

مصباح المنهج

كتاب الشفعة
و
كتاب الإحصاءة

تأليف

السيد محمد بن أبي بكر الطائفي الحلي

طبعة

مكتبة
الشيخ
المرتضى
الطائفي

مَصْنَعُ الْمُنْجَى

مَصْبَحُ الْمُنْهَجِ

كتاب الشفعة

و

كتاب الإجارة



تَأَلَّفُ

السَّيِّدُ مُحَمَّدٌ سَعِيدٌ الطَّبَّاطِبَايُ الْحَكِيمُ

دارُ العلمِ

طباعة. نشر. توزيع

الطباطبائي الحكيم، محمد سعيد، ١٩٣٥ م - شارح

عنوان الكتاب واسم المؤلف : مصباح المنهاج : الشفعة والإجارة / السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم (مد ظله)

الناشر : قم، دار الهلال، ١٤٣٤ هـ - ق = ١٣٩٢ هـ - ش = ٢٠١٣ م

عدد الصفحات ٥٠٩ ص . الطبعة الثانية.

السعر ٨٥.٠٠٠ ريال

شابك ج: ٠٢-٠٠-٦٩٩٢-٦٠٠-٩٧٨ ISBN:

شابك الدورة: ١-٥٤-٨٢٧٦-٩٦٤-٩٧٨

الفهرسة طبق نظام فيبا . المصادر في الهوامش.

ملاحظة: كتاب الشفعة وكتاب الإجارة شرح لكتاب منهاج الصالحين تأليف السيد محسن الحكيم.

الموضوع: ١- حكيم، محسن، ١٢٦٧-١٣٤٨ . منهاج الصالحين - نقد وشرح . ٢ - الفقه الجعفري - القرن ١٤ .

٣ - الفقه الجعفري - الرسالة العملية . ٤ - حق الشفعة ٥ - إجارة (فقه).

المعرفي الإضافي (للشخص): حكيم، محسن، ١٢٦٧-١٣٤٨ . منهاج الصالحين . منتخب . شرح.

الإيداع في المكتبة الوطنية: ٢٩٧/٣٤٢٢

BP ١٨٣ / ٩ ح ٨ م ٨٠٢٣٦

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م

اسم الكتاب مصباح المنهاج / كتاب الشفعة وكتاب الإجارة

تأليف: السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم (مد ظله)

المطبعة الوفاء

العدد ٣,٠٠٠ نسخة

الناشر دار الهلال

ISBN ٩٧٨-٦٠٠-٦٩٩٢-٠٢-٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الشفعة

(مسألة): إذا باع أحد الشريكين حصته على ثالث كان لشريكه أخذ المبيع بالثمن المجعول له في البيع (١). ويسمى هذا الحق بالشفعة.

(١) ظاهره ثبوت الحق بسبب البيع وبعد تحققه، وأنه لا حق قبله. بل هو كالصريح مما يأتي منه ~~تنتز~~ في المسألة السادسة عشرة من عدم سقوطه بالإسقاط قبل البيع.

وهو المناسب لكلماتهم في تعريف الشفعة. قال في الغنية: «الشفعة في الشرع عبارة عن استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته»، وفي الشرائع: «وهي استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع»، وفي القواعد: «وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع»... إلى غير ذلك مما تضمن ترتب ثبوت الحق المذكور على البيع.

وقد يستدل له بصحيح عبد الله بن سنان: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء، فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: أنا أحق به، أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً»^(١)، وقريب منه صحيح الحلبي^(٢).

لكن في معتبر علي بن مهزيار بل صحيحه: «سألت أبا جعفر الثاني عن رجل

طلب شفعة أرض، فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها، أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال، وإلا فليبع، وبطلت شفعته في الأرض. وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه، وإلا فلا شفعة له^(١). وهو صريح في ثبوت حق الأولوية قبل البيع وسقوطه بمضي المدة قبله. وقد تبّه لذلك في الجملة في الحداثق، حيث قال: «مورد الرواية المذكورة إنها هو الشفعة قبل البيع، وأن الذي ينتظر الشريك الذي يريد أن يبيع، لا المشتري». وقد سبقه إلى ذلك في مجمع البرهان على ما حكى عنه.

ومن الغريب ما في مفتاح الكرامة من أن المراد بصاحب الأرض المشتري، لأن الشفعة حقيقة لغة وعرفاً وشرعاً في الاستحقاق بعد البيع. وقد يظهر ذلك من الجواهر. وسبقهما إليه في الجملة في الرياض.

إذ فيه: أن ثبوت ذلك لغة في غاية المنع. قال في لسان العرب: «وقال القتيبي في تفسير الشفعة: كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالبيع ممن بعد سببه، فسميت شفعة، وسمي طالبها شفيعاً».

كما أن العرف العام في عصر صدور الحديث لا يتيسر لنا تحديد مقتضاه. وأما في عصورنا فهو - لو تم - تابع لفتوى الفقهاء، فلا عبرة به ما لم يطابق العرف الشرعي الذي هو المعول عليه، ولا طريق لإحراز العرف الشرعي إلا النصوص، وليس فيها ما تضمن تعريف الشفعة، بل هي واردة لبيان أحكامها بنحو يستفاد منها حدودها تبعاً، فلا مجال لتحكيم مشهور تعريف الفقهاء على النصوص المذكورة وصرفها لأجله عن ظاهرها.

والحاصل: أن ما تضمنه الحديث من فرض طلب الشفعة قبل البيع وتوقف

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٠ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

صاحب الأرض عن البيع من أجل أن يأتيه الطالب بالمال كالصريح في أن المراد بصاحب الأرض هو الشريك قبل البيع، لا الشريك بعده.

كما أن الظاهر كون المراد بالبيع هو البيع المحفز على الأخذ بالشفعة، لا بيع آخر متأخر عنه لا دخل له بها. كيف ولازم ذلك تجدد حق الشفعة بالبيع الثاني، وعدم انقطاع علة الشريك بتأخيره تسليم الثمن، وهو مما يأباه مساق الحديث جداً. ومن هنا لا مخرج عما ذكرنا من ظهوره في ثبوت حق الشفعة قبل البيع.

ويعضده في ذلك جملة من النصوص ظاهرة في ثبوت حق الشفعة قبل البيع، بمعنى أن الشريك هو الأولي بأن يباع عليه.

ففي صحيح عبد الله بن سنان: «أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه. قال: يبيعه. قلت: فإنها كانا اثنين، فأراد أحدهما بيع نصيبه، فلما أقدم على البيع قال له شريكه اعطني. قال: هو أحق به...»^(١). لصراحتة في ثبوت الحق للشريك عند إرادة البيع قبل وقوعه، وأنه أحق بأن يباع عليه من غيره.

كما أن ما تضمنه صدره من أن له أن يبيع مع تعدد الشركاء ظاهر في أن من شأن حق الشفعة أن لا يبيع الشريك من دون مراجعة شريكه، وإنها كان له البيع لعدم ثبوت الحق المذكور بسبب تعدد الشركاء.

ونحوه في ذلك صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار له، وله في تلك الدار شركاء. قال: جائز له ولها، ولا شفعة لأحد من الشركاء عليها»^(٢).

وفي معتبر منصور بن حازم: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: دار بين قوم اقتسموها، فأخذ كل واحد منهم قطعة وبناها، وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم. فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، أله ذلك؟ قال: نعم لكن يسد بابه... فإن أراد صاحب

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٧.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

الطريق يبيعه، فإنهم أحق به، وإلا فهو طريقه يجيء حتى يجلس على ذلك الباب»^(١). ونحوه معتبره الآخر^(٢). والكلام فيهما هو الكلام في صحيح عبد الله بن سنان.

وقريب منها معتبر هارون بن حمزة الغنوي عنه عليه السلام: «سألت عن الشفعة في الدور أشياء واجب للشريك، ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^(٣).

لأنصرفه للشركة والجوار بلحاظ حال ما قبل البيع، لا بلحاظ حال ما بعده، بحيث يكون البيع دخيلاً في الموضوع زائداً على الشركة، لاحتياج ذلك إلى عناية.

ولأنصرف قوله: «يعرض على الجار» في أن عرضه عليه مقدمة للبيع لعله يسبق إليه، لا بعده لثبوت حقه فيه، إذ ليس من شأن المشتري العرض، بل الشفيع هو الذي يقهر المشتري على أخذ المبيع منه.

ولأنصرف قوله: «فهو أحق به من غيره» إلى أن الغير شخص ثالث غير العارض والمعروض عليه. وإلا لكان المناسب أن يقول: فهو أحق به منه، أو من المشتري.

وبذلك قد يستفاد المطلوب من قوله عليه السلام في مرسل يونس: «الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره. وإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم»^(٤). فإنه وإن فرض فيه البيع، إلا أن من القريب حمله على إرادة البيع، أو على أنه كان الأولى به أن يبيع على الشريك، بقرينة قوله عليه السلام: «فشريكه أحق به من غيره». إذ لو كان المراد بيان الأولوية بعد البيع لكان المناسب أن يقول: فشريكه أحق به من المشتري.

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢، ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

وفي صحيح عبد الله بن سنان عنه عليه السلام: «قال: لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما»^(١). فإن ثبوت الشفعة للشريكين معاً إنها يكون بلحاظ حال ما قبل البيع، بمعنى أن كلا منهما أحق بحصة صاحبه لو أراد بيعها. أما بلحاظ ما بعد البيع - بمعنى أن للشفيع سلب الحصة من المشتري - فهي تختص بالشريك الآخر الذي لم يبيع.

ونحوه معتبر عقبة بن خالد عنه عليه السلام: «قال: قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن. وقال: لا ضرر ولا ضرار...»^(٢). غايته أنه لا بد من حمله على الشريكين، بناء على ما يأتي من عدم ثبوت الشفعة للأكثر.

وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة»^(٣). فإن ظاهره ثبوت الشفعة قبل القسمة، وأنها ترتفع بها، وذلك إنما يكون مع ثبوتها قبل البيع، بأن ترجع إلى أن الشريك أولى بحصة شريكه إذا أراد بيعها. وإلا فالقسمة بعد البيع مع المشتري لا تكون هي الرافعة للشفعة، بل الرافع لها رضا الشريك ببقاء الحصة للمشتري، السابق على القسمة.

والحاصل: أن ملاحظة النصوص المذكورة تشهد بثبوت حق الشفعة قبل البيع، وأنه راجع إلى أولوية الشريك بحصة شريكه إذا أراد بيعها.

وأما صحيحاً ابن سنان والحلي المتقدمان فإن أمكن حمل قوله فيهما: «أنا أحق به» على أنه كان الأحق بأن يباع عليه، كانا مطابقين للنصوص السابقة، وإلا فهما لا ينافيانها، لظهور أن استحقاق الشريك انتزاع الحصة من المشتري لا ينافي أولويته قبل ذلك بشراء حصة شريكه منه وبيع شريكه لها عليه، بل الأول متفرع على الثاني.

ويكون المتحصل من الطائفتين سعة حق الشفعة، وأنه عبارة عن أولوية الشريك بالحصة وهي عند شريكه، بحيث يقتضي أولويته بأن تباع عليه لو أراد بيعها،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٥ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٤.

ثم استحقاقه انتزاعها من المشتري لو باعها الشريك عليه من دون أن يعرضها عليه، ويراجعه في أمرها. هذا ما كان من أمر النصوص الشريفة.

وأما الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) فقد يناسب جريمهم على ما ذكرنا ما يأتي إن شاء الله تعالى - في المسألة السادسة عشرة من فصل الأخذ بالشفعة - من جماعة من سقوط الشفعة بالإسقاط قبل البيع، ويعرض الشريك المبيع على شريكه بالثمن أو بما دونه فلم يأخذه. فإنه وإن أمكن أن يكون ذلك للغفلة عن عدم صحة إسقاط الحق قبل ثبوته، أو لدعوى قيام الدليل على ذلك ولو على خلاف القاعدة، إلا أنه يمكن أن يكون للبناء على ثبوت حق الأولوية قبل البيع. خصوصاً ممن لم يتصد لتعريف حق الشفعة وتحديدده بالوجه السابق، كما في المقنعة والنهاية والمبسوط والوسيلة والمهذب والجامع.

بل قال في المبسوط في بيان حق الشفعة: «والأصل فيه السنة... وروى جابر أن النبي ﷺ قال: الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط. ولا يحل له أن يبيعها حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به». فإن الحديث المذكور صريح فيما ذكرنا. وهو وإن كان من روايات العامة، إلا أن ذكره ^{تتضمن} في بيان أصل الشفعة ظاهر في جريه على مضمونه في تحديدها. وقد ذكر هذا الحديث أيضاً في أول كتاب الشفعة من المهذب.

كما ذكر في النهاية سقوط حق الشفعة إذا لزم من انتظار إحضار الشفيع الثمن من بلد آخر الإضرار بالبائع. حيث يناسب ذلك كون حق الشفعة ثابتاً على الشريك قبل البيع بنحو يقتضي الانتظار به من أجل أن يعمل الشريك حق الشفعة، ونظيره ما يأتي عن الفقه الرضوي، بناء على أنه كتاب لبعض أصحابنا. بل حتى بعض من عرفه بالوجه السابق قد يكون تعريفه لفظياً تسامحياً.

كما قد يكون نظر من عرفه بما سبق إلى الحق المسلط عليه الشريك، بحيث يستطيع تنفيذه، فإنه يختص بما بعد البيع، حيث يكون له حيثنذ إرغام المشتري على

أخذ المبيع منه بالثمن. أما قبل ذلك فلا سلطنة له على شيء، لأن أولويته بأن يبيع الشريك عليه ليست بنحو تقتضي إلزام الشريك بالبيع له، كما يأتي. مع إغفال أن حقه على المشتري بالنحو المذكور متفرع على الأولوية المذكورة في حق البائع واستمرارها - كما سبق - أو الغفلة عن ذلك.

بقي شيء. وهو أن ثبوت حق الشفعة على الشريك قبل البيع ليس بحيث يمنع من صحة البيع، لظهور مفروغية الأصحاب، بل المسلمين ظاهراً، عن صحة البيع، وهو المناسب للحكم بثبوت الشفعة على المشتري بسبب البيع في ظاهر صحيحي الحلبي وعبد الله بن سنان المتقدمين. وما في مرسل ابن محبوب الوارد في انهدام الدار المبيعة، فقد تضمن قول الشفيع للمشتري: «ضع عني قيمة البناء»^(١). حيث يظهر في المفروغية عن صحة البيع وانتقال حق الشفعة على المشتري.

ولعل الوجه في ذلك أن منافاة التصرف للحق إنما تمنع من نفوذ التصرف إذا كان التصرف منافياً لمقتضى الحق، كتصرف المفلس في ماله المنافي لحق الغرماء، ووقف الراهن للعين المرهونة. أما إذا لم يكن مبطلاً له فلا ملزم بهانعيته من نفوذه، نظير ما قد يقال في بيع العين المرهونة مع بقائها على الرهن، والبيع في المقام لا يبطل حق الشفعة، بل يوجب للشريك الحق في فعلية تنفيذه، حيث إنه قبل البيع يقتضي أولوية الشريك بالمبيع لو أقدم شريكه على بيعه من دون أن يحق له إلزامه بأخذه منه، لأن من حقه أن يتراجع عن بيعه. أما بعد بيعه فيكون له إعمال حق الشفعة بأخذ المبيع من المشتري بالثمن من دون أن يحق للمشتري منعه.

وليس فائدة ثبوت حق الشفعة على الشريك قبل البيع إلا أمرين:

الأول: سعة الحق، بحيث يسقط بتعذر تهية الثمن على الشريك، كما تضمنه حديث علي بن مهزيار المتقدم، وبعدم أخذه بالشفعة مع عرض الحصة عليه بالثمن، وبإسقاطه لحقه فيها قبل البيع، كما يأتي في المسألة السادسة عشرة من فصل الأخذ

بالشفعة.

الثاني: أنه ينبغي للشريك عرض الحصة على شريكه قبل بيعها. بل وجوب ذلك تكليفاً مقتضى النبوي المتقدم من المبسوط والمروي عن عوالي اللآلي^(١)، والنبوي الآخر المروي عن العوالي أيضاً: أنه عليه السلام قال: «لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن باع ولم يأذن فهو أحق به»^(٢). وهو المناسب لما في الفقه الرضوي: «والشفعة على البائع والمشتري، وليس للبائع أن يبيع أو يعرض على شريكه أو مجاوره. ولا للمشتري أن يمتنع إذا طوّل بالشفعة». وفيه أيضاً: «إنما يجب للشريك إذا باع شريكه أن يعرض عليه، فإن لم يفعل يطلب الشفعة متى ما سئل...»^(٣).

لكن ذلك كله لا يبلغ مرتبة الحجية، ولا ينهض بالاستدلال على وجوب عرض الشريك حصته على شريكه قبل بيعها. فلا مجال للبناء عليه.

ولاسيما أن عدم تعرض المشهور لذلك موجب لظهور عدم بنائهم عليه، ومن البعيد جداً خطأهم في مثل هذا الحكم الشائع الابتلاء. فليقتصر على المتيقن، وهو رجحان عرض الشريك حصته على شريكه عند إرادة بيعها. وهو غير بعيد عن السيرة. وإن أمكن أن يكون منشؤها تجنب إعمال حق الشفعة بعد البيع. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١ من أبواب کتاب الشفعة حديث: ١.

(٢)، (٣) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب کتاب الشفعة حديث: ١٤، ١٢.

فصل

فيما تثبت فيه الشفعة

(مسألة ١): تثبت الشفعة في بيع ما لا ينقل إذا كان يقبل القسمة (١)
- كالأرضين والدور والبساتين - بلا إشكال وهل تثبت فيما ينقل - كالألات

(١) هذا المعيار في الاتفاق والخلاف وإن ذكر في جملة من كلماتهم، إلا أنه لم يتضح تطبيقه على بعض أمثلتهم، حيث فرضت الدور والأراضي والبساتين مما يقبل القسمة، والحمام مما لا يقبله، مع أنه إن كان المراد قبولها للقسمة مع تحقق الغرض من المجموع على كل قسم ولو بنحو مصغر، وقد يعبر عنه بما تكون قسمته غير مضرّة به، فمن الظاهر أن بعض الدور قد لا يقبل ذلك، لخصوصية مدخله أو جهته على الشارع، أو مساكنه.

بل حتى بعض البساتين والأراضي بلحاظ كيفية إشرافها على الماء أو الطريق العام. وإن كان المراد قبولها للقسمة مطلقاً ولو مع عدم تحقق غرض المجموع من كل من القسمين فمن الظاهر أن الحمام قابل لذلك.

إلا أن يكون ذكرهم للأمور المذكورة فيما يقبل القسمة وما لا يقبلها بلحاظ الأفراد الغالبة منها.

وكيف كان فثبتت الشفعة في غير المنقول القابل للقسمة ليس مورداً للإشكال

والثياب والحيوان - وفيما لا ينقل إذا لم يقبل القسمة؟ قولان (١): أقواهما

والنصوص به في الجملة مستفيضة، كدعاوى الإجماع عليه.

(١) الذي يظهر بالرجوع لكلمات الأصحاب أن في المسألة أقوالاً لا قولين فقط، كما يظهر بملاحظة مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما.

وقد صرح بعموم ثبوت الشفعة في كل مشاع من دون استثناء في المقنعة والانتصار والاستبصار والغنية والسرائر، وحكي عن ابن الجنيّد وأبي الصلاح في الكافي. وفي الانتصار أنه من متفردات الإمامية مدعيّاً عليه إجماعهم.

ويقضيه مرسل يونس المتقدم، ومرسل جميل بن دراج عن أحدهما عليه السلام: «قال: الشفعة لكل شريك لم يقاسم»^(١). ومثلها في ذلك معتبر هارون بن حمزة الغنوي المتقدم. فإن السؤال فيه وإن كان عن الدور، إلا أن عدم اقتصار الإمام عليه السلام في الجواب على بيان الحكم وقوله: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن» ظاهر في بيان الضابط العام في الشفعة.

ومنه يظهر أنه لا مجال لما في كلام جماعة من استضعاف دليل العموم بالنظر لإرسال الحديثين الأولين. على أنه يتعين انجبارهما بعمل من سبق وكل من عمم لكل ما يقبل القسمة، أو اقتصر في المنع على بعض الأمور للنصوص الخاصة المخرجة عن العموم المذكور، على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

هذا وقد صرح بعدم ثبوت الشفعة في المنقول في الخلاف والمبسوط والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والإرشاد والإيضاح واللمعة وغيرها. ونسب لأكثر أصحابنا تارة، وللمتأخرين أو أكثرهم أخرى، وللمشهور ثالثة... إلى غير ذلك.

وقد يستدل له.. تارة: بالأصل بعد استضعاف دليل العموم، على ما أشرنا إليه

آناً. وأخرى: بما يأتي مما تضمن عدم ثبوت الشفعة في بعض الأمور المنقولة، كالحيوان والسفينة والرحى، للبناء على إلغاء خصوصياتها، وفهم العموم منها لكل ما ينقل. وثالثة: بمفهوم قوله ﷺ في معتبر خالد بن عقبة المتقدم: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء والمساكن...»^(١). معتضداً بمرسل الكليني، قال: «وروي أيضاً أن الشفعة لا تكون إلا في الأرضين والدور فقط»^(٢).

ويظهر اندفاع الأول مما تقدم. كما يندفع الثاني - مضافاً إلى عدم تمامية ما تضمن عدم ثبوت الشفعة في الحيوان، كما يأتي إن شاء الله تعالى - بأنه لا مجال للإلغاء خصوصية الأمور المذكورة وفهم العموم منها. ولا سيما مع ما ورد من عدم ثبوتها في بعض الأمور غير المنقولة أيضاً، كالخام والنهر والطريق، وما ورد من ثبوتها في بعض الأمور المنقولة كالرفيق، على ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

وكذا الحال في الثالث، لعدم ظهور معتبر خالد في المفهوم. ولا سيما مع ما تضمنه من نفي الضرر والضرار، حيث يقرب سوقه للتعليل، المناسب جداً للتعدي عن المورد.

كما أن مرسل الكليني لا ينهض بالاستدلال، لعدم وضوح تعويل القائلين بالمنع عليه، بحيث ينجر ضعفه بذلك. بل لعلهم اعتمدوا على غيره من الوجوه. ولا سيما مع قرب كونه منقولاً بالمعنى بحسب اجتهاد الكليني رحمته في مفاده.

والحاصل: أنه لا مخرج عن العموم المتقدم ينهض بقصره على غير المنقول. ولا سيما مع اعتضاده بما دلّ على ثبوت الشفعة في الحيوان الذي هو من المنقول. بل حتى ما تضمن عدم جريانها في خصوص بعض المنقولات كالسفينة، فإنه ظاهر أو مشعر بثبوتها في المنقول في الجملة، وإلا لما احتاج عدم جريانها في ذلك للتنبيه والدليل الخاص. فلا حظ.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ٥: من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ٨: من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

ثم إنه قد صرح في النهاية بعموم ثبوت الشفعة في كل شيء بين شريكين، ثم قال: «ولا شفعة فيما لا يصح قسمته مثل الحمام والأرحية وما أشبههما» وجرى على ذلك في المذهب والمراسم. ولم يستبعد في الدروس العموم للمنقول، وإن كان ظاهره التوقف فيما لا يقبل القسمة.

كما أنه ذهب إلى اختصاصها بغير المنقول القابل للقسمة في الخلاف والمبسوط والشرائع والنافع والجامع والمختلف - لكن استثنى فيه المملوك - والإرشاد والتحرير وظاهر التذكرة وغيرها. ونسب في التذكرة عدم ثبوتها فيما لا يقبل القسمة إلى أكثر علمائنا، وفي المسالك أنه المشهور خصوصاً بين المتأخرين، وجعله أحد القولين المشهورين في الدروس.

ومرجع القولين إلى اعتبار قابلية القسمة في موضوع الشفعة، إما مع اختصاصها بغير المنقول، أو عمومها للمنقول. وقد يستدل عليه بوجوه:

الأول: أن الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر الشريك بتعرض المال المشترك للقسمة، وذلك إنما يجري فيما يقبل القسمة.

لكنه كما ترى! تخرص في تعليل الحكم الشرعي من دون شاهد. بل قد يكون ما لا يقبل القسمة أولى بثبوت الشفعة فيه، لعدم إمكان التخلص من الشركة فيه بالقسمة، كما نبّه لذلك بعضهم.

الثاني: ما تضمن اختصاص الشفعة بما لم يقسم، كصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما»^(١)، ومعتبر عقبة بن خالد عنه عليه السلام في حديث قال: «إذا أُرِفَت الأُرف وحدثت الحدود فلا شفعة»^(٢)، وغيرهما. بدعوى: أن مقتضاها كون موضوع الشفعة ما من شأنه أن يقسم.

وفيه.. أولاً: أن النصوص المذكورة واردة لبيان ارتفاع الشفعة بالقسمة، وهو

لا ينافي ثبوتها فيما ليس من شأنه أن يقسم. غاية الأمر أنها قد لا تنهض بإثباتها فيما ليس من شأنه القسمة من دون أن ينافي استفادة ثبوتها فيه من دليل آخر، كالعموم المتقدم وغيره.

وثانياً: أن مرادهم مما لا يقسم ليس هو خصوص ما لا يكون قابلاً لها، كحق الخيار، بل ما تضر به القسمة وإن أمكن قسمته، كالطريق الضيق، والحمام. وموضوع النصوص المذكورة ما لم يقسم وإن كانت القسمة تضر به، فتدل هذه النصوص على ثبوت الشفعة فيه قبل قسمته.

الثالث: موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ولا في رحي ولا في حمام»^(١). إما لفهم العموم منه لكل ما لا يقبل القسمة، أو للإجماع على تقييده بها لا يقبلها. لكن لا شاهد على الأول. ولا سيما مع ورود النصوص الخاصة بثبوتها في الرقيق، بل في جميع الحيوان، كما يأتي. بل قد يشعر الموثق بخصوصية الأمور المذكورة فيه.

والثاني - مع عدم ثبوته، لإطلاق بعضهم عدم ثبوت الشفعة في الأمور المذكورة، كما يأتي - ليس بحيث يصلح للاستدلال والحجية.

مضافاً إلى أن مقتضاه قصور الموثق عن صورة قابلية الأمور المذكورة للقسمة، لا عمومها لكل ما لا يقبلها، خصوصاً مع ما أشرنا إليه من ورود بعض النصوص الخاصة بثبوت الشفعة في بعض ما لا يقبل القسمة كالحيوان وظهور العامل بها. ومن هنا لا مجال للبناء على اشتراط قابلية القسمة في موضوع الشفعة، والخروج عن العموم المتقدم.

بقي شيء. وهو أن المحكي عن ابن أبي عقيل عدم ثبوت الشفعة في السفينة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

والرقيق. فإن كان ذلك منه للبناء على عدم ثبوتها في المنقول، أو فيما لا يقبل القسمة، فقد سبق ضعفه.

وإن كان للدليل الخاص فهو متجه في السفينة، لما تقدم في موثق السكوني. وكان عليه حينئذٍ ذكر بقية الأمور التي تضمنها.

وأما الرقيق فينحصر الوجه فيه بما تضمن عدم ثبوت الشفعة في الحيوان، كموثق سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: ليس في الحيوان شفعة»^(١) وصحيح الحلبي الآتي.

لكنه - لو تم نهوضه بالاستدلال - لابد من حمله على غير الرقيق، لغير واحد من النصوص الصريحة في جريان الشفعة فيه، كموثق عبد الله بن سنان: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء، فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: أنا أحق به، أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً»^(٢)، وصحيح الحلبي عنه عليه السلام: «أنه قال في المملوك يكون بين شركاء، فبيع أحدهم نصيبه، فيقول صاحبه: أنا أحق به، أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً. قيل له: في الحيوان شفعة؟ قال: لا»^(٣)، وغيرهما.

ولعله لذا قال في الشرائع: «ومن الأصحاب من أوجب الشفعة في العبد دون غيره من الحيوان»، وحكى نحوه في النافع والتحرير. ويناسبه ما سبق من المختلف من استثناء المملوك من عموم عدم ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم.

على أن ما تضمن عدم ثبوت الشفعة في الحيوان معارض بصحيح عبد الله بن سنان: «أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه. قال: يبيعه. قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه، فلما أقدم على البيع قال له شريكه: اعطني. قال: هو أحق به. ثم قال: لا شفعة في الحيوان، إلا أن يكون الشريك فيه [رقبة واحدة] واحداً»^(٤). فإنه كالصريح في عدم الفرق بين الرقيق وغيره من الحيوان في ثبوت الشفعة فيه في الشريكين دون الأكثر.

الأول فيما عدا السفينة والنهر والطريق والحمام والرحى، فإنه لا تثبت فيها الشفعة (١).

فإن أمكن لأجله حمل ما تقدم في حديثي سليمان بن خالد والحلي من عدم ثبوت الشفعة في الحيوان على ما إذا كان الشركاء أكثر من اثنين، كما ذكره الشيخ ^١، وإلا فلا أقل من التعارض بينه وبينهما في ذلك الموجب للتساقط، والرجوع لعمومات الشفعة المتقدمة.

(١) كما قد يظهر التفصيل المذكور من التهذيب. بل هو صريح ما في المقنع، حيث قال: «لا شفعة في سفينة ولا طريق، ولا حمام ولا رحى ولا نهر ولا ثوب، ولا في شيء مقسوم». وقريب منه ما عن رسالة والده.

ويقتضيه الجمع بين عموم ثبوت الشفعة وموثق السكوني المتقدم الظاهر في خصوصية الأمور التي تضمنها، من دون إشعار فيه بأن ثبوت الحكم فيها من أجل عدم قابليتها للقسمة، أو أنه مقيد بها إذا لم تقبل القسمة، كما يظهر من بعضهم، على ما أشرنا إليه آنفاً.

ولا مجال لما في الاستبصار من حمله على التقية لموافقته للعامة، لأن الموافقة للعامة لا تقتضي الحمل على التقية مع إمكان الجمع العرفي كما في المقام، لشيوع الجمع بالتخصيص.

هذا والموثق كما ترى خالٍ عن ذكر الثوب، ولا يتضح الوجه في ذكر الصدوقين له، بل يتعين الاختصار على ما تضمنه الموثق.

نعم عن الفقه الرضوي: «وروي أنه ليس في الطريق شفعة، ولا في النهر، ولا في رحى، ولا في ثوب»^(١). لكن في كفاية فتواهما في جبر ضعف هذا المرسل إشكال، بل منع. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٤.

(مسألة ٢): لا تثبت الشفعة بالجوار (١)، فإذا باع أحد داره فليس لجاره الأخذ بالشفعة.

(مسألة ٣): إذا كانت داران مختصة كل واحدة منهما بشخص، وكانا مشتركين في طريقهما (٢)، فبيعت إحدى الدارين مع الحصة المشاعة من

(١) كما هو المعروف بين الأصحاب المدعى عليه الإجماع في الخلاف والغنية والسرائر. ويقتضيه - مضافاً إلى الأصل - معتبر هارون بن حمزة الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الشفعة في الدور شيء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً أحق بها بالثمن»^(١)، وغيره مما تضمن حصر الشفعة بالشريك^(٢).

وكذا ما تضمن ارتفاعها مع القسمة^(٣). لظهور أن القسمة بين الشريكين تستلزم الجوار، بل تستلزمه في الجملة حتى إذا كانت بين أكثر من شريكين.

هذا ولم يعرف الخلاف فيه منّا إلا من ابن أبي عقيل. ورماه في الدروس والرياض بالشذوذ. قال في المختلف: «وقال ابن أبي عقيل: الشفعة في الأموال المشاعة والمقسومة جميعاً. ولا شفعة للجار مع الخليط. وهذا إشعار منه بثبوتها مع الجوار».

وقد استدلل له في المختلف بصحيح منصور بن حازم الآتي في المسألة الثالثة إن شاء الله تعالى، المتضمن ثبوت الشفعة للجار مع اشتراكه في الطريق.

لكنه مختص بمورده، ومعمول به فيه. فإن أراد خصوص ذلك فهو موافق للأصحاب. وإن أراد ما زاد على ذلك فهو مردود بها سبق.

(٢) يعني: كان صاحبا الدارين مشتركين في طريق الدارين، بأن يكون مملوكاً

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) راجع وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ١، ٧ من أبواب كتاب الشفعة.

(٣) راجع وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الشفعة.

الطريق، تثبت الشفعة لصاحب الدار الأخرى (١)، سواء أكانت الدار ان قبل

لها، لا عامّاً للمارة.

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، ونسبه في الرياض للأصحاب من غير خلاف، وادعى في الخلاف الإجماع عليه. لصحيح منصور بن حازم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور، وطريقهم واحد في عرصة الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: إن كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة»^(١).

وفي معتبر منصور أيضاً: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: دار بين قوم اقتسموها، فأخذ كل واحد منهم قطعة وبنائها، وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، أله ذلك؟ قال: نعم، ولكن يسدّ باباً، ويفتح باباً إلى الطريق، أو ينزل من فوق البيت، ويسدّ باباً. فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحق به، وإلا فهو طريقه يجيء حتى يجلس على ذلك الباب»^(٢). وقريب منه معتبره الآخر^(٣).

لكن الآخرين إنما تضمنوا الشفعة في الطريق المشترك عند بيع أحد الشركاء حصته منه، لا في الدار المختصة عند بيعها مع الحصة من الطريق المشترك، الذي هو محل الكلام، كما نبّه له جماعة. فالعمدة الأول.

هذا وصريح الصحيح المذكور كون مورده تعدد الدور ومالكيتها المشتركين في الطريق وزيادتهم على اثنين. وهو قد ينافي ما يأتي في المسألة الثامنة من اختصاص الشفعة بالشريكين. ومن ثم خص في المقنعة والمبسوط وظاهر النهاية وجماعة الحكم هنا بالشريكين دون الأكثر، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً.

نعم نسب في الجواهر التردد فيه لبعض معاصريه. ولم يرتضه، عملاً بما تضمن اعتبار عدم زيادة الشركاء على اثنين.

لكن الصحيح صريح في فرض تعدد الشركاء للبائع. ولا ينفع حمله - بقرينة نصوص قصر الشفعة على الشريكين - على استعمال الجمع في اثنين فما زاد حقيقة أو مجازاً، على الكلام في ذلك. لأن ذلك إنما ينفع فيما إذا أريد بالشركاء ما يعم البائع، والصحيح صريح في كون المراد بهم شركاء البائع، فهم معه أكثر من اثنين قطعاً.

ولا يتجه الجمع مع تلك النصوص، إلا بحمل الشركاء على الواحد، وهو غير مألوف في الاستعمالات، بل يعد غلطاً عرفاً.

فينحصر الأمر بحمل فرض تعدد الشركاء في الصحيح على التقية. لكنه راجع إلى إهماله وسقوطه عن الحجية. وحينئذ لا يبقى دليل على الحكم المذكور في الشريكين.

وبعبارة أخرى: قصر الحكم على وحدة شريك البائع راجع عرفاً لإهمال الصحيح، لا إلى الجمع بينه وبين نصوص قصر الشفعة على الشريكين. بل ينحصر الجمع بين تلك النصوص والصحيح - بعد فرض العمل به - بتخصيص الصحيح لها بالبناء على جريان الحكم في المقام مع زيادة الشركاء على الاثنين.

وأما ما في الجواهر من أن ذلك بعيد جداً، خصوصاً بعد إطلاق الأصحاب من دون إشارة إلى استثناء الفرض من عموم قصر الشفعة على الشريكين. فهو ممنوع جداً، بل كما أمكن تخصيص الصحيح لعموم عدم الشفعة مع القسمة، وعموم موثق السكوني المانع من ثبوت الشفعة في الطريق، أمكن تخصيصه لعموم قصر الشفعة على الشريكين.

وأما إطلاق الأصحاب عدم ثبوت الشفعة مع زيادة الشركاء على اثنين فهو إنما يقدر في الصحيح إذا رجع إلى إعراضهم عنه، حيث يكشف عن خلل في صدوره أو في جهته.

لكن لا مجال للبناء على ذلك في المقام بعد استدلالهم بالصحيح، وانحصار دليل المسألة عندهم به، بل يتعين كون منشأ إطلاقهم ذهابهم إلى تحكيم نصوص

قصر الشفعة على الشريكين على الصحيح غفلة عما ذكرنا، وهو اجتهدا منهم في كيفية الجمع بين النصوص لا ملزم بمتابعتهم فيه، نظير الاجتهاد منهم في فهم النص، كما لعله ظاهر.

ولعله لذا ذهب بعض مشايخنا^١ إلى جريان الحكم المذكور مع تعدد الدور والشركاء في الطريق. كما ذهب إلى ذلك من قبل بعض الأعيان المحققين^٢، لكن بعد محاولة صرف إطلاقهم اعتبار وحدة الشريك عن المورد، فراراً من محذور مخالفة الإجماع، وإن كان ذلك بعيد جداً.

وكيف كان فاختصاص الصحيح بصورة تعدد الشركاء - كما سبق - لا يمنع من البناء على جريانه في الشريكين أيضاً، لإلغاء خصوصية مورده عرفاً، بل لا يبعد أولويته بثبوت الحكم المذكور بملاحظة نصوص قصر الشفعة على الشريكين. فلاحظ.

بقي في المقام أمران:

الأول: أن مقتضى الحكم في الصحيح بثبوت الشفعة للشركاء الباقيين جواز أخذهم جميعاً بالشفعة، فتكون الدار وحصّة بائعها من الطريق بينهم بالتساوي، لعدم المنشأ عرفاً للتفاضل بعد تساويهم في منشأ الاستحقاق.

نعم إذا اتفقوا بينهم على التفاضل، كان لهم ما يتفقون عليه، لأن المفهوم عرفاً من ثبوت الحق لهم تبعية كيفية استعماله لهم.

أما لو امتنع بعضهم من الأخذ بالشفعة فالمناسبات الارتكازية تقتضي ثبوتها للباقيين، وعدم سقوط حقهم فيها بامتناع الممتنع. لا ببناء جعل حق الشفعة على الإرفاق بالشريك وعدم دخول الأجنبي عليه. ويتعين حينئذٍ عليهم أخذ تمام المبيع، أو الامتناع أيضاً، لعدم الإشكال ظاهراً في عدم تبعض حق الشفعة، كما يأتي في المسألة الثانية من فصل الأخذ بالشفعة. فلاحظ.

ذلك مشتركتين وقسمتا أم لم تكونا كذلك (١). وإذا بيعت إحدى الدارين

الثاني: قال في التذكرة: «والأقرب عندي أن الطريق إن كان مما يمكن قسمته والشريك واحد، وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة، فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصة إن شاء، وإن شاء أخذ الجميع. وإن لم يكن قسمته لم يمكن له أخذه خاصة، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك».

وما ذكره من الفرق بين قابلية الطريق للقسمة وعدمه يبتني على الخلاف المتقدم منهم في اعتبار قابلية القسمة في موضوع الشفعة. ويأتي فيه بعض الكلام في خصوص المقام.

أما الاختصار في الأخذ بالشفعة على الطريق دون الدار فقد ذكر في مفتاح الكرامة أنه يبتني على جواز التبعيض في الأخذ بالشفعة في مورد ثبوتها في المجموع، والمعروف المشهور بينهم عدم جواز ذلك. بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك الجميع. ويأتي الكلام في ذلك في المسألة الثانية من فصل الأخذ بالشفعة إن شاء الله تعالى.

لكن الظاهر أنه لا مجال له في خصوص المقام. لما سبق في موثق السكوني من عدم ثبوت الشفعة في الطريق، خرج منه ما تضمنه الصحيح من إعماله فيه مع الدار، فيجب الاختصار عليه والرجوع لإطلاق الموثق في المنع من إعمالها فيه وحده، معتزداً بما يأتي في مرسل دعائم الإسلام. ويأتي ما ينفع في ذلك عند الكلام في بيع الطريق وحده إن شاء الله تعالى. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) كما هو مقتضى إطلاق المقنع والمقنعة والنهاية والمبسوط والخلاف والوسيلة والمهذب والغنية والسرائر وعن غيرها، بل صرح بالعموم للصورتين في التذكرة والمسالك والروضة وغيرها.

لكن اقتصر في الشرائع والنافع والقواعد والإرشاد والدروس واللمعة وغيرها على الأول. وقد لا يكون ذلك للخلاف منهم في العموم، بل لذكرهم له

بلا ضم حصة الطريق إليها لم تثبت الشفعة للشريك في الطريق (١). وإذا بيعت الحصة من الطريق وحدها تثبت الشفعة للشريك (٢). وهل يختص

استثناء من سقوط الشفعة بالقسمة والتميز.

وكيف كان فالعموم هو مقتضى إطلاق صحيح منصور بن حازم المتقدم الذي سبق انحصار دليل المسألة به.

لكن في جامع المقاصد أن المبيع الذي لا شركة فيه في الحال ولا في الأصل ليس من متعلقات الشفعة، ولذا لو بيع وحده لم تثبت فيه بحال. فإذا ضم إلى المشترك - وهو في المقام الطريق - تعين عدم ثبوتها فيه أيضاً. وحديث منصور وإن كان مطلقاً إلا أنه معارض بعموم قصر الشفعة على الشريك، وحيث كانت الشفعة على خلاف الأصل تعين الاقتصار فيها على المتيقن، وهو ما إذا كانت الدور مشتركة في الأصل.

وقد أنكر ذلك عليه غير واحد، ومرجع ما ذكره أن مقتضى عموم قصر الشفعة على الشريك اعتبار فعلية الشركة فيها المستلزم لعدم ثبوت الشفعة في القسمين معاً، وحيث كان حديث منصور دالاً بإطلاقه على ثبوتها فيهما معاً، وكان أخص من العموم السابق، تعين تقديمه على العموم المذكور فيهما معاً، ولا وجه للاقتصار على المتيقن منهما، لما هو المعلوم من أن عموم الخاص مقدم على عموم العام.

(١) بلا خلاف ولا إشكال. كذا في الجواهر. ويقتضيه - مضافاً إلى قاعدة السلطنة القاضية بعدم ثبوت الشفعة في غير مورد اليقين، وعموم قصر الشفعة على الشريك - أحاديث منصور المتقدمة.

(٢) يعني: فله أخذ الحصة المبيعة من الطريق بالشفعة، كما في الشرائع والنافع والتذكرة، وهو مقتضى إطلاقهم ثبوت الشفعة للشريكين مطلقاً أو في غير المنقول. ويقتضيه - مضافاً إلى عمومات الشفعة - معتبراً منصور بن حازم المتقدمان.

نعم قيده بما إذا كان الطريق قابلاً للقسمة في الشرائع والتذكرة والقواعد

الحكم المذكور بالدار (١) أو يعمّ غيرها من الأملاك المفروزة المشتركة في الطريق (٢)؟ وجهان: أقواهما الأول (٣).

وجامع المقاصد والروضة والمسالك، وقد يستفاد من كل من ذهب إلى اعتبار ذلك في موضوع الشفعة، على الخلاف المتقدم.

بل يظهر من الدروس أن ذلك لازم حتى في ثبوت الشفعة في الدار إذا بيعت مع الطريق. وقد استشكل فيه جامع المقاصد وغيره بأن قبول القسمة شرط لجميع المشفوع لا لأبعاضه، وبأن هذه القسمة كلا قسمة. ولم يتضح المراد بالثاني. فالعمدة الأول. ولا سيما مع إطلاق صحيح منصور.

بل حيث كان معتبرا منصور اللذان هما الدليلان على ثبوت الشفعة في الطريق لوبيع وحده ظاهراً في كون الطريق الذي يباع وحده هو الطريق الذي لا يجوز لمشتري الدار سلوكه، وكان مقتضى إطلاقها عدم الفرق في الطريق المذكور بين القابل للقسمة وغيره - كإطلاق الصحيح - كان مقتضى إطلاقها ثبوت الشفعة في الطريق لو بيع وحده مطلقاً وإن لم يكن قابلاً للقسمة. والبناء على تخصيصها لعموم دليل اعتبار قابلية القسمة في الشفعة لو تم أهون من التفكيك بين الطريقين فيها. فلا حظ.

(١) كما قد يستفاد من الاقتصار عليه في المقنع.

(٢) كما هو مقتضى إطلاق جمهور الأصحاب كفاية الاشتراك في الطريق أو في غيره من المنافع في ثبوت الشفعة. بل هو صريح المقنعة والوسيلة. وفي الجواهر: «ظاهرهم الاتفاق على عدم الفرق بين الدار والبستان».

(٣) اقتصاراً على مورد الصحيح بعد مخالفة الحكم للقاعدة. وكأن وجه العموم دعوى إلغاء خصوصية الدار عرفاً، وفهم العموم من الصحيح. وهو وإن لم يخل عن وجه، إلا أن في بلوغه حد الظهور الحجة إشكال.

ولا سيما أن لازم العموم عدم بقاء مورد لما تضمنه موثق السكوني المتقدم من

(مسألة ٤): ألحق جماعة بالطريق النهر، والساقية، والبئر (١)، فإذا كانت الدار المختصة كل منها بشخص مشتركين في نهر أو ساقية أو بئر، فبيعت احدهما مع الحصة من النهر أو الساقية أو البئر، كان لصاحب الدار الأخرى الشفعة. وفيه إشكال (٢)

عدم ثبوت الشفعة في الطريق. كما يلزم التعارض بين الموثق المذكور والصحيح وبقيّة أحاديث منصور المتضمنة جواز بيع الطريق وحده.

وهذا بخلاف ما لو اقتصر على مورد النصوص المذكورة، وهو الدور وطريقها، حيث يمكن حمل الموثق على الطريق في غير مورد هذه النصوص، وغاية ما يلزم تخصيصه بها، وهو غير عزيز.

لكن في مرسل دعائم الإسلام: «أنه سئل عن البيع يقع على المشاع والمقسم صفقة واحدة، هل لشفع المِشاع أن يأخذ المِشاع بقيمته دون المقسوم؟ قال: لا، إنما له الصفقة بكاملها ما كان فيها من مشاع ومقسم، فإن أراد أخذها معاً ولا يسلمها معاً»^(١). إلا أنه لا مجال للتعويل عليه مع ضعفه في نفسه، وعدم ظهور عملهم به، لعدم إشارتهم له. بل يأتي منهم في المسألة الخامسة خلافه، وحكمهم بلزوم تفريق الصفقة. فلاحظ.

(١) على اختلاف بينهم بين من ذكرها بأجمعها ومن اقتصر على بعضها. وفي الجواهر أن عليه أكثر الفتاوى وظاهر الرياض نسبته للأصحاب، ولا يسعنا استقصاء كلماتهم في ذلك.

(٢) كما تبه له في الرياض والجواهر. قال في الثاني: «ظاهر المعظم إلحاق الشرب بالطريق في الحكم المزبور. وإن كنا لم نجده في نصوصنا، بل ولا في نصوص العامة. فإن كان إجماعاً، وإلا كان محلاً للإشكال». لكن لا مجال لدعوى الإجماع بعد

الاقتصار على الطريق في المقنع والمبسوط والخلاف والمهذب والجامع.

نعم قد يدعى فهمه من صحيح منصور المتقدم بدعوى إلغاء خصوصية الطريق فيه عرفاً، والتعدي لجميع المنافع. لكنه - مع عدم وضوحه في نفسه - يقتضي التعدي لجميع المنافع، كالإسطنبول وموقف السيارات في عصورنا، وساحة المنور وغير ذلك مما لا يظن بهم الالتزام به.

وأشكل من ذلك ما في التذكرة، حيث جزم بثبوت الشفعة بالشركة في الطريق والنهر والساقية، ثم استشكل بثبوتها بالشركة في البئر، ثم قال في وجه الإشكال: «ينشأ من الاقتصار على مورد النص فيما يخالف الأصل، ولا شك في مخالفة الشفعة للأصل. ومن أنها مشتركة في مسقى» لوضوح أن كلا وجهي الإشكال يجريان في النهر والساقية كما يجريان في البئر، ولا وجه للتفريق بالجزم يجريان في الشفعة فيها والإشكال في جريانها فيها.

ومثل ذلك ما في المقنعة من جعل معيار الشفعة في الضياع وحدة الشرب، وفي الدور وحدة الطريق، لعدم وضوح المأخذ في التفصيل المذكور.

هذا وفي مرسل دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال: لا شفعة إلا في مشاع... فإذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفلى شفعة. إلا أن يكون بينهما شيء مشترك»^(١)، وفي مرسله الآخر عنه عليه السلام: «أنه قال: لا شفعة في بئر ولا نهر. ولا شفعة إلا أن يكون مع شيء من ذلك أصل أرض لم تقسم»^(٢). ومقتضاها العموم لكل ما إذا اشترك المقسوم في أمر لم يقسم. لكن لا مجال للتعويل عليهما مع ضعفهما وعدم الجابر لهما، لعدم تعرض الأصحاب لهما، فضلاً عن تعويلهم عليهما.

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٨ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

بل منع (١).

(مسألة ٥): إذا بيع المقسوم منضمّاً إلى حصة من المشاع صفقة واحدة كان للشريك في المشاع الأخذ بالشفعة في الحصة المشاعة بما يخصها من الثمن (٢)

(١) اقتصاراً فيما خالف القاعدة على مورد النص. لكن يتجه ثبوت الشفعة في نفس الأمر المشترك وحده مهما كان بناءً على ما يأتي في المسألة الخامسة من ثبوت الشفعة في الأمر المشترك إذا بيع مع المختص.

نعم لا يثبت في النهر بناءً على ما سبق من عدم جريان الشفعة فيه لموثق السكوني. بل لا يبعد ذلك في الساقية لأنها من أفراد النهر حقيقة. وانصرافه عنها بدوي لا يعتد به. فلاحظ.

(٢) كما في المبسوط والشرائع والجامع والقواعد والتذكرة وغيرها، ونفى الخلاف والإشكال فيه في الجواهر. وظاهر التذكرة وصريح جامع المقاصد ومحكمي المفاتيح الإجماع عليه.

ويقضيه إطلاق نصوص الشفعة المتضمنة أن الشريك أحق بحصة شريكه أو بالمبيع أو نحو ذلك، فإن مقتضى أحقيته به عدم بيعه على غيره وحده أو مع غيره، وجواز أخذه له من المشتري في الحالين.

نعم قوله عليه السلام في معتبر هارون بن حمزة الغنوي المتقدم في تجديد حق الشفعة: «فهو أحق بها بالثمن»^(١) قد يظهر فيما إذا بيعت الحصة وحدها، لأنها هي المقابلة بالثمن في البيع، أما إذا بيعت مع غيرها صفقة فالمقابل بالثمن هو المجموع. وبعبارة أخرى: الثمن عرفاً هو المأخوذ طرفاً في عقد البيع، وتوزيع أجزائه على ما يناسب أجزاء المبيع في تبعض الصفقة أمر عرفي لا يرجع إلى كون تلك الأجزاء أثماً لها.

لكن المناسبات الارتكازية تقضي بأن إلغاء خصوصية الثمن فيه والتعدي

بعد توزيعه (١). وليس له الأخذ في المقسوم (٢).

(مسألة ٦): تختص الشفعة بالبيع (٣) فإذا انتقل الجزء المشاع بالهبة

المعوضة أو الصلح أو غيرهما فلا شفعة للشريك.

لجزئه المقابل للحصة في محل الكلام أقرب عرفاً من رفع اليد عن إطلاقات أدلة الشفعة المشار إليها.

ولاسيما مع ما يستلزمه الجمود على الثمن فيه من كثرة تعطيل الشفعة بنحو لا يناسب حكمة تشريعها. ومع ظهور تسالم الأصحاب على ثبوت الشفعة الكاشف عن فهم ذلك من أدلتها عرفاً.

وبذلك يظهر العموم لجميع موارد بيع ما تثبت فيه الشفعة مع ما لا تثبت فيه صفقة واحدة، وعدم خصوصية المقسوم في ذلك.

(١) تقدم الكلام في معيار التوزيع في المسألة الواحدة والعشرين من الفصل

الثاني في شروط العوضين فيما لو باع ملكه مع ملك غيره صفقة.

(٢) بلا إشكال ظاهر ولا خلاف. لخروجه عن موضوع الشفعة. وما سبق

في الدور المشتركة في الطريق المشترك خارج عن مقتضى القاعدة، فيقتصر عليه تبعاً لدليله، ولا يتعدى لغيره. نعم تقدم في المسألة الرابعة مرسل دعائم الإسلام المتضمن الأخذ بالشفعة في المقسوم مع المشترك، وتقدم أنه لا مجال للتعويل عليه.

(٣) كما هو المعروف بين الأصحاب المشهور بينهم، بل كاد يكون إجماعاً، كما

في المسالك، وهو المجمع عليه اليوم، كما في التنقيح، بل أطلق الإجماع عليه في السرائر والتذكرة وجامع المقاصد ومحكي مجمع البرهان. كما ادعى في المبسوط إجماع الفرق وأخبارهم على عدم ثبوت الشفعة لو أصدق الشقص في النكاح.

ولم يعرف الخلاف في ذلك إلا من ابن الجنيدي، حيث قال فيها حكى عنه: «إذا

زال ملك الشريك عنه بهبة منه بعوض شرط يعوضه إياه أو غير عوض كان للشفع

شفعة فيه، فإن حبس ملكه أو أسكنه لم يكن للشفيع شفعة». وفي الدروس وجامع المقاصد أنه شدّ في ذلك.

والوجه في مذهب المشهور الأصل بعد مخالفة الشفعة للقاعدة، حيث لم نعثر على إطلاق في أدلتها من هذه الجهة يقتضي التعميم لسائر وجوه الانتقال. والمتيقن منها بعد النظر في النصوص والفتاوى هو البيع.

بل الظاهر ورود قوله ﷺ في معتبر الغنوي - المتقدم عند الكلام في موضوع حق الشفعة - : «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^(١) مورد التحديد، المستلزم لحصر حق الشفعة في البيع وعدم جريانه في سائر وجوه الانتقال. وربما يستدل أيضاً بمفهوم مرسل يونس المتقدم في المسألة الأولى عن أبي عبد الله ﷺ: «سألته عن الشفعة لمن هي؟ وفي أي شيء هي؟ ولمن تصلح، وهل تكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال: الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد منهما»^(٢).

بدعوى: أنه قد تضمن اشتراط الشفعة بأمرين: كون الشركاء اثنين لا أكثر، وبيع أحدهما نصيبه، ومقتضى مفهوم الشرط فيه انتفاؤها بانتفاء أحد الأمرين، ومنه الانتقال بغير البيع.

لكن الظاهر أن الشرطية مسوقة لبيان كون الشرط هو الأول لا غير، وهو عدم زيادة الشركاء على اثنين جواباً عن قول السائل: «لمن هي؟... ولمن تصلح؟»، كما يناسبه التصريح بالمفهوم في ذيل الحديث بقوله: «وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لهم». وأما البيع فهو مسوق لتحقيق موضوع الشفعة، وهو الانتقال، من دون أن يكون شرطاً آخر مسوقاً للمفهوم.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

نعم اقتصار الإمام عليه في بيان الموضوع قد يشعر باختصاص الموضوع به من دون أن يبلغ حد الظهور في المفهوم.

ومثل ذلك صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار له، وله في تلك الدار شركاء. قال: جائز له ولها، ولا شفعة لأحد من الشركاء عليها»^(١). فقد استدل به غير واحد على عدم ثبوت الشفعة بجعل الشقص مهرًا في النكاح. ولا يبعد كونه المراد بأخبار الفرقة فيما تقدم من المبسوط.

لكنه يشكل.. أولاً: بما ذكره في التنقيح من احتمال كون المانع من الشفعة في مورده كثرة الشركاء. وأما ما في مفتاح الكرامة من دفعه بأن أكثر أخبار الباب وردت بلفظ الجمع. فهو في غاية المنع، كما يظهر بسبر نصوص المقام، بل لم يرد فرض الشركاء لمن انتقل عنه الشقص إلا في نصوص منصور بن حازم المتقدمة في فرض الاشتراك في الطريق، وقد سبق الكلام فيها. فراجع.

وثانياً: بأن المفروض في الصحيح إصداق البيت الذي للزوج في الدار المشتركة، وكما يمكن حمله على إصداق شقص البيت بقربته فرض الاشتراك في الدار التي كان البيت جزءاً منها، يمكن حمله على إصداق تمام البيت لقسمة البيوت بين الشركاء بحيث يختص كل منهم ببيته، ووصف الدار بالاشتراك لبحاظ سبق اشتراكهم فيها أو جمعها لبيوت كل منهم أو اشتراكهم فيها عدا البيوت منها. بل لعل الثاني أقرب. فالعمدة في دليل الحكم ما سبق.

لكن يظهر من المسالك الميل لجريان الشفعة في جميع المعاوضات، بل حكي عن المفاتيح تقويته. لعدم دليل صريح على تخصيصها بالبيع. ومجرد ثبوتها فيه لا ينافي ثبوتها في غيره. ولاشتراك الجميع في الحكمة الباعثة على إثبات الشفعة، وهو دفع الضرر عن الشريك. ويظهر ضعفه مما سبق من ظهور معتبر الغنوي في الاختصاص بالبيع، وكفاية الأصل في المقام.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

والحكمة المذكورة وحدها لا تكفي في التعميم ما لم تكن علة يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً. ولا شاهد على ذلك من النصوص. إذ لم يتضمن ذكر الضرر إلا قوله عليه السلام في معتبر عقبة بن خالد: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن. وقال: لا ضرر ولا ضرار...»^(١). وليس هو بلسان التعليل. بل العلة المذكورة لا تطرد في مورد الشفعة. كما أن التعليل بها لا يناسب بعض الخصوصيات المشتملة عليها.

على أن ذلك يجري في الانتقال غير المعاوضي الذي قربا فيه عدم ثبوت الشفعة، بل حتى في مثل الوقف والسكنى اللذين منع ابن الجنيّد من ثبوت الشفعة فيهما. بل لعل الضرر فيه أظهر. فلاحظ.

هذا وقد فرق بعض مشايخنا^{رحمهم} بين المساكن والأرضين وغيرها، فجزم في غيرها باختصاص الشفعة فيه بالبيع، واستشكل في اختصاصها به في المساكن والأرضين. وكأن منشأ اختصاصها بالإشكال معتبر عقبة بن خالد المتقدم.

لكن ذلك إن كان بلحاظ التعليل فيه بنفي الضرر فقد عرفت الإشكال فيه. على أنه لو تم يقتضي التعدي عن المساكن والأرضين لسائر موارد الشركة. وإن كان بلحاظ ما تضمنه من إطلاق ثبوت الشفعة في المساكن والأرضين، فالإطلاق المذكور لا ينهض ببيان موضوع أعمال الحق المذكور، وأنه الأرضين والمساكن بذاتها وإن لم تعرض للانتقال عن الشريك أو تعرضها لمطلق الانتقال، أو لخصوص المعاوضي عنه، أو لخصوص البيع منه، ولم يتضح تحديد الحق المذكور عرفاً بأحد الوجوه، ليحمل الإطلاق عليه، بل يتعين الاقتصار على المتيقن. على أنه لو فرض ثبوت الإطلاق تعين الخروج عنه بمعتبر الغنوي الظاهر في تحديد الشفعة مطلقاً وقصرها على البيع، كما سبق. فلاحظ.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٥ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(مسألة ٧): إذا كانت العين بعضها ملكاً وبعضها وقفاً فبيع الملك لم يكن للموقوف عليهم الشفعة (١) - على الأقوى - وإن كان الموقوف عليه واحداً، وإذا بيع الوقف في مورد يجوز بيعه ففي ثبوت الشفعة لشريك

(١) كما في المبسوط والشرائع والنافع - في بعض نسخه - والجامع والدروس والرياض وغيرها. ونفى في المبسوط الخلاف فيه.

وفي الانتصار أن من متفرقات الإمامية ثبوت الشفعة للموقوف عليهم، وأن لولي الوقف أن يأخذ بها، مدعياً الإجماع عليه. وعن المقتصر عن التقي موافقته، وهو الظاهر من التحرير والتبصرة، وفي بعض نسخ النافع أنه الأشبه.

لكن في السرائر أن الأكثر على خلافه. وفصل فيه بين ما إذا كان الموقوف عليه واحداً فله الأخذ بالشفعة، وما إذا كان متعدداً فليس له الأخذ بها، لما هو المشهور المعروف من عدم ثبوتها مع زيادة الشركاء على اثنين. وعليه جرى في المختلف والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومحكي المقتصر والمفاتيح. وفي الدروس وجامع المقاصد والمسالك وعن المفاتيح نسبه للمتأخرين. وظاهر القواعد التوقف.

وبناه في التذكرة على ملكية الموقوف عليه للوقف. كما بنى التفصيل بين وحدة الموقوف عليه وتعددته على القول باختصاص الشفعة بالشريكين أو عمومها لما زاد على ذلك.

هذا والظاهر عدم ملك الموقوف عليهم للعين الموقوفة، فليسوا هم الشركاء، وإنما يختص الوقف بلحاظ منفعته بالجهة الموقوف عليها من دون أن يكون مملوكاً لأحد. بل هو محبس عليها لا غير. كما أنه حيث تضمنت النصوص ثبوت الشفعة للشريك فلا شريك في المقام، ومجرد التحبيس على الجهة لا يجعلها شريكاً بعد أن لم تكن مالكة. وعليه يتعين عدم ثبوت الشفعة لصاحب الوقف مطلقاً.

قولان أقربهما ذلك (١).

(مسألة ٨): يشترط في ثبوت الشفعة أن تكون العين المباعة مشتركة بين اثنين فإذا كانت مشتركة بين ثلاثة فما زاد وباع أحدهم لم تكن لأحدهم شفعة (٢).

نعم لو قيل بملكية الموقوف عليه للعين الموقوفة اتجه ثبوت الشفعة مع وحدته أو مطلقاً على الخلاف الآتي في اعتبار وحدة الشريك وعدمه. لكن في الدروس أنه لا يثبت، لنقص الملك وعدم إطلاق التصرف فيه. وفي كفاية ذلك في الخروج عن إطلاق الأدلة إشكال، بل منع.

(١) كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والحدائق، بل قطع به في الدروس، ونفى الإشكال فيه في المسالك والحدائق وعن غيرهما، واستظهر في الرياض عدم الخلاف فيه. لوجود المقتضي وعدم المانع.

لكنه غير ظاهر بعد ما سبق من عدم ملك الجهة الموقوف عليها. لعدم الشركة حينئذٍ، حيث لا يكفي فيها ملك الشقص، بل لابد من ملك الطرفين. ولا سيما بلحاظ صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما»^(١)، لأن مقتضى الحصر فيه اعتبار تعدد الشريك في ثبوت الشفعة. ولعله لذا يظهر الميل لعدم ثبوت الشفعة من الجواهر. وكذا من بعض الأعيان المحققين عليهم السلام في حاشيته على التبصرة. إلا أنه قال: «لولا قيام إجماع عليه، كما يوهمه تخصيص نفي الشفعة في كلماتهم بالصورة الأولى. فتدبر». لكن الظاهر عدم قيام الإجماع بالنحو الذي ينهض بالاستدلال.

(٢) كما في المقنع والمقنعة والانتصار والمبسوط والنهاية والخلاف، وحكي عن رسالة علي بن بابويه. وهو المعروف بين من تأخر عنهم. وفي الدروس: «على الأشهر،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

ويكاد يكون إجماعاً. وقريب منه في الجواهر ورمى في الدروس ما يأتي من ابن الجندي ومن الصدوق بالندرة. بل ادعى انعقاد الإجماع عليه بعدهما في الانتصار والتنقيح، وأطلق الإجماع عليه في الغنية والسرائر.

ويقتضيه صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما. فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»^(١)، وقوله عليه السلام في مرسل يونس المتقدم: «الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع، إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره. وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد منهم»^(٢)، وصحيح عبد الله بن سنان: «أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه. قال: يبيعه. قلت: فإنها كانا اثنين فلما أراد أحدهما بيع نصيبه، فلما أقدم على البيع قال له شريكه: اعطني. قال: هو أحق به، ثم قال عليه السلام: لا شفعة في الحيوان إلا أن يكون الشريك [رقبة واحدة] فيه واحداً»^(٣)، ونحوه في المملوك صحيحه الآخر^(٤)، وصحيح الحلبي^(٥).

نعم في موثق السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: «قال: الشفعة على عدد الرجال»، ونحوه موثق طلحة بن زيد عنه عليه السلام^(٦). وتقدم في أحاديث منصور بن حازم الواردة في الاشتراك في الطريق الحكم بثبوت الشفعة لشركاء البائع^(٧)، وفي معتبر عقبة بن خالد عنه عليه السلام: «قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن...»^(٨).

لكن تنزيل الشركاء في معتبر عقبة بقرينة النصوص السابقة على الشريكين فقط غير عزيز، بل هو المتيقن جمعاً، إما لاستعمال الجمع في الاثنين - على الكلام في كونه حقيقة أو مجازاً - أو بلحاظ كثرة الشركاء تبعاً لتعدد الأرضين والمساكن وإن كان

(١)، (٢)، (٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١، ٢، ٧.

(٤)، (٥)، (٦) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٤، ٣، ٥.

(٧) راجع وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٤ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١، ٢، ٣.

(٨) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٥ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

عدم ثبوت الشفعة في الاشتراك مع أكثر من اثنين ٣٩

في كل أرض ومسكن شريكان لا غير .

ولا مجال لذلك في أحاديث منصور، لصراحتها في ثبوت الشفعة للشركاء في الطريق بعد البيع المتوقف على تعدد شركاء البائع، ولا في موثقي السكوني وطلحة، لصراحتها في تعدد من تثبت له الشفعة.

نعم تقدم ممّا أن أحاديث منصور مخالفة للقاعدة من أكثر من وجه، فيتعين بعد عمل الأصحاب بها البناء على تخصيصها للقاعدة من جميع الجهات، ومنها المقام. فلم يبق إلا موثقا السكوني وطلحة. وهما لا ينهضان برفع اليد عن النصوص السابقة بعد موافقة تلك النصوص للقاعدة، وعمل جمهور الأصحاب بها، ومخالفتها للعامة، حيث حكى عنهم الإطباق على ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء، حتى عدّ في الانتصار القول باختصاص الشفعة بالشريك الواحد من متفرعات الإمامية.

ولأجل ذلك يتعين إما طرح الموثقين، لهجر جمهور الأصحاب لهما، أو حملهما على التقية، كما قد يؤيده كون الراويين لهما من العامة. ولا أقل من تساقط الطائفتين، والرجوع للقاعدة القاضية بالاعتصام بالشفعة على المتيقن. ومن ذلك يظهر ضعف ما عن ابن الجنيّد من عموم ثبوت الشفعة في الشركة ولو مع الكثرة.

ومثله ما في المختلف من أن القول المذكور لا يخلو عن قوة لصحة حديث منصور بن حازم. إذ لو غرض النظر عما سبق في أحاديث منصور فلا أقل من عدم الموجب لتقديمها على نصوص التقييد، بل يجري فيها ما سبق.

وأشكل من ذلك ما في المسالك من أن روايات التعميم - بما فيها أحاديث منصور - أكثر وأوضح دلالة، لأن عمدة نصوص الاختصاص بالشريك الواحد صحيح عبد الله بن سنان الأول، وهو غير صريح في المدعى، لأنه تضمن ثبوت الشفعة للشريكين، والمطلوب لا يتم إلا إذا أريد ثبوتها بينهما الرجوع إلى ثبوتها لواحد منهما، وهو الذي لم يبيع حصته، ففرض ثبوتها للشريكين يستلزم ثبوتها مع كثرة الشركاء. قال: «ولا ينافيه قوله: ولا تثبت لثلاثة. إذ لا قائل بالفرق بين الاثنين

والثلاثة. ولجواز إرادة عدم استحقاق كل واحد من الثلاثة بخصوصه دون الآخر. وهذا وإن كان خلاف الظاهر، إلا أن فيه طريقاً للجمع...».

إذ فيه - مضافاً إلى ما سبق في أحاديث منصور، وإلى أن دليل المشهور لا ينحصر بصحيح عبد الله بن سنان المذكور - : لأن لازم ما ذكره دلالة صحيح عبد الله بن سنان على عدم ثبوت الشفعة مع وحدة الشريك، مع أن المتيقن من النصوص والفتاوى ثبوتها حينئذٍ.

والذي أوقعه في ذلك حمل الصحيح المذكور على إرادة الشريكين بعد البيع، وقد سبق عند الكلام في تحديد حق الشفعة أن المراد بهما الشريكان قبل البيع، لأنها اللذان يسقط حق الشفعة لهما بتقاسمهما، فيكون نصاً في المطلوب، ولا يحتاج معه إلى حمل نفي الشفعة عن الثلاثة على ما ذكره مما يقطع بعدم إرادته وعدم صحة الحمل عليه. فلا مخرج عما سبق.

ومثل ذلك ما ذكره الصدوق رحمته الله في الفقيه من التفصيل بين الحيوان فتختص بالشريك الواحد، وغيره فتثبت للأكثر، بدعوى: أنه مقتضى الجمع بين النصوص، حيث ذكر موثقي السكوني وطلحة، ثم روى مضمون مرسل يونس، ثم قال: «يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده». وذكر في تصديق ذلك صحيح عبد الله بن سنان الثاني المتقدم.

إذ فيه: أن مرسل يونس صريح في العموم للحيوان وغيره. كما أن صحيح عبد الله بن سنان المذكور لا يصلح لأن يكون قرينة على حمل صحيحه الأول على خصوص الحيوان، لأن أظهر موارد الشفعة ما عداها، خصوصاً غير المنقول.

ومن هنا يتعين استحكام التعارض بين الطائفتين، والبناء على عموم قصر الشفعة على الشريك الواحد، كما عليه جمهور الأصحاب، لما تقدم. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

نعم إذا باعوا جميعاً إلا واحداً منهم كان للواحد الشفعة (١) وإذا كانت بين شريكين فباع أحدهما بعض حصته ثبتت الشفعة للآخر (٢).

(١) كأنه لما تضمنته النصوص المتقدمة من ثبوتها للشريك إذا كان واحداً. لكنها إنما وردت في فرض بيع الشريك الواحد المستلزم لعدم زيادة الشركاء على الاثنين. وأما إطلاق ما تضمن ثبوتها للشريك، كصحيح أبي العباس البقاي: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الشفعة لا تكون إلا لشريك»^(١)، وموثق السكوني عنه عليه السلام في حديث: «قال: لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم»^(٢)، وغيرهما.

فهو وارد لبيان اعتبار الشركة في الشفعة من دون نظر لوحدة الشريك، بل قد يكون مقتضى الإطلاق المذكور ثبوتها مع كثرة الشركاء لولا نصوص المقام.

ومن هنا يصعب إقامة الدليل على ثبوت الشفعة في الفرض. بل مقتضى إطلاق صحيح عبد الله بن سنان ومرسل يونس المتقدمين عدم ثبوت الشفعة فيه. وعليه جرى بعض مشايخنا ^{رحمهم الله}.

(٢) كأنه لإطلاق ثبوت الشفعة بين شريكين في صحيح عبد الله بن سنان المتقدم وقوله عليه السلام في معتبر الغنوي: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^(٣). وأما ما تضمنته جملة من النصوص المتقدمة من فرض بيع الشريك نصيبه الظاهر في بيعه بتمامه فمن القريب حملة تبعاً للمناسبات الارتكازية على الانحلال، دون المجموعية. ولا أقل من عدم ورودها مورد الحصر، لتنهض بتقييد الإطلاق، بل فرض فيها بيع النصيب لتحقيق موضوع الشفعة فيه، لا لبيان دخل تمامية النصيب في ثبوتها.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ١ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ٣ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

فصل في الشفيع

(مسألة ١): يعتبر في الشفيع الإسلام إذا كان المشتري مسلماً (١) فلا

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب من دون خلاف يعرف. بل ادعى الإجماع عليه في الانتصار والمبسوط والخلاف والغنية والسرائر وظاهر التذكرة وعن غيرها. ومعظم كلماتهم أو جميعها وإن اختصت بالذمي، إلا أنه يستفاد العموم لغيره من الكفار بالأولوية العرفية، وبملاحظة أدلتهم التي سبقت في كلماتهم.

وقد استدل عليه في كلام غير واحد بقوله تعالى: ﴿وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَفْضَلِ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾. لكن الظاهر أن المراد به نفي الحجة للكافر على المؤمن، كما يظهر الوجه فيه مما تقدم في المسألة الثالثة من الفصل الثالث عشر في بيع الحيوان. ومثله مرسل الفقيه من قوله عليه السلام: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»^(٢)، كما يظهر مما تقدم هناك أيضاً.

فالعدة في المقام - بعد الإجماع المذكور - موثق طلحة بن زيد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن الحسين في حديث قال: «ليس لليهودي [لليهود والنصارى]

(١) سورة النساء الآية: ١٤١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب موانع الإرث من الكفر والقتل والرق حديث: ١١.

شفعة للكافر على المسلم وإن اشترى من كافر (١) وثبت للمسلم على

والنصراني شفعة^(١)، ونحوه موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢)، وهناك مراسيل آخر لا تصلح إلا للتأييد^(٣)، وهما وإن اختصا باليهودي والنصراني إلا أن المستفاد منهما عرفاً إلغاء خصوصيتهما، والتعدي لكل كافر.

(١) كما صرح به في غير واحد من معاهد الإجماعات السابقة. قال في المسالك: «ولا فرق بين كون البائع مسلماً أو كافراً. ولو لم يكن المشتري مسلماً لم يشترط إسلام الشفيع وإن كان البائع مسلماً». وقريب منه كلام غير واحد.

وهو متجه بناءً على ما يأتي من عدم اشتراط إسلام الشفيع إذا كان المشفوع عليه كافراً، وعلى ما سبق منهم من ثبوت حق الشفعة على المشتري خاصة بعد تحقق الشراء.

أما بناءً على ما سبق من ثبوت حق الشفعة على الشريك قبل البيع، بحيث يكون شريكه أولى بحصته من غيره، وأنه ينبغي له عرضها عليه قبل بيعها على غيره، ولو باعها على غيره من دون مراجعته كان له انتزاعها من المشتري، فالمتيقن من الشرط المذكور ما إذا كان البائع والمشتري معاً مسلمين، فلا يثبت للشريك الكافر على شريكه المسلم حق الأولوية بالبيع، ولا على المشتري المسلم حق انتزاع المبيع منه.

أما إذا كان البائع مسلماً والمشتري كافراً فلا يتضح الوجه في استحقاقه انتزاعه منه، لأن حق الانتزاع متفرع على منافاة البيع لحقه، والمفروض عدمه في المقام، لعدم ثبوت حق له على البائع قبل البيع بسبب كفره.

كما أنه لو انعكس الأمر، فكان البائع كافراً والمشتري مسلماً، فقد يتجه ثبوت الشفعة للكافر، لثبوت حقه على البائع بعد كونه كافراً مثله، فيكون البيع منافياً لحقه،

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١، ٢.

(٣) راجع مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب الشفعة.

فله انتزاع المبيع من المشتري وإن كان مسلماً.

نعم لو لم يكن انتزاع الشفيع للمبيع من المشتري مبتنياً على منافاة البيع لحقه على شريكه، بل لمحض سعة حقه في المبيع بنحو يعم البائع والمشتري معاً، بحيث ينبغي للبائع أن يعرضه عليه قبل بيعه ويقدمه على غيره، ويكون له انتزاع المبيع من المشتري، من دون ترتب بين الأمرين، اتجه ثبوت الشفعة له على المشتري إذا كان كافراً وإن اشتراه من مسلم، وعدم ثبوتها له على المشتري إذا كان مسلماً وإن اشتراه من كافر.

لكنه خلاف ظاهر قوله عليه السلام في صحيح عبد الله بن سنان المتقدم: «لا تكون الشفعة إلا لشريرين ما لم يتقاسما»، لظهوره في انحصار الحق بالشريرين حال شركتهما المستلزم لكون حق كل منهما على الآخر لا غير. غايته أن لازم ثبوت حق كل منهما على الآخر عدم استقرار بيعه لحصته، بل يحق للآخر انتزاعها من المشتري.

كما أنه لو كان الدليل في المقام آية نفى السبيل، أو ما تضمن أن الإسلام يعلمو ولا يعلم عليه، كان مقتضاه عدم سلطنة الكافر على انتزاع الحصة المبيعة من المشتري المسلم وإن اشتراها من كافر، لأنه نحو من السبيل على المسلم، ومظهراً من مظاهر علو الكفر على الإسلام حسب المدعى من مفادهما. لكن تقدم المنع من ذلك، وانحصار الدليل بالموثقين.

نعم قد يدعى أن مقتضى الموثقين عدم ثبوت الشفعة للكافر مطلقاً، فيلزم الاقتصار في الخروج عنه على المتيقن، وهو ما إذا كان الشريك البائع والمشتري معاً كافرين، ويكون المرجع في الصور الثلاث الباقية هو الإطلاق المذكور.

اللهم إلا أن يقال: المستفاد من كلمات الأصحاب أن بناءهم على خروج بعض الصور عن إطلاق الموثقين ليس لمحض التعبد، بل لأنهم - بضميمة المناسبات الارتكازية أو بقرائن خارجية - فهموا ابتناء الحكم في الموثقين على قصور حق الشفعة عن أن يثبت حقاً لكافر على مسلم، فإذا لم يلزم من ثبوته ذلك تعيين ثبوته، وحينئذٍ

الكافر (١) وللکافر على مثله (٢).

يبتني تعيين الصور الخارجة عن إطلاق الموثقين على الكلام المتقدم في تعيين من عليه الحق في الشفعة.

فلم يبق إلا إطلاق بعض معاهد الإجماعات السابقة والتصريح في بعضها بالعموم لما إذا كان البائع كافراً. وإن شئت قلت: إن الاستفادة منها كون المعيار في عدم ثبوت الشفعة للکافر إسلام المشتري دون إسلام البائع. وفي كفاية ذلك بعد ما سبق من تحديد موضوع حق الشفعة إشكال. فلاحظ.

(١) الظاهر المفروغة عن ذلك بينهم. كما يناسبه ما سبق من المسالك وغيره. بل هو داخل في معقد بعض الإجماعات السابقة. بل في المبسوط نفي الخلاف فيه بين المسلمين. ويقتضيه إطلاقات أدلة الشفعة من دون مخرج عنها.

(٢) كما صرح به في كلام بعضهم، وهو داخل في بعض معاهد الإجماعات السابقة، بل الظاهر المفروغة عنه بينهم. ويقتضيه إطلاق أدلة الشفعة.

وأما إطلاق الموثقين فمن القريب جداً انصرافه عن ذلك، لقضاء المناسبات الارتكازية بابتناء الحكم فيها على عدم ثبوت حق للکافر على المسلم، لا على اختصاص الشفعة ذاتاً بالمسلم.

ويؤيد ذلك مرسل دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «الشفعة لليهود والنصارى فيما بينهم. وليس لأحد منهم على مسلم شفعة»^(١)، وما عن بعض العامة من قوله عليه السلام: «لا شفعة لذي على مسلم»^(٢). لقوة ظهوره في المفهوم الراجع لثبوت الشفعة له على مثله.

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب ٦: من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٦.

(٢) حكاه عنهم في الانتصار ص: ٤٥٣. والمبسوط ج: ١٣ ص: ١٣٩. والخلاف ج: ٣ ص: ٤٥٤. والتذكرة ج: ١٢ ص: ٢١٣. راجع المبسوط للسرخي ج: ١٤ ص: ٩٣. كتر العمال ج: ٧ ص: ١٠.

(مسألة ٢): يشترط في الشفيع أن يكون قادراً على أداء الثمن (١)،

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، واستظهر عدم الخلاف فيه في الرياض، وجزم بذلك في الغنية ومحكي مجمع البرهان، بل في المسالك أنه متفق عليه.

وقد استدل عليه في كلام بعضهم بالإجماع المذكور. لكن في نهوضه بالاستدلال في المقام إشكال، بعد ظهور كلام غير واحد في التعويل على غيره مما يأتي الكلام فيه.

ومثله الاستدلال بلزوم الضرر على البائع والمشتري. إذ هو - مع عدم اطراده - لا ينفع بعد كون أصل ثبوت حق الشفعة ضرورياً، حيث يكون مخصصاً لقاعدة نفي الضرر، وإطلاق دليل الخاص مقدم على إطلاق دليل العام.

نعم قد يستشكل في إطلاق دليل الشفعة بنحو يشمل العاجز عن الثمن، لعدم العثور من النصوص على ما يظهر منه تصدي الشارع الأقدس لشرح الشفعة وتحديد موضوعها، بل الظاهر جري الشارع فيها على ما عليه العرف، لسبق وجودها في الجاهلية. غاية الأمر أنه تعرض إلى بعض شروطها وقيدوها وأحكامها، من دون أن يكون هناك إطلاق عام لتحديدها، ليرجع إليه عند الشك.

وأما ما في جملة من النصوص من أن الشريك أحق بحصة شريكه فمن القريب وروده لبيان ترجيح الشريك على غيره من دون أن يكون له إطلاق يقتضي أولويته ولو مع الإضرار بالشريك لإنقاص الثمن أو تأخيرته أو غير ذلك. ولذا لا يكون مثل معتبر الغنوي المتضمن أنه أحق به بالثمن^(١) منافياً له عرفاً أو مخصصاً له.

على أن المعتبر المذكور يناسب اهتمام الشارع الأقدس بالشريك بحيث لا يريد الإضرار به. وكما يكون الإضرار به بنقص الثمن يكون بتأخيرته.

مضافاً إلى معتبر علي بن مهزيار: «سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

أراد بيعها، أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال، وإلا فليبيع، وبطلت شفعته في الأرض. وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه، وإلا فلا شفعة له^(١).

فإنه دال على اشتراط قدرة الشفيع على أداء الثمن. والتحديد بالأيام الثلاثة في البلد، وبمدة وصول المال من البلد الآخر مع الأيام الثلاثة، راجع لتحديد أمد القدرة المعتبرة وسعتها. فمع عدم القدرة بالنحو المذكور يسقط حق الشفعة، ولا يكون للشريك الأولوية بالمبيع مع بقاء الثمن ديناً في ذمته من دون أن يسلمه.

نعم الذي يظهر من الحديث أن التحديد المذكور إنما يتم إذا كان الشفيع في مقام الشراء نقداً. أما إذا لم يكن في مقام ذلك - لعجزه عن الثمن واقعاً حتى بالنحو المذكور، أو تخيله العجز عنه ولو خطأ، أو لقدرته عليه وعزمه على صرفه في جهة أخرى - فلا شفعة له، ويلزم البيع للمشتري، ولا ينفعه بعد تحقق البيع العدول وطلب الانتظار بالثمن في المدة المذكورة.

وإن شئت قلت: إن ظاهر الحديث المفروغية عن أن من شأن الأخذ بالشفعة هو تهية الثمن وتسليمه، وأن السؤال فيه إنما كان بسبب عدم تيسر ذلك للشفيع بعد أن أقدم عليه وحاول تهية الثمن، والجواب ببيان المهلة المذكورة إنما جاء في فرض الأخذ بالشفعة بالوجه المذكور.

وحينئذ يكون مقتضى الجمع بين الحديث وما تضمن ثبوت الشفعة للشريك، وأنه أحق بالمبيع وأولى به، هو حمل الأولوية المذكورة على خصوص الأولوية بالشراء نقداً مع القدرة ولو بالنحو المذكور، فإذا لم يكن في مقام إعمال الأولوية المذكورة يلزم البيع للمشتري بمقتضى عمومات اللزوم، وليس للشريك طلب الشفعة بعد ذلك لعدوله ولو لتبدل حاله من العجز للقدرة، لعدم الدليل على ذلك بعد تفويته الفرصة

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ١٠ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

فلا تثبت للعاجز عنه وإن بذل الرهن أو وجد له ضامن (١). إلا أن يرضى

على نفسه.

نعم تقدم عند الكلام في تحديد حق الشفعة أن الحديث المذكور وارد لتحديد القدرة المعتبرة مع الشريك الذي يريد بيع حصته، وأنه مع عدم القدرة بالحد المذكور يسقط حق الشفعة فله البيع من دون أن تثبت للشريك الشفعة على المشتري حينئذٍ. وإليه يرجع في الجملة ما يأتي. في المسألة السادسة عشرة من فصل الأخذ بالشفعة. من جماعة من سقوط حق الشفعة إذا عرض الشريك قبل البيع حصته على شريكه بالثمن أو بما دونه فلم يأخذها. ولا نظر في الحديث إلى ما إذا باع الشريك الحصة من دون مراجعة شريكه.

وحينئذٍ لا يتجه الاستدلال بالحديث إلا بلحاظ ما تقدم. عند الكلام في تحديد حق الشفعة والكلام في عدم ثبوت الشفعة للكافر. من أن ثبوت حق الشفعة في البيع على المشتري فرع ثبوته على البائع، لاستمرار الحق المذكور، حيث يناسب ذلك أن الثابت له هو أخذ الحصة المبيعة بالثمن نقداً، لا ديناً، وأنه لا بد من القدرة على تسليم الثمن حينئذٍ بالمقدار المعتبر في أخذ الحصة من البائع رأساً، على النحو الذي كان ثابتاً في حق الشريك البائع، ودل عليه الحديث المذكور.

وأما احتمال تبدل حدود الحق المذكور بالبيع. فهو بعيد جداً لا يناسب مساق أدلته، وما يستفاد منها عرفاً.

ولعل ذلك هو المنشأ لما يظهر من الأصحاب من المفروغية عن نهوض الحديث بإثبات اعتبار القدرة على الثمن في فرض تحقق البيع. غاية الأمر أن بعضهم حاول صرف الحديث للفرض المذكور لا غير، كما تقدم عند الكلام في تحديد حق الشفعة، وتقدم دفعه. فراجع.

(١) كما في التحرير والدروس والروضة وغيرها. لعدم الوجه في إلزامه

المشتري بذلك (١). نعم إذا ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام (٢). وإذا ادعى أن الثمن في بلد آخر أجل بمقدار وصول المال إليه (٣) وزيادة ثلاثة

بالاكتفاء بأحد الأمرين بعد ما سبق من اختصاص الحق بالأخذ نقداً، دون ما يعم الدين.

(١) أو يرضى البائع به قبل البيع، لما سبق من ثبوت حق الشفعة حينئذٍ. نعم في كون الأخذ مع الرضا بعدم تسليم الثمن من قبل البائع أو المشتري من صغر بات الأخذ بالشفعة إشكال. لما سبق من اختصاص حق الشفعة بالنقد، فيخرج ذلك عن موضوع الحق، بل يكون معاملة أخرى مبنية على تراضي الطرفين، نظير الأخذ بما دون الثمن. والوجه في صحته عمومات نفوذ العقود ولزومها. بل قد يرجع للبيع، فيشملة عموم دليل نفوذه ولزومه وجميع أحكامه.

(٢) كما صرح به في الجملة جماعة كثيرة بنحو يظهر من بعض كلماتهم المفروغة عنه وعدم الخلاف فيه. والوجه فيه معتبر علي بن مهزيار المتقدم.

لكنه لم يتضمن دعوى الشفع غيبة الثمن، بل محاولته تهيبته، الشامل بإطلاقه ما لو كان يبيع بعض ما يملك، أو بالاقتراض أو الاستيهاب أو غير ذلك. فالمتعين العمل بالإطلاق المذكور، كما جرى عليه بعضهم، وعدم الاقتصار على دعوى غيبة الثمن.

ولعل ذكر بعضهم دعوى غيبة الثمن - كما في المتن وغيره - لمجرد التمثيل من دون تقيدها، كما يناسبه انحصار الدليل في المقام بالحديث المذكور.

(٣) كما في النهاية والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والقواعد وغيرها. لكن في الدروس والروضة أنه يؤجل بمقدار سفره لذلك البلد ورجوعه. وهو الذي يقتضيه الجمود على معتبر علي بن مهزيار المتقدم. إلا أنه لا يبعد إلغاء خصوصية ذلك، وحمله على كون ذكره فيه لمجرد مقدميته لوصول

أيام (١)، فإن انتهى الأجل فلا شفعة. ويكفي في الثلاثة أيام التلفيق (٢).
كما أن مبدأها زمان الأخذ بالشفعة (٣)

المال، مع كون المطلوب هو وصول المال بأي وجه حصل.

نعم لو كان زمان وصول المال من البلد الآخر أكثر من مدة السفر للبلد والرجوع منه وثلاثة أيام، تعين قصور المعبر عنه، والبناء على سقوط الشفعة.
كما أنه قد أطلق في المعبر المذكور طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر بنحو يشمل ما لو كان حمله بنحو الاقتراض أو الاسترفاد أو غيرهما. وهو مقتضى إطلاق جماعة. فلا مجال مع ذلك للاقتصار على دعوى وجود الثمن في ذلك البلد، كما في المتن، وسبقه إليه غيره. وربما يحمل ذكرهم ذلك على مجرد التمثيل، نظير ما سبق.
(١) كما ذكره جماعة، وتضمنه معتبر علي بن مهزيار المتقدم. ومعه لا وجه لإهمال ذلك والاقتصار على مدة وصول المال من البلد الآخر في النهاية والمذهب والسرائر.

(٢) كما تقدم نظير ذلك في خيارى الحيوان والتأخير وفي بيع السلف وغيرها.

(٣) كما في الجواهر، مدعياً ظهور معتبر علي بن مهزيار فيه. لكن ظاهر قوله

فيه: «رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال...» أن ذهابه حين طلب الشفعة، لا حين الأخذ بها، والمفهوم منه أن الأخذ بها بعد إحضار المال.

وفي جامع المقاصد: «ثم إن ابتداء الثلاثة من حين البيع أم من حين علمه به؟

ظاهر الرواية تشعر بالثاني، لأن فيها: فذهب على أن يحضر المال فلم ينض. فقال عليه السلام: إن كان معه بالمصر فليتنظر به ثلاثة أيام. فإن المتبادر من ذلك انتظار ذهابه لإحضار المال. وذهابه لذلك واجب على الفور، كما كان أخذه فوراً من حين العلم».

وظاهره أن مبدأ الأيام الثلاثة من حين ذهابه لإحضار المال، وأن جعل مبدأه

حين العلم بالبيع بضميمة فورية الأخذ بالشفعة حين العلم بالبيع، وفورية الذهاب

لا زمان البيع (١).

لإحضار المال حين الأخذ بها.

وهو - كما ترى - مبني.. أولاً: على وجوب الفورية الحقيقية دون العرفية، ولا يظن منهم البناء عليه. وثانياً: على عمله على الفورية المذكورة، ولا شاهد في الحديث عليه. مضافاً إلى ما سبق من أن ظاهر الحديث كون الذهاب حين طلب الشفعة لا حين الأخذ بها. كما أن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي إرادة الثلاثة من حين طلب الشفعة، لا من حين الذهاب، لظهور الحديث في أن من شأن الأخذ بالشفعة إحضار الثمن، فيكون الانتظار للقيام بمقتضى ما طلب.

هذا كله مضافاً إلى ما تقدم من أن الحديث وارد لتحديد أمد الانتظار من أجل أعمال حق الشفعة بأخذ الحصة من الشريك عند إرادة بيعها، لا من المشتري بعد البيع، كما هو مورد كلامهم، وأن استفادة التحديد بذلك من الحديث في مورد كلامهم يمتني على فهمه منه تبعاً. حيث يناسب ذلك كون مبدأ الأمد هو طلب الشفعة بعد العلم بالبيع، وهو يناسب أيضاً عدم استحقاق الأخذ بها قبل إحضار الثمن، كما لا يُستحق الأخذ بها من البائع قبله. ولا وجه لما يظهر منهم من أن له الأخذ قبل إحضار الثمن. بل يظهر من جماعة وجوب مبادرته لذلك قبله.

ومثله ما في جامع المقاصد والمسالك، من أنه لو لم يحضره في المدة سقط حقه في الشفعة إن لم يكن أخذ بها، وللمشتري الفسخ إن كان قد أخذ بها. فإن ذلك كله لا يناسب الحديث الذي هو دليلهم في المقام. كما لا يناسب ما تقدم من جامع المقاصد من لزوم المبادرة للأخذ بالشفعة بمجرد العلم بالبيع، ثم الذهاب لإحضار المال. فلاحظ.

(١) الظاهر عدم المنشأ لاحتمال ذلك، فضلاً عن القول به. غاية الأمر أن يكون مبدأ المدة زمان العلم بالبيع الذي هو زمان المطالبة بحق الشفعة أو الأخذ بها،

(مسألة ٣): إذا كان التأجيل ثلاثة أيام أو إلى زمان نقل الثمن من البلد الآخر حيث يدعي وجوده فيه (١) يوجب الضرر على المشتري فالظاهر سقوط الشفعة (٢).

على ما تقدم من جامع المقاصد، وتقدم الكلام فيه.

(١) تقدم أن وجوب انتظار وصول المال من البلد الآخر لا يختص بما إذا ادعى صاحب الشفعة وجوده فيه، بل يعم دعواه الإتيان به منه ولو بنحو الاقتراض أو الاسترفاد أو غيرهما.

(٢) كما ذكره جماعة في فرض لزوم الضرر من انتظار وصول المال من بلد آخر، وأطلق بعضهم فرض لزوم الضرر من الصبر، كما في الغنية، مدعيّاً عليه الإجماع. بل صرح في اللمعة بذلك في الضرر اللازم من التأجيل ثلاثة أيام. وقد سبقهم إلى ذلك في الأول في النهاية، لكن مع فرض لزوم الضرر على البائع من الانتظار، بنحو يظهر منه ثبوت حق الشفعة على الشريك قبل البيع، فلا يبادر لبيع حصته من غير شريكه قبل عرضها على شريكه، كما أشرنا إليه عند الكلام في تحديد حق الشفعة.

وكيف كان فيظهر منهم الاستدلال لذلك بعموم قاعدة نفي الضرر. لكن سبق أن أصل ثبوت حق الشفعة هو حكم من شأنه أن يترتب عليه الضرر عرفاً في حق من عليه الشفعة، خصوصاً مع وجوب الانتظار في المدة المذكورة، ومع ثبوتها للغائب، كما يأتي في المسألة الرابعة، فيكون مخصصاً لقاعدة نفي الضرر. وحينئذٍ إذا لزم زيادة الضرر على المقدار المتوقع نوعاً بانتظار إحضار الثمن يتعين الرجوع لعموم دليل الشفعة، لا لعموم نفي الضرر، لأن عموم الخاص مقدم على عموم العام.

ويزيد في الإشكال في المشتري الذي هو محل كلام الأكثر، لأنه قد أقدم على الضرر بشرائه للحصة مع علمه بثبوت حق الشفعة فيها قبل الشراء أو بعده - على الكلام المتقدم - وكان باستطاعته تجنبه بترك شرائها، وهذا بخلاف البائع الذي قد

يحتاج لبيع حصته ولا مفر له من حق الشفعة.

ومثله ما قد يدعى من أن الشفعة إنما تثبت دفعاً للضرر، فتقصر عما إذا لزم منها الضرر من وجه آخر.

إذ فيه: أنه إن كان المراد بذلك أن ثبوتها من صغريات قاعدة نفي الضرر، لقوله ﷺ في معتبر عقبة بن خالد: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن. وقال: لا ضرر ولا ضرار...»^(١). فقد تقدم في المسألة السادسة من فصل ما تثبت فيه الشفعة عدم ظهور الحديث في التعليل الذي يدور الحكم مداره وجوداً وعدماً، بل لا يمكن البناء فيه على ذلك.

وإن كان المراد أن ثبوت الشفعة للشريك لاهتمام الشارع الأقدس به، ودفعاً لضرره، فاهتمام الشارع بدفع ضرر من له الشفعة لا يستلزم اهتمامه بعدم الإضرار بمن عليه الشفعة. ومن هنا يشكل الخروج عن إطلاق معتبر علي بن مهزيار المتقدم. نعم قد يدعى انصراف المعتبر المذكور إلى البلد القريب الذي يتعارف السفر له وإحضار المال منه في تلك العصور، دون البعيد، حيث يبعد العموم لذلك مع كونه مضراً بمن عليه الشفعة نوعاً، خصوصاً بناء على ما سبق من ثبوتها على الشريك قبل البيع، ويظهر من الشارع الاهتمام بمن عليه الشفعة، ولذا لم يزد في الانتظار على ثلاثة أيام.

ولعل ذلك هو المنظور للأكثر، ولذا خصوا استثناء صورة الضرر من لزوم انتظار نقل المال من بلد آخر، دون انتظار ثلاثة أيام في نفس البلد، كما لم يتعرضوا للاستثناء المذكور في الغائب، بل صرحوا - كما يأتي - بثبوت الشفعة له وإن طال غيبته، مع أن ذلك قد يستلزم الضرر على من عليه الشفعة.

وهذا لو تم لا يرجع إلى جعل المعيار في الاستثناء لزوم الضرر الشخصي، كما

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٥ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(مسألة ٤): إذا كان الشريك غائباً عن بلد البيع وقت البيع جاز له

الأخذ بالشفعة (١)

يظهر من مساق كلامهم، بل إلى استثناء البلد البعيد الذي من شأنه لزوم الضرر من انتظار نقل المال منه. على أنه محتاج إلى مزيد من التأمل.

(١) فقد صرح الأصحاب بثبوت الشفعة للغائب، ونفى في الجواهر الخلاف والإشكال فيه، وفي المسالك أنه لا شبهة في ذلك، وادعى في الخلاف والتذكرة الإجماع عليه.

ويقضيه - مضافاً إلى إطلاق ما تقدم من نصوص ثبوت الشفعة للشريك - موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، وفيه: «وقال: لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم. وقال: قال أمير المؤمنين المؤمنين عليه السلام: وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إن كان له رغبة. وقال: للغائب شفعة»^(١). ويعضده مرسل محمد بن علي بن محبوب الوارد في تلف بعض البيع في غيبة الشريك قبل أخذه بالشفعة^(٢).

هذا وهل المراد بالغائب الغائب عن بلد البيع - كما في المتن - أو عن بلد المبيع، أو بلد البائع، أو بلد المشتري، أو الغائب عن بلده؟ وجوه أقربها الأخير بلحاظ أن الغائب عن بلده يغلب عدم تيسر الاتصال به وإعلامه بالبيع، ولا سيما في العصور السابقة، حيث تنعدم طرق الاتصال الموجودة هذه الأيام. فقد يتوهم كون ذلك عذراً للشريك الذي يريد البيع يمنع من ثبوت حق الشفعة له عليه، فورد النص لدفع التوهم المذكور.

نعم إننا يترتب الأثر على تحقيق ذلك إذا كان للغائب خصوصية في الحكم يمتاز بها عن غيره. والظاهر عدم خصوصيته في ذلك، بل هو كغيره، كما يظهر مما يأتي

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

إذا حضر البلد وعلم بالبيع (١)

إن شاء الله تعالى.

(١) الجمود على ذلك يقتضي توقف استحقاقه الشفعة على حضوره البلد وعلمه بالبيع، مع عدم الإشكال ظاهراً في عدم توقف استحقاقه على شيء منها، كما هو المناسب لظاهر النص والفتوى، ولما يأتي من أن لو كيله الأخذ بالشفعة، ضرورة أن أخذ الوكيل فرع استحقاق الموكل. ومن هنا قد يحمل على بيان أن تأخره عن الأخذ بالشفعة بسبب سفره أو عدم علمه بالبيع لا يسقط حقه في الشفعة.

لكنه إنما يتجه بالإضافة إلى عدم علمه بالبيع، لكونه عذراً حتى في حق الحاضر بلا إشكال ظاهر، ونفى الخلاف فيه في الغنية.

أما بالإضافة إلى الغيبة فلا يتضح الوجه في ذلك، بل يتعين البناء على كونه كالحاضر إذا علم بالبيع، في وجوب المبادرة لو قلنا به.

قال في المبسوط: «فإن بلغته وهو غائب، فإن كان قادراً على المسير وكان الطريق مأموناً والرفقة موجودة فلم يفعل سقطت شفعته كالحاضر في طرف البلد. وإن لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل وكُل، فإن لم يفعل بطلت شفعته. فإن لم يقدر على المسير بنفسه ولا على التوكيل كان على شفعته، لأنه عذر» ونحوه في الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والقواعد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.

بل يأتي في المسألة السابعة من الفصل الآتي من سيدنا المصنف رحمته سقوط شفعة الغائب إذا علم بالبيع وقدر على التوكيل فلم يوكل.

نعم في مرسل دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الشفيع يكون غائباً عن البيع قال: «لا تنقطع شفعته حتى يحضر علم بالبيع أو لم يعلم»^(١).

لكن لا مجال للتعويل عليه مع ضعفه، وعدم الجابر له. وربما حمل على ما إذا

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٣.

تعذر عليه الأخذ بالشفعة ولو لتوقفها - كما سبق متاً - على إحضار الثمن. حيث يغلب تعذر ذلك في العصور السابقة.

هذا وبناء على ما سبق متاً من ثبوت حق الشفعة للشريك على شريكه قبل البيع يتجه عرض الشريك على شريكه الغائب حصته التي يريد بيعها إن تيسر له ذلك، فإن أرادها كلف بإحضار الثمن لشريكه صاحب الحصة أو وكيله، وانتظر به ثلاثة أيام إن كان الثمن من نفس البلد الذي فيه الشريك صاحب الحصة أو وكيله وفيه الشفيع أو وكيله، وإن كان من بلد آخر انتظر به مقدار وصوله لمن عليه الشفعة وثلاثة أيام، فإن أحضره وإلا سقطت شفעתه، كما يستفاد من معتبر علي بن مهزيار المتقدم.

فإن لم يتيسر للشريك عرض حصته على شريكه، أو تيسر له ولم يفعل حتى باع الحصة، كان للشريك الغائب أخذها من المشتري بالثمن متى ما علم.

وحيثئذ يتعين على الشريك الغائب مع مطالبته بها إحضاره الثمن في المدة السابقة، للوجه السابق في التعدي من البائع الذي هو مورد المعتبر المذكور للمشتري. وأما ما ذكره في الجواهر في توجيه عدم ذكرهم المدة المذكورة في الغائب واقتصارهم على كون الأخذ مقدوراً له، من أن المعتبر مختص بالحاضر. فهو غير ظاهر الوجه بعد إطلاق المعتبر المذكور.

وأشكل منه ما ذكره أخيراً من اختصاص المعتبر بما إذا كان منشأ عدم الأخذ بالشفعة هو عدم تيسر المال دون بقية الأعذار كالمرض والحبس وغيرهما، بل يتعين عدم التقيد بها حيثئذ حتى في الحاضر.

إذ فيه: أن المراد بعدم إنضاض المال وعدم تيسره الذي تضمنته المعتبر هو عدم تيسر ما يحضره من المال وإن كان له مال آخر لا يتيسر له إحضاره لبعض الأعذار، كما أن مقتضى إطلاق التحديد بالمدة سقوط الشفعة بعد مضيتها وإن تيسر له فيها المال لكن لم يتيسر إحضاره لطوء بعض الأعذار بعد إنضاضه وتيسره. ومن هنا يتعين عموم التحديد بالمدة المذكورة للحاضر وغيره بلحاظ جميع الأعذار عدا الجهل بإرادة

وإن كانت الغيبة طويلة (١). وإذا كان له وكيل مطلق في البلد أو في خصوص الأخذ بالشفعة جاز لذلك الوكيل الأخذ بالشفعة عنه (٢).
(مسألة ٥): تثبت الشفعة للشريك وإن كان سفيهاً (٣) أو صبيّاً أو

الشريك البيع.

كما أن مقتضى إطلاق التحديد بالمدة المذكورة العموم لما إذا تيسر المال في ضمنها، لكن لم يمكن إحضاره لطروء بعض هذه الأعذار. وبذلك يظهر عدم الأثر لتعيين المراد من الغائب من بين الاحتمالات المتقدمة آنفاً. فلاحظ.

كما ظهر الحال في بقية الأعذار كالمرض والحبس والإغماء، وإنها إن منعت من العلم بالبيع أو بإرادة الشريك البيع لم تسقط الشفعة. وإن لم تمنع منه، فإن عرض عليه الأخذ بها كان له الأخذ مع تهيئة الثمن في المدة المذكورة، فإن لم يتيسر له ذلك سقطت الشفعة.

(١) كما في الدروس والمسالك والروضة وغيرها. وهو مقتضى إطلاق النص والفتوى. وقد سبق أن إطلاق ذلك لا يناسب بدواً تقييدهم الانتظار في المدة المتقدمة بما إذا لم يلزم منه الضرر.

(٢) تقدم من المبسوط وغيره أن الوكيل إذا لم يبادر بالأخذ بالشفعة سقطت الشفعة. وبناءً على ما سبق ممّا إذا عرض الشريك الذي يريد بيع حصته على الوكيل الأخذ بالشفعة فإن أخذ بها بعد إحضار الثمن في المدة المتقدمة، وإلا سقطت شفعته. وكذا إذا لم يعرض عليه الشريك حتى باع فعرض عليه المشتري، كما يظهر مما سبق. نعم لابد من إطلاق الوكالة بحيث يكون للوكيل الأخذ بالشفعة وإن لم يعرف رأي الموكل.

(٣) كما في الخلاف والمهذب والشرائع والنافع والقواعد والدروس وغيرها. وهو مقتضى إطلاق المؤوف في المقنعة ومحكي الوسيلة. والظاهر عدم الإشكال فيه،

مجنوناً (١)، فيأخذ لهم الولي (٢). بل إذا أخذ السفهه بإذن الولي صح (٣). وكذا الصبي على احتمال قوي (٤).

بل ادعى في الخلاف الإجماع عليه. والاقتصار في المنع على اليتيم، وفي النهاية على الصغير، وفي كلام جماعة عليه وعلى المجنون، ليس للخلاف في السفهه، بل للاستغناء عن ذكره بعد شمول إطلاق الشريك في كلامهم له.

والوجه فيه ما تقدم من إطلاق ثبوت الشفعة للشريك. ومجرد قصوره عن الاستقلال بإعمالها لا ينافي ثبوت الحق له، ولا سيما مع النص على ذلك في الصغير، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

(١) فقد ذكر ثبوت حق الشفعة لهما جمهور الأصحاب. وفي الخلاف والغنية والتذكرة الإجماع عليه. ويظهر الوجه فيه مما سبق في السفهه.

(٢) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر وقد صرح به جمهور الأصحاب، بل هو داخل في معقد الإجماعات السابقة. لأن وظيفة الولي القيام مقام المولى عليه في إعمال حقوقه واستيفائها. مضافاً في الصغير إلى قوله عليه السلام في موثق السكوني المتقدم في المسألة السابقة: «وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة»^(١).

(٣) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. لعدم الإشكال ظاهراً في عدم سقوط كلامه وقصده عن الاعتبار، والتحجير عليه إنما يقتضي توقف نفوذ تصرفه على إذن الولي لا غير.

(٤) بل هو المتعين، كما يظهر مما تقدم في المسألة الأولى من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع. فراجع.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب ٦: من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

(مسألة ٦): تثبت الشفعة للمفلس إذا رضي المشتري ببقاء الثمن في ذمته (١) أو استدان الثمن من غيره أو دفعه من ماله بإذن الغرماء.

(مسألة ٧): إذا أسقط الولي على الصبي أو المجنون أو السفهية حق الشفعة لم يكن لهم المطالبة بها بعد البلوغ والرشد والعقل (٢). وكذا إذا لم يكن الأخذ بها مصلحة (٣) فلم يطالب (٤). أما إذا ترك المطالبة بها مساهلة منه في حقهم فالظاهر أن لهم المطالبة بعد البلوغ والرشد (٥).

(١) تقدم في المسألة الثانية الإشكال في كون أخذ الحصة مع كون الثمن في الذمة من صغريات حق الشفعة. بل حتى لو كان من صغرياته فهو وما بعده ليست شروطاً في ثبوت حق الشفعة للمفلس - كما هو مقتضى الجمود على عبارة المتن - بل هي شروط إعمال الحق المذكور في ضمن المدة المتقدمة. أما أصل ثبوت الحق له فهو غير مشروط بشيء، تبعاً لإطلاق أدلته.

(٢) لنفوذ تصرف الولي بالإسقاط عليهم. ومنه يظهر الإشكال في إطلاق غير واحد بقاء حق الشفعة لهم إذا لم يأخذ بها الولي. نعم لو خرج عن مقتضى ولايته في الإسقاط، لعدم ثبوت كونه صلاحاً لهم بنظره، تعين عدم ترتب الأثر عليه، كما هو ظاهر.

(٣) يعني: بنظره، لأن ذلك هو المعيار في نفوذ تصرفه وإن أخطأ واقعاً.

(٤) لقيامه مقام المولى عليه في ذلك. ولظهور ما تقدم من قوله ﷺ: «وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة» في كون الأخذ بالشفعة للمولى عليه من شأن الولي، وأنه تابع لرأيه ورغبته، فيكون تركه بمنزلة ترك المولى عليه. ومنه يظهر ضعف إطلاق غير واحد بقاء حق الشفعة لهم إذا لم يأخذ بها الولي، نظير ما تقدم في سابقه.

(٥) بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر. وكأنه لخروجه في عدم أخذه

بالشفعة عن مقتضى ولايته، فلا يترتب الأثر على تركه. لكن ذلك قد يتجه في عدم الأخذ بالشفعة من دون عرض من الشريك الذي عليه الشفعة، أما مع عرضه عدم أخذ الولي بالشفعة فيختلف الحال، إذ في معتبر الغنوي المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألت عن الشفعة في الدور شيء واجب للشريك، ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^(١). وظاهر السؤال فيه المفروغية عن أن وظيفة من عليه الشفعة عرض حصته على من له الشفعة قبل البيع، فإن أخذ وإلا سقط الحق ولزم البيع بعد ذلك للمشتري، وحيث كان المولى عليه غير صالح لأن يعرض عليه بشخصه، بل يعرض على وليه، كما يستفاد من موثق السكوني أيضاً، فإذا عرض الشريك الحصة على الولي فقد قام بوظيفته في الخروج عن مقتضى الحق. وتقصير الولي بعد ذلك في عدم إعمال الحق والأخذ به لا ينافي خروج الشريك عن مقتضى الحق الذي عليه، وسقوط الحق المذكور، ولزوم البيع بعده للمشتري.

ولا ينافي ذلك ما تقدم من عدم نفوذ إسقاط الولي لحق الشفعة إذا لم يكن صلاحاً للمولى عليه، لأن الإسقاط تصرف في الحق، فلا مجال لنفوذه من الولي إذا خرج فيه عن مقتضى ولايته، أما في المقام فسقوط الحق بناء على ما سبق ناشئ من قيام من عليه الشفعة بوظيفته، لا من تصرف الولي بنحو يخرج عن مقتضى ولايته.

اللهم إلا أن يقال: تقصيره في حق المولى عليه مسقط لولايته، فلا تتم وظيفة الشريك بعدم أخذ الولي بالشفعة بعد العرض عليه. فهو نظير ما إذا عرض على الشريك فجن قبل أن يتهيأ له الأخذ أو الرفض. فتأمل جيداً.

(مسألة ٨): إذا كان المبيع مشتركاً بين الولي والمولى عليه، فباع الولي عنه جاز له أن يأخذ بالشفعة (١) على الأقوى. وكذا إذا باع الولي عن نفسه

(١) كما صرح بذلك في الأب في التحرير، وفيه وفي الجدل في المبسوط والشرائع والتذكرة والإيضاح والدروس وغيرها، وظاهر المبسوط الإجماع عليه.

واستشكل فيه في القواعد. وفي المختلف الجزم بالعدم فيما إذا كان الشفيع وكياً عن شريكه في بيع الحصة. وقد علله بأن قبوله بالوكالة رضاً منه بالبيع على المشتري وتنازل عن الشفعة، فتسقط شفيعته بذلك. وذلك يجري في بيع الأب والجد في المقام.

وقد أوجب عنه بأن ذلك منه تمهيد للأخذ بالشفعة بتحقيق موضوعها، فلا يستلزم التنازل عن الشفعة والرضا ببقائه للمشتري.

وهو مبني على توقف ثبوت حق الشفعة على البيع، كما سبق أنه المشهور. بل لو حصل التنازل بذلك حينئذٍ من الوكيل أو الولي فلا أثر له، لأنه تنازل عن الحق قبل ثبوته.

أما بناءً على ما سبق من ثبوت حق الشفعة على البائع قبل البيع فتنازل الشفيع الوكيل وإن كان مسقطاً لحقه في الشفعة، إلا أن قبوله بالوكالة لا يستلزم تنازله عن الحق المذكور، لأنه قبل بيع الحصة لا يحق له إلزام شريكه ببيعها عليه، فقد يكون قبوله بالوكالة من أجل أن يكون له الحق في أخذها من المشتري قهراً عليه. ويأتي تمام الكلام في ذلك.

وهذا بخلاف الولي الشريك. إذ لا إشكال في كون عدم شرائه الشقص لنفسه مع قدرته على ذلك بمقتضى ولايته وبيعه على غيره تنازل عن حق الشفعة الثابت له، فيتعين سقوط الحق المذكور بذلك.

نعم لو كان جاهلاً بثبوت حق الشفعة له تعين عدم سقوطه، وجواز إعماله

له عند علمه لعدم كشف بيعه للحصة حيثئذٍ عن تنازله عن الحق المذكور. والظاهر خروجه عن مفروض كلامهم في المقام.

وأما الوصي فقد صرح بجواز أخذه بالشفعة حيثئذٍ في التذكرة والتحرير والإيضاح والدروس وغيرها، وجعله الأشبه في الشرائع.

وقد يظهر من القواعد التردد فيه. بل منع من ذلك في المبسوط، لأنه متهم يؤثر تقليل الثمن. ولأنه ليس له أن يشتريه لنفسه.

لكن الأول منافٍ لفرض اثمائه شرعاً وولايته، إذ الأصل معها الصحة ما لم تثبت الخيانة المسقط للولاية. ومنه يظهر ضعف الثاني، إذ لا منشأ له على الظاهر إلا التهمة. ولو فرض ثبوته تعبدلاً لا من جهة التهمة كان أخرى بأن يكون سبباً لجواز الأخذ بالشفعة، حيث لا مجال حيثئذٍ لدعوى كشف البيع عن تنازله عن حق الشفعة، الذي سبق أنه موجب لسقوطها بناء على ما سبق متاً من ثبوتها قبل البيع على الشريك البائع، فإن ذلك إنما يتم إذا كان له الشراء لنفسه، أما إذا لم يكن له ذلك فإقدامه على البيع على الغير لا يدل على تنازله عن الحق المذكور، بل قد يكون مقدمة لإعماله، حيث لا يتيسر له إعماله قبله.

اللهم إلا أن يقال: إذا لم يثبت له حق الشفعة على الشريك قبل البيع، لتعذر شرائه لنفسه، فلا دليل على ثبوته له بعده على المشتري، لأن ثبوت حق الشفعة على المشتري بعد البيع فرع ثبوته على الشريك البائع قبله، كما تقدم عند الكلام في عدم ثبوت الشفعة للكافر.

فالعمدة في المقام أنه لا مانع من شرائه من المولى عليه لنفسه، فيكون بيعه على الغير حيثئذٍ كاشفاً عن تنازله عن حق الشفعة ومسقطاً له بناء على ما سبق متاً من ثبوت الشفعة قبل البيع. ولا يكون مسقطاً له بناء على المشهور من عدم ثبوته إلا بعد البيع على نحو ما تقدم في الأب والجد. فلاحظ.

فإنه يجوز له أن يأخذ بالشفعة للمولى عليه (١). وكذا الحكم في الوكيل إذا كان شريكاً مع الموكل (٢).

(١) من الظاهر عدم ورود الشبهة السابقة من المبسوط في الوصي. نعم يبقى الإشكال في أن يبيعه على غير المولى عليه مع قدرته على البيع على المولى عليه بمقتضى ولايته عليه يستلزم تنازله عن حق الشفعة للمولى عليه، فيسقط شفيعته بناء على أن حق الشفعة يثبت على الشريك قبل البيع ثم على المشتري بعده كما سبق متاً، أما بناء على أنه لا يثبت إلا على المشتري بعد البيع، كما هو المشهور فلا يسقطها، كما يظهر مما سبق.

(٢) كما في الخلاف والسرائر والقواعد وغيرهما وجعله الأشبه في الشرائع. واستشكل فيه في التذكرة، ومنع منه في المبسوط والمختلف. وقد وجه المنع في المبسوط بما تقدم منه في الوصي من أنه يكون متهماً في تقليل الثمن، وعدم جواز شرائه لنفسه. كما وجهه في المختلف والتذكرة بما تقدم أيضاً من أن رضاه بالوكالة رضاً بصيرورة المبيع للمشتري، وذلك يسقط شفيعته.

لكن لا مجال للتهمة مع فرض استثنائه من قبل الموكل، نظير ما سبق. على أن الموكل قد يعين الثمن، ولا موضوع معه للتهمة. وأما جواز شرائه لنفسه فهو تابع لعموم الوكالة وخصوصها. وأما رضاه بصيرورة المبيع للمشتري فإسقاطه لشفيعته موقوف على أمرين:

الأول: أن حق الشفعة ثابت له على شريكه قبل البيع كما هو المختار، أما بناء على المشهور من عدم ثبوته إلا على المشتري بعد البيع فرضاه بصيرورته للمشتري قد يكون من أجل تحقيق موضوع شفيعته، لا لتنازله عنها، بل لا أثر للتنازل عنها قبل ثبوتها، نظير ما سبق.

الثاني: أن يكون قادراً على شرائه لنفسه لعموم وكالته، إذ لو لم يكن قادراً على

ذلك فينحصر إعمال حقه في الشفعة ببيعه على المشتري، فلا يستلزم رضاه ببيعه عليه تنازله عن الشفعة. ومجرد أولويته بالمبيع على ما سبق منّا إنما يقتضي تقديم البائع له على غيره بعرض المبيع عليه، ولا يقتضي سلطانه على انتزاع المبيع من البائع إذا لم يعرضه عليه ولم يسلطه على ذلك، ليكشف رضاه بالمبيع على المشتري عن تنازله عن الشفعة، كما ذكرناه سابقاً.

ومن جميع ما ذكرنا يظهر الحال في ولي الشريكين والوكيل عنها إذا باع حصة أحدهما على ثالث، وأنه هل يوجب سقوط حق الشريك الآخر في الشفعة أو لا؟ حيث يظهر بالرجوع لما سبق والتأمل فيه المعيار في ذلك على اختلاف المبنين المتقدمين بيننا وبين المشهور. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

فصل

في الأخذ بالشفعة

(مسألة ١): الأخذ بالشفعة من الإنشائيات المعتبر فيها الإيقاع (١). ويكون بالقول، مثل أن يقول: أخذت المبيع المذكور بثمانه،

(١) لعل الأولى أن يقول: وهو من الإيقاعات. وإلا فلو أراد الإيقاع بمعنى الإنشاء لكان مستغنى عنه بقوله: «وهو من الإنشائيات». إلا أن يكون وارداً للشرح أو التأكيد.

وكيف كان فلا إشكال في كون الأخذ بالشفعة أمراً إنشائياً يبتني على الجعل من قبل الأخذ، لأن مضمونه اعتباري محض، وهو تملك المبيع بالثمن، فلا بد من إبرازه بالإنشاء من قبل الأخذ. كما لا إشكال في كونه إيقاعاً يستقل بإنشائه الشفيع إعمالاً لحقه الثابت قهراً على المشتري، فلا يحتاج إلى قبول المشتري ليكون عقداً.

هذا كله في الأخذ من المشتري الذي هو محل كلامهم. أما الأخذ من البائع فما سبق منّا من استحقاقه راجع إلى أن من حقه على شريكه أن يقدمه على غيره في البيع. ومن الظاهر أن تقديمه راجع إلى أنه إذا أراد بيع حصته باعها على شريكه إذا أراد شراءها، ولا يراد بأخذ الشفيع الحصة من الشريك إلا شراؤها منه إذا أراد البيع. فيكون الأخذ منه عقداً من صغريات عقد البيع، وتجري عليه جميع أحكامه، وليس

وبالفعل (١)، مثل أن يدفع الثمن ويستقل بالمبيع.
 (مسألة ٢): لا يجوز للشفيع أخذ بعض المبيع وترك بعضه، بل إما أن يأخذ الجميع أو أن يدع الجميع (٢).

هو كالأخذ من المشتري إيقاعاً يستقل به الشفيع.

(١) كما ذكره غير واحد. لكن في الدروس: «لا يملك الشفيع بالمطالبة، ولا بدفع الثمن مجرداً عن قول حتى يقول: أخذت الشقص أو تملكته بالثمن، وشبهه». وقد يظهر في اعتبار اللفظ وعدم الاكتفاء بالفعل في الأخذ بالشفعة. إلا أن يكون مراده الفعل المجرد عن قصد الإنشاء. لكنه بعيد.

وكيف كان فلا ينبغي التوقف في الاكتفاء بإنشاء الأخذ بالفعل، لتحقيق الأخذ به عرفاً، فيرتب عليه الأثر بمقتضى الإطلاق المقامي لنصوص المقام.

(٢) كما في المبسوط والشرائع والقواعد والتذكرة والتحرير والإرشاد والإيضاح والدروس وغيرها، وظاهر المبسوط وغيره المفروغية عنه. ولعله لذا قال في الجواهر: «بل لا أجد فيه خلافاً، وإن ترك التعرض له جماعة».

وقد استدل عليه في كلام غير واحد بلزوم الضرر على المشتري من التفريق، فينا في حكمة مشروعية الشفعة. ويظهر الجواب عنه مما تقدم في المسألة الثالثة من الفصل السابق من عدم كون ثبوت حق الشفعة من صغريات قاعدة نفي الضرر. ومثله ما قد يدعى من أن الشفعة لا تتجزأ. إذ هو عين المدعى.

فالعمدة في المقام عدم وضوح إطلاق يقتضي مشروعية التبعض، حيث يظهر من النصوص جري الشارع في مفهوم الشفعة على ما هو المعروف عند العرف، من دون أن يتصدى هو لتحديددها، كما تقدم في المسألة الثانية من فصل الكلام في الشفيع. والمتيقن منها عند العرف أخذ تمام الحصصة المبيعة، دفعاً لضرر الشريك بإدخال شريك جديد عليه من دون إضرار بالبائع، بعد كونه في مقام البيع على كل حال. ولم

(مسألة ٣): الشفيع يأخذ بقدر الثمن (١)، لا بأكثر منه ولا أقل.
ولا يلزم أن يأخذ بعين الثمن (٢)، بل له أن يأخذ بمثله إن كان مثلياً.

يتضح بناء العرف على التبعض فيها مع ما فيه من بقاء الشركة والإضرار بالمشتري، فيكون أخذ المجموع هو المتيقن مما تضمن أن الشريك أحق بها.

وقد يؤيد بما تضمنه معتبر علي بن مهزيار من ضرب المدة للإتيان بالثمن، حيث يظهر عدم الفائدة بإحضار بعض الثمن من أجل أخذ ما يقابله من الحصة المبيعة.

وأظهر من ذلك ما يأتي في المسألة الرابعة عشرة من أنه مع تلف بعض المبيع لا يتبعض الثمن، حيث يظهر منهم ومن الخبر الآتي هناك المفروغة عن عدم تبعض الشفعة بالاقتصار على الحصة في خصوص الباقي، المناسب لعدم التبعض فيها بلحاظ الحصة في المجموع. وإن كان الظاهر أن الأمر أظهر من ذلك، ولعله لذا لم يتعرض له غير واحد من دون أن يعد ذلك خلافاً منهم.

هذا وقد سبق من التذكرة في بيع الدار المفروزة إذا بيعت مع الطريق المشترك بينها وبين غيرها جواز أخذ الشريك بالشفعة في خصوص الطريق إذا كان قابلاً للقسمة. وهو خاص بمورده. ولا ينبغي أن يعد خلافاً في المقام بعد ما سبق منه هنا. على أنه يتعين ضعفه، كما يظهر مما ذكرناه هنا وهناك.

(١) بلا خلاف بين الخاصة والعامة نصاً وفتوى، كما في مفتاح الكرامة والجواهر. وقد تقدم قوله عليه السلام في معتبر الغنوي: «فهو أحق بها بالثمن»^(١).

(٢) قطعاً، كيف؟! ولا يتيسر ذلك غالباً بعد كون عين الثمن قد أخذه البائع، فهو عنده أو قد أنفق. بل قد يكون الأخذ من الشريك قبل البيع بناء على ما سبق منّا، فلا يراد من الثمن إلا الثمن الذي يريده عند بيع حصته لغير الشريك، فهو ثمن

وفي ثبوت الشفعة في الثمن القيمي بأن يأخذ المبيع بقيمته (١) قولان (٢)
أقواهما العدم (٣).

تقديري لا فعلي، ولا يراد إلا قدره.

(١) يعني: قيمة الثمن.

(٢) فذهب إلى ثبوت الشفعة بقيمة الثمن في المقنعة والمبسوط والغنية
والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والدروس واللمعتين والتنقيح
والمسالك ومحكي الكافي والمفاتيح، ونسبه في التحرير والمسالك للأكثر.
ويظهر من كشف الرموز والجامع والقواعد والإرشاد وغاية المراد التوقف.
بل قد يظهر من الأخير الميل لسقوط الشفعة كما في التحرير ومحكي مجمع البرهان،
وجزم به في الخلاف والوسيلة والمختلف وجامع المقاصد وظاهر الإيضاح وغيرها.
وقد يظهر ممن اقتصر على الحكم بلزوم مثل الثمن، كما في النهاية والمهذب. وهو
المحكي عن الطبرسي، وكذا عن ابن الجنيّد إلا في فرض نادر، كما يأتي إن شاء الله
تعالى. وادعى في الخلاف الإجماع على عدم الشفعة حيثئذٍ، وإن كان ذلك لا يناسب
ما تقدم منه ومنهم.

(٣) لما أشار إليه الشيخ ^{ثنت} في الخلاف وأوضحه غيره من وضوح مخالفة
الشفعة للأصل مع عدم وضوح عموم أو إطلاق يقتضي ثبوت الشفعة في المقام، لما
تقدم في المسألة السابقة من ظهور النصوص في جري الشارع في مفهوم الشفعة على
ما عند العرف، والمتيقن منها عندهم إرجاع مثل الثمن، دفعاً لضرر البائع والمشتري،
حيث لا تكون خصوصيته مورداً للغرض نوعاً، ليكون تفويتها عليهما إضراراً بهما،
وهذا بخلاف ما إذا كان قيمياً، حيث كثيراً ما تكون خصوصيته محطاً للغرض، فيكون
تفويتها إضراراً بصاحبها.

هذا ويظهر من غير واحد أنه في فرض ثبوت عموم للشفعة يشمل المقام فلا بد

من الخروج عنه ببعض النصوص الخاصة:

الأول: قوله عليه السلام في معتبر هارون المتقدم: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^(١)، لظهور أن قيمة الثمن القيمي ليست هي الثمن. وبعبارة أخرى: بعد أن لم يكن المراد من الثمن شخصه، يتعين حملة على جنسه، وهو لا يكون إلا في المثلي.

لكن في المسالك أنه بعد عدم إرادة الحقيقة في المقام يتعين الحمل على أقرب المجازات إليها، وهو يختلف باختلاف الأثمان، فما كان مثلياً فالأقرب إليه مثله، وما كان قيمياً فالأقرب إليه قيمته.

وفيه: أنه لا يراد بالحمل على أقرب المجازات عند تعذر الحقيقة الحمل على مفهوم أقرب المجازات، ليتمكن تطبيقه على المجازات المختلفة باختلاف الموارد، بل الحمل على مفهوم واحد أقرب عرفاً من غيره للحقيقة، وهو في المقام الجنس في المثليات. على أن صحة إطلاق الثمن عرفاً على قيمته في القيميات لا يخلو عن إشكال، بل لعله مستهجن أو غلط.

مضافاً إلى أنه لا ملزم بالخروج عن الحقيقة في المقام، فإن الثمن في المثليات حيث كان كلياً غالباً فهو باق على كليته حتى بعد الدفع، لأن المدفوع ليس هو الثمن، بل هو وفاء عنه. غاية الأمر أن الحديث حينئذ يقصر عما إذا كان الثمن شخصياً في المثليات والقيميات. والاكْتفاء بمثله في المثليات، لإلغاء خصوصيته عرفاً، بسبب عدم تعلق الغرض نوعاً بشخصه أو للإجماع، لا يستلزم الاكْتفاء بقيمته في القيميات، كما لعله ظاهر.

نعم لا يبعد كون ذكر الثمن في الحديث ليس لبيان شروط ثبوت الشفعة، ليدل على انتفائها في مورد لا يكون هناك ثمن صالح للدفع، بل لبيان ما يجب على الشفع، بلحاظ غلبة كون الثمن مثلياً أو كلياً، فلا يكون ظاهراً في نفي الشفعة في غير ذلك

ومخرجاً عن عموم ثبوت الشفعة لو تم. غاية الأمر أن يكون قاصراً عن إثبات الشفعة حينئذٍ، من دون أن ينهض بتخصيص العموم المذكور.

الثاني: حديث علي بن رثاب المروي موثقاً في التهذيب وصحيحاً في قرب الإسناد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبز وجوهر. قال: ليس لأحد فيها شفعة»^(١). بناءً على أن المراد بشراء الدار شراء حصّة منها، فيكون المانع من الشفعة هو خصوصية الثمن، لا شراء تمام الدار، ويكون نفى الشفعة منها لبيان عدم ثبوتها للجار، كما يناسبه اقتصار السائل على بيان خصوصية الثمن من دون إشارة منه للجار.

لكن ذلك وإن كان قريباً، إلا أن في كفايته في الخروج عن ظهور شراء الدار في شراء تمامها إشكال. ولا أقل من إجمال الحديث، كما أشار إلى ذلك المحقق تتمة في النافع، وفصل الكلام فيه غيره.

نعم في مرسل دعائم الإسلام عنه عليه السلام: «أنه قال: من اشترى حصّة برقيق أو متاع - بز أو جوهر أو ما أشبه ذلك - فليس عليه شفعة»^(٢). لكن لا مجال للتعويل عليه في نفسه، ولا في تفسير حديث علي بن رثاب، بعد ضعفه.

الثالث: مرسل محمد بن علي بن محبوب المتضمن تلف بعض المبيع قبل الأخذ بالشفعة وطلب الشفيع من المشتري وضع بعض الثمن، فوقع عليه السلام: «ليس له إلا الشراء والبيع الأول»^(٣). قال في الجواهر: «ومن المعلوم عدم صدق ذلك على القيمي». لكن الحديث وارد لبيان عدم نقص الثمن المستحق، ولا نظر فيه لنوع ذلك الثمن وكيفية إيفائه. مضافاً إلى ما سبق في حديث الغنوي من وروده لبيان ما يجب على الشفيع، لا لشروط الشفعة، وغاية ما يلزم هو قصوره عن المورد من دون أن ينافي

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

عموم أدلة ثبوت الشفعة له لو تم.

فالعقدة ما سبق من عدم وضوح ثبوت العموم المذكور. فلاحظ.

بقي شيء. وهو أنه قال في المختلف: «وقال ابن الجنيّد: إذا انتقل عنه بعروض لم تجعل عوضاً عن ثمن مقرر لم يكن للشفع شفعة، إلا أن يردّ على المشتري تلك العين بذاتها لا بقيمتها».

وما ذكره متين جداً مناسب لما سبق ممّا من عدم الخروج بالثمن في معتبر الغنوي عن حقيقته، وهو الأمر المجعول ثمناً في العقد.

نعم قد يقال: الشفع لا يقدر على الثمن الشخصي المذكور عند إرادة الشريك بيع الحصة، ولا بعد بيعها، لأنها عند البيع في ملك المشتري، وبعده في ملك البائع، ومع عدم تيسره كيف تثبت له الشفعة المشروطة بالقدرة على الثمن؟! فإذا وقع البيع ولم تثبت الشفعة، لقصور أدلتها، بسبب اعتبار القدرة على الثمن فيها فما الدليل على عودها بتجدد القدرة، وذلك بأخذ الثمن من البائع بشراء أو استيهاب أو ميراث أو غيرها.

الهم إلا أن يقال: مقتضى ما تقدم في المسألة الثانية من الفصل السابق أن القدرة على الثمن المعتبرة في ثبوت الشفعة ليست هي القدرة الفعلية، بل ما يعم القدرة إلى ثلاثة أيام في البلد، وإلى مدة وصول الثمن من البلد الآخر مع ثلاثة أيام.

وحينئذٍ إذا أراد الشريك بيع الحصة كان عليه - بناء على ما سبق ممّا - أن يعرضها على شريكه بالثمن المذكور، فإذا طلب الشريك الشفعة، وكان قادراً على الثمن فعلاً أو في المدة المذكورة أخذها به، وإن عجز عن إحضار الثمن المذكور حتى مضت المدة سقطت شفعته، وكان للشريك البيع بذلك الثمن، ولا ترجع شفعته بعد البيع.

فإن باعها الشريك بالثمن المذكور من دون أن يعرضها على شريكه كان للشريك الشفعة على المشتري بعد علمه بالبيع بالثمن المذكور مع قدرته عليه فعلاً

(مسألة ٤): إذا غرم المشتري شيئاً من أجرة الدلال أو غيرها أو تبرع به للبائع - من خلعة ونحوها - لم يلزم الشفيع تداركه (١) وإذا حط البائع شيئاً من الثمن للمشتري لم يكن للشفيع تنقيصه (٢).

أو في المدة المذكورة ولو بشرائه من شريكه البائع أو استيهابه، فإن تعذر عليه سقطت شفعته.

نعم ذلك لا يناسب إطلاق حديث علي بن رثاب المتقدم، بناء على دلالة على عدم ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن قيمياً. إلا أنه يجمع بينه وبين معتبر الغنوي بحمله على نفي الشفعة بقيمة الثمن المذكور. بل لعل ذلك هو المنصرف منه إغفالاً لفرض إرجاع نفس الثمن بعينه، لندرته. فلاحظ.

(١) كما هو مقتضى ما تقدم في المسألة السابقة من عدم الخلاف نصاً وفتوى في أخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقد دون ما زاد عليه أو نقص عنه. ولا أقل من كونه مقتضى الأصل بعد صحة الأخذ بالشفعة بالثمن بمقتضى ما سبق.

(٢) بلا إشكال ولا خلاف فيه في الجملة. بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه عندنا مطلقاً. لعين ما سبق.

لكن قال في المبسوط: «فأما ما زاد فيه بعد العقد أو نقصا منه نظرت. فإن كان في مدة الخيار صحت الزيادة، لأنه بمنزلة ما يفعل حال العقد، لأن الثمن ما يستقر عليه العقد، وإن كان النقصان أو الزيادة بعد استقرار العقد لم يلحق العقد عندنا. وإن كانت زيادة فهي هبة، وإن كان خطأ فهو إبراء، ولا يلزم هذه الزيادة عندنا بلا خلاف».

