلو كانت سيخة لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يستولي عليها الماء قبل أو ان 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).

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

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

أو لم يعين مقدارها، بطل مع اختلافها، بحيث يلزم الغرر (١).
نعم مع عدم لزومه لا يبعد الصحة، كأن يقول: " مقدار
جريب من هذه القطعة من الأرض التي لا اختلاف بين
أجزائها " أو " أي مقدار شئت منها ". ولا يعتبر كونها
شخصية فلو عين كليا موصوفا على وجه يرتفع الغرر فالظاهر
صحته وحينئذ يتخير المالك في تعيينه (٢).
العاشر: تعيين كون البذر على أي منهما (٣)، وكذا
سائر المصارف واللوازم إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه
ولو بسبب التعارف.

(مسألة ١): لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكا للمزارع، بل يكفي كونه مسلطا عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكا لمنفعتها بالإجارة أو الوصية أو الوقف عليه أو مسلطا عليها بالتولية كمتولي الوقف العام أو الخاص والوصي

(* ١) الوسائل باب: ١٠ من كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٢.

أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير والسبق، ونحو ذلك (١)، أو كان مالكا 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 أصلا 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 حينئذ من المزارعة المصطلحة (٣). ولعل هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين قاطبة (٤) إلا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها، وإلا فلا إشكال في جوازها بعد الإجارة من السلطان، كما يدل عليه جملة من الأخبار.

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

-
- (* ١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٨.
(* ٢) الوسائل باب: ١٥ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٣.

صحته وإن لم يكن من المزارعة المصطلحة. بل لا يبعد كونه
منها أيضا (١). وكذا لو أذن لكل من يتصدى للزرع وإن
لم يعين شخصا (٢). وكذا لو قال: " كل من زرع أرضي
هذه أو مقدارا من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه "
- مثلا - فأقدم واحد على ذلك، فيكون نظير الجعالة (٣)

فهو كما لو قال: " كل من بات في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم " " أو كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقة " فإن الظاهر صحته للعمومات، إذ هو نوع من المعاملات 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. (مسألة ٣): المزارة من العقود اللازمة (١) لا تبطل

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

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

العامل يمكن دعوى لزوم ابقائه إلى حصول الحاصل، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه (١)، وفائدة الرجوع أخذ أجره الأرض منه حينئذ ويكون الحاصل كله للعامل. (مسألة ٤): إذا استعار أرضاً للمزارعة (٢) ثم أجرى

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

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

(* ١) الوسائل باب: ١٤ من كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١.

وليس قراره مشروطا بسلامة الحاصل (١)،

(٢١)

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

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

(* ١) الوسائل باب: ١٠ من كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١.

يكون قراره في هذه الصورة مشروطا بالسلامة كاستثناء
الأرطال في بيع الثمار (١) أو لا؟ وجهان (٢).

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

(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 باعطائها ولا يجب عليه الإبقاء بلا أجرة، كما لا يجب
عليه الأرش مع إرادة الإزالة، لعدم حق للزارع بعد المدة
والناس مسلطون على أموالهم (٣). ولا فرق بين أن يكون

ذلك بتفريط الزارع (١) أو من قبل الله، كتأخير المياه أو
تغير الهواء. وقيل بتخييره بين القلع مع الأرش والبقاء مع
الأجرة (٢). وفيه: ما عرفت (٣)، خصوصا إذا كان

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

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

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

استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن، ويين صورة عدم اطلاعه إلى
أن فات وقت الزرع فيضمن، وجوه، وبعضها أقوال،
فظاهر بل صريح جماعة الأول (١)،

بل قال بعضهم (١): يضمن النقص الحاصل بسبب ترك
الزراع إذا حصل نقص، واستظهر بعضهم الثاني (٢)، وربما
يستقرب الثالث (٣)،

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

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

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

التخمين (١)، أو التفصيل بين صورة العذر وعدمه (٢)،
أو عدم الضمان حتى لو قلنا به في الفرض الأول، بدعوى
الفرق بينهما (٣)، وجوه.

(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 يضمن الغاصب تمام منفعة الأرض

في تلك المدة للمالك فقط (١)، أو يضمن له بمقدار حصته
- من النصف أو الثلث - من منفعة الأرض ويضمن له أيضا
مقدار قيمة حصته من عمل العامل، حيث فوته عليه (٢)،
ويضمن للعامل أيضا مقدار حصته من منفعة الأرض (٣)؟
وجهان (٤). ويحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من
الحاصل بحسب التخمين (٥).

(مسألة ٩): إذا عين المالك نوعا من الزرع - من
حنطة أو شعير أو غيرهما - تعين ولم يجر للزارع التعدي

عنه (١)، ولو تعدى إلى غيره ذهب بعضهم (٢) إلى أنه إن كان ما زرع أضر مما عينه المالك كان المالك مخيرا بين الفسخ وأخذ أجره المثل للأرض، والامضاء وأخذ الحصة من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضر، وإن كان أقل ضررا لزم وأخذ الحصة منه. وقال بعضهم (٣): يتعين أخذ أجره المثل للأرض مطلقا، لأن ما زرع غير ما وقع عليه العقد، فلا يجوز أخذ الحصة منه مطلقا (٤). والأقوى أنه إن علم

أن المقصود مطلق الزرع وأن الغرض من التعيين ملاحظة
مصلحة الأرض (١) وترك ما يوجب ضررا فيها يمكن أن يقال إن
الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين في صورة كون المزروع
أضر وتعين الشركة في صورة كونه أقل ضررا. 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 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 أجره عمله، على إشكال في صورة عمله بالتعيين وتعمده
الخلاف، لاقدامه حينئذ على هتك حرمة عمله (٣). وإن

كان البذر للعامل كان الزرع له ويستحق المالك عليه أجرة الأرض (١) مضافا 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 (١) وقد ذكرنا نظير ذلك
في الإجارة أيضا (٢).

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

وعلى الثاني (١) يكون المالك مخيرا بين أن يفسخ المعاملة لتخلف شرطه - فيأخذ أجره المثل للأرض، وحال الزرع الموجود حينئذ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر (٢) - وبين أن لا يفسخ ويأخذ حصته من الزرع الموجود باسقاط حق شرطه، وبين أن لا يفسخ ولكن لا يسقط حق شرطه أيضا (٣) بل يغرم العامل على بعض الوجوه الستة المتقدمة. ويكون

حال الزرع الموجود كما مر من كونه لمالك البذر (١).
(مسألة ١٠): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلا
لكن أمكن تحصيله بعلاج - من حفر ساقية أو بئر أو نحو
ذلك - فإن كان الزارع عالما بالحال صح ولزم (٢)، وإن كان
جاهلا كان له خيار الفسخ (٣). وكذا لو كان الماء مستوليا
عليها وأمكن قطعه عنها (٤). وأما لو لم يمكن التحصيل في
الصورة الأولى أو القطع في الثانية كان باطلا (٥) سواء كان

الزارع عالما أو جاهلا. وكذا لو انقطع في الأثناء ولم يمكن
تحصيله أو استولى عليها ولم يمكن قطعه. وربما يقال بالصحة
مع علمه بالحال (١). ولا وجه له (٢) وإن أمكن الانتفاع

بها بغير الزرع لاختصاص المزارعة بالانتفاع بالزرع (١).
نعم لو استأجر أرضا للزراعة مع علمه بعدم الماء وعدم إمكان
تحصيله أمكن الصحة لعدم اختصاص الإجارة بالانتفاع بالزرع
إلا أن يكون على وجه التقييد فيكون باطلا أيضا.
(مسألة ١١): لا فرق في صحة المزارعة (٢) بين أن
يكون البذر من المالك أو العامل (٣) أو منهما.

ولا بد من تعيين ذلك (١)، إلا أن يكون هناك معتاد ينصرف إليه الاطلاق. وكذا لا فرق بين أن يكون الأرض مختصة بالمزارع أو مشتركة بينه وبين العامل. وكذا لا يلزم أن يكون

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

تمام العمل على العامل فيجوز كونه عليهما. وكذا الحال في ساير المصارف. وبالجملة هنا أمور أربعة (١): الأرض والبذر والعمل 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، وكذا بالنسبة

(* ١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب المزارعة والمساقاة حديث: ١.

إلى العوامل كما لا يلزم مباشرة العامل بنفسه، فيجوز له أخذ
الأجير على العمل (١) إلا مع الشرط.
(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين (٢)

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 (١)، وشمول الاطلاقات
بل يكفي العمومات العامة (٢). فلا وجه لما في المسالك من
تقوية عدم الصحة (٣) بدعوى أنها على خلاف الأصل،
فتتوقف على التوقيف من الشارع ولم يثبت عنه ذلك. ودعوى:
أن العقد لا بد أن يكون بين طرفين موجب وقابل، فلا يجوز

تركبه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركاناً له. مدفوعة:
بالمنع، فإنه أول الدعوى (١).

(١٠٣)

(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)، ولا يشترط فيه إذنه.

(* ١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١٠ وفي الباب أحاديث
أخر تتضمن ذلك.

(* ١) فاعله ضمير يرجع إلى التملك السابق. منه؟ قدس سره.

(١٠٥)

نعم لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلا بإذنه (١)، وإلا كان ضامنا، كما هو كذلك في الإجارة أيضا. والظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير - بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك - بصلح ونحوه بعوض - ولو من خارج - أو بلا عوض. كما يجوز نقل حصته إلى الغير، سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده، كل ذلك لأن عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض (٢) نصفًا أو ثلثًا 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 (١)
إذ لا منافاة بين صحة المذكورات وبين مباشرته للعمل (٢)،
إذ لا يلزم 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 العمل أو بعده وقبل الزرع - بمعنى نثر الحب
في الأرض - أو بعده وقبل حصول الحاصل، أو بعده.
فإن كان قبل الشروع فلا بحث ولا اشكال (٣) وإن كان بعده
وقبل الزرع - بمعنى الاتيان بالمقدمات من حفر النهر وكري

الأرض وشراء الآلات ونحو ذلك - فكذلك (١). نعم لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعوض - من جهة كريها أو حفر النهر لها أو إزالة الموانع عنها - كان للعامل قيمة ذلك الوصف (٢)، وإن لم يكن كذلك وكان العمل لغوا 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 أجره عمله وعوامله (٥)، وإن كان للعامل كان له وعليه أجره الأرض للمالك (٦) وإن كان منهما كان لهما على النسبة نصفاً أو ثلثاً، ولكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه من تلك النسبة (٧)، وإن كان من ثالث فالزرع له وعليه للمالك أجره الأرض (٨)

وللعامل أجره عمله وعوامله (١) ولا يجب على المالك إبقاء
الزراع إلى بلوغ الحاصل (٢) إن كان التبين قبله، بل له أن
يأمر بقلعه، وله أن يبقى بالأجرة إذا رضي صاحبه، وإلا
فليس له الزامه بدفع الأجرة (٣)، 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 (٤) فكأنه
متبرع به وإن كان الآخر أيضا عالما بالبطلان. ولو كان
العامل بعد ما تسلم الأرض تركها في يده بلا زرع فكذلك
يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعاملة، لفوات منفعتها تحت
يده (٥)، إلا في صورة علم المالك بالبطلان، لما مر (٦).

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

فإذا خرج الزرع صار مشتركا بينهما على النسبة (١)، لا أن يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل، فيصير الحاصل مشتركا من ذلك الحين، كما ربما يستفاد من بعض الكلمات (٢) 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 (٣). ويترتب على هذه الوجوه ثمرات (منها): كون التبن أيضا مشتركا بينهما

على النسبة على الأول، دون الأخيرين (١) فإنه لصاحب
البذر. (ومنها): في مسألة الزكاة (٢). (ومنها): في
مسألة الانفساخ أو الفسخ في الأثناء قبل ظهور الحاصل (٣)
(ومنها): في مسألة مشاركة الزارع مع غيره ومزارعته معه (٤)
(ومنها): في مسألة ترك الزرع إلى أن انقضت المدة (٥)..
إلى غير ذلك.

