

# فقه ۳

## شرح لمعه دمشقيه

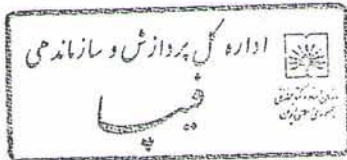
شهيد ثانی

ترجمه

دکتر عباس زراعت

عضو هیأت علمی دانشگاه کاشان

سرشناسه	: شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق.
عنوان قراردادی	: الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه . فارسی . برگزیده اللمعه الدمشقیه . فارسی . شرح
عنوان و نام پدیدآور	: فقه ۳ : شرح لمعه دمشقیه / شهید ثانی ؛ ترجمه عباس زراعت.
مشخصات نشر	: تهران: موسسه فرهنگی هنری دانش‌پذیر، ۱۳۸۸.
مشخصات ظاهری	: ۲۰۷ص.
شابک	: ۲۸۰۰۰ ریال: 978-600-90834-8-0
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
عنوان دیگر	: الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه
عنوان دیگر	: شرح لمعه دمشقیه
موضوع	: شهید اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقیه-- نقد و تفسیر
موضوع	: فقه جعفری -- قرن ۸ق.
شناسه افزوده	: زراعت، عباس، ۱۳۴۴ - ، مترجم
شناسه افزوده	: شهید اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقیه. شرح
رده بندی کنگره	: ۱۳۸۸ ۴۲۲۷۵۴/ش۹/۲/۱۸۲ BP
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۱۸۱۵۱۴۸



## فهرست مطالب

۵	.....	باب شرکت
۲۵	.....	باب مضاربه
۴۹	.....	باب ودیعه
۷۵	.....	باب عاریه
۹۷	.....	باب مزارعه
۱۱۹	.....	باب مساقات
۱۳۷	.....	باب شفعه
۱۸۳	.....	باب جعاله



## کتابُ الشَّرْكَه

الشَّرْكَهُ بِفَتْحِ الشَّيْنِ فَكَسْرِ الرَّاءِ، وَ حُكِي فِيهَا كَسْرُ الشَّيْنِ فَسُكُونُ الرَّاءِ (وَ سَبَبُهَا قَدْ يَكُونُ إِرْثًا) لِعَيْنٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ أَوْ حَقٍّ، بِأَنْ يَرْتَا مَالاً أَوْ مَنْفَعَةً ذَارِ اسْتَأْجَرَهَا مَوْرَثُهُمْ، أَوْ حَقٍّ شَفْعَةً وَ خِيَارٍ، (وَ عَقْداً) بِأَنْ يَشْتَرِيَا ذَاراً بَعْدَ وَاحِدٍ، أَوْ يَشْتَرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جُزْءاً مُشَاعاً مِنْهَا وَ لَوْ عَلَى التَّعاقِبِ، أَوْ يَسْتَأْجِرَاهَا أَوْ يَشْتَرِيَا بِخِيَارٍ لهُمَا (وَ حِيَازَةً) لِبَعْضِ الْمُبَاهَاتِ (دَفْعَةً) بِأَنْ يَشْتَرِكَا فِي نَصَبِ حِبَالَةٍ وَ رَمِي سَهْمٌ مُثَبَّتٌ فَيَشْتَرِكَا فِي مِلْكِ الصَّيْدِ، وَ لَوْ حَازَ كُلُّ وَاحِدٍ شَيْئاً مِنَ الْمُبَاهِ مُنْفَرِداً عَنْ صَاحِبِهِ اخْتَصَّ كُلُّ بِنَا حَازَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَمَلُ كُلِّ وَاحِدٍ بِنَيْتِهِ الْوَكَالَةَ عَنْ صَاحِبِهِ فِي تَمَلُّكِ نَصْفِ مَا يَحْوِزُهُ، وَإِلَّا اشْتَرَكَا أَيْضاً عَلَى الْأَقْوَى، فَالْحِيَازَةُ قَدْ تُوجِبُ الْإِشْتِرَاكَ مَعَ التَّعاقِبِ وَ قَدْ لَا تُوجِبُهُ فِي الدَّفْعَةِ، (وَ مَرْجاً) لِأَحَدٍ مَالِيَهُمَا بِالْآخِرِ بِحَيْثُ (لَا يَتَمَيَّزُ) كُلُّ مِنْهُمَا عَنِ الْآخِرِ بِأَنْ يَكُونَا مُتَّفَقَيْنِ جِنْساً وَ وَصفاً، فَلَوْ امْتَزَجَا بِحَيْثُ يُمَكِّنُ التَّمْيِيزُ وَ إِنْ عَسَرَ كَالْحِنْطَةِ بِالشَّعْبِيرِ، أَوْ الْحَمْرَاءِ مِنَ الْحِنْطَةِ بغيرِهَا، أَوْ الْكَبِيرَةَ الْحَبِّ بِالصَّغِيرَةِ، وَ نَحْوِ ذَلِكَ فَلَا اشْتِرَاكَ، وَ لَا فَرْقَ هُنَا بَيْنَ وَفَوْعِهِ اخْتِياراً أَوْ اتِّفاقاً.

شرکت با فتحه حرف «شین» و کسره حرف «راء» [شَرِکَت] و با کسره حرف «شین» و سکون حرف «راء» [شِرْکَت] نیز قرائت شده است. سبب شرکت [چهار چیز است]: گاهی، ارث بردن عین یا منفعت یا حق می باشد بدین صورت که دو نفر، مال یا منفعت خانه ای را که در اجاره مورث آنها بوده است یا حق شفعه و خیار را به ارث ببرند و گاهی عقد است بدین صورت که دو نفر، خانه ای را با یک عقد، خریداری کنند یا هر یک از آنها [بموجب عقد جداگانه ای] جزء مشاعی از خانه را خریداری نمایند هر چند [این دو قرارداد در یک زمان نبوده و] و به صورت پی در پی باشد یا دو نفر، خانه ای را اجاره کنند [و در منفعت خانه با یکدیگر شریک شوند] یا دو نفر خانه ای را بخرند و هر دو حق خیار داشته باشند [و در این حق، شریک باشند. سبب سوم برای شرکت]

جمع آوری همزمان مقداری از مباحات است بدین صورت که دو نفر مشترکاً دامی را بگسترانند و تیری بیندازند و در مالکیت صید باهم مشارکت نمایند بنابراین اگر هر یک از این دو نفر به تنهایی مال صاحبی را جمع آوری کند، هر کدام مالک اختصاصی مالی خواهد بود که جمع آوری کرده است مشروط بر اینکه عمل کدام از آنها به قصد وکالت از سوی شخص دیگر برای تملک نصف مالی که جمع آوری می‌کند نباشد و گرنه در این صورت نیز بنا بر نظریه قوی تر، شریک خواهند بود بنابراین حیازت گاهی سبب اشتراک می‌شود هر چند جمع آوری [به صورت جداگانه] و به دنبال هم باشد [مانند جائی که هر کدام قصد نمایندگی از سوی دیگری را داشته باشد] و گاهی سبب اشتراک نمی‌شود هر چند حیازت، یکدفعه و همزمان انجام شود [مانند اینکه هر کدام، مالی را برای خودش جمع آوری کند. البته برخی از فقها، اسباب شرکت را سه چیز می‌دانند و حیازت را سبب شرکت نمی‌دانند زیرا در حیازت، هر کسی مالک مستقل مالی می‌شود که جمع آوری کرده است و حیازت نیز جزء اموری نیست که قابل نیابت باشد. سبب چهارم برای شرکت، مخلوط شدن دو مال با یکدیگر است بگونه‌ای که هیچیک از دو مال، قابل جدا شدن از دیگری نباشد بدین صورت که هر دو مال از نظر جنس و صفت، یکسان باشند بنابراین اگر دو مال با یکدیگر مخلوط شوند بگونه‌ای بتوان آنها را از یکدیگر جدا کرد هر چند جدا کردن آنها سخت باشد، شرکتی رخ نمی‌دهد مانند مخلوط شدن گندم با جو یا مخلوط شدن گندم قرمز با غیرگندم قرمز یا مخلوط شدن گندم دانه درشت با گندم ریز و نظایر اینها. و تفاوتی ندارد که مخلوط شدن مال به صورت اختیاری باشد یا به شکل اتفاقی رخ دهد. [گرچه سبب‌های شرکت، متعدد است اما ماهیت شرکت در همه این موارد، یک چیز است و آن درهم آمیختن حق مالکیت‌هاست بگونه‌ای که تبدیل به یک حق می‌شود و این حق، گاهی شخصیت حقوقی مستقلی پیدا می‌کند مانند شرکت‌های تجاری و گاهی شخصیت جداگانه‌ای ندارد بلکه مالکیت‌ها، حالت اشاعه پیدا می‌کنند و سبب اشاعه مالکیت‌ها، یکی از این چهار موردی است که بیان گردید که ممکن است قهری یا قراردادی باشد. فقها در مورد اینکه عقد شرکت بعنوان یک عقد مستقل در کنار عقود معین وجود دارد یا نه، به سه دسته تقسیم می‌شوند و به‌رغم اینکه مشهور فقها از جمله شهید اول و ثانی، قائل به

چنین عقدی می‌باشند، گروهی دیگر نیز صرف امتزاج را کافی می‌دانند بدون اینکه نیاز به عقدی باشد و گروهی، عقد شرکت را بعنوان یک عقد جایز در کنار سایر شرکت‌ها پذیرفته‌اند. قانون مدنی هم نامی از عقد شرکت به میان نیاورده است بلکه ممکن است توافقی برای اداره و تصرف در حال مشترک صورت گیرد نه اینکه عقد مستقلی، شرکت را بوجود آورد اما حقوق دانان، عقد شرکت را بعنوان یک عقد معوض و تملیکی و رضایی و مستمر، پذیرفته‌اند و دلیلی هم برای ممنوعیت آن دیده نمی‌شود و به فرض آنکه عقد مستقلی نباشد، انعقاد آن در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی ایرادی ندارد.]

(وَالشَّرِكَةُ قَدْ تَكُونُ عَيْنًا) أَي: فِي عَيْنِ كَمَا لَوْ اتَّفَقَ الْإِشْتِرَاكُ بِأَحَدِ الْوُجُوهِ الشَّابِقَةِ فِي شَيْءٍ مِنْ أَعْيَانِ الْأَمْوَالِ (وَمَنْفَعَةً) كَالْإِشْتِرَاكِ فِي مَنْفَعَةِ دَارٍ اسْتَأْجَرَهَا، أَوْ عَيْدٍ أَوْ صِيٍّ لَهُمَا بِخُدْمَتِهِ (وَ حَقًّا) كَشْفَعَةٍ وَ خِيَارٍ وَ رَهْنٍ، وَ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ تَجْرِي فِي الْأَوَّلَيْنِ وَ أَمَّا الْأَخِيرَانِ فَلَا يَتَحَقَّقَانِ إِلَّا فِي الْعَيْنِ، وَ يُمَكِّنُ فَرَضُ الْإِمْتِزَاجِ فِي الْمَنْفَعَةِ بِأَنْ يَسْتَأْجِرَ كُلُّ مِنْهُمَا دَرَاهِمَ لِلتَّرْتِيْنِ بِهَا - حَيْثُ نُجُوْرُهُ - مَتَمَيِّزَةٌ ثُمَّ امْتِزَجَتْ بِحَيْثُ لَا تَتَمَيِّزُ.

موضوع شرکت، گاهی عین است یعنی مشارکت در عین خارجی [مانند اتومبیل یا خانه] صورت می‌گیرد مانند اینکه مشارکت با یکی از راه‌های قبل در یکی از عین اموال صورت گیرد و گاهی منفعت است مانند اشتراک در منفعت خانه‌ای که دو نفر آن را اجاره می‌کنند یا اشتراک در خدمت برده‌ای که برای دو نفر مورد وصیت قرار گرفته است و گاهی حق است مانند حق شفعه و حق خیار فسخ قرارداد و حق رهن که این سه موضوع [یعنی عین و منفعت و حق] فقط در شرکتی که سبب آن ارث و عقد باشد، جریان می‌یابد [یعنی عین و منفعت و حق فقط موضوع شرکتی قرار می‌گیرند که از راه ارث و عقد بوجود می‌آید] اما شرکتی که از راه حیازت و آمیخته شدن مال بوجود می‌آید فقط در مورد عین است [یعنی فقط عین را می‌توان حیازت کرد یا درهم آمیخت] و مخلوط شدن منفعت را نیز می‌توان فرض کرد بدین صورت که هر یک از دو شریک، چند درهم را به صورت جداگانه برای زینت کردن، اجاره کنند - با فرض اینکه زینت با درهم را جایز بدانیم - و سپس درهم‌ها با یکدیگر مخلوط شوند بگونه‌ای که قابل تمایز و تشخیص از یکدیگر نباشند. [ظاهراً دلیل امکان مخلوط شدن منفعت آن است که محل منفعت یعنی عین درهم‌ها باهم مخلوط می‌شود پس حیازت منفعت را نیز

می‌توان تصور کرد زیرا حیازت منشأ منفعت که همان عین باشد امکان دارد. تعریفی که فقها و قانون مدنی از شرکت ارائه داده و آن را اجتماع حقوق مالکین در شیء واحد، می‌دانند (ماده ۵۷۱ ق.م.)، منظور از «شیء واحد» واحد به شخص است و واحد به جنس یا واحد به نوع یا واحد به صنف، مورد نظر نیست بنابراین اگر شخص متعدد باشد شرکت بوجود نمی‌آید.]

(وَالْمُعْتَبَرُ) مِنَ الشَّرِكَةِ شَرْعاً عِنْدَنَا (شَرِكَةُ الْعِنَانِ) بِكَسْرِ الْعَيْنِ وَ هِيَ شَرِكَةُ الْأَمْوَالِ، نُسِبَتْ إِلَى الْعِنَانِ وَ هُوَ سَيْرُ اللَّجَامِ الَّذِي يُمَسَّكُ بِهِ الدَّابَّةُ، لِاسْتِوَاءِ الشَّرِيكَيْنِ فِي وَلَايَةِ الْفَسْحِ، وَ التَّصَرُّفِ، وَ اسْتِحْقَاقِ الرَّبْحِ عَلَى قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ كَاسْتِوَاءِ طَرَفِي الْعِنَانِ، أَوْ تَسَاوِي الْفَارِسَيْنِ فِيهِ إِذَا تَسَاوَا بِا فِي السَّيْرِ، أَوْ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمْنَعُ الْآخَرَ مِنَ التَّصَرُّفِ حَيْثُ يَشَاءُ كَمَا يَمْنَعُ الْعِنَانُ الدَّابَّةَ، أَوْ لِأَنَّ الْأَخِيذَ بِعِنَانِهَا يَحْبِسُ إِحْدَى يَدَيْهِ عَلَيْهِ وَ يُطْلِقُ الْآخَرَ كَالشَّرِيكِ يَحْبِسُ يَدَهُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي الْمُسْتَرَكِ مَعَ انْطِلَاقِ يَدِهِ فِي سَائِرِ مَالِهِ.

وَ قِيلَ: مِنْ «عَنْ» إِذَا ظَهَرَ، لِظُهُورِ مَالِ كُلِّ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ لِضَاحِيهِ، أَوْ لِأَنَّهَا أَظْهَرَ أَنْوَاعِ الشَّرِكَةِ. وَقِيلَ: مِنَ الْمُعَانَةِ وَ هِيَ الْمُعَارَضَةُ، لِمُعَارَضَةِ كُلِّ مِنْهُمَا بِمَا أَخْرَجَهُ الْآخَرُ.

[شرکت را از جهت مختلف، تقسیم‌بندی کرده‌اند؛ از جهت موضوع شرکت به شرکت عنان و اعمال و وجوه و مفاوضه تقسیم می‌شود که در اینجا بیان شده است و از نظر هدف شرکت به شرکت مدنی و تجاری تقسیم می‌شوند؛ شرکت تجاری برای اعمال تجارتهی تشکیل می‌شود اما شرکت مدنی برای کارهای مدنی، تشکیل می‌گردد و برای تشخیص اعمال تجاری و اعمال مدنی باید به مقررات قانون تجارت مراجعه کرد. شرکت‌های تجاری، شخصیت حقوقی مستقل دارند و از نظر اداره و مسؤولیت شرکاء و تقسیم سود و انحلال شرکت علاوه بر اراده طرفین باید به مقررات قانون تجارت نیز عمل کرد که شرح آنها برعهده حقوق تجارت می‌باشد اما شرکتهای مدنی معمولاً تابع اراده طرفین است و فاقد شخصیت حقوقی مستقل می‌باشند و شرح آنها در حقوق مدنی آمده است. اینک به توضیح تقسیم‌بندی نخست می‌پردازیم:] شرکتهی که از نظر شرعی نزد فقهای شیعه، معتبر است شرکت عنان» با کسره حرف «عین» می‌باشد و آن، شرکت اموال است که به واژه «عنان» نسبت داده شده [و با این نام نامیده می‌شود] و عنان به



معنای افسار است که چهارپا را با آن نگه می‌دارند [و علت این نامگذاری] بخاطر تساوی دو شریک در داشتن حق فسخ و تصرف و سود بردن به اندازه سرمایه است همانگونه که دو طرف افسار و لجام با یکدیگر مساوی است؛ [و علت نامگذاری] آن است که دو اسب سوار نسبت به افسار، مساوی هستند هرگاه در راندن و هدایت چهارپا مساوی بوده [و باهم چهارپا را برانند. علت دیگر نامگذاری] بخاطر آن است که هر یک از دو شریک، مانع شریک دیگر می‌شود که به هر نحوی دلش خواست، تصرف کند همانگونه که افسار، مانع چهارپا می‌شود [که هر جا دلش خواست برود. علت دیگر این نامگذاری] بخاطر آن است که هرکس افسار چارپا را می‌گیرد؛ یکی از دو دست خود، افسار را نگه می‌دارد و دست دیگر خود را آزاد می‌گذارد مانند شریک که یکی از دو دستش را نسبت به تصرف در مال مشترک، نگه می‌دارد و دست دیگرش را نسبت به تصرف در بقیه اموالش آزاد می‌گذارد. دیدگاه دیگری [در تفسیر واژه «عنان»] می‌گوید که این کلمه از ریشه «عن» به معنای ظاهر شدن گرفته شده است زیرا مال هر شریکی برای شریک دیگر، آشکار و ظاهر می‌شود [یعنی هر شریکی وقتی مال خود را برای شرکت، عرضه کند شریک دیگر از آن مطلع می‌شود]. یا بخاطر آن است که شرکت عنان ظاهرترین انواع شرکت است و یک دیدگاه آن است که واژه «عنان» از ریشه «معانه» به معنای معارضه و مقابله گرفته شده است زیرا هر شریکی در مقابل مالی که شریک دیگر می‌آورد با او مقابله کرده [و مالی را در مقابل آن قرار می‌دهد تا هر دو مال، موضوع شرکت قرار گیرد. خلاصه اینکه موضوع شرکت عنان، ممکن است مال یا منفعت یا حق باشد و علت آن نیز ممکن است عقد شرکت یا امتزاج یا ارث یا حیازت باشد].

(لَا شَرِكَةَ الْأَعْمَالِ) بَأَنَّ يَتَعَاقَدَا عَلَى أَنْ يَعْمَلَ كُلُّ مِنْهُمَا بِنَفْسِهِ وَ يَشْتَرِكَا فِي الْحَاصِلِ، سَوَاءً اتَّفَقَ عَمَلُهُمَا قَدْرًا وَ نَوْعًا أَمْ اِخْتَلَفَ فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا، وَ سَوَاءً عَمِلَا فِي مَالٍ مَمْلُوكٍ أَمْ فِي تَحْصِيلِ مَبَاحٍ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَمَيِّزٌ بِدَنِيهِ وَ عَمَلِهِ فَيَخْتَصُّ بِفَوَائِدِهِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَكَا فِي مَالَيْنِ وَ هُمَا مُتَمَيِّزَانِ.

[نوع دوم از اقسام شرکت‌ها، شرکت ابدان یا اعمال است که فقهای اهل سنت آن را صحیح می‌دانند اما فقهای شیعه، آن را باطل می‌دانند و مصنف می‌فرماید:] شرکت

اعمال، صحیح نیست یعنی اینکه دو نفر یا یکدیگر قراردادی منعقد کنند که هر کدام برای خودش کار کند و در منفعتی که به دست می‌آورند، شریک باشند اعم از اینکه مقدار و نوع عمل آنها یکسان باشد [مثلاً هر دو، هشت ساعت در روز بنایی کنند] یا مقدار و نوع عمل آنها یا فقط مقدار و یا فقط نوع عمل آنها متفاوت باشد [مثلاً یک نفر، هشت ساعت در روز بنایی کند و دیگری شش ساعت در روز، آهنگری کند یا یک نفر بنایی و دیگری، آهنگری کند یا یک نفر هشت ساعت در روز بنایی کند و دیگری، شش ساعت در روز بنایی کند] و نیز تفاوتی ندارد که هر دو در یک مال ملکی، عمل کنند یا هر دو برای بدست آوردن مال مباحی، فعالیت نمایند [و بطلان شرکت اعمال] بخاطر آن است که جسم و عمل هر یک از دو شریک، متمایز و متفاوت از جسم و عمل شریک دیگر است بنابراین هر شریکی، بهره عمل خود را می‌برد همانگونه که اگر دو نفر شریک در دو مال باشند و آن دو مال، جدا باشد [هر کدام، منفعت مال خودش را می‌برد. قانون مدنی تصریحی به بطلان شرکت اعمال ندارد اما با توجه به اجماع فقها و لزوم مراجعه به منابع شرعی در مواردی که قانون تصریحی ندارد، از نظر حقوقی هم باید شرکت اعمال را باطل دانست. البته ابن جنید چنین شرکتی را صحیح می‌داند. مشهور فقها، مجهول بودن و غرری بودن این شرکت و اصل بطلان عقد جز در موارد مصرح قانونی را دلیل نظر خود می‌دانند. البته اگر دو نفر مشترکاً برای دیگری کار کنند و مستأجر اجرتی را به صورت مشترک به آنها بدهد؛ شرکت آنها در این مال اشکالی ندارد و این نوع شرکت، شرکت اعمال نیست، از نظر منطقی، دلیل محکمی برای بطلان این شرکت وجود ندارد. زیرا اراده دو شریک، محترم است بویژه که می‌توانند جهات مجهول را از طریق مصالحه، از بین ببرند یعنی هر کدام، نیمی از منفعت خود را با نیمی از منفعت شریک دیگر مصالحه کند.]

(وَلَا) شِرْكَهَ (الْمُفَاوَضَةِ) وَ هِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ شَخْصَانِ فِضًا عِدَادًا بِعَقْدٍ لَفْظِيٍّ عَلَى أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مَا يَكْتَسِبَانِ وَيَزِيحَانِ، وَيَلْتَزِمَانِ مِنْ غُرْمٍ وَيَحْضُلُ لَهُمَا مِنْ غَنَمٍ فَيَلْتَزِمُ كُلُّ مَنَّهُمَا لِلْآخَرِ مِثْلَ مَا يَلْتَزِمُهُ مِنْ أَرْشِ جِنَائِيَّةٍ، وَضَمَانِ غَصْبٍ، وَ قِيمَةِ مُتْلَفٍ وَ عَرَامَةِ ضَمَانٍ وَ كِفَالَةٍ، وَ يُقَاسِمُهُ فِيمَا يَحْضُلُ لَهُ مِنْ مِيرَاثٍ، أَوْ يَجِدُهُ مِنْ رِكَازٍ، وَ لَقَطَةٍ وَ يَكْتَسِبُهُ فِي تِجَارَةٍ، وَ نَحْوِ ذَلِكَ.

وَلَا يَسْتَشْتَبِيَانِ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا قُوتَ الْيَوْمِ، وَثِيَابَ الْبَدَنِ، وَجَارِيَةً يَتَسَرَّى بِهَا، فَإِنَّ الْآخَرَ لَا يُشَارِكُ فِيهَا. وَكَذَا يُسْتَشْتَبَى فِي هَذِهِ الشَّرِكَةِ مِنَ الْعُرْمِ: الْجِنَايَةُ عَلَى الْحُرِّ وَبَدْلُ الْخُلْعِ، وَ الصَّدَاقُ إِذَا لَزِمَ أَحَدَهُمَا.

[سومین نوع شرکت، شرکت مفاوضه است که فقهای شیعه و سنی بجز ابوحنیفه و تعدادی دیگر، آن را باطل می دانند و شهید نیز می فرماید: شرکت مفاوضه، معتبر و صحیح نیست و شرکت مفاوضه، به معنای آن است که دو نفر یا بیش تر بموجب عقد لفظی باهم مشارکت نمایند که آنچه به دست می آورند و سود می برند و آنچه بر ضرر آنهاست میان آنها مشترک باشد و سود برای هر دو باشد و آنچه که یکی از آنها تعهد می کند مانند دیه و ارش جنایت و ضمانت غصب و قیمت مال تلف شده و خسارتی که برای ضمانت یا کفالت از دیگری می پردازد برعهده شریک دیگر نیز باشد و آنچه را یک شریک بدست می آورد مانند ارث و معدن و مال گمشده ای که پیدا می کند و آنچه که از راه تجارت به دست می آورد و مانند اینها، شریک دیگر نیز در آن مشارکت داشته باشد و آنچه که از این شرکت، استثناء می شود عبارت است از: خوراک یک روز، لباس بدن، کنیزی که از آن بهره جنسی گرفته می شود که در این موارد، شریک دیگر بهره ای ندارد و نیز شمول این شرکت قرار نمی گیرد خسارت جنایتی که بر انسان آزاد وارد می شود [زیرا خلاف نظم عمومی است] و دادن خلع و مهریه ای که یکی از دو شریک برعهده می گیرد. [خلاصه اینکه شرکت مفاوضه شامل تمامی اموال و فعالیت های اقتصادی و درآمدها و ضررها می شود و چنین شرکتی باطل است زیرا موضوع شرکت معلوم نیست و اسباب درآمد یا ضرر، مجهول بوده و موجب غرر می شود. قانونگذار ما هم در این زمینه سکوت کرده و باید به منابع شرعی مراجعه کرد که منابع شرعی هم تکلیف این موضوع را روشن کرده اند.]

(وَ) لَا شَرِكَةَ (الْوَجُوهِ) وَ هِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ اثْنَانِ وَحَيْهَانِ لَا مَالَ لِهَيْمَا بَعْدَ لَفْظِيٍّ لِيَبْنِيَا عَا فِي الدَّمَةِ، عَلَى أَنْ مَا يَبْنِيَا عُهُ كُلُّ مِنْهُمَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا فَيَبْعَانِ وَ يُؤَدِّيَانِ الْأَثْمَانَ، وَ مَا فَضَلَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا، أَوْ أَنْ يَبْنِيَا عُهُ وَحَيْهٍ فِي الدَّمَةِ وَ يُفَوِّضَ بَيْعَهُ إِلَى خَامِلٍ عَلَى أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا، أَوْ أَنْ يَشْتَرِكَ وَحَيْهٍ لَا مَالَ لَهُ، وَ خَامِلٌ دُو مَالٍ لِيَكُونَ الْعَمَلُ مِنَ الْوَجْهِ، وَ الْمَالُ مِنَ الْخَامِلِ، وَ يَكُونَ الْمَالُ فِي يَدِهِ لَا يُسَلَّمُهُ إِلَى الْوَجْهِ، وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا، أَوْ أَنْ يَبِيعَ الْوَجْهَ

مَالِ الْخَامِلِ بِزِيَادَةِ رِيحٍ لِيَكُونَ بَعْضُهُ لَهُ، وَ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ بِمَعْنَاهَا عِنْدَنَا بَاطِلَةٌ.

[یکی از اقسام شرکت‌ها، شرکت وجوه یا اعتباری است که فقهای شیعه آن را باطل می‌دانند اما از نظر فقهای سنی، معتبر و صحیح است. شهید در این خصوص می‌فرماید: شرکت وجوه، اعتباری ندارد و شرکت وجوه، شرکتی است که دو شریک معتبر که مال و سرمایه‌ای ندارند در یک عقد لفظی با یکدیگر مشارکت نمایند که به صورت نسیه مالی را خریداری کنند و آنچه که هر دو می‌خرند میان آنها مشترک باشد و این مال را هر دو بفروشند و ثمن را به فروشنده اولیه بپردازند و سودی که باقی می‌ماند میان آن دو تقسیم شود [این نوع از شرکت وجوه، مشهورترین نوع آن است که هر دو شریک، اعتبار خود را به میان می‌گذارند و تلفیقی از شرکت اعمال و اموال است. نوع دیگر از شرکت وجوه آن است که] شریک معتبر، مالی را به صورت نسیه خریداری کند و فروش این مال را برعهده شریکی قرار دهد که اعتباری ندارد به شرط اینکه سود میان آن دو تقسیم گردد. [نوع سوم از شرکت وجوه آن است که] یک شریک معتبر که مال و سرمایه‌ای ندارد با یک شریک فاقد اعتبار که سرمایه و مال دارد مشارکت نماید تا کار از سوی شریک معتبر و مال از سوی شریک فاقد اعتبار باشد و مال نزد شریک بی اعتبار باقی بماند و آن را تحویل شریک معتبر نمی‌دهد [یعنی شریک معتبر بدون اینکه مال را تحویل بگیرد، آن را می‌فروشد] و سود میان آنها تقسیم می‌گردد. [نوع چهارم از شرکت وجوه آن است که] شریک معتبر، مال شریک فاقد اعتبار را با سود بیشتری می‌فروشد تا مقداری از سود به شریک معتبر داده شود. [یک نوع دیگر از شرکت وجوه آن است که شخصی، مال خود را به عامل می‌دهد تا با آن مضاربه نموده و سود ناشی از معاملات را میان خود تقسیم کنند ملاک شرکت وجوه آن است که هر دو شریک یا یکی از آنها، سرمایه‌ای نداشته و فقط اعتبار خود را سرمایه قرار می‌دهد. گرچه فقها شرکت وجوه را بکلی باطل می‌دانند اما دلیل محکمی برای بطلان آن ارائه نکرده‌اند بنابراین نسبت به برخی اقسام آن می‌توان قائل به صحّت شد بویژه که برخی اقسام آن، شکل نمایندگی دارد. به هر حال فقهای شیعه شرکت اعمال و شرکت مفاوضه و شرکت وجوه را باطل دانسته و شهیدثانی هم اعلام می‌دارد؛] و این سه شرکت با تمامی معانی و تفسیرهایی که دارد نزد فقهای شیعه، باطل می‌باشد.

(و) الْمُشْتَرِكَانِ شَرِكَةَ الْعِنَانِ يَتَسَاوِيَانِ فِي الرَّبْحِ وَالْخُسْرَانِ مَعَ تَسَاوِيِ الْمَالَيْنِ،  
وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الْمَالِ (اِخْتَلَفَ الرَّبْحُ) بِحَسَبِهِ.

وَالضَّابِطُ أَنَّ الرَّبْحَ بَيْنَهُمَا عَلَى نِسْبَةِ الْمَالِ مُتَسَاوِيًا وَتَفَاوُتًا، فَلَوْ عَبَّرَ بِهِ لَكَانَ أَخْصَرَ وَ  
أَدَلَّ عَلَى الْمَقْصُودِ، إِذْ لَا يَلْزَمُ مِنَ اِخْتِلَافِ الرَّبْحِ مَعَ اِخْتِلَافِ الْمَالَيْنِ كَوْنُهُ عَلَى النِّسْبَةِ  
(وَلَوْ شَرَطًا غَيْرَهُمَا) أَي: غَيْرِ التَّسَاوِيِ فِي الرَّبْحِ عَلَى تَقْدِيرِ تَسَاوِيِ الْمَالَيْنِ بِأَنَّ  
شَرَطًا فِيهِ تَفَاوُتًا حَيْثُذِي، أَوْ غَيْرِ اِخْتِلَافِ اسْتِحْقَاقِهِمَا فِي الرَّبْحِ مَعَ اِخْتِلَافِ الْمَالَيْنِ كَمِيَّةً  
(فَالْأَظْهَرُ الْبُطْلَانُ) أَي: بُطْلَانُ الشَّرْطِ، وَ يَنْبَغُهُ بُطْلَانُ الشَّرِكَةِ بِمَعْنَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ،  
فَإِنْ عَمِلَا كَذَلِكَ فَالرَّبْحُ تَابِعٌ لِلْمَالِ وَإِنْ خَالَفَ الشَّرْطُ، وَ يَكُونُ لِكُلِّ مِنْهُمَا أُجْرَةٌ عَمَلِهِ بَعْدَ  
وَضْعِ مَا قَابَلَ عَمَلَهُ فِي مَالِهِ.

وَ وَجْهُ الْبُطْلَانِ بِهَذَا الشَّرْطِ أَنَّ الزِّيَادَةَ الْخَاصِلَةَ فِي الرَّبْحِ لِأَحَدِهِمَا أَيْسَرَ فِي مُقَابِلَتِهَا  
عَوْضٌ، وَ لَا وَقَعَ اسْتِرَاطُهَا فِي عَقْدِ مَعَاوِضَةٍ لِنُضْمِ إِلَى أَحَدِ الْعَوْضَيْنِ، وَ لَا اقْتَضَى تَمَلُّكُهَا  
عَقْدَ هَيْبَةٍ، وَ الْأَسْبَابُ الْمُثْمِرَةُ لِلْمَلِكِ مَعْدُودَةٌ، وَ أَيْسَرُ هَذَا أَحَدَهَا فَيَبْتَغِي الشَّرْطُ وَ يَنْبَغُهُ  
الْعَقْدُ الْمُتَمَصِّنُ لِلْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ، لِعَدَمِ تَرَاضِيهِمَا إِلَّا عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ، وَ لَمْ يَحْصُلْ. وَ  
يَنْبَغِي تَقْيِيدَهُ بَعْدَ زِيَادَةِ عَمَلٍ مِمَّنْ شَرِطَتْ لَهُ الزِّيَادَةَ، وَإِلَّا اتَّجَهَ الْجَوَازُ.  
وَ قِيلَ: يَجُوزُ مُطْلَقًا لِعُمُومِ الْأَمْرِ بِالْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ، وَ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، وَ أَصَالَتِهِ  
الْإِبَاحَةِ، وَ بِنَاءِ الشَّرِكَةِ عَلَى الْإِزْفَاقِ، وَ مِنْهُ مَوْضِعُ النَّزَاعِ.

و دو نفر که در شرکت عنان با یکدیگر مشارکت کرده‌اند، چنانچه سرمایه مساوی داشته باشند، در سود و زیان با یکدیگر مساوی هستند و اگر مقدار مال و سرمایه دو شریک، متفاوت باشد، سود آنها به اندازه اختلاف سرمایه خواهد بود و قاعده آن است که سود از نظر تساوی و اختلاف میان دو شریک به نسبت مال و سرمایه می‌باشد بنابراین اگر [شهید اول] این عبارت را بکار می‌برد [که ما بکار بردیم] مختصرتر بود و دلالت بیشتری بر مقصود داشت زیرا میان اختلاف سود بخاطر اختلاف دو مال و سرمایه با متناسب بودن اختلاف سود و سرمایه، ملازمه‌ای وجود ندارد [یعنی ممکن است سرمایه و سود مختلف باشد اما میزان سود به تناسب میزان سرمایه نباشد در حالیکه این تناسب باید وجود داشته باشد پس عبارت شهید اول چنین دلالتی ندارد] و اگر دو شریک با یکدیگر شرط کنند که در صورت تساوی دو سرمایه، سود به نسبت

مساوی میان آنها تقسیم نشود یعنی شرط کنند که سود به صورت متفاوت، پرداخت گردد یا اگر مقدار دو سرمایه، متفاوت باشد شرط کنند که سود به نسبت مساوی پرداخت شود، نظریه ظاهرتر آن است که شرط باطل می‌شود و به تبع آن، عقد شرکت یعنی اذن در تصرف نیز باطل می‌شود بنابراین اگر دو شریک به این نحو عمل کرده باشند، سود تابع مال خواهد بود [یعنی سود به صورت متفاوت و به نسبت سرمایه پرداخت خواهد شد] هر چند مخالف با شرط است [زیرا شرط ضمن عقد آن بود که سود به صورت مساوی پرداخت گردد. اگر عقد شرکت باطل باشد اصولاً هر شریکی باید به اندازه سودی که از مالش بدست آمده است بردارد زیرا مبنایی برای تقسیم سود براساس سرمایه وجود ندارد.] و هر یک از دو شریک، اجرت عمل خودش را می‌گیرد البته بعد از آنکه آنچه در برابر عمل او در مالش قرار گرفته است، کسر شود. [بنابراین اگر دو سوم سرمایه متعلق به یک شریک و یک سوم سرمایه متعلق به شریک دیگر باشد، سود هم به نسبت دو سوم و یک سوم سرمایه میان دو شریک تقسیم می‌گردد و هر کدام از دو شریک که فعالیتی انجام داده است، اجرت عمل خود را می‌گیرد و عمل وی که برای مال خودش بوده است کسر می‌شود مثلاً اگر اجرت عمل یک شریک، هزار تومان باشد و سرمایه او هم نصف باشد، نصف اجرت عمل خود را می‌گیرد زیرا نصف عمل وی برای سرمایه خودش بوده است. البته پرداخت اجرت عمل با اصل برائت تعارض دارد مگر اینکه برای عامل در نظر گرفته شود.] و دلیل باطل بودن این شرط، آن است که زیادی سودی که برای یکی از شرکاء حاصل می‌شود، عوضی در مقابل آن قرار ندارد [یعنی سود بعنوان مال بلاجهت و بدون اینکه شریک کاری در مقابل آن انجام داده یا مالی قرار داده باشد به وی می‌رسد] و شرط زیادی سود در ضمن یک عقد معاوضی صورت نگرفته است تا ضمیمه یکی از عوضین شود [مثلاً اگر سود در ضمن عقد بیع به نفع خریدار شرط شود، ثمن به عنوان یک عوض و مثنی به همراه سود، عوض دیگر خواهد بود] و تملک سود اضافی از سوی یک شریک، براساس عقد هبه نبوده است [یعنی شریک دیگر، این سود اضافی را به وی هبه نکرده است.] و این در حالی است که سبب‌هایی که موجب تملک می‌شود، معدود و مشخص هستند و در نظر گرفتن سود اضافی برای یک شریک، جزء این سبب‌ها نیست بنابراین شرط پرداخت اضافی

سود به یک شریک، شرط باطلی می‌باشد و به تبع بطلان شرط، عقد شرکت هم که متضمن اذن در تصرف می‌باشد باطل است زیرا دو شریک فقط در صورت وجود این شرط با یکدیگر توافق کرده‌اند که این حالت، تحقق نیافته است. [یعنی آنچه که قصد شده، واقع نشده است و آنچه که واقع شده، قصد نشده است. دلیل‌های دیگر هم بیان شده است از جمله اینکه شرکت، عقد جایز است بنابراین مشمول ادله عقد قرار نمی‌گیرد و مشمول آیه «تجارة عن تراض» هم نیست چون شرکت، تجارت نیست بلکه مقابله مال با مال است.]

و البته سزاوار است که بطلان شرط و عقد مقید به حالتی شود که شریکی که سود بیش‌تر برای او در نظر گرفته شده است، عمل اضافه‌تری را انجام نداده باشد [مانند اینکه یک شریک، اتومبیل خود را برای حمل کالای شرکت، اختصاص داده باشد] و گرنه شرط اضافه پرداختن سود، اشکالی ندارد [زیرا سود بیشتر در مقابل عمل شریک است و بدون عوض نیست] و یک دیدگاه: [که منتسب به سید مرتضی و علامه حلی و فرزند وی می‌باشد] آن است که چنین شرطی مطلقاً جایز است [اعم از اینکه آن شریک عمل اضافه‌تری را انجام داده یا انجام نداده باشد زیرا آیه که دستور داده است به قراردادهای عمل کنید، عمومیت دارد [و شامل این قرارداد نیز می‌شود] و روایتی که مؤمنان را پای‌بند به شروط خود می‌داند [نیز عمومیت دارد و شرط اضافه‌تر پرداختن سود هم، جزء همین شروط است] و اصل هم بر اباحه [و صحت] می‌باشد و عقد شرکت بر مبنای مسامحه و ارفاق، منعقد می‌گردد [یعنی عقد مغایبه‌ای محض برای کسب سودجویی نیست] و محلّ اختلاف ما نیز یکی از مصادیق عقد شرکت مسامحه‌ای است. [ابوالصلاح حلبی نیز گفته است که عقد شرکت صحیح است اما شرط ضمن عقد، صحیح نیست. محقق حلی هم در کتاب شرایع الاسلام گفته است که اگر یکی از شرکاء، عامل باشد اشکالی ندارد که سود اضافی برای او در نظر گرفته شود. به نظر می‌رسد نظریه صحت چنین شرطی، منطقی‌تر باشد زیرا قاعده‌ای تکمیلی است و مخالف با نظم عمومی نیست و ضرری به دیگران وارد نمی‌کند بنابراین طرفین می‌توانند به هر شکلی باهم توافق نمایند و چنین معامله‌ای یک نوع تجارت با تراضی است. در میان حقوق‌دانان نیز پیرامون این مسأله اختلاف نظر وجود دارد و عده‌ای با

استناد به مفهوم مخالف ماده ۵۷۵ ق.م. چنین شرطی را باطل می‌دانند زیرا در این ماده فقط برقراری سود بیشتر در مقابل عمل، تجویز شده است: «هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشند مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد.» اما گروهی دیگر با استناد به قواعد عمومی و اصل آزادی اراده و ماده ۱۰ ق.م. چنین شرطی را جایز می‌دانند و این دیدگاه، منطقی‌تر است و ماده ۵۷۵ درصدد انحصار نیست بلکه فرض غالب را بیان می‌کند که همان پیش‌بینی سود بیشتر و مقابل عمل است و اثبات این شرط، سایر شروط را نفی نمی‌کند.]

(وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرَكَاءِ التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ إِلَّا بِإِذْنِ الْجَمِيعِ) لِقَبْحِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَقْلًا وَ شَرْعًا، (وَيَقْتَصِرُ مِنَ التَّصَرُّفِ عَلَى الْمَادُونِ) عَلَى تَقْدِيرِ حُصُولِ الْإِذْنِ (فَإِنْ تَعَدَّى) الْمَادُونَ (ضَمِنَ).

وَاعْلَمْ أَنَّ الشَّرَكَةَ كَمَا تُطْلَقُ عَلَى اجْتِمَاعِ حُقُوقِ الْمَلَائِكِ فِي الْمَالِ الْوَاحِدِ عَلَى أَحَدٍ أَلَوْجُوهُ السَّابِقَةِ كَذَلِكَ تُطْلَقُ عَلَى الْعَقْدِ الْمُتَمِرِ جَوَازَ تَصَرُّفِ الْمَلَائِكِ فِي الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ، وَبِهَذَا الْمَعْنَى أَنْدَرَجَتِ الشَّرَكَةُ فِي قِسْمِ الْعُقُودِ، وَقَبِلَتِ الْحُكْمَ بِالصَّحَّةِ وَالْفَسَادِ، لَا بِالْمَعْنَى الْأَوَّلِ. وَالْمُصَنَّفُ رَحِمَهُ اللهُ أَشَارَ إِلَى الْمَعْنَى الْأَوَّلِ بِمَا افْتُتِحَ بِهِ مِنَ الْأَقْسَامِ، وَإِلَى الثَّانِي بِالْإِذْنِ الْمَحْضُوتِ عَنْهُ هُنَا.

(وَلِكُلِّ) مِنَ الشَّرَكَاءِ (الْمُطَالَبَةُ بِالْقِسْمَةِ عَرَضًا) - بِالسُّكُونِ - وَهُوَ مَا عَدَا التَّقْدِيرِ (كَانَ الْمَالُ، أَوْ نَقْدًا).

هیچیک از شرکا حق ندارند که تصرفی در مال مشترک بنمایند مگر اینکه همه شرکا، اذن به تصرف بدهند زیرا تصرف در مال دیگری بدون اذن وی از نظر عقلی و شرعی، قبیح است [و صرف اشتراک در مال، دلالتی بر رضایت به تصرف ندارد مگر اینکه سبب مشارکت، عقد باشد که در این صورت عقد شرکت به صورت ضمنی دلالت بر حق تصرف شریک نیز دارد اما در سایر موارد، تصرف هر شریک در سرمایه‌ای که متعلق به دیگران می‌باشد برحسب قواعد عمومی، تصرف فصولی می‌باشد و از طرفی سرمایه متعلق به شرکاء، دارای شخصیت حقوقی هم نمی‌باشد تا همچون شرکت‌های تجاری، نظر اکثریت حاکم باشد بنابراین اراده همه شرکا برای اداره و تصرف سرمایه،



لازم است. [و در صورتی که اذن [به یک یا چند شریک] داده شده باشد باید در محدوده اذن، اقدام شود و اگر شریک مأذون، از حدود اذن تجاوز کند ضامن است [شریک مأذون، وکیل و امین است بنابراین احکام وکیل و امین بر او مترتب می شود. اگر چند شریک، اذن در تصرف داشته باشند نیز باید برحسب اذن اجتماعی یا استقلالی عمل نمایند و اگر اذن به صورت مطلق باشد اصل بر آن است که حق اقدام جمعی داشته باشند و امکان دارد اصل بر حق اقدام انفرادی و اجتماعی قرار داده شود زیرا اصالة الاطلاق چنین اقتضایی دارد. اطلاق در نحوه و کیفیت تصرف نیز اقتضای حق هرگونه اقدامی را در پی دارد مگر اینکه به مصلحت بقیه شرکا نباشد] و بدان که شرکت همانگونه که به اجتماع حقوق مالکان در مال واحد به یکی از اسباب گذشته [یعنی ارث، عقد، حیات و مخلوط شدن مال] گفته می شود، همچنین به عقدی هم گفته می شود که متضمن جواز تصرف مالکان در مال مشترک است [یعنی شرکت هم در قالب عقد تحقق می یابد و هم در قالب اجتماع حقوق مالکان در یک مال] و با این معنا [یعنی عقد متضمن جواز تصرف] شرکت را می توان جزء عقود قرارداد و حکم صحت و فساد در مورد آن اجرا می شود، برخلاف معنای اول [که شرکت به سبب مخلوط شدن مال یا ارث یا حیات، بوجود می آید که این صورت را نمی توان شرکت عقود دانست و در حقیقت دو نوع شرکت وجود دارد؛ یکی شرکت غیرعقدی که [شهید اول در آغاز سخن به این شرکت اشاره کرده [یعنی آنجا که فرمود: سبب شرکت، ارث یا عقد یا مخلوط شدن مال یا حیات است] و با اذنی که در اینجا مورد بحث قرارداد [یعنی فرمود: «با اذن جمیع»] به شرکت نوع دوم [یعنی شرکت عقدی اشاره کرد [که متضمن اذن در تصرف می باشد] و هر یک از شرکا می تواند تقسیم مال مشترک را درخواست کند اعم از اینکه مال مشترک، کالا باشد یا پول نقد باشد [البته شرکا می توانند این حق را از خود سلب کنند و نیز اگر تقسیم مال، ممکن نباشد یا موجب ضرر سنگین سایر شرکا شود طبیعی است که حق درخواست تقسیم نیز از بین خواهد رفت. قواعد و مقررات تقسیم مال مشترک تابع مقررات عمومی تقسیم می باشد. تقسیم مال مشترک، یکی از راههای انحلال شرکت می باشد که در اینجا به آن اشاره شده است. راههای دیگر انحلال شرکت، جنون و فوت شرکاء و راههایی است که عقد جایز و اذن را زایل می کند.]

(وَالشَّرِيكُ أَمِينٌ) عَلَى مَا تَحْتَ يَدِهِ مِنَ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي وَضْعِ يَدِهِ عَلَيْهِ (لَا يَضْمَنُ إِلَّا بَتَعَدُّ) وَهُوَ فِعْلٌ مَا لَا يَجُوزُ فِعْلُهُ فِي الْمَالِ (أَوْ تَفْرِيطٍ) وَهُوَ التَّفْصِيرُ فِي حِفْظِهِ، وَ مَا يَتِمُّ بِهِ صَلَاحُهُ (وَ يَقْبَلُ يَمِينُهُ فِي التَّلْفِ) لَوْ أَدْعَاهُ بِتَفْرِيطٍ وَ غَيْرِهِ (وَ إِنْ كَانَ السَّبَبُ ظَاهِرًا) كَالْحَرْقِ، وَ الْعَرْقِ. وَ إِنَّمَا حَصَّهُ لِإِمْكَانِ إِقَامَةِ السَّبَبِ عَلَيْهِ، فَ رَبَّمَا اخْتُمِلَ عَدَمَ قَبُولِ قَوْلِهِ فِيهِ، كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْعَامَّةِ، أَمَا دَعْوَى تَلْفِهِ بِأَمْرِ خَفِيِّ كَالسَّرْقَةِ فَمَقْبُولٌ إِجْمَاعًا.

شريك نسبت به مال مشترکی که در اختیار دارد و به وی اذن در تصرف در آن مال داده شده است، امین می باشد و ضامن نیست مگر اینکه تعدی کند یعنی عملی انجام دهد که حق ندارد آن را نسبت به مال مشترک انجام دهد یا تفریط کند یعنی در حفظ مال مشترک و اقداماتی که به مصلحت مال می باشد کوتاهی نماید. و سوگند امین در صورت تلف شدن مال مشترک، پذیرفته می شود اعم از اینکه ادعای تلف شدن مال با تفریط یا بدون تفریط بشود تا هر چند سبب تلف شدن مال، سببی ظاهری مانند سوختن و غرق شدن باشد و علت اینکه شهید اول، تلف شدن را اختصاص به سبب ظاهری داد بخاطر آن است که می توان دلیلی برای آن ارائه داد بنابراین چه بسا که سخن شریک امین در مورد تلف شدن مال، پذیرفته نشود همانگونه که برخی از فقهای اهل سنت [یعنی شافعیه] چنین نظری داده اند [بنابراین شهید اول بخاطر اختلافی که در مورد تلف شدن مال به سبب ظاهری وجود دارد، آن را به صورت خاص بیان کرد] اما در مورد ادعای تلف شدن مال مشترک با یک سبب مخفی مانند سرقت، اتفاق نظر وجود دارد که سخن شریک امین مأذون، پذیرفته می شود. [اطلاق ادله پذیرش سوگند امین شامل موردی است که تلف شدن مال به سبب ظاهری یا مخفیانه باشد اما برخی از فقهای اهل سنت، آن را مقید به تلف شدن مال به سبب امر مخفی دانسته اند. بر همین اساس چنانچه ادعای تعدی و تفریط و خیانت از سوی امین بشود، سخن امین پذیرفته می شود.]

(وَيُكْرَهُ مُشَارَكَةُ الذَّمِّيِّ وَ إِضَاعَةُ) وَ هُوَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَا لَمْ يَسْتَجِرْ فِيهِ وَ الرَّبْحُ لِصَاحِبِ الْمَالِ خَاصَّةً (وَ إِيدَاعُهُ) لِقَوْلِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ الْمُسْلِمِ أَنْ يُشَارِكَ الذَّمِّيَّ، وَ لَا يُبْضِعَهُ بِضَاعَةً، وَ لَا يُودِعَهُ وَدِيعَةً وَ لَا يُصَافِيَهُ الْمَوَدَّةَ».

مشارکت نمودن با کافر ذمی مکروه است و نیز قرار دادن مال نزد وی که با آن تجارت نماید و سود تجارت فقط به صاحب مال پرداخت شود [و کافر ذمی، اجرت عمل خود را بگیرد] و به ودیعه قرار دادن مال نزد وی نیز مکروه می باشد [و کراهت این سه عمل] بخاطر روایتی از امام صادق (ع) است که فرمود: «شایسته نیست که شخص مسلمان با کافر ذمی مشارکت کند و مال خود را برای تجارت به وی بدهد و ودیعه‌ای را نزد وی قرار دهد و با وی به دوستی و مهربانی رفتار کند.

(وَلَوْ بَاعَ الشَّرِيكَانِ سَلْعَةً صَفَقَةً، وَقَبِضَ أَحَدُهُمَا مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئاً شَارَكَهُ الْآخَرَ) فِيهِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَبِهِ أَخْبَارٌ كَثِيرَةٌ، وَإِنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا، فَكُلُّ مَا حَصَلَ مِنْهُ بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ.

وَقِيلَ: لَا يُشَارِكُ لِجَوَازِ أَنْ يُبْرَى الْغَرِيمَ مِنْ حَقِّهِ، وَ يُضَالِحَهُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْرِيَ إِلَى الْآخَرِ، فَكَذَا الْأِسْتِيفَاءُ، وَإِنَّ لِمُتَعَلِّقِ الشَّرِكَةِ هُوَ الْعَيْنُ وَقَدْ ذَهَبَتْ، وَالْعَوْضُ أَمْرٌ كَلْبِيٌّ لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِقَبْضِ الْمَالِكِ أَوْ وَكَيْلِهِ، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ هُنَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْآخَرِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَبِضَهُ لِنَفْسِهِ.

وَ عَلَى الْمَشْهُورِ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الشَّرِيكِ غَيْرِ الْفَاضِ مُشَارَكَتَهُ، بَلْ يَتَخَيَّرُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مُطَالَبَةِ الْغَرِيمِ بِحَقِّهِ وَ يَكُونُ قَدْرُ حِصَّةِ الشَّرِيكِ فِي يَدِ الْفَاضِ كَقَبْضِ الْمُضُولِيِّ، إِنْ أَجَازَهُ مَلَكُهُ وَ يَتَّبِعُهُ الثَّمَاءُ، وَإِنْ رَدَّهُ مَلَكَةُ الْفَاضِ، وَ يَكُونُ مَضْمُوناً عَلَيْهِ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ. وَ لَوْ أَرَادَ الْأَخْتِصَاصَ بِالْمَقْبُوضِ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ، فَلْيَبِيعْ حَقَّهُ لِلْمَدْيُونِ عَلَى وَجْهِ يَسْلَمٍ مِنَ الرِّبَا بِثَمَنِ مَعْيَنٍ فَيَخْتَصُّ بِهِ. وَ أَوْلَى مِنْهُ الصُّلْحُ عَلَيْهِ، أَوْ يُبْرئُهُ مِنْ حَقِّهِ وَ يَسْتَوْهَبُ عِوَضَهُ، أَوْ يُجِيلُ بِهِ عَلَى الْمَدْيُونِ، أَوْ يَضْمَنُهُ لَهُ ضَامِنٌ.

وَ مَوْضِعُ الْخِلَافِ مَعَ حُلُولِ الْحَقَّيْنِ فَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوَجَّلاً لَمْ يُشَارِكْ فِيهَا قَبْضَهُ الْآخَرَ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ، وَ اخْتَرَزَ بَيْنَهُمَا صَفَقَةً عَمَّا لَوْ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ نَصِيبَهُ بَعْقِدٍ وَإِنْ كَانَ لِوَاحِدٍ، كَمَا لَا فَرْقَ فِي الصَّفَقَةِ بَيْنَ كَوْنِ الْمُشْتَرِي وَاحِداً وَ مُتَعَدِّداً، لِأَنَّ الْمُوجِبَ لِلشَّرِكَةِ هُوَ الْعَقْدُ الْوَاحِدُ عَلَى الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ، وَ فِي حُكْمِ الصَّفَقَةِ مَا اتَّحَدَ سَبَبُ شَرِكَتِهِ كَالْمِيرَاثِ، وَ الْأَثْلَافِ، وَ الْأَقْتِرَاضِ مِنَ الْمُشْتَرَكِ.

[درست است که هیچیک از شرکاء حق ندارد بدون اذن شریک دیگر، تصرف در مال مشترک نماید اما فروختن یا اجاره دادن سهم شریک، تصرف در مال شرکای دیگر

نیست هر چند تحویل مال به مشتری یا مستأجر نیاز به اذن دارد. همچنین هرگاه همه شرکاء، مال مشترک را بفروشد و ثمن را تحویل بگیرند ثمن بجای مال مشترک قرار می‌گیرد و همه شرکاء در آن شریک می‌شوند اما اگر ثمن در ذمه مشتری باشد اختلاف شده است که چنانچه هر شریکی به اندازه مال خود، ثمن را از مشتری بگیرد آیا شرکای دیگر نیز در این ثمن اخذ شده، شریک می‌شوند یا خیر. مشهور فقها، نظر دوم را انتخاب کرده‌اند اما گروهی نیز گفته‌اند که هر شریکی می‌تواند معادل سهم خود را از ثمن دریافت کند زیرا مال مشترک در نتیجه انتقال به خریدار از بین می‌رود و در نتیجه موضوع شرکت از بین می‌رود و ثمن، یک طلب برای شرکاء به نسبت سهم آنان است. مصنف در این قسمت، وارد بحث فروش مال مشترک شده و می‌فرماید: [و اگر دو شریک، مال مشترک را بموجب یک قرارداد بفروشند و یکی از دو شریک، مقداری از ثمن را از خریدار اخذ کند، شریک دیگر نیز بنا بر نظر مشهور فقها، شریک در آن مقدار اخذ شده خواهد بود و روایات فراوانی در این زمینه وجود دارد و به این دلیل که هر جزئی از ثمن، مشترک میان دو شریک است [یعنی هر جزئی از ثمن در مقابل هر جزئی از مبیع مشترک قرار می‌گیرد و قابلیت تقسیم ندارد] بنابراین هر مقداری از ثمن که بدست می‌آید نیز میان آنها مشترک است [و هر شریکی که مقداری از ثمن را بگیرد باید به شرکای دیگر بدهد و اقدام وی فضولی بوده است] و یک دیدگاه [که منتسب به ابن ادریس می‌باشد] آن است که شرکای دیگر، در این ثمن اخذ شده شریک نمی‌شوند زیرا جایز است که شریک، ذمه مشتری را نسبت به حق خود ابراء کند و با او مصالحه نماید بدون اینکه این ابراء یا مصالحه به شریک دیگر تسری پیدا کند و استیفای حق [و دریافت حق] نیز همین حکم را دارد [یعنی همانگونه که شریک می‌تواند سهم خود را ابراء کرده یا با مشتری مصالحه نماید همچنین حق دارد که مالی را از او بپذیرد و این دو اقدام نیاز به اذن شرکای دیگر ندارد. اما مشهور پاسخ می‌دهند که ابراء سهم مشاع با وصول عوض آن تفاوت دارد. همچنین دلیل دیگر برای نظریه غیر مشهور] بخاطر آن است موضوع شرکت که همان مال مشترک بود [با فروخته شدن] از بین رفت و عوض آن [یعنی ثمن] یک امر کلی است که جز با قبض مالک یا وکیل وی، تعیین و تشخیص پیدا نمی‌کند [یعنی هر کدام از شرکاء که بخشی از ثمن را دریافت می‌کند مشخص

می‌شود که سهم او از ثمن کلی، همان مقداری است که دریافت نموده است و این ثمن اخذ شده، بخشی از مال مشاع نیست بلکه مصداق طلب شریکی است که آن را اخذ کرده است.] و مالی که شریک اخذ می‌کند نسبت به شریک دیگر تحقق پیدا نکرده است زیرا هر شریک، مقداری از ثمن را برای خودش می‌گیرد. البته براساس نظر مشهور [که هر جزء از ثمن را در مقابل هر جزء از مبیع مشترک می‌داند] بر شریکی که ثمن را اخذ نکرده است، واجب نیست که با شریک دیگر [که بخشی از ثمن را گرفته است نسبت به ثمن اخذ شده] مشارکت نماید بلکه مخیر است که با وی مشارکت نماید و یا سهم خود را از مشتری دریافت کند و مقدار سهم شریکی [که ثمن را نگرفته است] و در دست شریکی می‌باشد [که آن را گرفته است] مانند تحویل گرفتن مال از سوی شخص فضولی است [یعنی عمل شریکی که بخشی از ثمن را گرفته است، فضولی می‌باشد] پس اگر شریک دیگر، آن را اجازه بدهد، [شریک اجازه دهنده] مالک آن می‌شود و منافع آن نیز تابع اصل ثمن است و اگر آن را رد کند، شریکی که ثمن را گرفته است مالک آن می‌شود و در هر دو صورت، شریکی که بخشی از ثمن را گرفته است ضامن آن می‌باشد [یعنی اگر ثمن تلف شود، از مال شریک می‌رود. خلاصه بحث به این برمی‌گردد که آیا دین کلی که بر ذمه خریدار می‌باشد قابلیت تقسیم دارد یا خیر و منعی برای آن دیده نمی‌شود یعنی هر شریکی می‌تواند سهم خود را جداگانه بگیرد و این با مال مشاع قبل از آنکه فروخته شود تفاوت دارد زیرا در آنجا تقسیم مال با اراده هر شریک، جایز نبود. شهیدثانی برای حل کردن این موضوع راه کارهایی را ارائه می‌دهد که اخذ مقداری از ثمن توسط یک شریک بعنوان سهم اختصاصی خود، ایرادی نداشته باشد. ایشان می‌فرماید:] و اگر شریکی که بخشی از ثمن را دریافت کرده است بخواهد بدون اشکال، سهم اختصاصی نسبت به مقدار اخذ شده پیدا کند باید حق خود را در مقابل ثمن معینی به مدیون بفروشد بگونه‌ای که منجر به ربا نشود و در این صورت عوض سهم شریک، به وی اختصاص پیدا می‌کند [مثلاً اگر سهم شریک از ثمن، یک دینار است آن را در مقابل ده درهم به مشتری بفروشد و در این صورت مالک اختصاصی ده درهم می‌شود] و بهتر است بجای فروش سهم خود، آن را با خریدار مصالحه کند یا ذمه خریدار را نسبت به سهم خود از ثمن، ابراء کند و عوض آن را

بعنوان هبه قبول نماید یا آن را به مدیون، حواله بدهد [یعنی مشتری، شریک را به شخصی حواله دهد که بدهکار مشتری می‌باشد] یا شخصی، سهم شریک را ضمانت کند [یعنی شخص ضمانت کند که سهم شریک را بپردازد و آنگاه شریک به ضامن مراجعه نماید. این سه راه حل، حیلله‌هایی برای امکان اخذ مقداری از ثمن توسط یکی از شرکا بعنوان سهم اختصاصی خود بود. سپس شهیدثانی، یک مورد دیگر را از محل اختلاف خارج کرده و می‌فرماید:] و محل اختلاف در جایی است که [هر دو شریک، مال مشترک را فروخته باشند و مقرر باشد که سهم هر دو شریک، در یک زمان پرداخت شود و] زمان پرداخت هر دو حق فرارسیده باشد بنابراین اگر سهم یکی از دو شریک، مدّت دار باشد صاحب این سهم در آنچه که شریک دیگر گرفته است قبل از آنکه مدّت حقیق فرا برسد، شریک نمی‌شود و شهید اول با آوردن قید «فروش سهم دو شریک در یک معامله» از حالتی اجتناب کرد که هر یک از دو شریک، سهم خود را در قالب عقد جداگانه‌ای بفروشد هر چند به یک مشتری فروخته شود [زیرا در این صورت، هر شریکی سهم خود را جداگانه می‌گیرد] همانگونه که چنانچه هر دو سهم در یک عقد فروخته شود تفاوتی ندارد که مشتری یک نفر باشد یا چند نفر باشند [بنابراین ملاک تجزیه ثمن، تعدّد مشتری نیست بلکه تعدّد عقد می‌باشد] زیرا آنچه که موجب مشارکت [دو شریک در ثمن می‌شود] عقد واحد نسبت به مال مشترک است و هر عاملی که موجب وحدت سبب شرکت می‌شود، در حکم معامله و عقد است مانند ارث [یعنی میراث واحد موجب دین شود بنابراین اگر مقداری از دین با یک ارث به شخصی برسد و مقدار دیگر با ارث دیگری به شخص دیگر برسد، شرکت در دین بوجود نمی‌آید و اگر یک وارث، مقداری از دین را از مدیون بگیرد، وارث دیگر شریک در آن نخواهد بود اما اگر در قالب یک ارث، به هر دو برسد در آن شریک می‌شوند] و مانند اتلاف [یعنی اینکه مال دو شریک، توسط شخصی تلف شود و یک شریک، مقداری از عوض را بگیرد] و مانند قرض کردن از مال مشترک [یعنی دو نفر مال مشترک را قرض بدهند و یکی از شرکا مقداری از مثل مال را از قرض گیرنده دریافت کند].

(وَلَوْ ادَّعَى الْمُشْتَرِي مِنَ الْمُشْتَرِكِينَ) الْمَادُّونِينَ (شِرَاءَ شَيْءٍ لِنَفْسِهِ، أَوْ لَهُمَا حَلْفًا) وَ قَبْلَ بَيْعِهِ، لِأَنَّ مَرَجِعَ ذَلِكَ إِلَى قَضَدِهِ وَ هُوَ أَعْلَمُ بِهِ. وَ الْإِشْتِرَاكُ لَا يُعِينُ

التَّصَرُّفَ بِدُونِ الْقَصْدِ، وَإِنَّمَا لَزِمَهُ الْحَلْفُ مَعَ أَنَّ الْقَصْدَ مِنَ الْأُمُورِ الْبَاطِنَةِ الَّتِي لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ قَبْلِهِ، لِإِمْكَانِ الْأِطْلَاعِ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ.

اگر یکی از دو شریک که اذن در تصرف داشته است ادعا کند که کالایی را برای خودش یا برای هر دو خریده است، سوگند یاد می‌کند و سخن او همراه با سوگندش پذیرفته می‌شود زیرا تشخیص این موضوع به قصد شریک وابسته است و آن شریک نسبت به قصد خویش آگاه‌تر است و صرف شریک بودن، نوع تصرف و اقسام بدون قصد را معین نمی‌کند [یعنی اینکه شریک مال را برای خودش یا برای هر دو خریده است با قصد وی مشخص می‌شود و صرف اینکه شریک می‌باشد، نوع خرید را مشخص نمی‌کند] و گرچه قصد جزء امور درونی است که جز از طریق صاحب آن نمی‌توان به قصدش پی برد [لا یعلم الا من قبله] اما صاحب قصد باید قسم هم یاد کند زیرا امکان دارد که شریک دیگر از طریق اقرار وی، پی به قصد او برده باشد [یعنی ممکن است در جای دیگری نزد شریک دیگر اقرار کرده باشد که مثلاً مال را برای خودش خریده است پس باید قسم بخورد که مال را برای هر دو خریداری کرده است.]





## (کتاب المضاربه)

وَهِيَ أَنْ يَدْفَعَ مَالاً إِلَى غَيْرِهِ لِيَعْمَلَ فِيهِ بِحِصَّةٍ مُعَيَّنَةٍ مِنْ رِبْحِهِ (مَأْخُودَةٌ مِنْ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ، لِأَنَّ الْعَامِلَ يَضْرِبُ فِيهَا لِلْسَّعْيِ عَلَى التَّجَارَةِ وَابْتِغَاءِ الرِّيحِ بِطَلَبِ صَاحِبِ الْمَالِ، فَكَانَ الضَّرْبُ مُسَبَّبَ عَنْهُمَا، فَتَحَقَّقَتِ الْمُفَاعَلَةُ لِذَلِكَ، أَوْ مِنْ ضَرْبِ كُلِّ مِنْهُمَا فِي الرِّيحِ بِسَهْمٍ، أَوْ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرْبِ بِالْمَالِ وَتَقْلِيْبِهِ).

وَ أَهْلُ الْحِجَازِ يُسَمُّونَهَا قِرَاضاً مِنَ الْقَرْضِ وَ هُوَ الْقَطْعُ، كَأَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ اقْتَطَعَ مِنْهُ قِطْعَةً وَ سَلَّمَهَا إِلَى الْعَامِلِ، أَوْ اقْتَطَعَ لَهُ قِطْعَةً مِنَ الرِّيحِ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ، أَوْ مِنَ الْمُقَارَضَةِ وَ هِيَ الْمُسَاوَاةُ، وَ مِنْهُ: «فَارِضِ النَّاسِ مَا فَارِضُوكَ فَإِنْ تَرَكْتَهُمْ لَمْ يَتْرُكُوكَ».

وَ وَجْهُ التَّسَاوِي هُنَا أَنَّ الْمَالَ مِنْ جِهَةٍ، وَ الْعَمَلُ مِنْ أُخْرَى، وَ الرِّيحُ فِي مُقَابَلِهِمَا، فَقَدْ تَسَاوَيَا فِي قِرَاطِ الْعَقْدِ، أَوْ أَصْلِ اسْتِحْقَاقِ الرِّيحِ وَ إِنْ اخْتَلَفَا فِي كَمِّيَّتِهِ.

مضاربه به معنای آن است که شخص، مالی را به دیگری می دهد تا در مقابل سهم مشخصی از سود حاصله، با آن مال و سرمایه کار کند و کلمه «مضاربه» به معنای گام زدن بر روی زمین است زیرا عامل به درخواست صاحب سرمایه، بر روی زمین گام می زند تا برای تجارت و کسب سود، تلاش کند و گویی که گام زدن و تجارت ناشی از اراده مالک و عامل می باشد بنابراین به همین جهت [یعنی به جهت اراده دو طرف]، عمل طرفینی صورت می گیرد. [تفسیر دیگر برای کلمه «مضاربه»، به معنای کسر کردن است که] هر یک از مالک و عامل بخشی از سود را برای خود برمی دارد [و ضرب می کند. تفسیر دیگر به معنای به جریان افتادن است که] سرمایه به جریان می افتد و با مال دیگری عوض می شود. و اهل حجاز، واژه «قراض» را بکار می بردند که از قرض به معنای جدا کردن گرفته شده است زیرا گویی صاحب مال و سرمایه، مقداری از مال خود را جدا می کند و آن را به عامل می دهد یا مقداری از سود را در مقابل عمل وی جدا کرده و به او می دهد یا از کلمه «مقارضه» به معنای مساوات گرفته شده است و

عبارتی که می‌گوید: «با مردم آنچنان سخن بگو که در مورد تو سخن می‌گویند پس اگر آنان را ترک کنی، آنها تو را ترک نمی‌گویند» از همین ریشه گرفته شده است و علت تساوی در اینجا آن است که سرمایه از یک طرف و عمل از طرف دیگر قرار داده می‌شود و سود در مقابل سرمایه و عمل قرار می‌گیرد که در شکل‌گیری عقد و اصل استحقاق سود، مساوی هستند [یعنی هر دو، در انعقاد عقد دخالت دارند] هر چند در مقدار سود تفاوت داشته باشند [مثلاً قرار باشد که یک سوم سود به عامل و دو سوم به صاحب سرمایه، تعلق بگیرد. مضاربه را می‌توان یکی از اقسام مشارکت دانست یعنی مشارکتی که میان مالک و عامل صورت می‌گیرد البته این مشارکت، فاقد شخصیت حقوقی می‌باشد و کلیه اعمال به نام عامل انجام می‌شود و زیان آن به صاحب سرمایه می‌رسد برخلاف سایر مشارکت‌ها که سود و زیان برعهده هر دو شریک است]

(و هِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ) سَوَاءٌ نَصَّ الْمَالُ أَمْ كَانَ بِهِ عُرُوضٌ، يَجُوزُ لِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُهَا، وَ مِنْ لَوَائِمِ جَوَازِهَا مِنْهُمَا وَ فُوعُ الْعَقْدِ بِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ.

و فِي اشْتِرَاطِ وَ فُوعِ قَبُولِهِ لَفْظِيًّا، أَوْ جَوَازِهِ بِالْفِعْلِ أَيْضًا قَوْلَانِ لَا يَخْلُو تَابِعِيًّا مِنْ قُوَّةٍ. (وَ لَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُ اللُّزُومِ، أَوْ الْأَجَلِ فِيهَا) بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ، وَ لَا تَصِيرُ لَازِمَةً بِذَلِكَ، وَ لَا فِي الْأَجَلِ بَلْ يَجُوزُ فَسْخُهَا فِيهِ، عَمَلًا بِالْأَصْلِ (وَ لَكِنَّ) اشْتِرَاطَ الْأَجَلِ (يُثْمِرُ الْمَنْعَ مِنَ التَّصَرُّفِ بَعْدَ الْأَجَلِ إِلَّا بِإِذْنِ جَدِيدٍ)، لِأَنَّ التَّصَرُّفَ تَابِعٌ لِلْإِذْنِ وَ لَا إِذْنَ بَعْدَهُ، وَ كَذَا لَوْ أَجَلَ بَعْضِ التَّصَرُّفَاتِ كَالْبَيْعِ، أَوْ الشَّرَاءِ خَاصَّةً، أَوْ نَوْعًا خَاصًّا. وَ يُفْهَمُ مِنْ تَشْرِيكِهِ بَيْنَ اشْتِرَاطِ اللُّزُومِ وَ الْأَجَلِ، تَسَاوِيَهُمَا فِي الصَّحَّةِ، وَ عَدَمَ لُزُومِ الشَّرْطِ.

وَ الْمَشْهُورُ أَنَّ اشْتِرَاطَ اللُّزُومِ مُبْطِلٌ، لِأَنَّهُ مُنَافٍ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ، فَإِذَا فَسَدَ الشَّرْطُ تَبِعَهُ الْعَقْدُ، بِخِلَافِ شَرْطِ الْأَجَلِ، فَإِنْ مَرَّ جَعَهُ إِلَى تَقْيِيدِ التَّصَرُّفِ بِوَقْتٍ خَاصٍّ وَ هُوَ غَيْرُ مُنَافٍ، وَ يُمَكِّنُ أَنْ يُرِيدَ الْمُصَنَّفُ ذَلِكَ، وَ إِنَّمَا شَرَّكَ بَيْنَهُمَا فِي عَدَمِ صِحَّةِ الشَّرْطِ مُطْلَقًا وَ إِنْ افْتَرَقَا فِي أَمْرِ آخَرَ.

مضاربه از سوی مالک و عامل، جایز است اعم از اینکه سرمایه به حالت نقدی، باقیمانده باشد یا تغییری در آن رخ داده باشد [یعنی اعم از اینکه سرمایه و وجه نقدی که مالک به عامل داده است به همان صورت باقی باشد یا عامل، آن را تبدیل به مال

دیگری کرده باشد. بنابراین با توجه به جایز بودن مضاربه [هر یک از طرفین عقد می توانند مضاربه را فسخ کنند] پس اگر سودی بدست نیامده باشد چیزی به عامل تعلق نمی‌گیرد هر چند برخی از فقها گفته‌اند که اگر مالک، عقد مضاربه را فسخ کند باید اجرت اعمالی را که عامل انجام داده است به او بدهد زیرا عمل وی، تبرّعی نبوده و محترم است. [و یکی از لوازم جایز بودن مضاربه از سوی مالک و عامل، آن است که مضاربه را با هر لفظی که دلالت بر آن نماید می‌توان منعقد ساخت] زیرا فقط عقود لازم هستند که انعقاد آنها نیاز به الفاظ خاصی دارد] و در مورد اینکه قبول مضاربه نیز باید به صورت لفظی باشد یا آن را با فعل نیز می‌توان منعقد کرد، دو نظریه وجود دارد و نظریهٔ دوّم [یعنی امکان انعقاد آن با فعل] قوی است [زیرا در عقود جایز، سخت‌گیری صورت نمی‌گیرد و حتی ایجاب را نیز می‌توان به صورت فعلی، منعقد کرد اما فقها تأکید دارند که لفظی باشد تا از حالت معاطاتی بودن خارج گردد. همچنین فقها در مورد سایر شرایط عقد مانند منجز بودن، اتصال ایجاب و قبول و تقدم ایجاب بر قبول، اعتقاد به لزوم رعایت این شرایط دارد زیرا این شرایط مخصوص عقود لازم نیست. عقد مضاربه، ماهیتی مرکب از سه عقد جایز وکالت، ودیعه و شرکت دارد و در نتیجه پیرامون برخی اوصاف آن، تردیدهایی ابراز شده است از جمله اینکه عقدی تملیکی یا عهدی می‌باشد و عهدی بودن آن موجه‌تر است زیرا مالی به عامل، تملیک نمی‌شود همچنانکه معوّض دانستن آن، منطقی است. حال با توجه به اینکه عقد مضاربه یک عقد جایز است] نمی‌توان لزوم آن را شرط کرد یا زمان برای آن قرارداد [یعنی عقد مضاربه مثلاً برای مدت یک سال، برقرار باشد. عدم صحّت شرط لزوم] به معنای آن است که وفای به چنین شرطی، واجب نیست و عقد مضاربه با آوردن چنین شرطی، تبدیل به عقد لازم نمی‌شود و در مدّتی [که حقّ ممنوع کردن عامل، سلب شده است لازم نیست که مالک پای‌بند به این شرط باشد] بلکه فسخ عقد مضاربه در طول این مدّت، جایز است زیرا اصل بر جواز عقد می‌باشد [جواز را به دو دسته تقسیم می‌کند؛ یکی جواز حکمی است یعنی قانونگذار، عقد را جایز اعلام می‌کند مانند عقد مضاربه دیگری جواز حقی است یعنی طرفین عقد لازم، آن را جایز منعقد می‌کنند مانند عقد بیع خیارى که حق فسخ برای طرفین یا یک طرف، قرار داده می‌شود. لزوم نیز به همین صورت به لزوم حقی و کلی

تقسیم می شود اما فقها، لزوم حقی را در عقد مضاربه، روا نمی دانند یعنی طرفین نمی توانند جواز مضاربه را در قالب شرط ضمن عقد، تبدیل به عقد لازم نمایند زیرا جایز بودن عقد مضاربه را مقتضای ذات عقد مضاربه دانسته اند اما این سخن با قواعد سازگاری ندارد زیرا بخشی از مضاربه را وکالت تشکیل می دهد و در ضمن وکالت می توان شرط لزوم آن را قرارداد. همچنین سخن کسانی که گفته اند لزوم را می توان ضمن عقد خارج لازم، شرط کرد پذیرفته نیست و برخلاف ماده ۶۰ قانون مدنی واصل آزادی اراده می باشد. البته شرط لزوم عقد مضاربه، هیچ اثری ندارد اما شرط مدّت برای مضاربه، بدون اثر نیست که مصنف این اثر را چنین بیان می کند: [اما شرط مدّت برای مضاربه، این اثر را دارد که عامل را بعد از مدّت، ممنوع از تصرف می سازد مگر اینکه اذن جدید داده شود] یعنی اگر مثلاً مضاربه برای مدت یک سال، منعقد شده باشد گرچه عقد مضاربه، لازم نمی شود اما عامل پس از یک سال، حق اقدام ندارد] زیرا تصرف، تابع اذن است و بعد از این مدّت، اذنی وجود ندارد و همین حکم را دارد در صورتی که تنها پاره ای از اعمال مانند فروش و خرید را محدود به زمان نماید یا نوع خاصی را [مانند تجارت سنّیه یا خرید و فروش جنس معینی] محدود به زمان کند [یعنی اصل مضاربه، مدت نداشته باشد بلکه نوع خاص یا اعمال خاصی، محدود به زمان شود که در این صورت، عامل پس از پایان مدت نمی تواند این کارهای ممنوع شده را انجام دهد اما کارهای دیگر را می تواند انجام دهد. اختلاف دیگری که در اینجا وجود دارد آن است که چنانچه شرط مدّت قرار داده شود و مالک، پس از پایان یافتن مدت، دوباره اذن بدهد آیا اذن جدید به معنای ادامه مضاربه قبلی با همان شرایط است یا عقد مضاربه پایان می یابد و سودی به عامل تعلق نمی گیرد و او فقط اجرت اعمال خود را دریافت می کند؟

احتمال نخست، منطقی تر است. لازم به ذکر است که شهیدثانی در کتاب مسالک، شرط مدت را صحیح می داند زیرا فایده شرط، ممنوعیت تصرف عامل پس از انقضای مدت است و چنین شرطی خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه نیست. همچنین گروهی از فقها گفته اند که اگر مالک بگوید که من مثلاً در طول مدت یک سال نمی توانم عامل را ممنوع از مضاربه نمایم، شرط و عقد، هر دو باطل هستند زیرا چنین شرطی خلاف

مقتضای ذات عقد است. اما شهیدثانی، نظر شهید اول را چنین بیان می‌کند: [و اینکه شهید اول، شرط لزوم عقد مضاربه و قرار دادن مدّت برای عقد مضاربه را به صورت مشترک بیان کرد [یعنی آنها را در کنار یکدیگر قرار داده و حکم یکسان برای آنها بیان نمود، از این نحوه گفتار و بیان وی] چنین فهمیده می‌شود که در این دو مورد، عقد مضاربه صحیح است و لازم نیست که به شرط ضمن عقد، عمل شود [یعنی از نظر شهید اول، چه شرط لزوم عقد مضاربه در ضمن عقد بیان شود و چه مدت برای عقد مضاربه قرار داده شود، در هر دو صورت، عقد صحیح بوده و شرط، لازم نیست اما همانگونه که دیدیم نظریه‌های دیگری هم در این زمینه وجود دارد از جمله نظریه مشهور فقها که میان این دو حالت، تفکیک قایل شده‌اند و] مشهور فقها اعتقاد دارند که اگر شرط لزوم مضاربه در ضمن عقد مضاربه بیاید، [چنین شرطی، باطل است و] عقد مضاربه را نیز باطل می‌کند زیرا خلاف مقتضای عقد مضاربه می‌باشد بنابراین هرگاه شرط، باطل باشد عقد نیز به تبع آن باطل می‌شود برخلاف شرط مدّت قرار دادن برای مضاربه [که عقد را باطل نمی‌کند] بلکه معنای چنین شرطی آن است که اقدامات عامل، مقید و محدود به زمان خاصی شود و این شرط برخلاف مقتضای عقد مضاربه نیست [زیرا عقد مضاربه متوقف و معلق به این شرط نمی‌شود بلکه مدّت آن مشخص می‌شود و هر مالکی می‌تواند نحوه تصرف در مالش را مشخص نماید و محدود کردن زمان نیز مانند محدود کردن نوع خاصی از تجارت است.] و امکان دارد که شهید اول نیز همین نظر مشهور فقها را پذیرفته باشد [که مضاربه را در صورت شرط لزوم، باطل دانسته و در صورت شرط مدّت، آن را باطل نمی‌دانند] و دو حالت را فقط از این جهت به صورت مشترک بیان کرده است که شرط در هر دو حالت، صحیح نیست [یعنی چه در حالت شرط لزوم و چه در حالت شرط مدّت، لازم نیست به شرط عمل شود] هر چند در موضوع دیگری باهم تفاوت داشته باشند [یعنی در حالت شرط لزوم، عقد باطل باشد و در حالت شرط مدّت، عقد باطل نباشد و خلاصه اینکه در هر دو حالت، شرط باطل است اما فقط در یک حالت، باطل کننده می‌باشد].

(وَيَقْتَصِرُ الْعَامِلُ مِنَ التَّصَرُّفِ عَلَى مَا أَذِنَ الْمَالِكُ لَهُ) مِنْ نَوْعِ التِّجَارَةِ، وَ مَكَانِهَا وَ زَمَانِهَا، وَ مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُ وَ يَبِيعُ عَلَيْهِ وَ غَيْرَ ذَلِكَ، فَإِنْ خَالَفَ مَا عَيَّنَ لَهُ ضَمِنَ الْمَالِ،

لَكِنْ لَوْ رَيْحٌ كَانَ بَيْنَهُمَا بِمُقْتَضَى الشَّرْطِ، لِلْأَخْبَارِ الصَّحِيحَةِ، وَلَوْلَاهَا لَكَانَ التَّصَرُّفُ بِاطِلَاءٍ أَوْ مَوْقُوفاً عَلَى الْإِجَازَةِ.

(وَلَوْ أُطْلِقَ) لَهُ الْإِذْنُ (تَصَرَّفَ بِالْإِسْتِزْاحِ) فِي كُلِّ مَا يَظُنُّ فِيهِ حُصُولَ الرِّيحِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَقَيَّدَ بِنَوْعٍ، أَوْ زَمَانٍ، أَوْ مَكَانٍ، وَ يَتَوَلَّى أَيْضاً بِالْإِطْلَاقِ مَا يَتَوَلَّاهُ الْمَالِكُ فِي التِّجَارَةِ بِنَفْسِهِ مِنْ عَرَضِ الْقُمَاشِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَ نَشْرِهِ، وَ طَبِيهِ، وَ إِخْرَازِهِ، وَ بَيْعِهِ، وَ قَبْضِ ثَمَنِهِ، وَ لَا أُجْرَةَ لَهُ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ، حَمَلاً لِلْإِطْلَاقِ عَلَى الْمُتَعَارَفِ، وَ لَهُ الْإِسْتِجَارُ عَلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ كَالدَّلَالَةِ، وَ وَزْنِ الْأُمْنِيَةِ الثَّقِيلَةِ الَّتِي لَمْ تَجْرِ عَادَتُهُ بِمُبَاشَرَةٍ مِثْلِهَا.

عامل باید اعمالی را انجام دهد که مالک به او اذن داده است مانند نوع تجارت، محل تجارت، زمان تجارت، کسی که کالا از او خریداری می شود و کسی که کالا به او فروخته می شود و نظایر اینها. حال اگر عامل برخلاف آنچه که برای او تعیین شده است رفتار نماید ضامن مال و سرمایه می باشد اما اگر عامل، سودی به دست آورد براساس شرطی که نموده اند میان مالک و عامل تقسیم می شود زیرا روایت های صحیحی در این زمینه وارد شده است و اگر این روایت ها نبود، اقدامات عامل، باطل به حساب می آمد یا متوقف بر اجازه مالک می بود [و سودی میان آنها تقسیم نمی شد زیرا عامل با رضایت مالک، اقدامات خود را انجام نداده است.] و اگر مالک، [حق مضاربه] و اذن را به صورت مطلق بیان کند، عامل باید اقدامات سودآوری را در هر موردی که گمان سود بردن وجود دارد انجام دهد بدون اینکه محدود به نوع خاصی از تجارت یا زمان خاص یا مکان خاصی باشد و نیز چنانچه مضاربه به صورت مطلق بیان شده باشد، عامل باید اعمالی را انجام دهد که مالک خودش انجام می دهد مانند اینکه پارچه را به مشتری عرضه کند و آن را باز نماید و بپیچد و نگهداری کند و بفروشد و ثمن آن را دریافت کند و برای انجام این کارها، اجرتی به عامل پرداخت نمی شود زیرا اطلاق عبارتها، حمل بر عرف می گردد [و عرف چنین اقداماتی را برعهده عامل می داند که خودش انجام دهد نه اینکه وکیل یا نماینده بگیرد تا گفته شود که چون عامل، کارهایی را انجام داده است که وظیفه اش نبوده است پس مالک باید اجرت آنها را بپردازد] و عامل می تواند برای انجام کارهایی که عرفاً اجیر گرفته می شود، اجیر بگیرد مانند دلالی [و مشتری پیدا کردن] و وزن کردن کالاهای سنگین وزن که معمولاً عامل

آنها را انجام نمی دهد.