ومقتضى حكمه بأن الثمن الذي يلزم به الشفيع هو الذي يكون بعد استقرار العقد عدم الفرق بين الزيادة والنقيصة قبل استقرار العقد وفي مدة الخيار.

ويظهر من بعض كلماتهم أن ذلك مبني على عدم إفادة العقد الملك إلا بعد

انقضاء زمان الخيار، الذي تقدم متأ في أول فصل أحكام الخيار من كتاب البيع نسبته لبعضهم، والمنع منه، وتقريب أن الملك يحصل بمجرد العقد.

لكنه في غير محله، فإن عدم حصول الملك بالعقد لا ينافي تبعية تعيين كل من الثمن والمثمن له، بل هو المقطوع به من مفاد العقد.

وحينئذ نقول: إن لم ترجع الزيادة في الثمن أو النقص منه في زمان الخيار إلى فسخ العقد، وإنشائه مرة أخرى بالثمن الجديد، تعين رجوع الزيادة إلى الهبة المستقلة التي سبق عدم الوجه لتحمل الشفع لها بعد ابتناء الشفعة على تحمله الثمن لا غير، ورجوع النقيصة إلى الإبراء من بعض الثمن الذي لا مجال لسقوطه عن الشفع بعد إطلاق معتبر الغنوي، بل المفروغية عن إلزام الشفع بتمام الثمن، كما لو كان الإبراء بعد زمان الخيار.

وإن رجعت زيادة الثمن أو النقص منه إلى فسخ العقد الأول في زمان الخيار وإنشاء عقد جديد بالثمن الجديد، فإن قلنا بعدم مشروعية التقايل والفسخ الخياري بعد ثبوت حق الشفعة في العقد، تعين بقاء العقد الأول وإلزام الشفع بتمنه، ولا يترتب الأثر على زيادته ولا على نقصه.

وإن قلنا بمشروعية التقايل والفسخ الخياري وسقوط الشفعة بعد ثبوتها بهما تعين إلزام الشفع بالثمن الجديد، سواء كان هو الأقل أم الأكثر، لتحقيق موضوع الشفعة بالبيع الجديد بعد أن سقط بفسخ البيع الأول، فتترتب أحكامها، ومنها الأخذ بالثمن الذي وقع عليه.

وإن قلنا بمشروعيةها وعدم سقوط الشفعة، بل يأخذ الشريك المبيع من البائع بالثمن الذي وقع عليه البيع المفسوخ تعين تخيير الشفع بين الثمنين، لأن ثبوت حق الشفعة له على البائع بلحاظ البيع الأول لا ينافي ثبوت الحق المذكور له على المشتري أيضاً بلحاظ البيع الثاني، فيكون خيراً في إعمال حقه بكل من الثمنين.

وبذلك يظهر جريان نظير ذلك في زيادة الثمن وتنقيصه بعد زمان الخيار إذا

(مسألة ٥): الأقوى لزوم المبادرة إلى الأخذ بالشفعة (١)، فيسقط

رجع إلى التقايل في العقد الأول وإنشاء عقد جديد بالثمن الجديد. وتحقيق الكلام في حكم التقايل والخيار يأتي في المسألتين التاسعة عشرة والعشرين من هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

هذا وفي مرسل الدعائم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال: إذا وضع البائع عن المشتري بعد عقد الشراء ما يوضع مثله من المتبايعين وضع مثل ذلك عن الشفيع. وإن كان الذي وضع ما لا يوضع مثله فإنما هو هبة للمشتري، وليس يوضع عن الشفيع»^(١). وما تضمنه وإن لم يكن مستبعداً في نفسه، بلحاظ تسامح العرف في إطلاق الثمن. إلا أنه لا مجال للبناء عليه بعد مخالفته لظاهر معتبر الغنوي، وضعف المرسل في نفسه، بل وهنه بعدم ذكر الأصحاب له، فضلاً عن عملهم به.

(١) كما في الخلاف والمبسوط والنهاية والوسيلة والشرائع والنافع والجامع وكشف الرموز والتذكرة والمختلف والإيضاح والدروس واللمعتين وظاهر المذهب البارع وغيرها، وحكاها في المختلف عن أبيه وابن البراج والطبرسي. وهو المشهور، كما في التذكرة، والأشهر كما في الروضة، ومذهب الأكثر كما عن المفاتيح. بل في الخلاف دعوى الإجماع عليه.

لكنها موهونة بظهور الخلاف في المقام، حيث ذهب إلى التراخي في الانتصار والغنية والسرائر، وحكاها في المختلف عن ابن الجنيد وعلي بن بابويه، وقد استفاد من غيرهم. وفي السرائر أنه أظهر بين الطائفة، بل في الانتصار دعوى الإجماع عليه، وأنه مما ظن انفراد الإمامية به. وقد توقف في التحرير وقد يظهر من غيره.

هذا ولا ينبغي الإشكال في أنه لو عرض الشريك الحصة قبل البيع على شريكه فليس له المماطلة، بل غاية ما له هو التأخير من أجل إحضار الثمن في المدة المذكورة

(١) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٩.

في معتبر علي بن مهزيار المتقدم في المسألة الثانية من الفصل السابق، فإن لم يأت به سقطت شفעתه. وليس له بعد ذلك شفعة على المشتري، كما يظهر مما تقدم هناك وعند الكلام في تحديد حق الشفعة في أول الكتاب.

فإن باعها الشريك من دون أن يعرضها على الشريك، كان للمشتري أن يعرضها على الشريك صاحب الشفعة، لما أشرنا إليه في المسألة المذكورة من أن المستفاد عرفاً من الحديث المذكور بيان حدود حق الشفعة، وأنها لا تبدل باستمرار الحق المذكور، ولا سيما إذا أراد هو بيع حصته أيضاً.

ولعله لذا أجاب في الانتصار عن الاحتجاج للفور بلزوم الإجحاف بالمشتري، حيث قال: «يمكن أن يتحرز المشتري عن هذا الضرر بأن يعرض المبيع على الشفيع، ويبدل له تسليمه له، فهو بين أمرين إما أن يتسلم أو يترك بشفعته، فيزول الضرر على المشتري بذلك».

وكأنه لذا قال في الدروس بعد أن حكى ذلك عنه: «وفي هذا إلمام بالفور»، كما قال قبل ذلك: «ولكن في رواية علي بن مهزيار دلالة ما على الفور».

وبذلك يظهر أنه لا مجال للاستدلال على الفور بلزوم الإضرار على المشتري. ويزيد ذلك وضوحاً بملاحظة ما سبق منّا في المسألة الثالثة من الفصل السابق في الشفيع. فراجع.

كما لا إشكال ولا خلاف ظاهراً في عدم سقوط الشفعة بترك المبادرة إليها بسبب الجهل بالبيع، كما يناسبه ما تضمن ثبوتها للغائب^(١)، وما يظهر من معتبر الغنوي من أن من شأن الشريك عرض المبيع على شريكه قبل البيع^(٢). بل الأمر أظهر من ذلك.

إنما الكلام فيما إذا علم صاحب الشفعة بالبيع من دون أن يعرض عليه الأخذ

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢، وباب: ٩ منها حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

بها قبل البيع ولا بعده، وأنه هل تبتي الشفعة حينئذٍ على المبادرة في الأخذ بها ومع عدمها تسقط، أو على التراخي ولا تسقط إلا بالإسقاط.

وقد استدلل للأول بالنبوي: «الشفعة لمن واثبها»^(١)، والنبوي الآخر: «الشفعة كنشطة العقل، إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها»^(٢)، والثالث الذي ادعى في الدروس شهرته: «الشفعة كحل العقل»^(٣). بدعوى انجبارها بعمل الأصحاب.

لكن لم يتضح من ذكر بعضهم لها استدلالهم بها، بحيث يكون جابراً لها. بل قد يكون لمحض التأييد مع كون الدليل عنده أمراً آخر، كلزوم الضرر على المشتري أو غيره.

ولاسيما مع اقتصار الشيخ في الخلاف على الاستدلال بالأصل من دون أن يشير إليها، وإنما ذكرت في كلام من بعده. ومع ما عن بعض العامة من ضعف إسناد الثالث وعن ابن حيان أنه لا أصل له، وعن البيهقي أنه ليس بثابت. كما نقل ذلك عنهم في الجواهر.

فالعمدة في المقام ما ذكرناه في المسألة الأولى من هذا الفصل وغيرها من ظهور النصوص في جري الشارع في مفهوم الشفعة على ما عند العرف من دون أن يتصدى هو لتحديدتها، والمتيقن منها عند العرف المبادرة بالوجه العرفي اهتماماً من الشفيع بحقه وتداركاً لضرره، بل لعل ذلك هو الأظهر في مرتكزاتهم، ولاسيما مع ما يظهر من معتبر علي بن مهزيار من ابتنائها على الفور في الجملة، كما سبق من الدروس الإشارة إليه.

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج: ٦ ص: ٨٧. بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٧. المغني ج: ٥ ص: ٤٧٨. الشرح الكبير ج: ٥ ص: ٤٧٤.

(٢) المغني ج: ٥ ص: ٤٧٨. الشرح الكبير ج: ٥ ص: ٤٧٤. العزيز في شرح الوجيز ج: ٥ ص: ٥٣٧، ٥٣٨.

(٣) سنن البيهقي ج: ٦ ص: ١٠٨.

ولا مجال مع ذلك للاستدلال بإطلاق ما تضمن من النصوص أن الشريك أحق بالمبيع من غيره. لقرب ورودها لبيان تطبيق حق الشفعة في المورد لخصوصية فيه - كالحيوان - لدفع توهم عدم جريانه فيه، أو لبيان عموم حق الشفعة، كما في مرسل يونس^(١)، من دون أن ترد في مقام شرح حق الشفعة وتحديده، ليتمكن التمسك بإطلاقها في إثبات سعة الحق وإطلاقه بلحاظ الأحوال والأزمان.

وبذلك يظهر ضعف الاستدلال للتراخي بها في الانتصار وغيره من أن الحقوق لا تبطل بالإمسك عن طلبها. لاندفاعه بأن ذلك إنما يجري مع إطلاق الحق، دون ما إذا كان الحق قاصراً في نفسه، حيث يتعين انتهاءه بانتهاء أمده، ومع الشك في أمد الحق يتعين الاقتصار فيه على المتيقن، والرجوع في مورد الشك للقاعدة، وهي تقتضي في المقام عدم ثبوت حق الشفعة، لمنافاته لسلطنة المشتري على ما اشتراه. ولأصالة عدم ترتب الأثر على الأخذ بالشفعة، واستصحاب ملكه لما اشتراه.

ومثله التمسك باستصحاب بقاء الحق، كما في كلام غير واحد. إذ هو فرع إحراز إطلاق الحق والشك في ارتفاعه بمثل النسخ أو الإسقاط، أما مع الشك في سعة الحق وأخذ الزمن الأول قيداً فيه فلا مجال للتمسك باستصحابه، لعدم إحراز الموضوع، نظير ما لو شك في أمد الإجارة، حيث لا مجال لاستصحاب ملك المستأجر لمنفعة العين المستأجرة في زمن الشك، بل يتعين الاقتصار في المنفعة المملوكة له على المتيقن، والبناء على ملكية المؤجر للمشكوك لأصالة تبعية المنفعة للعين في الملكية.

هذا وفي مرسل الدعائم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الشفيع يحضر وقت الشراء، ثم يغيب فيقدم فيطلب شفيعته، قال: «هو على شفيعته ما لم يذهب وقتها. ووقت الشفعة للحاضر البالغ سنة، فإذا انقضت السنة بعد وقت البيع ولم يطلب شفيعته فلا شفعة له»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٧ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٢.

(٢) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ٦ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٤.

مع الماطلة والتأخير بلا عذر، ولا يسقط إذا كان التأخير عن عذر (١)،
كجهله بالبيع (٢)،

لكن لا مجال للتعويل عليه مع ضعفه في نفسه، وعدم ظهور الجابر له، بل ظهور وهنه بعدم تعرضهم له، فضلاً عن فتواهم بمضمونه. ولا سيما مع عدم مناسبتها لما تضمنه معتبر علي بن مهزيار المتقدم من تحديد مدة إحضار الثمن بها سبق، حيث يمكن للشفيع اجتناب التحديد المذكور بتأخير المطالبة بالشفعة إلى سنة. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) بلا إشكال ولا خلاف، كما في الجواهر. ويشهد النظر في كلماتهم وسبرها في الفروع المختلفة الآتية وغيرها بالمفروغية عنه. لما هو المعلوم من عدم خروج العرف في الشفعة عن الوضع المتعارف في الطلب، وإلا لظهر وبان.

وإن شئت قلت: الأمر الذي يشك في بناء العرف عليه في حق الشفعة هو التراخي المبني على التشهي والإضرار بالمشتري، أو على انتظار تجدد الداعي للأخذ بها لاستيضاح رجحانه أو القدرة على الثمن أو نحو ذلك، دون التراخي للموانع الخارجية العرفية مع فعالية البناء على الأخذ بها والاهتمام بتنفيذه.

(٢) قطعاً، كما في الدروس، وبه صرح غير واحد. ويفهم من حكم القائلين بالفور بوجوب المبادرة للأخذ بالشفعة إذا علم بالبيع، بل الظاهر عدم الإشكال ولا الخلاف فيه. وفي التذكرة: «أما لو لم يعلم بالبيع فلا تبطل شفيعته وإن مضت سنون كثيرة، وهو على شفيعته إذا علم».

ويستفاد مما تضمن ثبوت الشفعة للغائب، ومن مثل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال في المملوك بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه، فيقول صاحبه: أنا أحق به، أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً...»^(١)، لظهور أن قول الشريك ذلك لا

أو جهله باستحقاق الشفعة (١)،

يكون منه بعد البيع مباشرة، بل بعد العلم به مهما طال الزمان، ونحوه في ذلك غيره. وإن كان الأمر أظهر من أن يحتاج للاستدلال بمثل ذلك، إذ الجهل المذكور من أظهر مصاديق العذر عرفاً.

(١) كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والروضة وغيرها، بل لا يبعد عدم الخلاف فيه. لكون ذلك عذراً عرفياً. لكن خصه في التذكرة بما إذا كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام. واستشكل فيه في الجواهر بعدم كون ذلك من الضروريات التي لا يعذر فيها إلا من كان كذلك. ولعله لذا اقتصر في الروضة والرياض على كونه ممن يقبل في حقه ذلك، وكذا في التحرير على تردد واحتمال. وزاد في الدروس والروضة وغيرهما ما إذا جهل كونها على الفور. وخصه في التذكرة بنظير ما سبق منه في دعوى الجهل بثبوت أصل الشفعة. ويظهر حاله مما سبق. نعم استظهر في جامع المقاصد سقوط الشفعة حينئذ وأن الجهل المذكور ليس عذراً. قال في الجواهر: «وفيه: أنه لا فرق بينه وبين الأول الذي اعترف به بعدم السقوط».

لكن قد يفرق بينهما بأنه بعد علمه بثبوت حق الشفعة له فقد يكون مبني العرف على مبادرته إليها، بحيث لو لم يبادر يسقط حقه فيها، فيشك حينئذ في ثبوت الحق، وقد سبق أن الأصل عدمه. وبعبارة أخرى: المتيقن من بناء العرف على الشفعة هو المبادرة مع عدم العذر في التأخير، وعدم العلم بالفورية ليس عذراً فيه بعد قدرته على الأخذ.

نعم لو اعتقد جهلاً لزوم التأخير كان معذوراً في عدم المبادرة قطعاً، لاعتقاد عدم القدرة، كما لو اعتقد عدم قدرته على الوصول إلى المشتري وكان قادراً عليه واقعاً. هذا وزاد في الدروس نسيان الشفيع وقوع البيع، وفي الروضة نسيان ثبوت

أو توهمه كثرة الثمن فبان قليلاً (١)، أو كون المشتري زيداً فبان عمرأً، أو أنه اشتراه لنفسه فبان لغيره، أو العكس (٢)، أو أنه واحد فبان

حق الشفعة له ونسيان فوريته. وتردد في التحرير في الأولين. قال: «لأنه خيار على الفور إذا أخره نسياناً بطل ويحتمل عدم البطلان، لأنه عذر».

وينبغي التفصيل بين ما إذا تأخر النسيان المدعى بحيث يكون التأخير حال الذكر منافياً للفورية عرفاً وما إذا لم يكن كذلك، فيكون عذراً في الثاني دون الأول. وأما الثالث فهو كالجهل بالفورية الذي سبق الإشكال في كونه عذراً. فلاحظ.

(١) كما في الشرائع والنافع والإرشاد وغيرها. وقد يناسبه ما في المبسوط من أن الشفيع متى بلغته الشفعة ولم يأخذ بها لغرض صحيح ثم بان خلاف ذلك لم تسقط شفعته.

لكن ذلك إنما يتجه إذا كان منشأ توهم كثرة الثمن إيهام المتبايعين، كما فرض في المبسوط والتذكرة والقواعد والتحرير وغيرها، وقد يناسبه ما في جامع المقاصد من فرض قيام أمانة توهم ذلك. لكن يظهر من المسالك العموم لما إذا لم تكن الأمانة مستندة لهما أو لأحدهما. وقد يتجه أيضاً. أما إذا كان توهماً مجرداً فلا يخلو عن إشكال. وأظهر من ذلك ما إذا عرض عليه الشريك حصته قبل البيع وأخبره بأنه يريد بيعها من دون أن يعين له الثمن، فلم يقدم على الشراء لتخيل كثرة الثمن الذي سوف يطلبه. حيث لا وجه لبقاء الشفعة حينئذ بعد قيام الشريك بوظيفته.

ومثله ما لو عرض عليه المشتري الحصة بعد أن أخبره بشرائها من دون بيان الثمن، بناء على ما سبق متاً من كفاية عرضه في سقوط الشفعة إذا لم يأخذ بها حينئذ. نعم إذا عين له الثمن فلم يأخذ بالشفعة، فباعه بأقل منه لم تسقط شفعته، كما في السرائر. ووجهه ظاهر.

(٢) كما ذكر نحو ذلك في الرياض والجواهر. وخصه في التذكرة والقواعد

اثنين (١) أو العكس، أو أن المبيع النصف بمائة فتين أنه الربع بخمسين (٢)، أو كون الثمن ذهباً فبان فضة (٣)، أو لكونه محبوساً ظلماً (٤) أو بحق

والتحريم بها إذا أوهمه المتبايعان أو المشتري ذلك، وفي جامع المقاصد والمسالك بها استند الإيهام إلى قيام الأمانة. ويجري فيه ما سبق.

(١) أي أظهر أن المشتري واحد فبان اثنين.

(٢) كما في الرياض والجواهر. وخصه في التذكرة والقواعد والتحريم وجامع المقاصد والمسالك بها خصوه به في سابقه. ويجري فيه ما ذكرناه في سابقه.

(٣) كما ذكره في الجملة في الشرائع والنافع والإرشاد وغيرها. وجرى فيه في التذكرة والقواعد والتحريم وجامع المقاصد والمسالك على نحو ما سبق منهم في سابقه. ويجري فيه ما ذكرناه فيهما.

(٤) كما في المبسوط والتذكرة والقواعد وغيرها. قال في الجواهر: «إذ لا يجب عليه دفع ما ليس مستحقاً عليه». لكن عدم الوجوب إنما يكفي في العذر إذا عجز عن الدفع والتخلص من السجن، أو إذا كان يأمل رفع الظلم عنه. أما إذا كان قادراً على الدفع ويش من دفع الظلم، بحيث يعلم من نفسه أنه لا بد له في التخلص من السجن بتحمل الظلم ودفع ما ليس مستحقاً عليه فلا يكون التأخير عذراً، لوقوع الظلم عليه على كل حال بادر للدفع أو لم يبادر.

كما أنهم ذكروا أنه إذا كان قادراً على التوكيل في الأخذ بالشفعة فلم يبادر سقطت الشفعة حينئذٍ. وهو في محله، لعدم مانعية السجن حينئذٍ من المبادرة.

هذا كله إذا لم يعرض عليه البائع أو المشتري الحصة عند إرادة البيع أو بعده. إذ مع أدائها لوظيفتهما يتعين سقوط حقه في التأخير، وليس له إلا المدة التي تضمنها معتبر علي بن مهزيار لتسليم الثمن، نظير ما سبق منّا عند الكلام في أصل الفورية.

يعجز عن أدائه (١). وكذا أمثال ذلك من الأعذار.

(مسألة ٦): المبادرة اللازمة في استحقاق الأخذ بالشفعة يراد منها المبادرة على النحو المتعارف الذي جرت به العادة (٢). فإذا كان مشغولاً بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها، وإذا كان مشغولاً بأكل أو شرب لم يجب قطعه، ولا يجب عليه الإسراع في المشي. ويجوز له إن كان غائباً انتظار الرفقة إذا كان الطريق خوفاً، أو انتظار زوال الحر أو البرد إذا جرت العادة بانتظاره (٣)، وقضاء وطره من الحمام إذا علم بالبيع وهو في الحمام وأمثال ذلك مما جرت العادة بفعله لمثله. نعم يشكل مثل عيادة المريض وتشجيع المؤمن ونحو ذلك إذا لم يكن تركه موجباً للطعن فيه (٤).

(١) كما في الشرائع والتذكرة والقواعد والإرشاد وغيرها. وقد اشترطوا العجز عن التوكيل، كما اشترطوه في المحبوس بظلم. ويجري فيه أيضاً ما ذكرناه فيه من سقوط الشفعة مع عرض البائع أو المشتري الحصة عليه وعدم مبادرته للأخذ بها مع إحضار الثمن في المدة السابقة.

(٢) أشرنا إلى وجهه عند الكلام في تحديد الفورية المعتبرة في المقام.

(٣) بل لا يبعد جواز قضاء وطره من السفر إذا لم تكن المدة طويلة، أو كان الرجوع للسفر بعد الأخذ بالشفعة لإتمام وطره بمجهود له عرفاً.

نعم لا بد في جميع ذلك من العجز عن التوكيل كما يأتي منه ^{بالتفصيل}، وعدم عرض البائع أو المشتري الحصة عليه، كما تقدم عند الكلام في ثبوت الشفعة للغائب من الفصل السابق.

(٤) بحيث يكون تركهما موجباً لتوهميه أو سبباً لحدوث إحراج ومشاكل له، وإلا كان عذراً قطعاً. بل لا يبعد كونه عذراً إذا كان من شأنه فعله، وإن لم يلزم من

وكذا الاشتغال بالنوافل . والأظهر السقوط (١).

(مسألة ٧): إذا كان غائباً عن بلد البيع وعلم بوقوعه وكان يتمكن بالأخذ بالشفعة بالتوكيل فلم يبادر إليه سقطت الشفعة (٢).

تركه محذور عليه . حيث يكفي ذلك في عدم صدق الماطلة عرفاً بترك المبادرة للأخذ بالشفعة .

(١) لا يخلو عن إشكال، بل منع إذا كان بالنحو المتعارف الذي لا يصدق معه الماطلة عرفاً . وكذا الحال في نظائر الأمور المذكورة .

(٢) كما تقدم من المبسوط وغيره عند الكلام في ثبوت الشفعة للغائب من الفصل السابق، وتقدم هناك الكلام في تحديد المراد من الغائب، وأنه لا أثر له بعد كون الحكم مطابقاً للقاعدة .

وكيف كان فيظهر الوجه فيه مما سبق في المحبوس وغيره . وأولى بذلك ما إذا أمكنه الأخذ بنفسه بوسائل الاتصال الشائعة في عصورنا مع تهيئة الثمن .

بقي شيء . وهو أنه قال في المبسوط في فروع الغائب: «فتى بلغه وهو غائب فهل يفتر ثبوت شفيعته إلى الإشهاد أم لا؟ سواء قدر على المسير أو التوكيل أم لم يقدر عليهما . قيل فيه قولان: أحدهما: أن الإشهاد شرط . والثاني: أن له الشفعة أشهد أو لم يشهد . وهو الصحيح، لأن وجوب الإشهاد يحتاج إلى دليل . وعلى ذلك جرى في الشرائع والتذكرة والقواعد والتحرير وغيرها . وظاهر المسالك الإجماع عليه عندنا وانحصار الخلاف فيه بالعامه .

نعم يظهر من الخلاف في أواخر كتاب الشفعة ومن التذكرة أن الشفيع يتخير في المبادرة للمطالبة بالشفعة بين الحضور عند المشتري وعند الحاكم، بل في الخلاف وموضع من المبسوط أنه يكفي أيضاً الإشهاد على المطالبة . بل يظهر من التذكرة أنه لو تعذر عليه الحضور عند المشتري أو الحاكم لزمه الإشهاد على المطالبة . وبه صرح في

الإيضاح، بلحاظ أن الإشهاد إذا كان قائماً مقام الطلب من المشتري تعين اختياره عند تعذر الطلب منه. مؤكداً ذلك بأن الشفعة خلاف الأصل.

لكن الإشكال في وجه قيام الطلب أمام الحاكم أو الشهود مقام الطلب من المشتري، ليتخير بينها، ويتعين الممكن منها عند تعذر بعضها، بعد ما هو المعلوم من عدم بناء العرف بطبعهم على ذلك، وعدم ورود النصوص به. بل هو لا يناسب ما سبق منهم من عدم وجوب الإشهاد على الغائب، ولا ما يظهر من كلماتهم السابقة وغيرها - في بيان الأعذار المسوغة لترك المبادرة وفي تحديد المبادرة العرفية اللازمة - من لزوم المبادرة للحضور عند المشتري وطلب الشفعة منه.

ومنه يظهر الإشكال فيما في التذكرة من أنه لو تعذر عليه المضي للمشتري والقاضي والإشهاد وجب عليه أن يقول: تملك الشقص أو أخذته. قال: «لأن الواجب الطلب عند القاضي أو المشتري، فإذا فات القيد لم يسقط الآخر».

إذ فيه: أنه لا شاهد على التقييد بالحضور عند القاضي أو الشاهدين، لينظر في أن التقييد على نحو تعدد المطلوب أو وحدته. وأما الحضور عند المشتري ومخاطبته بالأخذ بالشفعة فإن كان مقوماً للأخذ بالشفعة، بحيث لا يتحقق بدونه تعين تعذر الأخذ بها عند تعذر الحضور عنده، وإن لم يكن مقوماً له تعين الاكتفاء بالأخذ في نفسه، ومبادرته له بمجرد العلم من دون حاجة للحضور عنده ولا عند غيره، وإن لم يبادر سقطت الشفعة بناء على فوريته.

هذا وأما إثبات تحقق الأخذ بالوجه المذكور من أجل ترتيب الأثر عليه عملاً فيكفي فيه إخباره بذلك، نظير ثبوت الطلاق بإخبار الزوج بإيقاعه، لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

هذا ويظهر من كلماتهم السابقة في تحديد الفورية وفي الأعذار المسوغة للتأخير المفروغية عن توقف الأخذ بالشفعة على الحضور عند المشتري ومخاطبته به. وهو المتعين بلحاظ ما يأتي إن شاء الله تعالى.

(مسألة ٨): لا بد في الأخذ بالشفعة من إحضار الثمن (١)، ولا يكفي قول الشفيع: أخذت بالشفعة، في انتقال المبيع إليه، فإذا قال ذلك وهرب أو ماطل أو عجز عن دفع الثمن بقي المبيع على ملك المشتري، لأنه ينتقل بالقول إلى ملك الشفيع، وبالعجز أو الهرب أو المماطلة يرجع إلى ملك المشتري.

وأما ما سبق من الإيضاح في وجه وجوب الإشهاد من أن الشفعة خلاف الأصل. فيندفع بإطلاق النصوص والفتاوى بثبوت الشفعة وكفاية الأخذ بها في ترتب الأثر مع ما هو المعلوم من عدم توقف الأخذ بها على الإشهاد. فلاحظ.

(١) كما هو ظاهر قوله في الغنية: «واشترطنا عدم عجزه عن الثمن، لأنه إنما يملك الأخذ إذا دفع إلى المشتري ما بذله للبائع»، ونحوه في السرائر، وبه صرح غير واحد، بل ظاهر الغنية أو صريحه الإجماع عليه.

لكن صريح المبسوط عدم توقف أخذ الشفيع وملكه للحصة على ذلك، بل تحقق الملك بالأخذ من دونه. غاية الأمر أن الحاكم يفسخ الأخذ لو تعذر إحضار الثمن بعده. ويظهر من جملة من كلماتهم بطلان الأخذ بعد صحته ورجوع الحصة للمشتري بالتخلف عن الدفع من دون حاجة إلى فسخ الحاكم. وكلماتهم في المقام في غاية الاضطراب.

وكيف كان فقد يستدل لتوقف صحة الأخذ على إحضار الثمن بقوله عليه السلام في معتبر الغنوي المتقدم: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^(١). قال في الجواهر: «على معنى أنه مع دفعه للثمن هو أحق به من غيره».

لكنه لا يخلو عن إشكال، بل من القريب جداً سقوه لبيان التقابل بين الاستحقاقين وأنه إنما يستحق الشريك الحصة في مقابل استحقاق الثمن عليه، من دون نظر لإحضاره، فضلاً عن تسليمه، نظير استحقاق الثمن في مقابل المبيع.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

فالعمدة في المقام ما تقدم منا من عدم ورود النصوص لشرح كيفية الأخذ بالشفعة، بل يظهر منها الجري على وضع معهود. والإطلاقات الواردة في المقام ليست في مقام البيان من هذه الجهة، بل من جهات أخرى، كتعميم موضوعها وبيان بعض صغريات الموضوع كالحيوان، وبيان المباشر لها مع قصور صاحبها ونحو ذلك. وحيث كانت الشفعة مخالفة للأصل لزم الاقتصار فيها على المتيقن، وهو صورة إحضار الثمن من أجل تسليمه عند الأخذ بالشفعة، وعدم ترتب الأثر على الأخذ بالشفعة قبل ذلك.

مضافاً إلى ما قد يستفاد من معتبر علي بن مهزيار المتقدم: «سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها، أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال، وإلا فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه وإلا فلا شفعة له»^(١)، حيث تضمن ذهاب الشفيع لإحضار المال بعد طلب الشفعة مقدمة للأخذ بها. وحمل طلب الشفعة على الأخذ بها مخالف للظاهر جداً. ولا سيما مع ظهور مساق الحديث في المفروغية عن بقاء الأرض على ملك صاحبها الأول، ولذا سئل عن جواز بيعه لها إذا لم يحضر صاحب الشفعة المال، وأجيب بجواز ذلك حيثئذ، من دون تنبيه لبطلان الأخذ بالشفعة ورجوع الأرض لصاحبها بعد مضي المدة المضروبة. وأما قوله عليه السلام: «وبطلت شفعته في الأرض»، وقوله: «وإلا فلا شفعة له» فظاهرهما سقوط حق الشفعة الثابت بمقتضى الشركة بمضي المدة المذكورة، بحيث لا يمنع من صحة البيع ولزومه للمشتري، لا بطلان الأخذ بالشفعة بعد صحته ورجوع الأرض للشريك بعد خروجها عن ملكه بالأخذ.

(مسألة ٩): إذا باع المشتري قبل أخذ الشفيع بالشفعة لم تسقط (١)، بل

نعم الحديث وارد لبيان حكم الأخذ بالشفعة من الشريك قبل البيع، لا من المشتري بعده. لكن يستفاد منه حكم الثاني تبعاً، لقرب عدم اختلاف حدود الحق المذكور بتبدل من هو ثابت عليه بسبب البيع. ولا سيما مع ظهور مفروغيهم عن نهوض الحديث بتحديد الحق في الثاني ولو للبناء على وروده فيه، وإن سبق في أول كتاب الشفعة المنع من ذلك. ولا أقل من أن يستأنس بذلك لحكم الأخذ من المشتري، بحيث يتأكد به مقتضى الأصل المتقدم.

هذا ويظهر الأثر للخلاف المذكور مع الأخذ من دون إحضار الثمن، ثبوتاً في جواز التصرف في الحصة للمشتري أو للشفيع، وفي نهاء الحصة المتجدد، وأنه يكون لأي منهما. وإثباتاً لو فرض الشك في إحضار الثمن، حيث يكون مقتضى الأصل على المختار بقاء الحصة في ملك المشتري ما لم تثبت صيرورتها للشفيع، وعلى القول الآخر بقاؤها على ملك الشفيع ما لم يثبت رجوعها للمشتري. فلاحظ.

(١) قال في الجواهر: «وكيف كان فلا خلاف أجده بيننا في أن تصرف المشتري في الشقص قبل الأخذ الصحيح يترتب عليه الأثر...» وهو المصرح به في المبسوط والتذكرة والتحرير والقواعد وجامع المقاصد والمسالك، كما هو ظاهر الشرائع والدروس واللمعة وغيرها.

وقال في مفتاح الكرامة: «بل الظاهر اتفاق الخاصة والعامة على ذلك، كما يفهم من التذكرة والمسالك، ولم يحك الخلاف فيه إلا عن ابن شريح».

قال في التذكرة: «لأنه ملكه بالعقد إجماعاً. وفائدة الملك استباحة وجوه الانتفاعات، وصح قبض المشتري له، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك عليه أن يملك، وذلك لا يمنع تصرفه، كما لو كان الثمن معيماً فتصرف المشتري في المبيع. وكذا الموهوب له إذا كان الواهب ممن له الرجوع فيها، فإن تصرفه يصح وإن ملك الواهب

[الرجوع. ظ.] فيها».

وزاد في مفتاح الكرامة أن حق الزوج في استرجاع نصف المهر بالطلاق قبل الدخول لا يمنع الزوجة من التصرف في المهر بتمامه قبله.

لكن لا يخفى أن الحق في المقام يتعلق بعين المبيع، حيث إن للشفيع استرجاعه بالثمن، من دون أن تمنع منه التصرفات اللاحقة فيه من المشتري، ولذا لو تلف المبيع قبل الأخذ بالشفعة لم يبق موضوع لحق الشفعة، فلا مجال لقياسه بالحقوق المذكورة، فإنها لا تتعلق بنفس العين التي يقع عليها التصرف، ولذا لا ترتفع بتلفها.

فحق الخيار في البيع مثلاً يتعلق بالعقد، لا بعين المبيع، فلا ينافي سلطنة المشتري على المبيع ليمنع من نفوذ تصرفه فيه. غايته أن صاحب الخيار لو أعمل حقه في العقد وفسخه فإن كان المبيع باقياً في ملك المشتري رجع للبائع، وإلا كان على المشتري دفع بدله من المثل أو القيمة، لأنه مضمون عليه بضمان المعاوضة، من دون أن يوجب بطلان تصرف المشتري في المبيع بعد أن صدر من أهله في محله.

وكذا الحال في فسخ الهبة، فإنه - لو كان حقياً - لا يتعلق بالعين الموهوبة، بل بعقد الهبة نفسه. على أن المعروف أن تصرف الموهوب له في العين الموهوبة رافع لجواز الهبة وموجب للزومها، فكيف يكون جواز الهبة منافياً للتصرف المذكور؟!.

وأظهر من ذلك المهر، فإن رجوع نصفه للزوج بالطلاق لا يقتضي ثبوت حق له فيه قبله، ليمنع الزوجة من التصرف فيه.

نعم استشهد في الجواهر لما نحن فيه بحق الديان في التركة، حيث لا إشكال في قيامه بعين التركة، ومع ذلك ذكر أنه لا يمنع الوارث من التصرف فيها لو أراد، غايته أن للديان فسخه إن لم يدفع الوارث الدين.

لكن الإشكال في نفوذ تصرف الوارث في التركة إذا كان منافياً لأداء الدين منها، كهبتها ووقفها. حيث لا وجه له مع منافاته لحق الدائن، بل مقتضى القاعدة

عدم نفوذه مع عدم أداء الدين أو سقوطه بالإبراء أو نحوه، لمنافاة نفوذه لحق الدائن، لأنه ينفذ ويكون للدائن إبطاله. كيف ومع نفوذه لا يبقى موضوع لحق الدائن، حيث لا تركة حينئذٍ، ومع ارتفاع موضوع حق الدائن يتعين ارتفاع حقه، ومع ارتفاع حقه لا منشأ لسلطته على إبطال التصرف المفروض وقوعه من أهله في محله. إلا أن يدل على ذلك دليل خاص، وهو خارج عن محل الكلام.

ومن هنا كان اللازم النظر في أن قيام حق الشفعة بعين المبيع هل يوجب قصور سلطنة المشتري على المبيع، فلا ينفذ تصرفه فيه إلا بسقوط حق الشفعة، أو لا؟

لا ينبغي الإشكال في أن مقتضى إطلاق أدلة ثبوت حق الشفعة على المشتري عدم ارتفاعه بتصرف المشتري. وحينئذٍ لا يكون التصرف منافياً للحق، لما أشرنا إليه في ذيل الكلام في تحديد حق الشفعة من أن التصرف في العين إنما ينافي الحق الثابت فيها إذا كان موجباً لبطلانه دون ما إذا لم يوجب ذلك، كما إذا بيعت العين المرهونة مع بقائها على الرهن.

وإذا لم يكن التصرف منافياً لحق الشفعة فمقتضى عموم سلطنة المشتري نفوذ تصرفه في المبيع. غايته أن التصرف المذكور يكون معرضاً للفساد بسبب إعمال حق الشفعة المفروض عدم ارتفاعه بالتصرف.

وهو أولى من البناء على عدم نفوذ التصرف رأساً لمنافاته لقاعدة السلطنة في حق المشتري المالك. وكذا توقفه على إجازة الشفيع الراجعة إلى إسقاط حقه في الشفعة، لعدم المنشأ له بعد عدم منافاته لحقه.

ولاسيما أنه من البعيد جداً حجب المشتري عن التصرف مادام حق الشفعة ثابتاً له، حيث قد يطول به الزمن لغيبة صاحب الشفعة أو قصوره أو نحوهما.

ودعوى: أنه إذا أمكن نفوذ التصرف من مالك العين التي يتعلق بها حق الغير مع تعرضه للفساد بإعمال صاحب الحق لحقه أمكن البناء على ذلك في تصرف الوارث في التركة بنحو يمنع من استيفاء الدين منه وتصرف الراهن في العين المرهونة بنحو

جاز للشفيع الأخذ من المشتري الأول بالثمن الأول (١)، فيبطل الثاني (٢).

ينافي حق الرهن ونحو ذلك.

مدفوعة بأن ذلك وإن كان ممكناً، إلا أنه موقوف على إطلاق سلطنة المالك، ولا مجال للبناء على ذلك في الدين والرهن، لظهور دليل تقديم الدين على الميراث عرفاً في قصور سلطنة الوارث قبل وفاء الدين، وابتناء عقد الرهن على قصر سلطنة الراهن على العين الموهونة. بخلاف دليل الشفعة، فإنه متمحض في بيان ثبوتها، من دون أن يظهر في حجر المشتري وقصور سلطنته على العين. هذا ما تيسر لنا في توجيه ما ذكرناه في المقام. وإن كان الأمر محتاجاً لمزيد من التأمل. ومن الله عز وجل نستمد العون والتسديد.

(١) كما صرحوا بذلك جرياً على ما سبق منهم، من دون إشكال ولا خلاف ظاهر بينهم فيه. ويظهر الوجه فيه مما سبق من عدم سقوط الشفعة بتصرف المشتري، وحيث ثبتت الشفعة بالبيع الأول ولم تسقط بالبيع الثاني تعين جواز أخذه بثمن البيع الأول.

(٢) كما ذكروا ذلك أيضاً. ويظهر الوجه فيه مما سبق.

نعم قال في المبسوط: «كان الشفيع بالخيار بين أن يفسخ تصرف المشتري ويأخذ الشقص بالشفعة منه وبين أن يقره ويأخذه من الثاني». وقد يظهر منه أن بطلان البيع الثاني إنما يكون بفسخ الشفيع له قبل أخذه بالشفعة في البيع الأول، لا أنه يفسخ ويبطل بالأخذ بها، ونحوه في ذلك عبارة الشرائع. لكنه غير ظاهر الوجه بملاحظة ما سبق.

ولذا قال في الجواهر: «نعم ينبغي أن يعلم أن فسخه يكون بشفعته، لأنه هو الثابت له من الأدلة... بل لا يبعد القول بعدم الأثر لقوله: فسخت. متقدماً على الشفعة، لعدم الدليل عليه».

ولا تجزي الاجازة منه في صحته له (١)، وله الأخذ من المشتري الثاني (٢) بثمنه، فيصح البيع الأول (٣). وإذا زادت العقود على الاثنين فإن أخذ

(١) كأنه ^{تنتظ} يشير بذلك إلى ما ذكره وذكرناه في المسألة الثالثة عشرة من فصل شروط العوضين من أن من باع ملك غيره فضولاً ثم ملكه بغير الميراث لم يكن له إجازة البيع المذكور، بل يتعين بطلانه مطلقاً. ولذا ذهب بعض مشايخنا إلى صحة البيع الثاني هنا للشفيع بإجازته له، نظراً إلى أنه ذهب في تلك المسألة إلى صحة بيع الفضولي إذا ملك المبيع وأجاز البيع.

لكن الظاهر أن الصحة هناك لا تستلزم الصحة هنا، لانحصار وجه عدم صحة البيع هناك بقصور سلطنة الموقع له، فقد يدعى تصحيحه بإعمال سلطته فيه بعد ملكه للمبيع. أما هنا فبطلان البيع الثاني ليس لقصور في السلطنة، بل سبق صحته حين وقوعه تبعاً لسلطنة المشتري الموقع له، وإنما بطل البيع المذكور لمنافاة الأخذ بالشفعة في البيع الأول لبقاء صحته.

وحينئذ لا يتضح الوجه في تصحيحه بإجازة الشفيع بعد بطلانه. اللهم إلا أن يكون مختاره ^{تنتظ} قصور سلطنة المشتري عن البيع الثاني ووقوعه موقوفاً على إجازة الشفيع، لمنافاته لحق الشفعة الثابت له، فيكون من صغريات تلك المسألة. لكنه لا يناسب مساق كلامه في هذه المسألة والمسألة الآتية. فلاحظ.

(٢) كما صرحوا بذلك جرياً على ما سبق منهم من دون إشكال ولا خلاف ظاهر بينهم فيه أيضاً. ويظهر الوجه فيه مما سبق، إذ حيث يصح البيع الأول يكون الشريك شريكاً للمشتري كما كان شريكاً للبائع الأول، وكما يصح له الأخذ بالشفعة منه في البيع الأول - كما سبق - يكون له الشفعة في بيعه الثاني على المشتري الثاني، لعموم ثبوت الشفعة للشريك.

(٣) المراد أنه يبقى على ما كان عليه من الصحة، لعدم الموجب لبطلانه. بل

بالسابق بطل اللاحق، وإن أخذ باللاحق صح السابق، وإن أخذ بالمتوسط صح ما قبله وبطل ما بعده (١).

(مسألة ١٠): إذا تصرف المشتري بالمبيع - من وقف أو هبة لازمة أو غير لازمة أو بجعله صداقاً أو غير ذلك مما لا شفعة فيه - كان للشفيع الأخذ بالشفعة بالنسبة إلى البيع، فتبطل التصرفات اللاحقة له (٢).

حتى لو فرض الأخذ بالشفعة في البيع الأول فإن ذلك لا يبطله، بل هو مترتب على صحته. وكأن مراده ~~تنتج~~ بذلك التمهيد لبيان ترتب أثر صحته، وهو صحة البيع الثاني الذي يكون مورداً لحق الشفعة أيضاً، بخلاف ما لو أخذ بالشفعة فيه، فإن أثره المذكور يبطل، لامتناع صحة البيع المتأخر مع الأخذ بالشفعة في البيع السابق عليه.

(١) كما صرحوا بذلك كله جرياً على ما سبق منهم من دون خلاف ولا إشكال ظاهر. لكن قال في مفتاح الكرامة: «ولولا ما يظهر من عدم تأملهم فيه لكان الاقتصار على الأخذ بالبيع الأول أوفق بالأصل. فتأمل». ولم يتضح الوجه فيه بعد ما سبق منه من صحة تصرف المشتري قبل الأخذ بالشفعة، إذ لازم صحته صيرورة البيوع اللاحقة موضوعاً للشفعة كالأول، على ما تقدم منهم ومثلاً.

(٢) كما صرحوا بذلك على غرار ما تقدم. وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل ولا إشكال»، وفي المبسوط: «وإن كان قد بنى مسجداً كان له نقضه وأخذه بالشفعة إجماعاً. وفي الناس من قال: لا ينقض المسجد».

وكانه يشير بذلك إلى ما عن بعض العامة من أن الوقف يبطل الشفعة، بدعوى: أن الشفعة إنما تثبت في المملوك، وقد خرج بالوقف عن ذلك. قال في التذكرة: «وهو غلط، لأن الاستحقاق سابق والوقف متأخر، فلا يبطل السابق. ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو أوقف المريض أملاكه أو أعتق عبيده وعليه دين مستوعب، فإن العتق والوقف صحيحان، وإذا مات فسحا لحق الغرماء. كذا هنا».

(مسألة ١١): الشفعة من الحقوق (١)، فتسقط بالإسقاط (٢). ويجوز تعويض المال بإزاء إسقاطها (٣) وإزاء عدم الأخذ بها (٤). لكن على

ومما سبق يظهر أن مقتضى إطلاق أدلة الشفعة عدم سقوطها بالتصرف اللاحق من المشتري، بل إما أن يلتزم ببطلان التصرف حين وقوعه، أو بوقوعه صحيحاً معرضاً للبطلان عند الأخذ بالشفعة، كما جرى الأصحاب عليه، وتقدم وجهه.

(١) بلا خلاف ولا إشكال ظاهر، كما يظهر من تعريفهم لها، ومن خلافهم في فوريتها، وأنه هل ينحصر سقوطها بالإسقاط، أو تسقط بترك المبادرة إلى الأخذ بها... إلى غير ذلك من كلماتهم في الموارد المختلفة الظاهرة في المفروغية عن كونها من الحقوق.

وتقتضيه النصوص الكثيرة المتضمنة نسبتها للشريك بالسلام، بنحو يظهر في كونها حقاً له، والنصوص المصرحة بأنه أحق بالحصة أو بالمبيع.

(٢) بلا خلاف ولا إشكال فيه ظاهراً، بل ظاهرهم عند الكلام في فوريتها مفروغيته عن سقوطه بالإسقاط، وإنما الكلام في سقوطه أيضاً بعدم المبادرة لإعماله. وهو المناسب لما هو المرتكز عند العقلاء من أن لكل ذي حق إسقاط حقه.

(٣) يعني: بما هو فعل إنشائي له. وهو مقتضى الجمود على ما في الدروس من أنه لو صالحه على إسقاط الشفعة نفذ. إلا أن من القريب كون مراده ما يأتي من الأصحاب من الصلح على نفس الحق، حيث سبق في كلامه التعرض له في المسقطات مقتضراً عليه. ولعله لذا جعله في مفتاح الكرامة موافقاً لهم.

(٤) يعني: من دون أن يرجع إلى سقوط حقه فيها، فهو راجع إلى عدم إعمال حقه، لا إلى إسقاطه. وقد ذكر الوجهين في الجواهر، وقال في الاستدلال على صحتها: «ولعل عموم الصلح مع عدم ظهور اتفاق على العدم يقتضي الجواز». ويمكن الاستدلال بعموم نفوذ العقود أيضاً.

الأول لا يسقط إلا بالإسقاط (١). فإذا لم يسقطه وأخذ بالشفعة صح (٢)
وكان آثماً (٣)،

(١) كما في الجواهر. ووجهه ظاهر، لأن المعاملة المذكورة لا تقتضي سقوط حق الشريك في الشفعة، بل استحقاق إسقاطها عليه لا غير، فلا وجه لسقوطها بدونه.
(٢) كأنه لما سبق من عدم سقوط حقه، فيكون له السلطنة على إعماله بالأخذ بالشفعة.

الهمم إلا أن يقال: إن استحقاق إسقاط حق الشفعة عليه يقتضي عرفاً قصور سلطنته عن رفع موضوع إسقاطه وتعجز نفسه عنه بإعماله، نظير ما إذا اشترط عليه أن يعتق العبد فباعه، أو العكس، كما أشار إلى ذلك في الجواهر في الجملة. ومن ثم اختار عدم نفوذ الأخذ منه.

وبعبارة أخرى: سلطنة الإنسان على إعمال حقه بحيث ينفذ تصرفه فيه ويترتب الأثر عليه من صغريات سلطنته على ماله، وليست هي متمحضة في إباحة الأخذ له تكليفاً. والسلطنة المذكورة تقصر عما إذا كانت منافية لحق الغير، لمنافاتها لسلطنة الغير على حقه. وفي المقام حيث كان إسقاط الشفعة مستحقاً لبازل العوض، وكان الأخذ بالشفعة مانعاً من الإسقاط ورافعاً لموضوعه، كان منافياً عرفاً لسلطنة باذل العوض على الإسقاط الذي ملكه بالعوض، فتقصر سلطنة صاحب الشفعة عنه، فلا يترتب الأثر عليه. لا أنه محرم عليه تكليفاً فقط، كي لا ينافي صحته وترتب الأثر عليه بناء على ما هو التحقيق من عدم اقتضاء النهي عن المعاملة للفساد. فلاحظ.

(٣) لتعجز نفسه عما استحق عليه وهو الإسقاط بناء على ما سبق منه تنبيه من نفوذ الأخذ من الشريك حينئذ. بل لو استفيد من المعاوضة التعجيل بالإسقاط كان آثماً بترك التعجيل به زائداً على تعجز نفسه عنه. أما بناء على ما ذكرنا من عدم نفوذ الأخذ بالشفعة فيبقى للإسقاط مجال، ويتعين القيام به. غاية الأمر أن يكون آثماً

ولم يستحق المال المبذول (١). وعلى الثاني إذا أخذ بالشفعة لم يصح (٢).
والمشهور أنه يصح الصلح عليه نفسه فيسقط بذلك، لا بالإسقاط (٣).

في تأخيره إذا كان مقتضى المعاوضة التعجيل.

(١) لفرض تعذر العمل المعروض عليه بسبب نقصه، فتبطل المعاوضة، ويرجع العوض لباذله. لكن ذكر بعض مشايخنا رحمهم الله أن المعاوضة لا تبطل بذلك، بل يتخير باذل العوض بين فسخها واسترجاع العوض وإبقائها والمطالبة بأجرة المثل للعمل المعروض وهو إسقاط الشفعة في المقام.

وكانه يبتني على ما ذكره في الإجارة من أنه إذا فرط الأجير في العمل المستأجر عليه حتى فات وقته كان المستأجر بالخيار بين فسخ الإجارة واسترجاع الأجرة، وإبقائها والمطالبة بأجرة المثل للعمل المستأجر عليه. والظاهر عدم تمامية ذلك هناك، فضلاً عن المقام. ويأتي تمام الكلام هناك إن شاء الله تعالى.

(٢) كما في الجواهر. ويظهر الوجه فيه مما سبق. بل هو هنا أظهر، لأن ملك عدم الأخذ عليه بالمعاوضة المذكورة أولى بأن يوجب قصور سلطته عن الأخذ، لمنافاته لحق الغير قطعاً. ولعله لذا فرق بينهما سيدنا المصنف رحمهم الله.

ومنه يظهر الإشكال فيما ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله من نفوذ الأخذ في المقام وترتب الأثر عليه. وإذا اتجه ذلك منه رحمهم الله في الشرط، لدعوى تمحض وجوب الوفاء به في التكليف من دون أن يستتبع فيه حقاً للشارط، فلا مجال لذلك في المقام، المفروض فيه المعاوضة المبنية على التملك قطعاً.

(٣) قال في المبسوط: «إذا وجبت له الشفعة فصالحه على تركها صح عندنا». وقريب منه في الخلاف والسرائر والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والقواعد والتحرير والإرشاد والدروس وغيرها. وظاهر التذكرة وما تقدم من المبسوط الإجماع عليه. وهم وإن جعلوا موضوع المصالحة ترك الشفعة، وقد ينصرف إلى ترك

ولا يخلو من إشكال (١). والظاهر أنه لا إشكال في أنه لا يقبل الانتقال إلى

الأخذ بها، إلا أن الظاهر أن مرادهم المصالحة على نفس الحق -راجع إلى التنازل عنه، والمستلزم لسقوطه - بقرينة استدلالهم على ذلك بأنه حق مالي فينفذ فيه الصلح. نعم لم يتضح وجه دخل خصوصية كون الحق مالياً في جواز الصلح عليه. كما أنه لم يتضح المعيار في كون الحق مالياً. والمتجه جواز الصلح على الحق الذي هو من نحو الملك التابع لسلطنة صاحب الحق في قبال الحكم التابع للشارع من دون دخل للمكلف به، ولا سلطنة له عليه، ليتمكن له جعله طرفاً في التعامل.

(١) كأنه للإشكال في نفوذ الصلح على نتائج المضامين الاعتبارية كسقوط الشفعة والطلاق والنكاح ونحوها، بل هي تابعة لأسبابها الشرعية، نظير الإشكال المعروف في شرط النتيجة.

لكن الظاهر اختصاص الإشكال المذكور بالمضامين الاعتبارية غير الراجعة للاستحقاق كالطلاق والوقف والعتق وغيرها، دون المضامين المتمحضة في الاستحقاق والملك، كما في المقام، على ما ذكرناه عند الكلام في مسقطات خيار المجلس.

هذا وقد سبق في كلام المبسوط تقييد ذلك بما إذا وجبت الشفعة. والظاهر أن مرادهم أو مراد أكثرهم بذلك ما إذا تم البيع، بحيث يكون الحق ملزماً للمشتري، وتكون المصالحة معه. أما بناء على ما سبق مما من ثبوت الشفعة على الشريك قبل البيع، فيتجه الصلح مع الشريك نفسه أيضاً.

بل الظاهر أنه يتجه الصلح والشرط قبل حصول الشركة، كما إذا أشرك شخصاً في ملكه على أن لا يكون له شفعة معه. وليس هو من إسقاط ما لم يجب، بل من منع حصوله عند تحقق موضوعه، لعموم أدلة الصلح والشرط بعد أن لم يكن المراد بذلك عدم ثبوته شرعاً، ليكون مخالفاً للكتاب، بل التنازل عنه بالشرط والعوض.

غير الشفيع (١).

نظير ما في صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألت عن رجل كان له أب مملوك، وكان لأبيه امرأة مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك على أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم. فأعطاهما في مكاتبتهما على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك. قال: لا يكون لها الخيار. المسلمون عند شروطهم»^(١)، لوضوح أن الخيار لها إنما يثبت بعد تحررها، والمعاملة والشرط معها قبل ذلك.

هذا والمصالحة بوجوهها المتقدمة وغيرها لا تنافي الفورية، كما تبّه لذلك في الدروس وجامع المقاصد وغيرها. لما سبق من أن المراد بها الفورية العرفية، ولا سيما إذا طالب بها فوراً وجرت المصالحة في مدة تهيئة الثمن. أما إذا وقعت المصالحة قبل البيع مع البائع، أو قبل حصول الشركة، كما سبق منا، فلا موضوع للفورية.

(١) حيث لم يظهر منهم التعرض لذلك، فضلاً عن القول به. بل في الجواهر استظهار الإجماع على عدم جواز نقله. كما قد يظهر مفروغيته عنه مما يأتي منهم في المسألة الآتية من الكلام في سقوط حق الشفعة ببيع الشريك حصته، فإن الكلام في سقوط حق الشفعة بعد ثبوته للشريك بخروجه عن الشركة يناسب مفروغيته عن قصر الحق على الشريك، وعدم سعته بحيث يقبل الانتقال لغيره.

وكيف كان فذلك هو مقتضى ما يأتي في المسألة الآتية. على أنه يكفي في البناء على عدم جواز نقل الحق لغير الشريك الشك في سعة الحق بحيث يقبل الانتقال. وأما عمومات أسباب الانتقال من الشرط والصلح وغيرها فهي واردة لبيان سببية السبب للانتقال من دون نظر لقابلية الموضوع له، لتنهض بإثبات ذلك. فلاحظ.

(مسألة ١٢): إذا باع الشريك نصيبه قبل الأخذ بالشفعة فالظاهر

سقوطها (١)،

(١) أما مع العلم ببيع شريكه فهو المصرح به في المبسوط والمهذب والوسيلة والشرائع والتذكرة والقواعد والمختلف والتحرير والإرشاد وغيرها. وأما مع الجهل ببيعه فهو المصرح به في الشرائع والتذكرة والمختلف والإرشاد، واحتمله في التحرير. واستشكل فيه في القواعد، بل جزم بعدم السقوط حينئذٍ في المبسوط والمهذب وجامع الشرائع وظاهر الوسيلة.

وقد استدل لسقوط الشفعة بوجهين:

الأول: أن الشفعة ثبتت للشريك لدفع الضرر عن نصيبه ولا ضرر مع بيعه له. لكن سبق أن الضرر لو تم فهو حكمة لا علة يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً. الثاني: أن الشفعة إنما ثبتت للشريك، فترفع بيعه حصته وارتفاع شركته. واستشكل فيه في الجواهر بأن ظاهر النصوص اعتبار الشركة في استحقاق الشفعة وثبوتها، لا في بقائها. قال: «بل صريح كلامهم في استحقاق الشفعة للشريك وإن حصلت القسمة الشرعية مع الوكيل أو غيره».

وفيه: أن ذلك مخالف لإطلاق مثل قوله عليه السلام: «الشفعة لا تكون إلا للشريك»^(١)، وقوله عليه السلام: «الشفعة لا تكون إلا لشريك لم يقاسم»^(٢)، وقوله عليه السلام في معتبر الغنوي المتقدم: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً»^(٣).

بل من القريب أخذ ذلك في مفهوم الشفعة، وأنها مأخوذة من ضم الشريك حصة شريكه لحصته، حيث كان ماله واحداً وترأ فصار زوجاً شفعاً، فلا موضوع لها

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ٦.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

مع خروج حصته عن ملكه، بحيث لا ينضم ما يأخذه لشيء.

وأما ما ذكره ^{ثالثاً} من تصريحهم ببقاء الشفعة إذا حصلت القسمة مع الوكيل أو غيره فلم يتيسر عاجلاً العثور عليه. وكيف كان فلا مجال للبناء على ذلك، لعين ما سبق. إلا أن يرجع إلى بطلان القسمة، لأن الموكل فيه هو القسمة مع البائع، فلم تحصل، وحصلت مع المشتري.

ومنه يظهر أنه لا مجال للتفصيل بين صورتَي العلم ببيع الشريك والجهل به. وأشكل من ذلك ما في المبسوط وغيره من الجمع بين الاستدلال لسقوط الشفعة إذا باع الشريك حصته بعد العلم ببيع شريكه وثبوت الشفعة له بأنه إنها يستحق الشفعة بملكه للحصة، والاستدلال لعدم سقوطها مع بيعه لحصته جاهلاً ببيع شريكه بسبق حقه في الشفعة وثبوتها له قبل بيعه لحصته.

لظهور أن الاستدلالين متدافعان في أنفسهما، لا ابتناء الأول على أن الشركة شرط في حدوث حق الشفعة وبقائه، والثاني على أنها شرط في حدوثه دون بقائه، وأن كلاهما يقتضي عدم الفرق بين الصورتين، فلا يبقى لهم وجه في التفصيل.

نعم قد يوجه التفصيل المذكور بأن بيع الشريك حصته مع علمه ببيع شريكه وثبوت حق الشفعة له موجب لظهور حاله في الإعراض عن حقه في الشفعة، فيسقط حقه، بخلاف ما إذا باع جاهلاً ببيع شريكه وثبوت حق الشفعة له، فإنه لا ظهور له في ذلك.

لكن الظهور المذكور موقوف على أن يكون بقاء الشركة شرطاً في بقاء حق الشفعة، إذ مع عدم البناء على ذلك والاكتفاء في بقاء حق الشفعة بصدور البيع حال الشركة لا ظهور للبيع في التنازل عن حق الشفعة، بل قد يكون الداعي له كون المشتري منه أيسر تعاملًا معه من المشتري من شريكه الذي عليه الشفعة، أو كون ثمن بيع حصته أكثر من ثمن بيع حصة شريكه الذي يلزمه عند الأخذ بالشفعة أو غير ذلك.

خصوصاً إذا كان يبيعه بعد علمه بالشفعة (١).

وإذا كان الظهور المذكور مشروطاً بالبناء على كون بقاء الشركة شرطاً في بقاء حق الشفعة تعين عدم الفرق بين صورتي العلم بالبيع والجهل به. مع أنه يكفي في الظهور المذكور - لو تم - الإقدام على البيع وإن لم يتحقق، كما لعله ظاهر.

(١) لأنه أظهر بالنظر لفتاوى الأصحاب، ولظهور حال الشفيع حينئذٍ في الإعراض عن حق الشفعة بناء على عموم سقوط الشفعة بالبيع، كما يظهر مما سبق. بقي في المقام أمران:

الأول: أن الكلام السابق لا يختص ببيع الشريك حصته، بل يجري في سائر وجوه إخراجها أو خروجها عن ملكه كالهبة والوقف وجعلها مهراً وغير ذلك، كما لعله ظاهر.

الثاني: أنه بناء على سقوط الشفعة ببيع الشفيع نصيبه يتعين استحقاق المشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني، كما صرح بذلك في القواعد. قال في جامع المقاصد: «لأن المشتري الأول شريك قديم، والمشتري الثاني شريك حدث ملكه بالبيع».

إن قلت: هذا إنما يتم على مذهب المشهور من ثبوت حق الشفعة بالبيع على المشتري. أما على المختار من ثبوته على البائع عند إرادة البيع، وأن ثبوته على المشتري فرع ثبوته على البائع فلا مجال لذلك، لأن الشريك البائع يستحق على المشتري الأول الشفعة ولم يخرج عن استحقاقه له إلا بالبيع، فكيف يكون المشتري الأول مستحقاً عليه الشفعة ليتفرع عليه استحقاقه لها على المشتري الثاني؟!.

قلت: استحقاق الشريك البائع على المشتري الأول الشفعة في الحصة التي اشتراها لا ينافي استحقاق المشتري عليه الشفعة في حصته التي باعها بعد ذلك على المشتري الثاني، بحيث كان ينبغي له أن يعرضها عليه قبل بيعها.

ومن ذلك يظهر ثبوت الشفعة للمشتري الأول حتى بناء على عدم سقوط

(مسألة ١٣): المشهور اعتبار العلم بالثمن في جواز الأخذ بالشفعة (١)،

شفعة الشفيع ببيع حصته إذا لم يأخذ بها، كما صرح به في الجواهر. قال: «ضرورة كونه حينئذ شريكاً قديماً قد حدث عليه ملك المشتري الثاني».

بل يتجه حينئذ ثبوت الشفعة له على المشتري الثاني حتى لو أخذ الشريك البائع بالشفعة، كما صرح بذلك في الجواهر أيضاً. لأنه إذا لم تسقط الشفعة بخروج حصّة الشفيع عن ملكه، فكما لا تسقط شفعة الشريك البائع في الحصّة التي اشتراها المشتري الأول ببيع حصته، كذلك لا تسقط شفعة المشتري الأول في الحصّة التي اشتراها المشتري الثاني بخروج حصته عن ملكه بشفعة الشريك السابق الذي هو البائع الثاني. نعم لو كان انتقال حصّة الشفيع لغيره بوجه غير البيع تعين عدم ثبوت الشفعة للمشتري الأول، لعدم تحقق سببها في حقه، كما هو ظاهر.

(١) فقد ذكره في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والقواعد والدروس واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك ومحكي الكافي والمفاتيح. وزاد اعتبار العلم بالثمن في التذكرة والقواعد والدروس وجامع المقاصد وظاهر الروضة.

ولعل عدم ذكره في غير هذه الكتب ليس للخلاف فيه، بل لانصراف كلامهم إلى صورة العلم بهما، لظهور مفروغيتهما عن لزوم الأخذ بالثمن وتسليمه واستلام المثلث معه أو بعده المناسب لفرض العلم بهما، من دون أن يتضح عموم كلامهم لصورة الجهل بهما أو بأحدهما.

كيف؟! وغير واحد من ذكر لزوم العلم بالثمن لم يذكر لزوم العلم بالثمن مع صعوبة التفكيك بينها بالنظر لأدلتهم ومساق كلامهم. كما أن غير واحد من ذكره في بعض كتبه لم يذكره في بعضها الآخر.

نعم لا يكفي ذلك في إحراز الإجماع، فضلاً عن حجّيته. ولا سيما مع ما يأتي منهم من التعويل فيه على بعض الوجوه التي يأتي الكلام فيها.

فإذا أخذ بها وكان جاهلاً به لم يصح. لكن الصحة لا تخلو من وجه، إلا أن يكون الجهل مانعاً من القدرة على تسليم الثمن (١).

هذا وقد استدل له في المبسوط بأن الشفيع مع المشتري كالمشتري من المشتري، فكما لا يملكه المشتري منه بالثمن المجهول لا يملكه الشفيع له. وهو بظاهرة قياس. إلا أن يرجع إلى ما في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة من الاستدلال بلزوم الغرر المنهي عنه.

لكن تكرر منا الإشكال في الاستدلال على لزوم العلم بالعوضين في البيع بذلك. مع أنه ذكرنا عند الكلام في مانعية الجهالة من صحة الشرط أن الوارد في كتب الحديث هو النهي عن بيع الغرر، لا عن الغرر مطلقاً، ليشمل الأخذ بالشفعة التي هي ليست بيعاً قطعاً. وما في جامع المقاصد من أنها في معنى البيع، إذ هي من توابعه. لا يرجع إلى محصل ينهض بالاستدلال، فضلاً عن الخروج عن إطلاق نصوص الشفعة، خصوصاً قوله عليه السلام في معتبر الغنوي: «فهو أحق بها بالثمن» (٢)، وقوله عليه السلام في مرسل ابن محبوب: «ليس له إلا الشراء والبيع الأول» (٣).

ومن هنا ذكر في محكي مجمع البرهان أنه لا دليل عليه من عقل ولا نقل، إلا أن يكون إجماعاً. لكن سبق المنع من إحراز الإجماع، فضلاً عن نهوضه بالاستدلال.

(١) كأنه أشار بذلك إلى ما في مفتاح الكرامة والجواهر من سقوط الشفعة مع تعذر العلم بالثمن. وقد وجهه في الأول بأنه لا يتم الأخذ بالشفعة إلا بإحضار الثمن وتسليمه. وقد ذكر أنه لا يكفي أن يحضر ويدفع قدراً يعلم باشتماله على الثمن ولو مع التبرع بالزائد، لأنه لا يمكن معرفة الأرض لو كان المبيع معيباً، ويتعذر استرجاع الثمن لو ظهر المبيع مستحقاً.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب ٢: من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب ٩: من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(مسألة ١٤): إذا تلف تمام المبيع قبل الأخذ بالشفعة سقطت (١)،

لكن من الظاهر أن هذا يختص بالثمن، فإنه هو الذي يتوقف الأخذ بالشفعة على إحضاره أو تسليمه، دون الثمن، مع أن ظاهر كلامه العموم لهما. مضافاً إلى أن محذور عدم معرفة الأرض لو كان المبيع معيباً، وتعدر استرجاع الثمن لو كان مستحقاً لا ينهض بتقييد عموم أدلة الشفعة، بل يتعين الرجوع فيها للقاعدة التي عليها العمل في نظيره، وهو البيع لو طرأ الجهل فيه بالثمن.

ومن هنا يتعين البناء على عدم سقوط حق الشفعة بذلك، بل يكفي في جواز الأخذ بها إحضار كل ما يحتمل أن يكون ثمناً، ثم الأخذ بالشفعة وبذل الثمن الواقعي من دون حاجة للتبرع بالزائد، بل يتعين الرجوع في الخروج عن الوظيفة في أدائه للقواعد من القرعة أو المصالحة أو الأصل الحاكم بتسليم الأقل أو غير ذلك.

ولولا ذلك لكثير التعرض لسقوط الشفعة، وذلك بأن يمتنع من الإخبار بالثمن البائع أو المشتري اللذين ينحصر كثيراً معرفة الثمن من طريقهما.

نعم يظهر من مفتاح الكرامة وجوب الإخبار بالثمن على المشتري، حيث ذكر من موارد تعذر العلم ما إذا قال المشتري: «أنسيته» ويخلف على ذلك. فإن تكليفه باليمين على النسيان لا يكون إلا لاستحقاق الإخبار به عليه على تقدير علمه به. لكنه غير ظاهر الوجه.

وكيف كان فلا مخرج عن مقتضى الإطلاق من جواز الأخذ بالشفعة مع الجهل بالثمن أو الثمن. ولعله لذا أطلق بعض مشايخنا ^{تتظ} أن صحة الأخذ بالشفعة مع الجهل بالثمن لا يخلو من وجه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) بلا إشكال ظاهر. لعدم الموضوع لها. وقد يستفاد ذلك مما يأتي من بعضهم

في تلف البعض من مقابلته بما يناسبه من الثمن.

وإذا تلف بعضه دون بعض لم تسقط (١). وجاز له أخذ الباقي بتمام الثمن (٢).

(١) بلا خلاف ولا إشكال ظاهر، بل يظهر من كلامهم الآتي في كيفية الأخذ بالشفعة حينئذٍ المفروغية عنه.

(٢) هذا الإطلاق لم أعثر عليه في كلام من سبق فيما تسر لي من الفحص. نعم وافق عليه سيدنا المصنف رحمته بعض مشايخنا رحمته. ولا شاهد له في شيء من النصوص عدا ما في حديث محمد بن علي بن محبوب عن رجل قال: «كُتِبَ إلى الفقيه عليه السلام في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم، وكان شريكه الذي له النصف الآخر غائباً، فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار، وجاء سيل خارق [جارف] فهدمها وذهب بها. فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا، فأعطاه الشفعة على أن يعطيه ماله كمالاً للذي نقد في ثمنها. فقال له: ضع عني قيمة البناء، فإن البناء قد تهدم وذهب به السيل. ما الذي يجب في ذلك؟ فوقع عليه السلام: ليس له إلا الشراء والبيع الأول إن شاء الله» (١).

لكنه - مع اختصاصه بالتلف غير المستند لشخص خاص - ضعيف بالإرسال، ولم يتضح انجباره بعمل من وافقه في مورده، لاقتصار بعضهم على الفتوى من دون إشارة للدليل، واستدلال بعضهم بغيره.

وأما قوله عليه السلام في معتبر الغنوي المتقدم: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن» (٢). فهو وإن تضمن لزوم دفع الشريك للثمن الذي تضمنه البيع، إلا أنه ظاهر في فرض سلامة تمام المبيع الذي هو أحق به والذي هو المقابل بالثمن، ولا إطلاق له يشمل صورة تلف بعض المبيع، بحيث يقتضي وجوب دفع تمام الثمن في مقابل الباقي منه.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٩ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

ومن هنا ينحصر الوجه في الإطلاق المذكور بما ذكرناه غير مرة من أن عدم تصدي الشارع الأقدس لشرح الشفعة ظاهر في جريه فيها على ما عند العرف، والمتيقن مما عليه العرف هو الأخذ بالشفعة بتمام الثمن، ولم يتضح بناؤهم على التبعض فيه تبعاً لتبعض المبيع، وحيث كانت الشفعة مخالفة للأصل فاللازم للاقتصار فيها على المتيقن، وهو دفع تمام الثمن.

ويؤيد ذلك في الجملة حديث ابن محبوب المتقدم. بل الإنصاف قرب صلوحه للاستدلال إذ من البعيد جداً أن يثبت ابن محبوب في كتابه كتاب الرجل وهو غير واثق من صدقه في المكاتبه.

كما أن التعدي عن مورده لما إذا كان التلف مستنداً لشخص خاص قريب جداً، إذ لا دخل ارتكازاً لسبب التلف في نحو المقابلة بين الثمن والمثل، فكما ابتنى التقابل بينهما في البيع على التسليم والتسلم، كذلك التقابل بينهما في الشفعة يبنى على تسليم الثمن كاملاً من دون فرق بين أسباب التلف. وغاية ما يمكن من الفرق بينهما هو الضمان وتحمل الدرك من دون أن يؤثر على الثمن.

لكن في بلوغ ذلك كله حدّ الحجية والاستدلال إشكال. فالعمدة الوجه الأول.

هذا وأما ما في كلام غير واحد من أن دفع تمام الثمن في مقابل بعض المبيع ظلم للشفيع. ففيه أنه غير ملزم بالأخذ بالشفعة كما يكون المتبايعان ملزمين بالجري على مقتضى البيع. غاية الأمر اشتراط الحق المجعول له بدفع تمام الثمن في هذا الحال كما هو الحال لو كان الثمن أكثر من قيمة المثل، وأي ظلم في ذلك؟!

ومثله ما في جامع المقاصد من أن ذلك خروج عن مقتضى الشفعة، وهو أخذ تمام المبيع الذي جرى العقد عليه.

إذ فيه: أن الخروج عن مقتضى الشفعة يستند للتلف، إذ به تعذر أخذ تمام المبيع، أما بعد تعذر أخذ تمام المبيع وانحصار الأمر ببعضه فابتناء حق الشفعة الثابت

على المشتري قهراً على تبعض الثمن هو المحتاج للدليل.

ومثله ما فيه أيضاً من أن إيجاب دفع الثمن كاملاً في مقابل بعض المبيع يستلزم دفع أحد العوضين لا في مقابل العوض، وذلك أكل مال بالباطل لا محالة.

لاندفاعه - بعد تسليم أن أكل المال بالباطل أكله لا في مقابل العوض - بأن الشفعة ليست كالبيع مبتنية على المعاوضة، بل هي حق قهري على الشفيع يتعين الاقتصار فيه على المتيقن، وهو صورة دفع تمام الثمن.

هذا وكلمات الأصحاب في المقام في غاية الاضطراب. ففي المبسوط وإن جرى في صدر كلامه على ما سبق، إلا أنه قال بعد أن أشار للخلاف في المسألة: «والذي يقوى في نفسي أنها إذا انهدمت وكانت آلتها باقية فإنه يأخذها وآلتها بجميع الثمن أو يتركها. وإن كان قد استعمل آلتها المشتري أخذ العرصة بالقيمة، وإن احترقت الدار أخذ العرصة بجميع الثمن أو يترك، لأنه ما فرط».

وكان مراده من أخذ العرصة بالقيمة أخذها بما يخصها من الثمن، كما هو صريح الخلاف فيما لو كان التلف بفعل آدمي من دون فرق بين المشتري وغيره.

وهو يبتني على تبعض الصفقة مع استناد التلف لشخص خاص أو خصوص المشتري، دون ما إذا لم يستند لأحد. ولم يتضح الوجه فيه. إذ لو حمل على البيع فالبيع لا يفرق فيه بين أسباب التلف. مع خلو الحمل المذكور عن الدليل. ولا سيما مع ما سبق من الفرق بينهما بابتناء البيع على التسليم والتسلم، بخلاف الشفعة المبنية على التملك القهري، من دون تعهد من المشتري بتسليم المبيع.

وأشكل من ذلك التفريق بين ما إذا كان التلف قبل المطالبة بالشفعة أو قبل العلم بها وما إذا كان بعد أحدهما، كما في الغنية والشرائع والقواعد وعن أبي الصلاح وغيرهم. ولعله المشهور، بل في الغنية الإجماع عليه.

إذ فيه: أنه لا أثر للمطالبة بالشفعة - فضلاً عن العلم بها - في ثبوتها، بل إن كان

من دون ضمان على المشتري (١). وإذا كان التلف بعد الأخذ بالشفعة، فإن

المعيار على ثبوت الحق للشفيع، فهو إنها يكون بالشركة أو بالبيع بعدها، على الكلام المتقدم. وإن كان المعيار على ملكيته للمبيع، فهي إنها تكون بالأخذ بالشفعة، كما هو ظاهر.

ومثله التفريق بين تلف بعض الأعيان باحترق أو نحوه فيضمن، وتلف الصورة مع بقاء الأعيان بهدم أو نحوه فلا ضمان، كما في الجامع وغيره.

إذ فيه: أنه لا فرق في الضمان بين القسمين، سواء أريد به الضمان بنسبته من الثمن - كضمان المبيع قبل قبضه - أم الضمان بقيمته السوقية.

(١) لا يبعد أن يكون مراده ~~تنتز~~ نفي الضمان بالقيمة السوقية، ليكون أمراً آخر غير نفي الضمان بنسبته من الثمن المستفاد من حكمه بلزوم الأخذ بتمام الثمن، لا نفي الضمان بنسبته من الثمن، ليكون تأكيداً لما سبق.

وكيف كان فقد عبر غير واحد بضمان المشتري للتالف وقد حمله بعضهم على ضمانه بنسبته من الثمن، فيجري فيه ما سبق. أما لو أريد به الضمان بالقيمة مع أخذه لتمام الثمن فلا يتضح الوجه فيه بعد كون المشتري قد تصرف في ملكه، ومجرد ثبوت حق الشفعة لا يقتضي الضمان بالمعنى المذكور ما لم يتم الدليل على ذلك، ولا دليل.

وأشكل من ذلك ما في الغنية من أن عليه رده إلى ما كان، مدعياً الإجماع على ذلك. إذ فيه: أن ذلك لا يجب حتى مع التصرف في ملك الغير عدواناً، بل المضمون هو فرق القيمة بين ما كان عليه الشيء قبل التصرف المذكور وما صار إليه بعده.

كيف؟! والإعادة إلى ما كان عليه كثيراً ما توجب زيادة قيمته عما كان عليه، كما لو كان البناء المهذوم قديماً أو متداخياً حيث تكون إعادته ببناء جديد موجبة لزيادة قيمته كثيراً.

كان التلف بفعل المشتري ضمنه (١). وإن كان بغير فعله ففيه إشكال (٢).

(١) لعموم ضمان إتلاف مال الغير الثابت ببناء العقلاء والمستفاد من الشارع الأقدس الجري عليه من حكمه به في الموارد المختلفة. ولا فرق فيه بين علمه بالأخذ بالشفعة وعدمه. وإنما يفترقان بالإثم وعدمه.

وقد أشرنا آنفاً إلى عدم الفرق فيه بين إتلاف العين وإتلاف الهيئة بهدم ونحوه، وإلى أن المراد به ضمان فرق القيمة بين ما كان عليه المبيع وما صار إليه، لا إعادته إلى ما كان عليه بإعادة بناءه لو كان قد هدمه مثلاً. كما لا مجال لضمانه بنسبته من الثمن، لعدم ثبوت ذلك في البيع، فضلاً عن المقام.

(٢) لم يتضح وجه الإشكال، بل اللازم الرجوع لضوابط الضمان العامة، المنحصرة هنا بضمان اليد. فإن كان تحت يد المشتري، لقبضه له من البائع تعين ضمان المشتري له إذا كان قد فرط في تسليمه للشفيع بعد أخذه بالشفعة، غاية أنه لو كان التلف غيره يكون له الرجوع عليه بما يدفعه للشفيع، كما يكون للشفيع الرجوع على التلف ابتداءً، نظير تعاقب الأيدي. أما إذا لم يفرط في تسليمه للشفيع فلا ضمان عليه، لعدم كون يده عادية.

وكأنه إلى هذا يرجع ما ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله من ضمانه له إذا كان التلف بعد المطالبة ومساحة المشتري في الإقباض. وإن كان الظاهر أنه لا يشترط المطالبة، بل يكفي في ضمان المشتري تسامحه في الإقباض من دون إذن الشفيع في إبقائه عنده، فعدم المطالبة إنما يرفع الضمان إذا رجع إلى الإذن في الإبقاء عنده. ولعل ذلك هو مراده رحمهم الله.

وأما البناء على ضمان المشتري له بالثمن، نظير البيع، حيث يكون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، على تفصيل مذكور في محله. فيظهر ضعفه مما سبق من عدم الوجه لحمل الشفعة على البيع في ذلك.

ومنه يظهر عدم ضمان المشتري له لو كان قد قبضه ودفعه لثالث قبل الأخذ

والأحوط الضمان (١).

(مسألة ١٥): الشفعة تورث (٢) كما يورث المال على الأقوى. وليس

بالشفعة، بل يتعين ضمان صاحب اليد له إذا كان قد فرط في تسليمه للشفيع، نظير ما تقدم فيها لو كان في يد المشتري.

نعم لو كان في يد البائع لعدم قبض المشتري له بعد لم يبعد جريان حكم تلف المبيع قبل قبضه على التفصيل المتقدم في اقتضائه بطلان البيع وعدمه، وعلى الأول يتعين بطلان الشفعة. وإن كان الأمر محتاجاً لمزيد من التأمل.

(١) إنها يكون الضمان أحوط في حق المشتري، وكفي في احتياطه دفع البدل وتمليكه معلقاً على الاستحقاق، ولا يتوقف على الجزم بتعليكه مردداً بين الضمان والهبة. ومن هنا يكون أخذ الشفيع البدل مخالفاً للاحتياط في حقه. ولا يتم الجمع بينهما في الاحتياط إلا بالتراضي والصلح.

(٢) كما في المنفعة والانتصار وبيع الخلاف والسرائر والشرائع والنافع وجامع الشرائع وكشف الرموز والتحرير والمختلف والتبصرة والإرشاد وظاهر التذكرة والإيضاح وصریح الدروس واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وجماعة ممن تأخر عنهم، وحكي عن ابن الجنيد. ونسب للأكثر تارة، وللمشهور أخرى، بل ظاهر الانتصار الإجماع عليه.

لكن قد يظهر من القواعد التوقف فيه، بل ظاهر الفقيه والمبسوط أنها لا تورث. وهو صريح النهاية وشفعة الخلاف والمهذب والوسيلة وحكي عن الطبرسي والأردبيلي الميل إليه، ونسبه في المبسوط لأكثر أصحابنا.

ويستدل للأول بعمومات الميراث، بناء على ما ذكرناه في المسألة الأولى من فصل أحكام الخيار من شمولها للحق وعدم اختصاصها بالمال.

لكن سبق اختصاص ذلك بها إذا أحرز بقاء الحق لبقائه موضوعه بعد الموت.

وقد يشكل في المقام بلحاظ ما تقدم في المسألة الثانية عشرة من أن خروج الشقص عن ملك الشفيع موجب لسقوط حق الشفعة له، ولا إشكال في خروجه عن ملكه بالموت، كما أشار لذلك في الخلاف.

نعم قد يقال: إن ملكية الوارث بقاء للملكية المورث عرفاً، وليست مباينة لها. إلا أن في كفاية ذلك إشكال، لأن المعتبر في بقاء حق الشفعة ليس هو بقاء ملكية الشريك، بل بقاءه مالكاً وشريكاً، وذلك غير حاصل في المقام.

وأشكل من ذلك ما يظهر من المختلف من كفاية ملك الوارث في ثبوت الشفعة له. إذ فيه: أن ملك الوارث متأخر عن البيع، والمعتبر في الشفعة هو الملكية والشركة قبل البيع. مع أن الوارث قد يتعدد، ولا بد في الشفعة من وحدة الشريك. على أن ذلك خارج عن محل الكلام من إرث حق الشفعة، لرجوعه إلى ثبوت الشفعة للوارث ابتداء. ولم يقل بذلك أحد.

مضافاً إلى موثق طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام. قال: «لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم. وقال: إن رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم قال: لا يشفع في الحدود. وقال: لا تورث الشفعة»^(١).

وقد استشكل فيه في السرائر بناء على أصله من أن أخبار الآحاد لا توجب علماً ولا عملاً. وقد تكرر متايبان ضعفه، كما هو المشهور بين الأصحاب رحمهم الله.

كما استشكل فيه من تأخر عنه بضعف الطريق. لكن ذلك إن كان لجهالة محمد بن يحيى الواقع في سند الحديث فهو مردد بدوآيين الخزاز والختعمي، لأنها هما اللذان يرويان عن طلحة بن زيد، وكلاهما ثقة. بل الظاهر أنه الخزاز الثقة العين، لأنه هو الذي يروي عنه أحمد بن محمد بن عيسى الواقع في سند هذا الحديث.

وإن كان للطعن في طلحة بن زيد بأنه بترى - كما ذكر ذلك الشيخ في رجاله،

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

لبعض الورثة الأخذ بها ما لم يوافقها الباقون (١). وإذا أسقط بعضهم حقه في سقوط حق الباقي، أو بقاءه، فله أن يأخذ بمقدار حقه، أو استقلاله بالحق، فله أن يأخذ بالجميع وجوه، أقواها الأول (٢).

وتكرر في كلماتهم في المقام - أو بأنه عامي - كما في رجال النجاشي وفي الفهرست - فلا مجال لذلك بعد تصريح الشيخ في الفهرست بأن كتابه معتمد، وكونه من رجال تفسير القمي وكامل الزيارات، ورواية صفوان عنه، وهو لا يروي إلا عن ثقة، مؤيداً برواية جماعة من الأعيان عنه.

ومثل ذلك ما في الجواهر من أن ذلك غير مجد بعد إعراض من عرفت عنه، وتحقق خلاف الأكثرية المحكية. وسبقه إلى ذلك في الجملة في الرياض ومفتاح الكرامة.

إذ فيه: إن أكثر من أعرض عنه قد علل إعراضه بما هو عليل، من عدم العمل بأخبار الأحاد، أو ضعف سند الحديث. وأما مخالفة الأكثر المحكية فلا تكفي في وهن الحديث بعد اعتبار سنده في نفسه. ولا سيما بعد ما سبق من المبسوط من نسبة القول بعدم ميراث الشفعة لأكثر أصحابنا، حيث لا إشكال في أن شهرة القدماء أولى بالمراعاة من شهرة المتأخرين.

(١) إذ بناء على إرث حق الشفعة فمن الظاهر وحدة الحق المذكور وعدم قابليته للقسمة، فإذا صار بالميراث حقاً لجميع الورثة تعين عدم استقلال كل منهم بالسلطنة عليه، نظير ما ذكرناه في إرث الخيار. وقد تقدم تفصيل الكلام هناك. فراجع.

(٢) هذا لا يناسب ما سبق من وحدة الحق وعدم استقلال بعضهم بالسلطنة عليه، فإن ذلك كما يقتضي عدم استقلاله بإعماله يقتضي عدم استقلاله بإسقاطه. بل يتعين بقاء الحق لهم ما لم يتفقوا على العفو والإسقاط.

نعم إذا لزم من عدم مبادرة جميع الورثة للأخذ بالشفعة ما ينافي الفورية - بأن

(مسألة ١٦): إذا سقط الشفيع حقه قبل البيع لم يسقط (١).

علموا كلهم بثبوت الشفعة لهم، ولم يأخذوا بها كلهم ولو لاختلافهم - تعين سقوط حقهم في الشفعة. لكن ذلك ليس لإسقاط بعضهم.

هذا والمصرح به في كلام جماعة أن للباقيين الأخذ بالجميع. وهو يبتني على استقلال كل منهم بالأخذ بالشفعة، الذي سبق المنع منه.

ودعوى: أنه لا وجه لسقوط حق الآخرين بإسقاط البعض، وإن تمت - كما سبق - إلا أنها لا تقتضي استقلال الباقيين بالأخذ، بل يتعين بقاء الحق للكل على نحو المجموعة ما لم يسقط بمنافاة الفورية، كما تقدم.

ومثل ذلك في الضعف احتمال أن للباقي أن يأخذ بمقدار حقه. إذ فيه: أن حق الشفعة بسيط غير قابل للقسمة. ومجرد كون متعلقه - وهو الحصة - قابلاً لها لا يكفي في ذلك، لأن الموروث هو الحق دون متعلقه. مضافاً إلى ما سبق في المسألة الثانية من عدم مشروعية التبعض في الأخذ بالشفعة. فلاحظ.

(١) كما في السرائر والنافع والتذكرة والتحرير والقواعد والتبصرة والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وعن ابن الجنيّد وغيره. وتردد فيه في الشرائع وظاهر الدروس والإرشاد، بل نسب له فيه القول بالسقوط، لأنه قال في مبطلات الشفعة: «وبالنزول قبل البيع على رأي»، وفي المختلف أن فيه قوة.

ولا ينبغي الإشكال في السقوط بناء على ما سبق ممّا من ثبوت حق الشفعة على الشريك قبل البيع، وأن ثبوته على المشتري متفرع على ثبوته على البائع قبله. لما هو المعلوم من أن لكل ذي حق إسقاط حقه.

نعم إذا أسقطه عن المشتري، فإن قصد بذلك إسقاط أصل الحق - كما هو المفهوم عرفاً - جرى فيه ما سبق. وإن قصد به إسقاطه عن خصوصه فهو إسقاط لما لم يجب فلا يصح. إلا أن لا يراد به إسقاطه فعلاً بل معلقاً على ثبوته، فيمكن صحته.

لكن لا دليل على مشروعية الإسقاط المعلق.

وكذا الحال بناء على ما يظهر من المشهور من عدم ثبوت حق الشفعة إلا بعد البيع. والظاهر أن ذلك هو الوجه فيما سبق من كثير منهم من عدم السقوط، كما صرح به في كلام بعضهم.

لكن استدلل للسقوط في كلماتهم مع الاعتراف بذلك بوجوه:

الأول: الأصل بعد انصراف إطلاق أدلة الشفعة عن الفرض، كما في مفتاح الكرامة والجواهر. لكن لم يتضح وجه الانصراف. وهل يمكن دعوى نظيره فيما إذا أسقط أحد المتبايعين خيار المجلس قبل العقد؟!.

الثاني: أن الشفعة إنها ثبتت للشريك دفعاً لضرره، ولا ضرر هنا بعد أن تنازل عن حقه، ولو كان فقد أدخله هو على نفسه. ويظهر ضعفه عما سبق غير مرة من أن الضرر ليس علة يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً. وكونه قد أدخله على نفسه إنها يتم إذا كان الإسقاط نافذاً عليه، وهو محل الكلام في المقام.

الثالث: ما عن مجمع البرهان من أن ذلك وعد من الشفيع بعدم الأخذ بالشفعة، وقد استفاضت النصوص بالأمر بالوفاء بالوعد. ولو تم الإجماع على عدم وجوبه فلا مجال لذلك في المقام، لعدم الإجماع على ذلك فيه.

وفيه - مع أن إسقاط حق الشفعة ليس وعداً بعدم الأخذ بها - : أنه لا مجال لحمل نصوص الوفاء بالوعد على الوجوب في خصوص المقام بعد ندرته. مع أن وجوب الوفاء بالوعد لو تم فهو تكليف محض لا يقتضي عدم ترتب الأثر على الأخذ بالشفعة، لعدم اقتضاء النهي الفساد.

ويلحق بذلك ما إذا عرضه الشريك البائع بالثمن على شريكه فلم يقبله فباعه من غيره، فقد صرح بسقوط الشفعة حينئذٍ في النهاية والوسيلة والجامع، وهو ظاهر المقنعة، وفي المختلف أن فيه قوة. بل في النافع أن الأشبه السقوط فيما إذا أذن للمشتري

في الابتاع، واختاره في كشف الرموز ونسبه للشيخين وابني بابويه وأتباعهم. وكان المراد به الإذن المبني على التنازل عن الشفعة والبناء على عدم الأخذ بها، كما يظهر من المختلف، ويناسبه ما سبق من الشيخين.

وكيف كان فقد يستدل له - مضافاً إلى الوجوه السابقة التي عرفت الإشكال فيها - بأرسله المحقق ثُمَّ نَصَّ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لا يحل له أن يبيعه حتى يستأذن شريكه، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به»^(١)، وما أرسله العلامة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «الشفعة في كل شرك بأرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع»^(٢) ونحوهما. بدعوى: انجبارها بفتوى من عرفت، كما في مفتاح الكرامة، وقد يظهر من الجواهر.

وفيه: أن الحديثين المذكورين ونحوهما من روايات العامة، كما اعترف بذلك المحقق في الحديث المذكور ولم يتضح اعتماد من عرفت عليها. ومجرد موافقة فتاواهم لها لا يكفي في انجبارها ما لم يحرز اعتمادهم عليها.

نعم في معتبر الغنوي عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَام: «سألته عن الشفعة في الدور أشياء واجب للشريك، ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع...»^(٣)، فإن المنسب منه أن من شأن الشفيع أن تعرض عليه الحصة قبل البيع لتحديد موقفه. وكان الأولى بهم ذكره.

مضافاً إلى أن هذه النصوص ظاهرة في سعة حق الشفعة وثبوته على الشريك البائع قبل البيع، لا على خصوص المشتري بعد البيع. وقد سبق عدم الإشكال في سقوط حق الشفعة بالإسقاط قبل البيع بناء على ذلك. كما يسقط أيضاً بقيام البائع بوظيفته بعرض حصته على شريكه قبل بيعها وإباء الشريك عن أخذها، كما يظهر مما

(١) نكت النهاية ج: ٢ ص: ٢٣٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ج: ١٢ ص: ٣٢٧.

(٣) وسائل الشفيع ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

وكذا إذا شهد على البيع (١)، أو بارك للمشتري (٢). إلا أن تقوم القرينة

سبق في تحديد حق الشفعة وبعض الفروع السابقة. ومن هنا سبق مّا هناك احتمال ابتناء كلام من سبق على ذلك.

ومثل ذلك ما يظهر من الجواهر من حمل ما تضمن من النصوص أن الشريك أحق بحصة شريكه قبل صدور البيع منه مما تقدم التعرض له هناك على أن الإسقاط المذكور مانع من ثبوت حق الشفعة بعد البيع. وقد أطال في توضيح ذلك والتفريع عليه بما لا مجال لإطالة الكلام فيه.

حيث يظهر مما سبق مّا هناك أن مقتضى النصوص المذكورة سعة الحق، وثبوته في حق الشريك الذي يريد البيع، فيكون الإسقاط إسقاطاً لحق ثابت، لا مانعاً من ثبوت الحق كما ذكره هو، فضلاً عن أن يكون إسقاطاً لما لم يجب، كما ذكره من سبق. فلاحظ.

(١) كما في السرائر والتذكرة والقواعد والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. وقد يظهر من الإرشاد. وذهب إلى سقوطها بذلك في النهاية والوسيلة والنافع وجامع الشرائع وكشف الرموز حاكياً له عن الصدوقين والشيخين وأتباعهم. وتردد في الشرائع والتحرير والتبصرة وظاهر الدروس وعن غيرها.

والظاهر أن الشهادة بنفسها لا تدل على التنازل عن الشفعة، إلا أنها كثيراً ما تحتف بقرائن تظهر في ذلك، فيكون المعيار على ذلك، كما ذكره في المختلف وجرى عليه في المتن، أو على المنافة للقرينة، كما نبّه له بعضهم.

(٢) كلامهم هنا وفي المباركة للبايع على نحو كلامهم في الشهادة، إلا أنه يزيد هنا أنه صرح في المبسوط بعدم السقوط وفي المختلف بالسقوط.

والإنصاف أن المباركة للمشتري ظاهرة في إسقاط حق الشفعة، إذ لا موضوع لها عرفاً مع الأخذ بها، لعدم استمتاع المشتري بالمبيع حينئذٍ، لبارك له في شرائه، إلا

على إرادة الإسقاط بعد البيع (١).

(مسألة ١٧): إذا كانت العين مشتركة بين حاضر وغائب، وكانت حصة الغائب بيد ثالث، فباعها بدعوى الوكالة عن الغائب، جاز الشراء منه (٢) والتصرف فيه (٣). وهل يجوز للشريك الحاضر الأخذ بالشفعة بعد إطلاعه على البيع؟ إشكال، وإن كان أقرب (٤). فإذا حضر الغائب وصدق

أن تقوم القرينة على أن المباركة صورية. فلاحظ.

(١) وكذا إذا كان ذلك بنحو ينافي فورية الأخذ بالشفعة.

(٢) يعني: ظاهراً، لأنه مصدق على ما تحت يده ما لم يكذبه المالك، ولم يكذبه بعد. والظاهر عدم الإشكال والخلاف بينهم في ذلك.

(٣) لعين ما سبق. بل لا مجال لاحتمال المنع من الشراء من دون تصرف، لعدم التعدي به على المالك لو كان باطلاً، والكلام إنما هو في الشراء مع أخذ العين والتصرف فيها.

(٤) كما في التحرير، ونسبه في الشرائع للخلاف وإن لم نعثر عليه فيه. وتردد فيه في الدروس وظاهر المبسوط، بل منع منه في الشرائع والإرشاد، معللاً في الأول بأن الشفعة تابعة لثبوت البيع. كما تردد في التذكرة والقواعد والدروس في نظيره، وهو دعوى الشريك صاحب الشفعة على من بيده الحصة تحقق الشراء من شريكه واستحقاقه الشفعة بسبب ذلك وتصديق من بيده الحصة له.

وكأنه لعدم ثبوت البيع بعد احتمال بطلانه لعدم إذن المالك فيه. بل عمم بعضهم ذلك لما إذا صدق الشفيع مدعي الوكالة أو الشراء، لأن ذلك إقرار في حق الغير. لكنه كما ترى، فإن صاحب اليد مصدق على ما تحت يده، فكما يجوز الشراء منه تثبت الشفعة بذلك. بل مع تصديق الشفيع لا معنى لتوقفه عن الأخذ بالشفعة، لانحصار الأثر العملي بهما، فلا معنى لعدم ترتيبها له مع علمهما بتحقيق موضوعه.

فهو، وإن أنكر كان القول قوله بيمينه (١). فإذا حلف انتزع الحصة من يد الشفيع (٢)، وكان له عليه الأجرة إن كانت ذات منفعة مستوفاة (٣) أو مطلقاً على قول (٤). فإن دفعها على المالك رجع بها على مدعي الوكالة (٥).

وأما ما في جامع المقاصد من أنه وإن جاز الأخذ بالشفعة، إلا أنه ليس للحاكم انتزاع الشقص وتسليمه لمدعي الشراء، لعدم ثبوت الشراء شرعاً.

ففيه: أنه مع تصديق من بيده الحصة للشريك في دعوى تحقق الشراء لا يصل الأمر للحاكم. ولو فرض وصول الأمر له، لامتناع من بيده المال من التسليم، تعين على الحاكم انتزاع الحصة، لأن قول صاحب اليد حجة عليه كما هو حجة على غيره، فيلزمه التعويل عليه في حكمه لصالح المدعي وانتزاع الحصة له.

ومن هنا يظهر أن الشريك إذا كان يريد الأخذ بالشفعة فاللازم عليه المبادرة في الأخذ بها في المقام بعد ثبوتها في حقه شرعاً أو يقيناً، وإذا لم يبادر لذلك بانتظار تصديق الشريك سقطت شفعته، بناء على ما سبق من ابتناء الشفعة على الفور.

(١) كما ذكر ذلك جميع من تقدم بنحو يظهر منهم المفروغية عنه. لموافقة قوله للأصل، فيكون هو المنكر الذي يكلف باليمين. إلا أن يتسنى للطرف الآخر إقامة البينة أو غيرها من طرق إثبات توكيله أو بيعه، كما هو ظاهر.

(٢) كما ذكروا ذلك أيضاً من دون ظهور خلاف أو إشكال. لظهور عدم ثبوت الشفعة له، لعدم تحقق موضوعها، وهو البيع.

(٣) لانكشاف استيفائها بلا حق، فتكون مضمونة.

(٤) تقدم الكلام في ذلك في المسألة السادسة عشرة من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع. وتقدم منّا تقريب عدم ضمان المنافع غير المستوفاة. فراجع.

(٥) كما ذكره في المبسوط والشرائع، معللين له بأنه غره. ومقتضاه اختصاص الرجوع بها إذا كان مدعي الوكالة غاراً، لعلمه بعدم التوكيل في البيع وتعده الكذب

في دعوى الإذن به. ولا يكفي مجرد تسببه لخسارة الشفيع من دون تغير، كما هو الظاهر على ما ذكرناه في المسألة التاسعة عشرة من الفصل المذكور من بيع الفضولي. ومن هنا لا مجال لإطلاق سيدنا المصنف رحمته الله الرجوع هنا وهناك.

على أنه تقدم منّا هناك الإشكال في عموم ضمان التغير لما إذا لم يكن الغار طرفاً في المعاملة ومسبباً لخسارة المغرور، كما في المقام، لأن مدعي الوكالة إنها يكون سبباً في خسارة المشتري لو حصلت، لأنه هو الذي باعه، دون الشفيع، لأن الشفيع إنها يأخذ الشقص من المشتري قهراً من دون تسبب منه ولا من مدعي الوكالة.

وأظهر من ذلك ما إذا صدّق الشفيع مدعي الوكالة وكذّب منكرها، حيث يرى حينئذ أن شريكه المنكر للوكالة ظالم له في رجوعه عليه بقيمة المنفعة وتضمينه له، ولا مبرر لرجوعه بظلامته على غير ظالمه.

هذا وقد ذكروا أن للشريك الرجوع على مدعي الوكالة أيضاً. بل في الجواهر أنه لا خلاف فيه ولا إشكال. قال في المبسوط: «لأنه سبب يد الشفيع». لكن في اقتضاء مثل هذا التسبب للضمان إشكال، وإنما ذكر ذلك في ضمان العين بضمان اليد لو تعاقبت عليها الأيدي حتى تلفت، لأن يد كل منهم سبب لضمّانه.

أما المنافع فضمانها بالاستيفاء على ما سبق منّا، أو بحبس العين بناء على عموم الضمان لغير المنافع المستوفاة، وكلاهما إنها يكون في حق من تكون العين تحت يده، وهو في المقام الآخذ بالشفعة لا غير إذا أخذ العين، فلا وجه للرجوع بها على مدعي الوكالة. وإلا لزم ضمان المشتري من مدعي الوكالة أيضاً وجواز الرجوع عليه إذا كان قد قبض الحصة وسلمها للشريك الذي أخذ بالشفعة، حيث ينكشف أن قبضه لها وتسليمه إياها للآخذ بالشفعة بلا حق، مع أنهم لم يذكروا ذلك.

فالمقام نظير ما إذا تعاقبت الأيدي على العين حتى أثمرت، حيث لا يظن بأحد البناء على ضمان الثمرة للمالك في حق من وضع يده على العين قبل إثارها. فلاحظ.

(مسألة ١٨): إذا كان الثمن مؤجلاً جاز للشفيع الأخذ بالشفعة

بالثمن المؤجل (١)

(١) كما ذكر ذلك مع التوثق في الجملة في المقنعة والنهاية والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والنافع والجامع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والإرشاد والقواعد والمختلف والإيضاح والدروس وغيرها. وهو قول الأكثر، كما في جامع المقاصد، والأشهر كما في المسالك والرياض، وفي الأخير أن عليه عامة من تأخر.

ولم يعرف الخلاف في ذلك إلا من الشيخ في المبسوط والخلاف وعن ابن الجنيب والطبرسي، فذهبوا إلى أن الشفيع بخير بين التعجيل بالأخذ بالشفعة والأخذ بها عند حلول الأجل مع تعجيل الثمن في الحالين.

واستدل للأول في كلام غير واحد بأن للأجل قسطاً من الثمن مع ابتناء الشفعة على الفورية. وللثاني في الخلاف بعدم تساوي الذمم. والكل لا يخلو عن إشكال. إذ ليس للأجل قسط من الثمن. غاية الأمر أن يكون داعياً في إنقاصه أو زيادته، لخصوصية البائع والمشتري والكفيل وغيرها مما يقترن بالعقد مع كون الثمن هو القدر المجعول طرفاً في عقد البيع من حيث هو، وهو الظاهر من الثمن في معتبر الغنوي المتقدم.

وابتناء الشفعة على الفورية ينحصر الدليل عليه - كما تقدم - بأنه المتيقن من دليل الشفعة، ولا طريق لإحراز ذلك في المقام، كما لا طريق لإحراز نفيه.

وأما عدم تساوي الذمم فهو وإن كان مسلماً، إلا أنه لا يزيد على كونه وجهاً اعتبارياً لا ينهض دليلاً شرعياً لتحديد كيفية استحقاق الشفعة والأخذ بها.

كما أن المستفاد من معتبر علي بن مهزيار - على ما تقدم - هو ابتناء الأخذ بالشفعة على إحضار الثمن، وهو مقتضى الأصل ولو بلحاظ المتيقن من بناء العرف. لكن لا إطلاق للمعتبر المذكور يشمل كون الثمن مؤجلاً، كما لا يتضح كيفية بناء

وفي وجوب إلزامه بالكفيل إشكال (١). ويجوز أيضاً الأخذ بالثمن حالاً إن

العرف حينئذ.

ومن هنا يظهر ضعف ما في الرياض من قوة تخيير الشفيع بين الأمور الثلاثة التي تضمنها القولان المتقدمان، وهي التعجيل بالأخذ بالشفعة بالثمن مع تعجيله، والتعجيل بالأخذ به مع تأجيله، لكن مع التوثق، وتأجيل الأخذ بالشفعة إلى حين حلول الأجل. إذ فيه: أن ذلك فرع تمامية الأدلة المتقدمة. وليس تخيير الشفيع بالنحو المذكور بأولى من تخيير المشتري.

فالتحقيق أنه لا مجال لاستفادة حكم المقام من النصوص وغيرها مما ينهض بالاستدلال، وأن ما تضمنته كلماتهم من الاستدلال وجوه اعتبارية لا تنهض حججاً في إثبات حكم شرعي.

نعم من البعيد جداً أن يكون تأجيل الثمن مانعاً من ثبوت حق الشفعة للشريك، بل يكاد يقطع بعدهم. بل هو مخالف لإطلاق قوله ﷺ في معتبر الغنوي: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^(١)، كما قد يستفاد من غيره.

غاية الأمر أنه لا طريق لمعرفة كيفية الأخذ، فاللازم الاقتصار على المتيقن، وهو المبادرة بالأخذ مع الاحتياط بالاتفاق والمصالحة بين المشتري والشفيع في كيفية دفع الثمن، ومع التشاح بينهما فالقدم رأي المشتري اقتصاراً في الشفعة على المتيقن.

وهذا يجري في جميع الشروط الخارجة عن العوضين، كاشتراط التسجيل بالطابو، واشتراط الكفيل لو ظهر المبيع مستحقاً، واشتراط الانتفاع بالمبيع مدة معينة... إلى غير ذلك حيث لا يظهر من أدلة الشفعة كيفية الأخذ معها، وينحصر الأمر بالتصالح. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) المذكور في كلام من تقدم هو أن للمشتري إلزام الشفيع بالكفيل إذا لم

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب ٢: من أبواب كتاب الشفعة حديث: ١.

رضي المشتري به (١).

يكن ملياً، وقيد في التذكرة بها إذا كان المي ثقة. وقد يظهر من المختلف أن له إلزامه به مطلقاً. وهو المتعين بناء على تمامية وجه الإلزام بالكفيل وهو توثق المشتري على ماله بلحاظ ما تقدم من الخلاف من عدم تساوي الذمم، لأن وثاقة الشفيع وكونه ملياً لا يرفع الحاجة للتوثق بالكفيل بلحاظ احتمال الطوارئ غير المحتسبة.

نعم بعد فرض أن مقتضى الشفعة تأجيل الثمن تبعاً لتأجيله في البيع فاستحقاق المشتري طلب الكفيل توثقاً لماله يحتاج إلى دليل. ومجرد عدم تساوي الذمم لا ينهض دليلاً كما سبق. ولذا لم يلتزموا بذلك في بيع المرابحة، حيث ذكروا - تبعاً للنصوص - أنه إذا كان رأس المال مؤجلاً ولم يخبر به البائع وباع مرابحة كان للمشتري تأجيل الثمن من دون أن يلزمه بالكفيل.

غاية الأمر أن بعض النصوص هناك قد تضمن أن للبائع الاستيثاق لحقه^(١). لكن ظاهرها أن له ذلك حين البيع مرابحة إذا أخبر بالأجل، حيث يكون التأجيل باتفاقهما وللبائع الامتناع من البيع بدونه. دون ما إذا لم يخبر به وباعه حالاً، حيث يكون التأجيل قسراً عليه، الذي هو نظير المقام.

نعم لو كان البائع قد توثق من المشتري بأخذ الكفيل، فقد يتجه أخذ المشتري الكفيل من الشفيع بعين ملاك التأجيل في الثمن لو تم، حيث يشتركان في كونها شرطاً في البيع متعلقاً بالثمن. بل قد يتجه لزوم وحدة الكفيل حيثئذ، بأن يكون الكافل للشفيع هو الكافل للمشتري. فلاحظ.

(١) كأنه لأن التأجيل حق للشفيع كما كان حقاً للمشتري قبل الأخذ بالشفعة، فللشفيع التنازل عنه. وإنما اشترطت رضا المشتري لما ذكره من أن لذي الحق الامتناع من أخذ حقه قبل حلول أجله.

(مسألة ١٩): المشهور أن الشفعة لا تسقط بالإقالة (١). فإذا تقايلا

لكن سبق منه **ثبتت** ومتى في أوائل فصل النقد والنسيئة من كتاب البيع أن ذلك لا يجري فيما إذا قامت القرينة على اختصاص حق التأجيل بالطرف الآخر، بل يتعين على صاحب الحق حينئذ أخذه قبل الأجل إذا أراد تعجيل التسليم. ولعله لذا قال بعض مشايخنا **ثبتت**: «ويجوز أيضاً الأخذ بالثمن حالاً إن رضي المشتري به أو كان شرط التأجيل للمشتري على البائع».

نعم هذا كله في تعجيل تسليم الثمن بعد فرض ابتناء الأخذ بالشفعة على تأجيله، كما ابتنى البيع عليه. أما ابتناء الأخذ بالشفعة على تعجيل الثمن على خلاف ما وقع عليه البيع - كما هو ظاهر مفروض كلام سيدنا المصنف **ثبتت** - فهو يبتني على أمر آخر، وهو إمكان اختلاف الأخذ بالشفعة عما وقع عليه البيع، كالأخذ بها بأقل من الثمن بإذن المشتري أو بأكثر منه برضا الشفيع.

وهو أمر يحتاج إلى إثبات، لأن المتيقن من مشروعية الشفعة هو الأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، والمفروض عند القائلين بثبوت الأجل للشفيع في المقام أن الأجل من شؤون الثمن فالأخذ بالشفعة من دون الأجل نظير الأخذ بها ببعض الثمن لا دليل على مشروعيتها.

إلا أن يرجع إلى معاوضة خاصة بين المشتري ومن له حق الشفعة مباينة للأخذ بالشفعة. فتأمل جيداً.

(١) كما في المبسوط والمهذب والوسيلة والسرائر والشرائع والجامع والتذكرة والقواعد والتحرير والإرشاد والدروس واللمعتين وجامع المقاصد وغيرها. بل لا يظهر وجود مخالف صريح في ذلك. وفي الجواهر: «لا أجد فيه خلافاً بينهم».

وقد استدلل عليه في كلماتهم بأن حق الشفعة قد ثبت بالبيع السابق على التقايل قهراً على المتبايعين، فلا سلطان لهما على رفعه بالتقايل. وكما كان للشفيع

إبطال تصرفات المشتري اللاحقة كالبيع والهبة، بل حتى الوقف - كما سبق في المسألة العاشرة - فله إبطال التقايل تمسكاً بحقه.

وقد يستشكل في ذلك بأن الإقالة ليست كسائر التصرفات الصادرة من المشتري، إذ التصرفات المذكورة مترتبة على بقاء البيع وعدم بطلانه، فلا يرتفع بها موضوع الشفعة، بخلاف الإقالة والفسخ، لأن مفادهما حل العقد، ورجوع أطرافه إلى ما كانت عليه قبله، فيرتفع موضوع الشفعة.

على أن بطلان الإقالة والفسخ بعد صحتها وترتب الأثر عليها مما لا يتعقل عرفاً، إذ العقد بعد انحلاله غير قابل للعود إلا بتجديده، وليس إبطال الإقالة والفسخ تجديداً له قطعاً. ولذا لا يمكن عرفاً عود العقد برفع الفاسخ اليد عن فسخه والتراجع عنه، ولا برفع المتقايلين اليد عن التقايل والتراجع، كما كان لهم رفع اليد عن العقد بفسخه أو التقايل فيه.

وإذا كان تراجع الفاسخ عن فسخه منافياً لقاعدة السلطنة على العوض في حق الآخر فلا يجري ذلك مع رضا الطرف الآخر، كما لا يجري في تراجع المتقايلين عن الإقالة، ومع ذلك لا يظن بأحد البناء على إمكان رجوع العقد بأحد الأمرين.

ومن هنا ينحصر الأمر بوجوده:

الأول: مانعية حق الشفعة من التقايل، بحيث لا يترتب عليه الأثر مطلقاً، إلا أن يقع بعد سقوط حق الشفعة.

الثاني: وقوع التقايل مراعى بعدم الأخذ بالشفعة، بحيث لو أخذ بها بعده انكشف بطلانه من أول الأمر، وأن المبيع باق على ملك المشتري إلى حين الأخذ بالشفعة، فنهاؤه له. وإن لم يؤخذ بها، لسقوط الحق أو لغير ذلك، انكشف صحة التقايل، وأن المبيع رجع من حينه للبائع، فنهاؤه له.

الثالث: صحة التقايل مطلقاً وسقوط حق الشفعة به.

والظاهر عدم الإشكال بينهم في بطلان الوجه الأول، ومشروعية التقايل وترتب الأثر عليه. لإطلاق أدلة مشروعية التقايل، ولا يمنع منه حق الشفعة، لأن الحق لا يقتضي حفظ موضوعه، كما لا يقتضي التكليف حفظ موضوعه، وإنما يقتضي المنع مما ينافيه مع بقاء موضوعه، وحيث كان موضوع حق الشفعة هو البيع والشراء ومن عليه الحق هو المشتري، فهو لا يقتضي حفظ ذلك بعدم التقايل، ولا يمنع من التقايل.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما ذكره الأصحاب من إبطال الأخذ بالشفعة للتقايل. لما سبق من عدم قابلية التقايل للبطلان، ولأن التقايل لما كان رافعاً لموضوع الشفعة فلا مجال للأخذ بها، كي يكون الأخذ المذكور مبطلاً للتقايل، كما أشرنا إليه آنفاً.

وأما الوجه الثاني فهو وإن كان ممكناً في نفسه، إلا أنه خال عن الدليل، إذ ليس في المقام إلا إطلاق أدلة الشفعة، وحيث سبق ورود إطلاق أدلة التقايل عليه، لارتفاع موضوع الشفعة بالتقايل وعدم مانعية حق الشفعة منه، يتعين صحة التقايل مطلقاً، وارتفاع موضوع الشفعة به، فلا يشرع الأخذ بها معه، كي يحتمل كشفه عن بطلان التقايل. فلم يبق إلا الوجه الثالث، وهو سقوط الشفعة بالتقايل.

هذا كله بناء على أن موضوع حق الشفعة البيع والشراء والبائع والمشتري حدوثاً وبقاء، حيث يرتفع الموضوع بالتقايل، لارتفاع البيع به وخروج المشتري عن كونه مشترياً كما تقدم. أما بناء على أن موضوع الحق هو البيع والشراء حدوثاً فقط، فمتى ما تحقق البيع وصدق على الشخص أنه مشتري ثبت عليه الحق وإن خرج عن كونه مشترياً بعد ذلك، فالتقايل لا يرفع موضوع الحق المذكور.

وحينئذٍ إن كان مقتضى حق الشفعة هو الأخذ من المشتري - كما ادعى في الجواهر الإجماع بقسميه عليه - فالمتعين البناء على عدم صحة التقايل، بناء على ما سبق من امتناع بطلانه بعد صحته. لأن حق الشفعة يقتضي حفظ القدرة على

إعماله بعد فرض بقاءه وعدم ارتفاع موضوعه. وأما بناء على ما يظهر منهم من إمكان بطلانه بعد صحته فالمتعين صحة التقايل ثم بطلانه بالأخذ بالشفعة، نظير ما تقدم في المسألة العاشرة من صحة تصرفات المشتري في المبيع بالبيع والهبة والوقف وغيرها ثم بطلانها إذا أخذ الشفيع بالشفعة.

وأما احتمال أن التقايل يكون مراعى بأخذ الشفيع بالشفعة وعدمه، فإن أخذ بها انكشف بطلان التقايل من حين وقوعه وعدم ترتب الأثر عليه، وإن لم يأخذ بها انكشف صحته وترتب الأثر عليه، نظير ما تقدم على المبنى الأول. فلم يتضح الوجه فيه، إذ بناء على عدم قابلية التقايل للبطلان يكون التنافي عرفاً بين ثبوت حق الشفعة بالنحو المذكور وإطلاق سلطنة المشتري على التقايل، فمع فرض تقديم إطلاق دليل الشفعة يتعين قصور سلطنته عن التقايل، ومع قصورها يتعين بطلانه مطلقاً مادام الحق ثابتاً.

وبعبارة أخرى: المنافي عرفاً للسلطنة على التقايل هو ثبوت حق الشفعة، لا إعماله، فيتعين بطلان التقايل مادام الحق ثابتاً، لا مراعى بإعماله.

أما بناء على قابلية التقايل للبطلان فلا تنافي بين ثبوت حق الشفعة بالنحو المذكور وسلطنة المشتري على التقايل، فيتعين صحته حين وقوعه مطلقاً. غاية أنه يبطل عند الأخذ بالشفعة بعد صحته، كما تبطل سائر تصرفات المشتري.

ثم إن ما عليه الأصحاب من أن الشفيع يأخذ المبيع من المشتري بعد بطلان الإقالة يناسب ما سبق منهم من ثبوت حق الشفعة على المشتري ابتداءً دون البائع.

أما بناء على ما سبق منا من ثبوته على الشريك البائع قبل البيع، وأن ثبوته على المشتري متفرع على ذلك، فلا مانع من البناء على أخذ الشفيع المبيع من البائع من دون ملزم بامتناع التقايل أو بطلانه بعد صحته. إذ بعد أن كانت أولويته بالمبيع بالثمن قبل البيع، بمعنى أنه كان أولى بأن يبيعه عليه بنفس الثمن، فلا مانع من بقاء هذه الأولوية حتى بعد رجوع المبيع للبائع بالتقايل. وإنما لم يكن له أن يأخذه منه قبل البيع، لأن حق

جاء للشفيع الأخذ بالشفعة، فيكشف بطلان الإقالة (١)، فيكون نهاء البيع

الشفعة لا يقتضي إلزام البائع بالبيع. بل أولوية الشفيع به إذا أقدم عليه الشريك. أما بعد وقوع البيع منه وتعيين الثمن فهو أولى به بالثمن المعين، فله أخذه به من المشتري مادام عنده، ومن البائع إذا رجع إليه بالتقاييل، بعد فرض ثبوت الحق عليهما معاً، من دون ملزم بالبناء على عدم صحة التقاييل أو بطلانه بعد صحته، أو غير ذلك مما تقدم. هذا وحيث سبق اختلاف الحكم على المبنين المتقدمين في تعيين موضوع حق الشفعة، وأنه هو البيع حدوداً وبقاءً أو حدوداً فقط. فمن الظاهر أن مقتضى إطلاق بعض أدلة الشفعة هو الثاني، حيث تضمنت التعبير بمثل: «فباع أحدهم»، و: «فبيع أحدهم» ونحوهما، لصدق ذلك بمجرد تحقق البيع وصدق البائع والمشتري على المتعاقدين، وإن زال بعد ذلك بالإقالة أو غيرها.

ولا أقل من كونه مقتضى الاستصحاب، إذ لا إشكال في ثبوت حق الشفعة بالبائع، وإنما يشك في ارتفاعه بانفساخه، فيكون مقتضى الاستصحاب بقاؤه. ولعل ما ذكرنا هو منشأ ظهور مفروغيتهم عن بقاء حق الشفعة وعدم ارتفاعه بالتقاييل، وإن اضطربت كلماتهم ومبانيهم في آثاره.

هذا ما تيسر لنا من الكلام في المقام، وإن كان الأمر محتاجاً لمزيد من التأمل، لاختلاف كلمات الأصحاب، واضطراب مبانيهم، ولا يسعنا استقصاء كلماتهم، بل يظهر الحال فيها مما سبق. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) المذكور في كلام المشهور هو إبطال الإقالة وفسخها الظاهر في صحتها حين وقوعها. والظاهر أن ذلك هو المراد من قوله في المذهب: «وإن تقاييل المتبايعان دفع الإقالة وردّ الملك إلى المشتري».

نعم قال في الوسيلة: «وللشفيع أن يمنع من الإقالة» ومقتضى الجمود عليه هو أن له منع إيقاعها. وهو غير ظاهر الوجه إذا لم يأخذ بعد بالشفعة. إلا أن يرجع إلى

بعدها للمشتري ونهاء الثمن للبائع (١)، كما كان الحال قبلها كذلك. ولكنه لا يخلو من إشكال.

(مسألة ٢٠): إذا كان للبائع خيار رد العين فالظاهر ثبوته وسقوط

الشفعة (٢).

مانعية حق الشفعة من سلطنة المتبايعين على التقايل الذي سبق الكلام فيه، أو يريد بمنع الإقالة إبطاها فيوافق المشهور، كما نسب له ذلك.

وأما التعبير بالانكشاف فلم أعثر عاجلاً على من ذكره قبل سيدنا المصنف ثنت وجرى عليه بعده بعض مشايخنا ثنت. نعم عن الشهيد ثنت في حواشيه احتمال أن الشفعيع يفسخ الإقالة ويبطلها من رأس، لا من حين الفسخ والأخذ بالشفعة، وهو أمر آخر غير الكشف الذي ذكره سيدنا المصنف ثنت. وكيف كان فقد ظهر مما سبق أنه لا مجال له بمقتضى الجمع بين الأدلة.

(١) لانكشاف بقائهما على ملكهما بانكشاف بطلان الإقالة لو تم.

(٢) كما هو مقتضى إطلاق المبسوط والخلاف والمهذب عدم ثبوت الشفعة مع الخيار للبائع، مع التصريح في الأول بعد الفرق بين خيار الشرط والمجلس.

لكن مقتضى تعليلهم ذلك بعدم ثبوت الملك للمشتري إلا بعد انقضاء زمان خياره هو ثبوت الشفعة بعد انقضاء زمانه.

وهو المصرح به في الإرشاد مع أنه ممن يرى ثبوت الملك بالعقد. كما أنه صرح غيره ممن يرى ذلك بثبوت الشفعة بالعقد قبل انقضاء زمن الخيار، كما يأتي.

ومن هنا لم يتضح وجود القائل بما ذكره سيدنا المصنف ثنت من خصوصية خيار ردّ العين في سقوط الشفعة.

هذا وحيث يأتي منه ثنت الإشكال في ثبوت بقية الخيارات فكان وجه خصوصية هذا الخيار هو انصراف دليل سببية البيع لثبوت الشفعة عن هذا البيع المبني

أما ثبوت سائر الخيارات معها فمحل إشكال (١).

على التوقيت ورجوع المبيع للبائع. مضافاً إلى ما يأتي عند الكلام في بقية الخيارات. ولا سيما مع استبعاد حرمان المالك عن هذا البيع الذي هو مورد للحاجة بلحاظ ما يترتب عليه من الانتفاع المؤقت بالثمن.

لكن هذا البيع وإن ابتنى على التوقيت، إلا أنه قد يؤول إلى الاستمرار، لعجز البائع عن إرجاع الثمن في المدة، أو لاختياره عدم إرجاعه مع قدرته عليه. وبلحاظ ذلك يصعب دعوى الانصراف. ولا سيما أن ذلك قد يحمل البائع على التحايل لدفع الشفعة باشتراط الخيار المذكور من دون أن يكون في حاجة له.

وأما لزوم حرمان البائع عن الخيار المذكور فهو يكتفي على عدم ثبوت بقية الخيارات مع الشفعة الذي يأتي الكلام فيه. مع أنه لا مجال لذلك بناء على ما سبق منا من ثبوت حق الشفعة على الشريك قبل البيع وسقوطه بعرض حصته على شريكه، فإن أباهها سقطت شفعتها، حيث يتيسر له حينئذٍ عرض بيع الحصّة بشرط الخيار على الشريك، فإن أخذها استفاد بالخيار معه، وإن أبى باعها بالخيار المذكور على غيره من دون شفعة قد يقال بمنعها من ثبوت هذا الخيار.

غاية الأمر أن الخيار المذكور مع غير الشريك قد يكون أصلح للبائع بنظره، لأنه آمن على المبيع أو لغير ذلك. لكن ذلك ليس محذوراً بوجوب انصراف إطلاق أدلة الشفعة، لا ابتناء الشفعة على ذلك في أصل البيع، فلتكن كذلك من دون أن تمنع منه خصوصية هذا البيع. فلاحظ.

(١) مما سبق يظهر عدم وجود القائل بسقوط الخيار. وإنما هم بين قولين:

الأول: ثبوت الشفعة بعد انقضاء زمان خيار البائع، كما في المبسوط والخلاف والمهذب والإرشاد، واحتمله في التحرير مصرحاً بالتوقف في المسألة. وقد علل في الثلاثة الأول - كما سبق - بعدم حصول الملك للمشتري إلا بعد انقضاء زمان الخيار.

وقد تقدم في فصل أحكام الخيار من كتاب البيع المنع من ذلك، وأن المشتري يملك بنفس العقد.

كما قد يعلل بناء على ثبوت الملك بنفس العقد بأن في الأخذ بالشفعة إسقاط حق البائع من الفسخ والزام للبيع دون رضاه، كما ذكر ذلك في التحرير. وهو لو تم قد يجري في خيار المشتري أيضاً، على كلام لهم لا يسعنا التعرض له.

وفيه: أن ذلك لا ينهض برفع اليد عن حق الشفعة بعد ابتثائه على مخالفة سلطنة المتبايعين، أو خصوص المشتري منهما. مع أن الإقدام على البيع المستتبع لحق الشفعة إقدام على التغيرير بحق الخيار.

نعم قد يناسبه ما سبق من بعضهم في المسألة الثامنة عشرة من عدم الأخذ بالشفعة إذا كان الثمن مؤجلاً إلا بعد انقضاء الأجل. لكن سبق الإشكال فيه هناك، فضلاً عن التعدي منه إلى هنا.

الثاني: ثبوت حق الشفعة بنفس العقد ولو مع ثبوت الخيار، كما هو المشهور، بل لا يظهر الخلاف فيه بناء على ثبوت الملك بالعقد إلا من الإرشاد في خيار البائع، كما سبق. وكأنه يتبني منهم على العمل بدليلي الخيار والشفعة.

والذي ينبغي أن يقال: مقتضى إطلاق أو عموم دليلي الشفعة والخيار ثبوتها معاً. نعم قد يتنافيان فيما إذا كان الخيار موجباً لحق البائع في استرجاع العين، كما في خيار ردّ العين الذي سبق من سيدنا المصنف رحمته التعرض له، فإن مقتضى شرط الخيار بقاؤه في ملك المشتري في مدة الخيار ليسترجعه البائع إذا أراد، ومقتضى حق الشفعة سلطنة الشفيع على أخذه له من المشتري.

الهم إلا أن يقال: الشرط لا يقتضي عدم خروج المبيع عن ملك المشتري، بل عدم إخراج المشتري له عن ملكه، لأن الشرط إنما يتضمن جعل الأمر المشروط على المشروط عليه، بحيث يكون حقاً عليه، ويكون مقتضى خطابه بالوفاء بالشرط التزامه بها جعله على نفسه، فلا ينافي حق الشفعة القاضي بأن للشفيع أخذه من المشتري قهراً

عليه. نظير ما لو صادف أن المبيع يبيع الخيار ممن يعتق على المشتري، حيث لا إشكال ظاهراً في اعتاقه عليه، وتعذر استرجاع البائع له.

نعم تقدم في المسألة الثامنة عشرة عند الكلام فيما إذا اشترط التأجيل في الثمن أنه لا يظهر من أدلة الشفعة كيفية الأخذ بها مع الشرط، لعدم الإطلاق فيها. وحينئذ يتعين التصالح مع المشتري أو غيره ممن يتعلق به الشرط، ومع التشاح فاللازم للاقتصار على المتيقن في الأخذ بالشفعة، وهو في المقام المبادرة بالأخذ بالشفعة مع الحفاظ على الشرط، فيسترجع البائع الشقص لو فسخ في المدة، ويبقى للشفيع لو مضت المدة ولم يسترجع المبيع.

هذا كله في الخيار المشروط. أما الخيار الثابت بحكم الشارع فلا مانع من ثبوته مع الشفعة، لما سبق من أنه مقتضى إطلاق دليلهما. وحينئذ إن سبق صاحب الخيار ففسخ، ابتنى الحكم في المقام على ما تقدم في المسألة السابقة من الكلام في أن موضوع الشفعة هو البيع حدوداً وبقاءً، أو حدوداً فقط. فعلى الأول تسقط الشفعة بارتفاع موضوعها، وعلى الثاني لا تسقط، بل يأخذ الشفيع المبيع بالثمن، إما من المشتري بالالتزام برجوع المبيع له - كما يظهر من المشهور - أو من البائع، كما سبق منّا تقريره.

أما لو سبق صاحب الشفعة فأخذ بها، فإن كان الخيار مشروطاً ببقاء العين تحت ملك المشتري، بحيث يمكن إرجاعه للبائع تعين سقوطه. وإن لم يكن مشروطاً بذلك، بحيث يمكن مع خروج العين عن ملك المشتري الفسخ ودفع المشتري بدلها، تعين بقاء الخيار.

لكن في المختلف أن البائع لو فسخ بعد أخذ الشفيع استرجع العين من الشفيع، لبطلان البيع والشفعة المترتبة عليه. ونحوه في المسالك واللمعتين. بل عمم فيها ذلك للفسخ من المشتري إذا كان الخيار له.

ولم يتضح الوجه فيه بعد وقوع الأخذ في محله، وعدم ظهور بنائهم على ذلك في نظائر المقام من التصرفات المترتبة على البيع المذكور إذا وقعت من أهلها في محلها،

(مسألة ٢١): إذا كانت العين معيبة فإن علمه المشتري فلا خيار له ولا أرش (١). فإذا أخذ الشفيع بالشفعة فإن كان عالماً به فلا شيء له (٢)، وإن كان جاهلاً كان له الخيار في الرد (٣)،

بحيث ترتب الأثر عليها، كما نبّه لذلك في الجواهر. فراجع.

نعم بناءً على ما سبق ممّا من امتناع إبطال الفسخ، فبناءً على أن موضوع الشفعة هو البيع حدوداً فقط، وعلى ما عليه المشهور من أن الشفيع يأخذ الحصة المبيعة من المشتري، يلزم التنافي بين الشفعة والخيار، لأن مقتضى الشفعة عدم سلطنة المتبايعين على الفسخ الذي يمتنع معه رجوع العين له وأخذ الشفيع لها منه، ومقتضى الخيار سلطتهما على ذلك. وذلك يستلزم التنافي بين دليلي الخيار والشفعة، ويلزم الجمع بينهما بتخصيص أدلة الخيارات بدليل الشفعة، لأنه أخص، فليس لصاحب الخيار الأخذ به إلا بعد سقوط الشفعة. فلاحظ.

(١) كما نبّه لذلك غير واحد. بل لا إشكال ولا خلاف فيه ظاهراً، كما يظهر مما ذكره في خيار العيب. لكن في التذكرة أن له الأرض دون الرد إذا لم يكن الشفيع قد أخذه. وهو غريب جداً، بل لعله غلط، أو يكون قد خفي علينا مراده.

(٢) بلا إشكال ظاهر، بل ولا خلاف، لأن بعضهم وإن اقتصر على نفي الخيار، إلا أن الظاهر إرادته نفي الأرض أيضاً، لأنه من شؤون خيار العيب ولو أحقه. (٣) كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والقواعد والتحرير وغيرها، بل لم ينقل الخلاف فيه عن أحد. وقد علل في كلامهم بوجود العيب مع كونه جاهلاً به.

قال في الجواهر: «وتوهم إشكال الرد للشفيع بأن الشفعة ليست بيعاً، كي يستحق الرد بالعيب فيها. يدفعه عموم دليل الرد في العيب من غير فرق بين البيع وغيره، وهو قاعدة الضرر المنجبة بفتوى الأصحاب هنا».

لكن دليل الرد بالعيب في البيع ليس هو قاعدة الضرر كما لا مجال للاستدلال

وليس له اختيار الأرض (١). وإذا كان المشتري جاهلاً كان له الأرض (٢)،

بها في المقام، لعدم اطراد، ولأن الضرر قد حصل بالأخذ بالشفعة الذي لا إشكال في صحته وترتب الأثر عليه، وإذا أمكن تحكيم دليل نفي الضرر بعد وقوعه في البيع وغيره من العقود على دليل لزوم العقد المخاطب به شرعاً فلا مجال له في المقام، لعدم الخطاب بلزوم الأخذ ووجوب تنفيذه.

غايته أن أثر الأخذ بعد ترتبه من شأنه البقاء ما لم يحكم الشارع بجواز رفع اليد عنه، وحكمه بذلك من سنخ تدارك الضرر الذي لا ينهض به دليل نفي الضرر. ولا سيما مع إمكان التدارك بوجه آخر، كاسترجاع بعض الثمن وأخذ الأرض وغيرهما. ومن هنا فالظاهر انحصار وجه الرد بحمل المقام على البيع، وبالإجماع الذي قد يدعى في المقام. والأول يحتاج إلى دليل. والثاني غير ثابت بنحو ينهض بالحجية، لعدم شيوع الابتلاء بالمسألة في عصور الأئمة عليهم السلام، ليقطع بعدم الخروج عن رأيهم، وإننا حررت في كلام أهل الاستدلال، ومن القريب اعتقادهم على بعض الوجوه السابقة أو غيرها من الوجوه الاعتبارية.

ومن أجل ذلك كان الحكم في غاية الإشكال. ولا سيما إذا تغيرت العين عما كانت عليه، وإن لم يتعرضوا لحكم ذلك.

(١) كما في القواعد، ويظهر من غير واحد ممن اقتصر على الرد من دون تعرض للأرض. وقد استدل له في جامع المقاصد وغيره بأنه إنما يأخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد. لكنه كما ترى، لعدم كون الأرض جزءاً من الثمن، بل هو تدارك تعدي لنقص العيب.

ولعله لذا حكم بثبوتها في التحرير وظاهر المسالك. لكن وجهه ينحصر بإلحاق الأخذ بالشفعة بالبيع، الذي سبق احتياجه للدليل.

(٢) يظهر الحال فيه مما يأتي إن شاء الله تعالى.

ولا خيار له في الرد (١). فإذا أخذ الشفيع بالشفعة لم يبعد رجوعه على المشتري بالأرض (٢)

(١) كأنه لما سبق منه ~~ثبوت~~ من الإشكال في ثبوت الخيار في مورد الشفعة. وقد سبق الكلام فيه. فتأمل. ولو تم عدم الخيار في الرد فلا إشكال في ثبوت الأرض له، إما لأنه أحد طرفي التخيير، كما هو المشهور، أو لما هو المختار من الثابت مع تعذر الرد، كما هو المفروض في المقام.

