



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عيد ميلاد  
عمر الکرمان

www.Ghaemiyeh.com  
www.Ghaemiyeh.org  
www.Ghaemiyeh.net  
www.Ghaemiyeh.ir

# مِفْتَاحُ الْإِسْلَامِ

فِي تَرْجُومَةِ أَحْوَادِ الْمَلَائِكَةِ

لِلْمَوْلَانَا سَيِّدِ الْوَجْهَةِ وَالْحَسَنِ الْمَلِكِ الْكَلْبُكِيِّ

الْمَوْلَانَا مُحَمَّدِ بْنِ

كَارِزْمِي الْأَنْدَلُسِيِّ  
طَبَاعَةُ الْبَيْتِ وَالنُّورِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)

كاتب:

سيد جواد بن محمد حسينى عاملى

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
١٦	مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) المجلد ٤
١٦	اشارة
١٦	اشارة
١٦	[كتاب المتاجر و فيه مقاصد]
١٦	اشارة
١٦	[المقصد الأول فى المقدمات و فيه فصلان]
١٦	اشارة
١٨	[الفصل الأول فى أقسامها]
١٨	اشارة
١٩	[فمنها واجب]
٢٠	[و مندوب]
٢٠	[و مباح]
٢١	[و مكروه]
٢٥	[و محذور]
٢٥	اشارة
٢٥	[الأول كل نجس لا يقبل التطهير]
٤٤	[الثانى كلما يكون المقصود منه حراما]
٥١	[الثالث بيع ما لا ينتفع به]
٥٩	[الرابع ما نص الشارع على تحريمه]
١٠٠	[الخامس ما يجب على الإنسان فعله]
١٠٩	[خاتمة تشتمل على أحكام]
١٠٩	اشارة

- ١٠٩ ..... [الأول تلقى الركبان مكروه على رأى]
- ١١٤ ..... [الثانى يحرم الاحتكار على رأى]
- ١١٦ ..... [الثالث لو دفع إليه مالا ليفرقه فى قبيل و كان منهم]
- ١١٩ ..... [الرابع يجوز أكل ما ينثر فى الأعراس]
- ١٢٠ ..... [الخامس الولاية من قبل العادل مستحبة]
- ١٢٣ ..... [السادس جوائز الظالم إن علمت غضبا حرمت]
- ١٢٦ ..... [السابع إذا امتزج الحلال بالحرام]
- ١٢٩ ..... [الثامن لا يحل للأجير الخاص العمل لغير من استأجره إلا بإذنه]
- ١٣٠ ..... [التاسع لو مر بثمره النخل و الفواكه لا قصدا]
- ١٣٣ ..... [العاشر يحل ثمن الكفن]
- ١٣٣ ..... [الحادى عشر يحرم على الرجل]
- ١٣٨ ..... [الفصل الثانى فى الآداب]
- ١٥٠ ..... [المقصد الثانى فى البيع و فيه فصول]
- ١٥٠ ..... اشارة
- ١٥٠ ..... [الفصل الأول الصيغة]
- ١٧٢ ..... [الفصل الثانى المتعاقدان]
- ٢١٥ ..... [الفصل الثالث العوضان]
- ٢١٥ ..... اشارة
- ٢٥٧ ..... [فروع]
- ٢٥٧ ..... اشارة
- ٢٥٨ ..... [الأول لو باع الآبق منضمنا إلى غيره]
- ٢٦٠ ..... [الثانى لو باع المغصوب و تعذر تسليمه]
- ٢٦١ ..... [الثالث لو باع شاء من قطع]
- ٢٦٦ ..... [الرابع إبهام السلوك كإبهام البيع]

- ٢٦٧ ..... [الخامس لو باع بحكم أحدهما أو ثالث من غير تعيين قدر الثمن]
- ٢٦٩ ..... [السادس تكفى المشاهدة عن الوصف]
- ٢٧٦ ..... [السابع رؤية بعض المبيع كافية]
- ٢٧٨ ..... [الثامن لو باع عينا غير مشاهدة]
- ٢٨٢ ..... [التاسع يجوز الإندار للظروف ما يحتمل الزيادة و النقيصة]
- ٢٨٤ ..... [العاشر لو باعه بدينار غير درهم نسيئة]
- ٢٨٧ ..... [الحادى عشر لو باعه الصبره كل قفيز بدينار]
- ٢٨٧ ..... [الثانى عشر يجوز استثناء الجزء المعلوم فى أحد العوضين]
- ٢٩٤ ..... ( المقصد الثالث فى أنواع المبيع و فيه فصول ]
- ٢٩٤ ..... اشارة
- ٢٩٤ ..... [الفصل الأول فى الحيوان و فيه مطلبان]
- ٢٩٤ ..... اشارة
- ٢٩٤ ..... [المطلب الأول الأناسى من أنواع الحيوان]
- ٣٠٦ ..... [المطلب الثانى فى الأحكام]
- ٣٤٨ ..... [الفصل الثانى فى الثمار و فيه مطلبان]
- ٣٤٨ ..... اشارة
- ٣٤٨ ..... [المطلب الأول فى أنواعها]
- ٣٥٦ ..... [المطلب الثانى فى الأحكام]
- ٣٥٦ ..... اشارة
- ٣٦٦ ..... [فروع]
- ٣٦٦ ..... اشارة
- ٣٦٦ ..... [الأول لا يجب التماثل فى الخرص]
- ٣٦٧ ..... [الثانى لا تثبت العريه فى غير النخل]
- ٣٦٧ ..... [الثالث يجوز بيع العريه]

- ٣٦٧ ..... [الرابع إنما يجوز بيعها على مالك الدار]
- ٣٦٨ ..... [الخامس لو قال بعتك هذه الصبرة من الغلة أو الثمرة بهذه الصبرة سواء بسواء]
- ٣٦٨ ..... [السادس يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة]
- ٣٧١ ..... [السابع يشترط في الثمن الذي يشتري العريه به العلم بالكيل أو الوزن]
- ٣٧٢ ..... [الثامن لا يجوز بيع ما المقصود منه مستورا]
- ٣٧٢ ..... [الفصل الثالث في الصرف]
- ٣٧٢ ..... اشارة
- ٣٨٧ ..... [فروع]
- ٣٨٧ ..... اشارة
- ٣٨٧ ..... [الأول لو عينا الثمن و المثلث ثم تقابضا]
- ٣٩٣ ..... [الثاني نقص السعر و زيادته لا تمنع الرد]
- ٣٩٣ ..... [الثالث لو تلف أحدهما بعد التقابض]
- ٣٩٤ ..... [الرابع لو أخبره بالوزن ثم وجد نقصا بعد العقد بطل الصرف]
- ٣٩٥ ..... [الخامس لو كان لأحدهما على الآخر ذهب]
- ٣٩٦ ..... [السادس و لو اشترى دينارا بعشرة و معه خمسة]
- ٣٩٧ ..... [السابع لو اشترى من المودع الوديعة عنده صح]
- ٣٩٧ ..... [الثامن روى جواز ابتياع درهم بدرهم و شرط صياغة خاتم]
- ٣٩٨ ..... [المقصد الرابع في أنواع البيع]
- ٣٩٨ ..... اشارة
- ٣٩٨ ..... [الفصل الأول العوضان إن كانا حالين فهو النقد]
- ٣٩٩ ..... اشارة
- ٤٠٠ ..... [المطلب الأول في النقد و النسيئة]
- ٤١٠ ..... [المطلب الثاني في السلف و فيه بحثان]
- ٤١٠ ..... اشارة



- ٤١٠ ..... [البحث الأول في شرائطه و هي سبعة]
- ٤١٠ ..... اشارة
- ٤١٠ ..... [الشرط الأول العقد]
- ٤١٤ ..... [الشرط الثاني معرفة وصفه]
- ٤١٤ ..... اشارة
- ٤١٨ ..... [فروع]
- ٤١٨ ..... اشارة
- ٤١٩ ..... [الأول يجب أن يذكر في الحيوان النوع و اللون]
- ٤٢٠ ..... [الثاني يذكر في الإبل الذكورة]
- ٤٢١ ..... [الثالث يذكر في التمر أربعة أوصاف]
- ٤٢٢ ..... [الرابع يذكر في الثياب ثمانية]
- ٤٢٤ ..... [الخامس يذكر في الرصاص النوع]
- ٤٢٤ ..... [السادس لصفات إن لم تكن مشهورة عند الناس]
- ٤٢٤ ..... [الشرط الثالث الكيل أو الوزن في المكيل و الموزون]
- ٤٢٧ ..... [الشرط الرابع قبض الثمن في المجلس]
- ٤٣٠ ..... [الشرط الخامس كون المسلم فيه ديناً]
- ٤٣٠ ..... [الشرط السادس الأجل المضبوط بما لا يقبل التفاوت]
- ٤٣٥ ..... [الشرط السابع إمكان وجود المسلم فيه عند الحلول]
- ٤٣٨ ..... [البحث الثاني في أحكامه]
- ٤٣٩ ..... اشارة
- ٤٤٧ ..... [فروع]
- ٤٤٧ ..... اشارة
- ٤٤٨ ..... [الأول لو أسلم عرضاً في عرض]
- ٤٤٨ ..... [الثاني في الاختلاف]

- ٤٤٨ ..... اشارة
- ٤٤٩ ..... [لو اختلفا فى المسلم فيه]
- ٤٥٠ ..... [أما لو اختلفا فى الزيادة]
- ٤٥١ ..... [أما لو اختلفا بعد اتفاقهما]
- ٤٥٢ ..... [الثالث يجب قبول المثل وقت الحلول]
- ٤٥٤ ..... [الرابع إذا أقبضه و برئ المسلم إليه]
- ٤٥٤ ..... [الخامس لو أسلم فى شيئين صفقة بثمان واحد صح]
- ٤٥٥ ..... [الفصل الثانى فى المرابحة و توابعها]
- ٤٥٥ ..... اشارة
- ٤٥٥ ..... [المرابحة هى البيع]
- ٤٦١ ..... [أما التولية]
- ٤٦٢ ..... [أما المواضع]
- ٤٦٤ ..... [فروع]
- ٤٦٤ ..... اشارة
- ٤٦٤ ..... [الأول يجوز لبائع المتاع شراؤه بزيادة و نقيصة]
- ٤٦٥ ..... [الثانى لو ظهر كذب البائع فى إخباره تخير المشتري]
- ٤٦٩ ..... [الثالث لو اشترى ثوبا بعشرة]
- ٤٧٠ ..... [الرابع لو باعه تولى فحط البائع الأول عنه البعض فله الجميع]
- ٤٧٠ ..... [الفصل الثالث فى الربا و فيه مطلبان]
- ٤٧٠ ..... اشارة
- ٤٧٢ ..... [المطلب الأول فى محله و له شرطان]
- ٤٧٢ ..... اشارة
- ٤٧٢ ..... [الشرط الأول التماثل فى الجنس]
- ٤٨٢ ..... [الشرط الثانى الكيل أو الوزن]

- ٤٨٤ ..... [فروع]
- ٤٨٤ ..... اشارة
- ٤٨٤ ..... [الأول إذا خرج بالصنعة عن الوزن جاز التفاضل فيه]
- ٤٨٤ ..... [الثاني لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا]
- ٤٨٥ ..... [الثالث لو كانا في حكم الجنس الواحد]
- ٤٨٦ ..... [الرابع يجوز بيع الخبز بمثله]
- ٤٨٦ ..... [المطلب الثاني في الأحكام]
- ٥٠١ ..... [المقصد الخامس في لزوم البيع فهنا فصلان]
- ٥٠١ ..... اشارة
- ٥٠١ ..... [الفصل الأول في الخيار و فيه مطلبان]
- ٥٠١ ..... اشارة
- ٥٠١ ..... [المطلب الأول في أقسامه]
- ٥٠٢ ..... اشارة
- ٥٠٢ ..... [الأول خيار المجلس]
- ٥١٥ ..... [الثاني خيار الحيوان]
- ٥٢٢ ..... [الثالث خيار الشرط]
- ٥٣١ ..... [الرابع خيار الغبن]
- ٥٣٦ ..... [الخامس خيار التأخير]
- ٥٤٤ ..... [السادس خيار الرؤية]
- ٥٤٦ ..... [المطلب الثاني في الأحكام]
- ٥٤٦ ..... اشارة
- ٥٤٣ ..... [فروع]
- ٥٤٣ ..... اشارة
- ٥٤٣ ..... [الأول لا يبطل الخيار بتلف العين]

- ٥٦٤ ..... [الثانى لو قبلت الجارية المشتري فالأقرب أنه ليس بتصرف]
- ٥٦٥ ..... [الثالث ليس للمشتري الوطى فى مدة الخيار]
- ٥٦٥ ..... [الرابع لا يكره نقد الثمن]
- ٥٦٥ ..... [الخامس البيع بالوصف قسمان]
- ٥٦٦ ..... [السادس لو شرط الخيار لأجنبى كان الفسخ إليه]
- ٥٦٦ ..... [السابع لو شرط الخيار شهرا مثلا بعد مضى مدة معينة]
- ٥٦٧ ..... [الثامن لو فسخ المشتري بخياره فالعين فى يده مضمونة]
- ٥٦٧ ..... [الفصل الثانى فى العيب و فيه مطالب]
- ٥٦٧ ..... اشارة
- ٥٦٧ ..... [المطلب الأول فى حقيقته]
- ٥٧٧ ..... [المطلب الثانى فى الأحكام]
- ٥٧٨ ..... اشارة
- ٥٩٢ ..... [فروع]
- ٥٩٢ ..... اشارة
- ٥٩٢ ..... [الأول لو قتل برده سابقة للمشتري الأرش خاصة]
- ٥٩٣ ..... [الثانى لو حملت من السحق فوطئها المشتري بكرا]
- ٥٩٤ ..... [الثالث لو كان المبيع غير الأمة فحمل عند المشتري]
- ٥٩٥ ..... [الرابع لو كان كاتباً أو صائغاً فنسيه عند المشتري]
- ٥٩٥ ..... [الخامس لو باع المعيب سقط رده]
- ٥٩٦ ..... [السادس لو باع الجانى خطأ ضمن أقل الأمرين]
- ٥٩٩ ..... [السابع لو باعه من يعتق عليه]
- ٥٩٩ ..... [المطلب الثالث فى التدليس]
- ٦١١ ..... [المطلب الرابع فى اللواحق]
- ٦٢٠ ..... [المقصد السادس فى أحكام العقد و فيه فصول]

- ٦٢٠ ..... اشارة
- ٦٢٠ ..... [الفصل الأول ما يندرج في المبيع]
- ٦٢٠ ..... اشارة
- ٦٢١ ..... [الألفاظ ستء]
- ٦٢١ ..... اشارة
- ٦٢١ ..... [الأول الأرض و فى معناها]
- ٦٢٧ ..... [الثانى البستان]
- ٦٢٨ ..... [الثالث الدار]
- ٦٣١ ..... [الرابع القرية]
- ٦٣٢ ..... [الخامس الشجر]
- ٦٣٢ ..... اشارة
- ٦٣٦ ..... [لو لم يكن مؤبرا دخل بشرطين]
- ٦٣٦ ..... اشارة
- ٦٣٦ ..... [الأول أن يكون من النخل]
- ٦٣٧ ..... [الثانى الانتقال بالبيع]
- ٦٣٨ ..... [فروع]
- ٦٣٨ ..... اشارة
- ٦٣٨ ..... [الأول إذا ظهرت الثمرة بعد البيع]
- ٦٣٩ ..... [الثانى لو كان المقصود من الشجر الورد]
- ٦٣٩ ..... [الثالث إنما يعتبر التأبير فى الإناث من النخل]
- ٦٣٩ ..... [الرابع لو أبر البعض فثمرته للبائع]
- ٦٤٠ ..... [الخامس لا يدخل الغصن اليابس و لا السعف اليابس على إشكال]
- ٦٤٠ ..... [السادس لو خيف على الأصول مع تبقية الثمرة ضرر يسير لم يجب القطع]
- ٦٤١ ..... [السابع لو كانت الثمرة مؤبرة فهى للبائع]

- ٦٤٢ ..... [الثامن لو باع أرضا و فيها زرع فهو للبائع]
- ٦٤٤ ..... [التاسع يدخل فى الأرض البئر و العين و ملئهما]
- ٦٤٥ ..... [العاشر لو استثنى نخلة كان له الممر إليها]
- ٦٤٦ ..... [السادس العبد]
- ٦٤٧ ..... [الفصل الثانى فى التسليم و فيه مطلبان]
- ٦٤٨ ..... اشارة
- ٦٤٨ ..... [المطلب الأول فى حقيقته]
- ٦٤٢ ..... [المطلب الثانى فى حكمه و وجوبه]
- ٦٤٢ ..... اشارة
- ٦٧٤ ..... [فروع]
- ٦٧٥ ..... اشارة
- ٦٧٥ ..... [الأول النماء قبل القبض إذا تجدد بعد العقد للمشتري]
- ٦٧٦ ..... [الثانى لو امتزج المبيع بغيره]
- ٦٧٦ ..... [الثالث لو غصب قبل القبض]
- ٦٧٧ ..... [الفصل الثالث فى الشرط]
- ٦٧٧ ..... اشارة
- ٦٨٣ ..... [فروع]
- ٦٨٣ ..... اشارة
- ٦٨٣ ..... [الأول لو شرط أجلا يعلمان عدمهما قبله]
- ٦٨٣ ..... [الثانى الأقرب تعيين الرهن المشروط]
- ٦٨٦ ..... [الثالث لو باعه العبد بشرط العتق مطلقا]
- ٦٩٠ ..... [الرابع لو شرط أن الأمة حامل صح]
- ٦٩١ ..... [الخامس لو باعه متساوى الأجزاء على أنه قدر معين فزاد فالزيادة للبائع]
- ٦٩٦ ..... [السادس كل شرط يقتضى تجهيل أحد العوضين فإن البيع يبطل به]

- ٦٩٩ ..... [ (السابع) لو قال بع عبدك من فلان على أن على خمس مائة فباعه بهذا الشرط بطل ]
- ٧٠٠ ..... [ الثامن يجوز أن يجمع بين شيئين مختلفين فما زاد في عقد ]
- ٧٠٢ ..... [ الفصل الرابع في الاختلاف ]
- ٧٠٢ ..... اشارة
- ٧١١ ..... [ فروع ]
- ٧١١ ..... اشارة
- ٧١١ ..... [ الأول لو قلنا بالتحالف ]
- ٧١٢ ..... [ الثاني لو تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض الثمن ]
- ٧١٢ ..... [ الثالث لو قال بعتك و أنا صبي ]
- ٧١٣ ..... [ الرابع لو قال وهبت مني فقال بل بعته بألف ]
- ٧١٤ ..... [ الخامس لو قال البائع رددت إلى العبد المؤجل ثمنه ]
- ٧١٤ ..... [ خاتمة الإقالة ]
- ٧١٨ ..... [ ترجمة المصنف ]
- ٧٢٣ ..... تعريف مركز

## مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) المجلد ٤

## إشارة

نام كتاب: مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) موضوع: فقه استدلالی نویسنده: عاملی، سید جواد بن محمد حسینی تاریخ وفات مؤلف: ١٢٢٦ هـ ق زبان: عربی قطع: وزیری تعداد جلد: ١١ ناشر: دار إحياء التراث العربی تاریخ نشر: هـ ق نوبت چاپ: اول مکان چاپ: بیروت - لبنان محقق/ مصحح: (جلد ٩) محمد باقر حسینی شهیدی ملاحظات: کتاب "مبلغ النظر في حكم قاصد الأربعة من مسائل السفر" تأليف: علامه سيد مهدي بحر العلوم در جلد ٣ این کتاب از ص ٥٠١ إلى ص ٥٤٣ چاپ شده است و ما آن را در برنامه به صورت کتابی مستقل آورده ایم

## إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## [کتاب المتاجر و فيه مقاصد]

## إشارة

کتاب المتاجر و فيه مقاصد (١)

## [المقصد الأول في المقدمات و فيه فصلان]

## إشارة

(الأول) في المقدمات و فيه فصلان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الحمد لله رب العالمين و صلى الله على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين المعصومين و رضی الله عن مشايخنا أجمعين و عن رواتنا المحسنين  
کتاب المتاجر (و فيه مقاصد)

هذا أحد أقسام القسم الثاني من الفقه لأنهم قد قسموه إلى أقسام أربعة عبادات و عقود و إيقاعات و أحكام «و إن شئت قلت عبادات و عادات و معاملات و سياسات» و الوجه في الأول أن المبحوث عنه فيه إما أن يشترط فيه النية أو لا «الأول» الأول «الثاني» إما أن يعتبر فيه إيجاب و قبول و هو الثاني أو الأول خاصة و هو الثالث أو لا يعتبر فيه شيء منهما و هو الرابع «و في الثاني» أن المقصود إما انتظام أحوال النشأة الأولى أو الأخرى أو كليهما فإن كان الثاني فهو الأول أو الأول فإما أن يتعلق الغرض ببقاء الشخص أو النوع و هو الثاني أو المصالح المالية و هو الثالث أو الثالث فالرابع و المطلوب على التقديرين حفظ المقاصد الخمس التي بنيت عليها الشرائع و الأديان و هي الدين و النفس و العقل و النسب و المال (فالدين) بالعبادات (و النفس) بشرع القصاص و الديات (و العقل) بحظر ما يزيله من المسكرات (و النسب) بالمناكح و المواليد (و المال) بالمعاملات و المداينات و الكل بالسياسيات كالحدود و التعزيرات و القضايا و



الشهادات «فكل» ما كانت النية شرطا فى صحته و كان مما يقع على نحوين فهو عبادة و لا ينتقض فى طرده و لا عكسه بشىء كما قيل كما ستعرف و هو أيضا كلما قصد منه انتظام النشأة الأخرى و هى عبارة أخرى و ذلك لأن العبادة لغه الطاعة و الخضوع له سبحانه و لغيره كما جاء فى كلام أهل اللغة و أشعار العرب و قد أطبق العلماء من الخاصة و العامة القائلون بالحقيقة الشرعية أن العبادة حقيقة شرعية

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣

.....

لكنهم اختلفوا فى المعنى المنقولة إليه فالمعتزلة أنها هى الدين المعبر و الدين المعبر الإسلام و الإسلام الإيمان (و ظاهر) الحاجبى و العضى و السعد و ميرزاجان و آقا جمال و غيرهم أنها هى الدين أو الإسلام أو الأحكام و الذى يتحصل من كلام المفسرين فى غير الفاتحة و الفقهاء و الأصوليين أنها حقيقة شرعية فى طاعة العبد ربه من الوجه الذى يطاع منه فيشمل التوحيد و الإيمان و الإسلام و الأحكام إلّا أن استعمالها فى الأحكام و الأفعال فى لسان الشارع و المتشعبة مما لا يقف على حد كالعابدين و العابدات و مناسك العبادة و خير العبادة و أفضل العبادة و العبادة صحيحة أو باطله «و حقيقتها» العمل المقرون بالقربه و هى ما لا تقع و لا تصح إلا بالنية كالصلاة و الزكاة و الصوم و الوقف و الأضحى و العتق و الصدقة و نحو ذلك مما عد فى غير أبواب العبادات لمناسبات و اصطلاحات لوحظت فى أنظارهم (و يخرج) عن العبادة الأذان و الإقامة و الجهاد و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و إن عدوهما فى باب العبادات لأن النية ليست شرطا فى صحتها إذ مجرد فعله بدون نية منج من العقاب و إنما هى شرط فى استحقاق الثواب كالكف عن المعاصى و فعل المباح و تركه و قد حكى الإجماع الشهيد فى قواعد على أن فوات النية فى العبادات يخل بصحتها و إطلاق الاسم ينصرف إلى هذا القسم و أما الذى يصير عبادة بالنية و هو غير الأصليه و هو كلما قصد به التقرب مما يتأتى بدونه فلا يصار إليه إلا مع القرينة «و منه يعلم» حال ما قاله شيخنا العلامة المعبر فى شرحه حيث فسر العبادات بأنها عبارة عما اشترط فى صحته النية أو ما شرع للمصالح الأخرى أو ما كان فيه رجحانية شرعية أصليه أو عارضية فإن التفسير الثالث غير جيد من وجوه (منها) أنه شامل لكل واجب و مستحب و إن لم يتوقف على نية (و منها) أنه أدخل فيها ما يصير عبادة بالنية (إلى غير ذلك) و هذا إنما هو فى الذى يقع على نحوين من الأحكام و الأفعال و إلا فالنظر المعرف عباده كما نصوا عليه و ليست النية شرطا فى صحته لعدم تحصيل المعرفة قبله و إرادة الطاعة عباده و لا- تحتاج إلى نية و إلا لتسلسل (و لا ينتقض أيضا تعريف المعاملات على ما حررناه بشىء من العبادات و خرط بعضها فى سلك البعض الآخر لاصطلاحات و مناسبات و تقريرات لا يدل على خلاف شىء مما ذكرناه «نعم» قد ينتقض تعريف المعاملات فى الوجه الأول بخروج بعض أفرادها كالبيع الضمنى و نحوه كما ستعرفه فى محله و إن فسرناها بما اشتملت على رضى الطرفين لم يخرج عنه البيع المذكور و أما المعاطاة فى البيوع و الإجازات و نحوها فليست من العقود قطعا لأنها إباحة محضة لا يشترط فيها شىء من شروط البيع لا كما توهمه الشهيد الثانى كما ستعرف فتدخل فى الأحكام لأن الغرض منها أى الأحكام إما بيان الإباحة كالصيد و الأظعمة و الإرث و الأخذ بالشفعة و التصرف فى المعاطاة و أما بيان التحريم كموجبات الحدود و الجنائيات و غصب الأموال و أما بيان الوجوب كغصب القاضى و نفوذ حكمه و وجوب إقامة الشهادة عند التعيين و وجوب الحكم على القاضى عند الوضوح و أما بيان الاستحباب كالطعمه فى الميراث و آداب الأظعمة و الأشربة و أما بيان الكراهة كما فى كثير من الأظعمة و آداب القاضى و قد علم من ذلك أن كثيرا منها مما يتوقف على اللفظ لا كما قاله الأستاذ فى شرحه (و المتاجر) جمع متجر و هو إما مصدر ميمى بمعنى التجارة و إما اسم للمكان أى محلها و هو الأعيان المكتسب بها «و أما» المتاجر بمعنى المال الذى لم يخمس كما طفحت به عباراتهم فى باب الخمس فغير مراد قطعا و على المعنيين الأولين تنطبق أكثر أقسام الباب إن أريدا معا من باب عموم الاشتراك أو غيره فتعلق أكثر أقسام الباب بالقسمين من دون اعتبار الحيثية ما عدا الأذان و الصلاة و نحوهما لأنها ليست أعيانا

ولا تدخل في المعاوضة لطلب الربح وليست

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤

## [الفصل الأول في أقسامها]

### إشارة

(الأول) في أقسامها و هي تنقسم بانقسام الأحكام الخمسة (١)

من أقسام البيوع إلا- أن يراد بالتجارة مطلق التكسب لأن لها إطلاقات ثلاثة (الأول) مطلق التكسب على أى حال كان من الحالات و هذا يدخل فيه الصلح و الإجازات و غيرهما (و الثانى) المعاوضة لطلب الربح و قد طفحت به عباراتهم فى باب الزكاة و به صرح فى «مجمع البيان» و هذا غير مراد هنا لوجهين (الأول) أن الظاهر منهم فى الباب ما هو أعمّ مما كان بقصد الاكتساب و الربح كما هو واضح (الثانى) أن تلك تشمل المملوك بعقد الصلح و لا يجوز إرادته هنا و إلا لزم خلط البابين لكنه أى المعنى الثانى هو الموافق لظاهر بعض آيات الكتاب و العرف و اللغة و كلام المفسرين و أخبار الباب الواردة فى مدح التجارة و الحث عليها و لا ريب أنها أظهر الأفراد و أوفق بموضوع الفن فقد يكون مرادا للمصنف فى أحد الاحتمالين و لكل من عبر بالتجارة و يخرج الصلح بنوع من العناية لكن فيه زيادة عما ذكرنا أولا أنه يلزم أن تكون المقصودة بالذات عشر معشار غير المقصود (الثالث) من إطلاقات التجارة البيع مطلقا و تابعه و ما يذكر فى المقدمات أو بعض المقامات فليس مقصودا أولا و بالذات بل بالتبع و على هذا تكون دائرة المقصود بالذات أوسع و هو أيضا موافق لموضوع الفقه فىكون موضوع الباب بعض موضوع الفن و هو أيضا موافق لظاهر بعض آيات الكتاب المجيد و بعض أخبار الباب و كلام بعض أهل اللغة و على ذلك جرى الشيخ فى «المبسوط و الخلاف» و جماعه حيث عنونوا بالبيع و من لحظ كلام المفسرين ما عدا الزمخشري و كلام أصحاب آيات فقه القرآن و كلام الفقهاء و كلام أكثر أهل اللغة عرف أنهم لم يتعرضوا إلا للمعنى المصدري و لم يلتفتوا إلى معنى الحرفة أصلا «نعم» قد يراد فى مقامات آخر لمكان ظاهر اللفظ «فقول الأستاذ» أدام الله سبحانه حراسته إن التجارة ظاهرة فى غير المراد و هو الصناعات الداخلة فى الملكات فلذلك ترك المصنف رحمه الله التعبير بها فى المقام «كأنه لم يصادف محزه» مع أنه بعد ذلك اعترف بأن أظهر أفرادها المعاوضة لطلب الربح و أنه ظاهر العرف و اللغة «فتأمل» و قد اشتهر فى عصرنا الآن إطلاق التجارة على بيع الأقمشة و نحوها و هذا حادث لا عبرة به

(قوله) (الأول) فى أقسامها و هي تنقسم بانقسام الأحكام الخمسة

هذا قد يرشد إلى أن مراده من المتاجر التجارات لا محالها و أما ذكر الأعيان فى سلك الأقسام فمن جهة الاكتساب بها و قد يراد بالضمير المضاف إليه ما يعم الفعل و المحل استخداما بحيث نجعل المرجع خاصا و لو عممناه فالضمير على ظاهره و الضمير المنفصل يحتمل احتمالات أيضا و إن خدش بعضها و هذا التقسيم ليس من خصوصيات التجارة بل هو جار فى أكثر الأبواب و قد جعل فى «الشرائع» الأقسام ثلاثة محرما و مباحا و مكروها و اعتذر عنه فى «المسالك» بأن مورد القسمة هو العين و المنفعة قال و ظاهر أن الوجوب و الندب لا يرد عليهما من حيث إنهما عين خاصة و منفعة بل بسبب أمر عارض و هو فعل المكلف و قال و مورد القسمة فى الخمسة هو فعل المكلف (قلت) هذا لحظه الشهيد فى اللمعة و على ذلك جرى شيخنا صاحب الرياض «و فيه نظر ظاهر» لأن المباح و المحرم و المكروه أيضا كذلك فإن العين بذاتها لا تكون محرمة و لا مكروهة و لا مباحة بل باعتبار ما يتعلق بها من فعل المكلف كما هو ظاهر جدا ثم إنه قد يخرج الاكتساب ببعض ما ذكره كالأذان و نحوه مما لا يحرم و إنما تحرم أجرته فالتقسيم إلى الثلاثة

«١» بناء على جعل المقسم

(١) هذا بيان لما بنوا عليه لأنهم قسموا التجارة بمعنى التكبسب إلى الأقسام الخمسة و بمعنى ما يكتسب به إلى الثلاثة (منه قدس سره) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥

### [فمنها واجب]

(فمنها واجب) و هو ما يحتاج الإنسان إليه لقوته و قوت عياله و لا وجه له سوى المتجر (١)

ما يكتسب به لا وجه له «إلا أن يقال» إن الوجوب و الندب قليلان نادراً أو إن الغرض من البيع جوازه و عدمه و صحته و عدمها و لا مدخل في ذلك للوجوب و الندب فتدير «و نعم» ما قال شيخنا أدام الله حراسته و هي صيغا أو نقلا أو انتقالا أو آثارا تنقسم بانقسام الأحكام الخمسة لا الثلاثة بترك الواجب و المندوب كما في كلام بعض أو المباح و المكروه كما في كلام آخر (قوله) (فمنها واجب و هو ما يحتاج الإنسان إليه لقوته و قوت عياله و لا وجه له سوى المتجر)

الواجب من التجارة ما كان في نفسه سائعا يحتاج إليه الإنسان لضرورة القوت و اللباس و ما جرى هذا المجرى و ما يجب لعياله الواجب النفقة على حسب ما يجب شرعا و إن زاد على قدر الضرورة و ما يدفع به حاجة المضطر مما يجب على الكفاية و ما به يتحقق نظام النوع و ما كان لبعض الأمور الملتزمة إلى غير ذلك من الواجبات الموقوفة عليه فإن كان له طريق إلى تحصيل ما يجب عليه من المؤنة و قدر الضرورة لغيره أو لنفسه أو ما التزم به غير التجارة فهي واجبة «١» تخيرا و إلا فعينى تعيينى و كذلك إذا انحصر فيه القيام بما يجب كفاية فعينى و إلا فكفائى فكان الواجب منها ينقسم إلى الأقسام الثلاثة (إذا عرفت هذا) فعد إلى عبارة الكتاب و لا ريب أن ضمير منها راجع إلى أقسام التجارة فإما أن يراد بها المعنى الأخص أو جميع أنواع الاكتساب و على كل «٢» منهما إما أن يراد بالمتجر المعنى الخاص أو العام فالأقسام أربعة. (الأول) أن يراد بهما المعنى الأخص فيصير المعنى أن من المعاوضة لطلب الربح ما هو واجب عينا تعيينا و ذلك إذا احتاج إليه لما ذكر و لا وجه له من الاكتسابات و غيرها كالمال و الاستعفاء و التخلص بطلاق و نحوه إلا- المعاوضة لطلب الربح. و إن عممت الوجوب بحيث يشمل التخيري كان حق العبارة أن يقول «و ليس عنده ما يدفع به الحاجة» لأنه إذا لم يكن عنده ما يدفع به الحاجة و له وجوه في تحصيله أحدها التجارة بالمعنى الأخص تكون التجارة واجبا مخيرا و هو أحد أقسام الواجب فلا- يجوز إخراج بقله و لا وجه له سوى المتجر «و منه يعلم» حال ما إذا أريد الواجب الكفائى بالنسبة إلى بعض أقسام الواجب (الثانى) أن يراد بهما مع المعنى الأعم كما صرح بذلك فى «التذكرة و الدروس» فيصير المعنى أن من الاكتساب المطلق ما يجب عينا تعيينا على التخير بين أفرادها إذا احتاج إليه و لا وجه له من مال أو استعفاء أو التخلص بطلاق و نحوه إلا المتجر أى الاكتساب المطلق و إن عممت الوجوب كان الأولى أن يقال و ليس عنده مال لأنه حينئذ يكون مخيرا بين وجوه الاكتساب و الاستعفاء و التخلص بطلاق و نحوه (الثالث) أن يراد بالأول المعنى الخاص و بالثانى المعنى العام فيكون الوجوب تخيرا و أما العكس و هو الرابع فلا- يكاد يتم. هذا إذا أريد من المقسم المعنى المصدري «و قد» يراد منه الأعيان التى يحتاج إليها أو الأعم منهما لكن إرادة الأعيان أو الأعم منها من المتجر لا يكاد يتم «فتأمل» (و مما ذكر) يعلم حال ما قاله فى «جامع المقاصد» و حال ما قاله الأستاذ دام ظله حيث قال فمنها واجب عيني تعيينى و هو كسب أو نفس ما يحتاج إليه أو الأعم منهما فحال هذا القسم و الأقسام كحال المقسم من قيام الاحتمالات الثلاثة «إلى أن قال» و لا وجه له من مال أو استعفاء أو التخلص بطلاق و نحوه يدفع به الواجب عن نفسه سوى المتجر و لو عممت الوجوب استغيت عن بعض القيود «انتهى فتأمل فيه

(٢) حال خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦

**[و مندوب]**

(و مندوب) و هو ما يقصد به التوسعة على العيال أو نفع المحاويع مع حصول قدر الحاجة بغيره (١)

**[و مباح]**

(و مباح) و هو ما يقصد به الزيادة في المال لا غير مع الغنى عنه (٢)

و فيما ذكرناه» و لعل المقصود من قوته و قوت عياله في عبارة الكتاب المثال و قد وقع الاقتصار على ذلك في التذكرة و الدروس (و الأقوى) كون الوجوب هنا أصليا أى مقصودا في ذاته و وجوده مصلحة لذاته لا تبعا يكون الغرض مجرد حصوله لغيره فيكفى و إن كان على وجه محرم و إن لم يطلبه الشارع كذلك كما يظهر من الأخبار كما اختاره الأستاذ دام ظله العالى و التمييز بين الأمرين أوضح من أن يحتاج إلى بيان (و قال في الإرشاد) الواجب ما اضطر الإنسان إليه في المباح و لعله أراد ما اضطر إليه شرعا كنفقته و نفقة من تجب عليه نفقته أو عقلا- فيكون المراد ما يتوقف عليه حياته و يكون مقصوده المثال أيضا و أن وجوب المتجر عيني إن انحصر فيه وجه التحصيل و إلا فتخيري (و أما) قوله في المباح فله أشار به إلى أنه لا يجوز مع الاضطرار تحصيله إلا من المباح إن أمكن و إلا وجب من غيره كشاء الميتة و السرقة و الغصب و الخيانة و به يندفع عنه اعتراض الكركي في حاشيته (قوله) (و مندوب و هو ما يقصد به التوسعة على العيال أو نفع المحاويع مع حصول قدر الحاجة بغيره)

