

کتابخانه

تخت جمشید

لایحه تخریب و ترمیم

کتابخانه

تخت

جمشید

تخت جمشید

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# تَحْيِيرُ الْوَلَدِ بِسَبِيلَةِ

لِلْإِمَامِ مُحَمَّدٍ الْمُجْتَمِعِ

مَرْكَزُ تَحْقِيقِ كُتُبِ عِلْمِ دِينِ

كِتَابُ الشَّرْكَ

تَأَلَّفَ

عَلَى كَتَبِ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ

مُؤَسَّسَةِ تَنْظِيمِ وَنَشْرِ آثَارِ الْإِمَامِ مُحَمَّدِ الْمُجْتَمِعِ

سیفی مازندرانی، علی اکبر

دلیل تحریر الوسیله امام خمینی (س) (کتاب الشركة) / نویسنده علی اکبر سیفی مازندرانی.  
— تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۸۵، ۲۳۸ ص.

ISBN: 964 - 335 - 822 - 4

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.

۱. خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۹ - ۱۳۶۸، -  
تحریر الوسیله - نقد و تفسیر، ۲. فقه چغری - رساله عملیه، ۳. معاملات (فقه)،  
الف. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س) - دفتر قم، به عنوان.

۲۹۷ / ۳۴۲۲

BP ۱۸۳ / ۹ / خ ۸ ت ۳۰۲۵۲

۸۵ - ۲۱۳۲۳

کتابخانه ملی ایران

کتابخانه

مرکز تحقیقات کتاب و ترویج علوم اسلامی

شماره ثبت: ۰۱۶۸۷۰

تاریخ ثبت:

کد / م ۰۵۱



مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)

مرکز تحقیقات کتاب و ترویج علوم اسلامی

□ دلیل تحریر الوسیله / الشركة

○ المؤلف: علی اکبر سیفی مازندرانی

○ الناشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)

○ المطبعة: مؤسسة العروج

○ سنة الطبع: ۱۳۸۵ ش / ۱۴۲۷ ق

○ الكمية: ۱۵۰۰ نسخه

○ السعر: ۲۵۰۰۰ ریال

خیابان انقلاب، بین فروردین و فخر رازی، فروشگاه مرکزی، تلفن: ۶۶۲۰۲۸۷۳ - دورنگار: ۶۶۲۰۰۹۱۵

خیابان انقلاب، تقاطع حافظ، فروشگاه شماره ۱، تلفن: ۶۶۷۰۹۲۹۷

خیابان انقلاب، خیابان ۱۲ فروردین، خیابان شهید زاهدی و آندامری، فروشگاه شماره ۲، تلفن: ۶۶۹۵۵۷۳۷

حرم مطهر حضرت امام خمینی (س)، ضلع شمالی، فروشگاه شماره ۳، تلفن: ۵۵۲۰۳۸۰۱

کلیه نمایندگیهای فروش در استانها

نشانی الکترونیکی: pub@imam-khomeini.ir

مراکز پخش

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مرکز تحقیقات و پژوهش در علوم اسلامی





مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

## مقدمة الناشر

بسم الله الرحمن الرحيم

إنَّ «تحرير الوسيلة» هو خير وسيلة يبتغيها المكلف في سيره وسلوكه، وهو أوثقها عُرَى، وأصلحها منهاجاً؛ لما امتاز به من سداد في تحديد الموقف العملي، وإصابة في تشخيص الوظائف المُلقاة على عاتق المكلفين، وذلك على ضوء الدليلين: الاجتهادي والفقاهي، التابعين من الكتاب والسنة. ناهيك عن جمعه للمسائل العملية، ونأيه عن المسائل ذات الصبغة النظرية التي لا تمس إلى واقعنا المُمَاش بصلة.

ولئن كتب الشهيد الأول قدس الله نفسه الزكية كتاب «اللمعة الدمشقية» وهو سجين، فإنَّ إمامنا العظيم نور الله ضريحه قد آلف هذا الكتاب حينما كان منفياً في مدينة بورسا التركية من قبل الطاغوت الغاشم، ولم يكن بحوزته إلا «وسيلة النجاة» و«العروة الوثقى» و«وسائل الشيعة».

نعم، لم تكن بيده المباركة إلا هذه الكتب الثلاثة، ولكنَّ نفسه العلوية لو لم تكن خزانة للعلوم الحقّة، وفؤاده مهبطاً للإلهام والتحديث، لامتنع وجود هذا السفر الخالد في تلك الظروف العصيبة.

ونظراً إلى أهميّة هذا الكتاب، وضرورة نشره على مختلف المستويات

والأصعدة؛ لذا فقد أخذت مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني رحمته الله على عاتقها نشر شروح وتعليق العلماء المحققين على «تحرير الوسيلة» ومن نفقتها الخاصة. ويعدّ الكتاب الذي بين يديك، واحداً من هذه السلسلة الضخمة التي تروم مؤسستنا طبعها، وهو شرح لمباحث الشركة من «التحرير»، تأليف الشيخ علي أكبر السيفي المازندراني دام بقاءه.

نسأل الله تعالى أن يوفقه وإيانا وأن يختم لنا جميعاً بالحسنى إنه سميع الدعاء.

مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني رحمته الله

فرع قم المقدسة



مركز تحقيقات كميوتير علوم اسلامی

## مقدمة المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين أحمدته استتماماً لنعمته، واستسلاماً لعزته واستعصاماً من معصيته، وأستعينه فاقةً إلى كفايته.

والصلاة على محمد عبده ورسوله المصطفى، أرسله بالهدى ودين الحق، وجعله بلاغاً لرسالته، وكرامةً لأئمة، وأنزل عليه القرآن نوراً لا تطفأ مصابيحُه، وبحراً لا يدرك قعره، ومنهاجاً لا يضل نهجه، وفرقاناً لا يحمد برهانه.

والسلام على آله المعصومين المكرمين الذين هم معادن الإيمان وبحبوحاته، وينابيع العلم، وأساس الدين، وعماد اليقين.

ونسأل الله سبحانه أن يوفقنا لمعرفة طاعتهم، ونشر علومهم ومعارفهم، ويرزقنا شفاعتهم يوم تأتيه فرداً.

وأما بعد: فقد دَوَّنت هذا الكتاب على أساس متن «تحرير الوسيلة» للإمام الخميني الراحل رحمه الله بعد التحقيق والدراسة وإلقاء مباحثه إلى عدّة من الفضلاء وحلّ المعضلات وغوامض الإشكالات التي أوردت في حلقات البحوث.

والذي ينبغي أن نشير إليه هاهنا، هو أنّ منهجنا في تحقيق مسائل هذا الكتاب يبتني على أساس المراحل التالية.

١ - ابتدأنا في تحقيق الفروع المهمة بالتتبع في آراء الفقهاء وتحرير أقوالهم، ولا سيما القدماء وفحول المتأخرين والمعاصرين وتعيين القول المشهور أو الأشهر. وترتيب أقوالهم على أساس ما به الاختلاف بينهم.

٢ - ثمّ تعرّضنا للوجوه المستدلّ بها لكلّ قولٍ من الأقوال المذكورة، وأشرنا إلى موافقة السيد الماتن لواحدٍ منها. وبالطبع يتّضح وجه مخالفته لسائر الأقوال.

٣ - ثمّ تعرّضنا في كلّ مسألة إلى ما ادّعي أو نقل من الإجماعات المحصّلة والمنقولة، وأشرنا إلى عدم صلاحية غالب هذه الإجماعات للدليّة؛ نظراً إلى وجود ما يصلح للدليّة من آيات الكتاب ونصوص السنّة والقواعد العامّة، وإلى أنّ استناد الأصحاب إليها في مقام الاستدلال، أو كونها في مظانّ استدلالهم بها، ينفي حجّة الإجماع؛ لعدم كشفه تعبّداً عن رأي المعصوم حينئذٍ، وفقدان ملاك حجّيته.

٤ - حيث إنّنا بنينا على انجبار ضعف سند الخبر بعمل المشهور، كما أثبتنا ذلك في كتابنا «مقياس الرواية». فمن هنا نوافق رأي السيد الماتن في أمثال هذا المورد. ولكنّه فيما إذا لم تتعارض الأخبار، وإلاّ فإنّما الشهرة الروائية هي التي ترجّح بها إحدى الطائفتين المتعارضتين بعد استقرار تعارضهما، ولا تصلح الشهرة الفتوائية للدليّة على ترجيح إحدى الطائفتين حينئذٍ.

وأما إعراض المشهور، فليس عندنا موجباً لو هن الخبر الصحيح، وقد أثبتنا ذلك أيضاً في كتابنا المشار إليه. ولكن ذلك فيما إذا كان المخالف للمشهور جماعة

معنى بهم مع تعرضهم للمسألة ومخالفتهم، ولا فلو انحصر المخالف في واحد أو اثنين من القدماء أو المتأخرين، أو لم يتعرض سائر القدماء لعنوان المسألة أو تعارضت النصوص وكانت الموافقة منها لرأي المشهور مشتهرة من حيث الرواية، فلا إشكال في رفع اليد عن تلك الرواية المخالفة للمشهور، وإن كانت صحيحة. وذلك إما لتسالم الأصحاب على خلافها أو لأجل شهرتها الروائية.

٥ - قد يتفق في خلال الاستدلال ببعض النصوص تصحيح سنده بقاعدة تبديل السند، مشيراً إلى مفاد القاعدة، كما في طريق الشيخ إلى علي بن الحسن بن الفضال. وقد فصلنا البحث عن هذه القاعدة في كتابنا «مقياس الرواة»، فراجع.

٦ - وقد أشرنا إلى وجه تصحيح بعض الأصول الروائية، مثل كتاب علي بن جعفر بطريق صاحب الوسائل، لا طريق العلامة المجلسي في البحار. وأيضاً أشرنا إلى ضعف بعضها الآخر في هذا الكتاب، ولكن بحثنا عن تفصيل ذلك كله في كتابنا المشار إليه، فراجع.

٧ - وقد فحصنا عن حال آحاد الرواة الواقعيين في أسناد الروايات التي يدور مدارها ربح الاستدلال والاستنباط في المسألة. ونشير إلى قواعد رجالية لإثبات أو نفي وثاقة الراوي أو اعتبار روايته. وإنما ذلك في الرواة الذين وقع الخلاف في اعتبار رواياتهم. وبيننا في أمثال هذه الموارد على اعتبار روايات من كان صاحب أصل وكثير الرواية وواقعاً في ضمن توثيق عام، مع نقل أجلاء الأصحاب عنه، وعدم ورود قدح في حقه. وقلنا: إن هذه القرائن - إذا توفرت في حق أحد - تورث الوثوق النوعي بحسن حاله، بل تكشف عادة عن اعتبار روايته، بل عن وثاقته، وإلا

لو كان في مثله قدح لبان. وأيضاً أشرنا إلى قواعد عامة أصولية خلال المباحث والاستدلال.

هذه الخصوصيات هي أهم ما يبتني عليه منهجنا في تحقيق المسائل المهمة وبها يمتاز هذا الكتاب.

وفي الختام أرجو من الفضلاء الكرام والعلماء الأبرار أن يسامحوا موارد زلاتي ويذكروني في مواضع الخطأ، فإن أحب إخواني من أهدى إلي عيوبي. غفر الله لي ولكم وتقبل مني آمين.

علي أكبر السيفي  
المازندراني



مركز تحقيقات كمپوٲر علوم اسلامی

# كتاب الشركة

مركز تحقيقات كميوتور علوم اسلامی





مرکز تحقیقات کامپیوتر و علوم اسلامی

وهي كون شيء واحد لاثنتين أو أزيد<sup>(١)</sup>.

تحرير الرسالة ١: ٥٩١

## تعريف الشركة



المعنى اللغوي

١- لفظ الشركة ومادتها في اللغة بمعنى المقارنة وعدم الانفراد.

قال ابن فارس في مقاييس اللغة: «الشين والراء والكاف أصلان: أحدهما

يدلّ على مقارنة وخلاف الانفراد والآخر يدلّ على امتداد واستقامة.

فالأوّل: الشركة، وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما... وأما

الأصل الآخر: فالشرك لقم الطريق... ومنه شرك الصائد، سمي بذلك لامتداده»<sup>١</sup>.

قوله: لقم الطريق؛ أي فوهة الطريق ويقال له في الفارسية: دهانة راه.

والمناسب للمقام هو المعنى الأوّل وهو المقارنة وعدم الانفراد. وهذا

يقارب ما فسر به في الجواهر<sup>٢</sup> ماهية الشركة لغةً، بقوله: «ماهية الشركة لغةً

١ - مقاييس اللغة ٣: ٢٦٥.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٨٤.

ـ على ما قيل ـ الاختلاط والامتزاج شيوعاً أو مجاورةً.

ونظيره ما قال في المفردات: «الشركة والمشاركة خلط الملكين. وقيل: هو أن يوجد شيء لاثنتين فصاعداً، عيناً كان ذلك الشيء أو معنى».

### المعنى الاصطلاحي

واختلف الفقهاء في تعريف الشركة، ووقع بينهم النقض والإبرام في ذلك. وقد يقال<sup>١</sup>: لفظ الشركة في تعابير الفقهاء جاءَ بمعناه اللغوي، وهو ما يقابل الاختصاص، وإنه ليس لهم في المقام اصطلاح خاص، بل إنما أريد منه مصداق خاص من معناه اللغوي. وفيه نظرٌ ستعرف في تحرير كلمات الفقهاء.

وقد عرّفها في الشرائع بقوله: «الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع»<sup>٢</sup>. وجعل صاحب الجواهر هذا التعريف ماهية الشركة شرعاً، وفرّق بينه وبين تعريفها اللغوي: حيث قال في بيان ماهيتها اللغوية: «إن ماهية الشركة لغة ـ على ما قيل ـ: الاختلاط والامتزاج شيوعاً أو مجاورةً، وشرعاً اجتماع حقوق الملاك...»<sup>٣</sup>.

قوله: شيوعاً: أي سريان الاختلاط والامتزاج وشيوعهما في جميع أجزاء المال، إمّا بالدقة كما مزج السمن بالزيت أو عرفاً كاختلاط أدقة الحبوبات. كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير من كيسين لزيد وعمرؤ مثلاً. وإمّا بالمجاورة كاختلاط الحبوبات، كما لو اختلط عدّة كيس من الأرز أو الحنطة بعضها لزيد وبعضها لعمرؤ، أو اشتبه كيس كلّ منهما بكيس الآخر.

١ ـ المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٨١.

٢ ـ جواهر الكلام ٢٦: ٢٨٤.

ويعلم من ذلك وجه المناقشة فيهم قول بعض الأعلام<sup>١</sup> من كون لفظ الشركة في كلمات الفقهاء مستعملاً في معناه اللغوي، فإنك ترى صاحب الجواهر قابل بين معناه اللغوي وبين معناه الشرعي. نعم في الحدائق<sup>٢</sup> أن هذا التعريف هو المتبادر لغة وعرفاً من لفظ الشركة.

وهذا التعريف الذي ذكره في الشرائع جاء في القواعد وغيرها أيضاً، بل نسبته السيد الحكيم<sup>٣</sup> إلى المشهور، وقد نقل في المفتاح<sup>٤</sup> هذا التعريف عن جماعة من فحول القدماء والمتأخرين، ونسب إلى المحقق الأردبيلي أنه وصف هذا التعريف بأنه المشهور.

وقد ناقش في جامع المقاصد بقوله: «وفي التعريف نظراً؛ لانتقاضه بالشركة في القصاص، وحدّ القذف، والخيار، والرهن، والشفعة، ونحو ذلك، فإنه ليس هناك ملك حقيقي فلا مالك حقيقة. وقد صرحوا بأن هذا أحد أقسام الشركة الثلاثة»<sup>٥</sup>. ورّد ذلك بأن الحق نوع من الملك، وإنما الاختلاف بينهما بحسب المورد، لا غير. وعلى أي حال زاد في العروة «ملكاً أو حقاً»؛ فراراً عن هذا الإشكال. ثم إنه يفرق التعريف الاصطلاحي عن التعريف اللغوي المذكور في الجواهر بإضافة قيدين.

أحدهما: كون المختلط قابلاً للتملك والملكية، وإلا لا يصدق ما جاء

١ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٨١.

٢ - الحدائق الناضرة ٢١: ١٤٨.

٣ - مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣.

٤ - مفتاح الكرامة ٧: ٣٨٨.

٥ - جامع المقاصد ٨: ٨.

في التعريف الاصطلاحي من اجتماع حقوق الملاك.

ثانيهما: كون اجتماع الحقوق على سبيل الشيع لا على سبيل المجاورة ممّا لا يرتفع فيه التمييز بالاختلاط والمجاورة، كاجتماع حقوق الملاك في موارد اختلاط الحبوبات المختلفة جنساً أو وصفاً، أو في مثل دارٍ كان خشبها لواحدٍ وحديدتها لآخر وطينها لثالث وهكذا فكانت ملكاً لعدّة أشخاص، فحينئذٍ وإن تحقّق اجتماع حقوق الملاك في شيء واحد، لكن لا على سبيل الشيع، بل على سبيل المجاورة.

فإنّ شيئاً من هذين القيدين لم يؤخذ في التعريف اللغوي. وبذلك صار التعريف الاصطلاحي أخصّ من التعريف اللغوي.



مركز تحقيقات كمبيوتر علوم اسلامی

## أقسام الشركة وأسبابها

قد قسّم الفقهاء الشركة من جهات:

الأولى: تقسيمها من جهة سنخ وجود سببها إلى تكوينية واعتبارية.

الثانية: تقسيمها من جهة سبب حصولها إلى مزجية، وهي ما كان سببها

الامتزاج الرافع للتمييز، وإلى غير مزجية.

ثم المزجية إلى ظاهرية وواقعية. والظاهرية إلى قهرية واختيارية. والواقعية

إلى عقدية وغير عقدية.

ثم الواقعية غير العقدية - وهي ما كان سببها غير العقد - إلى قهرية كالإرث

المشترك، واختيارية كالحيازة والإحياء على وجه الاشتراك.

والأصح أنّ المزجية كلّها من قبيل الواقعية؛ لعدم اعتبار قصد الشركة في

الواقعية المزجية بعد ارتفاع التمييز.

وقسموا الواقعية العقدية إلى ما كان سببها عقد ناقل - غير عقد الشركة - إما

بالتشريك أو بغير التشريك، وما كان سببها عقد الشركة. وهذا النوع من الشركة

العقدية هو المعقود لأجله البحث في كتاب الشركة.

الثالثة: تقسيمها من جهة سنخ الشركة وماهيتها - لا سببها - إلى إشاعية وبدلية وإلى الكلّي في المعيّن.

الرابعة: تقسيمها من جهة سائر الخصوصيات الراجعة إلى الشركاء أو كيفية الاشتراك أو ما فيه الشركة، إلى شركة العنان (الأموال)، وشركة الأبدان (الأعمال)، وشركة المفاوضة وشركة الوجوه.

الخامسة: تقسيمها من جهة متعلّق الشركة وما تتحقّق فيه، إلى الشركة في الأعيان والديون والحقوق والمنافع.

وإليك تعريف كلّ واحد من هذه الأقسام وما أورد عليه من المناقشات والإشكالات والدفع.



## الشركة التكوينية والاعتبارية

ثم إن مفهوم الشركة قد يتحقّق في الأمور التكوينية الخارجية، كأن يتحقّق أمرٌ ويحدث حدث بفعل اثنين أو أزيد؛ بحيث يُسند ذلك الفعل إليهم جميعاً، فيقال: إنهم اشتركوا في قتل فلان أو حفر ذلك البئر أو إحياء تلك الأرض. وهذا المعنى هو المراد في قوله تعالى: «وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ»<sup>١</sup> وقوله تعالى: «أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهَ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ»<sup>٢</sup>.

وقد يتحقّق في الأمور الاعتبارية، من ملكٍ أو حقٍّ؛ لأنّ كلّاً من الملك والحقّ قد يختصّ بشخص واحد، وقد يكون لاثنتين أو أزيد. ومن هنا أضاف في العروة على التعريف المزبور «ملكاً أو حقّاً». وبهذا المعنى جاء في قوله تعالى: «فَإِنْ كَانُوا

١ - الفرقان (٢٥): ٢.

٢ - الرعد (١٣): ١٦.

أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ١- وقوله تعالى: «وَجَعَلُوا لِلَّهِ مِثْلَ دَرَاهِمٍ مِنَ الْحَرْثِ وَالْأَنْعَامِ نَصِيباً فَقَالُوا هَذَا لِلَّهِ بِزَعْمِهِمْ وَهَذَا لِشُرَكَائِنَا فَمَا كَانَ لِشُرَكَائِهِمْ فَلَا يَصِلُ إِلَى اللَّهِ وَمَا كَانَ لِلَّهِ فَهُوَ يَصِلُ إِلَى شُرَكَائِهِمْ سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ٢-»

فإن الشركة في خلق السماوات والأرض هي تكوينية خارجية، وأما في باب الإرث وفيما جعله المشركون لله بزعمهم واعتبروه له تعالى؛ من ملكية حصّة من الحرث والأنعام، اعتبارية. وكذا فيما جعلوه لشركائهم الذين هم الأوثان. وأما الامتزاج الرافع للتمييز بين أجزاء شيئين، كامتزاج المايعات والأدقّة، فهو من قبيل الشركة الحقيقية - التي هي من أقسام الشركة الاعتبارية - وليس من قبيل الشركة التكوينية.

ولا إشكال في دخول القسم الثاني في محلّ الكلام. وأما القسم الأول فإنما يدخل في محلّ الكلام إذا كان للمسبّب مالية قابلة للاشتراك وقصد الفاعلون بفعلهم الشركة كقلع شجرة أو حيازة شيء أو حفر بئر أو إحياء أرض مشتركاً. وفي الحقيقة تكون الشركة التكوينية سبباً للشركة الاعتبارية في مثل هذه الموارد.

### تقسيم آخر

الشركة إمّا ظاهرة أو واقعية، والواقعية إمّا عقدية أو غير عقدية. وكلّ من الشركة الظاهرية والواقعية غير العقدية إمّا قهرية أو اختيارية.

وهل يعتبر في الشركة الواقعية الاختيار وقصد الشركة، فيجعل ما لم يكن عن اختيار ولا بقصد الشركة من قبيل الشركة الظاهرية أم لا، هل تتحقّق

١ - النساء (٤): ١٢.

٢ - الأنعام (٦): ١٣٦.



الشركة الواقعية بمجرد المزج التام، ولو بغير اختيار؟

قال في الشرائع: «وكلّ مالين مزج أحدهما بالآخر؛ بحيث لا يتميّزان تحقّقت فيهما الشركة، اختياراً كان المزج أو اتفاقاً»<sup>١</sup>.

وقال في الجواهر في ذيله: «مقصوداً به الشركة أو لا، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»<sup>٢</sup>.

وقال في القواعد: «وتحصل الشركة بالمزج، سواء كان اختيارياً أو اتفاقاً»<sup>٣</sup>. وعرفت من إطلاق كلام المحقق والعلامة تحقّق الشركة الواقعية بالمزج مطلقاً، سواء كان المزج قهرياً أو اختيارياً، قصد به الشركة أم لا، كما عرفت آنفاً من تفسير صاحب الجواهر لكلام المحقق.

ولكن في الجواهر<sup>٤</sup> خصّ الواقعية منها بالمزج الاختياري الذي يقصد الشركة. وأمّا إذا كان قهرياً أو بغير قصد الشركة، فجعله من قبيل الشركة الظاهرية الحكومية التي تترتب عليه أحكام الشركة ظاهراً؛ بمعنى أنّه لا إشاعة في الملكية واقعاً، بحيث لو اتفق العلم بكون بعض أجزاء المال لأحدهما لم يكن للآخر شركة فيه، بل لو بقي من ذلك المال المختلط ما لا يمكن أن يكون ملكاً لهما معاً، يرجع فيه إلى القرعة لتعيين مالكيته لأحدهما.

فإنّه بعد تفصيل الكلام<sup>٥</sup> في ذلك قال في ذيل كلام صاحب الشرائع

١ - شرائع الإسلام ٢: ١٠٥.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩١.

٣ - قواعد الأحكام ٢: ٣٢٦.

٤ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩١.

٥ - نفس المصدر: ٢٨٨ - ٢٨٩.

المزبور: «لكن قد عرفت سابقاً الفرق بين المزج الاختياري المقصود فيه الشركة وغيره بالملك مشاعاً في نفس الأمر في الأول، بخلاف الثاني وإن عومل معاملته في الأحكام، إلا أنه لو فرض اتفاق العلم ببعضه لأحدهما لم يكن للآخر شركة فيه»<sup>١</sup>.

### كلام السيد الحكيم

وقد جعل السيد الحكيم<sup>٢</sup> ما قال في الجواهر مقتضى القواعد العامة، ورتب عليه عدم اعتبار ما ذكره في الشركة الواقعية الحقيقية في الظاهرية منها، وأنها لا تتوقف في ترتيب آثار الشركة وأحكامها ظاهراً على أكثر من الامتزاج.

ولكنه رحمته جعل مقتضى التحقيق حصول الشركة الحقيقية بنفس الامتزاج الرافع للتمييز، بل عدّه من ضروريات الفقه في الجملة واستظهره من كلمات الأصحاب؛ حيث قال - بعد كلامه المزبور - : «هذا، ولكن التحقيق أن الامتزاج بين المالكين الموجب لارتفاع التمييز بينهما موجب للشركة الحقيقية، كما هو ظاهر الأصحاب، وإن كانت أجزاء المالكين متميزة في نفس الأمر. فإن ذلك من الأحكام العرفية الممضاة لدى الشارع المقدس، بل إن ذلك في الجملة من الضروريات الفقهية والعرفية وقد حكى عن التذكرة الإجماع عليه وفي المسالك أنه لا خلاف فيه»<sup>٣</sup>.

ثم ركّز الإشكال فيما لا يتحقق فيه مزج رافع للتمييز ممّا كان له أفراد كبيرة جسيمة متميزة، كما في القيميات مثل الثوب والخشب والعبيد والإماء والحيوانات،

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩١.

٢ - مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٥.

٣ - نفس المصدر: ٦.

واستشهد لذلك بما حكى عن المقداد، ويقول صاحب الشرائع حيث قال: «وأما ما لا مثل له - كالثوب والخشب والعبد - فلا يتحقق فيه المزج». ثم قال رحمته ما يتحصل في أمور:

- ١ - إن التعبير بالشركة الظاهرية لم يُذكر في كلام الأصحاب، وإنما ذكر في كلام صاحب العروة هاهنا وصاحب الجواهر في غير المقام.
  - ٢ - إن الشركة الحاصلة بالامتزاج الرافع للتمييز مطلقاً، - قهرياً كان أم قصدياً - مع اتحاد الجنس والوصف، حقيقة واقعية، وإنها مع اختلاف الوصف حكمية مطلقاً؛ سواء انتفى التمييز، مثل خلط الأدهان والمائعات، أم لا، كخلط الحنطة بالشعير والعدس بالأرز، وسواء كان بين جنسين أو بين أفراد جنس واحد مع اختلاف الوصف كأصناف الحنطة أو الأرز بعضها ببعض.
  - ٣ - إن وجه حكم الفقهاء في النوعين من الشركة بناءً أهل العرف العام. وما ذكره في الجواهر من كون الشركة في مطلق موارد الامتزاج القهري - حتى في مختلفي الوصف - من قبيل الشركة الحكمية لم يُعلم وجهه، ولا يمكن تصديقه.
- هذا حاصل كلام السيد الحكيم في المقام.

### نقد كلام السيد الحكيم

ولكن يرد عليه أن المزج إذا لم يكن بقصد الشركة لا تسري الشركة في الملكية إلى جميع أجزاء المالين الممزوجين، كما قال في الجواهر<sup>٢</sup>. ومن هنا لو اتفق علم أحدهما بماله وحصل التمييز بين المالين تنتفى الشركة وكذا فيما لا يكون

١ - نفس المصدر: ٦ = ٧.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ١٩١.

إلا لأحدهما كما في القيميات؛ حيث يمكن تعيين مال كل منهما بالقرعة أو بالصلح القهري، من دون حصول شركة.

وهذا بخلاف ما إذا كان الامتزاج بقصد الشركة؛ فإنها لإشاعتها وسريانها إلى جميع أجزاء المالكين، لا ترتفع حتى فيما لو اتفق علم أحدهما بماله وتمييزه، وكذا فيما لا يكون عادة قبل الشركة إلا لأحدهما.

وعليه فالمزج إذا لم يكن اختيارياً بقصد الشركة، إنما يترتب أحكام الشركة ظاهراً ما لم ينكشف الواقع. ولأجل ذلك يصح التعبير عنه بالشركة الظاهرية.

وأما كلمات الأصحاب فهي ناظرة إلى ترتب أحكام الشركة في الجملة بمجرد المزج الرافع للتمييز وهذا لا إشكال فيه؛ ولم يكونوا يصدد التفصيل بين الشركة الظاهرية والواقعية، بل إنما كانوا يصدد بيان تحقق أصل الشركة وترتب أحكامها بمجرد المزج الرافع للتمييز، وأنه لا دخل للاختيار والقصد في ترتب أحكام الشركة، ولو ظاهراً ما لم ينكشف الواقع، بل يكفي في ذلك مجرد المزج الرافع للتمييز.

وأما لو كان المزج بالاختلاط غير الرافع لتمييز آحاد الأجزاء، فتارة: يتعذر تخليص المالكين وتفكيكهما وعزل كل منهما عن الآخر، وأخرى: لا يتعذر ذلك عادة.

يظهر من السيد الحكيم في الصورة الأولى الحكم بتحقيق الشركة الحكمية الظاهرية كما في صورة الامتزاج الرافع للتمييز؛<sup>١</sup> حيث قال رحمته: «إن الشركة مع الامتزاج بين الجنسيتين سواء انتفى التمييز مثل خلط الأدهان ومثل خلط الدبس

بالخل، أم كان تمييز - مثل خلط الحنطة بالشعير - أو بين أفراد جنس واحد مع اختلاف الوصف - مثل الحنطة الحمراء بالصفراء - شركة حكمية؛ بمعنى أنه لا يجوز لأحد المالكين التصرف بدون إذن الآخر ويجوز المطالبة بالقسمة وأن العوض يكون مشتركاً بين المالكين»<sup>١</sup>.

ثم قال في موضع آخر: «إذا كان الاختلاط بالمرج مثل اختلاط الحنطة البيضاء بالصفراء، فقد عرفت أنه مع تعذر التخليص والعزل فهو أيضاً يوجب الشركة الحكمية»<sup>٢</sup>.

وفهم من كلامه الأخير اعتبار تعذر تخليص أجزاء الخليطين المتميزين في حصول الشركة الحكمية.

ويرد عليه أنه مع عدم ارتفاع تمييز آحاد حبّات الخليطين في الحبوبات، لا يمكن الالتزام بتحقيق الشركة مطلقاً. والوجه في ذلك أن مقتضى ماهية الشركة ومفهومها، سريان ملكية مال كل من الشريكين أو الشركاء في جميع أجزاء المال المشترك، فما من جزء إلا أنه مملوك للجميع. وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه مع تمييز حبّات المختلطين من الحبوبات. ومن هنا يجوز لكل واحد من المالكين أن يأخذ ماله بتخليص آحاد حبّاته المتميز ولو مع التصرّ وليس للآخر حينئذٍ منعه عن ذلك وطلب قسمة الجميع. نعم مقتضى القاعدة حينئذٍ تعيين الصلح لو أمكن التراضي، وإلا فالقرعة. وفي الحقيقة يجري حينئذٍ حكم المالكين المشتبهين، لا الشركة.

وأما في الصورة الثانية: وهي ما إذا لم يتعذر التفكيك، فلا شركة في البين قطعاً، بل يبقى كل مال في ملك مالكة من دون تغير في حكمه.

١ - مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٧.

٢ - نفس المصدر: ٩.

منها ما هو

## كلام صاحب العروة

هذا، ولكن حكم في العروة<sup>٢</sup> بأن الاختلاط مع التمييز لا يوجب الشركة مطلقاً، ولو ظاهراً. ومقصوده من التمييز تمييز أجزاء المالكين كما في خلط الحنطة بالشعير أو الحنطة البيضاء بالحنطة الصفراء. وعُلِّل ذلك بأن مع الاشتباه إمّا يتحقق الصلح القهري أو يرجع إلى القرعة.

وهو متين عند اشتباه المالكين ولو مع تمييز أجزائهما وحبائهما، سواءً تعذر تفكيكهما أم لم يتعذر. وقد بيّنا وجه ذلك آنفاً. ولكن عند تعذر التفكيك لو لم يتراضيا بالصلح، يقرع بينهما، ولكلّ منهما ما خرج له من السهم، كما ورد في نصوص القرعة أنّ الله تعالى يُخرج بالقرعة سهم المحق. ولا قصور لإطلاقات نصوص القرعة في شمولها لمثل المقام، ممّا ليس مورد النزاع واحداً شخصياً متردداً بين شخصين أو أشخاص، بل متاع ذوا أجزاء خلط أحاد أجزائهما بحيث لا يمكن تفكيك المالكين عادةً، وإن كانت الأجزاء بأحاديها متميزة.

## الشركة الظاهرية القهرية والاختيارية

أمّا الشركة الظاهرية القهرية، فقد مثل لها في العروة بما لو امتزج مال شخصين أو أزيد قهراً بغير اختيار واحدٍ منهما، على وجه لا يتميِّز بينهما. أمّا الشركة الظاهرية الاختيارية فهي الحاصلة بالامتزاج اختياريّاً لكن لا بقصد الشركة، فهي ظاهرة، لا واقعية، بناءً على ما قاله في العروة. وقد عُلِّل ذلك بأن مال كلٍّ من المالكين حيثنّ ممتاز عن الآخر في الواقع، ولذا يختصّ كلٌّ من المالكين بمالكه لو اتفق تمييزه.

هذا مع عدم تمييز آحاد أجزاء المالكين.

وأما إذا كان الاختلاط بغير مزج - كما في القيميات - فلو أمكن التمييز، فلا إشكال في كون كل من المالكين لملكه. وأما لو لم يمكن التمييز فهو من قبيل اشتباه المالكين وتردد كل منهما بين المالكين، فيرجع حينئذ إلى القرعة لتعيين مالكة ما دام لم يتراضيا بالصلح، وإلا لا إشكال في تعيين الصلح وتقدمه على القرعة بالورود. لارتفاع المشكل - الذي هو موضوع القرعة - بالصلح.

### إشكال المحقق الخوئي على الشركة الظاهرية

وقد أشكل السيد الخوئي<sup>١</sup> على مطلق الشركة الظاهرية بأن ترتب الأحكام الظاهرية إنما يكون في صورة الجهل والشك بالواقع. ولما كان الواقع في مفروض الكلام معلوماً لا معنى لثبوت الحكم الظاهري. ولا موجب لترتيب أحكام الشركة ظاهراً بعد العلم بعدم ثبوتها واقعاً واستقلال كل من المالكين في ماله. نعم، إذا صار المالان بالامتزاج شيئاً واحداً ثالثاً مغايراً لهما - كمزج السكر بالخل حيث يتولد بامتزاجهما شيء ثالث مسمى بالسكنجبين - تكون الشركة فيه واقعية حقيقية.

ولا ينافي ذلك اختصاص كل مال بملكه فيما لو اتفق تفكيكهما بوجه من الوجوه؛ نظراً إلى دوام الشركة الواقعية بدوام موضوعها وهو الشيء الثالث المتولد بالامتزاج، فلو انعدمت بحصول التفكيك والامتياز تنتفي الشركة الواقعية عرفاً.

وأما إذا لم يتولد بالامتزاج شيء جديد؛ بأن كان الممتزج أشياء متعددة غير قابلة للتمييز خارجاً كمزج الدراهم والحبوبات، فلا موجب لحصول الشركة بعد العلم بكون كل شيء لملكه الأول واقعاً. نعم، امتزاج دقيق الحبوبات من قبيل الأول.

فالمعيار في حصول الواقعية صيرورة المالين بالامتزاج شيئاً واحداً ثالثاً في نظر أهل العرف. فإذا حصل ذلك تحقق موضوع للشركة الواقعية، وإلا فلا موضوع للشركة لا واقعاً ولا ظاهراً. فلا بد حينئذٍ من الصلح القهري أو الرجوع إلى القرعة. وما أبعد بين السيد الحكيم؛ حيث إنه حكم بتحقق الشركة الظاهرية حتى في صورة عدم ارتفاع التمييز بالمزج والاختلاط لأجل تعذر تفكيك أجزاء الخليطين، وبين هذا العلم؛ حيث حكم بانتفاء الشركة الظاهرية حتى في المزج الراجع للتمييز إذا لم يحصل بالمزج شيء ثالث.

وفيه: أن هذا الكلام إنما يصح فيما إذا كانت آحاد أجزاء المالين متميزة بعد المزج وإن لم يمكن أو تعذر التفكيك بينهما. وقد بيننا وجه ذلك آنفاً. وإلا فلا وجه لمنع حصول الشركة بعد ارتفاع التمييز كامتزاج الأدقة بعضها مع بعض بل الشركة متحققة حينئذٍ حقيقة؛ لصدق مفهومها في نظر أهل العرف حقيقة بلا عناية والمعيار في صدق الشركة الحقيقية نظر أهل العرف؛ حيث لا حقيقة شرعية ولا متشعبة لها. ثم إنه قال هذا العلم: إن المراد بالصلح القهري إجبار الحاكم لهما على الصلح بالتراضي، وإلا فالصلح لا يكون قهرياً<sup>١</sup>.

ولكنه توجيه غير وجهه، بل المراد من الصلح القهري هاهنا ما كان من الصلح سببه قهرياً؛ لأن المزج لم يكن بقصد الصلح، وإلا فلو تراضيا بالصلح فهو، وأما لو تعاندا ولم يتراضيا بالصلح ينتهي الأمر إلى القرعة. فلا قهر ولا إجبار على الصلح في البين. وهذا واضح لا يغفل عن مثله فقيه فعل فطن مثل السيد اليزدي.

ثم أشكل هذا العلم على القرعة؛ بأنه لا مورد لها لعدم اشتباه بعد امتياز كل من المالين. لكنه إشكال غير وارد لإمكان تمييز آحاد أجزاء المالين كآحاد الحبات



في اختلاط الحبوبات وعدم إمكان التفكيك بين مجموع المالكين أو تعذره عادة؛ فلا مناص من القرعة في تقسيمه بينهما، ما لم يتصالحا، بل يدخل هذه الصورة في إطلاقات أدلة القرعة كما أشرنا إليه. فإن القرعة لكل أمر مشكل، وتعذر تفكيك المالكين مشكل مانع لا يصلح كل مال إلى مالكة.

### الشركة الواقعية غير العقدية

أما الشركة الواقعية فهي عقدية وغير عقدية.

أما غير العقدية، فهي كون مال لاثنين أو أزيد حقيقة وواقعاً على نحو الإشاعة؛ بأن كان المال ملكاً لعدة ملاك واقعاً على نحو الإشاعة.

وهي إما واقعية قهرية؛ وهي ما كان - من الشركة الواقعية - سببها قهرياً خارجاً عن الاختيار، كما في المال أو الحق الموروث.

وإما واقعية اختيارية؛ وهي ما كان - من الشركة الواقعية - سببها اختيارياً، من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو استخرجوا معدناً أو كنزاً. فإن الأرض المحيية أو البئر المحفور أو الشجر المقلوع أو المعدن أو الكنز المستخرج بفعلهما، ملك لهما واقعاً على وجه الشركة والإشاعة الحقيقية. ومنه تحجير الأرض مشتركاً، إلا أنه يورث حقاً مشتركاً، لا عيناً.

### الشركة الواقعية العقدية

أما الشركة الواقعية العقدية، فقسّمها في العروة<sup>١</sup> إلى ثلاثة أقسام:

١ - شركة واقعية حصلت بعقد من العقود، غير عقد الشركة، كما لو ملك

شخصان شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة ونحوها. وذلك كأن اشتريا بمالهما شيئاً واحداً لأنفسهما، أو تصالحا على مال أو يهبهما شخص مالا، أو يأذن أحدهما الآخر ويؤكّله في شراء مال لهما. فيقول مثلاً: «اشتر السلعة و لي نصفها» فيشتركان فيها وفي ربحها.

٢ - شركة واقعية حاصلة بتشريك أحدهما الآخر في ماله؛ بأن طلب شخص من آخر أن يشركه فيما يشتريه من السلعة، وقد دلّ على صحّتها عدّة من النصوص المعتمدة.

منها: صحيح إسحاق بن عمار قال: قلت للعبد الصالح عليه السلام الرجل يدلّ الرجل على السلعة، فيقول: اشتراها و لي نصفها. فيشترى الرجل وينقد من ماله، قال عليه السلام: «له نصف الربح»، قلت: فإن وضع، يلحقه من الوضعية شيء؟ قال عليه السلام: «عليه من الوضعية، كما أخذ الربح»<sup>١</sup>.

ومنها: صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الرجل يشارك في السلعة، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه»<sup>٢</sup>.

ومن هذا القبيل ما لو اشترى شخص شيئاً وليس عنده ثمنه فيجيء صاحبه، ويقول له ذلك الشخص: «ادفع عني ثمن هذا المتاع - الذي اشتريته - تقدأ وربحه بيني وبينك». فيشتركان في ذلك المتاع وعليهما ثمنه وما حصل من الربح والوضعية، كما دلّ عليه صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها، فأتى رجل من أصحابه فقال: يا فلان انقد عني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك، فنقد عنه فنفتت الدابة، قال: «ثمنها عليهما

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٦، كتاب الشركة، الباب ١، الحديث ٤.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ٦، كتاب الشركة، الباب ١، الحديث ٥.

لأنه لو ربح فيها لكان بينهما»<sup>١</sup>. هذه الصحيحة بهذا الطريق رواها الشيخ بإسناده عن محمد بن مسلم. ورواها الصدوق أيضاً بطريقين صحيحين عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام.

قوله: «وليس عنده نقدها» أي ليس عند الرجل الذي اشترى الدابة تمنها نقداً.

وقوله: «انقد عني...» أي ادفع عني تمنها نقداً، من نَقَدَ يَنْقُدُ، على وزن نصر ينصر؛ أي دفع النقود.

وقوله: «فنقد عنه فنفت الدابة» أي دفع رجل من أصحاب المشتري ثمن الدابة عن جانبه ثم ماتت الدابة. قوله: «نفت الدابة»: أي ماتت.

ومثله موثقة إسحاق بن عمار قال: قلت للعبد الصالح عليه السلام الرجل يدل الرجل على السلعة، فيقول: اشتراها ولي نصفها. فيشتريها الرجل وينقد من ماله، قال عليه السلام: «له نصف الربح» قلت: فإن وضع، يلحقه من الوضعية شيء؟ قال عليه السلام: «عليه من الوضعية، كما أخذ الربح»<sup>٢</sup>. ومثلها سائر نصوص الباب.

وما يظهر من ذيل هذه النصوص، من توجه ضرر الوضعية إليهما معاً، إنما هو مقتضى الشركة. ولكن لا بأس بتحمل أحدهما الضرر بالاشتراط الراجع إلى شرط العمل، دون ما كان منه على نحو شرط النتيجة؛ نظراً إلى مخالفته لمقتضى الشركة. اللهم إلا أن يقال بعدم مخالفة مثل هذا الشرط لأصل الشركة؛ نظراً إلى كفاية اشتراكهما في الربح لذلك.

وعلى أي حال فقد دل على جواز ذلك صحيح رفاعة، قال: سألت أبا الحسن

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٥، كتاب الشركة، الباب ١، الحديث ٢.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ٦، كتاب الشركة، الباب ١، الحديث ٤.

موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جارية له. وقال: إن ربنا فيها فلك نصف الربح، وإن كانت وضيفة فليس عليك شيء، فقال: «لا أرى بهذا بأساً إذا طبابت نفس صاحب الجارية»<sup>١</sup>.

٣ - شركة واقعية حصلت بعقد الشركة مبنياً على تشريك كل من المتعاقدين الآخر في ماله. وهذا النوع من الشركة معدود من العقود. وصيغة عقدها كل لفظ يدل على رضا المالكن بالمزج وإذنهما، كما صرح به في التحرير<sup>٢</sup> والقواعد، وقوّه في جامع المقاصد<sup>٣</sup>، واختاره في التذكرة<sup>٤</sup>.

## الشركة الإشاعية والبديلة

ثم إن الشركة بأقسامها - بحسب الكيفية - إما إشاعية أو بديلة أو على نحو الكلّي في المعين. ولا يخفى أن هذا التقسيم بحسب الثبوت. ولكن ستعرف أن الشركة على نحو البديلة خارجة عن محلّ الكلام، بل خارجة عن حقيقة الشركة وتعريفها.

أما الشركة الإشاعية فهي شركة حقيقية متحققة في كل جزء من أجزاء المال المشترك، ومن هذا القبيل الشركة الواقعية بأنحائها. أما الشركة البديلة فهي شركة عدّة أشخاص في مال أو حق على نحو البديلة.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٧، كتاب الشركة، الباب ١، الحديث ٨.

٢ - تحرير الأحكام ١: ٢٧٢.

٣ - جامع المقاصد ٨: ١٤.

٤ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢١.

وهي على نحو الاستحقاق، كاستحقاق أرباب الخمس ومستحقّي الزكاة في سهمهم من الخمس والزكاة.

وقد ورد التعبير عن هذا الاستحقاق بالشركة في بعض النصوص، كما في معتبرة أبي المعز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَشْرَكَ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ وَالْفُقَرَاءِ فِي الْأَمْوَالِ، فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَصْرِفُوا إِلَى غَيْرِ شُرَكَائِهِمْ»<sup>١</sup>.

ولكنّ التعبير بالشركة في مثل هذه الموارد مبنيٌّ على المسامحة وضرب من العناية، وإلا فلا شركة في الواقع.

وذلك أولاً: لأنّ الشركة في متعلّق الخمس والزكاة على نحو البدلية. وهي خارجة في الحقيقة عن ماهية الشركة؛ إذ لا يكون فيها مال واحد لاثنتين أو أزيد. وبعبارة أخرى: لم يجتمع فيها حقوق الملاك في مال واحد على الإشاعة. وذلك أنّه لا يعقل اجتماع حقوق الملاك إذا كان الاستحقاق على نحو البدلية، كما هو واضح.

وثانياً: لأنّ موارد الزكاة والخمس من باب المصرف، لا الملكية فليس متعلّق الزكاة والخمس ملكاً لهم بمجرد تعلّقهما واستقرار وجوبهما. ومن هنا التزم الأصحاب بعدم وجوب البسط والاستيعاب؛ إذ لو كان ملكاً لهم لوجب ذلك؛ إيصالاً للمال إلى مالكة. وقد سبق الكلام في ذلك ممّا مفضلاً في مصارف الخمس من كتابنا «دليل تحرير الوسيلة» وقلنا هناك: إنّ الملكية للعنوان، لا لآحاد أشخاص المستحقّين، حتّى يكونوا شركاء في متعلّق الخمس والزكاة حقيقةً.

وأما ما يوهمه كلام صاحب العروة من أنّهم مستقلّين في التصرف

فللمناقشة فيه مجال واسع؛ لما أثبتنا في منخله من عدم جواز التصرف لهم في متعلق الخمس والزكاة بغير إذن الولي وهو الحاكم الشرعي. ولكن التأمل في كلامه يقضي إرادة استقلال المستحقين بعضهم عن بعض، لا بالنسبة إلى الحاكم أو المالك.

ثم إن التعبير بالشركة وإن لم يرد في الخمس، إلا أنه في حكمه من هذه الجهة؛ لأنه جعل للهاشميين بدلاً عن الزكاة، وللتعبير بلام الملكية في آية الخمس ونصوصه أيضاً. ومن هنا لم يفرقوا بينه وبين الزكاة في المصرف من جهة عدم وجوب البسط والاستيعاب.

ومن قبيل ذلك أيضاً الوقف العام إذا كان على نحو التملك، لا للانتفاع أو الصرف.

### الشركة على نحو الكلّي في المعين

وأما الشركة على نحو الكلّي في المعين، فهي شركة حاصلة بين شخصين في مال خارجي، لأحدهما حصّة كلّية منه وللآخر باقية، كالشركة في صبرة معيّنة خارجية، لأحدهما صاع منها وللآخر باقياها. ولما كان الصاع الكلّي غير معيّن ومتردداً بين أجزاء الصبرة، تتحقّق فيها الشركة بينهما. فإنّ الصاع الكلّي لهما كان متردداً بين أفرادها الموجودة في الصبرة المعيّنة الخارجية، يكون له نحو من السريان والإشاعة في الأصوع الموجودة في الصبرة.

وبذلك يمكن تصوير الشركة الإشاعية في الكلّي في المعين، كما يمكن أن يقال بكفاية عدم تعيين الصاع لتحقّق الشركة الإشاعية؛ نظراً إلى كون الصاع المملوك واحداً غير معيّن من بين الأصوع الموجودة في الصبرة.

وعلى أي حال وقع الكلام في ذلك.

قال في الجواهر: «إنما الكلام في ملك الكلّي في الصبرة مثلاً كالصاع منها، وكمالك مئة في الثلث بالوصية ونحو ذلك - بناءً على عدم تنزيله على الإشاعة ممّا لا إشكال في صدق الشركة معه ولا إشاعة - اللهم إلا أن يراد منها عدم التعيين، لا خصوص الثلث والرّبع ونحوهما»<sup>١</sup>.

قوله يراد منها: أي من الإشاعة.

وظاهره نفي الإشكال عن صدق الشركة على ملكية الكلّي في المعيّن، بناءً على عدم اختصاص الشركة بالإشاعية بالكسر المشاع، وصدقها على الواحد لا بعينه. فلا إشكال حينئذٍ في صدق مفهوم الشركة على ملكية الكلّي في المعيّن.

وأشكل عليه بعض<sup>٢</sup> بأنّ الشركة إنما تتحقّق فيما إذا كان المال الواحد مملوكاً لشخصين أو أكثر على نحو الإشاعة؛ بحيث كان لكلّ منهم حصّة في كلّ جزء من المال. دون ما إذا كان مال كلّ منهما مستقلاً عن الآخر، كما في المقام؛ حيث إنّ مال أحدهما صاع كلّّي من الصبرة ومال الآخر الصبرة المعيّنة الخارجية.

وهذا الإشكال لا يُعبأ به؛ نظراً إلى صدق كون الصبرة المعيّنة لهما كليهما بلحاظ كون صاع منها لأحدهما وباقيها للآخر. ولا إشكال في صدق عنوان الشركة على ذلك في نظر أهل العرف، بل تكون على نحو من الإشاعة؛ نظراً

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٨٦.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٨٥.

إلى ما أشرنا إليه من سريان الصاع الكلي وشياعه بين الأصوع الموجودة في الصبرة الخارجية.

ولا يبعد كون شركة الفقراء في الزكاة والسادة في الخمس من هذا القبيل بالنسبة إلى عين متعلق الزكاة والخمس. وإن كان فرق من جهة كون المالك هناك واحداً لا بعينه؛ حيث يتعين بالإقباض، بخلاف المقام؛ لأن المالك فيه شخص معين خارجي. ولا يتصور الاستحقاق على نحو الكلي في المعين في الأوقاف العامة، كما يظهر من العروة، بل إنما هي على نحو البدلية فقط. وذلك لأن عيناً متعلق الزكاة والخمس كلي مردّد بين أجزاء مجموع المال المتعلق للزكاة، وهذا بخلاف العين الموقوفة.



## أقسام أخرى للشركة

وهناك أقسام أخرى للشركة ذكرها الفقهاء من جهة سائر الخصوصيات الراجعة إلى الشركاء وكيفية الاشتراك وما تتحقّق فيه الشركة. وهي: ١ - شركة العنان ٢ - شركة الأبدان ٣ - شركة الوجوه ٤ - شركة المفاوضة.

ونكتفي هاهنا بذكر ما قاله في التذكرة في تعريف كلّ واحد من هذه الأقسام. قال: «الشركة على أربعة أنواع، شركة العنان وشركة الأبدان، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه».

فأما شركة العنان فهي أن يخرج كلّ مالاً ويمزجها، ويشترط العمل فيه بأبدانها.

وأما شركة الأبدان بأن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبون بأيديهم، كالصناع



يشترون على أن يعملوا في صناعتهم، فما رزق الله فهو بينهم على التساوي أو التفاوت.

