

ویرایش جدید

التحصیل

فی شرح روئے الشہید

کتاب الشركة. المضاربة. الودیعة. العارية. المزارعة

کامل ترین شرح فارسی بر شرح لمعه

همراه با متن کامل شرح لمعه

شیخ حسن قاروبی

کتاب الشركة. المضاربة. الودیعة. العارية. المزارعة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفتاوى

في شرح روضة الشهيد



سر شناسه: قارویی تبریزی، حسن، ۱۳۳۶، شارح
عنوان قراردادی: التضميد فی شرح روضه الشهيد، فارسی، عربی
عنوان: التضميد، شرح فارسی لمعه، با متن کامل کتاب لمعه
تکرار نام پدید آور: تالیف حسن قارویی تبریزی
مشخصات نشر: قم، عالمه، ۱۳۹۵
مشخصات ظاهری: ج:

ISBN: ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۲-۶۷-۸

بها: ... ریال (نوره):

ISBN: ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۲-۶۰-۹

(جلد بیست و دوم):

وضعیت فهرست نویسی: فیبا

یادداشت: کتابنامه:

یادداشت: مندرجات ج. ۱. الطهاره. ج. ۲. الصلاة. ج. ۴. الزکاه. ج. ۵. الصوم و الاعتکاف. ج. ۶-۷. الحج. ج. ۸. الجهاد. ج. ۹. القضاء....

موضوع: شهید اول، محمد ابن مکی، -۷۸۶/۷۳۴ ق. للمعه المشقیه - نقد و تفسیر

موضوع: شهیدثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱، ۹۶۶ ق. الروضه البیہ فی شرح للمعه المشقیه - نقد و تفسیر.

موضوع: فقه جعفری.

شناسه افزوده: شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ ق. الروضه البیہ فی شرح للمعه المشقیه. شرح

رده بندی کنگره: ۱۳۹۵، ۴۲۳۲۲.۱ ج ۸۰-۹ / ش ۳ / ۱۸۲ / BP

رده بندی نیوی: ۲۹۷ / ۳۴۲

شماره مدرک: ۳۹۹۵۶۸۱

التضميد (جلد بیست و دوم)

مؤلف: شیخ حسن قارویی

قطع: وزیری ۲۵۵ صفحه

نوبت چاپ: اول پاییز ۹۵

شمارگان: ۱۵۰۰ نسخه

چاپ کلها

ناشر: عالمه

«کلیه حقوق محفوظ می باشد»

شابک جلد بیست و دوم: ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۲-۶۰-۹ نوره: ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۲-۶۷-۸

مرکز پخش: کتابفروشی حسینی

قم، خیابان ارم، پاساژ تنس، طبقه همکف بالا، پلاک ۸۸

تلفن: ۰۲۵-۳۷۳۷۲۰۵، فکس: ۰۲۵-۳۷۸۳۷۹۶، همراه: ۰۹۱۲۲۵۲۷۵۴۶

قیمت: ۱۹۰۰۰ تومان

هرگونه برداشت از تمام یا قسمتی از کتاب جهت تهیه کتاب، جزوه، سی دی یا هر گونه کپی و تکثیر شرعاً و قانوناً مجاز نمی باشد و پیگرد قانونی دارد

فهرست

فهرست.....	۵
مقدمه.....	۹
کتاب الشركة.....	۱۳
تعريف شرکت.....	۱۳
اول - شرکت غير عقدی.....	۱۴
دوم - شرکت عقدی.....	۲۶
احکام شرکت عنان.....	۴۱
دليل بطلان شرط مورد بحث.....	۴۷
تقسيم اموال شرکت.....	۵۶
مسأله نزاعی.....	۷۶
کتاب المضاربة.....	۸۱
تعريف مضاربة.....	۸۱
ريشه يابی کلمه «مضاربة».....	۸۳
ريشه يابی کلمه «قراض».....	۸۶
احکام مضاربه.....	۸۹
جایز بودن عقد مضاربه.....	۸۹
اشتراط لزوم یا أجل در ضمن مضاربه.....	۹۱
تكاليف عامل و آثار تخلف وی از آنها.....	۹۸

اختیارات عامل در صورت اطلاق عقد مضاربه.....	۱۰۱
مخارج سفر عامل.....	۱۰۴
مقصود از مخارج سفر چیست؟.....	۱۰۴
هزینه بیماری عامل در سفر.....	۱۱۰
مقصود از سفر در مورد بحث.....	۱۱۰
وظیفه عامل در خرید اجناس.....	۱۱۵
وظیفه عامل در فروش اجناس.....	۱۱۸
حکم مخالفت عامل از وظایف خود.....	۱۲۸
شرایط سرمایه.....	۱۳۰
عامل امین است.....	۱۳۶
فسخ یا انفساخ مضاربه.....	۱۳۸
صورت‌های مختلف مسأله فسخ.....	۱۳۸
اختلافاتی که بین عامل و مالک روی می‌دهد.....	۱۴۴
معلوم بودن مقدار سرمایه.....	۱۴۵
کتاب الودیعة.....	۱۷۱
تعریف ودیعه.....	۱۷۱
حکم اکراه بر قبض ودیعه.....	۱۸۸
احکام ودیعه.....	۱۹۲
عدم مسئولیت امانت‌دار.....	۱۹۴
وجوب دفع ظالم از ودیعه.....	۱۹۸
اسباب بطلان عقد ودیعه.....	۲۰۶
موارد امانت شرعی.....	۲۱۱
کیفیت نگهداری ودیعه.....	۲۲۰

۲۲۵	حکم امانت گرفتن از طفل و مجنون
۲۳۵	موارد ضمان آور برای امانت دار
۲۳۵	۱ - سهل انگاری در بازگرداندن ودیعه
۲۳۶	۲ - دادن ودیعه به شخص دیگر
۲۳۸	۳ - بردن ودیعه به سفر بدون ضرورت
۲۴۴	۴ - گذاشتن ودیعه در محلی که موجب بدبوشدن آن شود
۲۴۶	۵ - ندادن آب و علف به حیوان
۲۵۳	۶ - انجام ندادن کارهایی که در نگهداری ودیعه لازم است
۲۵۵	۷ - استفاده غیر مجاز از ودیعه
۲۵۵	۸ - مخلوط کردن ودیعه با مال دیگر
۲۶۱	مسائل نزاعی
۲۶۱	مسأله اول
۲۶۶	مسأله دوم
۲۷۵	مسأله سوم - نزاع در بازگرداندن ودیعه
۲۸۳	کتاب العاریة
۲۸۳	عاریه
۲۸۴	ریشه یابی و اشتقاق کلمه عاریه
۲۸۶	تعریف عاریه
۲۹۴	شرایط عاریه دهنده
۲۹۸	شرایط مالی که به عاریه داده می شود
۳۰۲	احکام عاریه
۳۰۲	مواردی که فسخ عاریه جایز نیست
۳۱۴	تعیین منفعت از جانب معیر

- ۳۲۷ حکم نقصان عین در اثر استعمال
- ۳۲۸ حکم تلف عین در اثر استعمال
- ۳۳۰ ضمان عاریه در دو مورد
- ۳۳۶ دو مسأله نزاعی
- ۳۶۹ کتاب المزارعة
- ۳۶۹ تعریف مزارعه
- ۳۷۰ مزارعه از نظر معنای لغوی
- ۳۷۶ صیغه عقد مزارعه
- ۳۸۰ احکام مزارعه
- ۳۸۰ لازم بودن عقد مزارعه
- ۳۸۱ عدم بطلان مزارعه به مرگ یکی از طرفین
- ۳۸۴ محصول زمین باید به طور مشاع بین آنها تعیین شود
- ۳۹۴ شرط زمینی که به مزارعه داده می شود
- ۴۰۴ تعیین نکردن نوع زراعت در عقد
- ۴۰۹ تعیین زراعت خاص در عقد
- ۴۱۸ صورت های مختلف در عقد مزارعه
- ۴۲۱ مسائل نزاعی در مزارعه
- ۴۴۳ حکم بطلان مزارعه
- ۴۴۶ عقد قباله در مزارعه

مقدمه

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
محمد بن عبدالله صلى الله عليه وآله المعصومين سيّما بقية الله في الأرضين
حجة بن الحسن العسكري عنه السلام واللجنة الدائمة على اعدائهم أجمعين
من الجن والإنس من الأولين والآخرين.

توفيق الهی یار شد و عنایت ربانی مددکار شد که به تألیف مجلد حاضرین
شرح «النضید» شروع نمودم، امید آنکه هر که از آن بهره‌ای برد ما را از دعای
خیر فراموش نفرماید.

این مجلد مشتمل بر کتاب «الشركة» و «المضاربة» و «الوديعة» و «العارية» و
«المزارعة» می باشد.

از خداوند عزیز متعال خواستارم که در اتمام سایر مجلدات در ظل توجهات و
عنايات ولی اعظمش ما را یاری دهد.

حسن قاروبی

قم المقدسة

كتاب الشركة

کتاب الشركة

(کتاب الشركة) بفتح الشين فكسر الراء، وحكي فيها كسر الشين فسكون الراء (وسببها قد يكون إرثا) لعين أو منفعة أو حق، بأن يرثا مالا أو منفعة دار استأجرها مورثهم، أو حق شفعة وخيار (وعقدا) بأن يشتريا دارا بعقد واحد، أو يشتري كل واحد منهما جزء مشاعا منها ولو على التعاقب، أو يستأجراها، أو يشتريا بخيار لهما، (وحيازة) لبعض المباحات (دفعه) بأن يشتركا في نصب حباله، ورمي سهم مثبت فيشتركا في ملك الصيد.

تعريف شرکت

(کتاب الشركة)... توضیح: کلمه شرکت، ضبط لغوی اش به فتح شين وكسراء می باشد، وبعضی از اهل لغت آن را به کسر شين وسكون راء نیز نقل کرده اند. شرکت بر دو قسم است شرکت غیر عقدی و شرکت عقدی ومقصود اصلی در کتاب الشركة بحث از قسم دوم است که بعداً توضیحش را خواهیم داد ولی مصنف ابتدا قسم اول را بیان کرده سپس قسم دوم را.

اول - شرکت غیر عقدی

شرکت غیر عقدی عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در یک مال به طور اشاعه، که هر ذره از ذرات مال مزبور، مشترک بین مالکین می باشد. چنین شرکتی در اثر پیدایش سببی از اسباب معینی حاصل می شود، و آن اسباب برد و قسم است: اختیاری و قهری.

۱. عقد: یعنی اینکه شرکت در اثر عقدی از عقود حاصل گردد، و این می تواند در عین خارجی باشد (مثل اینکه دو نفر، خانه ای را به یک عقد، خریداری کنند پس خانه، مال مشترک بین آنها می شود) و می تواند در منفعت باشد (مثل اینکه دو نفر، خانه ای را به یک عقد، اجاره نمایند، پس منفعت آن خانه، مشترک بین آنها می شود) و می تواند حق باشد مانند حق خیار فسخ (مثل اینکه، دو نفر خانه ای را بخرند، و حق خیار فسخ برای هر دو قرار بدهند پس خیار فسخ، مشترک بین آنها می شود و هر یک از آنها می تواند معامله را برهم بزند) ناگفته نماند: شرکتی که به سبب عقد مزبور حاصل می شود، غیر از شرکت عقدی است که مقصود اصلی در کتاب الشركة می باشد که بعداً در ذیل قسم دوم بحث آن خواهد آمد.

۲. حيازت: یعنی اینکه شرکت در اثر تصرف کردن و جمع آوری بعضی از مباحات عمومی، در یک زمان با هم، حاصل شود مثل اینکه دو نفر به طور مشترک، دام برای صید حیوان قرار دهند، و یا با هم تیری را به طرف صید رها کنند، پس حیوان صید شده (که از مباحات عمومی است) مال مشترک بین آنها می شود.

۳. مزج: یعنی اینکه شرکت در اثر عمل خود شریکین باشد که مالهای خود را به اختیار خود به یکدیگر مخلوط نمایند به طوری که نتوان آنها را از یکدیگر جدا نمود،

چنانکه در بعضی روستاها معمول است که کشاورزان گندم‌های خود را در یک انبار می‌ریزند، و هر یک از آنها به مقداری که ریخته، در گندم‌های انبار شریک می‌شود.

سه مورد بالا، هر کدام سبب اختیاری برای شرکت می‌باشند (البته تفصیل بیشتر آنها بعداً ذکر خواهد شد) و اما سبب قهری برای شرکت، عبارت است از دو مورد ذیل:

۱. ارث: یعنی اینکه شرکت در اثر ارث بردن، حاصل شود، و این می‌تواند در عین خارجی باشد (مثل اینکه کسی فوت کند و ثروت او به دو نفر از فرزندان وی به ارث برسد، آنها مادامی که آن ثروت را قسمت نکرده‌اند، با یکدیگر شریکند) و می‌تواند در منفعت باشد (مثل اینکه کسی که مستأجر خانه است فوت کند، و دو نفر وارث داشته باشد، آنها در منفعت خانه - یعنی سکونت در آن - که در اثر فوت مستأجر، به آنها انتقال یافته، شریک خواهند بود و هر دو وارث، حق سکونت در خانه مشترکاً دارند) و می‌تواند در حق باشد (مثل اینکه کسی بمیرد و حق شفعه یا حق خیار فسخ او در اثر فوت او به دو وارث او منتقل شود، آنها در حق مزبور مشترک می‌شوند و هر یک می‌تواند از حق مزبور استفاده کند).

۲. امتزاج: یعنی اینکه مال‌های دو نفر بدون اختیار و اراده آنها با یکدیگر مخلوط شود (مثل اینکه گندم یک نفر خود بخود بریزد روی گندم نفر دیگر و با هم مخلوط شود بطوری که نتوان آنها را از یکدیگر جدا کرد، و مثل اینکه دزدی از خانه دو نفر، گندم بدزدد و در انبار خود بریزد، گندمها بدون اراده آنها با یکدیگر ممزوج شده است و در نتیجه، آنها در آن گندمها شریک خواهند بود) البته اشتراک در این مورد، شرایطی دارد که بعداً توضیح خواهیم داد.

ترجمه و شرح عبارت: بفتح الشین... یعنی (ضبط لغوی) کلمه «شرکت» به فتح شین و کسر راء است، و به کسر شین و سکون راء نیز نقل شده است (و معروف در عرف نیز همین ضبط دوم است) و سببها... یعنی و سبب شرکت، گاه ارث بردن

است چه ارث عین و چه منفعت و چه حق، مثل اینکه دونفر ارث برند مالی را، و یا (ارث ببرند) منفعت خانه‌ای را که ارث گذارنده آنها، آن را اجاره کرده بود، و یا (ارث ببرند) حق شفعه و حق خیاری فسخ را (حق شفعه مثل اینکه دونفر در خانه‌ای شریک بودند و یکی از آنها سهم خود را به دیگری بفروشد، در اینجا برای آن دیگری، حق شفعه حاصل می‌شود که می‌تواند آن را اِعمال کند و سهم فروخته شده را او از شریکش بخرد، حال اگر قبل از اِعمال حق شفعه، بمیرد و دوفرزند داشته باشد، آنها حق شفعه را از پدر ارث می‌برند و با هم شریک در آن حق می‌شوند یعنی هر کدام از آنها می‌تواند از حق شفعه استفاده کند و سهم فروخته شده شریک پدر را از آن شریک بخرد).

و خیاری یعنی حق خیاری فسخ مثل اینکه کسی در معامله‌ای حق خیاری فسخ داشته باشد و قبل از اِعمال آن حق و فسخ معامله، بمیرد و دوفرزند داشته باشد، حق مزبور به آن دوفرزند به ارث می‌رسد و آنها در استفاده از حق فسخ، شریک می‌شوند یعنی هر کدام از آنها می‌تواند معامله پدر را فسخ نماید و عقدا... یعنی و گاه (سبب شرکت) عقد است مثل اینکه دونفر با یک عقد، بخزند خانه‌ای را، و یا هر کدام از آنها (به عقد جداگانه‌ای) بخرد جزء مشاعی از آن را هر چند (همزمان نباشد و) یکی پس از دیگری باشد (مثلاً هر کدام به عقد جداگانه، نصف مشاع آن را بخرد، و یا یکی از آنها یک سوم مشاع آن را خرد و دیگری دوسوم مشاع آن را).

أو یستأجراها... (مثال قبلی، برای شرکت در عین بود، و الان مثال شرکت در منفعت را ذکر می‌کند) یعنی و یا دونفر (با یک عقد) اجاره کنند خانه را (پس در منفعت خانه - یعنی سکونت در آن - شریک می‌شوند) أو یشتریا... (مثال برای شرکت در حق است) یعنی و یا دونفر بخزند (خانه را) با قرار دادن حق خیاری فسخ برای هر دو (پس در حق خیاری فسخ، شریک خواهند بود، به این معنی که هر کدام از آنها بخواهد می‌تواند معامله را فسخ نماید).

و حیازه... یعنی وگاہ (سبب شرکت) تصرف کردن و جمع آوری کردن بعضی از مباحات (عامه) در یک زمان و با هم، می باشد، مثل اینکه دونفر با همکاری یکدیگر دام قرار دهند (برای صید حیوان) و یا (با همکاری یکدیگر) تیربزنند به طوری که آن تیر به هدف بخورد (وزخم کاری در حیوان ایجاد نماید) پس در این صورت آنها شریک خواهند بود در مالک شدن صید (چه ماهی و چه حیوان دیگر).

المباحات به آن «مباحات عامه» و یا «مشترکات» گویند یعنی چیزهایی که اختصاص به شخص خاصی ندارد و همه مردم در آن مشترک بوده و حق استفاده از آن را دارند و هرکس به آنها دسترسی پیدا کرد و آن را تصرف و جمع آوری نمود، ملک او می شود (مثل هیزم بیابان، علف بیابان، گیاه بیابان، پرندگان و حیوانات صحرا، آب دریا، ماهیان دریا) حال اگر دونفر مشترکاً آنها را تصرف کرده و جمع آوری کنند، شریک در آن می شوند.

فلو حازكل واحد شيئاً من المباح منفرداً عن صاحبه اختص كل بما حازه إن لم يكن عمل كل واحد بنية الوكالة عن صاحبه في تملك نصف ما يحوزه، وإلا اشتراكاً أيضاً على الأقوى، فالحياسة قد توجب الاشتراك مع التعاقب وقد لا توجبه في الدفعة.

فلو حازكل واحد... توضیح: مصنف فرمودند که حیازت در صورتی سبب شرکت می‌شود که در یک زمان و با هم بوده باشد. بنابراین، اگر دو نفر هر کدام جدای از دیگری، چیزی از مباحات را حیازت کنند، در این صورت دو فرض تصویر می‌شود: ۱. چنانچه هر کدام از آنها نیت وکالت و نیابت از طرف دیگری کند که آنچه را حیازت می‌کند، نصفش مال دیگری باشد، در این فرض، آن دو نفر در آنچه حیازت می‌کنند، با هم به طور مشاع، به نصف شریک خواهند بود علی الاقوی نزد شارح (خواه اینکه همزمان، حیازت کنند و یا همزمان نبوده بلکه یکی پس از دیگری حیازت کند).

۲. اگر هیچ کدام از آنها نیت وکالت (به آن نحوی که گفته شد) از طرف دیگری نکرده باشد، در این فرض، هر کدام از آنها به تنهایی مالک همان چیزی خواهد بود که حیازت کرده است و شریک در آن نخواهند بود (خواه همزمان حیازت کنند و یا همزمان نبوده بلکه یکی پس از دیگری حیازت کند).

شارح می‌فرماید: از بیان دو فرض بالا معلوم گردید که قید - دفعة - در عبارت مصنف به طور مطلق درست در نمی‌آید، زیرا چنانکه معلوم گردید در بعضی از موارد، حیازت موجب شرکت می‌شود هر چند دفعتاً (همزمان) نبوده باشد (چنانکه در فرض شماره ۱ دانسته شد که اگر هر کدام از آنها نیت وکالت به نحوی که گفته شد از دیگری کند، با هم شریک می‌شوند هر چند حیازت آنها در یک زمان نبوده باشد) و در بعضی از موارد، حیازت موجب شرکت نمی‌شود هر چند دفعتاً (همزمان) بوده باشد

(چنانکه در فرض شماره ۲ دانسته شد که اگر هیچ کدام نیت وکالت از دیگری نکنند، با هم شریک نمی‌شوند گرچه حیازت آنها در یک زمان بوده باشد).

ترجمه و شرح عبارت: **فلو حاز...** (تفریع است بر قید - دفعه) یعنی بنابراین، اگر هر یک از آنها حیازت کند چیزی از مباحات را، جدای از رفیقش، در این صورت اختصاص می‌یابد هر کدام از آنها به آن چیزی که حیازت کرده است (یعنی با هم شریک نخواهند بود) به شرط اینکه کار هر یک از آنها به نیت وکالت (و نیابت) از رفیقش در مالک شدن نصف آنچه را که خودش حیازت می‌کند، نباشد، وگرنه (اگر کار هر یک، به نیت وکالت از رفیقش بوده باشد به نحوی که ذکر شد) نیز با هم (به نصف بطور مشاع) شریک خواهند بود (در آنچه که جداگانه حیازت کرده اند) علی الاقوی **أیضاً** یعنی همانطوری که اگر نصب دام و انداختن تیر، را با هم انجام داده باشند، شرکت در صید حاصل می‌شود، همچنین در اینجا نیز کار آنها سبب حصول شرکت می‌شود.

فالحیازة... یعنی پس (با این تفصیلی که ما ذکر نمودیم، معلوم گردید که قید - دفعه - در عبارت مصنف به طور مطلق درست در نمی‌آید، زیرا) حیازت گاهی موجب اشتراک دو نفر در صورت تعاقب (یعنی همزمان نبودن حیازت، نیز) می‌شود (مثل آن فرضی که هر یک از آنها به نیت وکالت از دیگری حیازت کرده باشد هر چند حیازت آنها همزمان نبوده باشد) وگاهی حیازت موجب اشتراک نمی‌شود در صورت دفعی بودن آن (نیز، مثل آن فرضی که هیچ یک از آنها به نیت وکالت از دیگری حیازت نکرده باشد هر چند حیازت آنها همزمان بوده باشد).

(ومزجا) لأحد مالیهما بالآخر بحيث (لا یتمییز) کل منهما عن الآخر بأن یكونا متفقین جنسا ووصفا، فلو امتزجا بحيث یمکن التمییز وإن عسر کالحنطة بالشعیر، أو الحمراء من الحنطة بغيرها، أو الکبيرة الحب بالصغيرة، ونحو ذلك فلا اشتراك. ولا فرق هنا بین وقوعه اختیاراً، أو اتفاقاً.

(و مزجاً) لأحد... توضیح: اجمالاً ذکر نمودیم که یکی از اسباب شرکت، امتزاج است یعنی اینکه دو نفر مثلاً مالهایشان با یکدیگر مخلوط شود (خواه اختیاری باشد، و خواه قهری - و یا به تعبیر دیگر اتفاقی -).

مصنف می فرماید: امتزاج، در جایی سبب شرکت می شود که پس از امتزاج، نتوان آنها را از یکدیگر جدا نمود (یعنی پس از مزج، تعدد خود را حقیقتاً از دست داده و پیکر واحدی را تشکیل بدهند) و آن در جایی حاصل می شود که دو مال از نظر جنس و وصف، یکی باشند مثل اینکه گندم سفید با گندم سفید دیگر مخلوط شود. بنابراین، اگر پس از امتزاج، بتوان آنها را از یکدیگر جدا نمود هر چند مشکل باشد، و آن در جایی حاصل می شود که دو مال، از نظر جنس، مختلف باشند (مثل اینکه گندم با جو مخلوط شوند) و یا دو مال از نظر وصف، مختلف باشند (مثل اینکه گندم سرخ با گندم سفید مخلوط شوند، و یا مثل اینکه گندم درشت با گندم ریز مخلوط شوند) در این صورت، امتزاج سبب شرکت نمی شود و هر عینی، مال صاحبش می باشد، بدین جهت باید مالها را از یکدیگر جدا نمایند و یا به نحوی دیگر از یکدیگر جدا شوند (مثلاً مصالحه کنند).

ترجمه و شرح عبارت و مزجاً... یعنی و گاهی سبب شرکت، مزج کردن یکی از دو مال به مال دیگری می باشد به طوری که تمیز داده نشود هیچ کدام از آنها از دیگری، و آن در جایی می شود که هر دو مال از نظر جنس و وصف، یکی باشند، بنابراین، اگر دو مال، مخلوط شدند به طوری که می توان (آنها را از یکدیگر) جدا نمود هر چند مشکل

باشد، مثل مزج گندم به جو، و یا مزج گندم سرخ به غیر سرخ، و یا مزج گندم درشت دانه با ریزدانه، و مانند این مثال‌ها، پس در این موارد، اشتراک حاصل نمی‌شود و این عسر کلمه - ان - وصلیه است، و ضمیر مقدر در - عسر - برمی‌گردد به تمیز فلا اشتراک جواب است برای - فلو امتزجا - .

ولا فرق... یعنی فرقی نیست در اینجا (یعنی در حصول شرکت به واسطه امتزاج) بین اینکه مزج، به اختیار واقع شود (مثل اینکه صاحبان مالها به اختیار خودشان گندمهای خود را با هم مخلوط نمایند) یا اینکه اتفاقاً واقع شود (مثل اینکه مالهای آنها خود بخود روی همدیگر بریزد و مخلوط شوند به طوری که نتوان آنها را از یکدیگر جدا نمود).

(والشركة قد يكون عينا) أي في عين كما لو اتفق الاشتراك بأحد الوجوه السابقة في شئ من أعيان الأموال، (ومنفعة) كالاشتراك في منفعة دار استأجرها، أو عبد، أو وصي لهما بخدمته، (وحقاً) كشفعة، وخيار، ورهن.

وهذه الثلاثة تجري في الأولين وأما الأخيران فلا يتحققان إلا في العين، ويمكن فرض الامتزاج في المنفعة بأن يستأجر كل منهما دراهم للتزين بها - حيث نجوزه - متميزة ثم امتزجت بحيث لا تتميز.

اقسام شرکت

(والشركة قد تكون عيناً)... توضيح: شرکت به یک اعتبار، تقسیم می شود به سه قسم (البته مثال این اقسام در ضمن بیان اسباب شرکت، در عبارت شارح سابقاً ذکر شد، و اکنون در اینجا مصنف مستقلاً بیان می نماید):

۱. شرکت در عین: یعنی اینکه دو نفر به سبب یکی از اسباب چهارگانه که در بالا ذکر شد، در مالی که عین است شریک شوند نه در منفعت (مثلاً در حیوان یا پول یا متاع یا پارچه و یا اجناس دیگر) این قسم را «شرکت اعیان» گویند.

۲. شرکت در منفعت: یعنی اینکه دو نفر در منفعتی با یکدیگر شریک شوند. مثل اینکه دو نفر خانه ای را به یک عقد، اجاره کنند (پس در سکونت خانه با هم شریک می شوند) و یا مثل اینکه کسی وصیت کند که پس از مردنش، فلان عبد او خدمتگذاری کند برای دو نفر (پس آن دو نفر هر دو شریک خواهند بود در استفاده از عبد) این قسم را «شرکت منافع» گویند.

۳. شرکت در حق: یعنی اینکه دو نفر در حقی از حقوق، شرکت داشته باشند مثل اینکه شریک باشند در حق شفعه یا حق خیار فسخ (توضیح این دو سابقاً گذشت) یا در حق رهن (مثلاً دو نفر با هم پولی را به کسی قرض بدهند و از قرض گیرنده، عین

مالی را گرو بگیرند، پس بطور شراکت، آن عین مال، گرو در دست هر دو خواهد بود، و هر دو، حق گرو نسبت به آن عین دارند) و این قسم را «شرکت حقوق» گویند.

شارح می‌فرماید که در بین اسباب چهارگانه شرکت که گذشت، در سبب اول و دوم (ارث و عقد) می‌توان تمام این اقسام سه‌گانه شرکت را تصویر نمود یعنی در جایی که سبب شرکت، ارث و یا عقد باشد می‌توان، هم شرکت در عین فرض نمود و هم شرکت در منفعت و هم شرکت در حق (چنانکه شارح در ذیل هر کدام از آن دو سبب در بالا، سه مثال ذکر نمود، مثلاً در سبب اول یعنی ارث، فرمود: دونفر ممکن است عین را ارث ببرند، و ممکن است منفعتی را ارث ببرند، و ممکن است حقی از حقوق را ارث ببرند).

و اما در سبب سوم و چهارم (حیازت و امتزاج) فقط شرکت در عین را می‌توان تصویر نمود نه شرکت در منفعت و نه شرکت در حق یعنی نمی‌توان شرکت در منفعتی را فرض نمود که سبب آن امتزاج و یا حیازت باشد، و همچنین نمی‌توان شرکت در حقی را فرض نمود که سبب آن، امتزاج و یا حیازت باشد.

سپس می‌فرماید: آری می‌توان در سبب چهارم (امتزاج) شرکت در منفعت را فرض نمود به این صورت که دونفر هر کدام جداگانه، درهم‌هایی را برای زینت کردن، اجاره کنند - البته اگر چنین اجاره‌ای را جایز بدانیم - سپس این درهمها با یکدیگر مخلوط شوند به طوری که نتوان آنها را از یکدیگر جدا نمود، در این صورت آن دونفر در استفاده از آن درهمها با هم شریک خواهند بود، پس در مثال مزبور شرکت در منفعت است و سبب آن هم امتزاج می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و الشركة... یعنی شرکت، گاه در عین مال می‌باشد، مثل اینکه اشتراک بین دونفر، به یکی از اسباب (چهارگانه) بالا در یکی از اعیان اموال، اتفاق افتد أي فی عین این تفسیر شارح اشاره است به اینکه کلمه - عیناً - در عبارت

مصنّف منصوب به نزع خافض است، و خافض همان - فی - می باشد الوجوه السابقة یعنی ارث، عقد، حیات، امتزاج و منفعة... یعنی وگاہ شرکت، در منفعت مالی می باشد مثل اشتراک دو نفر در بهره بردن از (سکونت) خانه‌ای که آن را با هم (در یک عقد) اجاره کرده‌اند، و یا مثل (اشتراک در منفعت) عبدی که وصیت شده به خدمتگذاری آن عبد، برای دو نفر او عبد... عطف است بر- دار- یعنی او منفعة عبد أوصی به صیغه مجهول و حقاً... یعنی وگاہ شرکت، در حق است مثل حق شفعه و حق خیار (فسخ) و حق رهن.

و هذه الثلاثة... یعنی شرکت عینی و منفعتی و حقی، هر سه در دو سبب اول (از اسباب چهارگانه شرکت) جاری می‌شوند (یعنی سبب هر کدام از آن سه شرکت، می‌تواند ارث باشد و می‌تواند عقد باشد) و اما دو سبب دیگر (حیات و امتزاج) تحقق نمی‌یابند مگر در عین، یعنی این دو سبب، فقط سبب شرکت عینی می‌توانند بشوند نه شرکت منفعتی و حقی) و ممکن... (این جمله در حقیقت، استدراک است از- اما الأخیران -) یعنی می‌توان امتزاج در منفعت را تصویر نمود (که امتزاج، سبب شرکت در منفعت شود) به این گونه که هر کدام از دو نفر، اجاره کنند در هم‌هایی را برای زینت نمودن - اگر چنین اجاره‌ای را جایز بدانیم - در حالتی که در هم‌های هر کدام جدای از یکدیگر باشد، سپس در هم‌ها، با یکدیگر مخلوط شوند به طوری که از هم جدا نگردند.

حيث نُجَوِّزُه این جمله اشاره است به اینکه اجاره دراهم برای زینت، از نظر فقها، محل خلاف است که بعضی آن را صحیح، و بعضی غیر صحیح می‌دانند: توضیح آنکه: فقها در کتاب الاجاره گفته‌اند که یکی از شرایط صحت اجاره آن است که مورد اجاره باید از اشیایی باشد که در اثر انتفاع از آن، عین مال معدوم نگردد و هرگاه در اثر

انتفاع از آن، عین مال، نیست شود مانند شیرینی و میوه و امثال آن که انتفاع از آن منجر به نابودی می شود، نمی تواند مورد اجاره قرار گیرد.

حال ببینیم طبق شرط مزبور آیا درهم و دینار را می توان اجاره داد؟

با توجه به اینکه مقصود اصلی از درهم و دینار، حاصل نمی شود مگر به نیست شدن آنها چون استفاده اصلی از آنها موقوف به آن است که خرج شوند و به دیگری انتقال داده شوند، بنابراین، آنها مثل شیرینی و میوه می باشند که انتفاع از آن منجر به نابودی و نیست شدن آنها می گردد.

ولی از آنجا که فقها گفته اند اگر چنانچه بعضی اشیایی که با انتفاع از آن، عین مال معدوم می گردد چنانچه ممکن باشد که دارای منفعت نادری باشد که انتفاع از آن منفعت موجب انعدام عین مال نگردد، اجاره آن صحیح خواهد بود، بدین جهت برای درهم و دینار هم چه بسا منافع قابل توجهی می توان فرض نمود که انتفاع از آن منافع، موجب معدوم شدن عین آنها نشود، و آن منافع این است که انسان، درهم و دینار را به لباسهای خود به عنوان زینت، وصل نماید تا بدین وسیله، حفظ آبروی خود نماید و خود را از ظاهر فقر مالی بیرون آورد، زیرا این معنی، شرعاً مطلوب است و به گفته شارح در کتاب «مسالک» (کتاب الاجاره) ائمه علیهم السلام نیز اموالی را از مردم قرض می نمودند و آنها را به مردم نشان می دادند تا مردم آنها را فقیر ندانند، و منافع دیگر مثل اینکه آنها را در عروسی ها نثار کنند سپس جمع آوری نمایند. بنابراین، می توان درهم و دینار را جهت این منافع اجاره داد.

تممیژه (منصوب است بنابر حالیت از - دراهم -) یعنی اجاره آنها در حالتی باشد

که از یکدیگر جدا هستند.

(والمعتبر) من الشركة شرعا عندنا (شركة العنان) بكسر العين وهي شركة الأموال، نسبت إلى العنان - وهو سير اللجام الذي يمسك به الدابة - لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ التصرف، واستحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين فيه إذا تساويا في السير، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف حيث يشاء كما يمنع العنان الدابة، أو لأن الأخذ بعنانها يحبس إحدى يديه عليه ويطلق الأخرى كالشريك يحبس يده عن التصرف في المشترك مع انطلاق يده في سائر ماله.

وقيل: من "عن" إذا ظهر، لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركة. وقيل: من "المعانة" وهي المعارضة، لمعارضة كل منهما بما أخرجه الآخر.

دوم - شرکت عقدي

(والمعتبر)... توضيح: گفتیم که شرکت بر دو قسم است: شرکت غیر عقدي و شرکت عقدي، آنچه در بالا گذشت شرکت غیر عقدي بود، و اکنون بحث در شرکت عقدي است. شرکت عقدي: عبارت از آن است که دو یا چند نفر به وسیله یک عقد و قرارداد و خواندن صیغه، با یکدیگر شرکتی را برقرار کنند، و این به چهار قسم می تواند تحقق یابد:

۱. شرکت عنان.

۲. شرکت اعمال.

۳. شرکت مفاوضه.

۴. شرکت وجوه.

که توضیح هر یک بعداً خواهد آمد، و از این اقسام، فقط قسم اول شرعاً صحیح و معتبر است و سه قسم دیگر باطل می باشد.

۱- شرکت عنان

شرکت عنان - به کسر عین - عبارت است از اینکه دو یا چند نفر، هرکدام از خود، سرمایه‌ای روی هم بگذارند - خواه پول باشد یا متاع - سپس به وسیله خواندن صیغه شرکت، با یکدیگر شرکت در آن اموال را برقرار نمایند و با آن مال مشترک، تجارت و کارکنند، و هریک به نسبت سرمایه‌ای که گذاشته، از سودی که به دست می‌آید بهره ببرد به تفصیلی که بعداً خواهد آمد.

و این شرکت را «شرکت اموال» نیز می‌نامند، و در وجه تسمیه آن به «عنان» چند امر گفته شده است:

اول: اینکه از کلمه عنان (که به معنای تسمه چرمی دهنه اسب است یعنی افسار که به وسیله کشیدن آن، اسب را از حرکت بازمی‌دارند) گرفته شده است، و مناسبت این معنی با شرکت مزبور ممکن است یکی از سه جهت زیر باشد:

الف: همانطوری که دو طرف دهنه اسب، تسمه‌ها از نظر طول با هم برابرند (و یا همانطوری که دو اسب سوار هنگامی که در سرعت سیر و کندی سیر یکسان باشند و اسب‌های آنها کنار هم قرار بگیرند، تسمه‌های آن دو اسب در آن صورت با هم برابر و مساوی می‌شوند، که در فارسی گویند: (دو اسب با هم، هم عنان شده‌اند)) همچنین در شرکت مزبور، دو شریک در چند چیز با هم برابرند و آن: در اینکه هر دو حق فسخ عقد را دارند - چون شرکت از عقود جایزه می‌باشد - و در اینکه هر دو حق تصرف در مال مشترک را دارند، و در اینکه هریک از آنها استحقاق دارد از سودی که در تجارت کرده‌اند، به نسبت سرمایه‌ای که گذاشته‌اند، بردارند.

ب: همانطوری که افسار اسب، جلوگیری از این می‌کند که اسب به میل خود به هر طرف برود، همچنین در شرکت مزبور، هریک از شریکین، دیگری را از اینکه به دلخواه خود هر تصرفی را بکند جلوگیری می‌نماید.

ج: همانطوری که اسب سوار، یک دستش نسبت به تسمه اسب، آزاد نیست (یعنی با یک دست باید تسمه اسب را بگیرد و نمی‌تواند آن را رها کند) ولی دست دیگرش از آن آزاد است و هرکاری با آن انجام می‌دهد، همچنین شریک نسبت به مال مشترک، دستش آزاد نیست یعنی تصرفات آزاد هرگونه که بخواهد نمی‌تواند انجام بدهد بلکه در محدوده‌ای که شریکش داده می‌تواند تصرف کند، ولی نسبت به اموال دیگرش دستش آزاد است و هرگونه تصرفی را می‌تواند انجام دهد.

دوم: وجه دومی که در تسمیه آن شرکت، به «عنان» گفته شده این است که کلمه «عنان» از فعل ماضی - عَنَّ - به معنای ظَهَرَ، گرفته شده است و مناسبت این معنی با شرکت مزبور، ممکن است یکی از دو جهت زیر باشد:

الف: اینکه چون مال هریک از دو شریک برای دیگری، ظاهر و آشکار می‌گردد.

ب: اینکه چون شرکت مزبور، آشکارترین اقسام شرکت است (و غالب شرکت‌ها در بین مردم به آن صورت منعقد می‌گردد) و بدین جهت است که همه فقها صحت چنین شرکتی را قبول دارند.

سوم: وجه سومی که در تسمیه آن شرکت به «عنان» گفته شده این است که: کلمه «عنان» از ماده «معانّه» (به تشدید نون، مصدر باب مفاعله) که به معنای معارضه و مقابله کردن می‌باشد، گرفته شده است و مناسبت این معنی با شرکت مزبور این است که چون هنگامی که یکی از آنها مالی را به عنوان سرمایه در میان می‌گذارد، آن دیگری هم در مقابل آن، مالی را به عنوان سرمایه در میان می‌گذارد.

ترجمه و شرح عبارت: **والمعتبر...** یعنی شرکتی که معتبر است شرعاً نزد ما شیعه، شرکت عنان - به کسر عین - می باشد و آن همان شرکت اموال است.

نسبت داده شده شرکت مزبور به «عنان» - که به معنای تسمه دهنه اسب است که به وسیله آن اسب را از حرکت بازمی دارند - (ممکن است علت نسبت شرکت مزبور به عنان این باشد که: چون دوشریک، برابری در داشتن حق فسخ و حق تصرف در مال مشترک) و در استحقاق سود به نسبت سرمایه، همانطوری که دوطرف افسار با هم (در طول) برابری و یا همانطوری که دواسب سوار در افسار برابری اگر در سیر و حرکت برابر باشند (زیرا اگر در حرکت از نظر تندی و کندی، برابر باشند، افسار هر کدام مقدم بر افسار دیگری نبوده و در نتیجه برابری یکدیگر خواهند بود).

لاستواء علت است برای وجه تسمیه به عنان و استحقاق... عطف است بر - ولایة - أو تساوی... عطف است بر - استواء طرفی العنان - یعنی أوکتساوی الفارسیین فی العنان... إذا تساویا... قید است برای تساوی الفارسیین أو لان کل... (عطف است بر - لاستواء الشریکین - و علت دوم است برای وجه تسمیه به عنان) یعنی و یا برای اینکه هر یک از شریکین، جلوگیری می کند دیگری را از تصرفی که به دلخواه بخواهد انجام بدهد، همانطوری که افسار، جلوگیری می کند اسب را (از اینکه به دلخواه به هر طرف برود) حیث یشاء ضمیر مقدر بر می گردد به - الاخر - أو لأن الأخذ... (علت سوم است برای وجه تسمیه به عنان، و کلمه - الأخذ - به صیغه اسم فاعل است) یعنی و یا برای اینکه گیرنده افسار اسب، حبس می کند یکی از دو دستش را بر افسار (و آن دست، آزاد نیست) و دست دیگر را آزاد می گذارد (که هر کاری را بخواهد با آن انجام می دهد) همچنین شریک (که به واسطه قرارداد شرکت) حبس می کند دستش را از اینکه (به دلخواه هرگونه که بخواهد) تصرف در مال مشترک کند، ولی

دستش نسبت به ساير اموالش آزاد است (و هرگونه تصرفی را در آن می تواند انجام بدهد).

وقيل... یعنی بعضی گفته اند که (وجه تسمیه به عنان، آن است که کلمه عنان) از ماده - عَنَ - به معنای «ظَهَرَ» گرفته شده (و مناسبت این معنی با شرکت مزبور، یکی از این دوامری است که ذکر می شود و آن یا این است که) چون ظاهر می شود مال هر یک از دو شریک برای دیگری، و یا (این است که) چون شرکت مزبور، ظاهرترین اقسام شرکت است و قيل... یعنی و بعضی دیگر گفته اند که «عنان» از ماده «معانته» (به تشدید نون) به معنای معارضه (یعنی مقابله کردن) گرفته شده (و مناسبت این معنی با شرکت مزبور این است که) چون هر یک از شریکین (با آن مالی که به عنوان سرمایه در میان گذاشته) مقابله می کند با آن مالی که دیگری آن را بیرون آورده است.

(لاشركة الأعمال) بأن يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه، ويشتركا في الحصول، سواء اتفق عملهما قدرا ونوعا أم اختلف فيهما أم في أحدهما، وسواء عملا في مال مملوك أم في تحصيل مباح، لأن كل واحد منهما متميز ببدنه وعمله فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان.

۲ - شرکت اعمال

(لاشركة الأعمال)... توضیح: قسم دوم از اقسام شرکت، شرکت اعمال است و به آن «شرکت ابدان» نیز گویند، و آن عبارت از آن است که دو یا چند نفر با یکدیگر با خواندن صیغه، چنین قرار دهند که هر کدام از آنها جداگانه کار بکنند (از کارهایی که بدون سرمایه است مثل بنائی، حملی، نجاری، خیاطی) ولی درمزدی که به وسیله عمل خود به دست می آورند، همگی شریک باشند، خواه عمل آنها از نظر نوع و مقدار کار، متفق باشد (مثل اینکه هر دو، خیاطی کنند به مقدار هشت ساعت) یا مختلف باشد عملشان از نظر نوع و از نظر مقدار کار (مثل اینکه یکی نجاری کند هشت ساعت، و دیگری بنایی کند ده ساعت) و یا فقط از نظر نوع، مختلف باشد (مثل اینکه یکی نجاری کند هشت ساعت، و دیگری بنایی کند هشت ساعت) و یا فقط از نظر مقدار کار مختلف باشد (مثل اینکه یکی نجاری کند هشت ساعت، و دیگری نجاری کند ده ساعت).

و نیز خواه کار آنها در مال مردم باشد (مثل خیاطی کردن که روی پارچه ای که مال مردم است انجام می گیرد، و یا مثل دلالتی کردن برای فروختن مال مردم) و یا کار آنها در جمع آوری مباحات عامه باشد (یعنی آنها قرار بگذارند که هر چه از اموال مباح عمومی، حیازت و جمع آوری کنند بین آنان، مشترک باشد، مثلاً دو یا چند نفر

خارکن به بیابان بروند و با یکدیگر قرار دهند که هر چه بوته و خار کنندند، همگی در آن شریک باشند).

شرکت مزبور، شرعاً باطل است زیرا هر یک از آنها در کار و بدن، مستقل بوده پس مزد و آنچه از عملش به دست آورده، مال او فقط خواهد بود، بنابراین هر کدام از آنها مزدی که از نتجاری و خیاطی به دست می‌آورد، مختص به خود اوست، و در مثال خارکنی نیز هر یک هر چه از خارها را کنده و جمع آوری نموده متعلق به خود او خواهد بود و شرکت در آن، محقق نمی‌شود.

همچنان که در شرکت عنان (اموال) اگر دو نفر با هم شریک شوند به این صورت که هر کدام مالی را به عنوان سرمایه در میان بگذارند ولی آن دو مال را مخلوط نکنند، و هر یک جدای از هم با سرمایه خودش کسب کند، در این صورت شکی نیست که شرکت در کسب آنها تحقق نمی‌یابد و سود کسب هر کدام، متعلق به خود اوست و دیگری در آن شریک نمی‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: لا شركة... یعنی شرکت اعمال، شرعاً معتبر نیست و آن به این صورت است که دو نفر (با خواندن صیغه شرکت) قرار بگذارند که هر یک از آنها خودش کار بکند و هر چه در نتیجه کار آنان به دست آمد مشترک بین هر دو باشد، خواه کار آنها از نظر مقدار و از نظر نوع، یکی باشد، یا اینکه در مقدار و نوع، مختلف باشند، و یا اینکه فقط در یکی از آنها مختلف باشند، و نیز خواه اینکه کار بکنند در مالی که ملک مردم است (مثل دلالتی کردن برای فروش مال مردم) و یا کار بکنند در به دست آوردن مال مباحی (از مباحات عمومی مثل هیزم یا علف بیابان یا ماهی دریا، البته یادآوری شویم که بطلان شرکت در این صورت، مشروط به آن است که هر کدام از آنها در عمل خود، نیت وکالت و نیابت از دیگری را نکرده باشد وگرنه، شرکت

صحیح خواهد بود چنانکه در مباحث سابق گذشت در آن جایی که سبب شرکت، حیازت باشد).

لأن... (علت است برای بطلان شرکت اعمال) یعنی زیرا هر یک از آن دو نفر از نظر بدن و کار، جدا از یکدیگر بوده‌اند پس هر کدام از آنها مختص به بهره‌های کار خودش خواهد بود، همانطوری که اگر دو نفر در دو مالی که از هم جدایند، شریک شوند، حکم چنین است (یعنی دو نفری که سرمایه کارشان جدا باشد شریک شوند بدون آنکه سرمایه‌ها را مخلوط نمایند، و جدای از یکدیگر مشغول کسب شوند، پس در این صورت، شرکت آنها تحقق نمی‌یابد) و هما متمیزان ضمیر تثنیه بر می‌گردد به مالین-.

(و) لا شركة (المفاوضة) وهي أن يشترك شخصان فصاعدا بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان، ويربحان، ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرش جنائية، وضمان غصب، وقيمة متلف، وگرامة ضمان وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من ركاز ولقطة، ويكتسبه في تجارة، ونحو ذلك.

ولا يستثنيان من ذلك إقوت اليوم، وثياب البدن، وجارية يتسرى بها، فإن الآخر لا يشارك فيها. وكذا يستثنى في هذه الشركة من الغرم: الجنائية على الحر، وبذل الخلع، والصداق إذا لزم أحدهما.

۳ - شرکت مفاوضه

(و) لا شركة (المفاوضة)... توضیح: شرکت مفاوضه نیز باطل است و آن عبارت از آن است که دو یا چند نفر با خواندن صیغه با یکدیگر قرار دهند که هر نفع و فائده‌ای که به هر یک برسد - خواه سود کسب و تجارت باشد و یا ارث و یا چیزی باشد که آن را یافته است از معدن و لقطه (مال پیدا شده) و امثال اینها - همگی در آن شریک باشند، و همچنین هرزانی که متوجه هر یک گردد، همگی در آن سهیم باشند خواه دیه جنایت باشد یا ضمان غصب باشد یا قیمت چیزی تلف شده باشد، و امثال آن. البته کسانی که شرکت مزبور را صحیح می‌دانند گفته‌اند که در صورت نفع و فائده، در قراردادشان چند چیز را استثنا می‌کنند که شریک نباشند و آنها عبارتند از: خوراک هر روزشان، لباس تنشان، و کنیزی که از آن بهره جنسی می‌برد، در این چیزها شریک نخواهند بود.

و در صورت زیان هم چند چیز را استثنا می‌کنند که شریک نباشند و آنها عبارتند از دیه جنایت بر شخص آزاد، و مالی را که زن در طلاق خلع به شوهر می‌بخشد تا

شوهر او را طلاق دهد (که این مال، زبانی است برای زن، پس اگر فرض کنیم زن مزبور با کسی قرارداد شرکت مفاوضه بسته باشند، مال مزبور را در قرارشان استثنا می‌کنند که زن به تنهایی آن را پرداخت به شوهر نماید بدون آنکه شریکش در آن سهمیم باشد که مثلاً نصف آن مال را شریک بپردازد) و نیز مهری را که زن به شوهرش می‌بخشد که مستحب هم می‌باشد (در قرارشان استثناء می‌کنند که زن به تنهایی آن را به شوهرش بپردازد و شریکش در پرداخت آن، سهمیم نباشد).

ترجمه و شرح عبارت: **ولا شركة...** یعنی و شرکت مفاوضه هم اعتبار ندارد شرعاً، و آن به این صورت است که دو یا چند نفر با عقد لفظی با هم شریک شوند بر اینکه میان آنها مشترک باشد آنچه کسب می‌کنند و سود می‌برند، و آنچه به گردن می‌گیرند از زیان‌ها (که تفصیلش در عبارت‌های بعدی شارح می‌آید) و آنچه به دست آنها می‌رسد از فایده‌ها و **یلتزمان** عطف است بر - یکتسبان - پس کلمه «ما» بر سر - یلتزمان - هم داخل می‌شود و تقدیر عبارت چنین است: «و ما یلتزمان من غرم» و کلمه - من غرم - بیان می‌کند همان مای موصوله‌ای را که در تقدیر می‌باشد غرم به ضم غین و سکون راء یعنی غرامت و زیان و **یحصل** در اینجا نیز مای موصوله در تقدیر می‌باشد و کلمه - من غنم - آن را بیان می‌کند **غنم** به ضم غین و سکون نون یعنی غنیمت و فایده.

فلیتزم... (از اینجا به بعد تفصیل می‌دهد غرم و غنم را به طور لفظی و نشر مرتب یعنی جمله «فلیتزم...» تفصیلی است برای - غرم - و جمله «ویقاسمه» تفصیلی است برای - غنم -) یعنی پس به گردن می‌گیرد هر یک از دو شریک برای دیگری، آنچه را که دیگری برای او به گردن می‌گیرد، از ارزش جنایت (یعنی هر کدام از آنها جنایتی از او صادر شد، دیگری هم در پرداخت دیه، سهمیم باشد) و ضمانت چیز غصب شده (یعنی اگر یکی از آنها چیزی را غصب کرد و تلف شد، دیگری هم در

ضمان آن چیز سهیم باشد و مشترکاً مثل و یا قیمت آن چیز را بپردازند) و قیمت چیز تلف شده (یعنی اگر یکی از آنها مال کسی را تلف نمود، دیگری هم در قیمت آن چیز تلف شده، سهیم باشد و مشترکاً آن قیمت را به صاحب مال بپردازند).

متلف به فتح لام به صیغه اسم مفعول و غرامة ضمان یعنی در قرارداد شرکت، قرار بگذارند که اگر یکی از آنها برای شخص بدهکاری، ضامن شد، چنانچه بدهکار، دَین خود را به طلبکار نپرداخت، از آنجایی که ضامن مسئولیت دارد که دین او را به طلبکار بپردازد، آن شریک هم در پرداخت دین، سهیم باشد).

و کفالة یعنی و غرامت کفالت، به این معنی که اگر یکی از آنها کفالت کرده بود در حاضر ساختن مدیونی برای طلبکار، چنانچه اگر آن را حاضر نساخت، کفیل مسئولیت دارد که دَین او را به طلبکار بپردازد، حال در قرارداد شرکت، قرار بگذارند که دین مزبور را مشترکاً به طلبکار بپردازد.

و یقاسمه... (چنانکه قبلاً گفتیم این جمله عطف است بر- فیلتزم - و تفصیل می‌دهد حصول غنم را) یعنی و (در قراردادشان، قرار می‌گذارند که هر یک از آنها) تقسیم کند با دیگری در آنچه به دست او می‌آید از ارث، و آنچه را می‌یابد از معدن و لقطه (مال پیدا شده)، و آنچه را کسب می‌کند در تجارت (با مال خودش)، و مانند اینها (مثل اینکه کسی وصیت کرده که فلان مال مرا به فلانی که یکی از آن دوشریک است بدهید، در این صورت به واسطه قراری که آن دونفر با یکدیگر دارند، آن مال، مشترکاً مال هر دو می‌باشد).

ولا یستثنیان... یعنی (قائلین به صحت شرکت مفاوضه گفته‌اند که: آن دونفر، چیزی را از غنم و فائده، استثنا نکنند مگر خوراک روزانه، و جامه‌های تن، و کنیزی که از آن بهره جنسی می‌برند، که در اینها دیگری شریک نشود و کذا یُستثنی... یعنی و همچنین استثنا می‌شود در این شرکت، از زیان‌ها، چند چیز که عبارتند از: جنایت بر

شخص آزاد (که دیه آن را فقط جانی می‌پردازد و دیگری سهم در پرداخت آن نخواهد بود) و نیز مالی را که زن در طلاق خلع به شوهر می‌پردازد (پس شریک زن، در پرداخت آن، سهم نخواهد بود) و نیز بخشیدن مهر (یعنی مهری را که زن به شوهرش می‌بخشد، شریک زن، در بذل آن مهر، سهم نخواهد بود) الجنایة نایب فاعل است برای - یستثنی - إذا لزم أحدهما (قید است برای هر یک از آن سه مورد، و کلمه - أحدهما - مفعول است و ضمیر فاعلی مقدر بر می‌گردد به کل واحد من الامور الثلاثة) یعنی در جایی که یکی از آن سه مورد، لازم بگیرد یکی از آن دو شریک را (پس شریک دیگر، سهم در آن نخواهد بود).

(و) لا شركة (الوجوه) وهي أن يشترك اثنان وجهان لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمة على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما فيبيعان ويؤديان الأثمان، وما فضل فهو بينهما، أو أن يبتاع وجه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل على أن يكون الربح بينهما، أو أن يشترك وجه لا مال له، وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجهه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجهه، والربح بينهما، أو أن يبيع الوجهه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعضه له.

وهذه الثلاثة بمعانيها عندنا باطلة.

۴ - شرکت وجوه

(و) لا شركة (الوجوه)... توضیح: شرکت وجوه نیز شرعاً باطل می باشد، و برای آن چهار تفسیر ذکر نموده اند:

۱. اینکه دونفري که دارای سرمایه نیستند اما آبرو و اعتبار در بین مردم دارند، با یکدیگر به وسیله خواندن صیغه، قرار بگذارند که هر کدام، اموالی را با اعتبار خود از مردم نسبه خریداری کند مشروط بر اینکه مال خریداری شده، مشترک بین آنها باشد، سپس هریک آنچه را خریده است، بفروشد و از ثمن آن، طلب طلبکاران را بپردازد و هر چه سود باقی می ماند بین آنها تقسیم شود.

۲. اینکه دونفري که دارای سرمایه نیستند، یکی آبرودارد و دیگری آبرو ندارد، با یکدیگر به وسیله خواندن صیغه، قرار بگذارند که آنکه آبرو دارد با اعتبار خود از مردم نسبه خریداری کند و آن دیگری آن را بفروشد، و در سود آن شریک باشند.

۳. اینکه دونفري که یکی آبرودارد اما مال ندارد، و دیگری آبرو ندارد اما مال دارد، با یکدیگر به وسیله خواندن صیغه، قرار بگذارند که کار و زحمت فروش به عهده آنکه آبرو دارد باشد، و مال از آنکه آبرو ندارد باشد، به شرط اینکه مال در دست خودش

باشد و آن را به دست آبرودار ندهد، و سودی که از فروش آن حاصل می‌شود، مشترک بین آنها باشد.

۴. اینکه دونفری که یکی آبرودار اما مال ندارد، و دیگری آبروندار اما مال دارد، با یکدیگر به وسیله خواندن صیغه، قرار بگذارند که آنکه آبرودار دارد، مال آن دیگری را با سود بیشتری بفروشد تا اینکه مقداری از آن سود برای او باشد، و باقیمانده، مال صاحب سرمایه باشد.

فرق این تفسیر با تفسیر سوم این است که در تفسیر سوم، شرط می‌کنند که سرمایه در دست صاحب آن باشد ولی در تفسیر چهارم چنین شرطی را نمی‌کنند. و نیز در تفسیر چهارم شرط می‌کنند که شخص آبرومند، مال مزبور را به سود بیشتری بفروشد (یعنی بیش از آن مقداری که صاحب مال می‌تواند آن را بفروشد) ولی در تفسیر سوم چنین شرطی را نمی‌کنند.

و نیز در تفسیر سوم چه بسا شرط کنند که سود به طور مساوی بین آنها تقسیم شود ولی در تفسیر چهارم، شرط می‌کنند که کمتر از نصف به صاحب اعتبار برسد چنانکه از تعبیر به - بعضه - این معنی استفاده می‌شود. فتأمل.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا شركة الوجوه...** یعنی شرکت وجوه نیز شرعاً اعتبار ندارد، و آن (به چهار معنی، تفسیر شده است، اول): اینکه دونفری که بین مردم آبرو اعتبار دارند اما مال ندارند، به وسیله عقد لفظی، شریک شوند که (با آن اعتباری که دارند، چیزهایی از مردم) نسبه خریداری کنند مشروط بر اینکه آنچه خریداری می‌کنند، مال هر دو باشد سپس هر کدام (آنچه نسبه خریداری کرده را) بفروشند و (پس از فروش) ثمن‌های اشیاء خریداری شده را (به طلبکاران) بپردازند، و آنچه (از سود حاصل از این معاملات) باقی می‌ماند، بین آنها تقسیم شود.

ويا (به تفسیر دوم، شرکت وجوه عبارت است از) اینکه (دونفری که یکی آبرومند و با اعتبار و دیگری بی اعتبار است) شخص آبرومند، نسیه خریداری کند، و فروش آن را به آنکه بی اعتبار است واگذار کند، مشروط بر اینکه سود حاصل بین آنها تقسیم شود.

ويا (به تفسیر سوم، عبارت است از) اینکه شخص آبرومندی که مال ندارد، با شخص بی اعتباری که مال دارد، شریک شوند به این صورت که کار از شخص آبرومند باشد و سرمایه از شخص بی اعتبار باشد و سرمایه در دست او باشد و به شخص آبرومند تحویل ندهد، و سود حاصل هم بین هر دو تقسیم شود.

ويا (به تفسیر چهارم، عبارت است از) اینکه شخص آبرومند بفروشد مال شخص بی اعتبار را به سود بیشتری، تا اینکه مقداری از آن سود برای او باشد.

وهذه الثلاثة یعنی این سه قسم شرکتی که در عبارت مصنف ذکر شد (شرکت اعمال، شرکت مفاوضه، شرکت وجوه) با تمام معانی که برای آنها ذکر شد، باطل می باشند نزد ما علمای امامیه. ناگفته نماند که مقصود از -ثلاثة- فقط معانی شرکت وجوه نمی باشد زیرا معانی که برای شرکت وجوه، ذکر شد، چهار معنی، بود نه سه معنی، پس مقصود از ثلاثة همان است که ذکر نمودیم چنانکه واضح است.

(و) المشتركان شركة العنان (يتساويان في الربح والخسران مع تساوي المالين، ولو اختلفا) في مقدار المال (اختلف الربح) بحسبه.

والضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساويا ومتفاوتا، فلو عبر به لكان أخصر وأدل على المقصود، إذ لا يلزم من اختلاف الربح مع اختلاف المالين كونه على النسبة.

احكام شركة عنان

(و) المشتركان شركة... توضيح: دانسته شد که شرکت صحیح در شرع مقدس، شرکت عنان می باشد. یکی از احکام این شرکت آن است که دو نفری که با یکدیگر چنین شرکتی قرار داده اند اگر سرمایه آنها مساوی باشد، باید در سود و زیان نیز مساوی باشند، و اما اگر سرمایه آنها متفاوت باشد، سود و زیان آنها هم باید به نسبت سرمایه اشان متفاوت باشد. یعنی مثلاً اگر سرمایه یکی از آنها صد تومان باشد و سرمایه دیگری دویست تومان باشد، سودی که حاصل می شود یک سومش مال صاحب صد تومان خواهد بود، و دو سومش مال صاحب دویست تومان خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **والمشترکان... یعنی دو نفری که به طور شرکت عنان با یکدیگر قرار بسته اند، در سود و زیان باید مساوی باشند در صورت تساوی سرمایه ها، و اما اگر مختلف باشند در مقدار سرمایه، سود نیز مختلف خواهد بود به نسبت اختلاف سرمایه ها (یعنی هر کدام از آنها به نسبت سرمایه اش باید از سود برداشت کند) و قاعده کلی این است که سود بین آنها باید به نسبت سرمایه تقسیم شود، به طور مساوی (اگر سرمایه ها مساوی بود) و به طور متفاوت (اگر سرمایه ها متفاوت بود) شركة العنان کلمه «شركة» منصوب است بنابراینکه مفعول مطلق نوعی است إختلف**

الربح هر چند شارح، فقط ربح را گفته است ولی زیان هم حکمش چنین است، یعنی آگریانی وارد شد، به نسبت سرمایه‌ها بر هر دو وارد می‌شود.

فلو عبّر به... توضیح: شارح می‌فرماید: اگر مصنف به این عبارتی که ما در ذیل ضابطه ذکر نمودیم، تعبیر می‌کرد بهتر بود از دو جهت:

اول: اینکه عبارتی که ما ذکر نمودیم، مختصرتر از عبارت مصنف است، با توجه به اینکه غرض مصنف در «لمعه» اختصارگویی است.

دوم: اینکه عبارت مصنف در ادای مقصود، روشن نیست، زیرا عبارت وی، فقط دلالت می‌کند بر اینکه در صورت اختلاف سرمایه‌ها، سود هم باید مختلف، تقسیم گردد، و دیگر عبارت مزبور دلالت نمی‌کند بر اینکه اختلاف سود باید به نسبت اختلاف سرمایه‌ها باشد (یعنی مثلاً در آن مثالی که در بالا ذکر نمودیم که سرمایه یکی صد تومان و سرمایه دیگری دویست تومان باشد، ما گفتیم که به حسب قاعده باید صاحب صد تومان، یک سوم سود را برداشت کند، و صاحب دویست تومان، دو سوم سود را برداشت نماید، ولی عبارت مصنف این معنی را نمی‌رساند بلکه از آن، فقط استفاده می‌شود که سود را به طور مختلف باید تقسیم کنند و این عبارت، مطلق است، شامل می‌شود هم آن صورتی را که ما گفتیم، و هم آن صورتی را که تقسیم سود به نسبت سرمایه‌ها نباشد، مثلاً صاحب صد تومان یک چهارم سود را ببرد و صاحب دویست تومان سه چهارم سود، و یا مثلاً صاحب صد تومان یک پنجم سود را برداشت کند و صاحب دویست تومان، چهار پنجم سود را، و یا مثلاً صاحب صد تومان، دو سوم سود را ببرد و صاحب دویست تومان، یک سوم سود را ببرد، چون در تمام این صورتها صدق می‌کند که سود بین آنها به طور مختلف تقسیم شد - که تعبیر مصنف است - و حال آنکه باید اختلاف سود به نسبت سرمایه‌ها باشد) و به همین

جهت، شارح بعد از عبارت مصنف کلمه - بحسبه - را اضافه نمود تا مقصود اصلی روشن شود.

ترجمه و شرح عبارت: **فلو عبّر...** یعنی اگر تعبیر می‌کرد مصنف به آنچه ما تعبیر کردیم (یعنی مصنف به جای «ویتساویان فی الربح...») می‌فرمود: «والربح بینهما علی نسبة المال متساویا و متفاوتاً» هرآینه مختصرتر بود و نیز بهتر بر مقصود دلالت می‌کرد **إذ لا یلزم...** (علت است بر اینکه عبارت مصنف، خوب مقصود را نمی‌رساند) یعنی زیرا لازم نمی‌آید (و استفاده نمی‌شود) از اختلاف سود در صورت اختلاف سرمایه‌ها (که تعبیر مصنف می‌باشد) اینکه اختلاف سود باید به نسبت سرمایه‌ها باشد (و حال آنکه مقصود آن است که باید اختلاف سود به نسبت سرمایه‌ها باشد، پس عبارت مصنف، این مقصود را نمی‌رساند ولی عبارت ما به خوبی این مقصود را می‌رساند) **گونه فاعل است برای - لایلزم - و ضمیر آن بر می‌گردد به - اختلاف الربح -**

(ولو شرطاً غیرهما) أي غیر التساوی فی الربح علی تقدیر تساوی المالیین - بأن شرطاً فیہ تفاوتاً حینئذ - أو غیر اختلاف استحقاقهما فی الربح مع اختلاف المالیین کمیة (فالأظهر البطلان) أي بطلان الشرط، ویتبعه بطلان الشركة بمعنی الإذن فی التصرف، فإن عملاً كذلك فالربح تابع للمال وإن خالف الشرط، ویکون لكل منهما أجرة عمله بعد وضع ما قابل عمله فی ماله.

(ولو شرطاً غیرهما)... توضیح: اگر شریکین در صورتی که سرمایه‌ها مساوی بود، شرط کنند که سود بطور مختلف بین آنها تقسیم شود، و یا در صورتی که سرمایه‌ها متفاوت بود شرط کنند که سود بطور مساوی بین آنها تقسیم شود، در این صورت بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، و دوقول در اینجا نقل کرده است:

۱. قول مصنف این است که هم شرط باطل است و هم اصل عقد شرکت باطل می‌شود، یعنی دیگر اذن در تصرف برای هیچ‌یک باقی نمی‌ماند (به جهت اینکه رضایت و اذن آنها به تصرف همانا بر فرض عملی شدن آن شرط است و بدون شرط مزبور، اذن و رضایت نمی‌باشد) ولی با این حال چون سرمایه‌ها با هم مخلوط شده اگر چنانچه با هم معاملاتی را انجام داده باشند، معاملات مزبور صحیح است، منتها باید سودی که حاصل شده، به نسبت سرمایه‌ها بین آنها تقسیم شود (که اگر سرمایه‌ها مساوی بود باید بطور مساوی، سود را تقسیم کنند و اگر سرمایه‌ها متفاوت بود باید بطور مختلف به نسبت سرمایه‌ها، سود را تقسیم کنند) و در این صورت هر یک از آنها حق دارند اجرت کارشان - منهای اجرت کار در برابر سرمایه خودش - را از دیگری بگیرد.

مثلاً اگر زید و عمرو با هم شریک شدند به این صورت که هر یک از آنها هزار تومان سرمایه روی هم گذاشتند که با آن دو هزار تومان، کار کنند به شرط اینکه دو سوم سود برای زید، و یک سوم آن برای عمرو باشد، این شرط و اصل عقد شرکت باطل است و

با این حال اگر چنانچه با آن دو هزار تومان کار کردند و صد تومان سود بردند، آن را باید بطور مساوی بین خود تقسیم نمایند و هر کدام پنجاه تومان برداشت کند (چون فرض آن است که سرمایه‌ها مساوی است) و زید می‌تواند اجرت کاری را که در آن مدت کرده است - منهای نصف اجرت - از عمرو بگیرد، و عمرو هم می‌تواند اجرت کارش در آن مدت را - منهای نصف اجرت - از زید بگیرد، پس اگر یک ماه کار کرده بودند و اجرت یک ماهه زید پانصد تومان بود، و اجرت یک ماهه عمرو چهارصد تومان بود، زید از عمرو نصف پانصد تومان را می‌گیرد (چون نصف کارش برای مال خودش بوده) و عمرو هم از زید نصف چهارصد تومان را می‌گیرد (چون او هم نصف کارش برای مال خودش بوده).

۲. قول دیگر آن است که شرط مزبور صحیح است. و دلیل آن را بعداً توضیح خواهیم داد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو شرطاً...** یعنی اگر شریکین شرط کنند غیر آن دو حکم بالا را یعنی شرط کنند غیر تساوی در سود را در صورت تساوی سرمایه‌ها - به این معنی که شرط کنند تفاوت در سود را در صورت تساوی سرمایه‌ها - و یا شرط کنند غیر اختلاف استحقاقشان در سود را در صورت اختلاف سرمایه‌ها از نظر مقدار (یعنی در صورت مزبور، شرط کنند تساوی در سود را) **شرطاً فیه ضمیر در - فیه - بر می‌گردد به ربح حینند یعنی حین تساوی مالین.**

فالأظهر... یعنی (اگر چنان شرطی را درباره سود بکنند) اظهار در نظر ما آن است که شرط مزبور باطل می‌باشد و به دنبال آن، شرکت نیز باطل خواهد بود (یعنی شرکت عقدی باطل می‌شود که) به معنی (عقدی است که متضمن) اذن در تصرف (می‌باشد، و اما شرکت غیر عقدی که امتزاج سرمایه‌ها باشد، به حال خود باقی است، و لذا وقتی که شرکت عقدی یعنی اذن در تصرفی که مشروط به سود خاصی بود باطل

شد، لازمه اش این نیست که مطلق اذن در تصرف و رضایت آنها به کار کردن در آن سرمایه های ممزوج نیز باطل باشد) بنابراین، اگر - با اینکه شرط مزبور و شرکت عقدی باطل است - کارکنند با آن سرمایه ها، سودی که حاصل می شود تابع مقدار سرمایه خواهد بود (و باید آن سود را بین خودشان به نسبت سرمایه ای که دارند تقسیم کنند) هر چند (تقسیم سود به آن گونه) بر خلاف آن شرطی می باشد که میان خود قرار کرده اند، و هر یک از آنها می تواند اجرت زحمتش را (در آن معامله ای که انجام داده اند) بگیرد بعد از کم کردن مقداری از اجرت، که در مقابل زحمتش در سرمایه خودش می باشد.

و این خالف چنانکه در ترجمه عبارت معلوم گردید، کلمه - ان - وصلیه می باشد وضع یعنی نهادن و کم کردن ما قابل مقصود از - ما - مقداری از اجرت است فی ماله متعلق است به - عمله - .

ووجه البطلان بهذا الشرط أن الزيادة الحاصلة في الربح لأحدهما ليس في مقابلها عوض، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبة، والأسباب المثمرة للملك معدودة، وليس هذا أحدها فيبطل الشرط ويتبعه العقد المتضمن للإذن في التصرف، لعدم تراضيها إلا على ذلك التقدير ولم يحصل.

وينبغي تقييده بعدم زيادة عمل ممن شرطت له الزيادة، وإلا اتجه الجواز.

وقيل: يجوز مطلقاً لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، والمؤمنون عند شروطهم، وأصالة الإباحة، وبناء الشركة على الإرفاق، ومنه موضع النزاع.

دلیل بطلان شرط مورد بحث

ووجه البطلان... توضیح: دلیل بطلان عقد شرکت به واسطه شرط مزبور این است که صورتی که سرمایه‌ها مساوی باشند و آنها شرط زیادی سود برای یکی از آنها نمایند، گرفتن این زیادی برای او، اکل مال به باطل است (که قرآن از آن نهی نموده است) زیرا جواز أخذ آن زیادی برای او باید به یکی از صور ذیل بوده باشد، که هیچ کدام از آنها در مورد بحث، حاصل نمی‌باشد:

۱. اینکه کار کردن یکی از دیگری بیشتر باشد و شرط کنند که آنکه بیشتر کار می‌کند بیشتر سود ببرد، که در این صورت سود بیشتر در مقابل زیادی کار واقع می‌شود، و حال آنکه در مورد بحث، فرض این است که قرار کرده‌اند که به طور مساوی کار کنند.

۲. یا اینکه زیادی سود را در عقد دیگری، شرط نمایند تا شرط مزبور ضمیمه شود به یکی از عوضین که در آن عقد دیگر واقع شده، و بدین صورت زیادی سود صحیح شود، مثلاً اگر یکی از شریکین، به شریکش بخواهد جنسی را (خارج از قرارداد شرکتی

که دارند) بفروشد و در آن معامله، مثلاً چنین شرط نماید که این جنس را به توارزان می‌فروشم به صد تومان به شرط اینکه در عقد شرکتی که داریم، سودی که حاصل می‌شود، من بیشتر از توازان سود برداشت نمایم، در این صورت شرط مزبور ضمیمه می‌شود به صد تومان و در مقابل جنس فروخته شده قرار می‌گیرد، و در نتیجه می‌تواند از سودی که در عقد شرکت حاصل می‌شود، بیشتر از شریکش برداشت نماید. ولی فرض این است که عقد بیعی بین آنها صورت نگرفته است تا چنین شرطی را در ضمن آن نموده باشند.

۳. و یا اینکه یکی از شریکین، از سهم خودش، سود بیشتر به شریکش ببخشد، و حال آنکه فرض این است که چنین بخششی هم در اینجا صورت نگرفته است. و از طرفی هم در شرع مقدس، اسبابی که موجب ملکیت می‌شود، تعدادشان مشخص است، و این چنین اشتراطی که مورد بحث است جزو آن اسباب نمی‌باشد تا موجب ملکیت آن سود زائد برای احد الشریکین بشود.

پس در نتیجه شرط مزبور در عقد شرکت، باطل است و به دنبال بطلان آن، اصل عقد شرکت که متضمن اذن در تصرف است نیز باطل می‌شود چون در عقد شرکت، اذن و رضایت آنها بر تصرف در مال مشترک همانا در فرضی بوده که شرط مزبور عملی شود، و حال آنکه این شرط به جهت بطلانش، عملی نمی‌گردد پس رضایت آنها نیز حاصل نیست و عقد باطل می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **ووجه البطلان...** یعنی دلیل بطلان شرکت به واسطه شرط مزبور آن است که زیادی سودی که برای یکی از آنها شرط شده، در مقابل آن، عوضی نمی‌باشد (چون فرض آن است که کار بیشتری انجام نداده تا در مقابل آن، سود بیشتری را مستحق شود) و نیز آن زیادی، در ضمن عقد معاوضه‌ای (مثل بیع) شرط نشده تا ضمیمه شود به یکی از عوضینی که در عقد معاوضه می‌باشد (و در نتیجه،

عمل به شرط مزبور، لازم گردد) و نیز مالک شدن زیادی مزبور را عقد هبه‌ای اقتضا نکرده است (یعنی عقد هبه‌ای هم در بین نبوده که مقتضی تملک آن زیادی باشد) و از طرفی هم اسبابی که شرعاً موجب ملکیت هستند، تعداد آنها (در فقه) مشخص است و این چنین شرط (که مورد بحث ماست) جزو آن اسباب نمی‌باشد، بنابراین (وقتی که طریق صحیحی به یکی از طرق ذکر شده، برای اشتراط مزبور ممکن نشد) شرط، باطل خواهد بود و به دنبال آن، عقد شرکت که متضمن اذن در تصرف (هریک از شریکین در مال مشترک) می‌باشد باطل می‌گردد، چون رضایت آنها همانا در صورت عملی شدن آن شرط است و حال آنکه آن شرط عملی نشده تملکها مفعول است برای - اقتضی - عقد هبه فاعل است برای اقتضی معدوده خیر است برای - الاسباب -.

و ینبغی... توضیح: اختلافی که بین فقها در شرط مزبور می‌باشد همانا در صورتی است که کار کردن یکی از دیگری بیشتر نباشد و بخواهند سود بیشتری را برای یکی از آنها شرط نمایند و اما اگر کار کردن یکی از دیگری بیشتر باشد و شرط کنند که آنکه بیشتر کار می‌کند بیشتر سود ببرد، این شرط صحیح خواهد بود به اتفاق همه فقها. بنابراین سزاوار است بطلانی را که مصنف فرموده است، تقیید کنیم به صورت اول که فقها در آن اختلاف نظر دارند، و اما در صورت دوم چنانکه گفتیم اختلاف نظری بین فقها در صحت شرط مزبور نمی‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و ینبغی... یعنی سزاوار است تقیید کنیم بطلان شرط مزبور را به صورتی که کار بیشتری انجام نداده باشد آن شریکی که شرط زیادی سود برای او شده است، وگرنه (اگر او کار بیشتری را انجام بدهد) جایز است اشتراط زیادی سود برای او.

قول دوم در مسأله

وقیل یجوز مطلقاً... توضیح: در مقابل قول مصنف، قول دیگری هست و آن اینکه شرط مزبور، مطلقاً صحیح است (خواه یکی از آنها کار بیشتری انجام بدهد یا اینکه به طور مساوی کار کنند) و دلیل این قول، چند چیز است:

۱. آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ که عام است و هر عقدی را شامل است پس عقد شرکت را چه با شرط مزبور و چه بدون آن شرط، شامل می‌شود و باید به آن وفا کنند.
۲. حدیث «المؤمنون عند شروطهم» که این نیز عام است و شامل مورد بحث نیز می‌شود.

۳. اصالة الاباحة یعنی اصل آن است که شرط مزبور را می‌توان نمود چون اصل در هر چیزی آن است که جایز باشد مگر دلیلی بر عدم جواز آن وارد شود.
۴. اینکه شرکت، مبنی بر ارفاق و تسهیل و آسان گرفتن است، و این چنین شرط هم یکی از مصادیق ارفاق می‌باشد. و منه... یعنی از ارفاق محسوب می‌شود مورد بحث (که شرط زیادی ربح باشد).

(ولیس لأحد الشركاء التصرف) في المال المشترك (الإياذن الجميع) لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا وشرعا، (ويقتصر من التصرف على المأذون) على تقدير حصول الإذن (فإن تعدى) المأذون (ضمن).

(ولیس لأحد الشركاء... توضیح چند نفری که در مالی شریک هستند، هیچیک از آنها نمی‌تواند بدون اجازه شرکای دیگر در مال مشترک تصرفی نماید، زیرا تصرف هر یک موجب تصرف در سهام دیگران خواهد بود، و تصرف در مال دیگران بدون اجازه آنها قبیح است هم عقلاً - چون تجاوز به حقوق آنان می‌باشد - وهم شرعاً، یعنی حرام است چون در روایت نهی شده از آن.

اجازه مزبور، در شرکت عقدی، به واسطه خواندن صیغه عقد، حاصل می‌شود، و تصرف در آن بدین معنی است که با مال مشترک، تجارت کند، بنابراین، چند نفری که سرمایه‌ها را روی هم گذاشته‌اند، مادامی که هنوز صیغه عقد را نخوانده‌اند، هیچ یک از آنها حق تصرف در سرمایه‌ها را ندارد مگر بعد از خواندن صیغه عقد.

و اما در شرکت غیر عقدی (مثل شرکتی که در اثر ارث یا حیات یا امتزاج حاصل می‌شود) اجازه شرکا در تصرف، به واسطه غیر عقد از الفاظ دیگر و یا به واسطه کتابت و یا اشاره حاصل می‌شود، و تصرف در آن به معنای تصرفاتی است از قبیل سکونت در خانه، تعمیر، تخریب و امثال آن.

ترجمه و شرح عبارت: و لیس... یعنی هیچ یک از شریک‌ها نمی‌توانند تصرف در مال مشترک نمایند مگر با اجازه تمام شرکا (نگارنده گوید: این عبارت مصنف مطلق است، یعنی هم شامل است شرکت غیر عقدی را و هم شرکت عقدی را، پس در هر دو، تصرف شریک باید به اجازه شرکای دیگر باشد، چنانکه توضیحش را سابقاً دادیم. ولی از عبارت شارح بعداً استفاده می‌شود که ایشان این عبارت را اختصاص

به شرکت عقدی داده‌اند در آنجا که می‌فرماید: «والی الثانی بالاذن» که اذن در اینجا را به معنای اذنی گرفته‌اند که به واسطه خواندن صیغه عقد حاصل می‌شود. تأمل کنید) لقیح... (دلیل است برای - لیس لأحد الشركاء -) یعنی چون قبیح است تصرف کردن در مال دیگری بدون اجازه او، هم عقلاً و هم شرعاً.

و يقتصر من التصرف... توضیح: اذن در تصرفی که شریک به شریک دیگر می‌دهد، معنایش وکیل کردن شریک است در تصرف، بدین جهت باید رعایت شود در مقدار تصرف، آنچه که در وکالت رعایت می‌شود، یعنی همانطوری که وکیل باید اکتفا کند بر آن مقدار تصرفی که در محدوده وکالت اوست، همچنین شریک باید اکتفا کند بر آن مقدار تصرفی که اذن در آن برای او داده شده است. بنابراین، اگر در شرکت، اذن در تصرف را مقید به تصرف خاصی کرده باشند، مثلاً کسب و تجارت خاصی را قرار داده باشند مثل خرید و فروش گوسفند یا گندم و جو یا قماش یا غیر اینها و یا مثل فروش به نحو مرابحه و یا مساومه را قرار کرده باشند، باید به همان قرار رفتار کنند و به غیر آن تجاوز ننمایند، پس اگر چنانچه شریک به غیر آن تجاوز نماید و تصرفی به غیر صورتی که مأذون بود انجام دهد و خسارتی وارد شود و یا آن مال تلف گردد، اوضامن خواهد بود و از مال خودش باید جبران نماید.

(و اما اگر اذن در تصرف را مقید به تصرف خاصی نکرده باشند، در این صورت شریک به هرگونه کسب و تجارتی که صلاح بداند می‌تواند عمل نماید چه از نظر متاع مورد کسب، و چه از نظر نوع تجارت مثل بیع مرابحه و مساومه و تولیه و مواضعه اگر مصلحت شرکت در مواضعه باشد).

ترجمه و شرح عبارت: **و يقتصر... یعنی** و باید شریکی که تصرف می‌کند، اکتفا نماید در تصرفش، بر آن نوع تصرفی که مأذون در آن می‌باشد بعد از آنی که اذن در تصرف به او داده شده (و نمی‌تواند از آن نوع تصرف، تعدی نماید و تصرفات به نوع

دیگری انجام دهد) پس اگر تعدی کند از آن نوع تصرفی که مأذون در آن بوده (و در نتیجه مال مزبور تلف شود و یا خسارتی بر آن وارد گردد) آن شریک، ضامن خواهد بود (و از مال خودش باید آن را جبران نماید).

وإعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة، كذلك تطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك في المال المشترك، وبهذا المعنى اندرجت الشركة في قسم العقود، وقبلت الحكم بالصحة والفساد، لا بالمعنى الأول.

والمصنف رحمته الله أشار إلى المعنى الأول بما افتتح به من الأقسام، وإلى الثاني بالإذن المبحوث عنه هنا.

وإعلم أن الشركة... توضيح: سابقاً گفتیم که شرکت بر دو قسم است: شرکت غیرعقدی و شرکت عقدی:

۱. شرکت غیرعقدی: عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در یک مال در اثر پیدایش سببی از اسباب معینه که قبلاً دانسته شد، و آنها عبارتند از: ارث، عقد، حیازت، امتزاج.

۲. شرکت عقدی: عبارت از عقدی است بین دو یا چند نفر بر معامله نمودن به مالی که آنها در میان می‌گذارند که مشترکاً با آن مال مشترک، تجارت و کارکنند، و اثر عقد مزبور آن است که هر یک از شرکا به نمایندگی از طرف دیگران می‌توانند به وسیله کسب و معامله، در مال شرکت تصرف نمایند.

شارح می‌فرماید: اینکه شرکت را از عقود شمرده‌اند، مقصود شرکت به همین معنای دوم است که احتیاج به ایجاب و قبول دارد، و به همین اعتبار است که گفته می‌شود شرکت صحیح و شرکت باطل، و اما به معنای اول، نه از عقود شمرده می‌شود (چون ایجاب و قبول ندارد) و نه متصف به صحت و بطلان می‌شود، زیرا در اینجا اگر یکی از اسباب معینه حاصل شود شرکت هم تحقق می‌یابد و اگر یکی از اسباب مزبور حاصل نشود شرکت هم تحقق نمی‌یابد فلذا در اینجا معنی ندارد که بگوئیم شرکت صحیح یا شرکت باطل.

مصنف در ابتدای بحث شرکت، به معنای اول شرکت اشاره نمود در آنجا که فرمود: «و سببها قد یکون ارثا و عقداً و...» و به معنای دوم شرکت در اینجا اشاره نمود که فرمود: «لیس لأحد الشركاء، التصرف الا باذن الجميع» که اذن مزبور به واسطه خواندن صیغه عقد حاصل می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: و **إعلم**... یعنی بدانکه شرکت همانطوری که اطلاق می‌شود بر جمع شدن حقوق مالکین متعدد، در یک مال، به یکی از طرق سابقه (ارث، عقد، حیات، امتزاج) همچنین اطلاق می‌شود بر عقدی که نتیجه‌اش آن است که جایز می‌شود تصرف کردن مالکین، در آن مال مشترک (به کاسبی نمودن به وسیله آن مال که اگر سودی از آن مال پیدا شود یا ضرری بر آن وارد شود، آنها به نسبت سرمایه‌ها در نفع و ضرر شریک خواهند بود).

المالک بر وزن طلاب جمع مالک است و مقصود در اینجا جمع منطقی است یعنی دونفر به بالا و **بهذا المعنی**... یعنی به همین معنای دوم است که شرکت، در ردیف عقود قرار می‌گیرد، و حکم به صحت و بطلان را به خود می‌پذیرد (که گفته می‌شود شرکت صحیح و شرکت باطل، چون اگر عقد مزبور شرایط را دارا باشد صحیح می‌شود و اگر دارا نباشد باطل می‌شود) و اما شرکت به معنای اول چنین نیست (یعنی نه از عقود شمرده می‌شود و نه صحت و بطلان به خود می‌پذیرد).

مصنف اشاره به معنای اول نمود به ذکر نمودن آن اقسامی که بحث شرکت را با آن شروع نمود، و اشاره به معنای دوم نمود به ذکر نمودن اذنی که در اینجا از آن بحث می‌شود **بالإذن**... نگارنده گوید: نه فقط در اینجا به آن اشاره کرد بلکه در سابق نیز اشاره به آن نمود در آنجا که فرمود: «والمعتبر شركة العنان...» زیرا شرکت عنان همانا مربوط به شرکت عقدی می‌باشد چنانکه در آنجا توضیح دادیم.

(ولكل) من الشركاء (المطالبة بالقسمة عرضاً) بالسكون وهو ما عدا النقيدين (كان المال، أو نقداً).

(والشريك أمين) على ما تحت يده من المال المشترك المأذون له في وضع يده عليه (لا يضمن إلا بتعد) وهو فعل ما لا يجوز فعله في المال، (أو تفريط) وهو التقصير في حفظه، وما يتم به صلاحه.

تقسيم اموال شركت

(ولكل) من الشركاء... توضیح: چون شرکت، عقدی است جایز و لازم نیست، لذا چند نفری که در مالی شریک هستند، هر یک از آنها هر وقت بخواهد می‌تواند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید و شرکت را فسخ کند، خواه مال مشترک، پول نقد باشد یا غیر آن باشد از کالاهای.

نگارنده گوید: کیفیت تقسیم مال مشترک در کتاب القضاء گذشت.

ترجمه و شرح عبارت: و لكل... یعنی هر یک از شرکا، حق دارد تقاضای قسمت نمودن مال مشترک را بنماید عرضاً - بالسكون... (کلمه - عرضاً - منصوب است بنا بر خبر بودن برای - کان - که در عبارت بعدی مصنف می‌باشد) یعنی کلمه - عرض - به سکون راء عبارت است از هر چیزی غیر درهم و دینار (یعنی کالا که غیر پول نقد است) کان المال... یعنی خواه مال مشترک، عرض یعنی کالا باشد، و خواه پول نقد (درهم و دینار).

و الشريك أمين... توضیح: شریک نسبت به مال مشترکی که به اذن شرکای دیگر در اختیار دارد و در آن تصرف می‌کند (به کاسبی کردن و تجارت) امین محسوب

می‌شود، بنابراین، اگر از مال مزبور، چیزی تلف شود و یا خسارتی بر آن وارد گردد، ضامن نخواهد بود مگر در دو صورت:

اول: در صورت افراط و تعدی: یعنی کاری را که نمی‌بایست انجام بدهد، در مال مزبور انجام بدهد و در اثر آن، مال، تلف شود و یا خسارتی بر آن وارد گردد (مثلاً اگر مال مشترک، حیوان باشد و بیش از طاقت او بر آن بار نماید و یا بیش از اندازه متعارف از او سواری بگیرد).

دوم: در صورت تفریط: یعنی کاری را که می‌بایست در مال مزبور انجام بدهد، انجام ندهد، به این معنی که کوتاهی در محافظت و نگهداری مال نموده و کاری را که صلاح مال بستگی به آن دارد رعایت نکند و در اثر آن، مال تلف شود و یا خسارتی بر آن وارد شود.

پس در این دو صورت (افراط و تفریط) شریک، ضامن است و از مال خود باید آن را جبران نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **والشريك** یعنی شریک، امین محسوب می‌شود نسبت به آن مال مشترکی که زیر دست اوست و (از طرف شریکان دیگر) مأذون است در گذاشتن دست بر آن مال (و تصرف در آن).

(و وقتی که امین، محسوب شد، یکی از احکام امین آن است که اگر مال، تلف گردید و یا خسارتی بر آن وارد شد) ضامن نیست مگر در صورت تعدی - و آن عبارت است از انجام دادن کاری که انجام آن در مال مزبور جایز نیست - و یا در صورت تفریط و آن عبارت است از کوتاهی در نگهداری آن و (کوتاهی) در انجام کاری که به واسطه آن کار، صلاح مال، تمام می‌گردد.

(و یقبل یمینه فی التلف) لو ادعاه بتفریط و غیره (وإن كان السبب ظاهرا) کالحرق، والغرق. و إنما خصه لإمكان إقامة البينة علیه، فربما احتمل عدم قبول قوله فيه كما ذهب إليه بعض العامة، أما دعوى تلفه بأمر خفی کالسرقه فمقبول إجماعا.

(و یقبل یمینه... توضیح: یکی دیگر از احکام امین بودن شریک، آن است که اگر شریک ادعا کند که مال، تلف گردید، ادعایش پذیرفته می شود با قسم خوردن بر آن، و دیگر بر او لازم نیست که بیته بر آن بیاورد.

و در حکم مزبور فرقی نیست بین اینکه ادعا کند که تلف مال، در اثر تفریط و سهل انگاری او بوده، یا اینکه بدون تفریط بوده، در هر دو صورت ادعای او با قسم خوردن پذیرفته می شود (نهایت اینکه در صورت تفریط، ضامن می باشد و اما در صورت عدم تفریط، ضامن نیست).

و نیز فرقی نیست بین اینکه ادعا کند که تلف مال، به واسطه سبب ظاهری بوده (مثلاً در اثر آتش سوزی یا غرق در دریا بوده) یا اینکه به واسطه سبب پنهانی بوده (مثلاً ادعا کند که دزدیده شد).

دلیل بر صورت دوم (سبب پنهانی) اجماع فقهاست، و اما در صورت اول (سبب ظاهری) نیز کسی از فقهای ما مخالفت نکرده و همه گفته اند که قولش با قسم خوردن پذیرفته می شود ولی از آنجایی که بعضی از اهل سنت قائل شده اند که ادعای او در آن صورت، با قسم خوردن پذیرفته نمی شود بلکه باید بیته بر آن بیاورد، چون می تواند بیته بر آن بیاورد، بدین جهت مصنف برای اینکه از قول اهل سنت، به ذهن کسی، شبهه ای نیاید، دفع دخل کرده و فرموده حتی در آن صورتی که تلف به سبب ظاهری بوده باشد باز ادعای شریک پذیرفته می شود با قسم خوردن، و لازم نیست بیته بیاورد. ترجمه و شرح عبارت: و یقبل... یعنی پذیرفته می شود قسم خوردن شریک در مورد تلف مال مشترک اگر ادعای تلف کند، خواه (ادعا کند که تلف آن) با تفریط او

بوده یا بدون تفریط بوده (در هر دو صورت، ادعایش با قسم خوردن پذیرفته می‌شود) اگر چه سبب تلف، امر ظاهری بوده باشد (یعنی ادعا کند که تلف آن به سبب امر ظاهری بوده) مثل سوختن و غرق شدن.

و علت آنکه مصنف سبب ظاهری را فقط ذکر نمود: این است که چون اقامه بینه بر امر ظاهری امکان دارد و چه بسا احتمال داده می‌شود که پذیرفته نشود قول شریک در (مورد تلف به) سبب ظاهر (با قسم خوردنش و باید بینه بر آن بیاورد) چنانکه این احتمال را بعضی از اهل سنت قائل شده‌اند (لذا مصنف برای دفع آن احتمال، سبب ظاهری را مخصوصاً در عبارت متذکر شده است که کسی از ما قائل به آن احتمال نشود) **أما دعوی...** یعنی و اما ادعای تلف مال به سبب امر پنهانی مثل سرقت، به اتفاق همه فقها پذیرفته می‌شود (با قسم خوردن بدون اینکه احتیاج به اقامه بینه باشد).

(ویکره مشارکة الذمی وإبضاعه) وهو أن يدفع إليه ما لا يتجر فيه والربح لصاحب المال خاصة، (وإيداعه) لقول الصادق عليه السلام: "لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمی، ولا يبضعه بضاعة، ولا يودعه ودیعة، ولا یصافیه المودة".

(ویکره مشارکة... توضیح: مکروه است شریک شدن با کافر ذمی (یهودی یا مسیحی که در پناه حکومت اسلام درآمده است).

و نیز مکروه است بضاعت دادن به او به این معنی که سرمایه ای به او بدهد که او با آن تجارت کند و با او شرط کند که تمام سود آن برای صاحب سرمایه باشد و به کافر چیزی از آن سود ندهد (واجرت نیز ندهد چنانکه بعضی از فقها مثل ملامهدی نراقی در کتاب «أنیس التجار»^۱ تصریح به آن نموده است ولی بعضی دیگر از فقها مثل صاحب «عروه» در حاشیه «أنیس التجار» فرموده است که بضاعت برد و قسم است: تبرعی - یعنی بدون اجرت - و غیر تبرعی یعنی با اجرت) و نیز مکروه است امانت سپردن نزد او.

و دلیل بر کراهت آن سه امر، روایتی است از امام صادق عليه السلام که فرموده است: «سزاوار نیست برای مرد مسلمان اینکه با شخصی ذمی، شریک شود، و جنسی برای فروش به او بدهد، یا امانتی نزد او بگذارد، و یا با او از روی صفا، دوستی و صمیمیت کند».

ترجمه و شرح عبارت: **إبضاعه** به صیغه مصدر باب افعال، و ضمیر آن برمی گردد به ذمی خاصه و اما اگر مقداری از سود را به او بدهد، «مضاربة» خواهد بود (که در کتاب بعدی از آن بحث می شود) نه بضاعت **إيداعه** یعنی ودیعه گذاشت نزد ذمی **لقول الصادق عليه السلام**... روایت را شیخ کلینی در کتاب «کافی»^۲، و شیخ صدوق در کتاب «من لایحضر»^۳ نقل کرده است.

^۱ أنیس التجار، ص ۲۳۱.

^۲ کافی، ج ۵، باب ۱۷۴.

^۳ من لایحضر، ج ۴، ص ۳۱۰.

(ولو باع الشریکان سلعة صفقة، وقبض أحدهما من ثمنها شیئا شارکه الآخر) فیه علی المشهور، وبه أخبار كثيرة، ولأن کل جزء من الثمن مشترک بینهما، فکل ما حصل منه بینهما كذلك.

وقیل: لا یشارکه لجواز أن یرئی الغریم من حقه، ویصالحه علیه من غیر أن یرئی إلى الآخر، فكذا الاستیفاء، ولأن متعلق الشركة هو العین وقد ذهبت، والعیوض أمرکلی لا یتعین إلا بقبض المالك، أو وکیله، ولم یتحقق هنا بالنسبة إلى الآخر، لأنه إنما قبضه لنفسه.

(ولو باع الشریکان... توضیح: دونفری که در متاعی شریک هستند، اگر با هم در یک عقد، آن متاع را بفروشند و یکی از آنها مبلغی از ثمن آن متاع را از مشتری بگیرد (و مشتری هنوز تمام ثمن را نداده باشد) مثلاً اگرزید و عمرو متاع مشترک را بفروشند به هزار تومان، وزید صد تومان آن را از مشتری به نام خود در مقابل سهم خود بگیرد، در این صورت آن شریکی که قبض مبلغ مزبور شده - زید در مثال بالا - آیا می تواند آن را اختصاص به خودش بدهد بابت حق خودش در مقابل سهمی که در متاع فروخته شده دارد، یا اینکه نمی تواند به خودش اختصاص بدهد بلکه باید میان آنها - زید و عمرو - قسمت شود اگر چه زید مبلغ مزبور را به نام سهم خودش گرفته باشد؟ دو قول است:

۱. قول مشهور آن است که مبلغ مزبور باید میان آنها قسمت شود، و دلیل آنها دو

چیز است:

اول: روایات زیادی که در این مورد وارد شده است.

دوم: اینکه عوض در حکم معوض است و هر جزئی از ثمن در مقابل هر جزء از مبیع قرار می گیرد و چون هر جزئی از معوض (متاع فروخته شده) مشترک بود بین آنها، قهراً

هر جزئی از عوض (ثمن) نیز مشترک بین آنهاست، در نتیجه هر مقداری از ثمن که به دست می‌رسد، مشترک بین آنها خواهد بود.

۲. قول ابن ادریس آن است که شریکی که آن مبلغ از ثمن را گرفته است می‌تواند آن را به خودش اختصاص بدهد و بابت حق خودش بردارد و شریک دیگر در آن، سهم نمی‌گردد، و دلیل ایشان دو چیز است:

اول: اینکه همچنانی که هریک از شریکین می‌تواند نسبت به سهم خود، مشتری مدیون را بریء الذمه کند و یا با او مصالحه بر چیزی نماید بدون اینکه این امر تأثیری در سهم شریک دیگر داشته باشد و حق او همچنان در ذمه مشتری باقی است، همچنین هریک از شریکین می‌تواند حق خود را نسبت به سهمش، از مشتری استیفا کند و بگیرد بدون اینکه شریک دیگر در آن، سهم باشد، بنابراین، یکی از شریکین مبلغی را که در مقابل سهم خودش از مشتری می‌گیرد می‌تواند به خودش اختصاص دهد، و سهم اختصاصی او شناخته می‌شود و سهم شریک دیگر در ذمه مشتری باقی است.