لا دخل للقصد في كون الشيء في نفسه مستحبا لأن الغرض من ذلك كونه مطلوباً للشارع على جهة الاستحباب و إنما يؤثر القصد في وقوع فعل المكلف مستحبا ثم إن التقييد به يقتضى أن من قصد التوسعة بتجارته و ليس عنده ما يمون به عياله أن تكون تجارته مندوبة و ليس بشيء و قد تراد المنشئية فيندفع الإيراد. ثم إنه لا حاجة إلى تقييد النفع بكونه على المحاويع لأن نفع الأغنياء مستحب فالتجارة لأجله كذلك ثم إنه بعد حصول قدر الحاجة لا يعدون محاويع لأن ذلك قيد فيه و لعله يريد الحاجة التي لا ينفياها الغنى فيكون المراد المحاويع الغير المضطرين فاندفع الإيراد (قال في الدروس) و قد يستحب إذا قصد به المستحب و لو قال ما يحصل به المستحب كما في الروضة لكان أسلم كما هو أشمل و لا- ريب أن ذلك إذا لم يناف شيئا من الواجبات الدينية أو الدنياوية. و المندوب قد يكون معينا و قد يكون مخيرا إما غير راجح أو راجحا في نفسه أو بين أفراد الواجب المخير كما إذا نذر (قوله) (و مباح و هو ما يقصد به الزيادة في المال لا غير مع الغنى عنه)

المباح و هو ما من شأنه أن يقصد به الزيادة في المال من غير الجهات الراجحة و المرجوحة لا رجحان فيه أو فيه رجحان ما لا يصل به إلى الاستحباب الشرعى (و قال الأستاذ) حرسه الله و فى الأدلة ما يدل على رجحانه فى ذاته شرعا و ساق جملة من الأخبار التي يستفاد منها ذلك «ثم قال» و فيما دل من عقل أو نقل على رجحان العزم و الجزم و القدرة و التمكّن من المقاصد و ذم العجز و الكسل و ظاهر الكتاب و الأخبار فى الأمر بالمشى و السعى فى طلب الرزق ما يفيد الرجحانية و يتضاعف الرجحان بتضاعف أسبابه و قوتها عقلا و نقلا و هو جيد جدا لو لا ما فيه من خرق الإجماع المعلوم لأنه قد صرح بأن منها المباح فى «النهاية و المراسم و السرائر» و سائر ما تأخر عنها ما عدا الدروس و قد يتوهم منه القول بالاستحباب و الأخبار ظاهرة أو منزلة على الجهات الواجبات أو المستحبات بل لو كانت صريحة و أعرض معظم عنها لوجب تأويلها كما حرر فى فنه فكيف بإعراض الجميع عن غير الصريح و ما استنهضه من

دلالة العقل لا يجدى ولا يدل فى المقام وإنما هى أمور اعتبارية لا تناط بها الأحكام الشرعية معارضةً بمثلها مما هو أقوى منها بل قالوا فى النكاح إن من أقسامه ما هو مباح مع أن الأخبار مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧

### [و مكروه]

(و مكروه) و هو ما اشتمل على وجه نهى الشارع عنه نهى تنزيه (١) كالصرف (٢) و بيع الأكفان (٣) و الطعام (٤) و الرقيق (٥) و اتخاذ الذبح و النحر صنعة (٦) و الحياكة و النساجه (٧)

و الاعتبار فيه أكثر و أظهر مما نحن فيه

(قوله) (و مكروه و هو ما اشتمل على وجه نهى الشارع عنه نهى تنزيه)

إلا- إذا وجب عينا أو كفاية أو تخيرا فإنه لا كراهة فيه كما تقتضيه قواعدهم فى الحسن و القبح و فرق بين ما وجب و عرضت له الكراهة و بين ما حرم أو كره ثم عرض له الوجوب خلافا للمحقق الطوسى و يعلم نهى الشارع عنه إما بالنقل كما فى أكثر ما ذكر أو بالعقل كما فى بعضه و معنى كراهيتها رجحان تركها مطلقا و ذلك حيث يمكن غيرها أو يقوم بها غيره و يتخذها هو صنعة و كثيرا ما دق ذلك على جماعة «و قال شيخنا» الأقوى أن كراهية هذه الصنائع على نحو كراهية العبادة بمعنى رجحان العدول إلى غيرها لا تركها مطلقا «و فيه نظر ظاهر» و يعلم أن ما كان من هذه المكروهات متعلقا بالإعراض فلا كلام و ما كان متعلقا بالمعاضة فهل تستلزم كراهيتها كراهية الإعراض وجهان و الظاهر ذلك لما ورد فى بذل أجره الحجام مع الشرط لعلف الحيوان (قوله) (كالصرف)

إذا اتخذ عادة و صنعة لا ما إذا فعل ذلك اتفاقا بل قد يقال لبعض الأشخاص دون بعض أعنى من لا يتمكن من أداء الأمانة و يسرى ذلك فى كل مكيل أو موزون إذا بيع بمثله لمكان العلة و فى غير البيع إن وجد لأن المعاطاة لا يجرى فيها الربا على ما حررناه فيما يأتى و كذلك الصلح عند جم غفير كما ستسمع «فتأمل» (قوله) (و بيع الأكفان)

و جميع ما يتعلق بالموتى من فرض أو نفل عملا بمنصوص العلة إذا اتخذ عادة كما يشير إليه قوله عليه السلام و لا تسلمه ببيع أكفان (قوله) (و الطعام)

لعله أراد الحنطة لظهوره فيها و لقول الكاظم عليه السلام فى خبر إبراهيم بن عبد الحميد و لا حناطا و لقول الفيومى إذا أطلق أهل الحجاز لفظ الطعام عنوا به البر خاصة أو أراد ما يجرى فيه الاحتكار كما أشار إليه الصادق (ع) فى خبر إسحاق بن عمار «و لا تسلمه ببيع الطعام» فإنه لا- يسلم من الاحتكار أو أراد مطلق الحبوب التى يقتات بها الناس كما ورد مثل ذلك فى تفسير قوله جل شأنه. وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ «الآية» و ليس المراد مطلق المطعوم قطعاً و إن فسرت به الآية و ادعى الفيومى أنه المتعارف كما يقال طعام و شراب و لا يجرى ذلك فيما يعم الانتفاع به فى غير القوت (قوله) (و الرقيق)

لقوله عليه السلام (و لا تسلمه نخاسا) فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال شر الناس من باع الناس فقول الرسول صلى الله عليه و آله و سلم يعطى الكراهية مطلقا سواء اتخذته عادة أم لا و قول الصادق (ع) يعطى العادة «فتأمل» إذ الجمع ممكن هين (قوله قدس سره) (و اتخاذ الذبح و النحر صنعة)

معللا بأن الجزار تسلب منه الرحمة و لعل الصنعة قيد فى الجميع

(قوله) (و الحياكة و النساجة)

في الصحاح و القاموس و المصباح و المجمع «حاك الرجل ثوبه نسجه» و زيد في الأخيرين الحياكة الصناعة و في مجمع البحرين «نسيج الثوب إذا حاكه» و في البقية الاقتصار على نسج الثوب و أن النساجة الصناعة و في المسالك عن الصحاح نسج الثوب و حاكه واحد و لعله أخذ منه من مادة حاك و الظاهر ممن اقتصر من الأصحاب على أحدهما ترادفهما كما في كتب أهل اللغة فتخصيص النساجة ببعض الأجناس كالرقيق و الحياكة بغيره أو تخصيص الحياكة بالقطن و الحرير و النساجة بالصوف أو جعل النساجة أعم من الحياكة فمن الاحتمالات التي لا نص عليها «نعم» الظاهر اختصاصهما بالمغزول و نحوه فلا يكره عمل الخوص بل «روى» أنه من عمل الأنبياء كما ذكر ذلك في مجمع البحرين و غيره و أما الكراهية فلأخبار حتى «روى» أن ولد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨

و الحجامة مع الشرط (١)

الحائك لا ينبج إلى سبعة بطون «و قال الصادق» عليه السلام لأبي إسماعيل الصيقل بعد أن قال أنا حائك (لا تكن حائكا و كن صيقلا) و لعل المراد اتخاذ ذلك صنعة كما هو المتبادر من الحائك و الحياكة و عليه نص في التذكرة و غيرها و قد سمعت كلام أهل اللغة و لذلك استغنى المصنف رحمه الله هنا و غيره عن التقييد بها و يمكن اختصاص الكراهية بوقت الفعل فتزول الكراهية و الرذالة بترك الفعل كما يشعر به قوله عليه السلام لا تكن حائكا بعد أن قال أنا حائك

(قوله) (و الحجامة مع الشرط)

كما في «النهاية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و الكتاب» في باب الإجارة و غيرها و نسبه صاحب إيضاح النافع إلى الأصحاب و أطلق في «اللمعة» من دون تقييد بكونهما مع الشرط و بالتقييد يحصل الجمع بين أخبار المنع كصحيح الحلبي و خبري سماعه و رفاعه و أخبار الإباحة كما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح في بعض طرقه عن معاوية بن عمار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كسب الحجام فقال لا- بأس به و أما الأخبار المقيدة فهو خبر أبي بصير (لا بأس به إذا لم يشارط) و مثله خبر سماعه الآخر فجمع الأصحاب بينها بحمل المطلق على المقيد و يمكن الجمع بحمل أخبار الشرط على شدة الكراهية فتكون مكروهة على الإطلاق كما سمعته عن اللمعة لكن الأول أرجح لمكان فتوى الأكثر و وضوح الشاهد عليه من الخبرين و على الثاني يلزم إلغاء المنطوق و عدم الفرق عند المعظم في حمل المطلق على المقيد بين الوجوب و الحرمة و الكراهية كما قضى به التتبع التام «و تفاوت مراتب الكراهية لا يجدى» إذ قد يوجد مثله في الوجوب و الحرمة و ما جمع فيه بالكراهية و شدتها كما في المذى و نحوه يقتصر فيه على محله «و هناك وجه آخر» و هو أنها إن اتخذت صنعة كرهت مطلقا لأنها رذيلة و ضيعة و إن لم تتخذ صنعة كرهت مع الشرط لا بدونه و عليه تنزل الأخبار و كلام الأصحاب و يشهد على ذلك ما في «الصحاح و المصباح و القاموس و المجمع» أن الحرفة الحجامة و في «القاموس» أن الحجام المصاص فليتأمل. و قد يظهر من المقنعة عدم الكراهية أصلا. هذا كله بالنسبة إلى الصنعة و إلا فقد قال في «الخلافة» في باب الأطمعة كسب الحجام مكروه للحر مباح للعبد من حر كسبه أو عبد و به قال الشافعي و أحمد على ما حكاه السباحي و قال قوم من أصحاب الحديث حرام على الأحرار حلال للعبيد (دليلنا) إجماع الفرقه و أخبارهم فقد فصل فيه بين كسب الحر الحجامة و العبد «و إن قلنا بالتلازم بين كراهية الصنعة و الكسب كما هو الظاهر و لا سيما من أخبار المسألة ثبت التفصيل في الصنعة أيضا و قد يكون أراد في الخلافة معنى آخر (و قال الشهيد) في حواشيه نقل عن بعض الفضلاء أنه إنما يكره أكل كسب الحجام للحر لا للعبد و لعله نظر إلى ما روى أنه كان للصادق عليه السلام مولى حجام و لما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام «انتهى» فليتأمل. و مرادهم بقولهم مع الشرط اشتراط الحجام الأجرة فلا يكره لو فعل و لم يشترطها و إن بذلت له و لا بأس بأكلها حينئذ و ترك الشرط من المحجوم مكروه كغيره من المستأجرين فيستحب له أن يشترط قبل الفعل لأنه أبعد عن النزاع و له أن

يماكس لقول «الباقر عليه السلام» في موثقة زرارة و لا- بأس عليك أن تشارطه و تماكسه و إنما يكره له و لا بأس عليك و حمله الحاجم حينئذ على فعل المكروه لا يمنع الرجحان في حقه (و قال الأستاذ) لو شرط المحجوم و سكت الحاجم فليس بمشترط و لو صرح بقبول الشرط دخل في المشترط و مع طلب المحجوم من غير شرط يرجع إلى أجره المثل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩

و القابلة معه (١) و أجره الضراب (٢) و كسب الصبيان (٣) و غير المتجنب للحرام و أجره تعليم القرآن (٤) و تعشير المصحف بالذهب (٥)

و عدم التعرض لعدد المحجمة و للجروح و قدر الدم لا يقتضى الجهالة «انتهى» فتأمل  
(قوله) (و القابلة معه)

أى مع الشرط كما فى «الدروس و جامع المقاصد» و لعله لمكان حصول النقص و الرذالة مع الشرط (و قال فى التحرير) و لا بأس بأجره القابلة و أطلق و ظاهره عدم الكراهية مطلقا كما هو ظاهر «المقنعة و النهاية» حيث قالوا فيهما و كسب القابلة حلال و نسا على الكراهية فى أشياء كثيرة و لم ينصا فيه عليها و قد تركه الأكثر

(قوله) (و أجره الضراب)

سيأتى الكلام فيه فى الآداب

(قوله) (و كسب الصبيان)

كما فى الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس» و غيرها و قد أطلقوا كما سمعت و من المعلوم أن المراد إذا لم يعلم أنه من موضع حلال كما إذا كان ذا صنعة كما فى الخبر كما أنه إذا علم تحصيله أو بعضه من محرم و جب اجتنابه أو اجتناب ما علم به أو اشتبه منه فيكون محل الكراهية المجهول أصله و الوجه فيها اجترأه على ما لا يحل بجهله أو علمه بارتفاع القلم عنه و محلها أيضا تكسب الولى به أو أخذه منه لنفسه أو الصبى بعد رفع الحجر عنه كما فى الروضة و الرياض (قلت) و كذلك غير الولى لما ذكر من الوجه فما فى «المسالك» من أنه يكره لوليه التصرف فيه على الوجه السائغ غير سديد لأنه يجب على الولى أن يتصرف فيه كما يتصرف فى سائر أموال الصبى فيصرفه فى مأكله و كسوته إلا أن يؤول بما إذا نقله لنفسه ببيع أو غيره و حينئذ فالولى و غيره فى ذلك سواء فلا- معنى لقصره على الولى كما فى «الروضة و الرياض» و الأصحاب أطلقوا كما سمعت «ثم إنه يرد عليهما إيراد آخر» فى قولهما إن محله تكسب الولى به إلى آخر (و هو) أن الوجهين الأولين أعنى تكسب الولى به و أخذه منه كأنهما من واد واحد. و إن فرقا بينهما ورد عليهما ما ورد على المسالك و الوجه الثالث قيل. إنه يخالف القواعد المقررة و كذلك الحال فى الأمة كما صرح به جماعة و أفصح به الخبر و الوجه المذكور و كذلك من لا يجتنب المحارم كما فى «التحرير و نهاية الأحكام و الدروس و اللعة» و يجب تقييد المحارم بالمتعلقة بالمال لا- مطلقا و لا فرق بين كون الحلال كثيرا أو بالعكس. و لو بايعه لم يحكم بالفساد ما لم يعلم الحرام بعينه و لا يقبل قول المشتري عليه فى الحرمة لأن اليد تقضى بالملك ظاهرا و بقدر كثرة الحرام تكثر الشبهة (و المراد) بالصبى من لم يبلغ الحلم و تتفاوت بتفاوت التهمة و استظهر الأستاذ دام ظله زوالها بعد الانتقال إلى يد آخر «فليتأمل» و قال لو أخبر صاحب اليد بحرمة ما فى يده قبل قوله و إن كان فاسقا (قلت) و كذا لو أخبر بحلية ما فى يده على ما سيأتى فى جوائز الظالم

(قوله) (و أجره تعليم القرآن)

سيأتى الكلام فيه بما لا مزيد عليه عند شرح قوله و يجوز أخذ الأجره على كتابة القرآن

(قوله قدس سره) (و تعشير المصحف بالذهب)

كما صرح به فى «التحرير» و غيره و فى «الحدائق» نسبته إلى الأصحاب و كتابته بالذهب أشد كراهية كما فى «جامع المقاصد»

للأخبار. و إلحاق الأجزاء و الأنصاف و الأحزاب و الجداول و نحوها بها غير بعيد كما قال الأستاذ و نحوه الكوفي و في موثقه سماعه سألته عن رجل يعشر المصاحف بالذهب قال لا يصلح فقال إنها معيشتي فقال إنك إن تركته لله جعل الله لك مخرجا و في خبر محمد الوراق قال عرضت كتابا فيه قرآن معشر بالذهب و كتب في آخره سورة بالذهب فأرثته إياه فلم يعب منه شيئا إلا كتابة القرآن بالذهب فإنه قال لا يعجبني أن يكتب القرآن إلا بالسواد كما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠

و الصياغة (١) و القصابة (٢) و ركوب البحر للتجارة (٣) و خصاء الحيوان (٤) و معاملة الظالمين (٥) و السفلة (٦)

كتب أول مرة و في هذا الخبر ما يدل على حمل الخبر الأول على الكراهية و على كراهة كتابته بغير السواد  
(قوله) (و الصياغة)

لقوله صلى الله عليه و آله و سلم و أما الصائغ فإنه يعالج غبن أمتي قيل معناه لأنه يفسد عليهم الدينار و الدرهم و في التهذيب زين بالزاي أولا و المراد أنه يلهيهم بذلك عن الآخرة و روى بالراء المهملة أعنى رين أمتي أى الذنب أو الطبع و الختم  
(قوله) (و القصابة)

لقوله عليه السلام إن القصاب يذبح حتى تذهب الرحمة من قلبه و قصبت الشاة قسبا من باب ضرب قطعها عضوا عضوا و الفاعل قصاب و القصابة بالكسر الصناعة كما في المصباح المنير و هى أعم من الذبح و النحر  
(قوله) (و ركوب البحر للتجارة)

كما في «السرائر و التحرير و التذكرة و الدروس و حواشى الكتاب و جامع المقاصد» لرواية محمد بن مسلم عن (الباقر و الصادق عليهما السلام) أنهما كرها ركوب البحر للتجارة هذا مع ظن السلامة كما قيده به جماعة و كذلك الحال في غير التجارة من الأغراض الدنيوية و لا يخفى ما فى عده فى المقام من المسامحة و يحرم مع الخوف كما فى «التذكرة و التحرير» كما إذا كان وقت اضطرابه و تكاثر الأهوية المختلفة للاعتبار و الأخبار (قال الباقر عليه السلام) فى ركوب البحر للتجارة يغرر الرجل بدينه و سأل معلى ابن خنيس «الصادق» عن الرجل يسافر فيركب البحر فقال إن أبى كان يقول إنه يضر بدينك. و كذا يحرم كل سفر فيه أمانة الخوف كما فى «النهاية و التحرير» و البحر هو الخرق الواسع للماء الذى يزيد على سعة النهر و الخرق الأرض الواسعة تنخرق فيها الرياح فدلجته بالنسبة إلى الساقية أى النهر الصغير بحر و بالنسبة إلى جده و نحوها ليس ببحر «كذا فى مجمع البيان» فيتناولها الحكم كراهية و تحريما و كذلك الفرات