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

ما مر - لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع (١)، فالصحة كانت ظاهرة، فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر. ويحتمل بعيدا كون الانفساخ من حينه (٢)، فيلحقه حكم الفسخ في الأثناء - على ما يأتي - فيكون مشتركا بينهما على النسبة. (مسألة ١٧): إذا كان العقد واجدا لجميع الشرايط وحصل الفسخ في الأثناء - إما بالتقاييل، أو بخيار الشرط لأحدهما، أو بخيار الاشتراط بسبب تخلف ما شرط على أحدهما - فعلى ما ذكرنا من مقتضى وضع المزارعة - وهو الوجه الأول من الوجوه المتقدمة - فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبة وليس لصاحب الأرض عل العامل أجره أرضه، ولا للعامل أجره عمله بالنسبة إلى ما مضى، لأن المفروض صحة المعاملة وبقاؤها إلى حين الفسخ (٣). وأما بالنسبة إلى الآتي فلهما التراضي على البقاء إلى البلوغ بلا أجره أو معها، ولهما التراضي

على القطع قصيلا. وليس للزارع الابقاء إلى البلوغ بدون
رضى المالك (١) ولو بدفع أجرة الأرض، ولا مطالبة الأرش
إذا أمره المالك بالقلع. وللمالك مطالبة القسمة (٢) وابقاء
حصته في أرضه إلى حين البلوغ وأمر الزارع بقطع حصته
قصيلا. هذا وأما على الوجهين الآخرين فالزرع الموجود
لصاحب البذر. والظاهر عدم ثبوت شئ عليه من أجرة
الأرض أو العمل، لأن المفروض صحة المعاملة إلى هذا الحين
وإن لم يحصل للمالك أو العامل شئ من الحاصل، فهو كما لو
بقي الزرع إلى الآخر ولم يحصل حاصل (٣) من جهة آفة
سماوية أو أرضية.

ويحتمل ثبوت الأجرة عليه إذا كان هو الفاسخ (١).

(١٥)

(فذلكة): قد تبين مما ذكرنا في طي المسائل المذكورة أن ههنا صوراً (الأولى): وقوع العقد صحيحاً (١) جامعاً للشرايط 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 (٢)، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلاً (الثالثة): تركه العمل في الأثناء بعد أن زرع (٣) اختياراً أو لعذر خاص به (الرابعة): تبين البطلان من الأول (٤) (الخامسة): حصول الانفساخ في الأثناء (٥)، لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامة (السادسة): حصول الفسخ بالتقاييل أو بالخيار في الأثناء (٦). 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 الحصاة له -

سواء كان بعد المدة أو قبلها في الأثناء أو قبل الشروع بالزرع - بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للإجازة (١)، وبين الرد، وحينئذ فإن كان قبل الشروع في الزرع فلا إشكال، وإن كان بعد التمام فله أجره المثل لذلك الزرع (٢)، وهو لصاحب البذر. وكذا إذا كان في الأثناء (٣) ويكون بالنسبة إلى بقية المدة الأمر بيده (٤)، فإما يأمر بالإزالة وإما يرضى بأخذ الأجرة، بشرط رضا صاحب البذر. ثم المغرور من المزارع والزارع يرجع فيما خسر على غاره (٥)،

(* ١) هذا الحديث وإن وجد في بعض الكتب الفقهية إلا أنه لم نعثر عليه بعد الفحص في كتب الحديث العامة والخاصة وبعد الاستعانة ببعض الفهارس المعدة لضبط السنة النبوية. وقد تعرضنا لذلك في الجزء العاشر الصفحة: ١٤٤ من هذه الطبعة.

ومع عدم الغرور فلا رجوع.
وإذا تبين كون البذر مغصوبا
فالزرع لصاحبه، وليس عليه أجره الأرض، ولا أجره
العمل (١). نعم إذا كان التبين في الأثناء كان لمالك الأرض
الأمر بالإزالة (٢). هذا إذا لم يكن محل للإجازة - كما إذا
وقعت المعاملة على البذر الكلي لا المشخص في الخارج (٣) أو
نحو ذلك - أو كان ولم يجز (٤)، وإن كان له محل وأجاز
يكون هو الطرف للمزارعة (٥) ويأخذ الحصة التي كانت

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

للغاصب. وإذا تبين كون العامل عبدا غير مأذون فالأمر إلى مولاه (١). وإذا تبين كون العوامل أو ساير المصارف مغبوبة فالمزارعة صحيحة (٢)، ولصاحبها أجره المثل أو قيمة الأعيان التالفة. وفي بعض الصور يحتمل (٣) جريان الفضولية (٤) وإمكان الإجازة، كما لا يخفى.
(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها (٥)،

وكذا مال الإجارة إذا كانت مستأجرة (١)، وكذا ما يصرف
في إثبات اليد عند أخذها من السلطان، وما يؤخذ لتركها في
يده ولو شرط كونها على العامل - بعضا أو كلا - صح (٢)
وإن كانت ربما تزداد وربما تنقص على الأقوى (٣)، فلا
يضر مثل هذه الجهالة، للأخبار (٤).

-
- * (١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١.
* (٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١.

وأما ساير المؤمن (١) - كشق الأنهار، وحفر الآبار، وآلات
السقي، وإصلاح النهر وتنقيته، ونصب الأبواب مع الحاجة
إليها والدولاب، ونحو ذلك مما يتكرر كل سنة أو لا يتكرر -
فلا بد من تعيين كونها على المالك أو العامل، إلا إذا كان هناك

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

عادة ينصرف الاطلاق إليها. وأما ما يأخذه المأمورون من
الزارع ظلما من غير الخراج فليس على المالك (١)، وإن كان
أخذهم ذلك من جهة الأرض.

(* ١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١٠.

(مسألة ٢٠): يجوز لكل من المالك والزارع أن يحرص على الآخر (١) بعد إدراك الحاصل (٢) بمقدار منه بشرط القبول والرضا من الآخر (٣) لجملة من الأخبار (٤)

-
- (* ١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١.
(* ٢) الوسائل باب: ١٤ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٤.

هنا وفي الثمار (١). فلا يختص ذلك بالمزارعة والمساقاة (٢).
بل مقتضى الأخبار جوازه في كل زرع مشترك أو ثمر مشترك (٣)
والأقوى لزومه بعد القبول (٤) وإن تبين بعد ذلك زيادته أو

-
- (١*) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ١.
(٢*) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢.
(٣*) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ٥.
(٤*) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ٣.

نقيصته، لبعض تلك الأخبار (١). مضافا إلى العمومات العامة (٢). خلافا لجماعة (٣). والظاهر أنه معاملة مستقلة (٤)

وليست بيعا (١)، ولا صلحا معاوضيا (٢)،

(١٢٦)

فلا يجري فيها إشكال اتحاد العوض والمعوض (١)، ولا إشكال
النهي عن المحاقلة والمزابنة (٢)، ولا اشكال الربا (٣) ولو
بناء على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمة بالبيع (٤)

وجريانه في مطلق المعاوضات. مع أن حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون (١). ومع الاغماض عن ذلك كله يكفي في صحتها الأخبار الخاصة. فهو نوع من المعاملة عقلائية ثبت بالنصوص. ولتسم بالتقبل (٢) وحصر المعاملات في المعهودات ممنوع (٣). نعم يمكن أن يقال: إنها في المعنى راجعة إلى الصلح الغير المعاوضي (٤)، 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 (٥) على الوجه المذكور

- مع قطع النظر عن الاخبار (١) أيضا - على الأقوى من اغتفار
هذا المقدار من الجهالة فيه إذا ارتفع الغرر بالحرص المفروض (٢)
وعلى هذا لا يكون من التقبيل والتقبل (٣).

ثم إن المعاملة

المذكورة لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة (٤)، بل يكفي كل
لفظ دال على التقبل. بل الأقوى عدم الحاجة إلى الصيغة
أصلا (٥)، فيكفي فيها مجرد التراضي، كما هو ظاهر الأخبار

(* ١) الوسائل باب: ٣ من أبواب كتاب الصلح حديث: ١، ٢ وفي بقية أخبار الأبواب
دلالة على المطلوب.

والظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل وإدراكه (١)
فلا يجوز قبل ذلك. والقدر المتيقن من الأخبار كون المقدار
المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع (٢)، فلا يصح
الخرص وجعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل (٣)
نعم لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح (٤) - على الوجه الذي

(*١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٤
(*٢) راجع الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار.

ذكرنا - لا مانع من ذلك فيه. لكنه - كما عرفت - خارج
عن هذه المعاملة (١). ثم إن المشهور بينهم أن قرار هذه
المعاملة مشروط بسلامة الحاصل (٢)، فلو تلف بأفة سماوية
أو أرضية كان عليهما. ولعله لأن تعيين الحصة في المقدار
المعين (٣) ليس من باب الكلّي في المعين (٤)، بل هي باقية
على إشاعتها، غاية الأمر تعيينها في مقدار معين. مع احتمال
أن يكون ذلك من الشرط الضمني بينهما، والظاهر أن المراد

(* ١) الوسائل باب: ١٩ من أبواب عقد البيع حديث: ١.

من الآفة الأرضية (١) ما كان من غير الانسان، ولا يبعد
لحوق إتلاف متلف من الانسان أيضا به (٢).

وهل يجوز

خرص ثالث حصة أحدهما أو كليهما في مقدار؟ وجهان
أقواهما العدم (٣).

(مسألة ٢١): بناء على ما ذكرنا من الاشتراك من
من أول الأمر في الزرع يجب على كل منهما الزكاة (٤) إذا
كان نصيب كل منهما بحد النصاب، وعلى من بلغ نصيبه إن
بلغ نصيب أحدهما. وكذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور
الثمرة، لأن تعلق الزكاة بعد صدق الاسم (٥) وبمجرد
الظهور لا يصدق (٦). 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 (١).

(مسألة ٢٢): إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدة والقسمة، فنبت بعد ذلك في العام الآتي، فإن كان البذر لهما فهو لهما، وإن كان لأحدهما فله، إلا مع الاعراض (٢)، وحينئذ فهو لمن سبق. ويحتمل أن يكون لهما مع عدم الاعراض (٣) مطلقا (٤)، لأن المفروض شركتهما في الزرع وأصله وإن كان البذر لأحدهما أو لثالث، وهو الأقوى (٥).

وكذا إذا بقي في الأرض بعض الحب (١) فنبت، فإنه مشترك بينهما مع عدم الاعراض (٢). نعم لو كان الباقي حب مختص بأحدهما (٣) اختص به. ثم لا يستحق صاحب الأرض 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).

(مسألة ٢٣): لو اختلفا في المدة وأنها سنة أو سنتان
مثلا 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 نادرا ففي
تقديم قوله إشكال (٣). ولو اختلفا في الحصاة قلة وكثرة
فالقول قول صاحب البذر المدعي للقلة. هذا إذا كان نزاعهما
في زيادة المدة أو الحصاة وعدمها. وأما لو اختلفا في تشخيص
ما وقع عليه العقد وأنه وقع على كذا أو كذا، فالظاهر التحالف (٤)

- وإن كان خلاف اطلاق 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).
(مسألة ٢٥): لو اختلفا في الإعارة والمزارعة، فادعى الزارع أن المالك أعطاه الأرض عارية للمزارعة، والمالك ادعى المزارعة، فالمرجع التحالف أيضا (٤)، ومع حلفهما أو نكولهما

تثبت أجرة المثل للأرض (١). فإن كان بعد البلوغ فلا اشكال

(١٣٩)

وإن كان في الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك (١). وفي

(١٤١)

وجوب إبقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الأجرة إن أراد

(* ١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث: ١.

الزارع، وعدمه وجواز أمره بالإزالة، وجهان (١). وإن كان النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما (٢).
(مسألة ٢٦): لو ادعى المالك الغصب والزارع ادعى المزارعة، فالقول قول المالك (٣) مع يمينه على نفي المزارعة.

(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.

(مسألة ٢٨): يستفاد من جملة الأخبار (٣) أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه ويؤدي خراجها عنه. ولا بأس به.

مسائل متفرقة: الأولى: إذا قصر العامل في تربية الزرع
فقل الحاصل، فالظاهر ضمانه التفاوت (١) بحسب تخمين أهل
الخبرة، كما صرح به المحقق القمي (قده) في أجوبة مسأله.
الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما
اشترط في ضمن عقد المزارعة من بعض الشروط، أو ادعى

-
- (١*) الوسائل باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٢.
(٢*) الوسائل باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٤.
(٣*) الوسائل باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٣.

عليه تقصيره في العمل على وجه يضر بالزرع، وأنكر
الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه، فالقول قوله،
لأنه مؤتمن في عمله (١). 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 البطن اللاحق (٤). كما أن الأمر
كذلك في إجارته لها. لكن استشكل فيه المحقق القمي (قده)
بأن عقد المزارعة لازمة ولا تنفسخ إلا بالتقاييل 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 أجز مدة لا تزيد على عمره الطبيعي ومقتضى الاستصحاب بقاءه بمقداره، فكما أنها في الظاهر محكومة بالصحة كذلك عند الشارع وفي الواقع، فبموت السابق ينتقل ما قرره من الأجرة إلى اللاحق (١)، لا الأرض بمنفعتها (٢)... إلى آخر ما ذكره من النقض والابرام. وفيه ما يخفى (٣). ولا ينبغي الاشكال في البطلان بموته في المقامين.

السادسة: يجوز مزارعة الكافر، مزارعا كان أو
زارعا (١).

(*١) راجع الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار، وباب: ٨، ١٠ من أبواب كتاب
المزارعة والمساقاة، وغيرها.
(*٢) الوسائل باب: ١٢ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١.