دوم: اینکه آن چیزی که متعلق شرکت بود همان عین متاع بود و فرض این است که عین مزبور از میان رفته و فروخته شده است، و آنچه که الان باقی است عوض آن عین می‌باشد (یعنی ثمن آن، که در ذمه مشتری است) پس وقتی که یکی از شریکین مبلغی از آن ثمن را قبض می‌کند، دیگر عینی از اعیان شرکت را قبض نکرده تا با شریکین با هم قسمت نمایند بلکه چیزی از امر کلی - که در ذمه مشتری است - را قبض کرده، چون فرض آن است که ثمن امری است کلی در ذمه مشتری، و ثمنی که کلی است، افراد آن و مبالغی که به تدریج گرفته می‌شود، در صورتی ملکیت آن برای طلبکار (فروشنده) حاصل می‌گردد که آن طلبکار (و یا وکیل او) آن را قبض نماید، و در اینجا چون فقط یکی از شریکین، مبلغی از ثمن را قبض کرده نه شریک دیگر (زیرا

فرض آن است که شریک قابض، آن مبلغ را به نام سهم خود گرفته است) لذا فقط مالکیت شریک قابض نسبت به آن مبلغ، حاصل می‌شود و آن مبلغ، سهم اختصاصی او شناخته می‌شود و سهم شریک دیگر - غیر قابض - در ذمه مدیون باقی است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو باع...** یعنی اگر دو شریک، متاعی را به یک عقد بفروشند، و یکی از آنها مبلغی از ثمن آن را از مشتری بگیرد، شریک دیگر هم با او در آن مبلغ گرفته شده، سهم خواهد بود، و این قول مشهور است **صفقة** (این کلمه منصوب به نزع خافض است یعنی «فی صفقة» و مقصود از صفقة، یک بیع است، و وجه تسمیه بیع به صفقة، در کتاب المتاجر مبحث خیار تبعض صفقه گذشت، به آنجا مراجعه کنید) کلمه مزبور، خارج می‌کند آن صورتی را که هر یک از شریکین، سهم خود از متاع را به بیع جداگانه‌ای بفروشند، در این صورت هر مقداری از ثمن که هر یک از آنها در مقابل سهم خود دریافت می‌کند، اختصاص به او دارد و دیگری در آن شریک نخواهد بود.

این مطلب را شارح بعداً ذکر خواهد نمود در آنجا که می‌فرماید: «واحترز بیعهما صفقة عمالو باع...» و ما آن را در اینجا ذکر کردیم تا نکته آن قید معلوم گردد و به اخبار... (این دلیل اول برای قول مشهور است) یعنی بر طبق قول مشهور، روایات زیادی هست **ولأن...** (دلیل دوم برای قول مشهور است) یعنی و برای اینکه هر جزئی از ثمن، مشترک است بین آنها (به واسطه اینکه مبیع، مشترک بین آنها بود و هر جزئی از ثمن در مقابل هر جزء از مبیع قرار می‌گیرد) در نتیجه هر چه که به دست می‌آید از ثمن، بین آنها مشترک خواهد بود.

و قیل... یعنی بعضی گفته‌اند که (اگر یکی از شریکین مبلغ مزبور را به نام حق خود از مشتری بگیرد) شریک نمی‌شود شریک دیگر (با آن قابض در مبلغ مزبور) به

دلیل اینکه (همانطوری که) جایز است احدالشریکین ابراء کند ذمه مدیون (مشتري) را از حق خودش و یا مصالحه کند بر حق خودش، بدون آنکه ابراء و یا مصالحه او سرایت کند به شریک دیگر (یعنی مشتري نسبت به حق شریک دیگر، بری الذمه نمی‌گردد بلکه حق او همچنان در ذمه اش باقی است) همچنین است استیفا و گرفتن حق (یعنی اگر احدالشریکین مقداری از ثمن را به نام حق خودش از مشتري مدیون قبض نمود، سرایت نمی‌کند به شریک دیگر یعنی شریک دیگر، در آن مقدار از ثمن، سهم نخواهد بود).

یبرأ به صیغه فعل مضارع از باب افعال، و ضمیر فاعلی آن بر می‌گردد به احدالشریکین الغویم (مفعول است برای - یبرء -) غویم در اینجا به معنای بدهکار است و مقصود از آن، مشتري است چون فرض آن است که مشتري تمام ثمن را پرداخته است و مدیون به شریکین می‌باشد یصالحه علیه ضمیر در - یصالحه - بر می‌گردد به غویم، و ضمیر در - علیه - بر می‌گردد به - حق - یسري ضمیر فاعلی آن بر می‌گردد به احد المذكورین من الابرء والمصالحة.

ولأن... (دلیل دوم است برای قول قیل) یعنی و برای اینکه متعلق شرکت همان عین متاع بود که از میان رفته است (یعنی فروخته شده) و عوض آن (یعنی ثمن) هم امری است کلی (در ذمه مشتري) که تعیین پیدا نمی‌کند (برای ملکیت مالکش - طلبکار -) مگر به وسیله قبض مالک و یا وکیل او، و در اینجا قبض نسبت به شریک دیگر، تحقق نیافته (یعنی نه خودش آن را قبض کرده و نه وکیلش) زیرا شریکی که قابض است، همانا آن را برای خود قبض کرده است (ونیت وکالت از طرف شریکش هم نکرده).

وعلی المشهور لا يتعين على الشريك غير القابض مشاركته، بل يتخير بينها وبين مطالبة الغريم بحقه، ويكون قدر حصة الشريك في يد القابض كقبض الفضولي إن أجازته، ملكه ويتبعه النماء، وإن رده ملكه القابض، ويكون مضمونا عليه على التقديرين.

وعلی المشهور... توضیح: گفته شد که قول مشهور آن است که شریکی که مقداری از ثمن را قبض کرده است نمی‌تواند آن را به خود اختصاص دهد و باید آن را بین خود و شریکش قسمت نماید. حال می‌فرماید که بنا بر قول مشهور، بر شریک دیگر (که چیزی قبض نکرده) لازم نیست که حتماً با شریک قابض، در آن مبلغی که قبض کرده، سهم باشد بلکه وی مخیر است بین این دو امر: یا آنکه در آن مبلغ، سهم باشد و یا آنکه سراغ مشتری برود و از باقیمانده ثمن، حق خود را مطالبه نماید. بنابراین، بعد از آنکه شریک قابض، مبلغ مزبور را از مشتری قبض نمود، پیش از آنکه غیر قابض، یکی از دو امر بالا را اختیار نماید، سهمی که غیر قابض در آن مبلغ دارد همانا در دست قابض همانند ثمنی می‌شود که بایع فضولی از مشتری گرفته است (چون قابض، بدون اذن غیر قابض، آن مبلغی را که غیر قابض در آن، سهم دارد را قبض کرده است پس همانند بایع فضولی است که بدون اذن صاحب مبیع، ثمن مبیع را از مشتری قبض می‌کند) پس اگر غیر قابض، سهم خود در دست قابض را اجازه نمود سهم خود را مالک می‌شود (و چنانکه سهم او نمائی داشته باشد، آن را هم مالک می‌شود، مثلاً فرض کنیم که مقدار ثمنی که مشتری داده، دو گوسفند بوده که شیر و پشم دارد) و اما اگر غیر قابض، سهم خود در دست قابض را اجازه نکرد ورد نمود (و خواست سهم خود را مستقیماً از مشتری بگیرد) در این صورت، قابض، مالک می‌شود سهم مزبور را و در نتیجه تمام مبلغی را که از مشتری گرفته است مالک می‌گردد. و در هر صورت، چه اجازه کند آن سهم را و چه اجازه

نکند، اگر سهم غیر قابض در دست قابض تلف گردید، در ضمان قابض خواهد بود یعنی از کیسه اورفته است.

زیرا در واقع اگر سهم مزبور، ملک خود قابض بوده (و آن در صورتی است که غیر قابض اجازه نکند) پس تلف آن، تلف ملک خود قابض است و از کیسه خود اورفته است و در این صورت، تعبیر به ضمان، اشکالی ندارد، چنانکه نظیر آن در کتاب المتاجر در مورد قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» گذشت.

و اما اگر در واقع، سهم مزبور، ملک غیر قابض بوده (و آن در صورتی است که غیر قابض اجازه نماید) پس چون قابض، ملک غیر قابض را بدون اذن او قبض کرده بود لذا تلفش موجب ضمان اوست و باید از کیسه خود، آن را جبران کند و به غیر قابض بپردازد.

ترجمه و شرح عبارت: و علی المشهور... یعنی بنابر قول مشهور، لازم نیست بر شریکی که غیر قابض (آن مبلغ) است، اینکه حتماً سهیم شود با قابض (در آن مبلغ) بلکه اختیار با اوست می تواند سهیم شود با او و می تواند (رجوع کند به غریم یعنی مشتری و) مطالبه نماید از غریم (یعنی مشتری) حق خود (از ثمن) را.

و (بنابراین) آن مقداری (از مبلغ قبض شده) که سهم شریک (غیر قابض) است در دست قابض، همانند قبض کردن شخص فضولی می شود، که اگر آن شریک اجازه نمود آن مقدار را، مالک آن می گردد و نماند آن هم تابع آن است (داخل در ملک شریک می گردد) و اما اگر آن شریک، رد نمود آن مقدار را (و خواست که مستقلاً مراجعه به مشتری کند و سهم خود را از او بگیرد) قابض، آن مقدار را مالک می شود (و در نتیجه تمام مبلغ قبض شده، مال قابض می گردد) و مقدار مزبور در ضمان قابض است در هر دو فرض (فرض اجازه و فرض عدم اجازه).

غیر القابض صفت است برای شریک مشارکته فاعل است برای - لایتعین - و ضمیر آن برمی گردد به - قابض - بینها یعنی بین مشارکت الغریم چنانکه در بالا گفتیم مقصود از آن در اینجا مشتری است، و اضافه مطالبه به غریم از باب اضافه مصدر به مفعول است بحقه ضمیر به غیر قابض برمی گردد الشریک یعنی شریک غیر قابض کقبض خبر است برای - یکون - اجازه ضمیر فاعلی مقدر برمی گردد به غیر قابض، و ضمیر مفعولی برمی گردد به - قدر حصه -.

ملکه به صیغه فعل ماضی خوانده شود و ضمیر فاعلی آن برمی گردد به غیر قابض و ضمیر مفعولی آن برمی گردد به - قدر حصه - و تبعه... یعنی نماء هم از نظر مالکیت، تابع قدر حصه است و این رده... کلمه - ان - شرطیه است، و ضمیر فاعلی مقدر در - رده - برمی گردد به غیر قابض، و ضمیر مفعولی آن برمی گردد به قدر حصه و یکون ضمیر مقدر برمی گردد به قدر حصه علیه یعنی علی القابض التقديرین یعنی در فرض اجازه و در فرض عدم اجازه.

ولو أراد الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال فلیع حقه للمدیون علی وجه یسلم من الربا بئمن معین فیختص به وأولی منه الصلح علیه، أو بیرئه من حقه ویستوهب عوضه، أو یحیل به علی المدیون، أو یضمنه له ضامن.

ولو أراد... توضیح: اگر شریک قابض بخواهد، آنچه را که از ثمن، قبض می‌کند، بدون شبهه و اشکال، مخصوص او بشود و شریک دیگر، در آن سهم نباشد (و به عبارت دیگر، اگر احد الشریکین بخواهد مقدار حق خود از ثمن را بگیرد و به خود اختصاص بدهد بطوری که شریکش در آن سهم نگردد) باید به یکی از طرق زیر (حیله‌های شرعی) عمل نماید:

۱. اینکه سهم خود از ثمنی که از مشتری طلب دارد، را به خود آن مشتری بفروشد در مقابل ثمن معینی، در این صورت، آن ثمن معین، اختصاص به او می‌یابد و شریکش در آن سهم نخواهد بود (مثلاً اگر متاعی را که مشترک بین آنهاست بفروشند به ده من گندم سفید، حال اگر یکی از شریکین، مقداری از گندم سفید را بابت سهم خود از مشتری بگیرد، بنابر قول مشهور، اختصاص به او نمی‌یابد بلکه شریک دیگر در آن سهم می‌باشد، ولی اگر چنین نکند بلکه به مشتری بگوید که من سهم خودم از آن ده من گندم سفید را که در ذمه توست، به تومی فروشم به گندم سرخ، در این صورت گندم سرخی را که از مشتری می‌گیرد، اختصاص به او می‌یابد و شریک دیگر، در آن سهم نخواهد بود بلکه شریک دیگر سهمش گندم سفید است که در ذمه مشتری است و از او باید بگیرد) البته باید رعایت کند که ربا لازم نیاید، مثلاً در مثال بالا باید گندم سرخ با سهم او از گندم سفید، اختلاف وزنی نداشته باشند و هر دو به یک مقدار باشند.

و اگر معاوضه مزبور را به طور صلح انجام بدهد (نه بیع) یعنی با مشتری مصالحه کند که عوض گندم سفید، گندم سرخ به او بدهد، بهتر است.

۲. اینکه شریک قابض (احد الشریکین) مشتری را نسبت به سهم خودش از ثمن، برئ الذمه نماید و متقابلاً از او خواهش کند که عوض آن سهم، مالی را به من ببخش و مشتری هم به او ببخشد، در این صورت آن عوض را که بطور بخشش از مشتری دریافت می‌کند، مخصوص او خواهد بود و شریک دیگر، در آن عوض، سهم نخواهد بود.

۳. اینکه شریک (یعنی احد الشریکین) به خاطر اینکه بدهکار به شخص ثالثی می‌باشد، سهم خود از ثمن را حواله دهد که آن شخص ثالث، از مشتری بگیرد، در این صورت، گرفتن آن شخص، طلب خود را از مشتری، به منزله آن است که خود شریک، سهم خود را از مشتری گرفته است، بنابراین، در اینجا نیز شریک دیگر، سهم در آنچه که شخص مزبور به واسطه حواله کردن گرفته است نخواهد بود. یعنی شریک دیگر، حق ندارد مطالبه کند از آن وجه الحواله (که در واقع، سهم احد الشریکین است از ثمن مشتری).

۴. اینکه شخص ثالثی ضامن شود که سهم احد الشریکین از ثمن را از جانب مشتری مدیون بپردازد، در این صورت، مالی را که احد الشریکین از ضامن دریافت می‌کند اختصاص به او خواهد داشت (بابت سهم خودش از ثمن مشتری) و شریک دیگر، در آن مال، سهم نخواهد بود و حق مطالبه از آن را ندارد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو أراد...** یعنی اگر احد الشریکین بخواهد که بدون اشکال، اختصاص پیدا کند به آنچه را که از مشتری قبض می‌کند (بطوری که شریک دیگر، در آن سهم نباشد) پس باید (به یکی از این حیل‌های شرعی عمل نماید که آنها عبارتند از اینکه: یا) بفروشد سهم خود را (از ثمنی که به ذمه مشتری است) به خود مشتری - بطوری که بیع مزبور، سالم از ربا باشد - در مقابل ثمن معینی، پس (در

این صورت) وی اختصاص می‌یابد به آن ثمن معین (بدون اینکه شریک دیگر، در آن سهم باشد).

حقه چنانکه در ترجمه، روشن گردید، مقصود، حق اوست از ثمنی که در ذمه مشتری است (چنانکه محقق کرکی در کتاب «جامع المقاصد» به آن تصریح نموده است) نه اینکه مقصود، حق او در اصل مبیع (یعنی متاعی که مشترکاً به مشتری فروخته اند) باشد من غیر اشکال متعلق است به - اختصاص - یعنی بدون اشکال و اختلاف بین فقها بثمر معین متعلق است به - فلیبع -.

و اولى منه ... یعنی بهتر از بیع است، اینکه مصالحه کند احد الشریکین، سهم خود از ثمن را، با مشتری (و علت اینکه اگر معاوضه مزبور بطور صلح انجام بگیرد بهتر است از اینکه بطور بیع انجام بگیرد، آن است که چون معاوضه مزبور بطور بیع، بیع دین می‌باشد، زیرا فرض آن است که شریک، قبل از آنکه ثمن را از مشتری قبض نماید، آن را می‌فروشد به خود مشتری (مدیون) و در کتاب الدین گذشت که جواز بیع دین، در بعضی از موارد بین فقها محل خلاف است، ولی صلح آن بدون اشکال است لذا بهتر است که بطور صلح انجام بگیرد).

أو یبرئنه (عطف است بر - بیع - و این حیله دوم از حیله‌های شرعی است) یعنی و یا اینکه احد الشریکین، ابراء ذمه کند مشتری را از سهم خود، آنگاه خواهش کند (از مشتری) اینکه ببخشد به او عوض آن را (یعنی مقدار مالی که برابر سهم اوست به او ببخشد، پس در این عوض، شریک دیگر، سهم نخواهد بود).

أو یحیل ... (حیله سوم از حیله‌های شرعی است) یعنی و یا اینکه احد الشریکین، حواله دهد حق خود (از ثمن) را بر مشتری (یعنی حواله بدهد شخصی را که برود آن حق را از مشتری بگیرد، که این حواله دادن به مشتری به منزله قبض کردن خود احد الشریکین است از مشتری).

(نگارنده گوید: از ترجمه‌ای که برای عبارت کردیم معلوم شد که ضمیر مقدر فاعلی در- یحیل - برمی‌گردد به احدالشریکین - یعنی به شریک قابض - و ضمیر «به» برمی‌گردد به «حقه» و مقصود از مدیون همان مشتری است که در عبارتهای قبلی از آن تعبیر به - غریم - کرده. این توضیح از کتاب «مسالک» نیز استفاده می‌شود پس بنابراین، حاشیه‌ای که «حدیقه» در اینجا دارد اشتباه است).

أو یضمنه... (این حیل چهارم از حیل‌های شرعی است) یعنی و یا اینکه ضامن شود حق احدالشریکین را، برای احدالشریکین، یک ضامنی.

وموضع الخلاف مع حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلا لم يشارك فيما قبضه الآخر قبل حلول الأجل.

واحترز بيعهما صفقة عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد وإن كان لواحد، كما لا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحدا، ومتعددا، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، وفي حكم الصفقة ما اتحد سبب شركته كالميراث، والإتلاف، والاقتراض من المشترك.

وموضع الخلاف... توضيح: اختلافی که بین مشهور و ابن ادریس در مسأله مورد بحث می باشد همانا در جایی است که زمان دریافت سهم هر یک از شریکین از ثمن، فرا رسیده باشد (مثل اینکه آنها متاع را نقدی فروخته باشند و یکی از آنها مقداری از ثمن را قبض کند و دیگری قبض نکرده باشد، اینجا است که اختلاف سابق می آید که آیا شریکی که قبض نکرده، سهم می باشد در آن مقدار قبض شده یا نه؟) بنابراین، اگر سهم یکی از آنها مدت دار باشد (مثل اینکه هنگام بیع متاع، مشتری شرط کند که سهم یکی از آنها را از ثمن، بعد از یک ماه بپردازد) در این صورت، شریکی که سهمش نقدی است اگر سهم خود را از مشتری گرفت، شریک دیگر، پیش از فرا رسیدن زمان دریافت سهمش (یک ماه دیگر مثلاً) در آن سهمی که قبض شده، سهم نخواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: و موضع... یعنی محل خلاف بین فقها، در صورتی است که حق هر یک از شریکین (از ثمن) نقدی بوده باشد، بنابراین، اگر یکی از آن دو حق، مدت دار باشد (خواه در همان معامله، شرط کرده باشند مدت دار بودن آن را، یا اینکه در ضمن معامله لازم دیگری آن را شرط کرده باشند) صاحب آن حق، سهم نخواهد بود در آن حقی که (نقدی بوده و) دیگری آن را قبض کرده است **أحدهما** یعنی احد الحقين لم يشارك ضمير فاعلی مقدر برمی گردد به صاحب حق مؤجل قبل

حلول... (ظرف است برای لم یشارک) یعنی پیش از فرا رسیدن زمان دریافت آن حقی که مدت دار است.

و احتراز... چنانکه در عبارت مصنف گذشت، مسأله مورد بحث در آن صورتی بود که شریکین، متاع را در یک عقد، بفروشنند. کلمه «در یک عقد» خارج می‌کند آن صورتی را که هر یک از شریکین، سهم خود در متاع را به عقد جداگانه‌ای بفروشنند، در این صورت ثمنی را که هر یک از آنها با فروش سهم خودش، دریافت می‌کند، دیگری در آن، سهم نخواهد بود به اجماع فقها، خواه مشتری یک نفر باشد (که سهم هر دو را بخرد) یا دو نفر باشد (که هر کدام از مشتری‌ها سهم یکی از شریکین را بخرند).

سپس شارح می‌فرماید: همانطوری که در صورت دوتا بودن عقد، فرقی بین یکی بودن مشتری و دوتا بودن آن نیست، همچنین در صورت یکی بودن عقد (که مورد بحث بین فقها و مسأله اصلی ماست) فرقی بین یکی بودن مشتری و دوتا بودن آن نیست، که در هر دو صورت، شریک دیگر، سهم می‌شود در آنچه را که احد الشریکین از ثمن، قبض می‌کند، زیرا چیزی که سبب می‌شود که شریکین، در مقدار قبض شده از ثمن، شریک باشند، یکی بودن عقد است بر مال مشترک (متاع فروخته شده) و معلوم است که چه مشتری یکی باشد و چه دوتا، فرض آن است که با یک عقد، متاع به آنها فروخته شده است.

ترجمه و شرح عبارت: و احتراز... یعنی مصنف دوری کرد به قید «فروختن شریکین در یک عقد» از آن صورتی که هر یک از آنها بفروشد سهم خود (از متاع) را با عقد جداگانه‌ای گرچه به یک مشتری بفروشنند (یعنی فرقی نیست بین اینکه به یک نفر بفروشنند یا به دو نفر) همانطوری که در صورت یکی بودن عقد (که مورد بحث فقهاست) فرقی نیست بین اینکه مشتری یک نفر باشد یا چند نفر (که در هر دو فرض، حکم مشهور آن است که آنچه که از ثمن به دست می‌آید، مشترک بین شریکین

خواهد بود) زیرا چیزی که سبب شریک بودن آنها (در مقدار به دست آمده از ثمن) می‌شود همان یکی بودن عقد است بر مال مشترک (یعنی متاع را با یک عقد فروخته‌اند).

و في حكم الصفقة... توضیح: همانطوری که در اصل مسأله مورد بحث (یعنی جایی که دو شریک، متاعی را با یک عقد به مشتری بفروشند) گفته شد که سبب شرکت آنها در ثمن (که در ذمه مشتری، دین است) همان یک عقد بودن است، همچنین است اگر به جای یک عقد، سبب شرکت آنها در دین، یک چیز دیگری باشد مثل موارد زیر:

۱. اگر پدری، از زید، طلبی داشته باشد و قبل از دریافت آن بمیرد، و دو فرزند از او باقی مانده باشد، این دو فرزند طلب مزبور را از پدر مشترکاً ارث می‌برند (که الان هر دو، طلبکار از زید می‌شوند) پس سبب اشتراک آنها در طلب مزبور، یک چیز است که همان ارث بردن از پدر باشد، حال اگر یکی از آن دو فرزند، مقداری از آن طلب را از زید دریافت نماید، فرزند دیگر نیز در آن مقدار دریافت شده، شریک خواهد بود بنابر قول مشهور.

۲. اگر زید، مالی را که مشترک بین دو نفر است، تلف نماید، آن دو نفر بطور مشترک قیمت آن مال را از زید، طلبکار خواهند بود، پس سبب اشتراک آنها در آن طلب، یک چیز است که همان اتلاف باشد، حال اگر یکی از آن دو نفر، مقداری از آن طلب را از زید دریافت نماید، دیگری نیز در آن مقدار دریافت شده شریک خواهد بود.

۳. اگر زید قرضی کند از مالی که بین دو نفر مشترک است، آن دو نفر به طور مشترک، از زید، طلبکار خواهند بود، پس سبب اشتراک آنها یک چیز است که همان قرض دادن است، حال اگر یکی از آن دو نفر، مقداری از آن طلب را از زید دریافت نماید، دیگری نیز در آن مقدار، سهم و شریک خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و فی حکم...** یعنی در حکم یک عقد است، آن دینی که سبب اشتراک (دونفر) در آن، یک چیز باشد، مثل ارث بردن، تلف کردن، قرض کردن از مال مشترک **شرکته** ضمیر به - ما - برمی گردد.

(ولو ادعى المشتري) من المشترين المأذونين (شراء شيء لنفسه أو لهما، حلف) وقبل بيمينه، لأن مرجع ذلك إلى قصده وهو أعلم به، والاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد، وإنما لزمه الحلف - مع أن القصد من الأمور الباطنة التي لا تعلم إلا من قبله - لإمكان الاطلاع عليه بإقراره.

مسأله نزاعی

(ولو ادعى المشتري)... توضیح: دونفری که شریک هستند واز یکدیگر اذن دارند در تصرف کردن در مال مشترک (به اینکه با آن مال مشترک، متاع خرید و فروش کنند) چنانچه یکی از آنها متاعی را خریده باشد و بگوید این متاع را برای خود خریده‌ام که ثمن آن را از مال شخصی خود بپردازم و برای هر دو خریده‌ام تا از مال مشترک، ثمن آن را بپردازیم، ولی شریک دیگری گوید که این متاع را برای هر دو خریده‌ای نه برای خودت (و یا اگر نزاع آنها به عکس باشد، یعنی آن شریکی که متاع را خریده بگوید آن را برای هر دو خریده‌ام نه برای خودم، ولی شریک دیگری گوید آن را برای خودت خریده‌ای) و شاهدی هم در میان نباشد، حکم آن است که ادعای شریک خریدار، با قسم خوردنش، باید پذیرفته شود.

و دلیل پذیرفته شدن ادعای او این است که برگشت این نزاع، به قصد شریک خریدار است (چون اینکه شریک خریدار ادعا می‌کند که برای خود خریده‌ام، معنایش آن است که قصد من خریدن برای خودم بوده، و اینکه شریک دیگر ادعا می‌کند که برای هر دو خریده‌ای معنایش آن است که قصد تو خریدن برای هر دو بوده) و معلوم است که شریک خریدار، به قصد خود آگاه‌تر از دیگران است، زیرا قصد، امری است باطنی که راهی به آن نیست مگر از طریق صاحبش، و صاحبش بهتری داند که چه چیزی را قصد کرده است پس هر چه را که او ادعا کند باید پذیرفت.

اگر کسی گوید: شریک بودن آنها با هم، دلیل است بر اینکه متاعی را که خریده، برای هر دو باشد.

جواب می‌فرماید: شریک بودن آنها، مشخص نمی‌کند که تصرفی را که آن شریک انجام داده (و متاعی را خریده است) برای هر دو بوده باشد، بلکه باید در تشخیص تصرف، رجوع به قصد او نمود یعنی باید دید که قصد او چه بوده آیا برای هر دو خریده است یا برای خود خریده است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو ادعی...** یعنی از دو شریکی که از همدیگر اجازه دارند (در خرید و فروش از مال مشترک) اگر آن شریکی که خریدار متاع است، ادعا نماید که برای خود خریده و یا (ادعا کند که) برای هر دو خریده، باید قسم بخورد و ادعایش با آن قسم خوردن، پذیرفته می‌شود (و دلیل بر پذیرفته شدن قولش آن است که) چون برگشت آن ادعا به قصد اوست (یعنی ثبوت اینکه برای خود خریده یا برای هر دو، بستگی به قصدش دارد) و خودش آگاه‌تر است به قصدش لئفسه چنین ادعایی معمولاً آن وقتی واقع می‌شود که فروش آن متاع خریده شده، سودی داشته باشد که مدعی می‌خواهد تمام سود را اختصاص به خود بدهد لهما چنین ادعایی آن وقتی واقع می‌شود که در فروش آن متاع، زبانی حاصل شده باشد که مدعی می‌خواهد با آن ادعا، زیان بین آنها تقسیم شود و بر او کمتر زیان وارد آید **حلف** جواب است برای - لو - در هر دو فرض مسأله.

و الإشتراک... (جواب از سؤال مقدر است که توضیحش داده شد) یعنی شریک بودن (آنها در مال الشركة) مشخص نمی‌کند تصرف را بدون توجه به قصد او (یعنی شریک بودن آنها با یکدیگر، مشخص نمی‌کند که تصرف او - یعنی خریدن او متاعی را - برای هر دو بوده در صورت عدم توجه به قصد او بلکه باید دید که قصد او چه بوده آیا برای هر دو خریده است یا برای خودش).

و إنما لزّمه الحلف... توضیح: اگر کسی گوید: وقتی که دلیل قبول ادعای شریک مشتری، این شد که چون برگشت ادعایش به قصد اوست، دیگر چه لزومی هست به قسم خوردن او، و اساساً جای قسم خوردن او نیست، زیرا قسم خوردن همانا در موردی است که طرف مقابل، وظیفه اش آوردن بینه باشد که اگر نتوانست بینه بیاورد، این طرف دیگر باید قسم بخورد، و حال آنکه در مورد بحث، جای بینه آوردن نیست، زیرا قصد از امور باطنی است که راهی به آن نیست مگر از طریق گفته صاحبش، پس شریک دیگر که منکر قصد اوست راهی به قصد او ندارد تا جای اقامه بینه بر آن باشد (که اگر اقامه بینه نکرد، بر طرف مقابلش - شریک خریدار - قسم لازم گردد) بنابراین، بر شریک خریدار، قسم خوردن نباید لازم باشد و باید ادعای او بدون قسم پذیرفته شود.

جواب می دهد: به اینکه دلیل لزوم قسم بر شریک خریدار آن است که چون احتمال دارد شریک دیگر - که منکر ادعای خریدار است - از قصد او آگاهی پیدا کرده به اقرار خودش (یعنی اول اقرار کرده بود نزد او به اینکه برای هردو خریده است و اکنون برخلاف اقرارش، ادعا می کند که برای خود خریده ام) بدین جهت احتمال می دهیم که ادعای شریک دیگر، مستند به اطلاع از قصد او به طریق اقرار خودش باشد و گویا ادعا می کند اقرار شریک خریدار را بر قصدش پس جای این هست که بینه بر ادعای اقرار او بیاورد و وقتی نتوانست بینه بیاورد، نوبت به شریک خریدار می رسد که قسم بر ادعایش بخورد.

ترجمه و شرح عبارت: و إنما... یعنی و چرا لازم است بر شریک مشتری، قسم خوردن، با اینکه قصد از اموری است باطنی که دانسته نمی شود مگر از جانب خود او (و قاعدتاً باید بدون قسم پذیرفته شود) لامکان... (دلیل است بر لزوم قسم) یعنی زیرا احتمال می رود که شریک دیگر، اطلاع یافته باشد بر قصد او به سبب اقرار خودش (که قبلاً قصدش را نزد شریک، به گونه دیگر اظهار کرده بود و اکنون به گونه دیگر ادعا می کند).

كِتَابُ الْمُضَارَبَاتِ

کتاب المضاربة

(کتاب المضاربة وهي أن يدفع مالا إلى غيره ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه).

تعريف مضاربة

(وهي أن يدفع مالا... توضيح: کسی که سرمایه برای تجارت به دیگری پرداخت می‌کند، چهار صورت دارد :

۱. اینکه شرط کنند که تمام سود، فقط برای مالک (صاحب سرمایه) باشد، این را در اصطلاح فقها «بضاعت» گویند. در این صورت، عامل (قبول کننده سرمایه) هیچگونه استحقاقی نسبت به سود نخواهد داشت.

۲. اینکه شرط کنند که تمام سود، فقط برای عامل باشد، این را در اصطلاح «قرض» و یا «مداینه» گویند. چون وقتی که چنان شرطی را می‌کنند، قرینه می‌شود که مال را به او قرض داده و تملیک وی نموده است، زیرا که قرض از عقود جایزه است و هر لفظی که قرض دادن را بفهماند کافی است، و معلوم است که اگر شخصی بگوید: «این ده تومان را ببرتجارت کن و هر چه سود حاصل می‌شود برای تو باشد» می‌فهماند که مقصود او قرض دادن است.

۳. اینکه هیچ شرطی نکنند یعنی نسبت به سود هیچ گونه صحبتی به میان نیاید بلکه فقط مالک، سرمایه‌ای به عامل بدهد و دیگر شرط نشود که سود متعلق به هر دو باشد یا یکی از آنها، در این صورت هم مثل صورت اول، بضاعت تحقق می‌یابد یعنی هر چه سود حاصل شود، برای مالک خواهد بود، ولی عامل استحقاق اجرت المثل عمل خود را خواهد داشت، زیرا عمل عامل محترم بوده و در نظر عرف، قیمت و مالیت دارد.

۴. اینکه شرط کنند که سود حاصل، برای هر دو باشد، به این معنی که به هر یک، مقدار معینی برسد، این را در اصطلاح «مضاربه» گویند. اکنون مورد بحث ما همین قسم است.

با توجه به آن، تعریف مضاربه چنین می‌شود. مضاربه قراردادی است به این گونه که شخصی به دیگری سرمایه‌ای می‌دهد که با آن تجارت کرده و در برابر زحمتش، حصه معینی از سود به او بدهد (یک چهارم یا یک سوم یا نصف، بر حسب توافقی که می‌کنند).

صاحب سرمایه را «مالک» و آن دیگری را «عامل» می‌نامند.

ترجمه و شرح عبارت: **وهی أن...** یعنی مضاربه عبارت از آن است که (صاحب سرمایه) پردازد به دیگری، سرمایه‌ای را بدین منظور که او با آن، کار و تجارت کند، در مقابل سهمی معین از سود آن سرمایه بحصه معینه از این جمله استفاده می‌شود که سهم عامل از سود باید جزء مشاع از کل، از قبیل یک سوم یا یک چهارم یا نصف باشد. بنابراین، اگر سهم عامل از سود، به صورت مبلغی معین قرار داده شود مانند پنج هزار تومان، مضاربه صحیح نخواهد بود چون فلسفه تأسیس عقد مضاربه، تشویق و ترغیب عامل در کوشش برای ازدیاد سود می‌باشد، و این امر به وسیله تقسیم سود به نسبت معینه (حصه معینه) در قرارداد، به عمل خواهد آمد، و تعیین مبلغ معین برخلاف مقتضای عقد مضاربه می‌باشد.

مأخوذة من الضرب في الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأن الضرب مسبب عنهما، فتحققت المفاعلة لذلك، أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه.

ريشه يابی کلمه «مضاربة»

مأخوذة من الضرب... توضیح: کلمه «مضاربة» از نظر لغوی و اینکه از چه ماده‌ای مشتق و گرفته شده، سه احتمال وجود دارد:

۱. اینکه از ماده «ضرب» به معنای پیمودن زمین، گرفته شده است، و بر این اساس علت نامگذاری این معامله به مضاربه این است، که عامل در تلاش برای تجارت و به دست آوردن سود، زمین را (برای سفر تجاری) می‌پیماید (البته در زمانهای قدیم غالباً برای تجارت، ناچار به مسافرت بودند) و چون مضاربه از باب مفاعله است و در علم تصریف گفته‌اند که اصل در معنای این باب آن است که میان دونفر باشد، یعنی تحقق معنای آن صیغه، بستگی به دو طرف دارد (و به تعبیر دیگر هیئت صیغه مفاعله برای صدور ماده از دونفر، وضع گردیده است) لذا در مورد بحث باید بینیم که ضرب و سیر در زمین چگونه از دو طرف (عامل و مالک) صادر می‌شود و باید برای آن توجیهی ذکر نمود.

شارح در توجیه آن چنین می‌فرماید: از دو طرف بودن مضاربه به این اعتبار است که سیر کردن عامل در زمین برای تجارت و به دست آوردن سود، به درخواست و تقاضای مالک می‌باشد و او سبب حرکت عامل برای تجارت شده است، پس گویا سیر در زمین، به سبب هر دو حاصل می‌شود «مالک» سبب بعید برای سیر در زمین

شده، و «عامل» سبب قوی و قریب برای سیر شده یعنی مباشر سیر) و از این رو معنی مفاعله، محقق می‌گردد.

۲. اینکه از ماده «ضرب» به معنی شریک شدن به مقداری، باشد (مثلاً در لغت گفته می‌شود: «ضرب فی العزور بسهم» یعنی شریک شد در شترها و سهمی از آنها برای خود گرفت) و بر این اساس، علت نامگذاری این معامله به مضاربه این است که عامل و مالک، در سود شریک می‌شوند و هر کدام از آنها سهم معین از سود برای خود برمی‌دارد.

۳. اینکه از ماده «ضرب» به معنای زیر و رو شدن مال، گرفته شده است، و بر این اساس، علت نامگذاری این معامله به مضاربه این است که در این معامله، سرمایه در گردش می‌افتد و زیر و رو می‌شود، و به تعبیر دیگر تبدیل و تعویض می‌شود، زیرا - چنانکه در مباحث آینده ذکر خواهد شد - سرمایه در این معامله باید پول رایج کشور باشد لذا عامل جهت تحصیل سود، ناچار است به اینکه آن پول را تبدیل به متاع کند سپس متاع را بفروشد.

ترجمه و شرح عبارت: مأخوذة... یعنی کلمه مضاربه از ماده ضرب در زمین (یعنی سیر کردن در زمین و مسافرت به شهرها) گرفته شده است (چنانکه آیه‌ای نیز به همین معنی آمده است که خدا می‌فرماید: ﴿وَأَخْرُوجَ يَصْرِيحُونَ فِي الْأَرْضِ يَتْتَفُونَ مِنَ فَضْلِ اللَّهِ﴾^۱ یعنی گروهی سیر در زمین می‌کنند به جستجوی فضلی از خداوند) لأن العامل... (این جمله بیان می‌کند وجه مناسبت آن معنی را در این معامله) یعنی زیرا عامل، زمین را زیر پا می‌گذارد برای تلاش در تجارت و جستجوی سود، و (علت اینکه مضاربه را از باب مفاعله بنا نهاده‌اند این است که چون) تلاش مزبور همانا به

^۱ سوره مزمل، آیه ۱۹.

سبب درخواست صاحب سرمایه می باشد پس گویا پیمودن به سبب هر دو (عامل و مالک) واقع می شود (و از هر دو صادر می گردد، با این فرق که صدور پیمودن از عامل، بالمباشرة است، - و به تعبیر دیگر بالسبب القریبة القویة است - و صدورش از مالک بالسبب البعیدة می باشد) و در نتیجه معنای باب مفاعله با این توجیه، تحقق می یابد مسبب به فتح باء اول به صیغه اسم مفعول.

أو من... یعنی و یا اینکه کلمه مضاربه گرفته شده از ماده ضرب به معنای شرکت هر یک از عامل و مالک، به سهم معینی در سود (و برداشتن هر یک از آنها سهمی از سود را) و یا (اینکه از ماده ضرب به معنای زیر و روشن شدن گرفته شده، و وجه مناسبت این معنی در این معامله آن است که) چون در این معامله، سرمایه زیر و رو می شود (و در گردش می افتد) و تقلیبه (ضمیر بر می گردد به مال) این کلمه، عطف تفسیر است برای - ضرب بالمال -.

وأهل الحجاز يسمونه قراضا من القرض وهو القطع، كأن صاحب المال اقتطع منه قطعة وسلمها إلى العامل، أو اقتطع له قطعة من الربح في مقابلة عمله، أو من المقارضة وهي المساواة، ومنه: "قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك". ووجه التساوي هنا: أن المال من جهة، والعمل من أخرى، والربح في مقابلهما فقد تساويا في قوام العقد، أو أصل استحقاق الربح وإن اختلفا في كميته.

وأهل الحجاز يسمونه... توضيح كلمه «مضاربه» لغتی بوده که مردم عراق برای این معامله به کار می برده اند، اما مردم حجاز، از این معامله، به «قراض» تعبیر می کرده اند (گرچه امروزه هر دو لغت، در هر دو مملکت استعمال می شود).

ریشه یابی کلمه «قراض»

در مورد کلمه «قراض» از نظر لغوی و اینکه از چه ماده ای گرفته شده، دو احتمال وجود دارد:

۱. اینکه از ماده «قرض» به معنای قطع و بریدن، گرفته شده است، بنابراین، علت

نامگذاری این معامله به قراض، یکی از دو وجه زیر است:

اول: اینکه گویا صاحب مال و سرمایه، بخشی از مال خود را از سایر اموالش قطع و

جدا نموده و به «عامل» تسلیم می کند.

دوم: اینکه گویا در مقابل کار عامل، بخشی از سود را جدا کرده و به عامل می پردازد.

۲. اینکه از ماده «مقارضة» به معنای مساوات گرفته شده است، و بر این اساس،

علت نامگذاری این معامله به «قراض» این است که سرمایه از یک طرف، و کار از

سوی دیگر وجود داشته، و سود هم در برابر این دو، می باشد، و در نتیجه مالک و عامل

در آنچه که آن معامله را تحقق می دهد، مساوی می باشند (یعنی هر دو در تحقق آن

معامله مدخلیت دارند، زیرا معامله مزبور به وسیله سرمایه یکی، و عمل دیگری،

تحقق می یابد) و یا در اصل استحقاق سود، مساوی می باشند (یعنی هر دو،

استحقاق بهره بردن از سود را دارند) اگر چه ممکن است میزان سهم هریک از دو طرف از نظر مقدار، اختلاف داشته باشد (مثلاً یکی یک سوم، و دیگری دو سوم). ترجمه و شرح عبارت: **و أهل الحجاز...** یعنی مردم حجاز این معامله را «قراض» می‌نامند، و این لغت از ماده «قرض» به معنای بریدن و جدا کردن گرفته شده (و مقراض به معنی قیچی نیز از آن ریشه می‌باشد، زیرا که به وسیله قیچی، اشیاء بریده می‌شود، و وجه مناسبت این معنی با آن معامله آن است که چون) گویا صاحب سرمایه، بخشی از مال خود را بریده و به (عنوان سرمایه به) عامل تحویل داده است، و یا (چون گویا) بخشی از سود را برای عامل بریده (و به او می‌پردازد) در مقابل عمل و کار او.

و یا (کلمه قراض) از ماده «مقارضه» به معنی مساوات و همتراز بودن گرفته شده است و **منه قارض...** یعنی از همین ماده مقارضه است این جمله‌ای که از ابوالدرداء (یکی از اصحاب پیغمبر ﷺ) نقل شده است که گفته است: **«قارض الناس ما قارضونک...»**.

علامه حلی مقصود از آن جمله را در کتاب «تذکره» و نیز شهید ثانی در کتاب «مسالك» چنین تفسیر کرده‌اند که: با مردم در آنچه می‌گویند، همسنگ و همتراز باش (و ساکت منشین در مقابل آنچه به تو می‌گویند) و اگر (همسنگی با) آنها را رها کنی (و ساکت بنشیننی در مقابل آنچه به تو می‌گویند) آنها تو را رها نمی‌کنند (و ساکت نمی‌نشینند و در نتیجه سکوت تو سبب تسلط آنها بر تو می‌شود).

این یک احتمال در معنای آن جمله می‌باشد، و معانی دیگری در آن داده شده اما چون فرمایش امام معصوم نیست، لذا برای ذکر آن معانی، ضرورتی نمی‌بینم و **وجه التساوی...** یعنی مناسبت معنی تساوی در اینجا (مضاربه) این است که مال از یک طرف، و عمل از طرف دیگر، و سود هم در برابر آنهاست، و در نتیجه عامل و

مالک مساوی می شوند در تحقق بخشیدن به عقد، و یا (مساوی می شوند) در اصل استحقاق سود هر چند در مقدار سود، تفاوت داشته باشند.

(وهي جائزة من الطرفين) سواء نض المال أم كان به عروض يجوز لكل منهما فسخها، ومن لوازم جوازها منهما وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه. وفي اشتراط وقوع قبوله لفظيا، أو جوازه بالفعل أيضا قولان؟ لا يخلو ثانيهما من قوة.

احکام مضاربه

جایز بودن عقد مضاربه

(وهي جائزة من الطرفين)... توضیح: مضاربه عقدی است که از هر دو طرف، جائز می باشد، بنابراین، هر زمان هریک از مالک و عامل بخواهند می توانند آن را برهم بزنند، خواه اینکه مال موجود، تبدیل به پول نقد شده باشد (که حالت اولش بود) یا اینکه هنوز کالا باشد و پول نشده، پس در هر دو فرض، فسخ معامله جایز است (بنابراین، اگر سرمایه هنوز کالا بود، مالک حق ندارد عامل را مجبور کند که کالا را تبدیل به پول نقد کند، و عامل نیز حق ندارد به مالک بگوید صبر کن تا کالا را تبدیل به پول نقد کنم).

ویکی از آثار و لوازم جایز بودن عقد، آن است که می توان صیغه آن را به هر لفظی که دلالت بر معنای آن معامله کند و آن را بفهماند، واقع ساخت حتی با الفاظ مجازی غیر صریح، بر خلاف عقد لازم که صیغه آن را باید با الفاظ صریح - الفاظ حقیقی - واقع ساخت.

(والفاظی که با آنها می توان صیغه ایجاب را واقع ساخت این است که مالک بگوید: «ضاربتک علی أن یکون الربح بیننا نصفین (أو ثلاثاً أو أرباعاً مثلاً)» و به جای

«ضاربتک» می‌تواند بگوید: «قارضتک» و یا «عاملتک». و نیز می‌تواند در ایجاب بگوید: (خذ هذه الدراهم و إتجربها على أن الربح بيننا على السوية (أو متفاوتاً)).

مطلب دیگر اینکه: هر عقدی مشتمل بر ایجاب و قبول است، و در مضاربه، ایجاب باید لفظی باشد (چنانکه الفاظ آن در سطور پیش دانسته شد) و اما قبول آن نیز آیا باید لفظی باشد (مثل قبلت یا رضیت) یا اینکه عملی هم باشد جایز است؟ (یعنی اینکه بعد از آنکه مالک، صیغه ایجاب لفظی را واقع ساخت، عامل بدون گفتن صیغه ای، عملاً پولها را بگیرد و با آن مشغول کار و تجارت بشود) و قول در آن می‌باشد، و قول دوم از نظر شارح، خالی از قوت نیست، به دلیل اینکه وقتی که مضاربه، عقد جایز شد، در عقد جایز هر چیزی که دلالت بر رضایت به مضمون ایجاب بکند کافی است برای قبول واقع شدن، و معلوم است که عملاً گرفتن پولها از مالک، دلالت می‌کند بر رضایت عامل به ایجابی که از مالک واقع می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: و هي... یعنی مضاربه از هر دو طرف (مالک و عامل) عقد جایز می‌باشد **نَصَّ الْمَالِ (نَصَّ به صیغه ماضی)** یعنی خواه مال (که الآن کالا است) تبدیل به پول نقد شده باشد یا اینکه هنوز کالا بوده باشد **عروض جمع عرض** - به فتح عین و راء و یا به سکون راء - یعنی کالا **يجوز**... این جمله تفسیر می‌کند جایز بودن مضاربه را و **من لوازم**... یعنی از آثار و لوازم جایز بودن مضاربه از دو طرف آن است که عقد مضاربه به هر لفظی که دلالت بر مضمون آن عقد بکند، واقع می‌شود (و لفظ خاصی ندارد) و **في اشتراط**... یعنی و در اینکه شرط است قبول آن عقد، لفظی بوده باشد یا اینکه جایز است قبول فعلی (عملی) نیز؟ و قول است که قول دوم خالی از قوت نیست.

(ولا یصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فیها) بمعنی آنه لا یجب الوفاء بالشرط، ولا تصیر لازمة بذلك، ولا فی الأجل بل یجوز فسخها فیہ عملاً بالأصل، (ولکن) اشتراط الأجل (یثم المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جدید)، لأن التصرف تابع للإذن ولا إذن بعده، وكذا لو أجل بعض التصرفات كالبيع، أو الشراء خاصة، أو نوعاً خاصاً.

اشتراط لزوم یا أجل در ضمن مضاربه

(ولا یصح اشتراط اللزوم... توضیح: در اینجا دو مسأله است:

مسأله اول

دانسته شد که مضاربه، عقد جایز است و از آثار جواز این عقد آن است که مالک یا عامل هر زمان بخواهند می توانند آن را فسخ نمایند.

اکنون این بحث مطرح است که آیا می توانند لزوم عقد (یعنی عدم فسخ) را به عنوان یک شرط، ضمن این عقد قرار دهند، مثلاً مالک بگوید «این مال را به تودادم که با آن کارکنی به شرط اینکه من حق فسخ نداشته باشم»؟

دو قول در آن می باشد:

۱. مصنف می فرماید: این شرط، صحیح نمی باشد (و از ظاهر عبارت ایشان استفاده می شود که هر چند شرط مزبور، صحیح نیست ولی عقد را باطل نمی کند چنانکه شارح بعداً خواهد فرمود) و مقصود از عدم صحت شرط آن است که اگر آن را در عقد، شرط نمایند، وفای به شرط مزبور، واجب نیست و عقد را لازم نمی گرداند (که دیگر طرفین، حق فسخ کردن نداشته باشند) بلکه باز هم هر زمان بخواهند می توانند فسخ کنند.

۲. مشهور فقها می‌گویند که شرط مزبور باطل است و عقد را هم باطل می‌کند، دلیل این قول بعداً در عبارت شارح ذکر خواهد شد.

مسأله دوم

این است که اگر در عقد مضاربه، مدت تجارت، شرط نمایند (مثلاً مالک بگوید: با این سرمایه تا یک سال کارکن) آیا این شرط، صحیح است، به این معنی که مضاربه در طول آن مدت، لازم گردد و نتوانند عقد را فسخ نمایند؟

در این مسأله همه گفته‌اند که شرط، صحیح نیست ولی عقد را باطل نمی‌کند، و مقصود از عدم صحت در اینجا نیز آن است که بر دو طرف معامله، وفای به شرط مزبور در آن مدت، واجب نیست و در آن مدت، عقد، لازم نمی‌گردد بلکه آنها پیش از سرآمدن آن مدت (دراثنای آن مدت) هر وقت که خواسته باشند می‌توانند مضاربه را فسخ نمایند، زیرا تعیین مدت در عقد جائز، آن را لازم نمی‌گرداند.

منتها شرط مزبور یک اثری دارد و آن این است که اگر در آن مدت، فسخ نکنند و مدت به سرآید، دیگر عامل به هیچ وجه نمی‌تواند در آن مال تصرف نماید و با آن، معامله‌ای انجام دهد، مگر اینکه مالک، اذن جدیدی در تصرف بدهد، زیرا تصرف، تابع اذن است و فرض آن است که بعد از سرآمدن مدت، اذنی از طرف مالک نمی‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا یصح...** یعنی شرط کردن لزوم عقد و یا مدت، در مضاربه، صحیح نیست، و مقصود از صحیح نبودن این است که (اگر در مضاربه، چنین شرطی بشود) وفای به آن شرط، واجب نیست و مضاربه به سبب شرط لزوم، لازم نمی‌گردد، و نیز (به سبب شرط کردن مدت) مضاربه لازم نمی‌گردد در طول آن مدت بلکه جایز است فسخ شود مضاربه در (اثنای) آن مدت، به دلیل عمل به اصل

(یعنی دلیل بر جواز فسخ در آن دو صورت، استصحاب جواز عقد است، چون قبل از اشتراط لزوم یا مدت، عقد مضاربه، جایز بود، و بعد از اشتراط مزبور چون شک می‌کنیم در لزوم عقد، لذا استصحاب می‌کنیم جواز عقد را).

بمعنی آنه... ظاهر کلمه - لایصح - در عبارت مصنف، بطلان و عدم جواز اشتراط است مطلقاً، ولی شارح آن را به معنای عدم وجوب وفای به شرط، تفسیر نموده و نکته این تفسیر، به خاطر اشتراط اجل می‌باشد چون عدم صحت در صورت اشتراط اجل را نمی‌توانیم به معنای عدم جواز اشتراط مطلقاً بگیریم که چنین شرطی مطلقاً بی اثر باشد، زیرا چنانکه در عبارت بعدی، مصنف خواهد فرمود: شرط مزبور، یک اثری دارد که آن، عدم جواز تصرف عامل بعد از اجل می‌باشد پس چنین شرطی را می‌توان در عقد مضاربه نمود، منتها واجب الوفا نیست، لذا شارح - لایصح - در عبارت مصنف را به معنای عدم وجوب وفای به شرط، تفسیر کرده است که با عبارت بعدی مصنف منافات نداشته باشد.

و اما نسبت به اشتراط لزوم، عدم صحت در عبارت مصنف را اگر به معنای بطلان و عدم جواز اشتراط مطلقاً بگیریم درست است، زیرا اشتراط لزوم، منافات با مقتضای مضاربه دارد چنانکه در دلیل قول مشهور خواهد آمد.

ولا في الأجل تقدير عبارت چنین است: ولا تصير لازمة في الأجل أيضاً ولكن... یعنی ولی اشتراط مدت (هر چند واجب الوفا نیست و موجب لزوم عقد نمی‌گردد اما) این نتیجه را دارد که (اگر هیچ یک از طرفین، عقد را در اثنای آن مدت، فسخ نکردند و مدت سرآمد، دیگر عامل) بعد از مدت، نمی‌تواند تصرف در مال کند (و با آن تجارت نماید) مگر اینکه به وسیله اذن جدیدی (از طرف مالک) باشد، زیرا تصرف عامل، تابع اذن مالک است و فرض آن است که بعد از مدت مزبور، اذنی (از طرف مالک) نمی‌باشد.

و کذا لو أُجِّلَ... توضیح: همانطوری که در بالا گفته شد اگر اصل مضاربه (کل تصرفات تجاری) محدود به مدت معینی (یکسال) بود، عامل نمی‌تواند بعد از سرآمدن مدت، هیچ‌گونه تصرفی بکند.

همچنین است حکم، هرگاه بعضی از تصرفات را محدود به مدت معینی بکند، مثلاً تصرف خریدنی را محدود کند (مثل اینکه مالک بگوید: «با این سرمایه تا یک سال کارکن و بعد از یک سال هر چه جنس داری بفروش و دیگر چیزی مخر» در این صورت بعد از یک سال، حق تصرف خریدنی نخواهد داشت بلکه فقط می‌تواند بفروشد) و یا مثلاً تصرف فروشی را محدود کند (مثل اینکه مالک بگوید: «با این سرمایه تا یک سال کارکن و بعد از یک سال هیچ فروش بلکه فقط چیز بخر» در این صورت بعد از یک سال، حق تصرف فروشی نخواهد داشت بلکه فقط می‌تواند بخرد) و یا مثلاً نوع تجارت را محدود کند (مثل اینکه مالک بگوید: «با این سرمایه تا یک سال کارکن و بعد از یک سال، خرید و فروش نسیه‌ای انجام نده بلکه همه را نقدی انجام ده»). پس در این موارد چنانکه گفتیم بعد از گذشتن مدت، فقط بعضی از تصرفات را می‌تواند انجام دهد چون فقط نسبت به آن تصرف، مأذون می‌باشد و نسبت به تصرفات دیگر، اذن ندارد.

ترجمه و شرح عبارت: **و کذا...** یعنی و همچنین (عامل، ممنوع از تصرف می‌شود) در صورتی که مالک، تعیین مدت کند برای بعضی از تصرفات، مثلاً برای خریدن فقط، و یا برای فروختن فقط، و یا برای نوع خاصی از تجارت (نقدی یا نسیه‌ای فقط) **أجِّلَ** (به تشدید جیم به صیغه ماضی از باب تفعیل) یعنی مدت دار کند خاصه قید است برای هر یک از بیع و شراء.

ويفهم من تشريکه بين اشتراط اللزوم والأجل، تساويهما في الصحة، وعدم لزوم الشرط.

والمشهور أن اشتراط اللزوم مبطل، لأنه مناف لمقتضى العقد فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص وهو غير مناف، ويمكن أن يريد المصنف ذلك وإنما شرك بينهما في عدم صحة الشرط مطلقاً وإن افترقا في أمر آخر.

ويفهم من تشريکه... توضیح: شارح می فرماید: مصنف در مورد اشتراط آجل، اول فرمود که چنین شرطی صحیح نیست (یعنی واجب الوفا نیست) سپس در عبارت بعدی فرمود که شرط مزبور، یک اثر دارد (که آن عبارت از ممنوعیت تصرف عامل بعد از سرآمدن آجل می باشد) از این عبارت چنین استفاده می شود که هر چند اشتراط مزبور، صحیح نیست ولی عقد را باطل نمی کند چون اگر عقد، باطل بود، اثر مزبور، معنی نداشت.

حال که این مطلب در مورد اشتراط اجل، دانسته شد، می فرماید: ازاینکه مصنف صورت اشتراط لزوم را در ردیف صورت اشتراط اجل قرار داده، می فهمیم که در صورت اشتراط لزوم نیز همانند صورت اشتراط اجل، عقد باطل نمی شود و فقط شرط، واجب الوفا نمی باشد، و خلاصه اینکه: از ردیف هم قرار دادن مصنف، اشتراط لزوم و اشتراط اجل را، می فهمیم که این دو اشتراط، در دو جهت با هم مساوی اند: هم در صحت عقد وهم در عدم وجوب وفای به شرط.

ولی مشهور فقها می گویند که اشتراط لزوم، عقد را باطل می کند، زیرا اشتراط آن نه فقط واجب الوفا نیست بلکه باطل هم می باشد و جایز نیست آن را شرط کنند، چون اشتراط آن منافات با مقتضای عقد دارد (زیرا همانطوری که سابقاً دانسته شد مقتضای عقد مضاربه، جواز آن از دو طرف می باشد که هر وقت خواسته باشند

می‌توانند آن را فسخ نمایند پس اشتراط لزوم - که به معنای عدم فسخ است - منافات با آن دارد) و هر شرطی که منافات با مقتضای عقد داشته باشد، باطل است، و وقتی که شرط باطل شد، عقد نیز به دنبال آن باطل خواهد شد.

اما در اشتراط آجل، چنین نیست، و اشتراط آن باطل نیست و می‌توان آن را شرط نمود (منتها واجب الوفا نمی‌باشد) چون مخالف با مقتضای عقد مضاربه نمی‌باشد به جهت اینکه اشتراط آجل معنایش آن است که تصرف عامل را محدود به مدت خاصی می‌کند، و از طرف دیگر: مقتضای مضاربه این نیست که تصرف عامل، غیر محدود به مدت باشد، پس محدود کردن تصرف عامل به مدت خاصی، منافات با مقتضای مضاربه نخواهد داشت و در نتیجه چنین اشتراطی، باطل نخواهد بود (منتها واجب الوفا نیست) و وقتی که شرط، باطل نشد، عقد هم باطل نخواهد شد.

ترجمه و شرح عبارت: **و يُفْهَمُ...** یعنی از تشریک مصنف بین اشتراط لزوم و اشتراط آجل، فهمیده می‌شود اینکه (در نظر مصنف) آن دو، مساوی هستند در صحت عقد و در عدم لزوم وفا به شرط، ولی قول مشهور بین فقها آن است که اشتراط لزوم، باطل کننده عقد است، زیرا شرط مزبور (شرط باطلی است چون) منافات با مقتضای عقد دارد (چرا که مقتضای عقد، جواز است نه لزوم) پس وقتی که شرط، باطل شد، به دنبال آن، عقد هم باطل خواهد شد، اما شرط آجل چنین نیست (و مبطل عقد نمی‌باشد چون شرط مزبور، شرط باطلی نیست) زیرا برگشت آن شرط به این است که محدود می‌کند تصرف عامل را به زمان خاصی، و (معلوم است که) این محدود کردن، منافات با مقتضای عقد مضاربه ندارد (چون مقتضای عقد مضاربه، تصرف غیر محدود نیست) **تساویهما** نایب فاعل است برای - یفهم - و هو غیر... ضمیر بر می‌گردد به - تقييد -.

و ممکن آن برید... توضیح: شارح احتمال می‌دهد که نظر مصنف با نظر مشهور موافق بوده باشد در اینکه اشتراط لزوم، مبطل عقد است، بنابراین، در توجیه عبارت مصنف و تطبیق آن با نظر مشهور باید گفت: اینکه مصنف اشتراط لزوم را در ردیف اشتراط اجل قرار داده، نظرایشان به تساوی آنهاست در یک جهت فقط - و آن عدم وجوب وفای به شرط است - هر چند از جهت دیگر با یکدیگر فرق دارند و آن از جهت مبطل بودن عقد می‌باشد، که اشتراط لزوم، عقد را باطل می‌کند (چنانکه قول مشهور است) ولی اشتراط اجل، عقد را باطل نمی‌کند.

ترجمه و شرح عبارت: و ممکن... یعنی احتمال دارد که مصنف، همان قول مشهور را قصد کرده باشد (که اشتراط لزوم، مبطل عقد است) و همانا تشریح کرده باشد بین اشتراط لزوم و اشتراط اجل، در عدم صحت شرط فقط (یعنی عدم لزوم وفای به شرط) اجمالاً (با قطع نظر از اینکه مبطل عقد هست یا نه) هر چند در جهت دیگری با یکدیگر فرق داشته باشند.

(ویقتصر) العامل (من التصرف على ما أذن المالك له) من نوع التجارة، ومكانها، وزمانها، ومن يشتري منه، ويبيع عليه، وغير ذلك فإن خالف ما عين له ضمن المال، لكن لو ربح كان بينهما بمقتضى الشرط للأخبار الصحيحة، ولولاها لكان التصرف باطلا، أو موقوفا على الإجازة.

تكاليف عامل و آثار تخلف وی از آنها

(ویقتصر) العامل... توضیح: مالک می‌تواند در عقد مضاربه شرط کند که عامل، نوع خاصی از تجارت را انجام دهد (مثل اینکه شرط کند که مال را نقدی بفروشد نه نسیه) و یا شرط کند که در فلان مکان تجارت کن نه جای دیگر (مثلاً در قم نه در تهران) و یا شرط کند از فلان ماه تجارت را شروع کن، و یا شرط کند که از فلان کس فقط جنس بخر، و یا به فلان کس فقط جنس بفروش.

تمامی این شروط، شروطی جایز بوده و با پذیرفتن عامل هنگام عقد، بر او واجب است به این شروط وفا کند و طبق آن عمل بنماید.

حال اگر عامل هنگام عقد، این شروط را پذیرفت اما در هنگام عمل، آنها را انجام نداد و بر خلاف آن عمل نمود، آیا ضمانی به عهده او می‌آید یا نه، و معاملاتی که انجام می‌دهد چه حکمی داشته و سودهایی که به دست می‌آیند چه وضعی خواهند داشت؟

در جواب سؤال اول باید گفت که اگر بر اثر معاملاتی که عامل بدون توجه به شروط پذیرفته شده، انجام داده، تمام سرمایه یا قسمتی از آن تلف شود ضامن بوده و نیز اگر خسارتی هم به سرمایه وارد شود ضامن خسارت نیز می‌باشد.

و در جواب سؤال دوم و سوم باید گفت: گرچه بر اساس قواعد اولیه فقه باید گفت که معاملاتی که عامل انجام داده، یا باطل است و یا حکم فضولی را دارد که موقوف بر اجازه مالک است (و در هر دو صورت، اگر سودی هم حاصل شده، تمام سود به مالک تعلق می‌گیرد) ولی بر حسب روایات صحیحیه که در این زمینه وجود دارد، معاملات مزبور صحیح است و سود حاصل از آن، به هر دو - عامل و مالک - تعلق می‌گیرد و طبق قرارشان بین آنها تقسیم می‌گردد (ثلث یا ربع یا نصف).

ترجمه و شرح عبارت: و یقتصر... یعنی باید عامل در تصرفاتش اکتفا کند به آن تصرفی که مالک برای او اذن داده (و از آن تخلف نکند) از نظر نوع تجارت و مکان تجارت و زمان آن و کسی که از او بخرد، و کسی که به او بفروشد من نوع... کلمه - من - بیان می‌کند مای موصوله در - ما اذن - را و بیع... یعنی و من بیع علیه و غیر ذلک یعنی غیر این امورات مذکوره، مثلاً شرط کند که عامل، مطلقاً سفر نکند یا به برخی از شهرها برای کسب سود مسافرت نکند، و یا شرط کند که عامل، فلان اجناس را نخرد، و یا شرط کند که فقط فلان جنس را بخرد.

فإن خالف... یعنی پس اگر عامل مخالفت کند آن تصرفی را که (از طرف مالک) برای او تعیین شده، ضامن مال خواهد بود (در صورت تلف مال) ولی (تصرفات و معاملاتی که انجام داده، باطل نمی‌شود لذا) اگر سودی کرده باشد، مابین آنها تقسیم می‌شود به همان نحوی که (در عقد مضاربه) قرار کرده‌اند (ثلث یا ربع یا نصف) للأخبار... (دلیل است بر عدم بطلان معاملات عامل در آن صورت) دوروایت از باب نمونه در اینجا ذکر می‌شود:

۱. در صحیحیه محمد بن مسلم که از امام باقر یا امام صادق علیه السلام نقل گردیده

چنین آمده است:

«سأئنه عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج، قال عليه السلام:
يضمن المال، والربح بينهما»^۱

یعنی از امام علیه السلام سؤال نمودم درباره مردی که مالی را به عنوان مضاربه به دیگری می دهد و او را از خارج شدن (از شهر) نهی می کند ولی عامل (مخالفت با نهی او کرده و) خارج شده است؟ امام علیه السلام فرمود: او ضامن مال است ولی سود میان هر دو است.

۲. در روایت صحیحہ حلبی از امام صادق علیه السلام چنین آمده است:

«في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال عليه السلام: هو ضامن والربح بينهما»^۲

یعنی سؤال کردم در مورد کسی که به کسی مالی را به عنوان مضاربه پرداخت نموده ولی او (عامل) با آنچه که صاحب مال با او شرط کرده است مخالفت نموده است؟ امام علیه السلام فرمود: او (یعنی عامل) ضامن است و سود میان هر دو است.

ولولاهما... یعنی اگر روایت صحیحہ در این زمینه نبود، هر آینه تصرف عامل (و معاملاتش در آن صورت) باطل بود و یا (فضولی بود که) موقوف بر اجازه مالک می بود (و در هر دو صورت، تمام سود تعلق به مالک می گرفت و به عامل، چیزی نمی رسید).

^۱ وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۱۸۱، ح ۱.

^۲ وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۱۸۲، ح ۵.

(ولو أطلق) له الإذن (تصرف بالاسترباح) في كل ما يظن فيه حصول الربح من غير أن يتقيد بنوع، أو زمان، أو مكان، ويتولى أيضا بالإطلاق ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش على المشتري، ونشره، وطيه، وإحرازه، وبيعه، وقبض ثمنه، ولا أجرة له على مثل ذلك، حملاً للإطلاق على المتعارف، وله الاستئجار على ما جرت العادة به كالدلالة، ووزن الأمتعة الثقيلة التي لم تجر عاداته بمباشرة مثلها.

اختیارات عامل در صورت اطلاق عقد مضاربه

(ولو أطلق) له الإذن... توضیح: اگر در عقد مضاربه، مالک هیچ گونه شرطی را بر عامل نکند، اطلاق عقد چه تصرفاتی را بر عامل جایز می‌کند؟ شارح سه مورد از اختیارات عامل در صورت اطلاق عقد را ذکر نموده است که ذیلاً می‌نگاریم:

۱- در صورت اطلاق عقد، عامل می‌تواند بر اساس نظر خود هرگونه تصرفی را که به گمان او سود بخش است، در سرمایه انجام بدهد، بدون آنکه تصرفش مقید به نوع خاصی از تجارت و یا زمان و مکان خاصی بوده باشد بلکه هر نوع تجارتي را در هر زمانی و هر مکانی که مصلحت دید و به گمانش سود بخش بود می‌تواند انجام بدهد.

۲- در صورت اطلاق عقد، کارهایی را که مالک، شخصاً خود انجام می‌داد اگر با پول خود تجارت می‌کرد، عامل هم می‌تواند آنها را انجام بدهد (نه فقط می‌تواند انجام بدهد بلکه باید انجام دهد چون بخشی از سود که به او داده می‌شود همانا به خاطر کارهایی است که در مضاربه انجام می‌دهد پس همینکه مالک، سرمایه را به عامل داد و او را اذن در مضاربه داد باید عامل آن کارها را انجام بدهد) مثلاً در جایی که کالا، پارچه بوده باشد، آن را به مشتری عرضه بدارد، و آن را باز کرده و پهن نماید سپس بپسند، و آن را در جای امن نگهداری نماید، و بفروشد و بهای آن را بگیرد، و خلاصه مانند این کارها که معمولاً تجار خودشان شخصاً انجام می‌دهند.

و در برابر انجام این کارها، عامل نمی‌تواند برای خود، اجرت از اصل سرمایه بردارد، و دلیل آن این است که چون در عرف معاملات مضاربه ای، برای کارهای مزبور اجرتی برای عمل قرار نمی‌دهند، و در مورد بحث چون عامل برای آن کارها در عقد مضاربه، اجرت شرط نکرده است، پس اطلاق عقد رابراً آنچه که در عرف عمل می‌کنند حمل می‌نمائیم که اجرت ندادن بر آن کارها می‌باشد (و اگر چنانچه کارهای مزبور را عامل خودش انجام ندهد بلکه کسی را استخدام نماید، باید اجرت آن را از مال خودش بدهد و نمی‌تواند از سرمایه بردارد).

۳. کارهایی را که عادت تجار بر این جاری شده، که شخصاً خود انجام نمی‌دهند بلکه برای آن، کسی را استخدام می‌کنند، عامل هم می‌تواند برای آن کارها کسی را استخدام کند و اجرت آن را از سرمایه بردارد، مثلاً اجرت دلالی برای دلال (واسطه در خرید و فروش) و مثل اجرت قباندار، ترازودار برای کشیدن کالاهای سنگین که تاجر هیچ وقت شخصاً خود این کارها را انجام نمی‌دهد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو أطلق...** یعنی اگر مالک (در عقد مضاربه) مطلق بگذارد برای عامل، اذن در تصرف را (و آن را از نظر نوع تجارت یا زمان و مکان آن، مشروط نکند) عامل می‌تواند تصرف کند (در سرمایه) به سود جستن در هر معامله‌ای که گمان دارد در آن، سودی باشد بدون اینکه معامله مزبور، مشروط به نوع خاصی (از تجارت) و یا به زمان و مکانی بوده باشد.

یتقید ضمیر مقدر فاعلی بر می‌گردد به - مایظن - و **یتولی...** یعنی و نیز عامل به عهده می‌گیرد - به سبب اطلاق اذن در تصرف - آن کارهایی را که مالک (صاحب سرمایه) خود در تجارت، شخصاً انجام می‌دهد، از قبیل عرضه کردن (و نشان دادن) پارچه به مشتری، و پهن کردن آن، و پیچیدن آن، و نگهداری آن در جای امن، و فروختن و گرفتن پول آن.

ولأجرة... یعنی اجرتی نیست برای عامل به خاطر انجام دادن مثل آن کارها، به دلیل اینکه (در عرف اجرتی برای آن کارها قرار نمی دهند و) ما حمل می کنیم اطلاق اذن را بر آنچه که در عرف عمل می نمایند.

وله الإستیجار... یعنی عامل می تواند اجیر بگیرد برای کارهایی که عادت تجار بر (گرفتن اجیر بر) آن جاری شده (واجرت آن را از اصل سرمایه پردازد) مثل دلالی کردن (یعنی واسطه گری نمودن شخصی برای شخصی برای فروش یا خرید بعضی از کالاها) و مثل کشیدن کالاهای سنگینی که عادت عامل جاری نشده بر اینکه خود شخصاً آنها را انجام دهد.

(وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال) والمراد بالنفقة ما يحتاج فيه إليه من مأكول، وملبوس، ومشروب ومركوب، وآلات ذلك، وأجرة المسكن، ونحوها، ويراعي فيها ما يليق به عادة مقتصدا، فإن أسرف حسب عليه، وإن قتر لم يحسب له. وإذا عاد من السفر فما بقي من أعيانها - ولو من الزاد - يجب رده إلى التجارة، أو تركه إلى أن يسافر إن كان ممن يعود إليه قبل فسادها.

مخارج سفر عامل

(وينفق في السفر... توضيح: شکی نیست در اینکه در صورتی که مالک در عقد مضاربه، با عامل شرط عدم سفر نکرده باشد، عامل می تواند برای انجام معاملات به مسافرت پردازد.

اکنون بحث در این است که اگر عامل با تشخیص مصلحت سفر، اقدام به سفر نمود، هزینه سفر به عهده کیست؟

می فرماید: تمام مخارج سفر را عامل می تواند از اصل سرمایه برداشت کند و به عهده خود عامل نیست (که از کیسه خودش خرج نماید).

مقصود از مخارج سفر چیست؟

هر چه عامل در سفر بدان نیازمند است، از قبیل خوراک، پوشاک، آشامیدنی، مرکب (وسیله مسافرت) و وسائل آنها، اجرت محل اقامت در سفر، واموری از این قبیل، همگی به عنوان مخارج سفر، محسوب می شوند.

البته باید در تهیه امور مزبور رعایت شأن خود بر حسب عرف بطور متوسط را بنماید، یعنی به مقداری که عرفاً آن را سزاوار او می دانند خرج کند آنها هم باید بطور میانه

و متوسط خرج نماید، بنابراین، اگر بیش از شأن خود خرج کند، مخارج اضافی را نمی‌تواند از سرمایه برداشت کند بلکه به عهده خود وی خواهد بود و اگر چنانچه از سرمایه برداشت کرده بود، از سهم سود او کم می‌گردد.

و اگر از مقدار شأن خود و حدّ متوسط هم کمتر خرج کرده باشد، از کیسه خود او رفته است به این معنی که فقط سهمیه سود او به وی داده می‌شود و بیشتر از آن به او داده نمی‌شود یعنی مقداری که به خود تنگ گرفته از مخارج (یعنی تفاوت میان مقداری که کمتر از شأن خود خرج کرده و میان مقدار شأن خود) نمی‌تواند آن را از مالک مطالبه کند علاوه بر سهم سودی که می‌گیرد.

ترجمه و شرح عبارت: و ینفق... یعنی می‌تواند عامل در سفر (ی که برای انجام معاملات می‌رود) تمام مخارج سفر را از اصل سرمایه بردارد، و مقصود از مخارج، هر چیزی است که در سفر احتیاج به آن پیدا می‌کند: از خوراک و پوشاک و آشامیدنی و مرکب سواری و وسائل آنها (مثل ظرف برای خوراک و آب، و آفتابه برای تطهیر، و وسائل مرکب اگر حیوان باشد از قبیل زین و رکاب، و اگر مرکب، ماشین باشد، خرج بنزین و وسائل یدکی آن) و اجرت محل سکونت او، و مانند این امور.

و یراعی... یعنی و در مخارج باید رعایت کند آنچه که سزاوار شأن اوست به حسب عرف آنهم بطور متوسط خرج کند، بنابراین، اگر زیاده روی کرد (و بیشتر از شأن خود خرج نمود) بر ضرر او حساب می‌شود (یعنی مخارج اضافی را باید از کیسه خودش بدهد و یا از سودی که سهم اوست، کم گردد) و اگر بر خود تنگ گرفته باشد (و کمتر از شأن خود خرج نموده باشد) به نفع او حساب نمی‌شود (یعنی اگر مثلاً شأن او این بود که مخارج سفر او پانصد تومان باشد ولی او تنگ گرفت و سیصد تومان خرج کرد، دیگر حق ندارد علاوه بر سودی که می‌گیرد، دویست تومان هم از مالک مطالبه کند).

و إذا عاد من السفر... توضیح: عامل وقتی از سفر برگشت اگر از اشیاء مذکوره (ماکول و مشروب و...) چیزی باقیمانده باشد - هر چند توشه باشد - باید بفروشد و جزو سرمایه مضاربه کند که با آن تجارت نماید و یا اگر بناست باردیگر به سفر برود، آن اشیاء را نگه بدارد برای سفر بعدی در صورتی که سفر بعدی قبل از خراب شدن آن چیز، انجام بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: و إذا عاد... یعنی وقتی عامل از سفر برگشت پس آنچه که از اعیان آن چیزها باقی بماند - هر چند از توشه باشد - واجب است آن باقیمانده را به تجارت برگرداند (یعنی بفروشد و جزو سرمایه مضاربه کند) و یا آن باقیمانده را نگه بدارد (بطور امانت) تا وقتی که به سفر بعدی برود اگر عامل از کسانی بود که دوباره به سفر می خواهد برگردد پیش از خراب شدن آن چیز باقیمانده (مثل چیزهای خوردنی).

ولو شرط عدمها لزم، ولو أذن له بعده فهو تبرع محض، ولو شرطها فهو تأكيد. ويشترط حينئذ تعيينها لئلا يتجهل الشرط، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع، ولا يعتبر في ثبوتها حصول ربح، بل ينفق ولو من الأصل إن لم يربح، وإلا كانت منه.

ولو شرط عدمها... توضیح: اگر مالک در عقد مضاربه با عامل شرط کند که اگر به سفر تجارت برود، مخارج سفر را از اصل سرمایه بر ندارد بلکه از کیسه خودش خرج کند، و عامل هم آن شرط را پذیرفت، چنین شرطی لازم الوفاست و باید عامل به آن شرط پای بند باشد و دیگری نمی تواند از اصل سرمایه، خرج سفر بنماید.

حال اگر مالک بعد از آن شرط، اذن بدهد برای مخارج سفر که از اصل سرمایه بردارد، چنین اذنی، احسان خالص است و برای عامل هیچ استحقاقی را ثابت نمی کند، به این معنی که اگر مالک بخواهد می تواند از اذن مزبور دوباره برگردد و عامل را از مخارج سفر منع نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو شرط...** یعنی اگر مالک شرط کند عدم نفقه را (از اصل سرمایه) این شرط، لازم می گردد (یعنی وفای به آن بر عامل واجب می گردد) و اگر اذن دهد (به نفقه) بعد از اشتراط عدم، این اذن، احسان خالص است (و مجدداً می تواند از اذن خود برگردد).

ولو شرطها فهو... توضیح: اگر مالک، در عقد مضاربه، با عامل شرط کند که مخارج سفر را از اصل سرمایه بردارد، و از کیسه خودش خرج نکند، این شرط، تأکیدی بیش نخواهد بود، چون اگر هم عقد را مطلق می گذاشتند و شرط مزبور را نمی کردند، اطلاق عقد اقتضایش همین بود که عامل می تواند از اصل سرمایه، مخارج سفر را برداشت کند، حال که این معنی را صریحاً شرط نمودند، تأکید می کند آن مقتضای را و معنای جدیدی را نمی آورد.

منتها در این صورت (که مخارج را شرط کرد) باید تعیین کند که چه مقدار خرج کند، زیرا اگر تعیین نکند، شرط مجهول می‌گردد و در نتیجه موجب جهالت عقد می‌گردد و عقد غرری می‌گردد.

ولی در صورت اطلاق عقد چون شرطی در میان نیست، دیگر تعیین مقدار خرج، لازم نمی‌شود و جهالتی هم پیش نمی‌آید چون اطلاق عقد، اقتضا می‌کند که عامل هرگونه مخارج ضروری سفر را به مقدار متعارف می‌تواند از سرمایه بردارد چنانکه در بالا دانسته شد.

ترجمه و شرح عبارت: ولو شرطها... یعنی و (چون اطلاق عقد اقتضا می‌کند جواز برداشت نفقه از اصل سرمایه را پس با این حال) اگر مالک، شرط نفقه کند، این شرط، تأکید خواهد بود، و لازم است در این صورت (که نفقه را شرط نمود) اینکه مقدار نفقه را تعیین نمایند تا اینکه شرط مجهول نگردد (و بعداً موجب نزاع بین مالک و عامل نشود، و علاوه بر آن به واسطه اینکه شرط، جزو عقد است، جهالت شرط، موجب جهالت عقد می‌گردد) بر خلاف (صورت اطلاق عقد یعنی) صورتی که جواز نفقه به اصل شرع ثابت شده (که در این صورت، تعیین نفقه نیست و عامل هرگونه مخارج ضروری سفر را می‌تواند از سرمایه بردارد).

ولا یعتبر فی ثبوتها... توضیح: آیا فقط در صورتی که در سفر، سودی حاصل شود عامل می‌تواند هزینه سفر را از سود برداشت کند؟ یا اینکه در غیر آن صورت می‌تواند از اصل سرمایه برداشت کند؟

می‌فرماید: هزینه سفر به هیچ وجه مشروط به وجود سود نیست بلکه اگر سودی هم در میان نباشد، این هزینه‌ها از اصل سرمایه برداشت می‌شود، اما اگر بر اثر مسافرت، سودی حاصل گردید، مخارج سفر، از سود کسر می‌شود، و مالک، تمام سرمایه خود را دریافت کرده و آنگاه سود تقسیم می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت **ولا یعتبر...** یعنی شرط نیست در ثبوت نفقه سفر (و جواز برداشت آن برای عامل) اینکه سودی (در اثر مسافرت) حاصل شده باشد بلکه عامل می‌تواند (در سفر) خرج کند هر چند از اصل سرمایه باشد در صورتی که سودی نکرده باشد، وگرنه (اگر سودی کرده باشد) نفقه را باید از آن سود، برداشت کند (و در نتیجه اصل سرمایه به مالک برمی‌گردد و باقیمانده سود بین آنها قسمت می‌شود).

ومؤنة المرض في السفر على العامل، وكذا سفر لم يؤذن فيه وإن استحق الحصّة والمراد بالسفر: العرفي، لا الشرعي - وهو ما اشتمل على المسافة - فينفق وإن كان قصيرا أو أتم الصلاة، إلا أن يخرج عن اسم المسافر، أو يزيد عما تحتاج التجارة إليه فينفق من ماله إلى أن يصدق الوصف.

هزینه بیماری عامل در سفر

ومؤنة المرض... توضیح: اگر عامل در اثناء سفر دچار بیماری گشت آیا می تواند مخارج بیماری را از سرمایه برداشت کند یا نه؟ می فرماید: مخارج بیماری به عهده خود عامل است و از سرمایه نمی تواند برداشت کند.

و همچنین سفری که مالک، اجازه آن سفر را نداده باشد (خواه اینکه مالک، با او شرط عدم سفر کرده باشد و او مخالفت کرده و سفر برود، یا اینکه سفر به شهر مخصوصی را فقط اجازه داده بود ولی او به شهر دیگری مسافرت کند) هزینه آن به عهده خود عامل است، البته معاملاتی که در این سفر انجام داده باطل نخواهد بود و اگر سودی حاصل شده باشد، میان آنها به همان نحوی که در عقد، قرار کرده اند تقسیم می شود (ربع یا ثلث یا نصف) و این استحقاق... یعنی هر چند عامل، مستحق می باشد سهم خود را (از سود).

مقصود از سفر در مورد بحث

و المراد بالسفر... توضیح: مراد از سفر در مقابل حضور در شهر محل اقامت دائم است، بنابراین، مقصود، سفر عرفی است که مردم به آن سفر گویند هر چند کمتر از

مسافت شرعی (چهار فرسخ) باشد، پس در این صورت مخارج سفر را می‌تواند از سرمایه برداشت کند.

چنانکه اگر عامل برای انجام امور مربوط به مضاربه ناچار شد در شهری ده روز قصد اقامت کند، باز هم عرفاً مسافر محسوب شده اگر چه شرعاً مسافر نیست. فقط در دو صورت است که خرج سفر به عهده او می‌شود نه مالک:

۱. اینکه از اسم مسافر بودن خارج شود که عرفاً هم مسافر محسوب نشود، مثلاً تا یک فرسخ بیرون از شهر برود، پس در این صورت، مخارج سفر به عهده خود عامل است تا آن زمانی که باز عرفاً مسافر محسوب شود.

۲. اینکه عامل بیشتر از آن مقداری که تجارت به آن نیاز دارد، سفر برود، مثلاً نیاز او برای تجارت تا دو فرسخ باشد ولی وی سه فرسخ برود، که در این صورت هر چند سفر عرفی صدق می‌کند ولی در عین حال هزینه یک فرسخ زیادی به عهده خود اوست (و همچنین اگر بعد از انجام امور مربوط به مضاربه، به علل مختلف نظیر گردش و تفریح، یا تحصیل و کسب درآمد برای شخص خودش و اموری از این قبیل، به سفر ادامه داد، هزینه آن به عهده خود اوست).

ترجمه و شرح عبارت: **و المراد...** یعنی مقصود از سفر (در اینجا) سفر عرفی است (که مردم آن را سفر گویند اگر چه کمتر از مسافت شرعی باشد) نه سفر شرعی که عبارت از آن سفری است که مشتمل بر مسافت (چهار فرسخ) باشد (که نماز شکسته می‌شود) بنابراین، عامل می‌تواند (از اصل سرمایه) خرج کند اگر چه سفرش کوتاه باشد (یعنی کمتر از مسافت شرعی) و یا اگر چه (سفرش بیش از چهار فرسخ باشد ولی در آنجا قصد اقامت کند و بیش از ده روز در آنجا بماند که) نمازش را تمام بخواند (زیرا در این صورت عرفاً مسافر بر او صدق می‌کند هر چند شرعاً مسافر نیست چون نمازش را تمام می‌خواند).

و هو ضمیر به شرعی برمی‌گردد المسافّة در اصطلاح فقها، مقصود از مسافت، مسافت شرعی است یعنی چهار فرسخ إلاّ أن یخرج... (استثناست از - فینفق - یعنی عامل در سفر عرفی می‌تواند از اصل سرمایه خرج کند) مگر (در دو صورت: اول) اینکه (عرفاً) خارج شود از اسم مسافر (یعنی مردم به آن سفر نگویند مثل اینکه یک فرسخ از شهر بیرون رود) و یا (صورت دوم): اینکه بیشتر از آن مقداری که تجارت به آن نیاز دارد، به سفر ادامه دهد، پس (در صورت اول، نمی‌تواند از اصل سرمایه برداشت کند بلکه) از کیسه خودش باید خرج کند تا وقتی که (عرفاً) وصف مسافر بودن به او صدق کند (یعنی سفرش تا سه فرسخ مثلاً بشود که مردم به آن مسافر گویند).

وإحترز بکمال النفقة عن القدر الزائد عن نفقة الحضر، فقد قيل: إنه لا ينفق فيه سواه، ونبه بأصل المال على أنه لا يشترط حصول ربح كما مر.

وإحترز بکمال النفقة... توضیح: مصنف، نفقه را در عبارات تقیید کرد به کمال و فرمود: تمام نفقه سفر را می‌تواند از اصل سرمایه بردارد، این تقیید، اشاره به این است که هر چه در سفر، خرج می‌کند خواه مقداری را که در شهر خرج می‌کند و خواه مقداری را که بیشتر از مخارج شهر، خرج می‌کند، همه را می‌تواند از اصل سرمایه بردارد.

و این اشاره به ردّ قول بعضی از فقهاست که گفته اند: فقط مخارج اضافی بر مقدار مخارج شهر را می‌تواند از اصل سرمایه برداشت کند و اما مخارجی که به مقدار مخارج شهر می‌باشد، به عهده خود او می‌باشد (زیرا اگر به سفر نمی‌رفت، مخارج شهر به عهده خود او بود، الان نیز که برای تجارت به سفر می‌رود، آن مقدار به عهده خود او خواهد بود) مثلاً اگر مخارج ۵ روزه او در شهر، هزار تومان باشد، و مخارج ۵ روزه او در سفر، هزار و پانصد تومان باشد، مقدار پانصد تومان را می‌تواند از سرمایه برداشت کند و اما مقدار هزار تومان به عهده خود اوست.

ترجمه و شرح عبارت: وإحترز... یعنی مصنف دوری کرد به قید - تمام نفقه سفر - از آن مقداری که اضافه بر نفقه شهر می‌باشد (یعنی اینکه مصنف نفقه را تقیید به - کمال - کرد، خواست اشاره کند به اینکه کسی خیال نکند که مقصود از نفقه در سفر، فقط نفقه اضافی بر نفقه شهر می‌باشد) که بعضی از فقها (چنین خیال کرده‌اند و) گفته‌اند به اینکه عامل نمی‌تواند در سفر (از اصل سرمایه) خرج کند مگر مقدار اضافی بر نفقه شهر را (و اما مقدار نفقه شهر به عهده خود اوست) انه ضمیر به عامل بر می‌گردد فیه یعنی در سفر سواه ضمیر بر می‌گردد به - قدر زاید -

و تَبَّه بأصل المال... توضیح: مصنف فرمود: «نّفقه سفر را از اصل مال می تواند بردارد» با کلمه - اصل مال - اشاره نموده به اینکه در جواز انفاق، لازم نیست که سودی در سفر حاصل شده باشد بلکه اگر سودی هم نکرده باشد، عامل می تواند نفقه سفر را از اصل سرمایه بردارد چنانکه سابقاً نیز آن را بیان نمودیم در آنجا که شارح فرمود: «ولا يعتبر في ثبوتها حصول ربح بل ينفق...» فیه یعنی در جواز انفاق در سفر.

وليشتر نقدا بنقد البلد، بثمان المثل فما دون) فلو اشترى نسيئة أو بغير نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل كان فضوليا، فإن أجازته المالك صح، وإلا بطل، لما في النسيئة من احتمال الضرر بتلف رأس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك، وقد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع وحملا في الأخيرين على المتعارف وما فيه الغبطة، كالوكيل.

وظیفه عامل در خرید اجناس

(وليشتر نقدا... توضیح: در صورت اطلاق عقد، عامل باید به وظایف زیر عمل کند:

۱. اجناس را به صورت نقدی بخرد نه نسیه.
۲. به پول رایج شهر خریداری کند نه پول غیر رایج.
۳. به قیمت واقعی (قیمت عادلانه بازار) یا به ارزانتر از آن خریداری کند نه بیشتر از آن.

بنابراین، اگر به صورت نسیه بخرد، و یا به پول غیر رایج شهر خریداری کند، و یا به بیشتر از قیمت عادلانه بازار بخرد، معامله او فضولی خواهد بود که صحت آن احتیاج به اجازه مالک دارد، پس اگر مالک، آن را اجازه نمود معامله صحیح می شود و اگر اجازه نکرد باطل می گردد.

دلیل بر حکم اول این است که اگر به صورت نسیه خریداری کند، احتمال دارد بر مالک ضرری وارد آید، زیرا ممکن است سرمایه ای که مالک به دست عامل داده تلف گردد و ثمن اجناس خریداری شده را نتواند پرداخت نماید و در نتیجه ثمن آنها به گردن مالک بیفتد و چه بسا مالک هم پول دیگری نداشته تا آن را پرداخت نماید و یا اگر هم پول دیگری داشته باشد اما نمی خواهد آن پول را خرج در تجارت نماید بلکه

تنها غرضش در تجارت به همان پولی بوده که در اختیار عامل قرار داده است که با آن تجارت نماید.

و اما دلیل بر حکم دوم: این است که چون مالک درباره اینکه عامل با نقد رایج شهر خریداری کند، سخنی با عامل نگفته و معامله را از آن نظر مطلق گذاشته لذا اطلاق آن را باید بر آن گونه معامله‌ای که متعارف بین مردم است حمل نمود، و معلوم است که گونه معامله متعارف بین مردم، معامله با نقد رایج شهر است.

و دلیل بر حکم سوم: این است که وقتی مالک درباره اینکه عامل به قیمت واقعی (قیمت عادلانه بازار) خریداری کند، سخنی با عامل نگفته و معامله را از آن نظر مطلق گذاشته، لذا اطلاق آن را باید حمل بر آن گونه معامله‌ای که نفع و مصلحت مالک در آن می‌باشد حمل نمود، و معلوم است که گونه معامله‌ای که به مصلحت مالک است، معامله به قیمت واقعی یا ارزانتر از آن می‌باشد.

همانطوری که وظیفه و کیل نیز نسبت به موکل چنین می‌باشد که اگر موکل، کسی را وکیل کرد برای خریدن جنسی، وظیفه و کیل آن است که نفع و مصلحت موکل را در نظر بگیرد و جنس را به قیمت واقعی یا ارزانتر از آن بخرد.

ترجمه و شرح عبارت: و لیشترو... یعنی باید عامل (اجناس را) نقدی بخرد، آنهم به نقد رایج شهر، و به قیمت واقعی یا ارزانتر از آن باشد، بنابراین، اگر نسیه و یا به غیر نقد رایج شهر، و یا به قیمت گرانتر از قیمت واقعی بخرد، معامله فضولی خواهد بود که اگر مالک، اجازه نمود آن را، صحیح می‌شود، وگرنه باطل خواهد بود (که باید جنس خریده شده را پس دهد و ثمن آن را پس بگیرد).

لما فی النسیة... (دلیل است برای - ولیشترو نقداً -) یعنی زیرا در نسیه خریدن، احتمال حصول ضرر (برای مالک) است به واسطه اینکه (ممکن است) سرمایه تلف شود و در نتیجه ضمان ثمن (اجناسی که نسیه خریداری شده) به گردن مالک خواهد

مانند و او هم چه بسا توانایی پرداخت ثمن را نداشته باشد و یا (اگر هم توانایی پرداخت آن را دارد اما چه بسا) وی غرضی در (تجارت با مال دیگری) غیر از آن سرمایه‌ای که به عامل داده است نداشته باشد (بلکه تنها غرضش در تجارت با همان سرمایه‌ای باشد که به او داده است).

و حملاً... (دلیل است برای - بنقد البلد - و برای - بثن المثل فمادون -) یعنی و برای اینکه حمل می‌کنیم معامله را از نظر رایج و از نظر ثمن واقعی، بر آن گونه معامله‌ای که متعارف بین مردم است و بر آن نحو معامله‌ای که در آن مصلحت باشد (چون غرض از مضاربه همانا سود جستن است پس باید عامل سعی در آن گونه معامله داشته باشد که در آن سود باشد و معلوم است که چنین معامله‌ای منحصر به معامله به قیمت عادلانه یا کمتر از آن می‌باشد و اما به بیشتر از آن موجب حصول سود نمی‌باشد) علی المتعارف... نکته‌ای که در اینجا قابل توجه است اینکه: عبارت شارح بطور لفظ و نشر مرتب است یعنی «حمل علی المتعارف» دلیل برای نقد بلد می‌باشد، و «حمل علی مافیة الغبطة» دلیل برای - ثمن المثل فمادون - می‌باشد.

(ولبيع كذلك) بنقد البلد نقدا (بشمن المثل فما فوقه) لما في النسيئة من التغيرير بمال المالك، وحملا للإطلاق على المتعارف وهو نقد البلد كالوكالة.

وقيل: يجوز بغيره، وبالعرض مع كونه مظنة للربح، لأن الغرض الأقصى منها ذلك، بخلاف الوكالة. وفيه قوة.

وظيفة عامل در فروش اجناس

(و لبيع كذلك)... توضيح: در صورت اطلاق عقد مضاربه، بايد عامل در فروش اجناس به وظائف زير عمل کند:

۱. اينکه نقدي بفروشد نه نسيه.

۲. اينکه به نقد رايج شهر بفروشد نه غير آن.

۳. اينکه به قيمت واقعي (قيمت عادلّه بازار) ويا بيشتراز آن بفروشد، نه کمتر.

دليل حکم اول: اين است که اگر نسيه بفروشد احتمال آن است که مال مالک، از بين برود (يعنی مشتری آن را ببرد و پول آن را نياورد) پس عامل نبايد کاری کند که مال مالک، در معرض تلف قرار گرفته و احتمالاً به ضرر او تمام شود.

دليل حکم دوم: اين است که چون فرض آن است که مالک، درباره اينکه عامل به چه نحو مال را بفروشد، سخنی نگفته است و آن را مطلق واگذاشته است فلذا اطلاق آن را بايد حمل بر متعارف بين مردم نمود، و متعارف بين مردم آن است که مال را به نقد رايج شهر می فروشند، چنانکه در وکالت نیز حکم چنین است يعنی کسی که وکیل باشد در فروختن جنسی بايد آن را به نقد رايج بفروشد، و مضاربه هم در معنای وکالت است چون عامل گویا از طرف مالک، وکیل برای خرید و فروش اجناس می باشد.

(و اما دلیل حکم سوم را شارح بیان نکرده است، به جهت اینکه دلیل آن، از دلیلی که برای خرید به قیمت واقعی ذکر گردید معلوم می شود، و آن اینکه اطلاق عقد را باید حمل کرد بر آن نحوه معامله ای که برای مالک، سود داشته باشد، و معلوم باشد و معلوم است که چنین معامله، منحصر است به فروش به قیمت واقعی یا بیشتر از آن).

ولی در مورد حکم دوم (یعنی فروختن به نقد رایج) قول دیگری هست و آن اینکه عامل می تواند اجناس را به غیر نقد رایج و یا به کالای دیگری بفروشد، یعنی لازم نیست که عامل حتماً در مقابل کالایی که می فروشد، پول نقد رایج دریافت کند بلکه می تواند در مقابل آن، پول نقد غیر رایج و یا کالایی دیگر بگیرد در صورتی که گمان حصول ربح در آن بوده باشد.

و دلیل این قول آن است که اینجا با وکالت فرق دارد چون غرض نهایی در مضاربه آن است که سعی شود برای سود جستن، و طبق فرض وقتی که در گرفتن نقد غیر رایج و یا کالای دیگر، سودی بوده باشد پس فروختن به نقد غیر رایج و یا به کالای دیگر اشکال نخواهد داشت، اما در وکالت چنین نیست، یعنی غرض نهایی در آن به دست آوردن سود نیست لذا در آنجا باید اطلاق عقد، حمل بر معامله متعارف بین مردم شود.

شارح این قول را اختیار می کند.

ترجمه و شرح عبارت: **ولیع...** یعنی و باید عامل بفروشد به آن نحوی که در خرید گفته شد - یعنی به نقد رایج شهر، نقدی - آنها هم به قیمت واقعی یا بیشتر از آن (نه کمتر) زیرا در نسبه فروختن، مال مالک در معرض تلف قرار می گیرد (این علت است برای - نقدی فروختن -) و برای اینکه حمل می کنیم اطلاق عقد را بر معامله متعارف بین مردم - و آن فروختن به نقد رایج شهر می باشد - چنانکه در وکالت نیز حکم چنین

است (یعنی اطلاق عقد وکالت نیز باید حمل بر متعارف بین مردم شود) و حملاً... علت است برای فروش به نقد البلد کالوکالة این تشبیه مربوط است به حمل اطلاق بر متعارف.

و قیل... یعنی بعضی گفته‌اند که جایز است عامل بفروشد به غیر نقد بلد (یعنی نقد غیر رایج در شهر) و نیز (جایز است بفروشد) به کالا، در صورتی که هر یک از آنها محل گمان سود باشد (و دلیل جواز فروش به آنها این است که) چون غرض نهایی از مضاربه، تحصیل سود است (پس هرگونه معامله‌ای که موجب تحصیل سود باشد، عامل می‌تواند انجام دهد) برخلاف وکالت (که چون غرض نهایی در آن تحصیل سود نیست لذا باید اطلاق عقد وکالت، حمل بر معامله متعارف بشود و بالعرض عرض به فتح عین و سکون راء (و به فتح راء نیز آمده است) یعنی کالا و متاع، و جمع آن عروض است و فیه قوّة این نظر شارح است که قول قیل را تقویت می‌کند.

ولو أذن المالك في شيء من ذلك خصوصا، أو عموماً "تصرف برأيك"، أو "كيف شئت" جاز بالعرض قطعا، أو النقد وضمن المثل فلا يخالفهما إلا مع التصريح. نعم يستثنى من ضمن المثل نقصان يتسامح به عادة.

ولو أذن المالك... توضیح: تمام آنچه گفته شد در صورتی است که مالک نسبت به امور مذکوره (نسیه فروختن، به غیر نقد رایج، به کمتر از قیمت واقعی) هیچ اذنی نداده باشد بلکه در وقت عقد مضاربه از آن امور ساکت بوده و آن را مطلق و گذاشته باشد.