(قوله) (و خصاء الحيوان)

بالمدة و الكسر قال فى نهاية الأحكام منع علماؤنا من خصاء الحيوان و المروى الجواز على كراهية لأن له التصرف فى ملكه بما فيه صلاحه أما خصاء آدمى فإنه يحرم و إن كان مملوكا صغيرا كان أو كبيرا (قلت) نسبة المنع بمعنى التحريم كما هو الظاهر إلى علمائنا كأنها لم تصادف محزها لأن القائل بالتحريم فى غير آدمى إنما هو القاضى و التقى فيما حكى و الذهاب إلى الكراهية أبو على و أبو عبد الله بن إدريس و المصنف فى جملة من كتبه و الشهيد فى كتابيه و المحقق الثانى و كأن التحريم فى آدمى محل وفاق و فى حكم الخصاء الجب و الوجاء كما فى جامع المقاصد و غيره و الوجاء بالمد و الكسر رض عروق الخصيتين أو رضهما و الجب قطع الذكر أو ما لا يبقى منه مقدار الحشفة كما فى جامع المقاصد و غيره

(قوله قدس سره) (و معاملة الظالمين)

إما لنفس ظلمهم أو للشبهة فى أموالهم لقوله تعالى وَ لَأَ تَزْكُؤْا إِلَى الدِّينِ ظَلْمُوا و لأنهم مظنة الحرام مع قوله «عليه السلام» دع ما يريبك إلى ما لا يريبك و الظالمون قسم ممن لا يجتنب المحارم لأنهم السلطان و جنوده و من يعتاد معاملتهم بالحرام و غيرهم و قد



يكونان بمعنى واحد «فتأمل» و يأتى تمام الكلام

(قوله) (و السفلة)

بكسر السين و سكون الفاء أو فتحه مع كسر الفاء و هى بمعنى الأذنين أو قريب منه و عن بعض الأخبار التفسير بالسماك و الحجام و قيل الذى يضرب بالطنبور و قيل من ادعى الأمانة و ليس لها بأهل و قد فسروا بالذين لم يبالوا بما قيل فيهم و لا بما قالوا فى غيرهم أو الذين يحاسبون على الشىء الدون أو من لا يسره الإحسان و لا تسوؤه الإساءة (و فى الفقيه) نسب التفاسير الثلاثة الأخيرة إلى الأخبار فالعمل على الجميع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١

و الأذنين و المحارفين (١) و ذوى العاهات (٢) و الأكراد و مجالستهم و مناكحتهم (٣) و أهل الذمة (٤)

[و محظور]

إشارة

(و محظور) و هو ما اشتمل على وجه قبح (٥) (و هو أقسام)

[الأول كل نجس لا يقبل التطهير]

(الأول) كل نجس لا يقبل التطهير (٦)

و ربما فسر الأذنون بمن لا مروءة له

(قوله) (و المحارفين)

المحارف بفتح الراء المحروم الذى إذا طلب لا يرزق أو يكون لا يسعى فى الكسب و هو خلاف قولك المبارك «و منه الحديث» لا تشر من محارف فإن صفقته لا بركة فيها و المحارف أيضا المنقوص من الحظ لا ينمو له مال كذا قال فى المجمع البحرين (و فى الكافى عن الصادق) المحروم المحارف الذى حرم كد يده فى الشراء و البيع «و عن الباقر عليه السلام» أنه الذى لا ييسط له فى الرزق (و فى الخبر) عامل من نشأ فى خير و بورك له فى معيشته «و قال أمير المؤمنين عليه السلام» شاركوا من أقبل عليه الرزق فإنه أجلب للرزق. و عن عميد الدين تكره معاملته الفقير لأن المقصود من التجارة التكسب و الفقير لا ينبغى أن يكسب عليه (قوله قدس سره) (و ذوى العاهات)

لما روى أن من نقص خلقه نقص عقله (و عن الصادق) لا تعامل ذا عاهة فإنهم أظلم شىء

(قوله) (و الأكراد و مجالستهم و مناكحتهم)

قيل إنهم فريق من الجن لما روى أنه لما زال ملك سليمان أتى بعض الجن إلى جواريه فجامعوهن فحملن منهم فلما عاد إليه الملك وجدهن قد حملن فقال أكردهم فسموا بذلك (و قيل) هم أولاد لإمرئ القيس و قيل قوم من الجن كشف عنهم الغطاء فتأنسوا و قيل قبيل جداهم كرد بن عمرو مزيقيا بن عامر بن ماء السماء «قاله صاحب القاموس» و فى قلائد الجمان أن الكرد من بنى إيران بن آشور بن سام و إلى إيران هذا تنسب مملكة إيران التى كان بها ملوك الفرس قال المقرئ الشهابى ابن فضل الله فى كتاب التعريف يقال

في المسلمين الكرد و في الكفار الكرج و حينئذ يكون الكرد و الكرج نسبا واحدا «انتهى» قال الأستاذ المدار في معرفتهم على صدق الاسم عرفا (قلت) إن صح ما في قلائد الجمان كانوا هم القاطنين في لرستان و ما والاها (قوله) (و أهل الذمة)

لأنهم ظالمون ضالون و البعد عنهم مطلوب و في «جامع المقاصد» للنهي عن ذلك و لعله أراد الخبر لا تستعن بمجوسى «الخبر» (قوله) (و محذور و هو ما اشتمل على وجه قبح)

أى كسب اشتمل على وجه قبح اهتدى إليه العقل بنفسه أو بإرشاد الشرع و إن جعلت الموصول عبارة عن العين احتجت أن تقول إن القبح في نفس العمل أو الاستعمال أو في قصد بعض الجهات و الأحوال أو في المعاملة عليه بالمال و غير المال أو ما تركب من المذكورات كما ذكره الأستاذ دام ظله

(قوله) (و هو أقسام الأول كل نجس لا يقبل التطهير)

المراد بالنجس ما كان بالأصل أو العارض لشموله للثانى حقيقة كما يعطيه كلام أهل اللغة أو بنحو من المجاز كما يعطيه كلام الأصحاب في باب الطهارة و ليس بمعلوم كونه حقيقة شرعية في ذلك أى نجس العين حتى تنزل عليه الأخبار و لا فرق في ذلك بين المائع و الجامد الذى لا يقبل التطهير سواء كان مائعا و أصابته النجاسة ثم جمد أو أصابته النجاسة و هو جامد كما إذا اختلط الطحين بشيء من نجس العين كالخرد المدقوق بحيث لا- يمكن انفصاله عنه «إلا أن تقول» فى الأخير إنه ليس بنجس و لا متنجس فالمدار على التنجس و عدم قبول التطهير كما أفصحت به عباراتهم و انعقدت عليه إجماعاتهم كما ستعرف و قد يلوح من الأستاذ خلاف ذلك كما ستسمع (و أما) ما يقبل التطهير ظاهرا كالفضة و القير إذا تنجسا مائعين فغير داخلين تحت المنع لأنه يحصل النفع المقصود منه باستعمال ظاهره كما ستسمع بيان ذلك كله و من اقتصر على ذكر المائعات فلعله بناه على الغالب مع قصد التمثيل و قد وقع التقييد مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢

.....

بعدم قبوله التطهير فى (المبسوط و الغنية و التذكرة و نهاية الأحكام و الإرشاد و التحرير و المنتهى و الدروس و اللمعة و الروضة و غيرها) و أطلق فى «النهاية و السرائر و الشرائع و النافع» لكنه فى السرائر بعد ذلك قيد كما أن المحقق فى المطامع نبه على التقييد و الحاصل أن القيد لا- بد منه و فى المبسوط أيضا جعل الحكم لنجس العين من الحيوان غير الآدمى و من غير الحيوان فيخرج الرق الكافر حينئذ لقبوله التطهير بالإسلام و عليه تنزل العبارات الموافقة للمبسوط فى التقييد و قد يكون الرق الكافر خارجا بالأخبار و الإجماع لا بأن الإسلام مطهر له إذ قل من عده فى المظهرات فلعله عندهم كالأستحالة و جميع النجاسات يقبل الطهارة بها فمرادهم بقبول الطهارة قبولها بغير الاستحالة (و أما المرتد) عن فطره فالقول بجواز بيعه ضعيف جدا لعدم قبول توبته فلا يقبل التطهير كما هو المعروف من مذهب الأصحاب و به صرح فى التحرير و الدروس فى باب بيع الحيوان و إن خالف فيه بعض من تأخر كالمحقق الثانى فى باب الرهن و بيع الحيوان و قد يظهر ذلك من رهن المبسوط و التحرير «و المولى الأردبيلي» جوز بيعه فى الدين و استشكل فى بيعه المصنف فى موضع من التذكرة و بيع الحيوان من الكتاب و ولده فى رهن الإيضاح و باب بيع الحيوان (و أنت خير) بأن المرتد بالسب يجب قتله فى الحال و لا ينظر و إن كان بغيره فالأخبار و الإجماع و الشهرة دلت على عدم قبول توبته بعموم لغوى يتناول ما إذا كانت ظاهرا و باطنا و لم يعرف الخلاف إلا من الدروس حيث قال و فى قبول توبته باطنا وجه قوى و تبعه المحقق الثانى و الشهيد الثانى و الأردبيلي كما أوضحنا ذلك فى باب الحدود و لعل من جوز بيعه بناه على عدم قبول توبته فلا يرد به حينئذ إشكال (و أما عصير العنب) فلا ريب فى عدم جواز بيعه إذا نش و غلى من قبل نفسه لأنه يصير حينئذ خمرا و لا يطهر إلا بانقلابه خلا كما نص عليه الأكثر من المتقدمين و المصنف فى رهن التذكرة و المحقق فى رهن جامع المقاصد و قد نزلنا عليه كلام جماعة من المتأخرين كما

بيناه في رسالتنا المسماة بالعصرة في العصير بل لا فرق في ذلك بين عصير العنب و عصيرى التمر و الزبيب إذا نشأ و غليا من قبل أنفسهما. و أما إذا غلى عصير العنب بالنار و لم يذهب ثلثاه فلا ريب في نجاسته كما بيناه في غير موضع بل ادعى عليه الإجماع. و الظاهر أيضا عدم جواز بيعه لأنه حينئذ خمر كما صرح به جماعة أو كالخمر إذا اعتد للتخليل كما نص عليه المحقق الثاني و هو الظاهر من عبارة النهاية عند قوله و يكره الإسلاف فيه و يظهر منها و من أطمع السرائر و غيرها في مواضع تظهر على الفقيه و هو الذى تقضى به قواعد الباب و يدل عليه إطلاق (قول الصادق) عليه السلام في خبر أبى كهمس فيما رواه ثقة الإسلام و إن غلى فلا يحل بيعه و مفهوم قوله أيضا عليه السلام فيما رواه الكليني أيضا عن أبى بصير حيث سأله عن ثمن العصير إذا بعته قبل أن يكون خمرا و هو حلال فلا بأس إذ مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكن حلالا و هو حال الغليان (و قوله أيضا عليه السلام) فى مرسل ابن الهيثم إذا تغير عن حاله و غلى فلا خير فيه حتى يذهب ثلثاه و من الخير المنفى بيعه «فتأمل» إلا أن تقول كل من قال بأنه يظهر بالنقص قال بجواز بيعه و من البعيد جدا أن يقال إنه يظهر بالاستحالة و حصولها بمقدار لحظة «فتأمل» إذ الاستبعاد محض اعتبار مخالف للأخبار منقوض بما إذا صار خلا فإنه يستحيل فى آن واحد من دون غليان و لا نقص فالأصح عدم جواز بيعه لأن الظاهر طهره بالاستحالة لا بالنقص (و أما عصير التمر) إذا غلا- بالنار فإنه باق على الحل و الطهارة و الظاهر أن عصير الزبيب كذلك كما بيناه فى الرسالة (و أما الأصباغ المتنجسة) فقد قال المحقق الثانى فى حاشيته على الإرشاد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣

.....

إن الظاهر جواز بيعها مع أنها لا تقبل التطهير «١» عند الأكثر «و أجاب» بأنها تثول إلى حالة تقبل معها التطهير (قال) و تلك الحالة بعد جفافها بل ذلك هو المقصود منها فيندفع السؤال «انتهى» فيكون الحال فيها كالحال فى القير كما مر و كالحال فى العجين إذا تنجس فإنه و إن لم يقبل التطهير حينئذ لكنه يقبله إذا صار خبزا و جفف حتى تذهب رطوبته «فالحظه و احفظه» فإنه نافع فيما قد ندعيه من عدم جواز الانتفاع بشيء من النجاسات التى لا تقبل التطهير إلا فيما خرج بالدليل و ذلك لأننا نقول بأن الأصل «٢» فيما نجس و لم يقبل التطهير التحريم و عدم الانتفاع به فى شىء أصلا كما أشار إليه الشهيد فى قواعد عند الكلام على تعريف النجاسة و فخر الإسلام فى الإيضاح كما ستسمع و كأنه مأخوذ مما نبه عليه المصنف فى التذكرة و نهاية الأحكام من أن الأصل فيما حرم على الإطلاق أن يكون نجسا و إليه أشار الراوندى فى فقهه «٣» و صاحب الغنية و السرائر كما ستسمع و به صرح جمع منهم صاحب المسالك و قد أفصحت عباراتهم بعدم الانتفاع بالنجس (قال الشيخ فى النهاية) كل طعام و شراب حصل فيه شىء من الأشرطة المحظورة أو شىء من المحظورات و النجاسات فإن شربه و عمله و التجارة فيه و التكسب و التصرف فيه حرام محظور و جميع النجاسات محرم التصرف فيها و التكسب على اختلاف أجناسها و أصرح من ذلك كلامه فى «أطعمة الكتاب» المذكور و مثله فى المقامين ما فى «السرائر» و نحوه ما فى «المقنعة و المراسم و المبسوط» و قالوا أيضا الأعيان النجسة و ما ينجس بمجاورتها و لا يمكن غسله و لا تطهيره بالماء لا ينتفع بها سوى الأدهان لفائدة الاستصباح بها تحت السماء و لا يجوز الانتفاع بها فى غير الاستصباح تحت السماء و قد طفحت بذلك و نحوه عباراتهم كما ستسمع و أوضحها عبارة «المقنعة و النهاية و الخلاف و السرائر» فإن هذه العبارات الأربع صريحة لا- تقبل التأويل حيث قيل فيها لا يجوز أكله أى الدهن النجس و لا الانتفاع به بغير الاستصباح «كذا فى الخلاف» و ادعى بعد ذلك الإجماع و الأخبار و ظاهرة أنهما على جميع ما ذكر و هو ظهور لا يكاد ينكر و نحوه ما فى بقية العبارات و لا قائل بالفرق بين الدهن و غيره «و قد تأمل» فى ذلك بعض المتأخرين كالمولى الأردبيلي و زعم أن الأصل جواز الانتفاع بها إلا ما خرج بالدليل كالانتفاعات الموقوفة على الطهارة أو ما دل الدليل على المنع منه مطلقا كالميتة و هذا الأصل مقطوع بخبر تحف العقول و رسالة المحكم و المتشابه و إجماع شرح الإرشاد لفخر الإسلام و التنقيح و كذا إجماع الغنية بل و إجماع الخلاف المذكور آنفا و

أخباره و هي معتزدة بالشهرة المعلومة التي كادت تكون إجماعا ففي الخبر المشار إليه أو شيء من وجوه النجس فهذا كله حرام و محرم لأن ذلك كله منهي عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و التقلب فيه فجميع تقلبه في ذلك حرام (و أما إجماع شرح الإرشاد و التنقيح) فقد قالوا في بيان حرمة بيع الأعيان النجسة إنما يحرم بيعها لأنها محرمة الانتفاع و كل محرمة الانتفاع لا يصح بيعه أما الصغرى فإجماعية و القول بأن المراد حرمة الانتفاع بالبيع بعيد. و أما الغنية فإنه قد شرط فيها في صحة البيع كون الشيء مما ينتفع به منفعه مباحة و احتراز بذلك عن المنافع المحرمة و جعل منها كل نجس لا يقبل التطهير عدا ما أخرجه الدليل من بيع الكلب المعلم للصيد و الزيت النجس للاستصباح به تحت السماء ثم قال و هو

(١) الطهارة خ ل

(٢) الأصل هنا بمعنى القاعدة لأنه ادعى عليه الإجماع كما ستسمع (منه)

(٣) و صاحب الغنية كما ستسمع و به صرح جمع منهم صاحب المسالك و السرائر خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤

.....