السابعة: في جملة من الأخبار (١) النهي عن جعل
ثلث للبذر وثلث للبقر وثلث لصاحب الأرض، وأنه لا ينبغي
أن يسمي بذرا ولا بقرا، وإنما يحرم الكلام. والظاهر كراهته (٢)
وعن ابن الجنيد وابن البراج حرمته، فالأحوط الترك.
الثامنة: بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعي يجوز
لأحدهما (٣) بعد ظهور الحاصل أن يصلح الآخر عن حصته
بمقدار معين من جنسه (٤) أو غيره بعد التخمين (٥) بحسب
المتعارف، بل لا بأس به قبل ظهوره أيضا (٦). كما أن الظاهر
جواز مصالحة أحدهما مع الآخر عن حصته (٧) 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 (١).

التاسعة: لا يجب في المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول الأمر (٢) 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 - وقفًا عامًا أو خاصًا - وصارت بائرة يجوز للمتولي أن يسلمها - إلى شخص بعنوان المزارعة إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد - حسب ما تقتضيه المصلحة - على أن يعمرها ويزرعها إلى سنتين مثلاً لنفسه (٣) ثم يكون الحاصل مشتركاً بالإشاعة بحصة معينة. العاشرة: يستحب للزارع - كما في الأخبار - الدعاء عند نثر الحب، بأن يقول: "اللهم قد بذرنا وأنت الزارع واجعله

حبا متراكما " (* ١) وفي بعض الأخبار: " إذا أردت أن تزرع
زرعا فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة، وقل: (أفرايتم
ما تحرثون أنتم تزرعونه أم نحن الزارعون) (* ٢) ثلاث مرات
ثم تقول: " بل الله الزارع، ثلاث مرات، ثم قل: اللهم اجعله
حبا مباركا، وارزقنا فيه السلامة. ثم انثر القبضة التي في يدك
في القراح " (* ٢) وفي خبر آخر: " لما هبط آدم (ع) إلى
الأرض احتاج إلى الطعام والشراب، فشكى ذلك إلى جبرئيل
فقال له جبرئيل: يا آدم كن حراثا، فقال (ع): فعلمني
دعاء قال: قل: اللهم اكفني مؤنة الدنيا وكل هول دون
الجنة وألبسني العافية حتى تهتني المعيشة " (* ٤).

(* ١) الوسائل باب: ٥ من أبواب المزارعة والمساقاة حديث: ٣.

(* ٢) الواقعة: ٦٣.

(* ٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب المزارعة والمساقاة حديث: ٣.

(* ٤) الوسائل باب: ٥ من أبواب المزارعة والمساقاة حديث: ١.

(* ١) الوسائل باب: ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٣.

بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب المساقاة
وهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها (١).

ولا اشكال في مشروعيتها (١) في الجملة. ويدل عليها - مضافا إلى العمومات - 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 (ع): لا بأس "، وجملة من أخبر خبير، منها: صحيح الحلبي (٣) قال: " أخبرني أبو عبد الله (ع) أن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خبيرا بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة... " هذا مع أنها من المعاملات العقلانية ولم يرد نهي عنها ولا غرر فيها (٤) حتى يشملها النهي عن الغرر. ويشترط

* (١) الوسائل باب: ٩ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٢.
* (٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار حديث: ٢.

فيها أمور (الأول): الايجاب والقبول (١). ويكفي فيهما كل
لفظ دال على المعنى المذكور (٢)، ماضيا كان أو مضارعا أو
أمرا (٣)، بل الجملة الإسمية مع قصد الانشاء بأي لغة كانت.

ويكفي القبول الفعلي (١) بعد الايجاب القولي . كما أنه يكفي
المعاطاة (٢).

(الثاني): البلوغ والعقل والاختيار (٣).

(الثالث): عدم الحجر لسفه أو فلس.

(الرابع): كون

الأصول مملوكة (٤) عينا ومنفعة، أو منفعة فقط، أو كونه

نافذ التصرف فيها، لولاية أو وكالة أو تولية.
(الخامس):

كونها معينة عندهما (١) معلومة لديهما.

(السادس): كونها ثابتة مغروسة (٢)،

فلا تصح في الودي (١)، أي الفسيل قبل الغرس
(السابع):
تعيين المدة (٢) بالأشهر والسنين وكونها بمقدار يبلغ فيه
الثمر غالبا (٣).

نعم لا يبعد جوازها في العام الواحد إلى بلوغ الثمر (١) من غير ذكر الأشهر، لأنه معلوم بحسب التخمين، ويكفي ذلك في رفع الغرر (٢). مع أنه الظاهر من رواية يعقوب بن شعيب المتقدمة (٣).

(الثامن): أن يكون قبل ظهور الثمر (١)، أو بعده وقبل
البلوغ (٢)، بحيث كان يحتاج بعد إلى سقي أو عمل آخر.
وأما إذا لم يكن كذلك ففي صحتها إشكال (٣) وإن كان
محتاجا إلى حفظ أو قطف أو نحو ذلك.
(التاسع): أن

يكون إلى الحصة معينة مشاعة (٤)، فلا تصح مع عدم تعيينها

إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعة،
بأن يجعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للآخر. نعم لا يبعد
جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومة وللآخر أخرى (١).

بل وكذا لو اشترط 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 على المالك من الأمور
وما على العامل من الأعمال (٢) إذا لم يكن هناك انصراف.

(مسألة ١): لا إشكال في صحة المساقاة قبل ظهور
الثمر (١)، كما لا خلاف في عدم صحتها بعد البلوغ والادراك
بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ والاقتطاف (٢). واختلفوا
في صحتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ (٣)، والأقوى
- كما أشرنا إليه (٤) - صحتها، سواء كان العمل مما يوجب
الاستزادة أو لا (٥)، خصوصا إذا كان في جملتها بعض

الأشجار التي بعد لم يظهر ثمرها.
(مسألة ٢): الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التي
لا ثمر لها وإنما ينتفع بورقها (١)، كالتوت والحناء ونحوهما.

* (١) المائة: ١.

* (٢) النساء: ٢٩.

* (٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٢.

(مسألة ٣): لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة (١)، كالبطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر ونحوها وإن تعددت اللقطات فيها كأولين. ولكن لا يبعد الجواز، للعمومات (٢) وإن لم يكن من المساقاة المصطلحة. بل لا يبعد

* (١) المائدة: ١.

* (٢) النساء: ٢٩.

الجواز في مطلق الزرع كذلك، فإن مقتضى العمومات الصحة (١)
بعد كونه من المعاملات العقلانية، ولا يكون من المعاملات
الغررية (٢) عندهم، غاية الأمر أنها ليست من المساقاة
المصطلحة (٣).
(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 آخر، ولا يضر عدم صدق المساقاة حينئذ، 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. وإن ضويق نقول بصحتها وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة (٢).

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

- (مسألة ٥): يجوز المساقاة على فسلان مغروسة (١) 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 النخيل والأشجار (٢) ودخوله في المعاملة بعد أن يصير مثمرا (٣). بل مقتضى العمومات صحة المعاملة على الفسلان الغير المغروسة إلى مدة تصير مثمرة وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة (٤).
- (مسألة ٧): المساقاة لازمة (٥)

(* ١) الوسائل باب: ١١ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١.

لا تبطل إلا بالتقاييل (١) أو الفسخ بخيار الشرط أو تخلف بعض الشروط أو بعروض مانع عام موجب للبطلان أو نحو ذلك. (مسألة ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين (٢)، فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه (٣)، ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه، لكن لا يجبر على العمل، فإن اختار العمل

بنفسه أو بالاستيجار فله، وإلا فيستأجر الحاكم من تركته من يباشره إلى بلوغ الثمر، ثم يقسم بينه وبين المالك. نعم لو كانت المساقاة مقيدة بمباشرة العامل (١) تبطل بموته. ولو اشترط عليه المباشرة لا بنحو التقييد (٢) فالمالك مخير بين الفسخ - لتخلف الشرط - وإسقاط حق الشرط والرضا باستيجار من يباشر.

(مسألة ٩): ذكروا أن مع اطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل وجملة منها على المالك، وضابط الأولى ما يتكرر كل سنة (٣)، وضابط الثانية ما لا يتكرر نوعا وإن

عرض له التكرار في بعض الأحوال. فمن الأول إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات، وتنقية الأنهار، والسقي ومقدماته - كالدلو والرشا، وإصلاح طريق الماء، واستقائه إذا كان السقي من بئر أو نحوه - وإزالة الحشيش المضرة، وتهذيب جرائد النخل والكرم، والتلقيح، واللقاط، والتشميس، وإصلاح موضعه، وحفظ الثمرة إلى وقت القسمة. ومن الثاني حفر الآبار والأنهار، وبناء الحايط والدولاب والدالية ونحو ذلك مما لا يتكرر نوعا. واختلفوا في بعض الأمور أنه على المالك أو العامل، مثل البقر الذي يدير الدولاب (١)، والكش للتلقيح (٢)، وبناء الثلم، ووضع الشوك على الجدران وغير ذلك. ولا دليل على شيء من الضابطين. فالأقوى أنه إن كان هناك انصراف في كون شيء على العامل أو المالك فهو المتبع، وإلا فلا بد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعا للغرر، ومع الاطلاق وعدم الغرر يكون

عليهما معا (١)، لأن المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقف
عليه تحصيله عليهما.
(مسألة ١٠): لو اشترطا كون جميع الأعمال على

(* ١) الوسائل باب: ١٠ من كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٢.

المالك فلا خلاف بينهم في البطلان، لأنه خلاف وضع المساقاة (١). نعم لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه واشترط 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 بعضاً منه، وإلا - كما (٤) في الحفظ ونحوه - ففي صحته قولان (٥) 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.

(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
بختيار تخلف الشرط. وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأجرة
العمل بالنسبة إلى حصته بمعنى أن يكون مخيرا بين الفسخ
وبيين المطالبة بالأجرة؟ وجهان، بل قولان، أقواهما ذلك (٢)
(ودعوى): أن الشرط لا يفيد تملك العمل المشروط لمن له

على وجه يكون من أمواله (١)، بل أقصاه التزام من عليه

(١٧٨)

الشرط بالعمل وإجباره عليه، والتسلط على الخيار بعدم الوفاء به (مدفوعة) بالمنع من عدم إفادته التمليك. وكونه قيذا في المعاملة، لا جزءا من العوض يقابل بالمال، لا ينافي إفادته

لملكية من له الشرط إذا كان عملا من الأعمال على من عليه
و المسألة سيالة في ساير العقود، فلو شرط في عقد البيع على
المشتري - مثلا - 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 كما لو شرط أن يكون تمام العمل على المالك،

(١٨١)

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 الاشكال في صحته، وإن كان ربما يقال بالبطلان (٢)، بدعوى أن عمل الغلام في قبال عمل العامل فكأنه صار مساقيا بلا عمل منه. ولا يخفى ما فيها (٣). ولو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة - بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل - ففي صحته وجهان لا يبعد الأول (٤)، لأن الغلام حينئذ كأنه نايب عنه في العمل بإذن المالك، وإن كان لا يخلو عن إشكال (٥)،

مع ذلك. ولازم القول بالصحة الصحة في صورة اشتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل (١).
(مسألة ١٣): لا يشترط أن يكون العامل في المساقاة مباشرا للعمل بنفسه، فيجوز له أن يستأجر في بعض أعمالها أو في تمامها ويكون عليه الأجرة، ويجوز أن يشترط كون أجرة بعض الأعمال على المالك، والقول بالمنع (٢) لا وجه له (٣). وكذا يجوز أن يشترط كون الأجرة عليهما معا (٤) في ذمتهما، أو الأداء من الثمر. وأما لو شرط على المالك أن يكون أجرة تمام الأعمال عليه أو في الثمر (٥) ففي صحته

وجهان: (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 (والثاني): المنع (٢)، لأنه خلاف وضع
المساقاة. والأقوى الأول. هذا ولو شرطا كون الأجرة حصة

مشاعة من الثمر بطل. للجهل بمقدار مال الإجارة، فهي باطلة (١).

(مسألة ١٤): إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد (٢) وكان جميعه للمالك، وحينئذ فإن شرط انفراد العامل به استحق أجره المثل لعمله (٣) وإن شرط انفراد المالك به لم يستحق العامل شيئاً (٤)، لأنه حينئذ متبرع بعمله.

(مسألة ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع - كالنخل والكرم والرمان ونحوها من أنواع الفواكه - 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 موجبا للغرر.