اما اگر اذن داده باشد نسبت به بعضی از آن امور، خواه اذن خصوصی یا اذن عمومی (اذن خصوصی مثل اینکه بگوید: مال را که می‌فروشی، اختیار داری که به پول رایج بفروشی یا به کالا بفروشی، و اذن عمومی مثل اینکه بگوید: آنچه رأی تو هست چنان کن، و یا بگوید: هر نحوی که مصلحت بدانی خرید و فروش بکن) در این صورت:

نسبت به فروش در مقابل کالا، قطعاً جایز است که عامل چنین کاری بکند یعنی اجناسی را در مقابل کالا بفروشد.

و اما نسبت به نسیه و یا کمتر از قیمت واقعی، فقط در صورت اذن خاصی می‌تواند عامل چنین کند (یعنی اگر مالک گفته باشد: مال را که می‌فروشی، اختیار داری که به نسیه بفروشی یا به کمتر از قیمت واقعی بفروشی) و اما با اذن عام، آن کار را نمی‌تواند انجام بدهد مگر اینکه کمتر از قیمت واقعی، به مقداری باشد که در عرف، مردم از آن گذشت می‌کنند، در این صورت با اذن عام، می‌تواند عامل به آن مقدار، کمتر از قیمت واقعی بفروشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو أذن...** یعنی (آنچه گفته شد در صورتی بود که مالک، عقد مضاربه را مطلق و گذاشته باشد و هیچ گونه اذنی در مورد امور مذکوره نداده

باشد) و اما اگر مالک، اذن بدهد درباره یکی از امور مذکوره، اذن خاص یا اذن عام (مثال اذن خاص، روشن است و اما مثال اذن عام:) مثل (اینکه مالک به عامل بگوید:) تصرف کن به هر جوری که رأی تو باشد، و یا (بگوید: تصرف کن) هر جوری که بخواهی، در این صورت قطعاً جایز است فروختن به کالا (یعنی در مقابل جنسی که می‌فروشد، کالا بگیرد) و اما در مورد نقدی فروختن و به قیمت واقعی فروختن، نمی‌تواند عامل برخلاف آن عمل کند مگر در صورت اذن صریح به آنها (یعنی اذن خاص بدهد به اینکه نسیه بتواند بفروشد و یا به کمتر از قیمت واقعی بفروشد، و اما در صورت اذن عام نمی‌تواند نسیه بفروشد یا به کمتر از قیمت واقعی بفروشد) آری استثناً می‌شود از قیمت واقعی، آن مقدار کمتری که عرفاً گذشت می‌کنند از آن (یعنی در صورت اذن عام، عامل، فقط در یک جا می‌تواند کمتر از قیمت واقعی بفروشد و آن جایی است که آن مقدار کمتر، قابل گذشت باشد در عرف) یتسامح این کلمه صفت است برای نقصان.

(ولیشتر بعین المال)، لا بالذمة (الإمع الإذن في الذمة) ولو بالإجازة.

(ولیشتر بعین... توضیح: در صورت اطلاق عقد مضاربه، عامل باید به عین مال، کالا را بخرد، و خریدن در ذمه جایز نیست، و به تعبیر دیگر باید پول کالای خریداری شده، پولی مشخص از سرمایه باشد که آن را بدهد و کالا را بخرد، نه اینکه به صورت کلی در ذمه باشد که ثمن را کلی در ذمه قرار دهد سپس پولی از سرمایه را مشخص کرده و آن کلی را بپردازد.

و فرق بین نسبه (که در بالا گذشت) با کلی در ذمه (که در اینجا مورد بحث است) این است که در نسبه، مدت تعیین می شود (مثلاً یک ماه) ولی کلی در ذمه چه بسا بدون مدت بوده و ثمن در جیب او موجود باشد که بلافاصله بعد از انجام معامله، ثمن را از جیب در آورده و بپردازد (و به اصطلاح کلی در ذمه منافات با حال بودن معامله ندارد).

و دلیل حکم مزبور را شارح ذکر نکرده است ولی در کتاب «مسالك» چنین ذکر نموده که:

۱. اینکه احتمال دارد ضرر بر مالک وارد آید، زیرا ممکن است سرمایه تلف گردد، و ثمن کالایی که به ذمه خریداری شده، به ذمه مالک بیفتد و او هم نتواند بپردازد و یا نمی خواهد از پول دیگری بپردازد چنانکه در دلیل خریدن نقدی گذشت.

۲. اینکه مقصود از عقد مضاربه آن است که سودی که از مال المضاربه حاصل می شود میان آنها تقسیم شود و این منحصر است به صورتی که خود عین مال را بدهد و کالا در مقابل آن بگیرد، زیرا کالایی که به صورت کلی در ذمه خریداری شود، سود حاصل از آن را نمی توان به مال المضاربه متعلق دانست بلکه این سود، سود کلی در ذمه است.

آنچه گفته شد در صورتی بود که مالک، اذن نداده باشد بلکه در وقت عقد مضاربه از خریدن در ذمه ساکت باشد و مطلق واگذاشته باشد، اما اگر اذن به خریدن در ذمه داده باشد (خواه قبل از خریدن عامل باشد یعنی در وقت عقد مضاربه، آن اذن را بدهد، و خواه بعد از خریدن عامل باشد که به آن در اصطلاح «اجازه» گویند) در این صورت خریدن به ذمه صحیح خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: و لیشتو... یعنی باید عامل، به عین مال المضاربه، جنسی را بخرد (یعنی پولی از سرمایه را مشخص کند و به بایع بگوید که با این پول، آن جنس را از تومی خرم) نه اینکه در ذمه بخرد (ذمه مالک یا ذمه خود عامل یا ذمه مطلق که تصریح به ذمه هیچ کدام نکند به تفصیلی که در عبارت شارح خواهد آمد) بالذمه در این کلمه - بآء - به معنای - فی - می باشد یعنی فی الذمه، وجهت اینکه شارح به جای - فی - بآء آورده است آن است که هم شکل گردد با عبارت مصنف - بعین - و گویا عامل، ذمه را همانند عین مال، عوض کالای خریداری شده قرار می دهد.

إلّا مع الإذن... یعنی مگر در صورتی که مالک، اذن دهد به خریدن در ذمه، هر چند به طور اجازه بعدی باشد (که در ابتداء مالک به او اذن نداده باشد ولی بعد از آنکه عامل، به ذمه خرید، مالک آن را اجازه دهد که در این صورت نیز معامله مزبور صحیح می گردد) الإجازة در اصطلاح، فرق بین اذن و اجازه آن است که اذن عبارت است از رضایت دادن قبل از عقد و اما اجازه عبارت است از رضایت دادن بعد از وقوع عقد.

فإن اشترى فيها بدونه ولم يذكر المالك لفظاً ولا نية وقع له، ولو ذكره لفظاً فهو فضولي، ونية خاصة فهو للعامل ظاهراً، وموقوفاً باطناً، فيجب التخلص من حق البائع.

فإن اشترى... توضیح: در صورتی که عامل بدون اذن مالک، در ذمه خریداری کند، چهار صورت دارد:

۱. اینکه به ذمه خودش خریداری کند، هم لفظاً و هم قصداً یعنی هم لفظاً بگوید به ذمه خودم و هم قصدش آن باشد که به ذمه خودش باشد، در این صورت شکی نیست که آن معامله، برای او واقع می شود در ظاهر و در باطن و سودش هم مال او خواهد بود هر چند ثمن کالای خریداری شده را از مال المضاربه پرداخت نماید، منتها بعداً باید آنچه را از سرمایه برداشته است، از پول خودش جبران نماید. این صورت را شارح ذکر نکرده است.

۲. اینکه ذمه را مطلق ذکر نماید و تصریح نکند به ذمه مالک نه لفظاً و نه قصداً یعنی نه لفظاً بگوید به ذمه مالک و نه قصد کند که به ذمه مالک باشد، در این صورت نیز، معامله برای خود عامل واقع می شود ظاهراً و باطناً و ثمن کالای خریداری شده را باید از مال خودش بپردازد و سود آن برای او خواهد بود.

۳. اینکه به ذمه مالک خریداری کند لفظاً و قصداً، در این صورت معامله فضولی خواهد بود و موقوف به اجازه مالک است که اگر اجازه نداد آن را، معامله باطل می شود و باید آنچه را خریداری کرده به بائع پس بدهد و اگر اجازه داد صحیح می شود و معامله برای او واقع می گردد.

البته در صورت اجازه مالک، این بحث مطرح است که آیا عامل در سودی که حاصل می شود، سهمی خواهد داشت بر طبق قراری که در عقد مضاربه کرده اند، یا اینکه سهمی نخواهد داشت و تمام سود از آن مالک خواهد بود؟ فقها در آن دو احتمال داده اند.

۴. اینکه به ذمه مالک خریداری کند قصداً و اما لفظاً مطلق بگذارد یعنی قصدش این باشد که آن را به ذمه مالک می‌خرد و اما در لفظ، چیزی ذکر نکنند، در این صورت بر حسب ظاهر معامله برای عامل واقع می‌شود و به حسب واقع موقوف به اجازه مالک است که اگر مالک، اجازه داد، معامله برای مالک واقع می‌شود و اگر اجازه نداد معامله در واقع نیز برای عامل واقع می‌شود.

بنابراین، به حسب ظاهر، عامل وظیفه‌اش آن است که حق بایع را بدهد، یعنی ثمن را از پول خود به او بپردازد (و نباید منتظر اجازه مالک یا عدم اجازه او بشود بلکه بلافاصله بعد از معامله باید ثمن را به بایع بپردازد) و بعداً اگر مالک، آن معامله را اجازه کرد، ثمنی را که به بایع داده می‌تواند از مالک بگیرد و اگر اجازه نکرد، معامله در واقع نیز برای عامل واقع می‌گردد و جنس خریداری شده مال او می‌شود و سود حاصل از آن نیز مال او خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **فإن إشتري...** یعنی پس (وقتی که بدون اذن مالک، خریدن در ذمه جایز نبود) اگر چنانچه عامل بخرد در ذمه بدون اذن مالک، و (در وقت خریدن) اسم مالک را نبرده بود نه در لفظ و در قصدش، این خریدن برای خود عامل واقع می‌شود (و باید خود او از مال خودش، ثمن را به بایع بپردازد و جنس خریداری شده هم مال او خواهد بود) و اما اگر (در وقت خریدن) اسم مالک را لفظاً (و قصداً) ذکر کرده بود، این خریدن فضولی خواهد بود (چون فرض آن است که خریدن در ذمه بدون اذن مالک بوده) و اگر (در وقت خریدن اسم مالک را) در نیت و قصدش فقط ذکر نماید (نه در لفظ) این خریدن، در ظاهر برای عامل واقع می‌شود و اما در باطن موقوف (بر اجازه مالک) خواهد بود، پس (بر عامل) واجب است از حق بایع، خلاصی یابد (و به حسب ظاهر، ثمن را از مال خودش به او بپردازد سپس اگر مالک اجازه داد، عامل می‌تواند آنچه را به بایع پرداخته است از او بگیرد).

ولم يذكر المالك... این همان صورتی است که ما در ذیل شماره ۲ توضیح دادیم
وقع له جواب است برای - ان اشتری - و ضمیر مقدر فاعلی در - وقع - برمی گردد به
«سراء» که از کلمه - اشتری - استفاده می شود ولو ذکره... این همان صورتی است که
ما در ذیل شماره ۳ توضیح دادیم و نية... عطف است بر - لفظاً - و این همان صورتی
است که ما در ذیل شماره ۴ توضیح دادیم.

(ولو تجاوز ما حد له المالك) من الزمان والمكان والصنف (ضمن، والربح على الشرط) كما مر، أما لو تجاوز بالعين، والمثل والنقد وقف على الإجازة، فإن لم يجز بطل.

حکم مخالفت عامل از وظایف خود

(ولو تجاوز... توضیح: چنانکه سابقاً گفتیم مالک می تواند در عقد مضاربه شرط کند که عامل در چه زمانی و تا چه زمانی تجارت کند و یا در چه مکانی و چه قسم تجارتی را انجام دهد، تمامی این شروط، شروطی جایز بوده و با پذیرفتن عامل هنگام عقد مضاربه، بر او واجب است به این شروط عمل نماید.

اکنون سخن اینجاست که اگر عامل هنگام عقد مضاربه، این شروط را پذیرفت اما در هنگام عمل، آنها را انجام نداد، حکم چیست؟

می فرماید: اگر بر اثر معاملات که عامل بدون توجه به شروط پذیرفته شده انجام داده، تمام سرمایه یا قسمتی از آن تلف شود ضامن بوده و نیز اگر خسارتی هم به سرمایه وارد شود ضامن خسارت نیز می باشد.

ولی سود حاصل از معاملات انجام شده، میان آنها به نحوی که در عقد مضاربه قرار کرده اند (ثلث یا ربع مثلاً) تقسیم می گردد.

آنچه گفته شد مربوط به مخالفت عامل بود نسبت به شروطی که مالک در عقد مضاربه می کند، و اما مخالفت عامل نسبت به وظایفی که مقتضای اطلاق عقد مضاربه می باشد مثلاً فروختن به عین مال، و خرید و فروش به قیمت واقعی، و خرید و فروشی نقدی، پس اگر عامل - که وظیفه اش فروختن به عین مال است - به این وظیفه عمل نکرده و در ذمه بفروشد و یا اگر بر خلاف وظیفه اش جنسی را به بیشتر از قیمت واقعی بخرد و یا اگر بر خلاف وظیفه، جنسی را به کمتر از قیمت واقعی بفروشد و یا اگر

بر خلاف وظیفه، خرید و فروش بطور نسیه و یا به غیر نقد رایج شهر انجام دهد، حکم چیست؟

می‌فرماید: حکم در تمام آن صورتها این است که معامله فضولی خواهد بود و موقوف به اجازه مالک می‌باشد که اگر مالک اجازه نداد معامله اش باطل می‌شود.
ترجمه و شرح عبارت: **ولو تجاوز...** یعنی اگر عامل (مخالفت کرده و) تجاوز نماید از آنچه که مالک برای او معین نموده: از زمان تجارت، و مکان آن، و صنف (یا نوع) آن، ضامن می‌شود (اگر سرمایه، تلف گردد و یا خسارتی بر آن وارد شود) ولی سود حاصل، بر طبق قرار (ی که در عقد مضاربه کرده اند) تقسیم می‌شود **کما مر** یعنی چنانکه این حکم گذشت (در ذیل عبارت مصنف «و یقتصر العامل من التصرف علی ما أذن المالك له»).

أما لو تجاوز... یعنی ولی در جایی که عامل، تجاوز کند عین مال را (یعنی به عین مال نخرد بلکه در ذمه بخرد) و یا تجاوز کند مثل را (یعنی به بیشتر از ثمن المثل - قیمت واقعی - بخرد و یا به کمتر از آن بفروشد) و یا تجاوز کند نقد را (اعم از نقدی بودن معامله، و یا نقد بلد، یعنی عامل نسیه خرید و فروش کند و یا به غیر نقد بلد خرید و فروش کند) صحت معامله موقوف بر اجازه مالک خواهد بود که اگر مالک اجازه نکند باطل می‌گردد.

(وإنما تجوز) المضاربة (بالدراهم والدنانير) إجماعاً، وليس ثمة علة مقنعة غيره فلا تصح بالعروض ولا الفلوس ولا الدين وغيرها، ولا فرق بين المعين والمشاع.

شرایط سرمایه

(وإنما تجوز)... مصنف در اینجا دو شرط برای سرمایه ذکر نموده که اگر این دو شرط در آن نباشد، مضاربه باطل است:

۱. اینکه باید سرمایه پول نقره یا پول طلا (و به تعبیر دیگر: طلا و نقره سکه دار) باشد، شارح می‌فرماید: دلیل قانع کننده بر این شرط، اجماع فقهاست، هر چند بعضی از فقها دلیل‌های دیگری بر اشتراط آن ذکر نموده‌اند ولی آنها قانع کننده نیستند و نمی‌توان برای اثبات شرط مزبور، به آن دلیل‌ها اعتماد نمود.

به هر حال، طبق آن شرط هرگاه سرمایه، کالاها و متاعها باشد (یعنی مالک، به عامل مقداری کالا و متاع بدهد و بگوید با آن تجارت کن) مضاربه باطل است، به این معنی که اگر عامل با آن کالاها تجارت کند، تمام سود حاصل، مال مالک خواهد بود و عامل به جهت زحمتی که کشیده، استحقاق اجرة المثل دارد.

و نیز اگر سرمایه، پول سیاه باشد یعنی سکه‌ای که از مس می‌سازند، مضاربه باطل است.

و همچنین اگر سرمایه، طلا و نقره بی سکه باشد که پول نیست، مضاربه باطل است.

۲. اینکه باید آن پول، عین موجود در خارج باشد (به طوری که بتوان به آن اشاره کرد و گفت: «این پول») و دین نباشد، بنابراین اگر دین باشد، یعنی مثلاً زید پولی از عمر و طلب داشته باشد و پیش از آنکه آن پول را از او بگیرد، به او بگوید آن پول پیش

تو باشد و با آن به مضاربه، تجارت کن، این مضاربه باطل است بلکه باید پول را از او بگیرد و بعد از آن اگر بخواهد به او بدهد که به مضاربه کار کند.

و همچنین اگر زید، طلبی که از عمرو دارد، احمد را حواله به عمرو کند که احمد از او بگیرد و به مضاربه کار کند، این مضاربه باطل است بلکه باید بعد از آنکه احمد، پول را از عمرو گرفت، زید سیغه مضاربه را با احمد بخواند.

و همچنین اگر زید، پولی به عمرو بدهد و بگوید این پول تا دو ماه مثلاً پیش تو قرض باشد و بعد از آن پیش تو باشد که به مضاربه کار کنی، این مضاربه باطل است.

ترجمه و شرح عبارت: و إنما... یعنی مضاربه تنها با درهم (پولهای نقره) و دنانیر (پولهای طلا) صحیح است (آنهم باید عین باشد نه دین) و این شرط، دلیلش اجماع فقهاست، و در اینجا دلیلی قانع کننده غیر از اجماع نداریم فلا یصح... یعنی صحیح نیست مضاربه به کالاها و نه به پولهای سیاه مسی و نه به دین (که در ذیل شرط شماره ۲ آن را توضیح دادیم) و نه به غیر اینها (مثل طلا و نقره بی سکه) بالعروض جمع عرض (به فتح عین و سکون راء و نیز به فتح راء آمده است) یعنی کالا الفلوس جمع فلس - به فتح فاء و سکون لام -.

ولا فرق بین... توضیح: در صورتی که سرمایه، درهم و دینار بود، فرقی نیست بین اینکه آنها معین بوده باشند یا مشاع، پس سرمایه اگر مشاع باشد، عقد مضاربه با آن صحیح است، مثل اینکه زید و عمرو بطور مشاع در مقداری از پول طلا، شریک باشند (مثلاً یک سوم، سهم زید باشد و دو سوم سهم عمرو، و یا مثلاً نصف آن سهم زید و نصف دیگرش سهم عمرو باشد) در این صورت یکی از آنها می تواند درباره سهم مشاع خود با شخصی دیگر، عقد مضاربه بخواند، اگر چه هنوز آن سهم را از سهم شریکش جدا نکرده باشد.

(وتلزم الحصة بالشرط)، دون الأجرة، لأنها معاملة صحيحة فيلزم مقتضاها وهو ما شرط للعامل من الحصة. وفي قول نادر أن اللازم أجرة المثل، وأن المعاملة فاسدة، لجهالة العوض والنصوص الصحيحة على صحتها، بل إجماع المسلمين يدفعه.

(و تلزم الحصة... توضيح مشهورين فقها آن است که عامل به واسطه قراردادی که در عقد مضاربه شده است، سهم معینی از سود (یک سوم یا نصف مثلاً) را در مقابل عملش مستحق می‌گردد، نه اینکه مستحق اجرة المثل گردد.

دلیل آن این است که: مضاربه، عقدی است صحیح و شرعی، و معنای صحیح بودن آن اینست که باید به مقتضای آن، عمل گردد، و مقتضای آن طبق قراردادی که در ضمن آن شده است، اینست که حصه‌ی معینی از سود به عامل داده شود.

ولی بعضی از فقها گفته‌اند: عامل بعد از انجام عمل، مستحق اجرة المثل می‌گردد نه سهم معین از سود که در عقد مضاربه، قرارداد کرده‌اند بلکه تمام سود، مال مالک خواهد بود.

دلیل این قول آن است که اصلاً مضاربه، عقد شرعی نمی‌باشد و شارع مقدس آن را امضا نکرده است، زیرا سهمی که در آن برای عامل تعیین می‌شود، مقدارش مجهول است به جهت اینکه در ابتدای عقد، معلوم نیست که چه مقدار سود حاصل می‌شود تا معلوم شود که یک سوم آن مثلاً - که برای عامل تعیین شده - چقدر می‌شود پس عوض (یعنی آن سهمی که برای عامل در مقابل عملش داده می‌شود) در این معامله، مجهول است، و هر معامله‌ای که مشتمل بر جهالت باشد، معامله غرری است که در روایت بطور کلی، نهی شده از معامله غرری («نهی النبی ﷺ عن الغرر») و در نتیجه وقتی که مضاربه، عقد باطل بود، و از طرف دیگر، عامل هم عملش محترم است پس باید در مقابل عمل او، اجرة المثل داده شود.

شارح در جواب این قول می‌فرماید که: اولاً روایات صحیح داریم بر اینکه مضاربه، از عقود صحیحه می‌باشد.

وثانیاً: اجماع مسلمین (شیعه و سنی) بر صحت آن می‌باشد. بنابراین، گوئیم که به حکم روایات مزبور، مضاربه از عموم نهی از غرر، خارج می‌شود چنانکه عقد مزارعه و عقد مساقاة (که بحث از آن بعداً در کتابهای بعدی خواهد آمد) نیز به حکم روایات، از عقود صحیح شرعی می‌باشند با اینکه در آنها نیز عوض، مجهول است.

ترجمه و شرح عبارت: و تلزم... یعنی سهم معینی از سود (که برای عامل در مضاربه، شرط و قرارداد می‌شود) به واسطه شرط کردن، لازم می‌گردد (که به عامل داده شود) نه اینکه اجرت (برای عملش) لازم گردد، زیرا مضاربه، معامله‌ای است صحیح (و شرعی) پس لازم می‌گردد (عمل به) مقتضای آن، و آن همان حصه‌ای است که برای عامل (در عقد مضاربه) قرارداد شده است.

و (در مقابل قول مشهور) قول نادری است به اینکه آنچه که لازم می‌گردد (به عامل داده شود) اجرة المثل عملش می‌باشد (نه حصه‌ای از سود).

وإن المعاملة... (این جمله در واقع، علت است برای قول مزبور) یعنی مضاربه، عقدی است باطل (و غیر شرعی) به جهت اینکه عوض (یعنی آنچه که در مقابل عمل عامل به او داده می‌شود) مقدارش معلوم نیست (و هر معامله‌ای که مشتمل بر جهالت باشد، معامله غرری است، و معامله غرری شرعاً باطل است).

والنصوص... (جواب شارح است از قول مزبور، و کلمه - النصوص - مبتدا است برای - یدفعه -) یعنی روایات صحیحی که بر صحت مضاربه وارد شده - بلکه اجماع مسلمانان بر صحت آن - دفع می‌کند قول مزبور را (بلکه از برخی روایات، استحباب مضاربه استفاده می‌شود که برای نمونه به یک حدیث اشاره می‌شود:

«... عن محمد بن عذافر عن أبيه، قال: أعطى أبو عبد الله عليه السلام أبي ألفاً وسبع مائة دينار، فقال له: إتجر بها لي، ثم قال: أما إنه ليس لي رغبة في ربحها وإن كان الربح مرغوباً فيه ولكنني أحببت أن يراني الله تعالى متعرضاً لفوائده، قال: فربحت له فيه مائة دينار، ثم لقيته، فقلت له: قد ربحت لك فيه مائة دينار، قال: ففرح أبو عبد الله عليه السلام بذلك فرحاً شديداً، ثم قال: أثبتها لي في رأس مالي، قال: فمات أبي والمال عنده، فأرسل إليّ أبو عبد الله وكتب: عافانا الله وإياك، ان لي عند أبي محمد ألفاً وثمان مائة دينار أعطيتُهُ يتجر بها، فادفعها الي عمر بن يزيد، قال: فنظرت في كتاب أبي، فإذا فيه: لابي موسى عندي الف وسبع مائة دينار وأتجر له فيها مائة دينار، وعبد الله بن سنان وعمر بن يزيد يعرفانه»^۱

یعنی محمد بن عذافر گوید: امام صادق عليه السلام به پدرم (عذافر که کنیه اش ابو محمد است) هزار و هفتصد دینار داد و فرمودند: با این مال برای من تجارت کن، سپس (اضافه کردند و) فرمودند: آگاه باش من تمایل و رغبتی در سود این مال ندارم (یعنی آن کار من، به طمع سود بردن نیست) - اگر چه سود، امری است که بدان رغبت می شود (یعنی سود، امری است که همه کس به آن رغبت دارد) - ولی من دوست دارم که خداوند ببیند مرا که خود را در معرض به دست آوردن فوائد او (یعنی رزق و روزی او) قرار داده ام (این فرمایش ترغیب می کند مردم را به امور تجارت و کسب مال حلال).

پدرم گفت: من (با آن مال، تجارت کردم و) در آن، صد دینار سود نمودم، سپس خدمت آن حضرت رسیدم و به ایشان عرض کردم: برای شما در آن مال، صد دینار سود کرده ام، حضرت از شنیدن این سخن بسیار خوشحال شده و

^۱ وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۶، ح ۱.

فرمودند: این صد دینار را در سرمایه من ثبت نما (یعنی آن را اضافه بر سرمایه کن).

محمد بن عذافر گوید: پدرم (عذافر) مُرد و این مال در نزد وی بود، پس از مدتی امام صادق علیه السلام به توسط کسی نامه‌ای برایم فرستاد که در آن چنین نوشته بود: «خداوند ما و شما را عافیت دهد، من نزد ابومحمد (پدر تو) هزار و هشتصد دینار دارم که داده بودم با آن تجارت کند، این مال را به عمر بن یزید پرداز» پس من رجوع به دفتر پدرم کردم دیدم در آنجا نوشته است که: «برای ابوموسی^۱ نزد من هزار و هفتصد دینار بوده و با آن تجارت شد و صد دینار سود به دست آمد، و عبدالله بن سنان و عمر بن یزید، او را - یعنی ابوموسی را - می‌شناسند»^۲.

^۱ یعنی امام صادق علیه السلام، به اعتبار اینکه یکی از فرزندان وی حضرت موسی بن جعفر علیه السلام است، علامه مجلسی در کتاب «مرآة العقول» فرموده که شاید تعبیر به ابوموسی، از باب تقیه بوده.

^۲ ناگفته نماند که اینکه ضمیر - یعرفانه - در روایت را به ابوموسی برگردانیم، مطابق با گفته علامه مجلسی است در «مرآة العقول» و احتمال دارد که ضمیر برگردد به کاری که عذافر کرده است یعنی از این تجارت و سودی که برده‌ام آن دو نفر نیز آگاهند.

(والعامل أمين لا يضمن إلا بتعد، أو تفریط) ومعهما يبقى العقد ويستحق ما شرط له وإن ضمن المال.

عامل أمين است

(والعامل أمين... توضیح: عامل نسبت به سرمایه، امین محسوب می‌شود پس طبق قاعده معروف فقهی که «امین ضامن نیست» عامل هم در صورتی که خسارتی به سرمایه وارد شود ضامن نخواهد بود مگر در دو صورت:

۱. اینکه تعدی به سرمایه کند مثل اینکه از حدودی که مالک برای عامل مشخص نموده (از نظر زمان و مکان و نوع تجارت) تجاوز کند و برخلاف آن عمل کند چنانکه سابقاً در عبارت مصنف گذشت، و یا مثل اینکه عامل بدون اجازه مالک، سرمایه را با مال خود یا مال دیگری که در دست دارد ممزوج نماید و در اثر ممزوج نمودن، خسارتی به آن وارد گردد.

۲. اینکه در نگهداری از سرمایه، سهل‌انگاری کند و در اثر آن، بعضی از سرمایه دزدیده شود.

در این دو صورت، اگر مال تلف شود، ضامن خواهد بود ولی مضاربه به حال خود باقی است پس سودی که از آن حاصل می‌شود، بر همان نحوی که در عقد، قرارداد کرده‌اند میان آنها تقسیم می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: و العامل... یعنی عامل، امین محسوب است (پس) ضامن نخواهد بود (اگر چیزی از سرمایه تلف شد) مگر اینکه تعدی کند (یعنی کاری که نمی‌بایست انجام دهد، در سرمایه انجام بدهد) و یا تفریط کند (یعنی کاری که می‌بایست انجام دهد، انجام ندهد، مثلاً کوتاهی در نگهداری آن کند) ولی با تعدی و

تفریط، عقد مضاربه به حال خود باقی است (وباطل نمی‌شود) و (در نتیجه) عامل (در مقابل عملی که در تجارت انجام داده) مستحق می‌شود آن سهمی از سود را که در عقد مضاربه، شرط و قرارداد شده است، اگرچه ضامن است مالی را که (در اثر تعدی و یا تفریط) تلف گردیده.

(ولو فسخ المالك للعامل أجرة مثله إلى ذلك الوقت) الذي فسخ فيه (إن لم يكن) ظهر (ربح)، وإلا فله حصته من الربح.

وربما أشكل الحكم بالأجرة على تقدير عدم الربح بأن مقتضى العقد استحقاق الحصة إن حصلت لا غيرها، وتسلط المالك على الفسخ من مقتضياتها فالعامل قادم على ذلك فلا شيء له سوى ما عين.

فسخ یا انفساخ مضاربه

(ولو فسخ المالك... توضیح: در مباحث گذشته دانسته شد که مضاربه یکی از عقود جایز بوده و هر یک از طرفین می توانند آن را فسخ کنند.

اکنون بحث پیرامون مسائلی است متعلق به فسخ یا انفساخ مضاربه، گوئیم: فسخ مضاربه گاه ممکن است از سوی یکی از طرفین - مالک یا عامل - صورت گیرد، و گاه بر اثر مرگ یکی از آن دو یا جنون آنها یا تلف تمامی سرمایه و... انفساخ پدید آمده و مضاربه باطل می شود، از این رو باید بحث شود در اینکه عامل استحقاق اخذ اجرة المثل دارد یا نه؟

صورت های مختلف مسأله فسخ

صورت اول

اگر بعد از تمام شدن عملیات تجاری عامل و یا در اثنای آن، و تبدیل شدن اجناس به پول نقد، مضاربه از سوی مالک فسخ شود، در این صورت دو فرض می باشد: زیرا یا این عملیات، عامل موجب پدید آمدن سود شده و یا نه.

در فرض اول: عامل سهم معین خود را از سود می برد.

و در فرض دوم: استحقاق اجرة المثل عملیات تا آن زمانی که فسخ شد را دارد و باید مالک، آن اجرت را به عامل بپردازد، زیرا عمل او محترم است و به اذن مالک، صادر شده است، و مجانی نبوده بلکه در مقابل سهم معین از سود بوده و چون فرض آن است که قبل از پدید آمدن سود، مالک آن را فسخ کرده و در نتیجه سهم عامل از بین رفته است لذا باید در مقابل کاری که کرده، اجرت داده شود.

ولی بعضی از فقها در فرض دوم - فرض عدم حصول سود - گفته‌اند که: استحقاق اجرت ندارد، زیرا مقتضای عقد مضاربه آن است که عامل در صورت حصول سود، سهم معینی از آن را استحقاق داشته و غیر از آن، استحقاق هیچ چیز دیگری ندارد، و از طرف دیگر چون مضاربه عقد جائز است، مالک هر زمان بخواهد می‌تواند آن را فسخ کند، بنابراین، عامل وقتی که می‌داند مضاربه چنین اقتضایی را دارد که مالک، هر زمان تسلط بر فسخ دارد - و چه بسا قبل از حصول ربح، آن را فسخ کند - و با این حال اقدام به مضاربه نموده پس خود وی اقدام کرده بر اینکه اگر سودی حاصل نشد، استحقاق چیزی نداشته باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو فسخ... یعنی اگر مالک، عقد مضاربه را فسخ کرد، برای عامل اجرة المثل می‌باشد (نسبت به مدتی که برای مالک کار کرده است) تا آن هنگامی که مالک فسخ کرد در آن، اگر (تا آن وقت) سودی پدید نیامده باشد، و گرنه (اگر سودی پدید آمده باشد) عامل، سهم معین خود از ربح را می‌برد.**

و بعضی اشکال کرده‌اند - حکم به اجرة المثل را در صورت عدم ظهور سود - به اینکه مقتضای عقد مضاربه آن است که اگر سود حاصل شود، فقط سهمی از آن را مستحق گردد نه غیر سود، و (از طرف دیگر) مسلط شدن مالک بر فسخ عقد، از مقتضیات مضاربه است (چون مضاربه از عقود جائزه است) بنابراین، عامل (با توجه به اینکه می‌داند مالک، حق فسخ مضاربه را هر زمان که بخواهد دارد حتی قبل از

پدید آمدن سود پس) خودش اقدام کرده بر اینکه اگر سودی پدید نیامد، استحقاق چیزی نداشته باشد، پس چیزی برای عامل نخواهد بود مگر آنچه که در مضاربه تعیین کرده‌اند (یعنی سهمی از سود، و فرض آن است که سود هم حاصل نشده) این حاصلت ضمیر مقدر فاعلی برمی‌گردد به حصه، همچنان که ضمیر - غیرها - نیز به آن برمی‌گردد.

ولو كان المال عروضاً عند الفسخ فإن كان به ربح فللعامل بيعه إن لم يدفع المالك إليه حقه منه، وإلا لم يجز إلا بأذن المالك وإن ربح حيث لا يكون بالفعل. ولو طلب المالك إنضاضه ففي إجبار العامل عليه قولان أوجههما العدم.

صورت دوم

ولو كان المال عروضاً... توضیح: اگر فسخ مالک در صورتی انجام بگیرد که سرمایه به صورت کالا است و هنوز تبدیل به نقد نشده است، این صورت دو فرض دارد:

۱. اینکه در سرمایه مزبور، سود حاصل باشد (به این معنی که ارزش کنونی مجموع کالاها بیش از پول نقدی است که اصل سرمایه در مضاربه بود) در این فرض اگر مالک با عامل توافق کرد که سهم عامل را از عین سرمایه‌ای که به صورت کالا است پرداخت کند، بحثی در آن نیست و اما اگر مالک توافق بر آن ننمود، عامل می‌تواند بدون اجازه مالک، مال را بفروشد تا سهم خود را از سود بردارد.

۲. اینکه در سرمایه، سود حاصل نباشد (به این معنی که ارزش کنونی مجموع کالاها مساوی با پول نقدی باشد که اصل سرمایه در مضاربه بود) در این فرض، عامل نمی‌تواند بدون اجازه مالک، در سرمایه تصرف کرده و آن را بفروشد اگر چه احتمال بدهد که بر اثر فروش، سودی به وجود خواهد آمد در صورتی که سود احتمالی، بالفعل نباشد (و اما اگر سود احتمالی، بالفعل باشد یعنی احتمال بدهد که بر اثر فروش، بالفعل سودی به وجود خواهد آمد، در این صورت می‌تواند بدون اجازه مالک، آن را بفروشد).

ترجمه و شرح عبارت: **ولو كان**... یعنی اگر مال، هنگام فسخ، کالاها بود (این صورت، دو فرض دارد: یا در آن مال، سود هست و یا نه) پس (در فرض اول یعنی) اگر در آن مال، سود باشد، عامل می‌تواند آن مال را (که به صورت کالا است) بفروشد تا

سهم خود را از سود بردارد) اگر مالک نخواهد دفع کند به عامل، حقش را از خود آن مال (که به صورت کالاست) وگرنه (اگر فرض دوم باشد یعنی در آن کالا، سودی نباشد) جایز نیست (بر عامل) فروش آن مگر به اجازه مالک، هر چند امید حصول سود (در فروش آن) داشته باشد در صورتی که سود احتمالی، بالفعل نباشد (بلکه حصول آن در آینده باشد).

وإلّا لم یجز... (ضمیر فاعلی در- یجز- برمی گردد به - بیعه -) و دلیل عدم جواز این است که تمامی مال مربوط به مالک بوده و با فسخ مضاربه، اجازه او در تصرف عامل نسبت به مال، از میان رفته است، و فرض هم این است که سودی در آن کالا نیست تا عامل، حقی در آن داشته باشد، بنابراین اگر عامل تصرفی انجام دهد، تصرف او در مال غیر بدون اجازه او می باشد و این جایز نیست **لا یكون** ضمیر مقدر بر می گردد به - ربح -.

ولو طلب المالك... توضیح: در همان صورتی که سرمایه کالاست، اگر مالک بعد از فسخ مضاربه، (با فرض اینکه سودی هم در میان نیست) فروش کالا و تبدیل آن به نقد را از عامل درخواست کند، آیا بر عامل واجب است که آن درخواست را بپذیرد یا نه؟ و قول است: شارح می فرماید که قول بهتر آن است که پذیرفتن آن درخواست بر عامل واجب نیست (زیرا با انتفاء عقد مضاربه، دلیلی بر وجوب چنین عملی بر عهده عامل وجود ندارد) **إنضاضه** یعنی کالا را به پول نقد تبدیل کردن.

ولو انفسخ العقد من غير المالك إما بعارض يفسد العقد الجائز أو من قبل العامل فلا أجرة له، بل الحصة إن ظهر ربح. وقيل: له الأجرة أيضا.

(والقول قول العامل في قدر رأس المال)، لأنه منكر للزائد والأصل معه.

(و) في (قدر الربح) لأنه أمين فيقبل قوله فيه.

صورت سوم و چهارم

ولو انفسخ العقد... توضیح: اگر انفساخ عقد از سوی مالک نباشد بلکه یا:

۱. به خاطر عارض شدن عواملی که عقد جایز را باطل می کند مثل مرگ یا جنون یکی از طرفین - مالک یا عامل - (چون مضاربه، عقد جائز است و کلیه عقود جائزه به واسطه مرگ و یا جنون احد طرفین، باطل می گردد) و یا:

۲. فسخ عقد از سوی عامل در اثناء عمل باشد. در این دو صورت چنانچه سودی حاصل شده باشد، عامل، سهم معین خود را از سود می برد و اما اگر سودی حاصل نشده باشد، چیزی برای او نیست و استحقاق اجرة المثل هم نخواهد داشت (زیرا فرض آن است که عامل خود اقدام به فسخ نموده و سود را از دست داده است (و به عبارت دیگر: عامل اقدام به ضرر خود نموده و نگذارده عمل مضاربه به جایی برسد که سودی حاصل گردد).

ولی بعضی از فقها در این دو صورت نیز همانند صورت اول (که فسخ از سوی مالک باشد) برای عامل، اجرة المثل را قائل شده اند.

ترجمه و شرح عبارت: ولو انفسخ... یعنی اگر عقد مضاربه، از سوی غیر مالک، فسخ گردد و آن یا به واسطه عارض شدن چیزی که عقد جائز را باطل می کند (مثل مرگ یا جنون یکی از طرفین) و یا به واسطه وقوع فسخ از سوی عامل، پس (در این دو صورت) اجرة المثلی برای عامل نخواهد بود بلکه اگر سودی حاصل شده باشد، سهم معین او به

وی داده می‌شود (و اگر سودی حاصل نشده باشد، چیزی به او داده نمی‌شود) و بعضی از فقها گفته‌اند که برای عامل، اجرة المثل داده می‌شود نیز (چنانکه در صورت اول - که فسخ عقد از سوی مالک باشد - اجرة المثل برای عامل ثابت بود).

اختلافاتی که بین عامل و مالک روی می‌دهد

و القول قول العامل... توضیح: بعد از آنکه عقد، فسخ شد و مالک خواست سرمایه را از عامل پس بگیرد، اگر بین آنها نزاع شد در مقدار سرمایه به این صورت که مالک، مقدار بیشتری ادعا کند و عامل، مقدار کمتری ادعا نماید (مثلاً مالک می‌گوید: سرمایه هزار تومان بود، ولی عامل می‌گوید هشتصد تومان بود) و شاهدی هم در کار نباشد، در اینجا حکم این است که قول عامل پذیرفته می‌شود نه قول مالک، زیرا بر حسب قواعد قضائی، عامل منکر محسوب می‌شود و مالک، مدعی محسوب می‌شود چون ادعای عامل موافق اصل است (چون اصل، عدم زیادی است و عامل نیز منکر زیادی است) ولی ادعای مالک، مخالف اصل می‌باشد، و در هر جایی که شاهدی به نفع مدعی نبوده باشد، منکر با قسم خوردنش، قولش مقدم می‌گردد.

و همچنین اگر نزاع کنند در مقدار سود حاصل، باز هم قول عامل مقدم است، زیرا چنانچه سابقاً گذشت، عامل، امین محسوب است و شخص امین در ادعایی که می‌کند، قولش پذیرفته می‌شود البته با قسم خوردن.

ترجمه و شرح عبارت: **و القول...** یعنی گفته، گفته عامل است (اگر نزاع کند با مالک) در مقدار سرمایه، زیرا عامل، منکر مقدار زیادی است، و اصل (اصل عدم زیادی) موافق با قول اوست (پس با قسم خوردنش، قولش مقدم است) و (همچنین گفته، گفته عامل است اگر نزاع کند با مالک) در مقدار سود، زیرا عامل، امین می‌باشد پس قولش قبول می‌شود در مقدار سود.

(وینبغی أن يكون رأس المال معلوما عند العقد) لترتفع الجهالة عنه، ولا يكتفى بمشاهدته. وقيل: تكفي المشاهدة. وهو ظاهر اختياره هنا، وهو مذهب الشيخ والعلامة في «المختلف»، لزوال معظم الغرر بالمشاهدة، وللأصل، ولقوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم"، فإن قلنا به واختلفا في قدره فالقول قول العامل كما تقدم، للأصل والأقوى المنع.

معلوم بودن مقدار سرمایه

(وینبغی أن يكون... توضیح: گروهی از فقها معتقدند سرمایه هنگام عقد باید مقدارش دقیقاً به واسطه شمارش، معلوم باشد (که چند دینار و یا چند درهم است) و تنها مشاهده آن بدون شمارش، کافی نیست (یعنی اگر مقداری پول نزد آنها حاضر باشد بطوری که آنها آن را می‌بینند اما شمارش نشده است مضاربه با آن صحیح نمی‌باشد).

دلیل این قول آن است که اگر سرمایه دقیقاً معلوم نباشد باعث جهالت می‌شود و هر عقدی که در آن جهالت باشد، عقد غرری است که طبق حدیث نبوی «نهی النبی صلی الله علیه و آله عن الغرر» معامله غرری باطل است.

ولی بعضی از فقها معتقدند: اگر سرمایه حاضر بوده و مشاهده شود (هر چند شمارش نشده باشد) کفایت می‌کند و مضاربه با آن صحیح می‌باشد، و این قول را شیخ طوسی و علامه حلی اختیار نموده‌اند.

شارح می‌فرماید که: ظاهر عبارت مصنف نیز دلالت بر همین قول می‌کند، زیرا ایشان نفرموده معلومیت سرمایه، شرط است بلکه فرموده: معلومیت سرمایه، سزاوار و شایسته است (پس استفاده می‌شود که اگر معلوم هم نباشد اشکالی ندارد) البته توضیح این مطلب را در شرح عبارت بیشتر خواهیم داد.

و دلیل این قول سه چیز است:

۱. اینکه در صورت مشاهده، قسمت عظیم جهالت و غرر از بین می‌رود.
 ۲. اصالة الصحة، و این اصل از عموم ادله مضاربه استفاده شده است، زیرا عموم آن ادله شامل است حتی صورتی را که مقدار سرمایه به مشاهده، معلوم باشد پس در این صورت نیز مضاربه صحیح خواهد بود.

۳. عموم حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» زیرا در مضاربه، شرط شده که حصه معینی به عامل داده شود در مقابل عملش، پس طبق آن حدیث باید به این شرط پای بند باشند حتی در صورتی که مقدار سرمایه به مشاهده، معلوم باشد نه به شمارش (البته این دلیل، خالی از اشکال نیست ولی چون بنای ما در این شرح ذکر اشکالات نیست - مگر در موارد ضرورت - بدین جهت از بیان اشکال در اینجا صرف نظر می‌کنیم).

به هر حال شارح می‌فرماید: طبق این قول، اگر عقد مضاربه انجام گرفت و بعد از تمام شدن عملیات تجارت، چنانچه بین مالک و عامل نزاع شد در مقدار سرمایه، در اینجا نیز قول عامل مقدم است به دلیل اصل عدم زیادی در سرمایه چنانکه سابقاً گذشت.

ولی شارح، قول اول را تقویت کرده و مضاربه را در صورت مشاهده باطل می‌داند. ترجمه و شرح عبارت: و ینبغی... یعنی سزاوار است که سرمایه، مقدارش معلوم باشد در وقت عقد، تا اینکه جهالت از آن برطرف شود (و معامله، غرری نگردد) و نمی‌توان (در علم به مقدار) اکتفا نمود به مشاهده سرمایه، ولی بعضی از فقها گفته‌اند که کفایت می‌کند مشاهده، و همین قول، ظاهر فرموده مصنف در این کتاب می‌باشد، و این قول عقیده شیخ طوسی (در کتاب «مبسوط») و علامه حلی در کتاب «مختلف» می‌باشد (و دلیل این قول آن است که) چون قسمت بیشتر غرر (و

جهالت) به واسطه مشاهده بر طرف می‌شود و (دلیل دوم) اصل صحت مضاربه است و (دلیل سوم) فرمایش پیغمبر ﷺ: «مؤمنین باید پای بند به شرط‌هایشان باشند».

(شارح می‌فرماید:) حال اگر قائل به کفایت مشاهده شدیم، چنانچه مالک و عامل نزاع کنند در مقدار سرمایه، گفته، گفته عامل است - چنانکه در بالا گذشت - به دلیل اصل (اصل عدم زیادی سرمایه).

و هو ظاهر اختیاره نگارنده گوید: مقصود شارح را دو گونه می‌توان توضیح داد:

۱. اینکه در صورتی که مقصود مصنف از - معلوم بودن - معلوم بودن مقدار به واسطه شمارش باشد، باید گفت نظر شارح در «هو ظاهر اختیاره» به کلمه - ینبغی - در عبارت مصنف می‌باشد، زیرا از این کلمه استفاده می‌شود که مصنف معلوم بودن سرمایه را دقیقاً شرط نمی‌داند بلکه شایسته و سزاوار می‌داند، و در نتیجه، معلومیت آن به واسطه مشاهده نیز کافی خواهد بود.

۲. در صورتی که مقصود مصنف از - معلوم بودن - مطلق معلومیت مقدار باشد، بنابراین، منظور شارح در «هو ظاهر اختیاره» این است که وقتی که مصنف معلومیت را به طور مطلق ذکر نمود و نفرمود که معلومیت، به واسطه شمارش باشد پس استفاده می‌شود که معلومیت، به واسطه مشاهده نیز کافی است، زیرا اجمالاً علم به مقدار، به واسطه مشاهده، حاصل می‌گردد.

و الأقوی (این نظر شارح است در این مسأله که می‌فرماید:) اقوی از نظر ما، عدم کفایت مشاهده می‌باشد (و باید سرمایه را دقیقاً به وسیله شمارش معلوم نمود تا مضاربه با آن صحیح باشد).

(وليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك، كمن يعتقد عليه) أي على المالك، لأنه تخسير محض، والغرض من هذه المعاملة الاسترباح فإن اشتراه بدون إذنه كان فضولياً مع علمه بالنسب والحكم. أما مع جهله بهما أو بأحدهما ففي صحته وعتقه عن المالك، أو إلحاقه بالعالم وجهان، مأخذهما: انصراف الإذن إلى ما يمكن بيعه والاسترباح به فلا يدخل هذا فيه مطلقاً، ومن كون الشرط بحسب الظاهر، لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل كما لو اشترى معيلاً لا يعلم بعيبه فتلف به، (و) كذا (لا يشتري من رب المال شيئاً)، لأن المال له، ولا يشتري مال الإنسان بماله.

(وليس للعامل... توضيح: عامل نمی تواند چیزی را بخرد که بر ضرر مالک تمام شود، مثل اینکه پدر مالک، عبد بوده باشد، و عامل آن را بخرد، و معلوم است که فرزند، مالک پدر خود نمی تواند بشود و به مجرد خریدن آن، بر علیه فرزند، آزاد می گردد، و در مورد بحث وقتی که عامل آن را با پول سرمایه می خرد، از پول فرزند خریده می شود.

و دلیل بر حکم مزبور آن است که غرض اصلی از مضاربه آن است که با سرمایه، خرید و فروش شود و در نتیجه سودی به دست آید، و حال آنکه با خریدن پدر مالک، نه تنها سود حاصل نمی شود بلکه به ضرر مالک تمام می شود چون به اندازه قیمت آن عبد (پدر مالک) از سرمایه، کم می شود و پول مصرف شده برای آن به هدر رفته و به منزله آن است که تلف گردیده است.

حال اگر عامل، پدر مالک را بخرد، از دو حال بیرون نیست: یا با اذن مالک می خرد و یا بدون اذن، اگر با اذن او بخرد حکمش در عبارت مصنف بعداً خواهد آمد و اما اگر بدون اذن او بخرد، دو صورت دارد: یا این است که عامل می داند هم نسب و هم حکم شرعی را (یعنی هم می داند آن عبد، پدر مالک است، و هم می داند اینکه پدر در ملک

فرزند در نمی‌آید و اگر آن را خرید، قهراً بر علیه فرزند، آزاد می‌گردد) و یا اینکه آن را نمی‌داند.

در صورت اول (که می‌داند) حکم این است که خریدن عامل، فضولی خواهد بود چون تصرف در مال غیر کرده بدون اذن او، زیرا اذن مالک، فقط آن تصرفاتی را شامل می‌شود که در آن سودی به دست آید، و حال آنکه تصرف مورد بحث، سود ندارد بلکه ضرر دارد، پس تصرف مزبور موقوف بر اجازه مالک خواهد بود که اگر اجازه نمود، خریدن مزبور صحیح می‌شود و در نتیجه از جانب مالک، پدرش قهراً آزاد می‌گردد، و اگر اجازه نکرد باطل می‌شود.

و در صورت دوم (که عامل نمی‌داند نه نسب و نه حکم شرعی را و یا یکی از آن دورا نمی‌داند) در این صورت آیا حکم مانند صورت اول است (که خریدن او فضولی باشد) یا اینکه حکم آن است که خریدن او صحیح بوده و در نتیجه از جانب مالک، قهراً آزاد می‌شود؟ دو احتمال می‌باشد:

۱. دلیل احتمال اول آن است که اذن مالک، انصراف به آن معاملاتی دارد که در آن سودی به دست آید به سبب خرید و فروش، و در معامله مورد بحث چون سودی نیست پس از مورد اذن مالک، خارج بوده و در نتیجه صحت آن موقوف بر اجازه مالک خواهد بود.

۲. دلیل احتمال دوم آن است که درست است که وظیفه عامل آن است که باید معاملاتی را انجام دهد که اذن مالک، انصراف به آن دارد (یعنی معاملاتی که در آن سودی به دست آید) ولی واضح است که این وظیفه بر حسب ظاهر و علم ظاهری عامل است، و در مورد بحث هم عامل بر حسب علم ظاهرش، چیزی را خریده است که به واسطه فروختن آن، سودی به دست می‌آید (زیرا فرض آن است که خبر از واقع حال عبد ندارد که پدر مالک است و اینکه قهراً آزاد می‌شود) پس بر حسب ظاهر، او به

وظیفه عمل کرده است و از مورد اذن مالک، خارج نشده است پس باید معامله اش صحیح باشد نه اینکه آن را فضولی قرار دهیم.

و نمی‌توان گفت که بر حسب واقع امر، آن وظیفه را دارد، زیرا کسی که غافل است و خبر از واقع امر ندارد چگونه می‌توان او را مکلف به واقع امر دانست در حالی که چنین تکلیفی، تکلیف به مالایطاق است، بنابراین، وقتی که بعداً معلوم شد که بر حسب واقع امر، به وظیفه عمل نشده، صحت معامله عامل بر هم نمی‌خورد (و خلاصه اینکه احکام شرعی همانا مترتب بر ظاهر است نه واقع، و تکالیفی که متوجه شخص مکلف می‌شود همانا بر حسب علم ظاهری اوست، یعنی اگر مثلاً شارع مقدس فرمود: اجتناب از نجس کن، انسان باید اجتناب کند از چیزی که بر حسب ظاهر، نجس است نه اینکه واجب باشد اجتناب از چیزی که در واقع نجس است ولی بر حسب ظاهر، نجاستش بر مکلف، معلوم نیست، و همچنین در سایر احکام از قبیل حلیت و حرمت و طهارت و مانند اینها).

و مورد بحث نظیر آن جایی است که عامل، مالی را بخرد و این مال در واقع، معیوب بود و عامل از آن خبر نداشت و به واسطه همان عیب، تلف شود سپس از آن عیب آگاه شود، گفته‌اند این معامله صحیح بوده و فضولی نمی‌باشد (و ضامن مال هم نمی‌باشد و از کیسه مالک رفته است) زیرا بر حسب ظاهر، عامل چیزی را خریده که صحیح و سالم است و از مورد اذن مالک خارج نشده است.

ترجمه و شرح عبارت: و لیس... یعنی عامل، حق ندارد اینکه بخرد آنچه را که در آن، ضرر بر مالک هست مثل خریدن عبدی را که (مثلاً پدر مالک است و به واسطه خریدن آن) بر علیه او - یعنی بر ضرر مالک - آزاد می‌شود لآنکه... یعنی (دلیل حکم مزبور آن است که:) چون خریدن مزبور، خسارت خالص است، در حالی که غرض از مضاربه به دست آوردن سود (به خرید و فروش) می‌باشد، حال اگر عامل بخرد آن

(عبد) را بدون اذن مالک، معامله فضولی خواهد بود در صورتی که عامل دانسته باشد نسب آن عبد را (یعنی نسبت عبد با مالک را که مثلاً پدر مالک است) و نیز حکم شرعی آن خریدن را (یعنی دانسته باشد که اگر آن عبد را بخرد چون پدر مالک است بر علیه مالک، آزاد می‌گردد) اما در صورت ندانستن او نسب و حکم را و یا (ندانستن) یکی از آن دورا (و با این حال، عبد را بخرد) پس در اینکه آن خریدن، صحیح است و (در نتیجه) عبد خریداری شده، آزاد می‌گردد از جانب مالک (قهرا، و ضمانتی هم بر عامل نیست) یا اینکه خریدن مزبور ملحق می‌شود به (خریدن) عاملی که عالم (به نسب و حکم) بوده (و در نتیجه، معامله فضولی می‌باشد و احتیاج به اجازه مالک دارد) دو احتمال می‌باشد، مدرک این دو احتمال آن است که:

انصراف... (دلیل احتمال دوم است) یعنی چون اذن (مالک به عامل، در رابطه با معاملاتی که عامل باید انجام بدهد) انصراف دارد به متاعی که (بعد از خریدن آن) بتوان آن را فروخت و سود به دست آورد، بنابراین، خریدن عبد (ی که مثلاً پدر مالک است) داخل در اذن مزبور نخواهد بود مطلقاً - خواه عامل، عالم به نسب و حکم باشد و خواه جاهل به هر دو یا به یکی از آنها - (چون بعد از خریدن عبد مزبور، نمی‌توان آن را فروخت تا چه برسد به اینکه بتوان سودی به دست آورد، پس وقتی که اذن مالک شامل آن نبود، خریدن آن عبد فضولی خواهد بود).

و من کون... (این دلیل احتمال اول است که معامله عامل، صحیح است و عبد خریداری شده قهراً آزاد می‌شود از جانب مالک) از جهت اینکه شرط مزبور (یعنی شرط بودن اینکه عامل بخرد چیزی را که بتوان آن را فروخت و سودی به دست آورد، و خلاصه اینکه هر چند شرط است در صحت معامله عامل اینکه از مورد اذن مالک خارج نشود ولی این شرط) بر حسب ظاهر است (و تکلیف عامل به انجام آن

شرط همانا بر حسب علم ظاهری عامل است، نه بر حسب واقع امر) زیرا محال است خطاب و تکلیف متوجه شخص غافل (و بی خبر از واقع) گردد (چون چنین تکلیفی، تکلیف به ما لایطاق است) و مورد بحث نظیر آن است که عامل بخرد متاع معیوبی را که علم به عیب آن ندارد آنگاه به سبب عیب تلف گردد (پس همانطوری که در اینجا معامله مزبور صحیح است و عامل هم ضامن نیست، همچنین در مسأله مورد بحث معامله صحیح است و عامل ضامن نخواهد بود).

و کذا لایشتري... توضیح: عامل نمی تواند با سرمایه ای که در دست دارد، چیزی از خود مالک بخرد، زیرا خود آن سرمایه، مال مالک است و معنی ندارد که با مال انسان، مال خود او خریده شود و چنین معامله ای باطل است.

ترجمه و شرح عبارت: لا یشتري... ضمیر مقدر فاعلی بر می گردد به عامل ربّ المال یعنی صاحب سرمایه لأن المال یعنی سرمایه له ضمیر به - رب المال - بر می گردد و لایشتري به صیغه مجهول بماله ضمیر به انسان بر می گردد.

(ولو اذن في شراء أبيه) وغيره ممن ينعق عليه (صح وانعق) كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله، وبطلت المضاربة في ثمنه، لأنه بمنزلة التالف، وصار الباقي رأس المال إن كان.

(ولو اذن في شراء... توضیح: سابقاً دانسته شد که عامل بدون اذن مالک نمی تواند پدر مالک را بخرد.

اکنون مسأله در این است که اگر مالک به عامل اذن بدهد در خریدن پدر مالک، خریدن عامل، صحیح بوده و پدر مالک، از طرف مالک، قهراً آزاد می گردد (همچنانکه اگر خود مالک، پدرش را بخرد و یا اگر وکیل مالک، پدر مالک را بخرد، معامله صحیح است) و بعد از خریدن آن، مضاربه به مقدار پول پدر مالک، باطل می گردد چون آن مقدار پول به منزله آن است که تلف گردیده، حال اگر از سرمایه چیزی باقی مانده باشد، مضاربه در آن ادامه داشته و به حال خود باقی می ماند و اما اگر از سرمایه چیزی باقی نمانده باشد یعنی تمام سرمایه صرف در خریدن پدر مالک شده باشد، مضاربه کلاً باطل می شود (نظیر آنکه اگر تمام سرمایه تلف گردد مضاربه باطل می شود).

ترجمه و شرح عبارت: **ولو اذن...** یعنی اگر مالک، اذن بدهد (به عامل) در خریدن پدرش و غیر پدر - از کسانی که بر علیه مالک قهراً آزاد می شوند (مثل پسر مالک یا عمه و خاله و خواهر او، که انسان به مجرد مالک شدن اینها قهراً آزاد می شوند چنانکه در کتاب المتاجر گذشت) - این خریدن صحیح است و (در نتیجه) پدر آزاد می گردد، و این نظیر آن است که خود مالک، پدرش را بخرد، و یا وکیل مالک آن را بخرد.

و بطلت... یعنی و (بعد از آزاد شدن پدر) مضاربه نسبت به مقدار ثمن آن (یعنی نسبت به آن مقدار از سرمایه که صرف خریدن پدر شده) باطل می گردد، زیرا ثمن آن به منزله تلف شده می باشد، و باقیمانده از مال، سرمایه مضاربه محسوب شده (که

مضاربه در آن استمرار می‌یابد) اگر از سرمایه چیزی باقی مانده باشد (یعنی تمام سرمایه، صرف در خریدن پدر نشده باشد) **إن كان...** در اینجا **كان** - تامه است و ضمیر فاعلی آن بر می‌گردد به **-الباقی** -.

(وللعامل الأجرة) سواء ظهر فيه ربح أم لا، أما مع عدمه فظاهر إلا على الاحتمال السابق فيما لو فسخ المالك بنفسه، وأما مع ظهوره فلبطلان المضاربة بهذا الشراء، لعدم كونه من متعلق الإذن، لأن متعلقه ما فيه ربح ولو بالمظنة وهو منفي هنا، لكونه مستعقبا للعتق فإذا صرف الثمن فيه بطلت.

(وللعامل الأجرة)... توضیح: در فرض مزبور (که مالک، اذن در خریداری پدرش را به عامل داده) در صورتی که تمام سرمایه صرف در خریدن پدر مالک شود و آزاد گردد که در نتیجه مضاربه باطل می‌گردد، عامل استحقاق اجرة المثل دارد، خواه اینکه سودی در خریدن آن حاصل شده باشد یا نه (و مقصود از حصول سود در اینجا سود شأنی و بالقوه است به این معنی که در وقت خریدن، پدر مالک، مثلاً ۱۲۰ تومان ارزش داشته و عامل آن را به صد تومان خریده باشد که اگر آن را می‌فروخت، بیست تومان سود می‌کرد).

دلیل استحقاق اجرت در صورت عدم حصول سود، روشن است، زیرا بطلان مضاربه در اینجا مستند به اختیار مالک بوده، زیرا به اذن او پدر وی خریده شد و آزاد گردید و در نتیجه مضاربه باطل شد پس گویا مالک خودش مضاربه را فسخ کرده و سابقاً در عبارت مصنف گذشت که اگر مضاربه را مالک فسخ نمود باید به عامل، اجرة المثل بدهد - اگر سودی حاصل نشده باشد - چون عمل عامل محترم است (مگر بنابر احتمالی که در مسأله فسخ مالک گذشت که بعضی از فقها قائل بودند به اینکه عامل استحقاق چیزی حتی اجرت ندارد، بنابراین احتمال، در مورد بحث نیز گفته می‌شود که عامل استحقاق اجرت ندارد).

و اما دلیل استحقاق اجرت در صورت حصول سود: آن است که چون مضاربه به واسطه آن خریدن، باطل می‌گردد، زیرا خریدن مزبور، از مقتضای مضاربه و از مورد اذنی که در عقد مضاربه جهت عمل مضاربه صادر شده، خارج می‌باشد، چون -

همانطوری که قبلاً گفته شد - مورد اذن در مضاربه، خرید و فروشی است که در آن سودی به دست آید ولو بطور گمان (یعنی به گمان تحصیل سود، کالایی را بخرد) و حال اینکه در اینجا قطعاً سودی به دست نمی‌آید، زیرا فرض آن است که به دنبال خریدن بلافاصله بعد (پدر مالک) آزاد شده است پس وقتی که تمام سرمایه را صرف در خریدن پدر مالک نمود، مضاربه باطل می‌گردد و چون عامل زحمت کشیده است در خریداری پدر، و سودی هم به دست نیامده تا در مقابل زحمت او سهم او داده شود - چون فرض آن است که سود در اینجا سود شأنی و بالقوه بوده نه سود فعلی - لذا باید اجرة المثل برای او داده شود).

(در اینجا به نکته‌ای اشاره می‌کنیم که شارح آن را در کتاب «مسالک» ذکر نموده است و آن اینکه: اگر کسی بگوید: استحقاق عامل نسبت به اجرت، همانا به خاطر آن کارهایی است که به حساب مضاربه تمام می‌شود، و وقتی که شما گفتید خریداری عامل، پدر مالک را، از مقتضای مضاربه خارج است پس از کارهای مضاربه محسوب نمی‌شود و نباید عامل استحقاق اجرت داشته باشد همانطوری که استحقاق سود ندارد. بنابراین، چرا شما اجرت را برای او ثابت می‌کنید؟

در جواب گوئیم: استحقاق اجرت، فقط به خاطر خرید و فروش نیست بلکه هم به خاطر خرید و فروش و هم به خاطر مقدمات آن و زحماتی که از زمان وقوع عقد تا وقت فروش انجام می‌دهد می‌باشد از قبیل سفر کردن و سایر حرکات و سکناتی که به جهت تحصیل کالا انجام می‌دهد پس وقتی که فروش تحقق نیافت ولی مقدمات آن به عمل آمده لذا در مقابل انجام مقدمات، استحقاق اجرت دارد. و آن نظیر این مسأله است که اگر عامل بعد از آنکه مسافرت کرد و زحمت‌های دیگر برای تهیه کالا کشید اما پیش از آنکه آن کالا را بخرد، مالک مضاربه را فسخ کند، در اینجا نیز شکی نیست که عامل مستحق اجرت می‌باشد).

ترجمه و شرح عبارت: **و للعامل...** یعنی (در فرض مسأله بالا) عامل، استحقاق اجرت دارد - خواه اینکه در خریدن پدر، سودی ظاهر شده باشد یا نه - اما در صورت عدم سود پس (دلیل استحقاق اجرت) روشن است مگر طبق احتمالی که گذشت در مسأله فسخ کردن خود مالک، مضاربه را (در آنجا که شارح فرمود: «وربما یشکل الحكم بالاجرة...») که طبق این احتمال، در اینجا نیز ممکن است بگوئیم عامل، استحقاق اجرت ندارد) و اما در صورت حصول سود پس (دلیل استحقاق اجرت، آن است که) چون مضاربه به واسطه خریدن پدر، باطل می‌گردد زیرا آن خریدن، داخل در متعلق اذن (موجود در عقد مضاربه) نیست چون متعلق اذن مزبور، آن خریدنی است که در آن، سودی به دست آید ولو بطور گمان، و حال آنکه سود در مورد بحث، قطعاً نمی‌باشد به جهت آنکه خریدن پدر، به دنبال دارد آزادی پدر را پس وقتی که تمام ثمن، صرف در خریدن پدر شد، مضاربه باطل می‌گردد (و باید مالک، اجرة المثل به عامل بدهد در مقابل زحمتی که عامل کشیده است) الاذن همانطوری که در ترجمه عبارت اشاره شد، مقصود از این اذن، اذن در عقد مضاربه جهت انجام عمل مضاربه است نه اینکه مقصود اذن در شراء پدر مالک باشد، زیرا فرض مسأله در آن است که اذن در شراء پدر، صادر شده است **بالمظنة** یعنی به گمان حصول سود.

ويحتمل ثبوت الحصّة إن قلنا بملكها بالظهور لتحققه ولا يقدح عتقه القهري، لصدوره بإذن المالك، كما لو استرد طائفة من المال بعد ظهوره وحينئذ فيسري على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في العتق القهري، أو مع اختيار الشريك السبب.

ويحتمل ثبوت الحصّة... توضيح: در صورتی که در شراء پدر مالک، سودی بوده باشد گفته شد که عامل استحقاق اجرة المثل دارد، اکنون می فرماید که احتمال دیگری در اینجا هست و آن اینکه بگوئیم: عامل، استحقاق سهم خود از آن سود را دارد (نه اجرة المثل) هر چند سود مذکور به فعلیت نرسیده و سود شأنی بوده (چون عبد را نفروخته تا سود تبدیل به پول گردیده باشد) ولی چون تحقق داشته لذا عامل، مالک سهم خود از آن می شود، و باید مالک به مقدار سهم او، به وی پول بپردازد.

قبل از توضیح ناچاریم از باب مقدمه دو مطلب را در اینجا ذکر نماییم:

مطلب اول

یکی از مطالبی که فقها درباره سود حاصل در مضاربه، مورد بحث قرار داده اند (البته مصنف مستقلاً آن را عنوان نکرد بلکه شارح به طور اشاره در اینجا مطرح نموده) این است که عامل در چه زمانی، مالک سهم خود از سود می شود؟ چهار قول در آن می باشد که ما سه قول را در اینجا ذکر می کنیم:

۱. مشهور میان فقها آن است که عامل به مجرد اینکه سود، حاصل گردید، مالک می شود سهم خود را، بنابراین، اگر عامل کالایی را خریداری کرد و بعد از مدتی بهای این کالا افزایش یافت، از زمان افزایش قیمت کالا، مالک سهم خود از سود می گردد اگر چه هنوز آن کالا را نفروخته و تبدیل به پول نگردیده است.
۲. زمانی که کالای خریداری شده ای که دارای سود است تبدیل به پول شود.
۳. زمانی که مالک و عامل، سود را قسمت کردند.

مطلب دوم

در کتاب «العتق» گفته‌اند که از خواص عتق، سرایت است یعنی اگر انسان، بعضی از عبد خود را آزاد کند، آزادی سرایت کرده و تمامش آزاد می‌گردد، و یا اگر دو نفر در یک عبد شریک باشند و یکی از آنها سهم خود را آزاد کند باید سهم دیگری نیز آزاد گردد. به این صورت که اگر توانایی مالی داشته باشد باید قیمت سهم دیگری را به شریک بپردازد تا آن سهم آزاد گردد و اگر توانایی مالی برای پرداختن قیمت آن نداشته باشد باید خود عبد، کار کند و قیمت آن سهم را به شریک بپردازد تا آن سهم نیز آزاد گردد.

فقا در این مسأله درد و مورد، نزاع دارند: اول: اینکه آیا سرایت، اختصاص به عتق اختیاری دارد (یعنی با خواندن صیغه عتق) یا اینکه در عتق قهری نیز جاری است (مثل اینکه فرزندی برود یک مقدار از پدرش را - که عبد است در دست دیگری - بخرد که آن مقدار قهراً بر علیه او آزاد می‌شود و اگر توانایی مالی داشته باشد باید بقیه پدر را نیز بخرد تا همه اش آزاد گردد و بنابراین اگر زید و عمرو به طور شراکت بروند پدر زید را بخرند، شکی نیست که سهم زید از پدرش قهراً آزاد می‌گردد و باید قیمت سهم عمرو را به عمرو بپردازد تا سهم او هم آزاد گردد)؟

دوم اینکه: در صورتی که قائل شویم که در عتق قهری نیز سرایت جاری است آیا مطلقاً می‌باشد (یعنی خواه سبب عتق قهری، به اختیار او باشد مثل مثال قبلی که زید، سهمی از پدرش را بخرد، و خواه سبب عتق قهری، بدون اختیار او باشد مثل اینکه سهمی از پدرش، به ارث به زید برسد، و تصویر آن چنین است که فرض می‌کنیم احمد و علی با یکدیگر برادر ابوبنی هستند و زید برادری آنها باشد، و پدر زید، عبدی باشد در دست علی، حال اگر علی بمیرد و هیچ وارثی بجز احمد و زید

نداشته باشد، پدرزید به عنوان ارث می‌رسد به احمد وزید، در اینجا قهراً سهم زید از پدر، بر علیه او آزاد می‌گردد و باید زید قیمت سهم احمد را به احمد بپردازد تا سهم او نیز آزاد گردد) یا اینکه سرایت، فقط در صورتی است که سبب عتق به اختیار او باشد؟ حال که این دو مقدمه معلوم گردید، گوئیم: احتمالی که در مورد بحث دادیم - که عامل، مستحق سهم خود از سود باشد - همانا طبق آن قولی می‌باشد که عامل به مجرد ظهور سود، مالک سهم خود می‌گردد، و فرض هم در مورد بحث این است که سود، ظاهر شده پس عامل مستحق سهم خود از آن خواهد بود، و اینکه عبد، قهراً آزاد گردیده منافات با استحقاق عامل ندارد، زیرا عتق عبد، به اختیار مالک بوده چون خود او اذن به خریدن پدرش به عامل داده است و فضولی نبوده (و این نظیر آن است که مالک بعد از آنکه عامل با سرمایه، تجارت نمود و سودی حاصل شد، مقداری از سرمایه را پس بگیرد، در اینجا گفته‌اند که با پس گرفتن آن مقدار از سرمایه، سود آن مقدار، ساقط نمی‌گردد که در نتیجه، عامل فقط در مابقی سود، سهم داشته باشد بلکه در تمام سود حاصل از کل سرمایه، سهم خود را استحقاق دارد چون فرض آن است که سود، حاصل گردیده و به مجرد حصول سود، عامل، مالک سهم خود می‌گردد) پس وقتی ثابت شد که عامل، استحقاق سهم خود از سود را دارد، و از طرف دیگر، سود به مرحله فعلیت نرسیده تا به دست وی برسد لذا در نتیجه، عامل به اندازه سهم خود، شریک می‌شود با مالک، در خود عبد، و چون فرض آن است که عبد مزبور، پدر مالک می‌باشد و بر علیه او آزاد می‌گردد لذا مورد بحث داخل همان بحثی که در کتاب العتق کرده‌اند خواهد بود و آن اینکه اگر دو نفر شریک در عبدی بوده باشند و سهم یکی از آنها آزاد شد، سهم دیگری نیز از باب سرایت باید آزاد گردد، پس در مورد بحث هم وقتی که سهم مالک، از عبد، آزاد گردید، سهم عامل هم از آن عبد، از باب سرایت باید آزاد گردد به این صورت که مالک، اگر توانایی مالی داشته

باشد، باید پول سهم عامل را از آن عبد، به عامل بپردازد تا سهم او نیز آزاد گردد (و اگر مالک، توانایی مالی نداشته باشد باید خود عبد، کار کند و پول سهم عامل را به او بپردازد تا سهم او آزاد گردد) البته سرایت آزادی به سهم عامل، طبق آن مبنا درست می شود که سرایت را در عتق قهری جاری بدانیم خواه مطلقاً (چه سبب عتق قهری، به اختیار شریکی که بر علیه او آزاد شده بوده، باشد و چه بدون اختیار او باشد) و خواه فقط در صورتی که سبب عتق به اختیار شریک باشد جاری بدانیم، و تطبیق این مبنا - یعنی سرایت در عتق قهری در هر دو صورت - در مورد بحث به این نحو است که سهم مالک (که شریک با عامل گردیده در عبد) به عتق قهری آزاد گردیده، و نیز سبب عتق مزبور، به اختیار خود مالک بوده، زیرا او اذن به خریدن آن به عامل داده است.

ترجمه و شرح عبارت: و یحتمل... یعنی احتمال دارد (در همان صورت ظهور ربح) اینکه سهم عامل (از سود بالقوه) ثابت بوده باشد - البته این احتمال در صورتی درست است که قائل به ملکیت سهم (برای عامل) به مجرد ظهور آن بشویم - (و اما اگر به دو قول دیگر قائل شویم و آن اول اینکه عامل، آن سهم را بعد از تبدیل شدن آن به پول، مالک می گردد، و دوم اینکه عامل آن سهم را بعد از قسمت کردن سود، مالک می گردد، در این دو صورت شکی نیست که سود برای عامل ثابت نمی شود، چون فرض آن است که سود نه تبدیل به پول شده و نه قسمت گردیده است، بلکه در آن دو صورت، فقط استحقاق اجرة المثل را دارد).

لتحققه... (علت است برای ثبوت حصه) یعنی زیرا فرض آن است که سود (در مورد بحث) تحقق دارد (بالقوة و شأناً) ولا یقدح... یعنی و (در ثبوت حصه برای عامل) ضرر نمی رساند آزاد شدن پدر مالک قهر، زیرا آزادی مزبور، به اذن مالک واقع شده است، و این نظیر آن است که مالک پس بگیرد (از عامل) مقداری از سرمایه را بعد از ظهور ربح (پس در این صورت، قطعاً عامل از تمام سود حاصل، سهم خود را

استحقاق دارد و چیزی از سهمش کم نمی‌گردد، همچنین در مورد بحث، عامل از سود حاصل، استحقاق دارد).

و حينئذ... یعنی بنابراین (که عامل، مستحق سهم خود از سود گردید) پس عامل، شریک می‌شود با مالک، در عبد به مقدار سهم خود از سود، و در نتیجه چون سهم مالک از عبد، آزاد گردیده قهراً) سرایت می‌کند آزادی بر (سهم) عامل (و باید مالک، به مقدار سهم او، پول به وی بدهد) اگر مالک توانایی مالی داشته باشد (و اما اگر توانایی مالی نداشته باشد باید عبد، خودش کار کند و پول سهم عامل را بدهد تا آن سهم هم آزاد گردد).

إن قلنا... یعنی (سرایت کردن در مورد بحث، بنابراین است که) قائل به سرایت آزادی در عتق قهری بشویم (نه اینکه سرایت را منحصر به عتق اختیاری بنمائیم) - خواه اینکه سبب عتق قهری به اختیار شریک بوده باشد و یا به اختیار او نبوده باشد - و یا (سرایت در عتق قهری را قائل شویم، فقط:) در صورت اختیار شریک، سبب عتق قهری را.

(ولو اشتري) العامل (أبا نفسه)، وغيره ممن ينعق عليه (صح) إذ لا ضرر على المالك (فإن ظهر فيه ربح) حال الشراء، أو بعده (انعتق نصيبه) أي نصيب العامل، لاختياره السبب المفضي إليه كما لو اشتراه بماله، (ويسعى المعتق) وهو الأب (في الباقي) وإن كان الولد موسراً، لصحيحة محمد بن أبي عمير عن الصادق عليه السلام الحاكمة باستسعائه من غير استفصال.

وقيل: يسري على العامل مع يساره، لاختياره السبب وهو موجب لها كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وحملت الرواية على إعساره جمعا بين الأدلة.

وربما فرق بين ظهور الربح حالة الشراء، وتجده فیسري في الأول دون الثاني ويمكن حمل الرواية عليه أيضا.

وفي وجه ثالث بطلان البيع، لأنه، مناف لمقصود القراض، إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقلب للاسترباح، والشراء المتعقب للتعق ينافية والوسط قوي لولا معارضة إطلاق النص الصحيح.

(ولو اشتري)... توضیح: اگر عامل با سرمایه، پدر خودش را - که عبد است - بخرد، این خریدن، صحیح است زیرا در آن، ضرری بر مالک وارد نمی آید.

حال اگر در آن، سودی باشد (البته مقصود سود بالقوه است) خواه در آن زمانی که خرید (مثل اینکه در وقت خریدن، آن عبد، دویست تومان ارزش داشت و عامل آن را صد و پنجاه تومان بخرد) و خواه بعد از خریدن قبل از فروش باشد (مثل اینکه در وقت خریدن، دویست تومان ارزش داشت و عامل هم آن را به همان قیمت بخرد و بعد از مدتی، قیمت آن در بازار ترقی کند) در این صورت، بنابراینکه عقیده ما این باشد که عامل به مجرد ظهور سود، سهم خود را مالک می‌گردد، در اینجا به مجرد اینکه مالک سهم خود از سود گردید، شریک می‌شود با مالک، در آن عبد، و چون آن عبد، پدر او می‌باشد لذا به اندازه سهم او از عبد قهراً بر علیه او آزاد می‌گردد، زیرا سبب آزادی قهری را به اختیار خود فراهم نموده است و آن معامله‌ای می‌باشد که منجر به آزادی

گردیده است همچنان که اگر بامال شخصی خود، پدرش را بخرد حکم چنین است منتها در مال شخصی، تمام پدر بر علیه او آزاد می شود ولی در مورد بحث تنها به اندازه سهم او از پدر آزاد می گردد.

خلاصه اینکه به اندازه سهم عامل از سود، عبد آزاد می گردد، حال بینیم سهم مالک، از عبد، حکمش چه خواهد بود؟

بعضی - مثل مصنف - گفته اند که نسبت به سهم مالک، خود عبد باید کار کند و قیمت آن سهم را به مالک بپردازد تا تمام عبد آزاد گردد، خواه عامل، توانایی مالی داشته باشد که بتواند قیمت سهم مالک را به او بپردازد، و خواه توانایی مالی نداشته باشد، پس در هر دو فرض، وظیفه عبد است که مابقی خود را با پرداختن قیمت خود، آزاد سازد و وظیفه عامل نیست پرداختن قیمت سهم مالک هر چند عامل، توانایی مالی داشته باشد.

و به عبارت دیگر: نسبت به سهم مالک، اینجور نیست که تفصیل قائل شویم به این نحو که بگوئیم اگر عامل توانایی مالی داشت باید او قیمت سهم مالک را بپردازد تا عبد آزاد گردد و اگر او توانایی مالی نداشت، خود عبد کار کند و قیمت آن را بپردازد تا آزاد گردد.

و دلیل بر عدم تفصیل آن است که در روایتی که دلیل مسأله مورد بحث می باشد، بطور مطلق، حکم به کار کردن عبد نموده است و دیگر در آن روایت، تفصیلی بین پولدار بودن عامل و یا پولدار نبودن او فرق نگذاشته است، و گفته اند عدم تفصیل، دلیل بر عموم است پس در هر دو صورت باید عبد کار کند برای آزادی خود.

بعضی دیگر از فقها تفصیل قائل شده اند به این صورت که: اگر عامل توان مالی داشته باشد باید خود او قیمت سهم مالک را بپردازد (و اگر توان مالی نداشته باشد خود عبد باید کار کند) زیرا در ابتدا او سبب آزادی سهم خود را به اختیار خود فراهم

نموده است - که خریدن باشد - و در کتاب العتق خواهد آمد که وقتی شریک در عبد، به اختیار خود، سبب آزادی را فراهم نمود، سرایت به سهم دیگری می‌کند و باید در صورت توان مالی، قیمت سهم دیگری را هم پردازد تا آن هم آزاد گردد، بنابراین، باید روایت مورد بحث را توجیه کرد و آن را حمل بر صورتی نمود که عامل توانایی مالی نداشته باشد که در این صورت بر خود عبد لازم است کار کند و تمام خود را آزاد نماید، و با این توجیه، بین ادله، توافق حاصل می‌شود، زیرا ادله‌ای که در کتاب العتق آمده است فرق گذاشته بین صورت توان مالی عامل و صورت عدم او، و به عبارت دیگر: ادله مزبور قید کرده است کار کردن عبد را به صورت عدم توانایی عامل، پس اطلاق روایت مورد بحث - که فرق بین آن دو صورت نگذاشته - حمل می‌شود بر همان صورتی که عامل توان مالی نداشته باشد یعنی حمل مطلق بر مقتید می‌کنیم.

بعضی دیگر از فقها بطور دیگر تفصیل قائل شده‌اند و آن اینکه گفته‌اند اگر در وقت خریدن، سود (بالقوه) حاصل بود، وظیفه عامل است که قیمت سهم مالک را پردازد تا عبد آزاد گردد، و اما اگر بعد از خریدن، به واسطه بالا رفتن قیمت بازار، سود حاصل شد، در این صورت وظیفه عبد است که کار کند و خود را آزاد نماید.

روایت بالا را بر این تفصیل نیز می‌توان توجیه نمود یعنی می‌گوئیم: اینکه در روایت بطور مطلق، حکم به کار کردن عبد نموده، باید حمل شود به صورتی که سود، بعد از خریدن حاصل شده باشد.

بعضی دیگر از فقها، اصل بیع را باطل دانسته‌اند، زیرا بیع مزبور با غرضی که در مضاربه می‌باشد منافات دارد، زیرا غرض در مضاربه آن است که با سرمایه مزبور تجارت شود و با گردش سرمایه، سودی به دست آید، و معلوم است که خریدن عبدی که نتیجه‌اش آزادی آن است، منافات با غرض مزبور دارد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو اِشْتَرَى...** یعنی اگر عامل (با سرمایه) بخرد پدر خودش را و یا غیر پدرش از کسانی که قهراً بر علیه او آزاد می‌گردند (مثل اینکه پسرش را بخرد) این خریدن، صحیح است، زیرا ضرری بر مالک وارد نمی‌آید، آنگاه اگر در آن خریدن، سودی ظاهر گردد - چه در حال خریدن و چه بعد از آن (چنانکه توضیحش داده شد) - سهم عامل (از عبد به مقداری که سهم عامل از سود می‌باشد) آزاد می‌گردد (بنابر اینکه بگوئیم عامل به مجرد ظهور سود، مالک می‌گردد سهم خود را از آن، و علت آزاد شدن سهم او از عبد این است که) چون خود عامل، اختیار نموده سببی را که منجر به آزادی شده است (و آن سبب همان خریدن باشد) همانطوری که اگر با پول شخصی خود، آن را خریده بود حکم چنین بود، و باید عبدی که مقداری از او آزاد شده - که پدر عامل می‌باشد - کار کند نسبت به باقیمانده از او (یعنی نسبت به آن مقداری از عبد که سهم مالک می‌باشد) هر چند فرزند او (که عامل باشد) توان مالی داشته باشد (برای پرداخت قیمت سهم مالک، به مالک).

المعتق به فتح تاء به صیغه اسم مفعول لصحیحة... (این روایت دلیل است بر اینکه هر چند عامل، توان مالی داشته باشد باز هم باید خود عبد - که پدر اوست - کار کند برای آزادی باقیمانده اش) یعنی به دلیل روایت صحیحه محمد بن ابی عمیر از امام صادق علیه السلام که این روایت حکم نموده است به اینکه عبد باید کار کند برای آزادی خودش، بدون آنکه در آن روایت تفصیل داده باشد بین اینکه عامل توان مالی داشته باشد یا نداشته باشد (و ترک استفصال در اینجا دلیل بر عموم است یعنی دلیل است بر اینکه حکم مزبور شامل است هم صورتی را که عامل توان مالی داشته باشد و هم صورتی را که توان مالی نداشته باشد).

وقیل... یعنی و بعضی گفته‌اند که آزادی عبد سرایت می‌کند (به سهم مالک) بر علیه عامل (یعنی عامل باید قیمت سهم مالک را بپردازد به مالک) در صورت توانایی

مالی عامل (و دلیل این قول آن است که) چون خود عامل، سبب عتق قهری را اختیار نمود (که خریدن پدر باشد) و اختیار سبب مزبور هم موجب سرایت به سهم دیگری است (پس چون اختیار عامل، موجب سرایت شده لذا او باید غرامت سهم دیگری را بکشد) چنانکه به زودی (در کتاب العتق) خواهد آمد، و طبق این قول، روایت بالا حمل شده بر صورت ناتوانی مالی عامل (که فقط در این صورت است که عبد باید خودش کار کند برای آزادی مابقی خود) تا اینکه توافق بین ادله حاصل شود.

و ربما... یعنی چه بسا بعضی دیگر فرق گذاشته اند بین صورت ظهور ربح در حال خریدن، و بین صورت پدید آمدن آن بعد از خریدن، به اینکه گفته اند در صورت اول سرایت می کند بر علیه عامل (و باید او قیمت سهم مالک را بپردازد) ولی در صورت دوم چنین نیست (و خود عبد باید کار کند و قیمت باقیمانده را به مالک بپردازد) و روایت بالا را بر این فرق نیز می توان حمل نمود (که می گوئیم حکمی که در روایات آمده - که عبد کار بکند در باقیمانده خود - مربوط به صورت دوم می باشد).

و فی وجه... یعنی در اینجا احتمال سومی هست که باطل بودن بیع باشد زیرا خریدن مزبور منافات دارد با غرضی که در مضاربه می باشد، زیرا غرض در آن، کوشش برای تجارتي است که سرمایه در آن زیور و شود (یعنی به گردش بیفتد به واسطه داد و ستد) برای به دست آوردن سود، و حال آنکه خریدن عبدی که به دنبال آزادی آن می باشد، منافات با غرض مزبور دارد.

(شارح می فرماید که) قول وسطی به نظر ما قوی است (که همان قول به سرایت است بر علیه عامل در صورت توانایی مالی او) اگر اطلاق روایت صحیح (همان روایت بالا) معارضه با قول مزبور نکند (چون روایت مزبور، بطور مطلق، حکم به کار کردن خود عبد می کند خواه عامل توانایی مالی داشته باشد یا نه، و تفصیلی بین آن دو صورت نداده و گفته شد که ترک استفصال هم دلالت بر عموم می کند) و الشراء

این کلمه مبتدا است و خبرش - ینافیہ - می باشد و الوسط در مسأله مورد بحث، سه قول نقل شد، یکی قول مصنف، دوم قول به تفصیل (البته تفصیل به دو نحو بود) و سوم قول به بطلان، پس قول وسطی، همان قول به تفصیل است.

كتاب الوارثين

کتاب الودیعة

(کتاب الودیعة وهي استنابة في الحفظ) أي استنابة فيه بالذات، فلا یرد مثل الوكالة في بیع شیء، أو شرائه مع إثبات اليد علیه، فإنها تستلزم الاستنابة فيه إلا أنها بالعرض، والقصد بالذات الإذن فیما وكل فيه.

تعریف ودیعه

(وهي إستنابة في الحفظ... توضیح : ودیعه در لغت به معنی مستقر نمودن و سپردن است، و در اصطلاح فقها: عبارت از جانشین گرفتن است دیگری را در حفظ و نگهداری مال یعنی عقدی است که به مقتضای آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد و او را نایب می گیرد از جانب خود برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد. بر این تعریف اشکال کرده اند به اینکه: تعریف مزبور، مانع اغیار نیست، زیرا شامل وکالت هم می شود، چون در وکالت وقتی که یک نفر، مال خود را به دیگری می دهد که برای او بفروشد و یا با آن چیزی را بخرد، لازمه اش آن است که وکیل، باید آن مال را نگاهداری نماید تا زمان خرید یا فروش، پس تعریف ودیعه شامل وکالت هم می شود و آن را خارج نمی کند با اینکه تعریف باید مانع اغیار باشد.

شارح در جواب این اشکال می‌فرماید: در ودیعه مقصود اصلی همان جانشین گرفتن در نگاهداری مال می‌باشد ولی در وکالت، مقصود اصلی چیز دیگری است و آن جانشین گرفتن در خرید و یا فروش است (و به عبارت دیگر: مقصود اصلی در وکالت، اذن دادن به وکیل در فروش یا خرید مال است) هر چند لازمه این اذن، جانشین قرار دادن وکیل، در نگاهداری مال هم می‌باشد ولی این جانشین گرفتن، عرضی است و مقصود اصلی نمی‌باشد.

و خلاصه جواب اینکه: حقیقت وکالت، جانشین قرار دادن وکیل در نگاهداری مال نمی‌باشد بلکه حقیقت آن، جانشین گرفتن در خرید یا فروش مال می‌باشد و اما ودیعه، حقیقت آن، جانشین گرفتن در نگاهداری مال می‌باشد پس تعریف ودیعه شامل وکالت نخواهد بود.

فایده

در میان عرف مردم، به ودیعه، امانت گویند ولی در اصطلاح فقها امانت اعم از ودیعه است، زیرا امانت عبارت از هر عقدی است که امانت‌دار در آن ضامن نمی‌باشد اگر تفریط یا افراط نکند، و این شامل ودیعه و عاریه و مضاربه و وکالت و اجاره می‌شود (پس در عاریه، شخص مستعیر، امانت‌دار مال العاریه است، و در مضاربه، شخص عامل، امانت‌دار مال المضاربه است، و در وکالت، شخص وکیل، امانت‌دار مال موکل است، و در اجاره، شخص مستأجر، امانت‌دار مال موجراست) بلکه امانت در غیر عقد هم می‌باشد مثل لُقْطه (یعنی مالی که یافته می‌شود، در دست یابنده آن، امانت است).

امانت نیز بر دو قسم است: امانت مالکی، امانت شرعی، که فرق این دو بعداً در عبارت مصنف و شارح خواهد آمد انشاء الله تعالی.

ترجمه و شرح عبارت: **الودیعة** کلمه «ودیعة» در لغت به دو معنی استعمال شده است:

۱. به معنای اسمی یعنی برمال سپرده شده نزد کسی، اطلاق می‌شود، که در این صورت «فعلیل» به معنای «مفعول» خواهد بود یعنی ودیعه به معنای مُودَعه خواهد بود.

بنابراین، تاء در آن، ناقله است یعنی ناقله از معنای وصفی به معنای اسمی، چون «ودیعه» به معنای وصفی اش، مرد ساکن و قرار گرفته در جایی را گویند، و وقتی که اطلاق شد برمال سپرده شده نزد کسی (یعنی اسم شد به آن مال سپرده شده) «تاء» به آن اضافه کردند تا نشانه این باشد که آن کلمه از معنای وصفی به معنای اسمی، انتقال یافته است همانند کلمه «وثیقة» و «حقیقة» که از این قبیل می‌باشند چنانکه در اول کتاب الرهن دانسته شد.

۲. به معنای مصدری استعمال می‌شود (و آن جانشین گرفتن در نگهداری مال می‌باشد) و به اعتبار همین معنی، اطلاق بر عقد ودیعه می‌شود مجازاً به علاقه سبب و مسبب چون به وسیله عقد مزبور، جانشین گرفته می‌شود در نگهداری مال. و بنابراین، تاء در کلمه «ودیعة» مصدریه است.

وهی **إستنابة**... یعنی ودیعه، عبارت است از جانشین گرفتن در نگهداری مال (شارح عبارت مصنف را تفسیر می‌کند برای دفع اشکالی که ذکر خواهد شد و لذا می‌فرماید: یعنی غرض ذاتی و اصلی در ودیعه، جانشین گرفتن در حفظ می‌باشد، بنابراین وقتی که ودیعه، ذاتش و حقیقتش آن بود که گفته شد) پس اشکال وارد نمی‌آید (بر مانع اغیار بودن تعریف، به) مانند وکالت دادن (به کسی) در فروش یا خریدن چیزی، با فرض اینکه وکیل، دست بر آن چیز گذارده باشد (یعنی در دست او باشد).

مع إثبات... این قید اشاره به این است که اشکال مزبور بر تعریف ودیعه، به مثل وکالت همانا در صورتی وارد می‌آید که وکیل، مال را در دست بگیرد که در این صورت باید از آن نگهداری نیز بنماید، و اما اگر وکالت او، فقط در اجرای صیغه خرید و فروش باشد بدون آنکه مال را در دست بگیرد بلکه مال در دست موکل بوده باشد، دیگر اشکال وارد نمی‌شود چون چیزی در دست ندارد تا از آن نگهداری نماید.

فإنها... (بیان می‌کند عدم ورود اشکال را) یعنی زیرا وکالت (هر چند) لازمه اش جانشین گرفتن در حفظ (ونگهداری) است (که باید وکیل، نگهداری از مال نماید) ولی این جانشین گرفتن، عرضی است (نه ذاتی) و مقصود ذاتی (در وکالت) همانا اذن دادن در آن چیزی است که وکالت در آن داده شده است (که فروش یا خرید مال باشد) والقصد بالذات این مبتدا است و خبرش - الإذن - می‌باشد.

ثم الاستنابة إنما تكون من المودع، والوديعة لا تتم إلا بالمتعاقدين فلا تكون الوديعة هي الاستنابة، بل هي وقبولها، وإن اكتفينا بالقبول الفعلي.

وكان التعريف، لما كان لعقدها - كما علم من مذهب المصنف - وكان المعبر منه الإيجاب تسامح في إطلاقها عليه، أو لأن الاستنابة تستلزم قبولها فإنها لو تجردت عنه لم تؤثر.

اشکال شارح بر تعریف

ثم الإستنابة... توضیح: اشکال دیگری بر تعریف وارد می آید و آن اینکه مصنف، ودیعه را به استنابت فقط تعریف نمود و این درست نیست چون استنابت، کاری است که فقط از جانب امانت گذار انجام می گیرد و این معنای ایجاب در عقد ودیعه است، و حال آنکه ودیعه با دو نفر انجام می گیرد یکی امانت گذار (که ایجاب می خواند) و دیگری امانت دار (که قبول می کند) پس ودیعه، فقط استنابت نیست بلکه مجموع استنابت (که در معنای ایجاب است) از طرف امانت گذار و قبول استنابت (که از طرف امانت دار است) می باشد هر چند قبول لفظی نباشد بلکه قبول عملی - یعنی قبض کردن - باشد.

جواب از اشکال مذکور

شارح دو جواب از آن اشکال می دهد:

۱. اینکه چون آنچه که از مذهب مصنف به دست آورده ایم آن است که ایشان تعریف هایی که می کند، تعریف برای عقود می باشد (زیرا ایشان الفاظ عقود - مثل بیع و اجاره و صلح و غیر اینها - را حقیقت در عقود می داند نه در اثر حاصل از عقود چنانکه شرح خواهیم داد) بنابراین، تعریف اینجا نیز تعریف برای عقد ودیعه خواهد

بود، و هر عقدی هر چند مرکب از ایجاب و قبول است ولی در عقد ودیعه، آنچه که عمده و مهم است همان ایجاب می‌باشد نه قبول (به جهت اینکه چنانکه بعداً خواهد آمد، قبول لفظی در آن شرط نیست و قبول عملی کافی است) بدین جهت مصنف از باب مسامحه، عقد ودیعه را عبارت از ایجاب فقط (یعنی استنابت) دانسته است.

۲. اینکه استنابت هر چند کاری است که از جانب امانت‌گذار فقط می‌باشد ولی لازمه آن، قبول استنابت از طرف امانت‌دار نیز می‌باشد، زیرا اگر استنابت، به دنبالش قبول آن نباشد، اثر شرعی‌اش را نخواهد بخشید و آن اثری که شرعاً بر ودیعه مترتب می‌شود (که عبارت است از وجوب نگهداری مال، و دخول آن در ضمان امانت‌دار) مترتب نخواهد شد.

و خلاصه آنکه: مقصود مصنف از استنابت، استنابتی است که بطور کامل و شرعی باشد که به دنبال آن، اثرش حاصل شود و اثر هم در صورتی حاصل می‌شود که امانت‌دار آن را قبول نماید.

بنابراین، دیگر بر مصنف لازم نبود، قبول را هم در تعریف بیاورد زیرا قبول در ضمن ایجاب، گنجانیده شده است.

ترجمه و شرح عبارت: ثم... یعنی سپس (بعد از جواب از اشکال اول، اشکال دیگری بر تعریف وارد می‌آید و آن اینکه: استنابت همانا از جانب امانت‌گذار انجام می‌گیرد (و این در معنای ایجاب است) و حال آنکه ودیعه، تمام نمی‌شود مگر به ایجاب و قبول به توسط دو نفر که عبارتند از: امانت‌گذار و امانت‌دار، بنابراین، ودیعه، استنابت تنها نخواهد بود بلکه مجموع استنابت و قبول آن می‌باشد. هر چند (قبول لفظی را شرط ندانیم) و اکتفا به قبول فعلی (یعنی قبض کردن) بنماییم (زیرا در هر حال، قبول باید باشد چه لفظی و چه فعلی).

المودع به کسردال به صیغه اسم فاعل از باب افعال وکان... (این جواب اول از اشکال مزبور می باشد) یعنی وگویا چون تعریف مزبور، تعریف عقد ودیعه است - چنانکه از عقیده مصنف به دست آورده ایم (که تعریفاتی که در اول هر بابی ذکر می کند، تعریف برای عقدها می باشد - و از طرفی هم چون) آنچه که معتبر است از عقد ودیعه، همان ایجاب است، بدین جهت مصنف مسامحه کرد در اینکه اطلاق نمود استنابت را (که در معنای ایجاب است) بر عقد (یعنی استنابت را خیر قرارداد برای عقد ودیعه، و عقد را عبارت از استنابت فقط قرارداد).

کما علم... (به صیغه مجهول) بین فقها مورد بحث است که الفاظ عقود مثل بیع و اجاره و ودیعه و صلح، آیا اینها به اعتبار معنای مصدری اشان، اسم برای عقود هستند (که وقتی بیع گفته می شود، مقصود عقد بیع است، و وقتی اجاره گفته می شود، مقصود عقد اجاره است) یا اینکه اسم برای اثر حاصل از آن عقود می باشند؟ (که وقتی بیع گفته می شود، مقصود نقل ملک است که به سبب عقد حاصل می شود، و وقتی اجاره گفته می شود، مقصود تملک منفعتی است که به سبب عقد حاصل می شود، و وقتی ودیعه گفته می شود، مقصود جانشین گرفتن در نگهداری مال است، که به سبب عقد حاصل می شود).

در کتاب المتاجر در مبحث عقد بیع دانسته شد که مصنف نظریه اول را قائل می باشد، بنابراین، در اینجا که فرموده «الودیعة» مقصودش عقد ودیعه است و در نتیجه، تعریف مزبور، تعریف عقد ودیعه خواهد بود.