(وَيُنْفِقُ فِي السَّفَرِ كَمَا لَنَفَقْتِهِ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ) وَ الْمُرَادُ بِالنَّفَقَةِ مَا يَخْتِجُ فِيهِ إِلَيْهِ مِنْ مَأْكُولٍ، وَ مَلْبُوسٍ، وَ مَشْرُوبٍ، وَ مَرْكُوبٍ، وَ آلَاتِ ذَلِكَ، وَ أَجْرَةَ الْمَسْكَنِ، وَ نَحْوَهَا، وَ يُرَاعِي فِيهَا مَا يَلْبِقُ بِهِ عَادَةً مُقْتَصِداً، فَإِنْ أَشْرَفَ حُسِبَ عَلَيْهِ، وَ إِنْ قَتَّرَ لَمْ يُحْسَبْ لَهُ. وَ إِذَا عَادَ مِنَ السَّفَرِ، فَمَا بَقِيَ مِنْ أَعْيَانِهَا وَ لَوْ مِنَ الزَّادِ يَجِبُ رُدُّهُ إِلَى التَّجَارَةِ، أَوْ تَرْكُهُ إِلَى أَنْ يُسَافِرَ، إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَعُودُ إِلَيْهِ قَبْلَ فَسَادِهِ.

وَ لَوْ شَرَطَ عَدَمَهَا لَزِمَ، وَ لَوْ أَدِنَ لَهُ بَعْدَهُ فَهُوَ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ، وَ لَوْ شَرَطَهَا فَهُوَ تَأْكِيدٌ. وَ يُشْتَرَطُ حِينَئِذٍ تَعْيِينُهَا لِئَلَّا يَتَجَهَّلَ الشَّرْطُ، بِخِلَافِ مَا ثَبَتَ بِأَصْلِ الشَّرْعِ، وَ لَا يُعْتَبَرُ فِي ثُبُوتِهَا حُصُولُ رِبْحٍ، بَلْ يُنْفِقُ وَ لَوْ مِنَ الْأَصْلِ إِنْ لَمْ يَرْبِحْ، وَ إِلَّا كَانَتْ مِنْهُ.

وَ مَوْنَةُ الْمَرَضِ فِي السَّفَرِ عَلَى الْعَامِلِ، وَ كَذَا سَفَرٌ لَمْ يُؤَدَّنْ فِيهِ وَ إِنْ اسْتَحَقَّ الْحِصَّةَ. وَ الْمُرَادُ بِالسَّفَرِ: الْعُرْفِيُّ لَا الشَّرْعِيُّ وَ هُوَ مَا اسْتَمَلَ عَلَى الْمَسَافَةِ، فَيُنْفِقُ وَ إِنْ كَانَ قَصِيراً أَوْ أَتَمَّ الصَّلَاةَ إِلَّا أَنْ يَخْرُجَ عَنِ اسْمِ الْمُسَافِرِ، أَوْ يَزِيدَ عَمَّا تَحْتَاجُ التَّجَارَةُ إِلَيْهِ، فَيُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ إِلَى أَنْ يَصْدُقَ الْوَصْفُ.

وَ اخْتَرَزَ بِكَمَالِ النَّفَقَةِ عَنِ الْقَدْرِ الزَّائِدِ عَنِ نَفَقَةِ الْحَضَرِ، فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يُنْفِقُ فِيهِ سِوَاهُ، وَ تَبَّهَ بِأَصْلِ الْمَالِ عَلَى أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ حُصُولُ رِبْحٍ كَمَا مَرَّ.

عامل در زمان مسافرت [برای انجام موضوع مضاربه] تمامی هزینه‌ها را از اصل سرمایه، می‌پردازد و منظور از نفقه و هزینه‌ها، غذا و لباس و مایعات و وسیله نقلیه و ابزارهای آن و اجاره بهای محل سکونت و نظایر اینهاست که عامل در زمان سفر به آنها نیاز دارد و عامل باید در این هزینه‌ها، مقداری را که معمولاً سزاوار و شایسته اوست رعایت کند و جانب صرفه‌جویی را بگیرد بنابراین چنانچه عامل، اسراف نماید، برعهده خودش خواهد بود و اگر بر خودش سخت‌گیری نماید [و مالی اضافه بیاید] به او داده نمی‌شود [مثلاً اگر شب را بجای اینکه در هتل استراحت کند، در مسجد استراحت نماید نمی‌تواند هزینه هتل را جزء هزینه‌ها به حساب آورد و اگر جزء افرادی باشند که در هتل دو ستاره اقامت می‌کند، چنانچه در هتل پنج ستاره اقامت نماید فقط هزینه هتل دو ستاره به او داده می‌شود و مازاد آن را باید خودش بپردازد.] بنابراین اگر عامل از مسافرتی که برای تجارت رفته است، برگردد باید عین اموال و هزینه‌هایی که

باقی مانده است را به سرمایه برگرداند هر چند مال باقی مانده، جزء توشه باشد [مثلاً اگر ظرفی برای حمل غذا خریده است، آن را جزء سرمایه مالک قرار دهد] یا آن را باقی بگذارد تا در سفر بعدی از آن استفاده کند اگر عامل جزء افرادی باشد که قبل از خراب شدن آن مال، دوباره مسافرت می‌کند [مثلاً در مورد فوق یا باید ظرف غذا را به مالک بدهد یا چنانچه بازهم به مسافرت خواهد رفت، آن را نگه‌دارد تا در سفر بعدی از آن استفاده نماید. نظریه‌ای که می‌گوید هزینه‌های سفر عامل باید از اصل مال و سرمایه پرداخت گردد، نظر مشهور فقهاست و مبتنی بر چند روایت است اما نظریه دیگری هم وجود دارد که هزینه‌های سفر را مانند هزینه‌های حضور برعهده عامل می‌داند و نیز نظریه دیگری می‌گوید که عامل می‌تواند مابه‌التفاوت هزینه‌های سفر و حضر را بگیرد.] و اگر شرط شود که هزینه‌ها از اصل مال و سرمایه، پرداخت نشود [بلکه برعهده عامل باشد] چنین شرطی لازم الوفاء است [چون پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه، حق عامل است و جزء قواعد آمده و مربوط به نظم عمومی نیست که نتوان خلاف آن را شرط کرد بنابراین عامل می‌تواند از حق خود بگذرد.] و اگر بعد از آنکه عدم پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه، شرط شد مالک اجازه بدهد که هزینه‌ها از اصل سرمایه پرداخت شود [این اجازه و اذن]، بخششی محض خواهد بود [بنابراین مالک می‌تواند از اذن خود برگردد] و اگر شرط شود که هزینه‌ها از اصل سرمایه پرداخت گردد، تأکیدی بیش نخواهد بود [زیرا اطلاق عقد نیز مقتضی آن است که هزینه‌ها از اصل سرمایه پرداخت گردد و شرط پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه به معنای تأکید بر مقتضای عقد است.] و در این حالت [که پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه، شرط می‌شود] باید مقدار هزینه‌ها مشخص گردد تا شرط مجهول نشود [یعنی اگر در ضمن عقد شرط شود که هزینه‌ها از اصل سرمایه پرداخت گردد اما میزان هزینه‌ها، مشخص نشود چنین شرطی، شرط مجهول بوده که جهل به آن، به عقد نیز سرایت پیدا می‌کند و موجب بطلان عقد می‌شود] برخلاف حالتی که [پرداخت هزینه‌ها از اصل سرمایه، شرط نمی‌شود بلکه] با حکم شرع ثابت می‌شود [یعنی عقد به صورت مطلق بیان می‌گردد و در چنین حالتی، شارع گفته است که هزینه‌ها باید از اصل سرمایه پرداخت گردد.] برای پرداخت هزینه‌های سفر از اصل مال و سرمایه، لازم نیست که سودی هم بدست آمده باشد بلکه اگر



سودی هم به دست نیامده باشد، هزینه‌ها از اصل مال و سرمایه پرداخت می‌شود اما اگر سودی به دست آمده باشد، هزینه‌ها از محل سود به دست آمده پرداخت می‌شود [یعنی قبل از آنکه اجرت عامل از سود، پرداخت شود باید هزینه‌ها را از سود پرداخت زیرا هزینه‌ها بر سهم عامل از سود، مقدم است و هزینه‌ها به منزله خسارتی است که بر مال وارد می‌شود. البته مرحوم محقق نجفی گفته است که اگر اجماع فقها نبود، اصول و قواعد شرعی اقتضا می‌کرد که پرداخت هزینه‌ها متوقف بر حصول سود باشد و هزینه‌ها نیز باید از محل سود و درآمد هر دو، پرداخت گردد.]. و هزینه مدت بیماری در سفر، برعهده عامل است [البته برخی از فقها گفته‌اند که هزینه بیماری هم مانند سایر هزینه‌های اشخاص واجب النفقه برعهده نفقه دهنده است پس همانگونه که شوهر، هزینه دارو و درمان همسرش را بعنوان نفقه می‌دهد، مالک نیز باید نفقه عامل را بپردازد. اما هزینه مدتی که عامل در بیماری بسر می‌برد نیز برعهده عامل است زیرا عامل در این مدت به امر تجارت اشتغال ندارد و برای مالک، فعالیت نمی‌کند و این در صورتی است که عامل نتواند بخاطر بیماری، فعالیت تجاری کند بنابراین چنانچه عامل به رخم بیمار بودن، فعالیت تجاری کند شکی نیست که باید هزینه‌های این مدت نیز به وی پرداخت شود.]. همچنین هزینه سفری که عامل بدون اذن و اجازه مالک، انجام می‌دهد برعهده عامل است هر چند عامل، مستحق سود می‌باشد [و عقد مضاربه به اعتبار خود باقی است] و منظور از سفر در اینجا سفر عرفی است و سفر شرعی، مورد نظر نمی‌باشد یعنی سفری که دارای مسافت خاصی است بنابراین مالک باید هزینه‌های سفر را بپردازد هر چند، مسافت آن کوتاه باشد [و حد مسافت شرعی نرسد] یا سفری باشد که نماز را در آن تمام می‌خواند [مانند اینکه قصد اقامت کرده باشد] مگر اینکه عامل از اسم مسافر، خارج شود [یعنی عرفاً نام مسافر به وی صدق نکند] یا مسافرت به جایی صورت گیرد که بیش تر از نیاز تجارت باشد که در این صورت هزینه‌ها از مال عامل پرداخت می‌گردد تا اینکه عنوان و وصف «سفر تجارتي» بر آن صدق کند. [بنابراین پرداخت و عدم پرداخت هزینه‌ها از اصل مال، دائر مدار صدق عنوان سفر تجارتي می‌باشد.]. شهید اول با عبارت «تمام هزینه‌ها» از مقدار بیش تر از هزینه حضر، پرهیز کرد زیرا گفته شده است که فقط هزینه‌های بیش تر از هزینه حضر، از اصل مال

پرداخت می‌شود. [منظور این عبارت، آن است که عده‌ای گفته‌اند عامل باید هزینه‌هایی را که معمولاً در حالت سکونت در شهر (حضر) پرداخت می‌شود از مال خودش بپردازد و مقدار بیش‌تر را از اصل مال بپردازد اما شهید اول با بکاربردن عبارت «تمام هزینه‌ها» این نظریه را رد کرد زیرا این عبارت شامل هزینه‌های حضر و سفر می‌شود.] و نیز شهید اول با بکاربردن عبارت «اصل مال» به این نکته اشاره کرده که پرداخت هزینه‌ها از اصل مال، نیازمند حصول سود نیست [زیرا آنچه که ملاک پرداخت هزینه‌ها می‌باشد، اصل مال است اعم از اینکه سودی وجود داشته باشد یا وجود نداشته باشد].

(وَلْيُسْتَرْتَقْدَا بِنَقْدِ الْبَلَدِ، بِثَمَنِ الْمِثْلِ فَمَا دُونَ) فَلَوْ اشْتَرَى نَسِيئَةً أَوْ بَعِيَ نَقْدَ الْبَلَدِ، أَوْ بِأَزْيَدٍ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ كَانَ فَضُولِيًّا، فَإِنْ أَجَازَهُ الْمَالِكُ صَحَّ، وَإِلَّا بَطَلَ، لِمَا فِي النَّسِيئَةِ مِنْ اِحْتِمَالِ الضَّرَرِ بِتَلْفِ رَأْسِ الْمَالِ، فَتَبْقَى عَهْدَةُ الثَّمَنِ مُتَعَلِّقَةً بِالْمَالِكِ، وَقَدْ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، أَوْ لَا يَكُونُ لَهُ عَرَضٌ فِي غَيْرِ مَا دَفَعَ، وَحَمْلًا فِي الْأَخْيَرِينَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ، وَ مَا فِيهِ الْغُبْطَةُ كَالْوَكِيلِ.

عامل [در صورتی که عقد جعاله به صورت مطلق، منعقد گردیده باشد] باید کالا را نقدی و با پول همان محل و با ثمن المثل یا کمتر از آن خریداری کند [مثلاً اگر تاجر ایرانی به عامل گفته باشد که اتومبیلی را در کشور آمریکا خریداری نماید و قیمت اتومبیل نیز یک میلیون دلار باشد، باید نقداً بهای اتومبیل را به فروشنده بدهد و ثمن را در قالب دلار بپردازد و قیمت اتومبیل، بیش‌تر از یک میلیون دلار نباشد] بنابراین چنانچه عامل، کالایی را به صورت نسیه یا به پول غیر آن محل یا به قیمتی بالاتر از ثمن المثل، خریداری کند عمل وی فضولی خواهد بود [مانند اینکه در مثال فوق مقرر شود که عامل، بهای اتومبیل را یک سال بعد بپردازد یا ثمن را در قالب ریال بپردازد یا آن را به مبلغ یک میلیون و یکصد هزار دلار خریداری کند] پس اگر مالک، چنین عقدی را اجازه بدهد، صحیح خواهد بود و گرنه عقد باطل می‌شود [و علت لزوم خریدن مال به صورت نقدی و با پول همان محل و به کمتر از ثمن المثل، آن است که چنانچه عقد مضاربه، به صورت مطلق منعقد گردد عامل باید مصلحت مالک را رعایت کند و مصلحت مالک نیز در خریدن نقدی است و خریدن نقدی معمولاً سودآور است و دلیل دیگر، آن است که]. در عقد نسیه، ممکن است با تلف شدن سرمایه، ضرر به مالک

وارد شود و ضمان عهدهٔ ثمن برعهدهٔ مالک، خواهد بود و چه بسا که نتواند ثمن را بپردازد یا قصدش آن باشد که کالا فقط با ثمنی که بعنوان سرمایه، پرداخته است خریداری شود. [خلاصه اینکه اگر عامل مثلاً اتومبیل را به صورت نسبه خریداری کند، پرداختن ثمن بر ذمهٔ او قرار می‌گیرد و چنانچه سرمایه‌ای که به عامل داده است، تلف شود مالک باید ثمنی را که بر ذمهٔ اوست به مشتری بدهد و این امر موجب ضرر او می‌شود زیرا سرمایه‌ای که به عامل داده بود، تلف شد و این تلف، از اموال مالک حساب می‌شود و علاوه بر این باید ثمن را نیز به فروشنده بدهد یعنی دو بار باید برای خریدن یک اتومبیل، پول بدهد و چه بسا که قصد مالک آن بوده که اتومبیل فقط با سرمایه‌ای که به عامل داده است خریداری شود بنابراین نسبه خریدن در فرضی که سرمایه نزد عامل تلف شود، موجب ضرر مالک خواهد بود. و اما دلیل اینکه خریدن کالا به غیر پول محل یا در مقابل ثمن بیش‌تر از ثمن‌المثل، جایز نمی‌باشد]، آن است که به غیر پول محل، خریداری کردن و به کمتر از ثمن‌المثل، حمل بر متعارف می‌شود [یعنی متعارف در تجارت آن است که خریدن کالا با پول محل و به کمتر از ثمن‌المثل، سودآور است بنابراین اگر مالک، عقد مضاربه را به صورت مطلق بیان کرده و در خصوص نوع پول یا مقدار ثمن، سکوت کرده باشد باید این اطلاق را حمل بر متعارف کرد و متعارف هم، خریدن با پول محل و به کمتر از ثمن‌المثل می‌باشد. اما باید توجه داشت که غالباً و به صورت متعارف، معاملهٔ نقدی و با پول محل و به کمتر از ثمن‌المثل، سودآور است اما گاهی ممکن است استثنائاً معاملهٔ نسبه و با غیرپول محل و یا به بیش‌تر از ثمن‌المثل، سودآور باشد که در این موارد استثنایی، عامل حکم وکیل را دارد و باید غبطه و مصلحت مالک را رعایت نماید و شهیدثانی در این زمینه می‌فرماید:] و در آنچه که غبطه و مصلحت وجود دارد، عامل در حکم وکیل است [یعنی همانگونه که وکیل باید مصلحت موکل را رعایت کند، عامل نیز باید مصلحت مالک را رعایت نماید. آنچه که گفته شد راجع به موردی است که عقد مضاربه به صورت مطلق، منعقد گردد اما اگر مالک، آن را به صورت عام بیان کند مثلاً بگوید: (به هر نحوی که صلاح می‌دانی، عمل کن). عامل می‌تواند معامله را به صورت نسبه یا با غیرپول محل یا به کمتر از ثمن‌المثل، انجام دهد هر چند عده‌ای گفته‌اند در اینجا هم، خرید نسبه یا به کمتر از ثمن‌المثل، جایز

نیست زیرا این دو مورد نیاز به تصریح دارد. به هر حال بهتر است عامل در همه این موارد، مصلحت مالک را مورد توجه قرار دهد. حال اگر مالک، عقد عامل را اجازه بدهد باید ثمن را بپردازد نه قیمت کالا را؛ و اگر اجازه ندهد عامل باید عین مال را به فروشنده برگرداند و اگر استرداد عین مال ممکن نباشد قیمت مبیع یا مثل آن برعهده عامل خواهد بود نه ثمنی که باید مدت دار پرداخت می شد زیرا عدم اجازه مالک، سبب بطلان عقد بیع می شود.]

(وَلْيَبِيعَ كَذَلِكَ) يَنْقُدُ الْبَلَدَ نَقْدًا (بِثَمَنِ الْمِثْلِ فَمَا فَوْقَهُ) لِمَا فِي التَّسْيِئَةِ مِنَ التَّغْزِيرِ بِمَالِ الْمَالِكِ، وَحَمَلًا لِلْإِطْلَاقِ عَلَى الْمُتَعَارَفِ، وَهُوَ نَقْدُ الْبَلَدِ كَالْوَكَالَةِ. وَقِيلَ: يَجُوزُ بَعْضُهُ، وَبِالْعَرَضِ مَعَ كَوْنِهِ مَظَنَّةً لِلرَّبْحِ، لِأَنَّ الْعَرَضَ الْأَقْصَى مِنْهَا ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ، وَفِيهِ قُوَّةٌ.

وَلَوْ أَدِنَ الْمَالِكُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ خُصُوصًا أَوْ عُمُومًا، كَتَصَرَّفَ بِرَأْيِكَ أَوْ كَيْفَ شِئْتَ جَازًا بِالْعَرَضِ قَطْعًا، أَمَّا التَّقْدُّ وَثَمَنُ الْمِثْلِ فَلَا يُخَالِفُهُمَا إِلَّا مَعَ التَّصْرِيحِ. نَعَمْ يُسْتَشْنَى مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ نُقْضَانُ يُتَسَامَحُ بِهِ غَادَةً.

همچنین عامل باید کالا را با پول محلّ و به صورت نقدی و در مقابل ثمن المثل یا بیش تر بفروشد زیرا اگر نسیه بفروشد، مال مالک در معرض تلف شدن قرار می گیرد [یعنی ممکن است خریدار، ثمن را نپردازد و در نتیجه مال مالک و سرمایه او از بین برود و عوض آن پرداخت نشود. و دلیل لزوم فروش با پول محل آن است] که اطلاق سخن مالک، حمل بر متعارف می شود که همان پول محل است [یعنی وقتی مالک به صورت مطلق به عامل می گوید که این کالا را بفروش، اطلاق کلام وی حمل بر فروش متعارف می شود یعنی فروش با پول محل زیرا متعارف در معاملات آن است که با پول محل، معامله انجام می شود و مضاربه در این حکم] مانند وکالت است اما یک دیدگاه آن است که فروش مال با غیر پول محل و در مقابل کالاهای دیگر نیز جایز است مشروط بر اینکه احتمال سود بردن وجود داشته باشد زیرا هدف نهایی در مضاربه آن است که سودی بدست آید و از این جهت با وکالت، تفاوت دارد [زیرا وکالت باید در حدود متعارف انجام شود اما در مضاربه باید سود بدست آید هر چند متعارف نباشد. شهیدثانی، این نظریه را پسندیده و می فرماید:] و این نظریه، قوی است. اگر مالک به

صورت عام یا خاص این امور را به عامل اجازه داده باشد مثلاً به او گفته باشد: «براساس نظر خودت عمل کن» یا «هرگونه که می خواهی عمل کن» عامل فقط می تواند سرمایه و مال مالک را در مقابل کالا بفروشد اما مخالفت با فروش نقدی و ثمن المثل [یعنی فروش به صورت نسیه و به کمتر از ثمن المثل] در صورتی جایز است که مالک به آن تصریح کرده باشد. البته از فروش به کمتر از ثمن المثل، استثنا می شود نقصانی که معمولاً قابل مسامحه است [یعنی اگر مالک، به صورت مطلق بیان کند و عامل به کمتر از ثمن المثل بفروشد اما این مقدار کمتر، ناچیز و قابل مسامحه باشد اشکالی ندارد].

(وَلَيْسَتْ بِعَيْنِ الْمَالِ)، لَا بِالذَّمِّ (الْإِمْعَ الْأَذْنِ فِي الذَّمِّ) وَلَوْ بِالْإِجَازَةِ، فَإِنْ اشْتَرَى فِيهَا بِدُونِهِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْمَالِكَ لَفُظًا وَلَا نِيَّةً وَقَع لَهُ، وَلَوْ ذَكَرَهُ لَفُظًا فَهُوَ فَضُولِيٌّ، وَنِيَّةً خَاصَّةً فَهُوَ لِلْعَامِلِ ظَاهِرًا، وَمَوْقُوفًا بَاطِنًا، فَيَجِبُ التَّخَلُّصُ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ.

عامل باید کالا را با عین مال و سرمایه مالک خریداری کند و معامله ذمه ای انجام ندهد [بنابراین اگر مالک، یک میلیون تومان به عامل داده باشد تا کالایی را بخرد عامل باید همین مبلغ را برای خریدن کالا به فروشنده پردازد و حق ندارد کالای مورد نظر را خریداری کرده و پرداخت ثمن را خودش بر ذمه بگیرد یا پرداخت آن را بر ذمه مالک، قرار دهد. دلیل این امر آن است که وقتی مالک، مالی را به عامل می دهد تا کالایی را خریداری کند، آنچه که از این عمل مالک، فهمیده می شود و قدر متیقن است آن است که عامل با همان مال، کالایی را خریداری کند و نیز بر ذمه گرفتن مال گاهی منجر به این می شود که مال دیگری غیر از سرمایه مالک پرداخت گردد مانند اینکه سرمایه، قبل از تحویل به خریدار، تلف شود بنابراین خریدن مال به شکل ذمه ای و تعهدی، جایز نیست] مگر اینکه مالک، اذن به معامله ذمه ای بدهد هر چند اذن او به شکل اجازه باشد [یعنی مالک پس از اینکه عامل، معامله ذمه ای انجام داد، معامله او را تنفیذ کند برخلاف اذن که قبل از انجام عمل، صورت می گیرد]. حال اگر عامل، کالایی را بدون اذن مالک و به صورت ذمه ای خریداری کند و مالک را در لفظ و نیت، ذکر نکند [یعنی مشخص نکند که پرداخت ثمن بر ذمه مالک یا عامل می باشد] معامله برای عامل، منعقد خواهد شد [و سود هم به عامل تعلق می گیرد]. و اگر عامل در کلام خود بیان کند که ثمن بر ذمه مالک می باشد، معامله فضولی خواهد بود و اگر عامل [در لفظ بیان نکند

که ثمن بر ذمه مالک می‌باشد بلکه] فقط تعلق ثمن بر عهده مالک را قصد کرده باشد، معامله ظاهراً برای عامل خواهد بود و در واقع، متوقف بر اجازه مالک خواهد بود و بر عامل، واجب است که از حق فروشنده، رهایی پیدا کند [یعنی چنین معامله‌ای در واقع، باطل است و مالی که فروشنده به عامل داده است از طریق عقد بیع صحیح به او منتقل نگردیده است بنابراین مبیع کماکان در مالکیت فروشنده قرار دارد و عامل که همان خریدار است باید بگونه‌ای حق فروشنده را تأدیه کرده و ذمه خود را خلاص کند.]

(وَأَوْ تَجَاوَزَ مَا حَدَّهُ الْمَالِكُ) مِنَ الزَّمانِ وَالْمَكَانِ وَالصَّنْفِ (ضَمِنَ)، وَالرَّيْحُ عَلَى الشَّرْطِ) كَمَا مَرَّ. أَمَّا لَوْ تَجَاوَزَ بِالْعَيْنِ وَالْمِثْلِ وَالتَّقْدِ وَقَفَّ عَلَى الْإِجَازَةِ، فَإِنْ لَمْ يُجِزْ بَطَلَ.

اگر عامل از نظر زمان و مکان و نوع تجارت با آنچه که مالک برای او تعیین کرده است مخالفت نماید، ضامن است [یعنی ضامن سرمایه‌ای می‌باشد که مالک در اختیار وی قرار داده است زیرا ید عامل در این صورت، ید امانی نیست و مرتکب تعدی و تفریط شده است] اما سود به همان شکلی که توافق کرده‌اند، میان مالک و عامل تقسیم می‌شود [زیرا میان تخلف عامل و بطلان معامله، ملازمه‌ای وجود ندارد و اذن در تجارت، وجود داشته است]. اما اگر عامل از نظر عین و مثل و پول با نظر مالک مخالفت کرده باشد، متوقف بر اجازه مالک است و اگر مالک، اجازه ندهد معامله عامل، باطل خواهد بود. [منظور از این حالت، آن است که عامل، کالایی را به بیش‌تر از ثمن المثل خریداری کند یا مال مالک را به کمتر از ثمن المثل بفروشد یا معامله نسبه انجام دهد.

(وَإِنَّمَا تَجُوزُ) الْمُضَارَبَةُ (بِالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ) إِجْمَاعاً، وَلَيْسَ تَمَّةً عَلَّةً مُفْتَعَةً غَيْرُهُ، فَلَا تَصِحُّ بِالْعُرُوضِ وَلَا الْفُلُوسِ وَلَا الدَّيْنِ وَغَيْرِهَا، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ الْمُعَيَّنِ وَالْمُشَاعِ.

مضاربه به اجماع فقها، با درهم و دینار جایز است [یعنی مالک فقط باید درهم و دینار را بعنوان سرمایه در اختیار عامل قرار دهد که در کشور ما، منظور وجه رایج است اما رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور، آن را شامل ارز خارجی هم دانسته است] اما دلیل قانع‌کننده‌ای بجز اجماع برای لزوم درهم و دینار بودن سرمایه وجود ندارد. به هر حال مضاربه با کالا و مال و پول غیر از درهم و دینار و دین و سایر اموال، صحیح نیست. [مضاربه با دین بدین صورت است که طلبکار به بدهکار بگوید، طلبی را که از تو

دارم بعنوان سرمایه قرار می‌دهم تا با آن تجارت کنی و تجارت با سایر اموال مانند طلا و نقره‌ای که به شکل مسکوک درنیامده باشد. در جایی که درهم و دینار بعنوان سرمایه قرار می‌گیرد [تفاوتی وجود ندارد که درهم‌ها و دینارها به صورت معین و مفروز باشد یا به صورت مشاعی باشد.

(و تَلَزَمُ الْحِصَّةُ بِالشَّرْطِ) دُونَ الْأَجْرَةِ، لِأَنَّهَا مُعَامَلَةٌ صَحِيحَةٌ فَيَلْزَمُ مُقْتَضَاهَا، وَ هُوَ مَا شَرِطَ لِلْعَامِلِ مِنَ الْحِصَّةِ. وَ فِي قَوْلٍ نَادِرٍ أَنَّ اللَّازِمَ أَجْرَةُ الْمِثْلِ، وَ أَنَّ الْمُعَامَلَةَ فَاسِدَةٌ، لِبَهَالَةِ الْعَوْضِ. وَ التَّضَوُّصُ الصَّحِيحَةُ عَلَى صِحَّتِهَا، بَلْ إِجْمَاعُ الْمُسْلِمِينَ يَدْفَعُهُ.

و سهم مالک و عامل براساس شرطی که تعیین کرده‌اند، پرداخت می‌شود و اجرتی به عامل پرداخت نمی‌گردد زیرا مضاربه، معامله صحیحی است و مفاد آن لازم الاجرا می‌باشد یعنی حصه و سهمی که برای عامل تعیین گردیده است [باید به وی پرداخت شود] و یک نظریه ضعیفی وجود دارد [که منتسب به شیخ مفید و قاضی ابن براج می‌باشد و می‌گوید: باید اجرت المثل پرداخت گردد زیرا معامله انجام شده بخاطر معلوم نبودن عوض و معوض، فاسد و باطل می‌باشد. [این نظریه، صحیح نیست و اجتهاد در مقابل انس می‌باشد بنابراین] روایت‌های صحیحی که این معامله را صحیح می‌دانند و نیز اجماع فقهای مسلمان، این نظریه را رد می‌کند. [شهیدثانی در کتاب مسالک، عقد مضاربه را مرکب از چند عقد می‌داند و صاحب جواهر، احکام چند عقد را در مضاربه قابل اجرا دانسته است. از یک سو، مالک به عامل وکالت می‌دهد تا به حساب او تجارت کند. از سوی دیگر، سرمایه خود را به امانت، نزد وی قرار می‌دهد و از طرفی، شرکت در سود پیدا می‌کنند بنابراین ترکیبی از وکالت، امانت و شرکت وجود دارد و همین امر موجب اختلاف در ماهیت عقد مضاربه شده است.]

(وَ الْعَامِلُ أَمِينٌ لَا يَضْمَنُ إِلَّا بَتَعَدُّ، أَوْ تَفْرِيطٍ) وَ مَعَهُمَا يَبْقَى الْعَقْدُ وَ يَسْتَحِقُّ مَا شَرِطَ لَهُ وَ إِنْ ضَمِنَ الْمَالُ.

عامل، آمین است و ضامن [تلف شدن مال نمی‌باشد] مگر اینکه مرتکب تعدی یا تفریط شده باشد [تعدی یعنی اینکه عمل را انجام دهد که نباید انجام می‌داد مثلاً کالایی را خریداری کند که مالک، منع کرده است یا بدون اذن مالک به مسافرت برود. تفریط یعنی اینکه عملی را که باید انجام بدهد، انجام ندهد مثلاً پول نقد و سرمایه مالک را نزد

بانک نسپارد و خودش نگهداری کند.] و اگر عامل مرتکب تعدی یا تفریط شود، عقد مضاربه همچنان به اعتبار خود باقی می ماند و عامل، مستحق دریافت سهم و حصّه‌ای است که ضمن عقد مضاربه برای او تعیین شده است هر چند ضامن مال نیز می باشد [یعنی ضامن بودن عامل منافاتی با استحقاق وی برای دریافت سهم خودش ندارد. در مورد اینکه ضمانت عامل نسبت به بهای کالا در زمان تعدی و تفریط می باشد یا نسبت به وضعیت بعد از تعدی و تفریط نیز مسؤولیت دارد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد و ظاهر ادله، احتمال نخست را تقویت می کند.]

(وَلَوْ فَسَخَ الْمَالِكُ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُهُ مِثْلِهِ إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ) الَّذِي فَسَخَ فِيهِ (إِنْ لَمْ يَكُنْ) ظَهَرَ (رِبْحٌ)، وَإِلَّا فَلَهُ حِصَّتُهُ مِنَ الرَّبْحِ.  
وَرُبَّمَا يُشْكِلُ الْحُكْمُ بِالْأَجْرَةِ عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الرَّبْحِ، بَأَنَّ مُقْتَضَى الْعَقْدِ اسْتِحْقَاقُ الْحِصَّةِ إِنْ حَصَلَتْ لَا غَيْرَهَا، وَتَسَلُّطُ الْمَالِكِ عَلَى الْفَسْخِ مِنْ مُقْتَضِيَاتِهَا، فَالْعَامِلُ قَادِمٌ عَلَى ذَلِكَ فَلَا شَيْءَ لَهُ سِوَى مَا عَيَّنَ.

وَلَوْ كَانَ الْمَالُ عَرُوضاً عِنْدَ الْفَسْخِ، فَإِنْ كَانَ بِهِ رِبْحٌ فَلِلْعَامِلِ بَيْعُهُ إِنْ لَمْ يَدْفَعْ الْمَالِكُ إِلَيْهِ حَقَّهُ مِنْهُ وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَالِكِ، وَإِنْ رَجَى الرَّبْحَ حَيْثُ لَا يَكُونُ بِالْفِعْلِ.  
وَلَوْ طَلَبَ الْمَالِكُ انْضَاضَهُ فِي إِجْبَارِ الْعَامِلِ عَلَيْهِ قَوْلَانِ أَجُودُهُمَا الْعَدَمُ.  
وَلَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ مِنْ غَيْرِ الْمَالِكِ إِثْمًا بِعَارِضٍ يُفْسِدُ الْعَقْدَ الْجَائِزَ أَوْ مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ فَلَا أَجْرَةَ لَهُ، بَلِ الْحِصَّةُ إِنْ ظَهَرَ رِبْحٌ، وَقِيلَ: لَهُ الْأُجْرَةُ أَيْضاً.

اگر مالک، عقد مضاربه را فسخ کند، [فسخ او صحیح است زیرا مضاربه، عقد جایزی است که مالک و عامل می توانند در هر زمانی، آن را فسخ نمایند اما] اجرت المثل عمل عامل تا زمان فسخ عقد، به وی پرداخت می شود مشروط بر اینکه تا آن زمان، سودی به دست نیامده باشد اما اگر سود، بدست آمده باشد سهم او به وی پرداخت می شود. [علت لزوم پرداختن اجرت المثل به عامل در صورت اول آن است که عمل عامل، محترم است و به درخواست مالک صورت گرفته است بدون اینکه تیرّعی باشد بنابراین اگر فسخ عقد مضاربه بوسیله عامل یا هر دو، صورت گیرد اجرتی به عامل پرداخت نخواهد شد.] اما ممکن است در مورد لزوم پرداخت اجرت المثل به عامل، در صورتی که سودی تا زمان فسخ، به دست نیامده باشد ایراد شود که مقتضای عقد



مضاربه آن است که چنانچه سودی از تجارت به دست آید، سهمی به عامل پرداخت شود و عقد مضاربه، متضمن حکم دیگری نیست [از جمله اینکه اگر سودی به دست نیاید، اجرت‌المثل به عامل پرداخت شود] و نیز مقتضای عقد مضاربه، آن است که مالک هر وقت بخواهد بتواند عقد مضاربه را فسخ نماید بنابراین عامل [با اطلاع از مقتضیات عقد مضاربه] اقدام به انعقاد عقد مضاربه نموده است و چیزی بجز سهمی که معین گردیده است به وی تعلق نمی‌گیرد [یعنی وقتی عامل می‌داند که مالک، حق فسخ دارد و اگر معامله را فسخ کند و سودی حاصل نشده باشد چیزی به وی تعلق نمی‌گیرد و با این وجود، عقد مضاربه را امضا کند معنایش آن است که خودش علیه خودش اقدام کرده است. البته ممکن است به این ایراد چنین پاسخ داده شود که پرداخت سود به عامل، مبتنی بر این فرض است که عقد مضاربه تا زمان حصول سود، استمرار داشته باشد و مالک، عقد را فسخ نکند بنابراین اگر مالک، عقد را فسخ کند، سود مربوط به عامل را از بین برده است و باید اجرت‌المثل عمل وی را بپردازد اما این پاسخ با ماهیت عقد مضاربه سازگار نیست زیرا عقد مضاربه، مقتضی آن است که فقط سود پرداخت شود. در این زمینه، نظریه‌های دیگری نیز وجود دارد از جمله نظریه مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره که می‌گوید حتی اگر عامل، عقد مضاربه را فسخ کند مستحق دریافت اجرت‌المثل خواهد بود و نظریه دیگری که می‌گوید چنانچه عامل به وظیفه خود عمل کرده باشد اما مالک قبل از حصول سودی که احتمال آن می‌رود، عقد مضاربه را فسخ نماید اجرت‌المثل به او تعلق می‌گیرد زیرا عمل وی محترم است و مالک، سبب از بین رفتن حق وی شده است.] اگر مالی [که در نتیجه تجارت بدست آمده و هنگام فسخ معامله، نزد عامل می‌باشد به صورت وجه نقد نباشد بلکه] هنگام فسخ معامله، به صورت کالا باشد چنانچه آن کالا، متضمن سودی باشد عامل می‌تواند چنانچه مالک، سهم و حق او را از آن کالا به وی نداده باشد [بدون اذن مالک]، کالا را بفروشد [اما این نظریه بدون اشکال نیست زیرا مالک و عامل، نسبت به این کالا باهم شریک هستند و شریک نمی‌تواند بدون اذن شریک، تصرفی در مال مشترک بنماید]. اما اگر آن کالا، متضمن سودی نباشد عامل نمی‌تواند بدون اذن مالک، آن را بفروشد هر چند احتمال سود برود در جایی که آن سود، بالفعل نباشد. [مرحوم محقق حلی گفته است که

چنانچه احتمال پیدا شدن مشتری برود که کالا را با ثمن بیش‌تری بخرد تا سود در آن پیدا شود، فروش آن جایز است زیرا عامل نسبت به آن کالا، حق دارد. شهید نیز در کتاب مسالک گفته است که اگر این مشتری فعلاً وجود داشته باشد، عامل حق فروش دارد چون احتمال تحقق سود، قوی است اما این نظریه‌ها ضعیف است زیرا در هر صورت موجب دخالت شریک در مال مشترک، بدون اذن شریک، خواهد بود. [و اگر مالک درخواست تبدیل کالا به پول را بنماید، در مورد اجبار عامل به پذیرش این درخواست، دو دیدگاه وجود دارد و دیدگاه بهتر آن است که عامل، تکلیفی به پذیرش آن ندارد] زیرا اصل بر براءت می‌باشد اما دلیل کسانی که عامل را موظف به پذیرش این درخواست می‌دانند، آن است که عامل، وجه نقد از مالک گرفته است پس باید وجه نقد به او تحویل بدهد (علی‌الیدما أخذت حتی توذی) و عامل سبب تغییر سرمایه نقدی مالک به کالا بوده است پس باید خودش هم، آن را به حالت اول برگرداند. [اما اگر فسخ عقد مضاربه، از جانب غیرمالک باشد مانند اینکه مضاربه‌ای [همچون جنون یا مرگ] پیدا شود که عقد جایز را باطل می‌کند یا عامل، عقد را فسخ نماید؛ در این صورت، اجرتی به عامل تعلق نمی‌گیرد بلکه چنانچه سودی بدست آید، سهم عامل به وی داده می‌شود و یک دیدگاه [که مربوط به مرحوم علامه در کتاب تذکره می‌باشد] آن است که در اینجا هم اجرت‌المثل به عامل پرداخته می‌شود. [چون عمل وی محترم بوده و تبرعی نبوده است].

(وَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ فِي رَأْسِ الْمَالِ)، لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزَّائِدِ وَالْأَضْلُ مَعَهُ. (وَ) فِي (قَدْرِ الرَّبْحِ) لِأَنَّهُ أَمِينٌ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ.

در خصوص مقدار سرمایه [چنانچه مالک و عامل، پیرامون آن با یکدیگر اختلاف پیدا کنند]، سخن عامل پذیرفته می‌شود زیرا عامل، مقدار زیادی را انکار می‌کند و اصل [عدم زیادی هم] یاور اوست. [و در اینجا تفاوتی نمی‌کند که سرمایه، موجود باشد یا تلف شده باشد چون اختلاف آنها در مقدار مالی است که به عامل تحویل شده است و اصل براءت نیز مؤید سخن اوست. مؤلف کتاب جامع المقاصد و مسالک گفته‌اند که در اینجا سخن مالک پذیرفته می‌شود و عده‌ای هم گفته‌اند که اگر سرمایه با تفریط عامل از بین رفته باشد، سخن مالک پذیرفته می‌شود. مقدم شدن سخن مالک در صورتی که

سودی حاصل شده باشد، قابل توجیه است زیرا بازگشت این اختلاف به آن است که سود بیشتری به عامل برسد چرا که عامل، مقدار سرمایه را کمتر می‌گوید تا مقدار باقیمانده، سود تلقی شود حال آنکه اصل بر عدم تحقق سود و عدم استحقاق عامل نسبت به مقدار بیش‌تر می‌باشد. [همچنین اگر در مقدار سود [با یکدیگر، اختلاف پیدا کنند سخن عامل پذیرفته می‌شود زیرا عامل، امین است بنابراین سخن وی در خصوص مقدار سود پذیرفته می‌شود. [اگر اختلاف آنها در مقدار سود عامل باشد مثلاً عامل بگوید مقرر شده که پنجاه درصد به من داده شود اما مالک بگوید مقرر شده که چهل درصد بگیری، سخن مالک مقدم می‌شود زیرا مالک، مقدار زیادی را انکار می‌کند و اصل بر آن است که سود تابع اصل باشد بنابراین فقط مقداری خارج می‌شود که مالک به آن اقرار می‌کند.]

(وَيَبْغِي أَنْ يَكُونَ رَأْسَ الْمَالِ مَعْلُومًا عِنْدَ الْعَقْدِ لِتَرْتَفِعَ الْجِهَالَةُ عَنْهُ، وَلَا يُكْتَفَى بِمُشَاهَدَتِهِ. وَقِيلَ: تَكْفِي الْمُشَاهَدَةُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ اخْتِيَارِهِ هُنَا، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّيْخِ وَالْعَلَامَةِ فِي الْمُخْتَلَفِ، لِزَوَالِ مُعْظَمِ الْعَرَرِ بِالْمُشَاهَدَةِ، وَاللَّأَصْلُ، وَلِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ : «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ سُرُوطِهِمْ»، فَإِنْ قُلْنَا بِهِ وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ كَمَا تَقَدَّمَ، لِلَّأَصْلِ، وَالْأَفْوَى الْمَنْعُ.

سرمایه و رأس المال باید هنگام عقد، معلوم باشد تا جهالت آن برطرف گردد [و منظور از معلوم بودن، علم به جنس و مقدار آن است و دلیل لزوم معلوم بودن آن است که جهل به سرمایه موجب غرری شدن معامله می‌شود و مقدار سرمایه را نمی‌توان مشخص کرد اما این جهل در صورتی مانع است که منتهی به علم نشود و غرری بودن هم فقط در بیع، نهی شده است.] و مشاهده کردن سرمایه کفایت نمی‌کند [زیرا در مواردی که علم لازم است نمی‌توان مشاهده کردن را وسیله علم قرارداد] و گفته شده است [و این گفته، مربوط به سیدمرتضی و شیخ طوسی است] که مشاهده کردن سرمایه، کفایت می‌کند و این نظریه از ظاهر اختیار شهید اول در کتاب لمعه، فهمیده می‌شود [زیرا ایشان گفته است که: (در صورت اختلاف در مقدار سرمایه سخن عامل پذیرفته می‌شود) و ظاهر این سخن آن است که مشاهده سرمایه کفایت می‌کند و به همین جهت سخن عامل در مورد مقدار سرمایه، پذیرفته می‌شود] و این نظریه مورد قبول شیخ

طوسی و علامه حلی در کتاب مختلف است زیرا عمده غرر و جهل با مشاهده کردن، برطرف می شود و اصل هم بر جواز و صحت مضاربه است [یعنی اگر شک کنیم که عقد مضاربه در صورت مشاهده سرمایه، صحیح است یا خیر، اصل بر صحت آن می باشد] بخاطر سخن پیامبر (ص) که فرمود: «مؤمنین، پای بند به شروط خود هستند. پس اگر مشاهده کردن سرمایه را کافی بدانیم و عامل و مالک در مورد مقدار سرمایه باهم اختلاف پیدا کنند، سخن عامل پذیرفته می شود همانگونه که بیان شد چون اصل [بر عدم زیادی است] اما نظریه قوی تر آن است که مشاهده کردن سرمایه، کفایت نمی کند. [بهتر است مشاهده را در صورتی کافی بدانیم که جهل را برطرف کند چون هدف، برطرف شدن جهل می باشد].

(و لَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَا فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَالِكِ، كَمَنْ يَنْعَتِقُ عَلَيْهِ) أَي: عَلَى الْمَالِكِ، لِأَنَّهُ تَحْسِيرٌ مَخْضٌ، وَ الْغَرَضُ مِنْ هَذِهِ الْمُعَامَلَةِ الْأَشْتِرْبَاخِ فَإِنْ اشْتَرَاهُ بِدُونِ إِذْنِهِ كَانَ فَضُولِيًّا مَعَ عِلْمِهِ بِالنَّسَبِ وَ الْحُكْمِ أَمَّا مَعَ جَهْلِهِ بِهِمَا، أَوْ بِأَحَدِهِمَا، فَفِي صِحَّتِهِ وَ عِتْقِهِ عَنِ الْمَالِكِ، أَوْ الْخَافِقِ بِالْعَالِمِ وَ جَهَانَ، مَا خَذَهُمَا: انْصِرَافُ الْإِذْنِ إِلَى مَا يُمْكِنُ بَيْعُهُ وَ الْأَشْتِرْبَاخُ بِهِ فَلَا يَدْخُلُ هَذَا فِيهِ مُطْلَقًا، وَ مِنْ كَوْنِ الشَّرْطِ بِحَسَبِ الظَّاهِرِ، لِاشْتِحَالِهِ تَوَجُّهُ الْخِطَابِ إِلَى الْغَاغِلِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيْبًا لَا يَعْلَمُ بِعَيْبِهِ فَتَلَفَ بِهِ، (وَ) كَذَا (لَا يَشْتَرِي مِنْ رَبِّ الْمَالِ شَيْئًا)، لِأَنَّ الْمَالَ لَهُ، وَ لَا يُشْتَرَى مَالُ الْإِنْسَانِ بِمَالِهِ.

(وَ لَوْ أُذِنَ فِي شِرَاءِ أَبِيهِ) وَ غَيْرِهِ مِمَّنْ يَنْعَتِقُ عَلَيْهِ (صَحَّ وَ انْعَتَقَ) كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بِنَفْسِهِ أَوْ وَ كَيْلِهِ، وَ بَطَلَتِ الْمُضَارَبَةُ فِي ثَمَنِهِ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّالِفِ، وَ صَارَ الْبَاقِي رَأْسَ الْمَالِ إِنْ كَانَ، (وَ لِلْعَامِلِ الْأُجْرَةُ) سِوَاءَ ظَهَرَ فِيهِ رِبْحٌ أَمْ لَا، أَمَّا مَعَ عَدَمِهِ فَظَاهِرٌ إِلَّا عَلَى الْإِحْتِمَالِ السَّابِقِ فِيمَا لَوْ فَسَخَ الْمَالِكُ بِنَفْسِهِ، وَ أَمَّا مَعَ ظُهُورِهِ، فَلِبَطْلَانِ الْمُضَارَبَةِ بِهَذَا الشِّرَاءِ، لِعَدَمِ كَوْنِهِ مِنْ مُتَعَلِّقِي الْإِذْنِ، لِأَنَّ مُتَعَلِّقَهُ مَا فِيهِ رِبْحٌ وَ لَوْ بِالْمِطْنَةِ وَ هُوَ مَنْفِيٌّ هُنَا، لِكَوْنِهِ مُسْتَعْقِبًا لِعِتْقٍ فَإِذَا صَرَفَ التَّمَنَّ فِيهِ بَطَلَتْ.

وَ يُحْتَمَلُ ثُبُوتُ الْحِصَّةِ إِنْ قُلْنَا بِمِلْكِهَا بِالظُّهُورِ لِتَحَقُّقِهِ، وَ لَا يَفْدَحُ عِتْقُهُ الْقَهْرِيُّ، لِصُدُورِهِ، بِإِذْنِ الْمَالِكِ، كَمَا لَوْ اسْتَرَدَّ طَائِفَةً مِنَ الْمَالِ بَعْدَ ظُهُورِهِ، وَ حِينَئِذٍ فَيَسْرِي عَلَى الْعَامِلِ مَعَ يَسَارِ الْمَالِكِ إِنْ قُلْنَا بِالسَّرَايَةِ فِي الْعِتْقِ الْقَهْرِيِّ، أَوْ مَعَ اخْتِيَارِ الشَّرِيكِ السَّبَبِ. (وَ لَوْ اشْتَرَى) الْعَامِلُ (أَبَا نَفْسِهِ)، وَ غَيْرَهُ مِمَّنْ يَنْعَتِقُ عَلَيْهِ (صَحَّ)، إِذْ لَا ضَرَرَ عَلَى

الْمَالِكِ (فَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ رِبْحٌ) حَالَ الشَّرَاءِ، أَوْ بَعْدَهُ (انْتَعَقَ نَصِيْبَهُ) أَي: نَصِيبُ الْعَامِلِ، لِاخْتِيَارِهِ السَّبَبَ الْمُفْضِي إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بِمَالِهِ (وَيَسْعَى الْمُعْتَقُ) وَهُوَ الْأَبُ (فِي الْبَاقِي) وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مُوسِرًا، لِصَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْحَاكِمَةُ بِاسْتِسْعَائِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِفْضَالٍ.

وَقِيلَ: يَسْرِي عَلَى الْعَامِلِ مَعَ يَسَارِهِ، لِاخْتِيَارِهِ السَّبَبَ وَهُوَ مُوجِبٌ لَهَا كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَحُمِلَتِ الرُّوَايَةُ عَلَى إِعْسَارِهِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ.

وَرُبَّمَا فُرِّقَ بَيْنَ ظُهُورِ الرِّبْحِ حَالَةَ الشَّرَاءِ وَتَجَدُّدِهِ، فَيَسْرِي فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَ يُمَكِّنُ حَمْلَ الرُّوَايَةِ عَلَيْهِ أَيْضًا.

وَفِي وَجْهِ ثَالِثٍ بَطْلَانُ الْبَيْعِ، لِأَنَّهُ مُنَافٍ لِمَقْصُودِ الْقَرَضِ، إِذِ الْغَرَضُ هُوَ السَّعْيُ لِلتَّجَارَةِ الَّتِي تَقْبَلُ التَّقْلِيْبَ لِلِاسْتِرْبَاحِ، وَالشَّرَاءُ الْمُتَعَقِّبُ لِلْعِتْقِ يُنَافِيهِ. وَالْوَسْطُ قَوِيٌّ لَوْ لَا مُعَارَضَةُ إِطْلَاقِ النَّصِّ الصَّحِيحِ.

عامل حق ندارد، چیزی را خریداری کند که موجب ضرر مالک می شود مانند عبدی که به ضرر مالک، آزاد می شود زیرا [خریدن پدر مالک با سرمایه و از سوی مالک توسط عامل] ضرر و خسارت زدن محض به مالک می باشد در حالی که هدف عقد مضاربه، سود بردن است بنابراین چنانچه عامل، پدر مالک را بدون اذن مالک، خریداری کند و بداند که عبد موضوع معامله، پدر مالک می باشد و برای حکم چنین معامله ای، آزاد شدن برده است، عقد فضولی خواهد بود اما اگر نداند که آن عبد، پدر مالک است و نداند که خریدن چنین عبدی موجب آزادی وی می شود و یا یکی از این دو مورد را نداند، در مورد صحّت خریدن برده و آزاد شدن وی از سوی مالک [یعنی پدر برده] یا الحاق آن به حالتی که عامل، علم داشته است [که موجب فضولی شدن معامله می گردد] دو احتمال وجود دارد و منشأ این دو احتمال آن است که اذن مالک، منصرف به خریدن چیزهایی است که قابل معامله بوده و سودآور باشد بنابراین خریدن پدر مالک، داخل در چنین اذنی نمی شود اعم از اینکه عامل، عالم باشد یا جاهل باشد [بنابراین خریدن پدر مالک، فضولی است. اما علت صحّت معامله آن است که] شرط تعلق اذن به چیزی که معامله آن امکان داشته و سودآور باشد یک شرط ظاهری است چون محال است که خطاب شرعی متوجه شخص غافل شود و این

مسأله مانند جایی است که عامل، کالای معیوبی را خریداری کند و علم به عیب آن نداشته باشد و آن مال بخاطر عیب مذکور، تلف شود [پس همانگونه که در آنجا معامله صحیح است و عامل، ضامن نمی‌باشد در اینجا هم معامله صحیح است و برده، آزاد می‌شود] همچنین عامل نباید مالی را از مالک و صاحب سرمایه، خریداری کند زیرا سرمایه متعلق به مالک است و کسی مال دیگری را با مال خودش، معامله و معاوضه نمی‌کند. اگر مالک به خریدن پدر خود و سایر اشخاصی که اگر خریداری شوند، آزاد می‌گردند اذن بدهد، صحیح است و برده خریداری شده آزاد می‌گردد و این حالت مانند آن است که مالک، خودش یا توسط وکیلش، چنین اشخاصی را خریداری کند و عقد مضاربه به اندازه ثمنی که برای خریدن برده، پرداخت شده است باطل می‌شود زیرا به منزله مالی می‌باشد که تلف شده است و اگر مقداری از مال مالک باقی بماند، سرمایه محسوب می‌شود و عامل مستحق اجرت‌المثل است اعم از اینکه سودی حاصل شده باشد یا حاصل نشده باشد زیرا اگر سودی حاصل نشده باشد، حکم مسأله معلوم است مگر بنا بر احتمالی که قبلاً گفته شد در صورتی که مالک خودش معامله را فسخ کند [و سودی بدست نیامده باشد و عامل اقدام به معامله‌ای کرده باشد که احتمال فسخ آن از سوی مالک می‌رود]. اما اگر سودی بدست آمده باشد، تعلق اجرت‌المثل به عامل بخاطر آن است که عقد مضاربه با خریدن چنین انسانی، باطل می‌شود چرا که اذن مالک شامل چنین حالتی نبوده است بلکه اذن وی منصرف به حالتی است که سود داشته باشد هر چند سود احتمالی باشد که چنین سودی در اینجا منتفی است زیرا متعاقب خریدن برده، آزاد می‌شود سپس اگر ثمنی برای آن پرداخت شود، باطل می‌گردد [و مالک، ضامن اجرت‌المثل است] و احتمال می‌رود که حصه و سهم عامل به وی پرداخت گردد اگر بگوئیم که با حاصل شدن سود، حصه عامل به ملکیت وی درمی‌آید زیرا در اینجا سود تحقق یافته است و آزاد شدن قهری برده ضرری وارد نمی‌کند زیرا خریدن وی با اذن مالک بوده است مانند جایی که مالک پس از تحقق سود، مقداری از سرمایه را مسترد نماید [تحقق سود بدین صورت است که مثلاً عامل، برده را هزار تومان می‌خرد و اینک قیمت آن هزار و پانصد تومان است و عامل در این پانصد تومان، حصه خود را می‌برد] و در این صورت که سود بدست

می آید، چنانچه مالک، ثروتمند و مالدار باشد به سهم عامل نیز سرایت پیدا می‌کند مشروط بر اینکه در آزاد شدن قهری نیز قائل به سرایت باشیم [یعنی در جائی که شخصی از راه ارث مالک نصف پدر خود می‌شود چنانچه مالدار باشد باید نصف دیگری را نیز آزاد کند سپس در اینجا هم همین حکم را دارد و مالک باید سهم عامل را آزاد کند] و یا شریک [یعنی مالک] سبب آن را اختیار کند [یعنی مالک با اذنی که به عامل می‌دهد، سبب آزاد کردن پدرش را اختیار کرده است.] اگر عامل، پدر خودش یا اشخاصی را که به ضرر وی آزاد می‌شوند، خریداری کند، صحیح است زیرا ضرری به مالک وارد نمی‌شود پس اگر در زمان خرید یا پس از آن، سودی به دست آید، سهم عامل آزاد می‌شود زیرا عامل، سبب آزاد شدن پدرش را اختیار کرده است مانند جایی که پدرش را با مال خودش خریداری کرده باشد و پدر تلاش می‌کند که بقیه خود را آزاد نماید هر چند پدر، مالدار باشد بخاطر روایت صحیح محمد بن ابن عمیر از امام صادق (ع) که حکم به تلاش پدر برای آزادی خود می‌کند، بدون اینکه میان مالدار بودن یا فقیر بودن عامل، تفصیل بدهد و یک دیدگاه آن است که اگر عامل، مالدار باشد باید بقیه پدرش را آزاد نماید زیرا عامل، سبب را [که همان خریدن پدرش می‌باشد] اختیار کرده است و خریدن اختیاری پدر موجب سرایت در آزاد کردن پدر می‌شود و حکم این مسأله را بعداً بیان خواهیم کرد و برای جمع کردن میان ادله، روایت حمل بر حالت اعسار عامل می‌شود. یک دیدگاه هم آن است که باید میان حالتی که سود در زمان خریدن حاصل می‌شود و حالتی که سود بعد از خریدن، حاصل می‌شود باید تفکیک نمود. در حالت اول، سرایت می‌کند اما در حالت دوم، سرایت نمی‌کند و روایت نیز ممکن است حمل بر چنین تفصیلی شود. دیدگاه سوم نیز آن است که معامله خریدن پدر عامل، باطل است زیرا با هدف و فلسفه عقد مضاربه منافات دارد چراکه هدف مضاربه، تجارتمندی است که قابلیت سودآوری داشته باشد در حالیکه خریدن پدر که آزاد شدن وی را در پی دارد، چنین قابلیت ندارد. نظریه وسطی [یعنی تفصیل میان مالدار بودن و فقیر بودن عامل] قوی است اگر با اطلاق روایت صحیح، تعارضی نداشته باشد.





## (کتاب الودیعه)

(وَهِيَ اسْتِنَابَةٌ فِي الْحِفْظِ) أَي: اسْتِنَابَةٌ فِيهِ بِالذَّاتِ، فَلَا يَرُدُّ مِثْلُ الْوَكَالَةِ فِي بَيْعِ شَيْءٍ، أَوْ شِرَائِهِ مَعَ إِثْبَاتِ الْيَدِ عَلَيْهِ، فَإِنَّهَا تَسْتَلْزِمُ الْاسْتِنَابَةَ فِيهِ إِلَّا أَنَّهَا بِالْعَرَضِ، وَالْقَصْدُ بِالذَّاتِ الْأِذْنُ فِيهَا وَكُلٌّ فِيهِ.

ثُمَّ الْاسْتِنَابَةُ إِنَّمَا تَكُونُ مِنَ الْمَوْدِعِ، وَالْوَدِيعَةُ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِالْمُتَعَاقِدَيْنِ، فَلَا تَكُونُ الْوَدِيعَةُ هِيَ الْاسْتِنَابَةَ، بَلْ هِيَ وَقَبُولُهَا، وَإِنْ اكْتَفَيْنَا بِالْقَبُولِ الْفِعْلِيِّ.  
وَكَانَ التَّعْرِيفُ، لَمَّا كَانَ لِعَقْدِهَا - كَمَا عَلِمَ مِنْ مَذْهَبِ الْمُصَنِّفِ - وَكَانَ الْمُعْتَبَرُ مِنْهُ الْإِيجَابُ تَسَامُحًا فِي إِطْلَاقِهَا عَلَيْهِ، أَوْ لِأَنَّ الْاسْتِنَابَةَ تَسْتَلْزِمُ قَبُولَهَا فَإِنَّهَا لَوْ تَجَرَّدَتْ عَنْهُ لَمْ تُؤْتَرُ.

ودیعه، نایب گرفتن برای حفظ مال است یعنی ذاتاً و اصالتاً، نایب گرفتن برای حفظ مال است بنابراین مواردی همچون وکالت برای فروش یا خرید چیزی که مستلزم تسلط وکیل بر مال می شود، مشمول آن نخواهد بود زیرا وکالت گرچه مستلزم نایب گرفتن وکیل برای محافظت از مال است اما این نایب گرفتن به صورت عَرَضِی و فرعی می باشد و هدف ذاتی و اصل در عقد وکالت، آن است که نسبت به موضوع وکالت، اذن داده می شود. [خلاصه اینکه در عقودی همچون وکالت، اجاره، عاریه، مزارعه و مساقات، نگهداری و محافظت از مال جنبه فرعی دارد و لازمه انجام موضوع عقد است اما در عقد ودیعه، نگهداری و محافظت از مال، جنبه اصلی و ذاتی دارد. [شهیدثانی ایرادی را نسبت به تعریف شهید اول، مطرح کرده و می فرماید:] نایب گرفتن [برای حفظ مال] فقط از سوی ودیعه گذار، صورت می گیرد حال آنکه ودیعه با عمل ودیعه گذار و ودیعه گیر، تحقق می یابد بنابراین ودیعه، صرفاً نایب گرفتن برای حفظ مال نیست بلکه عبارت از نایب گرفتن و قبول آن است هر چند قبول فعلی را کافی بدانیم [خلاصه اینکه عقد ودیعه همچون سایر عقود نیاز به ایجاب و قبول دارد و نایب

گرفتن فقط ایجاب است و نیاز به قبول و دیعه‌گیر نیز دارد. شهیدثانی، خودش پاسخ این ایراد را چنین می‌دهد: [از آنجا که شیوه مصنف در تعریف معاملات، آن است که به تعریف عقد می‌پردازد و آنچه که در عقد و دیعه، معتبر است ایجاب می‌باشد بنابراین مسامحتاً نام ایجاب را به و دیعه اطلاق کرده است [یعنی جزء را که همان ایجاب است بر کل یعنی و دیعه اطلاق کرده است زیرا اصل در عقد و دیعه همان ایجاب است که نایب گرفتن می‌باشد] و یا بخاطر آن است که نایب گرفتن برای محافظت از مال، مستلزم قبول آن است زیرا اگر و دیعه‌گیر، آن را قبول نکند اثری بر عقد و دیعه، مترتب نخواهد شد. [بنابراین بخاطر وضوح مطلب و ضرورت قبول، مصنف تصریحی به قبول نکرده است چون معلوم است که نایب گرفتن به تنهایی کفایت نمی‌کند بلکه قبول هم رکن آن است. در عقود جایز گفته می‌شود که ایجاب، رکن اصلی عقد است و به همین دلیل، ایجاب باید لفظی باشد اما قبول را می‌توان به صورت فعلی هم انشاء کرد.]

(و تَفْتَقِرُ إِلَىٰ إِيْجَابٍ وَ قَبُولٍ) كَثِيْرَهَا مِنَ الْعُقُوْدِ، (و لَا حَصْرَ فِي الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَيْهَا) كَمَا هُوَ شَأْنُ الْعُقُوْدِ الْجَائِزَةِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، فَيَكْفِي كُلُّ لَفْظٍ دَلَّ عَلَيْهَا، بَلِ التَّلْوِيْحُ وَ الْإِشَارَةُ الْمُفْهِمَةُ لِمَعْنَاهَا اخْتِيَارًا.

(وَيَكْفِي فِي الْقَبُولِ الْفِعْلُ)، لِأَنَّ الْعَرَضَ مِنْهُ الرِّضَا بِهَا. وَرُبَّمَا كَانَ الْفِعْلُ وَهُوَ قَبْضُهَا أَقْوَى مِنَ الْقَوْلِ بِاعْتِبَارِ دُخُولِهَا فِي ضَمَانِهِ، وَ التِّزَامُ بِحِفْظِهَا بِوِاسِطَةِ الْقَبْضِ - وَ إِنْ لَمْ يَحْصُلِ الْإِيْجَابُ فِيهِ - أَوْ لَىٰ، إِلَّا أَنَّ فِيهِ خُرُوجًا عَنْ بَابِ الْعُقُوْدِ الَّتِي لَا تَسِمُ إِلَّا بِصِيْغَةِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، وَ مِنْ ثَمَّ قِيلَ: إِنَّهَا إِذْ تُجَرَّدُ لَا عَقْدٌ، وَ كَيْفَ كَانَ لَا تَجِبُ مُقَارَنَةُ الْقَبُولِ لِلْإِيْجَابِ قَوْلِيًّا كَانَ، أَمْ فِعْلِيًّا.

عقد و دیعه مانند بقیه عقود نیاز به ایجاب و قبول دارد و الفاظی که دلالت بر و دیعه می‌کنند منحصر در الفاظ خاصی نیستند همانگونه که عقود که از سوی طرفین عقد، جایز می‌باشند همین حکم را دارند بنابراین هر لفظی که دلالت بر و دیعه کند، کافی خواهد بود بلکه کنایه و اشاره‌ای که معنای و دیعه را بفهماند کفایت می‌کند حتی اگر در حالت اختیار باشد [یعنی حتی اگر و دیعه‌گذار بتواند لفظ را بیان کند، انشاء عقد با اشاره و کنایه نیز از سوی وی هیچ خواهد بود] و قبول فعلی نیز کفایت می‌کند زیرا هدف از قبول، رضایت به و دیعه است و چه بسا که فعل یعنی تحویل گرفتن مال، قوی‌تر از لفظ

باشد زیرا قبض مال مستوجب ضمان است [یعنی اگر تحویل گیرنده تقصیر کند بخاطر عموم روایتی که می‌فرماید: (علی الید ما أخذت حتی تودى) ضامن خواهد بود اما مصرف قبول لفظی موجب ضمانت نیست] و [اگر گفته شود که] ودیعه گیر بواسطه قبض مال، متعهد به حفظ آن می‌شود هر چند ایجاب هم صورت نگرفته باشد، اولویت دارد اما اگر قبول فعلی را کافی بدانیم، ودیعه از عنوان «عقد» خارج خواهد شد یعنی عقدی که نیاز به صیغه و لفظ از سوی طرفین عقد دارد [یعنی اگر لفظ را لازم ندانیم نمی‌توان، آن را عقد اصطلاحی نامید زیرا عقد نیاز به ایجاب و قبول دارد همانگونه که در بیع هم اگر به دادوستد انجام شود گفته شده است که عقد بیع محقق نمی‌شود بلکه صرف اباحه است] و به همین دلیل، گفته شده است که قبول فعلی، عقد نیست بلکه صرف اذن می‌باشد. به هر حال لازم نیست که قبول همزمان با ایجاب، صورت گیرد اعم از اینکه قبول به صورت لفظی یا به صورت فعلی باشد.

(وَلَوْ طَرَحَهَا عِنْدَهُ) وَلَمْ يَحْضُلْ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا، وَلَا قَبْضَهَا، (أَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى قَبْضِهَا لَمْ تَصِرْ وَدِيعَةً)، لِانْتِفَاءِ الْقَبُولِ الشَّرْعِيِّ فِيهِمَا.  
وَأَمَّا الْإِيجَابُ فَقَدْ يَحْضُلُ بِالطَّرْحِ بِأَنْ يَضُمَّ إِلَيْهِ قَوْلًا، أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ يُفِيدُهُ، وَقَدْ لَا يَحْضُلُ، بِأَنْ يَفْتَصِرَ عَلَى مُجَرَّدِ الطَّرْحِ، وَفِي الثَّانِي لَا تَصِيرُ وَدِيعَةً وَإِنْ قَبِلَ قَوْلًا أَوْ فِعْلًا، لَكِنْ فِي الثَّانِي يَجِبُ عَلَيْهِ الْحِفْظُ، لِئَلَّا يَلْبَسَ لِلْوَدِيعَةِ، وَفِي الْأَوَّلِ تَتِمُّ بِالْقَبُولِ بِهَيَا فَيَجِبُ عَلَيْهِ الْحِفْظُ.

وَ حَيْثُ لَا يَجِبُ لِعَدَمِ الْقَبُولِ، قَدْ يَجِبُ لِأَمْرِ آخَرَ كَمَا لَوْ غَابَ الْمَالِكُ وَ تَرَكَهَا، وَ خِيفَ عَلَيْهَا الدَّهَابُ، فَيَجِبُ مِنْ بَابِ الْمُعَاوَنَةِ عَلَى الْبِرِّ كِفَايَةً، لَكِنْ لَا ضَمَانَ بِتَرَكَهَا.  
وَأَمَّا مَعَ الْإِكْرَاهِ (فَلَا يَجِبُ حِفْظُهَا) مُطْلَقًا، بَلْ يَجُوزُ تَرَكَهَا وَإِنْ قَبْضَهَا بِهِ فِي حُضُورِ الْمَالِكِ وَ غَيْبَتِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُكْرَهُ مُضْطَرًّا إِلَى الْإِيدَاعِ فَيَجِبُ إِعَانَتُهُ عَلَيْهِ كَالسَّابِقِ.  
فَقَوْلُهُ: «فَلَا يَجِبُ حِفْظُهَا» مُطْلَقٌ فِي الثَّانِي مِنْ حَيْثُ الْوَدِيعَةُ، وَ مَعَ عَدَمِ الْقَبُولِ أَوْ الْقَبْضِ فِي الْأَوَّلِ عَلَى مَا فُصِّلَ.

اگر مالک، مال را نزد دیگری رها کند و قرینه‌ای از طرف مقابل سرزنش که دلالت بر رضایت وی کند و آن شخص، مال را قبض نکند یا مالک، مال را با اجبار و اکراه، تحویل دیگری دهد عقد ودیعه محقق نمی‌شود زیرا قبول شرعی در این دو حالت، رخ

نداده است. اما ایجاب گاهی ممکن است با رها کردن مال نزد دیگری، تحقق یابد مشروط بر اینکه همراه با لفظ یا چیزی باشد که در حکم لفظ است و دلالت بر ایجاب می‌کند و گاهی ممکن است ایجاب با رها کردن مال نزد دیگری، تحقق نیابد در صورتی که فقط به رها کردن مال اکتفا شود و در حالت دوم، عقد ودیعه تحقق نمی‌یابد هر چند طرف مقابل، مال را به صورت لفظی یا عملی قبول کند [زیرا ایجاب، محقق نشده است تا قبول به آن ملحق شود هر چند در حالت دوم که طرف مقابل، مال را قبض کرده و عملاً قبول می‌کند، محافظت از مال بر وی واجب می‌شود و این محافظت بخاطر ید و تسلط بر مال می‌باشد و بخاطر ودیعه نیست و در حالت اول [که همراه با رها کردن مال، لفظ یا فعلی هم صورت می‌گیرد] عقد ودیعه با قبول لفظی یا فعلی، تحقق می‌یابد بنابراین ودیعه گیر باید مال را حفظ و نگهداری کند. در جایی که محافظت از مال بخاطر عدم قبول، واجب نسبت ممکن است به دلیل دیگری واجب شود مانند اینکه مالک، غایب شود و مال را نزد دیگری رها کند و بیم آن برود که مال تلف شود که در این صورت واجب کفایی است تا از باب کمک به نیکی، محافظت از مال صورت گیرد اما عدم محافظت از مال موجب ضمانت نیست [بلکه ترک کننده محافظت، فقط مرتکب گناه و معصیت شده است]. اگر قرار دادن مال نزد دیگری با اجبار و اکراه باشد، محافظت از مال واجب نیست اعم از اینکه شخص اکراه شده، آن را قبض کرده یا قبض نکرده باشد هر چند طرف مقابل، مال را در حضور مالک یا در غیبت وی، قبض کرده باشد مگر اینکه اکراه کننده، ناچار شده باشد که مال را با اجبار نزد دیگری قرار دهد که در این صورت به جهت کمک به نیکی مانند حالت قبل، محافظت از آن واجب است [و در اینجا هم ضمانتی برای تحویل گیرنده بوجود نمی‌آید، بلکه ترک محافظت، فقط گناه و معصیت است] بنابراین سخن شهید اول که فرمود: (حفظ مال، واجب نیست) نسبت به صورت اکراه، از جهت ودیعه، مطلق است [یعنی محافظت از مال از جهت ودیعه واجب نیست و مقید به عدم قبول یا قبض نمی‌باشد و واجب نبودن محافظت، اعم از آن است که طرف مقابل، آن را قبول کند یا قبول نکند و آن را قبض کند یا قبض نکند] اما نسبت به صورت دوم [یعنی رها کردن مال نزد دیگری] مقید به عدم قبول یا قبض است براساس تفصیلی که بیان شد. [یعنی عدم وجوب محافظت مقید به

آن است که طرف مقابل، مال را قبول یا قبض نکرده باشد.]  
 (وَلَوْ قَبِلَ) الْوَدِيعَةَ قَوْلًا أَوْ فِعْلًا (وَجَبَ) عَلَيْهِ (الْحِفْظُ) مَا دَامَ مُسْتَوْدَعًا، وَكَذَا بَعْدَهُ  
 إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى الْمَالِكِ، أَوْ مَنْ فِي حُكْمِهِ، وَبِذَلِكَ يَظْهَرُ عَدَمُ الْمُنَافَاةِ بَيْنَ وَجُوبِ  
 الْحِفْظِ، وَعَدَمِ وَجُوبِ الْبَقَاءِ عَلَى الْوَدِيعَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ.  
 (وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لَوْ تَلَفَتْ أَوْ غَابَتْ، (إِلَّا بِالتَّعَدِّي فِيهَا) بِأَنْ رَكِبَ الدَّابَّةَ، أَوْ لَيْسَ  
 التُّؤَبُ، أَوْ فَتَحَ الْكَيْسَ الْمُخْتَوِمَ أَوْ الْمَشْدُودَ (أَوْ التَّغْرِيطَ) بِأَنْ قَصَرَ فِي الْحِفْظِ عَادَةً (فَلَوْ  
 أَخَذَتْ مِنْهُ قَهْرًا فَلَا ضَمَانَ) إِنْ لَمْ يَكُنْ سَبَبًا فِي الْأَخْذِ الْقَهْرِيِّ بِأَنْ سَعَى بِهَا إِلَى الظَّالِمِ،  
 أَوْ أَظْهَرَهَا فَوَصَلَ إِلَيْهِ خَبْرُهَا مَعَ مَطْنَتِهِ، وَ مِثْلُهُ مَا لَوْ أَخْبَرَ بِهَا اللَّصَّ فَسَرَّهَا.  
 وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَخْذِ الْقَاهِرِ لَهَا بِيَدِهِ وَ أَمْرِهِ لَهُ بِدَفْعِهَا إِلَيْهِ كَرَاهًا، لِانْتِفَاءِ التَّغْرِيطِ فِيهِمَا،  
 فَيُنْحَصِرُ الرَّجُوعُ عَلَى الظَّالِمِ فِيهِمَا عَلَى الْأَقْوَى.

وَقِيلَ: يَجُوزُ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ فِي الثَّانِي، وَإِنْ اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَى الظَّالِمِ.  
 (وَلَوْ تَمَكَّنَ) الْمُسْتَوْدَعُ (مِنَ الدَّفْعِ) عَنْهَا بِالْوَسَائِلِ الْمُوجِبَةِ لِسَلَامَتِهَا (وَجَبَ مَا لَمْ  
 يُؤَدِّ إِلَى تَحْمُلِ الضَّرَرِ الْكَثِيرِ، كَالْجُرْحِ وَ أَخْذِ الْمَالِ) فَيَجُوزُ تَسْلِيمُهَا حَيْثُذِ، وَإِنْ قَدَرَ  
 عَلَى تَحْمُلِهِ. وَ الْمَرْجِعُ فِي الْكَثْرَةِ وَ الْقِلَّةِ إِلَى حَالِ الْمُكْرَهِ، فَقَدْ تُعَدُّ الْكَلِمَةُ الْبَسِيرَةُ مِنْ  
 الْأَذَى كَثِيرًا فِي حَقِّهِ، لِكَوْنِهِ جَلِيلًا لَا يَلِيقُ بِحَالِهِ ذَلِكَ، وَ مِنْهُمْ مَنْ لَا يَعْتَدُّ بِمِثْلِهِ.  
 وَ أَمَّا أَخْذُ الْمَالِ، فَإِنْ كَانَ مَالُ الْمُسْتَوْدَعِ لَمْ يَجِبْ بَدْلُهُ مُطْلَقًا، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْوَدِيعَةِ فَإِنْ  
 لَمْ يَسْتَوْعِبْهَا وَجَبَ الدَّفْعُ عَنْهَا بِبَعْضِهَا مَا أَمَكَّنَ، فَلَوْ تَرَكَ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى سَلَامَةِ الْبَعْضِ  
 فَأَخَذَ الْجَمِيعَ ضَمِنَ مَا يُمَكِّنُ سَلَامَتَهُ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا بِأَخْذِهَا أَجْمَعَ فَلَا تَقْصِيرَ، وَ لَوْ  
 أَمَكَّنَ الدَّفْعَ عَنْهَا بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ لَا يَسْتَوْعِبُ قِيمَتَهَا جَارًا، وَ رَجَعَ مَعَ نَيْتِهِ.

وَ لَوْ أَمَكَّنَ حِفْظُهَا عَنْهُ بِالِاسْتِنَارِ مِنْهُ وَجَبَ فَيَضْمُنُ بِتَرْكِهِ (نَعَمْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ لَوْ  
 قَنَعَ بِهَا الظَّالِمُ فَيُورِي) بِمَا يُخْرِجُهُ عَنِ الْكُذْبِ، بِأَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ مَا اسْتَوْدَعَ مِنْ فُلَانٍ، وَ  
 يَخْصَهُ بِوَقْتٍ أَوْ جَنْسٍ، أَوْ مَكَانٍ، أَوْ نَحْوِهَا، مُغَايِرٍ لِمَا اسْتَوْدَعَ، وَ إِنَّمَا تَجِبُ التَّوْرِيَةُ عَلَيْهِ  
 مَعَ عِلْمِهِ بِهَا، وَ إِلَّا سَقَطَتْ، لِأَنَّهُ كَذَبٌ مُسْتَشْنَى لِلضَّرُورَةِ، تَرْجِيحًا لِأَخْفِ الْقَبِيحَيْنِ حَيْثُ  
 تَعَارَضَا.

اگر ودیعه گیر، ودیعه را به صورت لفظی یا فعلی قبول کند باید تا زمانی که مستودع  
 می باشد، مال را محافظت نماید و نیز بعد از عقد ودیعه [مانند جایی که عقد ودیعه،

فسخ می شود] باید مال را محافظت کند تا زمانی که آن را تحویل مالک یا شخصی بدهد که در حکم مالک است و از همین جا معلوم می شود که میان وجوب حفظ مال و عدم وجوب باقی ماندن بر ودیعه که عقدی جایز می باشد، منافاتی وجود ندارد و اگر مال موضوع ودیعه، تلف یا معیوب شود ضمانتی برعهده ودیعه گیر نیست مگر اینکه در این مال تعدی کرده باشد مانند اینکه سوار چهارپا شده یا لباس را بپوشد یا کیسه مهر شده یا بسته شده را باز کند و یا مرتکب تفریط شده باشد، یعنی در محافظت متعارف از مال، کوتاهی کرده باشد. [محافظت از مال موضوع ودیعه، مقدمه استرداد آن به مالکش می باشد بنابراین می توان محافظت از مال را از باب مقدمه واجب نیز دانست.] بنابراین اگر مال با قهر و زور از ودیعه گیر، گرفته شود ضمانتی متوجه او نیست مشروط بر اینکه ودیعه گیر، سبب گرفتن قهری مال نشده باشد بدین صورت که مال را نزد ظالم ببرد [یا خبرچینی کند و سپس نتواند ظالم را دفع کند] یا مال ودیعه را آشکار کرده و خبر آن به ظالم برسد در حالتی که احتمال اخذ مال از سوی ظالم وجود داشته باشد و مانند همین حالت است، جایی که ودیعه گیر، مکان مال را به اطلاع دزد برساند و دزد، مال را برآید [در تمامی این موارد، ودیعه گیر مرتکب خیانت و تفریط شده است باید توجه داشت که هر جا شک در ضمانت ودیعه گیر وجود داشته باشد، اصل بر عدم ضمانت اوست زیرا عموم قاعده «علی الید» با قاعده امین بودن ودیعه گیر، تخصیص می خورد. در مورد ضامن نبودن ودیعه گیر] تفاوتی وجود ندارد که ظالم، مال ودیعه را با زور از دست ودیعه گیر خارج سازد یا به ودیعه گیر دستور بدهد که مال ودیعه را تحویل وی بدهد [و ودیعه گیر مال را با اکراه تحویل وی بدهد] زیرا در هر دو صورت، تفریطی صورت نگرفته است و بنابر نظریه قوی تر، در هر دو صورت مالک باید به ظالم مراجعه کند و یک دیدگاه [که منصوب به ابوالصلاح حلبی و ابوالمکارم و علامه حلی در تذکره می باشد] آن است که در حالت دوم [یعنی حالتی که ظالم به ودیعه گیر دستور می دهد تا مال را به وی بدهد و ودیعه گیر نیز با اجبار، مال را تحویل وی دهد]، مالک می تواند به ودیعه گیر، مراجعه کند هر چند ظالم نیز ضامن می باشد [مبنای این نظریه، قاعده «علی الید» باشد اما قاعده امانت و قاعده احسان، آن را تخصیص می زند]. اگر ودیعه گیر بتواند ظالم را از راههایی که موجب سالم ماندن مال

ودیعه می‌شود، دفع کند واجب است که این کار را انجام دهد [زیرا دفع ظلم، مقدمه حفظ مال می‌باشد و حفظ مال نیز واجب است] مشروط بر اینکه منتهی به محلّ ضرر سنگین مانند جراحت و گرفتن مال نشود که در این صورت ودیعه‌گیر می‌تواند مال ودیعه را تسلیم ظالم کند هر چند توان تحمل این ضرر را داشته باشد و ملاک تشخیص زیاد بودن یا کم بودن ضرر، وضعیت شخص اکراه شده است و چه بسا که یک کلمه کم آزاردهنده نسبت به ودیعه‌گیر که شخص بلند مرتبه‌ای است و آن کلمه در شأن او نمی‌باشد، بسیار آزاردهنده به حساب آید و برخی اشخاص نیز هستند که چنین کلماتی برای آنان، بسیار آزاردهنده محسوب نمی‌شود. اما در مورد اخذ مال از ودیعه‌گیر، چنانچه مال ودیعه‌گیر باشد، دادن آن واجب نیست اعم از اینکه به اندازه ودیعه باشد یا کمتر از آن باشد [یعنی اگر مالی که ظالم از ودیعه‌گیر درخواست می‌کند، متعلق به ودیعه‌گیر باشد بر ودیعه‌گیر واجب نیست که آن را به ظالم بدهد تا ظالم از گرفتن ودیعه صرف نظر نماید] و اگر مالی که ظالم درخواست می‌کند، همان مال ودیعه باشد چنانچه کمتر از ودیعه باشد بر ودیعه‌گیر واجب است تا آنجا که ممکن است ظالم را با دادن مقداری از ودیعه، نسبت به تمام ودیعه دفع کند و اگر ودیعه‌گیر به رغم امکان سالم نگه داشتن مقداری از ودیعه، چنین کاری را انجام دهد، ضامن مقداری است که امکان سالم نگه داشتن آن وجود داشت [مثلاً اگر ظالم درخواست نصف مال ودیعه را بنماید و ودیعه‌گیر، آن را به وی ندهد و در نتیجه ظالم، تمام ودیعه را بگیرد، ودیعه‌گیر نسبت به نصف ودیعه که امکان نگه داشتن آن وجود داشت، ضامن است و ضامن تمام ودیعه نمی‌باشد] اما اگر دفع ظالم تنها با تحویل تمام ودیعه به وی امکان داشته باشد [و ودیعه‌گیر، تمام ودیعه را تحویل ظالم بدهد] مرتکب تقصیر نشده [و ضامن نخواهد بود] و اگر ودیعه‌گیر بتواند با تحویل مقداری از مال خودش به ظالم که ارزش آن کمتر از قیمت مال ودیعه می‌باشد، مال ودیعه را حفظ کند، می‌تواند این کار را انجام دهد و در صورتی که قصد رجوع به مالک را داشته باشد به مالک مراجعه نماید. اگر ودیعه‌گیر بتواند مال ودیعه را از طریق مخفی کردن، از گزند ظالم حفظ کند واجب است که این کار را انجام دهد و اگر آن را ترک کند، ضامن است. بله اگر ظالم با سوگند ودیعه‌گیر قانع نشود [که مال ودیعه نزد او نیست] بر ودیعه‌گیر واجب است که

سوگند یاد کند و توریه نماید بگونه‌ای که قسم دروغ نیز نخورده باشد یعنی سوگند یاد کند که از فلان شخص، مالی را به ودیعه نگرفته است و آن را به زمان یا جنس یا مکان یا نظایر اینها اختصاص دهد که مغایر با ودیعه باشد و توریه در صورتی واجب است که ودیعه گیر، شرایط و احکام توریه را بداند و اگر احکام توریه را نداند، توریه ساقط می‌شود زیرا چنین سوگندی، دروغ است و حرمت آن بخاطر ضرورت، استثنا شده است تا در صورت تعارض دو امر قبیح، آنکه قبحش کمتر است ترجیح داده شود. [در اینجا دو امر قبیح وجود دارد؛ یکی دروغ گفتن و دیگری غصب مال دیگری که قبح دروغ گفتن، خفیف‌تر از قبح غصب است هرگاه هدف از دروغ، حفظ مال مسلمان باشد.]

(وَتَبْطُلُ) الْوَدِيعَةَ (بِمَوْتِ كُلِّ مِنْهُمَا): الْمُوَدَعِ وَالْمُسْتَوْدَعِ، كَغَيْرِهَا مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ، (وَجُنُونِهِ وَاعْمَائِهِ) وَإِنْ قَصَرَ وَقْتُهُمَا (فَتَبْقَى) فِي يَدِ الْمُسْتَوْدَعِ عَلَى تَقْدِيرِ عُرُوضِ ذَلِكَ لِلْمُوَدَعِ، أَوْ يَدِ وَاْرثِهِ أَوْ وِلِيِّهِ، أَوْ يَدِهِ بَعْدَ صِحَّتِهِ عَلَى تَقْدِيرِ عُرُوضِهِ لَهُ (أَمَانَةٌ شَرْعِيَّةٌ) أَي: مَا دُونَنَا فِي حِفْظِهَا مِنْ قِبَلِ الشَّارِعِ لَا الْمَالِكِ، لِطُلَانِ إِذْنِهِ بِذَلِكَ، وَ مِنْ حُكْمِ الْأَمَانَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَجُوبِ الْمُبَادَرَةِ إِلَى رَدِّهَا وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْهَا الْمَالِكُ.

(وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْوَدْعِيِّ) وَغَيْرِهِ مِمَّنْ هِيَ فِي يَدِهِ (فِي رَدِّهَا إِلَّا بِسَيِّئَةٍ) بِخِلَافِ الْأَمَانَةِ الْمُسْتَنْدَةِ إِلَى الْمَالِكِ، فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ رَدُّهَا بِدُونِ الطَّلَبِ أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ كَانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ الْمَأْدُونِ فِيهَا، وَقَدْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي رَدِّهَا كَالْوَدِيعَةِ، وَقَدْ لَا يُقْبَلُ كَمَا إِذَا قَبَضَهَا لِمَصْلَحَتِهِ كَالْعَارِيَّةِ وَالْمُضَارَبَةِ.

وَمِنَ الْأَمَانَةِ الشَّرْعِيَّةِ مَا بَطَلَ مِنَ الْأَمَانَةِ الْمَالِكِيَّةِ كَالشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ بِمَوْتِ وَنَحْوِهِ، وَ مَا تُطْبِرُهُ الرِّيحُ إِلَى دَارِ الْغَيْرِ مِنَ الْأَمْنَعَةِ، وَ مَا يُنَزَعُ مِنَ الْعَاصِبِ بِطَرِيقِ الْحِسْبَةِ، وَ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ مِنْ مَالِ الْغَيْرِ وَإِنْ كَانَ كَسْبًا مِنْ قِمَارٍ كَالْجَوْزِ وَ الْبَيْضِ، وَ مَا يُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِمَا وَدِيعَةً عِنْدَ خَوْفِ تَلَفِهِ بِأَيْدِيهِمَا، وَ مَا يَسْتَلَمُهُ مِنْهُمَا نَسِيانًا، وَ مَا يُوجَدُ فِيمَا يُشْتَرَى مِنَ الْأَمْنَعَةِ كَالصُّنْدُوقِ مِنْ مَالٍ لَا يَدْخُلُ فِي الْمَبِيعِ، وَ اللَّقْطَةُ فِي يَدِ الْمُتَلَقِّطِ مَعَ ظُهُورِ الْمَالِكِ. وَ ضَابِطُهُ: مَا أُذِنَ فِي الْإِسْتِئْلَاءِ عَلَيْهِ شَرْعًا وَ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ الْمَالِكُ.

عقد ودیعه مانند بقیه عقود جائز، با فوت هر یک از ودیعه گذار و ودیعه گیر و جنون و بی‌هوشی آنها باطل می‌شود هر چند مدت جنون و بی‌هوشی کوتاه باشد [هر چیزی که سبب خارج شدن مال از ملک شخص می‌شود، عقد ودیعه را باطل می‌کند] بنابراین



چنانچه یکی از این موارد برای ودیعه گذار رخ دهد، مال ودیعه در دست ودیعه گیر به صورت امانت شرعی باقی می ماند و اگر این موارد برای ودیعه گر رخ دهد، مال ودیعه در دست وارث یا ولی او یا در دست خودش چنانچه [از جنون یا بی هوشی، سلامت پیدا کند] به صورت امانت شرعی باقی می ماند یعنی شارع، حفظ و نگهداری از آن را اجازه داده است نه اینکه مالک اجازه داده باشد زیرا پیدایش این حالتها، سبب باطل شدن اذن می شود و یکی از احکام امانت شرعیّه آن است که باید بلافاصله به مالک آن ردّ شود هر چند مالک، آن را مطالبه نکرده باشد [و حکم دیگر امانت شرعیّه آن است که] سخن ودیعه گیر و سایر اشخاص که مال ودیعه نزد آنهاست در مورد ردّ ودیعه، پذیرفته نمی شود مگر اینکه بینّه ای اقامه شود برخلاف امانت مالکانه که [یکی از احکامش، آن است که] بدون درخواست یا آنچه که در حکم درخواست می باشد مانند منقضی شدن مدّتی که اذن داده شده است، ردّ مال واجب نیست [و حکم دیگر امانت مالکانه، آن است که] گاهی سخن امین در ردّ مال به صاحبش، پذیرفته می شود مانند ودیعه و گاهی پذیرفته نمی شود مانند جایی که امین، مال را برای مصلحت خودش، اخذ کرده باشد مثل عاریه و مضاربه. یکی از موارد امانت شرعیّه آن است که امانت مالکیه مانند شرکت و مضاربه بخاطر فوت و نظایر آن، باطل شود [یعنی امانت مالکیه تبدیل به امانت شرعیّه می شود زیرا اذن مالک با مرگ وی از بین می رود و مال به اذن شارع در دست امین باقی می ماند تا آن را به مالک برگرداند مصادیق دیگر امانت شرعیّه، عبارتند از: مالی که باد، آن را به خانه دیگری می برد و مالی که از راه حسبه، از غاصب گرفته می شود [مثلاً شخصی می بیند که دزد، مال مسلمانی را دزدیده است و او، مال را از دزد می گیرد تا به صاحبش برگرداند پس این مال تا ردّ کردن به مالک، امانت شرعیّه خواهد بود.] و مالی که متعلّق به دیگری است و از طفل یا مجنون گرفته می شود هر چند طفل یا مجنون، این مال را از راه قمار بدست آورده باشند مانند گردو و تخم مرغ و مال طفل و مجنون که در صورت ترس از تلف شدن مال در دست آنها به صورت ودیعه از ایشان گرفته می شود [تا به ولی آنان داده شود] و مالی که از طفل و مجنون گرفته می شود در حالی که دریافت کننده مال، غافل از جنون و صغر ایشان است و مالی که جزء مال خریداری شده نیست و در مال خریداری شده مانند صندوق

یافت می‌شود [مثلاً در داخل صندوقی که خریداری کرده است مقداری پول پیدا می‌کند و این پول، امانت شرعیه است تا به مالک آن برگردانده شود.] و مال پیدا شده‌ای که در دست پیداکننده است و مالک آن معلوم شده است [پس این مال، امانت شرعیه است تا به مالک آن داده شود.] و ضابطه و قاعده کلی در امانت شرعیه آن است که شارع، اجازه در اختیار داشتن آن را داده باشد اما مالک چنین اجازه‌ای نداده باشد.

(وَلَوْ عَيَّنَّ الْمُوَدِّعُ مَوْضِعًا لِلْحِفْظِ اقْتَصَرَ الْمُسْتَوْدِعُ عَلَيْهِ) فَلَا يَجُوزُ نَقْلُهَا إِلَى غَيْرِهِ وَإِنْ كَانَ أَحْفَظَ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى التَّعْيِينِ، وَ لِاخْتِلَافِ الْأَعْرَاضِ فِي ذَلِكَ. وَقِيلَ: يَجُوزُ إِلَى الْأَحْفَظِ لِذَلِكَ عَلَيْهِ بِطَرِيقِ أَوْلَى، وَ هُوَ مَمْتُوعٌ. وَ جَوَّزَ آخَرُونَ التَّخْطِئَ إِلَى الْمُسَاوِي، وَ هُوَ قِيَاسٌ بَاطِلٌ. وَ حِينَئِذٍ فَيَضْمَنُ بِنَقْلِهَا عَنِ الْمَعْيَنِ مُطْلَقًا (إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفَهَا فِيهِ فَيَتَّقِلُهَا عَنْهُ) إِلَى الْأَحْفَظِ، أَوْ الْمُسَاوِي مَعَ الْإِمْكَانِ، فَإِنْ تَعَدَّرَ فَالْأَدْوَنَ، (وَ لَا ضَمَانَ) حِينَئِذٍ لِلأَدْنِ فِيهِ شَرَعًا، وَإِنَّمَا جَازَ الْمُسَاوِي هُنَا لِسُقُوطِ حُكْمِ الْمَعْيَنِ بِتَعَدُّرِهِ، فَيَتَّقِلُ إِلَى مَا فِي حُكْمِهِ وَ هُوَ الْمُسَاوِي، أَوْ مَا فَوْقَهُ، وَ يُمَكِّنُ شُمُولَ كَلَامِهِ لِلأَدْوَنَ عِنْدَ الْخَوْفِ وَإِنْ وُجِدَ الْمُسَاوِي، كَمَا يَشْمَلُ الْمَنْعُ مِنَ الْأَعْلَى عِنْدَ عَدَمِهِ، وَ يَشْمَلُ أَيْضًا فِيهِمَا مَا لَوْ نَهَاهُ عَنِ غَيْرِ الْمَعْيَنِ وَ عَدَمِهِ، وَ هُوَ كَذَلِكَ.

اگر ودیعه گذار، محلی را برای نگهداری ودیعه، تعیین کرده باشد ودیعه گیر باید ودیعه را در همان محل نگهداری کند و حق ندارد ودیعه را به محل دیگری انتقال دهد هر چند محل دیگر برای نگهداری و محافظت، مناسب‌تر باشد زیرا در این صورت به مقتضای تعیین محل، عمل شده است و هدف‌ها نیز برای تعیین محل، متفاوت است [و دلیل دیگر برای ممنوعیت انتقال به محل دیگر، حرمت تصرف در مال دیگری بدون اذن وی می‌باشد] و یک دیدگاه آن است که انتقال به مکانی که برای حفاظت مال، مناسب‌تر است جایز می‌باشد زیرا تعیین محل به طریق اولی دلالت بر جواز انتقال دارد [یعنی تعیین محل از سوی ودیعه‌گذار، بخاطر حفاظت بهتر از مال می‌باشد و مکانی را که تعیین کرده بعنوان نمونه بوده است بنابراین اگر مکان مناسب‌تری پیدا شود، به طریق اولی ودیعه‌گذار با آن موافق خواهد بود. شهیدثانی این استدلال قیاسی را نپذیرفته و می‌فرماید: این استدلال، ممنوع است [زیرا ودیعه‌گذار، هدف خاصی برای تعیین محل داشته است] و عده‌ای هم انتقال به محل مساوی [یعنی محلی که از نظر

محافظت، مساوی با آن محل می باشد] را جایز دانسته اند اما این دیدگاه، قیاس باطل است بنابراین اگر ودیعه گیر، مال را از محل تعیین شده به محل دیگری انتقال دهد، ضامن است اعم از اینکه محل دیگر از نظر محافظت مال، بهتر یا مساوی یا بدتر از محل تعیین شده باشد. مگر اینکه ترس از تلف شدن مال در محل تعیین شده وجود داشته باشد که در این صورت چنانچه امکان داشته باشد مال را به محل مناسب تر یا مساوی با محل تعیین شده، انتقال می دهد و اگر امکان نداشته باشد به محل پائین تر، انتقال می دهد و در این صورت ضمانتی متوجه ودیعه گیر نخواهد بود زیرا اذن شرعی برای انتقال وجود دارد و در جایی که ترس از تلف شدن وجود دارد می توان ودیعه را به محل مساوی با محل تعیین شده انتقال داد زیرا حکم لزوم نگهداری در محل تعیین شده بخاطر تعدّر نگهداری در آن محل، ساقط می شود بنابراین مال ودیعه به محلی انتقال می یابد که در حکم محل تعیین شده است یعنی محلی که مساوی با آن محل می باشد یا بهتر از آن است و حتی ممکن است در صورت ترس از تلف شدن مال، کلام مصنف را شامل مکان بدتر نیز دانست هر چند مکان مساوی نیز یافت شود [یعنی عبارت مصنف که فرمود: (الآن یخاف تلفها فیه فینقلها عنه) مطلق است و شامل مکان بدتر نیز می شود] همانگونه که کلام ایشان شامل منع از مکان بهتر می شود اگر ترس از تلف شدن نرود. [یعنی عبارت مصنف که فرمود: (الآن یخاف تلفها فیه فینقلها عنه) دلالت بر آن دارد که اگر ترس از تلف شدن نرود، نمی توان مال را به محل دیگری انتقال داد هر چند مکان بهتری باشد و انتقال یا عدم انتقال، دائر مدار ترس یا عدم ترس از تلف شدن است] و کلام مصنف همچنین در هر دو حالت [یعنی جواز انتقال در صورت ترس از تلف شدن و عدم جواز انتقال در صورت عدم ترس از تلف شدن] شامل صورتی هم می شود که ودیعه گذار، انتقال از محل تعیین شده به محل دیگر را نهی کرده باشد یا نهی نکرده باشد [یعنی حتی اگر ودیعه گذار، انتقال مال را نهی کرده باشد ولی بیم تلف شدن برود، می توان آن را انتقال داد. شهیدثانی، شمول کلام شهید اول نسبت به این حالت ها را پسندیده می فرماید:] و این شمول، صحیح است.

(و یَحْفَظُ) الْوَدِيعَةَ (بِمَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ) فِي مَكَانِ الْوَدِيعَةِ وَ زَمَانِهَا، لِأَنَّ الشَّارِعَ لَمْ يَحُدَّ لَهَا حَدًّا، فَيَرْجِعُ إِلَى الْعَادَةِ، (كَالثَّوْبِ، وَ النَّقْدِ فِي الصُّنْدُوقِ) الْمُقْفَلِ، أَوْ الْمَوْضِعِ

فِي بَيْتٍ مُّحْرَزٍ عَنِ الْغَيْرِ (وَ الدَّابَّةِ فِي الْأِصْطَبَلِ) الْمَضْبُوطِ بِالْأَلْقَتِ، (وَ الشَّاةِ فِي الْمُرَاحِ) كَذَلِكَ أَوْ الْمَحْفُوظِ بِنَظَرِ الْمُسْتَوْدَعِ.

وَ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِكُونِهَا حِزْزاً لِمَا ذُكِرَ، وَ قَدْ يَفْتَقِرُ إِلَى أَمْرِ آخَرَ، أَوْ يَقُومُ غَيْرُهَا مَقَامَهَا عَادَةً.

وَ لَا فَرْقَ فِي وَجُوبِ الْحِزْزِ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ بَيْنَ مَنْ يَمْلِكُهُ وَ غَيْرِهِ، وَ لَا بَيْنَ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا حِزْزَ لَهُ وَ غَيْرِهِ

ودیعه از نظر مکان و زمان به صورت متعارف نگهداری می شود زیرا شارع، حد و مقداری را برای آن تعیین نکرده است بنابراین به عرف و عادت مراجعه می شود مانند لباس و پول که در صندوق قفل شده یا در اتاقی که محفوظ از دیگران است نگهداری می شود و چهارپا در اصطبلی که در آن بسته باشد نگهداری می شود و گوسفند در طویله بسته شده نگهداری می شود یا در مکانی که به تشخیص و دیعه گیر، محفوظ می باشد. صندوق و اصطبل و طویله، مکانهایی هستند که عادتاً برای پول و چهارپا و گوسفند، حرز به حساب می آیند و گاهی نیاز به امر دیگری نیز می شود [مثلاً لازم می آید که صندوق، زیر خاک دفن شود یا نگهبانی برای محل نگهداری و دیعه، گمارده شود] و گاهی عرفاً چیز دیگری جایگزین مکانهای یاد شده می شود [مثلاً نگهداری گوسفند در خانه جایگزین نگهداری آن در طویله می شود] و در مورد وجوب نگهداری مال و دیعه در داخل حرز توسط و دیعه گیر، تفاوتی نیست میان کسی که مالک حرز است و کسی که مالک حرز نیست [یعنی و دیعه گیر باید و دیعه را در حرز نگهداری کند اعم از آنکه مالک حرز باشد یا نباشد] و نیز تفاوتی نیست میان کسی که حرز نداشته و دیعه گیر است و کسی که حرز نداشته و دیعه گیر نیست [یعنی حتی اگر و دیعه گذار بداند که و دیعه گیر فاقد حرز است باز هم از و دیعه گیر، سلب مسئولیت نمی شود بلکه و دیعه گیر باید حرز را که مقدمه نگهداری و دیعه است فراهم نماید.]

(وَ لَوْ اسْتَوْدَعَ مِنْ طِفْلٍ، أَوْ مَجْنُونٍ ضَمِنَ) لِأَنَّهَا لَيْسَ أَهْلًا لِلْإِذْنِ فَيَكُونُ وَضْعُ يَدِهِ عَلَى مَالِهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ شَرْعِيٍّ فَيُضْمَنُ إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفَهَا فِي أَيِّ يَدَيْهَا فَيَقْبِضُهَا بِنِيَّةِ الْحِسْبَةِ، فَالْأَقْوَى عَدَمُ الضَّمَانِ لَكِنْ يَجِبُ مُرَاجَعَةُ الْوَالِيِّ مَا أَمَكَّنَ. وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمَالِ لَهُمَا أَوْ لِعَيْرِهِمَا وَإِنْ ادَّعَى إِذْنَهُ لَهُمَا فِي الْإِيْدَاعِ.

(وَ حَيْثُ يَقْبِضُ الْوَدِيعَةَ مِنْهُمَا مَعَ جَوَازِهِ أَوْ لَا مَعَهُ (يَبْرَأُ بِالرَّدِّ إِلَىٰ وَلِيَّهِمَا) الْخَاصِّ، أَوْ الْعَامِّ مَعَ تَعَدُّرِهِ، لَا إِلَيْهِمَا

اگر ودیعه گیر، ودیعه ای را از کودک یا مجنون بپذیرد، ضامن است زیرا کودک یا مجنون، اهلیت اذن دادن ندارند بنابراین تصرف کردن مال کودک یا مجنون، بدون اذن شرعی است و تصرف کننده ضامن است مگر اینکه ترس از تلف شدن ودیعه در دست مجنون یا کودک وجود داشته باشد که در این صورت ودیعه دیگر به قصد حسبه، ودیعه را قبض می کند و نظریه قوی تر آن است که ضمانت و مسؤلیتی متوجه ودیعه گیر نیست اما اگر امکان داشته باشد باید به ولی طفل یا مجنون، مراجعه کند [و مال را به ایشان برگرداند] و تفاوتی ندارد که مال ودیعه، متعلق به کودک یا مجنون باشد یا متعلق به دیگران باشد هر چند طفل یا مجنون ادعا کنند که برای ودیعه گذاشتن، اذن به آنها داده شده است و در صورتی که ودیعه گیر، ودیعه را از کودک یا مجنون، اخذ می کند با ردّ ودیعه به ولی خاص یا ولی عام آنها در صورتی که امکان ردّ مال به ولی خاص وجود نداشته باشد، برائت حاصل می کند اعم از اینکه قبض ودیعه از کودک یا مجنون، جایز باشد یا جایز نباشد و اگر مال را به کودک یا مجنون برگرداند، بری نمی شود [یعنی اگر مال در دست کودک یا مجنون تلف شود مسؤلیت برعهده ودیعه گیر خواهد بود.]

(وَيَجِبُ إِعَادَةُ الْوَدِيعَةِ عَلَى الْمُوَدِّعِ) مَعَ الْمُطْلَبَةِ فِي أَوَّلِ وَقْتِ الْإِمْكَانِ بِمَعْنَى رَفْعِ يَدِهِ عَنْهَا، وَ التَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْمَالِكِ وَ بَيْنَهَا، فَلَوْ كَانَتْ فِي صُنْدُوقٍ مُقْفَلٍ فَفَتَحَهُ عَلَيْهِ، أَوْ بَيْتٍ مُخْرَزٍ فَكَذَلِكَ، لَا نَقْلَهَا إِلَى الْمَالِكِ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ.

وَ الْعُدْرُ الشَّرْعِيُّ كَأِكْمَالِ الصَّلَاةِ وَإِنْ كَانَتْ نَفْلًا - عَلَى الْأَفْوَى - مَا لَمْ يَتَضَرَّرِ الْمَالِكُ بِالتَّأخِيرِ، وَ الْعَادِي كَأَنْتِظَارِ انْقِطَاعِ الْمَطَرِ وَ نَحْوِهِ، كَالْعَقْلِيِّ، وَ فِي إِكْمَالِ الطَّعَامِ وَ الْحَمَامِ وَ جِهَانِ. وَ الْمُعْتَبَرُ فِي السَّعْيِ الْقَضُؤُ وَإِنْ قَدَرَ عَلَى الزِّيَادَةِ. وَ الْحُكْمُ ثَابِتٌ كَذَلِكَ (وَ إِنْ كَانَ) الْمُوَدِّعُ (كَافِرًا) مُبَاحِ الْمَالِ كَالْحَرْبِيِّ، لِلأَمْرِ بِأَدَاءِ الْأَمَانَةِ إِلَى أَهْلِهَا مِنْ غَيْرِ قَيْدٍ.

وَ رَوَى الْفُضَيْلُ عَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَوَدَعَ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ مَا لَمْ لَهُ قِيَمَةٌ وَ الرَّجُلُ الَّذِي عَلَيْهِ الْمَالُ رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ يَقْدِرُ أَنْ لَا يُعْطِيَهُ شَيْئًا، وَ الْمُوَدِّعُ رَجُلٌ خَارِجِيٌّ شَيْطَانٌ، فَلَمْ أَدْعُ شَيْئًا، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: قُلْ لَهُ: يَرُدُّ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ أَيْتَمَنَّهُ عَلَيْهِ بِأَمَانَةِ اللَّهِ»،

وَعَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «أَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِنْ كَانُوا مَجْرُوسًا».

چنانچه ودیعه گذار، درخواست استرداد ودیعه را بنماید و دیعه گیر باید در اولین وقت ممکن، ودیعه را به ودیعه گذار برگرداند یعنی تصرف خود در ودیعه را قطع کند و موانع میان مالک و مال را برطرف سازد مثلاً چنانچه ودیعه در داخل صندوق قفل شده قرار دارد، در صندوق را بر روی ودیعه گذار بگشاید یا اگر در اتاق بسته‌ای قرار دارد، در اتاق را باز نکند نه اینکه مال را علاوه بر باز کردن در صندوق یا اتاق، برداشته و تحویل مالک بدهد. [دلیل وجوب ردّ ودیعه به ودیعه گذار، آیات و روایاتی است که دستور به ردّ امانت به صاحبان آن داده است و نیز تصرف در مال دیگران بدون اذن مالک، صحیح نیست. البته وجوب ردّ ودیعه، در صورتی است که مانع عقلی یا شرعی یا عرفی وجود نداشته باشد چون در این موارد، تکلیفی وجود ندارد.] و عذر شرعی مانند عذر عقلی است مانند تمام کردن نماز هر چند بنا بر نظریه قوی تر، نماز مستحبی باشد مشروط بر اینکه مالک بخاطر تأخیر در ردّ مال، متضرّر نشود و عذر عادی [هم مانند عذر عقلی است] مثل منتظر ماندن برای اینکه باران قطع شود و عذرهایی مانند آن [مثل اینکه بخواهد قضاء حاجتی را بجا آورد.] و در صورتیکه تمام کردن غذا خوردن و حمام کردن نیز، عذر محسوب می‌شوند یا خیر، دو احتمال وجود دارد [همچنین در مورد اینکه تأخیر برای شاهد گرفتن نیز، عذر محسوب می‌شود یا خیر، چند دیدگاه وجود دارد؛ عده‌ای آن را عذر محسوب نمی‌کنند زیرا سخن ودیعه گیر بدون شاهد نیز پذیرفته می‌شود. عده‌ای آن را عذر محسوب می‌کنند زیرا ودیعه گیر با شاهد گرفتن، قسم خوردن را از خود نفی می‌کند و عده‌ای هم گفته‌اند که اگر ودیعه گذار هنگام تحویل ودیعه به ودیعه گیر، شاهد گرفته باشد، ودیعه گیر نیز می‌تواند شاهد بگیرد. به هر حال منظور از اولین وقت ممکن، اولین وقتی است که از نظر عرفی امکان ردّ مال وجود داشته باشد و امکان عقلی، مورد نظر نیست بنابراین] آنچه که در راه رفتن، ملاک است راه رفتن متوسط می‌باشد هر چند ودیعه گیر بتواند تندتر راه برود [یعنی اگر تحویل ودیعه به ودیعه گذار مستلزم پیمودن راهی باشد، لازم نیست که ودیعه گیر، این راه را با سرعت بپیماید بلکه راه رفتن متوسط نیز کفایت می‌کند.] و حکم به وجوب ردّ ودیعه به ودیعه گذار، ثابت است حتی اگر ودیعه گذار، کافری باشد که مالش مباح است مانند

کافر حربی زیرا دستور داده شده است که امانت به صاحبان آنها مسترد شود بدون اینکه قیدی برای آن بیان شده باشد [یعنی آیه قرآن، امر کرده است که امانت‌ها را به اهل آنها برگردانید و در این آیه گفته نشده است که اگر صاحبان امانت، مسلمان بودند امانت‌ها را به آنها برگردانید بلکه اطلاق آیه شامل کافر و مسلمان می‌شود.] و فضیل نیز گوید از امام رضا (ع) در خصوص شخصی سؤال کردم که مال باارزشی را نزدیکی از مسلمانان به ودیعه قرار می‌دهد و ودیعه‌گیر، عربی است که می‌تواند مال را به ودیعه‌گذار تحویل ندهد و ودیعه‌گذار، فردی خارجی و شیطان است و در خدمت ودیعه‌گذار، چیزی را باقی نگذاشتم. امام (ع) فرمود که به ودیعه‌گیر بگو تا مال را به ودیعه‌گذار برگرداند زیرا ودیعه‌گذار، ودیعه‌گیر را در مورد امانت خدا، امین دانسته است. همچنین امام صادق (ع) فرموده است که امانت‌ها را به اهل آنها بازگردانید حتی اگر زرتشتی باشند.

(وَيَضْمَنُ لَوْ أَهْمَلَ الرَّدَّ بَعْدَ الْمُطَابَقَةِ) وَإِمْكَانِ الرَّدِّ عَلَى الْوَجْهِ السَّابِقِ، لِأَنَّهُ مِنْ أَسْبَابِ التَّقْصِيرِ، وَلَوْ كَانَ التَّأَخِيرُ لِعُذْرٍ وَجَبَ فِي أَوَّلِ أَوْقَاتِ إِمْكَانِهِ

اگر ودیعه‌گیر پس از آنکه ردّ ودیعه از وی درخواست شد و امکان ردّ آن به صورتی که قبلاً بیان گردید وجود داشت، نسبت به ردّ ودیعه اهمال کند، ضامن است زیرا کوتاهی در ردّ ودیعه، یکی از اسباب و عوامل تقصیر است [و اذن در نگهداری نیز از بین می‌رود و ید امانی ودیعه‌گیر تبدیل به ید ضمانی و عدوانی می‌شود.] و اگر تأخیر در ردّ مال بخاطر عذری باشد باید در اولین وقت ممکن [پس از برطرف شدن عذر]، مال به ودیعه‌گذار ردّ شود.

(أَوْ أَوْدَعَهَا) لِغَيْرِهِ، وَلَوْ لَزَّ وَجْتِهِ، أَوْ ثِقَةً (مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ) إِلَى الْإِيْدَاعِ، فَلَوْ اضْطُرَّ إِلَيْهِ بِأَنْ خَافَ عَلَيْهَا مِنْ حَرَقٍ، أَوْ سَرَقٍ، أَوْ نَهَبٍ لَوْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ وَتَعَدَّرَ رَدُّهَا إِلَى الْمَالِكِ وَالْحَاكِمِ، أَوْ دَعَا الْعَدْلَ.

وَفِي حُكْمِ إِبْدَاعِهَا اخْتِيَارًا إِشْرَاكَ الْغَيْرِ فِي الْيَدِ، وَلَوْ زُوْجَةً وَوَلَدًا، وَوَضَعَهَا فِي مَحَلٍّ مُشْتَرَكٍ فِي التَّصَرُّفِ بِحَيْثُ لَا يُلَاحِظُهَا فِي سَائِرِ الْأَوْقَاتِ

[همچنین ودیعه‌گیر، ضامن است چنانچه] مال را نزد شخص دیگری به ودیعه قرار دهد بدون اینکه ضرورتی برای این کار وجود داشته باشد هر چند آن شخص، همسر

ودیعه گیر بوده یا شخص مطمئنی باشد [یا خدمتکار وی باشد. البته اگر قرینه‌ای وجود داشته باشد که دلالت بر اذن و دیعه‌گذار برای و دیعه نهادن توسط و دیعه‌گیر نماید، و دیعه‌گیر می‌تواند مال را نزد دیگری، و دیعه قرار دهد.]. اگر و دیعه‌گیر ناچار شود که و دیعه را نزد دیگری به و دیعه قرار دهد مانند اینکه ترس از سوختن یا سرقت یا خراب شدن و دیعه در صورت باقی ماندن نزد وی، داشته باشد و تحویل آن به مالک یا حاکم نیز ممکن نباشد باید مال و دیعه را نزد شخص عادل، به و دیعه قرار دهد. و شریک گرفتن دیگری برای سلطه بر مال و دیعه، در حکم و دیعه قرار دادن اختیاری [و بدون ضرورت] آن نزد دیگری است هر چند شریک، همسر یا فرزند و دیعه‌گیر باشد [یعنی تفاوتی ندارد شخصی که و دیعه‌گیر، مال را نزد وی و دیعه قرار می‌دهد تصرف مستقل داشته باشد یا با و دیعه‌گیر، تصرف مشترک در مال و دیعه داشته باشند. همچنین در حکم و دیعه قرار دادن اختیاری نزد دیگری است، جایی‌که] و دیعه‌گیر، مال و دیعه را در محلی قرار دهد که و دیعه‌گیر و دیگری در آنجا تصرف مشترک دارند بگونه‌ای که و دیعه‌گیر در همهٔ زمانها نتواند به آنجا سرزنند [زیرا اذن و دیعه‌گذار شامل چنین مواردی نمی‌شود مگر اینکه ضرورت، اقتضا کند و گفته شده است که اگر و دیعه‌گیر ناچار شود تا مال و دیعه را نزد دیگری قرار دهد، و دیعه اصطلاحی نخواهد بود بلکه صرفاً برای حفظ مال محترم است.].

(أَوْ سَافَرَ بِهَا كَذَلِكَ) أَي: مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ إِلَى اسْتِصْحَابِهَا فِي السَّفَرِ بَأَنَّ أَمْكَنَهُ عِنْدَ إِزَادَةِ السَّفَرِ إِيْضًا إِلَى الْمَالِكِ، أَوْ وَكَيْلِهِ عَامًّا أَوْ خَاصًّا، أَوْ إِيدَا عُمَّا الْعَدْلَ، فَتَرَكَ وَأَخَذَهَا مَعَهُ فَيَضْمَنُ.

أَمَّا مَعَ الضَّرُورَةِ بَأَنَّ تَعَدَّرَ جَمِيعُ مَا تَقَدَّمَ، وَ خَافَ عَلَيْهَا فِي الْبَلَدِ، أَوْ اضْطُرَّ إِلَى السَّفَرِ فَلَا ضَمَانَ، بَلْ قَدْ يَجِبُ، لِأَنَّهُ مِنْ ضُرُوبِ الْحِفْظِ. وَ الْمُعْتَبَرُ فِي تَعَدُّرِ التَّوَصُّلِ إِلَى الْمَالِكِ وَ مَنْ يَحْكُمِهِ الْمَشَقَّةُ الْكَثِيرَةُ عَرُفًا، وَ فِي السَّفَرِ الْعُرْفِيُّ أَيْضًا، فَمَا قَصَرَ عَنْهُ كَالْتَرَدُّ إِلَى حُدُودِ الْبَلَدِ وَ قُرَى لَا يُطَلَّقُ عَلَى الذَّهَابِ إِلَيْهَا السَّفَرُ، يَجُوزُ فِيهِ مُصَاحَبَتُهَا مَعَ أَمْنِ الطَّرِيقِ، وَ لَا يَجُوزُ إِيدَا عُمَّا فِي مِثْلِهِ مَعَ إِمْكَانِ اسْتِصْحَابِهَا، وَ اسْتِثْنَائِي مِنْهُ مَا لَوْ أَوْدَعَهُ مُسَافِرًا، أَوْ كَانَ الْمُسْتَوْدَعُ مُنْتَجِعًا، فَإِنَّهُ يُسَافِرُ بِهَا مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ، لِتَقْدُومِ الْمَالِكِ عَلَيْهِ.

[همچنین در حکم و دیعه‌گذارن اختیاری نزد دیگری است، جایی‌که] و دیعه‌گیر،



مال ودیعه را با خود به سفر ببرد بدون اینکه نیازی به همراه بردن مال در مسافرت باشد بدین صورت که بتواند هنگام مسافرت، مال ودیعه را به مالک یا وکیل عام یا وکیل خاص وی یا به شخص عادلّی تحویل بدهد اما این کار را ترک نموده و مال را همراه خودش به مسافرت ببرد پس در این صورت، ضامن خواهد بود [البته برخی از فقها، عدم امنیت جاده و سفر را نیز شرط ممنوعیت همراه بردن ودیعه در مسافرت دانسته‌اند. همچنین ممنوعیت در صورتی است که قرینه‌ای برای رضایت و اذن ودیعه‌گذار وجود نداشته باشد] اما در صورت ضرورت یعنی اینکه تمام مواردی که گفته شد [یعنی تحویل به مالک یا حاکم یا عادل] امکان نداشته باشد و ترس از باقی ماندن ودیعه در شهر وجود داشته باشد یا ودیعه‌گیر ناچار باشد که به مسافرت برود [ناچار بودن گاهی بخاطر شخص ودیعه‌گیر می‌باشد و گاهی بخاطر حفظ ودیعه می‌باشد یعنی اگر ودیعه را با خود نبرد، بیم تلف شدن آن برود]، در این صورت، ضمانت و مسؤولیتی متوجه ودیعه‌گیر نخواهد بود بلکه ممکن است همراه بردن مال ودیعه، واجب باشد زیرا یکی از راههای حفظ مال است. ملاک تعدّر و عدم امکان تحویل ودیعه به مالک یا شخصی که در حکم مالک می‌باشد، آن است که عرفاً سختی و مشقت زیادی را در پی داشته باشد و ملاک سفر نیز سفر عرفی است بنابراین مسافتی که کمتر از مسافت عرفی باشد، رفتن به آنجا، سفر نامیده نمی‌شود مانند رفت و آمد به اطراف شهر و روستا که می‌توان مال ودیعه را با خود به این مکان‌ها برد در صورتی که جاده، امن باشد و در صورتی که امکان به همراه بردن ودیعه وجود داشته باشد نمی‌توان آن را در چنین مکانهایی جا گذاشت. حکم ممنوعیت به مسافرت بردن ودیعه، در موردی که ودیعه‌گذار، مال را در حال مسافرت به ودیعه‌گیر، تحویل می‌دهد جاری نمی‌شود و نیز در جایی که ودیعه‌گیر، در پی یافتن آب و غذا باشد پس در این موارد ودیعه‌گیر می‌تواند مال ودیعه را همراه خود به مسافرت ببرد و ضمانتی متوجه او نمی‌شود زیرا ودیعه‌گذار، اقدام به این کار کرده است. [یعنی وقتی ودیعه‌گذار، مال را در صورتی تحویل ودیعه‌گیر می‌دهد که ودیعه‌گیر، در حال مسافرت می‌باشد یا ودیعه‌گیر در حال جستجوی آب و غذا می‌باشد پس اذن ضمنی داده است که ودیعه‌گیر، مال ودیعه را با خودش به مسافرت ببرد.]

(أَوْ طَرَحَهَا فِي مَوْضِعٍ تَتَعَنَّنُ فِيهِ) وَإِنْ كَانَ حِزْزًا لِمِثْلِهَا، لِمَا عَرَفْتَ مِنْ أَنَّ الْحِزْزَ مَشْرُوطٌ بِأُمُورٍ أُخْرَى هَذَا مِنْهَا. وَفِي حُكْمِ الْعَقَنِ الْمَوْضِعِ الْمُسْتَدِ كَالْتَدَى لِلْكَتَبِ. وَضَابِطُهُ: مَا لَا يَصْلُحُ لِنَيْلِكَ الْوَدِيعَةَ عُرْفًا بِحَسَبِ مُدَّةِ إِقَامَتِهَا فِيهِ.

[یکی دیگر از موارد تعدی و تفريط و دیعه گیر که موجب ضمانت وی می شود، آن است که] و دیعه گیر، مال و دیعه را در مکانی قرار دهد که موجب گنبدیده شدن و فساد آن شود هر چند چنین مکانی بعنوان حرز این اموال، محسوب شود [و ملاکی که در اینجا وجود دارد، ورود ضرر به مال می باشد] زیرا تو دانستی که حرز باید شرایط دیگری نیز داشته باشد که فاسد نشدن مال در آن مکان نیز از جمله این شرایط است و مکان فاسدکننده نیز در حکم مکان تعفن آور است مانند اینکه کتاب در مکان مرطوب قرار داده شود و ملاک، آن است که چنین مکانی عرفاً و برحسب مدّت باقی ماندن مال در آن مکان، صلاحیت برای نگهداری مال و دیعه را نداشته باشد [بنابراین چنین مکانی را نمی توان حرز مناسب برای نگهداری مال به حساب آورد].

(أَوْ تَرَكَ سَفِي الدَّابَّةِ، أَوْ عَلَفَهَا مَا لَا تَصْبِرُ عَلَيْهِ عَادَةً)، وَمِثْلُهَا الْمَمْلُوكُ. وَالْمُعْتَبِرُ السَّقِيُّ وَالْعَلْفُ بِحَسَبِ الْمُعْتَادِ لِأَمْثَالِهَا، فَالْتَّقْضَانُ عَنْهُ تَفْرِيطٌ، وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ عَنْهُ بِعَدَمِ صَبْرِهَا عَلَيْهِ فَيَضْمَنُهَا حَيْثُ دُونَ مَا تَتَّ بغيره.

وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَأْمُرَهُ بِهِمَا، وَيُطْلِقَ، وَيَنْهَاهُ، لَوْ جُوبِ حِفْظُ الْمَالِ عَنِ التَّلْفِ، هَذَا هُوَ الَّذِي يَفْتَضِيهِ إِطْلَاقُ الْعِبَارَةِ وَهُوَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ.

وَالْأَقْوَى أَنَّهُ مَعَ التَّهْيِ لَا يَضْمَنُ بِالتَّرْكِ، لِأَنَّ حِفْظَ الْمَالِ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَى مَالِكِهِ لَا عَلَى غَيْرِهِ، نَعْمَ يَجِبُ فِي الْحَيَوَانِ مُطْلَقًا لِأَنَّهُ دُونَ رُوحٍ لَكِنْ لَا يَضْمَنُ بِتَرْكِهِ كَغَيْرِهِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ مُسْتَوْدَعَ الْحَيَوَانِ إِنْ أَمَرَهُ الْمَالِكُ بِالْإِنْفَاقِ أَنْفَقَ وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِمَا غَرِمَ، وَإِنْ أَطْلَقَ تَوَصَّلَ إِلَى اسْتِئْذَانِهِ، فَإِنْ تَعَدَّرَ رَفَعَ أَمْرَهُ إِلَى الْحَاكِمِ فَإِنْ تَعَدَّرَ أَنْفَقَ هُوَ وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ وَرَجَعَ بِهِ، وَ لَوْ تَعَدَّرَ الْإِشْهَادُ اقْتَصَرَ عَلَى نِيَّةِ الرَّجُوعِ إِنْ أَرَادَهُ وَقِيلَ قَوْلُهُ فِيهَا وَفِي الْقَدْرِ بِالْمَعْرُوفِ، وَكَذَا الْقَوْلُ مَعَ نَهْيِ الْمَالِكِ لَهُ عَنْهُ. وَفِي حُكْمِ التَّفَقُّهِ مَا تَفْتَقَرُ إِلَيْهِ مِنَ الدَّوَاءِ وَغَيْرِهِ، وَفِي حُكْمِ الْحَيَوَانِ الشَّجَرِ الْمُفْتَقِرِ إِلَى الْحَرْثِ وَالسَّقِيِّ وَغَيْرِهِمَا.

[یکی دیگر از موارد تقصیر و ضمانت و دیعه گیر، آن است که] و دیعه گیر به چهارپایی که دیعه گذاشته شده است، آب و علف ندهد بگونه ای که چهارپا معمولاً نتواند آن را

تحمل کند و برده نیز در حکم حیوان است و ملاک در آب و علف دادن، مقداری است که معمولاً به امثال این حیوان داده می‌شود و کمتر از این مقدار، تفریط به حساب می‌آید و این همان چیزی است که با عبارت «عدم صبر بر آن» از آن یاد می‌شود بنابراین ودیعه‌گیر در چنین حالتی ضامن می‌باشد هر چند حیوان به سبب دیگری بمیرد [زیرا همینکه ودیعه‌گیر، آب و علف دادن را برای مدتی که معمولاً حیوان زنده نمی‌ماند، ترک کند یا از ید امانی به ید ضمانتی تبدیل می‌شود اما اگر حیوان قبل از زمانی که حیوان نمی‌تواند تحمل کند، بمیرد مسئولیتی متوجه ودیعه‌گیر نخواهد بود.] و در خصوص مسئولیت ودیعه‌گیری تفاوتی ندارد که ودیعه‌گذار به ودیعه‌گیر دستور داده باشد که آب و علف به حیوان بدهد یا ودیعه را به صورت مطلق، قرار داده باشد [و تصریح به آب و علف دادن نکرده باشد] و نیز تفاوتی نمی‌کند که ودیعه‌گیر را از دادن آب و علف، نهی کرده باشد زیرا حفظ کردن مال از تلف شدن، واجب است و این حکم از اطلاق عبارت شهید اول فهمیده می‌شود و این حکم، یکی از دو نظریه‌ای است که در این زمینه، ابراز گردیده است ولی نظریه قوی‌تر آن است که اگر ودیعه‌گذار، ودیعه‌گیر را از دادن آب و علف، نهی کرده باشد و ودیعه‌گیر، آب و علف به حیوان ندهد، ضامن نخواهد بود زیرا محافظت از مال بر مالک آن واجب است و بر دیگران واجب نیست. بلکه حفاظت از حیوان در مقابل تلف شدن آن، واجب است اعم از اینکه ودیعه‌گذار، آن را نهی کرده یا نهی نکرده باشد زیرا حیوان، دارای روح است [و جلوگیری از تلف شدن آن، واجب است] اما اگر حیوان به دلیل ترک آب و علف دادن به آن، تلف شود ضمانتی متوجه ودیعه‌گیر نخواهد بود همانگونه که در سایر اموال [مانند درختان] ضمانتی وجود ندارد [زیرا ضمانت اجرای ترک واجب که یک حکم تکلیفی است، گناه و معصیت است و در اینجا حکم وضعی وجود ندارد]. و بدان که چنانچه ودیعه‌گذار به ودیعه‌گیر، دستور داده باشد که هزینه‌های حیوان موضوع ودیعه را بپردازد، ودیعه‌گیر این هزینه‌ها را پرداخته و برای دریافت هزینه‌ها به ودیعه‌گذار، مراجعه می‌کند و اگر ودیعه‌گذار، این موضوع را به صورت مطلق بیان کرده باشد، ودیعه‌گیر سعی می‌کند که اذن ودیعه‌گذار را بگیرد پس چنانچه امکان اذن گرفتن وجود نداشته باشد، موضوع را نزد حاکم مطرح می‌کند و اگر امکان مراجعه به حاکم

نیز وجود نداشته باشد، خودش هزینه‌ها را می‌پردازد و شاهد بر نفقه دادن می‌گیرد و به ودیعه‌گذار مراجعه می‌کند [و هزینه‌ها را می‌گیرد] و اگر شاهد گرفتن نیز ممکن نباشد چنانچه قصد مراجعه به ودیعه‌گذار را داشته باشد به همین قصد، اکتفا می‌کند و سخن وی در مورد هزینه‌ها، پذیرفته می‌شود و در خصوص مقدار هزینه‌ها باید به مقدار متعارف، اکتفا کرد و همین حکم در موردی هم وجود دارد که مالک، ودیعه‌گیر را نهی از دادن نفقه کرده باشد [زیرا نهی از اموری که بر انسان واجب است، اثری ندارد] و تمام چیزهایی که حیوان به آن نیاز دارد مانند دارو و غیردارو، در حکم نفقه است [و جزء هزینه‌های قابل پرداخت به حساب می‌آید] و درختی که نیاز به حرث کردن و آبیاری و سایر امور دارد، در حکم حیوان است [یعنی تمام احکامی که برای هزینه‌های نگهداری حیوان گفته شد، در مورد هزینه‌های نگهداری درخت نیز اجرا می‌شود].

(أَوْ تَرَكَ نَشْرَ الثَّوْبِ) الَّذِي يُفْسِدُهُ طَوْلُ مَكْنَتِهِ كَالصَّوْفِ، وَ الْإِبْرِيْسِمِ (لِلرَّيْحِ) حَتَّى لَوْ لَمْ يَنْدَفِعْ بِنَشْرِهِ وَ جَبَّ لُبْسُهُ بِمِقْدَارِ مَا يَنْدَفِعُ الضَّرْرُ عَنْهُ، وَ كَذَا عَرْضُهُ عَلَى الْبُرْدِ. وَ مِنْهُ تَوَقُّفُ نَقْلِ الدَّابَّةِ إِلَى الْحَرَزِ، أَوْ الْعَلْفِ، أَوْ السَّقْفِ عَلَى الرُّكُوبِ، وَ الْكِتَابِ عَلَى تَقْلِيْبِهِ، وَ النَّظَرِ فِيهِ فَيَجِبُ ذَلِكَ كُلُّهُ، وَ يَحْرُمُ بَدْوْنَهُ.  
(أَوْ ائْتَفَعَهَا) لَا لِذَلِكَ

[یکی از موارد تقصیر ودیعه‌گیر و ضمانت وی، آن است که] ودیعه‌گیر، لباسی را که زیاد باقی ماندن آن در محلی موجب فساد آن می‌شود، باز نکند تا هوا بخورد مانند لباس پشمی و ابریشمی و حتی اگر باز کردن لباس، بیم فساد شدن آن را از بین نبرد، باید آن را به اندازه‌ای که ضرورت، اقتضا می‌کند بپوشد و نیز [اگر لازم باشد] آن را در مکان سرد و خنک قرار دهد و همین حکم را دارد جایی که انتقال چهارپا به حرز یا برای آب و علف دادن به آن، متوقف بر سوار شدن بر آن باشد یا نگهداری کتاب، متوقف بر ورق زدن و نگاه انداختن در آن باشد که همه این موارد واجب است و ترک آنها حرام می‌باشد. و نیز اگر ودیعه‌گیر از مورد ودیعه بهره‌بردار بدون اینکه موارد فوق، تحقق یافته باشد، ضامن است.

(أَوْ مَرْجَهَا) بِمَالِهِ، أَوْ بِمَالِ غَيْرِهِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزُ، سِوَاءَ مَرْجَهَا بِأَجُودٍ أَمْ بِأَدْوَنَ، بَلْ لَوْ مَرَجَ إِحْدَى الْوَدِيعَتَيْنِ بِالْأُخْرَى ضَمِنَهُمَا مَعًا وَ إِنْ كَانَا لِوَاحِدٍ. وَ مِنْهُ لَوْ خَلَطَهَا بِمَالِ

لِمَالِكِهَا غَيْرِ مُودَعٍ عِنْدَهُ، لِلتَّعَدِّي فِي الْجَمِيعِ.

[همچنین ودیعه گیر، ضامن است اگر] مال ودیعه را با مال خودش یا مال دیگری مخلوط کند بگونه‌ای که قابل جدا کردن نباشد اعم از اینکه با جنس بهتر یا جنس بدتر، مخلوط کرده باشد بلکه اگر یکی از دو مال ودیعه را با ودیعه دیگر، مخلوط کند ضامن هر دو ودیعه خواهد بود و هر چند دو ودیعه متعلق به یک نفر باشد و مانند همین مورد است، جایی که ودیعه گیر، ودیعه را با مال دیگر مالک، غیر از ودیعه‌ای که نزد اوست، مخلوط کند زیرا در تمامی این موارد، تعدی صورت می‌گیرد.

(وَلْيُرَدُّ) الْوَدِيعَةَ حَيْثُ يُؤْمَرُ بِهِ، أَوْ يُرِيدُهُ هُوَ (إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكَيْلِهِ) الْمُتَنَاوِلِ وَكَأَنَّهُ مِثْلُ ذَلِكَ مُخَيَّرًا فِيهِمَا (فَإِنْ تَعَدَّرَ) الْمَالِكُ، أَوْ وَكَيْلُهُ (فَالْحَاكِمُ) الشَّرْعِيُّ (عِنْدَ الضَّرُورَةِ) إِلَى رَدِّهَا) لَا يَدُونَهَا، لِأَنَّ الْحَاكِمَ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى مَنْ لَهُ وَكَيْلٌ، وَالْوَدْعِيُّ بِمَنْزِلَتِهِ. وَإِنَّمَا جَازَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ دَفْعًا لِلْحَرَجِ وَالْإِضْرَارِ، وَتَنْزِيلًا لَهُ حِينَئِذٍ مِثْلَةَ مَنْ لَا وَكَيْلَ لَهُ، وَتَحَقُّقُ الضَّرُورَةِ بِالْعَجْزِ عَنِ الْحِفْظِ، وَعُرُوضِ خَوْفٍ يَفْتَقِرُ مَعَهُ إِلَى التَّسْتُرِ الْمُتَنَافِي لِرِعَايَتِهَا، أَوِ الْخَوْفِ عَلَى أَخْذِ الْمُتَعَلِّبِ لَهَا تَبَعًا لِمَالِهِ، أَوْ اسْتِغْلَالًا، أَوِ الْخَوْفِ عَلَيْهَا مِنَ السَّرِقِ، أَوِ الْحَرَقِ، أَوِ النَّهْبِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ فَإِنَّ تَعَدَّرَ الْحَاكِمُ حِينَئِذٍ أَوْدَعَهَا الثَّقَةَ. وَلَوْ دَفَعَهَا إِلَى الْحَاكِمِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْمَالِكِ ضَمِنَ، كَمَا يَضْمَنُ لَوْ دَفَعَهَا إِلَى الثَّقَةِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحَاكِمِ أَوْ الْمَالِكِ.

ودیعه گیر باید ودیعه را به مالک یا وکیل او که وکالت در گرفتن ودیعه دارد پس بدهد در جایی که ودیعه گذار، دستور به رد آن بدهد یا ودیعه گیر خودش بخواهد آن را رد کند و ودیعه گیر اختیار دارد که ودیعه را به مالک یا وکیل او بدهد بنابراین اگر استرداد ودیعه به مالک یا وکیل او، متعذر و غیرممکن باشد در صورت ضرورت به رد مال، آن را به حاکم شرعی رد کند اما در صورت عدم ضرورت، آن را به حاکم رد نمی‌کند زیرا حاکم، ولایت بر کسی ندارد که دارای وکیل است و ودیعه گیر نیز به منزله وکیل ودیعه گذار است و استرداد مال به حاکم در صورت ضرورت بخاطر دفع مشقت و ضرر است و در صورت ضرورت، حاکم شرع به منزله شخصی است که وکیل ندارد. و ضرورت، تحقق می‌یابد در صورتی که شخص نتواند مال را حفظ کند و در صورتی که بیمی عارض شود که نیاز به مخفی کردن مال پیدا شود و این مخفی کردن با محافظت

از مال، تعارض داشته باشد و در صورتی که مستودع بترسد ظالمی، مال ودیعه را بگیرد اعم از اینکه ودیعه را ضمن اموال ودیعه گیر بگیرد یا مستقلاً آن را بگیرد. و در صورتی که ودیعه گیر بترسد که مال ودیعه دزدیده شود یا بسوزد یا خراب شود و نظایر اینها بنابراین اگر ردّ ودیعه به حاکم در چنین مواردی که ضرورت دارد، متعذر باشد ودیعه گیر باید مال را نزد شخص امینی قرار دهد و اگر در جایی که ودیعه گیر می تواند ودیعه را به مالک بدهد، آن را به حاکم بدهد، ضامن است همانگونه که اگر بتواند آن را به حاکم یا مالک بدهد، آن را به شخص عادل و مطمئن بدهد، ضامن است.

(وَلَوْ أَنْكَرَ الْوَدِيعَةَ حَلْفًا لَإِضَالَةَ الْبَرَاءَةِ (وَلَوْ أَقَامَ) الْمَالِكُ (بِهَا بَيِّنَةً قَبْلَ حَلْفِهِ ضَمِنَ) لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِجُحُودِهِ لَهَا (إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَوَابُهُ: لَا تَسْتَحِقُّ عِنْدِي شَيْئًا وَ شِبْهَهُ) كَقَوْلِهِ: لَيْسَ لَكَ عِنْدِي وَدِيعَةٌ يَلْزَمُنِي رَدُّهَا وَ لَا عَوِضُهَا فَلَا يَضْمَنُ بِالْإِنْكَارِ، بَلْ يَكُونُ كَمُدْعِي التَّلْفِ يُقْبَلُ قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ أَيْضًا، لِإِمْكَانِ تَلْفِهَا بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ، فَلَا تَكُونُ مُسْتَحَقَّةً عِنْدَهُ، وَ لَا يُنَاقِضُ قَوْلُهُ الْبَيِّنَةَ وَ لَوْ أَظْهَرَ لِإِنْكَارِهِ الْأَوَّلِ تَأْوِيلًا كَقَوْلِهِ: لَيْسَ لَكَ عِنْدِي وَدِيعَةٌ يَلْزَمُنِي رَدُّهَا أَوْ ضَمَانُهَا، وَ نَحْوِ ذَلِكَ فَالْأَقْوَى الْقَبُولُ أَيْضًا، وَ اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ فِي بَعْضِ تَحْقِيقَاتِهِ.

و اگر ودیعه گیر، ودیعه را انکار کند سوگند یاد می کند چون اصل بر براءت است و اگر مالک قبل از قسم خوردن ودیعه گیر، دلیل برای ودیعه بیاورد، ضامن است زیرا ودیعه گیر بخاطر اینکه ودیعه را انکار کرده است، مرتکب تعدی شده است مگر اینکه ودیعه گیر چنین جواب بدهد که تو مستحق چیزی نزد من نیستی و نظایر این جواب را بدهد مانند اینکه بگوید تو ودیعه ای نزد من نداری که رد کردن آن یا عوضش برعهده من باشد که در این صورت ودیعه گیر بواسطه انکاری که می کند ضامن نیست بلکه مانند کسی است که ادعای تلف شدن ودیعه را می کند که سخن وی همراه با سوگندش پذیرفته می شود زیرا امکان دارد که مال ودیعه بدون تفریط ودیعه گیر، تلف شده باشد بنابراین ودیعه گذار حقی برعهده ودیعه گیر ندارد و سخن ودیعه گیر، منافاتی با شهادت شهود ندارد. [آنچه که گفته شد مبتنی بر قاعده ای است که دلیل را برعهده مدعی و سوگند را برعهده منکر می داند زیرا ودیعه گیر در همه این موارد، منکر و امین است و در جایی که ودیعه گیر، ادعای تلف شدن مال را می کند تفاوتی ندارد که تلف را به

سبب خاصی مستند کند یا به سبب خاصی مستند نکند و نیز تفاوتی ندارد که آن را به سبب ظاهری یا سبب مخفیانه، مستند نماید. اگر ودیعه‌گیر به اخذ ودیعه اقرار کند اما ادعای تلف شدن یا رد کردن آن را بنماید و شاهی نیز وجود نداشته باشد، سخن ودیعه‌گیر پذیرفته می‌شود. مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبصوط گفته است که اگر ودیعه‌گیر، تلف مال ودیعه را مستند به امر ظاهری نماید، سخن وی تنها با شهادت پذیرفته می‌شود. اگر ودیعه‌گیر، مال را به غیر مالک رد کند و ادعا کند که تحویل گیرنده، اذن از سوی مالک داشته است سخن مالک پذیرفته می‌شود چون مالک در اینجا، مدعی است.

(وَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَدْعِيِّ فِي الْقِيَمَةِ لَوْ فَرَّطَ) لِأَصَالَةِ عَدَمِ الزِّيَادَةِ عَمَّا يَعْتَرَفُ بِهِ. وَ قِيلَ: قَوْلُ الْمَالِكِ، لِيُخْرُوجِهِ بِالْتَقْرِيطِ عَنِ الْأَمَانَةِ، وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّهُ لَيْسَ مَأْخَذَ الْقَبُولِ.

اگر ودیعه‌گیر در نگهداری از ودیعه تفریط کند [و مال ودیعه تلف شود و پیرامون بهای مال ودیعه میان ودیعه‌گذار و ودیعه‌گیر اختلاف بوجود آید]، سخن ودیعه‌گیر در مورد قیمت مال، پذیرفته می‌شود زیرا اصل بر عدم زیادی قیمت از مبلغی است که ودیعه‌گیر به آن اعتراف می‌کند و یک دیدگاه هم آن است که سخن مالک پذیرفته می‌شود زیرا ودیعه‌گیر بخاطر تفریطی که مرتکب شد، وصف امین بودن را از دست داد اما این نظریه، ضعیف است زیرا مبنای پذیرش سخن ودیعه‌گیر، امین بودن وی نیست [بلکه منکر بودن او است یعنی سخن وی از آن جهت پذیرفته می‌شود که منکر است و مبلغ زیادتر را انکار می‌کند پس امین بودن یا نبودن نقشی در این زمینه ندارد].

(وَ إِذَا مَاتَ الْمُودِعُ سَلَّمَهَا) الْمُسْتَوْدَعُ (إِلَى وَارِثِهِ) إِنْ اتَّخَذَ (أَوْ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ) مِنْ وَكَيْلٍ، وَ وَليِّ، فَإِنْ تَعَدَّدَ سَلَّمَهَا إِلَى الْجَمِيعِ إِنْ اتَّفَقُوا فِي الْأَهْلِيَّةِ وَ إِلَّا فَالَى الْأَهْلِ، وَ وَليِّ التَّاقِصِ (وَ لَوْ سَلَّمَهَا إِلَى الْبَعْضِ) مِنْ دُونِ إِذْنِ الْبَاقِينَ (ضَمِنَ لِلْبَاقِي) بِنِسْبَةِ حِصَّتِهِمْ، لِتَعَدِّيهِ فِيهَا بِتَسْلِيمِهَا إِلَى غَيْرِ الْمَالِكِ، وَ تَجِبُ الْمُبَادَرَةُ إِلَى رَدِّهَا إِلَيْهِمْ حِينَئِذٍ كَمَا سَلَفَ، سِوَاءِ عِلْمِ الْوَارِثِ بِهَا أَمْ لَا.

اگر ودیعه‌گذار بمیرد و یک وارث داشته باشد، ودیعه‌گیر باید ودیعه را به وارث وی یا شخصی بدهد که قائم مقام وارث می‌باشد مانند وکیل و ولی وارث و اگر وارثان، چند نفر باشند و همه آنها اهلیت داشته باشند باید ودیعه را به همه آنها بدهد و اگر

همه آنها اهلیت نداشته باشند باید به وارثان واجد اهلیت و ولی وارثان فاقد اهلیت، تحویل بدهد و اگر ودیعه را تحویل برخی از ورثه بدهد بدون اینکه بقیه وارثان، اذن داده باشند نسبت به سهم وارثانی که اذن نداده‌اند، ضامن می‌باشد زیرا با تحویل ودیعه به غیرمالک، مرتکب تعدی در ودیعه شده است و واجب است که ودیعه‌گیر نسبت به تحویل ودیعه به وارثان، به نحوی که بیان گردید، تسریع نماید اعم از اینکه وارث، علم به ودیعه داشته باشد یا آگاهی نداشته باشد.

(وَ لَا يَبْرَأُ) الْمُسْتَوْدَعُ (بِإِعَادَتِهَا إِلَى الْحِرْزِ لَوْ تَعَدَّى) فَأَخْرَجَهَا مِنْهُ (أَوْ فَرَطَ) بِتَرْكِهِ غَيْرَ مُقْفَلٍ، ثُمَّ قَفَّلَهُ، وَ نَحْوَهُ، لِأَنَّهُ صَارَ بِمَنْزِلَةِ الْغَاصِبِ فَيُسْتَصْحَبُ حُكْمُ الضَّمَانِ إِلَى أَنْ يَحْضَلَ مِنَ الْمَالِكِ مَا يَقْتَضِي زَوَالَهُ بِرَدِّهِ عَلَيْهِ، ثُمَّ يُجَدِّدُ لَهُ الْوَدِيعَةَ، أَوْ يُجَدِّدُ لَهُ الْأَسْتِثْنَانَ بِغَيْرِ رَدِّ كَأَنْ يَقُولَ لَهُ: أَوْ دَعْنُكَهَا، أَوْ اسْتَأْمَنْتُكَ عَلَيْهَا وَ نَحْوَهُ عَلَى الْأَقْوَى. وَقِيلَ: لَا يَعُودُ بِذَلِكَ، كَمَا لَا يَزُولُ الضَّمَانُ عَنِ الْغَاصِبِ بِإِيْدَاعِهِ، أَوْ يُبْرَأُ مِنْ الضَّمَانِ عَلَى قَوْلٍ قَوِيٍّ.

اگر ودیعه‌گیر نسبت به مال ودیعه، مرتکب تعدی شده و مال را از حرز خارج کرده باشد یا مرتکب تفریط شده و مال را در محل قفل نشده رها کرده و دوباره قفل کرده باشد و تغییرهایی مانند اینها را مرتکب شده باشد و مال را به حرز برگرداند، برائت حاصل نمی‌کند زیرا ودیعه‌گیر [با ارتکاب تعدی و تفریط] به منزله غاصب خواهد بود [و ید او در زمان تعدی یا تفریط به ید عدوانی و ضمانی تبدیل می‌شود] و حکم ضمانت وی کماکان استصحاب می‌شود [و باقی است] تا زمانی که مالک، ضمانت وی را از بین ببرد بدین صورت که ودیعه‌گیر، ودیعه را به مالک برگرداند و سپس مالک، عقد ودیعه را مجدداً برقرار سازد یا بنا بر نظریه قوی تر مالک بدون اینکه ودیعه‌گیر، ودیعه را به وی برگرداند، مجدداً ودیعه‌گیر را امین قرار دهد یعنی به ودیعه‌گیر بگوید که مال را نزد تو، ودیعه قرار دادم یا تو را نسبت به مال، امین قرار دادم و نظایر اینها [تفاوت این حالت با حالت قبل آن است که در حالت اول، مال نیز به ودیعه‌گذار تحویل می‌شود اما در حالت دوم، مال به ودیعه‌گذار تحویل نمی‌شود بلکه مال کماکان نزد ودیعه‌گیر، باقی می‌ماند و ودیعه‌گذار فقط لفظاً، وی را امین یا ودیعه‌گیر، قرار می‌دهد.] و یک دیدگاه آن است که با امین قرار دادن لفظی [و عدم تحویل مال به مالک و عدم فسخ قرارداد قبلی]،



امانت به ودیعه گیر بر نمی‌گردد همانگونه که بنا بر نظریه قوی، چنانچه غاصب، مال غصبی را به مالک آن برگرداند یا مالک، غاصب را تبرئه کند، ضمانت وی از بین نمی‌رود. [دلیل این نظریه آن است که چنانچه در زوال ضمانت، شک کنیم، اصل بر بقای آن است و عقد ودیعه قبلی هم فسخ نگردیده است بلکه تبدیل به ودیعه مضمونه شده و کماکان این ضمانت، باقی است اما دلیل نظریه عدم ضمان آن است که ضامن دانستن ودیعه گیر، حق ودیعه‌گذار است و او از حق خود می‌گذرد و ودیعه‌گیر، وکیل ودیعه‌گذار است و ودیعه‌گذار، امانی بودن یا ضمانتی بودن ید وی را تعیین می‌کند.]

(وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ فِي الرَّدِّ) وَإِنْ كَانَ مُدْعِيًا بِكُلِّ وَجْهِ عَلَى الْمَشْهُورِ، لِأَنَّهُ مُحْسِنٌ وَقَابِضٌ لِمَخْضِ مَصْلَحَةِ الْمَالِكِ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةٌ ذِمَّتِهِ، هَذَا إِذَا ادَّعَى رَدَّهَا عَلَى مَنْ انْتَمَتْهُ، أَمَا لَوْ ادَّعَاهُ عَلَى غَيْرِهِ كَوَارِثِهِ فَكَغَيْرِهِ مِنَ الْأَمْثَالِ، لِإِصْلَاحِ عَدَمِهِ، وَهُوَ لَمْ يَأْتِمْنَهُ فَلَا يَكْلَفُ تَصَدِّيقَهُ.

وَدَعَوَى رَدَّهَا عَلَى الْوَكِيلِ كَدَعْوَاهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ، لِأَنَّ يَدَهُ كَيْدِهِ.

[اگر ودیعه‌گذار و ودیعه‌گیر، پیرامون ردّ ودیعه با یکدیگر اختلاف پیدا کنند] سخن ودیعه‌گیر همراه با سوگند وی در مورد ردّ ودیعه، پذیرفته می‌شود به هر نحوی که ودیعه‌گیر براساس نظر مشهور، ادعای ردّ ودیعه را بنماید. [در مورد معنای عبارت «و ان کان مدعیاً بكل وجه» دو دیدگاه وجود دارد؛ یک معنا همان است که بیان شد یعنی ودیعه‌گیر به هر نحوی که ودیعه را رد کرده باشد، سخن وی پذیرفته می‌شود زیرا نحوه ردّ ودیعه تأثیری ندارد. معنای دیگر آن است که گرچه ودیعه‌گیر براساس همه تعاریفی که برای مدعی و منکر شده است، مدعی به حساب می‌آید اما باز هم سخن او پذیرفته می‌شود. دلیل پذیرفتن سخن ودیعه‌گیر] بخاطر آن است که محسن می‌باشد و ودیعه را بخاطر مصلحت مالک و ودیعه‌گذار، پذیرفته است و اصل هم برائت ذمه اوست. پذیرش سخن ودیعه‌گیر در صورتی است که ادعا کند، ودیعه را تحویل شخصی داده که او را امین دانسته است [یعنی ودیعه‌گذار] اما اگر ادعا کند که ودیعه را تحویل شخص دیگری مانند وارث قرار داده است پس مانند بقیه افراد امین است [یعنی باید بی‌ینه اقامه کند] زیرا اصل بر عدم ردّ مال است و شخصی که ادعای تحویل ودیعه به وی می‌شود او را امین قرار نداده است تا موظف باشد که امین را تأیید کند و سخن او را

بپذیرد [بنابراین در اینجا قاعده عمومی اجرا می شود یعنی مدعی باید دلیل بیاورد] و اگر ودیعه گیر ادعا کند که ودیعه را به وکیل ودیعه گذار، رد کرده است مانند آن است که ادعا کند ودیعه را به موکل [یعنی ودیعه گذار] رد کرده است زیرا ید وکیل مانند ید موکل است [بنابراین سخن ودیعه گیر همراه با سوگند وی پذیرفته می شود].

## (كِتَابُ الْعَارِيَّةِ)

بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ، وَتُخْفَفُ، نِسْبَةً إِلَى الْعَارِ، لِأَنَّ طَلَبَهَا عَارٌ، أَوْ إِلَى الْعَارَةِ مَصْدَرٌ ثَانٍ لِأَعْرَتُهُ  
إِعَارَةٌ كَالْجَابِيَةِ لِلْإِجَابَةِ، أَوْ مِنْ عَارٍ إِذَا جَاءَ وَذَهَبَ، لِتَحْوِيلِهَا مِنْ يَدٍ إِلَى أُخْرَى، أَوْ مِنْ  
التَّعَاوُرِ وَهُوَ التَّنَادُلُ. وَهِيَ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ تُشِيرُ جَوَازَ التَّصَرُّفِ فِي الْعَيْنِ بِالْإِنْتِفَاعِ مَعَ  
بَقَاءِ الْأَصْلِ غَالِباً

عاريه که با تشدید و تخفیف حرف «یاء» قرائت می شود [عاریه و عاریه] منصوب به واژه «عار» می باشد زیرا درخواست عاریه گرفتن مال، نوعی عار و ننگ است یا منسوب به واژه «عاره» می باشد که مصدر دوم برای عبارت «اعرته اعارة» می باشد مانند کلمه «جا به» که مصدر دوم برای «اجابة» می باشد یا از کلمه «عار» [به معنای رفت و آمد] گرفته شده است هرگاه بیاید و برود زیرا مال عاریه از دستی به دست دیگر می آید و می رود و یا از واژه «تعاور» به معنای تداول، اخذ شده است [زیرا مردم، چیزی را میان خودشان، دست به دست می گردانند] به هر حال عاریه یکی از عقدهای جایز است که نتیجه آن جواز و اباحه تصرف در عین است یعنی از مالی نفع برده می شود که غالباً عین و اصل آن باقی می ماند [بنابراین عاریه، ایقاع نیست که اذن در انتفاع از سوی مالک برای تحقق آن، کافی باشد مانند استفاده ای که میهمان و افراد شبیه آن از وسایل صاحب خانه می برند].

(وَلَا حَصْرَ أَيْضاً) أَي: عَوْدًا إِلَى مَا ذَكَرَ فِي الْوَدِيعَةِ (فِي الْأَفْظَانِ) إِجْبَابًا وَقَبُولًا، بَلْ كُلُّ مَا دَلَّ عَلَى الْأِذْنِ مِنْ طَرَفِ الْمُعْبَرِ فَهُوَ إِجْبَابٌ.

وَ يَكْفِي الْفِعْلُ فِي الْقَبُولِ، بَلْ لَوْ اسْتَفِيدَ رِضَاهُ مِنْ غَيْرِ الْأَفْظَانِ كَالْكِتَابَةِ وَالْإِشَارَةِ وَ لَوْ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّنَطُّقِ كَفَى، وَ مِثْلُهُ مَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْبًا حَيْثُ وَجَدَهُ عَارِيًّا أَوْ مُحْتَاجًا إِلَى لُبْسِهِ، أَوْ فَرَسٌ لِيُصَفِّهِ فِرَاشًا، أَوْ الْقَى إِلَيْهِ وَسَادَةً، أَوْ مَحْدَةً. وَ اُكْتَفَى فِي التَّذَكُّرَةِ بِحُسْنِ الظَّنِّ بِالصَّدِيقِ فِي جَوَازِ الْإِنْتِفَاعِ بِمَتَاعِهِ. وَ يَنْبَغِي تَفْهِيمُهُ بِكَوْنِ مَنْفَعَتِهِ مِمَّا يَتَنَاوَلُهُ الْأِذْنُ الْوَارِدُ

فِي الْآيَةِ، بِجَوَازِ الْأَكْلِ مِنْ بَيْتِهِ بِمَفْهُومِ الْمُوَافَقَةِ، وَتَعَدِّيهِ إِلَى مَنْ تَنَاوَلْتَهُ مِنَ الْأَرْحَامِ، لَا مُطْلَقِ حُسْنِ الظَّنِّ، لِعَدَمِ الدَّلِيلِ، إِذِ الْمَسَاوِي قِيَاسٌ، وَالْأَضْعَفُ مُمْتَنِعٌ بِطَرِيقِ أَوْلَى.

با توجه به آنچه که در مورد عقد ودیعه گفته شد، الفاظ عقد عاریه نیز از نظر ایجاب و قبول، منحصر در الفاظ خاصی نیست بلکه هر لفظی که از سوی عاریه دهنده، دلالت بر اذن نماید ایجاب محسوب می شود و قبول فعلی نیز کفایت می کند بلکه اگر رضایت عاریه دهنده از طریق غیر الفاظ مانند نوشتار و اشاره نیز فهمیده شود کفایت می کند هر چند عاریه دهنده توان سخن گفتن نیز داشته باشد و اینچنین است هرگاه عاریه دهنده، لباسی را به عاریه گیرنده ای بدهد که برهنه است یا نیاز به پوشیدن لباس دارد یا برای میهمان عاریه گیرنده، فرشی را پهن کند یا متکاو تشک برای وی بیندازد. مرحوم علامه در کتاب تذکره گفته است که برای جواز انتفاع از کالای دوست کافی است که حسن ظن به دوست وجود داشته باشد [یعنی خداوند در آیه ۶۱ سوره نور فرموده است: «لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَ لَاعَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَ لَاعَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَ لَاعَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بَيْوتِكُمْ أَوْ بَيْوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بَيْوتِ امّهَاتِكُمْ أَوْ بَيْوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بَيْوتِ أَخْوَاتِكُمْ أَوْ بَيْوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بَيْوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بَيْوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بَيْوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَمْلُوكَاتِكُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ، لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا»] در این آیه آمده است که دوست می تواند از اموال دوست، استفاده کند و برای این استفاده کردن، حسن ظن کفایت می کند اما شهید ثانی می فرماید که حسن ظن به دوست را باید از دو جهت، مقید نمود. [سزاوار است که حسن ظن، مقید به منفعتی شود که در آیه قرآن، اذن به آن داده شده است که می توان از طریق مفهوم موافقت، از خانه وی خورد [یعنی فقط استفاده از منافعی جایز است که کمتر از خوردن باشد زیرا وقتی آیه قرآن، خوردن را اجازه داده است، به طریق اولی کمتر از خوردن را اجازه داده است اما منفعتی که بیش تر از خوردن باشد جایز نیست.] همچنین آیه قرآن را باید به اقوامی تسری داد که شامل آنها می شود بنابراین مطلق حسن ظن کفایت نمی کند زیرا دلیلی وجود ندارد که آیه قرآن شامل انتفاع مساوی با انتفاع مذکور در آیه شود و گرنه قیاس خواهد بود و تسری آن به افراد پائین تر نیز به طریق اولی، جایز نیست. [بنابراین انتفاع از منفعتی که خسارت آن مساوی با خوردن می باشد یا شدیدتر از خوردن است، جایز

نمی‌باشد زیرا در صورت اول، قیاس است و در صورت دوم به طریق اولی جایز نمی‌باشد و حسن ظن به دوست را باید از این جهت محدود نمود.

(وَيُسْتَرْطُ كَوْنُ الْمُعْبِرِ كَامِلًا جَائِزَ التَّصَرُّفِ، وَيَجُوزُ إِعَارَةُ الصَّبِيِّ بِإِذْنِ الْوَالِيِّ) لِمَالِ نَفْسِهِ، وَوَلِيِّهِ، لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ إِذْنُ الْوَالِيِّ وَهُوَ كَافٍ فِي تَحَقُّقِ هَذَا الْعَقْدِ. هَذَا إِذَا عَلِمَ الْمُسْتَعْبِرُ بِإِذْنِ الْوَالِيِّ، وَالْأَلَمَ يُقْبَلُ قَوْلُ الصَّبِيِّ فِي حَقِّهِ، إِلَّا أَنْ تَنْصَمَّ إِلَيْهِ قَرَأَيْنِ تَفْهِيمُ الظَّنِّ الْمُتَاخِمِ لِلْعِلْمِ بِهِ، كَمَا إِذَا طَلَبَهَا مِنَ الْوَالِيِّ فَجَاءَ بِهَا الصَّبِيُّ وَأَخْبَرَ أَنَّهُ أَرْسَلَهُ بِهَا، وَنَحْوِ ذَلِكَ، كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْهَدِيَّةِ، وَالْإِذْنُ فِي دُخُولِ الدَّارِ بِالْقَرَأَيْنِ، وَلَا بُدَّ مَعَ إِذْنِ الْوَالِيِّ لَهُ فِي إِعَارَةِ مَالِهِ مِنْ وَجُودِ الْمَصْلَحَةِ بِهَا بِأَنْ تَكُونَ يَدُ الْمُسْتَعْبِرِ أَحْفَظَ مِنْ يَدِ الْوَالِيِّ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، أَوْ لِانْتِفَاعِ الصَّبِيِّ بِالْمُسْتَعْبِرِ بِمَا يَزِيدُ عَنْ مَنَفَعَةِ مَالِهِ أَوْ تَكُونَ الْعَيْنُ يَنْفَعُهَا الْأَسْتِعْمَالُ وَيَضُرُّهَا الْأَهْمَالُ، وَنَحْوِ ذَلِكَ.

[همانگونه که بیان شد، عاریه عقد است و ایقاع نمی‌باشد و اثر عاریه، تملیک منفعت یا حق انتفاع نیست بلکه اجازه انتفاع است بنابراین حقی برای عاریه گیرنده بوجود نمی‌آید. عقد عاریه همچون بقیه عقود معین، تابع یک سری قواعد عمومی و یک سری قواعد اختصاصی است و بحث را در مورد ارکان عاریه یعنی عاریه دهنده یا معیر و عاریه گیرنده یا مستعیر و مال موضوع عاریه، پی می‌گیریم.] عاریه دهنده باید کامل باشد [یعنی بالغ و عاقل باشد] و نیز حق تصرف داشته باشد [یعنی ورشکسته یا غیررشید نباشد]. کودک می‌تواند مال خود یا ولی خود را با اذن ولی، به عاریه بدهد زیرا آنچه که معتبر می‌باشد، اذن ولی است و اذن ولی برای تحقق عقد عاریه کفایت می‌کند. آنچه که گفته شد راجع به موردی است که عاریه گیرنده نسبت به اذن ولی کودک، آگاهی داشته باشد و گرنه سخن کودک در حق ولی، پذیرفته نمی‌شود [یعنی نمی‌توان به گفته کودک در خصوص اینکه از ولی خود، اذن گرفته است اعتماد کرد] مگر اینکه سخن کودک همراه با قرائنی باشد که موجب ظن نزدیک به علم شود مانند اینکه عاریه گیرنده از ولی کودک درخواست نماید که مالی را به عاریه بدهد و کودک، پس از این درخواست، عاریه را تحویل درخواست کننده بدهد و اعلام کند که ولی او، عاریه را فرستاده است و قرینه‌های دیگری که مشابه آن است همانگونه که سخن کودک در مورد هدیه و اذن وارد شدن به خانه، همراه با قرینه‌ها پذیرفته می‌شود و برای عاریه

دادن مال کودک، علاوه بر اذن ولی، لازم است که عاریه دادن، مصلحتی را نیز برای کودک به همراه داشته باشد و مانند اینکه در زمانی که مال کودک، عاریه داده می شود تصرف عاریه گیرنده برای حفاظت از مال کودک، مناسب تر از تصرف ولی باشد یا نفعی که کودک از عاریه گیرنده می برد، بیش تر از نفعی باشد که کودک از مال خود، می برد یا استفاده از مال کودک به نفع مال باشد و رها کردن [یعنی عدم استفاده از] مال به ضرر مال باشد و سایر مواردی که عاریه دادن به مصلحت کودک باشد. [البته گرچه سخن مؤلف، اطلاق دارد اما بهتر است کودک را در اینجا منصرف به کودک ممیز بدانیم. همچنین عاریه دادن کودک را نمی توان به اموال دیگران تسری داد بلکه کودک می تواند فقط مال خود یا ولی خود را عاریه بدهد.]

(وَكُونُ الْعَيْنِ مِمَّا يَصِحُّ الْأَنْتِفَاعُ بِهَا مَعَ بَقَائِهَا) فَلَا يَصِحُّ إِعَارَةُ مَا لَا يَنْبَغُ الْأَنْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِذَهَابِ عَيْنِهِ كَالْأَطْعَمَةِ. وَيُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ الْمِنْحَةُ وَهِيَ الشَّاةُ الْمُسْتَعَارَةُ لِلْحَلَبِ، لِلنَّصِّ.

و فِي تَعَدِّيهِ إِلَى غَيْرِهَا مِنَ الْحَيَوَانَ الْمَتَّخَذِ لِلْحَلَبِ وَجَهَانٍ، وَ الْأَقْتِنَارُ فِيمَا خَالَفَ الْأَصْلَ عَلَى مَوْضِعِ الْيَقِينِ أَجْوَدُ.

[شرط دیگر عقد عاریه که مربوط به موضوع عاریه می باشد، آن است که] عین موضوع عاریه جزء اموالی باشد که بتوان با باقی بودن عین مال، از آنها بهره برداری کرد [یعنی استفاده از مال سبب از بین رفتن عین نشود] بنابراین عاریه دادن مالی که نفع بردن از آن، سبب از بین رفتن عین مال می شود مانند غذاها، صحیح نیست [مثلاً عاریه دادن گوشت، صحیح نیست زیرا مصرف گوشت سبب از بین رفتن گوشت می شود] اما عاریه دادن مِخْنَه بخاطر روایت، از این حکم استثناء شده است و منظور از مِخْنَه، گوسفندی است که برای دوشیدن شیر آن، به عاریه داده می شود و در مورد تسری این حکم استثنائی به سایر حیوانات [غیر از گوسفند]، دو احتمال وجود دارد و اگر در موارد خلاف اصل به همان مورد منصوص و استثناء شده، اکتفا شود بهتر است [یعنی بهتر است به عاریه دادن گوسفند که در روایات به آن تصریح شده است، اکتفا کنیم و آن را به سایر موارد تسری ندهیم چون در موارد استثنایی باید به همان مورد استثناء شده، اکتفا کرد. به نظر می رسد علت اختلاف نظر به این موضوع برمی گردد که قرار دادن

گوسفند در اختیار دیگری برای اینکه شیر آن را بدوشد، از مصادیق عاریه می‌باشد یا صرف اباحه است؟ در صورت اول نمی‌توان آن را به سایر موارد تسری داد اما در صورت دوم می‌توان آن را به غیرگوسفند نیز تسری داد همانگونه که می‌توان موضوع انتفاع را به غیرشیر، تسری داد مانند استفاده از پشم و مو.]

(وَلِلْمَالِكِ الرُّجُوعُ فِيهَا مَتَى شَاءَ)، لِاِقْتِضَاءِ جَوَازِ الْعَقْدِ ذَلِكَ (إِلَّا فِي الْإِعَارَةِ لِلدَّفْنِ) أَي: دَفْنِ الْمَيِّتِ الْمُسْلِمِ وَ مَنْ بِحُكْمِهِ فَلَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهِ (بَعْدَ الطَّمِّ)، لِتَحْرِيمِ نَبْشِهِ وَ هَتِكِ حُرْمَتِهِمْ إِلَى أَنْ تَنْدَرَسَ عِظَامُهُ.

وَلَوْ رَجَعَ قَبْلَهُ جَارٌ، وَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ قَدْ وُضِعَ عَلَى الْأَقْوَى، لِلأَضْلِ فَمَوُونَةُ الْحَفْرِ لِزِمَّةِ لَوْلِيِّ الْمَيِّتِ، لِقُدُومِهِ عَلَى ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّرَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، مِمَّا لَا يَرِيدُ عَوْضَهُ عَنْهُ فَيَقْوَى كَوْنُهُ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ، لِعَدَمِ التَّقْصِيرِ، وَ لَا يَلْزَمُ وَلِيَّهُ طَمُّهُ، لِلإِذْنِ فِيهِ.

وَ يُسْتَنْبَى أَخْرَانِ أَيْضاً: أَحَدُهُمَا إِذَا حَصَلَ بِالرُّجُوعِ ضَرَرٌ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ لَا يُسْتَدْرَكُ، كَمَا لَوْ أَعَارَهُ لَوْحاً رَفَعَ بِهِ سَهْفِيَّتَهُ وَ لَجَجَ فِي الْبَحْرِ فَلَا رُجُوعَ لِلْمُعِيرِ إِلَى أَنْ يُمْكِنَهُ الْخُرُوجُ إِلَى الشَّاطِئِ، أَوْ إِصْلَاحُهَا مَعَ نَزْعِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ، وَ لَوْ رَجَعَ قَبْلَ دُخُولِ السَّفِينَةِ، أَوْ خُرُوجِهَا فَلَا إِشْكَالَ فِي الْجَوَازِ، مَعَ اِحْتِمَالِ الْجَوَازِ مُطْلَقاً وَ إِنْ وَجَبَ الصَّبْرُ بِقَبْضِهِ إِلَى أَنْ يَزُولَ الضَّرَرُ، وَ الثَّانِي الْإِسْتِعَارَةُ لِلرَّهْنِ بَعْدَ وَقُوعِهِ وَ قَدْ تَقَدَّمَ.

مالک [یعنی عاریه دهنده] می‌تواند هر زمانی که بخواهد، عقد عاریه [را فسخ نموده و] از آن رجوع کند زیرا جایز بودن عقد عاریه، چنین اقتضایی دارد. [عقد عاریه نسبت به عاریه دهنده و عاریه گیرنده، جایز است و تفاوتی میان عاریه موقت و غیرموقت وجود ندارد اما ابن جنید گفته است که اگر زمینی برای ساختمان یا کاشتن درخت، عاریه داده شود، از سوی عاریه دهنده در این مدت، لازم خواهد بود. به هر حال فقها، چند مورد از موارد عاریه را لازم دانسته‌اند که مصنف، آنها را بدین صورت بیان کرده است:] مگر اینکه زمینی برای دفن میّت مسلمان یا میّتی که در حکم مسلمان می‌باشد، [مانند مجنون و صغیری که والدین آنها مسلمان باشد] عاریه داده شود که در این صورت، عاریه دهنده حق ندارد پس از پر کردن حفره قبر، از عاریه رجوع کند زیرا شکافتن قبر مسلمان و هتک حرمت وی، حرام است تا زمانی که استخوان مرده، بیوسد اما قبل از پر کردن قبر، حق رجوع دارد هر چند بنا بر نظریه قوی‌تر، مرده داخل قبر

گذاشته شده باشد چون اصل بر جواز رجوع است [و منظور از اصل در اینجا، استصحاب است یعنی قبل از قرار دادن مرده در داخل قبر، رجوع از عاریه جایز بود و پس از قرار دادن مرده در داخل قبر، شک می‌کنیم که حق رجوع از عاریه، کماکان باقی است یا از بین رفته است. استصحاب حق رجوع، اقتضای بقای این حق را دارد]. بنابراین هزینه‌های حفر قبر برعهده ولی میّت می‌باشد زیرا ولیّ میت اقدام به قرار دادن میّت در داخل چنین قبری کرده است [یعنی ولیّ میت به رغم آگاهی از اینکه ممکن است صاحب زمین، عقد عاریه را فسخ کند، مرده را در داخل این زمین دفن کرده است بنابراین هزینه‌های شکافتن قبر برای خارج کردن مرده، برعهده ولیّ میت است و نمی‌توان آن را از اموال متوفی پرداخت کرد.] مگر اینکه پیدا کردن قبری غیر از قبر عاریه‌ای که قیمت آن بیش‌تر از عوض حفر قبر عاریه‌ای نباشد، پیدا نشود [یعنی بهای قبر غیر عاریه‌ای، مساوی یا کم‌تر از هزینه شکافتن قبر عاریه‌ای باشد] که در این صورت، هزینه‌های شکافتن قبر عاریه‌ای به احتمال قوی از مال میّت پرداخت خواهد شد زیرا ولیّ میت، مرتکب تقصیری نشده است و بر ولیّ میت لازم نیست که حفره قبر را پر کند زیرا مالک و عاریه دهنده به وی اذن داده است که قبر را حفر نماید. [البته در مورد اینکه لزوم عقد عاریه در اینجا به معنای عدم حق فسخ عاریه است یا منظور آن است که نمی‌توان ولیّ میت را مجبور کرد که قبر را شکافته و مرده را خارج کند، اختلاف نظر وجود دارد. نتیجه اختلاف نظر در جایی آشکار می‌شود که قبر، اتفاقاً شکافته شده و مرده خارج گردد مانند اینکه حیوانات درنده یا سارقان، این کار را انجام داده باشند. پس در حالت نخست، دفن مجدد میت نیاز به عقد جدید و اذن جدید دارد اما در حالت دوّم، عقد قبلی به اعتبار خود باقی است زیرا امکان فسخ آن وجود ندارد بنابراین نیازی به اجازه مجدد نخواهد بود.] دو مورد دیگر نیز از حکم جواز عقد عاریه، استثناء شده است؛ مورد اول آن است که رجوع عاریه دهنده از عقد عاریه، ضرر غیرقابل جبرانی به عاریه گیرنده وارد نماید مانند اینکه عاریه دهنده، تخت چوبی را به عاریه گیرنده بدهد تا کشتی خود را با آن ترمیم و تعمیر کند و [کشتی پس از آنکه با آن تخت چوب، تعمیر گردید] به آب انداخته شود پس عاریه دهنده حق ندارد از عقد عاریه، رجوع کند تا زمانی که کشتی بتواند به بندر برسد یا بتوان کشتی را در داخل دریا بدون اینکه



ضرری به آن وارد شود، تعمیر نمود [یعنی بتوان چوب دیگری را بجای چوب عاریه، قرارداد و چوب عاریه را به عاریه دهنده برگرداند] اما عاریه دهنده حق دارد قبل از وارد شدن کشتی به دریا یا بعد از خارج شدن آن از دریا، عقد عاریه را فسخ کند و احتمال می رود که عاریه دهنده حتی در صورتی که کشتی وارد دریا نشده است [یا در صورتی که رجوع از عاریه، موجب ضرر عاریه گیرنده می شود] نیز، از عاریه رجوع کند هر چند بر عاریه دهنده واجب است که برای تحویل گرفتن عاریه، صبر کند تا زمانی که ضرر از بین برود. دومین مورد استثنایی، آن است که مالی برای رهن قرار گرفتن، عاریه داده شود که عاریه دهنده حق ندارد پس از رهن قرار دادن مال، عقد عاریه را فسخ کند همانگونه که احکام آن قبلاً بیان شد.