(مسألة ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر (٢) كأن يجعل النخل بالنصف والكرم بالثلث والرمان بالربع مثلا وهكذا. واشترط

بعضهم (١) في هذه الصورة العلم بمقدار كل نوع، ولكن الفرق بين هذه وصورة اتحاد الحصة في الجميع غير واضح (٢) والأقوى الصحة مع عدم الغرر (٣) في الموضوعين، والبطلان معه فيهما.
(مسألة ١٧): لو ساقاه بالنصف - مثلاً - إن سقى

بالناضح وبالثلث إن سقى بالسيح، ففي صحته قولان (١)
أقواهما الصحة، لعدم إضرار مثل هذه الجهالة، لعدم إيجابها
الغرر (٢) مع أن بناءها على تحمله. خصوصا على القول

بصحة مثله في الإجارة (١)، كما إذا قال: إن خطت روميا
فبدرهمين وإن خطت فارسيا فبدرهم.
(مسألة ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر
شيئا من ذهب أو فضة أو غيرهما مضافا إلى الحصاة من الفائدة (٢)
والمشهور كراهة اشتراط المالك على العامل شيئا من ذهب أو
فضة (٣). ومستندهم في الكراهة غير واضح (٤). كما أنه لم
يتضح اختصاص الكراهة بهذه الصورة أو جريانها بالعكس
أيضا (٥)، 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 (١)، أقواهما العدم (٢)، فليس
قرارهما مشروط بالسلامة. نعم لو تلفت الثمرة بجمعها أو لم
تخرج أصلا ففي سقوط الضميمة (٣) وعدمه أقوال، ثالثها

الفرق بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط (١)، وبين العكس فلا تسقط (٢)، رابعها الفرق بين صورة عدم الخروج أصلا فتسقط وصورة التلف فلا (٣). والأقوى عدم السقوط مطلق (٤)، لكونه شرطا في عقد لازم، فيجب الوفاء به. (ودعوى): أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحة المعاملة من الأول (٥). لعدم ما يكون مقابلا للعمل، أما في صورة كون الضميمة للمالك فواضح، وأما مع كونها للعامل فلأن الفائدة ركن في المساقاة، فمع عدمها لا يكون

شئ في مقابل العمل، والضميمة المشروطة لا تكفي في
العوضيية (١) فتكون المعاملة باطلة من الأول، ومعه لا يبقى
وجوب الوفاء بالشرط (مدفوعة) - مضافا إلى عدم تماميته
بالنسبة إلى صورة التلف، لحصول العوض بظهور الثمرة (٢)
وملكيتها وإن تلف بعد ذلك - : بأننا نمنع كون المساقاة
معاوضة بين حصة من الفائدة والعمل، بل حقيقتها تسليط
من المالك للعامل على الأصول (٣)

(* ١) الوسائل باب: ٩ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٢.

للاستثناء له (١) وللمالك، ويكفيه احتمال الثمر وكونها في معرض ذلك. ولذا لا يستحق العامل أجره عمله إذا لم يخرج أو خرج وتلف بأفة سماوية أو أرضية في غير صورة ضم الضميمة، بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول (٢)، واحترام عمل المسلم. فهي نظير المضاربة، حيث أنها أيضا تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له وللعامل، وكونها جائزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق. كما أن ما ذكره في الجواهر (٣) من الفرق بينهما: بأن في المساقاة يقصد المعاوضة

بـخلاف المضاربة التي يراد منها الحصاة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل، وأما المساقاة فيعتبر فيها الطمأنينة بحصول الثمرة، ولا يكفي احتمال مجرد دعوى لا بينة لها (١).
(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 (٢)

بخلاف المفروض. فالأقوى ما ذكرنا من الصحة (١)، ولزوم
الوفاء بالشرط - وهو تسليم الضميمة - وإن لم يخرج شيء أو
تلف بالآفة. نعم لو تبين عدم قابلية الأصول للثمر - إما
لييسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك - كشف عن بطلان المعاملة
من الأول (٢)، ومعه يمكن استحقاق العامل للأجرة إذا
كان جاهلا بالحال (٣).

(مسألة ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصة من
الفائدة ملك حصة من الأصول مشاعا أو مفروزا، ففي صحته
مطلقا، أو عدمها كذلك (٤)، أو التفصيل بين أن يكون ذلك

بنحو الشرط 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. والقول

بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه (١). فيه:
أنه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائدة، كما في
المقام حيث أن تلك الأصول 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) (مدفوعة): بمنعها بعد أن كان المشروط له
الأصل فقط في عرض تملك حصة من نماء الجميع. نعم لو
اشترط كونها له على وجه يكون نماؤها له بتمامه كان كذلك (٣)
لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزلة المستثنى من العمل،
فيكون العمل فيما عداها (٤) مما هو للمالك بإزاء الحصة من
نمائه مع نفس تلك الأصول.

(مسألة ٢١): إذا تبين في أثناء المدة عدم خروج
الثمر أصلا هل يجب على العامل إتمام السقي؟ قولان أقواهما
العدم (١).

(مسألة ٢٢): يجوز أن يستأجر المالك أجيرا للعمل (٢)
مع تعيينه نوعا ومقدارا بحصة من الثمرة أو بتمامها بعد الظهور

وبدو الصلاح، بل وكذا قبل البدو (١)، بل قبل الظهور
أيضا إذا كان مع الضميمة الموجودة أو عامين (٢). وأما قبل
الظهور عاما واحدا بلا ضميمة فالظاهر عدم جوازه (٣).
لا لعدم معقولية تمليك ما ليس بموجود (٤). لأننا نمنع عدم

المعقولة بعد اعتبار العقلاء وجوده لوجوده المستقبلي، ولذا
يصح مع الضميمة أو عامين، حيث أنهم اتفقوا عليه في بيع
الثمار، وصرح به جماعة ههنا. بل لظهور اتفاهم على عدم
الجواز (١)، كما هو كذلك في بيع الثمار. ووجه المنع هناك
خصوص الأخبار الدالة عليه، وطاهرها أن وجه المنع الفرر
لا عدم معقولة تعلق الملكية بالمعدوم، ولولا ظهور الاجماع
في المقام لقلنا بالجواز مع الاطمينان بالخروج بعد ذلك، كما
يجوز بيع ما في الذمة مع عدم كون العين موجودا فعلا عند
ذيتها، بل وإن لم يكن في الخارج أصلا. والحاصل: أن
الوجود الاعتباري يكفي في صحة تعلق الملكية (٢)، فكأن
العين موجودة في عهدة الشجر كما أنها موجودة في عهدة الشخص.

(مسألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك، وللعامل أجره المثل لعمله (١). إلا إذا كان عالماً بالبطان (٢) ومع ذلك أقدم على العمل، أو كان الفساد لأجل اشتراط كون جميع الفائدة للمالك، حيث أنه بمنزلة المتبرع في هاتين الصورتين، فلا يستحق أجره المثل على الأقوى وإن كان عمله بعنوان المساقاة.

(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

(* ١) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٤ الصفحة: ٤ طبعة النجف الأشرف، الوسائل باب: ١٢
من أبواب عقد البيع حديث: ١٢.
(* ٢) التهذيب الجزء: ٧ الصفحة ٢٣٠ طبعة النجف الأشرف، الوافي الجزء: ٣ الصفحة: ٩٥

القبيل، فإن المنهي عنه (١) البيع حالا بكذا ومؤجلا بكذا، أو البيع على تقدير كذا بكذا وعلى التقدير آخر بكذا، والمقام نظير أن يقول: بعثك داري بكذا على أن أبيعك بستاني بكذا ولا مانع منه، لأنه شرط مشروع في ضمن العقد. (مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل (٢)، كأن يساقي مع اثنين بالنصف له والنصف لهما، مع تعيين عمل كل منهما بينهما أو فيما بينهما (٣)، وتعيين حصة كل منهما (٤). وكذا يجوز تعدد المالك (٥) واتحاد العامل، كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد: ساقيناك على هذا البستان بكذا وحيث إن كانت الحصة المعينة للعامل منهما سواء - كالنصف

أو الثلث مثلاً - صح وإن لم يعلم العامل كيفية شريكتهما (١)
وأنها بالنصف أو غيره، وإن لم يكن سواء - كأن يكون في
حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث مثلاً - 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
ابتداءً أو في الأثناء فالظاهر أن المالك مخير بين الفسخ أو
الرجوع إلى الحاكم الشرعي (٣)

فيجبره على العمل (١)، وإن لم يمكن استأجر (٢) من ماله من يعمل
عنه، أو بأجرة مؤجلة إلى وقت الثمر فيؤديها منه، أو يستقرض
عليه (٣) ويستأجر من يعمل عنه، وإن تعذر الرجوع إلى
الحاكم أو تعسر فيقوم بالأمر المذكورة عدول المؤمنين (٤)،

(* (١) المائدة: ٥٥.

بل لا يبعد جواز إجباره بنفسه (١) أو المقاصة من ماله (٢) أو استيجار المالك عنه ثم الرجوع عليه أو نحو ذلك. وقد يقال (٣) بعدم جواز الفسخ إلا بعد تعذر الاجبار (٤) وأن اللازم كون الاجبار من الحاكم (٥) مع إمكانه، وهو أحوط وإن كان الأقوى التخيير بين الأمور المذكورة (٦) هذا إذا

لم يكن مقيدا بالمباشرة وإلا فيكون مخيرا بين الفسخ والاجبار (١)
ولا يجوز الاستيجار عنه للعمل. نعم لو كان اعتبار المباشرة
بنحو الشرط (٢) لا القيد يمكن اسقاط حق الشرط والاستيجار
عنه أيضا.

(مسألة ٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز
إذا لم يشترط المباشرة، بل لو أتى به من غير قصد التبرع
عنه أيضا كفى، بل ولو قصد التبرع عن المالك كان كذلك
أيضا، وإن كان لا يخلو عن إشكال (٣)، فلا يسقط حقه من

الحاصل، وكذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الأعمال، كما إذا حصل السقي بالأمطار ولم يحتج إلى النزح من الآبار، خصوصا إذا كانت العادة كذلك. وربما يستشكل (١) بأنه نظير الاستيجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه، فإن الأجير لا يستحق الأجرة لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه، فاللازم في المقام أيضا عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل. ويجاب بأن وضع المساقاة وكذا المزارعة على ذلك، فإن المراد حصول الزرع والثمرة، فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط واستحق حصته، بخلاف الإجارة، فإن المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه. ولا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحيانا - كالاستقاء بالمطر - مع بقاء ساير الأعمال، وأما لو كان على خلافه - كما إذا لم يكن عليه إلا السقي واستغنى عنه بالمطر أو نحوه كلية - فاستحقاقه للحصة مع عدم صدور عمل منه أصلا مشكل (٢).

(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل

عن إتمام العمل يكون الثمر له، وعليه أجرة المثل للعامل بمقدار ما عمل (١). هذا إذا كان قبل ظهور الثمر، وإن كان بعده يكون للعامل حصته وعليه الأجرة (٢) للمالك إلى زمان البلوغ إن رضي بالبقاء، وإلا فله الاجبار على القطع بقدر حصته (٣)، إلا إذا لم يكن له قيمة أصلاً، فيحتمل أن يكون للمالك (٤) كما قبل الظهور.

(مسألة ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ ويستأجر عنه (٥) ويرجع عليه، إما

مطلقا - كما لا يبعد - أو بعد تعذر الرجوع إلى الحاكم. لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالاشهاد على الاستيجار عنه (١)، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه وبين الله، وفيه ما لا يخفى. فالأقوى أن الاشهاد للاثبات ظاهرا، وإلا فلا يكون شرطا للاستحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شرعا يستحق الرجوع وإن لم يكن أشهد على الاستيجار. نعم لو اختلفا في مقدار الأجرة فالقول قول العامل في نفي الزيادة. وقد يقال بتقديم قول المالك، لأنه أمين (٢). وفيه ما لا يخفى (٣). وأما لو اختلفا في أنه تبرع عنه أو قصد

الرجوع عليه فالظاهر تقديم قول المالك، لاحترام ماله وعمله (١)
إلا إذا ثبت التبرع، وإن كان لا يخلو عن إشكال (٢)، بل
يظهر من بعضهم تقديم قول العامل (٣).
(مسألة ٣٠): لو تبين بالبينة أو غيرها أن الأصول كانت
مغصوبة، فإن أجاز المغصوب منه المعاملة صحت المساقاة (٤)،

وإلا بطلت (١)، وكان تمام الثمرة للمالك (٢) المغصوب منه.
ويستحق العامل أجره المثل على الغاصب (٣) إذا كان جاهلا
بالحال (٤)، إلا إذا كان مدعيا عدم الغصبية وأنها كانت

للمساقبي، إذ حينئذ ليس له الرجوع عليه، لاعترافه بصحة
المعاملة (١) وأن 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 (٢) بتمامه
وله الرجوع على كل منهما بمقدار حصته. فعلى الأخير لا
إشكال (٣). وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر
بمقدار حصته (٤)، إلا إذا اعترف بصحة العقد وبطلان دعوى
المدعي للغصبية، لأنه حينئذ معترف بأنه غرمه ظلماً (٥). وقيل:

إن المالك مخير (١) بين الرجوع على كل منهما بمقدار حصته

(* ١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب کتاب الودیعة حدیث: ١٢. و باب: ١ من کتاب الغصب حدیث: ٤.