أما بناءً على عدم سقوط الخيار في مورد الشفعة فالأرض إنما يثبت للمشتري بناءً على أنه أحد طرفي التخيير. وأما بناءً على أنه إنما يثبت الرد مع إمكانه فلا مجال له في المقام، بل ينحصر الأمر بالرد.

نعم إذا أخذ الشفيع بالشفعة وتعذر على المشتري الرد فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(٢) كما ذكره غير واحد. لا لإلحاق الشفعة بالبيع، وإلا لثبت له مع علم المشتري بالعيب قبل البيع وعدم استحقاقه الأرض، وقد سبق منه ~~ثبوت~~ عدمه، بل لدعوى أن الأرض وإن لم يكن جزءاً من الثمن، كما سبق في محله، إلا أنه بعد استحقاق المشتري له يكون مستثنى من الثمن عرفاً في المقام، فما دلّ على أن الشفيع يأخذ بالثمن يقصر عن المقدار المتدارك منه بالأرض.

لكن في بلوغ ذلك حدّاً ينهض بالاستدلال إشكال. مع أن ذلك يقتضي مراعاة الأرض حين البيع، لأنه الذي يستحقه المشتري، لا الأرض حين الأخذ بالشفعة، كما هو ظاهرهم، لظهور اختلاف نسبة المعيب للصحيح باختلاف الأزمنة.

كما أنه يقتضي ثبوت الأرض المذكور قهراً حين الأخذ بالشفعة، لرجوعه لنقص الثمن الذي يكون مورداً للأخذ بها، ولا يتوقف استحقاقه على التفات الشفيع للعيب، فضلاً عن مطالبته بالأرض. بل حتى لو علم بالعيب قبل الأخذ بالشفعة ثبت

حتى إذا كان قد أسقطه عن البائع (١). وإذا اتفق إطلاع المشتري على العيب بعد أخذ الشفيع فالظاهر أن له أخذ الأرض (٢). وعليه دفعه إلى الشفيع (٣).

له الأرض المذكور، إذ هو بعد استحقاق المشتري له يكون مستثنى من الثمن الذي للشفيع الأخذ به.

هذا ومقتضى ما سبق من سيدنا المصنف تتري من أن للشفيع الرد مع علم المشتري بالعيب هو جواز الرد له في المقام. ولعله إنما أهمل ذكره لوضوحه. وقد سبق من الكلام في وجهه.

(١) لأنه بعد فرض استثنائه من الثمن في المقام فيكون إسقاطه له عن البائع كما لو دفع للبائع أكثر من الثمن، حيث لا يجب على الشفيع دفع الزائد.

لكن المتيقن من استثناء الأرض من الثمن في المقام - لو تم - ما إذا انجبرت به خسارة المشتري من الثمن فعلاً بأخذه له لا مطلقاً ولو لم يأخذه. وإلا كان اللازم على المشتري دفع مقدار الأرض للشفيع حتى لو تعذر عليه أخذه من البائع، لامتناع البائع أو غيبته أو غيرهما. ومن الصعب جداً البناء على ذلك.

(٢) يعني: من البائع. كما احتمله في القواعد والتحرير والإيضاح، واستحسنه في الشرائع، واختاره في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. لعموم أدلة الأرض، حيث تقتضي كونه حقاً للمشتري فله المطالبة به.

خلافاً للمبسوط حيث ذكر أنه ليس له المطالبة بالأرض قولاً واحداً. وكأنه لما ذكره غير واحد من أنه إنما ثبت له استدراكاً لظلامته في الثمن، ولا مجال لذلك بعد أخذ الشفيع المبيع بالثمن ورجوع الثمن بتمامه للمشتري. وهو كما ترى لا ينهض بالخروج عن إطلاق دليل الأرض، خصوصاً بناءً على ثبوته للشفيع على المشتري، كما هو ظاهر.

(٣) كما ذكره غير واحد. وهو يبتني على ما سبق الكلام فيه.

وإذا اطلع الشفيع عليه دون المشتري فليس له مطالبة البائع بالأرش (١)، ولا يبعد جواز مطالبة المشتري به (٢).

(١) كما ذكره غير واحد. ولا ينبغي الإشكال فيه، لعدم أخذه المبيع من البائع وليس هو طرف المعاوضة معه وإن كانت قهرية.

(٢) بناءً على ما سبق من أنه مستثنى من الثمن عرفاً. وقد سبق الإشكال فيه، فضلاً عن عمومته لما إذا لم يأخذه المشتري من البائع. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

انتهى الكلام في كتاب الشفعة شرحاً لكتاب (منهاج الصالحين) تأليف سيدنا الأستاذ الجد آية الله العظمى المرجع الأعلى للطائفة (السيد محسن الطباطبائي الحكيم رحمته الله).

وكان ذلك ضحى الأربعاء التاسع من شهر جمادى الثانية سنة ألف وأربعمائة وثلاثين لهجرة سيد المرسلين. عليه وعلى آله أفضل الصلوات وأزكى التحيات. في النجف الأشرف ببركة الحرم المشرف على مشرفه الصلاة والسلام بقلم العبد الفقير (محمد سعيد) عفي عنه نجل سماحة آية الله (السيد محمد علي الطباطبائي الحكيم) دامت بركاته.

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً. وسلامه على عباده الذين اصطفى محمد وآله الطيبين الطاهرين، وصلواته عليهم أجمعين. وهو حسبنا ونعم الوكيل، نعم المولى ونعم النصير.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله
الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

كتاب الإجارة

وهي المعاوضة على المنفعة (١)، عملاً كانت أو غيره، فالأول مثل إجارة الخياط للخياطة، والثاني مثل إجارة الدار.

(١) يعني: بأن يكون المعوض هو المنفعة، أما مع كون المنفعة عوضاً، فقد تكون المعاملة بيعاً، لما ذكره هو ^{ثنت} وغيره من أن ثمن المبيع قد يكون منفعة، على ما تقدم في فصل شروط العوضين من كتاب البيع. فراجع.

وكان عدول سيدنا المصنف ^{ثنت} في تعريف الإجارة عما ذكره غير واحد من أنها تمليك المنفعة بعوض إلى المعاوضة على المنفعة من أجل أن الإجارة قد لا تتضمن تمليك المنفعة، كما لو استأجر الولي بهال الوقف أو الزكاة لصالحهما حيث تختص المنفعة بالجهة التي يختص بها الوقف والزكاة، وتكون معوضة بهما، وإن لم تكن مملوكة لأحد، كما لا يكونان هما مملوكين.

وأما ما يظهر مما عن بعض مشايخنا ^{ثنت} من أن المستأجر والمالك للمنفعة في مثل ذلك هو الولي، لا بذاته - لتجري بعد موته أحكام أملاكه من انتقال المنفعة لورثته ودفع الأجرة من تركته - بل بما هو ولي. فهو لا يخلو عن غموض، فإن الولي كالوكيل لا يكون طرفاً للمعاملة التي يوقعها، بل هي للمولى عليه، سواء كان المولى عليه جهة مالكة أم غيرها. ولا يختلف القصد المعاملي في الحالين. ولا سيما أنه قد يجري الولي عليها معاً معاملة واحدة عنها معاً، كما لو استأجر السيارة لتنقل مال البيتيم

والمال الزكوي معاً، حيث لا يظن بأحد البناء على اختلاف قصده أو حكمه في ذلك باختلاف المالكين. ومن هنا لا يخرج عما ذكرنا من تقوم الإجارة بتعويض المنفعة، لا بتملكها.

نعم لا يبعد عدم اختصاص تعويض المنفعة بالإجارة. فقد ورد في النصوص بيع خدمة العبد المدبر^(١)، وسكن الدار التي يسكنها الإنسان كما كان يسكنها آباؤه من دون أن تكون مملوكة له ولهم^(٢). والبيعان المذكوران ليسا من الإجارة قطعاً.

ومن هنا قد يدعى اختصاص الإجارة بها إذا كانت المعاملة واردة على العين بلحاظ منفعتها، لا على المنفعة ابتداءً. ولذا تنسب الإجارة للعين، وتكون هي الموضوع لها، بخلاف المعاملتين السابقتين، فإنهما منسوبتان للمنفعة باستقلالها.

اللهم إلا أن يقال: لا يراد ببيع خدمة المدبر بيع منفعة دون عينه، بل بيع عينه على أن يعتق بموت مدبره البائع، فملكية المشتري له على نحو ملكية البائع مغياة بموت المدبر له، لا أن المملوك للمشتري هو منفعته فقط مع بقاء عينه ملكاً للبائع. وهو المناسب لصحيح أبي بصير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد والأمة يعتقان عن دبر. فقال: لمولاه أن يكتبه إن شاء، وليس له أن يبيعه، إلا أن يشاء العبد أن يبيعه قدر حياته...»^(٣). ولذا لا إشكال في أن السلطنة عليه لا تبقى للبائع، بل تنتقل للمشتري تبعاً للملكة لعينه، فله التعجيل بعثقه. كما أنه لا يراد ببيع سكنى الدار التي لا يملكها بيع منفعتها وهي السكنى، لوضوح أن البائع كما لا يملك عينها لا يملك منفعتها، فكيف يبيعهها؟. وليس له إلا حق أولوية السكن فيها، ويكون المبيع هو الحق المذكور، وليس هو من سنخ المنفعة. نظير ما ورد في بيع الأرض الخراجية^(٤).

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٦ باب: ٣ من أبواب التدبير.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب التدبير حديث: ٢.

(٤) راجع وسائل الشيعة ج: ١١ باب: ٧١ من أبواب جهاد العدو، وج: ١٢ باب: ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(مسألة ١) : لا بد فيها من الإيجاب والقبول (١)، والإيجاب مثل قول

وبعبارة أخرى: المثالان المذكوران ليسا من موارد المعاوضة على المنفعة، ليكونا شاهدين على أن المعاوضة على المنفعة أعم من الإجارة.

نعم يمكن فرض المعاوضة على المنفعة بنفسها ابتداءً، كما لو قال: ملكتك منفعة الدار إلى سنة بكذا. وحينئذٍ يمكن دعوى خروج ذلك عن الإجارة، لعدم أخذ العين في موضوع المعاملة. وإن كان هو غير مهم بعد كون المعاوضة المذكورة نافذة وإن لم تكن إجارة، لعموم نفوذ العقود. بل تشترك مع الإجارة في جميع أحكامها أو أكثرها، لمشاركتها لها في منشأ الأحكام المذكورة، أو للتعدي من الإجارة لها بفهم عدم الخصوصية، كما قد يتضح بالنظر في وجه تلك الأحكام إن شاء الله تعالى.

هذا وقد وقع الكلام من غير واحد في تعريف الإجارة، وأطالوا في ذلك بما لا أهمية له بعد كون الإجارة - ككثير من المعاملات - من المفاهيم الواضحة عند العرف بمرتكزاتهم، فلا حاجة للتدقيق في تحديدها، وإطالة الكلام في ذلك.

(١) إذ لا إشكال في أنها من العقود، لأنها نحو نسبة بين المالين - وهما المنفعة والأجرة - منافية لحرمتهما ولحق من يتعلقان به، كصاحب الثمن وصاحب العين المستأجرة والأجير العامل، فلا بد في نفوذها من أعمال سلطنة من له السلطنة عليهما بالالتزام بها من كل منهما للطرف الآخر، مع ارتباط كل من الالتزامين بالآخر، ليتحقق العقد الذي هو موضوع النفوذ عرفاً وشرعاً، نظير ما تقدم في البيع.

كما تقدم هناك أنه لا يشترط في العقد الإيجاب والقبول المتفرع عليه، بل يكفي كل ما تضمن الالتزام منهما بالنحو المذكور بحيث يتحقق به العقد عرفاً، فيكفي توقيع الطرفين على الورقة المتضمنة لمضمون الإجارة، من دون أن يكون أحدهما موجباً والآخر قابلاً، كما يكفي الإيجاب من وكيل الطرفين أو وليهما كذلك، حيث يقوم التزامه عنهما مقام التزامهما. فراجع.

الخطايط: أجرتك نفسي. وصاحب الدار: أجرتك داري (١). والقبول قول المستأجر: قبلت. ويجوز وقوع الإيجاب من المستأجر (٢)، مثل: استأجرتك لتخطيط ثوبي، واستأجرت دارك. فيقول المؤجر: قبلت.

(مسألة ٢): يشترط في المتعاقدين أن لا يكون أحدهما محجوراً عن التصرف، لصغر أو جنون أو سفه أو تفلّيس أو ورق (٣). كما أن يشترط أن

(١) ويكتفى فيه بكل ما يدل على الإجارة ولو كان ملحوناً، على ما تقدم في البيع. كما يكفي فيه المجاز وإن لم يكن مقبولاً عرفاً، لتحقق العقد به، فتشمله عمومات النفوذ.

(٢) لتحقق العقد عرفاً بذلك. وقد تقدم في البيع ما ينفع في المقام، لأنها على نهج واحد.

هذا والظاهر الاكتفاء بإبراز الالتزام بمضمون الإجارة وإنشائه بأي وجه كان، وإن لم يكن باللفظ، كما في المعاطاة بدفع العين المستأجرة والأجرة مع قبضهما من الطرفين. بل يكفي دفع أحدهما وقبض الآخر له، ويأتي من سيدنا المصنف رحمته في المسألة الحادية عشرة التعرض لها في الجملة. ونحوها ما سبق منّا من التوقيع على وثيقة الإجارة. وتقدم منه رحمته في المسألة الخامسة من فصل شروط العقد من كتاب البيع ما يناسبه. كل ذلك لتحقق العقد عرفاً، وعموم أدلة نفوذ العقد له من دون مخرج، على ما تقدم مفصلاً في كتاب البيع.

(٣) لما تقدم من أن حرمة العوضين في الإجارة تبعاً لحرمة من يتعلقان به تقتضي توقف نفوذها على إعمال سلطنة من يتعلقان به. وحيث كان المحجور عليه بأحد الأسباب المتقدمة قاصر السلطنة تعين عدم نفوذ الإجارة منه، بل لا بد في نفوذها من صدورهما من يقوم مقامه في السلطنة على نفسه وماله. ويترتب على ذلك أمور:

الأول: أنه لا بد من عموم الحجر للإجارة. وتوضيح ذلك: أنه لا إشكال في

عموم الحجر على الصبي والمجنون والرق للمال والنفس. ويترتب على ذلك الحجر عليهم في إجارة المال بلحاظ منفعته، والنفس بلحاظ العمل الذي يقوم به الأجير. كما لا إشكال في اختصاص الحجر على المفلس بالمال لتعلق حق الغرماء به، دون النفس، فله أن يؤجر نفسه للعمل.

وأما السفیه فلا إشكال ولا خلاف في حجره عن ماله، لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١)، وغير واحد من النصوص^(٢).

وأما حجره عن نفسه فقد يمنع منه، لدعوى اختصاص الدليل بالحجر على المال. ومن ثم استشكل في العروة الوثقى في إجارة نفسه للعمل. قال: «من كونه من التصرف المالي، وهو محجور. ومن أنه ليس تصرفاً في ماله الموجود، بل تحصيل للمال، ولا تعد منافعه من أمواله، خصوصاً إذا لم يكن كسوباً».

وظاهره المفروغية عن اختصاص الحجر بالمال، وأن الإشكال في إجارته على العمل للإشكال في عموم الحجر المالي لها. لاختصاصه بالمال الموجود، دون تحصيل المال، ومنافع الإنسان ليست مالاً موجوداً له.

والإشكال المذكور وإن كان في محله، إلا أن من القريب جداً استفادة عموم الحجر للنفس من أدلة الحجر عن المال، لإلغاء خصوصيته عرفاً، بلحاظ أن منشأ الحجر لما كان هو قصور المتصرف فلا يفرق فيه ارتكازاً بين المال والنفس.

مضافاً إلى معتبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال: احتلامه. قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم. قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء [ونبت عليه الشعر. ظ] جاز أمره، إلا أن يكون سفياً

(١) سورة النساء الآية: ٦.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب الحجر.

أو ضعيفاً^(١). ومن الظاهر أن جواز الأمر يعم النفس والمال.

وقريب منه معتبره الآخر - إن لم يكن عينه - عنه عليه السلام: «سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عز وجل: ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾ قال: الاحتلام. قال: فقال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها. فقال: لا. إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات، وكتبت عليه السيئات، وجاز أمره، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً. فقال: وما السفيه؟ الذي يشتري الدرهم بأضعافه. قال: وما الضعيف؟ قال: الأبله^(٢).

ومجرد اشتغاله على تحديد البلوغ بثلاث عشرة سنة لا يمنع من الاستدلال به لما نحن فيه من اعتبار الرشد في نفوذ التصرف زائداً على البلوغ.

وقد يستدل أيضاً بصحيحه عنه عليه السلام: «قال: إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم، وكتب عليه السيئات وكتبت له الحسنات، وجاز له كل شيء، إلا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً^(٣)، بناءً على أن المراد بمفهوم الاستثناء في ذيله عموم نفي الجواز لكل شيء، لا في الجملة، كما هو مقتضى الجمود على حاق النفي. فلاحظ.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في عموم الحجر على السفيه وغير الرشيد لغير المال من شؤون الإنسان.

ومن ذلك يظهر أن تحصيل المال إن كان بالالتزام على النفس - كما في الإجارة والاستيهاج - تعين حجره عنه. وإن لم يكن بالالتزام عليها - كما في الحيازة - تعين قصور دليل الحجر المتقدم عنه.

نعم إذا كانت مؤنته أكثر من ربحه كان من وظيفة الولي منعه عنه خارجاً كما

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣، باب: ٢ من أبواب كتاب الحجر حديث: ٥. وقد رواها عن الخصال، وأسقط من السند عبد الله بن سنان، وهو موجود في الخصال.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣، باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ٨.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣، باب: ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث: ١١.

لا يكون أحدهما مكرهاً على التصرف (١)، إلا أن يكون الإكراه بحق (٢).

يمنعه عن سائر ما يضرّ به. لكن لو لم يمنعه، وحصل سبب ملكه للمال تعين حصول الملك له، لعدم منافاته لمصلحته، ولا لدليل الحجر المتقدم.

الثاني: نفوذ تصرفه بإذن وليه أو من له السلطنة على ماله كغرماء المفلس. والظاهر عدم الإشكال والخلاف في ذلك إلا في تصرف الصبي والمجنون في مالهما أو مطلقاً، لبعض الوجوه التي يظهر ضعفها مما تقدم ممّا في كتاب البيع من هذا الشرح.

نعم لا بد من تحقق القصد منه لمضمون الإجارة. أما إذا لم يتحقق منه القصد له - كالطفل غير المميز وبعض أفراد الجنون - فلا أثر للفظه، لعدم تحقق العقد به عرفاً.

الثالث: أن العقد لو وقع من المحجور عليه مع تحقق القصد منه بدون إذن الولي كان بحكم عقد الفضولي موقوفاً على إجازة الولي، ويصح بإجازته، لكفاية إجازته في أعمال السلطنة المعتر في نفوذ المعاملة، على ما يظهر بمراجعة ما تقدم ممّا عند الكلام في بيع الفضولي من كتاب البيع من هذا الشرح. فراجع.

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. ويظهر وجهه مما تقدم في فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع. كما يظهر مما تقدم هناك نفوذ عقد المكره إذا أجازه بعد ذلك.

(٢) فقد نسب في كتاب البيع من الجواهر لغير واحد التصريح بالصحة حينئذٍ. والوجه فيه أنه حيث سبق في كتاب البيع أن عقد المكره واجد للقصد بحيث يصدق به العقد عرفاً، وأن عدم نفوذه إنما هو لحديث رفع الإكراه وآية التجارة عن تراض ونحوها مما يناسب حرمة الإنسان، معتضداً بقصور أدلة نفوذ العقد ارتكازاً عن صورة الإكراه، فالوجوه المذكورة تقصر عما إذا سقطت حرمة الإنسان بحيث يسوغ إكراهه.

(مسألة ٣): يشترط في كل من العوضين أمور:

الأول: أن يكون معلوماً (١) بحيث لا يلزم الفرر على الأحوط،

ويؤيد ذلك ما تضمن إيجاب المظاهر والمولي على الطلاق أو التكفير^(١)، وإيجاب ولي المفقود على طلاق زوجته^(٢)، وحبس المدين الراجع إلى إكراهه على وفاء الدين^(٣).

وأما ما في الجواهر من أن الإيجاب إذا كان من الحاكم أو من يقوم مقامه إنما يقتضي تصرف المجر، لأنه هو الولي. فهو لا يخلو عن غموض، إذ لو أريد به أن تصرف المجرور من قبل الحاكم يرجع إلى تصرف الحاكم الولي نفسه، فلا إشكال في الفرق بين الأمرين. ولو أريد به أن المجر لما كان هو الولي فلا محذور في الإكراه، فالظاهر انحصار وجهه بكون الإيجاب بحق الذي من شأنه سقوط حرمة المجرور، بحيث لا يعتبر رضاه، وهو يجري في جميع موارد الإيجاب بحق. فلاحظ.

(١) لا ينبغي الإشكال في اشتراط تعيين كل من العوضين في مقابل الإبهام والترديد فيهما، كإجارة إحدى الدارين، أو بأحد الثمنين من الدراهم أو الدنانير. ويظهر من بعض كلماتهم المفروغة عنه، لا ابتناء الإجارة على المعاوضة وتبادل الملكية بين المنفعة والثمن، ويمتنع ملكية المردد المبهم.

نعم يمكن صيرورته موضوعاً للملكية التعليقية الراجعة إلى ملكية أحد طرفي الترديد بعينه معلقاً على اختياره، فترجع الأجرة بأحد الثمنين مثلاً إلى ملكية المنفعة فعلاً، وملكية أحد العوضين بعينه وصيرورته أجرة عند اختياره، لا عند إيقاع العقد. وهو - مع خروجه عن الإجارة بما لها من معنى عرفي معهود - ينافي ما يظهر منهم التسالم عليه من اعتبار التنجيز في مضامين العقود ومبطلية التعليق فيها.

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ٥ باب: ٧ من أبواب كتاب الظهار، وباب: ٨، ٩، ١٠، ١١ من أبواب كتاب الإيلاء والكفارات.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق حديث: ١.

(٣) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٧ من أبواب كتاب الحجر.

نعم يصح إجارة الكلي في المعين، كما تبّه لذلك سيدنا المصنف رحمته وحكي عن بعض مشايخنا رحمته بحيث لا تكون الخصوصيات الفردية المعينة داخلة في موضوع الإجارة على نحو البدلية، ليلزم التردد فيه، بل يكون موضوعها الكلي الجامع بينهما بما له من حدود مفهومية لا تردّد فيها ولا إجمال. غاية الأمر أن تسليم الكلي إنما يكون بتسليم إحدى الخصوصيات.

ولا محذور في ذلك، كما هو الحال في سائر موارد ملك الكلي، حيث يكون الوفاء به بتسليم فرد منه من دون أن تكون خصوصيته دخيلة في موضوع الملكية. وكأنه على ذلك يبتني ما ذكره بعض مشايخنا رحمته في حاشيته على العروة الوثقى من أنه لا يبعد صحة إجارة إحدى العينين إذا كانتا متساويتين في الصفات. بقي في المقام أمران:

الأول: أنه يمكن في المقام أن يشترط في العقد إيكال التطبيق إلى المستأجر. كما يمكن اشتراط إيكاله في بيع الكلي في المعين للمشتري. وإنما ذكروا أن التطبيق فيه موكول للبائع، لكون المفروض في كلامهم هو الإطلاق حيث يلزم معه الاقتصار في الخروج عن عموم سلطنة البائع على المعين المملوك له على ما اقتضاه البيع من تسليم الكلي من دون موجب لسلطنة المشتري على الخصوصيات الفردية. ولا يجري ذلك مع اشتراط إيكال التطبيق للمشتري، حيث يتعين معه الخروج عن عموم سلطنة البائع عليها.

الثاني: أن ما سبق من بعض مشايخنا رحمته في حاشيته من اعتبار تساويهما قد خصّ في تقرير درسه بالصفات الدخيلة في المالية. وكأن منشأ اعتبار التساوي في الصفات المذكورة هو البناء على لزوم الغرر مع اختلافهما فيها، للبناء على مانعية الغرر من صحة المعاملة.

لكن الظاهر اختصاص لزومه بها إذا كانت العين المؤجرة شخصية مجهولة الصفة، حيث يتردد مقدار ماليتها حينئذٍ، نظير ما ذكره في البيع.

أما إذا كانت كلية مختلفة الأفراد في الصفات، فلا غرر، لأن مالية الكلي - المفروض كونه موضوعاً للمعاوضة - تابعة لمالية أقل أفراده الميسورة إن كان التطبيق موكولاً إلى البائع أو المؤجر، ومالية أكثر أفراده الميسورة إن كان التطبيق موكولاً إلى المشتري أو المستأجر. وأما الرضا عند التسليم بالأقل مالية أو الأكثر فهو خارج عن مقتضى المعاوضة، ولا أثر له في غرريتها، نظير الرضا بالأقل مالية أو الأكثر في السلف وغيره من موارد استحقاق الكلي في الذمة الذي لا إشكال بينهم في جوازه. كما ذكرنا ذلك في الجملة عند الكلام في لزوم ذكر أوصاف المبيع في السلف.

هذا وأما إجارة الكلي في الذمة فقد منع منه في العقار في الشرائع والقواعد، معللاً في الأول بلزوم الغرر. واستشكل فيه في المسالك بأن الوصف الرافع للجهالة كيف يجامع الغرر؟! قال: «نعم لو علل بعسر تحصيل الموصوف، لاختلاف العقارات في الخواص والأوصاف اختلافاً كثيراً يعسر معه الوقوف على ما عينه، أمكن».

لكن الظاهر أن مرادهم بالأوصاف الرافعة للغرر خصوص ما يكون دخيلاً في المالية، ولا يعسر ضبطه، خصوصاً في عصورنا. ولعله لذا قال في التحرير: «والأقرب عندي جواز إجارة غير المعين مع الوصف الرافع للجهالة».

هذا وأما بناء على ما تقدم منّا من عدم توقف ارتفاع الغرر في الكلي على أخذ الصفات الدخيلة في المالية فالأمر أظهر. والسيرة في عصورنا على ذلك في مثل حملات المسافرين للحج والعمرة والزيارة، حيث يدخل مثل السكن في شؤون الحملة من دون رؤية المسكن، ولا تحديد دقيق له.

ومن ذلك يظهر الحال في غير العقار مما يكون موضوعاً للإجارة كالحیوانات والسيارات وغيرها.

هذا كله في التعيين في قبال الإبهام أو الإطلاق والشيوع. وأما التعيين بمعنى العلم - في مقابل الجهل مع التعين الواقعي - فاعتباره في المنفعة هو المعروف بين الأصحاب وفي مفتاح الكرامة: «لا خلاف في اشتراطه فيما أجد بمعنى العلم بقدرها.

بل العامة الذين اكتفوا في البيع بالمشاهدة وافقونا هنا، وأوجبوا العلم بقدر المنفعة». ونفى الخلاف فيه في الرياض. وادعى الإجماع عليه في الغنية والمختلف ومحكي شرح الشرائع للصيمري. وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه».

كما ادعى في الغنية الإجماع على اعتبار العلم بالأجرة أيضاً، وادعى في المختلف ومحكي شرح الشرائع للصيمري الإجماع على مانعية الجهالة بها. ويظهر منهم المفروغة عن ذلك في الجملة، وإن اختلفوا في معيار العلم بها على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

ويظهر من مجموع كلماتهم أن الوجه فيه مانعية الغرر. وقد سبق في كتاب البيع - عند الكلام في اعتبار العلم بالعوضين وفي اعتبار القدرة على تسليمهما وعند الكلام في مانعية الجهل من صحة الشرط من مبحث الشروط - الكلام في مانعية الغرر بتفصيل لا مجال لإعادته في المقام، وكان المتحصل منه عدم ثبوت مانعيته في البيع سواء أريد به الخطر على المال، أم الجهل بمقدار ماليته، فضلاً عن العموم لغيره من المعاملات أو المعاوضات.

ولعل توقف سيدنا المصنف رحمته في اعتبار ذلك هنا مع جزمه باعتباره في البيع لأن المتيقن عنده من حديث النهي عن الغرر هو النهي عنه في البيع، كما صرح به غير مرة.

هذا وعن بعض مشايخنا رحمته الاستدلال على اعتبار العلم بالعوضين بوجهين:
الأول: ابتناء المعاملات العقلانية على التحفظ على مقدار المالية مع التبادل في موضوعاتها، فيكون التساوي في المالية شرطاً ارتكازياً يبتني عليه العقد يغني وضوحه عن التصريح به. وعليه يبتني خيار الغبن، كما ذكر في محله. وعليه فالمعاملة على المجهول المتضمنة للغرر خارجة عن المعاملات العقلانية، فتتصرف عنها إطلاقات أدلة النفوذ والإمضاء.

وفيه: أن ابتناء المعاملة نوعاً على التساوي بين العوضين في المالية كشرط خارج عن أصل المعاملة يلزم الخيار بتخلفه شيء، وكونه شرطاً في صحتها، بحيث تبطل

بالإقدام على مخالفته - كما هو محل الكلام - شيء آخر. كيف! ولا إشكال في صحة المعاملة المحاباتية، وفي لزومها مع إقدام الطرفين عليها والتفاتهما لحالها.

كما أن الكلام في المقام ليس في اعتبار تساوي العوضين في المالية ثبوتاً، بل في اعتبار العلم بهما مهما كانت النسبة بينهما، ولا إشكال في ابتناء كثير من المعاملات العقلائية على الجهل بهما، كما في المضاربة والمزارعة والمساقاة، حيث لا يكون العمل منضبطاً، بل تابعاً لمقدار الحاجة الذي يختلف باختلاف الظروف والأحوال المحيطة بالمعاملة، من رواج السوق وعدمه والحر والبرد والمطر والجفاف وغيرها. كما لا يكون الأجر منضبطاً، بل هو حصة من الربح والتناج غير المنضبطين. ومن هنا لا يرجع ما ذكره **ثُمَّ** إلى محصل ظاهر ينهض بالاستدلال في المقام.

الثاني: الاتفاق والتسالم على اعتبار هذا الشرط في الإجارة والبيع معاً.

وفيه: أنه خروج عما هو المعلوم متاً ومنه من عدم التعويل على الإجماع في سائر الموارد التي يحتمل استناد المجمعين فيها إلى الأدلة التي يذكرها المجمعون. وخصوصاً في المسائل التي حررت في عهد تدوين الفتاوى وتبويبها من دون أن تكون معنونة في النصوص، ولا طريق لإحراز السيرة فيها.

بل ذلك لا يناسب ما ذكره **هو** **ثُمَّ** في كتاب البيع من عدم تمامية الإجماع على اشتراط العلم بالعوضين، وما سبق منّا فيه، حيث استعرضنا جملة من كلماتهم المناسبة لعدم البناء على الكبرى المذكورة، ومنها ما يأتي للأجرة.

كما لا يناسب أيضاً ما يظهر من بعض كلماتهم من أن المراد بالعلم بالأجل والأجرة ما يقابل عدم ذكرهما وتعيينهما، لا ما يقابل تعيين ما هو مجهول المقدار منهما. قال في النهاية: «الإجارة لا تنعقد إلا بأجل معلوم ومال معلوم، ومتى لم يذكر الأجل ولا المال كانت الإجارة باطلة... ومتى ذكرهما كانت الإجارة صحيحة»، وما ذكره غير واحد من أنه لو استأجره كل شهر بكذا صح في الشهر الأول، وبطل فيما بعده، بل مقتضى إطلاق الخلاف أنه يصح في الجميع... إلى غير ذلك مما يصعب معه تحصيل

إجماع على كبرى محددة ترجع إلى المدعى. فلاحظ.

هذا وعنه ثُمَّ أيضاً الاستدلال على اعتبار العلم في خصوص الإجارة بصحيح خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألت عن أرض يريد رجل أن يتقبلها، فأني وجوه القبالة أحل؟ قال: يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماة، فيعمر ويؤدي الخراج. فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالته، فإن ذلك لا يحل»^(١).

وقد قرب اعتبار سنده بأن الظاهر أن أبا الربيع الشامي هو عين أبي الربيع الذي هو من رجال تفسير القمي الثابتة وثاقتهم، لأنه الشائع المشهور الذي ينصرف له الإطلاق. كما يناسب ذلك أن الصدوق في الفقيه أطلق في جملة من الروايات أبا الربيع، مع أن الموجود في مشيخته هو أبو الربيع الشامي. وأما أبو الربيع القزاز فإن كان شخصاً آخر غير الشامي فهو نادر الرواية غير مشهور في الرواة، فلا ينصرف له الإطلاق.

وما ذكره قريب جداً. وقد يؤيده أو يعضده أن الصدوق ثُمَّ روى الحديث بسنده الصحيح عن خالد بن جرير قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن أرض...»^(٢). فإن خالد بن جرير وإن لم يحضر مجلس السؤال بقرينة صحيحه الأول فالرواية مرسلة، إلا أن الأصل في إخباره جازماً بحصول السؤال والجواب أن يكون مستنداً إلى الحدس القريب من الحس، لقوة القرائن الدالة على صدق أبي الربيع في إخباره بالسؤال والجواب، ولو لظهور وثاقته عنده. وهذا بخلاف المراسيل عن أشخاص بعيدين عن المرسل، بحيث يستند إلى وسائط كثيرة، فإنه يبعد فيها ذلك، ويشيع معها التسامح في الإخبار. فلاحظ.

وأما الدلالة فيظهر منه ثُمَّ المفروغية عن تماميتها على اعتبار العلم في

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١٥٦ باب الإجارة والمزارعة حديث: ١٠.

العوضين معاً، كما يظهر ذلك من نكت النهاية أيضاً. ولكن يمكن الإشكال فيها من وجوه:

الأول: أن القبالة معاملة خاصة غير الإجارة، كما يشهد بذلك صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه قال في القبالة أن تأتي الأرض الخبرة، فتقبلها من أهلها عشرين سنة. فإن كانت عامرة فيها علوج فلا يحل له قبالتها. إلا أن يتقبل أرضها فيستأجرها من أهلها، ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة، فإن ذلك لا يحل...»^(١). فإن الجمع بين صدره وذيله يقضي بالفرق بين القبالة والإجارة، وأن القبالة إنما تكون في الأرض الخبرة غير الصالحة للإنتاج إلا بعد خدمتها وتعميرها باستصلاح تربتها وشق أنهارها أو حفر آبارها وغير ذلك. ويكون على المتقبل فيها تعميرها أولاً ثم استثمارها وزراعتها. فهي أشبه بالمساحة المعروفة في زماننا. وهو المناسب لقوله عليه السلام في حديث أبي الربيع المتقدم: «فيعمر ويؤدي الخراج».

أما الإجارة فهي إنما تكون في الأرض العامرة الصالحة للإنتاج والزراعة رأساً، نظير الإجارة في مثل الدور الصالحة للسكن رأساً.

الثاني: أن السؤال في حديث أبي الربيع ليس عن الوجه الحلال من القبالة، بل عن الوجه الأحل، وحيث لم تكن الحلية ذات مراتب، فكما يمكن حمله على التسامح بإرادة أصل الحلية في مقابل الحرمة، نظير استعمال الأحق في المستحق، كذلك يمكن حمله على التسامح بإرادة الأبعد عن المشاكل والخصومة التي تؤدي للحرمة.

الثالث: أنه لم يتضح كون المراد بالشيء المعلوم هو ما يعلم مقداره بالكيل أو الوزن أو العدّ أو المشاهدة، كما هو مراده ومراد المشهور في المقام، بل من القريب أن يكون المراد به الأمر المعين، في مقابل المردد، فيشمل مثل التعيين بالنسبة من الحاصل، كالنصف والثلث.

كما يناسبه صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا تقبلت أرضاً

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٣.

بطيب نفس أهلها على شرط تشارطهم عليه، فإن لك كل فضل في حرثها إذا وفيت لهم...»^(١). فإن الحكم فيه بأن له فضل الحرث دون الحرث كله يناسب كون الشرط لأهل الأرض بعضاً من الحرث ولو مشاعاً، كما هو الشائع في التعامل على الأرض بين أهلها ومن يستغلها.

ومن هنا لم يتضح نهوض حديث أبي الربيع بالاستدلال على المدعى. ومثل ذلك الاستدلال بموثق مسعدة بن صدقة عنه عليه السلام: «قال: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلمه أجره...»^(٢)، وخبر الحسين بن زيد عنه عن آبائه عليهم السلام في حديث المناهي: «نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله أن يستعمل أجيراً حتى يعلم ما أجرته»^(٣).

إذ فيه: أن من القريب كون المراد بالعلم بالأجر تعيينه في مقابل أن يستعمل الأجير من دون أن يقاطعه على أجرته، نظير ما في صحيح سليمان بن جعفر الجعفري عن الإمام الرضا عليه السلام في حديث طويل: «فقال: إني قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة أن يعمل معهم أحد [أجير. يب] حتى يقاطعوه على أجرته. واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته. وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبة عرف ذلك لك، ورأى أنك قد زدته»^(٤).

وحينئذ يكون النهي فيه تكليفاً، كما قد يناسبه لسان الصحيح والموثق، لا إرشادياً لبيان بطلان المعاملة، إذ لا معاملة ولا عقد في البين، بل هو استعمال بالضمان، فيخرج عن محل الكلام.

ومن هنا يصعب إثبات الكبرى المذكورة. وربما يأتي في بعض الفروع اللاحقة ما ينفع في المقام. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٤.

(٢)، (٣)، (٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٢، ٣، ١.

فلأجرة إذا كانت من المكيل أو الموزون أو المعدود لا بد من معرفتها بالكيل أو الوزن (١)

(١) كما في السرائر وكشف الرموز والمختلف والتذكرة والإيضاح واللمعتين والتنتيخ وجامع المقاصد والمسالك وظاهر النافع وعن غيرها، وقد يظهر من القواعد. وفي كشف الرموز أنه عليه انعقد عمل الأصحاب.

ويظهر التردد فيه من الإرشاد والتحرير وغاية المراد، بل هو صريح المحكي عن الروض. بل قال في المبسوط: «إذا باع شيئاً بثمن جزاف إذا كان معلوماً مشاهدًا، وإن لم يعلم وزنه... ومال الإجارة يصح أن يكون جزافاً. وفي الناس من قال: لا يجوز. والأول أصح». وهو ظاهر جامع الشرائع، واستحسنه في الشرائع. وقد يظهر مما في المراسم من كون الشرط في الإجارة الأجل المعلوم والمال المعين، لظهوره في أن العلم شرط في الأجل دون الأجرة. وعلى ذلك جرى في مجمع الفائدة، وعن الكفاية: «لعله أقرب». وقد ينسب للمرتضى ~~ثلاثة~~ ولعله لتصريحه في الناصريات بالاكْتفاء في ثمن المبيع بالمشاهدة بضميمة عدم الفرق بين البيع والإجارة في ذلك، أو أولويتها منه به.

وكيف كان فالدليل على اعتبار الكيل والوزن في ثمن المبيع إن كان هو النهي عن الغرر - كما هو المناسب لكلما تم في تحديد المنفعة - فلا فرق بين البيع والإجارة وبين الثمن والثمن. وإن كان هو النهي عن بيع الغرر فالتعميم للإجارة يتوقف على إلحاقها بالبيع في ذلك، لفهم عدم الفرق بين العين والمنفعة بعد كونها طرفاً في معاوضة لازمة.

أما بناءً على ما هو الظاهر من انحصار الدليل عليه بالنصوص الواردة في المبيع فهو يتوقف مع ذلك على إلحاق الثمن بالمبيع. وكلاهما يحتاج إلى لطف قريحة. ومن ثم كان الأمر في غاية الإشكال. فلاحظ.

أو العدّ (١)، وما يعرف منه بالمشاهدة لآبد من مشاهدته أو وصفه على نحو ترتفع الجهالة (٢). وأما المنفعة فالعلم بها إما بتقدير المدة، مثل سكنى الدار سنة أو شهراً (٣)، أو المساحة مثل ركوب الدابة فرسخاً أو فرسخين (٤)،

(١) كما في جامع المقاصد والمسالك والرياض وغيرها مما تأخر عنها. وزاد في مفتاح الكرامة الذرع في المذروع. ويظهر الكلام فيهما مما تقدم في البيع، بناءً على إلحاق الإجارة به.

(٢) ظاهرهم المفروغية عن ذلك. ويظهر الحال فيهما مما تقدم في البيع، بناءً على إلحاق الإجارة به.

(٣) إجماعاً كما في الغنية، ويظهر من جملة من كلماتهم المفروغية عنه. وكأنه لدفع الغرر الذي هو المهم عندهم في المقام، والذي سبق الكلام فيه. لكن لما كان منشأ الغرر عندهم هو اختلاف مالية المنفعة باختلاف أمدها فالظاهر عدم اطراد، بل قد يكون الموسم معياراً في المالية ولو مع تردد الأمد بين الأقل والأكثر، كما ذكرنا ذلك في المسألة العاشرة من الفصل الرابع في الخيارات من كتاب البيع.

(٤) ظاهره لزوم التعيين في مثل ذلك بتحديد المسافة. وقد يظهر من بعض كلماتهم لزوم التحديد بالزمن. وفي الغنية الإجماع على لزوم التحديد بأحد الوجهين. لكنه لا يناسب سيرة العرف والمشرعة، لشيوع الجهل بمقدار المسافة بين البلاد المعروفة، وبزمان قطعها، من دون أن يمنع من الاستتجار للتنقل بينها. بل كثيراً ما يتردد الطريق الممكن سلوكه بين طريقين يختلفان في مقدار المسافة.

ولعله لذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله: «لا يعتبر العلم بمقدار المنفعة فيما لا غرر مع الجهل به، كما في إجارة السيارة مثلاً إلى مكة أو غيرها من البلاد المعروفة، فإن المنفعة حينئذٍ أمر عادي متعارف، ولا بأس بالجهل بمقدارها ولا بمقدار زمان السير. وفي غير ذلك لآبد من العلم بالمقدار».

وإما بتقدير موضوعها، مثل خياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه ورقته وغلظته (١). ولا بد من تعيين الزمان في جميع ذلك (٢). فإذا استأجر الدار

لكن منشأ الغرر عندهم لما كان هو تردد الجهد المبذول بين الأقل والأكثر فهو حاصل في المقام. وينحصر وجه الجواز حينئذٍ بالتسامح في الغرر المذكور من أحد الطرفين. والظاهر من العرف والسيرة بمقتضى الارتكازيات عدم خصوصية معروفة المكان في التسامح المذكور، فلا فرق بين الإجارة على النقل من النجف الأشرف إلى كربلاء مثلاً مع الجهل بمقدار المسافة بينهما أو تردد الطريق المتيسر سلوكه بين الطويل والقصير والإجارة على النقل من النجف الأشرف إلى تلّ غير معروف يبعد عن كربلاء مسافة ماردة بين الفرسخين والثلاثة.

ومن هنا يقرب كون الغرر أمراً ملحوظاً للمتعاملين يكون سبباً لتوقفها عن إيقاع المعاملة أو إقدامهما عليها مع التحفظ فيها بالمقدار الملائم لأغراضهما منها، من دون أن يكون مانعاً من صحتها. فلاحظ.

(١) كما في الجواهر بنحو يظهر منه كونه تفسيراً لقوله في الشرائع: «إما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم». لكن ظاهر الشرائع الاكتفاء بمعرفة الثوب نفسه، دون صفاته. نعم قد يدعى أن اعتبار معرفة نفس الثوب إنما هي من أجل معرفة صفاته دفعاً للغرر. لكن يظهر الحال فيه مما سبق من الكلام في الغرر. مضافاً إلى قرب منافاة لزوم التدقيق في ذلك للسيرة.

(٢) الظاهر عدم الإشكال فيه بينهم، لما هو المعلوم من اختلاف الأغراض والمالية في ذلك، وإنهما لم يصرحوا به لانصراف الإطلاق للتعجيل، فيغني عن التعيين.

هذا ولكن بعض مشايخنا ^{رحمهم} خصّ ذلك بالأولين، وهما سكنى الدار وركوب الدابة، دون مثل خياطة الثوب. قال في المنهاج: «الظاهر عدم اعتبار تعيين

الزمان في الإجارة على مثل الخياطة غير المتقوم مالىته بالزمان، فيجب الاتيان به متى طالب المستأجر». ويظهر منه أن منشأ الفرق هو دخل الزمان في مالية هذا القسم دون القسمين الأولين.

لكنه غير ظاهر، فإن مقدار المالية حيث كان يتأثر بمقدار العرض والطلب فذلك كما يجري في الأولين يجري في الأخير، ولذا لا إشكال في زيادة قيمة العمل أيام المواسم التي يكثر فيها طلبه، وفي قلة قيمته إذا كثر العمال الذين يجيدونه.

كما أن الظاهر من تقرير درسه أن وجه ما ذكره من وجوب الاتيان به عند مطالبة المستأجر به هو أن ملكه للعمل بالإجارة يقتضي سلطنته عليه بنحو له المطالبة به، ويحرم حبسه عليه.

لكن ذلك كما يقتضي وجوب الاتيان به عند مطالبته به، كذلك يقتضي وجوب حضوره له وقبوله به عند عرض المستأجر له وإرادته القيام بالعمل، إذ كما يجب على من عليه الحق تسليمه عند مطالبة صاحبه به، كذلك يجب على صاحب الحق تسلمه عند مطالبة من عليه الحق بذلك، خصوصاً في المعاولات المبنية على التسليم والتسلم، كما تقدم في أول الفصل الثامن في النقد والنسيئة من كتاب البيع.

بل صرح في التقرير المذكور بأن وجوب التسليم حينئذ لا ينافى بالمطالبة، لوجوب تفرغ الذمة من الحق مع إطلاقه بمجرد القدرة على تسليمه، لأن حبسه عليه مناف لسلطنته على حقه. وما ذكره متين في الجملة. نعم إذا كان عدم المطالبة به أمارة عرفاً على الرضا بالتأخير جاز، لعدم منافاته لسلطنتهما حينئذ.

هذا وقد تقدم في أول المسألة الثالثة أن اختلاف أفراد الكلي في المالية لا يقتضي لزوم الغرر من عدم تقييده بالصفات الدخيلة في المالية، لأن مالية الكلي تابعة لمالية أقل الأفراد المتيسرة إن كان التسليم تابعاً لمن عليه الحق، كما هو مقتضى الإطلاق، ومالية أكثرها إن كان التسليم تابعاً لمن له الحق بشرط ونحوه.

ومن هنا لم يكن لزوم التقييد بالزمان في الأقسام الثلاثة السابقة من أجل ذلك،

بل من أجل غلبة العلم بعدم إرادة الكلي على إطلاقه، وأن المراد هو المقيد في الجملة، حيث يتعين حينئذٍ تحديده بحيث يتفق المتعاوضان على حدٍّ واحد، لامتناع استحقاق المردد، وبطلان العقد مع اختلافهما في الحد المقصود، للزوم التطابق بين الإيجاب والقبول.

غاية الأمر أنه قد تقوم القرينة على أن التقييد بالخصوصية الزمانية ملحوظ بنحو تعدد المطلوب، الراجع إلى كون موضوع الإجارة هو المنفعة بنحو الإطلاق، مع كون الخصوصية الزمانية شرطاً زائداً يوجب تخلفه الخيار، دون بطلان الإجارة، كما يكثر في الإجارة على الأعمال، كالخياطة والبناء.

أما لو فرض إرادتهما الإطلاق على سعته فلا مانع منه، ولا ملزم بذكر الزمان في الجميع، لما سبق.

وبذلك يظهر أن لزوم التقييد في فرض عدم إرادة الإطلاق لا يختص بالخصوصيات الدخيلة في المالية، بل يعمّ جميع الخصوصيات التي تكون مورداً لاختلاف الأغراض، لاشتراكها في محذور امتناع استحقاق المردد، وفي لزوم التطابق من حيثيتها بين الإيجاب والقبول.

غاية الأمر أن ذلك لا يلزم بالتحديد بالخصوصية الزمانية المعلومة الأمد، بل يكفي فيه التحديد بوجه آخر، كأيام الموسم، أو عند مسير القافلة الأولى أو نحو ذلك، لكفاية ذلك في رفع التردد، وكثرة تعلق الغرض به.

وقد صرح في القواعد والتحرير وغيرهما بأنه إذا لم يكن أمر السير موكولاً إليهما فلا يشترط التعرض لوقته. ومنه سير القوافل للحج.

نعم استشكل فيه في جامع المقاصد والمسالك، للزوم الغرر والجهالة. لكن تقدم منّا الإشكال في مانعيتها من صحة الإجارة. بل تقدم عند الكلام في مانعية الجهل من صحة الشرط من مباحث الشروط من كتاب البيع المنع من لزوم الغرر من الجهل المذكور. فراجع.

للسكنى سنة (١) والدابة للركوب فرسخاً والخياطة لخياطة الثوب المعين من دون تعيين الزمان بطلت الإجارة. إلا أن تكون قرينة على التعيين، كالإطلاق الذي هو قرينة على التعجيل (٢).

نعم يبقى الإشكال عليهم بأنه لا وجه لتخصيص ذلك بها إذا لم يكن أمر السير موكولاً إليهما، إذ لو تم ما ذكرنا من عدم لزوم الغرر المبطل من التعيين بمثل الموسم يتعين الاكتفاء به حتى لو كان أمر السير موكولاً إليهما، وإلا تعين عدم الاكتفاء به حتى لو لم يكن أمر السير كذلك. إلا أن يكون الوجه في ذلك عندهم السيرة المخرجة عن مقتضى القاعدة. فلاحظ.

(١) يعني: من دون تعيين للسنة.

(٢) الذي يظهر من تقرير درس بعض مشايخنا أن الوجه في ذلك أنه مع ثبوت طبعي العمل في ذمة الأجير يجب تسليمه في أقرب فرصة ممكنة، كما يجب على المستأجر تسليم العوض، لأن حبس كل منهما لما عليه من الحق مناف لسلطنة صاحب الحق، خصوصاً في المعاولات المبتنية على التسليم والتسلم، كما ذكروا ذلك في البيع، ولا يناط ذلك بالمطالبة.

نعم تقدم متأ أنه إذا كان عدم المطالبة قرينة على الرضا بالتأخير جاز، وأن ذلك لا يختص بالعمل، بل يجري في منافع الأعيان كسكنى الدار مدة معينة وركوب الدابة مسافة خاصة.

لكن ذلك - وإن تم - راجع إلى بيان الحكم مع الإطلاق، وأنه يجب التعجيل معه، لا إلى أن الإطلاق قرينة على التعجيل، بحيث يكون التعجيل قيداً في المنفعة التي هي موضوع الإجارة، المستلزم لبطلان الإجارة بعدم التعجيل، لارتفاع موضوعها، كما تبطل لو أجره في شهر معين فلم يسلمه المنفعة حتى مضى الشهر.

أما وجوب التعجيل مع الإطلاق للوجه المتقدم فهو لا يقتضي إلا الإثم

الثاني: أن يكون مقدوراً على تسليمه (١). فلا تصح إجارة العبد الآبق.

بالتأخير من دون أن يقتضي بطلان الإجارة، بل يجب التسليم فوراً ففوراً، كما هو الحال في البيع وسائر الديون. غاية الأمر أنه قد ثبت به الخيار للخروج عن مقتضى العقد عرفاً بعدم المبادرة للتسليم، نظير ما يذكر في البيع.

ومن هنا كان الظاهر أن الإطلاق إنها يكون قرينة على التعجيل - بحيث يكون قيداً في المنفعة التي هي موضوع الإجارة - إذا علم أو قامت القرينة على عدم إرادة الإطلاق في المنفعة، وأن المراد خصوص المنفعة في وقت خاص، حيث ينصرف الإطلاق حينئذٍ للتعجيل، لأن مقتضى الوضع الطبيعي الاستئجار عند حصول الحاجة للمنفعة، بحيث يحتاج إرادة غير ذلك للتنبيه والتقيد المفروض عدمه.

(١) كما صرح به جماعة، وادعى في الغنية الإجماع عليه. ويظهر من جملة من كلفهم المفروغية عنه. وفي مجمع الفائدة والبرهان: «ولا شك في اشتراط كون العين المستأجرة مقدورة التسليم في الجملة، ليتمكن الانتفاع المطلوب منها، إذ استئجار الغير المقدورة التي لا يمكن الانتفاع المطلوب منها سفه وغرر ولا يجوز. والظاهر عدم الخلاف فيه...».

هذا وقد يستدل على الشرط المذكور بوجوه:

الأول: لزوم الغرر. ولعله هو المنظور لجمهور الأصحاب ~~ههنا~~. ويظهر الحال فيه مما سبق في الشرط الأول من عدم وضوح مانعية الغرر في البيع، فضلاً عن غيره من المعاوزات.

الثاني: أن المعاملة تكون معه سفهية، كما في الرياض والجواهر، وتقدم من مجمع الفائدة والبرهان.

وفيه: أن الثابت شرعاً عدم نفوذ معاملة السفهية، لا بطلان المعاملة السفهية. مع أنه قد يتعلق غرض عقلائي بالمعاملة المذكورة يمنع من كونها سفهية، كما أشرنا

إلى ذلك في نظائر المقام. على أنه لا مجال لتوهم ذلك فيما إذا تعذر التسليم في كلا العوضين، مع أن الظاهر عموم كلامهم له.

الثالث: ما عن بعض الأعاضل ^١ في وجه اشتراط القدرة على التسليم في البيع من أن ما لا يمكن التصرف فيه للبائع والمشتري لا يعد مالاً عرفاً، فإن مالية المال في عالم الاعتبار إنما هي باعتبار كونه منشأ للآثار والانتفاع.

ويظهر من سيدنا المصنف ^٢ الجري عليه في المقام، قال في بيان وجه اعتبار القدرة على تسليم المنفعة: «هذا واضح لو كان المراد تعذر التسليم، لعدم المالية في المنفعة حينئذٍ، لتصح المعاوضة عليها، ولا يكون أكل الأجرة أكلاً بالباطل. أما مع رجاء حصوله فمشكل».

ويظهر ضعفه من وجهين.. الأول: ما سبق في المسألة الرابعة من مقدمة التجارة من عدم اعتبار المالية في العوضين، كما لا يلزم أكل المال بالباطل بدونها. ولا سيما مع كون كلا العوضين مما لا مالية له.

الثاني: ما سبق عند الكلام في وجه اشتراط القدرة على التسليم من عدم توقف مالية الشيء في حق المتعاضدين على قدرتهما على التصرف فيه، وأن مالية الشيء لا تختلف باختلاف الأشخاص بلحاظ قدرتهما على التصرف فيه وعدمها. وإلا فهل المعيار في الضمان على المالية في حق المالك أو في حق الغاصب؟!.

الرابع: ما عن بعض مشايخنا ^٣ من أن المنافع والأعمال لما كانت من الأمور المتصرمة فملكية الشخص لها موقوفة على قدرته عليها، ومع العجز عنها لا يعتبر مالاً لها عند العقلاء، ومع عدم ملكيته لها لا تكون موضوعاً للإجارة.

وفيه - مع عدم وضوح منشأ دخل التصرم وعدمه في ذلك - : أن عدم القدرة على المنفعة والعمل.. تارة: لتعذرهما في أنفسهما، لقصور الموضوع عنهما، كزراعة الأرض الصخرية أو التي لا يصلحها الماء، وكحمل الإنسان والحيوان الضعيفين للأجسام الثقيلة وقطعهما المسافات الشاسعة. ومنه ارتفاع موضوع المنفعة، كخيطة

الثوب المخطط والتالف، ومداواة المريض الذي برئ أو مات. وأخرى: لمنع الغاصب ونحوه منها مع صلوح الموضوع لهما، كما هو محل الكلام.

وفي الصورة الأولى لا تصح نسبة المنفعة للشيء عرفاً، لتكون مملوكة أو صالحة للتمليك بالمعاوضة العقدية أو نحوها.

أما في الصورة الثانية - التي هي محل الكلام - فتصح نسبة المنفعة للشيء، كما لو كان صاحبها قادراً على استيفائها، فتجري عليها أحكام الملك، وتكون قابلة للتمليك المعاوضي وغيره، ولذا تكون مضمونة للمالك على الغاصب مطلقاً أو مع استيفائها على الخلاف في ذلك، ولو لم تكن مملوكة للمغصوب منه لم يكن وجه لضمانها له.

كيف ولازم ما ذكره ثُمَّ عدم صحة إجارة العين المغصوبة التي يتعذر وصول المالك لها مطلقاً حتى لو كان المستأجر قادراً على الوصول إليها واستيفائها المنفعة منها، ولا يظن به ولا بغيره البناء على ذلك. بل كيف يجتمع ذلك مع ما التزم به ثُمَّ من ضمان غاصب العين لمنافعها غير المستوفاة في الجملة؟!.

وهناك بعض الوجوه الأخر تقدم التعرض لها في البيع قد يتمسك بها في المقام ويظهر ضعفها عما سبق هناك. فراجع.

ومن هنا لم يبق في المقام إلا الإجماع المدعى. وفي صلوحه للاستدلال إشكال، لما تكرر منا من الإشكال في الاستدلال بالإجماعات الحاصلة في عهد تدوين الفتاوى وتحريرها من دون أن تكون مورداً للنصوص ولا للسيرة على الحكم الشرعي، كما في المقام، لقرب كون منشأ السيرة على عدم الإجارة مع تعذر التسليم هو عدم تعلق الغرض نوعاً بالإجارة في المورد المذكور، لا بناء العقلاء بحسب مرتكزاتهم على بطلانها أو منع الشارع منها تعبداً، بحيث لا تصح إذا تعلق الغرض بها.

ولاسيما مع قرب استحكام النهي عن الغرر في نفوس المجمعين، حيث لا مجال للتعويل على إجماعهم بعد ظهور وهن الوجه المذكور. ويأتي عند الكلام في الضميمة ما ينفع في المقام إن شاء الله تعالى.

هذا وقد سبق من سيدنا المصنف عليه السلام اختصاص وجه المنع بصورة التعذر، وقصوره عن صورة رجاء القدرة على تحصيل المنفعة. فإن كان مراده قصوره عن صورة الرجاء مطلقاً أشكل بأن صورة الرجاء تجتمع مع فرض التعذر. وإن كان مراده قصوره عن صورة الرجاء في فرض تحقق القدرة - كما هو غير بعيد، وعليه جرى بعض مشايخنا عليهم السلام - فهو في محله. ولازمه أن الإجارة مع الرجاء تكون مراعاة، فإن صادفت القدرة انكشف وقوعها صحيحة، وإن صادفت التعذر انكشف بطلانها حين وقوعها.

لكن عن بعض مشايخنا عليهم السلام أن ذلك وإن أمكن ثبوتاً، إلا أن دليل الصحة يقصر عنه، لأن دليل النفوذ والإمضاء تابع لكيفية الإنشاء سعة وضيقاً، فمع فرض إنشاء الإجارة على نحو الإطلاق، ومن غير تقييد بالقدرة، يتعين قصور دليل الإمضاء عنه، فما قصده المتعاقدان غير قابل للإمضاء، وما هو القابل له غير مقصود، ويتعين الفساد.

ومن ثم ينحصر عنده عليه السلام النفوذ والصحة بما إذا وقعت الإجارة بنحو التعليق، كأن يقول: أجرتك هذا إن كان حصول منفعة خارجاً ممكناً. ولا محذور في التعليق المذكور، لما ذكره من قصور الإجماع على مبطليته عما إذا كان المعلق عليه أمراً يتوقف عليه صحة الأمر المنشأ، كتعليق بيع الشيء على ملكية البائع له، وتعليق طلاق المرأة على زوجية المطلق لها.

وفيه: أن التعليق وإن لم يكن مبطلاً في المقام، إلا أنه لا ملزم به، إذ لا إطلاق في إنشاء الإجارة بعد كون موضوعها الواقعة الشخصية التي تتردد فيها المنفعة بين تعذر التحصيل وإمكانه، فإن كانت في علم الله تعالى متعذرة التحصيل تعين قصور أدلة النفوذ - بناءً على عدم تحقق شرط الصحة - وبطلان العقد، وإن كانت ممكنة التحصيل تعين البناء على شمول أدلة النفوذ، وصحة العقد. ومجرد الجهل بالحال والتردد بين الوجهين حين إيقاع العقد لا يستلزم الإطلاق بعد كون موضوعه واقعة شخصية لا

وإذا ضم ضميمة فالأقرب البطلان (١).

تقبل الإطلاق.

ولذا لا يظن بأحد البناء على البطلان لو كان عند الغاصب مال مردد بين ما يملكه شرعاً وما قد غصبه، فباعه لنفسه جازماً من دون تعليق، وانكشف أن المال ملكه شرعاً. وكذا لو طلق الرجل زوجته مرددة بين كونها حائضاً حين الطلاق وكونها طاهراً، فانكشف أنها طاهر... إلى غير ذلك. فلاحظ.

بقي شيء. وهو أنه قد عمم في الغنية والسرائر مورد الكلام للقدرة على التسليم شرعاً. ومثلاً له بإجارة ما لا يملك التصرف فيه. وتبعهما في الرياض. وربما يحمل عليه إطلاق غيرهم. وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في اشتراط ذلك، لأن عدم ملك التصرف يرجع لقصور سلطة المؤجر على الإجارة وتمليك المنفعة، وأدلة النفوذ تقصر عن صورة عدم سلطة أحد المتعاقدين، كما هو ظاهر.

(١) كما في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما مما تأخر عنهما. ويظهر من التذكرة الميل إليه. وقد يستفاد من إطلاق المبسوط والمهذب والغنية والسرائر والنافع والإرشاد المنع من استتجار العبد الأبق مدعياً في الغنية الإجماع عليه. وتردد فيه في الشرائع والتحرير. وذكر الشهيد في اللمعة أنه يمكن الجواز، بل استحسنة في حاشيته على القواعد، كما هو ظاهر القواعد، وصريح مجمع الفائدة ومحكي الكفاية.

واستدل له الشهيد بحمل الإجارة في ذلك على البيع. قال: «بل هو في الإجارة أولى. لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله». لكن في كفاية ذلك في القطع بالأولوية والخروج عن القياس إشكال، بل منع، كما نبّه له غير واحد.

نعم لو كان دليل اشتراط القدرة على التسليم في الإجارة هو الإجماع تعين البناء على الجواز في المقام لقصور الإجماع عنه، كما نبّه له غير واحد أيضاً. لكن تقدم أن الإجماع لا ينهض دليلاً في المقام.

هذا وقد تقدم عند الكلام في اعتبار القدرة على التسليم في البيع أن المستفاد من النصوص أن صحة بيع العبد الآبق مع الضميمة على طبق القاعدة المستفادة من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة الراجعة إلى لزوم إحراز سلامة بعض المبيع. ولا سيما مع اشتغال بعض تلك النصوص على التعليل المناسب للعموم وعدم الاقتصار على مورده، كموثق سماعه أو صحيحه عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع. فقال: لا، إلا أن يجلب لك في اسكرجة، فيقول: اشتر مني ما في هذه الاسكرجة وما في ضروعها بثمان مسمى. فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة»^(١).

ومعتبره الآخر عنه عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله. قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان ما نقده فيما اشترى منه»^(٢).

ومعتبره الثالث: «سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها؟ قال: لا، إلا أن يشتري معها شيئاً من غيرها رطبة أو بقلأ، فيقول: أشتري منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل...»^(٣).

ومعتبر إبراهيم بن ميمون: «أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: نعطي الراعي الغنم بالجبل يرعاها وله أصوافها وألبانها ويعطينا لكل شاة درهم. فقال: ليس بذلك بأس. فقلت: إن أهل المسجد يقولون: لا يجوز، لأن منها ما ليس له صوف ولا لبن. فقال أبو عبد الله عليه السلام: وهل يطيبه إلا ذلك؟! يذهب بعضه ويبقى بعضه»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب ٨: من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب ١١: من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب ٣: من أبواب بيع الثمار حديث: ١.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب ٩: من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٢.

ومعتبر إبراهيم الكرخي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ فقال: لا بأس بذلك، إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف»^(١).

وقد تقدم هناك تقريب دلالة التعليل في هذه النصوص على بيان الضابط في صحة المعاملة، وأنه لا بد من إحراز سلامة بعض المبيع.

ودعوى: أنه ليس وارداً لتعليل صحة المعاملة وبيان الضابط فيها، بل لبيان أن الثمن لا يقسط على ما لا يسلم، بل يكون بمجموعه في مقابل ما سلم وهو الضميمة، كما ذكر ذلك غير واحد في حديث سباعة الثاني.

مدفوعة: بأن ذلك مخالف للظاهر. ولا سيما أنه لم يرد في خصوص ما يعلم بوجوده ويشك في وصوله للمشتري، بل ورد أيضاً فيما يشك في حصوله، ولا معنى للتقسيط فيه. بل معتبر إبراهيم بن ميمون صريح في ورود ذلك لتوجيه صحة البيع، والرد على حكم أهل المسجد في حكمهم ببطلانه لأن بعض الغنم لا صوف له ولا لبن.

على أن مبنى البيوع المذكورة على الإقدام على تحمل الخسارة وعدم التقسيط، فلا حاجة لبيانها، كما ذكرناه هناك. ولذا لا إشكال في قصور هذه النصوص عما إذا أقدم المشتري على الشراء بتخيل سلامة تمام المبيع بنحو يقتضي تسليمه بتمامه. وقد تقدم تمام الكلام في هذه النصوص هناك. فراجع.

هذا والتعليل المذكور إنما ينهض بعموم لزوم الضميمة في بيع ما لا يحرز وجوده أو وصوله للمشتري، ولا ينهض بعموم ذلك للإجارة، كما قد يظهر من كلام غير واحد، لخروجها عن موضوع التعليل، فهو نظير ما إذا علل النهي عن لبس الثوب بكونه قطناً، فإنه يدل على عموم النهي عن لبس القطن من دون أن ينهض بالنهي عن التدثر بالقطن.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ١٠ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ١.

الثالث: أن تكون العين المستأجرة ذات منفعة (١). فلا تصح إجارة

نعم لو كان التعليل ارتكازياً، فقد يتجه العموم، تبعاً لعموم الجهة الارتكازية، كما لو ورد تعليل النهي عن لبس عباءة الحرير بكونه ترفاً، فإنه كما يتعدى منه اللبس ثوب الحرير غير العباءة قد يتجه التعدي منه للتدثر بالحرير، لكونه ترفاً أيضاً بنظر العرف. لكن التعليل في المقام تعبدي، وليس ارتكازياً.

ومن هنا ينحصر وجه التعدي للإجارة بإلغاء خصوصية البيع عرفاً، والتعدي لجميع المعاوضات المبنية على مقابلة المال بالمال.

وهو لا يخلو عن وجه. ولا سيما بلحاظ معتبر إبراهيم بن ميمون، فإنه ليس وارداً في البيع، بل في معاملة خاصة ترجع إلى جعل أجر رعي الغنم هو ما يفضل للراعي من قيمة أصوافها وألبانها بعد دفعه عن كل رأس دراهم. ومن هنا يقرب جداً العموم للإجارة الصرفة التي محل الكلام.

هذا وحيث سبق عدم وضوح الدليل على اعتبار القدرة على التسليم في الإجارة فالحاق الإجارة بالبيع في المقام يقتضي المنع من عدم الضميمة. أما الجواز مع الضميمة فيكفي فيه عموم نفوذ العقد، ويكون الإحاق المذكور عاضداً لذلك من دون أن يتوقف عليه البناء على الجواز.

بقي شيء. وهو أن نصوص الضميمة المتقدمة وإن اختصت بما إذا كانت الضميمة عيناً، إلا أن الاستفادة من التعليل التعدي للمنفعة ونحوها مما يكون مقابلاً بالمال، وأن المهم هو إحراز حصول دافع العوض على شيء في مقابل ماله. فلو تم التعدي من البيع للإجارة تعين الاكتفاء في الضميمة فيها بكل من المنفعة المعلومة الحصول أو العين كذلك. وإن اختلفت كلماتهم في ذلك، كما يظهر بالرجوع إليها. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) مراده تنتظم - بقرينة المثال الذي ذكره - المنفعة التي هي موضوع الإجارة.

الأرض التي لا ماء لها للزراعة (١).

الرابع: أن تكون العين مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها (٢)، فلا تصح إجارة الخبز للأكل (٣).

(١) كما في التحرير والتذكرة والقواعد وغيرها، وفي الغنية الإجماع على عدم صحة إجارة الأرض التي يغمرها الماء للزراعة في وقت لا ينحسر عنها، بل فيه الإجماع على الكبرى المذكورة، والظاهر المفروغية عنها، لأن موضوع الإجارة لما كان هو المنفعة فلا موضوع لها في المقام. كي يملكها المؤجر ويملكها للمستأجر بالإجارة. وليس هو كصورة تعذر الوصول للعين واستيفاء المنفعة منها مع كونها واجدة للمنفعة، فإن المنفعة فيها قابلة للتملك، كما سبق.

(٢) قال في التحرير: «كلما صحت إعارته صحت إجارته، بمعنى: أن كل عين يمكن استيفاء منفعتها الحكيمة مع بقائها تصح إجارتها. أما ما لا يمكن استيفاء المنفعة منه إلا بإتلافه، كالطعام والشمع، فإنه لا يصح عقد الإجارة فيه». والظاهر عدم الإشكال فيه بينهم، لا ببناء الإجارة عرفاً على استيفاء المنفعة مع بقاء العين، فهو مقوم لها، لا شرط فيها. ويكفي في بيان إرادتهم له تعريفهم للإجارة. ولعل لذا أهمل في كلام كثير من الأصحاب.

نعم عدم صحة الإجارة لا ينافي صحة العقد بالوجه المذكور من دون أن يقع إجارة. وهو لا يرجع إلى بيع العين، ليبتي على جواز إيقاع البيع بلفظ الإجارة. إذ لا يفرض في المقام تملك العين، بل جواز الانتفاع بها بالوجه المتلف لها مع بقائها على ملك صاحبها إلى حين الإتلاف.

(٣) وكذا إجارة النقود بها للاتجار بها، لأن الاتجار بها ليس من سنخ المنفعة لها التي يمكن استيفاؤها منها مع بقاء عينها، نظير التزين بها، بل يبتني على خروجها عن الملك وتبديلها في الملكية بغيرها، وهو متفرع على تملك التاجر لها. فمرجع المعاملة

حينئذٍ إلى تمليك النقود مع الضمان الذي هو عبارة أخرى عن الإقراض لها، وليست الأجرة إلا فائدة ربوية محرمة.

وقد يتفرع على ذلك أيضاً المنع من استئجار الشاة ونحوها للحلب وأخذ اللبن، أو لأخذ الصوف ونحوه فقد استشكل فيه في التحرير، بل منع منه في جامع المقاصد، كما منع في التذكرة منه ومن استئجار النخل والشجر لاستيفاء ثمرتها. ويظهر منهم أن منشأ المنع ما سبق من ابتناء الإجارة على استيفاء المنفعة مع بقاء العين، دون ما إذا لزم إتلافها من دون خصوصية للأمثلة.

لكن صرح غير واحد بصحة الإجارة في ذلك. وقد يستفاد من إطلاق جماعة أن كلما تصح إعارته تصح إجارته، مع تصريحهم بجواز إعاره الشاة ونحوها للحلب. وعن فقه الراوندي نفي الخلاف في تحديد موضوع الإجارة بذلك، وفي الغنية نفي الخلاف فيه ممن يعتد به. وكأنه لأن في العامة من شذّ فمنع من مشروعية الإجارة مطلقاً، لا للخلاف في موضوعها، بل ظاهر أو صريح الخلاف دعوى الإجماع على تحديد موضوع الإجارة بذلك.

وكيف كان فقد يستدل على الجواز بوجوه:

الأول: الإجماع المتقدم على أن كل ما تصح إعارته تصح إجارته، بضميمة تصريحهم بجواز إعاره الشاة للبن، كما يظهر من مفتاح الكرامة.

لكن لا مجال للتعويل عليه بعد قرب كون معقد الإجماع أصل مشروعية الإجارة في مقابل من شذّ من العامة فمنع من مشروعيتها، كما سبق. أما تحديد موضوعها بذلك فهو مفروغ عنه في كلام من ذكره لقناعته به، من دون أن يكون معقداً للإجماع. ولا سيما مع تصريح غير واحد ممن تأخر عنهم بتقييده بها إذا بقيت العين، بنحو قد يظهر منه أن ذلك هو مراد من أطلق.

مع أن المتيقن مما ذكره في إعاره الشاة للبن جواز ذلك وترتب الأثر عليه، لا كونه عارية بها لها من معنى عرفي، ليدخل في معقد الإجماع المدعى.

على أنه لم يثبت كون الإجماع في مثل ذلك تعدياً، بل يقرب ابتناؤه على الاجتهاد منهم عند تحرير الفتاوى، كما ذكرناه في نظائر المقام.

الثاني: قيام السيرة على ذلك. قال في مفتاح الكرامة: «وهذا الفعل يستأجر للضراب، والظئر لإرضاع الولد، وكذا البئر للاستقاء، والكاتب للكتابة ومنه المداد، إلى غير ذلك مما فيه انتفاع باستيفاء المنفعة والعين، كاستئجار الحمام والاستئجار للصيغ».

وفيه: أن الضراب والرضاع والارتضاع والاستحمام بأنفسها منافع مطلوبة من الأعيان المستأجرة، وليست أعياناً، وهي موضوع الإجارة. غاية الأمر أن المنافع المذكورة تستلزم تلف الأعيان تبعاً، وهو ليس محذوراً. بل كثيراً ما يستلزم استيفاء منفعة العين المستأجرة تلف بعض أجزائها.

وكذا الحال في الكتابة والخياطة والصيغ والبناء ونحوها. وتحمل الأجير فيها للأعيان تابع لاشتراطه عليه صريحاً أو ضمناً، وهو أمر خارج عن الإجارة.

فلم يبق إلا مثل استئجار الشاة للحلب والبئر للاستقاء والبستان لقطف الثمر، حيث يكون المقصود هو تملك الأعيان أو إتلافها، ولم يتضح قيام السيرة عليه بنحو تنهض بالاستدلال. وربما يأتي بعض الكلام في ذلك في الوجه الرابع.

الثالث: ما تضمن جواز الاستئجار للرضاع من الكتاب المجيد^(١) والنصوص الكثيرة^(٢) والإجماع. وما تضمن جواز إعطاء الغنم بدراهم عن صوفها أو لبنها كمعتبر إبراهيم بن ميمون المتقدم، وصحيح عبد الله بن سنان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر. قال: لا بأس بالدراهم. فأما السمن فلا أحب ذلك، إلا أن تكون حوالب، فلا بأس

(١) سورة الطلاق الآية: ٦.

(٢) راجع وسائل الشريعة ج: ١٥ باب: ٧١، ٨٠، ٨١ من أبواب أحكام الأولاد وغيرها.

بذلك»^(١) وغيرها.

لكن يظهر الجواب عن أدلة الاستتجار للرضاع مما تقدم من أن الرضاع والاسترضاع من المنافع المطلوبة، فلا مانع من كونها موضوعاً للإجارة وإن استلزمها تلف اللبن تبعاً.

وهذا هو العمدة في الجواب لا ما في التذكرة والقواعد من أن ذلك ونحوه إنما شرع لمسييس الحاجة إليه. إذ فيه أن الحاجة قد تكون سبباً لتشريع المعاملة على اللبن، دون خصوصية الإجارة المفروض تقومها بالمنفعة، كما تبّه له في الجملة غير واحد.

وأما نصوص إعطاء الغنم بدراهم فلا ظهور لها في الإجارة، بحيث تكون الدراهم في مقابل الانتفاع بالأصواف والألبان. بل في معاملة خاصة بين صاحب الغنم والراعي ترجع إلى أن للراعي في مقابل الرعي وخدمة الغنم ما يفضل من أصوافها وألبانها بعد دفع الضريبة منها أو من الدراهم.

مع أنها لو ابتنت على مقابلة الأصواف والألبان بالدراهم فهي ليست من سنخ الإجارة، بل هي من سنخ البيع، نظير بيع ثمرة البستان قبل ظهورها.

الرابع: ما ذكره بعض المحققين^٢ من أن ملكية الأعيان المذكورة ليست بسبب عقد الإجارة ابتداءً، ليشكل بأن الإجارة لا تقتضي ملكية الأعيان، بل بتوسط ملك المنفعة الحاصل بالإجارة، إذ كما تكون المنفعة مملوكة بسبب ملك العين الواجدة لها، كذلك قد تكون العين مملوكة بسبب ملك المنفعة، كما إذا كانت منفعة العين التي تستوفي منها وتكون موضوعاً للإجارة تقتضي خروج عين، كالبرث حيث تكون منفعتها بالاستقاء منها الذي يستلزم خروج الماء، فيملك بتبع ملك المنفعة المذكورة بالإجارة وكذا الشاة حيث تكون منفعتها أنها محلب، وحلبها يستلزم خروج اللبن. وهذا بخلاف مثل الشجر فإن أثمارها لا يستند إلى استيفاء أحد لها، بل هي

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث: ٤.

تثمر بنفسها، فلا تكون موضوعاً للإجارة بنحو تقتضي ملك الثمرة المتجددة، فضلاً عن الموجودة.

وفيه: أن ملكية الأعيان في الموارد المذكورة ونحوها حكم شرعي تابع سعة وضيقاً لدليله، والأدلة في المقام إنها تقتضي ملكية الأعيان في هذه الموارد تبعاً للملكية منشئها، كما في اللبن والشاة والماء والبئر، ولذا لا إشكال في أن المالك للماء حال كونه في البئر واللبن حال كونه في الضرع هو مالك البئر والضرع، وإنها الإشكال في تملكها بالإخراج، ومن الظاهر أنه بنفسه ليس مملوكاً حتى لو كان مملوكاً بالإجارة، ولذا لا تملك هذه الأعيان لو كان الغرض من الاستئجار على الاستقاء والحلب مجرد تمرن المستأجر عليهما، أو تقوية عضلاته، دون تملك الماء المستقى واللبن المستحلب. وبذلك يظهر أن تملكها المدعى ينحصر بها إذا كان مأخوذاً في نفس الإجارة، الراجع إلى كون الإجارة سبباً في ملكية الأعيان، والذي هو محل الكلام في المقام.

أما بعض مشايخنا ^{عليه السلام} فإنه اكتفى - فيها حكى عنه - في المنفعة التي تكون موضوعاً للإجارة بقابلية العين لحصول عين أخرى، سواء كانت باستيفاء المستأجر، كما في البئر والشاة بالإضافة إلى الاستقاء والحلب أم لم تكن، كما في الشجر بالإضافة إلى الثمر، وكما في الشبكة المنصوبة لاصطياد الحيوان، حيث يمكن استئجارها بلحاظ قابليتها للاصطياد، فيكون ملك القابلية المذكورة بالإجارة سبباً لملك الحيوان الذي يقع فيها ويصاد بها.

وقد أكد ذلك بجريان السيرة العقلائية على هذه الإجازات. بل إن إجارة البساتين والدور لا تنفك عنها، لعدم خلوها غالباً عن الآبار للزراعة أو الشرب، فيكون المستقى منها مملوكاً للمستأجر، مع أن الإجارة لم تتعلق إلا بالبئر والأرض.

نعم لا بد من عدم وجود الأعيان المذكورة حين الإجارة، لتكون المنفعة هي قابلية العين المستأجرة لأن تحصل منها، أما مع وجودها فلا موضوع للقابلية التي تصح الإجارة بلحاظها، بل ليس هناك إلا العين الموجودة فعلاً التي لا يمكن أن

تملك بالإجارة.

هذا ومن الظاهر أن مقتضى ذلك جواز استئجار الجارية وبقيّة إناث الحيوان مدة من الزمن بلحاظ قابليتها لإنتاج الولد بالقاح ذكرائها لها. وهل يلتزم تنتج بذلك؟ أو هو يصح بحيث يكون إجارة عرفاً؟.

وكيف كان فيشكل ما ذكره: أولاً: بأن القابلية من سنخ الصفات لموضوعها، لا من سنخ المنافع، لتكون موضوعاً للإجارة.

وثانياً: بأن المراد بقابلية العين لتحصيل عين أخرى إن كان هو قابليتها لتحصيلها خارجاً جرى ما تقدم من عدم كون التحصيل المذكور سبباً في التملك شرعاً. أما في مثل الماء واللبن فلما سبق. وأما في الشبكة فلأن سبب تملك الحيوان المصيد هو صيده وحيازته.

وحينئذٍ فالمستأجر إن كان قد استأجر الشبكة من أجل أن ينصبها ويحوز بها فنصبها فالحيوان المصيد المستأجر، لأنه هو الصائد والحائز له. لكن الأجرة حينئذٍ بلحاظ المنفعة الخارجية للشبكة، وهي النصب المذكور، لا بلحاظ القابلية. وكذا إن كان قد استأجر صاحب الشبكة لينصبها ويصيد بها للمستأجر، لأن النصب المذكور فعل للأجير ومن منافعه الخارجية، وقد صار بالإجارة ملكاً للمستأجر، فيكون الصيد له.

وإن كان المستأجر قد استأجر الشبكة بعد أن نصبها صاحبها ليصيد بها لنفسه، وتكون الإجارة بلحاظ القابلية المذكورة، تعين ملك صاحب الشبكة للصيد، لأنه هو الحائز له بنصبه للشبكة، ولا أثر لتملك القابلية بالإجارة، بل يتعين بطلان الإجارة.

وإن كان المراد بقابلية العين لتحصيل عين أخرى هو قابلية العين المستأجرة لتملك عين أخرى شرعاً، فالقابلية المذكورة غير صالحة للنقل بالإجارة بعد ظهور الأدلة في اختصاص القابلية للتمليك بواجد موضوع التملك نفسه، وهو صاحب الأصل في مثل الماء واللبن، والحائز في مثل الصيد.

على أن الماء واللبن مملوكان لمالك الأرض والحیوان قبل إخراجهما بالاستقاء والحلب. فانتقالهما للمستأجر بالاستقاء والحلب لا يمتني على انتقال قابلية التملك له، بل على انتقال ملكيتهما له بالإخراج بسبب الإجارة، فتكون الإجارة ملكة للعین. وأما جریان السيرة العقلانية على هذه الإجازات فهو لو تم فالتيقن منه بناؤه على صحة المعاملة المذكورة من دون أن يعلم منه كونها إجارة. مع أنه لا يفرق فيه بين وجود العين المطلوبة وعدمه. فكما يصح عندهم إجارة البستان غير المثمر بلحاظ الثمر الذي يتجدد فيه، يصح إجارة البستان المثمر بلحاظ الاستفادة بثمره الموجود. وأما عدم خلو الدور والبساتين عن الآبار فهو لا يكفي في إثبات صحة الإجارة المذكورة بعد قرب كون الاستقاء من البئر مأخوذاً شرطاً في إجارة الدار والبستان، كما هو الحال فيما لو كان في الدار المستأجرة شجرة، حيث كثيراً ما يستفاد ضمناً حين الإجارة جواز الانتفاع بثمرها وورقها وما يسقط من أغصانها سواء كان موجوداً حين الإجارة أم يوجد بعدها.

الخامس: ما ذكره في العروة الوثقى من أن الأعيان المذكورة منافع لأصولها عرفاً، فاللبن عندهم منفعة للشاة، والثمر منفعة للشجرة، والماء منفعة للبئر... وهكذا.

كما قد يدعى أنها إن لوحظت بأنفسها تكون موضوعاً للبيع، وإن لوحظت من شؤون أصولها كانت منافع، فيصح إجارة الأصول بلحاظها.

وفيه: ما ذكره غير واحد من أن المراد بالمنافع التي هي موضوع الإجارة ما يقابل الأعيان، لا مطلق ما يكون مورداً للنفع من توابع العين. قال سيدنا المصنف رحمه الله: «وإلا لجازت إجارة الشاة بلحاظ سخلها، والجارية بلحاظ ولدها، والبذر بلحاظ الزرع. وكذا في جميع موارد التوالد».

الهم إلا أن يقال: الأمور المذكورة لا استمرار فيها، لتكون من سنخ المنفعة التي تصح الإجارة بلحاظها، وتحدد بأمد خاص، وليست هي كالأمور السابقة.

الخامس: أن تكون المنفعة محللة (١)،

لكن الإنصاف أن ذلك يكشف عن اختصاص الإجارة الحقيقية بالمنافع المقابلة للأعيان، لأنها هي التي تحدّد بالأمد، وأن المعاملة بلحاظ الأعيان السابقة تشبه الإجارة من أجل قابلية الانتفاع بها للاستمرار. ولذا قد يطلق عليها عرفاً الإجارة. ومن هنا يشكل صحة الإجارة فيها بها لها من المعنى الحقيقي العرفي.

نعم يهون الأمر بلحاظ أن عدم صحة الإجارة في ذلك لا يتنافى صحة المعاملة من دون أن تكون إجارة. لعموم نفوذ العقود، ولا ملزم برجوعها للبيع. بل لا مجال له لو كان المستحق بالمعاملة هو الانتفاع بالأعيان المذكورة بالأكل والشرب والغسل ونحوها من دون تملك لها. نظير ما تقدم في إجارة الخبز للأكل. ولعل ذلك هو المقصود للعرف في هذه المعاملة، دون التملك. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما هو المعروف بين الأصحاب، ويظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه، وظاهر محكي كشف الحق الإجماع عليه، بل هو صريح الخلاف والغنية والتمتھی. والكلام.. تارة: في عدم صحة عقد الإجارة على المنفعة المحرمة. وأخرى: في عدم ثبوت الأجرة لها حتى في الجعالة والاستيفاء ونحوهما من أسباب الضمان.

أما الأول فلا ينبغي الإشكال فيه بعد المفروغية عن عدم رفع الإجارة للحرمة، كما يظهر الوجه فيه مما ذكرناه في الشرط المخالف للكتاب من مباحث الشروط من كتاب البيع. إذ بعد فرض بقاء حرمة العمل المستأجر عليه يمتنع نفوذ عقد الإجارة. كما أنه بعد فرض بقاء حرمة المنفعة للأعيان يمتنع صحة الإجارة عليها، بنحو يقتضي التسليط على استيفائها شرعاً وخارجاً. فإنه وإن لم يثبت عموم حرمة الإعانة على الإثم، إلا أنه لا إشكال في حرمة مثل هذه الإعانة المبنية على التشجيع على الحرام وإقراره، حيث يستفاد حرمتها مما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

بالأولوية العرفية، معتضداً بالمرتكزات التشريعية.

بل الإنصاف أن حرمة استيفاء المنفعة من العين ينافي عرفاً وجوب بذلها والتمكين منها الذي هو مقتضى صحة الإجارة. مضافاً إلى ما يأتي في الأمر الثاني إن شاء الله تعالى. لظهور أنه إذا تمّ عدم مقابلة المنفعة المحرمة بالمال تعين عدم صحة الإجارة عليها.

هذا وقد يستدل على ذلك أيضاً بعدم القدرة على التسليم شرعاً. لكن يظهر مما تقدم في الشرط الثاني أنه لا دليل على عموم اعتبار القدرة على التسليم في الإجارة، لينظر في شموله للقدرة الشرعية المرتفعة بالتحريم. والدليل المتقدم متناً في صورة الضميمة - لو تم - مختص بالقدرة الخارجية. فراجع.

وأما الثاني فيظهر منهم الاستدلال له بوجوه:

الأول: أن تحريم العمل موجب لسلب ماليته شرعاً. لكن الظاهر أن المالية من الأمور الواقعية، وهي تابعة لتنافس العقلاء في الشيء، بحيث يبذلون المال من أجل تحصيله، وكما لا دخل للشارع الأقدس في حصولها لا دخل له في ارتفاعها. غاية الأمر أن بيده أمر أحكامها وآثارها الاعتبارية.

الثاني: ما ذكره بعض الأعظم رحمته في حاشيته على العروة الوثقى من أن المنفعة المحرمة غير مملوكة. قال سيدنا المصنف رحمته: «لأن إضافة الملك بحسب اعتبار العقلاء إنما تكون فيما ترجع مصلحته إلى المالك، ويكون من كماله، ولا يصح اعتبارها فيما يكون مفسدة ومضرة على المالك. فيصح أن تقول: يملك زيد أن يأخذ درهماً من عمرو، ولا يصح أن تقول: يملك زيد أن يأخذ منه عمرو درهماً. والمحرمات لما كانت بنظر الشارع مفسدة لا يصح اعتبارها مملوكة عنده».

وفيه: أن ملك الإنسان لمنافع الأعيان التي يملكها بلحاظ أنها من شؤون ملكه، لا بلحاظ كونها من مصالحه التي تكون مورد النفع له.

كما أن ملك الإنسان لمنفعته بلحاظ كونها من شؤونه التابعة له، لا بلحاظ كونها مما ينتفع به. ولا مانع من أن يملك الإنسان على غيره أن يأخذ منه مالا إذا تعلق له غرض بذلك، وحصل أسباب ملك ذلك بشرط أو نحوه.

ومن الغريب ما عن بعض مشايخنا ثنت من أن من أجبر حرّاً على عمل محرم - من كذب أو ضرب أو حمل الخمر أو نحو ذلك - فإنه لا يضمن هذه المنافع، لأن الحرام لا مالية له في شريعة الإسلام، فلا يكون الحرّ مالكاً لذلك العمل، حتى يكون الغاصب ضامناً لما أتلفه.

إذ فيه: أنه مع فرض إجبار الحرّ على العمل المحرم تسقط حرمة في حقه، فلا موجب لسقوط حرمة جهده الذي استوفاه من أجبره عليه.

هذا ويظهر من بعض المحققين ثنت أن مانعية الحرمة من الملكية تختص بالعمل المحرم للأجير، دون المنافع المحرمة للأعيان، لأن موضوع الحرمة هو فعل المستأجر كالسكنى في الدار، وهو ليس موضوعاً للإجارة، بل موضوعاً هو قابلية العين للانتفاع - كمسكونية الدار - وهي ليست محرمة. بل غير قابلة للتحرير.

وفيه: أنه لو تم ما ذكره في تحديد موضوع الإجارة فمانعية التحريم من ملكية المنفعة ليست مستفادة من دليل لفظي، لينظر في عمومها للمنفعتين أو اختصاصه بإحدهما، بل غاية الأمر أن تكون مقتضى المناسبات الارتكازية، والجهة الارتكازية المدعاة - لو تمت - لا فرق فيها عرفاً بين الأمرين مع ما بينهما من كمال الملازمة. فالعمدة ما سبق.

الثالث: أن تحريم المنفعة والعمل شرعاً ملازم عرفاً لسلب حرمتها، بحيث لا يقابلان بالمال بنظر الشارع الأقدس.

وأما ما ذكره بعض المحققين ثنت من أن هدر المال شرعاً غير هدر المالية، فمال الكافر الحربي مسلوب الحرمة، فيجوز أخذه قهراً عليه من دون ضمان، إلا أنه لا يخرج عن كونه مالا صالحاً للمعاوضة.

فيندفع بأن المدعى في المقام ليس هو هدر المال، بل هدر المالية، الراجع إلى أن تحريم الشيء ملازم لعدم كونه صالحاً لأن يقابل بالمال بنظر الشارع. وهو قريب جداً. كما أنه مطابق لما تضمن النهي عن أكل المال بالباطل، بناءً على ما هو الظاهر من أن المراد به النهي عن أكل المال في مقابل الأمور الخبيثة المستنكرة وعوضاً عنها، أو بالوجوه الخبيثة المستنكرة، فيعم مثل القمار والسرقة من الأمور المستنكرة غير المبتنية على المعاوضة. على ما تقدم توضيحه في المسألة الرابعة من مقدمة كتاب التجارة. فراجع.

هذا والظاهر اختصاص ذلك بما إذا كان باذل العمل أو المنفعة ملتفتاً لحرمتها، بحيث يكون مقدماً على المعصية أو مشجعاً عليها ومعتدياً في بذله ومتهكاً لحرمة الشارع الأقدس بذلك. أما إذا كان جاهلاً بذلك، للجهل بالحكم أو الموضوع فلا موجب لسقوط حرمة جهده في عمله وحرمة منفعة عينه المملوكة والتي يستوفيها الطرف الآخر. كما لا يكون أكل المال في مقابلهما عرفاً أكلاً له بالباطل.

وأظهر من ذلك ما إذا كان باذل العمل أو المنفعة مكرهاً على البذل، بنحو تسقط حرمة في حقه واقعاً.

فالمقام نظير ما تضمن أنه لا مهر لبغي، المختص ارتكازاً بما إذا أقدمت على التمكين من الوطء المحرم، دون ما إذا كانت جاهلة أو مكرهة.

نعم لا إشكال في بطلان الإجارة حينئذٍ، لما سبق من منافاة نفوذها للتحريم، حيث لا إشكال في بقاء التحريم مع الجهل. وأما مع الإكراه فهو وإن سقط عن الفعلية في حق المكره، بحيث لا تلحقه تبعة العمل المكره عليه من العقاب ونحوه، إلا أنه بعد منافي عرفاً لنفوذ الإجارة ووجوب الوفاء بها، وإلا كان الإكراه بحق، لاستحقاق المكره العمل بسبب نفوذ الإجارة، المستلزم لوجوب البذل من دون إكراه.

لكن ذلك إنما يقتضي عدم استحقاق الأجر من حيثية الإجارة، ولا يمنع من استحقاق أجره المثل بالاستيفاء، كما يستحق في سائر موارد بطلان الإجارة. وكذا

إذا جعل الأجر الخاص بنحو الجعالة أو بنحو الإباحة والبذل في مقابله، لعدم منافاة التحريم لنفوذهما بعد عدم ابتناؤه على إلزام صاحب العمل أو المنفعة بهما. فلاحظ. بقي شيء. وهو أنه قد يستدل على حرمة الإجارة على العمل المحرم بقوله ﷺ في رواية تحف العقول: «وأما وجوه الحرام من وجوه الإجارة نظير أن يؤاجر نفسه على حمل ما يحرم عليه أكله أو شربه... أو شيء من وجوه الفساد الذي كان محرماً عليه من غير جهة الإجارة فيه وكل أمر منهي عنه من جهة من الجهات فمحرم على الإنسان إجارة نفسه فيه...»^(١).

لكن ضعف الرواية بالإرسال مانع من الاستدلال بها. خصوصاً مع عدم ظهور انجبارها بعمل الأصحاب وإن وافقوها في كثير من الأحكام، لقرب استنادهم إلى غيرها، خصوصاً القدماء منهم، كما يظهر بالرجوع لكلماتهم.

قال السيد الطباطبائي رحمته في حاشيته على المكاسب: «ولا جابر لها، لأنها وإن كانت مشهورة بين العلماء في هذه الأعصار المتأخرة، إلا أن الشهرة الجارية - وهي ما كانت عند القدماء من الأصحاب والعلماء - غير متحققة». هذا مع اضطراب متنها كما يظهر بالنظر إليها حتى استظهر السيد الطباطبائي أنها منقولة بالمعنى لا بألفاظ الإمام عليه السلام. بل عن بعضهم الجزم به. وبذلك يظهر الإشكال فيما ذكره بعض المحققين رحمته من أنها متلقاة بالقبول.

وأما إجارة الأعيان بلحاظ المنفعة المحرمة فعن بعض مشايخنا رحمته الاستدلال على حرمتها بصحيح جابر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته ببيع فيه الخمر. قال: حرام أجرته [أجره]»^(٢). بدعوى: ظهوره في الأجرة لبيع الخمر.

(١) تحف العقول ص: ٢٤٨ طبع النجف الأشرف.

(٢) الكافي ج: ٥ ص: ٢٢٧. الاستبصار ج: ٣ ص: ٥٥. تهذيب الأحكام ج: ٧ ص: ١٣٤. لكن رواه عن صابر، كما سيأتي.

نعم رواه في الوسائل وموضع من التهذيب هكذا: «فباع فيه الخمر»^(١)، فيكون ظاهراً في إطلاق الإجارة من دون تقييد ببيع الخمر، وإن كان يحصل بعد ذلك. وحينئذ يعارضه في ذلك صحيح ابن أذينة: «كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته ودابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر والخنازير. قال: لا بأس»^(٢). ويسقطان معاً أو يجمع بينهما بالكراهة. كما رواه فيه وفي موضع آخر من التهذيب^(٣) عن صابر، وهو مجهول.

لكن يتعين سقوط رواية التهذيب من الجهتين لاختلاف نقل الشيخ تتسط للحديث المذكور بنحو يوجب سقوطه عن الحجية، ويتعين العمل على رواية الكافي. ولا سيما مع تأيدها برواية الشيخ المطابقة لها في التهذيين، ومع ما اشتهر من أن الكافي أضعف، حيث يصلح ذلك بمجموعه أن يكون قرينة عرفاً على التحريف في رواية الشيخ في التهذيب. وأن المعول على المضمون الأول، فتحرم الإجارة على المنفعة المحرمة، وتجاوز مع الإطلاق حتى إذا استعمل المؤجر العين في المنفعة المحرمة عملاً بعموم نفوذ العقد وخصوص صحيح ابن أذينة.

اللهم إلا أن يقال: لم يتضح ظهور رواية الكافي في تقييد الإجارة بالمنفعة المحرمة. ومجرد حذف الفاء لا يكفي في ذلك. كما لم يتضح حرمة حمل الخمر والخنزير، ليكون صحيح ابن أذينة معارضاً لصحيح جابر. ولا عدم الفرق بين بيع الخمر وغيره من المحرمات. ولا سيما بعد التشديد في أمر الخمر، حيث يجرم عصرها وسقيها الأطفال والجلوس على مائدة تشرب عليها وغير ذلك.

ومن هنا قد يتجه البناء على حرمة إجارة المكان ممن يبيع فيه الخمر مطلقاً وإن لم يكن ذلك قيداً في الإجارة من دون أن يتعدى لغير ذلك من المحرمات. وينحصر

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣٩ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١. تهذيب الأحكام ج: ٦ ص: ٣٧١، ٣٧٢.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣٩ من أبواب ما يكتسب به حديث: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٣٩ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١. تهذيب الأحكام ج: ٧ ص: ١٣٤.

فلا تصح إجارة المساكن لإحراز المحرمات (١)، ولا الجارية للغناء.

السادس: إمكان حصول المنفعة للعين المستأجرة (٢)، فلا تصح

الوجه في عموم حرمة الإجارة على المنفعة المحرمة بها سبق. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) لم يتضح حرمة إحراز المحرمات، ليدخل في الكبرى المذكورة.

(٢) حيث كان المراد من الإمكان ما يقابل التعذر ولو للمنع الشرعي، كان هذا الشرط مغنياً عن الشرط السابق، وهو إباحة المنفعة. ويظهر من سيدنا المصنف عليه السلام أن الوجه في هذا الشرط هو اشتراط إمكان انتفاع المستأجر بالعين المستأجرة الذي ذكره في العروة الوثقى، واستدل عليه سيدنا المصنف عليه السلام بأن أخذ الأجرة مع تعذر المنفعة يكون أكلاً للمال بالباطل، بناءً منه عليه السلام على أن المراد به أكل المال من دون مقابل.

لكنه - لو تم - إنما يمنع من صحة الإجارة بحيث تقتضي استحقاق الأجرة من دون حصول المنفعة، كما هو الحال في فرض تعذر العمل خارجاً. أما إذا أريد صحتها بحيث تقتضي استحقاق الأجرة مع حصول المنفعة، كما لو كان التعذر شرعياً بسبب الحرمة وتحققت المنفعة عصياناً فلا مجال للاستدلال المذكور. على أن حمل الباطل على ذلك غير ظاهر كما أوضحناه في المسألة الرابعة من مقدمة كتاب التجارة وأشرنا إليه آنفاً عند الكلام في اشتراط إباحة المنفعة.

والذي ينبغي أن يقال: إمكان حصول المنفعة للعين المستأجرة خارجاً إن كان في مقابل قصور العين عن المنفعة - كالأرض الصخرية بالإضافة للزراعة - دخل في الشرط الثالث. وإن كان في مقابل تعذر استيفاء المنفعة مع قابلية العين لها دخل في الشرط الثاني وهو القدرة الخارجية على التسليم. وأما إمكان حصول المنفعة شرعاً، فإن كان لحرمها شرعاً رجع إلى الشرط الخامس، وإن كان لتوقف استيفائها على

المعصية فالدليل عليه ما سبق في الشرط المذكور من قصور دليل نفوذ العقد عن صورة لزوم المعصية، حيث لا يفرق فيه بين كون منشأ لزومها حرمة نفس الأمر المستأجر عليه وحرمة مقدمته، بحيث يكون استيفاءه مستلزماً للحرام.

إن قلت: ذلك إنما يتم إذا انحصر موضوع الإجارة بالحرام أو بما يتوقف عليه، كما لعله مفروض كلامهم. أما إذا لم ينحصر بذلك لكن كان التوقف على الحرام بسبب تفریط الأجير فلا مجال للبناء على بطلان العقد، كما لو استؤجر الجنب لكنس المسجد في وقت يسعه الغسل ثم الكنس، لكنه فرط فلم يبادر للغسل حتى ضاق وقته، حيث لا إشكال حينئذٍ في صحة العقد حين وقوعه.

قلت: صحة العقد حين وقوعه لا ينافي بطلانه بعد ذلك بسبب التفریط المذكور، لعدم الفرق في منشأ تقديم عموم دليل التحريم على عموم نفوذ العقد بين حدوث النفوذ وبقائه.

ومما ذكرنا يظهر أن المقام ليس من موارد التزام، ليدعى أن فعلية حرمة المقدمة لا تنافي نفوذ العقد وضعاً بحيث يملك كل من المتعاقدين العوض الحاصل له بالعقد، وإن لم يجب تسليمه له من أجل حرمة المقدمة، بل هو راجع إلى قصور أدلة النفوذ عن صورة مخالفة الحكم الشرعي تخصيصاً وملاكاً، كما يظهر مما ذكرناه عند الكلام في الشرط المخالف للكتاب.

وبذلك يظهر أنه لا مجال لتصحيح العقد بنحو الترتب الراجع إلى ترتب الأثر عليه في فرض حصول المعصية. لأن الترتب يختص بموارد التزام التي يتم فيها إطلاق دليل التكليف المرجوح ويحز ملاكه، ولا يجري مع قصوره تخصيصاً.

نعم لو فرض إنشاء الإجارة معلقة على حصول المعصية لم تكن منافية للحكم الشرعي، وأمكن شمول دليل النفوذ لها، وترتب الأثر عليها عند حصول المعصية. لكن من المعلوم مبطلية التعليق للعقد. وإلى ذلك يرجع ما عن بعض مشايخنا ^(١)، على ما تقرير درسه. فراجع.

إجارة الحائض لكنس المسجد (١).

ثم إن بطلان الإجارة في المقام لا يقتضي هدر العمل، بحيث لا يقابل بالمال - كما سبق في فرض حرمة المنفعة - لعدم حرمة العمل في نفسه ولا حين وقوعه وإن حرمت مقدمته. وحينئذ يتعين ثبوت أجره المثل له، كما في سائر موارد بطلان الإجارة. بل يمكن ثبوت الأجر المسمى مع الجهل بحرمة المقدمة إذا عيّن بنحو الجعالة لا بنحو الإجارة، لعدم منافاة نفوذ الجعالة لتحريم مقدمة العمل، إلا بلحاظ كونه تشجيعاً على المعصية، وهو يختص بصورة العلم بالحرمة. وربما يأتي في كتاب الجعالة ما ينفع في المقام.

(١) في حاشية بعض الأعظم رحمته: «وأما المثال فقد خرج باشتراط مملوكة المنفعة وإباحتها». وإليه يرجع ما ذكره بعض المحققين رحمته. لكن من المعلوم أن كنس الحائض للمسجد ليس محرماً في نفسه، وإنما تحرم مقدمته، وهي لا تقتضي حرمة قطعاً، كما تبّه لذلك سيدنا المصنف رحمته وغيره.

وأما مملوكيته فإن أراد بها ما يتوقف على إباحته فهي حاصلة أيضاً، لما سبق. على أنه تقدم عند الكلام في الشرط الخامس عدم منافاة تحريم العمل للملكية. وإن أراد بها ما يتوقف على القدرة عليه فقد سبق منه رحمته في الشرط الثاني أن ما لا يقدر على تسليمه لا مالية له، لا أنه مال غير مملوك. وإن سبق منّا المنع من ذلك أيضاً.

بقي شيء. وهو أنه قال في القواعد في بيان شروط المنفعة: «الثالث: أن تكون متقومة» وفي مفتاح الكرامة: «هذا الفرع من متفردات الكتاب والتذكرة. وهو مما لا ريب فيه عندهم. لكنهم لم يذكروا له عنواناً. ومعنى كونها متقومة أن يكون لها قيمة عند أهل العرف. سواء كان الغالب ذلك، أو احتيج إلى ذلك في بعض الأحيان».

وكأن منشأ دعواه ما هو المعلوم من كون الإجارة من المعاوضات، مع مفروغيتهم عن أخذ المالية في موضوع المعاوضة.

(مسألة ٤): إذا أجر مال غيره توقف صحة الإجارة على إجازة المالك (١). وإذا أجر مال نفسه وكان محجوراً لفسه أو رق توقف على إجازة الولي (٢). وإذا كان مكرهاً توقف على الرضا لا بداعي الإكراه (٣). وإذا أجر السفينة نفسه لعمل ففي الصحة إشكال، والأحوط الاستئذان من الولي (٤).

لكن ذلك - لو تم - يقتضي غلبة الانتفاع بالشيء، لتقوم المالية بتنافس العقلاء في الشيء، وهو لا يكون إلا بالانتفاع به والاهتمام بتحصيله نوعاً. وأما الانتفاع به نادراً فهو لا يكفي في ماليتته. غاية الأمر أنه يكفي في حسن بذل المال له عند حصول الحاجة له، بحيث لا يكون بذل المال سفهياً. إلا أن ذلك لا يجعله مالاً.

ولعله لذا قال في جامع المقاصد في تفسير كون المنفعة متقومة: «أي: أن يكون لها قيمة عند أهل العرف غالباً، لأن ما لا قيمة له لا يجوز بذل المال في مقابله، ولا يحسن وقوع المعاوضة عليه».

لكنه لا يناسب إطلاقه في ضابط صحة الإجارة في صغريات ذلك مما وقع الخلاف بينهم فيه، حيث قال: «والضابط أن المنفعة التي يحسن عرفاً مقابلتها بهال يجوز استئجار العين المستعملة عليها، دون غيرها».

وكيف كان فقد تكرر منّا عدم أخذ المالية في موضوع المعاوضة وفي صحة بذل المال. وقد أطلنا الكلام في ذلك في المسألة الرابعة من مقدمة التجارة. فراجع.

(١) لكون العقد فضولياً، فيجري فيه ما سبق في بيع الفضولي، لعدم خصوصية البيع فيه، بل المعيار فيه العقد، كما يظهر بالرجوع إليه.

(٢) لعين ما تقدم في سابقه.

(٣) حيث يظهر مما سبق في البيع عدم نفوذ عقد المكره إلا بإجازته له وإقراره لا من جهة الإكراه، وهو يحصل في فرض الرضا المذكور.

(٤) بل هو المتعين، لما تقدم في المسألة الثانية من عدم نفوذ أمر السفينة في ماله

(مسألة ٥): إذا استأجر دابة للحمل فلا بد من تعيين الحمل (١)، وإذا استأجر دابة للركوب فلا بد من تعيين الراكب (٢)، وإذا استأجر دابة لحرث جريب من الأرض فلا بد من تعيين الأرض (٣). نعم إذا كان اختلاف

ولا في نفسه. ومما سبق يظهر كفاية إجازة الولي للعقد بعد وقوعه في نفوذه.

كما يظهر الحال في الصبي، وأنه لا بد في نفوذ عقده من إذن وليه فيه قبل وقوعه، أو إجازته له بعده. وكان على سيدنا المصنف عليه السلام ذكره هنا في جملة المحجور عليهم.

(١) كما صرح بذلك جماعة كثيرة. وصرح كثير باعتبار مشاهدة الحمل. وفي التذكرة والمسالك أنه لا بد من مشاهدته من امتحانه باليد تخميناً لوزنه.

وكان الوجه في ذلك كله دفع محذور الغرر، الذي سبق متاً - عند الكلام في الشرط الأول - الإشكال في مانعيته، وفي حصوله مع كون موضوع المعاوضة هو الكلي الذي تختلف أفراده قلة وكثرة.

والظاهر من السيرة الاكتفاء بالحمل على المتعارف وإن تردد بين الأقل والأكثر. ولو صرحا بالخروج عن المتعارف فلا دليل على وجوب التعيين، بل مقتضى العمومات الصحة.

(٢) قال في مفتاح الكرامة: «لا خلاف في أن معرفة الراكب شرط في إجارة الدواب للركوب، إلا من مالك... لأنه أحد نوعي ما وقعت عليه المعاوضة، فتجب معرفته كالبيع. وطريق معرفة الراكب [المعرفة] ثلاثة: وزن الراكب ومشاهدته ووصفه. وقد أجمعوا - كما في الإيضاح - على أن المشاهدة تكفي».

وفي القواعد: «وفي الاكتفاء بوصفه من الضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخميناً نظر». بل في المبسوط وعن فقه الراوندي أنه لا بد من المشاهدة، وقد يظهر من غيرهما. ويظهر الحال فيه مما سبق.

(٣) كما ذكره جماعة. وقد صرح غير واحد منهم بأنه لا بد من تعيينها بالمشاهدة

الراكب أو الحمل أو الأرض لا يوجد اختلافاً في المالية لم يجب التعيين (١).
(مسألة ٦): إذا قال آجرتك الدار شهراً أو شهرين بطلت الإجارة (٢).
وكذا إذا قال: آجرتك كل شهر بدرهم (٣). وإذا قال: آجرتك شهراً بدرهم فإن

أوبها أو بالوصف. وقد ذكروا في وجهه أن الأرض تختلف في الصلابة والرخاوة.
لكن من الظاهر أن تمييز ذلك قد لا يحصل إلا بالتجربة. وكيف كان فيظهر
الحال فيه مما سبق.

(١) كأنه لأن الغرر المنوع عنه عندهم هو الخطر من حيثة المالية، وإن
كان ذلك لا يناسب إطلاقهم هنا. على أن جزم سيدنا المصنف ^{رحمته} هنا بوجوب
التعيين مع الاختلاف في المالية لا يناسب ما تقدم منه في المسألة الثالثة من التوقف في
مانعية الغرر، حيث جعل تجنبه مقتضى الاحتياط. إلا أن يكون مراده هنا الجري على
الاحتياط المذكور، لا الفتوى بوجوب التعيين.

(٢) أما مع تعيين الأجرة المستحقة فلا إبهام المنفعة المستحقة في مقابلها، ويمتنع
الإبهام في عوض الأمر المعين. وأما مع التردد في الأجرة أيضاً، كما لو قال: آجرتك
شهراً بدرهم أو شهرين بدرهمين، فلا إبهام المعاوضة المجعولة بالعقد تبعاً لإبهام
طرفيها.

إلا أن تقوم القرينة على إرادة المعاوضة جزماً بين الدرهم الواحد ومنفعة
الشهر الأول، مع التردد في إنشاء ما زاد على ذلك، وهو المعاوضة بين الدرهم الآخر
والشهر الثاني، فيتعين وقوع الأولى، دون الثانية.

(٣) كلمات الأصحاب في المقام في غاية الاضطراب والاختلاف. والذي
ينبغي أن يقال: لا إشكال في البطلان مع إبهام الشهور وعدم تحديدها بوجه أصلاً،
لامتناع ملك المبهم وكونه طرفاً في المعاوضة. كما لا إشكال في صحة الإجارة بنحو
تقتضي ملك المستأجر المنفعة والمؤجر الأجرة مع تعيين الشهور ومعرفة عددها، لعدم

المنشأ للبطلان. ومجرد توزيع أجزاء الأجرة على أجزاء مدة الإجارة ليس محذوراً. والظاهر خروج ذلك عن مفروض كلامهم.

وأما مع عدم تعيين الشهور. فإن كانت محدودة بحدّ واقعي مجهول للمتعاملين - كانهاء مدة عمل المستأجر أو شفاء مريضه أو نحوهما - فمقتضى العمومات الصحة. ويؤيدها أو يعضدها ما ورد في البيع من جواز بيع جملة مجهولة المقدار لكل جزء منها ما يقابله من الثمن، كبيع صبرة من طعام كل صاع بدرهم وبيع الأرض كل جريب بدينار ونحوهما، كما ذكرناه مفصلاً عند الكلام في لزوم العلم بالعوضين من كتاب البيع، لظهور أن الغرر المانع في الإجارة لا يزيد عن الغرر المانع في البيع.

نعم لو تم اعتبار العلم بالعوضين في الإجارة تعبدّاً، للدليل الخاص تعين الخروج به عن العمومات، وعدم التعويل على ما ورد في البيع بعد اختصاصه به. لكن سبق المنع من ذلك. فراجع.

وأما إذا كان الحد هو اختيار المستأجر. فإن أريد تمليك منفعة تمام المدة التي يختارها المستأجر وتام ما يقابلها من الأجرة المحددين في علم الله تعالى، بحيث يقع التعاوض بينهما حين العقد، ويملك كل منهما تمام العوض الذي فرض لصاحبه، كان من صغريات ما سبق من فرض الجهالة في العوضين، وجرى عليه حكمه.

أما لو أريد تحقق التعاوض بين منفعة كل شهر وما يقابله من الأجرة عند عزم المستأجر على استيفائها، أو عند شروعه في استيفائها، بحيث تكون هناك معاوضات تدريجية - كما هو المنصرف من التعبير المذكور - فيلزم التعليق المبطل للعقد عندهم.

نعم لو قامت القرينة على الجزم بالمعاوضة بالإضافة إلى بعض الشهور - كالشهر الأول أو ما زاد عليه - تعين صحة الإجارة بالإضافة إليه ولزومها. ولا يقدح انضمام الإجازات التعليقية في بقية الشهور إليها حين الإنشاء، لانحلالها عرفاً إلى إجازات متعددة. إلا أن تقوم القرينة على أخذ وحدة الصفقة شرطاً لأحد المتعاقدين، فيثبت له الخيار في الإجارة الصحيحة.

زدت فبحسابه، فإن أراد المعنى الأول بطلت (١)، وإن أراد الإجارة في الشهر الأول والإجارة ثانياً في الباقي صحت في الأول (٢)، وبطلت في الزائد (٣).

بل يمكن توجيه الصحة في بقية الشهور إذا كان أخذها بنحو الشرط في الإجارة في المدة المحددة، بأن يرجع العقد إلى الإجارة في المدة المعينة بشرط أن للمستأجر استيفاء المنفعة في كل شهر مع دفع ما يناسبه من الثمن. لكنه يحتاج إلى عناية لا يناسبها ظاهراً التعبير المذكور.

(١) لكنه خلاف ظاهر الكلام المذكور جداً.

(٢) كما في السرائر والتذكرة والقواعد. لعموم نفوذ العقد بعد فرض تعيين المدة. خلافاً للإيضاح وجامع المقاصد. قال في الثاني: «لأن العوضين هو ما اقتضاهما مجموع العقد، والشرط من جملته. وأيضاً فإن فساد الشرط يقتضي فساد العقد كما قررناه غير مرة». وكلاهما ممنوع.

نعم قد يتجه بناءً على أن مانعية الغرر في الإجارة ليس للإجماع على إلحاقها بالبيع في ذلك، بل لأجل عموم مانعية الغرر، حيث يتجه حينئذٍ مانعيته من صحة العقد ولو لاشتغاله على الشرط الغرري. لكن سبق المنع من ذلك.

مضافاً إلى صحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن الرجل يكتري الدابة، فيقول: اكتريتها منك إلى مكان كذا وكذا، فإن جاوزته فلك كذا وكذا زيادة. ويسمي ذلك. قال: لا بأس به كله»^(١). لظهوره في تعيين مقدار الزيادة في الأجرة دون مقدار الزيادة في تجاوز المسافة. وحينئذٍ يدل على عدم مبطليته للإجارة التي ضم إليها. مع تعيينها معاً - كما في محل الكلام - بالأولوية العرفية.

(٣) كما صرح به من سبق. وهو لازم لكل من صرح بالبطلان فيما لو استأجره كل شهر بدرهم مطلقاً أو فيما عدا الشهر الأول. ويظهر الحال فيه مما سبق فيما لو

هذا إذا كان بمعنى الإجارة (١)، أما إذا كان بعنوان الجعالة (٢)، بأن تكون

استأجره كل شهر بدرهم.

(١) التي هي تبتي على المعاوضة الملزمة بين المنفعة والأجرة، بحيث يملك كل من المتعاقدين على الآخر ما جعل له بالعقد.

(٢) فقد ذكر في الجواهر أنه يمكن تصحيح المعاملة، إذا كانت بنحو يكون كالجعالة، بل في العروة الوثقى أنها تصح إذا كانت جعالة. معللاً فيها بأنه يغتفر فيها مثل هذه الجهالة.

والوجه فيه: أن الجعالة ليست عقداً يبتني على المعاوضة، والتملك للعوضين - ليمتنع مع الجهل للغرر، فضلاً عن الإهمام، حيث يمتنع تملك المبهم، كما يمتنع تعليقه على الاختيار، لمبطلية التعليق للعقد - بل على مجرد الوعد بالجزاء على العمل بحيث يملك الجزاء بعد العمل، فلا يكون العمل مملوكاً، كما لا يكون الجزاء المملوك مبهماً، بل يتجدد بقدر العمل الحاصل.

نعم استشكل بعض الأعاظم ^{ثنت} في تعليقه على العروة الوثقى في حمل المقام على الجعالة باختصاص الجعالة بما إذا كان الالتزام بالجعل في مقابل عمل محترم من الطرف الآخر، فلا تنطبق على المقام، حيث يكون دافع الجعل هو مستوفي منفعة المال. وعن بعض مشايخنا ^{ثنت} تصحيحها.. تارة: بما عن المحقق الرشتي ^{ثنت} من أن الجعل من مستوفي منفعة الدار مثلاً لصاحبها في مقابل إسكانه فيها. وأخرى: بأن يكون الجعل من مالك الدار مثلاً وهو منفعتها في مقابل بذل الأجرة وإعطائها له، فإن الإعطاء المذكور عمل محترم في نفسه صالح لأن يعرض بالمال.

ويشكل الأول بأن من الإسكان إن كان هو جعل الشخص في الدار - نظير جعل الفرس في الاسطبل، والسيارة في المخبأ - فمن الظاهر خروج ذلك عن مورد الكلام. مع أنه لا يقتضي مجانية إشغالها، ولذا قد يستأجر عليه غير صاحب الدار.

وإن كان هو بذل السكنى وإباحتها فمن الظاهر أن الجعل لا يستحق بذلك، بل بنفس السكنى.

كما يندفع الثاني بأنه حيث لا يراد ببذل الأجرة الإعطاء الخارجي لها، بل تملكها، رجع ذلك إلى الهبة المعوضة، لا إلى الجعالة. مع أن مقتضاه استحقاق المنفعة تبعاً لتمليك الأجرة، ومبنى المعاملات المذكورة على العكس. ويأتي من سيدنا المصنف رحمته ما يرجع إلى بعض ما سبق.

فالإنصاف أن المعاملة المذكورة لا تتناسب مع الجعالة بها لها من معنى معهود. نعم لا تحديد في النصوص لمعنى الجعالة، كما لا إطلاق في أدلتها، وإنما وردت فيها نصوص قليلة في موارد قليلة، ولا مجال لاستفادة العموم منها إلا بضميمة كونها مورداً لسيرة العقلاء ومقبولة بمقتضى متركزاتهم، حيث يرون استحقاق الأجر المجعول على العمل بالعمل نفسه، لا بمعاوضة تقتضي تملك العوضين قبل العمل. والمرتكزات المذكورة كما تقتضي ذلك في العمل تقتضيه في غيره من الأموال المحترمة، من الأعيان والمنافع، كما لو قال: إن تركتني أكل وجبة من طعامك أعطيتك درهماً، وإن ركبتي بغلك أو بسيارتك إلى مكان كذا، أو بتّ في فندقك ليلة، أعطيتك درهماً. ومنه المقام. فإنها جميعاً تشترك في جعل الجعل على استيفاء مال الغير، من دون خصوصية للعمل بالنظر للمرتكزات العرفية التي هي المنشأ في البناء على عموم صحة الجعالة على العمل مع قصور النصوص عنه.

وبالجملة: خروج المعاملة المذكورة عن الجعالة المعهودة لا ينافي تصحيحها بملاك الجعالة تبعاً للمرتكزات. ولعله لذا لم يجعلها في الجواهر من الجعالة، بل فرضها كالجعالة في عدم ابتنائها على المعاوضة مسبقاً، بل على ثبوت العوض المجعول باستيفاء المال. فلاحظ.

الأجرة مبذولة بإزاء إباحة المنفعة، لا المنفعة نفسها (١)، فلا بأس، على إشكال. ولعل مرجع الإباحة بالعوض إلى هذا أيضاً (٢)، فيكون العوض للإباحة لا للمباح.

(١) مما سبق يظهر الإشكال في ذلك بأن الجعل بحسب قصد الطرفين لا يستحق بإباحة المنفعة، بل باستيفاء المنفعة نفسها. كيف! ولا إشكال في أنه لو لم يستوف المنفعة بعد الإباحة وأرجع العين فلا شيء عليه.

(٢) قال في الجواهر: «كما أنه لا يبعد الصحة لو جعل من قبيل الإباحات بأعواض معلومة تلزم بالتلف، كما في نظائر ذلك من الأعيان والمنافع». ونحوه ما في العروة الوثقى.

وقد استشكل فيه بعض الأعاض ~~ثنت~~ في تعليقه عليها بأن عوضية الأجر المسمى دون أجر المثل يحتاج إلى عقد معاوضة صحيحة، فمع عدمه يتعين ضمان أجر المثل.

وفيه أنه لا إطلاق للدليل ثبوت أجرة المثل يشمل المقام، ليتوقف الخروج عنه على عقد يكون مقتضاه مقدماً على الإطلاق المذكور بمقتضى دليل نفوذ العقود.

هذا وعن بعض مشايخنا ~~ثنت~~ أنه إنما يحتاج للعقد إذا كان المراد للمتعاملين تبادل الملكية بينهما بنحو ملزم، بحيث يكون لكل منهما مطالبة الآخر بما انتقل إليه منه، ولا ملزم بذلك، بل يكفي إناطة استيفاء المنفعة بدفع العوض المسمى، بحيث يجرم على الطرف الآخر استيفاؤها مع عدم دفعه، ويكون غاصباً حينئذٍ، كما هو الحال في سائر القيود المأخوذة في الإباحة.

وفيه: أن لازم ذلك عدم استحقاق الأجر المسمى باستيفاء المنفعة، بل الثابت به هو أجر المثل. ويبقى في الذمة ما لم يعوض عنه بدفع المسمى، سواء كان أقل منه أم أكثر.

غاية الأمر أن إباحة التصرف في العين واستيفاء منفعتها تتوقف على دفع المسمى، فمع عدم دفعه يقع التصرف حراماً. وحينئذٍ إن كان قد أقدم على التصرف عازماً على دفعه لم يكن متمرداً، وإلا كان متمرداً. ثم إن دفعه بعد ذلك انكشف وقوعه مباحاً، وإلا انكشف وقوعه محرماً.

ومن المعلوم عدم قصد المتعاملين ذلك في المقام، بل هو استحقاق الأجر المسمى باستيفاء المنفعة، فيبقى في ذمته، ويجب على الورثة دفعه من تركته كسائر ديونه، مع أنه لا دليل على وجوب دفع غير الديون عليهم لمجرد جعل ما وقع من تصرفاته حال حياته مباحاً.

أما سيدنا المصنف رحمته فيظهر منه هنا رجوع الإباحة بالعوض إلى كون العوض في مقابل إباحة المنفعة، لا في مقابل المنفعة نفسها، وقد عرفت إشكاله. أما في مستمسكه فقد ذكر أن الإباحة بالعوض الخاص معاملة خاصة في قبال غيرها من عقود المعاوضات، نظير التملك بالعوض، كالهبة المعوضة والقرض، فتقتضي حينئذٍ ملك المسمى بلا حاجة إلى معاوضة أخرى صحيحة. وخروجها عن المعاوضات المتعارفة - لو تم - غير قادح.

فإن كان مراده بذلك أنها عقد وإن لم يكن متعارفاً، فيدل عليه عموم نفوذ العقد، فلا مجال للبناء على ذلك، لعدم ابتنائها على الإلزام والالتزام، بل على مجرد الإباحة.

نعم هي تتضمن التزامهما بالأجر المسمى على تقدير استيفاء المنفعة دون أجر المثل. لكنه التزام بمضمون تعليلي، والتعليق مبطل للعقد.

وإن كان مراده رحمته أنها معاملة مستقلة نافذة بمقتضى المرتكزات العقلانية وإن لم تكن عقداً، فله وجه.

إلا أن الظاهر أن استحقاق الجعل المسمى باستيفاء المنفعة لا يتوقف على رضا الطرفين، ليكون نحواً من التعامل بينهما، وتكون في البين معاملة صحيحة بنظر

العقلاء، بل هو تابع لجعل مالك المنفعة المبيح لها، لا غير، رضي به الطرف الآخر أم لم يرض به.

فلإذا أعلن صاحب الفندق مثلاً أجراً معيناً لمن يبيت فيه ليلة، ثبت الأجر المذكور على من يبيت فيه حتى لو لم يرض بذلك وبات ناوياً عدم دفعه عدواناً، ولا يكفيه دفع أجره المثل حينئذٍ. وكذا الحال في مالك العين، كما لو عين صاحب المطعم ثمناً خاصاً لوجبة الطعام.

وأما بناء العقلاء على ضمان قيمة المثل بإتلاف الأعيان، وضمان أجره المثل باستيفاء منافعها بلا حق فهو يختص بها إذا لم يحدد المالك عوضاً للملكه، أما مع تحديده عوضاً معيناً له، بحيث كان بذله له مبنياً عليه، فيكون هو المتيقن.

بل لا يبعد ذلك حتى مع عدم بذله للعين أو المنفعة أو العمل، بل كان الإتلاف للملك أو استيفائه قهراً عليه إذا كان قد عين له ثمناً أو أجراً خاصاً. ويتضح ذلك كله بالرجوع لسيرة العرف الشائعة تبعاً لمرتكزاتهم، والتي يتعين العمل عليها ما لم يثبت الردع عنها.

بقي في المقام أمور:

الأول: الظاهر أن ما سبق منّا في تصحيح المعاملة في المقام على نحو الجعالة ملازم لما ذكرناه هنا في الإباحة بالعوض، فإن الاتفاق بين الطرفين إذا وقع على النحو المذكور فهو بالإضافة إلى مستوفي المنفعة كالجعالة، وبالإضافة إلى مالك المنفعة وبأدائها إباحة العوض.

الثاني: أن ذلك كما يجري في الفرض الثاني، وهو إذا أجره مدة معينة وما زاد فبحسابها، يجري في الفرض الأول، وهو ما إذا قال: آجرتك كل شهر بكذا، بأن لا يكون المقصود لهما بالإجارة عقد الإجارة المبني على الإلزام والالتزام بالمعاوضة بين المنفعة والأجر، بل مجرد تحديد الأجر المقابل للمنفعة.

(مسألة ٧): إذا قال: إن خطت هذا الثوب بدرز فلنك درهم وإن خطت بدرزين فلنك درهمان، فإن قصد الجعالة - كما هو الظاهر (١) - صح (٢)، وإن قصد الإجارة بطل (٣). وكذا إن قال: إن خطته هذا اليوم

الثالث: يمكن تصحيح المعاملة إذا لم ترجع للإجارة فعلاً، بل إلى توكيل المستأجر في أن يستأجر كل شهر يريد به يقابله من الثمن، بأن يتولى بنفسه طرفي العقد. لكنه يحتاج إلى عناية لا يناسبها ظاهر التعبير المذكور.

(١) إنما يكون هو الظاهر فيما إذا لم يبتن على الإلزام والالتزام بأحد الأمرين تخيراً، بل على مجرد التعهد بالأجر الخاص على تقدير العمل المناسب له. أما إذا ابتنى على الإلزام والالتزام بأحد الأمرين تخيراً فلا مجال لحمله على الجعالة، بل يكون عقداً، ويجري فيه ما يأتي في الفرض الثاني إن شاء الله تعالى.

(٢) كما صرح به جماعة، بل يظهر من بعضهم المفروغية عنه. واستشكل فيه في المختلف، للجهل بمقدار الجعل. لكنه غير قادح في الجعالة، كما تبه لذلك غير واحد. (٣) كما في السرائر والجامع والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. وتردد فيه في القواعد ومحكي غاية المراد والمفاتيح وغيرها. وفي التحرير والإرشاد أنه يصح على إشكال، بل جزم بالصحة في المبسوط والخلاف والشرائع واللمعة والتنقيح وغيرها.

وقد توجه الصحة فيما لو كان التردد بين الأقل والأكثر، حيث يكون موضوع الإجارة - المبنية على الإلزام والالتزام بالمعاوضة المملوكة - عرفاً هو الأقل من العمل والثمن، وما عداه شرطاً فيها لا يبتني على الإلزام بالزائد، بل على الالتزام بزيادة الأجر لو تحقق، ولا إشكال في عموم نفوذ الشروط لذلك. مضافاً إلى صحيح أبي حمزة المتقدم في المسألة السادسة.

ودعوى: أن هذا خلاف الجمود على العبارة المفروضة، لأن مفادها جعل كل

من الأجرتين بتماهما على العاملين من دون أن تكون الزيادة في الأجر شرطاً للزيادة في العمل، فيلزم التردد في الإجارة.

مدفوعة: بأن الجمود المذكور مخالف للمفهوم عرفاً من الكلام. ولا سيما بلحاظ أن وضوح امتناع التردد في الإجارة ارتكازاً يصلح قرينة على حمل العبارة المفروضة على ما ذكرنا.

ودعوى: أن ذلك لا يناسب ما سبق في البيع بثمنين حالاً ومؤجلاً من أن مقتضى القاعدة البطلان، لامتناع التردد في البيع، حيث لم يتقدم هناك جعل امتناع التردد قرينة على تصحيح المعاملة بحملها على البيع بأكثر الثمنين مع كون إرجاع بعض الثمن شرطاً على تقدير التعجيل بدفعه.

مدفوعة: بأن ذلك ليس بأولى من العكس، وهو كون الثمن هو الأقل، مع اشتراط الزيادة على تقدير تأخير دفعه، المستلزم للربا المبطل. بل لعل الثاني أقرب عرفاً، لأن الأصل في البيع أن يكون نقداً.

على أنه لا مجال للبناء على كلا الوجهين، لابتناء البيع على الإلزام والالتزام، ولا إلزام بأحد الأمرين هناك، بل مبنى المعاملة على التخيير بينهما، ولذا تقدم أنه يمكن الخروج عن التردد بإناطة أحد الأمرين بخصوصه باختيار المشتري. لكنه مستلزم للتعليل المبطل للبيع إجماعاً.

أما هنا فالأقل لازم على كل حال، والزيادة تابعة لاختيار الأجير. غاية الأمر أن له عليها زيادة في الأجر بمقتضى الشرط.

أما لو كان التردد بين المتباينين فقد يستشكل فيه بامتناع المعاوضة والملكية للمردد، بحيث يكون موضوعاً للإلزام والالتزام. وهذا بخلاف مثل الجعالة المبنية على استحقاق الجعل بعد العمل، من دون إلزام بالعمل، لتعين العمل بعد تحققه، فيتعين أجره، من دون تردد في البين.

لكن محذور التردد إنما يلزم لو كان المراد المعاوضة فعلاً بين الأمرين المرددين، بحيث تشغل ذمة كل منهما بما عليه من أحد العوضين بخصوصيته على تردده، وهو خلاف ظاهر التعبير المفروض.

بل الظاهر منه إلزام الأجير فعلاً بأحد الأمرين تخيراً، بحيث يكون مستحقاً عليه بالنحو المذكور في مقابل التزام المستأجر على نفسه فعلاً بالأجر الأقل، مع اشتراطه على نفسه زيادة الأجر إذا اختار المستأجر الفرد الأفضل. ولا محذور في ذلك، فإن استحقاق أحد الأمرين تخيراً ممكن عقلاً، كانشغال الذمة بالكلي، وليس هو كاستحقاق أحدهما المعين بنحو الإبهام الذي سبق امتناعه.

كما أن اشتراط الزيادة في الأجر للأفضل من طرفي التخيير لا محذور فيه أيضاً كاشتراطها للزيادة في العمل الذي تقدم في صحيح أبي حمزة. ومن هنا يتعين البناء على الصحة، عملاً بالعمومات.

ودعوى: أن ذلك غرر. ممنوعة، لعدم الخطر بوجه أصلاً، لا في حق الأجير، لتبعية الأمر لاختياره، ولا في حق المستأجر، لأنه إنما يدفع الزيادة في مقابل الأفضل لو حصل. على أن عموم النهي عن الغرر غير ثابت، كما تكرر غير مرة.

ومثلها دعوى الجهالة في العوضين، حيث ظهر مما ذكرنا عدم الجهالة في العمل بعد كون المستحق أحدهما تخيراً ولا في الأجر بعد كونه الأقل لا غير. غاية الأمر الجهالة بحصول موضوع اشتراط الزيادة، وهو حصول الفرد للأفضل، وليس هو محذوراً.

هذا إذا كان في مقابل الأفضل زيادة الأجرة، كما هو المفروض في كلامهم. أما إذا كانت الأجرة مرددة بين المتباينين أيضاً - كما لو قال: إن خطته فارسياً فلك خمسة دراهم، وإن خطته رومياً فلك دينار - فقد يشكل بأنه إذا أمكن استحقاق أحد الأمرين تخيراً فلا مجال له في المقام بالإضافة إلى الأجر، لفرض التزام المستأجر بأحدهما بعينه على تقدير حصول العمل المناسب له، وليس الأمر منوطاً بالاختيار بل بالعمل، فلا بد

من كون الأجر مردداً، ويتعين البطلان، لامتناع ملكية المردد.

هذا ولكن امتناع ملكية المردد ليس تعدياً، ليمكن قصد المتعاملين لها غفلة عن ذلك، بل هو أمر ارتكازي بديهي، حيث يتعين مع ذلك عدم قصدها، وأن المقصود ليس هو ملكية أحد الأجرين بالعقد، بل مرجع العقد المذكور إلى التزام المستأجر فعلاً بأحد العاملين تخيراً بنحو يكون مستحقاً عليه بالعقد في مقابل التزام المؤجر بثبوت كل من الأجرين عند حصول العمل الذي يناسبه، بنحو الجعالة المبنية على استحقاق الجعل بعد العمل.