(و هِيَ أَمَانَةٌ) فِي يَدِ الْمُسْتَعِيرِ (لَا يَضْمَنُ إِلَّا بِالتَّعَدِّيِّ، أَوْ التَّفْرِيطِ) إِلَّا مَا اسْتَشْبِي (وَ إِذَا اسْتَعَارَ أَرْضاً) صَالِحَةً لِلزَّرْعِ، وَ العَرْسِ، وَ الْبِنَاءِ عَادَةً (عَرَسَ أَوْ زَرَعَ أَوْ بَنَى) مُحْتَبِراً فِيهَا مَعَ الْإِطْلَاقِ، أَوْ التَّضَرُّجِ بِالتَّعْمِيمِ، وَ لَهُ الْجَمْعُ بَيْنَهَا بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ، لِأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ انْتِفَاعٌ بِتِلْكَ الْعَيْنِ يَدْخُلُ فِي الْإِطْلَاقِ أَوْ التَّعْمِيمِ، وَ مِثْلُهُ مَا لَوْ اسْتَعَارَ ذَابَّةً صَالِحَةً لِلرُّكُوبِ وَ الْحَمْلِ.

(وَ لَوْ عَيَّنَ لَهُ جِهَةً لَمْ يَتَجَاوَزْهَا) وَ لَوْ إِلَى الْمَسَاوِي وَ الْأَدْوَانِ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى التَّعْيِينِ وَ اقْتِضَاراً عَلَى الْمَادُّونِ.

وَ قِيلَ: يَجُوزُ التَّخَطِّيُّ إِلَى الْمَسَاوِي وَ الْأَقْلَّ ضَرراً وَ هُوَ ضَعِيفٌ. وَ دُخُولُ الْأَدْوَانِ بِطَرِيقِ أَوْلَى مَمْنُوعٍ، لِاخْتِلَافِ الْعُرْضِ فِي ذَلِكَ، نَعَمْ لَوْ عَلِمَ انْتِفَاءُ الْعُرْضِ بِالْمَعْيَنِ اتَّجَهَ جَوَازُ التَّخَطِّيِّ إِلَى الْأَقْلِّ، أَمَّا الْمَسَاوِي فَلَا مُطْلَقاً، كَمَا أَنَّهُ مَعَ النَّهْيِ عَنِ التَّخَطِّيِّ يَحْرُمُ مُطْلَقاً.

وَ حَيْثُ يَتَعَيَّنُ الْمُعَيَّنُ فَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ ضَمِنَ الْأَرْضَ وَ لَزِمَهُ الْأَجْرَةُ لِجَمْعِهِ مَا فَعَلَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُسْقَطَ مِنْهَا مَا قَابَلَ الْمَادُّونَ، عَلَى الْأَقْوَى، لِكَوْنِهِ تَصَرُّفاً بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ فَيُوجِبُ الْأَجْرَةَ، وَ الْقَدْرُ الْمَادُّونَ فِيهِ لَمْ يَفْعَلْهُ، فَلَا مَعْنَى لِاسْقَاطِ قَدْرِهِ.

نَعَمْ لَوْ كَانَ الْمَادُّونَ فِيهِ دَاخِلاً فِي ضَمَنِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي تَحْمِيلِ الدَّابَّةِ قَدراً مُعَيَّناً فَتَجَاوَزَهُ، أَوْ فِي رُكُوبِهَا بِنَفْسِهِ فَأَرْدَفَ غَيْرَهُ، تَعَيَّنَ اسْقَاطُ قَدْرِ الْمَادُّونِ، لِأَنَّهُ بَعْضُ مَا اسْتَوْفَى مِنَ الْمَنْفَعَةِ وَ إِنَّ ضَمْنَ الدَّابَّةِ أَجْمَعٍ.

مال عاریه به صورت امانت در دست عاریه گیرنده می باشد و ضامن آن نیست مگر اینکه مرتکب تعدی یا تفریط شده باشد بجز موارد استثنایی که عاریه گیرنده، ضامن است [امین بودن عاریه گیرنده در روایات شرعی به صراحت بیان شده است مانند روایت امام صادق(ع) که فرمود: «صاحب عاریه و ودیعه، امین هستند.» بنابراین حکم سایر امانت‌ها را دارد و در اینجا برخلاف بقیه امانت‌ها، گفته شده است که طرفین می توانند ضامن بودن عاریه گیرنده و امین نبودن وی را شرط کنند و این شرط منافاتی با تبرعی بودن عقد عاریه و نیز جایز بودن آن ندارد.] بنابراین هرگاه شخصی، زمینی را عاریه بگیرد که معمولاً می توان در آن کشت و زرع کرد یا درخت کاشت یا ساختمان ساخت، چنانچه عقد عاریه به صورت مطلق، منعقد شده باشد یا تصریح به عام بودن آن شده باشد [یعنی عاریه دهنده، انتفاع خاصی را بیان نکرده باشد یا تصریح کرده باشد که عاریه گیرنده می تواند هر استفاده‌ای را از زمین ببرد]. عاریه گیرنده اختیار دارد که درخت بکارد یا کشت و زرع نماید یا ساختمان بسازد و نیز می تواند در صورت امکان، هر سه بهره‌برداری را بنماید زیرا تمامی این موارد، انتفاع از این زمین محسوب می شود و مشمول اطلاق یا عموم کلام عاریه دهنده قرار می گیرد و مانند این مورد است جایی که عاریه گیرنده، چهارپایی را عاریه بگیرد که برای سواری و باربری، صلاحیت دارد. اگر عاریه دهنده، جهت خاصی را برای استفاده از عین، تعیین کرده باشد [مثلاً گفته باشد که عاریه گیرنده فقط از اسب، برای سواری استفاده کند]، عاریه گیرنده نباید استفاده دیگری را بنماید هر چند استفاده دیگر، مساوی با استفاده مورد نظر عاریه دهنده باشد یا کمتر از آن باشد زیرا باید به آنچه که تعیین شده است عمل کرد و به آنچه که اذن داده شده است، اکتفا نمود - یک دیدگاه آن است که عاریه گیرنده می تواند استفاده‌ای بنماید که از نظر ضرر برای عاریه دهنده، مساوی با استفاده تعیین شده بوده یا کمتر از آن باشد اما این نظریه، ضعیف است و اینکه گفته شود استفاده کردنی که ضرر آن کمتر از استفاده مورد نظر عاریه دهنده بوده است، به طریق اولی جایز است، سخن صحیحی نیست [یعنی نمی توان گفت که اگر عاریه دهنده، استفاده‌ای را تعیین کرده باشد که هزار تومان اجرت آن است، عاریه گیرنده به طریق اولی می تواند استفاده‌ای بنماید که اجرت آن، صد تومان می باشد] زیرا

هدف‌ها در تعیین نوع استفاده، تفاوت دارد [و نمی‌توان میزان ضرر به مال را، ملاک قرارداد بلکه ممکن است عاریه دهنده با هدف دیگری، استفاده خاصی را تعیین کرده باشد]. بلکه اگر معلوم شود که عاریه دهنده، هدف خاصی برای تعیین استفاده معین، نداشته است می‌توان استفاده‌ای نمود که ضرر آن کمتر از استفاده موردنظر می‌باشد اما نمی‌توان استفاده دیگری کرد که ضرر آن مساوی با ضرر استفاده تعیین شده می‌باشد اعم از اینکه هدف از تعیین استفاده خاص، معلوم باشد یا معلوم نباشد [زیرا دلیلی جز قیاس برای این کار وجود ندارد] همانگونه که اگر عاریه دهنده، هر نوع استفاده دیگری را نهی کرده باشد، استفاده دیگر حرام خواهد بود اعم از اینکه ضرر استفاده دیگر، کمتر از ضرر استفاده موردنظر یا مساوی یا بیش‌تر از آن باشد. [البته آنچه که گفته شد در صورتی که جنس استفاده تعیین شده با جنس استفاده دیگر، متفاوت باشد و گرنه اشکالی نخواهد داشت مانند اینکه عاریه دهنده، کشت گندم خاصی را تعیین کرده باشد اما عاریه گیرنده، گندم دیگری را بکارد.] حال چنانچه عاریه دهنده، استفاده خاصی را تعیین کرده باشد اما عاریه گیرنده، استفاده دیگری بنماید، عاریه گیرنده ضامن زمین است [منظور از ضمانت زمین، مسؤولیت پرداخت اجاره بهای آن می‌باشد] و باید اجرت‌المثل تمامی استفاده‌ای را که برده است بپردازد بدون اینکه بنا بر نظریه قوی‌تر، اجرت استفاده‌ای را که اذن داشته است، کسر نماید [یعنی مثلاً چنانچه اجرت استفاده‌ای که برده است، هزار تومان باشد و اجرت استفاده‌ای که تعیین شده است، نهصد تومان باشد، عاریه گیرنده باید هزار تومان به عاریه دهنده بدهد نه اینکه نهصد تومان را از آن کسر کرده و صد تومان به وی بدهد] زیرا عاریه گیرنده، تصرفی نموده [و استفاده‌ای برده است] که عاریه دهنده، اذن به آن نداده است بنابراین باید اجرت این تصرف و استفاده را بدهد و مقداری که اذن داده شده است، مورد استفاده عاریه گیرنده، قرار نگرفته است بنابراین معنا ندارد که مقدار اذن داده شده، کسر گردد. بلکه اگر استفاده‌ای که اذن به آن داده شده است، داخل در استفاده‌ای باشد که از آن نهی شده است، اجرت مقدار اذن داده شده از اجرت‌المثل تمام عمل، کسر خواهد شد مانند اینکه عاریه دهنده، چهارپایی را به دیگری، عاریه بدهد و به او بگوید که مقدار معینی [مثلاً صد کیلو] بار با آن حمل کن اما عاریه گیرنده از این مقدار

تجاوز کند [مثلاً دویست کیلو بار بر آن حمل کند] در اینجا اجرت حمل صدکیلو بار از اجرت حمل دویست کیلو بار، کسر خواهد شد] یا عاریه دهنده به عاریه گیرنده بگوید که فقط چهارپا را برای سواری خودت مورد استفاده قرار بده اما عاریه گیرنده، شخص دیگری را نیز سوار کند [در اینجا اجرت سوار شدن یک نفر از اجرت سوار شدن دو نفر، کسر می‌گردد] زیرا منفعتی که اذن داده شده است، مقداری از منفعتی می‌باشد که مورد استفاده قرار گرفته است [و تفاوت این صورت با صورت قبل در آن است که در اینجا هر دو منفعت، از نظر جنس یکسان هستند و فقط مقدار آنها تفاوت دارد اما در صورت قبل، جنس دو منفعت نیز تفاوت داشت. البته عاریه گیرنده که برخلاف نظر عاریه دهنده، عمل کرده مرتکب تقصیر شده است بنابراین هر چند مقداری از اجرت المثل منفعتی را که برده است، می‌پردازد اما] ضامن تمامی چهارپا می‌باشد.

(وَيَجُوزُ لَهُ بَيْعُ غُرُوسِهِ، وَ ابْنَيْتِهِ وَ لَوْ عَلَىٰ غَيْرِ الْمَالِكِ) عَلَى الْمَشْهُورِ، لِأَنَّهُ مَالِكٌ غَيْرٌ مَمْنُوعٍ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ فَيَبِيعُهُ مِمَّنْ يَشَاءُ.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ عَلَىٰ غَيْرِ الْمُعْبَرِ، لِعَدَمِ اسْتِقْرَارِ مَلِكِهِ بِرُجُوعِ الْمُعْبَرِ وَ هُوَ غَيْرٌ مَانِعٍ مِنَ الْبَيْعِ كَمَا يُبَاعُ الْمُشْرِفُ عَلَى التَّلَفِ وَ مُسْتَحَقُّ الْقَتْلِ قِصَاصًا.  
ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي جَاهِلًا بِحَالِهِ فَلَهُ الْفُسْخُ، لِلْغَيْبِ، لِأَنَّ كَانَ عَالِمًا بَلْ يُنْزَلُ مُنْزَلَةَ الْمُشْتَعِبِ.

وَ لَوْ اتَّفَقَا عَلَىٰ بَيْعِ مَلِكِهِمَا مَعًا بِثَمَنِ وَاحِدٍ صَحَّ، وَ وُزِعَ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا، فَيَقْسِطُ عَلَىٰ أَرْضٍ مَشْغُولَةٍ بِهِ عَلَىٰ وَجْهِ الْأَعَارَةِ مُسْتَحَقُّ الْقَلْعِ بِالْأَرْضِ أَوْ الْإِقْبَاءِ بِالْأَجْرَةِ، أَوْ التَّمْلُكِ بِالْقِيمَةِ مَعَ التَّرَاضِي، وَ عَلَىٰ مَا فِيهَا مُسْتَحَقُّ الْقَلْعِ عَلَىٰ أَحَدِ الْوُجُوهِ فَلِكُلِّ قِسْطُ مَا يَمْلِكُهُ.

به اعتقاد مشهور فقها، ودیعه گیر می‌تواند درختان غرس شده و ساختمان‌های ساخته [در زمین موضوع عاریه] را بفروشد حتی اگر خریدار، شخصی غیر از مالک [عاریه دهنده] باشد [همانگونه که عاریه دهنده نیز می‌تواند، موضوع عاریه را به عاریه گیرنده یا شخص دیگری بفروشد. جواز فروش درختان و ساختمان‌ها، اعم از آن است که عاریه دهنده، اذن به آن بدهد یا ندهد و حتی در صورتی که از آن، نهی کرده باشد] زیرا عاریه گیرنده، مالک درختان و ساختمان‌هاست و ممنوعیتی برای تصرف در آنها ندارد بنابراین می‌تواند آن را به هرکس که بخواهد بفروشد. یک دیدگاه هم آن است

که عاریه گیرنده فقط می تواند درختان و ساختمان ها را به عاریه دهنده بفروشد زیرا مالکیت عاریه گیرنده بخاطر امکان رجوع عاریه دهنده، استقرار پیدا نمی کند اما این استدلال، مانع حق فروش نیست همانگونه که حیوانی را که در حال تلف شدن است و برده ای را که محکوم به قصاص می باشد، می توان فروخت [حال آنکه در این موارد نیز امکان تلف شدن حیوان و برده وجود دارد. مرحوم شیخ طوسی، دلیل دیگری که برای ممنوعیت فروش درختان و ساختمان ها، بیان می کند آن است که امکان تحویل آنها به خریدار وجود ندارد در صورتی که درختان یا ساختمان ها توسط عاریه گیرنده به شخصی غیر از عاریه دهنده، فروخته می شود] چنانچه خریدار، وضعیت را نداند [یعنی آگاهی نداشته باشد که عرصه ساختمان و زمین، عاریه ای بوده است] بخاطر خیار عیب [و قاعده لاضرر] حق فسخ دارد اما اگر آگاهی داشته باشد، حق فسخ ندارد بلکه جانشین عاریه گیرنده می شود [و حکم عاریه گیرنده را دارد]. عاریه دهنده و عاریه گیرنده می توانند باهم اتفاق نظر پیدا کنند که ملک خود را باهم در مقابل یک ثمن، بفروشند و در این صورت، ثمن میان عاریه دهنده و عاریه گیرنده تقسیم می شود بدین صورت که بخشی از ثمن به زمین تعلق می گیرد در حالی که بنا و درخت به صورت عاریه در آن قرار دارد و قابل کنده شدن با پرداخت ارش می باشد [منظور از ارش، تفاوت قیمت درختان در حالت باقی ماندن و در حالت کنده شدن، می باشد] یا بنا و درخت در مقابل اجرت، باقی می ماند و یا عاریه دهنده، درخت و ساختمان را با پرداخت قیمت آن و رضایت طرفین، تملک می کند و بخشی از ثمن هم به درخت یا ساختمان تعلق می گیرد که به یکی از سه صورت یاد شده، قابل کنده شدن است بنابراین هر یک از عاریه دهنده و عاریه گیرنده، سهم خود را از ثمن می گیرد. [خلاصه اینکه اگر زمینی که در آن درخت کاشته شده است با رضایت عاریه دهنده و عاریه گیرنده، در مقابل یک ثمن فروخته شود، این ثمن میان مالک زمین یعنی عاریه دهنده و مالک درخت یعنی عاریه گیرنده، تقسیم می شود. زمین و درخت، هر کدام سه حالت و وضعیت دارند که این حالت ها، در میزان ثمن تأثیر دارد و این حالت ها عبارتند از: اول - درخت از زمین کنده شود و ارش آن پرداخت گردد. دوم - درخت در زمین باقی بماند و عاریه گیرنده، اجرت زمین را به عاریه دهنده پردازد. سوم - عاریه دهنده، درخت را از عاریه گیرنده

بخرد. حال اگر فرضاً زمین و درخت مجموعاً ششصد هزار تومان فروخته شود و ارزش زمین در یکی از این حالت‌ها، سیصد هزار تومان باشد و ارزش درخت‌ها در همان حالت، یکصد هزار تومان باشد، دوسوم بهای زمین یعنی چهارصد هزار تومان به عاریه دهنده و یک سوم آن یعنی دویست هزار تومان به عاریه گیرنده، پرداخت خواهد شد. [

(وَلَوْ نَقَصَتْ) الْعَيْنُ الْمُعَارَةَ (بِالِاسْتِعْمَالِ لَمْ يَضْمَنْ) الْمُسْتَعِيرُ النَّقْصَ، لِاسْتِنَادِ التَّلَفِ إِلَى فِعْلِ مَأْذُونٍ فِيهِ، وَلَوْ مِنْ جِهَةِ الْإِطْلَاقِ. وَ تَقْيِيدُهُ بِالنَّقْصِ قَدْ يُفْهَمُ أَنَّهَا لَوْ تَلَفَتْ بِهِ ضَمْنَهَا، وَ هُوَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ، لِعَدَمِ تَنَاوُلِ الْأَذْنِ لِلِاسْتِعْمَالِ الْمُتَلَفِ عُرْفاً، وَإِنْ دَخَلَ فِي الْإِطْلَاقِ، فَيَضْمَنْهَا آخِرَ خَالَاتِ التَّقْوِيمِ. وَقِيلَ: لَا يَضْمَنْ أَيْضاً كَالنَّقْصِ، لِمَا ذُكِرَ مِنَ الْوَجْهِ وَ هُوَ الْوَجْهُ.

اگر مال موضوع عاریه بر اثر استفاده کردن، ناقص شود، عاریه گیرنده ضامن نقص آن نخواهد بود زیرا تلف شدن [مقداری از] مال عاریه مستند به عملی است که مالک اذن به آن داده است هر چند این اذن به صورت مطلق باشد [یعنی همینکه عاریه دهنده، به صورت مطلق، عقد عاریه را منعقد می‌سازد و تصریح نمی‌کند که اگر عاریه بر اثر استفاده کردن ناقص شود، عاریه گیرنده ضامن باشد، همین اطلاق به صورت ضمنی، اذن بر آن است که اگر مال عاریه بر اثر استفاده، ناقص شود مسؤولیتی متوجه عاریه گیرنده نخواهد بود. شهید اول اشاره به ناقص شدن عاریه دارد اما برخی از فقها، حالت تلف شدن عاریه را نیز بیان کرده‌اند و عاریه گیرنده را ضامن تلف شدن نیز نمی‌دانند. شهید ثانی می‌فرماید که شهید اول، اشاره‌ای به حالت تلف شدن عاریه ندارد و شاید منظورش آن باشد که اگر عاریه، تلف شود عاریه دهنده ضامن می‌باشد همانگونه که برخی از فقها همین نظر را دارند در حالیکه فلسفه عدم ضمانت عاریه دهنده اقتضا می‌کند که تفاوتی میان این دو حالت وجود نداشته باشد. به هر حال شهید ثانی، در این زمینه می‌فرماید: [و اینکه شهید اول، عدم ضمانت عاریه گیرنده را را مقید به حالت ناقص شدن مال عاریه نموده است بیانگر آن می‌باشد که اگر مال عاریه، تلف شود عاریه گیرنده ضامن است و یکی از دو نظریه‌ای که در این مسأله بیان شده است همین می‌باشد [یعنی در مورد تلف شدن مال عاریه، دو دیدگاه وجود دارد؛ عده‌ای، عاریه گیرنده را ضامن نمی‌دانند و عده‌ای، او را ضامن می‌دانند] زیرا اذنی که عاریه دهنده

[برای استفاده از مال عاریه] به عاریه گیرنده می دهد عرفاً شامل استفاده‌ای نمی شود که موجب تلف شدن مال گردد هر چند چنین استفاده‌ای داخل در اطلاق اذن عاریه دهنده می شود. [اگر عاریه گیرنده را ضامن تلف شدن مال عاریه بدانیم] ضامن آخرین حالات قیمت مال عاریه خواهد بود [یعنی مال عاریه از زمانی که تحویل عاریه گیرنده می‌گردد تا زمانی که تلف می‌شود، قیمت‌های مختلفی دارد و باید آخرین زمان قیمت داشتن را در نظر گرفت که همان زمان تلف شدن است و علت این امر آن است که مال عاریه بر اثر استفاده، به مرور زمان از ارزش آن کاسته می‌شود.] و یک دیدگاه آن است که عاریه گیرنده در صورت تلف شدن مال عاریه، ضامن نیست همانگونه که در صورت ناقص شدن آن، ضامن نمی‌باشد و دلیلش همان است که بیان شد [که اطلاق اذن در تصرف شامل تصرفی هم می‌شود که سبب تلف مال عاریه می‌گردد] و این نظریه، پسندیده و نیکوست.

(وَيَضْمَنُ الْعَارِيَّةَ بِاشْتِرَاطِ الضَّمَانِ) عَمَلًا بِالشَّرْطِ الْمَأْمُورِ بِالْكَوْنِ مَعَهُ سِوَاءَ شَرَطِ ضَمَانِ الْعَيْنِ أَمْ الْأَجْزَاءِ أَمْ هُنَا فَيَتَّبِعُ شَرَطَهُ.  
(وَبِكَوْنِهَا ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً) سِوَاءَ كَانَا ذَنَائِبِرَ وَ ذَرَاهِمَ أَمْ لَا - عَلَى أَحْصَحِّ الْقَوْلَيْنِ - لِأَنَّ فِيهِ جَمْعًا بَيْنَ التُّصُوصِ الْمُخْتَلِفَةِ.

وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالتَّقْدِيرِ اسْتِنَادًا إِلَى الْجَمْعِ أَيْضًا، وَإِلَى الْحِكْمَةِ الْبَاعِثَةِ عَلَى الْحُكْمِ، وَ هِيَ ضَعْفُ الْمَنْفَعَةِ الْمَطْلُوبَةِ مِنْهُمَا بِدُونِ الْإِنْفَاقِ، فَكَانَتْ عَارِيَّتُهُمَا مُوجِبَةً بِالذَّاتِ لِمَا يُوجِبُ التَّلَفَ فَيَضْمَانِ بِهِمَا.

وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّ الشَّرْطَ الْإِنْفَاقَ بِهِمَا مَعَ بَقَائِهِمَا، وَ ضَعْفُ الْمَنْفَعَةِ حِينَئِذٍ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي اخْتِلَافِ الْحُكْمِ، وَ تَقْدِيرُ مَنْفَعَةِ الْإِنْفَاقِ حُكْمٌ بَغَيْرِ الْوَاقِعِ.

اگر ضمن عقد عاریه شرط شده باشد که عاریه گیرنده، ضامن باشد [در صورت ناقص شدن یا تلف شدن عاریه]، عاریه گیرنده ضامن خواهد بود زیرا عمل به شرطی که امر به همراه بودن با آن شده است چنین اقتضایی دارد [یعنی روایتی که می‌فرماید: «المؤمنون عند شروطهم» بیانگر آن است که مؤمنان همراه با شرط خود هستند یعنی هر جا شرط هست، ایشان نیز هستند] و تفاوتی ندارد که ضمانت عین یا ضمانت اجزاء یا هر دو مورد شرط شده باشد بنابراین براساس شرط عمل خواهد شد [ضمانت عین

یعنی اگر مال عاریه تلف شود ضامن باشد و ضمانت اجراء یعنی اگر ناقص شود، ضامن باشد. ممکن است گفته شود که شرط ضمانت، خلاف مقتضای عقد عاریه و صفت امین بودن عاریه گیرنده، است زیرا این عقد، تبرعی می باشد اما این ایراد، پذیرفته نیست بنابراین در عقد عاریه برخلاف عقد ودیعه، علاوه بر تعدی و تفریط، شرط ضمانت نیز موجب ضامن بودن امین خواهد بود. یک مورد دیگر برای ضامن بودن عاریه گیرنده آن است که [موضوع عاریه، طلا و نقره باشد] اعم از اینکه شرط ضمان شده باشد یا شرط نشده باشد و [بنابر نظریه صحیح تر از دو نظریه، اعم از اینکه طلا و نقره به صورت دینار و درهم باشد یا نباشد] یعنی به صورت مسکوک باشد یا نباشد] زیرا جمع میان روایت های مختلف، چنین اقتضایی دارد [روایت هایی که در این زمینه وارد شده است به سه دسته تقسیم می شود. برخی از آنها، ضمانت را بکلی منتفی می دانند؛ برخی از آنها ضمانت را در صورتی برقرار می دانند که شرط شده باشد؛ برخی دیگر ضمانت طلا و نقره را برقرار می دانند حتی اگر شرط نشده باشد و حتی اگر به صورت دینار و درهم نباشد. جمع میان این روایت ها اقتضا می کند که تفاوتی میان طلا و نقره مسکوک و غیرمسکوک نباشد. یک دیدگاه هم آن است که فقط عاریه درهم و دینار، ضمانت آور است و این گروه نیز چنین نظریه ای را مقتضای جمع میان روایات می دانند [زیرا در این روایت ها، عاریه ضمان آور دانسته نشده است و طلا و نقره یا درهم و دینار، استثناء شده است که درهم و دینار، ضامن تر می باشد و باید روایت هایی که طلا و نقره را بیان می کند، حمل بر درهم و دینار شود یعنی عام را بر خاص حمل می کنیم. دلیل دیگر برای ضمانی بودن عاریه درهم و دینار]، حکمت و علت حکم به ضمانت می باشد و این علت، ضعیف بودن منفعتی است که بدون خرج کردن درهم و دینار، وجود دارد بنابراین عاریه دادن درهم و دینار، ذاتاً موجب چیزی است که سبب تلف آنها می شود و در نتیجه، عاریه دادن درهم و دینار، موجب ضمان است اما این دلیل، ضعیف است زیرا شرط صحت عاریه دادن درهم و دینار، آن است که بتوان با باقی ماندن عین درهم و دینار، از آنها استفاده کرد و ضعیف بودن منفعت در این صورت، دخالتی در اختلاف حکم ندارد [یعنی نمی توان ضعیف بودن منفعت را سبب عدم ضمانت و قوی بودن منفعت را سبب ضمانت دانست بگونه ای که گفته شود اگر طلا و نقره به صورت درهم و



دینار باشد می‌توان آنها را خرج کرد و وقتی بتوان آنها را خرج کرد، منفعت آن نیز زیاد می‌شود و وقتی منفعت آنها زیاد شد پس عاریه دادن آنها نیز ضمانت آور است حال آنکه طلا و نقره‌ای که به صورت درهم و دینار نباشد قابل خرج کردن نیست و در نتیجه، نفع آن کم است و عاریه آن، ضمانت آور نیست. [و این حکم و فرض که خرج کردن طلا و نقره، منفعت دارد، حکمی غیرواقعی و بی‌اساس است] بلکه همانگونه که گفته شد

شرط عاریه دادن، آن است که استفاده از مال با بقای عین مال، ممکن باشد.

(وَلَوْ ادَّعَى الْمُسْتَعِيرُ (التَّلْفَ حَلْفَ) لِأَنَّهُ أَمِينٌ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ كَغَيْرِهِ، سِوَاءِ ادَّعَاةِ بِأَمْرِ ظَاهِرٍ أَمْ خَفِيِّ، وَلَا لِإِمْكَانِ صِدْقِهِ، فَلَوْ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ لَزِمَ تَخْلِيدُهُ الْحَبْسَ.  
(وَلَوْ ادَّعَى الرَّدَّ حَلْفَ الْمَالِكِ) لِأَصَالَةِ عَدَمِهِ، وَقَدْ قَبِضَهُ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ، بِخِلَافِ الْوَدْعِيِّ.

و مَعْنَى عَدَمِ قَبُولِ قَوْلِهِ فِيهِ الْحُكْمُ بِضَمَانِهِ لِلْمِثْلِ أَوْ الْفَيْمَةِ، حَيْثُ تَتَعَدَّرُ الْعَيْنُ، لَا الْحُكْمُ بِالْعَيْنِ مُطْلَقًا، لِمَا تَقَدَّمَ فِي دَعْوَى التَّلْفِ.

اگر عاریه گیرنده ادعا کند که مال موضوع عاریه تلف شده است، عاریه گیرنده سوگند یاد می‌کند [و سخن وی همراه با سوگندش پذیرفته می‌شود] زیرا عاریه گیرنده، امین است بنابراین سخن او در مورد مال امانی پذیرفته می‌شود و همچنانکه سخن سایر اشخاص امین نیز پذیرفته می‌شود و در این زمینه تفاوتی ندارد که عاریه گیرنده، تلف شدن مال عاریه را مستند به یک علت آشکار [مانند سیل و زلزله] نماید یا سببی که مخفی است [مانند دزدی و دلیل دیگر برای پذیرفته شدن سخن و دایعه گیر آن است که] امکان دارد راست بگوید [و واقعاً مال عاریه، تلف شده باشد] بنابراین چنانچه سخن وی پیرامون تلف شدن مال موضوع عاریه، پذیرفته نشود و لازم می‌آید که عاریه گیرنده برای همیشه در زندان باقی بماند [زیرا هرگز نخواهد توانست، تلف شدن مال عاریه را اثبات کند بنابراین چاره‌ای نیست جز اینکه ادعای وی، همراه با سوگندش پذیرفته شود ادعای عاریه گیرنده در مورد عدم تعدی یا تفریط نیز همراه با سوگند وی پذیرفته می‌شود] اما چنانچه عاریه گیرنده ادعا کند که مال موضوع دایعه را به عاریه دهنده مسترد نموده است، مالک [یعنی عاریه دهنده] سوگند یاد می‌کند زیرا اصل بر عدم رد مال است [و کسی که مطابق اصل سخن بگوید، منکر است و منکر باید براساس

قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» سوگند یاد کند. دلیل دیگر برای پذیرش سخن مالک، آن است که [عاریه گیرنده، مال موضوع عاریه را برای مصلحت خودش دریافت کرده است بنابراین سخن وی در مورد ردّ عاریه، پذیرفته نمی شود برخلاف ودیعه گیر [که ودیعه را برای مصلحت مالک، دریافت کرده است و در نتیجه سخن وی پذیرفته می شود. در پاره‌ای موارد نیز تحویل مال توسط امین برای مصلحت مالک و امین است مانند عین مستأجره که برای مصلحت موجر و مستأجر، تحویل مستأجر می‌گردد و سخن مستأجر در این مورد پذیرفته می‌شود.] و معنای این سخن که ادعای عاریه گیرنده پذیرفته نمی‌شود، آن است که هرگاه استرداد عین مال موضوع عاریه امکان نداشته باشد، عاریه گیرنده ضامن مثل یا قیمت آن مال خواهد بود نه اینکه حکم به استرداد عین مال داده شود اعم از اینکه استرداد عین امکان داشته باشد یا امکان نداشته باشد به همان دلیلی که قبلاً در مسأله ادعای تلف شدن مال عاریه، بیان گردید [و گفته شد که اگر حکم به ردّ عین مال داده شود در حالیکه امکان ردّ عین وجود نداشته باشد، موجب حبس ابدی عاریه گیرنده خواهد شد.]

(وَلِلْمُسْتَعِيرِ الْإِسْتِظْلَالَ بِالشَّجَرِ) الَّذِي غَرَسَهُ فِي الْأَرْضِ الْمُعَارَاةَ لِلْغُرْسِ وَإِنْ اسْتَلْزَمَ التَّصَرُّفَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْغُرْسِ، لِقَضَاءِ الْعَادَةِ بِهِ. كَمَا يَجُوزُ لَهُ الدُّخُولُ إِلَيْهَا لِسَقْيِهِ وَحَرْثِهِ وَحَرَاسَتِهِ وَغَيْرِهَا، وَ لَيْسَ لَهُ الدُّخُولُ لِغَيْرِ غَرَضٍ يَتَعَلَّقُ بِالشَّجَرِ كَالْتَمَرِّجِ، وَ كَذَا) يَجُوزُ (لِلْمُعِيرِ) الْإِسْتِظْلَالَ بِالشَّجَرِ الْمَذْكُورِ وَإِنْ كَانَ مُلْكًا لِغَيْرِهِ، لِأَنَّهُ جَالِسٌ فِي مَلِكِهِ، كَمَا لَوْ جَلَسَ فِي غَيْرِهِ مِنْ أَمْلَاكِهِ فَاتَّفَقَ لَهُ التَّظَلُّلُ بِشَجَرِ غَيْرِهِ، أَوْ فِي الْمُبَاحِ كَذَلِكَ، وَ كَذَا يَجُوزُ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِكُلِّ مَا لَا يَسْتَلْزِمُ التَّصَرُّفَ فِي الشَّجَرِ.

عاریه گیرنده حق دارد از سایه درختی که در زمین عاریه‌ای، کاشته است استفاده نماید هر چند این استفاده کردن، مستلزم تصرّف در زمین برای منظوری غیر از کاشتن درخت و نگهداری از آن می‌باشد زیرا عرف و عادت، حکم به چنین استفاده‌ای می‌کند [و استفاده در حدّ متعارف، جایز است.] همانگونه که عاریه گیرنده و صاحب درخت می‌تواند برای آبیاری و حرث درخت و نگهداری از آن و سایر کارهای لازم، وارد زمین شود اما حق ندارد برای هدفی که مربوط به درخت نیست مانند تفریح و استراحت، وارد زمین شود. عاریه دهنده نیز حق دارد، از سایه درختی که عاریه

گیرنده در زمین او کاشته است، استفاده کند هر چند این درخت، متعلق به دیگری [یعنی عاریه گیرنده] می باشد زیرا عاریه دهنده در ملک خود نشسته است همانگونه که می تواند در املاک دیگرش غیر از این زمین عاریه ای بنشیند و اتفاقاً از سایه درخت دیگری استفاده کند یا در زمین مباح [مانند خیابان و پارک] بنشیند و اتفاقاً از سایه درخت دیگری بهره ببرد و نیز عاریه دهنده می تواند هرگونه نفعی ببرد که مستلزم تصرف در درخت [متعلق به عاریه گیرنده] نباشد.

(وَلَا يَجُوزُ) لِلْمُسْتَعِيرِ (إِعَارَةُ الْعَيْنِ الْمُسْتَعَارَةِ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَالِكِ) لِأَنَّ الْإِعَارَةَ إِذَا تَنَاوَلَتِ الْأِذْنَ لَهُ خَاصَّةً. نَعَمْ يَجُوزُ لَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَ وَكَيْلِهِ، لَكِنَّ لَا يُعَدُّ ذَلِكَ إِعَارَةً، لِعَوْدِ الْمَنْفَعَةِ إِلَيْهِ، لَا إِلَى الْوَكِيلِ.

وَ حَيْثُ يُعِيرُ يَضْمَنُ الْعَيْنَ وَ الْمَنْفَعَةَ، وَ يَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ الْأَوَّلِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الثَّانِي الْجَاهِلِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةً، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِبَدَلِ الْعَيْنِ خَاصَّةً، وَ لَوْ كَانَ غَالِمًا اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ كَالْغَاصِبِ، وَ إِنْ رَجَعَ عَلَى الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ بِمَا لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ لَوْ رَجَعَ عَلَيْهِ، لِعُرْوَرِهِ،

عاریه گیرنده حق ندارد که عین مورد عاریه را به شخص دیگری عاریه بدهد مگر اینکه مالک، اذن بدهد زیرا عاریه فقط شامل اذن انتفاع برای عاریه گیرنده می شود. عاریه گیرنده می تواند منفعت مال عاریه را خودش یا وکیلش، استفاده کند اما استفاده وکیل را نباید عاریه جدیدی نامید زیرا منفعت در حقیقت به عاریه گیرنده می رسد نه وکیل؛ اما اگر عاریه گیرنده در مواردی که حق عاریه دادن ندارد، مال عاریه را به دیگری، عاریه بدهد، ضامن عین و منفعت است و مالک به هر کدام از آنها که بخواهد [یعنی عاریه گیرنده اول یا عاریه گیرنده دوم] می تواند مراجعه نماید پس اگر به عاریه گیرنده نخست مراجعه کند، عاریه گیرنده نخست حق ندارد به عاریه گیرنده دوم که [نسبت به مأذون نبودن عاریه گیرنده اول] جاهل بوده است مراجعه نماید مگر اینکه عاریه مضمونه باشد [یعنی عاریه گیرنده اول بر عاریه گیرنده دوم، شرط ضمان کرده باشد که در این صورت، عاریه گیرنده اول می تواند فقط در مورد عوض عین به عاریه گیرنده دوم مراجعه نماید] اما حق مراجعه به وی برای عوض منافع را ندارد زیرا عاریه گیرنده دوم، جاهل بوده است. و اگر عاریه گیرنده دوم، عالم باشد [یعنی بداند که مال

موضوع عاریه، متعلق به عاریه دهنده نیست و مالک نیز اذن به عاریه دادن، نداده است. [، عاریه گیرنده دوم، ضامن می‌باشد و مانند غاصب است [یعنی اگر شخصی، مال یا منفعتی را غصب کند، ضامن آن است و عاریه گیرنده نیز همین حکم را دارد.]. اگر مالک به عاریه گیرنده دومی مراجعه کند [و عاریه گیرنده دومی نداند که مال موضوع عاریه، متعلق به عاریه دهنده نیست]، عاریه گیرنده دومی نیز حق دارد به عاریه گیرنده اولی مراجعه کند و نسبت به چیزهایی [یعنی منافع] که اگر مالک برای گرفتن آنها به عاریه گیرنده اولی مراجعه می‌کرد، عاریه گیرنده اولی حق نداشت برای گرفتن آنها به عاریه گیرنده دومی مراجعه نماید زیرا عاریه گیرنده اولی، عاریه گیرنده دومی را فریب داده است. [بنابراین اگر مالک به عاریه گیرنده دومی مراجعه کند و عوض منافع را از او بگیرد، عاریه گیرنده دومی می‌تواند به عاریه گیرنده اولی مراجعه کرده و آنچه را که به مالک پرداخته است از او بگیرد اما اگر مالک به عاریه گیرنده اولی مراجعه می‌کرد و عوض منافع را می‌گرفت، عاریه گیرنده اولی حق نداشت به عاریه گیرنده دومی مراجعه کند و ترجمه و مفهوم عبارت شهیدثانی که فرمود: «و ان رجع علی الثانی ... لورجع علیه» چنین است که اگر مالک به عاریه گیرنده دومی که جاهل بوده است مراجعه کند و عوض عین و منفعت را از وی بگیرد، عاریه گیرنده دومی نیز حق دارد به عاریه گیرنده اولی مراجعه کرده و آنچه را به مالک پرداخته است، از او بگیرد اما اگر مالک به عاریه گیرنده اولی مراجعه کند و عوض منافع را از او بگیرد، عاریه گیرنده اولی حق ندارد به عاریه گیرنده دومی مراجعه کرده و عوض منافی را که به مالک پرداخته است از او بگیرد هر چند عاریه گیرنده دومی از این منافع، استفاده کرده باشد زیرا عاریه گیرنده اولی، عاریه گیرنده دومی را فریب داده و او را بر مال عاریه، مسلط گردانیده است تا مجانی از آن بهره ببرد.

(وَلَوْ شَرَطَ سُقُوطَ الضَّمَانِ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ صَحَّ) عَمَلًا بِالشَّرْطِ.  
 (وَلَوْ شَرَطَ سُقُوطَهُ مَعَ التَّعَدِّيِّ أَوْ التَّفْرِيطِ احْتِمَالِ الْجَوَازِ) لِأَنَّهُ فِي قُوَّةِ الإِذْنِ لَهُ فِي الإِثْلَافِ، فَلَا يَسْتَعْقِبُ الضَّمَانُ (كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِالإِقَاءِ مَتَاعِهِ فِي البَحْرِ).  
 وَ يُحْتَمَلُ عَدَمُ صِحَّةِ الشَّرْطِ، لِأَنَّهُمَا مِنْ أَشْبَابِ الضَّمَانِ، فَلَا يُعْقَلُ إِسْقَاطُهُ قَبْلَ وَقُوعِهِ، لِأَنَّهُ كَالْبَرَاءَةِ مِمَّا لَمْ يَجِبْ، وَ الأَوَّلُ أَقْوَى.

اگر در عاریه طلا و نقره شرط شود که عاریه گیرنده، ضامن نباشد صحیح است زیرا عمل به شرط می شود [یعنی روایتی که فرموده است: «المؤمنون عند شروطهم» اقتضا می کند که طرفین قرارداد به این شرط، پای بند باشند و اصل هم بر عدم ضمان و مسؤولیت است و برای خارج شدن از قاعده عمومی که حکم به عدم ضمان می کند تنها به قدر متیقن اکتفا می کنیم یعنی جایی که شرط عدم ضمان نشده باشد مضافاً بر اینکه روایت صحیح زراره هم در این مورد وجود دارد]. اگر شرط شود که عاریه گیرنده در صورت تعدی و تفریط نیز ضامن نباشد، احتمال می رود که چنین شرطی جایز باشد زیرا چنین شرطی به منزله آن است که عاریه دهنده به عاریه گیرنده اذن داده باشد که مال عاریه را تلف کند بنابراین ضمانتی متوجه عاریه گیرنده نمی باشد و این حالت مانند آن است که شخصی به دیگری دستور دهد تا کالای خود را در دریا بیندازد [مضافاً بر اینکه چنانچه در ضمانت و مسؤولیت عاریه گیرنده شک کنیم، اصل بر براءة وی می باشد]. و احتمال هم می رود که چنین شرطی صحیح نباشد زیرا تعدی و تفریط، سبب ضمانت هستند بنابراین [تا وقتی که تعدی و تفریط رخ نداده] و سبب ضمانت بوجود نیامده است نمی توان آن را اسقاط کرد و به منزله براءة از چیزی است که هنوز واجب نشده است اما نظریه اول [یعنی صحت شرط عدم ضمان]، قوی تر است.

(لَوْ قَالَ الرَّاَكِبُ: أَعْرَتْنِيهَا، وَقَالَ الْمَالِكُ: آجَرْتُكَهَا حَلَفَ الرَّاَكِبُ)، لَا تَفْاَقِهْمَا عَلَى أَنْ تَلْفَ الْمَنَافِعِ وَقَعَ عَلَى مَلِكِ الْمُسْتَعِيرِ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي الْأَجْرَةِ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةٌ ذِمَّتِهِ مِنْهَا.

(وَقِيلَ): يَخْلِفُ (الْمَالِكُ)، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ أَمْوَالٌ كَالْأَعْيَانِ، فَهِيَ بِالْأَصَالَةِ لِمَالِكِ الْعَيْنِ، فَادْعَاءُ الرَّاَكِبِ مَلِكِيَّتِهَا بَعِيرٍ عَوْضٍ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، وَأَصَالَةُ بَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ إِنَّمَا تَصِحُّ مِنْ خُصُوصِ مَا ادْعَاهُ الْمَالِكُ، لَا مِنْ مُطْلَقِ الْحَقِّ بَعْدَ اسْتِيفَائِهِ مَنَفَعَةَ مَلِكِ غَيْرِهِ، (وَهُوَ أَقْوَى) وَلَكِنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنَ الْأَجْرَةِ، لِأَنَّهُ فِيهَا مُدَّعٍ، كَمَا أَنَّ الرَّاَكِبَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعَارِيَةِ مُدَّعٍ، بَلْ يَخْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْعَارِيَةِ (وَيُنْبِتُ لَهُ أَجْرَةَ الْمِثْلِ)، لِثُبُوتِ أَنَّ الرَّاَكِبَ تَصَرَّفَ فِي مَلِكِ غَيْرِهِ بَعِيرٍ تَبَرَّعَ مِنْهُ (إِلَّا أَنْ تَزِيدَ) أَجْرَةَ الْمِثْلِ (عَلَى مَا ادْعَاهُ) الْمَالِكُ (مِنَ الْمُسْمَى) فَيُنْبِتُ الْمُسْمَى، لِاعْتِرَافِهِ بِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ سِوَاهُ.

و يُشْكِلُ بَأَنَّ الْمَالِكَ يَدَّعِي الزَّائِدَ مِنَ الْأَجْرَةِ عَلَى تَقْدِيرِ زِيَادَةِ مَا يَدَّعِيهِ عَنْ أَجْرَةِ الْمِثْلِ، وَالزَّائِبِ يَنْفِيهِ فَلَا يَدَّعِي وَجْهَ شَرْعِيٍّ يَفْتَضِي نَفْيَهُ، وَحَلْفُهُ عَلَى نَفْيِ الْإِجَارَةِ لَمْ يَدُلَّ عَلَى نَفْيِ الْإِجَارَةِ، كَمَا لَمْ يَدُلَّ عَلَى إِثْبَاتِهَا وَإِثْبَاتُ أَقْلِ الْأَمْرَيْنِ بِالْيَمِينِ مُسَلَّمٌ، لَكِنْ يَنْفِي النَّزاعَ فِي الزَّائِدِ عَلَى تَقْدِيرِهِ لَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِحَلْفِ الزَّائِبِ عَلَى نَفْيِ الْإِجَارَةِ، أَوْ نَكْوِلُهُ فَيَحْلِفُ الْمَالِكُ عَلَيْهَا وَيَأْخُذُ الزَّيَادَةَ.

فَالأَقْوَى حَيْثُ نَدَّيْتُمَا يَتَخَالَفَانِ، لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُدَّعٍ وَمدَّعَى عَلَيْهِ، فَيَحْلِفُ الْمَالِكُ عَلَى نَفْيِ الْإِجَارَةِ، وَالزَّائِبُ عَلَى نَفْيِ الْإِجَارَةِ، وَ يَنْبُتُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ لِإِتِّفَاعِ الزَّائِدِ مِنَ الْمُسَمَّى بِيَمِينِ الْمُسْتَعِيرِ، وَالزَّائِدِ عَنْ أَجْرَةِ الْمِثْلِ بِاعْتِرَافِ الْمَالِكِ. وَ هَذَا هُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ فِي بَعْضِ تَحْقِيقَاتِهِ.

هَذَا إِذَا وَقَعَ الْإِخْتِلَافُ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ لَهَا أَجْرَةٌ عَادَةً، أَوْ مَا يَدَّعِي كَوْنَهَا مُدَّةَ الْإِجَارَةِ، أَمَّا قَبْلَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّائِبِ فِي نَفْيِ الْإِجَارَةِ، وَ تُسْتَرَدُّ الْعَيْنُ.

اگر شخصی که سوار بر چهارپاست ادعا کند که آن را عاریه کرده است اما مالک ادعا کند که آن را اجاره کرده است، آنکه سوار است سوگند یاد می کند زیرا هر دو اتفاق نظر دارند که منافع در ملک عاریه گیرنده تلف شده است و اختلاف آنها در اجرت است و اصل بر براءة ذمه شخص سوار نسبت به اجرت است [یعنی مالک، ادعای اجرت می کند و سوار، آن را انکار می نماید و هر دو اتفاق نظر دارند که سوار، اذن داشته است بنابراین مالک، مدعی می باشد.] و یک دیدگاه [که منسوب به ابن ادریس می باشد] آن است که سخن مالک پذیرفته می شود زیرا منافع نیز مانند اعیان، مال هستند و اصالتاً متعلق به مالک عین می باشد و ادعای سوار مبنی بر مالکیت منافع بدون اینکه عوض آن بروی واجب باشد برخلاف اصل است [و اصل، احترام مال مسلمان است و قاعده «من اتلف» و «علی الید» نیز اقتضای ضامن بودن شخصی را می کند که مال دیگری نزد اوست.] و اصل براءة ذمه شخص سوار [نسبت به اجرت] فقط نسبت به اجرتی که مالک ادعا می کند، صحیح است نه اینکه بکلی ذمه او بری باشد پس از آنکه منفعت ملک دیگری را مورد استفاده قرار داد [بلکه اصل بر آن است که منفعت ملک دیگری را مجاناً استفاده نکرده باشد. شهید اول، نظریه دوم را پسندیده و می گوید:] این نظریه، قوی تر است اما سخن مالک نسبت به اجرتی که ادعا می کند

[یعنی اجرت المسمی] پذیرفته نیست زیرا در این خصوص، مدعی به حساب می‌آید همانگونه که شخص سوار نسبت به ادعای عاریه، مدعی محسوب می‌شود بنابراین مالک فقط قسم می‌خورد که چهارپا را عاریه نداده است و اجرت المثل به او تعلق می‌گیرد زیرا شخص سوار در ملک دیگری تصرف کرده است بدون اینکه تصرف وی مجانی باشد مگر اینکه اجرت المثل، بیش از اجرت المسمائی باشد که مالک ادعا می‌کند که در این صورت، اجرت المسمی پرداخت می‌شود زیرا مالک با اقرار به عقد اجاره و اجرت المسمی، قبول کرده است که مستحق بیشتر از اجرت المسمی نیست. [شهیدثانی، اشکالی را به نظریه دوم وارد کرده و می‌فرماید:] در صورتی که اجرت المسمی، بیش تر از اجرت المثل باشد، مالک اجرت بیشتر را ادعا می‌کند و شخص سوار، آن را انکار می‌کند بنابراین باید دلیل شرعی وجود داشته باشد که مقدار زاید مورد ادعای مالک را نفی کند و سوگندی که مالک برای نفی عاریه یاد می‌کند دلالتی بر نفی اجاره ندارد همانگونه که دلالتی بر اثبات اجاره نمی‌کند [خلاصه اینکه نمی‌توان با سوگند مالک، حکم به ثبوت اجرت المثل کرد در جایی که اجرت المسمی بیشتر از اجرت المثل باشد زیرا محروم کردن مالک از مقدار زاید، دلیل می‌خواهد و چنین دلیلی در اینجا وجود ندارد و سوگند مالک هم، آن را ثابت نمی‌کند بلکه فقط عاریه را نفی می‌کند پس سوگند شخص سوار برای نفی مقدار زاید، لازم است.] بله مسلم است که با سوگند مالک، هر کدام از اجرت المسمی و اجرت المثل که کمتر باشد ثابت می‌شود اما بحث در مورد مقدار زاید اجرت المسمی نسبت به اجرت المثل است که فقط سوگند شخص سوار مبنی بر نفی اجاره می‌تواند، آن را نفی کند و یا اگر شخص سوار، نکول کرد و سوگند متوجه مالک شد و او قسم خورد می‌تواند مقدار زیادی را بگیرد. با توجه به آنچه گفته شد نظریه قوی تر آن است که مالک و سوار هر دو قسم بخورند زیرا هر کدام از آنها، مدعی و منکر هستند پس مالک قسم می‌خورد که عاریه واقع نشده است و شخص سوار سوگند یاد می‌کند که عقد اجاره واقع نشده است و در این صورت هر کدام از اجرت المثل و اجرت المسمی که کمتر بود، ثابت می‌شود زیرا با سوگند شخص سوار، مقدار اجرت المسمی که بیش تر است، ساقط می‌شود و با اقرار مالک به اجرت المسمی، مقدار زاید از اجرت المثل، ساقط می‌شود و این نظریه [که هر

دو سوگند یاد کنند] نظریه‌ای است که شهید اول در برخی تحقیقاتش پذیرفته است. آنچه که گفته شد، در صورتی است که اختلاف زمانی رخ دهد که مدتی سپری شده باشد که معمولاً در این مدت، اجرت برای استفاده از چهارپا پرداخت می‌شود یا زمانی باشد که مالک ادعا کند و آن زمان، مدت اجاره بوده است اما اگر چنین زمانی نگذشته باشد، سخن شخص سوار مبنی بر فقدان عقد اجاره پذیرفته شده و عین مال به مالک آن، مسترد می‌شود [چون استفاده‌ای از چارپا نشده است].



## کتاب المزارعة

(و هِيَ) لُعَّةٌ مُفَاعَلَةٌ مِنَ الزَّرْعِ، وَ هِيَ تَفْتَضِي وَفُوَعُهُ مِنْهُمَا مَعًا، لَكِنَّهَا فِي الشَّرْعِ ضَارَتْ (مُعَامَلَةٌ عَلَى الْأَرْضِ بِحِصَّةٍ مِنْ حَاصِلِهَا إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ) وَ نُسِبَ الْفِعْلُ إِلَيْهِمَا بِفِعْلِ أَحَدِهِمَا مَعَ طَلَبِ الْآخَرِ، فَكَانَتْهُ لِدَلِيلِكَ فَاعِلٌ كَالْمُضَارَبَةِ، وَ خَرَجَ بِالْمُعَامَلَةِ عَلَى الْأَرْضِ الْمُسَاقَاةُ، فَإِنَّهَا بِالذَّاتِ عَلَى الْأُصُولِ، وَ بِالْحِصَّةِ إِجَارَةُ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ، أَوْ الْأَعْمِ، إِذْ لَا تَصِحُّ بِحِصَّةٍ مِنَ الْحَاصِلِ. وَ قَيْدُ الْأَجَلِ لِبَيَانِ الْوَاقِعِ، أَوْ تَخْصِيصُ لِلصَّحِيحَةِ، أَوْ اسْتِطْرَادٌ لِبَعْضِ الشَّرَائِطِ الَّتِي يَحْضُرُ بِهَا الْكَشْفُ عَنِ الْمَاهِيَةِ، وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ ذِكْرُهَا مِنْ وَظَائِفِ التَّعْرِيفِ.

مزارعه در لغت بر وزن «مفاعله» می باشد که از ریشه «زرع» گرفته شده است بنابراین عمل مزارعه باید از سوی دو نفر، صورت گیرد [زیرا وزن «مفاعله» برای اعمال طرفینی بکار می رود که از سوی دو نفر انجام می شود]. عقد مزارعه در اصطلاح شرعی به معنای معامله بر زمین است که در مقابل مقداری از حاصل زمین تا مدت معلومی، منعقد می شود، [یعنی در این قرارداد، یک طرف که مالک نامیده می شود، زمین خود را می دهد و طرف دیگر که زارع است، در آن زمین کار می کند و محصولی که بدست می آید میان آن دو، تقسیم می شود]. در اینجا عمل زراعت به دو نفر نسبت داده شده است در حالیکه فقط یک نفر، کار را انجام می دهد و دیگری، آن را درخواست می کند و گویی مالک نیز بواسطه درخواستی که می کند، کار را نیز انجام می دهد مانند مضاربه [که مالک، سرمایه را می دهد اما چون درخواست کار می کند او نیز در این عمل طرفینی دخالت می نماید و مضاربه به او نسبت داده می شود]. قید «معامله بر زمین» که در تعریف عقد مزارعه آمده است، عقد مساقات را خارج می کند زیرا عقد مساقات، اصالتاً نسبت به درختان صورت می گیرد [یعنی موضوع عقد مساقات، درختان است] و با قید «حصه» که در تعریف بیان شد، عقد اجاره زمین برای کشت و زرع تنها یا کشت

و زرع و فعالیت دیگر از این تعریف خارج گردید زیرا در عقد اجاره، نمی توان مقداری از محصول را بعنوان اجاره بها تعیین کرد [و علت این ممنوعیت آن است که اجاره بها باید معلوم باشد بنابراین حصه محصول زمین مثلاً یک سوم آن را که معلوم نیست، نمی توان بعنوان اجاره بها تعیین نمود.] و قید «مدت معلوم» [که در تعریف آورده شد: از سه جهت قابل توجیه است؛ یک جهت آن است که برای بیان واقع می باشد [یعنی عقد مزارعه واقعی همواره باید همراه با مدت باشد و اگر مدت بیان نگردد، عقد مزارعه ای واقع نمی شود]. جهت دیگر آن است که مصنف قصد داشته تا عقد مزارعه صحیح را بیان کند [زیرا عقد مزارعه ای صحیح است که همراه با مدت باشد]. جهت سوم آن است که مصنف، برخی از شرایط را بیان کرده است تا ماهیت و حقیقت عقد مزارعه را بیان کند هر چند شرایط معمولاً در تعریف، آورده نمی شود [یعنی هدف مصنف آن است که ماهیت عقد مزارعه را بیشتر نمایان سازد و به همین جهت، شرط مدت را نیز بیان کرده است و گرنه نیازی به ذکر این شرط نبوده خلاصه اینکه، قید «معامله بر زمین» جنس تعریف است که شامل اجاره و مساقات و سایر عقود نیز می شود اما بقیه عبارت یعنی «بحصه من حاصلها الی اجل معلوم» فصل تعریف می باشد که بقیه عقود را خارج می سازد. در مشروعیت عقد مزارعه، تردید جدی میان فقها وجود ندارد و روایاتی هم در تأیید آن وارد شده است. مزارعه، عقد معوض است، اثر آن، شرکت در محصول می باشد؛ مزارع لازم نیست مالک زمین یا منافع باشد، مدت آن باید معلوم باشد، مالک و عامل، باید حصه را به صورت مشاعی و با تراضی تعیین کنند و عوامل زرع ممکن است برعهده هر دو یا یکی از آنها باشد.]

(وَ عِبَارَتُهَا: زَارَعْتُكَ، أَوْ عَامَلْتُكَ، أَوْ سَلَّمْتُهَا إِلَيْكَ، وَ شِبْهَهُ) كَقَبَلْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ، وَ نَحْوِهِ مِنْ صِيغِ الْمَاضِي الدَّالَّةِ عَلَى إِنْشَاءِ الْعَقْدِ صَرِيحاً.  
وَ الْمَشْهُورُ جَوَازُهَا بِصِيغَةِ أَزْرَعُ هَذِهِ الْأَرْضَ، اسْتِنَاداً إِلَى رِوَايَةِ قَاصِرَةِ الدَّلَالَةِ عَنِ إِخْرَاجِ هَذَا الْعَقْدِ اللَّازِمِ عَنِ نَظَائِرِهِ فَالْمَنْعُ أَوْجَهُ.  
(فَيَقْبَلُ) الزَّارِعُ (لَفْظاً) عَلَى الْأَقْوَى كَعَبْرِهِ.

عبارت عقد مزارعه [و ایجاب آن که از سوی مالک زمین، چنین است: «تو را زارع قرار دادم» یا «تو را عامل قرار دادم.» یا «زمین را تحویل تو دادم» و نظایر این عبارتها

مانند «این زمین را به تو تحویل دادم» و سایر عبارتهای ماضی که صراحتاً و به وضوح بر انشای عقد مزارعه دلالت دارد [و زمان و حصه زارع نیز باید تعیین شود]. مشهور فقها اعتقاد دارند که عقد مزارعه را با صیغه «این زمین را زراعت کن» نیز می توان منعقد کرد و استناد نظر مشهور، به روایتی است که دلالتی ندارد که عقد مزارعه تابع احکام سایر عقود لازم نیست بنابراین ممنوعیت انعقاد عقد مزارعه با صیغه امر، موجه تر است. [این روایت را ابوریع شامی از امام صادق (ع) روایت کرده و می گوید به امام (ع) گفتم که شخصی زمین دیگری را می کارد و شرط می کند که یک سوم محصول برای بذر و یک سوم برای گاو باشد. امام فرمود نام بذر و گاو را ذکر نکند بلکه به صاحب زمین بگوید که زمین تو را می کارم و فلان درصد از محصول برای تو باشد.» ایرادی که به این روایت وارد شده و شهیدثانی هم به آن اشاره می کند، آن است که در آن اشاره ای به قبول نشده است و شاید مربوط به مذاکرات قبل از عقد باشد و در این روایت فقط گفته شده است که چنین عقدی، ایراد ندارد اما گفته نشده است که عقد مزارعه به صورت لازم منعقد می گردد بنابراین مانند بقیه عقود لازم باید با صیغه ماضی بیان گردد و دلیلی بر استثنا شدن آن از احکام عقود لازم وجود ندارد. پس از آنکه ایجاب کننده، ایجاب را با صیغه ماضی بیان کرد]، زارع نیز بنابر نظریه قوی تر، مانند بقیه عقود لازم به صورت لفظی آن را قبول می کند [و قبول فعلی، کافی نیست].

(وَ عَقْدُهَا لِأَزْمٍ) لِعُمُومِ الْأَمْرِ بِالْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ، إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ، وَ لَيْسَ هَذَا مِنْهُ إِجْمَاعاً.

(وَ يَصِحُّ التَّقَايُلُ فِيهِ)، لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ فَيَقْبَلُهَا كَالْبَيْعِ، (وَ لَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا) لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مُقْتَضَى اللَّزْمِ.

ثُمَّ إِنْ كَانَ أَلْمِيَّتُ الْعَامِلِ قَامَ وَارْتُهُ مَقَامَهُ فِي الْعَمَلِ، وَ إِلَّا اسْتَأْجَرَ الْخَاكِمَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ، أَوْ عَلَى مَا يَخْرُجُ مِنْ حِصَّتِهِ. وَ إِنْ كَانَ الْمَالِكُ بَقِيَتْ بِخَالِهَا، وَ عَلَى الْعَامِلِ الْقِيَامُ بِتَمَامِ الْعَمَلِ، وَ اسْتِثْنَايَ مِنَ الْأَوَّلِ مَا لَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ بِنَفْسِهِ فَمَاتَ قَبْلَهُ.

وَ يُشْكِلُ لَوْ مَاتَ بَعْدَهُ خُصُوصاً بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ، وَ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ الْحِصَّةَ.

عقد مزارعه یک عقد لازم است زیرا آیه قرآن که دستور داده است: «به عقود، عمل

کنید» [شامل عقد مزارعه نیز می‌شود] و عقودی که با دلیل از شمول این آیه خارج شده [و جایز شناخته شوند، عقد لازم به حساب نخواهد آمد] و در مورد عقد مزارعه به اجماع فقها، دلیلی وجود ندارد که آن را جایز شمرده باشد [بنابراین کماکان مشمول آیه یاد شده بوده و عقدی لازم است و طرفین قرارداد باید به تعهدات خویش، پای‌بند باقی بمانند]. اقاله عقد مزارعه، صحیح است [یعنی طرفین قرارداد می‌توانند با رضایت یکدیگر، عقد را برهم زده و آن را اقاله کنند] زیرا عقد مزارعه، یک عقد معاوضی صرف می‌باشد که مانند عقد بیع، قابل اقاله است [البته عقد مزارعه ممکن است به صورت قهری نیز باطل شود و آن در جایی است که زمین از قابلیت زراعت خارج گردد]. فوت یکی از طرفین قرارداد، موجب باطل گردیدن عقد مزارعه نمی‌شود زیرا باطل نشدن عقد با فوت یکی از طرفین، مقتضای لازم بودن عقد است [یعنی یکی از آثار و مقتضیات عقود لازم، آن است که فوت یکی از طرفین، موجب فسخ یا بطلان عقد نمی‌شود] بنابراین چنانچه عامل و زارع فوت کند، وارث وی در عمل، قائم مقام و جانشین وی می‌شود و اگر وارث، اقدام نکند [یعنی تعهدات مورث خود را براساس قرارداد انجام نداده و زراعت را انجام ندهد] حاکم، شخصی را از اموال زارع یا حصه‌ای که از محصول زمین به وی تعلق می‌گیرد، اجیر کرده [و آن شخص، تعهدات متوفی را انجام داده و زراعت را ادامه می‌دهد] و اگر مالک، فوت کند عقد مزارعه به اعتبار خود باقی می‌ماند و زارع، عملیات باقیمانده زراعت را به پایان می‌رساند. از حالت اول [یعنی موردی که زارع فوت می‌کند، یک مورد]، استثنا شده است و آن، جایی است که شرط شده باشد که زارع، خودش شخصاً زراعت را انجام دهد و قبل از شروع به زراعت، فوت کند [که در این صورت، عقد مزارعه، باطل می‌گردد اما هرگاه زارع پس از شروع به زراعت، فوت کند مسأله با مشکل روبرو می‌شود بخصوص در موردی که محصول، آشکار و پیدا شده باشد ولی هنوز عملیات زارع به پایان نرسیده باشد زیرا زارع، مالک حصه و سهم خویش از محصول شده است [بنابراین باطل دانستن عقد مزارعه در چنین حالتی، بدون اشکال نیست هر چند شرط شده باشد که زارع، خودش زراعت را انجام دهد. البته عده‌ای گفته‌اند که عقد مزارعه در این حالت نیز باطل می‌شود زیرا گرچه سهم زارع پس از ظاهر شدن محصول، مشخص می‌شود اما مالکیت

وی نسبت به سهم او، متزلزل است تا زمانی که عمل وی به پایان برسد بنابراین عقد مزارعه باطل شده و زارع، استحقاق دریافت اجرت المثل را پیدا می کند.

(وَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِ النَّعْمِ مُشَاعاً) بَيْنَهُمَا، (تَسَاوِياً فِيهِ أَوْ تَفَاضُلاً) فَلَوْ شُرْطَ لِأَحَدِهِمَا شَيْءٌ مُعَيَّنٌ وَإِنْ كَانَ الْبُذْرُ، وَ لِلْآخِرِ الْبَاقِي، أَوْ لَهُمَا بَطْلَ سَوَاءٍ كَانَ الْغَالِبُ أَنْ يَخْرُجَ مِنْهَا مَا يَزِيدُ عَلَى الْمَشْرُوطِ، وَ عَدَمَهُ (وَ لَوْ شُرْطَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخِرِ شَيْئاً يَضْمُهُ مُضَافاً إِلَى الْحِصَّةِ) مِنْ ذَهَبٍ، أَوْ فِضَّةٍ، أَوْ غَيْرِهِمَا (صَحَّ) عَلَى الْمَشْهُورِ، وَ يَكُونُ قَرَارُهُ مَشْرُوطاً بِالسَّلَامَةِ كَأَسْتِثْنَاءِ أَزْطَالٍ مَعْلُومَةٍ مِنَ التَّمَرَةِ فِي الْبَيْعِ، وَ لَوْ تَلَفَ الْبَعْضُ سَقَطَ مِنَ الشَّرْطِ بِحِسَابِهِ، لِأَنَّهُ كَالشَّرِيكِ، وَإِنْ كَانَتْ حِصَّتُهُ مُعَيَّنَةً، مَعَ اخْتِمَالِ أَنْ لَا يَسْقُطَ شَيْءٌ بِذَلِكَ، عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الشَّرْطِ.

محصول [که در عقد مزارعه بدست می آید] باید به صورت مشاعی [و معین] میان مالک و زارع، تقسیم شود اعم از اینکه سهم هر کدام از آنها، مساوی باشد [مانند اینکه هر کدام، نصف محصول را بگیرند] یا متفاوت باشد [مانند اینکه، یک نفر از آنها، دو سوم محصول و دیگری یک سوم آن را بردارد علت لزوم مشاعی بودن سهم طرفین قرارداد، اجماع فقها و قاعده نفی ضرر است زیرا اگر مال معینی بعنوان سهم یک طرف، قرار داده شود ممکن است آن مال، بوجود نیاید. منظور از مشاعی بودن سهم طرفین آن است که مجموع محصول میان آنها به صورت مشاعی باشد] بنابراین اگر مال معینی برای یک طرف قرار داده شود هر چند آن مال معین، بذر باشد و بقیه محصول برای طرف دیگر یا برای هر دو باشد، عقد مزارعه باطل است اعم از اینکه غالباً محصولی علاوه بر آنچه که برای یک طرف، شرط شده است باقی بماند یا باقی نماند [مثلاً اگر شرط شود که مالک، صدکیلو از محصول را بردارد و بقیه آن برای طرف دیگر باشد یا میان هر دو تقسیم شود. علت بطلان چنین شرطی آن است که شارع، عقد مزارعه را با این شرط، وضع کرده است که تمامی محصول به صورت مشاعی باشد بنابراین علت بطلان شرط، آن نیست که ممکن است علاوه بر صدکیلویی که برای یک طرف، شرط شده است محصول دیگری باقی نماند تا گفته شود که چنانچه وضعیّت مزارعه بگونه ای باشد که معمولاً علاوه بر مقدار شرط شده، مقدار دیگری نیز باقی بماند، شرط نمودن آن صحیح است آنگونه که مرحوم شیخ طوسی گفته است اما شهیدثانی به صراحت، این

حالت را نیز باطل می‌داند. کسانی که چنین حالتی را جایز می‌دانند اعتقاد دارند که شارع هرگز برای مشروعیت عقد مزارعه، شرط نکرده است که تمامی محصول به صورت مشاعی تقسیم شود بلکه می‌توان مقداری از محصول را به صورت مقطوع و معین برای یک طرف قرارداد یا شخص ثالث قرارداد. [اگر یکی از طرفین قرارداد تعهد کند که مالی مانند طلا و نقره و نظایر اینها را علاوه بر حصه تعیین شده، به طرف دیگر بدهد بنابراین نظر مشهور، صحیح است] و باید آن را بدهد مانند اینکه مالک شرط کند که علاوه بر یک سوم محصول که به زارع تعلق می‌گیرد، یکصد هزار تومان پول نیز به وی داده شود. البته لزوم این شرط، منوط به آن است که محصول، سالم بماند همانگونه که اگر در میوه فروخته شده، چند پیمانه استثنا شود [باید، محصول سالم بماند یعنی در عقد بیع نیز چنانچه فروشنده بگوید که چند کیلو از میوه‌های فروخته شده برای خودم باشد، در صورتی میوه‌های استثنا شده برای خودش خواهد بود که میوه‌های فروخته شده سالم بوده و دچار آفت نشود. در عقد مزارعه نیز چنین است و اگر مثلاً یکصد هزار تومان برای زارع علاوه بر سهم او، شرط می‌شود در صورتی به وی پرداخت خواهد شد که محصول بدست آمده، سالم باشد بنابراین] چنانچه مقداری از محصول، تلف شود به همان مقدار از مال شرط شده کسر خواهد شد زیرا شخصی که به نفع او شرط شده است مانند شریک می‌باشد هر چند حصه و سهم او معین است [بنابراین اگر نصف محصول بدست آمده، دچار آفت شده و تلف گردد سهم زارع از مقدار شرط شده به نصف، تقلیل پیدا می‌کند یعنی پنجاه هزار تومان به وی داده خواهد شد زیرا او مانند شریک است که در زیان‌ها نیز باید مشارکت کند و همانگونه که حصه او کم می‌شود مالی هم که به نفع وی شرط شده است، کم خواهد شد. و احتمال هم می‌دهد که چیزی از مال شرط شده، کسر نگردد زیرا عمل به اطلاق شرط، چنین اقتضایی دارد] یعنی شرطی که شده است، پرداخت مال به یک طرف می‌باشد و پرداخت مال، منوط به سالم ماندن محصول نشده است بنابراین مال شرط شده به مشروط له داده می‌شود اعم از اینکه محصول، سالم بماند یا تلف شود. [

(وَلَوْ مَضَّتِ الْمُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَاقٍ فَعَلَى الْعَامِلِ الْأُجْرَةُ لِمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ، وَ لِلْمَالِكِ قَلْعُهُ) إِذْ لَا حَقَّ لِلزَّرَّاعِ بَعْدَهَا فَيَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ بَيْنَ الْقَلْعِ، وَ الْإِبْقَاءِ بِالْأُجْرَةِ إِنْ

رَضِيَ الْعَامِلُ بِهَا، وَ إِلَّا قَلَع، وَ لَا أُجْرَةَ لِلْمَالِكِ عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ لَوْ لَمْ يَسْتَنْفِعْ بِالْمَقْلُوعِ، لِأَنَّ مُقْتَضَى الْعَقْدِ قَصْرُ الْحَقِّ عَلَى الْحِصَّةِ، مَعَ اخْتِمَالِ وُجُوبِهَا عَلَى الزَّارِعِ لَوْ كَانَ التَّأخِيرُ يَنْفَرِطُ بِطَبْعِهِ، لِتَضْيِيعِهِ مَنْفَعَةَ الْأَرْضِ بِتَأْخِيرِهِ، وَ لَا فَرْقَ فِي كَوْنِ الْمَقْلُوعِ بَيْنَهُمَا بَيْنَ كَوْنِ الْبَدْرِ مِنَ مَالِكِ الْأَرْضِ، وَ الزَّارِعِ.

وَ هَلْ يَسْتَحِقُّ الْمَالِكُ قَلْعَهُ بِالْأَرْضِ، أَوْ مَجَاناً قَوْلَانِ، وَ ظَاهِرُ الْعِبَارَةِ كَثِيرٌ عَدَمُهُ، وَ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ، فَطَرِيقُ مَعْرِفَتِهِ أَنْ يُقَوِّمَ الزَّرْعَ فَأَيْمَأً بِالْأُجْرَةِ إِلَى أَوَانِ حِصَادِهِ وَ مَقْلُوعاً.

اگر مدت مزارعه سپری شود و زراعت همچنان باقی بماند [یعنی محصول در زمان پایان یافتن مدت عقد مزارعه، نرسیده باشد] زارع باید اجاره زمین برای مدت باقیمانده [تا زمانی که محصول برسد و به دست بیاید] را بپردازد و مالک نیز می تواند، زراعت را از بین ببرد زیرا زارع بعد از پایان یافتن مدت عقد اجاره، حقی نسبت به زمین ندارد [و مالک براساس قاعده تسلیط، حق چنین تصرفی را دارد و زارع براساس قاعده «حلال نبودن مال مسلمان جز با رضایت وی» حق تصرف در زمین مالک را ندارد] بنابراین مالک اختیار دارد که زراعت را بکند یا آن را باقی گذاشته و اجاره زمین را بگیرد. حال چنانچه زارع، راضی شد که اجاره زمین را بپردازد [براساس رضایت و توافق آنها عمل می شود] و اگر راضی به پرداخت اجاره نشد، زراعت را می کند و مالک چنانچه نفعی از محصول کنده شده نبرد، استحقاق دریافت اجاره بهای زمین برای مدت گذشته را نخواهد داشت زیرا عقد مزارعه اقتضا می کند که حق مالک، منحصر در گرفتن حصه و سهم او باشد و البته این احتمال نیز وجود دارد که چنانچه تأخیر در رسیدن و به دست آمدن محصول، ناشی از کوتاهی زارع باشد، زارع باید اجاره زمین برای مدت باقیمانده را به مالک بدهد زیرا زارع با تأخیری که انجام داده، سبب از بین رفتن منفعت زمین شده است [عده ای عقد مزارعه را با عقد اجاره مقایسه کرده و گفته اند که هر محصولی، دارای زمان خاصی است و اگر اتفاقاً زمان بدست آمدن محصول، بیش تر از مدت عقد مزارعه شود، حق زارع از بین نمی رود همانگونه که اجاره کردن زمین برای زراعت نیز همین حکم را دارد یک دیدگاه هم آن است که اگر کوتاهی زارع سبب وارد آمدن خسارت هنگفتی به مالک شود، مالک می تواند که هر کدام از اجاره زمین و حصه تعیین شده را که بیشتر باشد، دریافت کند. همچنین نظریه ای وجود

دارد که هرگاه تأخیر در رسیدن محصول بخاطر کوتاهی نباشد و مالک، کندن محصول را اختیار کند باید اجرت المثل زحمت زارع را بپردازد. اما نظر مشهور همان است که شهید اول، بیان کرده است و در این زمینه [برای تقسیم کردن محصول کنده شده میان مالک و زارع] براساس حصه‌ای که تعیین کرده‌اند [تفاوتی ندارد که بذر، متعلق به مالک باشد یا متعلق به زارع باشد. در مورد اینکه [چنانچه مالک، حق کندن محصول را داشته باشد] حق کندن محصول با پرداخت ارش را دارد یا نباید ارش را بپردازد، دو دیدگاه وجود دارد و ظاهر سخن شهید اول مانند بسیاری از فقها، بیانگر آن است که ارش را نباید بپردازد و براساس نظریه‌ای که پرداختن ارش را لازم می‌داند، نحوه محاسبه و آگاهی از ارش چنین است که یک مرتبه، محصول را در حالتی که [تا زمان رسیدن] باقی بماند و اجاره زمین به مالک پرداخت گردد، قیمت‌گذاری می‌کنند و رتبه دیگر قیمت محصول را در حالتی که قبل از رسیدن، کنده می‌شود قیمت‌گذاری می‌کنند [و تفاوت میان این دو قیمت را ارش گویند. قیمت مدت مزارعه، شرط صحت عقد است بنابراین اگر طرفین قرارداد، هنگام انعقاد عقد مزارعه، پیش‌بینی کنند که چنانچه محصول در پایان مدت، به دست نیاید، عقد ادامه پیدا کند، موجب بطلان عقد خواهد شد زیرا مدت قرارداد، مجهول می‌شود اما شهید در کتاب مالک چنین شرطی را صحیح می‌داند زیرا مدت عقد مزارعه، معلوم است و پیش‌بینی استمرار عقد، یک امر جداگانه‌ای است بخصوص که اگر پیش‌بینی شود که عقد مزارعه تا مدت معینی، باقی باشد. آنچه که گفته شد تفاوت دارد با صورتی که زارع، زراعت را ترک کند تا زمانی که عقد مزارعه به پایان برسد و در این صورت باید اجرت المثل زمین را به مالک بدهد مگر اینکه مالک از انجام زراعت، جلوگیری کرده باشد که در این حالت، احتمال لزوم پرداخت اجرت المثل به زارع نیز تقویت می‌شود]

(وَلَا بُدَّ مِنْ امْكَانِ الْاِنْتِفَاعِ بِالْاَرْضِ) فِي الزَّرَاعَةِ الْمَقْصُودَةِ مِنْهَا، أَوْ فِي نَوْعِ مِنْهَا مَعَ الْاِطْلَاقِ (بِأَنْ يَكُونَ لَهَا مَاءٌ مِنْ نَهْرٍ، أَوْ بَيْرٍ، أَوْ مَصْنَعٍ، أَوْ تَسْقِيئِهَا غَالِبًا)، أَوْ الزَّرِّيَادَةُ كَالثَّبِيلِ. وَالضَّابِطُ امْكَانُ الْاِنْتِفَاعِ بِرِزْعِهَا الْمَقْصُودِ عَادَةً، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ بَطَلَتِ الْمُزَارَعَةُ وَ إِنْ رَضِيَ الْعَامِلُ (وَلَوْ انْقَطَعَ) الْمَاءُ (فِي جَمِيعِ الْمُدَّةِ) مَعَ كَوْنِهِ مُعْتَادًا لَهَا قَبْلَ ذَلِكَ (انْفَسَخَتِ) الْمُزَارَعَةُ (وَ فِي الْاِثْنَاءِ يَتَخَيَّرُ الْعَامِلُ) لِطُرُقِ الْعَيْبِ، وَ لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ، لِسَبْقِ



الْحُكْمُ بِصِحَّتِهِ فَيُسْتَصْحَبُ وَ الصَّرْرُ يَنْدَفِعُ بِالْخِيَارِ (فَإِنْ فَسَخَ فَعَلَيْهِ) مِنَ الْأَجْرَةِ (بِنِسْبَةِ مَا سَلَفَ) مِنَ الْمُدَّةِ، لِإِنْتِفَاعِهِ بِأَرْضِ الْغَيْرِ بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ، وَ زَوَالُهُ بِاخْتِيَارِهِ الْفُسْخَ. وَ يُشْكَلُ بَأَنَّ فَسْخَهُ لِعَدَمِ امْكَانِ الْإِكْمَالِ، وَ عَمَلُهُ الْمَاضِي مَشْرُوطٌ بِالْحَصَّةِ لَا بِالْأَجْرَةِ، فَإِذَا فَاتَتْ بِالْإِنْقِطَاعِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَلْزَمَهُ شَيْءٌ آخَرَ. نَعَمْ لَوْ كَانَ قَدِ اسْتَأْجَرَهَا لِلزَّرَاعَةِ تَوَجَّهَ ذَلِكَ.

[برای صحت عقد مزارعه، شرط است که] امکان بهره‌برداری از زمین وجود داشته باشد [یعنی اگر زمین برای زراعت خاصی، در نظر گرفته شده باشد باید قابلیت بهره‌برداری] برای کشت کردن مورد نظر را داشته باشد و اگر [زراعت خاصی، مورد نظر نباشد بلکه] مطلق باشد باید قابلیت کشت کردن برای یک نوع محصول را داشته باشد به این معنا که دارای آب نهر یا چاه یا برکه باشد یا غالباً با آب باران یا زیادی آب نهرها مانند رودخانه نیل، سیراب گردد و ملاک و قاعده کلی آن است که معمولاً امکان بهره‌برداری برای زراعت مورد نظر، وجود داشته باشد و اگر امکان بهره‌برداری از زمین وجود نداشته باشد، عقد مزارعه باطل می‌شود هر چند زارع، رضایت بدهد. [مزارعه نسبت به زمینی که امکان بهره‌برداری از آن وجود ندارد یک معامله سفهی است بنابراین رضایت طرفین قرارداد نیز تأثیری ندارد و با فلسفه مشروعیت عقد مزارعه، سازگار نیست. حتی اگر بعداً چنین زمینی قابلیت بهره‌برداری پیدا کند باز هم معامله باطل، صحیح نخواهد شد و حتی گفته شده است که اگر زمین واقعاً قابلیت بهره‌برداری داشته باشد اما طرفین با این فرض که چنین قابلیت ندارد، عقد مزارعه را منعقد نمایند، عقد مزارعه باطل خواهد بود هر چند گروهی با مقایسه این حالت با شرط قدرت بر تسلیم در عقد بیع، آن را صحیح می‌دانند زیرا قدرت واقعی شرط است.] اگر آب معمولاً برای زمین وجود داشته باشد اما این آب قبل از شروع مزارعه، برای تمامی مدت عقد مزارعه قطع شود، عقد مزارعه منفسخ می‌گردد [زیرا معلوم می‌شود که عقد اساساً باطل بوده است] و اگر آب در مدت مزارعه، قطع شود زارع، اختیار دارد [که عقد مزارعه را فسخ کند یا به آن رضایت بدهد] زیرا عیب، بعداً عارض می‌شود و عقد باطل نمی‌گردد زیرا قبلاً حکم به صحت آن شده است و حکم صحت، استصحاب می‌شود و ضرر زارع نیز با حق خیار، از بین می‌رود [توضیح مطلب اینکه در زمان انعقاد عقد

مزارعه و شروع آن، آب وجود داشت بنابراین عقد مزارعه، صحیح بود و بعداً که آب، قطع شد شک می‌کنیم که عقد مزارعه باطل می‌شود یا خیر؟ در این صورت، حکم صحت قبلی را استصحاب می‌کنیم. پس اگر زارع، عقد مزارعه را فسخ کند باید اجاره زمین را به نسبت مدتی که گذشته است به مالک بدهد زیرا زمین متعلق به دیگری را مورد بهره‌برداری قرار داده است در مقابل عوضی که به مالک زمین، تحویل نشده است [که عبارت از حصه تعیین شده برای مالک می‌باشد] و علت نرسیدن عوض به مالک، بخاطر آن است که زارع، عقد مزارعه را فسخ کرده است اما [حکم به پرداختن اجرت زمین به مالک] با این مشکل روبروست که فسخ عقد مزارعه از سوی زارع بخاطر آن است که ادامه و کامل کردن مزارعه، امکان ندارد [زیرا آب، قطع شده است و این مسأله، خارج از اراده مالک می‌باشد هر چند فسخ، به اراده او بوده است] و عمل گذشته زارع [و بهره‌برداری از زمین مالک] مشروط به حصه بوده و در مقابل اجاره بهای زمین نبوده است بنابراین وقتی حصه مالک بخاطر قطع شدن آب، از بین می‌رود شایسته نیست که پرداخت مال دیگری برعهده زارع باشد بلکه اگر زارع، زمین را برای زراعت، اجاره کرده بود حکم به پرداخت اجاره بهای زمین در چنین حالتی قابل توجیه بود. [زیرا در عقد اجاره، برای انتفاع از زمین، اجاره بها قرار داده می‌شود اما در عقد مزارعه فقط حصه، قرار داده می‌شود.]

(وَ إِذَا أَطْلَقَ الْمُزَارَعَةَ زَرَاعٍ) الْعَامِلُ (مَا شَاءَ) إِنْ كَانَ الْبُدْرُ مِنْهُ كَمَا هُوَ الْغَالِبُ، أَوْ بَدَلَ الْمَالِكُ مَا شَاءَ إِنْ شُرِطَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا تَخَيَّرَ مَعَ الْإِطْلَاقِ لِدَلَالَةِ الْمُطْلَقِ عَلَى الْمَاهِيَةِ مِنْ حَيْثُ هِيَ، وَ كُلُّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِ الزَّرْعِ يَصْلَحُ أَنْ يُوجَدَ الْمُطْلَقُ فِي ضَمْنِهِ، وَ أَوْلَى مِنْهُ لَوْ عَمَّ الْأَذْنَ، لِدَلَالَتِهِ عَلَى كُلِّ فَرْدٍ فَرْدٍ.