وأما شركة المفاوضة فهو أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان، ويربحان ويلتزمان من غرم وما يحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جنائية، وضمان غصب، وقيمة متلف، وغرامة لضمان أو كفالة، ويقاسمه فيما يحصله من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطة، أو يكتسبه في تجارته بماله المختص به....

وأما شركة الوجوه فقد فسرت بمعاني، أشهرها أن يشترك اثنان وجهان عند الناس لا مال لهما، لبيتاعا في الذمة إلى أجل، على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبيعه ويؤدي الأثمان، فما فضل فهو بينهما.

وقيل: أن يبتاع وجه في الذمة ويقوض بيعه إلى خامل، ويشترطان أن يكون الربح بينهما.

وقيل: أن يشترك وجه لا مال له، وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجه، والربح بينهما.

وقيل: أن يبيع الوجه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له. ولا يصح شيء من أنواع الشركة، سوى شركة العنان<sup>١</sup> انتهى كلامه رحمته. وبيانه واضح في تعريف كل من الأقسام المزبورة للشركة ولا يحتاج إلى توضيح.

وسيأتي البحث عن كل واحد من هذه الأقسام في شرح كلام السيد الماتن.

وهي إما في عين أو دين أو منفعة أو حق<sup>(١)</sup>.

### تقسيم الشركة بلحاظ متعلقها

١ - إن الشركة إما أن تكون في العين؛ بأن كانت عينٌ بشخصها مملوكة لشخصين أو أزيد.

فلا تتحقق الشركة في الشيء الواحد المركب من أجزاء متعددة، كالبيت مثلاً إذا كان خشبه لواحد وحائطه لآخر. وأرضه لثالث؛ نظراً إلى عدم اجتماع ملكية الملاك في عين واحدة شخصية، بل مملوك كل شخص عين غير العين المملوكة لشخص آخر. فلا تكون الملكية على وجه الإشاعة حينئذٍ حتى تتحقق بها الشركة.

ومن هنا استفاد هذا المعنى في جامع المقاصد<sup>١</sup> والمسالك<sup>٢</sup> من قيد الشيعاء الوارد في تعريف صاحب الشرائع. ففي الحقيقة لا شركة في شيء واحد حينئذٍ.

ولا في الشيء الواحد الشخصي على سبيل البدلية كما في مستحقّي الزكاة والخمس.

وإما في دين كأن يكون لاثنتين أو أزيد دين في ذمة شخص على وجه الإشاعة.

وإما في منفعة كما لو كان بيت لشخصين أو أزيد على وجه الإشاعة.

١ - جامع المقاصد ٨: ٧.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٠٢.

فاستأجر ذلك البيت منهم ثالثاً. فتكون منفعة البيت - وهي مال الإجارة - للمالكين أو الملاك على وجه الإشاعة.

وإما في حق، وذلك كالشركة في القصاص وحدّ القذف والخيار والرهن والشفعة.

قال الشيخ الطوسي في المبسوط: «الشركة على ثلاثة أضرب: شركة في الأعيان، وشركة في المنافع، وشركة في الحقوق. فأما الشركة في الأعيان فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: بالميراث، الثاني: بالعقد، والثالث: بالحيازة.

فأما الميراث فهو اشتراك الورثة في التركة، وأما العقد فهو أن يملك جماعة عيناً ببيع أو هبة أو صدقة أو وصية مشتركة. وأما الشركة بالحيازة فهو أن يشتركوا في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاعتنام والاستقاء وغير ذلك فإذا صار محازاً لهم كان بينهم.

وأما الاشتراك في المنافع كالاشتراك في منفعة الوقف ومنفعة العين المستأجرة ومنفعة الكلاب الموروثة عند من قال إنها غير مملوكة وأما عندنا فإنها تملك إذا كانت للصيد؛ فعلى هذا دخلت في شركة الأعيان.

وأما الاشتراك في الحقوق فمثل الاشتراك في حقّ القصاص وحدّ القذف وحقّ خيار الردّ بالعيب وخيار الشرط، وحقّ الرهن وحقّ المرافق من المشي في الطرقات ومرافق الدار والضيعة وما أشبه ذلك»<sup>١</sup>.

وسببها: قد يكون إرثاً<sup>(١)</sup>، وقد يكون عقداً ناقلاً، كما إذا اشترى اثنان معاً مالاً، أو استأجرا عيناً، أو صولحاً عن حق. ولها سببان آخران يختصان بالشركة في الأعيان:

أحدهما: الحيازة، كما إذا اقتلع اثنان معاً شجرة مباحة، أو اغترفا ماءً مباحاً بآنية واحدة دفعة.

وثانيهما: الامتزاج، كما إذا امتزج ماء أو خل من شخص بماء أو خل من شخص آخر؛ سواء وقع قهراً أو عمداً واختياراً.

ولها سبب آخر: وهو تشريك أحدهما الآخر في ماله، ويسمى بالتشريك، وهو غير الشركة العقدية بوجه.



١ - قد سبق آنفاً أن سبب الشركة إذا كان إرثاً تكون من قبيل الشركة الواقعية القهرية. وإذا كان عقداً ناقلاً تدخل في النوع الأول من الشركة العقدية.

وإذا كان سببها حيازة تكون من قبيل الشركة الواقعية الاختيارية؛ نظراً إلى اختيارية الحيازة، وإلى كون الشركة حينئذٍ على وجه الإشاعة الحقيقية. هذا، ولكن الأولى جعل سبب هذا النوع من الشركة فعلاً اختيارياً، حتى لا يختص بالأعيان ويشمل الحقوق كحق التحجير المشترك بين اثنين المسبب من تحجيرهما.

وقد سبق في كلام صاحب العروة أنه إذا كان سببها الامتزاج فتارة: يكون المزج اختيارياً بقصد الشركة. فالشركة حينئذٍ واقعية اختيارية؛ لأنها على نحو الإشاعة الحقيقية ولأن سببها فعل اختياري. وأخرى: يكون اختيارياً لا بقصد الشركة، فالشركة حينئذٍ ظاهرة اختيارية. وثالثة: غير اختيارية، فتكون

(مسألة ١) : الامتزاج قد يوجب الشركة الواقعية<sup>(١)</sup> الحقيقية، وهو فيما

إذا حصل خلط وامتزاج تام بين مائعين متجانسين، كالماء بالماء، والدهن بالدهن، بل وغير متجانسين كدهن اللوز بدهن الجوز مثلاً، رافع للامتياز عرفاً بحسب الواقع وإن لم يكن عقلاً كذلك. وأما خلط الجامدات الناعمة بعضها ببعض كالأدقة، ففي كونه موجباً للشركة الواقعية تأمل وإشكال، ولا يبعد كونها ظاهرة.

الشركة حينئذٍ ظاهرة قهرية، ويشترك الأخيران في عدم كون الشركة فيها على وجه الإشاعة الحقيقية. وقد سبق الكلام في بيان الفرق بين الأقسام الثلاثة وما يرد عليها من النقص والإبرام.

وأما إذا كان سببها تشريك أحدهما الآخر، فقد سبق الكلام فيه آنفاً واستشهدنا لمشروعيتها ببعض النصوص، وبيّنت وجه عدم كونها من الشركة العقدية.

وأما ما جاء في كلام السيد الماتن من كون التشريك غير الشركة العقدية بوجه، فلو كان مقصوده أن سببه ليس من العقود، فلا وجه له؛ لما سبق من أن سببه البيع والشراء أيضاً.

وأما لو كان مقصوده أنه غير عقد الشركة فهو حق، ولكنه خلاف ظاهر كلامه. وقد سبق بيان كل قسم من أقسام الشركة المذكورة في المتن.

## الشركة الواقعية وسببها

١ - يستفاد من كلام صاحب العروة أنه يشترط في حصول الشركة الواقعية بالامتزاج ثلاثة أمور:

الأول: كون الامتزاج رافعاً للتمييز عرفاً، وإن كان الشيء الممتزج متميّزاً بالدقة العقلية، فلا يضره التمييز العقلي. فإذا كان الممتزج متميّزاً في نظر أهل العرف بحيث يمكن تخليص الممزوجين وعزل كلّ منهما عن الآخر، لا تتحقّق شركة لا واقعاً ولا ظاهراً كما في القيميات. والامتزاج الرافع للتمييز مثل امتزاج المايعين مطلقاً، سواءً كانا متجانسين كالماء بالماء والدهن بالدهن أو مختلفين، كالماء بالحليب أو دهن اللوز بدهن الجوز والدهن النباتي بالدهن الحيواني. وأمّا خلط الأدقّة فالتحقيق أنّه من هذا القبيل؛ نظراً إلى ارتفاع التمييز بخلطها. ولا فرق من هذه الجهة بينها وبين مزج المايعات في نظر أهل العرف. وما يظهر من السيد الماتن رحمته من الفرق بينهما، فوجهه غير معلوم.

ثمّ إنّ لا إشكال في اعتبار ارتفاع التمييز في حصول الشركة الواقعية الحقيقية، بل في حصول أصل الشركة بالامتزاج.

نعم، لو لم يرتفع التمييز ولكن تعذّر تخليص أجزاء الممزوجين وحبّاتها بعضها عن بعض، كما في خلط أنواع الحبوب، مثل خلط الحنطة بالشعير والخشخاش بالسهم، ففي تحقّق الشركة الحكمية بذلك كلام سبق آنفاً. وقد حكم السيد الحكيم<sup>١</sup> حينئذٍ بتحقّق الشركة الحكمية واختار صاحب العروة انتفاء الشركة مع عدم ارتفاع التمييز مطلقاً.

وقلنا آنفاً: إنّ مقتضى التحقيق حينئذٍ عدم تحقّق الشركة مطلقاً، ولو ظاهراً. وذلك لأنّه أخذ في مفهوم الشركة وماهيتها الإشاعة في الملكية؛ بمعنى سريانها في جميع أجزاء المال. ولا يتحقّق ذلك مع تمييز الأجزاء. ومن هنا يجوز لكلّ واحد من المالكين أن يأخذ أجزاء ماله وحبّاته المتميّزة ولو مع التعسّر، وليس للآخر منعه.

ومقتضى القاعدة حينئذٍ تعيين الصلح لو تيسر التراضي، وإلا فالقرعة، ولو لأجل تخصيص كل حصّة من الحصص الخارجية المنحازة بكل واحد منهما في موارد اختلاف المالين في المالية.

الثاني: كون الامتزاج اختياريًا، لا قهريًا، وإلا تتحقّق به الشركة الظاهرية القهرية كما سبق بيان ذلك آنفًا.

الثالث: كونه بقصد حصول الشركة، وإلا لا تتحقّق به الشركة الواقعية الحقيقية، وإن كان اختياريًا. بل إنّما تتحقّق به الشركة الظاهرية الاختيارية.

فقد حكم صاحب العروة<sup>١</sup> بأنّ الشركة الحاصلة بالامتزاج الاختياري الذي هو بغير قصد حصول الشركة من قبيل الشركة الظاهرية. كالحاصلة منها بالامتزاج القهري. وعلّل ذلك بأنّ كلًّا من المالين ممتاز عن الآخر في الواقع. ومن هنا يختصّ كلّ من المالين بمالكه عند تمييزها. ويظهر من كلامه أنّه جعل ملاك الشركة الواقعية كون المزج بقصد حصول الشركة، لا مجرد ارتفاع التمييز.

### نقد كلام صاحب العروة

ويرد عليه أنّ مع ارتفاع التمييز وعدم إمكان التخليص والتمييز بين المالين كيف يمكن امتياز كلّ من المالين عن الآخر واختصاص كلّ منهما بمالكه؟ ومع عدم إمكانه هل مناص من الالتزام بحصول الشركة الواقعية الحقيقية؟ فالحقّ في المقام مع السيد الماتن<sup>٢</sup>؛ حيث جعل الملاك في حصول الشركة الواقعية الحقيقية ارتفاع التمييز وعدم إمكان التخليص بين المالين عرفاً. وذلك لأنّ الشركة ليست لها حقيقة شرعية، فالمحكّم في تعيين واقعيتها وحقيقتها نظر أهل العرف.

وتوجيه كلام صاحب العروة بأن مراده من الشركة الواقعية خصوص العقدية منها. فيصح كلامه حينئذ؛ حيث يتقوم إنشاء عقد الشركة بالقصد بل وإنشاء سائر العقود إذا كان بقصد حصول الشركة في السلعة المشتراة أو ربحها؛ حيث فسر<sup>١</sup> الشركة الواقعية بما كانت مستندة إلى عقد من العقود؛ إما عقد الشركة أو غيرها، مما لا وجه له؛ حيث جعل المزج الاختياري الذي لم يكن بقصد الشركة من قبيل الشركة الظاهرية وإن كان مزجاً تاماً رافعاً للتمييز رأساً، بل وإن كان اختيارياً ما لم يكن بقصد الشركة.

وقد سبق تصريح صاحب الشرائع والجواهر والقواعد بتحقيق الشركة الواقعية بالمزج الرافع للتمييز، بل ادعى في الجواهر عليه الإجماع بقسميه<sup>١</sup>.

نعم يفهم من ذيل كلام صاحب الجواهر اختصاص الشركة الواقعية الحقيقية بالمزج الاختياري بقصد حصول الشركة وكون الحاصلة منها بغير قصد الشركة، من قبيل الشركة الحكمية الظاهرية.

ولكن سبق جواب السيد الحكيم عنه، واستظهاره حصول الشركة الحقيقية بمجرد الامتزاج الرافع للتمييز من كلمات الأصحاب، بل عدّ ذلك من ضروريات الفقه في الجملة.

نقد كلام السيد الماتن في خلط الجامدات

وأما خلط الجامدات فأشكل السيد الماتن في كونه موجباً للشركة الواقعية. ولكن للمناقشة فيه مجالاً واسعاً لوضوح أن الجامدات قد يكون خلط بعضها ببعض من قبيل المزج الرافع للامتياز، كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دقيق كل منهما



وقد يوجب الشركة الظاهرية الحكمية<sup>(١)</sup>، وهي مثل خلط الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير. ومنها خلط ذوات الحَبَّات الصغيرة بمجانسها على الأقوى، كالخشخاش بالخشخاش، والدخن والسمسم بمثلهما وجنسهما. وأمّا مع الخلط بغير جنسهما فالظاهر عدم الشركة، فيتخلّص بالصلح ونحوه. كما أن الأحوط التخلّص بالصلح ونحوه في خلط الجوز بالجوز واللوز باللوز.

بدقيق الأرز. فلا ريب في عدم إمكان تخليص أجزاء الخليطين في مثل هذه الجامدات عادةً.

وقد جعل السيد الماتن نفسه المعيار في حصول الشركة الواقعية الحقيقية ارتفاع التمييز عرفاً وعدم إمكان تخليص أجزاء الخليطين عادةً. وهذا الملاك حاصل في امتزاج الأدقّة. نعم، إذا كانت الجامدات من قبيل ما يمكن التمييز بين أجزاء الخليطين منها عادةً، وقع الكلام في حصول أصل الشركة حينئذٍ. وقد سبق القول بعدم حصولها من صاحب العروة، وبحصولها حكماً وظاهراً من السيد الحكيم. وقد قوينا عدم حصول الشركة حينئذٍ، ولو ظاهراً وبيّناً وجه ذلك آنفاً.

وهذا بخلاف ما إذا كان الخليطان من قبيل الدقيق، فلا إشكال في حصول الشركة الواقعية الحقيقية بمزجها؛ ضرورة ارتفاع التمييز بمزجها عرفاً وعدم إمكان تخليص أجزاءهما وعزلهما عادةً.

### الشركة الظاهرية وسببها وحكمها

١ - وقد سبق آنفاً تعريف الشركة الظاهرية الحكمية بأنها التي تترتب عليه أحكام الشركة ظاهراً؛ بمعنى أنه لا إشاعة في الملكية واقعاً، بحيث لو اتفق

تخليص أجزاء الخليطين وعزل كل منهما عن الآخر تنتفي الشركة رأساً ولا يترتب عليها شيء من أحكامها. ولكن ما دام لم يتفق ذلك تترتب أحكام الشركة ظاهراً، من عدم جواز التصرف في المختلط لواحد منهما بدون إذن الآخر قبل الإفراز.

ملالك الشركة الظاهرية في رأي السيد الإمام عليه السلام

والامتزاج في رأي السيد العاتق عليه السلام إنما يوجب الشركة الظاهرية الحكمية فيما إذا لم يتحقق مزج تام - بحيث حصل الاندكاك في أجزاء المالكين وارتفع التمييز رأساً ولم يمكن التمييز عادة - كأن وقع الامتزاج باختلاط الحبوب المتجانسة، كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير.

والوجه فيه ظاهراً عدم سريان المزج في الأجزاء ولا الإشاعة الحقيقية في الملكية حيثئذ ينظر أهل العرف، بل إنما ارتفع التمييز ظاهراً بسبب الاختلاط واشتباه الحبات بعضها مع بعض، ومن هنا تترتب أحكام الشركة الظاهرية، بل فرق بين اختلاط كبار الحبات وبين صغارها.

وأما في غير المتجانسين من الحبوب لما لا يرتفع التمييز ولو ظاهراً، حكم السيد العاتق عليه السلام بعدم تحقق الشركة حيثئذ حتى ظاهراً.

ومبنى الاستدلال في المقام صدق مفهوم الشركة وتحقيق ماهيتها في نظر أهل العرف كما أشار إلى ذلك السيد الحكيم. فإنه بعد الحكم بتحقيق الشركة الحقيقية الواقعية في امتزاج المتحددين جنساً أو وصفاً، وبالشركة الحكمية في امتزاج المختلفين جنساً أو وصفاً مطلقاً بلا فرق بين الجامدات والمائعات قال: «إن وجه الحكم في المقامين بناء الفقهاء الموافق لبناء العرف»<sup>١</sup>.

ثم إنَّ المراد من عدم التمييز في كلمات الفقهاء عدمه ظاهراً، لا غدمه في نفس الأمر، كما قال في الرياض<sup>١</sup> والجواهر<sup>٢</sup>، بل يظهر من التذكرة<sup>٣</sup> الإجماع على ذلك. ولكن أشكل في الرياض منافاة ذلك لما ذكره الفقهاء في تعريف الشركة، من أنَّها اجتماع حقوق الملاك على الإشاعة؛ لظهور لفظ الإشاعة عند الإطلاق في الإشاعة الواقعية النفس الأمرية.

ورده في الرياض باتفاق الأصحاب وإجماعهم على عدم اعتبار ارتفاع التمييز في نفس الأمر. ومن هنا جرت سيرة المسلمين من زمن النبي ﷺ إلى زماننا على الشركة في الأثمان من غير تكير في ذلك. وأمّا ما جاء في كلماتهم في تعريف الشركة من اعتبار الإشاعة فلا دليل على اعتبارها لو كانت بمعنى الإشاعة الحقيقية النفس الأمرية. راجع كلامه فإنه دقيق نافع<sup>٤</sup>. والحق في المقام مع صاحب الجواهر، بل الاتفاق المزبور ونحوه مما بنى عليه الفقهاء في حصول الشركة الظاهرية، قرينة على أنَّ مرادهم في التعريف ما هو أعمّ من الشركة الظاهرية.

لا ريب في عدم ورود نصّ في خصوص المقام يدلّ على ما تتحقّق فيه الشركة وغيره. ومن هنا لم يستشهد أحدٌ من الفقهاء برواية ولو ضعيفة في المقام. وعليه فليتمسّ دليل غير النصّ. ومبنى الاستدلال إمّا هو نظر أهل العرف، أو الإجماع والاتفاق، أو سيرة المسلمين.

أمّا العرف فيمكن الاستدلال بنظر أهل العرف؛ بمعنى انصراف عنوان الشركة

١ - رياض المسائل ٩: ٥٦.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٢.

٣ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢١ / السطر ٣٨.

٤ - رياض المسائل ٩: ٥٦ - ٥٧.

الوارد في النصوص - بما له من الأحكام - إلى ما هو المرتكز في أذهانهم من لفظها. فيكون المتفاهم العرفي هو الظاهر من لفظ الشركة الوارد في نصوص المقام. ولا يرى العرف مفهوم الشركة متحققاً في موارد الامتزاج والاختلاط، إلا ما كان منه رافعاً لتمييز أجزاء المالكين. ومن هنا لما لا يرتفع التمييز في اختلاط غير المتجانسين لا شركة في البين بخلاف المتجانسين.

أما الإجماع والسيرة، فيفهم من كلام الأصحاب اتفاق الأصحاب على حصول الشركة بالامتزاج مع اتحاد جنس المزوجين ووصفهما، كما صرح به في الجواهر<sup>١</sup>، بل في الرياض: «بلا خلاف فيه عندنا، بل عليه في الغنية وعن الخلاف والرائر والتذكرة إجماعنا»<sup>٢</sup>.

وكذا استقرار سيرة المسلمين على ذلك كما أشار إليه في الرياض<sup>٣</sup> في حصول الشركة بامتزاج الأثمان المتماثلة. وعلى أي حال لا شركة مع تمييز الأجزاء حتى في المتجانسين المختلفين في الوصف، كأصناف التمر والأرز. وعليه فما يظهر من السيد الإمام من حصول الشركة في المتجانسين مطلقاً محل تأمل، بل منع؛ نظراً إلى انتفاء ملاك الشركة مع التمييز باختلاف الوصف عرفاً، كما أن معقد الإجماع اعتبار اتحاد الجنس والوصف معاً في حصول الشركة وهو المتيقن من السيرة.

ثم إن احتياط السيد الماتن في خلط مثل الجوز بالجوز وجوبي لو كان مقصوده العدول عما أفتى به في المتجانسين من الحبوبيات وإدخال مثل الجوز في

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩١ - ٢٩٣.

٢ - رياض المسائل ٩: ٥٥.

٣ - نفس المصدر: ٥٧.

حكم غير المتجانسين من جهة عدم ارتفاع التمييز بالخلط، واستحبابي لو كان مقصوده دخول ذلك في فتواه في المتجانسين. ولا يعد كون الاحتياط استحبابياً بعد إطلاق فتواه بحصول الشركة في المتجانسين.

### حكم امتزاج غير المتجانسين

هذا كله في خلط المتجانسين من الحبوبات، وأمّا في خلط غير المتجانسين منها، فقد حكم السيّد الماتن بعدم تحقّق الشركة به. ولا وجه لذلك، إلّا بناءً أهل العرف بدعوى استقرار بنائهم على عدم تحقّق الشركة بخلط مختلفي الجنس من جهة كون حبّات الجنسين متميّزة عندهم وعدم ارتفاع مميّزها باختلاطها. ومن هنا قد يستشكل في صدق عنوان المزج، بناءً على أخذ رفع التمييز في صدق عنوانه عرفاً. وإن كان في اعتباره تأمل، كما يشهد له أخذ قيد «الرافع للتمييز» في المزج الموجب للشركة.

مركزية كميّة في علم أصول الفقه

ولكن إذا تعمّر تخليص أجزاء الخليطين منها وتفكيك حبّاتها وعزل المالين، فلا مناص فيها من الصلح لو أمكن التراضي، وإلّا فالقرعة. وقد سبق أنّه لا تتحقّق الشركة بذلك حينئذٍ، ولو ظاهراً وحكماً، كما سبق آنفاً من السيّد الحكيم، ويبتأ ما فيه من النقاش.

نعم، في المايعات والأدقّة لا يختصّ ارتفاع التمييز بخلط المتجانسين؛ ضرورة ارتفاعه بامتزاج مختلفي الجنس أيضاً، كما في امتزاج جنسين مختلفين من الدّهن وأدقّة الحبوبات بعضها ببعض. ففي مثل هذه الموارد لا دليل عرفاً ولا شرعاً على عدم حصول الشركة الواقعية الحقيقية بعد حصول الامتزاج وارتفاع التمييز به وتحقّق الإشاعة في ملكية جميع أجزاء المالين حقيقة من غير مسامحة عرفية.

وأما الإجماع المدّعى على اعتبار اتحاد الجنس والوصف، فالمتيقّن منه غير

وكذا الدراهم والدنانير المتماثلة إذا اختلفت بعضها ببعض على نحو يرفع الامتياز<sup>(١)</sup>.

مثل المايعات والأدقة، ممّا يرتفع تمييز مختلفيه بالامتزاج. بل نسب اعتبار ذلك في الجواهر إلى بعض ووجهه بقوله: «واعتبار بعض اتحاد الجنس والوصف إنّما هو للاحتراز عمّا لا يرتفع بالامتزاج امتيازه من مختلفهما»<sup>١</sup>.

وحاصل الكلام أنّ المعتبر في صدق الشركة تحقق الامتزاج الرافع للتمييز في نظر أهل العرف، لا صيرورة المالين ماهية واحدة، كما يظهر من بعض الأعلام<sup>٢</sup>، بل يكفي عدم إمكان التمييز بينهما. وبهذه العناية يرى أهل العرف الخليطين - بعد الامتزاج الرافع للتمييز - شيئاً واحداً. وهذا المعنى من الوحدة العرفية يكفي في تحقق موضوع الشركة الظاهرية الحكيمية.

ولمّا لا يرتفع التمييز باختلاط المختلفين جنساً أو وصفاً من الحبوبيات لا تحصل الشركة. ومن هنا اعتبروا في حصول الشركة بامتزاج مثل الحبوبيات اتحاد الجنس والوصف، وليس مقصوده اعتبار ذلك مطلقاً، كما أشار إليه في الجواهر. ١- ظاهره الاحتياط الوجوبي بالصلح لو أمكن التراضي، وإلا فالقرعة. ومرجعه إلى عدم حصول الشركة بالامتزاج الرافع للتمييز في اختلاط الدراهم والدنانير بمثلها.

ولكن صرح في الشرائع بعدم الفرق بين الأثمان والعروض<sup>٣</sup> وقد استشهد

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٥.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٨٢.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٢.

لذلك في الجواهر<sup>١</sup> برواية دعائم الإسلام<sup>٢</sup> عن الصادق عليه السلام - في حديث - قال: «إذا أراد رجلان أن يشتركا في الأموال، فأخرج كلّ منهما مالاً مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم ثم خلطاً ذلك حتى يصير مالاً واحداً لا يتميز بعضها عن بعض على أن يبيعا ويشتريا ما رأياه من أنواع التجارات فما كان في ذلك من فضل كان بينهما، وما كان من وضعية كان عليها بالسواء»، بل في الرياض<sup>٣</sup> استقرار طريقة المسلمين في الأعصار والأمصاير على التشارك في الأثمان من زمن النبي صلى الله عليه وآله إلى زماننا هذا من غير نكير في صقع من الأصقاع أو عصر من الأعصار فكان إجماعاً، بل استدلالاً بذلك على عدم استقامة ما استظهر الفاضل المقداد من تعريف الشركة - في كلمات الأصحاب - من اعتبار عدم التمييز في نفس الأمر.

وظاهر كلامه وما ورد في رواية الدعائم وإن كان مشروعية الشركة العقدية بمزج الدراهم والدنانير بمثلها - لا بمجرد المزج من دون عقد الشركة أو شراء سلعة بها مشتركاً - إلا أنه لا إشكال في دلالة ذلك كله على حصول المزج المعتبر في الشركة باختلاط الدراهم والدنانير المتماثلة، وإن كان الأقوى الاقتصار في ذلك بعقد الشركة عليها أو شراء سلعة بها مشتركاً؛ نظراً إلى عدم حصول المزج باختلاط الدراهم، بل هو أشبه بالاشتباه، إن ارتفع به التمييز فلا تتحقق شركة ظاهرة قهرية بها.

ولعل ذلك هو مقصود السيد الماتن في المقام، دون الشركة العقدية. وأمّا كلمات الأصحاب ومجرى السيرة ومعقد الإجماع وظاهر رواية الدعائم، فالجميع ناظرة إلى مشروعية الشركة العقدية - بشقيها المذكورين آنفاً - باختلاطها الراجع للتمييز، كما عرفت.

١ - نفس المصدر: ٢٩١.

٢ - دعائم الإسلام ٢: ٨٥.

٣ - رياض المسائل ٩: ٥٧.

ولا تتحقق الشركة لا واقعاً ولا ظاهراً بخلط القيميات<sup>(١)</sup> بعضها ببعض، كما لو اختلط الثياب بعضها ببعض مع تقارب الصفات، والأغنام بالأغنام ونحو ذلك، فالعلاج فيها التصالح أو القرعة.

## لا تتحقق الشركة بالمزج في القيميات

١ - وذلك لعدم رفع التمييز بخلط القيميات، بل ولا يصدق عنوان المزج عرفاً، بل إنما يصدق عنوان اشتباه المالكين أو الأموال.

ومقتضى القاعدة في تعيين المال المشتبه المتردد بين مالكين أو أزيد الرجوع إلى القرعة لو لم يتيسر الصلح بالتراضي.

وليست ملكية القيميات المشتبهة على وجه الإشاعة، بل ولا اجتماع في ملكيتها للملاك؛ ضرورة كون كل واحدٍ منها ملكاً لواحد من الملاك، لا لثنين منهم حتى تجتمع حقوق الملاك في مملوك واحد، فلا إشاعة في الملكية حينئذٍ. ومن هنا لا شركة في خلط القيميات، كما سبقت الإشارة إلى ذلك آنفاً.

هذا، ويظهر من صاحب الشرائع جواز الاحتياال لغرض تحقق الشركة في القيميات ببيع كل من المالكين حصّة من ماله للآخر أو يهبه له؛ حيث قال: «ولو أراد الشركة فيما لا مثل له باع كل واحد منهما حصّته ممّا في يده بحصّته ممّا في يد الآخر» وزاد في الجواهر: «أو وهب كل منهما كذلك، أو باعها بضمن اشترى الأخرى به منه، أو غير ذلك»<sup>١</sup>.





مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

(مسألة ٢) : لا يجوز لبعض الشركاء التصرف في المال المشترك إلا برضا الباقيين<sup>(١)</sup>، بل لو أذن أحد الشريكين لشريكه في التصرف جاز للمأذون دون الأذن إلا بإذن صاحبه.

## أحكام الشركة

مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی  
وجه عدم جواز تصرف الشريك بغير إذن صاحبه

١ - والوجه في عدم الجواز أن الشركة بذاتها لا تصلح أن تكون سبباً لجواز تصرف الشريك في المال المشترك بغير رضا شريكه؛ لعدم كشفها عن رضا، بل تقتضي عدم جواز ذلك؛ لأن مقتضى الشركة إشاعة ملكية الطرفين وسريانها في جميع أجزاء المال المشترك. فما من جزء أراد أحدهما التصرف فيه، إلا دخل فيه ملك صاحبه.

والظاهر أن كلام السيد العاتق هاهنا في الشركة غير العقدية الحاصلة بمزج أو غيره؛ نظراً إلى ما أشار إليه في المسألة اللاحقة من أن ما تقدم هو الشركة غير العقدية.

ولكن ما أفتى به السيد الماتن رحمته في هذه المسألة قد استقر عليه رأيه في مطلق الشركة عقدية كانت أو غير عقدية؛ لما سيأتي من التصريح به في المسألة الثامنة: «لا يقتضي عقد الشركة ولا إطلاقه جواز تصرف كل من الشريكين في مال الآخر بالتكسب». فإذا كان التصرف بالتكسب - المعقود لأجله عقد الشركة - غير جائز فكذلك التصرفات الشخصية بالفحوى. وعلى أي حال لا إشكال في سريان الحكم في مطلق الشركة في رأي السيد الماتن رحمته.

ولا يبعد كون مقصوده بيان حكم ذات الشركة، مع قطع النظر عن سبب تحققها، فتشمل مطلق الشركة، سواء كانت قهرية أو اختيارية، وسواء حصلت بعقد الشركة أو غيره من العقود أو بغير العقد، من امتزاج أو حيازة أو إحياء مشتركاً وغير ذلك من أسبابها الاختيارية والقهرية.



### لا خصوصية للامتزاج

ولا فرق في ذلك بين حصول الشركة بالامتزاج وبين حصولها بالعقد أو بسبب قهري كالإرث ونحوه.

نعم، في القواعد وغيره خصّ المسألة بالمال الممتزج؛ حيث قال: «لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال الممتزج، إلا بإذن صاحبه». وفي المفتاح<sup>١</sup>: «طفحت بهذا المعنى عباراتهم». وعملته في جامع المقاصد<sup>٢</sup> بأن مجرد الامتزاج غير كاف في جواز التصرف. وبذلك وجه في المفتاح<sup>٣</sup> تخصيص الفقهاء المسألة بالمال الممتزج.

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٣٩٩.

٢ - جامع المقاصد ٨: ٢١.

٣ - مفتاح الكرامة ٧: ٣٩٩ - ٤٠٠.

ولكن لا خصوصية للامتزاج في ذلك، بل أصل الشركة لا يصلح لإثبات جواز التصرف في مال الشريك؛ حيث لا يكشف عن إذنه بالتصرف مطلقاً، سواء حصلت بسبب قهري كالإرث والامتزاج القهري، أو اختياري كالمزج الاختياري أو عقد معاملي، أو تحققت بعقد الشركة؛ بل تقتضي خلاف ذلك؛ لأنّ عنان المال بيد الشريكين كليهما لا أحدهما. ومن هنا سميت الشركة في الأموال بشركة العنان.

أما الأسباب القهرية للامتزاج، فوجه عدم صلاحيتها لذلك واضح لخروجها عن القصد والاختيار.

وأما الأسباب الاختيارية؛ فلعدم دلالة لإيجادها عرفاً على إذن موجودها -الذي هو المالك- بتصرف شريكه في ماله الشائع في جميع أجزاء المال المشترك. فإنّ مزج المالك ماله بمال غيره، أو شرائه مالاً لنفسه ولغيره بقصد الشركة أو إنشاء عقد الشركة على ماله الممتزج بمال غيره، لا دلالة لشيء منها عرفاً على رضا وإذنه بتصرف شريكه في ماله الممتزج، بل المرتكز من ذلك في الأذهان جعل عنان المال المشترك واختياره بيد الشريكين معاً، كما قلنا.

وعليه فلا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلا بإذن صاحبه؛ نظراً إلى سريان ماله وشياع مالكته في جميع أجزاء المال المشترك، كما هو مقتضى الإشاعة الحقيقية، كما صُرح بذلك في كلمات الأصحاب.

قال في المفتاح - بعد توجيه عدم جواز التصرف في المال المشترك من دون إذن الشريك بقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه: «ولا فرق في ذلك بين كون الشركة بمزج أو غيره، ولا في المزج بين كونه بفعلهما أو غيره. فوصف المال بالممتزج في العبارة وجامع الشرائع والنافع لبيان أنّ مجرد

ويجب على المأذون أن يقتصر على المقدار المأذون فيه كماً وكيفاً<sup>(١)</sup>.

الامتزاج غير كاف في جواز التصرف<sup>(٢)</sup>.

وقال في الرياض: «وهذا الحكم جار في مطلق الشركة، حتى بالمعنى الأول، وسواء كان سببها المزج، أو غيره، باختيارهما كانت، أم بدونه، فإن الإذن في التصرف أمر زائد على مفهوم الشركة بهذا المعنى. ومن هنا يظهر ما في تخصيص العبارة الحكم بصورة الامتزاج خاصة»<sup>(٣)</sup>.

ولا يخفى أن مراده من المعنى الأول اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيعاء. والمعنى الثاني عقد الشركة، كما أشار إليه في أول الكتاب<sup>(٤)</sup>. ومقصوده عدم اختصاص ذلك بعقد الشركة ولا بما كان سببه غير المزج من أقسام الشركة. هذا، ولكن التأمل في كلمات الفقهاء يقضي بتسالمهم على ذلك في الشركة غير العقدية، وإنما الاختلاف بينهم في جواز التصرف في جهة التكسب بغير إذن الشريك في عقد الشركة. وقد عرفت أن السيد الماتن وكثيراً من الفحول أفتوا بذلك في مطلق الشركة. وسيأتي البحث عن ذلك أيضاً في المسألة الثامنة.

١ - مقصوده من الاقتصار كماً؛ أن يقتصر بمقدار الإذن، كأن يأذن بالتصرف في ربع المال المشترك أو في اليوم خاصة، أو في ساعة معينة.

وكيفاً كأن يأذن بالتصرف لنفسه لا لعياله أو ضيوفه. أو في جهة التجارة لا للمصرف الشخصي.

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٣٩٩ - ٤٠٠.

٢ - رياض المسائل ٩: ٦٢.

٣ - نفس المصدر: ٥٣.

نعم الإذن في الشيء إذن في لوائمه<sup>(١)</sup> عند الإطلاق، والموارد مختلفة لابد من لحاظها، فربما يكون إذنه له في سكنى الدار لازمه إسكان أهله وعياله وأطفاله، بل وتردد أصدقائه ونزول ضيوفه بالمقدار المعتاد، فيجوز ذلك كله إلا أن يمنع عنه كلاً أو بعضاً فيتبع.

(مسألة ٣): كما تطلق الشركة على المعنى المتقدم - وهو كون شيء واحد لاثنتين أو أزيد - تطلق - أيضاً - على معنى آخر، وهو العقد الواقع بين اثنتين أو أزيد على المعاملة بمال مشترك بينهم، وتسمى الشركة العقدية والاكْتِسَابِيَّة<sup>(٢)</sup>. وثمرته جواز تصرف الشريكين فيما اشتركا فيه بالتكسب به، وكون الربح والخسران بينهما على نسبة مالهما. وهي عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول، ويكفي قولهما: اشتركنا، أو قول أحدهما ذلك مع قبول الآخر، ولا يبعد جريان المعاطاة فيها؛ بأن خلطتا المالين بقصد اشتراكهما في الاكتساب والمعاملة به.

١ - وأما كون الإذن في الشيء إذناً في لوائمه، فالوجه فيه هو المتفاهم العرفي كما لا يخفى. وقد سبق بيان ذلك في مواضع من كتاب المضاربة، كإذن المالك للعامل بالسفر. فقد بيننا هناك أنه ظاهر عرفاً في الإذن بلوائمه، مما يستتبعه السفر من المخارج ونحو ذلك.

### الشركة العقدية وخصوصياتها

٢ - وقد سبق عند بيان أقسام الشركة، تعريف الشركة العقدية بأنها شركة واقعية حصلت بعقد من العقود؛ إما بعقد الشركة مبنياً على تشريك كل من

(مسألة ٤) : يعتبر في الشركة العقدية كل ما اعتبر في العقود المالية؛ من البلوغ والعقل والقصد والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه<sup>(١)</sup>.

المتعاقدين الآخر في ماله. أو بسائر العقود من شراء أو صلح أو هبة ونحوها بأن يشتري شخصان مالا لأنفسهما أو تصالحا على مال أو يهبهما شخص مالا، أو يأذن أحدهما الآخر ويؤكّله في شراء مالٍ لهما، فيقول له مثلاً: اشتر السلعة ولي نصفها. فيشتركان فيها وفي ربحها وقد ذكرنا بعض النصوص<sup>١</sup> الدالة على ذلك.

وأما الشركة الحاصلة بعقد الشركة فهي بنفسها من العقود، وتسمى بالشركة العقدية. وإنها موضوع البحث في هذه المسألة وما يلحقها من المسائل الآتية. فهي عقد وبحاجة إلى إيجاب وقبول وسبق الكلام في صيغته وأنه يكفي في إيجابها قولهما: «اشتركناه»، أو يقوله أحدهما ويقبل الآخر.

والكلام في جريان المعاطاة فيها مثل الكلام في البيع والمضاربة. والظاهر جريانها في الشركة؛ نظراً إلى استقرار سيرة أهل العرف على ذلك. وحكمها كون الربح الحاصل بالتكسب من المال المشترك لهما والخسران بينهما على نسبة المالكين وسيأتي تفصيل ذلك في المسألة العاشرة.

### ما يعتبر في الشركة العقدية

١ - وجه اعتبار هذه الشروط في المتعاقدين في الشركة العقدية نفس الوجه في اعتبارها فيهما في سائر العقود المالية.

وذلك لأن اشتراك الغير في المال تصرف مالكي فيعتبر فيه ما يشترط

(مسألة ٥) : لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال<sup>(١)</sup> نقوداً كانت أو

عروضاً.

في نفوذ تصرف كل مالك في ماله.

وقد ذكر الفقهاء شرطاً آخر في صحة الشركة العقدية، وهو امتزاج المالكين سابقاً على العقد أو لاحقاً بحيث لا يمكن تمييزهما، ولو بعداً، ويأتي الكلام في ذلك مفصلاً في شرح المسألة السابعة. إن شاء الله.

### اختصاص الشركة بالأعيان

١ - مقصوده نفي صحة شركة الأعمال والمفاوضة والوجوه بعقد الشركة. ومقصوده من الشركة العقدية، عقد الشركة، كما جرى عليه اصطلاح الفقهاء، لا الشركة الحاصلة بأي عقد من العقود - الأعم من عقد الشركة - كما جرى عليه اصطلاح صاحب العروة، وقد سبق ذلك في تقسيمات الشركة في أول هذا الكتاب. ثم إنه لا إشكال في صحة الشركة العقدية - المتحققة بعقد الشركة - في الأموال إذا كانت من الأعيان القابلة للامتزاج الراجع للتمييز، وعدم حصولها في الأعيان غير القابلة لذلك كالقيميات، بناء على اعتبار الامتزاج الراجع للتمييز، كما عليه السيد الماتن رحمته، وأدعي عليه الإجماع. وأما بناء على اعتباره تصح في مطلق الأموال. وسيأتي الكلام في اعتبار المزج وعدمه.

وأما غير الأعيان فيقع الكلام تارة: في الديون وأخرى: في المنافع.

### عدم صحة الشركة العقدية في الديون

أما الديون فتصوير إنشاء عقد الشركة فيها بأن كان لكل منهما دين في ذمة



شخص، فيقولوا: «اشتركنا في الدين الذي لكل واحد منا على ذمة فلان وفلان»، أو يقول أحدهما للآخر: «أنت شريك معي في مالي في ذمة فلان وأنا شريك لك في مالك في ذمة فلان»، ثم يقبل الآخر.

والأقوى عدم صحة الشركة العقدية فيها؛ نظراً إلى رجوعها إلى تعويض الدين بالدين ومبادلتها، وهو ممنوع شرعاً. وهذا خلاف الشركة غير العقدية، فلا مانع من إيجادها بسائر العقود. بيان ذلك: أنه بناءً على اعتبار الامتزاج في عقد الشركة - كما بنى عليه السيد الماتن في المسألة السابعة، فالأمر واضح؛ إذ لا يتصور تحقق الامتزاج في الديون حتى تصح فيها الشركة العقدية. فإن لكل دين وجوداً منحازاً مستقلاً عن الآخر بلحاظ صاحبه الذي اشتغلت ذمته بذلك الدين.

وقد يشكل على ذلك بأنه لم يدل على اعتبار الامتزاج دليل لفظي؛ لكي يؤخذ بإطلاقه أو عمومه، فيتعبد به في جميع الموارد حتى الديون، بل إنما دليله - كما سيأتي بيانه - هو المتفاهم العرفي من عنوان الشركة والإشاعة الحقيقية؛ حيث لا تُعقل مع تمييز المالكين. ولكن الشركة والإشاعة الحقيقية في التمايزين إنما لا تُعقل فيما إذا كان المال من الأعيان. وذلك لأنه لما كانت للأعيان التمايزة وجود منحاز في الخارج ومستقل بعضها عن بعض - كما في القيميات - لا تُعقل فيه الشركة والإشاعة الحقيقية. فمن هنا اعتبروا في شركة الأعيان الامتزاج الراجع للتمييز. وهذا بخلاف غير الأعيان من الديون والمنافع؛ حيث لا وجود منحاز لهما في الخارج مستقلاً.

والجواب: أن للديون أيضاً وجوداً منحازاً في الذمة بلحاظ صاحب الذمة، كما أن للمنافع أيضاً وجوداً ممتازاً بلحاظ تعلقها بالأعيان بالقوة والقابلية الموجودة

بالفعل في العين المحتوية لها؛ حيث لا امتزاج في صاحب الذمة ولا ذات القابلية الكائنة في الأعيان، لا قبل عقد الشركة ولا بعده حتى يسري امتزاجهما إلى ما يتبعهما من الدين والمنفعة.

وأما بناءً على عدم اعتبار الامتزاج في صحة الشركة العقدية - كما لم يستبعده صاحب العروة بمقتضى لو لا الإجماع في المسألة الرابعة من كتاب الشركة من العروة الوثقى - فالوجه في عدم صحة الشركة العقدية في الديون أن حقيقة هذه الشركة ترجع حينئذٍ إلى تمليك كل من المتعاقدين ما في ذمة مدينه من الدين للآخر بإزاء تمليكه له حصّة ممّا له في ذمة مدينه. فهي في الحقيقة معاوضة دين بدين بلفظ الشركة. ويكون كإيجاد الشركة في القيميات بتمليك كل منهما نصف ماله للآخر. وإن المنهي عنه في نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين، وإن كان عنوان البيع، إلا أن المنصرف منه بقرينة المتفاهم العرفي هو مطلق معاوضة الدين بالدين، من غير اختصاص بالبيع.

ويشهد له جملة من النصوص الناهية عن قسمة الدين كما في صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما، ومنه متفرّق عنهما، فاقتهما بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً واستوفى الآخر، عليه أن يرد على صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله»<sup>١</sup>.

وفي صحيحة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن آبائه عليه السلام عن علي عليه السلام: في رجلين بينهما مال منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما، واحتال كل واحد منهما بنصيبه، فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر،

فقال عليه السلام: «ما قبض أحدهما فهو بينهما، وما ذهب فهو بينهما»<sup>١</sup>. ونظيرها صحاح ابن مسلم ومعاوية بن عمار<sup>٢</sup>.

وفي صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال؛ منه دين، ومنه عين، فاقسما العين والدين. فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذي للآخر، أيزد على صاحبه؟ قال: عليه السلام: «نعم ما يذهب بماله»<sup>٣</sup>.

قوله: «فتوى الذي كان لأحدهما...»؛ أي هلك من الثوى مقصوراً بمعنى هلاك المال، كما قال في الصحاح وغيره.

وجه دلالة هذه النصوص على المطلوب أنها دلت على عدم صحة قسمة الدين المشترك. وعدم صحة قسمة الدين إنما هو لرجوع قسمته إلى معاوضة حصّة من دين كل منهما بخصّة من دين الآخر. ومن هنا لا تصحّ قسمة الدين المشترك، كما جاء في هذه النصوص وأفتى به المشهور المعروف، خلافاً لابن إدريس؛ حيث يظهر منه اختصاص كل من الشريكين بما يستوفيه من دينه معللاً بأن اشتراك الدين في الذمة لا يمنع من تعيين حق واحد في معيّن، وأيضاً علّل ذلك بوجوه أخرى نقلها في الجواهر<sup>٤</sup> وأجاب عن جميعها.

وأما وجه ارتباطها بالمقام أنّ عقد الشركة في الديون المتفرقة المتميزة يرجع أيضاً إلى معاوضة الدين بالدين كقسمة الدين المشترك.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٤٣٥، كتاب الضمان، أبواب الدين والقرض، الباب ١٣، الحديث ١.

٢ - راجع وسائل الشيعة ١٩: ١٢، كتاب الشركة، الباب ٦، الحديث ١.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ١٢، كتاب الشركة، الباب ٦، الحديث ٢.

٤ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٢.

هذا، ولكن لا حاجة إلى الاستشهاد بهذه النصوص مع ما فيها من خفاء الدلالة على المطلوب في المقام، وذلك لقيام النص واتفاق الفتاوى على بطلان معاوضة الديون.

والحاصل: أنه لا يصح عقد الشركة في الديون. نعم لا إشكال في حصول الشركة الواقعية غير العقدية في الدين، كأن ينتقل ما للميت في ذمة المدين إلى الورثة، فتحصل الشركة للورثة في ذلك الدين لا محالة. ولكن الشركة العقدية - الحاصلة بعقد الشركة - لا تصح في الديون.

مقتضى التحقيق بطلان الشركة العقدية في الدين مطلقاً، سواء قلنا باعتبار الامتزاج فيها، كما سيأتي من السيد العائني في المسألة الرابعة، أم لم نقل به كما قد يُستظهر من كلام صاحب العروة<sup>١</sup>. وذلك لعدم امتزاج في الديون بناءً على اعتباره. ولرجوع الشركة العقدية في الدين إلى معاوضة الدين بالدين وهو غير جائز؛ نظراً إلى إطلاق النصوص الناهية عن بيع الدين بالدين وعن قسمة الدين، كما قلنا.

### حكم الشركة العقدية في المنافع

وأما المنافع فعلى القول باعتبار الامتزاج في الشركة العقدية لا إشكال في عدم صحة الشركة العقدية فيها؛ حيث إنها متميزة بتبع متعلقها ومتبوعها. وعلى القول بعدم اعتباره، فلو كان المقصود عين المنفعة الخارجية الحاصلة بالاستيفاء، فإيجاد الشركة فيها بالعقد خلاف مقتضى القاعدة.

وذلك كالتماثلات المتصلة والمنفصلة والأجرة على الأعيان فيما إذا كانت من أعيان مختلفة لشخصين على نحو الاستقلال، لا مشتركاً. ولكنهما يوجدان الشركة

١ - العروة الوثقى ٥: ٢٧٩، واستظهر ذلك من كلامه السيد الخوئي.

في منافعها المتفرقة من النمائن والأجور بإنشاء عقد الشركة بالصيغة، كأن يقول أحدهما: «اشتركنا في منافع أموالنا الحاصلة بالنماء والأجرة المأخوذة عليها». ولكنها راجعة في الحقيقة إلى الشركة في الأعيان المعدومة المترتبة الوجود. وعلى أي حال فحصول الشركة في هذا النوع من المنافع خلاف القاعدة؛ حيث لا يعقل حصول الملكية ولا الشركة فيها؛ لعدم وجود لعين المنفعة حين إنشاء عقد الشركة. وإنما قد خرجنا عن القاعدة في خصوص المضاربة تبعداً بالنصوص الواردة فيها.

وإن كان المراد حصول الشركة في ذات المنفعة؛ وهي القابلية الموجودة في العين للانتفاع - كقابلية الدار للسكنى؛ بأن يشتركا بالصيغة في نفس القابلية - فلا مانع منه عرفاً ولا عقلاً. وذلك لأنه بعد البناء على عدم اعتبار الامتزاج في الشركة العقدية، لا محذور عقلي في حصولها حتى تبطل من أجل ذلك. وأما شرعاً، فقد يقال<sup>١</sup> إنه لا مانع من صحة عقد الشركة في المنافع بهذا المعنى؛ نظراً إلى عدم دلالة دليل لفظي من النصوص على منع الشركة في المنافع ولا على منع معاوضة المنافع ومبادلتها، كما وردت في معاوضة الديون ومبادلتها. وذلك بعد القطع بثبوت الشركة فيها بغير عقد الشركة كإجارة شيء مشتركاً. نعم، إذا لم يكن زمان الشركة محدوداً، يشكل الالتزام بالصحة؛ نظراً إلى لزوم الجهالة والغرر.

ومقتضى التحقيق في ذلك صحة الشركة العقدية في المنافع في الزمان المعين في غير أجرة الأعمال، كما لعله مقصود هذا العلم؛ لأنه في الحقيقة من قبيل الشركة في الأموال؛ حيث إن ذات المنفعة بالمعنى المزبور من توابع العين ودخيلة في

وتسمى تلك: شركة العنان<sup>(١)</sup>.

ماليتها، ولعلّه لهذه الجهة لم يعتبر الفقهاء في شركة العنان كونها في الأعيان، بل إنّما اعتبروا كونها في الأموال. وإلاّ فأيجاد الشركة في أجرة الأعمال وعقدها يدخل في شركة الأبدان وقد تحقّق الإجماع على بطلانها.

فالأقوى عدم صحّة عقد الشركة في عين المنفعة الخارجية قبل تحقّقها. وجواز الشركة العقدية في ذات المنافع بالمعنى المزبور؛ بناءً على عدم اعتبار الامتزاج فيها. ولكنّه لا يلائم ما بنى عليه السيد الماتن رحمته من اعتبار امتزاج العالين في الشركة العقدية، كما سيأتي في المسألة السابعة.



## شركة العنان

١ - والكلام فيه من جهتين: مكتبة آية الله العظمى

إحداهما: تعريف هذه الشركة.

ثانيتها: وجه تسميتها.

أمّا الجهة الأولى: فشركة العنان هي: الشركة في الأموال كما جاء في المتن. وذلك بأن يمزج شخصان مالهما، ثمّ ينشئان عقد الشركة عليه بقولهما اشتركتنا ونحو ذلك.

قال في التذكرة: «وأما شركة العنان فهي أن يُخرج كلّ مالاً ويمزّجها ويشترطا العمل فيه بأبدانهما»<sup>١</sup>.