وبين الرجوع على الغاصب بالجميع، فيرجع هو على العامل بمقدار حصته، وليس له الرجوع على العامل بتمامه، إلا إذا كان عالما بالحال (١). ولا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضا. فالأقوى ما ذكرنا، لأن يد كل منهما يد ضمان وقرار الضمان على من تلف في يده العين. ولو كان تلف الثمرة بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه (٢). هذا ويحتمل في أصل المسألة (٣) كون قرار الضمان على الغاصب (٤) مع جهل العامل، لأنه مغرور من قبله (٥). ولا ينافيه ضمانه

لأجرة عمله (١)، فإنه محترم، وبعد فساد المعاملة لا يكون
الحصة عوضاً عنه، فيستحقها، وإتلافه الحصة إذا كان بغرور
من الغاصب لا يوجب ضمانه له (٢).

(* ١) راجع الوسائل كتاب النكاح أبواب العيوب والتدليس باب: ٢ حديث: ٢ وباب
٦ حديث: ٢ وباب: ٧ حديث: ١.
(* ١) راجع الوسائل باب: ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤ من كتاب الشهادات.
(* ٣) تقدم التعرض الحديث في الصفحة: ١١٧ من هذا الجزء.

(مسألة ٣١): لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقي غيره مع اشتراط المباشرة (١)، أو مع النهي عنه (٢). وأما

(٢٢٠)

مع عدم الأمرين ففي جوازه مطلقا - كما في الإجارة والمزارعة (١) -
وإن كان لا يجوز تسليم الأصول إلى العامل الثاني إلا بإذن
المالك (٢)، أو لا يجوز مطلقا وإن أذن المالك (٣) أو لا يجوز
إلا مع إذنه (٤)، أو لا يجوز قبل ظهور الثمر ويجوز بعده (٥)

أقوال أقواها الأول. ولا دليل على القول بالمنع مطلقاً أو في
الجملة بعد شمول العمومات (١) من قوله تعالى: (أوفوا
بالعقود) و (تجارة عن تراض). و كونها على خلاف
الأصل فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم (٢)، ممنوع بعد
شمولها. ودعوى: أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكاً للمساقى (٣)
أو كان وكيلاً عن المالك، أو ولياً عليه، كما ترى، إذ هو
أول الدعوى (٤).

(* ١) راجع الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار، وباب: ٨، ٩، ١٠ من أبواب كتاب
المزارعة والمساقاة

(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 قعط النظر عن ذلك أيضا

كذلك. فهو على المالك مطلقا (١). إلا إذا اشترط كونه على العامل، أو عليهما بشرط العلم بمقداره (٢). (مسألة ٣٣): مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من حين ظهوره. والظاهر عدم الخلاف فيه (٣)، إلا من بعض العامة، حيث قال بعدم ملكيته له إلا بالقسمة قياسا على عامل القراض، حيث أنه لا يملك الربح إلا بعد الانضاض. وهو ممنوع عليه حتى في المقيس عليه (٤). نعم

لو اشترط ذلك في ضمن العقد لا يبعد صحته (١). ويتفرع على ما ذكرنا فروع (منها): ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل، فإن المعاملة تبطل من حينه (٢)، والحصّة تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا (٣). (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، لبيس 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. 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 زرعاً 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). وهو كما ترى،

وإلا لزم احتساب أجرة عمل المالك (١) والزارع لنفسه أيضا فلا نسلم أنها حيث كانت في قبال العمل تعد من المؤمن (الثاني): أنه يشترط في وجوب الزكاة التمكن من التصرف، وفي المقام وإن حصلت الملكية للعامل بمجرد الظهور، إلا أنه لا يستحق التسلم إلا بعد تمام العمل. وفيه - مع فرض تسليم عدم التمكن من التصرف - : أن اشتراطه مختص بما يعتبر في زكاته الحول - كالنقدين والأنعام - لا في الغلات (٢)، ففيها وإن لم يتمكن من التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد التمكن، على الأقوى، كما بين في محله. ولا يخفى أن لازم كلام هذا

القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصة على المالك أيضا (١)،
- كما اعترف به - 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). ولو اختلفا في قدر حصة العامل
قدم قول المالك المنكر للزيادة (٤)، وكذا لو اختلفا في المدة
ولو اختلفا في قدر الحاصل قدم قول العامل (٥)، وكذا لو
ادعى المالك عليه سرقة أو إتلافا أو خيانة (٦)، وكذا لو
ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أمينا له (٧)، كما هو

الظاهر (١). ولا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدعيه عليه، بناء على ما هو الأقوى (٢) من سماع الدعوى المجهولة، خلافا للعلامة في التذكرة في المقام (٣).
(مسألة ٣٥): إذا ثبتت الخيانة من العامل بالبينة أو غيرها هل له رفع يد العامل على الثمرة أو لا؟ قولان (٤)

أقواهما العدم، لأنه مسلط على ماله، وحيث أن المالك أيضا مسلط على حصته فله أن يستأجر أمينا يضمه مع العامل، والأجرة عليه، لأن ذلك لمصلحته. ومع عدم كفايته في حفظ حصته جاز رفع يد العامل (١) واستيجار من يحفظ الكل، والأجرة على المالك أيضا (٢).

(مسألة ٣٦): قالوا: المغارسة باطلة (٣). وهي أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصته من الأرض أيضا للعامل أو لا. ووجه

البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة (١). بل ادعى جماعة الاجماع عليه (٢). نعم حكى عن الأردبيلي وصاحب الكفاية الاشكال فيه، لامكان استفادة الصحة من العمومات. وهو في محله (٣) إن لم يتحقق الاجماع. ثم على

البطلان يكون الغرس لصاحبه (١)، فإن كان من مالك الأرض

(٢٣٣)

فعلية أجرة عمل الغارس (١) إن كان جاهلا بالبطلان (٢)،

(٢٣٤)

وإن كان للعامل فعليه أجره الأرض للمالك مع جهله به (١)،

(* ١) الوسائل باب: ٣٣ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٣. وباب: ٣ من كتاب الغصب حديث: ١. لكن الحديث في الموضوعين مروى عن الإمام الصادق (ع).

وله الابقاء بالأجرة (١)، أو الأمر بقلع الغرس (٢)، أو قلعه
بنفسه (٣)، وعليه أرش نقصانه إن نقص من جهة القلع.

(٢٣٦)

ويظهر من جماعة (١) أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائما ومقلوعا. ولا دليل عليه (٢) بعد كون المالك مستحقا للقلع. ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا (٣) من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر مثلا، 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 أوصافه الحالية من كونه في معرض الإبقاء مع الأجرة أو القلع. ومن الغريب ما عن المسالك (٤) من ملاحظة كون قلعه مشروطا بالأرش لا مطلقا

فإن استحقاقه للأرش من أوصافه وحالاته، فينبغي أن يلاحظ أيضا في مقام التقويم. مع أنه مستلزم للدور، كما اعترف به. ثم إنه إن قلنا بالبطلان (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 بالشركة أو بتملك أحدهما للآخر نصفًا منها - مثلا - (٥) إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه مثلا أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها وسقيه إلى زمان كذا (٦) أو يستأجره للغرس والسقي إلى

زمان كذا (١) بنصف منفعة الأرض مثلاً.
(مسألة ٣٧): إذا صدر من شخصين مغارسة ولم يعلم
كيفيتها وأنها على الوجه الصحيح أو الباطل - بناء على البطلان -
يحمل فعلهما على الصحة (٢) إذا ماتا أو اختلفا في الصحة والفساد.

تذنيب
في الكافي عن أبي عبد الله (ع): " من أراد أن يلقح
النخل إذا كان لا وجود عملها ولا يتبعل بالنخل فيأخذ حيتانا
صغارا يابسة فيدقها بين الدقين ثم يذر في كل طلعة منها قليلا
ويصر الباقي في صرة نظيفة ثم يجعله في قلب النخل ينفع بإذن
الله تعالى " (* ١). وعن الصدوق في كتاب العلل بسنده عن
عيسى بن جعفر العلوي عن آبائه (ع): " إن النبي صلى الله عليه وآله
قال: مر أخي عيسى بمدينة فإذا في ثمارها الدود فسألوا إليه
ما بهم فقال (ع): 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

(* ١) الوسائل باب: ٦ من أبواب المزارعة والمساقاة حديث: ١.

لا يقع فيه الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك " (* ١)
وفي خبر عن أحدهما (ع): " قال: تقول إذا غرست أو
زرعت: ومثل كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها
في السماء تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها " (* ٢). وفي خبر
آخر: " إذا غرست غرساً أو نبتاً فاقراً على كل عود أو حبة
سبحان الباعث الوارث فإنه لا يكاد يخطئ إن شاء الله " (* ٣)

-
- (* ١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١.
(* ٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب المزارعة والمساقاة حديث: ٥.
(* ٣) الوسائل باب: ٥ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٤.

بسم الله الرحمن الرحيم
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. وما قيل من احتمال كونه من الضم (١) فيكون النون زائدة (٢)، واضح الفساد، إذ - مع منافاته لساير مشتقاته - (٣) لازمه كون الميم مشددة (٤). وله إطلاقان: (٥). إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحوالة والكفاية أيضا، فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس. وإطلاق بالمعنى الأخص، وهو التعهد بالمال عينا أو منفعة أو عملا، وهو المقصود من هذا الفصل. ويشترط فيه أمور:

أحدها: الايجاب. ويكفي فيه كل لفظ دال (١)،
بل يكفي الفعل الدال - ولو بضميمة القرائن - على التعهد
والالتزام بما على غيره من المال.

الثاني: القبول من المضمون له. ويكفي فيه أيضا كل
ما دل على ذلك من قول أو فعل (٢). وعلى هذا فيكون من
العقود المفتقرة إلى الايجاب والقبول. كذا ذكروه (٣). ولكن
لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود
اللازمة، بل يكفي رضی المضمون له سابقا أو لاحقا، (٤)
كما عن الإيضاح والأردبيلي، حيث قالوا: يكفي فيه الرضا

(* ١) المحكي في الخلاف: إن أمير المؤمنين ضمن درهمين عن الميت، فقال النبي صلى الله عليه وآله له:
" جزاك الله عن الإسلام خيرا، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك ". والمحكي أيضا: أن
أبا قتادة دينارين عن ميت، فقال (ع) له: هما عليك، والميت منهما برئ (* ٢). عنه قدس سره

ولا يعتبر القبول العقدي. بل عن القواعد: (١) وفي اشتراط قبوله احتمال، ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله أن يصلي عليه حتى ضمنه علي (ع).

(* ١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.
(* ٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب الضمان حديث: ٢، ٣.

وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالة

(٢٤٩)

وسائر ما يعتبر في قبولها. وأما رضى المضمون عنه فليس
معتبرا فيه (١)، إذ يصح الضمان التبرعي، فيكون بمنزلة
وفاء دين الغير تبرعا حيث لا يعتبر رضاه. وهذا واضح فيما
لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضررا عليه أو حرجا (٢)،
من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لشأنه،
كما إذا تبرع وضيع ديننا عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلا.
الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً، فلا يصح ضمان
الصبي وإن كان مرافقاً، (٣) بل وإن أذن له الولي على إشكال (٤)

(* ١) النساء: ٦.

ولا ضمان المجنون، (١) إلا إذا كان أدواريا في دور إفاقته (٢) وكذا يعتبر كون المضمون له بالغا عاقلا (٣). وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك (٤)، فيصح كونه صغيرا أو مجنونا. نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض (٥). الرابع: كونه مختارا، فلا يصح ضمان المكره (٦).

-
- * (١) الوسائل باب: ٣٣ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١.
* (٢) راجع الوسائل باب: ٥٦ من أبواب جهاد النفس.
* (٣) الوسائل باب: ١٢ من أبواب كتاب الأيمان حديث: ١٢.

الخامس: عدم كونه محجورا لسفه (١) إلا بإذن الولي وكذا المضمون له (٢)، ولا بأس بكون الضامن مفلسا (٣)، فإن ضمانه نظير اقتراضه (٤)، فلا يشارك المضمون له مع الغرماء (٥). وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلسا (٦) ولا بأس بكون المضمون عنه سفيها أو مفلسا، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه.

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه على المشهور (٧)، لقوله تعالى: (لا يقدر على شيء) (٨). ولكن لا يبعد صحة ضمانه وكونه في ذمته يتبع

به بعد العتق، كما عن التذكرة والمختلف. ونفي القدرة
منصرف عما لا ينافي حق المولى (١). ودعوى: أن المملوك

(١*) النحل: ٧٥.

(٢*) الوسائل باب: ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق حديث: ١.

(٣*) البقرة: ٢٦١.