وَ رَبُّمَا فُرِّقَ بَيْنَ الْإِطْلَاقِ وَ التَّعْمِيمِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِطْلَاقَ إِنَّمَا يَقْتَضِي تَجْوِيزَ الْقَدْرِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَ الْأَفْرَادِ، وَ لَا يَلْزَمُ مِنَ الرِّضَا بِالْقَدْرِ الْمُشْتَرَكِ الرِّضَا بِالْأَقْوَى، بِخِلَافِ التَّعْمِيمِ. وَ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ يَطْهَرُ ضَعْفُهُ.

(وَ لَوْ عَيَّنَ) شَيْئاً مِنَ الزَّرْعِ (لَمْ يَتَجَاوَزْ مَا عَيَّنَ لَهُ)، سِوَاءَ كَانَ الْمُعَيَّنُ شَخْصِيّاً كَهَذَا الْحَبِّ أَمْ صِنْفِيّاً كَالْحِنْطَةِ الْفُلَانِيَّةِ، أَمْ نَوْعِيّاً أَمْ غَيْرَهُ، لِاخْتِلَافِ الْأَعْرَاضِ بِاخْتِلَافِهِ فَيَتَعَيَّنُ مَا تَعَلَّقَ بِهِ

اگر عقد مزارعه به صورت مطلق، انعقاد یابد [یعنی مقید به زراعت خاصی مانند کشت گندم یا جو یا برنج، نشود]، زارع هر نوع کشتی را که بخواهد، انجام می‌دهد مشروط بر اینکه بذر، متعلق به زارع باشد همانگونه که غالباً نیز چنین است و یا اگر بذر، متعلق به مالک باشد، هر نوع بذری را که زارع درخواست می‌کند به او بدهد و علت اینکه زارع در صورت اطلاق عقد مزارعه، اختیار پیدا می‌کند آن است که لفظ مطلق، دلالت بر ماهیت از جهت ماهیت، دارد و هر فردی از افراد زراعت، صلاحیت دارد که مطلق در ضمن آن تحقق پیدا کند [مثلاً وقتی مالک به زارع می‌گوید: «این زمین را برای زراعت به تو دادم» اطلاق این عبارت بر ماهیت زراعت، دلالت می‌کند و ماهیت زراعت در همه افراد زراعت مانند زراعت گندم، جو، برنج و ... قابل تحقق است یعنی البته این، در صورتی است که اطلاق عقد مزارعه، منصرف به فرد خاصی نشود.] اگر عقد مزارعه به صورت عام، منعقد شود [یعنی مالک به زارع بگوید که هر نوع محصولی می‌خواهی، کشت کن]، در این صورت به طریق اولی، زارع اختیار پیدا می‌کند زیرا لفظ عدم، بر تک تک افراد زراعت، دلالت دارد [برخلاف لفظ مطلق که بر ماهیت زراعت، دلالت پیدا می‌کند و آنگاه ماهیت، در هر فردی قابل تحقق است] و برخی از فقها میان اطلاق و عام، تفاوت قائل شده‌اند با این توجیه که اطلاق به معنای آن است که قدر مشترک میان افراد، اجازه داده شده است و رضایت به قدر مشترک، به معنای آن نیست که فردی هم که ضرر بیش‌تری برای زمین دارد، رضایت داده شده است برخلاف عام [که چنین دلالتی دارد] اما با توجه به آنچه که بیان کردیم، ضعیف بودن این نظریه، معلوم می‌شود. [مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره گفته است که اگر عقد مزارعه به صورت مطلق، انعقاد پیدا کند باید نوع زراعت، تعیین شود و گرنه معامله غرری خواهد بود زیرا لفظ مطلق، دلالتی بر اختیار هر نوع کشتی ندارد برخلاف لفظ عام که چنین دلالتی دارد و شامل زراعتی هم می‌شود که ضرر بیش‌تری برای زمین دارد. مرحوم شهید در کتاب مالک، این نظریه را رد کرده و می‌فرماید که اطلاق لفظ بر قدر مشترک میان افراد، دلالت دارد و تمامی افراد زراعت، در قدر مشترک که همان ماهیت زراعت می‌باشد، دلالت دارد هر چند از نظر ضرر داشتن برای زمین، متفاوت باشند مثلاً وقتی دستور به زدن دیگری داده می‌شود هرگونه زدن، امثال امر می‌باشد.] اگر مالک،

زراعت خاصی را تعیین کرد، زارع نباید غیر از آنچه را که تعیین شده است انجام دهد اعم از اینکه زراعت، از نظر شخصی تعیین شده باشد مانند اینکه بذر خاصی را بکارد از نظر صنفی تعیین شده باشد مانند اینکه فلان گندم [مانند گندم زرد] را بکارد یا از نظر نوعی، تعیین شده باشد و یا از جهات دیگری تعیین شده باشد زیرا اختلاف زراعت با هدفهای مختلفی، صورت می‌گیرد سپس زارع باید آنچه را که تعیین شده است بکارد [و گرنه برخلاف عقد و شرط عمل شده است].

فَلَوْ خَالَفَ (وَ زَرَاعَ الْأَضْرَّ قِيلَ: يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ بَيْنَ الْفَسْخِ فَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ) عَمَّا زَرَعَهُ (وَبَيْنَ الْإِبْتِغَاءِ، فَلَهُ الْمُسَمَّى مَعَ الْأَرْضِ).

وَ وَجْهَ التَّخْيِيرِ: أَنَّ مِقْدَارَ الْمُنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا قَدْ اسْتَوْفِيَ بِزِيَادَةٍ فِي ضِمْنِ زَرْعِ الْأَضْرِّ، فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْفَسْخِ لِذَلِكَ فَيَأْخُذُ الْأُجْرَةَ لِمَا زَرَعَ، لَوْ قُوَّ عِهِ أَجْمَعَ بغيرِ إِذْنِهِ، لِأَنَّهُ غَيْرُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَ بَيْنَ أَخْذِ الْمُسَمَّى فِي مُقَابَلَةِ مِقْدَارِ الْمُنْفَعَةِ الْمُعَيَّنَةِ مَعَ أَخْذِ الْأَرْضِ فِي مُقَابَلَةِ الرَّائِدِ الْمَوْجِبِ لِلضَّرْرِ.

وَ يُشْكَلُ بِأَنَّ الْحِصَّةَ الْمُسَمَّاةَ إِنَّمَا وَقَعَتْ فِي مُقَابَلَةِ الزَّرْعِ الْمُعَيَّنِ وَ لَمْ يَحْصُلْ، وَ الَّذِي زَرَعَ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْعَقْدُ وَ لَا الْإِذْنُ، فَلَا وَجْهَ لِاسْتِحْقَاقِ الْمَالِكِ فِيهِ الْحِصَّةَ، وَ مِنْ ثَمَّ نَسَبَهُ إِلَى الْفَيْلِ تَنْبِيْهًا عَلَى تَمْرِيضِهِ، وَ الْأَقْوَى وَ جُوبُ أُجْرَةِ الْمِثْلِ خَاصَّةً.

(وَ لَوْ كَانَ) الْمَزْرُوعُ (أَقَلَّ ضَرَرًا) مِنَ الْمُعَيَّنِ (جَازًا) فَيَسْتَحِقُّ مَا سَمَّاهُ مِنَ الْحِصَّةِ، وَ لَا أَرْضَ وَ لَا خِيَارَ، لِعَدَمِ الضَّرْرِ. وَ يُشْكَلُ بِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ أَيْضًا، فَكَيْفَ يَسْتَحِقُّ فِيهِ شَيْئًا مَعَ أَنَّهُ نَمَاءُ بَدْرٍ الْعَامِلِ الَّذِي لَا دَلِيلَ عَلَى انْتِقَالِهِ عَنِ مَلِكِهِ. وَ الْأَقْوَى ثُبُوتُ أُجْرَةِ الْمِثْلِ أَيْضًا كَالسَّابِقِ.

چنانچه زارع با نظر مالک، مخالفت کند و کشتی را انجام دهد که ضرر آن برای زمین، بیش تر از کشت تعیین شده می‌باشد، یک دیدگاه آن است که مالک، اختیار دارد که قرارداد مزارعه را فسخ کند و اجرت المثل زمین برای کشت انجام شده را بگیرد و یا [نسبت به کشت انجام شده، رضایت بدهد و حصه‌ای که برای وی تعیین شده است را همراه با ارش بگیرد] منظور از ارش، خسارتی است که زراعت انجام شده نسبت به زراعت تعیین شده، برای زمین بوجود می‌آورد. [مبنای تخیر مالک برای فسخ قرارداد و اجرت المثل گرفتن و پذیرش قرارداد و ارش گرفتن، آن است که منفعتی که عقد

مزارعه برای آن، منعقد گردیده توسط زارع، استیفا شده است و بخاطر زراعتی که برای زمین ضرر بیشتری دارد، مقداری هم اضافه تر از آن منفعت، استیفا شده است بنابراین مالک، اختیار دارد که بخاطر این عمل زارع، قرارداد را فسخ نماید و اجاره زمین برای زراعت انجام شده را بگیرد زیرا کلیه اقدامات انجام شده از سوی زارع، بدون اذن وی بوده و عقدی برای آن، منعقد نگردیده است و یا عقد را بپذیرد و حصه تعیین شده را که در مقابل منفعت تعیین شده در عقد قرارداد، بگیرد و علاوه بر آن، ارشی را هم که در مقابل عمل زیادتر قرار دارد و موجب ضرر وارد شدن به زمین گردیده است اخذ کند. [خیاری که برای مالک بوجود می آید، خیار تخلف از شرط است اما شهیدثانی، اشکالی را به حق خیار، وارد کرده و می گوید:] نظریه فوق با این ایراد روبروست که حصه تعیین شده در عقد مزارعه، در مقابل زراعت معینی قرار داده شده است اما این زراعت، تحقق نیافته است و زراعتی هم که انجام شده است، مشمول عقد مزارعه نمی باشد و اذنی هم برای آن داده نشده است [یعنی آنچه که قصد طرفین بوده، واقع نشده است و آنچه که واقع شده، قصد طرفین نبوده است.] بنابراین توجیهی وجود ندارد که مالک، استحقاق دریافت حصه تعیین شده را داشته باشد [چون این حصه در مقابل زراعتی بوده که تحقق نیافته است] و به همین جهت شهید اول، نظریه اختیار مالک را با عبارت «قیل» بیان کرده است تا اشاره به ضعیف بودن آن کرده باشد و نظریه قوی تر آن است که مالک فقط مستحق دریافت اجرت المثل زمین [برای زراعت انجام شده] می باشد. اما اگر زراعتی که [برخلاف زراعت تعیین شده در عقد مزارعه]، انجام شده است ضرر کمتری نسبت به زراعت تعیین شده، برای زمین داشته باشد، جایز است و مالک، استحقاق دریافت حصه تعیین شده را دارد و ارشی به او تعلق نمی گیرد و اختیار فسخ عقد مزارعه را نیز ندارد زیرا ضرری برای او بوجود نیامده است. این نظریه هم با مشکل روبروست زیرا زراعتی که انجام شده، در ضمن عقد مورد توافق قرار نگرفته است بنابراین مالک چگونه می تواند استحقاق دریافت مالی را داشته باشد که محصول ناشی از بذر متعلق به زارع است و دلیلی برای انتقال این بذر از ملک زارع، وجود ندارد پس در اینجا هم مانند حالات سابق، نظریه قوی تر آن است که باید اجرت المثل پرداخت شود. [در عقد مزارعه، ضرر و نفع زمین،

مورد نظر نیست بلکه مالک و زارع، قصد دارند که مقداری از محصول معین را بدست آورند بنابراین وقتی مقرر می شود که گندم کاشته شود و پنجاه درصد محصول گندم به مالک، داده شود چنانچه زارع، جو بکارد نمی توان گفت که مالک می تواند پنجاه درصد جو را بگیرد زیرا بذر جو، متعلق به زارع است و عقدی هم منعقد نشده است که محصول جو، به مالک انتقال پیدا کند بنابراین باید عقد مزارعه را منفسخ و باطل دانست و مالک، استحقاق دریافت اجرت المثل زمین را خواهد داشت.]

(وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَحَدِهِمَا الْأَرْضُ حَسْبُ، وَمِنَ الْآخِرِ الْبَذْرُ وَالْعَمَلُ وَالْعَوَامِلُ) وَ هَذَا هُوَ الْأَصْلُ فِي الْمَزَارَعَةِ، وَ يَجُوزُ جَعْلُ اثْنَيْنِ مِنْ أَحَدِهِمَا وَ الْبَاقِي مِنَ الْآخِرِ، وَ كَذَا وَاحِدٍ وَ بَعْضِ الْآخِرِ، وَ يَتَشَعَّبُ مِنَ الْأَرْكَانِ الْأَرْبَعَةِ صُورٌ كَثِيرَةٌ لَا حَصْرَ لَهَا بِحَسَبِ شَرْطِ بَعْضِهَا مِنْ أَحَدِهِمَا وَ الْبَاقِي مِنَ الْآخِرِ.  
(وَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الصُّورِ الْمُمَكِّنَةِ جَائِزَةٌ) مَتَى كَانَ مِنْ أَحَدِهِمَا بَعْضُهَا وَ لَوْ جُزْءًا مِنَ الْأَرْبَعَةِ، وَ مِنَ الْآخِرِ الْبَاقِي، مَعَ ضَبْطِ مَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ.

جایز است که یکی از طرفین عقد مزارعه، زمین را بدهد و بذر و عمل و وسایل کار، متعلق به طرف دیگر باشد و این، اصل در مزارعه است و نیز جایز است که دو مورد از این چهار مورد، متعلق به یکی از آنها بوده و در مورد دیگر، متعلق به طرف مقابل باشد همانطور که جایز است یک طرف قرارداد، یکی از این چهار مورد را با مقداری از یکی از موارد دیگر بدهد [مثلاً زمین و مقداری از بذر، متعلق به یک طرف باشد] و از این چهار رکن [یعنی زمین، بذر، عمل و وسیله]، صورتها و حالت های فراوان و نامحدودی بوجود می آید برحسب اینکه مقداری از آنها، متعلق به یک طرف و مقداری هم متعلق به طرف دیگر باشد و هر یک از صورتهایی که به دست می آید، جایز است هرگاه مقداری از آنها، هر چند جزئی از یکی از این چهار مورد باشد و بقیه متعلق به دیگری باشد به شرط اینکه سهم هر کدام، مشخص شود.

(وَ لَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمُدَّةِ حَلَفَ مُنْكَرُ الزِّيَادَةِ)، لِأَصَالَةِ عَدَمِهَا، فَإِنَّ بَقِيَّ الزَّرْعِ بَعْدَ مَا تَبَيَّنَتْ مِنْهَا فَكَمَا سَبَقَ.

اگر مالک و زارع پیرامون مدت عقد مزارعه با یکدیگر اختلاف نظر پیدا کنند، کسی که مدت زیادی را انکار می کند، قسم می خورد زیرا اصل بر عدم زیادی مدت

است بنابراین چنانچه پس از آنکه منکر مدت زیادی، سوگند یاد کرد و مدت، ثابت شد هنوز، زرع و محصول نرسیده باشد، مانند قبل عمل می‌شود. [یعنی همان حکمی

که در مورد پایان یافتن مدت مزارعه قبل از رسیدن، محصول، بیان شد.]

(وَ لَوْ اِخْتَلَفَا فِي الْحِصَّةِ حَلَفَ صَاحِبُ الْبَذْرِ)، لِأَنَّ التَّمَاءَ تَابِعَ لَهُ، فَيَقْدَمُ قَوْلُ مَالِكِهِ فِي حِصَّةِ الْآخِرِ، لِأَصَالَةِ عَدَمِ خُرُوجِ مَا زَادَ عَنْ مَلِكِهِ وَ عَدَمِ اسْتِحْقَاقِ الْآخِرِ لَهُ، وَ اتَّفَاقُهُمَا عَلَى عَقْدٍ تَضَمَّنَ حِصَّةً إِنَّمَا نَقِلَ عَنْهُ فِي أَصْلِ الْحِصَّةِ، لِأَنَّ فِي الْحِصَّةِ الْمُعَيَّنَةِ، فَيَبْقَى حُكْمُ انْتِكَارِ الزَّائِدِ بِحَالِهِ لَمْ يَخْرُجْ عَنِ الْأَصْلِ.

(وَ لَوْ أَقَامَا بَيِّنَةً قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْآخِرِ) فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ وَ هُوَ الْعَامِلُ فِي الْأُولَى لِأَنَّ مَالِكَ الْأَرْضِ يَدَّعِي تَقْبِيلَ الْمُدَّةِ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، وَ الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ غَرِيمِهِ الْعَامِلِ، وَ مَنْ لَيْسَ لَهُ بَذْرٌ فِي الثَّانِيَةِ مِنَ الْعَامِلِ وَ مَالِكِ الْأَرْضِ، لِأَنَّهُ الْخَارِجُ بِالنَّظَرِ إِلَى الْبَاذِرِ، حَيْثُ قُدِّمَ مَعَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ. (وَ قِيلَ: يَقْرَعُ)، لِأَنَّهَا لِكُلِّ أَمْرٍ مُشْكِلٍ وَ يُشْكِلُ بِأَنَّهُ لَا إِشْكَالَ هُنَا، فَإِنَّ مَنْ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ صَاحِبِهِ فَالْقَوْلُ بِتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي فِيهِمَا أَقْوَى.

اگر مالک و زارع در مورد حصه تعیین شده با یکدیگر اختلاف پیدا کنند [و این اختلاف معمولاً بدین صورت است که مالک، ادعای کم بودن حصه زارع را می‌نماید مثلاً می‌گوید که حصه او یک سوم محصول است اما زارع، ادعای بیش‌تر بودن آن را دارد مثلاً می‌گوید که حصه او، نصف محصول می‌باشد]. در این صورت سخن صاحب بذر، مقدم می‌شود زیرا محصول، تابع بذر است و سخن مالک بذر نسبت به حصه طرف مقابل، مقدم می‌شود [هر چند صاحب بذر، ادعای حصه بیشتری را برای خودش بنماید مؤلف کتاب جامع المقاصد گفته است که مالک و زارع در عقد مزارعه، پیرامون مدت و حصه، توافق کرده‌اند بنابراین هر کدام از آنها از یک جهت که ادعای طرف مقابل را رد می‌کند، منکر است و از یک جهت که برای خودش، ادعایی را مطرح می‌کند، مدعی است بنابراین نمی‌توان هیچکدام را مدعی محض یا منکر محض، به حساب آورد و اصلی که می‌گوید: «مدعی، کسی است که اگر دست از ادعایش بردارد، دعوا خاتمه می‌یابد» در اینجا اجرا نمی‌شود زیرا طرفین نسبت به حصه معینی با یکدیگر توافق کرده‌اند. شهیدثانی، این استدلال محقق ثانی را رد کرده و می‌گوید: [اتفاق مالک و زارع نسبت به عقد مزارعه که متضمن حصه معینی می‌باشد، در خصوص اصل حصه، از

شمول قاعده مزبور [یعنی قاعده‌ای که مدعی را شخصی می‌داند که اگر دست از ادعایش بردارد، دعوا خاتمه پیدا می‌کند] خارج می‌شود اما در مورد حصه معین، از شمول این قاعده خارج نمی‌شود بنابراین حکم انکار مقدار زیاد، به حال خود باقی است و از شمول قاعده خارج نمی‌شود [یعنی طرفین قرارداد، نسبت به اصل حصه با یکدیگر توافق کرده‌اند اما مقدار آن، مورد اختلاف است و کسی که مقدار زیادتر را ادعا می‌کند، مدعی است و کسی که آن را انکار می‌کند، منکر است و اگر مدعی، دست از ادعای خود بردارد، دعوا خاتمه پیدا می‌کند و منکر هم کماکان منکر است و سخن او با سوگند، پذیرفته می‌شود اما به هر حال فقها، سخن صاحب بذر را مقدم داشته‌اند.] اگر مالک و زارع، بی‌نه و شاهد بیاورند، در هر دو مسأله [یعنی در مسأله اختلاف در مدت و اختلاف در میزان حصه] بی‌نه طرف مقابل [که مدت و حصه بیش‌تر را ادعا می‌کند]، پذیرفته می‌شود که در مسأله اول [یعنی اختلاف در مدت]، عامل است زیرا مالک زمین، مدت کمتر را ادعا می‌کند و سخن او پذیرفته می‌شود و بی‌نه طرف مقابل یعنی عامل پذیرفته می‌شود [زیرا طرف مقابل، مدعی است و همواره بی‌نه مدعی پذیرفته می‌شود] و در مسأله دوم [یعنی اختلاف در میزان حصه، مدعی کسی است که بذر، متعلق به او نیست اعم از اینکه مالک یا عامل باشد زیرا کسی که بذر متعلق به او نیست، نسبت به صاحب بذر، خارج محسوب می‌شود زیرا اگر بی‌نه وجود نداشته باشد، سخن مالک بذر پذیرفته می‌شود. [پس اگر هر دو بی‌نه و شاهد بیاورند، بی‌نه خارج پذیرفته می‌شود و خارج کسی است که مدت و حصه بیش‌تر را ادعا می‌کند مشروط بر اینکه در مورد اختلاف در حصه، مدعی صاحب بذر نباشد و اگر بذر متعلق به مالک باشد، بی‌نه عامل مقدم خواهد شد زیرا عامل در این صورت، خارج محسوب می‌شود.] و یک نظر آن است که در این صورت باید به قرعه مراجعه کرد زیرا قرعه برای هر امر مشکلی است [و اینجا هم، امر مشکلی پیش آمده است.] اما این نظریه با مشکل روبروست زیرا اشکالی در اینجا وجود ندارد [تا نیاز به قرعه کشی باشد] زیرا هرکس که سخن او پذیرفته شود [منکر به حساب می‌آید] و بی‌نه و شاهد طرف مقابل، پذیرفته می‌شود [زیرا طرف مقابل، مدعی است] بنابراین در هر دو مسأله، نظریه قوی‌تر آن است که بی‌نه مدعی، پذیرفته می‌شود [و قاعده کلی که سوگند منکر و بی‌نه مدعی



می باشد، در اینجا هم جاری می شود و مشکل را از بین می برد پس مشکلی وجود ندارد تا نیاز به قرعه کشی باشد]

(وَلِلْمُزَارِعِ أَنْ يُزَارِعَ غَيْرَهُ أَوْ يُشَارِكَ غَيْرَهُ)، لِأَنَّهُ يَمْلِكُ مَنَفَعَةَ الْأَرْضِ بِالْعَقْدِ اللَّازِمِ، فَيَجُوزُ لَهُ تَقْلُهَا، وَ مُشَارَكَةُ غَيْرِهِ عَلَيْهَا، لِأَنَّ النَّاسَ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ. نَعَمْ لَا يَجُوزُ لَهُ تَسْلِيمُ الْأَرْضِ إِلَّا بِإِذْنِ مَالِكِهَا. وَ زُبَيْمَا اشْتَرَطَ كَوْنُ الْبُذْرِ مِنْهُ، لِيَكُونَ تَمْلِيكُ الْحِصَّةِ مَنْوُطًا بِهِ، وَ بِهِ يَفْرَقُ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ غَامِلِ الْمُسَافَاةِ، حَيْثُ لَمْ يَجْزَلْهُ أَنْ يُسَاقِيَ غَيْرَهُ. وَ هُوَ يَتِمُّ فِي مُزَارَعَةِ غَيْرِهِ، لَا فِي مُشَارَكَتِهِ. وَ يُمَكِّنُ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ عَمَلَ الْأُصُولِ فِي الْمُسَافَاةِ مَقْصُودٌ بِالذَّاتِ كَالثَّمَرَةِ، فَلَا يَتَسَلَّطُ عَلَيْهِ مَنْ لَا يَسَلِّطُهُ الْمَالِكُ، بِخِلَافِ الْأَرْضِ فِي الْمُزَارَعَةِ، فَإِنَّ الْغَرَضَ فِيهَا لَيْسَ إِلَّا الْحِصَّةُ، فَلِمَالِكِهَا أَنْ يُتَقْلَهَا إِلَى مَنْ شَاءَ. (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ الْمَالِكُ الزَّرْعَ بِنَفْسِهِ) فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِدْخَالُ غَيْرِهِ مُطْلَقًا، عَمَلًا بِمُقْتَضَى الشَّرْطِ.

زارع می تواند با شخص دیگری عقد مزارعه منعقد نماید یا با شخص دیگری، مشارکت نماید [یعنی بدون اینکه نیاز به اذن مالک باشد، حصه خود را به شخص دیگری واگذار کند یا با مشارکت شخص دیگری، زراعت را انجام دهند]. زیرا زارع بموجب عقد لازم [که همان عقد مزارعه می باشد] مالک منفعت زمین می شود بنابراین می تواند این منفعت را به شخص دیگری انتقال دهد یا او را در این منفعت، شریک قرار دهد زیرا مردم، مسلط بر اموال خویش هستند. البته تحویل زمین به دیگری نیاز به اذن مالک دارد. برخی از فقها شرط کرده اند که [جواز مزارعه و مشارکت با غیر] آن است که بذر، متعلق به زارع باشد تا تملیک حصه منوط به آن باشد [یعنی اگر بذر، متعلق به زارع باشد، حصه ای که زارع برای خودش قرار می دهد قابل توجیه خواهد بود و گرنه دلیلی نخواهد داشت که مقداری از حصه را برای خودش، تملک نماید و نیز اگر بذر متعلق به مالک باشد، اصل آن است که غیر مالک نتواند، شخص دیگری را بر آن مسلط نماید]. و بواسطه تعلق بذر به زارع، میان عامل در عقد مزارعه و عامل در عقد مساقات، تفاوت بعمل آمده است زیرا عامل مساقات، حق ندارد که عقد مساقات با شخص دیگری منعقد نماید. [شاهدثانی، تعلق بذر به عامل را در انعقاد قرارداد مزارعه با دیگری، نیکو می داند اما در مشارکت، آن را نیکو ندانسته و می فرماید:] و شرط تعلق

بذر به عامل، در انعقاد عقد مزارعه با دیگری، نیکوست اما در مشارکت با دیگری، پسندیده است [زیرا زارع در حالت مشارکت، مقداری از حصه خود را مشاعاً در مقابل عوض معلوم به دیگری انتقال می‌دهد و این اشکالی ندارد زیرا هر مالکی، تسلط بر ملک خود دارد و می‌تواند آن را بفروشد اما در مزارعه، چنین حقی ندارد زیرا فقط حق عمل دارد و در مقابل عمل، حصه‌ای به او تعلق می‌گیرد. البته شهید در کتاب مسالک گفته است که احتمال دارد در مزارعه نیز جایز باشد زیرا زارع می‌تواند عمل را خودش یا همراه با دیگری انجام دهد]. ممکن است میان عقد مزارعه و عقد مساقات، چنین تفاوت گذاشته شود که در مساقات، نگهداری درختان، هدف اصلی عقد مساقات می‌باشد همانگونه که محصول، هدف اصلی عقد مزارعه می‌باشد، بنابراین عامل حق ندارد کسی را برای نگهداری درختان بکارگیرد که مالک، وی را بکار نگرفته است برخلاف زمین در عقد مزارعه که هدف اصلی در عقد مزارعه، حصه‌ای است که به زارع می‌رسد [و زمین، هدف اصلی قرارداد نیست] بنابراین مالک حصه [یعنی زارع] می‌تواند آن را به هرکس که بخواهد منتقل نماید. البته زارع می‌تواند، با شخص دیگری قرارداد مزارعه، منعقد کند یا با شخص دیگری، مشارکت نماید] مگر اینکه مالک، شرط کرده باشد که زارع، خودش زراعت را انجام دهد که در این صورت براساس مقتضای شرط، زارع نمی‌تواند شخص دیگری را در این امر، دخالت دهد.

(وَالْخَرَاجُ عَلَى الْمَالِكِ)، لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ عَلَى الْأَرْضِ ابْتِدَاءً، لَا عَلَى الزَّرْعِ، (الْإِمَاعُ الشَّرْطِ) فَيَتَّبِعُ شَرْطُهُ فِي جَمِيعِهِ وَبَعْضِهِ، مَعَ الْعِلْمِ بِقَدْرِهِ، أَوْ شَرْطٌ قَدَرٌ مُعَيَّنٌ مِنْهُ، وَ لَوْ شَرْطَ الْخَرَاجِ عَلَى الْعَامِلِ فَرَّادَ السُّلْطَانِ فِيهِ زِيَادَةٌ فَهِيَ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ، لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا.

خراج [یعنی مالیاتی که حاکم می‌گیرد] برعهده مالک زمین است زیرا خراج و مالیات ابتدائاً به زمین تعلق می‌گیرد و به محصول تعلق نمی‌گیرد [و اصل هم بر برائت ذمه عامل می‌باشد] مگر اینکه شرط شده باشد [که زارع، مالیات و خراج را پردازد که در این صورت برحسب شرط عمل می‌شود که تمام مالیات یا مقداری از آن پرداخت شود و این در صورتی است که مقدار مالیات، مشخص باشد [یا اگر مقدار آن، مشخص نیست]، مالک، مقدار معین را برعهده زارع قرار دهد [زیرا مبنای تعهد زارع، قرارداد و

شرط است بنابراین شرط نباید مجهول باشد] اما اگر مالک، پرداخت مالیات را برعهده زارع قرارداد [اعم از اینکه مقدار مالیات، مشخص باشد یا مقدار مشخصی را شرط کرده باشند] و حاکم، مقدار زیادتری را تعیین کند، صاحب زمین باید مقدار زیادی را بپردازد زیرا شرط، شامل مقدار اضافی نمی‌شود [و همانگونه که گفته شد، مالیات مربوط به زمین است و صاحب زمین باید آن را بپردازد. البته برخی از فقها گفته‌اند که جهل به مقدار مالیات، مانع شرط پرداخت تمامی آن از سوی زارع نمی‌شود زیرا چنین جهالتی قابل بخشش است و در واقع هم، مقدار آن مشخص می‌باشد. همچنین هزینه‌های نگهداری و بهره‌برداری از زمین برعهده مالک زمین می‌باشد مگر اینکه شرط خلاف آن شده و پرداخت هزینه‌ها برعهده زارع قرار گیرد.]

(وَ إِذَا بَطَلَتِ الْمَزَارَعَةُ فَالْحَاصِلُ لِصَاحِبِ الْبُذْرِ وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ لِلْبَاقِي، فَإِنْ كَانَ الْبُذْرُ مِنْ صَاحِبِ الْأَرْضِ، فَعَلَيْهِ أَجْرَةٌ مِثْلَ الْعَامِلِ وَالْعَوَامِلِ، وَ لَوْ كَانَ مِنَ الزَّارِعِ فَعَلَيْهِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَجْرَةٌ مِثْلَهَا، وَ لِمَا شُرِطَ عَلَيْهِ مِنَ الْآخَرِينَ، وَ لَوْ كَانَ الْبُذْرُ مِنْهُمَا فَالْحَاصِلُ بَيْنَهُمَا، وَ لِكُلِّ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ أَجْرَةٌ مِثْلَ مَا يَحُصُّهُ مِنَ الْأَرْضِ، وَ بَاقِي الْأَعْمَالِ.)

اگر عقد مزارعه به دلیلی باطل شود، محصول به صاحب بذر تعلق می‌گیرد و او باید اجرت‌المثل بقیه موارد [مانند زمین و ابزار کار و عمل] را به صاحب آن بپردازد بنابراین اگر بذر متعلق به صاحب زمین باشد باید اجرت‌المثل عمل عامل و وسایل کار را [اگر وسایل کار، متعلق به اوست] به عامل بپردازد و اگر بذر، متعلق به زارع باشد [محصول به زارع داده می‌شود] و زارع باید اجرت‌المثل زمین را به صاحب زمین بدهد و نیز اجرت‌المثل دو رکن دیگر عقد مزارعه [یعنی عمل و ابزار کار] به کسی داده می‌شود که براساس شرط ضمن عقد، برعهده او بوده است [مثلاً اگر در عقد مزارعه، شرط شده باشد که ابزار کار برعهده زارع باشد پس صاحب زمین باید اجرت‌المثل ابزار را به زارع بدهد.] و اگر بذر متعلق به هر دو باشد، محصول میان هر دو تقسیم می‌شود و هر کدام از آنها باید اجرت‌المثل زمین و وسایل و عمل را که متعلق به دیگری است به او بدهد [و نحوه محاسبه اجرت‌المثل براساس حصه می‌باشد مثلاً اگر نصف بذر متعلق به هر کدام باشد، نصف حصه را دریافت می‌کند و نصف اجرت زمین به صاحب زمین و

نصف اجرت کار به زارع، داده می شود. اگر بذر متعلق به شخص ثالثی باشد، محصول به او داده می شود و او باید اجرت زمین و عمل را بدهد. آنچه که گفته شد در صورتی است که بذر در زمین کاشته شده باشد اما اگر مزارع در زمین فعالیتی نکند یا عقد مزارعه به دلیل فقدان آب و عدم قابلیت بهره برداری، باطل شود احکام دیگری دارد که قبلاً به آن اشاره شد.]

(وَيَجُوزُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ الْخَرَصُ عَلَى الزَّارِعِ) بِأَنْ يُقَدَّرَ مَا يَخُصُّهُ مِنَ الْحِصَّةِ تَخْمِينًا وَيُقَبَّلُ بِهِ بِحَبِّ، وَلَوْ مِنْهُ بِمَا خَرَصَهُ بِهِ (مَعَ الرِّضَا).  
 وَ هَذِهِ مُعَامَلَةٌ خَاصَّةٌ مُسْتَثْنَاةٌ مِنَ الْمُحَاقَلَةِ إِنْ كَانَتْ بَيْعًا أَوْ صُلْحًا (فَيَسْتَتِرُ) مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ (بِالسَّلَامَةِ، فَلَوْ تَلَفَ الزَّرْعُ) أَجْمَعُ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ تَعَالَى (فَلَا شَيْءَ) عَلَى الزَّارِعِ، وَلَوْ تَلَفَ الْبَعْضُ سَقَطَ مِنْهُ بِالنِّسْبَةِ، وَلَوْ أَتْلَفَهُ مُتْلِفٌ ضَامِنٌ لَمْ تَتَّعَبِرِ الْمُعَامَلَةُ، وَ طَالِبَ الْمُتَقَبَّلِ الْمُتْلِفِ بِالْعَوْضِ، وَلَوْ زَادَ فَالزَّائِدُ لِلْمُتَقَبَّلِ، وَلَوْ نَقَصَ بِسَبَبِ الْخَرَصِ لَمْ يَسْقُطْ بِسَبَبِهِ شَيْءٌ. هَذَا إِذَا وَقَعَتِ الْمُعَامَلَةُ بِالتَّهْبِيلِ، وَلَوْ وَقَعَتْ بِالْفَيْضِ الْبَيْعِ اشْتَرَطَ فِيهِ شَرَايِطُهُ، مَعَ اِحْتِمَالِ كَوْنِهِ كَذَلِكَ، وَلَوْ وَقَعَتْ بِالْفَيْضِ الصُّلْحِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ كَالْبَيْعِ، وَوُفُؤًا فِيمَا خَالَفَ الْأَصْلَ عَلَى مَوْضِعِ الْيَقِينِ.

وَ قَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَى هَذِهِ الْقِبَالَةِ فِي الْبَيْعِ.

صاحب زمین می تواند که تخمین به زارع بزند یعنی حصه ای را که به او تعلق می گیرد به صورت تخمینی تعیین کند و به زارع بقبولاند که مقداری محصول در مقابل آن به مالک بدهد هر چند آن محصول از دانه ای باشد که محصول آن تخمین زده شده است و این، منوط به رضایت زارع است [یعنی زارع اختیار دارد که آن را قبول یا رد کند. [نحوه این قرارداد چنین است که مثلاً اگر حصه مالک زمین، نصف باشد و تخمین زده شود که این نصف، معادل هزار کیلوگرم است پس به زارع می گوید که حصه من را قبول کند و در مقابل، هزار کیلوگرم به من بده]. این معامله یک معامله مخصوص است و اگر به صورت بیع یا صلح منعقد شود، مشمول عنوان «محاقله» [که عقد باطلی است] نخواهد بود بنابراین برحسب آنچه که مورد توافق قرار گرفته است، عمل می شود مشروط بر اینکه محصول، سالم به دست آید پس اگر تمامی محصول به صورت طبیعی [و با آفت] تلف شود، چیزی برعهده زارع قرار نمی گیرد و اگر مقداری

از محصول تلف شود به همان نسبت از مقدار تعیین شده کسر می شود [مثلاً اگر نصف محصول، آفت بزند در مثال فوق، زارع باید پانصد کیلوگندم به مالک زمین بدهد] و اگر شخصی، محصول را تلف کند که ضامن پرداخت خسارت می باشد، معامله تغییری پیدا نمی کند و زارع، عوض محصولی را که به مالک می دهد از تلف کننده می گیرد. اگر حصه مالک، بیش از مقدار تخمین زده شود [مثلاً نصف محصول، معادل هزار و پانصد کیلوگندم باشد] مقدار زیادی متعلق به زارع خواهد بود و اگر کمتر از آن شود، چیزی از آن کم نمی شود [مثلاً اگر نصف محصول، معادل هشتصد کیلو باشد زارع باید همان هزار کیلوگرم را که تخمین زده شده است به مالک بدهد]. این در صورتی است که معامله با صیغه تقبیل، منعقد شده باشد [یعنی مالک بگوید: «قبلتک»] اما اگر بلفظ بیع منعقد شده باشد، تمامی شرایط بیع رعایت خواهد شد همانگونه که ممکن است اگر به صیغه تقبیل هم منعقد گردد، احکام بیع در مورد آن اجرا شود. اگر این قرارداد با لفظ صلح، منعقد گردد [یعنی مالک بگوید: «با تو مصالحه کردم»] ظاهر آن است که مانند بیع خواهد بود زیرا هر جا که مخالف با اصل باشد باید به مقدار یقینی اکتفا کرد و سخن در مورد عقد قباله در مبحث بیع بیان گردید.



## (كِتَابُ الْمَسَاقَاةِ)

(وَهِيَ) لُغَةً مُفَاعَلَةٌ مِنَ السَّقْيِ، وَاشْتَقُّ مِنْهُ دُونَ بَاقِي أَعْمَالِهَا، لِأَنَّهُ أَنْفَعُهَا وَأَظْهَرُهَا فِي أَصْلِ الشَّرِيْعَةِ، وَهُوَ نَخْلُ الْحِجَازِ الَّذِي يُسْقَى مِنَ الْأَبَارِ مَعَ كَثْرَةِ مَوْنَتِهِ. وَشَرَعًا (مُعَامَلَةٌ عَلَى الْأُصُولِ بِحِصَّةٍ مِنْ ثَمَرِهَا). فَخَرَجَتْ بِالْأُصُولِ الْمُرَارَعَةُ، وَبِالْحِصَّةِ الْإِجَارَةُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِهَا، فَإِنَّهَا لَا تَقَعُ بِالْحِصَّةِ، وَالْمُرَادُ بِالثَّمَرَةِ مَعْنَاهَا الْمُتَعَارَفُ، لِتَرَدُّدِهِ فِي الْمُعَامَلَةِ عَلَى مَا يُقْصَدُ وَرَفُهُ وَوَرْدُهُ، وَلَوْ لَوْحِظَ إِدْخَالُهُ أُرِيدَ بِالثَّمَرَةِ نَمَاءُ الشَّجَرَةِ، لِئَنَّهُ لِيَدْخُلَ فِيهِ الْوَرَقُ الْمَقْصُودُ وَالْوَرْدُ وَكَمْ يُقَيِّدُ الْأُصُولُ بِكُونِهَا ثَابِتَةً، كَمَا فَعَلَ غَيْرُهُ، لِأَنَّ ذَلِكَ شَرْطٌ لَهَا، وَذِكْرُهُ فِي التَّعْرِيفِ غَيْرُ لَازِمٍ، أَوْ مَعِيبٌ. وَمَنْ قَيَّدَ بِهِ جَعَلَهُ وَضْفًا لِلشَّجَرِ مُخَصَّصًا لِمَوْضِعِ الْبَحْثِ، لَا شَرْطًا

مساقات از نظر لغوی، بر وزن «مفاعله» می باشد و از ریشه ی «سقی» [به معنای آبیاری] گرفته شده است و این که مساقات، از این ریشه گرفته شده و از سایر اعمال باغ داری [مانند غرس کردن درخت و کود دادن به آن] گرفته نشده است، بدین علت می باشد که آبیاری کردن در اصل مشروعیت عقد مساقات، پرسودترین و بارزترین عمل می باشد و آن، خرما ی حجاز بوده که از آب چاه ها آبیاری می شد. مضافاً بر این که آبیاری، هزینه های زیادی دارد. [مساقات در زبان قرآن و روایات بیان نشده است و اهل لغت نیز معنای مورد نظر فقها را به آن نداده اند. بنابراین مساقات را باید اصطلاحی غیر شرعی دانست که در زمان صحابه، به وجود آمده است و به همین جهت، ابوحنیفه و برخی فقهای دیگر، در مشروعیت آن تردید کرده اند. به ویژه که متضمن جهالت و غرور است. عدّه ای هم مزارعه را شامل مساقات نیز دانسته و احکام مزارعه را بر آن باز کرده اند. به هر حال عقد مساقات، یکی از عقود معتبر شرعی می باشد و چون در جامعه ی عرب، مشروعیت پیدا کرده است، بنابراین آبیاری کردن درخت خرما که در آن زمان متعارف بوده، مبنای نام گذاری آن قرار گرفته است.] و از نظر شرعی، معامله

بر اصول و درختان است که در مقابل حصّه‌ای از میوه‌ی درخت قرار می‌گیرد [یعنی مالک درختان، نگهداری و محافظت از درختان را برعهده‌ی دیگری قرار می‌دهد و در مقابل عمل آن شخص، مقداری از میوه‌های درختان قرار داده می‌شود]. کلمه‌ی «اصول» [که در تعریف آمده است] عقد مزارعه را خارج می‌کند [زیرا موضوع عقد مزارعه، زمین است اما موضوع عقد مساقات، درختان می‌باشد] و کلمه‌ی «حصّه»، عقد اجاره‌ی درختان را خارج می‌کند زیرا در عقد اجاره، حصّه قرار داده نمی‌شود [مالک، درختان خود را به دیگری اجاره می‌دهد و مستأجر، مبلغی به‌عنوان اجاره بها می‌پردازد، نه این‌که حصّه‌ای از میوه‌ها به‌عنوان اجاره بها قرار گیرد]. منظور از ثمره، معنای متعارف آن است [یعنی میوه] زیرا مصنّف، تردید دارد که معامله نسبت به برگ و گل درخت نیز، مساقات باشد و اگر چنین مواردی هم موضوع عقد مساقات باشد، باید ثمره را به معنای منفعت و محصول درخت دانست تا ورق و گل نیز داخل در معنای «ثمره» قرار گیرد. شهید اول برخلاف بقیه‌ی فقها، ثابت بودن را به‌عنوان قید و وصف درخت، بیان نکرده است [یعنی شرط نکرده است که درختان، باید ثابت و کاشته شده‌ی در زمین باشند] و عدم بیان این قید، به‌خاطر آن است که ثابت بودن درخت، شرط عقد مساقات می‌باشد و نیازی نیست که این شرط در تعریف آورده شود و یا بیان شرایط، در ضمن تعریف، عیب تعریف محسوب می‌شود [و حُسن آن نیست] و کسانی که قید ثابت بودن را بیان کرده‌اند، آن را قید درخت قرار داده‌اند تا موضوع عقد مساقات را تخصیص بزنند [یعنی موضوع عقد مساقات را که همان درختان است، مقید به ثابت بودن کرده‌اند نه این‌که آن را شرط تعریف قرار داده باشد] یعنی گرچه ثابت بودن درخت، در واقع شرط تعریف است اما فقها، آن را به‌عنوان شرط در تعریف مساقات، بیان نکرده‌اند بلکه به‌عنوان صفت درختان، آورده‌اند.

(وَهِيَ لِأَزْمَةٍ مِنَ الطَّرْفَيْنِ) لَا تَنْفَسِحُ اخْتِيَارًا، إِلَّا بِالتَّقَايِلِ.  
 (وَ إِبْجَابُهَا سَاقِيَتُكَ، أَوْ عَامَلَتُكَ، أَوْ سَلَّمْتُ إِلَيْكَ، أَوْ مَا أَشْبَهَهُ) مِنَ الْأَلْفَاطِ  
 الدَّالَّةِ عَلَى إِنْشَاءِ هَذَا الْعَقْدِ صَرِيحًا، كَقَبْلَتِكَ عَمَلًا كَذَا، أَوْ عَقَدْتُ مَعَكَ عَقْدَ الْمُسَاقَاةِ، وَ  
 نَحْوِهِ مِنَ الْأَلْفَاطِ الْوَاقِعَةِ بِلَفْظِ الْمَاضِي. وَ زَادَ فِي التَّنْذِيرَةِ تَعَهَّدَ نَحْلِي، أَوْ أَعْمَلُ فِيهِ. وَ  
 إِخْرَاجُ هَذَا الْعَقْدِ عَنْ نَظَائِرِهِ مِنَ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ بَوَاقُو عِهِ بِصِغَةِ الْأَمْرِ مِنْ غَيْرِ نَصِّ مُخَصَّصِ



مُشْكِلٌ، وَقَدْ نُوقِشَ فِي أَمْرِ الْمُزَارَعَةِ مَعَ النَّصِّ عَلَيْهِ، فَكَيْفَ هَذَا.  
 (وَ الْقَبُولُ الرِّضَا بِهِ) وَ ظَاهِرُهُ الْإِكْتِفَاءُ بِالْقَبُولِ الْفِعْلِيِّ، كَمَا مَرَّ فِي الْمُزَارَعَةِ إِذِ الرِّضَا  
 يَحْصُلُ بِدُونِ الْقَوْلِ.

وَالْأَجْوَدُ الْإِفْتِضَارُ عَلَى اللَّفْظِ الدَّالِّ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الرِّضَا أَمْرٌ بَاطِنِيٌّ لَا يُعْلَمُ إِلَّا بِالْقَوْلِ  
 الْكَاشِفِ عَنْهُ. وَ هُوَ السَّرُّ فِي اعْتِبَارِ الْأَلْفَاظِ الصَّرِيحَةِ الدَّالَّةِ عَلَى الرِّضَا بِالْعُقُودِ، مَعَ أَنَّ  
 الْمُعْتَبَرُ هُوَ الرِّضَا، لِكُنْهَ أَمْرٌ بَاطِنِيٌّ لَا يُعْلَمُ إِلَّا بِهِ. وَ يُمَكِّنُ أَنْ يُرِيدَ هُنَا ذَلِكَ.

عقد مساقات نسبت به طرفین قرارداد، عقدی لازم است و با اراده‌ی یکی از طرفین، فسخ نمی‌شود مگر این که دو طرف با رضایت یکدیگر، آن را اقاله کنند. ایجاب عقد مساقات بدین صورت است: «با تو عقد مساقات بستم» یا «با تو معامله نمودم» یا «این باغ را به تو تحویل دادم» یا الفاظی مانند این الفاظ که به روشنی، دلالت بر ایجاد عقد مساقات نماید. مانند «فلان عمل را به تو واگذار نمودم» یا «با تو عقد مساقات، منعقد کردم» و سایر الفاظی که به صیغه‌ی ماضی، بیان می‌شود. مرحوم علامه در کتاب تذکره [دو صیغه‌ی دیگر را به شکل امر، بیان کرده است که عبارتند از: «درخت خرما‌ی مرا به عهده بگیر» یا «در آن، عمل انجام بده»] شهیدثانی نسبت به این دو صیغه‌ی امر، ایراد کرده و اعتقاد دارد که مساقات نیز همچون سایر عقود لازم، با صیغه‌ی امر منعقد نمی‌شود و دلیلی هم برای استثنا کردن آن از سایر عقود وجود ندارد. خارج کردن عقد مساقات از سایر عقد لازم و انعقاد آن با صیغه‌ی امر، بدون این که دلیل خاصی برای آن وجود داشته باشد، مشکل است و در عقد مزارعه [دیدیم] که به رغم وجود روایت [مبنی بر این که می‌توان آن را با صیغه‌ی امر منعقد نمود] بازهم محلّ ایراد و اشکال قرار گرفته است. پس چگونه می‌توان عقد مساقات [که چنین دلیلی برای آن وجود ندارد] را با صیغه‌ی امر منعقد ساخت [به‌خصوص که عقود، توقیفی بوده و باید آن‌ها را با الفاظ شرعی منعقد ساخت] قبول عقود مساقات به معنای رضایت به آن است و ظاهر سخن مصنّف، بیانگر آن است که قبول فعلی نیز همان‌گونه که در عقد مزارعه بیان شد، کفایت می‌کند زیرا رضایت را بدون لفظ نیز می‌توان به دست آورد [و بیان کرد] ولی بهتر آن است که قبول، با لفظی بیان شود که دلالت بر رضایت دارد زیرا رضایت یک امر درونی و باطنی است که جز از راه لفظی که دلالت بر آن نماید، دانسته

نمی‌شود و سرّ این که در عقود باید الفاظی به کار رود که دلالت بر رضایت نماید، همین است. در حالی که آنچه معتبر می‌باشد، فقط رضایت است اما رضایت، امری درونی است که جز بالفظ، فهمیده نمی‌شود و ممکن است مصنّف از واژه‌ی «رضایت» همین معنا را اراده کرده باشد [یعنی منظور وی از رضایت، قبول لفظی باشد].

(وَتَصِحُّ الْمُسَاقَاةُ إِذَا بَقِيَ لِلْعَامِلِ عَمَلٌ تَزِيدُ بِهِ الثَّمَرَةَ) سَوَاءً (ظَهَرَتْ) قَبْلَ الْعَقْدِ (أَوْ لَا).

وَالْمُرَادُ بِمَا فِيهِ مُسْتَزَادُ الثَّمَرَةِ نَحْوُ الْحَرْثِ وَالسَّقْيِ وَرَفْعِ أَغْصَانِ الْكَرْمِ عَلَى الْخَشَبِ وَتَأْطِيرِ ثَمَرَةِ النَّخْلِ، وَاحْتِرَازَ بِهِ عَنْ نَحْوِ الْجُدَاذِ وَالْحِفْظِ وَالتَّقْلِ وَقَطْعِ الْحَطَبِ الَّذِي يُعْمَلُ بِهِ الدَّبْسُ، مِنَ الْأَعْمَالِ الَّتِي لَا يُسْتَزَادُ بِهَا الثَّمَرَةُ، فَإِنَّ الْمُسَاقَاةَ لَا تَصِحُّ بِهَا إِجْمَاعًا. نَعَمْ تَصِحُّ الْأَجَارَةُ حَيْثُ نَدَّ عَلَى بَقِيَّةِ الْأَعْمَالِ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرَةِ، وَ الْجُعَالَةُ، وَ الصَّلْحُ.

عقد مساقات در صورتی صحیح است که عامل، کاری انجام دهد که سبب افزایش میوه شود [یعنی عمل عامل در افزایش میوه‌ها، تأثیر داشته باشد] اعم از این که میوه‌ها قبل از انعقاد عقد مساقات، ظاهر شده باشند یا ظاهر نشده باشند و منظور از عمل، کاری است که سبب اضافه‌تر شدن میوه‌ها شود مانند حرث درخت، آب‌یاری، قرار دادن شاخه‌های انگور بر روی چوب داربست و تلقیح میوه‌ی درخت خرما؛ و با این قید دوری کرده است از کارهایی که سبب افزایش میوه‌ها نمی‌شود مانند جمع‌آوری میوه، نگهداری و محافظت از میوه، جابه‌جا کردن میوه از محلی به محلّ دیگر و بریدن چوب‌هایی که شیره از آن به دست می‌آید. بنابراین انعقاد عقد مساقات برای چنین کارهایی، به اجماع فقها، صحیح نیست. البته عقد اجاره برای انجام چنین کارهایی در مقابل میوه یا عقد جعاله یا عقد صلح، صحیح است [یعنی صاحب درختان، شخصی را اجیر کند یا با وی عقد جعاله یا صلح، منعقد نماید که این کارها را انجام دهد و در مقابل، مقداری از میوه‌ی درختان را به‌عنوان حَقِّ الرَّحْمَةِ، دریافت کند. برخی از فقها برای صحّت عقد جعاله، شرط کرده‌اند که انعقاد عقد باید قبل از ظاهر شدن میوه‌ها باشد زیرا اصل، بر فساد چنین معامله‌ی مشکوکی است].

(وَلَا بُدَّ) فِي صِحَّةِ الْمُسَاقَاةِ (مِنْ كَوْنِ الشَّجَرِ) الْمُسَاقَى عَلَيْهِ (نَائِبًا) بِالتُّونِ، أَوْ بِالتَّلَاءِ الْمُثَلَّثَةِ، وَيَخْرُجُ عَلَى الْأَوَّلِ الْمُسَاقَاةُ عَلَى الْوَدِيِّ غَيْرِ الْمَعْرُوسِ، أَوْ الْمَعْرُوسِ الَّذِي لَمْ

يَعْلَقُ بِالْأَرْضِ، وَ الْمَغَارِسَةُ، وَ بِالثَّانِي ذَلِكَ وَ مَا لَا يَبْقَى غَالِبًا كَالْخَضْرَاوَاتِ. وَ يُمَكِّنُ خُرُوجَهَا بِالشَّجَرِ فَيَتَّحِدُ الْمَعْنِيَانِ،

برای صحت عقد مساقات، شرط است که درخت موضوع قرارداد مساقات، روینده یا ثابت باشد [کلمه‌ی «ثابتاً» هم با حرف «نون» و هم با حرف «تاء» شروع شده است که در صورت اول به معنای روینده و در حالت دوم به معنای ثابت است]. در حالت نخست [که با حرف «نون» شروع می‌شود]، شاخه‌های خرما که هنوز کاشته نشده است و شاخه‌ای که کاشته شده ولی هنوز ریشه ندوانده است و نیز درخت کاری، از شمول عقد مساقات، خارج می‌شود [زیرا در این سه مورد، وصف روینده بودن بر این درختان صدق نمی‌کند و هنوز حالتی را پیدا نکرده‌اند که شروع به روئیدن کنند] و در حالت دوم [که با حرف «تاء» شروع می‌شود] علاوه بر سه مورد فوق، میوه‌هایی که منشأ آنها غالباً باقی نمی‌ماند، مانند سبزیجات خارج می‌شوند و امکان دارد که گروه اخیر با قید «درخت» خارج شود [زیرا نام درخت بر مواردی، همچون بوته‌ی بادمجان صدق نمی‌کند] که در این صورت، معنای دو واژه، یکسان خواهد بود [یعنی کلمه‌های «ثابتاً» و «ثابتاً» دارای یک معنا خواهند بود و سه مورد اول از شمول آنها خارج خواهد بود].

(يَنْتَفَعُ بِشِمْرَتِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) بَقَاءٌ يَزِيدُ عَنْ سَنَةِ غَالِبًا. وَ اخْتَرَزَ بِهِ عَنْ نَحْوِ الْبَطِيخِ وَ الْبَادِزَنْجَانِ وَ الْفُطْنِ وَ قَصَبِ الشُّكْرِ، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَإِنْ تَعَدَّدَتِ اللَّقَطَاتُ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ذَلِكَ الْوَقْتُ، وَ بَقِيَ الْفُطْنُ أَزِيدَ مِنْ سَنَةٍ، لِأَنَّهُ خِلَافُ الْغَالِبِ.

(وَ فِيمَا لَهُ وَرَقٌ) لَا يُقْصَدُ مِنْ عَمَلِهِ بِالذَّاتِ إِلَّا وَرَقُهُ (كَالْحِنَاءِ نَظَرٌ) مِنْ أَنَّهُ فِي مَعْنَى الثَّمَرَةِ، فَيَكُونُ مَقْصُودُ الْمُسَاقَاةِ حَاصِلًا بِهِ، وَ مِنْ أَنَّ هَذِهِ الْمُعَامَلَةَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، لِاسْتِمَالِهَا عَلَى جِهَالَةِ الْعَوْضِ، فَيَقْتَصِرُ بِهَا عَلَى مَوْضِعِ الْوَفَاقِ، وَ مِثْلُهُ مَا يُقْصَدُ وَرْدُهُ، وَ أَمَّا التُّوتُ فَمِنْهُ مَا يُقْصَدُ وَرَقُهُ، وَ حُكْمُهُ كَالْحِنَاءِ، وَ مِنْهُ مَا يُقْصَدُ ثَمَرُهُ، وَ لَا شُبْهَةَ فِي الْحَاقِهِ بِغَيْرِهِ مِنْ شَجَرِ الثَّمَرِ، وَ الْقَوْلُ بِالْجَوَازِ فِي الْجَمِيعِ مُتَّجِهٌ.

[شرط دیگر برای صحت عقد مساقات، آن است که] از میوه درخت استفاده شود در حالی که اصل درخت غالباً برای مدتی بیش‌تر از یک سال باقی بماند و با این شرط از مواردی همچون خربزه بادمجان و پنبه و نیشکر، احتراز کرده است زیرا این موارد

فاقد چنین شرطی هستند [که میوه آنها چیده شود و منشأ آنها برای مدتی بیش تر از یک سال باقی بماند] گرچه چیدن میوه‌ها برای چند نوبت صورت می‌گیرد در حالیکه اصل آنها در این مدت باقی می‌ماند و گرچه منشأ پنبه برای مدت بیش تر از یک سال باقی می‌ماند اما این مورد، [استثنایی است] و حالت غالب ندارد. در مورد درختانی مانند درخت حنا، که هدف اصلی آنها، برگ‌های درخت است، تأمل و اشکال وجود دارد. [دلیل صحّت عقد مساقات نسبت به این درختان،] آن است که برگ این درختان به منزله میوه است بنابراین هدف از عقد مساقات حاصل می‌شود [و دلیل عدم صحّت عقد مساقات] آن است که عقد مساقات، عقدی برخلاف اصل [صحّت و قاعده] می‌باشد زیرا عوض در قرارداد، مجهول است [یعنی وقتی گفته می‌شود که نصف محصول به مالک یا باغبان داده شود، در هنگام انعقاد عقد معلوم نیست که نصف محصول چقدر است] بنابراین باید به قدر متیقن اکتفا کرد [که همان درخت میوه‌دار است و در موارد مشکوک یعنی درختی که فقط برگ می‌دهد باید اصل را بر حرمت و عدم جواز قرارداد] و درختی که گل‌های آن، هدف اصلی است همین حکم را دارد [یعنی در مورد آن، تردید وجود دارد] و اما در مورد درخت توت [باید قائل به تفصیل شد: در برخی از درخت‌های توت، برگ آنها موردنظر است [که درخت توت نر نامیده می‌شود] و حکم این درخت مانند درخت حناء است [که مورد اختلاف می‌باشد] و در برخی از آنها، میوه درخت موردنظر است و تردیدی نیست که این درختان به درختان میوه‌دار، ملحق می‌شوند [یعنی عقد مساقات نسبت به آنها جایز است] اما بهتر است که عقد مساقات را نسبت به تمامی این موارد، صحیح و جایز بدانیم.

(وَيُسْتَرْطُ تَعْيِينُ الْمُدَّةِ) بِمَا لَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَ التَّقْضَانَ، وَ لَا حَدَّ لَهَا فِي جَانِبِ الزِّيَادَةِ، وَ فِي جَانِبِ التَّقْضَانِ أَنْ يَغْلِبَ فِيهَا حُصُولُ الثَّمَرَةِ.

تعیین مدت مساقات، شرط [صحّت عقد است] بگونه‌ای که احتمال کم و زیادی آن، وجود نداشته باشد [مثلاً اگر مدّت قرارداد تا زمان رسیدن محصول، قرار داده شود صحیح نیست چون شرط مجهولی می‌باشد و عقد لازم نیاز به مدت معین دارد بخصوص عقد مساقات که عوض آن مجهول است و برخلاف اصل می‌باشد بنابراین باید به قدر متیقن اکتفا کرد یعنی عقدی که زمان آن کاملاً معلوم است. البته برخی از

فقه‌های اهل سنت، عقد مساقات را عقدی جایز می‌دانند که در این صورت، تعیین مدت لازم نیست [در جانب زیادی مدت، حد مشخصی وجود ندارد [یعنی حداکثر آن را تا هر مدتی می‌توان قرارداد] اما در جانب حداقل باید مدتی قرار داده شود که محصول در آن مدت به دست می‌آید [بنابراین ملاک در مدت عقد مساقات، جانب حداقل آن است و احکامی که در عقد مزارعه گفته شد در مورد اینکه محصول در مدت تعیین شده به دست نیاید و ... در اینجا هم وجود دارد].

(و يَلْزَمُ الْعَامِلَ مَعَ الْأُطْلَاقِ) أَي: إِطْلَاقِ الْمُسَاقَاةِ بِأَنَّ قَالَ: سَاقَيْتُكَ عَلَى الْبُسْتَانِ الْفُلَانِيِّ سَنَةً يَنْصَفُ حَاصِلِهِ فَقِيلَ، (كُلُّ عَمَلٍ مُتَكَرِّرٍ كُلَّ سَنَةٍ) مِمَّا فِيهِ صَلَاحُ الثَّمَرَةِ أَوْ زِيَادَتُهَا كَالْحَرْثِ وَالْحَفْرِ حَيْثُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَ مَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَلَاتِ، وَالْعَوَامِلِ، وَ تَهْدِيبِ الْجَرِيدِ بِقَطْعِ مَا يُحْتَاجُ إِلَى قَطْعِهِ مِنْهُ، وَ مِثْلُهُ أَعْصَانُ الشَّجَرِ الْمُضْرَبِ بِقَاوُهَا بِالثَّمَرَةِ أَوْ الْأَصْلِ وَ مِنْهُ زِيَادَةُ الْكَرْمِ، وَ السَّقْيِ، وَ مُقَدِّمَاتُهُ الْمُتَكَرِّرَةُ كَالدَّلْوِ، وَالرِّشَا وَ إِصْلَاحِ طَرِيقِ الْمَاءِ، وَ اسْتِنْقَائِهِ، وَ إِذَارَةَ الدُّوَلَابِ، وَ فَتْحِ رَأْسِ السَّاقِيَةِ، وَ سَدِّهَا عِنْدَ الْفَرَاعِ، وَ تَعْدِيلِ الثَّمَرَةِ بِإِزَالَةِ مَا يَضُرُّهَا مِنَ الْأَعْصَانِ وَ الْوَرَقِ لِيَصِلَ إِلَيْهَا الْهَوَاءُ وَ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ الشَّمْسِ، وَ لِيَتَبَسَّرَ قَطْعُهَا عِنْدَ الْأَذْرَاكِ، وَ وَضْعِ الْحَشِيشِ وَ نَحْوِهِ فَوْقَ الْعِنَاقِيدِ صَوْنًا لَهَا عَنِ الشَّمْسِ الْمُضْرَبَةِ بِهَا، وَ رَفْعِهَا عَنِ الْأَرْضِ حَيْثُ تَضُرُّهَا، وَ لِقَاطِهَا بِمَجْرَى الْعَادَةِ بِحَسَبِ نَوْعِهَا، فَمَا يُؤْخَذُ لِلزَّرْبِ يُقَطَّعُ فِي الْوَقْتِ الصَّالِحِ لَهُ وَ مَا يُعْمَلُ دَيْسًا فَكَذَلِكَ، وَ هَكَذَا، وَ إِصْلَاحِ مَوْضِعِ التَّشْمِيسِ، وَ نَقْلِ الثَّمَرَةِ إِلَيْهِ، وَ تَقْلِبِهَا وَ وَضْعِهَا عَلَى الْوَجْهِ الْمُعْتَبَرِ، وَ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَعْمَالِ.

(و لَوْ شَرَطَ بَعْضُهُ عَلَى الْمَالِكِ صَحًّا) بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مَضْبُوطًا (لَا جَمِيعَهُ) لِأَنَّ الْحِصَّةَ لَا يَسْتَحِقُّهَا الْعَامِلُ إِلَّا بِالْعَمَلِ، فَلَا بَدَّ أَنْ يَبْقَى عَلَيْهِ مِنْهُ شَيْءٌ فِيهِ مُسْتَرَادُّ الثَّمَرَةِ وَإِنْ قَلَّ.

در صورتی که عقد مساقات به شکل مطلق، منعقد شود یعنی مالک بگوید: «فلان باغ را برای مدت یک سال در مقابل نصف محصول آن، به مساقات تو در آوردم» و عامل نیز آن را قبول کند، در این صورت عامل باید هر عملی را انجام دهد که سالیانه در آن باغ، تکرار [و انجام] می‌شود، و موجب سلامت میوه یا افزایش آن می‌گردد مانند حرث درختان، حفر گودال در صورتی که نیاز به آن باشد و تهیه وسایل و ابزاری که نیاز به آنها می‌باشد و پاک کردن شاخه‌های درختان خرما یعنی بریدن شاخه‌هایی

که نیاز به بریدن آنها می‌باشد و بریدن شاخه‌های سایر درختان که وجود آنها برای میوه یا اصل درخت، ضرر دارد و بریدن شاخه‌های اضافی درخت انگور و آبیاری و فراهم کردن مقدمات آبیاری که کراراً انجام می‌شود مانند سطل و ریسمان و پاک کردن راه آب و تمیز کردن آن و کشیدن ظرف آب از چاه و باز کردن راه جوی آب و بستن آن پس از آبیاری و اصلاح میوه با برطرف کردن شاخه‌ها و برگ‌هایی که مانع رسیدن هوا و نور خورشید به میوه‌ها می‌شود و چیدن میوه‌ها زمانی که موقع رسیدن آنها فرامی‌رسد و قرار دادن علف و نظایر آن بر روی خوشه‌های خرما تا مانع رسیدن نور خورشیدی که برای آن ضرر دارد، شود و بلند کردن خوشه‌های انگور از روی زمین که برای آن ضرر دارد و چیدن میوه‌ها در موقعی که برحسب نوع میوه باید آنها را چید بنابراین انگوری که برای کشمش چیده می‌شود باید در وقتی چیده شود که صلاحیت کشمش شدن را داشته باشد و کشمش‌ی که برای شیر چیده می‌شود باید در موقع خودش چیده شود و بقیه میوه‌ها نیز به همین ترتیب چیده می‌شود و آماده کردن محلی که میوه در آنجا با نور خورشید، خشکانده می‌شود و انتقال میوه به آن محل و زیر و رو کردن میوه و قرار دادن آن به نحوی که مناسب باشد و سایر اعمالی که [برای نگهداری یا افزایش میوه، لازم است.] اگر مقداری از این کارها برعهده مالک قرار داده شود، صحیح است به شرط آنکه، [نوع و مقدار کار،] مشخص باشد اما همه کارها را نمی‌توان برعهده مالک قرارداد زیرا عامل در مقابل عملی که انجام می‌دهد، حصه‌ای را می‌گیرد بنابراین باید کاری باقی مانده باشد که او انجام دهد و باعث افزایش میوه شود هر چند آن کار، ناچیز باشد.

(وَتَعْيِينُ الْحِصَّةِ بِالْجُزْءِ الْمُشَاعِ) كَالنُّصْفِ وَ التُّلْثِ (لَا الْمُعَيَّنِ) كِمَاءَةِ رَطْلٍ وَ الْبَاقِي لِلْآخِرِ، أَوْ بَيْنَهُمَا.

(وَيَجُوزُ اخْتِلَافُ الْحِصَّةِ فِي الْأَنْوَاعِ) كَالنُّصْفِ مِنَ الْعِنَبِ، وَ التُّلْثِ مِنَ الرُّطَبِ، أَوْ النَّوْعِ الْفُلَانِيِّ (إِذَا عَلِمَاهَا) أَيِ الْأَنْوَاعِ، حَدَرًا مِنْ وَقُوعِ أَقْلِ الْجُزْءَيْنِ لِأَكْثَرِ الْجِنْسَيْنِ مَعَ الْجَهْلِ بِهِمَا فَيَحْصُلُ الْعَرُزُ.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يَشْتَرِطَ رَبُّ الْمَالِ عَلَى الْعَامِلِ) مَعَ الْحِصَّةِ (ذَهَبًا، أَوْ فِضَّةً) وَ لَا يُكْرَهُ غَيْرُهُمَا، لِلْأَصْلِ (فَلَوْ شَرَطَ) أَحَدَهُمَا (وَجَبَ) مَا شَرَطَهُ (بِشَرَطِ سَلَامَةِ الثَّمَرَةِ) فَلَوْ

تَلَفَتْ أَجْمَعُ، أَوْ لَمْ تَخْرُجْ لَمْ يَلْزَمْ، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ أَكُلُّ مَالٍ بِالْبَاطِلِ، فَإِنَّ الْعَامِلَ لَمْ يَخْصُلْ لَهُ عَوْضٌ مَا عَمِلَ، فَكَيْفَ يَخْسِرُ مَعَ عَمَلِهِ الْفَائِتِ شَيْئاً آخَرَ، وَلَوْ تَلَفَ الْبَعْضُ، فَلَأَقْوَى عَدَمُ سُقُوطِ شَيْءٍ عَمَلًا بِالشَّرْطِ، كَمَا لَا يَسْقُطُ مِنَ الْعَمَلِ شَيْءٌ بِتَلَفِ بَعْضِ الثَّمَرَةِ.

تعیین حصه [و سهم محصول برای مالک و عامل] به صورت تعیین جزء مشاع مانند نصف و ثلث است [مثلاً طرفین قرارداد، چنین توافق می‌کنند که دو سوم میوه‌ها برای مالک درختان و یک سوم آنها برای عامل باشد] و نباید حصه را به صورت سهم معین مانند صد پیمانۀ تعیین کرد تا بقیه میوه‌ها برای طرف مقابل یا هر دو باشد [مثلاً مقرر شود که هزار کیلو میوه، برای مالک درختان باشد و آنچه که باقی می‌ماند، متعلق به عامل باشد یا مقدار باقیمانده مثلاً بالمناصفه میان آن دو، تقسیم گردد.] و ممکن است حصه هر کدام از طرفین قرارداد از هر نوع میوه، متفاوت باشد مثلاً نصف انگور و یک سوم خرما یا نوع دیگری از میوه، متعلق به آنها باشد [مثلاً چنانچه باغی، دارای درختان انار و انگور باشد، توافق نمایند که یک سوم انارها و نصف انگورها، متعلق به مالک درختان بوده و دو سوم انارها و نصف انگورها نیز در سهم عامل، قرار گیرد و این تفاوت حصه، در صورتی جایز است [که طرفین قرارداد نسبت به انواع میوه‌ها، آگاهی داشته باشند تا مبادا که کمترین حصه به میوه‌ای تعلق گیرد که مقدار بیش‌تری دارد و مقدار درختان میوه‌ها برای طرفین، معلوم نباشد و در نتیجه غرر بوجود آید [و موجب بطلان مساقات گردد. مثلاً اگر باغ، دارای هزا درخت انار و پانصد درخت انجیر باشد و طرفین بدون اطلاع از تعداد درختان انار و انجیر، توافق کنند که نصف انارها و دو سوم انجیرها، متعلق به مالک باشد یعنی حصه کمتر که نصف می‌باشد، به انارها تعلق گیرد در حالیکه انارهای باغ بیش‌تر از انجیرهاست و اگر طرفین، مقدار واقعی تعداد درختان انار و انجیر را می‌دانستند، حصه‌ها را بدین صورت تعیین نمی‌کردند. [علت لزوم تعیین سهم طرفین عقد مساقات به صورت مشاعی، آن است که شارع، این عقد را بدین صورت پیش‌بینی کرده است و از آنجا که عقود شرعی، جنبه تعبدی و توقیفی دارند نمی‌توان برخلاف نظر شارع عمل کرد مضافاً بر اینکه عقد مساقات همچون عقد مزارعه که متضمن جهالت می‌باشد، برخلاف اصل بوده و قراردادی استثنایی می‌باشد پس باید به قدر متیقن اکتفا نمود که همان تعیین حصه به صورت مشاعی است و نسبت به موارد

مشکوک باید به اصل حرمت، مراجعه شود. اگر مالک، میوه درختان خاص یا میوه بخشی از باغ مثلاً قسمت شرقی را برای خود قرار داده و میوه بقیه درختان مثلاً میوه درختان قسمت غربی را برای عامل قرار دهد بازهم عقد مساقات، باطل است زیرا از حالت مشاعی بودن خارج می‌گردد.] و کراهت دارد که صاحب درختان، عامل را متعهد سازد که علاوه بر حصه‌ای که تعیین می‌گردد، طلا و نقره‌ای هم به وی بدهد [مثلاً مقرر شود که نصف میوه‌ها به مالک درختان داده شود و یکصد گرم طلا یا نقره هم به مالک درختان، پرداخت گردد اما غیر طلا و نقره، ایرادی ندارد [مانند اینکه مقرر شود که عامل، علاوه بر نصف میوه‌ها، مبلغ یک میلیون تومان نیز به مالک درختان بدهد و علت عدم کراهت این صورت،] اصل عدم حرمت و اباحه می‌باشد. [فقها در مورد صحت نوع دیگری از مساقات نیز دچار تردید شده‌اند بدین صورت که مقرر شود چنانچه عامل، درختان را با آب چاه، آبیاری کند نصف میوه‌ها به وی داده شود و اگر با آب رودخانه، آبیاری گردد، یک سوم میوه‌ها متعلق به او باشد. و طرفداران نظریه بطلان، به مجهول بودن موضوع قرارداد، استناد کرده‌اند و موافقان صحت قرارداد، اعتقاد دارند که موضوع قرارداد در واقع، مجهول نیست همانگونه که در عقد اجاره نیز دیدیم که موجر می‌تواند به مستأجر بگوید اگر لباس را یک درزه، بدوزی یکصد تومان اجرت می‌دهم و اگر دو درزه بدوزی، دویست تومان اجرت می‌دهم.] بنابراین [در اصل جواز قرار دادن طلا و نقره، علاوه بر سهم مالک، تردیدی وجود ندارد زیرا وفای به شرط، لازم است و شرط یاد شده، منافاتی با مقتضای عقد مساقات نیز ندارد. حال] چنانچه طلا یا نقره، شرط شود در صورتی وفای به شرط از سوی عامل، لازم خواهد بود که میوه درختان، سالم بماند سپس چنانچه تمامی میوه درختان، تلف شود یا درختان به بار نشینند [و میوه ندهند] عمل به شرط، لازم نخواهد بود زیرا گرفتن طلا یا نقره از سوی مالک، خوردن مال از راه باطل است زیرا عامل، عوض عمل خود را [که همان حصه تعیین شده از میوه‌هاست،] نمی‌گیرد [زیرا میوه‌ای وجود ندارد. تا مقداری از آن، به عامل داده شود. پس] چگونه ممکن است عامل علاوه بر خسران و ضرری که بخاطر عمل بی‌فایده او، بروی وارد شده است، ضرر دیگری را نیز جبران کند [یعنی عامل در این صورت که درختان، میوه نمی‌دهند مجانی کار کرده و خسارتی را از این جهت متحمل



شده است پس عدالت و انصاف، اقتضا نمی‌کند که علاوه بر این خسارت، پرداخت مال دیگری نیز برعهده او باشد. [اما اگر مقداری از میوه‌های باغ، تلف شود نظریه قوی تر آن است که عمل به شرط، اقتضا می‌کند که چیزی از مال شرط شده کسر نخواهد شد [یعنی عامل باید طلا یا نقره یا هر مالی را که تعهد کرده است علاوه بر حصه تعیین شده به مالک بدهد، به او بپردازد همانگونه که اگر مقداری از میوه‌ها تلف شود، بخشی از عمل عامل کسر نخواهد شد [زیرا حصه عامل از میوه‌ها، ملک اوست بنابراین چنانچه مقداری از حصه او تلف شود، در حقیقت تلف در ملک عامل، رخ داده است و نباید عوض آن که عمل عامل می‌باشد، کسر شود اما محقق ثانی، احتمال کسر عمل را مطرح کرده است زیرا در عقد مساقات که یک عقد معاوضی است مانند بقیه عقود معاوضی، عوض و معوضی وجود دارد که عوض عمل عامل می‌باشد و معوض، حصه‌ای از میوه‌هاست که برای او تعیین شده است پس هرگاه مقداری از معوض یعنی سهم عامل از میوه‌ها، تلف شود باید عوض آن یعنی عمل عامل هم به همان نسبت کسر شود.]

(وَكَلَّمَا فَسَدَ الْعَقْدُ فَالْثَّمَرَةُ لِلْمَالِكِ)، لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِأَصْلِهَا، (وَ عَلَيْهِ أَجْرَةٌ مِثْلِ الْعَامِلِ)، لِأَنَّهُ لَمْ يَتَبَرَّعْ بِعَمَلِهِ، وَ لَمْ يَخْضُلْ لَهُ الْعِوَضُ الْمَشْرُوطُ، فَيَزِجُ إِلَى الْأَجْرَةِ. هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ غَالِمًا بِالْفَسَادِ، وَ لَمْ يَكُنِ الْفَسَادُ بِشَرْطِ عَدَمِ الْحِصَّةِ لِلْعَامِلِ، وَ إِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ، لِدُخُولِهِ عَلَى ذَلِكَ.

هرگاه عقد مساقات، باطل شود میوه درختان متعلق به مالک خواهد بود زیرا میوه، تابع درخت میوه است و عامل، مستحق دریافت اجرت المثل خواهد بود چون عامل به صورت مجانی، کار نکرده است و عوضی که در عقد مساقات برای عامل شرط شده بود، به دست وی نرسیده است بنابراین مستحق دریافت اجرت المثل عمل خود می‌باشد [و عمل مسلمان که با اذن یا دستور دیگری برای او انجام می‌شود، دارای احترام است و دلیلی هم وجود ندارد که میوه‌ها به صورت شرعی و صحیح از مالک به دیگری انتقال پیدا کرده باشد بنابراین کماکان در مالکیت صاحب درختان، باقی می‌ماند.] آنچه که گفته شد مربوط به حالتی است که عامل نسبت به فاسد بودن قرارداد، اطلاع و آگاهی نداشته باشد و فساد عقد مساقات نیز بخاطر شرط عدم حصه برای عامل نباشد [اگر در عقد مساقات، شرط شود که میوه‌ها به مالک تعلق داشته باشد

و عامل، بهره‌ای از میوه‌ها نبرد، عقد مساقات باطل می‌شود. پس] اگر عامل نسبت به فساد عقد، اطلاع داشته باشد و فساد عقد نیز بخاطر عدم شرط حصه برای عامل باشد]، اجرت‌المثلی به عامل پرداخت نمی‌شود زیرا عامل، خودش اقدام به چنین عملی کرده است. [البته برخی از فقها گفته‌اند در صورت اخیر نیز باید اجرت‌المثل به عامل پرداخت گردد زیرا رضایت و اقدام به انعقاد عقد فاسد یا عقدی که در آن، سهمی برای عامل تعیین نشده است به معنای رضایت به عمل بدون اجرت نیست. شهید نظریه دیگری را نیز مطرح کرده است بدین مضمون که چنانچه فساد عقد مساقات، معلوم گردد هر کدام از حصه و اجرت‌المثل که مقدارش کمتر باشد به عامل پرداخت خواهد شد زیرا به صورت تبرّعی نسبت به مقدار زیادتر، اقدام کرده است.]

(وَلَوْ شَرَطَ عَقْدُ مُسَاقَاةٍ فِي عَقْدٍ مُسَاقَاةٍ فَلَا أَقْرَبَ الصَّحَّةِ)، لَوْ جُودَ الْمُقْتَضِي وَ انْتِفَاءِ الْمَانِعِ، أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ اشْتِرَاطُ عَقْدٍ سَائِعٍ فِي عَقْدٍ سَائِعٍ لِأَزْمِ فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» وَ أَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْمَانِعَ لَا يُتَخَيَّلُ إِلَّا كَوْنُهُ لَمْ يَرْضَ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ هَذِهِ الْحِصَّةِ إِلَّا بِأَنْ يَرْضَى مِنْهُ مِنَ الْآخَرِ بِالْحِصَّةِ الْآخَرَى، وَ مِثْلُ هَذَا لَا يَصْلَحُ لِلْمَنْعِ كَعَبْرِهِ مِنَ الشُّرُوطِ السَّائِعَةِ الْوَاقِعَةِ فِي الْعُقُودِ، وَ الْقَوْلُ بِالْمَنْعِ لِلشَّيْخِ رحمته الله اسْتِنَادًا إِلَى وَجْهِ ضَعِيفٍ، يَظْهَرُ مَعَ ضَعْفِهِ مِمَّا ذَكَرَ فِي وَجْهِ الصَّحَّةِ.

اگر در ضمن عقد مساقات، عقد مساقات دیگری شرط شود، نظریه نزدیک‌تر به واقع آن است که چنین شرطی صحیح است زیرا مقتضی برای صحت چنین شرطی وجود دارد و مانع نیز مفقود می‌باشد. اما وجود مقتضی بخاطر آن است که چنین شرطی ضمن عقد مساقات، شرط کردن عقد جایز در ضمن عقد لازم می‌باشد و این شرط، مشمول عموم روایتی است که می‌فرماید: «مؤمنین پایبند به شروط و تعهدات خویش هستند» و اما عدم مانع، بخاطر آن است که تنها مانعی که به نظر می‌آید آن است که مالک در صورتی رضایت به انعقاد عقد مساقات می‌دهد که عامل راضی شود تا عقد مساقات دیگری را منعقد کند و حصه دیگری بگیرد [یعنی مالک، شرط انعقاد عقد مساقات را انعقاد عقد مساقات دیگری می‌داند مثلاً به او می‌گوید باغ انگور خود را به عقد مساقات تو درمی‌آورم و نصف حصه آن را به تو می‌دهم به شرط آنکه باغ انار من نیز در مساقات تو قرار گیرد و یک سوم میوه آن را بگیری. و این مانند جایی است که

شخصی خانه خود را به دیگری بفروشد و بر خریدار شرط کند که او نیز اتومبیل خود را به فروشنده خانه، بفروشد. پس همانگونه که چنین بیعی، صحیح نیست، چنین مساقاتی هم صحیح نمی‌باشد. شهیدثانی چنین مانعی را رد کرده و می‌فرماید: [این امر، صلاحیت آن را ندارد که مانع صحت عقد مساقات شود و مانند سایر شرایط جایزی است که در ضمن عقود قرار گیرد و ضعیف بودن سخن شیخ طوسی که با استناد به یک دلیل ضعیف، چنین معامله‌ای را ممنوع می‌داند از آنچه که در مورد صحیح بودن معامله گفته شد، آشکار می‌گردد.

(وَلَوْ تَنَزَّاعًا فِي خِيَانَةِ الْعَامِلِ حَلَفَ الْعَامِلُ)، لِأَنَّهُ أَمِينٌ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ فِي عَدَمِهَا، وَ لِأَصْلَتِهِ.

اگر طرفین عقد مساقات پیرامون خیانت عامل با یکدیگر اختلاف پیدا کنند، عامل سوگند یاد می‌کند زیرا عامل، امین است بنابراین سخن وی همراه با سوگندش در مورد عدم خیانت پذیرفته می‌شود و نیز اصل بر عدم خیانت است.

(وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُسَاقِيَ غَيْرَهُ) لِأَنَّ فِي الْمُسَاقَاةِ تَسْلِيطًا عَلَى أَصُولِ الْغَيْرِ وَعَمَلِهَا، وَ النَّاسُ يَخْتَلِفُونَ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا كَثِيرًا، فَلَيْسَ لِمَنْ رَضِيَ الْمَالِكُ بِعَمَلِهِ وَأَمَانَتِهِ أَنْ يُؤَلِّيَ مَنْ لَمْ يَرْضَهُ الْمَالِكُ لَهُ، بِخِلَافِ الْمُرَارَعَةِ، فَإِنَّ عَمَلَ الْأَرْضِ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَ حِصَّةَ الْمَالِكِ مَحْفُوظَةٌ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ.

وَأَمَّا الْفَرْقُ بَأَنَّ التَّمَاءَ تَابِعٌ لِأَصْلِ، وَ هُوَ مِنْ مَالِكِ الْأَصُولِ فِي الْمُسَاقَاةِ، وَ مِنَ الزَّرَاعِ فِي الْمُرَارَعَةِ، فَلِذَاكَ الْأَصْلِ تَسْلِيطٌ مِنْ شَاءِ دُونَ غَيْرِهِ، فَإِنَّمَا يَتِمُّ مَعَ كَوْنِ الْبَدْرِ مِنَ الْعَامِلِ، وَ الْمَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِي كَلَامِهِمْ أَعَمَّ مِنْهُ، وَ مَعَ ذَلِكَ فَإِنَّ الْعَقْدَ الْأَلْزِمَ يُوجِبُ الْحِصَّةَ الْمَخْصُوصَةَ لِكُلِّ مِنْهُمَا، فَلَهُ نَقْلُهَا إِلَى مَنْ شَاءَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْبَدْرُ مِنْهُ. وَ كَوْنُهَا غَيْرَ مَوْجُودَةٍ حِينَ الْمُرَارَعَةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ مَانِعٍ، لِأَنَّ الْمُعَامَلَةَ لَيْسَتْ عَلَى نَفْسِ الْحِصَّةِ، بَلْ عَلَى الْأَرْضِ وَ الْعَمَلِ وَ الْعَوَامِلِ وَ الْبَدْرِ بِالْحِصَّةِ، فَمَنْ اسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ الْأَلْزِمِ شَيْئًا تَسَلَّطَ عَلَى نَقْلِهِ مَعَ انْتِفَاءِ الْمَانِعِ.