وأما الجهة الثانية: - وهي وجه تسميتها بشركة العنان - فهو إمّا مأخوذ من

عنان الدابة بكسر العين؛ نظراً إلى استواء الشريكين في الولاية على الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان. أو بلحاظ منع العنان الدابة من الطغيان؛ نظراً إلى منع كل منهما الآخر من التصرف كما يشتهي ويريد. وبهذا المعنى يمكن أخذها من «عنّ الفرس»؛ أي منعه، وإما من «عنّ» بمعنى ظهر. وذلك بلحاظ ظهور مال كل منهما لصاحبه بما له من الفائدة، أو لأنها من أظهر أنحاء الشركة. وقيل من «المعانة» بمعنى المعارضة؛ حيث عارض كل منهما الآخر بماله.

وقد أشار إلى هذه الوجوه في المبسوط<sup>١</sup> والتذكرة<sup>٢</sup> والمسالك<sup>٣</sup> والحدائق<sup>٤</sup> والجواهر<sup>٥</sup> وأنسب الوجوه الأول والثاني. والأمر في ذلك سهل. هذا، ولكن ذكر في المستمسك وجهاً للتسمية بقوله: «وكان وجه تسميتها بذلك أن كلا من الشريكين كأنه فارس ويده عنان الفرس يذهب حيث يشاء، بخلاف من لا يكون بيده العنان، فإنه يذهب حيث تشاء الفرس، لا حيث يشاء هو. وإن كان هذا الوجه لم يذكر في وجه التسمية بشركة العنان، مع أنهم ذكروا الوجوه الكثيرة»<sup>٦</sup>.

ولاحظت من ذيل كلامه أنه زعم أن هذا الوجه غير مذكور في كلمات

١ - المبسوط ٢: ٣٤٧.

٢ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢١٩.

٣ - مسالك الأفهام ٤: ٣١٠.

٤ - الحدائق الناضرة: ٢١: ١٦٢.

٥ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٨.

٦ - مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٢٥.

ولا تصح في الأعمال، وهي المسماة بشركة الأبدان<sup>(١)</sup>؛ بأن أوقع العقد اثنان على أن تكون أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما؛ سواء اتفقا في العمل كالخياطين، أو اختلفا كالخياط مع النساج، ومن ذلك معاقدة شخصين على أن كل ما يحصل كل منهما بالحيازة من الحطب - مثلاً - يكون مشتركاً بينهما، فلا تتحقق الشركة بذلك، بل يختص كل منهما بأجرته وبما حازه.

الأصحاب. ولكن التأمل والإنصاف يقضيان بخلاف ما زعمه؛ حيث إن ما ذكره لا يغير الوجه الأول من الوجوه المذكورة، بل هو عينه. وعلى أي حال لا ثمرة معتد بها في البحث عن ذلك كما قال في الجواهر<sup>(٢)</sup>.



## شركة الأعمال (الأبدان)

١ - يقع الكلام أولاً في تعريفها ووجه تسميتها، وثانياً في حكمها.

أما التعريف: فهي - كما يشعر عنوانها: - إنشاء شخصين عقد الشركة في أجرة عملهما، من دون مال مشترك لهما في البين. وأما وجه تسميتها بشركة الأعمال، أن عقد الشركة إنما ينشئ بين أجرة العاملين، ولما كانت الأجرة للعمل الصادر من المستعاقدين، تكون الشركة في العمل بالمال.

وهي ليست من قبيل الشركة في الأموال. وذلك لأن المفروض عدم وجود مال مشترك لهما؛ لكي يشتركا في ربحه بالعقد، بل الذي توافقا على الاشتراك فيه بالعقد هو أجرة العمل الصادر منهما.



وأما وجه تسميتها بشركة الأبدان أن العمل صادر من البدن فهو منشأ الأعمال والأفعال. وفي الحقيقة تكون هذا النوع من الشركة فيما يصدر عن الأبدان، من الأعمال. فسُميت بهذا الاسم بلحاظ منشأ العمل.

وعلى أي حال فهذه الشركة إنما هي في أجرة العمل.

ولقد أجاد العلامة في التذكرة في تعريف شركة الأبدان؛ حيث قال: «وأما شركة الأبدان؛ بأن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبون بأيديهم، كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم، فما رزق الله فهو بينهم على التساوي، أو التفاوت»<sup>١</sup>.

أما حكم شركة الأعمال فمضافاً إلى تصريح العلامة في التذكرة - بعد ذكر أقسام الشركة الأربعة - بطلانها، قد صرح في الشرائع بعدم صحتها بقوله: «ولا تصح الشركة بالأعمال كالخياطة والنساجة» وقال في المسالك - في ذيل كلام صاحب الشرائع -: «ولا خلاف عندنا في بطلان شركة الأعمال، إلا من ابن الجنيّد»<sup>٢</sup>. وقال في الجواهر - في ذيل كلام المحقق -: «بلا خلاف معتد به أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر»<sup>٣</sup>.

أما ابن الجنيّد، فقد حكى عنه العلامة في المختلف أنه قال: «لو اشترك رجلان على أن يعملوا عملاً لكل واحد منهما فيه منفرداً وأن يكون أيديهما جميعاً في العمل ويقسم الأجرة بينهما، لم أجز ذلك؛ لأن الأجرة عوض عن عمل، فإذا

١ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢١٩ / السطر ٤٣.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٠٧.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٦.

لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستعقد، فإن شاركا الفضل أو تحالا، أو يضمن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الآخر من غير شركة، جاز»<sup>١</sup>.

ولكن في دلالة كلامه على صحة شركة الأعمال نظر، بل هو على بطلانه أدل، كما ناقش في المسالك<sup>٢</sup> في استفادة صحتها من كلامه.

بل في الجواهر بعد نقل كلامه قال: «وهو كما ترى صريح في عدم الجواز، لكن في المختلف - بعد أن حكى ذلك عنه - قال: والوجه البطلان، لنا إجماع الفرقة وخلاف ابن الجنييد غير معتد به؛ لانقراضه بحصول الاتفاق بعده، ولأن الأصل عدم الشركة وبقاء حق كل واحد عليه، ولأنه غرر عظيم، ولأن الشركة عقد شرعي، فيقف على الإذن فيه، ويمكن أن يريد ما ذكره أولاً من شركة الوجوه»<sup>٣</sup>.  
وعليه فلا مخالف في البين من فقهاءنا القدماء.

### كلام المحقق الأردبيلي ونقده

وأما المتأخرون، فلم يظهر الخلاف منهم، إلا المحقق الأردبيلي؛ حيث إنه - بعد نقل كلام العلامة في التذكرة من بطلان غير شركة العنان مطلقاً - ناقش في البطلان بدعوى عدم دليل عليه غير الإجماع. وأنه لا مانع من صحتها في العقل والشرع؛ لرجوعه إلى الوكالة أو تمليك المال أو بذل العمل بإزاء مال. وبذلك وجه تجويز بعض العامة بعض الأقسام من سائر أنحاء الشركة، غير شركة العنان.

١ - مختلف الشيعة ٦: ٢٣٠.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٠٧.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٧.

واستنتج من ذلك أنه إن كان هناك إجماع فهو، وإلا فلا مانع من الحكم بالصحة<sup>١</sup>.  
 والتحقيق أنه يكفي في ردّ دعوى المحقق الأردبيلي ما ستعرف من أدلة  
 بطلان شركة الأعمال، فانتظر. وأمّا ما ذكره من التوجيهات، فيرد عليه أن الكلام في  
 إيجاد هذه الشركات بنفس عقد الشركة، لا بسائر أسباب الشركة، مع أنّ تملك  
 المال - الذي لم يوجد بعد - من قبيل تملك المعدوم. وكذا بذله بإزاء العمل.  
 ثم إنهم لم يفرقوا بين اختلاف نوع العاملين وبين اتحادهما، ولا بين كون  
 الاكتساب من قبيل حيازة المباحات وبين كونه في مال مملوك للغير كخياطة الثوب  
 المملوك للغير؛ نظراً إلى تميّز عمل كلّ واحد منهما ببدنه وتشخصه.

### كلام صاحب المسالك في توجيه بطلان شركة الأعمال

قال في المسالك: «لا فرق في ذلك بين أن يتفق عملهما؛ بأن يكون كلّ واحد  
 منهما خياطاً، أو يختلف بأن يكون أحدهما خياطاً والآخر نجّاراً، ويعمل كلّ واحد  
 منهما في صناعته، ولا بين كون الشركة البدنية في مال مملوك أو تحصيل مال مباح  
 كالاصطياد والاحتطاب؛ لأنّ كلّ واحد متميّز ببدنه ومنافعه، فيختصّ بفوائده، كما  
 لو اشتركا في مالين وهما متميّزان»<sup>٢</sup>. وكذا قال في الجواهر<sup>٣</sup>.

١ - قال في المسالك: «بعد نقل كلام العلامة الظاهر في اتفاق الأصحاب على بطلان غير شركة العنان -  
 ما لفظه: «ولا يظهر لنا دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو، وإلا فلا مانع،  
 فإنّه يرجع إلى الوكالة في بعض الأمور وتمليك مال في البعض الآخر وبذل نفس وعمل في  
 مقابلة عوض، ولا مانع منه في العقل والشرع، ولهذا جوّز بعض أقسامها بعض العامة». مجمع  
 الفائدة والبرهان ١٠: ١٩٣.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٠٧.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٦.

ولا يخفى أن في تعليل الشهيد لنفي الفرق في بطلان غير شركة العنان بقوله: «لأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان»<sup>١</sup> إشارة إلى أن بطلان شركة الأعمال مقتضى القاعدة. والسر في ذلك - على ما يستفاد من قوله المزبور - أن المزج الرافع للتمييز شرط في صحة الشركة العقدية عند الأصحاب بالإجماع، ومن هنا لا تصح في القيميات. وأن شركة الأعمال من قبيل الشركة في الأموال المتميزة، من القيميات ونحوها من المثليات. فإن قوله المزبور بيان لعدم قابلية أجور الأعمال للمزج الرافع للتمييز.

ثم إن في نفي الفرق من الجهات المذكورة إشارة إلى رد ما ذهب إليه بعض العامة من التفصيل بحسب هذه الجهات، كما أشار إليه في المسالك - بعد قوله المزبور -: «وأما العامة، فمنهم من وافقنا على بطلانها، ومنهم من أجازها مطلقاً، ومنهم من أجازها مع اتفاق الصفتين لا مع اختلافهما، ومنهم من أجازها في غير اكتساب المباح»<sup>٢</sup>.

عمدة ما يمكن الاستدلال به على بطلان شركة الأعمال وعلى أي حال فالعمدة في الاستدلال على بطلان شركة الأعمال ثلاثة وجوه:

أحدها: إجماع الأصحاب واتفاقهم كما قال الشيخ الطوسي: «وشركة الأبدان عندنا باطلة»<sup>٣</sup>. وإنه لم يُشر إلى وجه غير الإجماع. ومثله ما سبق نقله من العلامة

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٠٧.

٢ - نفس المصدر.

٣ - المبسوط ٢: ٣٤٨.

والمحقق والشهيد وصاحب الجواهر. وأمّا ما يُتراءى في كلمات بعض المتأخرين والمعاصرين من تعليل ذلك ببعض الوجوه - كالوجهين الآتين - لا يضرّ باستعبدية الإجماع وكشفه عن رأي المعصوم عليه السلام، بعد عدم اتّكال القدماء - الذين هم الأصل في دعوى هذا الإجماع - إلى وجه غيره.

ثانيها: ما جاء من التعليل في ذيل كلام الشهيد المنقول آنفاً. وقد عرفت بيان المراد منه وتقريب الاستدلال به.

ثالثها: كونها من قبيل تمليك المعدوم. وذلك لأنّ أجره العمل إنّما توجد بنفس العمل ولا وجود لها قبل صدور العمل، فهي معدومة حال إنشاء عقد الشركة قبل صدور العمل من طرفي العقد.

وظاهر كلمات الأصحاب أنّهم أرادوا من شركة الأعمال الشركة في منافع الأعمال بأعيانها - كأجرة الأعمال - وإيجادها بمجرد إنشاء عقد الشركة، من دون أن يكون مسبقاً بتحقيق أحد أسباب الشركة من إجارة ونحوها. وعليه فلا إشكال في بطلانها؛ لرجوعها إلى تمليك المعدوم. ولا دليل من سيرة العقلاء ولا الشرع على صحته. والسرّ في بطلانه أنّ العاقد لا يملك المعدوم بالفعل حتّى يملكه لشريكه.

وقد يناقش في هذا الوجه بأنّ سبب إيجاد المعدوم ومنشأ وجوده لو كان تحت قدرة العاقد وممّا يملكه بالفعل - مثل العمل في المقام - لا مانع من صحّة تمليكه وجواز نقله.

والجواب: أنّ الدليل - من النصوص والسيرة والإجماع - إنّما قام على جواز تمليك ما هو مملوك بالفعل حين إنشاء العقد. ولا دليل على جواز تمليك ما ليس مملوكاً بالفعل؛ لعدم وجوده في الخارج، وإن كان منشأ وجوده مقدوراً. وإنّ إثبات

سببية سبب النقل شرعاً بحاجة إلى دليل معتبر شرعي.

وأما إيجاد الشركة بأحد أسبابها - غير عقد الشركة - أو الشركة في ذات منفعة العمل - بمعنى قابلية العمل للانتفاع به، كما في قابلية الدار للسكنى - ولو بمجرد عقد الشركة، فلا ينبغي الإشكال في صحته. ومن هنا يجوز للأجير أن يوجر نفسه. فإن مرجع الثاني إلى شركة الأموال، كما سبقت الإشارة إليه آنفاً، ومرجع الأول إلى الشركة غير العقدية، كصنع شيء أو حفر بئر أو استخراج معدن معاً؛ بحيث يُستند العمل إلى فعلهما كليهما عرفاً.

ولكن جواز إيجاد الشركة في ذات منفعة العمل بعقد الشركة إنما هو بعد البناء على عدم اعتبار الامتزاج في شركة الأموال وتحديد زمان العمل. ولا يصح بناءً على اعتبار الامتزاج؛ حيث لا امتزاج في منافع الأعمال؛ لتقومها بالأعمال المتميزة دائماً بتشخص فاعلها، فإن منفعتها الذاتية هي القوة غير المنفكة عن العمل. وقد سبق الكلام في ذلك آنفاً في شركة المنافع.

مقتضى التحقيق بطلان الشركة العقدية في منافع الأعمال مطلقاً؛ سواء كانت المنافع بأعيانها الخارجية كأجور، أم كانت بذواتها.

أما الشركة العقدية في أجور الأعمال؛ بأن كانت بمجرد إنشاء عقد الشركة في أجره العاملين، كما فسرنا بذلك السيد الماتن رحمته الله وكذلك في العروة<sup>١</sup>، وهو ظاهر كلمات الفقهاء، فهي باطلة؛ لما سبق من الوجوه الثلاثة.

هذا مضافاً إلى أنه لا دليل على صحتها. وبما أن عقد الشركة - كسائر الأسباب الشرعية للنقل والملك - يحتاج في مملكيته إلى إمضاء الشارع، فلا بد من دليل يدل على إمضائه من الشارع، وهو لم يثبت في الأعمال بالمعنى المزبور.

نعم لو صالح أحدهما الآخر بنصف منفعته إلى مدة - كسنة أو سنتين - على نصف منفعة الآخر إلى تلك المدة وقبل الآخر صح، واشترك كل منهما فيما يحصله الآخر في تلك المدة بالأجر والحياسة، وكذا لو صالح أحدهما الآخر عن نصف منفعته إلى مدة بعوض معين - كدينار مثلاً - وصالحه الآخر - أيضاً - نصف منفعته في تلك المدة بذلك العوض<sup>(١)</sup>.

وأما إذا كانت بمعنى الشركة في ذات منفعة العمل بمعنى قابليته للانتفاع، فقد عرفت التفصيل المزبور فيها. وهي في الحقيقة من قبيل شركة الأموال؛ لأنّ مالية الأفعال والأمتعة إنّما تدور مدار قابليتها للانتفاع، فقابلية الشيء للانتفاع به قوام ماليته. ولما بنينا على اعتبار الامتزاج في شركة الأموال - كما سيأتي البحث عن ذلك - مقتضى القاعدة بطلان الشركة العقدية في منافع الأعمال، بل في منافع الأموال بهذا المعنى أي ذات المنفعة.

وعليه فمقتضى التحقيق بطلان الشركة في المنافع مطلقاً، حتّى في ذات المنافع، بلا فرق في ذلك بين منافع الأعمال وبين منافع الأموال، إلّا في منافع الأموال الممزوجة لو تصوّرت بارتفاع قيمة المال الممزوج ونحو ذلك.

### بيان صور المصالحة المحققة للشركة

١ - لما بنى السيد الماتن على منع الشركة في الأعمال وحكم بعدم صحّتها في أجرة الأعمال على النحو المزبور، صار يصدد تصحيح الشركة في منافع الأعمال على نحو المصالحة.

وقد صوّر المصالحة على نحوين:

أحدهما: المصالحة بين الحصتين على نحو المعاوضة إلى مدة معينة؛ بأن صالح كل واحد منهما الآخر في حصة من منفعة عمله، كأن يصالحه بنصف منفعة عمله إلى سنة أو سنتين بإزاء نصف منفعة عمل الآخر إلى نفس تلك المدة، وقبل الآخر. فيقول أحدهما مثلاً: صالحتك على أن يكون نصف منفعة عملي لك ونصف منفعة عملي لك لي إلى سنة أو سنتين. فتصح الشركة في منافع عملهما بالمصالحة فيها على هذا النحو ويشترك كل منهما في نصف ما يكتسبه الآخر من الأجرة والمال المحاز.

ثانيهما: مصالحة الحصتين بدينار معين، كأن يقول أحدهما: صالحتك نصف منفعة عملي بدينار، وقبل الآخر وأعطاه ديناراً. ثم يقول الآخر: صالحتك نصف منفعة عملي بنفس ذلك الدينار الذي أعطيتك. فبردة الأول نفس ذلك الدينار الذي أخذه منه؛ عوضاً عن نصف منفعة عمل الآخر المصالح عليه.

ولا يخفى أن المصالحة بعوض معين - من نقد أو غيره - لا يتوقف على كون المصالح عليه نفس ذلك العوض الذي أعطاه أحدهما، بل تصح أيضاً بعوض آخر غير ذلك العوض، فتعطي نتيجة الشركة في المنافع بالمال، كما لا فرق أيضاً بين كون العوضين متساويين في الجنس والمقدار وبين كونهما مختلفين في ذلك.

نعم هذا النوع من المصالحة - أي بنفس ذلك الدينار - أخف مؤونة من غيره؛ حيث لا يستلزم خروج مال من كيس واحد من الشريكين، بل يرجع العوض المعطى إلى كيس صاحبه الذي أعطاه أولاً.

وهاهنا صورة ثالثة للمصالحة صورها السيد الحكيم<sup>١</sup>، وهي المصالحة



على نحو المعاوضة بين التملّيكين. بأن يقول أحدهما: صالحتك على أن تملك حصّة من مالي بإزاء أن أملك حصّة من مالك. ولكن المصالح عليه حينئذٍ تملك كلّ منهما حصّة من ماله للأخر. ولا بدّ من تعيين الحصّة والمدة لشأن يلزم الفرر.

وعليه لا بدّ أن يقول أحدهما مثلاً: صالحتك على أن تملك نصف منفعة عملي إلى سنة بإزاء أن أملك نصف منفعة عملي إلى نهاية نفس تلك السنة. واتّضح لك بما أشرنا إليه - من دفع محذور الفرر - وجه تعيين الحصّة والمدة في كلام السيد الماتن رحمته الله.

#### وجه تصحيح شركة الأبدان بالمصالحة

والوجه في صحّة عقد الصلح بالكيفيات المزبورة، دون عقد الشركة، أنّه لا يعتبر المزج في عقد الصلح، بخلاف عقد الشركة. فإنّ المزج معتبر في صحّته مع أنّ المنافع غير قابلة للامتزاج. فإذا صحّ عقد الصلح تتحقّق الشركة لا محالة؛ لأنّ المصالحة بإحدى الكيفيات المزبورة ينتج نتيجة الشركة، كما عرفت في بيان الصور المزبورة. وقد صرّح السيد الحكيم بهذا الوجه - بعد تصوير الصور المزبورة للمصالحة -: «كلّ ذلك لعدم اعتبار المزج في هذه العقود بخلاف الشركة، فإنّ إنشاءها لا يصحّ إلّا بالمزج، على ما سيأتي بيانه، ولا يمكن ذلك في المنفعة»<sup>١</sup>.

وإنّ الشركة الحاصلة بالمصالحة ليست بعقد الشركة، إلّا أنّها حاصلة بعقد شرعي؛ من مصالحة كما عرفت الآن، أو هبة معوضة، بأن يهب أحدهما نصف منفعة

عمله للآخر بدينار، ثم يهب له الآخر نصف منفعة عمله بنفس ذلك الدينار، أو بدينار آخر فتنجح الهبة بهذا النحو نتيجة الشركة في المنافع، بلا اعتبار شرائط عقد الشركة. وكذا لو أجر اثنان نفسيهما بعقد واحد لعمل واحد بأجرة معينة، فتكون الأجرة الحاصلة مشتركة بينهما. ولكن ذلك كله ليس من قبيل الشركة العقدية، بل إنما ينتج نتیجتها على نحو الشركة في الأموال، لا الأعمال، كما أنها ليست بعقد الشركة، وإن حصلت بعقد شرعي.

وأما وجه عدم إمكان تحقق الامتزاج في المنافع، فقد عرفت تفصيلاً في البحث عن حكم الشركة العقدية في المنافع؛ هذا.

### مقتضى التحقيق في المقام

ولكن مقتضى التحقيق بطلان المصالحة في المقام بأي نحو. وذلك لرجوعها إلى تمليك المعدوم؛ حيث إن أجره العمل - التي هي المقصود من منفعة العمل في باب شركة الأعمال - لا وجود لها في الخارج حين المصالحة، ونصوص مشروعية المصالحة إنما وردت في المصالحة بين الأموال الموجودة.

وأما المنفعة بمعنى ذاتها أي قابلية العمل للارتفاع، فإنها وإن كانت موجودة حين المصالحة، إلا أنها خارجة عن مقصود الفقهاء من شركة الأبدان؛ لأنها في اصطلاحهم إنما هي في أجور الأعمال التي هي عين المنفعة، لا ذاتها التي هي قابلية العمل للنفع وبها قوام مالية العمل.

وهل يمكن إيجاد الشركة فيها بالمصالحة ونحوها من العقود الشرعية، غير عقد الشركة؟ مقتضى التحقيق جواز ذلك وصحة الشركة الحاصلة فيها. وذلك لأن ذات المنفعة وإن كانت متقومة بنفس العمل بل أثره القهري الذي لا ينفك

عنه، وأن العمل وإن كان غير موجود بالفعل حين إنشاء المصالحة، وذات المنفعة التي أثره معدومة طبعاً، وتمليك المعلوم غير جائز، إلا أن عمل كل شخص في قوة الوجود؛ لفرض قدرته عليه في كل آن أراد إيجاده. ومن هنا يعتبره العقلاء مالا قبل صدوره، كما في باب إجارة الأعمال. فإن العقلاء يحكمون بصحة إجارة الأشخاص، كإجارة الحمال والبناء والخيّاط والنجار. فإن إجاتهم تصح وتتم قبل صدور أعمالهم - التي هي متعلّق الإجارة - في الخارج. وقد أمضاها الشارع، ولم يُفتَ أحدٌ هناك باشتراط تحققّ العمل من الأجير حين إنشاء الإجارة في صحتها، بل يرونها صحيحة تامة قبل تحققّ العمل منه. ولذلك يُلزمونه على العمل بعد عقد الإجارة، وفاءً له بالعقد، فلو لم يصحّ لم يجب الوفاء به.

فكذلك في المقام. فالمصالحة على الأعمال بهذا المعنى - أي على ذات منافعها، لا على أجورها - من قبيل الإجارة على الأعمال من هذه الجهة؛ أي عدم اشتراط تحققّ العمل ووجود منفعتها حين إنشاء العقد، في صحة المصالحة والإجارة.

وعلى أي حال فالمصالحة بأحد الوجوه الثلاثة المزبورة، بالمعنى المقصود في المقام - وهو تمليك كل واحد حصّة من أجره عمله بإزاء تمليك الآخر له حصّة من أجره عمله - باطلّة؛ لرجوعها إلى تمليك المعلوم. فلا تصحّ لإنتاج نتيجة شركة الأعمال. وأمّا بمعنى تمليك حصّة من ذات منفعة العمل، تصحّ لما قلناه وتفيد بالمآل الشركة في أجره العاملين - التي هي نتيجة شركة الأبدان - لأنّها وجود ذات المنفعة في الخارج. لكنّها إنّما تصحّ لولا إشكال كون العوضين ما في الذمّة، وإلا فلا مناص من تعيين الحيلة في المصالحة بين الحصّتين بدينار، أو أيّ عوض موجود.

ولا تصح - أيضاً - شركة الوجوه<sup>(١)</sup>. وأشهر معانيها - على المحكي - أن يوقع العقد اثنان وجيهان عند الناس - لا مال لهما - على أن يبتاع كل منهما في ذمته إلى أجل، ويكون ذلك بينهما، فيبيعهما ويؤديان الثمن، ويكون ما حصل من الربح بينهما. ولو أرادا حصول هذه النتيجة بوجه مشروع، وكل كل منهما الآخر في أن يشاركه فيما اشتراه؛ بأن يشتري لهما وفي ذمتهما، فيكون - حينئذٍ - الربح والخسران بينهما.

## شركة الوجوه

١ - يقع الكلام أولاً في تعريفها، ثم في حكمها.

أما التعريف: فقد عرفها العلامة في التذكرة بقوله: «وأما شركة الوجوه فقد فسّر بمعان أشهرها أن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما، ليهتاعا في الذمة إلى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبيعهما ويؤديا الأثمان، فما فضل فهو بينهما.

وقيل: أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل، ويشترط أن يكون الربح بينهما.

وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له. وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، والربح بينهما.

وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له<sup>(٢)</sup>.

وقد عرفت من السيد الماتن<sup>(٣)</sup> أن ما جاء في كلامه من التعريف ينطبق على

١ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٠ / السطر ٣؛ ونقله أيضاً في الحقائق الناضرة ٢١: ١٥٩.

أشهر تعاريف شركة الوجوه، كما جاء في كلام العلامة. ولا فرق بينه وبين سائر التعاريف، إلا في بعض خصوصيات لا أثر له في حكمها. والخامل من لا وجهة ولا نباهة ولا مال له.

وقد صرح في المسالك<sup>١</sup> والجواهر<sup>٢</sup> أن التعريف المزبور هو أشهر معاني شركة الوجوه.

والوجه في اشتها هذا المعنى - مضافاً إلى كونه أنسب إلى صيغة الجمع في الوجوه؛ لظهوره في كون طرفي هذه الشركة وجهياً فإن شركة الوجيه والخامل ليست بين الوجهين أو الوجوه - أن في ضوء وجهة عدة وجوه يمكن تهئية رأس مال أكثر لإيجاد الشركة وهو مستلزم لتحقيق ربح أكثر طبعاً؛ ضرورة أن ما يوجد لوجيه واحد من منابع تأمين رأس المال أقل مما يوجد لعدة وجوه. وأيضاً ما يتحمّله كل واحد من الشركاء المتعددين أقل مما يتحمّله شخصان شريكان، ومن أجل ذلك يكون رغبة العقلاء إلى الشركة بين عدة وجوه أكثر من الشركة بين وجيه وخامل. ولعل ما ذكرناه من المناسبة اللفظية والرغبات العقلانية منشأ اشتها هذا المعنى.

وأما حكمها: فلا خلاف بين فقهاء الشيعة في بطلانها، إلا ابن الجنيد. ومن العامة جوازها أبو حنيفة بجميع معانيها.

وقد ردّه العلامة في المختلف بقوله: «لنا إجماع الفرقة، وخلاف ابن الجنيد غير معتد به؛ لانقراضه وحصول الاتفاق بعده، ولأن الأصل عدم الشركة وبقاء

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٠٨.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٨.

حق كل واحد عليه، ولأنه ضررٌ عظيم، ولأن الشركة عقد شرعي يتوقف على الإذن فيه»<sup>١</sup>.

ونظيره ما قال في المفتاح - بعد نقل اتفاق فقهاء الشيعة وإجماعهم على بطلانها :- «والحجة على بطلانها - بعد الإجماع - الأصل والغرر والضرر، وأنه عقد يتوقف على الإذن»<sup>٢</sup>.

أما الإجماع، فمن البعيد كونه إجماعاً تعدياً كاشفاً عن رأي المعصوم (عليه السلام) بما هو إجماع. وذلك لاستدلال مدعى الإجماع بالأصل ونفي الغرر والضرر.

وأما الأصل، فالمقصود ظاهراً عموم حرمة التصرف في مال الغير؛ حيث لا مخرج عنه من نص شرعي يدل على جواز هذا العقد. ويمكن أن يراد به أصالة عدم انتقال مال كل من الطرفين إلى ملك الآخر بغير سبب شرعي ثابت بدليل شرعي من نص أو إجماع؛ حيث لا نص يدل على جواز هذا النوع من الشركة. وأما الإجماع فهو على بطلانها متحقق، لا على جوازها.

وأما أدلة نفي الغرر والضرر، فالوجه في دلالتها على بطلان شركة الوجوه، الجهل بأصل المال المتجر به ومقداره وقابليته للاسترباح.

هذا مضافاً إلى ما سبق آنفاً من الاستدلال على بطلان شركة الأعمال، من أن مرجع الشركة - مطلقاً أي نوع منها - إلى تمليك كل من الشريكين ماله لصاحبه. وأن تمليك المال ونقله إلى ملك الغير بحاجة إلى سبب شرعي، ولو بامضاء السبب العرفي.

ولم يرد دليل من الشارع يدل على مشروعية هذا النوع من الشركة، بل

١ - مختلف الشيعة ٦: ٢٣٠.

٢ - مفتاح الكرامة ٧: ٣٩٣.

ولا تصح - أيضاً - شركة المفاوضة<sup>(١)</sup>، وهي أن يعقد اثنان على أن يكون كل ما يحصل لكل منهما - من ربح تجارة، أو فائدة زراعة، أو اكتساب، أو يرث، أو وصية، أو غير ذلك - شاركه فيه الآخر، وكذا كل غرامة وخسارة ترد على أحدهما تكون عليهما. فأنحصرت الشركة العقدية الصحيحة بشركة العنان.

مقتضى إطلاقات النصوص وعموماتها والقواعد الشرعية وفتاوى الأصحاب بطلانها. نعم، لو وكل كل واحد منهما صاحبه في أن يشاركه فيما اشتراه؛ بأن يشتري المتاع لهما وفي ذمتهما، يكون ذلك مشروعاً ويكون الربح والخسران بينهما. ولا يعتبر في ذلك التصريح اللفظي بقوله مثلاً: «اشتريت هذا المتاع لنفسي ولموكلتي»، بل يكفي مجرد نية الشراء لهما. كما هو مقتضى القاعدة في باب الوكالة. وإن التوكيل بهذا النحو ينتج نتيجة شركة الوجوه كما أشار إليه السيد العاتق، إلا أنه ليس بعقد الشركة.

## شركة المفاوضة

١ - عرّفها العلامة في التذكرة بقوله: «وأما شركة المفاوضة، فهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم وما يحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر، من أرش جنائية، وضمان غصب، وقيمة متلف، وغرامة لضمان أو كفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطة، أو يكسبه. شركة المفاوضة أن يكون مألها - من كل شيء يملكانه - بينهما»<sup>١</sup>.

١ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٠ / السطر ١؛ أنظر الحقائق الناضرة ٢١: ١٥٩.

(مسألة ٦) : لو آجر اثنان نفسيهما بعقد واحد لعمل واحد بأجرة معينة، كانت الأجرة مشتركة بينهما<sup>(١)</sup>.

وهذا التعريف لا يفرق عن تعريف السيد الماتن، إلا في بعض الألفاظ من غير تغيير في المعنى. وكذلك في المسالك<sup>١</sup> والجواهر<sup>٢</sup> وغيرهما. وهي باطلة باتفاق فقهاءنا الخاصة. وقد عرفت آنفاً ما نُقل من الإجماع على بطلان غير شركة العنان في كلمات الأصحاب ولا مخالف إلا ما يوهمه كلام ابن الجنيّد والمحقق الأردبيلي وقد عرفت آنفاً ما يستفاد من كلامهما. والدليل على بطلانها نفس الوجوه المستدلّ بها على بطلان شركة الوجوه، بل هي على بطلان هذه الشركة أوضح دلالة وأقوى. وعليه لا دليل على صحة أنحاء الشركة العقدية غير شركة العنان، فانهضت الشركة العقدية الصحيحة في شركة العنان.

### الشركة فيما حصل بعمل مشترك

- ١ - يقع الكلام في هذه المسألة من جهات:
- الأولى: صحة مثل هذه الإجارة، وعدم إضرار الجهل بمقدار حصّة كلّ من الأجيرين - حين إنشاء العقد - في صحّته.
- الثانية: كون هذه الشركة من قبيل شركة الأموال، لا من قبيل شركة الأعمال، رغماً لإنشاء عقد الإجارة في مفروض هذه المسألة على عمل الأجير.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٠٩.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٨.



الثالثة: بيان وجه اشتراك الأجرة أو الشيء المحاز بين العاملين وكيفية تقسيمها بينهما.

### لا يضر الجهل بالحصّة في صحّة هذه الإجارة

أمّا الجهة الأولى: فتصعّ هذه الإجارة بمقتضى القاعدة؛ لأنها راجعة إلى تمليك ذات منفعة العمل - بمعنى قابليته للانتفاع به - بإزاء الأجرة. وقد ثبت صحّتها بالنصوص المتواترة والإجماع والضرورة، ولا كلام في ذلك.

وإنّما الكلام في أنّ الجهل بحصّة كلّ من العاملين هل يضرّ بصحّتها؛ نظراً إلى لزوم الغرر والضرر من ذلك، أم لا؟

وقد صرح في الشرائع بتحقيق الشركة بذلك بقوله: «نعم، لو عملاً معاً لواحد بأجرة ودفع إليهما شيئاً واحداً وعوضاً عن أجرتهما تحققت الشركة في ذلك الشيء»<sup>١</sup>.

وقال في العروة: «لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صحّ، وكانت الأجرة مقسّمة عليهما بنسبة عملهما. ولا يضر الجهل بمقدار حصّة كلّ منهما حين العقد، لكفاية معلومية المجموع»<sup>٢</sup>.

وعلّل في الجواهر صحّة هذه الإجارة وجواز الشركة هذه بقوله: «وحينئذٍ فلا إشكال في جوازها، من غير فرق بين اختلاف عملهما واتّفاقه، ولا بين علمهما بنسبة أحد العاملين إلى الآخر وعدمه؛ لأنّ الاعتبار في الصفقة بالعلم بعوض المجموع، لا الأجزاء، وأجرة المجموع هنا معلومة»<sup>٣</sup>.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٧.

٢ - العروة الوثقى ٥: ٢٧٧.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٧ - ٢٩٨.

وحاصل التعليل أنَّ الاعتبار في صحة البيع ومشروعيته علم المتعاقدين بمجموع العوض الواقع بإزاء مجموع المعوض، لا بأحد أجزائه. وكذلك في المقام؛ حيث إنَّ المعوض منفعة مجموع العاملين، وبإزائها تدفع الأجرة، لا بإزاء منفعة كلِّ واحدٍ من العاملين على حدة. وأجرة المجموع معلومة في مفروض الكلام.

وقد أشكل بعض الأعلام<sup>١</sup> على التعليل المزبور بما يتحصّل في جهتين: إحداهما: أنَّ قياس المقام بالصفقة في البيعة - كما قال في الجواهر - مع الفارق. وثانيتهما: لزوم الفرر لو وقعت الإجارة مبنية على توزيع الأجرة بنسبة العاملين.

أما الجهة الأولى: فبيانها أنَّ المقام لا يقاس بالبيع؛ حيث إنَّ الجهل بما يقابل كلَّ جزءٍ من الثمن لا يقدح في صحة البيع ويكفي العلم بمجموع المبيع ومجموع الثمن. وذلك لأنَّ البيع فعل واحد صادر من بائع واحد لمشتري واحد متعلّق بمجموع شيئين بثمن واحد، فكلُّ من البائع والمشتري والمبيع والثمن معلوم، غاية الأمر أنَّ جزءاً كلٌّ منهما الواقع بإزاء جزءٍ الآخر مجهول، وهو غير قادح بعد علم كلِّ من البائع والمشتري بمقدار ما يملكه بإزاء ما يدفعه.

وهذا بخلاف المقام؛ لأنَّ المملوك لكلِّ من المستأجر والأجيرين مجهول. فإنَّ المستأجر لا يعلم بمقدار ما يملكه في ذمّة كلِّ واحد من الأجيرين، كما أنَّ كلَّ واحد منهما لا يعلم بما يملكه في ذمّة المستأجر. والسرُّ في ذلك أنَّ الإجارة إذا وقعت مع الأجيرين تكون في الحقيقة بمنزلة إيجارتين. ومن هنا لا يكفي معلومية مقدار مجموع العمل، بل لا بدَّ من علم المستأجر بمقدار ما يملكه كلُّ واحد من الأجيرين للمستأجر من منفعة العمل، كما لا بدَّ من علم كلِّ واحد منهما بمقدار ما يملكه المستأجر لكلِّ واحدٍ منهما من الأجرة.

وعليه فقياس المقام ببيع الصفقة مع الفارق، وبهذا التوجيه فرّق هذا العلم بين المقامين وحكم بطلان الإجارة في مفروض الكلام بمقتضى القاعدة.

ثم إنه عليه السلام صار بصدد تصحيح الإجارة في المقام، بتوجيه: أن المنصرف عرفاً من إجارة شخصين لعمل واحد بأجرة واحدة، إرادة تنصيف الأجرة بينهما. فمرجعها إلى إجارة كلّ منهما بإزاء نصف الأجرة. ومن هنا يكون أجرة كلّ منهما معلومة لكلّ من المستأجر والأجير. ولا يعتنى بزيادة عمل أحدهما عن عمل الآخر.

وأما الجهة الثانية: لو وقعت الإجارة مبنية على توزيع الأجرة بينهما بنسبة العملين بطلت؛ للجهل بمقدار ما يملكه كلّ من المستأجر والأجيرين للآخر. ولا يكفي العلم بالمجموع في مثل المقام؛ نظراً إلى انحلاله إلى عقدين. هذا تحرير كلام هذا العلم في المقام.

وفيه: أن اعتبار العلم بمقدار أجرة كلّ واحد من الأجيرين وكذا مقدار منفعة عمل كلّ منهما في مفروض الكلام، لا وجه له، إلا لزوم الغرر والضرر الناشئين من الجهل بذلك.

ومقتضى التأمل والإنصاف عدم لزوم الغرر والضرر بعد ما كان مجموع الأجرة معلوماً، سواء كانت الشركة بينهما على التنصيف، أو كانت بنسبة عمل كلّ منهما إلى مجموع العملين، كما يرتفع الغرر بمعلومية نسبة ما يستحقّه كلّ من المالك والعامل من الربح في المضاربة. وكذا في المقام إذا كانت الشركة بعقد الجعالة، كما اعترف به هذا العلم في المقام<sup>١</sup>. والسّرّ في ذلك أن العلم بنسبة سهم كلّ واحد من طرفي أو أطراف العقد رافع للغرر عند العقلاء.

وأما دعوى انحلال عقد الإجارة في مثل المقام إلى إيجارتين وجعل ذلك ملاك الفرق بين المقام وبين صفقة البيع، فهي غير وجيهة، بعد تباني المستأجر والأجيرين على وقوع مجموع العاملين بعنوان عمل واحد بإزاء مجموع الأجرة. بل لا فرق بين المقام وبين الصفقة في البيع من هذه الجهة، بل حتى لو كان منصرف الإجارة في مفروض الكلام إرادة توزيع الأجرة بين العاملين نصفين متساويين، لا تنحل الإجارة إلى إيجارتين لما قلنا، من تباني الأجيرين على كون مجموع العاملين - بعنوان عمل واحد - معوضاً. وعليه فمقتضى التحقيق في المقام صحة الإجارة.

هذه الشركة من قبيل الشركة في الأموال لا الأبدان

أما الجهة الثانية: وهي أن الشركة في مفروض الكلام من قبيل الشركة في الأموال، لا الشركة في الأعمال كما لعله يوهمه جمع العاملين ووقوعهما لمستأجر واحد.

مركزية كميّة وعلويّة

والوجه في ذلك أن الأجيرين إنما يستحقان ويملكان أجرة عملهما بعقد الإجارة على وجه الشركة. وهي تصير بذلك مالاً لهما وبحاجة إلى التقسيم والتفكيك. ففي الحقيقة تكون الشركة في الأموال، لا الأعمال.

وقد سبق أن الشركة في الأعمال هي متحققة بعقد الشركة، مبنياً على كون أجرة عمل كل من المتعاقدين مشتركاً بينهما، قبل أن يكون هناك أي سبب شرعي للشركة. وليس المقام من قبيل ذلك؛ حيث لم تتحقق شركة بعقد الشركة قبل عقد الإجارة، بل إنما الشركة حصلت بعقد الإجارة للأجيرين اللذين هما أحد طرفي العقد. وإنما اعتبرت الأجرة هاهنا مالاً بخلافها في شركة الأعمال؛ لأن الأجرة هاهنا دخلت في ملك الأجير بسبب ناقل شرعي - وهو عقد الإجارة - فصارت مالاً. وهذا بخلاف شركة الأعمال؛ حيث لم يتحقق هناك سبب ناقل لتصير

الأجرة مالا بدخولها في ملك الأجير.

والحاصل: أن في المقام بعد ما تملك الأجيران الأجرة بعقد الإجارة وصارت مالا لهما، تحققت الشركة بينهما في مالهما، من دون أن تتحقق بعقد الشركة. وقد سبق أن الشركة في الأموال قد تتحقق بسبب عقد من العقود من بيع شيئين بثمن واحد، أو شراء مال لأنفسهما مشتركاً أو هبة شخص ماله إياهما، أو إجارة كما نحن فيه، وغير ذلك من العقود، واستشهدنا لذلك ببعض النصوص.

وهذا النوع من الشركة في الأموال ليس من قبيل عقد الشركة. وعليه فالشركة في الأموال أعم من المتحقق بعقد الشركة وبعقد من العقود. ولكن الشركة في الأعمال إنما تتحقق بنفس عقد الشركة - كما سبق في تعريفها؛ بأن يقولوا اشتركنا في أجرة أعمالنا. وذلك قبل أن يتحقق عقد من العقود.

ويشهد لما قلنا ما قال صاحب الجواهر - في ذيل كلام صاحب الشرائع السابق آنفاً -: «إلا أنها ليست من شركة الأعمال، بل هي من شركة الأموال نحو ما لو آجر كل منهما نفسه منفرداً، ثم أذى المستأجر إليهما مالا مشتركاً، فإن الشركة في المال خاصة قطعاً»<sup>١</sup>.

وما قال في مفتاح الكرامة في ذيل كلام العلامة: «وهذه وإن اشبهت شركة الأبدان بحسب الصورة، لكنها في الواقع راجعة إلى شركة الأموال»<sup>٢</sup>.

هذا، ولكن ليست هذه الشركة من قبيل عقد الشركة؛ لعدم إيجاد الشركة بعقدها، بل بعقد آخر وهو عقد الإجارة. فليست بعقد الشركة، وإن كانت سبب إيجادها عقد الإجارة في الصورة الأولى، والحيازة في الصورة الثانية.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٧.

٢ - مفتاح الكرامة ٧: ٣٩٨.

## وجه اشتراك الأجيرين في الأجرة وكيفية تقسيمها

وأما الجهة الثالثة: وهي وجه اشتراك الأجرة، فقد تبين ممّا قلناه آنفاً، وهو تباينهما والتزامهما بكون مجموع عملهما - بعنوان عمل واحد - معوضاً بإزاء مجموع الأجرة المدفوعة، بل أنشئ العقد مبنياً على ذلك، وعليه فيستحقان الأجرة على وجه الاشتراك.

وأما كيفية تقسيم الأجرة بينهما، فمقتضى التحقيق والمساعد لفهم أهل العرف في المقام أنه لو كانت هناك قرينة توجب ظهور كلام المتعاقدين في تقسيم الأجرة بنسبة العاملين تؤخذ بها، وإلا تُقسّم الأجرة بينهما نصفين. وذلك لانصراف الإنشاء إليه في مثل المقام عند الإطلاق وعدم القرينة.

وحاصل الكلام: أن مقتضى القاعدة التنصيف بينهما عند إطلاق عقد الإجارة وعدم وجود قرينة صارفة.

وعليه فلو كانت هناك قرينة صارفة إلى التقسيم بنسبة العاملين كمّا وكيفاً، تؤخذ بها وتقسّم الأجرة حينئذٍ بينهما بحسب ذلك. وتلك القرينة إمّا لفظية بتعيين سهم كلّ منهما بالكسر المشاع، أو قرينة عرفية، كاستقرار عادة أهل العرف على إعطاء الأستاذ ضعف أجرة التلميذ. وأمّا إذا لم تكن هناك قرينة على التقسيم بالنسبة تُقسّم الأجرة بينهما نصفين.

هذا، ولكن يظهر من جماعة من الفقهاء تقسيم الأجرة بين الأجيرين بنسبة عمل كلّ واحد منهما إلى مجموع العاملين. قال العلامة في القواعد: «ولو باعا بثمن واحد أو عملاً بأجرة واحدة ثبتت الشركة، تساوت القيمتان أو اختلفتا ولكلّ منهما بقدر النسبة من القيمة»<sup>١</sup>.

وكذا لو حاز<sup>(١)</sup> اثنان معاً مباحاً، كما لو اقتلعا معاً شجرة، أو اغترفا ماءً دفعة بآنية واحدة، كان ما حازاه مشتركاً بينهما. وليس ذلك من شركة الأبدان حتى تكون باطلة. وتقسم الأجرة وما حازاه بنسبة عملهما، ولو لم تعلم النسبة فالأحوط التصالح.

وقال في جامع المقاصد: «وطريق معرفة حق كل منهما من مجموع الثمن والأجرة، نسبة قيمة مال أحدهما أو عمله إلى مجموع القيمتين، وأخذ بتلك النسبة من الثمن والأجرة»<sup>١</sup>. واختار ذلك في العروة، كما سبق نقل كلامه آنفاً. وهذا موافق لما صرح به السيد الماتن<sup>(٢)</sup> في ذيل هذه المسألة بقوله: «وتقسم الأجرة وما حازاه بنسبة عملهما». ولكن مقتضى القاعدة ما قلناه. فلو كان مقصودهم التقسيم بالكسر المشاع المعين في مجلس العقد لفظاً أو بقرينة قطعية أو غالبية عرفية بحيث تعطى الظهور لإنشاء العقد، فلا بأس به، وإلا لا يمكن الالتزام به؛ لعدم إمكان تعيين حد ولا ضابطة في تحديد مقدار النسبة في الموارد المختلفة بما لها من الخصوصيات الجزئية.

### حكم حيازة شخصين شيئاً واحداً

١ - كل ما سبق كان في إجارة اثنين، والكلام هاهنا في حيازة اثنين شيئاً واحداً، كما لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً بآنية واحدة أو اصطادا بشبكة واحدة أو حفرا بئراً أو أحيا أرضاً معاً. ومقتضى القاعدة هاهنا أيضاً تحقق الشركة في الحيازة وصحتها وعدم كونها من شركة الأبدان.

وأما تحقق الشركة وصحتها، فالوجه فيه اشتراك سبب الملك، الذي هو العمل. ولا دخل لقصد الشركة بعد ما كان كل من المحاز وسبب تملكه واحداً؛ لصدوره منهما معاً. فلا يرد الإشكال حينئذٍ بعدم قبول الحيازة، النيابة والوكالة. نعم لو كان لكل منهما حيازة مقدار من الأرض أو ثمر عليها، أو ماءً بآنية أخرى غير ما اغترف به الآخر، لا وجه للشركة؛ نظراً إلى تعدد كل من المحاز والفعل المحاز الذي هو سبب الملك. فيختص حينئذٍ كل محاز بحائزه، بخلاف ما لو عدَّ فعلهما عملاً واحداً مشتركاً عرفاً لوحدة الشيء المحاز، كالأمثلة المزبورة. فتحصل أن وجه اشتراكهما في المحاز في مفروض الكلام وحدة المحاز عرفاً، بل واتحاد عملهما يدور مدار وحدة المحاز عرفاً.

وأما إذا كان عمل الحيازة متعدداً في نظر العرف، ولو باعتبار تعدد ما حازه. العاملان، وقع الكلام في أنه هل تحصل لهما الشركة في المحازين إذا كان حيازة كل منهما بقصد كون نصف ما حازه للآخر نيابة عنه حتى يفيد الشركة؛ نظراً إلى البناء على كون الحيازة ممّا تقبل النيابة والوكالة أم لا؛ للبناء على عدم قبولها النيابة؟

وعلى الصورة الثانية ينبغي حمل كلام صاحب الشرائع في قوله: «لكن الأشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه». ومن هنا استدركه بقوله: «نعم لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً دفعةً تحققت الشركة».

ويشهد لذلك تعليل صاحب الجواهر الاختصاص المزبور بقوله: «لأصالة عدم دخوله في ملك الغير حتى مع النية؛ لعدم ثبوت قبول مثله النيابة، فضلاً عما إذا لم ينو، فإنه لا وجه له، إلا على جواز شركة الأبدان المعلوم بطلانها عندنا»<sup>١</sup>. وقد عرفت أن شركة الأبدان هي الشركة في أجرة الأعمال الحاصلة بعقد



الشركة، من دون حصولها بسبب شرعي كالإجارة والحيازة. وعليه فينبغي أن يكون مقصوده من الاستثناء؛ أنه لا وجه لذلك، إلا بناءً على حصول الشركة في الأجرة أو المحاز بنفس عقد الشركة.

ثم إنه ﷺ لما بنى على عدم قبول الحيازة النيابة، اعترض على صاحب المسالك بقوله: «ومن ذلك يعلم ما في المسالك من أنه ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل بنى الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراك؛ لأن ذلك مما يقبل النيابة»<sup>١</sup>. هذا.

### مقتضى التحقيق في المقام

ولكن الأقوى أن الحيازة تقبل النيابة. والوجه في ذلك استقرار السيرة العقلانية على ذلك؛ إذ يوكلون الغير في الحيازة والإحياء، وأيضاً يستأجرون الأشخاص لحيازة الأشياء في البر والبحر. وإنهم يحوزون للمستأجرين والموكلين. ولم يرد من الشارع ما يردع عن ذلك.

وأما ما اشتهر في السنة الفقهاء، من أن: «من حاز شيئاً ملكه» ليس من لفظ النص لكي يؤخذ بإطلاقه. وإنما ورد النص في موارد خاصة، مثل الإحياء وأخذ الطائر المالك لجناحيه. وعلى أي حال فهذا التعبير محمول على حيازة الحائز لنفسه. فالمعنى المقصود أن من حاز شيئاً لنفسه يملكه.

فالحق في المقام مع صاحب المسالك. ولا يرد عليه إشكال صاحب الجواهر. واتضح بذلك أنه إذا تعدد عمل الحيازة عرفاً يجوز إيجاد الشركة في الشيء المحاز بقصد كل منهما نيابة صاحبه في نصف ما يحوزه. وأن الشركة هذه

من قبيل شركة الأموال؛ إذ لم يعقدا على كون أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما حتى تكون من قبيل شركة الأبدان، بل إنما أوجدا سبب ملكية شيءٍ معاً، فلا محالة يكون المحاز المسبب منه مشتركاً بينهما.

وحاصل الكلام: أنَّ الأقوى في المقام التفصيل بينما إذا كان العملان واحداً بسيطاً في الخارج، كقلع الشجرة أو اغتراف الماء بآنية واحدة والاصطياد بشبكة واحدة أو إخراج المعدن بآلة واحدة ونحو ذلك، ممّا يعدّ في نظر أهل العرف عملاً واحداً بسيطاً. فمقتضى القاعدة حينئذٍ الاشتراك في المحاز. وإنَّ الشركة الحاصلة على التنصيف عند الإطلاق، وإن كان أحدهما أكثر قوّة من الآخر، كما جرى على ذلك مذهب الأصحاب في أبواب الضمانات. وهذا بخلاف ما لم يكن من هذا القبيل، بأن كان عملاً مركّباً ذا أجزاء أو كان عمل كل منهما واحداً مستقلاً عن الآخر، فينبغي الحكم حينئذٍ باختصاص كل محاز بمن حازه بعمله الخاص، إلا إذا نوى كل واحد منهما النيابة عن الآخر في نصف ما يحوزه، أو يملكه له بعد الحيازة.