لا ذمة له، كما ترى (١)، ولذا لا اشكال في ضمانه لمتلفاته.
هذا وأما إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحة ضمانه (٢).
وحيث إن عين كونه في ذمة نفسه، أو في ذمة المملوك يتبع
به بعد عتقه أو في كسبه، فهو المتبع (٣)، وإن أطلق الإذن
ففي كونه في ذمة المولى (٤)،

أو في كسب المملوك (١)، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه (٢)،
أو كونه متعلقا برقبته (٣)، وجوه وأقوال. أوجهها: الأول
لأنفهامه عرفا (٤)،

كما في إذنه في الاستدانة لنفقته أو لأمر آخر (١)، وكما في إذنه في التزويج حيث أن المهر والنفقة على مولاه (٢). 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 (٣).

مدفوعة: بمنع عدم قابليته للملكية (١).

(٢٥٨)

وعلى فرضه أيضا لا يكون فارقا بعد الانفهام العرفي (١).
السابع: التنجيز، فلو علق الضمان على شرط - كأن
يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي، وأنا ضامن
إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلا - بطل
على المشهور (٢). لكن لا دليل عليه - بعد صدق الضمان
وشمول العمومات العامة - إلا دعوى الاجماع في كلي العقود
على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير.

أو دعوى منافاة التعليق للانشاء (١). وفي الثاني ما لا يخفى (٢)
وفي الوأل منع تحققه في المقام (٣). وربما يقال: لا يجوز
تعليق الضمان، ولكن يجوز تعليق الوفاء على الشرط مع كون
الضمان مطلقا (٤). وفيه: إن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان
ولا يعقل التفكيك (٥). نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال:

بامكان تحقق الضمان منجزا مع كون الوفاء معلقا على عدم وفاء
المضمون له (١)، لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان
في الأعيان المضمونة، إذ حقيقته قضية تعليلية (٢).

إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي (١).
الثامن: كون الدين الذي يضمه ثابتاً في ذمة المضمون

عنه (١)، سواء كان مستقرا، كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه، أو متزلزلا كأحد العوضين في البيع الخياري كما إذا ضمن الثمن الكلي للبايع، أو المبيع الكلي للمشتري، أو المبيع الشخصي قبل القبض (٢)، وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك. فلو قال: (٣) اقرض فلانا كذا وأنا ضامن،

أو بعه نسيئة وأنا ضامن، لم يصح علي المشهور. بل عن
التذكرة الاجماع. قال: " لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا
فهو علي، لم يصح إجماعاً " (١). ولكن ما ذكروه من الشرط
ينافي جملة من الفروع الآتية (٢). ويمكن أن يقال بالصحة
إذا حصل المقتضي للثبوت وإن لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً،
لصدق الضمان وشمول العمومات العامة (٣)، وإن لم يكن من
الضمان المصطلح عندهم. بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً.

التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون

(٢٦٥)

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 ضمان بالمعنى الأخص. ولكن لا دليل على هذا الشرط (٢)، فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضمانا، فإن كان بإذنه يتهاثران بعد أداء مال الضمان، وإلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه، وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعا، وليس من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه (٣) على الضامن حتى تكون حوالة ومع الاغماض عن ذلك (٤) غاية ما يكون أنه يكون داخلا في كلا العنوانين (٥)، فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافا إلى ما يكون مشتركا.

العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن (١)، على وجه يصح معه القصد إلى الضمان. ويكفي التمييز 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 تحقق الدينين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد. ولو قال: ضمنت الدين الذي على فلان، ولم يعلم أنه لزيد أو لعمر، أو الدين الذي لفلان، ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو، صح 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. ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب، أو العلم باسمهما ونسبهما (٤)

مع أنه لا دليل عليه أصلاً، ولم يعتبر ذلك في البيع الذي

(* ١) تقدم التعرض للحديث في الصفحة: ٢٤٨.

هو أضييق دائرة من سائر العقود.
(مسألة ١): لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه (١). ويمكن أن يستدل عليه - مضافا إلى العمومات العامة، وقوله صلى الله عليه وآله: "الزعيم غارم" - بضمان علي بن الحسين (ع) لدين عبد الله بن الحسن (٢)، وضمانه لدين

* (١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

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

* (٣) يوسف: ٧٢.

محمد بن أسامة (١). لكن الصحة مخصوصة بما إذا كان له واقع معين، وأما إذا لم يكن كذلك. - كقولك: " ضمنت شيئاً من دينك " - فلا يصح (٢). ولعله مراد من قال إن الصحة إنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك (٣). فلا

(* ١) من لا يحضره الفقيه الجزء: ٣ الصفحة: ٥٥ طبع النجف الأشرف، الوسائل باب: ٥ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.
(* ١) روضة الكافي الصفحة: ٣٣٢ الطبعة الجديدة، الوسائل باب: ٣ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

يرد عليه ما يقال: من عدم الاشكال في الصحة مع فرض تعيينه واقعا (١). وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم (٢). هذا وخالف بعضهم فاشتروا العلم به (٣)، لنفي الغرر والضرر ورد بعدم العموم في الأول، لاختصاصه بالبيع (٤)، أو مطلق المعاوضات (٥).

(* ١) الوسائل باب: ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث: ٣، الموطأ الجزء: ٢ الصفحة ١١١ طبعة مصر.

(* ٢) راجع التذكرة: المسألة: ٢ من الركن الثالث من الفصل الثاني من الإجارة.

وبالاقدام في الثاني (١). ويمكن الفرق بين الضمان التبرعي والإذني، فيعتر في الثاني دون الأول، إذ ضمان علي بن الحسين (ع) كان تبرعيا (٢). واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجري من مثل المقام الشبيه بالمعاوضة (٣). إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الآذن. وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب (٤) (مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وتبرأ ذمة المضمون عنه، بالاجماع والنصوص (٥)، خلافا للجمهور

حيث أن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة (١). وظاهر كلمات
الأصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا
النحو. ويمكن الحكم بصحته حينئذ (٢)،

(*١) راجع الصفحة: ٢٤٨.

للعمومات (١).

* (١) راجع الوسائل باب: ٦ من أبواب الخيار كتاب التجارة.
* (٢) الوسائل باب: ٢ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

(١*) الأعراف ب: ١٥٧.
(٢*) البقرة: ٢٧٥.

(مسألة ٣): إذا أبرء المضمون له ذمة الضامن برئت
ذمته وذمة المضمون عنه (١). وإن أبرأ ذمة المضمون عنه لم
يؤثر شيئاً (٢)، فلا تبرء ذمة الضامن، لعدم المحل للابراء
بعد برائته بالضمان، إلا إذا استفيد منه الابراء من الدين الذي كان
عليه، بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمة الضامن (٣). 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 ذمتها على

التقديرين (١).
(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون
له (٢)، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان بإذن المضمون
عنه وتبين اعساره (٣). وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه
و؟ لرجوع على المضمون عنه (٤)، لكن بشرط ملاءة الضامن
حين الضمان أو علم المضمون له باعساره، بخلاف ما لو كان
معسرا حين الضمان وكان جاهلا باعساره، ففي هذه الصورة
يجوز له الفسخ على المشهور (٥)، بل الظاهر عدم الخلاف

فيه. ويستفاد من بعض الأخبار أيضا (١). والمدار - كما
أشرنا إليه - في الاعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان

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

موسرا ثم أعرس لا يجوز له الفسخ (١). كما أنه لو كان معسرا
ثم أيسر يبقى الخيار (٢). والظاهر عدم الفرق في ثبوت

الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضا معسرا
أولا (١). وهل يلحق بالاعسار تبين كونه مماطلا مع يساره
في ثبوت الخيار أو لا؟ وجهان (٢).
(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن
والمضمون له (٣).

لعموم أدلة الشروط. والظاهر جواز اشتراط شئ لكل
منهما (١)، كما إذا قال الضامن: " أنا ضامن بشرط أن تخيط

لي ثوبا"، أو قال المضمون له: "أقبل الضمان بشرط أن
تعمل لي كذا". ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف
الشرط (١).

(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكا وضمن
من غير إذن مولاه، أو بإذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد
العتق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له (٢).
(مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا، ومؤجلا (٣)

وكذا ضمان المؤجل حالا، ومؤجلا (١) بمثل ذلك الأجل،
أو أزيد، أو أنقص. والقول بعدم صحة الضمان إلا مؤجلا (٢)
وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم، ضعيف (٣)، كالقول بعدم
صحة ضمان الدين المؤجل حالا (٤)،

أو بأنقص. 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 وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون
عنه (٣)، لأن الذي عليه كان حالاً (٤) ولم يصر مؤجلاً
بتأجيل الضمان. وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحل

ما عليه وأخذ من تركته يجوز لو إرثه الرجوع على المضمون عنه (١). واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلا حتى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف.

(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك، فمات وحل ما عليه وأخذ من تركته ليس لو ارثه الرجوع على المضمون عنه إلا بعد حلول أجل أصل الدين (٢) لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه. وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل.

(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالا بإذن
المضمون عنه (١)،

(٢٨٨)

فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك،
وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل. والإذن في الضمان أعم
من كونه حالاً.

(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 مر (١) من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلا. وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته، فإنه يرجع على المضمون عنه.

(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، ولم يكن له الرجوع عليه (٢) وإن كان أدأؤه بإذنه أو أمره (٣). إلا أن يأذن له (٤)

في الأداء عنه (١) تبرعا منه في وفاء دينه، كأن يقول: " أد
ما ضمنت عني وارجع به علي " على إشكال في هذه الصورة
أيضا (٢)،

من حيث أن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به
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 تبرعا فضمن ليس
له الرجوع عليه، لأن الإذن على هذا الوجه كالا إذن.
(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون

(* ١) الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

عنه في صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضمان، على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه (١). وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبة قبله. إما لأن ذمة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجردة إلا أن ذمة المضمون عنه لا تشتغل إلا بعد الأداء وبمقداره. وإما لأنها تشتغل حين الضمان، لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه (٢)، وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء. وظاهرهم هو الوجه الأول (٣). 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 يؤدي. فالحكم المذكور على خلاف القاعدة،

(٢٩٦)

ثبت بالاجماع، وخصوص الخبر (١): عن رجل ضمن ضمانا
ثم صالح عليه، قال: ليس له إلا الذي صالح عليه. بدعوى
الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ما خسر. ويتفرع على
ما ذكروه (٢): أن المضمون له لو أبرء ذمة الضامن عن تمام
الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا، وإن أبرأه

* (١) الوسائل باب: ٦ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

* (٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.

* (٣) راجع الصفحة: ٢٩٣.

من البعض ليس له الرجوع بمقداره. وكذا لو صالح معه بالأقل، كما هو مورد الخبر. وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعا فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشئ لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه. وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعا. (مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاة أو صدقة، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه (١)، ولا يكون ذلك في حكم البراء. وكذا

لو أخذه منه ثم رده عليه هبة (١). وأما لو وهبه ما في ذمته
فهل هو كالإبراء أو لا؟ وجهان (٢). ولو مات المضمون
له فورته 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 بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه
إلا بمقدار ما يسوى (٦). 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 (١). وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن
بما يسوى أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة (٢).
(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

- كما هو ظاهر المشهور - 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.
(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: " إُدفع عني إلى المضمون له ما علي من مال الضمان " فدفع برئت ذمتهما معا (٣)، أما الضامن: فلأنه قد أدى دينه، وأما

المضمون عنه: فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر. كذا قد يقال. والأوجه أن يقال: أن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء، والمفروض أن ذمة المضمون عنه أيضا مشغولة له، حيث أنه أذن له في الضمان بالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمة المضمون عنه حيث أن الضمان بإذنه وقد وفي الضامن، فيتهاتران، أو يتقاصان (١). وإشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور (٢)

في غير محله (١).
(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون
له من غير إذن الضامن برئاً معاً (٢)، كما لو دفعه أجنبي عنه.
(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن

بإذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه (١)، بل على الضامن (٢). 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 (٣). وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه. وفي الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلا بذلك الأقل (٤). كما أن في الثانية لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين (٥)

إلا إذا أذن 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. بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك
الفلاني رهنا بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان (٦).

(* ١) الوسائل باب: ٦ من أبواب كتاب الضمان حديث: ١.

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذي على المضمون
عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا؟ يظهر من المسالك والجواهر
انفكاكه (١)، لأنه بمنزلة الوفاء (٢). لكنه لا يخلو عن
اشكال (٣). هذا مع الاطلاق، وأما مع اشتراط البقاء أو
عدمه فهو المتبع (٤).
(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان (٥) في مال
معين (٦)

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

على وجه التقييد (١)، أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام. وحينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال (٢)، بمعنى صرفه فيه. وعلى الأول: إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان (٣) ويرجع المضمون له على

المضمون عنه. كما أنه إذا نقص يبقى الناقص في عهده.

(٣١٠)

وعلى الثاني: لا يبطل، بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما. ومع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ. وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن، بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال، فلا يصح (١).