إجماع الطائفة (قلت) و خرج سرجين ما لا يؤكل لحمه و عذرة الإنسان و خرد الكلاب عند الشيخ لنفي الخلاف في المبسوط عن جواز الانتفاع بذلك في الزروع و الكروم و أصول الشجر و قد استثنى الدم في المبسوط أيضا و لعله أراد جواز الانتفاع به في الصبغ و قد عرفت الحال في الصبغ و ستعرف الحال في الدم و لخبر المفضل الوارد في الانتفاع بالزبل و العذرة في الزرع و البقول و الخضر (و خرج) عنه شعر الخنزير للأخبار المعمول بها عند جماعة و كذلك جلده لسقى الدواب و البهائم عند جماعة أيضا «و الحق» عدم الجواز فيهما كما ستسمع «١» و استدلال بعضهم كالمصنف في المختلف بالأصل في استعمال شعر الخنزير و نحوه إنما هو على سبيل التقريب أو بيان أنه لما وردت الأخبار بالجواز علمنا أنه لم ينقطع فيها بخصوصها (و خرج) عنه طلى الدواب به كما قاله الشهيد في حواشيه و اختاره المحقق الثاني في تعليق النافع و تعليق الإرشاد و صاحب إيضاح النافع و صاحب المسالك في الأطعمة لأنه لا بد و أن يتنجس فلا- فرق في ذلك بين أن ينجس بالطللى أو قبله و لعل الأولى الاقتصار على ما بعده (و خرج) عنه اتخاذ الصابون منه «للخبر» أيضا كما قاله أيضا الشهيد و اختاره أيضا المحقق الثاني في تعليقه و صاحب إيضاح النافع و صاحب المسالك في الأطعمة و غيره و عن نوادر الراوندي جواز بيعه لمن يعمله صابونا و لعل الشهيد أراد رواية دعائم الإسلام. فاندفع إشكال الأستاذ فيما يبقى من رغوته بعد التنجيس فيغسل بها الثوب الآخر. و لعله لأن الصابون كالصبغ «فليتأمل» سلمنا و ما كان ليكون لكنا قد نقول باستثناء هذا بخصوصه لا غير لمكان الضرورة و السيرة (و بذلك يندفع) ما عساه يقال من أن الصابون لا يجوز بيعه إذا كان نجسا كما إذا صنعه النصراني لأنه لا- يقبل التطهير و قبول ظاهره التطهير لا يجدى لعدم حصول نفعه الغالب باستعمال ظاهره «و أما ما يستند إليه» من استمرار طريقة الناس من البول على الجرح فأوهن شيء و أضعفه لأن تلك سيرة أجلاف العرب «و لعله لذلك قال عليه و آله الصلاة و السلام» ويل للأعقاب من النار لأنه كان يغلب عليهم تشقيق أعقابهم فكانوا يبولون عليها (و ليعلم) أن الخمر قسمان محترمة و هي التي اتخذت للتخليل فإن إبقاءها لذلك جائز إجماعا و لأنه لو لا احترامها لأدى ذلك كله إلى تعذر اتخاذ الخل لأن العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة فلو لم تحترم و أريقت في تلك الحال لتعذر اتخاذ الخل «و غير المحترمة» ما اتخذت لغرض الخمرية كما نص على ذلك كله في رهن التذكرة و جامع المقاصد «فلا يرد» على ما حررناه الانتفاع باتخاذ الخمر للتخليل و هذا الذي اخترناه هو الذي كان يختاره الأستاذ دام ظله لمكان الأدلة القاهرة مؤيدة بالمنع من التكبسب به إذ في ذلك كمال الإرشاد و إن لم يصلح للاستناد لكنه بعد ذلك عدل عنه لمكان السيرة القاطعة في الصبغ و رغو الصابون و البول على الجراحة و طلى الأجر و قد عرفت

الجواب عن ذلك كله فلا يجوز دفع الدبس النجس للنحل ولا إلى غير المكلف من الأناسين لنقص أو سهو أو جهل ولا غير ذلك من وجوه الانتفاع وكذا غير الدبس كالزيت لدهن الرواحي والسفن (وكذا الترياق) المختلط بلحوم الأفاعي وغيرهما إلا ما استثنى وقد نص على تحريم الانتفاع بالترياق المذكور في نهاية الأحكام ولا فرق في ذلك كله بين ما لا يدخل في اسم الاستعمال وما يدخل فيه سواء استلزم توليها أو مباشرة أم لا إذا لا نجد في ذلك فرقا من نص أو فتوى ففيه بل ولا من اعتبار إلا أن يكون ضعيفا لا يعرج عليه نعم في بعض الأخبار نوع إشارة إلى ذلك وهو (قول أبي الحسن عليه السلام) في خبر للحسن ابن علي حين سأله عن قطع آليات الغنم وهي حية فيستصبح بها «أما علمت أنه يصيب

(١) ستعرف ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥

.....

اليد والثوب وهو حرام» والأستاذ دام ظله فرق وهو أعرف ولعله استند إلى قول أبي الحسن عليه السلام أما علمت أنه يصيب اليد والثوب وهو حرام (إذا عرفت هذا) صح لنا أن ندعى أن المدار في عدم جواز البيع على تحريم المنافع الغالبة المقصودة كما سمعته عن فخر الإسلام والمقداد وابن زهرة وغيرهم «و ينتج من ذلك» أن جميع الأعيان النجسة التي لا تقبل التطهير قد حرمت منافعها المقصودة غالبا «١» وأن ما لم يحرم من منافعها غير ملحوظ في نظر الشارع فهي كما لا نفع فيه إذ كل شيء يفرض من المحرمات لا يخلو عن منفعة نادرة كإبقاء الخمر المتخذة للتخمير في يده للتخليل والميتة لا كل جوارح الصيد والعذرة للتسميد «و لا ينتقض ذلك» إلا بالإصباغ فإن الغالب المقصود من الصبغ المنتجس هو نفعه المقصود منه قبل التنجيس ولا يخرج ذلك عن المقصودية وقد عرفت الجواب عن ذلك بما حكيناه عن المحقق الثاني آنفا (فقد يحصل) أن النجس الغير القابل للتطهير داخل تحت محرم الانتفاع وليس ذلك أغلبيا بل هو شامل لجميع أقسام النجس المذكور إلا ما خرج بالدليل كالكلاب فكل نجس كذلك يحرم الانتفاع به وليس كل ما يحرم الانتفاع به نجس بل ما يحرم الانتفاع به لذاته مطلقا فيخرج المغصوب وآلات اللهو ونحو ذلك فيصح لهم أن يستدلوا على المنع من التكسب بالنجس تارة بأنه نجس وتارة بعدم الانتفاع وتارة بهما ويصح لهم أن يشترطوا في صحة البيع الطهارة والانتفاع لكون الثاني أعم وهذه القاعدة أعنى ما حرمت منافعه حرم التكسب به قاعدة متينة مقطوع بها في كلامهم لم أر لها رادا «وقد أطال فخر الإسلام» في الإيضاح في بيانها وأمر بالمحافظة عليها ونحوه ما في شرحه على الإرشاد وكذلك الفاضل المقداد غير الذي نقلنا عنه آنفا وإليها أشار المحقق الثاني في «جامع المقاصد» والشهيد الثاني وجماعه بعضهم ذكر ذلك في المقام وبعضهم في مسألة ما لا ينتفع به كالمقداد وغيره «قال في الإيضاح» أما ما فيه منفعة مقصودة فلا يخلو من ثلاثه أقسام (أحدها) أن تكون سائر منافعه محرمة (الثاني) أن تكون سائر منافعه محللة (الثالث) أن يكون بعضها محللا وبعضها محرما فإن كانت سائر منافعه محرمة صار كما لا منفعة فيه أصلا بمعنى عدم جواز بيعه وفي التنقيح الإجماع عليه «وقال في الإيضاح» وإن كانت سائرها محللة جاز بيعه إجماعا وإن كانت منافعه مختلفة فهذا الموضوع من المشكلات ومزال الأقدام (فنقول) قد تقدم أصلان جواز البيع عند تحليل سائر المنافع وتحريمه عند تحريم جميعها فإن كان جل المنافع والمقصود منها محرما حتى صار المحلل من المنافع كالمطرح فإن البيع ممنوع وواضح إلحاق هذا بأحد الأصلين لأن المطرح من المنافع كعدمه وإذا كان كعدمه صار كأن الجميع محررم وإليه أشار عليه السلام بقوله لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وإن كان الأمر بالعكس كان الحكم بعكسه (ثم قال) وأشكل من هذا أن يكون «٢» فيه منفعة محرمة مقصودة مراده وسائر منافعه سواها محلل فإن هذا ينبغي إلحاقه بالقسم الممنوع لأن كون هذه المنفعة المحرمة مقصودة يؤذن بأن لها حصة من الثمن لأن العقد اشتمل عليها وهو عقد واحد لا سبيل إلى تبييضه والمعاوضة على

المحرم منه ممنوع فيمنع الكل (إلى آخر ما قال) «و يدل» على حرمة التكسب بكل ما حرمت منافعه المقصودة (ما روى في الخلاف و السرائر و الغنية و الغوالي) على ما حكى و التذكرة في عدة مواضع و التنقيح (عن النبي صلى الله عليه و آله) أنه قال إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه و ليس المراد بتحريم الشيء تحريم

(١) الغالبه خ ل

(٢) يشبه أن يكون أراد بهذا آلات اللهو فتأمل (كذا بخط المصنف قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦

.....

منفعة ما منه إذ ما من شيء إلا و قد حرم فيه نفع ما و لا تحريم جميع المنافع إذ ما من شيء إلا و له نفع ما محلل بل المراد تحريم المنفعة الغالبة المقصودة منه المعد هو لها (و في خبري محمد و أبي بصير) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال صلى الله عليه و آله و سلم إن الذي حرم شربها حرم ثمنها و ما فيها من لفظ البيع و الثمن فمحمول على المثال لمطلق الاكتساب (قال الأستاذ) مع أن في بعض الأخبار تعميما لذلك و لم نجده و الضعف منجبر بالشهرة هذا كله مضافا إلى الإجماعات في بعض الأعيان كالخمر و نحوها فإننا نقطع بإلغاء الخصوصية و لما كان المدار على تحريم المنافع المقصودة الغالبة لحظنا النجاسات فوجدنا منها ما حرمت منافعها الغالبة كالخمر و الميتة «١» و المائعات المشروبة المتنجسة و وجدنا منها ما لم تحرم منافعها الغالبة كالكلاب الأربعة و منها ما لا منفعة فيه إلا نادرا كالعذرة «٢» و أما التسميد به فهو منفعة نادرة كما أشرنا إليه آنفا و نص عليه في نهاية الأحكام لأن التسميد في الغالب إنما هو بالزبل و السرجين الغير النجس و لا يصار إلى التسميد بالعذرة إلا عند فقدة لعظم نفعه و عدم قذارته و العذرة قليلة النفع بالنسبة إليه شديدة القذاره بل لا تسميد في القرى و المزارع إلا بزبل البقر و الحمير و المعز و الغنم و الإبل و إنما يسمد بالعذرة في المدن التي قل ما يوجد فيها ذلك (و بهذا يندفع ما عساه يقال) إن العذرة مما ينتفع بها غالبا مقصودا محللا فتكون مما تملك و توهب إلا أن يدل دليل على خلافه كما دل على عدم جواز التكسب بها فكانت النجاسات بالنسبة إلى ذلك ثلاثة أقسام فالقسم الأول و الثالث لا يملك شيء منهما و لا يترتب عليه أثر من هبة أو ضمان قيمة إجماعا معلوما في الجميع و منقولاً في البعض كالخمر و الخنزير و لا فرق في ذلك بين ما اشتمل منهما «٣» على فائدة مسوغه للاقتناء كالخمر للتخيل و العذرة للتسميد أو لا لكن الاختصاص و حق المنع ثابت في الأول أعنى ما اشتمل على فائدة مسوغه للاقتناء لكنه لا يجوز نقله بصلح و لا جعل كما هو ظاهر الأصحاب لإطلاقهم المنع عن جميع ضروب التكسب به الشاملة لذلك و لأن ما لا قيمة لعينه لا قيمة للحق الثابت فيه «فتأمل» بل في التذكرة الإجماع على صحة الوصية بما هو خارج عن كونه مقصودا بالتمليك كفضلات الإنسان مثل شعره و ظفره و العذرات مع أنه يكفي في صحة الوصية ثبوت الاختصاص و حق المنع الملازم «٤» لجواز الاقتناء مضافا إلى خبر التحف الناهي عن إمساكه و التقلب فيه (و بهذا) يظهر لك ما في قول الأستاذ دام ظله و يجوز إعطاء العوض على رفع يد الاختصاص فيما يثبت فيه (و أما القسم الثاني) و هو النجس الذي لم تحرم منفعته الغالبة كالكلاب الثلاثة أو الأربعة على القول بعدم جواز بيعها و الجرو القابل للتعليم و المائعات التي فائدها غير الشرب و الأكل و إن كان القول بعدم جواز بيع كلب الصيد نادرا جدا فقد يستند في الملكية إلى الأصل و في المائعات إلى الاستصحاب أيضا لكن الذي يستفاد من خبر التحف الشامل بإطلاقه للمتنجس كما أشرنا إليه آنفا من أن اختصاص النجس بنجس العين إنما هو اصطلاح من الأصحاب لا غير عدم الفرق بين النجاسات العينية و المائعات المتنجسة بقسميها في عدم الملكية كما هو الظاهر من تتبع مساقط كلماتهم في باب الهبة و الوصية و الوقف و الغصب و الإقرار و غيرها كما لم يفرقوا بينهما في عدم جواز البيع و أنواع التكسب «و يأتي تمام الكلام» في الكلاب و لا يشكل الحال في الأصباغ لما عرفته آنفا من أنها تتول إلى حالة تقبل

معها التطهير و هى

(١) لأن الخمر له منفعة نادرة و هى التخليل لكن لا يباع له و كذلك الميتة للمضطر (كذا بخط المصنف)

(٢) لأن العذرة ليس لها منافع مقصودة غالبا و بهذا فارق القسم الأول (كذا بخطه)

(٣) أى فى حال البيع كذا (بخطه)

(٤) اللازم خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧

.....

الغالبه المقصوده و إلا لم تكن مالا مملوكا و كأنه مخالف للضرورة «هذا» و قد أطبقوا على أن حرمة البيع فى المقام تقضى بفساده و عدم ترتب الآثار عليه حتى من القائلين بعدم اقتضاء النهى فى المعامله الفساد و ذلك إما لتحقيق الإجماع عندهم هنا على ذلك و إن منعه فى غيره و إما لدلاله حرمة الثمن على ذلك كما ستسمع (و تنقيح البحث فى المقام) أن يقال إن فساد المعامله و إن لم يثبت بالملازمه العقليه بين النهى و بينه لعدمها لكننا نقول الأصل فى المعاملات و العبادات الفساد لأن الأحكام الشرعيه كلها توقيفيه و منها الصحه و الأصل عدمها و هو «١» يكفى فى ثبوت الفساد لأن عدم الدليل دليل على العدم و أما استدلال بعضهم بأصالة الصحه و أصالة الجواز فى المعاملات فالظاهر أن مرادهم بالأصل العموم أو جواز إعطائه ماله لغيره (و ما يقال) من أن الأصل فى العقود و معامله المسلمين الصحه فالمراد أن ما عرف صحيحه من فاسده و لم يعلم أن ما حصل فى الخارج من أحدهما فيحمل على الصحيح إذا صدر من المسلم «و حينئذ فنقول فى المقام و غيره» إن الأصل عدم حصول النقل و ترتب الأثر إلا ما دل عليه الشرع و الذى حرمة لا دليل على صحته فيبقى على الأصل (و فيه أولا) أن هذا يتم فيما إذا كان المنهى عنه نفس المعامله و كان دليل الصحه لفظ ينافى التحريم كالحليه و الإباحه و الوجوب و نحو ذلك كما فى «أحلَّ اللهُ البَيْعَ وَ تِجَارَةَ عَنْ تِراضٍ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِذَا وَجِدَ بَيْعَ مَخْصُوصٍ أَوْ عَقْدَ كَذَلِكَ حَرَامًا كَانَ فَاسِدًا لِأَنَّهُ لَيْسَ مِمَّا أَحَلَّهُ اللهُ تَعَالَى وَ لَا مِمَّا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ لِامْتِنَاعِ اجْتِمَاعِ الْحَرَمَةِ وَ الْحَلِّ وَ الْحَرَمَةِ وَ الْوَجُوبِ فَيَخْصُصُ عَمُومَ أَحَلِّ وَ أَوْفُوا فَيُخْرِجُ عَمَّا ثَبَتَ لَهُ مَقْتَضَى الصَّحَّةِ فَيَكُونُ فَاسِدًا مِنْ جِهَةِ رَجُوعِهِ إِلَى الْأَصْلِ لَكِنْ فِي أَكْثَرِ الْمَعَامَلَاتِ عُمُومَاتٍ أُخْرٍ «كَالْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ» وَ إِذَا تَقَى الْخَتَانَانِ وَ جَبَّ الْمَهْرُ» فيثبت و لو جامع فى حيض فينقطع الأصل بها و لا يمكن التمسك بأصالة تأخر هذه عن تلك لأن الأصل فى كل حادث التأخر (و عساک تقول) لما كان الأصل فى المعاملات الفساد ربما ترجح كون المقتضى مما يوجب الفساد إذ أقصاه تعارض الاحتمالين فيتساقطان و يرجع إلى الأصل (و فيه) أن لا تعارض بين الاحتمالين حتى نحتاج إلى الترجيح فنعمل الدليلين كما هو مقتضى الأصل مع الإمكان و من الممكن أن يخصص النهى عموم أحل و يبقى مدلول قوله عليه السلام البيعان بالخيار على حاله مستلزما للزوم بعد الافتراق و إن كان حراما و قل ما يوجد عقد خال عن مثل ذلك و بذلك يظهر لك حال ما اعتمده الأستاذ قدس الله روحه فى الفوائد حيث ذهب إلى أن النهى فى المعامله لا يقتضى الفساد و قال إن استدلال الفقهاء بالنهى على الفساد إنما هو فيما إذا كان الدليل منحصرا فيما دل على الحل و الإباحه و الوجوب لا فى كل موضع (و عساک تقول) إن المعامله قد تكون واجبه أو مستحبه فيكون النهى فيها مقتضيا للفساد كالعباده (و فيه) أن منافاه الوجوب و الاستحباب للتحريم لا ينافى صحه المعامله بمعنى ترتب الأثر فالتجاره بالنسبه إلى الوجوب و الاستحباب من العبادات تبطل من هذه الجهه بمعنى أنه يستحق العقاب و لا- ثواب له و ذلك لا- ينافى صحتها بمعنى ترتب الأثر و كذلك الحال فى الإباحه فإن منافاه التحريم لها لا- ينافى ترتب الأثر عليها «فينبغى» أن نقول إن الفساد يثبت من النهى الظاهر فى الإرشاد فى باب المعاملات لأن الداعى إلى وضعها انتظام المعاش و هو إنما يتم ببيان الصحيح و الفاسد منها فبنيه ينصرف الذهن بملاحظه حاله و عرفه إلى الفساد و إن

كان لا يدل عليه عقلا ولا لغة ولا عرفا كما أن قوله البيع حلال يفهم منه بملاحظة عرفه التقرير والإمضاء لما ثبت قبل الشرع وإن كان لا يدل على الصحة عقلا ولا وضعا لأن المعاملة اسم للأعم «فتأمل»

(١) و عدمها خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨

سواء كانت نجاسته ذاتية كالخمر والنبذ والفقاع (١)