ولأجل ذلك أشكل بعض الأعلام<sup>١</sup> على صاحب الجواهر؛ حيث قال بالتنصيف مطلقاً بلا فرق بين المركّب والبسيط<sup>٢</sup>.

ولا يخفى أنّه يمكن أيضاً إيجاد الشركة بطريق المصالحة على منفعة العاملين بدينار فينتج ذلك نتيجة شركة الأعمال، من دون لزوم محذورها، كما سبق.

وأما كيفية تقسيم المحاز، فمقتضى التحقيق فيها ما سبق آنفاً، من أنَّ المتفاهم العرفي المرتكز بين أهل العرف بمقتضى عاداتهم في مثل إجارة شخصين أو

١ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٩٦.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٠.

حيازتهما شيئاً واحداً تنصيف الأجرة والمحاز، إلا أن يكون هناك قرينة على إرادة التقسيم بنسبة العملين.

وبناءً على القول بالتقسيم بنسبة العملين فإذا عُلِمَت النسبة ولو بالكسر المشاع فهي، وإلا فمع الجهل يظهر من السيد الماتن الاحتياط الوجوهي بالتصالح. ولكن لا وجه له ظاهراً، بل مقتضى الإنصاف حينئذٍ التنصيف، بل هو المتيقن من مورد التنصيف عند الإطلاق؛ لأصالة عدم زيادة سهم كل منهما عن الآخر. كما أشار إليه في الجواهر بقوله: «أو يحكم بالنصف لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما في القوة والضعف لصدق اتحاد فعلهما في السببية واندراجهما في قوله «من حاز ملك»، ولعدم الدليل على اقتضاء ذلك التفاوت في المحاز، وإن كان هو منافياً للاعتبار العقلي الذي لا يرجع إلى دليل معتبر شرعاً»<sup>١</sup>.

بل حتى لو علم إجمالاً بزيادة عمل أحدهما عن الآخر، مقتضى القاعدة التنصيف عند عدم قرينة على التقسيم بالنسبة. نعم الأحوط استحباباً حينئذٍ. فلا وجه للاحتياط بالتصالح حينئذٍ مطلقاً.

(مسألة ٧) : يشترط في عقد الشركة العنانية: أن يكون رأس المال من الشريكين ممتازاً ممتازاً رافعاً للتمييز<sup>(١)</sup> قبل العقد أو بعده؛ سواء كان للمالان من النقود أم العروض، حصل به الشركة كالمائعات أم لا، كالدرهم والدنانير، كانا مثليين أم قيميين. وفي الأجناس المختلفة التي لا يجري فيها المزج الرفع للتمييز، لا بد من التوصل بأحد أسباب الشركة على الأخط، ولو كان المال مشتركاً كالمورث يجوز إيقاع العقد عليه، وفائدته الإذن في التجارة في مثله.

مركز تحقيق وتطوير علوم إسلامي

## شرائط الشركة

١ - وقد تقدّم في المسألة الأولى وجه اعتبار الامتزاج الرفع للتمييز في تحقق الشركة الواقعية غير العقدية، وكفايته لذلك، من غير اعتبار قصد حصول الشركة بذلك.

وحاصل ما سبق هناك من الكلام في وجه اعتباره: أن بالامتزاج الرفع للتمييز تسري الملكية إلى جميع أجزاء المال المزوج على نحو الإشاعة الحقيقية، وتتحقق بذلك الشركة الواقعية قهراً، من دون دخل لقصد حصول الشركة. وقلنا هناك - في ردّ كلام السيد اليزدي: حيث اعتبر كون المزج بقصد الشركة - إن مجرد حصول الامتزاج الرفع للتمييز يكفي في حصول الشركة؛ حيث إنه لا يتصور

اختصاص كل من المالين بمالكه عند ارتفاع التمييز وعدم إمكان التمييز بين المالين وعزل كل منهما عن الآخر. فلا مناص حينئذٍ من الالتزام بحصول الشركة الواقعية. ومن هنا رجحنا هناك ما ذهب إليه السيد الماتن من كفاية ارتفاع التمييز بين المالين في حصول الشركة الواقعية.

نعم، قد يقال باعتبار كون المزج اختيارياً وإنّ بالمزج القهري الخارج عن الاختيار لا تتحقق إلا الشركة الظاهرية ولكن سبق من السيد الماتن كفاية مجرد المزج الراجع للتمييز في تحقق الشركة الواقعية غير العقدية.

ولكن كل ما سبق كان في الشركة غير العقدية. والذي محلّ الكلام في هذه المسألة هو الشركة العقدية في الأموال المعترّ عنها بشركة العنان.

المعروف بين الفقهاء - من القدماء والمتأخرين - اعتبار الامتزاج في عقد الشركة.

قال في المفتاح: «وقد طُفِحت عباراتهم، كالمبسوط والخلاف والكافي والوسيلة والغنية والسرائر وغيرها بأنها لا تصحّ بدون المزج، وأنها إنّما تصحّ مع المزج. وادّعى في الغنية والسرائر الإجماع على أنّ من شرطها خلط المالين حتّى يصيرا مالاً واحداً. وفي التذكرة وظاهر جامع المقاصد الإجماع على أنّها لا تصحّ بدون مزج المالين. وفي الخلاف أنّ ذلك مجمع عليه. قال في النافع: تصحّ مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر. انتهى فليتأمل. والحاصل أنّ كلماتهم متفقة على أنّ المزج شرط في الصحة ومتى لم يخلطاه لم تصحّ. وما خالف في ذلك، إلا أبو حنيفة وصاحب الحدائق. قال الأول: إذا قال: قد اشتركتنا انعقدت الشركة، وإن لم يمزجها كالوكالة. وفيه أنّ الشركة ليس من شرطها أن يكون من جهة الوكيل مال. وقال الثاني: إنّما لم نظفر لهم بدليل على ما ذكروه من

اشتراط التجانس والامتزاج، بل ظاهر الأخبار العموم»<sup>١</sup>.

قوله: «من جهة الوكيل مال» أي: سلطة الشريك على مال صاحبه ليست من ناحية كونه وكيلًا عنه كما في الوكالة، فلا يقاس بها؛ هذا.

ولكن قال في المبسوط: «وفي الناس من قال: الخلط ليس من شرط صحة الشركة، فإذا تلفظا بالشركة انعقدت. وإذا ارتفع الريح كان بينهما. والأول أقوى لحصول الإجماع على انعقاد الشركة به وفي الثاني خلاف فيه. ولأن الاشتراك هو الاختلاط في اللغة فينبغي أن يُراعى معنى الاختلاط»<sup>٢</sup>.

وكلامه - كما ترى - ظاهر في أن معقد الإجماع إنما هو انعقاد الشركة بالخلط، لا عدم انعقادها بدونه، بل في انعقادها بدونه اختلاف بين الفقهاء.

ونظير ذلك يظهر منه في الخلاف؛ حيث قال: «لا تنعقد الشركة إلا في مالين مثلين في جميع صفاتهما ويخلطان... وقال أبو حنيفة: تنعقد الشركة بالقول، وإن لم يخالطاهما؛ بأن يُعَيَّنَا المال ويحضراه ويقولوا: قد تشاركنا في ذلك، صحَّت الشركة... دليلنا: أن ما اعتبرناه مجمع على انعقاد الشركة به وليس على انعقادها بما قاله دليل فوجب بطلانه»<sup>٣</sup>.

وعليه فما نقله في مفتاح الكرامة من كتاب الخلاف من أن اشتراط المزج في شركة العنان وعدم انعقادها بدونه، مجمع عليه، لا يستفاد من كلام الشيخ في الخلاف كما لاحظته، بل غايته عدم دليل من إجماع أو غيره على انعقادها بدون المزج.

١ - مفتاح الكرامة ٧: ٣٩٦.

٢ - المبسوط ٢: ٣٤٧.

٣ - الخلاف ٣: ٣٢٧.

## كلام السيد الخوئي

ولكن للسيد الخوئي في المقام كلاماً، حاصله :

أنّ في اعتبار المزج في صحّة الشركة العقدية مناقشة ثبوتاً وإثباتاً، أمّا في مقام الثبوت بلحاظ إمكان أخذ الامتزاج شرطاً، فإن كان المراد المزج التامّ الراجع للتمييز الذي تتحقّق به الشركة الواقعية، فلا يخلو الامتزاج من أخذه شرطاً إمّا قبل العقد أو بعده. أمّا قبل العقد، فلا يُعقل أخذه في حصول الشركة. وذلك لأنّه تمام سبب الشركة، فيصبح العقد لغواً لا أثر له في حصول الشركة. وإن كان المقصود أخذ الامتزاج المتأخّر عن العقد في حصولها، فأيضاً يصير العقد لغواً؛ لتحقّق الشركة بالمزج، سواء سبقه العقد أم لا، كما لا فرق في ذلك بين المزج الاختياري وبين المزج القهري. واحتمال كون المزج المتأخّر كاشفاً عن تحقّق الشركة سابقاً بالعقد - كالإجازة اللاحقة من المالك في البيع الفضولي - تكلف بلا موجب؛ نظراً إلى استقلال المزج في سببته للشركة، فبمجرّد تحقّقه تتحقّق الشركة بلا حاجة إلى سبق العقد، وهذا بخلاف الإجازة اللاحقة؛ لعدم كونه سبباً مستقلاً للنقل. هذا، مع أنّه خلاف ظاهر كلمات الأصحاب؛ لظهور كلماتهم في أنّ المزج شرط مقارن.

نعم، لو كان المراد المزج غير التامّ الحاصل به الشركة الظاهرية - على ما التزم به صاحب العروة - كمزج الدرهم بمثله، فهو أمر معقول. ولا يلزم حينئذٍ لغو؛ نظراً إلى حصول الشركة الواقعية بالعقد والظاهرية بالمزج. ولعلّه مرادهم من الامتزاج المعتبر في عقد الشركة، ولا سيّما من لم يشترط في الامتزاج اتّحاد الجنس والوصف.

وأما في مقام الإثبات وقيام الدليل على اعتبار المزج في الشركة العقدية فلم يُدعَ إلا الإجماع. والظاهر عدم انعقاده، وإن جاء في كلمات بعض كالعلامة؛ حيث

لم يتعرّض لهذه المسألة أكثر القدماء بالمرّة، ومن تعرّض لها عبارته قاصرة عن إثبات الإجماع على اعتبار المزج، بل غاية ما يستفاد من كلامه - كالمحكّي عن الشيخ والقاضي في الجواهر - حصول الإجماع على صحّة عقد الشركة مع الامتزاج وعدم حصوله على الصحّة مع عدم الامتزاج.

نعم، تعرّض ابن حمزة إلى اشتراط المزج وادّعى عليه الإجماع، إلا أنّ الشهيد في اللعة والمحقق في الشرائع لم يتعرّضاه بالمرّة، وإنما تعرّضا لسيّبة المزج قهراً للشركة، هذا مع تصريح صاحب الحقائق بعدم اعتباره، ثمّ استنتج هذا العلّم في ختام كلامه أنّه لا طريق إلى إحراز الإجماع التعبّدي على اعتبار الامتزاج، فلا مناص حينئذٍ من الرجوع إلى مقتضى القاعدة، وهو عدم اعتباره في عقد الشركة، كما مال إليه في العروة. انتهى حاصل كلام هذا العلّم<sup>١</sup>.

### نقد كلام السيد الخوئي

ولكنّك تعرف أنّه ما أبعد بين كلامه وبين ما نقل في المفتاح عن فحول الفقهاء من القدماء والمتأخّرين من دعوى الإجماع على ذلك وحصر المخالف في أبي حنيفة من العامّة وصاحب الحقائق من الخاصّة.

نعم، في عبارة المبسوط السابقة أنفاً دلالة على وجود من قال بعدم اشتراط الامتزاج، إلا أنّ في تعبيره بالناس لا يخلو من الإشارة إلى بعض أهل العامّة كأبي حنيفة، كما صرح بذلك في الخلاف<sup>٢</sup>.

وأما ميل صاحب العروة فلو كان مقصود هذا العلّم أنّه مال إلى إنكار الإجماع

١ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ١٩٧ - ١٩٩.

٢ - الخلاف ٣: ٣٢٨.



فهو ممنوع، بل ظاهر كلامه أن تحقق الإجماع وظهوره في اعتبار الامتزاج في شركة العنان أمر مفروغ عنه. ولكن مقتضى القاعدة - لو لا الإجماع - عدم اعتبار الامتزاج عملاً بالعمومات. وهذا لا ينكره أحد. وإن شئت فإليك نص كلامه، قال: «بل لو لا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملاً بالعمومات»<sup>١</sup>. وأما عدم تعرض الشهيد والمحقق لاعتبار المزج في شركة العنان فلعل الوجه فيه اكتفاؤهما بذكر سببته في أصل الشركة ولو بغير اختيار. هذا، مع أنه لم يذكر مخالف باسمه في كلمات واحد من الأصحاب، إلا أبو حنيفة من العامة والمحدث البحراني من الخاصة.

وأما إشكاله في مقام الثبوت، فلا وجه له. وذلك لأن عقد الشركة عمدة فائدها هي التجارة بالمال المشترك تحت تدبير كل واحد من الشريكين؛ رجاء لحصول النفع الأكثر ببركة فكرته الاقتصادية وتجربته التجارية. وهذا الغرض الاقتصادي أمر مركّز في أذهان العقلاء وجرت عليه سيرتهم في الشركات العقدية، سواء كان ذلك بإذن صريح أم بتضمن نفس إنشاء العقد للإذن لأجل قرينة. وإن عقد الشركة وإن جرت عليه سيرة العقلاء من لدن زمان الشارع، إلا أن المتيقن من مصبها صورة تحقق المزج، وأما جريانها في غير صورة تحققه فغير معلوم؛ هذا.

مع أن العقود والإيقاعات - بعد العلم باستقرار دأب الشارع على ردع كثير ممّا جرت عليه سيرة العقلاء من المعاملات باعتبار قيود وشرائط شرعية - أسباب شرعية وبحاجة إلى إمضاء الشارع، ولو بإحراز عدم ردعه. وإحراز ذلك مع عدم ذهاب الأصحاب على صحتها بدون المزج مشكّل جداً.

وأما ما نشاهده في عصرنا من إنشاء عقد الشركة في النقود بين العقلاء - المتشرعة وغيرهم - فمن قبيل عقد الشركة في الدراهم والدنانير المتماثلة. وقد سبق من الرياض والجواهر جريان سيرة المسلمين على ذلك في طي القرون وتمادي الأعصار. مع أنهم اعتبروا فيها اختلاط النقود. وهذا متحقق في زماننا بجعل مجموع السهام في رقم واحد من الحساب البنكي إذ لا ميز بين النقود عندهم، إلا باختلاف أرقام الحساب البنكي وأسامي أصحابها، أو بعلامة جعلية أخرى معدومة في هذه الشركات.

ومن هنا جعل جماعة من فحول الفقهاء - كما سيأتي كلامهم - جواز تكسب كل من الشريكين بالمال المشترك من ثمرات عقد الشركة، من دون حاجة إلى صدور إذن غير ما تضمنه نفس إنشاء عقد الشركة بالقرينة. وعليه فلا يصبح عقد الشركة بحصول الامتزاج لغواً، بل الامتزاج يفيد أصل الشركة. وإنشاء العقد يفيد فائدة جواز التكسب بالمال المشترك لكل من الشريكين رأساً، ولو بمعونة القرينة.

وأما ما جاء في كلام شيخ الطائفة من التعليل لاشتراط المزج بقوله: «ولأن الاشتراك هو الاختلاط في اللغة فينبغي أن يُراعى معنى الاختلاط»، فلا يصلح للدليلية. وذلك لأن الاختلاط الذي فُسِّر به الاشتراك في اللغة هو ضرب من الاختلاط وهو سريان الحقوق وشياع الملكية، وهذا المعنى ليس إلا حقيقة الشركة وماهيتها. فلو كان الاختلاط الذي اعتبره الأصحاب في شركة العنان هذا المعنى، ليرجع كلامهم إلى اعتبار حقيقة الشركة في شركة العنان. فليس الاختلاط بهذا المعنى معتبراً في صحة شركة العنان، بل المعتبر هو اختلاط أجزاء عين المالكين وامتزاجهما بحيث يرتفع التمييز عن أجزائهما تماماً بالمرة أو عن أحادهما ظاهراً

كما في اختلاط الدراهم ونحوها.

واتضح بهذا البيان وجه جواز إيقاع الشركة على المال المشترك كالإرث وإفادته الإذن في التجارة، كما جاء في ذيل كلام السيد الماتن.

وأما نفي الفرق في حصول الشركة بالامتزاج الرافع للتمييز بين حصول المزج قبل العقد وبعده، فقد عرفت وجهه بما أجبنا عن بعض الأعلام لترتب الفائدة المزبورة في كلتا صورتين بلا فرق ولحصول الشركة على أي حال.

وأما نفي الفرق بين كون المالين من النقود أو من العروض وبين المزج التام الحاصل به الشركة الواقعية كمزج المايعات والأدقة وبين المزج غير التام الحاصل به الشركة الظاهرية في غيرهما من الدراهم والدنانير والحبوبات، وكذا عدم الفرق بين مختلفي الجنس ومتحديه، فقد عرفت وجه ذلك كله في مباحث الشركة غير العقدية. وعرفت آنفاً أن إشكال اللغوية مرتفع فيما إذا حصلت الشركة الظاهرية بالمزج غير التام، كما اعترف به القلم المذكور.

وأما عدم الفرق بين القيميات وغيره فالوجه فيه أن فيها وفي المزج غير الرافع للتمييز - حتى في المثليات - يتوسل قبل العقد بأحد أسباب الشركة قبل العقد أو بعده؛ لأنه مقتضى اعتبار المزج.

ومن هنا لا يلائم احتياط السيد الماتن في ذلك مع فتواه باعتبار المزج، بل التوسل بأسباب الشركة معتبر حينئذ.

وأما ما أشار إليه الماتن في ذيل المسألة، من كون فائدة العقد في شركة المال المورث الإذن في التجارة، فهو منقوض بما سيأتي منه، من اعتبار الإذن الخاص من كل واحد من الشريكين لصاحبه بالتصرف في المال المشترك للتكسب، وعدم كفاية مجرد عقد الشركة في ذلك.

(مسألة ٨) : لا يقتضي عقد الشركة - ولا إطلاقه - جواز تصرف كل من الشريكين في مال الآخر بالتكسب، إلا إذا دلت قرينة حالية أو مقالية عليه، كما إذا كانت الشركة حاصلة - كالمورث - فأوقع العقد، ومع عدم الدلالة لا بد من إذن صاحب المال<sup>(١)</sup>.

### اعتبار إذن الشريك في تصرف صاحبه

١ - سبق الكلام مفصلاً في وجه عدم جواز تصرف بعض الشركاء في المال المشترك من غير إذن سائر الشركاء في المسألة الثانية. وحاصله: أن الشركة بنفسها لا تكشف عن رضا أحد الشريكين بتصرف الآخر في المال المشترك، مطلقاً من غير فرق بين كون سببها اختيارياً كالمزج الاختياري أو قهرياً، كالإرث والامتزاج القهري؛ لخروج ذلك عن حقيقة الشركة، كما هو خارج عن مقتضى السبب القهري. نعم، لو أذن أحدهما بتصرف صاحبه في سهمه، جاز لصاحبه التصرف في جميع المال المشترك - في سهمه يجوز استحقاقاً وفي سهم صاحبه بالإذن - ويدور ذلك مدار كيفية الإذن سعة وضيقاً.

والحاصل: أنهم اتفقوا على عدم جواز تصرف كل من الشريكين بغير إذن صاحبه بعد تحقق الشركة بالمزج، كما أشار إليه في المفتاح بقوله: «كما طفحت بهذا المعنى عباراتهم»<sup>١</sup>.

وقد سبق تحرير كلمات الأصحاب هناك، فراجع.

ولكن كل ما سبق من الكلام كان في الشركة غير العقدية. وهي خارجة عن محل الكلام، فإن محل الكلام هاهنا في الشركة العقدية.

وأما الشركة العقدية، فقد وقع الخلاف في ذلك، وذهب جماعة إلى جواز تصرف كل من الشريكين بنفس إنشاء عقد الشركة بالصيغة، بلا حاجة إلى تصريح الآخر بالإذن، بل عرّفوا الصيغة بما دلّ على الإذن كما في القواعد والتذكّرات والتحرير والمسالك وجامع المقاصد<sup>١</sup>. ونقل في المفتاح عن التذكرة أنه علّل ذلك بما حاصله: «لأن الأصل عصمة الأموال على أربابها، فلا يصحّ التصرف فيها، إلا بإذنها. وإنما يُعلم الرضا والإذن باللفظ الدالّ عليه؛ لأن الأفعال لا دلالة لها. وهذه الصيغة قد تكون قبل المزج فتدلّ على الرضا به وبالتصرف للاستئناء والاسترباح»<sup>٢</sup>.

وخالف ذلك جماعة واختاروا عدم جواز تصرف كل من الشريكين في المال المشترك، مطلقاً حتّى في التكبّس والتجارة به، إلا بإذن الآخر، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي كما قال في المفتاح<sup>٣</sup>.

قال في جامع المقاصد: «ولا بدّ من صيغة؛ لأن الأصل عصمة الأموال على أربابها، فلا يصحّ التصرف فيها إلا بإذنها. وإنما يُعلم الإذن باللفظ الدالّ عليه؛ لأن الأفعال لا دلالة لها، فإن أذن كل منهما لصاحبه صريحاً فلا بحث في الصحة. ولو قال كل منهما: «اشتركتنا» واقتصر عليه مع قصدهما الشركة بذلك، ففيه وجهان:

١ - جامع المقاصد ٨: ١٥.

٢ - مفتاح الكرامة ٧: ٣٩٥.

٣ - نفس المصدر.

أحدهما: الاكتفاء به في جواز التصرف؛ واختاره المصنف هنا، وقربه في التذكرة. وهو ظاهر اختياره في التحرير؛ حيث قال: «يكفي في الصيغة ما يدل على الرضا بالمزج؛ لفهم المقصود منه عرفاً».

والثاني: لا؛ لقصور اللفظ عن الإذن؛ إذ لا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف، فإنهما لو ورثا مالاً أو اشتريا صفقة واحدة، تحققت الشركة مع عدم جواز التصرف.

والأول أقوى؛ لأن المقصود الأصلي من الشركة هو الاستنماء والاسترباح. ولا يكون ذلك إلا بالتصرف، خصوصاً ما لا ينمو بنفسه<sup>١</sup>.

#### تحرير كلام صاحب الجواهر في المقام

وممن اختار هذا القول صاحب الجواهر؛ حيث قال في ردّ القائلين بالجواز: «إلا أنه لا يخفى عليك ما في ذلك؛ إذ لا دلالة في قول «اشتركنا» على الإذن بوجه من الوجوه، كما أنه لا حاجة في حصول الإذن منهما أو من أحدهما إلى عقد. وليس من مقومات الشركة حصولها؛ إذ يمكن اشتراكهما في المال مع الإذن في العمل لثالث، بل يمكن إرادة الشركة من دون عمل أصلاً، لغرض من الأغراض.

فالتحقيق أن يقال حينئذٍ - بعد الإجماع على كونها عقداً - : إن قول «اشتركنا» لإنشاء تحقيقها وصيرورة كل من المالين بينهما على الإشاعة، إلا أنه يشترط في صحة ذلك تحقق المزج بعده، إن لم يكن. فهو حينئذٍ شرط كاشف أو ناقل، نحو القبض في الوقف، أو أنه جزء السبب<sup>٢</sup>.

١ - جامع المقاصد ٨: ١٥ - ١٦.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٨٨.

قوله: «حصولها»، كان الأنسب «حصوله» لرجوع الضمير إلى الإذن.  
 وقوله: «لغرض من الأغراض»، كأن يعقد أحد الشركة مع شخص وجيه ذي نفوذ سياسي أو عسكري لمجرد اكتساب الوجهة والنفوذ بين الناس، لا للاسترباح. قوله: «تحقيقها» ينبغي أن يكون مقصوده تأكيدها؛ حيث لا معنى للتميم والتنجز بعد كون المزج سبباً تاماً للشركة؛ إذ ليس سبباً ناقصاً مترزلاً؛ لكي تتم وتستقر سببته بالعقد. كاستقرار سببية إنشاء عقد البيع أو الوقف بالقبض على رأي.

ثم قال ﷺ في بيان منشأ التزام الأصحاب بعدم الحاجة إلى الإذن: «فكان السبب الذي أوقعهم في الوهم، هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهري، فمع فرض اعتبار الامتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها حيثئذ؛ ضرورة حصولها بالمزج المزبور المفيد لذلك مع القهر، وعدم القصد به إليها، فضلاً عما لو قصدت به اختياراً. فلم يكن حيثئذ معنى لعقدها إلا جواز التصرف، خصوصاً مع ملاحظة الشركة الاكتسابية التي هي من أقسام التجارة المبنية على العمل، من الشريكين، أو من أحدهما التي قد وردت النصوص بها... ولعلّه لذا اكتفوا في صيغتها بقول «اشتركنا»، باعتبار امتناع أن يراد بإنشائه حصولها بدون مزج، ولا المزج الذي لا يحصل باللفظ. فتعين أن يكون معناه جواز التصرف، وإلا لم يكن له معنى أصلاً كما صرح بذلك في جامع المقاصد<sup>١</sup>. انتهى موضع الحاجة من كلام صاحب الجواهر.

قوله: «باعتبار امتناع أن يراد...» مقصوده أنه لما كانت إرادة حصول الشركة بمجرد إنشاء عقدها من دون مزج ممتنعاً، وكذا إرادة حصولها بالمزج القهري الذي

لا دخل للتلفظ بالصيغة في سببته للشركة، فمن هنا لا يبقى معنى للتلفظ بالصيغة، إلا الإذن بالتصرف.

وقد عرفت من السيد الماتن موافقة صاحب الجواهر في الاحتياج إلى الإذن.

### نقد كلام صاحب الجواهر

ولكن يرد على صاحب الجواهر أولاً: أن التحقيق وتأكيد الشركة بعد تحققها بالمزج ليس غرضاً مهماً تجارياً عند العقلاء. ومن هنا لا اعتناء لهم بذلك في إيجاد عقد الشركة. فليس عقد الشركة مبنياً عندهم على مثل هذا الغرض، فضلاً عما لا غرض تجارية فيه. ولو اتفق في مورد فهو أمر نادر شاذ خلاف المتعارف. وما لا تعارف عليه خارج عن نطاق الخطابات العرفية والشرعية ولا سيما في باب المعاملات. ومن هنا يعطي جريان التعارف لمثل قول: «اشتركنا أو شاركنا» عند الإطلاق ظهوراً في إفادة الإذن به وعدم الحاجة إلى التصريح بالإذن. وهذا الظهور هو المتبع ما دام لم تكن هناك قرينة على خلافه.

وليس منشأ هذا الظهور مجرد الغلبة في الوجود، بل منشأ جريان التعارف عليه، بحيث صار إيجاد عقد الشركة مبنياً على غرض الاسترباح، متفاهماً عرفياً من التلفظ بعقدها.

وأما حديث جزء السبب، لا معنى له بعد كون المزج سبباً مستقلاً تاماً لتحقيق الشركة. وكذا الكلام في كونه أو كون المزج بمنزلة الشرط. فإن ذلك كله غير قابل للالتزام فيما إذا تحقق المزج قبل العقد أو بعده، مع عدم التفرقة بينهما في كلام الأصحاب.

وثانياً: أنه توجد القرينة العامة على إفادة العقد الإذن في موارد تحقق أصل الشركة بأحد أسبابها - غير عقدها - من مزج أو إرث أو شراء، ونحو ذلك. كما جعل



السيد الماتن رحمه الله تحقق أحد أسباب الشركة كالإرث ونحوه قرينة على ذلك. والوجه في القرينة أنه لو لا إفادة العقد الإذن في مثل هذه الموارد، يصبح إنشاء عقد الشركة لغواً؛ كما أشار إليه بعض الأعلام. اللهم إلا أن يقال بعدم اعتبار المزج أو سائر أسباب الشركة في صحة عقدها، ولكنه خلاف اتفاق الأصحاب.

والوجه في ذلك ما بينناه آنفاً، من كون عقد الشركة مبنياً في ارتكاز العقلاء على غرض تجاري وهو التكتب والتجارة بالمال المشترك لغرض الاسترباح والاستنماء بتدبير كل واحد من الشريكين؛ رجاءً لحصول النفع الأكثر ببركة فكرته الاقتصادية وتجربته التجارية. وهذا الغرض الاقتصادي أمر مرتكز في أذهان العقلاء. وجرت عليه سيرتهم في الشركات العقدية.

والسر في ذلك أن الاسترباح - الذي هو غرض العقلاء في إيجاد عقد الشركة - لا يتحقق، إلا بازدياد رأس المال كمّاً وبحسب المقدار؛ لأن المال الأكثر له ربح أوفر وأكثر طبعاً وهذا حاصل بنفس المزج واختلاط الأموال أو بحسن كيفية الاتجار والتكتب بالمال المشترك. وذلك منوط بازدياد التدبير التجاري والتجربة الاقتصادية. والملاك الثاني إما حاصل بمشاورة الشركاء وتبادل آرائهم وسلاتهم وتضارب تجاربهم التجارية أو بإعمال كل واحد منهم تديره وتجربته التجارية مستقلاً. والملاك الأول يتوقف حصوله على اعتبار الإذن في كل معاملة وتجارة بخلاف الثاني لتوقف حصوله على جواز تصرف كل واحد منهما مستقلاً.

ولكن الأول حاصل قبل العقد بمجرد إيجاد الشركة بأحد أسبابها من مزج أو غيره. ولا تأثير للعقد في تحققه. فيبقى الثاني مستفاداً من العقد منحصراً. ولو لاه لأصبح العقد لغواً. هذا، ولا سيما بناءً على اعتبار الامتزاج أو أحد أسباب الشركة في صحة الشركة العقدية، كما عليه السيد الماتن رحمه الله؛ حيث إن الشركة حاصلة بنفس

المزج أو بأحد أسباب الشركة، فإذا لا تبقى لعقد الشركة فائدة غير إذن كل من الشريكين لصاحبه بالتكسب والتجارة بالمال المشترك بتدبيره التجاري وفكرته الاقتصادية مستقلاً.

وأما جواز التجارة بإذن كل منهما لصاحبه، فهو وإن لا ينافي السيرة العقلية في عقد الشركة، بل يلائمها كمال الملائمة، إلا أنه حاصل بنفس الإذن من غير دخل لعقد الشركة فيه. فيعود حينئذ محذور لغوية العقد.

### تفصيل شيخ الطائفة

نعم، يظهر من عبارة المبسوط جواز تصرف كل من الشريكين بعد عقد الشركة وتحقق المزج، لكن لا في الجميع، بل في خصوص نصيبه.

قال: «إذا عقدا الشركة على المالين وخطاهما، كان لكل واحد منهما أن يتصرف في نصيبه ولا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه حتى يأذن له فيه»<sup>١</sup>.

وقال في المفتاح بعد نقل عبارة المبسوط: «والتأويل ممكن»<sup>٢</sup>. ووجه التأويل لعله إرادة بيع سهمه المشاع على الوجه الكلي ونقله إلى الغير، من دون تصرف في عين المال المشترك، وإلا فهو موقوف على الإذن في تصرف كل جزء من أجزاء المشترك.

وعلل في المبسوط اعتبار إذن كل من الشريكين لصاحبه بالتصرف في سهمه في عقد الشركة في العروض - بعد حصول الشركة بتعليك كل منهما نصف ماله لصاحبه - بقوله: «لأن عقد البيع وعقد الشركة لا يتضمن الإذن في التصرف»<sup>٣</sup>.

١ - المبسوط ٢: ٣٤٨.

٢ - مفتاح الكرامة ٧: ٣٩٩.

٣ - المبسوط ٢: ٣٤٥.

ويتَّبَع في الإطلاق والتقييد، وإذا اشترطا كون العمل من أحدهما أو من كليهما معاً فهو المتَّبَع<sup>(١)</sup>. هذا من حيث العامل، وأمّا من حيث العمل والتكسّب، فمع إطلاق الإذن يجوز مطلقه<sup>(٢)</sup> ممّا يريان فيه المصلحة كالعامل في المضاربة، ولو عيّنا جهة خاصة - كبيع الأغنام أو الطعام وشرائهما أو البزازة أو غير ذلك - اقتصر عليه، ولا يتعدّى إلى غيره.

وقد عرفت ما في هذا الاستدلال بما ناقشنا به في الجواب عن كلام صاحب الجواهر. وحاصل الكلام: أنّ مقتضى القاعدة حسب ما يساعده الاعتبار والارتكاز في عقد الشركة، كفاية مجرد عقدها لإثبات إذن كلّ واحد من الشريكين لصاحبه في التجارة بالمال المشترك. وإنّما يستفاد الإذن من مقتضى إطلاق عقد الشركة وتجرّد الصيغة عن القرينة الصارفة. وهو الأقوى في المقام، إلّا أن تكون هناك قرينة صارفة عن ظهور إنشاء العقد بالصيغة في ذلك إلى خلافه.

١ - وذلك لدوران الإذن مدار الشرط. فكلّما تحقّق فيه الشرط يتعلّق به الإذن.  
٢ - والوجه في جواز مطلق التكسّب والتجارة بالمال عند إطلاق الإذن واضح؛ لشمول إطلاق الإذن في العمل مطلق التكسّب والتجارة. لكنّه لا بدّ أن يكون بمصلحة المال لخروج موارد ضرر المال وضياعه عن إذن المالك بلا إشكال؛ حيث لا غرض له من الإذن بالتكسّب والتجارة بالمال، إلّا الاسترباح وتحصيل المنفعة بذلك.

نعم، لو اتّفق الخسران والوضيعة، لا ضمان على العامل خاصّة، بل عليهما معاً؛ لأنّ من له الغنم فعليه الغرم. وقد دلّت على ذلك عدّة نصوص معتبرة

(مسألة ٩) : حيث إنَّ كلَّ واحد من الشريكين كالوكيل والعامل عن الآخر، فإذا عقدا على الشركة في مطلق التكسب أو تكسب خاص، يقتصر على المتعارف<sup>(١)</sup>، فلا يجوز البيع بالنسيئة ولا السفر بالمال إلا مع التعارف، والموارد فيهما مختلفة، وإلا مع الإذن الخاص، وجاز لهما كل ما تعارف من حيث الجنس المشتري والبائع والمشتري وأمثال ذلك. نعم لو عينا شيئاً لم يجز لهما المخالفة عنه إلا بإذن الشريك، وإن تعدى عما عينا أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف.

بالخصوص<sup>١</sup>، وإن وردت هذه النصوص في الشركة الحاصلة بالشراء - لا بعقد الشركة - إلا أنها تشمل المقام؛ لأنَّ ملك الشغل أصل الشركة، بأي عقد حصلت. والمقصود من خروج الإضرار بالمال وضياعه عن إذن المالك، خروج كل عمل وتكسب يقتضي بطبعه ضياع المال، بحيث لا يخفى ذلك على أهل العرف. وذلك لأنَّ الإذن للغير بالتصرف في المال في جهة التكسب إنما هو لمصلحة المال بالاستئمان والاسترباح، فما ليس بمصلحته خارج عن نطاق إذنه، فضلاً عما كان بضرره. ولو عيّن نوعاً معيناً أو جهة خاصة من التكسب والتجارة كالموارد المذكورة في المتن، لا يجوز التعدي إلى غيره؛ ضرورة وجوب الاقتصار على مورد الإذن.

### وجوب التكسب بالمتعارف في عقد الشركة

١ - لا خصوصية للوكالة والتوكيل والتوكّل في ذلك، بل إنَّ وجوب الاقتصار على المتعارف من التكسبات، إنما هو لأجل انصراف الإذن المطلق إلى ذلك بقرينة

جريان عادة أهل العرف، فيكون التعارف قرينة صارفة لإطلاق الإذن إلى ما جرت عليه سيرة العرف، بلا فرق بين كون الإذن بعنوان التوكيل أو بعنوان غيره من وجوه الإذن.

ومن هنا قال في جامع المقاصد: «وإنما ينزل الإطلاق على الأمور الغالبة في التجارة، كالبيع والشراء مرابحةً ومساومةً ومواضعةً وتوليةً وقبض الثمن، وإقباض المبيع، والمطالبة بالدين والحوالة والاحتيايل، والرد بالعيب، والاستشجار على مال الشركة، والمؤاجرة لأموالها، ونحو ذلك، بشرط مراعاة المصلحة كما في الوكيل»<sup>١</sup>. وقد لاحظت في كلامه أن وجوب الاختصار على المتعارف الغالب من التكتسبات إنما هو لانصراف إطلاق الإذن وتنزيله على الأمور الغالبة في التجارة، كما قلنا.

نعم، رعاية مصلحة الشريك في تصرف المال المشترك إنما هي بمقتضى الوكالة، كما يفهم من ذيل كلام المحقق الكركي؛ حيث قال: «بشرط مراعاة المصلحة كما في الوكيل»<sup>٢</sup>. وذلك لأن الموكل لا يوكل الوكيل، إلا لغرض تحصيل مصلحة ماله بفعل الوكيل، ومن هنا يجب على الوكيل مراعاة مصلحة موكله بمقتضى الغرض المبني عليه التوكيل. ولما كانت الشركة في الحقيقة من قبيل التوكيل والتوكل فيجب على كل شريك مراعاة مصلحة شريكه في تكتسباته ومعاملاته بالمال المشترك.

ومما يشهد لما قلناه ما قال في الحقائق، فإنه بعد ما حكم برعاية المصلحة في التصرف بقوله: «فإن أطلق في التصرف تصرف كذلك، وإن خصص اختص بما

١ - جامع المقاصد ٨: ٢٢.

٢ - نفس المصدر.

خصّصه، ويراعي فيه المصلحة»، استشهد لذلك بقول العلامة في التذكرة: «وقد صرح في التذكرة في غير موضع بأنّ إذن الشريك توكيلٌ فيجب حينئذٍ أن يُراعى فيه ما يجب مراعاته في الوكالة»<sup>١</sup>.

ومن هنا يجوز للشريك بيع النسيئة لو كان فيه مصلحة شريكه. وكذلك السفر بالمال المشترك للتجارة، وإن لم تكن النسيئة ولا السفر متعارفاً غالباً. والوجه فيه أنّ التوكيل والتوكّل - الذي هو حقيقة عقد الشركة وروحها - قرينة صارفة لإطلاق الإذن في عقد الشركة إلى ما فيه المصلحة من وجوه التكتّبات بالمال المشترك، فيجوز ذلك لكلّ واحد من الشريكين سواء كان متعارفاً أو لم يكن. نعم ما لم تُحرز فيه المصلحة يجب الاقتصار على ما هو الغالب المتعارف من التكتّبات.

وحاصل الكلام في المقام: أنّ لعقد الشركة حيثيتين:

إحدهما: كونها من العقود الإذنية وإطلاق الإذن محمول على المتعارف الذي جرت عليه عادة أهل العرف؛ لأنّه يعطى للإذن ظهوراً في المتعارف من التصرفات، كظهور إذن المضيف للضيف في التصرف المتعارف مع عدم وكالة في البين.

ثانيتهما: حيثية كونها من قبيل الوكالة والولاية على مال الغير. وهي تهتني على رعاية مصلحة المال المولّى عليه. فيجب على الشريك رعاية مصلحة مال شريكه بمقتضى الوكالة.

وبعبارة أخرى لما كان الإذن في التجارة بالمال من قبيل التوكيل يجب على المأذون - مضافاً إلى رعاية التعارف بمقتضى ظاهر الإذن - رعاية مصلحة المال بمقتضى الوكالة، وإن كانت الحثيتان متلازمتين في الشركة، بل في مطلق الإذن في

التجارة ولكن لا ينافي ذلك تفكيك الجهتين بالتحليل بلحاظ الحيثية التعليلية. بل  
حيثية الوكالة تقييدية؛ نظراً إلى تقيّد إذنه بمقتضى الوكالة؛ بمعنى الإذن لو خُلّي  
وطبعه وإن كان ظاهراً في مطلق التصرفات المتعارفة، إلا أنه لما كان الإذن بالتجارة  
من قبيل التوكيل يتقيّد بما تقتضيه الوكالة وينصرف إلى ما كان من التجارات  
المتعارفة بمصلحة المال.

وعليه فما يظهر من السيد الماتن من ابتناء لزوم رعاية مصلحة المال على  
حيثية الوكالة، ففي غير محله.



مركز تحقيقات فقهية إسلامية

(مسألة ١٠) : إطلاق الشركة يقتضي بسط الربح والخسران على الشريكين على نسبة مالهما<sup>(١)</sup>، فإن تساوى تساويا فيهما، وإلا يتفاضلان حسب تفاوته؛ من غير فرق بين ما كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوي فيه أو الاختلاف.

## تقسيم الربح والخسارة بين الشريكين

١ - وذلك لقاعدة تبعية النماء والربح لأصل المال. كما علّل بذلك الشهيد في المسالك؛ حيث قال: «لا ريب أن الربح تابع لرأس المال؛ لأنه نماؤه، فإذا كان مال أحدهما أزيد من مال الآخر، فله من الربح بنسبة ماله وإن عملا معاً؛ لتراضيهما بذلك على وجه لا يخالف المشروع؛ حيث جعل الربح تابِعاً للأصل»<sup>١</sup>. ولا خلاف في ذلك بين فقهاءنا، بل ادّعى عليه في الجواهر<sup>٢</sup> الإجماع بقسميه. نعم، نسب الشهيد؛ الخلاف إلى بعض العامة؛ حيث قال: «وخالف في ذلك بعض العامة»<sup>٣</sup>.

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣١١.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٠.

٣ - نفس المصدر.



هذا إذا عملاً معاً. وأما إذا عمل أحدهما مع تساوي المالين، فمقتضى السيرة العقلانية وارتكازهم كون سهم العامل أكثر؛ لأنهم يرون للعمل أيضاً حظاً من الربح، كما قلنا في باب المضاربة. وأما قاعدة تبعية الربح للمال، فلم ترد في آية أو رواية، حتى نتمسك بإطلاقها، كما أشرنا هناك، بل إطلاق هذه القاعدة مخالف للسيرة العقلانية في مثل المضاربة والشركة والمزارعة والمساواة مما فيه مالك وعامل. وأما النماء فقياسه بالربح مع الفارق وذلك لأنّ النماء جزء المال، ولا منشأ لتوليدته إلا أصل المال، بلا فرق بين المتصل والمنفصل. وهذا بخلاف الربح، فإنه مبال آخر يحصل بالتجارة والبيع والشراء والإجارة ونحوها، ولكل من رأس المال والعمل في توليد دخل، بل ربما يكون للعمل حظاً أكثر في حصوله. وقد جرت سيرة العقلاء على استحقاق العامل حظاً من الربح بإزاء عمله، كما أنّ للمالك حظاً منه بإزاء ماله. ومن هنا قلنا في كتاب المضاربة أنها ليست خلاف مقتضى القاعدة؛ نظراً إلى جريان السيرة العقلانية عليها. وقلنا إنّ نصوص المضاربة إمضاء لما جرت عليه سيرتهم.

هذا مقتضى القاعدة. ولكن المستفاد من نصوص المقام خلافها؛ حيث دلّت نصوص عقد الشريك<sup>١</sup> على كون الربح والخسران بين الشريكين، مع فرض كون العمل لأحدهما وإنّ الفقهاء تسالموا على ظهور تعبير «الربح بينهما» في التنصيف وعليه فيعلم من هذه النصوص نفي استحقاق حظ من الربح بالعمل في باب الشركة عند الشارع. وهي وإن وردت في عقد الشريك، ولكن المقام من قبيله من جهة أصل حقيقة الشركة وملاك استحقاق الربح. مع أنّه لا خلاف بين الفقهاء في بسط الربح والخسران عند الإطلاق بنسبة المالين.

ولو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المال، أو تساويهما فيه مع التفاوت فيه، فإن جعل الزيادة للعامل منهما أو لمن كان عمله أزيد صحّ بلا إشكال<sup>(١)</sup>.

## لو شرط تفاوت الربح مع تساوي المالين أو بالعكس

١ - والوجه في نفي الإشكال في ذلك أولاً: أنه مقتضى العدل بعد تساوي المالين. وثانياً: حصول الاتفاق وعدم الخلاف في ذلك، كما قال في الجواهر: «بل لا خلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة»<sup>١</sup>.

ولكن قال في الشرائع - بعد الحكم بصحّته - : «إنه بالقراض أشبه». وأشكل عليه في الجواهر<sup>٢</sup>. أولاً: بعدم قصد القراض، وثانياً: بعدم تماميته فيما إذا عملاً معاً وكان عمل أحدهما أكثر، وثالثاً: بعدم كون رأس المال من النقود. وكلامه متين وإشكاله وارد.

وعلى أيّ حال لا إشكال في صحّة اشتراط الزيادة للعامل من الشريكين أو لمن كان له عمل أكثر.

وقد وجّه السيد الخوئي الصحّة في المقام برجوع الشرط المزبور في المقام إلى اشتراط عقد المضاربة في ضمن عقد الشركة، وهذا يخالف ما يظهر من صاحب الشرائع؛ حيث إنّ ظاهر قوله: «إنه بالقراض أشبه» أنّ نفس عقد الشركة المشروط بذلك من قبيل المضاربة، ولكن ظاهر كلام هذا العلّم أنّ عقد الشركة على ما هو

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠١.

٢ - نفس المصدر: ٣٠٢.

عليه، إلا أن مرجع الاشتراط فيه إلى اشتراط عقد المضاربة.

ثم إن هذا العلم أجاب عن إشكال صاحب الجواهر بنفي محذور عدم كون رأس المال من النقود. وعلل ذلك بأن اعتبار كون رأس المال من النقدين - لو تم في المضاربة - فهو إنما في المضاربة المستقلة، دون ما إذا كان في ضمن عقد الشركة مثل المقام. وبين السر فيه أنه لا دليل على اعتبار ذلك هناك إلا الإجماع. وهو دليل لبي وحجة في القدر المتيقن منه، والقدر المتيقن منه ما إذا كانت المضاربة مستقلة، فهو قاصر عن إثبات اعتباره فيما إذا كانت المضاربة في ضمن عقد الشركة. هذا مضافاً إلى تحقق الإجماع على جواز اشتراط ذلك في المقام.

وفيه: أنه لو ثبت اعتبار قيد أو شرط في صحة معاملة بأي دليل فإنما هو ثابت لطبيعي تلك المعاملة وماهيتها. وما اعتبر في ماهية معاملة، لا يسقط اعتباره فيها باشتراطها في ضمن عقد آخر. فهل ترى لو اشترط بيع شيء في عقد إجارة أو عكسه أن يسقط لذلك بعض شرائط الإجارة أو البيع؟! فكذلك الكلام في المقام.

هذا، مع أن من أهم أركان المضاربة كون المال من أحدهما والعمل من الآخر. والمال في الشركة لهما معاً، كما أن العمل ربما يكون منهما معاً. فهي خارجة عن حقيقة المضاربة.

وإن جعلت لغير العامل أو لمن لم يكن عمله أزيد، ففي صحة العقد والشرط معاً، أو بطلانهما، أو صحة العقد دون الشرط، أقوال أقواما أولها<sup>(١)</sup>.

## لو جعلت الزيادة لغير العامل أو ذي العمل الأكثر

١ - مقصوده تقوية القول بصحة الشرط والعقد معاً، كما اختاره صاحب العروة<sup>١</sup>. وهذا أحد الأقوال الثلاثة في المسألة. وقد اختار هذا القول السيد المرتضى في الانتصار<sup>٢</sup>، والعلامة في التذكرة والتحرير والتبصرة والمختلف. ونقله أيضاً في المختلف<sup>٣</sup> عن والده وعن ظاهر ابن الجنيد. ووافقه ولده فخر المحققين<sup>٤</sup>. كل ذلك نقله الشهيد في المسالك<sup>٥</sup> والمحقق الكركي في جامع المقاصد<sup>٦</sup> والمحدث البحراني<sup>٧</sup> وغيره<sup>٨</sup>.

وقد اختار في الجواهر الصحة حينئذٍ مطلقاً، حتى إذا لم يعمل الشريكان، بل نمي المال في نفسه، فشرط لأحدهما زيادة في الربح مع تساوي المالين أو شرط تساويه مع اختلافهما. وبذلك أشكل على العلامة وغيره من اشتراط الصحة بعملهما

١ - العروة الوثقى ٥: ٢٨٠.

٢ - الانتصار: ٢٢٧.

٣ - مختلف الشيعة: ٤٧٩.

٤ - إيضاح الفوائد ٢: ٣٠١.

٥ - مسالك الأفهام ٤: ٣١١.

٦ - جامع المقاصد ٨: ٢٤.

٧ - الحدائق الناضرة ٢١: ١٦٣.

٨ - رياض المسائل ٩: ٦٠؛ مفتاح الكرامة ٧: ٤٠١؛ جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٠.

أو عمل أحدهما. قال في الجواهر - بعد بحث طويل في ذلك وتوجيه القولين الآخرين :- «هذا كله مما يشاء مع الخصم، وإلا فالمتجه الصحة مطلقاً، حتى إذا لم يعمل، بل نعى المال في نفسه، فما في القواعد من اشتراط الصحة بذلك - قال: ولو شرط التفاوت مع تساوي المالين أو التساوي مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملاً أو أحدهما؛ سواء شرطت الزيادة له أو للآخر - في غير محله؛ ضرورة انحصار السبب في استحقاق الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقق في صورتين كما هو واضح، وبذلك كله ظهر لك ما في كلام جملة من الأصحاب كالكركي وثاني الشهيدين وأتباعهما»<sup>١</sup>.

القول الثاني: بطلان الشرط وعقد الشركة معاً. وقد ذهب إليه الشيخ الطوسي<sup>٢</sup> وصاحب الشرائع وابن إدريس في السرائر وجماعة آخرون منهم ابن البراج في جواهر الفقه<sup>٣</sup> والمحقق الكركي في جامع المقاصد<sup>٤</sup> وشرح الإرشاد واللمعة والمفاتيح.

القول الثالث: ما حكي عن الغنية والنافع وجامع الشرائع. وفي المسالك: قال به أبو الصلاح الحلبي. وهو صحة الشركة دون الشرط، وكون شرط الزيادة إباحة لها وجواز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية. فإنه - بعد ذكر شروط صحة عقد الشركة - قال: «فإذا تكاملت هذه الشروط، انعقدت الشركة وأوجبت لكل واحد من الشريكين من الربح بمقدار ماله ومن الوضعية بحسبه. فإن اختلفوا في الربح على

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٢.

٢ - المبسوط ٢: ٣٤٩؛ الخلاف ٣: ٣٣٢، المسألة ٩.

٣ - جواهر الفقه: ٧٣، المسألة ٢٤٧.

٤ - جامع المقاصد ٨: ٢٥.

أكثر من ذلك، حلّ تناول الزيادة بالإباحة، دون عقد الشركة، ويجوز لمبيحها الرجوع بها ما دامت عينها قائمة، وإن اشترط في عقد الشركة تفاضلاً في الوضعية، صحّت الشركة وبطل الشرط وكان الوضعية بحسب الأموال، إلا أن يتبرّع أحد الشريكين على الآخر. فإن كان أحد الشريكين عاملاً في البضاعة فجعل له الآخر فضل الربح بإزاء عمله، لم يعض الشرط وكان للعامل أجر عمله ومن الربح بحسب ماله. وإن كانا متساويين في العمل لم يكن لأحدهما أجر<sup>١</sup>.

وقد اختار هذا القول السيد الخوئي<sup>٢</sup>.

وقد استدل السيد الخوئي<sup>٣</sup> للقول الثالث - وهو صحّة عقد الشركة وفساد الشرط بما حاصله: أنّ اشتراط الزيادة لغير العامل أو لغير ذي العمل الأكثر، وإن لا ينافي مقتضى عقد الشركة، إلا أنّه مخالف للسنة الدالة على تبعية النماء والربح للمال، فهو شرط مخالف للسنة فيصير فاسداً، دون عقد الشركة. وقال في بيان ذلك ما لثّه: إنّ مقتضى السنة كون الربح لصاحب المال؛ لما دلّت عليه من تبعية الربح للمال في الملكية.