(مسألة ٢٥): إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه، فإن قلنا إن الضامن هو المولى - للانفهام العرفي، أو

(٣١٣)

لقرائن خارجية - يكون من اشتراط الضمان في مال معين، وهو الكسب الذي للمولى، وحينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن 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 له بضمانه (٥). ولو أطلق الرضا بهما كان

الضامن هو السابق (١). ويحتمل قويا كونه كما إذا ضمنا دفعة خصوصا بناء على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلا لا كشفا (٢). وعلى الثاني: إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضي بهما معا ففي بطلانه - كما عن المختلف وجامع المقاصد (٣)، واختاره

صاحب الجواهر (١) أو التقييط بينهما بالنصف أو بينهم
بالثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا (٢)، أو ضمان كل منهما فللمضمون
له مطالبة من شاء - كما في تعاقب الأيدي - وجوه. أقواها:
الأخير (٣)

(* ١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب الغضب حديث: ٤، كنز العمال الجزء: ٥
حديث: ٥١٩٧.

وعليه إذا أبرء المضمون له واحدا منهما برئ دون الآخر (١)
إلا إذا علم إرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمة ذلك الواحد.
(مسألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن
كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضي المضمون له بهما
صح (٢). وحينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنسا وقدرا تحول
ما على كل منهما إلى ذمة الآخر. ويظهر الثمر في الاعسار
واليسار (٣)،

وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر (١)، بناء على
افتكاك الرهن بالضمان. وإن كانا مختلفين قدرا أو جنسا أو
تعجيلا وتأجيلا أو في مقدار الأجل فالثمر ظاهر. وإن رضي
المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه (٢).
وحيث إن أدى الجميع رجع على الآخر بما أدى، حيث
أن المفروض كونه مأذونا منه. وإن أدى البعض، فإن قصد
كونه مما عليه أصلا أو مما عليه ضمانا فهو المتبع. ويقبل قوله
إن ادعى ذلك (٣).

وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقييد (١).

(* ١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كيفية القضاء حديث: ١.

ويحتمل القرعة (١). ويحتمل كونه منخيرا في التعيين بعد ذلك (٢)
والأظهر الأول. وكذا الحال في نظائر المسألة، كما إذا كان
عليه دين وعليه رهن ودين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار
أحدهما (٣)، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن

(* ١) راجع الوسائل باب: ١٣ من أبواب كيفية القضا. ومستدرک الوسائل باب: ١١ من
أبواب كيفية القضاء.

مبيع (١)، وهكذا، فإن الظاهر في الجميع التقييد. وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي (٢). ويقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد (٣)، لأنه لا يعلم إلا من قبله. (مسألة ٢٨): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه (٤)، كما لا يشترط العلم بمقداره (٥)، فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: " علي ما عليه " صح. وحينئذ فإن ثبت بالبينة يجب عليه أدائه، سواء كانت سابقة أو لاحقة (٦)، وكذا إن ثبت بالاقرار

السابق على الضمان، أو باليمين (١) المردودة (٢) كذلك (٣)
وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردودة
فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره (٤)، ويلزم عنه
بأدائه في الظاهر (٥). ولو اختلف الضامن والمضمون له في
ثبوت الدين أو مقداره، فأقر الضامن أورد اليمين على

(* ١) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يكتسب به حديث: ٤.

المضمون له فحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكرا (١) وإن كان أصل الضمان بإذنه. ولا بد في البينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوتها حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أدائه (٢).

(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: "علي ما تشهد به البينة" وجب عليه أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام (٣)، لأنها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتا 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. وأما ما في الجواهر (١) من أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك، لأنه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البينة طريقاً، بل جعل العنوان ما يثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها. فهو - كما ترى - لا وجه له (٢).

(مسألة ٣٠): يجوز الدور في الضمان (١)، بأن
يضمن عن الضمان ضامن آخر، ويضمن عنه المضمون عنه

(٣٢٨)

الأصيل. وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلا وبالعكس، ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان مردود بأن الأول غير صالح للمانعية (١)، بل الثاني أيضا كذلك (٢). مع أن الفائدة تظهر في الاعسار واليسار (٣)، وفي الحلول والتأجيل، والإذن وعدمه. وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال (٤).

(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيرا يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه (٥)، إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلا، بل وإن لم تشتغل فعلا، على إشكال.

(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المدينون زكاة
أو خمسا جاز إن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي (١)،

(٣٣٠)

بل وآحاد 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).
(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه
مباشرته لا يصح ضمانه (٤)، كما إذا كان عليه خياطة ثوب

مباشرة، وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون (١)
وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين (٢)، كما إذا باع صاعا
من صبرة معينة، فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها
مع بقاء تلك الصبرة موجودة.
(مسألة ٣٥): يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة (٣)

لأنها دين على الزوج. وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت
ممكنة في صبيحته، لوجوبها عليه حينئذ (١). وإن لم تكن

(* (١) البقرة: ٢٣٣.

مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار، بناء على سقوطها
بذلك (١).

(٣٣٤)

وأما النفقة المستقبلية فلا يجوز ضمانها عندهم، لأنه من ضمان ما لم يجب. ولكن لا يبعد صحته، لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجية (١). وأما نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى، لعدم كونها ديناً على ما كانت عليه (٢)،

إلا إذا أذن للقريب أن يستقرض (١) وينفق على نفسه، أو
أذن له الحاكم في ذلك (٢)، إذ حينئذ يكون ديننا عليه (٣).
وأما بالنسبة إلى ما سيأتي (٤) فمن ضمان ما لم يجب. مضافا
إلى أن وجوب الانفاق حكم تكليفي (٥)، ولا تكون النفقة

(* ١) الوسائل باب: ١١ من أبواب النفقات حديث: ٣.

في ذمته. ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال (١).

(٣٣٧)

(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة (١)
سواء كانت مشروطة أو مطلقة، لأنه دين في ذمة العبد (٢)
وإن لم يكن مستقرا لامكان تعجيز نفسه (٣). والقول بعدم
الجواز مطلقا (٤)، أو في خصوص المشروطة معللا بأنه

ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم. ضعيف كتعليه (١).

(٣٣٩)

وربما يعلل: بأن لازم ضمانه لزومه، مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً مع أنه في الأصل غير لازم (١). وهو أيضاً كما ترى (٢).
(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل

الاتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرماية، فليل بعدم الجواز (١).
لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل. والأقوى - وفاقا لجماعة -
الجواز (٢)، لا لدعوى ثبوته في الذمة من الأول وسقوطه
إذا لم يعمل (٣)، ولا لثبوته من الأول بشرط مجئ العمل
في المستقبل (٤)، إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل، بل

(* ١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب کتاب الضمان حديث: ٢.

لقوله تعالى: (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) (* ١) (١).
ولكفاية المقتضي للثبوت في صحة الضمان (٢) ومنع اعتبار
الثبوت الفعلي، كما أشرنا إليه سابقا.
(مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة
- كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد، ونحوهما - على قولين،

(* ١) يوسف: ٧٢.

ذهب إلى كل منهما جماعة. والأقوى الجواز (١)، سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها (٢) عينا ومثلها 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" (* ١) والعمومات العامة، مثل قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) (* ٢). ودعوى (٣): أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين

(* ١) مستدرک الوسائل باب: ١ من أبواب كتاب الضمان حديث: ٢.
(* ٢) المائة: ١.

بمعنى الالتزام بردها (١) مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى. وأيضا لا اشكال (٢) في أن الغاصب أيضا 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).

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 عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع

(* ١) مستدرک الوسائل باب: ١ من کتاب الغضب حدیث: ٤.

وإن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا
بصحته، وفي جملة منها اختلفوا فيه، فلا إجماع.
وأما ضمان الأعيان غير المضمونة - كمال المضاربة والرهن
والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط - فلا خلاف
بينهم في عدم صحته (١). والأقوى بمقتضى العمومات
صحته أيضا (٢).

(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم (١)
ضمان درك الثمن للمشتري (٢) إذا ظهر كون المبيع مستحقا

(٣٤٩)

للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا
كان ذلك بعد قبض الثمن (١). - كما قيد به الأكثر - أو مطلقا
- كما أطلق آخر - وهو الأقوى (٢). قيل: وهذا مستثنى من

عدم ضمان الأعيان (١). هذا 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 صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور (٢). 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. والأقوى في الجميع الدخول مع الاطلاق، والصحة مع التصريح ودعوى: أنه من ضمان ما لم يجب. مدفوعة: بكفاية وجود السبب (٣). هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل

الفسخ، وأما بالنسبة إلى مطالبة الأرش، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها (١) لأن الاستحقاق له ثابت عند العقد، فلا يكون من ضمان ما لم يجب. وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضا، وأن تحقق السبب حال العقد كاف. مع إمكان دعوى: أن الأرش أيضا لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته (٢)

(* ١) هذا القول اختاره في الروضة. وحينئذ يشكل بما ذكره في المسالك - مضافا إلى ما ذكرناه. منه قدس سره

فالصحة فيه أيضا من جهة كفاية تحقق السبب. ومما ذكرنا
ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (١).
(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض
المبيع مستحقا، 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 (١). ولا وجه له (٢).
(مسألة ٤١): الأقوى - وفاقا للشهيدين (٣) - صحة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس، فيضمن الأرش، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البايع. خلافا للمشهور، لأنه من ضمان ما لم يجب.

وقد عرفت كفاية السبب. هذا ولو ضمنه البائع قيل:
لا يصح أيضا كالأجنبي (١)، وثبوتة بحكم الشرع
لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال
الضمان (٢). وقيل بالصحة، لأنه لازم بنفس العقد (٣)،
فلا مانع من ضمانه، لما مر من كفاية تحقق السبب (٤)،
فيكون حينئذ للضمان سببان: نفس العقد (٥)، والضمان

بعقده. وتظهر الثمرة (١) فيما لو أسقط المشتري عنه حق
الضمان الثابت بالعقد، فإنه يبقى الضمان العقدي (٢). كما

إذا كان لشخص خياران بسببين فاسقط أحدهما. وقد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه، والمقام من هذا القبيل (١). ويمكن أن يقال: لا مانع منه مع تعدد الجهة (٢) هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان. وأما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به (٣)، ويكون مؤكدا لما هو لازم العقد (٤).

(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة:
" الق متاعك في البحر وعلي ضمانه " صح بلا خلاف بينهم
بل الظاهر الاجماع عليه (١). وهو الدليل عندهم. وأما إذا
لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحة أخرى من خفة السفينة

أو نحوها، فلا يصح عندهم (١). ومقتضى العمومات
صحته أيضا.

(٣٦٠)

(تتمة)

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أو
الخلافية: أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف الضمان، وأنه
نقل الحق الثابت من ذمة إلى أخرى، وأنه لا يصح في غير
الدين، ولا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له، وأنه أعم
من ذلك حسب ما فصل (١).

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له والمضمون عنه
في أصل الضمان، فادعى أنه ضمنه ضامن وأنكره المضمون
له، فالقول قوله (١). وكذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه
وأنكره المضمون له (٢)، لأصالة بقاء ما كان عليه (٣).

(* ١) الوسائل باب: ١ من أبواب الوضوء حديث: ١.

ولو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد ويساره فادعى
المضمون له إعساره فالقول قول المضمون عنه (١). وكذا
لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فإن القول
قول المضمون عنه (٢). وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها (٣)

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين وعدمه، أو في مقداره أو في مقدار ما ضمن أو في اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلا، أو في اشتراط شيء عليه زائدا على أصل الدين، فالقول قول الضامن (١). ولو اختلفا في اشتراط تأجيله (٢) مع كونه حالا، أو زيادة أجله مع كونه مؤجلا، 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.

(مسألة ٣): لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه (١)، أو في وفاء الضامن (٢) حتى يجوز له الرجوع وعدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن وأنكر المضمون عنه الزيادة، أو في اشتراط شئ على المضمون عنه (٣)

أو اشتراط الخيار للضامن، قدم قول المضمون عنه (١).
ولو اختلفا في أصل الضمان، أو في مقدار الدين الذي ضمنه (٢)
وأنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن.

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق
منه بالبينّة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو
الدين، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً. نعم لو كان مدعياً
مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان، ولم يكن منكراً لأصل
الدين، وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن
في الضمان جاز له الرجوع عليه، إذ لا منافاة بين إنكار الضمان
وادعاء الإذن في الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الأمر أنه
يقول إن ذلك للإذن في الأداء (٣)، والمضمون عنه يقول إنه

للإذن في الضمان، فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب
منه عشر قرانات قرضاً، والمدعى ينكر القرض ويقول: إنه
يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم. ولو لم يعترف

المضمون عنه بالضمنان أو الإذن فيه (١) وثبت على ذلك بالبينة

(* ١) الوسائل باب: ٨٣ من أبواب ما يكتسب به.

فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه. وهل يجوز للشاهدين على الأذن في الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن من غير بيان كونه الأذن في الضمان أو كونه الأذن في الأداء الظاهر ذلك (١)، وإن كان لا يخلو عن إشكال. وكذا في نظائره. كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضا 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)

إذا لم يكن هناك مانع من تهمة (١) أو غيرها مما يمنع من
من قبول الشهادة (٢).
(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا
ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه (٣).

ولو ادعى الوفاء وأنكر الآذن (١) قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله (٢). ولو قيد الأداء بالاشهاد وادعى الاشهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله أيضا (٣). ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع (٤). نعم لو علم أنه وفاه، ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه، لأن الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء (٥) والمفروض تحققه.
(تم كتاب الضمان)

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الحوالة)

وهي عندهم تحويل المال من ذمة إلى ذمة (١). والأولى أن يقال: إنها إحالة المديون دايته إلى غيره، أو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره. وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان، فإنه وإن كان تحويلًا من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته، إلا أنه ليس فيه الإحالة المذكورة،

خصوصا إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه (١).
ويشترط فيها - مضافا إلى البلوغ، والعقل، والاختيار (٢)
وعدم السفه (٣) في الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه،
وعدم الحجر بالسفه في المحتال (٤) والمحال عليه (٥)، بل
والمحيل، إلا إذا كانت الحوالة على البرئ فإنه لا بأس به (٦)

فإنه نظير الاقتراض منه - أمور:
أحدها: الإيجاب والقبول، على ما هو المشهور بينهم (١)
حيث عدوها من العقود اللازمة. فالإيجاب من المحيل (٢)،
والقبول من المحتال. وأما المحال عليه فليس من أركان العقد
وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً، فإن مجرد اشتراط
الرضا منه لا يدل على كونه طرفاً وركناً للمعاملة. ويحتمل أن
يقال: يعتبر قبوله أيضاً (٣)، فيكون العقد مركباً من الإيجاب

والقبولين. وعلى ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة،
من الموالاة بين الايجاب والقبول ونحوها، فلا تصح مع غيبة
المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة. ولكن
الذي يقوى عندي كونها من الايقاع (١) غاية الأمر اعتبار

الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيره عقداً، وذلك لأنها نوع من وفاء الدين (١)، وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء. وهو لا يكون عقداً (٢) وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الداين ومع ذلك إيقاع (٣)، ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع، فإنه نوع من الوفاء (٤). وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في العقود اللازمة (٥)،

ويتحققان بالكتابة ونحوها (١). بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضا كذلك (٢)، - كما أن الجعالة كذلك - وإن كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر (٣). ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول: " أنت مأذون في بيع داري " أو قال: " أنت وكيل " (٤)، مع أن الأول من الايقاع قطعاً.

الثاني: التنجيز (١)، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف، كما هو المشهور. ولكن الأقوى عدم اعتباره كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين.
الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال (٢).
وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل (٣) فيما لو تبرع

المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: "أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي"، وحينئذ فيشترط رضا المحتال والمحال عليه دون المحيل. لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان (١).

(*) (١) المائدة: ١.

وكذا من المحال عليه إذا كان بريئاً، أو كانت الحوالة بغير
جنس ما عليه (١). وأما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف (٢)

ولا يبعد التفصيل بين أن يحول عليه بماله 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. وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة على البرئ، فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة. وقد يعلل باختلاف الناس في الاقتضاء (١) فلا بد من رضاه. ولا يخفى ضعفه، كيف وإلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره، مع أنه لا اشكال فيه.

الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتا في ذمة المحيل (٢) سواء كان مستقرا أو متزلزلا، فلا تصح في غير الثابت، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية

قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضا 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 عوضه من زيد" (٣) فرضي ورضي زيد أيضا، لصدق الحوالة، وشمول العمومات، فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال بعد العمل وبعد الاقتراض.

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوما جنسا وقدرًا
للمحيل والمحتال، فلا يصح الحوالة بالمجهول على المشهور (١)
للغرر (٢). ويمكن أن يقال بصحته إذا كان آثلاً إلى العلم،
كما إذا كان ثابتاً في دفتره، على حد ما مر في الضمان من صحته
مع الجهل بالدين. بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم

بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن. بل وكذا لو قال: " كلما
شهدت به البينة وثبت خذه من فلان ". نعم لو كان مبهما
كما إذا قال: " أحد الدينين الذين لك علي خذه من فلان "
بطل (١)، وكذا لو قال: " خذ شيئا من دينك من فلان " (٢)
هذا ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييري أمكن الحكم
بصحته (٣)

لعدم الابهام فيه حينئذ (١).
السادس: تساوي المالين - أي المحال به والمحال عليه -
جنسا ونوعا ووصفا، على ما ذكره جماعة (٢)، خلافا
لآخرين (٣). وهذا العنوان وإن كان عاما إلا أن مرادهم
- بقرينة التعليل بقولهم: تفصيا من التسلط على المحال عليه بما
لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه -
فيما كانت الحوالة (٤) على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول
الذمة به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير

بأن يدفع بدل الدنانير دراهم. فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البرئ (١) بأن يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم. ولعله لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن (٢). فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس. والوجه في عدم الصحة: ما أشير إليه (٣) من أنه لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه. وأيضا الحكم

على خلاف القاعدة (١). ولا إطلاق في خصوص الباب،
ولا سيرة كاشفة، والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة.
ووجه الصحة: أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس (٢)
ولا بأس به. وهذا هو الأقوى (٣). ثم لا يخفى أن الاشكال

إنما هو فيما إذا قال: " اعط مما لي عليك من الدنانير دراهم " بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه. وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الاشكال فيه، إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البرئ، بأن يدفع الدنانير، وحينئذ تفرغ ذمة المحيل من الدراهم، وتشتغل ذمة المحال عليه بها، وتبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير، وتشتغل ذمة المحيل له بالدراهم، فيتحاسبان بعد ذلك. ولعل الخلاف أيضا مختص بالصورة الأولى، لا ما يشمل هذه الصورة أيضا (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.

(مسألة ١): لا فرق في المال المحال به بين أن يكون

عينا في الذمة، أو منفعة، أو عملا لا يعتبر فيه المباشرة (١)،
ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة (٢)، سواء
كانت على البرئ أو على مشغول الذمة بمثلها (٣). وأيضا
لا فرق بين أن يكون مثليا كالطعام، أو قيميا كالعبد والثوب (٤)
والقول بعدم الصحة في القيمي (٥) للجهالة، ضعيف،

والجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها (١).
(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل
وإن لم يبرئه المحتال. والقول بالتوقف على إبرائه (٢) ضعيف.
والخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالابراء من
المحتال (٣)،

المراد منه القبول (١)، لا اعتبارها بعده أيضا. وتشتغل ذمة

-
- (١*) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ٢.
(٢*) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ١.
(٣*) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ٣.
(٤*) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ٤.

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 برئ أو كانت بغير المثل، ويتحاسبان بعد ذلك.

(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة (٢)

وإن كانت على ملي (٣).

(مسألة ٤): الحوالة لازمة، فلا يجوز فسخها بالنسبة

إلى كل من الثلاثة (٤). نعم لو كانت على معسر مع جهل

* (١) سنن البيهقي الجزء: ٦ الصفحة: ٧٠.

المحتال باعساره يجوز له الفسخ والرجوع على المحيل (١).
والمراد من الاعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائدا على
مستثنيات الدين (٢). وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم (٣)
ولا يعتبر فيه كونه محجورا (٤).

* (١) البقرة: ٢٨٠.

* (٢) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ١.

* (٣) تقدم التعرض لها في المسألة: ٢ من هذا الفصل.

والمناط الاعسار واليسار حال الحوالة (١) وتاماميتها. ولا يعتبر
الفور في جواز الفسخ (٢). ومع إمكان الاقتراض والبناء
عليه يسقط الخيار، للانصراف على إشكال (٣).

(* ١) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان حديث: ٤.

وكذا مع وجود المتبرع (١).
(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البرئ (٢)،

(٣٩٨)

ولا يكون داخلا في الضمان (١).

(٣٩٩)

- (مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة (١).
- (مسألة ٧): يجوز الدور في الحوالة (٢). وكذا يجوز الترامي (٣) بتعدد المحال عليه واتحاد المحتمل (٤)، أو بتعدد المحتمل واتحاد المحال عليه (٥).
- (مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته (٦).

وكذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال (١). وكذا لو تبرع
المحيل عنه (٢).
(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 (٣)، فيحلف على براءته
ويطالب عوض ما أداه، لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل (٤)
ودعوى: أن الأصل أيضا عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء
مدفوعة: بأن الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب
عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه (٥). وعدمه وبعد جريان

أصالة براءة ذمته يرتفع الشك. هذا على المخترار من صحة
الحوالة على البرئ، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول
المحيل، لأن مرجع الخلاف إلى صحة الحوالة وعدمها، ومع
اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة وهو
المحيل (١).

ودعوى: أن تقديم قول مدعي الصحة (١) إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين (٢)، 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 بتحقيق المعاملة حجة عليه (٣) بالحمل على الصحة. نعم لو لم يعترف بالحوالة، بل ادعى أنه أذن له في أداء دينه يقدم قوله لأصالة البراءة من شغل ذمته، 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 (٤) - حيث قالوا: " لو أحال عليه فقبل وأدى " فجعلوا محل

الخلافاً لما إذا كان النزاع بعد الأداء - أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلا بعد الأداء، فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل والمحتمل، لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البرئ إلا بعد الأداء. والأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه، إذ كما يحصل به الوفاء (١) بالنسبة إلى دين المحيل بمجرد حصوله، فكذا

في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان
مديونا له، وحصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئا.
ومقتضى القاعدة في الضمان أيضا تحقق شغل المضمون عنه
للضامن بمجرد ضمانه، إلا أن الإجماع وخبر الصلح 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 مطلقا إذا
كان بريئا.

(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبة (١) بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده، لثبوته في ذمته (٢). والقول بعدم صحته قبل الحلول (٣)، لجواز تعجيز نفسه، ضعيف، إذ غاية ما يكون كونه متزلزلاً، فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار. واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد (٤)، لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفاً. كما ترى.

ثم إن العبد بقبول الحوالة يتحرر لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة ولو لم يحصل الأداء منه، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه. وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء، لأن الحوالة ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل، وعلى هذا إذا أعتقه المولى صح وبطلت الكتابة، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، لأنه صار لازماً للمحتال، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة. فيه نظر من وجوه (١). وكأن دعواه أن الحوالة ليست في حكم الأداء إنما هي بالنظر إلى ما مر من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الأداء، كما في الضمان، فهي وإن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل والمحتال فبمجرد ما يحصل الوفاء وتبرأ ذمة المحيل، لكن بالنسبة إلى المحال عليه والمحيل ليس كذلك. وفيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء، فيتحقق بها الوفاء (٢). (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 (١).
(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح، فيجب عليه تسليمه للسيد (٢) ويكون موجبا لانعتاقه (٣)، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا.
(مسألة ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة (٤)،

فمع عدم البينة يقدم قول المنكر الحوالة (١)، سواء كان هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده، وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال (٢) وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل، وأصالة عدم ملكية

المال المحال به للمحتال. ودعوى: أنه إذا كان بعد القبض (١) يكون مقتضى اليد ملكية المحتال، فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة. مدفوعة: بأن مثل هذه اليد لا يكون أمانة على ملكية ذئها (٢) 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 كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأما إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع. ولو علم أنه قال: "أحلتك على فلان" وقال: "قبلت" ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة، فربما يقال: إنه يقدم قول مدعي الحوالة (٣)، لأن الظاهر من لفظ:

"أحلت" هو الحوالة المصطلحة (١)، واستعماله في الحوالة مجاز فيحمل على الحوالة. وفيه: منع الظهور المذكور (٢).
نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأما ما يشتق

منها - كلفظ: " أحلت " - 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
برئ أو مديون للمشتري، ثم بان بطلان البيع، بطلت

الحوالة في الصورتين (١)، لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبايع واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال. هذا في الصورة الثانية، وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري محالا عليه ويجوز الحوالة على البرئ، إلا أن المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته (٢) لا عليه. ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده فإذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقيا على ملك المشتري، فله الرجوع به ومع تلفه يرجع على المحتال (٣) 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 (١)، 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 (٢)، فهي تبقى بحالها ويرجع البايع على المشتري (٣) بالثمن. وما عن الشيخ وبعض آخر (٤) من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية - وهي ما إذا أحال المشتري البايع بالثمن على أجنبي -

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).

وربما يقال بطلانها (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

حالتها حال 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.
(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دايته عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال والمحال عليه، وجب عليه الدفع إليه (١)، وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة (٢). وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته. ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً إليه، للغرور (٣).
(تم كتاب الحوالة)