(أو نقول) إن الفساد مستفاد من الإجماع على حمل النهي عليه مطلقا أو حيث يتوجه إلى حقيقة المعاملة حيث لا دليل على خلافه (و أما الاستدلال) على الفساد في المقام بحرمة الثمن فبيانه أن معنى حرمة الثمن حرمة أخذه وإساقه والتصرف فيه وليس ذلك إلا لعدم ملكيته وهو لا يجامع الصحة (و لا ينتقض ذلك) بتملك الذمي الخمر والخنزير وتصرفه فيهما مع حرمة ذلك عليه لأن كان مكلفا بفروع الشريعة لأنه لا يملكهما في الواقع لكن الشريعة أقرتهم على ما يرونه من صحة تملكهما فجرى عليهما حكم الملك من عدم جواز الإتلاف وجوب الرد والضمان ونحو ذلك فكان حكما ثانويا (و عساك تقول) كما أن حرمة نفس المعاملة لا تقتضى عدم الملكية كذلك حرمة الثمن والتصرف لا تقتضى عدمها «هذا الذي اشترى ما علم أنه غصب» لا يجوز له المطالبة بالثمن وإن كانت عينه باقية كما هو المشهور بل قد ادعى عليه الإجماع كما ستسمع مع أنه باق على ملكه. نعم إذا رده إليه المدفوع إليه تصرف فيه ويحرم على المدعى التصرف فيما حلف عليه المنكر وإن كان ماله في الواقع «فلا مانع» من أن يقول الشارع هنا يحرم عليه أخذ الثمن وإن أخذه ملكه ويحرم إعطاؤه للغريم وإن أعطاه إياه برئت ذمته (لأننا نقول) نحن ما ادعينا أن حرمة الثمن تدل على الفساد لغة أو عقلا وإنما استنهضنا ذلك من عرف الشرع وقواعده والمعلوم من قواعده أن تملك الثمن يستتبع أحكاما تكليفية لا ينفك عنها إلا بدليل قاطع بل قد ندعى أن المستفاد من قواعد الشرع أيضا أن حرمة الثمن تدل على عدم تملك المثلث (لقوله عليه السلام) إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه فيفهم منه كما سلف آنفا أن ما أسقط منفعته أسقط قيمته وما لا قيمة له من جهة إسقاط منفعته لا يملك فلا ينتقض بالحبة من الحنطة على اختلاف الرأيين كما ستعرف ولا بالعين الموقوفة لأن الشارع ما حرم ثمنها ولا حرما لإسقاط منفعتها بل لأمر آخر

(قوله قدس سره) (سواء كانت نجاسته ذاتية كالخمر والنبذ والفقاع)

قال في مجمع البحرين الخمر فيما اشتهر بينهم كل شراب مسكر ولا يختص بعصير العنب «و قال في القاموس» العموم أصح لأنها حرمت وما في المدينة خمر وما كان شرابهم إلا التمر والبسر ويشهد له ما روى عن أبي عبد الله عليه السلام (قال) قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الخمر من خمسة. العصير من الكرم. والنقيع من الزبيب والبتع من العسل والمرز من الشعير والنبذ من التمر (و في الخبر الصحيح) عن أبي الحسن عليه السلام أن الله لم يحرم الخمر لاسمها ولكن حرما لعاقبتها فما كان عاقبته الخمر فهو خمر وعلى هذا فيكون عطف النبيذ والفقاع عليه من قبيل عطف الخاص على العام ويدل على الحكم فيها «ما في الخلاف والمنتهى» من الإجماع على عدم جواز بيعها أى الخمر وفي نهاية الأحكام أيضا الإجماع على عدم جواز بيعها وشرائها «و في السرائر» أن كل شراب مسكر حكمه حكم الخمر على سواء قليلا كان أو كثيرا نيا كان أو مطبوخا وكذلك حكم الفقاع حكمه فإن شربه و عمله والتجارة فيه والتكسب به حرام محظور بلا-اختلاف بين فقهاء أهل البيت فإن إجماعهم منعقد على ذلك «انتهى» وقد دل كلامه على حكم الفقاع والخمر وفي التذكرة الإجماع على عدم صحة بيعها أى الخمر مضافا إلى الإجماعات الأخر كالإجماع على أنها ليست مملوكة وأنها نجسة كما في الخلاف وغيره والإجماعات على أحكام النجاسات وخبر التحف وغيره (و يدل) على الحكم في النبيذ مضافا إلى ما تقدم ما في الصحيح من أن ثمنه سحت «و في الكفاية» وفي حكمها الأنبذة المسكرة بلا خلاف يعنى



حكم الخمر (و أما الفقاع) ففي الانتصار و مطاعم الكتاب الإجماع على أنه جار مجرى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩

و الميئة (١)

الخمر في جميع الأحكام و استثنى المصنف اعتقاد إباحتها و إباحتها ببيعها (قال) فإنه لا يقتل معتقده أى كما يقتل معتقد ذلك في الخمر لأنها ليست مثلها في ضرورة الحرمة من الدين «و قد أسمعناك» كلام السرائر برمته (و في نهاية الأحكام) أن الفقاع عند علمائنا كافة كالخمر في جميع الأحكام مضافا إلى ما في الأخبار من أنه خمر مجهول و خمر استصغره الناس فإن التشبيه البليغ يجرى مجرى عموم المنزلة إذا لم يكن هناك وجه ظاهر في التشبيه (قوله قدس سره) (و الميئة)

من نجس العين و أجزائها مطلقا و من طاهر العين ذى النفس السائلة و أجزائها التى ماتت بموتها بمعنى ما تحله الحياة منها دون ما لا تحله و دون ميئة ما لا نفس له و ذكر الميئة في أقسام النجاسات أغنى عن القيد (و يدل) على عدم جواز بيعها إجماع التذكرة و المنتهى و كذا التنقيح (و في رهن الخلاف) الإجماع على عدم ملكيتها و ملكية جلدتها «و في إجارته» الإجماع على عدم صحة جعل جلدتها أجرة «و في خبرى أبى بصير و السكونى» أن ثمنها سحت و فى الصحيح إلى على بن المغيرة أنه لا ينتفع بشيء منها «و فى خبر فتح بن يزيد الجرجاني» أنه لا ينتفع من الميئة بإهاب و لا عصب «و فى خبر الكاهلي» أن ما قطع من أليات الغنم ميت لا ينتفع به و نحو ذلك خبر سماعة (و قال الأردبيلي) فى آياته لعل دليل عدم الانتفاع الإجماع أيضا و قد استدلل على تحريم الانتفاع بالميتة (الطوسى) و البيضاوى و الراوندى فى أحد وجهيه و المرتضى فى ظاهر الانتصار و المصنف فى التذكرة و نهاية الأحكام و المنتهى و المختلف و ولده فى شرح الإرشاد و غيرهم بقوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ (قالوا) لأنه يستلزم إضافة التحريم إلى جميع المنافع المتعلقة بها لأن التحريم لا يتعلق بالأعيان حقيقة فتعين المجاز و أقرب المجازات تحريم جميع وجوه الاستمتاع و الانتفاعات و حكاها فى كنز العرفان عن قوم و احتمله المولى الأردبيلي فى آيات أحكامه (و قد يرشد إلى ذلك) تخصيص اللحم بالذكر فى الخنزير دون الميئة و قد تجعل الشهرة قرينة على ذلك. و الأصوليون و منهم المصنف فى النهاية و التهذيب اختاروا تعلق التحريم بالمنفعة الشائعة المتبادرة و هى الأكل و وافقهم جماعة على ذلك من الفقهاء كصاحب التنقيح و غيره كما ستعرف و أيدته المقدس الأردبيلي فى آياته بذكر الأكل قبله و بعده لكن الشهرة تدفع ذلك كله لأنها حينئذ قرينة على إرادة خلاف المتبادر (و لا مخالف) فى عدم جواز الانتفاع بالميتة سوى الشيخ فى النهاية و المحقق فى الشرائع و النافع و تلميذه كاشف الرموز و المصنف فى الإرشاد فجوزوا الاستقاء بجلودها لغير الصلاة و الشرب و مال إليه صاحب التنقيح «للأصل» و تبادل تناول من الآية الشريفة (و فى السرائر) أنه مروى و لعله أشار إلى ما رواه الصدوق عن مولانا الصادق عليه السلام أنه سئل عن جلود الميئة يجعل فيها اللبن و الماء و السمن ما ترى فيه فقال لا بأس بأن تجعل فيها ما شئت من ماء أو لبن أو سمن و تتوضأ و تشرب و لكن لا تصل فيها «١» و هو خبر مرفوض محمول على التقية و ربما حمل على أن المراد لا بأس بجعلها فيه و إن تنجسا به «فتأمل» و الصدوق فى المقنع جوز الاستقاء بجلد الخنزير بأن يجعل دلوا لغير الطهارة و قد وافقه المصنف على ذلك فى مطاعم الكتاب (و حكى الشهيد فى حواشيه على الكتاب) أنه نقل عن المصنف فى حلقة الدروس أنه جوز الاستصباح بأليات الغنم المقطوعة تحت السماء «و صاحب الكفاية» استشكل فى حرمة التكسب بجلد الميئة نظرا إلى خبر أبى القاسم الصيقل و ولده و هو طويل تضمن جواز التكسب به لكنه و الأصل «٢» معارضان مدفوعان بالأخبار الأخر و الإجماعات التى قد سمعتها (و فى النهاية و الوسيلة و الجامع)

(١) و هو خبر مرفوض محمول على أن المراد لا بأس بجعلها فيه و إن تنجسا به و الصدوق (إلى آخره) خ ل

## (٢) كالأصل خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠

و الدم (١) و أبوال ما لا يؤكل لحمه و أرواؤها (٢)

فيما حكى عنه إذا اختلط اللحم المذكى بالميته و لم يكن هناك طريق إلى تمييزه منها لم يحل أكل شيء منه و بيع على مستحل الميته «و قال ابن إدريس» إنه مخالف لأصول المذهب و هو كذلك قطعاً و في الخبر (عن أمير المؤمنين عليه السلام) أنه يرمى بهما جميعاً «و قال القاضي» إن الأحوط ترك بيعه «و قال المحقق» ربما كان حسناً إذا قصد بيع المذكى «١» حسب. و وافقه المصنف في مطاعم الكتاب و التحرير (قلت) ينبغي أن يقيد به أيضاً بما إذا كان قصد المشتري ذلك أيضاً ليتوافق الإيجاب و القبول و لعله يغتفر هنا جهل المبيع إذ لا غرر فتأمل (و قال في المختلف) الوجه ما قاله الشيخ لأن ذلك ليس بيعاً بل استنقاذ لمال الكافر برضاه فكان سائغاً «و حاصله» الحمل على الإباحة من الطرفين فيندفع عنه اعتراض الشهيد من أن من الكفار ما لا يحل ماله كالذمي و الأصل في ذلك قول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي إذا اختلط الذكي و الميته باعه ممن يستحل الميته و أكل ثمنه (و نحوه) في حسنته عنه عليه السلام و لم أجد أحداً من الأصحاب حملهما على التقية كما صنع الأستاذ أدام الله حراسته و ليس هو مذهب أحد من العامة و أما حملهما على التعجيز كما صنع أيضاً دام ظله مستنداً إلى أنه لا مستحل للميته بعد عهد موسى من جميع المليين (فمع بعده عن ظاهر الخبرين) يدفعه ما سمعت عن الشهيدين و نحوهما غيرهما و ما استند إليه كأنه مخالف لنص القرآن من تحريم المنخنة و الموقوذة و المتردية و النطيحة و ما أكل السبع «و قد قيل في تفسيره» إنهم في الجاهلية لا يحرمون الميته (قاله المقداد) و قال السدي فيما حكاه الراوندي إن أناساً من العرب كانوا يأكلون جميع ذلك و لا يعدونه ميتاً إنما يعدون الميت ما يموت من الوجع و علي كل حال فالخبران لمكان اعتبارهما و عمل جماعة بهما لا- بد من تأويلهما و ليس هو إلا ما ذكره المحقق و المصنف رحمه الله من الوجهن و بالغ المقدس الأردبيلي و الفاضل الخراساني فمالاً إلى الإباحة و لم يوجبا الاجتناب «و من الأصحاب» من لا يوجب البيع و لا- الاجتناب بل يعتبره بالطرح بالنار فإن انقبض فذكي و إن انبسط فميت و الأ- أكثر فرقوا بين المسألتين لأن ما نحن فيه من مسألة الاختلاط و العلم بوجود الميته و مسألة الاختبار بالنار إنما هي عند الاشتباه و احتمال كونه بأجمعه مذكي و لذلك ادعى عليه الإجماع في الغنية و لم يتأمل فيه أحد قبل المحقق فيما يظهر منه حيث قال قيل يطرح في النار «إلخ» و تبعه المصنف رحمه الله في الإرشاد و ولده و المقداد و الصيمري لكن هذا الفرق لا يجدي لمكان ظهور الدليل في تلازم علامتي الحل و الحرمة للمذكي و الميته من دون أن يكون لخصوص مورد السؤال فيه في ذلك مدخلة إلا أن الأصحاب أهملوا ذلك و لعله لمكان الأخبار فليتأمل

(قوله قدس سره) (و الدم)

أى النجس قال في نهاية الأحكام بيع الدم و شراؤه حرام إجماعاً لنجاسته و عدم الانتفاع به و قد سمعت إجماعاً شرح الإرشاد لولد المصنف رحمه الله و التنقيح و غيرهما و خبر التحف و قد ورد فيه بالخصوص النهي عن بيعه رواه الكليني و الشيخ بإسنادهما عن أبي يحيى الواسطي و أما غير النجس كما إذا كان من غير ذى النفس فعدم جواز بيعه لدخوله فيما لا ينتفع به

(قوله) (و أبوال ما لا يؤكل لحمه و أرواؤها)

كما هو صريح السرائر و الشرائع و النافع و المنتهى و التذكرة و الإرشاد و التحرير و شرح الإرشاد لولد المصنف

## (١) الذكي خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١

و اللمعة و الدروس و المسالك و الروضة و غيرها ممن «١» تأخر و هو صريح المبسوط و الغنية في الأرواث و ظاهرهما أو صريحهما في الأبوال بل هي أولى بالمنع و قد منع في المقنعة و النهاية و المراسم من بيع العذرة و الأبوال كلها إلا بول الإبل (و قد فهم الأكثر) أن المراد بالعذرة ما هو أعم من عذرة الإنسان و غيره فيكونون قائلين بالمنع هنا بالأولى فيكون الحكم محل وفاق كما في المسالك و هو الذي يفهم من المنتهى و ما في الكفاية لا وجه له و الشيخ في الإستبصار غير مخالف كما ستعرف (و في الخلاف و التذكرة) الإجماع على عدم جواز بيع السرجين النجس (و في نهاية الأحكام) الإجماع على تحريم بيع العذرة و شرائها. هذا كله مضافا إلى ما سلف من الإجماعات و خير التحف فلا معنى لما في مجمع البرهان و الكفاية من التأمل في المنع عن بيع عذرة غير الإنسان مطلقا و لو كان غير مأكول اللحم بل عذرتة أيضا لو انتفع بها لنفى البأس عن جميعها في بعض الأخبار إذ أنت خبير بأنها كالأصل مندفعه بالإجماع المعلوم و المنقول و معارضة بصريح الخبر ثمن العذرة من السحت لكن الذي صرح به بعض أهل اللغة أنها مختصة بفضلة الإنسان (و في خبر سماعة) قال سأل أبا عبد الله رجل و أنا حاضر فقال إني رجل أبيع العذرة فما تقول فقال حرام بيعها و قال لا بأس بثمان العذرة و قد حمل الشيخ في الإستبصار الثانية على عذرة غير الإنسان كما حملها على ذلك في خبر محمد ابن مضارب أو مصادف حيث نفى فيه البأس عن بيع العذرة و قد ظن لذلك أن فيه مخالف لأن ما عدا عذرة الإنسان شامل لعذرة ما لا يؤكل لحمه و هو ليس كذلك لاحتمال أن يريد به عذرة مأكول اللحم فإنه يجوز الاكتساب بها كما صرح به في الخلاف و نفى عنه فيه الخلاف و هو ظاهر المبسوط أو صريحه لأنه جوز فيه بيع بول مأكول اللحم فيكون الروث أولى و تجوز بيع روثه أى مأكول اللحم و الاكتساب به قد حكى الأستاذ عن المرتضى الإجماع عليه و لم أجده (نعم) هو خيرة «السرائر و التحرير و نهاية الأحكام و المختلف و الدروس و التنقيح و حواشى الكتاب للشهيد و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة» و هو ظاهر «الشرائع و النافع و اللمعة» و احتمله في التذكرة و نسب في المسالك المنع من ذلك إلى جماعة و لعله أراد المفيد و سلار و الشيخ في النهاية حيث منعوا من بيع العذرة كما سمعت و المصنف في الإرشاد حيث منع من بيع الأرواث و لعلمهم استندوا في ذلك إلى الاستخبات و عدم الانتفاع و لا دليل على ملازمة الأول للمنع كما ستسمع مضافا إلى ما نجده من الانتفاع العظيم بروث مأكول اللحم (و منه يظهر) وجه المنع في الثانى «و خبر سماعة المتقدم» يرشد إلى المشهور و يدل عليه إذا جمعنا بين طرفيه و شاهد الجمع الإجماع الظاهر من الخلاف بل كاد يكون معلوما لما عرفت و لأن كل من جوز بيع أبوال ما يؤكل لحمه إذا كان فيه منفعة جوز ذلك في أرواثها و المجوز بيع الأبوال المذكورة الشيخ في المبسوط و كذا الخلاف على ما حكى و لم أجده فيه. و ابن إدريس و المصنف رحمه الله في المختلف و كاشف الرموز و الشهيد في الدروس و المحقق الثانى في جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المقداد في التنقيح و الشهيد الثانى في المسالك و غيرهم و هو ظاهر الشرائع و النافع و اللمعة و هو المحكى عن القاضى و حكى عن المنتهى الميل إليه و أنه حكى فيه جوازه عن المرتضى مدعيا عليه الإجماع حكى جميع ذلك في جامع المقاصد. و المخالف المفيد في المقنعة و تلميذه في المراسم و المصنف في نهاية الأحكام و الإرشاد و هو ظاهر النهاية و إن عبارتها مشوشة و استثنوا أبوال الإبل كما ستسمع ما عدا المصنف في نهاية الأحكام فإنه قال و كذا البول يعنى يحرم بيعه و إن

(١) مما خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢

.....