فإذا كان الربح المشروط كونه لغير صاحب المال، موجوداً بالفعل وداخلاً في ملك الشارط - كما لو كان ربحاً لتجارة سابقة - فلا مانع من اشتراط كونه للغير؛ لأنّ المالك مسلّط على ماله يتصرّف فيه كيف شاء.

وأما إذا لم يكن موجوداً بالفعل - كما هو مفروض المسألة - يكون اشتراط ملكيته للغير من قبيل تمليك المعبوم، ومن المسلّم اعتبار كون ما يراد تمليكه

١ - الكافي في الفقه: ٣٤٣.

٢ - المباني في شرح العروة الوثقى ٣١: ٢٠١ - ٢٠٢.

٣ - نفس المصدر: ٢٥٨ - ٢٥٩.

موجوداً حال الاشتراط وداخلاً في ملك المملّك. ومن هنا لا يصحّ تملك المعدوم. ولأنجل ذلك لم يتوقف أحدٌ في بطلان هذا الشرط في ضمن عقد البيع؛ كأن يشترط البائع على المشتري في بيع عقد الدار أن يكون أرباح بستانه له. ومن الواضح عدم كون الشرط مشرعاً، بل إنما تدلّ أدلة الشرط على لزوم الوفاء به إذا كان في نفسه مشروعاً سائغاً غير مخالف للكتاب والسنة. فلا مناص إذاً من تحكيم قاعدة تبيعية الربح للمال.

ولا يخفى أنّ ظاهر كلام هذا العلم وإن يرجع إلى الاستدلال في المقام بوجهين مستقلّين. أحدهما: قاعدة التبيعية. والآخر: قاعدة تملك المعدوم.

ولكن التأمل يقضي برجوع الوجه الأوّل إلى الثاني، بل الاستدلال يتوقف على الوجه الثاني، وإلاّ فقاعدة التبيعية تقتضي خلاف مطلوب هذا العلم.

بيان ذلك: أنّ قاعدة «الناس مسلّطون على أموالهم» تقتضي جواز جميع تصرّفات المالك على ماله وما يتّبعه من النمات والأرباح؛ لأنّ الفرع تابع للأصل والربح تابع للمال. فإذا كان مسلطاً على ماله فكذلك على ما هو تابع له. فكما يجوز تصرّفه في عين ماله، فكذلك يجوز تصرّفه في ما يتّبعه من النمات والأرباح بمقتضى قاعدة السلطنة.

ولكن لما كان الربح الحاصل بتجارة المال معدوماً حين إنشاء عقد الشركة، وليس من قبيل ما كان منشؤه بيد الإنسان في كلّ آن، كما في منفعة العمل الذاتية في إجارة الأشخاص - لما بيّناه سابقاً أنّها في حكم المال - ولما كان من شرط صحة تملك الشيء كونه مملوكاً للمملّك، والمعدوم لا وجود له حتّى يكون مملوكاً، فلا يصحّ تملك حصّة من الربح - الحاصل بالتجارة بالمال المشترك في المستقبل - لأنّها معدومة غير قابلة للتملك والتملك.

وعلى أي حال فساد هذا الشرط لا يوجب فساد عقد الشركة؛ نظراً إلى ما حقق وثبت في محله من عدم فساد العقد بفساد الشرط.

ثم إن هذا العلم ردّ التفصيل بين شرط ملكية أحدهما الزيادة ابتداءً وبنفس العقد؛ بأن ينتقل المقدار الزائد إليه قبل أن يدخل شيء منه في ملك الشريك الشارط، فيحكم ببطلانه لمخالفته للسنة، وبين شرط تملكه لها بعد دخوله في ملك الشريك ولو آنأما فيصح؛ نظراً إلى عدم منافاة الثاني لقاعدة التبعية.

وعلى ردّ ذلك بأن شرط الفعل أيضاً يتضمّن تمليك المعلوم حال الاشتراط، وإن لا ينافي قاعدة تبعية الربح لأصل المال.

ثم استدلل لإثبات مرامه، من صحة العقد مع فساد الشرط - مضافاً إلى ما بني عليه من مقتضى القاعدة، من عدم بطلان العقد بفساد الشرط - بصحيفة رفاعة، قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جارية له، وقال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح، وإن كانت وضيفة فليس عليك شيء، فقال: «لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية»<sup>١</sup>.

بتقريب أنّ المشار إليه بهذا في قوله عليه السلام: «لا أرى بهذا بأساً» هو الشرط. وظاهره فساد الشرط؛ لدلالة ما ورد فيها من تعليق نفي البأس على طيبة نفس صاحب الجارية على ذلك؛ حيث إنّه لو كان الشرط صحيحاً لم يكن وجهاً لاعتبار طيب النفس، بل لكان الشرط نافذاً مطلقاً وكان صاحب الجارية مجبوراً عليه، سواء أ طابت نفسه أم لا.

وليس المشار إليه نفس العقد. وذلك لأنّ حصول طيب نفس صاحب الجارية أمرٌ مفروغ عنه؛ لفرض إقدامه على عقد التشريك، فلا معنى لتعليق جواز العقد



على طيب نفسه بعد فرض كونه هو الذي أقدم على العقد.

هذا، ولكن في استشهاده بهذه الصحيحة ما لا يخفى؛ إذ الصحيحة تدلّ بوضوح على صحة الشرط؛ نظراً إلى وضوح ظهور قوله عليه السلام: «لا أرى بهذا بأساً» في صحة الشرط - وهو شرط عدم كون شيء من الوضعية عليه - وأما قوله عليه السلام: «إذا طابت...» فهو بيان لا اعتبار كون الاشتراط المزبور عن طيب نفس صاحب الجارية، وعدم كفاية مجرد ذكر الشرط لفظاً والمقصود أنه إذا رضي بذلك الشرط الذي بضرره فاشترطه باختياره وإرادته فلا بأس. وهذا التعبير في الجواب عن السؤال المزبور في مثل هذا المورد متعارف. وليس المراد به التعليق حقيقة، فلا يضر بصحة الشرط.



### تصحیح الشرط بنحو شرط الفعل

وهاهنا صورة من الاشتراط لا يستلزم محذور تملك المعدوم. وهي اشتراط هبة مقدار من الربح لأحدهما - زائداً عن استحقاقه - بنحو شرط الفعل. بأن يلتزم بهذا الاشتراط فعل تملك ذلك المقدار عند حصول الربح. فلا يلزم حينئذ محذور تملك المعدوم؛ لعدم كون التملك فعلياً حال كون الربح معدوماً، بل إنما هو حاصل بعد حصول الربح وتحققه في الخارج، إلا أن الالتزام بذلك فعلياً بنفس الاشتراط.

بل يمكن دعوى ظهور اشتراط زيادة الربح لغير العامل أو لمن كان عمله أقل في الاشتراط بهذا المعنى؛ لأنه المتفاهم العرفي بعد وجود القرينة الصارفة الارتكازية العقلانية - بل العقلية - على امتناع تملك المعدوم وخروجه عن مراد طرفي الشرط. وهذه القرينة الارتكازية العرفية تعطي الظهور للاشتراط المزبور في المعنى الأخير؛ أي شرط فعل تملك الربح عند حصوله.

ويمكن تصحيح هذا الشرط أيضاً بنحو آخر، وهو كون الاشتراط راجعاً إلى تعلّق التمليك الفعلي بالربح الموجود في ظرف تحقّقه. وهذا يرجع في الحقيقة إلى تعلّق متعلّق التمليك، لا التعلّق في نفس التمليك حتّى تأتي شبهة استحالة التعلّق في إنشاء التمليك. كما يمكن تصحيح التعلّق في العقود ودفع شبهة استحالة التعلّق في العقود بهذا النحو.

وحاصل هذا الوجه أنّ التمليك فعلي ويُنشأ بنفس الاشتراط، إلّا أنّه تعلّق بالربح الحاصل الموجود في ظرف وجوده عند ما حصل بالاتّجار، وإن شئت فقل: إنّ متعلّق التمليك إنّما هو معلّق على تحقّقه ووجوده الخارجي، لا نفس التمليك.

وهذا التصحيح أوفق بالمتفاهم العرفي وأقرب إلى ارتكاز أهل العرف من توجيه الاشتراط المزبور بشرط الفعل.

والشاهد على ذلك أنّه لا ينتظر الشريك المشروط له بعد حصول الربح تمليك الشارط القدر الزائد له، بل يراه داخلاً في ملكه بمجرد حصوله ويتملّكه من دون انتظار لتمليكه من جانب الشارط. وهذا الارتكاز يكشف عن حصول التمليك بنفس الاشتراط وإنّ كان فعلياً. وعليه فالظاهر عرفاً من الاشتراط المزبور ما قلناه.

ولا فرق في ذلك بين اشتراطها للعامل أو لغيره، ولا بين اشتراطها لمن كان عمله أكثر أو أقلّ. فالمحذور المزبور مرتفع في كلتا صورتين، ولو لا حلّ هذه العويصة بالتوجيه الذي ذكرنا، فلا مناص منها في كلتا صورتين بلا فرق بينهما، اللهم إلّا أن تخرج الصورة الأولى - أي صورة اشتراطها للعامل أو أكثر عملاً - بالإجماع.

وعليه فكما يصح عقد الشركة، فكذلك يصح اشتراط تخصيص مقدار من الربح بأحد الشريكين، من دون أي محذور. ولا ملزم لنا حينئذٍ لتصحيح الشرط أن نلتجئ إلى التمسك بعدم سراية الفساد من الشرط إلى العقد، كما التجأ إليه هذا القلم.

### دليل بطلان العقد والشرط كليهما

وقد استدلل الشهيد في المسالك<sup>١</sup> لبطلان العقد والشرط كليهما في المقام. أولاً: بأن الصحة بحاجة في إثباتها إلى دليل، وهو منتفٍ في المقام؛ لأن أسباب الملك معدودة وليست عقد الشركة منها. ولم يقع اشتراطها في عقد معاوضة حتى تُضمَّ إلى أحد العوضين، ولا عقد هبة في البين ليقتضي ملكيتها. وعليه فيكون اشتراطها من قبيل اشتراط كون مال للغير بغير سبب ناقل للملك، مثل ما لو دفع إليه دابة للكراء متبئاً على كون الأجرة الحاصلة لهما، فيبطل العقد المتضمن لذلك؛ حيث لم يقع سهم الشخص المدفوع إليه الدابة في مقابل عوض، بل يرجع إلى الجمع بين العوض والمعوض. وما نحن فيه من هذا القبيل في الحقيقة، فلا يندرج في الأمر بالإيفاء بالعقود، ولا في عموم «المؤمنون عند شروطهم».

وليست الشركة تجارة لكي تصح لأجل حصول التراضي باندراجها في آية التراضي، إلا أن يكون الشرط للعامل فيكون معاوضة وتجارة؛ نظراً إلى وقوع الزيادة بإزاء العمل حينئذٍ.

وثانياً: بأنه أكل المال بالباطل؛ لأن الزيادة لا عوض في مقابلها لكي تقع

بإزائها؛ لفرض عدم كونها بإزاء عمل<sup>١</sup>.

إن قلت: التصرف في مال الغير إنما يكون حراماً وأكلاً بالباطل إذا لم يكن برضا المالك وطيب نفسه. وأما إذا كان بطيب نفسه ورضاه - كما في المقام - فلا يكون حراماً.

قلت: ليس مقصود الشهيد حرمة أصل التصرف؛ لوضوح ارتفاعها بإذن المالك ورضاه وإباحته للتصرف، بل مراده منع جواز التصرف المالكى المتوقف على حصول التملك، كما هو المراد من قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ<sup>٢</sup>﴾؛ لأن من الواضح جواز التصرف في مال الغير بإذنه ورضاه وإباحته كتصرف الضيف في مال المضيف، بل مطلق موارد التصرف في مال الغير عند رضاه وطيب نفسه، مع عدم صدق عنوان التجارة والمعاوضة في شيء من هذه الموارد.

مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی اسلامی

١ - قال في تعليل فساد العقد والشرط: لاتقاء دليل يدل على الصحة، ولأنه أكل مال بالباطل، لأن الزيادة ليس في مقابلها عوض، لأن الفرض أنها ليست في مقابلة عمل، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبة، والأسباب العشرة للملك معدودة، وليس هذا أحدها، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابة يحمل عليها، والحاصل لهما، فيبطل العقد المتضمن له؛ إذ لم يقع التراضي بالشركة والإذن في التصرف، إلا على ذلك التقدير وقد تبين فساد، فلا يندرج في الأمر بالإيفاء بالعقود، ولا في «المؤمنون عند شروطهم». وليست الشركة تجارة إلا أن يكون الشرط للعامل، وجوازه مسلم، فلا تتناول آية التراضي. وهذا يتم مع عدم زيادة عمل ممن شرطت له الزيادة وإلا لكان معاوضة وتجارة، ولم يرد عليه ما ذكر، فينبغي على هذا تقييد الجواز بذلك. مسالك الأفهام ٤: ٣١٢.

وفيه: أنا نمنع عدم كون عقد الشركة من قبيل التملك، وإلا كيف يدخل نصف مال كل منهما في ملك الآخر ويتحقق الإشاعة في ملكية جميع أجزاء المال لهما؟! فعقد الشركة في الحقيقة يتضمن قصد تملك كل منهما نصف ماله للآخر، وبذلك تحصل لهما ملكية جميع أجزاء المال المشترك على وجه الإشاعة، فما من جزء منه إلا وهو ملك لهما معاً. وهذه الملكية الإشاعية، وإن حصلت بنفس المزج ونحوه من سائر أسباب الشركة، إلا أنه لما تعلق القصد بها بإنشاء عقد الشركة يصير بذلك تملكاً معاوضياً.

بمعنى أنهما يتراضيان بالملكية الإشاعية على أن يدخل نصف مال كل منهما في ملك صاحبه متقابلاً وعلى وجه المعاوضة. وإن شئت فقل: يقصد كل منهما أن يدخل نصف ماله في ملك الآخر بإزاء دخول نصف مال صاحبه في ملكه، وإنشاء عقد الشركة مبني على هذا القصد بشهادة الوجدان والارتكاز والمتفاهم العرفي من إنشاء عقدها بمثل قولهما: «اشتركتنا أو شاركنا».

وعليه فعقد الشركة من قبيل المعاوضة والتجارة في الحقيقة. وذلك لأن كل واحد من الشريكين يقصد بإنشاء عقد الشركة كون نصف ماله لشريكه بإزاء دخول نصف مال شريكه في ملكه. نعم لا يتلفظان بهذا التملك، إلا أنه مطوي ومنوي في قولهما: «تشاركنا أو اشتركتنا» بالارتكاز وحسب المتفاهم العرفي. وهذا من إحدى فوائد إنشاء عقد الشركة الدافعة لمحذور اللغوية. فتصير الشركة به عقداً معاوضياً. وبعبارة أخرى: يكشف إنشاء عقد الشركة عن تعلق رضاها المعاملي بالشركة؛ بأن يدخل نصف ماله في ملك شريكه بالإشاعة بإزاء دخول نصف مال شريكه في ماله على الإشاعة. فإن بهذا الالتزام المعاملي والرضا المعاوضي - الذي هو روح الشركة العقدية - يصير عقد الشركة معاوضياً.

والعجب من الشهيد أنه ينكر كون عقد الشركة من أسباب الملك، مع أنه يعترف قطعاً بحصول الملكية المشاعة حقيقةً للشريكين في جميع أجزاء المال المشترك بنفس عقد الشركة. فهل هي إلا ملكية جديدة حاصلة بعقد الشركة ولم تكن من قبل، ولا سيما بناءً على عدم اعتبار الامتزاج في عقد الشركة.

وبما بيّناه اتضح وجه عدم كون التصرف في الزيادة المشتركة من الربح لغير العامل أكلاً بالباطل؛ نظراً إلى صحة الشرط، بل لزوم الوفاء به لوقوعه في ضمن عقد شرعي.

### مقتضى التحقيق في المقام

فتحصل أن مقتضى التحقيق صحة عقد الشركة في مفروض المسألة مطلقاً، سواء أ قلنا بفساد الشرط المزبور أم قلنا بصحته.

وأما الشرط نفسه، فإذا كان على نحو شرط النتيجة يفسد مطلقاً، من دون فرق بين نحويه المشار إليهما في التفصيل الذي ردّه السيد الخوئي آنفاً؛ نظراً إلى لزوم محذور تملك المعدوم في النحويين منه.

وأما إذا كان على نحو شرط الفعل، أو كان راجعاً إلى تعلق التملك الفعلي بالربح المتحقق في ظرفه - الذي مرجعه إلى تعليق متعلق التملك - بالبيان المتقدم منّا، فلا إشكال في صحته كما قلنا.

فحاصل التحقيق: صحة العقد مطلقاً في المقام، وصحة الشرط المزبور إذا كان على نحو شرط فعل تملك الزائد عند حصول الربح. فالحق مع السيد الماتن في صحة الشرط على النحو الذي فصلناه.

(مسألة ١١) : العامل من الشريكين أمين<sup>(١)</sup>، فلا يضمن التلف إلا مع التعدي أو التفريط. وإن ادعى التلف قبل قوله<sup>(٢)</sup>.

## العامل من الشريكين أمين

١ - قال العلامة في القواعد: «الشريك أمين لا يضمن ما تلف في يده، إلا بتعداً أو تفريطاً». وعلمه في جامع المقاصد<sup>١</sup> بأنه وكيل عن جانب شريكه. ويفهم من كلام صاحب الشرائع تعليل عدم ضمانه بأنه أمين؛ حيث قال: «ولا يضمن الشريك ما تلف في يده؛ لأنه أمانة، إلا مع التعدي أو التفريط في الاحتفاظ». وفي الجواهر<sup>٢</sup> نفى الخلاف والإشكال عن ذلك والدليل على ذلك - بعد التسالم - ما دلّ من النصوص على نفي الضمان عن الأمين. وأما كون العامل أميناً فهو ثابت بالوجدان العرفي مع دلالة النصوص على ذلك أيضاً<sup>٣</sup>.

٢ - يُحتمل في مقصود السيد الماتن من هذه الفقرة وجهان:

الأول: كون مراده صورة تخصم الشريكين في أصل تلف المال المشترك بيد العامل فيدعيه العامل وينكره شريكه فيقبل حينئذ قول العامل؛ لأنه أمين ولا يطالب بالبيّنة. وهو كذلك ما دام لم يكن متّهماً، لما دلّ من النصوص على عدم قبول قوله إذا كان متّهماً وقد سبق البحث عن مفاد هذه النصوص في كتاب المضاربة.

١ - جامع المقاصد ٨: ٢٧.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٨.

٣ - راجع وسائل الشيعة ١٩: ١٥٥، كتاب الإجارة، الباب ٣٢ و ١٩: ٧٩، كتاب الوديعة، الباب

٤ و ١٩: ٩٦، كتاب العارية، الباب ٣.

وكذا لو ادعى الشريك عليه التعدي والتفريط وقد أنكر<sup>(١)</sup>.

الثاني: أن يكون مقصوده دعواه التلف بمعنى عدم إتلافه بالتعدي والتفريط؛ لأنه الظاهر من لفظ التلف. فحينئذ قول العامل وإن يكن دعوى بحسب متن كلامه ولفظه، إلا أن مصبّه ومرجعه إلى إنكار التعدي والتفريط. فهو يدعي في الحقيقة تلف المال بغير تعديه وتفريطه. ومرجع ذلك إلى إنكار التعدي والتفريط. والاحتمال الثاني هو الأنسب إلى عنوان المسألة بأن العامل لا يضمن التلف، إلا مع التعدي والتفريط. فإن ذيل المسألة تفريع على صدرها.

١ - وقد نفى الخلاف والإشكال في الجواهر عن قبول قوله مع يمينه. ولكنه علّله بأنه منكر، والبيّنة على المدعي واليمين على من أنكر؛ هذا.

لماذا يكون على العامل اليمين في قبول إنكاره؟

ولكن يخطر بالبال في البداية أن قاعدة المدعي والمنكر لا تجري في حق العامل، بل إنما هي المرجع في غيره. وذلك لأن وجه تقديم قوله إنما هو كونه أميناً، والأمين مقبول قوله ومصدّق في دعواه مطلقاً، سواء كانت في أصل التلف أو في مقداره. وذلك بدليل النصوص المتواترة واتفاق الأصحاب، من دون فرق في ذلك بين ما رجع قوله إلى الدعوى وصدق عنوان المدعي عليه، وبين رجوعه إلى الإنكار ودخوله في عنوان المنكر. وقد سبق ذكر هذه النصوص وتحقيق مفادها في كتاب المضاربة.

وعليه فالأمين لا يحتاج لإثبات دعواه إلى البيّنة، بل يكفي يمينه؛ بخلاف غير الأمين؛ فإنه يحتاج في إثبات دعواه إلى البيّنة. فلاستناد إلى قاعدة المدعي والمنكر في مورد الأمين في غير محله.



وكذلك الكلام في الحاجة إلى اليمين إذا كان العامل منكرًا؛ نظرًا إلى عدم جريان قاعدة «واليمين على من أنكر» في حق العامل المنكر؛ لأنه أمينٌ مصدق في قوله مطلقاً، سواءً أكان مدعياً أم منكرًا.

ولكن الفقهاء مع ذلك قد حكموا بلزوم اليمين على العامل، وإن كان أميناً كما في الجواهر<sup>١</sup> وغيره، بلا فرق بين كونه مدعياً أو منكرًا. ولا يخفى عليك أنه منافاة في البين. والسر في ذلك أن مقتضى كونه أميناً نفى الضمان عنه فيما إذا تلف ما بيده من غير تعدٍّ وتفريط، بخلاف غير الأمين، فإنه يضمن مطلقاً.

وأما إثبات كون التلف بغير تعدٍّ وتفريط، فهو بحاجة إلى الدليل، وكونه أميناً لا يغنيه من ذلك. ولما يرجع قوله إلى إنكار التعدي والتفريط من جانبه مطلقاً - ولو كان بصورة الدعوى ظاهراً - فعليه أن يحلف لإثباته؛ لأنه منكر، واليمين على من أنكر. نعم بعد ما ثبت عدم التعدي والتفريط بيمينه يُنفى عنه الضمان بمقتضى كونه أميناً. بخلاف ما لو لم يكن أميناً، حيث لا ينفع إثبات عدم تفريطه باليمين لنفى الضمان عنه؛ لأنه ضامن مطلقاً، وإن تلف ما في يده بغير تفريطه وتعدّيه.

وعليه فقاعدة «المدعي والمنكر» إنما تثبت موضوع قاعدة «لا ضمان على الأمين»، وهو التلف بغير تعدٍّ وتفريط.

واتضح ممّا بيّنناه وجه حكمهم بيمينه لإثبات دعواه، وهو رجوع دعواه في الحقيقة إلى إنكار التفريط والتعدي من جانبه.

(مسألة ١٢) : عقد الشركة جائز من الطرفين<sup>(١)</sup>، فيجوز لكل منهما فسخه

فيفسخ.

### الشركة عقد جائز

١ - قد اشتهر التعبير بذلك بين الفقهاء، كالمحقق الحلي والعلامة والمحقق الكركي والشهيد الثاني وغيرهم. بل عن الغنية والتذكرة الإجماع عليه. وهل الجواز هاهنا بمعنى زوال أصل الشركة بالفسخ، أو بمعنى جواز رفع الإذن ومطالبة القسمة لكل من الشريكين؟ ينبغي فيه التحقيق.

قال العلامة في القواعد: «ويجوز الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة؛ إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين»<sup>١</sup>.

وعلله في جامع المقاصد بقوله: «لما كانت الشركة عبارة عن توكيل وتوكّل، كان فسخها جائزاً من الطرفين كالوكالة، فمتى رجعا عن الإذن انفسخت من الجانبين»<sup>٢</sup>. وظاهره فسخ أصل الشركة لظهور التعليل في انتفائها وزوالها بالفسخ كزوال التوكيل به.

١ - قواعد الأحكام ٢: ٣٢٧.

٢ - جامع المقاصد ٨: ٢٢.

وقال في الشرائع: «ولكلّ من الشركاء الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة، لأنها غير لازمة»<sup>١</sup> وقال في المسالك في شرحه: «الشركة بمعنيها غير لازمة»<sup>٢</sup>. ومقصوده من المعنيين الشركة العقدية وغيرها. ثمّ استظهر من قول المحقق: «المطالبة بالقسمة» غير العقدية، بل جعلها من أحكام الشركة. ومن قوله: «الرجوع في الإذن» العقدية.

ثمّ جعل الأنسب في قوله: «غير لازمة» أن يكون إشارة إلى العقدية. ولكن يظهر من الجواهر<sup>٣</sup> أنّ الجواز في المقام إنّما هو بمعنى الرجوع عن الإذن في التصرف. وذلك لأنّ عقد الشركة تارة: يراد به التزام كلّ واحد من الشريكين بإذن صاحبه بالتصرف في سهمه. فهذا في الحقيقة ليس عقداً، بل من أحكام الإذن، وإنّنه ليس من العقود قطعاً، نحو الإذن في دخول الدار وأكل الطعام، بل لو جعل الإذن في المقام عقداً، فليس إلا وكالة، لا شركة. وأخرى: يراد به إنشاء الشركة بمثل صيغة: «اشتركنا»، أو «شاركنا». وإنّنه عقد لازم لا ينافيه بطلان الشركة بالقسمة، كما لا ينافي لزوم البيع بالإقالة<sup>٤</sup>.

وحاصل كلامه: أنّ الذي هو عقد جائز من الطرفين وينسخ، هو عقد الشركة المنشأ للإذن في التصرف، بل ليس عقداً في الحقيقة وإنّما هو مجرد إذن في التصرف. فلمّا كان ثبوته بالإذن يزول بالفسخ، فلا يجوز حينئذٍ لهما التصرف في المال المشترك.

١ - شرائع الإسلام ٢: ١٠٧.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣١٥.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٦.

٤ - راجع جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٢.

وكلامه - مع ما له من العناية - لا يخلو من مناقشة. وهو أن عقد الشركة لو كان بمعنى التزام كل من الشريكين إذن الآخر بالتصرف في ماله لا مانع من إطلاق عنوان العقد عليه. وأما لو كان بمعنى سبب الملكية الإشاعية أو الإشاعة في الملكية، فلا يمكن الالتزام بسببته لذلك؛ لفرض حصول الإشاعة في الملكية بالمرج ونحوه، فلا معنى لسببية العقد لذلك. فلا دخل للعقد في أصل حصول الشركة. وعليه فالشركة الحاصلة بالمرج ونحوه، ليست عقداً فضلاً عن اتصافه باللزوم. فلا مناص من تعينه في المعنى الأول؛ أي بمعنى التزام كل من الشريكين إذن الآخر بالتصرف. ويمكن عده عقداً بضرب من العناية.

وإن للمحقق الخوئي بياناً آخر نظير ذلك في المقام. وحاصله: أن الجواز في المقام ليس بمعنى ارتفاع الشركة وزوالها بالفسخ؛ لأنها موجودة ما دام لم تتحقق القسمة في الخارج، بل إنما هو بمعنى جواز مطالبة كل منهما القسمة وعدم جواز امتناع صاحبه منها.

ثم قال في توضيح ذلك ما حاصله: أن الشركة تارة؛ تلاحظ بالقياس إلى أصل المال، فانفاسخها يدور مدار تحقق القسمة في الخارج؛ لأنها في الحقيقة الملكية المشاعة الاشتراكية، وهي لا تتبدل بالملكية الاختصاصية، إلا بالقسمة.

وأخرى؛ تلاحظ بالقياس إلى الربح الحاصل من التجارة. فإن استحقاق الربح إنما يثبت بإذن الشريك بالتصرف في سهمه ولا دخل لعقد الشركة في ذلك. وإن بقاء الإذن كحدوثة بيد الآذن، فله أن يرجع عن إذنه ويرفعه متى شاء. وإذا رجع لا يجوز لشريكه التصرف في المال المشترك. وهذا المعنى هو المقصود من الجواز في المقام.

وكلامه هاهنا متين لا غبار عليه، إلا أنه يناقض ما سبق من هذا العلم، من عدم كون عقد الشركة مفيداً للإذن بالتصرف في المال المشترك، بل لا بدّ بعد العقد من إذن كل من الشريكين لصاحبه بالتصرف.

وجه المناقضة أنه لو لم يكن الإذن ثابتاً بنفس عقد الشركة فكيف يرتفع بالفسخ؟ فلا بدّ من ثبوته بالعقد حتى يزول بالفسخ.

فحصل أن الإذن بالتصرف في المال المشترك لمّا كان مستفاداً من نفس إنشاء عقد الشركة بمثل قول: «اشتركنا» أو «شاركنا»، فلا محالة يرتفع الإذن بقوله: «فسخت عقد الشركة».

وأما في دلالة على مطالبة القسمة محلّ تأمل، بل الظاهر عدم دلالة للفسخ على ذلك. بل غاية مدلوله انتفاء عقد الشركة، لا أصلها. وإنما تبقى الشركة على حالها قبل العقد، قهرية كانت أم اختيارية. والإشكال بعدم الفائدة لها بعد فسخ العقد، مدفوع بأن فائدها في نماء المال المشترك أو ازدياد قيمتها بنفس المزج أو بارتفاع القيمة السوقية. هذا، مع عدم دوران بقاء الشركة مدار وجود فائدة ومصلحة فيها، كما في الشركة القهرية الحاصلة بالمزج القهرية.

فحصل أن فسخ عقد الشركة إنما هو بمعنى رفع إذن الفاسخ بالتصرف في المال المشترك، ولا دلالة له على مطالبة القسمة، بل إنما ترجع الشركة إلى حالها قبل العقد. ومطالبة القسمة بحاجة إلى دالّ لفظي آخر غير فسخ العقد.

### مقتضى التحقيق في المقام

والذي يقتضيه التحقيق: أن فسخ عقد الشركة في المقام إنما هو بمعنى رفع الإذن بالتصرف في المال المشترك. وإنه كما يستفاد إذن كل من الشريكين لصاحبه بالتصرف في ماله، من نفس إنشاء عقد الشركة بالصيغة - كما بيّنا وجه ذلك

سابقاً - كذلك يستفاد رفع الإذن من فسخ عقد الشركة. وهذا من أحد شواهد كون فائدة إنشاء عقد الشركة إذن كل من الشريكين صاحبه بالتصرف في المال المشترك للأتجار والتكسب به.

وأما أصل الشركة فلما كان ثبوته بالمزج ونحوه، ولم يكن لعقد الشركة دخل فيه، لا ينتفي بفسخ العقد، بل إنما ينتفي بالقسمة المزيله للملكية الإشاعية الاشتراكية بتبديلها إلى الملكية المفردة الاختصاصية.

إن قلت: إيجاد عقد الشركة لما كان لغرض الاسترباح بالمال المشترك وتحصيل الربح المشترك بالتجارة، يكون فسخ العقد بمعنى انتفاء هذا الغرض ورفع استحقاق سهم من الربح مشاعاً.

قلت: ربح المال المشترك على قسمين: أحدهما: نماؤه المتصلة والمنفصلة. وهذا القسم من الربح حاصل من نفس المال المشترك بلا وساطة تجارة أو تكسب. ثانيهما: الربح الحاصل بالتجارة والتكسب بالمال المشترك.

وهذا النوع من الربح لما يتوقف حصوله على التجارة والتكسب بالمال المشترك والتصرف فيه، لا يحصل الشركة فيه بمجرد الشركة في أصل المال - كالنوع الأول - بل إنما تتوقف الشركة فيها على إذن الشريك بالتصرف في ماله للتجارة. فعقد الشركة في الحقيقة يفيد الشركة في هذا القسم من الربح، لا الشركة في النماء.

وعليه ففسخ عقد الشركة يرفع الإذن الذي هو منشأ النوع الثاني من الربح.

والظاهر بطلان أصل الشركة به فيما إذا تحققت بعقدها، لا بالمزج ونحوه<sup>(١)</sup>، كمزج اللوز باللوز، والجوز بالجوز، والدرهم والدينار بمثلهما. ففي مثلها لو انفسخ العقد يرجع كل مال إلى صاحبه، فيتخلص فيه بالتصالح. وكذا ينفسخ بعروض الموت والجنون والإغماء والحجر بالفس أو السفه<sup>(٢)</sup>.

### تبطل الشركة المتحققة بالعقد بفسخه

١ - وقد فصل السيد الإمام الراحل في المقام بين ما إذا تحققت الشركة أولاً بالمزج ثم أنشأ الشريكان عقد الشركة، وبين ما إذا تحققت الشركة بنفس إنشاء عقدها، من دون تحقق مزج بين المالين، كما في القيميات وما شابهها مما لا يتحقق فيه مزج تام، كمزج الجوز بالجوز والدرهم والدينار بمثلهما. ففي الصورة الأولى حكم بأنه لا ينتفي أصل الشركة بالفسخ، بل إنما ثمة الفسخ انتفاء الإذن في التصرف واستحقاق الربح، بخلاف الصورة الثانية فينتفي حينئذ أصل الشركة؛ نظراً إلى تقوّمها في غير موارد المزج بنفس العقد، فإذا انفسخ العقد تنتفي الشركة. فإذا لا قسمة في البين، بل المتعين هو التصالح لو أمكن، وإلا فالقرعة، كما هو مقتضى القاعدة في القيميات المشتبهة.

٢ - وأما وجه انفساخ عقد الشركة بالموت والجنون والإغماء والفسه والسفه واضح. وذلك إما لانتفاء الإذن بانتفاء وجود الآذن بالموت. وإما لانتفاء اعتبار قوله وفعله وإذنه بالجنون والإغماء؛ لأنّ المغمى عليه ملحق بالمجنون. ولا يقاس بالنائم حتّى يتوهم عدم انقطاع الإذن به. وذلك لأنّ بالنوم لا يزول الإذن السابق الثابت قبل النوم، بل هو باقٍ بعد النوم عرفاً؛ حيث لا يرى أهل العرف عروض النوم

ولا يبعد بقاء أصل الشركة في ذلك مطلقاً<sup>(١)</sup> مع عدم جواز تصرف الشريك.

موجباً لا تقطاع الإذن. وإما لمنعه عن التصرف في ماله، كما في المحجور. فلا اعتبار لإذنه بالتصرف في أمواله.

١ - أي؛ سواء كان انقضاء العقد بعروض الموت أو الجنون أو الإغماء أو الحجر بالفلس أو السفه. فلم يستبعد السيد الإمام بقاء أصل الشركة فيما لو حصل الانقضاء بهذه العوارض وهو الصحيح؛ نظراً إلى عدم دخل للإذن في أصل الشركة الحاصلة بالمزج ونحوه حتى تزول بالعوارض المزبورة.

ومقتضى التحقيق في المقام ما ذهب إليه السيد الإمام الراحل في المقام. وحاصله: التفصيل بين ما إذا تحققت الشركة بنفس العقد وكانت متقومة بإنشائه فتنتفي لا محالة بفسخه وتبطل الشركة من أصلها حينئذ، وبين ما إذا كانت الشركة متحققة بسائر الأسباب من مزج أو غيره، فحينئذ لا ينتفي أصل الشركة بالفسخ، بل إنما ينتفي به الإذن بالتصرف في المال المشترك واستحقاق الربح بالتكسب به.

وبذلك اتضح ضعف القول ببقاء أصل الشركة في المقام مطلقاً. نعم، بناءً على اعتبار المزج في الشركة العقدية لا تنتفي أصل الشركة مطلقاً، بل إنما ينتفي خصوص الإذن بالتصرف حينئذ. ومن هنا يرد على السيد الإمام الراحل إشكال التناقض في المقام. وذلك لأنه أفق في المسألة السابعة باشتراط المزج واحتاط وجوباً بتحقق سائر أسباب الشركة - غير عقدها - في صحة عقد الشركة العنانة. ولكن ظاهره في المقام تحقق الشركة بعقدها وحده - مع عدم تحقق أحد أسباب الشركة من المزج وغيره وحكم بصحته قبل الفسخ. اللهم إلا أن يقال: إن كلامه هاهنا مبني على فرض بناء تحقق الشركة بمجرد عقدها وبدون سائر أسباب الشركة.



(مسألة ١٣) : لو جعلاً للشركة أجلاً لم يلزم<sup>(١)</sup>، فيجوز لكل منهما الرجوع

قبل انقضائه، إلا إذا اشترطاً في ضمن عقد لازم عدم الرجوع، فيجب عليهما الوفاء، بل وكذا في ضمن عقد جائز، فيجب الوفاء مادام العقد باقياً.

## حكم تأجيل عقد الشركة

١ - وقد سبق نظير هذا الكلام في اشتراط الأجل لعقد المضاربة، والوجه في عدم لزوم هذا الشرط، بل عدم صحته، كونه مخالفاً لمقتضى عقد الشركة؛ لأنه كناية عن لزوم عقد الشركة الجائز من الطرفين. والسر في ذلك أن المقصود من اشتراط الأجل لعقد الشركة، اشتراط نفى سلطته وعدم قدرته على فسخه إلى انتهاء ذلك الأجل. وهذا المعنى يؤول إلى لزوم العقد ومنافٍ لجواز عقد الشركة، كما هو واضح.

بيان ذلك: أن تأجيل عقد الشركة تارة: يكون بمعنى إزالة حق الرجوع عن الإذن إلى نهاية الأجل المضروب ونفي السلطة على فسخه إلى ذلك الزمان، فيعود إلى شرط النتيجة المفيد لعدم جواز الفسخ وصيرورة العقد لازماً. وقد فهم المشهور هذا المعنى؛ حيث أخذوا بالتأجيل كناية عن لزوم العقد إلى نهاية الأجل. وهذا المعنى مخالف لمقتضى عقد الشركة الذي هو عقد جائز. ومن هنا يبطل هذا الشرط ويصبح لغواً. ومن أجل ذلك حكموا ببطلان هذا الشرط وعدم نفوذه.

وأخرى: بمعنى توقيت أصل ثبوت الإذن واستمراره إلى نهاية الأجل. فيكون الأجل شرط أصل ثبوت الإذن، ولازمه انتفاء الإذن بعد مضي الأجل لا كناية عن لزوم العقد وإزالة حق الرجوع ونفي السلطة على الفسخ، بل بمعنى انتفاء الإذن بعد

مضي الأجل. وقد سبق نظير هذا الكلام من السيد الخوئي في المسألة الحادية عشر من كتاب المضاربة من دليل تحرير الوسيلة.

وعليه فالشرط في الصورة الثانية صحيح؛ لعدم كون التوقيت وتأجيل عقد الشركة كناية عن لزومه، بل بمعنى توقيت أصل الإذن. ولا ينافي ذلك ثبوت حق الرجوع له قبل مضي المدة مهما شاء، كما كان ثابتاً لو كان يأذن مطلقاً من دون توقيت.

وهذا المعنى هو المساعد للمفاهيم العرفي من تأجيل عقد الشركة؛ حيث يفهم أهل العرف منه توقيت أصل العقد بما له من المقتضيات، بمعنى انتفاؤه وانفساخه بمجرد مضي الأجل، بلا حاجة إلى الفسخ.

وعلى أي حال لا ينتفي حق الرجوع عن الإذن وجوازه بتأجيل عقد الشركة؛ إنا لبطلان اشتراط عدم الرجوع؛ نظراً إلى كونه من الشرط المخالف لمقتضى العقد؛ بناءً على كونه كناية عن اللزوم. وإما لعدم كونه كناية عن اللزوم، بل بمعنى توقيت أصل الإذن، كما قلنا.

ثم في المقام بقيت نقطة وهي: أن لتأجيل العقد مدلولين:

أحدهما: بلحاظ ما قبل انتهاء الأجل. وكل ما سبق من البحث كان بهذا اللحاظ.

ثانيهما: بلحاظ ما بعد الأجل فلا بد من التأمل في مدلول تأجيل عقد الشركة بهذا اللحاظ بالنسبة إلى التفسيرين المزبورين للتأجيل.

فنقول: مقتضى القاعدة أن من جعل التأجيل كناية عن لزوم العقد بالنسبة إلى ما قبل انتهاء الأجل ينبغي أن يلتزم بظهور التأجيل في انتفاء اللزوم فيما بعد الأجل ورجوع عقد الشركة إلى مقتضاه الأصلي.

وأما من جعل التأجيل مجرد تحديد زمان الإذن وتوقيت أصل العقد، لا مناص له من الالتزام بانتفاء الإذن بعد مضي الأجل.

ولكن عمدة الكلام والنزاع في المقام إنما في مدلول التأجيل بالنسبة إلى ما قبل انتهاء الأجل، وإن كان مرجع التفسيرين بالمآل إلى الجواز ويفترق الحكم بينهما بالنسبة إلى ما بعد الأجل.

هذا كله في تأجيل عقد الشركة.

### حكم اشتراط عدم الرجوع عن الإذن في عقد الشركة

وأما اشتراط أحدهما أو كليهما عدم الرجوع عن إذنه، فتارة: يكون هذا الاشتراط في ضمن عقد الشركة نفسه، وأخرى: في ضمن عقد جائز أو لازم آخر.

أما اشتراط عدم الرجوع في ضمن عقد الشركة، فتارة: يكون على نحو شرط النتيجة على نحو ما يبتناه ويراد به إزالة حق الفسخ ونفي السلطة على الرجوع، فيكون الاشتراط حينئذ كناية عن لزوم العقد ولا يصح؛ نظراً إلى منافاته لمقتضى العقد. فيلغو الشرط حينئذ ويبقى عقد الشركة صحيحاً جائزاً كما كان.

وأخرى: يكون على نحو شرط الفعل؛ بأن يشترط الشريكان عدم الرجوع عن إذنهما عملاً إلى مدة أو ما دامت الشركة باقية، فمقتضى القاعدة صحة الشرط بهذا المعنى، لو أحرز كونه المقصود من اشتراط عدم الرجوع.

وذلك لرجوع اشتراط عدم الرجوع عملاً إلى أعمال قدرته على الفسخ. فلما كان كل منهما قادراً على الفسخ ومعنى القدرة أن صاحبها إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل، يدخل اشتراط عدم الرجوع في أعمال قدرته بترك الرجوع عن الإذن. فتبين

مما قلنا عدم اعتبار وقوع اشتراط ذلك في ضمن عقد لازم أو جائز آخر غير عقد الشركة، بل يصح وينفذ اشتراط عدم الرجوع - على نحو شرط عدم الفعل - ويجب الوفاء به، إذا كان في ضمن عقد الشركة أيضاً.

وأما إذا اشترط عدم الرجوع في ضمن عقد لازم أو جائز آخر يصح وينفذ، ووجهه ما ذكرناه. فالملاك المصحح للشرط في الجميع واحد، وهو عدم مخالفة الشرط لمقتضى عقد الشركة حينما كان راجعاً إلى أعمال سلطة المالك على ماله باشتراط عدم الرجوع عن إذنه عملاً على نحو شرط الفعل. بلا فرق بين وقوع الشرط المزبور في ضمن عقد الشركة وبين وقوعه في عقد آخر لازم أو جائز.

وأما وجوب الوفاء بهذا الشرط في الواقع منه ضمن عقد لازم فلا خلاف ولا إشكال. وأما في الواقع منه ضمن العقد الجائز فعلى المبنى؛ لما فيه من الاختلاف. فيجب الوفاء به بناءً على صحة الشرط الواقع في ضمن العقد الجائز.

ثم إنه لو قامت القرينة على إرادة أحد المعنيين من الشرط فهو، وإلا فالمساعد للمتفاهم العرفي هو كون اشتراط ذلك على نحو شرط الفعل لوضوح كون جواز العقد ولزومه وثبوت السلطة الشرعية على الرجوع والعدم بيد الشارع، فلا يخطر ببال أي متشرع التعرض إلى حريم الشارع وتغيير ما جعله من الأحكام الشرعية. بل إنما يفهم العرف من الاشتراط المزبور أن المشتري أراد بذلك أعمال حقه الذي جعل له الشارع. وهذا لا يلائم إلا اشتراط عدم الرجوع على نحو شرط الفعل.

(مسألة ١٤): لو تبين بطلان عقد الشركة، كانت المعاملات - الواقعة قبله -

محكومة بالصحة إذا لم يكن إذنها متقيداً بالشركة إذا حصلت بالعقد، أو بصحة عقدها في غيره<sup>(١)</sup>. هذا إذا اتجر كل منهما أو واحد منهما مستقلاً، وإلا فلا إشكال. وعلى الصحة لهما الربح وعليهما الخسران على نسبة المالكين، ولكل منهما أجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصة الآخر.

### حكم المعاملات الواقعة قبل بطلان عقد الشركة

١ - قوله: «إذا لم يكن إذنها متقيداً بالشركة إذا حصلت بالعقد» مقصوده أن الشركة إذا حصلت بنفس عقدها لا بالمزج ونحوه، فالإذن يكون طبعاً متقيداً بصحة العقد. وذلك لأن سبب حصول الشركة حينئذٍ عقدها، فإذا انتفى السبب ينتفي المسبب لا محالة. ومع انتفاء الشركة بانتفاء سببها ينتفي الإذن؛ نظراً إلى تقيده واشتراطه بالشركة. وينتفي المشروط بانتفاء شرطه. وكان الأنسب أن يقول السيد الماتن: «إذا لم يكن إذنها متقيداً بالشركة الحاصلة بعقدها».

وقوله: «أو بصحة عقدها في غيره» مراده ما إذا لم يكن الإذن متقيداً بصحة عقد الشركة في غير ما إذا حصلت بعقدها، بل حصلت بمزج ونحوه، وكان العقد تأكيداً أو شرطاً. فلو كان الإذن متقيداً بصحة عقد الشركة، لا أصل للشركة، ينتفي الإذن لا محالة بتبين فساد عقدها، ولو بقي أصل الشركة؛ نظراً إلى تقيده الإذن واشتراطه حينئذٍ بصحة عقد الشركة، لا بتحقيق أصل الشركة، والمشرط ينتفي بانتفاء شرطه. وهاهنا كان الأنسب أن يقول السيد الماتن: «أو بصحة عقدها فيما حصلت الشركة بمزج ونحوه».

وأما الوجه في الصحة في غير الموردين المزبورين، صدور الإذن من الشريك لصاحبه بالمعاملات الواقعة منه قبل تبين فساد العقد.

وإنما يمكن إحراز إذنه بالمعاملات الواقعة منه قبل تبين فساد العقد فيما إذا لم يقيد إذنه بصحة عقد الشركة، وإلا تصير المعاملات الواقعة قبل انكشاف بطلانه فضولية وبحاجة في صحتها إلى حقوق إذن الشريك.

والسر في ذلك أن الملاك في تصحيح المعاملات الواقعة صدور الإذن بها من الشريك، وبعد ما صدر منه الإذن بذلك لا يضر تبين فساد عقد الشركة بصحة المعاملات المأذونة؛ لعدم دخل لصحة عقد الشركة في صحتها، ما لم يكن الإذن مقيداً بصحة عقد الشركة. وقد اتضح بذلك عدم خصوصية لوقوع المعاملات قبل تبين بطلان عقد الشركة؛ نظراً إلى عدم منافاة صحة المعاملات المأذونة من جانب الشريك مع فساد عقد الشركة، بل حتى بعد تبين فساد عقدها لو أذن الشريك بالتجارة بماله صحت المعاملة بالمال المشترك.

هذا كله إذا اتجر كل واحد من الشريكين مستقلاً. وأما إذا اتجرا معاً فلا يضر تبين فساد عقد الشركة بصحة المعاملات الواقعة قبله أو بعده؛ لفرض حصول إذنهما معاً على أي حال؛ نظراً إلى مباشرتهما في الاتجار.

ثم إنه على فرض صحة المعاملة عند تبين فساد عقد الشركة يستحق العامل من الشريكين أجره مثل عمله؛ نظراً إلى احترام عمل المسلم وعدم كونه مقدماً على المجانية؛ لأنه إنما أقدم على العمل في مال شريكه بإذنه فيستحق أجره عمله. وإنما المانع من استحقاقه لها التزامه بالاكْتفاء بالربح في ضمن عقد الشركة والمفروض تبين فساده وارتفاع الالتزام بذلك. فإذا بطل عقد الشركة تنسفي آثاره وأحكامه. نعم، الربح الحاصل بتلك المعاملات الواقعة قبل تبين الفساد يُقسم بينهما على نسبة

المالين؛ لأنه مقتضى أصل الشركة المفروض حصولها بمزج ونحوه.

قوله: «بالنسبة إلى حصّة الآخر»؛ أي كلّ واحد من العاملين يستحقّ أجره مثل عمله بالقياس إلى مال شريكه؛ حيث لا يستحقّ الشخص أجره في مال نفسه. وعليه فاستحقاق العامل لأجره المثل عند تبين فساد عقد الشركة يبتني على اختصاص حصّة معيّنة من الربح لأجل عمله زائداً عن سهمه من الربح بنسبة ماله. وإلاّ يشكل القول باستحقاق العامل أجره مثل عمله؛ إذ لم يجعل له شيئاً زائداً من الربح بإزاء عمله لكي يستحقّ أجره المثل عند تبين فساد العقد. والإقدام على العمل وإن لم يكن على نحو المجانية، بل طمعاً في الربح، إلاّ أنّهما التزما بالاكْتفاء بالربح الثابت لهما بمقتضى أصل الشركة بنسبة المالين. ومعناه أنّه لم يكن في قبول العمل بصدد طلب أجره بإزاء عمله، بل التزم بعدم استحقاقه شيئاً غير الربح الثابت بمقتضى الشركة. وقد سبق نظير ذلك منّا مفصّلاً في كتاب المضاربة. ولا فرق في ذلك بين صدور العمل من أحدهما أو من كليهما. فلا يستحقّ حينئذٍ كلّ منهما على الآخر شيئاً. نعم، لو صدر العمل من أحدهما دون الآخر وجُعِل له قدر زائد من الربح، يستحقّ العامل على الآخر عند تبين فساد العقد أجره مثل عمله بإزاء ما فات من الربح الزائد المَجْعول له لأجل عمله.

ويحتمل حينئذٍ عدم استحقاق شيء عند تبين فساد العقد؛ لصدور العمل من كليهما، ولكون تخصيص الربح الزائد بأحدهما من آثار عقد الشركة وانستفائه لا محالة بتبين فساده.

هذا تمام الكلام في أحكام الشركة من كتاب دليل تحرير الوسيلة.

والحمد لله أولاً وآخراً وصلواته على محمد وآله سرمداً.

فرغت منه بعون الله تعالى ولطفه في أواخر شهر رمضان المبارك

# القول في القسمة



مركز تحقيقات كليات العلوم الإسلامية





مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

## القول في القسمة ...

وهي تمييز حصص الشركاء بعضها عن بعض<sup>(١)</sup>؛ بمعنى جعل التعيين بعدما لم تكن معينة بحسب الواقع، لا تمييز ما هو معين واقعاً ومشتبه ظاهراً.



## تعريف القسمة وخصائصها

١ - هذا المعنى هو المتبادر من عنوان القسمة بلا إشكال وقد جاء في كلمات الفحول تعريف القسمة بتعابير متشابهة.

قال في الجواهر: «هي تمييز الحق لكل شريك عن غيره»<sup>١</sup>.  
وعرّفها في المسالك بقوله: «واعلم أنّ القسمة عندنا تمييز حق أحد الشركاء عن حق الآخر»<sup>٢</sup>، ونظيره في الحدائق<sup>٣</sup> وغيره<sup>٤</sup>.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣١٨.

٣ - الحدائق الناضرة ٢١: ١٦٩.

٤ - مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢١٠.

وأما ما أشار إليه السيد الماتن في توضيح التعريف - من أنه بمعنى جعل التعيين بعد ما لم تكن معيّنة بحسب الواقع، لا تمييز ما هو معيّن واقعاً ومشتبه ظاهراً - فالوجه فيه أن القسمة فرع تحقق حقيقة الشركة، وهي لا تتحقق فيما كان معيّناً واقعاً ومشتبه ظاهراً. ولكنه مبني على عدم القول بتحقيق القسمة في الشركة الظاهرية السابق تعريفها في أول هذا الكتاب في بيان أقسام الشركة. وقد سبق هناك أن أحكام الشركة تترتب على الشركة الظاهرية أيضاً - ومنها القسمة - كما صرح به فحول الفقهاء، مع أنهم عرّفوا الشركة الظاهرية بما كان أجزاء المال المشترك معيّنة في الواقع ونفس الأمر، وإنما ارتفع التمييز عنها ظاهراً.