وبعبارة أخرى: الصادر من المستأجر جعالة على كل من العاملين. غاية الأمر أنها ليست جعالة ابتدائية، التي هي إيقاع غير لازم يمكن الرجوع فيه قبل تحقق العمل، بل جعالة مبنية على التزام الأجير فعلاً بأحد العاملين تخيراً، فيرجع المجموع إلى عقد لازم لا يمكن الرجوع عنه من أحد الطرفين.

ومجرد خروج العقد المذكور عما هو المعهود في الإجارة، من ابتنائها على المعاوضة الراجعة إلى تبادل الملكيتين فعلاً، ليس محذوراً بعد عموم نفوذ العقود.

وبذلك يظهر إمكان الالتزام بذلك فيما سبق من مفروض كلامهم، وهو ما إذا كان الفرق بين العاملين والأجرين بالزيادة والنقيصة لو فرض عدم قصدهما جعل الأجر هو الأقل، مع كون الزيادة شرطاً خارجاً عن الأجر، كما سبق منّا تقريبه.

وبعبارة أخرى: ما ذكرناه في صورة التردد بين الأقل والأكثر من كون موضوع العقد هو الأقل والأكثر شرطاً خارجاً عن العقد مبني على استظهار ذلك من كلام المتعاقدين، وأنه هو المقصود لهما لباً، فلو لم يتم ذلك، واستظهر منهما التردد، بحيث يكون لكل من العاملين بتماه أجرة الخاص به، أو صرحاً بذلك، فوجه الصحة ينحصر بما ذكرناه في صورة تباين الأجرين.

ومما ذكرنا يظهر أنه لا مجال للنقض في المقام بالبيع بثمنين، حيث تقدم في محله أن مقتضى القاعدة بطلانه. فإن النقص بذلك إنما يتجه لو كانت المعاملة في المقام مبنية

فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم (١). والفرق بين الإجارة والجمالة إن في الإجارة إشغال ذمة العامل بالعمل للمستأجر حين العقد. وكذا إشغال ذمة المستأجر بالعوض. ولأجل ذلك صارت عقداً (٢). وليس

على المعاوضة وتبادل المملكتين فعلاً، وقد ظهر مما سبق خروجها عن ذلك وكون الأجر مبنياً على نحو من الجمالة اللازمة. ويأتي في المسألة التاسعة إن شاء الله تعالى ما ينفع في المقام. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) الكلام في هذا الفرض هو الكلام في الفرض السابق. ويظهر مما سبق هناك الصحة هنا، للتردد بين الأقل والأكثر في العوضين معاً، فيرجع إلى الإجارة على السفر في أحد اليومين بنصف درهم مع اشتراط زيادة نصف درهم للتعجيل في اليوم الأول، أو إلى ما ذكرناه أخيراً في الفرض السابق من ابتناء المعاملة على الالتزام بالجمالة. أما كلمات الأصحاب فتكاد تكون متطابقة في الفرضين معاً.

نعم تقدم من المبسوط الصحة في الفرض السابق، وذكر هنا أن المعاملة تصح إلا أنه لو جاء به في اليوم الثاني استحق أجره المثل على أن لا تزيد على الدرهم ولا تنقص عن النصف درهم. ولم يتضح الوجه في ذلك، إذ مع فرض صحة الإجارة يتعين استحقاق النصف درهم لا غير، ومع بطلانها يتعين أجره المثل.

غاية الأمر أنه قد يدعى لزوم عدم تجاوز أجره المثل المسمى. وربما يأتي الكلام في ذلك. وهو - لو تم - يقتضي في المقام اعتبار أن لا يزيد عن النصف وإن أمكن أن ينقص عنه.

كما أنه في الشرائع تردد في المسألة أولاً، ثم قرب الصحة. ولم يتضح الوجه في التردد فيه دون الأول. بل عكس في التحرير فقوى الصحة هنا من دون أن يشير للإشكال الذي ذكره هناك.

(٢) هذا من لوازم التنجيز في العقد، وليس هو معياراً في العقد، بل معياره

ذلك في الجعالة، فإن اشتغال ذمة المالك بالعوض يكون بعد عمل العامل من دون إشغال لذمة العامل بالعمل أبداً. ولأجل ذلك صارت إيقاعاً (١).
(مسألة ٨): إذا استأجره على عمل مقيد بقيد خاص - من زمان أو مكان أو آلة أو وصف - فجاء به على خلاف القيد، بطلت الإجارة إن لم يمكن العمل ثانياً (٢)،

ابتناء التزام كل منهما على التزام الآخر بشيء واحد، وهو في المقام المعاوضة بين العمل والأجر.

(١) إنما صارت إيقاعاً لأنه يكفي في نفوذها التزام دافع الأجر وحده، من دون حاجة لالتزام العامل. وإنما لم يستحق العامل الأجر حين إنشاء الجعالة ولم تنشغل ذمته بالعمل لأن المنشأ للجاعل ليس هو استحقاق الأجر فعلاً، بل معلقاً على العمل. وإنما لم تنشغل ذمته بالعمل لعدم تضمن إنشاء الجعالة لذلك، بل مجرد استحقاق الجعل عليه بعد وقوعه. ولو تضمنت انشغال ذمته بالعمل احتاج إلى رضاه، وصارت عقداً.
(٢) كما لو استأجره على أن يخطط القماش عباءة فخاطه قميصاً. لكن ذكر بعض المحققين ^{ثُمَّ} أنه لا موجب لبطلانها بعد صحتها، لفرض إمكان العمل المستأجر عليه حين العقد، وإنما تعذر بعد ذلك بسبب مخالفة الأجير. وحينئذٍ يتعين استحقاق الأجير الأجرة، واستحقاق المستأجر قيمة العمل بعد تعذر تسليمه بنفسه.

وذكر سيدنا المصنف ^{ثُمَّ} أن ذلك هو الذي تقتضيه القاعدة، كما لو تعذر تسليم الثمن بعدما كان مقدوراً عليه، إلا أنه يتعين الخروج عنه بالنصوص الواردة في الموارد المختلفة الظاهرة في أنه إذا لم يأت الأجير بالعمل المستأجر عليه لا يترتب أثر على الإجارة، كما هو ظاهر الفقهاء أيضاً.

لكن لم يتضح مراده ^{ثُمَّ} من النصوص المذكورة، حيث لم أعثر على ما ورد في ترك الأجير العمل المستأجر عليه، وإنما وردت بعض النصوص فيما لو عجز عن إتمام

العمل، كصحيح محمد بن مسلم فيمن استأجر من شخص دابة على أن يوصله إلى موضع معين فأعيت الدابة عن بلوغه^(١)، وقريب منه صحيحه الآخر^(٢)، وحديثي أبي شعيب المحاملي فيمن استؤجر على حفر عشر قامات، فحفر قامة ثم عجز^(٣).

وهي ظاهرة أو صريحة في أنه يستحق من الأجرة المسماة بنسبة ما عمل، المستلزم لصحة الإجارة فيه وبطلانها فيما عداه، وحيث كانت ظاهرة أو شاملة لما إذا انكشف عجزه من أول الأمر عما لم يأت به بنحو يستلزم عدم صحة الإجارة فيه من حين وقوعها، فلا مجال لاستفادة ما نحن فيه منه من فرض صحة الإجارة حين وقوعها ثم تجدد العجز بفعل الأجير وخطئه في العمل.

وكأنه لذا كان على بعض مشايخنا ~~تنص~~ البناء على مقتضى القاعدة، لعدم العثور في النصوص على ما يخالفها. وقد أفتى بترتب أثر الإجارة، واستحقاق الأجير الأجرة المسماة، وعليه للمستأجر أجره المثل للعمل المستأجر عليه والذي فوته على المستأجر. وعلى ذلك جرى سيدنا المصنف ~~تنص~~ في المسألة السادسة والخمسين.

نعم ذكرنا أن له فسخ الإجارة أيضاً، لتعذر التسليم. خلافاً لبعض المحققين ~~تنص~~، فمنع من ثبوت الخيار المذكور، لأن الخيار إنما هو لتدارك ضرر صاحبه، ولا مجال له في المقام. قال: «الضرر المتوهم هنا إما فوات الغرض المعاملي المتعلق بالعمل الخاص، وإما ضرر ذهاب الأجرة المبذولة بإزاء العمل الخاص الذي لم يصل إليه، وإما ضرر الصبر إلى أن يرتفع التعذر. أما الأول فهو لا ينجبر بالخيار لأن الفسخ لا يوجب وصوله إلى غرضه المعاملي. وأما الثاني فالأجرة كانت بإزاء العمل الخاص، ولم يتخلف حتى تذهب الأجرة هدرًا، لأنه ملكه بالعقد، والآن باقٍ على ملكه، وله استيفاؤه بما لته. وأما الثالث فقد عرفت أنه ممتنع الحصول، فلا مجال

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٢ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٨ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣٥ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٢، ١.

للسبر حتى يتضرر، فالأقوى عدم الخيار...».

لكنه يشكل بأن منشأ الخيار مع عدم التسليم ليس هو تدارك الضرر، بل ابتناء العقد على التسليم والتسلم، فيكون عدم التسليم خروجاً عن مقتضى العقد، ويثبت الخيار لذلك.

مضافاً إلى أن استيفاء قيمة العمل قد لا يرفع ضرر عدم التسليم، لأن اهتمامه بتسلم العمل قد يدفعه إلى بذل أجره له أكثر من قيمته، فلا يكون حفظ مالية العمل له ودفع أجره المثل بدله وافياً بتدارك ضرر دفعه الأجرة المسماة. ومن ثم كان ما ذكرناه (قدس سرهما) من ثبوت الخيار هو الأنسب بناء على ما سبق منهم من أن مقتضى القاعدة عدم بطلان الإجارة وضمان الأجير قيمة العمل.

نعم قد يشكل ذلك بأن دليل مانعية تعذر منفعة الأشخاص والأعيان من ملكيتها بالإجارة كما يقتضي بطلان الإجارة مع انكشاف تعذر المنفعة من أول الأمر يقتضي بطلانها بطرء التعذر، بحيث لا تكون المنفعة مملوكة للمستأجر بعد التعذر، إذ لا منفعة حينئذٍ حتى تملك.

ولو أمكن ملك المنفعة مع تعذرها، كالأعيان الكلية، لأمكن ملكها بالإجارة أو بالصلح أو غيرهما، ولا ينكشف بطلانها بانكشاف التعذر، كما لا ينكشف بطلان تملك الأعيان الكلية بانكشاف التعذر.

وبعبارة أخرى: إمكان العمل - الذي هو محل الكلام في المقام - كما يكون شرطاً في فعلية التكليف به يكون شرطاً في فعلية ملكيته، لا ابتناء ملكية العمل على تحمل مسؤولية تحقيقه، لا على مجرد انشغال الذمة به، كسائر الأموال. وإلا فالعمل كلي في ذمة الأجير كالأجر الكلي في ذمة المستأجر، فلماذا ينكشف بطلان الإجارة بانكشاف تعذر العمل من أول الأمر، ولا ينكشف بطلانها بانكشاف تعذر الأجر كذلك؟!.

وعلى ذلك يتعين البناء على بطلان الإجارة في المقام، وخروج العمل عن ملك المستأجر، فلا تتشغل به ذمة الأجير، ليتعين عليه تفريغها بدفع قيمته.

ودعوى: أن الأجير لما كان هو السبب في تعذر العمل كان ضامناً له، نظير ما لو استوفى المنفعة المستأجر عليها، كما لو أجز الدار سنة للسكنى فسكنها هو أو شخص آخر غير المستأجر، فإن المستوفى يكون ضامناً لمنفعة السكن في تلك السنة للمستأجر. ويكون مرجع صحة الإجارة في المقام ليس إلى ملكية العمل في ذمة الأجير بحيث تقتضي التسليم، بل إلى استقرار الإجارة، كما تستقر بالتسليم. ويكون أثر استقرارها ضمان المنفعة على المفوت، كضمانها على المستوفى، كما كان أثرها قبل التفويت لزوم تسليمها بنفسها عليه.

مدفوعة: بأن تفويت المنفعة بنفسها من دون إتلاف لها أو استيفاء ليس من أسباب الضمان لها. ولذا لا يظن بأحد البناء على تضمين غير الأجير لو كان هو السبب في تعذر العمل، كما ذهب غير واحد إلى تضمين غير البائع لو أتلّف المبيع قبل قبضه. ومن هنا يتعين بطلان الإجارة.

ونظير ذلك يجري في منافع الأعيان، كما لو استأجر دابة أو داراً، فقتل الدابة أو هدم الدار مالهها أو غيره، بل يتعين بطلان الإجارة لا غير، بخلاف ما لو استوفى منفعتها، كما سبق.

ومثلها دعوى: أن ذلك لا يقتضي بطلان الإجارة، لإمكان تلف العمل على المستأجر وفوته من ماله مع بقاء الأجرة في ملك الأجير. غاية الأمر أن للمستأجر الفسخ، لا ببناء الإجارة - كسائر المعاوضات - على التسليم والتسلم.

لاندفاعها بأن تلف العمل على المستأجر وفوته من ماله لا وجه له بعد عدم تسلمه العمل، وكون سبب تلف العمل وفوته هو الأجير دون المستأجر.

مع أنه لو تم استقرار الإجارة وتلف العمل من مال المستأجر فلا وجه لاستحقاق الفسخ، إذ استحقاق الفسخ فرع فاعلية الإجارة بحيث تقتضي العمل، ليكون للمستأجر المطالبة بتسليمه والفسخ مع عدمه، ولا يكون مع استقرارها وتلف العمل من ماله.

ولم يستحق شيئاً (١)، وإن أمكن وجب الإتيان بالعمل ثانياً على النهج

ومن هنا لا يخرج عما ذكرنا من بطلان الإجارة ورجوع الأجرة للمستأجر. ولعله لا ارتكازية ما ذكرنا جرى الأصحاب عليه بطبعهم بنحو يظهر منهم المفروغية عنه. وإلا فمن البعيد جداً خطأهم في مثل هذه الأمور الارتكازية، وإن أمكن خطأهم في الأمور التعبدية المنصوصة لخطئهم في فهم النص أو في الجمع بين النصوص.

ثم إن سيدنا المصنف رحمته بعد أن ذهب إلى عدم ترتب الأثر على الإجارة قرب أن عدم الأثر عليها ليس لبطلانها، بل تعبد محض مع صحتها في نفسها، مستشهداً على ذلك بما ذكروه من صحة اشتراط إنقاص أجرة الأجير إذا تأخر إيصاله للمستأجر عن اليوم المحدد، كما تضمنه موقوف الحلبي ^(١). قال رحمته: «فإن الإجارة لو كانت باطلة كان الشرط كذلك، فلا يستحق الأجير الأجرة ناقصة».

لكن الموثق إن لم يكن ظاهراً في انكشاف تعذر الإيصال في اليوم المحدد، المستلزم لبطلان الإجارة في المدة المشروطة من أول الأمر فلا أقل من عمومها لذلك بمقتضى ترك الاستفصال فيه، مع أنه تضمن ترتب الأثر على الإجارة، للحكم فيه باستحقاق الأجر على النحو الذي تم الاتفاق عليه بينهما، دون الرجوع لأجرة المثل. فلا بد من كون الحكم فيه تعدياً ومن ثم لا ينهض بالاستدلال لما ذكره رحمته مع شدة مخالفة ما ذكره للقاعدة. فلاحظ.

(١) بلا إشكال ظاهر. إذ لا مجال لاستحقاق المسمى بعد ما سبق من بطلان الإجارة، ولا أجرة المثل بعد عدم وقوع العمل الآخر بأمر الأجير، ليكون ضامناً بسبب الاستيفاء. بل يضمن النقص لو كان عمله في عين للأجير وقد سبب نقصها. نعم لو لم يكن متعدياً في عمله لغفلة أو نحوها، وكان للعمل قيمة، كان شريكاً في العين بنسبة قيمته لقيمتها، لاحترام عمله، وعدم الموجب لهدره بعد عدم تعديه فيه.

الذي وقعت عليه الإجارة (١). وإذا استأجره على عمل بشرط، بأن كان إنشاء الشرط في ضمن عقد الإجارة (٢)، كما إذا استأجره على خياطة ثوبه، واشترط عليه قراءة سورة من القرآن، فخاط الثوب ولم يقرأ السورة، كان له فسخ الإجارة (٣)، وعليه حينئذ أجره المثل (٤)،

هذا ويجري ذلك كله لو لم يكن الأجر مجعولاً بنحو الإجارة، بل بنحو الجعالة، كما لعله ظاهر.

(١) بلا إشكال ظاهر. لعموم نفوذ العقود بعد عدم الموجب للبطلان حينئذ. نعم لو لزم من ذلك إتلاف عمله الذي عمله، وكان عمله محترماً لعدم عدوانه فيه، فقد يقصر عموم النفوذ، لقاعدة نفي الضرر في حق الأجير. إلا أن يكون عدم القيام بمقتضى العقد ضررياً في حق المستأجر، فيلزم تراحم الضررين الذي تقدم الكلام في حكمه في المسألة الثلاثين من فصل مباحث الخيار في فروع خيار الغبن.

(٢) على ما يأتي منه تنظير في بيان الفرق بين القيد والشرط.

(٣) لما تقدم في مبحث أحكام الشروط من كتاب البيع من أن تخلف الشرط يوجب الخيار في العقد الذي يقع في ضمنه.

(٤) أما عدم استحقاق الأجرة المسماة فلفرض انفساخ الإجارة التي هي المنشأ لاستحقاقها. وأما أجره استحقاق المثل فيظهر منهم المفروغية عنه، وإن كان أكثر الأصحاب إنما ذكروا ذلك في فرض بطلان الإجارة لخلل فيها حين وقوعها، ولم يذكروه في فرض الفسخ لتخلف الشرط. لكنها من باب واحد، إذ بعد فسخ الإجارة لا يترتب الأثر عليها، كما لو لم تقع، أو وقعت باطلة.

وقد يوجه ذلك بأن من أسباب ضمان عمل الغير الأمر به، والإجارة في المقام تتضمن الأمر بالعمل.

لكنه يشكل بأن الإجارة لا تتضمن الأمر بالعمل، وإنما تتضمن استحقاقه

بالأجر المسمى، والعامل إنها يأتي به وفاء بالاستحقاق المذكور، لا امتثالاً لأمر المؤجر، والمفروض فسخ الإجارة التي هي سبب استحقاق المؤجر للعمل والأجير للأجر فلا يترتب الأثر عليها. فلا بد في ضمان المؤجر للعمل بقيمة المثل من سبب.

ومن هنا فقد يوجه استحقاق أجره المثل باحترام عمل الأجير بعد عدم وقوعه بقصد المجانبية، نظير ما ذكره في ضمان العوضين بالمثل أو القيمة مع فسخ البيع، غايته أن العمل ليس مثلياً، فيتعين ضمانه بقيمة المثل.

ودعوى: أن ضمان العوضين في البيع المنفسخ إنما يكون مع تحقق سبب الضمان من اليد أو الإتلاف، وذلك يناسب اختصاص الضمان في المقام بتحقيق سبب ضمان المنفعة، وهو استيفائها، كما لو استأجره على أن يوصله لمكان معين فأوصله، أو استأجر داره على أن يسكنها فسكنها، ثم فسخت الإجارة لتخلف الشرط.

أما إذا لم يستوف المستأجر المنفعة فلا وجه للضمان، كما إذا استأجر الدار فأخذها ولم يسكنها - بناء على ما هو الظاهر من عدم ضمان المنافع غير المستوفاة - أو استأجره على أن يخيظ ثوبه، واشترط عليه أن ينشغل بذكر الله تعالى حين العمل، فخطئه ولم يذكر الله عز وجل، ففسخ المستأجر الإجارة، حيث لم يستوف المستأجر الخياطة، بل هي قائمة بالثوب.

غاية الأمر أن يكون احترام العمل موجباً للملكية الأجير أثر عمله، فيكون شريكاً في الثوب بنسبة قيمة خياطته لقيمته. كما أن الثوب لو نقصت قيمته بسبب الخياطة كان ضامناً له بالأرث، كما يضمن المشتري نقص المبيع بعد فسخ البيع.

مدفوعة بأن منشأ الضمان مع فسخ البيع ليس هو تحقق سبب الضمان من المشتري، لوضوح أن اليد والإتلاف المضمنين هما الواقعان على نحو العدوان وهما غير عدوانيين من المشتري، لكونه هو المالك المسلط على المبيع، بل هو ضمان المعاوضة الراجع إلى عدم تسليم البائع المبيع مجاناً، لتهدر حرمة، بل مضموناً بالثمن، فمع فسخ البيع أو انكشاف بطلانه لا تهدر حرمة المبيع، بل يتعين ضمانه بالمثل والقيمة،

تبعاً للمرتكزات العقلانية.

ونظير ذلك يجري في المقام فإن المؤجر للعين والأجير على العمل لم يبذلا منفعتها مجاناً، لتهدر حرمتها، بل مبنياً على ضمانها بالأجر المسمى، فمع فسخ الإجارة يتعين ضمانها بالقيمة. تبعاً للمرتكزات العقلانية أيضاً.

ولولا ذلك لم يكن فرق بين ما إذا استأجره على أن يوصله لمكان معين فأوصله وما إذا استأجره على أن يخطط ثوبه فخاطه. فإن المستأجر في الأول لم يستوف المنفعة بنفسه، وإنما وفاه إياها الأجير، لأنه هو الذي قام بإيصاله، كما قام بخياطة ثوبه في الثاني. غاية الأمر أن المستأجر انتفع بعمل الأجير وتحقق به مراده، وهو حاصل في الموردين بنحو واحد.

وبذلك يظهر أن مستأجر العين في فرض فسخ الإجارة يضمن منفعتها حتى لو لم يستوفها، لأن عدم ضمان الغاصب المتافع غير المستوفاة، لا ينافي ضمان المستأجر لها بملك ضمان المعاوضة، لما يأتي في المسألة الثالثة والعشرين من ابتناء الإجارة على بذل المنفعة، لا على استيفائها.

وبذلك يظهر أنه لا مجال لما سبق من أن احترام العمل موجب للملكية الأجير أثر عمله. فإن ذلك إنما يتجه إذا لم يكن عمله مضموناً له، أما مع ضمان المؤجر له فهو يكون بحكم العمل المملوك للمؤجر في أن أثره له.

ومثله ما سبق من أن الثوب لو نقصت قيمته بسبب الخياطة كان الأجير ضامناً له بالأرث، كما يضمن المشتري نقص البيع بعد فسخه. للفرق بينهما بأن شراء العين لا يقتضي نقصها، فيجب على المشتري إرجاعها للبائع سالمة كما أخذت منه، ويكون ضامناً لنقصها. أما الإجارة في المقام فهي تقتضي النقص الحاصل للعين بسبب العمل المستأجر عليه، ولا وجه حينئذٍ لضمان الأجير للنقص المذكور. فلاحظ.

نعم قد يمنع الضمان مع الاستيفاء إذا تعمد الأجير مخالفة الشرط وكان عالماً بأنه يوجب الخيار للمستأجر، لأنه أقدم على العمل من دون استحقاق للأجر المسمى

بتعريضه الإجارة للفسخ، وعدم وضوح سببية الاستيفاء للضمان حينئذٍ بعد بذل صاحب المنفعة لها من دون اشتراط الضمان بوجه آخر، حيث قد يكون مقدماً على هدر حرمة عمله.

وإن كان الأمر لا يخلو عن إشكال، لانحصار دليل الضمان بالمرتكزات العقلائية، التي لا تخلو حدودها عن غموض.

هذا وعن بعض مشايخنا ^{عليه السلام} أنه لا بد من عدم زيادة أجره المثل عن المسمى، لأن الأجير قد هدر حرمة عمله بالإضافة إلى الزيادة بقبوله بالمسمى الأقل منها. فكما تهدر حرمة عمله رأساً لو أقدم على العمل مجاناً تهدر حرمة في مرتبة ماليته لو أقدم على العمل بأقل منها.

ولكنه يشكل.. أولاً: بأن أجره المثل قد لا تزيد على المسمى حين الإجارة وتزيد بعدها عند الضمان، فالأجير لم يهدر شيئاً من مالية عمله بقبوله بالمسمى، فلا وجه لسقوط حرمة بعض ماليته بعد ارتفاعها.

وثانياً: بأن المستأجر لم يهدر شيئاً من حرمة ماليته بنحو الإطلاق، بل مبنياً على الإجارة، فمع فرض بطلان الإجارة لا وجه لهدر شيء من مالية عمله. وإلا جرى ذلك في الأجر المسمى لو زاد على أجره المثل إذا دفعه المستأجر للأجير، وتلف، ثم انكشف بطلان الإجارة، لأنه أقدم على دفعه بتمامه مقابل العمل وهدر حرمة زيادته المالية.

بل يجري في جميع الأعواض من دون فرق بين البيع والإجارة وغيرهما، ولا بين الأعيان والأعمال والمنافع، لاشتراك الجميع في سقوط حرمة زيادتها عن العوض في المعاملة بهدر المالك لها وإقدامه على بذلها مجاناً، فإذا كان إقدامه في المعاملة على هدر بعض مراتب ماليته موجباً لرفع حرمة تلك المرتبة، ومانعاً من ضمانها حتى مع بطلان المعاملة، لزم عند بطلان المعاملة ضمان كل عوض بما لا يزيد عن مقدار عوضه في الجميع. وليس بناؤه على ذلك. بل الظاهر أن تسالمهم على الضمان بالمثل

وله إمضاؤها (١) ودفع الأجرة المسماة. والفرق بين الشرط والقيد (٢) أن القيد ما يذكر في العقد مقيداً به العمل مع وحدة الإنشاء، سواء امتنع أن يكون موضوعاً لإنشاء مستقل، مثل الزمان والمكان ونحوهما (٣)، أم لم يمتنع،

مبتن على المرتكزات العقلانية، لانحصار دليل الضمان بها، فيبعد جداً خطأهم فيها مع التسالم المذكور.

(١) يكفي في بقاء الإجارة وترتب آثارها عدم فسخه لها بلا حاجة للإمضاء، بل لا معنى لإمضاؤها بعد مضيتها في نفسها، وإنما يتجه الإمضاء فيها هو غير ماض في نفسه، كعقد الفضولي. نعم يمكن إسقاط حقه في الخيار، فتلزم الإجارة بعدما كانت جائزة بسبب الإخلال بالشرط. لكنه أمر آخر غير الإمضاء. اللهم إلا أن يريد بالإمضاء الإمضاء العملي بالجرى على مقتضى الإجارة عملاً بدفع الأجرة المسماة.

(٢) الفرق بين القيد والشرط ثبوتاً أن القيد ما يكون مقوماً لموضوع العقد، كالبيع في البيع والمنفعة في الإجارة والضمن والأجرة فيها... إلى غير ذلك. ومرجعه إلى قصور الموضوع عن فاقد القيد. أما الشرط فهو ما يلتزم به زائداً على الالتزام العقدي، بحيث يكون حقاً لأحد المتعاقدين أو لكل منهما على الآخر.

نعم ليس هو التزاماً مستقلاً عن العقد، بل هو مرتبط به، بحيث يكون العقد مبنياً عليه. والمراد بابتناؤه عليه أن يكون فرض وجود الأمر المشروط موجباً لإقدام المشترط على العقد، بحيث لولاه لا يقدم عليه فهو يشارك في ذلك الوصف المذكور في العقد مما يكون عرفاً أمراً زائداً على الذات التي هي موضوع العقد. وبذلك اشتركا في ثبوت الخيار بتخلفهما، كما ذكرناه في المسألة الرابعة والستين من مبحث الشروط من كتاب البيع. وأما ما ذكره سيدنا المصنف رحمته في الفرق بين القيد والشرط فهو بمقام الإثبات أشبه. ويأتي بعض الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(٣) كالمباشر للعمل وبعض شؤونه، كنوع الخياطة ونوع الخيط الذي تتحقق

به ونحوهما، على ما يظهر منه ^{ثبت} في مستمسكه. وكان وجه امتناع استقلاله بالإنشاء هو توقف معرفة حدود العمل الذي هو موضوع الإجارة عليه.

لكن قد يكون الموضوع هو الأعم، وتؤخذ الخصوصية شرطاً زائداً على الموضوع، كما لو قال: استأجرتك أن تخطب هذا الثوب في هذا الشهر، وعليك أن تبأشر خياطته بنفسك أو أن تعجل خياطته في الأسبوع الأول من الشهر، أو أن تكون خياطته في البلد الفلاني أو بالنوع الخاص من الخيوط.

بل حتى لو أخذت الأمور المذكورة قيوداً لفظاً فكثيراً ما يفهم عرفاً عدم تقوم العمل المستأجر عليه بها، بل كونها شروطاً زائدة عليه، نظير بعض العناوين المأخوذة في المبيع التي يفهم العرف عدم كونها مقومة للمبيع، بل أوصافاً زائدة عليه يكون البيع مبنياً عليها. ولذا لا يكون تخلفها مانعاً من تحقق العمل المستأجر عليه، بل يوجب الخيار لا غير، نظير ما يأتي في قراءة القرآن من صلوحها للوجهين. بل قد يكون ذلك هو المفهوم عرفاً في كثير من القيود.

ولذا قد يتنازل المستأجر عن القيد ويرضى بالعمل الفاقد له بنفس الأجرة جرياً على الإجارة، أو بقيمة المثل الراجع لفسخها بعد صحتها.

نعم قد يكون المنشأ لرضاه به تجنب المشاكل مع الأجير أو حاجة المستأجر لنتيجة العمل مع تعذر تحصيل القيد فيرجع إلى رضاه بغير حقه بدلاً عنه، لا إلى الجري على مقتضى الإجارة. وعلى كل حال فمجرد التقييد لفظاً لا يستلزم كون القيد مقوماً للعمل المستأجر عليه، بل قد يفهم منه أنه شرط زائد عليه.

هذا وعن بعض مشايخنا ^{ثبت} أن القيد إذا لم يكن من شؤون موضوع الإجارة تعين كونه شرطاً خارجاً عن الإجارة وإن ذكر بصورة القيد، كقراءة القرآن والخياطة. وكما لو كان المستأجر عيناً - كالدابة - واشترط الإيصال في وقت خاص. لأن القيد يختص بما يصلح لتقسيم القيد، وما كان أجنبياً عن موضوع الإجارة لا يصلح لتقسيمه ليصلح لتقييده. كما أن العين الخارجية جزئي لا يقبل التقييد.

مثل أن يستأجره على الخياطة قارئاً للقرآن (١)، والشرط ما كان موضوعاً لإنشاء مستقل في ضمن إنشاء العقد (٢)، مثل أن يستأجره على خياطة الثوب، وفي ضمن العقد يقول: وعليك قراءة القرآن في حالة الخياطة، أو في حالة أخرى.

(مسألة ٩): إذا استأجر منه دابة إلى (كربلاء) بدرهم، واشترط له على نفسه أنه إن أوصله نهراً أعطاه درهمين صح (٣). وكذا العكس، بأن استأجرها بدرهمين واشترط عليه أن يعطيه درهماً واحداً إن لم يوصله.

لكنه لا يخلو عن إشكال. فإن العمل وإن لم يصلح لتقسيم العمل المبين له بلحاظ أفرادهِ إلا أنه يصلح لتقسيمه بلحاظ أحواله فالخياطة المصاحبة لقراءة القرآن مثلاً مباحنة للخياطة غير المصاحبة لها، فيمكن أخذها قيداً فيها.

كما أن استئجار العين الخارجية، حيث لا يرجع لتملكها، بل لتملك منفعتها. فالمنفعة أمر كلي قابل للتقييد. فكما يمكن تقييد منفعة الدابة المستأجرة بمنفعة ركوبها في مقابل حرث الأرض بها يمكن تقييدها بركوبها والسير بها الموصل في الوقت الخاص في مقابل ركوبها غير الموصل في الوقت المذكور. فلا حظ.

(١) مما سبق يظهر أنه قد يفهم من التقييد المذكور الشرط مع عموم موضوع الإجارة.

(٢) يعني: بنحو يكون مرتبطاً بمضمون العقد، ويكون مضمون العقد مبنياً عليه.

(٣) الظاهر أن المفروض فيه هو الإجارة بدرهم على أن يوصله في زمان أوسع من النهار بحيث يكون الأجير ملزماً بذلك على سعته، ويكون مفاد الشرط استحقاق الزيادة بالتعجيل. والوجه في الصحة عمومات نفوذ العقود والشروط.

أما إذا كان موضوع الإجارة بدرهم هو الإيصال في خصوص النهار فلا

نهاراً (١).

موضوع للشرط، ولما يستحق به، وهو الدرهم الآخر.

(١) كما في النهاية والخلاف والمهذب والشرائع والنافع والقواعد والتذكرة والتحرير والإرشاد وظاهر الجامع وغيرها، وحكي عن أبي علي. وفي الجواهر: «وفاقاً للأكثر نقلاً وتحصيلاً، بل المشهور كذلك».

هذا والإجارة المذكورة إن رجعت للتخير بين الوقتين وتخصيص كل منهما بإحدى الأجرتين رجعت إلى ما يأتي وتقدم في المسألة السابعة. وإن رجعت إلى تمليك المستأجر الإيصال نهاراً بدرهمين، وترخيصه في التأخير بشرط نقص درهم من الأجرة، أو شرط نقص الدرهم منها إذا أخر من غير ترخيص في التأخير، فمقتضى عمومات نفوذ العقود والشروط الصحة.

نعم في فرض رجوع الإجارة لتمليك المستأجر الإيصال نهاراً إذا انكشف عجز المستأجر عن الإيصال في النهار فمقتضى القاعدة انكشاف بطلان الإجارة والرجوع لأجرة المثل.

لكن في موثق الحلبي: «كنت قاعداً إلى قاضٍ وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس، فجاءه رجلان، فقال أحدهما: إني تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن، فاشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا، لأنها سوق أخاف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكل يوم احتبسته كذا وكذا. وإنه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوماً. فقال القاضي: هذا شرط فاسد. وقه كراه. فلما قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه»^(١).

والحديث إن لم يكن وارداً في فرض تعذر الإيصال في اليوم الأسبق فلا إشكال في أنه أظهر أفراد عمومته المستفاد من ترك الاستفصال، فيتعين البناء على ترتيب أثر

صحة المعاملة والشرط مطلقاً، كما هو مقتضى إطلاق من سبق.

هذا وقد ذهب في السرائر إلى صحة العقد وبطلان الشرط. وهو كما ترى إذ لو اتجه منه ردّ الموثق - على مبناه من عدم العمل بأخبار الآحاد - فلا يتجه منه إهمال عمومات الشروط.

وحكم ببطلان العقد والشرط في المختلف وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومحكي غيرها، بناءً منهم على رجوع ذلك لما تقدم في المسألة السابعة من اختلاف الأجرة باختلاف العمل المستأجر عليه حيث ذهبوا إلى البطلان حينئذٍ.

لكن الظاهر الفرق بينهما بكون العمل المستأجر عليه المملوك للمستأجر خصوص الإيصال في الوقت الأسبق، كما هو مقتضى الجمود على عبارة الموثق.

ولو فرض أن استفيد منها ما يعمّ فرض تعدد الأجرة بتعدد العمل المستأجر عليه تعين الاستدلال بالموثق للصحة في الفرض المذكور أيضاً. ولا مجال لإهماله بعد اعتبار سنده وظهور اعتماد من سبق عليه.

وأشكل من ذلك حمله على الجعالة، كما في جامع المقاصد والمسالك وعن غيرهما. فإنه كالصریح في الإجارة. بل هو لا يناسب ما تضمنه من بطلان الشرط إذا أحاط بجميع الأجرة، إذ لا محذور في ذلك في الجعالة.

بقي شيء. وهو أن من سبق منه الحكم بصحة العقد والشرط استثنى من ذلك ما إذا أحاط الشرط بجميع الكراء. وهو يناسب اعتمادهم على الموثق دون القاعدة، فإنها لا تقتضي البطلان، لعموم نفوذ الشروط.

ودعوى: أن الشرط حينئذٍ ينافي بمقتضى العقد، حيث يلزمه صيرورة الإجارة بلا أجرة، مع أن الإجارة - كالبيع - من المعاوزات المبنية على فرض العوض، وخلوها عن العوض مخرج لها عن حقيقتها.

منوعة: لأن استحقاق الأجرة في مقابل العمل بمقتضى الإجارة لا ينافي

أما إذا استأجرها على أن يوصله نهراً بأدرهمين أو ليلاً بأدرهم - بحيث تكون الإجارة على أحد الأمرين مردداً بينهما (١) - فالإجارة باطلة (٢).

سقوطها بسبب التأخير الذي هو أمر متأخر عن الإجارة. وكما أمكن استحقاق تمام الأجرة بالإجارة ثم سقوط بعضها بسبب التأخير عملاً بالشرط، كذلك يمكن سقوط تمامها بسببه. وإنما يكون اشتراط سقوط الأجرة منافياً لمقتضى العقد إذا كان ابتداءً غير مسبب عن شيء، بل يؤجره بشرط عدم الأجرة، كما إذا باعه بشرط عدم الثمن.

وبما ذكرنا يتضح أن الحكم في الموثق ببطالان الشرط إذا أحاط بهتمام الأجرة يناسب كون المفروض فيه اختلاف الأجرة باختلاف العمل المستأجر عليه، حيث يمتنع فرض الإجارة من دون أجرة، وهو الذي تقدم الكلام فيه في المسألة السابعة، وليس وارداً في فرض الشرط الخارج عن أصل الإجارة. وهو الذي فهمه كثير من الأصحاب، منهم الشيخ رحمته في الخلاف في تلك المسألة.

بل الإنصاف أن التفكيك بين الصورتين مما يغفل عنه نوعاً، فعدم تنبيه الإمام عليه السلام إلى أن حكمه بصحة الشرط يختص بها إذا كان المراد بالخط من الكراء هو الإنقاص بسبب التأخير بعد استحقاق تمام الكراء بالإجارة، دون ما إذا كان المراد به هو نقص كراء العمل إذا تأخر، يوجب فهم عدم الفرق بين الوجهين.

ومن هنا يقرب جداً الاستدلال بالموثق لما سبق متاً ومن جماعة من صحة المعاملة في المسألة السابعة. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) يعني: بين الأمرين، فالترديد في المقام يقتضي التخيير في العمل بين الوقتين، واستحقاق الأجرة المجعولة لكل منهما، لا التردد بين الإجارتين بحيث لا يتعين المقصود منهما.

(٢) كما تقدم منه رحمته ومن جماعة في المسألة السابعة. لكن تقدم متاً هنا وهناك

(مسألة ١٠): إذا استأجره على أن يوصله إلى (كربلاء)، وكان من نيته زيارة النصف من شعبان، ولكن لم يذكر ذلك في العقد، استحق الأجرة وإن لم يوصله ليلة النصف (١).

تقريب صحة المعاملة، وفاقاً لجماعة آخرين. فراجع.

(١) بلا إشكال ظاهر، لأن المعيار في حدود الإجارة على ما تضمنه العقد، لا على الدواعي له. هذا وربما يأتي في المسألة الثامنة والعشرين حكم ما لو استأجره على أن يوصله لزيارة النصف من شعبان فلم يوصله. فراجع.

فصل وفيه مسائل

(مسألة ١١): الإجارة من العقود اللازمة (١) لا يجوز فسخها إلا

(١) بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر، وفي مفتاح الكرامة: «بلا خلاف أجده في كتب الأصحاب من المنع إلى الرياض». وادعى الإجماع عليه في جامع المقاصد والمسالک.

ويقضيه عموم لزوم العقود الذي تقدم التعرض له في فصل الخيار من كتاب البيع. مضافاً إلى صحيح محمد بن عيسى اليقطيني: «أنه كتب إلى أبي الحسن علي بن محمد العسكري عليه السلام في رجل دفع ابنه إلى رجل، وسلمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له. ثم جاء رجل فقال: سلم ابنك مني بزيادة. هل له الخيار في ذلك؟ وهل يجوز له أن يفسخ ما وافق عليه الأول أم لا؟ فكتب عليه السلام: يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف»^(١). وما في ذيل صحيح الحسين بن نعيم الآتي في المسألة الثانية عشرة.

وقد استدل عليه غير واحد أيضاً بصحيح علي بن يقطين: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر من ذلك أو أقل. قال: الكراء لازم له إلى الوقت الذي تكاري عليه، والخيار في أخذ الكراء إلى رها إن شاء

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب ١٥ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

بالتراضي بينهما (١) أو يكون للفاسخ الخيار (٢). نعم الإجارة المعاطاتية جائزة (٣) ما لم تلزم بأحد الملزمات المتقدمة في البيع.

(مسألة ١٢): إذا باع المالك العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة لم تنفسخ الإجارة (٤)، بل تنتقل العين إلى المشتري مسلوقة بالمنفعة مدة

أخذ وإن شاء ترك^(١). ونحوه حديث سهل عنه عليه السلام وصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام. وكأنه لأن لزوم الكراء فرع لزوم الإجارة.

لكن لا يبعد كون المراد منه لزومه بلحاظ مقتضى الإجارة، من دون أن يكون له إطلاق يقتضي لزومه حتى في فرض فسخ الإجارة، ليرجع إلى لزومها. فالعمدة ما سبق.

(١) الراجع للتقاييل، فقد تقدم - في مباحث الخيار من كتاب البيع عند الكلام في شرط الخيار، وفي مبحث الإقالة من خاتمة كتاب البيع - مشروعية التقاييل في جميع العقود التي يكون لزومها حقياً، وذكرنا أن لزوم العقود حقي نوعاً، فيشرع فيها التقاييل، إلا ما دلّ الدليل الخاص كون لزومه حكماً، وليس منه الإجارة.

(٢) يأتي في المسألة التاسعة عشرة إن شاء الله تعالى التعرض للخيارات التي تثبت في الإجارة.

(٣) كما في العروة الوثقى. قال سيدنا المصنف رحمته الله: «بناءً على تمامية الإجماع على عدم لزوم المعاطاة إلا بملزمات مخصوصة مذكورة في محلها». لكن سبق في البيع أنه لا مجال للتعويل على الإجماع المدعى والمتعين البناء على لزوم العقد المعاطاتي، لعموم لزوم العقود. مضافاً إلى ما سبق في خصوص الإجارة، لأن مقتضى إطلاقه العموم للإجارة المعاطاتية.

(٤) ظاهره - كجميع من اقتصر على هذا الحكم - المفروغة عن صحة البيع،

وفي التذكرة الإجماع عليه. وهو مقتضى القاعدة للملكية المؤجر للعين، وسلطته عليها، فينفذ تصرفه فيها، ومنه البيع.

ودعوى: توقف صحة البيع على القدرة على تسليم المبيع. مدفوعة بأن إجارة العين لا تمنع من تسلمها، بل من الانتفاع بها لا غير. ولو صادف أن امتنع تسلمها حين انتفاع المستأجر لها - كما لو سافر بالدابة - كفى في صحة البيع القدرة على التسليم بعد استيفائه للمنفعة.

وأما عدم انفساخ الإجارة بذلك فهو المصرح به في كلام جماعة، وظاهر المبسوط وصريح الغنية الإجماع عليه. وهو مقتضى إطلاق أدلة الوفاء بالعقود.

مضافاً إلى النصوص الخاصة، كصحيح أبي همام: «أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل استأجر ضيعة من رجل، فباع المؤجر تلك الضيعة [الأرض] بحضرة المستأجر، ولم ينكر المستأجر البيع، وكان حاضراً له شاهداً، فمات المشتري وله ورثة، هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت، أو يثبت في يد المستأجر إلى أن تنقضي إجارته؟ فكتب: يثبت في يد المستأجر إلى أن تنقضي إجارته»^(١)، وغيره.

هذا وفي صحيح حسين بن نعيم عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال في حديث: «لا ينقض البيع السكنى. كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى. ولكن تبينه على أن الذي اشتراه لا يملك ما اشترى حتى تنقضي السكنى كما شرط. وكذا الإجارة. قلت: فإن رد على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من النفقة والعمارة فيما استأجر. قال: على طيب النفس وبرضا المستأجر بذلك لا بأس»^(٢).

وفي معتبر يونس: «كتبت إلى الرضا عليه السلام أسأله عن رجل تقبل من رجل أرضاً أو غير ذلك سنين مساة، ثم إن المقبل أراد بيع أرضه التي قبلها قبل انقضاء السنين

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢٤ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢٤ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٣.

المسألة، هل للمتقبل أن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذي تقبلها منه إليه؟ وما يلزم المتقبل له؟ قال: له أن يبيع إذا اشترط على المشتري أن للمتقبل من السنين ما له^(١).

والظاهر أن المراد باشتراط عدم ملك المشتري لما اشترى في مدة الإجارة الذي تضمنه صحيح حسين بن نعيم هو اشتراط عدم ملكه الانتفاع به بسبب ملك المستأجر له، كما تضمنه معتبر يونس في القبالة، لا عدم ملك العين، لا ابتناء البيع على ملك العين حين البيع، ولعدم منافاة ملكها لحق المستأجر، وحق من له السكنى، كما هو ظاهر.

وكيف كان فلم يتعرض الأصحاب ~~في~~ لتوقف صحة البيع على الشرط المذكور عدا ما حكاه الصدوق في ذيل صحيح أبي همام المتقدم عن شيخه محمد بن الحسن ~~في~~ من أنه ليس له البيع إلا أن يشترط على المشتري الوفاء للمستأجر إلى انقضاء مدة الإجارة.

هذا ومن الظاهر أن الشرط المذكور لا يزيد على مقتضى العقد، على ما تقتضيه القاعدة وتضمنته جميع نصوص المقام. ولعله لذا لم يتعرض له بقية الأصحاب. كما لم تتضمنه بقية نصوص المسألة. حيث يقرب من أجل ذلك حمل ذكره في الحديثين على التأكيد على مفاد العقد، من دون أن يكون شرطاً تعديداً في صحته. فإنه أقرب عرفاً من الجمود على لسان الحديثين وتقييد إطلاق بقية النصوص بصورة ذكر الشرط.

ولاسيما مع السؤال في صحيح أبي همام المتقدم وغيره عن انتقال المنفعة في مدة الإجارة لورثة المشتري، حيث لا يناسب ذلك فرض أخذ الشرط المذكور في متن العقد، كما لعله ظاهر. وكذا التعبير في صحيح الصحاف نفسه بعدم نقض البيع للسكنى والإجارة، فإن الحاجة لبيان ذلك إنها تكون مع إطلاق البيع، لا مع الشرط المذكور. ولعل فتوى محمد بن الحسن تبني على طريقة القدماء من الفتوى بلسان النص، من دون بناء على بطلان البيع مع الإطلاق. فلاحظ.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢٤ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٤.

الإجارة (١). وإذا كان المشتري جاهلاً بالإجارة، أو معتقداً قلة المدة فتبين زيادتها، كان له فسخ البيع (٢)،

(١) يظهر منهم المفروغة عنه. وتقتضيه القاعدة بعد فرض عدم بطلان الإجارة. مضافاً إلى النصوص السابقة. وبذلك يخرج عن أصالة تبعية المنفعة للعين في الملكية، كما يخرج عنها في أصل الإجارة، لا بتناؤها على ملكية المنفعة للمستأجر مع ملكية العين للمؤجر. ولولا ذلك لكان البيع منافياً لحق المستأجر، فيتوقف على إجازته أو يبطل.

(٢) كما صرح به في فرض الجهل بالإجارة غير واحد. بل الظاهر المفروغة عنه. وفي الغنية الإجماع عليه. وعلله في المبسوط وغيره بأنه عيب. لكن العيب عندهم كما يقتضي الخيار في الرد يقتضي الأرض في الجملة، مع أنهم لم يذكروه في المقام. بل صرح غير واحد بعدمه.

ولعله لما أشار إليه غير واحد من عدم كونه عيباً عرفاً. لأن المتيقن من العيب الذي هو موضوع أدلة الأرض هو نقص العين، وخروجها عن وضعها المطلوب نوعاً. وهو غير حاصل في المقام، لأن ملكية المنفعة أمر اعتباري خارج عن العين.

فالأولى في تعليقه بانكشاف خروج المبيع عن وضعه الطبيعي الذي هو مورد الرغبة نوعاً، فإن ذلك يوجب الخيار عرفاً، كما تقدم عند الكلام في وجه خيار الغبن. وربما قيل برجوعه إلى تخلف الشرط الضمني، وهو شرط الانتفاع بالمبيع. ولا يخلو عن إشكال، كما يتضح مما ذكرناه هناك. فراجع.

وأما إذا اعتقد المشتري قلة مدة الإجارة فتبين كثرتها. فإن كان ذلك راجعاً إلى إيهام البائع له قلة المدة فكذلك، كما لو ذكر له، أو كان منصرف كلامه أن المدة شهر فتبين أنها أكثر.

أما إذا كان لخطأ من المشتري من دون إيهام من البائع فلا وجه لثبوت الخيار

وليس له المطالبة بالأرث (١). وإذا فسخت الإجارة رجعت المنفعة إلى البائع على القول المشهور (٢). ولكن الأظهر رجوعها إلى المشتري (٣).

له بعد عدم مخالفة العقد للوجه الذي وقع عليه. كما لو ذكر البائع أن الدار مستأجرة إلى آخر السنة، وكان المشتري يعتقد أن البيع وقع في الشهر العاشر، فتبين أنه وقع في الشهر التاسع.

(١) كما في العروة الوثقى، ويظهر من كل من اقتصر على الفسخ. لما أشرنا إليه آنفاً من عدم كونه عيباً عرفاً.

(٢) فقد صرح بذلك في القواعد والحاشية التجارية وجامع المقاصد، وقواه في التحرير ومفتاح الكرامة. لأن مقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى ملك من خرج عن ملكه بالعقد.

(٣) حكاه في مفتاح الكرامة عن ظاهر التذكرة. ولكنه ممنوع، بل مقتضى اقتصره في تحرير المسألة على بيان اختلاف العامة توقفه فيها. بل قال بعد ذلك: «وإن تقايلا الإجارة فإن جعلنا الإقالة عقداً فهي للبائع، وإن جعلناها فسخاً فكذلك على أصح القولين». وهو كالصريح في أن مقتضى الفسخ رجوع المنفعة للبائع.

وكيف كان فقد قال سيدنا المصنف رحمته في رد القول برجوعها للبائع وتوجيه رجوعها للمشتري: «هذا لا يخلو من نظر، لأنه خلاف مقتضى تبعية المنفعة للعين. ومجرد كون مقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى حاله قبل العقد غير كافٍ في ذلك، لأن المنفعة إنما كانت للبائع قبل العقد، لأنها تابعة للعين، فيملكها مالك العين، فإذا تبدل مالك العين كان مقتضى التبعية رجوعها للمشتري».

ويندفع بأنه بعد فرض أخذ المشتري للعين مسلوقة بالمنفعة، وخروج هذه المنفعة عن مقتضى التبعية لا وجه لرجوعها بالفسخ إلى مقتضى التبعية. ولا أقل من عدم وضوح بناء العرف على التبعية في المقام الذي هو الدليل عليها، فلا مخرج عن

نعم يكون للبائع الخيار في فسخ البيع (١). ولا فرق فيما ذكرنا من عدم انفساخ الإجارة بالبيع بين أن يكون البيع على المستأجر وغيره (٢).

مقتضى الفسخ.

(١) لم يتضح الوجه في ذلك. نعم ذكر ^{تنظر} ذلك فيما لو تبايعا باعتقاد بقاء مدة الإجارة فبان عدمه، ووجهه بأنه نظير خيار الرؤية أو من صغرياته. لكنه لو تم لا يجري في المقام، إذ في الفرض المذكور قد أقدمنا على البيع بناءً على أمر غير حاصل حينه. أما في المقام فقد أقدمنا على أمر حاصل حين البيع، وإنما تبدل الحال لصالح المشتري بعد البيع. ومجرد خسارة البائع الأجرة المتجددة بالفسخ لا تقتضي الخيار له بعد عدم استنادها للبيع. نعم لو ابتنى البيع على عدم فسخ الإجارة، بحيث يكون شرطاً صريحاً أو ضمناً فيه، اتجه ثبوت الخيار للبائع مع فسخه. لكنه غير مفروض المقام.

ثم إن مقتضى ذلك أن البائع والمستأجر لو تقايلا في الإجارة رجعت المنفعة للمشتري، وكان للبائع الخيار في البيع. وبهذا يستطيع البائع تحقيق الخيار له في البيع إذا رأى فسخه صلاحاً له. ويصعب الالتزام بذلك جداً.

اللهم إلا أن يدعى عدم ثبوت الخيار له حينئذٍ، لأنه هو الذي أدخل الضرر على نفسه برضاه بالفسخ. لكنه موقوف على أن يكون منشأ ثبوت الخيار له هو الضرر أو نحوه، وقد سبق عدم وضوح منشئه لنا.

(٢) كما هو مقتضى إطلاق ما تقدم منهم من عدم انفساخ الإجارة بالبيع. ولم يعرف الخلاف فيه إلا من العلامة ^{تنظر} في الإرشاد، حيث قال: «ولو باع على المستأجر صح. والأقرب بطلان الإجارة، على إشكال».

قال في مفتاح الكرامة: «وحكاه ولده في شرحه - أي الإرشاد - عن الشيخ، ولم يحكه غيره عنه، ولا وجدناه في كتبه الثلاثة بعد فضل التبع». وقد ذكر في مفتاح

(مسألة ١٣): إذا باع المالك العين على شخص وأجرها وكيلة مدة معينة على شخص آخر، واقرن البيع والإجارة زماناً صحيحاً جميعاً (١).

الكرامة الاستدلال له بما عن بعض العامة، من أنه إذا ملك المستأجر العين ملك منافعها تبعاً لها، ومع ملكه المنفعة تبعاً للعين لم يبق عقد الإجارة عليها، ولذا لا يصح للمالك استئجار العين وتملكه لمنفعتها بالأجرة. كما أن الملك لما منع النكاح من استدامته، فمن اشترى زوجته بطل نكاحه إياها.

وفيه: أن كون ملك المستأجر للمنفعة في مدة الإجارة بسبب ملكه للعين ممنوع بعد سبق ملكه لها بالإجارة وخروج المنفعة المذكورة بسببها عن مقتضى التبعية. وليس هو كاستئجار المالك للعين حيث يمتنع بسبب ملكه للمنفعة قبل الإجارة. والاستشهاد للمقام بشراء الزوجة المبطلة للزوجية قياس محض، لا يحسن بنا إطالة الكلام في رده، وإن تجشم ذلك في مفتاح الكرامة.

(١) لوقوع كل منهما من أهله في محله، وحيث لا تنافي بينهما - كما سبق - تعين صحتها معاً، وجريان ما سبق من ثبوت الخيار للمشتري وغير ذلك.

لكن ذكر بعض مشايخنا رحمهم الله أن الإجارة تبطل لمزاحمتها للبيع في المنفعة، فالإجارة تقتضي ملكيتها للمستأجر والبيع يقتضي ملكيتها للبائع، وحيث لا مرجح لأحدهما تعين تساقطها وبقاء المنفعة في ملك البائع، مع صحة البيع في العين فتنتقل للمشتري مسلوبة المنفعة، لعدم المزاحم للبيع فيها.

لكن لم يتضح الوجه في المزاحمة بعد فرض إمكان انتقال العين للمشتري مسلوبة المنفعة، وأن تبعية المنفعة للعين في الملكية مقتضى الأصل الأولي الذي يمكن الخروج عنه بمخرج. إذ المفروض في المقام تحقق المخرج عنه، وهو الإجارة الواجدة الشرائط. وإلى ذلك يرجع ما ذكره سيدنا المصنف رحمته الله في المقام، وأوضحه بعض المحققين رحمهم الله. فراجع.

(مسألة ١٤): المشهور أنه لا تبطل الإجارة بموت المؤجر وفيه إشكال.
ولا تبطل بموت المستأجر (١). نعم إذا استأجر داراً على أن يسكنها بنفسه،

(١) المنسوب للأصحاب رحمهم الله في المقام أقوال أربعة: الأول: البطلان بموت كل من المؤجر والمستأجر، كما يأتي من جماعة من القدماء. الثاني: عدم البطلان بموت أحدهما، كما هو المعروف بين المتأخرين. الثالث: البطلان بموت المؤجر دون المستأجر، كما حكاه في التذكرة عن بعض أصحابنا. الرابع: العكس، كما حكاه غير واحد عن بعضهم. كل ذلك مع اضطراب من كثير منهم في المسألة، واختلاف في النسبة، كما يظهر بمراجعة مفتاح الكرامة.

وكيف كان فمن الظاهر أن مقتضى عموم نفوذ العقود والاستصحاب هو صحة الإجارة وعدم بطلانها بموت أي من الطرفين.

ومع ذلك فالبطلان بموت كل منهما هو المصرح به في المقنعة والنهاية والمبسوط والخلاف والمهذب والوسيلة والغنية وغيرها. واستدل في الخلاف بإجماع الفرق وأخبارهم، كما استدل في الغنية أيضاً بالإجماع.

لكن لا مجال للتعويل على دعوى الإجماع المذكورة بنحو تنهض بالاستدلال، كما تكرر متناً في نظائر المقام. ولا سيما مع تصريحهما بعدم التعويل على المخالف. كما صرح في الخلاف والتذكرة بأن أصحابنا من قال بالبطلان بموت المستأجر دون المؤجر، بل في المهذب أن أكثر أصحابنا على ذلك، ويظهر من السيد المرتضى رحمهما الله في الناصريات وعن ابن الجنيد عدم بطلانها بموت المستأجر، وانتقال ملك المنفعة لورثته.

وأما الأخبار فلم يعرف منها إلا ما روي بعدة طرق معتبرة عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الإجارة [الأجرة] في كل سنة عند انقضائها لا يقدم لها شيء من

الإجارة [الأجرة] ما لم يمض الوقت. فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت أم تكون الإجارة منقضية [منتقضة. في. يب] بموت المرأة؟ فكتب: إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ [تبلغه. يب] فماتت فلورثتها تلك الإجارة. فإن لم تبلغ [وإن لم يبلغ. يب] ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه، فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله». ونحوه ما رواه في التهذيب بسنده الصحيح عن أحمد بن إسحاق الأبهري^(١).

وقد حكم في مجمع البرهان بعدم صحة الحديث. وعن بعض مشايخنا^٢ موافقته في ذلك، لعدم ثبوت وثاقة إبراهيم بن محمد الهمداني، وجهالة أحمد بن إسحاق الأبهري. إلا أن يكون الأبهري تصحيف الأشعري، فيكون ثقة، إلا أن ذلك لم يثبت.

هذا وإبراهيم بن محمد الهمداني من وكلاء الناحية المقدسة، كما يأتي، وقد ذكر بعض مشايخنا^٣ أن ذلك لا يكفي في إحراز وثاقته. قال في المدخل من كتابه معجم رجال الحديث: «الوكالة لا تستلزم العدالة، ويجوز توكيل الفاسق إجماعاً وبلا إشكال. غاية الأمر أن العقلاء لا يوكلون في الأمور المالية من لا يوثق بأمانته، وأين هذا من اعتبار العدالة في التوكيل؟!... هذا وقد ذكر الشيخ في كتاب الغيبة عدة من المذمومين من وكلاء الأئمة^{عليهم السلام}، فإذا كانت الوكالة تلزمها العدالة فكيف يمكن انفكاكها عنها في مورد؟!...».

لكن ما ذكره قد يتم فيمن يكون وكيلاً في أمور خاصة خارجة عن منصبهم الشريف وإمامتهم، كمن هو وكيل في شراء دار أو جارية أو نحوهما. أما من كان وكيلاً عنهم في منصبهم فالظاهر بلوغه مرتبة عالية من العدالة تناسب المنصب الشريف، نظير وكيل المرجع في عصورنا، بل هو أجل وأرفع.

(١) الكافي ج: ٥ ص: ٢٧٠-٢٧١. التهذيب ج: ٧ ص: ٢٠٧-٢٠٨. وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٥ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١ وذيله.

وظاهر توصيف الشخص بأنه وكيل عنهم عليه السلام إرادة الوكالة بالنحو المذكور. ولذا خص بأفراد قليلين مع ما هو المعلوم من كثرة من يتوكل عنهم عليه السلام في حوائجهم الشخصية المختلفة والخارجة عن منصبهم الرفيع من غلباتهم وجوارهم وغيرهم. بل لا يحتمل في نقل الوكالة عن الناحية المقدسة إلا الوكالة بلحاظ المنصب الشريف.

مضافاً إلى سَوَق الوكالة في كلام الرجاليين في مساق المدح والتبجيل، وهم أدري منها بمدلولها الالتزامي العرفي، لقرب عصرهم منها، مثل ما يأتي في المترجم. وقول النجاشي في علي بن مهزيار: «واختص بأبي جعفر الثاني وتوكل له وعظم محله منه». وقول الفضل بن شاذان: «حدثني عبد العزيز، وكان خير قمي فيمن رأيت له وكان وكيل الرضا عليه السلام»... إلى غير ذلك.

وأما ما ذكره ثُمَّ من وجود المذمومين في وكلاء الأئمة عليهم السلام فهو إنما يمنع من كشف الوكالة عن الوثاقة بل عن العدالة إذا كان الذم حال الوكالة، أما إذا كان الذم طارئاً بسبب فتنة انقلب فيها الوكيل على عقبيه، حتى عزل ولعن، فهي ترجع إلى ما هو المقطوع به من عدم ملازمة الوكالة للعصمة، ولا تنافي ملازمتها للعدالة.

وعلى ذلك يتعين البناء على وثاقة الوكيل، بل عدالته ما لم يثبت انقلابه، فتسقط أخباره الواردة عنه بعد الانقلاب عن الحجية، من دون أن يمنع من حجية الأخبار السابقة عليه. والظاهر أن عمل الأصحاب على ذلك.

هذا مضافاً في المترجم له إلى ظهور مدح الرجاليين له بالوكالة وغيرها. فقد قال النجاشي في ترجمة حفيده محمد بن علي بن إبراهيم: «أخبرنا أبو العباس أحمد بن علي بن نوح، قال: حدثنا أبو القاسم جعفر بن محمد، قال: حدثنا القاسم بن محمد بن علي بن إبراهيم بن محمد - الذي تقدم ذكره - وكيل الناحية، وأبوه وكيل الناحية، وجدته علي وكيل الناحية، وجد أبيه إبراهيم بن محمد وكيل الناحية...»، لظهور أن تنبيه جعفر بن محمد بن قولويه على وكالة هؤلاء الأربعة المتسلسلين في النسب لبيان تشرفهم بثقة الإمام وتوكيله لهم.

وكذلك قول محمد بن سعد بن مزيد: «حدثنا محمد بن جعفر بن إبراهيم الهمداني - وكان إبراهيم وكيلاً، وكان حج أربعين حجة - قال...».

مضافاً إلى أنه قد ورد في حقه روايتان تتضمنان توثيق الإمام عليه السلام له صريحاً، وإن لم يخل سندهما عن خدش. كما ورد عنه كتاب من الإمام عليه السلام له يتضمن تبجيله عليه السلام له بنحو يكشف عن جلالته. وهو وإن كان مروباً من طريقه، إلا أنه بعد ثبوت وكالته عن الإمام (صلوات الله عليه) يتعين تصديقه عليه عليه السلام. نعم سند الكتاب له لا يخلو عن خدش إلا أن تعاضد النصوص بالإضافة إلى ما سبق موجب لثبوت وثاقته.

ومن هنا لا ينبغي الإشكال في اعتبار سند الحديث، بل في صحته. ولم يتضح الوجه في تعبير سيدنا المصنف رحمته الله عنه بالموثق، حيث لا يتناسب ذلك مع طرقه المثبتة في الكافي والتهذيب. وإن كان ذلك غير مهم بعد حججته على كلا الوجهين.

هذا وفي مجمع البرهان أن الحديث يدل على عدم البطلان بموت المؤجر صريحاً، وبموت المستأجر بالإجماع المركب. لكن لا مجال لتتميم الاستدلال بالإجماع المركب بعد ما سبق من الخلاف والمهذب والتذكرة، وبعد ظهور اضطراب الأصحاب في المسألة، وفي أدلتها.

وأما دلالة الحديث على عدم البطلان بموت المؤجر فكأنه لحمل قوله عليه السلام: «فلورثتها تلك الإجارة» على صحة الإجارة وثبوتها للورثة كما كانت لمورثتهم التي آجرت الضيعة.

لكنه لا يناسب تنمة الحديث، حيث تضمن أنه يدفع لهم مقدار ما بلغ من الوقت بالنسبة، المناسب لانفساخ الإجارة من حين الموت.

ومن ثم استدل غير واحد بالحديث للبطلان، بحمل الكلام المتقدم على أن لهم من الإجارة بنسبة ما بلغ، لا تمام الإجارة.

نعم لا يخلو الحديث عن غموض وإشكال.. أولاً: لظهوره في التفصيل بين صورتين واختلاف حكميهما، مع أن كلا من صورتين موضوعها عدم البلوغ. وثانياً: لأن المفروض في السؤال هو عدم بلوغ المدة، وموت المرأة في أثناءها. فلا حاجة للتعرض للبلوغ وعدمه في الجواب.

وثالثاً: لأن السؤال عن انتقاض الإجارة بالموت يناسب الجواب بالنفي أو الإثبات من دون حاجة للتفصيل بهذا الوجه المعقد المطول.

وقد أطال غير واحد في توجيه دلالة الحديث على أحد الأمرين بما لا يبلغ حدّ الظهور ويرفع الإشكال، كما يظهر بمراجعة كلماتهم.

مضافاً إلى أن اختصاص الحديث بموت المؤجر يناسب عدم تعويل القدماء عليه، بل على بعض الوجوه الاعتبارية التي قد يأتي التعرض لها، ولا سيما أن البطلان بموت المستأجر هو الأظهر عندهم.

مع أن الحكم بنفسه لا يخلو عن غرابة، لأن البطلان بموت المؤجر إن كان بلحاظ ملكه للعين وانتقالها بموته لورثته لزم البناء على بطلانها بموت المشتري من المستأجر، مع صراحة بعض النصوص المتقدمة في المسألة الثانية عشرة في عدم بطلانها بموته. وإن كان بلحاظ سبق ملكه للمنفعة بنحو صحح له الإجارة، فهو غريب لا نظير له في العقود المعاوضية، حيث لا تبطل بموت موقعها. مع أن لازمه بطلانها بموت المؤجر حتى لو باع العين قبل موته، ومن البعيد جداً التزامهم به.

على أن مثل هذا الحكم الشائع الابتلاء المخالف للقاعدة من الغريب جداً عدم وضوحه إلى عصر الإمام أبي الحسن الهادي (صلوات الله عليه)، بل ينبغي كثرة النصوص فيه وفي فروعه من الأئمة المتقدمين (صلوات الله عليهم)، نظير ما تقدم من عدم بطلان الإجارة بالبيع. بل هو أولى، لأن الحكم المتقدم مطابق للقاعدة، ولا تنحصر معرفته بالنصوص الخاصة.

وذلك كله موجب للريب في الحديث المتقدم متناً أو جهة، بحيث لا ينهض بالاستدلال، والخروج عن الاستصحاب، فضلاً عن عموم نفوذ العقود.

هذا وقد استدلل في الخلاف والغنية لبطلان الإجارة بموت المؤجر بأن المكثري دخل على أن يستوفي المنفعة من ملك المكري، فكيف يستوفيهما من ملك غيره؟!.

وهو كما ترى إنما يتم إذا كان استحقاق الأجرة بالاستيفاء، كما لو أذن له باستيفاء المنفعة بالضمان الذي تقدم التعرض له في المسألة السادسة. أما مع الإجارة فمالك العين يملك المنفعة بنحو الإرسال والاستمرار، ولذا تشرع منه العمرى والرقبى والسكنى بنحو يزيد على حياته، وإذا ملكها كذلك كان له تملكها مدة الإجارة، فيستوفيهما المستأجر وهي ملك له، من دون نظر لمالك العين. ولذا سبق في المسألة الثانية عشرة عدم بطلان الإجارة ببيع العين.

ومثله ما في الغنية من الاستدلال للبطلان بموت المستأجر من أن المؤجر عقد على أن يستوفي المستأجر المنفعة لنفسه.

إذ لو كان مراده فرض اشتراط مباشرة المستأجر في الإجارة فالبطلان في محله. لكنه خروج عن الفرض. ولو كان مراده أن المؤجر قد أقدم على أن تكون المنفعة ملكاً للمستأجر، فلا تكون لوارثه. فهو كما ترى، لا بتناء جميع المعاوضات على تملك أحد العوضين لطرف المعاوضة، وانتقاله لوارثه بموته حكم شرعي من دون أن يبطل المعاوضة.

ومن هنا لا مخرج عما تقتضيه القاعدة من عدم البطلان بموت أحدهما كما سبق. مع قرب اعتضاده بالسيرة لما أشرنا إليه آنفاً من شيوع الابتلاء بالمسألة، مع كون البطلان سبباً لكثير من المشاكل، حيث يكثر عدم تيسر مراجعة الوارث لقصوره أو غيابه أو مشاكسته، وذلك يقتضي كثرة السؤال عن فروع المسألة، مع أنه لا أثر لذلك في النصوص. فلا حظ.

فمات بطلت الإجارة. وكذا إذا أجر نفسه لعمل فمات، فإنها تبطل (١). وكذا إذا أجر البطن السابق من الموقوف عليهم، العين الموقوفة فانقرضوا قبل انتهاء مدة الإجارة (٢). وإذا أجرها البطن السابق ولاية منه على العين لمصلحة

(١) لارتفاع موضوع الإجارة في الموردين. نعم إذا كانت خصوصية السكن بنفسه في الأول والعمل بنفسه في الثاني شرطاً زائداً على موضوع الإجارة تعين عدم بطلان الإجارة وثبوت الخيار في فسخها للمشتري، كما هو ظاهر، وتبته له في الجواهر وغيره.

هذا وقد خصّ بعض المحققين وبعض مشايخنا (قدس سرهما) البطلان في الثاني بما إذا كشف الموت عن تعذر العمل المستأجر عليه، لضيق الوقت. أما مع سعة الوقت بحيث كان يمكنه العمل بنفسه فأخره حتى مات فالتعين عدم بطلان الإجارة وعدم رجوع الأجر المسمى للمستأجر، بل انشغال ذمة الأجير له بالعمل المستأجر عليه، فيستحق المستأجر قيمته عليه بعد تعذره، وتخرج من تركته. وهو مبني على ما تقدم منهما في المسألة الثامنة. وتقدم منّا الكلام فيه، وأن الظاهر البطلان. فلاحظ.

(٢) كما في الخلاف والشرائع والتذكرة والقواعد والتحرير والإرشاد والإيضاح والدروس واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. واحتمله في المبسوط بناءً على أن الموت لا يبطل الإجارة في سائر الموارد.

والوجه في ذلك: أن الموقوف عليه لا يملك المنفعة بنحو الإطلاق كالمالك للعين، بل خصوص المنفعة في مدة حياته، ولذا لا يجوز له منع العين من أن تكون مورداً للانتفاع. وحينئذٍ ينكشف بموته عدم ملكه للباقي من المنفعة وعدم نفوذ إجارته بالإضافة إليه. قال في الجواهر: «فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخرين في ذلك، حتى تجرأ بعض من تأخر عنه إلى الجزم بجواز إجارة البطن الأول مدة تستغرق عمر الموقوف عليه...».

البطون جميعها لم تبطل بانقراضه (١)، وكذا إذا أجر نفسه للعمل بلا قيد المباشرة فإنها لا تبطل بموته (٢)، ويجب أداء العمل من تركته كسائر الديون. (مسألة ١٥): إذا أجر الولي مال الصبي في مدة تزيد على زمان بلوغه صح (٣).

هذا والمراد من بطلان الإجارة في هذه الموارد هو بطلانها من حين الموت، لا من أصلها. فيلزم تبعض الصفقة. وظاهرهم عدم ثبوت الخيار حينئذٍ، بحيث يجوز فسخ العقد من أصله، ويأتي في المسألة الثانية والعشرين إن شاء الله تعالى ما ينفع في المقام.

(١) كما صرح بذلك غير واحد ممن سبق. لعموم ولايته. غاية أنه ينكشف عدم استحقاق المنقرض لأجرة المدة الزائدة على حياته، فتسترجع من تركته لو كانت قد دفعت إليه.

(٢) لإمكان الوفاء بها، فلا موجب لبطلانها.

(٣) كما في الخلاف والسرائر. لإطلاق دليل ولايته، كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه قال في الرجل يتصدق على ولده وقد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث. فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن والده هو الذي يلي أمره...»^(١)، ونحوه معتبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢).

ومنه يستفاد عموم ولاية الجد، بضميمة ما دلّ على أولوية الجد من الأب في الولاية، على ما تقدم في المسألة الثالثة والعشرين من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع. وكذا الوصي عنهما، لظهور دليل ولاية الوصي المتقدم في المسألة المذكورة في قيامه مقام الموصي. نعم عموم ولاية غيرهم لا يخلو عن إشكال، فيقتصر فيه على المتيقن.

هذا وقد اقتصر في الشرائع على ذكر الوصي مع التردد فيه، بل جزم بالعدم في مطلق الولي في المبسوط والتذكرة والقواعد والتحرير والإرشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومحكي قواعد الشهيد وغيرها. للبناء على قصور ولاية الولي عن حال البلوغ، فلا ينفذ تصرفه فيه.

وفيه: أن المفروض وقوع التصرف حال ولايته قبل بلوغ المولى عليه، ومقتضى إطلاق دليل ولايته نفوذ مثل هذا التصرف. وبقاء صحة الإجارة ليس لاستمرار سلطنة المؤجر عليها، لتقصّر عما إذا سقطت سلطنته، بل لسلطنته على إيقاعها، وهو حاصل في المقام.

على أن من الظاهر شيوع بلوغ الصبي في أثناء مدة الإجارة، ومقتضى سيرة المتشرعة الارتكازية إلزام البالغ بإفاد الإجارة. ولو كان البناء شرعاً على عدم إلزامه بإفادها لظهر وبان وكثر السؤال عنه وعن فروعه في النصوص.

نعم الإجارة مدة طويلة مما لا يقدم عليه ذوو التعقل والحكمة إلا مع الضرورة العرفية، لا ببناء الدنيا على تقلب الأحوال بنحو غير محتسب، فالالتزام بعقود طويلة الأمد تغرير عرفاً لا ينبغي للولي الإقدام عليه حتى في مدة قصور المولى عليه وبقاء ولاية الولي. وإقدامه عليه في غير مورد الضرورة العرفية خروج عن مقتضى ولايته قصوراً أو تقصيراً، فلا ينفذ.

هذا وقد فصل في الجواهر بين ما إذا كان إجارة الولي مدة تزيد على زمان بلوغه لمصلحة الصبي حال صباه وما إذا كان لمصلحته بعد البلوغ، فتصح الإجارة في الأول دون الثاني. وكأنه للبناء على أن مراعاة مصلحته بعد البلوغ ليست من وظيفة الولي.

لكنه في غاية المنع بعد عموم دليل الولاية المتقدم، المعتضد بالمرتكزات التشريعية، وبما دلّ على أنه من وظائف الأب تعليم ولده وتأديبه^(١)، وما تضمن بيان المكاسب التي ينبغي تعليم الصبي لها وتجنبيه إياها، كصحيح إسحاق بن عمار أو

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٨٣، ٨٥، ٨٦ من أبواب أحكام الأولاد.

وإذا أجر الولي الصبي كذلك ففي صحتها في الزيادة إشكال (١) إلا قضت

موثقته: «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فخبرته أنه ولد لي غلام... قلت: جعلت فداك في أي الأعمال أضعه؟ قال: إذا عدلته [عزلته] عن خمسة أشياء فضعه حيث شئت. لا تسلمه صيرفاً...»^(١) وغيره. لظهورها في المفروغة عن أن من شأن الأب أن يودب ولده ويعلمه صنعة يتعيش بها، وكلاهما مما ينتفع به غالباً إذا كبر واستقل.

(١) مقتضى إطلاق بعض الأصحاب وصريح آخرين عدم الفرق بين إجارة نفس المولى عليه وإجارة ماله. وإنما استشكل سيدنا المصنف عليه السلام في إجارة الصبي نفسه في المدة المذكورة للإشكال في إطلاق دليل الولاية بنحو يقتضي ذلك في نفسه. بل عن بعض مشايخنا عليه السلام الجزم بعدم الدليل على الولاية على الصبي بالنحو المذكور، بخلاف الولاية على المال.

قال سيدنا المصنف عليه السلام: «وأما ماله فإطلاق قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ كافٍ في إثبات نفوذ التصرف».

لكن الآية الشريفة إنما تدل على بيان شرط التصرف الجائز، ولا تنهض بإثبات عموم نفوذ التصرف الواجد للشرط، لأن نقيض السالبة الكلية مهملة في قوة الجزئية نظير قوله عليه السلام: «لا صلاة إلا بطهور»^(٢)، فإنه يدل على توقف صحة الصلاة على الطهور، ولا ينهض بإثبات صحة كل صلاة مع الطهور. ولذا لا يظن بأحد البناء على دلالة الآية الشريفة على جواز التصرف في مال اليتيم بالتي هي أحسن لكل أحد من دون حاجة لإحراز ولايته.

والعمدة في استفادة عموم الولاية ما سبق، الذي لا يفرق فيه بين النفس والمال. مضافاً إلى ما سبق أيضاً من شيوع بلوغ الصبي في أثناء مدة الإجارة. حيث لا

(١) وسائل الشيعة ج: ١٢ باب: ٢١ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١ باب: ١ من أبواب الوضوء حديث: ١.

ضرورة الصبي بذلك (١).

يفرق فيه بين إجارة النفس والمال. كما لا يفرق فيما تقدم في الإجارة في المدة الطويلة بينهما.

(١) ولعله إليه يرجع ما في العروة الوثقى من فرض اقتضاء المصلحة اللازمة المراعاة ذلك. ولا يبعد عموم مراد سيدنا المصنف رحمته للضرورة العرفية وإن لم يصل حدّ الوجوب الشرعي، كالحسارة المالية المعتد بها. وكيف كان فكأن الوجه فيما ذكرناه القطع بدخوله في المتيقن من الولاية على نفس الصبي.

لكن استشكل فيه بعض مشايخنا رحمته بل في تقرير درسه المنع من ذلك، بدعوى: أنه بعد أن لم تثبت الولاية لهم على التصرف الشامل لزمن البلوغ فمجرد وجود المصلحة الملزمة لا يكفي في ثبوتها، ولذا لا يثبت ذلك في حق الكبير لو كانت هناك مصلحة ملزمة في حقه. بل غاية الأمر أن يكون من موارد ولاية الحسبة التي يكون المرجع فيها الحاكم الشرعي.

وفيه: أن المدعى دخوله في المتيقن من ولاية الأب والجد والوصي، لقضاء المرتكزات المتشرعية بانحصار الولاية بهم. وأنه كما يكون لهم قطع يد الصبي حفاظاً على حياته وإن بقي مبتور اليد بعد البلوغ، كذلك لهم شراء الدواء له حفاظاً على يده ودفعاً لبتريها وإن توقف تحصيل ثمنه على إيجاره مدة تزيد على زمان صباه، مع اشتراك الأمرين في عدم النص الخاص أو الدخول تحت إطلاق دليل لفظي، وانحصار الأمر فيهما بالمرتكزات المذكورة، بناءً على غضّ النظر عما سبق منّا.

ولو لم يتم ذلك فلا أقل من احتمال ولايتهم حينئذٍ، فلا يقطع بالاكتهاء بمراجعة الحاكم الشرعي، الذي هو الوجه في الرجوع له في موارد ولاية الحسبة، ويتعين اشتراك الولاية حينئذٍ بينه وبينهم اقتصاراً على المتيقن في نفوذ التصرف. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(مسألة ١٦): إذا آجرت المرأة نفسها للخدمة مدة معينة، فتزوجت في أثنائها لم تبطل الإجارة وإن كانت الخدمة منافية لحق الزوج (١). وإذا آجرت نفسها بعد التزويج توقفت صحة الإجارة على إجازة الزوج فيما ينافي حقه (٢)، ونفذت الإجارة فيما لا ينافي حقه (٣).

(١) قطعاً، كما في الجواهر. وبه صرح في التذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك. لقصور حقه عما يجب عليها، وقد وجب عليها بذل المنفعة بالإجارة النافذة لسبقها على التزويج.

وبعبارة أخرى: يختص حق الزوج بما لا ينافي الحق الثابت على الزوجة، كما تختص صحة الإجارة بما لا تنافي حق الزوج، فكل من الحقين رافع لموضوع الآخر، وفي مثل ذلك يتعين الترجيح بالتقدم الزمني، لأن المتقدم حينما يقع لم يكن مزاحماً بشيء فينفذ، وبنفوذه يمنع من اللاحق لرفعه لموضوعه.

(٢) قطعاً، كما في المسالك. وبه صرح في الشرائع وغيره مما تقدم وغيره. لسبق حقه بسبب التزويج الحاصل قبل الإجارة، فيمنع من نفوذ الإجارة بغير إذنه، كما يظهر مما تقدم.

(٣) كما في الشرائع وغيره مما تقدم. لعدم المانع من نفوذها حينئذٍ، لعدم ثبوت التحجير عليها في مالها ولا في نفسها. غاية الأمر كراهة صومها وتصرفها في مالها بغير إذنه.

هذا وقد أطلق اعتبار إذن الزوج في الإجارة على الرضاع في المبسوط والخلاف والسرائر وظاهر جامع الشرائع، وهو مقتضى إطلاق القواعد في الأمة المزوجة.

وقد استدل عليه في الأولين بعدم الدليل على صحة الإجارة المذكورة. ويظهر حاله مما سبق، وأن المنع مع منافاة حق الزوج للدليل، والجواز مع عدم منافاته للدليل أيضاً، وهو عموم نفوذ العقد.

(مسألة ١٧): إذا أجر عبده أو أمته للخدمة ثم اعتقه قبل مدة الإجارة (١) لم تبطل الإجارة (٢)، وتكون نفقته في كسبه إن أمكن له الاكتساب

ثم قال في الخلاف: «وأيضاً فإن المرأة معقودة على منافعها لزوجها بعقد النكاح، فلا يجوز لها أن تعقد لغيرها، فيخل ذلك بحقوق زوجها»، ونحوه في السرائر، وزاد: «لأن له وطأها في كل وقت». وهو كما ترى يقصر عما إذا لم يناف حق الزوج.

نعم قد يقال: إن استحقاق الزوج الاستمتاع في كل وقت ينافي استحقاق الأجير ما يمنع منه في بعض الأوقات. وقد يرجع إليه ما تقدم من السرائر. لكنه ممنوع، فإن حق الغير إنما يقتضي صرف القدرة إليه عند مطالبته به. أما مع عدم مطالبته به فلا مانع من تعجيز النفس عنه وصرف القدرة لغيره مما يستحقه شخص آخر، لعدم التزام بينهما حينئذٍ.

نعم يتمتع تمليك الشيء الواحد لشخصين وإن لم يطالب أحدهما به. فإذا أجر شخص نفسه أو داره لآخر مدة شهر بلحاظ جميع المنافع، لم يصح منه إجارة بعض منافعها أو منافع داره لثالث في الشهر المذكور وإن لم يطالب الأول بالمنفعة، لامتناع اجتماع ملكيتين في مملوك واحد. وليس المقام كذلك، لتعدد موضوع الحق، وهو للزوج الاستمتاع، وللأجير الإرضاع. غايته أنه لا يمكن صرف القدرة فيهما معاً، وهو إنما يقتضي التزام مع المطالبة، كما سبق. فلاحظ.

(١) صح العتق قولاً واحداً، كما في التذكرة والجواهر. لعموم أدلته.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب. ونسبه في التذكرة لعلمائنا، مؤذناً بدعوى الإجماع عليه، لوقوع الإجارة حال ملك المؤجر للعبد ومنفعه، فتشملها عمومات الصحة. ولا دليل على بطلانها بخروج العبد عن ملك المؤجر، كما لو باعه.

وعن إيضاح النافع: أنه ربما قيل بطلان الإجارة فيضمن المولى المؤجر للمستأجر الأجرة. وفي التذكرة أنه أحد الوجهين للشافعية. ويظهر ضعفه مما تقدم.

لنفسه في غير زمان الخدمة (١). وإن لم يكن فعلى المسلمين كفاية (٢).

نعم لو فرض تعذر الإنفاق عليه من كل وجه بحيث ينحصر الأمر بكسبه، فلا إشكال في تقدمه على حق المستأجر، لأهمية وجوب حفظ نفسه من حق غيره.

وحينئذ لا يبعد بطلان الإجارة في مدة الكسب المذكور، كما عن بعض مشايخنا^١، لانكشاف تعذر العمل المستأجر عليه، فيرجع المستأجر على المولى المؤجر بأجرتها بالنسبة. بل له فسخ الإجارة في الباقي حينئذ، لتبعض الصفقة.

وفي المبسوط عن بعضهم رجوع العبد المعتق نفسه بأجرة العمل المستأجر عليه على المولى المؤجر. وفي التذكرة أنه الوجه الآخر للشافعية.

وفيه: أن العبد لم يملك المنافع المذكورة، لتكون موضوعاً للضمان. مضافاً إلى أن الإجارة ليست من أسباب الضمان. ولذا ردّه في المبسوط بأن الأصل براءة ذمته.

(١) أو في زمان الخدمة بما لا ينافيها، كالاستتابة في قراءة القرآن نيابة عن الغير بأجرة. والظاهر عدم الإشكال فيه، إذ من القريب خروج هذه الصورة عن موضوع كلامهم الآتي. ومثله وجوبها على المستأجر إذا كان المؤجر قد اشترطها عليه.

(٢) كأنه لوجوب حفظه من التلف عليهم. لكن لا يبعد اختصاصه بمثل زماننا مما لم يكن فيه بيت مال للمسلمين، أو كان بيت المال عاجزاً عنه. وإلا لم يبعد تعين الإنفاق منه - كما في التذكرة وغيره - لأنه معد للمصالح العامة.

هذا وفي القواعد أن نفقته في مدة الخدمة على المولى المعتق قال: «لأنه كالباقي على ملكه، حيث ملك عوض نفقه». وهو كما ترى بالقياس أشبه.

نعم هو مناسب جداً لذوق الشارع الأقدس، لما في الوجه السابق المطابق للقاعدة من فسح المجال للمولى لاستغلال منفعة العبد مدة طويلة مع التخلص من نفقته وإذلاله بالحاجة للناس. لكن كفاية ذلك في الاستدلال والخروج عما تقتضيه القاعدة إشكال ظاهر.

(مسألة ١٨): إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيباً، فإن كان عالماً به حين العقد فلا أثر له (١). وإن كان جاهلاً به، فإن كان موجباً لفوات بعض المنفعة - كخراب بعض بيوت الدار - قسّطت الأجرة، ورجع على المالك بما يقابل المنفعة الفائتة (٢). وإن كان موجباً لعيب في المنفعة - مثل

(١) بلا إشكال ظاهر، وظاهر كلام غير واحد المفروغية عنه. لقصور دليل الخيار - الذي يأتي التعرض له إن شاء الله تعالى - عنه.

(٢) لأن موضوع المعاوضة لما كان هو المنفعة، فنقصها راجع لنقص العوض، فيتعين التقسيط.

هذا وقد خصّ ^{ثبت} في مستمسكه ذلك بما إذا ابتنت الإجارة على توزيع الأجرة على أجزاء المنفعة. وهو جيد جداً. ولعله خارج عن إطلاق غير واحد التخيير بين الفسخ والقبول بتسام الأجرة، بل صرح في الشرائع بعمومه لما إذا أوجب نقص المنفعة. حيث لا يبعد كون منظورهم العيب الذي لا يرجع عرفاً إلى نقص موضوع الإجارة.

ولذا لا إشكال عندهم في التقسيط مع قصور العين عن الانتفاع في بعض مدة الإجارة. وما ذلك إلا لابتناء الإجارة عندهم على توزيع الأجرة بلحاظ الزمان، فإذا تم ابتناؤها على توزيع الأجرة بلحاظ أجزاء العين المستأجرة أيضاً تعين التقسيط أيضاً.

ولعله إلى هذا نظر في جامع المقاصد حيث عقب على ما ذكره من عدم انتقاص الأجرة مع العيب بقوله: «ينبغي أن يكون هذا حيث لا يكون العيب منقصاً للمنفعة لنقصان العين، فإنه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعاً...». والحاصل: أنه لا ينبغي الإشكال في التقسيط في الفرض المذكور.

نعم ذلك يطرد فيما ذكره سيدنا المصنف ^{ثبت} وسبقه إليه في الجواهر من خراب

بعض بيوت الدار، كما تبّه لذلك بعض مشايخنا ^{تتطّر} فيها حكى عنه .

فإن استئجار الدار .. تارة: قد يبتني على ذلك، كما لو استأجر داراً ذات خمس غرف لإنزال الزائرين بخمسين ديناراً، بلحاظ أن لكل غرفة عشرة دنائير. وأخرى: لا يبتني على ذلك، بل على جعل مجموع الأجرة في مقابل مجموع منفعة الدار من دون ابتناء على التوزيع، كما هو الغالب في استئجار الدار للسكن، فإن الإجارة لا تبتني على توزيع الأجرة على عدد الغرف، كما لا تبتني على توزيعها على سائر منافع الدار، كالسلم والكنيف والسرداب وغيرها.

وأظهر من ذلك ما إذا لم يكن نقص المنفعة لنقص في العين، بحيث يكون بعضها فاقداً للمنفعة، بل لعيب في العين، كما لو استأجر دابة للسير يوماً فكانت بطيئة السير بنحو يعدّ عيباً فيها، أو استأجر غرفة فكانت كثيرة المنافذ بحيث لا يمكن المبيت بها عند اشتداد البرد. فإن عدم ابتناء الإجارة في مثل ذلك على التوزيع أظهر. ويأتي تمام الكلام في ذلك في الصورة الثانية.

بقي في المقام أمران:

الأول: أن التقسيط في المقام راجع إلى تبعض الصفقة، المستلزم لنقص الثمن، بحيث لا يملك المستأجر بعضه رأساً. وليس هو من أرش العيب الوارد في البيع الذي هو خارج عن الثمن، ويتخير المشتري بينه وبين الفسخ عند المشهور، وبثبت له عند تعذر الرد عندنا، مع استحقاق البائع لتسام الثمن، كما يظهر بمراجعة مبحث خيار العيب من كتاب البيع.

الثاني: أن الظاهر ثبوت الخيار للمستأجر في المقام أيضاً. وهو خيار تبعض الصفقة الذي يظهر منهم المفروغية عن ثبوته في جميع المعاوضات. ولعل عدم تعرض سيدنا المصنف ^{تتطّر} له لوضوحه، أو اكتفاء منه بما يأتي في الصورتين اللاحقتين، ويكون نظره في هذه الصورة إلى تمييزها عنهما بتقسيط الأجرة على المستأجر، مع اشتراك الكل في الفسخ. كما أن الظاهر ثبوت الخيار للمؤجر إذا لم يرض المستأجر

عرج الدابة - كان له خيار في الفسخ (١). وفي ثبوت الأرض إشكال (٢).

بدفع تمام الثمن، لتبعض الصفقة في حقه أيضاً. فلاحظ.

(١) بلا إشكال ظاهر وبه صرح في المبسوط وغيره، وفي التذكرة: «ولا نعلم في ذلك خلافاً».

والوجه فيه: أن نصوص خيار العيب وإن اختصت بالبيع، إلا أن دليله لا ينحصر بالنصوص المذكورة، بل هو ثابت إما بقاعدة نفي الضرر، لأن الصبر على العيب ضرر في حق المستأجر، كما تكرر في كلماتهم، أو ببناء العقلاء، إما لابتناء العقد بإطلاقه على اشتراط السلامة ضمناً، فبظهور العيب يتخلف الشرط المذكور، ويثبت خيار تخلف الشرط، كما ذكره غير واحد، أو لبناء العقلاء على ثبوت الخيار في العقد إذا انكشف خروجه عن الوضع الطبيعي المرغوب فيه نوعاً، والذي من شأنه أن يقع عليه، كما قربناه في خيار الغبن من كتاب البيع. وتام الكلام هناك، لأن المقامين من باب واحد. فراجع.

(٢) فقد صرح جماعة كثيرة بعدم ثبوته، كما أشرنا إليه آنفاً. وكأنه لا اختصاص دليله بالبيع. فلا مجال للتعدي منه لغيره من المعاضات، ومنها الإجارة.

وقد قرب في المسالك والروضة ثبوت الأرض، بدعوى: أن إطلاق العقد لما كان منزلاً على الصحيح كان الجزء الفائت من المنفعة أو وصفها مقصوداً للمستأجر ولم يحصل، وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين، فيتجه ثبوت الأرض. وفيه: أن الفائت إن كان هو وصف المنفعة - كما هو المفروض في هذه الصورة - فهو غير مقابل في العقد بجزء من العوض، بل يوجب زيادة قيمتها، مع جعل العوض بإزائها، والمفروض عدم نقصها. ولذا ذكرنا في محله أن ثبوت الأرض مع العيب في المبيع مخالف للقاعدة.

وإن كان الفائت هو جزء المنفعة فثبوت الأرض بفوته موقوف على ابتناء

وإن لم يوجب شيئاً من ذلك، لكن يوجب نقص الأجرة (١)، كان له الخيار (٢)، ولا أرش (٣). وإن لم يوجب ذلك أيضاً (٤) فلا خيار (٥)

الإجارة على توزيع الأجرة على أجزاء المنفعة، كما ذكرناه في الصورة السابقة، واحتملنا حمل كلام جامع المقاصد عليه. أما مع عدم ابتنائها على ذلك، بل على جعل مجموع الأجرة في مقابل مجموع المنفعة من دون نظر لمقدارها فلا وجه للتوزيع.

(١) كعور الدابة وبتر ذنبها وانقشاع صيغ السيارة.

(٢) كما هو مقتضى إطلاق من سبق. ويظهر وجهه مما تقدم في الصورة الثانية.

(٣) كما هو مقتضى إطلاق من سبق. ويظهر الوجه فيه مما ذكرناه آنفاً من اختصاص دليل الأرش بالبيع. بل هو هنا أظهر، لفرض كون العيب فيها سبق في موضوع المعاوضة وهو المنفعة، فيكون نظير العيب في المبيع. أما هنا فالمفروض عدم العيب في موضوع المعاوضة وإن أوجب نقص قيمته. ومن ثم جزم ~~بأن~~ هنا بعدم الأرش مع ترده فيه هناك.

نعم لو تم ما سبق من المسالك والروضة تعين ثبوت الأرش هنا بملاك تخلف الوصف، لأن مقارنة المنفعة للعيب المذكور نحو من الوصف الموجب لاختلاف الرغبة والقيمة. لكن سبق الإشكال فيه.

(٤) مثل كون الحمار خصياً، والدار غير مسجلة بدائرة الطابو ونحوهما مما يوجب قلة الرغبة في العين ونقص قيمتها من دون أن يكون موجباً لقلة الرغبة في منفعتها التي هي موضوع الإجارة والمعاوضة.

(٥) بلا إشكال ظاهر. والظاهر خروج ذلك عما سبق من إطلاقهم ثبوت الخيار مع كون العين معيبة، لأن العيب المذكور خارج عن موضوع المعاوضة في الإجارة وهو المنفعة، ولا يوجب قلة الرغبة فيها. فلا يبتني عقد الإجارة بإطلاقه على السلامة منه، ليكون فوته موجباً للخيار.

ولا أُرش (١). هذا إذا كانت العين (٢) شخصية. أما إذا كان كلياً وكان المقبوض معيماً كان له المطالبة بالصحيح (٣). ولا خيار في الفسخ (٤). وإذا تعذر الصحيح كان له الخيار في أصل العقد (٥). وإذا وجد المؤجر عيباً

(١) قطعاً لما سبق. بل لا موضوع معه للأرث، لعدم نقص القيمة بسببه.

(٢) يعني: التي هي موضوع الإجارة.

(٣) كما صرح بذلك العلامة في القواعد وغيرها وغير واحد ممن تأخر عنه. ويقتضيه ما تقدم من انصراف عقد الإجارة للصحيح، فلا يكون المقبوض فرداً للكلي الذي هو موضوع الإجارة، أو لا يكون واجداً للوصف المشروط فيه.

ومنه يظهر عدم استحقاق المطالبة بالتبديل في الصورة الأخيرة من العيب، وهي ما إذا لم يكن للعيب أثر في قيمة المنفعة، حيث لا منشأ للانصراف عنه والظاهر خروجه عن مورد كلام سيدنا المصنف رحمته الله هنا.

(٤) كما صرح به من سبق. لعدم الموجب له بعد إمكان القيام بمقتضى العقد بتبديل العيب بالصحيح.

(٥) كما صرحوا به أيضاً. لعدم القيام بمقتضى العقد. أما إذا لم يتعذر الإبدال بالصحيح، إلا أن المؤجر امتنع منه، فقد ذكر في التذكرة والمسالك أنه مع تعذر إجباره عليه فللمستأجر الفسخ أيضاً. قال في مفتاح الكرامة: «وهما مطالبان بالدليل على الخيار عند الامتناع». لكن يكفي في وجهه عدم القيام بمقتضى العقد من تسليم الصحيح.

نعم لا بد من تأخره عن وقت يقتضي العقد التسليم فيه. وبذلك يظهر أنه مع الامتناع من التسليم حتى حضر الوقت المذكور يتعين ثبوت الخيار وإن أمكن الإيجابار. وقد تقدم في المسألة الرابعة والستين من أحكام الشروط في كتاب البيع ما ينفع في المقام.

في الأجرة، وكان جاهلاً به، كان له الفسخ (١). وفي جواز مطالبته بالأرش إشكال (٢). وإذا كانت الأجرة كلياً، فقبض فرداً معيناً منها، فليس له فسخ العقد، بل له المطالبة بالصحيح، فإن تعذر كان له الفسخ (٣).

(١) كما هو المعروف بينهم المصرح به في كلام جماعة كثيرة. وفي مفتاح الكرامة: «هذا مما لا أجد فيه خلافاً»، ونحوه في الجواهر. والوجه فيه ما تقدم فيما لو كان العيب في العين، لا ابتناء العقد على الصحيح في العوضين معاً من دون فرق بينهما.

(٢) المعروف بينهم بثبوته. ونفى في مفتاح الكرامة والجواهر وجدان الخلاف فيه، نظير ما تقدم. مع أنهم لم يذكروه - بل صرحوا بعدمه - فيما إذا كان عيب العين المستأجرة يقتضي العيب في المنفعة، كما سبق.

وكانه للتعدي فيه من البيع لكل عين منقولة بعوض، دون المنافع. ولذا قال في الجواهر: «نعم الظاهر اختصاص الحكم المزبور بها إذا لم يكن الأجرة منفعة. وإلا جرى فيه ما تسمعه إن شاء الله من حكم العيب في العين المستأجرة...».

وفي مفتاح الكرامة: «ولولا ما يظهر من الوفاق وعدم الخلاف لأمكن القول بأنه ليس له إلا الفسخ، لأنه لا يخالف القاعدة. والحكم في البيع للدليل».

لكن لا مجال لدعوى الإجماع بعد عدم التعرض له قبل المحقق في الشرائع، بل لم يذكره هو في النافع كما لم يذكر في الجامع بعض ما تأخر عنه.

على أنه لا مجال للتعويل على مثل هذا الإجماع لو تم، حيث يقرب ابتناؤه على إلغاء خصوصية البيع في أدلة الأرش، وفهم العموم منها لجميع المعاوضات، وليس هو إجماعاً تعدياً يمتني على تسالم الطائفة المحقة على الحكم، بنحو يكشف عن رأي المعصوم (صلوات الله عليه). ومن هنا يتعين البناء على عدم استحقاق الأرش.

(٣) كما صرح به غير واحد من سبق. ويظهر الوجه فيه مما تقدم في صورة تعيب العين المستأجرة إذا كانت كلية.

(مسألة ١٩): يجري في الإجارة خيار الغبن (١)، وخيار الشرط (٢) حتى للأجنبي (٣)، وخيار العيب (٤)، وخيار الاشتراط (٥)، وتبعض

أما الأرض في صورة تعذر الإبدال فقد أهمله في الشرائع والتحرير والإرشاد واللمعة مع تضمنها له فيما لو كانت الأجرة معينة. وذكره في القواعد وغيره من بعض ما تضمنه في صورة كون الأجرة معينة. قال في جامع المقاصد: «لتعين المدفوع لأن يكون عوضاً بتعذر غيره». ونحوه في المسالك والروضة وغيرهما.

وهو ظاهر الإشكال، لأن عوضية العوض تابعة لجعله عوضاً في العقد، وليس المدفوع في المقام إلا وفاء عن العوض الكلي، فيحتاج ثبوت الأرض فيه إلى إلغاء خصوصية العوض والتعدي لما يكون وفاء عنه زائداً على إلغاء خصوصية البيع والتعدي لجميع المعاوضات الذي عرفت الإشكال فيه. فلاحظ.

(١) كما في العروة الوثقى وحكي عن الجواهر. والوجه فيه: أن دليل ثبوت خيار الغبن في البيع لا يختص به، بل يجري في جميع المعاوضات المبنية على مراعاة المالية والاهتمام بها، كما يظهر بمراجعتة. ومن ثم تشارك الإجارة البيع في شروط الخيار المذكور وكثير من فروعه المتقدمة.

(٢) المراد به اشتراط الخيار في العقد. والكلام فيه هو الكلام في سابقه فتوى ودليلاً.

(٣) تقدم في كتاب البيع الكلام في ثبوت الخيار المذكور للأجنبي، وأنه راجع إلى ثبوت الخيار لمشرطه من المتعاقدين. غاية الأمر أن يكون إعماله بنظر الأجنبي. فراجع.

(٤) كما يظهر مما تقدم في المسألة الثامنة عشرة. والظاهر مفروغيتهم عنه، كما يظهر من كلماتهم في تلك المسألة.

(٥) لما تقدم منه تنظر ذكر خيار الشرط فلا يبعد كون مراده من خيار

الصفقة (١)، وتعذر التسليم (٢)، والتفليس (٣)،

الاشتراط هو خيار تخلف الشرط. والوجه فيه عموم دليل ثبوته لجميع العقود، كما يظهر بمراجعة المسألة الرابعة والستين من أحكام الشروط من كتاب البيع.

(١) الظاهر مفروغيتهم عن ثبوته. وقد يوجه بها ذكره من اشتراط تمامية الصفقة ضمناً، فيرجع لخيار تخلف الشرط. بل ذكرنا في المسألة العشرين من فصل شروط المتعاقدين في البيع أن مقتضى القاعدة بطلان العقد بتمامه، إلا أن بناء العقلاء على جواز ترتيب أثر صحة العقد في البعض، ومن المعلوم أن بناءهم على جواز ذلك دون لزومه، كما يشهد به في الجملة بعض النصوص. فراجع.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في عدم اختصاصه بالبيع، وعمومه لجميع العقود القابلة للتبعض بلحاظ متعلقها، ومنها الإجارة. ويأتي إن شاء الله تعالى في المسألة الواحدة والعشرين والثانية والعشرين من الفصل الآتي ما ينفع في المقام.

(٢) يعني: بعد العقد. أما التعذر قبله وحينه فهو مانع عندهم من صحة الإجارة، لا اشتراطهم فيها القدرة على التسليم، وسبق الكلام فيه. والوجه في هذا الخيار هو ابتناء الإجارة - كالبيع - على التسليم والتسلم.

ومن هنا كان الظاهر عمومه للامتناع عن التسليم في الوقت الذي يقتضيه العقد ولو مع إمكان الإيجاب عليه، بل حتى لو لم يتحقق التسليم في الوقت المذكور صدفة من دون امتناع من المؤجر. كل ذلك لمخالفة مقتضى العقد بتأخر التسليم. ويأتي بعض الكلام في ذلك في الفصل الآتي إن شاء الله تعالى.

(٣) يعني: أنه إذا أفلس المستأجر ولم يكن قد دفع الأجرة كان للأجير فسخ الإجارة، ولا يتعين عليه أن يحاص بالأجرة مع الغرماء في مال المفلس، نظير ما إذا كان ثمن المبيع ديناً في ذمة المفلس، فوجد البائع المبيع بعينه، فإن له فسخ البيع وأخذ المبيع، ولا يتعين عليه أن يحاص بالثمن مع الغرماء في مال المفلس ومنه البيع. وهو

المصرح به في المبسوط والخلاف والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والقواعد. وفي الجواهر: «من غير خلاف أجده فيه».

وربما استدل له بصحيح عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام: «سألت عن الرجل يركبه الدين، فيوجد متاع رجل عنده بعينه. قال: لا يحاصه الغرماء»^(١). بضميمة تنزيل المنافع منزلة الأعيان في الحكم المذكور. لكن التنزيل المذكور يحتاج إلى دليل. وإلغاء خصوصية الأعيان عرفاً لا يخلو عن خفاء.

ومثله الاستدلال بإطلاق الصحيح، كما يظهر مما عن بعض مشايخنا رحمهم الله، بدعوى شمول المتاع للعين المستأجرة. إذ فيه: أنه ينصرف للمتعاقب للدين المملوك للمفلس والذي من شأن الغرماء المحاصة فيه كسائر أملاكه. مع أنه يقصر عن الإجارة على العمل.

وكذا الاستدلال بقاعدة نفي الضرر. إذ لا مرجح لضرر المستأجر على ضرر غيره من الغرماء.

هذا وقد قال في كتاب الحجر من مفتاح الكرامة بعد أن تعرض لبعض ما ذكرنا: «لكننا لم نجد مخالفاً ولا متاملاً منّا في الباب ولا في الإجارة». وكأنه يحاول بذلك تميم الاستدلال بالإجماع.

لكنه في غاية الإشكال، لقلة من تعرض للخيار المذكور، ولقرب اعتمادهم على بعض الوجوه المتقدمة أو الآتية، من دون أن يكون إجماعاً تعديداً ينهض بالاستدلال. نعم تقدم ابتناء الإجارة - كسائر المعاوضات - على التسليم والتسلم، فمع تعذر تسليم أحد العوضين يكون لصاحبه الفسخ، للخروج عن مقتضى العقد.

لكن ذلك يرجع لخيار تعذر التسليم المتقدم، ويقصر عما إذا رضي المؤجر بعدم المبادرة للتسليم، وتنازل عن حقه في الفسخ من أجله، ثم حصل الفسخ، حيث لا

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب ٥: من أبواب كتاب الحجر حديث: ٢.

والتدليس (١)، والشركة (٢)، وخيار ما يفسد ليومه (٣) وخيار شرط رد

دليل على تجدد الخيار له بذلك بعد عدم نهوض ما سبق به.

ولعل كلام بعض من سبق ناظر إلى ذلك، لجعلهم الفلاس من صغريات تعذر التسليم، الذي لا إشكال في سقوط الخيار المسبب عنه بالإسقاط، ولا دليل على عود الخيار معه بتجدد الفلاس. فلاحظ.

(١) لرجوعه إلى خيار تخلف الوصف الذي يبتني عليه العقد من دون خصوصية للبيع.

(٢) كأن المراد به ما إذا ظهر أن أحد العوضين مشترك بين طرف المعاوضة وغيره. لكن ذلك إن كان مع عدم إمضاء ذلك الغير للعقد دخل في خيار تبعض الصنف المتقدم، وإن كان مع إمضائه فلم يتضح الوجه في كونه موجباً للخيار. إلا أن يكون التعامل مع الشريك مرغوباً عنه، بحيث يكون العقد مبنياً على عدم التعامل معه.

لكنه لو كان بحيث يوجب الخيار لا يختص بالشركة، بل يجري في مثل ما إذا انكشف أن المؤجر ليس أصيلاً في المعاملة، بل وكيلاً عن شخص آخر بالنحو المذكور. هذا وربما فسر الخيار بما إذا ظهر أن المؤجر شريك لغيره، بحيث يشترك معه في المنفعة المستحقة بالإجارة، بأن يكون المباشر وكيلاً عن شريكه في إيقاع الإجارة لهما معاً من دون علم المؤجر بذلك.

لكنه أيضاً إنما يقتضي الخيار فيما إذا كان التعامل مع الشريك مرغوباً عنه، بحيث يبتني العقد على عدم التعامل معه.

وحينئذ يجري أيضاً فيما إذا انكشف أن المؤجر ليس أصيلاً، بل هو وكيل عمن يرغب عن التعامل معه. نظير ما سبق في شريك المؤجر وموكله.

(٣) بأن كانت العين المستأجرة مما يفسد ليومه، كما إذا استأجر وردة على أن

العوض، نظير شرط رد الثمن (١) ولا يجري فيها خيار المجلس، ولا خيار

يشمها ساعة، أو كانت الأجرة كذلك. حيث تتعرض للتلف لو لم يتحقق القبض من المستأجر في الأول، ومن المؤجر في الثاني.

لكن لا مجال للبناء على ثبوت الخيار حينئذٍ بعد اختصاص النص بالبيع، بل يتعين الرجوع فيه للقاعدة، المقتضية لبطلان الإجارة لو كانت العين المستأجرة كذلك بمضي الوقت الذي ابتنت عليه الإجارة على استيفاء المنفعة فيه، ولجواز الفسخ لو كانت الأجرة كذلك بمضي الوقت الذي من شأن المعاملة تحقق القبض فيه.

هذا مع عدم قبض المستأجر للعين أو الأجير للأجرة، أما مع القبض وإداعها عند الطرف الآخر، فيتعين صحة الإجارة واستحقاق الأجرة لو كانت العين المستأجرة مما يفسد ليومه بمضي الوقت الذي ابتنت الإجارة على استيفاء المنفعة فيه، لتحقيق التسليم الذي يكفي في استحقاق الأجرة وإن لم يستوف المستأجر المنفعة. ولو كانت الأجرة حينئذٍ مما يفسد ليومه يتعين ولاية من عنده عليها حسبة، فيحتسبها على نفسه أو يبيعها بقيمة المثل أو بأكثر إن تيسر، وإن لم يتيسر لا يكون ضامناً لها لو تلفت، لكونه أميناً من دون تفریط.

(١) المعروف ببيع الخيار. فإن النصوص الخاصة وإن وردت في البيع، إلا أنه يكفي في المقام عموم أدلة الشروط، فإنه من صغريات خيار الشرط الذي تنهض به العمومات المذكورة.

ثم إن وقت العوض الذي هو الشرط في الخيار.. تارة: يكون قبل استيفاء المنفعة، كما لو أجره الدار في شهر محرم على أن يسكنها في رجب واشترط عليه الخيار برّد العوض في شهر ربيع. وأخرى: يكون بعده، كما لو أجره الدار في محرم على أن يسكنها فيه، واشترط عليه الخيار برّد العوض في صفر. وفي الصورة الأولى لا يستحق المؤجر شيئاً، وفي الثانية يستحق أجرة المثل للمنفعة التي استوفاهها المستأجر قبل

الحيوان (١) ولا خيار التأخير ثلاثة أيام (٢).

الفسخ وردّ العوض.

(١) لاختصاص دليلهما بالنصوص الخاصة الواردة في البيع. فالمرجع في غيره من العقود - ومنها الإجارة - أصالة اللزوم.

(٢) بل يتعين ثبوت الخيار بالتأخير عن الوقت الذي يقتضيه العقد، لأن التحديد بالأيام الثلاثة يختص بالبيع.

وبقي في المقام خيار الرؤية. وحيث كان عندهم يختص بسبق رؤية المبيع أو صفه على خلاف ما هو عليه عند البيع فهو راجع إلى خيار تخلف الوصف الذي يبتني عليه العقد، فيتعين جريانه في الإجارة لو ظهرت العين المستأجرة على خلاف ما رآها المستأجر سابقاً. وقد يراد بخيار تخلف الشرط في كلماتهم ما يعمه.

لكن سبق ممّا أن ظاهر دليله صحة البيع مع الجهالة ومن دون رؤية، وثبوت الخيار حينئذٍ بالرؤية. وعلى ذلك إن تمّ دليل اعتبار العلم في صحة الإجارة تعين بطلانها مع عدم الرؤية، ولا مجال للخروج عنه بدليل خيار الرؤية، بالبناء على صحة الإجارة مع الجهل وثبوت الخيار فيها بالرؤية. لاختصاص الدليل المذكور بالبيع، ولا دليل على إلحاق الإجارة به في ذلك. وإن لم يتم الدليل على اعتبار العلم في صحة الإجارة، وبني على صحتها مع الجهل، فلا مجال للبناء على ثبوت الخيار فيها بالرؤية، لما ذكرناه من اختصاص دليله بالبيع. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

فصل

إذا وقع عقد الإجارة ملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان والعمل في الإجارة على الأعمال بنفس العقد، وكذا المؤجر والأجير يملكان الأجرة بنفس العقد (١). لكن ليس للمستأجر المطالبة بالمنفعة أو العمل إلا في حال تسليم الأجرة، وليس للأجير والمؤجر المطالبة بالأجرة إلا في حال تسليم المنفعة (٢). ويجب على كل منهما تسليم ما عليه تسليمه إلا إذا كان الآخر

(١) بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه. كذا في الجواهر. وبعض كلماتهم وإن اختص بملكية الأجرة بالعقد، إلا أن من القريب أنه من أجل الخلاف فيه من بعض العامة، مع المفروغية عن ملكية المنفعة بالعقد، بحيث لا يحتاج للتنبيه. ولذا لا إشكال ظاهراً في وجوب تسليمها للمستأجر الذي هو فرع ملكيته لها.

وكيف كان فكلا الأمرين مقتضى عقد الإجارة، لما هو المعلوم من ابتناؤه على المعاوضة المبنية على تبادل العوضين في الملكية، والمفروض عدم التعليق فيه على شيء. نعم تقدم في المسألة السابعة فيما لو استأجره على العمل بأحد وجهين لكل منهما أجرة خاصة تقرب عدم ملكية الأجرة إلا بالعمل، لعدم تمحض المعاملة في الإجارة، بل تبنتي على نحو من الجعالة اللازمة. فتخرج عن محل الكلام، وهو الإجارة.

(٢) لا بناء الإجارة على التسليم والتسلم على نحو ما تقدم في البيع، لأنها من

ممتنعاً عنه (١). وتسليم المنفعة يكون بتسليم العين، وتسليم العمل بإتمامه (٢)

باب واحد. لكن ذلك لا يقتضي لزوم فعلية التسليم في جواز المطالبة، بل الاكتفاء بحضور كل منهما تسليم ما عليه للآخر في مطالبته بالتسليم إذا لم يكن الآخر في مقام التسليم. على أنه لا يتم في المطالبة بالعمل، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

هذا وقد أطلق في المبسوط والمهذب والسرائر وجوب تعجيل الأجرة في مثل إجارة العبد والدابة والدار إذا لم يشترط التأجيل. بل أطلق ذلك في الشرائع والنافع في مطلق الأجرة. لكن لا يبعد كون مرادهم ذلك في مقابل استحقاق التأجيل، من دون أن ينافي توقف وجوب المبادرة للتسليم على تسليم المنفعة في الجملة، نظير ما يذكر في البيع، كما يناسبه كلماتهم وكلام غير واحد.

نعم قد لا يناسب ذلك ما في السرائر من أنه مع إطلاق العقد يستحق المؤجر الأجرة في الحال، ولا يتوقف على تسليم الأعمال والفراغ منها، سواء كان عملاً يمكن تسليمه أم لا يمكن تسليمه. ويظهر ضعفه مما تقدم ويأتي إن شاء الله تعالى. فلاحظ.

(١) حيث يكون خارجاً عن مقتضى العقد، فيحق للآخر التوقف عن العمل بمقتضى العقد. وقد تقدم في البيع ما ينفع في المقام. والظاهر أنه يلحق بالامتناع التعذر. فشرط وجوب التسليم على كل منهما البذل من الآخر والتمكين، بحيث يقع التسليم والتسلم منهما معاً، نظير ما تقدم في البيع.

(٢) قال في التذكرة في حكم الأجرة: «وإن أطلق كانت معجلة، وملكها المؤجر بنفس العقد، واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر عند علمائنا». وقال في الجواهر: «والظاهر الإجماع على عدم استحقاق الأجير تسلم الأجرة قبل العمل... بل عن بعضهم دعواه عليه، فضلاً عن نفي الخلاف من آخر». لكن سبق من السرائر ما يظهر في الخلاف. وتقدم ضعفه.

هذا ومن الظاهر أن موضوع المعاوضة في الإجارة نفس المنفعة، من دون فرق

بين إجارة العين والإجارة على العمل. كما أن تسليم العين لا يكون تسليمًا للمنفعة، بل تمكينًا منها، ولا يكون تسلمها إلا باستيفائها، كما هو الحال في تسليم العمل. وحيثُذ إن كان اللازم هو التسليم، فهو لا يتحقق في منفعة العين إلا باستيفائها. وإن كان اللازم هو التمكين فهو يتحقق في العمل بحضور الأجير له وإن لم يباشر به، فضلًا عن أن يتمه. كما قد يتحقق في منفعة العين بالتمكين منها ولو مع عدم تسليمها، كما في مثل إجارة الخان أو الفندق للمبيت فيه مع بقاءه تحت يد مالكة من دون أن يصير تحت يد المستأجر.

مضافاً إلى أن ذلك لا يناسب ما سبق من سيدنا المصنف رحمته من أنه ليس للمستأجر المطالبة بالعمل إلا في حال تسليم الأجرة، لظهور أنه إذا كان تسليم العمل بإتمامه، فحيث لا موضوع للمطالبة به بعد إتمامه، بل موضوع المطالبة قبل الإتمام، والمفروض أنه قبل الإتمام لا يجب تسليم الأجرة، فلا بد من البناء على جواز المطالبة به قبل تسليم الأجرة.

وبعبارة أخرى: ما ذكره رحمته من عدم تسليم العمل - الذي هو الشرط في وجوب تسليم الأجرة - إلا بإتمامه راجع إلى عدم استحقاق تسليم الأجرة إلا بعد استيفاء العمل الذي يكون بإتمامه، بخلاف أجرة العين، فإن وجوب تسليمها لا يتوقف على استيفاء المنفعة، بل على التمكين منها بتسليم العين.

هذا ولعل وجه الفرق بينهما أنهم وإن ذكروا أن المعاضة تبنتي على التسليم والتسلم، إلا أن الظاهر أنه لا يراد به فعلية التسليم والتسلم، وإن كان هو مقتضى الجمود على عبارتهم، ولذا لو بذل أحدهما ما عنده فلم يستلمه الآخر لا يجوز للآخر الامتناع من تسليم ما عنده، بل يراد به قيام كل منهما بوظيفته ببذل ما عليه للآخر. فإن كان ما عنده أو عليه عيناً - كما في العوضين معاً في البيع والأجرة في الإجارة - فالبذل حاله عند قبول الآخر ملازم للتسليم، وعند عدم قبوله يكفي البذل وإن لم يتحقق التسليم. وإن كان منفعة، فإن كانت في عين لا تستوفي منفعتها إلا بقبضها

قبل تسليم العين (١)، وقبل إتمام العمل ليس للمؤجر المطالبة بالأجرة،

فالواجب تسليم العين لا غير، وأما الاستيفاء فهو من وظيفة المستأجر المستحق لها. وإن كان في عين تستوفي منفعتها بالتمكين منها من دون تسليم لها - كما فيما تقدم من مثل الخان والفندق - وجب التمكين منها دون التسليم لا للمنفعة ولا للعين. وإن كانت المنفعة عملاً فلا يكفي في البذل لها حضور المستأجر للعمل، لعدم أداء وظيفته وما عليه بذلك، ولعدم تحقق البذل به، بل لابد من إتمام العمل الذي هو وظيفته.

ويناسب ذلك ما تضمنته بعض النصوص من استحباب دفع أجرة العامل قبل أن يحيف عرقه، كصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الحال والأجير قال: لا يحيف عرقه حتى تعطيه أجرته»^(١)، وغيره. لظهورها في المفروغة عن عدم وجوب دفع الأجرة له قبل إكمال عمله.

هذا ولو غُضَّ النظر عما ذكرنا أمكن الرجوع للنصوص المذكورة في إثبات عدم وجوب دفع الأجرة قبل إكمال العمل، والرجوع في الإجارة على غير العمل للقاعدة القاضية بعدم جواز حبس الأجرة بعد فرض ملكية المؤجر لها بالعقد، والاقتصار في الخروج عنها على صورة عدم التمكين من استيفاء المنفعة، لعدم تسليم العين أو عدم التمكين منها، لأنه المتيقن مما ذكره - في وجه عدم وجوب التسليم على كل منهما مع امتناع الآخر - من ابتناء المعاوضة على التسليم والتسلم. فلاحظ.

(١) كما في الشرائع والإرشاد ومجمع البرهان وعن الروض. ونسب للسرائر. وإن كان مقتضى ما تقدم منه عدم توقف استحقاق تسليم الأجرة حتى على إكمال العمل، على خلاف من سبق.

وكيف كان فيقتضيه عموم السلطنة بعد فرض استحقاق الأجير للأجرة بنفس العقد، والمتيقن في الخروج عنه ما إذا لم يكمل العمل، لا ابتناء المعاوضة على

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٤ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

التسليم بالمعنى المتقدم، وللنصوص المشار إليها آنفاً.

لكن صرح في المبسوط بعدم استحقاق الأجرة إلا بتسليم العمل. وعليه جرى في التذكرة والقواعد والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد وغيرها. واستدل له بوجوه:

الأول: ما في كلام غير واحد من سبق من أن الإجارة معاوضة تبتني على التقابض. وهو لو تم لا يقتضي تقديم تسليم العمل على تسليم الأجرة، بل تقارنهما - على نحو ما ذكروه في البيع - كما تبه له في مفتاح الكرامة. ولعله هو المراد لهم. على أنه غير تام، لأن العمل أمر متصرم غير قابل للتسليم، والمتيقن من تسليمه فعله الذي هو وظيفة الأجير كما ذكرناه آنفاً.

الثاني: ما ذكره بعض الأعظم رحمته في حاشيته على العروة الوثقى في توجيه وجوب تسليم مورد العمل. قال: «وضابط ذلك هو أنه لو كان مالية العمل باعتبار نفس صدورهِ من العامل - كالعبادات مثلاً وحفر البئر وبناء الجدار وحمل المتاع ونحوه من مكان إلى آخر - فالفراغ عن العمل تسليمه. وإن كان الأثر المتولد منه هو مناط ماليته - كالخياطة والقصارة والصياغة ونحو ذلك - فذلك الأثر يملك تبعاً لتملك العمل، ويتوقف تسليم ما أجر نفسه له على تسليمه بتسليم مورده على الأقوى».

وكانه إليه يرجع ما ذكره الشهيد رحمته في الحاشية التجارية من ابتناء القول المذكور على أن الصفة تلحق بالأعيان، بناء على أن المنافع تعد أموالاً. ولهذا يصح جعلها عوضاً ومعوّضاً.

وكيف كان فيندفع بأن كون منشأ مالية العمل هو الصفة، وملكية الصفة تبعاً للعمل - لو تمت - لا يقتضيان كون الصفة مورداً للمعاوضة، ليلزم الأجير تسليمها بتسليم موردها وموضوعها، بل موضوع المعاوضة ليس إلا العمل، كما تبه لذلك سيدنا المصنف رحمته. وقد سبق أنه لا يراد بتسليم العمل إلا فعله.

على أن التفريق بين الأمثلة المتقدمة في كون معيار مالية العمل في القسم الثاني

هو الأثر دون القسم الأول لا يخلو عن خفاء، كما نبه لذلك سيدنا المصنف رحمته أيضاً، لأن الأعمال تطلب لأثارها.

نعم يمكن التفريق بوجه آخر، وهو أن غرض طالب العمل منه في الأول يترتب عليه رأساً. وفي الثاني يتوقف على وصول موضوعه ومورده له، كالثوب المخيط والفضة المصوغة. لكن ذلك وحده لا يكفي في إثبات لزوم تسليم موضوع العمل ومورده.

هذا مضافاً إلى الإشكال في هذا الوجه وما قبله بأن اقتضاء المعاوضة للتسليم والتسلم ليس مفاد دليل لفظي، ليدعى ظهوره في تسليم العمل بتسليم متعلقه، بل هو أمر ارتكازي يتعين الاختصار فيه على المتيقن، والرجوع في غيره لعموم السلطنة القاضي بوجوب تسليم الأجرة وحرمة حبسها عن الأجير. وقد سبق أن المتيقن من النص والفتوى هو إكمال العمل.

ثم إن ما ذكره بعض الأعظم رحمته من تبعية الصفة للعمل في الملكية قد أنكره بعض مشايخنا رحمته فيما حكى عنه مدعيّاً أن الصفة غير قابلة للملك، وإنما توجب زيادة قيمة العين لا غير. وقد سبق الكلام في ذلك في المسألة الثلاثين في فروع خيار الغبن من الفصل الرابع من كتاب البيع، وقربنا هناك ملكيتها، لا بنحو يستلزم الشركة في العين، بل بنحو يقتضي نحواً من الحق فيها.

وقد استدلل هنا على عدم قابليتها للملكية بأن لازم ملكيتها أنه لو أجبر مالك العين شخصاً على العمل في ملكه يكون العامل شريكاً في العين بلحاظ ملكه للصفة الناشئة من عمله، لعدم ملك مالك العين لعمله ليملك الصفة تبعاً له.

لكن قد يندفع بأنه باستيفائه لعمله بسبب إكراهه عليه يكون ضامناً له، وضمانه له يكون بمنزلة ملكه له في كون نتيجة العمل له.

نعم لو قصد المكره العمل لنفسه لا للمكره، ليكون المكره مستوفياً لعمله اتجه البناء على عدم ضمان المكره أجره العمل، وعلى ملك العامل لنتيجة عمله، وثبوت

إلا إذا كان قد اشترط تقديم الأجرة صريحاً (١)، أو كانت العادة جارية على ذلك (٢). وكذا ليس للمستأجر المطالبة بالعين المستأجرة أو العمل

حق له في العين بسبب ذلك، نظير ما سبق في المسألة المذكورة من عمل الإنسان في ملك غيره بتخيّل أنه ملكه. فتأمل جيداً.

الثالث: ما عن بعض مشايخنا ^{رحمهم} من ابتناء عقد الإجارة في ذلك على التسليم والتسلم، كما في سائر المعاوضات، فهو شرط ضمّني فيها. ولذا لا يرى العرف استحقاق الأجير المطالبة بالأجرة بعد إكمال العمل قبل تسليم العين.

وفيه: أن مبنى المعاوضات على التسليم والتسلم في موضوعها، وهو نفس العمل في المقام، أما العين التي هي موضوع العمل فهي خارجة عن ذلك. ولا سيما أنه قد يكون بناء المتعاقدين على العمل في العين وهي عند المالك، أو من دون نظر لهذه الجهة، ثم يصير بناؤهما بعد الإجارة على دفع العين للأجير ليعمل فيها عنده.

نعم قد يكون هناك بناء على إرجاع العين بما أنها أمانة من شأنها أن ترجع لصاحبها. لكن ذلك أمر آخر خارج عن مقتضى نفس الإجارة والمعاوضة بحيث تبتني عليه. ولذا لا يكون تعذر الإرجاع في الوقت المعين بينهما أو الامتناع منه مصححاً لفسخ الإجارة، بخلاف تعذر العمل نفسه أو الامتناع منه.

وأما بناء العرف على عدم استحقاق الأجير المطالبة بالأجرة قبل إرجاع العين فهو غير ظاهر. غاية ما قد يدعى في المقام أن لكل منهما حبس ما عنده توثقاً لحقه. وهو أمر آخر - قد يأتي الكلام فيه - غير الحبس بمقتضى نفس المعاوضة، بحيث يقتضي الحبس حتى مع عدم الخوف من امتناع الأجير من التسليم. فلا حظ.

(١) بلا إشكال ظاهر. وفي التذكرة: «لا نعلم في ذلك خلافاً». لنفوذ الشرط، فيخرج به عن مقتضى إطلاق المعاوضة الذي سبق الكلام فيه، وهو التسليم والتسلم.

(٢) بحيث ترجع للشرط الضمني المخرج عن مقتضى إطلاق المعاوضة المتقدم.

المستأجر مع تأجيل الأجرة، إلا إذا كان قد شرط ذلك، وإن كان لأجل جريان العادة عليه (١). وإذا امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجرة مع بذل المستأجر الأجرة أجبره المستأجر على تسليم العين (٢). فإن لم يكن إجباره كان للمستأجر الفسخ (٣) وأخذ الأجرة إذا كان قد دفعها. وله إبقاء الإجارة والمطالبة بقيمة المنفعة الفائتة (٤). وكذا إن دفع المؤجر العين

(١) يظهر الوجه في ذلك كله مما سبق في الإجارة على العمل. نعم سبق أن ذلك لا يتم في العمل، لأن المطالبة به إنما تكون قبل حصوله واستحقاق تسليم الأجرة إنما يكون بعد حصوله.

(٢) بلا إشكال ظاهر، لاستحقاقه استيفاء المنفعة باستلام العين، وعدوان المؤجر في حبسها. ولا ملزم بالرجوع للحاكم مع تيسر الإيجاب من دون الرجوع إليه. لعموم قاعدة السلطنة في حقه، حيث يقضي بأن له الاستيفاء وإن لم يرجع إليه، وسقوط حرمة الممتنع بتعديه.

(٣) لخروج المؤجر عن مقتضى عقد المعاوضة. وبذلك يظهر جواز الفسخ بمجرد التأخر عن التسليم في الوقت الذي تقتضيه الإجارة ولو مع إمكان الإيجاب، كما تقدم متأظيره في البيع في أوائل فصل التسليم والتسلم. ويظهر الوجه فيه مما تقدم في المسألة الرابعة والستين في أحكام الشروط من كتاب البيع. فراجع.

(٤) كأنه لإتلافه لها عليه بامتناعه من تسليم العين واستيفاء المنفعة، فيضمنها. وقد صرح بالتخيير المذكور في الشرائع والقواعد والتحرير والإيضاح والمسالك وغيرها، معللاً في كلام بعضهم بما سبق.

لكن حكم ببطان الإجارة مع امتناع المالك من التسليم في المنفعة - على نحو من الاضطراب في كلامه - والنهاية والمبسوط والمراسم والوسيلة والنافع. وقد استدل عليه في المبسوط وغيره بأنه قد تلف قبل القبض، فتبطل الإجارة كالبيع.

وفيه: أنه لو تم إلحاق الإجارة بالبيع في البطлан بتلف أحد العوضين، إلا أن بطلان البيع بالتلف يقصر عما إذا كان المتلف هو البائع أو المشتري. ولذا تقدم في فصل التسليم والتسلم من كتاب البيع أنه مع إتلاف البائع للمبيع يتعين تخيير المشتري بين الفسخ والمطالبة بقيمة المثل للمبيع، لعين ما سبق في وجه التخيير هنا. فالعمدة في المقام هنا أنه لا دليل على ضمان المنفعة بتفويتها من دون استيفاء، سواء كان بحبس مالك المنفعة ومنعه عن استيفائها، أم بحبس العين عنه والامتناع عن تسليمها، كما هو مورد كلامهم هنا. بل تقدم في المسألة السادسة عشرة من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع الاستدلال على عدم ضمانها للمالك ببعض النصوص. فراجع.

ومن هنا ينحصر الأمر بالانفساخ بناء على ما سبق من المبسوط وغيره من إلحاق الإجارة بالبيع في الانفساخ بالتلف، أو بالخيار والسلطنة على الفسخ، لما سبق من الخروج عن مقتضى المعاوضة من التسليم والتسلم.

للهم إلا أن يقال: لا مجال للبناء على الخيار، بل لا بد من البناء على البطلان بعد مضي زمان الإجارة. إذ لا موضوع للخطاب بالوفاء بالعقد بعد ابتناء الإجارة على تبادل الملكية بين المنفعة والأجرة، حيث لا يبقى موضوع للتبادل بعد تعذر المنفعة، وفرض عدم وجوب تسليم بدلها، لعدم ضمان المنفعة بالتفويت من دون استيفاء. وقد تقدم في المسألة الثامنة ما ينفع في المقام.

هذا وقد سبق في المسألة المذكورة من كتاب البيع من سيدنا المصنف رحمته الإشكال في ضمان المنافع غير المستوفاة للمالك، ومع ذلك جزم هنا بضمانها للمستأجر. ولا فرق بينهما إلا بملكية المستأجر للمنفعة استقلالاً، وعدم ملكية المالك لها كذلك، بل تبعاً للعين، حيث يكون مالكا للعين ملكية تقتضي السلطنة عليها وعلى منفعتها. ومثل هذا الفرق لا يتضح كونه فارقا، بحيث يخرج لأجله عن أصالة البراءة من الضمان. فلاحظ.

كما أنه سبق منه نكت في المسألة الثامنة أنه إذا استأجره على عمل خاص مقيد بقيد خاص فجاء به على خلاف القيد بطلت الإجارة إذا لم يمكن العمل ثانياً. وتقدم منه هناك أن مقتضى القاعدة عدم بطلانها، بل ضمان الأجير للعمل الفائت بقيمة المثل، فيستحقها عليه المستأجر، إلا أنه يجب الخروج عن ذلك بالنصوص وظاهر الفقهاء.

فكان بناءه هنا على عدم بطلان الإجارة وضمان المنفعة يبتني على اختصاص النصوص بالعمل بنظره الشريف بتعذر العمل وتفويته دون تفويت منافع الأعيان. كما هو الحال في الفقهاء أيضاً، حيث تقدم منهم الخلاف هنا.

وكيف كان فلا مجال للبناء على صحة الإجارة وضمان المنفعة لمجرد تفويتها بحبس العين.

نعم لو فرض استيفاء المؤجر أو غيره للمنفعة المستأجر عليها اتجه تخيير المستأجر بين فسخ الإجارة واسترجاع الأجرة، وإبقاء الإجارة مع مطالبة المؤجر بأجرة المثل للمنفعة التي استوفاه، بناء على ما سبق من قصور دليل الانفساخ بالتلف - في البيع، فضلاً عن الإجارة - عن صورة إتلاف أحد المتعاضدين أو الأجنبي الذي يمكن تضمينه والرجوع عليه بالبدل. ولعله لذا خصّ التخيير بين الفسخ والإمضاء مع أجرة المثل في التذكرة بها إذا استوفى المؤجر المنفعة.