كان طاهرا لاستخباته كأبوال البقر و الإبل و إن انتفع به في شربه للدواء لأنه لمنفعة جزئية نادرة فلا يعتد بها «إلى آخر ما قال» و

المصنف فى الكتاب فيما يأتى قريبا (قال) و الأقرب فى أبوال ما يؤكل لحمه التحريم للاستخبات إلا بول الإبل للاستشفاء و ظاهره بمعونه المقام أن المراد تحريم بيعها إلا ما استثنى و يكون الاستخبات دليلا على حرمة الشرب المقتضى لحرمة البيع و يكون قوله للاستشفاء دليلا على جواز البيع فيه أو يكون أنه إنما يجوز بيعه لغاية الاستشفاء أى إذا كان القصد من البيع و الشراء ذلك دون غيره كما تشعر بذلك عبارة التحرير و التذكرة و الكفاية «و فى النهاية» لا بول الإبل خاصة فإنه لا بأس بشربه و الاستشفاء به عند الضرورة «و مثلها» عبارة المقنعة و ليس فى المراسم و الشرائع و النافع و الإرشاد إلا استثناء بول الإبل «و فى السرائر» استثناءه للضرورة و ستعرف حال شربه حيث قيده بعض و أطلق آخرون (هذا) و يحتمل أن يريد المصنف بقوله الأقرب التحريم تحريم الشرب إلا للاستشفاء كما اختار ذلك فى مطاعم الكتاب وفاقا للوسيلة و الشرائع و الإرشاد و التحرير و المختلف و الدروس حيث قيد فيها بالاستشفاء و استندوا إلى الاستخبات و هو استناد ضعيف جدا كما فى كشف اللثام (و قد نقول) «١» إن احتمال الخبائث كافى فى وجوب التنزه عنه لأن التكليف باجتنابه ليس تكليفا مشروطا بالعلم بخبائثه بل هو مطلق و من شأنه توقف الامتثال فيه على ترك احتمالاته كما هو الشأن فى اجتناب السموم فكلما احتمل السم و جب التنزه عنه مضافا إلى الأولوية المستفاد من تحريم الفرث و المثانة التى هى مجمع البول بناء على بعدهما عن القطع بالخبائث بالنسبة إلى البول فتحريمهما مع ذلك يستلزم تحريم البول القريب من القطع بالخبائث بالنسبة إليهما بطريق أولى «و قد يزيد وجه الأولوية» بالنسبة إلى الفرث لظهور النصوص فى سهولة الروث من البغال و الخيل و الحمير بالنسبة إلى أبوالها حتى ظن جمع طهارة الروث و نجاسة البول و الفرث فى معنى الروث فليتأمل. و فى الانتصار و السرائر و النافع و كشف الرموز و بيع الشرائع على ما لعله يلوح منه جواز شرب بول ما كوال اللحم لغير التداوى و هو المحكى عن ظاهر أبى على و نسبه فى كشف الرموز إلى التهذيب و فى الانتصار الإجماع عليه (قال) بول كل ما يؤكل لحمه طاهر غير نجس و كل من قال بطهارته جوز شربه و لا أحد يذهب إلى طهارته و المنع من شربه (و يؤيده الأصل و خبر الجعفرى) أبوال الإبل خير من ألبانها و يبقى الكلام فى الوجه الثانى فى كلام المصنف فى الباب إذ فى حال الضرورة تستوى الأبوال جميعها و غيرها على ما يختاره هو فلا مزية لتخصيص أبوال الإبل بالذكر إلا أن يراد جوازها مطلقا و لو عند عدم الضرورة و أما على الوجه الأول فقد يمكن أيضا إرادة الاستشفاء فى حال الضرورة خاصة و يكون الفارق جواز بيع بول الإبل لذلك دون غيره فليتأمل و يأتى تمام الكلام (و على كل حال) فالمانع من بيع أبوال ما يؤكل لحمه لا- دليل له إلا- مفهوم آيات تعليق التحليل بالطيبات و منطوق ما دل على تحريم الخبائث و حيث حرم حرم الاكتساب به «لقوله عليه السلام» إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه «و قوله عليه السلام» لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها (و فيه) أن ليس المراد أن ما حرم منه جهة حرم بيعه من كل الوجوه و إلا لحرم بيع أكثر الأشياء فالمراد بيعه بقصد تلك الجهة أو تكون «٢» المحللة نادرة (و نعم ما قال) صاحب إيضاح النافع (قال) هذا القول عند التحقيق لا أصل له لأنه إن علل بالاستخبات فليس بشيء لأنه إنما يدل على تحريم تناول و قد ينتفع بها لغيره كما هو المفروض. أو له مع الحاجة إليه مع منع الاستخبات أيضا و لا يصح تعليقه بالنجاسة لأنها ظاهرة فالأصح

(١) إلا أن تقول خ ل

(٢) لكون خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣

و الكلب و الخنزير البريان (١) و أجزاءهما (٢)

الجواز إذا تحققت فيه منفعة «انتهى» (قلت) إلا- أن يقال إنها منفعة نادرة كما سمعته عن نهاية الأحكام فتأمل لكنه إنما يتم فى غير أبوال الإبل فتأمل «هذا» و على و القول بتحريم شرب بول ما يؤكل لحمه فهل المحرم هو الخبث الذاتى فيبقى حكمه بعد زواله بالمزج

أو لا (وجهان) أوجههما الثانى و إلا لكان كثير من الألبان حراما لكثرة وقوع بول الشاة أو البقرة فى اللبن عند الحلب (و أما المستثنى) أعنى بول الإبل فإنه يجوز بيعه إجماعا كما فى جامع المقاصد و إيضاح النافع و كأنهما لم يحتفلا بما فى نهاية الأحكام. و يجوز شربه للاستشفاء و شبهه إجماعا كما فى الانتصار و كما استظهره كاشف اللثام و يدل عليه خبر الجعفرى و خبر سماعه و الأصحاب لم يذكروا من الأبوال التى دلت النصوص على جواز شربها من مأكول اللحم إلا بول الإبل و فى خبرى عمار و سماعه جواز شرب بول البقر و الغنم إذا كان محتاجا إليه يتداوى به «و يأتى تمام الكلام» و لا فرق فيما لا يؤكل لحمه بين ما حرم بالأصل أو العارض (قوله) (و الكلب و الخنزير البريان)

كما قيده بذلك جماعة و قد بينا الحال فى باب الطهارة و المراد به هنا كلب الهراش «و فى التحرير» يحرم التكسب فيما عدا الكلاب الأربعة إجماعا منا «و فى الخلاف» الإجماع على عدم جواز بيعه «و عن المنتهى» أنه حكاها على عدم صحته و هما بمعنى (و قد يلوح ذلك) من الغنية و فى التذكرة الكلب إذا كان عقورا حرم بيعه عند علمائنا و فى المبسوط لا يصح بيع الخنزير و لا إجارته و لا الانتفاع به إجماعا هذا كله مضافا إلى ما سلف من الإجماعات و خبر التحف و غيره و يأتى تمام الكلام فى الكلاب (قوله قدس سره) (و أجزاءهما)

لعله أشار بذلك إلى خلاف المرتضى حيث يقول بطهارة ما لا تحله الحياة من نجس العين أو إلى أن الأجزاء لا يجوز بيعها و إن جاز بيع الكلب ككلب الصيد لكن هذا خاص بالكلب (و فى الشرائع) و الخنزير و جميع أجزائه و جلد الكلب و ما يكون منه. فقد عمم الحكم فى الخنزير و جميع أجزائه و خصصه بجلد الكلب و ما يكون منه أى من الكلب أو الجلد ليبين أن جملة الكلب يجوز بيعها على وجه من الوجوه بخلاف أجزائه منفردة كجلده فإنه لا يجوز بيعها كالخنزير (و قد سمعت) ما حكيناه عن المقنع و مطاعم الكتاب من جواز الاستقاء بجلد الخنزير عند الكلام على الميتة و قد حرم المصنف فى مطاعم الكتاب استعمال شعر الخنزير و ظاهره الإطلاق كالسائر «و فيها» أن الأخبار به متواترة و قد اعترف جماعة بعدم الظفر بخبر واحد و ستعرف الحال «و مرادنا بالإطلاق» عدم الفرق بين استعماله فيما يشترط بالطهارة و ما لا يشترط بها و قوى فى المختلف جواز استعماله مطلقا يعنى سواء اضطر إلى استعماله أو لا و وافقه على ذلك كاشف اللثام و استدلل عليه فى المختلف بخبرى برد الإسكاف و سليمان الإسكاف و قيده فى النهاية و السائر و غيرهما بما إذا اضطر إلى استعماله و فى كشف اللثام أنه إذا اضطر استعمل إجماعا و لعله يكفى فى الاضطرار عدم كمال العمل بدونه (هذا) و الأقوى عدم جواز استعماله مطلقا إلا عند الضرورة كما هو المشهور و قد سمعت أنه فى السائر ادعى تواتر الأخبار فى ذلك و ليس ما يحكيه إلا كما يرويه و الشهرة تجبرها أو تعضدها و إنكار من أنكر الظفر بخبر واحد لا يعتبر بل فى أحد خبرى برد الإسكاف فما له دسم فلا- تعملوا به و فى الخبر الآخر فإن جمد فلا تعمل به و حيث ثبت المنع فى الجملة ثبت المنع مطلقا إلا عند الضرورة لعدم القائل بالفرق إذ كل من قال بالمنع قال به مطلقا إلا فى الضرورة و كل من قال بجوازه قال به مطلقا من دون استثناء إما بناء على عدم النجاسة كما عليه المرتضى أو على عدم الدليل على المنع كما عليه المصنف فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤

(أو عرضية) كالمائعات النجسة التى لا تقبل التطهير (١) إلا الدهن النجس لفائدة الاستصباح به تحت السماء خاصة (٢)

المختلف و القول بالمنع فيما إذا كان هناك دسم و الجواز عند عدمه لا قائل به «و الخبران» و إن كانا مطلقين إلا أنهما مقيدان بحالة الاختيار و قصورهما مجبور بالشهرة هذا كله مضافا إلى ما سلف «و يؤيده» ما استدلل به جماعة من إطلاق تحريم الخنزير الشامل لموضع النزاع و هذا و إن أمكن التأمل فيه بتبادر الأكل منه سيما مع تقييد المحرم منه فى الآية الشريفة باللحم إلا أنه صالح للتأييد و قال الراوندى و لحم الخنزير مخصوص ظاهره إلا أن المراد به العموم لأن كل ما كان من الخنزير حرام «و قد تكون» الشهرة قرينة على إرادة مطلق الانتفاعات مع كونه أقرب إلى الحقيقة

(قوله) (أو عرضية كالمائعات النجسة التي لا تقبل التطهير)

قد تقدم أن الحكم عام لكل نجس لا يقبل التطهير مائعا كان أو جامدا و لا فرق في عدم جواز بيعها إذا لم تقبل التطهير بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه وعدمه و لا- بين الإعلام بحالها وعدمه على ما نص عليه الأصحاب وغيرهم كما في المسالك و هذا يعضد ما ذكرناه آنفا عند شرح قوله كل نجس لا يقبل التطهير (هذا) مضافا إلى ما حكى عن المنتهى من دعوى حرمة التكبس بها مع عدم قبولها التطهير و لو حصل لها نفع و أعلم بالنجاسة «و نحوه ما في الغنية»

(قوله) (إلا الدهن النجس لفائدة الاستصباح به تحت السماء خاصة)

كما في التذكرة و تعليق النافع و اقتصر في بيع الشرائع و التحرير و الإرشاد و شرحه للفخر و للمعة و مطاعم الكتاب على تحت السماء من دون ذكر خاصة و في مطاعم النافع و بيع نهاية الأحكام جاز بيعه للاستصباح به تحت السماء لا تحت الأظلة و في الغنية و إيضاح النافع الإجماع على جواز بيعه للاستصباح به تحت السماء و في الخلاف جاز بيعه لمن يستصبح به تحت السماء (دلينا) إجماع الفرقة و أخبارهم «و قال أبو حنيفة» يجوز بيعه مطلقا انتهى. و ظاهره أنه يشترط في البيع قصد الاستصباح كما هو ظاهر جماعه كما استسمع ذلك عن صاحب المسالك و هو الموافق للأصل و قد ادعى في الخلاف أن هناك أخبارا بذلك و في السرائر جاز بيعه لمن يستصبح به تحت السماء بهذا الشرط فإنه يصح بيعه بهذا التقييد لإجماعهم على ذلك «و نحو ذلك» قال في مطاعمها أى السرائر و هذا صريح في الاشراف و لا ريب أن اقتصاره في النافع على ذكر الاستصباح من دون تقييده بكونه تحت السماء لا موافق له عليه ممن تقدمه و خلاف أبي على و الشيخ في المبسوط في مقام آخر كما ستعرف فيجب أن تنزل عبارة النافع على التقييد كما صرح به فيه في المطاعم كما سمعت و يبقى الكلام في اشتراط قصد ذلك في البيع إذ مقتضى الأصل و إطلاق قوله (عليه السلام) في خبر معاوية بن وهب يبيعه و يبيئه لمن اشتراه ليستصبح به. إنما دل على لزوم الإعلام بالنجاسة و لم يدل على اشتراط قصد الاستصباح في البيع بل لو باعه ممن يقصد المنافع الأخر كان من القسم الثاني من المحظور و ستعرف الحال فيه «فما في المسالك» من أنه إن باعه كذلك كان خروجاً عن مورد النص محل تأمل (و قد لا- نمنع) ظهور ذلك من الأخبار و الفتاوى بملاحظة أمر آخر و يرشد إلى ذلك ما في الخلاف و السرائر و لعل في إجماعيهما بلاغا لأن الأصل عدم جواز الانتفاع بالنجس فيقتصر على المتيقن فليتأمل جيدا (و قال الأستاذ) ليس قصد الاستصباح شرطاً مع وجوده و قابلية الدهن له على الوجه المألوف فلو لم يقصد الاستصباح أو قصد غيره من الوجوه السائغة فلا مانع هذا بالنسبة إلى البيع و قد صرح بعدم جواز استعماله في غير

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥

.....

الاستصباح في المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف (قال في الأخير) جاز الاستصباح به و لا- يجوز أكله و لا- الانتفاع به لغير الاستصباح ثم نقل خلاف أهل الخلاف (ثم قال) دلينا إجماع الفرقة و أخبارهم و ظاهره أن الإجماع و الأخبار على الجميع (و قال في الرياض) الظاهر من العبارات و النصوص الواردة في بيان الحاجة للاقتصار في الاستثناء على الاستصباح خاصة (قلت) و هو كذلك في المقامين أى الانتفاع و التكبس به و لا- قائل بالفرق بين الدهن و غيره و الاقتصار في الأخبار على النهي عن الأكل لكونه هو الغالب المقصود و المسئول عنه و إن أمكن تجشم التأويل كما يتجشمه المحقق الثاني في جامع المقاصد (و الذي دعاه إلى ذلك) ما حكيناه فيما سلف عن الشهيد من أن في رواية جواز اتخاذ الصابون منه و الرواية أعرض الأصحاب إلا من قل عنها بل لم تثبت صحة الاعتماد على الكتاب الذي ذكرت فيه (سلمنا) لكن ذلك إنما هو في الانتفاع لا في البيع (لكن يرد) أنه لا يجوز بناء على ذلك بيع الصابون لأنه لا- يقبل التطهير إلا- في ظاهره الذي لا ينتفع به (و قد يجاب) بأنه كالصبيغ بناء على ما ذكره في حاشية الإرشاد «فليتأمل» و قال الأستاذ لا- مانع من الانتفاع به في الوجه الحلال كطلى الأجر و جعله صابونا و نحوهما إلا الاستصباح تحت الظلال و ممن صرح

بعدم جواز الاستصباح به تحت الظلال المفيد في المقنعة و الشيخ في النهاية و الخلاف و سلالر في المراسم و القاضي فيما حكى عنه و ابن إدريس و المحقق في مطاعم الشرائع و النافع و المصنف في التذكرة و الإرشاد و نهاية الأحكام و مطاعم الكتاب و هو ظاهر الشهيد في الدروس و جماعة أو صريحهم حيث قالوا بجواز الاستصباح بما عرض له النجاسة تحت السماء خاصة لا لنجاسة دخانه و ظاهر كشف اللثام الإجماع على ذلك (قال) بعد قول المصنف جاز الاستصباح به تحت السماء لا تحت الظلال. قطع به الأصحاب و في السرائر نفى الخلاف عنه (قلت) ثم إنه بعد نفى الخلاف نسبه إلى الأصحاب و إلى الشيخ في غير المبسوط و في غاية المراد نسبه إلى نص الأصحاب أيضا و قد حكيت عليه الشهرة في عدة مواضع هذا كله مضافا إلى دعوى الشيخ في الخلاف إجماع الفرق و أخبارهم و ليس ما يحكيه إلا- كما يرويه مضافا إلى ما رواه أيضا في المبسوط عن أصحابنا (قال) و روى أصحابنا أنه يستصح به تحت السماء دون السقف فهذه الروايات قد اعتضدت بالإجماعات و انجبرت بالشهوات مضافا إلى ما دل مما مر على عدم الانتفاع بالنجاسات فتقيد بذلك كله الإطلاقات (و لا يلتفت) إلى ما في المختلف من جوازه تحت الظلال و إن وافقه جماعة كالشهيد الثاني و الأردبيلي و الخراساني و لا إلى نص الشيخ في المبسوط على الكراهية و إن قواه في الإيضاح و لا إلى إطلاق أبي على لما سمعت من الأدلة القاهرة و ذلك تعبد محض كما نص عليه المعظم لا لنجاسة دخانه لأنه ظاهر بالإجماع حكاة جماعة كابن إدريس و كذلك الشيخ و المقداد و لا- يلتفت إلى ما في المختلف من نفى البعد عن نجاسته لما يتصعد من أجزائه قبل إحالة النار لها (قال ذلك) انتصارا للشيخ مع أنه لم يقل بنجاسته و إنما قال إن ذلك مدلول الرواية ثم إنه اختار أنه طاهر و عدم نجاسة الدخان هو الموافق للقواعد لأن الذات إن كانت نجسة فلتعلق بنجاستها بأسمائها فإذا انتقلت إلى أسماء أخر طهرت و أما إذا تنجست فلأن النجاسة صفة تابعة للذات فإذا زالت زالت و لا استصحب مع زوال الذات (و لو سلم) نجاسة الدخان فلا يصلح دليلا على حرمة الاستصباح إذ غايته أن يتنجس السقف و لا- دليل على حرمة و قال الأردبيلي ليس ذلك تعبدا (قال) لأننا نرى وجود الدخان في الدماغ لو جلسنا عند السراج قريبا خصوصا في بيت ضيق و لعل هذا هو سبب المنع تحت السقف لا التعبد إذ لا نص

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦

.....