نعم ما قال به السيد الماتن رحمته الله هاهنا يلائم ما سبق منه، من اعتبار المزج التام في الشركة العقدية؛ إذ بناء على ذلك لا شركة في ما لا مزج تام فيه. وما تحقق فيه المزج التام لا تعين لأجزاء المزوج واقعاً، كما في المايعات، والقسمة إنما تصح في مورد تحقق الشركة. ولما لا شركة عقدية في غير المزج التام، فإذا تكون القسمة تمييز ما هو غير معيّن واقعاً. وكذا في الشركة الحاصلة في القيميات لعقد الشريك، أو الإرث، أو الإحياء، أو الحيازة، أو البيع والشراء، أو الهبة ونحو ذلك من أسباب الشركة غير العقدية فالشركة في جميع هذه الموارد واقعية، وحصص الشركاء غير معيّنة واقعاً، بل على نحو الإشاعة الحقيقية. فالقسمة في جميع هذه الموارد تمييز حقوق غير معيّنة واقعاً.

ولكن لا يلائم ما سبق من السيد الماتن رحمته الله، من تحقق الشركة الظاهرية في غير المايعات، فالقسمة حينئذ تكون بحسبها.

بيان ذلك: أن في موارد تكون الشركة ظاهرية في رأي السيد الماتن رحمته الله، كما

في الشركة الحاصلة بمزج غير تام، كمزج الحبوب التي لها حبات صغيرة بمجانسها، كالخشخاش بالخشخاش والدخن والسمسم والحنطة والشعير بمثلها، بل مزج الجامدات الناعمة بعضها ببعض كالأذقة. وقد صرح السيد الماتن بذلك كله في المسألة الأولى من كتاب الشركة وقد سبق البحث عن ذلك في أوائل هذا الكتاب في أقسام الشركة.

وإن الشركة في جميع هذه الموارد ظاهرة في رأي السيد الماتن. ومعنى الشركة الظاهرية أن أجزاء المال المشترك معينة واقعاً وإنما ارتفع عنها التمييز ظاهراً. فالقسمة في مطلق موارد الشركة الظاهرية تكون تمييز ما هو غير متميز ظاهراً ولكنه معين واقعاً.

ولا يبعد كون مقصود السيد الماتن اخراج القيمات التي تصير باختلاطها مشتبهة بين ملاكها من دون ارتفاع تمييز بعضها عن بعض حتى ظاهراً. فيتعين التراضي وإلا فالقرعة، ولا تكون القسمة مشروعة حينئذ. ولكن تعبير السيد الماتن يشمل مطلق موارد الشركة الظاهرية أيضاً مع اتفاق الفقهاء على مشروعية القسمة هناك؛ حيث حكموا بترتب جميع أحكام الشركة على الظاهرية منها ومن أحكامها القسمة. وهي حينئذٍ ظاهرة بمعنى تمييز ما هو غير متميز ظاهراً، وإن كان معيناً في الواقع.

وقد سبق<sup>١</sup> استظهار الشركة الظاهرية في مواردنا وترتب أحكام الشركة - ومنها القسمة - عليها، من كلام صاحب الجواهر، وصرح به صاحب العروة والسيد الحكيم.

وليست ببيع ولا معاوضة<sup>(١)</sup>، فلا يجري فيها خيار المجلس ولا خيار الحيوان المختصان بالبيع، ولا يدخل فيها الربا وإن عمقناه لجميع المعاوضات.

## ليست القسمة ببيع ولا أية معاوضة أخرى

١- إن القسمة عنوان مستقل، كما عرفت من تعريفها. وليست ببيع ولا صلح ولا أية معاوضة أخرى، كما صرح به في الشرائع والمسالك<sup>١</sup> والجواهر<sup>٢</sup>، والحدائق<sup>٣</sup> ومجمع البرهان<sup>٤</sup> وغيره، بل لا خلاف في ذلك كما صرح به الأصحاب<sup>٥</sup>. وفي المسالك: «خالف في ذلك بعض العامة مطلقاً وفي قسمة الرد، لشبهة أن كل جزء يفرض مشترك بينهما، فتخصيص كل واحد بجزء معين، وإزالة ملك الآخر عنه بعوض مقدّر - وهو ملكه في الجزء الآخر - على جهة التراضي، يقتضي البيع، لأن ذلك حده. وهذا إنما يتم على تقدير تسليم كون البيع كذلك. ومنعه واضح، بل له صيغة خاصة إيجاباً وقبولاً، بخلاف القسمة، ولا يلزم من المشاركة في بعض الأحكام الاتحاد»<sup>٦</sup>.

ودلّ على مشروعيتها - مضافاً إلى سلطة الناس على أموالهم ووجوب ردّ

١- مسالك الأفهام ٤: ٣١٨.

٢- جواهر الكلام ٢٣: ٣٩٠ و ٢٦: ٣٠٩.

٣- الحدائق الناضرة ٢١: ١٦٩.

٤- مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢١١.

٥- راجع المصادر المزبورة.

٦- مسالك الأفهام ٤: ٣١٨.

المال إلى مالكة - من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكُونَةُ فَاقْسِمُوا عَلَيْهِمْ أُولَٰئِكَ هُمُ الرَّاغِبُونَ فِي الْمَالِ الَّذِي فَاتَرْتُمُوهُمْ﴾<sup>١</sup> وقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾<sup>٢</sup>.

ومن السنة: النصوص الواردة في القسمة كصحيح غياث بن إبراهيم عن أبيه عن آبائه عن علي رضي الله عنه: في رجلين بينهما مال منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما، فاقسما الذي بأيديهما، واحتال كل واحد منهما بنصيبه، فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر، فقال: «ما قبض أحدهما فهو بينهما، وما ذهب فهو بينهما»<sup>٣</sup>.

وصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال منه دين، ومنه عين، فاقسما العين والدين، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذي للآخر أيرد على صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله»<sup>٤</sup>. والظاهر أن لفظه «ما» في قوله: «ما يذهب بماله» استفهامية؛ أي: ما الذي ذهب بماله. وهذا الاستفهام إنكاري، والمقصود أن تلف الدين المجهول لأحدهما لا يوجب ذهاب حقه من الدين.

وصحيح سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ومنه متفرق عنهما فاقسما بالسوية، ما كان في أيديهما، وما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما متى كان غائباً واستوفى الآخر، عليه أن يرد على صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله»<sup>٥</sup>.

١ - النساء (٤): ٨.

٢ - القمر (٥٤): ٢٨.

٣ - وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٥، كتاب الضمان، الباب ١٣، الحديث ١.

٤ - وسائل الشيعة ١٩: ١٢، كتاب الشركة، الباب ٦، الحديث ٢.

٥ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٧١، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢٩، الحديث ١.

وصحيح علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجلين اشتركا في السلم أیصلح لهما أن یقتسما قبل أن یقبضا؟ قال: «لا بأس به»<sup>١</sup>. فإن إطلاق هذه النصوص تدلّ على مشروعیة القسمة ونفوذها وصحتها عند التراضي، بلا حاجة إلى شيء آخر من قرعة أو وجود قاسم منصوب، كما سیأتي استظهار ذلك منها في كلام صاحب الحدائق في المسألة الثالثة عشر.

واستدلّ في المسالك على عدم كون القسمة بیعاً أولاً: بعدم افتقار إسقاط القسمة إلى صیفة، وهذا بخلاف البیع.

وثانياً: بمشروعیة الإجبار علیها مطلقاً، بخلاف البیع. حیث لا یجوز الإجبار علیه إلا في موارد خاصّة لعارض، كإفلاس أو احتكار أو الامتناع عن أداء دين عاجل.

وثالثاً: تساوي النصیبين عند تساوي سهمیهما في المال، وهذا بخلاف البیع، لعدم لزوم تساوي العوضین في المایة قال في المسالك: «واعلم أنّ القسمة عندنا تميز حقّ أحد الشركاء عن حقّ الآخر، ولیست بیعاً وإن اشتملت على ردّ، لأنّها لا تفتقر إلى صیفة، ویدخلها الإجبار في غیر تلك الأفراد التي یدخلها الجبر في البیع، وی تقدّر أحد النصیبين بقدر الآخر مع تساویهما، والبیع لیس فيه شيء من ذلك، واختلاف اللوازم والخواصّ المطلقة یدلّ على اختلاف الملزومات والمعروضات»<sup>٢</sup>.

وعلّل في الجواهر لذلك بأنّ القسمة لا تحتاج في وقوعها إلى أزيد من قصد مفهومها. قال في تعلیل ذلك: «ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد على مفهومها في صحتها»<sup>٣</sup>.

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٧١، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢٩، الحديث ٢.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣١٨.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩.

وتحرير مقصوده أنَّ المعنى المتبادر من عنوان القسمة غير ما هو المتبادر من البيع والصلح وغيرهما من سائر عناوين المعاوضات. ولا يعتبر في صحة القسمة غير تحقق مفهومها. ومراعاة العدل فيها شيء آخر ممَّا يعتبر في سائر المعاملات، من قصد عنوان إحدى المعاوضات وصيغة إنشائها ولا يترتب عليها حكم من أحكام سائر المعاملات من شفعة أو خيار ولا بطلان بالتفرق قبل المجلس ممَّا يثبت في البيع، كما أشار إليه الأصحاب<sup>١</sup>.

وأما ثمره ذلك - أي عدم كون القسمة معاوضة - إنما تظهر في عدم ترتب أحكام شيء من البيع عليها، كما أشار إليه في المسالك بقوله: «وتظهر الفائدة في الشفعة، وفي بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقاوض قبله في البيع، وفي قسمة الوقف من الطلق، وخيار المجلس وغير ذلك»<sup>٢</sup>.

وفي الجواهر: «وحينئذٍ فلا شفعة فيها ولا خيار مجلس ولا بطلان بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه البيع»<sup>٣</sup>.

وقد دلَّ على عدم الشفعة فيها ما رواه الشيخ في المبسوط، «أنَّ عبد الله بن يحيى كان قسَّاماً لأمير المؤمنين عليه السلام، وقد قسَّم رسول الله صلى الله عليه وآله خير على ثمانية عشر سهماً. وقال عليه السلام: «والشفعة فيما لم يقسَّم، فإذا وقعت الحدود وعُرفت الطرق فلا شفعة»<sup>٤</sup>.

وأما الوجه في عدم دخول الربا في القسمة فلأنَّ حقيقة الربا إمَّا بيع الربوي

١ - راجع المصادر المزبورة.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣١٩.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩.

٤ - المبسوط ٨: ١٣٣؛ جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٦.



(مسألة ١) : لا بد في القسمة من تعديل السهام<sup>(١)</sup> :

بأزيد من مثله أو اشتراط زيادة في القرض لا مطلق الزيادة. والقسمة ليست شيئاً من ذلك ؛ لعدم كونها بيعاً ولا قرضاً.

## اعتبار التعديل في القسمة

١ - وذلك أولاً : لوجوب القيام بالقسط والعدل بحكم العقل والشرع، كما هو واضح. والقسمة في الحقيقة حكمٌ ومن هنا أدرجها كثيرٌ من الفقهاء في كتاب القضاء. وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾<sup>١</sup>.

وثانياً : لاستلزام القسمة غصب مال الغير لو لم يُراعَ فيها التعديل. وهو لا يجوز قطعاً.

وثالثاً : لشهادة بعض النصوص الدالة على ذلك بالخصوص. مثل خبر المنهال القصاب، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشترى الغنم أو يشتري الغنم جماعةً. ثم يدخل داراً، ثم يقوم رجلٌ على الباب فيعدُّ واحداً واثنين وثلاثة وأربعاً وخمساً، ثم يخرج السهم، قال عليه السلام: «لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عُدَّت القسمة»<sup>٢</sup>.

مقصوده ظاهراً السؤال عن حكم قسمة الأغنام المشتراة من بين قطع على نحو الكسر المشاع بإخراج السهم المشتري على النحو المذكور في النص. فنهي الإمام عليه السلام عن ذلك؛ نظراً إلى عدم مراعاة التعديل بذلك. وأمر بتعديل القسمة. وفي مورد السؤال إنما التعديل بحسب القيمة والمالية.

١ - النساء (٤): ٥٨.

٢ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٦، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ١٢، الحديث ٨.

ثم إن في فقه هذه الرواية نكتتان ينبغي التنبه عليهما:

الأولى: أن لفظ التعديل هاهنا بمعنى اللغو، لا بالمعنى الواقع قسماً للأقسام الثلاثة، كما هو واضح. ولفظ الغنم بمعنى الجنس لا غنماً واحداً. والضمير الفاعلي في «يدخل» يرجع إلى الرجل المشتري، والمقصود أنه بعد إنشاء عقد الشراء يدخل داراً فيها قطع الغنم فيخرج سهمه المشتري بالكيفية المذكورة في الرواية.

الثانية: أن شراء الغنم في مفروض سؤال الراوي يمكن تصويره بأحد النحويين الآتين.

أحدهما: شراء تعداد غنم من قطع ثم يخرج الأغنام المشتراة من بين القطيع بالعد على النحو المذكور في النص. ولا إشكال في بطلان هذا الشراء؛ نظراً إلى الجهل بمقدار المبيع؛ حيث إن الأغنام المشتراة وإن كانت معلومة بالعدد، ولكنها لما تختلف في الصغر والكبر والوزن لا يعلم مقدار المشتراة منها بمجرد تعيين العدد فيكون من قبيل بيع المجهول ويبطل.

وهذا المعنى يلائم عنوان الباب - المذكورة فيه هذه الرواية - في الوسائل؛ حيث عقده بعنوان عدم جواز بيع المجهولات وما لا يقدر عليه، إلا أن ذلك لا يلائم سؤال الراوي وجواب الإمام عليه السلام؛ لأن كليهما عن حكم القسمة، وظاهرهما المفروغية عن صحة أصل البيع والشراء في مفروض السؤال. مضافاً إلى إشعار قول السائل: «ثم يخرج السهم» بأن المشتري سهم من قطع غنم لا تعداد غنم.

ثانيهما: شراء سهم من قطع غنم وإخراج السهم المشتري بالكيفية المذكورة في النص. ولا إشكال حينئذ في صحة هذا الشراء والبيع لعدم الجهل بالمبيع. وإنما

وهو إما بحسب الأجزاء والكمية؛ كيلاً أو وزناً أو عدداً أو مساحة، وتسمى قسمة إفران، وهي جارية في المثليات، كالحبوب والأدهان والأخل والألبان<sup>(١)</sup>، وفي بعض القيميات المتساوية الأجزاء، كطاقة واحدة من الأقمشة التي تساوت أجزاؤها، وقطعة واحدة من أرض بسيطة تساوت أجزاؤها. وإما بحسب القيمة والمالية، كما في القيميات إذا تعددت، كالأنعام والعقار والأشجار إذا ساوى بعضها مع بعض بحسب القيمة، كما إذا اشترك اثنان في ثلاثة أغنام قد ساوت قيمة أحدها مع اثنين منها، فيجعل الواحد سهماً والاثنان سهماً. وتسمى هذه قسمة التعديل. وإما بضم مقدار من المال مع بعض السهام ليعادل الآخر، كما إذا كان بين اثنين غنمان قيمة أحدهما خمسة دنانير والآخر أربعة، فإذا ضم إلى الثاني نصف دينار تساوى مع الأول. وتسمى هذه قسمة الرد.

السؤال والإشكال في كيفية التقسيم المذكورة في كلام السائل؛ لعدم رعاية التعديل فيه؛ نظراً إلى اختلاف آحاد الأغنام صغراً وكبيراً ووزناً، ومن هنا نهى عنه الإمام عليه السلام. وهذا المعنى ظاهر هذه الرواية؛ لأن السؤال فيها عن حكم النحو المذكور من القسمة، لا عن صحة البيع، وكذلك الجواب. لكنته لا يلائم عنوان الباب في الوسائل. والظاهر أن إدراجها في هذا الباب ليس في محله.

### قسمة الإفران والتعديل والرد وأحكامها

١ - قوله الأخل جمع القلة للخل، كما ذكره في المنجد. ولكن التعبير بجمع القلة لا يناسب السياق، بل الأنسب التعبير بالخلول، بل لم يذكر المصباح غير الخلول صيغة أخرى لجمع الخل. ثم إنه جعل السيد الماتن الملاك في مشروعية

كل واحد من قسمتي الإفران والتعديل متساويان أجزاء الشيء المقسوم وعدمه،  
فحكم في متساوي الأجزاء بحكم بيان قسمة الإفران وجعل المثليات وبعض القيميات  
من قبيل ذلك. وفي مختلفها حكم بحكم بيان قسمة التعديل إذا تساوت قيمة بعضها  
مع بعض.

ويشهد لذلك كلام صاحب الجواهر؛ حيث جعل المدار في ذلك تساوي  
أجزاء المقسوم واختلافها، فحكم في الأول بتعديل السهام بحسب الأجزاء وفي  
الثاني بحسب القيمة. وقال: «ويكون الأقسام بتعديل السهام بالأجزاء إن كانت في  
متساويها كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عدداً بعدد الأنصباء، أو بالقيمة إن اختلفت كالأرض  
والحيوان»<sup>١</sup>.

قوله: بعدد الأنصباء؛ أي بحسب النصيب وبتعداده. والأنصباء جمع النصيب.  
وأما تعريف كل واحد من هذه الأقسام الثلاثة فقد عرفته في المتن ببيان  
جامع.

ومن هنا لا يدخل فيها الربا، وإن يأت الربا في جميع المعاوضات؛ نظراً إلى  
عدم كون القسمة معاوضة، لا بيعاً ولا قرضاً.

وهل تكون قسمة الردّ داخله في حقيقة القسمة؟ فيه إشكال؛ لعدم صدق  
تعريف القسمة عليها حقيقة؛ إذ لا يتحقق بها تمييز حصص الشركاء ولا تعديل  
تقسيم الحصص نفسها، بل هي في الحقيقة مصالحة بعض الحصص بعوض، أو بيع  
أحدهما بالآخر معاطاة؛ لاشتمالها على معاوضة بين المال الزائد الداخل في أحد  
القسمين وبين ما يازانه من قيمته المردودة إلى من كان سهمه أقل.

(مسألة ٢) : الظاهر إمكان جريان قسمة الردّ في جميع صور الشركة<sup>(١)</sup>

مما يمكن فيها التقسيم؛ حتّى فيما إذا كانت في جنس واحد من المثلّيات؛ بأن يقسم متفاضلاً ويضمّ إلى الناقص دراهم - مثلاً - تجزئ ناقصه ويساوي مع الزائد قيمة، وكذا إذا كانت في ثلاثة أغنام تساوي قيمة واحد منها مع الآخرين؛ بأن يجعل غالي قيمة مع أحد الآخرين سهماً وضمّ إلى السهم الآخر ما يساويهما قيمة وهكذا.

وأما قسمة التعديل فقد لا تتأتّى في بعض الصور كالمثال الأوّل، كما أنّ قسمة الإفراز قد لا تتأتّى كالمثال الثاني. وقد تتأتّى الأقسام الثلاثة، كما إذا اشترك اثنان في وزنة حنطة قيمتها عشرة دراهم، ووزنة شعير قيمتها خمسة، ووزنة حمص قيمتها خمسة عشر، فإذا قسم كلّ منها بانفرادها كانت قسمة إفراز، وإن جعلت الحنطة مع الشعير سهماً والحمص سهماً كانت قسمة تعديل، وإن جعل الحمص مع الشعير سهماً والحنطة مع خمسة دراهم سهماً كانت قسمة الردّ، ولا إشكال في صحّة الجميع مع التراضي إلا قسمة الردّ مع إمكان غيرها، فإنّ في صحتها إشكالاً، بل الظاهر العدم. نعم لا بأس بالمصالحة المفيدة فأنذتها.

### إمكان قسمة الردّ في جميع صور الشركة، دون غيرها

١ - والوجه في جريان قسمة الردّ في جميع موارد الشركة واضح؛ ضرورة تحقّق تعديل السهام بالكسر والانكسار، ولو بحسب القيمة، لكنّه في مقام الثبوت، وأمّا إثباتاً ففي صحّة قسمة الردّ مع إمكان قسمة الإفراز أو التعديل إشكال، حتّى مع

التراضي، كما سيأتي من السيد الماتن رحمته.

وأما وجه عدم جريان قسمة الإفراز والتعديل في بعض صور القسمة، فقد عرفت آنفاً من عدم جريان الأول في القيمات المختلفة في الأجزاء، بل هي مختصة بقسمة التعديل، كما أنّ الثاني - وهو قسمة التعديل - يختصّ بالقيمات المختلفة الأجزاء، فلا تأتي في المثليات المتساوية الأجزاء.

بقي هناك كلام وهو أنّ في كون قسمة الردّ داخلة في حقيقة القسمة إشكالاً؛ لعدم صدق تعريف القسمة عليها حقيقة؛ إذ لا تتميز بها حصص الشركاء نفسها ولا تعديل تقسيمها؛ نظراً إلى اشتغالها على مصالحه بعض حصّة بعوض أو بيعه به معاطاة.

وذلك لاشتغالها على معاوضة نصف المال الزائد الموجود في أكثر السهمين بما يعادله من العوض المردود إلى من وصل إليه السهم الأقل.

ومن هنا لا يبعد دعوى أنّ قسمة الردّ ليست في الحقيقة بقسمة؛ حيث لا يعتبرها عرف العقلاء قسمة، وإنّ للقسمة حقيقة عرفية، لا شرعية، وما لا يُعدّ عند أهل العرف قسمة ليس بقسمة.

ومن هنا اتّضح وجه ما قال السيد الماتن في ذيل كلامه من صحّة القسمة بجميع أقسامها مع التراضي في مواردّها، إلّا قسمة الردّ، فلا تجوز مع إمكان أخويها؛ نظراً إلى أنّ تعديل السهام في عين المال المشترك إمّا بحسب الأجزاء وهو حاصل بقسمة الإفراز، أو بحسب القيمة وهو حاصل بقسمة التعديل، فلا وجه لاعتبار قسمة الردّ نوعاً مستقلاً من القسمة. نعم، يجوز المصالحة المفيدة فائدتها عند التراضي، لكنّها ليست بقسمة. هذا، ولكن للمناقشة في ذلك مجالاً واسعاً؛ نظراً إلى أنّ الشركاء إذا لم يطلبوا قسمة الإفراز والتعديل ورضوا بقسمة التراضي

(مسألة ٣) : لا يعتبر في القسمة تعيين مقدار السهام بعد أن كانت معدلة<sup>(١)</sup>، فلو كانت صبرة من حنطة مجهولة الوزن بين ثلاثة، فجعلت ثلاثة أقسام معدلة بمكيال مجهول المقدار، أو كانت بينهم عرصه أرض متساوية الأجزاء، فقسمت ثلاثة أقسام معدلة بخشبة أو حبل لا يدري مقدار طولهما، صح.

على نحو المصالحة، لا إشكال في البين، ولا سيما بمقتضى عموم سلطة الناس على أموالهم.

هذا مع إمكان قسمة الإفراز والتعديل وأما مع عدم إمكانهما فلا إشكال في جواز قسمة الرد بالتراضي لكنها في الحقيقة ترجع إلى المصالحة بين السهم الأكثر وبين السهم الأقل مع الضميمة.

مركزية كويتية

عدم اعتبار تعيين السهام مع التعديل

١ - وذلك لأن ما يعتبر في صحة القسمة إيصال حق كل واحد من الشركاء إليه. وهذا حاصل بنفس تعديل الحصص. وتعديل الحصص والتسوية بينها لا يتوقف على العلم بمقدار كل حصّة وزناً، إذا أمكن حصوله بكيل أو ميزان أو نحوه مما يحصل العلم بتساوي مقادير الحصص.

(مسألة ٤) : لو طلب أحد الشريكين القسمة بأحد أقسامها، فإن كانت قسمة ردّ أو كانت مستلزمة للضرر، فللشريك الآخر الامتناع ولم يجبر عليها، وتسقّى هذه قسمة تراض، وإن لم تكن قسمة ردّ ولا مستلزمة للضرر يجبر عليها الممتنع<sup>(١)</sup>، وتسقّى قسمة إجبار.

مركز بحوث قانونية

## أحكام القسمة

متى يُجبر الشريك على القسمة؟

١ - والضابط في ذلك أنّه كلما كانت القسمة مستلزمة ضرراً على أحد الشريكين، ليست بمشروعة؛ لأدلة نفي الضرر والضرار، أو لانجراره إلى غصب مال الغير، مع منافاته لسلطة الناس على أموالهم. وأيضاً لا تجوز القسمة إذا استلزمت ردّاً؛ نظراً إلى كون الردّ معاوضة بين نصف القدر الزائد وبين عوضه، فلا يجوز الإجبار عليها، بل لا بدّ من تراضي الشريكين على القسمة حينئذٍ. ومن هنا سمّيت بـقسمة التراضي.



وبعبارة أخرى: إنَّ القسمة تتوقّف صحتها ومشروعيتها على تعديل السهام. وفي قسمة الردّ تعديل السهام متوقّف على الردّ. والردّ في الحقيقة معاوضة بين نصف الزائد الواقع في سهم أحدهما وبين قيمته المردودة إلى من وصل إليه السهم الأقل.

والمعاوضة تتوقّف صحتها على التراضي. وبالإجبار ينتفي التراضي. فإذا انتفى التراضي بطلت المعاوضة. وإذا بطلت المعاوضة لم يجز الردّ. وإذا انتفى الردّ انتفى تعديل السهام. وإذا انتفى تعديل السهام بطلت القسمة؛ نظراً إلى اشتراط صحتها بتعديل السهام.

ولكن لا يجوز الإجبار على قسمة الردّ، ولو مع الأمن من الضرر. وعلّل ذلك في المسالك بأنَّ قسمة الردّ في الحقيقة من قبيل بيع جزء من المال؛ حيث قال رحمته الله:

«واعلم أنّ ما لا ضرر في قسمته أعمّ من كونه مشتملاً على ردّ وعدمه، وإنّما يجبر الممتنع ممّا لا ضرر فيه مع عدم اشتماله على الردّ، لأنّه حينئذٍ يكون كبيع جزء من المال، ولا يجبر عليه أحدهما»<sup>١</sup>.

وهو متين؛ لأنّ ردّ العوض بإزاء نصف المقدار الزائد الواقع في سهمه، معاوضة بينهما في الحقيقة.

وأما إذا لم تستلزم القسمة ضرراً ولا ردّاً، يجبر الممتنع عليها، وتسمّى قسمة الإجبار. وقد اتّفق الفقهاء على ذلك كما قال في الشرائع والمسالك<sup>٢</sup> والجواهر<sup>٣</sup>

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٢٠.

٢ - نفس المصدر: ٣١٩ و ١٤: ٣٥.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩ و ٤٠: ٣٣٩.

وغيرهما<sup>١</sup>. بل في المسالك والجواهر نفى الخلاف عن ذلك.

ثم إنه لو اختلفت الأنصبا في القيمة بالجودة والرداءة - كقطعات الأرض المشتركة لاختلافها في قوة الإنبات أو القرب من النهر والبعد عنه أو للوقوع في جنب الشارع العام، ونحو ذلك - فمقتضى عبارة صاحب الشرائع وكلمات المشهور - ومنهم السيد الماتن - كون قسمتها قسمة إجبار؛ لإمكان تعديل السهام فيها بحسب القيمة، بأن يجعل ثلث الأرض المشتركة من ناحيتها الجيدة سهماً وثلثها من ناحيتها الرديئة سهماً.

ولكن أشكل في المسالك بقوله: «ومقتضى عبارة المصنّف رحمه الله قسمة هذه إجباراً إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء. ويُحتمل عدم الإجماع هنا لاختلاف الأغراض والمنافع. والوجهان جاريان فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس، كالبيتان الواحد المختلف الأشجار والدار الواحدة المختلفة البناء. والأشهر الإجماع في الجميع»<sup>٢</sup>.

والضابطة في عدم جواز إجبار الممتنع، توجه الضرر إليه بالقسمة. وهذا لا خلاف ولا إشكال فيه، وإنما النزاع والخلاف في معنى الضرر المانع من الإجماع. وسيأتي تفصيل الكلام فيه، إن شاء الله.

١ - راجع المصادر المزبورة.

٢ - مسالك الأفهام ١٤: ٣٦.

فإن كان المال لا يمكن فيه إلا قسمة الإفراز أو التعديل فلا إشكال. وأمّا فيما أمكن كليهما، فإن طلب قسمة الإفراز يجبر الممتنع، بخلاف ما إذا طلب قسمة التعديل<sup>(١)</sup>، فإذا كانا شريكين في أنواع متساوية الأجزاء - كحنطة وشعير وتمر وزبيب - فطلب أحدهما قسمة كلّ نوع بانفراده قسمة إفراز أجبر الممتنع، وإن طلب قسمة تعديل بحسب القيمة لم يجبر<sup>(٢)</sup>، وكذا إذا كانت بينهما قطعتا أرض أو داران أو دكانان، فيجبر الممتنع عن قسمة كلّ منها على حدة، ولا يجبر على قسمة التعديل. نعم لو كانت قسمتها منفردة مستلزمة للضرر دون قسمتها بالتعديل، أجبر الممتنع على الثانية دون الأولى.

١ - إذا لم يمكن واحد من قسمة الإفراز أو التعديل، لا إشكال في جواز الإيجابار على الممكن منهما. وأمّا لو أمكن كليهما، لا يجبر على قسمة التعديل عند إمكان الإفراز دون العكس. وجه الفرق أن في قسمة الإفراز يقسم عين المملوك بجميع أجزائه ويصل مال كلّ شريك إليه بعينه، بخلاف قسمة التعديل؛ حيث يصل بها سهم كلّ شريك إليه بقيمته وماليته، فمن أجل ذلك يُقدّم قسمة الإفراز على قسمة التعديل، ويُجبر على الأولى مع الطلب دون الثانية؛ لعنافة الإيجابار عليها حينئذٍ لسلطة الناس على مالهم.

٢ - لما عرفت آنفاً من عدم إيصال مال كلّ شريك إليه بعينه، بل إنّما تصل إليه بهذه القسمة قيمة ماله، فله أن لا يرضى ويأبى عن القسمة، إلّا عمّا يصل به إلى عين ماله.

نعم، لو لم تمكن قسمة الإفراز، أجبر الممتنع على قسمة التعديل، لو لم يتوجّه بها ضررٌ إليه.

(مسألة ٥) : لو اشترك الثمان في دار ذات علو وسفل<sup>(١)</sup>، وأمكن قسمتها إفرافاً؛ بأن يصل إلى كل بمقدار حصته منهما، وقسمتها على نحو يحصل لكل منهما حصة من العلو والسفل بالتعديل، وقسمتها على نحو يحصل لأحدهما العلو وللآخر السفل، فإن طلب أحد الشريكين النحو الأول ولم يستلزم الضرر يجبر الآخر، ولا يجبر لو طلب أحد النحويين الآخرين. هذا مع إمكان الأول وعدم استلزام الضرر، وإلا ففي النحويين الآخرين يقدم الأول منهما، ويجبر الآخر لو امتنع، بخلاف الثاني. نعم لو انحصر الأمر فيه يجبر إذا لم يستلزم الضرر ولا الرد، وإلا لم يجبر كما مر. وما ذكرناه جار في أمثال المقام.



## قسمة دار ذات علو وسفل

١ - لا إشكال في عدم جواز الإجبار على قسمة الرد كما تقدم، بلا فرق بين إمكان النحويين الآخرين وبين عدمه، كما عرفت آنفاً أنه مقتضى القاعدة. وأما لو أمكن كل من قسمتي الإفراف والتعديل، فالتحقيق عدم جواز الإجبار على الإفراف مع إمكان التعديل في خصوص المقام؛ نظراً إلى عدم تساوي أجزاء العلو وأجزاء السفل من الدار، بل ولا أجزاء كل واحد منهما، فيلزم الضرر والخرج من قسمة الإفراف في مثل المقام عادة.

فالأقوى تعين قسمة التعديل في مفروض المسألة وعدم جواز الإجبار على قسمة الإفراف حيثئذ؛ نظراً إلى تفاوت الأجزاء كماً وكيفاً وإلى استلزام الضرر والخرج من الإفراف عادة.

وأما لو أمكنت قسمة الإفراف من دون ضرر ولا خرج، لا إشكال في جواز

(مسألة ٦) : لو كانت دار ذات بيوت أو خان ذات حجر<sup>(١)</sup> بين جماعة، وطلب بعض الشركاء القسمة، أُجبر الباقيون، إلا إذا استلزم الضرر من جهة ضيقهما وكثرة الشركاء.

إجبار الممتنع عليها وتقديمها على قسمة التعديل، كما أفاده السيد الماتن. كما أنه لو تراضيا على الإفراز بأيّ نحو كان لا بأس به، إلا أنه ربما يخرج عن حقيقة القسمة ويكون أشبه بالتصالح.

ولا يخفى أنّ الصورة الأولى في كلام السيد الماتن ما إذا أمكن قسمة كلّ من الطبقتين على نحو متساوية الأجزاء والقيمة. وإلى ذلك أشار بقوله: «بأن يصل إلى كلّ بمقدار حصّته منهما». والقسمة في هذه الصورة قسمة إفراز.

والصورة الثانية: ما إذا وصلت إلى كلّ منهما حصّة من طبقتي العالية والسافلة، لكن لا بتقسيم كلّ منهما قسمين متساوي الأجزاء والقيمة، بل بالتعادل القيمي بين مجموع الحصّتين من نصف كلّ واحد من الطبقتين.

والصورة الثالثة: ما إذا أمكن قسمة التعديل باختصاص كلّ منهما بطبقة واحدة. والثانية مقدّمة على الثالثة؛ لإيصال عين مال كل منهما إليه من كلتا الطبقتين بها، فهي أقرب إلى الإفراز من الثالثة، لكن الأولى مقدّمة عليهما؛ لأنها قسمة إفراز.

### قسمة دار ذات بيوت أو خان ذات حُجَر

١ - مقتضى التحقيق: كما تقدّم آنفاً، أنّه لو أمكن قسمة الإفراز من دون ضرر وخرج، لا إشكال في تقديمها على النحويين الآخرين، وإن كان الغالب لزومهما عادةً من الإفراز في أمثال المقام. وإذا كانت قسمة الإفراز مستلزمة لضرر أو خرج،

(مسألة ٧) : لو كان بينهما بستان مشتمل على نخيل وأشجار، فقسّمته بأشجاره ونخيله بالتعديل قسمة إجبار، بخلاف قسمة كلّ من الأرض والأشجار على حدة، فإنّها قسمة تراض لا يجبر عليها الممتنع<sup>(١)</sup>.

لا إشكال في جواز الإجبار على قسمة التعديل.

وذلك بأن تُقسّم بيوت الدار أو حُجَر الخان على سهام متساوية القيمة، لا متساوية الأجزاء.

وحاصل الكلام: أنّ المعيار في جواز الإجبار على القسمة وعدمه، استلزامها الضرر والخرج وعدمه.



### قسمة بستان فيه نخيل وأشجار

١ - والوجه في ذلك إمكان وقوع بعض الأشجار من حصّة كلّ شريك في قطعة أرض من حصّة الآخر، فيما إذا قُسّم كلّ من أرض البستان وأشجاره على حدة؛ نظراً إلى عدم مطابقة الحصص المفروزة بالقرعة من الأرض والأشجار بعضها مع بعض فتقع أشجار بعض الشركاء في أرض الآخر. وتكون الأرض حينئذٍ لواحد منهم وأشجارها لآخر. ومن هنا لا يجوز الإجبار على هذه القسمة.

وهذا بخلاف ما إذا جعلت الأشجار تابعة للأرض في القسمة؛ بأن تُجعل قطعة من الأرض مع الأشجار الواقعة فيها سهماً لواحد من الشركاء، وهكذا في سائر الشركاء. وهذا النحو من القسمة لا يستلزم المحذور المزبور.

وهذا المحذور وإن يلزم في قسمة الأرض والزرع في المسألة الآتية، إلّا أنّ الزرع لثلاً لا يدوم أكثر من فصل واحد من السنة غالباً، يكون في حكم المنقول،

(مسألة ٨) : لو كانت بينهما أرض مزروعة، يجوز قسمة كل من الأرض والزرع - قسماً عادلاً أو سنبلاً - على حدة، وتكون قسمة إجبار<sup>(١)</sup>.

كالمتاع في البيت، كما جاء هذا التعبير في كلمات الفقهاء، فمن هنا لا يعتنى فيه بهذا المحذور ويعامل معه مستقلاً عن الأرض. ومن هنا يُقسَّم القصيل مستقلاً عن الأرض.

وبعبارة أخرى: إن كل واحد من الأموال المشتركة تارة: يلاحظ مستقلاً عن الآخر عرفاً، وأخرى: يُلاحظ بعضها تابعاً للآخر؛ نظراً إلى بعض المحاذير والأغراض التجارية والاقتصادية. والأرض وما فيها من النخيل والأشجار من قبيل الثاني؛ لما أشرنا إليه من المحذور ونحوه، وأما زرع الأرض فمن قبيل الأول؛ لعدم اعتناء أهل العرف بالمحذور المذكور في قسمته؛ لقصر عمره وأمدّه، وللبعض الأغراض المالية والتجارية الحاصلة في المدة القصيرة.

ومن هنا لا يجوز الإجبار على قسمة كل واحد من الأرض وما فيها من النخيل والأشجار على حدة، وأما اختلاف جنس الأشجار وتفاوت قيمتها، فلا يضر بصحة القسمة؛ إذ المفروض حصول تعديل السهام بحسب القيمة، بل هي قسمة تراض، وهذا بخلاف قسمة كل واحد من الأرض وما فيها من الزرع والقصيل.

### قسمة الأرض المزروعة

١ - قال في الشرائع: «لو كان بينهما أرض وزرع، فطلب قسمة الأرض حسب، أجبر الممتنع، لأن الزرع كالمتاع في الدار. ولو طلب قسمة الزرع، قال الشيخ: لم يجبر الآخر، لأن تعديل ذلك بالسهم غير ممكن. وفيه إشكال من حيث

وأما قسمتهما معاً فهي قسمة تراضٍ؛ لا يجبر الممتنع عليها<sup>(١)</sup>.

إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهالة<sup>(٢)</sup>.

وقال في المسالك في شرحه: «إذا كان بينهما أرض مزروعة فأراد قسمة الأرض وحدها، فلا إشكال في وجوب إجابة الآخر، لأن الأرض ممّا يقسم قسمة إجبار، والزرع فيها غير مانع من ذلك، لأنه في حكم المنقول. وإن أراد قسمة الزرع فمقتضى الأصول الشرعية كون الحكم كذلك؛ حيث يمكن تعديله، بأن لا يكون بذراً مستوراً، سواء كان سنبلاً أم حشيشاً أم قصيلاً، والشيخ عليه السلام أطلق المنع من قسمته قسمة إجبار، محتجاً بأن تعديله غير ممكن. ولا يخفى منعه؛ إذ لا مانع منه، سواء أكان سنبلاً أم لا<sup>(٣)</sup>.

وقد سبق آنفاً بيان وجه جواز قسمة كل من الأرض والزرع على حدة، والفرق بينها وبين قسمة كل من أرض البستان وأشجاره ونخيله على حدة.

١ - سبق بيان الوجه فيه آنفاً. فإن قسمة كل من الأرض وما فيها من الزرع - قصيلاً كان أو سنبلاً - على حدة، لما كانت غير مستلزمة لمحذور تداخل الأملاك الموجب للضيّق والخرج في الانتفاع من الملك، وتختلف الأغراض في الانتفاع من رقبة الأرض ومن الزرع، تكون قسمة إجبار، بخلاف قسمتهما معاً. فإنها وإن تستلزم محذور تداخل الأملاك، لكنّها مخالفة للغرض المتعارف في الانتفاع من الزرع مستقلاً عن الأرض. بخلاف قسمتهما معاً؛ نظراً إلى اختلاف الأغراض في الانتفاع من رقبة الأرض ومن الزرع. ومن هنا قد يستلزم الإجبار على قسمتهما

١ - شرائع الإسلام ٤: ٩٥.

٢ - مسالك الأفهام ١٤: ٥٢ - ٥٣.



إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر فيها فيجبر عليها. هذا إذا كان قصيلاً أو سنبلًا، وأما إذا كان حباً مدفوناً، أو مخضراً في الجملة ولم يكمل نباته، فلا إشكال في قسمة الأرض وحدها وبقاء الزرع على إشاعته<sup>(١)</sup>، والأحوط إفراز الزرع بالمصالحة. وأما قسمة الأرض بزرعها - بحيث يجعل من توابعها - فمحل إشكال.

معاً الضرر، إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر في ذلك.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام السيد الماتن. ولكن الإنصاف أنه لا يستلزم قسمتهما معاً ضرراً عادةً، فلا يبعد جواز الإجبار على هذه الكيفية من القسمة، بل نسب في المسالك جواز الإجبار على قسمتهما معاً إلى الإمامية؛ حيث قال: «ولو أرادا قسمتهما معاً، فالحكم كما لو أراد قسمة أحدهما عندنا»<sup>١</sup>.

١ - والوجه في ذلك عدم الأمن من لزوم الضرر والضرر في قسمتهما معاً؛ نظراً إلى الجهل بأصل حصول الثمرة لاحتمال فساد الحبات المدفونة تحت الأرض بالآفات وسائر الموانع الطبيعية، وليست حال دفنها قابلة للانتفاع والتقسيم، وأما المصالحة فلا بأس بها على أي حال، كما أن قسمة التعديل بحسب القيمة يجوز الإجبار عليها في أمثال المقام؛ لعدم تصوّر ضرر فيها ولما في قسمة الإفراز من المحذور؛ هذا.

ولكن لما كان احتمال فساد الحبات المدفونة وعدم حصول الزرع والثمرة ثابتاً في حق الشريكين، ولا يختصّ بسهم أحدهما، فمن هنا لا مانع من تقسيمها كذلك في سيرة العقلاء. ومن هنا لا إشكال في جواز قسمة الأرض بزرعها فيما إذا

(مسألة ٩) : لو كانت بينهم دكاكين متعدّدة - متجاورة أو منفصلة - فإن أمكن قسمة كلّ منها بانفراذه وطلبها بعض الشركاء، وطلب بعضهم قسمة تعديل لكي تتعين حصّة كلّ منهم في دكان تامّ أو أزيد، يقدّم ما طلبه الأوّل ويجبر عليها الآخر<sup>(١)</sup>، إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر بالنحو الثاني، فيجبر الأوّل.

كان الزرع حباً مدفوناً أو مخضراً في الجملة. فاتّضح بذلك أنّ إشكال السيد الماتن في ذيل المسألة محلّ تأمل. بل وكذلك قسمة الأرض مع زرعها، كما سبق آنفاً.

وأما النقصان والضرر الحاصلان من استهلاك قوّة الأرض - الواقع فيها سهم الغير من الزرع - فلا يُعتنى به، بل هو معفوٌّ في نظر الشارع بعد إخراج سهم المحقّ بالقرعة. فلو لم يكن معفوّاً وكان غصباً لحقّ الغير، لم يُخبر الشارع بأنّ المُخرَج بالقرعة سهم المحقّ. هذا مضافاً إلى عدم اختصاص الاستهلاك المزبور بواحد، بل هو متحقّق في حقّ جميع الشركاء مع اختلاف قليل، كيف وإنّهم رضوا بذلك برضاهم بتعيين الحصص بالقرعة، بل ولو لم يرضوا بها، فإنّها حكم الشارع.

### قسمة دكاكين متعدّدة

١ - والوجه في تقديم ما طلبه الأوّل، أنّ مطلوبه من قبيل قسمة الإفراز، ومطلوب الثاني من قبيل قسمة التعديل. ولا يجوز الإجبار على قسمة التعديل مع إمكان قسمة الإفراز، بل إنّما يجبر حينئذٍ على قسمة الإفراز، إلا إذا استلزمت ضرراً لسائر الشركاء، فلا يجوز إجبارهم عليها، بل لا بدّ حينئذٍ من

(مسألة ١٠) : لو كان بينهما حَقّام وشبهه - ممّا لا يقبل القسمة الخالية عن الضرر - لم يجبر الممتنع<sup>(١)</sup>. نعم لو كان كبيراً: بحيث يقبل الانتفاع بصفة الحَقّامية من دون ضرر - ولو بإحداث مستو قد أو بئر أخرى - فالأقرب الإيجاب.

التراضي. كما أنّه لو انحصرت القسمة الخالية عن الضرر في كيفية خاصّة وطلبها أحدهما يجبر سائر الشركاء عليها، بلا فرق بين كون مطلوبه قسمة إفراد أو قسمة تعديل.

### لا إجبار على ما لا تخلو قسمته عن ضرر

١ - وذلك لما اتّضح بما أسلفناه، من عدم جواز الإجبار على القسمة المستلزمة للضرر، وأمّا إحداث المستو قد ونحوه مع الأمن من الضرر، فإنّما يجوز إذا لم يستلزم حرجاً أيضاً. فلا يكفي مجرّد الأمن من الضرر.

وحاصل الكلام: أنّه لا خلاف بين الأصحاب في عدم جواز إجبار أحد الشركاء على القسمة المستلزمة للضرر، أيّ قسم منها كان، كما قال في المسالك<sup>١</sup> والحدائق<sup>٢</sup> والجواهر<sup>٣</sup>.

ولكن قال في الشرائع: «أنّه لا يجوز قسمة كلّ ما في قسمته ضرر، ولو اتّفق الشركاء على القسمة».

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣٢١.

٢ - الحدائق الناضرة ٢١: ١٧١.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٣.

وقد أشكل عليه في المسالك بقوله: «وحكمه هنا بعدم جواز قسمة ما يشتمل على ضرر وإن اتفقا على القسمة، غير معروف، وإنما الميعود الذي ذكره هو في بابه وغيره، أن القسمة المشتملة على ضرر لا يُجبر الممتنع عليها، لكنها تصح بالتراضي، خصوصاً مع تفسيره الضرر بنقصان القيمة، فإن مجرد ذلك لا يبلغ حد المنع. نعم، لو فسر بعدم الانتفاع أمكن من حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض؛ لأنه إذا لم ينتفع بالأجزاء، لا فائدة في القسمة، بل هو محض الإتلاف»<sup>١</sup>.

وأشكل في الجواهر على المحقق، أولاً: بأن ما قال به منافي لقاعدة تسلط الناس على أموالهم.

وثانياً: بأنه قد يتعلق الغرض الصحيح بالغرض المستلزم للضرر، ويرتفع بذلك السفه الذي هو ملاك المنع عند العقلاء.

وثالثاً: بأن المحقق فسر الضرر المانع في كتاب القضاء بنقصان القيمة، لا خروج المال عن حيز الانتفاع. وعليه فلا يلزم سفه ولا إتلاف من القسمة المتضمنة للضرر بهذا المعنى، فلا دليل على منع المالك عن التصرف في ماله.

ورابعاً: بأن الفقهاء صرحوا بجواز القسمة المتضمنة للضرر وجواز إجبار الممتنع عليها، إذا كان الضرر على طالبها دون غيره من الشركاء، كما في الدروس. وفي مفروض الكلام يرد الضرر على جميع الشركاء أنفسهم، فلا بد أن يكون جائزاً.

وخامساً: بأن غاية ما يلزم من عدم الجواز الاثم، وهو لا ينافي صحة

(مسألة ١١): لو كان لأحد الشريكين عشر من دار - مثلاً - وهو لا يصلح للسكنى، ويتضرر هو بالقسمة دون الشريك الآخر، فلو طلب القسمة لغرض يجبر شريكه، ولم يجبر هو لو طلبها الآخر<sup>(١)</sup>.

### الشركة وضعاً<sup>١</sup>.

وهذه المناقشات أكثرها واردة على المحقق. ومقتضى التحقيق صحة القسمة الضرورية مع تراضي الشركاء واتفاقهم عليها، ما دام لم تكن سفهية وإتلافاً محضاً.

١ - لما سبق من عدم جواز الإجبار على القسمة المستلزمة للضرر، دون غير المستلزمة منها. وكذلك الكلام في المستلزمة منها للخرج. ولما كان السكنى في عشر الدار مستلزماً للضرر والخرج، لا يجوز إجبار صاحب العشر، على قسمة الدار.

١ - قال في الجواهر في الإشكال على المحقق ما لفظه: «وفيه أنه مناف لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، والسفه قد يرتفع بالغرض الصحيح. على أنه هو في كتاب القضاء فسر الضرر المانع من القسمة بنقص القيمة، لا خروج المال عن الانتفاع، ولا ريب في عدم منع المالك من التصرف فيه وإن استلزم نقصاً فاحشاً في المال، وأيضاً فالإثم بذلك لا ينافي صحة القسمة شرعاً. كل ذلك مع أنه مناف لما قيل: من وجوب الإجابة فيما لو فرض ضرر القسمة على أحدهما خاصة، وكان الطالب لها المتضرر. قال في الدروس: ولو تضرر أحد الشريكين دون الآخر أجبر غير المتضرر بطلب الآخر دون العكس. لكن قال: وفي المبسوط لا يجبر أحدهما متى يتضرر الطالب، وهذا حسن إن فسر التضرر بعدم الانتفاع، وإن فسر بنقص القيمة فالأول أحسن وكأنه لحظ إمكان فرض الغرض الواقع للسفه على تقدير التفسير بالنقص بخلافه على الآخر» جواهر الكلام ٢٦: ٣١٣ - ٣١٤.

(مسألة ١٢) : يكفي في الضرر المانع عن الإيجاب<sup>(١)</sup>، حدوث نقصان في العين أو القيمة بسبب القسمة - بما لا يتسامح فيه في العادة - وإن لم يسقط المال عن قابلية الانتفاع بالمرّة.

## المراد من الضرر المانع من الإيجاب

١ - يمكن إعطاء الضابطة في المقام بأن المعيار في الضرر المانع عن الإيجاب ما يراه العرف ضرراً. فإن الضرر من العناوين العرفية المحضة، ولا مداخل للشرع في تحديد موضوعه. وكل نقصان في العين أو القيمة ممّا لا يتسامح فيه عرفاً يعدّ ضرراً عند أهل العرف لم يتسامحوا فيه؛ حيث إنه لا يعدّ النقصان المتسامح فيه ضرراً عندهم. ولا يعتبر في صدق الضرر عندهم سقوط المال عن قابلية الانتفاع بالمرّة، بل يكفي نقصان قابليتها للانتفاع، بأن لا يمكن أن يُنتفع به على نحو يتوقع منه عادة. وذلك يوجب عادة نقصان القيمة.

ولقد أجاد في المسالك في إعطاء الضابطة في ذلك؛ حيث قال: «لا خلاف في إيجاب الممتنع على قسمة ما لا ضرر فيه في الجملة، ولكن اختلفوا في معنى الضرر المانع من الإيجاب - ومنه يعرف قسيمه - على أقوال:

أحدها: نقصان القيمة نقصاناً لا يتسامح فيه عادة؛ لأنّ فوات المالية مناط الضرر في الأموال، ولقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وهو عام.

وثانيها: عدم الانتفاع بالنصيب منفرداً، لتضمّنه الضرر والحرّج وإضاعة المال المنفي والمنهي عنه.

وثالثها: عدم الانتفاع به منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة، مثل أن يكون

(مسألة ١٣) : لا بدّ في القسمة من تعديل السهام ثمّ القرعة<sup>(١)</sup>.

بينهما دارٌ صغيرة إذا قسّمت أصاب كلّ واحدٍ منهما موضعٌ ضيق لا ينتفع به في السكنى كالأوّل وإن أمكن الانتفاع به في غير ذلك. وهذا أعمّ من الثاني بحسب الحمل، والثاني أعمّ بحسب الاستغراق والأقوى اعتبار الأوّل<sup>١</sup>.

ولا يخفى أنّ في الجواهر<sup>٢</sup> جعل القسم الثاني عدم الانتفاع بالمال أصلاً، والفرق بينه وبين ما قال في المسالك في القسم الثاني واضح.

ثمّ قال في الجواهر - بعد نقل التفاسير الثلاثة المزبورة للضرر المانع - ما لفظه: «ولا يخفى عليك ما في الثاني والثالث؛ ضرورة اقتضاء قاعدة نفي الضرر والضرار الأعمّ من أولهما، وقاعدة وجوب إيصال الحقّ إلى مستحقّه الطالب له ما ينافي ثانيهما، فتعيّن حينئذٍ تفسيره بالأوّل»<sup>٣</sup>.