تسامح.... جواب است برای - لَمَّا - اطلاقها علیه... در علم بلاغت گفته اند که در مجاز، اطلاق جزء بر کلی در صورتی صحیح است که جزء از اجزاء رئیسه باشد مثل اطلاق رقبه (به معنی گردن) بر انسان.

مورد بحث نیز از این قبیل است زیرا عقد ودیعه، مرکب از ایجاب و قبول است (ایجاب همان استنابت در حفظ است) و جزء معتبر از مجموع عقد، همان ایجاب است فلذا ایجاب (استنابت در حفظ) را اطلاق بر کل عقد کرده است و عقد را عبارت از آن ایجاب فقط دانسته است.

چنانکه قبلاً گفتیم مقصود از - اطلاقها علیه - آن است که استنابت را خبر برای عقد ودیعه قرار داده و فرموده: هی (یعنی ودیعه یعنی عقد ودیعه) استنابَةٌ. **أولاً**... (جواب دوم از اشکال است) یعنی ویا (علت اینکه مصنف در تعریف، فقط استنابت را آورد، این است که) چون استنابت، لازم دارد قبول استنابت را، زیرا اگر استنابت، مجرد از قبول باشد (یعنی امانت‌گذار، استنابت بنماید ولی کسی آن را قبول نکند) اثری نخواهد بخشید.

(وتفتقر إلى إيجاب وقبول) كغيرها من العقود، (ولا حصر في الألفاظ الدالة عليها) كما هو شأن العقود الجائزة من الطرفين، فيكفي كل لفظ دل عليها، بل التلويح والإشارة المفهمة لمعناها اختياراً.

(وتفتقر إلى إيجاب... توضيح: از آنجا که وديعه، عقد است همانند عقود دیگر، احتیاج به ایجاب و قبول دارد (ایجاب از طرف امانت گذار، و قبول از طرف امانت دار).

و چون وديعه از عقود جایزه است لذا الفاظ خاصی در ایجاب و قبول آن لازم نیست بلکه هر لفظی را که دلالت بر معنای وديعه کند می توان در ایجاب و قبول آن بکار برد.

توضیح آنکه در عقود لازمه (که فسخ آن بدون رضایت طرفین جایز نیست) باید الفاظ مخصوصی را در ایجاب و قبول آن بکار برد و آن الفاظی هستند که شرایط ذیل را باید دارا باشند.

۱. اینکه به لغت عربی باشند.

۲. اینکه جمله فعلیه باشند.

۳. اینکه به صیغه ماضی باشند.

۴. اینکه غلط تلفظ نشوند.

۵. اینکه الفاظ مجازی نباشند بلکه حقیقی باشند.

۶. اینکه صریح باشند و به طور تلویح و اشاره نباشد.

۷. اینکه بین ایجاب و قبول، تطابق در الفاظ باشد.

ولی در عقود جایزه هیچیک از این شرایط معتبر نیست و در نتیجه، الفاظ مخصوصی در ایجاب و قبول آن عقود، معتبر نیست بلکه هر لفظی را که دلالت بر معنای وديعه کند می توان در ایجاب و قبول آن بکار برد، خواه عربی باشند، یا نه خواه

جمله فعلیه باشند یا اسمیه (مثل اینکه در ایجاب بگوید: هو ودیعة عندک) و خواه به صیغه ماضی باشند یا غیر آن (مثل صیغه امر که در ایجاب بگوید: احفظه) و خواه غلط تلفظ شوند یا صحیح، خواه الفاظ حقیقی باشند یا الفاظ مجازی و کنائی، و نیز خواه الفاظ صریح باشند و یا تلویح و اشاره ای که معنای ودیعه را بفهماند باشد - حتی در حال اختیار نیز بدون اینکه اضطراری برای تلویح و اشاره در میان بوده باشد... ترجمه و شرح عبارت: **ولا حصر...** یعنی الفاظی که دلالت بر ودیعه دارند، منحصر در (الفاظ مخصوصی) نیستند - چنانکه شأن تمام عقودی که از دو طرف (موجب و قابل) جایز الفسخ می باشند، چنین است - بنابراین هر لفظی که دلالت بر ودیعه کند کافی است (برای تحقق ودیعه، و لازم نیست که لفظ، صراحت در معنای ودیعه داشته باشد؛ بلکه تلویح (نیز کافی است) و (همچنین) اشاره ای که معنای ودیعه را بفهماند نیز کافی است حتی در صورت اختیار (بدون اینکه اضطراری در کار باشد).

کما هو ضمیر به - عدم حصر - بر می گردد **التلویح و الإشارة** به نظر می رسد که اشاره غیر از تلویح می باشد، نه اینکه عطف تفسیر برای تلویح بوده باشد، چون در لغت، تلویح به معنای این است که انسان در ضمن گفته خود، موضوعی را به کنایه بیان کند، بنابراین، تلویح به معنای لفظ غیر صریح است در مقابل لفظ صریح، و اما مقصود از اشاره، اشاره با دست مثلاً می باشد پس اشاره در مقابل لفظ و غیر لفظ می باشد.

(ویکفی فی القبول الفعل)، لأن الغرض منه الرضا بها. وربما كان الفعل - وهو قبضها - أقوى من القول، باعتبار دخولها في ضمانه، والتزامه بحفظها بواسطة القبض وإن لم يحصل الإيجاب فيه أولى، إلا أن فيه خروجاً عن باب العقود التي لا تتم إلا بصيغة من الطرفين.

ومن ثم قيل: إنها إذن مجرد، لا عقد، وكيف كان لا تجب مقارنة القبول للإيجاب قولياً كان، أم فعلياً.

(ویکفی فی القبول... توضیح: در قبول ودیعه، لفظ شرط نیست که بگوید قبول کردم بلکه قبول فعلی نیز کافی است که به محض گرفتن مال، ودیعه تحقق می‌یابد. و دلیل آن این است که غرض از قبول آن است که رضایت خود را به استنابت، اعلام بدارد، و روشن است که قبض کردن آن، رضایت را می‌رساند بلکه چه بسا قبض کردن بهتر از قبول لفظی، دلالت بر رضایت می‌کند، زیرا اگرچه ایجابی هم از طرف مالک گفته نشود بلکه قبول کننده، خودش مال او را به دست بگیرد، به واسطه همین گرفتن، مال در ضمان او داخل می‌گردد (که اگر با تقصیر در حفظ آن، تلف گردد یا معیوب شود، ضامن است) و باید در حفظ و نگهداری آن کوشا باشد تا آن را به مالکش برگرداند، به دلیل اینکه عموم حدیث «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» حکم به آن می‌نماید.

پس در صورتی که ایجاب از طرف مالک گفته شده باشد، به طریق اولی باید قبول کننده مال، به واسطه قبض آن، در حفظ آن کوشا باشد و اگر با تقصیر تلف گردد ضامن خواهد بود.

اما در قبول لفظی در وقتی که هنوز مال را قبض نکرده باشد چنین نیست چون در این صورت به واسطه اینکه عقد ودیعه، عقد جایز است (که می‌تواند آن را فسخ نماید) قبول لفظی او صراحت در التزام به حفظ و نگهداری آن مال ندارد لذا اگر بعد

از قبول لفظی، عقد را فسخ نمود، قبول اوبی اثر می‌گردد چون هنوز مال را قبض نکرده.

تنها اشکالی که در قبول فعلی هست این است که ودیعه در آن صورت، از جزو عقود خارج می‌گردد چون عقد باید ایجاب و قبول داشته باشد و به وسیله صیغه خواندن از دو طرف انجام بگیرد.

بدین جهت است که بعضی از فقها گفته‌اند ودیعه، عقد نیست بلکه تنها اذن به نگهداری مال می‌باشد.

به هر حال، مطلب دیگری که در اینجا مطرح می‌باشد این است که همزمان بودن قبول با ایجاب، شرط نیست (خواه قبول لفظی باشد یا فعلی) پس اگر بین آنها فاصله افتد باز ودیعه تحقق می‌یابد.

ترجمه و شرح عبارت: و یكفی... یعنی در قبول ودیعه، قبول فعلی هم کافی است (یعنی عملاً مال را به دست بگیرد بدون آنکه لفظاً بگوید: قبول کردم) زیرا غرض از قبول، رضایت دادن به استنابت می‌باشد (و این رضایت، به قبض کردن نیز حاصل می‌گردد) و چه بسا فعل - یعنی قبض کردن ودیعه - قوی‌تر از قول (قبول لفظی) می‌باشد (در دلالت کردن بر رضایت) به اعتبار اینکه ودیعه یعنی عین مال، داخل در ضمان او می‌گردد و باید ملتزم به نگهداری آن شود، به واسطه قبض کردن آن، گرچه (از طرف مالک) ایجاب، حاصل نشود، پس با حصول ایجاب به طریق اولی در ضمان او داخل می‌گردد و باید ملتزم به نگهداری آن شود.

قبضها ضمیر بر می‌گردد به ودیعه به معنای اسمی یعنی عین مال، و همچنین ضمیرهای بعدی در «دخولها» و «بحفظها» و التزامه عطف است بر - ضمانه - فیه نکته‌ای که در اینجا ذکرش لازم است اینکه کلمه - فیه - مرکب از سه کلمه است، فاء تفریع سپس باء سپس هاء، چنانکه در یک نسخه مصحح چنین آمده است (نه

اینکه مرکب از دو کلمه باشد: یکی - فی - حرف جر، و دیگری «ها» چنانکه در نسخه‌های ده جلدی آمده است) و ضمیر برمی‌گردد به ایجاب یعنی فبالایجاب اولی «یعنی فمع حصول الإیجاب اولی بدخول المال فی ضمانه».

و با این بیان دیگر کلمه - اولی - خبر برای - التزامه - نخواهد بود که بعضی از محشین خیال کرده‌اند، و منشأ اشتباه، غلط بودن نسخه است که ما تصحیح نمودیم.

إلّا أنّ فیه... یعنی (هر چند قبول فعلی، کفایت می‌کند) ولی در اکتفای به قبول فعلی، عقد ودیعه خارج می‌گردد از باب عقودی که به واسطه صیغه از دو طرف (موجب و قابل) تحقق می‌یابند (یعنی دیگر به ودیعه نمی‌توان عقد گفت چون صیغه از طرف مالک فقط خوانده می‌شود و از طرف امانت‌دار، فقط قبض می‌شود بدون صیغه).

و من ثم... یعنی و بدین جهت (که از باب عقود خارج می‌شود) بعضی از فقها گفته‌اند که ودیعه، صرف رضایت به نگهداری است (و یا به تعبیر دیگر ایقاع است نظیر طلاق و عتق) نه اینکه عقد باشد و کیف کان... یعنی به هر حال (چه اینکه ودیعه در آن صورت، عقد باشد یا اذن مجرد) واجب نیست همزمان بودن قبول با ایجاب، چه قبول قولی باشد و چه فعلی.

(ولو طرحها عنده) ولم يحصل منه ما يدل على الرضا، ولا قبضها، (أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعة)، لانتفاء القبول الشرعي فيهما.

وأما الإيجاب فقد يحصل بالطرح بأن يضم إليه قولاً أو ما في حكمه يفيد، وقد لا يحصل بأن يقتصر على مجرد الطرح، وفي الثاني لا تصير وديعة وإن قبل قولاً أو فعلاً لكن في الثاني يجب عليه الحفظ لليد، لا للوديعة وفي الأول تتم بالقبول بهما فيجب عليه الحفظ.

وحيث لا يجب لعدم القبول قد يجب لأمر آخر كما لو غاب المالك وتركها وخيف عليها الذهاب فيجب من باب المعاونة على البركافية لكن لا ضمان بتركة.

(ولو طرحها عنده)... توضيح: دانسته شد که ایجاب در وديعه باید یا لفظ باشد (چه صریح و چه تلویح) و یا اشاره، و اما قبول، هم به لفظ می شود و هم به فعل. با توجه به آن در اینجا چند صورت مطرح می شود:

۱. اگر مالک، مال خود را نزد شخصی بیندازد بدون اینکه ایجابی بخواند (نه لفظاً و نه اشاره) و شخص مذکور آن را لفظاً فقط قبول کند بدون اینکه آن را قبض نماید، در این صورت نگهداری آن بر آن شخص واجب نیست و اگر هم تلف گردد ضامن نیست.

علت اینکه نگهداری بر او واجب نیست آن است که چون عقد وديعه در آن صورت تحقق نیافته، زیرا ایجاب از مالک، حاصل نشده، و بدون ایجاب، عقدی تحقق نمی یابد.

و علت اینکه در صورت تلف، ضامن نیست آن است که چون مال در دست او قرار نگرفته است چون فرض آن است که آن را قبض نکرده بلکه فقط لفظاً قبول نموده است.

۲. مثل صورت اول، مالک، مال را نزد شخصی ببیند از بدون ایجاب ولی شخص مزبور آن را قبول فعلی کند (یعنی قبض نماید) نه لفظی، در این صورت نیز عقد ودیعه تحقق نمی‌یابد چون ایجاب حاصل نشده، اما در عین حال بر آن شخص نگهداری مال واجب است و اگر تلف شود ضامن می‌شود، به دلیل قاعده ید یعنی روایت «علی الید ما أخذت حتی تودی» چون فرض آن است که مال در دست او قرار گرفته است و طبق روایت باید نگهداری کند تا وقتی که آن را به صاحبش برگرداند.

۳. اینکه مالک علاوه بر انداختن مال نزد شخص، ایجاب هم بخواند و آن شخص نیز لفظاً قبول نماید، در این صورت عقد ودیعه تحقق می‌یابد پس نگهداری مال بر او به اعتبار ودیعه واجب می‌شود.

۴. همان صورت سوم ولی شخص، قبول فعلی نماید نه لفظی، در این صورت نیز عقد ودیعه تحقق می‌یابد.

۵. اینکه مالک، مال را نزد شخص بگذارد (خواه ایجاب هم بخواند یا نه) ولی آن شخص، آن را قبول نکند نه لفظاً و نه فعلاً، در این صورت عقد ودیعه تحقق نمی‌یابد پس از باب ودیعه، نگهداری آن بر او واجب نیست و در صورت تلف هم ضامن نمی‌باشد چون قبض تحقق نیافته.

آری از باب معاونت بر نیکی، واجب کفایی است بر آن شخص اینکه در صورت حاضر نبودن مالک نزد مالش و ترس تلف شدن آن، از آن نگهداری نماید، و در عین حال اگر نگهداری نکند، فقط گناه کرده نه اینکه ضامن مال بوده باشد.

۶. اینکه مالک، اگر اهکند شخص را بر قبض مال، در این صورت نیز ودیعه تحقق نمی‌یابد، چون قبول باید اختیاری باشد و قبول اکراهی، شرعاً قبول محسوب نمی‌شود و حدیث «علی الید» شامل آن نمی‌باشد پس در نتیجه، نه نگهداری مال بر او واجب می‌شود و نه در صورت تلف، ضامن آن می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: ولو طرحها... یعنی اگر مالک، ودیعه را (یعنی مال ودیعه) نزد شخصی بیندازد ولی از شخص مزبور، چیزی که دلالت بر رضایت او بر امانت داری کند صادر نشود (نه لفظاً) و نه (فعلاً یعنی) قبض کند آن را (این همان صورت شماره پنج است که سابقاً ذکر نمودیم) و یا اگر مالک، اکراه کند او را برگرفتن مال ودیعه (این همان صورت شماره شش است که ذکر نمودیم) در این دو صورت آن مال ودیعه نخواهد بود، چون قبول شرعی در هیچ یک از آن دو صورت نمی باشد.

(اکنون ببینیم که آیا با انداختن مال نزد شخص، ایجاب می تواند تحقق یابد یا نه؟ می فرماید:) و اما ایجاب: گاهی با انداختن مال، تحقق می یابد به این نحو که مالک، همراه کند با انداختن آن، لفظ یا چیزی را که در حکم لفظ است که ایجاب را برساند (یعنی اگر علاوه بر انداختن، لفظاً یا اشاره ایجاب را بگوید، ایجاب تحقق می یابد).

و گاهی ایجاب (با انداختن مال) تحقق نمی یابد و آن در صورتی است که فقط اکتفا بر انداختن مال بنماید (بدون اینکه ایجاب لفظی یا اشاره ای به آن ضمیمه نماید) و در این صورت دوم، ودیعه تحقق نمی یابد هر چند شخص، قبول کرده باشد لفظاً یا فعلاً (زیرا در جایی که ایجاب نباشد، قبول اثری ندارد خواه قبول لفظی باشد یا قبول فعلی) منتها در فرض دوم (یعنی قبول فعلی) باید نگهداری از مال نماید از باب اینکه مال در دست او قرار گرفته (و روایت «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» شامل آن می باشد) نه از باب اینکه ودیعه تحقق یافته (چون گفتیم که ودیعه در آن صورت تحقق نمی یابد).

و این قبل قولاً این همان صورت شماره یک می باشد که سابقاً توضیح دادیم او فعلاً این همان صورت شماره دو می باشد که سابقاً توضیح دادیم و فی الأول... (عطف است بر - و فی الثانی -) یعنی و در صورت اول (که مالک علاوه بر انداختن

مال، ایجاب لفظی یا اشاره‌ای هم گفته است) ودیعه تمام می‌شود به واسطه قبول کردن شخص، به قبول لفظی یا فعلی (واین همان صورت شماره سه و چهار است که سابقاً توضیح دادیم) پس واجب می‌شود بر آن شخص، نگهداری کند از مال (به خاطر تحقق عقد ودیعه).

و حیث لایجب... یعنی در صورتی که نگهداری واجب نباشد به خاطر عدم تحقق قبول (نه لفظاً و نه فعلاً، مانند صورت شماره پنج که سابقاً توضیح دادیم) گاهی نگهداری به خاطر امر دیگری واجب می‌شود مثل اینکه مالک، غایب شود و مال ودیعه را در نزد شخص رها کند و ترس از بین رفتن آن مال باشد، در این صورت نگهداری آن از باب کمک کردن بر کار نیک (که مضمون آیه شریفه: ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ است) واجب کفایی خواهد بود (نه اینکه واجب عینی بر او باشد همانطوری که در صورت تحقق قبول از طرف امانت‌دار، نگهداری مال بر او واجب عینی است) ولی در همین حال اگر نگهداری را ترک نمود (و آن مال تلف گردید) ضمانی بر عهده او نخواهد بود (بلکه فقط گناه کرده به خاطر ترک واجب) کفایه منصوب است به عنوان تمییز یعنی واجب است حفظ و نگهداری، به وجوب کفایی.

وأما مع الإكراه (فلا يجب حفظها) مطلقا، بل يجوز تركها وإن قبضها به في حضور المالك وغيبته، إلا أن يكون المكره مضطرا إلى الإيداع فيجب إعانته عليه كالسابق.

حکم اکراه بر قبض وديعه

وأما مع الإكراه... توضیح: آنچه قبل از این گفته شد، مربوط به حکم مسأله انداختن مال نزد شخص بود.

اکنون حکم مسأله اکراه شخص بر قبض را بیان می‌فرماید و آن اینکه در آن صورت، بر شخص، نگهداری مال واجب نیست - خواه به واسطه اکراه، آن را قبض کرده باشد یا نه - بلکه جایز است آن را رها نماید (هر چند قبض کرده باشد به واسطه اکراه) چه در حضور مالک و چه در غیاب او.

فقط در یک صورت است که بر شخص نگهداری آن واجب می‌شود و آن در جایی که مالک، ناچار شده که آن را نزد شخصی به امانت بگذارد (به خاطر اینکه مثلا ظالمی می‌خواهد آن را از او بگیرد و لذا برای حفظ آن از دست ظالم، مالک می‌خواهد آن را نزد شخصی به امانت بگذارد) و لذا در اثر ناچاری، شخصی را اکراه کند برگرفتن آن، در این صورت، از باب اعانت بر کار خیر و نیک (نه از باب وديعه) بر شخص واجب می‌شود که آن را قبول کند و از آن نگهداری نماید، آنها هم همانطوری که در مسأله انداختن مال نزد شخص نیز گفته شد، ضمانی به عهده شخص نمی‌آید یعنی در همان فرض اگر مال را رها نمود و تلف گردید ضامن نمی‌باشد بلکه فقط گناه کرده است.

ترجمه و شرح عبارت: و أما مع الأکراه... یعنی و اما در مسأله اکراه (که مسأله دوم در عبارت مصنف است) پس حفظ وديعه واجب نیست مطلقا - خواه قبض بکند

(به واسطه اکراه) یا قبض نکند - بلکه جایز است رها کردن ودیعه گرچه آن را به واسطه اکراه، قبض نموده باشد فی حضور... (متعلق است به - یجوز ترکها-) یعنی رها کردن آن مال جایز است، هم در صورت حضور مالک و هم در صورت غایب بودن او.

إلا أن... یعنی مگر اینکه اکراه کننده (یعنی مالک) ناچار باشد به امانت گذاردن مال (واکراه کردن او در اثر ناچاری او باشد) پس در این صورت، واجب است کمک کردن او بر گذاردن مال (و نگهداری از آن) همانند مسأله قبل (یعنی مسأله انداختن مال نزد شخصی، که در آنجا هم گفتیم در بعضی از فرضها واجب است نگهداری مال از باب اعانت بر امر خیر، نه از باب ودیعه) المکره به کسر راء به صیغه اسم فاعل علیه ضمیر به - ایداع - برمی گردد.

فقلوه: " فلا یجب حفظها " مطلق فی الثانی من حیث الودیعة، ومع عدم القبول أو القبض فی الأول علی ما فصل.

فقلوه فلا یجب... توضیح: مصنف جمله - فلا یجب حفظها - را تفریع نمود بر دو مسأله: یکی مسأله انداختن ودیعه نزد شخص، و دیگر مسأله اکره بر قبض. شارح می فرماید: از توضیحاتی که دادیم معلوم گردید که تفریع نمودن عدم وجوب حفظ، نسبت به مسأله دوم (یعنی مسأله اکره) همانا به طور مطلق است (چه قبض بکند و چه قبض نکند) آنها از جهت ودیعه بودن یعنی از نظر اینکه چون در صورت اکره، ودیعه تحقق نمی یابد لذا حفظ آن واجب نیست، و اما از جهت اعانت بر خیر، در بعضی از فرضها - مثل فرض اضطرار مالک به سپردن آن - حفظ آن بر شخص واجب می شود چنانکه گفته شد.

و اما در مسأله اول - مسأله انداختن ودیعه نزد شخص - تفریع نمودن عدم وجوب حفظ، به طور مطلق نمی تواند باشد بلکه باید آن را قید زد به صورت عدم قبول لفظی یا فعلی، به آن تفصیلی که دانسته شد یعنی حکم به عدم وجوب حفظ در مسأله انداختن ودیعه نزد شخص، آن وقتی درست است که از طرف شخص، قبولی حاصل نشود نه لفظاً و نه فعلاً، و اما اگر قبول حاصل شود لفظاً یا فعلاً، و همراه با انداختن ودیعه، ایجابی هم از طرف مالک تحقق یافته باشد، حفظ مال از باب ودیعه، واجب می گردد.

ترجمه و شرح عبارت: فقلوه... یعنی پس (از تفصیلاتی که در دو مسأله بالا دادیم روشن می شود که:) قول مصنف - فلا یجب حفظها - همانا به طور مطلق است (یعنی مقید به قیدی نیست) در مسأله دوم (یعنی در مسأله اکره، عدم وجوب حفظ، مقید به این نیست که شخص، قبول نکند و یا قبض نکند مال را بلکه

نگهداری مال بر او واجب نیست از جهت ودیعه بودن، هر چند قبول لفظی یا فعلی کرده باشد چون قبول مزبور، قبول اختیاری نیست فلذا شرعاً اثری ندارد).

من حیث الودیعة این قید برای خارج کردن صورت اضطرار مالک است که در بالا گفته شد که حفظ مال در آن صورت بر شخص واجب است ولی نه از جهت ودیعه بودن بلکه از جهت اعانت بر امر خیر و نیک ومع عدم القبول... (عطف است بر- مطلق-) یعنی قول مصنف - فلا یجب حفظها - مقید است به عدم قبول یا عدم قبض، درمسأله اول (انداختن ودیعه نزد شخص) به تفصیلی که در بالا گذشت.

(ولو قبل) الودیعة قولاً، أو فعلاً (وجب) علیه (الحفظ) ما دام مستودعاً، وكذا بعده إلى أن يؤدي إلى المالك، أو من في حكمه وبذلك يظهر عدم المنافاة بين وجوب الحفظ، وعدم وجوب البقاء على الودیعة من حيث إنها عقد جائز.

احكام ودیعه

(ولو قبل) الودیعة... توضیح: بعد از آنکه امانت دار، ودیعه را قبول نمود لفظاً یا فعلاً، واجب است از آن نگهداری نماید، هم تا وقتی که امانت دار است، و هم بعد از فسخ عقد تا زمانی که آن را به دست مالک یا وکیلش برساند.

اگر کسی گوید: اینکه مصنف به طور مطلق فرمود: «نگهداری ودیعه بر امانت دار واجب است» منافات دارد با جایز بودن عقد ودیعه، زیرا معنای جواز عقد آن است که هر زمانی که هریک از طرفین بخواهد می تواند آن را برهم بزند و آن را برگرداند، و چه بسا بعد از عقد ودیعه، بلافاصله آن را برهم بزند. و این معنی چگونه با وجوب نگهداری سازگار است؟ پس می بایست مصنف عبارت خود را قید می زد به - مادام مستودعاً - یعنی می فرمود: تا وقتی که بر امانت داری باقی است، نگهداری هم براو واجب است.

شارح می فرماید: از بیانی که ما در بالا ذکر نمودیم، جواب این اشکال معلوم می شود زیرا ما گفتیم که حتی بعد از فسخ و برهم زدن عقد نیز باید از آن نگهداری کند تا زمانی که به دست مالک برساند، پس فرمایش مصنف (وجوب نگهداری)، منافات ندارد با جایز بودن عقد ودیعه، زیرا امانت دار هر وقت خواست (ولو بعد از عقد بلافاصله باشد) عقد را فسخ کند ولی آن را باید تا وقتی که به دست مالک برساند نگهداری نماید. بنابراین فرمایش مصنف (وجوب نگهداری) صادق است.

ترجمه و شرح عبارت: بعده یعنی بعد الاستیداع (یعنی اینکه عقد را فسخ نماید و از امانت داری بیرون رود) إلی أن... این جمله غایت است برای - بعده - أو من فی حکمه یعنی کسی که در حکم مالک است مثل وکیل او و بذلک... یعنی با تعمیم دادن وجوب حفظ برای بعد از فسخ عقد نیز، روشن می شود اینکه منافاتی نیست بین واجب بودن حفظ، و بین واجب نبودن ماندن بر ودیعه از جهت آنکه ودیعه، عقد جایز است (و می توان آن را فسخ نمود).

(ولا ضمان عليه) لو تلفت، أو عابت (إلا بالتعدي فيها) بأن ركب الدابة، أو لبس الثوب، أو فتح الكيس المختوم أو المشدود (أو التفريط) بأن قصر في الحفظ عادة (فلو أخذت منه قهراً فلا ضمان) إن لم يكن سبباً في الأخذ القهري بأن سعى بها إلى الظالم، أو أظهرها فوصل إليه خبرها مع مظنته، ومثله ما لو أخبر بها اللص فسرقها.

ولا فرق بين أخذ القاهر لها بيده وأمره له بدفعها إليه كرها، لانتفاء التفريط فيهما فينحصر الرجوع على الظالم فيهما على الأقوى.

وقيل: يجوز له الرجوع على المستودع في الثاني، وإن استقر الضمان على الظالم.

عدم مسئوليت امانت دار

(ولا ضمان عليه)... توضیح: اگر ودیعه در دست امانت دار، تلف شد و یا معیوب و ناقص گردید، ضامن نخواهد بود، مثلاً هرگاه مالی به عنوان ودیعه به کسی سپرده شد و امانت دار مطابق دستورهای که مالک داده و عرف اقتضا می نموده، نسبت به آن مال رفتار کند و آن مال دچار حریق گردد، و یا کم شود و یا مورد سرقت قرار گیرد، آن شخص ضامن آن نمی باشد.

فقط در دو صورت، ضامن می باشد: تعدی، تفريط.

۱. تعدی یعنی کاری را که بر حسب متعارف نباید انجام گیرد، انجام دهد. و به عبارت دیگر تجاوز نمودن از حدود متعارف نسبت به مال، مثل اینکه کسی، اسب خود را به امانت گذارد، و امانت دار آن را سوار شود، و یا لباس را به امانت گذارد و امانت دار آن را بپوشد، و یا مثل اینکه مال ودیعه در کیسه مهر شده یا سربسته بانخ، سپرده شده باشد، امانت دار حق ندارد آن را باز کند و اگر باز نماید (و در نتیجه مال

تلف گردد) تعدی کرده و ضامن است، زیرا باز کردن در کیسه، تجاوز از حدود متعارف در نگاهداری کیسه در بسته، می باشد.

۲. تفریط: یعنی کاری را که به موجب متعارف، برای حفظ مال، لازم است انجام ندهد مثل اینکه متعارف در نگاهداری جواهر، گذاردن آن در صندوق است، ولی امانت گذران را در طاقچه بگذارد و در نتیجه مورد سرقت قرار بگیرد بآن قصّر... یعنی به اینکه کوتاهی کند در نگهداری آن بر حسب متعارف.

فلو أخذت... توضیح: گفته شد که امانت دار در غیر صورت تعدی و یا تفریط، ضامن نمی باشد.

بنابراین، اگر ظالمی آن را به زور از او بگیرد، ضمانتی بر عهده او نیست به شرط اینکه خود وی سبب، در گرفتن ظالم نبوده باشد و اما اگر خود وی سبب در گرفتن او شده باشد، مثل دو صورت زیر:

۱. اینکه امانت دار وقتی به نزد ظالم می رود، و دیعه را هم همراه خودش ببرد، و ظالم هم آن را بگیرد و او نتواند دفاع کند.

۲. اینکه امانت دار، و دیعه را در بین مردم آشکار کند و در نتیجه خبر به ظالم رسیده، بیاید آن را بگیرد با فرض اینکه امانت دار گمان داشته که آشکار کردن آن، سبب رسیدن خبر به ظالم و گرفتن او می شود.

در این دو صورت، امانت دار ضامن می باشد، چون به واسطه اینکه خود او سبب در گرفتن ظالم شده، تفریط و کوتاهی در حفظ، محسوب می شود.

و همچنین اگر وی خبر دهد جای و دیعه را به کسی که دزد است و در نتیجه آن، دزد هم آن را به سرقت ببرد.

ترجمه و شرح عبارت: فلو أخذت... (به صیغه مجهول) یعنی اگر و دیعه به زور گرفته شود از امانت دار، ضمانتی به عهده او نیست به شرط اینکه خود او سبب در به

زورگرفتن ظالم نبوده باشد. بان سعی... (بيان می‌کند سبب بودن او را) یعنی امانت‌دار ببرد ودیعه را با خود پیش ظالم، و یا آشکار کند ودیعه را (در بین مردم) و در نتیجه خبر آن به ظالم برسد در صورتی که گمان داشته باشد به رسیدن خبر به ظالم (پس در این دو صورت چون تفریط در نگهداری آن کرده لذا ضامن است) مع مغلّنه (قید است برای - اظہرها-) مقصود آن است که اگر گمان رسیدن خبر به ظالم را داشته باشد و در عین حال، ودیعه را اظهار بین مردم نماید، ضامن است و اما اگر گمان مزبور را نداشته باشد و در اظهار ودیعه، اتفاقاً خبر به ظالم برسد و آن را بگیرد، در این صورت ضمانی به عهده او نیست و مثله... یعنی مثل فرض قبلی است آن صورتی که (جای) ودیعه را به دزد خبر بدهد و در نتیجه، دزد آن را به سرقت ببرد (پس در این صورت هم امانت‌دار ضامن است).

و لافرق توضیح: گفته شد که در صورتی که ظالم به زور، ودیعه را بگیرد امانت‌دار ضامن نیست، اکنون می‌فرماید که در گرفتن ظالم در آن صورت، فرقی نیست بین اینکه خودش به دست خودش آن را بگیرد، یا اینکه از روی اجبار و اکراه، امر کند به امانت‌دار که آن را به او تحویل بدهد.

در هر دو صورت، امانت‌دار ضامن نیست، زیرا در هیچ یک از آن دو صورت، امانت‌دار، تفریط و کوتاهی در نگهداری نکرده است پس در هر دو صورت، مالک باید به ظالم رجوع کند نه به امانت‌دار.

ولی بعضی از فقها بین آن دو صورت فرق گذاشته و گفته‌اند: در صورت اول، مالک باید رجوع به ظالم کند اما در صورت دوم، مالک حق دارد به امانت‌دار رجوع کند و مطالبه ودیعه از او بنماید (یعنی در این صورت، مالک مخیر است بین اینکه به ظالم رجوع کند یا اینکه به امانت‌دار رجوع کند) گرچه در آخر کار امانت‌دار هم رجوع به ظالم می‌کند و در نهایت، ضمان به گردن ظالم استقرار می‌یابد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا فرق...** یعنی در گرفتن ظالم آن و دیعه را فرقی نیست بین اینکه با دست خود مباشرتاً آن را بگیرد و بین اینکه ظالم امر کند امانت دار را به تحویل دادن و دیعه به او از روی اکراه و اجبار (پس در هر دو صورت، امانت دار ضامن نمی باشد) چون تفریط در هیچ یک از آن دو صورت نمی باشد پس مالک، فقط حق رجوع به ظالم دارد در هر دو صورت بنا بر قول اقوی در نظر ما، ولی بعضی گفته اند که جایز است برای مالک اینکه رجوع کند به امانت دار در صورت دوم (یعنی آن صورتی که امانت دار از روی اکراه به دست خود آن را به ظالم تحویل بدهد) گرچه (آخر کار) ضمان بر عهده ظالم استقرار می یابد (یعنی امانت دار هم رجوع به ظالم می کند).

(ولو تمكن) المستودع (من الدفع) عنها بالوسائل الموجبة لسلامتها (وجب ما لم يؤد إلى تحمل الضرر الكثير، كالجرح، وأخذ المال) فيجوز تسليمها حينئذ وإن قدر على تحمله. والمرجع في الكثرة والقلة إلى حال المكروه، فقد تعد الكلمة اليسيرة من الأذى كثيرا في حقه، لكونه جليلا لا يليق بحاله ذلك. ومنهم من لا يعتد بمثله،

وجوب دفع ظالم از ودیعه

(ولو تمكّن)... توضیح: اگر امانت دار بتواند در مقابل ظالم، دفاع از ودیعه کند، باید به هر وسیله و هر نحوه‌ای که موجب سالم ماندن ودیعه از دست ظالم می‌گردد، از آن دفاع نماید (زیرا چنانکه در بالا گفته شد، محافظت نمودن از ودیعه، بر امانت دار واجب است پس اگر محافظت موقوف بر مقابله با ظالم و دفاع از ودیعه باشد، به عنوان مقدمه واجب، دفاع و مقابله با ظالم هم واجب خواهد بود، بنابراین اگر با توانایی بردفاع، دفاع نکند و در نتیجه به دست ظالم بیفتد، مقصر شمرده می‌شود و ضامن خواهد بود) ولی اگر دفاع از آن موجب این شود که امانت دار، ضرر زیادی را متحمل شود - مثل اینکه اگر نحوه دفاع از ودیعه این باشد که با ظالم مقابله کند و مجروح شود، و یا اگر نحوه دفاع از ودیعه این باشد که ظالم از او مطالبه مال دیگری را می‌کند که با دادن این مال، ظالم دست از ودیعه برمی‌دارد - در این صورت، دفاع از ودیعه به آن نحوه که متحمل ضرر مزبور شود، بر او واجب نیست پس می‌تواند در آن صورت، دفاع نکند و ودیعه را به ظالم تحویل دهد هر چند توانایی بر تحمل ضرر مزبور را داشته باشد. و از اینکه مصنف، ضرر را مقید به - کثیر - نمود، استفاده می‌شود که اگر دفاع کردن از ودیعه، موجب تحمل ضرر کم باشد باید آن را تحمل کند.

و میزان در تشخیص زیاد بودن ضرر یا کم بودن آن، موقعیت شخص امانت دار است، زیرا بعضی از افراد به خاطر موقعیت اجتماعی و شرافتی که در بین مردم دارند (مثل عالم و مرجع شهر) چه بسا یک کلمه فحش و اهانت و اذیت زبانی نسبت به او، اذیت زیاد شمرده شود، و برعکس چه بسا بعضی از افراد به خاطر لالابالی بودنشان و پستی مقام، یک کلمه فحش برای آنها چیزی نباشد.

بنابراین، اگر امانت دار، شخص شریف و آبروداری بود چنانچه دفاع از ودیعه موجب این شود که در هنگام مقابله با ظالم، ظالم به او فحشی بدهد که مناسب شأن و مقام او نیست، در این صورت این فحش در حق او ضرر کثیر محسوب می شود پس بر او واجب نیست که دفاع کند و آن فحش را تحمل نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو تَمَنَّكَ...** یعنی اگر امانت دار بتواند دفع کند (ظالم را) از ودیعه با وسایلی که موجب سالم ماندن ودیعه (از دست ظالم) می گردد، دفع بر او واجب می شود تا زمانی که منجر به وارد آمدن ضرر زیاد بر او نشود (مثل مجروح شدن و یا گرفته شدن مال از او - پس) (اگر دفاع، موجب وارد آمدن ضرر زیاد بر او شود، دفاع بر او واجب نیست و) جایز است ودیعه را در آن صورت، تحویل دهد (به ظالم) گرچه قدرت بر تحمل آن ضرر زیاد داشته باشد.

و میزان در تشخیص زیادی ضرر یا کمی آن، حال (و موقعیت) شخص مکروه است (مکروه به فتح راء به صیغه اسم مفعول یعنی امانت دار که از طرف ظالم، إکراه برگرفته شدن ودیعه از او گردیده) پس چه بسا حرف کمی از اذیت، در حق شخص امانت دار، زیاد محسوب گردد به خاطر اینکه او شخص جلیل القدری است که آن سزاوار حال و شأن او نیست، و (در مقابل) در بین مردم، کسانی هستند که اعتنا به چنین حرف ها نمی کنند. **کثیراً مفعول دوم برای - تُعَدُّ - می باشد.**

وأما أخذ المال فإن كان مال المستودع لم يجب بذله مطلقاً، وإن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها وجب الدفع عنها ببعضها ما أمكن، فلو ترك مع القدرة على سلامة البعض فأخذ الجميع ضمن ما يمكن سلامته، وإن لم يمكن إلا بأخذها أجمع فلا تقصير، ولو أمكن الدفع عنها بشئ من ماله لا يستوعب قيمتها جاز، ورجع مع نيته. [وفي وجوبه نظراً].

وأما أخذ المال.. توضيح: مصنف در عبارتش جمله - اخذ المال - آورده است که ظاهراً مقصود از آن - به قرینه اینکه مثال برای ضرر کثیرمی باشد و در ردیف جرح ذکر نموده - گرفته شدن مال خود امانت دار است.

اکنون شارح در اینجا بطور کلی گرفته شدن مال را مورد بحث قرار داده و می فرماید: اگر دفاع از ودیعه متوقف باشد بر اینکه امانت دار از اموال خودش چیزی به ظالم بدهد تا ظالم دست از ودیعه بردارد، در این صورت بر امانت دار واجب نیست از اموال خود بدهد (خواه ارزش آن به اندازه تمام ودیعه باشد یا کمتر از آن باشد) بلکه می تواند در آن صورت امانت را به ظالم واگذار نماید. و اما اگر دفاع از ودیعه، متوقف باشد بر اینکه از خود مال ودیعه به ظالم داده شود، این صورت دو فرض دارد:

۱. اگر چنانچه با دادن مقداری از مال ودیعه، ظالم دست از باقی ودیعه برمی دارد، باید امانت دار چنین کند و باقی را از دست ظالم حفظ نماید، بنابراین اگر چنین نکند و در نتیجه ظالم تمام ودیعه را از او بگیرد، امانت دار ضامن خواهد بود، البته فقط به مقدار باقی ودیعه که می توانسته آن را حفظ نماید و نکرده، ضامن می باشد نه اینکه ضامن تمام ودیعه باشد.

۲. اگر ظالم را نتواند دفع نماید مگر با دادن تمام ودیعه، در این صورت دیگر وظیفه ای ندارد و می تواند ودیعه را واگذار به ظالم نماید و تقصیری ندارد و ضامن نخواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و أما أخذ المال...** یعنی و اما (آن صورتی که دفع ظالم متوقف باشد بر) گرفته شدن مال (از امانت دار) پس اگر مال مزبور، مال خود امانت دار باشد، واجب نیست (بر امانت دار) دادن آن (به ظالم) مطلقاً (خواه ارزش آن به مقدار ودیعه باشد یا کمتر) و اگر مال مزبور، از ودیعه باشد، در این صورت چنانچه تمام ودیعه نباشد (بلکه مقداری از آن باشد) واجب است دفاع از ودیعه کند به (دادن) مقداری از آن (به ظالم) تا آن جایی که می تواند، بنابراین اگر ترک کند دادن بعضی را با اینکه می توانسته باقی ودیعه را (با دادن بعضی از ودیعه) سالم نگه بدارد و در نتیجه تمام ودیعه از او گرفته شود، ضامن می شود آن مقداری را که می توانست سالم نگهش بدارد (نه اینکه ضامن تمام ودیعه باشد).

و اگر دفع ظالم ممکن نبود مگر با گرفته شدن تمام ودیعه از او، در این صورت تقصیری ندارد (و ضامن نخواهد بود).

ولو أمکن الدفع... توضیح: در چند سطر بالا شارح فرمود که اگر دفاع از ودیعه متوقف باشد بر اینکه از اموال خود چیزی به ظالم بدهد، دادن آن واجب نیست. اکنون در اینجا می فرماید که هر چند واجب نیست ولی جایز است آن را به ظالم بدهد در صورتی که ارزش مال او کمتر از ودیعه باشد، و بعداً می تواند آن را از مالک بگیرد به شرط اینکه در موقع دادن آن به ظالم، نیت گرفتن آن را از مالک داشته باشد، و اما اگر در آن وقت، نیت رجوع به مالک را نداشته باشد، بعداً نمی تواند آن را از مالک بگیرد و تبرعی محسوب می شود.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو أمکن...** یعنی و اگر ممکن باشد دفاع از ودیعه، به دادن چیزی از مال خودش که ارزش آن به اندازه قیمت ودیعه نباشد، جایز است دادن آن (هر چند در بالا گفتیم که واجب نیست) و می تواند (بعد از دادن آن به ظالم) از مالک بگیرد در صورتی که نیت رجوع به مالک را از اول داشته باشد و رجوع مع نیت در بعضی

از نسخه‌ها بعد از این جمله، جمله دیگری دارد و آن «وفی وجوبه نظر» می‌باشد که مقصود از آن این است که آیا دادن آن مال به ظالم در آن صورت، واجب هم می‌باشد یا نه، محل اشکال است.

نگارنده گوید: وجود این عبارت درست در نمی‌آید با عبارتی که چند سطر پیش شارح ذکر نمود و آن - لم یجب بذله مطلقاً - می‌باشد، چون در آنجا بطور جزم فرموده که دادن آن مال به ظالم واجب نیست پس دوباره در عبارت پایین تردید نمودن در وجوب آن درست نیست.

ولو أمکن حفظها عنه بالاستتار منه وجب فیضمن بترکه (نعم یجب علیه الیمین لو قنع بها الظالم فیوری) بما یخرجه عن الکذب بأن یحلف أنه ما استودع من فلان ویخصه بوقت أو جنس أو مکان أو نحوها، مغایر لما استودع، وإنما تجب التوریة علیه مع علمه بها، وإلا سقطت، لأنه کذب مستثنی للضرورة، ترجیحا لأخف القیحین حیث تعارضا.

ولو أمکن حفظها... توضیح: فرع دیگری است و آن اینکه اگر امانت دار بتواند به واسطه پنهان شدن از دشمن، و دایعه را از ظالم، حفظ نماید، باید چنین کند و اگر پنهان نشود و دایعه را دشمن بگیرد، ضامن خواهد بود.

نعم یجب علیه الیمین... توضیح: در بالا مصنف فرمود که اگر حفظ و دایعه متوقف بر این باشد که امانت دار متحمل ضرر کثیر بشود، بر او واجب نیست که ضرر کثیر را تحمل نماید.

اکنون می فرماید که اگر حفظ و دایعه متوقف بر این باشد که امانت دار، قسم بخورد مثل اینکه امانت دار اگر قسم بخورد بر اینکه نزد او و دایعه ای از فلانی نیست، ظالم از او دست بر می دارد، در این صورت بر امانت دار واجب است که اقدام بر آن قسم نماید (زیرا چنانکه سابقاً گفته شد، حفظ و دایعه واجب است و فرض آن است که این حفظ، متوقف بر قسم می باشد پس قسم خوردن از باب مقدمه واجب، واجب خواهد بود) و باید در قسم خوردنش، توریه نماید به نحوی که قسم را از دروغ بودن خارج نماید (یعنی از لفظی که می گوید معنایی را قصد کند که با ظاهر لفظ، تغایر داشته باشد و به عبارت دیگر لفظی را که می گوید ظاهرش دروغ به نظر آید ولی او معنایی را قصد نماید که در آن صادق است) مثل اینکه قسم بخورد که من از فلانی و دایعه ای نگرفته ام و مقصودش آن باشد که در روز جمعه و دایعه نگرفته ام (در صورتی که و دایعه را روز شنبه گرفته باشد) و یا مقصودش آن باشد که و دایعه طلا نگرفته ام (در صورتی که و دایعه نقره

باشد) و یا مقصودش آن باشد که ودیعه را در خانه نگرفته ام (در صورتی که ودیعه را در بیرون از خانه گرفته باشد).

البته وجوب توریه در جایی است که امانت دار، کیفیت توریه را بلد باشد و اما اگر آن را بلد نباشد، لازم نیست توریه کند بلکه صریحاً می‌تواند قسم دروغ بخورد، زیرا این دروغ، شرعاً از دروغ حرام، استثنا شده است به خاطر وجود ضرورت - که حفظ مال مردم باشد - و دلیل استثنای آن این است که در اینجا دو امر قبیح با یکدیگر تعارض دارند، یکی دروغ، و دیگری از بین رفتن مال مردم، و چون قبح دروغ نسبت به قبح از بین رفتن مال مردم، کمتر است لذا مرتکب شدن دروغ (برای حفظ مال مردم) را ترجیح می‌دهیم بر ارتکاب از دست دادن مال مردم.

ترجمه و شرح عبارت: نعم... یعنی آری واجب است بر امانت دار - اگر ظالم قناعت کند به قسم خوردن (از جانب امانت دار) - اینکه قسم بخورد (و بدین وسیله، ودیعه را از دست ظالم حفظ نماید) و باید (در قسم خوردن) توریه نماید بطوری که قسم را از دروغ بودن خارج نماید (و توریه در لغت به معنای پوشیدن حقیقت مطلب است و ظاهر نمودن غیر آن، و در اینجا مقصود آن است که امانت دار در قسم خوردن، حقیقت مطلب را بپوشاند و به طوری قسم بخورد که در واقع دروغ نباشد) مثل اینکه امانت دار قسم بخورد که از فلانی، ودیعه نگرفته است و (قصدش این نباشد که اصلاً ودیعه نگرفته است بلکه) آن را (در قصدش) اختصاص دهد به وقت معینی یا جنس معینی یا مکان معینی و یا مانند اینها را که مغایر باشد با (جنس یا وقت یا مکان) ودیعه‌ای را که گرفته است (یعنی مقصود او از نگرفتن ودیعه این باشد که آن را در روز معینی و یا جای معینی نگرفته است و این با اصل گرفتن، منافات ندارد).

یُخرجه ضمیر برمی‌گردد به - یمین - و تذکیر ضمیر به اعتبار - حلف - می‌باشد گر چه یمین مؤنث مجازی است یخصه ضمیر به - عدم استیفاء - برمی‌گردد مغایر این

کلمه مجرور است بنابراینکه صفت است برای هر کدام از وقت یا جنس یا مکان یعنی وقت مزبور مغایر با وقت گرفتن و دیعه باشد، و یا جنس مزبور مغایر با جنس و دیعه باشد، و یا مکان مزبور مغایر با مکان گرفتن و دیعه باشد. و احتمال دارد که فقط صفت باشد برای - نحوها - و در هر صورت مطلب روشن است.

و إنما یجب... یعنی توریه همانا واجب است بر امانت دار در صورتی که علم داشته باشد به (کیفیت) توریه، وگرنه (اگر عالم به کیفیت آن نباشد) ساقط می شود (و قسم خوردن بدون توریه جایز خواهد بود) زیرا قسم مزبور، دروغی خواهد بود که استثنا شده (از حرمت کذب) به جهت ضرورت (و علت استثنای آن این است که) چون در صورت تعارض دو قبیح، ترجیح می دهیم آن قبیحی را که قبحش کمتر است.

(وتبطل) الودیعة (بموت كل منهما): المودع والمستودع، كغيرها من العقود الجائزة، (وجنونه وإغماؤه) وإن قصر وقتها (فتبقى) في يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع، أو يد وارثه أو وليه، أو يده بعد صحته على تقدير عروضه له (أمانة شرعية) أي مأذونا في حفظها من قبل الشارع، لا المالك، لبطلان إذنه بذلك.

ومن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردها وإن لم يطلبها المالك.

(ولا يقبل قول الودعي) وغيره ممن هي في يده (في ردها إلا بينة)، بخلاف الأمانة المستندة إلى المالك فإنه لا يجب ردها بدون الطلب، أو ما في حكمه كإنقضاء المدة المأذون فيها، وقد يقبل قوله في ردها كالوديعة، وقد لا يقبل كما إذا قبضها لمصلحته كالعارية، والمضاربة.

اسباب بطلان عقد وديعه

(وتبطل) الوديعة بموت... توضيح: قبلاً دانسته شد که وديعه از عقود جایزه است، و چون کلیه عقود جایزه به واسطه مرگ یا جنون یا بیهوشی یکی از دو طرف، باطل می شود، در اینجا نیز به مرگ یا جنون یا بیهوشی هر یک از امانت گذار و امانت دار، منسوخ می شود پس سَمَت امانت مالکانه (که به وسیله عقد وديعه پیدایش یافته و به شخص امانت دار از طرف مالک داده شده، به واسطه یکی امور مذکوره) زایل می گردد ولی به صورت امانت شرعی باقی می ماند یعنی شارع مقدس اجازه نگاهداری مال را داده است.

حال اگر امور مذکوره برای امانت گذار عارض شود، مال در دست امانت دار به صورت امانت شرعی باقی خواهد بود و یکی از احکام امانت شرعی آن است که باید در اولین وقت امکان، فوراً آن را به وارث امانت گذار رد نماید.

و اگر امور مذکوره برای امانت دار عارض شود، مال در دست وارث او (در صورت مرگ امانت دار) و یا در دست ولی او (در صورت دیوانه شدن یا بیهوشی امانت دار) و یا در دست خود او (در صورت سلامتی او از دیوانگی یا بیهوشی) به صورت امانت شرعی باقی خواهد بود و باید فوراً مال را به امانت گذارنده نمایند.

و به مناسبت اینکه نامی از امانت شرعی برده شد، شارح در اینجا احکام آن و احکام امانت مالکانه را بیان می نماید که و دیعه یکی از افراد امانت مالکانه است.

گوئیم: امانت برد و قسم است: امانت شرعی، امانت مالکانه:

۱. امانت شرعی در مواردی می باشد که از طرف شارع مقدس اجازه نگاهداری مال داده شده باشد اما از طرف مالک، اذن در نگاهداری آن داده نشده باشد و یا اگر هم داده شده ولی به جهتی باطل شده باشد.

موارد امانت شرعی بعداً مفصلاً ذکر خواهد شد و یک مورد از آن همان مورد بحث است یعنی و دیعه ای که به واسطه مرگ یا جنون یکی از طرفین باطل شود چنانکه دانسته شد.

امانت شرعی: دو خصوصیت دارد:

اول: اینکه کسی که به امانت شرعی، مال در دست اوست باید آن را نگاهداری کرده و در اولین وقت امکان، فوراً به مالکش یا وکیل او رد نماید هر چند مالک آن را مطالبه نکرده و از وجود آن هم بی اطلاع باشد. و اگر فوراً رد نکند و تلف گردد ضامن خواهد بود، و اگر چنانچه به مالک یا وکیل او نتوانست رد کند باید به حاکم شرع تحویل دهد.

دوم: اینکه کسی که مال در دست اوست چنانچه با مالک نزاع کند و ادعا نماید که آن را به مالک رد کرده ام و مالک، منکر آن باشد، قول امانت دار پذیرفته نمی شود مگر اینکه بینه بر آن اقامه نماید.

۲. امانت مالکانه: در موردی است که مال از طرف مالک به جهتی از جهات به دیگری سپرده شده باشد، و آن بر دو قسم است:

اول: اینکه مستقلاً برای نگاهداری مال، به او سپرده شده باشد مثل ودیعه (که مورد بحث ما است).

دوم: اینکه به تبع عنوان دیگری مقصود اصلی است مال سپرده می شود مانند مضاربه، عاریه، مساقاة و مانند اینها که مالک، مال خود را به دست عامل، مستعیر، برای انتفاع آنان می دهد - که مقصود اصلی است - و ضمناً حفاظت آن را به عهده آنان می گذارد بدون آنکه خود مراقبتی در این امر داشته باشد.

امانت مالکانه نیز دو خصوصیت دارد:

الف: اینکه کسی که مال در دست اوست باید آن را نگاهداری نماید ولی واجب نیست آن را در اولین وقت امکان به مالکش رد نماید مگر در صورتی که مالک آن را مطالبه نماید و یا در صورتی که مدتی را که مالک اجازه تصرف داده بود سپری گردد.

ب: اینکه اگر با مالک نزاع نماید در اینکه مال را رد کرده ام، گفته اند در بعضی موارد، ادعای امانت دار بدون بینه پذیرفته می شود چنانکه در مواردی که مال را به مصلحت مالک گرفته باشد مثل ودیعه و وکالت بی اجرت. و در بعضی موارد، ادعای امانت دار بدون بینه پذیرفته نمی شود چنانکه در مواردی که مال را به مصلحت خودش گرفته باشد مثل عاریه و مضاربه.

ترجمه و شرح عبارت: و تبطل... یعنی ودیعه به واسطه مرگ یکی از طرفین - امانت گذار و امانت دار - باطل می گردد همانند غیر ودیعه از عقود جایزه، و (نیز ودیعه باطل می شود) به واسطه دیوانه شدن و یا بیهوشی یکی از آنها هر چند مدت دیوانگی یا بیهوشی کوتاه بوده باشد پس (وقتی که ودیعه باطل شد، عنوان امانت مالکانه باطل گشته ولی به صورت امانت شرعی) باقی می ماند در دست امانت دار در صورتی که

امور مذکوره (مرگ و جنون و بیهوشی) برای امانت گذار عارض شده باشد، و یا (باقی می ماند به صورت امانت شرعی) در دست وارث امانت دار (اگر امانت دار بمیرد) و یا در دست ولی امانت دار (اگر امانت دار، مجنون یا بیهوش گردد) و یا در دست خود امانت دار بعد از سلامتی او (از جنون یا بی هوشی) او **ید وارثه** (عطف است بر - یدالمستودع - و ضمیر آن برمی گردد به مستودع) از اینجا به بعد مربوط است به صورت عروض آن امور برای مستودع چنانکه در آخر عبارت، شارح تصریح خواهد فرمود **او ولیه** (ضمیر برمی گردد به مستودع چنانکه ضمیر - یده - نیز به آن برمی گردد) ولی مجنون، پدر یا جد پدری اوست، ولی شخصی بی هوش، حاکم شرع است بعد صحته قید است برای - یده - .

علی تقدیر عروضه (متعلق است به هر کدام از «ید وارثه» و «ولیه» و «یده») یعنی امانت شرعی بودن در آن موارد در صورتی است که عارض شود یکی از آن امور برای امانت دار (نه امانت گذار) **أمانة شرعیة** ... یعنی امانت شرعی خواهد بود به این معنی که از طرف شارع مقدس، مجاز در نگهداری و دیعه می باشد، نه از طرف مالک، چون اذن مالک (در نگهداری مال) به واسطه عارض شدن یکی از آن امور، باطل گردید (پس سِمَت امانت مالکانه که به وسیله عقد و دیعه پیدایش یافته و به شخص امانت دار از طرف مالک داده شده بود، به واسطه یکی از آن امور، زایل گردید پس امانت شرعی خواهد بود).

و من حکم ... یعنی (وقتی که و دیعه، امانت شرعی شد) یکی از احکام امانت شرعی آن است که باید سرعت کند به رد آن (به مالکش) هر چند مالک، آن را مطالبه نکند و (حکم دیگر از احکام امانت شرعی آن است که) پذیرفته نمی شود ادعای امانت دار - و غیر او از کسانی که امانت شرعی در دستشان می باشد (مثل وارث

امانت دار و یا ولی او اگر امانت دار بمیرد یا دیوانه شود) - در اینکه مال را رد کرده است (اما مالک، منکررد آن باشد) مگر اینکه بینه و شاهد اقامه نماید.

به خلاف امانتی که مستند به مالک است (یعنی امانت مالکانه چه ودیعه و چه عاریه و چه غیر اینها) که در آن واجب نیست رد به مالکش شود اگر مطالبه نشود و یا آنچه در حکم مطالبه است تحقق نیابد - مثل سپری شدن مدتی که مالک، اجازه نگهداری در آن مدت را فقط داده باشد - بخلاف... از اینجا خصوصیات امانت مالکی را بیان می‌کند تا فرقی با امانت شرعی معلوم گردد او مافی حکمه عطف است بر - الطلب - کانتقضاء... مثال است برای - مافی حکمه -.

و قد یقبل... (این فرق دوم امانت مالکی با امانت شرعی است) یعنی گاهی ادعای امانت دار پذیرفته می‌شود در رد امانت (بدون بینه) مثل ودیعه، و گاهی پذیرفته نمی‌شود چنانکه در آن امانتی که امانت دار آن را به مصلحت خودش گرفته باشد مثل عاریه (که شخص مستعیر آن را برای انتفاع خودش گرفته است) و مضاربه (که عامل، سرمایه را برای انتفاع خودش گرفته است).

(خلاصه فرق بین امانت شرعی و امانت مالکی این است که:

۱. در امانت شرعی: «يجب المبادرة الی ردها وان لم یطلبها المالك» ولی در امانت مالکی: «لا یجب ردها بدون الطلب...».
۲. در امانت شرعی: «لا یقبل قول الوداعی...» ولی در امانت مالکی: «قد یقبل قوله... وقد لا یقبل...».

ومن الأمانة الشرعية ما بطل من الأمانة المالكية كالشركة والمضاربة بموت، ونحوه، وما تطيره الريح إلى دار الغير من الأمتعة، وما ينزع من الغاصب بطريق الحسبة، وما يؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير وإن كان كسبا من قمار كالجوز والبيض، وما يؤخذ من مالهما ودیعة عند خوف تلفه بأيديهما، وما يتسلمه منهما نسيانا، وما يوجد فيما يشتري من الأمتعة كالصندوق من مال لا يدخل في المبيع واللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك. وضابطه: ما أذن في الاستيلاء عليه شرعا ولم يأذن فيه المالك.

موارد امانت شرعی

ومن الأمانة الشرعية... توضیح به مناسبت اینکه سخن از امانت شرعی به میان آمد، شارح در اینجا بعضی از موارد آن را بیان می نماید (هر چند موارد آن بسیار است) و آنها به قرار ذیل می باشند:

۱. هر امانت مالکانه ای که به جهتی (مثل مرگ یا دیوانگی) باطل گردد، مبدل به امانت شرعی می شود (مثل ودیعه ای که به واسطه مرگ یا جنون یکی از دو طرف، باطل گردد چنانکه در بالا دانسته شد) و مثل شرکت یا مضاربه یا عاریه که به واسطه مرگ یا جنون شریک و صاحب سرمایه و عاریه دهنده، باطل گردد، پس مال شرکت یا سرمایه یا مال العاریه، به صورت امانت شرعی در دست شریک یا عامل یا مستعیر باقی می ماند که فوراً باید به وارث آنها برساند و اگر نرساند و تلف گردد ضامن است و در صورتی که نتواند به وارث برساند اگر ممکن است باید به حاکم شرع تحویل بدهد چنانکه سابقاً نیز گفتیم.

۲. مالی که باد آن را به خانه دیگری بیندازد، صاحب خانه باید به صورت امانت شرعی از آن نگهداری نماید و هر چه زودتر به صاحبش برساند.

۳. اگر کسی به خاطر خدا، مال غصبی را از دست غاصب بیرون آورد تا به صاحبش برساند، این مال در دست آن کس، امانت شرعی است پس نگهداری آن تا هنگامی که آن را به صاحبش برساند واجب است.
۴. مالی که بچه یا مجنون، از مال دیگران در دست دارد - هر چند مالی باشد که با قماربازی کردن به دست آورده مثل گردو و تخم مرغ - اگر کسی آن مال را از دست بچه یا مجنون بگیرد، امانت شرعی خواهد بود و باید آن را هر چه زودتر به ولی او و یا به مالک اصلی برساند.
۵. اگر کسی مال بچه یا مجنون را که در دست آنهاست و ترس آن هست که در دست آنها تلف گردد، به خاطر خدا از آنها بگیرد به عنوان ودیعه که نگهداری از آنها نماید، این مال در دست آن کس، امانت شرعی خواهد بود نه امانت مالکانه (ودیعه) هر چند به قصد ودیعه گرفته چون ودیعه در این صورت تحقق نمی‌یابد چنانکه بعداً مسأله‌اش در عبارت مصنف خواهد آمد.
۶. اگر کسی مال بچه یا مجنون را از روی غفلت و فراموشی، از دست آنها بگیرد (یعنی غافل از اینکه آنها غیر مکلفند، از دست آنها بگیرد) امانت شرعی خواهد بود و باید نگهداری از آن نماید تا هنگامی که آن را به ولی آنها برساند.
۷. اگر انسان مالی را بخرد - مثل صندوق - و در داخل آن مالی یافته شود که جزو مال خریداری شده نیست، آن مال یافته شده، امانت شرعی خواهد بود.
۸. مالی که در جایی پیدا شود و انسان آن را بردارد، در صورتی که مالک آن پیدا شود، مال مزبور در دست انسان امانت شرعی خواهد بود که باید هر چه زودتر به مالکش برساند.
- و قاعده کلی در امانت شرعی، هر مالی است که مالک، اذن در گرفتن آن نداده بلکه شارع مقدس، اجازه گرفتن و تسلط بر آن را داده باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و من الامانة...** یعنی از موارد امانت شرعی محسوب است، موارد زیر:

الف: امانت مالکانه‌ای که باطل شود مثل بطلان شرکت یا مضاربه، به واسطه مرگ و مانند مرگ (مثل جنون).

ب: آنچه که باد آن را بیندازد به خانه دیگری، از متاعها.

ج: مالی که از دست غاصب گرفته می‌شود برای خاطر خدا.

د: آنچه که از دست بچه و دیوانه گرفته می‌شود از مال دیگران اگر چه آن مال را به طریق قمار به دست آورده باشد مثل گردو و تخم مرغ.

ه: آنچه که از مال بچه و مجنون گرفته می‌شود (از دست آنها) به عنوان و دیعه، زمانی که ترس تلف شدن آن در دست آنها بوده باشد (و اما اگر ترس تلف شدن آنها نباشد و انسان از دست آنها بگیرد، ضامن خواهد بود اگر تلف گردد چنانکه بعداً مسأله اش خواهد آمد).

و: آنچه را که انسان از دست بچه و مجنون می‌گیرد از روی فراموشی.

ز: آنچه که یافته می‌شود در داخل متاعهایی که خریده می‌شود مثل صندوق (که داخل آن یافته شود): از مالی که جزو متاع خریداری شده نیست.

کالصندوق مثال است برای - ما بیشتری - من مال بیان می‌کند - مایوجد - را المبیع که در فرض مثال، همان صندوق است.

ح: مال پیدا شده در دست کسی که آن را پیدا نموده، در صورتی که مالکش پیدا شده باشد (و اما اگر مالکش پیدا نشود، داخل در امانت نخواهد بود بلکه یابنده می‌تواند آن را برای خود تملک کند با شرایطش).

و ضابطه یعنی قاعده کلی امانت شرعی، هر مالی است که شرعاً اجازه داده شده در تسلط بر آن، ولی مالک، اذن در تسلط بر آن نداده است.

(ولو عين) المودع (موضعا للحفظ اقتصر) المستودع (عليه) فلا يجوز نقلها إلى غيره وإن كان أحفظ، عملا بمقتضى التعيين، ولاختلاف الأغراض في ذلك. وقيل: يجوز إلى الأحفظ لدلالته عليه بطريق أولى. وهو ممنوع. وجوز آخرون التخطي إلى المساوي، وهو قياس باطل. وحينئذ فيضمن بنقلها عن المعين مطلقا.

(ولو عين) المودع... توضیح: اگر امانت گذار، جای مخصوصی را برای نگهداری ودیعه تعیین نماید، مثلاً بگوید در این صندوق آن را نگهداری نما، امانت دار باید طبق آن عمل نماید و نمی تواند آن را به جای دیگر انتقال دهد هر چند جای دیگر محفوظتر باشد مثل گاوصندوق.

و دلیل آن این است که چون مالک، جای مخصوصی را تعیین کرده و دلیلی نداریم بر جواز انتقال از جای مزبور به جای دیگر.

و دلیل دیگر آنکه مردم در محل نگهداری ودیعه، اغراضشان مختلف است و چه بسا امانت گذار، غرض خاصی در صندوق تعیین شده دارد که ما نمی دانیم، هر چند جای دیگر محفوظتر بوده باشد.

در اینجا دو قول دیگر می باشد:

۱. بعضی گفته اند که اگر جای دیگر محفوظتر باشد می توان به آن انتقال داد، و دلیل این قول، مفهوم موافقت و یا به تعبیر دیگر قیاس اولویت است به این معنی که وقتی که امانت گذار به جایی که حفاظتش کمتر است راضی بود پس به طریق اولی به جایی که محفوظتر باشد راضی خواهد بود.

شارح این قول را قبول ندارد، زیرا بعد از آنکه دانسته شد که چه بسا امانت گذار در جای تعیین شده، غرض خاصی داشته باشد و رضایتش به آن محل به جهت آن غرض می باشد پس دیگر نمی توان گفت که به طریق اولی به جای دیگر - هر چند محفوظتر باشد - نیز رضایت دارد.

۲. بعضی دیگر گفته‌اند که اگر جای دیگر در حفاظت مساوی با جای تعیین شده بود، می‌توان به آن انتقال داد.

شارح در جواب این قول می‌فرماید که چون ما دلیلی بر جواز انتقال از جای مزبور به جای دیگر نداریم، آن قول، قیاس است که در نظر علمای شیعه باطل می‌باشد.

به هر حال طبق نظریه مصنف و مشهور - که نقل دادن از جای تعیین شده جایز نیست - اگر چنانچه از آن مکان معین انتقال دهد و در اثر آن تلف گردد، ضامن خواهد بود خواه به جای محفوظ تر انتقال دهد یا به جای مساوی در حفاظت و یا به جایی که حفاظتش کمتر است انتقال دهد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو عین...** یعنی اگر امانت گذار، جایی را برای نگهداری و دیعه تعیین کند، باید امانت دار اکتفا بر آن جا نماید، پس جایز نیست انتقال دهد و دیعه را به غیر محل تعیین شده، گرچه محل دیگر محفوظ تر باشد، به دلیل اینکه عمل می‌کنیم به مقتضای تعیین امانت گذار، و دیگر اینکه چون اغراض مردم در محل نگهداری امانت، مختلف است (و چه بسا امانت گذار غرض خاصی در تعیین آن محل داشته باشد) و **وقیل...** یعنی بعضی گفته‌اند که جایز است انتقال دادن به جای محفوظ تر، به دلیل اینکه تعیین محل، دلالت بر جواز انتقال به جای محفوظ تر می‌کند به طریق اولویت.

و هو ممنوع این جواب شارح است از قول مزبور و **جوؤ...** یعنی عده دیگر از فقها جایز دانسته‌اند تجاوز کردن (و انتقال دادن و دیعه) به محل دیگری را که مساوی در حفاظت باشد (با محل تعیین شده) و **هو قیاس...** این جواب شارح است از قول دوم و **حینئذ...** یعنی وقتی که طبق نظر شارح و مصنف، انتقال دادن جایز نبود پس امانت دار اگر انتقال دهد آن را از جای تعیین شده (و در اثر انتقال، تلف گردد) ضامن خواهد بود، مطلقاً یعنی خواه به جای محفوظ تر انتقال دهد و خواه به جای مساوی در حفظ و خواه به پایین تر از آن دو.

(إلا أن يخاف تلفها فيه فينقلها) عنه إلى الأحمف، أو المساوي مع الإمكان، فإن تعذر فألأدون، (ولا ضمان) حينئذ للإذن فيه شرعا، وإنما جاز المساوي هنا لسقوط حكم المعين بتعذره فينتقل إلى ما في حكمه وهو المساوي، أو ما فوقه.

(إلا أن يخاف... توضيح: گفته شد که در صورت تعیین محل نگهداری، امانت دار نمی تواند ودیعه را به جای دیگر انتقال دهد.

اکنون می فرماید: مگر در یک صورت می تواند انتقال دهد و آن صورتی است که امانت دار بترسد از اینکه اگر در جای تعیین شده بگذارد تلف گردد، در این صورت می تواند آن را انتقال دهد منتها اگر ممکن باشد باید آن جای دیگر محفوظ تر باشد و یا در حفاظت مساوی با جای اول باشد، و اگر یکی از آن دو مکان نشد، می تواند به جایی که حفاظتش کمتر از جای تعیین شده است انتقال دهد و اگر چنانچه در اثر انتقال، تلف گردد ضمانی به عهده امانت دار نیست، زیرا شرعاً اجازه در انتقال آن داشت و چیزی که شرعاً مجاز باشد دیگر به دنبال آن ضمانی نخواهد بود (و مجاز بودن انتقال در آن شرعاً به جهت این است که وظیفه امانت دار شرعاً حفظ ودیعه از تلف شدن می باشد و فرض آن است که حفظ آن موقوف بر انتقال دادن به محل دیگر می باشد پس انتقال دادن بر او واجب می باشد، بنابراین اگر در اثر انتقال دادن، تلف گردید ضامن نخواهد بود).

و دلیل بر اینکه در صورت ترس از تلف می تواند به جای دیگر که مساوی در حفاظت است انتقال دهد، آن است که چون مکان تعیین شده به خاطر عدم امکان نگهداری در آن، حکمش ساقط گردید (یعنی وجوب نگهداری در آن مکان تعیین شده، به خاطر خوف تلف، ساقط گردید) پس حکم نگهداری ودیعه منتقل می شود به محل دیگری که از نظر حفاظت، مساوی با جای اول است و یا محفوظ تر از آن است.

ترجمه و شرح عبارت: **إلّا أن...** یعنی مگر در صورتی که امانت دار بترسد از تلف شدن و دیعه در محل تعیین شده که در این صورت می تواند انتقال دهد آن را از آن محل به محل محفوظ تر و یا محلی که مساوی در حفظ است به شرط اینکه محل محفوظ تر یا مساوی، ممکن باشد و اگر یکی از آن دو ممکن نشد، می تواند به محل پایین تر از آن انتقال دهد **مع الإمكان** قید است برای اُحفظ و مساوی، نه اینکه فقط قید برای مساوی باشد **ولا ضمان...** یعنی و در صورت ترس، ضمانی (به عهده امانت دار در صورت تلف و دیعه) نیست چون شرعاً اذن به انتقال، در آن صورت داده شده است.

وانما... یعنی علت اینکه در اینجا (که صورت ترس از تلف و دیعه در محل تعیین شده می باشد) جایز شد انتقال دادن و دیعه به جای مساوی (یا جای اُحفظ از آن) این است که چون حکم محل تعیین شده (یعنی وجوب نگهداری در محل مزبور) ساقط گردید به واسطه ممکن نشدن محل تعیین شده (به جهت ترس از تلف در آن محل) پس حکم - یعنی وجوب نگهداری - انتقال داده می شود به محل دیگری که در حکم محل تعیین شده می باشد که آن محل دیگر عبارت است از محل مساوی (با محل اول) و یا بالاتر (از محل اول از نظر حفاظت یعنی محفوظ تر از محل اول).

ویمکن شمول کلامه للأدون عند الخوف وإن وجد المساوی، كما يشمل المنع من الأعلى عند عدمه، ويشمل أيضا فيهما ما لو نهاه عن غير المعين وعدمه. وهو كذلك.

ویمکن... توضیح: چنانکه دانسته شد شارح در صورت ترس از تلف شدن ودیعه در محل تعیین شده، در ذیل عبارت مصنف، فرمود: در مرحله اول باید رعایت شود که آن محل دیگری که به آن انتقال داده می‌شود، از نظر حفاظت بالاتر و یا مساوی با جای تعیین شده باشد و با وجود یکی از آن دو محل، جایز نیست به جایی که حفاظتش کمتر از محل اول است انتقال داده شود.

اکنون می‌فرماید که عبارت مصنف از این نظر اطلاق دارد لذا احتمال دارد در نظر مصنف، حکم مسأله این باشد که در صورت ترس از تلف شدن در محل تعیین شده، می‌تواند انتقال به جای دیگری که در حفاظت کمتر از محل تعیین شده است، بدهد گرچه جای مساوی (و یا جای محفوظ‌تر) هم وجود داشته باشد.

همانطوری که عبارت قبلی مصنف در صورت نبودن ترس تلف - یعنی عبارت: لو عين المودع موضعاً للحفظ اقتصر عليه - که امانت دار نمی‌تواند ودیعه را انتقال به جای دیگر بدهد، اطلاق عبارت شامل است حتی جایی را که محفوظ‌تر از جای تعیین شده باشد چنانکه شارح نیز در ذیل آن عبارت با جمله - وان كان أحفظ - اشاره به این مطلب نمود.

ترجمه و شرح عبارت: ویمکن... یعنی احتمال دارد شامل شود کلام مصنف، محل پایین‌تر در حفاظت را در صورت ترس از تلف (در محل تعیین شده) گرچه محل مساوی (با محل تعیین شده) وجود داشته باشد. همچنانکه کلام مصنف (در عبارت: ولو عين المودع موضعاً...) شامل می‌شود منع انتقال به محل بالاتر (یعنی محفوظ‌تر) را در صورت نبودن ترس (از تلف در محل تعیین شده) كما يشمل ضمیر مقدر فاعلی بر می‌گردد به کلام مصنف المنع من الأعلى (مفعول است برای - يشمل)

تقدیر عبارت چنین است: المنع من النقل الى الموضع الاعلى (یعنی الموضع الاحفظ) عدمه ضمیر برمی گردد به خوف.

و یشمل ایضاً... توضیح: در هر دو صورت مسأله (چه صورت نبودن ترس و چه صورت بودن ترس) اطلاق عبارت شامل است هم جایی را که امانت گذار نهی کند صریحاً از انتقال دادن به جای دیگر و هم جایی را که نهی از آن نکند و ساکت باشد از آن.

و به عبارت دیگر، در صورت اول مسأله (صورت نبودن ترس) که امانت دار نمی تواند انتقال به جای دیگر بدهد، فرقی نیست در این حکم بین اینکه امانت گذار نهی از انتقال به جای دیگر نموده باشد یا اینکه نهی نکرده باشد.

و در صورت دوم مسأله (صورت بودن ترس) نیز که امانت دار می تواند انتقال به جای دیگر بدهد، فرقی نیست در این حکم بین اینکه امانت گذار نهی کرده باشد از انتقال یا اینکه نهی نکرده باشد.

شارح، این مطلب یعنی عدم فرق در آن دو صورت را تصدیق و تأیید می نماید. ترجمه و شرح عبارت: و یشمل... یعنی همچنین شامل می شود کلام مصنف در صورت خوف و عدم خوف، آن صورتی را که امانت گذار نهی کند امانت دار را از غیر محل تعیین شده، یا نهی نکند (بلکه ساکت باشد نسبت به غیر محل تعیین شده) و هو کذلک (یعنی واقع مطلب هم همینطور است) این جمله از شارح تأیید می کند فقط مطلب اخیر را یعنی - یشمل ایضاً فیهما مالون هاه عن غیر المعین و عدمه - و اما مطلب قبلی یعنی «و یمكن شمول کلامه للادون عند الخوف وان وجد المساوي» را تأیید نمی کند زیرا از قیدی که شارح در بالا ذیل عبارت مصنف ذکر نمود که فرمود «الی الأحفظ أو المساوي مع الإمكان فان تعذر فالأدون» استفاده شد که نظر شارح آن است که با وجود مکان احفظ و یا مکان مساوی نمی توان انتقال به جای آدون داد.

(ويحفظ الوديعه بما جرت العادة به) في مكان الوديعه وزمانها، لأن الشارع لم يحد لها حدا فيرجع إلى العادة (كالثوب، والنقد في الصندوق) المقل، أو الموضوع في بيت محرز عن الغير، (والدابة في الإصطبل) المضبوط بالغلق، (والشاة في المراح) كذلك أو المحفوظ بنظر المستودع.

كيفية نگهداری ودیعه

(ويحفظ الوديعه... توضيح: در بالا دانسته شد که اگر امانت گذار، محلی را برای نگهداری ودیعه تعیین نموده باشد باید امانت دار به همان عمل نماید. و اما اگر امانت گذار، محلی را برای نگهداری ودیعه تعیین نکرده باشد بینیم وظیفه امانت دار در این صورت چیست؟

می فرماید: وظیفه امانت دار این است که باید به طوری که نسبت به آن ودیعه بین مردم متعارف است نگهداری نماید، هم از نظر مکان ودیعه و هم از نظر زمان آن. و دلیل بر اینکه باید به طور متعارف بین مردم نگهداری نماید آن است که چون شارع مقدس برای کیفیت نگهداری از ودیعه، دستوری بیان نفرموده و در هر موضوعی که از شارع مقدس، دستوری نرسیده باشد باید به عرف رجوع نمود، پس در اینجا هر کیفیتی که عرف آن را برای ودیعه، نگهداری از ودیعه، محسوب می نماید باید به آن کیفیت عمل نمود که اگر چنانچه به آن کیفیت، نگهداری شد و در اثر آن تلف گردید، ضمانتی به عهده امانت دار نخواهد بود.

کیفیت و نحوه نگهداری به اعتبار طبیعت مال ودیعه، فرق می کند چنانکه:

هرگاه ودیعه، لباس یا پول (ویا جواهر و اشیاء قیمتی کوچک باشد مانند کتاب خطی و اشیاء عتیقه) امانت دار باید آن را در صندوق قفل دار و یا صندوقی که در اطای که از دسترس دیگران محفوظ است بگذارد.

و اگر ودیعه، حیوان چهارپا باشد باید آن را در طویله‌ای که درب آن قفل می‌شود نگهداری نماید.

و اگر ودیعه، گوسفند باشد باید آن را در آغلی که درب آن قفل می‌شود نگهداری نماید.

و در آن سه مثال، اگر محل نگهداری قفل دار نبود بلکه در زیر نظر امانت دار بود کافی است، یعنی مثلاً صندوقی باشد که امانت دار همیشه آن را زیر نظر داشته باشد کافی است برای حفظ ودیعه.

ترجمه و شرح عبارت: و یحفظ... یعنی باید ودیعه نگهداری شود به آن کیفیتی که عادت مردم بر آن جاری شده از نظر مکان ودیعه و زمان ودیعه زمانها مثلاً محل نگهداری از حیوان در روز فرق می‌کند با محل نگهداری از آن در شب، و همچنین محل نگهداری از حیوان در تابستان فرق می‌کند با محل نگهداری از آن در زمستان یا مثلاً محل نگهداری از پارچه پشمی در تابستان فرق می‌کند با محل نگهداری از آن در زمستان لأن... (علت است برای رجوع به عادت و عرف مردم) یعنی زیرا شارع مقدس (هر چند نگهداری ودیعه را واجب دانسته اما) حدی و کیفیتی را برای (نگهداری) ودیعه، تعیین نکرده است پس (ناچار) رجوع به عرف و عادت مردم می‌شود.

کالثوب... یعنی مثل اینکه لباس و پول، در صندوق نگهداری می‌شود (ولی نه هر صندوقی بلکه) آن صندوقی که قفل زده باشد و یا قرار داده شده باشد در اطای که محفوظ از دیگران باشد (یعنی در این اطای که صندوق قرار دارد، کسی رفت و آمد

نکنند و اطاق هم قفل زده باشد) أو الموضوع... عطف است برالمقفل - محرز به صیغه اسم مفعول یعنی محفوظ والدابة... یعنی اسب (و یا مطلقاً چهارپایان) در طویله‌ای که مضبوط به قفل است نگهداری می‌شود وگوسفند در آغلی که مضبوط به قفل است نگهداری می‌شود الغلق (به فتح غین و لام) یعنی قفل چوبی که در قدیم پشت در حیات یا طویله کار می‌گذاشتند و در را با آن می‌بستند و در فارسی به آن «کلون» گویند المراح به ضم میم یعنی آغل و خوابگاه گوسفند کذلک یعنی المضبوط بالغلق.

أو المحفوظ... احتمال دارد این جمله قید باشد برای مثال آخر یعنی مراح، بنابراین عطف بر- کذلک - خواهد بود، و احتمال دارد که قید باشد برای هر کدام از سه مثال مزبور یعنی صندوق یا اصطبل یا مراح، یعنی مثلاً صندوق هر چند قفل زده نباشد ولی زیر نظر امانت‌دار، محفوظ باشد، یعنی آن را همیشه زیر نظر داشته باشد و همچنین طویله و آغل هر چند قفل زده نباشد ولی امانت‌دار آن را همیشه زیر نظر داشته باشد.

هذه الثلاثة مما جرت العادة بكونها حرزا لما ذكر، وقد يفتقر إلى أمر آخر، أو يقوم غيرها مقامها عادة.

ولا فرق في وجوب الحرز على المستودع بين من يملكه وغيره ولا بين من يعلم أنه لا حرز له وغيره.

هذه الثلاثة مما جرت... توضیح: شارح می‌فرماید که این سه مثالی که ذکر شد (صندوق و اصطلب و مراح) از مواردی است که به حسب متعارف بین مردم، حرز (و محل نگهداری و دیعه) برای اشیاء مذکوره محسوب می‌شود، ولی لازم نیست که حتماً به این کیفیت نگهداری شود بلکه گاهی علاوه بر آن، احتیاج به چیز دیگری می‌شود، مثلاً در مثال صندوق گاهی لازم می‌شود که و دیعه در صندوق بزرگ نگهداری شود نه کوچک، زیرا صندوق کوچک به خاطر اینکه انتقال آن آسان است هر چند قفل زده باشد، چه بسا خود صندوق را سرقت نمایند برخلاف صندوق بزرگ که اگر قفل زده باشد آن را مشکل است با این حال سرقت کرد چون انتقال آن مشکل است.

و یاهای در همان مثالهای مزبور چه بسا محل نگهداری آنها به حساب متعارف بعضی از مردم، جای دیگر باشد، مثل اینکه حیوان چهارپا را در بعضی از مناطق در خانه مسکونی نگهداری می‌کنند نه در طویله، و همچنین چه بسا گوسفند را در خانه مسکونی نگهداری می‌کنند نه در آغل،

بنابراین، میزان آن است که شخص امانت‌دار در نگهداری از و دیعه، نسبت به محلی که و دیعه را در آن قرارداد، مقصر در حفظ شمرده نشود، و معلوم است که این میزان، نسبت به مناطق و احوال و عادات مردم مختلف است.

أو یقوم... عطف است بر- یفتقر- یعنی وقد یقوم غیرها... یعنی گاهی غیر آن سه مورد، جای آنها را می‌گیرد بحسب متعارف بین مردم.

ولافرق فی وجوب... توضیح: دانسته شد که بر امانت دار بعد از قبول کردن ودیعه، واجب است آن را در حرز (محل محافظت) نگهداری نماید.

اکنون می‌فرماید که در این حکم فرقی نیست بین اینکه امانت دار، حرزی داشته باشد یا نداشته باشد، بنابراین، اگر امانت دار طویله‌ای نداشته باشد و چهارپایی را به امانت قبول نماید، باید از باب مقدمه، برای آن حیوان طویله‌ای درست کند و یا در طویله همسایه بگذارد و شب و روز آنجا را زیر نظر داشته باشد و اگر چنین نکند و حیوان تلف گردد، ضامن خواهد بود.

و نیز در حکم مزبور فرقی نیست بین اینکه امانت گذار بداند که امانت دار، حرز ندارد، یا اینکه آن را نداند، پس در هر دو صورت اگر امانت دار ودیعه را قبول نماید باید برای آن، حرز تهیه نماید، یعنی اینجور نیست که در صورت اول وقتی که امانت گذار می‌دانست که امانت دار، حرزی ندارد و در عین حال ودیعه نزد او گذاشت، معنایش این باشد که او اذن داده است در اینکه آن را در غیر حرز نگهداری نماید، بلکه گوئیم حتی در آن صورت باید امانت دار برای ودیعه، حرز تهیه نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **ولافرق...** یعنی فرقی نیست در وجوب نگهداری امانت در حرز، بر امانت دار، بین آن امانت داری که مالک حرز است (یعنی حرزی برای نگهداری امانت دارد) و بین غیر او (یعنی امانت داری که مالک حرز نیست) و همچنین فرقی نیست بین آن امانت گذاری که می‌داند امانت دار حرزی ندارد و بین غیر او (یعنی امانت گذاری که آن را نمی‌داند).

(ولو استودع من طفل أو مجنون ضمن)، لأنهما ليسا أهلا للإذن فيكون وضع يده على مالهما بغير إذن شرعي فيضمن، إلا أن يخاف تلفها في أيديهما فيقبضها بنية الحسبة، فالأقوى عدم الضمان، لكن يجب مراجعة الولي ما أمكن.

ولا فرق بين كون المال لهما، أو لغيرهما، وإن ادعيا إذنه لهما في الإيداع.

(و) حيث يقبض الودیعه منهما مع جوازہ أو لا معه (بیراً بالرد إلى وليهما) الخاص، أو العام مع تعذره، لا إلیهما

حکم امانت گرفتن از طفل و مجنون

(ولو استودع من طفل... توضیح: طرفین عقد ودیعه باید بالغ و عاقل باشند، بنابراین در صورتی که طفل یا مجنون، مالی را به عنوان ودیعه به دیگری بسپارد، ودیعه باطل است و در نتیجه، گیرنده مال، ضامن آن می باشد یعنی حتی در صورت عدم افراط و تفریط در نگهداری مال، چنانچه تلف گردد ضامن است، زیرا طفل یا مجنون شرعاً اهلیت برای اذن دادن در قبض مال و سپردن آن ندارند پس دست گذاشتن بر مال آنها، بدون اذن شرعی می شود و در نتیجه ضمان آور خواهد بود به دلیل عموم حدیث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

فقط در یک صورت می توان مال را از دست آنها گرفت و آن در جایی است که انسان بترسد از اینکه مال در دست آنها تلف شود، که در این صورت برای خاطر خدا و به قصد تقرب الی الله می توان از دست آنها گرفت و نگهداری نمود و اگر چنانچه تلف شود ضمانی به عهده گیرنده آن نخواهد بود چون این مورد از موارد امانت شرعی است و شارع مقدس، اذن در گرفتن آن داده است (چنانکه سابقاً نیز در بیان موارد امانت شرعی گذشت) منتها اگر ممکن است باید هرچه زودتر مراجعه به ولی طفل و

مجنون نماید که آن مال را به دست او برساند و یا او را اذن در نگاهداری مال بدهد (چنانکه حکم در هرامانت شرعی چنین است که باید فوراً مراجعه به صاحب مال بشود) و اگر هم مراجعه به ولیّ ممکن نشد، مال در دست او به عنوان ودیعه باقی می ماند و احکام ودیعه بر آن جاری می گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو إستودع...** یعنی اگر کسی ودیعه قبول کند از طفل یا مجنون، ضامن خواهد بود، زیرا آنها شرعاً اهلیت برای اذن دادن (در قبض مال) ندارند پس گذاشتن دست بر مال آنها بدون اذن شرعی خواهد بود و در نتیجه ضامن می شود.

مگر در صورتی که گیرنده ودیعه بترسد از تلف شدن ودیعه در دست طفل یا مجنون که در این صورت می تواند قبض کند ودیعه را برای خاطر خدا، و در این هنگام قول اقوی (در نظر شارح) آن است که ضمانی (به عهده گیرنده ودیعه) نیست (زیرا گیرنده مال در آن صورت قصدش حفظ مال است از تلف شدن پس وی محسن و احسان کننده محسوب می شود و به حکم آیه «وما علی المحسنین من سبیل» ضمانی به عهده او نخواهد بود پس به حکم آیه مذکور، مأذون از جانب شارع است در گرفتن مال) منتها (در صورت مزبور چون مال در دست او امانت شرعی می گردد نه امانت مالکی لذا) باید تا می تواند مراجعه به ولی طفل یا مجنون نماید (و مال را به او رد کند و یا او اذن در نگاهداری مالا بدهد).

ولا فرق... توضیح: در آن صورت اول که گرفتن مال از دست طفل و مجنون، ضمان آوراست، فرقی نیست بین اینکه ودیعه مال خود آنها باشد یا اینکه مال کسی دیگر باشد که در دست آنهاست هر چند آنها ادعا کنند که صاحب مال به آنها اجازه داده که مال را در دست کسی به ودیعه بگذارند ولی باز گرفتن مال از دست آنها موجب ضمان است، اذنه ضمیر به - غیر - بر می گردد الایداع یعنی ودیعه گذاردن.

و حیث تقبض... توضیح: بعد از آنکه مال از دست طفل یا مجنون گرفته شد، خواه در صورتی که گرفتن از دست آنها جایز باشد (مثل صورت ترس تلف در دست آنها) و خواه در صورتی که گرفتن از دست آنها جایز نباشد (و آن در صورت نبودن ترس تلف) - و به عبارت دیگر: خواه در صورت ضمان و خواه در صورت عدم ضمان - گیرنده مال آن وقتی ذمه اش بری می‌گردد، که آن را به ولی خاص (پدر یا جد پدری) برگرداند، و اگر ولی خاص نبود، به ولی عام - حاکم شرع - برگرداند.

اما اگر مال را به خود آنها برگرداند، ذمه اش بری نمی‌گردد (چون آنها شرعاً ممنوع التصرف در مال می‌باشند) پس اگر چنانچه مال در دست آنها تلف گردد، گیرنده مال، ضامن خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: و حیث... یعنی هر زمانی که ودیعه از دست طفل و مجنون گرفته شد - چه در صورت جواز گرفتن آن و چه در صورت عدم جواز گرفتن آن - ذمه گیرنده آن به واسطه رد کردن آن به ولی طفل و مجنون، فارغ می‌گردد، البته ابتداء باید به ولی خاص داده شود (یعنی پدر یا جد پدری) و در صورت ممکن نبودن ولی خاص، باید به ولی عام داده شود لا إلیهما (عطف است بر - ولیهما -) یعنی نه اینکه به خود طفل و مجنون برگردانده شود یعنی بری نمی‌شود ذمه او به واسطه رد کردن ودیعه به خود طفل و مجنون.

(ویجب إعادة الودیعة على المودع) مع المطالبة في أول وقت الإمكان بمعنى رفع یده عنها، والتخلية بين المالك وبينها، فلو كانت في صندوق مقفل ففتحہ علیه، أو بیت محرز فكذلك، لانقلها إلى المالك زيادة على ذلك.

والعذر الشرعي - كإكمال الصلاة وإن كانت نفلا على الأقوى ما لم يتضرر المالك بالتأخير، والعادي كانظار انقطاع المطر ونحوه - كالعقلي، وفي إكمال الطعام والحمام وجهان. والمعتبر في السعي القصد وإن قدر على الزيادة.

(ویجب إعادة... توضیح: اگر امانت گذار، ودیعه خود را از امانت دار مطالبه نمود، بر امانت دار واجب است اینکه فوراً آن را برگرداند یعنی در اولین وقت امکان رد، که مانعی از برگرداندن آن نیست، آن را برگرداند پس جایز نیست آن را از اولین وقت امکان، تأخیر اندازد.

ومقصود از برگرداندن ودیعه این نیست که آن را انتقال دهد و به امانت گذار برساند (چون این کار بر امانت دار واجب نیست) بلکه مقصود آن است که امانت دار دست از ودیعه بردارد و امانت گذار را راه دهد تا محل ودیعه به طوری که بتواند آن را بردارد و ببرد.

مثلاً اگر ودیعه را در صندوق قفل زده گذاشته بود، وظیفه او آن است که قفل را گشوده و در صندوق را بر امانت گذار باز نماید تا امانت گذار به راحتی بدون هیچ مانعی آن را بردارد. و یا اگر ودیعه را در اطاق قفل زده گذارده باشد، وظیفه اش آن است که قفل را گشوده و در اطاق را برای امانت گذار باز نماید.

و اما اگر در موقع مطالبه امانت گذار، مانعی از برگرداندن ودیعه باشد، امانت دار می تواند برگرداندن آن را تأخیر بیندازد تا وقتی که مانع برطرف شود، خواه مانع عقلی باشد یا مانع شرعی یا مانع عادی.

۱. مانع عقلی: مثل اینکه ظالمی جلوامانت‌دار را گرفته باشد که امانت‌دار نمی‌تواند به طرف صندوق یا اطاق برود تا ودیعه را در اختیار امانت‌گذار بگذارد.

۲. مانع شرعی: مثل اینکه امانت‌دار مشغول به نماز باشد - خواه نماز واجب یا مستحب - و امانت‌گذار در اثناء آن، مطالبه ودیعه را بنماید، در این صورت امانت‌دار می‌تواند برگرداندن ودیعه را تأخیر اندازد تا وقتی که نماز را تمام نماید، و لازم نیست نمازش را قطع کند (بلکه جایز هم نیست) حتی در نماز مستحبی طبق نظر بعضی از فقها.

البته اگر در همین فرض چنانچه تأخیر انداختن رد ودیعه به بعد از نماز، موجب آن شود که امانت‌گذار ضرر بخورد، امانت‌دار می‌تواند نمازش را قطع نماید بلکه واجب است قطع کند و ودیعه را برگرداند.

۳. مانع عادی: مثل اینکه باران می‌آید و رفتن به محل نگهداری ودیعه موجب زحمت است (چون لباس‌هایش ترمی شود) در این صورت امانت‌دار می‌تواند صبر کند تا باران قطع شود سپس برود و ودیعه را در اختیار امانت‌گذار بگذارد.

ترجمه و شرح عبارت: و یجب... یعنی واجب است بازگرداندن ودیعه بر امانت‌گذار در صورت درخواست و مطالبه آن، در اولین زمانی که بازگرداندن ممکن باشد فی اول... متعلق است به اعاده - بمعنی... (تفسیر می‌کند اعاده را) یعنی مقصود از بازگرداندن این است که دست بردارد از ودیعه، و مانع را از بین مالک و بین ودیعه بر طرف سازد و التخلیة... عطف تفسیر است برای - رفع ید - ففْتَحُهُ... به صیغه مصدر است و خبر می‌باشد برای مبتدای محذوف، و تقدیر عبارت چنین است: فالواجب فتحه علیه - یعنی اگر ودیعه در صندوق قفل زده بود پس آنچه واجب است بر امانت‌دار، بازکردن صندوق می‌باشد به روی امانت‌گذار (که این بازکردن صندوق، رفع ید از ودیعه محسوب می‌شود).

أَوْ بَيْتٍ ... عطف است بر - صندوق - یعنی واگرودیعہ دراطاقتی که محفوظ از دست دیگران است بوده باشد، نیز حکمش چنین است یعنی آنچه واجب بر امانت دار است، بازکردن دراطاق است بر امانت گذار **لانقلها**... (عطف است بر - رفع یده -) یعنی نه اینکه مقصود از بازگرداندن ودیعہ آن باشد که انتقال دهد ودیعہ را به مالک، علاوه بردست برداشتن از ودیعہ و **العذر الشرعی**... (این کلمه مبتدا است وخبر آن کالعقلی - می باشد) شکی نیست که هر تکلیفی مشروط به قدرت و امکان عقلی است، یعنی شخص مکلف قدرت بر انجام آن تکلیف را داشته باشد و عقلاً مانعی از آن نبوده باشد.

در مورد بحث نیز وجوب بازگرداندن ودیعہ، تکلیفی است مانند سایر تکالیف پس آن هم مشروط به امکان عقلی است یعنی مانع عقلی از انجام آن نبوده باشد. شارح می فرماید: در اینجا وجوب بازگرداندن ودیعہ همانطوری که مشروط به امکان عقلی است همچنین مشروط به امکان شرعی و امکان عادی نیز می باشد یعنی مانع شرعی و مانع عادی نیز از بازگرداندن ودیعہ نباید باشد چنانکه توضیحش داده شد.

اکنون می رویم سراغ ترجمه و شرح عبارت: یعنی عذر شرعی (در تأخیر اعاده ودیعہ) مثل تکمیل نمودن نماز - هر چند نماز مستحبی باشد بنا بر قول اقوی (چون بعضی از فقها، بودن امانت دار در نماز مستحبی را عذر شرعی نمی دانند فلذا در این صورت بر امانت دار واجب می دانند که نماز را بشکنند و امانت را رد نمایند) - به شرط اینکه مالک، ضرر نخورد به واسطه تأخیر انداختن اعاده ودیعہ (به بعد از نماز) و همچنین عذر عادی (در تأخیر انداختن اعاده ودیعہ) مثل اینکه صبر کند تا باران قطع گردد و مانند این مثال (مثل اینکه هوا تاریک است و وسیله روشنایی ندارد، صبر

کند تا هوا روشن گردد) همه اینها مانند عذر عقلی است **کالعقلی** چنانچه دانسته شد این کلمه خیر است برای - والعذر الشرعی -.

و فی اِکمال... توضیح: اگر امانت دار در حمام باشد و یا مشغول خوردن غذا باشد و در همین اثناء، امانت گذار مطالبه و دیعه خود را بنماید آیا بودن در حمام و یا اشتغال به غذا، مانع عادی محسوب می شوند (تا در این صورت امانت دار بتواند بازگرداندن و دیعه را به بعد از حمام و بعد از تمام کردن غذا بیندازد) یا اینکه مانع محسوب نمی شوند و باید حمام و یا خوردن غذا را نیمه کاره گذاشته و دیعه را تحویل امانت گذار بدهد؟ و احتمال در آن می باشد.

ترجمه عبارت: **و فی اِکمال...** یعنی و در عذر بودن تکمیل طعام و حمام، دو احتمال است.

والمعتبر... توضیح: اگر از محلی که مطالبه و دیعه شده تا محل نگهداری و دیعه، فاصله باشد به طوری که احتیاج به پیمودن راه باشد، در این صورت بر امانت دار لازم نیست که راه را تند پیماید بلکه به طور متوسط و میانه پیماید کافی است هر چند می تواند تند پیماید.

ترجمه و شرح عبارت: **والمعتبر...** یعنی آنچه لازم است در پیمودن راه (اگر اعاده و دیعه، موقوف بر پیمودن راه باشد) میانه روی است هر چند امانت دار بتواند بیشتر از میانه راه برود (یعنی تند راه برود و یا بدوَد).