عامل حق ندارد با شخص دیگری عقد مساقات، منعقد کند [یعنی تعهدی را که در مقابل مالک درختان پیدا کرده است به عامل دیگری واگذار کند و موضوع عقد مساقات را به شخص دیگری منتقل نماید] زیرا نتیجه عقد مساقات، مسلط کردن دیگری بر

درختان متعلق به غیر و عمل کردن در آنها می باشد [یعنی عامل در عقد مساقات اول، درختان مالک را در اختیار عامل دیگری قرار می دهد] در حالیکه مردم از این جهت اختلاف زیادی باهم دارند بنابراین کسی که مالک به عمل وی رضایت داده و او را امین قرار داده است، حق ندارد کسی را عهده دار باغبانی نماید که مالک، رضایت به او نداده است برخلاف عقد مزارعه [که چنین امری جایز است] زیرا در عقد مزارعه، عمل کردن بر روی زمین، هدف اصلی عقد نیست و سهم مالک در هر حال محفوظ است اعم از اینکه عامل، خودش زراعت را انجام دهد یا آن را به غیر واگذار کند. البته تفاوت گذاشتن میان عقد مزارعه و مساقات از این جهت که در عقد مساقات، محصول تابع درختان است و درختان متعلق به مالک می باشد [بنابراین عامل حق ندارد آن را به دیگری واگذار کند] اما اصل در عقد مزارعه متعلق به زارع است و مالک اصل می تواند اصل را در اختیار دیگری قرار دهد، این تفاوت در صورتی پذیرفته است که بذر متعلق به زارع باشد در حالیکه فقها، این تفاوت را به صورت عام بیان کرده اند [یعنی اعم از اینکه بذر متعلق به مالک زمین باشد یا متعلق به زارع باشد] و در این صورت که تفاوت دو عقد به صورت عام بیان شده است، عقد لازم سبب می شود که حصه تعیین شده متعلق به مالک و زارع باشد بنابراین زارع می تواند سهم خود را به دیگری انتقال دهد هر چند بذر متعلق به وی نباشد و اینکه در زمان انعقاد عقد مزارعه دوّم هنوز حصه و سهم زارع بوجود نیامده است [تا بتواند آن را به دیگری انتقال دهد]، مانع صحت عقد دوّم نیست زیرا موضوع عقد مزارعه، حصه و سهم زارع نیست بلکه زمین و عمل و وسایل و بذر، موضوع عقد مزارعه بوده [و ارکان چهارگانه آن هستند] بنابراین کسی که بواسطه عقد لازم، مالک چیزی شود می تواند آن را در صورتی که مانع وجود نداشته باشد به دیگری انتقال دهد. [البته برخی از فقها، دلیل دیگری را برای عدم صحت عقد مساقات در ضمن عقد مساقات بیان کرده اند بدین صورت که عقد مساقات، یک عقد استثنایی و برخلاف اصل می باشد زیرا موضوع آن، مجهول می باشد بنابراین باید به قدر متیقن اکتفا کرد و اصل بر عدم مشروعیت معامله مردّد می باشد].

(وَالْخَرَاجُ عَلَى الْمَالِكِ)، لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ عَلَى الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ، فَيَكُونُ عَلَى مَالِكَيْهِمَا (إِلَّا مَعَ الشَّرْطِ) بِأَنْ يَكُونَ عَلَى الْعَامِلِ أَوْ بَعْضُهُ، فَيَصِحُّ مَعَ ضَبْطِ الْمَشْرُوطِ.

مالیات زمین برعهده مالک است زیرا مالیات به زمین و درخت تعلق می‌گیرد بنابراین مالک زمین و درخت باید مالیات را پردازد مگر اینکه شرط شده باشد که عامل، تمام یا بخشی از مالیات را پردازد که این شرط، صحیح است مشروط بر اینکه مقدار مالیاتی که برعهده عامل قرار گرفته است معلوم باشد.

(و تَمَلَّكَ الْغَائِدَةُ بِظُهُورِ الثَّمَرَةِ) عَمَلًا بِالشَّرْطِ، فَإِنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا، فَمَتَى تَحَقَّقَتْ مُلْكَتُ كَذَلِكَ.

میوه و محصول درخت به محض آنکه میوه، آشکار شد به ملکیت طرفین عقد درمی‌آید و این مقتضای شرط است زیرا عقد مساقات، اقتضا می‌کند که میوه‌ها، متعلق به مالک و عامل باشد پس وقتی که میوه‌ها، آشکار شد به همان نحوی که شرط شده است به ملکیت هر دو درمی‌آید. [بنابراین مالکیت طرفین عقد منوط به رسیدن محصول نیست و سخن برخی از فقهای اهل سنت که مالکیت را پس از تقسیم محصول، می‌دانند صحیح نیست و ایشان مالکیت سهم طرفین را با مالکیت طرفین عقد مضاربه، مقایسه کرده‌اند.]

(و تَجِبُ الزَّكَاةُ عَلَى كُلِّ مَنْ بَلَغَ نَصِيبُهُ النَّصَابَ) مِنَ الْمَالِكِ وَالْعَامِلِ، لِوُجُودِ شَرْطِ الْوُجُوبِ وَهُوَ تَعَلُّقُ الْوُجُوبِ بِهَا عَلَى مَلِكِهِ (وَلَوْ كَانَتْ الْمُسَاقَاةُ بَعْدَ تَعَلُّقِ الزَّكَاةِ وَجُوزُهَا) بِأَنْ يَتَّى مِنَ الْعَمَلِ مَا فِيهِ مُسْتَرَادُ الثَّمَرَةِ حَيْثُ جَوَزْنَاهَا مَعَ ذَلِكَ (فَالزَّكَاةُ عَلَى الْمَالِكِ)، لِتَعَلُّقِ الْوُجُوبِ بِهَا عَلَى مَلِكِهِ.

(وَأَثَبَتِ السَّيِّدُ أَبُو الْمَكَارِمِ حَمْرَةَ (ابْنُ زُهْرَةَ الزَّكَاةَ عَلَى الْمَالِكِ فِي الْمُزَارَعَةِ وَالْمُسَاقَاةِ، دُونَ الْعَامِلِ) مُطْلَقًا بِأَنْ حِصَّتَهُ كَالْأَجْرَةِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ، لِأَنَّ الْأَجْرَةَ إِذَا كَانَتْ ثَمَرَةً أَوْ زَرْعًا قَبْلَ تَعَلُّقِ الْوُجُوبِ وَجَبَتِ الزَّكَاةُ عَلَى الْأَجِيرِ، كَمَا لَوْ مَلَكَهَا كَذَلِكَ بِأَيِّ وَجْهِ كَانَ، وَإِنْ أَرَادَ كَالْأَجْرَةِ بَعْدَ ذَلِكَ، فَلَيْسَ مَحَلَّ النَّزَاعِ، إِلَّا أَنْ يَذْهَبَ إِلَى أَنَّ الْحِصَّةَ لَا يَمْلِكُهَا الْعَامِلُ بِالظُّهُورِ، بَلْ بَعْدَ بُدْوَ الصَّلَاحِ وَتَعَلُّقِ الزَّكَاةِ، لِكِنَّهُ خِلَافُ الْأَجْمَاعِ، وَمَعَهُ لَا يَتِمُّ التَّغْلِيلُ بِالْأَجْرَةِ بَلْ يَتَأَخَّرُ مَلِكُهُ عَنِ الْوُجُوبِ.

[حال با توجه به اینکه میوه‌ها پس از آشکار شدن آنها در ملکیت مالک و عادل درمی‌آید پس زکات نیز برعهده هر دوست] و پرداخت زکات بر کسی که سهم او به اندازه نصاب زکات می‌رسد، واجب است اعم از اینکه مالک یا عامل باشد زیرا شرط

وجوب پرداخت زکات وجود دارد و آن شرط، [، مالکیت است یعنی] هر کسی مالک مالی شد باید زکات آن را بپردازد هر چند عقد مساقات، بعد از تعلق زکات، منعقد شده باشد و چنین مساقاتی را جایز بدانیم یعنی مقداری از عمل باقی مانده باشد که باعث افزایش میوه شود و ما چنین مساقاتی را جایز دانستیم [اما اگر میوه‌ها آشکار شده و عملی برای عامل باقی نمانده باشد که باعث افزایش میوه‌ها شود، عقد مساقات جایز نخواهد بود. سپس حال که چنین مساقاتی جایز است، هر کدام از طرفین عقد با ظهور میوه‌ها، مالک سهم خود می‌شود] و پرداخت زکات بر عهده مالک است زیرا وجوب زکات بر ملک هر کسی تعلق می‌گیرد. اما حمزه بن زهره، در عقد مساقات و مزارعه، پرداخت زکات را بر عهده مالک می‌داند و عامل در هیچ صورت، مسئولیتی ندارد اعم از اینکه زکات، قبل از ظاهر شدن میوه‌ها، واجب شود یا بعد از آن؛ و دلیل ایشان، آن است که سهم عامل به منزله اجرت اجیر است [پس همانگونه که به اجرت اجیر، زکاتی تعلق نمی‌گیرد به سهم عامل نیز زکات تعلق نمی‌گیرد. اما استدلال وی ضعیف است زیرا اجرت اجیر نیز اگر میوه یا محصول باشد و قبل از تعلق وجوب زکات، به وی پرداخت شود باید زکات اجرت را بپردازد همانگونه که اگر عامل، از هر راهی مالک سهم خود شود باید زکات آن را بپردازد و اگر منظور ابن زهره آن است که سهم عامل پس از تعلق وجوب زکات، مانند اجرت می‌باشد بحثی با وی نداریم مگر اینکه منظورش آن باشد که عامل با ظاهر شدن میوه، مالک آن نمی‌شود بلکه پس از آشکار شدن صلاحیت و تعلق زکات به آن، مالک میوه می‌شود [که در این صورت، زکات بر عهده مالک خواهد بود زیرا میوه‌ها در زمان تعلق زکات به آنها، در ملکیت مالک قرار دارد و هنوز به ملکیت عامل در نیامده است] اما این سخن [که عامل پس از ظاهر شدن میوه‌ها، مالک آنها نمی‌شود] برخلاف اجماع فقهاست و اگر این سخن، پذیرفته شود قیاس آن با اجرت، صحیح نخواهد بود [یعنی نمی‌توان علت عدم وجوب زکات بر عامل را، همان علت عدم وجوب زکات بر اجیر دانست] بلکه بهتر است علت را تأخر مالکیت پس از وجوب زکات بدانیم [یعنی عامل، پس از آشکار شدن صلاحیت و تعلق وجوب زکات به میوه‌ها، مالک میوه‌ها می‌شود و همین، علت عدم وجوب زکات بر عامل است نه اینکه شباهت سهم عامل با اجرت اجیر، علت عدم تعلق زکات باشد].

(وَالْمُعَارَسَةُ بَاطِلَةٌ) وَ هِيَ أَنْ يَدْفَعَ أَزْوَاجًا إِلَى غَيْرِهِ لِيُعْرِسَهَا عَلَيْهِ أَنْ الْفَرْسَ بَيْنَهُمَا (وَ

لِصَاحِبِ الْأَرْضِ قَلْعُهُ، وَ لَهُ الْأَجْرَةُ عَنِ الْأَرْضِ، (لِطُولِ بَقَائِهِ) فِيهَا. (وَلَوْ نَقَصَ بِالْقَلْعِ ضَمِنَ أَرْضَهُ) وَ هُوَ تَفَاوُتٌ مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ مَقْلُوعاً، وَ بَاقِيّاً فِي الْأَرْضِ بِالْأَجْرَةِ، وَ لَوْ كَانَ الْغَرْسُ مِنْ مَالِكِ الْأَرْضِ، وَ قَدْ شَرَطَ عَلَى الْغَائِلِ غَرْسَهُ وَ عَمَلَهُ بِالْحِصَّةِ، فَهُوَ لِمَالِكِهِ، وَ عَلَيْهِ أَجْرَةُ الْغَارِسِ، وَ مَا عَمِلَ فِيهِ مِنَ الْأَعْمَالِ.

(وَ) عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهِ مِنَ الْغَائِلِ (لَوْ طَلَبَ كُلُّ مِنْهُمَا مَا لِصَاحِبِهِ) فَطَلَبَ الْغَارِسُ الْأَرْضَ بِالْأَجْرَةِ عَلَى أَنْ يَبْقَى الْغَرْسُ فِيهَا، أَوْ أَنْ تَكُونَ مِلْكَهُ (بِعَوْضِ)، أَوْ طَلَبَ صَاحِبُ الْأَرْضِ الْغَرْسَ بِقِيَمَتِهِ (لَمْ يَجِبْ عَلَى الْآخَرِ إِجَابَتُهُ)، لِأَنَّ كِلَا مِنْهُمَا مَسْلُطٌ عَلَى مَالِهِ. وَ حَيْثُ يَقْلَعُ الْغَارِسُ يَجِبُ عَلَيْهِ طَمُّ الْحَفْرِ، وَ أَرْضُ الْأَرْضِ لَوْ نَقَصَتْ بِهِ، وَ قَلْعُ الْعُرُوقِ الْمُتَخَلِّفَةِ عَنِ الْمَقْلُوعِ فِي الْأَرْضِ. وَ لَمْ يَفْرُقِ الْمُصَنِّفُ كَالْأَكْثَرِ فِي إِطْلَاقِ كَلَامِهِ بَيْنَ الْعَالِمِ بِالْفَسَادِ وَ الْجَاهِلِ، فِي اسْتِحْقَاقِ الْأَرْضِ، وَ ثُبُوتِ أَجْرَتِهِ لَوْ كَانَ الْغَرْسُ لِمَالِكِ الْأَرْضِ، وَ لَيْسَ بِبَعِيدِ الْفَرْقِ، لِتَبَرُّعِ الْعَالِمِ بِالْعَمَلِ وَ وَضْعِهِ الْغَرْسَ بِغَيْرِ حَقِّ، وَ بِهِ فَارَقَ الْمُسْتَبْعِرَ لِلْغَرْسِ، لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ بِحَقِّ وَ إِذْنٍ صَحِيحَةٍ شَرْعاً، بِخِلَافِ هَذَا الْغَرْسِ.

عقد مغارسه، باطل است و مغارسه بدین صورت است که شخصی، زمین خود را در اختیار دیگری قرار می دهد تا در آن درخت بکارد مشروط بر اینکه درختها متعلق به هر دو باشد، بنابراین [وقتی عقد مغارسه، باطل باشد] صاحب زمین می تواند درختها را بکند و یا درختها را باقی گذاشته و اجرت المثل زمین را برای مدتی که درختها در زمین باقی است، بگیرد و اگر درختها، بواسطه کنده شدن، ناقص گردد مالک باید اُرش درختها را بپردازد و اُرش درختها، تفاوت قیمت آنها در حالتی است که کنده شوند و حالتی که در زمین با پرداخت اجرت المثل زمین، باقی بماند. اگر درختان متعلق به مالک زمین باشد و بر عامل شرط شده باشد که آنها را بکارد و نگهداری کند و مقداری از درختها را بگیرد، درختان متعلق به مالک آنها بوده و مالک زمین باید اجرت المثل کارهایی را که عامل انجام داده است بپردازد. در حالتی که درختان متعلق به عامل باشد چنانچه هر یک از طرفین قرارداد، حقی را که متعلق به طرف دیگر است، درخواست نماید پذیرش این درخواست، واجب نخواهد بود مانند اینکه عامل از صاحب زمین بخواهد که درختان را در زمین باقی گذاشته و اجرت المثل زمین را بگیرد یا از وی بخواهد که زمین را در مقابل عوضی به وی واگذار کند یا صاحب زمین از صاحب درختان بخواهد که درختها را به وی بفروشد [و علت عدم

و جوب پذیرش این درخواست، آن است که [ هر کدام از طرفین قرارداد، مسلط بر مال خودش می باشد. چنانچه صاحب درختان، آنها را بکند باید حفرة زمین را پُر کند و اگر نقصانی در زمین بوجود آید، اُرش آن را بپردازد و ریشه های درخت را که در زمین باقی می ماند، درآورد. شهید اوّل مانند اکثر فقها با بیان مطلق کلام خویش، تفاوتی میان شخصی که نسبت به فساد معامله آگاهی داشته و شخصی که آگاهی نداشته، قائل نشده است و در هر دو صورت باید اُرش به عامل پرداخت شود و اگر درختان متعلق به مالک زمین باشد باید اجرت المثل عامل را بپردازد اما بعید نیست که بتوان [ میان علم و عدم علم به فساد معامله ] تفاوت گذاشت [ و گفت که اگر عامل، علم به فساد داشته باشد، استحقاق دریافت اُرش و اجرت المثل را نخواهد داشت ] زیرا عامل آگاه، تبرعاً اقدام به عمل نموده و درختان را بدون حق، کاشته است و بخاطر همین تفاوت است که عامل با عاریه گیرنده زمین برای کاشتن درخت، تفاوت پیدا می کند زیرا عاریه گیرنده، درختان را با داشتن چنین حقی، با اذن صحیح شرعی، غرس می کند [ بنابراین اگر مالک، درختها را بکند باید اُرش به عاریه گیرنده بدهد ] برخلاف غرس [ از طریق عقد مغارسه که عامل، علم به بطلان عقد داشته است زیرا در این حالت، عامل اقدام به غرس درختانی نموده است که شایسته کندن هستند بنابراین اُرش به وی تعلق نمی گیرد.

(وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي الْحِصَّةِ حَلَفَ الْمَالِكُ) لِأَنَّ النَّمَاءَ تَابِعٌ لِلْأَصْلِ فَيَرِجِعُ إِلَى مَالِكِهِ فِي مِقْدَارِ مَا أَخْرَجَهُ مِنْهُ عَنْ مِلْكِهِ، مَعَ أَضَالَةِ بَقَاءِ غَيْرِهِ وَ عَدَمِ انْتِفَالِهِ، وَ مِلْكِ الْغَيْرِ لَهُ (وَفِي الْمُدَّةِ يَحْلِفُ الْمُتَكِرُّ) لِأَضَالَةِ عَدَمِ مَا يَدَّعِيهِ الْآخَرُ مِنَ الزِّيَادَةِ.

اگر مالک و عامل پیرامون سهم خود، اختلاف پیدا کنند، مالک سوگند یاد می کند زیرا میوه تابع درخت است بنابراین مالک درخت باید مشخص نماید که چه مقدار میوه از ملک او خارج شده است و اصل بر آن است که غیر از آنچه که یقینی می باشد [ و هر دو آن را قبول دارند که جزء حصه است ] همچنان باقی است و از ملکیت مالک خارج نشده و در مالکیت شخص دیگری، وارد نشده است. اگر طرفین عقد مساقات، پیرامون مدت قرارداد با یکدیگر اختلاف نظر پیدا کنند، کسی که منکر [ مدت زیادی است ] سوگند یاد می کند زیرا اصل بر عدم مدت بیش تری است که دیگری ادعا می کند.



## کتاب الشفعة

(و هي) فُعَلَةٌ مِنْ قَوْلِكَ: شَفَعْتُ كَذَا بِكَذَا إِذَا جَعَلْتَهُ شَفْعًا بِهِ أَيْ زَوْجًا، كَأَنَّ الشَّفِيعَ يَجْعَلُ نَصِيبَهُ شَفْعًا يَنْصِيبُ شَرِيكَه، وَأَصْلُهَا التَّقْوِيَةُ وَالْإِعَانَةُ، وَمِنْهُ الشَّفَاعَةُ وَالشَّفْعُ. وَ شَرْعًا (اسْتِحْقَاقُ الشَّرِيكِ الْحِصَّةِ الْمَبِيعَةِ فِي شِرْكَتِهِ) وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى قَيْدِ الْإِتِّحَادِ وَ غَيْرِهِ مِمَّا يُعْتَبَرُ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ، لِاسْتِزْلَامِ الْإِسْتِحْقَاقِ لَهُ، وَإِنَّمَا يُفْتَقَرُ إِلَى ذِكْرِهَا فِي الْأَحْكَامِ، وَلَا يَرُدُّ النَّقْضُ فِي طَرْدِهِ بِشِرَاءِ الشَّرِيكِ حِصَّةَ شَرِيكَه، فَإِنَّهُ بَعْدَ الْبَيْعِ يَصْدُقُ اسْتِحْقَاقُ الشَّرِيكِ الْحِصَّةَ الْمَبِيعَةَ فِي شِرْكَتِهِ، إِذْ لَيْسَ فِي التَّعْرِيفِ أَنَّهَا مَبِيعَةٌ لِعَیْرِهِ، أَوْ لَهُ، وَ كَمَا يَصْدُقُ الْإِسْتِحْقَاقُ بِالْأَخْذِ يَصْدُقُ بِنَفْسِ الْمَلِكِ.

وَ وَجْهٌ دَفَعَهُ: أَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ الْمَذْكُورَ هُنَا لِلشَّرِيكِ الْمُفْتَضِي لِكَوْنِهِ شَرِيكًا حَالَ شِرْكَتِهِ، وَ الْأَمْرُ فِي الْبَيْعِ لَيْسَ كَذَلِكَ، لِأَنَّهُ حَالَ الشَّرِكَةِ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ، وَ بَعْدَ الْإِسْتِحْقَاقِ لَيْسَ بِشَرِيكِ، إِذِ الْمُرَادُ بِالشَّرِيكِ هُنَا الشَّرِيكُ بِالْفِعْلِ، لِأَنَّهُ الْمُعْتَبَرُ شَرْعًا لَا مَا كَانَ فِيهِ شَرِيكًا مَعَ اِزْتِفَاعِ الشَّرِكَةِ، نَظْرًا إِلَى عَدَمِ اشْتِرَاطِ بَقَاءِ الْمَعْنَى الْمُسْتَقَّةِ مِنْهُ فِي الْمُسْتَقَّةِ. نَعَمْ يُمْكِنُ وُرُودُ ذَلِكَ مَعَ تَعَدُّدِ الشَّرِكَاءِ إِذَا اشْتَرَى أَحَدُهُمْ نَصِيبَ بَعْضِهِمْ مَعَ بَقَاءِ الشَّرِكَةِ فِي غَيْرِ الْحِصَّةِ الْمَبِيعَةِ، وَ لَوْ قَيْدَ الْمَبِيعِ بِكَوْنِهِ الْمُسْتَحَقِّ، أَوْ عَلَّقَ الْإِسْتِحْقَاقَ بِتَمَلُّكِ الْحِصَّةِ، فَقَالَ: اسْتِحْقَاقُ الشَّرِيكِ تَمَلُّكَ الْحِصَّةِ الْمَبِيعَةِ... إِلَى آخِرِهِ سَلِمَ مِنْ ذَلِكَ، لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ التَّمَلُّكِ غَيْرُ اسْتِحْقَاقِ الْمَلِكِ.

شُفْعُهُ بِرِوْزَن «فُعَلُهُ» اِزْ اَيْنِ جَمْلَهُ تُو مِي بَاشَدِ كِه مِي گُوِي: «فَلَانِ چِيْزِ رَا بَا فِلَانِ چِيْزِ، جُفْتِ قِرَارِ دَادَمِ» هِرْگَاهِ اَن رَا زَوْجِ وَ جَفْتِ اَن قِرَارِ دِهِي وَ گُوِي شَرِيكِ شَفِيعِ، سَهْمِ خُودِ رَا جَفْتِ وَ زَوْجِ، سَهْمِ شَرِيكِ خُودِ قِرَارِ مِي دِهْدِ [يَعْنِي وَ قَتِي «الف» وَ «ب»] دَرِ زَمِيْنِ بَا يَكْدِيْگَرِ شَرِيكِ بَاشَنْدِ وَ «الف» سَهْمِ خُودِ رَا بِه «ج» بَفِرُوشَدِ، «ب» مِي تُوَانْدِ سَهْمِ «الف» رَا اِز «ج» بَگِيْرِدِ وَ ضَمِيْمِهْ وَ جَفْتِ سَهْمِ خُودِشِ كَنْدِ وَ مَالِكِ تَمَامِيْ زَمِيْنِ شُودِ. [شُفْعُهُ دَرِ اَصْلِ بِهْ مَعْنَايِ تَقْوِيْتِ وَ كَمَكِ مِي بَاشَدِ] وَ دَرِ اَيْنِجَا هَمْ يَكِ شَرِيكِ بَا اِنْضِمَامِ

سهم خود به سهم شریکش، موضع خود را تقویت می‌کند] و واژه‌های «شفاعت» و «زوج» نیز از همین ریشه گرفته شده‌اند. [شفاعت به معنای کمک به دیگری است و زوج نیز، یار و یاور زوجه‌اش می‌باشد. به هر حال در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که شفعه به معنای ضمیمه شدن یا زیاد کردن یا تقویت یا شفاعت می‌باشد اما معنای اصطلاحی آن روشن است.] در اصطلاح شرعی، شفعه به معنای آن است که یک شریک، مستحق سهمی باشد که در شرکت او فروخته شده است [تعریف‌های مشابه دیگری نیز برای شفعه بیان شده است مانند تعریف ابن زهره و ابن ادریس که می‌گویند: «شفعه، حق شریک است بر مشتری که قیمت مبیع را به وی پرداخته و آن را تحویل بگیرد.» یا تعریف علامه حلی در کتاب قواعد که می‌گوید: «شفعه، حق شریک است برای اینکه سهم شریک خود را که با عقد بیع فروخته شده است، بگیرد.» یا تعریف محقق حلی در کتاب شرایع: «حق یکی از دو شریک نسبت به سهم شریک خود که از راه بیع به دیگری منتقل شده است» شهیدثانی نسبت به برخی تعریف‌ها، ایرادهایی را مطرح کرده و می‌فرماید: [نیازی نیست که قید واحد بودن و سایر قیود و شرایطی که برای بوجود آمدن حق شفعه برای شریک لازم می‌باشد، در تعریف آورده شود زیرا لازمه بوجود آمدن حق شفعه، آن است که یک شریک، بیش‌تر وجود نداشته باشد] خلاصه اینکه حق شفعه، شرایطی دارد مانند اینکه شفیع، فقط یک شریک، داشته باشد. این شرایط را نباید در تعریف بیان کرد] بلکه باید در بحث احکام شفعه بیاید. [ممکن است نسبت به تعریف شهید اول، ایرادی مطرح شود که شهیدثانی، آن را بیان نموده و پاسخ می‌دهد. این ایراد مربوط به مانع غیار نبودن تعریف است یعنی شامل موردی می‌شود که در حقیقت جزء مصادیق شفعه نیست. شهیدثانی می‌فرماید: به تعریف شهید اول] ایراد نشود که در زمینه طرد [یعنی مانع اغیار بودن] نقض می‌شود به موردی که شریک، سهم شریک خود را خریداری می‌کند زیرا بعد از چنین فروشی، می‌توان گفت که شریک، مستحق سهمی است که در شرکت وی فروخته شده است و در تعریف، گفته نشده است که سهم شریک به شخصی غیر از شریک دیگر، فروخته شود یا به شریک فروخته شود بنابراین همانگونه که استحقاق شریک نسبت به مبیع، از راه اخذ به شفعه بوجود می‌آید. همچنین این حق با فروش ملک به خودش نیز

بوجود می آید [خلاصه ایراد آن است که شهید اول در تعریف خود بیان نکرده است که چنانچه شریک، سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد، حق شفعه برای شریک دیگر بوجود می آید بنابراین اگر «الف» و «ب» در زمینی شریک باشند و «الف» سهم خود را به «ب» بفروشد بازهم «ب» براساس این تعریف، حق شفعه پیدا می کند در حالیکه خودش، سهم شریکش را خریده است اما هیچکس چنین موردی را از مصادیق حق شفعه نمی داند بنابراین شهید اول باید این قید را بیان می کرد که شریک، سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد. شهید ثانی در دفاع از شهید اول، چنین رفع اشکال می کند: [نحوه دفع اشکال چنین است که حق شریک در گفتار شهید اول که اقتضای شریک بودن آن را دارد، در حال مشارکت وی برقرار است [یعنی حق شفعه فقط برای شریکی بوجود می آید که بالفعل شریک باشد نه کسی که قبل از فروش، شریک بوده و بعد از فروش، شریک نباشد. البته عبارت «ان الاستحقاق المذكور هنا للشریک المقتضی لکونه شریکاً حال شرکت» ممکن است چنین معنایی را نرساند زیرا با مسامحه، نگارش یافته است و در ترجمه باید عبارت «حال شرکت» را خبر «ان» در نظر بگیریم و کلمه «المقتضی» صفت کلمه «الاستحقاق» است یعنی حق شفعه دارای چنین صفتی است که اقتضا می کند صاحب حق، شریک باشد و حق شفعه باید در زمان شرکت، وجود داشته باشد بنابراین حق شفعه، دو ویژگی دارد؛ یکی اینکه صاحب حق باید شریک باشد و دیگر اینکه شرکت او فعلاً و در زمان اعمال حق، وجود داشته باشد. اما مسأله در جایی که شریک، سهم خود را به شریک دیگر می فروشد، چنین نیست [مثلاً اگر «الف» با «ب» شریک باشد و «الف» سهم خود را به «ب» بفروشد، دو ویژگی یاد شده فراهم نمی باشد یعنی حق شفعه برای شریکی برقرار نیست که فعلاً و در زمان اعمال حق، شرکت او باقی باشد] زیرا شریک، در زمانی که شریک است، حق شفعه ندارد [یعنی «الف» تا زمانی که با «ب» شریک می باشد و سهم خود را به «ب» فروخته است، حق شفعه ندارد زیرا حق شفعه پس از عقد بیع و فروش سهم شریک، بوجود می آید. و بعد از آنکه حق شفعه بوجود می آید، شریک نیست [یعنی وقتی «الف» سهم خود را به «ب» فروخت به فرض آنکه حق شفعه برای وی بوجود بیاید، شریک نیست چون سهم خود را به شریک دیگرش فروخته است و می دانیم که حق شفعه فقط برای شخصی بوجود می آید که در

زمان دارا بودن حق شفعه، شریک نیز باشد اما «الف» بعد از فروش سهم خود، شریک نیست] زیرا منظور از شریک در اینجا، شریک فعلی است [یعنی شریکی که قبل از فروش سهم شریک، شریک باشد و بعد از فروش سهم شریک نیز شریک باقی بماند] زیرا از نظر شرعی، شریک فعلی فقط حق شفعه پیدا می‌کند [نه شریکی که قبلاً [یعنی قبل از فروش سهم شریک،] شریک باشد و شرکت وی [پس از عقد بیع] مرتفع گردد] در اینجا «الف» گرچه قبلاً با «ب» شریک بوده است اما زمانی که سهم خود را به «ب» فروخت، یک مالک بیشتر وجود ندارد و آن، «ب» است بنابراین شرکت «الف» مرتفع می‌گردد و شرکتی ندارد تا حق شفعه برای وی باقی بماند. البته آنچه که گفته شد در صورتی است که [در لفظ مشتق، باقی بودن معنایی که لفظ مشتق، از آن گرفته شده است شرط صدق عنوان مشتق نباشد. [عبارت «نظراً الی ... فی المشتق» اشاره به یک مسأله اختلافی میان اصولیها دارد؛ همانگونه که می‌دانیم هر لفظ مشتق، دارای یک منشأ و مبدأ است مثلاً عالم، دارای مبدأ و منشأ علم می‌باشد و اصولی‌ها اختلاف نظر دارند که اگر لفظ مشتق، قبلاً دارای این مبدأ باشد و اکنون، آن را از دست داده باشد آیا باز هم حقیقتاً آن عنوان بروی صدق می‌کند یا فعلاً باید متلبس به آن مبدأ باشد مثلاً قاضی اگر اکنون بازنشسته شده باشد حقیقتاً اینک هم نام «قاضی» بروی صدق می‌کند یا اکنون که دیگر قاضی نیست و مبدأ قضاوت را از دست داده است، حقیقتاً نمی‌توان نام «قاضی» را به وی اطلاق کرد. در اینجا هم اگر واژه «شریک» که یک واژه مشتق می‌باشد قبلاً این صفت را داشته و اکنون، آن را از دست داده باشد حقیقتاً شریک نامیده نشود نیازی به این بحث‌ها ندارد زیرا حق شفعه، مخصوص شریک است و چنین شخصی، شریک نامیده نمی‌شود اما اگر اطلاق نام «شریک» به کسی که قبلاً متلبس به وصف شرکت بوده و اکنون، آن را از دست داده است کماکان صدق نماید از نظر لغوی، اشکالی پیش نمی‌آید زیرا گرچه حق شفعه، وصف شریک است اما چنین شخصی از نظر لغوی و اصولی، شریک می‌باشد و شریک فقط به کسی گفته نمی‌شود که فعلاً وصف شرکت را داشته باشد پس اینکه گفته می‌شود حق شفعه فقط برای شریکی برقرار است که فعلاً شریک باشد، نیازمند دلیل دیگری غیر از دلیل اصولی است زیرا اصولی‌ها، شریک قبلی را هم شریک می‌دانند. شهیدثانی، دلیل این حکم را روایات شرعی می‌داند یعنی

هر چند از نظر لغوی و اصولی، شریک قبلی هم شریک است اما ادله شرعی، حق شفعه را تنها برای شریکی برقرار می‌دانند که فعلاً و در زمان دارا بودن حق شفعه، شریک باشد بنابراین شهیدثانی که ظاهراً طرفدار این گروه از اصولیهاست می‌فرماید با توجه به اینکه برای صدق عنوان مشتق، لازم نیست که مبدأ آن فعلاً وجود داشته باشد اما از نظر شرعی، شریکی مورد نظر است که فعلاً و در زمان دارا بودن حق شفعه یعنی پس از فروش سهم شریک، کماکان عنوان «شریک» به وی صدق نماید. سپس شهیدثانی، یک حالت را برای این نقض قابل تصور می‌داند یعنی در جایی که یک شریک، سهم خود را به شریک دیگر می‌فروشد گرچه مضمول تعریفی می‌شود که شهید اول ارائه داده است اما واقعاً حق شفعه بوجود نمی‌آید و این، نقضی بر تعریف شهید اول است هر چند با توجیهی که شهیدثانی، ارائه داد، نقض را برطرف کرد زیرا در جایی که دو نفر، شریک یک زمین هستند و یک شریک، سهم خود را به شریک دیگر می‌فروشد اساساً حق شفعه بوجود نمی‌آید بنابراین نمی‌توان این مورد را ایرادی به تعریف شهید اول دانست اما این نقض در یک حالت، متصور است که شهیدثانی، آن را چنین بیان می‌کند: [بله ممکن است این نقض [یعنی اینکه یک شریک، سهم شریک دیگر را برای خودش بخرد و کماکان، حق شفعه داشته باشد] ممکن است وارد باشد در جایی که شرکاء، متعدد باشند و یکی از شرکاء، سهم یک شریک دیگر را بخرد و شرکت وی کماکان با شریک دیگر، باقی باشد [مثلاً «الف» و «ب» و «ج» شریک در زمینی باشند و «الف» سهم خود را به «ب» بفروشد. در اینجا «ب» بعد از خریدن سهم شریک خود، باز هم شریک محسوب می‌شود. اما بعداً خواهیم دید که شرط برقراری حق شفعه، آن است که شرکاء، دو نفر بیشتر نباشند. شهیدثانی برای رفع این اشکال و سالم ماندن تعریف از نقضی که به آن وارد شده و گفته شده است که مانع اغیار نمی‌باشد، دو راه حل پیشنهاد کرده و می‌فرماید: [تعریف شهید اول از نقضی که بیان شد، مصون می‌ماند اگر وی، مبیع را مقید به این می‌کرد که به غیرصاحب حق شفعه فروخته شود [یعنی می‌گفت: «حق شفعه، استحقاق شریک نسبت به حصه‌ای است که به غیرمستحق در شرکت او فروخته شود.» منظور از غیر مستحق، غیرصاحب حق است که همان شریک می‌باشد یعنی حق شفعه، زمانی بوجود می‌آید که یک شریک، سهم خود را به شخص ثالثی غیر

از شریک دیگر که حق شفعه دارد، بفروشد. [یا استحقاق را مقید به تملک حصه می‌کرد و می‌گفت: «استحقاق شریک برای تملک حصه‌ای که در شرکت او فروخته شده است» زیرا استحقاق تملک، غیر از استحقاق ملک است. [اگر یک شریک، سهم شریک دیگر خود را بخرد مالک آن سهم می‌شود و دیگر استحقاق تملک ندارد زیرا حق شفعه، تملک را در پی دارد حال آنکه شریک قبلاً سهم شریک دیگر را تملک کرده است بنابراین اگر دارا شدن حق شفعه، مقید به تملک شود این اشکال بر تعریف وارد نخواهد بود زیرا سهمی باقی نمی‌ماند تا شریک، آن را تملک نماید.]

(وَلَا تَثْبُتُ لِغَيْرِ الشَّرِيكِ (الْوَاحِدِ) عَلَى أَشْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، وَصَحِيحُ الْأَخْبَارِ يَدُلُّ عَلَيْهِ. وَذَهَبَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ إِلَى بُبُوتِهَا مَعَ الْكَثْرَةِ اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَاتٍ مُعَارِضَةٍ بِأَقْوَى مِنْهَا.

براساس نظریه مشهورتر، حق شفعه برای یک شریک بوجود می‌آید [یعنی حق شفعه در جایی بوجود می‌آید که دو شریک، نسبت به ملکی با یکدیگر شریک باشند و اگر شرکاء، شخص حقوقی باشند کثرت شرکاء، تأثیری ندارد]. روایات صحیح نیز همین نظریه را تأیید می‌کنند و برخی از فقهای شیعه، حق شفعه را در موردی نیز ثابت می‌دانند که شرکاء، متعدد [و بیش‌تر از دو نفر باشند] و این گروه به روایت‌هایی استناد می‌کنند که با روایت‌های قوی‌تر، در تعارض هستند. [در مورد تعداد شرکاء، نظریه‌های مختلفی ارائه شده است و مستند اکثر این نظریه‌ها به روایات شرعی است. ابن جنید گفته است که حق شفعه در اموال غیر منقول برای بیشتر از دو شریک نیز وجود دارد اما در حیوان باید دو شریک، وجود داشته باشد. به مرحوم ابوعلی نیز نسبت داده شده است که حق شفعه منحصر به موردی نیست که فقط دو شریک وجود دارد. اگر شریک، سهم خود را به دو نفر بفروشد، شریک دیگر حق دارد که سهم هر دو را بخرد اما نمی‌تواند فقط سهم یک نفر را بخرد. در مورد اینکه فروش تمام سهم شریک، حق شفعه را بوجود می‌آورد یا فروش بخشی از آن نیز بوجود آورنده چنین حقی می‌باشد، اختلاف نظر وجود دارد و نیز اگر حق شفعه با تعدد شرکاء نیز بوجود آید، میزان سهم شرکاء، تأثیری نخواهد داشت بلکه تعدد آنها، مهم است.]

(وَمَوْضُوعُهَا) وَهُوَ الْمَالُ الَّذِي تَثْبُتُ فِيهِ عَلَى تَقْدِيرِ بَيْعِهِ: (مَا لَا يُنْقَلُ كَالْأَرْضِ وَالشَّجَرِ) إِذَا بَاعَ مُنْضَمًّا إِلَى مَعْرِسِهِ، لَا مُنْفَرَدًا، وَمِثْلُهُ الْبِنَاءُ، فَلَوْ اشْتَرَكَتْ غُرْفَةٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ

دُونَ قَرَارِهَا فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا، وَإِنْ انْضَمَّتْ إِلَى أَرْضٍ غَيْرِهِ كَالشَّجَرِ إِذَا انْضَمَّ إِلَى غَيْرِ مَعْرِسِهِ.  
 (وَ فِي اشْتِرَاطِ امْكَانِ قِسْمَتِهِ قَوْلَانِ) أَجْوَدُهُمَا اشْتِرَاطُهُ، لِأَصَالَةِ عَدَمِ ثُبُوتِهَا فِي  
 مَحَلِّ النَّزَاعِ، وَعَلَيْهِ شَوَاهِدٌ مِنَ الْأَخْبَارِ، لَيْكُنْ فِي طَرِيقِهَا ضَعْفٌ، وَمَنْ لَمْ يَشْتَرِطْ نَظَرَ إِلَى  
 عُمُومِ أَدَلَّةِ ثُبُوتِهَا، مَعَ ضَعْفِ الْمُخَصَّصِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ فَلَا شُفْعَةَ فِي الْحَمَامِ الصَّغِيرِ، وَ  
 الْعَضَائِدِ الضَّيْقَةِ، وَ النَّهْرِ وَ الطَّرِيقِ الضَّيْقَيْنِ، وَ الرَّحَى حَيْثُ لَا يُمَكِّنُ قِسْمَةُ أَحْجَارِهَا وَ  
 بَيْنِهَا، وَ فِي حُكْمِ الضَّيْقِ قَوْلُهُ النَّصِيبُ بِحَيْثُ يَنْتَضِرُّ ضَاحِبُ الْقَلِيلِ بِالْقِسْمَةِ (وَ لَا تَثْبُتُ)  
 الشُّفْعَةُ (فِي الْمَقْسُومِ) بَلْ غَيْرِ الْمُشْتَرَكِ مُطْلَقًا (إِلَّا مَعَ الشَّرِكَةِ فِي الْمَجَازِ) وَ هُوَ  
 الطَّرِيقُ، (وَ الشَّرْبُ) إِذَا ضَمَّهُمَا فِي الْبَيْعِ إِلَى الْمَقْسُومِ.

وَ هَلْ يُشْتَرِطُ قَبُولُهُمَا الْقِسْمَةَ كَالْأَصْلِ؟ إِطْلَاقُ الْعِبَارَةِ يَقْتَضِي عَدَمَهُ، وَ فِي الدُّرُوسِ  
 اشْتَرَطَهُ، وَ الْأَقْوَى الْإِكْتِفَاءُ بِقَبُولِ الْمَقْسُومِ الْقِسْمَةَ. نَعَمْ لَوْ بَيْعًا مُتَّفَرِّدَيْنِ اعْتَبِرَ قَبُولُهُمَا  
 كَالْأَصْلِ.

موضوع شفعه یعنی مالی که در صورت فروش آن، حق شفعه در آن بوجود  
 می آید، عبارت از مالی است که قابل انتقال نباشد [یعنی مال غیر منقول باشد] مانند  
 زمین و درختی که همراه با زمین آن فروخته می شود نه زمینی که به تنهایی فروخته  
 می شود و ساختمان نیز حکم درخت را دارد [یعنی اگر به تنهایی فروخته شود حق  
 شفعه را بوجود نمی آورد] بنابراین اگر اتاقی مشترک میان دو نفر باشد اما عرصه آن،  
 مشترک نباشد حق شفعه در آن بوجود نمی آید هر چند به ضمیمه زمین غیر از عرصه  
 آن فروخته شود مانند درختی که همراه با زمینی غیر از زمین محل کاشته شدن درخت  
 فروخته شود. [به رغم اینکه بسیاری از فقها مانند شیخ طوسی و شهیدین و علامه حلی و  
 محقق کرکی و شیخ طوسی، حق شفعه را فقط در اموال غیر منقول، برقرار می دانند،  
 بسیاری دیگر مانند شیخ مفید، شیخ صدوق، اسکافی، سید مرتضی و ابوالصلاح، ابن  
 براج، ابن زهره، ابن ادریس و ابن حمزه و عمده فقهای متقدمین، حق شفعه را در کلیه ی  
 اموال مانند لباس، حیوان، کشتی و وسایل، برقرار داشته اند. گروهی نیز میان اموال  
 مختلف، فرق گذاشته اند مثلاً ابن ابی عقیل، حق شفعه را در کشتی برقرار نمی داند.  
 ایشان به روایت های گوناگون استناد جسته اند اما مشهور فقها، ضمن اینکه روایت های  
 مورد استناد مخالفین را ضعیف می پندارند، اعتقاد دارند که حق شفعه یک حق استثنایی

و خلاف اصل می باشد بنابراین باید به قدر متیقن اکتفا کرد که همان مال غیر منقول قابل تقسیم می باشد بنابراین حتی اگر عرصه‌ی طبقه دوم خانه، سقف طبقه اول باشد حق شفعه بوجود نمی آید زیرا ساختمان طبقه دوم تابع زمین نیست. [در مورد شرط امکان تقسیم مال نیز دو دیدگاه وجود دارد و دیدگاه مناسب تر آن است که باید قابل تقسیم باشد زیرا اصل بر آن است که حق شفعه در مال غیر قابل تقسیم، وجود نداشته باشد و روایتهایی نیز برای تأیید این نظریه وجود دارد اما سند این روایتها، ضعیف است. کسانی که قابل تقسیم بودن مال موضوع حق شفعه را شرط نمی دانند، به عموم دلایل اثبات حق شفعه استناد کرده اند [یعنی روایاتی که حق شفعه را بیان می کنند، عام هستند و تفصیلی میان قابل تقسیم بودن یا نبودن مال، نداده اند. این گروه همچنین اعتقاد دارند که] روایات خاص، ضعیف هستند [یعنی روایاتی را که حق شفعه را مخصوص اموالی می دانند که قابل تقسیم باشند، ضعیف می دانند] و بنابر نظریه‌ی نخست [که قابل تقسیم بودن مال را شرط می دانند] حق شفعه در حمام کوچک و دکان‌های کوچک و جوی آب باریک و جاده‌ی باریک و آسیابی که سنگ‌ها و اتاق آن قابل جدا کردن نیست، وجود ندارد و کم بودن سهم شریک بگونه‌ای که تقسیم کردن مال، موجب ورود ضرر به شریک صاحب سهم کم شود، در حکم تنگ بودن و باریک بودن مال است. [نمونه‌هایی که گفته شد، مثال‌هایی برای اموال غیر قابل تقسیم هستند بنابراین جنبه حصری ندارند بلکه تمثیلی هستند و ملاک و قاعده کلی، غیر قابل تقسیم بودن است و منظور از غیر قابل تقسیم بودن، غیر قابل تقسیم بودن واقعی نیست بلکه تقسیمی است که موجب ضرر می شود یعنی اگر تقسیم، انجام شود هر دو شریک یا یکی از آنها دچار ضرر می شود. منظور از ضرر در اینجا، آن است که شریک بعد از تقسیم مال نتواند از آن نفعی ببرد و این ویژگی ممکن است از کوچک بودن مال یا کمی سهم یک شریک بوجود آید. عدم امکان انتفاع پس از تقسیم، یا باید به حد عدم امکان کلی باشد یا همراه با ضرر فاحش باشد بنابراین ضرر کم، مورد نظر نیست. [حق شفعه در مالی که تقسیم شده است بوجود نمی آید و حتی این حق در مال غیر مشترک بوجود نمی آید اعم از اینکه اساساً به صورت مشترک نباشد یا ابتدا به صورت مشترک بوده و بعداً تقسیم شده باشد مگر اینکه مال غیر مشترک، در جاده و جوی آب، مشترک بوده و جاده و جوی



آب، همراه با مال تقسیم شده، به فروش برسند [یعنی اگر زمینی که دارای راه مشترک است، متعلق به «الف» و «ب» باشد اما سهم هر کدام، جدا و مفروز باشد و آنگاه «الف» سهم مفروز خود را که راه آب آن، مشترک میان هر دو زمین است به «ج» بفروشد. در اینجا گرچه زمین متعلق به «الف» و «ب»، مشترک میان آن دو نبوده است اما باز هم «ب» حق شفعه دارد زیرا راه زمین وی با راه زمینی که به «ج» فروخته شده است، مشترک می‌باشد.] و آیا راه در زمین و جوی آب آنها نیز باید قابل تقسیم باشند همانگونه که زمین متعلق به آب و جوی نیز باید قابل تقسیم باشد، [دو دیدگاه در این زمینه، وجود دارد؛] اطلاق عبارت شهید اول، مقتضی عدم شرط است [یعنی شهید اول عبارت «الأمع الشركة فی المجاز و الشرب» را به صورت مطلق بیان کرده و شرط قابل تقسیم بودن راه و جوی را بیان نکرده است] اما شهید اول در کتاب دروس، قابل تقسیم بودن را شرط کرده است و نظریه قوی تر آن است که [قابل تقسیم بودن راه و جوی آب، شرط نیست بلکه] کافی است که زمین متعلق به آنها، قابل تقسیم باشد. بلکه اگر جوی آب و راه به صورت مستقل فروخته شود باید مانند زمین متعلق به آنها، قابل تقسیم باشد. [برخی از فقها میان راه و جوی آب، تفکیک کرده‌اند در مورد الحاق چاه آب به این دو مورد، اختلاف نظر وجود دارد یعنی دو زمینی که در چاه آب، مشترک باشند و اصل عدم حق شفعه اقتضای عدم الحاق را دارد. اگر زمین قابل تقسیم و زمین غیرقابل تقسیم در یک قرارداد، فروخته شود هر زمینی حکم خودش را از نظر وجود یا عدم حق شفعه خواهد داشت.

(وَيَسْتَرْطُ قُدْرَةَ الشَّفِيعِ عَلَى الثَّمَنِ وَ بَدْلُهُ لِلْمُشْتَرِي، فَلَا شُفْعَةَ لِالْعَاجِزِ، وَ لَا لِلْمُتَنَبِّحِ مَعَ قُدْرَتِهِ، وَ الْمُنَاطِلِ، وَ يُرْجَعُ فِي الْعَجْزِ إِلَى اعْتِرَافِهِ لَا إِلَى حَالِهِ، لِإِمْكَانِ اسْتِدَانَتِهِ، وَ لَا يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي قَبُولُ الرَّهْنِ وَ الضَّامِنِ وَ الْعَوِضِ (وَ إِسْلَامُهُ إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي مُسْلِمًا) فَلَا شُفْعَةَ لِكَافِرٍ مُطْلَقًا عَلَى مُسْلِمٍ (وَ لَوْ ادَّعَى غَيْبَةَ الثَّمَنِ أَجَلَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) وَ لَوْ مُتَّفَقَةً، وَ فِي دُخُولِ اللَّيَالِي وَ جِهَانٍ. نَعَمْ لَوْ كَانَ الْأَخْذُ عَشِيَّةً دَخَلَتِ اللَّيْلَةُ تَبَعًا، وَ لَا إِشْكَالَ فِي دُخُولِ اللَّيْلَتَيْنِ الْمُتَوَسِّطَتَيْنِ كَالْأَعْتِكَافِ، وَ لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ أَجَلَ زَمَانًا يَسَعُ ذَهَابَهُ وَ إِبَابَهُ وَ ثَلَاثَةَ، (مَا لَمْ يَتَضَرَّرَ الْمُشْتَرِي) لِإِعْدِ الْبَلَدِ عَادَةً كَالْعِرَاقِ مِنَ الشَّامِ.

و فِي الْعِبَارَةِ أَنَّ تَضَرُّرَ الْمُشْتَرِي يُسْقِطُ الْأَمْهَالَ ثَلَاثَةً مُطْلَقًا، وَالْمَوْجُودُ فِي كَلَامِهِ فِي الدَّرُوسِ وَكَلَامٍ غَيْرِهِ اعْتِبَارُهُ فِي الْبَلَدِ النَّائِي حَاصَّةً.

شرط است که شفیع، قدرت بر پرداخت ثمن به مشتری را داشته باشد و [نیز شرط است که] ثمن را به مشتری بدهد [صرف قدرت بر پرداخت ثمن کفایت نمی‌کند] بنابراین شریکی که قدرت پرداخت ثمن را نداشته باشد حق شفعه ندارد و نیز شریکی که به رغم قدرت بر پرداخت ثمن، آن را نمی‌پردازد یا در پرداخت ثمن، سهل انگاری می‌کند، حق شفعه ندارد و برای تشخیص عاجز بودن یا قدرت شریک برای پرداخت ثمن باید به اعتراف و سخنان وی مراجعه کرد نه به وضعیّت او، زیرا ممکن است [شریکی که ناتوان از پرداخت ثمن می‌باشد]، آن را قرض کند و بر مشتری واجب نیست که ضامن قبول کند یا رهن بگیرد یا عوض ثمن را بپذیرد [بلکه باید همان ثمنی که پرداخته است به او داده شود مثلاً چنانچه «الف» و «ب» در زمینی با یکدیگر شریک باشند و «الف» سهم خود را به مبلغ یک میلیون تومان به «ج» بفروشد چنانچه «ب» بخواهد حق شفعه خود را اعمال کند باید همان یک میلیون تومان را به خریدار یعنی «ج» بدهد و اگر «ب» نتواند یا نخواهد این پول را بدهد نمی‌تواند «ج» را مجبور کند که ضامن یا رهنی از او بگیرد یا مال دیگری را عوض یک میلیون تومان از وی قبول کند. اگر مشتری، مسلمان باشد، شفیع نیز باید مسلمان باشد بنابراین کافر بر علیه مسلمان حق شفعه ندارد اعم از اینکه کافر حربی یا کافر ذمی باشد. اگر شفیع ادعا کند که ثمن در دسترس او نیست سه روز به او مهلت داده می‌شود [تا ثمن را حاضر کند] هر چند این سه روز به صورت تلفیقی باشد [مثلاً چنانچه ظهر یک روز، ابتدای این مهلت سه روزه باشد باید همین مقدار از روز که سپری شده است از روز چهارم جبران گردد پس اگر از ظهر روز یکشنبه شروع شود، ظهر روز چهارشنبه خاتمه می‌یابد] و در مورد اینکه شب‌ها نیز جزء این سه روز محسوب می‌شود یا خیر، دو احتمال وجود دارد [اگر روز را بیست و چهار ساعت محسوب کنیم، شب‌ها نیز داخل می‌شوند] بلکه اگر فرصت دادن از شب شروع شود، شب نیز به تبع آن جزء این ایام محسوب می‌شود [مثلاً اگر از شب یکشنبه شروع شود، روزهای دوشنبه، سه‌شنبه و چهارشنبه و شب پنجشنبه، جزء مهلت به حساب می‌آید و شگگی نیست که دو شب وسطی جزء مهلت به حساب می‌آید

همانگونه که جزء اعتکاف محسوب می‌شود [مثلاً اگر از ابتدای روز یک‌شنبه شروع شود، روزهای دوشنبه و سه‌شنبه همراه با یک‌شنبه شب و دوشنبه شب] جزء مهلت است اما در مورد سه‌شنبه شب، تردید وجود دارد. [اگر شفیع ادعا کند که ثمن در شهر دیگری است علاوه بر سه روز، به اندازه رفت و برگشت نیز به وی فرصت داده می‌شود مشروط بر اینکه مشتری بخاطر دوری متعارف آن شهر، دچار ضرر نشود مانند فاصله دوری که عراق از شام دارد. عبارت شهید اول بیانگر آن است که ضرر کردن مشتری، موجب سقوط سه روز مهلت دادن می‌شود اعم از اینکه مال در شهر دور باشد یا در شهر نزدیک باشد اما عبارت وی در کتاب دروس و عبارت سایر فقها بیانگر آن است که شرط متضرر نشدن مشتری فقط مخصوص شهر دور است. [در روایات آمده است که اگر شفیع در مهلت سه روزه، نتواند ثمن را حاضر کند حق شفعه او باطل می‌شود اما در مورد معنای بطلان اختلاف نظر است. عده‌ای آن را به معنای متعارفش می‌دانند یعنی حق شفعه اساساً وجود ندارد. عده‌ای گفته‌اند معنایش آن است که اگر شفیع، اخذ به شفعه نکرده باشد دیگر حق اخذ به شفعه ندارد و اگر اخذ به شفعه کرده باشد، مشتری می‌تواند آن را فسخ کند. معنای دوم با حق مشتری نسبت به شفعه سازگارتر است زیرا اگر حق شفعه اساساً باطل باشد مشتری نمی‌تواند با اعطای مهلت بیش‌تر، حق شفعه را برای وی برقرار سازد.]

(و تَبَيَّنْتُ) الشُّفْعَةَ (لِلْغَائِبِ) وَ إِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ (فَإِذَا قَدِمَ) مِنْ سَفَرِهِ (أَخَذَ) إِنْ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنَ الْأَخْذِ فِي الْغَيْبَةِ بِنَفْسِهِ أَوْ وَكَيْلِهِ، وَ لَا عِبْرَةَ بِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْأَشْهَادِ، وَ فِي حُكْمِهِ الْمَرِيضُ، وَ الْمَحْبُوسُ طُلْمًا أَوْ بِحَقِّ يَعْجِزُ عَنْهُ، وَ لَوْ قَدَرَ عَلَيْهِ وَ لَمْ يُطَالَبْ بَعْدَ مُضِيِّ زَمَانٍ يَتِمَّكَنْ مِنَ التَّخْلُصِ وَ الْمُطَالَبَةِ بَطَلَتْ.

شخص غایب نیز حق اخذ به شفعه را دارد هر چند غیبت او طولانی باشد بنابراین چنانچه در زمان غیبت نتوانسته باشد خودش یا بواسطه وکیلش، حق شفعه را اعمال نماید، هنگامی که از سفر برگردد می‌تواند حق شفعه را اعمال کند و امکان وی برای شاهد گرفتن، اعتباری ندارد [یعنی اگر شفیع بتواند در زمانی که در غیبت بسر می‌برد، حق شفعه را اعمال کند و بتواند در آن زمان شاهد بگیرد که حق شفعه را اعمال کرده است، این توانایی تأثیری در موضوع ندارد و حق شفعه او کماکان به اعتبار خود باقی

است و نمی‌توان به وی گفت که باید در زمان غیبت، حق شفعه را اعمال نموده و شاهد می‌گرفتی و اینک که چنین کاری را انجام نداده‌ای سپس حق شفعه تو از بین رفته است. مسافری که در غیبت بسر می‌برد لازم نیست هر چه زودتر از سفر خویش، صرف‌نظر کرده و برای اعمال حق شفعه به شهر خود بازگردد اما اگر بازگشت خود را بدون دلیل و به اندازه‌ای غیرمتعارف به تأخیر اندازد، توجیه محکمی برای سقوط حق شفعه وجود دارد. اگر وکیل بدون دلیل، حق شفعه را اعمال نکند تردید وجود دارد که آیا شخص غایب حق دارد پس از بازگشت از سفر، اخذ به شفعه نماید یا خیر؟] مانند شخص غایب است شخص بیمار و شخصی که به ناحق بازداشت شده باشد یا برای ناتوانی در پرداخت حق و دین خود، بازداشت شده باشد بنابراین چنانچه شفیع، توان پرداخت بدهی خود را داشته باشد اما پس از سپری شدن مدتی که می‌تواند در آن مدت، خود را از زندان آزاد کند و حق شفعه را مطالبه نماید، حق شفعه را اعمال نکند [و کماکان در زندان باقی بماند،] حق شفعه وی باطل می‌گردد. [شخصی که از تحقق حق شفعه برای خودش، آگاهی نداشته باشد و نیز شخصی که در بی‌هوشی بسر می‌برد، به منزله شخص غایب به حساب آمده است و در مورد شریکی که پس از فروش سهم شریک خود، فرار می‌کند تردید شده است.]

(وَ) كَذَا تَثْبُتُ لِلصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالسَّفِيهِ، وَيَتَوَلَّى الْأَخْذَ لَهُمُ (الْوَلِيُّ مَعَ الْغَبْطَةِ) لَهُمْ فِي الْأَخْذِ كَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ، وَ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الشَّرِيكِ الْبَائِعِ هُوَ الْوَلِيُّ وَ غَيْرُهُ، وَ كَمَا يَأْخُذُ لَهُمْ يَأْخُذُ مِنْهُمْ لَوْ بَاعَ عَنْهُمْ مَا هُوَ بِشِرْكَتِهِ، وَ كَذَا يَأْخُذُ لِأَحَدِ الْمُؤَلَّيْنِ نَصِيبَ الْآخَرِ لَوْ بَاعَهُ بِشِرْكَتِهِ

(فَإِنْ تَرَكَ) فِي مَوْضِعِ التَّثْبُوتِ (فَلَهُمْ عِنْدَ الْكَمَالِ الْأَخْذُ)، إِلَّا أَنْ تَرَكَ لِعَدَمِ الْمُضْلِحَةِ، وَ لَوْ جُهِلَ الْحَالُ فِيهِ اسْتَحْقَاقِهِمُ الْأَخْذَ نَظْرًا إِلَى وُجُودِ السَّبَبِ فَيُسْتَضَحَبُ، أَمْ لَا الْفِتَا تَأْتِي إِلَى أَنَّهُ مُقَيَّدٌ بِالْمُضْلِحَةِ وَ لَمْ تُعْلَمْ، وَ جِهَانٍ: أَوْ جَهْمًا الثَّانِي.

أَمَّا الْمُفْلَسُ فَتَثْبُتُ لَهُ أَيْضًا، لَكِنْ لَا يَجِبُ عَلَى الْعُرْمَاءِ تَمْكِينُهُ مِنَ التَّمَنِ، فَإِنْ بَدَّلُوهُ، أَوْ رَضِيَ الْمُشْتَرِي بِذِمَّتِهِ فَأَخْذَ، تَعَلَّقَ بِالشَّقْصِ حَقَّ الْعُرْمَاءِ، وَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَخْذُ وَ لَوْ طَلَبُوهُ مِنْهُ مُطْلَقًا

همچنین حق شفعه برای کودک و مجنون و سفیه، برقرار است و ولی ایشان در

صورتی که اخذ به شفعه، به مصلحت مولی علیه باشد اخذ به شفعه می‌کند [و حق شفعه نیز] مانند سایر تصرفاتی است [که ولی از سوی مولی علیه انجام می‌دهد] و تفاوتی وجود ندارد که ولی، خودش شریکی باشد که مال را فروخته است یا شخص دیگری باشد [مثلاً هرگاه «الف» ولی قهری «ب» باشد و هر دو مالک مشاعی زمینی باشند و «الف» سهم خود را به «ج» بفروشد، «الف» می‌تواند به نمایندگی از «ب»، ثمن را به «ج» بدهد و سهم فروخته شده را به تملک «ب» درآورد. همچنین اگر «ب» با «د» شریک باشند و «د» سهم خود را به «ج» بفروشد، «الف» می‌تواند به نمایندگی از «ب» ثمن را به «ج» بدهد و سهم فروخته شده توسط «د» را به تملک خویش درآورد. برخی از فقها، اخذ به شفعه را فقط از سوی مجنون و طفل، تجویز کرده‌اند و ظاهراً نظرشان بر آن است که سفیه می‌تواند با اجازه ولی، اخذ به شفعه کند بویژه در جایی که خریدار بپذیرد که ثمن در ذمه سفیه باقی بماند یا ذمه سفیه را از پرداخت ثمن، ابراء کند] بنابراین همانگونه که ولی، برای آنان اخذ به شفعه می‌کند به همان نحو می‌تواند از سوی ایشان اخذ به شفعه نماید اگر مالی را که با مولی علیه خود شریک است بفروشد [فرض کنید که «الف»، پدر «ب» می‌باشد و هر دو در زمینی باهم شریک هستند و «الف» سهم خود را به «ج» می‌فروشد. در اینجا «الف» می‌تواند از سوی فرزند خود یعنی «ب» اخذ به شفعه نموده و با پرداخت ثمن به «ج»، سهم فروخته شده را برای «ب» تملک نماید] همچنین اگر ولی، سهم یکی از مولی علیه خود را بفروشد، می‌تواند از سوی مولی علیه دیگر، اخذ به شفعه کند [مثلاً «الف»، ولی «ب» و «ج» می‌باشد و «ب» با «ج» در یک زمین، شریک هستند. حال اگر «الف» سهم «ب» را به «د» بفروشد می‌تواند از سوی «ج» اخذ به شفعه نماید یعنی ثمنی را که «د» پرداخته است به وی پس بدهد و سهم «ب» را به تملک «ج» درآورد. در مورد اینکه ولی می‌تواند از سوی مجنون و صغیر، اخذ به شفعه نماید تردید جدی وجود ندارد اما در مورد اینکه آیا وجود مصلحت نیز شرط اخذ به شفعه است یا عدم مفسده، کفایت می‌کند اختلاف نظر وجود دارد اما عده‌ای شرط مصلحت را فقط در مورد وصی، لازم دانسته‌اند. همچنین فقهای همچون شیخ طوسی در کتاب مبسوط، اخذ شفعه از سوی وصی را اجازه نداده‌اند زیرا در معرض اتهام قرار دارد اما بسیاری از فقها، وصی را با وکیل مقایسه کرده و چنین حقی را به وی داده‌اند.

اخذ به شفعه از سوی کافر برای کافر و از سوی مسلمان برای کافر، جایز است اما کافر از سوی مسلمان با تردید روبرو شده است. با توجه به آنچه که گفته شد [چنانچه ولی در مواردی که باید اخذ به شفعه نماید، از این تکلیف خود سرباز زده و اخذ به شفعه نکند، مولی علیهم می‌توانند زمانی که از محجوریت خارج شدند، اخذ به شفعه نمایند [زیرا تأخیر در اخذ به شفعه، همراه با عذر است و کوتاهی ولی سبب سقوط حق شفعه نمی‌شود و اینگونه نیست که حق شفعه پس از برطرف شدن حجر، دوباره تجدید گردد بلکه همان حق قبلی است که استمرار پیدا کرده و استصحاب می‌شود] مگر اینکه ولی، بخاطر فقدان مصلحت، [یا بخاطر وجود فساد] اخذ به شفعه نکرده باشد [که در این صورت، مولی علیه نمی‌تواند پس از برطرف شدن محجوریت، اخذ به شفعه نماید [همچنین اگر ولی در جایی که نباید اخذ به شفعه کند، اخذ به شفعه کرده باشد اعتباری ندارد و سهم مولی علیه که فروخته شده است کماکان در ملکیت مشتری، باقی است و ولی، ضامن ثمنی است که پرداخته است.] اگر وضعیت، مجهول باشد [یعنی مشخص نباشد که اخذ به شفعه یا ترک آن، به مصلحت مولی علیه بوده است یا خیر،] اختلاف نظر وجود دارد که آیا مولی علیهم [پس از اینکه از محجوریت، خارج شدند،] حق اخذ به شفعه را دارند به این دلیل که سبب حق شفعه [یعنی عقد بیع،] تحقق یافته است بنابراین [اینک که در بقای آن، تردید وجود دارد،] استصحاب می‌شود و یا حق شفعه وجود ندارد به این دلیل که حق شفعه، مقید به مصلحت است در حالیکه وجود چنین قیدی، معلوم نیست. در اینجا دو احتمال وجود دارد و احتمال موجه‌تر، احتمال دوم است [یعنی مولی علیه پس از آنکه از حجر خارج شد، حق شفعه نخواهد داشت زیرا علاوه بر دلایلی که بیان شد باید عمل ولی را حمل بر صحت نمود و ولی، امین است بنابراین سخن وی را باید قبول کرد. به هر حال حکم این مسأله، تابع قواعد عمومی قراردادهاست.] مفلس و ورشکسته نیز حق شفعه دارد اما بر طلبکاران وی، واجب نیست که ثمن را بپردازند [تا به مشتری داده شده و سهم شریک مفلس، به تملک مفلس درآید] بلکه اگر طلبکاران، ثمن را بدهند یا مشتری بپذیرد که پرداخت ثمن بر ذمه شخص مفلس قرار گیرد و در نتیجه مفلس، سهم فروخته شده را بگیرد، حق طلبکاران به این سهم، تعلق می‌گیرد و بر شخص ورشکسته نیز واجب نیست که [سهم شریک

خود را که فروخته شده است، پس بگیرد هر چند طلبکاران، چنین درخواستی را از وی داشته باشند اعم از اینکه ثمن را بدهند یا ندهند. [همچنین طلبکاران حق دارند که مانع اخذ به شفعه از سوی مفلس شوند. آنچه که گفته شد را در قالب مثالی توضیح می‌دهیم. فرض کنید «الف» که با «ب» در زمینی، شریک هستند، ورشکسته می‌شود و «ج» طلبکار از «الف» می‌باشد. حال اگر «ب» سهم خود را به «د» بفروشد. «الف» می‌تواند، ثمن را به «د» بپردازد و سهم «ب» را به تملک خود درآورد اما بر «الف» واجب نیست که اخذ به شفعه کند و بر «ج» نیز واجب نیست که اخذ به شفعه از سوی «الف» را بپذیرند و اگر «الف» بخواهد ثمن را از اموال خود که متعلق حقّ غرامت است بپردازد باید رضایت «ج» را جلب کند. به هر حال اگر اخذ به شفعه صورت گرفت و سهم «ب» به تملک «الف» درآمد، متعلق حق «ج» قرار خواهد گرفت همانگونه که چنانچه مال دیگری هم به تملک «الف» درآمد، متعلق حق «ج» قرار می‌گیرد. مرحوم علامه حلی صاحب کتاب جامع المقاصد گفته‌اند که طلبکاران، حق ندارند اخذ به شفعه کند و یا ثمن را به ورشکسته داده و او را مجبور کنند که اخذ به شفعه نماید و نیز حق جلوگیری از اخذ به شفعه توسط ورشکسته را ندارند زیرا قبل از اخذ به شفعه، سهم شریک به ملکیت ورشکسته درنیامده است تا حق طلبکاران به این مال تعلق بگیرد.]

(وَيَسْتَحِقُّ) الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ بِنَاءً عَلَى انْتِقَالِ الْمَبِيعِ إِلَى مَلِكِ الْمُشْتَرِي بِهِ، فَلَوْ أَوْ قَفَّاهُ عَلَى انْقِضَاءِ الْخِيَارِ كَالشَّيْخِ تَوَقَّفَ عَلَى انْقِضَائِهِ. (وَ) عَلَى الْمَشْهُورِ (لَا يَمْنَعُ) الْأَخْذَ (مِنَ التَّخَايُرِ)، لِأَصَالَةِ بَقَاءِ الْخِيَارِ (فَإِنْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِي، أَوْ الْبَائِعُ الْفَسْخَ بَطَلَتْ) الشُّفْعَةُ وَالْأَسْتَقْرَرُ الْأَخْذَ. وَجَعَلَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ الْأَخْذَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ مَعَ حُكْمِهِ بِمَلِكِهِ بِالْعَقْدِ، نَظَرًا إِلَى عَدَمِ الْفَائِدَةِ بِهِ قَبْلَهُ، إِذْ لَيْسَ انْتِزَاعُ الْعَيْنِ قَبْلَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْخِيَارِ، لِعَدَمِ اسْتِقْرَارِ مَلِكِهِ، وَ الظَّاهِرُ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَا لَازِمٌ، بَلْ يَجُوزُ قَبْلَهُ وَإِنْ مُنِعَ مِنَ الْعَيْنِ. وَالْفَائِدَةُ تَظْهَرُ فِي التَّمَاءِ وَ غَيْرِهِ.

وَ اِحْتَمَلَ الْمُصَنِّفُ فِي الدُّرُوسِ بَطْلَانَ خِيَارِ الْمُشْتَرِي بِالْأَخْذِ، لِانْتِفَاءِ فَائِدَتِهِ إِذَا الْعُرْضُ التَّمَنُّ وَ قَدْ حَصَلَ مِنَ الشَّفِيعِ، كَمَا لَوْ أَرَادَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ فَأَخَذَ الشَّفِيعُ. وَ يُضَعَّفُ بِأَنَّ الْفَائِدَةَ لَيْسَتْ مُنْحَصِرَةً فِي التَّمَنِّ فَجَازَ أَنْ يُرِيدَ دَفْعَ الدَّرَكِ عَنْهُ.

حق اخذ به شفعه به محض انعقاد عقد بیع بوجود می آید [یعنی همینکه شریک، سهم خود را فروخت شریک دیگر می تواند اخذ به شفعه کند] هر چند در عقد بیع، حق خیار وجود داشته باشد زیرا با انعقاد عقد بیع، مالکیت مبیع به مشتری، انتقال پیدا می کند [بنابراین اگر «الف» و «ب» شریک در زمین باشند و «الف» سهم خود را به «ج» بفروشد اما شرط شود که «ج» یا «الف» یا هر دو تا یک ماه حق فسخ قرارداد را دارند چنانچه «ب» بخواهد اخذ به شفعه نماید نیازی نیست که صبر کند تا مدت یک ماه، پایان یابد بلکه قبل از آن نیز چنین حقی برای «ب» وجود دارد] اما اگر انتقال مالکیت [در عقد خیاری] را متوقف بر پایان یافتن مدت خیار بدانیم آنگونه که شیخ طوسی چنین اعتقادی دارد، اخذ به شفعه نیز متوقف بر انقضای مدت خیار خواهد بود. [کسانی که اخذ به شفعه را متوقف بر انقضای مدت خیار می دانند، دلیل شان آن است که حق شفعه، یک حق استثنایی و مخالف با اصل است بنابراین فقط در موارد متیقن وجود دارد و قدر متیقن، عقد لازم و غیرخیاری است. بسیاری از فقها مانند شیخ طوسی و ابن زهره و صاحب المهدب، حق شفعه را در بیعی جاری می دانند که حق خیار در آن وجود ندارد و یا فقط مشتری، حق خیار وارد زیرا در سایر موارد، مالکیت از فروشنده، منتقل نمی شود. اما مشهور، انتقال مالکیت را در زمان انعقاد عقد بیع می دانند بنابراین مبنای اختلاف ایشان، انتقال و عدم انتقال مالکیت است اما گروهی اعتقاد دارند که حتی اگر انتقال مالکیت نیز صورت نگیرد، حق شفعه بوجود می آید زیرا ادله حق شفعه، اشاره ای به انتقال مالکیت ندارند و فراهم شدن زمینه انتقال که همان انعقاد عقد بیع است، کفایت می کند. عده ای هم ممنوعیت بوجود آمدن حق شفعه را آن می دانند که شفیع نمی تواند قبل از سپری شدن مدت خیار، مبیع را از خریدار پس بگیرد اما این ادعا صحیح نیست زیرا شفیع، چنین حقی دارد.] و براساس نظر مشهور [که اخذ به شفعه قبل از انقضای مدت خیار نیز جایز است]، اخذ به شفعه سبب از بین رفتن حق خیار نمی شود زیرا اصل بر باقی بودن حق خیار است [و اگر در بقای آن، تردید شود آن را استصحاب می کنیم. حال اگر شفیع در زمان خیار، اخذ به شفعه کند باید تا پایان مدت خیار، صبر کرد پس اگر صاحب خیار، عقد را فسخ کند حق شفعه نیز باطل می گردد و اگر عقد را فسخ نکند، حق شفعه اثر خود را بر جای می گذارد. بنابراین سخن علامه حلی در کتاب



تحریر که می‌گوید اخذ به شفعه، سبب سقوط حق خیار بایع می‌شود، سخن درستی نیست و نمی‌توان آن را مانع اخذ به شفعه در زمان خیار دانست.]

بنابراین چنانچه خریدار یا فروشنده [یعنی شریک]، عقد بیع را فسخ کنند، حق شفعه از بین می‌رود [زیرا مبنای حق شفعه که عقد بیع می‌باشد، از بین رفته است] اما اگر عقد بیع را فسخ نکنند، اخذ به شفعه، به اعتبار خود باقی می‌ماند. [البته اگر حق خیار فقط برای خریدار باشد، شفیع به محض انعقاد عقد بیع می‌تواند اخذ به شفعه کند زیرا انتقال مالکیت به محض انعقاد عقد بیع صورت می‌گیرد اما اگر فروشنده یا هر دو، حق خیار داشته باشند در کتابهای خلاف، مبسوط، مهذب و غنیه گفته شده است که شفیع پس از انقضای مدت خیار، حق اخذ به شفعه را دارد زیرا تا زمانی که حق خیار وجود دارد، مبیع از مالکیت فروشنده خارج نشده و به ملکیت خریدار درنیامده است تا شفیع بتواند با پرداخت ثمن، آن را از ملکیت خریدار خارج کرده و به ملکیت خود درآورد و از طرف دیگر، حق شفعه برخلاف اصل می‌باشد بنابراین باید به موارد متیقن اکتفا کرد و مورد متیقن، جایی است که مدت خیار، منقضی شده باشد. برخی از فقها گفته‌اند که اگر مبیع قبل از انقضای مدت خیار به خریدار، منتقل نشود بازهم شفیع می‌تواند در زمان خیار، اخذ به شفعه نماید زیرا همینکه زمینه انتقال مبیع به خریدار فراهم شود برای اخذ به شفعه کفایت می‌کند. برخی از فقها، مانع دیگری را برای اخذ به شفعه در زمان خیار، پیش‌بینی کرده‌اند و آن، عدم امکان استرداد مبیع از مشتری در زمان خیار است زیرا مبیع در زمان خیار به مشتری، منتقل نمی‌شود تا شفیع بتواند اخذ به شفعه نموده و مبیع را از مشتری، پس بگیرد. شهیدثانی، دیدگاه این گروه را چنین بیان می‌کند: [برخی از فقها گرچه اعتقاد دارند که مشتری به محض انعقاد عقد بیع، مالک مبیع می‌شود اما اخذ به شفعه را پس از انقضای مدت خیار، ممکن می‌دانند زیرا اخذ به شفعه قبل از انقضای مدت خیار، فایده‌ای ندارد چراکه مالکیت مشتری نسبت به مبیع قبل از انقضای مدت خیار، مستقر نمی‌شود بنابراین شفیع نمی‌تواند قبل از انقضای مدت خیار، مبیع را از مشتری بگیرد [شهیدثانی، نظر این گروه را رد کرده و می‌فرماید: ظاهر آن است که اخذ به شفعه بعد از انقضای مدت خیار، الزامی نیست بلکه جایز می‌باشد و شفیع می‌تواند قبل از انقضای مدت خیار نیز اخذ به شفعه نماید

[یعنی هر دو صورت، جایز است] هر چند مبیع تحویل او نمی‌شود [یعنی چنانچه شفیع، قبل از انقضای مدت اختیار، اخذ به شفعه نماید مبیع به او تحویل نمی‌شود بلکه تحویل مبیع به پس از انقضای مدت اختیار، محول می‌گردد. حال ممکن است گفته شود اگر مبیع قبل از انقضای مدت اختیار، تحویل شفیع نگردد پس چه فایده‌ای بر اخذ به شفعه قبل از انقضای مدت اختیار، مترتب خواهد بود؟ شهیدثانی پاسخ می‌دهد که] فایده این کار، در نمائات و امور دیگر [مانند تلف شدن مبیع] ظاهر می‌شود [یعنی نمائات مبیع در فاصله بعد از اخذ به شفعه و انقضای مدت اختیار، متعلق به شفیع است و اگر مبیع، تلف شود برعهده شفیع بوده و هزینه‌های نگهداری نیز برعهده او است. اما اگر بعد از پایان یافتن مدت اختیار، اخذ به شفعه گردد، این موارد متعلق به مشتری خواهد بود].

شهید اول در کتاب «دروس» احتمال داده است که اخذ به شفعه، حق اختیار مشتری را باطل کند [یعنی اگر مشتری، حق فسخ معامله را داشته باشد این حق تا زمانی برای او برقرار است که شفیع، اخذ به شفعه نکرده باشد اما زمانی که شفیع اخذ به شفعه نماید، حق اختیار مشتری از بین می‌رود] زیرا مشتری با این هدف و دلیل، معامله را فسخ می‌کند که ثمن را پس بگیرد و مبیع را پس بدهد حال آنکه شفیع [زمانی که اخذ به شفعه می‌کند]، ثمن را به مشتری داده و مبیع را پس می‌گیرد بنابراین وجود حق فسخ، فایده‌ای برای مشتری ندارد مانند جایی که مشتری بخواهد بخاطر وجود عیب در مبیع، عقد را فسخ نموده و مبیع را به فروشنده برگرداند و شفیع، اخذ به شفعه نماید [یعنی سایر خیارها مانند اختیار عیب هستند که فایده‌ای برای مشتری ندارند زیرا فایده اختیار عیب آن است که مشتری، عقد بیع را فسخ نموده و مبیع را به فروشنده برمی‌گرداند و ثمن را پس می‌گیرد حال آنکه این هدف با اخذ به شفعه، تأمین می‌گردد زیرا شفیع، ثمن را به مشتری برمی‌گرداند پس وقتی شفیع، اخذ به شفعه نماید، فایده‌ای بر اختیار عیب، مترتب نیست تا حکم به باقی بودن آن شود. البته این دلیل در مورد اختیار فروشنده وجود ندارد زیرا فروشنده با اعمال حق اختیار، مبیع را پس می‌گیرد حال آنکه اخذ به شفعه، چنین نتیجه‌ای را برای او به همراه ندارد بنابراین حق اختیار فروشنده با اخذ به شفعه، باطل نمی‌شود بلکه فقط حق اختیار مشتری، باطل می‌گردد. شهیدثانی، استدلال شهید اول برای باطل شدن حق اختیار مشتری را رد کرده و می‌فرماید: [این استدلال،

ضعیف است زیرا فایده اجرای حق خیار، منحصر در بازگشت ثمن به مشتری نیست بلکه ممکن است مشتری بخواهد با اجرای این حق، خسارت و ضمان را از خود دور کند. [می دانیم که اگر شفیع، اخذ به شفعه کند و ثمن را به مشتری داده و مبیع را از او بگیرد چنانچه بعداً معلوم شود که مبیع، متعلق به شخص دیگری بوده است، مشتری باید ثمن را به شفیع برگرداند و ضامن خسارت‌ها و هزینه‌ها نیز می‌باشد حال آنکه اگر مشتری، حق خیار خود را اعمال می‌کرد و مبیع را به فروشنده برمی‌گرداند، ضامن این موارد نبود بنابراین نمی‌توان گفت که فایده حق خیار، برگرداندن ثمن به مشتری است و این فایده با اخذ به شفعه، تأمین می‌گردد بلکه فواید دیگری هم بر حق خیار، مترتب است که دفع ضمانت و خسارت، از جمله آنهاست.]

(و لَيْسَ لِلشَّفِيعِ اخْتِذُ البُعْضِ، بَلْ يَأْخُذُ الجَمِيعَ أَوْ يَدَعُ)، لِئَلَّا يَتَضَرَّرَ المُشْتَرِي بِتَبْعيِضِ الصَّفَقَةِ، وَ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي المَجْمُوعِ مِنْ حَيْثُ هُوَ المَجْمُوعُ كَالخِيَارِ، حَتَّى لَوْ قَالَ: أَخَذْتُ نِصْفَهُ مَثَلًا بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ، لِمُنَافَاةِهِ الفُورِيَّةِ حَيْثُ تُعْتَبَرُ.

شفیع حق ندارد که حق شفعه را نسبت به مقداری از مبیع، اجرا کند [مثلاً بگوید: نصف خانه را با پرداخت نصف ثمن، تملک می‌کنم] بلکه یا باید تمام مبیع را تملک نماید، یا از تمام آن صرف نظر کند تا با تجزیه مبیع، ضرری متوجه خریدار نشود. [فلسفه حق شفعه، دفع ضرر از شریک است حال آنکه تجزیه مبیع، سبب ضرر خریدار می‌شود بنابراین تجزیه مبیع با فلسفه حق شفعه، سازگاری ندارد بلکه منافی آن است دلیل دیگر برای ممنوعیت تجزیه حق شفعه، مقایسه آن با قصاص است و نیز برای اجرای این حق باید به قدر متیقن که تمام حق شفعه است اکتفا نمود. دلیل دیگر برای ممنوعیت تجزیه مبیع]، بخاطر آن است که حق شفعه مانند حق خیار به مجموع مبیع از آن جهت که مجموع است، تعلق می‌گیرد بنابراین حتی اگر شفیع بگوید که مثلاً نصف مبیع را تملک نمودم، حق شفعه باطل می‌شود زیرا چنانچه فوریت، شرط اخذ به شفعه باشد [چنین کاری] منافات با فوریت دارد [زیرا زمانی که شفیع نسبت به حق خود آگاهی پیدا می‌کند نصف مبیع را تملک می‌نماید که اثری ندارد و اگر در زمان بعدی بخواهد تمام مبیع را تملک کند، حق شفعه‌اش از بین رفته است زیرا زمان آن سپری شده است. البته این استدلال در صورتی پذیرفته است که واقعاً تأخیر در اخذ به شفعه صورت

گیرد اما اگر شفیع بلافاصله پس از آنکه نصف مبیع را تملک نمود، بگوید که تمام مبیع را تملک کردم، تأخیری رخ نمی دهد. برخی از فقها گفته اند که چنانچه شفیع، بخشی از مبیع را نیز تملک کند حمل بر تملک تمام مبیع می شود و حق شفعه باطل نخواهد شد. [و يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ] أَي: بِمِثْلِهِ، لِعَدَمِ امْكَانِ الْأَخْذِ بِعَيْنِهِ إِلَّا أَنْ يَتَمَلَّكَهٗ، وَ لَيْسَ بِالْإِجْرَامِ، (وَ لَا يُلْزَمُهُ غَيْرُهُ مِنْ دَلَالَةٍ أَوْ وَكَالَةٍ أَوْ أُجْرَةِ نَقْدٍ وَ وَزْنٍ وَ غَيْرِهَا، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الثَّمَنِ وَ إِنْ كَانَتْ مِنْ تَوَابِعِهِ (ثُمَّ إِنْ كَانَ) الثَّمَنُ (مِثْلِيًّا فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ، وَ إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا فَقِيَمَتُهُ). وَ قِيلَ: لَا شُفْعَةَ هُنَا، لِتَعَدُّرِ الْأَخْذِ بِالثَّمَنِ، وَ عَمَلًا بِرِوَايَةِ لَا تَخْلُو عَنْ ضَعْفٍ، وَ قُصُورٍ عَنِ الدَّلَالَةِ، وَ عَلَى الْأَوَّلِ يُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ (يَوْمَ الْعَقْدِ)، لِأَنَّهُ وَقْتُ اسْتِحْقَاقِ الثَّمَنِ، فَحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ الْأَخْذُ بِهِ تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ حِينَئِذٍ. وَ قِيلَ: أَعْلَى الْقِيَمِ مِنْ حِينِهِ إِلَى حِينِ دَفْعِهَا كَالْغَاصِبِ، وَ هُوَ ضَعِيفٌ.

شفیع باید حق شفعه را در مقابل ثمنی که عقد بر آن واقع شده است، یعنی مثل آن ثمن، اعمال نماید زیرا امکان اخذ به شفعه در مقابل عین ثمن وجود ندارد [زیرا عین ثمن به فروشنده داده شده است و در اختیار شفیع نیست تا آن را به خریدار بدهد بنابراین باید مثل ثمن را به خریدار بدهد] مگر اینکه شفیع، ثمن را تملک کرده باشد که این هم [یعنی تحویل عین در جایی که عین را بدست می آورد یا بدست آوردن عین ثمن]، الزامی نیست [مانند اینکه شفیع با فروشنده، معامله ای انجام دهد و فروشنده، ثمنی را که از خریدار گرفته است بعنوان عوض به شفیع بدهد] و بر شفیع واجب نیست که مالی غیر از ثمنی که عقد نسبت به آن واقع شده است مانند دلالی یا حق الوکاله یا اجرت نقد کردن و وزن کردن و نظایر اینها [را که مشتری، پرداخته و هزینه کرده است] به خریدار بدهد زیرا این موارد، جزء ثمن نیست هر چند جزء لوازم و توابع مبیع می باشد. حال چنانچه ثمن، مثلی باشد شفیع باید مثل آن را و اگر قیمی باشد، قیمت آن را به خریدار بدهد و یک دیدگاه آن است که در اینجا [یعنی جایی که ثمن، قیمی باشد] حق شفعه وجود ندارد زیرا پرداخت ثمن، امکان ندارد و بخاطر عمل به روایتی که ضعیف است [زیرا حسن بن سماعه در میان راویان وجود دارد]. این روایت در مورد فروش خانه در مقابل عبور و پارچه و لباس و طلاست که امام فرمود حق شفعه در آن وجود ندارد و دلالتی بر موضوع ندارد. [زیرا نگفته است که خانه مشترک می باشد] در

صورتی که اخذ به شفعه در جایی که ثمن، قیمی است امکان داشته باشد باید قیمت ثمن در زمان عقد پرداخت شود زیرا خریدار در این زمان، استحقاق دریافت ثمن را پیدا می‌کند [یعنی شفیع در این زمان باید ثمن را به خریدار بدهد] و زمانی که شفیع نمی‌تواند آن ثمن را بدهد پس باید قیمت آن در زمان عقد را بدهد [عین ثمن را نمی‌تواند بدهد چون نزد فروشنده است و مثل آن را نمی‌تواند بدهد چون مثلی نیست پس باید قیمت آن را بدهد] یک دیدگاه هم آن است که شفیع باید مانند غاصب بالاترین قیمت از زمان عقد تا زمان پرداخت را بدهد اما این نظریه، ضعیف است. [زیرا چنین قیاسی جایز نیست و انتقال مال به شفیع گرچه بدون رضایت خریدار است اما مجوز شرعی برای آن وجود دارد.]