وقد عرفت من كلام هذين الفحلين تعيّن المعنى المراد من الضرر المانع في التفسير الأوّل من التفاسير الثلاثة المزبورة. وهذا يلائم ما ذكرناه من الضابطة في تعيين الضرر المانع عن الإيجابار على القسمة؛ نظراً إلى الملازمة بين نقصان قابلية المال للانتفاع المتوقّع منه وبين نقصان قيمته.

### حكم القرعة بعد تعديل السهام

١- أمّا وجوب تعديل السهام فقد عرفت وجهه في المسألة الأولى، ولا نعيد. أمّا وجوب القرعة بعد تعديل السهام، فقد استظهره في الجواهر من ظاهر

١ - مسالك الأفهام ٤: ٣١٩.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٥.

٣ - نفس المصدر.

كلمات كثير من الأصحاب بل جميعهم، عدا المحقق الأردبيلي والمحدث البحراني.

استدلال الأردبيلي لعدم اعتبار القرعة

وقد استدلل المحقق الأردبيلي<sup>١</sup> لعدم اعتبارها بعد تعديل السهام وحصول

التراضي:

أولاً: بعموم تسلط الناس على أموالهم.

وثانياً: بأنه من التجارة عن تراضٍ.

وثالثاً: بأنه من أكل مال الغير بطيب نفسه.

ورابعاً: بفحوى صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: في رجلين كان

لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه.

فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لي ما عندي. فقال عليه السلام: «لا بأس

بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»<sup>٢</sup>.

وخامساً: بعمل المسلمين مع المقسوم معاملة الملك، واكتفائهم بالرضا في

جواز التصرف، من غير توقف على الملك.

ولا يخفى أن كلامه متين ولا إشكال في الوجوه التي استدلل بها لعدم اعتبار

القرعة عند تراضي الشركاء على القسمة وعلى تعيين السهام بعد تعديلها، إلا الوجه

الثاني، فإنه لا يخلو من مناقشة؛ لعدم صدق عنوان التجارة على القسمة عرفاً فإنه

بعيد عن ارتكاز أذهان أهل العرف، كما أنها ليست بيع ولا معاوضة، كما سبق في

أوائل بحث القسمة.

١ - مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢١٥ - ٢١٦.

٢ - وسائل الشيعة ١٨: ٤٤٥، كتاب الصلح، الباب ٥، الحديث ١.



وأما صحيح ابن مسلم وإن ليس في مورد قسمة المال المشترك، إلا أن تعليق الإمام عليه السلام الجواز على التراضي وطيب النفس في ذيله، يشمل التراضي على تعيين السهام بعد تعديلها في القسمة، بل ولو لم يحصل العلم بالتعديل.

### كلام المحدث البحراني

وقال المحدث البحراني بعد بحث في ذلك: «وبالجملة فإنني لم أقف في الأخبار على ما ذكره من القرعة - إلى أن قال - : والقرعة قد وردت بها الأخبار في جملة من الموارد، ولم يُذكر فيها هذا الموضع الذي ذكره هنا. وغاية ما يدل عليه عمومات بعض أخبارها التوقف عليها في موضع النزاع، مثل قول الصادق عليه السلام فيما رواه الصدوق: «وما تقارع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله تعالى، إلا خرج سهم المحق». وأما مع التراضي فلا أثر في الأخبار لاعتبارها والتوقف عليها، وكأنه بسبب التراضي يكون من قبيل الصلح في هذه المعايضة، كما ورد في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام أنه قال: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال عليه السلام: «لا بأس بذلك إذا تراضيا، وطابت أنفسهما».

نعم، لو لم يحصل التراضي بعد تعديل القسمة أمكن القول بالقرعة، لهذا الخبر ونحوه، وبالجملة فإن القسمة وما ذكر فيها من الأحكام غير موجود في كلام متقدمي علمائنا الأعلام ولا أخبار أهل الذكر عليهم السلام.

والذي يغلب على الظن القاصر أن الشيخ ومن تبعه من الأصحاب قد تبعوا في هذه المقامات العامة؛ حيث أطالوا البحث عن ذلك في كتبهم بهذه الفروع التي ذكرها الأصحاب اختلافاً واتفاقاً، ولا يخفى على الخائض في الفن والناظر في كتب

المتقدمين المقصورة على الأخبار، وأنه لم يقع التفريع في الأحكام وكثرة الفروع في المسألة الواحدة سيما في هذا الباب، إلا من الشيخ وتبعه من تأخر عنه، وكلها من كتب العامة<sup>١</sup>.

ويتحصل كلامه في أمور:

١ - عدم الوقوف على خبر يدل على اعتبار القرعة في القسمة، والأخبار الدالة على مشروعية القرعة إنما وردت في موارد أخرى غير القسمة.

٢ - إذا لم يحصل تراضي الشركاء ووقع النزاع بينهم في تعيين الحصص، تشمله عمومات الدالة على مشروعية القرعة في النزاع في الحقوق وكل أمر مشكل، فلا بد من القرعة حينئذ. وأما إذا حصل التراضي فيكون القسمة من قبيل الصلح.

٣ - ما ذكره الشيخ الطوسي ومن هذا حذوه في تعيين السهام بالقرعة، حتى مع تراضي الشركاء بدونها والتفريع على ذلك بتفريعات كثيرة وذكر الجزئيات، إنما تأثروا وتبعوا أبناء العامة في ذلك.

وقد حمل عليه صاحب الجواهر بقوله: «إنه أساء الأدب ونسبهم في ذلك إلى متابعة العامة»<sup>٢</sup>.

جواب صاحب الجواهر عن صاحب الحدائق ونقده

وأجاب في الجواهر<sup>٣</sup> أولاً: بأن سيرة الأصحاب والمتشرعة قد جرت في القسمة قديماً على تعيين السهام بالقرعة بعد تعديلها. وهي تعطي لنصوص القسمة

١ - الحدائق الناضرة ٢١: ١٧٥ - ١٧٦.

٢ - جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٠.

٣ - نفس المصدر ٢٦: ٣١١.

ظهوراً في ذلك، بحيث لا يصدق عنوانها بدون القرعة.

وثانياً: بأن تعريف القسمة بأنها تمييز حصص الشركاء وتفكيك حقوقهم بعضها عن بعض، يقتضي كون حصّة كلّ شريك كلّية دائرة بين مصاديق متعدّدة، ولا مناص حينئذٍ في تشخيص حصّة كلّ شريك وتعيينها من القرعة؛ لأنّها متردّدة ومشتبهة بشكل تعيينها، والقرعة لكلّ أمر مشكل، فليست القرعة ناقلة، بل إنّما تُخرج الحصّة عن الاشتباه وتُعيّنها. وبذلك يتّجه اعتبار القرعة بعد تعديل السهام.

وفيه أولاً: أنّ دعوى السيرة المتّصلة بزمان الشارع، لا دليل عليها بعد دعوى صاحب الحقائق خلوّ كلمات القدماء في المقام عن القرعة في القسمة وتبعية الشيخ العامة في ذلك.

وثانياً: أنّه بعد تراضي الشركاء على تعيين الحصص بينهم بعد تعديلها، لا مشكلة في البين. وإنّما المشكل فيما إذا لم يتراضوا بذلك. فلا يبعد القول باختصاص القرعة بهذه الصورة واعتبارها حينئذٍ، كما قال في الحقائق<sup>١</sup>، وجميع أدلّة القرعة إنّما هي ناظرة إلى هذه الصورة.

فإذا أقرع بين الشركاء عند اختلافهم وتعيّنت السهام بعد تعديلها بالقرعة، أجبر الشركاء على ما أخرج لهم من السهم بالقرعة.

اعتراف صاحب الجواهر بما اختاره في الحقائق

وقد اعترف في الجواهر بما اختاره في الحقائق، واستشهد له بكلام المحقّق صاحب الشرائع، وادّعى صراحته في مشروعية القسمة بدون القرعة حينئذٍ ذلك.

قال في الشرائع: «أما لو أراد أحد الشركاء التخيير، فالقسمة جائزة، لكن لا يجبر الممتنع عنها».

وقال في الجواهر في ذيله: «ضرورة صراحة ذلك في مشروعية القسمة بدونها، وأن الفرق بينها وبين الأولى جبر الممتنع عنها دونها. وأصرح منه ما في اللعة في القسمة في القضاء: وإذا عدلت السهام واتفقا على اختصاص كل واحد بسهم، لزم، وإلا أقرع. وفي الروضة في شرحها: لزم من غير قرعة؛ لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتمييز الحق. ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها. وإلا يتفقا على الاختصاص أقرع. وهو صريح في عدم اعتبارها في أصل القسمة، إلا حال عدم التراضي. والمحدث البحراني قد صرح باعتبار القرعة حينئذٍ وعدمها مع التراضي، وهو عين ما سمعته منهم فما أدري أين محل إنكاره»<sup>١</sup>.

أقول: محل إنكاره اعتبار القرعة مع تراضي الشركاء على تعيين الحصص بعد تعديل السهام بدون القرعة، كما يظهر من السيد الماتن هاهنا. والحق في المقام مع صاحب الحدائق وقد وافقه الأصحاب، بل لا يخالفه صاحب الجواهر نفسه، كما عرفت من كلامه هاهنا مستشهداً بكلام الشهيد. بل قد عرفت أن كلام المحقق الأردبيلي أيضاً راجع إلى ذلك، فكلامه أيضاً - كصاحب الحدائق - موافق لرأي الأصحاب.

#### الاستشهاد ببعض النصوص لعدم اعتبار القرعة

وقد يستشهد لإثبات عدم اعتبار القرعة ومشروعية القسمة عند التراضي، بما ورد في نصوص قسمة الدين المشترك.

مثل صحيح غياث بن إبراهيم عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: في رجلين بينهما مال منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما، واحتال كل واحد منهما بنصيبه، فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر، فقال: «ما قبض أحدهما فهو بينهما، وما ذهب فهو بينهما»<sup>١</sup>.

وصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألت عن رجلين بينهما مال منه دين، ومنه عين، فاقتهما العين والدين، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذي للآخر أيرد على صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله»<sup>٢</sup>.

وصحيح سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ومنه متفرق عنهما فاقتهما بالسوية، ما كان في أيديهما، وما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً واستوفى الآخر، عليه أن يرّد على صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله»<sup>٣</sup>.

وصحيح علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجلين اشتركا في السلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا؟ قال: «لا بأس به»<sup>٤</sup>.

بتقريب أن إطلاق هذه النصوص ينفي اعتبار القرعة في صحة القسمة، بعد تعديل السهام، كما يشير إليه قوله: «فاقتهما بالسوية» وبعد التراضي كما يظهر من

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٥، كتاب الضمان، الباب ١٣، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٣، كتاب الشركة، الباب ٦، الحديث ٢.

٣ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٧٠، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢٩، الحديث ١.

٤ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٧١، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢٩، الحديث ٢.

إسناد القسمة إليهما في قوله: «فاقتسم»<sup>١</sup>، كحل ينفي اعتبار وجود قاسم من جانب الإمام عليه السلام أو نائبه.

وفي الحقائق في بيان مفاد هذه الأخبار بعد ذكرها، قال: «والمتبادر من هذه الروايات أن الاقتسام إنما وقع من الشركاء بمجرد تميز سهام كل واحد من ذلك المال المشترك الموجود بأيديهم، مثلياً كان ذلك المال أو قيمياً بعد تعديله كما تقدم، من غير توقف على قاسم من جهة الإمام عليه السلام، ولا قرعة في البين؛ بأن رضي كل منهم بعد تساوي السهام بنقل حصته، ممّا في يد شريكه بحصة شريكه ممّا في يده، وكذلك قسمة ما في الذمّ ممّا لم يكن في أيديهما، إلاّ أنّه عليه السلام أبطل قسمة الغائب»<sup>٢</sup>.

ولا غبار على دلالة هذه النصوص بإطلاقها على عدم اعتبار القرعة في قسمة ما قبض من الدين المشترك عند التراضي وإلاّ أنّها دلّت على بطلان قسمة الدين المشترك، كما عقد لها في الوسائل<sup>٣</sup> بهذا العنوان واستظهره المشهور من هذه النصوص. فلا دلالة لها على صحة أصل قسمة الدين، فضلاً عن دلالتها على عدم اعتبار القرعة في قسمتها.

وأما عمومات القرعة المستدلّ بها لاعتبار القرعة في صحة القرعة ولزومها عند الاختلاف:

فمنها: حسنة محمد بن الحكيم قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن شيء، فقال عليه السلام لي: «كلّ مجهول ففيه القرعة»، قلت له: إنّ القرعة تخطئ وتصيب.

١ - الحقائق الناضرة ٢١: ١٧٤ - ١٧٥.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٢، كتاب الشركة، الباب ٦.

قال ﷺ: «كلُّ ما حكم الله به فليس بمُخطئٍ»<sup>١</sup>.

ومنها: قول أبي عبد الله ﷺ: «والقرعة سنة» في صحيح إبراهيم بن عمر وسيّابة<sup>٢</sup>.

ومنها: ما ورد في صحيح جميل عن زرارة في حديث قال: إنّما جاء الحديث بأنّه «ليس من قوم فوّضوا أمرهم إلى الله ثمّ اقترعوا إلّا خرج سهم المحقّ»<sup>٣</sup>.

ومنها: صحيح أبي بصير عن أبي جعفر ﷺ: «ليس من قوم تقارعوا ثمّ فوّضوا أمرهم إلى الله، إلّا خرج سهم المحقّ»<sup>٤</sup>.

ومنها: ما رواه ابن أبي جمهور الأحماني في عوالي اللئالي بقوله: وروي في الصحيح عن النبي ﷺ، قال: «في كلّ أمر مشكل القرعة»<sup>٥</sup>.

وقال في موضع آخر: ونقل عن أهل البيت ﷺ: «كلّ أمر مشكل فيه القرعة»<sup>٦</sup>.

هذه النصوص تشمل بعمومها وإطلاقها كلّ مورد اشتبه الحقوق، وأشكل إخراج سهم المحقّ ولم يمكن تعيينه بتنصيف أو تراضٍ على تعديل السهام أو

١ - من لا يحضره الفقيه ٣: ٩٢، الحديث ٣٣٨٩؛ وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٠، كتاب القضاء،

أبواب كيفية الحكم، الباب ١٣، الحديث ١١ و ١٨.

٢ - وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٧، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب ١٣، الحديث ٢.

٣ - وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٧، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب ١٣، الحديث ٤.

٤ - وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٨، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب ١٣، الحديث ٥ و ٦.

٥ - عوالي اللئالي ٢: ٢٨٥، الحديث ٢٥.

٦ - عوالي اللئالي ٢: ١١٢، الحديث ٣٠٨.

أما كيفية التعديل<sup>(١)</sup>: فإن كانت حصص الشركاء متساوية - كما إذا كانوا اثنين ولكل منهما النصف، أو ثلاثة ولكل منهم الثلث وهكذا - يعدل السهام بعدد الرؤوس، ويعلم كل سهم بعلامة تميزه عن غيره. فإذا كانت قطعة أرض متساوية الأجزاء بين ثلاثة - مثلاً - تجعل ثلاث قطع متساوية مساحة، ويميز بينها بتمييز كالأولى لإحداها، والثانية للآخرى، والثالثة للثالثة.

وإذا كانت دار مشتملة على بيوت بين أربعة - مثلاً - تجعل أربعة أجزاء متساوية بحسب القيمة إن لم يمكن قسمة إفراد إلا بالضرر، وتميز كل منها بتمييز كالقطعة الشرقية والغربية والشمالية والجنوبية المحدودات بحدود كذا. وإن كانت الحصص متفاوتة - كما إذا كان المال بين ثلاثة: سدس لعمر، وثلث لزيد، ونصف لبكر - تجعل السهام على أقل الحصص، ففي المثال تجعل السهام ستة معلمة كل منها بعلامة، كما مر.

مركزية كريمة

مصالحة ونحو ذلك. وتدل على مشروعية القرعة في هذه الموارد. وذلك لصدق المشكل وتحقيق موضوع القرعة بذلك.

### كيفية تعديل السهام والقرعة

١ - لم ترد كيفية التعديل والقرعة في نص خاص. وإنما ذكرها الفقهاء، كما ذكرها في الجواهر<sup>١</sup>. والمعيار مراعاة أحكام القسمة من تعديل السهام وتعيينها بالقرعة وتفويض الأمر إلى الله وإخراج كل سهم، من غير اطلاع وعلم بأنه لأي شخص من الشركاء قبل إخراجه.



وأما كيفية القرعة: ففي الأول - وهو ما كانت الحصص متساوية - تؤخذ رقاع بعدد رؤوس الشركاء؛ رقعتان إذا كانوا اثنين، وثلاث إذا كانوا ثلاثة وهكذا، ويتخير بين أن يكتب عليها أسماء الشركاء - على إحداها زيد، وأخرى عمرو مثلاً - أو أسماء السهام؛ على إحداها أول، وعلى الأخرى ثاني وهكذا، ثم تشوش وتستر، ويؤمر من لم يشاهدها فيخرج واحدة واحدة. فإن كتب عليها اسم الشركاء يعين سهم كالأول، وتخرج رقعة باسم هذا السهم قاصدين أن يكون لكل من خرج اسمه، فكل من خرج اسمه يكون له، ثم يعين السهم الآخر وتخرج رقعة أخرى لذلك السهم، فمن خرج اسمه فهو له وهكذا. وإن كتب عليها اسم السهام يعين أحد الشركاء وتخرج رقعة، فكل سهم خرج اسمه فهو له، ثم تخرج أخرى لشخص آخر وهكذا.

وفي الثاني - وهو ما كانت الحصص متفاوتة، كالمثال المتقدم الذي قد تقدم: أنه تجعل السهام على أقل الحصص وهو السدس - يتعين فيه أن تؤخذ الرقاع بعدد الرؤوس؛ يكتب - مثلاً - على إحداها زيد، وعلى الأخرى عمرو، وعلى الثالثة بكر، وتستر كما مر. ويقصد أن كل من خرج اسمه على سهم، كان له ذلك مع ما يليه بما يكمل تمام حصته، ثم تخرج إحداها على السهم الأول، فإن كان عليها اسم صاحب السدس تعين له، ثم تخرج أخرى على السهم الثاني، فإن كان عليها اسم صاحب الثلث كان الثاني والثالث له، ويبقى الرابع والخامس والسادس لصاحب النصف، ولا يحتاج إلى إخراج الثالثة. وإن كان عليها اسم صاحب النصف كان له الثاني والثالث والرابع، ويبقى الباقي لصاحب الثلث. وإن كان ما خرج على السهم الأول اسم صاحب الثلث كان الأول

والثاني له، ثم تخرج أخرى على السهم الثالث، فإن خرج اسم صاحب السدس فهو له، وتبقى الثلاثة الأخيرة لصاحب النصف. وإن خرج اسم صاحب النصف كان الثالث والرابع والخامس له، ويبقى السادس لصاحب السدس. وقس على ذلك غيره.

(مسألة ١٤) : الظاهر أنه ليست للقرعة كيفية خاصة<sup>(١)</sup>، وإنما تكون منوطة بمواضعة القاسم والمتقاسمين؛ بإناطة التعيّن بأمر ليست إرادة المخلوق دخيلة فيه؛ مفوضاً للأمر إلى الخالق جل شأنه؛ سواء كان بكتابة رقاع، أو إعلام علامة في حصاة أو نواة أو ورق أو خشب، أو غير ذلك.



### ليست للقرعة كيفية خاصة

١ - قال في الجواهر في بيان كيفية القرعة: «بأن يكتب أسماء الشركاء أو السهام، كل في رقعة وتضان ويؤمر من لم يطلع على الحال بإخراج إحداها على اسم أحد المتقاسمين أو أحد السهام، هذا إن اتفقت السهام قدراً، ولو اختلفت، قسم على أقل السهام، وجعل لها أول يعينه المتقاسمون، وإلا الحاكم وتكتب أسماؤهم، لا أسماء السهام؛ حذراً من التفريق، فمن خرج اسمه أولاً أخذ من الأول، وأكمل نصيبه منها على الترتيب، ثم يخرج الثاني إن كانوا أكثر من اثنين، وهكذا»<sup>١</sup>.

ثم قال: «وبذلك تتم القسمة، من غير حاجة إلى شيء آخر، من رضي

بعده وغيره، في قسمة الإيجار وغيرها»<sup>١</sup>.

وأنت ترى أنه لم يستند في كيفية القرعة إلى نص أو إجماع أو دليل آخر.  
وقال في المسالك - في ذيل كلام المحقق في بيان كيفية القرعة - ما لفظه:  
«وما ذكره من كتابة الأسماء والسهام ووضعها في بندقية من طين ونحوه، هو  
المشهور في استعمال الفقهاء، ولكن لا يتعين. فلو جعلها بالأقلام والحصى والورق  
وما جرى مجراها مع مراعاة الستر، كفى»<sup>٢</sup>.

وحاصل الكلام: أن المعيار في كيفية القرعة مراعاة الستر في كتابة السهام  
والأسماء والرُّقَع المكتوبة وكذا في إخراجها. ولا ريب في أولوية ما هو أدقُّ رعاية  
وأقلَّ كلفة وأخضر طريقاً من الطرق المذكورة، كما يستفاد ذلك من كلمات الشهيد<sup>٣</sup>  
وغیره من فحول المحققين.

وقال في الجواهر - بعد نقل كلام صاحب الشرائع في كيفية القسمة :-  
«والظاهر عدم وجوب خصوص كتابة الرقاع وعدم الصون في ساتر، بل وعدم  
وجوب كون المأمور مكلفاً، بل وغير ذلك من القيود المزبورة؛ إذ المراد حصول  
التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره إلى الله تعالى ويفعلان ما  
يفيده وإن كان الأولى الاقتصار على المأثور والمعهود»<sup>٤</sup>.

وليس مراده من المأثور ورود كيفية خاصة في رواية بل مراده الكيفية  
المأثورة في فتاوى الأصحاب.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩.

٢ - مسالك الأنعام ١٤: ٤١.

٣ - نفس المصدر.

٤ - جواهر الكلام ٤٠: ٣٤٤ - ٣٤٥.

(مسألة ١٥) : الأقوى أنه تنجز القسمة بإيقاع القرعة كما تقدم، ولا

يحتاج إلى تراضٍ آخر بعدها<sup>(١)</sup>، فضلاً عن إنشائه وإن كان أحوط في قسمة الرد.

### هل يعتبر الرضا بعد القرعة؟

١ - مقتضى التحقيق عدم اعتبار الرضا بعد القرعة لتعيين السهام وتخصيصها بأحد الشركاء في قسمة الإفراز والتعديل، فيما إذا تراضوا بالقرعة قبلها مطلقاً، بلا فرق بين ما إذا تراضوا بالقرعة بعد الاختلاف التجاءً إليها، وبين ما إذا تباؤوا على تعيين السهام بالقرعة ابتداءً من دون اختلاف.

وأما إذا لم يتراضوا بالقرعة قبلها، فقد وقع الخلاف في اعتبار الرضا بعدها وعدم اعتباره حينئذٍ.

ووجه اعتبار الرضا بعد القرعة في قسمة الرد أنها تتضمن معاوضة بين نصف المقدار الزائد - الواقع في السهم الأكثر - وبين عوضه المردود إلى ذي السهم الأقل. وصحة المعاوضة بحاجة إلى التراضي. وقد ردّه في الجواهر بأن القسمة في جميع أقسامها كالمعاوضة التي يدّعيها الخصم؛ حيث قال: «مع أنها في الجميع كالمعاوضة التي يدّعيها الخصم»<sup>١</sup>.

وأما وجه عدم اعتباره أن بالقرعة يخرج سهم المحق وتنجز بها القسمة، هذا، مع حصول التراضي بالقرعة قبلها.

وقد نسب في الجواهر<sup>١</sup> اعتبار الرضا بعد القرعة في لزوم قسمة الردّ إلى المبسوط والتحرير والإرشاد والدروس والإيضاح والمسالك، وغاية المرام والرياض.

ولكن ظاهر نسبة المحقق والعلامة ذلك إلى القيل عدم اعتباره بعدها، بل في الجواهر<sup>٢</sup> صريح الدروس. وهو الأقوى. وذلك لأنّ بالقرعة يخرج سهم المحقّ وتحلّ المشكلة ويرتفع الجهل، كما نطقت بذلك نصوص القرعة، وبعد ذلك فأيّ حاجة إلى التراضي؟! هذا مع حصول التراضي قبل القرعة بتباني الشركاء عليها.

بل صرّح المحقق بالإشكال في اعتبار الرضا معللاً بما قلنا؛ حيث قال: «وفي هذا - أي اعتبار الرضا بعد القرعة - إشكال؛ من حيث إنّ القرعة وسيلة إلى تعيين الحقّ وقد قارنها الرضا»<sup>٣</sup>. وقال في الجواهر: «نعم، الظاهر عدم اعتبار الرضا بعد القرعة مع فرض سبق الرضا بالقسمة بها؛ ضرورة ظهور أدلتها في اقتضاءها التعيين والتمييز، فمع حصوله بها لا دليل على عوده»<sup>٤</sup>.

وأيضاً نسب في الجواهر إلى المشهور اعتبار الرضا بعد القرعة، وأشكل عليه بوجوه ثلاثة؛ حيث قال بعد بيان كيفية القرعة: «وبذلك تتمّ القسمة، من غير حاجة إلى شيء آخر من رضي بعده وغيره في قسمة الإيجاب وغيرها،

١ - جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٠.

٢ - نفس المصدر.

٣ - نفس المصدر: ٣٢٩.

٤ - نفس المصدر: ٣٣١.

بل ولا في قسمة الردّ إذا كان القاسم في الجميع منصوباً. أمّا إذا كانت من غيره ولو منصوباً منهما، فالمشهور على ما قيل الإحتياج إلى رضا بعد القرعة، خصوصاً في قسمة الردّ لاشتغالها على المعاوضة المتوقّفة على ما يدلّ على الرضا بذلك.

وقد يشكل أولاً: بالاكْتفاء بالرضا بالقرعة.  
وثانياً: بفحوى الاكتفاء بها في قسمة الإجبار، وفيما إذا كان القاسم منصوباً من الإمام، مع أنّها في الجميع كالمعاوضة التي يدّعيها الخصم.  
وثالثاً: بما دلّ من نصوص القرعة على كونها مميّزة للحقّ، ومشخّصة له، وملزمة به، بل لعلّ ذلك هو حكمة مشروعيتها، وبذلك يخرج عن أصالة بقاء المال على الإشاعة<sup>١</sup>.

ويرد على إشكال الأول، أن الكلام فيما إذا لم يتراضوا بالقرعة، بل كانت بحكم الحاكم.

وعلى إشكاله الثاني، أنّ القرعة عند صاحب الجواهر تعيين الحصص وتمييز حقوق الشركاء عن الإيهام فهذا الإشكال مخالف لمبناه.

وأما إشكاله الثالث فلا غبار عليه. والعمدة في عدم اعتبار الرضا بعد القرعة هي هذا الوجه؛ لأنّ نصوصها تنادي بأعلى صوتها أنّ السهم الخارج بالقرعة قد أخرجه الله بحكمه وقضائه. ولا اعتبار بإرادة المخلوقين ولا رضاهم بعد حكم الخالق سبحانه وتعالى.

فالأقوى عدم اعتبار الرضا بعد القرعة مطلقاً، كما أفاده السيد الماتن رحمه الله.

(مسألة ١٦): لو طلب بعض الشركاء المهايأة في الانتفاع بالعين المشتركة: إمّا بحسب الزمان؛ بأن يسكن هذا في شهر وذاك في شهر مثلاً، وإمّا بحسب الأجزاء؛ بأن يسكن هذا في الفوقاني وذلك في التحتاني مثلاً، لم يلزم على شريكه القبول، ولم يجبر إذا امتنع<sup>(١)</sup>،

### لا يجوز الإجبار على قسمة المهايأة

١ - قال في مجمع البحرين: تهايثاً القوم تهايوء؛ إذا جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد النوبة. والمهايأة في كسب العبد أنهما يقسمان الزمان بحسب ما يتفقان عليه ويكون كسبه في كل وقت لمن ظهر له بالقسمة. والمقصود من المهايأة تقسيم الانتفاع من العين المشتركة بين الشركاء، إمّا بحسب أجزائها أو بحسب الزمان. وأما عدم جواز إجبار الممتنع على قسمة المهايأة في مفروض كلام السيد الماتن، فالوجه فيه:

أولاً؛ أنها ليست بقسمة إفراز ولا تعديل؛ نظراً إلى عدم تعديل السهام بها؛ لعدم تساوي منفعة الجزئين من الأرض أو البناء، ولا تساوي مقدار المنفعة في الزمانين غالباً.

وثانياً؛ عدم خلوها من احتمال الضرر؛ لاحتمال نقصان المنفعة المنتفعة بها في إحدى النوبتين من المنفعة في النوبة الأخرى. وثالثاً؛ أنه منافي لسلطة الناس على أموالهم. وذلك لأن الشريك الممتنع مالك لحصته من عين المال المشترك. فله الامتناع من كيفية الانتفاع، بل من أصل الانتفاع بها ومطالبة عين ماله أو قيمتها.

وإجباره على خلاف مطلوبه في ماله منافاة لسلطته على ماله.

قال في الجواهر: «ثم إن الظاهر ما فُتِّحَ به في الدروس واللمعة والروضة وغيرها، من عدم وجوب الإجابة إلى المهايأة؛ أي قسمة المنفعة بالأجزاء، أو بالزمان، كأن يسكن أو يزرع هذا الجزء المعين، بل في الأخير: سواء كان ممّا يصحّ قسمته إجباراً أم لا، وأنه لا يلزم الوفاء بها لو أجاب إليها، فيجوز لكلّ منهما فسخها. وحينئذٍ فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر أو هو، كان عليه أجره حصّة الشريك»<sup>١</sup>.

والضابطة في جواز الإجبار على المهايأة عدم توجّه الضرر والحرج بها إلى الممتنع عنها، وعدم المناقاة لسلطته على ماله. ومن هنا لو عُذّت قسمة المهايأة في مورد من قبيل قسمة الإفراز؛ بأن قُسمت أجزاء المال متساويةً، يجوز إجبار الممتنع عليها، كما في قسمة الماء بحسب الساعات أو الأيام مع العلم بتساوي مقدار الماء الخارج في كلّ ساعة أو يوم. فيجوز حينئذٍ إجبار الممتنع عليها، كما سبق في كتاب المشتركات من كتابنا دليل تحرير الوسيلة. ومما يؤيد ذلك قوله تعالى: «وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ»<sup>٢</sup>.

هذا، ولكن قسمة الماء حينئذٍ بالكيفية المزبورة من قبيل قسمة الإفراز في الحقيقة. وإنّ إطلاق قسمة المهايأة عليها في باب المشتركات مسامحي، وإنّما هو بلحاظ ابتناء القسمة حينئذٍ عن تناوب ساعات الزمان، وإلا فهي في الحقيقة ليست من قسمة المهايأة؛ لعدم كونها قسمة الانتفاع، بل إنّما هي قسمة العين المشتركة.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٤.

٢ - القمر (٥٤): ٢٨.



نعم يصحّ مع التراضي لكن ليس بال لازم<sup>(١)</sup>، فيجوز لكلّ منهما الرجوع. هذا في شركة الأعيان. وأمّا في شركة المنافع فينحصر إفرازها بالمهاياة، لكنّها فيها -أيضاً- غير لازمة. نعم لو حكم الحاكم الشرعي بها في مورد -لأجل حسم النزاع- يجبر الممتنع وتلزم<sup>(٢)</sup>.

١ - كان الكلام آنفاً في الانتفاع من العين المشتركة مهاياة؛ بأن يقسم الشريكان منافعها على نحو المهاياة كما سبق بيانه.

وأمّا في هذا الفرع، فالكلام في ما إذا كانت الشركة في المنفعة خاصّة، من دون اشتراك في العين. كما لو استأجر أرضاً أو بستاناً أو خاناً، فاشتركا بذلك في منافع العين المستأجرة، فيجوز لهما قسمة منافعها مهاياة، بل القسمة تنحصر حينئذٍ في المهاياة؛ إذ لا مناص لهما في قسمتها من الانتفاع بالعين المستأجرة على نحو المهاياة.

وإنّ قسمة المهاياة في المنافع أيضاً غير لازمة بل جائزة ومن قبيل قسمة التراضي.

والوجه في ذلك عين ما عرفت آنفاً من الوجوه الثلاثة، ولعدم كون المهاياة تمليك عين بعوض كبيع أو إجارة أو نحوهما من العقود اللازمة، بل مجرد تراضٍ على كيفية الانتفاع بالمال المشترك. وسيأتي نصّ كلام صاحب الجواهر لتعليل ذلك في ختام هذا الفرع. ولكن انحصار إفرازها بالمهاياة لا يستلزم جواز الإيجابار عليها؛ لعدم كونها من قبيل قسمة الإفراز ولا التعديل، ولما سبق من الوجوه آنفاً.

٢ - وذلك أولاً؛ لتوقّف حسم مادّة النزاع والمخاصمة على حكم الحاكم ولعدم جواز ردّ حكم الحاكم كما ورد في مقبولة ابن حنظلة: «فإذا حكم بحكمنا فلم

يقبل منه؛ فإنما استخف بحكم الله وعليه ردة، والراة علينا الزادة على الله، وهو على حد الشرك»<sup>١</sup>.

وثانياً؛ لانهصار القسمة في المهايأة، حينئذ، وامتناع الشريك منها موجب لحرمان شريكه عن الانتفاع بماله، وفي ذلك ضرر عليه، مع أنه مناف لسلطته على ماله.

وأما بدون حكم الحاكم، فلا يجوز الإجبار عليها، حتى مع انحصار القسمة فيها؛ لما أشرنا إليه آنفاً من عدم تعديل السهام فيها وتضرر الممتنع ومنافاة إجباره لسلطته على ماله، كما يمكن حسم مادة النزاع، ببيع المال المشترك أو إجارته وتقسيم ثمنه أو أجرته بين الشركاء.

هل يجوز إجبار الممتنع عن المهايأة على البيع أو الإجارة؟

وعلى القول بعدم جواز إجبار الممتنع على قسمة المهايأة عند انحصار القسمة فيها، فهل يجوز إجباره على حكم الحاكم بإيجار المال المشترك أو بيعه وتقسيم أجرته أو ثمنه بين الشركاء؟ فيه كلام.

وقد أشار في الجواهر إلى ذلك. فإنه - بعد إفتائه بعدم جواز الإجبار على قسمة المنافع بالمهايأة، ونقله عن الروضة، حتى فيما إذا لم تجز قسمة الإجبار - قال: «لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمته ممتنعة: إنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجر عليهما إن كان له أجره، جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف، وجبراً للضرر كما صرح به في الدروس، ولعل ذلك من السياسات بناءً على أن للحاكم ذلك ونحوه. وحينئذ لا ينحصر الأمر في ذلك، فله حينئذ بيعه عليهم، مع كونه مقتضاها،

(مسألة ١٧) : القسمة في الأعيان بعد التمامية والإقراع لازمة<sup>(١)</sup>.

كما عن بعض العامة من كون ذلك وجهاً، أمّا مع قطع النظر عنها. فالمتّجه ما صرح به بعضهم، من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع، وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهايأة، لأصلي عدم الوجوب، وعدم صحّة البيع عليهم<sup>١</sup>.

قوله: مع كونه مقتضاها؛ أي: مع كون بيعه عليهم مقتضى السياسة أيضاً كالإجبار. والوجه في عدم وجوب البيع والإجبار عليه مع قطع النظر عن السياسة وحسم النزاع، عدم خلوه من الضرر ومنافاته لسلطة الناس على أموالهم. وأمّا عدم صحّة البيع؛ فلعدم حصول التراضي عليه، فهو من التجارة عن غير تراض.

ومقتضى التحقيق: أنّه لو امتنع عن المهايأة ولم يمكن قسمة الإجبار، وعن البيع والإجبار، لا إشكال في جواز إجبار الحاكم على الإجبار وتقسيم المنفعة أو على قسمة الردّ، وإلا فعلى البيع وقسمة الثمن بينهم؛ حسماً لمادة النزاع، فإنّ ذلك من اختيارات الحاكم وداخل في ولايته.

## القسمة لازمة بعد القرعة

١ - كما قال في الشرائع: «وتكون بتعديل السهام والقرعة»، وقال في المسالك في شرحه، «أي تكون القسمة الإجبارية تامة بذلك، فمتى حصلت القرعة، لزمت<sup>٢</sup>». والوجه فيه:

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٤.

٢ - مسالك الأفهام ٤: ٣٢٠.

وليس لأحد من الشركاء إبطالها وفسادها بل الظاهر أنه ليس لهم فسادها وإبطالها بالتراضي، لأن الظاهر عدم مشروعية الإقالة فيها<sup>(١)</sup>.

أولاً: حكم الشارع بتنفيذ القرعة وصحتها وإخراج حق المحق بها، فلا يحتاج إلى تمليك المخلوق بعد تمليك الخالق تعالى. فإن حكم الشارع بكون الخارج بالقرعة حقاً للمحق، يفيد فائدة التمليك وال لزوم، فلا يجوز نقض حكم الشارع وإزالة تمليكه بالفسخ.

ويمكن استفادة ذلك من كلام صاحب الجواهر؛ حيث قال: «والقرعة لاستخراج خصوص ما لكل منهما من المصداق المتردد واقعاً، فتكشف حينئذ عن كون حقه في الواقع ذلك، ولو لسبق علم الله تعالى بوقوعها عليه، ولا يحتاج بعد إلى عموم، أو عقد آخر يقتضي الملك أو اللزوم. فتأمل جيداً، فإنه دقيق نافع»<sup>(٢)</sup>.

وثانياً: بأن القرعة جعلت في لسان نصوصها لرفع مشكلة النزاع بين المتخاصمين كما ورد أن «القرعة لكل أمر مشكل»، لأنها عُدل بحكم الشارع بخروج حق المحق بها. فهي فاصلة الخصومة، فلا بد من إفادتها لزوم القسمة الحاصلة بها، وإلا لم تُفصل بها خصومة ونزاع أبداً. وهذا في الحقيقة هو مراد الأصحاب، من اعتبار القرعة حال عدم تراضي الشركاء. كما قال في الجواهر: «إن مراد الأصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي؛ لأنها العدل»<sup>(٣)</sup>.

١ - لظهور أدلة القرعة في كون السهم الخارج بها لمن خرج اسمه بحكم الشارع. فهي كاشفة عن كون القسمة بالقرعة لازمة بحكم الشارع تعيداً. وتعدل

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٢.

٢ - نفس المصدر: ٣١٣.

بذلك على كون لزومها حكماً غير قابل للإقالة، وليس من قبيل اللزوم الحقيقي القابل لذلك.

بيان ذلك: أن لزوم الوفاء تارة: يكون في المعاملات ثابتاً بعنوان حق لطرفي العقد. ولازمه جواز رفع اليد عنه للمتعاملين بالإقالة والفسخ ونحو ذلك.

وأخرى: يكون ثابتاً بعنوان حكم شرعي تعبدى، فلا يجوز حينئذ التخلّف عنه. وقد يُعبر عن الأوّل باللزوم الحقيقي، كما في باب العقود المعاوضية اللفظية، سواء كانت تنجزية كالبيع والإجارة والصلح، أو تعليقية، كالجعالة والسبق والرماية. والسرّ في ذلك أن بقول المتعاملين: «بعت واشتريت» - مثلاً - كما ينشأ مدلوله المطابقي - وهو المبادلة بين المالكين - كذلك ينشأ مدلوله الالتزامي؛ وهو التزامهما بما أنشأاه. وهو يوجب لزوم العقد. وهذا اللزوم حقيقي مالكي، وقد أمضاه الشارع بقوله: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»؛ حيث أنشأ المتعاقدان بما لهما من السلطة على مالهما وحق التصرف فيه كيف شائنا، ولم يشرعه الشارع بالتعبد الضرف.

ومن هنا يجري فيه الإقالة، وحق الفسخ بجعل الخيار، سواء كان باشتراط المتعاقدين، أو بجعل الشارع.

فلو كان اللزوم في هذا القسم ثابتاً لذات المنشأ بحكم الشارع تعبداً، لما صحّ جعل الخيار فيه، لا بجعل الشارع كخيار الحيوان والمجلس أو بجعل من المتعاقدين كخيار الشرط.

ويُعبر عن الثاني باللزوم الحكمي، كما في باب النكاح والضمان والهبة لذي الرحم، ونحو ذلك من العقود التي لا يجري فيها الإقالة ولا جعل الخيار. وسمي بذلك؛ لأنه ثابت لذات العقد بحكم الشارع تعبداً.

وإنما يُستكشف ذلك بالدليل الدالّ على عدم جواز الإقالة واشتراط خيار

الفسخ في بعض العقود. فإن في باب النكاح - مثلاً - يستكشف من عدم صحة الإقالة وعدم صحة جعل الخيار لأحد الزوجين، أن اللزوم فيه حكم شرعي تعبدى غير قابل للإزالة بإقالة أو فسخ. وكذلك الهبة، لذي الرحم والضمان ونحوه. ويشهد لما قلنا كلام المحقق النائيني، فإن له كلاماً مبسوطاً في المقام، وإليك نص بعض مواضع كلامه.

قال: «باب العقد على قسمين: لزوم حكمي تعبدى، ولزوم حقي. فالأول: كما في باب النكاح والضمان والهبة لذي الرحم، ونحو ذلك من القربات التي لا رجعة فيها، فإن في باب النكاح - مثلاً - يستكشف من عدم صحة الإقالة، وعدم صحة جعل الخيار لأحد الزوجين أن اللزوم فيه حكم شرعي تعبدى من لوازم ذاته... والثاني كما في باب العقود المعاوضة اللفظية، تنجزية كانت كالصلح والبيع والإجارة، أو تعليقية كالسبق والرماية. فإن بقوله: «بعت» ينشأ أمران:

أحدهما: مدلول مطابق للفظ، وهو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله الذي ينشأ بالفعل أيضاً؛ لأنه أيضاً مصداق لعنوان البيع بالحمل الشائع الصناعي. وثانيهما: مدلول التزامي له، وهو التزامهما بما أنشئ... ثم إن هذا اللزوم العقدي حق مالكي أمضاء الشارع بقوله: «أؤقوا بالعقود». فإنه إذا كان من منشآت المتعاقدين، لا من التعبد الصرف يصير حقاً مالكياً، ولذا يجري فيه الإقالة وحق الفسخ، فإنه لو كان اللزوم من لوازم ذات المنشأ لما صح جعل الخيار في مقابله، سواء كان بجعل شرعي كخيار الحيوان والمجلس، أو بجعل من المتعاقدين كخيار الشرط»<sup>١</sup>.

وأما بغير القرعة فلزومها محل إشكال<sup>(١)</sup>.

هذا، ولكن يمكن الاستدلال على عدم مشروعية الإقالة في القرعة بأنّ سهم كل واحد إنما خرج له وتعيّن بحكم الشارع تعبداً وصار ملكه، والمخرج يحتاج إلى سبب شرعي جديد ناقل، ولا تصحّ الإقالة لذلك؛ لأنّها مزيلة لسببية العقد، وليس سبباً مستقلاً للنقل. نعم لو جدّد الشركاء عقد الشركة، فإنّه يصلح لتبديل الملكية المفترزة بالقرعة مشاعاً، وإرجاعها إلى الحالة السابقة. ولا يخفى عليك أنّ هذا الكلام كلّه فيما إذا كانت القسمة بالقرعة.

١ - وعلل ذلك في الجواهر بعدم كون مجرد الرضا بالقسمة من الأسباب المملّكة، فضلاً عن إفادة اللزوم. فإنّه - بعد ما أنكر كون المدار في صحّة القسمة على مجرد الرضا بها، وإلا لم يعتبر فيها تعديل السهام، مع عدم كون فاقد التعديل من القسمة -، قال ما لفظه: «على أنّ هذا الرضا بعد فرض عدم اندراجه في عقد من العقود المملّكة، كيف يكون سبباً لنقل المال إلى الآخر، فضلاً عن لزومه، وليس في القسمة عموم أو إطلاق يقتضي ذلك كي يكون حينئذٍ أمراً مستقلاً برأسها»<sup>١</sup>.

وأما كون القسمة إجبارية وجواز الإجماع على قسمة الإفراز والتعديل، لا ينافي اعتبار القرعة في لزومها؛ لما قلناه آنفاً. وعليه فما جاء في كلماتهم من الإجماع على قسمة الإفراز والتعديل، يحمل على ما إذا كانا بالقرعة أو بحكم الحاكم، بعد تعديل السهام.

ثم إن من النكات التي ينبغي الالتفات إليها في المقام: أن أصل ملكية الحصّة لكلّ شريك لا تحصل بالقسمة - حتّى يحكم الحاكم أو القرعة - بل إنّما تستعين الحصّة المملوكة بها وتبدّل الملكية من الإشاعة إلى المفرزة، فالذي تفيد القسمة تعيين الملك وإفراز الحصّة المملوكة لكلّ شريك، لا إيجاد أصل الملك، ومن هنا قيل: إنّ القسمة ليست من أسباب الملك، بل هي سبب لإفرازه وتبديله من الإشاعة إلى المفرزة.

وأما قسمة الردّ، فالظاهر أنّه لا يجوز الإيجابار عليها ولو بالقرعة؛ لأنّ القرعة إنّما شرّعت لتعيين السهام وإخراج سهم المحقّ، ولا تتمّ قسمة الردّ، إلّا بوقوع المعاوضة بين ما نقص من السهم الأقلّ وبين ما يقابله من العوض، ولا تُجوز القرعة الإيجابار على ذلك، بل تتوقّف صحتها على التراضي حتّى تكون من التجارة عن تراض. كما أنّ القرعة لا تجوز الضرر على من يرد عليه الضرر بالقسمة.

هذا، وقد يخطر بالبال أنّه لا يبعد القول بلزوم قسمة الإفراز والتعديل، لكن لا بمجرد التراضي، بل لأجل تعديل السهام فيهما؛ نظراً إلى أن الشركاء بعد وصول سهم كلّ واحد منهم إليه بالتعديل، من دون أيّ ضرر، لا حقّ لبعضهم في الامتناع والفسخ.

ولكن لا يخفى أنّه على فرض لزومها، فإنّها لزوم حقّي، ويجوز فيه الإقالة واشتراط خيار الفسخ، كما سبق آنفاً في بيان الفرق بين اللزوم الحقّي والحكمي.

ومما يؤيد لزوم القسمة في نفسها ارتكاز المشرّعة وسيرتهم الجارية على عدم ثبوت حقّ الرجوع والفسخ بعد القسمة، إلّا باشتراط ذلك قبلها.



(مسألة ١٨) : لا تشترع القسمة في الديون المشتركة<sup>(١)</sup>، فإذا كان لزيد وعمرو معاً ديون على الناس بسبب يوجب الشركة كالإرث، فأرادا تقسيمها قبل استيفائها، فعذلاً بينها وجعلاً ما على الحاضر - مثلاً - لأحدهما، وما على البادي للآخر، لم تفوز، بل تبقى على إشاعتها.

## عدم مشروعية قسمة الدين المشترك

١ - هذا هو المشهور، كما صرح به في جامع المقاصد<sup>١</sup>. ويمكن أن يستدل على عدم جواز قسمة الدين المشترك تارة: بمقتضى القاعدة، وأخرى: بدلالة النصوص على ذلك.

وأما القاعدة المقتضية لذلك، فهي: عدم جواز قسمة الدين المشترك. والوجه في ذلك: أما بناءً على كون القسمة نوع معاوضة في الحقيقة، فلرجوع قسمة الدين المشترك حينئذٍ في الحقيقة إلى معاوضة الدين بالدين، المعبر عنه ببيع الكالي بالكالي. وقد اتفق النص والفتوى على بطلانه، بل بطلان مطلق معاوضتهما.

وذلك لأن القسمة لا تتحقق إلا بتعليك كل شريك سهمه - المشاع المنتقل إلى الآخر - بالتعيين والإفراز، وإلا لا يملك المنتقل إليه تمام الحصّة المعيّنة له؛ نظراً إلى كون نصفها المشاع ملكاً للشريك الآخر قبل القسمة. وذلك لسريان الملكية المشاعة - الثابتة لجميع الشركاء قبل القسمة - إلى جميع أجزاء المال المشترك، بلا

فرق في ذلك بين العين والدين. وعليه فلا بد في قسمة الدين أيضاً من تعليق كل شريك سهمه المشاع - المنتقل إلى الآخر بالقسمة - حتى تصير الحصة المعينة بالقسمة ملكاً للآخر بتمامها، وإلا لا يملك تمامها ولا تتم القسمة.

وأما بناءً على كون القسمة تعيين الحصص المشاعة، لا معاوضة ولا نقلاً، فلعدم تحقق تعيين الحصة المشاعة من الدين المشترك بمجرد التقاول والتباني على ذلك، ولا بمجرد قبض مقدار منه لنفسه، كما أفاد ذلك في الجواهر<sup>١</sup>.  
هذا هو مقتضى القاعدة.

وأما النصوص: فقد دلّ على عدم جواز قسمة الدين المشترك عدة نصوص معتبرة مثل:

صحيح غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: في رجلين بينهما مال، منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما. فاقسما الذي بأيديهما، واحتال كل واحد منهما بنصيبه. فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر. فقال عليه السلام: «ما قبض أحدهما فهو بينهما، وما ذهب فهو بينهما»<sup>٢</sup>.

قوله: «واحتال كل واحد منهما بنصيبه» أي بنصيبه من الدين. وذلك بقرينة قوله: «فاقسما الذي بأيديهما» أي اقسما الدين. والمقصود أن كل واحد من الشريكين أحال صاحبه إلى غريم في قبض سهمه من الدين حسبما تبانيا واقسماه. وصحيح معاوية بن عمار، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين بينهما مال بعضه بأيديهما وبعضه غائب عنهما فاقسما الذي بأيديهما واحتال كل واحد منهما بحصته من الغائب، فاقترض أحدهما ولم يقترض الآخر. فقال عليه السلام: «ما

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١١ - ٣١٢ و ٣٣٤.

٢ - وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٥، كتاب الضمان، الباب ١٣، الحديث ١.

اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»؟<sup>١</sup>.

قوله: «بحصته من الغائب» أي من المال الغائب، وهو أعم من العين الموجودة في يد الغريم الغائب ومن الدين، بلحاظ كونه كلياً في الذمة، لا جزئياً خارجياً حاضراً كالعين.

ونظيره صحيح محمد بن مسلم<sup>٢</sup>.

وصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال منه دين، ومنه عين، فاقسما العين والدين، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذي للآخر، أئردُّ على صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله»<sup>٣</sup>. والظاهر أن لفظة «ما» في قوله: «ما يذهب بماله؟» استفهامية؛ أي ما الذي ذهب بماله. وهذا الاستفهام إنكاري. والمقصود أن قسمة الدين وتلف الدين المجهول لأحدهما، لا يوجب ذهباً حقه من الدين المشترك.

ويظهر من المحدث المجلسي كون ما نافية؛ أي ما يذهب القابض بماله. قال عليه السلام: «قوله عليه السلام: ما يذهب بماله؛ أي ما يذهب القابض بمال من لم يقبض»<sup>٤</sup>. ولكن التفسير الأول أنسب.

وصحيح سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين كان لهما

١ - تهذيب الأحكام ٧: ١٨٦ / ٨٢٠.

٢ - نفس المصدر: ٨١٩.

٣ - وسائل الشيعة ١٩: ١٢، كتاب الشركة، الباب ٦، الحديث ٢.

٤ - نقله مصحح التهذيب في هامشه عن المحدث المجلسي في كتابه ملاذ الأخيار في شرح تهذيب الأخيار، وراجع تهذيب الأحكام تصحيح علي أكبر الففاري ٧: ٢٢١، باب الشركة، ذيل الحديث ٤.

مال بأيديهما ومنه متفرق عنهما فاقسما بالسوية، ما كان في أيديهما، وما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما معاً كان غائباً واستوفى الآخر، عليه أن يردّ على صاحبه؟ قال عليه السلام: «نعم ما يذهب بماله»<sup>١</sup>.

وقد عقد في الوسائل باباً بعنوان «عدم جواز قسمة الدين المشترك قبل قبضه»<sup>٢</sup>.

تقريب دلالتها على المطلوب: أنّ هذه النصوص قد دلّت على ذهاب الدين التالف من كيس الشريكين كليهما، فيما لو قسّماه وكان التالف من حصّة أحدهما. ومعنى ذلك عدم الاعتبار بقسمة الدين المشترك.