والحکم ثابت كذلك (وإن كان) المودع (كافرا) مباح المال كالحربي، للأمر بأداء الأمانة إلى أهلها من غير قيد. وروى الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: " سألته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئا، والمودع رجل خارجي شيطان، فلم أَدع شيئا فقال عليه السلام: قل له: يرد عليه فإنه إئتمنه عليه بأمانة الله"، وعن الصادق عليه السلام " أدوا الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوسا".

والحکم ثابت... توضیح: حکمی که گفته شد (یعنی وجوب بازگرداندن ودیعه به آن معنایی که ذکر شد) تنها نسبت به امانت گذار مسلمان نیست بلکه نسبت به امانت گذار کافر حتی کافر حربی - که مالش احترام ندارد و برای مسلمانان حلال است - نیز ثابت می باشد پس اگر کافر حربی ودیعه ای نزد انسان گذاشت باید آن را به او بازگرداند، به دلیل اینکه در آیه قرآن امر شده به اینکه امانت را به صاحبش باز گردانید، بدون آنکه در آیه، حکم را مقید به امانت گذار مسلمان کرده باشد پس اطلاق حکم، شامل می شود کافرا نیز.

سپس شارح دوروایت در این مورد ذکر نموده است که ما آن را بعداً ترجمه خواهیم کرد.

ترجمه و شرح عبارت: و **الحکم**... (این جمله از شارح برای ربط دادن عبارت بعدی مصنف است به عبارت قبلی مصنف) یعنی حکم بالا ثابت است به آن نحوه ای که ذکر شد هر چند امانت گذار کافری باشد که مالش برای مسلمانان مباح است مثل کافر حربی **للامر**... یعنی به دلیل اینکه امر شده (در آیه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ

تَوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا^۱) به اینکه بازگردانده شود امانت به صاحبش، بدون آنکه در آیه، قید شده باشد (به امانت گذار مسلمان فقط).

و روی الفضیل عن الرضا علیه السلام... این روایت را مرحوم کلینی در فروع کافی، کتاب المعیشتة، باب أداء الامانة، حدیث ۸ از حضرت موسی بن جعفر علیه السلام نقل کرده، و شیخ طوسی در دو جای کتاب تهذیب آن را نقل کرده: یکی در باب المکاسب، حدیث ۱۱۷ که در آنجا صریحاً از موسی بن جعفر علیه السلام نقل کرده به این عبارت: «عن محمد بن القاسم قال: سألتُ أبا الحسن موسی علیه السلام...» و دوم در باب الودیعة، حدیث ۸ نقل کرده به این عبارت: «عن محمد بن القاسم عین فضیل قال: سألت ابا الحسن علیه السلام...».

همانطوری که ملاحظه می‌نمائید، شارح، مورد دوم از نقل شیخ طوسی را دیده و در اینجا نقل کرده است (چون در نقل کلینی و نیز مورد اول از نقل شیخ طوسی، کلمه - فضیل - در سند واقع نشده است) منتها شارح خیال کرده مقصود از ابا الحسن، حضرت رضا علیه السلام می‌باشد در حالی که مقصود حضرت موسی بن جعفر علیه السلام می‌باشد به قرینه اینکه در مورد اول از نقل شیخ طوسی و نیز در نقل کلینی، تصریح به آن شده است.

اکنون ترجمه روایت: «یعنی سؤال کردم از حضرت درباره مردی که امانت گذارده بود نزد مردی از دوستان شما، مال قیمتی را و آن کسی که به گردن او مال مزبور می‌باشد (یعنی امانت داری که از دوستان شما است) مردی است از عرب که می‌تواند آن مال را به امانت گذار باز نگرداند، و امانت گذار مردی است از خوارج (از دشمنان شما) و شیطان صفت و... - خلاصه هیچ چیز از صفات بد و زشت را درباره آن امانت گذار، فروگذار نکردم (یعنی هر چه توانستم از صفات زشت درباره آن مرد از قبیل شیطان، خارجی، خبیث و

^۱ سوره نساء، آیه ۵۸.

صفات دیگر درباره او گفتم) - حضرت فرمود: به آن مرد عرب بگو امانت را رد کند (و به او خیانت نکند) زیرا صاحب مال، او را به امانت خدایی بر آن مال، امین قرار داده است (یعنی امانتی که خدا امر به ادای آن فرموده است).

إستودع در اینجا به معنای (اودع) می باشد مجازاً رجل من العرب مقصود آن است که امانت دار مردی است که دارای فامیل و عشیره بیابان نشین می باشد و عن الصادق علیه السلام ... (این قسمتی از روایت است که مرحوم کلینی در فروع کافی در باب اداء الامانة، حدیث ۲، نقل کرده) یعنی ادا کنید امانت ها را به صاحبانشان هر چند زردشتی باشند.

(ویضمن لو أهمل) الرد (بعد المطالبة)، وإمكان الرد على الوجه السابق، لأنه من أسباب التقصير، ولو كان التأخير لعذر وجب في أول أوقات إمكانه، (أو أودعها) لغيره، ولو لزوجته، أو ثقة (من غير ضرورة) إلى الإيداع، فلو اضطر إليه - بأن خاف عليها من حرق، أو سرق، أو نهب لو بقيت في يده وتعذر ردها إلى المالك، والحاكم - أودعها العدل. وفي حكم إيداعها اختياراً لإشراك الغير في اليد - ولو زوجة وولداً - ووضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات.

موارد ضمان آور برای امانت‌دار

(و یضمن لو أهمل... توضیح چند مورد است که اگر ودیعه تلف شود، امانت‌دار ضامن است:

۱ - سهل انگاری در بازگرداندن ودیعه

اگر امانت‌گذار، مطالبه نمود ودیعه را و برای امانت‌دار هم بازگرداندن آن بدون هیچ مانعی ممکن باشد ولی سهل انگاری کند و آن را به تأخیر بیندازد و در اثر آن، ودیعه تلف گردد، در این صورت ضامن خواهد بود چون به واسطه سهل انگاری، وی مقصر در حفظ و نگهداری محسوب می‌شود و در نتیجه موجب ضمان خواهد بود. و اگر چنانچه تأخیر در بازگرداندن ودیعه، به جهت عذر و مانع بوده باشد (مانع عقلی یا شرعی یا عادی) باید بعد از برطرف شدن مانع، در اولین اوقات امکان، آن را بازگرداند.

ترجمه و شرح عبارت: و یضمن... یعنی امانت‌دار ضامن می‌گردد اگر سهل انگاری کند در بازگرداندن ودیعه بعد از مطالبه امانت‌گذار و ممکن بودن ردّ (برای امانت‌دار) بر آن وجهی که گذشت (یعنی بدون هیچ مانعی عقلاً و شرعاً و عرفاً)

لأنه... (علت است برای ضمان) یعنی زیرا اهمال و سهل انگاری در ردّ، از اسباب تقصیر (در حفظ) می باشد (و تقصیر هم موجب ضمان می باشد) و لوکان... یعنی اگر تأخیر (در بازگرداندن ودیعه) به خاطر عذر و مانعی باشد، در این صورت واجب است بازگرداندن در اولین اوقات امکان رد (بعد از برطرف شدن مانع).

۲ - دادن ودیعه به شخص دیگر

أو أودعها... توضیح: امانت دار، حق ندارد ودیعه را به شخص دیگری بسپارد - هر چند شخص مورد اعتماد و یا زن خود باشد - و اگر چنین کند و ودیعه تلف گردد ضامن خواهد بود.

مگر در یک صورت می تواند به دیگری بسپارد و آن در جایی است که ناچار به آن شود مثل اینکه اگر در دست او بماند، ترس دارد از اینکه طعمه حریق گردد و یا مورد سرقت و غصب قرار گیرد، و از طرفی هم نه ممکن است آن را به صاحبش برگرداند و نه به حاکم شرع، در این صورت می تواند ودیعه را به شخص عادل بسپارد بلکه واجب است این کار را بکند تا اینکه مال، تلف نگردد.

ترجمه و شرح عبارت: **أو أودعها...** (عطف است بر -اهمل - در عبارت مصنف) یعنی و همچنین ضامن است اگر ودیعه را به شخص دیگر بسپارد - هر چند زوجه اش یا شخص مورد اعتمادی باشد - در حالی که ناچار به سپردن آن نبوده باشد، بنابراین اگر ناچار به سپردن آن به دیگری شود مثل اینکه بترسد بر ودیعه از سوخته شدن یا به سرقت رفتن آن یا غارت شدن آن اگر در دست او بماند و (از طرف دیگر) ممکن نباشد بازگرداندن آن به مالکش و یا به حاکم (در صورت نبودن مالک) در این صورت باید آن

را به شخص عادل بسپارد و تَعَدَّرَ عَظْفٌ است بر-خاف- اودعها جواب است برای - لو- شرطیه در- فلو اضطر- العدل مفعول دوم است برای - اودعها-.

و فی حکم... توضیح: همانطوری که اگر در حال اختیار و بدون ضرورت، ودیعه را به شخص دیگر بسپارد به طوری که آن شخص مستقلاً از آن نگهداری نماید، امانت دار ضامن است، همچنین دو فرض دیگری می‌باشد که در حکم فرض قبلی است که امانت دار در آن دو فرض، ضامن می‌باشد:

۱. اینکه امانت‌دار، شخص دیگر را شریک گرداند در نگهداری ودیعه هر چند زوجه‌اش یا فرزندش باشد - که گاهی ودیعه را در دست خود نگاهداری نماید و گاهی آن را زوجه یا فرزندش نگاهداری نماید - در این فرض نیز امانت دار ضامن می‌باشد اگر ودیعه تلف گردید.

۲. اینکه امانت‌دار، ودیعه را در جایی بگذارد که مشترک بین چند نفر است (یعنی چند نفر در آنجا دست دارند و تصرف در آن می‌کنند) به طوری که به خاطر مشترک بودن آنجا، امانت دار نمی‌تواند در تمام اوقات سرکشی به ودیعه نماید بلکه در بعضی از اوقات می‌تواند آن را ملاحظه کند، پس در این فرض هم اگر تلف گردد ضامن خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: و فی حکم... یعنی و در حکم سپردن ودیعه در حال اختیار (بدون ضرورت) است، شریک قرار دادن دیگری درید و حفاظت از آن هر چند زن یا بچه او باشد اِشْرَاك... مبتدای مؤخر است برای - فی حکم ایداعها - و وضعها... (به صیغه مصدر، معطوف است به - اشراک - و این مورد دومی است که در حکم ایداع می‌باشد) یعنی و همچنین در حکم سپردن ودیعه است، گذاشتن ودیعه در جایی که مشترک (بین چند نفر است) در تصرف، به طوری که (به جهت مشترک بودن آن) امانت دار نمی‌تواند ودیعه را در تمام اوقات ملاحظه نماید (بلکه در بعضی از اوقات می‌تواند آن را ملاحظه کند).

(أو سافر بها كذلك) أي من غير ضرورة إلى استصحابها في السفر بأن أمكنه عند إرادة السفر إيصالها إلى المالك، أو وكيله عاما، أو خاصا، أو إيداعها العدل فترك وأخذها معه فيضمن.

أما مع الضرورة بأن تعذر جميع ما تقدم، وخاف عليها في البلد، أو اضطر إلى السفر فلا ضمان، بل قد يجب، لأنه من ضروب الحفظ.

۳ - بردن ودیعه به سفر بدون ضرورت

(أو سافر بها كذلك)... توضیح: یکی دیگر از مواردی که ضمان آور برای امانت دار می باشد، آنجایی است که ودیعه را با خود به سفر ببرد در حالی که ناچار به همراه خود بردن در سفر نمی باشد به خاطر اینکه در وقت سفر می تواند ودیعه را به مالکش یا به وکیل او (چه وکیل عام که وکیل اوست در همه کارها، و چه وکیل خاص که وکیل اوست در گرفتن ودیعه فقط) برساند و یا به شخص عادل (در صورت نبودن مالک و وکیلش) بسپارد، ولی با این امکانات، ودیعه را به یکی از آنها نرساند و با خود به سفر ببرد، و در این صورت اگر تلف گردد ضامن خواهد بود چون مقصود در نگهداری به شمار می آید.

اما اگر ناچار شود که آن را همراه خود به سفر ببرد، چنانچه تلف گردد ضامن نخواهد بود، و این ناچاری گاهی از جهت خود ودیعه می باشد و گاهی از جهت خود امانت دار می باشد پس ناچاری دو صورت دارد:

۱. اینکه امانت دار کاری برای سفر رفتن ندارد بلکه سفر رفتن او به خاطر ودیعه است چون ترس دارد از اینکه اگر ودیعه در شهر بماند چه بسا در اثر سوخته شدن یا سرقت یا غارت شدن، تلف گردد و از طرفی هم نمی تواند آن را به مالک و وکیل او و یا

به شخص عادل برساند، در این صورت بردن ودیعه همراه خود به سفر به جهت حفظ و نگهداری آن، جایز است و اگر در سفر تلف شود ضامن نخواهد بود، بلکه بردن آن به سفر در آن صورت، واجب می‌باشد چون بر امانت‌دار واجب است حفظ ودیعه و معلوم است که یکی از راه‌های حفظ آن، بردن آن به سفر است.

۲. اینکه خود امانت‌دار، کاری در سفر دارد و برای آن کار، مجبور به سفر کردن است و از طرفی هم نمی‌تواند آن را به مالک و وکیل او یا به شخص عادل برساند، در این صورت اگر ودیعه را به سفر ببرد جایز است و چنانچه تلف شود ضامن نخواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **أَوْ سَافَرًا...** (نیز عطف است بر - اهل - و تقدیر عبارت چنین است که: **یضمن لو سافر بها...**) یعنی و نیز ضامن می‌شود اگر ودیعه را به سفر ببرد در حالی که ناچار به همراه خود بردن در سفر نمی‌باشد بآن امکانه... (بیان می‌کند نبودن ضرورت را) یعنی به اینکه می‌توانسته امانت‌دار، در موقع رفتن به سفر، ودیعه را به مالکش یا به وکیلش - چه وکیل عام و چه وکیل خاص - برساند و یا (در صورت نبودن مالک و وکیلش) آن را به شخص عادل بسپارد، ولی (در عین حال) این کار را نکند و ودیعه را همراه خود ببرد پس در این صورت ضامن خواهد بود.

العدل مفعول دوم است برای - ایداعها - و اضافه ایداع به ضمیر، اضافه مصدر است به ضمیر مفعولی اول که به ودیعه برمی‌گردد **فترک ضمیر فاعلی آن برمی‌گردد** به امانت‌دار، و مفعول آن محذوف می‌باشد و آن عبارت است از - ایصال یا ایداع - اما **مع الضرورة...** یعنی و اما با بودن ضرورت (در همراه بردن آن در سفر) مثل اینکه ممکن نباشد تمام آنچه گفته شد (یعنی رساندن آن به مالک یا وکیلش یا سپردن آن به شخص عادل) و (از طرفی هم) بترسد بر ودیعه در شهر (که در این صورت ناچار است به بردن آن به سفر برای حفظ آن از تلف) و یا (بترسد بر ودیعه اما) خود امانت‌دار مجبور به سفر شود (به خاطر کاری که در سفر دارد).

أَوْ اضْطُرَّ... عطف است بر- خاف - نه اینکه عطف باشد بر- تعذر- بنابراین،
 تعذر رساندن ودیعه به مالک یا وکیلش، در صورت اضطرار به سفر نیز شرط می باشد.
 فلا ضمان (جواب - أمّا - می باشد) یعنی پس (جایز است در ضرورت، ودیعه را به
 سفر ببرد و چنانچه تلف شد) ضمانی به عهده امانت دار نمی باشد، بلکه (نه فقط
 جایز است) چه بسا سفر کردن، واجب خواهد بود چون سفر کردن یکی از اقسام حفظ
 و نگهداری ودیعه است (با توجه به اینکه بر امانت دار، نگهداری از آن واجب است و
 فرض آن است که نگاهداری آن در فرض مسأله، موقوف بر سفر می باشد پس سفر از
 باب مقدمه، واجب خواهد بود).

والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك ومن بحكمه المشقة الكثيرة عرفاً، وفي السفر العرفي أيضاً فما قصر عنه كالتردد إلى حدود البلد وقرى لا يطلق على الذهاب إليها السفر يجوز فيه مصاحبته مع أمن الطريق، ولا يجوز إيداعها في مثله مع إمكان استصحابها.

واستثنى منه ما لو أودعه مسافراً، أو كان المستودع منتجعاً، فإنه يسافر بها من غير ضمان، لقدوم المالك عليه.

والمعتبر... توضیح: گفته شد ضرورت وناچاری، آنجایی است که نتواند ودیعه را به مالک وکیلش برساند.

اکنون می‌فرماید: میزان در «نتوانستن» این نیست که اصلاً امکان رساندن به صاحبش نباشد بلکه میزان آن است که اگر بخواهد به صاحبش برساند، به زحمت زیاد می‌افتد عرفاً،

ترجمه و شرح عبارت: والمعتبر... این کلمه مبتدا است و خبرش - المشقة - می‌باشد و من بحكمه یعنی کسی که در حکم مالک است (و آن وکیل اوست و همچنین شخص عادل).

و فی السفر، العرفی... توضیح: اینکه گفته شد بردن ودیعه به سفر موجب ضمان است، لازم نیست سفر، سفر شرعی (چهار فرسخ) باشد بلکه سفر عرفی هم چنین است مثلاً سه فرسخ یا دو فرسخ که عرفاً به آن سفر گفته شود.

بنابراین، اگر مسافتی باشد کمتر از سفر عرفی - مثل رفتن تا حدود شهر، و یا رفتن به روستاهای اطراف شهر که رفتن به آنها را عرفاً سفر نگویند - در این صورت می‌تواند ودیعه را همراه خود ببرد به شرط اینکه راه، مأمون از خطر باشد.

و در چنین موردی وقتی که می‌توان ودیعه را همراه خود برد، دیگر جایز نیست ودیعه را به شخص دیگر بسپارد.

ترجمه و شرح عبارت: وفي السفر... (عطف است بر- في تعذر التوصل - و تقدیر عبارت چنین است: والمعتبر في السفر، العرفي أيضاً) یعنی میزان در سفر، سفر عرفی است أيضاً یعنی همانطوری که در تعذر توصول، میزان تعذر عرفی بود (که همان مشقت کثیره باشد) همچنین در سفر نیز میزان، سفر عرفی است فما قصر... (کلمه - فما - مبتدا است و خبرش - يجوز - می باشد) یعنی مسافتی که کمتر از سفر عرفی باشد مثل رفت و آمد کردن تا حدود شهر، و تا روستاهایی که (عرفاً) بر رفتن به آن روستاها، سفر گفته نمی شود، جایز است در این مسافت، همراه داشتن ودیعه به شرط ایمن بودن راه (از خطر) لا یطلق علی... این جمله صفت است برای - قری - يجوز فیه خیر است برای - فما قَصْرَ - ولا يجوز... یعنی جایز نیست سپردن ودیعه (به شخص دیگر) در مثل آن مورد (که مسافت کمتر از سفر عرفی است) با ممکن بودن همراه داشتن ودیعه.

و استثنی... توضیح: این حکم مربوط به اصل مسأله است و آن اینکه دو مورد می باشد که از سفری که موجب ضمان امانت دار می باشد استثناء شده است:

۱. در جایی که امانت دار، در سفر بوده و در اثناء سفر، امانت گذار، ودیعه نزد او بگذارد.

۲. در جایی که امانت دار به دنبال پیدا کردن آب و گیاه بوده (نظیر چوپان که معمولاً در بیابان در حال گردش و سفر است برای پیدا کردن آب و علف جهت گوسفندان) امانت گذار، ودیعه را نزد او بگذارد.

در این دو مورد، امانت دار می تواند ودیعه را در ادامه سفر همراه خود ببرد و چنانچه تلف شود ضمانتی به عهده او نخواهد بود.

و دلیل آن این است که وقتی که امانت‌گذار می‌داندسته امانت‌دار، در سفر است و با این حال، ودیعه را به او سپرده، این خود، قرینه حالیه است بر اینکه امانت‌گذار اجازه داده است که امانت‌دار، ودیعه را همراه خود به سفر ببرد.

ترجمه و شرح عبارت: **و استثنیٰ... یعنی استثناء شده از سفری که موجب ضمان است، آن صورتی که امانت‌گذار، بسپارد به امانت‌دار در آن حالی که امانت‌دار مسافر بوده، و یا امانت‌دار کسی بوده که به دنبال آب و گیاه می‌گشته، پس در این دو مورد، امانت‌دار می‌تواند ودیعه را با خود به سفر ببرد بدون اینکه ضمانتی به عهده او بیاید، به دلیل اینکه مالک (یعنی امانت‌گذار) خودش اقدام بر عدم ضمان او کرده (چون امانت‌گذار با اینکه می‌داندسته امانت‌دار در حال سفر است، ودیعه را در اختیار او گذاشته).**

(أو طرحها في موضع تتعفن فيه) وإن كان حرزا لمثلها، لما عرفت من أن الحرز مشروط بأمور آخر هذا منها. وفي حكم العفن الموضع المفسد كالندى للكتب. وضابطه مالا يصلح لتلك الوديعة عرفا بحسب مدة إقامتها فيه.

۴- گذاشتن ودیعه در محلی که موجب بدبو شدن آن شود

(أو طرحها في موضع... توضیح: یکی دیگر از مواردی که موجب ضمان برای امانت دار است، این است که ودیعه را در جایی بگذارد که در آن بدبو و گندیده شود، هر چند آن محل، حرز و محل نگهداری برای این نوع ودیعه‌ها بوده باشد یعنی هر چند جایی باشد که معمولاً این نوع ودیعه‌ها را در آن نگهداری می‌کنند و محفوظ از دست دیگران است، ولی همانطوری که سابقاً دانسته شد تنها حرز بودن کافی نیست بلکه علاوه بر آن باید شرایط دیگر نیز جمع بوده باشد که یکی از آن شرایط این است که محل آن، موجب بدبو شدن ودیعه نشود.

و نیز یکی دیگر از شرایط آن است که آن محل، موجب پوسیده شدن ودیعه نشود یعنی مثلاً رطوبت در آن جا نباشد که مثل کتاب را می‌پوساند.

و خلاصه اینکه اگر محل نگهداری ودیعه، محلی باشد که بر حسب عرف در آن مدتی که ودیعه در آن می‌ماند مناسب ودیعه نباشد، نباید در آنجا نگهداری شود و اگر در آنجا نگهداری کند و در نتیجه ودیعه فاسد گردد، ضامن خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: «أو طرحها...» (نیز عطف است بر - لواهمل -) یعنی و همچنین ضامن می‌شود اگر بیفکند ودیعه را در جایی که بدبو می‌شود ودیعه در آن جا - هر چند جایی باشد که محل نگهداری این نوع ودیعه‌ها باشد - به دلیل اینکه دانستی که حرز و محل نگهداری ودیعه، شرایط دیگری را (علاوه بر محفوظ بودن از

دست دیگران) باید دارا باشد که یکی از آن شرایط، همین مورد است (که باید موجب بدبوشدن ودیعه نشود) لما عرفت... در آنجایی که فرمود: «وقد یفتقر الی امر آخر» چنانکه گفته شد که اگر ودیعه را در صندوق قفل زده گذاشت چه بسا علاوه بر آن، گاهی لازم می شود که صندوق هم بزرگ باشد، و شرایط دیگر مثل اینکه باید محل نگهداری ودیعه، جایی باشد که از موریانه یا آتش یا رطوبت، به دور باشد.

و فی حکم العفن... (عفن به فتح عین و فاء یعنی بدبوشدن و گندیدن) یعنی در حکم بدبوشدن است، آن محلی که موجب فساد و پوسیده شدن ودیعه می شود مثل رطوبت برای کتاب و ضابطه... یعنی قاعده کلی این مورد (که ضمان آور برای امانت دار است) هر جایی است که عرفاً صلاحیت برای این ودیعه بر حسب مدت زمانی که ودیعه در آن جا می باشد نداشته باشد.

(أو ترك سقي الدابة، أو علفها ما لا تصبر عليه عادة)، ومثلها المملوك، والمعتبر السقي والعلف بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه تفريط، وهو المعبر عنه بعدم صبرها عليه فيضمنها حينئذ وإن ماتت بغيره.

ولا فرق في ذلك بين أن يأمره بهما، ويطلق، وينهاه، لوجوب حفظ المال عن التلف، هذا هو الذي يقتضيه إطلاق العبارة وهو أحد القولين في المسألة.

والأقوى أنه مع النهي لا يضمن بالترك، لأن حفظ المال إنما يجب على مالكة لا على غيره، نعم يجب في الحيوان مطلقاً، لأنه ذو روح، لكن لا يضمن بتركه كغيره.

۵ - ندادن آب و علف به حيوان

(أو ترك سقي الدابة... توضيح: اگر ودیعه، حیوان بود، بر امانت دار واجب است که به آن، آب و علف بدهد، زیرا نگهداری امانت، واجب است و نگهداری حیوان موقوف بر آب و علف دادن به آن می باشد پس باید از باب مقدمه، آب و علف به آن بدهد.

عبد و آّمه نیز اگر در دست دیگری امانت باشند، باید امانت دار، آب و غذا به آنها بدهد و اگر ندهد و آنها تلف شوند ضامن خواهد بود.

و میزان در آب و علف حیوان از نظر مقدار و زمان بندی، همان مقدار متعارف عرفی می باشد، بنابراین اگر کمتر از مقدار متعارف، آب و علف بدهد - و به تعبیر دیگر: اگر تا مدتی که حیوان نمی تواند بر آن صبر کند، به او آب و علف ندهد - تفريط و تقصیر به شمار می آید که اگر حیوان بمیرد، امانت دار ضامن آن خواهد بود، خواه مردن آن حیوان در اثر این تقصیر باشد و خواه در اثر چیز دیگر باشد.

اطلاق عبارت مصنف اقتضا می‌کند که در ضامن بودن امانت‌دار، فرقی نیست بین اینکه امانت‌گذار، امر کرده باشد به دادن آب و علف به حیوان، یا اینکه هیچ چیزی درباره آن نگفته باشد و یا اینکه نهی کرده باشد از دادن آب و علف، در هر سه صورت ضامن خواهد بود، زیرا گذشته از اینکه حفظ ودیعه بر امانت‌دار واجب می‌باشد، اساساً بر انسان واجب است که مال محترم را از تلف شدن حفظ نماید، پس در صورت امر به آب و علف و یا در صورت اطلاق، حفظ آن، هم از جهت ودیعه بودن، واجب است و هم از جهت مال محترم بودن، واجب است، و اما در صورت نهی از آب و علف، هر چند حفظ از جهت ودیعه بودن، به واسطه نهی، ساقط می‌شود ولی از جهت اینکه مال محترم است، وجوب حفظ، باقی است.

ولی شارح می‌فرماید که در صورت نهی از دادن آب و علف، ضمان را قبول نداریم، زیرا حفظ مال محترم (که دلیل قول مصنف بود) همانا بر صاحب مال، واجب است نه بر دیگران، پس در صورت نهی، نه از جهت ودیعه بودن، حفظ آن بر امانت‌دار واجب است چنانکه دانسته شد، و نه از جهت مال محترم بودن، پس در صورت نهی، مثل این می‌شود که کسی به دیگری امر کند که مال مرا به دریا بیندازد، و یا آن را بسوزاند و یا به نحو دیگر آن را تلف کن، در هیچ کدام از این موارد، ضمانی به عهده تلف‌کننده نخواهد بود.

فقط چیزی که در اینجا می‌باشد این است که چون فرض آن است که ودیعه در اینجا حیوان می‌باشد و حیوان دارای روح می‌باشد لذا شرعاً از این جهت احترام دارد و حفظ جان آن واجب است (که در این صورت آب و علف دادن به حیوان و حفظ آن، حق الله می‌باشد همانطوری که حق مالک نیز می‌باشد و نهی مالک از آن، حق خودش را ساقط می‌کند ولی موجب سقوط امر الهی به حفظ آن نمی‌باشد) و این یک حکم تکلیفی است ولی در عین حال اگر به این تکلیف عمل نکرد و گناه نمود،

ضمائی - که حکم وضعی است - به عهده او نخواهد بود همانند موارد دیگری که مالک، نهی از حفظ آن نموده باشد مثل درخت که نهی از آبیاری آن بنماید، که ضمان آن به عهده امانت دار نیست.

ترجمه و شرح عبارت: **أَوْ تَرَكَ...** (نیز عطف است بر - لواهمل -) یعنی و همچنین ضامن می شود اگر امانت دار ترک نماید آب دادن به حیوان و علف دادن به آن را به مدتی که حیوان در آن مدت عادتاً و معمولاً صبر و تحمل نمی تواند بکند، و مثل حیوان است (در حکم مزبور) مملوک (یعنی عبد یا أمة) الدابة سزاوار است که بگوئیم مقصود از آن در اینجا هر حیوان محترمی است و احتمال دارد که مقصود از آن، اسب باشد چون دابه در عرف عام به معنای اسب است، بنابراین، تنها ذکر آن از باب مثال است چون حکم هر حیوان محترمی همان است که در اینجا ذکر شده است.

أَوْ عَظْفَهَا ظاهراً این کلمه به سکون لام می باشد به صیغه مصدر، به قرینه اینکه - سقی - نیز به صیغه مصدر می باشد پس - علفها - یعنی علف دادن به دابه **مَا لَا تَصْبِرُ** کلمه - ما - زمانیه است به معنی مدت **وَالْمَعْتَبِر...** (این کلمه مبتدا است و خبر آن - السقی - می باشد) یعنی آنچه که لازم است (در آب و علف دادن به حیوان) همانا آب دادن یا علف دادن بر حسب معمول و متعارف برای امثال آن حیوان می باشد، پس کمتر از مقدار متعارف، تفریط و کوتاهی در حفظ به شمار می آید، و همین کمتر از مقدار متعارف است که مصنف از آن تعبیر کرده به صبر نکردن حیوان بر آن مقدار، پس امانت دار ضامن می شود حیوان را (اگر بمیرد) در صورت ترک آب و علف به آن نحوه مذکور، گرچه مرگ او به سبب دیگری غیر ترک آب و علف باشد.

وَلَا فَرْق... یعنی در ضامن بودن او فرقی نیست بین اینکه امانت گذار امر کند او را به آب و علف دادن، یا مطلق بگذارد (و هیچ چیزی در آن باره نگوید) یا نهی کند او را (از آب و علف دادن) زیرا اساساً حفظ نمودن مال از تلف شدن، بر انسان واجب

است (پس در صورت نهی، هرچند وجوب حفظ از جهت ودیعه بودن ساقط می‌شود اما از جهت مال محترم بودن، وجوب حفظ باقی است) و این عدم فرق، حکمی است که اطلاق عبارت مصنف آن را اقتضا می‌کند، و این یکی از دو قولی است که در این مسأله می‌باشد (وقول دوم همان است که شارح اختیار کرده و می‌فرماید: قول اقوی در نظر ما آن است که در صورت نهی امانت‌گذار، ضامن نمی‌شود امانت‌دار به واسطه ترک آب و علف زیرا (دلیلی که شما آوردید که عبارت بود از وجوب حفظ مال از تلف شدن، در جواب گوئیم که: حفظ مال همانا بر مالک آن واجب می‌باشد نه بر غیر او) و فرض هم آن است که در اینجا وجوب حفظ از جهت ودیعه بودن، همانا به واسطه نهی امانت‌گذار، ساقط گردیده) آری در حیوان، حفظ واجب است خواه مالک، نهی از آن بکند یا نه (اما این وجوب حفظ نه از جهت آن است که چون حفظ مال بردیگران واجب است بلکه از جهت آن است که) چون حیوان دارای روح است (و خودش فی نفسه احترام دارد و باید آن را احیا نمود) اما باز هم ضامن نمی‌شود با ترک نمودن حفظ آن (یعنی اگر آب و علف را به آن نداد ضامن نیست بلکه فقط گناه کرده چون امر الهی به حفظ جان حیوان را ترک کرده است) همانند غیر حیوان (مثل درخت که گفته‌اند اگر صاحب آن نهی کند از آبیاری کردن آن، امانت‌دار ضامن آن نخواهد بود).

وإعلم أن مستودع الحيوان إن أمره المالك بالإنفاق أنفق ورجع عليه بما غرم، وإن أطلق توصل إلى استئذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو وأشهد عليه ورجع به، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع إن أراد، وقبل قوله فيها، وفي القدر بالمعروف، وكذا القول مع نهي المالك له عنه. وفي حكم النفقة ما تفتقر إليه من الدواء وغيره، وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث والسقي وغيرهما.

حکم خرجی که امانت دار برای حیوان می کشد

وإعلم ان مستودع الحيوان... توضیح: امانت داری که آب و علف به حیوان می دهد آیا می تواند هزینه آن را از صاحب حیوان بگیرد؟

مسأله سه صورت دارد. چون یا مالک حیوان، امر به دادن آب و علف کرده، و یا مطلق گذارده و چیزی در آن باره نگفته، و یا نهی از آن نموده است:

صورت اول: اگر چنانچه خرجی که کشیده، به دستور صاحب حیوان بوده، در این صورت می تواند رجوع به صاحب حیوان کرده و هر چه خرج نموده، از او بگیرد.

صورت دوم: اگر صاحب حیوان، مطلق گذارده و چیزی درباره آب و علف، نگفته باشد، در این صورت، حکم این است که در مرحله اول باید به هر وسیله ای که می تواند از صاحب حیوان (و یا از وکیل او) اجازه خرج کشیدن را بگیرد. حال اگر اجازه گرفتن از او ممکن نشد (به جهت دسترسی نداشتن به او چون غایب است و یا در زندان است) باید امانت دار، به حاکم شرع گزارش دهد تا او دستور به خرج کشیدن بدهد، و اگر دسترسی به حاکم نداشت، خود وی می تواند خرج آن را بکشد با قصد رجوع به صاحب حیوان، و شاهد بر آن بگیرد و بعداً رجوع به صاحب حیوان می کند و از او خرجی را که کشیده بگیرد، و اگر شاهد گرفتن برای او ممکن نبود، چنانچه فقط نیت رجوع به صاحب حیوان کند و خرج حیوان را بکشد، بعداً می تواند به صاحب

حیوان رجوع کرده و از او خرج را بگیرد، و در این صورت اگر در موقع رجوع به صاحب حیوان چنانچه بگوید من نیت رجوع کرده بودم و مالک، منکر آن باشد، باید قول امانت‌دار را پذیرفت البته با قسم خوردن (چون قول امین به حسب قاعده «لیس علی الأمین الا الیمین» با قسم خوردن پذیرفته می‌شود) و همچنین اگر در مقدار خرجی که کشیده چنانچه ادعای او این باشد که به مقدار متعارف، خرج کشیده‌ام ولی صاحب حیوان، منکر آن باشد، ادعای امانت‌دار پذیرفته می‌شود با قسم خوردن، و اما اگر بیشتر از آن مقدار را ادعا نماید پذیرفته نمی‌شود.

صورت سوم: اگر مالک، نهی کرده باشد او را از دادن آب و علف، حکم این صورت هم مثل صورت قبلی است که با آن تفصیلی که گفته شد می‌تواند رجوع به صاحب حیوان نماید یعنی وقتی که مالک، نهی نمود، امانت‌دار باید رجوع به حاکم کند تا آخر آنچه در بالا گفته شد.

آنچه گفته شد حکم هزینه آب و علف بود، و همچنین است اگر خرج‌های دیگری از قبیل دوا و مانند آن، کشیده باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و أعلم... یعنی بدانکه کسی که حیوان را به عنوان ودیعه قبول کرده اگر چنانچه مالک حیوان، او را امر کرده بود به خرج کشیدن (بابت آب و علف حیوان) امانت‌دار (در این صورت) خرج را می‌کشد و رجوع می‌کند به مالک برای گرفتن آنچه را که خرج کشیده (این صورت اول مسأله است و اما صورت دوم می‌فرماید: و اگر مالک، مطلق گذارده بود (و درباره آب و علف چیزی نگفته بود) باید امانت‌دار به هر وسیله‌ای هست، اذن از مالک (برای کشیدن خرج حیوان) بگیرد، پس اگر دسترسی به مالک ممکن نشد، باید درباره کشیدن خرجی، رجوع به حاکم کند (تا او هرگونه که وظیفه است دستور دهد) و اگر دسترسی به حاکم ممکن نبود، خود امانت‌دار، خرج را بکشد و شاهد بر آن بگیرد (تا اینکه اگر روزی امانت‌دار ادعای

کشیدن خرج را نمود و مالک منکر شد، امانت دار بتواند اثبات ادعای خود را به وسیله شاهد بنماید بدون اینکه احتیاج به قسم خوردن باشد) و (سپس) رجوع کند (بر مالک) برای گرفتن خرجی که کشیده، و اگر شاهد گرفتن، ممکن نبود، اکتفا کند بر نیت رجوع، در صورتی که خواست رجوع به مالک کند (برای گرفتن خرجی).

اقتصر... مقصود آن است که در موقع کشیدن خرجی، همین مقدار که قصد رجوع به مالک نموده باشد، کافی است در اینکه حق رجوع به مالک داشته باشد، اما اگر نیت و قصد رجوع نکرده باشد، خرجی که کشیده، تبرع و مجانی محسوب می شود و شخص متبرع، حق رجوع برای گرفتن خرجی که کشیده ندارد **أراده** ضمیر به رجوع بر می گردد قبل به صیغه مجهول قوله یعنی قول مستودع فیها احتمال دارد ضمیر به - نية رجوع - برگردد، و احتمال دارد برگردد به - نفقة -.

و في القدر... (عطف است بر - فیها -) یعنی و نیز باید قبول شود قول امانت دار در مقدار متعارفی که خرج کشیده و گذا... (این صورت سوم مسأله است) یعنی و همچنین است سخن در صورت نهی نمودن مالک، امانت دار را (از دادن آب و علف) و في حکم... یعنی و در حکم نفقه (خرج آب و علف) است، هر چیزی که حیوان به آن احتیاج پیدا می کند از دوا و غیر آن.

و في حکم الحيوان... توضیح: درخت هم در حکم حیوان است یعنی اگر درختی احتیاج به شخم زدن و آبیاری کردن و کارهای دیگر دارد، و امانت دار، آن کارها را انجام بدهد، در این صورت به همان تفصیلی که در حیوان گفته شد می تواند هزینه آن کارها را از صاحب درخت بگیرد، البته این حکم در صورتی است که بگوئیم انجام آن کارها در مورد درخت، بر امانت دار واجب می باشد.

(أو ترك نشر الثوب) الذي يفسده طول مكثه كالصوف، والإبريسم (للريح) حتى لو لم يندفع بنشره وجب لبسه بمقدار ما يندفع الضرورة عنه، وكذا عرضه على البرد. ومثله توقف نقل الدابة إلى الحرز، أو العلف، أو السقي على الركوب، والكتاب على تقليبه، والنظر فيه فيجب ذلك كله، ويحرم بدونه.

۶ - انجام ندادن کارهایی که در نگهداری ودیعه لازم است

(أو ترك نشر الثوب)... توضیح: اگر حفظ ودیعه علاوه برگذاشتن آن در حرز (محلّی که محفوظ از دسترس دیگران است) احتیاج به کارهایی که جلوگیری از فاسد شدن آن می‌کند داشته باشد، باید امانت دار آن کارها را انجام بدهد و اگر انجام ندهد ضامن خواهد بود.

مثلاً پارچه پشمی یا ابریشمی اگر مدت طولانی در یک جا پیچیده بماند، بید - یا بیب که حشره‌ای است ریز - آن را می‌خورد و ضایع می‌کند، و باید پارچه را گاهی بیرون آورد و باز کرده و پهن نمود تا باد به آن بخورد، و اگر با این کار، نتوان جلوگیری از فاسد شدن آن کرد و احتیاج به پوشیدن آن باشد (چون به واسطه پوشیدن، بوی بدن انسان نمی‌گذارد حشره آن را فاسد کند) باید امانت دار به مقداری که جلوگیری از فساد می‌کند آن را بیوشد.

و همچنین اگر احتیاج به گذاشتن آن در جای خنک باشد باید در جای خنک نگهداری کند.

و یا مثلاً ودیعه‌ای که حیوان است اگر انتقال دادن آن به حرز (طویله) احتیاج به سوار شدن آن باشد باید امانت دار، سوار بر آن شود تا انتقال به حرز بدهد، و نیز اگر آب یا علف دادن به حیوان، احتیاج به سوار شدن بر آن داشته باشد تا حیوان را مثلاً به سرچشمه و مزرعه برساند (چون بعضی از حیوانات، رام نمی‌شوند مگر به سوار شدن بر آن) باید امانت دار سوار شود.

ویا مثلاً ودیعه‌ای که کتاب است اگر سلامتی آن احتیاج به جابجا کردن یا زیرو و رو کردن و ورق زدن آن و یا به نگاه کردن، داشته باشد، باید امانت‌دار این کارها را انجام بدهد و اگر انجام ندهد ضامن خواهد بود. ولی اگر در مثالهای مزبور، ودیعه احتیاج به آن کارها نداشته باشد، بر امانت‌دار جایز نیست آن کارها را انجام بدهد، و اگر انجام بدهد، گناه کرده و ضامن خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **أو ترک...** (نیز عطف است بر- لو أهمل-) یعنی و همچنین ضامن می‌شود امانت‌دار اگر ترک کند باز کردن و پهن نمودن پارچه‌ای را که زیاد ماندن آن در یکجا فاسد می‌کند آن را، مثل پارچه پشمی یا ابریشمی **للریح** (متعلق است به نشر) یعنی باز کردن پارچه جهت باد خوردن به آن **حتى لو لم...** یعنی حتی اینکه اگر فساد آن، دفع نشود به باز کردن پارچه (بلکه احتیاج به پوشیدن آن باشد) باید آن را پوشید به اندازه‌ای که احتیاج و ضرورت، دفع شود از آن.

و کذا... یعنی و همچنین اگر احتیاج باشد به عرضه داشتن پارچه به سرما و خنکی (باید این کار انجام بگیرد و گرنه، ضامن خواهد بود) و **مثله...** یعنی و مثل باز کردن پارچه است، توقف داشتن انتقال حیوان به حرز، و یا (توقف داشتن) علف دادن و آب دادن، بر سوار شدن بر حیوان **على الركوب** متعلق است بر- توقف- و تقدیر عبارت چنین است: «توقف نقل الدابة الى الحرز على الركوب و توقف العلف أو السقى على الركوب».

و الكتاب... یعنی و همچنین است توقف داشتن کتاب بر تصرف کردن در آن (یعنی زیرو و رو کردن یا ورق زدن) و نگاه کردن در آن **فیجب ذلك...** یعنی پس واجب است تمام آن کارها (باز کردن پارچه، پوشیدن آن، نگهداری آن در جای خنک، سوار شدن بر حیوان، زیرو و رو کردن کتاب) ولی حرام است انجام آن کارها در صورت توقف نداشتن حفظ ودیعه بر آن کارها.

(أو انتفع بها) لا لذلك، (أو مزجها) بماله، أو بمال غيره بحيث لا يتميز، سواء مزجها بأجود أم بأدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معا وإن كانا لواحد، ومثله لو خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده، للتعدي في الجميع.

۷ - استفاده غیر مجاز از ودیعه

(أو إنتفع بها)... توضیح: یکی دیگر از مواردی که موجب ضمان برای امانت‌دار می‌شود، جایی است که امانت‌دار از ودیعه استفاده کند بدون اینکه از باب مقدمه واجب، استفاده از آن لازم باشد مثل موارد یاد شده در بالا از قبیل پوشیدن لباس، و سوار شدن بر حیوان، و زیر و رو کردن کتاب و مانند آن.

و دلیل آن این است که استفاده مزبور، تعدی در ودیعه محسوب می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **أو إنتفع...** یعنی بهره‌برد از ودیعه نه به خاطر امور مذکوره در بالا (نشر پارچه برای ریج، پوشیدن لباس و...).

۸ - مخلوط کردن ودیعه با مال دیگر

أو مَزَجَها... توضیح: یکی دیگر از مواردی که موجب ضمان می‌شود، جایی است که امانت‌دار، ودیعه - مثلاً گندم - را مخلوط کند با مال دیگر (گندم دیگر) بطوری که از یکدیگر جدا نشوند، خواه آن مال دیگر از نظر جنس، بهتر از ودیعه باشد یا پست‌تر باشد، و این چند صورت دارد:

۱. اینکه ودیعه را مخلوط کند با مال خودش.

۲. اینکه ودیعه را مخلوط کند با مال شخصی دیگر.

۳. اینکه دو مال نزد او ودیعه باشد و هر دورا با یکدیگر مخلوط کند گرچه هر دو ودیعه مال یک نفر باشد، در این صورت ضامن هر دو ودیعه خواهد بود.

۴. یک نفر دو مال نزد امانت دار بگذارد، یکی ودیعه باشد و دیگری غیر ودیعه، و امانت دار هر دورا با یکدیگر مخلوط کند، در این صورت نیز ضامن هر دو مال خواهد بود.

دلیل ضمان در همه آن موارد آن است که مخلوط کردن، تعدی در ودیعه محسوب می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: او مزجها... یعنی و یا مخلوط کند ودیعه را به مال خودش یا به مال غیر خودش بطوری که از یکدیگر جدا نشوند - خواه مخلوط کند آن را به جنس بهتر از آن و یا به جنس پست تر از آن - بلکه اگر مخلوط کند یکی از دو ودیعه را به ودیعه دیگر، ضامن می‌شود هر دو ودیعه را، هر چند هر دو ودیعه مال یک نفر باشد، و مثل مزج دو ودیعه است، صورتی که مخلوط کند ودیعه را به مال صاحب ودیعه، آن مالی که ودیعه نزد امانت دار نیست (در این صورت نیز ضامن هر دو مال خواهد بود) غیر مودع صفت است برای - مال مالکها - و کلمه - مودع - به فتح دال به صیغه اسم مفعول می‌باشد للتعدی... علت است برای ضمان در صورت‌های مذکوره.

(ولیرد) الودیعة حیث یؤمر به، أو یریده هو (إلی المالك أو وکیله) المتناول وکالته مثل ذلك مخیرا فیهما، (فإن تعذر) للمالك، أو وکیله (فالحاکم) الشرعی (عند الضرورة إلی ردها)، لا بدونه، لأن الحاکم لا ولاية له علی من له وکیل، والودعی بمنزلته.

وإنما جاز الدفع إلیه عند الضرورة دفعا للحرج والإضرار، وتنزیلا له حیثنذ منزلة من لا وکیل له.

ودیعه به چه کسی باید بازگردانده شود

(ولیرد) الودیعة... توضیح: در صورتی که امانت‌دار بخواهد ودیعه را بازگرداند، باید به خود مالک یا به وکیل او (که وکیل عام اوست و یا وکیل درگرفتن ودیعه است) برساند، و اگر دسترسی به مالک یا وکیل او نداشت، از طرفی هم ناچار باشد به بازگرداندن آن (بطوری که می‌داند اگر در دست او بماند، تلف خواهد شد) در این صورت می‌تواند به حاکم شرع بدهد و اما اگر ناچار به بازگرداندن نباشد، نمی‌تواند به حاکم بدهد، زیرا اساساً کسی که وکیل دارد، حاکم شرع ولایت بر مال او ندارد، و در مورد بحث، خود امانت‌دار به منزله وکیل مالک (در حفظ مال) می‌باشد پس با وجود امانت‌دار، حاکم شرع ولایت برگرفتن ودیعه نخواهد داشت.

و اما در صورت ناچاری که حاکم شرع می‌تواند ودیعه را بگیرد، دلیلش سه چیز است:

۱. اینکه امانت‌دار به حرج و زحمت نیفتد.

۲. اینکه مالک، ضرر نکند به تلف شدن ودیعه.

۳. اینکه وقتی که امانت‌دار ناچار به بازگرداندن شد، گویا دیگر منزلت وکالت برای مالک را ندارد، و مالک بدون وکیل می‌باشد، پس در این صورت، حاکم شرع ولایت خواهد داشت، زیرا حاکم شرع، ولی شخصی غائب است در حفظ اموالش.

ترجمه و شرح عبارت: **و لیرد...** یعنی باید امانت دار، ودیعه را بازگرداند - در صورتی که (از طرف مالک) امر شود به بازگرداندن (یعنی مالک، مطالبه کند آن را از او که در این صورت، برگرداندن واجب است) و یا در صورتی که خود امانت دار می خواهد بازگرداند (و مالک از او مطالبه نکرده است چون ودیعه، عقد جائز است و امانت دار هر وقت بخواهد می تواند آن را فسخ کند و ودیعه را برگرداند) - به ضمیر بر می گردد به - رد - که از کلمه «یرد» استفاده می شود، و همچنین ضمیر - یرید - هو یعنی امانت دار الی **المالک...** یعنی باید برگرداند به مالک و دیعه و یا به وکیل او، آن وکیلی که وکالتش شامل گرفتن ودیعه هم می شود (مثل اینکه وکالت او عام باشد یعنی وکیل باشد در هر چیزی حتی گرفتن ودیعه، و یا اینکه وکالت او در خصوص گرفتن ودیعه باشد) **مخیراً فیهما...** مقصود آن است که در صورت وجود مالک و وکیل او، امانت دار در بازگرداندن ودیعه، مخیر است بین اینکه به خود مالک بدهد یا به وکیلش **فإن تعذر...** یعنی و اگر دسترسی به مالک یا وکیل او نشد، می تواند به حاکم شرع بدهد در صورت ناچاری به بازگرداندن آن، نه بدون ناچاری **لأنّ الحاکم...** (علت است بر اینکه در صورت نبودن ناچاری نمی تواند ودیعه را به حاکم شرع بدهد) یعنی زیرا حاکم شرع ولایت ندارد بر کسی که وکیل داشته باشد و (در اینجا گرچه فرض آن است که دسترسی به وکیل مالک نیست ولی) خود امانت دار به منزله وکیل مالک است (پس دادن ودیعه در این فرض به حاکم شرع، وجهی ندارد) و **إنّما جاز...** یعنی علت اینکه جایز شد دادن ودیعه به حاکم در وقت ضرورت و ناچاری، این است که خرج و ضرری پیش نیاید، و برای اینکه نازل می کنیم مالک را در این صورت - که امانت دار نمی تواند ودیعه را نگه دارد - به منزله کسی که وکیل ندارد (پس حاکم در این صورت می تواند ودیعه را بگیرد چون او ولی شخص غائب است در حفظ اموالش).

وتتحقق الضرورة بالعجز عن الحفظ، وعروض خوف يفتقر معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو الخوف على أخذ المتغلب لها تبعا لماله أو استقلالاً، أو الخوف عليها من السرقة، أو الحرق، أو النهب، ونحو ذلك. فإن تعذر الحاكم حينئذ أودعها الثقة. ولو دفعها إلى الحاكم مع القدرة على المالك ضمن، كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع القدرة على الحاكم، أو المالك.

ضرورت به چه چیز تحقق می‌یابد

وتتحقق الضرورة... توضیح: ضرورت و ناچاری امانت‌دار، به یکی از امور ذیل تحقق می‌یابد:

۱. اینکه نتواند ودیعه را نگهداری نماید.
 ۲. اینکه از ترس ظالمی می‌خواهد پنهان شود، و با پنهان شدنش دیگر نمی‌تواند ودیعه را زیر نظر داشته و رسیدگی به آن نماید.
 ۳. اینکه می‌ترسد ظالمی ودیعه را بگیرد، خواه اینکه فقط ودیعه را می‌خواهد غصب کند یا اینکه اموال امانت‌دار را می‌خواهد غصب کند که ودیعه هم در ضمن آنهاست.
 ۴. اینکه می‌ترسد ودیعه، دزدیده یا غارت شود و یا طعمه حریق گردد و مانند اینها.
- ترجمه و شرح عبارت: و تحقق... یعنی ضرورت و ناچاری (به چند چیز) تحقق می‌یابد (یکی) به واسطه عاجز بودن امانت‌دار از نگهداری آن، و (دوم به) عارض شدن ترسی (بر امانت‌دار) که با این ترس، احتیاج دارد به پنهان شدن (در حالی) که این پنهان شدن، منافات با رسیدگی به ودیعه دارد.

و عروض... این مورد دوم از موارد تحقق ضرورت است چنانکه از کتاب «مسالک» استفاده می‌شود **أو الخوف**... یعنی (سوم) یا اینکه ترس دارد برگرفتن شخص غاصب و ظالم، ودیعه را خواه در ضمن مال امانت دار بگیرد یا مستقلاً آن را بگیرد.

أو الخوف... یعنی (چهارم) یا اینکه ترس دارد برودیعه از دزدیده شدن یا سوخته شدن یا غارت شدن و مانند اینها **فإن تعذر**... یعنی اگر در صورت ضرورت و ناچاری، دسترسی به حاکم نبود، باید ودیعه را نزد شخص مورد اطمینانی بگذارد.

ولو دفعها... یعنی در صورتی که توانایی رساندن به مالک بود اگر به او ندهد و به حاکم بدهد، ضامن است (زیرا ولایت حاکم در صورتی است که دسترسی به مالک یا وکیل او نباشد) همانطوری که در صورتی که رساندن به مالک یا حاکم، ممکن بود اگر به آنها ندهد و به شخص مورد اطمینان بدهد، باز ضامن است.

(ولو أنكر الوديعة حلف) لأصالة البراءة، (ولو أقام) المالك (بها بينة قبل حلفه ضمن)، لأنه متعدد بجحوده لها (إلا أن يكون جوابه: "لا تستحق عندي شيئاً" وشبهه) كقوله: "ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها ولا عوضها"، فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعي التلف يقبل قوله بيمينه أيضاً، لإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقة عنده، ولا يناقض قوله البينة، ولو أظهر لإنكاره الأول تأويلاً كقوله: "ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها، أو ضمانها"، ونحو ذلك فالأقوى القبول أيضاً، واختاره المصنف رحمته الله في بعض تحقیقاته.

مسائل نزاعی

مسأله اول

(ولو أنكر الوديعة... توضیح: اگر بین امانت گذار و امانت دار نزاع شد در اصل و دایعه، و این دو صورت دارد:

صورت اول: اینکه امانت گذار ادعا کند «من و دایعه به تو دادم» ولی امانت دار بگوید: «توبه من و دایعه ای ندادی و من هم از تو نگرفتم».

در این صورت، حکم این است که امانت گذار به واسطه آنکه مدعی می باشد (چون قولش مخالف اصل برائت است، و در مسأله نزاعی هر کس که قولش مخالف اصل است مدعی می باشد) وظیفه اش آن است که بینه بیاورد، پس اگر آن را آورد، امانت دار، ضامن خواهد بود (که و دایعه و یا عوض آن را بدهد) چون وقتی که اقامه بینه شد، ظاهراً ثابت می شود که و دایعه به دست او آمده است و چون وی انکار آن را می کند، این انکار کردن یکی از مصادیق تعدی در و دایعه شمرده می شود و سابقاً گذشت که اگر امانت دار، تعدی در و دایعه نمود، ضامن آن می باشد.

و اما اگر امانت گذار، بینه نیاورد، امانت دار به واسطه آنکه منکر است (چون قولش موافق اصل برائت می باشد) وظیفه اش آن است که قسم بخورد و بعد از قسم خوردن، قولش پذیرفته می شود و چیزی به عهده اش نخواهد بود.

صورت دوم: اگر نزاع آنها به این صورت بود که امانت گذار ادعا کند که «من ودیعه به تو دادم» ولی امانت دار در جواب بگوید: «تو پیش من چیزی را استحقاق نداری» و یا بگوید: «تو ودیعه ای که بر من لازم باشد، خود آن را و یا عوض آن را - در صورت تلف آن به تعدی یا تفریط - به تو بدهم، پیش من نداری».

در این صورت هر چند مالک، بینه بر ادعای خود بیاورد، باز امانت دار ضامن چیزی نخواهد بود و فقط باید قسم بخورد تا قولش پذیرفته شود، چون امانت دار در آن صورت انکار نمی کند اصل ودیعه را بلکه می گوید: «تو در ذمه من چیزی را استحقاق نداری» و این منافات ندارد با بینه مالک که اثبات کرد ودیعه به دست امانت دار داده است، چون ممکن است ودیعه بدون تفریط، در دست امانت دار تلف شده باشد، و قبلاً دانسته شد که اگر ودیعه در دست او بدون تفریط تلف گردد ضامن نیست و بر عهده او، مالک چیزی را استحقاق نخواهد داشت، پس اینکه امانت دار می گوید تو چیزی را به عهده من مستحق نیستی، درست می شود.

پس صورت مسأله مورد بحث، مثل صورتی می شود که امانت دار ادعا کند تلف ودیعه را که در آنجا فقها گفته اند به واسطه آنکه مالک بر علیه او ادعای ضمان می کند، امانت دار با قسم خوردنش، قولش پذیرفته می شود.

و دلیل بر قسم خوردن او، خبر معروف «لیس علی الّامین الا الیمین» می باشد که مفاد آن این است که هیچ چیز جز قسم بر شخص امین نیست، و به بیانی دیگر: معنای آن این است که اگر مال مورد امانت نزد امین، تلف یا ناقص یا معیوب گردید

هیچگونه مسئولیت و ضمانی متوجه او نیست و کافی است که او سوگندی یاد کند تا هر ادعای ضمانی علیه او ساقط گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو أنکر...** یعنی اگر امانت دار انکار کند گرفتن ودیعه را، باید قسم بخورد (تا قولش پذیرفته شود، و دلیل قسم خوردنش آن است که چون به حسب قواعد قضائی، وی منکر محسوب است، زیرا قولش موافق اصل می باشد) چون اصل، برائت ذمه اوست.

و اگر مالک، اقامه کند بر ودیعه، بینه‌ای را قبل از قسم خوردن امانت دار، ضامن خواهد بود امانت دار، زیرا (با اقامه بینه، ثابت می شود که ودیعه به دست او آمده است و چون انکار می کند لذا) متعدی در ودیعه محسوب می شود به واسطه انکار کردنش آن را **إلا أن یکون...** (این صورت دوم مسأله است) یعنی مگر اینکه (وقتی مالک مطالبه ودیعه کرد، امانت دار در جواب او انکار نکند اصل ودیعه را بلکه) جوابش این باشد که تو استحقاق نداری نزد من چیزی را، و مانند این جواب، مثل اینکه بگوید: نیست برای تو نزد من ودیعه‌ای که لازم باشد بازگرداندن آن و نه عوض آن (اگر ودیعه تلف شده باشد با تفریط یا تعدی) پس (در این صورت) ضامن نمی شود با چنین انکاری (که انکار اصل ودیعه نیست بلکه انکار استحقاق آن است، گرچه مالک بر ودیعه، بینه بیاورد قبل از قسم خوردن امانت دار) بلکه وی همانند آن صورتی که ادعای تلف ودیعه را بکند، قولش پذیرفته می شود با قسم خوردنش نیز (همانطوری که در صورت ادعای تلف ودیعه، قولش پذیرفته می شود با قسم خوردنش).

یلزمنی ردها این جمله صفت است برای - ودیعه - **لإمکان...** (علت عدم ضمان است) یعنی چون ممکن است ودیعه بدون تفریط، تلف شده باشد و در نتیجه (مالک) استحقاق آن را نزد امانت دار نخواهد داشت (پس قول امانت دار به اینکه تو

مستحق چیزی نزد من نیستی درست خواهد بود) و قول او منافات با بینه مالک نخواهد داشت **کمدعی التلف**... یکی از مسائل نزاعی که بین امانت‌گذار و امانت‌دار ممکن است پیش آید آن است که امانت‌دار بعد از مطالبه امانت‌گذار ودیعه خود را، ادعا نماید که آن در دست او تلف شده است (البته این مسأله را مصنف مستقلاً عنوان نکرده و شارح در ضمن مسأله بالا متعرض آن شده است).

در این مسأله هر چند به حسب قواعد قضائی، امانت‌دار، مدعی محسوب است چون ادعایش مخالف اصل (اصل عدم تلف) می‌باشد و مدعی به حسب قواعد باید بینه بیاورد ولی فقها گفته‌اند که در اینجا اگر قسم بخورد کافی است و قولش پذیرفته می‌شود، چون فرض آن است که او امین می‌باشد و امین قولش با قسم خوردن پذیرفته می‌شود به دلیل خبر معروف: «لیس علی الأمین الا الیمین».

فلا تکنون ضمیر مقدر بر می‌گردد به ودیعه قوله فاعل است برای - یناقض - و کلمه «البینه» مفعول آن می‌باشد.

ولو أظهر لإنکاره... توضیح: در صورت اول مسأله - که انکار کرده ودیعه را - چنانچه امانت‌دار، انکار خود را توجیه کرده و بگوید مقصودم از انکار، همان معنایی است که در صورت دوم گفته شد یعنی بگوید مقصودم از اینکه گفتم «توبه من ودیعه‌ای ندادی» این بود که: «ودیعه‌ای که لازم باشد بر من که خود آن را بازگردانم یا عوض آن را - اگر با تفریط یا تعدی تلف شده باشد - به من ندادی یا پیش من نیست» این توجیه از او پذیرفته می‌شود و همانند صورت دوم مسأله، ضامن چیزی نخواهد بود هر چند مالک برای ودیعه، بینه بیاورد (در حالی که اگر چنین توجیهی را نمی‌کرد، گفتیم که چنانچه مالک، بینه بر وجود ودیعه بیاورد، امانت‌دار ضامن خواهد بود).

شارح این حکم را اقوی شمرده و می‌فرماید مرحوم مصنف نیز آن را در بعضی از تحقیقات خود اختیار نموده است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو أظهر...** یعنی اگر امانت دار برای انکار اولش، توجیهی را ظاهر بسازد مثل اینکه بگوید: (مقصودم از انکار این بود که: «نیست برای توپیش من ودیعه‌ای که لازم باشد بر من بازگرداندن خود آن یا ضمان آن یعنی عوض آن» و مانند این توجیه، پس اقوی آن است که پذیرفته می‌شود این توجیه نیز **أیضاً** یعنی همانطوری که در صورت دوم مسأله - که از اول آن جواب را به مالک می‌داد - گفتیم قول او پذیرفته می‌شود، همچنین در فرض مورد بحث که در اول، انکار کند سپس برای آن انکار، توجیه نماید به مثل آن جواب، پذیرفته می‌شود.

(والقول قول الودعی فی القيمة لو فرط) لأصالة عدم الزیادة عما یعترف به .
وقیل: قول المالك، لخروجه بالتفريط عن الأمانة، ویضعف بأنه لیس مأخذ القبول.

مسأله دوم

(والقول قول الودعی... توضیح: سابقاً دانسته شد که اگر امانت دار، تعدی یا تفريط کند در ودیعه و در اثر آن، ودیعه تلف گردد ضامن خواهد بود و باید قیمت یا مثل آن را به مالک بپردازد.

حال اگر آنها اختلاف کنند در تعیین قیمت ودیعه، و مالک ادعای قیمت زیاد را بکند و امانت دار ادعای قیمت کم را بنماید، در این صورت حکم آن است که امانت دار به واسطه آنکه منکرزیادی قیمت است و قولش موافق اصل عدم زیادی است، و مالک مدعی زیادی است، پس برحسب قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر» اگر مالک، بینه‌ای بر ادعای خود نیاورد، قول امانت دار با قسم خوردن، پذیرفته می‌شود.

این، قول مشهور است، ولی بعضی از فقها گفته‌اند که: مطلقاً قول مالک با قسم خوردنش پذیرفته می‌شود نه قول امانت دار، زیرا امانت دار به واسطه آنکه تفريط کرده، از امین بودن خارج گردیده و خائن محسوب می‌شود، و معلوم است که قول خائن شرعاً اعتباری ندارد.

شارح در جواب این قول می‌فرماید: قول مشهور، دلیلش این نبود که چون او امین است و به جهت امین بودن، قولش پذیرفته می‌شود، بلکه - همانطوری که دانسته شد - دلیلش قاعده کلی «مدعی و منکر» است که در باب قضاء گفته‌اند، و این قاعده

اختصاص به شخص امین ندارد بلکه در هر کسی که مدعی یا منکر محسوب شود (هر چند خائن باشد) آن قاعده جاری است.

ترجمه و شرح عبارت: **والقول...** یعنی قول امانت دار باید پذیرفته شود (با قسم خوردنش) در تعیین قیمت ودیعه اگر کوتاهی در حفظ ودیعه کرده باشد (و یا تعدی در آن کرده باشد و در نتیجه تلف گردیده باشد، آنگاه در قیمت آن نزاع کنند و مالک مثلاً بگوید قیمت آن صد تومان است و امانت دار بگوید هشتاد تومان).

لأصالة... (علت است برای پذیرفته شدن قول امانت دار) یعنی چون اصل آن است که قیمت آن، زیادتر از آن مبلغی که امانت دار اعتراف به آن می کند نیست، و بعضی دیگر (در مقابل قول مشهور) گفته اند که مطلقاً قول مالک (با قسم خوردن) باید پذیرفته شود (نه قول امانت دار) چون امانت دار به واسطه کوتاهی در حفظ، از امین بودن خارج شده است (و خائن به شمار می آید).

و یضعف... یعنی قول مزبور تضعیف می شود به اینکه امین بودن، مدرک پذیرفته شدن قول امانت دار نیست (تا شما بگوئید که وی از امین بودن خارج شده بلکه مدرک آن چنانکه دانسته شد، منکر بودن اوست که داخل قاعده کلی «الیمین علی المنکر» شده).

(وإذا مات المودع سلمها) المستودع (إلى وارثه) إن اتحد، (أو إلى من يقوم مقامه) من وكيل، وولي، فإن تعدد سلمها إلى الجميع إن اتفقوا في الأهلية، وإلا فإلى الأهل، وولي الناقص، (ولو سلمها إلى البعض) من دون إذن الباقيين (ضمن للباقي) بنسبة حصّتهم، لتعديه فيها بتسليمها إلى غير المالك، وتجب المبادرة إلى ردها إليهم حينئذ كما سلف، سواء علم الوارث بها أم لا.

حکم ودیعه بعد از مرگ امانت گذار

(وإذا مات المودّع... توضیح: اگر امانت گذار بمیرد چنانکه قبلاً دانسته شد، عقد ودیعه باطل می‌گردد (چون از عقود جائزه است که به مرگ یکی از دو طرف، باطل می‌گردد) و نیز دانسته شد که در آن صورت از تاریخ فوت، ودیعه در دست امانت دار از امانت مالکی، خارج شده و به عنوان امانت شرعی در دست او باقی می‌ماند، و حکم امانت شرعی آن است که هر چه زودتر باید آن را بازگرداند.

حال در اینجا سخن در این است که به چه کسی باید برگرداند؟ می‌فرماید: اگر وارث یک نفر بود، باید امانت دار، ودیعه را به او تحویل دهد (اگر بالغ و عاقل بود) و یا به کسی که جای او می‌نشیند مثل وکیل آن وارث، و یا ولیّ آن وارث (در صورتی که وارث، صبی بود یا دیوانه بود. و تصویر مسأله به این صورت است که فرض می‌کنیم امانت گذار، مادری بوده که از خود فرزند صغیر یا مجنون باقی گذاشته پس ولیّ آنها پدر آنها یا پدر بزرگ پدری آنها می‌باشد).

و اما اگر وارث، چند نفر بودند، از دو حال بیرون نیست: یا اینکه همه آنها بالغ و عاقل می‌باشند، یا اینکه بعضی از آنها بالغ و عاقلند.

در صورت اول - که بالغ و عاقلند - باید ودیعه را به همه آنها تحویل بدهد (به این معنی که همه آنها را جمع کند و به آنها تحویل بدهد، و یا همه را خبردار نماید و با اذن و توافق همه، به یکی از آنها که خودشان راضی اند تحویل بدهد).

در صورت دوم - که بعضی از آنها عاقلند و بالغ - باید ودیعه را تحویل دهد به آنها و به ولیّ بعضی دیگر که غیر بالغ و غیر عاقلند یعنی آنهایی که عاقلند و ولیّ آنهایی که غیر عاقلند، همه را جمع نماید و ودیعه را به آنها تحویل دهد و یا با اذن و توافق همه آنها، به یکی از آنها که خودشان راضیند، تحویل بدهد.

ترجمه و شرح عبارت: و إذا مات... یعنی زمانی که امانت گذار بمیرد، باید امانت دار تحویل دهد و ودیعه را به وارث او اگر وارث، یکی بود، و یا به جانشین وارث تحویل بدهد، که جانشین او عبارت است از وکیل او (اگر وارث، بالغ و عاقل بود) و ولیّ او (اگر وارث، غیر بالغ یا غیر عاقل بود) مقامه ضمیر به وارث برمی گردد نه مودع فان تعدّد... (این جمله در مقابل - ان اتحد - می باشد پس ضمیر مقدر برمی گردد به وارث) یعنی اگر وارث، چند نفر بود باید امانت دار ودیعه را تحویل به همه آنها بدهد اگر همه آنها اهلیت قبض و دیعه را داشتند (به این معنی که همه آنها بالغ و عاقل بودند) وگرنه (اگر همه اهلیت نداشتند بلکه بعضی اهلیت داشتند و بعضی دیگر اهلیت نداشتند و طفل یا مجنون بودند) پس (در این صورت باید) ودیعه را تحویل بدهد به آنکه اهلیت دارد و به آن که ولیّ آن وارثی است که ناقص است (از نظر بلوغ یا عقل).

ولو سلّمها... توضیح: اگر در صورت تعدد وارث، بدون اذن و توافق تمامی ورثه، ودیعه را به یکی از آنها تحویل بدهد، امانت دار نسبت به سهام ورثه ای که موافقت نداشته اند ضامن خواهد بود، چون امانت دار در آن صورت، به مقدار سهام آنان، تعدی در ودیعه کرده است به واسطه آنکه ودیعه را (به مقدار سهم آنان) به دست غیر

مالک داده است، چون مالک آن سهام، باقی ورثه هستند، نه آن وارثی که تحویل گرفته است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو سلّمها...** یعنی اگر ودیعه را تحویل به بعضی از وارثین بدهد بدون آنکه باقی ورثه اذن داده باشند (در صورت تعدد وارثها) در این صورت امانت دار ضامن می شود برای باقی ورثه به نسبت سهمشان (از ودیعه) زیرا تعدی کرده امانت دار، در ودیعه (به نسبت سهم باقی ورثه) به واسطه اینکه تحویل داده آن را به غیر مالک (چون مالک سهم باقی ورثه، خود آنها هستند نه آن وارثی که ودیعه را تحویل گرفته).

و تجب... یعنی بر امانت دار واجب است فوراً ودیعه را، رد نماید به ورثه در زمان فوت امانت گذار چنانکه سابقاً گذشت (در آنجایی که شارح در مقام فرق بین امانت مالکی و امانت شرعی، فرمود: «ومن حکم الامانة الشرعية وجوب المبادرة الی ردها و ان لم یطلبها المالك» چون ودیعه بعد از فوت صاحبش، نزد امانت دار به عنوان امانت شرعی می ماند و از احکام امانت شرعی آن است که باید فوراً رد شود هر چند مالک آن، مطالبه نکند پس در اینجا بعد از فوت صاحب ودیعه، مالک آن، ورثه می باشند پس باید فوراً آن را به ورثه رد نماید) خواه وارث، اطلاع از ودیعه داشته باشد یا نه.

(ولا يبرأ) المستودع (بإعادتها إلى الحرز لو تعدى) فأخرجها منه، (أو فرط) بتركه غير مقفل، ثم قفله، ونحوه، لأنه صار بمنزلة الغاصب فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله برده عليه، ثم يجدد له الوديعة، أو يجدد له الاستئمان بغير رد كأن يقول له: "أودعتكها"، أو "استأمتك عليها"، ونحوه على الأقوى.

وقيل: لا يعود بذلك، كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه، أو ببرئه من الضمان على قول قوي.

(ولا يبرأ)... توضیح: سابقاً دانسته شد که امانت دار، ضامن تلف یا نقصی که در مدت امانت داری، در ودیعه به وجود آید، نیست مگر آنکه تعدی یا تفریط نموده باشد که در این دو صورت از همان تاریخ تعدی یا تفریط، ید امانی و غیر ضمانی او تبدیل می گردد به ید غیر امانی و ضمانی، و نسبت به هر تلف و نقصی که در آن حاصل شود ضامن است اگر چه ناشی از تعدی و تفریط او نباشد.

اکنون سخن در این است که در صورتی که امانت دار پس از شروع در تعدی یا تفریط، پشیمان شود و دست از عمل خود بردارد، مثلاً ودیعه را از حرز (جای محفوظ) در آورد سپس به همان حرز برگرداند (این مثال تعدی است) و یا مثلاً حرز را که باید قفل می زد، قفل نزنده بود سپس آن را قفل بزند (این مثال تفریط و کوتاهی در حفظ است) و خلاصه اینکه تصمیم بگیرد به وظیفه خود عمل نماید، آیا ضامن از او زایل می شود و سِمَت امانت داری به او برمی گردد یا نه؟

می فرماید: حکم ضامن او بر طرف نمی شود و سِمَت امانت داری او بر نمی گردد، و بنابراین، اگر بعد از برگرداندن ودیعه به حرز، چنانچه تلف یا نقصی در ودیعه حاصل شود ضامن می باشد.

و دلیل آن این است که پس از زوال سمت امانت داری، وی به منزله غاصب می‌گردد و ید او ید ضمانی می‌شود و بعد از پیشیمانی از عمل خود، باز ضامن است چون ضمانی شدن ید او را یقین داریم ولی شک داریم که به واسطه پیشیمانی از عمل خود آیا ضمان از بین می‌رود (که ید او امانی گردد) یا نه، استصحاب می‌کنیم حکم ضمان را تا آن زمانی که از طرف مالک، موجبی حاصل شود که ضمان را برطرف سازد و امانی بودن ید او برگردد، و آن موجب به یکی از سه امر ذیل حاصل می‌گردد:

۱. اینکه ودیعه را به امانت‌گذار برگرداند و عقد قبلی را فسخ نماید و دوباره امانت‌گذار آن را با عقد جدیدی به عنوان ودیعه، به امانت‌دار بسپارد.

در این صورت بدون اشکال، ضمان ساقط می‌شود، چون این ودیعه، ودیعه جدیدی است که در آن تفریط حاصل نشده است.

۲. اینکه ودیعه به امانت‌گذار برنگردد و عقد قبلی فسخ نشود بلکه امانت‌گذار سَمَت امانت داری او را تجدید بنماید، مثل اینکه امانت‌گذار به او بگوید: «این مال را نزد تو به ودیعه گذاشتم» و یا بگوید: «تو را برای مال، امین قرار دادم» و مانند این جمله‌ها.

در این صورت نیز به عقیده شارح و بعضی دیگر، ضمان ساقط می‌شود چون ضمان به خاطر حق مالک بود، پس وقتی که خود مالک، راضی شد به سقوط ضمان با تجدید نمودن سَمَت امانت داری، دیگر اشکالی باقی نمی‌ماند.

ولی بعضی از فقها این صورت را قبول نکرده و گفته‌اند به این نحوه تجدید امانت داری، ضمان برطرف نمی‌شود، چون فرض آن است که تجدید امانت داری از طرف مالک، عقد جدیدی نیست پس ضمان، استصحاب می‌شود. نظیر اینکه در غاصب اگر صاحب مال مغضوب، آن مال را نزد غاصب به عنوان ودیعه باقی بگذارد یعنی اگر غاصب بعد از پیشیمانی از عمل خود چنانچه بخواهد مال مغضوب را به

مالک برگرداند ولی مالک آن را نگیرد و در دست غاصب به عنوان ودیعه باقی بگذارد (یعنی بگوید که در دست توبه عنوان ودیعه باقی می‌گذارم) با این جمله، ید ضمانی غاصب، تبدیل به ید امانی نمی‌گردد و باز ضمان باقی است که اگر چنانچه مال مزبور در دست او تلف شود ضامن است.

۳. اینکه امانت‌گذار، امانت‌دار را از ضمان، بریء الذمه کند، پس در این صورت نیز طبق عقیده شارح، ضمان او ساقط می‌شود، زیرا ضمان به خاطر حق مالک بود، و خود او راضی شده است که با بریء الذمه نمودن، ضمان مزبور را ساقط نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا یبرأ...** یعنی امانت‌دار، بریء الذمه نمی‌شود (از ضمان) به واسطه برگرداندن ودیعه به محل نگهداری اش، در صورتی که تعدی کرده و ودیعه را از محل نگهداری خارج کرده باشد، و یا در صورتی که تفریط (وکوتاهی در حفظ) کرده باشد به اینکه محل نگهداری را (مدتی) بدون قفل رها کرده سپس آن را قفل بزند و نحوه مثل اینکه جواهر امانتی را در طاقچه انداخته بود سپس آن را در حرز بگذارد (این مثال تفریط است) و مثل اینکه لباس امانتی را بپوشد سپس آن را از تن بکنند و در حرز بگذارد (این مثال تعدی است).

لأنه... (علت است برای - لا یبرأ -) یعنی زیرا امانت‌دار (وقتی که تعدی یا تفریط کرد) به منزله غاصب گردید (که ید او ید غیر امانی گردید) پس (اکنون به واسطه پشیمان شدن از تعدی یا تفریط خود، شک می‌کنیم که آیا ضمان او ساقط می‌شود یا نه؟) استصحاب می‌کنیم حکم ضمان را تا زمانی که حاصل شود از جانب مالک، چیزی که موجب زوال ضمان شود (و آن به یکی از سه امری که ذکر می‌شود حاصل می‌گردد: اول) به اینکه (عقد ودیعه را فسخ کند) و مال ودیعه را برگرداند به مالک سپس مالک (به واسطه عقد جدیدی) تجدید کند برای او ودیعه را، و یا (دوم: به

اینکه) تجدید کند برای امانت‌دار، امین شدن او را برودیعه، بدون اینکه (فسخ کند عقد ودیعه را که) برگرداند ودیعه را به مالک.

کأن یقول... (مثال است برای تجدید استیمان) یعنی مثل اینکه مالک بگوید: «مال را نزد تو ودیعه قرار دادم» و یا بگوید: «امین قرار دادم تو را برودیعه» و مانند آن (مثل اینکه بگوید: اجازه دادم که آن را نزد خود حفظ کنی) **علی الأقوی** این کلمه مربوط است به مورد دوم یعنی - او یجدّد له الاستیمان - و مقصود آن است که اقوی این است که با تجدید استیمان نیز ضمان ساقط می‌شود.

وقیل... (این قول در مقابل اقوی می‌باشد) یعنی بعضی گفته‌اند که استیمان بر نمی‌گردد با تجدید لفظی استیمان (بلکه ضمان به حال خود باقی است) همانطوری که ضمان از ذمه غاصب، زایل نمی‌شود به واسطه ودیعه قرار دادن مال مغضوب نزد او **أو یبرئه**... (عطف است بر - یجدّد - و این مورد سوم از موارد سقوط ضمان است) یعنی و یا اینکه مالک، بری الذمه کند امانت‌دار را از ضمان (که در این صورت نیز، ضمان، ساقط می‌گردد) بنابراین قول قوی.

علی قول قوی در مقابل این قول، بعضی دیگر گفته‌اند که ضمان در آن صورت ساقط نمی‌شود، زیرا ابراء، اسقاط حقی است که در ذمه کسی ثابت باشد، و ضمان هم معنایش آن است که اگر مال تلف یا ناقص گردید، عوض آن بر ذمه او می‌آید، و معلوم است که قبل از آنکه مال تلف یا ناقص گردد، ذمه امانت‌دار مشغول نشده (یعنی به ذمه او حقی ثابت نشده) تا بتوان آن را ابراء نمود پس ابراء ضمان، ابراء مالیم یجب است.

(ویقبل قوله بیمنه فی الرد) و إن كان مدعیا بكل وجه علی المشهور، لأنه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك والأصل براءة ذمته.

مسأله سوم - نزاع در بازگرداندن ودیعه

(ویقبل قوله بیمنه... توضیح: اگر امانت گذار و امانت دار، نزاع کنند در بازگرداندن ودیعه به این صورت که امانت گذار مطالبه کند ودیعه را ولی امانت دار بگوید که آن را به تو بازگردانده‌ام، در این صورت حکم آن است که قول امانت دار با قسم خوردن پذیرفته می‌شود.

اگر کسی گوید که بر حسب قواعد قضایی وظیفه امانت دار آن است که برادعای خود بینه بیاورد، زیرا طبق قواعد قضائی، تعریف مدعی بر او منطبق است چون یکی از تعاریف آن این است که مدعی آن کسی است که قولش مخالف با اصل در آن مسأله باشد، و اصل در اینجا عدم رد ودیعه است، بنابراین، عموم روایت «البینه علی المدعی» شامل مورد بحث می‌باشد و باید او بینه بیاورد تا قولش پذیرفته شود، و قسم خوردن وظیفه مالک خواهد بود که تعریف «منکر» بر او منطبق است چون منکر، آن کسی است که قولش موافق با اصل در مسأله باشد.

شارح در جواب می‌فرماید: درست است که بر حسب قواعد قضایی باید بینه بیاورد ولی فقها به خاطر سه دلیل در اینجا قول او را با قسم خوردن پذیرفته‌اند:

۱. به دلیل قاعده «استیمان» یعنی اینکه وقتی از طرف مالک به کسی اذن داده شد که در مالی به عنوان حفظ آن برای مالک، تصرف کند، آن شخص نزد مالک، امین شناخته شده و به مقتضای خبر معروف «لیس علی الامین الا الیمین» در

پذیرفته شدن قول امین، کافی است که سوگندی یاد کند تا هرادعای ضمانی بر علیه او ساقط شود.

این دلیل را شارح در اینجا ذکر نکرده بلکه در کتاب «مسالك» اشاره به آن نموده و فرموده «لانه أمين».

۲. به دلیل قاعده «احسان» و آن این است که هرگاه کسی کار نیکی برای کسی انجام بدهد، نباید مورد مؤاخذه قرار بگیرد به دلیل آیه «مَا عَلَى الْمُخْسِرِينَ مِنْ سَبِيلٍ»^۱ و در اینجا شخص امانت دار، کار نیکی برای امانت گذار انجام داده، زیرا مال او را فقط به خاطر مصلحت امانت گذار (که نگهداری از مال او باشد) قبول کرده است پس ادعای او را - در اینکه ودیعه را بازگردانده - باید پذیرفت و نباید مورد مؤاخذه قرار داد.

۳. اینکه اصل آن است که ذمه او بدهکار به دادن ودیعه نیست.

ترجمه و شرح عبارت: و یقبل... یعنی پذیرفته می شود قول امانت دار با قسم خوردنش (اگر بین او و امانت گذار نزاع واقع شد) در مورد بازگرداندن ودیعه، گرچه امانت دار (در آن قول) مدعی می باشد (و وظیفه مدعی بر حسب قواعد قضایی آن است که باید بینه بیاورد تا قولش پذیرفته شود نه اینکه قسم بخورد).

بکل وجه... این جمله دو احتمال در معنایش داده می شود:

۱. اینکه مقصود این است که وی، مدعی می باشد طبق تمام تعریف هایی که فقها در باب قضاء برای مدعی ذکر نموده اند یعنی سه تعریفی که ذکر نموده اند. البته طبق دو تعریف، احتمال مزبور درست است ولی طبق تعریف دیگر درست نمی شود.

توضیح اینکه: سه تعریفی که فقها برای مدعی ذکر نموده اند عبارتند از:

^۱ سوره توبه، آیه ۹۲.

الف: اینکه مدعی آن کسی است که قولش مخالف اصل باشد، این تعریف تطبیق بر امانت‌دار می‌کند چون اصل، عدم رد ودیعه است پس ادعای امانت‌دار به اینکه آن را رد کرده‌ام، مخالف آن اصل می‌باشد، پس وی مدعی است.

ب: اینکه مدعی آن کسی است که قولش مخالف ظاهر حال باشد، این تعریف نیز تطبیق بر امانت‌دار می‌کند چون ظاهر حال آن است که ودیعه را رد نکرده است پس وی مدعی است.

ج: اینکه مدعی آن کسی است که اگر از صحنه نزاع بیرون رود و دست از ادعای خود بردارد، نزاع نیز از بین می‌رود.

این تعریف تطبیق بر امانت‌دار نمی‌کند چون اگر امانت‌دار دست از ادعای خود بردارد، باز نزاع به حال خود باقی است، زیرا امانت‌گذار او را رها نکرده و مطالبه ودیعه از او می‌نماید. **علی المشهور قید** است برای اصل مسأله یعنی حکمی که مصنف بیان نمود قول مشهور می‌باشد **لأنه...** (دلیل قول مشهور می‌باشد) یعنی زیرا امانت‌دار، احسان‌کننده به مالک می‌باشد و ودیعه را فقط جهت مصلحت مالک، قبول کرده است (چون نگهداری ودیعه، نفعی به امانت‌دار ندارد) و (دلیل دیگر آن است که) اصل، برائت ذمه اوست (پس وی مسئولیتی نخواهد داشت).

هذا إذا ادعى ردها على من أئتمنه، أما لو ادعاه على غيره "كوارثه" فكغيره من الأمانة، لأصالة عدمه وهو لم يَأتمنه فلا يكلف تصديقه.

ودعوى ردها على الوكيل كدعواه على الموكل، لأن يده كيده.

هذا إذا ادعى... توضيح: همانطوری که در طرح مسأله نزاع دانسته شد، حکم مزبور یعنی پذیرفته شدن قول او با قسم، در جایی است که امانت دار ادعا کند که ودیعه را به خود امانت گذار بازگردانده ام.

ولی اگر ادعا کند که آن را به وارث امانت گذار برگردانده ام، یعنی نزاع بین او و بین وارث باشد، که امانت دار ادعا کند آن را به تو - که وارث هستی - برگرداندم ولی وارث می گوید آن را به من نداده ای.

در این صورت حکم او مانند بقیه امین ها می باشد که بر حسب قواعد قضایی باید بر ادعای خود بینه بیاورد تا قولش پذیرفته شود و اگر بینه نیاورد، وارث قسم می خورد و قول او مقدم می شود (همچنانکه کسی که مالی را عاریه گرفته، نزد عاریه دهنده، امین می باشد و اگر ادعا کند که عاریه را رد کردم باید بینه بیاورد).

و دلیل آن این است که چون وارث، او را امین نکرده تا مکلف باشد به اینکه ادعای امانت دار را تصدیق کند، و به بیانی دیگر: قاعده استیمان در اینجا جاری نمی شود (فقط در کتاب وکالت به طور قاعده کلی تصریح کرده اند که هر امینی که ادعا نماید امانت را به شخصی که او را امین قرار نداده رد کرده ام، ولی آن شخص آن را انکار نماید، وظیفه امانت دار آن است که بینه بیاورد، و اگر بینه نیاورد، شخص مدعی علیه با قسم خوردن، قولش پذیرفته می شود) و از طرف دیگر چون ادعای او مخالف اصل است (اصل عدم رد) لذا طبق قواعد قضائی، وی مدعی شناخته می شود و باید بینه بیاورد.

ترجمه و شرح عبارت: **هَذَا... یعنی حکمی که ذکر گردید، در صورتی است که امانت دار ادعا نماید که ودیعه را به کسی که وی را امین قرار داده (یعنی مالک) برگردانده است، اما اگر ادعا کند که ودیعه را به غیر او برگردانده - مثلاً به وارث مالک - در این صورت، او همانند سایر امین ها خواهد بود (در اینکه به لحاظ اینکه مدعی است وظیفه اش آن است که بینه بیاورد، و دلیل بر اینکه او مدعی است آن است که چون ادعای او مخالف با اصل است) زیرا اصل، عدم رد ودیعه است، و (از طرف دیگر) وارث، او را امین قرار نداده (تا قاعده استیमान در اینجا جاری شود) در نتیجه نمی توان وارث را تکلیف نمود به اینکه تصدیق کند امانت دار را (بر خلاف صورت سابق که در آنجا همانطوری که گفته شد چون مالک، امانت دار را امین و مورد اعتماد قرار داده است لذا مالک، مکلف است که امانت دار را تصدیق نماید).**

من ائتمنه ضمیر فاعلی برمی گردد به - من - موصوله، که مقصود از آن، مالک است و ضمیر مفعولی برمی گردد به امانت دار ادعاه ضمیر برمی گردد به - ردها - غیره ضمیر برمی گردد به - من - موصوله کوارثه نیز ضمیر برمی گردد به - من - موصوله الأئمناء جمع امین است عدمه یعنی عدم ردّ فلا یکلف... به صیغه مجهول، و ضمیر نایب فاعلی برمی گردد به - وارث - .

و دعوی ردها... توضیح: اگر امانت دار ادعا نماید که ودیعه را به وکیل مالک برگردانده است، در این صورت، حکم همانند صورت اول می باشد یعنی همانند صورتی است که ادعا نماید ودیعه را به موکل (یعنی مالک) برگردانده است (پس با قسم خوردنش، ادعای او پذیرفته می شود) زیرا دست وکیل همانند دست موکل است و دعوی این کلمه مبتدا است و خبرش - کدعواه - می باشد کدعواه ضمیر برمی گردد به - ردها - .

كِتَابُ الْعَائِمَةِ

کتاب العاریة

(کتاب العاریة) بتشدید الیاء، وتخفف، نسبة إلى "العار"، لأن طلبها عار، أو إلى "العارة" مصدر ثان لأعرته إعاره، كالجابة للإجابة، أو من "عار" إذا جاء وذهب لتحويلها من يد إلى أخرى، أو من "التعاور" وهو التداول.

عاریه

اجمالاً عاریه این است که کسی مال شخصی را می‌گیرد برای اینکه از منافع آن مجاناً بهره ببرد.

مقصود مصنف از عاریه، عقد عاریه است، وگاهی هم بر خود آن مالی که به عاریه داده می‌شود، عاریه اطلاق می‌شود، و بنابراین، تاء در آن، تاء ناقله از وصفیت به اسمیت می‌باشد (چنانکه تاء ودیعه نیز چنین است) چون بدون تاء، «عاری» به معنای هر چیزی است که منسوب به عار باشد، و وقتی که تاء به آن اضافه شد، اسم شد فقط برای آن چیزی که به کس دیگر داده می‌شود تا از آن مجاناً انتفاع ببرد.

ریشه‌یابی و اشتقاق کلمه عاریه

عاریه، ضبط لغوی آن به تشدید یاء می‌باشد و گاهی هم به تخفیف یاء خوانده می‌شود (و در هر صورت، یاء آن یای نسبت می‌باشد).

و در اشتقاق آن چهار احتمال می‌باشد:

۱. اینکه مشتق از- عار- می‌باشد که به معنی عیب و ننگ است، و مناسبت این معنی با عاریه مورد بحث این است که چون خواستن عاریه از کسی، برای انسان ننگ و عار می‌باشد چون همانطوری که گفتیم عاریه این است که کسی، مال شخصی را می‌گیرد تا مجاناً از منافع آن بهره‌بردار شود.

۲. اینکه مشتق از- عاره- مصدر دوم أعار یعنی می‌باشد.

۳. اینکه مشتق از- عاریعیر- به معنی آمد و رفت می‌باشد، و مناسبت این معنی با عاریه مورد بحث این است که چون عاریه از دستی (دست مالک) به دست دیگر (گیرنده عاریه) انتقال داده می‌شود (و بعضی گفته‌اند که مناسبت آن معنی این است که چون عاریه از دست مالکش بیرون می‌رود و دوباره به او برمی‌گردد).

۴. اینکه مشتق از- تعاور- به معنی دست به دست گردانیدن می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: بتشدید... یعنی کلمه - عاریه - (ضبط لغوی اشی:؛) به

تشدید یاء می‌باشد و به تخفیف هم خوانده می‌شود، و یای آن یای نسبت است) نسبت داده شده به عار (که به معنی عیب و ننگ می‌باشد، و مناسبت این معنی با عاریه مورد بحث آن است که) چون خواستن مال عاریه، عیب و ننگ است (برای گیرنده آن) العار این اشتقاق را جوهری در (صحاح اللغة) و ابن اثیر در «نهایة» ذکر نموده است ولی فیومی در کتاب «مصباح المنیر» آن را غلط دانسته، زیرا عاریه‌ای که مورد بحث می‌باشد اصلش با واو است (یعنی اجوف واوی است) به دلیل آنکه عرب

وقتی که به یکدیگر عاریه می دهند، می گویند: هم يتعاورون العواری و يتعورونها (که با واواست) و حال آنکه کلمه - عار- که به معنی عیب می باشد، اصلش با یاء است (یعنی اجوف یائی) و بدین جهت است که صاحب «قاموس اللغة»، کلمه عاریه را در ماده - عوار- ذکر نموده است ولی کلمه - عار- را در ماده «عیر» ذکر کرده است.

أوإلی... (عطف است بر - الی العار- و این احتمال دوم در اشتقاق عاریه می باشد) یعنی و یا اینکه عاریه، منسوب است به - عارة- که مصدر دوم برای - اعرته اعارة- می باشد (و مصدر اولش همان اعاره می باشد) همانند - جابة- که مصدر دوم برای اجابة است مصدر ثان فیومی در «مصباح المنیر» از زهری نقل کرده که - عارة- اسم مصدر است نه مصدر، و همچنین - جابة-.

أو من عار... (این احتمال سوم در اشتقاق عاریه را بیان می کند) یعنی و یا اینکه عاریه از ماده - عار- (به صیغه ماضی) به معنی آمد و رفت، مشتق می باشد (و مناسبت این معنی با عاریه مورد بحث این است که) چون انتقال داده می شود عاریه از دستی به دست دیگر (ناگفته نماند که فیومی در «مصباح المنیر» این اشتقاق را نیز غلط دانسته، زیرا - عار- که به معنی آمد و رفت می باشد، اجوف یائی است و لذا صاحب «قاموس اللغة» آن را در ماده - عیر- ذکر نموده است نه در ماده - عور- در حالی که گفتیم که عاریه اصلش اجوف واوی است) أو من التعاور... (این احتمال چهارم در اشتقاق عاریه را بیان می کند) یعنی یا اینکه عاریه از ماده - تعاور- که به معنی دست به دست گردانیدن است، مشتق می باشد.

وهي من العقود الجائزة تثمر جواز التصرف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل غالباً، (ولا حصر أيضاً) أي عوداً إلى ما ذكر في الوديعة (في ألفاظها) إيجاباً وقبولاً، بل كل ما دل على الإذن من طرف المعير فهو إيجاب.

ويكفي الفعل في القبول، بل لو استفيد رضاه من غير الألفاظ - كالكتابة، والإشارة - ولو مع القدرة على النطق كفي.

تعريف عارية

وهي من العقود... توضيح: عاربه، عقدى است كه به موجب آن، مالك، عين مال خود را تحت اختيار ديگرى قرار مى دهد كه از آن مجاناً بهره ببرد و بعد برگرداند، به شرط اينكه با بهره بردارى از آن، اصل عين، كم يا تلف نگردد بلكه به حال اولش باقى باشد، مثل اينكه كسى لباس خود يا اتومبيل خود يا ظروف خود را به ديگرى عاربه مى دهد.

طرفين عقد، عبارتند از معير (يعنى عاربه دهنده كه مال خود را به ديگرى مى دهد تا از آن بهره ببرد). و مستعير (يعنى عاربه گيرنده كه مال ديگرى را مى گيرد تا از آن بهره ببرد). عاربه، از عقود جايزه است، بنا بر اين از جهت عقد بودن، احتياج به ايجاب و قبول دارد، و از جهت اينكه عقد جايز است نه لازم، صيغه ي خاصى در ايجاب و قبول آن، شرط نمى باشد بلكه هر لفظى كه از جانب عاربه دهنده، دلالت بر اذن در انتفاع كند مى تواند ايجاب عاربه باشد (مثل اينكه بگويد: «عاربه دادم به تو» و يا بگويد: «اذن دادم كه منتفع شوى به آن» و يا بگويد: «منتفع شوبه آن» و يا بگويد: «بگير آن را براى منتفع شدن») و هر لفظى كه دلالت بر رضاييت عاربه كننده بنمايد مى تواند قبول باشد، و در قبول، لفظ هم لازم نيست بلكه فعلى - كه گرفتن عاربه باشد - نيز كافى است.

و در ایجاب نیز لفظ لازم نیست بلکه اگر عاریه دهنده، رضایت خود را به واسطه نوشتن یا اشاره با دست، اظهار بدارد گرچه قدرت بر تکلم با الفاظ داشته باشد، نیز در تحقق ایجاب کفایت می‌کند.

ترجمه و شرح عبارت: **وهی من...** یعنی عاریه از عقود جایزه است، نتیجه آن این است که می‌توان تصرف در عین مال کرد به بهره بردن از آن (مجاناً) با باقی ماندن اصل عین (یعنی اصل عین باقی بماند و از آن چیزی کم نگردد).

العقود الجائزة بنابراین، آثار و احکام عقد جائز بر عاریه، مترتب می‌شود به قرار ذیل:

۱. اینکه ایجاب و قبول آن را با هر لفظی که دلالت بر اذن در انتفاع بکند می‌توان واقع ساخت چنانکه در عبارت مصنف آمده است.

۲. اینکه هر یک از طرفین می‌تواند هر زمان که بخواهد عاریه را بر هم بزند و مال مورد عاریه را به صاحبش برگرداند اگر چه قبل از بردن انتفاع از آن باشد.

۳. به مرگ یا دیوانه شدن یکی از طرفین، عقد باطل می‌شود.

غالباً (قید است برای - بقاء الاصل -) مقصود آن است که در عاریه غالباً شرط صحت آن این است که اصل عین باید باقی بماند ولی در بعضی موارد، بقای عین، شرط نیست مثل عاریه دادن گوسفند شیرده (چنانکه بعداً در عبارت شارح در مبحث شرایط عاریه خواهد آمد) که عاریه مزبور صحیح است در حالی که انتفاع بردن از آن موجب تلف شدن عین مال می‌شود، چون گوسفند را برای انتفاع از شیر آن عاریه می‌دهند و در حقیقت، شیر، عاریه می‌شود و معلوم است که انتفاع از شیر، با خوردن آن می‌شود و این، موجب اتلاف عین (یعنی شیر) می‌شود. و بر صحت عاریه دادن آن، روایت خاصی داریم که بعداً شارح ذکر خواهد نمود.

ولا حصر أيضاً یعنی همچنانکه در ودیعه ذکر شد (که در الفاظ ایجاب و قبول ودیعه، حصری نیست و هر لفظی کافی است در ایجاب و قبول ودیعه) همچنین حصری در الفاظ عاریه از نظر ایجاب و قبول نیست بلکه هر لفظی که دلالت بر اذن و رضایت (در انتفاع از عین مال) از جانب عاریه دهنده بنماید، آن، ایجاب عاریه می باشد.

ایضاً در «اقرّب الموارد» گفته است که کلمه - ایضاً - مصدر است و نصب آن یا بنابر مفعول مطلق بودن است (که تقدیرش چنین است: أَصَّ ایضاً یعنی برگشت، برگشتنی) و مقصود در اینجا این می شود که مطلبی که در باب ودیعه گفته شد - که عدم حصر در الفاظ می باشد - در اینجا نیز می آید.

و یا نصب آن بنابر حالیت است، و در اینجا از تفسیری که شارح برای - ایضاً - کرده (و فرموده: أي عوداً إلى ما ذُكر في الوديعة) استفاده می شود که شارح، کلمه ایضاً را حال گرفته است، بنابراین، ترجمه عبارت چنین می شود که: در حالی که مطلب مزبور (عدم حصر در الفاظ) برگشت می کند به آنچه که در ودیعه ذکر شد یعنی عاریه نیز در حصر الفاظش همانند ودیعه می باشد.