(و هِيَ عَلَى الْفُورِ) فِي أَشْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، افْتِضَارًا فِيمَا خَالَفَ الْأَصْلَ عَلَى مَحَلِّ الْوُفَاقِ، وَ لِمَا رُوِيَ أَنَّهَا كَحَلِّ الْعُقَالِ، وَ لِأَنَّهَا شَرِعَتْ لِذَفْعِ الضَّرْرِ، وَ رَبَّمَا جَاءَ مِنَ التَّرَاخِي عَلَى الْمُشْتَرِي ضَرَرٌ أَقْوَى، لِأَنَّهُ إِنْ تَصَرَّفَ كَانَ مَعْرِضًا لِلنَّقْصِ، وَ إِنْ أَهْمَلَ انْتَفَتْ فَائِدَةُ الْمَلِكِ. وَ قِيلَ: عَلَى التَّرَاخِي، اسْتِصْحَابًا لِمَا ثَبَتَ، وَ أَصَالَةً عَدَمِ الْفُورِيَّةِ فَهُوَ مُخْرَجٌ عَنِ الْأَصْلِ، وَ الرُّوَايَةُ عَامَّةٌ.

نَعَمْ رَوَى عَلِيُّ بْنُ مَهْزِيَارٍ عَنِ الْجَوَادِ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِنْظَارَهُ بِالثَّمَنِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. وَ هُوَ يُؤْذِنُ بَعْدَ التَّرَاخِي مُطْلَقًا، وَ لَا قَائِلَ بِالْفَرْقِ وَ هَذَا حَسَنٌ.

حق شفعه براساس نظریه مشهورتر، فوری است [یعنی به محض اینکه شفیع از فروش سهم شریک خود مطلع شد باید بلافاصله اخذ به شفعه کند و اگر تأخیر نماید، حق شفعه او از بین می‌رود] زیرا در موارد خلاف اصل باید به محل وفاق و قدر متیقن اکتفا کرد [یعنی حق شفعه برخلاف اصل عدم سلطه بر مال دیگری می‌باشد پس فقط باید حق شفعه‌ای را جایز دانست که مورد قبول همه فقهاست و آن، حق شفعه‌ای است که فوراً اعمال گردد. دلیل دیگر برای فوری بودن حق شفعه] روایتی است که حق شفعه را مانند باز کردن پای شتر دانسته است [یعنی همانگونه که اگر پای بند شتر باز شود باید بلافاصله شتر را گرفت تا فرار نکند، در اینجا هم به محض اینکه سهم شریک فروخته شد، شریک دیگر بلافاصله باید حق شفعه خود را اعمال کند تا حقش از بین نرود. دلیل سوم برای فوری بودن حق شفعه، آن است که] حق شفعه برای دفع ضرر، مورد تشریح

قرار گرفته است [یعنی اگر حق شفعه نباشد، شریک باید شرکت با خریدار را تحمّل نماید و این شراکت، موجب ضرر اوست] حال آنکه تأخیر در حق شفعه، ضرر قوی تری را برای خریدار، در پی دارد زیرا اگر خریدار، تصرف در مبیع نماید [مثلاً در زمین، خانه بسازد]، در معرض نقص قرار می‌گیرد [زیرا چنانچه شفیع، حق شفعه خود را اعمال می‌کند باید این ساختمان و تصرفات مشتری، از بین برود که خسارت آن بر مشتری وارد خواهد شد] و اگر خریدار، تصرفی در مبیع ننماید [یعنی صبر کند تا زمانی که شفیع، حق شفعه خود را اعمال کند یا این حق را اسقاط نماید] فایده ملک از بین می‌رود [یعنی مشتری، مالک مالی خواهد بود که حق تصرف در آن را ندارد و در نتیجه، فایده مالکیت که تصرف در ملک می‌باشد از بین خواهد رفت]. یک دیدگاه [که منسوب به ابن بابویه و ابن جنید و ابن ادریس و سیدمرتضی می‌باشد] آن است که حق شفعه [، فوری نیست بلکه] با تأخیر نیز اعمال می‌گردد زیرا حقی که ثابت شده است، استصحاب می‌گردد [یعنی در زمان فروش سهم شریک، حق شفعه برای شریک دیگر بوجود می‌آید و پس از مدتی شک می‌کنیم که این حق باقی است یا از بین رفته است. پس بقای آن را استصحاب می‌کنیم. دلیل دیگر برای عدم فوری بودن حق شفعه]، اصل عدم فوریت است [زیرا فوری بودن، دلیل می‌خواهد و هر جا در فوری یا غیرفوری بودن، شک کنیم اصل بر عدم فوری بودن است] و استصحاب [و اصل عدم فوریت]، آن را از اصل حرمت، خارج می‌سازند [یعنی گرچه اصل بر آن است که خارج کردن مال کسی از تصرف وی بدون رضایت او، حرام است اما اعمال حق شفعه و خارج کردن مال از تصرف مشتری در زمان‌های بعدی، حرام نیست زیرا استصحاب و اصل عدم فوری بودن حق شفعه، چنین حرمتی را از بین می‌برند بنابراین سخن کسانی که می‌گفتند خارج کردن مال از تصرف مشتری در زمان‌های بعدی، حرام است سخن صحیحی نیست. روایتی هم که بیان شد دلالت بر فوریت حق شفعه و حرمت خارج کردن مال در زمان‌های بعدی ندارد زیرا] این روایت، از طریق اهل سنت بیان شده است. [دلیل دیگری برای فوری بودن حق شفعه وجود دارد و آن روایت امام جواد(ع) است که شهیدثانی در این خصوص می‌فرماید: [بله علی بن مهزیار از امام جواد(ع) روایت کرده است که سه روز به شفیع مهلت داده می‌شود و این روایت اشاره دارد که تأخیر در

اعمال حق شفعه مطلقاً جایز نیست [اعم از اینکه عذری وجود داشته باشد یا عذری وجود نداشته باشد] و هیچکس [اعم از کسانی که حق شفعه را فوری می‌دانند و کسانی که آن را فوری نمی‌دانند] قائل نشده است که میان وجود عذر و عدم عذر باید تفاوت گذاشت. [نحوه دلالت این روایت بر فوری بودن حق شفعه بدین صورت است که اگر حق شفعه، فوریت نمی‌داشت نباید مقید به سه روز می‌گردید بلکه باید اخذ به شفعه بعد از سه روز نیز جایز می‌بود و این روایت، مقید به حالت عذر هم نشده است تا اینکه ایراد شود که این روایت فقط تراخی را در صورت عدم عذر، جایز می‌داند و فوری بودن نیز مخصوص حالت عذر است بلکه کسانی که قائل به فوریت شده‌اند تفاوتی میان حالت عذر و عدم عذر قائل نیستند و کسانی هم که قائل به تراخی شده‌اند، چنین تفاوتی را بیان نمی‌کنند بنابراین روایت نیز به صورت مطلق است. شهیدثانی نظریه فوری بودن حق شفعه را اختیار کرده و می‌فرماید: [این نظریه، نیکوست.

وَ عَلَيْهِ (فَإِذَا عَلِمَ وَ أَهْمَلَ) غَالِماً مُخْتَاراً (بَطَلَتْ) وَ يُعْذَرُ جَاهِلُ الْفُورِيَّةِ كَجَاهِلِ الشُّفْعَةِ وَ نَاسِبِهِمَا.

وَ تُقْبَلُ دَعْوَى الْجَهْلِ مِمَّنْ يُمَكِّنُ فِي حَقِّهِ غَادَةً، وَ كَذَا يُعْذَرُ مُؤَخَّرُ الطَّلَبِ إِلَى الصُّبْحِ لَوْ بَلَغَهُ لَيْلًا، وَ إِلَى الطَّهَارَةِ وَ الصَّلَاةِ وَ لَوْ بِالْأَذَانِ وَ الْإِقَامَةِ وَ السَّنَنِ الْمَعْهُودَةِ وَ انْتِظَارِ الْجَمَاعَةِ لَهَا، وَ الْأَكْلِ، وَ الشُّرْبِ، وَ الْخُرُوجِ مِنَ الْحَمَامِ بَعْدَ قَضَاءِ وَطَرِهِ مِنْهُ، وَ تَشْيِيعِ الْمُسَافِرِ، وَ شُهُودِ الْجِنَازَةِ، وَ قَضَاءِ حَاجَةِ طَالِبِهَا، وَ عِيَادَةِ الْمَرِيضِ، وَ نَحْوِ ذَلِكَ، لِشَهَادَةِ الْعُرْفِ بِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي حَاضِرًا عِنْدَهُ، بِحَيْثُ لَا يَمْنَعُهُ مِنْ شُغْلِهِ.

وَ لِأَبَدٍ مِنْ ثُبُوتِ الْبَيْعِ عِنْدَهُ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، أَوْ الشِّيَاعِ فَلَا عِبْرَةَ بِخَبَرِ الْفَاسِقِ وَ الْمَجْهُولِ وَ الصَّبِيِّ وَ الْمَرْأَةِ مُطْلَقًا، وَ فِي شَهَادَةِ الْعَدْلِ الْوَاحِدِ وَجْهٌ، وَ اكْتَفَى بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي الدُّرُوسِ مَعَ الْقَرِينَةِ، نَعَمْ لَوْ صَدَّقَ الْمُخْبِرُ كَانَ كَثْبُوتِهِ فِي حَقِّهِ وَ كَذَا لَوْ عَلِمَ صِدْقَهُ بِأَمْرِ خَارِجٍ.

پس حال که فوری بودن حق شفعه به اثبات رسید چنانچه شفیع علم پیدا کند [به اینکه شریکش سهم خود را فروخته و برای او حق شفعه بوجود آورده است و فوراً باید آن را اجرا کند] در حالی که علم داشته و قدرت بر اجرای آن داشته باشد اما حق شفعه را اعمال نکند، حق شفعه باطل خواهد شد. شریکی که نسبت به فوری بودن حق شفعه، جهل داشته باشد معذور است همچنانکه جاهل به حق شفعه و فراموش‌کننده

این دو مورد نیز معذور می باشد [یعنی اگر شفیع نداند که فروش سهم شریک، برای او حق شفعه بوجود می آورد یا نداند که حق شفعه، فوری است یا وجود حق شفعه و فوری بودن آن را بداند اما آن را فراموش کرده باشد معذور است یعنی در زمان های بعدی که علم پیدا می کند و یا به یادش می آید، می تواند حق شفعه را اعمال نماید. زیرا اگر این حق را از شفیع سلب کنیم با فلسفه حق شفعه که دفع ضرر از شریک است، تعارض پیدا خواهد کرد و موجب ضرر شریک خواهد شد که همان مشارکت با خریدار است. عدم قدرت بر اجرای حق شفعه نیز سبب از بین رفتن حق شفعه نمی شود بنابراین شریکی که در زندان بسر می برد و در این زمان، سهم شریکش فروخته می شود، حق دارد پس از آزادی از زندان، اخذ به شفعه نماید. اگر شریک در پاره ای امور اشتباه کرده باشد نیز حق شفعه وی باطل نخواهد شد مانند اینکه گمان کند که شریک، سهم خود را به ثمن گزافی فروخته است یا شخص خاصی، آن را خریده است اما بعداً خلاف آنها ثابت شود. حال سؤالی که در این زمینه مطرح می شود آن است که آیا ادعای جهل به این موارد از سوی شفیع پذیرفته می شود یا شفیع باید جهل خود را به اثبات برساند. شهید ثانی در پاسخ به این سؤال می فرماید: [ادعای جهل از کسی پذیرفته می شود که معمولاً چنین ادعایی نسبت به وی امکان داشته باشد] مانند شخصی که تازه مسلمان شده و احکام شرعی معاملات را نمی داند] و نیز [اشخاص زیر نسبت به تأخیر در اعمال حق شفعه] معذور هستند: شخصی که خبر فروش سهم شریک در شب به او می رسد و اجرای حق شفعه را تا صبح به تأخیر می اندازد؛ شخصی که [در هنگام وضوء یا غسل یا نماز، نسبت به فروش سهم شریک، آگاه می شود و اجرای حق شفعه را] به بعد از طهارت یا نماز، محول می کند حتی اگر نماز را با اذان و اقامه و اعمال مستحبی، بجا آورد یا در انتظار انجام نماز به صورت جماعت باشد [یعنی در حالی که در انتظار نماز جماعت می باشد خبر انجام معامله به او برسد و اعمال حق شفعه را به بعد از انجام نماز جماعت، موقوف کند. و یا اگر خبر انجام معامله در هنگام غذا خوردن یا آب نوشیدن یا حمام کردن یا بدرقه مسافر یا تشییع جنازه یا برآوردن حاجت یک مؤمن یا عیادت بیمار، به شریک برسد اجرای حق شفعه را به بعد از] غذا خوردن و آب نوشیدن و خارج شدن از حمام پس از آنکه نیاز خود را در حمام برطرف کرد و بدرقه مسافر و تشییع جنازه و بجا



آوردن حاجت نیازمند و عیادت بیمار و نظایر اینها محول کند زیرا عرف، چنین مواردی را عذر به حساب می آورد مگر اینکه مشتری نزد شفیع حاضر باشد بگونه‌ای که اخذ به شفعه، مانع انجام این کارها نشود [یعنی مثلاً شفیع همزمان با غذا خوردن یا حمام کردن، ثمن را نیز به خریدار بدهد و اخذ به شفعه نماید. البته موانع یاد شده در صورتی عذر به حساب می آیند که بزودی از بین بروند بنابراین چنانچه از بین رفتن آنها، زمان زیادی طول بکشد مانند مسافرت یا بیماری، نمی توان آنها را عذر به حساب آورد بلکه شفیع باید فوراً اخذ به شفعه کند و یا برای اخذ به شفعه، وکیل بگیرد. البته باید توجه داشت که اخذ به شفعه با سخن و قول، تحقق نمی یابد بلکه باید ثمن نیز به خریدار پرداخت شود و به همین جهت است که برخی فقها گفته اند چنانچه مشتری حاضر باشد بگونه‌ای که شفیع بتواند ثمن را به وی بدهد عذری وجود ندارد و عذرهای آنها در مورد مشتری غایب، وجود دارند. علامه حلی در کتاب تذکره و محقق کرکی در جامع المقاصد گفته اند که اگر شفیع ادّعی وجود عذر بنماید، سخن وی پذیرفته می شود زیرا حق شفعه، ثابت شده است و اصل بر بقای آن می باشد اما برخی از فقها گفته اند که شفیع باید برای اثبات عذر خویش، شاهد بگیرد زیرا شاهد گرفتن جایگزین درخواست حق شفعه می باشد و ترک شاهد گرفتن به منزله ترک درخواست اجرای حق شفعه است بویژه که حق شفعه برخلاف اصل می باشد. شهیدثانی در مورد زمان ثبوت حق شفعه فرموده است که حق شفعه زمانی ثابت می شود که فروش سهم شریک به شکل معتبری برای شفیع به اثبات برسد بنابراین] باید خبر فروش سهم شریک با شهادت دو مرد عادل یا شیوع آن، نزد شفیع به اثبات برسد و خبر شخص فاسق یا شخص مجهول الحال [که عدالت و فسق او معلوم نیست]، و خبر کودک و زن مطلقاً [اعم از اینکه عادل یا غیرعادل باشد و اعم از اینکه همراه با شهادت مرد باشد یا تنها باشد]، اعتباری ندارد و در مورد شهادت یک مرد عادل، توجیهی وجود دارد و مرحوم شهید اول در کتاب دروس گفته است که شهادت وی پذیرفته می شود مشروط بر اینکه همراه با قرینه باشد [یعنی قرینه‌هایی وجود داشته باشد که صدق خبر شاهد را تأیید نماید] بلکه اگر دریافت کننده خبر [یعنی شفیع]، خبر را تأیید کند مانند آن است که خبر نزد او [با شهادت دو مرد عادل یا از طریق شیوع خبر] به اثبات رسیده باشد و همینگونه است

هرگاه درستی خبر از قرینه‌های خارجی فهمیده شود [یعنی اگر شفیع، خبر یک شاهد عادل یا خبر زن یا خبر شخص مجهول الحال را تأیید کند یا قرینه‌هایی بر تأیید آن وجود داشته باشد مانند اینکه خریدار، سهم شریک را تصرف نماید مانند آن است که خبر فروش سهم شریک از طریق شهادت دو مرد عادل به اثبات رسیده باشد بنابراین شفیع باید بلافاصله حق شفعه را به اجرا درآورد و گرنه تأخیر در اجرای حق، موجب سقوط حق شفعه خواهد شد.]

(و لَا تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بِالْفَسْخِ الْمُتَعَبِّ لِلْبَيْعِ بِتَقَايُلٍ، أَوْ فَسْخِ بَعِيْبٍ) أَمَّا مَعَ التَّقَايُلِ فَظَاهِرٌ، لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْعَقْدِ، وَ الشُّفْعَةُ تَثْبُتُ بِهِ فَتَقَدَّمُ، وَأَمَّا مَعَ الْعَيْبِ فَلِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْفَسْخِ بِهِ فَرَعٌ دُخُولِ الْمَعِيْبِ فِي مَلِكِهِ، إِذْ لَا يُعْقَلُ رَدُّ مَا كَانَ مِلْكًا لِغَيْرِهِ، وَ دُخُولُهُ فِي مَلِكِهِ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِوُقُوعِ الْعَقْدِ صَحِيحًا، وَ فِي هَذَا الْوَقْتِ تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فَيَقْتَرِنَانِ وَ يُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيْعِ، لِعُمُومِ أَدْلَةِ الشُّفْعَةِ لِلشَّرِيكِ، وَ اسْتِصْحَابِ الْحَالِ، وَ لِأَنَّ فِيهِ جَمْعًا بَيْنَ الْحَقِيْنِ، لِأَنَّ الْعَيْبَ إِنْ كَانَ فِي الثَّمَنِ الْمَعْيَنِ فَالْبَائِعُ يَرْجِعُ إِلَى قِيَمَةِ الشُّفْصِ، وَ إِنْ كَانَ فِي الشُّفْصِ فَالْمُشْتَرِي يَطْلُبُ الثَّمْنَ وَ هُوَ حَاصِلٌ لَهُ مِنَ الشَّفِيْعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَدَّمْنَا الْبَائِعَ فِي الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ يَفْتَضِي سُقُوطَ حَقِّ الشَّفِيْعِ مِنَ الشُّفْصِ عَيْنًا وَ قِيَمَةً، وَ كَذَا لَوْ قَدَّمْنَا الْمُشْتَرِي.

وَ رُبَّمَا فُرِّقَ بَيْنَ أَحَدِ الشَّفِيْعِ قَبْلَ الْفَسْخِ وَ بَعْدَهُ، لِتَسَاوِيهِمَا فِي الثَّبُوتِ فَيُقَدَّمُ السَّابِقُ فِي الْأَخْذِ، وَ يُضَعَّفُ بِمَا ذَكَرْنَا.

وَ قِيلَ بِتَقْدِيمِ حَقِّ الْمُتَبَايَعِيْنِ، لِاسْتِنَادِ الْفَسْخِ إِلَى الْعَيْبِ الْمُقَارِنِ لِلْعَقْدِ وَ الشُّفْعَةُ تَثْبُتُ بَعْدَهُ، فَيَكُونُ الْعَيْبُ أَسْبَقَ.

وَ فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ مُجَرَّدَ وُجُودِ الْعَيْبِ غَيْرِ كَافٍ فِي السَّبَبِيَّةِ، بَلْ هُوَ مَعَ الْعَقْدِ، كَمَا أَنَّ الشَّرِيكَهَ غَيْرَ كَافِيَةً فِي سَبَبِيَّةِ الشُّفْعَةِ، بَلْ هِيَ مَعَ الْعَقْدِ، فَهُمَا مُتَسَاوِيَانِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَ إِنْ كَانَ جَانِبُ الْعَيْبِ لَا يَخْلُو مِنْ قُوَّةٍ إِلَّا أَنَّهُ لَا تُوجِبُ التَّقْدِيمَ فَالْعَمَلُ عَلَى مَا اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ أَوْلَى.

حق شفعه با فسخ بیع که از طریق اقاله بعد از عقد بیع صورت می‌گیرد و یا فسخ عقد بیع بخاطر خیار عیب، ساقط نمی‌شود [بنابراین اگر «الف» و «ب» در زمینی، شریک باشند و «الف» سهم خود را به «ج» بفروشد برای «ب» حق شفعه بوجود می‌آید. حال اگر «الف» و «ج» معامله را اقاله کنند یا این معامله بخاطر خیار عیب فسخ شود، حق

شفعه «ب» از بین نمی رود. [اما دلیل اینکه اقاله، حق شفعه را از بین نمی برد روشن است زیرا اقاله بعد از عقد بیع بوجود می آید اما حق شفعه همزمان با عقد بیع بوجود می آید بنابراین حق شفعه، مقدم بر اقاله است [یعنی حق شفعه، اقاله را بی اثر می کند و از بین می برد نه اینکه اقاله، حق شفعه را از بین ببرد] و اما [دلیل اینکه حق شفعه] در صورت وجود عیب [ساقط نمی شود] آن است که حق فسخ بخاطر عیب زمانی بوجود می آید که مال معیوب به ملکیت صاحب خیار درآمده باشد زیرا معقول نیست که صاحب خیار، مالی را به صاحبش برگرداند که هنوز به ملک او درنیامده است و متعلق به دیگری است و داخل شدن مال در ملک صاحب خیار از طریق عقد صحیح امکان دارد و در همین زمان است که حق شفعه نیز ثابت می شود بنابراین حق شفعه و حق فسخ بخاطر عیب، همزمان بوجود می آید [در مثال بالا چنانچه سهم «الف» معیوب باشد، «ج» خیار عیب پیدا می کند و در همین زمان «ب» نیز حق شفعه پیدا می کند پس حال که هر دو به حق، همزمان بوجود می آیند باید دید که کدامیک بر دیگری مقدم است. شهیدثانی می فرماید: حق شفیع مقدم است زیرا ادله حق شفعه، عام هستند [یعنی ادله حق شفعه می گویند که حق شفعه برای شفیع بوجود می آید اعم از اینکه خیار عیب نیز برای فروشنده یا خریدار بوجود بیاید یا خیار عیب بوجود نیاید. دلیل دیگر برای تقدم حق شفعه، استصحاب است [یعنی هنگام اجرای خیار عیب شک می کنیم که حق شفعه ای که قبلاً بوجود آمده است کماکان وجود دارد یا از بین رفته است؟ پس وجود آن را استصحاب می کنیم. دلیل سوم برای تقدم حق شفعه] آن است که در صورت اجرای حق شفعه، میان هر دو حق [یعنی حق شفعه و حق خیار عیب] جمع می کنیم زیرا چنانچه ثمن معین، معیوب باشد فروشنده بهای سهم فروخته شده را از شفیع می گیرد [در مثال قبل چنانچه ثمنی که «ج» به «ب» می دهد عین معین بوده و معیوب باشد مثلاً اتومبیل معیوبی باشد، «ب» به «الف» مراجعه کرده و ثمن واقعی را دریافت می کند اما اگر «الف» عقد بیع را فسخ نماید و مبیع را از «ج» پس بگیرد گرچه «الف» یعنی فروشنده به حق خود می رسد اما «الف» یا شفیع به حق خود نمی رسد زیرا نمی توان مبیع یا قیمت آن را دریافت نماید] و اگر عیب در مبیع باشد، خریدار [با فسخ معامله]، ثمن را مطالبه می کند حال آنکه ثمن از سوی شفیع به او داده می شود [یعنی اگر «ج»

معامله را فسخ نماید، ثمن را از «الف» دریافت می‌کند اما شفیع به حق خود نمی‌رسد حال آنکه اگر شفیع، اخذ به شفعه نماید ثمن را به مشتری می‌دهد بنابراین شفیع و خریدار، هر دو به حق خود می‌رسند [برخلاف موردی که در صورت اول [یعنی در جایی که ثمن، معیوب باشد] حق فروشنده را [مبنی بر فسخ معامله] مقدم نمائیم زیرا مقدم کردن حق فسخ فروشنده سبب می‌شود که حق شفیع نسبت به عین مبیع و قیمت آن، از بین برود [یعنی نه سهم شریک که فروخته شده است به او داده می‌شود و نه قیمت آن در حالیکه اگر شفیع، اخذ به شفعه کند ثمن صحیح و سالم را به فروشنده می‌دهد و خودش نیز به حقتش می‌رسد یعنی مبیع را تملک می‌کند] و نیز چنانچه حق مشتری را مقدم کنیم [یعنی در صورتی که عیبی در مبیع باشد به او اجازه فسخ معامله را بدهیم، حق شفیع از بین می‌رود حال آنکه اگر شفیع اخذ به شفعه نماید، مبیع را تملک کرده و ثمن را به مشتری برمی‌گرداند] گروهی از فقها [در مورد تقدم حق شفعه یا حق فسخ] فرق گذاشته‌اند میان صورتی که شفیع قبل از فسخ معامله توسط صاحب خیار، اخذ به شفعه کرده باشد یا بعد از آن، اخذ به شفعه کرده باشد [بنابراین در صورت اول، حق شفعه مقدم می‌شود و در صورت دوم، حق فسخ مقدم می‌گردد] زیرا حق شفعه و حق فسخ همزمان بوجود می‌آیند [و اعتبار یکسانی دارند] بنابراین حقی که زودتر اعمال گردد، مقدم خواهد شد [یعنی اگر شفیع، زودتر اقدام کند مبیع را تملک خواهد کرد و اگر صاحب خیار فسخ زودتر اقدام کند، معامله فسخ شده و حقی برای شفیع باقی نمی‌ماند] اما این نظریه به همان دلیلی که گفته شد، ضعیف است [زیرا اعمال حق شفعه سبب می‌شود که حق صاحب خیار نیز محفوظ بماند بنابراین حق شفعه در هر حال مقدم بر حق فسخ می‌باشد]. یک دیدگاه نیز آن است که حق فروشنده یا خریدار [مبنی بر فسخ قرارداد] مقدم بر حق شفعه است زیرا حق فسخ مستند به عیبی می‌باشد که همزمان با عقد بیع وجود داشته است اما حق شفعه بعد از عقد بیع بوجود می‌آید بنابراین عیب، قبل از شفعه بوجود می‌آید [و به همین جهت، حق صاحب خیار عیب، مقدم بر حق شفیع است و اگر صاحب خیار، معامله را فسخ کند حق شفعه از بین می‌رود]. اما این نظریه اشکال دارد زیرا وجود عیب به تنهایی سبب بوجود آمدن حق فسخ نیست بلکه همراه با عقد بیع، حق فسخ را بوجود می‌آورد همانگونه که شرکت

نیز به تنهایی سبب بوجود آمدن حق شفعه نمی‌شود بلکه همراه با عقد بیع، آن را بوجود می‌آورد بنابراین عیب و شرکت از این جهت [که به تنهایی سببیت ندارند] یکسان می‌باشند [و عقد بیع نیز جزئی از سبب حق فسخ و حق شفعه می‌باشد بنابراین حق فسخ و حق شفعه بعد از عقد بوجود می‌آیند] و گرچه عیب قوی‌تر از شرکت است [زیرا عیب، امری داخلی است که در حین عقد، جزء عوضین می‌باشد و وجود دارد اما شرکت امری خارجی است که شارع آن را سبب حق شفعه قرار داده است] اما این امر سبب نمی‌شود که حق فسخ، مقدم بر حق شفعه باشد [زیرا همانگونه که دیدیم هر دو همراه و همزمان با عقد سبب پیدایش حق فسخ و حق شفعه می‌شوند] بنابراین باید به نظریه‌ای عمل کرد که شهید اول انتخاب کرده است [یعنی حق شفعه مطلقاً بر حق فسخ مقدم است].

وَلَوْ اخْتَارَ الْبَائِعُ اخَذَ اُرْشِ التَّمَنِ الْمَعِيْبِ مِنَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِهِ عَلَى الشَّفِيعِ  
 اِنْ كَانَ اخَذَ بِقِيَمَةِ الْمَعِيْبِ اَوْ بِمَعِيْبٍ مِثْلِهِ، وَاِلَّا فَلَا، وَلَوْ تَرَكَ الْبَائِعُ الرَّدَّ وَالْاُرْشَ مَعَ اخْذِ  
 الشَّفِيعِ لَهُ بِقِيَمَةِ الْمَعِيْبِ اَوْ مِثْلِهِ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ بِشَيْءٍ، لِاَنَّهُ كَاسْقَاطِ بَعْضِ التَّمَنِ.  
 وَ كَذَا لَوْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِي اخْذَ اُرْشِ الشَّقْصِ قَبْلَ اخْذِ الشَّفِيعِ اخْذَهُ الشَّفِيعُ بِمَا بَعْدَ  
 الْاُرْشِ، لِاَنَّهُ كَجُزْءٍ مِنَ التَّمَنِ، وَلَوْ اخْذَهُ بَعْدَ اخْذِ الشَّفِيعِ رَجَعَ الشَّفِيعُ بِهِ.

اگر فروشنده [قرارداد را فسخ نکند بلکه] ارش ثمن معیوب را از خریدار بگیرد، خریدار به شفیع مراجعه کرده و آن را می‌گیرد مشروط بر اینکه خریدار، قیمت ثمن معیوب را از شفیع گرفته باشد [مثلاً اگر فروشنده، سهم زمین خود را بفروشد خریدار اتومبیل معیوبی را که ده میلیون تومان ارزش دارد به فروشنده بدهد و شفیع با پرداخت ده میلیون تومان به خریدار، اخذ به شفعه کرده باشد. حال اگر قیمت اتومبیل سالم، دوازده میلیون تومان باشد و فروشنده، دو میلیون تومان بعنوان ارش از خریدار بگیرد خریدار می‌تواند این دو میلیون تومان را از شفیع بگیرد. همچنین در صورتی که میبع، مال مثلی باشد حق مراجعه خریدار به شفیع برقرار است در صورتی که [خریدار کالایی مثل کالای معیوب از شفیع گرفته باشد] یعنی خریدار یک مال مثلی مانند هزار کیلو برنج معیوب بعنوان ثمن به فروشنده داده باشد و شفیع نیز مثل همین برنج معیوب را به خریدار داده و اخذ به شفعه کند و آنگاه فروشنده به خریدار مراجعه کرده و ارش بگیرد،

در این صورت خریدار می‌تواند ارشی را که به فروشنده پرداخته است از شفیع بگیرد] اما اگر خریدار، قیمت یا مثل مال معیوب را از شفیع نگرفته باشد، حق مراجعه به شفیع را نخواهد داشت [مثلاً در مثال اول، شفیع با پرداخت دوازده میلیون تومان و در مثال دوم با تحویل مثل هزار کیلو برنج سالم، اخذ به شفعه کرده باشد. در اینجا خریدار حق مراجعه به شفیع را ندارد زیرا شفیع از همان اول، ارش را پرداخته است برخلاف حالت قبل که ارش به خریدار پرداخت نشده بود و ارشی که مشتری می‌پردازد جزئی از ثمن است و شفیع باید تمام ثمن را به خریدار بدهد و اخذ به شفعه نماید]. اما اگر فروشنده، [حق فسخ را اعمال نکند یعنی] نه مال را به خریدار مسترد کند و نه ارش بگیرد [بلکه از حق فسخ خود صرف نظر نماید] در حالی که شفیع، قیمت یا مثل مال معیوب را به خریدار داده و اخذ به شفعه کرده باشد، خریدار حق مراجعه به شفیع را ندارد زیرا، مانند آن است که فروشنده مقداری از ثمن را اسقاط کرده [و مبیع را ارزان‌تر به خریدار فروخته باشد] همچنین در صورتی که خریدار، قبل از آنکه شفیع اخذ به شفعه نماید ارش مبیع معیوب را از فروشنده گرفته باشد شفیع، مبیع را در مقابل ثمنی که ارش از آن کسر شده است، تملک می‌کند زیرا ارش، بخشی از ثمن می‌باشد [بنابراین اگر فروشنده سهم خود را که معیوب بوده است به مبلغ یک میلیون تومان فروخت اما قبل از آنکه شفیع، اخذ به شفعه کند، خریدار به فروشنده مراجعه کرد و دویست هزار تومان بعنوان ارش گرفت، شفیع مبلغ هشتصد هزار تومان به خریدار می‌دهد و اخذ به شفعه می‌کند زیرا ثمن واقعی، هشتصد هزار تومان است و شفیع باید ثمن واقعی را بپردازد] اما اگر خریدار پس از آنکه شفیع اخذ به شفعه کرد، ارش را از فروشنده بگیرد شفیع به خریدار مراجعه کرده و ارش را پس می‌گیرد] مثلاً اگر شفیع در مثال بالا اخذ به شفعه نمود و مبلغ یک میلیون تومان به خریدار پرداخت کرد و سپس خریدار مبلغ دویست هزار تومان از فروشنده گرفت، شفیع می‌تواند این دویست هزار تومان را از خریدار پس بگیرد.]

و يُفْهِمُ مِنْ تَقْيِيدِ الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ بَعْيَرِهِ بَطَلَتْ، وَ قَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي الْفَسْخِ بِالْخِيَارِ، وَ بَقِي تَجَدُّدُ الْفَسْخِ بِذَاتِهِ، كَمَا لَوْ تَلَفَ الثَّمَنُ الْمُعَيَّنُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَ فِي بَطْلَانِهَا بِهِ قَوْلٌ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُوجِبُ بَطْلَانَ الْعَقْدِ، وَ آخَرَ بَعْدَمِهِ، لِأَنَّ الْبَطْلَانَ مِنْ حِينِ التَّلَفِ لَا مِنْ

أَصْلِهِ، فَلَا يُرْبِلُ مَا سَقَّ مِنْ اسْتِحْقَاقِهَا، وَثَالِثٌ بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَخْذِ الشَّفِيعِ قَبْلَ التَّلْفِ فَتَثْبُتُ، وَبَعْدَهُ فَتَبْطُلُ، وَالْأَوَسَطُ أَوْسَطٌ.

از [عبارت شهید اول که] فسخ را مقید به عیب نمود چنین فهمیده می‌شود که اگر فسخ عقد بیع به سبب دیگری غیر از عیب باشد حق شفعه باطل می‌شود [یعنی شهید اول حکم عدم سقوط شفعه را در صورتی که طرفین قرارداد حق فسخ داشته باشند مقید به حالتی نمود که حق فسخ به سبب خیار عیب باشد بنابراین چنانچه حق فسخ بخاطر سایر اختیارات برای طرفین قرارداد وجود داشته باشد و ایشان، عقد بیع را فسخ کنند حق شفعه از بین می‌رود] و این مطلب را در مسأله فسخ قرارداد بخاطر حق خیار بیان کردیم [آنجا که در ابتدای مبحث شفعه فرمود: «فان اختار المشتري او الباع الفسخ بطلت»]. یک حالت دیگر باقی مانده است که شهید ثانی حکم آن را چنین بیان می‌کند: [و مسأله فسخ ذاتی عقد، باقی می‌ماند [یعنی جایی که عقد بیع خود بخود باطل شود] مانند جایی که ثمن معین قبل از قبض، تلف شود [مثلاً اتومبیلی بعنوان ثمن قرار داده شود اما قبل از آنکه اتومبیل تحویل فروشنده شود، آتش گرفته و از بین برود که در این صورت یعنی تلف مبیع یا ثمن قبل از قبض، معامله باطل می‌شود. حال در مورد بطلان یا عدم بطلان حق شفعه، چند دیدگاه وجود دارد؛] یک دیدگاه آن است که حق شفعه بخاطر بطلان عقد بیع، از بین می‌رود زیرا تلف ثمن معین، موجب بطلان عقد می‌شود [و وقتی عقد باطل شود، شفعه هم به تبع آن باطل می‌شود زیرا عقد بیع، سبب بوجود آمدن حق شفعه می‌شود]. دیدگاه دیگر آن است که حق شفعه باطل نمی‌شود زیرا عقد بیع از اصل و ابتدا باطل نمی‌شود بلکه از زمان تلف شدن ثمن معین، باطل می‌شود بنابراین بطلان عقد، آنچه را که از قبل ثابت شده است از بین نمی‌برد [یعنی حق شفعه با انعقاد عقد بیع بوجود آمد و انحلال بعدی عقد بیع، حق بوجود آمده را از بین نمی‌برد بلکه آن حق، استصحاب می‌شود]. دیدگاه سوم آن است که [باید تفصیل داد] چنانچه شفیع قبل از تلف ثمن معین، اخذ به شفعه نماید حق شفعه ثابت می‌شود و اگر بعد از تلف ثمن، اخذ به شفعه نماید حق شفعه ثابت نمی‌شود. نظریه دوم، متعادل تر است.

(و) كَذَا (لَا) تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ (بِالْعُقُودِ اللَّاحِقَةِ) لِلْبَيْعِ (كَمَا لَوْ بَاعَ) الْمُشْتَرِي الشُّصَّصَ (أَوْ وَهَبَ، أَوْ وَقَفَ)، لِسَبْقِ حَقِّ الشَّفِيعِ عَلَى مَا تَأَخَّرَ مِنَ الْعُقُودِ (بِلِ الشَّفِيعِ إِنْطِلَ)

ذَلِكَ كُلِّهِ) وَ الْأَخْذُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ (وَلَهُ أَنْ يُجِيزَ) الْبَيْعَ (وَيَأْخُذُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي) لِأَنَّ كُلًّا مِنْ الْبَيْعَيْنِ سَبَبٌ تَأْمُّ فِي ثُبُوتِ الشَّفْعَةِ، وَ الثَّانِي صَحِيحٌ وَ إِنْ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الشَّفْعِ، فَالْتَّعْيِينُ إِلَى اخْتِيَارِهِ.

وَ كَذَا لَوْ تَعَدَّدَتِ الْعُقُودُ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْأَخِيرِ صَحَّتِ الْعُقُودُ السَّابِقَةُ، وَ إِنْ أَخَذَ مِنَ الْأَوَّلِ بَطَلَتِ اللَّاحِقَةُ، وَ إِنْ أَخَذَ مِنَ الْمُتَوَسِّطِ صَحَّ مَا قَبْلَهُ وَ بَطَلَ مَا بَعْدَهُ.

وَ لَا فَرْقَ فِي بُطْلَانِ الْهَيْئَةِ لَوْ اخْتَارَهُ الشَّفِيعُ بَيْنَ اللَّازِمَةِ وَ غَيْرِهَا، وَ لِأَيِّنِ الْمُعَوِّضِ عَنْهَا وَ غَيْرِهَا، فَيَأْخُذُ الْوَاهِبُ الثَّمَنَ وَ يَرْجِعُ الْعِوَضُ إِلَى بَازِلِهِ.

حق شفعه با عقودی که بعد از عقد بیع، منعقد می شود، ساقط نمی گردد مانند اینکه خریدار، سهمی را که خریده است بفروشد یا هبه کند یا وقف نماید زیرا حق شفیع مقدم بر عقودی است که بعداً منعقد می شود [بنابراین چنانچه «الف» و «ب» در زمینی شریک باشند و «الف» سهم خود را به «ج» بفروشد و «ج» نیز آن را به «د» بفروشد حق شفعه «ب» کماکان برقرار است و می تواند سهم فروخته شده را تملک نماید] بلکه شفیع می تواند همه این معاملات را ابطال کرده و نسبت به بیع اولی اخذ به شفعه کند [یعنی معامله «ج» و «د» را ابطال کرده و نسبت به قرارداد میان «الف» و «ج» اخذ به شفعه کند یعنی ثمنی را که «ج» پرداخته است به او بدهد و مبیع را تملک نماید] و نیز می تواند معامله اول را اجازه داده و نسبت به معامله دوم اخذ به شفعه کند زیرا هر یک از دو عقد بیع [یعنی عقدی که میان «الف» و «ج» منعقد شده و عقدی که میان «ج» و «د» رخ داده است]، سبب کامل برای تحقق حق شفعه است [زیرا در هر دو مورد، شفیع شریک با فروشنده است] و عقد دوم نیز صحیح است هر چند متوقف بر اجازه شفیع می باشد [یعنی «ج» که سهم خریداری شده را به «د» فروخته است معامله اش صحیح می باشد چون مال خودش را فروخته است اما نیاز به اجازه شفیع دارد چون شفیع می تواند اخذ به شفعه نموده و معامله را ابطال کند] بنابراین تعیین [یکی از دو بیع و اعمال حق شفعه نسبت به هر یک از آنها] به اختیار شفیع می باشد [همچنین اگر چند عقد نسبت به سهم فروخته شده منعقد گردد، شفیع می تواند نسبت به هر یک از این عقود، اخذ به شفعه کند [مثلاً در مثال بالا چنانچه «د» نیز مورد معامله را به «ه» فروخت و «ه» نیز به «و» فروخت، شفیع می تواند نسبت به هر یک از این قراردادها اخذ به شفعه نماید] پس



چنانچه شفیع نسبت به عقد آخر، اخذ به شفعه نماید عقود قبلی صحیح خواهد بود [یعنی اگر معامله میان «ه» و «و» را اخذ به شفعه کند معامله میان «الف» و «ج» و معامله میان «ج» و «د» و معامله میان «د» و «ه» صحیح می‌باشد و شفیع ثمنی را که «و» به «ه» داده است به «و» می‌پردازد و مبیع را تملک می‌کند] و اگر شفیع نسبت به معامله اول، اخذ به شفعه کند، معاملات بعدی، باطل می‌شود [و شفیع ثمنی را که «ج» به «الف» داده است به او می‌دهد و مبیع را تملک می‌نماید] و اگر نسبت به معامله وسطی اخذ به شفعه کند، معاملات قبل از آن صحیح بوده و معاملات بعدی باطل می‌شود [و در این صورت شفیع باید ثمنی را که در معامله وسطی پرداخت شده است به خریدار بدهد. مراجعه شفیع به معامله وسطی به معنای تنفیذ معامله قبلی و ابطال معامله بعدی است و این تنفیذ یا ابطال نیازی به تصریح ندارد و حتی اگر بدون اخذ به شفعه بگوید که فلان معامله را ابطال کردم اثری بر سخن وی مترتب نیست بلکه اخذ به شفعه، خود بخود معاملات بعدی را باطل می‌کند. برخی از فقهای اهل سنت گفته‌اند که اگر خریدار، مبیع را وقف کرده باشد حق شفعه شفیع از بین می‌رود اما دلیلی برای این نظریه وجود ندارد.]

اگر شفیع اخذ به شفعه نماید [و خریدار، مبیع را هبه کرده باشد، هبه باطل می‌شود] و در باطل شدن هبه تفاوتی ندارد که هبه لازم باشد یا هبه جایز باشد [اصل بر جایز بودن هبه است اما در برخی موارد مانند هبه به اقوام نزدیک، عقد هبه لازم می‌باشد] و نیز تفاوتی ندارد که هبه معوض باشد [یعنی هبه‌ای که در آن شرط می‌شود موهوب له نیز مالی را به واهب ببخشد] یا هبه غیر معوض باشد بنابراین [در هبه معوض] واهب [یعنی خریدار] ثمن را از شفیع می‌گیرد و عوض را به صاحب آن برمی‌گرداند [این عبارت اشاره به سخن کسانی دارد که در هبه لازم، ثمن را متعلق به موهوب له می‌دانند زیرا شفیع نمی‌تواند هبه لازم را باطل کند اما به نظر شهیدثانی و مشهور فقها تفاوتی میان هبه لازم و سایر قراردادهای لازم نیست.]

(وَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ مِنَ الْمُشْتَرِي) لَا مِنَ الْبَائِعِ، لِأَنَّهُ الْمَالِكُ الْآنَ (وَدَرَكَهُ) أَي: دَرَكَ الشَّقْصَ لَوْ ظَهَرَ مُسْتَحَقًّا (عَلَيْهِ) فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ وَبِمَا اغْتَرَمَهُ لَوْ أَخَذَهُ الْمَالِكُ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ كَوْنِهِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَ يَدِ الْبَائِعِ بَأَنَّ لَمْ يَكُنْ أَقْبَضَهُ، لَكِنْ هُنَا لَا يُكَلِّفُ الْمُشْتَرِي قَبْضَهُ مِنْهُ، بَلْ يُكَلِّفُ الشَّفِيعَ الْأَخْذَ مِنْهُ أَوْ التَّرْكَ، لِأَنَّ الشَّقْصَ هُوَ حَقُّ الشَّفِيعِ،

فَحَيْثُمَا وَجَدَهُ أَخَذَهُ، وَ يَكُونُ قَبْضُهُ كَقَبْضِ الْمُشْتَرِي، وَ الدَّرَكُ عَلَيْهِ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ.

شفیع نسبت به خریدار اخذ به شفعه می‌کند و نسبت به فروشنده اخذ به شفعه نمی‌کند زیرا خریدار در زمان اخذ به شفعه، مالک مال می‌باشد و اگر سهم فروخته شده، متعلق به غیر درآید خریدار باید از عهده خسارت برآید بنابراین شفیع به خریدار مراجعه کرده و ثمن و خسارت‌ها را در صورتی که مالک از شفیع گرفته باشد از او می‌گیرد [بنابراین اگر «الف» و «ب» در زمینی شریک باشند و «الف» سهم خود را به «ج» صلح کند و دوباره آن را به «د» بفروشد. در اینجا «ب» باید ثمن را به «د» بدهد و مبیع را تملک کند. حال اگر «ب» در زمین ساختمانی بسازد و «ج» که مالک واقعی زمین است، آن را از «ب» پس بگیرد و ساختمان را خراب کند، «ب» به «د» مراجعه کرده و ثمن را به همراه خسارتهایی که متحمل شده است از وی می‌گیرد و البته «د» نیز به «الف» مراجعه کرده و ثمن و خسارت‌ها را از وی می‌گیرد] و در این خصوص که شفیع باید به خریدار مراجعه کند تفاوتی وجود ندارد که مبیع در دست مشتری باشد یا در دست فروشنده بوده یعنی هنوز خریدار، آن را تحویل نگرفته باشد هر چند در حالت دوم، خریدار تکلیفی ندارد که مبیع را از فروشنده تحویل گرفته [و به شفیع بدهد] بلکه شفیع باید مبیع را از فروشنده بگیرد یا از حق خود بگذرد زیرا سهم شریک که فروخته شده است، حق شفیع می‌باشد سپس هر جا آن را پیدا کند برمی‌دارد و تحویل گرفتن شفیع مانند تحویل گرفتن خریدار است و در هر دو صورت، خسارت برعهده مشتری می‌باشد. [تملک مبیع از سوی شفیع به صورت قهری است بنابراین خریدار، اراده‌ای ندارد تا نسبت به تحویل مبیع به شفیع نیز تعهد پیدا کند اما برخی از فقهای شافعی این مورد را با بیع مقایسه کرده و خریدار را موظف کرده‌اند تا مبیع را از فروشنده گرفته و تحویل شفیع بدهد. همچنین شفیع حق ندارد ثمن را نگه‌دارد تا مبیع تحویل او شود همچنانکه حق ندارد معامله میان فروشنده و خریدار را فسخ کرده و مبیع را از فروشنده بگیرد. اگر مبیع بغیر تعدی یا تفریط خریدار، تلف شده باشد شفیع حق ندارد مقداری از ثمن را کسر نماید بلکه باید در قبال پرداخت تمام ثمن اخذ به شفعه کند یا از حق خود بگذرد و یک دیدگاه آن است که اگر خریدار، تعدی یا تفریط هم کرده باشد ضامن نیست چون در مال خودش تصرف کرده است. اگر خریدار در مبیع تصرفاتی کرده باشد تابع

احکام عمومی است و مانع حق شفعه شفیع نمی شود.]  
 (وَالشُّفَعَةُ تُورَثُ) عَنِ الشَّفِيعِ كَمَا يُورَثُ الْخِيَارُ وَ حَدُّ الْقَذْفِ، وَ الْقِصَاصُ فِي أَصَحِّ  
 الْقَوْلَيْنِ لِعُمُومِ آدِلَةِ الْإِزْثِ. وَ قِيلَ: لَا تُورَثُ اسْتِنَادًا إِلَى رِوَايَةِ ضَعِيفَةِ السَّنَدِ.  
 وَ عَلَى الْمُخْتَارِ فِيهِ (كَالْمَالِ) فَتُقَسَّمُ (بَيْنَ الْوَرَثَةِ) عَلَى نِسْبَةِ سِهَامِهِمْ، لَا عَلَى  
 رُؤُسِهِمْ. فَلِلزَّوْجَةِ مَعَ الْوَلَدِ التُّمْنُ، وَ لَوْ عَفَى أَحَدُ الْوَرَاثِ عَنْ نَصِيبِهِ لَمْ تَسْقُطْ، لِأَنَّ الْحَقَّ  
 لِلْجَمِيعِ، فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ وَاحِدٍ بِتَرْكِ غَيْرِهِ (فَلَوْ عَفَوْا إِلَّا وَاحِدًا أَخَذَ الْجَمِيعُ أَوْ تَرَكَ)  
 حَدْرًا مِنْ تَبَعُصِ الصَّفَقَةِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَ لَا يَقْدَحُ هُنَا تَكَثُّرُ الْمُسْتَحِقِّ، وَ إِنْ كَانُوا شُرَكَاءَ،  
 لِأَنَّ أَصْلَ الشَّرِيكِ مُتَّحِدًا. وَ الْإِعْتِبَارُ بِالْوَحْدَةِ عِنْدَ الْبَيْعِ لَا الْأَخْذِ.

بنابر نظریه صحیح تر، حق شفعه از شفیع به ارث می رسد همانگونه که حق خیار و حدّ قذف و قصاص به ارث می رسد زیرا عموم ادله ارث، شامل وراثت حق شفعه نیز می شود [مانند روایت و پیامبر(ص) که فرمود هر حقی از میت بر جای بماند متعلق به وارث اوست و نیز حق شفعه، یک حق مالی است بنابراین احکام اموال نسبت به آن، جاری می شود] و یک دیدگاه آن است که حق شفعه به ارث نمی رسد زیرا استناد به روایتی می کند که سند آن ضعیف است [این روایت را طلحة بن زید از امام صادق(ع) روایت کرده است که علی(ع) فرمود: «حق شفعه به ارث نمی رسد.» ضعیف بودن این روایت بخاطر طلحة بن زید است که اُبتری مذهب است یعنی کسانی که خلافت حضرت علی و ابوبکر و عمر را قبول دارند.] و بنابر نظریه مورد انتخاب ما [که حق شفعه به ارث می رسد] حق شفعه مانند مال است بنابراین به نسبت سهام ورثه و نه به نسبت تعداد آنها به ارث می رسد پس اگر وارث عبارت از زوجه و یک پسر باشد، یک هشتم حق شفعه به زوجه می رسد [و هفت هشتم آن به پسر می رسد و نیز پسر دو برابر دختر ارث می برد برخلاف نظر برخی از فقهای اهل سنت که اعتقاد دارند حق شفعه به نسبت مساوی به ارث می رسد چون همگی شریک در این حق می باشند.] و اگر یکی از وارثان از حق خود گذشت کند، حق شفعه از بین نمی رود زیرا حق شفعه متعلق به تمام وارثان است بنابراین حق یکی از آنان باگذشت دیگری، از بین نمی رود. [و حق وارثی که گذشت کرده است به وارثان دیگر منتقل می شود. البته گروهی از فقها اعتقاد دارند که چنانچه یکی از وارثان از حق خود گذشت کند، حق بقیه وارثان نیز ساقط می شود زیرا

حق وارثی که گذشت کرده است به خریدار منتقل می شود بنابراین چنانچه بقیه وارثان بخواهند به نسبت سهم خود اخذ به شفعه کنند موجب تبعض صفقه و ضرر مشتری خواهد شد که با فلسفه حق شفعه منافات دارد. [اگر همه وارثان بجز یک نفر از آنها، حق شفعه را اسقاط کنند، وارثی که باقیمانده است یا باید تمام مبیع را تملک کند یا از حق خود بگذرد زیرا] [اگر به نسبت سهم خود، اخذ به شفعه کند] موجب تبعض صفقه [و ضرر] برای خریدار خواهد شد و در اینجا تکثر و تعدد صاحبان حق شفعه، ضرری را بوجود نمی آورد هر چند همگی شریک در حق شفعه هستند [و اساساً شریک باید یک نفر باشد تا بتواند حق شفعه را اعمال کند] زیرا شریک اصلی [که همان متوفی و مورث می باشد] یک نفر است و شرط واحد بودن شریک، در زمان انعقاد عقد بیع اعتبار دارد نه در زمانی که اخذ به شفعه می شود. [یعنی اگر شریک قبل از فروش سهم الشریکه شریک دیگر فوت کند و وارثان وی به قائم مقامی او شریک در مال شوند، حق ندارند اخذ به شفعه کنند چون شرکاء، بیش تر از یک نفر هستند حال آنکه در زمان عقد بیع فقط باید یک شریک وجود داشته باشد اما اگر شریک در زمان فروش سهم الشریکه شریک دیگر زنده باشد و قبل از اخذ به شفعه بمیرد این حق به وارث او می رسد هر چند متعدّد باشند. از عبارت شهید و فقهای دیگر چنین برمی آید که زوجه از حق شفعه ارث می برد هر چند حق شفعه متعلق به مالی باشد که زوجه از آن ارث نمی برد زیرا حق شفعه، یک حق مالی مستقل است اما برخی از فقها در چنین مواردی، زوجه را محروم از ارث می دانند زیرا حق شفعه به اعتبار متعلق آن، مال شناخته می شود اگر وارثی، حق شفعه خود را ساقط کند و وارث دیگر آن را مطالبه نماید و سپس وارث مطالبه کننده فوت نماید و وارث دیگر که بخشیده است وارث او شود، حق شفعه را به ارث می برد. اگر شریکی، سهم الشریکه خود را برای شخصی وصیت کند و شریک دیگر پس از فوت موصی و قبل از قبول موصی له، سهم خود را بفروشد چنانچه قبول را تکامل ملکیت بدانیم، حق شفعه به وارثان متوفی می رسد و اگر آن را کاشف بدانیم، حق شفعه به موصی له می رسد.]

(و یَجِبُ تَسْلِيمُ الثَّمَنِ أَوْلَا) جَبْرًا لِقَهْرِ الْمُشْتَرِي (ثُمَّ الْأَخْذُ) أَي: تَسَلَّمَ الْمَبِيعَ، لَا الْأَخْذُ بِالشَّفْعَةِ الْقَوْلِيُّ، فَإِنَّهُ مُتَقَدِّمٌ عَلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ مُرَاعَاةً لِلْفَوْرِيَّةِ (إِلَّا أَنْ يَرْضَى

الشَّفِيعُ بِكَوْنِهِ) أَيِ التَّمَنِ (فِي ذِمَّتِهِ) فَلَهُ أَنْ يَتَسَلَّمَ الْمَبِيعَ أَوْلًا، لِأَنَّ الْحَقَّ فِي ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي فَإِذَا أَشَقَطَهُ بِرِضَاهُ بِتَأْخِيرِ التَّمَنِ فِي ذِمَّةِ الشَّفِيعِ فَلَهُ ذَلِكَ. وَ الْمُرَادُ بِالشَّفِيعِ هُنَا الْمُشْتَرِي، لِمَا ذَكَرْنَاهُ إِثْمًا تَجَوُّزًا لِكَوْنِهِ سَبَبًا فِي إِثْبَاتِ الشَّفِيعِ، أَوْ وَقَعَ سَهْوًا.

[برای تحقق شفعه باید ابتدا شفیع، اراده خود را مبنی بر اخذ به شفعه به خریدار اعلام کند و سپس ثمن را به او بپردازد و بعداً مبیع را تحویل بگیرد و این سه امر از نظر زمانی، پس از یکدیگر رخ می دهد بنابراین مصنف می فرماید:] باید ابتدا ثمن به خریدار تحویل گردد تا مجبور شدن وی جبران گردد [یعنی الزام و اجبار خریدار به اینکه مبیع را به شفیع بدهد موجب رنجش خاطر او می شود و اگر شفیع قبل از آنکه مبیع را از وی تحویل بگیرد، ثمن را به او بدهد اندکی موجب جبران این رنجش خاطر خواهد بود و پس از آنکه ثمن به خریدار داده شد]، مبیع از وی تحویل گرفته می شود و منظور از اخذ کردن، تحویل گرفتن عملی مبیع است و اخذ قولی به شفعه، مورد نظر نیست زیرا اخذ به شفعه قبل از تحویل ثمن به خریدار صورت می گیرد تا فوری بودن اخذ به شفعه رعایت گردد [یعنی وقتی شفیع نسبت به فروش سهم شریک خود آگاهی پیدا کرد بلافاصله باید عبارت «اخذ به شفعه نمودم» را بیان کند و سپس ثمن را تحویل داده و مبیع را تحویل بگیرد چون اگر این عبارت را نگوید و بخواهد با تحویل دادن ثمن و تحویل گرفتن مبیع، اخذ به شفعه کند ممکن است مدتی طول بکشد و در نتیجه فوری بودن اخذ به شفعه از بین برود.] مگر اینکه خریدار رضایت بدهد که ثمن در ذمه شفیع باقی بماند [که در این صورت لازم نیست ابتدا ثمن تحویل گردد بلکه] شفیع می تواند ابتدا مبیع را تحویل بگیرد [و سپس ثمن را اخذ کند] زیرا حق تحویل ابتدایی ثمن، حقی برای خریدار است بنابراین می تواند این حق را اسقاط کند بدین صورت که رضایت بدهد ثمن در ذمه شفیع باقی مانده و با تأخیر پرداخت گردد. و منظور از «شفیع» در اینجا [یعنی در عبارت «الآن یرضی الشفیع بکونه فی ذمته»] به همان دلیلی که بیان کردیم، مشتری است یا بخاطر آن است که مجازاً در معنای مشتری استعمال شده است زیرا خریدار سبب بوجود آمدن خریدار می باشد و یا اشتباهی بکار رفته است. [یعنی علت اینکه واژه «شفیع» بجای واژه «خریدار» بکار رفته است آن است که سبب مجازاً بجای مسبب بکار رفته است زیرا مشتری سبب پیدایش شفیع است و او

زمانی که سهم شریک را خریداری می‌کند، شریک دیگر نیز عنوان «شفیع» پیدا می‌کند. علت دیگر آن است که مصنف اشتباهاً واژه «شفیع» را بجای «مشتري» بکار برده است. احتمال دیگر آن است که عبارت را چنین معنا کنیم: «شفیع، مشتری را راضی کند که ثمن در ذمه او باقی بماند» [

(وَلَا يَصِحُّ الْأَخْذُ إِلَّا بَعْدَ الْعِلْمِ بِقَدْرِهِ، وَجِنْسِيهِ) وَ وَصْفِهِ، لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ تَفْتَقِرُ إِلَى الْعِلْمِ بِالْعَوَاضِينَ (فَلَوْ أَخَذَهُ قَبْلَهُ لَعَا، وَ لَوْ قَالَ: أَخَذْتُهُ بِمَهْمَا كَانَ) لِلْعَرْرِ، وَلَا تَبْطُلُ بِذَلِكَ شَفْعَتُهُ، وَيُغْتَفَرُ - بَعْدَ اجْتِمَاعِهِ بِالْمُشْتَرِي - السُّؤَالُ عَنِ كَمِّيَّةِ الثَّمَنِ وَالشَّقْصِ بَعْدَ السَّلَامِ وَالْكَلامِ الْمُعْتَادِ.

اخذ به شفعه در صورتی صحیح است که شفیع نسبت به مقدار و جنس و وصف ثمن، علم داشته باشد زیرا اخذ به شفعه یک معاوضه است که نیازمند علم به عوضین می‌باشد بنابراین اگر شفیع قبل از علم به این موارد، اخذ به شفعه کند اثری بر آن مترتب نمی‌شود هر چند بگوید که اخذ به شفعه نمودم در مقابل ثمن به هر مقداری که باشد زیرا موجب غرر می‌شود [معامله غرری یعنی معامله‌ای که عوضین آن، مجهول باشد و چنین معامله‌ای باطل است و بطلان آن مربوط به نظم عمومی است بنابراین رضایت طرفین نیز موجب صحّت قرارداد نمی‌شود و طرفین حق ندارند بگویند که غرر معامله را به هر مقداری که باشد تحمل می‌کنیم] البته اخذ به شفعه در حالتی که شفیع، جاهل است [گرچه موجب بی‌اثر شدن عمل شفیع است] اما حق شفعه وی از بین نمی‌رود [و شفیع می‌تواند پس از آگاهی نسبت به ثمن، اخذ به شفعه کند. ممکن است ایراد شود که اقدامات شفیع برای اطلاع پیدا کردن از ثمن مدتی طول می‌کشد و این با فوری بودن حق شفعه منافات دارد. شهید ثانی در پاسخ می‌گوید: این مقدار، قابل مسامحه و بخشیدن است که شفیع با خریدار ملاقات نموده و بعد از سلام و سخنان متعارف، پیرامون مقدار ثمن و مبیع تحقیق کند. [یعنی این مقدار تأخیر افتادن، منافاتی با فوریت حق شفعه ندارد.] علتی که برای لزوم علم به ثمن بیان شد اقتضا می‌کند که علم به مبیع نیز لازم باشد زیرا مبیع هم عوض قرارداد است.

(وَلَوْ اِنْتَقَلَ الشَّقْصُ بِهَبَةٍ، أَوْ صُلْحٍ، أَوْ صَدَاقٍ فَلَا شَفْعَةَ)، لِأَنَّ تَقَدَّمَ فِي تَعْرِيفِهَا مِنْ اخْتِصَاصِهَا بِالْبَيْعِ وَ مَا ذُكِرَ لَيْسَ بَيْعًا، حَتَّى الصُّلْحُ بِنَاءً عَلَى أَضَالَتِهِ.

اگر شریک سهم خود را از طریق هبه یا صلح یا مهریه قرار دادن به دیگری منتقل کند، حق شفعه بوجود نمی‌آید زیرا همانگونه که در تعریف حق شفعه بیان شد این حق اختصاص به عقد بیع دارد و مواردی که بیان گردید، بیع نیستند حتی عقد صلح نیز در صورتی که عقدی مستقل به حساب آید، بیع نیست [اما اگر آنگونه که شیخ طوسی گفته است صلح در مقام بیع، عقد بیع به حساب آید، حق شفعه در عقد صلح نیز بوجود خواهد آمد].

(وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ كَثِيرٍ، ثُمَّ عَوَّضَهُ عَنْهُ بِبَيْسِيرٍ، أَوْ ابْتَرَاهُ مِنَ الْأَكْثَرِ) وَلَوْ حِيلَةً عَلَى تَرْكِهَا (أَخَذَ الشَّفِيعُ بِالْجَمِيعِ) إِنْ شَاءَ، لِأَنَّهُ التَّمَنُّ، وَالْبَاقِي مُعَاوَضَةٌ جَدِيدَةٌ أَوْ إِسْقَاطٌ لِمَا تَبَيَّنَ.

وَمُقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ التَّمَنَّ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ لَازِمٌ لِلْمُشْتَرِي، وَجَائِزٌ لِلْبَائِعِ أَخْذُهُ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَاطَاةٌ عَلَى ذَلِكَ، إِذْ لَا يَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الشَّفِيعِ إِلَّا مَا تَبَيَّنَ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَا يَتَبَيَّنُ فِي ذِمَّتِهِ إِلَّا مَا يَسْتَحِقُّ الْبَائِعُ الْمَطْلَبَةَ بِهِ. وَقَالَ فِي التَّحْرِيرِ: لَوْ خَالَفَ أَخَذَهُمَا مَا تَوَاطَأَ عَلَيْهِ، فَطَالَ بَ صَاحِبَهُ بِمَا أَظْهَرَ لَهُ لَزِمَهُ فِي ظَاهِرِ الْحُكْمِ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ فِي الْبَاطِنِ، لِأَنَّ صَاحِبَهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِالْعَقْدِ الْمُتَوَاطِئِ. (أَوْ تَرَكَ الشَّفِيعُ) الْأَخْذَ لِمَا يَلْزِمُهُ مِنَ الْعُرْمِ.

اگر خریدار، سهم شریک را در مقابل ثمن زیادی خریداری کند و سپس آن ثمن را با ثمن کمی معاوضه نماید یا فروشنده، ذمه خریدار را نسبت به مبلغ اضافی، ابراء کند هر چند این اقدامات، نیرنگی برای ترک شفعه از سوی شفیع باشد، شفیع باید در صورتی که بخواهد اخذ به شفعه نماید، با پرداخت ثمن زیادی، اخذ به شفعه کند زیرا ثمن زیادی، ثمن قرارداد است و عملیات بعدی، یک معاوضه جدید است یا ساقط کردن امری می‌باشد که تحقق یافته است [بنابراین اگر فروشنده و خریدار برای اینکه شفیع را از اخذ به شفعه منصرف نمایند نیرنگی بکاربرده و ثمن گزافی تعیین کنند مثلاً ده میلیون تومان، تعیین نمایند و آنگاه فروشنده، ذمه خریدار را نسبت به نه میلیون تومان ابراء کند یا ده میلیون تومان را با یک میلیون تومان، معاوضه کنند. در اینجا شفیع باید ده میلیون تومان به خریدار بدهد و اخذ به شفعه کند زیرا ثمن قرارداد که نسبت به آن توافق شده است، همین مبلغ می‌باشد. اما اگر فروشنده پس از قرارداد حاضر به

معاوضه جدید یا ابراء ذمه خریدار نشود، خریدار چه مبلغی را باید به فروشنده بپردازد؟ شهیدثانی در پاسخ به این سؤال می‌فرماید: [و مقتضای عبارت شهید اول آن است که بر مشتری لازم است ثمنی را به فروشنده بدهد که عقد براساس آن منعقد گردیده است] یعنی ثمن زیادی را باید بپردازد [و فروشنده نیز جایز است که این ثمن را بگیرد] و این ثمن در ظاهر و با اذن، برای او حلال است [هر چند فروشنده و خریدار نسبت به مبلغ اضافی، تبانی کرده‌اند و آن مبلغ، صوری بوده است. دلیل اینکه سخن شهید اول که فرمود: «شفیع با پرداخت تمام ثمن، اخذ به شفعه می‌کند» چنین اقتضایی را دارد] بخاطر آن است که مشتری حق دارد ثمنی که در ذمه مشتری ثابت شده است از شفیع اخذ کند [و مبیع را تحویل او بدهد] و در ذمه خریدار نیز، ثمنی ثابت می‌شود که فروشنده حق دارد از خریدار مطالبه نماید. اما مرحوم علامه حلی در کتاب تحریر گفته است که اگر یکی از طرفین معامله [یعنی فروشنده] برخلاف توافق و تبانی خود عمل کند و از طرف مقابل [یعنی خریدار] ثمنی را درخواست کند که ظاهراً بر آن توافق نموده‌اند [یعنی ثمن زیادتر را مطالبه کند] ظاهراً بر مشتری لازم است که همین ثمن زیادی را بپردازد اما در واقع و باطن، گرفتن چنین ثمنی، حرام است زیرا خریدار نسبت به قراردادی رضایت داده است که بر آن توافق کرده‌اند [یعنی به مبلغ صوری، رضایت نداده است بلکه قرار بوده که فروشنده، مبلغ زیادی را از او نگیرد]. [بنابراین شفیع یا باید این ثمن زیادی را داده و اخذ به شفعه نماید] و یا اخذ به شفعه را بخاطر غرامت و ضرری که به وی تحمیل می‌گردد، ترک نماید.

(و لَوْ اِخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي) مِقْدَارِ (الثَّمَنِ حَلَفَ الْمُشْتَرِي) عَلَي الْمَشْهُورِ، لِأَنَّهُ اعْرَفَ بِالْعَقْدِ، وَ لِأَنَّهُ اعْرَفَ بِالْعَقْدِ، وَ لِأَنَّهُ الْمَالِكُ، فَلَا يَزَالُ مَلِكُهُ إِلَّا بِمَا يَدَّعِيهِ. وَ يُشْكِلُ يَمْنَعُ كَوْنُ حُكْمِ الْمَالِكِ كَذَلِكَ مُطْلَقًا، وَ قَدْ تَقَدَّمَ قَبُولُ قَوْلِ الْمُتَكْرِ فِي كَثِيرٍ، خُصُوصًا مَعَ تَلْفِ الْعَيْنِ، وَ عُمُومُ «الْيَمِينُ عَلَي مَنْ أَنْكَرَ» وَارِدُهَا، وَ مِنْ ثَمَّ ذَهَبَ ابْنُ الْجَنَيْدِ إِلَى تَقْدِيمِ قَوْلِ الشَّفِيعِ، لِأَنَّهُ مُتَكِرٌ.

وَ الْإِعْتِدَارُ لِلأَوَّلِ بِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَا دَعْوَى لَهُ عَلَي الشَّفِيعِ، إِذْ لَا يَدَّعِي شَيْئًا فِي ذِمَّتِهِ، وَ لَا تَحْتَ يَدِهِ، إِنَّمَا الشَّفِيعُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ مَلِكِهِ بِالشَّفْعَةِ بِالْقَدْرِ الَّذِي يَدَّعِيهِ، وَ الْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ وَ لَا يَلْزَمُ مِنْ قَوْلِهِ: اسْتَرَيْتُهُ بِالْأَكْثَرِ، أَنْ يَكُونَ مُدَّعِيًا عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ خِلَافَ الْأَصْلِ،



لأنه لا يدعي استحقاقه إياه عليه ولا يطلب تغريمه إياه، إنما ينم قبل الأخذ بالشفعة، أما بعده فالمشتري يدعي الثمن في ذمة الشفيع، و يأتي فيه جميع ما سبق.

لا يقال: إنه لا يأخذ حتى يستقر أمر الثمن، لما تقدم من اشتراط العلم بقدره، فما داما متنازعين لا يأخذ، و يتجه الاعتذار، لأننا نقول: المعتبر في أخذه علمه بالقدر بحسب ما عنده لا على وجه يرفع الاختلاف، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ و وقع النزاع فيه بعد تملكه للشفص، فيكون المشتري هو المدعي.

و يمكن أيضاً أن يملك الشفص برضى المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع التنازع بعده فيصير المشتري مدعياً. و تظهر الفائدة لو أقاما بيته، فالحكم لبيته الشفيع على المشهور، و بيته المشتري على الثاني.

اگر شفیع و خریدار پیرامون مقدار ثمن با یکدیگر اختلاف پیدا کنند [بگونه ای که شفیع، مبلغ کمتر و مشتری، مبلغ بیشتری را ادعا کند]، براساس نظر مشهور فقها، خریدار سوگند یاد می کند [و سخن او پذیرفته می شود] زیرا خریدار نسبت به عقد بیع، آگاه تر است [چرا که طرف قرارداد بوده است] و به دلیل اینکه مال مالک را در صورتی می تواند از ملکیت وی خارج کرد که ثمن مورد ادعای وی به او پرداخت گردد [و بخاطر اینکه خریدار از اجرای حق شفعه، زیان می بیند و او متصرف است] اما دلیل دوم با مشکل روبروست زیرا اینگونه نیست که سخن مالک در همه موارد به خاطر مالک بودنش، پذیرفته شود بلکه قبلاً دیدیم که در بسیاری موارد سخن منکر پذیرفته می شود بخصوص در مواردی که عین تلف شده باشد [مثلاً اگر موجر و مستأجر، در مورد میزان اجاره با یکدیگر اختلاف پیدا کنند، سخن مستأجر پذیرفته می شود یا چنانچه فروشنده و خریدار پیرامون نقد یا نسیه بودن معامله یا مقدار ثمن باهم اختلاف پیدا کنند سخن خریدار مقدم می شود حال آنکه مستأجر خریدار، مالک نیستند بلکه منکر به حساب می آیند.] و عموم دلیلی که سوگند را برعهده منکر می داند [یعنی: «اليمين على من انكر»] شامل این مورد نیز می شود و به همین دلیل است که ابن جنید اعتقاد دارد که سخن شفیع بر سخن خریدار، مقدم می شود. [برخی از فقها بگونه دیگری از سخن مشهور دفاع کرده اند که دلیل سوم محسوب می شود و شهیدثانی این دلیل را مطرح کرده و سپس می گوید این دلیل برای قبل از اخذ به شفعه، مناسب است.]

و اینکه برای نظریهٔ اول، چنین عذر آورده و دفاع کرده‌اند که خریدار، دعوایی را بر علیه خریدار مطرح نمی‌کند زیرا ادعای مالی بر ذمهٔ شفیع یا در سلطهٔ وی را نمی‌نماید [یعنی نمی‌گوید که شفیع باید مالی را بر من بدهید یا من مالی نزد شفیع دارم] بلکه این شفیع است که ادعا می‌کند از راه اخذ به شفعه و در مقابل ثمنی که او ادعا می‌کند مالک مبیع شده است و خریدار، این ادعا را انکار می‌کند و لازمهٔ سخن خریدار که می‌گوید مبیع را با قیمت بیشتری خریداری کرده است آن نیست که مدعی به حساب آید هر چند سخن وی برخلاف اصل می‌باشد [یعنی اصل عدم زیاده ثمن] زیرا خریدار ادعا نمی‌کند که شفیع این ثمن زیاده را به وی بدهکار است و درخواست نمی‌کند که شفیع، این مبلغ را به وی بپردازد [در حالی که برای مدعی محسوب شدن هرکسی باید وی ادعایی را هم علیه دیگری مطرح نماید و صرف اینکه برخلاف اصل، سخن می‌گوید برای مدعی محسوب شدن وی کافی نیست. شهیدثانی می‌فرماید به هر حال این توجیهی که برای سخن مشهور صورت گرفته است] در صورتی پذیرفته می‌شود که قبل از اخذ به شفعه باشد [زیرا در این زمان، خریدار ادعایی علیه شفیع ندارد] اما بعد از اخذ به شفعه پذیرفته نیست زیرا خریدار ادعا می‌کند که ثمن زیادتر بر ذمهٔ شفیع است بنابراین تمام مطالب قبلی در اینجا اعمال می‌شود [یعنی با توجه به اینکه شفیع مطابق اصل سخن می‌گوید، منکر به حساب آمده و سخن او بر سخن خریدار، مقدم می‌شود. بویژه که شفیع و خریدار در اصل قرارداد با یکدیگر اختلاف ندارند بلکه در مقدار ثمن باهم اختلاف دارند. حال ممکن است کسی اشکال کند که اختلاف ایشان در حقیقت اختلاف در عقد می‌باشد و هنگام اختلاف در عقد سخن خریدار مقدم می‌شود زیرا او نسبت به عقد، آگاه‌تر است. شهید ثانی این اشکال را چنین مطرح می‌کند:] اشکال نشود که شفیع زمانی می‌تواند اخذ به شفعه کند که تکلیف ثمن روشن شده باشد زیرا قبلاً گفته شد که شرط اخذ به شفعه، علم به مقدار ثمن است بنابراین تا زمانی که شفیع و خریدار در مورد میزان ثمن با یکدیگر اختلاف دارند، شفیع نمی‌تواند اخذ به شفعه کند بنابراین دفاعی که از نظریهٔ مشهور صورت گرفت، قابل توجیه است [زیرا اختلاف آنها مربوط به قبل از اخذ به شفعه است و خریدار قبل از اخذ به شفعه ادعایی علیه شفیع ندارد بنابراین خریدار در این زمان یعنی زمان نزاع،

منکر به حساب می آید و سخن او پذیرفته می شود. شهیدثانی در پاسخ به این اشکال می گوید که شما چنین اشکالی را مطرح نکنید [ زیرا آنچه که برای اخذ به شفعه توسط شفیع، لازم است و شرط می باشد، علم شفیع به مقدار ثمن است برحسب آنچه که خودش می گوید نه علم به مقداری که اختلاف را برطرف می کند [یعنی مقداری که پس از حل اختلاف، معلوم می شود] بنابراین همینکه شفیع گمان کند که مقدار ثمن را می داند جایز است که اخذ به شفعه نماید و اختلاف آن موکول به بعد از زمانی می شود که شفیع اخذ به شفعه کرده است بنابراین خریدار، مدعی به حساب می آید [شفیع، منکر است بنابراین سخن شفیع پذیرفته می شود. شهیدثانی، پاسخ دیگری هم به این اشکال می دهد و می گوید:] همچنین ممکن است خریدار قبل از پرداخت ثمن، رضایت به ثمنی بدهد که شفیع ادعا می کند و در نتیجه شفیع، مبیع را تملک نماید [و ثمن برعهده شفیع باقی بماند و خریدار نیز رضایت بدهد که این ثمن در ذمه شفیع باشد] و سپس بعد از اخذ به شفعه، اختلاف پیش آید [و خریدار آن مقدار ثمن را انکار کرده و ثمن بیشتری را ادعا نماید] بنابراین خریدار، مدعی به حساب می آید. [پس در اینجا نیز اختلاف به بعد از اخذ به شفعه موکول می شود. آنچه که گفته شد در موردی است که هیچکدام از شفیع و خریدار، دلیل ندارند اما اگر هر دو دلیل داشته باشند، دلیل کسی پذیرفته می شود که خارج باشد و کسی خارج است که سخن او با سوگند پذیرفته نمی شود و اتفاقاً فایده این اختلاف که سخن کدامیک با سوگند پذیرفته می شود، در همین جا ظاهر می شود و شهیدثانی این فایده را چنین بیان می کند:] و فایده در جایی آشکار می شود که شفیع و خریدار، دلیل بیاورند زیرا براساس نظر مشهور فقها، دلیل شفیع مقدم می شود [زیرا مشهور فقها اعتقاد داشتند که سخن خریدار با سوگند پذیرفته می شود بنابراین بیئنه شفیع، بیئنه خارج است و بیئنه خریدار، بیئنه داخل می باشد] و بنابراین نظریه دوم [یعنی نظریه ابن جنید که سخن شفیع را همراه با سوگند قابل پذیرش می دانست]، بیئنه خریدار مقدم می شود [زیرا بیئنه خریدار، بیئنه خارج است]

(وَلَوْ ادَّعَى أَنَّ شَرِيكَهُ اشْتَرَى بَعْدَهُ) وَ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الشُّفْعَةَ، فَأَنْكَرَ الشَّرِيكَ التَّأَخُّرَ (حَلْفَ الشَّرِيكَ)، لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ، وَ الْأَصْلُ عَدَمُ الْإِسْتِحْقَاقِ (وَ يَكْفِيهِ الْحَلْفُ عَلَى نَفْيِ الشُّفْعَةِ) وَ إِنَّ أَجَابَ بِنَفْيِ التَّأَخُّرِ، لِأَنَّ الْعَرَضَ هُوَ الْإِسْتِحْقَاقُ فَيَكْفِي الْيَمِينُ لِتَنْفِيهِ وَ

رُبَّمَا كَانَ صَادِقًا فِي نَفْيِ الْإِسْتِحْقَاقِ، وَإِنْ كَانَ الشَّرَاءُ مُتَأَخِّرًا لِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ الْمُسْقِطَةِ  
لِلشُّفْعَةِ فَلَا يَكْلَفُ الْحَلْفَ عَلَى نَفْيِهِ.

وَ يُحْتَمَلُ لُزُومُ حَلْفِهِ عَلَى نَفْيِ التَّأَخُّرِ عَلَى تَقْدِيرِ الْجَوَابِ بِهِ، لِأَنَّهُ مَا أَجَابَ بِهِ إِلَّا وَ  
يُمْكِنُهُ الْحَلْفُ عَلَيْهِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مِثْلُهُ فِي الْقَضَاءِ.

(وَلَوْ تَدَاعَيْتَا السَّبْقَ تَحَالَفًا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ، وَ مُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِذَا تَحَالَفَا  
اسْتَقَرَّتْ مِلْكُهُمَا، لِإِنْدِفَاعِ دَعْوَى كُلِّ مِنْهُمَا بِيَمِينِ الْآخَرِ (وَلَا شُفْعَةَ)، لِإِنْتِفَاءِ السَّبْقِ.

اگر یک شریک ادعا کند که شریک وی پس از او سهمش را خریداری کرده است  
بنابراین حق شفعه نسبت به سهم او دارد اما شریک دیگر، تأخیر در خریداری خود را  
انکار نماید، شریکی [که تأخیر در خرید را انکار می‌کند]، سوگند یاد می‌کند زیرا او  
منکر است و اصل هم بر عدم حق شفعه است. [این اختلاف در حقیقت، اختلاف  
پیرامون وجود و عدم وجود حق شفعه است بدین صورت که «الف» و «ب» هر کدام  
نصف مشاع از زمین «ج» را خریداری می‌کنند. حال اگر «الف» ابتدا سهم خود را  
خریداری کرده باشد با «ج» شریک می‌شود و چنانچه «ج» نصف دیگر را به «ب»  
بفروشد، «الف» بعنوان شریک حق دارد که سهم فروخته شده توسط شریک دیگر خود  
یعنی «ب» را تملک نماید. سوگندی که شریک یاد می‌کند مبنی بر نفی حق شفعه است  
[یعنی کافی است که به شریک دیگر بگوید که تو حق شفعه نداری و لازم نیست که قسم  
بخورد که ملک را همزمان با شریک یا قبل از وی خریداری کرده و خریداری او بعد از  
خریداری شریک نبوده است. هر چند جواب داده باشد که خریداری او، متاخر نبوده  
است [یعنی لازم نیست سوگند مطابق با جوابی باشد که منکر به مدعی داده است بلکه  
ممکن است زمانی که مدعی می‌گوید تو این ملک را پس از من خریداری کردی، منکر  
جواب بدهد که آن را بعد از تو خریداری نکردم اما زمانی که سوگند یاد می‌کند بگوید که  
تو حق شفعه نداری نه اینکه سوگند یاد کند که ملک را بعد از تو نخریده‌ام. زیرا هدف  
مدعی آن است که حق شفعه را برای خود ثابت کند بنابراین کافی است که برای نفی  
حق شفعه، سوگند یاد شود و چه بسا که منکر پس از مدعی، سهم خود را خریداری  
کرده باشد اما در مورد نفی حق شفعه نیز راست بگوید زیرا حق شفعه با یکی از  
اسباب ساقط کننده حق شفعه، ساقط شده باشد بنابراین نمی‌توان منکر را مجبور کرد

که بر متأخر نبودن معامله خود قسم بخورد [زیرا معامله وی، متأخر نبوده است اما حق شفعه نیز وجود ندارد.] و احتمال هم می‌رود که منکر باید نسبت به متأخر نبودن معامله خود قسم بخورد که به همین شکل جواب داده باشد زیرا منکر، جوابی می‌دهد که می‌تواند نسبت به آن سوگند یاد کند [بنابراین سوگند باید مطابق با جواب باشد] و نظیر این بحث در کتاب قضاء بیان شد. اگر هر دو شریک، ادعای سابق بودن خرید خود را بنمایند، [یعنی «الف» بگوید که سهم خود را قبل از «ب» خریداری کرده است و «ب» نیز بگوید که سهم خود را قبل از «الف» خریده است، در این صورت] هر دو قسم می‌خورند زیرا هر کدام از آنها از جهتی مدعی بوده و از جهتی، منکر است [از این جهت مدعی است که ادعای تقدم معامله خود را می‌کند و از این جهت منکر است که مقدم بودن معامله شریک خود را انکار می‌کند] پس وقتی هر دو قسم بخورند، مالکیت هر کدام نسبت به سهم خودشان، تثبیت می‌شود زیرا ادعای هر کدام بواسطه سوگند دیگری از بین می‌رود و حق شفعه ثابت نمی‌شود زیرا مقدم بودن یکی بر دیگری، منتفی می‌گردد. [در صورت اخیر گفته شده است که این مسأله، محل سوگند هر دو طرف نیست زیرا تحالف در جایی اجرا می‌شود که یک دعوا وجود داشته باشد اما در اینجا دو دعوی مستقل وجود دارد بنابراین باید به مقررات دیگر از جمله پذیرش دعوایی که زودتر مطرح شده است و یا قرعه، مراجعه کرد، اگر هر دو بینه اقامه کنند، یک دیدگاه آن است که قرعه کشیده می‌شود و یک دیدگاه آن است که حق شفعه به اثبات نمی‌رسد.]



## (کتاب الجعالة)

(وَهِيَ) لُعَّةٌ مَالٌ يُجْعَلُ عَلَى فِعْلٍ، وَ شَرْعاً (صِبْغَةً تَمَرَّتْهَا تَحْصِيلُ الْمُنْفَعَةِ بِعَوْضٍ مَعَ عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ فِيهِمَا) أَي: فِي الْعَمَلِ وَالْعَوْضِ كَمَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ نِصْفُهُ، مَعَ الْجَهَالَةِ بِهِ وَبِمَكَانِهِ، وَبِهَذَا تُمَيِّزُ عَنِ الْإِجَارَةِ عَلَى تَحْصِيلِ مُنْفَعَةٍ مُعَيَّنَةٍ، لِأَنَّ التَّعْيِينَ شَرْطٌ فِي الْإِجَارَةِ، وَكَذَا عَوْضُهَا، أَمَّا عَدَمُ اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ بِالْعَمَلِ هُنَا فَمَوْضِعٌ وَفَاقٍ، وَ أَمَّا الْعَوْضُ فَفِيهِ خِلَافٌ يَأْتِي تَحْقِيقُهُ.

جعاله [که با ضمه و فتحه و کسره «ج» قرائت می شود] از نظر لغوی، مالی است که بعنوان مزد برای عملی قرار داده می شود و از نظر شرعی، صبغه ای است که نتیجه آن بدست آوردن منفعت در مقابل عوضی است بدون اینکه علم به عمل و مزد، شرط باشد مانند اینکه گفته شود: «هرکس برده مرا برگرداند، نصف برده برای اوست» در حالیکه خصوصیات برده و مکان آن، مجهول است [در اینجا پیدا کردن برده، منفعت است و نصف آن، مزد می باشد در حالی که مقدار عمل، مجهول است زیر مکان برده معلوم نیست تا مشخص باشد که برای پیدا کردن آن باید چه مقدار وقت مصرف شود و مزد نیز مجهول است زیرا مشخصات برده معلوم نیست تا مشخص شود که نصف آن چقدر است.] به خاطر همین عدم شرط علم به کار و عوض، عقد جعاله با عقد اجاره که برای بدست آوردن منفعت معین، انعقاد می یابد تفاوت پیدا می کند زیرا تعیین منفعت، شرط عقد اجاره است همانگونه که تعیین عوض نیز شرط می باشد. اما این مطلب که علم به عمل در عقد جعاله شرط نیست مورد قبول تمامی فقهاست و فقها در مورد اینکه علم به عوض نیز شرط عقد جعاله می باشد یا خیر، اختلاف نظر دارند که توضیح آن بعداً بیان خواهد شد.