وقد ينزل عليه ما في جامع المقاصد، فإنه وإن وافق القواعد في التخيير مع منع المؤجر المستأجر من التصرف في العين المستأجرة، إلا أنه استدلل له عليه بأنه قد تصرف في العين واستوفى المنفعة فباشر إتلاف مال الغير عدواناً، فيكون للمستأجر مطالبة بقيمته، وهو يختص بها إذا كان المؤجر قد أتلف المنفعة باستيفائها، ولا يعم ما إذا حبس العين ولم يستوف المنفعة، كما هو مقتضى إطلاقهم.

كما أن ذلك يختص بها إذا كانت المنفعة التي استوفاها المؤجر عين المنفعة التي ملكها المستأجر بالإجارة، دون ما إذا كانت غيرها، كما إذا أجره البغل ليركبه ويسير

ثم أخذها من المستأجر بلا فصل (١) أو أثناء المدة (٢). ومع الفسخ في

به، فامتنع من تسليمه له واستعمله في سحب عربة له، لأن المنفعة التي استوفاهها مملوكة له لا للمستأجر، ليضمنها له. بل حتى لو أجره لركبه المستأجر بنفسه دون غيره، فامتنع المؤجر من تسليمه وركبه هو، لأن ركوبه له مباين أيضاً للمنفعة المستأجر عليها.

(١) كما هو مقتضى إطلاق بعضهم عدم تمكين المؤجر للمستأجر من التصرف في العين، بل هو كالصریح مما في المبسوط من فرض غضب المؤجر العين من المستأجر حتى مضت المدة.

والوجه فيه: أن المنفعة لما كانت تدريجية الحصول فلا يكون قبضها إلا بالتمكين من العين في تمام المدة. ولا يكفي التمكين منها آنأ ما قبل استيفاء المنفعة، بل لا أثر له. وحينئذ يجري جميع ما سبق في صورة الامتناع من التسليم.

وبذلك يظهر ضعف ما في المراسم والوسيلة من اختصاص بطلان الإجارة بمنع المستأجر من التصرف قبل القبض. إلا أن يكون مرادهما منع غير المؤجر، الذي يأتي الكلام فيه في المسألة الخامسة والعشرين إن شاء الله تعالى.

(٢) سبق أن المنفعة لما كانت تدريجية الحصول فلا يتم قبض تمامها إلا بالتمكين في تمام المدة، ولازم ذلك أنه مع عدم القبض في الأثناء يجري حكم عدم القبض لبعض المنفعة، فإن قلنا بأنه يوجب البطلان إلحاقاً بالبيع تعين بطلان الإجارة في بعض المدة. وإلا فلا إشكال في أن له الفسخ بالإضافة إلى ذلك البعض. بل بناء على ما سبق ممّا في فروع بيع الخيار من كتاب البيع من امتناع تبعض الفسخ في مضمون العقد الواحد ينحصر الأمر بفسخ تمام العقد. ولا أقل من أن له الفسخ في تمام العقد، لتبعض الصفقة.

لكن صرح في المذهب بأنه لو امتنع المالك من تسليم الدار المستأجرة أول المدة

الأثناء يرجع بتمام الأجرة وعليه أجره المثل لما مضى (١). وكذا الحكم فيما

لم يكن للمستأجر الامتناع من تسلمها في الباقي. كما صرح في التذكرة بأنه لو أخرجه المالك من العقار ومنعه من السكن في تمام المدة وجب على المستأجر أجره ما سكن بالحصّة، وظاهره لزوم حكم الإجارة فيما سكن، وأنه ليس له فسخها ودفع أجره المثل عنه. قال: «كما لو تعذر استيفاء الباقي لأمر غالب»، وقال: «لأنه قد استوفى منافع العين على وجه المعاوضة، فلا بد من لزوم العوض».

ويندفع الأول بأنه لو تم عدم ثبوت خيار تبعض الصفقة في التعذر الخارج عن قدرة المتعاقدين - على ما يأتي الكلام فيه في المسألة الواحدة والعشرين - فلا وجه لإلحاق ما نحن فيه به، حيث يستند التبعض لتقصير المؤجر وخروجه عن مقتضى العقد الذي التزم به.

كما يندفع الثاني بأن استيفاء المنفعة على وجه المعاوضة وإن اقتضى استحقاق العوض، إلا أن فسخ المعاوضة بسبب الخيار يقتضي ارتفاع أثرها، وهو استحقاق العوض المسمى، ويتعين الانتقال لأجرة المثل لضمانها بالاستيفاء بعد عدم وقوعه مضموناً بضمان المعاوضة. هذا كله في الفسخ.

وأما الإمضاء فالمراد به إمضاء الإجارة في تمام المدة حتى زمان منع المؤجر للمستأجر من العين. وهو موقوف على عدم بطلان الإجارة في تلك المدة لعدم القبض، الذي يظهر الحال فيه مما سبق. وإلا لزم استرجاع ما يقابله من الأجرة لا غير. وأما المطالبة بأجرة المثل عن المدة التي منعه المؤجر من العين فيها فقد سبق منّا اختصاصه بها إذا استوفى المؤجر المنفعة. وهو الظاهر من التذكرة هنا أيضاً. فلاحظ.

(١) كما يظهر مما سبق من ثبوت الخيار له، لخروج المالك عن مقتضى الإجارة، حيث يتعين مع الفسخ الضمان بأجرة المثل. وربما يأتي في المسألة الثالثة والعشرين ما ينفع في المقام.

إذا امتنع المستأجر من تسليم الأجرة مع بذل المؤجر للعين المستأجرة (١).
(مسألة ٢٠): الأقوى أنه لا فرق في كون تسليم العمل بإتمامه بين أن يكون مثل الحج الاستيجاري وبناء الجدار، وحفر البئر في داره (٢)، وأن يكون مثل خياطة ثوبه وكتابة كتابه ونحو ذلك مما كان العمل المستأجر عليه في عين المستأجر (٣) التي هي بيد الأجير (٤). فإذا تلف الثوب مثلاً بعد تمام خياطته بعد دفعه إلى المستأجر استحق المطالبة بالأجرة (٥). فإذا كان الثوب مضموناً

(١) يعني: فيكون له إجباره على تسليم الأجرة، كما له الفسخ مع تعذر الإجبار أو مطلقاً، على الكلام السابق.

(٢) ونحو ذلك مما لا يكون في محل قابل للتسليم، أو يكون في محل لا موضوع لوجوب تسليمه، إما لكونه تحت يد المؤجر كداره، أو ليس من شأنه التسليم كالصحراء لو استؤجر على بناء شيء فيها أو حفر بئر. وبذلك يظهر اختصاص بناء الجدار وحفر البئر في داره بها إذا كانت الدار تحت يد مالكها المؤجر. أما إذا كانت الدار تحت يد الأجير فيدخل في القسم الثاني.

(٣) أو عين غيره مما من شأنه أن يسلم إليه، كملك من هو تحت ولايته، أو يسلم إلى غيره، كما لو استأجره على أن يخيط ثوب صديقه، حيث يكون من شأن الثوب أن يسلم بعد إكمال الخياطة إلى الصديق، لأنه المالك له.

(٤) يظهر الوجه في عدم الفرق بين القسمين مما تقدم في تحديد التسليم في العمل، وأنه لا يتوقف على تسليم محله، خلافاً لجماعة تقدم التعرض لهم، وللوجه التي استدلت بها على توقفه على تسليم المحل. فراجع. بل هذا مستغنى عنه بما تقدم منه ~~نحو~~ من عدم توقف تسليم العمل على تسليم العين.

(٥) لما سبق من ملك الأجرة بالإجارة، واستحقاق المطالبة بها بإتمام العمل،

ولا يتوقف على تسليم محله. وذكر في المبسوط أنه لا يستحق الأجرة، لتلف العمل قبل التسليم، كما لا يستحق البائع الثمن إذا تلف الثمن قبل التسليم، بناء على ما سبق منه من توقف تسليم العمل على تسليم محله.

وحتى إذا لم يتم ما سبق منه من إلحاق الإجارة بالبيع في البطلان بالتلف، فحيث كان مبنى الإجارة - كسائر المعاوضات - على التسليم، والمفروض تعذره بسبب التلف فالمتعين جواز الفسخ للمستأجر، وعليه جرى في الإيضاح وجامع المقاصد وغيرهما.

لكن العلامة رحمته وإن سبق منه في القواعد والتذكرة توقف استحقاق الأجرة على تسليم العمل، إلا أنه قال في القواعد: «فلو تلفت العين من غير تفریط بعد العمل لم يستحق الأجرة على إشكال».

كما ذكر في التذكرة في الإجارة على القسارة أنه لو تلف الثوب المقصور بنحو مضمن للأجير، فإن قلنا إن القسارة عين سقطت أجرته، وإن قلنا إن القسارة أثر لم تسقط أجرته. وقد يظهر منه هذا التفصيل في غير القسارة من الأعمال المستأجر عليها، كالحياطة وغيرها. مع أنه لم يتعرض للتفصيل المذكور في تحديد التسليم المعتبر في الإجارة على العمل، بل أطلق لزوم تسليمه زائداً على إكماله، كما سبق. وهو بظاهره لا يخلو عن تدافع.

أما بعض مشايخنا رحمته فقد سبق عنه عدم وجوب تسليم الأجرة قبل تسليم العين، لدعوى ابتناء الإجارة كسائر المعاوضات على اشتراط تسليمها ضمناً. لكن بنى هنا مع تلف العين على وجوب تسليم الأجرة، لتحقيق العمل الذي هو طرف المعاوضة، واختصاص اشتراط تسليم العين بصورة بقائها، ضرورة أنه لم يكن ملتزماً بعدم عروض تلف خارج عن اختياره.

لكنه كما ترى! فإن عدم الالتزام بعدم عروض التلف الخارج عن الاختيار جارٍ في جميع موارد المعاوضات، ومع ذلك يناط فيها استحقاق تسليم كل من العوضين

على الأجير استحق عليه المالك قيمة الثوب مخيطاً (١)، وإلا لم يستحق عليه

بتسليم الآخر، بحيث يسقط استحقاق كل منهما بتلف الآخر حتى لو كان خارجاً عن الاختيار، والمفروض في كلامه أن اشتراط تسليم العين في المقام على نحو اشتراط التسليم في سائر المعاضات، لا على نحو آخر.

وأشكل من ذلك ما ذكره في فرض ضمان الأجير للتالف من استحقاقه الأجرة دون أن ينافي الشرط المذكور، لتحقق تسليم التالف بتسليم بدله.

إذ فيه: أنه لا مجال لاحتمال عموم شرط التسليم المدعى لتسليم البدل، إذ لا ريب في مخالفة الإتلاف - الذي هو سبب الانتقال للبدل - لمقتضى الشرط. ومن هنا لا يخلو ما ذكره عن تدافع وإشكال. ولا مخرج عما سبق.

(١) لأنه هو التالف، فيكون هو موضوع الضمان والتدارك. ولا يظهر الإشكال منهم في ذلك بناء على استحقاق الأجير للأجرة. وأما بناء على عدم استحقاقه الأجرة فقد قال في المبسوط: «وإن تلف بجناية فعليه قيمته وقت الجناية. وإن تلف بعد تعديه فيه، مثل أن يكون ثوباً فاستعمله، فإنه يضمه، لأن أمانته بطلت بالتعدي، وعليه قيمته أكثر ما كانت من حين التعدي إلى أن تلف». ومن القريب أن يكون مراده تحديد القيمة المضمونة بلحاظ اختلاف القيمة السوقية، لا بلحاظ اختلاف حال المضمون. وإن كان العموم للجهتين محتملاً.

أما في التذكرة فقد حكم بضممان الأجير العين واجدة للصفة في فرض استحقاقه الأجرة وفاقدة لها في فرض عدم استحقاقه الأجرة. وإليه يرجع ما ذكره في التحرير والتذكرة والقواعد وجامع المقاصد وغيرها من أنه لو أ تلف العين المؤجر أو الأجنبي تخير المالك بين فسخ الإجارة، فيستوفي قيمة العين فاقدة للصفة، وإمضائها، فيستوفي قيمتها واجدة للصفة.

ويشكل بأن طرء سبب الضمان حال واجدية العين للصفة يقتضي ضمها

شيئاً. ولا يجوز بعد إتمام العمل حبس العين إلى أن يستوفي الأجرة (١)،

على هذا الحال. ومجرد عدم استحقاق الأجير الأجرة - لو تم - لا يوجب تبدل الأمر المضمون للمالك.

كما أن ما ذكره من التخيير بالنحو المتقدم وعدم جزمهم بطلان الإجارة - كما في صورة التلف القهري - وإن كان قد يتجه بناء على ما سبق في فصل التسليم والتسلم من كتاب البيع من قصور دليل بطلان البيع بتلف المبيع عما إذا أمكن الرجوع على المتلف، وأنه معه يتعين الرجوع للقاعدة القاضية بالتخيير بين الفسخ لعدم تحقق مقتضى المعاوضة - وهو الإقباض - وعدمه مع الرجوع على المتلف. إلا أنه إذا كان ضمان المالك لأجرة العمل يصح ضمان العين له واجدة للصفة فالفسخ في المقام يقتضي الانتقال لأجرة المثل، لفرض تحقق العمل المستأجر عليه بنحو مضمون لا مجاناً، ويكون اللازم في المقام هو ضمان العين واجدة للصفة، مع تخيير المالك بين فسخ الإجارة ودفع أجرة المثل للأجير، وعدم فسخها ودفع الأجر المسمى عليه.

ثم إن تحقق الصفة في العين وإن كان يتوقف على عمل له ماليتها، إلا أنه قد يوجب زيادة قيمة العين، لعموم الانتفاع بالصفة، كما في مثل القصارة، وقد يوجب نقص قيمة العين لقلة المتفعين بالصفة، كما في بعض أنواع الخياطة وغيرها. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) فعن الشهيد رحمته الله في بعض حواشيه أن من ثمرات الخلاف في أن تسليم العمل - الذي هو موضوع التسليم والتسلم في الإجارة - هو إكماله أو تسليمه أنه على الأول لا يجوز للأجير حبس العين عن المؤجر من أجل أن يسلمه الأجرة، وعلى الثاني يجوز له حبسها. وعلى الثمرة المذكورة جرى سيدنا المصنف وبعض الأعظم وبعض مشايخنا (قدس سرهم) وظاهر جامع المقاصد وغيره كل حسب اختياره. وكلمات بعض الأصحاب لا تخلو عن غموض واضطراب.

وإذا حبسها ضمنها إن تلفت (١).

نعم لو حبس المستأجر الأجرة بعد إكمال العمل جاز للأجير حبس العين، ولو حبس الأجير العين حينئذٍ جاز للمستأجر حبس الأجرة. لكن بملاك المقاصة والاعتداء بالمثل لا بملاك التقابض المأخوذ في المعاوضة. ولذا يجوز لكل منهما حبس مال آخر للطرف الآخر غير الأجرة والعين. كما لا يجري لو كان الطرف الآخر معذوراً في عدم تسليم ما عنده غير معتد في ذلك.

بل لا يبعد بالنظر للمرتكزات العرفية العقلانية حبس كل منهما مال الآخر لمجرد الاستيثاق لماله لو خاف من عدوانه عليه بحسبه عنه، لا بملاك التقابض المعاوضي. ولذا لا يجوز مع عدم الخوف من ذلك، أو مع كون حبس الآخر عن عذر، بل يكون الحبس حينئذٍ عدواناً محرماً. واللازم مزيد التأمل في المقام.

(١) إذ بناء على عدم توقف تسليم العمل على تسليمها وعدم جواز حبسها يكون معتدياً، فيتعين ضمانه. وأما بناء جواز حبسها، لا ابتناء الإجارة على تسليم العمل - زائداً على إكمالها - في مقابل تسليم الأجرة فقد يدعى عدم الضمان، كما جرى عليه بعض مشايخنا رحمهم الله.

لكن العلامة رحمه الله في القواعد مع حكمه بتوقف تسليم العمل على تسليم العين المناسب لجواز حبسها مع عدم تسليم الأجرة ذكر أن الصانع لو حبس العين حتى يستوفي الأجرة ضمنها. وقد حاول في جامع المقاصد توجيهه بأن العين لما لم تكن طرفاً للمعاوضة لم يستحق حبسها بالأصل، وإنما تحبس مقدمة لحبس العمل الذي هو طرف المعاوضة، مراعاة لصالح الأجير، وذلك لا يصلح لإسقاط الضمان، بل يتعين جواز الحبس مع الضمان جمعاً بين الحقين.

وقد دفعه في مفتاح الكرامة بأن الحبس لما كان مستحقاً بسبب امتناع المستأجر من تسليم الأجرة تعين عدم الضمان، لأن الأجير هو الذي أدخل الضرر على نفسه

(مسألة ٢١): إذا تلفت العين المستأجرة قبل انتهاء المدة بطلت الإجارة (١).

بحبس الأجرة.

نعم لم يتضح من العلامة تثبت البناء على ابتناء الإجارة في الأعمال على التسليم والتسليم، بل ظاهر كلامه عدم استحقاق المطالبة بالأجرة إلا بعد تسليم العمل. وحيث لا يكون من حقه حبس العين، لا بالأصل ولا مقدمة لحبس العمل، بل يكون معتدياً بحبسها، ويتعين ضمانه لها.

أما بناء على ما ذكرناه من جواز حبسها مقاصة عند حبس المستأجر الأجرة عدواناً، أو توثقاً عند الخوف من ذلك، فالظاهر بعد الرجوع للمرتكزات أن جواز الحبس بالملك المذكور لا ينافي الضمان، لعدم كون العين حينئذٍ أمانة مالكية ولا شرعية، بل لصالح الحابس من دون أن يسقط حرمة المال المحبوس بنحو يسقط ضمانه. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) أما إذا كان التلف قبل القبض فهو المصرح به أو المتيقن من كلام جماعة كثيرة. ونفى في التذكرة وجدان الخلاف فيه، بل يظهر مما يأتي إن شاء الله تعالى من المبسوط في صورة التلف في أثناء المدة عدم الخلاف فيه عندنا، كما هو صريح التنقيح. وظاهر الرياض الاتفاق عليه.

قال في المبسوط: «كما لو اشترى فتلف في يد البائع قبل القبض». وقريب منه في التذكرة. وهو مبني على إلحاق الإجارة بالبيع في ذلك. قال في الجواهر: «ظاهر الأصحاب في المقام اتحاد الحكم في المقامين، وأن المنفعة هنا بمنزلة المبيع، والأجرة هنا بمنزلة الثمن». وفي مفتاح الكرامة: «وكان ذلك لا خلاف فيه، ولذلك يأخذونه مسلماً، فإذا فات أحد العوضين قبل القبض بطل كالبيع».

وقد استشكل فيه في الرياض وغيره بأنه بعد اختصاص الدليل بالبيع لا مجال

للتعدي للإجارة وغيرها من المعاوضات.

ومثله ما أشار إليه في الجواهر - وإن لم يرتضه - من ابتناء أمثال هذه العقود على تبادل السلطنة الخارجية زائداً على تبادل الملكيتين، فمع تعذر السلطنة على أحد العوضين لتلفه يتعين بطلان العقد. إذ فيه: أن المعاوضة متمحضة في تبادل الملكين والتسليط الخارجي من توابعها الخارجية عنها.

نعم تقدم غير مرة أن مبنى المعاوضات على التسليم والتسلم، بحيث لو تعذر أحدهما كان لمستحقه الفسخ. وحينئذ يكون الفرق بين البيع وغيره أن البيع يبطل بالتلف بلا حاجة إلى الفسخ، وغيره لا يبطل، بل يحتاج إلى الفسخ. ولذا تقدم في البيع أن دليل البطلان فيه حيث كان مختصاً بما إذا لم يمكن الرجوع على المتلف يتعين مع إمكان الرجوع عليه تخيير المشتري بين الفسخ والرجوع على البائع بالثمن وعدمه مع الرجوع على المتلف بالمثل أو القيمة.

وبذلك يظهر أنه لو بني على إلحاق الإجارة بالبيع في المقام فاللازم الاقتصار على ما إذا لم يمكن الرجوع على المتلف، أما إذا أمكن الرجوع عليه فاللازم البناء على عدم البطلان والعمل بمقتضى القاعدة من التخيير المشار إليه آنفاً.

وقد ذكر في الرياض أنه بناء على عدم بطلان الإجارة يتعين استحقاق المؤجر الأجرة المسماة وضمان متلف العين منفعتها للأجير، وذلك بدفع أجرة المثل له. وكأنه لتفويته المنفعة عليه. لكن سبق في المسألة التاسعة عشرة عدم وضوح ضمان المنافع بغير الاستيفاء غير الحاصل في المقام.

هذا وقد استدل غير واحد أولهم - فيما عثرت عليه - السيد الطباطبائي رحمته في العروة الوثقى على بطلان الإجارة بتلف العين بأنه مع تلفها ينكشف عدم ثبوت المنفعة لها من حين التلف المستلزم لبطلان الإجارة في الزمان المذكور، لعدم وجود الموضوع لها وهو المنفعة، نظير إجارة الأرض للزراعة إذا كانت غير قابلة للزرع.

وقد يرجع إليه ما عن بعض مشايخنا رحمته من أن ملكية المنفعة فرع ملكية

العين، فمع تلف العين وعدم ملكيتها لا ملكية للمنفعة، لتكون مورداً للإجارة. وإلا فهو بظاهره لا يخلو عن إشكال. لفرض ملكية العين للمؤجر حين الإجارة، وخروجها عن ملكيته بعد الإجارة لا يوجب بطلان الإجارة قطعاً. على أن مرادهم بالتلف هو التلف المانع من الانتفاع في العين بالنحو الذي أجرت له ولو مع بقائها في ملك صاحبها، كما لو استؤجرت الناقة للركوب، فذبحت ذبحاً مذكياً لها. ثم إن السيد الطباطبائي رحمته الله وغيره رتبوا على ذلك أنه ينكشف بالتلف بطلان الإجارة من أول الأمر، لانكشف عدم الموضوع لها، وهو المنفعة، لا أن التلف مبطل للإجارة حين وقوعه، وهذا بخلاف تلف المبيع قبل القبض، فإن البيع يصح حين وقوعه، لتحقق موضوعه - وهو المبيع - وتملكه بالمبيع، غاية الأمر أن الشارع قد حكم ببطلان البيع بتلفه.

وما ذكروه متين جداً فيما إذا كان التلف قهرياً، كما لعله المنصرف بدواً من كلام كثير منهم، حيث ينكشف به قصور العين عن أداء المنفعة الملحوظة في الإجارة، الراجع لعدم تحقق موضوع الإجارة.

أما إذا كان التلف اختيارياً مستنداً للمؤجر أو للمستأجر أو لشخص ثالث فالظاهر صحة الإجارة بلحاظ قابلية المنفعة للحصول، حيث تقتضي الإجارة حينئذٍ الحفاظ عليها، والسلطنة على استيفائها، ولذا تقتضي المنع من إتلاف العين، بحيث يكون المتلف خارجاً عن مقتضى الإجارة، ومعتدياً على المستأجر، ولو كان الإتلاف كاشفاً عن بطلان الإجارة، لعدم الموضوع لها، لم يكن كذلك، لعدم نهوض عموم نفوذ العقد بلزوم الحفاظ على موضوعه وما هو الشرط في صحته، بل الجري على مقتضاه بعد فرض تحقق موضوعه وما هو الشرط في صحته، ويأتي في المسألة السادسة والعشرين ما ينفع في المقام إن شاء الله تعالى.

بل قد يقال بصحة الإجارة حتى إذا استند التلف لسبب قهري مع قابلية العين حين الإجارة للبقاء بحيث ينتفع بها في الجهة الملحوظة في الإجارة، لمشاركته لما إذا

استند التلف لسبب اختياري في قابلية المنفعة للحصول من العين.

اللهم إلا أن يقال: مجرد قابلية العين لحصول المنفعة منها لا أثر له بعد فرض عدم تحقق المنفعة وفوتها من دون مسؤولية على أحد، فلو أجر الدابة يوم الجمعة للنقل يوم الاثنين، ثم علم بعدم بقائها إلى يوم الاثنين، لعروض وباء قاتل أو سيل جارف لا يمكن التخلص منه ينكشف بطلان الإجارة وبقاء الأجرة في ملك المستأجر، لعدم الأثر للملكية المنفعة بعد عدم حصولها وعدم المسؤولية في فوتها. ولو أتلّف العين متلف قبل طرؤ السبب القهري لم يكن معتدياً على المستأجر بسبب بطلان الإجارة.

وهذا بخلاف ما لو علم بقتل الظالم لها قبل يوم الاثنين، حيث تصح الإجارة ويملك المستأجر المنفعة، بنحو يكون تفويتها بقتل الدابة تعدياً عليه. فلا يجوز تفويتها حتى من غير الظالم، للزوم التعدي أيضاً، بل كل من سبق منه القتل يكون هو المفوت لحق المستأجر والمعتدي عليه.

نعم قد يقال بجواز تفويتها لمالك العين إذا كان بنحو ينتفع بالعين ويدفع ضرر تلفها عليه، كتذكية الناقة المستأجرة دفعاً للضرر عليه. وذلك لفوت المنفعة على المستأجر على كل حال، فلا مزاحم للضرر الحاصل للمالك العين بإتلاف الظالم لها، ليمتنع جريان قاعدة الضرر في حقه.

لكن ذلك لا يرجع لبطلان الإجارة حين وقوعها، بل لعدم منعها من الإتلاف الذي يندفع به ضرر المالك، وهو أمر آخر. فتأمل جيداً.

وكيف كان فالمرجع في المورد الذي تصح فيه الإجارة حين وقوعها هو القاعدة التي سبق الكلام فيها.

وحينئذ نقول: مع التلف القهري غير المستند إلى أحد، أو إلى من لا يمكن الرجوع عليه فإن قلنا بإلحاق الإجارة بالبيع يتعين بطلانها، وإلا يتعين البناء على تخيير المستأجر بين الفسخ - فيرجع بالأجرة المسماة - لما سبق من ابتناء المعاوضات عموماً على التسليم والتسليم، وعدم الفسخ من دون رجوع بشيء، لعدم تحقق سبب الضمان.

فإن كان التلف قبل القبض، أو بعده بلا فصل، لم يستحق المالك على المستأجر شيئاً (١).

ومع إتلاف العين من قبل المؤجر أو الأجنبي الذي يمكن الرجوع عليه فالظاهر قصور دليل البطلان في البيع - كما سبق - فضلاً عن الإجارة. وحينئذ يتعين التخيير بين الفسخ والرجوع بالأجرة المسماة، وعدم الفسخ مع الرجوع على المتلف بأجرة المثل أو بدون ذلك، على الكلام المتقدم من السيد ثالث في الرياض.

وأما لو كان المتلف هو المستأجر فيقصر دليل البطلان عنه، كالصورة السابقة. كما لا مجال للتخيير معه، لأن عدم التسليم لا يكون خروجاً عن مقتضى الإجارة بعد فرض استناده للمستأجر نفسه، بل يتعين البناء على صحة الإجارة ووجوب الأجر المسمى عليه. غايته أنه يضمن العين مسلووبة المنفعة، للملكة للمنفعة بعد فرض صحة الإجارة.

هذا ما تيسر لنا فعلاً الوصول إليه في المقام. ولا بد من مزيد التأمل. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. هذا كله في تلف العين قبل قبضها. أما تلفها بعد قبضها فيظهر حاله مما يأتي إن شاء الله تعالى.

(١) أما قبل القبض فظاهر. إذ بعد فرض بطلان الإجارة يتعين ملك المستأجر للأجرة. وأما بعد القبض بلا فصل فهو المصرح به في كلام غير واحد، ومقتضى ما يأتي من المبسوط فيما لو كان التلف في الأثناء عدم الخلاف فيه عندنا، بل نسبه في التذكرة لعامة الفقهاء إلا أبا ثور.

والوجه فيه: أن موضوع الإجارة لما كان هو المنفعة فقبض العين لا أثر له في نفسه، بل إنما يلزم من أجل قبض المنفعة التي هي موضوع الإجارة والتمكين منها، فإذا لم يكن لها تلك المنفعة، لفرض التلف قبل مضي مدة يمكن استيفائها منها المستلزم لبطلان الإجارة، تعين عدم ترتيب الأثر على القبض المذكور، لأنه قبض من

وإن كان بعد القبض بمدة (١) قسّطت الأجرة على النسبة (٢)، وكان

دون إجارة.

وبذلك يظهر أن المعيار في ذلك عدم مضي مدة يمكن الانتفاع بها في المنفعة التي هي موضوع الإجارة ولو مع الفصل بين القبض والتلف بزمن طويل، فإذا استأجر دابة على أن يسير عليها يوم السبت، فقبضها يوم الأربعاء، وماتت ليلة السبت، فلا أثر للقبض المذكور.

(١) يعني: بحيث يمكن استيفاء بعض المنفعة التي هي موضوع الإجارة.

(٢) كما هو المصرح به في كلام غير واحد. وقال في المبسوط: «إذا استوفى بعض المنفعة ثم تلف... فلا خلاف في أن العقد فيما بقي يبطل، وفيما مضى لا يبطل عندنا. وفيهم من قال: يبطل مبنياً على تفريق الصفقة». ولا يبعد كون ما في ذيل كلامه إشارة إلى خلاف بعض العامة، كما أشار إليه في السرائر والتذكرة.

ويظهر الوجه فيما ذكره مما سبق من أن المعيار في القبض على القبض الذي يمكن معه استيفاء المنفعة، فيكون في مدة التلف كما لو لم يقبض، ويجري فيه ما سبق. هذا وقد ذكر في المبسوط أن للمستأجر مع ذلك الخيار وفسخ العقد، فيسترجع تمام الأجرة المسماة، ويدفع عما استفاد من المنفعة أجرة المثل. وعليه جرى بعض مشايخنا^١، وهو المناسب لما يأتي من سيدنا المصنف^٢ في المسألة السابعة والعشرين. وقد استدل عليه في كلماتهم بتبعيض الصفقة الذي هو من موجبات الخيار عندهم، ولا يظهر من جمهور الأصحاب - فيما تيسر العثور عليه من كلماتهم - البناء على ذلك لاقتصارهم على تقسيط الأجرة المسماة بنحو يظهر منهم انحصار الأمر به.

وقد يوجه ذلك منهم بأن الإجارة وإن وقعت على تمام المدة، إلا أنها لا تبني غالباً على التعهد بالقدرة على استيفاء المدة بتمامها، للجهل بالمستقبل وتوقع الطوارئ غير المحتسبة، ويتعين حينئذٍ ابتناؤها على تسليم ما يمكن تسليمه، وليست هي

كالباع، حيث يكون المبيع محدداً لا يخضع للمستقبل المجهول.

ولعله لذا لم يستحق المشتري في السلف المبيع بتمامه مطلقاً، بل مع انكشاف القدرة عليه في وقته، فلو انكشف العجز عن تسليمه بتمامه كفى تسليم ما يمكن تسليمه واسترجاع ما يقابل الباقي من الثمن، وليس للمشتري المطالبة بقيمة الباقي وقت التعذر.

نعم لو فرض تعهد المؤجر بسلامة العين المستأجرة في تمام المدة، وأقدم المستأجر على الإجارة بناء على ذلك، اتجه ثبوت الخيار بالتلف في الأثناء، لتخلف الشرط الذي بني عليه العقد، كما لو التفتا حين الإجارة إلى احتمال قصور العين عن البقاء في تمام المدة لمرض أو نحوه، فتعهد المؤجر بقابليتها للبقاء، وأقدم المستأجر بناء على ذلك، فانكشف الخلاف.

وأظهر من ذلك ما إذا كان المتلف أو المانع من استيفاء المنفعة في بعض المدة هو المؤجر بالمباشرة أو بالتسبيب المتعمد، حيث يكون بذلك خارجاً عن مقتضى تعهده الذي تضمنه العقد، كما تقدم التعرض لذلك في أواخر الكلام في التسليم. ويظهر من جملة من كلماتهم، ومنها ما يأتي في المسألة الثانية والعشرين.

اللهم إلا أن يقال: عقد الإجارة وإن لم يبتن على التعهد بتمام الصفقة، إلا أن خيار تبعض الصفقة ليس ناشئاً من ابتناء العقد على التعهد المذكور كشرط ضمنى في الإجارة، ليكون خيار تبعض الصفقة من صغريات خيار تخلف الشرط، بل خيار تبعض الصفقة ثابت ببناء العقلاء بسبب عدم تمامية مضمون العقد الواحد وإن لم يتعهد المؤجر بتماميته.

ولذا لا إشكال ظاهراً في ثبوته لو انكشف بطلان الإجارة في خصوص أول المدة أو وسطها، كما لو استأجر الدابة من الجمعة إلى الجمعة فمرضت يوم الجمعة والسبت أو يوم الاثنين والثلاثاء ثم شفيت بعد ذلك، حيث لا يظن بأحد البناء على أنه ليس للمستأجر الفسخ حين ظهور المرض لتبعض الصفقة، بل عليه تنفيذ الإجارة

للمالك حصة من الأجرة على نسبة المدة (١). هذا إذا تلفت العين بتمامها،
وأما إذا تلف بعضها تبطل الإجارة بنسبته من أول الأمر في أثناء المدة (٢).
(مسألة ٢٢): إذا حصل الفسخ في أثناء المدة فالأقوى كونه موجباً
لأنفساخ العقد في جميع المدة (٣) فيرجع المستأجر بتمام المسمى ويكون
للمؤجر أجره المثل بالنسبة إلى ما مضى.

في مدة الشفاء اللاحقة.

وإنما الإشكال في تبعض الصفقة بالإضافة إلى خصوص ما مضى استيفاؤه،
بحيث لا يضمنه المستأجر بنسبته من الأجرة المسماة، بل بأجرة المثل، كما تقدم من
المبسوط وبعض مشايخنا. وذلك راجع إلى ما يأتي في المسألة الثانية والعشرين، ويأتي
الكلام فيه إن شاء الله تعالى. فلاحظ.

(١) لا يبعد كون مورد كلامه ~~تتضمن~~ ما إذا تساوت أجزاء المدة في أجرة المثل.
أما إذا اختلفت - كما إذا اختلفت أجرة الصيف عن أجرة الشتاء - فظاهر المبسوط أو
صريحه أن المعيار في التقسيط على نسبة قيمة المدة المستوفاة لقيمة المجموع. ونحوه في
السرائر. وهو صريح التذكرة وغيرها. وهو المتعين.

(٢) لعين ما سبق في تلف تمام العين. وذكر بعض مشايخنا ~~تتضمن~~ هنا ثبوت
الخيار للمستأجر في أصل العقد أيضاً، فيدفع أجرة المثل لما استوفاه من منفعة العين
فيما سبق، لتبعض الصفقة. وهو يمتني على ما سبق منه من جواز فسخ الإجارة من
أصلها مع تبعض الصفقة ودفع أجرة المثل لما استوفاه. وسبق أن الكلام فيه يأتي في
المسألة الثانية والعشرين إن شاء الله تعالى.

(٣) كما يناسبه ما سبق من المبسوط في فرض تلف العين في أثناء المدة من أنه
له الفسخ ودفع أجرة المثل عما استوفاه من منفعتها قبل التلف، وما يأتي من القواعد
وغیره.

لكن صرح في الشرائع بأنه لو وقع الفسخ في الأثناء صحّ فيما مضى وبطل في الباقي، كما ذكر في الإرشاد أنه لو انهدم المسكن في أثناء المدة كان للمستأجر الفسخ فيرجع بنسبة المتخلف من الأجرة. ويظهر من غير واحد من شراح كلامهما المفروغية عن ذلك، لعدم إشارتهم للخلاف والإشكال فيه.

كما صرح في التذكرة بأنه لو ظهر العيب في أثناء المدة كان له الخيار بين الفسخ فيما بقي دون ما مضى والرضا بالعقد بتمامه، وتقدم منه في أواخر البحث في التسليم أنه لو أخرج المالك من العقار من السكن بقية المدة وجب عليه أجرة ما سكن بالحصّة من الثمن، كما لو تعذر استيفاء المنفعة لأمر غالب، مع تصريحه بأنه لو كان التعذر في أول المدة كان له الفسخ في بقيتها... إلى غير ذلك من كلماتهم.

ومن ثم قد ينسب للمشهور عدم الانفساخ بالإضافة إلى ما سبق استيفاؤه من المنفعة. بل قال سيدنا المصنف رحمته الله: «وقد ادعى بعض الأعيان ظهور اتفاقهم عليه». وإن لم يناسبه ما سبق من المبسوط وما يأتي من القواعد وغيره.

وكيف كان فمن الظاهر أن مقتضى فسخ العقد حلّه حتى كأنه لم يكن، ومقتضى ذلك ارتفاع أثره بعد وجوده، وحيث كان أثره متعلقاً بتمام المدة وتمام الأجرة تعين ارتفاع أثره كذلك. ومجرد تلف المنفعة بالاستيفاء لا يمنع من اختلاف نحو ضمانها بعد الفسخ عما كانت عليه قبله، كما تقدم في أواخر البحث في التسليم.

بل سبق ممّا في المسألة الرابعة عشرة من مباحث الخيارات - وتكرر بعد ذلك - امتناع الفسخ في بعض مضمون العقد الواحد.

بقي في المقام أمران:

الأول: هو أن الفسخ.. تارة: يكون بالتقاييل. وأخرى: باشتراط الخيار. وثالثة: ببقية الخيارات الثابتة في الإجارة.

أما التقاييل فالظاهر امتناعه بالإضافة إلى بعض مضمون العقد، لما سبق ممّا.

نعم يمكن تحقق نتيجة التبعض في التقايل بالاتفاق بين المتعاقدين على رفع المستأجر اليد عن بعض المنفعة بما يناسبها من الأجرة، من دون فسخ للعقد، بل مع العمل عليه في بقية المنفعة التي هي موضوع الإجارة.

ومنه يظهر الحال في اشتراط الخيار، فإنه لا مجال لاشتراط الخيار في فسخ بعض عقد الإجارة بعد ما سبق من امتناع الفسخ بالنحو المذكور. غاية الأمر أنه يمكن رجوعه إلى اشتراط تنازل المستأجر عن بعض المنفعة في مقابل ما يناسبه من الأجرة. نظير ما سبق في المسألة الرابعة عشرة من مباحث الخيارات من توجيه نتيجة الفسخ في بعض البيع، فإنهما من باب واحد. فراجع.

ولا يبعد غلبة كون المقصود لهما هو الخيار بالإضافة إلى ما لم يستوف من المنافع، الراجع إلى الوجه الثاني الذي ذكرنا أنه مطابق للخيار في فسخ العقد نتيجة وعملاً، وخارج عنه حقيقة.

وأما بقية الخيارات فخيار تخلف الشرط الصريح أو الضمني يقتضي سلطنة كل منهما على فسخ العقد من أصله وبتمام مضمونه، كما في سائر موارد تخلف الشرط في العقد. ومن ثم سبق عند الكلام في التسليم والتسلم في الإجارة وفي المسألة الواحدة والعشرين أنه مع منع المالك للمستأجر من الانتفاع بالعين في بعض المدة يحق للمستأجر الفسخ والرجوع بتمام المسمى ودفع أجرة المثل عما استوفاه من المنافع. أما الفسخ بالإضافة إلى بعض المدة فلا مجال له، كما يظهر مما سبق. إلا أن يرجع إلى التنازل عن بعض المنفعة بما يناسبها من الأجرة الذي سبق الكلام فيه.

لكن لا بد فيه من اتفاق الطرفين معاً، ولا ينفرد بالسلطنة عليه من تخلف شرطه، بل الذي ينفرد بالسلطنة عليه هو فسخ عقد الإجارة من أصله وفي تمام مضمونه لا غير.

وبذلك يظهر انحصار الأمر بالفسخ في تمام المضمون في مورد خيار العيب والغبن وتبعض الصفقة، بناء على رجوعها إلى خيار تخلف الشرط، لمخالفة العقد

معها للشرط الضمني الارتكازي.

لكن سبق عند الكلام في دليل خيار الغبن من كتاب البيع وغيره عدم رجوع الخيارات المذكورة لذلك. بل الدليل عليها بناء العقلاء بملك آخر. وحينئذ يشكل ثبوتها مع تلف العوض الذي صحت فيه المعاوضة، كما سبق منا عند الكلام في خيار الغبن.

ومن هنا لا مجال للفسخ بهذه الخيارات في الإجارة إذا التفت إلى تحقق موضوع هذه الخيارات في أثناء المدة، بلحاظ استيفائه المنفعة السابقة التي هي جزء موضوع الإجارة وتلفها بنحو مضمون عليه.

غاية الأمر أن من القريب قضاء المرتكزات العرفية بجواز الرجوع في الباقي بما يقابله من الأجرة إذا التفت إلى تحقق موضوع هذه الخيارات فيه.

ومنها تبعض الصفقة، كما لو استوفى المستأجر شهرين صحت فيهما الإجارة وبقي من المدة عشرة أشهر انكشف عدم ملك المؤجر للمنفعة فيها أو في بعضها. ولا يتضح قضاؤها حينئذ بجواز فسخ العقد من أصله، وضمان ما استوفاه من المنفعة بأجرة المثل.

ولا أقل من كون ذلك هو المتيقن بالنظر لمقتضى القاعدة، للقطع قبل الفسخ بصحة الإجارة بالإضافة إلى المنفعة التي استوفاه المستأجر، المقتضي لمقابلتها بما يناسبها من الأجرة، وعدم الإشكال ظاهراً في أن للمستأجر الرجوع في الباقي، والشك إنما هو في نفوذ الفسخ في تمام الأجرة، بحيث تبرأ ذمة المؤجر من المسمى بالمقدار المقابل للمضمون من المنفعة على المستأجر، وتنشغل ذمته بأجرة المثل بدلاً عنه، ومقتضى الأصل، بل عموم نفوذ العقود، عدمه.

ويؤيد ذلك أو يعضده صحيح محمد بن مسلم: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إني كنت عند قاض من قضاة المدينة، وأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني اكرتت من هذا دابة ليلغني عليها من كذا وكذا إلى كذا وكذا بكذا وكذا، فلم يبلغني الموضع.

فقال القاضي لصاحب الدابة: بلغته إلى الموضع؟ فقال: لا، قد أعيت دابتي فلم تبلغ. فقال له القاضي: ليس لك كراء إذا لم تبلغه إلى الموضع الذي اكرت دابتك إليه. قال: فدعوتهما إليّ، فقلت للذي اكرت: ليس لك يا عبد الله أن تذهب بكراء دابة الرجل كله. وقلت للآخر: يا عبد الله ليس لك أن تأخذ كراء دابتك كله، ولكن انظر قدر ما بقي من الموضع وقدر ما أركبته فاصطلحا عليه»^(١).

وفي صحيحه الآخر عنه عليه السلام: «سمعتة يقول: كنت جالساً عند قاض من قضاة المدينة، فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني تكرت هذا يوافي بي السوق يوم كذا وكذا، وإنه لم يفعل، قال: فقال: ليس له كراء. قال: فدعوتهُ وقلت: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه. وقلت للآخر: ليس لك أن تأخذ كل الذي عليه. اصطلحا، فترادا بينكما»^(٢).

وفي صحيح أبي شعيب المحاملي الرفاعي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً حفراً بئر عشر قامات بعشرة دراهم، فحفر قامة ثم عجز. فقال: له جزء من خمسة وخمسين جزءاً من العشرة دراهم»^(٣). وقريب منه في معتبره أيضاً، حيث قال في الجواب: «تقسم عشرة على خمسة وخمسين جزءاً، فما أصاب واحداً فهو للقائمة الأولى، والاثنان للثانية، والثلاثة للثالثة، وعلى هذا الحساب إلى العشرة»^(٤).

ويظهر من هذه النصوص انحصار الوظيفة بتقسيط الأجرة المسماة على ما حصل من العمل بالنسبة، وإن كان مقتضى الأخيرين أن النسبة ليست بلحاظ كمية العمل، بل بلحاظ صعوبته، فكلما كانت القائمة أسفل كانت قيمتها أكثر.

وعلى كل حال فهذه النصوص تشترك في أن ظاهرها عدم جواز فسخ الإجارة ودفع قيمة المثل لما حصل من العمل. فيتعين العمل على ذلك بعد اعتبار

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٢ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٣ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٣)، (٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٥ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١، ٢.

سند النصوص المذكورة بناءً على ما سبق. الذي هو الموجود في الكافي والوسائل عنه وعن التهذيب.

لكن روى الأخير في التهذيب مسنداً وفي النهاية مرسلاً عن أبي شعيب المحاملي عن الرفاعي وهو المحكي عن الوافي.

ويناسبه أن الحديث مروى عن الإمام الصادق عليه السلام وأبو شعيب المحاملي لم يذكر في كتب الرجال من أصحابه، بل من أصحاب الإمام الكاظم عليه السلام، وأن الرفاعي لم يذكر لقباً ثانياً لأبي شعيب المحاملي في كتب الرجال. كما يناسب الأول أن الرفاعي لم يذكر في كتب الرجال على أنه رجل يعرف بهذا اللقب وحده، وإنما ذكر الشيخ في رجاله محمد بن إبراهيم الرفاعي من أصحاب الإمام الصادق عليه السلام. ومن ثم قد يشكل سند الحديث الأخير. بل حتى سند الثاني أيضاً وإن انفرد به الكليني ولم يذكره الشيخ، للعلم بوحدة راوي الحديثين، وبرجوع أحدهما للآخر وإن اختلفا بالإجمال والتفصيل.

نعم يظهر من المشايخ الثلاثة الاعتماد على الحديثين، حيث أوردتهما الكليني في الباب المناسب. وأورد الصدوق الأول مرسلاً في المقنع، وسبق أن الشيخ قدس سره أورد الثاني في التهذيب والنهاية. مضافاً إلى اعتضادهما من حيثية الدلالة على لزوم مراعاة النسبة في المسمى بصحيح محمد بن مسلم.

هذا والمرجع في تبعيض العمل العرف، فإذا استأجره على مثل حفر البئر وبناء الدار وخياطة الثوب ونحو ذلك يكون التبعيض بتبعيض العمل مطلقاً، لعدم تقومه بالوقت ولا بالتأمية عرفاً.

أما إذا استأجره على أن يوصله لمدينة خاصة - أهميتها في خصوصيتها - أو للحج أو لزيارة النصف من شعبان، فوصل به إلى نصف الطريق وعجز، فإن تيسر للمستأجر الوصول للمقصود بواسطة نقل أخرى صدق على الأجير أنه أتى ببعض العمل المستأجر عليه.

أما إذا لم يتيسر له الوصول، لضيق الوقت، أو لفقد الوساطة، فلا يصدق ذلك، لعدم جزئية العمل المأتي به للعمل المستأجر عليه عرفاً. لكون خصوصية المقصد أو الوقت مقومة للعمل المستأجر عليه بنظرهم. وهذا بخلاف ما إذا كان ذكر المدينة لمجرد بيان المسافة الطويلة، كما لو كان من أجل التنزه أو قطع المسافة في مراحل.

نعم هذا قد لا يناسب صحيحي محمد بن مسلم المتقدمين، لأن الظاهر حكايتهما عن واقعة واحدة، والمستفاد من مجموعهما أن المستأجر عليه هو إيصاله للسوق، ولم يفرض فيها أنه وصلها بعد أن أعيت الدابة، ومع ذلك حكم الإمام عليه السلام بالتراد والتبعيض.

اللهم إلا أن يقال: الحديثان واردان في واقعة خاصة لا إطلاق فيها. ومن الظاهر أن تحاكمهما عند القاضي لم يكن حين إعفاء الدابة، بل بعد رجوعهما، والظاهر عدم رجوع المستأجر على دابة الأجير بحيث لم يحضر السوق، وإلا كان على الإمام أن يتعرض لحكم أجرة الرجوع، فمن القريب تيسر وسيلة أخرى له، وكما يمكن أن يكون قد استفاد منها للرجوع يمكن أن يكون قد استفاد منها للذهاب للسوق ثم الرجوع. ومن هنا لا مجال للخروج بالصحيحين عما سبق. فلاحظ.

الثاني: ذكر في القواعد أنه لو سكن المالك في الدار المستأجرة بعض المدة تخير المستأجر بين الفسخ في الجميع، أو في خصوص المدة التي سكنها المالك وإمضاء الإجارة في الجميع، فيطالب المالك بأجرة المثل. وعليه جرى غير واحد من شراح كلامه.

والوجه في سلطنته على الفسخ في الجميع ظاهر، لمخالفة المالك للشرط الضمني الذي تبنتي عليه الإجارة وهو التسليم في تمام المدة. وقد سبق أن خيار تخلف الشرط الصريح أو الضمني يقتضي الخيار في تمام العقد وإن حصل سببه في أثناء المدة. وكذا عدم فسخه مع مطالبته للمالك في أثناء المدة بأجرة المثل، لاستيفاء المالك المنفعة المملوكة للمستأجر. أما سلطنته على الفسخ في خصوص المدة التي سكنها المالك دون

(مسألة ٢٣): إذا قبض المستأجر العين المستأجرة ولم يستوف منفعتها حتى انقضت مدة الإجارة - كما إذا استأجر دابة أو سفينة للركوب أو حمل المتاع، فلم يركبها ولم يحمل متاعه عليها، أو استأجر داراً وقبضها ولم يسكنها حتى مضت المدة - استقرت عليه الأجرة (١). وكذا إذا بذل

الكل فلا مجال له بناء على ما سبق من امتناع الفسخ في بعض مضمون العقد.

(١) كما هو المعروف بين الأصحاب المصرح به في كلماتهم والمستفاد من مساقها، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، وفي الغنية الإجماع عليه، وفي الجواهر: «بلا خلاف معتد به حتى لو كانت الإجارة فاسدة، وإن كان اللازم فيها أجرة المثل». والظاهر اختصاص الخلاف الذي أشار إليه بصورة فساد الإجارة.

ويقتضيه عموم نفوذ العقد، لأن مفاده ملكية الأجرة في مقابل ملكية المنفعة. غاية الأمر أنه يتني على التمكين من الانتفاع بتسليم العين، والمفروض حصوله. أما فعلية الانتفاع فهو من شؤون المستأجر وتحت اختياره، ولا مجال لاحتمال ابتناء الإجارة عليه بعد عموم نفوذ العقد. ولا سيما مع ما في ذلك من تعريض المؤجر ما يملكه من المنفعة للخطر والهدر.

مضافاً إلى أنه يكفي في استيضاح ذلك الرجوع لسيرة العقلاء والمتشرعة، حيث كثيراً ما لا يستوفي المستأجر المنفعة في أثناء المدة أو من بعض أجزاء العين، من دون أن يترتب على ذلك استثناء لبعض الأجرة. بخلاف ما إذا منعه المالك من الاستيفاء المذكور حيث لا إشكال عندهم في الاستثناء من الأجرة. ويأتي عند الكلام في تعذر استيفاء المنفعة على المستأجر ما ينفع في المقام إن شاء الله تعالى.

وقد استدلل عليه غير واحد بمعتبر إسماعيل بن الفضل: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً، فقال: أجرنيها بكذا وكذا إن زرعتها أو لم أزرعها أعطيك ذلك، فلم يزرع الرجل. فقال: له أن يأخذه بهاله، إن شاء ترك، وإن شاء لم

المؤجر العين المستأجرة فامتنع المستأجر قبضها واستيفاء المنفعة منها حتى انقضت مدة الإجارة (١). وكذا الحكم في الإجارة على الأعمال، فإنه إذا بذل الأجير نفسه للعمل وامتنع المستأجر من استيفائه - كما إذا استأجر

يترك» ونحوه أو عينه معتبر إسماعيل^(١).

لكنه لا يخلو عن إشكال، لأن المفروض فيه التصريح في عقد الإجارة بالتعميم لصورة عدم الانتفاع، فلا ينفع في صورة الإطلاق والسكوت عن ذلك، كما هو الغالب أو مورد الكلام.

ودعوى: أن الاستدلال به بلحاظ دلالة عن عدم أخذ الانتفاع في مفهوم الإجارة، فينفع مع الإطلاق. مدفوعة بأنه لو فرض الشك في ذلك فالحديث لا ينهض به، إذ قد لا يكون إطلاق الإجارة في مثل ذلك حقيقياً، وإطلاقها في الحديث أعم من الحقيقة. فالعمدة أن الأمر بحد من الوضوح يستغنى معه عن الاستدلال بذلك.

(١) كما في النهاية والتذكرة والقواعد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وعن غيرها. وقد يستفاد ذلك من مساق كلام غير واحد. وفي الجواهر: «بلا خلاف أجده بين من تعرض له». ويظهر الوجه فيه مما تقدم. بل لا يظن بأحد البناء على أن للمؤجر إجارة العين ثانية بمجرد عدم أخذ المستأجر للعين والانتفاع بها في أول المدة، فلو لم يستحق الأجرة مع ذلك لزم الإجحاف به وتعطيل ملكه عن أن يستثمره ويتكسب به. وهو مما تأباه المرتكزات جداً.

نعم مع امتناع المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة إذا استفيد منه الإعراض عن الإجارة وردها يجوز للمؤجر إقالته، وله حينئذ إيجارها ثانية. لكن لا يجب عليه الإقالة قطعاً. ومن ذلك يظهر عدم الوجه لما في التحرير من التنظر في الحكم.

شخصاً لخطاؤه ثوبه في وقت معين، فهياً الأجير نفسه للعمل، فلم يدفع المستأجر إليه الثوب حتى قضي الوقت - فإنه يستحق الأجرة (١) سواء اشتغل الأجير في ذلك الوقت بشغل لنفسه أو غيره أم لم يشتغل (٢). كما لا فرق على الأقوى في الإجارة الواقعة على العين بين أن تكون العين شخصية - مثل أن يؤجره الدابة، فيبذلها المؤجر للمستأجر فلا يركبها حتى يمضي الوقت - وأن تكون كلية - كما إذا آجره دابة كلية، فسلم فرداً منها إليه أو بذله له حتى انقضت المدة - فإنه يستحق تمام الأجرة على المستأجر (٣). كما لا فرق في الإجارة الواقعة على الكلي بين تعيين الوقت وعدمه (٤) إذا

(١) كما في التذكرة وجامع المقاصد، ويقتضيه ما يأتي من جماعة في قلع الضرر. ويظهر الوجه فيه مما تقدم. إذ بعد ملك المستأجر للعمل في الوقت المعين، وبذل المؤجر نفسه للعمل فيه حتى مضى الوقت، يكون المستأجر هو المفوت على نفسه لما يملكه من العمل، من دون موجب لبطلان الإجارة المقتضية للملك المؤجر للأجرة بعد عموم نفوذ العقد.

(٢) فإن الإجارة وإن اقتضت ملك العمل عليه، إلا أنها لا تقتضي منعه من العمل إلا حيث يكون مزاحماً لتنفيذها، والمفروض عدم المزاومة لعدم مطالبة المستأجر بالعمل المستأجر عليه، بل عدم رضاه به وعدم تمكنه للأجير منه. نعم لا يصح منه إجارة نفسه للعمل في المدة المذكورة بنحو ينافي الإجارة الأولى ويمنع من تنفيذها. إلا أن ذلك لا ينافي ملكه لعمله فيها، بحيث يستحق العوض عليه بنحو الجعالة.

(٣) لعين ما سبق من ملك المستأجر للمنفعة المحددة بالوقت، وبذل المؤجر لها، وتفويت المستأجر لها على نفسه بعدم استيفائها حتى خرج الوقت.

(٤) كما هو المعروف بينهم ويقتضيه إطلاق بعضهم وصريح آخرين. بل في

الغنية: «لو استأجر دابة ليركبها إلى مكان بعينه، فسلمها إليه، فأمسكها مدة يمكنه المسير فيها، فلم يفعل استقرت الأجرة عليه بدليل الإجماع الماضي ذكره».

والوجه فيه تحقق التسليم اللازم على المؤجر، لأن تسليم الكلي إنما يكون بتسليم فرد منه، والمفروض حصوله.

لكن قال في الشرائع: «إذا سلم العين المستأجرة مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة لزمته الأجرة. وفيه تفصيل».

قال في مفتاح الكرامة: «وفي المذهب البارع وإيضاح النافع أنه إن سلمها وكانت مقيدة بمدة معينة لزمته الأجرة انتفع أم لم ينتفع. وإن كانت على عمل - كالدابة تحمل المتاع - لزمته في المدة أجرة المثل، والإجارة على العمل باقية. قال في الأول: هذا أنسب ما سمعته في معنى التفصيل الذي أشار إليه في الشرائع. وقال: إنه وجده مكتوباً على نسخة قرئت على المصنف».

والوجه في التفصيل المذكور أنه مع تعيين المدة ومضيها يتعين تعذر المنفعة المستأجر عليها، وانتهاء الإجارة، فمع عدم انتفاع المستأجر بالعين يكون تلف المنفعة مستنداً للمستأجر بعد فرض تسليم المؤجر للعين وقيامه بوظيفته.

أما مع الإطلاق وعدم تعيين المدة، فالمنفعة المستأجر عليها لا تتعذر بمضي مدة يمكن تحصيلها فيها، غاية الأمر أن التعجيل مقتضى قاعدة السلطنة في حق المستأجر، لأن له المطالبة بحقه، وفي حق المؤجر، لأن له المطالبة بتفريغ ذمته من المنفعة التي انشغلت بها بسبب الإجارة، كسائر الديون الحالة، فمضي الوقت فيه كمضي وقت يمكن فيه أداء الدين لا يكفي في سقوط الدين بالبدل ما لم يتحقق الأداء.

وأما وجوب أجرة المثل لمدة حبس العين من دون انتفاع بها فهو يبتني على ما هو المشهور من ضمان المنافع غير المستوفاة. أما بناء على ما سبق منّا في المسألة السادسة عشرة من فصل شروط المتعاقدين من كتاب البيع من عدم ضمانها فالتعين للاقتصار في الضمان على ما إذا استعمل العين المقبوضة في غير المنفعة المستأجر عليها.

وقد أجاب عن ذلك سيدنا المصنف رحمته وغيره بأن المدار في استقرار الإجارة ليس على تلف المنفعة المستأجر عليها، بل على التسليم، وهو حاصل في المقام. لكن من الظاهر أن تسليم العين ليس تسليماً للمنفعة، وإنما هو مقدمة لتسلمها بالاستيفاء، فمع عدم الاستيفاء لا تسلم للمنفعة، بل يلزم فوتها، وحيث فرض عدم انحصار المنفعة المستأجر عليها بالفائت فيحتاج استقرار الأجرة إلى دليل. ولا مجال لقياسه بصورة تعيين المدة، لأن عدم استحقاق الأجرة فيها يرجع إلى بطلان الإجارة، وهو مخالف لعموم نفوذها، كما ذكرناه آنفاً.

نعم بناء على ما يأتي قريباً في تحديد التسليم وما يأتي في صورة العذر الخاص بالمستأجر من أن الإجارة إنما تكون مقابل بذل المنفعة، لا فعلية الانتفاع فيتحقق التسليم بتحقيق قبض العين من المستأجر جرياً على مقتضى الإجارة، لرجوعه إلى اتفاق الطرفين على تعيين المطلوب في الإجارة غير المؤقتة ببذل العين المقبوضة للانتفاع بها. على أن استقرار الأجرة بمضي مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة من العين المقبوضة مما يحكم به العرف تبعاً لمرتكزاتهم المعاملية، فلا ينبغي التوقف فيه.

هذا والتسليم الذي ذكره مع تعيين المدة يعم بذل العين وتمكين المستأجر منها وإن لم يقبضها، كما يعم الحضور للقيام بالعمل المستأجر عليه من دون تسليم لشيء. ولذا عمم مع عدم تعيين المدة للأول في القواعد والمسالك وغيرهما. كما أن الاكتفاء معه بالثاني مقتضى ما في المبسوط من أنه لو استأجره لقلع ضرره فمضت مدة تكفي لذلك استقرت الأجرة. وعليه جرى في السرائر والشرائع والتحرير والإرشاد.

لكن يظهر مما سبق عدم صدق التسليم بمجرد البذل، وإنما اكتفي به في فرض تعيين المدة، لأن مضي المدة يقتضي انتهاء الإجارة، ومقتضى الأصل كون تلف المنفعة من مالها وهو المستأجر وعدم بطلان الإجارة بذلك عملاً بعموم دليل نفوذها المقتصر في الخروج عنه على المتيقن، وهو صورة عدم البذل.

أما مع عدم تعيين المدة فلا تتلف المنفعة، ويمكن بقاء الإجارة، ويتعين

كان قد قبض فرداً من الكلي بعنوان الجري على الإجارة (١)، فإن الأجرة

الاقصّار في البناء على استقرارها وفراغ ذمة المؤجر من المنفعة والعمل على المتيقن غير الحاصل بمجرد البذل.

وإن شئت قلت: المقام من صغريات انشغال الذمة بالكلي، حيث يتعين في الفراغ عنها اتفاق الطرفين على الفرد الذي يتحقق به الوفاء، ومع امتناع أحدهما من التسليم أو التسلم، أو عدم تيسره له، يتعين جريان حكم الممتنع ونحوه من الرجوع إلى الحاكم أو غير ذلك.

لهم إلا أن يقال: ملكية العمل أو المنفعة لما كانت في المقام مسببة عن عقد الإجارة فالمعيار في الخروج عنها المعتبر في استقرار الأجرة هو المقصود ارتكازاً عند العقد، ومن الظاهر أن المقصود ليس إلا بذل المؤجر، لأنه المقدور له، أما انتفاع المستأجر زائداً على ذلك فهو خارج عن اختياره، فلا يمكن أخذه في العقد، لما فيه من تعريض المؤجر لبقائه في عهدة الإجارة أكثر مما أقدم عليه، وضياح ماله عليه، وليس هو كاستحقاق الأعيان الكلية، حيث لا يكون إناطته برضا الطرفين بالتسليم والتسلم مضيعاً لشيء من المال عليهما. غاية الأمر أنه يلزم الضرر من بقاء الحق في ذمة المدين أو تأخيرها على الدائن، فيتجنب في الجملة بالرجوع لحكم ممتنع.

نعم يشكل الاكتفاء بالحضور للبذل من دون فعالية البذل. كما لو أشغل العين أو نفسه بما ينافي بالمنفعة أو العمل المستأجر عليه مع إمكان التخلص منه عند مطالبة المستأجر بالمنفعة، لخروجه عن المتيقن. وبذلك يختلف عن صورة تعيين المدة، حيث سبق أن الأصل يقتضي تلف المنفعة من مال المستأجر حينئذٍ، لتقصيره في استيفائها. فتأمل جيداً.

(١) مقتضى ما تقدم الاكتفاء بتمكينه من أحد أفراد الكلي وبذله له بالنحو

المقدم إن لم يستلمه.

تستقر على المستأجر في جميع ذلك وإن لم يستوف المنفعة. هذا إذا كان عدم الاستيفاء باختياره. أما إذا كان لعذر فإن كان عاماً - مثل نزول المطر المانع من السفر على الدابة أو في السفينة حتى انقضت المدة - بطلت الإجارة (١). وليس على المستأجر شيء من الأجرة (٢). وإن كان العذر خاصاً بالمستأجر - كما إذا مرض فلم يتمكن من السفر - فالأقوى أنه كالعام تبطل به الإجارة

(١) هذا ظاهر إذا كان بحيث يتعذر الانتفاع بالعين، كأنجماد النهر المانع من سير السفينة ومنع السفر من قبل السلطان أو نحوه. لرجوعه إلى عدم ثبوت المنفعة للمستأجر عليها للعين. بل يتكشف بذلك بطلان الإجارة من أول الأمر. نعم مع سعة الوقت إذا أخرج التسليم والتسلم حتى ضاق الوقت وحدث العذر فبطلان الإجارة يكون حين حدوث العذر.

وأما إذا لم يكن كذلك، كظهور قطاع الطرق والحر الشديدين التي يخشى معها من السفر من دون أن تمنع منه. فإن كان بحيث يحرم معه السفر شرعاً تعين بطلان الإجارة أيضاً، لمنافاة التحريم لنفوذها. وإن لم يبلغ الحد المذكور فلا موجب للبطلان.

غاية الأمر أنه يوجب الخيار للمستأجر، لظهور كون المنفعة معينة. بل قد يوجب الخيار للمؤجر أيضاً، كما لو خشي على العين التي آجرها الضرر أو التلف، لتخلف الوصف الذي أقدم عليه حين العقد.

ولعله إلى هذا يرجع ما في القواعد والتحرير وغيرهما من أنه لو استأجر جلاً للحج فانقطعت السابلة فالأقرب ثبوت الخيار لكل منهما. لكن علله في الإيضاح بحرمة السفر حينئذٍ. ومقتضاه البطلان لا الخيار في الفسخ، كما تبّه له في جامع المقاصد.

(٢) لعدم الموجب له بعد فرض بطلان الإجارة.

إذا اشترطت مباشرته في الاستيفاء (١)، وأما إذا لم تشترط المباشرة لم

(١) كما حكاه في جامع المقاصد عن الحواشي المنسوبة للشهيد على التحرير، وعليه يحمل ما في المذهب والمختلف من أن إجارة الدابة للسفر تبطل بمرض المستأجر، وإن لم يصرح فيهما بفرض اشتراط مباشرة المستأجر. ومثله ما في الشرائع والقواعد من عدم بطلان الإجارة بالعدر مهما كان الانتفاع ممكناً، لظهوره في بطلانها مع تعذر الانتفاع.

إلا أن يكون المراد إمكان الانتفاع في نفسه لقابلية العين له وإن كان متعذراً في حق المستأجر. فيرجع إلى ما في المبسوط والغنية والسرائر والتحرير والتذكرة وغيرها من عدم بطلان الإجارة بعذر المستأجر، مثل مرضه إذا استأجر الدابة للسفر.

قال سيدنا المصنف رحمته في الاستدلال على البطلان: «لتعذر المنفعة المشروطة، ومع عدم المنفعة لا مجال لصحة الإجارة. ولا يكفي في الصحة مجرد قابلية العين في نفسها...».

وعن بعض مشايخنا رحمته دفع ذلك بأن مصحح الإجارة هو الحيثية القائمة بالعين - كمسكونية الدار ومركوبية الدابة - لأنها هي التي يملكها المؤجر، وتكون تحت سلطنته، وأما الحيثية القائمة بالمستأجر والمنتزعة من فعله الخارجي - كسكنى الدار وركوب الدابة - فهي من شؤون المستأجر، ولا يملكها المؤجر ولا تكون مورداً لسلطنته، لتكون مورداً للإجارة. وقد سبقه في تحديد مصحح الإجارة بذلك بعض المحققين رحمته.

وهو لا يرجع إلى محصل. إلا أن يراد به أن مفاد الإجارة بذل العين للانتفاع، لا فعلية الانتفاع.

وهو قريب جداً مناسب لما سبق، ولما هو المعلوم من تعرض المستأجر كثيراً لتعذر الانتفاع بالعين في بعض المدة، وليس بناء العرف ولا المتشعبة على تبعض

تبطل (١). فإذا استأجره لقلع ضره فبرئ من الألم بطلت الإجارة (٢).

الصفة واستثناء بعض الأجرة. بل يجري ذلك حتى مع عدم اشتراط المباشرة، إذ كثيراً ما يتعين على المستأجر تعطيل العين في بعض المدة، لعدم تيسر إشغال الغير لها أيضاً.

نعم يتجه بطلان الإجارة إذا رجع العذر إلى ارتفاع الموضوع، كما إذا استأجر المخزن لحفظ متاعه الخاص، فاحترق المتاع أو سرق، أو استأجر الطبيب لعلاج مرض ولده أو حيوانه فمات المريض أو برئ، لارتفاع المنفعة بارتفاع موضوعها، ومع عدم المنفعة لا موضوع للبذل الذي هو مفاد الإجارة. وهذا بخلاف تعذر الاستيفاء مع تحقق الموضوع، حيث يتحقق معه موضوع البذل.

إلا أن يكون ارتفاع الموضوع مستنداً للمؤجر، كما لو أتلف متاعه أو داوى مريضه أو قتله فالظاهر عدم بطلان الإجارة به، نظير ما يأتي في المسألة السادسة والعشرين في إتلاف المستأجر للعين المستأجرة، لأنها يشتركان في ارتفاع موضوع البذل بسبب المستأجر. فلاحظ.

(١) لإمكان الانتفاع بالبذل للغير مجاناً أو بأجرة. لكن أشرنا آنفاً إلى أنه قد يتعذر البذل للغير، ولازم ما ذكره **ثنت** بطلان الإجارة حينئذٍ.

(٢) كما في المبسوط وكثير مما تأخر عنه، وقد يظهر من بعضهم المفروغية عنه. وظاهر بعضهم وصريح آخر تعليله بحرمة القلع حينئذٍ.

وهو غير ظاهر، خصوصاً إذا كان بحال يكون معرضاً لعود الألم. ولعله لذا قيده بعض مشايخنا **ثنت** بها إذا كان القلع محرماً.

نعم إذا انصرف القلع المستأجر عليه لما إذا كان لإزالة الألم كان زوال الألم رافعاً لموضوع الإجارة، فتبطل، نظير ما سبق منا من بطلان الإجارة لمداداة المريض بشفائه أو موته.

(مسألة ٢٤): إذا لم يستوف المستأجر المنفعة في بعض المدة جرت الأقسام المذكورة بعينها، وجرت أحكامها (١).

(مسألة ٢٥): إذا غصب العين المستأجرة غاصب، فتعذر استيفاء المنفعة (٢) فإن كان الغصب قبل القبض تخير المستأجر بين الفسخ فيرجع على المؤجر بالأجرة إن كان قد دفعها إليه، والرجوع على الغاصب بأجرة المثل (٣).

(١) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، كما يظهر من كلماتهم في الموارد المتفرقة. بل قد يظهر منهم المفروغية عنه إذ حيث كانت المنفعة هي المقابلة بالأجرة فالأجرة تتوزع عليها، ففي الجزء الذي يكون عدم استيفائه مستلزماً لعدم استحقاق الأجرة يتعين جريان تبعض الصفقة. نعم سبق أن بناء العرف ليس على ذلك في التعذر غير الراجع لارتفاع الموضوع، ولا لقصور العين عن قابلية الانتفاع، وهو يكشف عن عدم كون التعذر لجهة تخص المستأجر مبطلاً للإجارة ومانعاً من استحقاق المؤجر للأجرة.

(٢) أما إذا لم يتعذر استيفائها فيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(٣) كما في الشرائع والتذكرة والقواعد والتحرير والإرشاد والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة وعن الروض وغيره. وجعله في المبسوط أحد القولين والقول الآخر بطلان الإجارة من دون أن يظهر منه الجزم بأحدهما. بل الثاني صريح المقتنة والجامع، ويقتضيه إطلاق المراسم وظاهر النافع. وهو المناسب لما سبق عند الكلام في أحكام التسليم من جماعة من أنه إذا امتنع المؤجر من تسليم العين بطلت الإجارة معللاً في المبسوط بأنه معقود عليه تلف قبل القبض. ومن ثم لم يتضح الوجه فيما في المبسوط من التفريق بين المسألتين، حيث توقف هنا وجزم بالبطلان هناك.

وكيف كان فيشكل التعليل المذكور - مضافاً إلى ما سبق عند الكلام في أحكام التسليم من الرياض من الإشكال في إلحاق الإجارة بالبيع في حكم التلف قبل القبض - بأن دليل البطلان بالتلف قبل القبض يختص بها إذا تعذر الرجوع على المتلف، أما مع

وإن كان الغصب بعد القبض تعين الثاني (١).

إمكان الرجوع عليه فمقتضى القاعدة عدم بطلان العقد وجواز رجوع المستأجر عليه في المقام.

ولعله إلى هذا يرجع ما في كلام بعض من تقدم منهم القول بالتخيير من عدم تلف المنفعة تلفاً تاماً بعد إمكان الرجوع على المتلف.

غاية الأمر أنه حيث إنه كان مقتضى المعاوضة - ومنها الإجارة - هو تسليم المنفعة بتسليم العين في المقام، فالمتعین جواز الفسخ للمستأجر بالتلف قبل القبض ورجوعه بالمسمى على المؤجر، كما تقدم من جماعة.

كما أنه في فرض عدم الفسخ فالتيقن من تضمينه للغاصب ما إذا استوفى الغاصب المنفعة المستأجر عليها، دون ما إذا حبس العين ولم يستوف منفعتها أو استوف منها منفعة أخرى غير المنفعة المستأجر عليها، كما تقدم نظيره عند الكلام فيما لو امتنع المؤجر من تسليم العين. فراجع.

هذا وقد احتمل في الروضة أن للمستأجر مع عدم الفسخ الرجوع على المؤجر أيضاً بأجرة المثل، لكون المنفعة مضمونة عليه قبل القبض.

لكن لا وجه لضمانه لها إلا بناء على إلحاق الإجارة بالبيع الذي عرفت الكلام فيه. مع أن المراد بالضمان في البيع قبل القبض هو الضمان بالعوض المسمى، الراجع لانفساخ العقد، لا الضمان بقيمة المثل مع استقرار العقد، كما أشير إليه في الجملة في الإيضاح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.

(١) كما في المقتنة والنهاية والمراسم - على نحو من الغموض في كلامه - والنافع واللمعة وجميع من سبق منهم عدم بطلان الإجارة إذا كان الغصب قبل القبض. وفي الرياض: «من غير خلاف أجده». وفي مفتاح الكرامة أنه لا خلاف فيه.

وقد استدل عليه في كلام غير واحد بأن المؤجر قد أدى ما عليه بالتسليم الذي

به تستقر الإجارة، فلم يبق إلا ضمان الغاصب لتفويته المنفعة على المستأجر.

قال سيدنا المصنف رحمته: «وما تقدم في أخذ المستأجر بعد التسليم غير آت هنا، كما قيل. لكن الفرق لا يخلو عن خفاء، فإن منع الظالم قبل القبض إذا كان قادحاً في حصول التسليم الذي عليه تبنتي المعاوضة كان مانعاً كذلك بعد القبض بالإضافة إلى المنفعة اللاحقة».

لكن يمكن الفرق بأن الإجارة إنما تقتضي استمرار التمكين للمستأجر من قبل المؤجر، وهو حاصل في المقام، لأن أخذ الظالم لا ينافي التمكين من قبل المؤجر، بل يستند عدم التمكين معه للظالم لا غير عرفاً، بخلاف ما إذا كان غصب الظالم قبل القبض، فإنه يمنع المؤجر من أصل التمكين فضلاً عن استمراره، وكذا غصب المؤجر واسترجاعه للعين بعد إقباضه لها، فإنه رافع للتمكين من قبله، وهو مخالف لمقتضى الإجارة.

ولا أقل من الشك في ترتب الأثر على الفسخ حينئذ المصحح للرجوع لعموم نفوذ العقد، القاضي ببقاء الأجرة بتامها في ملك المؤجر وغصب المنفعة أو بعضها في ملك المستأجر وفوتها عليه.

نعم لو كان الغصب بقرار سابق على الإجارة - كما يتعارف في عصورنا استملاك الدولة للعقار وتأخيرها التنفيذ مدة من الزمن - لم يبعد صدق العيب عرفاً على المنفعة، فيشرع الفسخ للعيب السابق على العقد، والمتكشف بالغصب المتأخر عنه. ولعله خارج عن مورد كلامهم.

كما أنه لو تم ما سبق في أواخر المسألة الثالثة والعشرين من سيدنا المصنف رحمته وغيره من أن العذر الخاص بالمستأجر مبطل للإجارة يتجه بطلان الإجارة في المقام. والفرق في العذر بين ما يستند لشخص خاص وغيره لا يخلو عن خفاء. لكن تقدم الإشكال في المبنى المذكور. فلاحظ.

هذا وقد ألحق بعض مشايخنا رحمته بذلك ما إذا منع الظالم المستأجر من التصرف

في العين من دون غصب لها. وهو متجه بالإضافة إلى عدم بطلان الإجارة بناء على ما سبق منه في المسألة الثالثة والعشرين من أن العذر الخاص بالمستأجر لا يبطل الإجارة. وأما بالإضافة إلى ضمان الظالم للمنفعة المستأجر عليها فلا مجال له بناء على ما تكرر متأنها من عدم ضمان المنافع غير المستوفاة.

وأما بناء على ما ذكره من ضمانها فمن القريب اختصاصه بها إذا كانت العين تحت يد المفوت للمنفعة، لدعوى أن الاستيلاء على العين استيلاء على منافعها، فتكون مضمونة بضمن اليد كالعين. أو لدعوى أن حبس العين مفوت لمنافعها ومتلف لها، فتكون مضمونة بضمن الإتلاف.

أما مع عدم كونها تحت يده - كما هو المفروض في المقام - فلا يخلو عن إشكال، بل منع، إذ لو تم لا يختص بالظالم، بل يجري في كل من يكون سبباً في امتناع استيفاء المستأجر للمنفعة، كما لو عدل سائق السيارة به عن الطريق القريب لتخيل سعة الوقت للوصول للعين واستيفاء منفعتها، أو عرض صاحب السيارة بسيارته على سيارة المستأجر، فمنعه من السير والوصول للعين المستأجرة، ونحو ذلك.

بل يجري في الأعيان والصفات لو كان المنع من الوصول إليها سبباً لتلفها ولو بمثل السرقة أو العاصفة التي توجب تلف بعض ما في الدار أو اتساخه، لعدم غلق المالك الأبواب إلى غير ذلك.

ومن المعلوم عدم بناء العرف ولا المتشعة على الضمان في جميع ذلك، وإلا لكثير السؤال عن حدوده وفروعه، مع أنه ليس لذلك عين ولا أثر في النصوص ولا في كلمات الفقهاء.

نعم لا ريب في أنه كلما كانت مثل هذه الخسائر أكثر كان الظلم والإثم أشد، إلا أن ذلك أمر آخر غير الضمان المالي وانشغال الذمة بأجرة المثل أو القيمة. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(مسألة ٢٦): المشهور (١) أن إتلاف المستأجر للعين المستأجرة بمنزلة قبضها واستيفاء منفعتها، فتلزمه الأجرة. وإذا أتلّفها المؤجر تحير المستأجر بين الفسخ والرجوع عليه بالأجرة (٢) وبين الرجوع عليه بقيمة المنفعة (٣)، وإذا أتلّفها الأجنبي رجع المستأجر عليه بالقيمة (٤). لكنه

(١) لا يشيع في كلماتهم التعرض لذلك. نعم قد يظهر من الجواهر المفروغة عنه. وإن صرح في التذكرة بالتردد في حكم إتلاف المستأجر.

(٢) لعدم قيام المؤجر بمقتضى الإجارة من تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين. أما إذا كان قبل القبض فظاهر. وأما إذا كان بعده فلمنعه له من استيفاء المنفعة ولو في بعض المدة.

(٣) بناء على ما سبق منهم من ضمان المنفعة بالتفويت. ويأتي تمام الكلام في ذلك. هذا ولو قيل بأن تلف العوض قبل قبضه موجب لبطلان المعاوضة مطلقاً تعين البناء في جميع الصور على بطلان الإجارة والرجوع بالأجرة لا غير. وقد تقدم في المسألة الواحدة والعشرين الكلام في ذلك.

(٤) يعني: من دون أن يكون له الفسخ. لكن المناسب اختصاص ذلك بما إذا كان إتلافه بعد القبض. حيث يكون المؤجر قد أدى ما عليه من تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة. أما إذا كان قبله فالتعین الخيار بين الفسخ والرجوع على المؤجر بالقيمة، لعدم قيامه بالتسليم الذي هو مقتضى الإجارة وعدم الفسخ مع الرجوع على المتلف بالقيمة بناء على الضمان بتفويت المنفعة من دون استيفاء لها كما هو المشهور.

نعم بناء على ما سبق منّا من عدم الضمان إلا بالاستيفاء فالتعین البطلان في إتلاف المؤجر والأجنبي معاً، لعدم الموضوع معه للخطاب بوجوب الوفاء بالعقد، كما تقدم عند الكلام في امتناع المؤجر من تسليم العين. وقد تبّه لذلك في الجملة بعض مشايخنا ^{رحمهم الله} فيها حكى عنه.

لا يخلو من إشكال، لاحتمال البطلان في الجميع (١)، كما إذا تلفت بأفة

(١) قال **ثنتي**: «لأن اعتبار المنفعة عند العقلاء تابع لوجود العين خارجاً، ولا يكفي فيه الوجود الفرضي ولو كان ذمياً». وكان مراده بالوجود الذمي للعين هو ضمان المتلف لها.

وكيف كان فما ذكره **ثنتي** من أن اعتبار المنفعة عند العقلاء تابع لوجود العين وإن كان مسلماً في الجملة، إلا أن المراد بذلك إن كان هو كشف الإلتاف عن بطلان الإجارة من حين وقوعها بالإضافة إلى منفعة العين في زمان التلف فلا مجال له بعد فرض وقوع الإجارة حين وجود العين القابل للاستمرار لولا الإلتاف، بل لا ينبغي الإشكال في صحتها بلحاظ اقتضاها المنع من الإلتاف، كما يظهر مما تقدم في أوائل المسألة الواحدة والعشرين.

وإن كان المراد بطلانها حين الإلتاف فهو وإن كان ممكناً، إلا أنه يخالف لعموم نفوذ العقد ولزوم الوفاء به، حيث لا مانع من فوت المنفعة وهي في ملك المستأجر مع إلزامه بالأجرة، كما تقدم فيما إذا قبض العين ولم يستوف منفعتها. غايته أن تكون المنفعة مضمونة له بأجرة المثل مع تحقق سبب الضمان، وهو في المقام التفويت عند المشهور، كما سبق.

نعم تكرر منّا المنع من الضمان بالتفويت من دون استيفاء، كما في المقام. وحيث يتعين البطلان، كما ذكرناه في إلتاف المؤجر والأجنبي على ما سبق منّا تفصيل الكلام فيه في المسألة الثامنة.

أما في إلتاف المستأجر فلا موجب للبطلان بل يتعين البناء على استحقاق المؤجر الأجرة عملاً بعموم وجوب الوفاء بالعقد. ولم يمنع منه مع إلتاف المؤجر والأجنبي إلا ابتناء العقد على التسليم والتسليم المتعذر مع التلف. ولا مجال لذلك في إلتاف المستأجر، لكونه هو المانع من تسليم المنفعة له، ولا يبتني العقد حيثئذ على

سماوية (١)، أو أتلّفها حيوان (٢).

(مسألة ٢٧): إذا انهدمت الدار التي استأجرها (٣) فبادر المؤجر إلى

التسليم والتسلم بحيث يبطل العقد بتعذر التسليم. غاية الأمر أنه يضمن العين مسلوّبة المنفعة للمالك.

هذا وعن بعض مشايخنا ^١ أنّ إتلاف المستأجر بنظر العقلاء بمنزلة القبض وتسلم المنفعة، وإتلاف المؤجر بنظرهم إتلاف لماله ومال غيره. لكن في ثبوت ذلك بنحو ينهض بالاستدلال إشكال. فالعمدة ما ذكرنا من التمسك بعموم نفوذ العقد. (١) حيث تقدم في المسألة الواحدة والعشرين انكشاف بطلان الإجارة حينئذٍ من أول الأمر بالإضافة إلى المنفعة بعد زمان التلف.

(٢) إنما يتعين البطلان مع إتلاف الحيوان فيما إذا لم يكن إتلافه بتفريط من صاحبه. وإلا فهو كإتلاف الأجنبي، حيث يتعين معه صحة الإجارة حين وقوعها بنحو تقتضي المنع من التفريط المذكور. وحينئذٍ يجري ما سبق من أن بطلانها من حين التلف إذا كان المفرط هو المستأجر مخالف لعموم الوفاء بالعقد.

(٣) الأصحاب بين من عبّر بسقوط الأجرة والإجارة بانهدام المسكن إلى أن يعيد المالك عمارته ومن عبّر بثبوت الخيار، وصرح جملة ممن عبّر بالثاني ببقاء الخيار حتى بعد إعادة المالك المسكن إلى عمارته.

والذي ينبغي أن يقال: لا ينبغي الإشكال في صحة الإجارة وعدم الخيار مع تدارك الحدث الحاصل في العين بحيث لا يفوت شيء من المنفعة، التي هي موضوع الإجارة، لعدم المنشأ له. ولعله خارج عن مفروض كلامهم، لما أشار إليه في الجواهر من ندرة ذلك.

وأما مع فوت شيء من المنفعة المذكورة فلا ينبغي الإشكال في بطلان الإجارة بالإضافة إلى المقدار الفائت منها، لما تقدم في المسألة الواحدة والعشرين من بطلانها

تجديدها فالأقوى أنه إذا كانت الفترة غير معتد بها فلا فسخ ولا انفساخ، وإن كان معتداً بها رجع المستأجر بما يقابلها من الأجرة (١)، وكان له الفسخ في الجميع، لتبعض الصفقة (٢)، فإذا فسخ رجع بتمام الأجرة، وعليه أجرة

بالإضافة إلى المدة التي تلف فيها العين، لأن منشأ البطلان هناك هو فوت المنفعة المفروض حصوله في المقام. ومرجع ذلك إلى تبعض الصفقة.

ومثله ما إذا لم يتدارك الحدث الحاصل في العين إذا كان حدوثه بعد استيفاء المنفعة في بعض المدة. أما إذا كان قبل ذلك فلا إشكال في بطلان الإجارة بتمامها، نظير ما تقدم في المسألة المذكورة في صورة تلف العين، كما هو ظاهر.

هذا كله إذا كان الحدث - من الانهدام ونحوه - غير اختياري. أما إذا كان مستنداً للمؤجر أو المستأجر أو لثالث فيجري فيه ما سبق في المسألة السادسة والعشرين، لأنهما من باب واحد.

(١) كما هو مقتضى فرض بطلان الإجارة بالإضافة إليه.

(٢) بناء على أن تبعض الصفقة موجب للخيار في الإجارة مطلقاً. أما بناء على ما سبق في المسألة الثانية والعشرين - من أنه لا يصح الخيار فيها مع استيفاء بعض المنفعة من قبل المستأجر أو تلفها بنحو مضمون عليه - فالمتعين اختصاص ذلك بها إذا كان الانهدام في أول مدة الإجارة.

أما إذا كان في أثنائها بعد قبض المستأجر للعين فلا مجال للفسخ. غايته أن له الرجوع في الباقي بنسبته من الأجرة، كما تقدم في المسألة المذكورة. فراجع.

ثم إن ما ذكره سيدنا المصنف رحمته هنا لا يناسب ما سبق منه في المسألة الواحدة والعشرين من الاقتصار في صورة تلف العين في بعض المدة على تقسيط الأجرة بالنسبة من دون إشارة للخيار في أصل الإجارة والرجوع لأجرة المثل بالإضافة لما قبل التلف، مع أن المقامين من باب واحد.

المثل لما قبل الانهدام (١).

(مسألة ٢٨): المواضع التي تبطل فيها الإجارة ويثبت للمالك أجرة

المثل (٢) لا فرق أن يكون المالك عالماً بالبطلان

(١) مما سبق يظهر أن عليه من الأجرة المسماة بنسبته. وهو يبتني على عدم مشروعية فسخ الإجارة من أصلها.

(٢) ثبوت أجرة المثل مع بطلان الإجارة هو المصرح به في كلام غير واحد، ونفى في الجواهر وجدان الخلاف فيه، بل قال: «قد يظهر من إرسالهم ذلك إرسال المسلمات أنه من القطعيات». أما عدم استحقاق الأجرة المسماة فلغرض بطلان الإجارة، وأما استحقاق أجرة المثل فلملكية المالك للمنفعة واحترامها، ولذا لا إشكال في ضمانها بالاستيفاء من دون إجارة أصلاً. كما تضمنه صحيح أبي ولاد الوارد في تجاوز المستأجر بالبخل المسافة المستأجر إليها^(١).

هذا كله في إجارة الأعيان. أما الإجارة على الأعمال فقد سبق في المسألة الثامنة أنه لا مجال لدعوى تضمنها الأمر بالعمل، ليكون هو الموجب لضمان العمل في المقام. بل ينحصر الأمر بالمرتكزات العقلائية على احترام العمل بعد عدم ابتناؤه على المجانية، بل على الإجارة المبنية على تعهد المستأجر بضمانه. وسقوط خصوصية الضمان بالمسمى بسبب بطلان الإجارة لا يقتضي سقوط أصل الضمان وهدر العمل. ويناسب ذلك ما سبق من ظهور مفروغية الأصحاب عن الضمان في المقام، حيث يقرب ابتناؤه على الجري على المرتكزات المذكورة. ومن هنا فالضمان في الجملة ليس مورداً للإشكال، وإنما ينبغي الكلام في أمور:

الأول: قال الشهيد رحمته الله في حاشيته على القواعد: «إلا أن يكون الفساد

باشترط عدم الأجرة أو متضمناً له، فهناك يقوى أن لا أجرة، لدخول العامل على

ذلك».

وفي جامع المقاصد: «هذا صحيح في العمل. أما مثل سكنى الدار التي يستوفيهما المستأجر بنفسه فإن اشتراط عدم العوض إنها كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي فحقه وجوب أجره المثل...».

وفيه: أن الموجب لعدم استحقاق الأجرة ليس هو الشرط المذكور، وإلا فهو مشترك بين الأمرين. بل هو إقدام صاحب المنفعة على بذلها مجاناً، وهو كما يحصل في العمل يحصل في العين، لاستلزام الشرط المذكور إقدام المالك على بذل منفعتها مجاناً. هذا وربما يحمل قول الشهيد رحمته فيما سبق: «أو متضمناً له» على صورة عدم ذكر الأجرة في العقد. وحينئذ يشكّل بأن مجرد عدم ذكر الأجرة لا يدل على قصد التبرع والمجانبة، لإمكان ابتناؤه على نسيان ذكر الأجرة، أو إرادة أجره المثل، أو الأجرة التي يتفقان عليها بعد ذلك، بأن يراد بالعقد مجرد حبس العين للمستأجر وتمليك منفعتها له بنحو تكون مضمونة عليه من دون تعيين لكيفية الضمان.

نعم حمل كلام الشهيد رحمته على ذلك لا يخلو عن إشكال، حيث قد يكون مراده صورة اشتراط عدم الأجرة ضمناً، ومراده بما قبله صورة اشتراطه صريحاً.

ثم إنه قد يستشكل فيما ذكره الشهيد رحمته بمنافاته لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، لأن الإجارة الصحيحة من العقود الضمانية.

لكنه يندفع بأن المعيار في كون العقد ضمانياً وموضوعاً للقاعدة على شخص العقد الفاسد لو كان صحيحاً، والعقد في المقام لو كان صحيحاً لم يكن ضمانياً.

بل التحقيق أن المنشأ في المقام ليس من الإجارة في شيء وإن عبر عنه بها، لأن الأجرة مقومة للإجارة. وحينئذ إن رجع إلى مجرد بذل المنفعة مجاناً فليس بعقد أصلاً، لعدم ابتناؤه على الإلزام والالتزام من الطرفين، بل هو نحو من الإباحة، ويترتب عليه أثرها لا أثر الإجارة. وإن رجع إلى تمليك المنفعة مجاناً فهو عقد يشبه الهبة، وإن صح

ترتب عليه أثره لا أثر الإجارة أيضاً.

ولو فرض أن رجوع إلى الجمع بين الإجارة الحقيقية وعدم الأجرة رجوع للالتزام بالمتنافيين غير القابل للنفوذ. ولعله هو المفروض في كلامهم. وإن كان هو خلاف المفهوم عرفاً من الكلام.

وعلى جميع التقادير فهو لا يبتني على الضمان. كما أنه ليس من الإجارة في شيء. والتعبير عنه بالإجارة الفاسدة يبتني على نحو من التسامح بلحاظ اشتماله على التعبير بها.

الثاني: تقدم في المسألة الثالثة والعشرين أن المستأجر إذا قبض العين المستأجرة ولم يستوف منفعتها في مدة الإجارة ثبتت الأجرة عليه. أما إذا كانت الإجارة فاسدة فثبتت أجرة المثل عليه يبتني على القول بضمان المنافع غير المستوفاة. أما بناء على ما هو الظاهر وتقدم غير مرة من عدم ضمانها للمتعين عدم الضمان، لعدم الموجب له بعد فرض بطلان الإجارة.

إلا أن يدعى أن ابتناء بذل المنفعة من قبل مالك العين وتقويتها على نفسه على كونها مضمونة بمقتضى الإجارة الباطلة كافٍ في ضمانها، كما في العمل الذي يبذله مضموناً بمقتضى الإجارة المذكورة. ولا يخلو ذلك عن وجه لمناسبته للمركزات العرفية جداً.

نعم قد يتجه عدم الضمان فيما إذا بذلت العين للمستأجر ولم يقبضها، وإن كفى ذلك في استقرار الأجرة مع صحة الإجارة، كما تقدم، ولعله لذا صرح في القواعد وغيره بعدم الضمان حينئذٍ. بل لعله ليس مورداً للخلاف، لأن ضمان المنافع غير المستوفاة عندهم يختص بصورة الاستيلاء على العين، لدعوى: أن الاستيلاء عليها استيلاء على منفعتها وإتلاف لها على المالك، ولا موضوع لذلك مع عدم الاستيلاء عليها. ولا بد من مزيد التأمل في المقام.

الثالث: ظاهر إطلاق الأصحاب الرجوع مع فساد الإجارة لأجرة المثل عدم

الفرق بين زيادة أجرة المثل على المسمى ومساواتها له ونقصها عنه، بل هو المصرح به في كلام جماعة كثيرة، وهو داخل في معقد نفي وجدان الخلاف المتقدم من الجواهر. لكن تقدم في المسألة الثامنة عن بعض مشايخنا ^{تت} أنه لا بد من عدم زيادتها على المسمى، وإلا لم يجب الزائد. وتقدم الإشكال فيه. فراجع.

الرابع: ما تقدم من ضمان المستأجر أجرة المثل للمنفعة الفاتئة أو خصوص ما استوفاهما منها يختص بها إذا كان بطلان الإجارة ناشئاً من قصور في إنشاء العقد أو في مضمونه أو في الأجير. أما إذا كان ناشئاً من قصور المستأجر وعدم كماله - كالصبي - فلا مجال لتضمينه أجرة المثل إلا إذا استوفى المنفعة بنفسه وأتلفها على المؤجر من دون تفریط من المؤجر، لأن ضمانها حينئذٍ لا ينافي رفع القلم عنه، كسائر موارد الإتلاف، على ما ذكرناه في مفاد حديث رفع القلم.

أما إذا استوفاهما غيره ببذله لها من قبله، كما لو استأجر دابة فدفعها لغيره فركبها، فلا إشكال في ضمان المستوفي. ولا مجال لضمان المستأجر القاصر. أما بناء على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة في الإجارة الباطلة فظاهر. وأما بناء على ضمانها فلا ن وجه في الضمان المذكور - كما سبق - هو ابتناء بذل المنفعة من قبل صاحب العين على أخذ المستأجر لها مضمونة عليه. وحيث كان هذا نحواً من التصرف الاعتباري، لرجوعه لتعهدده بالضمان، فلا مجال لنفوذه عليه وتحمله لتبعته بعد قصوره، لمنافاته لرفع القلم عنه، كما ذكرناه في محله.

ومنه يظهر عدم ضمانه للأجير عمله الذي يستأجره عليه، لأن منشأ ضمانه في الإجارة الباطلة - كما سبق - هو حمله للأجير على بذله عمله مضموناً عليه. وهو نحو من الالتزام والتعهد النافذ عليه أيضاً.

غاية الأمر أن الأجير إذا لم يكن معتدياً في عمله، لجهله بالحال يكون مالكاً لأثر عمله لاحترامه بعد فرض عدم عدوانه فيه، فإما أن يشتريه منه الولي أو تباع العين، ويكون له من ثمنها بنسبة قيمة عمله لقيمة العين مجردة عنه. نظير ما تقدم في المسألة

وجاهلاً به (١).

(مسألة ٢٩): تجوز إجارة الحصة المشاعة من العين (٢)، لكن لا يجوز

تسليمها إلا بإذن الشريك (٣)

الثلاثين من فصل الخيارات من كتاب البيع. كما أنه إذا أوجب عمله نقص العين كان ضامناً للأرض، كما هو ظاهر. فلا حظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) كما هو مقتضى إطلاق من تقدم، بل لم يعرف الخلاف فيه قبل المحقق الأردبيلي رحمته الله. حيث ذكر أن العالم يكون كالمتبرع، لا يستحق شيئاً، وتبعه في الرياض. وفيه: أن العلم بالبطان شرعاً لا يستلزم قصد التبرع والبذل المجاني، بل حيث كان بذل العمل والمنفعة مبتنياً على الإجارة المبنية على استحقاق العوض فلا تبرع. غايته يكون عاصياً في البناء على نفوذ الإجارة والالتزام بمؤداها، بلحاظ التشريع أو الرد لحكم الله تعالى. وهو أمر آخر غير قصد التبرع.

نعم لو أوجب العلم ببطان الإجارة الإعراض عنها، بحيث لا يبتني بذل العمل والمنفعة عليها، رجع ذلك إلى التبرع والبذل المجاني، فلا ضمان، ولا تجب أجرة المثل. لكنه أمر زائد على العلم ببطان الإجارة غير مفروض في كلام الأصحاب.

كما أن التبرع لو حصل إنما ينفع في عدم استحقاق أجرة المثل إذا كان المتبرع كاملاً مسلطاً على نفسه وماله، وكان البطان من جهة أخرى، أما مع التحجير عليه فلا ينفع في سقوط حرمة ماله، نظير ما ذكرناه آنفاً في المستأجر.

(٢) كما صرح به جماعة كثيرة، وفي التذكرة: «إجارة المشاع جائزة كإجارة المقسوم، سواء أجره من شريكه أو من الأجنبي، عند علمائنا أجمع»، ونحوه في المسالك. ويقتضيه عموم أدلة نفوذ العقد بعد فرض سلطنة المؤجر على حصته وعلى منفعتها.

(٣) كما تبّه له غير واحد. وكأنه لأن مقتضى الشركة عدم استقلال كل من

الشريكين بالسلطنة على العين المشتركة، ليجوز له تسليمها للمستأجر. كما ذكرنا أنه لو أبى الشريك رفع الأمر إلى الحاكم. وكأن الذي يرفعه له عندهم هو المستأجر، لأن الحق في التسليم والتمكين من الانتفاع بالعين له بسبب الإجارة، لا للشريك المؤجر. والذي ينبغي أن يقال: إن الأجارة.. تارة: لا تقتضي تسليم العين للمستأجر أو تمكينه من الانتفاع بها، بل مجرد ملكه للمنفعة بنحو الإشاعة مع إناطته استيفاءها بنظر الشريك، ولو بأن يستوفيهما هو بدلاً عن المستأجر. وأخرى: تقتضي التسليم للشريك نفسه أو تمكينه، كما إذا كان هو المستأجر لحصة شريكه.

ولا إشكال في صحة الإجارة في هاتين الصورتين، لعدم منافاتها لحق الشريك. وثالثة: تقتضي التسليم أو التمكين للمستأجر الأجنبي. وحينئذٍ إن لم يكن ذلك منافياً لحق الشريك تعين نفوذ الإجارة أيضاً، كما إذا كان المستأجر قد استأجر من الشريك حصته، لأنه بإجارته له حصته قد جعل على نفسه للمستأجر تسلم العين أو التمكين منها من أجل استيفاء المنفعة، فلا يكون تسليم الشريك الثاني أو تمكينه من العين منافياً لحق شريكه.

أما إذا كان منافياً لحقه فلا مجال للبناء على صحة الإجارة إلا بإذنه فيها قبل وقوعها أو بإجازته لها بعد وقوعها. ومع إذنه أو إجازته يثبت عليه الحق في تسليم العين للمستأجر أو تمكينه منها من أجل استيفاء المنفعة، فلا يكون تسليمه ولا تمكينه منها منافياً لحقه، ليتوقف على استئذانه. ولا مجال للبناء على صحتها بدون إذنه أو إجازته بعد منافاتها لحقه.

ودعوى: أنه كما ينفذ من الشريك بيع حصته من العين من دون إذن شريكه وإن استلزم ذلك تصرف المشتري في العين التي هي موضوع حق الشريك ينفذ منه تمليك حصته من منفعتها بالإجارة وإن استلزم تصرف المستأجر في العين المذكورة.

مدفوعة بالفرق بينهما بأن بيع حصته من العين يجعل المشتري بدلاً عنه في ملكيتها وفي سلطنته عليها على نهج البائع. وذلك يجري في تمليك حصته من المنفعة

إذا لم يكن مزاحماً للشريك في حصته من العين، كما في الصورة السابقة.

أما مع مزاحمته له فيها - كما هو المفروض - فيلزم تسليطه على ما زاد على مقتضى سلطته على المنفعة التي صححت له تملكه لحصته منها.

فهو نظير ما إذا أعار الشريك العين لشخص ثالث، أو أذن له بالتصرف فيها بلحاظ شركته في منفعتها، حيث لا مجال للبناء على النفوذ في حق الشريك، بحيث يكون للشريك المعير والأذن أو للمستعير والمأذون حق مطالبة الشريك الآخر بالتمكين من العين لاستيفاء الحصة من المنفعة، كما يكون للشريك نفسه مطالبة شريكه بذلك لنفسه.

وإن شئت قلت: لما كان التمكين من العين أمراً زائداً على مقتضى سلطنة الشريك على الحصة ومنافياً لحق شريكه فلا مجال لنفوذ عقد الإجارة المتضمن له بدون إذنه.

ومن جميع ما سبق يظهر أنه لا مجال للبناء على صحة الإجارة، ثم توقف تسليم العين للمستأجر أو تمكينه من الانتفاع بها على إذن الشريك. إذ في الصورة الأولى لا حاجة لتسليم العين للمستأجر ولا لتمكينه من الانتفاع بها، وفي الثانية لا موضوع للاستئذان فيهما، وفي الثالثة إن صحت الإجارة فلا يحق له المنع من التسليم أو التمكين، ليجب استئذانه فيهما. وإن لم تصح فلا يجب التسليم للمستأجر أو تمكينه، ليقع الكلام في الحاجة لاستئذان الشريك. كما لا موضوع حينئذٍ للتشاح والرفع للحاكم.

ولا مجال لقياسه بما لو تنازع الشريكان، للفرق بينهما بأنه مع تنازع الشريكين فالسلطنة على العين مشتركة بينهما، وكما ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرف ليس له منع الآخر منه. فلا بد من ترافعهما للحاكم مع تشاحهما.

أما في المقام فالمستأجر لا حق له في العين أصالة، ومن حق الشريك منعه من التصرف فيها بدوياً، وإنما يثبت له الحق بسبب الإجارة الذي هو فرع نفوذها، وهي لا

إذا كانت العين مشتركة (١). ويجوز أن يستأجر اثنان داراً أو دابة (٢)، فيكونان مشتركين في المنفعة فيقتسمانها بينهما، كالشريكين في ملك العين. ويجوز أن يستأجر شخصين لعمل شيء معين (٣)، كحمل متاع أو غيره، أو بناء جدار أو هدمه أو غير ذلك، فيشتركان في الأجرة، وعليهما معاً القيام بالعمل الذي استأجرا عليه.

تفد إلا مع عدم الحاجة لإذنه في التسليم أو التمكين أو عدم الموضوع له. نعم لو لم يأذن في الإجارة في مورد منافاتها لحقه وأراد الشريك إيقاعها وتشاحاً في ذلك كان للشريك رفعه للحاكم، كما لو تشاح في التصرف في العين. ومن هنا يظهر أن التشاح والرفع للحاكم إنما يكونان من الشريك لا من المستأجر، وقبل الإجارة لا بعدها.

(١) أما إذا لم تكن مشتركة فلا موضوع للاستئذان، كما إذا أجر مالك العين نصفها المعين أو المشاع، حيث يجب على المؤجر التسليم أو التمكين بالنحو الذي يناسب الإشاعة.

(٢) لعموم أدلة نفوذ العقد. وربما أرجع لما سبق من إجارة المشاع، كما عن بعض مشايخنا رحمهم الله. نعم يفترقان بأن تعيين مقدار المشاع المؤجر فيها سبق مأخوذ في نفس الإجارة. أما هنا فهو تابع لمقدار نسبة ما يدفعه كل منهما لما يدفعه الآخر من دون أن يؤخذ في الإجارة، بل الإجارة تقع على المجموع من دون نظر للإشاعة.

(٣) لعين ما سبق من العموم. والظاهر عدم رجوعه لإجارة كل منهما على بعض العمل، ولذا لا يجب اشتغال الإجارة على تعيين ما على كل منهما من أبعاد العمل، بل هو راجع إلى جعل مجموع العمل في ذمتها معاً بنحو المجموع. وهو يستلزم بدواً للتناصف بينهما في العمل والأجرة، وإن كان لهما الاتفاق بعد ذلك على نحو توزيع العمل والأجرة بينهما.

(مسألة ٣٠): لا يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد (١) على الأقوى،

فيجوز أن يؤجره داره سنة متأخرة عن العقد بسنة أو أكثر، ولا بد من تعيين مبدأ المدة (٢). وإذا أطلقت الإجارة مدة معينة ولم يذكر البدء انصرف إلى

بل قد يرجع إلى جعل تمام العمل في ذمة كل منهما، نظير تعاقب الأيدي في ضمان الأعيان، فيكون كل منهما مسؤولاً به بتمامه، بحيث لو عجز أحدهما عن العمل كان الآخر مسؤولاً بإتمامه ولو بالاستعانة بشخص ثالث، من دون أن تبطل الإجارة في بعض العمل. ولا يبعد رجوع الاتفاق مع الشركات في زماننا إلى ذلك. فلاحظ.

(١) كما في المهذب والغنية والسرائر والشرائع وغيرها مما تأخر عنها، وهو المعروف بين الأصحاب، بل في التذكرة: «صح عند علمائنا أجمع، سواء كانت الإجارة واردة على الأعيان... أو كانت الإجارة واردة على الذمة...».

وقد نسب الخلاف في ذلك للمبسوط والخلاف والكافي. لكن في المبسوط: «إذا قال في رجب: آجرتك هذه الدار شهر رمضان. لم تصح الإجارة. وعند قوم تصح. وهو قوي». وكلام الخلاف لا يخلو من غموض، لقرب حمله على أنه مع إيقاع الإجارة في أثناء الشهر فإطلاق الشهر فيها لا ينصرف إلى الشهر المتصل بالشهر الذي أوقعت فيه، لترتفع الجهالة، بل يتعين البطلان، وهو أجنبى عما نحن فيه، وأما الكافي فلا تحضرني عبارته، وإنما نسب له موافقة الشيخ ثالثاً.

نعم ما نسب له من الاستدلال على البطلان بتوقف صحة الإجارة على التسليم يناسب ذهابه إلى المنع هنا. لكنه يندفع بما ذكره غير واحد من أنها تتوقف على التسليم في الوقت الذي تقتضيه الإجارة، وهو حاصل في المقام، كما يحصل في بيع السلف.

ومثله ما في الخلاف من الاستدلال بالأصل لو كان مراده الاستدلال على البطلان في المقام. لظهور كفاية العموم المشار إليه آنفاً في رفع اليد عن الأصل.

(٢) لا إشكال في لزوم تعيين مبدأ المدة في مقابل التردد فيه، لامتناع ملك

الاتصال (١).

المردد، وأما في مقابل الجهل به، بحيث لا يصح مثلاً استئجار الدار شهراً يبدأ بموسم قدوم الحاج أو الحر الشديد أو نحو ذلك، أو شهراً بنحو الإطلاق بحيث ينطبق على أي شهر فرض، فلزومه يبتني على ما سبق منهم في المسألة الأولى عند الكلام في شروط العوضين، وسبق الكلام فيه. فراجع.

(١) كما في الشرائع والجامع والقواعد والتحرير والإرشاد والتذكرة وغيرها. وهو قريب جداً في إجارة العين. وكأن منشأه أن ارتكاز امتناع الإبهام في المملوك قرينة عرفاً على عدم إرادته. كما أن دخل خصوصية الزمان في أصل الغرض نوعاً في منافع الأعيان قرينة على عدم إرادة الإطلاق، فيدور الأمر بين إرادة خصوص المتصل أو خصوص المنفصل، وحيث كان سعي المستأجر للملك المنفعة تابعاً لحاجته، ففعلية تحصيل الملك بإيقاع الإجارة مع عدم التقييد بالانفصال يكون قرينة عرفاً على فعلية حاجته تبعاً لفعلية سعيه، المناسب لإرادة الاتصال والتقييد به.

وهذا بخلاف بعض الأعمال، كخياطة الثوب ونحوه، فإن خصوصية الزمان كثيراً ما لا تكون دخيلة في أصل الغرض، فلا تكون قرينة على عدم إرادة الإطلاق، وحينئذ يتعين الحمل عليه. غايته أنه يجب معه التعجيل لو طالب أحدهما به، لأن مقتضى سلطة المالك المطالبة بملكه وهو في المقام المنفعة، فيجب تعجيله له، ومقتضى سلطة من عليه الحق على نفسه المطالبة بتفريغ ذمته منه، فيجب تسلمه منه.

لكن هذا يقتضي وجوب التعجيل تكليفاً مع المطالبة، من دون تقييد بالمنفعة المستأجر عليها به، بحيث تبطل الإجارة بالتأخير، بخلاف مثل سكنى الدار في شهر أو سنة، حيث يقتضي الانصراف بالوجه المتقدم تقييده بالتعجيل، بحيث تبطل الإجارة بتخلفه.

هذا وربما استدل على الانصراف المشار إليه بفحوى ما ورد في النكاح المنقطع

(مسألة ٣١): إذا أجره دابة كلية، ودفع فرداً منها فتلف كان على المؤجر دفع فرد آخر (١).

من الاكتفاء بذكر منتهى الأجل من دون تنبيه على ذكر مبدئه، كمثوق إسماعيل بن الفضل الهاشمي: «سألت أبا عبد الله من [عن. يب] المتعة. فقال: مهر معلوم إلى أجل معلوم»^(١)، والنصوص الواردة في تعليم صيغة النكاح المذكور^(٢).

لكن لم يتضح وجه الفحوى، فإن أهمية النكاح لا دخل لها بظهور الكلام. مع أن المفروغية ظاهراً عن عدم صحة النكاح مع الانفصال عن العقد قد تكون هي المنشأ لفهم الاتصال من الإطلاق فيه، فلا تقاس به الإجارة التي سبق إمكان انفصال مدتها عن العقد. فالعمدة ما سبق.

لكن في المبسوط والخلاف أنه إذا أجره الدار شهراً وأطلق ولم يقل من هذا الوقت فإنه لا يجوز. وهو قد يتجه لو لم يتم منشأ الانصراف المتقدم، مع العلم بعدم إرادة الإطلاق، حيث يتعين حينئذ إرادة المقيّد بأحد الأشهر بنحو يلزم الترديد أو عدم التطابق بين الإيجاب والقبول. أما مع إمكان إرادة الإطلاق فالمتعين الحمل عليه، وجوب التعجيل مع المطالبة تكليفاً، لما سبق في الإجارة على العمل. فلاحظ.

(١) بلا إشكال ظاهر، لإمكان الوفاء بالإجارة بدفع الفرد الآخر، فيجب. والمتيقن من ذلك ما إذا كان التلف قبل مضي شيء من مدة الإجارة. أما إذا كان في أثناء المدة بعد استيفاء بعض المنفعة فلا إشكال أيضاً في وجوب الإبدال، لو كان الإيجار على المنفعة الكلية، كما لو استأجره على أن يوصله إلى مكان معين فماتت الدابة في الطريق.

وأما إذا استأجر العين الكلية، فوجوب الإبدال موقوف على كون موضوع

(١) وسائل الشيعة ج: ١٤ باب ١٧ من أبواب المتعة حديث: ٣.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٤ باب ١٨ من أبواب المتعة.

الإجارة يعم المتعدد، بحيث لا يخل به تبديل العين في أثناء المدة من دون أن تتلف. ولا
يبعد فهم ذلك من إطلاق الإجارة، وإن أمكن كون وحدة العين شرطاً ضمناً زائداً،
لا يخل فوته بموضوع الإجارة، فيجب الوفاء به مع القدرة، ويثبت الخيار بتعذره
بتلف أو نحوه، من دون أن تبطل الإجارة. فلاحظ.

فصل

وفيه مسائل

(مسألة ٣٢): العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إذا تلفت أو تعيبت (١)

(١) كما صرح بذلك جمهور الأصحاب، وفي التذكرة: «ولا نعلم فيه خلافاً»، وقريب منه في الرياض. بل في الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وفي التنقيح وعن إضاح النافع الإجماع عليه إذا كان التلف في مدة الإجارة. وقد يظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه.

ويقتضيه صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعار جارية فهلكت عنده ولم يبيعها غائلة، فقضى أن لا يغرمها المعار. ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبيعها غائلة»^(١). وصحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن رجل استأجر دابة فأعطأها غيره فنفقت ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء»^(٢). وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: «سألته عن رجل استأجر دابة فوقعت في بئر فانكسرت ما عليه؟ قال: هو ضامن إن كان لم يستوثق منها. فإن

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب العارية حديث: ٩.

(٢) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١٦ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

أقام البينة أنه ربطها فاستوثق منها فليس عليه شيء^(١). وصحيح الحلبي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم، فنفتت الدابة. فقال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن كان دخل وادياً ولو يوثقها فهو ضامن، وإن وقعت في بئر فهو ضامن، لأنه لم يستوثق منها^(٢). فإن مقتضى الشرطية والتعليل فيه أن مجرد أخذ العين في الإجارة لا يقتضي الضمان ما لم يكن هناك ما يوجهه من تعد أو تفریط. وقد يستفاد ذلك من غيرها.

ومثلها ما تضمن عدم ضمان الأمين، كموثق غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمه، وقال: إنها هو أمين^(٣)».

ولا مجال لحمله على خصوص من هو متمحض في الاستئمان - كالودعي - دون من ينتفع بالأمانة، كالأجير، لأنه لا يناسب صحيح الحلبي عنه عليه السلام: «قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان. وقال: ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن^(٤)»، لظهوره في أن منشأ عدم ضمان المستبضع وصاحب العارية استئمانها، مع أنها منتفعان بالعين كالأجير، بل الأجير أولى منه بعدم الضمان من المستعير، لأنه يستحق الانتفاع، حيث يكشف ذلك عن أن الاستئمان الرافع للضمان هو الأعم مما يتمحض فيه - كالوديعة - وغيره. وبذلك يظهر عدم الضمان مع الاستئمان بالمعنى المذكور.

وبه يخرج عن عموم ضمان اليد لو تم. وإن كان الظاهر عدم تماميته، لانحصار الدليل عليه بالنبوي: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه^(٥)». وقد سبق في المسألة الثالثة

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٢ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٤، ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٨ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب العارية حديث: ٦.

(٥) مستدرک الوسائل ج: ١٧ باب: ١ من أبواب كتاب الغصب حديث: ٤. سنن البيهقي ج: ٦ ص: ٩٠ من

كتاب العارية. كنز العمال ج: ٥ ص: ٢٥٧.

عشرة من الفصل الأول من كتاب البيع الإشكال فيه دلالة وسنداً بها لا يسعنا إعادته هنا.

وعن بعض مشايخنا رحمهم الله الإشكال في دلالاته أيضاً بظهور الأخذ في القهر والغلبة، كما في قوله تعالى: ﴿فَأَخَذْنَاهُمْ أَخْذَ عَزِيزٍ مُّقْتَدِرٍ﴾^(١)، وقوله عز وجل: ﴿لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾^(٢)، وغيرهما. ولا أقل من احتمال ذلك بسبب الاستعمالات المذكورة، الراجع لإجمال الحديث المانع من الاستدلال به.

لكنه - لو تم - إنما يقتضي قهر المأخوذ وغلبته، وهو حاصل بمجرد وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، لا قهر مالكة وغلبته، ليقصر عن الأخذ بإذنه في المقام وغيره من الأمانات. فالعمدة ما سبق.

وقد سبق هناك أيضاً انحصار الدليل على الضمان بالمرتكزات العقلانية المختصة بالأخذ بلا حق، والمعتضة في ذلك ببعض نصوص المقام وغيرها الظاهرة في الضمان مع العدوان غير الحاصل في المقام.

ومن هنا كان عدم الضمان في المقام مقتضى الأصل. مضافاً للنصوص السابقة. هذا والمتيقن من ذلك ما إذا لم تنقض مدة الإجارة، فإن انقضت وطالبه المالك بردها فحبسها عليه ضمنها بلا خلاف، كما في التذكرة، وقطعاً، كما في جامع المقاصد. لأنه غاصب.

وإن لم يطالبه فلا ضمان، كما في السرائر والتذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. وتردد في المختلف، بل صرح بالضمان في المبسوط والتنقيح، وقد يستفاد من غيرهما.

لعدم كونه مأذوناً في إمساكه، فيكون متعدياً به. وردّ بأنه لا يجب على الأمين ردّ العين، بل يجب عليه تمكين المالك منها لو طالب بها، كما هو الحال في الوديعة والرهن

(١) سورة القمر الآية: ٤٢.

(٢) سورة البقرة الآية: ٢٥٥.

إلا بالتعدي أو التفريط (١)،

لو قبض المرتهن الدين.

والذي ينبغي أن يقال: إن قامت القرينة الخاصة أو العامة من تعارف أو نحوه على لزوم إيصال المستأجر العين للمالك بعد انقضاء مدة الإجارة، أو تركها عنده حتى يأتي المالك فيأخذها منه، عمل على ذلك. ولا ضمان في الأول لو تلفت العين في فترة الإرجاع، ولا في الثاني لو تلفت عند المستأجر، لعدم تعديه في الاستيلاء على العين بعد عمله بالشرط، بل لو تركها عنده في الأول فتلفت أو جاء بها في الثاني فتلفت في الطريق تعين ضمانه لها، لعدوانه بمخالفته للشرط، إلا أن يأذن المالك بذلك ولو بأن يعلم بالحال ويظهر منه الرضا به.

وإن لم تقم القرينة على أحد الأمرين تعين اقتصار المستأجر على المتيقن من التصرف في العين بتبني المالك لانقضاء مدة الإجارة، وحضوره لتسليم العين لو احتمل غفلة المالك عن انقضاء المدة، أو عن الإجارة، أو تخيله أن المستأجر سوف يوصل العين له.

وأما استصحاب العلم الذي أشار إليه في مفتاح الكرامة فهو لا يثبت إذن المالك بالإبقاء، ولا عدم الضمان إلا بناء على جريان الأصل المثبت.

ومثله أصالة البراءة من الضمان واستصحاب عدمه. فإنها محكومان لأصالة عدم إذن المالك بالإبقاء، الراجع لكون الإبقاء بلاحق.

نعم بعد إعلام المستأجر للمالك بانتهاء الإجارة وحضوره لتسليم العين لا يجب عليه إيصالها للمالك، فضلاً عن تحمل مؤنة الإيصال، لعدم الدليل على ذلك. ولا ضمان عليه حينئذٍ لو تلفت قبل أخذ المالك لها، لعدم كونه متعدياً ببقائها عنده.

(١) فقد صرح غير واحد بالضمان مع التعدي، وفي الخلاف والغنية الإجماع عليه، كما يأتي من الجواهر أيضاً. ويتعين إلحاق التفريط به، كما ذكره جماعة، ونفى

وجدان الخلاف فيه في التذكرة والرياض. وفي الجواهر: «لا ريب في الضمان ولا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه أيضاً معها». كما ادعى في التذكرة الإجماع على الضمان بمخالفة الشرط.

ولا ينبغي الإشكال في شيء من ذلك، لأنه حكم الأمانة، كما في مفتاح الكرامة. وتقتضيه النصوص المتقدمة وغيرها مما ورد في الإجارة والعارية والوديعة وغيرها من الأمانات.

بقي شيء. وهو أنه صرح جمع من الأصحاب بأن التعدي والتفريط يسقطان حكم الأمانة، فكما يوجبان الضمان إذا أديا للنقص أو التلف يوجبانه إذا حصل النقص أو التلف بعد ذلك بسبب آخر. بل ظاهر بعضهم وصريح آخر أنه إجماعي.

قال في كتاب الوديعة من المبسوط: «وإذا أخرجهما من حرزها ثم ردها إلى مكانها، فإنه عندنا يضمن بكل حال...» ثم قال: «إذا تعدى بإخراج الوديعة ثم ردها ففيه ثلاث مسائل... الثانية: أن يردها إلى الحرز من حيث أخذها، فإنه لم يزل الضمان، خلافاً لأبي حنيفة». وقريب منه في الخلاف، وإن ذكر ذلك في كتاب العارية.

وقال في التذكرة: «إذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع، إما بنقل الوديعة أو إخراجها من الحرز أو باستعمالها، كركوب الدابة ولبس الثوب، أو غيرها من أسباب الضمان، ثم إنه ترك الخيانة ورد الوديعة إلى مكانها وخلع الثوب، لم يبرأ بذلك عند علمائنا أجمع، ولم يزل عنه الضمان، ولم تعد أمانته. وبه قال الشافعي. لأنه ضمن الوديعة بعدوان، فوجب أن يبطل الاستئمان».

ويبدو من كلماتهم أن الدليل على ذلك أحد أمرين: الأول: ما يظهر من كلام التذكرة المتقدم وغيره من بطلان الاستئمان، لأن يده مع المخالفة يد عدوان مضمنة، ولا تعود أمانة إلا باستئمان جديد.

وفيه: أن العدوان إنما كان بالمخالفة لمقتضى الأمانة، لا بأصل وضع اليد على العين بحيث تكون مغصوبة. ومجرد ضمانها بسبب العدوان المذكور لا يخرجها عن

كونها أمانة من قبل صاحبها، إذ لا دليل على ذلك، ولا سيما أن منشأ الاستئمان قد يكون باقياً، كالاستئجار والإعارة. بل حيث كان الاستئمان تابعاً للمالك فالخروج عنه تابع له أيضاً.

كيف ولازم ذلك أنه لا يجب التعامل معها بعد التعدي والتفريط بالوجه الذي عينه المالك، بل يجب التحري في حفظها بالوجه الذي يراه من هي عنده، كما في العين المغصوبة. كما يكون ذلك هو الأصلح له والأبعد له عن الخسارة.

ولازمه أيضاً جواز أكلها ومنع المالك منها لو لم يكن محترماً المال، كالكافر الحربي، لاختصاص احترام ماله بها إذا كان أمانة، فمع فرض خروج المال عن كونه أمانة بسبب المخالفة يكون كسائر أمواله الآخر لا احترام له. ولا يظن بهم البناء على ذلك.

الثاني: ما يظهر من الخلاف وجماعة من استصحاب الضمان للمال، وإن بقي أمانة وجرى عليه بقية أحكامها. وفيه: أولاً: أنه لم يتضح فعلية الحكم بالضمان للعين قبل تلفها أو نقصها، بل المتيقن فعليته وثبوته عند التلف والنقص، فهو قبلها حكم تعليلي ينتهي استصحابه على جريان الاستصحاب التعليلي، والتحقيق عدم جريانه، كما أوضحناه في الأصول.

وثانياً: أن مقتضى عموم النصوص النافية لضمان الأمين عدم الضمان إلا في صورتين: الأولى: خروج العين عن كونها أمانة، كما إذا امتنع المستأجر عن تسليم العين بعد انتهاء مدة الإجارة، أو تجاوز بها عن الموضع الذي استؤجر له أو امتنع المستودع أو المستعير من تسليم العين مع مطالبة المالك بها ونحو ذلك، كما تضمنته بعض النصوص المتقدمة وغيرها.

الثانية: التعدي على العين أو التفريط بها بنحو يؤدي إلى تلفها أو نقصها، كما لو لم يربط الدابة فوقعت في بئر أو شردت، كما تضمنته النصوص السابقة، وكما لو أخرج الأمانة من موضعها فضاعت، كما تضمنه صحيح الصفار فيمن دفع وديعة إلى رجل

فوضعها في منزل لجاره فضاقت^(١).

وحتى قوله عليه السلام في صحيح محمد بن قيس المتقدم: «ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة»، وقوله عليه السلام في صحيح الحلبي المتقدم: «وإن كان دخل وادياً ولم يوثقها فهو ضامن». فإن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي انصرافهما إلى ما إذا استند التلف أو العيب للأموال المذكورة، دون ما إذا استند لغيرها.

ولا أقل من كون ذلك مقتضى الجمع بينه وبين قوله عليه السلام في صحيح علي بن جعفر المتقدم: «فإن أقام البينة على أنه ربطها فاستوثق منها فليس عليه شيء»، وقوله عليه السلام في صحيح الحلبي المتقدم: «وإن وقعت في بئر فهو ضامن، لأنه لم يستوثق منها» فإن مقتضى إطلاق الأول عدم الضمان مع ربطها والاستيثاق منها حتى لو فرط فيها سابقاً. كما أن مقتضى التعليل في الثاني انحصار الضمان بعدم الاستيثاق منها حين السقوط في البئر حتى لو لم يستوثق منها سابقاً. وذلك يجري في نصوص المضاربة الكثيرة المتضمنة ضمان العامل إذا خالف شرط المالك^(٢). فإنها بين ما هو مختص بما إذا كان التلف أو الخسارة نتيجة المخالفة، وما هو مطلق منصرف إلى ذلك بمقتضى المناسبة بين الحكم والموضوع، كما يظهر بمراجعتها.

ومن هنا لا مجال لاستفادة مضمونية الخروج عن مقتضى الاستئمان إذا لم يؤد إلى النقص أو التلف من النصوص، بل مقتضى عموم عدم الضمان مع الاستئمان عدمه. وبه يخرج عن استصحاب الضمان لو كان جارياً في نفسه.

فلم يبق في المقام إلا الإجماع المدعى. ولا مجال للتعويل عليه بعد ظهور الفتوى المذكورة في عهد تدوين الفتاوى، وعدم إحراز موافقة من كان دأبهم الفتوى بمضمون الروايات لهم بعد ما سبق من عدم وضوح ظهور الروايات في الضمان أو

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٥ من أبواب كتاب الوديعة حديث: ١.

(٢) راجع وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ١ من أبواب كتاب المضاربة.

وإذا اشترط المؤجر ضمانها (١)

ظهورها في عدمه.

ولاسيما مع قرب موافقة عدم الضمان للسيرة الارتكازية، والاكتفاء نوعاً بعد التعدي أو التفريط بالعمل على مقتضى الاستئمان - بالإرجاع للحرز ونحوه - وعدم مراجعة المالك لتجديد الاستئمان. ولو حصل بعد ذلك النقص أو التلف بسبب آخر يغفل نوعاً عن سبق التعدي والتفريط والبناء على الضمان بسببها. حيث يصعب جداً مع ذلك إحراز موافقة من دأبهم الفتوى بمضمون الروايات لمن تأخر عنهم في الفتوى المذكورة، ليحرز الإجماع المتصل بعصور المعصومين (صلوات الله عليهم).

مضافاً إلى ظهور استناد القائلين بالضمان للوجهين السابقين دون الإجماع. بل لم يستدل بالإجماع في الخلاف والغنية مع كثرة الاستدلال به فيها. حيث يؤكد ذلك ما ذكرنا من عدم التعويل على الإجماع المذكور. ومن هنا لا مجال للبناء على الضمان بعد مخالفته لظاهر النصوص المتقدمة، وللأصل. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) صرح بالمنع من اشتراط الضمان في الشرائع والتذكرة والإرشاد والتحرير واللمعتين وجامع المقاصد وغيرها، وهو المستفاد من الحكم ببطلان العقد معه في القواعد. وفي الجواهر: «بل هو الأشهر، بل المشهور، بل في جامع المقاصد باطل قطعاً». ومال إلى صحة الشرط في جمع البرهان ومحكي الكفاية، وجعله الأظهر في الرياض، بل يظهر من الانتصار القول به، بل الإجماع عليه. لعموم نفوذ الشروط.

وقد استشكل فيه بوجوه:

الأول: أنه منافٍ لمقتضى العقد، كما في التذكرة وغيره. وفيه: أن المراد به إن كان هو المنافاة لما يتقوم به العقد، نظير البيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر، فمن الظاهر عدم كونه كذلك، وأن الإجارة إنما تتقوم بالمعاوضة بين المنفعة والأجرة، من دون دخل

لضمان العين المستأجرة وعدمه فيها.

وكذا لو أريد به المنافاة للأثر المقصود نوعاً من العقد، كاشتراط عدم وطء الزوجة في عقد الزواج، أو عدم الانتفاع بالمبيع في عقد البيع. لظهور أن عدم ضمان العين في الإجارة ليس بالنحو المذكور. على أنه لم يثبت مانعية ذلك من صحة الشرط، كما يظهر مما تقدم في مباحث الشروط.

الثاني: أنه منافٍ للنصوص السابقة وغيرها مما تضمن عدم ضمان الأمانة، ومرجعه إلى منافاة الشرط المذكور للحكم الشرعي الثابت بالكتاب والسنة.

ويظهر الجواب عنه مما سبق في مباحث الشروط من اختصاص المخالفة للحكم الشرعي المانعة من صحة الشرط بما إذا أوجب الحكم الشرعي قصور سلطة المشروط عليه عن جعل الشرط على نفسه، كما في حكم الميراث لأصحابه، والحكم بأن الولاء لمن أعتق، دون مثل الضمان مما يتضمن جعل شيء في الذمة، فإن عدم الضمان شرعاً لا ينافي سلطة الشخص على جعل الضمان عليه الرافع لانشغال ذمته ببذل المضمون. ولا سيما مع ثبوت نفوذ الشرط المذكور في العارية التي هي تشارك الإجارة في حكم الشارع بعدم ضمان العين.

الثالث: أن شرط الضمان من شرط النتيجة الذي لا مجال له على التحقيق، لأن النتائج تابعة للجعل الشرعي، وليست تحت سلطة المتعاقدين ليصح لهما جعلها والالتزام بها.

ويندفع بأنه لا يراد بالضمان المشروط هو الضمان الشرعي، بل مجرد انشغال الذمة بدرك المضمون، بحيث يستحق المشروط له الدرك على المشروط عليه، ويكون شرعياً في مرتبة متأخرة عن نفوذ الشرط شرعاً. وقد تكرر من أن مبنى العقود والشروط على جعل الحقوق الملزمة بين أطرافها أو رفعها. فكما يصح استحقاق الفعل بالشرط يصح استحقاق مثل هذه النتائج. وكما يصح اشتراط ملك البائع أو المشتري للثمرة أو الحمل أو المنفعة مدة معينة واشتراط عدم الخيار للمكاتبه الزوجة

في فسخ الزواج إذا تحررت - كما تضمنته بعض النصوص^(١) - كذلك يصح اشتراط تحمل المستأجر درك التالف الراجع لاستحقاق المؤجر عليه بدله وانشغال ذمته به.

وبعبارة أخرى: لا محذور في شرط النتيجة المتمحض في الاستحقاق، ومنه الضمان في المقام، وليس هو كالطلاق والعنق وغيرهما من المضامين القائمة بأنفسها من دون أن تبتي على الملك والاستحقاق وانشغال الذمم أو عدمها.

نعم لو كان نفوذ الشرط متمحضاً في التكليف بالعمل عليه، نظير نفوذ اليمين، تعين اختصاصه بالفعل القابل للتكليف. لكن تقدم في المسألة الثالثة من الفصل الرابع من كتاب البيع في الخيارات المنع من ذلك، وأنه يبتني على جعل حق للمشروط له على المشروط عليه، ولذا كان للمشروط له المطالبة به والإجبار عليه، ولو تمحض في التكليف لم يكن له ذلك، كما تقدم في المسألة الرابعة والستين من الفصل المذكور في أحكام الشروط. فراجع.

الرابع: أن انشغال الذمة بالبدل الذي تضمنه الشرط ليس فعلياً، بل معلقاً على تلف العين أو الصفة، والتعليق مبطل في الانشائيات.

ويندفع بأن دليل بطلية التعليق ليس إلا الإجماع، والمتيقن منه مبطلية للعقود، دون الشروط المجعولة تبعاً في العقد، بل مقتضى عموم نفوذ الشروط عدم بطلانها بالتعليق. ولذا لا يظن بأحد البناء على عدم صحة شرط ملكية ثمرة البستان لسنة معينة إذا لم تكن الثمرة موجودة فعلاً. وقد تقدم ما ينفع في المقام عند الكلام في شروط صحة الشرط من كتاب البيع. ومن هنا لا يخرج عن عموم نفوذ الشروط.

بل قد يستدل على صحة اشتراط الضمان في المقام بمعتبر موسى بن بكر عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً، واشترط عليه إن نقص الطعام فعليه. قال: جائز. قلت: إنه ربما زاد الطعام. قال: فقال: يدعي الملاح أنه زاد فيه شيئاً؟ قلت: لا. قال: هو لصاحب الطعام الزيادة. وعليه النقصان

بمعنى أداء قيمتها أو أرش عيها صح (١). وأما بمعنى اشتغال الذمة

إذا كان قد اشترط ذلك» (١). وقريب منه أو عينه معتبره الآخر عنه عليه السلام (٢).

وقد أجاب عنه غير واحد بأن هذا ليس مما نحن فيه من شرط الضمان على المستأجر الذي يأخذ العين ليستوفي منفعتها، بل هو وارد في شرط الضمان على المؤجر إذا كانت وظيفته أخذ عين المستأجر ليعمل فيها ولو بأن ينقلها، ويأتي ثبوت الضمان في مثل ذلك مع التهمة حتى مع عدم الشرط.

لكن ظاهر الحديث هو ثبوت الضمان واقعاً بسبب الشرط، المناسب لنفوذ الشرط، لا الضمان ظاهرًا بسبب التهمة، من دون أثر للشرط.

ومن هنا فالحديث المذكور إن لم يكن دليلاً في المقام على نفوذ الشرط، بسبب اختلاف المورد، فلا أقل من كونه مؤيداً، بلحاظ اشتراك الموردين في أن منشأ عدم الضمان هو الأمانة.

نعم عن بعض مشايخنا تنبّه الإشكال في ظهوره في الضمان بمعنى انشغال الذمة بالنقص الذي هو محل الكلام، بل المنصرف منه إرادة شرط الفعل وهو سد النقص ودفع البديل دون انشغال الذمة بالنقص.

لكن لم يتضح منشأ الانصراف المذكور. ولا أقل من العموم للوجهين، لأن التفريق بينهما مما يغفل عنه العرف، فعدم تنبيه الإمام عليه السلام للفرق ظاهر في عدمه. فلا حظ.

(١) بلا إشكال. لتمحض ذلك في استحقاق الفعل المذكور من دون أن يرجع للضمان المتقوم بانشغال الذمة بالبديل، حيث لا منشأ للإشكال في شمول أدلة نفوذ الشروط له.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

بمثليها أو قيمتها ففيه إشكال (١). وكذا الإشكال في ضمان العين في الإجارة الباطلة إذا تلفت، وفي ضمان الوصف إذا تعيب (٢). وإن كان الأظهر

(١) الذي يظهر من ملاحظة كلامه *ثُمَّ* في مستمسكه أن منشأ الإشكال هو الإشكال في صحة شرط النتيجة. وقد عرفت اندفاعه.