أي عوداً چنانکه گفتیم این جمله تفسیر می کند کلمه - ایضاً - را الْمُعِير به ضم میم و کسر عین به صیغه اسم فاعل از باب افعال یعنی عاریه دهنده که همان مالک می باشد و یکفی... یعنی در قبول عاریه، کافی است قبول فعلی (که همان قبض کردن باشد چنانکه در باب ودیعه گذشت) بل لو... یعنی بلکه (در ایجاب نیز، لفظ شرط نمی باشد و بنابراین) اگر رضایت مالک، به دست آورده شود از غیر طریق الفاظ، مثلاً از طریق نوشتن یا اشاره کردن - هر چند توانایی بر تکلم با الفاظ داشته باشد - کفایت می کند (در ایجاب عاریه) کفی جواب - لو - می باشد.

ومثله ما لو دفع إليه ثوبا حيث وجده عاريا، أو محتاجا إلى لبسه، أو فرش لضيفه فراشا، أو ألقى إليه وسادة، أو مخدة.

واكتفى في «التذكرة» بحسن الظن بالصدیق في جواز الانتفاع بمتاعه. وينبغي تقييده بكون منفعتة مما يتناولها الإذن الوارد في الآیة، بجواز الأكل من بيته بمفهوم الموافقة، وتعدیه إلى من تناولته من الأرحام، لا مطلق حسن الظن لعدم الدلیل، إذ المساوي قیاس، والأضعف ممتنع بطریق أولى.

ومثله... توضیح: همانطوری که اگر اذن رضایت مالک، از طریق کتابت و اشاره به دست آورده شود، برای ایجاب کافی است، همچنین اگر اذن رضایت مالک از طریق قرینه به دست آورده شود، برای ایجاب کافی است یعنی قرینه‌ای در کار باشد که دلالت کند بر اینکه مالک، راضی است به بهره بردن از عین، مثل اینکه مالک، شخصی را ببیند که برهنه است و یا اگر هم برهنه نیست ولی احتیاج به پوشیدن لباس دارد، لباسی را به او بدهد و آن شخص بپوشد، همین دادن لباس، ایجاب عاریه محسوب می‌شود و صحیح است.

و یا مثل اینکه مالک، برای مهمان کسی، فرشی پهن کند یا تشکی بیندازد و بالشی بگذارد، و آن مهمان بر روی آن فرش بنشیند و بر بالش تکیه بدهد، این پهن کردن فرش و انداختن تشک و گذاشتن بالش، ایجاب عاریه محسوب می‌شود (و اینچنین عاریه را عاریه معاطاتی نامیده‌اند).

ترجمه و شرح عبارت: و مثله... یعنی مثل استفاده رضایت از غیر الفاظ است (در تحقق ایجاب) آن صورتی که مالک، دفع کند به قبول کننده عاریه، لباسی را وقتی که او را برهنه بباید و یا او را محتاج به پوشیدن لباس بباید أو فرش به صیغه ماضی، عطف است بر- دفع- و ضمیر فاعلی آن بر می‌گردد به مالک لضیفه یعنی برای مهمان مستعیر فراشاً مفعول به است برای فرش أو ألقى إليه... ضمیر- الیه - بر

می‌گردد به - ضیفه - یعنی یا بیندازد برای مهمان مستعیر، تشک یا بالشی را و سادّه به کسر و او یعنی پستی و تشک مخدّه به کسر میم و فتح خاء یعنی بالش.

قول علامه حلی و نظر شارح

و اکتفی فی «التذکره»... توضیح: در بالا خلاصه سخن این شد که اگر کسی بخواهد مجاناً از عین مال کسی استفاده نماید باید اذن و رضایت مالک را به دست آورد به وسیله عقدی بنام عاریه، خواه اینکه ایجاب و قبول آن لفظی باشد یا فعلی.

اکنون می‌فرماید: مرحوم علامه حلی در کتاب «تذکره» فرموده است که استفاده مجانی از عین مال دیگری، همیشه احتیاج به عقد عاریه ندارد بلکه گاهی بدون عقد عاریه می‌تواند باشد و آن در جایی که انسان بخواهد از مال رفیقش استفاده مجانی کند، در این مورد اگر گمان خوب به رفیقش داشته و خوش بین به او باشد، کافی است در اینکه بتواند از مال او بدون اذن و رضایت او هرگونه استفاده نماید.

شارح، نقطه نظر خود را در دو مورد از کلام علامه حلی چنین اظهار می‌نماید:

اولاً: باید گمان خوب در فرمایش علامه حلی را تقیید کنیم به آن منفعتی که داخل در آیه‌ای که حکم به جواز خوردن از مال رفیق بدون اذن نموده، باشد (به طریق اولویت) نه هرگونه منفعتی.

توضیح اینکه: خداوند متعال در آیه قرآن، نام افرادی را ذکر نموده - پدر یا مادری برادری خواهی عمویا عمه... و در آخر آیه، رفیق را هم ذکر نموده - که اگر انسان وارد خانه‌های آنها شد جایز است بدون اذن آنها چیزی را بخورد (چنانکه مفصلاً در کتاب اطعمه و اشربه خواهد آمد).

شارح می‌فرماید: آیه مزبور، فقط خوردن از خانه افراد نامبرده را ذکر کرده است، حال اگر منفعت دیگری بود که ضررش به افراد نامبرده، کمتر از ضرر خوردن بود، آیه

شامل آن منفعت هم می‌شود از باب مفهوم موافقت (یعنی طریق اولویت) مثل نشستن روی فرش، زیرا وقتی که خوردن جائز باشد با اینکه عین غذا از بین می‌رود پس نشستن روی فرش که فرش را از بین نمی‌برد، به طریق اولی جایز خواهد بود، بنابراین، آن منفعت را هم می‌شود بدون اذن آنها استفاده نمود، و اما اگر منفعتی بود که ضررش بیشتر از ضرر خوردن بود (مثل اینکه متاعی را بردارد و بفروشد و پول آن را برای خود بردارد) و یا مساوی با ضرر خوردن بود، در این صورت، آیه شامل آن منفعت نمی‌شود.

اکنون درباره فرمایش علامه حلی که فرمودند می‌توان از مال رفیق بدون اذن او استفاده نمود، باید گفت فقط منافی را که ضررش کمتر از ضرر خوردن می‌باشد را می‌تواند بدون اذن، استفاده نماید، چون منفعت مزبور را آیه از باب طریق اولویت شامل است، و اما منافی را که ضررش بیشتر از ضرر خوردن یا مساوی با آن می‌باشد را نمی‌تواند استفاده کند، چون دلیلی بر جواز آن نداریم به جهت اینکه اگر بخواهیم آن منفعتی را که ضررش مساوی با ضرر خوردن است جایز بدانیم، این قیاس می‌شود که در شرع ما باطل است، و وقتی که استفاده از منفعتی که ضررش مساوی است، جایز نشد، دیگر استفاده از منفعتی که ضررش بیشتر است، به طریق اولی جایز نخواهد بود. و به بیانی دیگر وقتی که آیه شامل منفعتی که ضررش مساوی خوردن می‌باشد نمی‌شود چون قیاس است، پس به طریق اولی شامل منفعتی که ضررش بیشتر است نخواهد شد. تا اینجا نظر اول شارح بود.

و ثانیاً: چرا حکم مزبور را علامه حلی، اختصاص به رفیق داده بلکه سزاوار است که آن حکم را در همه افراد نامبرده در آیه، جاری بدانیم پس گمان خوب به افراد نامبرده موجب آن است که انسان بتواند از مال آنها منفعتی را که ذکر شد استفاده ببرد.

ترجمه و شرح عبارت: و اکتفی... یعنی علامه حلی در کتاب «تذکره الفقهاء» در جایز بودن انتفاع از مال رفیق (بدون اجازه او) اکتفا نموده به گمان خوب داشتن به رفیق (یعنی اگر گمان خوب به او داشتی می‌توانی هرگونه انتفاعی را از مال او ببری بدون اجازه او).

و (شارح می‌فرماید: به طور اطلاق هرگونه انتفاعی را نمی‌توان برد بلکه) سزاوار است تقیید کنیم حسن ظن را به آن جایی که منفعت متاع از آن منافی باشد که اذنی که در آیه ی قرآن به جواز خوردن از خانه ی رفیق، وارد شده، شامل آن منفعت بشود به طریق اولویت (و منفعت مزبور آن منفعتی خواهد بود که ضررش به رفیق کمتر از ضرر خوردن باشد) فی الآیة و آن این آیه می‌باشد که «لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالَكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا»^۱.

بجواز متعلق است به - الاذن - من بیته متعلق است به - اکل - و ضمیر به صدیق بر می‌گردد بمفهوم متعلق است به - یتناوله - و مفهوم موافقت همان طریق اولویت است و تعدیه... (عطف است بر - تقییده - و این نقطه نظر دوم شارح است بر فرمایش علامه حلی) یعنی و سزاوار است تعدی و سرایت بدهیم حسن ظن را به تمام افرادی که آیه مشتمل بر آنهاست از فامیل‌ها (یعنی در افراد نامبرده در آیه نیز اگر انسان، حسن ظن به آنها دارد می‌تواند از مال آنها انتفاع ببرد بدون اجازه آنها، نه اینکه حسن ظن، اختصاص به رفیق داشته باشد چنانکه علامه حلی گفته است).

لا مطلق... (عطف است بر- تقييده -) يعنى (بايد حسن ظن را قيد بزيميم به آن منفعتى كه گفته شد) نه اينكه مطلق حسن ظن (حتى در آن منفعتى كه آيه از باب مفهوم موافقت شامل آن نمى شود) كافي باشد (در جواز انتفاع بدون اجازه، مثل آن منفعتى كه در ضرر، مساوى با خوردن است يا ضررش بيشتراست كه آيه شامل هيچيك از اين دو منفعت نيست).

عدم الدليل... (دليل است بر- لا مطلق -) يعنى چون دليل بر كفايت مطلق حسن ظن نداريم، زيرا منفعتى كه مساوى با خوردن باشد (اگر بخواهيم انتفاع از آن منفعت را جايز بدانيم) قياس (به جواز خوردن) است (و قياس در شرع ما باطل مى باشد) و آن منفعتى كه ضررش بيشتراز خوردن است، به طريق اولى، انتفاع از آن جايز نخواهد بود.

الأضعف همانطوري كه در ترجمه عبارت دانسته شد مقصود از- اضعف - آن منفعتى است كه ضررش بيشتراز خوردن است، و جهت اينكه شارح تعبير به - أضعف - نموده اين است كه چون اين منفعت، ضعيف است از نظر داخل شدن در آيه يعنى آيه نمى تواند شامل آن بشود.

(ويشترط كون المعير كاملا جائز التصرف، ويجوز إعارة الصبي بإذن الولي) لمال نفسه، ووليه، لأن المعير بإذن الولي وهو كاف في تحقق هذا العقد.

هذا إذا علم المستعير بإذن الولي، وإلا لم يقبل قول الصبي في حقه، إلا أن تنضم إليه قرائن تفيد الظن المتأخّر للعلم به، كما إذا طلبها من الولي فجاء بها الصبي وأخبر أنه أرسله بها، ونحو ذلك، كما يقبل قوله في الهدية، والإذن في دخول الدار بالقرائن.

ولا بد مع إذن الولي له في إعارة ماله من وجود المصلحة بها بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الإهمال، ونحو ذلك.

شرايط عاريه دهنده

(ويشترط كون المعير... توضيح: کسی که عاريه می دهد باید سه شرط در او باشد تا عاريه صحيح گردد:

۱ و ۲. اینکه بالغ و عاقل باشد، بنابراین اگر بچه یا دیوانه بود، عاريه صحيح نیست چون صيغه عقدی که بچه یا دیوانه می خواند شرعاً اعتباری ندارد.

۳. اینکه شرعاً بتواند در اموال خود تصرف کند یعنی به واسطه سفاهت یا ورشکستگی، ممنوع التصرف نباشد پس اگر سفيه یا ورشکسته بود، عاريه صحيح نیست چون عاريه دادن، تصرف کردن در مال است و حال آنکه او به حسب فرض، ممنوع التصرف است شرعاً.

البته در مورد بچه، اگر او با اذن ولی اش عاريه بدهد - خواه مال خودش باشد یا مال ولی اش - عاريه صحيح است چون در حقیقت عاريه دهنده، ولی اوست نه خود بچه، لذا میزان آن است که او اذن بدهد، و وقتی که او اذن داد، کافی است در

تحقق عقد عاریه، زیرا همانطوری که قبلاً دانسته شد عاریه به جهت آنکه از عقود جائزه است، عقد آن احتیاج به لفظ ندارد بلکه هر چیزی که دلالت بر رضایت و اذن او بکند کافی است در تحقق عقد، و در مورد بحث نیز وقتی که ولی، اذن به صبی داد و مستعیر هم اذن او را به دست آورد، آن اذن، ایجاب عقد محسوب می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و یشتروط...** یعنی شرط است عاریه دهنده، کامل باشد (به بلوغ و عقل) و جایز التصرف (در مال خود) باشد (به اینکه سفیه یا ورشکسته نباشد).

و جایز است بچه، به اذن ولی اش، عاریه بدهد مال خودش یا مال ولی اش را، زیرا آنکه اعتبار دارد، اذن ولی می‌باشد (و در حقیقت، عاریه دهنده اوست به جهت آنکه اذن را او می‌دهد) و اذن او هم در تحقق عقد عاریه کفایت می‌کند (چون عقد عاریه، احتیاج به لفظ ندارد بلکه فقط باید اذن عاریه دهنده به دست آورده شود تا عقد تحقق یابد و در اینجا وقتی اذن ولی به دست آورده شد، عاریه صحیح خواهد بود).

هذا إذا علم... توضیح: اینکه گفته شد عاریه بچه با اذن ولی، صحیح است، در صورتی است که عاریه گیرنده، علم داشته باشد به اذن ولی، وگرنه اگر علم به آن نداشته باشد نمی‌تواند با اعتماد به گفته بچه (که بچه بگوید پدرم این عاریه را به شما داد) عاریه را قبول کند، چون شرعاً قول بچه اعتبار ندارد.

مگر اینکه قرائنی اطمینان آور وجود داشته باشد بر اینکه گفته بچه درست است مثل اینکه قبلاً مستعیر از ولی بچه، تقاضای عاریه کرده باشد و ولی هم قول داده باشد که آن را به او بدهد، آنگاه بچه، عاریه را بیاورد و بگوید پدرم این عاریه را به شما داده، در این صورت می‌توان عاریه را قبول کرد.

همچنانکه در باب هدیه و یا اجازه ورود به خانه نیز اگر قرائنی در کار باشد می‌توان به قول بچه اعتماد نمود (یعنی اگر مثلاً ولی بچه، قول داده بود به کسی که هدیه‌ای

می‌خواهم به شما بدهم آنگاه بچه، هدیه را بیاورد و بگوید پدرم این هدیه را به شما داده، می‌توان هدیه را قبول نمود، و یا اگر مثلاً کسی با ولی بچه قرار گذاشته بود که به خانه ولی برود، و وقتی آن شخص به در خانه ولی آمده و در را زد و بچه در را باز کرد و اجازه ورود به خانه را داد، در اینجا می‌توان با اعتماد به قول بچه، وارد خانه شد چون قرائن (مثل قرار قبلی) دلالت می‌کند که ولی، اذن دخول داده است).

ترجمه و شرح عبارت: هذا... یعنی جواز عاریه بچه با اذن ولی، در صورتی است که مستعیر، علم پیدا کند به اذن ولی، وگرنه (اگر علم پیدا نکرده باشد) گفته بچه در حق ولی اش (که بچه بگوید ولی من اذن داده به عاریه دادن) پذیرفته نمی‌شود، مگر اینکه ضمیمه شود به قول بچه، قرائنی که مفید گمان به اذن ولی باشد، گمانی که نزدیک به علم باشد (مثلاً ۹۹ درصد، گمان پیدا کند، که به آن اطمینان گویند).

المتاخم گاهی بعضی اشتباه کرده و آن کلمه را مهموز العین می‌خوانند از باب تفاعل، در حالی که تاء در او اصلی است و فاء الفعل است از ماده - تخم - می‌باشد، بنابراین آن کلمه اسم فاعل از باب مفاعله است مثل مقاتل و مبارز.

و در لغت گفته می‌شود «تَاخَمَتْ اَرْضُکَ اَرْضِی» یعنی مرز زمین شما متصل به مرز زمین من شد پس «مُتَاخِم» به معنای نزدیک است، و «ظَنُّ مُتَاخِمٌ بِعِلْمٍ» یعنی گمان نزدیک به علم.

للعلم به کلمه - به - متعلق است به - ظن - و ضمیر آن بر می‌گردد به - اذن - کما إذا طلبها... (مثال است برای قرائن) یعنی مثل اینکه مستعیر تقاضا کرده باشد عاریه را از ولی، آنگاه عاریه را بچه بیاورد و بگوید ولی من مرا فرستاده با این عاریه و نحو ذلک یعنی و مانند این قرائن کما یقبل... یعنی همانطوری که قول بچه در مورد هدیه، و در مورد اجازه ورود به خانه، اگر همراه با قرائن باشد پذیرفته می‌شود (چنانکه توضیحش را دادیم) بالقرائن متعلق است به - یقبل -.

و لابد مع إذن... توضیح: در بالا دانسته شد که بچه با اذن ولی می‌تواند مال خودش را عاریه بدهد، اکنون می‌فرماید که باید علاوه بر اذن ولی، مصلحتی در عاریه دادن مال او وجود داشته باشد (چون ولی در صورتی می‌تواند در مال بچه تصرف کند که در این تصرفات، نفع و مصلحتی برای بچه وجود داشته باشد) و مصلحت مثل اینکه در آن مدتی که عاریه می‌دهد، بودن عاریه در دست مستعیر محفوظ‌تر از دست ولی باشد، و یا مثل اینکه اگر این مال به مستعیر داده شود، از طرف مستعیر انتفاعی به بچه خواهد رسید بیشتر از منفعت مال خودش اگر در دست ولی بود، و یا مثل اینکه مال بچه، از اجناسی است که راکد ماندنش در یکجا موجب فساد و خرابی آن می‌شود ولی به کاربردن و استفاده از آن موجب سالم ماندن آن می‌شود مانند پارچه پشمی که اگر بماند، حشره «یب» آن را از بین می‌برد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا بدمع...** یعنی در مورد عاریه دادن مال خود بچه، باید علاوه بر اذن ولی، مصلحتی هم در عاریه دادن آن بوده باشد بآن یکون... (سه مثال برای مصلحت ذکر می‌کند که این، مثال اول است) یعنی به اینکه دست مستعیر محفوظ‌تر از دست ولی بوده باشد در آن زمان (یعنی در زمانی که عاریه می‌دهد).

أو لإنتفاع... (مثال دوم برای مصلحت می‌باشد) یعنی و یا مثل اینکه چون بچه از مستعیر، منفعی می‌برد بیشتر از منفعت مال خودش **أو تکون...** (مثال سوم برای مصلحت می‌باشد) یعنی یا مثل اینکه عین مال بچه (از اجناسی است که) به کار بردنش، منفعت به آن دارد ورهاکردنش ضرر به آن دارد و **نحو ذلک** یعنی و مانند این مصالح.

(وكون العين مما یصح الانتفاع بها مع بقائها) فلا یصح إعارة ما لا یتیم الانتفاع به إلا بذهاب عینه كالأطعمة .

شرایط مالی که به عاریه داده می شود

(وكون العين مما یصح... توضیح: مالی که به عاریه داده می شود باید چیزی باشد که بتوان با بقاء اصلش، از آن بهره برداری کرد، تا عاریه صحیح باشد، مثل خانه که استفاده سکونتی از آن بنماید، واسب که استفاده سوارشدن وبارکشیدن از آن بنماید، ولباس که استفاده پوشیدن از آن بنماید، ومانند این چیزها.

بنابراین، چیزی را که انتفاع و بهره برداری از آن، به تلف کردن آن می باشد، نمی توان به عاریه داد مثل خوردنی ها و آشامیدنی ها.

در اینجا ممکن است سؤالی پیش آید و آن اینکه در صورتی که مالک این گونه اموال را که انتفاع از آنها به تلف کردن عین آنها می باشد، اجازه دهد که عاریه گیرنده، آن را اتلاف نماید آیا باز هم عاریه صحیح نیست؟

در پاسخ گفته می شود که: مالک می تواند به دیگری اجازه اتلاف مال خود را بدهد چنانکه به او اجازه دهد خوردنی را بخورد و آشامیدنی را بیاشامد، ولی این امر، عاریه نمی باشد بلکه یک نوع اباحه است، و بحث ما در این است که عقد عاریه تحقق یابد و شرط تحقق آن - که یکی از عقود معینه است - آن است که موردش، مالی باشد که با بهره داری از آن، اصل مال، تلف نشود.

ترجمه و شرح عبارت: وكون العين... از ظاهر عبارت شارح استفاده می شود که ایشان کلمه - یصح - در عبارت مصنف را به معنای - یمكن - گرفته است که مقصود امکان عقلی است، وبنابراین، مصنف یک شرط را در عبارتش بیان می کند و آن

بقای عین است با انتفاع از آن، ولذا شارح با شرط مزبور، فقط یک مورد را خارج کرده است که اطعمه باشد.

ولی - همچنان که صریح بعضی از فقها نیز می باشد - می توان گفت که کلمه - یصح - در عبارت مصنف به معنای جواز شرعی است، و بنابراین، عبارت مصنف، دو شرط را بیان می کند:

اول: اینکه شرعاً انتفاع از آن صحیح (یعنی جایز) باشد یعنی منفعت حلال داشته باشد، بنابراین صحیح نیست عاریه دادن چیزی که منفعت حلال نداشته باشد مثل آلات لهو (تار و طنبور و غیره) و آلات قمار، و مثل عاریه دادن ظرف طلا و نقره برای خوردن و آشامیدن در آن (زیرا خوردن و آشامیدن در ظروف طلا و نقره حرام است).

دوم: اینکه عین مال باقی باشد با انتفاع از آن چنانکه شرحش داده شد. اکنون ترجمه عبارت: یعنی شرط است اینکه عین (یعنی مالی که به عاریه داده می شود) از چیزهایی باشد که صحیح باشد انتفاع بردن از آن (عقلاً یا شرعاً) با باقی ماندن آن فلا یصح... (تفریع است بر - مع بقائها -) یعنی بنابراین صحیح نیست عاریه دادن چیزی که انتفاع از آن ممکن نمی شود مگر به از بین رفتن عین آن مثل خوردنی ها (و آشامیدنی ها).

ويستثنى من ذلك المنحة وهي الشاة المستعارة للحلب، للنص.

وفي تعديده إلى غيرها من الحيوان المتخذ للحلب وجهان، والاقتصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين أجود.

ويستثنى... توضيح: فقط يك مورد است که برخلاف قاعده، بقاء عين در آن شرط نیست و آن گوسفند شیرده می باشد، که فقها گفته اند عاریه دادن آن صحیح است با اینکه مقصود اصلی از عاریه دادن آن، شیر آن می باشد (و به بیانی دیگر در حقیقت، شیر، عاریه می باشد نه گوسفند) و معلوم است که بهره برداری از شیر، به خوردن آن می باشد و آن موجب تلف شدن شیری می شود که عین است نه منفعت، پس با عاریه دادن گوسفند، جزیی از آن جدا می گردد و تلف می شود که شیر می باشد.

و این مورد، به دلیل خاصی - که روایت است - از قاعده، خارج شده است.

ترجمه و شرح عبارت: و يستثنى... یعنی استثنا می شود از شرط مزبور، «منحه» (به کسر میم و سکون نون) و آن عبارت است از گوسفندی که عاریه داده می شود برای دوشیدن شیر آن (پس در عاریه دادن آن هر چند عین، تلف می شود که شیر باشد، ولی صحیح است) به دلیل وجود روایت (بر صحت آن).

(نگارنده گوید: همه فقها این چنین گفته اند ولی بعضی در آن اشکال کرده و گفته اند. این مورد هم برخلاف قاعده نیست بلکه مطابق آن می باشد، زیرا اصل عاریه، خود حیوان است و منافع او شیر دادن اوست چون منفعت امری است عرفی، و در نظر عرف، بعضی از چیزها گرچه عین باشند باز هم منفعت به شمار می آیند مثل شیر گوسفند.

بنابراین، در عاریه دادن گوسفند مزبور، قاعده بالا جاری است زیرا انتفاع از این حیوان، حاصل می‌شود با بقای عین آن حیوان یعنی چیزی که به عاریه داده شده خود حیوان است که تلف نمی‌شود، و چیزی هم که تلف می‌شود شیر است که عاریه نیست بلکه منفعت عاریه است.

و فی تعدیه... توضیح: آیا صحت عاریه را از مورد روایت - که گوسفند شیرده است - می‌توان سرایت بدهیم به هر حیوان شیرده یا نه؟ دو احتمال است.

شارح می‌فرماید که بهتر آن است که سرایت ندهیم و عاریه را در آنها صحیح ندانیم چون عاریه دادن حیوان شیرده چنانکه دانسته شد برخلاف قاعده است (زیرا قاعده آن است که با انتفاع از مال، عین مال باقی بماند که در حیوان شیرده چنین نیست) و در هر حکمی که برخلاف قاعده باشد باید اکتفا نمود بر همان موردی که یقینی است و به طور قطع از قاعده خارج است، و در مورد بحث، آن موردی که یقیناً از قاعده خارج است - به خاطر اینکه روایت بر آن داریم - فقط گوسفند شیرده می‌باشد پس در حیوانات دیگر، نباید حکم را جاری ساخت یعنی عاریه دادن آنها را صحیح ندانیم.

ترجمه و شرح عبارت: و فی تعدیه... (ضمیر بر می‌گردد به - استثناء -) یعنی و در سرایت دادن استثناء، به غیر گوسفند از حیواناتی که گرفته می‌شود برای دوشیدن شیر، دو احتمال است، و (شارح می‌فرماید که): اکتفا نمودن در حکمی که مخالف قاعده است، بر موردی که یقیناً از قاعده خارج است (که گوسفند باشد) بهتر می‌باشد الاصل چنانکه در ترجمه عبارت معلوم گردید، اصل در اینجا به معنای قاعده است علی‌موضع... متعلق است به اقتصار اُجود خبر است برای اقتصار.

(وللمالك الرجوع فيها متى شاء)، لاقتضاء جواز العقد ذلك، (إلا في الإعارة للدفن) أي دفن الميت المسلم ومن بحكمه فلا يجوز الرجوع فيه (بعد الطم)، لتحريم نبشه، وهتك حرمة، إلى أن تدرس عظامه.

ولورجع قبله جاز وإن كان الميت قد وضع على الأقوى، للأصل.

احكام عاريه

(وللمالك الرجوع... توضيح: همانطوری که سابقاً دانسته شد عقد عاریه، عقدی است جایز یعنی هریک از طرفین می‌تواند هر زمان که بخواهد عاریه را برهم بزند و مال مورد عاریه به معیر برمی‌گردد اگر چه قبل از بردن انتفاع از آن باشد.

مواردی که فسخ عاریه جایز نیست

درسه مورد، عاریه دهنده نمی‌تواند عاریه را برهم بزند و مال خود را بازگرداند:

مورد اول : عاریه زمین برای دفن میت

توضیح اینکه می‌توان زمینی را برای دفن مرده‌ای عاریه نمود، زیرا دفن، یک نوع انتفاع از زمین است که مالک می‌تواند اجازه آن را به دیگری بدهد.

حال بعد از دفن مرده - که قبر را با خاک پر کردند - عاریه دهنده نمی‌تواند عقد را بر هم بزند و زمین خود را بازگرداند. یعنی مالک نمی‌تواند عاریه گیرنده را مجبور نماید که قبر را نبش کند و مرده را درآورد.

دلیل آن این است که نبش (شکافتن) قبر مسلمان و هتک حرمت آن، جایز نیست تا وقتی که استخوانهای آن بیوسد و به خاک مبدل شود که در این وقت، نبش قبر جایز است.

و اما اگر هنوز مرده دفن نشده باشد یعنی قبر را هنوز پرنکرده باشند، این فرض دو صورت دارد: یا اینکه مرده را در قبر نگذارده‌اند و یا آن را در قبر نگذارده‌اند.

در صورت دوم - که در قبر نگذارده باشند - اشکالی نیست در اینکه مالک می‌تواند عقد را فسخ کرده و زمین خود را بازگرداند، به دلیل اینکه اصالة الجواز در عقد عاریه (و یا به تعبیر دیگر استصحاب جواز) در اینجا حکمفرما است و هر زمان که مالک بخواهد می‌تواند آن را برهم بزند، و آن مانع خارجی که در صورت دفن و پیرکردن قبر بود، در اینجا نیست، زیرا نه نبش قبر، صدق می‌کند و نه هتک حرمت مسلمان، به جهت اینکه فرض آن است که هنوز مرده را در قبر نگذارده‌اند.

و اما در صورت اول - که مرده را در قبر نگذارده باشند - اکثر فقها تصریح کرده‌اند به اینکه در این صورت نیز مالک می‌تواند عقد را فسخ کند به دلیل أصالة الجواز (استصحاب جواز) در عقد عاریه، و نبش قبر هم صدق نمی‌کند نه در لغت و نه در عرف.

ولی بعضی در همین صورت گفته‌اند فسخ عقد جایز نیست چون گرچه نبش قبر صدق نمی‌کند، ولی به جهت اینکه میت از لحد بیرون آورده می‌شود، هتک حرمت صدق می‌نماید، و بدین جهت است که فقها در باب کفن میت گفته‌اند که اگر بعد از گذاردن میت در قبر، کفن او نجس شود، اگر چنانچه در داخل قبر، شستن آن محل ممکن نباشد، همان محل نجاست از کفن را با قیچی جدا کنند و میت را برای شستن آن محل از کفن، از قبر بیرون نیاورند، چون هتک حرمت او می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و للمالك...** یعنی مالک عاریه، می‌تواند رجوع کند در عاریه (و عقد را فسخ نماید) هر زمانی که بخواهد، به دلیل اینکه جایز بودن عقد، اقتضا می‌کند آن را، مگر در مورد عاریه دادن (زمین) برای دفن کردن مرده مسلمان و کسی که در حکم مسلمان است (مثل بچه مسلمان و دیوانه و یا بچه‌ای که در کشور

اسلامی پیدا شده است) که در این مورد جایز نیست رجوع کردن در عاریه اگر بعد از پیر کردن قبر باشد، زیرا حرام است شکافتن قبر و هتک حرمت آن تا زمانی که (به گمان غالب) استخوانهای مرده پوسیده شود (و خاک گردد) الرجوع فیه ضمیر برمی گردد به - اعارة - و مذکور بودن ضمیر، اشکالی ندارد چون - اعارة - مصدر است و مؤنث و مذکر در آن یکسان می باشد نبش در ضمیر این کلمه دو احتمال است:

۱. اینکه به - قبر - برگردد به قرینه مقامیه که از کلمه - دفن - استفاده می شود.

۲. اینکه به دفن برگردد مجازاً یعنی مجاز در حذف، نظیر «واسال القرية» که به معنای واسال اهل القرية می باشد، پس در مورد بحث نیز «نبش الدفن» به معنای نبش موضع الدفن خواهد بود، البته موضع الدفن گرچه به همان معنای قبر می باشد ولی فرق احتمال دوم با احتمال اول این است که در احتمال دوم، مجاز است بر خلاف احتمال اول که در آن مجاز نیست.

ناگفته نماند که نظیر این دو احتمال در مرجع ضمیر را شارح در کتاب الطهارة در مبحث دفن میت ذکر نموده اند.

و هتک حرمت در حقیقت دلیل تحریم نبش همین هتک حرمت است، زیرا در روایت آمده است که احترام میت همانند احترام انسان زنده، لازم است ولو رجوع... یعنی واگر مالک، رجوع کند (در عاریه و آن را فسخ کند) پیش از پیر کردن قبر، جایز است اگر چه مرده در قبر گذارده شده باشد بنا بر قول اقوی، به دلیل اصالة الجواز (در عقد عاریه) قبله یعنی قبل الطم علی الأقوی این قید است برای - وان كان الميت قد وضع - و اشاره به اختلافی است که بین فقها در صورت گذاردن میت در قبر می باشد چنانکه شرحش را دادیم قد وضع به صیغه مجهول للأصل دلیل است برای جواز رجوع قبل از پیر کردن قبر.

فمؤنة الحفر لازمة لولي الميت، لقدومه على ذلك، إلا أن يتعذر عليه غيره، مما لا يزيد عوضه عنه فيقوى كونه من مال الميت، لعدم التقصير، ولا يلزم وليه طمه، للإذن فيه.

فمؤنة الحفر... توضیح: در همین صورتی که مالک قبل از پرکردن قبر، رجوع در عاریه کرده باشد، خرج کندن قبر به عهده کیست؟

می فرماید: به عهده ولی میت است (آن وارثی که عهده دار کارهای میت است) و باید از کیسه خود، خرج آن را بپردازد (نه اینکه از مال میت بپردازد که در نتیجه از سهم ورثه کم گردد) زیرا ولی میت با توجه به اینکه عاریه عقد جائز است و هر زمان مالک می تواند آن را بر هم بزند، اقدام به عاریه کرده و جای دیگر برای دفن، اقدام ننموده است پس مقصر خود اوست که اقدام بر ضرر نموده است پس به عهده خود وی خواهد بود.

آری در یک صورت است که خرج آن را می تواند از مال میت بپردازد و آن در صورتی است که غیر از زمین عاریه ای، زمین دیگری که قیمت آن مساوی با خرج کندن زمین عاریه ای و یا کمتر از آن باشد پیدا نشود بلکه زمین دیگر، قیمتش بیشتر از خرج کندن زمین عاریه ای باشد (مثلاً خرج کندن زمین عاریه ای، پنجاه تومان باشد ولی قیمت زمین دیگر هشتاد تومان باشد) بدین جهت ولی میت، زمین عاریه ای را برای دفن انتخاب کرده است، در این صورت هزینه کندن را می تواند از مال میت بپردازد چون در این صورت، مقصر نبوده، زیرا وی رعایت مصلحت ورثه دیگر را کرده است چون غرض او این بوده که از مال میت، زیاد خرج نشود تا بر سهم ورثه دیگر، اجحاف نشود و به آنها ازارت، سهم بیشتری برسد.

ولی اگر زمین دیگری پیدا شود که قیمت آن مساوی با خرج کندن زمین عاریه ای و یا کمتر از آن باشد اما ولی میت، زمین عاریه ای را انتخاب کند و بالاخره مالک،

عاریه را برهم زده و زمین را بازگرداند، در این صورت ولی میت، مقصر است و همانطوری که گفته شد، خرج، به عهده خود او خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **فمؤنة...** یعنی پس (در آن صورتی که مالک می‌تواند رجوع در عاریه کند) هزینه‌کندن زمین، بر ولی میت، لازم می‌باشد (که از کیسه خودش خرج کند نه از مال میت) زیرا خود او اقدام کرده بر عاریه کردن زمینی که صاحبش حق رجوع در آن قبل از دفن را دارد.

لقدومه علی ذلک این دلیل به صورت یک قاعده فقهی درآمده است به نام «قاعده اقدام» و معنای این قاعده چنانکه از نامش پیداست این است که کسی که با علم و قصد و رضایت خود، ضرری را بپذیرد (مانند آنکه مالی را به قیمت بیشتر بخرد یا به دیگری بدهد که آن را در دریا بیندازد) هیچکس ضامن او نخواهد بود و ضرر از کیسه خودش رفته است.

الآن... (استثناء است از - لازمة لولی المیت -) یعنی مگر اینکه ممکن نشود بر او به دست آوردن زمین دیگری که عوض آن بیشتر از عوض حفر زمین عاریه‌ای نباشد (بلکه مساوی یا کمتر از آن باشد، و خلاصه اینکه برای ولی میت، زمینی پیدا نشود مگر زمینی که قیمت آن بیشتر از اجرت کندن زمین عاریه‌ای باشد) پس در این صورت، تقویت می‌شود اینکه خرج کندن زمین عاریه‌ای، از مال میت برداشته شود چون (ولی میت به ملاحظه اینکه مصلحت ورثه دیگر را رعایت کرده لذا از جانب او) تقصیری نیست.

غیره (ضمیر بر می‌گردد به مکان عاریه‌ای) ناگفته نماند که زمین دیگر اگر بی مالک باشد یعنی از زمینهایی باشد که برای همه مباح است، در این صورت باید اجرت کندن آن زمین را در نظر بگیریم و با اجرت کندن زمین عاریه‌ای مقایسه کنیم.

و اگر زمین دیگر، مالک داشته باشد، در این صورت باید قیمت آن زمین به اضافه کردن آن را در نظر بگیریم و با اجرت زمین عاریه‌ای مقایسه کنیم.

مما... بیان می‌کند - غیره - را عوضه ضمیر برمی‌گردد به - مالا یزید - و مقصود از عوض آن، قیمت آن است (اگر زمین، مالک داشته باشد) و یا اجرت کردن آن است (اگر زمین، از زمینهای مباح برای عموم مردم باشد) عننه یعنی از عوض حفر زمین عاریه‌ای یعنی اجرت حفر آن.

ولا یلزم... مطلب دیگری است توضیحش آن است که: بعد از فسخ عاریه آیا وظیفه ولی میت است که قبر را پر کند یا نه؟ می‌فرماید: وظیفه او نیست چون وی در کردن آن، از مالک اجازه داشته پس کردن آن، غاصبانه نبوده تا پر کردن آن به عهده او باشد ولیه مفعول برای - لا یلزم - می‌باشد و ضمیر آن به میت برمی‌گردد طمَّه فاعل برای - لا یلزم - می‌باشد فیه یعنی در حفر.

ویستثنی آخران أيضا:

أحدهما إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرک كما لو أعاره لوحا رقع به سفینته ولجج في البحر، فلا رجوع للمعیر إلى أن یمکنه الخروج إلى الشاطئ، أو إصلاحها مع نزعه من غیر ضرر، ولو رجع قبل دخول السفینة، أو بعد خروجها فلا إشکال في الجواز، مع احتمال الجواز مطلقا وإن وجب الصبر بقبضه إلى أن یزول الضرر.

والثانی: الاستعارة للرهن بعد وقوعه، وقد تقدم.

مورد دوم

ویستثنی... توضیح: یکی دیگر از سه موردی که مالک نمی‌تواند رجوع در عاریه کند، آن جایی است که اگر بخواهد رجوع در عاریه کند، ضرری جبران ناپذیر بر عاریه کننده وارد می‌شود، مثل اینکه تخته پاره‌ای را عاریه بدهد برای کسی که می‌خواهد سوراخ کشتی را وصله بزند، و عاریه کننده هم آن را بگیرد و کشتی را بعد از وصله زدن، به دریا انداخته و به حرکت درآورد، در این صورت عاریه کننده نمی‌تواند در وسط دریا، عاریه را فسخ کند و تخته پاره خود را بازگرداند، چون ضرر بر صاحب کشتی وارد می‌آید (به واسطه اینکه کشتی غرق می‌شود و موجب تلف مال یا جان می‌گردد) مگر تا وقتی که کشتی به ساحل برسد و یا اینکه صاحب کشتی بتواند در حال حرکت کشتی روی دریا، تخته دیگری به جای تخته عاریه‌ای به آن وصله بزند بدون اینکه ضرری به او وارد آید.

و اما اگر مالک بخواهد قبل از انداختن کشتی به دریا، و یا بعد از رسیدن آن به ساحل، عاریه را فسخ نماید، در این صورت فسخ جایز است و هیچ اشکالی در آن نمی‌باشد.

سپس شارح احتمال می‌دهد که فسخ عاریه مطلقاً حتی در صورتی که بر عاریه‌کننده ضرر وارد می‌آید (مثل کشتی در وسط دریا) جایز باشد منتها مالک نباید عاریه را از مستعیر بگیرد تا وقتی که ضرر از مستعیر برطرف گردد، و به بیانی دیگر اصل فسخ عاریه، جایز است ولی تحویل گرفتن آن باید بعد از برطرف شدن ضرر باشد (پس در مثال کشتی، مالک تخته، حتی در وسط دریا می‌تواند عاریه را فسخ نماید منتها کندن تخته و تحویل گرفتن آن باید بعد از رسیدن کشتی به ساحل باشد).

وفایده این فسخ چند چیز است:

اول: اینکه از زمانی که فسخ تحقق می‌یابد تا زمانی که عاریه را تحویل می‌گیرد، باید مستعیر اجاره آن مال را به مالک بدهد چون بعد از فسخ عاریه، آن مال از عاریه بودن و انتفاع مجانی از آن، خارج می‌گردد.

دوم: اینکه اگر آن مال، تلف گردد، مستعیر، ضامن آن می‌باشد گرچه تفریط یا افراط از جانب او واقع نشده باشد.

سوم: اینکه بعد از برطرف شدن مانع - یعنی ضرر - فوراً باید آن را به مالک بازگرداند گرچه مالک آن را مجدداً مطالبه نکرده باشد، زیرا بعد از فسخ عاریه، مال از امانت مالکی بودن خارج می‌شود و امانت شرعی می‌گردد، و حکم امانت شرعی آن است که باید آن را در اولین زمان امکان رد، رد نماید چنانکه سابقاً در کتاب الودیعة گذشت.

ترجمه و شرح عبارت: و یستثنی... یعنی (مصنف یک مورد از حکم جواز رجوع مالک در عاریه را استثنا کرد که آن عبارت بود از عاریه زمین برای دفن مسلمان، اکنون شارح می‌فرماید: دو مورد دیگر نیز استثنا می‌شود (از حکم جواز رجوع مالک، که در این دو مورد نیز، مالک حق رجوع و فسخ عاریه را ندارد) یکی از آنها جایی است که به واسطه رجوع مالک، ضرری بر عاریه‌کننده حاصل شود.

لا یستدرک... (صفت است برای ضرر) یعنی ضرری که جبران پذیر نیست مثل اینکه عاریه دهد به او تخته پاره‌ای را که مستعیر وصله بزند با آن تخته، کشتی خود را و آن را در دریا به حرکت اندازد پس (تا وقتی که کشتی روی دریاست) عاریه دهنده نمی‌تواند رجوع (در عاریه) نماید تا آن زمانی که مستعیر بتواند کشتی را به ساحل رساند و یا (در همان وسط دریا) بتواند آن را تعمیر نماید با (تخته دیگری و) کندن تخته عاریه‌ای بدون آنکه ضرر وارد آید.

رَقَع به کلمه - رَقَع - به تشدید قاف، صیغه ماضی از باب تفعیل است، و ضمیر - به - به لوح برمی‌گردد مع نزع قید است برای - اصلاحها - ولو رجوع... یعنی و اگر معیر، رجوع کند (در عاریه) قبل از داخل شدن کشتی به دریا، و یا بعد از خارج شدن آن از دریا، در این صورت اشکالی نیست در جواز رجوع (از عاریه) مع احتمال... یعنی از طرفی هم احتمال دارد فسخ عاریه جایز باشد مطلقاً (حتی در صورتی که بر مستعیر، ضرر وارد می‌آید) گرچه (بنابراین احتمال) بر معیر، واجب است که صبر کند در تحویل گرفتن عاریه تا وقتی که ضرر (از مستعیر) بر طرف گردد (به واسطه رسیدن کشتی به ساحل و یا به واسطه تعمیر و اصلاح آن در وسط دریا با تخته دیگری).

مورد سوم

والثانی... توضیح: یکی دیگر از مواردی که مالک نمی‌تواند عاریه را فسخ نماید آن جایی است که مال را عاریه بدهد تا عاریه کننده آن را به رهن بگذارد در مقابل قرضی که عاریه کننده از مرتهن می‌گیرد، پس وقتی که رهن، واقع شد، مالک حق فسخ عاریه را نخواهد داشت. و این مسأله مفصلاً در کتاب الرهن گذشت بعد وقوعه ظرف است برای فعل مقدر که تقدیر عبارت چنین است: «لا یجوز الرجوع فی العاریة بعد وقوع الرهن».

(وهی امانة) في يد المستعير (لا يضمن إلا بالتعدي، أو التفريط) إلا ما استثني .

(وإذا استعار أرضاً) سالحة للزرع، والغرس، والبناء عادة (غرس، أو زرع، أو بنى) مخيراً فيها مع الإطلاق، أو التصريح بالتعميم، وله الجمع بينها بحسب الإمكان، لأن ذلك كله انتفاع بتلك العين يدخل في الإطلاق، أو التعميم، ومثله ما لو استعار دابة سالحة للركوب والحمل.

(وهی امانة)... توضیح: عاریه در دست عاریه کننده، امانت می باشد (امانت مالکی چون به اذن مالک، آن را در دست گرفته است همانند ودیعه) و حکم امانت: اولاً آن است که باید از آن حفاظت نماید تا وقتی که به مالکش رد نماید. وثانیاً آن است که اگر بدون تعدی یا تفريط، تلف یا ناقص گردد ضامن نمی باشد مگر در دو موردی که بعداً در عبارت مصنف ذکر خواهد شد:

اول: اینکه معیر با او شرط ضمان کند در ضمن عقد عاریه.

دوم: اینکه عاریه، طلا و نقره بوده باشد.

پس در این دو مورد چنانچه تلف یا نقصانی متوجه مال عاریه گردد اگر چه بدون تعدی و تفريط باشد باز هم ضامن است.

ترجمه و شرح عبارت: **إلا بالتعدي**... یعنی مگر در صورت تعدی (زیاده روی) یا تفريط (کوتاهی در حفظ) ضامن است (چون در این دو صورت، صفت امانت داری از اوزائل می شود و دست او دست عدوانی می گردد و در نتیجه ضامن هر نقصان و تلفی خواهد بود که متوجه مال عاریه شود) **إلا ما استثني** (کلمه - الا - استثنا می باشد از عدم ضمان بدون تعدی و تفريط) یعنی مگر آن موردی که (بعداً در عبارت مصنف) استثنا شده است (از عدم ضمان مثل طلا و نقره که در این مورد ضمان هست گرچه تفريط یا تعدی هم نشده باشد).

عاریه‌ای که چند منفعت دارد

و إذا استعار... توضیح: اگر عاریه دارای منافع متعدد باشد، مانند زمینی که صلاحیت سه نوع بهره برداری داشته باشد: زراعت، درختکاری، ساختمان سازی، در این قبیل موارد، عاریه کننده از کدام یک از آن منافع می‌تواند بهره‌مند شود؟

می‌فرماید: اگر عاریه دهنده به طور اطلاق آن را عاریه بدهد (یعنی نوع منفعت را تعیین نکرده باشد و درباره خصوص یکی از آن منافع چیزی نگفته باشد) و یا اگر تصریح به عموم منافع کرده باشد (یعنی صریحاً گفته باشد که توافقی منافع زمین می‌توانی بهره‌مند شوی) در این دو فرض، عاریه کننده مخیر است در اینکه از هر کدام از آن منافع که بخواهد، بهره‌مند گردد.

و اگر بخواهد از همه آن منافع در حدی که برای او ممکن است یکجا بهره‌مند شود یعنی هم درختکاری کند و هم زراعت و هم خانه بسازد، نیز حق دارد بهره‌مند شود چون همه آن منافع، انتفاع از آن عین (زمین) به شمار می‌آیند و داخل در اطلاق انتفاع یا در تعمیم انتفاعات می‌باشد.

این حکم در مثال زمین بود، و همچنین است در مثال اسب که اگر اسبی را که صلاحیت دو نوع انتفاع دارد (سواری، بارکشی) عاریه کند، عاریه کننده مخیر است در اینکه از هر کدام از آن دو منفعت که بخواهد، بهره‌مند گردد، و نیز می‌تواند از هر دو انتفاع با هم بهره‌برداری کند یعنی هم سوار شود و هم بار بر آن بگذارد.

ترجمه و شرح عبارت: و إذا... یعنی و اگر عاریه کند زمین را که بر حسب عادت و متعارف بین مردم، قابلیت برای (سه نوع انتفاع یعنی) زراعت و درختکاری و ساختمان سازی دارد، عاریه کننده می‌تواند در آن درخت بکارد یا زراعت کند یا

ساختمان بسازد، در حالی که در این سه انتفاع، مخیر است (از هر کدام که خواست می‌تواند بهره‌مند گردد) به شرط اینکه مالک، انتفاع از آن را مطلق گذارده باشد (و به طور اطلاق، عاریه داده باشد) و یا تصریح به تعمیم انتفاعات نموده باشد.

و (در همین صورت) می‌تواند جمع کند بین همه آن منافع (و از همه آنها یکجا بهره‌مند گردد) زیرا همه آنها انتفاع از عین زمین به شمار آمده و داخل در اطلاق انتفاع یا تعمیم در انتفاع می‌باشند.

عادهً گویا این قید اشاره به این است که در صورتی مستعیر، حق بهره‌برداری از منافع متعدد را دارد که آن مال، بر حسب عادت مردم، قابلیت برای همه آن منافع را داشته باشد، بنابراین اگر عاریه بر حسب عادت، قابلیت یک منفعت را داشته باشد، مستعیر نمی‌تواند از منفعت نادری که کمتر مورد توجه مردم قرار می‌گیرد استفاده کند، زیرا انتفاع مزبور مورد نظر و اجازه معیر نبوده است، مثل آنکه مستعیر در خانه‌ای که عاریه نموده، بخواهد مرده دفن کند، در حالی که بر حسب عرف، برای سکونت استفاده می‌کنند. و یا مثل اینکه مستعیر لحافی را که عاریه نموده، بخواهد از آن برای گستردن به طور فرش بهره‌مند شود در حالی که بر حسب عرف، به عنوان رو انداز از آن استفاده می‌کنند.

(ولو عين له جهة لم يتجاوزها) ولو إلى المساوي والأدون عملا بمقتضى التعيين واقتصارا على المأذون.

وقيل: يجوز التخطي إلى المساوي والأقل ضررا وهو ضعيف.

ودخول الأدون بطريق أولى ممنوع، لاختلاف الغرض في ذلك، نعم لو علم انتفاء الغرض بالمعين اتجه جواز التخطي إلى الأقل، أما المساوي فلا مطلقا، كما أنه مع النهي عن التخطي يحرم مطلقا.

تعيين منفعت از جانب معير

(ولو عين له جهة... توضيح در عاریه ای که دارای منافع متعدد است اگر مالک، انتفاع از یکی از آن منافع را برای مستعیر، معین کند، مستعیر حق ندارد به غیر از آن منفعت معین، از منافع دیگر بهره مند شود گر چه منفعت دیگر با منفعت تعیین شده از نظر ضرر بر عاریه، مساوی باشد و یا در حد کمتر از منفعت معین باشد (مثل اینکه مالک، اجازه انتفاع از زمین را برای درختکاری فقط داده باشد ولی مستعیر بخواهد زراعت (کشت) در آن کند، و معلوم است که کشت، ضررش به زمین کمتر از درختکاری است).

و دلیل این حکم آن است که چون مالک، آن را تعیین کرده و فقط آن منفعت را اجازه داده است پس نباید از آن تجاوز نمود، زیرا اصل آن است که تصرف در مال غیر بدون اجازه او جایز نیست و در اینجا فرض آن است که نسبت به یک منفعت، اجازه داده است پس این منفعت از تحت آن اصل، خارج می شود و غیر آن از منافع در تحت اصل باقی است که بدون اجازه نمی توان از آن، استفاده نمود.

ولی بعضی از فقها گفته‌اند که اگر منفعت دیگر، ضررش به عاریه، مساوی با منفعت تعیین شده باشد و یا ضررش کمتر از آن باشد، مستعیر می‌تواند از آن منفعت بهره‌مند شود.

شارح این قول را ضعیف شمرده است.

اگر کسی در تأیید قول مزبور نسبت به منفعتی که ضررش کمتر از منفعت معین باشد چنین استدلال کند که وقتی مالک، انتفاع از منفعتی را اجازه داد پس به طریق اولویت انتفاع از منفعتی که ضررش کمتر است جایز خواهد بود.

شارح در جواب این استدلال می‌فرماید که طریق اولویت را نمی‌توان پذیرفت، زیرا مردم در غرض‌ها مختلف‌اند و چه بسا مالک در تعیین منفعت، غرض خاصی داشته است که ما نمی‌دانیم پس نمی‌توان از آن منفعت، تجاوز نمود.

آری اگر چنانچه به طور یقین به دست آوریم که مالک در تعیین منفعت مزبور، غرض خاصی نداشته است بلکه از باب مثال آن را ذکر نموده است، در این صورت می‌تواند به منفعتی که ضررش کمتر است تعدی کرده و از آن بهره‌مند گردد، اما به منفعتی که ضررش مساوی است نمی‌تواند تعدی کند گرچه بداند مالک، غرض خاصی در تعیین منفعت ندارد چون تعدی به منفعت مساوی، دلیلش به غیر از قیاس - که در شرع ما باطل است - چیز دیگر نیست، و همچنین اگر مالک صریحاً نهی کرده باشد از منافع دیگر، مستعیر حق ندارد از آن منافع استفاده نماید خواه منفعت دیگر، مساوی در ضرر باشد یا کمتر از آن در ضرر باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو عین...** یعنی اگر معیر، تعیین کند برای مستعیر، یک جهت (از جهات منافع را یعنی نوع خاصی از منافع عاریه را) نباید مستعیر، از آن منفعت خاص، تجاوز نماید (به منفعت دیگر) اگر چه (تجاوز) به منفعتی باشد که

(ضررش به عاریه) مساوی است (با ضرر منفعت معین) و یا تجاوز به منفعتی باشد که (ضررش) پایین تر است (از ضرر منفعت معین).

(و دلیل حکم مزبور): برای اینکه عمل کرده باشیم به مقتضای تعیین معیر، و اکتفا نموده باشیم بر آن منفعتی که مورد اذن معیر است، و (در مقابل قول مصنف) بعضی گفته اند که جایز است معیر، تعدی کند به منفعتی که (ضررش) مساوی است یا منفعتی که ضررش کمتر است، و (در نظر شارح) این قول، ضعیف است.

و دخول... (این کلمه مبتدا است و خبرش - ممنوع - می باشد، و این جمله دلیل بر قول مزبور است که شارح از آن جواب می دهد) یعنی داخل شدن انتفاعی که ضررش کمتر است (یعنی داخل شدن آن در اذنی که معیر داده) به طریق اولویت، درست نیست از نظر ما، زیرا غرض در تعیین منفعت، مختلف است (و چه بسا مالک در تعیین آن، غرض خاصی داشته باشد که ما نمی دانیم).

آری اگر مستعیر بداند که معیر، غرضی در منفعت معین ندارد، در این صورت نیکوست جواز تعدی به منفعتی که ضررش کمتر است، اما منفعتی که ضررش مساوی است، جایز نیست تعدی به آن مطلقاً (خواه بداند که معیر، غرضی در منفعت ندارد یا آن را نداند) همچنان که در صورت نهی معیر از تعدی، تعدی حرام است (خواه تعدی به منفعتی باشد که ضررش مساوی است یا منفعتی باشد که ضررش کمتر است).

وحيث يتعين المعين فتعدى إلى غيره ضمن الأرض ولزومه الأجرة لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منها ما قابل المأذون على الأقوى، لكونه تصرفاً بغير إذن المالك فيوجب الأجرة، والقدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره.

نعم لو كان المأذون فيه داخلاً في ضمن المنهي عنه، كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً فتجاوزه، أو في ركوبها بنفسه فأردف غيره تعين إسقاط قدر المأذون، لأنه بعض ما استوفى من المنفعة وإن ضمن الدابة أجمع.

وحيث يتعين... توضيح: در صورتی که وظیفه مستعیر این شد که از همان منفعتی که مالک، تعیین نمود، بهره ببرد نه غیر آن، اگر مستعیر مخالفت کند و از غیر آن استفاده کند، در این صورت، ضامن زمین خواهد بود و باید اجرت تمام آن منفعت را به مالک بپردازد.

بعضی از فقها گفته‌اند که واجب نیست تمام اجرت آن منفعت را به مالک بپردازد بلکه باید نسبت سنجی شود اجرت آن منفعت با اجرت منفعت تعیین شده پس اگر اجرت منفعت تعیین شده، از اجرت منفعت غیر مجاز، کمتر بود باید از آن کم گردد و باقیمانده را به مالک بپردازد.

مثلاً اگر منفعت تعیین شده، زراعت باشد که اجرت آن مثلاً پانصد تومان باشد، و منفعت غیر مجاز، درختکاری، اجرتش هشتصد تومان باشد، پس مستعیر اگر زراعت نکرد بلکه درخت کاشت، واجب نیست تمام هشتصد تومان را به مالک بدهد بلکه به مقدار اجرت زراعت - پانصد تومان در مثال - از آن کم می‌شود (چون فرض آن است که از طرف مالک، مجاز بود در ارتفاع از زراعت) و باقیمانده - سیصد تومان - را به مالک می‌پردازد.

(و اما اگر اجرت منفعت تعیین شده بیشتر از منفعت دیگر بود، در این صورت نباید مستعیر چیزی بابت اجرت به مالک بدهد بلکه فقط گناه کرده است به جهت مخالفتش با آنچه که مالک تعیین کرده بود).

شارح می‌فرماید که: این قول مردود است و اقوی در نظر ما همان است که گفتیم یعنی تمام اجرت منفعت غیر مجاز باید به مالک پرداخته شود چون آن منفعتی که مجاز بود را استفاده نکرده (پس حق وی از آن منفعت، ساقط می‌گردد) و آن منفعتی را که غیر مجاز بود استفاده کرده در حالی که مجموع این استفاده، تصرفی است در مال غیر بدون اذن مالک پس تصرف عدوانی و غصب خواهد بود و معلوم است که هر تصرفی که بدون اذن مالک انجام بگیرد، ضمان آور است و باید اجرت آن را به طور کامل به صاحب مال بپردازد پس معنی ندارد که اجرت منفعت مجاز، از اجرت تصرف غیر مجاز کم گردد.

فقط در یک صورت می‌تواند اجرت تصرف مجاز را از اجرت تصرف غیر مجاز کم نماید و آن در جایی است که تصرف مجاز، داخل در تصرف غیر مجاز بوده باشد، مثل اینکه معیر، اسبی را عاریه بدهد به شرط اینکه پنج من بار بر آن بگذارد ولی مستعیر، مخالفت کرده و هفت من بار بر آن بگذارد، و یا مثل اینکه شرط کند که خودش به تنهایی بر آن سوار شود ولی مستعیر، شخص دیگری را هم پشت سرش سوار نماید (و یا مثل اینکه شرط کند که در زمین، فقط گندم بکارد ولی او جو و گندم هر دو را بکارد) در این صورت می‌تواند اجرت پنج من بار را از اجرت هفت من بار کم نماید و اجرت دو من بار را به او بدهد (چون در اینجا نوع منفعت یکی است منتها از مجموع انتفاعی که برده، مقداری از آن را مجاز بوده لذا اجرت ندارد، و مقداری از آن را مجاز نبوده لذا اجرت دارد، برخلاف فرض قبلی که در اینجا نوع منفعت مختلف بوده مثل اینکه مالک، اجازه زراعت داده و مستعیر درختکاری نموده باشد، که در اینجا

چنانکه گفته شد، اجرت منفعت مجاز، کم نمی‌شود از اجرت منفعت غیر مجاز) و در مثال دوم هم می‌تواند اجرت سوارشدن خودش را کم کند و اجرت سوارشدن رفیقش را فقط بپردازد.

البته در همین مورد که می‌تواند اجرت منفعت مجاز را کم کند، اگر چنانچه در اثر آن تصرف غیر مجاز، حیوان تلف گردد، ضامن تمام حیوان خواهد بود و تمام آن را باید به صاحب حیوان بپردازد و نمی‌تواند اجرت سواری خودش را از قیمت حیوان کم نماید.

ترجمه و شرح عبارت: و حیث... یعنی در جایی که معین گردد که از منفعت تعیین شده بهره‌مند شود (چه در موردی که معین نهی کرده باشد از منفعت دیگر و چه نهی نکرده باشد) و مستعیر تعدی کند به غیر آن، ضامن زمین خواهد بود و لازم می‌گیرد او را اینکه اجرت تمام آن کاری را که کرده (یعنی انتفاع غیر مجازی را که از زمین برده) به مالک بدهد بدون اینکه کم گردد از آن اجرت، آن مقدار اجرتی را که در مقابل انتفاع مجاز قرار می‌گیرد.

و لزومه الأجرة... احتمال دارد که این جمله عطف تفسیر باشد برای - ضمن الارض - یعنی ضمان زمین به این معنی است که اجرت آن را باید بدهد. و احتمال دارد که ضمان زمین به معنای این باشد که اگر چنانچه در اثر آن انتفاع غیر مجاز، نقصی در زمین حاصل شد، ضامن آن نقص خواهد بود و علاوه بر آن باید اجرت زمین را هم بدهد علی الأقوی در مقابل آن، قول دیگری است که توضیح آن داده شد.

لکونه... یعنی (دلیل بر اینکه باید اجرت تمام انتفاع غیر مجاز را بدهد این است که) چون انتفاعی که برده، تصرفی (در زمین بوده) بدون اذن مالک، بدین جهت موجب اجرت (به طور کامل) خواهد بود، و آن مقدار انتفاعی که مالک اجازه آن را داده

بود را نبرده است پس معنی ندارد که اجرت آن مقدار انتفاع را کم کند (از اجرت انتفاعی که برده است).

آری (در جایی که انتفاع غیر مجاز با انتفاع تعیین شده، یک نوع بوده باشد، و به بیانی دیگر) اگر انتفاعی که مالک آن را اجازه داده، داخل در ضمن انتفاعی باشد که نهی از آن شده، مثل اینکه مالک، اجازه داده باشد برای مستعیر در بار کردن اسب، به اندازه‌ی معینی (مثلاً ده من بار) ولی مستعیر از آن مقدار، تجاوز کند (و مثلاً ۱۵ من بار کند) و یا مثل اینکه مالک اجازه داده باشد برای مستعیر در سوار شدن خود او فقط ولی مستعیر کس دیگری را در ردیف خود (پشت سرش) قرار دهد، در این صورت باید کم کند اجرت مقدار انتفاعی را که مجاز بوده، زیرا این مقدار، بعضی از انتفاعی است که بهره‌مند شده است گرچه (در همین صورت نیز) ضامن تمام اسب خواهد بود (اگر تلف گردد).

(ویجوز له بیع غروسه، وأبنته ولو علی غیر المالك) علی المشهور، لأنه مالك غیر ممنوع من التصرف فيه فیبیعه ممن یشاء.

وقیل: لا یجوز بیعه علی غیر المعیر، لعدم استقرار ملكه برجوع المعیر، وهو غیر مانع من البیع، كما یباع المشرف علی التلف ومستحق القتل قصاصا.

ثم إن كان المشتري جاهلا بحاله فله الفسخ للعیب، لا إن كان عالما بل ینزل منزلة المستعیر.

(ویجوز له بیع... توضیح: در صورتی که زمینی برای درختکاری یا ساختمان سازی به عاریه داده شود، شکی نیست در اینکه مستعیر می‌تواند درختانی را که در زمین مزبور کاشته، به صاحب زمین بفروشد، و اما اینکه آیا می‌تواند به غیر صاحب زمین بفروشد یا نه (و همچنین ساختمانی را که در آن زمین ساخته) دو قول در آن می‌باشد:

۱. قول مشهور آن است که می‌تواند آن را به غیر صاحب زمین بفروشد، و دلیل آن این است که مستعیر، مالک درختان و ساختمان می‌باشد و از تصرف در آن ممنوع نمی‌باشد پس می‌تواند آن را به هر کسی که می‌خواهد بفروشد (و فروختن هم یکی از تصرفات می‌باشد).

۲. بعضی از فقها گفته‌اند که نمی‌تواند آن را به غیر صاحب زمین بفروشد، زیرا ملکیت مستعیر نسبت به درختان و ساختمان استقرار ندارد و هر آن در معرض کنده شدن و خرابی است چون عاریه - چنانکه دانسته شد - از عقود جایزه است و معیر می‌تواند آن را فسخ نماید و در مورد بحث وقتی که عاریه را فسخ کرد، مخیر بین سه چیز می‌باشد و آن:

الف: یا درختان را از زمین بکند (منتها باید ارش درختان را به مستعیر بدهد، چون به کندن آنها نقصی به درختان وارد می‌آید، و مقصود از ارش، تفاوت قیمت آنها در حال باقی بودن در زمین، و قیمت آنها در حال کنده شدن از زمین می‌باشد).

ب: و یا اینکه آنها را در زمین باقی بدارد و اجرت از مستعیر بگیرد.

ج: و یا اینکه درختان را از مستعیر بخرَد.

پس با این حق اختیاری که معیر بین آن سه امر دارد، احتمال امر اول در بین می‌باشد که کنده شدن و خرابی آنهاست و با این احتمال، ملکیت درختان، استقرار نخواهد داشت.

شارح در جواب این قول می‌فرماید: عدم استقرار ملکیت مستعیر، مانع از جواز بیع آن نمی‌شود چنانکه نظیر آن را فقها در دو مورد گفته‌اند:

اول: در حیوانی که مریض و نزدیک به مردن است، می‌توان آن را فروخت با اینکه حیوان در معرض تلف می‌باشد.

دوم: در عبدی که کسی را کشته باشد با اینکه استحقاق دارد که اولیاء مقتول او را بکشند، مولای او می‌تواند وی را بفروشد.

پس در معرض تلف بودن مال، مانع از بیع آن نمی‌باشد، و بنابراین، وقتی که بیع درختان یا ساختمان از نظر ما جایز شد و مشتری آن را خرید، مشتری از دو حال بیرون نیست: یا اینکه خیر از عاریه‌ای بودن زمین ندارد، و یا اینکه خبر دارد.

در صورت اول، بعد از خبردار شدنش می‌تواند معامله را فسخ نماید، زیرا عاریه بودن زمین که درختان را در معرض کنده شدن قرار می‌دهد، یک نوع، عیب محسوب است پس مشتری از باب خیار عیب، حق فسخ معامله را دارد.

و در صورت دوم نمی‌تواند فسخ کند بلکه در این صورت مشتری به منزله مستعیر و جایگزین او خواهد بود و در نتیجه حکم او را خواهد داشت یعنی همانطوری که در بالا

گفته شد اگر مستعیر، درخت یا ساختمان را نمی فروخت و معیر عاریه را فسخ می کرد، درختان مال مستعیر بود، و معیر مخیر بین سه چیزی که گفته شد می بود، همچنین در اینجا مشتری هم همان حکم را خواهد داشت.

ترجمه و شرح عبارت: و يجوز... یعنی جایز است برای مستعیر، فروختن درختانی که کاشته، و ساختمانهایی که ساخته، هر چند به غیر مالک زمین (یعنی به غیر عاریه دهنده زمین) باشد، بنابر قول مشهور، زیرا مستعیر، مالک درختان و ساختمانها می باشد و ممنوع از تصرف در آن نمی باشد، بنابراین می تواند آن را بفروشد به هر کسی که می خواهد.

و بعضی گفته اند که جایز نیست فروختن آن به غیر معیر (مالک زمین) زیرا ملکیت مستعیر (نسبت به درختان و ساختمانها) استقرار ندارد (و در حال تزلزل است) به واسطه اینکه معیر می تواند رجوع کند (از عاریه یعنی آن را فسخ نماید). و هو غیر... (این جواب شارح است از قول مزبور) یعنی عدم استقرار ملکیت، مانع از فروختن نمی شود همچنان که جایز است فروخته شود حیوانی که در آستانه تلف شدن است، و (نیز جایز است فروخته شود) عبدی که استحقاق کشته شدن از باب قصاص دارد (یعنی به واسطه اینکه کسی را کشته است، باید کشته شود از باب قصاص).

حال (که از نظر ما فروختن جایز شد، حکم در طرف مشتری این است که) اگر مشتری جاهل بود به حال مبیع (درختان یا ساختمان) پس (بعد از خبردار شدن از حال آن) می تواند فسخ کند بیع را به جهت عیب (یعنی حق خیار عیب دارد) و اما اگر مشتری، خبر داشت (از حال مبیع) نمی تواند فسخ کند بیع را بلکه مشتری (در این صورت) به منزله مستعیر خواهد بود (و حکم مستعیر را خواهد داشت).

ولو إتفاقا على بيع ملكهما معا بثمن واحد صح، ووزع الثمن عليهما، فيقسط على أرض مشغولة به على وجه الإعارة مستحق القلع بالأرض، أو الإبقاء بالأجرة، أو التملك بالقيمة مع التراضي، وعلى ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه، فلكل قسط ما يملكه.

ولو إتفاقا... توضيح: اگر معیر و مستعیر توافق کنند که باهم زمین و درختان را در یک معامله به یک قیمت بفروشند، این معامله صحیح است و بعد از فروش باید پول را بین خود تقسیم نمایند، و کیفیت تقسیم آن به این صورت باید باشد که ابتدا هر کدام از زمین و درختان را جداگانه قیمت کنند و قیمت آنها را با یکدیگر نسبت سنجی کنند و به همان نسبت، پولی را که به دست آورده‌اند بین خود تقسیم نمایند.

توضیح اینکه: باید نزد کارشناسی بروند و از او پرسند که زمینی است به عاریه داده شده و مستعیر در آن درخت کاشته است و به لحاظ اینکه عاریه از عقود جایزه است مالک زمین، مخیر بین سه امر است:

اول: اینکه درختان را از زمین بکند و ارزش آنها را به مستعیر بپردازد.

دوم: اینکه آنها را در زمین باقی گذارده و اجرت آنها را از مستعیر بگیرد.

سوم: اینکه درختان را از مستعیر بخرد و قیمتش را به او بدهد.

چنین زمینی با این سه احتمال چقدر می‌ارزد، مثلاً کارشناس بگوید ششصد تومان، سپس قیمت درختان را از کارشناس پرسند که درختانی که در چنین زمین عاریه‌ای با آن سه احتمال، باشند چقدر ارزش دارند، مثلاً کارشناس بگوید دویست تومان، پس نسبت دویست به ششصد، یک سوم است، حال اگر زمین را با درختان با هم، به نهصد تومان فروخته باشند، یک سوم از نهصد تومان به مستعیر می‌رسد و دوسوم آن به معیر می‌رسد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو إتفقاً...** یعنی اگر معیر و مستعیر توافق کنند بر فروختن ملکشان (یعنی زمین و درختان یا ساختمان) با هم (در یک معامله) به یک ثمن (نه اینکه جداجدا فروخته شود و ثمن هر یک جدای از ثمن دیگری باشد) صحیح است این بیع، و باید تقسیم شود ثمن بر هر دو ملک، پس باید تقسیم شود ثمن بر زمینی (با این وصف) که مشغول است به ملک مستعیر (درختان مثلاً) به طور عاریه ای، در حالی که زمین (یکی از سه احتمال در آن هست یا اینکه) استحقاق کننده شدن درختان از آن هست با دادن ارش درختان (به مستعیر در مقابل نقصی که به درختان وارد می آید در اثر کنده شدن) و یا اینکه استحقاق باقی گذاردن درختان (در آن زمین) هست با گرفتن اجرت زمین (از مستعیر) و یا اینکه استحقاق درآمدن درختان به ملکیت معیر هست با دادن قیمت آن (به مستعیر) اگر مستعیر راضی به آن شود.

مشغولة صفت است برای ارض **مستحق القلع** کلمه - مستحق - منصوب است بنابر حالیت از ارض **بالأرض** چنانکه سابقاً توضیح دادیم مقصود از ارش، تفاوت مابین قیمت درختان در حال ثابت بودن در زمین، و قیمت آنها در حال کنده شدن از زمین **أو الإبقاء...** عطف است بر - القلع - یعنی مستحق الإبقاء **أو التملك** نیز عطف است بر - القلع - **مع التراضي** قید است برای «إبقاء» و برای (تملك) چون در این دو مورد، رضایت دو طرف، شرط است ولی در مورد اول که قلع و کندن درختان باشد، رضایت مستعیر شرط نیست و معیر حق دارد درختان را بکند هر چند مستعیر راضی نباشد منتها - چنانکه دانسته شد - باید ارش نقص درختان را به مستعیر بدهد و علی **ما فیها...** (عطف است به - ارض - و ضمیر - فیها - بر می گردد به ارض) یعنی ثمن تقسیم می شود بر آن زمین و بر آنچه که در آن زمین است (درختان مثلاً) **مستحق القلع...** (منصوب است بنابر حالیت از - ما - موصوله) یعنی در حالی که آن درختان مثلاً، استحقاق کننده شدن به نحو یکی از آن سه احتمالی که گفته شد دارد.

نگارنده گوید: عبارت شارح کوتاه است از ادای مقصود زیرا سه احتمالی که قبلاً دانسته شد عبارت بودند از: قلع، ابقاء، تملک، پس قلع یکی از آن سه وجه است و تعبیر شارح به «قلع به نحو یکی از آن سه وجه» تعبیر نادرستی است چنانکه با اندک تأملی، مطلب واضح است، و اگر شارح عبارتش را چنین می فرمود: «مستحقاً لاحد الوجوه» تعبیر درست بود **فلکل**... این کلمه با تنوین جرمی باشد و تنوینش عوض از مضاف الیه محذوف می باشد و تقدیر عبارت چنین است: «فلکل واحد من المعیرو المستعیر قسط ما یملکه» یعنی هر کدام از معیرو مستعیر، سهم ملک خود را (از ثمن فروش آن دو ملک) برمی دارند.

(ولو نقصت) العین المعارة (بالاستعمال لم یضمن) المستعیر النقص، لاستناد التلف إلى فعل مأذون فيه ولو من جهة الإطلاق وتقییده بالنقص قد یفهم أنها لو تلفت به ضمنها وهو أحد القولین فی المسألة، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً وإن دخل فی الإطلاق، فیضمنها آخر حالات التقویم. وقیل: لا یضمن أيضاً كالنقص، لما ذکر من الوجه وهو الوجه.

حکم نقصان عین در اثر استعمال

(ولو نقصت) العین... توضیح: اگر عین عاریه در اثر به کار گرفتن و استفاده مستعیر از آن، نقصی در آن حاصل شود (بدون تعدی یا تفریط در آن) مستعیر، ضامن آن منقصت نخواهد بود.

و مقصود از نقص مزبور، استهلاکی است که به تدریج در اثر استعمال و به کارگیری آن در مال پیدا شود، مثلاً هرگاه اتومبیل برای یک ماه عاریه به کسی داده شود که در مسافرت‌های تفریحی به کاربرد، پس از یک ماه در اثر سواری، فرسودگی در لاستیک‌ها پیدا شود و مقداری از آن سائیده شود. و یا مثلاً لباس در اثر پوشیدن، پاره شود.

و دلیل عدم ضمان آن است که منقصت مزبور در اثر عملی است که معیر آن را اجازه داده است یعنی در مثال بالا، فرسودگی لاستیک‌ها، منقصتی است که در اثر سواری مجاز پیدا شده است و لازمه سواری می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو نقصت...** یعنی اگر عین عاریه‌ی گرفته شده، به سبب استعمال و به کار گرفتن آن، ناقص گردد، مستعیر ضامن آن نقص نخواهد بود، به دلیل اینکه تلف (یعنی تلف بعضی از عین، که همان نقص می‌باشد) مستند به کاری است که (از طرف معیر) اذن به آن داده شده **ولو من...** (این جمله قید است برای - مأذون فیه -) یعنی گرچه اجازه به آن عمل، از اطلاق اجازه معیر استفاده شود

یعنی معیر در خصوص آن عمل تصریحی نکرده باشد بلکه به طور مطلق اجازه استعمال و انتفاع از عین را داده باشد که این اطلاق شامل آن عمل هم می‌شود. مثلاً زمین عاریه‌ای اگر در اثر درختکاری، نقص پیدا کرد (مثلاً بعد از کندن درختها گودال‌هایی در زمین حاصل شد) مستعیر ضامن آن نمی‌باشد، چون نقص مزبور در اثر درختکاری است که صاحب زمین آن را اجازه داده گرچه اجازه او در خصوص درخت کاری نبوده بلکه اجازه او به مطلق استعمال و انتفاع از زمین بوده ولی این اطلاق شامل درختکاری هم می‌باشد.

حکم تلف عین در اثر استعمال

و تقییده بالنقص... توضیح: عدم ضمانی که گفته شد، مربوط به نقصان حاصل از استعمال بود، حال ببینیم آیا تلف حاصل از استعمال هم مانند نقصان حاصل از آن می‌باشد (یعنی اگر در اثر استعمال و بهره‌برداری از عین، اصل عین تلف گردد بدون تعدی و تفریط، آیا این صورت هم مانند صورت نقصان عین می‌باشد) که مستعیر ضامن نباشد یا نه؟ دو قول در آن می‌باشد:

۱. اینکه ضامن می‌باشد، و از عبارت مصنف نیز این قول استفاده می‌شود، زیرا ایشان، فقط صورت نقص را مطرح نموده و صورت تلف را متذکر نشده است. و دلیل این قول آن است که هر چند اطلاق اذن به استعمال، شامل هر نوع استعمالی می‌شود خواه استعمالی که منجر به تلف گردد و خواه استعمالی که منجر به نقص گردد، ولی عرفاً اذن مزبور شامل استعمالی که منجر به تلف شود نمی‌گردد (یعنی در عرف، از اذن به استعمال، چنین می‌فهمند که از عین مال، بهره‌برداری شود بدون اینکه عین آن تلف گردد) پس اگر در اثر استعمال، تلف گردید ضامن

قیمت آن خواهد بود و باید قیمت آخرین لحظات وجود عین را بدهد یعنی قیمت روزی را که تلف شده است.

۲. اینکه ضامن تلف نمی باشد به جهت همان دلیلی که در مورد نقص گفته شد و آن اینکه تلف مزبور، در اثر عملی است که معیر آن را اجازه داده است و نمی توان بین تلف و نقص، از این جهت (که هر دو ناشی از عملی می باشند که معیر آن را اجازه داده است) فرق گذارد.

شارح این قول را می پسندد.

ترجمه و شرح عبارت: و تقییده... یعنی قید کردن مصنف (حکم به عدم ضمان را) به (صورت) نقص، چه بسا می فهماند که عین اگر به واسطه استعمال، تلف گردد، ضامن خواهد بود - و این یکی از دو قولی است که در مسأله تلف می باشد - به دلیل اینکه چون اذن معیر (به استعمال عین) شامل نمی شود عرفاً آن استعمالی را که تلف کننده عین باشد هر چند استعمال مزبور داخل در اطلاق اذن می باشد عرفاً قید است برای عدم تناول.

فیضمنها یعنی پس ضامن خواهد بود مستعیر آن عین را به قیمت آخرین لحظاتی که قیمت دارد (یعنی قیمت یک لحظه قبل از تلف، و یا به بیانی دیگر: قیمت روزی که تلف شده) آخر منصوب است به نزع خافض یعنی فی آخر حالات... و قیل... یعنی بعضی گفته اند که (در صورت تلف) ضامن نمی شود نیز همانطوری که در صورت نقص، ضامن نمی باشد، به دلیل همان وجهی که ذکر شد (در صورت نقص) و هو الوجه (این نظر شارح است و کلمه - الوجه - برونن صَعْب، صفت مشبیه است به معنای «وجیه» یعنی پسندیده) یعنی قول مزبور، در نظر ما پسندیده است.

(ويضمن العارية باشتراط الضمان) عملاً بالشرط المأمور بالكون معه سواء شرط ضمان العين أم الأجزاء أم هما فيتبع شرطه .

(وبكونها ذهباً، أو فضة) سواء كانا دنائير ودراهم أم لا على أصح القولين، لأن فيه جمعا بين النصوص المختلفة .

وقيل: يختص بالنقدين استناداً إلى الجمع أيضاً، وإلى الحكمة الباعثة على الحكم، وهي ضعف المنفعة المطلوبة منهما بدون الإنفاق، فكانت عاريتهما موجبة بالذات لما يوجب التلف فيضمنان بهما.

ويضعف بأن الشرط الانتفاع بها مع بقائهما، وضعف المنفعة حينئذ لا مدخل له في اختلاف الحكم، وتقدير منفعة الإنفاق حكم بغير الواقع.

ضمان عاريه در دو مورد

(ويضمن العارية... توضيح: سابقاً دانسته شد که عاريه به لحاظ اینکه امانت است در دست مستعير، مستعير ضامن آن نمی باشد اگر بدون تعدی یا تفريط، تلف گردد، اکنون می فرماید که از این قاعده، دو مورد استثنا شده که در این دو مورد مستعير، ضامن عاريه می باشد هر چند تعدی یا تفريط در آن نکرده باشد:

۱. در جایی که معیر در عقد عاریه، شرط کند بر مستعیر که اگر عین، تلف یا ناقص شد ضامن باشد، در این صورت مستعیر، مسئول تلف یا نقصان خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد مثل اینکه بدون تقصیر مستعیر، مال عاریه دچار حریق گردد و بسوزد.

و دلیل ضمان در این مورد، آن است که به مقتضای روایت «المؤمنون عند شروطهم» (یعنی مؤمنین پای شرط‌هایشان ایستاده‌اند یعنی برخلاف آن عمل نمی‌کنند) باید بر طبق شرط عمل نمود.

۲. در جایی که عاریه، طلا و نقره بوده باشد - خواه به صورت سکه باشند یعنی درهم و دینار، و خواه به صورت غیر سکه مثل زیورآلات زنانه - مستعیر ضامن هر تلف و نقصی می‌باشد هر چند شرط ضمان از طرف معیر نشود و مستعیر هم تعدی و یا تفریط ننموده باشد.

(گفته‌اند علت این ضمان آن است که طلا و نقره از فلزات پر ارزش می‌باشند و مالک نوعاً حاضر نمی‌شود آن دورا عاریه به غیر بدهد و در اثر تلف و نقصان آن در معرض زیان سنگینی قرار بگیرد، لذا ضامن بودن مستعیر در عاریه طلا و نقره، موجب اطمینان خاطر مالک می‌گردد و او را از عاریه ندادن طلا و نقره جلوگیری می‌کند).

ترجمه و شرح عبارت: و تضمن... یعنی عاریه، در ضمان (مستعیر) قرار می‌گیرد (به دو سبب، اول:؛ به سبب شرط نمودن ضمان (از جانب معیر بر مستعیر)، به دلیل اینکه عمل به شرط کرده باشیم که در شرع مقدس امر شده است به اینکه همراه با شرط باید بود (در حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» و در ضمان، فرقی نیست بین اینکه شرط ضمان عین شده باشد (در صورت تلف آن) یا اینکه شرط ضمان اجزاء آن شده باشد (در صورت نقصان آن) یا اینکه هم شرط ضمان عین و هم شرط ضمان اجزاء، هر دو شده باشد، پس باید پیروی کرد شرط ضمان را (و هر طوری که شرط شده است عمل نمود).

و (دوم) به سبب طلا یا نقره بودن عاریه، خواه درهم و دینار باشند (یعنی سکه باشند) و خواه غیر آن (مثل زیورآلات زنانه و یا شمش).

علی أصح القولین... توضیح: در صورتی که طلا و نقره به صورت درهم و دینار بوده باشند، اختلافی بین فقها در ضمان آن نیست. اما در صورتی که زیورآلات زنانه و غیر آن بوده باشد، بین فقها اختلاف می باشد، قول اصح در این صورت نیز ضمان آن می باشد، و دلیل آن این است که روایات در این زمینه مختلف است، و باید بین آنها سازش داد، و سازش دادن بین آنها اقتضا می کند که در ضمان طلا و نقره، فرقی نباشد بین اینکه درهم و دینار باشد یا غیر آن. ولی بعضی از فقها، ضمان را اختصاص داده اند به درهم و دینار، و دلیل آنها دو چیز است:

۱. اینکه جمع و سازش بین روایات، اقتضا می کند که ضمان طلا و نقره، اختصاص به درهم و دینار داشته باشد.

نگارنده گوید: روایاتی که مورد استدلال این قول می باشد همان روایاتی است که مورد استدلال قول اول می باشد، منتها در طریق جمع بین روایات، با یکدیگر مختلفند یعنی قول اول، روایات مزبور را طوری جمع نموده که نتیجه اش اثبات آن قول می باشد و قول دوم، روایات را طور دیگر سازش داده که نتیجه اش اثبات قول مزبور می باشد.

۲. اینکه حکمت در ضمان درهم و دینار این است که سکه را به عنوان زینت یا غیر آن کمتر مورد بهره برداری قرار می دهند (و به بیانی دیگر انتفاع از آن با باقی ماندن عین آنها، کمتر برده می شود) و در نظر شرع چنین انتفاعی، ضعیف و قابل توجه نیست، و انتفاع قابل توجه از آن همانا خرج کردن آن می باشد که موجب از بین رفتن آن می شود، بنابراین، عاریه دادن درهم و دینار ذاتاً موجب تلف شدن آن می شود، بدین مناسبت شرع مقدس، آنها را مورد ضمان مستعیر قرار داده است.

بر خلاف زیورآلات و مانند آنها که از آنها انتفاع قابل توجهی بدون اینکه خرج شوند، می‌توان برد که آن، زینت کردن و آرایش و مانند آن می‌باشد (وبه بیانی دیگر با باقی ماندن عین آنها، انتفاع قابل توجهی از آنها می‌توان برد) لذا طبق قاعده عاریه، مناسب است که در ضمان مستعیر نباشد.

شارح در جواب می‌فرماید: این دلیل درست نمی‌باشد به جهت اینکه - چنانکه سابقاً گذشت - شرط صحت عاریه این است که با باقی ماندن عین بتوان از آن انتفاع برد پس درهم و دینار نیز در صورتی عاریه دادن آنها صحیح است که با باقی ماندن آنها بتوان از آنها انتفاع برد، و در آنها فرض آن است که با بقاء عین آنها می‌توان انتفاع برد هر چند انتفاع غیر قابل توجه باشد.

و اینکه شما فرق گذاشتید بین نقدین و غیر نقدین به اینکه در نقدین، انتفاع بدون انفاق و خرج کردن آن، ضعیف و غیر قابل توجه است ولی در غیر نقدین چنین نیست، در جواب گوئیم که: قابل توجه نبودن انتفاع از نقدین بدون انفاق، ربطی به ثبوت ضمان در آنها ندارد تا فرق بین آنها و غیر آنها حاصل شود.

و اینکه شما انفاق را در آنها منفعت، فرض کردید، حکمی است برخلاف واقع، زیرا همانطوری که گفتیم حکم واقعی در عاریه آن است که عین باقی باشد و تلف نگردد، و در درهم و دینار چنانکه دانسته شد می‌توان با بقاء عین، انتفاع از آنها برد هر چند انتفاع غیر قابل توجه باشد، پس اینکه شما منفعت نقدین را منحصر در انفاق می‌کنید، برخلاف واقع خواهد بود.

و خلاصه اینکه با این دلیل نمی‌توان، ضمان را اختصاص به نقدین داد.

ترجمه و شرح عبارت: **علی أصح القولین** (قید است برای - سواء کانا دنانیر و دراهم أم لا-) یعنی فرق نبودن بین آنها در ضمان، صحیح‌ترین دوقولی است که در این مسأله می‌باشد، و قول دیگر را بعداً ذکر خواهد نمود لأن فیه... یعنی زیرا در فرق نبودن

بين آنها، سازش دادن بين روايات مختلف می باشد (يعنی جمع نمودن و سازش دادن بين روايات، به اين است که در ضمان، فرق نگذاريم بين نقدين و غير نقدين).
جمعاً بين النصوص لازم به ذکر است که بيان طريق جمع بين روايات در اينجا و در قول بعدی، نياز به ذکر تمام روايات مربوطه دارد و ذکر تمام آنها از حوصله اين شرح، خارج است لذا از بيان آنها خودداری می کنيم، علی الخصوص با توجه به اینکه اين شرح را در سطح فهم مبتديان از محصلين حوزه های علميه نوشته ايم گرچه اساتيد بزرگوار نيز ما را تشويق می کنند که البته تشويق آنها ناشی از حسن ظن آنهاست «وان الظن لا يغني من الحق شيئاً».

و قيل... (اين قول در مقابل اصح القولين می باشد) يعنی بعضی گفته اند که ضمان طلا و نقره، اختصاص دارد به درهم و دينار، و در اين قول استدلال کرده اند به (دو چیز: اول به) جمع بين روايات نيز (يعنی همانطوری که قول اول، دليلش جمع و سازش بين روايات بود، اين قول نيز دليلش جمع بين روايات می باشد) و (دوم: استدلال کرده اند) به حکمتی که موجب ضمان نقدين شده است، و آن حکمت عبارت است از ضعف (و قابل توجه نبودن) منفعتی که مطلوب است از نقدين بدون انفاق آنها (و آن منفعت ضعيف، زينت کردن با نقدين است، و منفعت قوی و قابل توجه، انفاق کردن آنهاست) در نتيجه، عاریه دادن نقدين ذاتاً موجب انفاق است که آنهم سبب تلف و از بين رفتن نقدين می باشد، بدین جهت نقدين در ضمان مستعير قرار می گيرد به واسطه عاریه.

و (شارح در جواب دليل دوم می فرماید): تضعيف می شود اين دليل، به اینکه شرط صحت عاریه آنها آن است که بتوان از آنها انتفاع برد با باقی ماندن عين آنها، و ضعيف بودن منفعت در اين صورت که عاریه درهم و دينار است، ربطی به اختلاف حکم ندارد (که در درهم و دينار حکم به ضمان شود ولی در غير آنها حکم به عدم

ضمان شود، به واسطه اینکه در درهم و دینار، منفعت بدون انفاق، ضعیف و غیر قابل توجه است ولی در غیر آنها منفعت بدون انفاق، قوی و قابل توجه است) و ضعف این کلمه مبتدا است و خبر آن - لا مدخل - می باشد و تقدیر... (این کلمه مبتدا است و خبر آن - حکم - می باشد، و اضافه منفعت به انفاق، اضافه بیانیه است) یعنی اینکه شما منفعت را (در نقدین) انفاق، فرض کردید، حکمی است برخلاف واقع (چون واقع در عاریه، آن است که بدون تلف، انتفاع برده شود).

(ولو ادعى) المستعير (التلف حلف) لأنه أمين فيقبل قوله فيه كغيره، سواء ادعاه بأمر ظاهر أم خفي، ولإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس.

دو مسأله نزاعی

مسأله اول

(ولو ادعى) المستعير... توضیح: اگر مستعیر ادعا کند که عاریه، تلف شده است و معیر آن را انکار کند، ادعای مستعیر با یک قسم خوردن پذیرفته می شود (گرچه به حسب قواعد قضایی به واسطه اینکه اصل عدم تلف است، قول معیر موافق اصل می باشد و او منکر است و قاعدتاً وظیفه او قسم خوردن است نه مستعیر، و قول مستعیر مخالف اصل است و مدعی می باشد و قاعدتاً باید بینه بیاورد، ولی در اینجا برخلاف قاعده، مستعیر قسم می خورد و قولش پذیرفته می شود) به دو دلیل:

۱. به دلیل قاعده استیمان (قاعده امانت) یعنی چون او امین است (و اگر امین نبود، معیر، عاریه را به دست او نمی داد) و طبق حدیث «لیس علی الامین الا الیمین» با یک قسم خوردن قولش پذیرفته می شود، همچنانکه در سایر امین ها نیز حکم چنین است مثل کسی که ودیعه در دست اوست.

و در حکم مزبور فرقی نیست بین اینکه ادعا کند که تلف در اثر امر ظاهری بوده (مثل اینکه ادعا نماید که مال، طعمه حریق واقع شد و سوخت، و یا در دریا غرق گردید) یا اینکه تلف در اثر امر پنهانی بوده (مثل اینکه ادعا نماید که مال، به سرقت رفت).

۲. اینکه ممکن است در واقع، مستعیر در ادعایش راستگو بوده و عاریه تلف شده باشد، پس اگر ادعای او پذیرفته نشود و او را زندان کنند تا عین مال را بیاورد، باید

همیشه در زندان باشد. زیرا فرض آن است که عاریه در واقع تلف شده است و مستعیر نمی‌تواند آن را حاضر سازد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو ادعی...** یعنی اگر مستعیر ادعای تلف عاریه را بکند (ادعایش پذیرفته می‌شود و فقط) باید یک قسم بخورد، زیرا او امین است پس باید پذیرفته شود قولش در تلف، همانند غیر مستعیر (از امین‌های دیگر).

حلف ناگفته نماند که در پذیرفته شدن ادعای او با قسم خوردن، فرقی نیست بین اینکه ادعا کند که تلف آن در اثر تقصیر (تعدی یا تفریط) او بوده یا اینکه بدون تقصیر بوده، منتها در صورت تقصیر، ضامن مثل یا قیمت خواهد بود اما در صورت عدم تقصیر، ضامن چیزی نخواهد بود.

سواء... یعنی در پذیرفته شدن ادعای او فرقی نیست بین اینکه ادعا کند که تلف به سبب امر ظاهری بوده (مثل سوخته شدن یا غرق شدن) یا اینکه به سبب امر پنهانی بوده (مثل دزدیده شدن) و **لإمكان...** (عطف است بر - لانه امین - و دلیل دوم می‌باشد) یعنی و برای اینکه شاید مستعیر راستگو باشد (در واقع) پس اگر پذیرفته نشود قول او، لازم می‌آید همیشه در زندان بماند.

(ولو ادعى الرد حلف المالك)، لأصالة عدمه، وقد قبضه لمصلحة نفسه فلا يقبل قوله فيه، بخلاف الودعي.

ومعنى عدم قبول قوله فيه. الحكم بضمانه للمثل، أو القيمة حيث يتعذر العين، لا الحكم بالعين مطلقا، لما تقدم في دعوى التلف.

مسأله دوم

(ولو إدعى الرد... توضیح: اگر مستعیر ادعا کند که عاریه را به معیّر رد کرده ام ولی معیّر آن را انکار نماید، در این صورت حکم آن است که قول مستعیر، بدون بینه پذیرفته نمی شود، و قول مالک با قسم خوردن پذیرفته می شود، و دلیل بر آن دو چیز است:

۱. اینکه بر طبق قواعد قضایی چون اصل عدم رد است، قول مالک موافق اصل بوده لذا وی منکر محسوب می شود و وظیفه منکر، قسم خوردن است، ولی مستعیر قولش مخالف اصل است پس او مدعی محسوب شده بدون بینه قولش پذیرفته نمی شود.

۲. اینکه مستعیر، عاریه را برای مصلحت خویش فقط گرفته است، زیرا آن را گرفته تا خود از آن بهره مند گردد، بنابراین، قاعده احسان در اینجا جاری نمی شود تا قولش پذیرفته شود، بر خلاف کسی که ودیعه در دست اوست که در آن (چنانکه مسأله اش در آخر کتاب الودیعة گذشت) اگر نزاع شد بین او و بین مالک در رد ودیعه (که امانت دار ادعای رد کرد و مالک ودیعه آن را منکر شد) هر چند امانت دار به حسب قواعد قضائی، مدعی محسوب است چون قولش مخالف اصل است (اصل عدم رد) و قاعدتاً بدون بینه نباید قولش پذیرفته شود، ولی در عین حال، فقها گفته اند که قولش پذیرفته می شود (با قسم خوردن) به دلیل قاعده احسان، زیرا امانت دار، ودیعه

را فقط به خاطر مصلحت مالک، گرفته است که برای اونگهداری نماید پس اوبه طور خالص، احسان کننده به مالک است و آیه قرآن می فرماید: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^۱.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو ادعی...** یعنی اگر مستعیر ادعا کند برگرداندن عاریه را (به مالک ولی مالک، آن را انکار نماید) مالک باید قسم بخورد (چون او منکر است و قولش موافق اصل می باشد) زیرا اصل، عدم رد می باشد (پس قول مالک، پذیرفته می شود نه مستعیر) و (این در حالی است که از طرف دیگر) مستعیر، مال عاریه را به خاطر مصلحت خودش گرفته است بدین جهت قبول نمی شود قول مستعیر در رد عاریه، بر خلاف امانت دار (که او ودیعه را به خاطر مصلحت مالک گرفته است لذا او از باب قاعده احسان، قولش در رد ودیعه پذیرفته می شود) **حلف المالك** نگارنده گوید: اینکه فقها در این مسأله برخلاف مسأله اول، به قاعده استیمان (قاعده امانت) عمل نکرده اند، جای تأمل است.

و معنی عدم قبول... توضیح: اینکه گفته شد قول مستعیر در رد عاریه پذیرفته نمی شود معنایش آن است که حاکم شرع از او مطالبه عاریه را خواهد نمود، و او اگر در واقع دروغگو بود و عین عاریه را آورد، حرفی در آن نیست، و اگر در واقع راستگو بود و عین را نتوانست بیاورد باید مثل یا قیمت آن را بدهد.

نه اینکه معنای پذیرفته نشدن قول مستعیر، این باشد که حتماً باید عین عاریه را بیاورد چه آوردن آن ممکن نباشد (اگر در واقع راستگو باشد) و چه آوردن آن ممکن باشد (اگر در واقع دروغگو باشد) به دلیل اینکه اگر معنای آن چنین باشد، چه بسا در واقع راستگو بوده باشد و او نتواند عین را بیاورد و در نتیجه همیشه در زندان بماند

چنانکه در مسأله قبلی گفته شد (البته امکان راستگویی او منافات با حکم به ضمان مثل یا قیمت او ظاهراً ندارد، زیرا امکان راستگویی او معنایش این نیست که واقعاً راستگوست پس برای اینکه جمع بین حقیقین شده باشد، حکم به بدل عین می‌کنیم یعنی ضمان مثل یا قیمت).

ترجمه و شرح عبارت: و معنی... یعنی معنای قبول نشدن قول مستعیر در رد عاریه، این است که حکم به ضمان بودن مستعیر می‌شود مثل یا قیمت عاریه را (مثل در مثلی، قیمت در قیمی) در صورتی که عین عاریه، ممکن نشود، نه اینکه (معنای قبول نشدن قول مستعیر این باشد که) حکم شود به خود عین، خواه عین متعذر باشد و خواه معتذر نباشد.

لما تقدم... (علت است برای - لا الحکم بالعین -) یعنی به خاطر آن دلیلی که در (مسأله اول یعنی) مسأله ادعای تلف عاریه گذشت (که عبارت بود از - لإمكان صدقه فلولم یقبل ... -).

(وللمستعير الاستغلال بالشجر) الذي غرسه في الأرض المعارة للغرس وإن استلزم التصرف في الأرض بغير الغرس، لقضاء العادة به.

كما يجوز له الدخول إليها لسقيه، وحرثه، وحراسته، وغيرها، وليس له الدخول لغير غرض يتعلق بالشجر كالتفرج.

(وللمستعير الإستغلال... توضیح: زمینی را که عاریه داده شده برای کاشتن درخت، مستعیر می‌تواند از سایه درختی که کاشته است بهره‌مند شود گرچه بهره‌مندی از آن لازمه‌اش آن است که از زمین عاریه‌ای استفاده غیر کاشتنی کرده باشد (در حالی که فرض آن است که زمین را فقط برای کاشتن عاریه داده است) ولی در عین حال، بهره‌مند شدن از سایه درخت، برای او جایز است.

و دلیل این حکم آن است که عرف و عادت، حاکم است به اینکه چنین استفاده‌ای می‌توان کرد، زیرا کسی که درخت می‌کارد، گاهی هم زیر سایه آن نشسته و استراحت می‌نماید، همانطوری که به خاطر کارهایی که مربوط به درخت می‌شود (از قبیل آبیاری کردن و شخم زدن و حفاظت و پاسداری از آن و کارهای دیگری که مربوط به درخت است) داخل زمین مزبور می‌تواند بشود با اینکه این کارها خارج از کاشتن درخت می‌باشند ولی لازمه درختکاری و مربوط به آن هستند.