(وَيَجُوزُ عَلَى كُلِّ عَمَلٍ مُحَلَّلٍ مَقْصُودٍ لِلْعُقَلَاءِ (غَيْرِ وَاجِبٍ عَلَى الْعَامِلِ) فَلَا يَصِحُّ عَلَى الْأَعْمَالِ الْمُحَرَّمَاتِ كَالزُّنَى، وَلَا عَلَى مَا لَا غَايَةَ لَهُ مُعْتَدّاً بِهَا عَقْلاً كَنَزْفِ مَاءِ الْبَيْرِ

وَ الذَّهَابِ لَيْلًا إِلَى بَعْضِ الْمَوَاضِعِ الْخَطِيرَةِ وَ نَحْوِهِمَا مِمَّا يَقْضُهُ الْعَابِسُونَ. نَعَمْ لَوْ كَانَ  
الْعَرَضُ بِهِ التَّمَرُّنَ عَلَى الشُّجَاعَةِ وَ إِضْعَافِ الْوَهْمِ وَ نَحْوَهُ مِنَ الْأَعْرَاضِ الْمَقْصُودَةِ لِلْعُقْلَاءِ  
صَحَّ، وَ كَذَا لَا يَصِحُّ عَلَى الْوَاجِبِ عَلَيْهِ كَالصَّلَاةِ.

موضوع عقد جعاله ممکن است هر عمل حلال [و مشروعی] باشد که دارای منفعت  
عقلایی است و انجام آن بر خود عامل، واجب نمی باشد بنابراین نمی توان عقد جعاله  
را برای انجام کارهای حرام مانند زنا یا کارهایی منعقد کرد که فاقد منفعت عقلایی  
می باشد مانند کشیدن تمام آب چاه و رفتن شبانه به مکان هایی که خطرناک است و  
مانند این کارها که افراد بیهوده کار، آنها را انجام می دهند. بلکه اگر هدف از انجام چنین  
کاری، تمرین کردن برای شجاعت یا کاستن از و هم و خیال و نظیر اینها باشد که دارای  
منفعت عقلایی می باشد صحیح است و نیز جعاله نسبت به اعمالی که بر عامل واجب  
است مانند نماز، صحیح نیست.

(وَ لَا يَفْتَرُّ إِلَى قَبُولِ لَفْظِيٍّ، بَلْ يَكْفِي فِعْلُ مُقْتَضَى الْإِسْتِدْعَاءِ بِهِ (وَ لَا إِلَى مُخَاطَبَةِ  
شَخْصٍ مُعَيَّنٍ فَلَوْ قَالَ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي أَوْ خَاطَ ثَوْبِي) بِصِيغَةِ الْعُمُومِ (فَلَهُ كَذَا صَحَّ، أَوْ  
فَلَهُ مَالٌ أَوْ شَيْءٌ)، وَ نَحْوُهُمَا مِنَ الْعَوَضِ الْمَجْهُولِ (صَحَّ، إِذِ الْعِلْمُ بِالْعَوَضِ غَيْرُ شَرْطٍ  
فِي تَحَقُّقِ الْجُعَالَةِ، وَ إِنَّمَا هُوَ شَرْطٌ فِي تَشْخِصِهِ، وَ تَعْيِينِهِ فَإِنْ أَرَادَ) ذَلِكَ (التَّعْيِينَ  
فَلْيَذْكَرْ جِنْسَهُ وَ قَدْرَهُ، وَ إِلَّا) يَذْكَرُهُ، أَوْ ذَكَرَهُ وَ لَمْ يَعْيِنَهُ (تَثْبُتَ بِالرَّدِّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ).

وَ يُشْكَلُ بَأَنَّ ثُبُوتَ أَجْرَةِ الْمِثْلِ لَا تَقْتَضِي صِحَّةَ الْعَقْدِ، بَلْ هِيَ ظَاهِرَةٌ فِي فِسَادِهِ، وَ إِنَّمَا  
أَوْجَبَهَا الْأَمْرُ بِعَمَلٍ لَهُ أَجْرَةٌ عَادَةٌ، كَمَا لَوْ اسْتَدْعَاهُ وَ لَمْ يَعْيِنِ عَوَضًا، إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ مِثْلَ  
ذَلِكَ يُعَدُّ جُعَالَةً أَيْضًا، فَإِنَّهَا لَا تَنْحَصِرُ فِي لَفْظٍ، وَ يُرْشِدُ إِلَيْهِ اتِّفَاقُهُمْ عَلَى الْحُكْمِ مِنْ غَيْرِ  
تَعَرُّضٍ لِلْبُطْلَانِ.

وَ فِيهِ أَنَّ الْجُعَالََةَ مُسْتَلْزِمَةٌ لِجَعْلِ شَيْءٍ، فَإِذَا لَمْ يَذْكَرْهُ لَا يَتَحَقَّقُ مَفْهُومُهَا، وَ إِنْ تَرْتَّبَ  
عَلَيْهَا الْعَوَضُ.

وَ قِيلَ: إِنْ كَانَتْ الْجُعَالَةُ لَا تَمْنَعُ مِنَ التَّسْلِيمِ لَزِمَ بِالْعَمَلِ الْعَوَضُ الْمَعْيَنُ، لَا أَجْرَةَ الْمِثْلِ  
كَمَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ نِصْفُهُ، فَرَدَّهُ مَنْ لَا يَعْرِفُهُ، وَ لَا بَأْسَ بِهِ. وَ عَلَى هَذَا فَيَصِحُّ جَعْلُهُ صُبْرَةً  
مُشَاهِدَةً مَجْهُولَةً الْمِقْدَارِ، وَ حِصَّةً مِنْ نَمَاءِ شَجَرٍ عَلَى عَمَلِهِ، وَ زَوْعٍ كَذَلِكَ وَ نَحْوَهَا.  
وَ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الشَّيْءِ وَ الْمَالِ: مَقُولَتُهُمَا عَلَى الْقَلِيلِ وَ الْكَثِيرِ الْمُقْضَى إِلَى التَّنَازُعِ



وَ التَّجَادُبِ، فَلَمْ يَصِحَّ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، بِخِلَافِ مَا لَا يَمْنَعُ مِنَ التَّسْلِيمِ فَإِنَّهُ أَمْرٌ وَاحِدٌ لَا يَقْبَلُ الْإِخْتِلَافَ، وَ مُسَمَّاهُ لِتَشَخُّصِهِ لَا يَقْبَلُ التَّعَدُّدَ، وَ قَبُولُهُ لِلِإِخْتِلَافِ قِيَمَةً بِالزِّيَادَةِ وَ التَّقْضَانِ قَدْ قَدِمَ عَلَيْهِ الْعَامِلُ كَيْفَ كَانَ. وَ يُمَكِّنُ التَّبَرُّعُ بِهِ. فَإِذَا قَدِمَ عَلَى الْعَوْضِ الْخَاصِّ انْتَفَى الْعَرُورُ، لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ فِي حَدِّ ذَاتِهِ.

انعقاد جعاله نیازی به قبول لفظی ندارد [چون جعاله، عقدی جایز است و عقد جایز نیازی به قبول لفظی ندارد] بنابراین [برای تحقق قبول] کافی است که عامل، مورد درخواست جاعل را انجام دهد [یعنی قبول عملی نیز کفایت می‌کند اما این عمل باید براساس درخواست جاعل، صورت گیرد]. همچنین برای تحقق عقد جعاله لازم نیست که شخص معینی مورد خطاب قرار گیرد بنابراین صحیح است که جاعل بگوید: «هرکس برده مرا برگرداند یا لباس مرا بدوزد، فلان مبلغ به او می‌دهم. یا مالی و یا چیزی نظیر اینها از عوض مجهول به وی داده می‌شود» یعنی مخاطب را به صورت عام یعنی «هرکس» بیان کند و شخص خاصی مانند حسن و حسین را مخاطب قرار ندهد. [زیرا برای تحقق عقد جعاله، دانستن عوض، شرط نیست بلکه دانستن و علم فقط شرط تشخص و تعیین عوض می‌باشد [یعنی چنانچه عامل بخواهد مالک عوض شود باید علم به آن داشته باشد] بنابراین چنانچه جاعل بخواهد عوض را معین نماید باید جنس و مقدار آن را بیان کند اما اگر جنس را ذکر نکند [یعنی نگوید که مال یا چیزی می‌دهم] یا اگر جنس را تعیین می‌کند، مقدار آن را معین نکند [مثلاً فقط بگوید پولی خواهم داد]. در این صورت باید در قبال برگرداندن برده، اجرت‌المثل به عامل بدهد [خلاصه اینکه چنانچه عوض مجهول باشد جعاله صحیح است. تنها به عامل، اجرت‌المثل پرداخت خواهد شد. اما شهیدثانی اشکالی را مطرح می‌کند بدین مضمون که لزوم پرداخت اجرت‌المثل حکایت از بطلان عقد اجاره دارد زیرا اجرت‌المثل در جایی پرداخت می‌شود که عقد باطل بوده اما عامل، کاری را انجام داده است که محترم است و باید اجرت آن داده شود و در اینجا هم پرداخت اجرت‌المثل بخاطر صحت قرارداد نیست بلکه بخاطر دستور آمر به انجام کار است.] و حکم به صحّت عقد جعاله با این مشکل روبروست که لزوم پرداخت اجرت‌المثل، صحّت عقد جعاله را اقتضا نمی‌کند بلکه ظهور در فساد عقد جعاله دارد و وجوب پرداخت اجرت‌المثل بخاطر

دستور به انجام کاری است که معمولاً دارای اجرت است همانند جایی که جاعل، درخواست انجام کاری را بنماید اما عوضی را تعیین نکند [پس در اینجا نیز عقد جعاله، باطل می‌شود و اجرت‌المثل ثابت می‌گردد. شهیدثانی، خود پاسخی برای این اشکال پیدا کرده و می‌فرماید:] مگر اینکه گفته شود چنین موردی نیز جعاله به حساب می‌آید [یعنی اگر درخواست انجام کاری شد اما عوض، مجهول بود یا اصلاً عوضی قرار داده نشد باز هم عقد جعاله به حساب می‌آید زیرا] عقد جعاله منحصر در لفظ خاصی نیست [یعنی عقد جایز می‌باشد و عقد جایز را برخلاف عقد لازم با هر لفظی می‌توان منعقد نمود.] و دلیل صحّت این ادّعا آن است که همه فقها حکم به لزوم پرداخت اجرت‌المثل نموده‌اند اما هیچکدام نگفته‌اند که عقد جعاله، باطل است [حال آنکه اگر واقعاً عقد جعاله باطل بود باید فقها متعرض آن می‌شدند. شهیدثانی این پاسخ را نپسندیده و می‌گوید:] این پاسخ، مردود است زیرا عقد جعاله مستلزم قرار دادن عوضی است [زیرا معنای جعاله، قرار دادن جُعل و عوض است] بنابراین هرگاه عوضی قرار داده نشود پس مفهوم عقد جعاله تحقق پیدا نمی‌کند هر چند عوض دیگری [که همان اجرت‌المثل است] باید پرداخت شود. [البته این پاسخ را نمی‌توان نسبت به موردی مطرح کرد که عوض مجهول قرار داده می‌شود زیرا در هر صورت جُعل و عوضی قرار داده شده است. نظریه دیگری هم در اینجا مطرح شده است مبنی بر اینکه هرگاه عوض، مجهول باشد باید میان دو حالت، تفصیل داد:] و گفته شده است که اگر جهل به عوض بگونه‌ای است که مانعی را برای تحویل عوض به عامل، بوجود نمی‌آورد باید همان عوض مجهول را داد و اجرت‌المثل پرداخت نمی‌شود مانند اینکه جاعل بگوید: «هرکس برده مرا برگرداند، نصف برده برای اوست.» پس عاملی که نسبت به برده جهل دارد، آن را برگرداند که در این صورت اشکالی ندارد [که نصف برده به عامل داده شود هر چند عامل هنگام قرارداد نمی‌دانست که نصف برده چقدر ارزش دارد و علت اینکه عقد جعاله در اینجا صحیح می‌باشد، آن است که عامل نمی‌تواند از پذیرش نصف برده خودداری کرده و بگوید که گمان می‌کردم نصف آن، ارزش زیادی دارد زیرا خودش اقدام به چنین کاری کرده است.] و به همین جهت می‌توان کوپه‌ای از گندم را بعنوان عوض قرار داد که مورد مشاهده عامل قرار می‌گیرد

اما عامل مقدار آن را نمی‌داند و یا مقداری از میوه درخت یا مقداری محصول و نظایر اینها در مقابل کاری که عامل انجام می‌دهد قرار گیرد. [ملاک در همه این موارد آن است که مجهول بودن عوض، اختلافی را هنگام تحویل عوض بوجود نمی‌آورد بنابراین اگر عوض، مالی باشد که مجهول بودن آن موجب اختلاف میان جاعل و عامل در هنگام تحویل شود، باید اجرت‌المثل داده شود] و تفاوت میان این موارد [که مجهول بودن عوض موجب بروز اختلاف نمی‌شود] و مواردی که شیء و مال، عوض قرار می‌گیرد [یعنی گفته می‌شود: «مالی را عوض قرار دادم»] آن است که کلمه «مال» و «شیء» بر مال کم و مال زیاد اطلاق می‌گردد و این منتهی به نزاع و اختلاف می‌شود [زیرا اگر جاعل، مال کمی به عامل بدهد عامل می‌تواند ادعا کند که مال بیشتری مورد نظر من بود چرا که واژه «مال» به هر دو صدق می‌کند] بنابراین صحیح نیست که عوض بدین صورت قرار داده شود برخلاف عوضی که جهل به آن، مانع تحویل عوض نمی‌شود زیرا چنین عوضی یک چیز است که اختلاف بردار نمی‌باشد و مصداق آن بخاطر اینکه مشخص است، متعدد نیست [مثلاً وقتی گفته می‌شود نصف حیوان به عنوان عوض قرار داده می‌شود، این نصف در واقع معلوم است و نمی‌توان گفت که کم یا زیاد است. ممکن است گفته شود که در اینجا هم کم و زیادی وجود دارد مثلاً ممکن است عامل بگوید من گمان می‌کردم که نصف حیوان یکصد هزار تومان ارزش دارد اما الآن پنجاه هزار تومان ارزش دارد. پاسخ داده می‌شود:] و اختلاف عوض مجهول از نظر زیادی و کمی قیمت [موجب بروز اختلاف نمی‌شود زیرا] عامل خودش بر این امر اقدام نمود که عوض را به هر شکلی باشد بپذیرد [مثلاً پذیرفت که نصف حیوان را به هر قیمتی که باشد بعنوان عوض بپذیرد] و ممکن است عامل، رضایت به آن اختلاف داده باشد [یعنی در هنگام انعقاد عقد راضی باشد که اختلاف قیمت را بپذیرد] و هرگاه عامل، عوض خاصی را قبول کرده باشد جهل و غرر منتفی می‌شود زیرا عوض، در واقع معلوم است [یعنی جهل ظاهری و معلوم بودن واقعی، غرر محسوب نمی‌شود و غرری که در عقد بیع مطرح می‌باشد، در اینجا مورد نظر نیست بلکه نفی فی الجمله جهل و غرر نیز کفایت می‌کند.]

(وَيُسْتَرَطُّ فِي الْجَاعِلِ الْكَمَالُ) بِالْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ (وَعَدَمُ الْحَجْرِ) لِأَنَّهُ بَاذِلُ الْمَالِ،

فَيُعْتَبَرُ رَفْعُ الْحَبْرِ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْعَامِلِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْجُزْلَ، وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا مُمَيَّرًا بغيرِ إِذْنِ وِليِّهِ، وَ فِي غَيْرِ الْمُمَيَّرِ وَ الْمَجْنُونِ، وَ جِهَانٍ: مِنْ وُقُوعِ الْعَمَلِ الْمُبْدُولِ عَلَيْهِ، وَ مِنْ عَدَمِ الْقُصْدِ.

جاعل باید کامل یعنی بالغ و عاقل بوده و محجور نباشد زیرا جاعل مالی را [در مقابل عملی که عامل انجام می دهد] می پردازد بنابراین باید محجور نباشد [که رشد و عدم ورشکستگی را نیز شامل می شود] برخلاف عامل [که نیازی نیست کامل باشد] و استحقاق دریافت عوض و جعل را دارد هر چند کودک ممیز باشد و ولی او به وی اجازه ندهد اما در مورد کودک غیر ممیز و شخص مجنون دو احتمال وجود دارد: [یک احتمال آن است که بتواند عامل قرار گیرد] زیرا عملی را که عوض در مقابل آن قرار گرفته است انجام می دهند [بنابراین هدف جعله که انجام دادن عمل است تحقق می یابد. احتمال دیگر آن است که نتواند عامل قرار گیرد] زیرا کودک غیر ممیز و مجنون فاقد قصد و اراده هستند [حال آنکه عقد جعله بعنوان یک عمل حقوقی، نیازمند قصد و اراده است یعنی عامل باید قصد انجام کار در مقابل دریافت عوض را بنماید.]

(وَلَوْ عَيَّنَّ الْجُعَالَهَ لِوَاحِدٍ وَ رَدَّ غَيْرُهُ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) بِالْعَمَلِ (لَا شَيْءَ لَهُ)، لِلتَّبَرُّعِ، وَ لَا لِلْمُعَيَّنِ، لِعَدَمِ الْفِعْلِ (وَ لَوْ شَارَكَ الْمُعَيَّنَ فَإِنْ قَصَدَ التَّبَرُّعَ عَلَيْهِ فَالْجَمِيعُ لِلْمُعَيَّنِ)، لِوُقُوعِ الْفِعْلِ بِأَجْمَعِهِ لَهُ (وَ إِلَّا) يَقْصِدُ التَّبَرُّعَ عَلَيْهِ بِأَنْ أَطْلَقَ، أَوْ قَصَدَ الْعَمَلَ لِنَفْسِهِ، أَوْ التَّبَرُّعَ عَلَى الْمَالِكِ (فَالْمُصَنَّفُ) لِلْمُعَيَّنِ خَاصَّةً، لِحُصُولِهِ بِفِعْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَجْعُولٌ لَهُ وَ الْآخَرُ مُتَبَرِّعٌ بِهِ، فَيَسْتَحِقُّ التَّصْفَ بِنَاءً عَلَى قِسْمَةِ الْعَوْضِ عَلَى الرُّؤْسِ.

وَ الْأَقْوَى بَسْطُهُ عَلَى عَمَلِهِمَا، فَيَسْتَحِقُّ الْمُعَيَّنُ بِنِسْبَةِ عَمَلِهِ، فَصَرَ عَنِ التَّصْفِ أَمْ زَادَ، وَ هُوَ خَيْرٌ الْمُصَنَّفِ فِي الدَّرُوسِ، وَ مِثْلُهُ مَا لَوْ عَمِلَ مَعَهُ الْمَالِكُ (وَ لَا شَيْءَ لِلْمُتَبَرِّعِ).

اگر جاعل، عقد جعله را خطاب به شخص معینی، منعقد سازد اما شخص دیگری مال را رد کند [یا عمل مورد نظر جاعل را انجام دهد]، عمل شخصی که مال را رد کرده است مجانی به حساب می آید و اجرتی به او داده نمی شود زیرا قصد تبرع داشته است و به شخص معین نیز اجرتی داده نمی شود زیرا کاری انجام نداده است. حال اگر شخص ثالث با شخص معین همکاری نماید [یعنی مشترکاً کار مورد نظر جاعل را انجام دهند، چنانچه شخص ثالث قصد تبرع داشته باشد تمامی عوض به شخص معین داده

می شود زیرا تمامی کار به نفع وی می باشد و اگر قصد تبرّع نداشته باشد بدین صورت که اصلاً قصدی نداشته باشد [یعنی نه قصد کمک به عامل و نه قصد گرفتن مزد] یا قصد وی آن باشد که کار را برای خودش انجام دهد [تا مزد آن را بگیرد] و یا قصدش آن باشد که کار را مجانی برای جاعل انجام دهد، در این صورت فقط نصف عوض به عامل معین داده می شود زیرا عمل توسط دو نفر انجام شده که برای عمل یکی، عوض قرار داده شده است و عمل دیگری به صورت مجانی انجام شده است بنابراین عامل معین، نصف عوض را دریافت خواهد کرد [چون عوض به دو نصف تقسیم می شود] و این در صورتی است که عوض براساس تعداد افراد و عاملان تقسیم گردد اما نظریه قوی تر آن است که براساس میزان عمل افراد تقسیم شود بنابراین عامل معین، عوض را به نسبت کاری که انجام داده است دریافت می کند اعم از اینکه اجرت عمل وی کمتر از نصف یا بیش تر از آن باشد [مثلاً اگر عامل، هفتاد درصد کار را انجام داده باشد مستحق دریافت هفتاد درصد عوض خواهد بود] و مصنف نظریه تقسیم شود براساس میزان عمل را در کتاب دروس انتخاب کرده است و همین حکم جاری می شود در صورتی که مالک با عامل، مشترکاً کار را انجام داده باشد [پس در اینجا هم نصف عوض یا معادل کاری که انجام شده است به عامل داده می شود و البته در اینجا حالت قصد تبرع از سوی مالک و به نفع عامل منتفی است تا تمام عوض به عامل برسد زیرا مستلزم جمع میان عوض و معوض می شود یعنی جاعل هم کار کند و هم مزد کار را به عامل بدهد. پس در موردی که شخص ثالث، قصد تبرّع به نفع عامل یا مالک را دارد] شخص متبرع، اجرتی دریافت نمی کند.

(وَتَجَوُزُ الْجُعَالَةُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ) فَيَلْزَمُهُ الْمَالُ، دُونَ الْمَالِكِ إِنْ لَمْ يَأْمُرْهُ بِهِ، وَلَوْ جَعَلَهُ مِنْ مَالِ الْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَهُوَ فَضُولِيٌّ.

(وَيَجِبُ عَلَيْهِ) أَي: عَلَى الْجَاعِلِ مُطْلَقاً (الْجُعْلُ مَعَ الْعَمَلِ الْمَشْرُوطِ) حَيْثُ يَنْعَيْنُ، وَإِلَّا فَمَا ذَكَرَ بَدَلَهُ.

ممکن است جعاله از سوی شخص ثالثی منعقد گردد [مثلاً «الف» بگوید که هرکس اتومبیل «ب» را پیدا کند فلان مبلغ به او می دهم، که در این صورت نفع آن شخص ثالث می رسد بنابراین لازم نیست که نفع جعاله به همان شخصی برسد که دستور انجام کار را

می‌دهد] و در این صورت شخص ثالث [که دستور انجام کار را داده است] باید عوض را بدهد و مالک چنانچه دستور جعاله را به شخص ثالث و جاعل نداده باشد عوض را نمی‌دهد و اگر جاعل عوض را از اموال مالک بدون اجازه وی قرار داده باشد، عمل فضولی خواهد بود [یعنی عقد جعاله، یک عقد فضولی می‌باشد و احکام عقد فضولی بر آن بار می‌شود یعنی اگر مالک، آن را تنفیذ نکند جاعل باید عوض را خودش بدهد و اگر عامل علم به فضولی بودن داشته باشد مستحق دریافت اجرت نخواهد بود.] جاعل باید عوض معین شده را پس از انجام کار بپردازد اعم از اینکه جاعل، مالک باشد یا شخص ثالث باشد و اگر عوض معین نشده باشد باید آنچه که ذکر شده است [یعنی اجرت‌المثل] بجای عوض پرداخت شود.

(و هِيَ جَائِزَةٌ مِنْ طَرَفِ الْعَامِلِ مُطْلَقًا) قَبْلَ التَّلَبُّسِ بِالْعَمَلِ وَ بَعْدَهُ، فَلَهُ الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ، وَ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا لِمَا حَصَلَ مِنْهُ مِنَ الْعَمَلِ قَبْلَ تَمَامِهِ مُطْلَقًا. (وَ أَمَّا الْجَاعِلُ فَجَائِزَةٌ) مِنْ طَرَفِهِ (قَبْلَ التَّلَبُّسِ) بِالْعَمَلِ (وَ أَمَّا بَعْدَهُ فَجَائِزَةٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا بَقِيَ مِنَ الْعَمَلِ) فَإِذَا فَسَخَ فِيهِ أَنْتَفَى عَنْهُ بِنِسْبَتِهِ مِنَ الْعَوَضِ (أَمَّا الْمَاضِي فَعَلَيْهِ أَجْرُهُ) وَ هَذَا فِي الْحَقِيقَةِ لَا يُخْرَجُ عَنْ كَوْنِهَا جَائِزَةً مِنْ قَبْلِهِ مُطْلَقًا، فَإِنَّ الْمُرَادَ بِالْعُقُودِ الْجَائِزِ أَوْ الْإِيقَاعِ، مَا يَصِحُّ فَسْخُحُهُ لِمَنْ جَازَ مِنْ طَرَفِهِ، وَ ثُبُوتُ الْعَوَضِ لَا يُنَافِي جَوَازَهُ، كَمَا أَنَّهَا بَعْدَ تَمَامِ الْعَمَلِ يَلْزُمُهَا جَمِيعُ الْعَوَضِ، مَعَ أَنَّهَا مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ، وَ كَذَا الْوَكَاةُ بِجَعْلٍ بَعْدَ تَمَامِ الْعَمَلِ. وَ اسْتِحْقَاقُ الْجُعْلِ لَا يُخْرِجُهَا عَنْ كَوْنِهَا عَقْدًا جَائِزًا، فَيَسْبَغِي أَنْ يُقَالَ: إِنَّهَا جَائِزَةٌ مُطْلَقًا، لَكِنْ إِنْ كَانَ الْفَسْخُ مِنَ الْمَالِكِ ثَبَتَ لِلْعَامِلِ بِنِسْبَتِهِ مَا سَبَقَ مِنَ الْعَمَلِ إِلَى الْمُسَمَّى عَلَى الْأَقْوَى. وَ قِيلَ: أُجْرَةٌ مِثْلِهِ. وَ رَبَّمَا أَشْكَلَ ذَلِكَ فِيمَا لَوْ كَانَتْ عَلَى رَدِّ ضَالَّةٍ مَثَلًا ثُمَّ فَسَخَ، وَ قَدْ ضَارَتْ بِيَدِهِ فَإِنَّهُ لَا يَكَادُ يَتَحَقَّقُ لِلْفَسْخِ مَعْنَى حَيْثُئِذٍ، إِذْ لَا يَجُوزُ لَهُ تَرْكُهَا، بَلْ يَجِبُ تَسْلِيمُهَا إِلَى الْمَالِكِ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، فَلَا تَتَحَقَّقُ فَائِدَةٌ لِلْفَسْخِ حَيْثُئِذٍ.

وَ يُمْكِنُ دَفْعُهُ بَأَنَّ فَائِدَةَ الْبُطْلَانِ عَدَمُ سَلَامَةِ جَمِيعِ الْعَوَضِ لَهُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ بَلْ يَسْتَحِقُّ لِمَا سَبَقَ بِنِسْبَتِهِ، وَ يَبْقَى لَهُ فِيمَا بَعْدَ ذَلِكَ أُجْرَةُ الْمِثْلِ عَلَى مَا يَعْمَلُهُ إِلَى أَنْ يَتَسَلَّمَهُ الْمَالِكُ وَ هُوَ حِفْظُهُ عِنْدَهُ وَ نَحْوُهُ، إِذْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ حَيْثُئِذٍ رَدُّهُ عَلَى الْمَالِكِ، بَلْ تَمَكِّيَتُهُ مِنْهُ إِنْ كَانَ قَدْ عَلِمَ بِوُضُوعِهِ إِلَى يَدِهِ، وَ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ وَ جَبَّ إِعْلَامُهُ. (وَ لَوْ رَجَعَ) الْمَالِكُ فِيهَا قَبْلَ الْعَمَلِ، أَوْ فِي أَثْنَائِهِ (وَ لَمْ يَعْلَمْ الْعَامِلُ رُجُوعَهُ) حَتَّى

أَكْمَلَ الْعَمَلَ (فَلَهُ كَمَالُ الْأَجْرَةِ)، وَ لَوْ عَلِمَ فِي الْأَثْنَاءِ فَلَهُ بِنِسْبَةِ مَا سَلَفَ قَبْلَ الْعِلْمِ، وَ يَنْبَغِي أَنْ يُرَادَ بِالْعِلْمِ مَا يَثْبُتُ بِهِ ذَلِكَ شَرْعاً لِيَشْمَلَ السَّمَاعَ مِنَ الْمَالِكِ، وَ الشَّيْءَ الْمُفِيدَ لِلْعِلْمِ، وَ خَبَرَ الْعَدْلَيْنِ لَا الْوَاحِدِ، وَ إِنَّ حُكْمَ بِهِ فِي عَزْلِ الْوَكَالَةِ بِنَصِّ خَاصٍّ.

عقد جعاله از سوی عامل مطلقاً جایز است اعم از اینکه عامل شروع به کار نکرده باشد یا شروع کرده باشد بنابراین عامل می تواند هر وقت که بخواهد رجوع کند [و عقد جعاله را فسخ نماید] و چنانچه قبل از خاتمه یافتن عمل، عقد را فسخ کند مستحق دریافت اجرت برای کاری که انجام داده است نخواهد بود. [همچنین اگر عامل پس از آنکه عقد را فسخ کرد بخواهد به عمل خود ادامه دهد نیازمند انعقاد عقد جدید است زیرا ایجاب قبلی از بین رفته است.] اما عقد جعاله نسبت به جاعل [به صورت مطلق جایز نیست] بلکه قبل از آنکه عامل شروع به عمل نماید، جایز است و بعد از شروع به عمل فقط نسبت به مقداری از کار که باقیمانده است جایز می باشد بنابراین چنانچه جاعل عقد جعاله را فسخ نماید عوض به مقدار باقیمانده عمل ساقط خواهد شد [مثلاً اگر عامل، چهل درصد کار را انجام داده باشد به اندازه شصت درصد از عوض ساقط می گردد] و نسبت به عمل انجام شده، حق الزحمه را می گیرد [یعنی چهل درصد از عوض را می گیرد. حال ممکن است کسی ایراد نماید که اگر پرداخت اجرت نسبت به عمل انجام شده واجب باشد معنایش آن است که عقد جعاله در این صورت عقد لازمی خواهد بود چون جاعل باید پایبند به عقد بوده و اجرت کارهای انجام شده را به عامل بدهد. شهیدثانی این اشکال را نپذیرفته و می گوید:] و پرداخت عوض برای کار انجام شده در واقع سبب نمی شود عقد جعاله مطلقاً [قبل از عمل و بعد از عمل] نسبت به جاعل، عقدی لازم باشد زیرا منظور از عقد جایز یا ایقاع جایز [یا توجه به اینکه گروهی جعاله را ایقاع می دانند] عقد یا ایقاعی است که شخصی که حق فسخ دارد بتواند آن را فسخ نماید و ثابت شدن عوض [برای کاری که انجام شده است] منافاتی با جایز بودن عقد ندارد همچنانکه پس از انجام کار نیز بر جاعل واجب است که تمامی عوض را به عامل پردازد و در حالیکه عقد جعاله، عقدی جایز می باشد [یعنی لزوم پرداخت عوض برای کاری که انجام شده است منافاتی با جایز بودن عقد ندارد بلکه ملاک جایز بودن عقد آن است که صاحب حق فسخ بتواند عقد را فسخ نماید و وکالتی که

در آن مقرر شده است که پس از پایان کار، عوض پرداخت شود همین حکم را دارد و استحقاق وکیل برای دریافت مزد [برای کاری که انجام داده است] عقد وکالت را از عقد جایز بودن خارج نمی‌کند بنابراین می‌توان گفت که عقد جعاله مطلقاً [نسبت به جاعل و عامل، بعد از عمل و قبل از عمل] جایز است اما هرگاه جاعل، عقد را فسخ کند بنابراین نظریه قوی‌تر عامل مستحق دریافت عوض خواهد بود برای کاری که انجام داده است که مقدار کار انجام شده نسبت به عوضی که تعیین گردیده است محاسبه می‌گردد. البته یک دیدگاه هم آن است که عامل [برای کارهایی که انجام داده است] مستحق دریافت اجرت‌المثل می‌باشد [زیرا وقتی عقد جعاله فسخ گردید پس عوضی هم که ضمن آن تعیین شده است از بین می‌رود در اینجا ایرادی مطرح شده است که اگر عامل، کار خود را انجام داده باشد فسخ جعاله از سوی جاعل معنایی نخواهد داشت هر چند مال به دست مالک نرسیده باشد مانند اینکه عامل، مال را پیدا کند و جاعل بخواهد قبل از تحویل مال به وی، عقد را فسخ نماید]. و چه بسا نسبت به فسخ جعاله از سوی جاعل پس از اینکه عامل شروع به عمل می‌کند، ایراد شده است که چنانچه موضوع عقد جعاله، مثلاً پیدا کردن و تحویل حیوانی باشد که گم شده است و جاعل عقد جعاله را فسخ نماید در حالیکه حیوان به دست عامل رسیده است پس در این صورت، فسخ عقد جعاله معنایی نخواهد داشت زیرا عامل حق ندارد حیوان را رها کند [تا دوباره گم شود] بلکه باید آن را به مالک حیوان یا قائم مقام وی تحویل دهد بنابراین فایده‌ای در این صورت بر فسخ جعاله مترتب نمی‌شود [زیرا عامل تمام کار را انجام داده و مستحق تمام عوض است و جاعل چه جعاله را فسخ کند و چه فسخ نکند باید تمام عوض را به عامل بدهد بنابراین فسخ جعاله فایده‌ای ندارد. شهیدثانی این ایراد را وارد ندانسته و می‌فرماید:] و می‌توان اشکال را بدین صورت پاسخ داد که فایده فسخ قرارداد آن است که در این حالت تمام عوض به عامل داده نمی‌شود بلکه برای کارهای انجام شده به نسبت کاری که انجام داده است عوض به او داده می‌شود و برای کارهایی که بعداً انجام می‌دهد تا حیوان را به مالک آن برساند، مستحق دریافت اجرت‌المثل است و این کارها عبارت است از نگهداری حیوان نزد خود و نظایر این کارها [و وجوب نگهداری حیوان و استحقاق دریافت اجرت‌المثل] بخاطر آن است که در این حالت [که



جاعل، عقد را فسخ کرده است] بر عامل واجب نیست که حیوان را به مالک تحویل بدهد بلکه چنانچه مالک می‌داند که حیوان به دست عامل رسیده است، عامل باید زمینه رسیدن حیوان به مالک را فراهم کند [یعنی موانع را برطرف سازد] و اگر مالک نمی‌داند که حیوان به دست عامل رسیده است، عامل باید به مالک خبر بدهد که حیوان خود را تحویل بگیرد [اما اگر جاعل، عقد را فسخ نکند بر عامل واجب است که حیوان را به مالک تحویل بدهد و در این صورت مستحق دریافت تمامی عوض خواهد بود.] اگر مالک قبل از آنکه عامل شروع به عمل کرده است یا در حین انجام عمل، عقد جعاله را فسخ نماید و عامل نسبت به فسخ قرارداد توسط جاعل اطلاع نداشته باشد تا اینکه عمل را کامل نماید مستحق دریافت تمام عوض خواهد بود اما اگر عامل در حین انجام کار نسبت به فسخ قرارداد، آگاهی پیدا کند به نسبت کارهایی که قبل از اطلاع از فسخ قرارداد انجام داده است مستحق دریافت عوض می‌باشد [یعنی حتی نسبت به کارهایی که در فاصله فسخ قرارداد و اطلاع از فسخ، انجام داده است مستحق دریافت عوض می‌باشد] و منظور از علم به فسخ قرارداد، ثبوت شرعی آن است که شامل شنیدن از جاعل، شیاعی که علم آور باشد و خبر دو مرد عادل خواهد بود اما خبر یک مرد عادل کافی نیست هر چند در مورد عزل وکیل، روایت خاص وجود دارد که با خبر یک مرد عادل، ثابت می‌شود.]

(وَلَوْ أَوْقَعَ الْمَالِكُ (صَيْغَتَيْنِ) لِلْجُعَالَةِ مُخْتَلِفَتَيْنِ فِي مِقْدَارِ الْعُوضِ أَوْ فِي بَعْضِ أَوْصَافِهَا (عَمِلَ بِالْأَخِيرَةِ إِذَا سَمِعَهُمَا) الْعَامِلُ، لِأَنَّ الْجُعَالََةَ جَائِزَةٌ، وَالثَّانِيَةُ رُجُوعٌ عَنِ الْأُولَى، سِوَاءَ زَادَتْ أَمْ نَقَصَتْ (وَإِلَّا) يَسْمَعُهُمَا (فَلَمُعْتَبَرٌ مَا سَمِعَ) مِنَ الْأُولَى وَالْأَخِيرَةِ، وَ لَوْ سَمِعَ الثَّانِيَةَ بَعْدَ الشَّرُوعِ فِي الْعَمَلِ، فَلَهُ مِنَ الْأُولَى بِنِسْبَةِ مَا عَمِلَ إِلَى الْجَمِيعِ وَ مِنَ الثَّانِيَةِ بِنِسْبَةِ الْبَاقِي.

اگر مالک در صیغه برای عقد جعاله انشاء کند که در مقدار عوض یا در پاره‌ای اوصاف با یکدیگر مختلف باشند [مثلاً یک بار بگوید: «هرکس اتومبیل مرا پیدا کند یک میلیون تومان به او می‌دهم» و دوباره بگوید: «هرکس اتومبیل مرا پیدا کند دو میلیون تومان به او می‌دهم.» یا در صیغه نخست، مبلغ یک میلیون تومان برای پیدا کردن اتومبیل و در صیغه دوم همین مبلغ را برای پیدا کردن اسب قرار دهد.] چنانچه عامل، هر

دو صیغه را بشنود باید براساس صیغهٔ دوم عمل کند زیرا عقد جعله یک عقد جایز است پس انعقاد عقد دوم به منزله رجوع از عقد اول است اعم از اینکه عوض در قرارداد دوم، بیش تر از قرارداد اول یا کم تر از آن باشد و اگر عامل، هر دو صیغه را نشنیده باشد [بلکه فقط یک صیغه را شنیده باشد] صیغه‌ای معتبر خواهد بود که شنیده است اعم از اینکه صیغهٔ اول یا دوم باشد، اگر عامل پس از آنکه براساس صیغهٔ اول شروع به عمل کرد، صیغهٔ دوم را بشنود، از قرارداد اول به نسبت کاری که انجام داده است به تمام مزد به وی داده می‌شود و از قرارداد دوم به نسبت کاری که باقیمانده است به تمام مزد به او داده می‌شود [مثلاً چنانچه یک سوم از کار را براساس قرارداد اول انجام داده باشد و در این هنگام قرارداد دوم را بشنود و دوسوم کار را براساس قرارداد دوم انجام دهد. در این صورت یک سوم از عوض قرارداد اول و دوسوم از عوض قرارداد دوم به او داده می‌شود.]

(وَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ عَلَى الرَّدِّ بِتَسْلِيمِ الْمَرْدُودِ) إِلَى مَالِكِهِ مَعَ الْإِطْلَاقِ أَوْ التَّصْرِيحِ بِالْجُعْلِ عَلَى إِيضَالِهِ إِلَى يَدِهِ (فَلَوْ جَاءَ بِهِ إِلَى بَابِ مَنْزِلِ الْمَالِكِ فَهَرَبَ فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ)، لَعَدَمِ إِتْمَامِهِ الْعَمَلِ الَّذِي هُوَ شَرْطُ الْإِسْتِحْقَاقِ.  
وَ مِثْلُهُ مَا لَوْ مَاتَ قَبْلَ وُضُوعِهِ إِلَى يَدِهِ وَإِنْ كَانَ يَدَارِهِ، مَعَ احْتِمَالِ الْإِسْتِحْقَاقِ هُنَا، لِأَنَّ الْمَنَاعَ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ تَعَالَى، لَا مِنْ قِبَلِ الْعَامِلِ، وَ لَوْ كَانَ الْجُعْلُ عَلَى إِيضَالِهِ إِلَى الْبَلَدِ، أَوْ إِلَى مَنْزِلِ الْمَالِكِ اسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ بِالْإِثْمَالِ.

عامل زمانی استحقاق دریافت عوض را دارد که مال را [مانند برده یا حیوان] به مالکش تحویل دهد [و این در صورتی است که عقد جعله] به صورت مطلق، منعقد شده باشد [یعنی در قرارداد تصریح نشده باشد که عامل مال را به مالک آن برگرداند یا در محل دیگری یا به شخص دیگری تحویل دهد] و یا تصریح شده باشد که عامل مال را به دست مالکش برساند بنابراین چنانچه عامل، حیوان یا برده را تا درب منزل مالک بیاورد اما حیوان یا برده فرار کند عوضی به عامل داده نمی‌شود زیرا عمل به پایان نرسیده است در حالیکه به پایان رساندن عمل، شرط استحقاق دریافت عوض است و همین حکم را دارد صورتی که برده یا حیوان قبل از آنکه به دست مالکش برسد فوت کند هر چند این فوت در محل خانهٔ مالک رخ دهد هر چند احتمال می‌رود

که عامل در اینجا استحقاق دریافت عوض را داشته باشد زیرا مانع تحویل مال به مالک از سوی خداوند بوده است و از جانب عامل نبوده است. اما اگر پرداخت عوض مشروط بر این شده باشد که عامل مال را به شهر یا منزل مالک برساند، چنانچه این عمل را انجام دهد مستحق دریافت عوض خواهد بود [هر چند مال را تحویل مالک آن نداده باشد زیرا عامل براساس قرارداد به تعهد خود عمل کرده است].

(وَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ إِلَّا بَدَلَ الْجَاعِلِ) أَي اسْتِدْعَايَهُ الرَّدِّ، سَوَاءٌ كَانَ مَعَ بَدَلٍ عَوَضٍ أَمْ لَا (فَلَوْ رَدَّ بَعْضُهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا) لَا عَوَضَ لَهُ مُطْلَقًا، وَكَذَلِكَ رَدَّ مَنْ لَمْ يَسْمَعْ الْجُعَالََةَ عَلَى قَصْدِ التَّبَرُّعِ، أَوْ يَقْضِدُ يُعَايِرُ مَا بَدَلَهُ الْمَالِكُ جِنْسًا أَوْ وَصْفًا، وَلَوْ رَدَّ بِنَيْتِهِ الْعَوَضَ مُطْلَقًا وَكَانَ مِمَّنْ يَدْخُلُ فِي عُمُومِ الصِّيغَةِ أَوْ إِطْلَاقِهَا فِي اسْتِحْقَاقِهِ قَوْلَانِ، مُنْشَأُهُمَا: فِعْلُهُ مُتَعَلَّقٌ الْجُعَلِ مُطَابِقًا لِمُضَوَّرِهِ مِنَ الْمَالِكِ عَلَى وَجْهِ يَشْمَلُهُ، وَأَنَّهُ عَمَلٌ مُخْتَرَمٌ لَمْ يَقْضِدْ بِهِ فَأَعْلَهُ التَّبَرُّعُ، وَقَدْ وَقَعَ بِإِذْنِ الْجَاعِلِ، فَقَدْ وَجِدَ الْمُقْتَضِي وَالْمَانِعَ لَيْسَ إِلَّا عَدَمَ عَلَيْهِ بِضُورِ الْجُعَلِ، وَمِثْلُهُ يَشْكُ فِي مَا نَعِيَّتِهِ، لِعَدَمِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ، فَيَعْمَلُ الْمُقْتَضِي عَمَلَهُ. وَمِنْ أَنَّهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى اعْتِقَادِهِ مُتَبَرِّعٌ، إِذْ لَا عِبْرَةَ بِقَضْدِهِ مِنْ دُونِ جُعَلِ الْمَالِكِ، وَعَدَمِ سَمَاعِهِ فِي قُوَّةِ عَدَمِهِ عِنْدَهُ.

وَفَصْلٌ ثَالِثٌ: فَفَرَّقَ بَيْنَ مَنْ رَدَّ كَذَلِكَ عَالِمًا بِأَنَّ الْعَمَلَ بِدُونِ الْجُعَلِ تَبَرُّعٌ، وَإِنْ قَصَدَ الْعَامِلُ الْعَوَضَ، وَبَيَّنَّ غَيْرَهُ، لِأَنَّ الْأَوَّلَ مُتَبَرِّعٌ مَخْضًا، بِخِلَافِ الثَّانِي وَاسْتَقْرَبَ الْمُصَنِّفُ الْأَوَّلَ، وَالتَّفْصِيلُ مُتَّحِهُ.

عامل استحقاق دریافت اجرت را ندارد مگر اینکه مالک آن را بذل کرده باشد یعنی درخواست رد مال را نموده باشد اعم از اینکه جاعل، عوضی قرار داده باشد [که در این صورت، اجرت المثل پرداخت می شود] بنابراین چنانچه عامل مال را به مالک آن برگرداند بدون اینکه مالک، برگردان مال را درخواست کرده باشد، متبرع به حساب آمده و مطلقاً استحقاق دریافت مزد را نخواهد داشت [اعم از اینکه عامل قصد کرده باشد که عمل را مجانی انجام دهد یا قصد گرفتن مزد کرده باشد یا هیچ قصدی نداشته باشد]. همچنین هرگاه شخصی که صیغه جعاله را نشنیده است مال را به قصد مجانی بودن به صاحبش برگرداند و یا مزدی را قصد نماید که از نظر جنس یا وصف با مزدی

که جاعل تعیین کرده است تفاوت داشته باشد. اما اگر عامل مال را به مالکش رد کنند و مطلق عوض را قصد کرده باشد [یعنی عوض خاصی در نظر او نباشد بلکه فقط هدفش آن باشد که عوض بگیرد] و عامل جزء افرادی باشد که مشمول عموم یا اطلاق صیغه جعاله قرار می‌گیرد [یعنی جاعل به صورت عام گفته باشد. «هرکس مال را برگرداند فلان عوض را به او می‌دهم» یا به صورت مطلق گفته باشد: «اگر شخصی مال مرا برگرداند فلان عوض را به او می‌دهم» که در این صورت عموم و اطلاق صیغه شامل فردی هم می‌شود که صیغه را نشنیده اما مال را برمی‌گرداند] در این صورت پیرامون استحقاق یا عدم استحقاق عامل برای دریافت عوض، دو دیدگاه وجود دارد و مبنای این دو دیدگاه آن است که عامل، کار را مطابق آنچه که مالک درخواست نموده، انجام داده است بگونه‌ای که او نیز مشمول خطاب مالک قرار می‌گیرد و از طرفی عمل عامل، محترم است و فاعل آن قصد تبرع و مجانی بودن را نکرده است. همچنین عامل در حقیقت به درخواست عامل عمل کرده است بنابراین مقتضی برای استحقاق دریافت اجرت، موجود است که همان سه دلیل فوق می‌باشد [یعنی محترم بودن عمل، درخواست مالک و عدم قصد تبرع] و مانع هم فقط ممکن است عدم علم عامل نسبت به صدور جعاله از سوی جاعل باشد در حالیکه نسبت به مانع بودن چنین مانعی تردید وجود دارد زیرا دلیلی بر مانع بودن آن یافت نمی‌شود بنابراین مقتضی اثر می‌کند [و عامل مستحق دریافت اجرت است. اما نظریه دیگری هم وجود دارد که عامل را مستحق دریافت اجرت نمی‌دارند زیرا] عامل برحسب اعتقاد خودش متبرع می‌باشد چرا که هرگاه مالک درخواست عمل را نکرده باشد قصد عامل اعتباری نخواهد داشت و همینکه عامل جعاله را نشنیده است به منزله آن است که اساساً مالک درخواستی از وی نکرده باشد. دیدگاه سومی هم در اینجا وجود دارد که تفصیل داده و تفاوت گذاشته است میان شخصی که مال را بدون شنیدن جعاله به مالک آن برمی‌گرداند و می‌داند که چنین عملی که بدون قرارداد و عوض است مجانی می‌باشد هر چند عامل قصد گرفتن عوض را داشته باشد [پس چنین عاملی مستحق دریافت اجرت نخواهد بود و فرق است میان این شخص و] شخص دیگری [که حکم مسأله را نمی‌داند پس چنین شخصی استحقاق دریافت عوض را دارد] زیرا اولی کاملاً متبرع است [یعنی وقتی علم

به عدم استحقاق عوض داشته باشد پس صد درصد عمل خود را تبرعی انجام داده است و ذره‌ای هم تردید در استحقاق وی وجود ندارد] **برخلاف دومی** [که استحقاق دریافت عوض را دارد چرا که نمی دانسته که عمل وی مجانی است پس نمی توان گفت که به قصد تبرع عملش را انجام داده است] **شهید اول نظریه نخست را برگزیده است** [یعنی عامل استحقاق دریافت عوض را دارد] **اما** [به اعتقاد شهیدثانی] **نظریه سوم موجه و قابل قبول است.**

(مسائل:)

(كَلَّمَا لَمْ يُعَيَّنْ جُعْلٌ) إِمَّا لَتَرْكِهِ أَصْلًا بِأَنْ اسْتَدْعَى الرَّدَّ وَ أَطْلَقَ، أَوْ لِذِكْرِهِ مُبَهَمًا كَمَا سَلَفَ (فَأَجْرَةُ الْمِثْلِ) لِمَنْ عَمِلَ مُقْتَضَاهُ سَامِعًا لِلصَّيغَةِ غَيْرِ مُتَبَرِّعٍ بِالْعَمَلِ، إِلَّا أَنْ يُصْرِّحَ بِالِاسْتِدْعَاءِ مَجَانًا فَلَا شَيْءَ، وَقِيلَ: لَا أَجْرَةَ مَعَ إِطْلَاقِ الْإِسْتِدْعَاءِ، وَ الْأَوَّلُ أَجْوَدُ. نَعَمْ لَوْ كَانَ الْعَمَلُ مِمَّا لَا أَجْرَةَ لَهُ عَادَةً لَقَلَّتْهُ فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ، كَمَنْ أَمَرَ غَيْرَهُ بِعَمَلٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَذْكُرَ لَهُ أَجْرَةَ (الْأَفِي رَدِّ الْأَبْقِ مِنَ الْمِصْرِ) الَّذِي فِيهِ مَالِكُهُ إِلَيْهِ (فَدِينَارٌ) وَ فِي رَدِّهِ مِنْ غَيْرِهِ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ مِصْرٍ آخَرَ أَمْ لَا (فَأَرْبَعَةُ دَنَانِيرٍ) فِي الْمَشْهُورِ وَ مُسْتَنْدَهُ ضَعِيفٌ. وَ لَوْ قِيلَ بِثُبُوتِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ فِيهِ كَغَيْرِهِ كَانَ حَسَنًا. وَ الْمُرَادُ بِالْدَيْنَارِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ: الشَّرْعِيُّ، وَ هُوَ الْمِثْقَالُ الَّذِي كَانَتْ قِيَمَتُهُ عَشْرَةَ ذَرَاهِمٍ.

(وَالْبَعِيرُ كَذَا) أَي: كَالْأَبْقِ فِي الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ، وَ لَانَّصَ عَلَيْهِ بِخُصُوصِهِ، وَ إِنَّمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخَانِ وَ تَبِعَهُمَا عَلَيْهِ جَمَاعَةٌ. وَ يَظْهَرُ مِنَ الْمُفِيدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ بِهِ رِوَايَةً، لِأَنَّهُ قَالَ: بِذَلِكَ ثَبَّتِ السُّنَّةُ، وَ فِي الْحَاقِقِ عَلَى تَقْدِيرِ ثُبُوتِ الْحُكْمِ فِي الْأَبْقِ إِشْكَالٌ، وَ يَقْوَى الْإِشْكَالُ لَوْ قَصَرَتْ قِيَمَتُهُمَا عَنِ الدِّينَارِ وَ الْأَرْبَعَةِ. وَ يَنْبَغِي حَيْثُ دَانَ أَنْ يَثْبُتَ عَلَى الْمَالِكِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ، وَ الْمُقَدَّرِ شَرْعًا، وَ مَبْنَى الرِّوَايَةِ عَلَى الْغَالِبِ مِنْ زِيَادَةِ قِيَمَتِهِ، عَنْ ذَلِكَ كَثِيرًا.

چند مسأله

[مسأله اول:] هرگاه جاعل، عوضی را در عقد جعاله تعیین نکند بدین صورت که یا اصلاً عوض را ذکر کند یعنی فقط درخواست رد مال را بنماید [مثلاً بگوید: «مال مرا پیدا کرده و به من برگردانید] و یا عوض را همانگونه که قبلاً بیان شد به صورت مبهم بیان کند [یعنی بگوید: «هرکس مال مرا برگرداند، مال یا چیزی به او می‌دهم»] در این

صورت هرکس صیغه جعاله را شنیده و براساس آن عمل کند و قصد تبرع نداشته باشد مستحق دریافت اجرت‌المثل خواهد بود مگر اینکه جاعل صراحتاً درخواست استرداد مال به صورت مجانی را بنماید که در این صورت اجرتی به عامل داده نمی‌شود. یک دیدگاه آن است که اگر درخواست استرداد مال به صورت مطلق باشد [یعنی جاعل عوضی را تعیین نکرده و آن را مسکوت بگذارد] اجرتی به عامل داده نمی‌شود اما نظریه نخست، موجه‌تر است. بله اگر عمل جزء کارهایی باشد که بخاطر ناچیز بودنش معمولاً اجرتی برای آنها پرداخت نمی‌شود اجرتی به عامل داده نمی‌شود و این مانند موردی است که مستأجر به دیگری دستور بدهد که عملی را برای وی انجام دهد [و عمل جزء اعمال ناچیز باشد مانند اینکه از دیگری بخواهد مقداری آب در رادیاتور اتومبیل وی بریزد] بدون اینکه اجرتی برای عامل قرار دهد. [اینک شهید اول یک مورد را از حکم بالا که اجرت‌المثل به عامل پرداخت می‌شود استثنا کرده و می‌فرماید:] مگر در مورد برگرداندن برده فراری به مالک از شهری که مالک در همان شهر زندگی می‌کند که در این صورت یک دینار به عامل داده می‌شود [یعنی اگر برده فرار کند و از همان شهری که مالک در آن است خارج نشده باشد و عامل آن را به مالک برگرداند مستحق دریافت یک دینار است] اما اگر برده را از شهری برگرداند که مالک در آنجا نیست بنابر نظر مشهور چهار دینار به وی داده می‌شود اعم از اینکه برده در شهری دیگر یا در غیرشهر [مانند کوه و بیابان] باشد اما مستند این نظریه، یک روایت ضعیف است [که از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: «انّ النبی جعل فی جهل الالبق دیناراً اذا اخذه فی مصره و ان اخذه فی غیرمصره فأربعة دنانیر»] بنابراین چنانچه در مورد برگرداندن برده فراری نیز همچون سایر موارد حکم به پرداخت اجرت‌المثل شود بهتر است. منظور از دینار در اینجا دینار شرعی می‌باشد و آن یک مثقال طلاست که معادل ده درهم ارزش دارد [یعنی طلای هجده نخودی که در مقابل طلای بیست و چهار نخودی یا صرفی قرار دارد]. شتر نیز در حکم یاد شده مانند برده فراری است اما روایتی خاص در مورد آن وجود ندارد بلکه مرحوم شیخ مفید و شیخ طوسی آن را بیان کرده و گروهی از فقها از ایشان پیروی کرده‌اند و از ظاهر سخنان شیخ مفید چنین برمی‌آید که روایتی هم در مورد شتر وجود دارد زیرا ایشان فرموده است: «در مورد

شتر، سنت نبوی وارد شده است». به هر حال با فرض اینکه حکم به پرداخت دینار در مورد برده فراری ثابت شده باشد اما نمی‌توان حکم شتر را نیز به آن الحاق کرد [زیرا روایتی در مورد آن وجود ندارد و مقیاس آن با حکم برده فراری که خود مستند به روایتی ضعیف می‌باشد، صحیح نیست] و این اشکال زمانی تقویت می‌شود که ارزش برده و شتر کمتر از یک دینار و چهار دینار باشد [زیرا مالک باید اجرتی بیشتر از ارزش مال خود بپردازد] بنابراین در چنین حالتی بهتر است که مالک هر کدام از ارزش مال و یک یا چهار دینار که کمتر است بپردازد و روایت هم بر مبنای غالب صادر شده است زیرا غالباً ارزش مال بیشتر از یک یا چهار درهم است [یعنی ایراد نشود که روایت اطلاق دارد و پرداخت دینار را مقید به حالتی نکرده است که ارزش مال بیشتر از دینار باشد زیرا جواب می‌دهیم که روایت بر مبنای غالب صادر شده است].

(وَلَوْ بَدَلَ جُعْلًا لِمَنْ رَدَّهُ وَاحِدًا كَانَ أَمْ أَكْثَرَ (فَرَدَّهُ جَمَاعَةً اسْتَحَقُّهُ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ)، وَلَوْ كَانَ الْعَمَلُ غَيْرَ الرَّدِّ مِنَ الْأَعْمَالِ الَّتِي يُمَكِّنُ وَقُوَّعُهَا أَجْمَعَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كَدْخُولِ ذَارِهِ مَعَ الْغَرَضِ الصَّحِيحِ فَلِكُلِّ مَا عَيَّنَ.

(وَلَوْ جَعَلَ لِكُلِّ مِنَ الثَّلَاثَةِ جُعْلًا مُغَايِرًا) لِلْآخَرِينَ كَانَ جَعَلَ لِأَحَدِهِمَا دِينَارًا وَ لِلْآخَرِ دِينَارَيْنِ، وَ لِلثَّلَاثِ ثَلَاثَةٌ (فَرَدُّوهُ فَلِكُلِّ ثُلْثٍ مَا جُعِلَ لَهُ)، وَ لَوْ رَدَّهُ أَحَدُهُمْ فَلَهُ مَا عَيَّنَ لَهُ أَجْمَعَ، وَ لَوْ رَدَّهُ اثْنَانِ مِنْهُمْ فَلِكُلِّ مِنْهُمَا نِصْفُ مَا عَيَّنَ لَهُ (وَ لَوْ لَمْ يُسَمَّ لِبَعْضِهِمْ) جُعْلًا مَخْصُوصًا (فَلَهُ ثُلْثُ أَجْرَةِ الْمِثْلِ) وَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرِينَ ثُلْثُ مَا عَيَّنَ لَهُ، وَ لَوْ رَدَّهُ مَنْ لَمْ يُسَمَّ لَهُ وَ أَحَدُهُمَا فَلَهُ نِصْفُ أَجْرَةِ مِثْلِهِ، وَ لِلْآخَرِ نِصْفُ مَا سُمِّيَ لَهُ، وَ هَكَذَا، (وَ لَوْ كَانُوا أَرْبَعًا) مِنْ ثَلَاثَةٍ (فَبِالنِّسْبَةِ) أَي: لَوْ رَدُّوهُ أَجْمَعَ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ بِنِسْبَةِ عَمَلِهِ إِلَى الْمَجْمُوعِ مِنْ أَجْرَةِ الْمِثْلِ أَوْ الْمُسَمَّى.

اگر جاعل عوضی را برای هر کس که مال را برگرداند قرار دهد اعم از اینکه عامل یک یا چند نفر باشند و آنگاه گروهی آن مال را برگردانند همه آنها به صورت مساوی استحقاق دریافت عوض را دارند [در اینجا همه عاملان یک مال را برمی‌گردانند و یک کار انجام می‌دهند اما گاهی ممکن است که هر یک از عاملان کار جداگانه ای انجام دهد] بنابراین چنانچه موضوع جعاله عملی غیر از رد مال باشد یعنی اعمالی که هر یک از عاملان می‌تواند آن را به تنهایی انجام دهد مانند اینکه وارد خانه مالک شوند در

صورتی که غرض صحیح و مشروعی بر آن مترتب شود [یعنی مالک بگوید: «هرکس برای شرکت در فلان مراسم وارد خانه من شود هزار تومان به او می‌دهم] پس در این صورت باید به هر کدام از عاملان، عوض تعیین شده داده شود [یعنی هرکس وارد خانه شود، هزار تومان می‌گیرد] و اگر جاعل برای هر یک از سه عامل عوضی قرار دهد که با عوضی که برای دو نفر دیگر قرار داده شده است تفاوت داشته باشد مانند اینکه برای اولی، یک دینار و برای دومی دو دینار و برای سومی سه دینار قرار دهد و آنگاه هر سه نفر با هم آن کار را انجام دهند پس به هر کدام یک سوم عوضی که برای او قرار داده شده است داده می‌شود [یعنی اولی، یک سوم دینار و دومی یک سوم دو دینار و سومی یک دینار می‌گیرد] و اگر یکی از آنها مال را برگرداند تمامی عوضی که برای او قرار داده شده است به او داده می‌شود [مثلاً اگر دومی آن را برگرداند، دو دینار می‌گیرد] و اگر دو نفر از آنها مال را برگرداند به هر یک از آنها نصف آنچه که برای او تعیین شده است داده می‌شود [مثلاً اگر اولی و دومی، مال را برگردانند به اولی، نصف دینار و به دومی، یک دینار داده می‌شود] و اگر برای برخی از آنها، عوض خاصی قرار داده نشود [یعنی یا اصلاً عوضی قرار ندهد و یا آن را به صورت مبهم بیان کند و هر سه نفر مشترکاً مال را برگردانند] به شخصی که عوض برای او قرار داده نشده است یک سوم اجرت‌المثل داده می‌شود و برای هر یک از دو نفر دیگر، یک سوم از مزدشان داده می‌شود و اگر شخصی که مزدی برای او تعیین نشده است به اتفاق یکی از دو نفر دیگر مال را برگرداند، به وی نصف اجرت‌المثل و به دیگری نصف عوضی که برای وی قرار داده شده است، داده می‌شود و به همین ترتیب ادامه پیدا می‌کند. اگر عاملین بیشتر از سه نفر باشند، اجرت آنها به نسبت داده می‌شود یعنی چنانچه همه آنها مشترکاً مال را برگردانند به هر یک از آنها به نسبت کارش به مجموع اجرت‌المثل یا اجرت‌المسمی، داده می‌شود [مثلاً اگر عاملان پنج نفر باشند و برای نفر اول، یک میلیون تومان قرار داده شده باشد و او بیست درصد عمل را انجام داده باشد، بیست درصد اجرت یعنی دو بیست هزار تومان به وی داده می‌شود و اگر برای نفر دوم، دو میلیون تومان قرار داده شده باشد و او پنجاه درصد کار را انجام داده باشد، پنجاه درصد مزد یعنی یک میلیون تومان به وی داده می‌شود و به همین ترتیب ادامه می‌یابد و اگر برای نفر سوم، اجرتی



تعیین نشده باشد و او سی درصد کار را انجام داده باشد، سی درصد اجرت المثل به او داده می‌شود.]

(وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي اَصْلِ الْجُعَالَةِ) بِأَنَّ اَدْعَى الْعَامِلُ الْجُعَلَ وَانْتَكِرَهُ الْمَالِكُ وَادَّعَى التَّبَرُّعَ (حَلَفَ الْمَالِكُ)، لِأَصْلَةِ عَدَمِ الْجُعْلِ (وَكَذَا) يَخْلِفُ الْمَالِكُ لَوْ اِخْتَلَفَا (فِي تَعْيِينِ الْاَلَيْقِ) مَعَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى الْجُعَالَةِ، بِأَنَّ قَالَ الْمَالِكُ: إِنَّ الْمَرْدُودَ لَيْسَ هُوَ الْمَجْعُولُ وَادَّعَاهُ الْعَامِلُ، لِأَصْلَةِ بَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي يَدَّعِي الْعَامِلُ اسْتِحْقَاقَهُ.

اگر جاعل و عامل در مورد اصل جعالة با یکدیگر اختلاف پیدا کنند بدین صورت که عامل، ادعای جعالة نماید و مالک، آن را انکار کرده و ادعای مجانی بودن عمل را بنماید [یعنی عامل، کاری را برای جاعل انجام داده باشد و اینک با یکدیگر اختلاف پیدا کنند که این عمل براساس عقد جعالة انجام شده یا مجانی بوده است] در این صورت، مالک قسم می‌خورد زیرا اصل بر آن است که عقد جعالة منعقد نشده باشد [پس سخن جاعل مطابق اصل عدم می‌باشد و منکر به حساب می‌آید] و نیز چنانچه مالک و عامل در مورد عقد جعالة با یکدیگر اختلاف نظر نداشته باشند اما در مورد تعیین برده فراری باهم اختلاف نظر داشته باشند بدین صورت که مالک به عامل بگوید برده‌ای را که پیدا کرده‌ای همان برده‌ای نیست که موضوع عقد جعالة بوده است [بنابراین مستحق دریافت اجرت نیستی] اما عامل بگوید این همان برده‌ای است که در عقد جعالة تعیین شده بود پس من مستحق دریافت اجرت هستم، [پس در اینجا هم مالک قسم می‌خورد] زیرا اصل بر براءت ذمّه مالک نسبت به مالی است که عامل ادعای استحقاق آن را می‌کند.

(وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي السَّعْيِ بِأَنَّ قَالَ الْمَالِكُ: حَصَلَ فِي يَدِكَ قَبْلَ الْجُعْلِ) يَفْتَحُ الْجِيمِ، وَ قَالَ الرَّادُّ: بَلْ بَعْدَهُ (حَلَفَ) الْمَالِكُ (أَيْضاً، لِلْأَصْلِ) وَ هُوَ بَرَاءَةٌ ذِمَّتِهِ مِنْ حَقِّ الْجُعَالَةِ، أَوْ عَدَمَ تَقَدُّمِ الْجُعْلِ عَلَى حُصُولِهِ فِي يَدِهِ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ أَيْضاً عَدَمَ تَقَدُّمِ وَصُولِهِ إِلَى يَدِهِ عَلَى الْجُعْلِ، إِلَّا أَنَّهُ بِنِغَازِضِ الْأَضْلَيْنِ لَا يَثْبُتُ فِي ذِمَّةِ الْمَالِكِ شَيْءٌ وَ مِثْلُهُ مَا لَوْ قَالَ الْمَالِكُ: حَصَلَ فِي يَدِكَ قَبْلَ عِلْمِكَ بِالْجُعْلِ، أَوْ مِنْ غَيْرِ سَعْيٍ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ صُدُورِهِ.

اگر مالک و عامل در مورد سعی و کار با یکدیگر اختلاف پیدا کنند بدین صورت که مالک به عامل بگوید: «این مال قبل از اینکه عقد جعالة منعقد شود به دست تو

رسیده است» [بنابراین مستحق دریافت اجرت نیستی چون براساس قرارداد عمل نکرده‌ای] اما عامل بگوید: «مال را بعد از عقد جعاله بدست آوردم» [بنابراین مستحق دریافت اجرت می‌باشم. در این صورت نیز] مالک بخاطر اصل قسم می‌خورد و منظور از اصل، براءت ذمه مالک از پرداخت اجرت یا اصل عدم تقدم عقد جعاله بر رسیدن مال به دست مالک می‌باشد، هر چند از طرف دیگر نیز اصل بر عدم تقدم رسیدن مال به دست عامل بر عقد جعاله می‌باشد [یعنی در اینجا دو اصل وجود دارد؛ یکی اصل تأخر عقد جعاله بر تحصیل مال و دیگری اصل تأخر تحصیل مال بر عقد جعاله می‌باشد] اما این دو اصل با یکدیگر تعارض پیدا می‌کنند بنابراین [براساس اصل براءت ذمه مالک که معارضی ندارد] اجرتی بر ذمه مالک قرار نمی‌گیرد [و در دو حالت دیگر نیز مالک قسم می‌خورد یکی] مثل حالت قبل است جایی که مالک به عامل بگوید: «تو مال را قبل از اینکه علم به جعاله پیدا کنی، به دست آوردی» [هر چند در اینجا پیرامون وجود عقد جعاله اختلافی وجود ندارد و حالت دیگر اینکه مالک به عامل بگوید:] «تو مال را بدون تلاش و کار بدست آورده‌ای» [مثلاً به صورت اتفاقی مال را پیدا کرده‌ای] هر چند بدست آوردن مال بعد از تحقق عقد جعاله باشد [یعنی در مورد وجود عقد جعاله اختلافی وجود ندارد. پس عامل در حالت اول مستحق دریافت اجرت نیست چون به درخواست مالک این کار را نکرده است و در حالت دوم استحقاق ندارد زیرا کاری انجام نداده است.]

(و فِي قَدْرِ الْجُعْلِ كَذَلِكَ) يَخْلِفُ الْمَالِكُ، لِأَصَالَةِ بَرَاءَتِهِ مِنَ الزَّائِدِ، وَ لِأَنَّ الْعَامِلَ مَدَّعٍ لِلزَّائِدِ، وَ الْمَالِكَ مُنْكَرٍ (فَيَنْتَبِئُ لِلْعَامِلِ) بِيَمِينِ الْمَالِكِ (أَقْلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أُجْرَةِ الْمِثْلِ، وَ مِمَّا ادَّعَاهُ)، لِأَنَّ الْأَقْلَّ إِنْ كَانَ الْأُجْرَةَ فَقَدْ انْتَفَى مَا يَدَّعِيهِ الْعَامِلُ بِيَمِينِ الْمَالِكِ، وَ إِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْعَامِلُ، فَلَا عِتْرَافَهُ بِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ لِلزَّائِدِ، وَ بَرَاءَةَ ذِمَّةِ الْمَالِكِ مِنْهُ، وَ الْحَالُ أَنَّهُمَا مُعْتَرِفَانِ بِأَنَّ عَمَلَهُ بِجُعْلِ فِي الْجُمْلَةِ، وَ أَنَّهُ عَمَلٌ مُحْتَرَمٌ فَتَنْتَبِئُ لَهُ الْأُجْرَةُ إِنْ لَمْ يَنْتَفِ بَعْضُهَا بِانْكَارِهِ (إِلَّا أَنْ يَزِيدَ مَا ادَّعَاهُ الْمَالِكُ) عَنْ أُجْرَةِ الْمِثْلِ، فَتَنْتَبِئُ الزِّيَادَةُ، لِاعْتِرَافِهِ بِاسْتِحْقَاقِ الْعَامِلِ إِيَّاهَا، وَ الْعَامِلُ لَا يُنْكَرُهَا.

(وَ قَالَ) الشَّيْخُ نَجِيبُ الدِّينِ (ابْنُ نَمَّا رَحِمَهُ اللهُ) إِذَا حَلَفَ الْمَالِكُ عَلَى نَفْيِ مَا ادَّعَاهُ الْعَامِلُ (ثَبَّتَ مَا ادَّعَاهُ) هُوَ، لِأَصَالَةِ عَدَمِ الزَّائِدِ، وَ اتَّفَاقِهِمَا عَلَى الْعَقْدِ الْمُشَخَّصِ بِالْعَوْضِ

الْمُعَيَّنِ، وَانْحِصَارِهِ فِي دَعْوَاهُمَا، فَإِذَا حَلَفَ الْمَالِكُ عَلَى نَفْيِ مَا ادَّعَاهُ الْعَامِلُ ثَبَتَ مَدَّعَاهُ، لِقَضِيَّةِ الْحَصْرِ (وَهُوَ قَوِيٌّ، كَمَا لِالْإِجَارَةِ) إِذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ.  
 وَقِيلَ: يَتَخَالَفَانِ، لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُدَّعٍ وَ مُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَا تَرْجِيحَ لِأَحَدِهِمَا فَيُخْلِفُ كُلُّ مِنْهُمَا عَلَى نَفْيِ مَا يَدَّعِيهِ الْآخَرُ وَ يَثْبُتُ الْأَقْلُّ كَمَا مَرَّ.

وَ التَّحْقِيقُ أَنَّ اخْتِلَافَهُمَا فِي الْقَدْرِ إِنْ كَانَ مُجَرِّدًا عَنِ التَّسْمِيَةِ بِأَنَّ قَالَ الْعَامِلُ: إِنِّي أَشْتَحِقُّ مِائَةً مِنْ جَهَةِ الْجَعْلِ الْفُلَانِيَّ، فَانْكَرَ الْمَالِكُ، وَ ادَّعَى أَنَّهُ خَمْسُونَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ، لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ مَحْضٌ، وَ الْأَصْلُ بَرَاءَتُهُ مِنَ الزَّائِدِ، كَمَا يُقَدِّمُ قَوْلُهُ لَوْ أَنْكَرَ أَصْلُ الْجَعْلِ.

اگر مالک و عامل در مورد مقدار اجرت با یکدیگر اختلاف پیدا کنند [مثلاً مالک بگوید که هزار تومان اجرت قرار دادم اما عامل بگوید که دو هزار تومان قراردادی] در این صورت مالک قسم می‌خورد زیرا اصل بر برائت ذمه مالک نسبت به مقدار زیادی می‌باشد و به این دلیل که عامل، مقدار زیادتری را ادعا می‌کند اما مالک آن را انکار می‌نماید [و مالک که سخنش مطابق با اصل عدم زیادی است، منکر به حساب می‌آید] بنابراین وقتی مالک سوگند یاد کند [ادعای عامل از بین می‌رود اما از طرفی هر دو قبول دارند که عمل عامل مجانی نبوده است بنابراین باید میزان اجرت را تعیین کرد پس] هر کدام از اجرت‌المثل و مبلغی که عامل ادعا می‌کند، کمتر باشد به وی داده می‌شود زیرا چنانچه اجرت‌المثل کمتر از اجرتی باشد که عامل ادعا می‌کند، سوگند مالک مقدار زیادی را از بین می‌برد [مثلاً اگر اجرت‌المثل هزار تومان باشد و مبلغی که عامل ادعا می‌کند، دو هزار تومان باشد وقتی مالک نسبت به هزار تومان زیادی که آن را انکار می‌کند سوگند بخورد پس این هزار تومان از بین می‌رود] و اگر اجرتی که عامل ادعا می‌کند کمتر باشد پس بخاطر اعتراف عامل به عدم استحقاق وی نسبت به مقدار زاید است و ذمه مالک نسبت به مقدار زیادی، بری است اما هر دو اعتراف می‌کنند که عمل عامل فی‌الجمله مجانی نبوده و در مقابل اجرت بوده است و عمل عامل، محترم است بنابراین باید برای آن اجرت‌المثل پرداخت شود مشروط بر اینکه مقداری از اجرت‌المثل بواسطه انکار عامل، از بین نرفته باشد [مثلاً اگر اجرت‌المثل دو هزار تومان باشد و عامل ادعای هزار تومان نماید، هزار تومان به او داده می‌شود زیرا عامل مبلغ هزار تومان را انکار می‌کند و خودش را مستحق آن نمی‌داند.] مگر اینکه آنچه را که

مالک ادعا می‌کند بیشتر از اجرت‌المثل باشد که در این صورت مقدار زیادتر به او داده می‌شود زیرا مالک اعتراف می‌کند که عامل مستحق دریافت مبلغ بیشتر است و عامل نیز این مبلغ را انکار نمی‌کند [بنابراین اگر مالک ادعا کند که هزار تومان بعنوان اجرت قرار داده است و اجرت‌المثل، پانصد تومان باشد باید هزار تومان به عامل بدهد مگر اینکه عامل، هزار تومان را انکار نماید و مبلغ کمتری را ادعا نماید که در این صورت مبلغ کمتر به او داده می‌شود] شیخ نجیب‌الدین نما [استاد محقق حلی] گفته است که هرگاه مالک قسم بخورد و آنچه را که عامل ادعا می‌کند، انکار نماید، اجرتی ثابت می‌شود که مالک ادعا می‌کند زیرا اصل بر عدم مقدار زیادی است [بنابراین سخن مالک مطابق با اصل عدم زیادی بوده و منکر به حساب می‌آید و منکر باید قسم بخورد پس قسم خوردن مالک بخاطر منکر بودن است اما دلیل اینکه ادعای او ثابت می‌شود بخاطر آن است که] مالک و عامل، اتفاق نظر دارند که عقد جعاله‌ای با عوض معین منعقد شده است و اجرت عقد منحصر در مبلغی است که مالک و عامل ادعا می‌کنند [و شقّ ثالثی وجود ندارد] بنابراین زمانی که مالک سوگند یاد کند و اجرت مورد ادعای عامل را انکار نماید، اجرتی که خودش ادعا می‌کند ثابت می‌شود زیرا انحصار اجرت در این دو مورد چنین اقتضایی دارد. [شهید اول این نظریه را پذیرفته و با عقد اجاره مقایسه کرده و می‌فرماید:] و این نظریه، قوی است و مانند اجاره بها می‌باشد هرگاه موجر و مستأجر در میزان اجاره بها با یکدیگر اختلاف پیدا کنند [در این صورت چنانچه مستأجر قسم بخورد و اجاره بهایی را که موجر ادعا می‌کند، انکار نماید اجاره بهایی ثابت می‌شود که خودش ادعا می‌کند چون اجاره بها منحصر در یکی از همین دو مورد می‌باشد.] یک دیدگاه هم آن است که هر دو قسم می‌خورند زیرا هر یک از آنها مدعی و منکر هستند [یعنی ادعای اجرتی را نموده و اجرت مورد ادعای دیگری را انکار می‌کند پس وقتی هر دو منکر باشند] هیچکدام بر دیگری ترجیح ندارد پس هر یک از آنها سوگند می‌خورد و اجرتی را که دیگری ادعا می‌کند، انکار می‌نماید و همانگونه که گذشت نظریه اول ثابت می‌شود [یعنی وقتی هر دو قسم بخورند عقد جعاله باطل می‌شود و از طرفی عمل عامل، محترم بوده و بدون اجرت نیست بنابراین هر کدام از اجرت‌المثل و مورد ادعای عامل که کمتر باشد به وی داده می‌شود. شهیدثانی، نظریه

تفصیلی دیگری را در این زمینه مطرح کرده و می‌فرماید: [تحقیق در مطلب آن است که اگر اختلاف مالک و عامل در مقدار اجرت، بدون تعیین اجرت باشد بدین صورت که عامل بگوید: «من بخاطر کاری که انجام داده‌ام، مستحق صد تومان هستم» اما مالک، آن را انکار کرده و ادّعی پنجاه تومان نماید [بنابراین هیچکدام نمی‌گویند که مبلغی در قرارداد جعاله بعنوان اجرت تعیین شده است بلکه سخن از استحقاق عامل به میان می‌آورند]. در این صورت سخن مالک پذیرفته می‌شود زیرا مالک، منکر محض است و اصل هم بر براءة ذمّه وی نسبت به مقدار زاید می‌باشد همانگونه که اگر مالک، اصل قرارداد جعاله را انکار نماید سخن او مقدم می‌شود و در اینجا اساساً سوگندی متوجه عامل نمی‌شود [بلکه عامل، مدعی است و باید دلیل بیاورد. اما اگر ادّعی مالک و عامل بدون تعیین اجرت نباشد بلکه ادّعی تعیین اجرت در ضمن قرارداد بنمایند] و عامل بگوید که صد تومان برای من اجرت قراردادی اما مالک بگوید که پنجاه تومان اجرت قرار دادم. در اینجا همان دو احتمالی وجود دارد که در اجاره مطرح شده است [یک احتمال آن است که سخن مالک، مقدم شود و احتمال دیگر آن است که هر دو قسم بخورند و در نتیجه هر کدام از اجرت‌المثل و مورد ادّعی عامل که کمتر بود به وی داده شود. شهادتانی احتمال نخست را ترجیح داده و می‌فرماید: نظریه قوی‌تر آن است که در اینجا نیز ادّعی مالک، پذیرفته می‌شود زیرا مالک و عامل اتفاق نظر دارند که عمل در مقابل عوض و اجرت انجام شده است و اختلاف آنها فقط در مورد میزان اجرت است بنابراین هر یک از آنها ادّعی اجرتی را ندارد که دیگری انکار می‌کند [در حالیکه قاعده تحالف در جایی اجرا می‌شود که هر کدام ادّعی جداگانه‌ای را مطرح کرده و ادّعی دیگری را ردّ می‌کند بدون اینکه قدر مشترکی میان دو ادعا وجود داشته باشد اما در اینجا قدر مشترک وجود دارد بنابراین باید قاعده مدعی و منکر را اجرا کرد یعنی کسی که ادّعی مبلغ زیادی را می‌کند، مدعی است و باید دلیل بیاورد و کسی که آن را انکار می‌کند منکر است و باید قسم بخورد].

وَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِي جِلْحِ الْمَجْعُولِ مَعَ ۱۰ فِيهِ بِالْقِيَمَةِ فَأَدْعَى الْمَالِكُ جَعَلَ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ يُسَاوِي خَمْسِينَ، وَادَّعَى الْعَامِلُ جَعَلَ غَيْرِهِ مِثْلًا يُسَاوِي مِائَتَيْنِ فَالتَّخَالُفُ هُنَا مُتَعَيِّنٌ، لِأَنَّ كِلَيْهِمَا يُدْعَى مَا يُنْكَرُهُ الْآخَرُ، إِلَّا أَنَّ ذَلِكَ نَشَأُ مِنْ اخْتِلَافِ الْجَعْلِ جِنْسًا أَوْ

وَصَفًّا، لَا مِنْ اخْتِلَافِهِ قَدْرًا، وَإِذَا فُرِضَ اخْتِلَافُ الْجِنْسِ فَالْقَوْلُ بِالتَّخَالُفِ أَوْلَى، وَإِنْ تَسَاوَا يَأْتِي قِيَمَةً.

وَإِنَّمَا ذَكَرْنَا اخْتِلَافَ الْجِنْسِ فِي هَذَا الْقِسْمِ، لِأَنَّ جَمَاعَةً كَالْمُحَقِّقِ وَالْعَلَامَةِ شَرَّكَوْا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإخْتِلَافِ قَدْرًا فِي الْحُكْمِ، وَ لَيْسَ بِوَاضِحٍ.

وَ يَنْتَهَى فِي الْقَوْلِ بِالتَّخَالُفِ مُطْلَقًا إِشْكَالًا آخَرَ وَ هُوَ فِيمَا إِذَا تَسَاوَتْ الْأَجْرَةُ وَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ، أَوْ زَادَ مَا يَدَّعِيهِ عَنْهَا، فَإِنَّهُ لَا وَجْهَ لِتَخْلِيفِ الْعَامِلِ بَعْدَ حَلْفِ الْمَالِكِ عَلَى نَفْيِ الزَّائِدِ الَّذِي يَدَّعِيهِ الْعَامِلُ، لِثُبُوتِ مَا حُكِمَ بِهِ مِنْ مُدَّعَى الْمَالِكِ زَائِدًا عَنِ الْأَجْرَةِ أَوْ مُسَاوِيًا بِاعْتِرَافِهِ، فَتَكْلِيفُ الْعَامِلِ بِالْيَمِينِ حَيْثُ لَا وَجْهَ لَهُ، لِاعْتِرَافِ الْمَالِكِ بِهِ، وَ إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ لَوْ زَادَتْ أُجْرَةُ الْمَثَلِ عَمَّا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ فَيَتَوَقَّفُ إِثْبَاتُ الزَّائِدِ مِنَ الْأَجْرَةِ عَمَّا يَدَّعِيهِ عَلَى يَمِينِ الْمُدَّعِي وَ هُوَ الْعَامِلُ.

اگر مالک و عامل پیرامون جنس عوض و اجرت با یکدیگر اختلاف پیدا کنند و قیمت دو جنس نیز با یکدیگر تفاوت داشته باشد یعنی مالک ادعا کند، مال معینی که پنجاه تومان ارزش دارد [مثلاً یک کیلوگندم] بعنوان عوض قرار داده شده است پس بدون شک در اینجا باید هر دو قسم بخورند زیرا هر یک از آنها مورد ادعای دیگری را انکار می‌کند ولی این اختلاف ناشی از اختلاف در جنس یا وصف عوض می‌باشد و ناشی از اختلاف در مقدار عوض نیست و هرگاه اختلاف در جنس فرض شود پس نظریه تحالف، مقدم می‌شود هر چند قیمت دو جنس، مساوی باشد [زیرا دو جنس مختلف، نقطه مشترکی ندارند تا مورد اتفاق دو طرف باشد بلکه هر کدام بکلی ادعای دیگری را رد می‌کنند.] و ما در اینجا اختلاف در جنس را بیان کردیم زیرا گروهی از فقها مانند محقق حلی و علامه حلی، حکم اختلاف در جنس و اختلاف در مقدار را یکسان دانسته‌اند اما علت تساوی دو حکم برای ما روشن نیست [و به همین دلیل، اختلاف در جنس را مطرح کردیم تا اختلاف نظر خود را با ایشان اعلام کنیم. در اینجا شهیدثانی، اشکالی را مطرح کرده و می‌فرماید:] در صورت پذیرش نظریه تحالف، اشکالی باقی می‌ماند اعم از اینکه در صورت اختلاف در جنس باشد یا اختلاف در مقدار باشد و آن اشکال در صورتی است که اجرت المثل مساوی با مورد ادعای مالک باشد یا مورد ادعای مالک، بیشتر از اجرت المثل باشد زیرا وقتی مالک قسم بخورد و

مقدار زیادی را که عامل ادعا می‌کند انکار نماید، توجیهی برای سوگند خوردن عامل وجود ندارد زیرا آنچه که مورد ادعای مالک است و بیشتر از اجرت‌المثل یا مساوی آن است مورد اعتراف مالک بوده و به عامل داده می‌شود بنابراین توجیهی برای سوگند عامل وجود ندارد زیرا مالک، اقرار به آن دارد [یعنی مورد ادعای مالک که معادل اجرت‌المثل یا بیشتر از آن است به عامل داده می‌شود چون مالک، اقرار به آن دارد اعم از اینکه عامل قسم بخورد یا قسم نخورد پس نیازی به سوگند عامل نیست] بله سوگند عامل در صورتی قابل توجیه است که اجرت‌المثل بیشتر از مورد ادعای مالک باشد زیرا اثبات مقداری که مورد ادعای مالک است و کمتر از اجرت‌المثل می‌باشد نیاز به سوگند مدعی آن دارد که همان عامل است [چون عامل ادعای اجرتی را دارد که بیشتر از اجرت‌المثل و مورد ادعای مالک می‌باشد پس باید سوگند یاد کند و مورد ادعای مالک را انکار نماید تا اجرت‌المثل که بیشتر از مورد ادعای مالک است به وی داده شود پس پرداخت اجرت‌المثل نیاز به سوگند عامل دارد برخلاف صورت قبل که با سوگند مالک، اجرت‌المثل به وی داده می‌شود و نیازی به سوگند عامل نیست.]

پایان