(٢) فقد صرح بالضمان في الرياض، لعموم ضمان اليد. كما صرح بعدم الضمان في القواعد والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد. واستدل عليها في الأخيرين بأن كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. وهي القاعدة التي طفحت بها عباراتهم، كما في مفتاح الكرامة.

وربما استشكل في شمول القاعدة للمقام، لأن موضوع الإجارة هو المنفعة، دون العين. ومجرد نسبة الإجارة للعين في مثل قولنا: أجرتك الدابة. لا يكفي في كونها موضوعاً للإجارة بعد كون طرف المعاوضة هي المنفعة.

لكنه قد يندفع بأن لازم ذلك ضمان العارية والعين المرهونة مع الفساد لتقوم العارية ببذل المنفعة مجاناً، وتسليم العين من أجل استيفاء المنفعة كالمقام. كما أن الرهن متقوم بجعل العين وثيقة على الدين، وتسليمها أمر خارج عن الرهن، ولا يستحق إلا بالشرط، مع أن الظاهر عدم الإشكال بينهم في عدم ضمان العين في العارية والرهن الفاسدين.

نعم لا أهمية لعموم القاعدة وخصوصها بعد أن لم تكن منصوصة، وإنما المهم دليلها. وقد ذكر بعض مشايخنا *ثُمَّ* أن العين تكون أمانة صحيحة ولو مع فساد الإجارة. أما مع عدم اقتضاء الإجارة التسليم، كما لو استأجره على أن يوصل متاعه على دابته إلى موضع معين من دون أن يستلم المستأجر الدابة، ثم دفع الأجير للمؤجر دابته ليحمل عليها المتاع ويوصله بنفسه، فلأن الاستئمان وقع بعد الإجارة، فلا يلزمها في الفساد.

وأما إذا كانت الإجارة مقتضية لتسليم العين، فلأن تسليم العين لا يكون مقوماً لعقد الإجارة المبني على المعاوضة بين الأجرة والمنفعة، بل هو مبني على الاستئمان جرياً على الشرط الضمني، فيكون الاستئمان فعلياً تبعاً لفعلية التسليم غير القابل للتعليق، ليتمكن دعوى كونه معلقاً على صحة الإجارة. غايته أن تكون صحة الإجارة من سنخ الداعي للاستئمان الذي لا يضر تخلفه بصحة الاستئمان وترتب أثره، وهو عدم الضمان. وقد سبقه إلى ذلك المحقق البلاغي ثُمَّ في حاشيته على المكاسب. ويشكل بأن الظاهر ابتناء الاستئمان على صحة عقد الإجارة واستحقاق المنفعة، فهو راجع للاستئمان لاستيفاء المنفعة المستحقة، وليس هو استئماناً مطلقاً. والاستئمان من الأمور القصدية القابلة للتعليق، وإن كان التسليم غير قابل له. ولذا لا يظن بأحد البناء على جواز استيلاء المستأجر على العين لو التفت إلى بطلان الإجارة، وعدم استحقاقه للمنفعة، ليستوفيها من العين.

ومثله ما ذكره سيدنا المصنف ثُمَّ من الاستدلال على عدم الضمان بما تضمن عدم ضمان المستأمن مما تقدم التعرض له في أول المسألة، بدعوى: أن موضوعه المستأمن العرفي الحاصل مع فساد الإجارة، لعموم النصوص المذكورة للتلف الكاشف عن بطلان العقد من أول الأمر.

إذ فيه: أن التلف لو كشف عن بطلان العقد، فإنما يكشف عن بطلانه من أول الأمر بالإضافة إلى المدة اللاحقة، لا بالإضافة إلى المدة السابقة عليه. وذلك إنما ينفع بالإضافة إلى التلف قبل مدة الإجارة، وشمول النصوص لها لا يخلو عن إشكال، فضلاً عن أن يستفاد منه عدم الضمان مع البطلان من أول الأمر لا من جهة التلف.

فالعمدة في وجه عدم الضمان أنه بعد أن سبق قصور حديث: «على اليد» وعدم نهوضه بالاستدلال، وانحصار الاستدلال على ضمان اليد بالمرتكزات فالتيقن منها ما إذا لم يكن وضع اليد على العين مبنياً على عدم ضمانها، لإسقاط المالك حرمتها، كما في موارد الأمانات وإن كانت فاسدة.

الصحة في الجميع (١).

وبذلك يظهر قصور ذلك عن صورتين:

الأولى: ما إذا اشترط في الإجارة ضمان العين. فإن فساد الشرط تبعاً لفساد العقد لا ينافي الإقدام على ضمان العين، وابتناء وضع اليد على ذلك، لا على عدم الضمان. وأما ما عن بعض مشايخنا فننظر: من عدم الضمان، لفساد الشرط المخرج عن مقتضى الاستئمان الذي سبق منه فهو إنها يتجه بناء على ما سبق منه من صحة الاستئمان مع بطلان الإجارة وعدم صحة شرط الضمان في الأمانة.

أما بناء على ما سبق منّا من بطلان الاستئمان مع بطلان الإجارة فالشرط وإن كان باطلاً تبعاً لبطلان الإجارة، إلا أن الضمان لا يكون بسببه، بل بسبب اليد غير المبنية على عدم الضمان وإسقاط المالك حرمة ماله.

ومثله ما في مجمع الفائدة من أنه بناء على فساد عقد الإجارة باشتراط الضمان يتعين عدم ضمان العين، لأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

نعم في فرض صحة الإجارة مع البناء على بطلان الشرط المذكور، للبناء على اقتضاء الإجارة عدم الضمان، يتعين عدم الضمان، عملاً بمقتضى الإجارة المفروض بعد بطلان الشرط.

الثانية: ما إذا كان بطلان الإجارة لقصور المؤجر. حيث لا يترتب الأثر على إقدامه على إسقاط حرمة ماله، فيتعين الضمان بعد فرض عدم وضع اليد بحق. ولعله خارج عن مفروض كلامهم. فلاحظ.

(١) من الظاهر أن التعبير بالصحة يناسب إرادة ما يتصف بها، وهو الشرط، وهو المناسب لكلامه، حيث قرب في مستمسكه صحة شرط الضمان الراجع لانشغال الذمة بالبدل بما يناسب ما ذكرنا ويلتقي معه. أما الضمان في الإجارة الباطلة فهو لا يتصف بالصحة والفساد، بل بالوجود والعدم. ولا يبعد مناسبة السياق في كلامه فننظر.

(مسألة ٣٣): العين التي للمستأجر بيد الأجير الذي أجر نفسه على عمل فيها - كالثوب الذي أخذه ليخيطه - لا يضمن تلفه أو نقصه إلا بالتعدي أو التفريط (١).

لإرادة تحقق الضمان والفتوى به. لكنه لا يناسب كلامه واستدلالة في مستمسكه وغيره. فراجع.

(١) الظاهر عدم الخلاف في ذلك، وإن كان ظاهر الشرائع وجود الخلاف فيه حيث قال: «إذا أفسد الصانع ضمن... أما لو تلف في يد الصانع لا بسببه من غير تفريط ولا تعد، لم يضمن على الأصح. وكذا الملاح والمكاري، ولا يضمنان إلا ما يتلف عن تفريط على الأشبه».

لكن حيث لم يعرف المخالف في ذلك فمن القريب حمله على خلاف بعضهم في تضمينهم ظاهراً مع احتمال التعدي أو التفريط منهم، بحيث لا يقبل منهم إلا باليمين أو البينة أو نحوهما، فيخرج عن محل الكلام.

ثم إن المراد بالتعدي هنا ما يعم الإتلاف، أما لو أريد به الخروج عما اقتضاه العقد كالسير في غير الطريق المتفق عليه والتأخير عن الوقت المتفق عليه فلا بد من إضافة الإتلاف ولو لا عن عمد. إذ لا إشكال في سببته للضمان نصاً وفتوى، كما يظهر مما يأتي.

هذا وحيث لم يتعرض سيدنا المصنف رحمته للحكم مع احتمال التعدي والتفريط، بل مقتضى سكوته عنه البناء على عدم التضمن ما لم يثبت سبب الضمان، فالمناسب التعرض لذلك هنا. فنقول:

قال في المقنعة: «والقصار والخياط والصباغ وأشباهم من الصناع ضامنون لما جتته أيديهم على السلع. ويضمنون ما تسلموه من المتاع، إلا أن يظهر هلاكه منهم ويشتبه بما لا يمكن دفاعه، أو تقوم لهم بينة بذلك». وقريب منه ما في الانتصار،

مدعيًا الإجماع عليه، وانفراد الإمامية به بتفاصيله.

وكلام النهاية لا يخلو عن اضطراب، حيث ذكر أن على مدعي التفريط البينة، ومع ذلك ذكر أنه لا ينبغي تضمين الصانع إلا مع التهمة، وقال أيضاً: «والصانع والمكاري والملاح إذا ادعوا هلاك المتاع أو ضياعه كان عليهم البينة بذلك، فإن لم يكن معهم بينة كانوا ضامين للمتاع». كما يظهر منه في التهذيب الجمع بين النصوص بحمل نصوص التضمين على ما إذا كان العامل متهمًا، ونصوص عدمه على ما إذا كان أمينًا.

وهو الذي يظهر من الكافي والفقيه، للاقتصار فيهما في الباب المناسب على نصوص التضمين ونصوص التفصيل المذكور. كما يأتي عن يونس العمل برواية التضمين، بناء على أنها واردة فيما نحن فيه.

وفي الشرائع: «إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكاري هلاك المتاع، وأنكر المالك كلفوا البينة، ومع فقدها يلزمهم الضمان. وقيل: القول قولهم مع اليمين، لأنهم أمناء، وهو أشهر الروايتين». وقريب منه في التذكرة. وظاهرهما الميل إلى عدم تضمينهم، بل في التحرير بعد أن ذكر القول الأول قال: «ولو قيل: إن القول قولهم مع اليمين كان أولى».

وقد اقتصر الشيخ في المبسوط والخلاف وجماعة ممن تأخر عنه على توقف الضمان على التعدي والتفريط، بنحو يظهر منه أنه لا يضمن ظاهراً إلا مع ثبوتها. وبه صرح جماعة منهم، بل قيل: إنه المشهور، أو الأشهر. حتى ربما ادعي وهن نصوص التضمين بإعراض المشهور عنها. لكن لا مجال له بعد ما سبق، لظهور عمل الأكابر بها. وإهمال مثل المحقق والعلامة لها لترجيح غيرها عليها، لا لإهمالها.

ومن ثم يتعين النظر في النصوص وهي على طوائف كما قيل:

الأولى: ما ظاهره أن الأصل التضمين، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام:

«قال: في الغسل والصباغ: ما سرق منهم [منهما] في [من شيء] فلم يخرج منه على

أمر بين أنه قد سرق وكل قليل له أو كثير، فإن فعل فليس عليه شيء، وإن لم يقم البينة، وزعم أنه قد ذهب الذي ادعي عليه فقد ضمنه إن لم يكن له بينة على قوله^(١). وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: «سئل عن رجل جمال استكرى منه إبلاً [إبل] وبعث معه بزيت إلى أرض، فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه. فقال: إن شاء أخذ الزيت وقال: إنه انخرق! ولكنه لا يصدق إلا ببينة عادلة»^(٢). وصحيحه الثالث عنه عليه السلام: «في حمال يحمل معه الزيت، فيقول: قد ذهب أو أهرق أو قطع عليه الطريق. فإن جاء ببينة عادلة أنه قطع عليه أو ذهب فليس عليه شيء، وإلا ضمن»^(٣). وصحيحه الرابع عنه عليه السلام: «في رجل حمل مع رجل في سفينته طعاماً فنقص. قال: هو ضامن. قلت: إنه ربما زاد. قال: تعلم أنه زاد شيئاً؟ قلت: لا. قال: هو لك»^(٤).

وصحيح أبي بصير عنه عليه السلام: «سألته عن قصار دفعت إليه ثوباً، فزعم أنه سرق من بين متاعه. قال: فعليه أن يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه، وليس عليه شيء. فإن سرق متاعه كله فليس عليه شيء»^(٥).

ويناسبه موثق أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في العين المرهونة وفيه: «سألته كيف يكون الرهن بما فيه إذا كان حيواناً أو دابة أو ذهباً أو فضة أو متاعاً فأصابه جائفة [جائحة] حريق أو لصوص فهلك ماله أجمع سوى ذلك وقد هلك من بين متاعه وليس على مصيبته بينة؟ قال: إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شيء فلا شيء عليه. وقال: إن ذهب من بين ماله وله مال فلا يصدق» ونحوه مرسل أبان عنه عليه السلام^(٦).

وقد يستدل أيضاً بموثق السكوني عنه عليه السلام: «قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن الصباغ والقصار والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس. وكان لا يضمن من

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٢.

(٢) (٣)، (٤)، وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١، ١٦، ٢.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٥.

(٦) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٩ من أبواب كتاب الرهن حديث: ١ وذيله.

الغرق والحرق والشيء الغالب...»^(١).

وخبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: الأجير المشارك هو ضامن إلا من سبع أو من غرق أو حرق أو لص مكابر»^(٢).

ومعتبر إسماعيل بن مرار عن يونس: «قال: سألت الرضا عليه السلام عن القصار والصائغ أیضمنون؟ قال: لا یصلح [الناس في یب] إلا أن یضمنوا. وكان یونس یعمل به ویأخذ به»^(٣). ومن ثم نسب إلى یونس في بعض كلماتهم موافقة المقنعة.

لكن مقتضى إطلاق نسبة الضمان للعناوين المذكورة هو الضمان بسبب عملهم، فيرجع لبيان الضمان الواقعي بالإتلاف والإنقاص، كما حمله عليه في الخلاف، دون الضمان الظاهري بسبب الشك في التعدي والتفريط بعد الفراغ عن مضمونية الإتلاف والإنقاص واقعاً. ولا سيما مع المقابلة في الموثق والخبر بعدم التضمن مع الشيء الغالب، حيث لا سبب معه للضمان الواقعي. وهذا بخلاف سرقة المتاع كله في صحيحي الحلبي وأبي بصير، فإنه من سنخ الرافع للتهمة المانعة من الرجوع لأصالة عدم الضمان. ومع ما في حديث أبي الصباح: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القصار هل عليه ضمان؟ فقال: نعم. كل من يعطى الأجر ليصلح فيفسد فهو ضامن»^(٤). فإن جواب الإمام عليه السلام يناسب فهمه من الإطلاق السؤال عن الضمان الواقعي بإفساد العمل، دون الظاهري لدعواه عدم التعدي والتفريط.

وعلى ذلك يكون بيانه في هذه النصوص للرد على بعض العامة القائلين بعدم الضمان مطلقاً ولو كان بفعله. أو بالضمان مطلقاً ولو لم يكن بفعله، كما حكاه عنهم في الخلاف والتذكرة. ويناسب ذلك ما يأتي في نصوص التفصيل. ومن هنا ينحصر الدليل على أصالة الضمان فيما نحن فيه بالصحيح الخمسة الأول.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٦.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٤.

(٣)، (٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٩، ١٣.

الثانية: ما تضمن عدم الضمان مطلقاً. وقد عد فيها صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الصباغ والقصار. فقال: ليس يضمنان»^(١). ومن ثم حملة الشيخ عليه السلام على ما إذا كانا مأمونين بقرينة ما يأتي. لكن مما سبق عند الكلام في النصوص الثلاثة الأخيرة يظهر أن ظاهر التعبير المذكور نفي الضمان واقعاً بفعلهما، فلا بد إما من حملة على التقية، أو على الاستحباب بعد حملة على المأمون، كما يظهر مما يأتي إن شاء الله تعالى.

وإما الخروج به عن ظاهره المذكور، وحملة على ما نحن فيه من نفي الضمان ظاهراً، فيعارض الطائفة الأولى، ويتعين الجمع بينهما بنصوص الطائفة الثالثة الآتية إن شاء الله تعالى.

الثالثة: ما تضمن التفصيل بين المتهم وغيره، فتجري أصالة الضمان في الأول دون الثاني، كصحيح جعفر بن عثمان: «حمل أبي متاعاً إلى الشام مع جمال، فذكر أن حملاً منه ضاع، فذكرت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام، فقال: أتتهمه؟ قلت: لا. قال: فلا تضمنه»^(٢). وخبر خالد بن الحجاج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص. قال: إن كان مأموناً فلا تضمنه»^(٣).

هذا وربما جعل من هذه الطائفة صحيح الحلبي عنه عليه السلام: «قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطاً للناس. وكان أبي يتطول عليه إذا كان مأموناً»^(٤). وصحيح أبي بصير عنه عليه السلام: «قال: كان علي عليه السلام يضمن القصار والصائغ يحتاط به على أموال الناس. وكان أبو جعفر عليه السلام يتفضل عليه إذا كان مأموناً»^(٥). وصحيح أبي بصير عنه عليه السلام: «في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهرقه. قال: إن كان مأموناً فليس عليه شيء، وإن كان غير مأمون فهو ضامن»^(٦). ونحوه صحيحه

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١٤.

(٢)، (٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٦، ٣.

(٤)، (٥) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٤، ١٢.

(٦) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٧.

الآخر^(١).

لكن مما سبق يظهر أن الأولين أجنبيان عما نحن فيه ظاهراً في الضمان الواقعي إذا كان التلف بفعلهما، كما هو صريح الأخيرين.

ومجرد العلم بعدم الفرق في الضمان الواقعي بفعل العامل بين المأمون وغيره لا يكفي في حملها على الضمان الظاهري مع الشك، خصوصاً الأخيرين، بل يتعين حملها على استحباب عدم تضمين الأمين الذي يحرز منه بذل وسعه في الحفاظ على المال الذي يعمل فيه. كما هو المناسب للتعبير في الأولين بالتطول والتفضل، ونسبتها للإمام أبي جعفر الباقر دون أمير المؤمنين عليه السلام، حيث يناسب ذلك عموم الضمان كما حكم به أمير المؤمنين عليه السلام، واستحباب عدم تضمين الأمين، كما نبّه له الإمام الباقر عليه السلام.

وبذلك يظهر قرب ما سبق ممّا من حمل موثق السكوني على الضمان الواقعي بسبب إتلاف العامل، لوحدة لسانه مع الصحيحين الأولين.

فالعمدة في التفصيل في الضمان الظاهري مع الشك بين الأمين وغيره صحيح جعفر وخبر خالد. وبهما يخرج عن إطلاق الضمان في الطائفة الأولى، وإطلاق عدمه في الثانية لو كانت مما نحن فيه.

نعم في خبر بكر بن حبيب: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبة إلى القصار فذهبت بزعمه. قال: إن اتهمته فاستحلفه، وإن لم اتهمه فليس عليه شيء»^(٢). وخبره الآخر عنه عليه السلام: «قال: لا يضمن القصار إلا ما جنت يده. وإن اتهمته أحلفته»^(٣). لكنهما - مع ضعفهما في أنفسهما - لا ينهضان برفع اليد عن النصوص السابقة في الطائفة الأولى والثالثة.

غاية الأمر أن يحملا على استحباب الاكتفاء بيمينه مع التهمة. أو على عدم

(١)، (٢)، (٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١١، ١٦، ١٧.

تيسر تحصيل الحق منهم على تقدير عدم البينة، لكونهم نوعاً غير منضبطين.
وقد يناسب ذلك ما في صحيح أبي بصير عنه عليه السلام: «قال: لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك، إلا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبينة ويستحلف، لعله يستخرج منه شيئاً...»^(١) كذا رواه في التهذيب^(٢)، فإن التخويف بالبينة فرع استحقاقها.

لكن رواه في الفقيه هكذا: «فيجيئون بالبينة ويستحلف»^(٣). وهو - مع ما فيه من اضطراب في المتن - يقتضي وجوب الجمع بين البينة واليمين. ولا يظن بأحد البناء على ذلك. ومن ثم يقرب التصحيف فيه، وأن الصحيح هو الأول.

وقد تحصل من جميع ما سبق: أن مقتضى الجمع بين نصوص المقام التفصيل بين المتهم والأمين، فالأصل عدم الضمان في الأمين، والأصل الضمان في المتهم، فلا بد فيه من رافع للتهمة من بينة أو وجود أمر غالب كسرقة متاعه كله، أو حريق محله أو نحو ذلك.

وربما احتمل استحباب الاكتفاء منه باليمين. أما مع العلم باستناد التلف لفعله فالمتعين الضمان. غاية الأمر أنه يستحب عدم تضمينه إذا كان مأموناً، بحيث يحرز منه الاهتمام بمتاع المؤجر والحفاظ عليه والتروي في العمل. ولعله إليه يرجع ما ذكره جماعة من كراهة تضمينه مع انتفاء التهمة.

بل قد يستفاد من بعض النصوص عموم استحباب عدم تضمين العامل لما أفسد أو كراهة تضمينه. فقد تقدم ظهور صحيح أبي بصير المانع من التضمين مطلقاً في التضمين الواقعي لما أفسد، وأن دليل جواز التضمين له ملزم بحمله على التقية أو على الكراهة، أو على التضمين الظاهري عند الشك في التفريط ثم تخصيصه بالمتهم. ولعل الثاني أقرب. كما أن في مرسل الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام: «وقال عليه السلام: كان

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١١.

(٢) تهذيب الأحكام ج: ٧ ص: ٢١٨.

(٣) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١٦٣.

وإذا اشترط المستأجر ضمانه على الأجير صح بكل المعنيين المتقدمين (١)،
وإذا تلف أو أتلّفه المؤجر (٢) أو الأجنبي قبل العمل أو في الأثناء بطلت
الإجارة (٣)

أبي يضمن الصائغ والقصار ما أفسدا، وكان علي بن الحسين عليه السلام يتفضل عليهم^(١).
ومقتضاه استحباب عدم تضمينهم مطلقاً، كما يظهر من بعضهم. غاية أنه يتأكد
الاستحباب في الأمين. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم.

(١) أما بالمعنى الأول فلعين ما سبق في العين المستأجرة، وأما بالمعنى الثاني فقد
نسب للمشهور صحة الشرط على خلاف ما سبق في العين المستأجرة. وكأنه لمعتبر
موسى بن بكر الوارد فيمن استأجر سفينة من ملاح ليحمل فيها الطعام واشترط
عليه إن نقص الطعام فعليه. وقد تقدم هناك، وتقدم الكلام فيه. فراجع.
(٢) الظاهر أن مراده ثبت إذا أتلّفه الأجير، لظهور أن المؤجر إنما يصح إطلاقه
على مالك العين المستأجرة، وهو خارج عن محل الكلام من فرض الإجارة على العمل
التي ليس فيها إلا أجير ومستأجر.

(٣) لارتفاع موضوع العمل، المستلزم لارتفاع موضوع الوفاء بالعقد، فيبطل،
إما من حين وقوعه، كما لو كان التلف قبل مضي زمان يمكن فيه العمل، أو من حين
التلف، كما لو كان التلف بعد مضي زمان يمكن فيه العمل. ومن هنا لا يفرق فيه بين
الصور الأربع، بخلاف تلف العين المستأجرة، حيث سبق أن المتلف يكون مفوتاً
للمنفعة على المستأجر، ويحتمل معه استقرار الإجارة. فيتعين البناء على ذلك عملاً
بعموم الوفاء بالعقد. ولذا يكون المتلف هناك معتدياً عرفاً على المستأجر في تفويت
المنفعة، ولا مجال لذلك هنا، لأنه لم يفوت المنفعة عرفاً، بل رفع موضوعها.

غاية الأمر أنه قد يستفاد من عقد الإجارة اشتراط عدم إتلاف المالك للعين،

ورجعت الأجرة (١) كلاً أو بعضاً (٢) إلى المستأجر .

فيكون إتلافه لها تعدياً على الأجير في تفويت الشرط عليه، لا منشأ لاستقرار الإجارة واستحقاق الأجير الأجرة، لارتفاع موضوع المنفعة الموجب لبطلان الإجارة.

وأما ما ذكره بعض مشايخنا فننظر من أن إتلاف المستأجر بمنزلة قبضه للعمل فتستقر به الإجارة ويستحق الأجير الأجرة. فقد سبق منا الإشكال فيه في إتلاف المستأجر للعين المستأجرة، وأنه لا يكون قبضاً للمنفعة القائمة بالعين المستأجرة، فكيف يكون إتلافه للعين هنا قبضاً للعمل مع أنه يقع على العين ولا يقوم بها؟!.

ومثله ما ذكره من أن إتلاف الأجير مفوت للعمل على المستأجر فيجب عليه ضمانه، إلا أن يفسخ المستأجر الإجارة. إذ سبق منا المنع من كون إتلاف العين سبباً في ضمان المنفعة القائمة بها، فضلاً عن ضمان العمل الذي يقع عليها.

نعم إذا كان الأجير قد بذل نفسه للعمل فلم يمكنه المؤجر من العين ليعمل فيها حتى مضت مدة يمكن فيها العمل استقرت الإجارة واستحق الأجرة، كما سبق في المسألة الثالثة والعشرين. وحينئذ لا أثر لتلف العين بعد ذلك في الإجارة. ولعله خارج عن مفروض الكلام.

(١) إنما ترجع الأجرة إذا بطلت الإجارة بعد أن وقعت صحيحة، كما إذا كان التلف بعد مضي زمان يمكن فيه العمل، أما إذا كان قبل مضي زمان يمكن فيه العمل فينكشف بطلان الإجارة حين وقوعها، وعدم خروج الأجرة عن ملك المؤجر لترجع إليه.

(٢) الأول فيما إذا كان التلف قبل العمل، والثاني فيما إذا كان في أثناءه. نعم إذا كان الإتلاف في أثناء العمل لم يبعد ثبوت الخيار للمستأجر، لتبعض الصفقة. لكن لا يضمن ما وقع من العمل بأجرة المثل، لأن الأجير هو الذي ضيع عمله عرفاً. فتأمل جيداً.

وكذا إذا أئلفه المستأجر على الأقوى (١).

(مسألة ٣٤): المدار في القيمة على زمان التلف (٢).

(مسألة ٣٥): كل من أجر نفسه لعمل في مال غيره (٣) إذا أفسد

(١) كما يظهر مما سبق.

(٢) كما تقدم منه ^{ثبت} في المسألة الثامنة عشرة من الفصل الثاني في شروط المتعاقدين من كتاب البيع، وتقدم منّا تقريب كون المعيار فيها على زمان الأداء، إلا في المغصوب فالمعيار فيها على زمان الغصب، لصحيح أبي ولاد^(١) بتقريب تقدم الكلام فيه هناك. وليس المقام منه، لفرض عدم غصب العين، بل هي أمانة يكون ضمانها بالتعدي أو التفريط، فالمتعين كون المعيار في القيمة فيها زمان الأداء.

وأما ما يظهر من بعض مشايخنا ^{ثبت} من إلغاء خصوصية مورد الصحيح والبناء على أن المعيار على قيمة يوم الضمان الذي يستلزم الرجوع في المقام غالباً لقيمة يوم التلف. فهو غير ظاهر الوجه.

هذا ولو كانت العين التالفة مثلية تعين ضمانها بالمثل، كما تقدم في المسألة الثالثة عشرة من الفصل الأول في شروط العقد من كتاب البيع.

(٣) أو بدنه، كما يظهر من الأمثلة الآتية. والفرق بين هذه المسألة والمسألة الثالثة والثلاثين أن الموضوع هناك العين المستأجر على العمل فيها إذا كانت تحت يد الأجير، وسبب الضمان هو التفريط أو التعدي ولو بغير العمل المستأجر عليه. أما الموضوع هنا فهو العين المستأجر على العمل فيها ولو لم تكن تحت يد الأجير، بل كانت تحت يد المستأجر، وسبب الضمان هو العمل المستأجر عليه إذا فسد. وإن كان ملاك الضمان يعمّ الإفساد ولو بغير العمل المستأجر عليه.

ذلك المال ضمن (١)، كالحجام إذا جنى في حجامته، والختان في ختانه (٢).

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، بنحو يظهر منهم التسالم عليه، وعن الكفاية أنه لا يعلم خلافاً في ضمان الصانع، بل نفى في التنقيح الخلاف في ضمانه لو تلفت العين بخيانتة بصنعتة، كما نفى في السرائر خلاف أصحابنا في ضمان الصانع والملاحين والمكارين ما تحنيه أيديهم على السلع، وفي الخلاف الإجماع على ضمان الختان والبيطار والحجام ما يجنون بأفعالهم، وفي الغنية الإجماع على ضمان الأجير نقصان أو تلف ما استؤجر فيه إذا كان ذلك بتفريطه أو نقصان من صنعتة، وفي الانتصار الإجماع على ضمان الصانع ما جنته أيديهم مع التعدي وعدمه، وفي جامع المقاصد والمسالك وعن المفاتيح الإجماع على ضمان ما يجنيه الأجير بيده حاذقاً كان أم لم يكن مفرطاً كان أم لم يكن... إلى غير ذلك.

ويقتضيه قاعدة الضمان بالإنلاف الارتكازية العقلائية المستفاد الجري عليها من النصوص الواردة في الموارد المتفرقة، ومنها نصوص المقام، كبعض النصوص المتقدمة في المسألة الثالثة والثلاثين، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن القصار يفسد. فقال: كل أجير يعطى الأجر على أن يصلح فيفسد فهو ضامن»^(١)، وقريب منه صحيحه الآخر عنه عليه السلام^(٢)، وحديث أبي الصباح عنه عليه السلام^(٣)، وموثق السكوني عنه عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام رفع إليه رجل استأجر رجلاً ليصلح بابه، ف ضرب المسار فانصدع الباب، فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام»^(٤)، وغيرها مما قد يأتي بعضه.

(٢) ففي موثق السكوني عن جعفر عن أبيه: «أن علياً عليه السلام ضمن ختاناً قطع حشفة غلام»^(٥).

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١٩.

(٣)، (٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١٣، ١٠.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٢٤ من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث: ٢.

وهكذا الخياط، والنجار، والحداد إذا أفسدوا. هذا إذا تجاوز الحد المأذون فيه. أما إذا لم يتجاوز ففي الضمان إشكال (١)، وإن كان الأظهر عدم (٢).

(١) وقد يستفاد الضمان من إطلاق المشهور الضمان بالافساد. بل صريح جماعة كثيرة ثبوت الدية على الطبيب مع الإذن.

لكنه لا يناسب ما في الغنية من قصر الضمان على ما إذا كان بتفريطه أو نقصان في صنعتته، وفي السرائر أنه لا يضمن إذا ضرب السائق الدابة في السّوق بالنحو المعتاد، ونحوه في التحرير، فيه وفي وضع اللجام والسرج والبرذعة. ومن الظاهر أنه لا منشأ لذلك إلا الإذن الضمني في الأمور المذكورة.

بل في التحرير: «لو ختن صبياً من غير إذن وليه أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه فسرت جنائته ضمن، ولو فعل بإذن من له الولاية لم يضمن إلا مع التعدي». وفيه أيضاً أن الختان والحجام والمتطب لا يضمنون إذا لم يتجاوزوا محل القطع مع حذقهم في الصنعة فاتفق التلف. ومال إليه في الجواهر ومحكي الكفاية. لكن في جامع المقاصد: «هذا صحيح إذا لم يكن التلف مستنداً إلى فعلهم». وهو كما ترى! إذ مع عدم استناد التلف للفعل لا ضمان حتى مع تجاوز المأذون فيه.

وفي السرائر: «المعلم إذا ضرب للتأديب ضرباً معتاداً، فتلف الصبي وجبت الدية في ماله». وبذلك فرق بين تلف النفس والمال. نعم هو لا يناسب ما في ديات السرائر من عدم الضمان مع عدم تجاوز المأذون فيه.

(٢) قال نثرت: «فإن الإتيان بإذن المالك غير موجب للضمان إجماعاً، والصحيح المذكور [وهو صحيح الحلبي المتقدم] ونحوه ظاهر في صورة عدم وجود العمل المستأجر عليه. ودعوى: أن الإذن مشروطة بالسلامة، فلا تشمل صورة التلف، ممنوعة، بل هو خلاف المفروض. نعم لا يبعد كون السلامة من قبيل الداعي، الذي لا يقدر تحلفه في حصول الإذن».

هذا ولكن الظاهر اختلاف الموارد، فقد يكون الإذن للعامل مبنياً على إعمال خبرته، بنحو يكون شرطاً في الإذن، بحيث لو كان يرى خطأ المالك في إذنه أو يخشى ذلك لم يكن مأذوناً في العمل، فيتعين ضمانه لقصور الإذن، وقد لا يكون كذلك، كما لو اعتمد المالك على خبرته واستأجر على العمل من لا خبرة له، أو من له خبرة فخوفه وأصرّ المالك على طلب العمل منه غير معتن بتخويفه، فيتعين حينئذٍ عدم الضمان، لعموم الإذن وإن تخلف الداعي.

بقي أمران:

الأول: قال سيدنا المصنف رحمته: «هذا إذا كان الفساد من لوازم الفعل المأذون فيه - ولو في خصوص المورد - واقعاً وإن جهلت الملازمة. أما إذا لم يكن من لوازمه، فحصل من باب الاتفاق، فالبناء على الضمان في محله، لأنه غير مأذون فيه، لا بالأصالة ولا بالتبعية».

وفيه.. أولاً: أنه لم يتضح المراد بالفرض المذكور، لظهور أن الإفساد المضمن للشخص هو الذي يستند لفعله، دون ما يصادف فعله مع استناده لسبب آخر. واستناده لفعله لا يكون إلا للملازمة بينهما ظاهرة كانت أو خفية.

وثانياً: أنه لو أمكن انفكاك التسيب عن الملازمة فالمعيار في الإذن بالتبع هو ترتب الشيء على الأمر المأذون فيه وإن لم يكن ملازماً له.

وثالثاً: أن منشأ قصور قاعدة مضمينية الإتلاف ونصوص المقام عن محل الكلام هو عدم تجاوز المتلف عما أذن له فيه، وهو حاصل في المقام، لا الإذن في الإتلاف تبعاً، ليقع الكلام في تحقق الإذن المذكور، وفي المعيار فيه.

الثاني: عن بعض مشايخنا رحمته قصر ذلك على ما إذا لم يبلغ التلف والموت، وإلا لزم الضمان، لأن دم المسلم لا يذهب هدرًا، وحيث كان القتل مستنداً للعامل - كالختان - تعين تحمله للدية بعد أن لم يكن عامداً. بلا فرق بين أن يكون المجني عليه صغيراً أو كبيراً. إلا مع تسليم المجني عليه للموت لأخذ العامل البراءة، فيتجه

سقوط الدية في الكبير لثبوت الولاية له على نفسه، دون الصغير، لعدم ثبوت ولاية الولي عليه في ذلك.

ويشكل.. أولاً: بأن ما تضمن عدم هدر دم المسلم وإن حكي عن المشهور الاستدلال به في المقام، إلا أنه لم يرد لبيان أن كل مقتول من المسلمين يقاد له أو يدفع ديته، إذ لا إشكال في عدم ثبوت ذلك في بعض الموارد، كقتل نفسه، والمقتول دفاعاً، أو لعدوانه في دخول دار الغير، والذي يقتله الطبيب المعالج مع أخذ البراءة، وغيرهم. وإنما ورد في المجهول قاتله بعد الفراغ عن كونه مضمون الدم، كما في صحيح عبد الله بن سنان وابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل وجد مقتولاً لا يدرى من قتله. قال: إن كان عرف له أولياء يطلبون ديته أعطوا ديته من بيت المال. ولا يبطل دم امرئ مسلم...»^(١). ونحوه ما ورد في شهادة النساء بالقتل^(٢). وفيمن وجد قتيلاً في قبيلة أو على باب قوم^(٣). أو في أرض فلاة^(٤). وفي مورد القسامة^(٥).

نعم لا إشكال في ورود عموم ثبوت القصاص أو الدية في القتل. بل كل تعد على بدن المسلم. لكن من القريب جداً انصرافه عما إذا كان الإقدام على ما يوجب القتل أو الإضرار نتيجة ترخيص شرعي رعاية لمصلحة من أوقع عليه الفعل، كما في المقام. ولا سيما بلحاظ موثق السكوني الآتي المتضمن عدم ضمان الطبيب والبيطري مع أخذ البراءة، لأن البراءة من سنخ الإذن في العمل تبتني على إعمال من له السلطنة في تحمل نتائج العمل، وبلحاظ معتبر حمدان بن إسحاق قال: «كان لي ابن وكانت تصيبه حصاة، ف قيل لي: ليس له علاج إلا أن تبطه، فبطيته فمات. فقالت الشيعة:

(١) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٦ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٢ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به حديث: ١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٨ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به حديث: ١، ٧.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٨ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به حديث: ٣.

(٥) وسائل الشيعة ج: ١٩ باب: ٩ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به حديث: ٤.

وكذا الطبيب المباشر للعلاج بنفسه إذا أفسد فهو ضامن (١)، وأما إذا

شركت في دم ابنك. فكتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام فوق عليه السلام: يا أحمد ليس عليك فيما فعلت شيء. إنما التمسست الدواء، وكان أجله فيما فعلت^(١). فإنه وإن كان من القريب وروده لبيان عدم الإثم والعقاب بسبب العذر، إلا أن عدم التنبيه فيه على وجوب الدية مع الغفلة عنها مشعر أو ظاهر في عدم ثبوتها.

على أنه لولا ذلك لزم الإخلال بمصلحة المحتاج للعمل، حيث يكون ذلك مانعاً من الإقدام على العمل الذي يحتاجه.

نعم لو كان الآذن في العمل مفرطاً في الإذن، بأن كان مطلعاً على إضرار العمل به أو بمن له الولاية عليه بوجه استثنائي اتجه عدم ترتب الأثر على إذنه، لخروجه عن مقتضى ولايته فتلزم الدية على العامل المأذون. لكن يرجع العامل بها عليه، إذا كان مغرراً به وخادعاً. وأما ما في نكت النهاية من إطلاق أن المجني عليه إذا أذن في الجناية سقط ضمانها. فلم يتضح وجهه مع سقوط إذنه عن الاعتبار. بل لا يظن منهم البناء على ذلك.

وثانياً: أن عدم ولاية الولي على إعطاء البراءة لا يناسب دليلها الآتي إن شاء الله تعالى، لاختصاصه بأخذ البراءة من الولي، والتعدي منه إلى ما إذا كان المريض كاملاً أهلاً للإذن، فأذن، مبني على فهمه من الدليل المذكور تبعاً، لإلغاء خصوصية مورد النص، أو لأولويته منه عرفاً. بل هو لا يناسب كلامه تتسطر في مسقطية البراءة للضمان. فلا حظ.

(١) كما صرح جمهور الأصحاب هنا أو في الديات. وفي الغنية ونكت النهاية الإجماع عليه. ويقتضيه العموم المتقدم. وخصوص موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلا فهو

كان واصفاً ففي الضمان إشكال (١). وإذا تبرأ الطبيب من الضمان وقبل

ضامن^(١).

ودعوى: أن ذلك لا يناسب ما تقدم من عدم الضمان مع عدم تجاوز المأذون فيه، لأن المجيء للطبيب يتضمن الإذن له في العلاج وإعمال طبه. مدفوعة بأنه إنما يتضمن الإذن له في العلاج الذي يكون به الشفاء، ولا يعم ما يكون به التلف أو الضرر.

وإنما يجري ذلك فيما إذا طلب من الطبيب أو أذن له في أن يعالجه بنحو خاص - كأخذ الدم منه أو إجراء عملية خاصة له - فترتب عليه الضرر أو التلف، حيث يدخل فيما سبق.

بل لو احتمل المريض أو وليه أن يؤدي علاج الطبيب إلى التلف أو الضرر، ومع ذلك جاء ليعالجه، تشبهاً باحتمال السلامة واهتماماً به لزم من ذلك إذنه له في العلاج مطلقاً.

نعم إنما يسوغ له علاجه في صورتين إذا كان احتمال السلامة معتداً به ومهماً، بحيث يسوغ لأجله الإقدام على احتمال التلف أو الضرر. وإلا فلا يكفي الإذن المذكور في جواز إتلاف النفس أو إيقاع الضرر المهم بها، وليس هو كالإذن في إتلاف المال. كما لا يكون الإذن حينئذٍ رافعاً للضمان، لسقوط سلطنة الأذن على الأمر المأذون فيه، فلا أثر لإذنه.

(١) فقد يستفاد الضمان من إطلاق المشهور أن الطبيب ضامن، بل في التذكرة أن الطبيب إذا عالج المريض بطبه أو بوصف دواء عالجه به ضمن. نعم الاختصار في التحرير على ضمان ما جتته يداه قد يظهر في عدم الضمان بالأمر ولا بالوصف.

وكيف كان فقد يستدل على الضمان.. تارة: بإطلاق معقد الإجماع على ضمان

الطبيب. وأخرى: بأن السبب أقوى من المباشر. وثالثة: بإطلاق الموثق. ولا سيما من شيوع العلاج من طريق الأمر باستعمال الدواء أو وصفه ويندفع الأول بعدم وضوح حجية الإجماع في نفسه - فضلاً عن إطلاق معقده - لعدم وضوح كونه إجماعاً تعبدياً، بل يقرب استناده للوجهين الآخرين، فاللازم النظر فيهما.

كما يندفع الثاني بأن ذلك إنما يتم فيما إذا لم يكن المأمور مستقلاً بالاختيار، بل كان تابعاً للأمر كالمنجون والطفل غير المميز، كما عن بعض مشايخنا ^{ثنت} التنبيه له. وأما الثالث فقد ذكر سيدنا المصنف ^{ثنت} ظهوره في المباشر بقرينة اقترانه بالبيطار. لكن ذلك وحده لا يكفي في انصراف الإطلاق لو تم. نعم عن بعض مشايخنا ^{ثنت} اختصاص التطب بالعلاج المباشر، لأن هيئة التفاعل تقتضي المطاوعة، كالتكسب.

لكن المطاوعة ترجع إلى انفعال المتعلق بفعل الموقع للسادة وتقبلها منه، نظير قولنا: علمت زيدا فتعلم، وكسرت الإناء فتكسر. وهي في المقام من شؤون المريض المعالج، لا من شؤون الطبيب المعالج، كما تضمنه الموثق.

فحمل ما في الموثق على المطاوعة يرجع إلى أن المراد أخذ علم الطب من معلمه، بحيث يكون هناك مطبب ومتطبب كمعلم ومتعلم ومكسر ومتكسر. وهو أجنبي عن المقام أيضاً. على أنه لم أعثر عاجلاً في كلام اللغويين على ما يناسب ذلك. مع أن من القريب جداً أن لا يكون مفاد التاء تقبل المادة من موقعها، بل مجرد بيان عروضها على الموضوع المتعلق واتصافه بها من دون نظر لتقبلها من فاعل.

غايته أن اتصافه بها.. تارة: لا يستند إلى فاعل لها فيه عرفاً، كما لو تكسر الإناء نتيجة حرارة الجو، وتعلم الرجل نتيجة جهده الشخصي بتجربة أو مراجعة كتب العلم أو نحو ذلك.

وأخرى: يكون بتأثره بفعل السبب من فاعل آخر، كما في مثل : ضربت الإناء بالحجر فتكسر، ودرست زيدا فتعلم.

وحتى في مثل: كسرت الإناء فتكسر، وعلمت زيدا فتعلم. لا يراد في الحقيقة بفعل الموقع نفس المادة، بل محاولة تحقيقها بفعل سببها. وإلا فالترتب على تحقيق المادة في موضوعها اتصافه بها لا تقبله لها، فالترتب على تعليم زيد مثلاً صيرورته عالماً لا تعلمه، والترتب على تكسير الإناء انكساره وصيرورته مكسوراً لا تكسره. لوضوح أن التعليم والتعلم متضايقان لا ترتب بينهما، وكذا التكسير والتكسر ونحوهما.

وكيف كان فالمتطبب في الحديث لا يراد به المطاوعة، بل من يعمل طبه. أما أن إعمال طبه بخصوص المباشرة للعلاج بنفسه، أو بما يعم وصفه له وأمره به، فهو أمر آخر لابد من الرجوع فيه للغة أو العرف، ومقتضى ما سبق من مفاد التاء أن يراد به من حصل على الطب، وهو الطبيب. والمذكور في لسان العرب ومختار الصحاح والقاموس أنه هو الذي يتعاطى الطب. ولا يبعد كون مرادهم به من يستعمل علمه ويعالج المرضى به. وهو لا يختص بالمباشر، بل يعم الأمر والواصف في مقام العلاج، كما هو كذلك عرفاً. فيتعين عموم الموثق بإطلاقه للجميع. خصوصاً بعد ما سبق من شيوع ذلك خارجاً.

ثم إن ذلك لو تم فالمعيار فيه صدور البيان من الطبيب في مقام علاج المريض والحمل على الجري عليه، سواء كان بصورة الأمر باستعمال الدواء أو بوصفه لشخص مريض، أم ببيان كبرى نفع الدواء لمرضه. أما مجرد بيان نفع الدواء في الشفاء من المرض، كحقيقة علمية - نظير بيان المدرس لتلامذته - من دون أن يتني على الحمل على استعماله والتعالج به، فهو لا يكفي في صدق التطبب بالمعنى المتقدم. ولا أقل من خروجه عن المتيقن منه. فلاحظ.

المريض أو وليه بذلك ولم يقصر في الاجتهاد فإنه يبرأ من الضمان (١)

(١) كما في النهاية ونكتها والمهذب والسرائر والنافع وجامع الشرائع وكنز الفوائد واللمعة والتنقيح وغيرها. وفي المسالك أنه المشهور. وقد استدلل عليه بوجوه:

الأول: مسيس الحاجة لذلك ففي نكت النهاية بعد أن ذكر أن ذلك خلاف الأصل قال: «لكن شرعيته لضرورة الحاجة، فإنه لا غنى عن العلاج، وإذا عرف البيطار أو الطبيب أن لا مخلص له من الضمان توقف في العلاج مع الضرورة له، فوجب أن يشرع الإبراء دفعاً لضرورة الحاجة».

وفيه: أن ذلك لا يكفي في الاستدلال، لإمكان سدّ الحاجة بوجه آخر، كبيان الطبيب لوجه العلاج مع تنبيه المريض أو وليه لاحتمال الضرر به، وإيكال الأمر إليه من دون أن يصير في مقام علاجه به، أو وجوب وفاء الدية عن الطبيب من بيت المال أو غيرهما. ولعل لذا قال في المسالك: «فإن الحاجة لا تكفي في شرعية الحكم بمجردها مع قيام الأدلة على خلاف ذلك». وما في الرياض من أنه لم يفهم ذلك غريب.

الثاني: عموم نفوذ الشروط، كما في مفتاح الكرامة وعن المحقق الأردبيلي. وفيه: أولاً: أن صدق الشرط بذلك لا يخلو عن إشكال، لأن الشرط المذكور ابتدائي، لعدم التزام الطبيب في مقابله بشيء. غاية الأمر أن له أن يعالج. فهو نظير الجعالة. وقد سبق ممّا في أوائل مقدمة كتاب التجارة الإشكال في صدق الشرط على اللاتزام الابتدائي.

اللهم إلا أن يقال: يكفي في خروج الشرط عن كونه ابتدائياً ابتناؤه على طلب العلاج من الطبيب وحمله عليه. وكذلك الحال في الجعالة على ما يأتي في محله إن شاء الله تعالى. وأظهر من ذلك ما لو اشترطت البراءة في ضمن عقد، كاستئجار الطبيب للعلاج بحيث يكون ملزماً به.

وثانياً: أن ذلك مخالف لعموم ثبوت الدية وأسبابها. إلا أن يراد به سقوط الدية

في مرتبة متأخرة عن ثبوتها، نظير ما ذكرناه في اشتراط سقوط الخيار من كتاب البيع. وإن كان ذلك خلاف ظاهرهم.

وثالثاً: أن نفوذ الشرط المذكور قد يتجه في دية الأطراف والمنافع التي تكون للمجني عليه، حيث يكون له الإبراء منه. وكذا لوليه إذا كان لمصلحته، كما في المقام. أما دية التلف فليست هي من حق المجني عليه، بل من حق الوارث، فليس للمجني عليه الإبراء منه، ليصح منه اشتراط البراءة. نعم لو كان هناك عقد طرفه الوارث أمكن تحقق الشرط المذكور فيه منه.

الثالث: الأصل، بناءً على ما سبق ممّا - في صورة عدم تعدي العامل عما أذن له فيه - من قصور دليل سببية إتلاف النفس للضمان عما إذا كان الإقدام على ما يوجبه نتيجة ترخيص شرعي رعاية لمصلحة من أوقع عليه الفعل، حيث ترجع البراءة ممن له حق البراءة إلى عموم الإذن لحال التلف. وإليه يرجع ما عن المحقق الأردبيلي رحمته من أنه لم يثبت شرعاً أن كل إتلاف موجب للضمان.

الرابع: موثق السكوني المتقدم. وما يظهر من غير واحد من ضعفه، لا مجال له بعد توثيق الشيخ رحمته للسكوني في العدة وكونه مع النوفلي الذي روى عنه هذا الحديث من رجال تفسير القمي وكامل الزيارات.

وأما ما في نكت النهاية من أن الأكثرين يطرحون ما ينفرد به السكوني. فهو لا يناسب ما ذكره الشيخ رحمته في العدة من عمل الأصحاب برواياته وروايات أمثاله من غير الإمامية الموثقين. على أنه لا وجه لذلك منهم مع وثاقته.

هذا وقد تردد في سقوط الضمان بأخذ البراءة في الشرائع والقواعد والتحرير والإرشاد والإيضاح، بل جزم بعدمه في المسالك والروضة. إما لضعف الحديث، أو لأنه من إسقاط ما لم يجب. ويظهر ضعف الوجهين مما سبق من اعتبار الحديث، حيث يتعين معه القبول بمضمونه وإن كان مخالفاً للقاعدة بالوجه الذي سبق بيانه.

نعم منع في المسالك والروضة من دلالة على المدعى من أخذ البراءة قبل

العلاج معلقاً على التلف، بدعوى: أنه ظاهر في أخذ البراءة بعد تحقق التلف، لأن حقيقة البراءة إسقاط الحق بعد ثبوته، ولذا أمر بأخذها من الولي الذي هو المستحق للدية، مع أنه لو كان أخذها قبل العلاج فقد لا يوجب العلاج حدّ التلف الذي هو السبب لاستحقاقه الدية، لتؤخذ البراءة منه. وأقره على ذلك في الرياض.

وفيه: أن ظاهر أخذ البراءة ليس هو طلب إسقاط الحق، بل التنصل من تبعة العمل وعدم تحملها. ولو فرض أن المراد به طلب إسقاط الحق فالمراد به طلب إسقاطه معلقاً على ثبوته، لا فعلاً، ليتوقف على فعلية ثبوت الحق.

ويناسبه جعل موضوع أخذ البراءة التطبّر والتبيطر، لا ما قد يترتب عليهما من التلف. وظهور قوله عليه السلام: «وإلا فهو ضامن» في أن المترتب على عدم أخذ البراءة هو حصول الضمان، لا بقاؤه.

وأما كون الأخذ من الولي فالمراد به الأخذ من ولي المريض أو الأعم منه من المريض نفسه إذا كان كاملاً، لكونه ولي نفسه، لا الوارث الذي يستحق الدية. إذ لا قرينة على ذلك. بل لا مجال له في الحيوان الذي هو موضوع التبيطر. ولعله لذا فهم الأصحاب من الرواية محل الكلام، كما اعترف به في الرياض.

نعم يظهر من المحقق ثنا في نكت النهاية أنه فهم من الولي من له المطالبة بالدية، قال: «فلما شرع الإبراء قبل الاستقرار لمكان الضرورة صرف إلى من يتولى المطالبة بتقدير وقوع ما يبرأ منه».

لكنه بعيد أيضاً. كيف ولازمه تعذر أخذ البراءة إذا امتنع الوارث منها. وكذا إذا كان قاصراً، حيث يتعذر أخذها منه ومن وليه، لأنه خلاف مصلحته، وهو لا يناسب الغرض من تشريع البراءة. كما لا يترتب الأثر عليها لو مات الذي يبرئ قبل المريض أو تجدد للمريض وارث أعلى طبقة منه أو في طبقة بحيث يشاركه في استحقاق الدية. وهو لا يناسب إطلاق النص والفتوى ومن هنا يتعين ما سبق.

ويكون الوجه لأخذ البراءة من الولي غلبة عدم مباشرة المريض الحوار مع

بالتلف (١) وإن كان مباشراً للعلاج (٢).

(مسألة ٣٦): إذا عثر الحمل فسقط ما كان على رأسه أو على ظهره فانكسر ضمنه (٣).

المعالج، خصوصاً في العلاج المعرض للخطر، ويستفاد الاكتفاء بأخذها من المريض نفسه بالأولوية العرفية، أو كون المراد من الولي الأعم من المريض نفسه، كما ذكرنا. بقي شيء. وهو أن الظاهر عدم الإشكال فيما ذكره سيدنا المصنف رحمته وغيره من توقف ترتب الأثر على البراءة على عدم تقصير المعالج، لانصراف إطلاق البراءة إلى ذلك. بل لا مجال لعموم البراءة لصورة التقصير في تلف النفس أو نحوه مما يحرم إيقاعه، لقصور سلطنة الآذن عن ذلك، ومعه لا مجال للخروج عن عموم سببية الإتيان للضمان.

بل لا يبعد اعتبار الخدق، لعين ما سبق. إلا أن ينحصر الأمر بغير الخادق، ويكون الإقدام على تسليم المريض له أولى عند العقلاء من ترك علاجه، لخطورة حاله.

(١) وبغيره مما لا يبلغ حد الموت. لعموم النص والفتوى.

(٢) لإطلاق النص، بل هو متيقن منه.

(٣) كما في القواعد والتحرير. ويقتضيه إطلاق ما في جامع الشرائع من ضمان من حمل متاعاً على رأسه فسقط فتكسر. وفي جامع المقاصد: «لنص والإجماع». وكان مراده بالنص صحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل حمل متاعاً على رأسه، فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه شيء فهو ضامن»^(١).

ولا مجال لما في المسالك من ضعف الحديث، لأن في سنده سهل بن زياد.. أولاً:

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١١. وج: ١٩ باب: ١٠ من أبواب موجبات الضمان حديث: ١.

لأن الظاهر اعتبار حديث سهل، كما ذكرناه في المسألة الواحدة والعشرين من مباحث المياه من هذا الشرح. وثانياً: لرواية الحديث بطرق آخر صحيحة لا مجال للطعن فيها. ومثله ما فيه أيضاً من الإشكال في مضمونه بأن ضمان الجناية على النفس في مال الجاني يختص بالعمد والخطأ الشبيه بالعمد الذي يكون بالقصد إلى الفعل من دون قصد لأثره لاعتقاد عدم ترتبه عليه، ولا يجري في الخطأ المحض الذي لا يقصد معه الفعل، كما هو المنصرف من الحديث أو المتيقن من إطلاقه، بل الضمان فيه على العاقلة. كما أن ضمان الأمين للمال يختص بها إذا كان مفراطاً.

لاندفاعه بأن الضامن في الخطأ المحض ليس هو العاقلة، بل الجاني نفسه، وإنما وظيفة العاقلة حمل الدية وأداؤها عنه. وإن شئت قلت: الحديث وارد لبيان ضمان القتل المفروض وعدم هدر الدم، لا لبيان من يتحمل ذلك ويؤديه.

وأما اختصاص ضمان الأمين بها إذا كان مفراطاً فليس هو إلا مقتضى القاعدة التي يتعين الخروج عنها بالحديث إذا تمت دلالته وسنده. مع قرب كون الضمان في المقام بسبب الإتلاف الذي لا يفرق فيه بين التفريط وعدمه.

فالعقدة في الجواب عن الحديث أمران:

الأول: ما أشار إليه في الجواهر من عدم وضوح رجوع ضمير (منه) للمتاع الذي يحمله، ليكون مما نحن فيه، بل قد يرجع للإنسان المصاب، بل لعله الأولى، لأنه الأقرب. ولا سيما على ما في الكافي وموضع من التهذيب من روايته هكذا: «فمات أو انكسر منه»^(١). وما في موضع من الفقيه من روايته هكذا: «فمات أو كسر منه شيئاً»^(٢).

الثاني: أن الصدوق رحمته الله روى الجواب في الموضع المذكور هكذا: «قال: هو مأمون». فدل على عدم الضمان. اللهم إلا أن تسقط روايته المذكورة بمعارضتها لروايته في موضع آخر بالوجه الأول، ويبقى العمل على الوجه الأول الوارد في الكافي

(١) الكافي ج: ٧ ص: ٣٥٠. تهذيب الأحكام ج: ١٠ ص: ٢٣٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج: ٤ ص: ٨٢.

وموضعين من التهذيب^(١). على أنه لا إشكال في نسبة كسر المتاع لحامله في مورد الحديث، تبعاً لنسبة إصابة الغير له، فيكون ضامناً لقاعدة مضمينة الإلتلاف.

وأما في ما نحن فيه من فرض العثرة فإن تمت نسبة الكسر له كفت القاعدة المذكورة بلا حاجة إلى إلحاقه بمورد الحديث، وإلا فلا مجال لإلحاقه بمورد الحديث واستفادة حكمه منه.

وأما الإجماع - الذي تقدم من جامع المقاصد الاستدلال به - فلم يتضح حصوله في العثرة التي هي محل الكلام، بل مورده التعدي - بمعنى الخروج عما اقتضاه العقد - والتفريط والإلتلاف، والنصوص وافية في الجميع. فاللازم النظر في حصولها في المقام: والظاهر أن التعدي خارج عن مفروض كلامهم، كما لو أمره المالك بسلوك طريق فسلك غيره. كما أن التفريط وإن أمكن حصوله - بإسراعه في السير على خلاف ما ينبغي في مثل حاله، أو عبوره على مكان عَثْرٍ، أو عدم تبينه الطريق أو غير ذلك - إلا أنه غير مطرد بنحو يناسب إطلاق الحكم بالضمآن، فينحصر الأمر بالإلتلاف.

وقد أصرّ سيدنا المصنف ثَنَتْ على تحقيقه في المقام، لأنه مستند إليه وإن لم يكن عن قصد منه له، وظاهر الجواهر المفروغية عن ذلك.

وعن بعض مشايخنا ثَنَتْ إنكار ذلك، وأن العاثر كالألة مع استناد التلف لغيره، نظير ما لو كان على مرتفع فحدثت زلزلة أو ريح عاصف، فسقط على شيء فكسره.

لكن الظاهر الفرق بين ما ذكره وما نحن فيه، لأن كونه على مرتفع - الذي هو أمر يستند إليه - ليس مقتضياً للسقوط، بل هو شرط في تأثير الزلزلة والرياح العاصف للسقوط، فيكون السقوط مستنداً لها دونه.

أما في المقام، فاختلال وضعه بنحو يوجب انكسار ما يحمله مستند لحركته

(١) تهذيب الأحكام ج: ٧ ص: ٢٢٢. وج: ١٠ ص: ٢٣٠.

السابقة على العثرة، غايته أن هذه الحركة لولا العثرة لم يختل بها وضعه. لكن العثرة نفسها مسببة عن الحركة المذكورة، ولولاها لم تحصل، فتقام السبب هو الحركة المستندة له، فيكون المسبب - وهو التلف - مستنداً له.

نعم لو تخلل في البين أمر خارج عنه أوجب العثرة أشكال نسبة التلف له، كما لو اعترضه شخص بعصا في طريقه، أو رمى حجراً انتهى إلى طريقه حين عبوره فعثر به. بل حتى لو تدرج حجر من مرتفع فصادف وصوله إلى طريقه حين عبوره. ولعله خارج عن مفروض كلامهم.

ومثله استدلاله ^(١) على عدم الضمان في المقام بصحيح أبي بصير المروي في التهذيب وفيه: «وفي رجل استأجر حمالاً فكسر الذي يحمل أو يهريقه. فقال: على نحو من العامل، إن كان مأموناً فليس عليه شيء، وإن كان غير مأمون فهو ضامن» ^(٢). ونحوه صحيحه الآخر الذي روي فيه وفي الفقيه، وفيه: «قال: إن كان مأموناً فليس عليه شيء، وإن كان غير مأمون فهو ضامن» ^(٣). بدعوى: أنه صريح في عدم الضمان مع أمانة الحمال التي هي محل الكلام.

للإشكال فيه.. أولاً: بأن من القريب اتحاد الصحيحين، وقد روى الثاني في الكافي هكذا: «في الجمال،...» بالجمع ^(٤)، كما روى الحديثين معاً كذلك في الوسائل ^(٥). فيخرج عن محل الكلام.

وثانياً: أن المفروض في الصحيح نسبة الكسر للأجير، والمفروض في كلامه ^(٦) أن العاثر لا يصح نسبة الكسر له، فكيف يصح منه الاستدلال بالصحيح على حكم العاثر؟!.

(١) تهذيب الأحكام ج: ٧ ص: ٢١٨.

(٢) تهذيب الأحكام ج: ٧ ص: ٢١٦. من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١٦٣.

(٣) الكافي ج: ٥ ص: ٢٤٤.

(٤) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١١، وباب: ٣٠ منه حديث: ٧.

وإذا عثر فوقع هو أو ما على رأسه على إناء غيره فكسره ضمنه (١).
 (مسألة ٣٧): إذا قال للخياط: إن كان هذا القماش يكفيني قميصاً
 فاقطعه، فقطعه ولم يكفه ضمن (٢). ومثله في وجه ما إذا قال له: هل يكفيني
 قميصاً؟ فقال: نعم. فقال: اقطعه، فقطعه فلم يكفه (٣).

وثالثاً: أن العاثر إذا لم يصح نسبة الكسر والإتلاف له لا يكون ضامناً سواء
 كان أميناً أم لم يكن. وأما التفصيل الذي تضمنه الصحيح بين الأمين وغيره فلا بد إما
 من حمله على استحباب عدم التضمن مع الإتلاف إذا كان الأجير أميناً يحرز منه بذل
 وسعه في الحفاظ على متاع المؤجر، وإن كان ضامناً بإتلافه، كما سبق منّا في المسألة
 الثالثة والثلاثين في ذيل الكلام في كون الأجير أميناً لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط،
 أو حمله على أنه مع الشك في التفريط فلا يحكم بتفريط الأمين، ولا يضمن ظاهراً،
 ويحكم بتفريط المتهم ويضمن ظاهراً، كما ذكره هوئنتن في مسائل التنازع، وتقدم منّا
 الكلام فيه في المسألة المذكورة. أما مع فرض عدم الإتلاف فلا فرق في عدم التضمن
 بين المتهم وغيره. وكيف كان فالحديث أجنبى عما نحن فيه.

(١) لعين ما سبق، لأنه إذا كان انكسار المحمول بسبب سقوطه منسوباً للعاثر،
 فانكسار الإناء بسبب السقوط عليه منسوباً إليه أيضاً، لاشتراكهما في السبب المنسوب
 للعاثر.

(٢) كما في التذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد وغيرها. والظاهر عدم
 الإشكال فيه، لانكشاف عدم الإذن في القطع بعد كونه مشروطاً بأمر لم يحصل. وما في
 بعض كلماتهم من حصول الإذن في المقام، إن أريد به الإذن التعليقي فهو لا ينفع مع
 عدم حصول الأمر المعلق عليه، وإن أريد به الإذن الفعلي فهو في غاية المنع.

(٣) فقد صرح بعدم الضمان في التذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد.
 لإطلاق الإذن من المالك وإن ابتنى على توهمه كفايته بسبب إخبار الخياط. ويظهر من

إذا قال للخياط: إن كان هذا القماش يكفيني قميصاً فاقطعه والكلام في ضامنه ٣٥١

مفتاح الكرامة الميل إلى الضمان، لأن الإذن مقيد بالكفاية عرفاً. لأن المالك مغرور من قبل الخياط، فيرجع إليه بملاك الغرور.

لكن لا مجال لدعوى تقييد الإذن، غاية الأمر أن تكون كفايته من سنخ الداعي الذي لا يضر تخلفه بعموم الإذن. ولذا لو اعتمد على إخبار الخياط بكفايته فأمر خياطاً آخر بقطعه لم يكن الخياط الثاني ضامناً.

الهمم إلا أن يقال: عدم تقييد الإذن لفظاً لا ينافي تقييده لباً فيما إذا ظهر من حال الآذن ابتناء الإذن على الكفاية، كما هو قريب جداً فيما كان الأمر متعقباً للإخبار بالكفاية، حيث يكون من سنخ القرينة المتصلة على التقييد.

نعم لو كان الأمر بالقطع منفصلاً عن الإخبار بالكفاية بحيث لا يعد من سنخ القرينة المحيطة به لم يبعد إطلاق الإذن. لكن الظاهر خروجه عن مفروض كلامهم. هذا ولو كان الإخبار بالكفاية مبنياً على الحدس القابل للخطأ بنظر صاحب الثوب الأمر، فلا يبعد ظهور حاله في أن المعلق عليه هو الكفاية بنظر المسؤول واجتهاده، لا الكفاية واقعاً، فلا ضمان. بل يجري ذلك حتى في الصورة الأولى، وهي تعليق الأمر على الكفاية لو التفت الأمر إلى احتمال خطأ المأمور في الاجتهاد. إلا مع القرينة على أن المعلق عليه هو الكفاية واقعاً، بحيث يكون مسؤولاً ولو أخطأ.

وبذلك يظهر الحال فيما لو أمر خياطاً آخر بالقطع، فإن ابتناء أمره له على إخبار الأول بالكفاية، بحيث تكون الكفاية قيداً في أمره بالقطع والإذن له فيه يحتاج إلى عناية خاصة. وبدونها يتعين الإطلاق في حقه. نعم قد يقطع بقصور الإذن لباً عما إذا ظهر له عدم الكفاية، فيتعين حرمة القطع له حينئذٍ، وضمانه لو فعل.

هذا كله إذا كان القطع المأمور به غير مقيد بأن يحقق قميصاً. كما إذا كان عنده طاقة كبيرة فقال للخياط: اقطع بقدر مترين منها إن كان يكفيني قميصاً. ومثله ما إذا قال: إن كان هذا القماش يكفي قميصاً فاصبغه أو طرزه أو غير ذلك.

أما إذا كان المأمور به هو قطع القماش قميصاً فقطعه من دون إكمال القميص

(مسألة ٣٨): إذا أجر عبده لعمل فأفسد فالأقوى كون الضمان في

كسبه (١)

غير مأذون فيه، فيتعين ضمانه في جميع الصور، بل حتى لو قال ابتداء: أقطع لي هذا قميصاً. كما لعله ظاهر.

هذا وأما الغرور فلا إشكال في حصوله في مفروض الكلام. ولا يبعد أن يكون هو المنشأ لما ذكره سيدنا المصنف رحمته من الضمان، كما يناسبه ما سبق منه في فروع بيع الفضولي من ضمان البائع للمشتري ما يخسره للمالك إذا لم يجز البيع.

لكن سبق منا هناك عدم وضوح عموم ضمان الغار، وأن المتيقن من ذلك ما إذا كان عالماً بالحال وخادعاً للمغرور غاشاً له، دون ما إذا كان جاهلاً بخطئاً. وقد أفضنا الكلام في ذلك في المسألة التاسعة عشرة من الفصل الثاني في شروط المتعاقدين من كتاب البيع. فراجع.

(١) كما في كتاب المكاسب من النهاية وفي الشرائع وجامع المقاصد والقواعد والمختلف. جمعاً بين صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل استأجر مملوكاً فيستهلك مالا كثيراً. فقال: ليس على مولاه شيء، وليس لهم أن يبيعهوه، ولكنه يستسعى، وإن عجز عنه فليس على مولاه شيء ولا على العبد شيء»^(١). وصحيح زرارة وأبي بصير عنه عليه السلام: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام، فاستأجره منه صانع [صانع] أو غيره، قال: إن كان ضيع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون»^(٢). بحمل ضمان الموالي في الثاني على خصوص ضمانه في كسبه الذي هو ملك المولى، بقرينة الأول.

وعن بعض مشايخنا رحمته الإشكال فيه بعدم ظهور الأول في كون إتلاف العبد

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١١ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٢. وج: ١٩ باب: ١٢ من أبواب

موجبات الضمان حديث: ١.

للشيء الذي استؤجر فيه، بل هو مطلق من هذه الجهة أو ظاهر في إتلافه لغير ما استؤجر فيه، فيكون مقتضى الجمع بين الصحيحين أن العبد إن أتلف ما استؤجر على العمل فيه كان الضمان على المولى، وإن أتلف مالا آخر كان ضمانه في كسبه. وعلى ذلك جرى شئنا في حاشيته على العروة الوثقى، وإن جرى في منهاجه على ما في المتن. ويندفع بأن ذلك يجري في الصحيح الثاني أيضاً، فإنه يعم ما إذا كان الشيء الذي ضيعه أمراً غير الذي استؤجر على العمل فيه.

فلعل الأولى الإشكال في الجمع المذكور بأنه ليس جمعاً عرفياً بلحاظ لسان الصحيحين، لقوة ظهور الثاني في إطلاق ضمان المولى بنحو يناسب ضمانهم على كل حال ولزوم مبادرتهم للوفاء، ولا سيما بلحاظ سياقه مساق الإباق الذي يتحمل المولى خسارته على كل حال. وهو حيث لا يناسب ما في الأول من جعل الوفاء باستسعائه، مع التصريح بعدم ضمانهم مع عجزه، الذي هو كثيراً ما يحصل، خصوصاً مع كثرة المال المستهلك، كما هو المفروض في الصحيح المذكور.

ولعل الأقرب الجمع بين الصحيحين بالتفصيل بين استئجار العبد من المولى، بحيث يكون طرفاً في الإجارة، واستئجاره مباشرة من دون مراجعة المولى، إما مع كونه مأذوناً من المولى في التكسب، أو بدون ذلك، فيضمن المولى في الأول، كما هو مورد الصحيح الثاني. ولعله لأنه بإجارته له كالمتعهد بأهليته للعمل من دون إفساد، فيتحمل دركه. ولا يضمن في الثاني، بل يكون الوفاء بكسبه، كما تضمنه الصحيح الأول بإطلاقه. ولعله لأن حاله حيث حال غيره من الأجراء الذين لا ضمان لهم يتحمل دركهم، ويكون حكم الشارع باستسعائه رعاية لحق المضمون له. وهذا التفصيل وإن لم أعر على قائل به، إلا أنه أقرب للجمع بين الصحيحين.

هذا وفي كتاب الإجارة من النهاية أن ضمان ما يفسده المملوك على المولى وعليه جرى في الإرشاد ومحكي الروض. ويناسبه ما عن الكافي من أنه لا يجوز استئجار المحجور عليهم إلا بإذن وليهم، وأن ضمان ما يفسدونه عليه. وكأنه عملاً منهم

بالصحيح الثاني. لكن لم يتضح وجه إهمال الصحيح الأول.

وأما ما ذكره سيدنا المصنف رحمته من حملهم له على التمثيل، بلحاظ أن الضمان في كسب العبد من صور ضمان المولى فهو غريب جداً، للتصريح فيه بانحصار الضمان بالكسب، وأنه مع عدم وفائه لا شيء على المولى.

ونفى في السرائر ضمان المولى لما يفسده العبد من مال المؤجر. وهو بإطلاقه يقتضي عدم ضمانه حتى باستسعائه وكسبه، لأن كسبه للمولى، بل يتعين انشغال ذمته به يتبع به بعد عتقه، كما صرح بذلك في جامع المقاصد. وكأنه يبتني على الرجوع للقاعدة القاضية بضمان العبد لإتلافه، من دون ملزم للمولى بالوفاء عنه حتى من كسبه، لأن الكسب ليس ملكاً للعبد، بل للمولى تبعاً للملكة للعبد.

نعم ذلك مبني على إهمال الصحيحين معاً. وإذا كان ذلك يتجه على مبني ابن إدريس من عدم العمل بأخبار الآحاد فلا يتجه من جامع المقاصد.

ولعله لذا حمل فيه صحيح زرارة وأبي بصير على ما إذا أذن له المولى في تضييع المال. وهو خالٍ عن الشاهد، بل بعيد جداً، خصوصاً مع سياق التضييع مساق الإباق. مع أنه لا دليل على ضمان الأذن في الإتلاف بعد عدم جواز العمل على إذنه. كما لا وجه لإهمال صحيح أبي بصير المتضمن لاستسعاء العبد.

وأشكل من ذلك ما في المسالك من أن الإتلاف إن كان عن تفريط تعلق بذمته يتبع به بعد العتق، لأن الإذن في العمل لا يقتضي الإذن في الإفساد، إلا أن يأذن به المولى، فيكون في ضمانه، وعليه يحمل صحيح زرارة وأبي بصير، وإن لم يكن بتفريط تعلق بكسبه، لأن ذلك من مقتضى الإجارة.

إذ فيه: أن ضمان العامل بإتلافه، ليس مقتضى الإجارة. بل هو خارج عنها يبتني على سببية الإتلاف للضمان من دون فرق بين التفريط وغيره. مع أن ذلك إن ابتنى على إهمال الصحيحين فلا وجه له، وإن ابتنى على الجمع بينهما بذلك فهو جمع تبرعي بلا شاهد، بل لا يناسب التعبير بالتضييع في صحيح زرارة وأبي بصير. وقد

فإن لم يفِ فعلى ذمة العبد يتبع به بعد العتق (١) إذا لم يكن جناية على نفس أو طرف، وإلا تعلق برقبته، وللمولى فداؤه بأقل الأمرين من الأرش والقيمة إن كانت خطأ، وإن كانت عمداً تخير ولي المجني عليه بين قتله واسترقاقه، على تفصيل في محله.

(مسألة ٣٩): إذا أجرة دابته لحمل متاع، فعثرت فتلف أو نقص فلا ضمان على صاحبها (٢)، إلا إذا كان هو السبب بنخس أو ضرب (٣). وإذا كان غيره السبب كان هو الضامن.

(مسألة ٤٠): إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق لم يضمن صاحبها (٤)،

عرفت حال حمله له على ما إذا أذن المالك في الإتلاف. فلاحظ.

(١) كما في جامع الشرائع وأرسله في الجواهر إرسال المسلمين. والظاهر عدم الإشكال فيه بلحاظ سببية الإتلاف للضمان، فمع عدم تحمل المولى عنه يتعين بقاؤه في ذمته ولا منشأ لسقوطه، ولا ينفيه قوله عليه السلام في صحيح أبي بصير: «فليس على مولاه شيء ولا على العبد شيء»، لقرب حمله على عدم تحمله شيئاً مادام عبداً، أو عدم تعلقه برقبته، كالجناية على النفس والطرف. وإلا فمن البعيد جداً عدم ضمانه حينئذٍ مع إتلافه. فتأمل جيداً.

(٢) لعدم استناد ذلك له. نعم إذا لم يستأجر الدابة، بل استأجره على أن ينقل متاعه، فحمله على دابة كثيرة العثار ضمن، لتفريطه في اختيار الدابة المذكورة.

(٣) بحيث يستند العثار لذلك عرفاً، حيث يكون حينئذٍ المتلف عرفاً هو الضارب والناخس.

(٤) مع عدم التعدي والتفريط منه، وإلا كان ضامناً. وإذا احتمل التعدي منه

إلا أن يشترط عليه الضمان (١).

(مسألة ٤١): إذا حمل الدابة المستأجرة أكثر من المقدار المقرر بينهما بالشرط أو لأجل التعارف فتلفت أو تعيبت ضمن ذلك (٢). وعليه أجرة المثل للزيادة (٣) مضافاً للأجرة المسماة. وكذا إذا استأجرها لنقل

أو التفريط ضمن ظاهراً إذا لم يكن مأموناً، كما تقدم منّا في المسألة الثالثة والثلاثين.

(١) فينفذ الشرط، على ما تقدم في المسألة الثانية والثلاثين والثالثة والثلاثين.

(٢) كما صرح به غير واحد، من دون ظهور خلاف فيه، بل في الغنية والسرائر والتذكرة الإجماع عليه. لأنه من التعدي، الذي سبق في المسألة الثالثة والثلاثين مضمينته. وهذا ظاهر النص والفتوى ضمان تمام درك التالف، بل هو كالمقطوع به منها.

وربما احتمل ضمان نصفه، وإن لم أعثر على قائل به منّا. لاستناد التلف للمأذون فيه وغيره. وفيه: أن منشأ الضمان ليس هو الإتلاف، ليقع الكلام في سببه، بل التعدي الذي لا إشكال في حصوله من المؤجر.

(٣) أما استحقاق الأجرة للزيادة فهو المصرح به في كلام جماعة، بل الظاهر عدم الإشكال والخلاف فيه. وفي الغنية والسرائر الإجماع عليه. وهو مقتضى قاعدة عدم الضمان بالاستيفاء. وأما أن الأجرة المستحقة هي أجرة المثل للزيادة فهو ظاهر إطلاق استحقاق أجرة الزيادة في كلياتهم، ومنه معقد الإجماع المتقدم. بل صرح بذلك في الإرشاد والتحرير والمختلف.

لكن في المقنعة أن أجرة الزيادة بنسبة أجرة المسمى. ولم يتضح الوجه فيه، لأن خصوصية المسمى إنما ثبتت باتفاقهما عليها في العقد، والمفروض عدمه بالإضافة إلى الزيادة.

نعم يتجه ذلك لو قال مثلاً: أجرتكها بعشرة دراهم على أن تحمل عليها مائة

المتاع مسافة معينة فزاد على ذلك (١). وإذا استأجرها لحمل متاع مسافة

رطل، فإن زدت فبحسابه. لكنه لا يكون بحمله للزيادة متعدياً، ولا ضامناً لعوار الدابة أو تلفها. وهو خارج عن مفروض الكلام.

واحتمل في مجمع الفائدة عدم وجوب أجره المسمى، والرجوع لأجرة المثل للجميع، لعدم حصول ما استؤجر عليه، وهو المقدار المتفق عليه بحده، وقد تزيد أجره المجموع باجتماعه على أجره جميع أبعاضه كل على انفراده، ثم قال: «ويحتمل الرجوع إلى الأكثر أجره، وجعل التخيير في ذلك إلى المؤجر».

لكن لا مجال للأول بعد فرض تحديد موضوع الإجارة بالوزن أو العدد، لأن الزيادة عرفاً من ضم غير المستأجر عليه للمستأجر عليه، ولا توجب تبدل الموضوع، وإنما يكون تبدل الموضوع في مثل ما لو استأجر الدابة لحمل متاع فحمل عليها متاعاً آخر من دون فرق بين كونه مساوياً له وزناً وعدمه.

وأما الاحتمالان الأخيران في كلامه فلا يبعد رجوع أحدهما للآخر، لأن استحقاق الأكثر لا يقتضي وجوب دفعه إذا اختار المؤجر الأقل. مع أن الظاهر ابتناؤهما على فرض تعدد الموضوع الذي سبق الكلام فيه، ويأتي غم الكلام في حكمه إن شاء الله تعالى.

ثم إن المراد بأجرة المثل للزيادة ليس هو أجره حمل الزيادة وحدها، لأن ذلك لم يحصل، بل أجره إضافتها للحمل المستأجر عليه، فإذا كان أجره المثل لحمل الدابة نفر الواحد عشرة، فركبها اثنان، فلا يضاف للمسمى عشرة، بل أجره المثل لإضافة ذلك الواحد على دابة مستأجرة لحمل غيره، لأن ذلك هو الذي حصل. وهو قد يختلف كثيراً عما سبقه.

(١) يعني: على المسافة المعينة. أما الضمان هنا بالتعدي فهو المصرح في كلام جماعة منهم من دون ظهور خلاف، وهو داخل في معقد الإجماع المتقدم من الغنية

والسرائر والتذكرة. لما سبق من التعدي المقتضي للضمان.

وخصوص صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في التعدي بالبغل المستأجر عن مورد الإجارة وفيه: «فقلت له: أ رأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز. فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه...»^(١)، وقوله عليه السلام في صحيح الحلبي: «إن كان جاز الشرط فهو ضامن...»^(٢)، وغيرهما.

وأما وجوب الأجرة للزيادة زائداً على المسمى فهو المصرح به في كلماتهم وفي الغنية والسرائر الإجماع عليه. وهو مقتضى قاعدة الضمان بالاستيفاء نظير ما سبق. ويقتضيه - مضافاً إلى ذلك - صحيح أبي ولاد الذي تضمن عدول أبي ولاد بالبغل عما استؤجر له وتجاوزه به من قنطرة الكوفة إلى النيل، ثم إلى بغداد، ثم رجع به إلى الكوفة، وفيه: «فقال: أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كراء بغل راجباً من النيل إلى بغداد، ومثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إياه»^(٣).

لكن في المهذب: «وإذا استأجر دابة إلى مكان عينه ثم تجاوزه فهلكت الدابة كان ضامناً لها، ولا أجرة عليه فيها زاد بعد المكان الذي عينه. فإن تجاوز بالدابة المكان الذي حده وسلمت كان صاحبها مخيراً بين أن يأخذ منه أجرة المثل وبين أن يضمه قيمة ما نقص». وهو راجع إلى عدم الجمع بين ضمان المنفعة الزائدة وضمان نقص العين المسبب عنها. ولم يتضح وجهه. ولا سيما بعد ما سبق من القاعدة والنص المعتبر المعول عليه عند الأصحاب.

وأما كون الأجرة هي أجرة المثل للزيادة مضافاً إلى المسمى فلم يتضح وجود

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

معينة فركبها أو بالعكس (١) لزمته الأجرة المسماة (٢)، وفي ثبوت غيرها

المخالف فيه، حيث لم يتعرض في المقنعة للفرض المذكور، وجزم المحقق الأردبيلي هنا بحصول ما استؤجر عليه مع الزيادة، فيكون لكل أجره. فلاحظ.

(١) المفروض في كلامه ~~ثبت~~ هنا عدم نهوض الدابة بالأمرين، لتكون المنفعة المستوفاة مضادة للمنفعة المستأجر عليها، كما يظهر بملاحظة تمام كلامه.

أما إذا كانت الدابة تنهض بالأمرين من دون جهد، بحيث يعدّ الجمع بينها منفعة لها عرفاً فالظاهر عدم الإشكال في ثبوت أجرة المثل للمنفعة المستوفاة، لما هو المعلوم من سببية الاستيفاء للضمان، كما تثبت الأجرة المسماة، لعدم الموجب لبطلان الإجارة بعد ما سبق في المسألة الثالثة والعشرين من استقرار الإجارة واستحقاق الأجرة ببذل المؤجر للعين في مدة الإجارة وحضور الأجير للعمل وإن لم يستوف المستأجر المنفعة المستأجر عليها.

غاية الأمر أن أجرة المنفعة المستوفاة تكون هي أجرة إضافتها للمنفعة المستأجر عليها، لا أجرة القيام بها استقلالاً، نظير ما تقدم في أول هذه المسألة من فرض تحميل الدابة أكثر من المقدار المستأجر عليه، لفرض أنه يستحق بالإجارة حمل الدابة أحد الأمرين.

وأظهر من ذلك ما إذا وسع الوقت الأمرين معاً بنحو التفريق، كما لو استأجرها يوماً لنقل المتاع الخاص، وأمكن ركوبها والانتقال بها أيضاً في نفس اليوم، فركبها ولم ينقل المتاع. ومثله ما إذا استأجر الجارية للخدمة فاسترضعها لولده... إلى غير ذلك. لكنه يضمن هنا أجرة استعمالها في المنفعة المستوفاة استقلالاً، كما لعله ظاهر.

(٢) كأنه لعدم الموجب لبطلان الإجارة بعد ما أشرنا إليه آنفاً - وسبق في المسألة الثالثة والثلاثين - من استقرار الإجارة واستحقاق الأجرة ببذل العين للمستأجر في المدة وإن لم يستوف المنفعة المستأجر عليها.

إشكال (١). وكذا الحكم في أمثاله مما كانت فيه المنفعة المستوفاة مضادة للمنفعة المقصودة بالإجارة. بلا فرق بين الإجارة الواقعة على الأعيان

(١) كأنه للإشكال في ملك المؤجر للمنافع المتضادة للعين بنحو الجمع بعد فرض تعذر الجمع بينها، واحتمال ملكه لها على نحو البدلية مع تبعية التعيين للمالك، فمع فرض اختيار المالك المنفعة المستأجر عليها وتمليكها للمؤجر لا يكون مالكا للمنفعة المضادة لها، ليكون المستأجر في المقام ضامناً لها بالاستيفاء، ويستحق عليه المؤجر أجره المثل لها مضافاً إلى الأجرة المسماة. فراجع كلامه في المسألة، حيث لا يسعنا التعرض له لطوله.

نعم يظهر من بقية كلامه في المسألة قوة احتمال أن تكون جهة الاشتراك بين المنافع - وهي كون العين صالحة للانتفاع - مملوكة للمالك العين، وهي مقومة لموضوع الإجارة وخصوصيات المنافع المتباينة خارجة عنه، ملحوظة فيه شرطاً بنحو تعدد المطلوب، لا يوجب تحلفه إلا الخيار، ومع الاختلاف بينهما بالقيمة تكون النسبة بينها نسبة الأقل للأكثر.

فإذا كان موضوع الإجارة في المقام مساوياً للمنفعة المستوفاة قيمة لم يستحق المؤجر شيئاً زائداً على المسمى. غايته أن له الفسخ، لفوات الخصوصية المشروطة، فلا يستحق الأجرة المسماة، بل يضمن المستأجر المنفعة المستوفاة بأجرة المثل المفروض مساواتها للأجرة المسماة.

وإذا كان موضوعها أقل قيمة من المنفعة المستوفاة يكون المستأجر كما لو استوفى بعض المنفعة المؤجر عليها، وقد سبق أنه لا يمنع من استقرار تمام الأجرة عليه. غايته أن للمؤجر فسخ الإجارة لفوات الشرط، فلا يستحق الأجرة المسماة، ويستحق أجره المثل للمنفعة المستوفاة، المفروض أنها دون الأجرة المسماة.

وإذا كان موضوعها أكثر قيمة من المنفعة المسماة يكون المستأجر كما لو زاد على

المنفعة المستأجر عليها، حيث سبق أنه يقتضي استحقاق أجره المثل للزيادة مضافاً للأجرة المسماة. وللمؤجر فسخ الإجارة لفوات الشرط، فلا يستحق الأجرة المسماة، بل يستحق بالاستيفاء تمام أجره المثل للمنفعة المستوفاة، المفروض أنها أكثر من الأجرة المسماة.

ولعله لذا أو نحوه ذهب بعض الأعاضم ثُمَّ وبعض من بعده من محشي العروة الوثقى إلى استحقاق أكثر الأجرتين. وقد يناسبه ما عن غير واحد من ضمان الغاصب أعلى المنافع قيمة وإن استوفى الأقل، بناء منهم على ضمان جميع المنافع حتى غير المستوفاة. بل احتمال أو ذهب إلى ذلك بعضهم في الإجارة على اختلاف منهم لا مجال لإطالة الكلام فيه.

لكن أصّر السيد الطباطبائي ثُمَّ في العروة الوثقى على استحقاق المسمى مع أجره المثل للمنفعة المستوفاة، قال: «ودعوى: أنه ليس للدابة في زمان واحد منفعتان متضادتان. وكذا ليس للعبد في زمان واحد إلا إحدى المنفعتين من الكتابة أو الخياطة، فكيف يستحق الأجرتين؟! مدفوعة بأن المستأجر بتفويته على نفسه واستعماله في غير ما يستحق كأنه حصل له منفعة أخرى». وهو - كما ترى - لا يرجع إلى محصل ينهض بالاستدلال.

أما بعض مشايخنا ثُمَّ فهو وإن وافق السيد الطباطبائي ثُمَّ، إلا أنه استدل - فيما حكى عنه - لاستحقاق كل من الأجرتين بحصول سبب استحقاقهما، وهما الاستيفاء والعقد، الذي لا وجه لبطلانه بعد ما سبق في المسألة الثالثة والعشرين من استقرار الإجارة واستحقاق الأجرة ببذل المؤجر للعين وحضور الأجير للعمل وإن لم يستوف المستأجر المنفعة المستأجر عليها.

وذكر أنه لا مجال لدعوى عدم ملكية المؤجر للمنفعتين المتضادتين معاً. لاندفاعها بأن الملكية كالإباحة صالحة للتعلم بالمتضادين، فكما يباح للمالك الدابة في وقت واحد كل من ركوبها وحمل المتاع عليها، وإن تعذر الجمع بينهما، كذلك هو

يملكها معاً، فيترتب آثار ملكيتها معاً، وهو الضمان بالإجارة والاستيفاء. وقد أطال في بيان ذلك بما لا يسعنا متابعته فيه، بل يتيسر الاطلاع عليه بالرجوع لتقرير درسه. وقد سبقه لذلك بعض المحققين ^١ على ما يظهر منه عند كلامه في الأجير الخاص. هذا ما وسعنا التعرض له من كلماتهم.

ولكن الظاهر أن المنافع غير مملوكة لمالك العين، بل المملوك له العين ذات المنافع التي من شأنها أن تحصل منها، ولا يعد المملوك له عرفاً المنافع مع العين مسلوقة المنافع. وحينئذٍ لا موقع للكلام في ملكية المنافع المتضادة وكيفية ملكيتها.

غايته أن سلطنة مالك العين عليها، كما تقتضي سلطته على تملكها تقتضي سلطته على تملك منافعها بإجارتها. كما أن سلطنة الإنسان على نفسه تقتضي سلطته على تملك منفعتها بإجارتها لنفسه للعمل الذي يقدر عليه، من دون أن يكون مالكاً لمنفعتها.

وعلى ذلك فمقتضى عموم نفوذ العقد صحة الإجارة، واستقرارها ببذل العين والحضور للعمل، واستحقاق الأجرة المسماة وإن لم يستوف المستأجر المنفعة المستأجر عليها، كما سبق.

وأما الاستيفاء فلا عموم لدليل مضمينته، وإنما استفيدت مضمينته من بناء العقلاء ومركزاتهم، والظاهر بملاحظتها في المقام ضمان فرق ما بين المنفعة المملوكة والمنفعة المستوفاة، دون المنفعة المستوفاة بنفسها، بحيث يجب تمام قيمتها. ولا أقل من كون ذلك هو المتيقن من المرتكزات المذكورة، بحيث يحتاج ضمان ما زاد عليه للدليل.

هذا وقد يدعى أن ذلك ينافي صحيح أبي ولاد، حيث فرض فيه إجارتها للبغل من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً، وعدوله إلى السفر من الكوفة إلى النيل ثم إلى بغداد ثم رجوعه إلى الكوفة ^(١). وقد تضمن ضمان المنفعة المستوفاة، من دون تعرض للأجرة المسماة. فإن ابتنى على المفروغية عن استحقاقها - كما عن بعض

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

مشايخنا ^{رحمهم الله} - دلّ على استحقاق كلتا الأجرتين. وإن ابتنى على عدمها دلّ على بطلان الإجارة بترك المنفعة المستأجر عليها والعدول إلى غيرها والاقتصار على أجره المنفعة المستوفاة، وكلاهما لا يناسب المدعى.

لكن من المعلوم في مورد الصحيح أن المنفعة المستأجر عليها دون المنفعة المستوفاة وأقل منها أجره، فبيان ضمان المنفعة المذكورة يكفي - بناء على المدعى - في بيان وظيفة المستأجر وتفرغ ذمته. مضافاً إلى أن المفروض في الصحيح استغراق حبس المستأجر للبغل مدة خمسة عشر يوماً، وهي تكفي للجمع بين المنفعة المستأجر عليها والمنفعة المستوفاة، ولا إشكال حينئذٍ في ضمان كلتا المنفعتين، وخروجه حينئذٍ عن محل الكلام من تضاد المنفعتين.

على أن الصحيح قد ورد لبيان ضمان الغاصب للمنافع المستوفاة - في مقابل قضاء أبي حنيفة بعدم ضمانها لها - من دون أن ينافي استثناء أو إضافة شيء آخر لخصوصية في المورد قد تكون معلومة للسائل، ومع احتياج الواقعة للمصالحة والتحليل، لا اشتباه قيمة المنافع المذكورة وعدم تسير ضبطها.

ومن هنا لا يخرج عما ذكرنا من قضاء المرتكزات العقلانية بعدم سببية الاستيفاء لضمان تمام المنفعة المستوفاة، بل ضمان خصوص الفرق بين المنفعتين لو كانت المنفعة المستوفاة أكثر من المنفعة المستحقة بالإجارة. وهو يجتمع مع ما سبق احتمالاً من سيدنا المصنف ^{رحمهم الله}. وإن لم يتضح تماميته وابتناء ما ذكرنا عليه، ويأتي إن شاء الله تعالى بعض ما يتعلق بذلك.

بقي شيء. وهو أن المضمون في المقام زيادة على الأجر المسمى هو مقدار زيادة أجره المثل للمنفعة المستوفاة على أجره المثل للمنفعة المستأجر عليها، من دون فرق بين كون الأجر المسمى بقدر أجره المثل للمنفعة المستأجر عليها أو كونه أكثر منها أو أقل.

فإذا كانت قيمة المنفعة المستوفاة خمسة عشر وقيمة المنفعة المستأجر عليها عشرة

- كالدَّار والدَّابَّة - والإجارة الواقعة على الأعمال، كما إذا استأجره للكتابة - فاستعمله في الخياطة (١).

وجب إضافة خمسة للأجرة المسماة حتى لو كانت الأجرة المسماة خمسة عشر مثلاً، واستحقاق الخمسة الزائدة على أجرة المثل للمنفعة المسماة بسبب العقد لا يمنع من استحقاق خمسة أخرى بسبب الفرق بين المنفعة المستحقة بالإجارة والمنفعة المستوفاة. كما أنه لو فرض عدم زيادة قيمة المنفعة المستوفاة عن قيمة المنفعة المستأجر عليها، لكن الأجر المسمى دون قيمة المنفعة المستوفاة، فالظاهر وجوب تدارك النقص. فإذا كانت قيمة المنفعة المسماة مثلاً عشرين والأجر المسمى لها عشرة وقيمة المنفعة المستوفاة تزيد على العشرة كان ضامناً للزيادة. لأن رضا المؤجر بالأجر القليل في مقابل المنفعة المستأجر عليها، وإسقاطه حرمتها فيما زاد على ذلك، لا يستلزم سقوط حرمة المنفعة المستوفاة في الزيادة المذكورة.

نعم لو تم ما سبق احتماله من سيدنا المصنف رحمته الله من أن المقوم لموضوع الإجارة هو جهة الاشتراك بين المنافع، وأن خصوصيات المنافع ملحوظة شرطاً تعين عدم استحقاق المستأجر الزيادة إلا إذا فسخ الإجارة، حيث يستحق حينئذٍ أجرة المثل للمنفعة المستوفاة. لكن سبق عدم وضوح تماميته وابتناء ما ذكرنا عليه.

هذا ما تيسر لنا استيضاحه في المقام. ولا بد من مزيد من التأمل في تحكيم المرتكزات التي هي المرجع، وعليها المعول، عند فقد النصوص. والله سبحانه وتعالى العاصم. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(١) حيث كان مبنى الكلام فيما سبق على فرض قيام المؤجر بمقتضى الإجارة ببذله للعين، واستيفاء المستأجر للمنفعة الأخرى، فلا بد في المقام من تحقق الأمرين، ببذل الأجير نفسه للعمل المستأجر عليه، وطلب المؤجر العمل الآخر منه إعراضاً عن مقتضى الإجارة.

(مسألة ٤٢): إذا استأجر العامل للخياطة، فاشتغل العامل بالكتابة للمستأجر (١) عمداً أو خطأ لم يستحق على المستأجر شيئاً (٢).

أما إذا ابتنى طلبه على إبدال العمل المستأجر عليه بالعمل الآخر، فاستجابة الأجير له ترجع إلى اتفاقهما ضمناً على إبدال العمل المستأجر عليه - كالكتابة في المقام - بالعمل المطلوب - كالخياطة في الفرض - وحينئذ يتعين استحقاق الأجرة المسببة لا غير، لأن الاتفاق على الإبدال يقتضي قيام البذل بمقام البذل في العمل بالإجارة والضمان بالأجر المسمى.

كما أنه لو ابتنى على الخطأ من المستأجر في تشخيص موضوع الإجارة، فإن كان الأجير ملتفتاً لذلك كان عليه تنبيه المستأجر إلى الحال، وأنه إنما يبذل نفسه للعمل المستأجر عليه دون العمل المطلوب، فإن لم يفعل واستجاب له لم يستحق الأجر المسمى، لعدم بذل نفسه للعمل المستأجر عليه حينئذ مع انشغاله بالعمل الآخر استجابة له. ويتعين استحقاقه أجرة المثل للعمل الذي قام به. وكذا مع خطئهما معاً في تشخيص موضوع الإجارة.

(١) يعني: من قبل نفسه من دون أمر من المستأجر، وإلا كان المستأجر مستوفياً لعمله، ودخل في موضوع المسألة السابقة.

(٢) الظاهر عدم الإشكال فيه في الجملة، لعدم تحقق العمل المستأجر عليه، ليستحق أجرته، وعدم ضمان المؤجر العمل الذي حصل، لعدم أمره به ليصدق في حقه الاستيفاء. نعم هذا موقوف على مضي الزمان الذي أخذ في الإجارة حصول العمل المستأجر عليه فيه، بحيث يتعذر العمل المذكور بمقتضى الإجارة. أما مع بقاءه وإمكان العمل بمقتضى الإجارة فالتعين بقاء الإجارة ووجوب العمل عليها بقيام الأجير بالعمل المستأجر عليه، وهو الخياطة في المقام، ويستحق بذلك استلام الأجرة، كما لعله ظاهر.

بقي في المقام أمران:

الأول: أنه بعد أن صحت الإجارة في المقام فعدم تسليم الأجير للعمل حتى مضى وقته بمنزلة تلف العمل قبل القبض من قبل الأجير، نظير إتلاف المستأجر للعين أو عدم تسليمها حتى مضى وقت الإجارة. وقد تقدم من بعضهم عند الكلام في التسليم وفي المسألتين الثامنة والسادسة والعشرين أن الإجارة لا تبطل بذلك، بل يتعين ثبوت الخيار للمستأجر بين فسخ الإجارة، لعدم تحقق مقتضاها من تسليم المنفعة، فترجع الأجرة للمستأجر، وعدم فسخها، فيستحق المؤجر الأجرة المسماة ويضمن المنفعة للمؤجر بدفع قيمة المثل لها.

ولو تم ذلك جرى مثله في المقام بالبناء على صحة الإجارة وأن للمؤجر الخيار، فإن لم يفسخ دفع للأجير الأجرة المسماة واستحق عليه قيمة المثل للعمل الذي فوته، كما تبّه لذلك بعض مشايخنا ^{تتسط} في حاشيته على العروة الوثقى في هذه المسألة والمسألة الآتية. وإن لم يتعرض لذلك في منهاجه، بل أمضى فيه ما ذكره سيدنا المصنف ^{تتسط}.

نعم تقدم منا هناك بطلان الإجارة، فيتعين البناء على البطلان هنا أيضاً.

الثاني: عمل الأجير في المقام إذا كان عن عمد منه وكان في ملك المستأجر كخياطة ثوبه والكتابة على قرطاسه كان مهدوراً، لعدوانه بعد عدم طلب المستأجر له وعدم إذنه فيه. بل إذا كان موجباً لنقص قيمة ما عمل فيه كان ضامناً لأرشه.

أما إذا كان خطأ منه في تشخيص موضوع الإجارة فهو وإن كان موجباً لضمانه أرش النقص أيضاً، لأن الخطأ لا يرفع الضمان، إلا أنه لا يكون مهدوراً، بل يبقى محترماً إذا كان لنتيجته قيمة. ويتعين ثبوت حقه في العين بنسبة قيمة أثر العمل لقيمة العين بعد العمل. وقد تقدم نظير ذلك في المسألة الثلاثين من الفصل الرابع في الخيارات من كتاب البيع، فيلحقه ما سبق هناك.

وأما إذا لم يكن العمل في ملك المستأجر، كما لو استأجره على نقل الحصى من الصحراء لبنائه، فقل له الماء من النهر، كانت ثمرة العمل له مطلقاً وإن كان عامداً،

(مسألة ٤٣): إذا أجرة دابة لحمل متاع زيد فحملها المالك (١) متاع

عمر لم يستحق أجرة لا على زيد (٢)، ولا على عمر (٣).

فله أن يستفيد به كما يشاء من دون حرج من المستأجر.

(١) يعني: مالك الدابة.

(٢) اعلم أن إجارة زيد للدابة في الزمن الخاص.. تارة: ترجع إلى ملكيته منفعة

حمل متاعه بخصوصه، لا مطلق الحمل. وحينئذ لا يكون صاحب الدابة بحمله متاع عمر ومستوفياً لمنفعة مملوكة لزيد للتباين بين المنفعتين. نعم قد فوت على زيد منفعته التي ملكها بالإجارة، فإن كان ذلك كافياً في الضمان - كما سبق من بعضهم - تعين صحة الإجارة وضمانه لزيد المنفعة المذكورة بقيمة المثل مع استحقاقه الأجرة المسماة. غاية الأمر أن لزيد فسخ الإجارة، لعدم التسليم، فترجع الأجرة المسماة له، ولا يكون على صاحب الدابة ضمان المنفعة التي فوتها.

وإن لم يكن التفويت كافياً في الضمان - كما سبق منّا - تعين بطلان الإجارة،

لابتنائها على التسليم والتسليم المفروض تعذره بفوت المنفعة.

وأخرى: ترجع إلى ملكيته منفعة حمل الدابة بنحو الإطلاق، من دون خصوصية

لمتاعه أو بنحو تكون خصوصيته شرطاً زائداً على موضوع الإجارة. وحينئذ يكون حمل صاحب الدابة متاع عمر واستيفاء لمنفعة مملوكة لزيد، ولا إشكال في سببته لضمانه لها بأجرة المثل. وتصح الإجارة حينئذ، ويستحق هو على زيد الأجرة المسماة. إلا أن يفسخ زيد، لعدم التسليم، فترجع الأجرة المسماة له، ولا يضمن صاحب الدابة المنفعة التي استوفاه.

(٣) كأنه لفرض عدم استئجار عمر له لحمل متاعه، ليستحق عليه الأجرة

المسماة، وعدم طلبه منه ذلك، ليكون مستوفياً منه منفعة دابته، ويستحق عليه أجرة المثل. أما مع تحقق أحد الأمرين منه، فيتعين استحقاقه إحدى الأجرتين. ولا يمنع من

(مسألة ٤٤): إذا استأجر دابة معينة من زيد للركوب إلى مكان معين فركب غيرها عمداً أو خطأ لزمته الأجرة المسماة للأولى (١) وأجرة المثل

ذلك ملكية زيد لمنفعة دابته حين حمل متاع عمرو عليها.

إذ في الصورة الأولى من صورتين المتقدمتين لا تكون منفعة حمل متاع عمرو مملوكة لزيد، للتباين بين المنفعتين، كما سبق، بل هي مملوكة لصاحب الدابة. وأما في الصورة الثانية فالمنفعة المذكورة وإن كانت مملوكة لزيد، إلا أن ضمان صاحب الدابة لها باستيفائها يجعل ثمرتها له، فضلاً عما إذا فسخ زيد، حيث ترجع المنفعة حينئذٍ لصاحب الدابة ويجري عليها حكم ملكه.

نعم إذا كان عمرو قد استأجره لحمل متاعه على دابة أخرى أو في وقت آخر أو طلب منه ذلك لم يستحق عليه شيئاً، كما إذا لم يستأجره ولم يطلب منه.

هذا كله إذا ضاق وقت إجارة زيد، بحيث يفوت بحمل متاع عمرو على الدابة، أما مع سعة فالتعين بقاء الإجارة ووجوب حمل متاع زيد بعد حمل متاع عمرو على الدابة المذكورة، نظير ما سبق في المسألة الثانية والأربعين، كما هو ظاهر.

(١) لما سبق في المسألة الثالثة والعشرين من استقرار الإجارة على المستأجر ببذل المؤجر العين في مدة الإجارة وإن لم يستلمها المستأجر أو لم يستوف المنفعة منها. نعم لا يستحق الأجرة المذكورة لو لم يتحقق من المؤجر البذل، كما لو كان في مقام بذل دابة واحدة للمستأجر فطلب المستأجر غير الدابة التي استأجرها بتخيل أنها التي استأجرها، فمكّنه المؤجر أو وكيّله منها جرياً على اعتقاده، من دون أن يبذل الدابة المستأجرة مع ذلك.

كما أنه لو استوفى المؤجر منفعة الدابة المستأجرة عمداً أو خطأ لتخيل أن التي أخذها المستأجر هي المستأجرة تعين ضمانه لمنفعة الدابة المذكورة بقيمة المثل يدفعها للمستأجر. إلا أن يستعملها في غير المنفعة المستأجر عليها، فيشكل الأمر.

الثانية (١). وإذا اشتبه فركب دابة عمر لزمته أجرة المثل لها (٢) مضافاً إلى الأجرة المسماة لدابة زيد (٣).

(مسألة ٤٥): إذا استأجر سفينة لحمل الخل المعين مسافة معينة، فحملها خمراً مع الخل المعين لم يستحق المالك عليه إلا الأجرة المسماة (٤).

(١) لضمانه منفعتها بالاستيفاء، لا بالإجارة ليثبت عليه بالأجرة المسماة.

(٢) لنظير ما سبق من ضمانه منفعتها بالاستيفاء.

(٣) سبق أن ضمان الأجرة المذكورة موقوف على بذل زيد للدابة المذكورة، ويجري فيها ما سبق.

(٤) كأنه لما ذكره ثُمَّ عند الكلام في اعتبار إباحة المنفعة في الإجارة من عدم ملك الإنسان للمنافع المحرمة. وقد سبق الكلام في ذلك.

لكنه لو تم فلوضع الخمر في السفينة حيثان تثقيل السفينة بحمل زائد على الحمل المستأجر عليه، وخصوصية كون المحمول خمراً، وإذا كانت الثانية غير مملوكة لصاحب السفينة، فالأولى مملوكة له، فلماذا لا تكون مضمونة بالاستيفاء؟!.

ولعله إلى هذا يرجع ما ذكره بعض مشايخنا ثُمَّ في منهاجه من أن على المستأجر قيمة المثل لحمل الخمر لو فرض أنه كان حلالاً. وإن كان ذلك لا يناسب الجمود على عبارته.

على أنه ذكر هو عند الكلام في اعتبار إباحة المنفعة أن منافع الأعيان المملوكة للمالكها ليس هو فعلية الانتفاع الذي هو من شؤون المستوفي للمنفعة - كالمستأجر وغيره - بل هو معنى قائم بالعين وهو قابليتها للانتفاع، وسبقه إلى ذلك بعض المحققين ثُمَّ وسيدنا المصنف ثُمَّ في المسألة التاسعة من كتاب المزارعة من مستمسكه.

وقد رتب بعض مشايخنا ثُمَّ على ذلك أن المحرم غير القابل للملك هو فعلية

(مسألة ٤٦): يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضرها أو يكبحها باللجام على النحو المتعارف (١)،

الاتفاق الذي هو من شؤون المنتفع بالعين، أما قابلية العين للاتفاق فهي لا تتصف بالحرمة، ولا مانع من ملكية مالك العين لها. ولازم ذلك في المقام هو ثبوت أجره المثل لخصوصية حمل الخمر من دون حاجة إلى فرض كونه حلالاً.

وأشكل من ذلك ما في العروة الوثقى من أن الغاصب للعين إذا استوفى المنفعة المحرمة منها لا يكون ضامناً لها، بل للمنافع الفاتئة في هذه المدة. ويظهر من غير واحد إقرار ذلك منه، بل هو صريح ما عن بعض مشايخنا رحمهم الله.

إذ لازم ذلك أنه لا ضمان على من ينتفع بالعين بالوجه المحرم من دون أن يمنع المالك منها، ليكون مفوتاً لمنافعها عليه. بل هو لا يناسب ما سبق من بعض مشايخنا رحمهم الله من ضمان المنفعة المحرمة في المقام.

هذا وقد تقدم - عند الكلام في اعتبار إباحة المنفعة في الإجارة - ضمان المنفعة المحرمة إلا مع التفات باذها لحرمتها، بحيث يكون مقدماً على المعصية أو مشجعاً عليها ومعتدياً في بذلها منتهكاً لحرمة الشارع الأقدس، من دون فرق في ذلك بين عمل الإنسان ومنفعة العين. ولازم ذلك ضمان قيمة الزيادة في المقام إذا لم يتفق المستأجر مع مالك السفينة على حملها بأجر بحيث يكون مقدماً على الاستئجار على الحرام أو الترخيص فيه بالأجر.

هذا كله بناء على حرمة حمل الخمر ونقله، كما يظهر من غير واحد منهم سيدنا المصنف رحمهم الله. وإلا خرج عن محل الكلام من كون المنفعة الزائدة محرمة. وللکلام في ذلك مقام آخر. وقد تقدم شيء منه عند الكلام في اعتبار إباحة المنفعة في الإجارة.

(١) كما صرح بذلك جماعة تقدم بعضهم في المسألة الخامسة والثلاثين، بل يظهر من بعض كلماتهم المفروغية عنه. لأن التعارف قرينة عرفية على أخذ الترخيص

إلا مع منع المالك (١). وإذا تعدى عن المتعارف أو مع منع المالك ضمن نقصها أو تلفها (٢) وفي صورة الجواز لا ضمان للنقص على الأقوى (٣).
(مسألة ٤٧): صاحب الحمام لا يضمن الثياب أو نحوها لو سرت (٤).

فيه شرطاً ضمناً في عقد الإجارة. كما يجب استفادة الإذن فيه من الإذن في ركوب الدابة والسير بها في غير مورد الإجارة.

(١) كما صرحوا بذلك أيضاً. ووجهه ظاهر. نعم للمالك المنع مطلقاً مع الإذن في ركوب الدابة من دون استئجار لها. وكذا مع الاستئجار لها إذا كان حين العقد. أما إذا أطلق حين العقد فليس له المنع بعد ذلك، لما سبق من أن التعارف قرينة عرفية على أخذ الترخيص شرطاً ضمناً في العقد، ومع نفوذ الشرط المذكور يرتفع حق المالك في المنع ولا يترتب عليه الأثر.

إلا أن يعلم بعد العقد بعدم قصده حين إيقاع العقد اشتراط الترخيص، خروجاً عن المتعارف. وحينئذ إن وافقه المستأجر في عدم القصد لذلك فلا شرط بينهما، وإن خالفه وقصد ذلك تبعاً للمتعارف لزم عدم التطابق بين الإيجاب والقبول، فيبطل عقد الإجارة من أصله.

(٢) كما صرحوا بذلك، بل لا إشكال فيه. لما سبق في المسألة الثالثة والثلاثين من ضمان المستأجر للعين المستأجرة مع التعدي. نعم سبق عدم سلطنة المالك عن المنع بعد العقد، فلا يترتب عليه الأثر.

(٣) كما يظهر مما تقدم في المسألة الخامسة والثلاثين.

(٤) كما في السرائر والشرائع والقواعد والتذكرة والإرشاد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. ونفى في الجواهر الخلاف في ذلك. لعدم الموجب للضمان مع عدم الاستئذان، بل حتى معه مع عدم التفريط، لما هو المعلوم من عدم ضمان الأمين. ولمعتبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى

إلا إذا جعلت عنده ودیعة وقد تعدى أو فرط (١).

(مسألة ٤٨): إذا استأجر لحفظ متاع فسرق لم یضمن (٢) إلا مع

صاحب حمّام وضعت عنده الثیاب فضاعت، فلم یضمنه، وقال: إنما هو أمين^(١). ونحوه أو عینه مرسل الصدوق^(٢).

(١) حیث لا إشكال ولا خلاف ظاهرًا فی الضمان، كما هو الحال فی كل أمين. ومن ثم یتعین حمل إطلاق نفی الضمان فی التذکرة علی صورة عدم التعدي والتفريط، كما ذکره فی مفتاح الکرامة.

(٢) كما فی الجواهر والعروة الوثقى وغيرهما. لعموم عدم ضمان الأمين وخصوص صحیح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «و عن رجل استأجر أجيراً فأقعده علی متاعه فسرق، قال: هو مؤتمن»^(٣).

لكن فی موثق إسحاق بن عمار عنه عليه السلام: «إن علیاً عليه السلام كان یقول: لا ضمان علی صاحب الحمام فیما ذهب من الثیاب، لأنه إنما أخذ الجعل علی الحمام، ولم يأخذ علی الثیاب»^(٤). ونحوه خبر أبي البختري^(٥).

ومقتضى التعلیل فیها أنه لو أخذ الجعل علی الثیاب لضمنها. ومن ثم یتظهر من الجواهر التعارض بین الصحیح وهذین الحدیثین، وتقديمه علیهما ولو لمطابقتها لعموم عدم ضمان الأمين.

وعن بعض مشایخنا^(٦) احتمال حمل الحدیثین الآخرین علی صورة ما إذا لم یکن صاحب الحمام مسؤولاً بحفظ الثیاب، ویكون ترك صاحب الثیاب لها وثوقاً بسلامتها، من دون أن یعتمد علی صاحب الحمام، فیکونان أجنبین عن مورد

(١) وسائل الشیعة ج: ١٣ باب: ٢٨ من أبواب کتاب الإجارة حدیث: ١.

(٢) من لا یحضره الفقیه ج: ٣ ص: ١٦٣.

(٣) وسائل الشیعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب کتاب الإجارة حدیث: ٣.

(٤)، (٥) وسائل الشیعة ج: ١٣ باب: ٢٨ من أبواب کتاب الإجارة حدیث: ٣، ٢.

التقصير في الحفظ (١). وفي كون غلبة النوم من التقصير إشكال (٢). هذا

الصحيح من فرض الاستئمان. لكن ذلك - لو تم - لا ينافي ظهور الحديتين في ضمان صاحب الحمام لو أخذ المال على حفظ الثياب، فيكونان معارضين للصحيح، ويجري ما سبق من الجواهر.

اللهم إلا أن يقال: ظاهر الصحيح أن دفع المال في مقابل حراسة المتاع بالوضع المتعارف من دون أن يتضمن التعهد بسلامته، بحيث يكون الأجير مسؤولاً بدركه، فيكون الأجير كسائر الأمناء.

أما الحديتان فمقتضى المفهوم فيهما ليس هو الضمان مع أخذ المال على مجرد حراسة الثياب، بل على نفس الثياب، ويكون مسؤولاً بسلامتها الراجع للتعهد بضمانها على تقدير التلف، بحيث يكون الضمان مقتضى نفس الأمر المتعهد به في مقابل المال، لا شرطاً زائداً على مفاد المعاوضة فهو يشبه التأمين المتعارف في عصورنا. ولا أقل من لزوم حملها على ذلك، جمعاً مع الصحيح. فتأمل جيداً.

(١) فيضمن. وكأن المفروض في كلامهم كون المتاع تحت يده بحيث يكون أميناً عليه، فيلحقه حكم الأمين من عدم الضمان إلا مع التفريط، وهو الظاهر من صحيح الحلبي المتقدم. أما إذا استؤجر على حفظ المتاع وحراسته من دون أن يجعل تحت يده ويستأمن عليه فلا وجه للضمان حتى مع التفريط.

إلا أن يرجع الاستئجار على الحفظ إلى تحمله مسؤولية المال، بحيث يتعهد به ويتحمل دركه، على النحو المتقدم في حديثي إسحاق وأبي البختري. وحينئذ كما يمكن تعهده بسلامته مطلقاً، فيضمن مطلقاً - كما لعله ظاهر الحديتين - يمكن تعهده به بالمقدار الميسور له، فيختص ضمانه بها إذا فرط.

(٢) وقريب منه في حاشية السيد الأصفهاني رحمته الله على العروة الوثقى. بل منع منه بعض مشايخنا رحمته الله. لكن جعله في العروة الوثقى من التقصير. وعليه جرى جملة

إذا لم يشترط عليه الضمان أما إذا اشترط عليه ضمن (١)، ولم يستحق أجرة في صورتين (٢).

(مسألة ٤٩): إنما يجب تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر إذا توقف استيفاء المنفعة على تسليمها (٣)، كما في إجارة آلات النساجة والتجارة

من محشيها. وهو قريب جداً، فإن من شأن من يتصدى للحراسة أن يعرف من نفسه القدرة عليها، لعدم حاجته للنوم حينها.

نعم لو كانت غلبة النوم له أمراً غير متوقع الحصول، لطارئ غير محتسب خارج عن مقتضى وضعه المعهود له، اتجه عدم حصول التفريط بذلك.

(١) لعموم نفوذ الشروط، على ما تقدم في المسألة الثالثة والثلاثين.

(٢) كما مال إليه في الجواهر في صورة عدم الشرط، واستظهره في العروة الوثقى في صورتين، وعليه جرى غير واحد من شراحها ومحشيها. لعدم حصول الأمر المستأجر عليه، وهو الحفظ. قال في العروة الوثقى: «إلا أن يكون متعلق الإجارة الجلوس عنده وكان الغرض هو الحفظ، لا أن يكون هو المستأجر عليه».

نعم لو رجع الاستئجار على الحفظ إلى تحمل مسؤولية العين بنحو يقتضي الضمان، نظير ما تقدم احتمالاً في حديثي إسحاق وأبي البخري، تعين الضمان في صورتين واستحقاق الأجر، كما لعله ظاهر.

(٣) إذ مع عدم التوقف فلا وجه لوجوب تسليم العين، بل هو مخالف لقاعدة سلطنة مالك العين عليها التي لا يخرج عنها بعد فرض عدم اقتضاء الإجارة تسليمها، بل تسليم المنفعة الموقوف على التمكين من العين لا غير. أما مع التوقف المذكور فيكون مقتضى الإجارة هو تسليم العين مقدمة لتسليم المنفعة الذي تبني عليه الإجارة. وبه يخرج عن قاعدة السلطنة.

نعم لا بد من التفات المتعاقدين للتوقف المذكور، ليرجع العقد إلى الالتزام

والخياطة (١) أو كان المستأجر قد اشترط ذلك (٢)، وإلا لم يجب. فمن

بتسليم العين زائداً على تسليم المنفعة. أما مع الغفلة منهما عن ذلك، أو تجدد التوقف المذكور بعد العقد، فيشكل وجوب التسليم، لخروجه عن مقتضى العقد. ويلحقه حكم تعذر استيفاء المنفعة من أول الأمر أو في الأثناء.

وأشكل من ذلك ما إذا التفت المستأجر لتوقف استيفاء المنفعة على تسليم العين فقصده حين إيقاع العقد، وغفل المؤجر عن ذلك فلم يقصده، حيث يتعين بطلان الإجارة من أصلها، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول. وكذا الحال في سائر أسباب اختلافهما في القصد إلى اشتراط تسليم العين وعدمه.

هذا في مقام الشبوت، وأما في مقام الإثبات والتشاح فالمتبع القرائن العامة والخاصة الصالحة لتعيين المراد لهما حين العقد.

(١) لا يخفى عدم اطراد ذلك في الأمور المذكورة، فمثل الإبرة والمنشار اليدوي يتوقف انتفاع المستأجر به على قبضه، أما مثل ماكينة الخياطة والمنشار الكهربائي فيمكن انتفاع المستأجر به وهو ثابت في محله تحت يد مالكه.

وحتى الأول قد يخرج عن يد مالكه حين انتفاع المستأجر به، بأن يأخذه المستأجر لبيته مثلاً، وقد لا يخرج عنها، كما لو كان ينتفع به وهو عند مالكه وتحت نظره. وكذا مثل الدار والغرفة قد يرفع المالك يده عنه ويستقل به المستأجر وبمفتاحه حين انتفاعه به، وقد يبقى تحت سيطرة المالك حينئذٍ، نظير الغرفة المستأجرة من الفندق.

ومن هنا يصعب التقسيم المذكور بنحو الإطلاق، بل من القريب كون المرجع في تحديد كل من القسمين هو الشرط الصريح أو الضمني المستفاد من التعارف وغيره من قرائن الأحوال.

(٢) سواء كان الشرط صريحاً أم ضمناً بسبب التعارف أو غيره من قرائن الأحوال.

استأجر سفينة للركوب لم يجب على المؤجر تسليمها إليه.

(مسألة ٥٠): يكفي في صحة الإجارة ملك المؤجر المنفعة وإن لم يكن مالكا للعين (١). فمن استأجر داراً جاز له أن يؤجرها من غيره وإن لم يكن مالكا لنفس الدار. فإذا توقف استيفاء المنفعة على تسليمها وجب على المؤجر الثاني تسليمها إلى المستأجر منه وإن لم يأذن له المالك (٢)، وإذا لم

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، بل لا إشكال ولا خلاف فيه ظاهراً، ويظهر من كلامهم في تأجير المؤجر للعين المفروغة عن ذلك، كما ادعي الإجماع في بعض فروع ذلك، وربما يأتي التعرض له.

ويقتضيه عموم نفوذ العقد بعد كون مفاد الإجارة هو تمليك المنفعة المفروض ملكيتها للمؤجر وسلطنته عليها، بل يكفي فيه سلطنته عليها وإن لم يكن مالكا لها، فضلاً عن العين. وتشهد به في الجملة النصوص الواردة في تأجير المؤجر للعين التي قد يأتي التعرض لها، وما هو المعلوم من مشروعية إجارة الوقف المبني على تملك الموقوف عليهم لمنفعة العين الموقوفة، لا مجرد الانتفاع بها. بل الأمر أظهر من ذلك.

(٢) كما في ظاهر الشرائع وصريح المختلف والمسالك والروضة وغاية المراد وغيرها. وحكم بالضمان مع عدم استئذان المالك في التسليم للثاني في النهاية والسرائر والقواعد وجامع المقاصد. ومقتضاه عدم جواز التسليم له.

ويظهر منهم أن الوجه في عدم جواز التسليم له أن المالك بإجارته العين إنما رضي بتسليمها للمستأجر الأول، فتسليمها للثاني من غير إذنه تعدّ عليه، فيحرم، ويكون مضمناً.

وأجيب عن ذلك بأنه في فرض توقف استيفاء المنفعة من العين على قبضها والاستيلاء عليها فإطلاق الإجارة بنحو يقتضي ملك المستأجر للمنفعة وإن لم يستوفها بنفسه يقتضي استئثانه على العين بنحو يقتضي استيفاء منفعتها مطلقاً ولو

من غيره، المقضي لاستيلاء ذلك الغير عليها، فلا يكون بتسليمه لها متعدياً، ليكون التسليم المذكور محرماً مضمناً.

وعن بعض مشايخنا^(١) تأكيد ذلك بأنه لا إشكال في انتقال المنفعة بعد موت المستأجر لوارثه، وأن له الانتفاع بالعين من دون حاجة لاستئذان مالکها المؤجر.

هذا مضافاً إلى بعض النصوص، كصحيح علي بن جعفر: «سألت عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفت ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء»^(٢). والنصوص الواردة في إجارة الأرض وغيرها بمساوي الأجرة أو الأقل^(٣)، والتي يأتي التعرض لها أو لبعضها إن شاء الله تعالى في المسألة الثانية والخمسين، حيث لم يتعرض فيها لوجوب استئذان صاحب العين المستأجرة في تسليمها للمستأجر الثاني.

لكن النصوص الأخيرة واردة لبيان الإجارة من حيثية زيادة الأجر ونقصه ونحو ذلك بعد الفراغ عن جواز الإجارة في الجملة، إما لابتناء الإجارة الثانية على عدم إخراج المؤجر الأول العين عن يده، أو لابتناء الإجارة الأولى على الانتفاع بالعين ولو من طريق إيجارها للغير وتسليمها له أو غير ذلك، ولا إطلاق لها يقتضي جواز إيجارها بنحو تخرج عن يد المستأجر الأول للمستأجر الثاني لمجرد عدم اشتراط المباشرة في الإجارة الأولى.

وأما صحيح علي بن جعفر فهو إنما يدل على أن إطلاق إجارة الدابة يقتضي عدم اعتبار مباشرة المستأجر استيفاء المنفعة، وله أن يستوفيها من طريق غيره كولدته وغلامه وصديقه وغيرهم، وهو لا يستلزم المدعى من جواز إيجارها للغير وتسليمها له، بحيث يستقل بها وتخرج عن سلطان المستأجر الأول.

ويظهر الأثر فيما إذا وثق المستأجر بالغير فسلمه العين ليستوفي منفعتها ثم

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب ١٦ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٣ باب ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢ من أبواب كتاب الإجارة.

اتهمه، حيث لا يسعه استرجاعها منه مع إجارتها له وفرض صحة الإجارة، ويسعه ذلك بل يتعين عليه مع عدمها. نعم لا بأس ببذل منفعة العين بالضمان حيث لا يكون معه ملزماً بتسليم العين للمستوفي، بل له استرجاعها منه متى شاء.

وبذلك يظهر اندفاع الوجه الأول، وأن إطلاق الإجارة بنحو لا يتعين على المستأجر استيفاء منفعتها بنفسه لا يستلزم إطلاقها بنحو يقتضي إجارتها لها وإلزام نفسه بتسليمها للمستأجر، بحيث ليس له استرجاعها منه.

وأما ما سبق عن بعض مشايخنا ^{نظـ} من ظهور عدم حاجة وارث المستأجر للاستئذان في التصرف من المالك. فهو وإن كان مسلماً، إلا أنه لا ينفع في المقام..

أولاً: لما هو المعلوم من توقع تعرض المستأجر للموت، فإقدام مالك العين على الإجارة مع ذلك من دون اشتراط مباشرة المستأجر لاستيفاء المنفعة مستلزم لإقدامه على الإذن للوارث في التصرف إذا ملك المنفعة، ولا مجال لأن يقاس بذلك الإجارة الثانية التي لم يثبت إقدام المؤجر عليها.

وثانياً: لأن بقاء موضوع المنفعة المستأجر عليها بعد موت المستأجر لفرض عدم اشتراط المباشرة مستلزم لملك الوارث لها وسلطته على استيفائها وعلى العين تبعاً لذلك. وهذا بخلاف المستأجر الثاني، لعدم ثبوت سلطته على المنفعة، كي يتعين سلطته على العين تبعاً لها.

إن قلت: المفروض في كلامهم صحة الإجارة الثانية المستلزمة لملك المستأجر للمنفعة وسلطته عليها، كالوارث، وإنما الكلام في جواز تسليم العين من دون إذن مالكيها.

قلت: كلما هم وإن كانت ظاهرة في ذلك، إلا أنه لا مجال للبناء عليه، إذ بعد فرض ابتناء الإجارة الثانية على التسليم، فتوقف التسليم على استئذان مالك العين راجع إلى منافاة الإجارة لسلطته على العين، المستلزم لعدم نفوذها إلا بإذنه. ولعل مرادهم من صحة الإجارة ثانياً صحتها ذاتاً، لفرض عموم موضوعها للمستأجر

يتوقف استيفاء المنفعة على التسليم - كالسفينة والسيارة - لم يجب على المؤجر الأول تسليمها إلى الثاني إلا إذا اشترط عليه ذلك. ولا يجوز للمؤجر الثاني تسليمها إلى المستأجر منه (١). وإن اشترط عليه. بل الشرط يكون فاسداً (٢).

بعد فرض عدم أخذ المباشرة قيداً في الإجارة الأولى. وإلا فلا مجال للبناء على نفوذها إلا بعد الفراغ عن سلطنة المستأجر الأول على تسليم العين للمستأجر الثاني من دون حاجة لاستئذان المالك.

هذا كله بناء على تمامية التقسيم إلى ما يتوقف استيفاء المنفعة من العين على تسليمها وما لا يتوقف على ذلك. أما بناء على عدم تماميته، وأن لزوم التسليم تابع للشرط لا غير، فلا موضوع للكلام المذكور، ويجري حكم القسم الثاني في جميع موارد الإجارة، وهو ما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى. فلاحظ.

(١) كأنه لعدم اقتضاء الإجارة الأولى بنفسها التسليم، لتشارك معها الإجارة الثانية في ذلك. غاية الأمر أن يكون التسليم في الإجارة الأولى مقتضى الشرط أو الإذن، فإذا اختص التسليم المشترط أو المأذون فيه بالمستأجر الأول لم يكن وجهه للتعدي للمستأجر الثاني. بل مقتضاه عدم التعدي لمن يبذل المستأجر الأول له المنفعة من دون استئجار ممن يتعلق به، كولدته وزوجته وصديقه وغلّامه وغيرهم.

وإذا أمكن الفرق بينهم وبين المستأجر الثاني في الشرط أو الإذن أمكن الفرق بينهم وبينه في الإقدام على تسليم العين المستفاد من الإجارة في القسم الأول، كما سبق ممّا ويظهر بالتأمل.

(٢) لكونه منافعاً لحق مالك العين، فلا ينفذ إلا بإجازته. ومع فرض عدم إجازته وفساد الشرط هل يفسد عقد الإجارة الثاني، أو يثبت فيه الخيار، أو يلزم؟ تكرر ممّا أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد، ولا يثبت معه الخيار. لكن لا يبعد هنا ثبوت الخيار، لأن الشرط من شؤون المنفعة التي هي موضوع العقد، فمرجع بطلان

نعم إذا أذن له المالك فلا بأس (١). كما أنه في الصورة السابقة التي يجب فيها تسليم المؤجر الثاني إلى المستأجر منه لا يجوز التسليم إلا إذا كان المستأجر منه أميناً (٢)، فإذا لم يكن أميناً وسلمها إليه كان

الشرط إلى عدم سلامة المنفعة على الوجه الذي أقدم عليه المستأجر الثاني. فتأمل جيداً.

(١) وكذا إذا أجاز المالك الشرط بعد وقوع العقد، كما سبق، لأن الشرط لما كان منافياً لحقه، كان بطلانه لقصور السلطنة على إيقاعه، فيكون كعقد الفضولي قابلاً للنفوذ بالإجازة.

(٢) كما عن ابن الجنيّد. وكأنه لأنه مستأمن على العين، فليس له التفريط بها بتسليمها لغير الأمين، كما لا يجوز له بذلك لغير الأمين ليستوفي منفعتها بدلاً عنه مجاناً من دون إجارة.

وقد يستأنس له بصحيح الصفار: «كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصّره، فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصّره، فضع الثوب هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره وإن كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له. إلا أن يكون ثقة مأموناً إن شاء الله»^(١). وقريب منه أو عينه حديث محمد بن علي بن محبوب^(٢). بناء على رجوع الضمير المستتر في الجواب إلى القصار الثاني.

وهو وإن كان وارداً في العين التي يعمل بها الأجير، إلا أنه يمكن أن يستفاد منه الحكم في المقام - وهو العين المستأجرة - بإلغاء خصوصية المورد بعد اشتراكها في كونها أمانة.

لكن من القريب بلحاظ السؤال رجوع الضمير للقصار الأول، فيكون دالاً على عدم تضمين العامل المأمون، ويتعين حمله على الاستحباب، كما سبق، أو على

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١٨.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٩ من أبواب كتاب الإجارة ملحق حديث: ١٨.

ضامناً (١). هذا إذا كانت الإجارة (٢) مطلقة. أما إذا كانت مقيدة - كما إذا استأجر الدابة لركوب نفسه - فلا تصح إيجارها من غيره (٣)، فإذا آجرها من غيره بطلت الإجارة. فإذا ركبها المستأجر الثاني كان أثماً إن كان عالماً بالفساد. وفي كونه ضامناً أجرة المثل للمالك أو للمستأجر الأول إشكال. والأظهر عدمه (٤). بلافق بين كونه عالماً بالفساد وكونه

الإذن من المالك في الدفع للغير من غير تفريط. وعلى كلا الوجهين يكون أجنبياً عن محل الكلام. على أنه لا ظهور له في إجارة القصار الثاني المبنية على الإلزام بتسليم العين، بل لعله مبني على استيفاء عمله بالضمان من دون عقد ملزم، فيجري فيه ما تقدم في صحيح علي بن جعفر.

ثم إن عدم التسليم لغير الأمين يناسب عدم صحة استئجاره، لما ذكرناه آنفاً من أنه لا مجال لصحة الإجارة في هذا القسم مع عدم جواز التسليم. فلاحظ.

(١) لتعديده في تسليمه للثاني. كما يكون الثاني أيضاً ضامناً لعدم الإذن له في أخذ العين. غايته أن يكون له الرجوع على الأول فيما يغرمه للمالك إذا كان مغروراً مخدوعاً من قبله.

(٢) يعني: الإجارة التي أوقعها المالك.

(٣) لعدم انطباق المنفعة المملوكة له بالإجارة الأولى على ركوب غيره ليملكه له بالإجارة الثانية. نعم لو كانت الإجارة الثانية بلحاظ ركوب المستأجر الأول نفسه صحت، كما نبّه له السيد الطباطبائي رحمته في العروة الوثقى وبعض مشايخنا رحمته على تفصيل لا يسعنا استقصاؤه. كما إذا أراد المستأجر الثاني أن يتحمل نفقة سفر المستأجر الأول، حيث يستطيع بالإجارة الثانية ملك عين المنفعة التي وقعت الإجارة الأولى عليها. لكنه خارج عن مفروض كلام سيدنا المصنف رحمته.

(٤) أما عدم ضمانه أجرة المثل للمالك فكأنه للبناء على امتناع ملك مالك

العين للمنفعتين المتضادتين، وهما ركوب المستأجر الأول وركوب المستأجر الثاني، على ما تقدم الكلام فيه في المسألة الواحدة والأربعين. حيث يتعين ملكه المنفعة الأولى التي اختارها وأوقع الإجارة عليها من دون موجب لبطلان الإجارة، فيستحق على المستأجر الأول الأجرة المسماة، ولا يستحق على المستأجر الثاني شيئاً باستيفائه المنفعة الثانية. خلافاً للسيد الطباطبائي رحمته في العروة الوثقى حيث حكم باستحقاقه أجرة المثل على المستأجر الثاني، لما سبق منه هناك من ضمان المنفعتين المتضادتين لملك العين، إحداهما بالأجرة المسماة، والأخرى بأجرة المثل.

لكن تقدم منا هناك أنه يستحق الأجرة المسماة مقابل المنفعة المستأجر عليها. وإن لم يستوفها المستأجر، كما يستحق فرق ما بينها وبين أجرة المثل للمنفعة المستوفاة إن زادت عليها. وذلك إنها سبق في فرض وحدة الضامن بأن يكون المستأجر هو الذي يستوفي المنفعة الأخرى. أما في المقام حيث يكون المستوفي لها شخص آخر، فهل يجري ذلك أيضاً، بأن يضمن الفرق المذكور لا غير، أو يضمن تمام أجرة المثل للمنفعة المستوفاة؟ لا يخلو الأمر عن إشكال، وإن كان الأول هو الأوفق بالأصل.