والذي يقتضيه التحقيق في المقام أنّ هذه النصوص ناظرة إلى صورة التراضي وحصول الإذن من الشريك بالقبض، ولو لزعم القسمة الفاسدة ونحوها، كما استظهر ذلك في الجواهر وجزم بالشركة في المقبوض في هذه الصورة. وأخرجه عن محلّ الكلام، بقوله: «لكن هذه النصوص - بل والتمن وما شابهه - مشتملة على الجزم بالشركة. وما ذاك إلّا لحصول الإذن من الشريك بالقبض، ولو لزعم القسمة الفاسدة ونحوها. وحينئذٍ يتّجه الجزم بشركة المقبوض»<sup>٣</sup>.

### كلام صاحب الجواهر في تنقيح محلّ النزاع

وقال عليه السلام في تحرير محلّ النزاع: «إنّما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه، وقد ذكر غير واحد من الأصحاب، بل نسب إلى

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٣٧٠، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢٩، الحديث ١.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ١٢، كتاب الشركة، الباب ٦.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٠.

المشهور أن للشريك مشاركة الآخر فيما قبض، وله مطالبة الغريم بمقدار حصته<sup>١</sup>.  
ومرجع ذيل كلامه إلى تخيير غير القابض بين مطالبة سهمه المقبوض من  
الشريك القابض وبين مطالبته من الغريم.

ويظهر من كلامه هذا أن محلّ الكلام بين المشهور وبين غيرهم - كآبن  
إدريس والشهيد الثاني والمحقق الأردبيلي - في جواز قسمة الدين المشترك  
وعدمه، إنما هو فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه.  
وقال في تحرير كلام المشهور ما حاصله: إن الشريك الآخر لو أجاز القابض  
ملك سهمه الموجود في يده، كالفضولي، وتبعه النماء. وإن ردّه ملكه القابض وتعيّن  
المقبوض كلّ له. وعلى أيّ حال يضمن القابض، إلا أن يتلف قبل اختيار الشريك  
الآخر فلا يضمن له ويتعيّن حقّ القابض في التالف حينئذ.

والوجه فيه ظاهراً عدم كون القبض بإذن شريكه ولا باختياره. ولكنّه خلاف  
مقتضى قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن؛ لأنها تقتضي كون القابض ضامناً  
لشريكه نصف التالف. ولعلّه لبّ مراد صاحب الجواهر في الإشكال على ذلك.

ثمّ أشكل على ذلك بأنّه لا ينطبق على القواعد الشرعية؛ لأنّ الشركة مع  
الإجازة وإن اتّجهت بناءً على تأثير الإجازة اللاحقة في مثل المقام، مع ما فيه من  
الإشكال والمنع من وجوه، بل لم نجده في كلام غير الشهيد الثاني.

ولكن اختصاص المقبوض كلّه بالقابض مع الردّ، لا وجه له؛ لعدم كون  
المقبوض مال الشركة مع عدم الإجازة. وليس للقابض، إلا نصف المال المشاع.  
وتبيّة الدافع كون المقبوض سهم القابض لا تنفع، وإن وافقتها تبيّة القابض، بل حتّى مع  
رضا الشريك الآخر؛ لعدم صحّة مثل هذه القسمة.

ورّد دعوى جواز قسمة الدين مراعاةً بقبض الشريك الآخر - فإن لم يقبض بقي على الشركة والإشاعة - بأنه حدس وتخوّص بلا دليل، بل مخالف لما هو المعروف من عدم صحة قسمة الدين، مع أنّه إذا لم يكن المقبوض من مال الشركة في صورة عدم لحوق إجازة الشريك الآخر، كيف يكون منه في صورة عدم قبضه.

ثمّ أشكل في كون المقبوض كلّهُ للقابض بالردّ - لو لا الإجماع - بل ولا بعضه، إلّا بتراضي الشريكين على اختصاص كلّ منهما بما في يده، بعد قبض الشريك الآخر ما يقابل المقبوض من سهمه. وإلّا يبقى المال المقبوض على الشركة والإشاعة، ولغير القابض حينئذٍ الرجوع على القابض وأخذ نصيبه.

وأما كون رضا الشريك الآخر في البداية مفيداً لملك نصيبه مستلزماً حتّى القبض وإن كان محتملاً، إلّا أنّ الأقوى خلافه<sup>١</sup>.

قال شيخنا: «وحيث إنّ لم يكن ثمة إجماع أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه، بعد عدم الإجازة، بل ولا بعضه.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ برضا الشريك يكون المقبوض حصّةً للقابض بتمخّض المقبوض مالا للشركة، بل هو في الحقيقة إجازة بذلك.

نعم جعله حصّة له، لا يثبّت قسمةً، إلّا بقبض الشريك مقابله، على وجه يقع الرضا منهما معاً بأنّ لكلّ منهما ما في يده.

فمع فرض عدمه يبقى ذلك المال المقبوض على الشركة، فله الرجوع عليه، وأخذ نصيبه منه؛ إذ لم يدخل في ملك القابض.

وذلك الرضا الذي وقع من الشريك أولاً يكون ما قبضه حصّة له، لا يفيد

تمليكاً، مع احتمالله، لكن على جهة التزلزل، إلا أن الأقوى خلافه، وإن كان ذلك كله كما ترى»<sup>١</sup>.

كلام ابن إدريس ونقده

وخالف ابن إدريس المشهور في محلّ النزاع<sup>٢</sup>، واستدلّ له بتسعة وجوه:

١- إن اشتراك الدين في الذمة لا يمنع من تعيين حقّ واحد في معيّن، كما أن الاشتراك في العين لا يمنع من ذلك.

وأجاب عنه في الجواهر بأنّه مصادرة محضة، خصوصاً بعد ما عرفت من تحقق الإشاعة في العين، كلبية كانت أو شخصية. فكذلك في الدين.

٢- إن لكلّ واحد أن يبرء الغريم من حقه، ويصالح منه على شيء، بحيث إذا استوفى شريكه لم يلحقه فيه. وهذا فرع صحة تعيين الدين المشترك وقسمته.

وأجاب عنه في الجواهر: بأن إبراء أحدهما الغريم أو الصلح معه بشيء يمحّض الباقي للشريك الآخر، وأن الإبراء يتعلّق بالمشاع على إشاعته، وكذا الصلح. فمع فرض حصولهما وعدم تصوّر ملك الشخص على نفسه، لئتمحض الباقي للشريك الآخر، وقد ذكر طرق متعدّدة لاختصاص كلّ منهما بما يأخذه إذا أراد، إلا أنّه خروج عن مفروض المسألة.

قوله: «عدم تصوّر ملك الشخص على نفسه»، كأنّه أراد بذلك عدم معقولية كون الغريم - المبرأ عنه - دائناً بالنسبة إلى نفسه؛ بمعنى أنّه كما كان الدائن - وهو الشريك المبرئ - مالكاً لما في ذمّة الغريم ومالكاً عليه، كذلك يكون الغريم مالكاً

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣١ - ٣٣٢.

٢ - راجع السرائر ٢: ٤٠٢ - ٤٠٣.

على نفسه كالدائن بالنسبة إليه. ومن هنا إذا أبرأ أحد الشريكين الغريم في سهمه، يتمحض الباقي للشريك الآخر.

وحاصل هذا الجواب: أن استدلال ابن إدريس في الوجه الثاني، يبتني على كون الإبراء متوقفاً على تعيين متعلقه من الدين. وهو غير صحيح؛ نظراً إلى تعلق الإبراء بالدين المشاع فيبرئ الشريك سهمه من الدين على إشاعته وأما تمحض الباقي للشريك الآخر فأمر قهري. وهذا بخلاف القبض فإنه فرع تعيين سهمه من الدين؛ لعدم صحة قبض السهم المشاع لأحد الشركاء، ما لم يخرج عن الإشاعة.

٣- إن متعلق الشركة بينهما هو العين، وقد ذهبت، ولم يبق لهما إلا دين في ذمة الغريم. فإذا أخذ أحدهما نصيبه، لم يأخذ عيناً من أعيان الشركة، فلا يشاركه الآخر فيما أخذه.

وأجاب عنه في الجواهر: بأنه مصادرة محضة، كما عرفت في جوابه عن الدليل الأول.

٤- إن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، وإن الشريك القابض لم يقبض سهمه، إلا لنفسه. وعليه فليس للشريك الآخر سهماً فيما قبضه الشريك الأول بمطالبة حقه.

وأجاب عنه في الجواهر: بأنه مبنئ على ملك الشريك لما قبضه الآخر قهراً بدون إذن شريكه ولا لحق إجازته، والقائل لا يلتزمه، بل يشترطه بالإجازة على الوجه الذي سمعت. مقصوده أن القائل بملك أحد الشريكين لما قبضه الآخر - وهو المشهور القائل بعدم قسمة الدين المشترك - إنما يلتزم بذلك في صورة عدم إذن الشريك بشرط لحق إجازته كالفضولي. وقد سبق آنفاً بيان ذلك في تنقيح كلام صاحب الجواهر.



٥- إن وجب الأداء بالمطالبة بحقه، وجب أن لا يكون للشريك فيه حق، لكن المقدم حق بالاتفاق، فالتالي مثله.

بيان ذلك: أنه لو طلب أحد الشريكين حقه وسهمه من الدين، وجب أدائه بمجرد مطالبة حقه. وعليه فلا حق للشريك الآخر فيما طالبه الأول. وذلك لأن وجوب أداء حصة أحد الشريكين بمجرد مطالبة فرع التمكن من تسليمها شرعاً؛ لاستحالة التكليف بالمتنع غير المشروع. فإذا ثبت تمكنه من دفعها - على أنها للشريك - ودفعها كذلك، امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حق.

وأجاب عنه في الجواهر: بأنه بعد تسليم أن له المطالبة منفرداً، ووجوب الأداء له، لا يقتضي ذلك ما ذكره الخصم، بل يمكن أن يكون ولو بالجمع مع شريكه؛ بأن يطالب من الغريم الدين المشترك، لا سهمه خاصة، وذلك في فرض لحق الإجازة من الشريك الآخر - بعد قبض شريكه الدين المشترك من الغريم - وإن لم يكن بإذنه في البداية. أو بتعيين حقه بأحد الوجوه المعينة له عن صاحبه، بصلح ونحوه. بأن يطالب حقه بعد تعيينه بإبراء شريكه أو بالمصالحة معه.

٦- لو كان للشريك الآخر في المدفوع حق، لزم وجه قبض، وهو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير إذن. مع فرض جواز الدفع ومشروعيته، فهو كاشف عن عدم سلطة الشريك الآخر فيه.

ورده في الجواهر بما سبق منه آنفاً من توقف ثبوت الحق للشريك الآخر على إجازته، فلا جهة قبض فيه.

٧- لو كان للشريك الآخر في المدفوع حق، لوجب أن يبرء من مقدار حقه من المدفوع؛ لأنه لو لم يبرء لزم دخول مقدار من سهمه في المقبوض مع أنه

لا يُريد قبضه، ويرجع ذلك إلى الجمع بين بقاء الدين في الذمة وبين قبض عوضه.  
مع أنه غير ممكن؛ لاستحالة بقاء الدين في الذمة، مع صحة قبض  
عوضه. لكن التالي باطل عندهم؛ لكونهم يحكمون بأنه مخير في الأخذ من  
أيهما شاء.

قوله: لكن التالي؛ أي وجوب الإبراء. وقوله: من أيهما شاء؛ أي من الشريك  
القباض ومن الغريم.

ومقصوده من العوض هو المقبوض من الدين. ووجه التعبير بذلك أن  
المقبوض من الدين في الحقيقة عوض عما في الذمة، أو لأنه عوض من المال  
المشترك الذي باعه الشركاء نسيئة.

ورده في الجواهر: بأنه مع الإجازة، لا إشكال في تعيين الإبراء عند عدم  
إرادة القبض. والتخير حينئذ إنما هو في الإجازة وعدمها، كما عرفت ذلك مفصلاً.  
أو في القسمة على الوجه الذي ذكرناه من الإبراء أو المصالحة.

قال رحمته الله: «على أن التخيير المزبور لم أجده في الخلاف والنهاية والوسيلة، بل  
الموجود «شارك» مثل عبارة المتن وما شابهها، وظاهرهم تعيين الشركة. وليس ذلك  
إلا لإذن الشريك في القبض، فإنه يكون حينئذ من مال الشركة، وإن نوى لنفسه. بل  
لو أذن له الشريك في القبض لنفسه فقبض، يكون أيضاً مشتركاً؛ لمعلومية كون القيد  
لغواً؛ لعدم إمكانه. والنصوص المزبورة محمولة على الإذن، فلا يقدح عموم ما  
اقتضى أحدهما، لما عرفت»<sup>١</sup>.

ولا يخفى أن مقصوده من القيد في قوله: «كون القيد لغواً» قبض الشريك

لنفسه، فإن قصده كون القبض لنفسه لا أثر له.

وقوله: «بل الموجود شارك مثل عبارة المتن»، أراد به كلام صاحب الشرائع؛ حيث قال: «إذا باع الشريكان سلعة صفقة، ثم استوفى أحدهما منه شيئاً، شاركه الآخر فيه»<sup>١</sup>.

وقوله: «فلا يقدر عموم ما اقتضى أحدهما»: أي عموم قوله ﷺ: «ما اقتضى أحدهما» في نصوص المقام - كصحيحتي ابن مسلم ومعاوية بن عمار<sup>٢</sup> - وشموله لصورتَي قبض مجموع الدين وقبض حصته لنفسه، لا يقدر في حصول القسمة بالإبراء أو المصالحة عند عدم لحوق الإجازة من الشريك الآخر لو قبض صاحبه بغير إذنه. وذلك لأن النصوص ناظرة إلى ما إذا كان قبض أحدهما بإذن الآخر.

والسر في تعرضه لدفع القدر المزبور، أن ابن إدريس أجاب عن المشهور - في الاستدلالهم بنصوص المقام - بأن المقبوض من الدين كما يحتمل كونه خصوص القابض لنفسه، كذلك يحتمل كونه مجموع الدين المشترك، ولا تتم دلالتها على مطلوب المشهور، إلا على الاحتمال الأول، ولكنه غير متعين؛ لأن قوله ﷺ: «ما اقتضى أحدهما» يحتمل الأمرين.

وأشكل عليه المحقق الكركي: بأن لفظه «ما» في القول المزبور للعموم، فالصورتان المزبورتان كلتاها داخلتان في عموم «ما اقتضى أحدهما»، مضافاً إلى قرينة ترك الاستفصال على ذلك.

١ - نفس المصدر: ٣٣٠.

٢ - تهذيب الأحكام ٧: ١٨٦ / ٥ و ٦.

وقد نقل المحقق الكركي كلام ابن إدريس والمناقشة فيه، فراجع<sup>١</sup>.

٨ - لو نهى الشريك عن قبض حقه، فإن تمكن شرعاً من المطالبة بحصته، وجب أن لا يكون للشريك فيها حق، وإلا لا يجوز له أخذ حقه بمنع الشريك إيّاه من القبض. ولما يتمكن من ذلك شرعاً ويجوز له أخذ حقه مع منع الشريك، فيثبت المطلوب.

وناقش فيه صاحب الجواهر بما تقدّم منه في الجواب عن الوجه الخامس.

٩ - إن المقبوض إمّا أن يكون مالاً مشتركاً، أو لا. فإن كان مشتركاً وجب على تقدير تلفه أن يتلف منهما، كسائر أموال الشركة، وتبرء ذمة الغريم منه، وإلا لم يكن للشريك فيه حق. ولما لا يكون تلفه بعد القبض عليهما، بل يذهب من كيس الآخذ، فيثبت المطلوب.

وقد أجاب عنه في الجواهر بما تقدّم منه في الجواب عن الوجه السابع وغيره.

انتهى تحرير كلام ابن إدريس<sup>٢</sup>، ومناقشات صاحب الجواهر فيه<sup>٣</sup>.

١ - أمّا كلام ابن إدريس فنقله - بعد ذكر بعض النصوص - بقوله: ولا صراحة فيها بالنسبة إلى المدعى؛ لأنّ المقتضي لم يصرّح بكونه هو مجموع الدين أو حصّة المقتضي فقط، ودلالته على المطلوب متوقّفة على إرادة الأمر الثاني وذلك غير معلوم واللفظ يحتمل الأمرين. ثمّ ناقش فيه المحقق الكركي بقوله: هذا محصل ما ذكره ابن إدريس عن الأخبار على تقدير تسليم كونها حجة. ويرد عليه: أنّ «ما» الواقعة في الجواب للعموم، والعبرة بعموم اللفظ، وكذا ترك الاستفصال في حكاية الحال المحتملة يقتضيه أيضاً. جامع المقاصد ٨: ٣٨.

٢ - راجع السرائر ٢: ٤٠٣.

٣ - جواهر الكلام ٢٦: ٢٣٢ - ٢٣٤.

وقد مال إلى كلام ابن إدريس في جامع المقاصد؛ حيث قال: «ولا يخفى أن بعض هذه الوجوه في غاية القوة والمتانة. والروايات لا تقاومها، مع أنها قابلة للتأويل. فمختار ابن إدريس قويّ متين، كما اعترف به المصنّف في المختلف، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى»<sup>١</sup>.

كلّ ذلك نقله في الجواهر<sup>٢</sup> ثم قال:

«وتبعه على ذلك ثاني الشهيدين، إلا أن الجميع كما ترى، بعد التأمل الجيّد فيما ذكرنا، مع قطع النظر عن النصوص».

### كلام العلامة الحلّي في التذكرة

وقال في التذكرة: «لا يصحّ قسمة ما في الذم - إلى قوله: - فلو تقاسما، ثم توي بعض المال، يرجع من توي ماله على من لم يتو. وبه قال ابن سيرين...» وقال أيضاً فيها: لو كان لرجلين دين بسبب واحد؛ إمّا عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره، فقبض أحدهما منه شيئاً، فلآخر مشاركته فيه، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل.

إلى قوله: ولأنّ تملك القابض ما قبضه يقتضي قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك، وهو باطل، فوجب أن يكون المأخوذ لهما، والباقي بينهما، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه، سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها، وله أن يرجع على الغريم؛ لأنّ الحقّ ثابت في ذمته لهما على وجه سوي، فليس له تسليم حقّ أحدهما إلى الآخر. فإن أخذ من الغريم، لم يرجع على الشريك بشيء؛ لأنّ حقه ثابت في أحد المحلّين، فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر.

١ - جامع المقاصد ٨: ٣٩.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٢ - ٣٣٣.

وليس للقباض منعه من الغريم، بأن يقول: أنا أعطيتك نصف ما قبضت، بل الخيرة له من أيهما شاء قبض. فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله. وإن هلك المقبوض في يد القابض، تعين حقه مشاركته؛ لثبوته في الأصل مشتركاً.

ولو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه، برأ؛ لأنه بمنزلة قبضه منه. وليس للشريك الرجوع عليه بشيء؛ لأنه لم يقبض شيئاً من حق الشريك<sup>١</sup>.

### مناقشة المحقق الأردبيلي في كلام العلامة ونقدها

وأشكل عليه المحقق الأردبيلي بوجوه أهمها:

١ - إن الذي قبضه الشريك، إن تعين كونه من الدين المشترك، ليس لشريكه الرجوع إلى الغريم في حصته منه. وأنه لو تلف في يده يكون التالف منهما؛ لأن الحق المشترك قد تعين في المأخوذ، فهو لهما، ولا يجوز حينئذٍ للشريك التصرف فيه بوجه، إلا أن يأذن شريكه. ولا يجب الأداء على المديون، بل لا يجوز.

٢ - إن قوله من غير رضا الشريك يشعر بأنه مع الرضا يصح القسمة. وهو كما ترى؛ لاتفاق الأصحاب على عدم صحة القسمة حينئذٍ.

٣ - إن قوله: «فوجب أن يكون المأخوذ لهما والباقي بينهما» صريح في كونهما شريكين في المقبوض، فينبغي أن يكون التالف منهما. ولازم ذلك أن لا يكون للشريك الرجوع إلى الغريم<sup>٢</sup>.

وقال المحقق المزبور: «وكأنه لا خلاف عندهم، إلا عن ابن إدريس في أن

١ - تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٨.

٢ - مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٠٧ - ٢٠٦.

ما في الذمة مطلقاً لا يقبل القسمة، فكلُّ ما يأخذه أحدهما شاركه الآخر، سواء كان في ذمم متعدّدة أو في ذمة واحدة<sup>١</sup>.

ثمّ قال، بعد نقل كلام العلامة والإشكال عليه: «والذي يعلم من كلامهم أنّ الدين المشترك لم يقبل القسمة، سواء كان في ذمة واحدة أم متعدّدة، بمعنى أنّه على تقدير القسمة برضاها، ما يحصل لكلّ منهما، وما يبقى ويتلف فهو لهما. فيرجع حينئذٍ بحصّته ممّا حصل، على الآخر. ولا تدلّ الروايات أيضاً على أكثر من ذلك»<sup>٢</sup>.

ثمّ إنّّه قد ضعف أسناد نصوص المقام تبعاً للشهيد الثاني في المسالك<sup>٣</sup>. ولكنّه في غير محله. وذلك لما نقلناه واستدللنا به، من النصوص، فإنّ كلّها صحيحة السند، كما لا إشكال في دلالتها على المطلوب. نعم، هي ناظرة إلى صورة تراضي الشريكين على قبض كلّ منهما حصّته لنفسه.

ولا خلاف بين الأصحاب في عدم صحّة قسمة الدين المشترك حينئذٍ. ولا كلام في ذلك.

وإنّما الكلام فيما إذا كان قبض أحدهما بغير إذن الآخر.

استظهر صاحب الحقائق من نصوص المقام ونقده

وقد استظهر ابن إدريس من نصوص المقام أنّها دلّت على بطلان قسمة الدين المشترك فيما إذا توي وهلك سهم الآخر. ولا دلالة لها على بطلانها فيها إذا لم يتو

١ - نفس المصدر: ٢٠٥.

٢ - نفس المصدر: ٢٠٨.

٣ - مسالك الأفهام ٤: ٣٣٥.

سهم الآخر، بل ظاهر نصوص المقام صحة القسمة حينئذٍ، غاية الأمر حينئذٍ إذا قبض أحدهما سهمه من الدين ولم يقبض الآخر تكون القسمة جائزة. وأمّا إذا قبض الشريكان كلاهما سهمهما تكون لازمة.

قال عليه السلام: «ألا ترى أن الأخبار المتقدمة كلها متفقة في أنه بعد القسمة، إن توي مال أحدهما وخرج مال الآخر، رجع من لم يقبض على من قبض؟ وإن رجوع من لم يقبض على من قبض، إنما هو من حيث ذلك.

ولا دلالة فيها على المنع من القسمة، مع وصول كلّ حق إلى مستحقّه، بل ظاهرها أنه مع ذلك فالقسمة صحيحة. فإنّ قوله، من جملتها «ما يذهب بماله» ظاهر، في أنه لو لم يذهب شيء من المال، كانت صحيحة.

وحينئذٍ فلو فرضنا وقوع القسمة بغير رضاها، بأن أخذ أحد الشريكين حصّة من الغريم، على أنها حصّته فقط، فليس للشريك الآخر مزاحمته والأخذ منه؛ لأنّ حقّه في ذمّة الغريم، وقد أعطاه حقّه، فيكون المال له، إلّا أنّ لزوم ذلك وصورته بحيث لا يزاحمه الشريك الآخر موقوف على وصول حقّ الشريك إليه وعدم تلفه، وهذا الوجه أنسب بالنظر إلى الأخبار كما عرفت، والأوّل أنسب بالنسبة إلى كلام الأصحاب والله العالم»<sup>١</sup>.

وفيه: أولاً: أنّ توي بعض الدين وتلفه إنّما جاء في كلام الراوي. ولا شاهد في كلام الإمام لتخصيص كلامه عليه السلام بهذه الصورة. بل إنّما جاء في كلامه كبرى كلّية منطبقة على الأعمّ من صورة تلف بعض الدين فإنّ قوله عليه السلام: «ما قبض أحدهما فهو بينهما»، يدلّ بإطلاقه على الأعمّ من ذلك، كما هو واضح.

وثانياً: لم يُفرض تلف سهم أحد الشريكين في بعض نصوص المقام،



مثل صحيح غياث وصحيح معاوية وصحيح ابن مسلم.

وثالثاً: لا وجه للزوم القسمة عند ما أخذ كل من الشريكين مقدار سهمه؛ ضرورة أن ذلك مبني على تراضيهما على أخذ كل منهما مقدار سهمه، كما أشار إلى ذلك في الجواهر بقوله: «اللهم إلا أن يقال: إنه برضا الشريك يكون المقبوض حصّة القابض بتمخّض المقبوض مالا للشركة، بل هو في الحقيقة إجازة لذلك. نعم، جملة حصّة له، لا يتمّ قسمة إلا بقبض الشريك مقابله، على وجه يقع الرضا منهما معاً بأن لكلّ منهما ما في يده»<sup>١</sup>.

ومقتضى التحقيق في المقام: عدم صحّة قسمة الدين مطلقاً، سواء كان قبض أحد الشريكين بإذن صاحبه، أو لم يكن؛ نظراً إلى اتفاق النصّ والفتوى في الصورة الأولى، ولرجوعه إلى بيع الكالي بالكالي في الثانية.

فالحق مع المشهور، ومنهم الشيخ والمحقق والعلامة، بل وأكثر الأصحاب، وخلافاً لابن إدريس والمحقق الكركي<sup>٢</sup> والشهيد في المسالك؛ حيث قال: «وبالجملة فالقول باختصاص القابض لا يخلو من قوّة، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى»<sup>٣</sup>.

هذا مضافاً إلى أن النصوص المزبورة قد دلّت على ذهاب دين الغائب عليهما، وإن قسّمناه. فينهم منها أن القسمة لا اعتبار بها في دين الغائب، إلا أن يبيع أحدهما دينه الحال المعجل بعد قبضه بالدين المؤجل بأقلّ منه؛ حيث يخرج حينئذٍ عن بيع الدين بالدين.

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣٣١.

٢ - جامع المقاصد ٧: ٣٩.

٣ - مسالك الأفهام ٤: ٣٣٨.

نعم لو اشتركا في دين على أحد واستوفى أحدهما حصته؛ بأن قصد كل من الدائن والمدينون أن يكون ما يأخذه وفاء وأداء لخصته، فالظاهر تعيينه وبقاء حصته الشريك في ذمة المدينون<sup>(١)</sup>.

وهذه النصوص وإن وردت في صورة تراضي الشريكين بالقسمة، إلا أنها تدل بالفحوى على عدم صحة قسمة الدين المشترك بمجرد القبض القهري في صورة عدم التراضي.

وذلك لأنه في الصورة الثانية لم يحدث شيء غير القبض من غير تمهيد وتوافق، بخلاف الصورة الأولى؛ لإمكان كون نفس التراضي بالقسمة والتوافق عليها، ولو بلحاظ تعيين من في ذمته الدين - أعني الغريم - سبباً مميزاً للصفة ومعيناً لها لكل واحد من الشريكين ومخرجاً عن الإشاعة. فإذا دلت النصوص على عدم صحة قسمة الدين المشترك في هذه الصورة، تدل على عدم صحتها في القبض القهري من دون تراضي بينهما ولا إذن من الشريك الآخر بالقبض، بالفحوى والأولية، ولا أقل من القطع بعدم خصوصية مازة للصورة الثانية.

١ - ظاهر السيد الماتن التفصيل في المقام بين ما إذا كان للشريكين غرماء متعددون وبينما إذا كان لهما غريم واحد. ولكنه خلاف إطلاق أكثر نصوص المقام، وإن كان في قوله عليه السلام: «واحتال كل واحد منهما بنفسيه» إشارة إلى صورة تعدد الغرماء، إلا أن هذا التعبير لم يرد في بعض نصوص المقام، كصحيفي عبدالله بن سنان وسليمان بن خالد<sup>١</sup>.

١ - وسائل الشيعة ١٩: ١٢، كتاب الشركة، الباب ٦، الحديث ٢ و ١٨: ٣٧٠، كتاب الدين

والقرض، الباب ٢٩، الحديث ١.

فإطلاق مثل هذه النصوص ينفي هذا التفصيل. وقد ادّعى هذا التفصيل ابن إدريس ووجهه بذلك نصوص المقام بعد تسليم اعتبارها. وأجاب عنه في الحقائق بإطلاق النصوص؛ حيث قال: «وأما من حيث الدلالة فهي دالة بعمومها على جريان الحكم المذكور في الدين مطلقاً، اتّحد المديون أو تعدّد، وتخصيصها كما ادّعاه ابن إدريس فيما قدّمنا نقله عنه بما: «إذا كان الدين على رجلين إلى آخر ما ذكره» يحتاج إلى مخصّص من الأخبار فليس، وبه يظهر ما في المناقشة في الدلالة بأنّها غير صريحة في المطلوب، كما ذكره شيخنا المتقدّم ذكره»<sup>١</sup>، ولا يخفى أن مقصوده من «الشيخ المتقدّم ذكره» ابن إدريس.

### مقتضى التحقيق في المقام

أنّ تعيّن الدين المستوفى بالقصد وبقاء حصّة الشريك في ذمّة المديون - كما حكم به السيد الماتن عليه السلام - منافٍ لإطلاق نصوص منع قسمة الدين المشترك. ومجرّد القصد غير كافٍ لذلك بعد شمول الإطلاق المزبور، كما سبق آنفاً في الجواب عن ابن إدريس في الجواهر.

وقد يستدلّ لذلك بصحيفة عبدالرحمان بن الحجاج عن أبي الحسن عليه السلام: في الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لأيتام، فيدفعه إليه فيأخذ منه دراهم يحتاج إليها، ولا يعلم الذي كان عنده المال للأيتام أنّه أخذ من أموالهم شيئاً، ثمّ يسر بعد ذلك. أيّ ذلك خير له؟ أعطيه الذي كان في يده أم يدفع إلى اليتيم وقد بلغ؟ وهل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصلّة، ولا يُعلّم أنّه أخذ له مالاً؟ فقال عليه السلام: «يجزيه أيّ ذلك فعل إذا أوصله إلى صاحبه، فإنّ هذا من السرائر إذا كان من نيّته.

(مسألة ١٩) : لو ادعى أحد الشريكين الغلط في القسمة أو عدم التعديل فيها وأنكر الآخر، لا تُسمع دعواه<sup>(١)</sup> إلا بالبيّنة، فإن أقامت بنقضت واحتاجت إلى قسمة جديدة، وإن لم تكن بيّنة كان له إحيال الشريك.

إن شاء ردّه إلى اليتيم، إن كان قد بلغ على أي وجه شاء، وإن لم يعلمه أنّه كان قبض له شيئاً، وإن شاء ردّه إلى الذي كان في يده، وقال: إذا كان صاحب المال غائباً فليدفعه إلى الذي كان المال في يده<sup>١</sup>؛ حيث دلّت على عدم اعتبار قصد اليتيم الدائن أو من في يده المال في أداء الدين، وكفاية نيّة المديون وحده، فضلاً عن تيسرهما معاً.

ولكنّه غير وجيه لعدم ارتباط هذه الصحيحة بمحلّ الكلام. وهو قبض أحد الشركاء الدين المشترك لنفسه من تحتية كغيره من أموالهم. وهذا مع أنّ غاية مدلوله عدم اعتبار قصد الدائن أو وكيله أو وليّه. وهذا لا يثبت المطلوب الذي هو عدم الكفاية؛ لأنّ الدلالة على عدم الاعتبار غير الدلالة على الكفاية؛ حيث لا ينافيه.

### حكم ما لو ادعى أحد الشريكين الغلط في القسمة

١ - وذلك لأنّ دعواه مخالفة لأصالة الصلّة، فعليه البيّنة. وقول منكر الغلط لما كان موافقاً للأصل المزبور، يُقدّم باليمين. فإنّ «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر».

وعلل لذلك في المسالك وغيره<sup>١</sup> بأصالة صحة القسمة إلى أن يثبت مزيلها وناقضها بإقامة البيّنة.

وأما إذا لم تكن بيّنة، فهل يتوقف جواز إخلاف الشريك على دعوى العلم بالغلط أو يجوز مطلقاً؟ الأقوى الثاني؛ لعموم «واليمين على من أنكر»<sup>٢</sup>، كما قال في المسالك:

«ولو لم يُقم بيّنة، وأراد تحليف الشريك، مُكّن منه إن ادّعى عليه العلم بالغلط، وإلا فلا؛ لأنّ معه الأصل، خصوصاً إذا كان القاسم غيره، فإن التبعة عليه، لا عليه، مع عدم علمه. وقيل: له إخلاف الشريك مطلقاً. وهو الوجه؛ عملاً بالعموم»<sup>٣</sup>.

قوله: «لأنّ معه الأصل» أي لأنّ مع منكر الغلط أصالة الصحة. وقوله: «عملاً بالعموم»؛ أي عموم «واليمين على من أنكر». وأما ما جاء في المتن بقوله: «فإن أقامت»، خطأ. والصحيح: فإن أقامها، أي أقام مدّعي الغلط البيّنة.

ثم إنهم لم يفرّقوا بين ما لو كان القاسم الشريكان أنفسهما وبين ما لو كان القاسم غيره. فلو كان القاسم غير الشريكين لا إشكال في جريان أصالة الصحة. وأما جريانها بالنسبة إلى الفاعل نفسه كلامٌ بحثنا عنه مفصلاً في المجلد الأول من كتابنا «مباني الفقه الفقّال».

وعلى أيّ حال لا إشكال في كون قول منكر الغلط موافقاً للأصل.

١ - مسالك الأفهام ١٤: ٥٤؛ جواهر الكلام ٤٠: ٣٦٠.

٢ - وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٣، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم.

٣ - مسالك الأفهام ١٤: ٥٥.

(مسألة ٢٠): لو قسم الشريكان، فصار في كل حصّة بيت، وقد كان يجري ماء أحدهما على الآخر، لم يكن للثاني منعه<sup>(١)</sup>

## لا يُمنع جريان الماء بعد القسمة

١- وذلك لأنّ القسمة قد وقعت على الدار بما لها من الخصوصية. وكان جريان الماء على أحد البيتين ثابتاً قبل القسمة، وقد وقع التعديل على تقسيم البيتين بما لهما من الخصوصية وبحقوقهما وليست القسمة مزيلةً حقاً. ولأنّ عليه جرت سيرة العقلاء والمتشرّعة في باب القسمة.

والسرّ في ذلك أنّ الذي تقتضيه القسمة بمقتضى مفهومها وماهيتها هو تمييز حقوق الشركاء، لا إزالة حقوق بعضهم. وفي مفرّض الكلام كان جريان الماء حقّاً ثابتاً للشريكين قبل القسمة. فلا وجه لسقوطه عن من خرج له بالقسمة، بل هو باقٍ له بعد القسمة، كما كان.

ويشهد لما قلناه كلام صاحب الجواهر؛ حيث قال: «لو أخذ أحد الشريكين بيتاً في دار والآخر غيره، وبيت الأول يجري ماؤه في حصّة الثاني لم يكن للثاني منعه من الجريان عليه، فإن التعديل قد كان بأن يكون لكلّ منهما حصّة بحقوقها، إلّا أن يشترط حين القسمة ردّ الماء عنه، فإن أطلق بقي على حاله»<sup>١</sup>.

إلا إذا اشترطا حين القسمة ردّه عنه. ومثله ما لو كان مسلك البيت الواقع لأحدهما في نصيب الآخر من الدار<sup>(١)</sup>.

(مسألة ٢١): لا يجوز قسمة الوقف<sup>(٢)</sup> بين الموقوف عليهم إلا إذا وقع تشاخّ بينهم مؤدّ إلى خرابه.

١ - حيث إنّ القسمة مبنية على ذلك حينئذٍ، فهو ثابت بعدها أيضاً، ما لم يشترط خلاف ذلك. والوجه في ذلك ما عرفت، من مقتضى مفهوم القسمة وجريان السيرة.

### لا يجوز قسمة الوقف

٢ - المعروف بين الأصحاب عدم مشروعية قسمة الوقف. بل في الجواهر: «بلا خلاف أجده»<sup>١</sup>.

وقد علّل في الشرائع لعدم مشروعية قسمة الوقف بعدم انحصار الحقّ في المتقاسمين. حيث قال: «ولا يُقسّم الوقف؛ لأنّ الحقّ ليس بمنحصر في المتقاسمين».

ومقصوده أنّ البطون الموقوف عليهم لا ينحصرون في الذين قسّمت العين الموقوفة بينهم؛ إذ لا يمكن الوقوف على تعداد البطون الذين لم يوجدوا ولم يتولّدوا بعد. فقد يزيد تعدادهم عن عدد المفروضين الذين قسّمت العين الموقوفة بينهم، كما قد يقل تعدادهم عن المقسوم عليهم الوقف.

وأنت ترى أنّ هذا المحذور يدور مدار عدم العلم بتعداد الموقوف عليهم، كما في الوقف على البطون.

وأما لو تعدّد الوقف أيضاً - كما لو وقف واقف نصف عين على بطن ونصفه الآخر على بطن آخر، فلا محذور في قسمة العين الموقوفة على نصفين حينئذٍ، فكلّ نصف لبطن. وكذلك الأمر لو تعدّد الواقف والموقوف عليه، كما هو واضح.

ومن هنا قال الشهيد في المسالك في شرح كلام المحقق: «هذا إذا كان الواقف واحداً وإنما التعدّد في الموقوف عليه كالبطون المتعدّدة. فإنّ الحقّ يتغيّر بزيادتها ونقصانها. فربما استحقّ بعض بطون المتقاسمين أكثر ممّا ظهر بالقسمة لمورّثهم، وبالعكس. وكذا لو تعدّد الواقف واتّحد الموقوف عليه، كما لو وقف جماعة على شخص وعلى ذريّته وأراد بعض الذريّة القسمة، لعين ما ذكر.

أما لو تعدّد الواقف والموقوف عليه، كما لو وقف واقف نصف عين على شخص وذريّته، وآخر على غيره كذلك، جاز للموقوف عليهما الاقتسام بحيث يميّزان كلّ وقف على حدّته، وكذا لذريّتهما دون الذريّة الواحدة.

ولو كان التعدّد فيهما على غير هذا الوجه، كما لو وقف اثنان على كلّ واحدٍ من الاثنين، فحكمه حكم المتّحد.

والضابطة أنّ الوقف الواحد لا تصحّ قسمته، وإن تعدّد الواقف والمصرف، وهو المراد من العبارة»<sup>١</sup>.

قال في الحقائق: «قد صرح الأصحاب بأنّه لا يصحّ قسمة الوقف؛ بأن يأخذ كلّ واحد من الشركاء فيه بعضاً ويتصرّف فيه على حدة.

وتفصيل هذا الإجمال أن يقال: إنّ متى كان الواقف واحداً أو متعدّداً والموقوف عليه متعدّداً، كأن يقف زيد داره على ذريّته من الموجودين وما تناسل



منهم، وفقاً مؤبداً مشتملاً على شرائط الصحة واللزوم، أو يكون نصف الدار لزيد، ونصفها لعمر، فيقف كل منهما حصته على تلك الذرية مثلاً. فإنه في هذه الصورة لا يجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف؛ لأنه:

أولاً: على خلاف وضع الواقف والموقوف على ما وقفت عليه، كما ورد به النص.

وثانياً: أن الوقف ليس ملكاً لأولئك الموجودين الآن، لمشاركة البطون الآخر لهم في ذلك.

وثالثاً: إن الحق يتغير بزيادة البطون ونقصانها. فربما استحق بعض بطون المتقاسمين أكثر مما ظهر بالقسمة لمورثهم وبالعكس<sup>١</sup>.

وأنت ترى أن الوجهين الأولين تتوقف تماثيتهما على الوجه الثالث. وذلك لأنه لو لا مغايرة عدد المقسوم عليهم الوقف مع تعداد البطون الموقوف عليهم، لا مخالفة في البين لوضع الواقف ولا لكيفية وقفه.

ولكن زاد في الجواهر<sup>٢</sup> في التعليل لذلك: إنه لا ولاية لمتولي الوقف على قسمة الوقف.

بيان ذلك: أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، كما ورد في نصوص الوقف. وإنما تثبت الولاية للمتولي على العين الموقوفة على حسب ذلك الحد المشروع في الوقف. وقسمة الوقف لما كانت مستلزماً لمخالفة حق الموقوف عليهم وموجبة لنقض حكم الشارع في الوقف، لا ولاية للمتولي عليها.

١ - الحدائق الناضرة ٢١: ١٧٦ - ١٧٧.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٥.

ولا ترتفع غائلته إلا بالقسمة، فيقسم بين الطبقة الموجودة، ولا ينفذ<sup>(١)</sup> التقسيم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة إذا كان مخالفاً لمقتضى الوقف؛ بسبب اختلاف البطون قلة وكثرة.

نعم يصح إفراد الوقف عن المطلق وتقسيمهما<sup>(٢)</sup>؛ بأن كان ملك نصفه المشاع وقفاً ونصفه ملكاً، بل الظاهر جواز إفراد وقف عن وقف، وهو فيما إذا كان ملك لأحد؛ فوقف نصفه على زيد وذريته ونصفه على عمرو كذلك، أو كان ملك بين اثنين؛ فوقف أحدهما حصته على ذريته - مثلاً - والآخر حصته على ذريته، فيجوز إفراد أحدهما عن الآخر بالقسمة. والمتصدّي لها الموجودون من الموقوف عليهم ووليّ البطون اللاحقة.

١ - أي لا ينفذ التقسيم عند التشاح بين الطبقة الموجودة بالنسبة إلى اللاحقة. والوجه فيه عدم ولاية لهم على اللاحقة ولأنه خلاف مقتضى الوقف ونية الواقف لعدم مطابقة الكيفيتين، ولا سيما عند اختلاف البطون قلة وكثرة.

## قسمة الوقف المشتمل على الملك

٢ - ثم إن ما سبق من الكلام كان فيما إذا كان المال وقفاً بتمامه. أمّا إذا كان بعضه وقفاً وبعضه ملكاً طلقاً، تصحّ قسمته كما صرح به في الشرائع. وعلل ذلك بأن القسمة حينئذٍ موجبة لتمييز الوقف عن غيره؛ حيث قال: «لو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً صحّ قسمته؛ لأنه تمييز للوقف عن غيره»<sup>١</sup>. ومراده أن القسمة حينئذٍ ليست في الوقف نفسه، بل مرجعها إلى تفكيك الوقف عن الملك المطلق.

ثم إنَّ القسمة في مفروض الكلام لو استلزمت ردّاً من جانب الموقوف عليه، وقع الكلام في أنّ مقدار ما يقابل العوض المردود من المال، هل يكون وقفاً أو ملكاً له؟ الأقوى هو الثاني، وذلك لأنَّ الموقوف عليه دفع بإزاء ذلك المقدار عوضاً، فيدخل في ملكه بإزاء ما دفعه من العوض، كما هو مقتضى أية معاوضة.

ويشهد لما قلنا كلام صاحب الجواهر؛ حيث قال: «ثم إنَّ الظاهر مشروعية قسمة الوقف من الطلق، وإن استلزمت ردّاً من الموقوف عليه، لكن هل تكون الأجزاء المقابلة للردّ وقفاً أو ملكاً؟ وجهان: أقواهما الثاني»<sup>١</sup>.

وقال في الجواهر في بيان مقتضى التحقيق في المسألة: «فالتحقيق أنّ الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلّة وكثرة ونحو ذلك، لم يجز قسمته. أمّا إذا لم يكن كذلك كما في المثال، بل فيما لو اتّحد الواقف وتعدد المصرف، مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلاً وذريته والآخر على عمرو وذريته، لم يكن بأس في قسمته، إلّا أنّ المتولّي لها الحاضرون من الموقوف عليهم، ووليّ البطون»<sup>٢</sup>.

وقد تبين وجه كلامه من ضوء ما بينناه آنفاً. وقوله: «في المثال» أي في ما إذا كانت قسمة الوقف تميزه عن الملك الطلق. وأمّا ما جاء في ذيل كلامه - من صورة اتّحاد الواقف وتعدد المصرف - فهو متّحد الملاك مع قسمة الوقف المشتمل على الملك الطلق في عدم منافاة القسمة لمقتضى الوقف. ولا يخفى أنّ مشروعية

١ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٧.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٣١٦.

قسمة الوقف عن الطلق لا تبتني على رعاية المصلحة للموقوف عليهم لأنّ ملاك الجواز نفس تمييز الوقف عن غيره كما قال في الجواهر.

هذا تمام الكلام في أحكام القسمة من كتاب

دليل تحرير الوسيلة.

الحمد لله أولاً وآخراً وصلواته على محمد وآله

سرمداً. وقد تمّ بعون الله تعالى ولطفه في ليلة

الخامس عشر من شهر ذي الحجة بسنة ١٤٢٥ هـ.ق.

العبد الخجلان من ساحة ربّه الفقار

علي أكبر السيّفي المازندراني.

مركز تحقيقات فقهية وعلوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

## فهرس المحتويات

٥	مقدمة الناشر.....
٧	مقدمة المؤلف.....
	
١٣	تعريف الشركة.....
١٣	المعنى اللغوي.....
١٤	المعنى الاصطلاحي.....
١٧	أقسام الشركة وأسبابها.....
١٨	الشركة التكوينية والاعتبارية.....
٢١	كلام السيد الحكيم.....
٢٢	نقد كلام السيد الحكيم.....
٢٥	كلام صاحب العروة.....
٢٥	الشركة الظاهرية القهرية والاختيارية.....
٢٦	إشكال المحقق الخوئي على الشركة الظاهرية.....

٢٨	الشركة الواقعية غير العقدية
٢٨	الشركة الواقعية العقدية
٣١	الشركة الإشاعية والبدلية
٣٣	الشركة على نحو الكلّي في المعين
٣٥	أقسام أخرى للشركة
٣٧	تقسيم الشركة بلحاظ متعلّقها
٣٩	أسباب الشركة
٤٠	الشركة الواقعية وسببها
٤٢	نقد كلام صاحب العروة
٤٣	نقد كلام السيد الماتن في خلط الجامدات
٤٤	الشركة الظاهرية وسببها وحكمها
٤٥	ملاك الشركة الظاهرية في رأي السيد الإمام
٤٨	حكم امتزاج غير المتجانسين
٥١	لا تتحقّق الشركة بالمزج في القيميات
٥٣	أحكام الشركة
٥٣	وجه عدم جواز تصرف الشريك بغير إذن صاحبه
٥٤	لا خصوصية للامتزاج
٥٧	الشركة العقدية وخصوصياتها
٥٨	ما يعتبر في الشركة العقدية
٥٩	اختصاص الشركة بالأعيان

٥٩ ..... عدم صحة الشركة العقدية في الديون

٦٣ ..... حكم الشركة العقدية في المنافع

٦٥ ..... شركة العنان

٦٧ ..... شركة الأعمال (الأبدان)

٦٩ ..... كلام المحقق الأردبيلي وتقدمه

٧٠ ..... كلام صاحب المسالك في توجيه بطلان شركة الأعمال

٧١ ..... عمدة ما يمكن الاستدلال به على بطلان شركة الأعمال

٧٤ ..... بيان صور المصالحة المحققة للشركة

٧٦ ..... وجه تصحيح شركة الأبدان بالمصالحة

٧٧ ..... مقتضى التحقيق في المقام

٧٩ ..... شركة الوجوه

٨٢ ..... شركة المفاوضة

٨٣ ..... الشركة فيما حصل بعمل مشترك

٨٤ ..... لا يضر الجهل بالحصة في صحة هذه الإجارة

٨٧ ..... هذه الشركة من قبيل الشركة في الأموال لا الأبدان

٨٩ ..... وجه اشتراك الأجيرين في الأجرة وكيفية تقسيمها

٩٠ ..... حكم حيازة شخصين شيئاً واحداً

٩٢ ..... مقتضى التحقيق في المقام

٩٥ ..... شرائط الشركة

٩٨ ..... كلام السيد الخوئي



- ٩٩ ..... نقد كلام السيد الخوئي
- ١٠٣ ..... اعتبار إذن الشريك في تصرف صاحبه
- ١٠٥ ..... تحرير كلام صاحب الجواهر في المقام
- ١٠٧ ..... نقد كلام صاحب الجواهر
- ١٠٩ ..... تفصيل شيخ الطائفة
- ١١١ ..... وجوب التكسب بالمتعارف في عقد الشركة
- ١١٥ ..... تقسيم الربح والخسارة بين الشريكين
- ١١٧ ..... لو شرط تفاوت الربح مع تساوي المالين أو بالعكس
- ١١٩ ..... لو جعلت الزيادة لغير العامل أو ذي العمل الأكثر
- ١٢٤ ..... تصحيح الشرط بنحو شرط الفعل
- ١٢٦ ..... دليل بطلان العقد والشرط كليهما
- ١٢٩ ..... مقتضى التحقيق في المقام
- ١٣٠ ..... العامل من الشريكين أمين
- ١٣١ ..... لماذا يكون على العامل اليمين في قبول إنكاره؟
- ١٣٣ ..... الشركة عقد جائز
- ١٣٦ ..... مقتضى التحقيق في المقام
- ١٣٧ ..... تبطل الشركة المتحققة بالعقد بفسخه
- ١٣٩ ..... حكم تأجيل عقد الشركة
- ١٤١ ..... حكم اشتراط عدم الرجوع عن الإذن في عقد الشركة
- ١٤٣ ..... حكم المعاملات الواقعة قبل بطلان عقد الشركة

## القول في القسمة

- ١٤٩ ..... تعريف القسمة وخصائصاتها
- ١٥٢ ..... ليست القسمة بيع ولا أئة معاوضة أخرى
- ١٥٦ ..... اعتبار التعديل في القسمة
- ١٥٨ ..... قسمة الإفرار والتعديل والرد وأحكامها
- ١٦٠ ..... إمكان قسمة الرد في جميع صور الشركة، دون غيرها
- ١٦٢ ..... عدم اعتبار تعيين السهام مع التعديل
- ١٦٣ ..... أحكام القسمة
- ١٦٣ ..... متى يُجبر الشريك على القسمة؟
- ١٦٧ ..... قسمة دار ذات علو وسفل
- ١٦٨ ..... قسمة دار ذات بيوت أو خان ذات حُجَر
- ١٦٩ ..... قسمة بستان فيه نخيل وأشجار
- ١٧٠ ..... قسمة الأرض المزروعة
- ١٧٣ ..... قسمة دكاكين متعددة
- ١٧٤ ..... لا إيجابار على ما لا تخلو قسمته عن ضرر
- ١٧٧ ..... المراد من الضرر المانع من الإيجابار
- ١٧٨ ..... حكم القرعة بعد تعديل السهام
- ١٧٩ ..... استدلال الأردبيلي لعدم اعتبار القرعة
- ١٨٠ ..... كلام المحدث البحراني
- ١٨١ ..... جواب صاحب الجواهر عن صاحب الحدائق وتقدمه

- ١٨٢ ..... اعتراف صاحب الجواهر بما اختاره في الحقائق
- ١٨٣ ..... الاستشهاد ببعض النصوص لعدم اعتبار القرعة
- ١٨٧ ..... كيفية تعديل السهام والقرعة
- ١٨٩ ..... ليست للقرعة كيفية خاصة
- ١٩١ ..... هل يعتبر الرضا بعد القرعة؟
- ١٩٤ ..... لا يجوز الإجبار على قسمة المهايأة
- ١٩٧ ..... هل يجوز إجبار الممتنع عن المهايأة على البيع أو الإجارة؟
- ١٩٨ ..... القسمة لازمة بعد القرعة
- ٢٠٤ ..... عدم مشروعية قسمة الدين المشترك
- ٢٠٧ ..... كلام صاحب الجواهر في تنقيح محل النزاع
- ٢١٠ ..... كلام ابن إدريس ونقده
- ٢١٦ ..... كلام العلامة الحلبي في التذكرة
- ٢١٧ ..... مناقشة المحقق الأردبيلي في كلام العلامة ونقدها
- ٢١٨ ..... استظهار صاحب الحقائق من نصوص المقام ونقده
- ٢٢٢ ..... مقتضى التحقيق في المقام
- ٢٢٣ ..... حكم ما لو ادعى أحد الشريكين الغلط في القسمة
- ٢٢٥ ..... لا يُمنع جريان الماء بعد القسمة
- ٢٢٦ ..... لا يجوز قسمة الوقف
- ٢٢٩ ..... قسمة الوقف المشتمل على الملك
- ٢٣٣ ..... فهرس المحتويات