اما اگر بخواهد داخل آن زمین شود نه برای کاری که مربوط به درخت می‌شود بلکه به خاطر گردش در آن داخل شود جایز نیست، چون فرض آن است که زمین را برای انتفاع معینی - که درختکاری باشد - عاریه داده است پس انتفاع دیگر از آن - مثل تفریح و گردش - نمی‌تواند ببرد.

ترجمه و شرح عبارت: و للمستعير... یعنی مستعیر می‌تواند استفاده کند از سایه درختی که کاشته است آن را در زمینی که عاریه داده شده برای کاشتن درخت، اگر

چه استفاده از سایه لازمه‌اش تصرف در زمین مزبور است بدون کاشتن (یعنی تصرفی است غیر کاشتنی در حالی که زمین را فقط برای کاشتن عاریه داده است).

لقضاء... (علت است برای جواز استظلال) یعنی چون عادت و عرف، حکم می‌کند به جواز استظلال، همانطوری که جایز است برای مستعیر، داخل شدن در زمین برای آبیاری درخت و شخم زدن آن و حفاظت از آن و غیر این کارها.

ولیس له یعنی جایز نیست برای مستعیر، داخل شدن (در زمین) برای جهتی که مربوط به درخت نمی‌شود مثل گردش کردن در آن.

(وکذا) يجوز (للمعير) الاستغلال بالشجر المذكور وإن كان ملكاً لغيره، لأنه جالس في ملكه كما لو جلس في غيره من أملاكه فاتفق له التظلل بشجر غيره، أو في المباح كذلك، وكذا يجوز له الانتفاع بكل ما لا يستلزم التصرف في الشجر.

(وکذا) يجوز للمعير... توضیح: همچنین معیر می‌تواند داخل زمین عاریه‌ای شده و از سایه درخت مستعیر بهره‌مند شود گرچه درخت مزبور، ملک او نیست و مالک، مستعیر می‌باشد ولی اشکالی در آن نیست، چون فرض آن است که معیر در زمین خود نشسته و تصرفی در درخت مستعیر نمی‌کند.

و این همانند آن است که معیر مثلاً در حیاط خانه خود نشسته باشد و اتفاقاً درخت خانه همسایه، سایه بر او افکنده باشد و او در حیاط از آن سایه بهره‌مند شود. و یا همانند آن است در زمینی که از مباحات عمومی است (که همه کس از آن زمین می‌تواند استفاده کند مثل کوچه و خیابان) نشسته باشد و اتفاقاً درخت یکی از خانه‌های مردم سایه بر آن مکانی که نشسته، انداخته باشد، استفاده از سایه مزبور اشکالی ندارد.

و همچنین معیر می‌تواند هرگونه بهره‌برداری از زمین عاریه‌ای کند به شرط اینکه مستلزم تصرف در درخت مستعیر نباشد.

ترجمه و شرح عبارت: و کذا... یعنی و همچنین برای معیر جایز است استفاده کردن از سایه درخت مزبور گرچه درخت، ملک دیگری است (یعنی مستعیر) لانه... (علت است برای حکم مزبور) یعنی زیرا معیر در ملک خودش (زمین) نشسته و تصرفی در درخت مزبور نمی‌کند) همانطوری که اگر معیر بنشیند در غیر آن ملک از ملک‌های دیگرش و اتفاق بیفتد برای او استفاده از سایه درخت شخص دیگر.

بشجر غیره کلمه «شجر» اضافه شده به - غیره - أوفی المباح... (عطف است بر - غیره من املاکه -) یعنی و یا مثل اینکه معیر بنشیند در ملک مباحی (که ملک

همگانی است مثل کوچه و خیابان) و اتفاق بیفتد برای او که از سایه درخت دیگران استفاده کند.

و کذا یجوز... یعنی و همچنین جایز است برای معیر، انتفاع بردن (از زمین خود) به هرگونه انتفاعی که مستلزم تصرف در درخت مستعیر نباشد.

(ولا يجوز) للمستعير (إعارة العين المستعارة إلا بأذن المالك)، لأن الإعارة إنما تناولت الإذن له خاصة. نعم يجوز له استيفاء المنفعة بنفسه، ووكيله، لكن لا يعد ذلك إعارة، لعود المنفعة إليه، لا إلى الوكيل.

(ولا يجوز) للمستعير... توضیح: مستعیر نمی تواند مال عاریه را به شخص دیگری عاریه بدهد مگر اینکه معیر آن را اذن داده باشد، زیرا معیر وقتی که مالی را به مستعیر عاریه داد، معنایش آن است که اجازه بهره برداری به خود مستعیر فقط داده است پس اگر مستعیر بخواهد آن را به دیگری عاریه بدهد، تجاوز از حدود اجازه ای خواهد بود که مالک به او داده است.

آری این مطلب را می توان گفت که مستعیر می تواند هم به دست خود از آن مال بهره مند شود و هم می تواند به دست دیگری - یعنی به توسط وکیلش - از آن بهره مند گردد (مثل اینکه مستعیر، کسی را وکیل کند که برای مستعیر در زمین عاریه ای درختکاری نماید) ولی این بهره برداری به توسط وکیل را عاریه دادن به شخص دیگر نمی گویند چون در این صورت هم، منفعت آن مال به خود مستعیر بر می گردد نه به وکیل.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا يجوز...** یعنی جایز نیست برای مستعیر اینکه عاریه دهد عین مالی را که عاریه نموده، مگر به اذن مالک یا اذن المالك ناگفته نماند در صورتی که مالک، آن را اجازه دهد، عقد عاریه جدیدی به نمایندگی از طرف مالک واقع می شود و عقد عاریه اول منفسخ می گردد، بنابراین، فوت مستعیر اول موجب انفساخ عقد دوم نمی شود، زیرا او دیگر سمتی نسبت به مال عاریه ندارد لأن... (علت است برای - لا يجوز-) یعنی زیرا عاریه دادن مالک همانا در بر گرفته است اجازه انتفاع برای مستعیر را فقط، آری (می توان چنین گفت که:) جایز است برای مستعیر اینکه از منفعت عین، بهره مند شود چه به دست خود مباشرة و چه به توسط

وکیل خود، ولی بهره‌مند شدن به توسط وکیل را، عاریه دادن به دیگری نگویند چون
منفعت به خود مستعیر برمی‌گردد نه به وکیل.

وحيث يعير يضمن العين والمنفعة، ويرجع المالك على من شاء منهما، فإن رجع على المستعير الأول لم يرجع على الثاني الجاهل، إلا أن تكون العارية مضمونة فيرجع عليه ببدل العين خاصة ولو كان عالماً استقر الضمان عليه كالغاصب.

وحيث يعير يضمن... توضیح: در صورتی که مستعیر بدون اجازه معیر، مال عاریه را به شخص دیگر عاریه بدهد، هم ضامن عین مال خواهد بود (که اگر تلف شد باید مثل یا قیمت آن را بدهد) و هم ضامن منفعت آن (یعنی اجرت آن در مدتی که در دست مستعیر دوم بوده را باید بدهد).

بنابراین: اگر در دست مستعیر دوم، ده روز بود سپس تلف شد، مالک حق دارد که هم اجرت ده روز را بگیرد و هم قیمت یا مثل آن را بگیرد.

و مالک، در گرفتن قیمت یا اجرت، مخیر است در اینکه به مستعیر اول رجوع کند یا به مستعیر دوم رجوع کند، حال اگر مالک، به مستعیر اول رجوع کرد و قیمت عین و اجرت آن را از او گرفت، آیا مستعیر اول می‌تواند به مستعیر دوم رجوع کند و آنچه را که مالک از او گرفته، او هم از مستعیر دوم بگیرد؟

می‌فرماید: مستعیر دوم از دو حال بیرون نیست: یا او جاهل به وضعیت مال بوده یعنی نمی‌دانسته که آن مال، ملک مستعیر اول نیست، و یا عالم به وضعیت مال بوده و آن را می‌دانسته.

در فرض اول، مستعیر اول، حق ندارد رجوع به مستعیر دوم کند و آنچه را که مالک از او گرفته، او هم از مستعیر دوم بگیرد (اما نسبت به اجرت، به دلیل اینکه مستعیر اول، خودش مستعیر دوم را مسلط بر آن نموده که مجاناً استفاده نماید، و به بیانی دیگر مستعیر دوم اقدام به عاریه کرده که مجاناً از منفعت آن استفاده کند و او گول خورده از مستعیر اول، و اما نسبت به قیمت عین: به دلیل اینکه کلاً مستعیر نسبت به عاریه، ضامن نیست در صورت تلف آن پس مستعیر دوم نسبت به آن در اینجا

ضامن نخواهد بود) مگر اینکه عاریه، عاریه‌ای باشد که در هر حال، ضامن آوراست - مثل طلا و نقره، و یا شرط ضامن با او شده باشد - در این صورت، مستعیر اول حق دارد رجوع کند به مستعیر دوم و فقط قیمت عین را از او بگیرد - که مالک از مستعیر اول گرفته - ولی اجرت منافی را که مالک گرفته، نمی‌تواند مستعیر اول از مستعیر دوم بگیرد (اما دلیل نسبت به قیمت عین: چون فرض آن است که عاریه مضمونه است و مستعیر در هر حال ضامن آن است و حکم در هر عاریه مضمونه چنین است که عاریه‌کننده، اقدام به عاریه می‌کند با توجه به اینکه ضامن آن می‌باشد، و اما دلیل نسبت به اجرت: به جهت اینکه خود مستعیر اول، مستعیر دوم را مسلط بر آن نموده که از آن مجاناً استفاده نماید پس چگونه می‌تواند اجرت آن را از او بگیرد).

و اما در فرض دوم - که مستعیر دوم عالم به وضعیت مال بوده باشد - مستعیر اول می‌تواند به مستعیر دوم رجوع کند و آنچه را که مالک از او گرفته، وی هم از مستعیر دوم بگیرد چون ضامن به گردن آن کسی خواهد بود که عین در دست او تلف شده، و در اینجا فرض آن است که عاریه در دست دومی تلف شده.

و مسأله در این فرض همانند مسأله غاصب خواهد بود که اگر مال غصبی در دست او تلف شد ضامن به گردن او استقرار دارد یعنی اگر مالک رجوع به او کرد، دیگر او به کسی نمی‌تواند رجوع کند، و در مورد بحث نیز چون مستعیر دوم، عالم به وضعیت مال عاریه بود و بدون اذن مالک آن را از مستعیر اول گرفته، حکم غاصب را پیدا می‌کند که وقتی در دست او تلف شد، ضامن به عهده اوست.

ترجمه و شرح عبارت: و حیث... یعنی هرگاه مستعیر، عاریه بدهد (بدون اذن مالک) ضامن عین (اگر تلف شود) و منفعت آن (در مدتی که در دست مستعیر دوم بوده) خواهد بود، و مالک می‌تواند به هر یک از مستعیر اول و دوم که بخواهد رجوع کند (و قیمت عین و اجرت منفعت را از او بگیرد) حال اگر مالک رجوع کرد بر مستعیر اول،

مستعیر اول نمی‌تواند به مستعیر دومی که جاهل (به حال عاریه) بوده رجوع کند (و آنچه مالک از او گرفته، او هم از مستعیر دوم بگیرد) مگر اینکه عاریه، عاریه ضمان آور باشد (مثل طلا و نقره) که در این فرض، مستعیر اول می‌تواند رجوع کند به مستعیر دومی که جاهل بوده، و فقط عوض عین را (مثل یا قیمت آن را) از او بگیرد (نه عوض منافع یعنی اجرة المثل). و اما اگر مستعیر دوم، عالم (به حال عاریه) بوده ضمان به گردن او استقرار می‌یابد (یعنی مستعیر اول می‌تواند رجوع به او کرده و آنچه را که مالک از او گرفته - چه قیمت عین و چه اجرت منافع - از او بگیرد) همانند غاصب.

وإن رجع على الثاني رجع على الأول بما لا يرجع عليه به لو رجع عليه، لغروره، ولو شرط سقوط الضمان في الذهب والفضة صح عملاً بالشرط.

وإن رجع على الثاني... توضیح: آنچه گفته شد همه اش حکم صورتی بود که مالک رجوع به مستعیر اول کند، و اما اگر مالک رجوع به مستعیر دوم کند آیا مستعیر دوم می تواند رجوع به مستعیر اول کند و آنچه را که مالک از او گرفته، او هم از مستعیر اول بگیرد؟

می فرماید: در هر جایی که اگر مالک رجوع به مستعیر اول می کرد، مستعیر اول، حق نداشت رجوع به مستعیر دوم کند (و آن در دو جا بود:

۱. جایی که مستعیر دوم، جاهل بوده و عاریه مضمونه هم نباشد، که در این مورد، مستعیر اول، حق نداشت نه قیمت عین و نه اجرت آن را از مستعیر دوم بگیرد.

۲. جایی که مستعیر دوم، جاهل بوده و عاریه مضمونه باشد، که در این مورد، مستعیر اول حق نداشت، اجرت عین را از مستعیر دوم بگیرد بلکه فقط قیمت عین را می توانست بگیرد).

حال در محل بحث هم در چنین موردها، مستعیر دوم می تواند رجوع به مستعیر اول کند و آن را بگیرد، بنابراین در فرضی که عاریه مضمونه نباشد، مستعیر دوم حق دارد رجوع به مستعیر اول کند، هم قیمت عین و هم اجرت آن را از او بگیرد که مالک از او گرفته است و در فرضی که عاریه مضمونه باشد - طلا و نقره - مستعیر دوم می تواند فقط اجرت عین را از مستعیر اول بگیرد نه قیمت عین را.

ترجمه و شرح عبارت: **وإن رجع... (عطف است بر- إن رجع على المستعير الاول-)** یعنی اگر مالک (ابتداءً) رجوع کرد بر مستعیر دوم، مستعیر دوم می تواند رجوع کند به مستعیر اول در هر چیزی که اولی نمی تواند به دومی رجوع کند در آن چیز اگر مالک به اولی رجوع کند لا يرجع ضمیر مقدر فاعلی بر می گردد به - الاول - علیه ضمیر

برمی‌گردد به - ثانی - به ضمیر برمی‌گردد به - ما - موصوله لورجع علیه این جمله قید است برای - لایرجع علیه - و ضمیر مقدر فاعلی در - رجع - برمی‌گردد به مالک علیه ضمیر برمی‌گردد به - الاول - .

لغزوه این کلمه دو احتمال در آن داده می‌شود:

۱. اینکه دلیل بر حکم باشد یعنی دلیل بر - رجع علی الاول - یعنی دلیل بر رجوع دومی به اولی این است که چون در فرض مسأله به خاطر جاهل بودن دومی، گول خورده است از اولی و آن را از او عاریه کرده به خیال اینکه از منافع آن مجاناً بهره‌مند گردد، پس وقتی که مالک رجوع کرد به او و از او غرامت گرفت، او هم طبق قاعده غرور «المغرور يرجع علی من غرّه» (کسی که گول خورده می‌تواند رجوع کند به آن کسی که او را گول زده است) رجوع می‌کند به مستعیر اول و غرامتی را که به مالک پرداخته، از او می‌گیرد.

۲. احتمال دارد علت برای - لایرجع علیه به لورجع علیه - باشد یعنی آن جاهایی که اولی حق ندارد رجوع به دومی کند به خاطر گول خوردن دومی و آن در صورت جهل دومی است.

به نظر نگارنده، احتمال اول، قوی‌تر است هر چند مفاد هر دو احتمال در حقیقت به یک معنی برمی‌گردد.

ولو شرط سقوط الضمان... توضیح: سابقاً دانسته شد که اگر عاریه، طلا و نقره بود، مستعیر ضامن آن می‌باشد (در صورت تلف یا نقصان آن).

اکنون مسأله در این است که اگر در ضمن عقد عاریه طلا و نقره، شرط شود که مستعیر ضامن تلف و نقصان آن (البته در غیر مورد تعدی و تفریط) نباشد، چنین شرطی صحیح می‌باشد و به موجب آن، ضامن ساقط می‌گردد، زیرا ضامن، مقتضای ذات عقد عاریه طلا و نقره نیست تا شرط خلاف آن، شرط خلاف مقتضای

ذات عقد عاریه باشد و در نتیجه شرط باطل باشد، پس وقتی که شرط صحیح شد، داخل در عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» خواهد شد و به مقتضای آن حدیث، عمل به شرط مزبور باید شود و در نتیجه، ضمان ساقط می‌گردد.

(ولو شرط سقوطه مع التعدي أو التفريط احتمال الجواز) لانه في قوة الاذن له في الاتلاف فلا يستعقب الضمان (كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر). ويحتمل عدم صحة الشرط، لانهما من أسباب الضمان فلا يعقل إسقاطه قبل وقوعه، لأنه كالبراءة مما لم يجب، والأول أقوى.

(ولو شرط سقوطه... توضیح: سابقاً دانسته شد که اگر عاریه در صورت تعدی یا تفريط مستعیر، تلف گردید ضامن است.

حال اگر در همین صورت، مستعیر در ضمن عقد عاریه، شرط کند که ضامن نباشد آیا چنین شرطی صحیح است یا نه؟
دو احتمال در آن می باشد:

۱. اینکه شرط مزبور صحیح است و ضمان ساقط می گردد، زیرا این شرط به منزله آن است که معیر اجازده دهد به مستعیر که مال او را اتلاف نماید، که در این صورت اتلاف مال موجب ضمان مستعیر نخواهد بود مثل اینکه امر کند که متاع او را در دریا اندازد که گفته اند موجب ضمان برای اندازنده متاع در دریا نخواهد بود.

۲. اینکه شرط مزبور صحیح نیست، زیرا تعدی و تفريط از اسباب ضمان می باشند و معقول نیست که قبل از وقوع سبب ضمان، ضمان را اسقاط نمود، زیرا اسقاط مزبور نظیر ابراء مالم يجب است یعنی نظیر آن است که انسان، دینی را که هنوز به ذمه طرف ثابت نشده است، آن را اسقاط نماید که گفته اند چنین ابرائی باطل است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو شرط...** یعنی اگر شرط کند سقوط ضمان (از ذمه مستعیر) در صورت تعدی یا تفريط را، احتمال دارد این شرط، جایز (و صحیح) باشد زیرا این شرط به منزله اجازه دادن معیر است به مستعیر در اتلاف مال، که در نتیجه

ضمانی را در پی نخواهد داشت، نظیر آنکه امر کند به او اینکه متاع او را در دریا بیندازد.

و احتمال دارد صحیح نباشد شرط مزبور، زیرا تعدی و تفریط از اسباب ضمان می باشند پس معقول نیست اسقاط ضمان قبل از وقوع سبب ضمان، زیرا اسقاط مزبور همانند بری کردن ذمه است از دینی که هنوز به ذمه ثابت نشده است.

لم یجب یعنی لم یثبت (وجوب در لغت به معنای ثبوت است) و الأول أقوى این نظر شارح است که احتمال اول را اختیار می نماید (زیرا بودن شرط مزبور همانند اذن در اتلاف، روشنتر است از اینکه همانند ابراء مالم یجب باشد).

(ولو قال الراكب: أعرتنيها، وقال المالك: أجرتكها حلف الراكب)، لاتفاقهما على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير، وإنما يختلفان في الأجرة، والأصل براءة ذمته منها.

(وقيل): يحلف (المالك)، لأن المنافع أموال كالأعيان فهي بالأصالة لمالك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل، وأصالة براءة ذمته إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك، لا من مطلق الحق بعد استيفائه منفعة ملك غيره. (وهو أقوى) ولكن لا يقبل قوله فيما يدعيه من الأجرة، لأنه فيما مدع، كما أن الراكب بالنسبة إلى العارية مدع، بل يحلف على نفي العارية، (ويثبت له أجرة المثل)، لثبوت أن الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرع منه.

(ولو قال الراكب: أعرتنيها... توضيح: اگر راکب یعنی کسی که سوار بر حیوان است، بعد از مدتی که از حیوان استفاده کرده، با مالک آن حیوان نزاع کنند به این صورت که: راکب می گوید این حیوان را به من عاریه دادی که از منافع آن مجاناً استفاده کنم، ولی مالک می گوید آن را به تو اجاره داده‌ام که از منافع آن در مقابل فلان مقدار اجرت، استفاده کنی، آیا قول راکب مقدم است یا قول مالک؟ دو قول در آن می باشد:

۱. قول مشهور آن است که قول راکب با قسم خوردنش مقدم است، و دلیل آن این است که هر دو در این جهت توافق دارند که استفاده راکب از منافع حیوان در آن حالی بوده که راکب، مالک منافع بوده (به جهت اینکه مالک حیوان می گوید: تو منافع حیوان را با اجاره کردن، مالک شده ای، ولی راکب می گوید من با استفاده از منافع به توسط عاریه، مالک منافع شده‌ام پس طبق ادعای هر دو طرف، تصرف راکب در حیوان، تصرف شرعی بوده) منتها نزاعشان در اجرت آن منافع است که مالک ادعا می کند در مقابل استفاده از آن منافع باید به من اجرت بدهی ولی راکب، منکر اجرت است، و مقتضای اصل برائت آن است که ذمه راکب، بدهکار به اجرت نیست.

پس چون قول راکب موافق با اصل است، منکر محسوب شده و وظیفه اش قسم خوردن است ولی قول مالک مخالف با اصل است، مدعی محسوب شده و باید بینه بیاورد (طبق قاعده قضائی: «البینه علی المدعی والیمین علی المنکر») و چون در چنین موردی معمولاً آوردن بینه مشکل است لذا منکر با قسم خوردنش، قولش مقدم می‌گردد.

۲. قول دیگران است که مالک با قسم خوردنش، قولش مقدم می‌شود (البته قولش پذیرفته می‌شود در اینکه عاریه نبوده اما اینکه اجاره بوده ثابت نمی‌شود) و در نتیجه اجرت المثل به ذمه راکب تعلق می‌گیرد در مقابل منافی که استفاده کرده.

دلیل این قول آن است که: خود حیوان، مال مالک است، منافع آن هم تابع حیوان بوده و اصالتاً مال مالک خواهد بود، پس اینکه راکب ادعا می‌کند که منافع را بدون اجرت، مالک است، ادعای وی برخلاف اصل می‌باشد، چون اصل آن است که منافی که مال مالک است، مجاناً از او انتقال به راکب نیافته است.

واینکه در قول اول (قول مشهور) استدلال شد به اصل براءت از اجرت، جوابش آن است که اصل براءت نسبت به خصوص اجرتی که مالک ادعا می‌نماید، درست است (یعنی اصل براءت اقتضا می‌کند که ذمه راکب نسبت به آن اجرتی که مالک ادعا می‌کند بدهکار نمی‌باشد و بر ذمه او ثابت نیست) یعنی نمی‌توان گفت که اصل آن است که در مورد بحث هیچ حقی و اجرتی بر ذمه راکب ثابت نیست چون وقتی که دانسته شد منافع حیوان بااصالة مال مالک حیوان است و راکب، منافع آنچنانی را استفاده کرده است، اصل آن است که منافع مزبور مجاناً از ملک مالک، انتقال به راکب نیافته است (یعنی استصحاب بقاء منافع بر ملکیت مالک می‌کنیم تا وقتی که دلیل بر عدم آن قائم شود و فرض آن است که دلیل برخلاف آن ثابت نشده).

پس با این بیان معلوم گردید که راکب در قول به عاریه، مدعی محسوب است و مالک چون قولش موافق اصل است منکر محسوب می‌باشد و منکر هم وظیفه‌اش قسم خوردن است که در اینجا مالک، قسم می‌خورد بر عدم عاریه و با قسم مزبور، به گردن راکب، عوض آن منافع ثابت می‌گردد و آن اجرة المثل خواهد بود نه اجرتی که مالک ادعای آن را می‌کند. زیرا با قسم بر عدم عاریه، اجاره ثابت نمی‌شود به جهت اینکه مالک در قول به اجاره، مدعی می‌باشد (چون همانطوری که در بالا دانسته شد اصل برائت اقتضا می‌کند که ذمه راکب از خصوص آن اجرتی که مالک ادعا می‌نماید بری است، و قول مالک برخلاف این اصل بوده لذا مدعی محسوب می‌شود) و مدعی باید بینه بیاورد (همانطوری که راکب نسبت به عاریه، مدعی محسوب است) و چون بینه بر اثبات اجاره ندارد لذا بر حسب وظیفه‌اش قسم بر نفی عاریه می‌خورد و با این قسم، ادعای راکب در مجانی بودن منافع حیوان، ساقط می‌گردد و در نتیجه ثابت می‌شود که راکب از حیوان استفاده کرده بدون آنکه مالک آن را مجانی داده باشد پس عوض این منافع را باید پردازد که اجرة المثل می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو قال...** یعنی اگر (نزاع شد بین شخصی که سواره است با مالک حیوان به این صورت که: شخص سواره بگوید: دابه (حیوان) را به من عاریه دادی، ولی مالک بگوید: دابه را به تو اجاره داده‌ام، باید آن سوار، قسم بخورد (و قولش مقدم می‌شود) چون هر دو توافق دارند بر اینکه تلف شدن منافع (و بهره‌مند شدن از آنها) در حالتی واقع شده که در ملک مستعیر (یعنی راکب) بوده، و همانا اختلاف آنها در اجرت آن منافع است (که مالک می‌گوید در مقابل آن باید اجرت بدهی ولی راکب می‌گوید اجرت نباید بدهم) و اصل آن است که ذمه راکب از اجرت، بری می‌باشد (پس قول راکب چون موافق این اصل است لذا منکر محسوب شده و باید قسم بخورد

اما مالک قولش مخالف آن است لذا مدعی محسوب شده و باید طبق قاعده قضائی، بینه بیاورد).

و قیل ... یعنی بعضی گفته اند که مالک باید قسم بخورد (و قولش مقدم می شود) زیرا منافع، مال می باشند همانند عین، پس منافع بالاصالة مال مالک عین می باشد. پس اینکه راکب ادعا می کند که منافع را بدون عوض، مالک شده است، برخلاف اصل مزبور می باشد و أصالة... (که این جواب است از اصل برائتی که در دلیل قول اول ذکر شد) یعنی اصل برائت ذمه راکب همانا نسبت به خصوص آن اجرتی را که مالک ادعا می کند درست می باشد، نه نسبت به مطلق حق (واجرتی) که به گردن او ثابت می گردد بعد از آنی که (می دانیم) راکب بهره مند شده از منفعت ملک شخص دیگر (یعنی مالک).

و هو اقوی یعنی قول دوم اقوی است (در نظر مصنف) ولی (با قسم خوردن او که قسم بر نفی عاریه باید بخورد) قبول نمی شود قول او در آنچه که ادعا می کند از اجرت، زیرا مالک در مورد اجرت مزبور، مدعی محسوب است (که اثبات آن نیاز به بینه دارد، چون همانطوری که در بالا دانسته شد اصل، اقتضا می کند برائت ذمه راکب را از آن اجرت، و ادعای مالک مخالف آن اصل می باشد لذا او مدعی محسوب است و وظیفه مدعی، اقامه بینه است نه قسم خوردن، پس با قسم او قول وی در مورد اجاره ثابت نمی گردد) همانطوری که راکب نسبت به عاریه، مدعی است (که اثبات آن نیاز به بینه دارد).

بل یحلف... (عطف است بر - لایقبل -) یعنی بلکه مالک، قسم می خورد بر نفی عاریه و برای او اجرة المثل ثابت می شود، چون (با قسم مزبور) ثابت می شود که راکب تصرف کرده در ملک شخص دیگر (یعنی مالک حیوان) بدون آنکه آن شخص، مجانی داده باشد منته ضمیر بر می گردد به - غیره -.

(إلّا أن تزيد) أجره المثل (على ما ادعاه) المالك (من المسمى) فيثبت المسمى، لاعترافه بعدم استحقاقه سواه.

ويشكل بأن المالك يدعي الزائد من الأجرة على تقدير زيادة ما يدعيه عن أجره المثل، والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه، وحلفه على نفي الإعارة لم يدل على نفي الإجارة، كما لم يدل على إثباتها، وإثبات أقل الأمرين باليمين مسلم، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره لا يندفع إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة، أو نكوله فيحلف المالك عليها، ويأخذ الزيادة.

فالأقوى حينئذ أنهما يتحالفان، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فيحلف المالك على نفي الإعارة، والراكب على نفي الإجارة ويثبت أقل الأمرين، لانتفاء الزائد من المسمى بيمين المستعير، والزائد عن أجره المثل باعتراف المالك. وهذا هو الذي اختاره المصنف في بعض تحقیقاته.

هذا إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة لها أجره عادة، أو ما يدعي كونها مدة الإجارة، أما قبله فالقول قول الراكب في نفي الإجارة، وتسترد العين.

(إلّا أن تزيد)... توضیح: دانسته شد که با قسم خوردن مالک، اجرة المثل برای او ثابت می شود (نه آن اجرتی که او ادعا می نماید یعنی اجرة المسمى).

اکنون می فرماید: حکم مزبور در صورتی است که اجرة المسمى بیشتر از اجرة المثل باشد و اما اگر برعکس باشد یعنی اجرة المثل بیشتر از اجرة المسمى باشد، در این صورت با قسم خوردن او همان اجرة المسمى ثابت می شود، چون خود مالک اعتراف می کند که من غیر از اجرة المسمى، چیزی استحقاق ندارم.

و خلاصه فرمایش مصنف این می شود که با قسم خوردن مالک، اقل الامرین از اجرة المثل و اجرة المسمى ثابت می شود برای او یعنی هر کدام از آن دو که کمتر بود، آن را باید به او داد، زیرا اگر اجرة المسمى اقل بود، خودش اعتراف دارد که بیش از آن

مقدار استحقاقی ندارم، و اگر اجرة المثل، اقل بود، چون به واسطه قسم خوردن مالک، اجاره ثابت نشد بلکه ثابت شد که راکب، تصرف در مال او کرده بدون آن که مالک آن را به او مجانی داده باشد و این لازمه اش ثبوت اجرة المثل است چنانکه سابقاً دانسته شد.

اشکال شارح بر مصنف

شارح در صورتی که اجرة المسمى بیشتر از اجرة المثل بود، اشکال کرده و می فرماید: برای ثبوت اجرة المثل و سقوط اجرة المسمى، تنها قسم مالک کافی نیست بلکه باید راکب نیز قسم بخورد.

بیان اشکال اینکه: در صورت مزبور، مالک، مقدار زیادتر از اجرة المثل را ادعا می کند (چون ادعای اجاره می نماید به فلان مقدار اجرة المسمى) و راکب به واسطه انکار اصل اجاره، اصل اجرت را نفی کرده که در نتیجه، آن مقدار زیادتر از اجرة المثل را نفی می نماید، حال گوئیم برای نفی این مقدار زیادی (که فقط اجرة المثل به مالک داده شود نه بیشتر از آن) باید دلیل شرعی اقامه نمود.

اگر گوئید دلیل شرعی بر آن همان قَسَم مالک بر نفی عاریه است، گوئیم این قَسَم نمی تواند دلیل بر آن باشد، چون قسمی که مالک بر نفی عاریه می خورد، درست است که اثبات اجاره نمی کند (تا اجرة المسمى ثابت شود) ولی نفی اجاره هم نمی کند (تا اجرة المسمى نفی گردد) پس ادعای اجاره به حال خود باقی است و چون مالک برای اثبات اجاره، بینه ای ندارد، ما طبق اصلی که سابقاً گذشت - که منافع مال صاحب عین است - با قسم خوردن مالک، به گردن راکب، اجرة المثل را ثابت نمودیم که در مقابل منافی که از عین برده، به مالک بپردازد، پس این مقدار اجرت، قطعی است و شکی در آن نیست منتها بحث در بیشتر از آن است (که مالک به

واسطه ادعای اجاره، اجرة المسمى را ادعا می‌کند که فرضاً بیشتر از اجرة المثل می‌باشد) که این بیشتر را به چه دلیلی می‌توان نفی نمود، چون هنوز نزاع در آن به حال خود باقی است، گوئیم دلیل شرعی برای نفی آن زیادی این است که راکب قسم بخورد بر نفی اجاره تا اجاره نفی گردد (و در نتیجه بیشتر از اجرة المثل هم ساقط می‌شود) و اگر او کوتاهی نمود از قسم خوردن، مالک می‌تواند قسم بخورد بر ثبوت اجاره، و آن مقدار زیادی را هم بگیرد (که در نتیجه مالک، دو قسم می‌خورد، یکی بر نفی عاریه، و دیگری بر اثبات اجاره).

و در آخر، شارح نتیجه می‌گیرد که برای ثبوت اقل الامرین از اجرة المثل و اجرة المسمى، باید هر دو طرف قسم بخورند (نه فقط مالک) البته ناگفته نماند که قسم خوردن دو طرف را، هم در فرض زیادتر بودن اجرة المثل می‌گوید و هم در فرض زیادتر بودن اجرة المسمى.

و دلیل بر قسم خوردن هر دو این است که هر یک از آنها مدعی و منکر می‌باشند، چون مالک ادعای اجاره می‌کند و منکر عاریه است، و راکب ادعای عاریه می‌کند و منکر اجاره است، پس هر کدام از آنها به خاطر منکر بودنشان، وظیفه دارند که قسم بخورند. پس مالک قسم می‌خورد بر نفی ادعای راکب (یعنی عاریه) و راکب قسم می‌خورد بر نفی ادعای مالک (یعنی اجاره) و در نتیجه اقل الامرین از اجرة المثل و اجرة المسمى ثابت می‌شود چون در صورت بیشتر بودن اجرة المسمى از اجرة المثل، وقتی که راکب قسم خورد، زیادی اجرة المسمى ساقط می‌گردد و در نتیجه اجرة المثل ثابت می‌شود.

و در صورت بیشتر بودن اجرة المثل از اجرة المسمى، اعتراف خود مالک، ساقط می‌کند زیادی اجرة المثل را، چون مالک اعتراف دارد که من بیش از اجرة المسمى، چیزی را استحقاق ندارم.

ترجمه و شرح عبارت: **إلّا أن تزيد...** یعنی مگر اینکه اجرة المثل بیشتر از آنچه که مالک ادعا می کند - یعنی اجرة المسمى - باشد که در این صورت (دیگر اجرة المثل ثابت نمی شود بلکه) اجرة المسمى ثابت می گردد چون مالک اعتراف دارد به اینکه استحقاق ندارد غیر اجرة المسمى را من المسمى بیان می کند - ما - موصوله را لإعترافه ضمیر بر می گردد به مالک و **يشکل...** یعنی حکمی که مصنف فرمود (که اجرة المثل ثابت می شود و اجرة المسمى ساقط می گردد به قسم خوردن مالک فقط) مشکل می شود به اینکه مالک ادعا می کند مقدار زیاد از اجرة المسمى را بر فرضی که آنچه که مالک ادعا می نماید (اجرة المسمى) بیشتر از اجرة المثل بوده باشد، ولی راکب آن زیاد را نفی می کند (چون اصل اجاره را انکار می نماید) پس باید یک وجه شرعی باشد که اقتضا کند نفی آن زیاد را و (تنها قسم خوردن مالک بر نفی عاریه، وجه شرعی بر نفی آن زیاد نمی تواند باشد چون) قسم خوردن مالک بر نفی عاریه، دلالت بر نفی اجاره نمی کند (تا اجرة المسمى هم نفی شود و در نتیجه آن زیاد برای او ثابت نگردد) همانطوری که قسم مزبور دلالت بر اثبات اجاره نیز نمی کند، و اما اینکه اقل الامرین (از اجرة المثل و اجرة المسمى) ثابت گردد به واسطه آن قسم، امری است قطعی و حرفی در آن نیست منتها نزاع (بین مالک و راکب) در مقدار بیشتر (از اجرة المثل) در فرضی که آن مقدار بیشتر، بوده باشد (یعنی در فرضی که اجرة المسمى بیشتر از اجرة المثل باشد، این مقدار زیادی:؛) ساقط نمی گردد مگر به قسم خوردن راکب بر نفی اجاره، و یا اینکه راکب کوتاهی کند از قسم خوردن که در این صورت (که کوتاهی کرد از قسم) مالک، قسم بر اجاره می خورد و آن مقدار زیادی را می گیرد (یعنی اجرة المسمى را می گیرد).

بنابراین (اشکال) اقوی در نزد ما (شارح) آن است که راکب و مالک، هر دو باید قسم بخورند (تا اقل الامرین از اجرة المثل و اجرة المسمى) ثابت گردد، زیرا هر کدام از آنها، هم

مدعی هستند و هم مدعی علیه (یعنی منکر) پس مالک، قسم می خورد بر نفی عاریه، و راکب قسم می خورد بر نفی اجاره و (در نتیجه) ثابت می شود اقل الامرین (از اجرة المثل و اجرة المسمی) زیرا (در صورت زیادی اجرة المسمی از اجرة المثل) آن مقدار زیادی از اجرة المسمی، به واسطه قسم خوردن مستعیر (یعنی راکب) ساقط می گردد، و (در صورت زیادی اجرة المثل از اجرة المسمی) آن مقدار زیادی از اجرة المثل به واسطه اعتراف خود مالک، منتفی است (چون خود او اعتراف دارد که بیش از اجرة المسمی استحقاق ندارد و فرض هم آن است که اجرة المسمی کمتر از اجرة المثل است).

یتحالفان در اینجا تذکر دو نکته لازم است:

۱. اینکه قاعده «مدعی و منکر» در جایی است که دو طرف در نزاعشان، بر یک امری توافق داشته باشند ولی در زاید بر آن امر، نزاع داشته باشند که یکی از طرفین، مدعی آن زاید باشد و دیگری منکر آن باشد، در این صورت وظیفه مدعی، بینه است و وظیفه منکر، قسم است. و در مورد بحث چنین نیست.

و اما قاعده «تحالف» در جایی است که دو طرف در نزاعشان، توافق بر امری ندارند و هر کدام، مدعی چیزی است که دیگری آن را انکار می کند و در نتیجه هر کدام از آنها، هم مدعی و هم منکر می باشند، در این صورت وظیفه هر دو طرف، قسم خوردن است.

و در مورد بحث نیز چنین است، چون راکب ادعا می کند عاریه را که مالک، منکر آن است و مالک هم ادعا می کند اجاره را که راکب، منکر آن است.

۲. اینکه از آخر کلام شارح که می فرماید: «والزاید من اجرة المثل باعتراف المالك» استفاده می شود که ایشان تحالف را، هم در فرض زیادی اجرة المسمی از اجرة المثل، لازم می داند و هم در فرض عکس آن یعنی زیادی اجرة المثل از اجرة المسمی.

نگارنده گوید: در فرض اول، اثبات تحالف طبق همان اشکالی که شارح بیان نمود درست است.

و اما در فرض دوم درست نیست، چون وقتی مالک، قسم خورد بر نفی عاریه، ثابت می شود که راکب، تصرف در مال کرده بدون اینکه مالک، آن را مجانی در اختیار او قرار داده باشد، بنابراین قسم خوردن راکب، بر نفی اجاره، که در نتیجه اجرة المثل (که در فرض مثال بیشتر از اجرة المسمی است) به گردن او ثابت گردد فایده ای ندارد، زیرا مالک، اعتراف دارد که بیشتر از اجرة المسمی استحقاق ندارد. چنانکه واضح است **والزاید من اجرة المثل عطف است بر- الزائد من المسمی** - پس تقدیر عبارت چنین می شود: «وانتفاء الزاید من اجرة المثل». و هذا... یعنی تحالف را مصنف در بعضی تحقیقات خود اختیار نموده است.

هذا إذا وقع الإختلاف... توضیح: تمام این احکامی که از اول مسأله تا به اینجا ذکر شد، در جایی است که نزاع مالک با راکب بعد از گذشتن مدتی باشد که معمولاً مردم در مقابل چنین مدتی، اجرت می دهند (مثلاً حیوان یک ماه در دست راکب بود و بعد از گذشتن آن یک ماه، بین او و مالک نزاع شود).

و یا در جایی که نزاع آنها بعد از گذشتن مدتی باشد که مالک، ادعا می کند مدت مزبور، مدت اجاره بوده (یعنی مالک ادعا می کند که حیوان را به مدت یک ماهه به تو اجاره داده بودم که الان آن یک ماه، تمام شده است).

و اما اگر نزاعشان قبل از گذشتن چنین مدتی باشد (که هنوز راکب، هیچ استفاده ای از حیوان نبرده باشد) قول راکب، مقدم است و با قسم خوردن او بر نفی اجاره، ادعای اجاره مالک، ساقط می شود و در نتیجه مالک، حیوان را پس می گیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **هذا... یعنی احکام مزبور در صورتی است که نزاع، بعد از گذشتن مدتی باشد که برای آن مدت بر حسب عرف و عادت، اجرت می باشد أو**

مایدعی... (عطف است بر- مدة- وضمیر فاعلی در «یدعی» برمی‌گردد به مالک) و مقصود از- ما- ی موصوله نیز، مدت می‌باشد یعنی و یا بعد از گذشتن مدتی باشد که مالک ادعا می‌کند که آن مدت، مدت اجاره است کونها ضمیر به- ما- برمی‌گردد و تأنیث آن به اعتبار معنای- ما- می‌باشد یعنی مدة أما قبله یعنی اما اگر اختلاف قبل از انقضای مدت باشد، پس در این صورت، قول راکب مقدم است (با قسم خوردنش) در نفی اجاره و (بعد از قسم خوردنش) عین مال (یعنی حیوان) برگردانده می‌شود (به مالک).

كِتَابُ الْبُرْجَةِ

کتاب المزارعة

(کتاب المزارعة وهي) لغة مفاعلة من الزرع، وهي تقتضي وقوعه منهما معا، لكنها في الشرع صارت (معاملة على الأرض بحصة من حاصلها إلى أجل معلوم) ونسب الفعل إليهما بفعل أحدهما مع طلب الآخر فكأنه لذلك فاعل كالمضاربة.

تعريف مزارعه

(و) هي لغة... توضيح: «مزارعه» شركتی است شبیه مضاربه یعنی هر دو نوع، شرکت کار و سرمایه است با این تفاوت که مضاربه، شرکت کار و سرمایه برای کسب و تجارت است ولی مزارعه، شرکت کار و سرمایه برای کشاورزی است. به این معنی که: صاحب زمین با شخصی دیگر، قرارداد کشاورزی منعقد می‌کند که زمین را برای مدت معینی در اختیار آن شخص قرار بدهد تا او در آن کشاورزی نماید و در مقابل زحمتی که کشیده، حصه معینی (مثل یک سوم یا یک چهارم) از محصول کشاورزی را برای خود بردارد و باقی را به مالک بدهد.

مزارعه از نظر معنای لغوی

مزارعه در لغت به صیغه مصدر از باب مفاعله از ماده «زرع» گرفته شده و معنای آن کشت کردن دونفر با یکدیگر است. چون در علم تصریف گفته اند: اصل در معنای باب مفاعله آن است که میان دونفر باشد یعنی تحقق معنای آن صیغه بستگی به دوطرف دارد (و به تعبیر دیگر هیئت صیغه مفاعله برای صدور ماده از دونفر، وضع گردیده است) بنابراین، تحقق معنای مزارعه از نظر لغوی بستگی دارد به اینکه زراعت از هر دو طرف (مالک و زارع) واقع شود.

ولی در شرع مقدس - همانطوری که در بالا گفتیم - عبارت است از قراردادی که به موجب آن یکی از طرفین، زمینی را برای مدت معینی در اختیار دیگری قرار می‌دهد که آن را زراعت کرده و محصول آن را به نسبت معین تقسیم کنند. بنابراین، زراعت از یک طرف واقع می‌شود (یعنی زارع فقط) پس باید بینیم که معنای مفاعله در معنای شرعی چگونه تحقق می‌یابد و باید برای آن توجیهی ذکر نمود.

شارح در توجیه آن می‌فرماید: دوطرفی بودن مزارعه به این اعتبار است که زراعت زارع در زمین همانا به درخواست و تقاضای مالک زمین می‌باشد و او سبب حرکت زارع برای زراعت شده است پس گویا مالک با این تقاضا، انجام دهنده زراعت محسوب می‌شود و در نتیجه گویا زراعت به سبب هر دو حاصل می‌شود (مالک، سبب بعید برای زراعت شده، و عامل سبب قوی و قریب برای زراعت شده یعنی مباشر زراعت) و با این بیان، معنای مفاعله محقق می‌گردد.

چنانکه نظیر این توجیه در مضاربه نیز گفته شد.

ترجمه و شرح عبارت: و هی... یعنی مزارعه در لغت (به صیغه) مفاعله از ماده «زرع» می‌باشد و صیغه مفاعله اقتضا می‌کند که کشت از هر دو طرف (مالک و زارع) با

هم واقع شود (پس مزارعه در لغت به معنای کشت کردن دونفر با یکدیگر می باشد) ولی در شرع مقدس عبارت است از معامله بر زمین (به اینکه مالک، زمین را در اختیار زارع قرار دهد که او در آن کشاورزی کند) در مقابل حصه‌ای (معین) از محصول آن زمین، تا مدت معینی.

بخصوصاً - بآء - برای معاوضه و مقابله است، و مقصود از حصه، حصه عامل است نه حصه مالک، پس باید تعیین حصه مشاع (مثل ثلث و ربع و خمس) برای عامل کنند نه برای صاحب زمین، زیرا عامل است که در مقابل و عوض عمل خود، مستحق حصه‌ای از محصول می شود فلذا صحیح است که - بآء - مقابله بر سر حصه آن درآید. البته وقتی حصه عامل معین شد، حصه مالک نیز معین می شود قهراً ولی سخن در این است که مدخول - بآء - مقابله نمی تواند باشد. آنچه گفتیم فرمایش ملا علی قزوینی در «صیغ العقود» می باشد ولی از عبارت میرزای قمی در کتاب «جامع الشتات»^۱ استفاده می شود که مقصود از حصه، حصه مالک است، زیرا ایشان فرموده: «و عبارتی که در عقد بگویند: «زارعتک هذه الأرض فی هذه المدة بهذه الحصة المعینة من حاصلها» است، و به فارسی هم می توان گفت که «به مزارعه دادم این زمین را به تو در مدت شش ماه - مثلاً - که ثلث حاصل آن از من باشد» - تمام شد عبارت «جامع الشتات» -.

پس چنانکه ملاحظه می فرمائید مرحوم میرزا قمی «حصه معینه» را ترجمه کرده به «ثلث حاصل از من باشد» و می توان آن را توجیه کرد به طوری که - بآء - مقابله در آن درست درآید و آن اینکه بگوئیم حصه مالک در مقابل انتفاع زارع است از زمین چنانکه این معنی را می توان استفاده کرد از عبارتی که شارح بعداً در ذیل عبارت

^۱ جامع الشتات، ج ۳ (طبع جدید)، ص ۳۶۵.

مصنّف «بنسبة ماسلف» دارد که می‌فرماید: «لانتفاعه بارض الغیر بعوض...» تأمل کنید که مطلب روشن شود.

إلی أجل معلوم تعیین مدت باید طوری باشد که احتمال زیادی و کمی نداشته باشد، مثل سال و یک ماه و دو ماه، نه مثل رسیدن زراعت یا آمدن باران و مانند آن. و نسب... یعنی و (بنابر معنای شرعی مزارعه) نسبت داده شده فعل زراعت به هر دو طرف (و از باب مفاعله آمده است با اینکه زراعت به توسط یک نفر فقط می‌باشد، جهتش این است که می‌فرماید:) به سبب اینکه زراعت از طرف یکی از آنهاست با تقاضای طرف دیگر پس گویا آن دیگری به خاطر تقاضایش، خود نیز انجام دهنده زراعت است (و با این بیان، زراعت از دو طرف تحقق می‌یابد: یکی بالمباشرة، و دیگری بالسبب) چنانکه مضاربه نیز چنین است (چنانکه در کتاب المضاربة گذشت).

وخرج بالمعاملة على الأرض المساقاة، فإنها بالذات على الأصول، وبالحصّة إجارة الأرض للزراعة أو الأعم، إذ لا تصح بحصّة من الحاصل. وقيد الأجل لبيان الواقع أو تخصيص للصحيحة، أو استطراد لبعض الشرائط التي يحصل بها الكشف عن الماهية، وإن لم يكن ذكرها من وظائف التعريف.

وخرج... توضیح: در تعریف مزارعه، کلمه «معامله» به منزله جنس است که شامل می شود مساقاة و اجاره را نیز، و قید «على الارض» به منزله فصل است که خارج می کند مساقاة را چون مساقاة - چنانکه بعداً خواهد آمد - معامله بر درختان است یعنی قراردادی است میان صاحب باغ و باغبان که درختان را پیورود تا میوه آورد و در مقابل زحمتش، حصه معینی از میوه، مال او باشد.

و به قید «بحصّة» به منزله فصل دوم است که خارج می کند اجاره دادن زمین را (جهت زراعت کردن یا کارهای دیگر) چون اجاره باید در مقابل اجرت معلوم باشد (یعنی اگر اجرت از اشیاء موزون بود باید وزنش معلوم باشد، و اگر از اشیاء مکیل بود باید پیمانهاش معلوم باشد و اگر از اشیاء معدود بود باید شماره اش معلوم باشد) و حصه مشاع از محصول زمین نمی تواند اجرت قرار گیرد، زیرا مقدارش معلوم نیست (چون مثلاً نصف محصول یا ثلث آن، معلوم نیست که مقدارش چقدر می شود به جهت اینکه تمام محصول مقدارش معلوم نیست).

ترجمه و شرح عبارت: و خرج... یعنی خارج شد به قید «معامله بر زمین» مساقاة (که مبحث آن در کتاب بعدی خواهد آمد) زیرا مساقاة اصالتاً و ذاتاً معامله بر درختان است (نه بر زمین، گرچه زمین هم تبعاً داخل در معامله می شود ولی مقصود اصلی در معامله، زمین نیست بلکه درختان است) و بالحصّة... (عطف است بر - بالمعامله -) یعنی و خارج شد به قید «حصّة» اجاره دادن زمین برای زراعت فقط یا برای اعم از زراعت (خواه زراعت و خواه کارهای دیگر) إذ لا یصح... (علت است برای خروج

اجاره مزبور از تعریف مزارعه) یعنی زیرا اجاره مزبور، صحیح نیست در مقابل حصه‌ای از حاصل زمین (که اجرتی داده می‌شود همان حصه‌ای از حاصل زمین باشد مثل ثلث یا ربع مثلاً).

و قید الأجل... توضیح: معمولاً تعریفی که فقها برای مزارعه کرده‌اند، قید «الی أجل معلوم» را ذکر نکرده‌اند، به جهت اینکه قید مزبور، از شرایط صحت مزارعه می‌باشد و از ماهیت مزارعه خارج است و تعریف، احتیاج به ذکر آن ندارد. ولی مصنف آن قید را در تعریف آورده است و علت آن یکی از سه جهت زیر می‌باشد:

۱. اینکه مصنف خواسته است واقع را توضیح دهد به اینکه مزارعه بدون تعیین مدت صحیح نیست. و به بیانی دیگر خواسته است بیان کند که در شریعت مقدسه، معامله بر زمین در مقابل حصه‌ای از محصول آن، بدون مدت نمی‌باشد.
۲. اینکه مصنف می‌خواهد مزارعه صحیح را تعریف کند تا مزارعه باطل - یعنی مزارعه‌ای که در آن، مدت را تعیین نکرده باشند - از تعریف خارج گردد.
۳. اینکه مصنف خواسته است با ذکر نمودن بعضی از شرایط مزارعه، مقداری از ماهیت مزارعه روشن گردد هر چند روشن شدن ماهیت مزارعه به طور کامل، موقوف است بر بیان تمام شرایط، گرچه ذکر شرایط از وظایف تعریف نیست، زیرا چنانکه گفتیم شرایط، از ماهیت تعریف خارج می‌باشند و چیزهایی که باید در تعریف ذکر گردد همانا آرکان معرّف می‌باشند نه شرایط.

ترجمه و شرح عبارت: و قید... یعنی قید «الی أجل معلوم» یا برای بیان واقع است (در معنای این جمله دو احتمال داده می‌شود: یکی همان معنایی که در ذیل شماره ۱ در بالا گذشت و دوم: اینکه مقصود این است که مصنف خواسته است آنچه که در خارج، واقع می‌شود را بیان نماید یعنی اینکه مزارعه‌هایی که در خارج بین دو نفر واقع

می‌شوند همانا مدت دار می‌باشند یعنی اینکه مالک، زمینی را که در اختیار زارع قرار می‌دهد در مقابل حصه‌ای از حاصل زمین، همانا مدت معلومی را در آن تعیین می‌نماید) و یا (قید آجل معلوم) برای اختصاص به ذکر دادن مزارعه صحیح است (یعنی مزارعه صحیحه را خواسته است تعریف کند) و یا برای اینکه بالمناسبه خواسته است بعضی از شرایط را ذکر نماید، آن شرایطی که (اگر همه‌اش ذکر شود) به واسطه آنها پرده از روی ماهیت مزارعه برداشته می‌شود، گرچه ذکر آن شرایط از وظایف تعریف نیست (زیرا وظیفه تعریف همانا ذکر ارکان معرّف می‌باشد نه شرایط آن).

(وعبارتها: زارعتك، أو عاملتك، أو سلمتها إليك، وشبهه) كقيلتك هذه الأرض، ونحوه من صيغ الماضي الدالة على إنشاء العقد صريحا.

والمشهور جوازها بصيغة "إزرع هذه الأرض"، استنادا إلى رواية قاصرة الدلالة عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره فالمنع أوجه (فيقبل) الزارع (لفظا) على الأقوى كغيره.

صيغه عقد مزارعه

(وعبارتها... توضيح: از آنجایی که مزارعه از عقود می باشد، باید به واسطه خواندن صیغه ای (که مشتمل بر ایجاب از طرف صاحب زمین و قبول از طرف زارع باشد) انجام بگیرد و آن صیغه به یکی از عبارات های زیر می تواند باشد:

۱. اینکه صاحب زمین بگوید: «زارعتك على هذه الارض سنةً بْخُمسٍ من حاصلها» (یعنی به زراعت کردن از برای من، دادم به تو این زمین را، یکساله، در مقابل اینکه یک پنجم محصول مال تو باشد) و عامل در جواب بگوید: «قبلت المزارعة على هذه الارض سنةً بْخُمسٍ من حاصلها» یعنی قبول کردم زراعت کردن این زمین را از برای تو یک ساله، در مقابل اینکه یک پنجم محصولش مال من باشد.

۲. اینکه صاحب زمین بگوید: (عاملتك على هذه الأرض.....) (یعنی معامله کردم با تو بر این زمین که آن را زراعت کنی....) و زارع آن را قبول کند.

۳. اینکه صاحب زمین بگوید: سلمتُ هذه الارض اليك لتزرعها سنةً...» (یعنی زمین را به تو تحویل دادم تا آن را کشت کنی یک ساله...) و زارع آن را قبول کند.

۴. اینکه صاحب زمین بگوید: (قبيلتك هذه الأرض لتزرعها سنة...» (یعنی واگذار کردم به تو این زمین را... و یا به قبول تو رساندم این زمین را...) و زارع آن را قبول کند.

و یا صیغه‌های دیگری نظیر صیغه‌های مزبور که به صیغه ماضی باشند و صریحاً دلالت بر انشاء عقد مزارعه کنند یعنی دلالت کنند بر اینکه صاحب زمین راضی است به دادن زمین به زارع جهت کشت کردن.

و اما اینکه آیا ایجاب در مزارعه را به صیغه امر می‌توان گفت (مثل اینکه صاحب زمین به زارع بگوید: «ازرع هذه الارض» یعنی زراعت کن این زمین را...) یا نه؟ محل خلاف است:

مشهور فقها گویند: در اینجا به صیغه امر می‌توان گفت (هر چند در عقود لازمه دیگر، صیغه امر را جایز نمی‌دانند و صیغه ماضی را شرط می‌دانند) و دلیل آن در اینجا روایتی است که بعداً آن را نقل خواهیم نمود.

شارح در جواب می‌فرماید: روایت مزبور دلالت بر مدعای آنان نمی‌کند، بنابراین در عقد مزارعه هم به همان قاعده کلی که در تمام عقود لازمه جاری است باید عمل نمود که به صیغه ماضی باید باشد، زیرا فقها در عقود لازمه به طور کلی اثبات کرده‌اند که ایجاب در آنها باید به صیغه ماضی باشد مگر اینکه در موردی، دلیل خاص معتبری وارد شود بر اینکه به غیر ماضی هم می‌توان ایجاب را انشاء نمود، که در این صورت از تحت قاعده کلی در عقود لازمه خارج می‌شود.

و در مورد بحث چون روایتی که مشهور ذکر نموده‌اند، ضعیف است (از نظر دلالت بر جواز انشاء عقد به صیغه امر) بدین جهت، روایت مزبور نمی‌تواند عقد مزارعه را از تحت قاعده کلی در عقود لازمه، خارج کند و در نتیجه به نظر شارح، عدم جواز صیغه امر برای ایجاب مزارعه، اقوی است.

ترجمه و شرح عبارت: و عبارتها... یعنی صیغه مزارعه عبارت است از «زارعتك» و یا «عاملتك» و یا «سلمتها إليك» (ضمیر مؤنث بر می‌گردد به زمین) و مانند آن مثل

«قَبْلَتِكَ هَذِهِ الْأَرْضُ» (از باب تفعیل) و نظیر آن از صیغه‌های ماضی که به طور صریح دلالت کنند بر انشاء عقد مزارعه.

و مشهور بین فقها، جایز بودن مزارعه است (به صیغه امر یعنی) به صیغه «أَزْرِعْ هَذِهِ الْأَرْضَ» و آنها استدلال کرده‌اند (بر جواز آن) به روایتی که (شارح در جواب آن می‌فرماید): دلالت آن، کوتاه است از اینکه خارج کند این عقد لازم را از نظائرش (یعنی عقود لازمه) پس (در نظر شارح) منع نمودن از صیغه امر، بهتر است.

روایة... شارح در کتاب «مسالك» از دو روایت، نام برده است (بنابراین اگر ما عبارت شارح را در این کتاب «شرح لمعه» که تعبیر به - روایة - کرده، به معنای جنس روایت، بگیریم، شامل هر دو روایت می‌شود) و ما یکی از آنها را در اینجا ذکر می‌کنیم سپس وجه استدلال به آن و جواب از آن را نیز بیان خواهیم نمود.

روایت را شیخ طوسی در کتاب «تهذیب» چنین نقل کرده است:

«... عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر، فقال: لا ينبغي أن يُسمي بذراً ولا بقرأً ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمي بذراً ولا بقرأً فإنما يحرم الكلام»^۱

یعنی از امام صادق عليه السلام پرسیدند: درباره مردی که با صاحب زمین قرارداد بسته است که زمین او را کشت کند و بر او شرط کرده که یک سوم از محصول، بابت دانه بذر و یک سوم بابت گاو، جدا شود (و مابقی بین زارع و مالک زمین تقسیم گردد) چه صورت دارد؟ حضرت فرمود: در مزارعه شایسته نیست که

^۱ تهذیب، ج ۷، ص ۱۹۴، ح ۳.

نامی از بذروگاو به میان آید، زارع باید به صاحب زمین بگوید: من زمین تورا کشت می‌کنم و نصف محصول و یا یک سوم آن را و یا هر طور که قرارداد کنند، مال تو باشد و دیگر زارع نامی از بذروگاو نبرد، که اگر نام آنها را ببرد عقد مزارعه را حرام می‌کند یعنی باطل.

بیان استدلال مشهور به این روایت این است که گفته اند: وقتی که در روایت مزبور قبول را به صیغه مستقبل (أزرعُ في أرضك...) جایز دانسته است پس ایجاب به صیغه امر به طریق اولی جایز خواهد بود.

جواب از این استدلال این است که:

اولاً: مقدمه اول را قبول نداریم یعنی از روایت مزبور استفاده نمی‌شود که قبول به صیغه مستقبل جایز است، زیرا معلوم نیست که جمله - أزرع في أرضك - در مقام بیان صیغه قبول از جانب زارع بوده باشد بلکه احتمال دارد که آن جمله جزو سخنانی باشد که مالک و زارع قبل از اجرای صیغه عقد با یکدیگر صحبت میکنند تا به توافق برسند سپس اجرای عقد نمایند.

وثانیاً: مقدمه دوم را قبول نداریم یعنی اولویت را به آن نحوه‌ای که شما می‌گوئید نمی‌توانیم اثبات کنیم و چنین اولویتی حجیت ندارد.

فیقبل الزارع... توضیح: بعد از آنکه مالک زمین، ایجاب را گفت، باید زارع آن را قبول کند و اقوی آن است که قبول آن لفظی باشد نه فعلی، همچنانکه در عقود لازمه دیگر نیز اقوی قبول لفظی است و قبول فعلی کافی نیست.

ولی بعضی از فقها، قبول فعلی را در مزارعه کافی دانسته‌اند و فرموده‌اند که اگر بعد از ایجاب، زارع مشغول زراعت شود عقد مزارعه تحقق پیدا کرده و لازم می‌گردد و احتیاج به قبول لفظی نیست **على الأقوى** قید است برای لفظی بودن قبول کثیرها یعنی مثل غیر مزارعه از عقود لازمه دیگر.

(وَعَقْدُهَا لَازِمٌ)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، إلا ما أخرجها الدليل. وليس هذا منه إجماعاً. (ويصح التقايل فيه)، لأنه معاوضة محضنة فيقبلها كالبيع، (ولا تبطل بموت أحدهما)، لأن ذلك من مقتضى اللزوم.

ثم إن كان الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل، وإلا استأجر الحاكم عليه من ماله، أو على ما يخرج من حصته، وإن كان المالك بقيت بحالها، وعلى العامل القيام بتمام العمل، واستثنى من الأول ما لو شرط عليه العمل بنفسه فمات قبله. ويشكل لو مات بعده خصوصاً بعد ظهور الثمرة وقبل تمام العمل، لأنه قد ملك الحصة.

احكام مزارعه

لازم بودن عقد مزارعه

(وَعَقْدُهَا لَازِمٌ)... توضیح: عقد مزارعه، عقد لازم است یعنی هیچ یک از طرفین، حق برهم زدن عقد را ندارند (مگر اینکه با رضایت و توافق یکدیگر بخواهند آن را بر هم بزنند که آن را «تقايل» گویند و حکمش بعد از این ذکر خواهد شد).

و دلیل لزوم آن (بلکه لزوم در کلیه عقود لازمه) آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می باشد که به طور عام شامل است تمام عقود را و مقتضی است تمام عقود، لازم باشند مگر آن عقودی که به دلیل خاصی از تحت آیه خارج شده اند (مثل ودیعه، عاریه، وکالت، و هبه غیر معوضه که این عقود، جایز می باشند یعنی طرفین عقد هر وقت بخواهند می توانند آن را فسخ کرده و برهم بزنند) و عقد مزارعه به اجماع فقها از آن عقودی نیست که دلیل خاصی آن را از عموم آیه خارج کرده باشد.

و اما اینکه آیه مزبور چگونه دلالت بر لزوم عقد می کند، سابقاً توضیح داده شد

(رجوع کنید به کتاب الصلح).

ترجمه و شرح عبارت: و عقدها... یعنی عقد مزارعه، عقد لازم است به دلیل عموم امر به وفای به عقود (در آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ که همه عقود را شامل می‌شود) مگر آن عقودی که دلیل خاصی آنها را (از عموم آیه) خارج کرده باشد و عقد مزارعه از آن عقود خارج شده، نیست منه ضمیر برمی‌گردد به ما أخرج به -.

و یصح التقابیل... توضیح: عقد مزارعه را طرفین با توافق و رضایت یکدیگر می‌توانند فسخ کنند، زیرا مزارعه، معاوضه‌ای است خالص (زیرا مالک به نسبت سهم خود، از عمل زارع را مالک می‌شود و در مقابل، عامل به قدر سهم خود، از منافع زمین را مالک می‌گردد) و هر معاوضه‌ای قابلیت اقاله را دارد همانند بیع لآنکه ضمیر به عقد مزارعه برمی‌گردد محضه این کلمه برای خارج کردن عقد نکاح و مانند آن می‌باشد زیرا نکاح شبیه معاوضه است (و یا به بیانی دیگر معاوضه غیر محضه است) و بعضی از محشین گفته‌اند که مراد از محضه در اینجا این است که در مزارعه، حق شخص ثالث و حق خداوند نیست، بلکه فقط حق مالک و زارع در آن می‌باشد، پس وقتی که خودشان به توافق یکدیگر بخواهند آن را باطل سازند، صحیح خواهد بود. فیکبلها ضمیر مونث به اقاله برمی‌گردد.

عدم بطلان مزارعه به مرگ یکی از طرفین

(ولا تبطل بموت... توضیح: عقد مزارعه چون عقد لازم است، به مرگ یکی از طرفین، باطل نمی‌گردد چنانکه در هر عقد لازمی حکم چنین است).

حال در صورتی که زارع (عامل) بمیرد، وارث اگر خواست می‌تواند جانشین وی گردد و کار زارع را عهده‌دار شود و تمام نماید و اگر وارث اقدام به آن کار نکرد و یا اگر وارثی نداشت، باید حاکم شرع، کسی را اجیر بگیرد تا کار زراعت را تمام نماید و اجرت

اورا یا از مال زارع (یعنی از ماترک او) بدهد و یا از آن حصه‌ای از محصول زمین که سهم زارع می‌باشد بدهد (البته در صورت اول که از مال زارع، اجرت را داد، سهم زارع از محصول، مال وارث خواهد شد).

و اما در صورتی که مالک بمیرد، واضح است که مزارعه به حال خود باقی است و باید زارع، کارزراعت را تمام نماید و سهم مالک از محصول، به وارث او داده می‌شود. و در صورت اول - که زارع بمیرد - یک فرض را استثنا کرده‌اند که در این فرض، مزارعه باطل می‌شود و آن فرض این است که مالک با زارع، شرط کرده باشد که زارع مباشرتاً خودش زراعت را انجام دهد نه شخص دیگر، در این فرض اگر زارع قبل از شروع در زراعت، بمیرد عقد مزارعه باطل می‌گردد، زیرا با زوال شرط (مباشرت) مشروط (عمل زارع) نیز منتفی می‌گردد و در حقیقت عملی که از طرف عامل، در شرکت با مالک، در مزارعه گذارده شده بود، تلف گردیده و شرکت مزارعه منحل می‌گردد.

شارح می‌فرماید: در همین صورتی که استثنا کرده‌اند، در بعضی از فرضها به اشکال برمی‌خوریم و نمی‌توانیم حکم به بطلان مزارعه کنیم و آن در فرضی است که زارع بعد از شروع در عمل و قبل از تمام شدن آن بمیرد و مخصوصاً اگر بعد از ظاهر شدن محصول و پیش از تمام شدن عمل بمیرد، که در این فرض به جهت اینکه زارع، مالک می‌شود سهم خود از محصول را اگر حکم به بطلان مزارعه کنیم، لازمه‌اش آن است که سهم مزبور از ملک او خارج گردد (و در نتیجه، آن سهم، به وارث زارع نرسد) و این بعید است یعنی بعید است که چیزی که داخل در ملک انسان شد، به واسطه مردن از ملک او خارج گردد، به دلیل اینکه استصحاب ملکیت سابق را می‌کنیم.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا تبطل...** یعنی مزارعه باطل نمی‌شود به واسطه مرگ یکی از طرفین، زیرا عدم بطلان، مقتضای لزوم عقد مزارعه می‌باشد.

حال اگر میت، عامل (یعنی زارع) بوده باشد، وارث او (اگر خواست) به جای او می‌نشیند در انجام کار (زراعت) و اگر وارث اقدام به آن کار نکرد، حاکم، اجیر کند کسی را بر انجام آن کار، از مال میت (زارع) و یا از آنچه که (از محصول زمین) بیرون می‌آید از سهم زارع (یعنی سهم مزبور را به عنوان اجرت به اجیر بدهد) **العامل** خبر - کان - می‌باشد علیه ضمیر به عمل بر می‌گردد **أو علی ما...** عطف است بر - من ماله - و ظاهراً کلمه - علی - به معنای من می‌باشد **و این کان...** (عطف است بر - ان کان المیت - و ضمیر مقدر اسم - کان - بر می‌گردد به میت) یعنی اگر میت، مالک زمین بوده باشد، مزارعه به حال خود باقی می‌ماند و بر عامل است که کار زراعت را به اتمام برساند **و استثنی...** یعنی استثنا شده از فرض اول (که میت، عامل باشد) آن صورتی که مالک شرط کرده باشد بر عامل اینکه کار را خود او انجام دهد (نه شخص دیگر) آنگاه عامل پیش از شروع در عمل، بمیرد (پس در این صورت مزارعه باطل می‌شود) و **یُشکل...** یعنی حکم به بطلان، مشکل می‌شود اگر (در همان صورت قبلی، فرض این باشد که) عامل بعد از شروع در عمل، بمیرد، مخصوصاً اگر (مرگ او) بعد از ظاهر شدن ثمره (محصول) و پیش از تمام شدن کار باشد (و علت مشکل بودن حکم به بطلان در این فرض این است که) چون عامل، مالک شده است سهم خودش (از ثمره و محصول) را.

(ولابد من کون النماء مشاعا) بینهما (تساویا فیه، أو تفاضلا) فلو شرط لأحدهما شیء معین وإن کان البذر، وللاخر الباقي، أو لهما بطل سواء کان الغالب أن یرخرج منها ما یرزید علی المشروط، وعدمه .

محصول زمین باید به طور مشاع بین آنها تعیین شود

(ولابد من کون... توضیح: منافع حاصله از مزارعه عبارت از محصولی است که در نتیجه به کار رفتن عوامل متعددی از قبیل زمین، آب، کار، بذر و عوامل دیگر به دست می آید و برای آنکه معامله غرری نگردد باید سهم هریک از زارع و مالک از آن محصول به طور مشاع (ودرصدی) معین گردد، خواه سهمشان مساوی باشد - مثلاً نصف - یا غیر مساوی باشد مثل یک سوم و دو سوم.

بنابراین: اگر سهم یکی از دو طرف، به طور معین باشد نه مشاع، مزارعه باطل می گردد، مثلاً زارع بگوید که «بیست خروار از محصول مال من باشد و بقیه مال تو باشد» و یا مالک بگوید: «ده من از آن، مال من باشد و بقیه آن به طور مشاع بین ما تقسیم گردد» و یا آن کسی که بذر زمین را داده بگوید: «مقدار بذر را از محصول بر می دارم و بقیه را به طور مشاع - یک سوم و دو سوم مثلاً - تقسیم می کنیم».

و دلیل بطلان مزارعه در آن صورت این است که شاید زمین بیشتر از آن مقدار معین (بیست خروار) محصول ندهد و در نتیجه، همه آن محصول مال یک طرف می شود و این منافات با ماهیت مزارعه دارد، زیرا اساس مزارعه بر این است که مالک و زارع در محصول زمین شریک باشند.

و در بطلان آن فرقی نیست بین اینکه غالباً محصول آن زمین هر ساله، بیشتر از آن مقدار تعیین شده به دست می‌آید (یعنی مثلاً محصول هر ساله، پنجاه خروار می‌باشد، که الان بیست خروار آن را برای زارع تعیین نمایند) یا اینکه چنین نباشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا بد...** یعنی بایستی نماء (و محصول زمین) به طور مشاع بین آنها تعیین گردد، خواه به اندازه مساوی باشند در نماء (مثلاً سهم هر کدام نصف باشد) یا مختلف باشند (مثلاً سهم یکی ثلث و دیگری دو ثلث).

بنابراین، اگر شرط شود برای یکی از طرفین که مقدار خاصی به او داده شود - گرچه آن مقدار معین، بذر باشد - و بقیه برای دیگری باشد و یا (بقیه) برای هر دو باشد، عقد مزارعه باطل می‌شود خواه اینکه غالباً چنین بوده که محصولی که از زمین به دست می‌آید، بیشتر از مقدار شرط شده (یعنی آن مقدار خاص) می‌باشد، یا اینکه چنین نباشد.

وإن كان البذر... (کلمه - البذر - خبر «کان» می‌باشد و ضمیر مقدر در - کان - بر می‌گردد به شیء معین) این جمله اشاره به رد قول بعضی از فقهاست که تجویز کرده‌اند شرط کردن مقدار بذر برای یکی از طرفین را (که صاحب بذر باشد) چنانکه توضیحش داده شد.

(ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه مضافاً إلى الحصّة) من ذهب، أو فضة، أو غيرهما (صح) على المشهور ويكون قراره مشروطاً بالسلامة كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة في البيع، ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه، لأنه كالشريك وإن كانت حصته معينة مع احتمال أن لا يسقط شيء بذلك، عملاً بإطلاق الشرط.

(ولو شرط أحدهما... توضيح: در عقد مزارعه، جایز است شرط شود که یکی از دو طرف، علاوه بر حصه‌ای از محصول، مال دیگری نیز به طرف مقابل بدهد، مثلاً در عقد مزارعه شرط شود که مالک، مبلغی پول - یکدفعه یا به اقساط - به زارع بدهد (یعنی زارع به مالک بگوید: فلان مبلغ پول به من بده علاوه بر یک سوم مثلاً از محصول زراعت که سهم من باشد) و یا بالعکس شرط شود که زارع، مقدار معینی روغن یا مرغ و تخم مرغ به مالک بدهد چنانکه در بعضی از نواحی، معمول می‌باشد. البته استقرار و پابرجا شدن لزوم عمل به این شرط، بستگی به این دارد که محصول زمین، سالم به دست آید، بنابراین اگر تمام محصول را آفت بزند و فاسد گردد، شرط هم ساقط می‌گردد و عمل به آن لازم نیست و اگر مقداری از محصول، به آفت آسمانی تلف گردد، به همان نسبت نیز از شرط، کم می‌گردد (یعنی اگر مثلاً مبلغ پولی که در مزارعه، شرط کرده‌اند، صد تومان باشد و نصف محصول، تلف شده باشد، نصف صد تومان هم باید کم گردد).

مسأله مورد بحث همانند مسأله استثناء ارتال معلومه در فروش میوه می‌باشد یعنی فقها در فروش میوه باغ گفته‌اند که صاحب باغ اگر چند رطل معلوم از میوه را استثنا کند و مثلاً بگوید: «میوه این باغ را به تو فروختم - مگر صد رطل آن را به فلان (مبلغ) این معامله صحیح است، و نیز گفته‌اند: اگر به میوه‌های باغ آفتی برسد، صاحب باغ نیز به نسبت صد رطل در آن تلف شده‌ها شریک خواهد بود، و به عبارت دیگر به نسبت تلف شده‌ها، از سهم صاحب باغ - صد رطل - نیز کم می‌گردد، مثلاً

اگر نصف میوه‌های باغ، تلف شده باشد، نصف صد رطل هم باید کم گردد و برای صاحب باغ، پنجاه رطل می ماند چنانکه در کتاب البیع گذشت. و دلیل آن این است که صاحب باغ با مشتری همانند دوشریک می شوند فلذا مقداری که تلف می گردد همانند تلف از مال مشترک است که باید ضرر به هر دو بخورد.

و در مسأله مورد بحث نیز دلیل بر اینکه اگر مقداری از محصول زراعت تلف شد، به همان نسبت، از شرط نیز کم می گردد: این است که شرط مزبور همانند شریک در مال می باشد یعنی همانطوری که اگر دو نفر در مالی شریک باشند و از مال مشترک، مقداری تلف گردد، ضرر بر هر دو وارد می گردد و از مال هر دو کم می گردد، همچنین در مورد بحث وقتی که شرط مزبور همانند شریک برای اصل محصول گردید، پس اگر نقص بر محصول وارد گردید، بر شرط هم نقص وارد می شود. گرچه مسأله دوشریک با مسأله مورد بحث از یک جهت فرق دارند و آن اینکه دوشریک، سهمشان در مال مشترک به طور مشاع می باشد ولی در مسأله مورد بحث، مقداری که شرط شده است سهم معینی است و مشترک با اصل محصول به طور مشاع نیست.

سپس شارح احتمال می دهد که در همین صورتی که مقداری از محصول تلف شده باشد، چیزی از شرط، کم نگردد زیرا شرطی را که مالک و زارع کرده اند، به طور مطلق آورده اند خواه به محصول آفتی رسیده باشد یا نرسیده باشد، بنابراین، دلیلی هم که لزوم عمل به شرط را اثبات می کند، به طور مطلق آن را شامل می گردد پس خواه از محصول، چیزی تلف گردد یا نه باید به آن شرط عمل شود (و مسأله اینجا را به مسأله استثنای چند رطل از میوه باغ نمی توان قیاس نمود، زیرا در مسأله میوه باغ، ظاهراً مالک شرکتش با مشتری باقی است و تلف از مال مشترک شده است، ولی در مورد بحث، شرط، اختصاص به مشروط له دارد و به آن تلفی نرسیده است).

ترجمه و شرح عبارت: ولو شرط... یعنی اگر یکی از دو طرف، شرط کند بر دیگری، چیزی را که آن را ضامن شود (یعنی آن را بدهد) علاوه بر سهمی که از محصول زراعت به او داده می‌شود یضمّنه ضمیر فاعلی مقدر در آن برمی‌گردد به - الاخر - و ضمیر مفعولی برمی‌گردد به - شیئاً - من ذهب... (بیان می‌کند - شیئاً - را) یعنی چیزی از طلا و نقره یا غیر آنها به او بدهد.

صح علی المشهور... (جواب - لو - می‌باشد) یعنی شرط مزبور صحیح است بنا بر قول مشهور (و در نتیجه عمل به آن لازم است چون شرطی که صحیح شد، عمل به آن نیز واجب می‌گردد به دلیل حدیث «المؤمنون عند شروطهم») و استقرار و پا برجا شدن شرط، بستگی به این دارد که زراعت، سالم درآید، همچنانکه استثنای چند رطل معین - مثلاً صد رطل - از میوه باغ، در وقت فروش تمام میوه باغ، صحیح است (و گویا تمام میوه‌ها را فروخته است و شرط کرده که چند رطل معین مال خودم باشد، که در این مسأله نیز گفته‌اند پا برجا شدن استثنای آن ابطال معلوم، بستگی به این دارد که میوه‌های باغ، سالم به دست آید).

و اگر چنانچه مقداری از محصول زراعت تلف گردد، از شرط مزبور (طلا یا نقره مثلاً) نیز به نسبت تلف، کم و ساقط می‌گردد، زیرا شرط مزبور همانند شریک (برای اصل محصول) می‌باشد (پس همانطوری که اگر از مال مشترک، چیزی تلف شد، از سهم هر دو شریک، کم می‌گردد، در اینجا نیز اگر از محصول، چیزی تلف شد، از شرط مزبور نیز باید کم گردد) اگر چه (مسأله مورد بحث با مسأله شریک از یک جهت فرق دارد و آن این است که: حصه شرط، معین است (در حالی که حصه شریک، در مال مشترک، مشاع است نه معین).

مع احتمال... یعنی احتمال دارد که بگوئیم چیزی (از شرط) ساقط نمی‌شود به واسطه تلف شدن بعضی از محصول، به دلیل اینکه عمل می‌کنیم به اطلاق شرط

(که به طور مطلق، شرط کرده‌اند که چیزی به طرف مقابل داده شود خواه بر محصول، تلفی عارض شود یا عارض نشود).

(ولو مضت المدة والزرع باق فعلى العامل الأجرة) لما بقي من المدة، (وللمالك قلعه) إذ لاحق للزارع بعدها فيتخير المالك بين القلع، والإبقاء بالأجرة إن رضي العامل بها، والإقلاع، ولا أجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع، لأن مقتضى العقد قصر الحق على الحصة، مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض بتأخيره، ولا فرق في كون المقلوع بينهما بين كون البذر من مالك الأرض، أو الزارع.

وهل يستحق المالك قلعه بالأرض أو مجاناً؟ قولان، وظاهر العبارة ككثير عدمه. وعلى القول به، فطريق معرفته: أن يقوم الزرع قائماً بالأجرة إلى أوان حصاده ومقلوعاً.

(ولو مضت المدة... توضیح: چنانکه سابقاً دانسته شد، شرط است در عقد مزارعه اینکه برای مزارعه، مدتی را تعیین کنند و پس از آنکه مدت معین به سرآمد، زارع باید زمین و عواملی که مالک به او سپرده است، به مالک برگرداند.

حال اگر در اثر موانعی اتفاقاً زمان درو کردن زراعت نرسیده باشد (خواه در اثر سهل انگاری زارع در بذرافشانی و یا در رسیدگی به زراعت باشد، یا در اثر عوامل طبیعی از قبیل تغییر هوا و یا کمی بارش باشد) در اینجا حکم این است که اگر زارع خواست که زراعت در زمین بماند تا اینکه زمان درو برسد، باید بابت آن تا زمان درو، اجرت زمین به مالک بدهد.

و در همین حال، مالک نیز حق دارد که زراعت را بکند و راضی به ماندن زراعت تا زمان درو نشود (خواه دانه‌های زراعت بسته شده باشد و خواه هنوز بسته نشده باشد) زیرا در عقد مزارعه، زمین تا مدت معینی برای زراعت داده شده و پس از آن، مورد عقد نمی‌باشد پس زارع بعد از سپری شدن مدت، حقی ندارد تا مالک مُلزم به نگاهداری زراعت روی زمین خود باشد.

نتیجه مطالب بالا این می‌شود که مالک، مخیر است بین اینکه زراعت را از زمین بکند و بین اینکه آن را در زمین باقی بگذارد (تا زمان رسیدن درو) و اجرت زمین تا زمان رسیدن درو را از زارع بگیرد اگر زارع راضی به دادن اجرت باشد.

ناگفته نماند که پس از کندن زراعت، باید زراعت مزبور بین آنها به همان نسبتی که در عقد زراعت، شرط کرده بودند (مثلاً یک سوم، دو سوم) تقسیم گردد و هر کدام، سهم خود را از زراعت کنده شده بردارد (خواه بذرا مالک داده باشد یا زارع).

حال اگر زراعت کنده شده، قابل استفاده برای مالک به هیچ وجه نبود (حتی برای خوراک حیوانات مثلاً) آیا مالک، حق دارد اجرت زمین بابت مدت گذشته از اول عقد تا آن زمان را از زارع بگیرد یا اینکه چنین حقی ندارد؟

می‌فرماید: چنین حقی ندارد، زیرا مقتضای عقد مزارعه این است که حق مالک، منحصر در همان سهمی است که در عقد تعیین شده است و غیر از آن حق دیگری به گردن زارع ندارد یعنی مالک، حقتش این بود که اگر زراعت، حاصل داد، سهمی که در عقد تعیین شده بود به او برسد و اکنون که زراعت در مدت معین، حاصل نداده و زراعت، کنده شد، دیگر مالک حقی به گردن زارع ندارد.

سپس شارح احتمال می‌دهد که در یک صورت، مالک، حق گرفتن اجرت بابت مدت گذشته را داشته باشد و آن در صورتی است که سبب حاصل ندادن زراعت در این مدت معین، سهل انگاری و اهمال کاری زارع (در بذرافشانی) باشد پس در این صورت مالک، حق دارد اجرت از زارع بگیرد، زیرا زارع به واسطه سهل انگاری، سبب شده است که منفعت زمین در مدت مزبور، بر مالک ضایع گردد و در آن مدت، محصولی به دست مالک نرسد و مالک از منفعت زمین، محروم گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو مضت...** یعنی اگر مدت مزارعه، سپری شود در حالی که زراعت همچنان (بر روی زمین) باقی باشد (و زمان درو کردن آن نرسیده باشد) پس

(حکم این مسأله آن است که اگر عامل بخواهد زراعت تا وقت دروکردنش در زمین بماند) به عهده اوست که اجرت زمین را به جهت مدت باقیمانده (تا زمان درو) بپردازد و (از طرفی) مالک، حق دارد زراعت را بکند، زیرا بعد از مدت مزارعه، حقی برای زارع نمی باشد (تا مالک مجبور باشد به باقی گذاردن زراعت در زمین) بنابراین، مالک مخیر است بین کندن زراعت و بین باقی گذاردن آن در مقابل اجرت (که از عامل بابت زمین بگیرد) اگر عامل راضی به دادن اجرت شود، وگرنه (اگر راضی نشد) مالک می تواند آن را بکند.

ولا أجرة... یعنی مالک، حق ندارد اجرت بگیرد بابت مدتی که گذشته (یعنی مدت معین در مزارعه) در صورت استفاده نکردن او از زراعت کنده شده، زیرا مقتضای عقد مزارعه، منحصر بودن حق مالک است در حصه ای که در ضمن عقد، شرط کرده اند (و حق دیگری برگردن زارع ندارد).

و احتمال دارد اجرت (بابت مدتی که گذشته) بر عهده زارع واجب باشد، البته در صورتی که تأخیر رسیدن محصول، به سبب کوتاهی زارع (و سهل انگاری او در بذر افشانی و یا در رسیدگی به زراعت) باشد (نه اینکه در اثر عوامل طبیعی از قبیل تغییر هوا و یا کمی بارش باشد) زیرا (در این صورت) زارع، ضایع کرده منفعت زمین را (بر مالک که به او بهره ای از محصول نرسیده است) به واسطه تأخیر زارع.

ولا فرق... (چنانکه گفتیم بعد از کندن زراعت باید همان کنده شده ها بین مالک و زارع به همان نسبت حصه ای که در عقد شرط کرده بودند - یک سوم و دو سوم مثلاً - تقسیم گردد، اکنون می فرماید:) فرقی نیست در تقسیم کنده شده ها بین مالک و زارع، اینکه بذر زراعت را مالک زمین داده باشد، یا زارع داده باشد.

و هل يستحق... توضیح: در بالا گفته شد که مالک، حق دارد زراعت را از زمین بکند، حال ببینیم آیا به جهت ناقص شدن زراعت، باید مالک، ارش نقصان آنها را

(به مقدار حصه عامل) به عامل بدهد یا اینکه ارش بر او واجب نیست؟ دو قول در آن می‌باشد:

ظاهر عبارت مصنف - همانند عبارت بسیاری از فقها - آن است که ارش واجب نیست، زیرا اگر واجب بود مصنف آن را در عبارت ذکر می‌نمود.

حال بنا بر قول اول، طریق به دست آوردن ارش این است که زراعت را نزد کارشناس، یکبار چنین قیمت کنند که: اگر زراعت تا زمان درود زمین باقی می‌ماند با فرض اینکه زارع، اجرت زمین را تا زمان درو، به مالک می‌پرداخت، قیمت این زراعت چقدر بود. و یکبار دیگر هم زراعت را کنده شده قیمت کنند، تفاوت آن دو قیمت همان ارش خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: و هل... یعنی آیا استحقاق داشتن مالک، کندن زراعت را، با دادن ارش (به زارع) است یا اینکه مجانی و بدون ارش است؟ دو قول می‌باشد، و ظاهر عبارت مصنف - همانند عبارت بسیاری از فقها - عدم ارش است. و بنا بر قول به ارش، طریق شناخت ارش (و به دست آوردن آن) این است که (یک بار) قیمت شود زراعت در حالت سرپا بودن بر زمین تا رسیدن زمان درو، در مقابل اجرت (که زارع به مالک بدهد) و (بار دیگر قیمت شود) در حالتی که کنده شده است (پس تفاوت آن دو قیمت، ارش خواهد بود).

(ولا بد من إمكان الانتفاع بالأرض) في الزراعة المقصودة منها، أو في نوع منها مع الإطلاق (بأن يكون لها ماء من نهر، أو بئر، أو مصنع، أو تسقيها الغيوث غالباً)، أو الزيادة كالنيل. والضابط: إمكان الانتفاع بزرعها المقصود عادة، فإن لم يمكن بطلت المزارعة وإن رضی العامل.

شرط زمینی که به مزارعه داده می شود

(ولا بد من إمكان... توضیح: یکی از شرایط صحت عقد مزارعه این است که: زمینی که مورد مزرعه است باید برای آن زارعتی که در عقد تعیین شده - و یا برای یک نوع از انواع زراعت اگر در عقد، تعیین نشده باشد - قابل انتفاع و بهره برداری باشد به این صورت که آن زمین دارای آب باشد خواه از آب رودخانه یا چاه یا گودال های آبی باشد و خواه به واسطه باران غالباً یا طغیان آب رودخانه (مثل رود نیل که زمین های اطراف آن معمولاً به واسطه طغیان آن، آبیاری می شوند) باشد.

وضابطه کلی اینکه بر حسب عادت بتوان از آن زمین برای زراعت مقصود، بهره برداری کرد، بنابراین، اگر به جهت نبودن آب، نتوان از آن زمین برای زراعت مقصود، انتفاع برد، عقد مزارعه باطل می شود هر چند زارع راضی به آن باشد.

ترجمه و شرح عبارت: ولا بد... یعنی (در صحت عقد مزارعه) باید امکان بهره برداری از زمین باشد در زراعتی که مقصود از آن زمین است و یا در نوعی از آن زراعت در صورت اطلاق عقد مزارعه (و عدم تعیین نوع زراعت در عقد).

في الزراعة المقصودة منها در این جمله دو احتمال داده می شود:

۱. اینکه زراعت مقصود از زمین یعنی زراعتی باشد که در عقد، آن را تعیین کرده اند

(مثلاً برنج کاری).

چنانکه بعداً در عبارت مصنف خواهد آمد اگر مالک، در عقد مزارعه، نوع زراعت را تعیین کرده باشد، زارع حق ندارد نوع دیگری را کشت کند (مثلاً مالک بگوید برنج بکارنه گندم) ولی اگر زراعت را مطلق گذاشته باشد و هیچ نوعی از آن را تعیین نکرده باشد، زارع هر نوع زراعتی را که بخواهد می‌تواند کشت نماید.

اکنون در مورد بحث می‌فرماید که: در صورت اول یعنی صورتی که نوع زراعت در عقد تعیین شده باشد، باید زمین از نظر آب، قابلیت برای زراعت تعیین شده، داشته باشد، بنابراین هرگاه مالک، تعیین کرد که در این زمین، برنج فقط بکار در حالی که از نظر کمی آب، قابلیت برنج کاری را ندارد - گرچه می‌توان محصول دیگری مانند گندم وجود آن به عمل آورد - مزارعه باطل است، زیرا زمین برای آنچه مورد عقد مزارعه قرار داده شده قابلیت ندارد، و کشت محصول دیگری هم مورد عقد نمی‌باشد. و در صورت دوم (یعنی صورتی که زراعت، مطلق گذاشته شده باشد) باید زمین از نظر آب، قابلیت برای یک نوع از زراعت را داشته باشد، بنابراین چنانچه زمین از نظر آب، قابلیت گندم را داشته باشد هر چند قابلیت برنج کاری را نداشته باشد، عقد صحیح است.

طبق این معنایی که برای عبارت نمودیم، کلمه - مع الاطلاق - قید است برای صورت دوم فقط یعنی - فی نوع منها -.

۲. اینکه زراعت مقصود از زمین یعنی زراعتی که معمولاً مردم در آن زمین کشت می‌کنند چون بعضی از زمین‌ها، فقط قابلیت کشت یک نوع زراعت را دارند مثلاً گندم فقط، و قابلیت نوع دیگر مثل برنج را ندارند.

پس اگر چنین زمینی مورد عقد باشد، باید از نظر آب، قابلیت بهره برداری در آن نوع زراعت را داشته باشد یعنی آب به اندازه‌ای باشد که بتوان به واسطه آن، آن نوع زراعت را در آن زمین به عمل آورد.

بنابراین معنی برای عبارت، می‌توان کلمه - مع الاطلاق - را قید برای هر دو صورت گرفت، زیرا در صورت اطلاق عقد مزارعه، اگر زمین، قابلیت برای یک نوع زراعت را داشته باشد باید همان را کشت کند و اگر قابلیت چند نوع زراعت را داشته باشد، زارع می‌تواند هر نوعی را که می‌خواهد بکارد.

و شاید این معنی بهتر از معنای اول باشد به قرینه عبارت بعدی شارح که می‌فرماید: «و الضابط امکان الانتفاع بزرعها المقصود عادة» تأمل کنید.

بأن یکون... (بیان می‌کند امکان انتفاع را) یعنی به این صورت که برای زمین بوده باشد، آب از رودخانه یا چاه ویا... **مصنع** (به فتح میم و نون) گودال بزرگی که آن را می‌کنند تا آبهای باران ویا سیل در زمستان در آن جمع گردد و در تابستان از آن استفاده کنند.

أو تسقیها... (عطف است بر- یکون -) یعنی ویا اینکه آبیاری کند زمین را بارانها غالباً (یعنی زمینی باشد که غالباً در دوره سال به واسطه باران آبیاری می‌شود) **أو الزیادة...** (عطف است بر- الغیوث -) یعنی ویا آبیاری کند زمین را طغیان آب مثل رود نیل.

فایده‌ای درباره رودخانه نیل

هر سال در مصر آب رودخانه نیل در آخر فصل بهار، طغیان می‌کند و تدریجاً رو به ازدیاد می‌گذارد تا اوایل آبان و از آن پس کم کم نقصان می‌پذیرد. در فصل طغیان، آب نیل بالا آمده و اراضی واقع در طول کناره‌های خود را فرا گرفته و نه تنها آنها را آبیاری کرده بلکه مقدار بسیاری از گل و لای حاصلخیزی را که آب با خود آورده بر تمام آن دشت بجا می‌گذارد.

آیا چه عاملی باعث بالا رفتن آب رودخانه نیل می شود در حالی که عملاً در مصر بازندگی زیاد نیست، صدها سال بود که مردم در شگفت بودند که چگونه آب رودخانه نیل به طور منظم در مدتی از سال بالا می آید.

نیل، طولانی ترین رودخانه جهان است و تنها رودخانه ای است که از جنوب به شمال جریان دارد و در شدت گرما که آب همه نهرها کم می شود، آب نیل زیاد می شود و در خنکی هوا که آب نهرها زیاد می شود آب نیل کم می گردد و آب هیچ نهری در دنیا به اندازه آب نیل به مصرف کشت نمی رسد.

رودخانه نیل دارای دو شاخه است: یکی به نام نیل سفید و دیگر بنام نیل کبود، سرچشمه نیل سفید در دریاچه «ویکتوریا» و در «اوگاندا» می باشد، این شاخه در تمام طول سال به طور یکنواختی جریان دارد و نمی تواند موجب بالا رفتن آب رودخانه نیل گردد.

و اما سرچشمه نیل کبود از کشور اتیوپی است، در سلسله کوه های حبشه بارانهای سنگینی باریده و برف زیادی آب می شود و چون هر ساله این مقدار آب باران و برف به طرف رود نیل سرازیر می گردد باعث می شود که آب رودخانه نیل تا حد طغیان بالا بیاید.

بعضی گفته اند: اینکه در قرآن کریم در سوره طه آیه ۳۹ در موضوع افکندن حضرت موسی به آب، کلمه «یم» یعنی دریا، به کار رفته که مقصود رودخانه نیل است، جهت تعبیر از رود نیل به دریا این است که رود نیل در هنگام طغیان، حکم دریا را پیدا می کند.

و الضابط... یعنی ضابطه کلی (در شرط مزبور) این است که بتوان بهره برداری کرد (از زمین) به زراعت کردنی که عادتاً مقصود از آن زمین است، پس اگر چنین انتفاعی

ممکن نباشد، عقد مزارعه باطل است گرچه عامل (زارع) راضی به آن شود (زیرا چنین مزارعه‌ای را شارع مقدس اجازه نداده است).

(ولو إنقطع) الماء (في جميع المدة) مع كونه معتاداً لها قبل ذلك (انفسخت) المزارعة، (وفي الأثناء يتخير العامل) لطرو العيب، ولا يبطل العقد، لسبق الحكم بصحته فيستصحب، والضرر يندفع بالخيار، (فإن فسخ فعليه) من الأجرة (بنسبة ما سلف) من المدة، لانتفاعه بأرض الغير بعوض لم يسلم له، وزواله باختياره الفسخ. ويشكل بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال، وعمله الماضي مشروط بالحصة، لا بالأجرة فإذا فاتت بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمه شيء آخر. نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجه ذلك.

(ولو إنقطع)... توضیح: در اینجا دو مسأله است:

۱. اگر زمین مورد مزرعه که معمولاً آب داشته، عقد مزارعه بر آن بسته شود ولی اتفاقاً بعد از عقد، در تمام مدتی که در مزارعه تعیین شده بود، آب قطع گردد، در این صورت مزارعه خود به خود فسخ می‌گردد، زیرا چنانکه در بالا دانسته شد، امکان انتفاع از زمین، شرط صحت عقد مزارعه است و بدون آن شرط، عقد باطل می‌گردد و در اینجا فرض آن است که در تمام مدت مزارعه، شرط حاصل نبوده پس عقد باطل می‌گردد.

۲. اگر در اثناء مدت، آب قطع گردد (مثلاً مدت مزارعه، شش ماهه بود و بعد از سه ماه، آب قطع گردد) در این صورت نیز بر حسب قواعد باید گفت که عقد باطل می‌گردد، زیرا ظاهراً همانطوری که امکان انتفاع، در ابتدای عقد، شرط صحت عقد می‌باشد، همچنین در استدامه نیز شرط می‌باشد یعنی تا آخر مدت مزارعه باید شرط مزبور حاصل باشد (به جهت اینکه اگر چنین نباشد، غرضی که در مزارعه مطلوب می‌باشد حاصل نمی‌گردد) و حال آنکه در مورد بحث، در باقیمانده از مدت، امکان انتفاع نیست پس شرط صحت حاصل نمی‌باشد و باید عقد باطل باشد.

ولی عده‌ای از فقها همانند مصنف گفته اند: عقد باطل نمی‌گردد، زیرا هنگام عقد، آب وجود داشته پس شرط صحت عقد که امکان انتفاع از زمین باشد در ابتدا حاصل بوده و بعد از آن که آب قطع شده، شک می‌کنیم که آیا عقد باطل می‌شود یا نه؟ استصحاب صحت عقد را می‌کنیم.

اگر گوئید: اکنون که آب قطع شده چنانچه عقد باطل نگردد چه بسا ضرر بر زارع وارد آید.

گوئیم: برای اینکه زارع، ضرر نکند، حق خیار برای او ثابت است که می‌تواند عقد را فسخ نماید و می‌تواند باقی بر عقد باشد که شاید بعداً دوباره آب پیدا شود و این حق خیار، از باب خیار عیب است چون قطع شدن آب، موجب خارج شدن زمین از انتفاع می‌گردد که عیب بر زمین است، پس زارع با داشتن حق مزبور، دیگر ضرری بر او وارد نمی‌گردد.

حال اگر زارع، عقد را فسخ نمود باید اجرت زمین را در آن مدتی که در دست او بود به مالک بپردازد، زیرا از زمین مالک در آن مدت، بهره برده است تا در مقابل آن حصه‌ای از حاصل زمین به مالک بدهد و حال آنکه حصه مزبور به مالک نرسیده است و نرسیدن آن حصه، سببش زارع بوده، زیرا او عقد را فسخ کرد و در نتیجه زراعت نیمه کاره مانده، بنابراین وقتی که در عوض انتفاع از زمین، حصه‌ای به مالک نرسید باید در عوض انتفاع، اجرتی به مالک بدهد، چون انتفاع از زمین بدون عوض نمی‌تواند باشد.

شارح در اینجا بر ثبوت اجرت اشکال می‌کند به اینکه: فسخ کردن زارع به جهت این است که چون دیگر نمی‌تواند زراعت را به آخر برساند به جهت اینکه آب قطع شده، پس زارع در نرسیدن حصه به مالک، مقصر نمی‌باشد.