وأما عدم ضمانه أجرة المثل للمستأجر الأول فلعدم ملك المستأجر الأول المنفعة المستوفاة، ليستحق أجرة المثل لها. لكن حكم بعض مشايخنا رحمته - مضافاً إلى ضمانه للمالك أجرة المثل للمنفعة المستوفاة - بضمانه للمستأجر الأول أجرة المثل للمنفعة التي فوتها عليه، وهي منفعة ركوبه.

وفيه - مضافاً إلى ما تكرر منا من عدم وضوح وجه الضمان بتفويت المنفعة من دون استيفاء - : أن المستأجر الأول هو الذي فوت المنفعة على نفسه بتسليمه العين للمستأجر الثاني. نعم قد يتجه ذلك لو كان مستوفي المنفعة قد غصب العين من المستأجر الأول.

جاهلاً به؟ (١). وإذا آجر الدابة للركوب واشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه أو أن لا يؤجرها من غيره (٢) فأجرها بطلت الإجارة (٣). وإذا استوفى المستأجر منه المنفعة كان ضامناً له أجرة المثل (٤) لا للمالك (٥).

(١) إذ الجهل إنما يكون عذراً رافعاً للعقاب دون الضمان.

(٢) بأن تكون المنفعة المستأجر عليها هي مطلق الركوب وهي التي يملكها المستأجر، ويكون الشرط المذكور زائداً على مفاد العقد من دون أن يقتضي تقييد المنفعة المستأجر عليها، بخلاف الصورة السابقة، حيث فرض كون المستأجر عليه خصوص منفعة ركوبه بنفسه دون مطلق الركوب.

(٣) لمنافاتها للشرط المذكور، وقد سبق متناً غير مرة من أن الشرط يقتضي حقاً للمشترط يوجب قصور سلطنة الشروط عليه، فلا ينفذ منه التصرف المنافي للشرط. (٤) لكون المنفعة التي استوفاهها مملوكة له بعد فرض كون المنفعة المستأجر عليها أولاً هي مطلق الركوب، لا خصوص الركوب المستأجر للأول. غايته أن بطلان الإجارة يقتضي الانتقال لأجرة المثل، دون الأجرة المسماة بالإجارة الثانية.

نعم لو أمضى المستأجر الأول الإجارة الثانية المخالفة لشرطه تعين استحقاق المستأجر الأول على الثاني الأجرة المسماة.

كما أن المستأجر الأول حيث خالف شرط المالك في عدم استيفاء المنفعة بنفسه فللمالك فسخ الإجارة الأولى، فترجع الأجرة للمستأجر الأول، ويكون المستأجر الثاني ضامناً للمنفعة التي استوفاهها للمالك بأجرة المثل.

وهل للمالك حينئذٍ إمضاء الإجارة الثانية، ليستحق الأجرة المسماة فيها؟ الظاهر أنه ليس له ذلك، نظير ما تقدم متناً في مسألة من باع ثم ملك في فروع بيع الفضولي. فلا حظ.

(٥) لعدم استيفائه منفعة مملوكة له. نعم يستحق المالك الأجرة المسماة في

(مسألة ٥١): إذا استأجر الدكان مدة فانتهت المدة وجب عليه إرجاعه إلى المالك (١)، ولا يجوز له إيجاره من ثالث إلا بإذن المالك (٢). كما لا يجوز له أخذ المال من ثالث، ليتمكن من الدكان - المسمى في عرفنا سرقفلية - إلا إذا رضى المالك (٣) وإذا مات المستأجر لم يجز أيضاً الإجارة الأولى على المستأجر الأول، كما هو ظاهر.

هذا كله مع ضيق الوقت عن استيفاء المنفعتين. أما مع سعة فلا تضاد بين المنفعتين، بل يتعين استحقاق المالك في صورتي التقييد والاشتراط الأجرة المسماة بالإجارة الأولى على المستأجر الأول، وتتمام الأجرة المسماة في الإجارة الثانية على المستأجر الثاني مع إمضائه لها، وتتمام أجرة المثل للمنفعة المستوفاة من قبله عليه مع عدم إمضائه لها. غايته أن للمستأجر الثاني الرجوع على المستأجر الأول بالفرق لو كانت أجرة المثل أكثر إذا كان مغروراً مخدوعاً من قبله.

(١) قطعاً، لعدم الوجه في حبسه عن المالك بعد سلطنته عليه بمقتضى ملكيته له، وانتهاء مدة الإجارة.

(٢) لعين ما سبق لو كان المراد إجارته للمالك كما هو الظاهر. أما إجارته لنفسه فلا مجال لها حتى مع إذن المالك، لعدم ملكه للمنفعة، لتقع الإجارة له. إلا أن يرجع إذن المالك إلى إجارته للمستأجر الأول ثانياً مع إذنه له في أن يؤجره لغيره، فيدخل فيها يأتي في المسألة الثانية والخمسين.

(٣) رضا المالك إنما يسوغ أخذ المال للمستأجر من الثالث إذا لم يكن المستأجر ممتنعاً من تسليم الدكان للمالك، أما إذا كان ممتنعاً من تسليمه له وتمكينه منه فأخذه المال من الثالث بإذن المالك في مقابل رفع يده عن الدكان لا يحل، لأنه معتد بحبس الدكان، فلا يستحق شيئاً في مقابل رفع يده عنه وتركه للعدوان، بل يكون أكل المال حينئذٍ أكلاً له بالباطل.

لوارثه أخذ السرقلية (١)، إلا إذا رضي المالك (٢). فإذا أخذها برضا

كما أن إذن المالك في أخذ المستأجر المال من الثالث - في فرض عدم عدوانه بحبس الدكان - إنما يحتاج إليه إذا ابتنى على جعل حق للثالث الدافع للمال في الدكان يقتضي إيجاره له كلما أراد ذلك.

أما إذا كان المالك في مقام مراعاة المستأجر القديم وترجيحه على غيره وعدم أخذ الدكان منه مادام يرغب في استئجاره، وألويته عرفاً، فيجوز للمستأجر أخذ المال في مقابل إعراضه عن استئجار الدكان، ليستأجره الدافع، ولا يتوقف أخذ المال حينئذٍ على استئذان المالك، لأنه في مقابل أمر له السلطنة عليه.

وقد يستفاد ذلك من صحيح محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرشو الرجل الرشوة على أن يتحول من منزله، فيسكنه، قال: لا بأس به»^(١).

ولعل أصل السرقلية ذلك، ثم تحولت تدريجاً إلى ما تعارف هذه الأيام من ثبوت حق لدافعه في الدكان بحيث يكون له الأولوية باستئجاره، ولا يحق للمالك الامتناع عن إيجارته له مادام يريد استئجاره. ومن الظاهر أن ثبوت الحق المذكور مناف لسلطنة المالك فلا بد من رضاه به، بحيث يرجع الاتفاق إلى عقد بين الأطراف الثلاثة يتضمن دفع المستأجر الجديد مقدراً من المال للمستأجر الأول في مقابل إعراضه عن الدكان وألوية دافع المال به بنحو ملزم للمالك.

وبذلك يظهر أن رضا المالك بدفع السرقلية للمستأجر إن كان من أجل أن يؤجر الدكان لدافع المال فقط لم يقتض ثبوت الحق المذكور لدافع المال، بل لا بد فيه من رضاه بثبوت الحق لدافع المال زائداً على رضاه بإجارة المحل له.

(١) لظهور أن الوارث لا يستحق ما لا يستحقه المورث.

(٢) عرفت أن هذا يختص بما إذا كان الأخذ مبنياً على جعل حق لدافع

المالك (١) لم يجب إخراج ثلث للميت (٢) إذا كان قد أوصى، إلا إذا كان رضى المالك مشروطاً بإخراج الثلث (٣). نعم إذا اشترط المستأجر على المالك في عقد الإجارة أو عقد آخر لازم أن يأخذ السر قفلية (٤) جاز له أخذها. فإذا مات كان ذلك موروثاً لوارثه (٥)، ووجب إخراج ثلثه إذا كان أوصى (٦).

السر قفلية في الدكان. أما إذا لم يتن على ذلك، بل كان للامتناع من تسليم الدكان مع مطالبة المالك به فهو حرام حتى لو رضى المالك. كما أنه لو كان من أجل مراعاة المالك أولويته بالدكان عرفاً فيجوز أخذها بدون إذن المالك.

(١) أو بدون رضاه في مورد يجوز له أخذها، على ما سبق.

(٢) لفرض عدم استحقاق الميت شيئاً، وإنما هو مكسب ابتدائي للوارث كسائر الهبات له. نعم إذا كان الموروث قد دفع السر قفلية بنحو يثبت به له الحق في الدكان كان الحق المذكور من جملة تركته فيجب إخراج الثلث منه وذلك ببيع الثلث المذكور ولو على الورثة أو بعضهم. ويأتي إن شاء الله تعالى ما يتعلق بذلك.

(٣) لكنه لا يجري عليه حكم الثلث، لعدم كونه من تركة الميت، بل يصرف بنظر مالك الدكان الذي اشترط إخراجها.

(٤) يعني: اشترط أن يأخذها لو أراد ترك الدكان. والمفروض في كلامه ^{تتطلب} كون السر قفلية في مقابل حق له في الدكان، فمرجع اشتراط أخذ السر قفلية إلى اشتراط ثبوت الحق المذكور في عقد الإجارة الراجع إلى أولويته بالدكان مادام يريد استجاره. (٥) لأن الحق من جملة تركة الميت، فيورث كالمال.

(٦) من الظاهر أن الحق في نفسه بسيط غير قابل للقسمة، وقد سبق في أحكام الخيار من أحكام البيع أن ملكية الورثة للحق ليست بنحو التوزيع، بل بنحو بئبب لهم بمجموعهم على ما هو عليه من البساطة.

نعم لما كان الحق في المقام يقابل بالمال فهو يقبل القسمة عرفاً بلحاظ مقدار

وهذه السرقفلية من مؤن التجارة، فلا خمس فيها (١). نعم إذا كان للدافع حق في أخذها من غيره وإن لم يرض المالك (٢) كان ذلك الحق من أرباح التجارة يجب إخراج خمسه (٣) بقيمته. وربما زادت القيمة، وربما نقصت، وربما ساوت ما دفعه.

(مسألة ٥٢): يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة وما بمعناها (٤)، أن يؤجر العين المستأجرة بأقل مما استأجرها به

ماليته. ومن ثم سبق وجوب بيع حصة الميت منه لو كان الميت قد دفع السرقفلية. وكذلك الحال في المقام، وهو صورة ثبوت الحق بالشرط، حيث سبق أن اشتراط أخذ السرقفلية راجع له. فلاحظ.

(١) يعني: على دافعها من دون فرق بين ما إذا ابتنت على ثبوت الحق لدافعها في الدكان وعدمه. كما تقدم منه تنظر ومتا في المسألة الثالثة والثلاثين والرابعة والستين من كتاب الخمس.

(٢) بأن كان له حق في الدكان، إما لدفعه السرقفلية للمالك أو للمستأجر الذي قبله بإذن المالك بنحو يثبت على ثبوت الحق المذكور، أو كان قد اشترط على المالك ثبوت الحق المذكور في عقد الإجارة أو غيره.

(٣) هذا إذا كان الحق بنفسه من أرباح السنة، كما إذا حصل له بالشرط أو بهال ربحه في نفس السنة أو بهال استدانته ووفاه من أرباح السنة. أما إذا حصل له في مقابل مال مخمس، أو مال لا خمس فيه - كالميراث - فلا يجب فيه الخمس، حتى لو ارتفعت قيمته عما دفعه في مقابله، كما لعله ظاهر، وتقدم في الجملة في المسألة الرابعة والستين من كتاب الخمس.

(٤) كأن المراد بذلك ما إذا كان له الحق في أن يستوفيها بنفسه وبمن يتعلق به كزوجته وولده وخادمه وضيغه. نعم تقدم في المسألة الخمسين أن التقييد بالمباشرة إنما

وبالمساوي (١). وكذا بالأكثر منه إذا أحدث فيها حدثاً (٢)، أو كانت الأجرة

يمنع من الإجارة الثانية إذا ابتنت الإجارة المذكورة على استيفاء المنفعة من قبل المستأجر الثاني، دون ما إذا ابتنت على استيفائها من قبل المستأجر الأول، كالإجارة الأولى. (١) كما صرح به غير واحد، ويظهر من جملة من كلماتهم المفروغية عنه، ونفى الخلاف والتزاع فيه في مجمع البرهان، كما ادعى الاتفاق عليه في المساوي، فضلاً عن الأقل.

لكن في الخلاف: «إذا استأجر داراً أو غيرها من الأشياء وأراد أن يؤجرها بأقل مما استأجرها أو أكثر منه أو مثله جاز ذلك إذا أحدث فيها حدثاً كيف ما أراد... دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم. ولأن عند إحداث الحدث لا خلاف في جوازه. وقبل ذلك لم يقيم دليل على صحته». وفي المبسوط: «إذا اكترى داراً أو عبداً وأراد أن يؤجره من إنسان آخر نظرت فإن كان بعد القبض وبعد أن أحدث فيه حدثاً فإنه جائز، وإن كان قبل أن يحدث فإنه لا يجوز... وإذا أجره بعد إحداث الحدث فلا فرق بين أن يؤجره من المكري أو من غيره بمثل ما استأجره به أو أقل منه أو أكثر»، وظاهرهما خصوصاً الثاني المنع حتى في الأقل والمساوي مع عدم إحداث الحدث.

وهو غريب جداً. لظهور أن الصحة في الأقل والمساوي من دون إحداث حدث مقتضى عموم نفوذ العقد من دون ظهور دليل مخرج عنه. بل يأتي في صحيح الحلبي التصريح بجواز الإجارة بالمساوي في الجملة. كما يظهر من النصوص الواردة في الزيادة المفروغية عنه، ككلمات الأصحاب.

ومن هنا قد يحمل ذلك على كون إحداث الحدث شرطاً في إطلاق الإجارة الثانية وعمومها للوجوه المذكورة، لا في صحة أصل الإجارة الثانية، وإن كان ذلك لا يناسب عبارة المبسوط. ولعله لذا لم ينسب له الخلاف في ذلك.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب بنحو يظهر منهم عدم الخلاف فيه، بل في

من غير جنس الأجرة السابقة (١). بل يجوز أيضاً مع عدم الشرطين المذكورين

الانتصار والخلاف والغنية وغيرها دعوى الإجماع عليه. ويقتضيه عموم نفوذ العقد وخصوص النصوص الآتي بعضها إن شاء الله تعالى.

(١) كما في الانتصار والغنية، وذكره في الجملة في مزارعة المقنعة والنهاية والمهذب، وفي الشرائع والنافع والتحرير والإرشاد وغيرها، وفي السرائر: «فأما إذا اختلف الجنس فلا خلاف بينهم في جواز ذلك من غير حظر ولا كراهة». وفي الانتصار والغنية دعوى الإجماع عليه.

وقد استدل عليه بعدم لزوم الربا مع اختلاف الجنس. وهو كما ترى، حيث لا موضوع للربا في المقام، كما نبه له في نكت النهاية، لأن التعاوض ليس بين الأجرتين، بل بين كل منهما والمنفعة في معاوضتين بين المستأجر وشخصين.

فالعمدة في جوازه ما ذكره غير واحد من أن النهي - لو تم - تعدي مخالف للقاعدة، وحيث كان موضوعه في النص والفتوى الإجارة بالأكثر أو الفضل في الأجرة فظاهره ملاحظة النسبة بين نفس الأجرتين لا بين قيمتهما، وذلك يختص بصورة اتحاد الجنس.

لكن في معتبر إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مساة أو بطعام مسمى، ثم أجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر، وله في الأرض بعد ذلك فضل أ يصلح ذلك؟ قال: نعم إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك فله ذلك. قال: وسألته عن الرجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مساة أو بطعام معلوم، فيؤجرها قطعة قطعة أو جريباً جريباً بشيء معلوم، فيكون له فضل فيما استأجر من السلطان، ولا ينفق شيئاً، أو يؤجر تلك الأرض قطعاً على أن يعطيهم البذر والنفقة، فيكون له فضل في ذلك على إجارته، وله تربة الأرض أو ليست له.

فقال له: إذا استأجرت أرضاً فأنفقت فيها شيئاً أو رعت فيها فلا بأس بها ذكرت^(١). ومقتضاه توقف جواز أخذ الفضل والزيادة على إحداث الحدث حتى مع اختلاف الجنس، وحتى مع اختلاف نوع المعاملة بأن تكون إحداها إجارة والأخرى مزارعة.

لكن حيث كان وارداً في الأرض التي يأتي حل النهي فيها على الكراهة، فيتعين حملة على الكراهة. وكيف كان فلا مجال للبناء على المنع من الزيادة مع اختلاف الجنس. نعم استثنى بعض مشايخنا^٢ في حاشيته على العروة الوثقى من ذلك ما إذا كانت الأجرة في الإجاريتين من النقود المتمحضة في المالية، كالدينار والدولار والريال، وعنه في توجيه ذلك أنه مع تمحض العوض في المالية من دون اهتمام بخصوصيته غالباً تكون المالية هي المعيار في القلة والكثرة، فمع زيادة مالية العوض في الإجارة الثانية يصدق الإجارة بالأكثر عرفاً من دون عناية.

لكنه غير ظاهر. ولا أقل من الشك في شمول النصوص له. مع أن المعيار في الزيادة على مالية العملة التي وقعت الإجارة الأولى بها..

تارة: هو الزيادة عليها حين الإجارة الثانية، فإذا استأجر العين مثلاً بمائة ريال وكانت تساوي ثلاثين دولاراً ثم نزلت فصارت تساوي خمسة وعشرين دولاراً لم يجز له إجارته بثلاثين دولاراً، لأنها حين الإجارة الثانية أكثر من مائة ريال.

وأخرى: هو الزيادة عليها حين الإجارة الأولى، فيجوز في الفرض المذكور إجارته بثلاثين دولاراً، لأن ماليته لا تزيد على مالية الأجرة في الإجارة الأولى.

لكن صدق الزيادة عرفاً في الأول في غاية المنع حتى بنحو التسامح. وأما الثاني فلازمه أنه مع نزول العملة التي وقعت الإجارة الأولى بها تجوز الإجارة الثانية بالأكثر عدداً من نفس العملة بمقدار ما يحفظ المالية التي وقعت الإجارة الأولى بها، ومع

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٢١ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

عدا البيت والدار والدكان والأجير، فلا يجوز إجارتها بالأكثر حينئذ (١)،

ارتفاع قيمتها لا تجوز الإجارة الثانية بالمساوي. بل ولا بالأقل عدداً إذا زادت ماليتها عن مالية الأجرة في الإجارة الأولى. ولا يظن به ثنتان ولا بغيره الالتزام بذلك.

نعم يتم ما ذكره ثنتان فيما يعد من أبعاض العملة الواحدة، كالدرهم والدينار العراقي قديماً، والريال والتومان الإيراني، والهللة والريال السعودي، حتى لو اشترط في إحدى الأجرتين فئة من العملة مباينة للفئة المشترطة من تلك العملة في الإجارة الثانية، كما لو كانت الأجرة الأولى مائتي درهم عراقي معدني والأجرة الأخرى أحد عشر ديناراً ورقياً، لأن الشرط المذكور لا ينافي حفظ النسبة، وصدق الزيادة في مثل ذلك عرفاً.

(١) كما هو ظاهر المقنع في الحانوت والأجير والدار وظاهر النهاية في المسكن، وصريح المقنعة في الدار والحانوت، والمهذب في الدار، وتقدم من المبسوط فيها وفي العبد. كما صرح في الشرائع بعدم الجواز في المسكن والخان والأجير واستحسنه الشهيد في غاية المراد، وفي المسالك أنه قول أكثر الأصحاب.

وتشهد بها في المتن النصوص، كمعتبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين ثم يؤجرها بأكثر مما تقبلها به ويقوم فيها بحظ السلطان. فقال: لا بأس به. إن الأرض ليست مثل الأجير، ولا مثل البيت. إن فضل الأجير والبيت حرام»^(١).

ومعتبر إبراهيم بن ميمون: «أن إبراهيم بن المثنى سأل أبا عبد الله عليه السلام وهو يسمع عن الأرض يستأجرها الرجل ثم يؤجرها بأكثر من ذلك. قال: ليس به بأس إن الأرض ليست بمنزلة الأجير والبيت. إن فضل البيت حرام، وفضل الأجير حرام»^(٢).

وصحيح أبي المغرا عنه عليه السلام: «في الرجل يؤجر الأرض ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها. قال: لا بأس. إن هذا ليس كالحانوت ولا الأجير. إن فضل الحانوت والأجير حرام»^(١).

وصحيح الحلبي عنه عليه السلام: «قال: لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها، وأجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس. ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، إلا أن يحدث فيها شيئاً»^(٢). ورواه في الوسائل عن الصدوق عن أبي الربيع^(٣). لكن لا يبعد كونه فتوى من الصدوق بمضمون صحيح الحلبي المتقدم.

وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: «في الرجل يستأجر الدار، ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به. قال: لا يصلح ذلك، إلا أن يحدث فيها شيئاً»^(٤).

وهذه النصوص معتبرة سنداً ووافية دلالة. وهي مختصة بالأموال الأربعة المذكورة. فيتعين الخروج بها عن مقتضى القاعدة فيها.

لكن أطلق المنع في الانتصار والمراسم والوسيلة والغنية والإرشاد ومحكي الكافي وما تقدم من الخلاف، بل في الانتصار والغنية دعوى الإجماع على ذلك، كما تقدم من الخلاف دعواه مع النصوص.

وهو غير ظاهر الوجه، لاقتصار كثير منهم على هذه الأمور أو بعضها. وهو الحال في النصوص أيضاً. بل تقدم فيها التفريق بين الأجير والبيت والحانوت والأرض، بالجواز في الأرض دون ما قبلها.

وبذلك يظهر أنه لا مجال لفهم العموم من النصوص بإلغاء خصوصية مواردّها. بل يتعين الاقتصار على ما تضمنته، والرجوع في غيره لعموم نفوذ العقد

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٢ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٣.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٢ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٤.

والأحوط إلحاق الرحي (١) والسفينة (٢)

وصحته.

ومثله الحكم بعموم الجواز في السرائر وجامع الشرائع والتذكرة والقواعد والمختلف - حاكياً له عن والده - والإيضاح واللمعتين وجامع المقاصد وغيرها، ونسبه في التذكرة إلى أكثر علمائنا. وصرح جماعة منهم بالكراهة جمعاً بين النصوص. إذ فيه: أنه لم يرد في شيء من النصوص الترخيص في الموارد المذكورة.

وكأن القولين المذكورين يبتنيان على فهم العموم من نصوص المنع، ثم العمل بها - كما عليه القول الأول - أو حملها على الكراهة - كما عليه القول الثاني - لمخالفتها للقاعدة، أو لبعض النصوص الآتية الواردة في غير هذه الأمور. ويظهر ضعفه مما ذكرنا.

(١) حيث يظهر من الوسائل المنع. لصحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إني لأكره أن يستأجر الرحي وحدها ثم أواجرها بأكثر مما استأجرتها، إلا أن أحدث فيها حدثاً أو أغرم فيها غرمًا»^(١)، ونحوه موثق أبي بصير^(٢). لكن لا ظهور للكراهة في الحرمة. ولا سيما مع نسبتها لشخص الإمام عليه السلام.

(٢) حيث يظهر من الوسائل المنع. لموثق إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أن أباه كان يقول: لا بأس أن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينة ثم يواجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئاً»^(٣). بناء على ظهور المفهوم فيه في التحريم.

لكنه لا يخلو عن خفاء، لأن ثبوت البأس فيه أعم منه ومن الكراهة. ولا سيما مع اشتماله على الأرض التي يتعين فيها الكراهة. وعدم ظهور قائل بالتحريم فيها ممن

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٢)، (٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٢ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٥، ٢.

والأرض (١) بها. وإن كان الأقوى الجواز على كراهة. ولا يجوز أن يؤجر

لم يفت بعموم التحريم من قدماء الأصحاب. فلا حظ.

(١) فقد منع منه في مزارعة النهاية وظاهر الوسائل. وكأنه لصحيح إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به، وإن تقبلتها بالنصف والثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به، لأن الذهب والفضة مضمونان»^(١)، وقريب منه غيره.

لكن تقدم في غير واحد من النصوص التصريح بجواز إجارة الأرض بأكثر مما استؤجرت به. ومقتضى الجمع بين الطائفتين الكراهة. ولذا صرح بذلك في مزارعة المقنعة والشرائع والنافع، وكذا في نكت النهاية مصرحاً بأنه مقتضى الجمع بين النصوص، كما يظهر من المقنع الجواز في الأرض.

وقد استشكل فيه سيدنا المصنف رحمه الله بأن النصوص المتقدمة التي يستفاد منها الجواز مطلقة تشمل ما إذا كانت الأجرة تقبل الزيادة والنقصان - كالثلث والرابع - وما إذا كانت لا تقبلها، وهذه مقيدة بما إذا كانت الأجرة معينة لا تقبل الزيادة والنقصان، ومقتضى الجمع بين الطائفتين البناء على المنع مع تعيين الأجرة وعدم قبولها للزيادة والنقصان، والجواز مع عدمه. وما ذكره رحمه الله هو أحد الوجوه المذكورة في الاستبصار للجمع بين النصوص.

وعن بعض مشايخنا رحمه الله أنه مع تقبل الأرض بمثل الثلث والرابع تكون المعاملة مزارعة لا إجارة، وحينئذ يكون مفاد نصوص التفصيل هو جواز الزيادة في المزارعة وعدم جوازها في الإجارة، وحيث كانت نصوص الجواز مختصة بالإجارة تكون معارضة لنصوص المنع فيها، ويتعين الجمع بين الطائفتين بحمل الأولى على الكراهة. وقد سبقه إليه في الحقائق، حيث استشكل بذلك على وجه الجمع المتقدم

(١) وسائل الشريعة ج: ١٣، باب ٢١، من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٢.

من الاستبصار.

وهو متين جداً، فإن حمل إجارة الأرض في حديثي أبي المغرا وإبراهيم بن ميمون على ما يعم المزارعة لا يخلو عن إشكال، فضلاً عن حملها على خصوص المزارعة، كما هو مقتضى الوجه المذكور. ولعله لذا أفتى سيدنا المصنف رحمته الله هنا بالجواز.

نعم في موثق سماعاً: «سألته عن رجل اشترى مرعى يرعى فيه بخمسين درهماً أو أقل أو أكثر، فأراد أن يدخل معه من يرعى فيه [معه. فقيه] ويأخذ منهم الثمن. قال: فليدخل معه من شاء ببعض ما أعطى. وإن أدخل معه بتسعة وأربعين وكانت غنمه بدرهم فلا بأس. وإن هو رعى فيه قبل أن يدخله بشهر أو شهرين أو أكثر من ذلك بعد أن يبين لهم فلا بأس. وليس له أن يبيعه بخمسين درهماً ويرعى معهم، ولا بأكثر من خمسين ولا يرعى معهم، إلا أن يكون قد عمل في المرعى عملاً - حفر بئراً أو شق نهرًا أو تعنى فيه - برضا أصحاب المرعى فلا بأس ببيعه بأكثر مما اشتراه، لأنه قد عمل عملاً، فبذلك يصلح له»^(١).

وهو وإن تضمن التعبير بشراء المرعى، إلا أن المراد به استئجاره كما فهمه المشايخ الثلاثة، ويظهر بملاحظة الأحكام التي تضمنها، خصوصاً قوله عليه السلام في ذيله: «برضا أصحاب المرعى». ومقتضاه عدم جواز الزيادة في المرعى من دون إحداث حدث فيه.

ولا معارض له عدا ما سبق في إجارة الأرض. وهو إن لم ينصرف إلى خصوص إجارتها للزراعة، فلا أقل من تخصيصه بالموثق المذكور، ويتعين لأجله البناء على إلحاق المرعى بالدار والبيت والأجير والحانوت في المنع المذكور.

ولا يمنع من العمل به عدم تعرض أهل الفتوى لذلك بعد بناء كثير منهم على عموم المنع، وعدم ظهور كلام كثير ممن اقتصر على بعض ما تقدم في الحصر، وظهور حال الكليني والصدوق في الفقيه والمقنع في العمل بالموثق.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٢ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٦.

بعض أحد هذه الأربعة بأزيد من الأجرة (١)، كما إذا استأجر داراً بعشرة دراهم، فسكن بعضها وأجر البعض الآخر بأكثر من عشرة دراهم، إلا أن يحدث فيها حدثاً (٢). وأما إذا أجره بأقل من العشرة فلا إشكال (٣). والأقوى الجواز بالعشرة أيضاً (٤).

(١) كما في المقنع والشرائع، ويستفاد مما في النهاية والوسيلة من المنع من الإجارة بالمساوي. ويقتضيه ما تضمن المنع من إجارة الكل بالأكثر بضميمة الأولوية العرفية. بل الظاهر عموم ما تضمن حرمة فضل الحانوت والبيت والأجير له.

نعم بناء على حمل النصوص المذكورة على الكراهة يتعين الجواز هنا، كما صرح به جماعة ممن بنى على ذلك، لانهصار دليل المنع بها.

(٢) كما في النهاية وغيرها، بل الظاهر عدم الخلاف فيه. لخروجه عن موضوع نصوص المنع، ولخصوص صحيح الحلبي المتقدم.

(٣) كما في النهاية والوسيلة والشرائع، ويستفاد مما يأتي من المقنع من الجواز بالمساوي. ويقتضيه - مضافاً إلى عموم النفوذ بعد قصور نصوص المنع عنه - ما سبق في موثق ساعة من جواز إجارة المرعى على الغير بتسعة وأربعين درهماً إذا رعى غنمه معهم. ويستفاد أيضاً بالأولوية العرفية من صحيح الحلبي المتقدم المتضمن جواز إجارته بالمساوي.

(٤) كما في المقنع. ويشهد له صحيح الحلبي المتقدم. لكن تقدم في موثق ساعة الوارد في المرعى المنع منه. ويناسبه إطلاق ما تضمن حرمة فضل البيت والханوت والأجير، لصديق الفضل على الباقي له من العين المستأجرة بعد إجارة البعض. ولعله لذا منع منه في النهاية والوسيلة.

والذي ينبغي أن يقال: إن فرض التعارض بينهما والتساقط تعين المنع في الكل عملاً بإطلاق النهي عن فضل البيت والханوت والأجير. ولكن الظاهر العمل بكل

(مسألة ٥٣): إذا استؤجر على عمل من غير اشتراط المباشرة (١) ولا مع الانصراف إليها، يجوز أن يستأجر غيره لذلك العمل بتلك الأجرة أو الأكثر (٢)، ولا يجوز بالأقل (٣)،

منهما في مورده، كما هو ظاهر الكليني والصدوق ومال إليه المجلسي في مرآة العقول، لأن الحكم المذكور تعدي. وحينئذ يتعين المنع في غير الدار من الأمور المتقدمة عملاً بالإطلاق المتقدم.

(١) لا يخفى أن اشتراط المباشرة إنما يمنع من الإجارة الثانية إذا لم تكن مبنية على مباشرة المستأجر الأول، كما هو منصرف كلامهم، وإلا لم تمنع منها، نظير ما تقدم في استئجار العين.

(٢) بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. نعم في النهاية: «والصانع إذا تقبل عملاً بشيء معلوم جاز له أن يقبله لغيره بأكثر من ذلك إذا كان قد أحدث فيه حدثاً». ولا ينبغي الإشكال في أن مراده الأقل، كما هو صريح غير واحد. ولذا حاول في السرائر توجيهه بجعل من زائدة أو للتبعض، وصرح في نكت النهاية بأنه تعسف، وأن عليه أن يقول بأقل من ذلك. ومن القريب أن يكون ذلك من سبق القلم. والعصمة لأهلها.

(٣) كما سبق من النهاية. وبه صرح في الشرائع والتحرير والإرشاد على اضطراب في كلامه. وفي الشرائع أنه الأشهر، وفي المسالك وعن الكفاية أنه المشهور. ويقضيه النصوص الكثيرة كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه، ويدفعه إلى آخر فيريح فيه. قال: لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً»^(١). وصحيحه الآخر عن أحدهما عليه السلام أيضاً: «سألته عن الرجل الخياط يتقبل العمل، فيقطعه ويعطيه من يخطه ويستفضل. قال: لا بأس، قد عمل

فيه»^(١). وغيرهما مما قد يأتي.

وهو مقتضى إطلاق ما سبق في حديثي أبي الربيع وأبي المغرا من حرمة فضل الأجير، حيث يعم فضله له - كما في المقام - ولؤجره، كما فيما سبق.

وصرح بالجواز في جامع الشرائع والتذكرة والقواعد والمختلف واللمعتين وجامع المقاصد والمسالك، مع التصريح في كثير منها بالكراهة.

واستدل له في التذكرة بصحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه، ويدفعه إلى آخر يربح فيه. قال: لا بأس»^(٢).

كما قد يستدل عليه أيضاً بمعتبر الحكم الخياط: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني أتقبل الثوب بدرهم [بدرهم. يب] وأسلمه بأكثر [أقل. يب] من ذلك لا أزيد على أن أشقه. قال: لا بأس به. ثم قال: لا بأس فيما تقبلته [تقبلت. يب] من عمل قد [ثم. يب] استفضلت [فيه. في]»^(٣). بدعوى: أن مقتضى إطلاق ذيله جواز الاستفضال وإن لم يعمل فيه شيئاً.

ومعتبر علي الصائغ: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتقبل العمل ثم أقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين. قال: لا يصلح ذلك، إلا أن تعالج معهم فيه. قال: قلت: فإني إذنيه لهم [قال. فقيه] فقال: ذلك عمل لا بأس به»^(٤). بدعوى: ظهور قوله عليه السلام: «لا يصلح» في الكراهة.

لكن صحيح أبي حمزة وإن روي في السرائر والتذكرة كما تقدم، إلا أنه لم يرو هكذا في كتب الحديث، بل روي في التهذيب والوسائل ومحكي الوافي هكذا: «قال: لا فيكون من نصوص المنع.

وأما معتبر الحكم الخياط فظهور صدره في مفروغية السائل فيه عن لزوم

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب ٢٣ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب ٢٣ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٤. لكن فيه: «قال: لا».

(٣)، (٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب ٢٣ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٢، ٧.

إلا إذا أتى ببعض العمل (١) ولو قليلاً (٢)، كما إذا تقبل خياطة الثوب بدرهمين ففصله أو خاط منه شيئاً ولو قليلاً، فإنه يجوز أن يستأجر غيره على خياطته بدرهم. بل لا يبعد الاكتفاء في جواز الأقل بشراء الخيوط والإبرة (٣).

العمل في الجملة قد يمنع من ظهور الإطلاق في ذيله في عدم لزومه من دون تأكيد على ذلك. ومن القريب سوقه لبيان جواز الاستفصال في الجملة. ولا أقل من لزوم حمله على ذلك بقرينة بقية النصوص.

كما أن قوله عليه السلام في معتبر علي الصائغ: «لا يصلح» إن لم يكن ظاهراً في الحرمة فلا أقل من عدم ظهوره في الحل والكرهية. فلم يبق إلا عموم نفوذ العقود، الذي يجب الخروج عنه بالنصوص الأول. وما ورد في الأرض، الذي سبق لزوم الاقتصار فيه على مورده.

(١) يعني: الذي تقتضيه الإجارة، لأنه المنصرف من النصوص، دون مثل نقل العين التي فيها العمل.

(٢) كما هو مقتضى إطلاق العمل في النصوص. وخصوص الشق والإذابة اللذين تضمنهما معتبر الحكم والصائغ المتقدمين، وفي حديث مجمع: «فقال: أليس تعمل فيها؟ فقلت: أقطعها وأشتري لها الخيوط. قال: لا بأس»^(١).

(٣) من الظاهر أن حديث مجمع المتقدم لا ينهض بذلك، لأنه تضمن القطع مع شراء الخيوط. فلعل الوجه في ذلك أن اعتبار العمل في النصوص لما كان المراد به ما يعم مقدمة العمل الذي تقتضيه الإجارة - كالإذابة في الصياغة والشق في الخياطة - فالمستفاد منه الاشتراك فيما تقتضيه الإجارة ولو بالتبع ومنه بذل الخيوط. وعليه يكتفى به بلا حاجة إلى ضم شراء الإبرة. بل لا أثر لشرائها، لخروجه عن مقتضى الإجارة. إلا أن يراد به شراؤها مقدمة لاستعمالها، وتكون المشاركة باستعمالها، الذي

(مسألة ٥٤): في الموارد التي يتوقف العمل المستأجر عليه على تسليم العين إلى الأجير (١) إذا جاز للأجير أن يستأجر غيره على العمل الذي استؤجر عليه (٢) جاز له أن يسلم العين إلى الأجير الثاني (٣)، نظير ما تقدم في تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر الثاني.

(مسألة ٥٥): إذا استؤجر للعمل بنفسه مباشرة ففعله غيره بطلت الإجارة (٤)،

هو مقتضى الإجارة. فلاحظ.

هذا والظاهر جواز الإجارة بالأقل قيمة مع اختلاف الجنس بلا حاجة إلى أن يعمل فيه، كما في التحرير. ولعل عدم تعرض بعضهم له هنا اكتفاءً بما سبق في إجارة العين بالأكثر، لأنها من باب واحد.

(١) الظاهر عدم الضابط في تحديد ذلك وانحصار الضابط بالشرط ولو كان ضمناً بسبب التعارف، نظير ما سبق في المسألة الخمسين، وقد تقدم منه ~~ثبوت~~ هناك عدم جواز التسليم للمستأجر الثاني إلا مع الشرط. وهو يجري هنا.

(٢) تقدم منه ~~ثبوت~~ في المسألة الخمسين أن المعيار في ذلك إطلاق الإجارة وعدم اعتبار المباشرة فيها وما تقدم هناك يجري هنا. فراجع.

(٣) لعين ما تقدم في المسألة الخمسين منه ~~ثبوت~~ ومن جماعة من جواز تسليم العين المستأجرة للمستأجر الثاني مع إطلاق الإجارة الأولى بحيث لا تقتضي مباشرة المستأجر باستيفاء المنفعة، وتقدم من المنع من ذلك. فراجع.

(٤) الظاهر عدم الخلاف في ذلك، كما يظهر بملاحظة كلماتهم في نظائر المقام من موارد تعذر العمل المستأجر عليه، كما لو أمره أن يخييط الثوب قميصاً فخاطه قباء. والوجه فيه فوات موضوع الإجارة، وهو العمل المستأجر عليه.

لكن خصه بعض مشايخنا ^(١) بما إذا كان فعل الغير قبل مضي زمان يتمكن فيه الأجير من العمل. وكأن الوجه فيه ما يظهر من تقرير درسه في صورة إطلاق الإجارة وعدم اعتبار المباشرة من أنه ينكشف حينئذ بطلان الإجارة من حين وقوعها فيها، لعدم قدرة الأجير على العمل المستأجر عليه، فلا يكون مالكا له ليكون مسلطاً على تملكه بالإجارة. بناءً على ما سبق منه عند الكلام في اعتبار القدرة على التسليم في صحة الإجارة من أن تعذر المنفعة مستلزم لعدم ملكيتها.

أما مع مضي الزمان المذكور، بأن أخره لسعة الوقت فبادر الغير للعمل، فيكون العمل مقدوراً للأجير، وتصح الإجارة، ولا ينكشف بطلانها بعمل الغير، وحينئذ لا موجب لبطلانها بعد صحتها، بل يتعين صحتها وانشغال ذمة المستأجر بالأجرة المسماة وذمة الأجير بالعمل. غايته أن للمستأجر الخيار لتعذر تسليم العمل، والإجارة تبتني على التسليم والتسلم.

بل ذكر في المسألة الثانية والسبعين بعد الأربعمائة من منهاجه أن للأجير الخيار أيضاً. ولم يتضح عاجلاً الوجه فيه بعد أن لم يخرج المستأجر عن مقتضى الإجارة. إلا أن يكون الوجه فيه أن الحال ينكشف على خلاف ما أقدم عليه الأجير، حيث أقدم على سعة الوقت فانكشف ضيقه.

وكيف كان فإن تحقق الفسخ، وإلا كان على المستأجر تسليم الأجرة المسماة، وعلى الأجير تسليم قيمة المثل للعمل بعد تعذر تسليمه بنفسه لارتفاع موضوعه.

وبذلك يظهر أن مبادرة الغير للعمل قبل مضي الزمان المذكور إنها يكشف عن بطلان الإجارة إذا كانت قهراً على الأجير، دون ما إذا كانت بتمكينه، لعدم كشفها حينئذ عن تعذر العمل عليه. ولعله خارج عن مفروض كلامه.

هذا ويشكل ما ذكره بأن تعذر العمل عليه في الفرض المذكور لا يستلزم بطلان الإجارة حين وقوعها، لما هو المعلوم من أن قيام الغير بالعمل حينئذ يكون تعدياً على الأجير والمستأجر، لما فيه من التعجيز عن العمل على طبق الإجارة، الذي هو حق

لها. ولذا يحرم العمل المذكور حتى لو كان بإذن أحدهما. ولو كان التعجيز بالنحو المذكور مانعاً من صحة الإجارة لم يكن تعدياً عليهما، إذ لا تعدي في رفع موضوع الاستحقاق، وإنما يكون التعدي بالمنع من القيام بمقتضى الحق في فرض ثبوته. وقد تقدم نظير ذلك في المسألة الواحدة والعشرين عند الكلام في تلف العين المستأجرة.

والحاصل: أنه لو تم أن تعذر المنفعة مانع من ملكيتها وصيرورتها موضوعاً للإجارة فهو يختص بالتعذر القهري غير المستند لشخص خاص.

نعم لو لم يكن العمل المستأجر عليه متعلقاً بالمستأجر بنحو يكون من شؤون سلطنته، كخياطة ثوبه وبناء داره، بل كان أجنياً عنه، كبناء جدار مسجد وخياطة ثوب فقير، فحيث لا سلطنة له على منع غيره من القيام بالعمل المستأجر عليه، ليكون الغير معتدياً في قيامه بالعمل، لا مجال للبناء على صحة الإجارة مع مبادرة الغير.

هذا مضافاً إلى أنه تقدم متأ في المسألة الثامنة أن طرء تعذر العمل المستأجر عليه مانع من ملكيته على الأجير، وهو يستلزم بطلان الإجارة وإن صحت حين وقوعها. ولازم ذلك هو بطلان الإجارة في الجميع.

نعم يختص ذلك بما إذا كان مقتضى صحة الإجارة هو ملكية العمل على الأجير، دون ما إذا انحصر مقتضاها بملكية الأجير الأجرة على المستأجر، حيث لا موجب لبطلان الإجارة حينئذٍ، كما إذا بذل الأجير نفسه للعمل في مدة الإجارة، فلم يمكنه المستأجر من العمل حتى قام غيره به، حيث تقدم في المسألة الثالثة والعشرين أن الأجرة تستقر للأجير على المؤجر بذلك وإن لم يعمل، ولا يجب عليه العمل بعد ذلك. لكن الظاهر خروجه عن مورد كلامهم هنا.

نعم ذكر بعض مشايخنا ^{رحمهم} في المسألة المذكورة من منهاجه أن عمل الآخر إذا كان بإجارة المستأجر أو بأمره كان هو المفوت لعمل الأجير على نفسه، فلا يستحق أجرة المثل للعمل على الأجير، ويستحق الأجير عليه الأجرة المسماة.

ولازم ذلك أن عمل الآخر إذا لم يكن بتمكين المؤجر لا يكون المؤجر هو

ولم يستحق العامل ولا الأجير الأجرة (١)، وإذا استؤجر على عمل في ذمته لا بقيد المباشرة ففعله غيره بقصد التبرع عنه كان أداءً للعمل المستأجر عليه (٢)

المفوت للعمل على المستأجر، بل العامل هو المفوت له، فيرجع المستأجر عليه بأجرة المثل للعمل لا على الأجير، ويستحق الأجير عليه الأجرة المسماة. غايته أن له الفسخ لا ابتناء الإجارة على تسليم العمل، وقد تعذر على الأجير ذلك بسبب عمل الأجنبي قهراً عليه. فلاحظ.

(١) أما العامل فلعدم أمر المستأجر له بالعمل، ليكون مستوفياً لعمله ويستحق عليه أجرة المثل بالاستيفاء. بل لو أمره بذلك فلا أجرة لعمله لكونه منافياً للإجارة، فيكون تعدياً على المستأجر، ويحرم عليه العمل، فيهدر ولا يثبت له أجر، على ما تقدم في الشرط الخامس من شروط المنفعة المستأجر عليها. نعم لو كان العامل جاهلاً بالحال لم يهدر عمله، بل يستحق أجرة المثل، كما يظهر مما تقدم منّا هناك أيضاً. فراجع. وأما الأجير فلعدم قيامه بالعمل المستأجر عليه حتى تعذر. نعم سبق آنفاً أن ذلك يقصر عما إذا كان الأجير باذلاً نفسه للعمل فلم يمكنه المؤجر منه حتى قام به غيره، وأن ذلك خارج عن مفروض كلامهم.

(٢) لأن العمل الثابت في ذمة الأجير كسائر الديون الثابتة في ذمته، ولا إشكال ظاهر في جواز التبرع بوفاء دين الغير، تبعاً لسيرة العقلاء الارتكازية التي عليها المعول في تحقق الوفاء، والتي يستفاد جري الشارع الأقدس عليها في الجملة مما ورد في قضاء الإمام دين المعسر^(١)، واستحباب قضاء دين الأب^(٢). هذا كله مع عدم طلب الأجير العمل من الغير مجاناً أو بأجرة، وإلا فلا إشكال في تحقق الوفاء به، لصيرورته وكيلاً عنه، فيكون عمله منسوباً إليه.

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٩ من أبواب الدين والقرض.

(٢) راجع وسائل الشريعة ج: ١٣ باب: ٣٠ من أبواب الدين والقرض.

واستحق الأجير الأجرة (١)، وإن فعله غيره لا بقصد التبرع عنه بطلت الإجارة ولم يستحق الأجير ولا العامل الأجرة كما في الصورة الأولى (٢).

(مسألة ٥٦): إجارة الأجير تكون على قسمين:

(الأول): أن تكون الإجارة واقعة على منفعته الخارجية من دون اشتغال ذمته بشيء نظير إجارة الدابة والدار ونحوهما من الأعيان المملوكة (٣).

(الثاني): أن تكون الإجارة واقعة على عمل في الذمة فيكون العمل المستأجر عليه ديناً في ذمته كسائر الديون.

فإن كانت على النحو الأول فقد تكون الإجارة على جميع منافعه في مدة معينة، وحينئذ لا يجوز له في تلك المدة العمل لنفسه ولا لغيره (٤) لا

(١) لتحقيق مقتضى الإجارة.

(٢) لعدم تحقق الأداء عن المستأجر بذلك، وتعذر العمل الذي تقتضيه الإجارة بارتفاع موضوعه. نعم إذا كان العمل قابلاً للتكرار ففعل الغير له لا يرفع موضوع الإجارة ولا يوجب بطلانها، بل يتعين على الأجير القيام به وفاءً بها. والظاهر خروجه عن محل الكلام.

(٣) حيث لا يقصد بالإجارة إلا ملك منفعتها من دون أن تشغل ذمها أو ذمة مالكةا بشيء. وهذا بخلاف ما لو استأجره مثلاً على أن ينقله أو ينقل متاعه بسيارته، حيث تشغل ذمة مالك السيارة للمستأجر بالعمل المستأجر عليه.

(٤) بلا إشكال ظاهر. وبه صرح في الجملة جمهور الأصحاب، ونفى في الرياض والخواهر الخلاف فيه، بل في الثاني: «لعله مجمع عليه». إذ بعد فرض ملك المستأجر لجميع أعماله يكون عمله بغير إذنه تعدياً عليه، لأنه إتلاف للملكه بغير إذنه.

تبرعاً ولا بإجارة، ولا بجعالة. نعم لا بأس ببعض الأعمال التي انصرفت عنها الإجارة ولم تشملها (١) ولا تكون منافية لما شملته (٢). كما أنه إذا كان مورد الإجارة أو منصرفها الاشتغال بالنهار مثلاً فلا مانع من الاشتغال ببعض الأعمال في الليل له أو لغيره تبرعاً أو بإجارة أو جعالة (٣)، إلا إذا أدى إلى ضعفه في النهار عن القيام بما استؤجر عليه (٤). فإذا عمل

وفي صحيح إسحاق بن عمار: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيبعثه في ضيعته. ويعطيه رجل آخر دراهم ويقول: اشتر بهذا كذا وكذا، وما ربحت بيني وبينك. فقال: إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس» (١).

اللهم إلا أن يكون النهي بلحاظ جعل الربح للأجير لا للمؤجر الذي يملك منفعته، لا بلحاظ أصل العمل مع الغير، فلا يدل على توقف حله على إذن المؤجر لو اتفقا على أن الربح يكون بين صاحب المال والمؤجر، لا بينه وبين الأجير. فالعمدة ما سبق.

(١) كذكر الله تعالى، وقراءة القرآن المجيد لنفسه أو نيابة عن الغير.

(٢) بحيث يكون الانشغال بها مانعاً من أداء ما شملته الإجارة، كالصلاة نيابة عن الغير. فإن الإجارة كما تقتضي سلطنة المؤجر على الأعمال التي شملتها تقتضي المنع من الأعمال المنافسة لها.

(٣) لأن العمل المذكور لما كان خارجاً عن مورد الإجارة بقي تحت سلطنة الأجير، فله أخذ العوض عنه.

(٤) لعل الأنسب أن يقول: بما شملته الإجارة، لأن المفروض عدم الاستئجار على العمل بحيث تشغل به الذمة، بل ملك العمل لا غير. وكيف كان فالعمل خارج

في المدة المضروبة في الإجارة بعض الأعمال المشمولة لها، فإن كان العمل لنفسه تخير المستأجر بين فسخ الإجارة واسترجاع تمام الأجرة (١)،

الوقت إذا كان يؤدي إلى الضعف عن العمل الذي هو موضوع الإجارة كان منافياً له، فيدخل فيها سبق المنع منه.

(١) لا ينبغي الإشكال في ذلك إذا كان العمل في تمام مدة الإجارة أو في بعضها وأراد المؤجر الفسخ قبل مضي مدة بذل الأجير نفسه للعمل فيها للمستأجر، كما لو كان العمل المذكور في أول المدة والفسخ بعده رأساً. لعدم التسليم الذي تبنتي عليه الإجارة، فله فسخ الإجارة بتمامها، لعدم القيام بمقتضاها.

وأما إذا كان العمل المذكور في بعض المدة وأراد المستأجر الفسخ بعد مضي مدة بذل المؤجر نفسه فيها للعمل للمستأجر - كما إذا لم يكن العمل المذكور في أول مدة الإجارة، أو كان في أولها. ولكن المستأجر لم يرد الفسخ إلا بعد مضي مدة بذل الأجير نفسه للعمل فيها للمستأجر - فيكون ذلك من صغريات ما تقدم في المسألة الثانية والعشرين من أن الفسخ في أثناء مدة الإجارة هل يكون بفسخها رأساً أو بفسخها من حين الفسخ مع ترتب الأثر عليها فيما قبله. وقد سبق من سيدنا المصنف رحمته الأول، وقد سبق من الثاني في مثل المقام مما كان الفسخ فيه لتبعض الصفقة، كما نبّه له في الجملة في المسالك والروضة هنا وحكي عن الشهيد الأول في بعض حواشيه.

ثم إنه حيث كان وجه استحقاق المؤجر فسخ الإجارة في المقام - من أصلها أو من حين الفسخ - هو عدم التسليم فالمتعين اختصاصه بها إذا كان العمل من الأجير منافياً للتسليم، بأن كان مستلزماً لعدم بذل نفسه للعمل للمؤجر.

أما إذا كان باطلاً نفسه للعمل للمؤجر فلم يستعمله، أو استعمله في عمل يجتمع مع العمل الذي قام به، فلا مجال لثبوت حق الفسخ للمؤجر، بل ينحصر حقه بما يأتي. ومجرد حرمة العمل عليه شرعاً بغير إذن المؤجر، للملكه له، لا يقتضي ثبوت

وبين إمضاء الإجارة (١) ومطالبة بقيمة العمل الذي عمله لنفسه (٢). وكذا إذا عمل لغيره تبرعاً (٣). نعم يحتمل أن له أيضاً حينئذ مطالبة غيره (٤)

الخيار للمؤجر بعد عدم الخروج عن مقتضى الإجارة.

نعم لو كان قد اشترط عليه أن لا يعمل إلا بإذنه كشرط خاص ثبت له خيار تخلف الشرط. وقد تقدم في المسألة الثانية والعشرين الكلام فيما إذا كان الفسخ به في أثناء المدة. ولا يبعد خروجه عن مفروض كلامهم هنا. فلاحظ.

(١) الظاهر أن مراده ~~تنشئ~~ مجرد عدم فسخها، وإلا فهي نافذة ما لم يفسخها.
(٢) بلا إشكال ظاهر. لفرض ملكه لجميع أعماله، ومنه العمل المذكور، وحيث ألتفه الأجير على المؤجر واستوفاه لنفسه كان ضامناً له بأجرة المثل.
(٣) أما فسخ الإجارة فلما سبق في صورة العمل لنفسه، وسبق الكلام فيه. وأما الرجوع عليه بقيمة العمل فلا أنه قد ألتف على المؤجر العمل الذي هو ملكه، فيكون ضامناً له.

(٤) يعني: المتبرع له. وقد جزم في المسالك والروضة بجواز الرجوع عليه، وأن المؤجر مع عدم فسخ إجارته يتخير في الرجوع على كل منهما، مستدلاً في الأول بتحقيق العدوان منهما. ولم يتضح الوجه في تحقق العدوان من المتبرع له. ومجرد حصول النفع له لا يقتضيه.

نعم إذا كان العمل بأمره لا بمجرد إذنه لم يبعد جواز الرجوع عليه لتحقيق الاستيفاء منه. وقصد المجانية منهما لا يكفي في سقوط الضمان عنه بعد أن لم يكن للعامل قصد المجانية. نظير ما لو أمر الصبي أو العبد بالعمل له مجاناً فعملاً له كذلك. وأما ما عن بعض مشايخنا ~~تنشئ~~ من أن أمر المتبرع له بإتلاف المنفعة لا يقتضي ضمانه لها، لأن الأمر بإتلاف مال الغير لا يوجب ضمانه. فهو مندفع بأن الأمر بالإتلاف بنفسه وإن لم يوجب الضمان، إلا أن الموجب للضمان في المقام هو الاستيفاء

بقيمة العمل الذي استوفاه، فيتخير بين أمور ثلاثة ولا يخلو من وجه (١).
وأما إذا عمل لغيره بعنوان الإجارة، أو الجعالة فله الخيار بين الأمرين
المذكورين أولاً (٢) وبين إمضاء الإجارة أو الجعالة (٣) وأخذ الأجرة أو
لجعل المسمى فيها (٤).

الحاصل بسبب الأمر، كما في جميع موارد استيفاء منفعة الغير بأمر الأمر بالعمل له.
هذا وفي العروة الوثقى أن للمؤجر الرجوع على المتبرع له مع كونه غاراً.
ويمكن فرض التفرير فيما إذا أخبر المتبرع له الأجير كاذباً بأن المؤجر قد أذن له في أن
يعمل له مجاناً، فصدقه وعمل له كذلك.

لكن ذلك إنما يقتضي جواز رجوع الأجير على المتبرع له بعد رجوع المؤجر
عليه لإتلافه، لأنه المغرور من قبله، لا رجوع المؤجر على المتبرع له ابتداء بعد أن لم
يكن غاراً له.

كما يمكن رجوع المتبرع له على الأجير لو رجع عليه المؤجر في فرض أمره
واستيفائه إذا كان المتبرع له مغروراً من قبل الأجير، كما لو أوهمه أن له التبرع بعمله
له من دون ضمان عليه.

(١) مما سبق يظهر أن المعيار في الضمان على أمر المتبرع له الذي يتحقق به
الاستيفاء، دون مجرد الإذن في التبرع، فضلاً عما لم يأذن فيه، كما لو تبرع بكس بيتة
بغير إذنه. وهو الذي يظهر منه ^{ثبوت} في مستمسكه. ولعله هو المراد له هنا.

(٢) وهما فسخ الإجارة التي أوقعها مع الأجير وإضاؤها الذي سبق أنه
بمعنى عدم فسخها. وقد سبق منّا الكلام في إطلاق استحقاق فسخ الإجارة.

(٣) يعني: اللتين عمل الأجير بموجبهما.

(٤) لا إشكال في ذلك بالإضافة إلى الإجارة، لأنها وقعت من الأجير فضولاً،

لعدم سلطنته على موضوعها وهو العمل، فيمكن إمضاؤها من قبل من له السلطنة عليه، وهو المؤجر المالك له.

نعم الإمضاء المذكور فرع إمضاء إجارته الأولى للأجير وعدم فسخها، حيث يكون العمل الذي هو موضوع الإجارة الثانية ملكاً له، فله إمضاء تصرف الأجير فيه.

أما مع فسخها فالعمل يخرج عن ملكه، فليس له إمضاء تصرف الأجير فيه ولا فسخه، كما لعله ظاهر. فلا يكون هذا التخيير في عرض التخيير الأول، ليكون التخيير بين الأمور الأربعة - كما يأتي منه ~~نتيجه~~ - بل هذا التخيير متفرع على أحد شقي التخيير الأول.

ثم إنه على تقدير فسخ المؤجر الإجارة الأولى يقع الكلام في مضي الإجارة الثانية بنفسها على الأجير الأول، فيستحق الأجر المسمى، أو بطلانها رأساً، فيستحق أجره المثل للعمل الذي قام به، أو التفصيل بين ما إذا أجازها، فيستحق على العمل الأجر المسمى، وما إذا لم يجزها فيستحق عليه أجره المثل. فإن هذه المسألة نظير ما إذا باع الفضولي ثم ملك. وقد ذكرنا في مباحث بيع الفضولي من كتاب البيع أنه لا مجاز لتصحيح البيع الذي أوقعه الفضولي، لا بمجرد ملكه لما باعه، ولا بإجازته له، بل يتعين بطلانه. وذلك يجري في الإجارة في المقام، فيتعين استحقاقه على المؤجر الثاني أجره المثل للعمل الذي قام به له.

نعم إذا كانت أجره المثل أكثر من الأجر المسمى، وكان المؤجر الثاني مغوراً من قبل الأجير، كان له الرجوع عليه بالزائد. ومرجع ذلك إلى أنه في صورة الغرور لا يستحق عليه أكثر من الأجرة المسماة، وإنها يرجع لأجرة المثل إذا كانت بقدرها أو دونها.

هذا كله في الإجارة. وأما الجعالة فليست عقداً يكون الأجير طرفاً فيه، ليكون مورداً لإمضاء المؤجر أو رده، بل هي إيقاع ينفرد به الجاعل. غايته أنها تقتضي ضمان

عمل الأجير بالجعل الذي عينه الجاعل. وحينئذٍ فهي تقع على وجهين:

الأول: طلب الجاعل العمل من العامل بالجعل الخاص، بحيث يكون مستوفياً لعمله. وحينئذٍ إذا فسخ المؤجر الإجارة كان الجعل المذكور للأجير الذي صدر العمل منه، وليس له أجره المثل بعد رضاه بالجعل المسمى. وإن لم يفسخها كان مخيراً بين أمرين:

أحدهما: الرجوع على الأجير بأجرة المثل، لأنه أتلف عليه عمله المملوك له يبذله للجاعل بغير إذنه، فيرجع الأجير على الجاعل بها، لأنه استوفى العمل المذكور، فيستقر عليه ضمان العمل. إلا أن يكون الجاعل مغروراً من قبل الأجير، فلا يحق له الرجوع عليه بما زاد على الجعل.

ثانيهما: الرجوع على الجاعل - لأنه استوفى عمله - إما بالجعل أو بأجرة المثل. غايته أن للجاعل الرجوع على الأجير بما زاد على الجعل إذا كان مغروراً من قبله.

الثاني: مجرد الوعد بالجعل على تقدير العمل من دون طلب من الأجير بالقيام به، كما لو قال: «من ردّ عبدي فله عشرة دراهم». ولا مجال للرجوع عليه، لعدم استيفائه للعمل، ليكون ضامناً له. غاية الأمر أن يستحق عليه الجعل، فيأخذه منه الأجير إن فسخ المؤجر الإجارة، لرجوع العمل له بالفسخ، فيثبت له بدله، والمؤجر إن لم يفسخ الإجارة، لأنه هو المالك للعمل. غايته أنه مع زيادة أجره المثل على الجعل يحق للمؤجر الرجوع على الأجير بالزيادة، لأنه أتلف عليه عمله، فيضمنه له بقيمته بعد استثناء الجعل الذي أخذه من الجاعل منها.

بل لو لم يتيسر له أخذ الجعل من الجاعل يكون له الرجوع عليه بتمام أجره المثل للعمل الذي أتلفه. غايته أن للأجير حينئذٍ الرجوع على الجاعل بالجعل، لأنه بضمانه للعمل ودفعه عوضه يكون العمل بحكم ملكه، فيستحق الجعل الذي رضي به. فلا حظ.

ويحتمل قريباً أن له مطالبة غيره (١) كما عرفت فيتخير بين أمور أربعة (٢). ثم إذا اختار المستأجر فسخ الإجارة الأولى في جميع الصور المذكورة، ورجع في الأجرة المسماة فيها، وكان قد عمل الأجير بعض العمل للمستأجر، كان عليه أجرة المثل (٣). هذا إذا كانت الإجارة واقعة على جميع منفعه، أما إذا كانت على خصوص عمل بعينه كالخياطة فليس له أن يعمل لنفسه ولا لغيره ولا تبرعاً ولا بالإجارة ولا بالجعالة (٤) فإذا خالف وعمل لنفسه تخير بين الأمرين السابقين، وإن عمل لغيره تبرعاً تخير بين الأمور الثلاثة، وإن عمل لغيره بالإجارة أو الجعالة تخير بين الأمور الأربعة كما في الصورة

(١) يعني: مطالبة المؤجر والجاعل بأجرة المثل للعمل الذي استوفاه من الأجير. وقد ظهر أن ذلك هو المتيقن في الإجارة الثانية إذا لم يمضها المؤجر الأول. وكذا في الجعالة إذا كانت بنحو الأمر بالعمل واستيفائه، دون ما إذا كانت بمجرد الوعد بالجعل على تقدير العمل.

(٢) سبق أن التخير بين الأخيرين فرع اختيار أحد الأمرين في التخير الأول، وهو إمضاء الإجارة الأولى وعدم فسخها، ولا مجال له مع فسخ الإجارة الأولى. فليس التخير بين الأمور الأربعة في عرض واحد، بل في مقام تخيران مترتبان.

(٣) لأنه استوفى عمله فيضمنه بأجرة المثل بعد بطلان ضمانه بالأجر المسمى بسبب فسخ الإجارة. وقد سبق أن هذا مبني على أن فسخ الإجارة في أثناء المدة يقتضي انفساخها من أصلها، لا من حينه، وإلا لزم استحقاقه بنسبته من الأجرة المسماة. فراجع المسألة الثانية والعشرين.

(٤) لعدم ملكه للعمل المذكور، بل هو ملك المؤجر، وتحت سلطنته، دون سلطنة الأجير.

السابقة (١). وفي هذه الصورة لا مانع من أن يعمل لنفسه أو لغيره بإجارة أو جعالة غير ذلك العمل إذا لم يكن منافياً له، فإذا أجر نفسه في يوم معين للصوم عن زيد جاز له أن يخيط لنفسه أو لغيره بإجارة أو جعالة وله الأجر أو الجعل المسمى (٢)، أما إذا كان منافياً له - كما إذا أجر نفسه للخياطة، فاشتغل بالكتابة - تخير المستأجر بين فسخ الإجارة (٣) والمطالبة بقيمة العمل المستأجر عليه الذي فوته على المستأجر (٤). وإذا كانت الإجارة على النحو الثاني الذي يكون العمل المستأجر عليه في الذمة، فتارة تؤخذ المباشرة

(١) يجري هنا ما جرى هناك من الكلام والتفصيل.

(٢) لعموم دليل نفوذ دليل الإجارة والجعالة بعد فرض ملكه للعمل وسلطته عليه. كما أن له من أجل ذلك أن يعمل لغيره تبرعاً من دون أجر. ولعل عدم ذكر سيدنا المصنف رحمه الله له لوضوحه.

(٣) للخروج عن مقتضى الإجارة من تسليم العمل المستأجر عليه. وحينئذٍ يسترجع الأجرة المسماة. وقد ذكرنا آنفاً أن ذلك يختص بها إذا كان الانشغال بالعمل الآخر منافياً لتسليم العمل المستأجر عليه، ولا يجري فيها إذا لم ينافه، كما إذا حضر الأجير للعمل المستأجر عليه ولم يمكنه منه المستأجر فانشغل بالعمل الآخر.

والكلام في نفوذ الإجارة الثانية - لو كانت - بمجرد فسخ الأولى، أو بإمضاء الأجير وإجازته، أو بطلانها رأساً ورجوع الأجير على المستأجر الثاني بأجرة المثل، يظهر مما تقدم في الصورة الأولى من أنه يبتني على الكلام فيمن باع مال غيره ثم ملكه. فراجع.

(٤) بلحاظ أنه إذا لم يفسخ الإجارة فهو باق على ملكه، فيضمنه الأجير له بالتفويت. وهو يبتني على كون تفويت العمل المستأجر عليه من دون إتلاف أو

قيداً على نحو وحدة المطلوب، وتارة على نحو تعدد المطلوب (١). فإن كان على النحو الأول جاز له كل عمل لا ينافي الوفاء بالإجارة (٢)، ولا يجوز له ما ينافيه، سواء أكان من نوع العمل المستأجر عليه أم من غيره (٣). وإذا

استيفاء موجباً لضمانه. وهو لا يناسب ما سبق منه تنتـ في المسألة الثامنة من أن الأجير إذا جاء بالعمل على خلاف ما استؤجر عليه بنحو لا يمكن العمل ثانياً بطلت الإجارة، ولم يحكم بصحتها وأن له عدم فسخها والمطالبة بقيمة العمل الفائت. نعم تقدم منه تنتـ نظير ذلك في تفويت منافع الأعيان عند الكلام في التسليم.

وكيف كان فهو يمتني على ضمان المنفعة بالتفويت من دون استيفاء لها. وقد تقدم منّا في الموردين الإشكال في ذلك، وذكرنا أنه مع البناء على عدم ضمان المنفعة بالتفويت يتعين البناء على بطلان الإجارة، لعدم الأثر لها. وذلك يجري هنا.

ثم إن سيدنا المصنف تنتـ اقتصر على صورة عمل الأجير ما ينافي العمل المستأجر عليه، ولم يتعرض لفرض إجارة نفسه للعمل المذكور. والظاهر أن الكلام فيه هو الكلام الآتي في الإجارة على المنافي في فرض وقوع الإجارة الأولى على العمل في الذمة، لاشتراكهما في تباين موضوع الإجارتين ومانعية تنفيذ كل من الإجارتين من تنفيذ الأخرى.

(١) هذا يرجع إلى كون المباشرة شرطاً خارجاً عن موضوع الإجارة، مع كون موضوعها مطلق العمل. وهو ممكن ثبوتاً، كما يأتي الكلام فيه في آخر المسألة إن شاء الله تعالى. وكذا الحال في غير المباشرة، كالتعجيل في العمل وغيره.

(٢) بلا إشكال ظاهر، لعموم سلطنته على نفسه من دون مخرج عنه، ومنه ما إذا كان العمل مضاداً للعمل المستأجر عليه، إلا أنه لم يمنع من بذل الأجير نفسه للعمل المستأجر عليه.

(٣) فإن العمل بقسميه وإن لم يخرج عن ملكه، لتعلق العمل المستأجر عليه

عمل ما ينافيه تخير المستأجر بين فسخ الإجارة (١) والمطالبة بقيمة العمل الفائت المستأجر عليه (٢). وإذا آجر نفسه لما ينافيه توقفت صحة الإجارة الثانية على أجازة المستأجر الأول (٣). فإن لم يجز بطلت واستحق الأجير

بذمته، إلا أن وجوب الوفاء بالإجارة يقتضي صرف القدرة إليه وعدم صرفها فيما ينافيه. ومنه يظهر أن تحريم العمل المذكور عرضي، لمنافاته لوجوب الوفاء بالإجارة، لا حقيقي، كما في الصورة الأولى، حيث يكون العمل مملوكاً للمؤجر، فيحرم تصرف المستأجر فيه بغير إذنه.

(١) لعدم القيام بمقتضاها، وهو تسليم العمل للمستأجر عليه.

(٢) بناء على ما سبق منه ~~ثبت~~ من ضمان العمل بالتفويت من دون استيفاء. وقد سبق متناً أنفأ الكلام في ذلك. فلاحظ.

(٣) لعدم سلطنة الأجير على الإجارة الثانية بعد منافاتها لحق المستأجر الأول، فلا تصح إلا بإجازته.

هذا وعن بعض مشايخنا ~~ثبت~~ المنع من تصحيحها بإجازته، لأنها بعد أن وقعت باطلة لمنافاتها للعمل المستأجر عليه بالإجارة الأولى فالإجارة لا توجب انقلابها عما وقعت عليه. وهو كما ترى! لأن الإجازة لعقد الفضولي في جميع مواردنا تقتضي انقلاب العقد عما وقع عليه من الفساد إلى الصحة.

إلا أن يرجع إلى ما يظهر من السيد في العروة الوثقى من أن المورد ليس من صغريات عقد الفضولي، لاختصاص عقد الفضولي بما يقع على ملك الغير، فيحتاج إلى إجازة المالك، والعقد في المقام لم يقع على ملك المستأجر الأول، لفرض مبانية العمل الذي هو موضوع الإجارة الثانية للعمل المستأجر عليه أولاً، لأن العمل المستأجر عليه أولاً في الذمة، ولا ينطبق على المأتي به وفاء عن الإجارة الثانية، وإنما بطلت الإجارة الثانية لمنافاة موضوعها لموضوع الإجارة الأولى بحيث لا يمكن

على من عمل له أجره المثل (١) كما أن المستأجر الأول يتخير - كما تقدم - بين فسخ الإجارة الأولى (٢)

وجوب تنفيذها مع فرض وجوب تنفيذ الأولى.

لكنه في غير محله، إذ يكفي في عقد الفضولي منافاته لحق الغير وسلطته وإن لم يكن مالكا لموضوعه، كما في المقام، ويكفي في تصحيحه إجازة صاحب الحق المذكور. نعم إنما تنفع إجازته مادامت الإجارة الثانية منافية لحقه، وذلك قبل العمل، حيث يقع التزامه في حق الأجير بين العمل بكل من الإجاريتين. أما بعد العمل على طبق إحداهما وفوت موضوع الأخرى فلا موضوع للتراحم، فإن عمل على طبق الأولى نفذت وارتفع موضوع الثانية وتعين بطلانها، لعدم الموضوع لها. وإن عمل على طبق الثانية تعذر تنفيذ الأولى، فتبطل أو تنصح بلحاظ استحقاق المؤجر الأول على الأجير قيمة العمل الفائت، على الكلام المتقدم.

أما الإجارة الثانية فحيث لم تنفذ وتنصح حين وقوعها لمنافاتها لحق المستأجر الأول فلا مجال لتصحيحها بعد العمل عليها، لا بإجازة المؤجر الأول - سواء فسخ الأولى أم لم يفسخها - لعدم منافاتها حينئذ لحقه وسلطته، ولا بنفسها أو بإجازة الأجير، لما تقدم من أن المقام يكون نظير من باع شيئاً فضولاً ثم ملكه. فتأمل جيداً. (١) فإن العمل ملك للأجير بعد عدم ملك المؤجر الأول له، لكون العمل الذي ملكه بالإجارة الأولى في الذمة. فيتعين ضمان مستوفي العمل - وهو المؤجر الثاني - للأجير قيمة المثل لعمله له بعد فرض بطلان الإجارة.

نعم إذا كانت أجره المثل أكثر من الأجر المسمى في الإجارة الثانية وكان المستأجر الثاني مغروراً من قبل الأجير لم يستحق عليه الزيادة ومقدار الفرق بينهما، كما تقدم هنا نظيره.

(٢) لعدم القيام بمقتضاها وهو تسليم العمل، وهو يبتني على عدم بطلانها

والمطالبة بقيمة العمل الفائت (١)، وإن أجاز صحت الإجارة الثانية (٢)،
واستحق الأجير على كل من المستأجر الأول والثاني الأجرة المسماة في
الإجارتين وبرئت ذمته من العمل الذي استؤجر عليه أولاً (٣)، وإن كانت

بتعذر العمل المستأجر عليه، الذي تقدم الكلام فيه، إذ لا موضوع للفسخ مع البطلان.
(١) إذ مع عدم الفسخ وبقاء الإجارة الأولى صحيحة يكون الأجير ضامناً
للعمل على النحو الذي سبق، وسبق الكلام فيه.

(٢) تقدم أنه إنما تصح إجازة الإجارة الثانية منه قبل عمل الأجير عليها،
حيث تكون منافية لحقه في تنفيذ إجارته، أما بعد عمل الأجير عليها وتعذر تنفيذ
إجارته فلا موقع لإجازته الإجارة الثانية، لعدم منافاتها لحقه حينئذٍ.

ومن ذلك يظهر أنه إذا أوقع الأجير الإجارة الثانية على العمل المنافي للإجارة
الأولى فليس للمؤجر الأول قبل عمل الأجير على طبق الإجارة الثانية فسخ الإجارة
الأولى مع بقاء وقتها، وإنما له إمضاء الإجارة الثانية، أو عدمه فتبطل، ولا يمكن
تصحيحها.

أما بعد عمله على طبقها فإما أن تبطل الإجارة الأولى - كما ذكرنا - أو يتخير
المؤجر الأول بين فسخها وعدمه، ومع عدم فسخها له المطالبة بأجرة المثل للعمل
الذي فوته الأجير عليه، كما ذكره سيدنا المصنف رحمته. ولا يكون التخيير بين إمضاء
الثانية وعدمه والتخيير بين فسخ الإجارة الأولى وعدمه في عرض واحد، كما قد يوهمه
كلامه رحمته.

(٣) الظاهر أن إجازة الإجارة الثانية بنفسها لا تقتضي إلا رفع المانع من
صحتها من طرف المجيز، فيكون المقام من تزامم الإجارتين، نظير ما لو صحت
الإجارتان بدواً لسعة الوقت، ثم طرأ التزاحم بينهما لطروء ضيقه، حيث يتعين حينئذٍ
تخيير الأجير في العمل على إحداهما فتبطل الأخرى، أو الاتفاق مع أحد المؤجرين على

الإجارة على نحو تعدد المطلوب فالحكم كذلك (١)، نعم لا يسقط العمل المستأجر عليه عن ذمة الأجير بمجرد الأجازة للإجارة الواقعة على ما ينفيه (٢)، بل يسقط شرط المباشرة، ويجب على الأجير العمل للمستأجر الرضا بالتأخير أو على التقايل وغير ذلك.

نعم مع التفات المؤجر إلى التنافي بين الإجارتين في مقام التنفيذ وقصده بالإجازة ترخيص الأجير في العمل على طبق الإجازة الثانية دون الإجازة الأولى، فحيث لا سلطنة له إلا على إبراء الأجير من العمل المستأجر عليه، فقد يدعى أن الإجازة تدل عليه بدلالة الاقتضاء، وكأنه عليه يبتني ما ذكره سيدنا المصنف رحمته من براءة ذمة الأجير من العمل الذي استؤجر عليه أولاً، واستحقاقه كلا الأجرتين. لكن حل مشكلة الأجير وترخيصه في العمل على طبق الإجازة الثانية كما يحصل بذلك يحصل بالاتفاق بينهما على وجه آخر، كإبدال العمل المستأجر عليه في الإجازة الأولى بغيره ولو بتأخيره عن وقته، أو على الإقالة من الإجازة الأولى الراجع لانفساخها، ولا طريق لتعيين أحد الوجوه إلا بقرينة المقام.

ومجرد انفراده بالسلطنة على إبراء ذمة الأجير من العمل لا يكفي في إحراز قصده له، لعدم إحراز قصده الإنفراد بحل مشكلة الأجير وعلى حسابه وحده، إذ لعله يقصد التعاون بينهما في حلها. بل لا يبعد كون المنصرف عرفاً مع طلب المستأجر حل المشكلة هو القصد للتقايل. فلاحظ.

(١) يعني: فلا يجوز العمل المنافي للشرط، لأن الشرط حق للمؤجر كأصل العمل، فلا يجوز للأجير الخروج عنه والتفريط فيه. ولو أوقع إجارة بالوجه المنافي توقف نفوذها على إجازة الأجير صاحب الشرط، لنظير ما تقدم.

(٢) إذ غاية ما يدعى - كما يظهر مما سبق - أن إجازة الإجازة الثانية تقتضي رفع اليد عما ينافيها، وحيث لم تكن الإجازة الثانية في الفرض منافية لأصل العمل

الأول لا بنحو المباشرة والعمل للمستأجر للثاني بنحو المباشرة. لكن فرض تعدد المطلوب في الذميات لا يخلو من شبهة (١).

المستأجر عليه أولاً، لفرض إطلاقه. بل هي منافية للشرط لا غير تعين سقوطه دون أصل العمل، بل يتعين على الأجير الاتيان به بوجه آخر. وما تقدم منا هناك من إمكان ابتناء الإجازة على وجه آخر جارٍ هنا أيضاً.

(١) كأنه لأن العمل الذمي كلي، والقيد يخصص الكلي ويقتضي تقسيمه وتقييده بالحصّة المقيد بها، كما يظهر مما عن بعض مشايخنا رحمهم الله.

لكنه إنما يقتضي تقسيمه وتقييده إذا قصد به ذلك، أما إذا أريد به مجرد استحقاق القيد بنحو الشرط الزائد على استحقاق أصل الماهية فلا وجه لامتناعه، خصوصاً بناء على ما يظهر من بعض مشايخنا رحمهم الله من أن الشرط يبتني على مجرد الإلزام المستلزم لوجوب العمل عليه تكليفاً من دون أن يقتضي حقاً للمشتراط، حيث يكون أصل العمل المستأجر عليه حقاً للمؤجر والاتيان به على النحو المشروط واجباً تكليفاً لا غير، نظير الواجب في الواجب.

نعم حمل التقييد على تعدد المطلوب في مقام الإثبات يحتاج إلى عناية. وهو أمر آخر. وقد تقدم في المسألة الثامنة ما ينفع في المقام. فراجع.

فصل وفيه مسائل

(مسألة ٥٧): لا يجوز إجارة الأرض للزرع بما يحصل منها حنطة أو شعيراً مقداراً معيناً (١)،

(١) كما صرح به جمهور الأصحاب، وقد يظهر من بعض عباراتهم المفروغية عنه، وفي التنقيح في بيان حكم إجارة الأرض بالحنطة والشعير قال: «لا تخلو هذه الإجارة إما أن تقع مقيدة بما يخرج من تلك الأرض، فذلك لا يجوز قطعاً...».

وقد استدلل عليه في كلام غير واحد بأن مقتضى الإجارة ملكية الأجرة، لأنها عوض المنفعة المملوكة، وهو فرع وجودها خارجاً أو في الذمة، وهو غير حاصل في المقام، غاية الأمر أنها قد توجد فتملك بعد وجودها، وهو خلاف وضع الإجارة. قال في الجواهر: «ومن ذلك يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونها منها أو من أرض أخرى، ولا بين استئجارها بجنس ما يريد زرعها فيها وغيره».

وأما ما في العروة الوثقى من أن العوض في المقام بمنزلة الموجود في نظر العرف، نظير المنفعة وهو كافٍ في الصحة، نظير بيع الثمار ستين أو مع الضميمة. فهو في غاية المنع، إذ لا وجود له حقيقة ولا عرفاً، ولا ملكية لشيء فعلاً بخلاف المنفعة، فإنها قابلة للتملك فعلاً، نظير الذميات. وأما بيع الثمار فقد ثبت بالنصوص الخاصة. فالأولى في الجواب: أن خروج المعاملة عن الإجارة المعهودة لا يستلزم

بطلانها، نظير خروج بيع الثمرة عن البيع المعهود، لإمكان صحتها عملاً بعمومات نفوذ العقد.

نعم قد يشكل بلحاظ ما سبق منّا عند الكلام في اعتبار القدرة على التسليم من قرب اعتبار إحراز سلامة العوض في الجملة. وذلك يقتضي عدم جواز كون الأجر من نتاج الأرض نفسها بل ولا نتاج أرض غيرها مما لم يزرع بعد.

نعم سبق أنه يكفي إحراز سلامة بعض العوض وإن لم يحرز سلامته بتمامه، كما يستفاد من النصوص. وذلك يقتضي الصحة في المقام مع الضميمة المعلومة الحصول. وهو خارج عن مفروض كلامهم.

اللهم إلا أن يقال: المتيقن من مورد القاعدة المذكورة المعاوضة في الأعيان، أما المنافع والأعمال فالنصوص المذكورة تقصر عنها. ويصعب التعدي عن مورد النصوص إليهما مع ابتنائها نوعاً على عدم الانضباط. ولا سيما مع عدم إحراز سلامة العوض فيها في كثير من العقود العرفية التي يشيع الابتلاء بها، كالمضاربة والمزارعة والمساقاة.

فالعمدة في وجه المنع في المقام النصوص الخاصة، كحديث الفضيل بن يسار: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن إجارة الأرض بالطعام. قال: إن كان من طعامها فلا خير فيه»^(١)، وحديث أبي بردة: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إجارة الأرض المحدودة بالدراهم المعلومة. قال: لا بأس. قال: وسألته عن إجارتها بالطعام. فقال: إن كان من طعامها فلا خير فيه»^(٢).

وربما استشكل في دلالة نفي الخير على الحرمة، بل يعم الكراهة أو يظهر فيها. لكن لا مجال لدعوى ظهوره في الكراهة، بل لا مجال لإنكار ظهوره في الحرمة والفساد، فإن نفي الخير لا يناسب حلية المعاملة المبنية على الاسترباح نوعاً. ولا سيما بلحاظ وروده في مقام الردع والتنفير بعد ظهور حال السائل في السؤال عن الحل

(١)، (٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٦ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٥، ٩.

والصحة، وهو الذي فهمه غير واحد من الأصحاب.

ومثله ما عن بعض مشايخنا ثقة من الإشكال في الحديثين سنداً، بلحاظ أن في طريق الأول صالح بن السندي، وهو لم تثبت وثاقته، كأبي بردة في الثاني. لكن أبا بردة قد روى عنه في هذا الحديث وغيره صفوان، وقد ورد أنه لا يروي إلا عن ثقة.

وأما صالح بن السندي فهو من رجال كتاب كامل الزيارات، والظاهر وثاقة رجاله. وقد أجاب ثقة عن ذلك بأن الموجود في كتاب كامل الزيارات هو صالح بن السندي الجمال، ولم يعلم أنه صالح بن السندي الموجود في هذا الحديث وغيره، فإن صالح بن السندي الذي يروي عنه علي بن إبراهيم وغيره له ما يقرب من ثمانين حديثاً في الكتب الأربعة، ولم يوصف في شيء منها بالجمال، فلا طريق لإحراز اتحاده مع من في كامل الزيارات. ويندفع بأن عدم توصيفه في تلك الأحاديث بذلك قد يكون لمعرفته، لا لعدم اتصافه به، فمن القريب اتحاده بعد اتحاد الطبقة.

مضافاً إلى تعاضد الحديثين في أنفسهما، وظهور حال جمهور الأصحاب في الاعتماد عليهما، والفتوى بمضمونها.

هذا وقد يستدل بنصوص آخر.. منها: صحيح أبي المغرا: «سأل يعقوب الأحمر أبا عبد الله وأنا حاضر، فقال: أصلحك الله إنه كان لي أخ قد هلك، وترك في حجرتي يتيماً، ولي أخ يلي ضيعة لنا، وهو يبيع العصير ممن يصنعه خراً، ويؤاجر الأرض بالطعام، فأما ما يصيبني فقد تنزهت، فكيف أصنع بنصيب اليتيم؟ فقال: أما إجارة الأرض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه، إلا أن تؤاجرها بالربع والثلث والنصف...»^(١).

ودعوى: أن ذيله قرينة على أن المراد بالمؤاجرة فيها المزارعة، لأنها هي التي يجب أن يكون نصيب العامل فيها حصة من الحاصل من دون مقدار معين، فتخرج عما نحن فيه.

مدفوعة: بأن من القريب استعمال المؤاجرة فيه في القبالة التي هي أعم من الإجارة المعهودة التي تكون الأجرة فيها مضبوطة والمزارعة التي تكون الأجرة فيها حصة مشاعة من الحاصل، فالفرق المذكور ليس بين قسمين للمزارعة، لعدم معهودية ذلك، بل بين الإجارة التي هي محل الكلام والمزارعة، فتدل على حرمة إجارة الأرض بالطعام لكن بعد حمله على الطعام الذي يكون من نفس الأرض، لأنه النظير للمزارعة، ولفهوم الحديتين السابقين، ولظهور مفروغية الأصحاب عن جواز إجارة الأرض بالطعام في الجملة. فلاحظ.

ومنها: موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا تؤاجر الأرض بالحنطة ولا بالتمر ولا بالشعير ولا بالأربعاء ولا بالنطاف»^(١)، وزاد في موثقه الآخر عنه عليه السلام: «ولكن بالذهب والفضة، لأن الذهب والفضة مضمون، وهذا ليس بمضمون»^(٢)، وفي صحيحه عنه عليه السلام: «لا تستأجر الأرض بالتمر ولا بالحنطة، ولا بالشعير ولا بالأربعاء ولا بالنطاف. قلت: وما الأربعاء؟ قال: الشرب، والنطاف فضل الماء. ولكن قبلها بالذهب والفضة، والنصف والثلث والربع»^(٣).

ومقتضى إطلاقها بدو المنع من إجارتها بالأموار المذكورة فيها مطلقاً ولو كان من غيرها أو في الذمة. إلا أن مقتضى التعليل في الموثق الثاني بأن الذهب والفضة مضمونان دون الأمور المذكورة كون المفروض في الأمور المذكورة أن لا تكون مضمونة بأن تكون من حاصل الأرض نفسها أو من حاصل أرض أخرى لم يوجد بعد، دون ما إذا كان معيناً خارجياً أو في الذمة.

ودعوى: أن ذلك لا يناسب ذكر الأربعاء والنطاف في سياق الأمور المذكورة. مدفوعة بأن الأربعاء وإن فسر في الصحيح بالشرب، إلا أن من القريب جداً أن يكون إشارة إلى نوع من الشرب معهود في أعرافهم. قال في لسان العرب: «والربع

(١) (٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٦ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٦، ٢.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢٦ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

الساقية الصغيرة تجري إلى النخل. حجازية. والجمع أربعاء وربعان». وقريب منه في تفسير الحديث المتقدم في مجمع البحرين وهامش الوسائل. ومن الظاهر عدم انضباطه وتعرضه للانقطاع والجفاف، خصوصاً في تلك العصور. ومثله فضل الشرب الذي فسر به النطاف في الصحيح.

ومثلها دعوى: أن الذهب والفضة قد وصفا في صحيح أبي بصير الآخر بأنها مصمتان، مفسراً ذلك فيه بأنها لا يزيدان، فيكون ذلك هو المراد في نصوص المقام، ويكون مرجعه إلى عدم تعرضهما لزيادة القيمة ونقصها، بخلاف بقية الأجناس، ويكون الاستفادة من هذه النصوص هو المنع من كون أجرة الأرض مما يتعرض لاختلاف القيمة. وحيث لا إشكال في جواز إجارة الأرض بالطعام في الجملة، فضلاً عن غيره مما يتعرض لاختلاف القيمة، فيتعين حملها على الكراهة.

لاندفاعها بأن الصحيح المذكور قد ورد في تعليل حكم آخر، إذ هو كما يلي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما قبلتها به، لأن الذهب والفضة مصمتان لا يزيدان»^(١)، وظاهر قوله عليه السلام: «لا يزيدان» أنها لا يزيدان قدرًا لا قيمة، في مقابل الحصة من الحاصل - كالنصف والثلث - فإنها تزيد قدرًا وتنقص، تبعاً لاختلاف مقدار الحاصل. فيرجع إلى أن المعيار في جواز الفضل في القبالة وعدمه أن يكون الأمر المتقبل به قابلاً للزيادة والنقصان كالنصف والثلث، وأن لا يكون قابلاً لهما كالدرهم والدنانير. ومن الظاهر اختلاف الحكمين في المقام، فلا مانع من اختلاف المعيار فيهما، ولا ملزم بحمل التعليل فيهما على معنى واحد.

هذا مضافاً إلى أن صحيح أبي بصير لم يروه في الوسائل إلا عن الصدوق عليه السلام، والموجود في طبعة النجف الأشرف للفقيه قوله عليه السلام في التعليل: «لأن الذهب والفضة مضمنان»^(٢). وهو المناسب لصحيح الحلبي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتقبل الأرض

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢١ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج: ٣ ص: ١٤٩.

بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف. قال: لا بأس به. قلت: فأقبلها بألف درهم وأقبلها بألفين. قال: لا يجوز. قلت: لم؟ قال: لأن هذا مضمون، وذلك غير مضمون^(١). فلعن ما تقدم في صحيح أبي بصير تفسير من الوسائل، لا من الصدوق، فضلاً عن أن يكون من الإمام عليه السلام.

ومن هنا لا يخرج عما ذكرنا من ظهور أحاديث أبي بصير الثلاثة المتقدمة في المنع من إجارة الأرض بما هو مضمون من الطعام وغيره، لكونه من نتاج أرض لم تزرع بعد من دون فرق بين الأرض المؤجرة وغيرها، في إشارة منها لمعاملات كانت شائعة في عهد صدور النصوص. ولا ينافيه حديث أبي الفضل وأبي بردة المتقدمان، فإن مقتضى الجمود على مفاد الشرطية فيهما وإن كان هو جواز إجارة الأرض بالطعام إذا كان من نتاج أرض أخرى وإن لم تزرع بعد، إلا أن رفع اليد عن خصوصية الأرض المؤجرة في الحديثين من أجل التعليل في موثق أبي بصير قريب جداً. فلاحظ.

ومنها: معتبر يونس بن عبد الرحمن عن غير واحد عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «أنهما سئلا: ما العلة التي من أجلها لا يجوز أن تؤاجر الأرض بالطعام وتؤاجرها بالذهب والفضة قال: العلة في ذلك أن الذي يخرج منها حنطة وشعير، ولا تجوز إجارة حنطة بحنطة ولا شعير بشعير»^(٢).

لكن مقتضى التعليل فيه أن المراد النهي عن كون الأجر من سنخ الطعام المزروع في الأرض، وإن كان في الذمة أو من طعام آخر. ويقرب منه في ذلك صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة»^(٣). غاية الأمر أن مقتضى الجمود عليه النهي عن زرع الحنطة أو مطلق الطعام المائل للأجر، لا عن نفس الاستئجار بالطعام. إلا أنها يشتركان في النهي عن مماثلة الأجر للزرع

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٢١ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٦ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١١.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٦ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٣.

وتجوز إيجارتها بالحصة من زرعها مشاعاً ربعاً أو نصفاً (١). والأحوط عدم

في خصوص الحنطة أو مع الشعير، أو مطلق الأجناس الربوية، لإلغاء خصوصية موردتهما، لكون المستفاد منهما كون العلة شبه المعاملة بالربا.

ومن الظاهر أن ذلك لا يناسب ظهور مفروغية جمهور الأصحاب عن جواز إجارة الأرض بالطعام، بل في الخلاف دعوى الإجماع على جواز إيجارتها بالطعام إذا لم يكن منها. قال: «فأما بطعام في الذمة فإنه يجوز على كل حال».

كما لا يناسب النصوص المتقدمة، حيث يصعب جداً حملها على جواز خصوص غير الطعام المزروع. بل لعل المتيقن منها ما كان من سنخ الطعام المزروع، لأن من شأن الأرض عرفاً أن تقوم منفعتها به، كما لا يناسبه مساق معتبر يونس المتقدم، حيث ورد التعليل فيه في مورد الإطلاق.

ومثلها في ذلك موثق لإسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام مسمى، ثم آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر، وله في الأرض بعد ذلك فضل أيصلح له ذلك؟ قال: نعم إذا حفر لهم نهراً... وسألته عن الرجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام معلوم فيؤاجرها قطعة قطعة. فقال له: إذا استأجرت أرضاً فأنفقت فيها شيئاً أو رمت فيها فلا بأس بما ذكرت»^(١). ومن هنا يتعين حمل الحديثين على الكراهة من أجل شبه المعاملة بالربا. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(١) الظاهر أن ذلك هو المزارعة. أما لو خرج عنها كما لو آجرها لزرع بعضها والانتفاع في الباقي بغير الزرع على أن تكون أجرة المجموع حصة من الزرع، فالصحة وعدمها يبتنيان على الكلام المتقدم في مقتضى القاعدة مع عدم إحراز سلامة العوض.

إجارتها بالحنطة أو الشعير في الذمة إذا كان من جنس ما يزرع فيها (١)،
وأما إجارتها بغير الحنطة والشعير من الحبوب فالظاهر جوازه (٢)، وإن
كان الأحوط تركه.

(مسألة ٥٨): تجوز إجارة الحصة المشاعة من أرض معينة (٣). كما

إلا أن يكون غير المزروع قليلاً، بحيث يعد من توابع المزروع، كما يتعارف في المزارعة
عدم زراعة بعض الأرض لسكن الزارع أو ربط دوابه وحفظ آلات الزرع أو نحو
ذلك.

(١) فقد منع منه في المذهب. ومما سبق يظهر جوازه على كراهة. وقد يظهر
ذلك من قول ابن الجنييد فيما حكى عنه: «من استأجرها بحنطة مضمونة لم يستحب
أن يزرعها حنطة».

(٢) كأنه لا اختصاص النصوص المتقدمة بالحنطة والشعير والطعام المتيقن منه
النوعان المذكوران. لكنه - لو تم - لا ينافي العموم لغيره تبعاً للتعليل المتقدم في موثق
أبي بصير القاضي بعدم جواز كون الأجرة من زرع أرض لم تزرع بعد، حيث لا يكون
مضموناً.

(٣) فقد أطلق جماعة كثيرة جواز إجارة المشاع. وصرح غير واحد بعدم الفرق
بين إجارتها على شريكه وغيره، وفي التذكرة والمسالك وظاهر الروضة الإجماع عليه.
وهو الذي يقتضيه عموم نفوذ العقود.

نعم ذكر غير واحد أنه لا يسلم العين إلا بإذن شريكه. وذكر غير واحد أنه لو
امتنع رفع أمره إلى الحاكم. وظاهرهم نفوذ الإجارة بدون إذن الشريك، وأن الذي
يتوقف على إذنه هو التسليم لا غير. وهو غير ظاهر، إذ حيث كان مقتضى الإجارة
هو التسليم أو التمكين من التصرف ففرض نفوذها بدون إذن الشريك مستلزم لعدم
توقف جوازهما عليه. ومن هنا كان الظاهر توقف نفوذ الإجارة على إذنه، لمنافاتها

تجوز إجارة حصة منها (١) على نحو الكلي في المعين (٢).

(مسألة ٥٩): لا تجوز إجارة الأرض مدة طويلة (٣) لتوقف

مسجداً (٤)، ولا يترتب آثار المسجد عليها (٥). نعم تجوز إجارتها لتعمل

لسلطته بعد اقتضاها تسليط المستأجر على العين.

نعم إذا امتنع من الإذن في الإجارة، وكان امتناعه مضرًا بمصلحة شريكه، كان

له رفعه للحاكم، كما لو تنازع الشريكان في التصرف.

وبذلك يظهر أن الذي هو نظير تنازع الشريكين في التصرف ليس هو التنازع في

التسليم بعد صحة الإجارة، كما يظهر من الجواهر، بل هو التنازع في الإجارة نفسها،

لأنه هو الذي يتسبب عن التعطيل، والذي قد يضر بالشريك. فلاحظ.

(١) محدة بالنسبة كالربع والثلث، أو بنحو آخر، كجريب ومائة متر مربع.

(٢) كما تقدم منّا التعرض لذلك عند الكلام في شرائط الأمرين وأحكامهما.

فراجع.

(٣) لا أثر لطول المدة في ذلك، إذ مع قابلية المنفعة لأن تكون مسجداً يمكن

ذلك مع قصر المدة، ومع عدم قابليتها لذلك لا يمكن ذلك حتى مع طول المدة.

(٤) المذكور في كلام الأصحاب استئجار الأرض ليتخذها مسجداً بنحو

يظهر في كون مسجديتها مقتضى نفس الإجارة، ولا تحتاج إلى وقف بعد ذلك. أما

استئجارها على أن توقف مسجداً بحيث يكون مقتضى الإجارة هو وقفها، وتكون

المسجدية تابعة للوقفية المتأخرة عن الإجارة، فلم أعثر على من تعرض له.

ولا ينبغي الإشكال في عدم صحة الوجهين وعدم ترتب الأثر عليهما،

لأن المسجد من أفراد الوقف، والوقفية من شؤون الأعيان دون المنافع، والمملوك

للمستأجر هو المنفعة دون العين.

(٥) إذ لا منشأ لرتبتها مع عدم صحة الإجارة المذكورة.

مصلى يصلى فيه أو يتعبد فيه أو نحو ذلك من أنواع الانتفاع (١). ولا يترتب أيضاً عليها أحكام المسجد (٢).

(١) بلا خلاف ظاهر ولا إشكال. لعمومات النفوذ بعد كون ذلك منفعة معتدّاً بها. والظاهر أنه إليه يرجع ما في المبسوط والخلاف والشرائع وجملة من كتب العلامة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها من جواز استئجار الأرض أو الدار لتتخذ مسجداً، أو مسجداً يصلى فيه. ولا يراد به جعلها بالإجارة مسجداً حقيقة لما سبق من أن المسجد قسم من الوقف الوارد على الأعيان والمبني على التأبید، ولا يتقوم بالمنفعة والانتفاع اللذين بهما تتقوم الإجارة. ولذا صرحوا بعدم خروجه عن المسجدية بالخراب.

ولاسيما مع ذكرهم ذلك في مقابل خلاف أبي حنيفة حيث منع من ذلك بدعوى أن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة. الذي هو بالمغالطة أشبه، إذ الذي لا يجوز وينافي الوجوب والعبادية هو استحقاق الصلاة على المصلي بالإجارة، لا استحقاق المصلي أو غيره لها على صاحب الأرض بلحاظ كونها من جملة منافعتها المملوكة بالإجارة.

وعلى كل حال فذلك يشهد بأن نظر من أجاز الإجارة المذكورة إلى ملكية منفعتها الخاصة بالإجارة، لا إلى صيرورتها مسجداً في مدة الإجارة على نحو المسجدية الحاصلة بالوقف المبنية على التأبید.

(٢) إذ لا منشأ لذلك بعد عدم صيرورتها مسجداً. وهو الذي استظهره في التذكرة في فرض إجارة الدار يتخذها مسجداً، وجزم به في جامع المقاصد والمسالك. ولذا ذكر في جامع المقاصد أن إطلاق عملها مسجداً مجاز باعتبار ثبوت مقصود المسجد لها.

وفي المسالك: «وإطلاق المسجدية على الأرض المذكورة بسبب إعدادها

(مسألة ٦٠): يجوز استئجار الشجرة لفائدة الاستظلال (١) ونحوه،

للصلاة، إما بحسب المجاز لهذه المناسبة، أو بجعل المسجد مشتركاً بين ما له حرمة وغيره، كمسجد يتخذ الإنسان في بيته لصلاته وصلاة أهله». ويظهر وجهه مما سبق من رجوع إجارة الأرض لتتخذ مسجداً إلى إيجارتها للمنافع المذكورة، لا لتحقيق العنوان المعهود.

لكن في مفتاح الكرامة: «وقد يقال: لا دليل على اشتراط كون الأصل وقفاً. فلو أن رجلاً استأجر داراً مائة سنة ليجعلها مسجداً فالظاهر ثبوت الحرمة لها، كما هو ظاهر إطلاق العبارات هنا. وإليه مال المولى الأردبيلي»، ثم أخذت في رده بنحو ما سبق من كون المسجد نوعاً من الوقف المختص بالأعيان.

هذا وفي العروة الوثقى: «نعم إذا كان قصده عنوان المسجدية، لا مجرد الصلاة فيه، وكانت المدة طويلة، لا يبعد ذلك، لصدق المسجد عليه حينئذ».

وهو كما ترى! فإن قصد المسجدية فرع قابلية الموضوع، وقد سبق أن موضوع المسجدية هو عين الأرض والمكان، وهي مبنية على الوقف المبنى على التأبید، وليس موضوعها المنفعة المؤقتة، وإلا لأمكن مع قصر المدة كما سبق. وأما صدق المسجد حينئذ فلا إشكال في كونه مجازياً، بلحاظ مشابهته للمسجد في طول مدة تعينه للانتفاع المشابه للانتفاع بالمسجد.

(١) كما في التذكرة والمسالك وغيرهما. وتنظر فيه في القواعد، لعدم قصد هذه المنفعة - الراجع إلى عدم الاعتداد بها عرفاً - ولهذا لا تضمن منفعتها بالغصب.

ولعله لهذا قيده في جامع المقاصد بها إذا صح مقابلته بالمال. وقد يرجع إليه ما عن الشهيد من جوازه مع فرض المنفعة، للاستغناء عن الفرض المذكور لو أراد مطلق المنفعة.

وهو يبتني على ما اشتهر بينهم - ومنهم سيدنا المصنف رحمته - من اعتبار المالية

في المعاوضات، وما ذكره في خصوص الإجارة من اعتبار كون المنفعة متقومة.

وعلى ذلك يبتني خلافهم في جملة من الفروع، كاستتجار الحائط المزوق للتعلم والتنزه بالنظر إليه، واستتجار الشمع للترزين به من دون إشعال، واستتجار الدراهم للتجمل بها ودفع شبهة الفقر ونحو ذلك. وقد سبق منّا في ذيل الكلام في شروط المنفعة في الإجارة إنكار اعتبار المالية في المعاوضات. فراجع.

لكن يشكل الحال في خصوص المقام بأن الاستتلال بالظلال القائم ليس تصرفاً فيه، ولا يكون تعدياً عليه ولا على مالك الظلال، كاستماع كلام المتكلم والتعلم منه والاسترواح بمروحة الغير والتبرّد بمكيّفه المشغولين ونحو ذلك، ومع جواز ذلك مجاناً، وعدم سلطنة صاحبه على المنع منه، لا مجال لأخذ الأجرة عليه، لأن أخذ الأجرة إنما يصح في مقابل المنافع التي هي تحت سلطنة المؤجر، بحيث له المنع منها والترخيص فيها.

نعم نصب الظلال وتكلم المعلم وتشغيل المروحة والمكيّف منافع تدخل تحت سلطنة صاحبها، فيجوز الاستتجار عليها.

ومنه يظهر الفرق بين الاستتجار على الاستتلال بالشجرة القائمة، والاستتجار بالشجرة المقطوعة، إذا لم يرد به الاستتلال بها وهي مطروحة. بل أخذها وإقامتها بنحو يستظل بها. لما ذكرناه من أن نصب الظلال منفعة تحت سلطنة المالك يجوز الاستتجار لها.

وبذلك يظهر الإشكال فيما في التذكرة من الاستدلال على جواز استتجار الشجرة للاستتلال بها بجواز استتجارها لذلك بعد قطعها، فيجوز قبله لعدم الفرق. إذ فيه: أن المراد بالاستتلال بها بعد القطع إن كان هو الاستتلال بها وهي مطروحة فلا يصح الاستتجار له، كالاستتلال بها قبل القطع. وإن كان هو أخذها وإقامتها ثم الاستتلال بها، فجواز الاستتجار له لا يستلزم جواز الاستتجار للاستتلال قبل القطع، لما عرفت من الفرق.

كربط الدواب ونشر الثياب (١)،

ولعله لذا اقتصر في التحرير على جواز استئجار الشجرة لبسط الثياب عليها حتى يستظل بظلها. حيث لا إشكال في أن بسط الثياب عليها نحو من التصرف فيها وللمالك المنع منه، فله الإجارة عليه.

هذا وعن بعض مشايخنا ^{تت} أنه بناء على جواز الاستظلال بشجر الغير أو حائطه بدون إذنه فيمكن تصحيح الاستئجار للاستظلال فيما لو بادر المالك للاستظلال بحيث لا مجال لاستظلال غيره، فاحتاج الغير للاستظلال حينئذٍ أو أراد المالك قطع الشجرة، فطلب منه المستأجر عدمه ليستظل بها.

لكن بذل المال حينئذٍ ليس في مقابل الاستظلال، بل هو في الأول مقابل فسخ المجال للكون في المكان المشغول بالظل. ولذا يصح بذله لغير مالك الشجرة لو سبق لشغل المكان المذكور. وفي الثاني في مقابل عدم المبادرة لقطع الشجرة الذي هو من حق مالكاها. ومثله بذل المال للمالك المكان الذي فيه الظل سواء كان مالكا للشجرة أم لم يكن.

وذلك يجري في جميع ما يمكن الانتفاع به - المقصود من الاستئجار - من دون تصرف فيه يتوقف على رضا مالكة، كاستئجار الجدار المنقوش للتنزه أو التعلم بالنظر إليه، واستئجار الفرس الأصيل للتعرف على خواص صنفه، والاستئجار لسباع درس الشخص لتلاميذه والاستفادة منه وغيرها مما تقدم بعضه، فإنه لا يصح إلا أن يرجع إلى بذل المال في مقابل أمر تحت سلطة الأجير، كالدخول لأرضه وتسليم ما يملكه ورفع المزاحم للمستأجر وغيرها.

(١) لعموم النفوذ بعد سلطة مالك الشجرة على المنع منها، لما فيها من التصرف في ملكه. نعم بناء على اعتبار المالية في المنفعة المستأجر عليها، يتعين توقف صحة الإجارة هنا عليها.

ويجوز استئجار البستان لفائدة التنزه (١).

(مسألة ٦١): يجوز استئجار الإنسان للاحتطاب والاحتشاش والاستقاء ونحوها (٢)، فإن كانت الإجارة واقعة على المنفعة الخاصة

(١) بلا إشكال ظاهر، لكون التنزه منفعة مقصودة ذات مالية. نعم لا بد من توقفه على الدخول للبستان الذي هو نحو من التصرف فيها وللمالك السلطنة عليه والمنع منه. أما إذا لم يتوقف على ذلك فيجري فيه ما سبق في استئجار الشجرة للاستغلال.

(٢) يعني: من حيازة المباحات التي تملك بالحيازة، ومورد الكلام ما إذا كان الاستئجار من أجل تملك المستأجر للأمر المحاز. أما إذا لم يبتن على ذلك، بل على ملك الأجير نفسه لما يحوزه فهو خارج عن مورد كلامهم.

بل قد يظهر من جملة من كلماتهم المفروغية عن عدم صحة الإجارة، لعدم انتفاع المستأجر بالعمل، ليصح منه بذل ماله في مقابلته. لكن قد يتعلق له غرض بذلك يصحح له بذل المال، كتمرين الأجير على العمل. نظير بذله المال في مقابل تفرغ ذمة الميت من الصلاة والصوم.

هذا وقد صرح في آخر كتاب الشركة من الشرائع بصحة الإجارة في مفروض الكلام وملك المستأجر لما يحصل عليه الأجير. وبناءه في القواعد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها على قبول ذلك للنيابة. ولذا قد يستشكل على ما في الشرائع بأن ذلك لا يناسب ما ذكره في كتاب الوكالة من عدم قبول الاحتطاب والاحتشاش للوكالة.

لكن قال في الجواهر: «قد يمنع التلازم، ويكون حينئذ ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالإجارة، وهو غير التملك بالنيابة في الحيازة. فتأمل جيداً». وهو راجع إلى أنه إذا لم نقل بأن مجرد النيابة كافٍ في ملكية المنوب عنه للأمر المحاز

يمكن القول بأن النيابة المبنية على ملكية عمل النائب كافية في ملكية مالك العمل للأمر المحاز، لابتناء ملكية الحيازة على تملك مالك الحيازة للأمر المحاز، سواء كان هو المباشر أم المالك للمباشر لو كان عبداً أم المستأجر له. ويأتي تمام الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في صحة الإجارة في محل الكلام ولو بلباح سيرة العقلاء والمشرعة على الاكتفاء بعمل الأجراء والعمال في مثل نصب شبكة الصيد وصنع الحظيرة له، والبناء الذي يكون به حيازة الأرض وإحيائها، وقطع أخشاب الغابات لمن يتكسب بها أو ينتفع بها، وحيازة الطين وخدمته لصنع اللبن والآجر، ونقل المعادن عن موقعها من أجل بيعها رأساً أو بعد تصنيعها، وغير ذلك مما يشيع تصدي ذوي الدخل الكبير لبيعه من دون أن يباشروا حيازته. فإن ذلك من الأنواع الشائعة للتكسب بالعمل.

كما أن من القريب جداً قبول الحيازة للنيابة والوكالة مطلقاً ولو في غير مورد الإجارة، لأن الظاهر أن الحيازة المملكة للمباح ليست هي مجرد وضع اليد عليه، بل وضعها بقصد حيازته وأخذ الرافع إلى قصد تملكه وأن يكون له، فكما يمكن قصد كونه للحائز يمكن قصد كونه لغيره، وإلا امتنعت الإجارة على الحيازة، وقد عرفت صحتها.

وأما ما عن بعض مشايخنا من أن الاكتفاء في تملك الشيء بقصد حيازته والاستيلاء عليه ولو من دون قصد التملك، ولذا لا إشكال - بعد ملاحظة السيرة الارتكازية - في أن من أخذ طائراً لأجل إيصاله لشخص بتخيل أنه ملكه وكان مخطئاً في ذلك يملك الطائر المذكور بمجرد أخذه، كما أن من أخذ بعض أغصان الشجر البري لا بقصد تملكها، بل لمجرد قضاء حاجة له مؤقتة بها ثم يتركها يملكها بمجرد أخذها.

فهو في غاية المنع، لعدم إطلاق في ملكية الحيازة يقتضي ذلك، والمتيقن منه

وحدها أو مع غيرها (١) ملك المستؤجر العين المحازة وإن قصد الأجير نفسه أو شخصاً آخر غير المستأجر (٢) وإن كانت واقعة على العمل

صورة نية التملك، بل هو المرتكز عرفاً. غاية الأمر أنه لا يجوز سلب الأمر المحاز منه، ولا مزاحمته فيه. وهو راجع إلى احترامه في نفسه وأولويته من غيره، وهو لا يستلزم ملكيته له. كما لا يجوز دفعه عن المكان الذي يجلس فيه من الصحراء أو الذي يسبح فيه من النهر ولا مزاحمته فيها، مع القطع بعدم ملكيته لهما.

وكيف كان فالحيازة بها لها من المعنى المعبر في التملك أمر قابل للنيابة ارتكازاً. نظير قبض الحق لصاحبه.

نعم يشكل التبرع بالحيازة من دون إذن المتبرع عنه، لأن ملكية المتبرع عنه للأمر المحاز نحو من النسبة بينهما فحصولها من دون إذنه مخالف لسلطته على نفسه، نظير تمليكك الشيء له من دون قبول منه، ولا إطلاق في دليل النيابة في المقام ينهض بالخروج عن مقتضى السلطنة المذكورة، بخلاف مثل أداء الدين عنه، فإنه يتضمن تفرغ ذمته وإسقاط الحق عنه، وهو لا ينافي سلطته على نفسه، كإبرائه من الدين وإسقاط سائر الحقوق عنه.

لكن عدم وقوعه حينئذٍ للمتبرع عنه لا يستلزم وقوعه للمباشر بعد عدم قصده بالحيازة تملك الأمر المحاز وأخذه له، الذي سبق توقف الحيازة المملكة عليه، بل يتعين بقاءه على الإباحة الأولية ما لم تتجدد له حيازة مملكة. هذا وقد أطل أصحاب في المقام بما لا مجال لمتابعتهم فيه، كما يظهر بمراجعة كلماتهم.

(١) وهو القسم الأول من قسمي إجارة الأجير المتقدمين في المسألة السادسة

والخمسین.

(٢) لما سبق من الجواهر في توجيه كلام الشرائع من أن ملكية المستأجر لعمل

الأجير موجب للملكية ثمرته وأثره عرفاً، وإن لم يقصد بحيازته تمليكاً، نظير حيازة

العبد، حيث لا إشكال ظاهراً في كونها موجبة للملكية ماله ما حازه.

ودعوى: الفرق بينهما بأن العبد لا سلطنة له على تمليك غير مولاه، فلا أثر لنيته الحيابة لنفسه أو لشخص ثالث، بخلاف الحر الأجير فإن له أن ينوي الحيابة لغير المؤجر، غايته أن يكون عاصياً بذلك، لمخالفته لمقتضى الإجارة، وهو لا يمنع من ترتب الأثر على نية تمليك الغير.

مدفوعة: أولاً: بأن الإجارة توجب قصور سلطنة الأجير عن مخالفة مقتضاها من نية تمليك غير المؤجر، لا مجرد حرمتها عليه تكليفاً، فهو نظير العبد في ذلك.

وثانياً: بأن الفرق المذكور - لو تم - إنما يقتضي عدم ترتب الأثر على نية العبد تمليك غير سيده بحيازته، فلا يملك ما حازه، ولا يقتضي تملك سيده لما حازه من دون أن ينوي تمليكه، فلا وجه لتملكه له إلا ملكه لعمله وحيازته، وهو في ذلك كالمؤجر في مفروض الكلام.

اللهم إلا أن يمنع من ذلك حتى في العبد، فإن ملك العمل إنما يوجب ملك ثمرته وأثره العرفين - كالهئة الحاصلة للثوب بخياطته وللذهب بصياغته - دون مثل عين الأمر المحاز في الحيابة، لأنه أمر حاصل قبل الحيابة، وإنما يملك شرعاً بالحيابة بتوسط نية التملك للأمر المحاز، فمع فرض عدم نية العبد تملك ماله لما يحوزه وجه لتملكه له، بل يتعين ملكيته لمن نوى حيازته وتملكه له مع إذنه له في ذلك.

وأما عدم سلطنته على نية الحيابة والتملك المذكورين. فهو إنما يقتضي حرمة ذلك منه تكليفاً، لا عدم ترتب أثره عليه، لأن ترتب الأثر المذكور شرعي محض يكفي فيه قابلية المحل للتملك، لا بملاك سلطنة المملك، ولذا لا تحتاج نية الصبي التملك في المقام لإجارة وليه.

غاية الأمر أن يستحق المالك أجرة العمل المذكور من العبد على من استوفاه وأمره به، فيلزم مثل ذلك في عمل الأجير لغير المستأجر في المقام.

في الذمة فإن قصد الأجير تطبيق العمل المملوك عليه على فعله الخاص - بأن كان في مقام الوفاء بعقد الإجارة - ملك المستأجر المحاز أيضاً (١). وإن لم يقصد ذلك، بل قصد الحيازة لنفسه أو غيره كان المحاز ملكاً لمن قصد الحيازة له (٢). وكان للمستأجر الفسخ والرجوع بالأجرة المسماة.

هذا ولو سلم أن التملك بنيته في الحيازة بملاك السلطنة فعدم سلطنة العبد والأجير في المقام إنما يقتضي - كما سبق - عدم تملك من نوى الحيازة له للأمر المحاز، لا ملكية المولى والأجير لما حازه من دون أن ينوي الحيازة له. فتأمل جيداً.

(١) بلا إشكال. إما لأن إتيان الأجير بالعمل بقصد الوفاء بالإجارة يكون موجباً للملكية المستأجر لعمله فيملك أثره - كما سبق من الجواهر - أو لأن ذلك يستلزم نية الأجير الحيازة للمستأجر، وقد سبق قبول الحيازة للنيابة، وصيرورة الأمر المحاز للمنوب عنه مع رضاه بذلك، كما هو المفروض في المقام.

(٢) أما عدم صيرورته للمستأجر فلعدم الموجب لذلك بعد عدم قصد الأجير الحيازة له وعدم ملكه للحيازة الحاصلة من الأجير، لكون موضوع الإجارة هو العمل الكلي الثابت في ذمة الأجير، ويتوقف انطباقه على العمل الصادر منه على قصده تفرغ ذمته به وجعله وفاء عنها، والمفروض عدم حصول ذلك منه.

وأما وقوعه لمن قصد الحيازة له فهو يتنسى على ما سبق من قبول الحيازة للنيابة. ولولا ه يتعين صيرورته له لا غير، بناءً على ملكية الحيازة قهراً ولو مع عدم قصد التملك - كما سبق عن بعض مشايخنا ^{رحمهم الله} - أو ملكه له إن قصد الحيازة لنفسه وبقاؤه على إباحته الأصلية إن قصد الحيازة لغيره، لعدم قصده التملك لنفسه، وعدم مشروعية قصده تملك ذلك الغير.

ودعوى: أن ذلك قد ينافي الإجارة، فلا تنفذ نيته الحيازة لغير المستأجر. مدفوعة بها سبق من أن ترتب الأثر على نية الحيازة للغير حكم شرعي محض، وليس

وفي الإمضاء والرجوع بقيمة العمل المملوك له بالإجارة الذي فوته عليه إشكال قوي (١).

(مسألة ٦٢): يجوز استئجار المرأة للإرضاع (٢)، بل للرضاع

بملاك السلطنة، ليقصر عن صورة مزاحمة حق الغير، وهو المستأجر في المقام.

(١) إن كان منشأ الإشكال هو احتمال عدم ضمان الأجير للعمل الذي فوته على المستأجر، لعدم الضمان بالتفويت من دون استيفاء، فاللازم عليه البناء على بطلان الإجارة، لقصور عموم نفوذ العقد عنها بعد تعذر تنفيذها، لا بتناؤها على التسليم والتسلم، نظير ما تقدم متأ في مبحث التسليم والتسلم في فرض امتناع المؤجر من تسليم العين المستأجرة. وهو الذي جزم به ^{ثنت} في المسألة الثامنة، كما اخترناه هناك وأوضحنا وجهه. ومعه لا موضوع للخيار بين فسخ الإجارة وعدمه.

نعم خرج ^{ثنت} عنه في المسألة السادسة والخمسين، فحكم بصحة الإجارة وتحجير المستأجر بين فسخها واسترجاع الأجر المسمى، وعدمه ومطالبة الأجير بقيمة المثل للعمل الذي فوته على المستأجر.

وإن كان منشأ الإشكال هو خصوصية المورد من بين سائر الأعمال المستأجر عليها في احتمال عدم ضمانه بالتفويت، المستلزم لبطلان الإجارة - كما عرفت - فلا يتضح منشأ الخصوصية المذكورة. ومن هنا كان الظاهر ابتناء الكلام في هذه المسألة على ما سبق في المسألة الثامنة. فلاحظ.

(٢) كما صرح به جمهور الأصحاب، وفي التذكرة: «أجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر». وهي المرضعة غير الأم. ونفى في الخلاف والسرائر الخلاف في جواز استئجار المرأة للرضاع إذا كان بإذن الزوج. ومقتضاه المفروغية عن صحته في الجملة الذي هو محل الكلام.

ويشهد به - مضافاً إلى ذلك، وإلى عمومات الصحة - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ

لَكُمْ فَأَتَوْهُنَّ أُجُورَهُنَّ»^(١)، والنصوص الكثيرة الواردة في الموارد المتفرقة^(٢).

وقد استدل عليه في القواعد والتذكرة بالحاجة. وهو كما ترى فإن الحاجة لا تقتضي تشريع الإجارة مع فقد شروطها. كما نبّه له في الجملة غير واحد. فالعمدة ما سبق.

ومعه لا مجال للإشكال فيه بأن موضوع الإجارة هو المنفعة، والمقصود بالرضاع اللبن الذي هو من الأعيان. مع أنه مجهول غير موجود حين الإجارة.

على أنه يندفع بأن الإرضاع في نفسه منفعة معتد بها، وهو المقابل بالمال، واستلزامه تلف اللبن غير قادح، كما لا تقدح جهالته وعدم وجوده. إذ كثيراً ما تكون المنافع التي هي موضوع الإجارة مستلزمة لتلف بعض الأعيان الموجودة أو المتجددة بمقدار معلوم أو مجهول. وبمجرد كون اللبن مقصوداً مع الإرضاع، أو هو المقصود الأعظم، غير قادح بعد كون موضوع المعاملة هو الإرضاع بنفسه الذي هو منفعة صرفة.

وكأن ذلك هو المنشأ لما يظهر من غير واحد من احتمال عدم صحة الإجارة على الإرضاع وحده ما لم تنضم إليه الحضانة التي هي مقصود مهم، بحيث يكون اللبن تابعاً عرفاً. ويظهر ضعفه مما ذكرنا. ولعله لذا لم أعثر على قائل بذلك ولا من نسب له القول به متاً، بل ظاهر الأصحاب أو صريحهم عدم القول به.

ومما سبق يظهر التعدي عن مورد الآية الشريفة والنصوص إلى مثل إجارة الشاة لإرضاع السخلة، كما في القواعد والإيضاح وغيرهما. ولا مجال للمنع منه، كما في جامع المقاصد، وقد يستظهر من التذكرة. وقد يظهر من الأول أن الوجه في المنع جهالة مقدار اللبن المسترضع. ويظهر ضعفه مما سبق.

(١) سورة الطلاق الآية: ٦.

(٢) راجع وسائل الشيعة ج: ١٥ باب: ٧١، ٨٠، ٨١ من أبواب أحكام الأولاد وغيرها.

أيضاً بمعنى ارتضاع اللبن (١)، وإن لم يكن بفعل منها أصلاً (٢) مدة معينة (٣). ولا بد من معرفة الصبي (٤) الذي استؤجر لإرضاعه ولو

(١) لأن الارتضاع بنفسه منفعة مقصودة، كتوسيد يدها، والصعود على ظهرها. وقد سبق عدم قدح استلزامه تلف اللبن.

(٢) يعني: بفعل يتعلق بنفس الارتضاع، كاحتضانه ووضع ثديها في فمه. لكن لا بد من تمكينها له من ذلك ولو بفعل ما يتوقف عليه، أو بالبقاء على الحال الذي يمكن حصوله معه.

(٣) الظاهر عدم الإشكال والخلاف في لزوم التعيين في الجملة، إذ بعد العلم بعدم إرادة المتعاقدين الإطلاق المستلزم للاكتفاء بالمسمى، فعدم التعيين يستلزم الإهمال في المقدار المستحق، الذي هو مبطل للمعاملة.

نعم اعتبار ضبط المدة بالأيام والشهور وعدم الاكتفاء بمدة ماردة بين الأقل والأكثر - كقدوم أمه من السفر - يبتني على مانعية الغرر من صحة الإجارة، نظير ما يأتي في لزوم تعيين الصبي.

هذا وأما التحديد بمقدار العمل، كعدد الرضعات عند حاجة الطفل فظاهر اعتبارهم ذكر المدة عدم الاجتزاء به، كما يأتي من الجواهر. ولم يتضح الوجه فيه بعد كفايته قطعاً في رفع الغرر لو كان مانعاً. فلاحظ.

(٤) كما صرح بذلك جماعة كثيرة. وفي الجواهر مضمناً كلام الشرائع: «ولا بد من مشاهدة الصبي الذي استؤجرت لإرضاعه بلا خلاف أجده فيه. لاختلاف الصبيان فيه باختلافهم في الصغر والكبر والنهمة والقناعة وغير ذلك مما تختلف الأجرة باختلافه على وجه تتحقق به الجهالة مع عدمه. بل لو فرض عدم معرفة ذلك بالمشاهدة النظرية وجب اختياره لمعرفة ذلك...».

هذا وقد سبق مآ عند الكلام في اشتراط معرفة العوضين أنه لا بد من التعيين

بالوصف (١) على نحو يرتفع الغرر كما لا بد من معرفة المرضعة كذلك (٢).

في مقابل الإبهام. وأنه يجوز إرادة الكلي المختلف الأفراد، لعموم دليل النفوذ، وعدم لزوم الغرر معه لو كان مانعاً في نفسه.

وأما إرادة الفرد المتعين في نفسه المجهول للمتعاملين فالكلام فيه يبتني على مانعية الغرر من الصحة وعمومها للإجارة. وكلاهما في حيز المنع.

مضافاً إلى أن معرفة الصبي - حتى مع اختباره - قد لا تكفي في معرفة حاله من حيثة كثرة ارتضاع اللبن وقلته، لعدم تيسر ضبط ذلك، ولا سيما مع اختلاف حال الطفل الواحد من هذه الجهة باختلاف الأوقات والحالات.

مع أن الاختبار المجاني لا ملزم به للمرضعة والاختبار بأجرة راجع للإجارة مع جهالة حال الصبي في مدة الاختبار، وإذا جاز ذلك فيها جاز في غيرها.

ولعله لذا كان ظاهر جماعة - كما في مفتاح الكرامة - عدم اشتراط ذلك، حيث يقتصرون على ذكر المدة. نعم قال في الجواهر: «وهو كما ترى! ضرورة إرادتهم ذلك في مقابل الضبط بالعمل، لا ما نحن فيه، فيمكن ترك تعرضهم لوضوحه». ويظهر حاله مما سبق.

(١) كما في مجمع الفائدة. وفي مفتاح الكرامة: «وهو قول لبعض العامة لا بأس به». وفي الجواهر: «ولا بأس به مع فرض ارتفاع الجهالة». والظاهر أنه المفروض للكل في المقام وغيره من موارد اكتفائهم بالوصف.

(٢) كما في مجمع الفائدة ومفتاح الكرامة. قال في الشاني: «لأن الحال يختلف باختلافها». وهو يناسب ما ذكره في تعيين الصبي من لزوم الغرر بدونه. لكن سبق أن عدم التعيين إن رجع إلى إرادة الكلي لم يلزم الغرر لو كان مانعاً في نفسه.

ولعله لذا لم يذكره غيرهما، خصوصاً من اقتصر في بيان الشروط على غيره، كما في الوسيلة والتذكرة، بل والجامع. بل يظهر عدم اعتباره ممن اشترط في بطلان

كما لا بد أيضاً من معرفة مكان الرضاع (١) وزمانه (٢) إذا كان يختلف المالية باختلافها (٣).

(مسألة ٦٣): في جواز استئجار الشاة والمرأة للبن (٤) والشجرة

الإجارة بموت المرضعة أن تكون معينة، كما في السرائر والقواعد وجامع المقاصد والمسالك وظاهر الإيضاح، لأن مقتضاه عدم اشتراط تعيينها، كما هو صريح جامع المقاصد. نعم يبقى السؤال عن الفرق بين المرتضع والمرضعة.

(١) كما في المبسوط والوسيلة والتذكرة والقواعد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها. وتردد فيه في الشرائع. بل تركه غير واحد - بل الأكثر، كما في مفتاح الكرامة - مع ذكرهم لغيره.

وعما سبق يظهر أنه إن أمكن الحمل على الإطلاق مع كون الاختيار إليها أو إلى الولي تعيين العمل عليه، وإن علم بعدم إرادته، أو قامت القرينة على ذلك، لزم ذكر الموضع، لئلا يلزم الإهمال في حدود الحق، أو اختلاف المتعاقدين فيه وكلاهما مبطل للعقد.

(٢) إن كان المراد به أمد كل رضعة بلحاظ الطول والقصر فالظاهر بناء العرف على الحمل على ما يكتفي به الصبي. وإن كان المراد وقت إيقاع الرضاع فالظاهر بناؤهم على الحمل على وقت حاجة الصبي له. ولا ملزم بالتعيين بغير ذلك في الموردين. فلاحظ.

(٣) كأنه لأن الملزم بالتعيين هو محذور الغرر المالي، لا مجرد اختلاف الأغراض باختلاف الحالات. وقد سبق عند الكلام في اعتبار العلم بالعوضين ما ينفع في المقام. فراجع.

(٤) يعني: بأن يؤخذ منها بالحلب من دون ارتضاع، بأن يكون المقابل بالمال نفس اللبن ويملكه دافع المال أو يباح له بحيث له إتلافه بالأكل والشرب وغيرهما،

للشجرة والبئر للاستقاء إشكال (١)، بل المنع أظهر.

(مسألة ٦٤): تجوز الإجارة لكنس المسجد والمشهد ونحوهما،

وإشعال سراجهما ونحو ذلك (٢).

(مسألة ٦٥): لا تجوز الإجارة عن الحي في العبادات الواجبة (٣)،

كما هو الحال في الشجرة والماء في المثالين الآخرين وغيرهما في الأمثلة المشابهة. بل يجري ذلك حتى مع أخذه بالارتضاع إذا لم يكن الارتضاع مقابلاً بالمال، بل المقابل به اللبن نفسه.

(١) كأنه لأن موضوع الإجارة هو المنفعة مع بقاء العين، والمقصود بها في المقام الأعيان بنحو يقتضي تلفها، وإن كانت تشبه الإجارة في ابتناء إنتاج الأعيان المقصودة على الاستمرار. وقد تقدم منّا الكلام في ذلك مفصلاً عند الكلام في الشرط الرابع من شروط العوضين، وذكرنا أن عدم صحة الإجارة في ذلك لا ينافي صحة المعاملة المذكورة وإن لم تكن إجارة، لعموم نفوذ العقد. فراجع.

(٢) بلا إشكال ظاهر، لأن الأمور المذكورة منافع محترمة. وبمجرد عدم انتفاع المستأجر بها خارجاً لا يمنع من بذله المال بإزائها بلحاظ تعلق غرضه بها لما يترتب عليها من فوائد أخروية، كما يتعلق غرضه بخدمة الغير لأغراض أخروية أو دنيوية. نعم مع كون العمل موجباً للتصرف في الوقف لا بد من ثبوت الولاية على ذلك ولو حسبة أو موافقة الولي عليه. أما بدونها فلا مجال لنفوذ الإجارة المذكورة. وكل ذلك ظاهر. ولم يتضح الوجه في التعرض له مع ذلك.

(٣) كالصلاة والصوم ونحوهما مما لا يقبل النيابة. لعدم مشروعية عمل الأجير حينئذٍ، فلا يتحقق به موضوع الإجارة. أما مع قابليته للنيابة فلا مانع من الاستئجار له، كما فيمن استقر الحج في ذمته وعجز عنه بهرم أو مرض لا يرجى زواله، وكما إذا عجز عن طواف الفريضة بنفسه بتمام مراتبه حتى أن يطاف به، حيث يتعين عليه أن

وتجوز في المستحبات (١). كما تجوز الإجارة عن الميت في الواجبات والمستحبات (٢). وتجوز أيضاً الإجارة على أن يعمل الأجير عن نفسه ويهدي ثواب عمله إلى غيره (٣).

يستنيب غيره في الطواف عنه.

فإن قبول العمل للنيابة يقتضي جواز أخذ النائب الأجرة عليه، لأن أخذ الأجرة إن كان مانعاً من التقرب فهو إنها يمنع من قصد امتثال الأجير أمره بعمله، لا من قصده بالعمل امتثال أمر المنوب عنه، كما هو المعلوم من أدلة النيابة، وأشرنا إليه في المسألة الثامنة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة عند الكلام في أخذ الأجرة على الواجبات. ولا سيما مع ورود النصوص الكثيرة بالاستئجار للحج الذي لا إشكال في كونه من العبادات. كما تقدم في المسألة المذكورة الكلام في كثير من الجهات المتعلقة بالمقام.

(١) إذا كانت قابلة للنيابة، دون ما لا يقبلها، كالنوافل الرواتب، والطواف المستحب عن المقيم بمكة إذا لم يكن به علة، كما تضمنه صحيح إسماعيل بن عبد الخالق^(١)، لعين ما سبق في أخذ الأجرة على الواجبات.

(٢) لثبوت جواز النيابة فيها عن الأموات، كما تضمنته النصوص الكثيرة الواردة في الصلاة^(٢)، والصوم^(٣)، والحج^(٤)، وغيرها.

(٣) كأنه لا انتفاع المستأجر بالعمل حينئذٍ، فله دفع المال بإزائه. لكنه لا يخلو عن إشكال، لما ذكرناه في المسألة الثامنة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة عند الكلام في أخذ الأجرة على الواجبات من أن العمل المستأجر عليه لما كان ملكاً للمستأجر فلا

(١) وسائل الشريعة ج: ٩ باب: ٥١ من أبواب الطواف حديث: ١.

(٢) راجع وسائل الشريعة ج: ٥ باب: ١٢ من أبواب قضاء الصلوات.

(٣) راجع وسائل الشريعة ج: ٧ باب: ٢٣ من أبواب أحكام شهر رمضان.

(٤) راجع وسائل الشريعة ج: ٨ باب: ١ من أبواب النيابة في الحج.

(مسألة ٦٦): إذا أمر غيره بإتيان عمل فعمله المأمور، فإن قصد المأمور التبرع لم يستحق أجره وإن كان من قصد الأمر دفع الأجرة (١)، وإن قصد الأجرة استحق الأجرة، وإن كان من قصد الأمر التبرع (٢)، إلا أن تكون قرينة على قصد المجانية، كما إذا جرت العادة على فعله مجاناً، أو

مجال لامثال الأجير الأمر المتوجه إليه به بحيث يكون عمله لنفسه، كما هو المفروض في المقام.

نعم لا بأس بدفع المال في مقابل إهداء الثواب الحاصل له بالعمل، إما بعد حصول العمل ذي الثواب، أو قبله إذا تيسر له التقرب بالعمل، بحيث يكون موضوعاً للثواب. ومثله بذل المال وإهداؤه له مشروطاً بالعمل لنفسه وإهداء ثوابه لغيره.

ودعوى: أن ذلك موقوف على العلم بقبول العمل وترتب الثواب عليه. مدفوعة بأنه يكفي تعلق الغرض بالإهداء ولو برجاء ثبوت الثواب، حيث يكون هو المقابل بالمال، دون نفس الثواب.

(١) بلا إشكال ظاهر، لأنه أهدر حرمة عمله بقصد التبرع والمجانية. ولا أقل من عدم الدليل على الضمان، لعدم الإطلاق لدليل الضمان مع الأمر، بل ينحصر دليhle بالمرتكزات العرفية، والمتيقن منها ما إذا لم يهدر العامل حرمة عمله بقصده التبرع والمجانية.

(٢) أما مع قصد الأمر الأجرة فالظاهر عدم الإشكال في ثبوتها، وهو المتيقن من كلماتهم في المقام. وتقضي المرتكزات العقلانية التي عليها عمل المشرعة وغيرهم. لما فيه من استيفاء عمل الغير المفروض ثبوت المالية له.

وأما مع قصد الأمر التبرع والمجانية فقد يستشكل في الضمان بعد فرض عدم اتفاقها عليه، حيث لا معاملة بينهما حينئذٍ، ليتعين ترتب أثرها.

كان المأمور ممن ليس من شأنه فعله بأجرة أو نحو ذلك مما يوجب ظهور الطلب في المجانية (١).

لكنه يندفع بأن الضمان مع قصدهما الأجرة ليس لحصول معاملة بينهما، بل لاحترام عمل المأمور واستيفاء الأمر له بحمله على العمل، لأن ذلك من أسباب الضمان بحسب المرتكزات العقلانية المشار إليها آنفاً، وذلك حاصل في المقام ما لم يسقط العامل حرمة عمله بقصده التبرع والمجانية.

وكانه إلى ذلك يرجع ما في الجواهر من الاستدلال بأصالة احترام عمل المسلم الذي لم يظهر من فاعله التبرع. وقد أطال الأصحاب في المقام بما لا مجال لتابعته فيه بعد ما ذكرنا. فراجع مفتاح الكرامة في أواخر مبحث الضمان قبيل فصل التنازع. (١) حيث لا يكون فعل الأجير بقصد أخذ الأجرة امتثالاً للأمر بالعمل الصادر من الطرف الآخر، ليكون مستوفياً له، بل هو نظير العمل ابتداءً بقصد الأجرة، الذي لا إشكال في عدم كونه موجباً لاستحقاقها.

هذا ولو لم تظهر القرينة المذكورة للمأمور مع كونها واضحة في نفسها عرفاً، فعمل بقصد أخذ الأجرة لتخيل أمر الأمر بقصد دفع الأجرة لم يبعد عدم استحقاقه الأجرة على الأمر ثبوتاً، لعدم تغيير الأمر له، بل كان الخطأ منه.

غاية الأمر أن عمله محترم في نفسه ولا تسقط حرمة، بل يبقى له أثر عمله لو كان له أثر له مالية، كما لو صاغ ذهباً للأمر، فيكون له في الذهب قيمة الصياغة، نظير ما تقدم منّا في المسألة الثامنة. ومثله ما إذا دفع إليه العين بقصد حفظها له، فتخيل أنه دفعها إليه ليعمل فيها عملاً، فقام بالعمل المذكور. فلاحظ. والله سبحانه وتعالى العالم.

(مسألة ٦٧): إذا أجره على الكتابة أو الخياطة فمع إطلاق الإجارة يكون المداد والخيط على الأجير (١). وكذا الحكم في جميع الأعمال المتوقفة على بذل عين، فإنها لا يجب بذلها على المستأجر، إلا أن يشترط كونها عليه، أو تقوم القرينة على ذلك.

(١) قد اختلفت كلمات الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) في ذلك كثيراً، بل ربما اختلف كلام بعضهم باختلاف كتبه. كما اختلفوا باختلاف الأمثلة والصغريات. بعد اتفاقهم على تحكيم القرائن الخاصة والعامة من عادة أو نحوها، وأن الكلام إنما هو في مقتضى القواعد مع فقدانها واضطرابها. وقد يكون منشأ خلافهم في بعض الصغريات اختلافهم في مقتضى القرائن العامة من عادة أو نحوها.

وكيف كان فقد ذكر غير واحد أنه مع عدم القرينة من عادة أو نحوها يتعين عدم تحمل الأجير له، لابتناء الإجارة على تمليك المنفعة لا غير.

وفيه: أن ابتناء الإجارة على تمليك المنافع وإن كان مسلماً، إلا أن المنفعة... تارة: تؤخذ مجردة في فرض تحقق الأعيان التي يتوقف وجودها عليها، فيراد باستئجاره على الزراعة أو الكتابة أو الخياطة مثلاً العمل المجرد في فرض وجود الأعيان المتعلقة به من أرض وبذر وأدوات الحرث والسقي في الزراعة، وقرطاس وقلم وحبر في الكتابة، ومقص وإبرة وخيط في الخياطة. وأخرى: وقد تؤخذ بمتعلقاتها، بحيث تقتضي الإجارة تهيئتها أو تهيئة بعضها، إما مع بقاء عينها من دون أن يملكها المستأجر - كالإبرة والمقص - أو مع ملكه لها - كالخيط والمداد - أو مع تلفها كوقود الآلة التي تسقي الزرع. واختلاف نحو الإجارة وشيوع كثير من أقسامها مانع من فهم تمحض الإجارة في الأول من الإطلاق.

ومثله ما في الجواهر من لزوم تهيئة الأمور المذكورة بمقتضى الإطلاق، لا لدخولها في موضوع الإجارة، بل لمقدميتها للعمل الواجب بالإجارة.

إذ المقدمة للواجب فرع أخذ المنفعة بنحو تقتضي تهيئة الأعيان المذكورة، أما مع أخذ المنفعة مجردة في فرض تحقق هذه الأعيان، فيكون تهيئة هذه الأعيان مقدمة لوجوب المنفعة، ولا يجب تهيئة مقدمة الوجوب.

على أن المقدمة - لو تمت - إنما تقتضي وجوب تهيئة هذه الأعيان من دون أن تدخل في ملك المؤجر تبعاً لدخول المنفعة في ملكه، كما تبين لذلك سيدنا المصنف رحمته، مع أن بناء العرف والأصحاب في مورد وجوب تهيئتها على دخول ما يبقى منها في العين التي يقع العمل فيها في ملك المؤجر، كالخيوط في الخياطة والمداد في الكتابة والصبغ في الصباغة. وذلك يكشف عن أن وجوب تهيئة هذه الأعيان على المؤجر ليس من أجل المقدمة المدعاة، بل لأخذها تبعاً للمنفعة في الإجارة.

ومن هنا كان الظاهر أنه مع عدم العادة المعينة لأحد الأمرين يلزم اتفاقهما على تعيين أحد الوجهين بالشرط ونحوه، ومع عدمه يتعين بطلان العقد، كما في مجمع البرهان، وسبقه إليه في الجملة الشهيد رحمته في الحاشية النجارية.

وأما ما في الجواهر من أنها من التوابع الخارجة عن موضوع الإجارة فلا يعتبر فيها المعلوماتية. فيدفعه: أولاً: أن الاختلاف بين الوجهين راجع إلى الاختلاف في نحو تمليك المنفعة بالإجارة، وليس خارجاً عن موضوعها. وثانياً: أن اللازم مع عدم التعيين ليس هو الجهل بحدود الواقع المجعول مع تعيينه واقعاً، بل الإهمال فيه مع إغفالها ذلك، أو الاختلاف بين المتعاقدين في تحديد المجعول المستلزم لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، وكلاهما مبطل للمعاملة.

نعم إنما يلزم الجهل في التابع مع تعيينه واقعاً فيما إذا اتفقا على أن الخيوط مثلاً على أحد الطرفين بعينه وكان مقدار المحتاج له منها مجهولاً لها.

(مسألة ٦٨): يجوز استئجار الشخص للقيام بكل ما يراد منه مما يكون مقدوراً له ويتعارف قيامه به (١). والأقوى أن نفقته على نفسه (٢)، لا على المستأجر،

(١) قال في الجواهر: «ظاهر الأصحاب المفروغية من جواز الاستئجار للإنفاذ في حوائجه على الإجمال اتكلاً على المعتاد المقدور له واللائق بحاله».

لكن هذا لا يناسب ما هو المعلوم منهم من لزوم العلم بالعمل المستأجر عليه وتحديد، الذي هو من صغريات ما ذكره من وجوب العلم بالمنفعة المستأجر عليها. والتدقيق في ضبطها.

مضافاً إلى أن الإنفاذ في الحوائج ارتكازاً فرع استحقاق تلك الحوائج، فهي ترجع إلى المطالبة بأمر مملوك، لا أن المطالبة هي التي تستوجب استحقاق العمل المطلوب.

ومن هنا كان الظاهر رجوع الإجارة في المقام إلى ما تقدم في المسألة السادسة والخمسين من صورتها إجارة الأجير. غاية أن المفروض هنا اقتضاء الإجارة استيعاب وقت الأجير، بحيث لا يسعه التكسب لمعاشه.

(٢) كما في السرائر والتذكرة والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها، وقال في التحرير: «وفيه قوة». وفي القواعد بعد أن حكم بأنها على المستأجر قال: «ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الأجير كان وجهاً». وهو مقتضى الأصل بعد خروجه عن مفاد الإجارة.

وحكم بأنها على المستأجر في النهاية والسرائر والإرشاد والحاشية النجارية وعن الروض، وفي اللمعة أنه المشهور. لصحيح يونس بن سليمان بن سالم: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلاً بنفقة ودرهم مسماة على أن يبعثه إلى أرض، فلما قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين، فيصيب عنده

ما يغنيه عن نفقة المستأجر، فنظر الأجير إلى ما كان ينفق عليه في الشهر إذا هو لم يدعه فكافأه به الذي يدعوه، فمن مال من تلك المكافأة؟ أمن مال الأجير أو من مال المستأجر؟ قال: إن كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله، وإلا فهو على الأجير. وعن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماة ولم يفسر [يعين. يب في نسخة الوسائل] شيئاً على أن يبعثه إلى أرض أخرى، فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب والحمام فعلى من؟ قال: على المستأجر^(١).

وقد يستشكل في سند الحديث بجهالة سليمان بن سالم، لعدم توثيقه في كتب الرجال، مع قلة رواياته، حيث لم تنقل عنه في الكتب الأربعة إلا روايتان هذه إحداهما. لكن قد يهون ذلك بلحاظ رواية يونس عنه الذي هو من أعيان أصحاب الأئمة (صلوات الله عليهم)، وظهور اعتماد الشيخ والمحقق وبقية من سبق على الحديث. بل الكليني أيضاً، حيث جعله في الباب المناسب، بنحو يظهر في اعتماده عليه من دون تحديد لمضمونه. ولعله لذاردة في السرائر الحديث بأنه من أخبار الآحاد، ولم يطعن فيه بضعف السند. فتأمل.

نعم قد يستشكل في دلالة حيث لم يرد لبيان تحمل المستأجر نفقة الأجير. غاية الأمر أنه ظاهر في المفروغية عن أن نفقة الأجير في مورده على المستأجر، وإنما السؤال في صدره عن جواز تعويض المضيف للأجير بالنفقة، وفي ذيله عن عموم النفقة لغسل الثياب والحمام.

ولعل المفروغية المذكورة ليس لوجوبها على المستأجر شرعاً تعبداً، بل بسبب اشتراط تحميله النفقة ولو بسبب تعارف تحمل المستأجر نفقة من يستأجره للسفر. بل هو كالصريح في أخذ النفقة في الإجارة، كما هو مقتضى عطف الدراهم على النفقة في صدره. على أن مورد الحديث هو استئجار الشخص على أن يسافر، وهو غير مورد الكلام من استئجاره على إنفاذه في حوائجه، بنحو يظهر في استيعاب وقته للعمل

الإامع الشرط (١)،

للمستأجر لو أراد منه ذلك ولو من دون سفر.

ومن هنا قد يقال في وجه تحمل المستأجر لنفقته: إن استيعاب وقت الأجير للعمل بنحو لا يسعه التكسب لمعاشه قرينة على تحمل المستأجر لنفقته، بحيث يفهم من إطلاق الإجارة وإن لم يصرح به كشرط فيها.

لكنه يندفع بأن استيعاب وقته بالعمل للمستأجر لا ينافي تحمله لنفقة نفسه ولو من مال الإجارة، كما تبّه له في مفتاح الكرامة. ولذا لا إشكال في عدم تحمل المستأجر نفقة عيال الأجير الذين من شأنه التكسب لنفقتهم، مع عدم تفرغه لذلك بسبب الإجارة، كما هو ظاهر.

(١) كما صرح به من تقدم. لعمود نفوذ الشرط. وربما قيل بوجوب تحديدها معه دفعاً للغرر. لكن الظاهر عدم وجوب ذلك، كما في التذكرة وغيره، لعدم مانعية الجهالة من صحة الشرط، كما تقدم في مبحث الشروط من كتاب البيع. ويؤيده أو يدل عليه في المقام الحديث المتقدم. نعم يتعين الحمل على المتعارف، لأنه المنصرف من الإطلاق بعد العلم بعدم إرادة أدنى المسمى.

هذا ولو حصل الإنفاق من غير المستأجر، فإن كان التبرع بالأداء عنه أجزأ عنه، كما في سائر الحقوق. وإن لم يكن كذلك فقد ذكر في العروة الوثقى بأنه يستحق المطالبة بعوضها، وأقره غير واحد من محشيها. وقال سيدنا المصنف رحمته: «عملاً بالشرط الموجب للاستحقاق مع عدم المسقط».

وفيه: أن الشرط وإن أوجب نحواً من الحق، ولا يتمحض في التكليف، كما ذكرناه غير مرة، إلا أن المستحق به هو الإنفاق أو النفقة، وقد ارتفع موضوعهما بإنفاق الغير.

وحتى لو امتنع المستأجر من الإنفاق، فإنه وإن جاز أن ينفق بقصد الرجوع

أو قيام القرينة ولو كانت العادة (١).

(مسألة ٦٩): يجوز أن يستعمل العامل ويأمره بالعمل من دون تعيين

أجرة (٢)

عليه بعد مراجعة الحاكم الشرعي أو بدونها مع تعذرهما من أجل تنفيذ الشرط المستحق، لكن لو لم يفعل وأنفق لا بقصد الرجوع عليه لم يكن له الرجوع عليه، لما ذكرنا من ارتفاع الموضوع.

كما أن الشرط لا يكون مضموناً بقيمته، على ما تقدم في المسألة الرابعة والستين في أحكام الشروط من كتاب البيع. فراجع. وهو المناسب لما سبق في حديث سليمان من عدم تحمل المستأجر مكافأة من نزل عنده الأجير إذا لم تكن من مصلحته.

نعم إذا لم يكن موضوع الشرط هو الإنفاق أو النفقة، بل مقداراً معيناً من المال للنفقة، بحيث تكون النفقة من سنخ الداعي، تعين استحقاق المال المذكور وإن لم ينفقه أو استغنى بغيره، عملاً بإطلاق الشرط.

(١) حيث يرجع ذلك للشرط الضمني، فتجري عليه أحكام الشروط المتقدمة.

(٢) ظاهرهم المفروغة عن ذلك، لعدم إشارتهم لاحتمال الحرمة في المقام، مع ما يأتي من النصوص المتضمنة للنهي عنه. وفي مجمع البرهان أن الظاهر عدم الخلاف في الكراهة، ونفى في الرياض الخلاف في تنزيل الأمر بمقاطعة الأجير على الأجرة قبل العمل على الاستحباب. وهو المتعين بلحاظ شيوع الابتلاء بالمسألة، حيث لا يناسب ذلك خفاء حكمها على الأصحاب رحمهم الله. ومن ثم جرت سيرة المتشرعة على ذلك.

وقد يستدل عليه - مضافاً إلى ذلك - بصحيح سليمان بن جعفر الجعفري: «كنت

مع الرضا عليه السلام في بعض الحاجة، فأردت أن أنصرف إلى منزلي. فقال لي: انصرف معي فبت عندي الليلة، فانطلقت معه، فدخل إلى داره مع المغيب، فنظر إلى غلمانه

ولكنه مكروه (١).

يعملون في الطين أو اري الدواب وغير ذلك، وإذا معهم أسود ليس منهم. فقال: ما هذا الرجل معكم؟ قالوا: يعاوننا ونعطيه شيئاً. قال: قاطعتموه على أجرته؟ قالوا: لا. هو يرضى منا بما نعطيه. فأقبل يضربهم بالسوط وغضب لذلك غضباً شديداً. فقلت: جعلت فداك لم تدخل على نفسك؟ فقال: إني قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة أن يعمل معهم أحد [أجير. يب] حتى يقاطعوه على أجرته. واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد أنقصته أجرته، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء. فإن زدته حبة عرف ذلك لك، ورأى أنك قد زدته^(١).

لما عن بعض مشايخنا^{رحمهم الله} من أن ما فعله الغلمان لو كان محرماً فلا وجه لتعجب الراوي من غضبه^{رحمهم الله}. ويشكل بأن ظاهر الراوي الإشفاق عليه^{رحمهم الله} من غضبه بحدّ يؤذي نفسه، وذلك يتجه منه حتى لو كانوا قد فعلوا محرماً.

ومثله ما ذكره سيدنا المصنف^{رحمهم الله} من أن التعليل شاهد بحمل النهي على الكراهة. إذ فيه: أن الظاهر سوق التعليل لنهي^{رحمهم الله} لهم كحكم له شخصي في حقهم، من دون نظر للحكم الشرعي للواقعة، وإلا فمن الظاهر أنهم لا يستحقون الضرب لفعلهم المكروه.

نعم قد يظهر عدم الحرمة من اقتضاره^{رحمهم الله} في تعليله لنهي^{رحمهم الله} بذلك من دون أن يشير للحرمة، وإلا كان الأنسب التعليل بها ولو منضمة للوجه الذي ذكره^{رحمهم الله}. مضافاً إلى ظهور الصحيح في تكرر ذلك منهم، ولذا تكرر منه^{رحمهم الله} نهيمهم وهو لا يناسب حرمة. فلاحظ.

(١) كما في الشرائع والجامع والقواعد والإرشاد وغيرها. وقد يرجع إليه ما

ويكون له أجرة المثل لاستيفاء عمل العامل (١)، وليس من باب الإجارة (٢).

في النهاية والسرائر من أنه ينبغي أن لا يستأجر أحداً حتى يقاطعه على أجرته، فإن لم يفعل ترك الاحتياط. بأن يكون المراد بترك الاحتياط في مخالفة الأولى أو في تجنب النزاع والتشاح.

وفي النافع والروضتين والرياض استحباب المقاطعة. والأنسب بالنصوص الأول. ففي معتبر مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلم ما أجره...»^(١)، وفي حديث الحسين بن زيد عن جعفر بن محمد عن آبائه في حديث المناهي: «قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستعمل أجير حتى يعلم ما أجرته»^(٢). وقد تكرر منهم الاستدلال بصحيح سليمان المتقدم الذي هو بالكرهه أنسب. وإن عرفت الإشكال في وجه استدلالهم به. فلاحظ.

(١) لكن سبق في أواخر المسألة السادسة أنه إنما يرجع إلى أجرة المثل إذا لم يكن هناك تعيين لأجرة العمل قد عينها أحد الطرفين، وأقدم الطرف الآخر على الأمر بالعمل، أو على العمل بعد تعيينها. ولعله خارج عن مفروض الكلام هنا.

(٢) كما نبّه له في نكت النهاية. لعدم ابتناؤه على التزام سابق يقتضي ملكية الأجرة على الأمر عوضاً عن عمل العامل قبل وقوعه، كما هو مفاد الإجارة، وإنما تستحق الأجرة بالعمل، فهو بالجعالة أشبه.

نعم إذا تعارف عدم الرجوع من العامل أو من صاحب العمل أو منهما معاً في أثناء العمل أو في أثناء اليوم أو نحو ذلك أو اتفاقاً على ذلك صريحاً رجع ذلك إلى اتفاقهما على الإكمال مع الضمان بالشروع في العمل أو الدخول في اليوم. وهو نحو من العقد المعاطي، فيلزم إنفاذه ولو مع عدم تعيين الأجر، لأن مفاد العقد المذكور ليس هو المعاوضة، ليلزم تعيين العوضين والعلم بهما بناء على ما ذكره، بل الشروع

(مسألة ٧٠): إذا استأجر أرضاً مدة معينة فغرس فيها أو زرع ما يبقى بعد انقضاء تلك المدة فإذا انقضت المدة جاز للمالك أن يأمره بقلعه (١).

في العمل من قبل العامل وفسح المجال له من قبل الطرف الآخر مع الضمان بشرط استمرار أحد الطرفين أو كليهما حتى الإكمال.

(١) كما هو مقتضى ما في المبسوط والقواعد والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد من أنه مع تفريط المستأجر في عدم بلوغ زرعه في المدة يكون كالغاصب من حق المالك أمره بالقلع.

والعمدة فيه قاعدة سلطنة مالك الأرض عليها بنحو له طلب تفريغها، بل يحرم إشغالها بغير إذنه. ولا تنهض قاعدة نفي الضرر في حق صاحب الزرع بالخروج عن ذلك بعد كونه مفراطاً في زرعه، وقد أقدم معه على الضرر، بل هو ظالم في ذلك، ولا حرمة لعرق ظالم، كما تقتضيه المرتكزات العقلائية، وتؤيدها بعض النصوص^(١).

مضافاً إلى صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام الوارد فيمن زرع في أرض غيره، وفيه: «وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الغرس والزرع ويقلعه ويذهب به حيث شاء»^(٢). فإنه وإن ورد فيها إذا لم يكن للزارع الحق في أصل الزرع، إلا أن خصوصية ذلك ملغية عرفاً، والمستفاد منه حكم ما إذا لم يكن له الحق في الإبقاء كما في المقام، ولذا لا إشكال في قصور الصحيح عما إذا اشترى الأرض قبل إزالة الزرع وصار له الحق في إبقائه.

نعم يختص ذلك بما إذا كان مفراطاً في الزرع المذكور أما إذا كان معذوراً، لاعتقاده سرعة نضوج الزرع، أو طول مدة الإجارة أو نحو ذلك فيدخل فيما يأتي.

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ٣ من أبواب كتاب الغصب حديث: ١. عوالي اللآلي ج: ٢ ص: ٢٥٧. النهاية في غريب الحديث والأثر ومجمع البحرين في مادة (عرق).

(٢) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ٣٣ من أبواب كتاب الإجارة حديث: ١.

وكذا إذا استأجر لخصوص الزرع أو الغرس (١). وليس له الإبقاء بدون رضا المالك وإن بذل الأجرة (٢). كما أنه ليس له المطالبة بالأرث إذا نقصت بالقلع (٣). أما إذا غرس ما لا يبقى فاتفق بقاؤه لبعض الطوارئ فالظاهر

(١) كما هو مورد كلامهم. ويظهر الوجه فيه مما سبق إذ بعد اختصاص مدة استحقاق إبقاء الزرع بمدة الإجارة يكون إبقاؤه فيما زاد على ذلك تعدياً، فيكون زرع ما يبقى زائداً على المدة المذكورة تفريطاً منه بزرعه وإقداماً على الضرر منه، فلا تنهض قاعدة نفي الضرر بالخروج عن قاعدة السلطنة في حق مالك الأرض.

نعم صرح في كتاب المزارعة من القواعد بأنه لو عين مدة يظن فيها بلوغ الزرع فلم يبلغ فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرض أو التبقية بالأجرة سواء كان بسبب الزرع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى كتغيير الأهوية وتأخير المياه، وهو مقتضى إطلاق التذكرة. وتعميمه ذلك لصورة التفريط لا يناسب ما سبق منه في الإجارة من التفصيل بين صورتين.

ومثله ما في التحرير في كتاب المزارعة أيضاً من جواز القلع للمالك حتى مع عدم التفريط، فإنه لا يناسب ما سبق منه فيه من التفصيل في الإجارة. ومن هنا صرح في جامع المقاصد بالتفصيل المذكور في المزارعة كالإجارة.

وأما توجيه الفرق المذكور في القواعد بأن المدة مقومة للمنفعة في الإجارة، بخلاف المزارعة فإن المقوم لها هو إدراك الزرع، وذكر المدة لدفع الغرر، فلا مانع من رفع اليد عنها من أجل إدراك الزرع الذي هو المقوم للمزارعة. فهو لا يرجع إلى محصل ظاهر بعد فرض الالتزام العقدي بالمدة في الموردين.

(٢) كما هو ظاهر من تقدم، لأن ذلك لا يكفي في الخروج عن قاعدة السلطنة بعد ما سبق من عدم المخرج عنها وعدم جريان قاعدة نفي الضرر.

(٣) كما هو ظاهر من تقدم أيضاً. وهو ظاهر إذا كان القالع هو مالك الزرع،

وجوب الصبر عليه (١)

لكون النقص الوارد على زرعه بفعله المفروض وجوبه عليه. ولا منشأ لضمأن غيره ما حصل بفعله. وأما إذا كان القالع هو مالك الأرض في فرض جوازه - ولو بعد الرجوع للحاكم الشرعي عند التشاح - فلقصور قاعدة الضمان بالإتلاف عما إذا كان الإتلاف بحق، وسقوط حرمة المال بسبب العدوان.

(١) كما في المبسوط والتذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد. والعمدة فيه قاعدة نفي الضرر في حق صاحب الزرع الحاكمة على قاعدة السلطنة في حق مالك الأرض.

ومنع بعض مشايخنا ^{تت} من ذلك، واستظهر وجوب القلع على صاحب الزرع. ويبدو من تقرير درسه تعليقه.. تارة: بأن الزرع بانتهاء المدة معرض للقلع وصاحبه متضرر فعلاً، وبإلزام مالك الأرض بالصبر يتدارك الضرر المذكور، وقاعدة نفي الضرر إنما تنهض برفع الحكم الضري ومنعه، لا بتشريع حكم يتدارك به الضرر الحاصل.

وأخرى: بأن قاعدة نفي الضرر لما كانت واردة مورد الامتنان فهي لا تنهض برفع سلطنة المالك عن ملكه، وهو صاحب الأرض في المقام، لمنافاته للامتنان في حقه. وإلا لساغ التصرف في ملكه في غير مورد الإجارة، كما لو كان له بذر لو لم يزرعه في أرض لغيره لتلف، أو كان له مال لو لم يضعه في دار لغيره لسرق.

ويندفع الأول بأن تعرض الزرع للقلع بانتهاء المدة ليس ضرراً فعلياً، وإنما يحصل الضرر بالقلع، والإلزم به ناش من جريان قاعدة السلطنة في حق صاحب الأرض، فتكون هي منشأ الضرر، ومرجع حكومة قاعدة نفي الضرر عليها إلى رفع الحكم الضري، لا إلى تدارك الضرر الحاصل.

كما يندفع الثاني بأن ورود قاعدة الضرر مورد الامتنان إنما يراد به الامتنان

مع الأجرة (١).

بلحاظ النوع، وهو إنما يمنع من تحكيم القاعدة على سلطنة صاحب الملك عن ملكه وتحديداتها إذا كان في تحديدها إضرار به، أما إذا لم يكن مضرّاً به - كما هو محل الكلام - فهو لا ينافي الامتنان في حق النوع، لما فيه من الجمع بين الحقين ورعاية مصلحتها معاً، كما هو مورد جملة من نصوص القاعدة، ومنها ما ورد في قضية سمرة^(١).

وأما ما ذكره في غير مورد الإجارة فالضرر فيه ليس ناشئاً من الحكم الشرعي، بل من أسباب تكوينية، وإنما يراد بتحكيم القاعدة على سلطنة صاحب الأرض هو تدارك الضرر ومنع حصوله تكويناً، وقد سبق أن القاعدة لا تنهض بتدارك الضرر. وقد سبق منه تثبت نظير ذلك في المسألة الثلاثين من مباحث الخيار في فروع خيار الغبن من كتاب البيع، وتقدم منّا بعض الكلام في ذلك. فراجع.

(١) كما صرح به من سبق. وذلك لضمانه منفعة الأرض بالاستيفاء. ولا تنهض قاعدة نفي الضرر بنفي الأجرة لقصورها عما إذا لزم الإضرار بهالك الأرض باستيفاء منفعة أرضه مجاناً، كما لعله ظاهر.

هذا وظاهر من سبق انحصار الأمر بالإبقاء بالأجرة. لكن الظاهر عدم الانحصار به، بل يجوز لمالك الأرض القلع إذا ابتنى على تعويض صاحب الزرع - منه أو من غيره حالاً للمشكلة - عما يحصل له من الضرر، لأن الضرر المتدارك ليس ضرراً عرفاً. ولا أقل من قصور قاعدة نفي الضرر عنه بقرينة ورودها مورد الامتنان، فلا تنهض بالحكومة على قاعدة السلطنة في حق مالك الأرض. ومجرد كون الإبقاء أحب لصاحب الزرع، ولو من أجل توقعه زيادة النفع، لا تكفي في قصور قاعدة السلطنة في حق مالك الأرض بعد قصور قاعدة نفي الضرر.

ومثله ما إذا حضر هو أو من يرضاه لشراء الزرع بقيمة المثل، حيث لا يكون

(١) راجع وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ١٢ من أبواب إحياء الموات.

إلا أن يتضرر المالك، فيجب على المستأجر قلعه (١).

طلب القلع مع امتناع مالك الزرع من بيعه موجباً للضرر في حق صاحب الزرع، لعدم انحصار دفع ضرره بالإبقاء.

هذا وفي معتبر عقبة بن خالد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت، أله ذلك أو لا؟ فقال: للزارع زرعه، ولصاحب الأرض كراء أرضه»^(١).

لكنه أجابني عما نحن فيه، لوروده في الغاصب الذي يحق للمالك قلع زرعه بلا عوض، كما تقدم ودلّ عليه صحيح محمد بن مسلم المشار إليه آنفاً. كما أن المفروض فيه بلوغ الزرع فمن شأنه القلع من دون إضرار به. ومن الظاهر أن أخذ مالك الأرض له في مقابل دفع نفقته بلا وجه. فلا مخرج عما ذكرنا.

هذا والمعيار في التعويض مع القلع وقيمة المثل مع الشراء على قيمة الزرع مستحقاً بالأجرة، لا على قيمته مستحقاً للبقاء مجاناً، كما يظهر وجهه مما سبق. فلاحظ.

(١) لقصور قاعدة نفي الضرر في حق صاحب الزرع حينئذٍ بعد استلزام جريانها للضرر في حق صاحب الأرض، فيكون المرجع بعد قصور قاعدة نفي الضرر قاعدة السلطنة في حق مالك الأرض. ولا مجال لترجيح أقوى الضررين، لعدم الدليل على مرجحيته بعد إطلاق الضرر في القاعدة.

نعم قد يستفاد منها بقرينة ورودها مورد الامتنان على الأمة المنع من إجحاف أحد الطرفين بالآخر، ومحاولة التناصف بينهما إذا أمكن عرفاً. ومع تعذره فحق مالك الأرض هو المقدم، عملاً بقاعدة السلطنة. وقد تقدم نظير ذلك في فروع خيار الغبن من المسألة المشار إليها آنفاً. فراجع.

(١) وسائل الشريعة ج: ١٧ باب: ٢ من أبواب كتاب النصب حديث: ١.

(مسألة ٧١): خراج الأرض المستأجرة إذا كانت خراجية على المالك (١).

(١) كأن مراده بالمالك من عامل السلطان عليها وصار مسؤولاً من قبله بخراجها، لما هو المعلوم - ونبه له ^١ في مستمسكه - من أن الأرض الخراجية ملك للمسلمين، ولا يختص بملكيتها شخص خاص، غاية الأمر أن الذي يتعامل عليها مع السلطان قد لا يزرعها بنفسه، بل يؤجرها أو يزارع غيره عليها.

وكيف كان فالحكم المذكور وإن لم يشع بينهم ذكره في الإجارة، إلا أنهم ذكروه في المزارعة بنحو لا يظهر منهم خلاف فيه، وفي مفتاح الكرامة أن الإجماع عليه معلوم. والظاهر عدم الفرق بين الإجارة والمزارعة عندهم في ذلك، كما يظهر من مساق كلامهم. وهو مطابق للقاعدة، إذ بعد جعل السلطان الخراج على من يتعامل معه لا منشأ لوجوب تحمل المستأجر له عنه بعد كون موضوع الإجارة هو منفعة الأرض والأجرة لا غير.

مضافاً إلى خبر سعيد الكندي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني أجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم. قال: اعطهم فضل ما بينها. قلت: أنا لم أظلمهم، ولم أزد عليهم. قال: إنما زادوا على أرضك»^(١). فإنه وإن كان ظاهراً في ابتناء الإجارة في مورده على تحمل المستأجر الخراج، لأن السؤال فيه عن تحملهم الزيادة ظاهر في المفروغية عن تحملهم الخراج السابق عليها، إلا أن التعليل فيه ظاهر في أنه ليس من شأن الإجارة تحمل المستأجر للخراج، فلا بد من كون تحملهم للخراج السابق على الزيادة لأمر خارج عن الإجارة كالشرط الذي يأتي الكلام فيه. نعم قد يستشكل فيه سنداً، لعدم ثبوت وثاقة سعيد الكندي، فإن لم يكن دليلاً فلا أقل من كونه مؤيداً.

الهمم إلا أن يقال: التعليل وإن دلّ على ذلك، إلا أنه لا يخلو في نفسه عن

نعم إذا شرط أن تكون على المستأجر صحّ (١) على الأقوى.

إشكال، لأن الشرط الذي أوجب تحملهم للخراج إن اختص بالخراج السابق على الزيادة فالمناسب التعليل بخروج الزيادة عن الشرط، وإن عمه تعين تحملهم للزيادة بسبب الشرط حتى لو كانت الزيادة من شؤون المالك وعلى أرضه.

ومن ثم يظهر من التعليل أن الظلامة إذا وقعت على شخص لأمر راجع إلى غيره كان على ذلك الغير تحملها عنه. والظاهر عدم إمكان البناء على ذلك بنحو العموم، كما هو المنصرف من التعليل، وذلك يوجب الإشكال فيه. فليقتصر فيه على مورده - وهو الخراج - لو تمت حجته في نفسه.

(١) كما صرحوا به في المزارعة بنحو يظهر عدم الخلاف فيه. ومقتضى إطلاقهم عدم اعتبار العلم بقدره. وقيده في جامع المقاصد والمسالك والرياض ومفتاح الكرامة بما إذا كان معيناً. وكأنه للزوم الغرر مع الجهالة به.

لكن قال في الجواهر: «لعل الوجه في إطلاق النص والفتوى صحة هذا الشرط أنه من اشتراط كون حق الخراج عليه، نحو اشتراط حق الزكاة على مشتري الثمرة مع عدم العلم بمقدارها، فلا يقدح جهالة ما يؤديه عن ذلك، إذ ليس هو اشتراط قدر، بل هو اشتراط حق. وربما لا يؤدي عنه شيئاً. ومرجعه إلى صيرورة الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق به، الذي لا إشكال في صحة اشتراطه عليه ولو مؤكداً. ومثل هذا ليس من الجهالة في شيء، كما هو واضح».

وهو كما ترى! فإن الشرط لا ينهض بتبديل موضوع الحق التابع لجاعل الحق، لعدم سلطنة من عليه الحق على الحق نفسه بحيث له تبديل موضوعه. وجواز اشتراط تحمل حق الزكاة بحيث تفرغ عنه ذمة المكلف غير ثابت. نعم يمكن بيع العين الزكوية التي هي موضوع الحق بشرط أداء زكاتها، على كلام وتفصيل لا يسعنا التعرض له، وهو لا يتضمن نقل الحق عن موضوعه، بل نقل موضوع الحق، وإيكال إخراج الحق

للمشتري.

وأما ما ذكره من عدم الإشكال في جواز اشتراطه عليه ولو مؤكداً، فكأن مراده به جواز اشتراط دفع الخراج على المالك مؤكداً لوجوبه عليه شرعاً، نظير اشتراط أداء الفرائض على المكلف. وحينئذٍ فمن الظاهر أن الشرط المذكور لا يزيد على الواقع الثابت مع قطع النظر عنه، ليلزم من الجهل به الغرر. ومن هنا لا إشكال في استلزام الجهل في المقام للغرر بالنحو الذي هو محذور عندهم.

نعم تكرر منّا الإشكال في مانعية الغرر بالنحو المذكور في البيع، فضلاً عن غيره من العقود، وخصوصاً المزارعة المبنية على الجهل بمقدار العمل الواجب على الزارع والأجر الحاصل له. ولا سيما أن الجهل في الشرط، لا في أركان العقد.

هذا مضافاً إلى النصوص الواردة في الإجارة وغيرها، كصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم، وربما زاد وربما نقص، فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائة درهم في السنة. قال: لا بأس»، ونحوه صحيح يعقوب بن شعيب^(١)، وموثق يعقوب أو صحيحه: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يستأجر الأرض بشيء معلوم يؤدي خراجها ويأكل فضلها ومنها قوته. قال: لا بأس»^(٢)، ومعتبر أبي الربيع الشامي عنه عليه السلام: «سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها، فأى وجوه القبالة أحل؟ قال: يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مساة، فيعمر ويؤدي الخراج...»^(٣)، وصحيح يعقوب الآخر عنه عليه السلام: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس»^(٤)، وغيرها. فإن ظاهر الأولين أو صريحهما صورة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٧ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ١ وذيله.

(٢) (٣) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٢، ٥.

(٤) وسائل الشيعة ج: ١٣ باب: ١٠ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث: ٢.

(مسألة ٧٢): لا بأس بأخذ أجرة على ذكر مصيبة سيد الشهداء (عليه السلام) وفضائل أهل البيت (عليهم السلام) والخطب المشتملة على المواعظ ونحو ذلك مما له فائدة عقلائية دينية أو دنيوية (١).

جهالة مقدار الخراج، وهو مقتضى إطلاق الباقي.

(١) كما في العروة الوثقى. لأن الأمور المذكورة منافع ذات قيمة، لكونها مورداً لتنافس العقلاء، فيصح مقابلتها بالمال حتى بناء على ما هو المعروف بينهم من اعتبار كون العمل وسائر المنافع في الإجارة ذات مالية.

لكن قال ثُمَّ في مستمسكه: «نعم قد يشكل ما هو المتعارف من جهة أنه لا بد من تعيين العمل بالخصوصيات التي تختلف بها الرغبات المالية، لاختلاف مالية القراءة بلحاظ اختلاف المضامين وكيفية الأداء واختلاف المدة، فإذا لم يكن تعيين بطلت الإجارة. نعم إذا كانت الإجارة واقعة على كلي القراءة ومسمى ذكر المصاب صحت وإن لم يكن تعيين. وحينئذ لا بد في تصحيح الإجارة من وقوعها على النحو المذكور. وحينئذ يستحق الأجرة بمجرد ذلك».

وكأنه لأن المسمى منضبط في نفسه وماليته تتبع أقل أفرادها، كما تقدم من عند الكلام في دليل اشتراط العلم بالعوضين في الإجارة. إلا أن من المعلوم أن العمل ليس على ذلك، وأنه لا يكتفى بالمسمى في تحقق العمل المستأجر عليه واستحقاق الأجرة.

هذا وعن بعض مشايخنا ثُمَّ أن الاختلاف في كيفية القراءة ومقدارها ومؤداها لا يستوجب اختلافاً في ماليتها بعد كونها أمراً متعارفاً خارجاً ومنضبطاً ولو في الجملة، فلا يكون الجهل بها جهلاً بالعمل المستأجر عليه. لكنه غير ظاهر.

غاية الأمر أن صعوبة ضبط الصفات الدخيلة في المالية، والحفاظ عليها من قبل القارئ، أو جب تسامح الناس من هذه الجهة. ولذا يتميز الرديء من الجيد والأجود بالتجربة، ويختلف بعد ذلك الطلب والمالية باختلاف أشخاص القراء

(مسألة ٧٣): يجوز الاستيجار للنيابة عن الأحياء والأموات في العبادات التي تشرع فيها النيابة (١) دون ما لا تشرع فيه كالواجبات العبادية مثل الصيام والصلاة عن الأحياء (٢)،

اختلافاً فاحشاً، كما هو الحال في كثير من موارد الإجارة. فالعمدة في المقام أن لزوم الضبط في العمل المستأجر عليه خالٍ عن الدليل، بل السيرة على خلافه في كثير من الموارد. وربما تقدم بعضها. ثم إنه ذكر في العروة الوثقى أن الأولى أخذ الأجرة على مقدمات القراءة، كالذهاب للمكان الذي يقرأ فيه. وقال سيدنا المصنف رحمته: «كأنه ليكون أبعد عن شبهة منافاة قصد أخذ الأجرة للإخلاص».

لكنه غير ظاهر بعد كون موضوع الإجارة هو الذهاب المقيد بالقراءة، حيث يكون الإتيان بالقراءة من أجل تحقيق الذهاب المستأجر عليه، كما لو كانت القراءة هي المستأجر عليها.

(١) كما تقدم منّا في المسألة الخامسة والستين. وذكرنا أن أخذ الأجرة لو كان مانعاً من التقرب فهو إنما يمنع من قصد الأجير بالعمل امتثال أمر نفسه، لا من قصده بالعمل امتثال أمر المنوب عنه.

(٢) الظاهر عدم الإشكال في عدم جواز النيابة فيهما عنهم، بل هو المقطوع به بالنظر للإجماع ومركزات التشريع، المطابقة لظواهر أدلة الخطاب بها، بل هو المقطوع به منها أيضاً.

وأظهر من ذلك إجارة الإنسان على أن يمثل أمر نفسه بالصلاة أو غيرها من الواجبات والمستحبات. لما سبق منّا في المسألة العشرين من مقدمة كتاب التجارة من امتناع امتثال الإنسان أمر نفسه بالعمل الذي يملكه غيره بالإجارة أو غيرها، بحيث يقع ملكاً للغير.

وتجوز عن الأموات (١)، وكذا لا تجوز الإجارة على تعليم الحلال والحرام
وتعليم الواجبات مثل الصلاة والصيام وغيرهما مما كان محل الابتلاء (٢)،

(١) بلا إشكال ظاهر. والنصوص به مستفيضة، ومنها نصوص قضاء الولي،
ونصوص الصلاة والصيام والحج عن الغير وغيرها.

(٢) لأن الظاهر وجوب تعليمها على العالم بها، كما يستفاد من آية النفر وغيرها
مما تضمن وجوب بذل العلم، كمؤثّق طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال:
قرأت في كتاب علي عليه السلام: إن الله لم يأخذ على الجاهل عهداً بطلب العلم حتى أخذ على
العلماء عهداً ببذل العلم للجهال، لأن العلم كان قبل الجهل»^(١) ونحوه خبر محمد بن
أبي عمير العبدى عن أمير المؤمنين عليه السلام^(٢)... إلى غير ذلك. وقد تقدم بعض الكلام
في ذلك في المسألة السادسة والعشرين من مباحث الاجتهاد والتقليد من هذا الشرح.
فراجع.

وبعد فرض وجوبه يتعين حرمة الاستئجار عليه، لكون أكل المال في مقابله
أكلاً له بالباطل على ما ذكرناه في المسألة الثامنة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة،
حيث أطننا الكلام في ذلك وفيما يتعلق به.

ويؤيد ذلك خبر يوسف بن جابر: «قال أبو جعفر عليه السلام: لعن رسول
الله صلى الله عليه وآله من نظر إلى فرج امرأة لا تحل له، ورجلاً خان أخاه في امرأته، ورجلاً
احتاج الناس إليه لتفقّه فسألهم الرشوة»^(٣).

نعم لو لم يكن الأجر في مقابل أصل الإعلام بالحكم الشرعي، بل في مقابل
خصوصياته من الزمان والمكان ونحوهما فلا محذور فيه، لعدم وجوبها.

(١) الكافي ج: ١ ص: ٤١٠.

(٢) بحار الأنوار ج: ٢ ص: ٢٣.

(٣) وسائل الشيعة ج: ١٨ باب: ٨ من أبواب صفات القاضي حديث: ٥.

أما إذا لم يكن محل الابتلاء ففيه إشكال (١)، وكذا لا يجوز أخذ الأجرة على تغسيل الأموات وتكفينهم ودفنهم (٢)، نعم الظاهر أنه لا بأس بأخذ

كما يقصر التحريم عن بيان فتوى المجتهد في المسألة ممن يطلع عليها، كتدريس الرسالة العملية ممن يسهل عليه فهمها، لعدم الدليل على وجوبه بعد عدم كونه بياناً للحكم الشرعي من العالم به. ولعله خارج عن مفروض كلام سيدنا المصنف رحمته. نعم قد يتجه الوجوب مع اتفاق الطرفين في التقليد، حيث تكون فتوى المجتهد هي الحكم الشرعي الثابت في حق العالم به والجاهل، فيجب على الجاهل تعلمه وعلى العالم تعليمه.

(١) لخروجه عن المتيقن من الأدلة، لأن موضوع آية النفر الإنذار لمن يجب عليه الحذر، وموضوع النصوص المتقدمة تعليم من يجب عليه التعلم، وكلاهما يختص بما يكون مورداً للابتلاء.

ومثله تعليم الأحكام غير الإلزامية، لعدم كونها موضوعاً للحذر، ولا لوجوب التعلم. نعم قد يشمله إطلاق خبر يوسف بن جابر المتقدم.

(٢) الذي يظهر من كلامه رحمته أن الوجه فيه اليقين بوجوب هذه الأمور مجاناً. وعليه جرى بعض مشايخنا رحمته. لكنه يحتاج إلى لطف قريحة. على أنه قد لا يناسب ما ذكره في مبحث التكفين من أن من مؤن التجهيز الواجب إخراجها من أصل التركة أجرة الحمال والحفار.

وكيف كان فقد ذكرنا في المسألة الثامنة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة عند الكلام في جواز أخذ الأجرة على الواجبات أن معيار المنع هو امتناع امتثال الإنسان بعمله الأمر المتوجه إليه - عينياً كان أو كفاثياً - إذا كان عمله مملوكاً لغيره بإجارة أو نحوها، ولا مانع من امتثاله بالعمل المذكور أمر مالك العمل إذا كان العمل قابلاً للنيابة. وعلى ذلك حيث كانت الأمور المذكورة قابلة للنيابة، فإن قصد

الأجرة على حفر القبر على نحو خاص من طوله وعرضه وعمقه (١). أما أخذ الأجرة على مسمى حفر القبر اللازم فلا يجوز ولا تصح الإجارة عليه. (مسألة ٧٤): إذا بقيت أصول الزرع في الأرض المستأجرة للزراعة فنبتت فإن أعرض المالك عنها فهي لمن سبق إليها (٢)،

بالإجارة امتثال الأجير بالعمل بطلت الإجارة، وإن قصد بها امتثال المستأجر به - كما هو الظاهر - صحت.

نعم حيث لم يثبت قبول الصلاة على الميت للنيابة فلا مجال لأخذ الأجرة عليها، لأنها لا تقع امتثالاً لأمر المستأجر بعد عدم ثبوت قبولها للنيابة، ولا لأمر المباشر لها وهو الأجير مع ملكية المستأجر لها بالإجارة، فيتعين بطلانها، وبطلان الإجارة عليها، لتعذر العمل المستأجر عليه، وهو الصلاة المشروعة المجزية.

(١) بلا إشكال ظاهر، لعدم وجوب الخصوصيات المذكورة، نظير ما سبق في الأجرة على تعليم الواجبات الشرعية.

(٢) قال سيدنا المصنف رحمته الله: «المنسوب للمشهور أن مجرد إعراض المالك عن المملوك يجعله كالمباح بالأصل، فيجوز تملكه». فإن كان المراد بذلك خروجه بالإعراض عن ملك المعرض، بحيث يكون بلا مالك، كالمباح الأصلي، فهو خالٍ عن الدليل، ومقتضى الاستصحاب بقاؤه على ملكه، بل هو مقتضى سيرة المشرعة ومراكزهم، ولذا لو عدل المعرض عن الإعراض وأراد أخذ ما أعرض عنه لم يكن لغيره عندهم مسابقته في الاستيلاء على ما أعرض عنه، كما يجوز ذلك في المباح الأصلي.

ولذا ذهب بعض مشايخنا رحمته الله في حاشيته على العروة الوثقى إلى عدم تملك صاحب الأرض لها بقصد تملكها، غاية الأمر أنه يجوز له التصرف فيها، وعن جماعة احتماله، بل عن الشهيد الثاني الجزم به.

وفي تقرير درس بعض مشايخنا ^{رحمهم الله} أن ذلك مقتضى السيرة العقلانية الممضاة بعدم الردع، فإن التأمل فيها يشهد بأن الإعراض لا يقتضي خروج الشيء عن ملك المعرض له، وإنما يقتضي إباحة التصرف فيه للغير. ولذا لو رجع المعرض عن إعراضه وطالب الأخذ له بإرجاعه إليه كان عليه إرجاعه له، ولا يحق له الامتناع من أجل سبقه لها، كما لو سبق لتملك المباح بالأصل.

غاية الأمر أن هذه الإباحة ليست على نحو الإطلاق، بحيث يجوز الرجوع فيها مطلقاً كما في العارية، بل ينحصر الرجوع فيها بما إذا لم يتصرف الأخذ فيها تصرفاً مغيراً لصورتها، كما لو خاط الثوب أو قطع الخشب وصيره سريراً، بل حتى لو نقل الشيء إلى مكان بعيد، حيث لا يجوز له الرجوع في الإعراض والمطالبة برد ما أعرض عنه حيثئذ، بل يبقى الشيء مباحاً لأخذه وإن لم يملكه.

بل قد تستتبع هذه الإباحة الملكية، كما لو تصرف الأخذ في العين تصرفاً يتوقف على الملك، كالبيع، فإنه حيث لا بيع إلا في ملك، يتعين ملك الأخذ له آنأماً قبل نفوذ البيع. فالإباحة في المقام نظير الإباحة التي التزم بها المشهور في المعاطاة.

لكن ما ذكره في غاية الإشكال، لأن الإباحة المذكورة إن كانت تعبدية وإن لم تتحقق الإباحة من المالك فهي تحتاج إلى دليل. ولا مجال للاستدلال عليها بسيرة العقلاء أو المتشعة، لقرب ابتنائهما على استفادة إباحة المالك من إعراضه. مع أن المرتكزات العقلانية والشرعية تقضي بملكية الأخذ لما أعرض عنه مالكة. والإباحة بالمعنى المذكور يحتاج إلى عناية خاصة لا تناسبها المرتكزات جداً.

وإن كانت الإباحة مالكية، فكما يمكن للمالك قصر الإباحة على التصرف من دون تملك، كذلك يمكنه إطلاق الإباحة بنحو يعم التملك، بل هو الظاهر من حاله، لما ذكرناه من احتياج الإباحة بالنحو الذي ذكره لعناية خاصة. ولا سيما مع ما التزمه من عموم الإباحة للتصرف الموقوف على الملك، فإن الملك حين التصرف المذكور تعبداً من دون أن يكون مقصوداً للمتصرف يحتاج إلى عناية خاصة لا دليل عليها.

إلا أن يرجع إلى أن الإذن في التصرفات المذكورة يستلزم الإذن في التملك قبلها آنأما.

لكن قصر الإذن في التملك على الحال المذكور بعيد جداً. ولا سيما أن الإذن في التصرفات المذكورة مستفاد من إطلاق الإعراض، فإن عموم إطلاقه لمثل هذه التصرفات ولخصوص التملك الذي تتوقف عليه ليس بأولى من عمومه لمطلق التملك، بل الثاني هو الأظهر لما في التقييد المذكور من العناية. على أن الظاهر من حال الأخذ عدم نية التملك حين إيقاع هذه التصرفات، بل إيقاعها للبناء على ما سبق ملكه لما أخذه. ومن هنا كان الظاهر من الإعراض هو الإذن في التصرف على الإطلاق بنحو يشمل التملك.

وأما ما ذكره من أن للمالك الأول العدول عن الإعراض واسترجاع ما أعرض عنه ولو بعد وضع الغير يده عليه فالتيقن منه مورد جواز الرجوع في الهبة. فلا يدل على عدم التملك بالأخذ.

والذي تحصل من جميع ما سبق: أن الإعراض عن الشيء وإن لم يوجب خروجه عن ملك المعرض، إلا أنه لما كان ظاهراً في إباحة التصرف للغير فيه فهو ظاهر في الإذن له في تملكه، فإذا أخذه ناوياً تملكه ملكه، وجرى عليه حكم الهبة. ويناسب ذلك ما يأتي من التذكرة فيما لو أعرض عنه المالك لكن لم يأخذه غيره حتى نبت. ولعله لذا جرى ثبت في منهاجه على ما ذكره سيدنا المصنف رحمته، ولم يخرج عنه. فتأمل.

بقي شيء. وهو أنه قد لا يكون الإعراض عن الشيء ظاهراً في إباحة أخذه والتصرف فيه للغير، كما لو كان للعجز عن أخذه، كالحيوان المجهود والمال الغريق ونحوهما. وحينئذ لا يجوز للغير أخذه للوجه السابق.

نعم ربما يستفاد جواز تملكه شرعاً من النصوص، كموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «وإذا غرقت السفينة وما فيها

فأصابه الناس، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به، وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم^(١). وقريب منه خبره الآخر وإن نسب للشعيري، لأن الشعيري هو السكوني^(٢).

وصحيح عبد الله بن سنان عنه عليه السلام: «قال: من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت، فهي له، ولا سبيل له عليها، وإنما هي مثل الشيء المباح»^(٣).

وموثق السكوني عنه عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد. فقال: إن تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها، وإن تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلاء فهي لمن أصابها»^(٤). وقريب منه خبر مسمع عنه عليه السلام^(٥).

فإن الاستفادة من هذه النصوص جواز تملك المال الذي يتركه صاحبه لعجزه عن تحصيله أو صعوبة تحصيله عليه كالمال الغريق أو لعجزه عن حفظه ورعايته كالحيوان المجهود في البيداء.

هذا وقد يستدل أيضاً بصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: جاء رجل إلى النبي صلّى الله عليه وآله وسلم فقال: يا رسول الله إني وجدت شاة. فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم: هي لك أو لأخيك أو للذئب. فقال: يا رسول الله إني وجدت بعيراً. فقال: معه حذاؤه وسقاؤه، حذاؤه خفه، وسقاؤه كرشه، فلا تهجه»^(٦)، وقريب منه صحيح معاوية بن عمار^(٧). فإن تعليل عدم أخذ البعير فيها بأنه مأمون التلف، لا بحرمة مال المسلم، ظاهر في جواز الأخذ مع تعرض الشيء للتلف، كما هو الحال في الشاة.

(١)، (٢)، وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١١ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١، ٢.

(٣)، (٤)، (٥)، وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٢، ٤، ٣.

(٦)، (٧)، وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ١، ٥.

اللهم إلا أن يقال: لا مجال للبناء على ذلك مع ما ورد في صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها وعرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكلها وأنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلبها أن ترد عليه ثمنها»^(١).

فإن مقتضى الجمع بينه وبين الصحيحين السابقين حمل التعليل فيهما على كونه تعليلًا لعدم جواز الأخذ حتى مع الضمان، وأنه مع عدم العلة المذكورة يجوز الأخذ مع الضمان للمالك، من دون أن يستقل الأخذ بما أخذه، بحيث يكون أولى به من المالك الأول، الذي هو محل الكلام، وتضمنته النصوص الأول. ولا سيما مع عدم تضمن صحيحي هشام ومعاوية فرض ترك المالك للحيوان، بل قد يكون ضالًّا ضائعًا على صاحبه، بخلاف النصوص الأول. فالعمدة في المقام النصوص الأول.

قال في السرائر بعد ذكر خبر الشعيري المشار إليه آنفًا: «وجه الفقه في هذا الحديث أن ما أخرجه البحر فهو لأصحابه، وما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجدته وغاص عليه، لأنه صار بمنزلة المباح. ومثله من ترك بعيره من جهد في غير كلاء ولا ماء فهو لمن أخذه، لأنه حلاه [خلاه. ظ] آيساً منه ورفع يده عنه فصار مباحاً. وليس هذا قياساً، لأن مذهبنا ترك القياس، وإنما هذا على جهة المثال، والمرجع فيه إلى الإجماع وتواتر النصوص، ودون القياس والاجتهاد. وعلى الخبرين إجماع أصحابنا منعقد».

لكن ذلك لا يرجع إلى خروج المال عن ملك صاحبه بتركه له وإعراضه عنه بالوجه المذكور، بل إلى جوازه تملك الأخذ له بحكم الشارع، فهو كالمباح الأصلي في ذلك، لأن ذلك هو المتيقن من النصوص المتقدمة، فلا مخرج عن استصحاب ملكه له المعتضد بمركزات العقلاء والمشرعة، نظير ما تقدم في الإعراض الظاهر في إباحة

(١) وسائل الشيعة ج: ١٧ باب: ١٣ من أبواب كتاب اللقطة حديث: ٧.

المالك للمال. وكلام السرائر لا يأبى ذلك. ويترتب عليه أنه لا يجوز مزاحمة المالك في المال المذكور ومسايقته لأخذه لو عدل عن إعراضه، وحاول استنقاذ المال.

كما أن ظاهر النصوص المتقدمة توقف جواز التملك على إعراض المالك عن المال وعدم اهتمامه بتحصيله، ولا يكفي فيه تعرض المال للتلف من دون إعراض من المالك عنه، إما لضياعه عليه، أو سقوطه منه غفلة عنه، أو لتركه له عمداً مؤقتاً مع اهتمامه بتحصيله وسعيه له، وإن لم يوفق في ذلك حتى تعرض للتلف. ولا مجال لما ذكره سيدنا المصنف رحمته من عدم دخل الإعراض في ذلك.

نعم قد يتجه بناء على أن من أدلة المسألة صحيحا هشام ومعاوية. لكن عرفت الإشكال في الاستدلال بهما لما نحن فيه. ويأتي في المسألة التاسعة من كتاب اللقطة ما ينفع في المقام.

إذا عرفت هذا فلا إشكال في أن الإعراض في المقام ليس من هذا القسم، بل هو من القسم الأول الراجع لإباحة المالك للمال الذي أعرض عنه، فيتعين جواز تملكه لمن أبيح له، ويكون تملكه له بوضع يده عليه، لأنه من سنخ الهبة الذي لا يترتب الأثر عليها إلا بالقبض.

نعم لا بد من تحقق القبض من المباح له أو من وكيله حال إعراض المالك عن أصول زرع، كما لو حصل القبض قبل إنباتها، حيث يملكها القابض حينئذ فيملك نهاءها المتجدد بعد ملكه لها.

أما إذا أنبتت قبل القبض فلا يكفي إعراضه عنها قبل النبات في جواز قبضها بعده، لقصور إعراضه عنها قبل النبات عما إذا أنبتت، ولا أقل من عدم شمول الإعراض للنبات المتجدد الذي ملكه صاحبها تبعاً لملكه لها، بناءً على ما سبق من عدم خروج المال عن ملك مالكة بمجرد الإعراض.

وإلى ذلك يرجع ما في كتاب المزارعة من التذكرة في رد بعض العامة القائلين بأن ما سقط من الحب في أرض الغير ونبت يكون لصاحب الأرض، لأن صاحب الحب

بلا فرق بين مالك الأرض وغيره (١)، نعم لا يجوز الدخول في الأرض إلا بإذنه (٢)،

أسقط حقه منه بحكم العرف، نظير النوى والأمر التافه الذي يعرض عنه صاحبه. قال: «وليس بجيد، لأن الحق والملك لا يزولان بالإعراض، بل به وباستيلاء الغير عليه، فإذا لم يحصل الثاني ونبت الحب حتى صار زرعاً ينتفع به لم يكن من جملة ما تمثل به من الشيء التافه والنوى. ولهذا لو نبت نواة سقطت من إنسان في أرض مباحة أو مملوكة له ثم صارت نخلة ولم يستول عليها غيره فإن النخلة يكون ملك صاحب النواة قطعاً».

نعم لو علم مالكها بنبتها، وبقي معرضاً عنها فلا إشكال في جواز أخذها لمن أباحها له، وملكها لها ولما نبت منها.

(١) كما في العروة الوثقى، وأقره جماعة من شراحها ومحشيها. وهو موقوف على إطلاق الإعراض والإباحة بنحو يشمل غير مالك الأرض. لكنه في غاية الإشكال، بل من القريب جداً اختصاص الإعراض والإباحة بمالك الأرض، نظير ترك مستأجر الدار بعض متاعه في الدار عند انتهاء مدة الإجارة. ولا أقل من كونه هو المتيقن من الإباحة المذكورة. وحيث لا يحق لغيره أخذ الأصول وتملكها حتى لو صادف أن خرجت عن الأرض بإخراج شخص لها أو بسبب قهري، كسيل جارف، أو صادف جواز دخوله الأرض لإذن مالكة لها أو لغير ذلك، لعدم شمول الإعراض والإباحة له، أو عدم إحراز ذلك.

كما أن مالك الأرض حيث يملكه بمجرد وضع يده على الأرض، لرجوعه إلى وضع يده على ما فيها وتملكه له. نعم لو لم يعلم به ولا كان متوقفاً له فوضع يده على الأرض لا يقتضي قبضه وتملكه، لعدم قصده أخذه بذلك. بل لا بد من قبض آخر.

(٢) إذا كانت الأرض محجوبة بسور ونحوه، وإلا جاز الدخول إليها بغير إذنه

وإن لم يعرض عنها فهي له (١).

(مسألة ٧٥): إذا استأجر شخصاً لذبح حيوان فذبحه على غير الوجه

الشرعي فصار حراماً ضمن (٢).

على ما تقدم في المسألة السابعة والستين من فصل شرائط الوضوء من كتاب الطهارة من هذا الشرح. وكيف كان فلو عصي ودخل بدون إذنه وأخذ أصول الزرع ملكها، بناءً على إطلاق الإعراض والإباحة بنحو يشملها، كما يملك الصيد من يصيده في الأرض المغصوبة. فالعمدة ما عرفت من قصور الإباحة عنه.

(١) لعدم الموجب لخروجها عن ملكه، وكذا لو أعرض عنها ولم يأخذها أحد حتى نبتت، كما سبق. وحيثئذ يكون نهاؤها له تبعاً لها بلا إشكال ولا خلاف ظاهر. كما يناسبه ما ذكره من أنه لو سقط الحب أو نحوه في أرض الغير فنبت كان للمالك. قال في كتاب المزارعة من التذكرة: «إذا زارع رجلاً في أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء، ونبت في ملك صاحب الأرض عاماً آخر، فهو لصاحب البذر عند علمائنا». وقال في كتاب العارية منه: «لو حمل السيل حب الغير أو نواه أو جوزة أو لوزة إلى أرض آخر كان على صاحب الأرض رده إلى مالكه إن عرفه، وإلا كان لقطة، فإن نبت في أرضه وصار زرعاً أو شجراً، فإنه يكون لصاحب الحب والنوى والجوز، لأنه نماء أصله. كما أن الفرخ لصاحب البيض. ولا نعلم فيه خلافاً».

وحيثئذ إن كان صاحب الأصول معتدياً في إبقاء الأصول في الأرض كان للمالك الأرض قلعها، وإلا كان عليه الصبر على إبقائه بالأجرة على نحو ما تقدم في المسألة السبعين.

(٢) لما تقدم في المسألة الخامسة والثلاثين من أن من استؤجر لعمل في مال غيره إذا أفسد ذلك المال ضمنه. كما لا يستحق الأجرة بناءً على ما تقدم في المسألة الثامنة من أنه إذا جاء بالعمل على خلاف الوجه المستأجر عليه تبطل الإجارة مع

وكذا لو تبرع بلا إجارة (١) فذبحه كذلك.

(مسألة ٧٦): إذا استأجر شخصاً لخياطة ثوب معين لا بقيد المباشرة جاز لغيره التبرع عنه فيه. وحينئذ يستحق الأجير الأجرة المسماة (٢)، لا العامل (٣). وإذا خاطه غيره لا بقصد النيابة عنه بطلت الإجارة (٤)

تعذر العمل ثانياً، خلافاً لما قيل من أنها تصح ويستحق الأجرة المسماة ويضمن قيمة العمل المستأجر عليه الذي فوته على المؤجر، وهو الذبح المذكي.

هذا إذا كان المستأجر عليه هو الذبح المذكي. أما إذا استأجره على الذبح بوجه خاص ولو باعتقاد كونه مذكياً، فجاء به على الوجه المستأجر عليه فلا ضمان ويستحق الأجرة، وإن لم تترتب التذكية على الذبح بذلك الوجه، بناءً على ما سبق في المسألة الخامسة والثلاثين من أنه إذا لم يتعد الأجير المأذون فيه فلا ضمان عليه، على كلام سبق هناك.

(١) لخروجه عن الوجه المأذون فيه. ومجرد كونه محسناً في تبرعه بالعمل لا يقتضي سقوط الضمان بالإتلاف عنه. أما إذا كان التبرع بالعمل من دون إذن من المالك فالأمر أظهر. بل لو تحققت التذكية حينئذ كان ضامناً فَرَّقَ ما بين قيمة الحيوان الحي وقيمة المذكي، كما هو ظاهر.

(٢) كما تقدم في المسألة الخامسة والخمسين. وتقدم أن الوجه فيه تحقق أداء العمل المستأجر عليه بذلك بعد فرض عدم اعتبار المباشرة في العمل المستأجر عليه، وقبول وفاء الدين - وهو العمل المستأجر عليه في المقام - للتبرع خصوصاً إذا كان عمل المتبرع بطلب من الأجير، حيث يكون وكيلاً عنه فينسب عمله له.

(٣) لعدم الموجب لاستحقاقه الأجرة عليه بعد عدم كونه مستأجراً منه. نعم لو لم يكن متبرعاً بعمله وعمل بأمر الأجير استحق عليه أجرة المثل.

(٤) كما تقدم في المسألة المذكورة، على كلام وتفصيل لا يسعنا إعادته. فراجع.

واستحق الخائض على المالك أجره المثل إن خاط بأمره (١)، وكذا إذا كان قد استأجره ثانياً للخياطة (٢) فإن الإجارة الثانية باطلة (٣) ويكون للخائض

(١) لأنه بأمره له استوفى عمله، فيضمنه بقيمته.

(٢) يعني: يستحق أجره المثل لعمله، دون الأجر المسمى في الإجارة الثانية.

(٣) كأنه لأنه وإن أمكن ملكية العمل الواحد على شخصين، نظير الواجب الكفائي، إلا أن ابتناء الإجارة على تسليم الأجير للعمل وإلزامه بذلك تعييناً يستلزم بطلان الإجارة الثانية، لامتناع وجوب العمل على كل منهما تعييناً، وحيث صحت الإجارة الأولى، ولزم على الأجير الأول تسليم العمل تعييناً تعين بطلان الثانية، لامتناع وجوب العمل على الأجير الثاني تعييناً مع وجوبه على الأجير الأول كذلك. لكن قد يقال: إن وجوب العمل على كل منهما تعييناً مشروط بعدم تفويت المستأجر - الذي هو صاحب الحق - العمل عليه بتمكين غيره من القيام بالعمل المذكور، لأن لصاحب الحق تفويت حقه على نفسه من دون أن ينافي التزام من عليه الحق به له، وفي المقام حيث يكون قيام كل من الأجيرين بالعمل بتسييب المستأجر يكون تفويت عمل الأجير الآخر مستنداً للمستأجر من دون أن ينافي التزام ذلك الأجير بالعمل تبعاً للإجارة.

ولعله لذا حكم بعض مشايخنا بتطرح هنا بصحة الإجارة الثانية واستحقاق الأجير الثاني الأجر المسمى، دون أجره المثل. كما يستحق الأجير الأول الأجر المسمى أيضاً من دون أن يكون مسؤولاً بقيمة العمل الفائت، لأن المستأجر هو الذي فوته على نفسه باستئجار الثاني.

هذا ولو فرض انكشاف بطلان الإجارة الأولى لعجز الأجير الأول عن العمل المستأجر عليه فلا إشكال في صحة الإجارة الثانية، لعدم المنافي لها في الواقع. وكذا لو رجعت الإجارة الثانية إلى إبراء المستأجر ذمة الأجير الأول من العمل.

أجرة المثل، وإن خاط بغير أمره ولا أجازته لم يستحق عليه شيئاً (١) وإن اعتقد أن المالك أمره بذلك (٢).

(مسألة ٧٧): إذا استأجره ليوصل متاعه إلى بلد كذا في مدة معينة فسافر بالمتاع وفي أثناء الطريق حصل مانع عن الوصول بطلت الإجارة (٣)

وكذا لا إشكال في استحقاق الثاني المسمى إذا جعل له بعنوان الجمالة غير الملزمة، لا بعنوان الإجارة التي هي عقد لازم. وقد تقدم التعرض لذلك في المسألة السادسة. فراجع. إلا أن ذلك كله خارج عن مفروض الكلام في المقام.

(١) لعدم الموجب للاستحقاق بعد فرض عدم الإجارة وعدم الأمر الذي يصدق معه الاستيفاء الموجب للضمان. بل لو أوجب العمل حينئذٍ نقصان قيمة العين كان ضامناً للنقص.

(٢) لظهور عدم الأثر للاعتقاد المذكور - بعد فرض خطئه - في ضمان المالك لقيمة عمله. غاية أن يكون سبباً في احترام عمله، وعدم هدره بعد أن لم يكن معتدياً به، فيستحق في العين قيمة أثر عمله لو كان متقوماً، كما تقدم نظيره في المسألتين الثامنة والسادسة والستين.

(٣) إذا كان وجود المانع كاشفاً عن تعذر العمل المستأجر عليه من أول الأمر فهو يكشف عن بطلان الإجارة حين وقوعها. وإلا فالإجارة قد وقعت صحيحة، كما لو كان وقت العمل المستأجر عليه واسعاً فلم يبادر الأجير حتى حصل المانع، أو صادف أن اختار واسطة معينة تقصر عن بلوغ المسافة المطلوبة، وكان بمقدوره من أول الأمر اختيار واسطة لا تقصر عن ذلك، فجهل واختار ما يقصر عنه ثم ضاق الوقت عن التبديل. وحينئذٍ ففي بطلان الإجارة بالتعذر الطارئ أو عدمه وانشغال ذمة الأجير بقيمة العمل الفائت وجهان تقدم الكلام فيهما في المسألة الثامنة، وتقدم منّا تقريب البطلان. خلافاً لبعض مشايخنا ^{رحمهم الله}، فحكم بصحة الإجارة وانشغال ذمة

وإن كان المستأجر عليه نفس إيصال المتاع لم يستحق شيئاً (١)، وإن كان مجموع السفر وإيصال المتاع على نحو تعدد المطلوب استحق من الأجرة بنسبة ما حصل من قطع المسافة إلى مجموع المستأجر عليه (٢)، أما إذا كان على نحو وحدة المطلوب فالأظهر [عدم. ظ] استحقاقه شيئاً لكن في صحة الفرض نظر (٣).

(مسألة ٧٨): إذا كان للأجير الخيار في الفسخ، لغبن أو تخلف شرط

الأجير بقيمة العمل الفائت، وتكرر منه ذلك في فروع مشابهة. وهو لا يناسب إطلاقه البطلان هنا.

(١) كأنه لعدم تحقق العمل المستأجر عليه.

(٢) لتبعض الصفقة. لكن المناسب هنا البناء على ثبوت خيار تبعض الصفقة. ومقتضاه أن للمستأجر الفسخ، واسترجاع تمام الأجر المسمى ودفع أجرة المثل للمقدار الحاصل من العمل، لولا ما تقدم في المسألة الثانية والعشرين من أن الفسخ في أثناء مدة الإجارة هل يقتضي بطلان الإجارة من أول الأمر أو يقتضي بطلانها من حين الفسخ، حيث قربنا هناك الثاني، ويجري نظيره هنا، لأنها من باب واحد، ومرجه إلى عدم ثبوت خيار تبعض الصفقة.

(٣) لم يتضح عاجلاً وجه النظر. نعم تقدم منّا في المسألة الثانية والعشرين أن المرجع في تبعض العمل المستأجر عليه العرف، وأنه لو استأجره ليوصله لمدينة خاصة بحيث تكون خصوصيتها مقومة للموضوع وعجز في أثناء الطريق فإن تيسر للمستأجر الوصول بواسطة أخرى صدق أن الأجير أتى ببعض العمل واستحق من الأجرة بالنسبة، أما إذا لم يتيسر ذلك لضيق الوقت، أو لعدم وجود واسطة أخرى لم يصدق إثبات الأجير ببعض العمل، ولم يستحق شيئاً. وقد تشهد بذلك في الجملة بعض النصوص. فراجع.

أو وجود عيب أو غيرها، فإن فسخ قبل الشروع في العمل فلا شيء له، وإن كان بعد تمام العمل كان له أجره المثل (١). وإن كان في أثناءه استحق بمقدار ما أتى به من أجره المثل (٢)، إلا إذا كان مجموع العمل ملحوظاً بنحو وحدة المطلوب، كما إذا استأجره على الصلاة أو الصيام، فإنه لو فسخ

(١) لاحترام عمله بعد وقوعه على نحو الضمان جرياً على الإجارة، لا مجاناً ليكون مهدوراً، فإذا سقط ضمانه بالمسمى، لفرض فسخ العقد، تعين ضمانه بأجرة المثل.

قال سيدنا المصنف رحمته: «والظاهر أن ذلك مما لا إشكال فيه ولا خلاف، فإن الضمان هنا أولى من الضمان مع فساد العقد بقاعدة ما يضمن». ووجه الأولوية: أن قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ليست منصوصة، وإنما هي عقلانية ارتكازية راجعة إلى احترام العمل غير المبني على المجانية، بل على الإجارة المبنية على الضمان، وذلك في الإجارة الصحيحة التي يتعقبها الفسخ أولى منه في الإجارة الفاسدة.

هذا وربما يوجه الضمان بأن الإجارة تتضمن الأمر بالعمل، فيكون العمل مضموناً، لاستيفاء المؤجر له بسبب أمره به الاستفادة من الإجارة. وفيه: أن الإجارة لا تتضمن الأمر بالعمل، بل مجرد استحقاق المستأجر له في مقابل الأجرة المساة ومعوضاً بها، وأين هذا من الأمر؟! فالعمدة ما سبق. وقد تقدم في المسألة الثامنة والعشرين ما ينفع في المقام.

(٢) بناءً على ما سبق منه رحمته في المسألة الثانية والعشرين من أن فسخ الإجارة في أثناء المدة يوجب انفساخها في تمام المدة، حيث يجري نظيره في الفسخ في أثناء العمل لأنها من باب واحد. أما بناءً على أنه يوجب انفساخها من حين الفسخ فاللازم استحقاق الأجير بنسبة ما حصل من العمل من الأجر المسمى لا من أجره

في الأثناء لم يكن له شيء (١). وكذا إذا كان الخيار للمستأجر (٢). ويحتمل أنه إذا كان (٣) المستأجر عليه هو المجموع على نحو وحدة المطلوب ففسخ المستأجر في الأثناء - كما إذا استأجره على الصلاة ففسخ في أثنائها - يستحق بمقدار ما عمل من أجره المثل (٤).

المثل، وقد تقدم متاً هناك الكلام مفصلاً في المسألة. فراجع.

(١) لعدم تحقق شيء من العمل المستأجر عليه بعد كونه هو المجموع بقيد الاجتماع. ولذا لا إشكال ظاهراً في عدم الضمان إذا تعذر على الأجير إكمال العمل في ذلك، مع بنائهم على الضمان في التعذر مع عدم الارتباطية.

(٢) لعين ما سبق، بعد كون مفاد الفسخ من كل منهما على نهج واحد.

(٣) الظاهر أن مراده بالاحتمال المذكور خصوص صورة ما إذا كان الخيار للمستأجر، لأنه قد فوت بالفسخ على الأجير عمله، أما إذا كان للأجير فيكون هو الذي فوت على نفسه عمله بفسخه قبل إكماله. ومجرد كونه معذوراً في الفسخ لفورية الخيار لا يكفي في تضمين المستأجر.

(٤) لا مجال للاحتمال المذكور بعد ما سبق وبعد ما هو المعلوم من عدم القيمة لأجزاء العمل في المقام. نعم إذا بذل العامل جهداً في أبعاض العمل فيقرب ضمان مقدار الجهد المبذول بما هو جهد صرف، ودفع أجره مثله لا بعنوان كونه جزءاً من العمل المستأجر عليه.

نعم ذلك يختص بما إذا كان الفاسخ هو المستأجر، كما سبق. كما يختص بما إذا لم يرض المستأجر بإكمال العمل بأجرة المثل، أما إذا رضي بذلك فامتناع الأجير عنه يكون هو السبب في تضييع جهده في بعض العمل الذي أتى به عليه. ومع ذلك فالأمر محتاج لمزيد من التأمل. وربما يأتي ما ينفع في المقام.

هذا ولو كان العمل مما يجب إتمامه شرعاً - كما لعله كذلك في العمرة والحج -

فوقع الفسخ في أثناءه، فهل يستحق أجره المثل لتأمله - كما لو وقع الفسخ بعد إتمامه - أو يجري عليه حكم الفسخ في أثناء العمل الارتباطي الذي تقدم الكلام فيه؟ صرح بالأول في العروة الوثقى، وأقره عليه جماعة من محشيها.

قال سيدنا المصنف رحمته: «كأن وجهه أن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فالإجارة تكون على الحدوث، لا على الحدوث والبقاء، فيستحق الأجرة بمجرد الحدوث. لكن لازم ذلك ثبوت الأجرة وإن لم يتم العمل. وهو كما ترى!...». ثم أخذ رحمته في تقريب كون المستأجر عليه هو الحدوث والبقاء لا الحدوث فقط، الذي هو من الوضوح بحدّ لا يحتاج للاستدلال. ومن ثم لا مجال للاستدلال على ضمان تمام قيمة العمل بذلك. ومثله ما ذكره رحمته للاستدلال على ضمان تمام القيمة من أن وجوب الإتمام لما كان بتسبب المستأجر كان الضمان عليه. لاندفاعه بما ذكره رحمته من أن التسبب يستند إليهما معاً لاشتراكهما في إيقاع عقد الإجارة. مع عدم الدليل على مضمونية مثل هذا التسبب بعد أن كان بتوسط الحكم الشرعي. ومن ثم قرب رحمته عدم الضمان. ولعله لذا وافقه بعض مشايخنا رحمته في حاشيته على العروة الوثقى.

نعم قد يقال: لما لم يكن دليل الضمان مع الفسخ لفظياً، لينظر في سعة مفاده، بل هو المرتكزات العقلانية فهي كما تقتضي الضمان مع إتمام العمل تقتضيه في مثل المقام مما كان من شأن العمل المستأجر عليه الإتمام، بحيث لا يمكن التراجع عنه. وكأنه إلى هذا يرجع ما في تقرير درس بعض مشايخنا رحمته من تقريب الضمان في المقام والعدول عما سبق منه. فراجع.

بقي شيء. وهو أن الفسخ.. تارة: يكون للغبن والعيب ونحوهما من الخيارات المسببة عن خروج المعاملة عن الوضع الطبيعي المرغوب فيه، والذي ينحصر دليhle في الإجارة ببناء العقلاء ومرتكزاتهم. وأخرى: يكون لاشتراط الخيار في الإجارة. وثالثة: لتخلف الشرط أو الوصف فيها.

ولا موضوع للأول بناء على ما سبق ممّا في كتاب البيع من عدم وضوح بناء

(مسألة ٧٩): إذا استأجر عيناً مدة معينة ثم اشترها في أثناء المدة فالإجارة باقية على صحتها (١). وإذا باعها في أثناء المدة ففي تبعية المنفعة للعين وجهان (٢) أقواهما ذلك.

العرف والعقلاء على الخيار فيه مع تبدل حال العوضين عما كانا عليه حين إيقاع العقد، فضلاً عما إذا تعذر التراد بينهما إذا لم يكونا من الأثمان التي لا تكون خصوصيتها مورداً للغرض نوعاً، كما في المقام، وفيما سبق من فرض الشروع في العمل الارتباطي قبل الفسخ.

أما الثاني فتحديد الخيار وآثاره تابعان لقصد المتعاقدين ولو ارتكازاً، فيكون هو المحكم في المقامين. فلم يبق إلا الثالث. ولا إشكال في ثبوته مع إمكان التراد بين العوضين. أما في غير ذلك فثبوته يحتاج إلى عناية حين إيقاع المعاملة، والعناية المذكورة هي التي تحدد الخيار وآثاره، كما في القسم الثاني. فلاحظ.

(١) بلا إشكال ظاهر، وبه صرح في العروة الوثقى، ويبدو من جملة من شرّاحها ومحشيها المفروغية عنه. لعدم التنافي بينهما بعد إمكان شراء العين مسلوقة المنفعة، فالبيع في المقام لا يقتضي ملكية المنفعة بالتبعية، لينافي ملكيتها بالإجارة، نظير ملكية أحد الزوجين للآخر المنافي للزوجية بينهما. وإلا كان اللازم البناء على بطلان البيع، لمنافاته للإجارة السابقة عليه، كما هو مقتضى القاعدة في المتنافيين، حيث يمنع السابق من صحة اللاحق، إلا بدليل خاص يقتضي العكس، كما في شراء الزوج لزوجته الأمة وشراء الزوجة لزوجها العبد، حيث قام الدليل على بطلية الشراء للنكاح. مع عدم الإشكال ظاهراً في صحة البيع في المقام.

(٢) فقد صرح بعدم التبعية وبقاء المنفعة على ملك البائع في العروة الوثقى، وأقره بعض محشيها. ويظهر منه أن ذلك من لوازم عدم بطلان الإجارة.

وكأنه لأن تبعية المنفعة للعين في البيع متفرعة على تبعيةها لها في ملكية

البائع، وأنه مع عدم تبعيتها لها في ملكية البائع - للملكية لها بالإجارة المفروض عدم بطلانها - يتعين عدم تبعيتها لها في البيع. نعم أثبت الخيار للمشتري، نظير ما تقدم في المسألة الثانية عشرة فيما لو بيعت العين المستأجرة.

وعن بعض مشايخنا ^{تتط} الإشكال في ذلك بأن البائع إن قصد البيع على النهج المتعارف من نقل العين بما لها من المنافع تعين انتقال المنافع للمشتري، ولا خيار حينئذٍ، وإن قصد بيع العين مسلوقة المنفعة فإن قصد المشتري شراءها كذلك فلا خيار أيضاً، وإن قصد شراءها بما أنها ذات منفعة لزم بطلان البيع، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، ولا خيار أيضاً. وعلى كل حال لا مجال لصحة البيع مع الخيار. وفيه: أن عدم التطابق بين الإيجاب والقبول إنما يلزم مع اختلاف المتعاقدين في مضمون العقد المنشأ، كما لو اختلفا في أركان العقد أو في اشتراط شرط فيه أو نحو ذلك، أما الاختلاف بينهما في المقصود الخارج عن العقد فلا ينافي التطابق بين الإيجاب والقبول، وتبعية المنفعة للعين المبيعة ليس لأخذ المنفعة في المبيع أو أخذ تبعيتها شرطاً في البيع، ليجب التطابق بينهما في ذلك، بل لتبعية المنفعة للعين طبعاً، ولو بلحاظ أن ملكية العين تقتضي السلطنة عليها وعلى منافعها ما لم يمنع من ذلك مانع، مع كون المبيع هو العين لا غير.

ولذا لو باع المالك العين عالماً بكونها مستأجرة فلم يقصد تبعية المنفعة لها وجهل المشتري ذلك أو قصد شراء العين ذات المنفعة يصح البيع، ولا يبطل لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول. وكذا لو باع المالك العين غير المستأجرة، وقصد استثناء بعض منافعها لنفسه ولم يقصد المشتري ذلك. غايته أن المنفعة لا تتبع العين في الصورة الأولى لوجود المانع وتبعتها في الثانية لعدمه.

وإنما يلزم عدم التطابق إذا استثنى البائع بعض المنافع ولم يستثنها المشتري، أو بالعكس، وهو غير مفروض في المقام، بل المفروض اختلافها في القصد لا غير.

ثم إنه قال في العروة الوثقى بعد أن حكم بعدم التبعية: «نعم لا يبعد تبعيتها

للعين إذا كان قاصداً الملك حين البيع». ولعل عدم جزمه بذلك لأجل أنه لا أثر للقصد المجرد من دون اشتراط في العقد، كما لو قصد عدم انتقال المنفعة مع كون مقتضى البيع انتقالها، كما سبق، أو قصد ملك منفعة عين أخرى تبعاً للعين المباعة. بل لابد من الشرط في ضمن العقد ولو ضمناً، ليدخل في عمومات النفوذ.

وكأنه لذا تأمل السيد الأصفهاني ^{ثنت} في حاشيته على العروة الوثقى في التبعية بذلك. وألزم بعض الأعظم ^{ثنت} بعد أن استشكل في أصل المسألة بالاحتياط باشتراط التبعية أو عدمها، ولم يكتف بمجرد قصد البائع التبعية، أو قصد المشتري عدمها.

هذا كله بناء على أن تبعية المنفعة للعين في البيع متفرعة على تبعيتها لها في ملك البائع. لكنه غير ظاهر. لا لظهور حال البائع في البيع على النهج المتعارف من إرادة بيع العين مع المنفعة، الراجع إلى مقام الإثبات، كما يظهر مما عن بعض مشايخنا ^{ثنت}. لما هو المعلوم من أن موضوع البيع هو العين لا غير.

بل لأن منشأ التبعية ثبوتاً هو أن ملكية العين كما تقتضي السلطنة عليها تقتضي السلطنة على منافعها، من دون أن تكون المنفعة مملوكة في مقابل العين. كما تقدم منّا في المسألة الواحدة والأربعين. أو لأن ملكية العين تقتضي ملكية منفعتها بتبعها كما تقتضي ملكية نوائها، كما يظهر من بعض كلماتهم.

ولا يخرج عن ذلك إلا مانع يوجب قصور سلطنة البائع، كما لو كانت المنفعة مملوكة عليه قبل البيع، أو قصور سلطنة المشتري، كما لو اشترط عليه في البيع استثناء بعض المنافع. ولا مجال للأول بعد ملكية البائع للمنفعة، ولو بسبب الإجارة السابقة على شرائه للعين. كما أن المفروض عدم الثاني.

ومن هنا لا يخرج عن مقتضى التبعية، فيتعين البناء عليها. وكأنه إلى ذلك يرجع ما ذكره سيدنا المصنف ^{ثنت} في المقام. فراجع. والله سبحانه وتعالى العالم.

(مسألة ٨٠): تجوز إجارة الأرض مدة معينة بتعميرها داراً أو بستاناً بكري الأنهار، وتنقية الآبار (١)، وغرس الأشجار، ونحو ذلك (٢). ولا بد من تعيين مقدار التعمير كما وكيفاً (٣).

(مسألة ٨١): تجوز الإجارة على الطبابة ومعالجة المرضى (٤)، سواءً

(١) وكذا بشق الأنهار وحفر الآبار.

(٢) وذلك يشبه المساطحة المعروفة في زماننا. ولا ينبغي الإشكال في صحتها، لعموم نفوذ العقد. وللنصوص الخاصة المتقدم بعضها عند الكلام في اعتبار العلم بالعوضين. ومن القريب أن تكون معاملة خاصة غير الإجارة تبني على قيام المتقبل بعمارة الأرض، في مقابل استشاره لها بعد عمارتها مدة معينة. وقد تقدم هناك الاستشهاد ببعض النصوص على مباينتها للإجارة. كما تقدم هناك أيضاً بعض النصوص الظاهرة في أن المتقبل قد يلتزم لأهل الأرض بشيء في المدة المذكورة من المال الصامت أو بنسبة من الحاصل. فراجع.

نعم النصوص المذكورة مختصة بعمارة الأرض للزراعة، دون مثل عمارة الدور للسكن فيها، والأسواق للتجارة فيها. لكنه غير مهم بعد العمومات المشار إليها آنفاً. بل قد يستفاد من النصوص المذكورة إلغاء خصوصية موارد عراً.

(٣) المتيقن من التعيين اللازم هو التعيين في مقابل الإسهام والتردد، لامتناع ملك المبهم، كما تكرر منّا في نظائر المقام. أما التعيين في مقابل الجهل فهو يبتني على عموم مانعية الغرر الذي تكرر منّا عدم ثبوته.

وأما التعيين في مقابل الكلي ذي الأفراد المختلفة في كثرة المالية وقتلتها، بحيث ينحصر في الأفراد المتفقة في المالية فلا ملزم به، كما يظهر مما تقدم عند الكلام في اعتبار العلم بالعوضين، وقد تقدم تفصيل الكلام هناك.

(٤) بلا إشكال ظاهر ولا خلاف، وإن وجب عينا أو كفاية لحفظ النظام، بل

يظهر من نقضهم في مسألة حرمة أخذ الأجرة على الواجبات بجواز أخذ الأجرة على الصناعات كفاية، ومحاولتهم دفع النقض المذكور المفروغية عن جواز أخذ الأجرة عليها، ومنها الطبابة ومعالجة المرضى ونحوهما ما هو مورد الكلام هنا. ويكفي في البناء عليه الإجماع المذكور المعتضد بالسيرة القطعية غير القابلة للتشكيك.

وبذلك يظهر أنه لا مجال للإشكال فيه بحرمة أخذ الأجرة على الواجبات. إذ هو كالشبهة في مقابل البدئية بعد ما سبق من الإجماع والسيرة. على أنه تقدم منا دفعه عند الكلام في الحكم المذكور في المسألة الثامنة والعشرين من مقدمة كتاب التجارة. فراجع.

بقي في المقام أمران:

الأول: أنه يجوز اشتراط الدواء على الطبيب، كما صرح به في الجملة في التذكرة والقواعد والإيضاح وجامع المقاصد وغيرها. لعموم نفوذ الشروط. وتمحض الإجارة في ملك المنفعة لا ينافي ملك الدواء بالشرط. وأظهر من ذلك ما إذا كان المشروط بذله لا تملكه.

وظاهر التذكرة لزوم العلم به في صحة اشتراطه. ويظهر الحال فيه مما سبق من عدم وضوح الدليل على اعتبار العلم في العوضين، فضلاً عن الشرط الخارج عنها. الثاني: قال في العروة الوثقى: «يجوز أيضاً مقاطعته على المعالجة إلى مدة أو مطلقاً». وظاهره جواز الإطلاق بحيث يقتضي العلاج مادام المرض موجوداً.

وهو لا يناسب مبناهم من مانعية الغرر في الإجارة. ومن ثم قيده سيدنا المصنف رحمته بما إذا كان المرض متعيناً بنحو خاص.

وعن بعض مشايخنا رحمته الاكتفاء بما إذا كان للعلاج حد متعارف، وإن كان قد يزيد أو ينقص بما يتسامح فيه بحيث يندفع به الغرر.

وهو لا يناسب ما ذكره من لزوم ضبط المدة بحيث لا يكفي فيه التعيين فيه

أكانت بمجرد وصف العلاج أم بالمباشرة، كجبر الكسير وتضميد القروح والجروح ونحو ذلك. ونجوز المقاطعة بقيد البرء إذا كانت العادة تقتضي ذلك (١)، كما في سائر موارد الإجارة على الأعمال الموقوفة على مقدمات

يمثل قدوم الحاج، مع أن تسامح العرف فيه أظهر.

(١) قال في القواعد: «ولو جعل له عن البرء صح جعالة، لا إجارة». أما صحته جعالة فلما هو المعلوم من عدم ابتناء الجعالة على الإلزام والالتزام بالعمل، بل على مجرد الالتزام بالجعل على تقدير العمل، ولا ملزم مع ذلك بالقدرة على العمل، ولذا لا إشكال في صحة الجعالة على ردّ العبد الآبق وردّ الضالة ونحوهما.

وأما ما قد يقال من أن البرء من الله تعالى، ولا بد في الجعالة من استناد الأمر المجعول عليه الجعل لمن يجعل له الجعل، بحيث يكون فعلاً له - كردّ الدابة الضائعة والعبد الآبق - فلا يستحق الجعل إذا لم يستند حصوله له.

فهو إنما يمنع من صحة الجعالة على البرء إذا لم يكن مسبباً عن فعل المجعول له. أما إذا تسبب عن فعله ومداواته فلا موقع للإشكال المذكور، ومن الظاهر أن المراد بها في المقام الجعل على عمله ومداواته التي يستند لها البرء، لا على البرء من دون عمل منه، أو من دون أن يستند لعمله.

وأما عدم صحته إجارة فكأنه لأنه يعتبر في ملكية العمل على الغير قدرته عليه، وحيث لا يكون البرء مقدوراً للأجير يمتنع ملكيته عليه بالإجارة. لكن من الظاهر أن المملوك على الأجير ليس هو البرء الخارج عن الاختيار، بل المعالجة التي يتسبب عنها البرء، وهي فعل للأجير اختياري له.

ومن هنا حاول بعض مشايخنا تقييد - فيما حكى عنه - تقريب البطلان بأن المعالجة المقيدة بالبرء غير اختيارية، لأن العمل المقيد بأمر غير اختياري غير اختياري، فلا يمكن ملكيتها على الأجير إلا ملكية معلقة على حصول البرء، والتعليق مبطل

للعقود عندهم.

نعم لا بأس بالتعليق على ما يطمأن بوجوده الذي هو بمثابة العلم الوجداني. إذ التعليق على أمر حاصل أو معلوم الحصول في الآجل - كطلوع الشمس غداً - لا ضير فيه، بل هو خارج عن التعليق حقيقة.

وكأنه يريد بالتعليق على ما هو معلوم الحصول في الآجل أخذه بنحو الشرط المتأخر، بحيث يكون الأمر المعلق فعلياً مع وجود المعلق عليه في وقته، كما هو المراد في المقام. أما مع أخذه بنحو الشرط المتقدم، بحيث لا يكون المعلق فعلياً إلا بعد وجود المعلق عليه، فلا إشكال في مبطلية التعليق حينئذٍ.

وكيف كان فيندفع ذلك بأن البرء حيث كان مسبباً عن فعل الأجير وفعله اختياري مقدور له فعلاً، فالبرء مقدور فعلاً أيضاً إذا صادف ترتبه على المداواة فلا مانع من ملكيته فعلاً بالإجارة. غايته أن الجهل بترتب البرء يستلزم الجهل بالقدرة على العمل المستأجر عليه المستلزم للجهل بصحة الإجارة. ومرجع ذلك إلى أن صحة الإجارة من حين وقوعها تكون مراعاة بترتب البرء على المعالجة، فإن ترتب انكشف صحتها حين وقوعها، للقدرة على العمل المستأجر عليه، وهو المعالجة المقيدة بالبرء، وإن لم يترتب انكشف بطلانها من حين وقوعها، لتعذر العمل المذكور. وإلى هذا يرجع ما ذكره سيدنا المصنف رحمته في الاستدلال على إطلاق ما في العروة الوثقى من صحة الإجارة على المعالجة المقيدة بالبرء وإن لم يكن البرء مظلوناً.

ثم قال: «اللهم إلا أن يحصل الغرر مع عدم الظن بالحصول، فتبطل لذلك، لا لعدم القدرة. لكنه يتوقف على عموم نفي الغرر للإجارة. وقد عرفت الإشكال فيه». لكن لم يتضح الوجه في حصول الغرر، فإن الجهل بصحة المعاملة للجهل بتحقيق شرطها لا يجعلها غررية، بحيث تبطل في فرض تحقق شرطها واقعاً.

فالعقدة في الإشكال: أن مقتضى الإجارة في المقام ليس هو ملكية المعالجة على الأجير في فرض قدرته على الإبراء. وإلا كان لازمه عدم وجوب المعالجة عليه مع

الشك في القدرة على البرء، كما هو المفروض في محل الكلام، لعدم المحرز لصحة الإجارة وملكية العلاج عليه. وهو مستلزم للغوية الإجارة، حيث لا طريق حينئذٍ لإحراز صحتها ولا بطلانها قبل العمل على مقتضاها.

بل المقصود بها ملكية المعالجة فعلاً وإن صادف عدم القدرة على البرء. غايته أنه لا يستحق الأجرة إلا مع البرء. وكأن ذلك هو المنشأ لما سبق من سيدنا المصنف رحمته من دعوى لزوم الغرر مع الجهل.

لكنه ممتنع لا من جهة الغرر، بل لأنه يبتني على أحد وجهين:

الأول: ملكية البرء عليه مطلقاً وإن كان عاجزاً عنه، ليتجه حينئذٍ دعوى أنه تجب المبادرة للمعالجة مادام يحتمل ترتب البرء عليها احتياطاً في أداء الواجب، كما لو كان مديناً مآلاً يحتمل القدرة على أدائه، حيث قد يدعى أنه يجب عليه السعي والتكسب مادام يحتمل ترتب الوفاء عليه.

ومن الظاهر امتناع ذلك، لامتناع إطلاق ملكية العمل عليه بنحو يشمل صورة عجزه عنه، بخلاف ملكية المال العيني عليه. مضافاً إلى أن لازمه وجوب المعالجة عليه احتياطاً، لا جزماً لكونها مستحقة عليه بالإجارة، وهو خلاف ظاهر الإجارة.

الثاني: كون المملوك عليه بالإجارة المعالجة سواء ترتب عليها البرء أم لا، والمعوض بالأجرة خصوص المعالجة التي يترتب عليها البرء.

ومن الظاهر خروج ذلك عن مقتضى الإجارة من المعاوضة بين العمل المملوك على الأجير والأجرة المملوكة على المستأجر، حيث يستلزم التطابق بين العمل المملوك على الأجير والمعوض بالأجرة.

ومن هنا لا مجال لما تقدم من العروة الوثقى من إطلاق صحة الإجارة بقيد البرء ولو مع عدم الظن بترتبه فضلاً عن العلم به. وعليه يحمل ما سبق من القواعد من صحة الجعالة على البرء دون الإجارة.

غير اختيارية للأجير، وكانت توجد عادة عند إرادة العمل (١).

وبذلك يظهر الوجه فيما ذكره سيدنا المصنف رحمته من الاقتصار في صحة التقييد بالبرء على ما إذا كانت العادة جارية على حصوله، حيث لا يعتنى حينئذ باحتمال عدم حصوله، لرجوعه إلى احتمال النقص في المزاج بوجه غير متعارف، وهو مدفوع بأصالة السلامة المعول عليها عند العقلاء، والتي يحزبها في المقام القدرة على الأمر المستأجر عليه، المستلزمة لصحة الإجارة ووجوب العمل عليها وتنفيذها. ويكون فائدة التقييد تحديد مقدار العلاج الواجب. كما لا مجال معه لمحدور الغرر الذي تقدم من سيدنا المصنف رحمته لو تم في نفسه.

كما يظهر الوجه في جري بعض مشايخنا رحمته على ذلك بناء على ما تقدم عنه من صحة التعليق على ما يطمأن بوجوده. غايته أن صحة الإجارة بنحو يترتب عليها العمل في الفرض المذكور لا تتوقف على التعليق، لإحراز الشرط بأصالة السلامة، كما ذكرنا. فلا حظ.

(١) كأنه لدفع محذور خروج البرء عن الاختيار، الذي يظهر من غير واحد سوقه لبيان بطلان الإجارة في المقام.

وتوضيح ذلك: أن المقدمة الاختيارية.. تارة: تمتنع من نسبة العمل للشخص الذي يسعى لتحقيقه، كما لو طلب من زيد أن يقنع عمراً بعمل خاص، فإن العمل حينئذ ينسب لعمرو، ولا ينسب لزيد، كي يصح إجارته عليه. نعم يصح إجارته على إقناعه بالقيام بالعمل، لأن الإقناع فعل لزيد.

ولا فرق في ذلك بين الإجارة والجعالة، فإن الجعالة وإن لم تتضمن ملكية العمل على المجمعول له وإلزامه به، إلا أنه لا بد فيها من استناد الفعل الذي يكون عليه الجعل للمجمعول له، وبه يستحق الجعل بالجعالة. فما يظهر منهم من التفريق بينهما غير ظاهر.

وأخرى: لا تمتنع من صحة نسبة العمل للشخص كقابلية الأرض للزراعة ووجود الماء الكافي لها عند الحاجة. وحينئذ تصح الإجارة عليه فضلاً عن الجعالة. ومنه المقام. فإن البرء يستند عرفاً للمعالج، لعدم توسط مقدمة غير اختيارية بين العلاج والبرء. غاية الأمر أنه لا بد من قابلية المحل للبرء بالعلاج، نظير قابلية الأرض للحفر والشق بفعل الأجير. كما لا بد من تعلق إرادة الله تعالى به، كما في سائر موارد تأثير الأسباب بمسبباتها، وكلاهما لا يمنع من نسبة الأثر لفاعل المقدمة الموصلة له والمباشر لها.

على أن المفروض في المقام ليس هو الإجارة على البرء، الذي يدعى توقفه على مقدمة غير اختيارية، بل على المعالجة التي تنتهي بالبرء. وليست هي مما يتوقف على مقدمة غير اختيارية، فالإجارة عليها إجارة على عمل اختياري وإن كان مغىياً بأمر غير اختياري معلوم الحصول، نظير الإجارة على الحراسة إلى طلوع الشمس، التي لا إشكال في صحتها.

بقي في المقام أمران:

الأول: أنه لو لم يترتب البرء، لتقصير من الأجير أو لخطأ منه في المعالجة أو في تخيله القدرة على البرء، فالظاهر أنه لا يستحق شيئاً، لعدم إتيانه بالعمل المستأجر عليه بعد فرض تقييده بالبرء. غايته أنه في الصورة الأخيرة ينكشف بطلان الإجارة. لكن بطلان الإجارة إنما يقتضي الضمان بأجرة المثل إذا أتى بالعمل المستأجر عليه، دون ما إذا لم يؤثر به.

الثاني: أنه ذكر في العروة الوثقى أنه كما يمكن أخذ البرء قيده في المعالجة المستأجر عليها يمكن أخذه شرطاً. وقد سبق الكلام في الأول.

أما الثاني فمع تحقق البرء لا إشكال. ومع عدم تحققه فإن كان عن نقصير أو خطأ من الأجير مع قدرته عليه تعين صحة الشرط وترتب الخيار بتخلفه، ومع فسخ المستأجر بتعين الرجوع لأجرة المثل، لتحقق العمل المستأجر عليه بعد فرض إطلاقه

(مسألة ٨٢): إذا أسقط المستأجر حقه من العين المستأجرة لم يسقط
وبقيت المنفعة على ملكه (١).

وعدم تقييده بالبراء.

وإن كان لقصور في المريض خروجاً عن مقتضى العادة ينكشف بطلان
الشرط، فيجري حكم بطلانه على الخلاف فيه من اقتضائه بطلان العقد أو عدمه
وثبوت الخيار أو عدمه. وإن كان الظاهر عدم بطلان العقد بذلك وثبوت الخيار فيه،
كما يظهر مما سبق منّا في مباحث الشروط من كتاب البيع. فراجع. والله سبحانه وتعالى
العالم العاصم.

(١) كما في المبسوط والسرائر والمهذب والشرائع والقواعد والتحرير واللمعتين
وجامع المقاصد والمسالك، وغيرها. ونفى في الأولين والجواهر الخلاف فيه.

وقد علل في كلام غير واحد بأن الإبراء إنما يتعلق بالذمم، دون الأعيان
ومنافعها. وفيه: أن عدم قبول الشيء للإبراء لعدم تعلقه بالذمم لا ينافي قبوله
للإسقاط وإن لم يكن إبراءً، كحق الخيار القائم بالعقد وحق الرهن القائم بالعين
المرهونة.

فالعمدة عدم ثبوت قابلية المنفعة المملوكة المتعلقة بالأعيان الخارجية للإسقاط،
خصوصاً بعد ما عرفت منهم من نفى الخلاف فيه.

بل يتعين لمن يريد التنازل عن المنفعة للمؤجر تملكها له بمعاوضة أو شرط، أو
تمليكاً مجانياً ابتدائياً نظير الهبة، لعموم نفوذ العقد والشرط، ويكون قبضها بالاستيفاء.
بل قد لا تحتاج صحة هبتها للقبض، لاختصاص دليل اشتراط القبض في صحة الهبة
بالأعيان القابلة للقبض. وإن كان الأحوط قبضها بقبض العين.

هذا إذا كانت المنفعة المستأجر عليها قائمة بعين خارجية. أما إذا كانت في الذمة
- كما في إجارة الحر على العمل، أو إجارة عين كلية تشغل بها ذمة المؤجر - فلا إشكال

(مسألة ٨٣): لا يجوز في الاستيجار للحج البلدي أن يستأجر شخصاً من بلد الميت إلى (النجف) مثلاً، وآخر من (النجف) إلى (المدينة)، وثالثاً من (المدينة) إلى (مكة). بل لابد من أن يستأجر من يسافر من البلد بقصد الحج إلى أن يحج (١).

ظاهراً في قابليتها للإسقاط والإبراء، كما هو ظاهر الشرائع وصريح القواعد وما بعده مما تقدم. لظهور أنها كسائر الديون التي تنشغل بها الذمم.

ومن هنا يقرب حمل إطلاق المبسوط والسرائر والمهذب على خصوص منافع الأعيان الخارجية دون الأعيان الكلية ودون الأعمال.

ومثله إطلاقهم قابلية الأجرة للإسقاط، بل في المبسوط والسرائر نفى الخلاف فيه، حيث يتعين حمله على ما إذا كانت ذمية دون ما إذا كانت خارجية، كما هو ظاهر بعضهم وصريح آخرين.

(١) كما في العروة الوثقى وأقره غير واحد من الشراح والمحشين.

والوجه فيه: ما في العروة الوثقى وغيره من المراد بالحج عن الشخص من مكان معين هو أن يبدأ النائب بنية الحج عنه من ذلك المكان، ويستمر على هذه النية حتى يؤدي الحج عنه. وذلك غير حاصل مع تعدد النائب، لأن من عدا الأخير لا ينوي الحج عنه، بل قطع المسافة لا غير، والأخير الذي ينوي الحج عنه لا ينويه من بلده، بل من المدينة المنورة.

وأما ما يظهر من العروة الوثقى من تنظير المقام بتعدد النائب في أبعاض العمل الارتباطي. فهو في غير محله، لأن المقام من تعدد النائب في صورة مقدمة العمل مع عدم كونه مقدمة حقيقية، لظهور أن قطع المسافة للحج البلدي لا يكون مقدمة له إلا إذا نوى قاطع المسافة الإتيان بالحج، والمفروض عدم القصد المذكور إلا من النائب الأخير الذي لم يبدأ من بلد الميت. كما أن قطع المسافة من غير النائب الأخير ليس

مقدمة لوقوع الحج من النائب الأخير.

هذا وقد يظهر من العروة الوثقى وجود مخالف في ذلك سابق عليه. كما قد يظهر ذلك أيضاً من بعض الأعيان المحققين رحمهم الله، حيث تنظر في تعليقه على العروة الوثقى في وجه استدلال مؤلفه رحمهم الله على عدم الاجتزاء بالمتعدد من دون أن يستدل عليه هو بوجه آخر.

بل هو صريح بعض الأعظم رحمهم الله في تعليقه، حيث قال: «الأقوى جوازه. ولا يبعد أن يكون ما أفتى به من عدم الجواز مبنياً على ما اختاره في الأصول من تخصيص وجوب المقدمة بالموصلة».

لكن لا دخل في ذلك لاختصاص الوجوب بالمقدمة الموصلة. ولذا لا يقع الحج البلدي من النائب لو سافر من بلد الميت لا بنية الحج عنه، ثم نوى الحج عنه من الميقات، مع أن سفره من بلد الميت مقدمة موصلة لحجه عنه من الميقات.

وكذا لو توقف حج النائب عن الميت من المدينة على سفر شخص آخر إليها من النجف مثلاً، وتوقف سفر الشخص المذكور من النجف على سفر شخص ثالث من بلد الميت إلى النجف، فإن سفر الشخصين المذكورين وإن كان مقدمة موصلة للحج عن الميت، إلا أنه لا يجعله حجاً بلدياً.

نعم لو لم يكن المعيار في الحج البلدي نية الحج عن الميت من البلد، بل نية قطع المسافة بين بلده والميقات عنه ولو بنحو التوزيع بين أكثر من شخص واحد، اتجه الاكتفاء بالتعدد بالوجه المذكور. بل لو لم يبين حينئذٍ على وجوب الترتيب في قطع المسافة يكفي سفر اللاحق قبل السابق، بأن يسافر شخص عن الميت من النجف إلى المدينة ثم يسافر بعده شخص آخر من بلد الميت إلى النجف. بل ربما يتجه تأخرهما عن الحج عنه من المدينة. إلا أن ذلك كله خلاف المقطوع به من معنى الحج البلدي.

هذا وفي موثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل حج عن آخر ومات في الطريق. قال: قد وقع أجره على الله، ولكن يوصي، فإن قدر على رجل

يركب في رحله ويأكل زاده فعل^(١).

لكنه إنما يدل على مشروعية إكمال الأجير ما بدأ به النائب بعد نيته الحج عن المنوب عنه ومباشرته السير للحج بنفسه، ولا يدل على ما نحن فيه من التوزيع في قطع المسافة من دون نية الحج عن المنوب عنه. ومن هنا لا مخرج عما سبق.

ويشبه ذلك ما تعارف في عصرنا بين كثير من المؤمنين من المشي لزيارة الإمام الحسين عليه السلام من النجف الأشرف أو ما قاربه بنحو التوزيع، حيث يمشي الشخص في اليوم الأول إلى ربع الطريق مثلاً، ثم يرجع ركباً فيبيت عند أهله، ويصبح في اليوم الثاني فيركب إلى ربع الطريق حيث انتهى به المسير أولاً، ثم يمشي إلى نصف الطريق، ثم يرجع ركباً فيبيت عند أهله، ويصبح في اليوم الثالث فيركب إلى نصف الطريق، ثم يمشي إلى ثلاثة أرباع الطريق، ثم يرجع ركباً ويبيت عند أهله، ويصبح في اليوم الرابع فيركب إلى ثلاثة أرباع الطريق، ثم يمشي إلى كربلاء ويزور الإمام الحسين عليه السلام. وقد يحسب كثير منهم أنه يكون لهم بذلك زيارة الإمام الحسين عليه السلام مشياً من النجف الأشرف إلى كربلاء. بل هو الذي أصر عليه بعض ذوي المقام العلمي الرفيع من المعاصرين فيما نقله عنه لي سيدي الوالد (دامت بركاته). لكن مما سبق يظهر أنه ليس للأشخاص المذكورين إلا ما يقومون به في اليوم الرابع من زيارة الإمام الحسين عليه السلام ركوباً ثلاثة أرباع الطريق الأولى ومشياً في الربع الأخير منه. وأما المشي والركوب في الأيام الثلاثة الأولى فليس بقصد الزيارة ولا مقدمة لها، بل بقصد قطع الطريق فقط.

نعم لهم بذلك ثواب إشغال الطريق الذي صار هذه الأيام سبباً لترويج الزيارة الشريفة ومظهراً لتمسك المؤمنين بها ومشجعاً عليها. بحيث صار سبباً لعزة الدعوة الحقة وأهلها.

هذا ولو تيسر لهؤلاء في الأيام الثلاثة الأولى الركوب إلى كربلاء من حيث انتهى

(مسألة ٨٤): إذا استؤجر للصلاة عن الحي أو الميت، فنقص بعض الأجزاء أو الشرائط الغير الركنية، فإن كانت الإجارة على الصلاة الصحيحة - كما هو الظاهر عند الإطلاق (١) - استحق تمام الأجرة (٢)، وكذا إن كانت على نفس الأعمال المخصوصة وكان النقص على النحو المتعارف (٣)، وإن كان على خلاف المتعارف نقص من الأجرة بمقداره (٤).

بهم المشي وزيارة الإمام الحسين عليه السلام ثم الرجوع إلى أهاليهم والمبيت في بيوتهم لحصل لهم أربع زيارات كل منها مشياً ربع الطريق وركوباً في الباقي. والله ولي التوفيق.

(١) لأن الغرض نوعاً هو تفريغ ذمة المنوب عنه، والإطلاق ينصرف لمورد الغرض نوعاً.

(٢) لحصول العمل المستأجر عليه. نعم لو كان النقص كثيراً بوجه غير متعارف لم يبعد صدق العيب عرفاً على عمله، فللمستأجر الفسخ والرجوع لأجرة المثل بناء على مشروعية الفسخ في العيب بعد العمل، كما قد يظهر منهم. لكن تقدم متأ في المسألة الثامنة والسبعين الإشكال في ذلك، بل المنع منه. وحيث لو كان الأجير يعرف من نفسه ذلك فاللازم عليه بيان الحال قبل الإجارة، وإلا كان مدلساً غاشاً، ويتحمل إثم ذلك.

(٣) كأنه لحمل إطلاق الإجارة على المتعارف من حصول مثل هذا النقص. لكن المفروض خروج الإجارة عما هو المعهود نوعاً من الإجارة على تفريغ ذمة الميت إلى الإجارة على نفس الأعمال، بحيث تكون هي المقابلة بأجزاء الأجرة، فاللازم نقص الأجرة، كما يأتي في الصورة اللاحقة. إلا أن ينص على اغتفار النقص بالوجه المتعارف.

(٤) لنقص العمل المأتي به عن المستأجر عليه، فتبعض الصفقة. بل قد يدعى حيثئذ ثبوت خيار تبعض الصفقة والرجوع مع الفسخ لأجرة المثل في المقدار المأتي به.

(مسألة ٨٥): إذا استؤجر لختم القرآن الشريف فالأحوط الترتيب

بين السور (١).

لكنه يشكل بعدم وضوح ثبوت الخيار المذكور بعد العمل، كما أشرنا إليه في المسألة الثامنة والسبعين، وفصلنا الكلام فيه في المسألة الثانية والسبعين. فراجع.

(١) كما ذكره في الجملة غير واحد من محشي العروة الوثقى. وكأنه لاحتمال انصراف الإطلاق إليه ولو بسبب العادة على القراءة بنحو الترتيب.

لكن ذلك إنما يتجه إذا كان الاستتجار على قراءة القرآن، أما إذا كان على ختمه - كما هو مورد كلامهم - فالختم كناية عن الاستيعاب بلحاظ الانتهاء بالآخر، لأن ختام الشيء آخره. وهو يناسب الابتداء بالأول. وكأنه لذلك قال في الصحاح: «ختمت القرآن: بلغت آخره. واختتمت الشيء نقيض افتتحته»، ونحوه في مختصره. وفي لسان العرب: «وختم فلان القرآن إذا قرأه إلى آخره». وذلك يبين على قراءته بنحو الترتيب، وحيث لا يراد به الترتيب بلحاظ النزول، لعدم تعارفه وعدم الاطلاع عليه، تعين الحمل على الترتيب بالوجه المرسوم الشائع، لعدم تعارف غيره.

وقد حاول سيدنا المصنف رحمته الاستدلال بوجه آخر. فإنه بعد أن استدلل لعدم وجوب الترتيب بالإطلاق قال: «اللهم إلا أن يقال: قراءة القرآن.. تارة: يراد بها جنس القرآن. وأخرى: يراد بها قراءة الفرد التام، فإن أريد الأول تم ما في المتن. وإن أريد الثاني فلا بد من الابتداء بالأول والانتهاء بالآخر، لأن الفرد له هيئة خاصة على ترتيب خاص، فإذا قرئ على غير تلك الهيئة لم يؤت بقراءة الفرد الخاص».

ولا يخلو ما ذكره عن غموض، فإن القرآن الشريف ليس جنساً له فردان ناقص وتام، بل ليس هو إلا ما بين الدفتين بتامه، وليس الاختلاف بين الوجهين للاختلاف في المقروء، بل للاختلاف في نحو القراءة. وكأن مراده رحمته معنى في نفسه يقصر كلامه عن إيضاحه وبيانه. والعمدة ما سبق. وبه يظهر الإشكال فيما في العروة

بل الظاهر لزوم الترتيب بين آيات السور وكلماتها (١). وإذا قرأ غلطاً بعض الكلمات والتفت إلى ذلك بعد الفراغ من السور أو الختم، فإن كان بالمقدار المتعارف لم ينقص من الأجرة شيء (٢)، وإن كان بالمقدار غير المتعارف ففي إمكان تداركه بقراءة تلك الكلمة صحيحة إشكال (٣). والأحوط للأجير

الوثقى من عدم وجوب الترتيب بين السور.

(١) أما إذا كانت قراءتها في ضمن ختم القرآن فلعين ما سبق. وأما إذا استؤجر لقراءتها بنفسها لا في ضمن ختمه، فلأن المنصرف من قراءة الشيء - من مقال أو رسالة أو نحوهما - ليس مجرد استيعاب أجزائها بالقراءة، بل قراءته على الوجه الذي رسم به من البدء بأوله والختم بآخره، لما للهيئة من أثر في بيان المعنى. بل هو المقطوع به في مثل القرآن الشريف والزيارات والأدعية ونحوها من الأمور التوقيفية. ومن الغريب ما في العروة الوثقى من عدم وجوب الترتيب فيها.

وأما الاستدلال على ذلك بأنه لو علم بعد الإتمام أنه نسي بعض الآيات أو قرأها غلطاً كفاه قراءة تلك الآية. فهو - لو تم - ناش من تعارف الخطأ والنسيان بنحو تنصرف الإجارة إلى الاكتفاء به. بل ربما يقال بعدم وجوب قراءته. ولذا التزم ^{بالتنظير} بذلك في فرض اشتراط الترتيب.

(٢) لأن غلبة وقوع ذلك يوجب انصراف الإجارة إلى الاكتفاء بالناقص. ومن هنا يشكل وجوب تدارك الناقص وحده لو علم بعينه، كما أشرنا إليه آنفاً. نعم يحسن قراءته بلا إشكال. ثم إن ذلك لا يختص بها إذا أخطأ في بعض الكلمات فقرأها غلطاً، بل يجري فيما إذا غفل عنها ولم يقرأها إذا كان ذلك بالمقدار المتعارف. كما لا يختص بها إذا التفت بعد الفراغ من السورة أو الختم، بل يجري فيما إذا تجاوز موضع الخطأ بمقدار لا يتعارف الرجوع معه.

(٣) لعدم أدائه بالمطلوب بعد ما سبق من وجوب الترتيب.

أن يرجع من الأجرة بمقدار الغلط (١).

(مسألة ٨٦): إذا استؤجر للصلاة عن زيد، فاشتبه وصلى عن عمرو، فإن كان على نحو الخطأ في التطبيق - بأن كان مقصودة الصلاة عمن استؤجر للصلاة عنه فأخطأ في اعتقاده أنه عمرو - صح عن زيد (٢)، واستحق الأجرة. وإن كان على نحو آخر (٣) لم يستحق الأجرة ولم يصح عن زيد (٤).

(مسألة ٨٧): الموارد التي يجوز استيجار البالغ للنيابة في العبادات يجوز فيها أيضاً استيجار الصبي (٥). والله سبحانه العالم.

(١) كأنه لنقص العمل المستأجر عليه. لكنه موقوف.. أولاً: على ابتناء العمل المستأجر عليه على الانحلال، وتوزيع الأجرة على الأجزاء، دون جعل المجموع في مقابل المجموع، وإلا كان اللازم عدم استحقاق شيء من الأجرة. وثانياً: على تعذر التدارك بالقراءة من موضع النقص إلى آخر السورة أو آخر القرآن. وإلا كان اللازم التدارك بالوجه المذكور، عملاً بمقتضى عقد الإجارة اللازم.

(٢) لأنه هو المستأجر عنه، فيكون هو المقصود بالعمل وإن أخطأ في اعتقاد كونه عمراً. وأظهر من ذلك ما إذا قصد ذات زيد واعتقد أن اسمه عمرو.

(٣) بأن صلى عن عمرو بتخيل أنه قد استؤجر عنه، بحيث تكون الإجارة من سنخ الداعي، من دون أن تكون هي الموضوع للنيابة.

(٤) بل يصح عن عمرو وتبرأ ذمته لو كانت مشغولة بالصلاة، وإن لم يستحق النائب أجرة على عمله، لعدم المنشأ لضمان عمله بعد عدم كونه مستأجراً عليه.

(٥) كما في العروة الوثقى. وقد بناه على شرعية عبادات الصبي. وقد ذكرنا في مبحث الأمر بالأمر من الأصول أنه يمكن استفادة شرعية عباداته من أمرين: أولهما:

إطلاقات أدلة تشريع العبادات بناء على ما هو الظاهر من أن مقتضى الجمع بينهما وبين حديث رفع القلم هو رفع الإلزام، لا نفي المشروعية، على ما ذكرناه في المسألة الثامنة والخمسين من كتاب الخمس.

ثانيهما: ما تضمن أمرهم بالصلاة والصيام^(١)، لا لأن الأمر بالأمر بالشيء أمر بذلك الشيء، بل لظهور نسبة العبادات لهم في أنهم يؤمرون بها على ما هي عليه من حقائقها المعهودة المستلزم للقدرة عليها وشرعيتها.

هذا والظاهر أن ذلك لا يكفي في مشروعية استتاجتهم واستتجارهم، بل لابد من إحراز مشروعية النيابة من الصبي، كما نبه له سيدنا المصنف رحمته. وعن بعض مشايخنا رحمته الإشكال في إحراز ذلك، لعدم العثور على ما يدل على مشروعية نيابة الصبي.

لكن لو تم قصور النصوص عن ذلك كفت الإطلاقات المقامية، إذ بعد ثبوت قابلية العمل للنيابة فبناء العرف والعقلاء على عدم خصوصية البالغ في النيابة وقابلية الصبي لها يكفي في فهم العموم من الإطلاقات المقامية لأدلة العمل الذي هو موضوع النيابة. ولذا لا إشكال ظاهراً في إمكان وكالته في المعاملات مع عدم وضوح عموم نصوص الوكالة.

هذا وقد حكم رحمته في منهاجه بصحة استتجار الصبي في العبادات المستحبة. ولم يتضح عاجلاً الوجه في خصوصيتها، بحيث تشرع نيابته فيها واستتجاره عليها دون العبادات الواجبة. والله سبحانه وتعالى العالم العاصم. والحمد لله رب العالمين. وله الشكر أبداً سرمداً.

انتهى الكلام في كتاب الإجارة شرحاً لكتاب (منهاج الصالحين) لسيدنا الجد الأستاذ مرجع الطائفة آية الله العظمى (السيد محسن الطباطبائي الحكيم) رحمته

(١) راجع وسائل الشيعة ج: ٣ باب ٣ من أبواب أعداد الفرائض ونوافلها. وج: ٧ باب ٢ من أبواب من يصح منه الصوم. وج: ١٥ باب ٧٤ من أبواب أحكام الأولاد.

ليلة الأحد الرابع عشر من شهر رجب الحرام سنة ألف وأربعمائة وإحدى وثلاثين للهجرة النبوية على صاحبها وآله أفضل الصلوات وأزكى التحيات. في النجف الأشرف ببركة الحرم المشرف على مشرفه الصلاة والسلام. بقلم العبد الفقير (محمد سعيد) عفي عنه نجل سماحة آية الله (السيد محمد علي الطباطبائي الحكيم) دامت بركاته. ونسأل الله سبحانه وتعالى التوفيق والتسديد وصلاح الأحوال وحسن المآل. إنه أرحم الراحمين وولي المؤمنين. وهو حسبنا ونعم الوكيل.

المحتويات



المحتويات

كتاب الشفعة

- ٩..... في تحديد المعيار في الشفعة
١٣..... بقي شيء: ثبوت حق الشفعة قبل البيع بحيث لا يمنع من البيع

فصل: فيما تثبت فيه الشفعة

- ١٥..... فيما تثبت به الشفعة
١٩..... الكلام في ثبوت الشفعة في السفينة
١٩..... بقي شيء: المحكي عن ابن أبي عقيل عدم ثبوت الشفعة في السفينة
٢١..... فيما لا تثبت فيه الشفعة
٢٣..... في الشفعة مع الاشتراك في الطريق
..... بقي في المقام أمران..
٢٥..... الأول: الكلام في ثبوت الشفعة للشركاء جميعاً
..... الثاني: كلام التذكرة في ثبوت الشفعة في الطريق مع كون الشريك واحداً
٢٦..... والإشكال فيه
٢٧..... عدم الشفعة مع عدم الاشتراك في الطريق
٢٩..... الكلام في حقوق النهر والساقية والبئر
٣١..... الشفعة في الحصة المشاعة دون المقسوم
٣٣..... اختصاص الشفعة بالبيع
٣٧..... عدم ثبوت الشفعة في الاشتراك مع أكثر من اثنين

فصل: في الشفيع

- ٤٣ في الشفيع
- ٤٥ الكلام في الشفيع وثبوت الشفعة للمسلم على تفصيل
- ٤٧ في شروط الشفيع
- ٥٣ الكلام في موارد سقوط الشفعة للزوم الانتظار
- ٥٥ إذا كان الشريك غائباً
- ٥٩ عدم اشتراط الشفيع بالبلوغ والعقل والكلام فيه
- ٦٣ الشفعة بين الولي والمولى عليه والكلام فيه

فصل: في الأخذ بالشفعة

- ٦٧ في الأخذ بالشفعة
- ٦٩ مقدار أخذ الشفيع بالثمن
- ٧٣ بقي شيء: عدم الخروج بالثمن عن حقيقته وهو الأمر المجعول ثمناً في العقد
- ٧٥ الكلام في تدارك الشفيع لبعض الغرامات
- ٧٧ الكلام في المبادرة إلى الأخذ بالشفعة
- ٨١ لا تسقط الشفعة في التأخير بالأخذ بها عن عذر وذكر بعض موارد العذر
- ٨٥ تسقط الشفعة مع العلم بالبيع وإمكان الأخذ بها ولو بالتوكيل
- ٨٧ لا بد في الشفعة من إحضار الثمن
- ٨٩ الكلام في بيع المشتري قبل الأخذ بالشفعة
- ٩٥ الشفعة من الحقوق القابلة للإسقاط والنقل للشفيع
- ١٠١ بيع الشريك نصيبه قبل الأخذ بالشفعة
- بقي في المقام أمران..

الأول: عدم اختصاص الكلام ببيع الشريك حصته بل يجري في غير ذلك كالخروج

- ١٠٢ عن ملكه كالعبه والوقف وجعلها مهرأ
- الثاني: بناءً على سقوط الشفعة ببيع الشفيع نصيبه يتعين استحقاق المشتري الأول
- ١٠٢ الشفعة على المشتري الثاني

الكلام في اعتبار العلم بالثمن في جواز الأخذ بالشفعة	١٠٣
تلف تمام المبيع قبل الأخذ بالشفعة	١٠٥
ثبوت الإرث في الشفعة	١١١
الكلام في سقوط الشفعة بالإسقاط قبل البيع	١١٥
الكلام في بيع حصة الغائب من الوكيل وأخذ الشفعة	١١٩
الأخذ بالشفعة مع كون الثمن مؤجلاً	١٢١
الكلام في سقوط الشفعة بالإقالة	١٢٥
في ثبوت خيار رد العين وسقوط الشفعة	١٢٩

كتاب الإجارة

تعريف الإجارة	١٤١
الكلام في الإيجاب والقبول في الإجارة	١٤٣
في شروط المتعاقدين	١٤٥
في شروط العوضين	١٤٨
الشرط الأول: أن يكون معلوماً	١٤٨
بقي في المقام أمران ..	
الأول: إمكان إكمال تطبيق الفرد في إجارة الكلي إلى المستأجر	١٤٩
الثاني: الإشكال على ما ذكره السيد الخوئي رحمته الله	١٤٩
الشرط الثاني: أن يكون مقدوراً على تسليمه	١٦٢
بقي شيء: تعدي نصوص الضميمة الواردة في الأعيان للمنافع	١٦٩
الشرط الثالث: أن تكون العين المستأجرة ذات منفعة	١٦٩
الشرط الرابع: أن تكون العين مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها	١٧٠
الشرط الخامس: أن تكون المنفعة محللة	١٧٧
بقي شيء: الاستدلال على اعتبار حلية المنفعة بحديث تحف العقول والإشكال فيه ..	١٨١
الشرط السادس: إمكان حصول المنفعة	١٨٣
بقي شيء: كلام القواعد في اشتراط كون المنفعة متقومة	١٨٥

- الكلام في تعيين نوع العمل في الإجارة ١٨٧
 الكلام في تعيين المدة التي تقع فيها الإجارة ١٨٩
 الكلام في تعيين نوع العمل في الإجارة ١٩٧

فصل وفيه مسائل

- في لزوم الإجارة ٢١٧
 بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة ٢١٩
 الكلام في بطلان الإجارة مع موت المؤجر أو المستأجر ٢٢٥
 إجارة الولي للصبي في مدة تزيد على زمان البلوغ ٢٣٣
 الكلام في إجارة العبد ثم عتقه ٢٣٧
 الكلام في وجود العيب في العين المستأجرة ٢٣٩
 بقي في المقام أمران..
 الأول: أن التقييط في المقام راجع إلى تبعض الصفقة ٢٤٠
 الثاني: ثبوت الخيار للمستأجر في المقام ٢٤٠
 جريان جملة من الخيارات في الإجارة ٢٤٥

فصل

- إذا وقع عقد الإجارة ملك المستأجر المنفعة بنفس العقد ٢٥١
 في مناط تسليم العمل ٢٥٣
 الكلام في تلف العين المستأجرة قبل انتهاء المدة ٢٦٩
 الكلام في حصول الفسخ في أثناء المدة ٢٧٥
 بقي في المقام أمران..
 الأول: فيما يمكن أن يقع عليه الفسخ من الوجوه ٢٧٦
 الثاني: ذكر في القواعد أنه لو سكن المالك في الدار بعض المدة تخير المستأجر ٢٨١
 انقضاء مدة الإجارة قبل استيفاء العين المستأجرة ٢٨٣
 الكلام في تعذر الاستيفاء بسبب الغصب ٢٩١
 الكلام في إتلاف المستأجر للعين المستأجرة ٢٩٥

المحتويات	٥٠٧
الكلام في ثبوت الأجرة مع العلم ببطلان الإجارة	٢٩٩
في إجارة الحصة المشاعة	٣٠٣
عدم اشتراط اتصال مدة الإجارة بالعقد	٣٠٧
في إجارة الفرد الكلي مع التلف	٣٠٩

فصل وفيه مسائل

العين المستأجرة أمانة لا تضمن إذا تلفت أو تعيبت	٣١١
الكلام في تفصيل أمانة العين المستأجرة	٣١٣
بقي شيء: الكلام في سقوط حكم الأمانة بالتعدي والتفريط وإن حصل النقص بعدهما	٣١٥
الكلام في اشتراط ضمان العين المستأجرة	٣١٩
تلف العين المستأجر للعمل فيها	٣٢٥
الكلام في العامل إذا أفسد	٣٣٥
بقي أمران ..	
الأول: الكلام في حصول الفساد من باب الاتفاق	٣٣٧
الثاني: قصره على ما إذا لم يبلغ التلف والموت	٣٣٧
ضمان الطبيب المباشر إذا أفسد	٣٣٩
الكلام في تبرؤ الطبيب من الضمان	٣٤٣
الكلام في ضمان الحمال إذا عثر وسقط ما على رأسه	٣٤٦
إذا قال للخياط: إن كان هذا القماش يكفيني قميصاً فاقطعه والكلام في ضمانه	٣٥١
في إفساد العبد للعمل	٣٥٣
إذا استأجر سفينة لحمل متاع فتلّف	٣٥٥
الكلام في بعض صور التعدي في الإجارة	٣٥٦
بقي شيء: في ضمان الزيادة على الأجرة المسماة وهو مقدار زيادة أجره المثل للمنفعة ..	٣٦٣

- الانشغال بغير ما استؤجر عليه ٣٦٥
 بقي في المقام أمران ..
 الأول: عدم تسليم الأجير للعمل حتى مضي وقته بمنزلة تلف العمل قبل القبض ... ٣٦٦
 الثاني: عمل الأجير في المقام إذا كان عن عمد منه كان مهدوراً ٣٦٦
 الكلام في ضمان صاحب الحمام ونحوه الملابس لو سرت ٣٧١
 المعيار في لزوم تسليم العين المستأجرة ٣٧٥
 المعيار في صحة الإجارة ملك المؤجر للمنفعة ٣٧٧
 الكلام في (السرقلية) ٣٨٥
 جواز استئجار العين من ثالث ٣٨٧
 فعل الغير للعمل المستأجر عليه والكلام في بطلان الإجارة ٤٠١
 الكلام في سعة امتلاك المستأجر لمنافع الأجير ٤٠٥

فصل وفيه مسائل

- الكلام في إجارة الأرض بما يحصل منها ٤١٩
 الكلام في إجارة الأرض بالحصّة من زرعها مشاعاً ٤٢٥
 جواز إجارة الحصّة المشاعة من أرض معينة والكلام فيه ٤٢٦
 عدم جواز إجارة الأرض لتوقف مسجداً ٤٢٧
 استئجار الشجرة للاستظلال ونحوه ٤٢٩
 جواز استئجار الإنسان للاحتطاب ونحوه ٤٣٢
 الكلام في استئجار المرأة للإرضاع ٤٣٧
 الكلام في استئجار الشاة للبن ٤٤١
 الكلام في الإجارة لكنس المسجد والمشهد ونحوهما والإجارة في العبادات ٤٤٢
 الإجارة في العبادات ٤٤٣
 الكلام في الأعمال المتوقفة على بذل عين ٤٤٦
 تعميم صحة الإجارة إلى كل ما يمكن القيام به للأجير ٤٤٨
 الكلام في الإجارة مع عدم تعيين الأجرة ٤٥١

المحتويات	٥٠٩
العمل في العين المستأجرة إذا بقي إلى ما بعد مدة الإجارة والكلام فيه	٤٥٤
الكلام في خراج الأرض المستأجرة	٤٥٩
النيابة عن الأحياء والأموات	٤٦٣
إذا نبتت أصول الزرع الباقية في العين المستأجرة	٤٦٦
بقي شيء: الكلام في الإعراض عن الأموال إذا لم تبتن على إباحتها للغير	٤٦٨
ضمان الأجير مع التلف	٤٧٣
الكلام في تبرع الغير بالعمل مع الإجارة	٤٧٤
الكلام في بطلان الإجارة مع حصول المانع من إتمام العمل	٤٧٦
الكلام في فسخ الإجارة مع الخيار قبل العمل وبعده	٤٧٧
إذا اشترى العين المستأجرة في أثناء المدة	٤٨١
جواز الإجارة على الطبابة ومعالجة المرضى	٤٨٤
بقي في المقام أمران..	
الأول: جواز اشتراط الدواء على الطبيب	٤٨٥
الثاني: الكلام في مقاطعة الطبيب على المعالجة إلى مدة أو مطلقاً	٤٨٥
جواز مقاطعة الطبيب بقيد البرء إذا كانت العادة تقتضي ذلك	٤٨٦
بقي في المقام أمران..	
الأول: أنه لو لم يترتب البرء لتقصير من الأجير	٤٩٠
الثاني: إن كان أخذ البرء شرطاً في الإجارة	٤٩٠
إسقاط المستأجر لحقه لا يوجب سقوط ملكه للمنفعة	٤٩١
الكلام في استئجار أكثر من واحد للحج البلدي	٤٩٢
إذا نقص الأجير من العمل المستأجر عليه	٤٩٥
الكلام في وجوب الترتيب بين السور إذا استؤجر لحتم القرآن	٤٩٧
الكلام في استئجار الصبي في العبادات	٤٩٨
المحتويات	٥٠٣