و اینکه شما گفتید که در مقابل انتفاع زمین باید عوضی بدهد و وقتی آن عوض حصه‌ای از محصول نشد باید اجرت بدهد، در جواب گوئیم: چیزی که در مقابل انتفاع از زمین، شرط و قرارداد شده بود این است که حصه‌ای از حاصل زمین به مالک بدهد نه اجرت و وقتی که حصه بدون تقصیر زارع، به عمل نیامد چون آب قطع شد، دیگر نباید چیزی به عهده او بیاید یعنی اجرت.

آری اگر عقد، عقد مزارعه نبود بلکه عقد اجاره بود یعنی زمین را اجاره کرده بود برای زراعت کردن و در اثناء مدت اجاره، آب قطع شود، در این صورت بر زارع (که مستأجر است) واجب خواهد بود که اجرت زمین در آن مدتی که در دستش بوده را به مالک بپردازد زیرا در اجاره، عوضی که در مقابل انتفاع از زمین قرار گرفته، همانا اجرت است نه حصه‌ای از محصول، پس به حسب قواعد باب اجاره اگر چه از زمین، محصولی به عمل نیاید باید اجرت زمین در مدتی که در دست زارع (مستأجر) بوده، به صاحب زمین داده شود.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو إنقطع...** یعنی اگر آب قطع شود در تمام مدت مزارعه (از اول تا آخر مدت) با اینکه آب بر حسب معمول برای آن زمین وجود داشت قبل از قطع شدنش، پس در این صورت، مزارعه خود بخود فسخ می‌گردد (چون شرط صحت مزارعه حاصل نبوده).

وفي الأثناء... (عطف است بر - في جميع المده -) یعنی و اگر در (ابتدای کار، آب وجود داشته سپس) در اثنای مدت، آب قطع گردد، در این صورت زارع، مخیر است (بین اینکه عقد را فسخ نماید و یا باقی بدارد) به جهت اینکه عیب بر زمین عارض گردیده (که خارج شدن زمین از انتفاع باشد به واسطه قطع آب) و عقد، باطل نمی‌گردد، زیرا قبلاً (در ابتدای عقد در آن مدتی که آب وجود داشته) حکم به صحت عقد شده (چون شرط صحت عقد - یعنی امکان انتفاع از زمین - حاصل بوده) پس

در اثناء که شرط مزبور، منتفی شد، شک می‌کنیم در صحت عقد و استصحاب صحت می‌نمائیم و ضرری که احتمالاً ممکن است بعد از این به واسطه قطع شدن آب، متوجه زارع شود) دفع می‌گردد به واسطه ثبوت حق خیار برای او (که می‌تواند فسخ کند عقد را) حال اگر فسخ نمود، به عهده او واجب می‌شود که اجرت زمین به مالک بدهد به نسبت مدتی که گذشته (و در دست او بوده) زیرا زارع انتفاع برده از زمین شخص دیگر (یعنی مالک) در مقابل اینکه عوضی (یعنی حصه‌ای از محصول) به مالک بدهد در حالی که این عوض به مالک نرسیده است و ازین رفتن این عوض، به سبب اختیار کردن زارع، فسخ را بوده است.

لظرو العیب چنانکه سابقاً گفتیم خیار عامل، خیار عیب است چون تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است یافت شود (مگر خیار مجلس و خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن که مخصوص بیع است) بنابراین در عقد مزارعه نیز که از عقود لازمه است کلیه خیارات ممکن است یافت شود که خیار عیب از آن خیارات می‌باشد.

فإن فسخ... حکم فسخ را مصنف در این عبارت بیان نموده و اما حکم عدم فسخ را بیان نکرده و ما آن را ذکر می‌نمائیم:

و آن این است که اگر زارع، عقد را فسخ نکرد و به حال خود باقی گذارد، چنانچه اتفاقاً آب دوباره موجود گردد و زمین، محصول بدهد، بین آنها تقسیم می‌گردد و اما اگر چیزی از زمین عائد نگردید دیگر اجرتی به عهده هیچ کدام نخواهد بود (نه اجرت زحمتی که زارع کشیده و نه اجرت زمین) **لَمْ يَسْلَمْ... صفت است برای - عوض - له - ضمیر برمی‌گردد به - الغیر - که مقصود از آن، مالک می‌باشد زواله ضمیر به - عوض - برمی‌گردد یا خیاره الفسخ ضمیر برمی‌گردد به - عامل - و کلمه «الفسخ» مفعول است برای اختیار.**

و بیشکل... یعنی بر حکمی که مصنف ذکر نموده (وجوب اجرت بر عامل) این اشکال وارد می‌آید که فسخ کردن عامل، به خاطر این است که چون به اتمام رساندن زراعت ممکن نیست (زیرا آب وجود ندارد).

و عمله... (این کلمه مبتدا است و خبرش - مشروط - می‌باشد) یعنی عمل گذشته زارع (و انتفاع بردنش از زمین در مدتی که در دستش بوده) مشروط به دادن حصه (یعنی حصه‌ای از محصول زمین، به مالک) بود، نه دادن اجرت (یعنی مشروط نبود به اینکه اجرت زمین را به مالک بدهد) پس وقتی که حصه مزبور، به دست نیامد به واسطه قطع شدن آب، سزاوار است که چیزی دیگر لازم نگیرد عامل را.

نعم... یعنی آری اگر (عقد، عقد مزارعه نبود بلکه عقد اجاره بود یعنی اینکه) عامل، زمین را اجاره کرده بود برای زراعت کردن، در این صورت (اگر آب در اثناء کار، قطع گردد) فرمایش مصنف نیکو خواهد بود (یعنی ثبوت اجرت به عهده عامل در مقابل مدتی که زمین در دست او بود).

(وإذا أطلق المزارعة زرع) العامل (ما شاء) إن كان البذر منه - كما هو الغالب - أو بذل المالك ما شاء إن شرط عليه، وإنما تخير مع الإطلاق، لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي، وكل فرد من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه، وأولى منه لو عمم الإذن، لدلالته على كل فرد فرد.

وربما فرق بين الإطلاق، والتعميم، بناء على أن الإطلاق إنما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى، بخلاف التعميم. ومما ذكرناه يظهر ضعفه.

تعیین نکردن نوع زراعت در عقد

(وإذا أطلق... توضیح: مالک در عقد مزارعه، نوع زراعت را یا تعیین می کند (مثلاً) به عامل می گوید: گندم بکار) و یا هیچ نوعی را تعیین نمی کند و زراعت را مطلق ذکر می نماید (مثلاً می گوید: زراعت کن) حکم صورت اول بعداً خواهد آمد، اکنون حکم صورت دوم را بیان می کند و آن این است که:

اگر مالک، نوع زراعت را در عقد تعیین نکرد، چنانچه بذر زراعت به عهده عامل بوده باشد - که غالباً چنین است - در این صورت عامل در نوع زراعت، مختار خواهد بود و هر نوعی را که اختیار نماید می تواند کشت کند، خواه زراعتی باشد که ضررش به زمین کمتر است (مثل گندم و جو) و خواه زراعتی که ضررش بیشتر است مثل برنج.

و اما اگر در عقد، شرط کرده باشند که مالک بذرا بدهد، در این صورت اختیار با مالک خواهد بود نه عامل، یعنی در صورت مزبور، هر نوع زراعتی را که مالک بدهد باید عامل آن را کشت نماید.

و دلیل بر حکم مذکور - یعنی اختیار داشتن عامل در صورت اطلاق مزارعه - این است که چون مطلق دلالت بر ماهیت می‌کند از آن جهت که ماهیت است بدون هیچ قیدی و خصوصیتی یعنی دلالت بر خصوصیت فردی نمی‌کند و ماهیت می‌تواند در ضمن هر فردی از افرادش تحقق یابد پس در مورد بحث، زراعت مطلق، دلالت می‌کند بر اینکه خواسته مالک آن است که در خارج، ماهیت زراعت تحقق یابد و این ماهیت در ضمن هر فردی از افراد زراعت می‌تواند تحقق یابد (چه آن فردی که ضررش کمتر است و چه فردی که ضررش بیشتر است) و مقصود مالک را که مطلق زراعت بود تأمین کند.

و از اینجاست که فقها گفته‌اند اگر شارع مقدس امر به مطلق کند، مثلاً امر به ضرب نماید و شخص مکلف، ضرب را در ضمن یکی از افراد ضرب انجام بدهد (زدن با تازیانه، زدن با عصا، زدن قوی، زدن ضعیف، زدن متوسط) امثال امر شارع را نموده است و تکلیف از گردن وی ساقط می‌گردد، چون امر به مطلق ضرب دلالت می‌کند که شارع مقدس تحقق ماهیت ضرب را در خارج خواسته است و آن در ضمن هر فردی از افراد ضرب می‌تواند تحقق یابد.

ترجمه و شرح عبارت: و إذا... یعنی هرگاه مالک، مطلق بگذارد مزارعه را، عامل می‌تواند هر زراعتی را که بخواهد کشت نماید (البته این اختیاری که عامل دارد در صورتی است که) اگر بذر، از خود عامل بوده باشد - چنانکه غالباً چنین است -.

أَوْ بَدَل... (عطف است بر - زرع -) یعنی و یا (اختیار با مالک خواهد بود یعنی اینکه) مالک می‌تواند هر نوع زراعتی را که خواست بدهد (به عامل) اگر در عقد، شرط کرده باشند بذر را بر او (پس از این ترجمه، واضح گردید که ضمیر - ماشاء - بر می‌گردد به مالک نه عامل) شرط به صیغه مجهول است و ضمیر نایب فاعلی بر می‌گردد به - بذر - علیه ضمیر بر می‌گردد به مالک و إنما... (بیان می‌کند دلیل تخییر عامل را)

یعنی چرا عامل، اختیار دارد درکشت در صورت اطلاق مزارعه؟ برای اینکه زارعت مطلق، دلالت می‌کند بر ماهیت زراعت از آن جهت که ماهیت است و هر فردی از افراد زراعت (چه زراعتی که ضررش کمتر است و چه زراعتی که ضررش بیشتر است) صلاحیت دارد که آن مطلق، در ضمن آن فرد تحقق یابد.

و أولی منه لو عمّم... توضیح: آنچه تا به اینجا گفته شد مربوط به صورتی بود که مالک، مزارعه را به طور مطلق اجازه بدهد.

اکنون می‌فرماید: که اگر مالک، مزارعه را به طور عموم با الفاظ عموم، اجازه بدهد یعنی صریحاً بگوید که هر زراعتی را که می‌خواهی کشت کن، در این صورت به طریق اولی عامل اختیار خواهد داشت در اینکه هر نوع زراعتی را که بخواهد کشت نماید، چون مالک در صورت مزبور، اجازه به هر فرد فردی از زراعت داده است.

و خلاصه فرمایش شارح این شد که: صورت اطلاق مزارعه با صورت تعمیم مزارعه، فرقی ندارند در اینکه در هر دو صورت، عامل اختیار دارد درکشت نمودن هر نوع زراعتی که بخواهد.

ولی بعضی از فقها - مثل محقق کرکی در کتاب «جامع المقاصد» - فرقی گذاشته بین صورت اطلاق و صورت تعمیم، و فرموده است که در صورت تعمیم، اختیار کشت هر نوع زراعتی را دارد (چون لفظ عام دلالت می‌کند بر اجازه هر نوع زراعتی حتی زراعتی که ضررش به زمین بیشتر است) ولی در صورت اطلاق، اختیار آن را ندارد بلکه باید زراعتی را که ضررش به زمین کمتر است کشت نماید، زیرا اطلاق زراعت، اقتضا می‌کند که مالک، آن زراعتی را که مقدار ضررش بر زمین، بین تمام افراد زراعت، مشترک است، اجازه داده است، و آن زراعتی خواهد بود که ضررش بر زمین کمتر است، چون این مقدار ضرر، در زراعت‌هایی که ضررشان متوسط و یا بیشتر است نیز می‌باشد (مثلاً فرض کنیم گندم ضررش به زمین، پنجاه درصد است،

وزراعت‌های دیگر، ضررشان شصت درصد و هفتاد درصد و هشتاد درصد باشد، و معلوم است که ضرر پنجاه درصد، در همه آن زراعتها نیز می‌باشد) و معلوم است که رضایت به زراعت مزبور، لازمه اش رضایت به زراعتی که ضررش بیشتر است نخواهد بود، چون فرض آن است که در عبارت مالک، لفظی که دلالت کند بر رضایت به ضرر بیشتر نیامده است، بنابراین، عامل نمی‌تواند زراعتی را که ضررش به زمین در حد متوسط یا بیشتر است را کشت نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **و أولی... یعنی سزاوارتر است** (به اختیار داشتن عامل) از صورت اطلاق مزارعه، آن صورتی که مالک، تعمیم دهد اذن در مزارعه را (و صریحاً بگوید هر نوع زراعتی را که بخواهی کشت کن) چون تعمیم، دلالت می‌کند صریحاً بر هر فرد (از زراعت پس به طریق اولی دلالت می‌کند بر اینکه عامل، اختیار کشت هر نوع زراعتی را که بخواهد خواهد داشت).

و ربما فزق... (کلمه - فزق - به صیغه مجهول) یعنی و چه بسا بعضی فرق گذاشته‌اند بین صورت اطلاق مزارعه و صورت تعمیم مزارعه (که در صورت اطلاق، اختیار را برای عامل ثابت نکرده است).

بناء... (این جمله در حقیقت، بیان می‌کند دلیل فرق را و اینکه چرا در صورت اطلاق، عامل، اختیار کشت هر نوع زراعتی را ندارد) یعنی آن فرق، مبنی بر این دلیل است که اطلاق مزارعه همانا اقتضا می‌کند تجویز (و رضایت مالک به) قدر مشترک بین افراد زراعت را (و آن همان زراعتی خواهد بود که ضررش به زمین کمتر است که این مقدار ضرر، در همه افراد زراعت، وجود دارد) و (معلوم است) که لازم نمی‌آید از راضی بودن مالک به قدر مشترک (از زراعت‌ها) اینکه راضی باشد به زراعتی که ضررش بیشتر است. برخلاف تعمیم مالک (در اذن به مزارعه، که در این صورت،

عبارت مالک، صریحاً دلالت می‌کند که حتی به زراعتی که ضررش بیشتر است راضی می‌باشد).

و مما ذکرناه... (این جواب شارح است از قول مزبور) یعنی از آن دلیلی که ما برای اختیار داشتن عامل در صورت اطلاق آوردیم که گفتیم مطلق، دلالت بر ماهیت می‌کند.... تا آخر دلیل، روشن می‌شود ضعف این قول (که فرق گذاشته است) پس در نظر شارح، فرقی بین صورت اطلاق و صورت تعمیم نمی‌باشد در اینکه در هر دو صورت، عامل، اختیار دارد در کشت هر نوع زراعتی که بخواهد.

(ولو عين) شيئا من الزرع (لم يتجاوز) ما عين له، سواء كان المعين شخصا كهذا الحب أم صنفا كالحنطة الفلانية، أم نوعيا أم غيره، لاختلاف الأغراض باختلافه فيتعين ما تعلق به، (فلو) خالف و (زرع الأضر قيل: تخير المالك بين الفسخ فله أجرة المثل) عما زرعه، (وبين الإبقاء، فله المسمى مع الأرش).

ووجه التخيير: أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفي بزيادة في ضمن زرع الأضر، فيتخير بين الفسخ لذلك فيأخذ الأجرة لما زرع، لوقوعه أجمع بغير إذنه، لأنه غير المعقود عليه، وبين أخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع أخذ الأرش في مقابلة الزائد الموجب للضرر.

تعیین زراعت خاص در عقد

(ولو عين)... توضیح: اگر مالک، زراعت خاصی را در عقد، تعیین نماید، باید عامل همان را کشت نماید و حق ندارد غیر آن را کشت کند، خواه اینکه زراعت خاص، فرد مشخصی از زراعت باشد (مثل اینکه مالک اشاره کند به بذری که در جلوش حاضر است و بگوید: این بذرا بکار) و خواه صنفی از زراعت باشد (مثل اینکه بگوید: گندم سرخ بکار) و خواه نوعی از زراعت باشد (مثل اینکه بگوید: گندم بکار) و خواه غیر اینها باشد (مثل اینکه بگوید: حبوبات بکار نه سبزیجات).

و دلیل حکم مزبور این است که چون مردم در زراعت اغراض مختلفی دارند و چه بسا مالک در تعیین زراعت، غرض خاصی داشته باشد که با زراعت دیگر، غرض او تأمین نمی شود پس باید عامل همان زراعتی را که مالک، تعیین کرده، کشت نماید.

حال اگر عامل برخلاف گفته مالک، عمل کند و زراعت دیگری را بکارد، در این صورت زراعتی را که کاشته خالی از دو قسم نیست: یا زراعتی است که ضررش به زمین بیشتر از زراعتی است که مالک تعیین کرده بود (مثل برنج که ضررش بیشتر از

گندم است به این معنی که نیروی زمین را بیشتر می‌گیرد و زمین ضعیف می‌گردد) و یا ضررش از آن کمتر است، قسم دوم، حکمش بعداً در عبارت مصنف خواهد آمد. و اما قسم اول: حکمش را بعضی از فقها چنین گفته‌اند که مالک مخیر است بین اینکه عقد مزارعه را فسخ کند (واجرت المثل زمین را بگیرد بابت زراعتی که عامل در زمین، کشت کرده است) و بین اینکه عقد مزارعه را به حال خود باقی بدارد و فسخ نکند و محصول آن را به همان نسبتی که در عقد، قرارداد کرده‌اند، بین خود تقسیم نمایند و علاوه بر آن، مالک، ارش زمین را به خاطر زیادی ضرری که از زراعت مزبور بر زمین وارد آمده، از عامل بگیرد.

وارش در اینجا عبارت است از اینکه باید قیمت زمین در حالتی که زراعت مجاز از طرف مالک در آن کشت شده باشد، به دست آورده شود، سپس قیمت زمین در حالتی که زراعتی که زارع آن را غیر مجاز کشت کرده است به دست آورده شود، تفاوت آن دو قیمت همان ارش خواهد بود.

و دلیل تغییر مالک بین فسخ و امضای عقد این است که مالک، آن مقدار منفعتی را که قرارداد کرده بودند، می‌تواند از این زراعتی که عامل کشت کرده است به دست آورد با منفعت بیشتری (چون اگر مثلاً کشت تعیین شده، گندم بود و حصه مالک در عقد، دوسوم از آن بود، و عامل، برنج کاشته باشد، معلوم است که دوسوم از برنج، منفعتی است بیشتر از دوسوم گندم) منتها چون زمین، ضرر بیشتری خورده به خاطر آن زراعت، مالک، خیار فسخ خواهد داشت و می‌تواند عقد مزارعه را فسخ نماید و اجرت زمین را بابت زراعتی که عامل کشت نموده، از او بگیرد چون تمام آن زراعت بدون اجازه مالک، کاشته شد، زیرا فرض آن است که قرارداد مزارعه، بر آن زراعت نبوده، و از طرف دیگری می‌تواند عقد را فسخ نکند و به حال خود باقی بدارد و در برابر مقدار منفعت معین (یعنی دوسوم از گندم در فرض مثال) دوسوم از زراعت کشت

شده (یعنی برنج در فرض مثال) بردارد (یعنی چون حصه‌اش از گندم به دست نیامد، لذا عوض آن می‌تواند به مقدار آن حصه از برنج بردارد) و علاوه بر آن، ارزش نقصان زمین را هم از عامل بگیرد به خاطر ضرر بیشتری که آن زراعت بر زمین وارد آورده است.

شارح بر این تخییر، اشکال کرده است که بعداً توضیح خواهیم داد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو عین...** یعنی اگر مالک، تعیین کند، چیزی از زراعت را (یعنی زراعت خاصی را) عامل، حق ندارد تجاوز کند از آنچه که برای او تعیین شده (یعنی حق ندارد زراعت دیگری را بکارد) خواه آنچه معین شده، زراعت شخصی باشد مثل اینکه بگوید این دانه (را بکار) و خواه زراعت صنفی باشد (یعنی صنف زراعت را تعیین کند) مثل (اینکه بگوید) گندم سرخ (را بکار) و خواه زراعت نوعی باشد (یعنی نوع زراعت را تعیین کند مثل اینکه بگوید: گندم بکار) و خواه غیر آن باشد.

لاختلاف... (علت است برای - لم یتجاوز-) یعنی زیرا غرض‌های مردم، مختلف می‌شود به اختلاف زراعت (و چه بسا غرض تعلق بگیرد به زراعتی نه زراعت دیگر) پس معین می‌گردد همان زراعتی که غرض به آن تعلق گرفته (و این غرض، از تعیین کردن مالک فهمیده می‌شود).

فلو خالف یعنی پس اگر عامل مخالفت کرد و (آن زراعتی را که مالک برای او تعیین کرده بود کشت ننمود بلکه (کشت نمود زراعتی را که ضررش برای زمین بیشتر) از زراعت تعیین شده) است، بعضی گفته‌اند که (در آن صورت: حکم این است که: مالک مخیر است بین فسخ عقد (و وقتی فسخ نمود) پس برای اوست که اجرة المثل زمین را بابت زراعتی را که عامل کشت نمود، از او بگیرد، و بین اینکه عقد را باقی

گذارده که در این صورت آن حصه‌ای را که در عقد تعیین کرده‌اند (از محصول زراعت کاشته شده) بردارد به اضافه ارش (یعنی ارش نقص وارد شده به زمین).

و وجه التّخییر... یعنی دلیل تخییر مالک (بین فسخ عقد و بین ابقاء عقد) آن است که آن مقدار منفعتی که عقد بر آن خوانده شده، به دست آورده می‌شود با منفعت بیشتری، در ضمن زراعتی که ضررش به زمین بیشتر است، پس مالک مخیر می‌شود بین اینکه فسخ کند عقد را به خاطر اینکه ضرر آن زراعت به زمین زیاد بوده، و در نتیجه اجرت زمین را می‌گیرد بابت زراعتی که عامل کرده چون زراعت عامل همه‌اش بدون اذن مالک بوده، زیرا آن زراعت، مورد عقد نبوده بزیاده‌بَاء - به معنای - مع - می‌باشد و مقصود از منفعت زاید همان قوی بودن زراعتی است که عامل، کشت کرده است.

و بین أخذ المسمّی... (عطف است بر - بین الفسخ -) یعنی زمین اینکه به آن مقداری که در عقد، قرار داد شده (مثلاً دوسوم) بگیرد (از همین زراعتی که عامل، کشت کرده) در مقابل مقدار منفعت معین (یعنی دوسوم از گندمی که مالک تعیین کرده بود) به اضافه اینکه ارش هم بگیرد در مقابل منفعت زایدی که موجب ضرر بر زمین شده (و منفعت زاید چنانکه در بالا گفتیم همان قوی بودن زراعتی است که عامل کشت کرده است).

ویشکل بأن الحصة المسماة إنما وقعت في مقابلة الزرع المعين ولم يحصل، والذي زرع لم يتناوله العقد، ولا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة، ومن ثم نسبه إلى القيل تنبيها على ترميضه.

والأقوى وجوب أجره المثل خاصة.

اشکال شارح

ویشکل... توضیح: شارح بر قول مزبور - که برای مالک، تخییر را ثابت کرده - اشکال می کند، و اشکال ایشان بر حکم دوم تخییر است (یعنی باقی گذاردن عقد، و گرفتن به مقدار حصه ای که در عقد قرارداد کرده اند علاوه بر ارزش زمین) و در نتیجه آن اشکال، فقط حکم اول تخییر را قبول می نمایند که فسخ عقد و گرفتن اجرة المثل زمین باشد.

توضیح اشکال این است که: مقدار حصه ای که در عقد، قرارداد کرده اند - مثلاً دوسوم - همانا نسبت به زراعتی بوده که مالک در عقد، تعیین کرده بود (یعنی گندم در فرض مثال) و حال آنکه این زراعت، حاصل نشد، و آن زراعتی که کشت کرده - برنج مثلاً - نه مورد عقد بوده و نه مالک آن را اجازه جداگانه داده، بنابراین به چه وجهی می توان گفت که مالک حق دارد به مقدار حصه - دوسوم مثلاً - از زراعتی که کشت کرده - برنج - بردارد (با اینکه بذری را که کشت کرده، ملک عامل بوده پس بر حسب قاعده، زراعت حاصل از آن بذر، نیز مال او فقط خواهد بود و مالک زمین، استحقاق هیچ مقدار از آن را نخواهد داشت).

و به خاطر همین اشکال است که مرحوم مصنف، تخییر مالک را، نسبت داده به - قیل - (به صیغه مجهول) که دلالت برضعیف بودن قول مزبور می کند.

بنابراین، اقوی در نظر شارح آن است که عقد، خود بخود منفسخ می شود و مالک، فقط حق دارد که اجرت زمین را از عامل بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: و یشکل... یعنی اشکال می شود بر ثبوت تخخیر به اینکه حصه ای که در عقد، تعیین شده (یعنی دو سوم مثلاً) همانا آن حصه، واقع شده در مقابل زراعت معین (یعنی مالک که برای خود مثلاً دو سوم از محصول را قرارداده همانا در مقابل کشت گندم در فرض مثال بود، و به بیانی دیگر مالک چنین قرارداد کرده بود که اگر در زمین، گندم کاشته شد، در مقابل این انتفاعی که عامل از زمین می برد، دو سوم از گندمها مال مالک باشد) و حال آنکه زراعت معین، حاصل نشد (و عامل به آن عمل نکرد) و آنچه را که کشت نمود، مشمول عقد مزارعه نمی باشد و مشمول اذن مالک هم نیست (یعنی نه عقد، شامل آن می شود و نه مالک اذن دیگری به آن داده است) پس وجهی نیست برای استحقاق مالک، در کشت مزبور، به اندازه حصه خود (یعنی وجهی نیست بگوئیم که مالک می تواند عقد را باقی بدارد و به مقدار حصه ای که تعیین کرده بود - دو سوم مثلاً - از کشت برنج بردارد) و به جهت همین اشکال است که مصنف قول به تخخیر را نسبت به - قیل - داده تا تنبیه کند بر مریض بودن آن قول (یعنی ضعف آن) و (بنابراین اشکال) قول اقوی (در نظر شارح) وجوب اجرة المثل زمین است فقط (یعنی مالک، فقط حق دارد اجرة المثل زمین را از عامل بگیرد و عقد هم خود بخود فسخ می شود).

(ولو كان) المزروع (أقل ضررا) من المعين (جاز) فيستحق ما سماه من الحصة، ولا أُرش، ولا خيار، لعدم الضرر.

ویشکل بأنه غیر معقود علیه ایضا فکیف یستحق فیہ شیئا، مع أنه نماء بذر العامل الذي لا دلیل علی انتقاله عن ملکه.

والأقوى ثبوت أجره المثل أيضا كالسابق.

(ولو كان) المزروع... توضیح: دانسته شد که مخالفت عامل در زراعتی که مالک،

تعیین کرده است، دو قسم می تواند باشد:

۱. اینکه زراعتی را که ضررش بر زمین بیشتر از زراعت تعیین شده است، کشت

نماید، حکم این صورت در بالا دانسته شد.

۲. اینکه زراعتی را که ضررش کمتر از زراعت تعیین شده است کشت نماید،

اکنون حکم این صورت را بیان می فرماید و آن این است که در صورت مزبور، کشتی

که کرده مانعی ندارد به این معنی که مالک، استحقاق خواهد داشت که از زراعت

مزبور، به مقدار آن حصة ای که در عقد برای خود قرارداد کرده - مثلاً دوسوم - بردارد و

دیگر طلبکار ارش نخواهد بود و نیز حق خیار فسخی نخواهد داشت زیرا فرض آن

است که زمین، ضرر اضافی ندیده است.

شارح در این صورت نیز اشکال کرده نظیر آن اشکالی که بر صورت سابق در مسأله

گذشته نمود و آن این است که: زراعتی را که عامل کرده اگر چه ضررش کمتر است

ولی چون مورد عقد مزارعه نبوده چگونه می توان گفت که مالک به اندازه حصة ای که

قرارداد کرده اند، در آن زراعت، استحقاق دارد با اینکه بذر زراعت، ملک عامل بوده و

زراعت مزبور، محصول همان بذر است و چون دلیلی نداریم برای اینکه بذر از ملک

عامل خارج شده باشد (چون انتقال آن از ملک او در صورتی است که عقد مزارعه بر

آن جاری شده باشد و فرض این است که آن زراعت، از مورد عقد مزارعه خارج است) پس محصول آن بذرنیز از ملک عامل، خارج نمی‌شود و تنها ملک او خواهد بود.

بنابراین اشکال، آقای در نظر شارح این است که مالک، بابت زراعتی که عامل بطور غیر مجاز کشت کرده، فقط استحقاق اجرة المثل زمین را خواهد داشت همانند صورت قبلی یعنی صورتی که عامل، زراعت اضرار کشت نموده باشد.

ترجمه و شرح عبارت: ولو كان... یعنی و اگر (عامل در مخالفتی که با زراعت تعیین شده در عقد کرده) چیزی را کشت کرده بود که ضررش کمتر از آنچه مالک تعیین کرده، باشد، این کار جایز است و در نتیجه مالک، استحقاق خواهد داشت آن مقدار حصه‌ای را که در عقد، قرارداد کرده‌اند (دوسوم مثلاً) و دیگر ارضی و حق خیاری (برای مالک) نخواهد بود، چون ضرری بر زمین (به واسطه زراعتی که عامل کرده) نیامده است.

جاز ناگفته نماند که این تعبیر با تعبیری که سابقاً مصنف داشت که «لم يتجاوز ما عين له» (یعنی جایز نیست تعدی و تجاوز کند از آنچه که مالک برای او تعیین کرده است) منافات دارد.

مگر اینکه عبارت اینجا را توجیه کنیم به اینکه کشت چیزی که ضررش بر زمین کمتر است، تعدی و تجاوز محسوب نمی‌شود چون وقتی که مالک به زراعتی که تعیین کرده بود راضی بود، به طریق اولی نسبت به زراعتی که ضررش کمتر است راضی خواهد بود، گرچه این توجیه نیز مورد اشکال است، هر که خواهد رجوع کند به کتاب «مسالك».

و مشکل... یعنی استحقاق داشتن مالک، مورد اشکال است به اینکه: آنچه را که عامل کشت کرده، مورد عقد مزارعه نبوده است أيضاً یعنی همچنانکه در مسأله بالا نیز گفتیم که زراعتی که ضررش بر زمین بیشتر بوده، مورد عقد مزارعه نبوده فکیف...

یعنی پس چگونه مالک، استحقاق پیدا می‌کند چیزی را در زراعتی که عامل کشت کرده است با اینکه زراعت مزبور، محصول آن بذری است که ملک عامل است که دلیلی نداریم بر اینکه بذرمزبور از ملک عامل، انتقال به مالک یافته باشد (تا مالک، استحقاق حصه‌ای در آن داشته باشد) و (بنابراین اشکال) اقوی در نظر شارح این است که فقط اجرة المثل زمین (بابت زراعت مزبور) ثابت است (برای مالک) همانند مسأله بالا.

(ويجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل) وهذا هو الأصل في المزارعة، ويجوز جعل اثنين من أحدهما، والباقي من الآخر، وكذا واحد وبعض الآخر، ويتشعب من الأركان الأربعة صور كثيرة لا حصر لها بحسب شرط بعضها من أحدهما، والباقي من الآخر.

(وكل واحدة من الصور الممكنة جائزة) متى كان من أحدهما بعضها - ولو جزء من الأربعة - ومن الآخر الباقي، مع ضبط ما على كل واحد

صورت های مختلف در عقد مزارعه

(ويجوز أن يكون... توضيح: در مزارعه به چهار رکن نیازمندیم که عبارتند از:

زمین، بذر، کار، ابزار زراعت (مثل تراکتور، بیل، و وسایل درواز قبیل داس و مانند آن).

شکی نیست که در تحقق عقد مزارعه بین دو نفر باید یکی از آنها زمین بدهد و اما سه رکن دیگر لازم نیست که همه اش به عهده دیگری باشد بلکه عهده دار شدن آنها بر حسب قرارداد و توافق آنها در عقد است و طرفین از ابتدا می توانند توافق کنند که تمام کار و بذر و ابزار به عهده زارع باشد و یا اینکه بعضی از آنها به عهده مالک و بعضی دیگر به عهده زارع باشد و از اینجا مزارعه، صورتهای متعددی پیدا می کند به شرح زیر:

۱. اینکه زمین به عهده یکی و سه رکن دیگر به عهده دیگری باشد، که اصل در مزارعه همین صورت است.

۲. اینکه دو تا از آن ارکان به عهده یکی و دو تای دیگر به عهده دیگری باشد، که از این صورت چند صورت به دست می آید.

۳. اینکه یکی از ارکان و بخشی از ارکان دیگر به عهده یکی باشد و بقیه به عهده دیگری باشد و از این صورت، صورت‌های دیگری به دست می‌آید که قابل شمارش نیست، (مثلاً زمین و نصف بذرو نصف کار و نصف ابزار به عهده یکی باشد و باقی به عهده دیگری باشد و یا مثلاً زمین و نصف کار به عهده یکی باشد و باقی به عهده دیگری باشد).

و اینکه گفتیم صورت‌هایی که قابل شمارش نیست، به جهت این است که تعبیر به «بخشی از ارکانها» مخصوصاً در بذر، درصدهای متعددی تصویر می‌شود (که چند درصد از بذر و یا کار مثلاً به عهده یکی باشد و باقی به عهده دیگری) که این درصدها قابل شمارش نیست و یا عرفاً شمارش آنها مشکل است.

و تمام صورت‌هایی که ذکر شد، جایز است در مزارعه، به شرط اینکه آنچه که به عهده هر کدام از طرفین گذاشته می‌شود، مشخص و مضبوط باشد. البته طبیعی است که در تقسیم محصول زراعت، بین صورتی که ابزار کشاورزی به عهده کشاورز باشد و یا به عهده صاحب زمین، تفاوت وجود دارد.

ترجمه و شرح عبارت: و یجوز... یعنی (در مزارعه) جایز است که به عهده یکی از طرفین، زمین فقط باشد، و به عهده دیگری، بذر و کار و ابزار کشاورزی باشد و غالباً قرارداد‌های مزارعه به این صورت می‌باشد، ولی جایز است که (به صورت‌های دیگر نیز باشد مثل اینکه:) قرارداد شود دوتا (از آن ارکان اربعه) به عهده یکی، و باقی ارکان به عهده دیگری (مثلاً زمین و بذر را صاحب زمین بدهد و کار و ابزار کشاورزی به عهده زارع باشد) و نیز (مثل اینکه:) یکی از ارکان به اضافه بخشی از ارکان دیگر به عهده یکی از طرفین باشد (و بقیه به عهده دیگری باشد چنانکه سابقاً مثالش را ذکر نمودیم) و (خلاصه اینکه) از ارکان چهارگانه (زمین، بذر، کار، ابزار) به ملاحظه اینکه شرط کنند بعضی از ارکان به عهده یکی از طرفین باشد و بقیه ارکان به عهده دیگری باشد،

صورت‌های زیادی به دست می‌آید که قابل شمارش نیست حسب به سکون سین و ضم باء یعنی فقط.

العوامل ناگفته نماند که مقصود از عوامل، حیواناتی است که برای شخم زدن زمین به کار گرفته می‌شوند مانند گاوهای شخم زن، ولی ما در ترجمه عبارت کلمه ابزار کشاورزی را به کار برده ایم تا وسائل امروزی که به جای حیوانات از آنها استفاده می‌شود مثل تراکتور را شامل شود و گرنه، ابزار کشاورزی ترجمه تحت اللفظی «عوامل» نمی‌باشد و کذا واحد... کلمه - واحد - مجرور است بنابراینکه عطف باشد بر- اثنین - و تقدیر عبارت چنین است: و کذا يجوز جعل واحد مع بعض الاخر، من أحدهما و الباقي من الاخر.

و کل واحدة... یعنی هریک از صورتهایی که ممکن است تصویر شود (در مسأله مورد بحث) جایز است قرارداد شود در مزارعه، که شرط شود به عهده یکی از طرفین، بعضی از ارکان باشد - گرچه بخشی از ارکان اربعه باشد (مثلاً نصف ابزار و یا نصف بذرو یا یک سوم کار به عهده مالک زمین باشد) - و باقی ارکان به عهده دیگری باشد، به شرط اینکه آنچه که به عهده هر کدام از طرفین می‌گذارند مضبوط و مشخص باشد.

(ولو اختلفا في المدة حلف منكر الزيادة)، لأصالة عدمها، فإن بقي الزرع بعد ما ثبت منها فكما سبق.

مسائل نزاعی در مزارعه

مسأله اول

(ولو اختلفا في المدة... توضیح: چنانکه سابقاً در ضمن مسائل دانسته شد یکی از شرایط صحت مزارعه این است که مدت آن باید تعیین شود.

اکنون مسأله در این است که: اگر مالک زمین با زارع نزاع کنند در مدت مزارعه به این صورت که مالک بگوید: مدت مزارعه، شش ماهه مثلاً بود و الان مدت مزبور تمام شده است، ولی زارع بگوید: مدت هفت ماهه مثلاً بود که الان یک ماه دیگر از مدت، باقی مانده است، در اینجا حکم آن است که مالک - که منکرزیادی مدت است - باید قسم بخورد و قولش پذیرفته می شود، زیرا اصل، عدم زیادی مدت است و کسی که ادعایش موافق اصل باشد، به حسب قواعد قضائی، منکر محسوب شده و وظیفه اش قسم خوردن است و چون معمولاً در چنین موارد، مدعی، بینه ندارد لذا منکر با قسم خوردنش، قولش پذیرفته می شود.

و نتیجه این نزاع آن است که بعد از آنکه قول مالک ثابت شد، اگر هنوز زراعت به حد درو کردن نرسیده باشد در حالی که مدت، تمام شده است، حکم آن همان است که سابقاً گذشت و آن اینکه مالک، مخیر خواهد بود بین اینکه زراعت را بکند و بین اینکه آن را باقی بدارد تا زمانی که به حد درو برسد و اجرت زمین را بابت این مدت باقیمانده از زارع بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو اختلفا...** یعنی اگر مالک و زارع اختلاف کنند در مدت مزارعه، باید آنکه زیادی مدت را انکار می‌کند قسم بخورد (وقولش پذیرفته می‌شود) زیرا اصل، عدم زیادی مدت است **منکر الزیادة** ناگفته نماند که منکر زیادی مدت، ممکن است زارع باشد و ممکن است مالک باشد ولی غالباً مالک، انکار زیادی مدت می‌کند - چنانکه شارح در مسائل بعدی به آن تصریح کرده است - زیرا مالک معمولاً ادعای کمی مدت را می‌کند تا زودتر زمین را از زارع تحویل بگیرد **فإن بقي...** یعنی حال اگر بعد از ثابت شدن مدت (به واسطه قسم خوردن) زراعت باقی مانده باشد (یعنی هنوز به حد درو کردن نرسیده باشد) پس حکمش همان است که سابقاً گذشت (در آنجا که مصنف فرمود: «ولو مضت المدة والزرع باق فعلى العامل...»).

(و) لو اختلفا (في الحصة) حلف (صاحب البذر)، لأن النماء تابع له، فيقدم قول مالكة في حصة الآخر، لأصالة عدم خروج ما زاد عن ملكه، وعدم استحقاق الآخر له، واتفاقهما على عقد تضمن حصة إنما نقل عنه في أصل الحصة، لا في الحصة المعينة فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله لم يخرج عن الأصل.

مسألة دوم

(و) لو اختلفا... توضیح: اگر مالک وزارع، نزاع کنند در مقدار حصه‌ای که در عقد، قرارداد کرده‌اند، مثلاً مالک به زارع بگوید: «حصه تویک سوم از محصول بود» ولی زارع بگوید: «حصه من نصف محصول بود».

در این صورت، حکم آن است که هر کدام از آنها صاحب بذر بوده، باید قسم بخورد و قولش پذیرفته می‌شود، مثلاً در فرض مثال اگر مالک، صاحب بذر بود او قسم می‌خورد، چون قول او موافق با اصل است و منکر محسوب می‌شود که وظیفه‌اش قسم خوردن است.

توضیح آنکه: شکی نیست که کسی که مالک بذر است، محصول هم به تبع آن، ملک اوست و چون فرض آن است که به توافق یکدیگر عقد مزارعه‌ای که در ضمن آن حصه‌ای را تعیین کرده‌اند، واقع ساخته‌اند پس به واسطه این عقد، یقیناً حصه‌ای از آن محصول، از ملک مالک بذر، خارج شده و به ملک طرف مقابل داخل می‌شود منتها چون در مقدار این حصه نزاع دارند باید گفت آن مقداری را که صاحب بذر ادعا می‌کند، داخل در ملک دیگری می‌شود نه بیشتر از آن، زیرا اصل آن است که بیشتر از آن مقدار از ملک او خارج نشده به دیگری، پس قول صاحب بذر موافق این اصل بوده و به حسب قواعد قضائی، منکر محسوب شده که با قسم خوردنش قولش پذیرفته می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو اختلفا...** یعنی اگر مالک و زارع، نزاع کنند در مقدار حصه هریک از آنها، باید قسم بخورد آن کسی که صاحب بذراست (از آنها) زیرا محصول زراعت، در ملکیت، تابع بذراست (یعنی هرکسی که بذر، مال اوست، محصول هم ملک اوست) بنابراین، مقدم می‌داریم (ومی‌پذیریم) هر مقداری را که مالک بذر، نسبت به مقدار حصه طرف مقابل، ادعا می‌کند (وبه بیانی دیگر: هر مقداری را که مالک بذراعترا دارد که از ملک‌ام خارج نموده و به طرف مقابل انتقال داده‌ام، پذیرفته می‌شود، نه بیشتر از آن مقدار) زیرا اصل آن است که بیشتر از آن مقداری که صاحب بذراعترا می‌کند، خارج نشده از ملک او، و (اصل آن است که) دیگری، استحقاق آن مقدار زائد را ندارد.

و إتفاقهما... توضیح: این جمله جواب از سؤال مقدری است و آن اینکه: اگر کسی بگوید: مالک و زارع با یکدیگر توافق کرده‌اند در ضمن عقد مزارعه که حصه‌ای از محصول به دیگری (مثلاً عامل) منتقل شود، پس یقیناً این حصه از اصل «عدم خروج از ملک صاحب بذر» بیرون رفته است چون انتقال پیدا کرده به عامل، بنابراین جای اجرای «اصل عدم خروج» نیست تا در نتیجه قول عامل پذیرفته نشود و قول مالک که صاحب بذراست در فرض مثال، پذیرفته شود.

شارح جواب می‌دهد به اینکه توافق آنها همین مقدار را ثابت می‌کند که اصل حصه، از ملک مالک بذر، خارج شده و انتقال یافته به دیگری، پس اصل حصه از تحت «اصل عدم خروج از ملک صاحب بذر» بیرون می‌رود و اما اینکه مقدار حصه چقدر بوده را ثابت نمی‌کند، بنابراین بیشتر از آن مقداری که صاحب بذراعترا می‌کند، تحت «اصل عدم خروج» باقی می‌ماند که با قسم خوردن صاحب بذر، مال او خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: و إتفاقهما... (این کلمه مبتدا است و خبرش - انما نقل - می باشد و جمله «تضمن حصه» صفت است برای عقد) یعنی توافق مالک و زارع بر عقدی که در بردارد حصه ای را، همانا این توافق بیرون برده محصول را از تحت «اصل عدم خروج» نسبت به اصل حصه نه نسبت به حصه معین (یعنی توافق مزبور، همین مقدار اثبات می کند که حصه ای از محصول، از ملک صاحب بذر انتقال یافته به طرف مقابل و دیگر اثبات نمی کند که چه مقدار حصه انتقال یافته و چون در مقدار زائد با یکدیگر نزاع دارند و صاحب بذر، آن زائد را انکار می نماید) پس حکم انکار زائد، به حال خود باقی است و از تحت «اصل عدم خروج» بیرون نرفته است.

(ولو أقاما بينة قدمت بينة الآخر) في المسألتين وهو العامل في الأولى، لأن مالك الأرض يدعي تقليل المدة فيكون القول قوله، والبينة بينة غريمه العامل، ومن ليس له بذر في الثانية - من العامل ومالك الأرض - لأنه الخارج بالنظر إلى البادر حيث قدم قوله مع عدم البينة.

(وقيل: يقرع)، لأنها لكل أمر مشكل.

ويشكل بأنه لا إشكال هنا فإن من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه فالقول بتقديم بينة المدعي فيهما أقوى.

(ولو أقاما بينة... توضيح: اگر در دو مسأله نزاعی بالا، هریک از مالک و زارع بر ادعای خود، اقامه بینه کردند، ببینیم بینه کدامیک باید مقدم داشته شود؟ دو قول در آن می باشد:

۱. مشهور گفته اند: هر کدام از آنها که در آن دو مسأله، مدعی محسوب است، باید در اینجا بینه او مقدم داشته شود نه بینه منکر.

بنابراین، در مسأله اول - اختلاف در مدت مزارعه - بینه عامل باید مقدم داشته شود، زیرا در این مسأله چنانکه دانسته شد مالک به واسطه آنکه کم بودن مدت را ادعا می کند، منکر محسوب بود و به مقتضای قاعده «البینه علی المدعی والیمین علی المنکر» (که طبق روایت مشهور است) با نبودن بینه، قول او را با قسم خوردن، مقدم داشتیم، اکنون در صورت وجود بینه برای مدعی، باید بینه مدعی را مقدم بداریم نه بینه منکر، زیرا از روایتی که مدرک آن قاعده است چنین استفاده می شود که وظیفه منکر، قسم خوردن فقط می باشد و وظیفه مدعی هم بینه فقط می باشد یعنی بینه اختصاص به مدعی دارد همانطوری که قسم اختصاص به منکر دارد پس با بینه

مدعی، بینه منکر پذیرفته نمی شود و در مورد بحث هم عامل، مدعی محسوب است پس بینه او مقدم داشته می شود بر بینه مالک.

و در مسأله دوم - اختلاف در مقدار حصه - نیز باید بینه آن کسی که صاحب بذر نیست (خواه مالک باشد و خواه عامل) مقدم داشته می شود بر بینه صاحب بذر، چون صاحب بذر چنانکه سابقاً در صورت نبودن بینه دانسته شد، منکر محسوب بود و قول او را با قسم خوردن مقدم داشتیم، اینک در صورت وجود بینه، بینه طرف مقابلش - که صاحب بذر نیست و مدعی محسوب است - باید مقدم داشته شود.

۲. بعضی گفته اند که در هر دو مسأله باید قرعه انداخت و قرعه به نام هر کس افتاد، بینه او مقدم داشته می شود، به دلیل اینکه طبق روایات، قرعه برای هر موردی است که مشکل شود و حکم، مشخص نباشد، و مورد بحث هم از موارد مشکل است که نمی دانیم بینه کدامیک باید ترجیح داده شود.

شارح در جواب این قول می فرماید: مورد بحث ما از موارد مشکل نیست و حکم، مشخص است، زیرا چنانکه گفته شد طبق قاعده «البینه علی المدعی والیمین علی المنکر» در هر نزاعی، هر کسی که با فرض نبودن بینه، قولش با قسم خوردن مقدم داشته می شود، با فرض بودن بینه باید بینه طرف مقابلش مقدم داشته شود.

و خلاصه اینکه در دو مسأله بالا، بینه آن کسی که مدعی محسوب است باید مقدم داشته شود بر بینه آن کسی که منکر است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو أقاموا...** یعنی اگر مالک و زارع هر دو، اقامه بینه کردند (بر ادعای خودشان) باید مقدم داشته شود بینه آن دیگری در هر دو مسأله (یعنی در دو مسأله بالا - اختلاف در مدت، اختلاف در مقدار حصه - هر کسی که قولش پذیرفته نبود، در اینجا بینه اش پذیرفته می شود) و آن دیگری عبارت از عامل است در مسأله اول (مسأله اختلاف در مدت) و هو ضمیر به - الاخر - بر می گردد.

لأن مالك... (علت است بر اینکه چرا در مسأله اول، بینه عامل مقدم داشته می‌شود) یعنی زیرا مالک زمین، ادعا می‌کند کمی مدت را (یعنی منکرزیادی مدت است و عامل ادعا می‌کند زیادی مدت را) پس (مالک، منکر محسوب است به واسطه اینکه قولش موافق اصل عدم زیادی مدت است و در نتیجه طبق قاعده «البینه علی المدعی والیمین علی المنکر») قول، قول او خواهد بود (اگر بینه‌ای در کار نباشد) و (اما اکنون که بینه‌ای در کار است) بینه، بینه طرف مقابلش که عامل است، خواهد بود (طبق آن قاعده) غریمه ضمیر بر می‌گردد به مالک، و مقصود از غریم در اینجا همان طرف مقابل است که عامل باشد.

و من لیس... (عطف است بر- العامل فی الأولى- و تقدیر عبارت چنین است: و هومن لیس له بذرفی المسألة الثانية) یعنی در مسأله دوم، آن دیگری (که بینه‌اش مقدم داشته می‌شود) عبارت از آن کسی است که بذرن داده است چه عامل باشد و چه مالک زمین من العامل... بیان می‌کند - من لیس له بذر- را لأنه الخارج... (علت است بر اینکه چرا در مسأله دوم، بینه آن کسی که بذرن داده، مقدم داشته می‌شود) کلمه - خارج - اشاره به مطلبی است که بین فقها می‌باشد و آن اینکه آیا بینه داخل را باید مقدم داشت یا بینه خارج را؟ توضیح اینکه: گاهی «مدعی» را خارج می‌نامند، و «منکر» را داخل می‌نامند و آن در جایی است که کسی، مدعی عینی باشد و آن عین در تصرف و ید شخص دیگری است (مثل اینکه کسی، مدعی مالکیت خانه‌ای باشد که در آن خانه، شخص دیگری سکونت دارد و به اصطلاح، آن دیگری، ذوالید است ولی مدعی نسبت به آن خانه، دست و تصرف و تسلطی ندارد) حال اگر هر کدام از مدعی و منکر، اقامه بینه کنند، بینه مدعی را بینه خارج گویند، و بینه منکر را بینه داخل گویند.

بین فقها اختلاف است که آیا بینه داخل مقدم داشته می شود یا بینه خارج؟ مشهور گویند که بینه خارج را باید مقدم داشت و آن به دلیل حدیثی است که از امام صادق علیه السلام نقل شده است که راوی از امام علیه السلام پرسیده است: مردی گوسفندی را در تصرف دارد و مدعی مالکیت آن است، دیگری می آید و مالکیت آن را ادعا می کند و هر دو بر ادعای خود بینه می آورند.

حضرت فرمودند: گوسفند، حق آن دیگری است که مدعی مالکیت آن است (و خارج نامیده می شود) سپس فرمودند: من از کسی که گوسفند در دست اوست، بینه نمی پذیرم (زیرا او منکر، محسوب است و داخل نامیده می شود) و خداوند دستور داده است که بینه از مدعی درخواست شود (نه از منکر) پس اگر او بینه داشت، پذیرفته می شود و اگر بینه نداشت، آن کسی که گوسفند در تصرف اوست قسم می خورد و قولش پذیرفته می شود^۱.

و عده ای از فقها استدلال به روایت مشهور «البینه علی المدعی والیمین علی من انکر» استدلال کرده اند که وجه استدلال به آن هم روشن است به بیانی که سابقاً ذکر نمودیم.

حالا که این مقدمه معلوم شد گوئیم: در مورد بحث، هر کدام از مالک و عامل، صاحب بذر بود، منکر و داخل محسوب بوده که منکرزایدی حصه است و قولش موافق اصل است و هر کدام که صاحب بذر نبود، خارج و مدعی محسوب بوده که مدعی زایدی حصه است، پس به حسب قاعده ای که ذکر شد باید بینه مدعی (خارج) پذیرفته شود یعنی بینه کسی که صاحب بذر نیست، همانطوری که در صورت نبودن بینه، قول منکر پذیرفته بود با قسم خوردنش.

^۱ وسائل الشیعه، کتاب القضاء، ابواب کیفیة الحکم، باب ۱۲، ح ۱۴.

اکنون برگردیم به ترجمه و شرح عبارت: یعنی زیرا آن کسی که بذرداده، خارج محسوب می‌شود (و مدعی است) نسبت به آن کسی که بذرداده (و منکر و داخل محسوب است) به جهت اینکه قول کسی که بذرداده در صورت نبودن بینه، مقدم داشته می‌شد (با قسم خوردنش و هر کسی که قولش بدون بینه، پذیرفته می‌شود او داخل و منکر می‌باشد).

و قیل... یعنی بعضی گفته‌اند که باید قرعه انداخته شود، زیرا قرعه برای هر امر مشکلی است و (شارح در جواب این قول می‌فرماید:) این قول، مورد اشکال قرار می‌گیرد به اینکه مشکلی درمسأله مورد بحث نیست (تا احتیاج به قرعه باشد) زیرا کسی که قول، قول او باشد (در صورت نبودن بینه) پس (در فرض بودن بینه) بینه، بینه رفیقش (یعنی طرف مقابلش) خواهد بود (یعنی بینه او پذیرفته می‌شود) بنابر این، فتوی به اینکه در هر دو مسأله، بینه مدعی مقدم داشته شود، در نظر ما (شارح) اقوی است.

(وللمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره)، لأنه يملك منفعة الأرض بالعقد اللازم فيجوز له نقلها، ومشاركة غيره عليها، لأن الناس مسلطون على أموالهم. نعم لا يجوز له تسليم الأرض إلا بإذن مالکها.

(و للمزارع... توضیح: در اینجا دو مسأله می باشد:

۱. اینکه عامل می تواند با زارع دیگر، قرارداد مزارعه ببندد.

۲. اینکه عامل می تواند زارع دیگری را در حصه خود شریک کند.

اما مسأله اول: مقصود آن است که عامل بعد از آنکه عقد مزارعه با مالک بست، می تواند زمین را واگذار به زارع دیگر کند و با او قرارداد مزارعه ببندد که آن زارع دیگر در زمین کشت کند و محصول بین مالک و او تقسیم شود، البته باید حصه مالک، محفوظ بماند، مثلاً اگر عامل در عقد مزارعه با مالک، قرارداد کرده بود که حصه مالک، دوسوم از محصول باشد و یک سوم برای خودش، می تواند با زارع دیگر عقد مزارعه ببندد و برای او همان حصه خود را در مقابل زحمتی که زارع دوم برای زمین می کشد، قرارداد دهد (یعنی یک سوم محصول در فرض مثال بالا) و دوسوم محصول برای مالک محفوظ بماند، و می تواند در مزارعه دوم، حصه زارع دوم را کمتر از حصه خودش قرارداد دهد، مثلاً اگر حصه مالک، نصف بود، عامل می تواند حصه زارع دوم را یک چهارم محصول قرارداد دهد و یک چهارم باقیمانده را برای خود بردارد.

و اما مسأله دوم: مقصود آن است که بعد از آنکه عامل، کشت کرد و مقداری زراعت بالا آمد، عامل می تواند مقداری از حصه خودش را به زارع دوم بفروشد و با او در عمل، شریک شود که بعد از این، رسیدگی به زراعت و درو کردن آن با همکاری یکدیگر انجام گیرد.

و دلیل آن دو مسأله (جواز مزارعه و یا مشارکت با زارع دوم) این است که عامل وقتی عقد مزارعه با مالک زمین بست، منفعت زمین را به اندازه حصه خودش،

مالک می‌گردد و آن منفعت، مال او می‌گردد پس طبق قاعده تسلیط (که مدرک آن حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» می‌باشد یعنی مردم مسلط بر اموال خودشان می‌باشند و به هرگونه که بخواهند می‌توانند در اموالشان تصرف نمایند، که یکی از تصرفات مالکانه آن است که آن را در اختیار دیگری قرار بدهند) در اینجا عامل می‌تواند منفعتی را که به واسطه عقد مزارعه، مالک شده است، در اختیار شخص دیگر (زارع دوم) قرار بدهد (به واسطه انعقاد عقد مزارعه با شخص مزبور) و یا اینکه شخص مزبور را در آن منفعت، با خود شریک نماید.

و خلاصه اینکه عقد مزارعه عامل با زارع دوم و یا مشارکت او با آن زارع، نیاز به اجازه مالک زمین ندارد و بدون اجازه، صحیح می‌باشد. تنها چیزی که نیاز به اجازه مالک دارد تحویل دادن زمین است به زارع دوم، چون مالک، فقط اجازه به عامل داده است که دست بر زمین بگذارد برای بهره بردن از آن و فقط او را مجاز کرده بود در تحویل گرفتن زمین و تصرف در آن، و این لازمه اش این نیست که عامل بتواند آن زمین را بدون اجازه مالک، به کس دیگر تحویل دهد که آن شخص ثالث، مجاز باشد در گذاشتن دست بر آن زمین و تصرف در آن (و به بیانی دیگر: زمین در دست عامل، امانت است و دادن مورد امانت به دیگری جایز نمی‌باشد و هرگاه بدهد ضامن خواهد بود).

ترجمه و شرح عبارت: **و للمزارع...** (فقها در کتب فقهیه کلمه - مزارع - به کسر راء به صیغه اسم فاعل را اطلاق بر - مالک زمین - می‌کنند، نه بر عامل و چون مقصود از - مزارع - در عبارت مصنف، عامل می‌باشد لذا باید گفت که آن کلمه در عبارت مصنف به فتح - راء - به صیغه اسم مفعول می‌باشد چنانکه در کتاب «جواهر» نیز بعد از آن کلمه، فرموده است: «بافتح» یعنی به فتح راء) یعنی عامل می‌تواند با زارع

دیگری، عقد مزارعه منعقد سازد (وزمین را برای زراعت در اختیار زارع دیگر قرار دهد) و یا اینکه شریک شود با دیگری (در حصه اش).

و دلیل حکم مزبور این است که: عامل به واسطه عقد لازم (یعنی عقد مزارعه با مالک) مالک منفعت زمین (به اندازه حصه خودش) می شود پس جایز است برای او انتقال دهد منفعت را به دیگری (به واسطه عقد مزارعه دوم) و (نیز جایز است) شریک شود با دیگری بر آن منفعت، زیرا (طبق قاعده تسلیط) مردم، تسلط بر اموالشان دارند (و در ملک خویش هرگونه، سلطه و اختیار دارند پس می توانند به دیگری انتقال دهند و یا دیگری را در آن شریک نمایند).

(بنابراین، انتقال دادن آن منفعت به دیگری و یا شریک نمودن دیگری در آن، موقوف به اجازه مالک نیست و بدون اجازه او صحیح است) آری (فقط یک چیز در اینجا موقوف بر اجازه مالک زمین می باشد و آن چنانکه می فرماید): جایز نیست برای عامل، زمین را تحویل (به زارع دوم) بدهد مگر با اجازه مالک زمین.

لأن الناس مسلطون... این جمله مضمون حدیثی است که فقها با استناد به آن روایات و ادله دیگر، قاعده ای را بنام قاعده «تسلیط» اثبات کرده اند.

حدیث «إن الناس مسلطون علی أموالهم» مشهورترین حدیثی است که به عنوان مبنای فقهی قاعده تسلیط مورد استفاده فقها و علمای اسلامی قرار گرفته است، این روایت به طور صریح، مراتب تسلط کامل مالک نسبت به اموالش را بیان می کند که هرگونه تسلط و اختیار در اموال خود دارد.

هر چند این روایت مورد استناد فقها بوده و آنچنان بدان عمل می شده که گویی از مسلمات فقهی است لکن به لحاظ آنکه از نظرفن درایه از نوع روایات «مرسله» به شمار می رود (چون سلسله راویان آن کامل نیست و به معصوم عنه متصل نمی شود) لذا بعضاً روایتی ضعیف و غیر معتمد شمرده شده است و لکن با عمل اصحاب

امامیه که همگی از عدول و ثقات و فقههای محدث هستند، ضعف آن جبران شده و بنابراین، حدیث مزبور، واجد قوت و اعتبار و اعتماد کامل شده است به نحوی که علی رغم ضعف روایی، از مسلمات فقهی تلقی شده است.

شارح در این کتاب در موارد عدیده به این قاعده تمسک کرده است و این قاعده را نه فقط در اعیان بلکه در منافع نیز - مثل مورد بحث - جاری دانسته است.

وربما اشترط كون البذر منه ليكون تملك الحصة منوطا به وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة حيث لم يجز له أن يساقى غيره. وهو يتم في مزارعة غيره، لا في مشاركته.

وربما اشترط... توضیح: چنانچه شارح در کتاب المساقاة تصریح کرده و از ظاهر عبارت اینجا نیز استفاده می‌شود، در دو مسأله بالا فرقی نیست بین اینکه بذرا از عامل باشد یا از مالک.

دلیل عدم فرق در مسأله مشارکت با دیگری، روشن است زیرا در مشارکت، مقداری از حصه خودش از محصول را بعد از بالا آمدن زراعت، می‌فروشد و معلوم است که عامل، آن حصه را به واسطه عقد مزارعه مالک شده است و الان ملک خودش را به دیگری انتقال می‌دهد و چیزی از مال مالک زمین را منتقل به دیگری نکرده است، بنابراین، فرقی نخواهد بود بین اینکه بذرا آن حصه، از مالک باشد یا اینکه از عامل باشد.

و اما دلیل عدم فرق در مسأله مزارعه با دیگری: آن است که عقد مزارعه با مالک زمین، عامل را مسلط کرده بر کار کردن در زمین چه خودش شخصاً انجام دهد و چه به واسطه دیگری انجام دهد و نیز او را مسلط کرده بر انتفاع از زمین و تصرف نمودن در بذر. گرچه مال مالک زمین باشد. به اینکه آن را در زمین کشت کند چه خودش و چه بواسطه دیگری و این تسلطها حقی است که برای عامل ثابت شده به واسطه عقد مزارعه اول، بنابراین، این حق (تسلط) را می‌تواند به واسطه عقد مزارعه دوم، انتقال دهد به زارع دوم که او را مسلط بر کشت در زمین کند و مسلط بر تصرف در بذر برای کشت نماید.

آنچه گفتیم مقدمه‌ای بود برای توضیح مطلبی که ذیلاً ذکر می‌نمائیم. بعضی از فقها در صحت مزارعه عامل با زارع دوم و یا مشارکت با او، شرط کرده‌اند که باید بذر، مال عامل باشد (نه مالک) تا بتواند حصه خودش (یک سوم محصول مثلاً) را به زارع

دوم، تملیک کند چون محصول، تابع اصل بذر می باشد و هر کسی که مالک اصل (بذر) باشد، محصول آن را هم می تواند تملیک کند و کسی که مالک اصل نباشد نمی تواند محصول آن را تملیک کند.

و با این اشتراط، فرق گذارده می شود بین عامل مزارعه و بین عامل مساقات (مساقات چنانکه در کتاب بعدی خواهد آمد عبارت از عقدی است که به موجب آن، صاحب باغ، درختان را به باغبان (عامل) می سپارد برای رسیدگی و آبیاری آنها که در مقابل آن، حصه ای از میوه ها به او داده می شود).

و بیان فرق این است که در مساقات بعد از آنکه عامل (باغبان) عقد مساقات با صاحب باغ منعقد ساخت نمی تواند با باغبان دیگر، قرار داد مساقات ببندد و درختان را به او بسپارد که او آنها را آبیاری کند و رسیدگی به آنها نماید، زیرا درختان، ملک او نمی باشد تا بتواند آن را در اختیار دیگری قرار بدهد، به خلاف عامل مزارعه که وقتی بذر، مال او بود می تواند آن را در اختیار زارع دوم قرار بدهد و با او قرار داد مزارعه منعقد سازد.

شارح می فرماید: این شرطی که بعضی از فقها کرده اند، فقط در مسأله اول - که عامل، مزارعه را به زارع دوم واگذار نماید - درست در می آید، زیرا اگر بذر، مال مالک زمین باشد عامل نمی تواند آن بذرا در اختیار زارع دوم برای کاشتن قرار بدهد، چون انسان نمی تواند مال دیگری را بدون اجازه صاحبش در اختیار دیگری قرار دهد و او را مسلط بر آن مال کند مگر اینکه صاحب مال اجازه بدهد، پس در اینجا عامل بدون اجازه مالک نمی تواند بذرا در اختیار زارع دوم قرار بدهد و با او عقد مزارعه منعقد سازد (البته جواب این دلیل از دلیلی که در بالا در بیان قول شارح ذکر شد دانسته می شود). ولی در مسأله دوم (مشارکت) شرط مزبور لزومی ندارد، چون در مشارکت با زارع دوم، عامل، بذرا در اختیار زارع دوم قرار نمی دهد (تا در صورت بودن بذر، مال

مالک، اشکال پیش آید) بلکه بذرا هر چند مال مالک زمین بوده باشد، خودش کشت کرده و بعد از بالا آمدن زراعت، حصه خودش از آن را که مالک شده است، به عامل می فروشد، پس در این صورت، عامل، زارع را بر مال مالک، مسلط نمی کند بلکه بر مال خودش، مسلط می نماید، بنابراین، لزومی ندارد که شرط کنیم بودن بذرا از عامل را.

ترجمه و شرح عبارت: **و ربما...** یعنی وجهی بسیار بعضی شرط کرده اند (در صحت مزارعه با زارع دوم و یا مشارکت با او) اینکه بذرا از عامل بوده باشد (نه از مالک) تا اینکه تملیک کردن عامل، حصه خود را (به زارع دوم) منوط به شرط مزبور باشد و به واسطه این شرط، فرق گذارده می شود بین عامل مزارعه و بین عامل مساقات به جهت اینکه جایز نیست برای عامل مساقات اینکه او عقد مساقات ببندد با عامل دیگر (و مساقات را واگذار به آن دیگری کند).

و هو یتهم... (این فرمایش شارح است) یعنی این شرطی که بعضی کرده اند، همانا نسبت به (مسأله اول یعنی) واگذار کردن عامل، مزارعه را به زارع دوم، درست در می آید (و احتیاج به چنین شرطی می شود) نه در (مسأله دوم یعنی) مشارکت با زارع دوم (و در آن، احتیاج به چنین شرطی نیست و بدون آن، مشارکت صحیح می باشد).

ويمكن الفرق بينهما بأن عمل الأصول في المساقاة مقصود بالذات كالثمرة فلا يتسلط عليه من لا يسلطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعة، فإن الغرض فيها ليس إلا الحصة فلمالكها أن ينقلها إلى من شاء.

ويمكن الفرق... توضیح: از گفته‌های بالا معلوم گردید که فرقی که بعضی از فقها بین عامل مزارعه با عامل مساقات گذاشته‌اند، فقط در صورتی می‌باشد که بذر، از عامل بوده باشد.

و حالا شارح می‌فرماید: ممکن است ما، بین عامل مزارعه و عامل مساقات از جهت دیگری فرق بگذاریم که اختصاص به صورتی که بذر از عامل باشد نداشته باشد بلکه چه در آن صورت و چه در صورتی که بذر از مالک باشد، فرق مزبور حاصل باشد.

و آن فرق این است که در مساقات همانطوری که میوه دادن درختان، مقصود ذاتی از قرارداد است (برای اینکه حصه‌ای از میوه‌ها به عامل و حصه‌ای به مالک داده شود) همچنین خود درختان نیز مقصود ذاتی است که رسیدگی به آنها شود و معلوم است که درختان مواظبت و نگاهداری مخصوصی را لازم دارد، پس صاحب آن از روی خیرویت و امانتی که در عامل (باغبان) سراغ داشته، با او عقد مساقات بسته و درختان خود را به او سپرده است و راضی نیست که به هرکسی به مساقات داده شود، بنابراین، عامل نمی‌تواند درختان را با قرارداد مساقات دوم، به باغبان دیگری بسپارد و او را بر آنها مسلط گرداند.

ولی در مزارعه، زمین مقصود ذاتی از قرارداد نیست به این معنی که غرض مالک از سپردن زمین به عامل این نیست که رسیدگی به زمین شود و کارهایی در او انجام بگیرد بلکه مقصود ذاتی آن است که زمین، کشت شود تا محصول آن بین مالک و عامل تقسیم گردد (گرچه به تبع کشت و زراعت در زمین، در زمین کارهایی انجام

می‌گیرد از قبیل شخم زدن آن و آماده کردن آن، ولی این کارها همه‌اش مقدمه است برای چیز دیگری که آن، مقصود اصلی است و آن به دست آوردن محصول از زمین می‌باشد) بنابراین، وقتی که عامل، حصه‌ای از محصول را به واسطه عقد مزارعه اول، مالک گردید می‌تواند آن را به هرکسی که می‌خواهد انتقال دهد (به طریق عقد مزارعه دوم و یا به طریق مشارکت) گرچه بذر، از خود عامل نبوده باشد.

اگر کسی اشکال کند که در حین انعقاد عقد مزارعه دوم، هنوز محصول به دست نیامده تا حصه‌ای از آن را عامل بتواند به زارع دوم انتقال دهد.

جواب آن را شارح در کتاب المساقاة خواهد داد. منتظر باشید.

ترجمه و شرح عبارت: و یمکن... یعنی ممکن است فرق گذاشت بین عامل مزارعه و عامل مساقات (که در مزارعه، جایز است عامل، آن را واگذار به دیگری کند به خلاف مساقات) به این گونه که رسیدگی به درختان در عقد مساقات، مقصود ذاتی و اصلی است همانطوری که میوه دادن آنها نیز مقصود ذاتی است، بنابراین، جایز نیست مسلط شود بر رسیدگی به درختان، کسی که مالک درختان، او را بر آن مسلط نکرده (یعنی باغبان دوم).

به خلاف زمین در عقد مزارعه، زیرا غرض در مزارعه، فقط به دست آوردن حصه‌ای از محصول زمین است (که بین مالک و عامل تقسیم شود) پس کسی که حصه را مالک شد (یعنی عاملی که به واسطه عقد مزارعه اول، مالک حصه خودش می‌شود گرچه هنوز حصه به وجود نیامده است) حق دارد که حصه‌اش را به هرکسی که می‌خواهد انتقال بدهد.

(إلا أن يشترط عليه المالك الزرع بنفسه) فلا يجوز له إدخال غيره مطلقاً، عملاً بمقتضى الشرط.

(والخراج على المالك)، لأنه موضوع على الأرض ابتداءً، لا على الزرع، (إلا مع الشرط) فيتبع شرطه في جميعه، وبعضه، مع العلم بقدره، أو شرط قدر معين منه، ولو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها.

(إلا أن يشترط... توضيح مصنف در عبارت قبلی فرمودند که عامل می تواند با زارع دوم، عقد مزارعه ببندد و یا با او در حصه اش شریک شود.

اکنون می فرماید که حکم مزبور در صورتی است که مالک با او شرط مباشرت نکرده باشد و اما اگر در عقد مزارعه، با او شرط مباشرت کرده باشد یعنی شرط کند که خودت در آن کشت و کارکن نه شخص دیگر، در این صورت، دیگر جایز نخواهد بود برای عامل که زارع دوم را در آن دخالت دهد نه به طریق قرارداد مزارعه (که مزارعه را به او واگذار نماید) و نه به طریق مشارکت که مقداری از حصه خود را به زارع دوم بفروشد و با هم در آن کارکنند.

و دلیل حکم مزبور آن است که طبق حدیث «المؤمنون عند شروطهم» عامل باید به مقتضای شرطی که در عقد، شده است، عمل نماید.

ترجمه و شرح عبارت: إلا أن... یعنی مگر اینکه مالک شرط کند بر عامل اینکه خود عامل، زراعت کند، که در این صورت جایز نیست برای عامل، داخل نمودن غیر خود (در کار مزارعه) مطلقاً (یعنی نه به طریق عقد مزارعه یا دیگری و نه به طریق مشارکت با دیگری) عملاً... (دلیل است برای - فلا يجوز -) یعنی برای اینکه عامل باید عمل کند به مقتضای شرطی که مالک کرده است.

و الخراج علی المالك... توضیح: خراج یعنی مالیاتی که حاکم (اسلامی یا غیر اسلامی) برای زمین می‌گیرد، آیا به عهده مالک است یا عامل؟

می‌فرماید: به عهده مالک است، زیرا خراج، مالیاتی است که مستقیماً بر زمین قرار داده شده است، نه برزراعت (تا به عهده هر دو یا به عهده عامل باشد) پس زمین را هرکس مالک است، خراج آن هم بر عهده او خواهد بود.

مگر در صورتی که مالک، شرط کرده باشد که خراج به عهده عامل باشد پس در این صورت به هرنحوی که شرط شده باید عمل نمود، بنابراین، مالک می‌تواند تمام خراج را به عهده عامل بگذارد و می‌تواند مقداری از آن را به طور مشاع بر عهده عامل بگذارد (مثلاً نصف خراج یا یک سوم آن) البته در این دو مورد باید مقدار خراجی که حاکم همیشه می‌گرفت معلوم بوده باشد (پس اگر مثلاً خراج همیشگی، هزار تومان بود، نصف آن یا یک سوم آن، معلوم است که چه مقدار می‌شود) و اما اگر معلوم نباشد که حاکم چه مقدار خراج می‌گیرد، مالک باید مقدار خراج را بر عامل، معین کند، مثلاً بگوید: تو پانصد تومان از خراج را پرداز (و خراج سلطان در واقع هر قدر می‌خواهد بوده باشد).

حال در صورت اول - یعنی خراجی که حاکم می‌گیرد مقدارش معلوم باشد - چنانچه مالک، تمام آن را بر عامل شرط کرده بود و اتفاقاً حاکم در آن سال، مقدار خراج را زیاد کند، در این صورت، زیادی خراج به عهده مالک خواهد بود نه عامل، زیرا به حسب قاعده اولیه بایستی تمام خراج را مالک پردازد و چون شرط کرده بودند که خراج به عهده عامل باشد، فقط خراج همیشگی داخل در آن شرط بوده و به عهده عامل می‌آید و اما زیادی که حاکم می‌گیرد داخل در شرط نبوده لذا طبق قاعده اولیه به عهده مالک خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: الخراج... دوازه هست که در فقه با هم به کار برده می شود یکی (خراج) و دیگری «مقاسمة».

خراج مالیاتی است که به نسبت مساحت زمین گرفته می شود یعنی حاکم وجه نقدی را معین می کند بر زارع تا به عوض اجرت زمین بدهد، مثلاً حاکم با زارع قرارداد می کند که فلان زمین را زراعت کند و سالی ده هزار تومان به حاکم بدهد.

مقاسمة: مالیاتی است که به نسبت محصول زمین گرفته می شود یعنی حصه ای است از حاصل زمین که به طریق مشاع (مثلاً یک دهم محصول) قرارداد می شود که به عوض زراعت کردن در زمین، داده شود، مثلاً میان حاکم و زارع، قراردادی منعقد می شود که زارع، فلان زمین را زراعت کند و یک دهم حاصل آن را به حاکم بدهد.

إلا مع الشرط... یعنی مگر اینکه مالک، خراج را بر عامل شرط کند که در این صورت باید پیروی کرد از شرط او در تمام خراج و در بعض خراج (یعنی چه در صورتی که تمام خراج را بر عامل شرط کند و چه بعضی از آن را مثلاً نصف) در صورتی که علم به مقدار خراج داشته باشند (یعنی معلوم باشد که سلطان چه مقدار خراج می گیرد) و یا (اگر مقدار خراجی که سلطان می گیرد معلوم نباشد) مالک شرط کند مقدار معینی از خراج را (مثلاً مالک به عامل بگوید پانصد تومان از خراج را شما پرداز) مع العلم بقدره این جمله قید است هم برای - جمیع - و هم برای - بعضه - نه اینکه فقط قید برای دومی باشد چنانکه بعضی از محشین خیال کرده اند.

ولو شرط... یعنی اگر تمام خراج (معمولی همیشگی) را بر عامل شرط کند و اتفاقاً سلطان (عادل یا غیر عادل و به تعبیر دیگر حاکم اسلامی یا غیر اسلامی) مقداری زیاد کند در خراج (و بیشتر از مقدار همیشگی بگیرد) پس در این صورت آن زیادی بر عهده صاحب زمین است، زیرا شرطی که مالک کرده است، شامل آن زیادی نمی باشد (بلکه فقط شامل خراج همیشگی می باشد).

وإذا بطلت المزارعة فالحاصل لصاحب البذر وعليه الأجرة) للباقي، فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه أجرة مثل العامل والعوامل، ولو كان من الزراع فعليه لصاحب الأرض أجرة مثلها، ولما شرط عليه من الآخرين، ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما، ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من الأرض وباقي الأعمال.

حکم بطلان مزارعه

(وإذا بطلت... توضیح: در صورتی که عقد مزارعه به جهتی از جهات باطل شود) (مثل اینکه بعضی از شرایط را رعایت نکنند، مثلاً عقد مزارعه را بدون تعیین مدت آن، واقع بسازند) حکم این است که: چنانچه بذر در زمین، کشت شده باشد، همه محصول مال کسی که صاحب بذر است خواهد بود (چون زراعت، ثمره بذر اوست و بذر، ملک هر کسی باشد ثمره اش نیز مال او خواهد بود) و او باید به طرف دیگر، اجرت المثل باقی ارکان مزارعه را بدهد. بنابراین، هرگاه بذر مال صاحب زمین باشد، محصول متعلق به او خواهد بود و باید اجرت المثل کار و اجرت ابزار و آلاتی که متعلق به عامل است را به عامل بپردازد.

و هرگاه بذر، مال عامل باشد، محصول هم متعلق به او بوده و باید اجرت المثل زمین و ابزار و آلاتی که متعلق به صاحب زمین است و اجرت کاری را که صاحب زمین انجام داده، به صاحب زمین بدهد (در صورتی که قرارداد مزارعه بین آنها به این صورت بوده باشد که شرط کرده اند بذر از عامل باشد و سه رکن دیگری یعنی زمین و کار و ابزار کشاورزی از مالک زمین باشد).

و هرگاه بذر، مال هر دو بوده باشد، محصول بین آنها به نسبت بذر، تقسیم می شود، و باید هر کدام از آنها به نسبت حصه اش از محصول، اجرت المثل آن رکنی را که به

عهدہ دیگری بوده به او پردازد و به بیانی دیگر: هر یک از دیگری، اجرت المثل چیزی را می‌گیرد که به او اختصاص دارد (البته باید به مقدار ارزش حصه‌ای که از محصول به او می‌رسد، از اجرت مزبور کم گردد و باقی اجرت را از دیگری می‌گیرد).

مثلاً اگر نصف بذر، مال صاحب زمین بود و بقیه ارکان به عهدہ عامل بود (یعنی نصف دیگر بذر و کار و ابزار کشاورزی) در این صورت، نصف محصول، مال صاحب زمین خواهد بود و او حق دارد که نصف اجرت المثل زمین را از عامل بگیرد و عامل هم حق دارد علاوه بر نصف محصول، نصف اجرت المثل کارش و نصف اجرت ابزارکار را از صاحب زمین بگیرد.

و اگر مثلاً دو سوم بذر، مال صاحب زمین بود و بقیه ارکان به عهدہ عامل بود، در این صورت، دو سوم محصول مال صاحب زمین و یک سوم، مال عامل خواهد بود و صاحب زمین، حق دارد یک سوم اجرت المثل را از عامل بگیرد، و عامل هم حق دارد دو سوم اجرت المثل کارش و دو سوم اجرت المثل ابزار کشاورزی را از صاحب زمین بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: و إذا... یعنی و هرگاه مزارعه باطل شود، محصول زمین، مال صاحب بذر (تخّم) خواهد بود، و بر او واجب خواهد بود که اجرت بدهد بابت بقیه ارکان مزارعه پس اگر بذر از صاحب زمین باشد (محصول برای او خواهد بود) بر اوست که اجرت المثل عامل (برای کاری که کرده) و اجرت حیوانات کارکن (و به تعبیر وسیعتر اجرت ابزار و وسائل زراعت) را پردازد.

و اگر بذر از زارع (یعنی عامل) باشد (محصول برای او خواهد بود) و بر اوست که به صاحب زمین، اجرت المثل زمین و اجرت المثل آنچه را که بر صاحب زمین، شرط شده از دورکن دیگر (یعنی کار و ابزارکار) پردازد.

و اگر بذر، از هر دو باشد، محصول زمین میان آن دو تقسیم می شود و برای هر کدام از آنها به گردن دیگری است اینکه اجرت المثل چیزی را که به او اختصاص دارد - از زمین و باقی کارها - از دیگری بگیرد.

أجرة مثلها... دلیل آن این است که چون عامل در زمین تصرف کرده و منفعت از آن برده است و فرض هم این است که این تصرف و انتفاع، مجانی نبوده و اجرتی هم برای آن تعیین نشده بوده، و از طرفی زمین، مال محترمی است برای صاحبش پس باید عوض انتفاع از آن، به صاحبش داده شود و آن اجرت المثل می باشد و لما شرط... عطف است بر - مثلها - چون اضافه «أجرة» به «مثل» اضافه لامیه است پس کلمه - أجرة - بر سر - لَمَا - نیز در می آید، و کلمه - شرط - به صیغه مجهول است، و تقدیر عبارت چنین می شود: «الأجرة لمثلها ولما شرط عليه...» و به بیانی دیگر: تقدیر عبارت چنین می شود: «أجرة مثلها وأجرة ما شرط عليه...» **الآخرین** به صیغه تثنیه یعنی دورکن دیگر از ارکان چهارگانه مزارعه ما یخصه - ضمیر بر می گردد به - کل منهما -.

(ویجوز لصاحب الأرض الخرص على الزارع) بأن یقدر ما یخصه من الحصّة تخمیناً ویقبّله به بحب - ولو منه - بما خرصه به (مع الرضا).

عقد قبالة در مزارعه

(و یجوز لصاحب الأرض... توضیح: این مسأله درباره معامله ای است به نام «قبالة» که هم در میوه درختان می توان آن را واقع ساخت و هم در کشت و زراعت، و لذا مصنف و فقهای دیگر، مسأله مزبور را هم در کتاب البیع مطرح کرده اند و هم در اینجا عنوان نموده اند.

توضیح این معامله در مزارعه این است که پس از آنکه عامل، کشت کرد و دانه های زراعت بسته شد، مالک زمین - اگر عامل راضی شد و موافقت کرد - می تواند مقدار حصه خود از محصول را تخمین زده و با قرار داد قبالة، آن را به عامل واگذار کند، و در مقابل آن، به همان مقدار تخمینی، دانه های زراعت از عامل بگیرد (خواه از دانه های همان زراعت باشد و خواه از زراعت زمین دیگر) و به بیان دیگر مالک می تواند به عامل بگوید: بیا حصه مرا به تخمین از محصول این زمین، قبول کن و در مقابل آن، به همان مقدار تخمینی، دانه زراعت به من بده.

مثلاً اگر زراعت، گندم بود و حصه مالک، دوسوم بود، تخمین می زنند که حصه مالک مقدارش صد من می شود، مالک می گوید که این حصه مرا قبول کن و در مقابل آن، صد من دانه گندم به من بده (چه از دانه های همین کشت گندم باشد و خواه از دانه های کشت دیگر گندم) هر چند بعداً معلوم شود که تخمین آنها درست نبوده و مقدار حصه مالک، کمتر درآید مثلاً در مثال بالا، هشتاد من درآید در حالی که عامل در مقابل آن، صد من دانه به مالک، ملتزم شده بدهد.

و ظاهر عبارت فقها آن است که صیغه این معامله باید به لفظ قبالة باشد و به لفظ‌های دیگر واقع نمی‌شود یعنی باید مالک بگوید: «قَبْلُتْکَ بِحَصَّتِی فِی هَذِهِ الزَّرَاعَةِ بِکَذَا...» یعنی واگذار نمودم حصه خود از این زراعت را به تو در مقابل فلان مقدار دانه زراعت و عامل بگوید: «قَبْلَتْ» یا «تَقَبَلْت» و اما اگر به لفظ بیع یا صلح، واقع شود، حکم دیگری پیدا می‌کند که شارح در آخر بحث ذکر خواهد نمود.

معامله مزبور، احکام خاصی دارد که در بیع و صلح، آن احکام نمی‌باشد و به بیان دیگر، معامله مزبور با بیع و صلح درد و حکم زیر فرق دارد:

۱. اینکه عوضی که زارع به مالک می‌دهد، اگر از خود آن زراعت باشد جایز است گرچه اتحاد عوض و معوض لازم می‌آید، اما در بیع جایز نیست چنانکه در کتاب البیع در مبحث بیع «مزابنه» ذکر نمودیم چون برگشت اتحاد عوض و معوض، به معامله سفهی و غیر عقلایی است.

۲. ربا در معامله مزبور ثابت نیست گرچه یکی از عوضین زاید برد دیگری باشد با فرض اینکه عوض و معوض از یک جنس می‌باشند چنانکه قبل از این اشاره به آن شد (که معوض هشتاد من در آید در حالی که عوض، صد من باشد) و شارح بعداً نیز ذکر خواهد نمود.

ترجمه و شرح عبارت: و یجوز... یعنی جایز است برای صاحب زمین اینکه تخمین زند بر زارع به این معنی که صاحب زمین، مقدار حصه مخصوص خود را به طور تخمین، تعیین کند و آن را واگذار کند به زارع در مقابل دانه زراعت - هر چند دانه‌ها از خود آن زراعت باشد - به مقدار تخمینی (یعنی اگر مقدار تخمینی حصه مالک، صد من بود، زارع صد من دانه زراعت در مقابل به او بدهد) الخرص به فتح خاء و سکون راء یعنی تخمین زدن و بر آورد کردن یقدر به صیغه فعل مضارع از باب تفعیل است و ضمیر فاعلی آن بر می‌گردد به - صاحب الارض - و معنای «یقدر» یعنی

«یعین» یخصه ضمیر برمی‌گردد به - صاحب الارض - من الحصه - من - بیانیه است، بیان می‌کند - ما - ی موصوله را تخمیناً تمیز است برای یقدر یعنی به طور تخمین، تعیین کند مقدار حصه را و یقبله به (به صیغه مضارع از باب تفعیل، عطف است بر - یقدر - و ضمیر مقدر فاعلی بر می‌گردد به صاحب الارض، و ضمیر مفعولی بر می‌گردد به زارع، و بآء در - به - ظاهراً برای تعدیه است و ضمیر آن بر می‌گردد به مای موصوله که مقصود از آن، حصه مالک است) یعنی صاحب زمین، حصه خود را به قبول زارع برساند یعنی واگذار کند به زارع... ولو منه ضمیر بر می‌گردد به مای موصوله. بما خوصه به (ضمیر فاعلی مقدر بر می‌گردد به صاحب الارض و ضمیر مفعولی بر می‌گردد به - مایخصه - و ضمیر «به» بر می‌گردد به «ماخرصه») یعنی (دانه‌ای که در مقابل می‌دهد باید) به همان مقداری باشد که حصه مالک را به آن مقدار تخمین زده‌اند مع الرضا یعنی اگر زارع راضی شود (به آن معامله).

وهذه معاملة خاصة مستثناة من المحاقلة إن كانت بيعاً أو صلحاً (فيستقر) ما اتفقا عليه (بالسلامة، فلو تلف الزرع) أجمع من قبل الله تعالى (فلا نشئ) على الزراع، ولو تلف البعض سقط منه بالنسبة، ولو أتلفه متلف ضامن لم تتغير المعاملة، وطالب المتقبل المتلف بالعرض.

وهذه معاملة خاصة... توضیح: ابن ادریس - که یکی از فقهای شیعه است - اساساً معامله قبالة را باطل دانسته به دلیل اینکه باقواعد شرعیہ ماسازگار نیست، زیرا اگر قبالة را بیع بدانیم، داخل بیع محاقله خواهد بود که در کتاب البیع دانسته شد که بیع محاقله باطل است (بیع محاقله این است که خوشه درونشده - گندم یا جوو مانند آن - را بفروشد به همان نوع خوشه، خواه اینکه ثمن را از محصول خود آن خوشه‌های خریده شده قرار بدهد یا اینکه ثمن را از خوشه‌های دیگر از همان نوع از مزرعه دیگر قرار بدهد، مثل فروختن زراعتی از گندم که هنوز سرپا بر زمین است، به مقداری از گندم خود آن زمین، و یا به مقداری از گندم غیر آن زمین) و اگر قبالة را صلح بدانیم، دو صورت دارد:

یا عوضی را که عامل در مقابل می‌دهد، از دانه‌های محصول همان زراعت می‌دهد.

و یا اینکه عوض را به ذمه می‌گیرد که از محصول زراعت دیگر بدهد.

اگر به صورت اول باشد، صلح باطل است همانند بیع، و اگر به صورت دوم باشد باید به واسطه اینکه صلح از عقود لازمه است، عوض را به هر جوری هست بپردازد خواه تمام زراعت مزبور به آفت آسمانی تلف شود و خواه سالم بماند (و حال آنکه چنانکه بعداً خواهد آمد گفته‌اند در قبالة اگر زراعت تلف شود، چیزی به گردن عامل نخواهد بود و لازم نیست عوضی به مالک بپردازد).

شارح در جواب قول مزبور می‌فرماید: که قباله را فرضاً اگر بیع یا صلح هم بدانیم، گوئیم که بیع مخصوص و یا صلح مخصوصی می‌باشد که به واسطه وجود روایاتی در این مورد، از بیع محاقله و یا صلح محاقله، مستثنا می‌باشد و در نتیجه معامله صحیحی می‌باشد (و از جهت اینکه عقد است، داخل در عقود لازمه خواهد بود، چون اصل در عقد، لزوم آن است به دلیل آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غیر آن از ادله دیگر که در جای خود ثابت شده است).

و اگر بگوئیم که قباله، نه بیع است و نه صلح، پس در صحت آن هیچ اشکالی نخواهد بود به دلیل وجود روایات در این مورد، و دیگر احتیاجی هم نیست که آن را از بیع محاقله استثنا کنیم (خواه محاقله، بیع بوده باشد و خواه صلح).

ترجمه و شرح عبارت: و هذه... (این جواب از قول ابن ادریس است که سابقاً توضیح داده شد) یعنی این، معامله مخصوصی است که استثنا شده از محاقله (که در کتاب البیع در فصل چهارم در ذیل مسأله اولی دانسته شد که محاقله، معامله باطلی است) **إن كانت...** (قید است برای - مستثناة -) یعنی اگر قباله را، بیع یا صلح بدانیم، گوئیم از محاقله استثنا شده است (و اما اگر قباله را بیع یا صلح ندانیم، دیگر احتیاجی به استثنای آن از محاقله نیست).

فیستقر... توضیح: عقد قباله در صورتی لزوم و استقرار پیدا می‌کند که زراعت تا وقت درو، آفت آسمانی نخورد و سالم بماند پس در این صورت هیچکدام از مالک و عامل، حق برهم زدن معامله را ندارند.

ولی اگر همه زراعت را آفت آسمانی بزند، معامله منفسخ می‌شود و بزراعت، لازم نمی‌شود که عوضی را که ملتزم شده بود، به مالک بپردازد.

و اگر بعضی از زراعت به آفت آسمانی تلف شود، به همان نسبت، مقداری از عوضی که متعهد شده بود، کم می‌گردد، مثلاً اگر نصف زراعت تلف شد، بزراعت

نصف عوضی را که ملتزم شده بود، واجب می‌شود یعنی در فرض مثال سابق که صد من بود، پنجاه من دانه به عنوان عوض باید به مالک بپردازد.

و اگر کسی، زراعت را تلف کند، معامله برهم نمی‌خورد و به حال خود باقی خواهد بود، و زارع حق دارد از تلف کننده، عوض آن را بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: فیستقبر... یعنی (بعد از آنکه طرفین راضی شدند به معامله مزبور) پس آنچه که توافق بر آن کردند (که چه مقدار، زارع به عنوان عوض بدهد) در صورت سالم ماندن زراعت (تا وقت درو) بر ذمه زارع استقرار و لزوم پیدا می‌کند، بنابراین، اگر تلف گردد تمام زراعت از جانب خدای متعال، دیگر چیزی بر ذمه زارع نخواهد بود (ولازم نیست عوض را بپردازد) و اگر بعضی از زراعت تلف گردد (از جانب خدای متعال) ساقط می‌شود از عوضی که توافق بر آن کرده‌اند، به همان نسبتی که از زراعت تلف شده است.

و اگر تلف کند زراعت را تلف کننده‌ای که ضامن به گردنش می‌آید (نه مثل حیوان یا بچه و دیوانه) در این صورت معامله تغییری نمی‌یابد (و به حال خود باقی خواهد بود) و مقبَل (یعنی زارع که معامله را قبول کرده) مطالبه می‌کند از تلف کننده، عوض تلف شده‌ها را ضامن صفت است برای متلف المتلف مفعول است برای - طالب -.

ولو زاد فالزائد للمتقبل، ولو نقص بسبب الخرص لم يسقط بسببه شيء.

هذا إذا وقعت المعاملة بالتقيل، ولو وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه، مع احتمال كونه كذلك، ولو وقع بلفظ الصلح فالظاهر أنه كالبيع وقوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين وقد تقدم الكلام على هذه القبالة في البيع.

ولو زاد فالزائد... توضيح: یکی از احکام مخصوص این معامله این است که اگر در اثر اشتباه در تخمین، مقدار حصه مالک، بیشتر از مقدار تخمینی درآمد، آن زیادی، مال زارع خواهد بود، و اگر مقدار حصه ی مالک کمتر از مقدار تخمینی درآمد، زارع باید طبق قرارداد، تمام عوضی را که متعهد شده است به طور کامل بپردازد بدون آنکه چیزی از آن کم نماید.

مثلاً در فرض مثال سابق که مقدار حصه مالک را صد من تخمین زده بودند و زارع به همان مقدار، ملتزم شد که به مالک، عوض بدهد، سپس بعد از جمع آوری محصول، معلوم گردد که مقدار حصه مالک، صد و یک من می باشد، آن یک من زیادی، مال زارع می باشد و لازم نیست در مقابل آن زیادی، یک من به مالک بدهد و یا آن زیادی را به او برگرداند، و اگر مثلاً بعد از جمع آوری محصول، معلوم گردد که مقدار حصه مالک، نود من می باشد، زارع همان صد من دانه ای را که به عنوان عوض، متعهد شده بود باید به مالک بپردازد و حق ندارد، ده من از آن کم نماید.

ترجمه و شرح عبارت: ولو زاد... یعنی اگر مقدار حصه مالک (در اثر خطا در تخمین) بیشتر (از مقدار تخمینی) درآید، مقدار زیادی مال زارع خواهد بود، و اگر مقدار حصه مالک به واسطه (خطا در) تخمین، کمتر (از مقدار تخمینی) درآید، در این صورت، چیزی (از عوضی که زارع، ملتزم به پرداخت آن شده است) کم نمی گردد به سبب کم درآمدن مقدار حصه مالک بسببه یعنی به سبب نقص.

هذا إذا وقعت... توضیح: احکامی که برای قبالة تا به اینجا گفته شده، هم‌ه‌اش در صورتی است که معامله مزبور به لفظ قبالة (یعنی قبلتک) واقع شود، و اما اگر به لفظ بیع (یعنی بع‌تک) واقع گردد، دو احتمال در آن می‌باشد:

اول: احتمال قوی آن است که در آن صورت باید تمام شرایطی که در صحت بیع، شرط می‌باشد، در اینجا نیز رعایت شود، و شرایط مزبور عبارتند از:

۱. اینکه عوض و معوض، مقدارشان دقیقاً معلوم باشد نه تخمیناً.

۲. اینکه عوض و معوض متحد نباشند یعنی عوضی که زارع ملتزم می‌شود باید از همان زراعت نبوده باشد بلکه از زراعت مزعه دیگر باشد.

۳. در صورتی که عوض و معوض از یک جنس باشند، باید یکی زیادتر از دیگری نباشد، بنابراین اگر زراعت، مثلاً گندم باشد و زارع عوضی را که می‌دهد دانه گندم باشد، بایستی مقدار آنها با یکدیگر مساوی باشند پس اگر چنانچه در اثر خطا در تخمین، مقدار حصه مالک بیشتر از مقدار تخمینی درآید باید زیادی آن را به مالک برگرداند و یا در مقابل، عوض را هم بیشتر کند تا با حصه مالک، مساوی شود، و اگر در اثر خطا در تخمین، مقدار حصه مالک کمتر از مقدار تخمینی درآید، باید از عوضی که زارع، ملتزم به آن شده است، کم گردد تا با مقدار حصه ی مالک، مساوی شود.

دوم: احتمال دارد که در آن صورت نیز احکام سابق جاری شود، و رعایت شرایط بیع در آن لازم نباشد.

و اگر معامله مزبور به لفظ صلح واقع گردد (یعنی صالحتک) حکم آن ظاهراً همانند صورتی است که به لفظ بیع واقع گردد که به احتمال قوی، شرایط بیع را باید در آن رعایت نمود و احکامی که در بالا برای آن معامله گفته شد، در آن جاری نشود. و دلیل آن این است که چون قبالة معامله‌ای است برخلاف قواعد و اصول شرعیه - چنانکه در دلیل قول ابن ادریس دانسته شد - و در هر جایی که چنین باشد

باید برموردی که قطعی و یقینی است اکتفا و بسنده نمود، و در اینجا مورد قطعی که مشمول روایات است، آن جایی است که معامله مزبور را به لفظ قبالة (قبلتک) واقع سازند و در غیر آن مورد باید قواعد شرعی را رعایت نمود.

ترجمه و شرح عبارت: هذا... یعنی احکامی که گفته شد در صورتی است که معامله مزبور به لفظ تقبیل واقع شود، و اما اگر به لفظ بیع واقع گردد، باید شرایط بیع، در آن شرط گردد، و احتمال هم دارد که این صورت مثل صورتی باشد که به لفظ تقبیل واقع شود (که احکام مزبور در آن جاری شود).

و اگر معامله مزبور به لفظ صلح واقع گردد، ظاهر این است که این صورت همانند صورتی است که به لفظ بیع واقع شود، به دلیل اینکه باید توقف کرد - در حکمی که مخالف قاعده است - بر موردی که یقینی است.

و سخن در این معامله «قبالة» در کتاب البیع گذشت (چنانکه آدرسش را سابقاً ذکر نمودیم).

در اینجا این مجلد از این شرح «التّضیّد» تمام شد در صبح روز جمعه یازدهم ماه شوال از سال ۱۴۱۹ هجری قمری، خدا را شاکریم که ما را زنده نگه داشت که این جلد را نیز به اتمام رساندیم و این در حالی است که از عمر ما ۴۱ سال می‌گذرد، امید است آنکه خداوند متعال ما را یاری نماید تا باقیمانده عمر را در راه خدمت به فقه مذهب شیعه جعفری سپری سازیم، و این خدمت ناچیز را به درگاه خود قبول نماید.

همچنان که امیدواریم این تألیف، هدیه ناقابل به ساحت مقدس حضرت بقیة الله الأعظم حجة بن الحسن - عجل الله تعالی فرجه الشریف وجعل روحی و ارواح العالمین له الفداء - بوده و اگر ثواب و اجری هم عند الله برای آن منظور شده باشد نثار روح مرحوم والد معظم بوده باشد و در خاتمه ابیات زیر را زمزمه می‌کنم:

در زیر خاک بند زبندم جدا کند
کاین شرح من بخواند و بر من دعا کند

مجتنياً من ثمار جهدى
تهديه لي في ظلام لحدى

فردا که چرخ بر من مسکین جفا کند
یا رب نگاهدار تو ایمان آن کسی

یا ناظراً فی الکتاب بعدی
بی إفتقار إلی دعاء