بل مجرد الاجتهاد على ما يظهر «انتهى كلامه فليتأمل فيه جميعه» و الذي يظهر لكل من أنعم النظر أنه لا فائدة يعتد بها في الاستصباح به تحت السماء مكشوفها لها غير محجوب عنها بحاجز مشبك أو غيره مرتفع أو غيره كثيف أو غيره فيعلم أن المراد الإرفاق بإباحته في مثل المشاعل الكبار التي تتخذ في الحروب و الأعراس و نحو ذلك مما يحتاج إلى دهن كثير فكأنه قال يجوز عند الضرورات بمعنى شدة الحاجة إلى الدهن الكثير فكأنه ميتة جاز عند الضرورة. و اطرده الحكم و لم يقصره على خصوص ذلك فليتأمل «و في مطاعم الكتاب و الشرائع» أنه إذا باعه الأدهان النجسة لفائدة الاستصباح تحت السماء يجب إعلام المشتري بنجاستها و وافقه على ذلك صاحب إيضاح النافع و كاشف اللثام مع التقييد في الأخير بما إذا كان مسلما (و استدلل عليه) بخبر معاوية ابن وهب «قلت» و النجاسة عيب خفي يحرم كتمانها (قال) في السرائر إن كتمان العيوب مع العلم بها حرام و محظور بغير خلاف (و التقييد بالمسلم) إشارة إلى أن الكافر الحربي لا يجب إعلامه كما نص عليه الشهيد في حواشيه (و في الدروس) و شرح الإرشاد للفخر و التنقيح و الكفاية و كذا الإرشاد و مجمع البرهان يجوز بشرط إعلام المشتري و نحوه ما في المسالك (و قد سمعت) قوله عليه السلام في خبر ابن وهب يبيعه و يبيعه لمن اشتراه ليستصحب به كما سمعت ما في الخلاف و السرائر فإنه قد يلوح منهما ذلك (و قال الأستاذ) ليس الإعلام شرطا في صحة العقد و إن وجب الخيار مع الجهل «و في التنقيح» تبعا للشهيد في حواشيه إذا باعه من دون إعلام صح البيع و فعل حراما و بذلك صرح المحقق الثاني (قال) في المسالك بعد أن نقل ذلك. و يشكل الجواز بناء على تعليقه بالاستصباح فإن مقتضاه الإعلام بالحال و البيع لتلك الغاية انتهى (قلت) و هو الذي يقتضيه الأصل إذ الأصل عدم الانتفاع فيقتصر فيه على موضع اليقين «و كلامه هذا»

يدل على أنه فهم من تعليل الأصحاب اشتراط صحة البيع بقصد الاستصباح كما هو صريح السرائر و ظاهر الخلاف أو صريحه كما عرفت و قد عرفت أنه قد يمكن استظهار ذلك من الأخبار (و يبقى الكلام) في الملازمة بين الأمرين بأن تقول إن اشتراط قصد الاستصباح للمشتري و البائع أو أحدهما يقتضى اشتراط الإعلام بالنجاسة و ليست ثابتة عقلا كما أن الظاهر عدم ثبوتها عرفا «فليتأمل» و قد سمعت ما في الدروس و ما ذكرناه بعده كما سمعت الخبر و يمكن حمل الاشتراط في كلام هؤلاء على الاشتراط في الجواز و عدم الحرمة و لزوم البيع لا في الصحة فليتأمل (و يرشد إلى ذلك) تصريحه في مجمع البرهان بذلك و نسبة انعقاد البيع إلى ظاهرهم و يبقى الكلام في وجوب الإعلام عند هؤلاء القائلين بصحة البيع بدون إعلام فالظاهر من أخبار الباب من حيث تضمنت التبيين و النهي عن الإمساك و الاقتناء و الأمر بالإهراق أنه لا يجوز المناولة و الإعطاء للانتفاع به سواء كان الدفع على وجه الاكتساب و غيره و لو كان الدفع إلى غير المكلف كالناقص أو الجاهل أو الساهى جائزا لم يبق فرق بينه و بين الظاهر إلا في الموضع النادر و لم يتجه الأمر بإهراقه (و قال الأستاذ) دام ظله و لو أخذه من غير يده أو رآه في يده لم يجب إعلامه للأصل و النصوص و يجب العمل بقول المعطى ثقة كان أو لا مالكا أو وليا أو وكيلا لأن صاحب اليد بأنواعها مصدق في النجاسة و الطهارة الثابتة بالأصالة أو بالإزالة بل ربما يكتفى بعمل الوكيل بعد علمه فضلا عن الأصيل (و أما) إذا لم يكن هو المناول و المعطى فهل يجب عليه إعلام الجاهل بالحال أم لا و قد حكى أستاذنا دام ظله تفصيلا جيدا جدا و هو أنه تارة يجب عليه و تارة لا يجب (الأول) ما يتعلق بحقوق الناس

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧

و لو كانت نجاسة الدهن ذاتية كالألية المقطوعة من الميتة أو الحية لم يجز الاستصباح به و لا تحت السماء (١)

كإتلاف النفس المحترمة و التصرف في الفروج و الأموال بغير حق (قال) و ذلك لما علم من تتبع الأخبار من تعلق نظر الشارع بحفظ الأمور الثلاثة من كل أحد فمن رأى من يقتل مؤمنا معتقدا أنه كافر واجب القتل يجب عليه إعلامه بل إنقاذه من يده بأي وجه كان و كذا من وجد من يطأ امرأة يعتقد أنها زوجته أو يتصرف بمال يعتقد أنه ماله و لم يكن كذلك فإنه يجب عليه إعلامه إن علم أنه يترك بقوله صدقه أو لم يصدقه و إلا- فلا- (قلت) الأول قطعي و الأخيران مظنونان و البلوى عامة بهما و أما المناولة فلا ريب في حرمتها في الجميع «قال و الثاني» ما لم يجب إن لم يكن هو المناول و هو ما يتعلق بحقوق الله فقط سواء كان قبيحا مطلقا كأكل المحرمات و الوضوء بالماء النجس أو معلقا على العلم كالصلاة في الثوب النجس فمن أكل النجس أو صلى في الثوب النجس و هو جاهل لا يجب إعلامه للأصل و دلالة الأخبار على ذلك (قال) و أما المناولة فحرام في هذا القسم أيضا لما يستفاد من الشرع من إرادة ترك القبائح فالعمد إليها و التسبب لإيقاعها قبيح و إن لم يكن المباشر على إشكال فيما إذا كان القبح معلقا على العلم «كذا أفاد» أدام الله أيام حراسته آمين. و بذلك يجمع بين الأخبار و يندفع الإشكال عن صاحب الحدائق بل الأخبار ظاهرة في ذلك (و يعلم) أن ظاهر الأصحاب كما هو صريح جماعه كالشهيد الثاني و غيره ثبوت الحكم للدهن مطلقا سمننا كان أو زيتا أو غيرهما كالشيرج و دهن الغار و البطم و نحو ذلك و إن لم يكن في الأخبار تعرض لغير الأولين «قال في المصباح» المنير الدهن بالضم ما يدهن به من زيت و غيره و قد صرح في السرائر بدهن الشيرج و البزر و قد يستفاد من الأخبار الإرشاد إلى الاستصباح و الإسراج فيكون المناط صلاحيته للاستصباح (و في بعض أخبار الخلاف) الودك و هي عامية و هو دسم اللحم يعني شحمه و لعله يثبت في الشمع و الشحم بالأولوية و لا- سيما في الشمع إذ النفع الغالب المقصود منه الاستصباح. بل في كونه أظهر منافعه بلاغ فإذا جاز بيع السمن و الزيت النجسين مع تحريم النفع الغالب المقصود منهما و هو الأكل الذي على حليته يدور جواز البيع. فبالأولى أن يجوز فيهما مضافا إلى عدم التلويث للثوب و اليد فيهما كالزيت و السمن

(قوله) (و لو كانت نجاسة الدهن ذاتية كالألية المقطوعة من الميتة أو الحية لم يجز الاستصباح به و لا تحت السماء)

كما نص على ذلك في موضعين من الشرائع و النافع و التذكرة و المسالك و في مطاعم الكتاب و الإرشاد و الدروس و كشف اللثام



و مكاسب نهاية الأحكام و اللعنة و الروضة و غيرها و هو قضية كلام الباقيين قطعاً لوجهين (أحدهما) أن مفهوم اللقب معتبر إجماعاً فى عبارات الفقهاء و به يثبت الوفاق و الخلاف (الثانى) ملاحظة السوق و القرائن فالإجماع معلوم و هو الظاهر من المسالك كما هو صريح مجمع البرهان و إن دغدغ فيه بعد ذلك (و قد نقل حكايته فى الرياض) و لعله عنى ما فى مجمع البرهان مضافاً إلى العمومات الواردة فى النجاسة و المتنجسات الغير القابلة لتأثير المطهرات و العمومات الواردة فى الميتات من إجماعات منقولة أو روايات و خصوصاً «١» ما دل على المنع فى الميتة انتفاعاً و تكسباً و فى المقطوعة من الحي و هى ميتة إجماعاً و نصاً و التأليل و البثورات خارجة لمكان الضرورة و عدم إمكان التحرز (فلم يبق

(١) و خصوصاً خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨

و يجوز بيع الماء النجس لقبوله الطهارة (١) و الأقرب فى أبوال ما يؤكل لحمه (٢) التحريم للاستخبات إلا بول الإبل للاستشفاء و الأقرب جواز بيع كلب الصيد و الماشية و الزرع و الحائط (٣)

للمعارض) و إن صح سنده و كثر عدده صلاحية المعارضة مع أن مقتضى ما حرر فى الأصول أنه إذا صحت الأخبار و كثرت فى مقابلة المشهور ضعفت إذا علم اطلاعهم عليها و ما حكى الشهيد نقله عن المصنف فى الدروس من الجواز تحت السماء فلعله من احتمالات المشايخ التى تذكر فى مطاوى التدريس مع «١» أنه مخالف لفتاويه فى كتبه «و لا يلتفت» إلى تشكيكات المولى الأردبيلي فى المسألة و ميله إلى الجواز كما مال إليه أو قال به العلامة المجلسى و المولى الخراسانى بعد ما عرفت من الإجماعات المعلومة و المنقولة و الأخبار المعتضدة بها و فى جواز دفعه لكلابه أو طيوره و الوقود به و جهان (قوله) (و يجوز بيع الماء النجس لقبوله الطهارة)

كما نص عليه فى المبسوط و غيره و لا أعلم فيه خلافاً بل الإجماع ظاهر من حصرهم المنع فيما لا يقبل التطهير مضافاً إلى الأصل و ما دل على صحة العقود على العموم أو أنواع «٢» خاصة منها كذلك و أما خبر التحف و نحوه فلم يجبره فى المقام جابر و الأمر فى ذلك ظاهر فحاله كحال الرق الكافر و العصير قبل أن يعرض له التطهير عند جماعة كما قد عرفت (قوله) (و الأقرب فى أبوال ما يؤكل لحمه «إلى آخره»)

قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلاً

(قوله) (و الأقرب جواز بيع كلب الصيد و الماشية و الزرع و الحائط)

قد حكى الإجماع فى الخلاف و الغنية و المنتهى و المختلف و الإيضاح و الدروس على جواز بيع كلب الصيد و نفى عنه الخلاف فى المسالك. و فى المذهب و المقتصر أنه قريب من الإجماع و فيه قول متروك «انتهى» و لا مخالف سوى الحسن العماني على ما حكى و فى المقنعة و موضع من النهاية التفصيل بين السلوقى و غيره فجوزه فيه دون غيره و فى موضع آخر من النهاية وافق. و حرم أبو على بيع الكلب الأسود البهيم و إطلاقه لعله يشمل الصيد إن كان أسود لكنه صرح بجواز بيع كلب الصيد و الزرع و الماشية كما ستمع (و المصنف فى نهاية الأحكام استشكل) و قد يؤذن قوله هنا الأقرب بالخلاف إلا أن يصرف إلى الجميع «و الأخبار» باستثناء كلب الصيد متضافرة فالحكم مما لا ريب فيه بعد الأخبار و الإجماعات و نص الأصحاب ما عدا من سمعت (و أما) جواز بيع الكلاب الثلاثة أعنى كلب الماشية و الزرع و الحائط فهو خيرة أبى على و المراسم على ما فهم منها جماعة كثيرين كما ستعرف و خيرة المبسوط على ما فهمه منه المصنف فى المنتهى و غيره و لعلمهم فهموه من كلامه فى الإجارة كما ستمع و خيرة الخلاف على ما فهمه منه ابن إدريس كما سنذكره و خيرة الوسيلة و السرائر و كشف الرموز و المختلف و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الإيضاح و شرح

الإرشاد لولد المصنف و الدروس و اللمعة و حواشى الكتاب للشهيد و كتاب مسائله المدونة فى جميع أبواب الفقه و المقتصر و المذهب البارع فى ظاهره أو صريحه و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و غاية المرام و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و شرح الفقيه للمجلسى و قد يظهر ذلك من الكفاية فى أول المقصد لكنه بعد أوراق صرح بالمنع و استدل عليه فى التنقيح بالإجماع المركب (قال) لأنه يجوز إجارتها إجماعاً فيجوز بيعها لعدم الفارق هنا (قلت) و بالملازمة صرح جم غفير و ناقشهم فى ذلك أبو العباس بالحر و أم الولد و الوقف (ثم قال) و يمكن أن يجاب عنه و هو

(١) على خ ل

(٢) و أنواع خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩

.....

كذلك مع التخصيص بالمقام لأنه لا يشترط فى الإجماع المركب الملازمة و يشهد لما فى التنقيح قوله فى المبسوط و الخلاف فى الكلاب. و ما يجوز بيعه منها تجوز إجارتها لأن أحدا لا يفرق بينهما و ظاهره عدم الخلاف فى ثبوت الملازمة من الطرفين (و استدل عليه الشهيد) فى حواشى الكتاب بالإجماع المركب أيضا بوجه آخر (قال) لأن من قال بجواز بيع كلب الصيد قال بالباقي لحصول المقتضى فكأنه استنباطى و لا ضير فيه بعد القطع و هو الذى فهمه ابن إدريس فى السرائر و كاشف الرموز و جماعة و بنى عليه الحكم فى نهاية الأحكام و التذكرة (أما ابن إدريس) فإنه بعد أن جوز بيعها نسب الخلاف إلى الشيخ فى النهاية فى خصوص السلوقى. ثم قال إنه رجع عنه فى مسائل خلافه و لم يفهم الخلاف فى شىء آخر و ليس فى الخلاف إلا جواز بيع كلب الصيد إذا كانت معلمة و أنه لا يجوز بيع غير المعلم على حال و استدل بالإجماع و الأخبار و يحتمل أن يكون نظره فى السرائر إلى إجارة الخلاف كما ستمتع (و يرشد إلى ذلك أيضا) أن جما غفيرا نسبوا إلى أبى على و سلار جواز بيع الأربعة مع أنهما إنما صرحا ببيع كلب الصيد و الزرع و الماشية و لم يذكر الحائط و لعلهم أرادوا فيما نسبوه إلى أبى على ما حكى عنه من أنه قال لا خير فيما عدا الصيود و الحارس من الكلاب و نسبوا إلى إجارة المبسوط الوفاق و هو أيضا لم يذكره «١» فى إجارتها إلا أنه يصح إجارة كلب الزرع و الماشية كما يصح بيعها و نحوه ما فى إجارة الخلاف و لعله «٢» نظر ابن إدريس إلى هذا و لهذا استدلو على الجواز فى الجميع فيما استدلو بما رواه فى المبسوط (قال) روى أن الماشية و الحائط مثل ذلك يعنى الصيود و لم يذكر فيها كلب الزرع فكأن ذلك منهم بناء على أن المناط منقح و المنقح له الإجماع لأنهم لم يفهموا الخلاف إلا ممن شذ بزعمهم حيث إنه لم يقطع بالتنقيح كالمحقق حيث منع فى الشرائع و تردد فى النافع و نحوه ابن عمه فى التزهة و أما المقنع و المقنعة و الخلاف و المبسوط و النهاية و الغنية فلم يفهموا منها المخالفة و إن نصوا على أن ثمن الكلب الذى ليس بكلب صيد سحت أو يقولون المنقح له العقل و قد أطلوا فى بيانه (و حاصله) جواز الانتفاع و هو حاصل فى الثلاثة أو يستدلون بالأولوية العرفية لأنه إذا جاز بيع كلب الصيد و هو مما لا تمس إليه الحاجة و أكثره لهو و أشر و بتر فكيف لا- يجوز بيع كلب الماشية التى لا- يستقيم بقاؤها فى الشامات و الفرس إلا بالكلاب و كذلك الزرع و البستان كما هو مشاهد بالعيان و الأولوية العرفية حجة (و على هذا) فتكون أخبار الباب الدالة على استثناء كلب الصيد دالة على غيره من الكلاب الثلاثة و القول بأن ذلك تعبد محض تعسف محض (سلمنا) أن الشيخ فى مكاسب المبسوط و الخلاف قائل بالمنع مع أن جماعة نسبوا إليه التردد فى بيع المبسوط. و أنه فى إجارة الكتائب إنما جوز كأبى على و سلار بيع كلب الزرع و الماشية (لكنا) نقول كيف يعقل منهم ذلك مع أنه قد قيل إنه لا قائل بالفرق فإن كانوا استدلو إلى رواية المبسوط قلنا إنها إنما تضمنت كلب الماشية و الحائط مع ضعفها (و إن كانوا استدلو) إلى ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم من اتخذ كلبا إلا كلب ماشية أو زرع نقص من

أجره كل يوم قيراط (قلنا) هى رواية عامية قاصرة الدلالة و هم أجل من أن يستندوا إليها أو يحكموا بما لا يعقل وجهه فالوجه ما فهمه منهم و من الأخبار وجوه الأصحاب كما نبهناك عليه (سلمنا) لكن الشهرة متحققة بدون هؤلاء إذ الحكم مصرح به فى أربعة و عشرين كتابا فقد كاد يكون إجماعيا مضافا إلى ما ادعى من الإجماعين المركبين و تنقيح المناط و الأولوية و الملازمات الأخر و خبر المبسوط و فى الصحيح لا خير فى الكلاب إلا كلب صيد أو ماشية (٣) (و عن الغوالى) فى خبر طويل فجاء الوحي

(١) كذا فى نسختين و الظاهر يذكر بغير هاء «مصححه»

(٢) و لعل خ ل

(٣) الصيد و الماشية خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠

.....

باقتناء الكلاب التى ينتفع بها فاستثنى كلاب الصيد و الماشية و الحرث و أذن فى اتخاذها و الشهرة تجبر الدلالة إذا انحصر الدليل فيها على قول أو فى غيرها على آخر و الكل ممكن هنا و جبرها للسند معلوم مضافا إلى اعتضاها بما سمعت و يزيد ذلك أن الأصحاب جوزوا هبتها و لم يعرف الخلاف إلا من بعض الشافعية كما أشار إليه فى هبة التذكرة و جامع المقاصد و كل ما يجوز هبته من الأعيان يجوز بيعه و كل ما يجوز بيعه تجوز هبته و فى ذلك كله بلاغ و مقنع فى الخروج عن أصل التحريم و العمومات فى المقام و غيره «على أن أخبار الباب» قابلة للتزليل على كلب الهراش الذى يكثر وجوده فى الأسواق و المقاصب (١) و العقور الأهلى الذى يكون فى البيوت يعقر كل غريب لم يأنس به بل ربما عقروا بعض أهل الدار لتوهمه أنه من غيرهم و هذا ضرره أكثر و هو كثير جدا كما هو مشاهد عيانا و هو من المؤذيات فلا يكون الخارج أكثر من الداخل على أنه (٢) جائز واقع كما حرر فى محله (و أما الكلب الأهلى) الذى يتخذ لحفظ الدار أو الطنب أو السوق و ليس عقورا فالحال فيه كالكلاب الثلاثة يجوز بيعه وفاقا للفرع فى شرح الإرشاد و أبى العباس و المحقق الثانى و المولى القطفى و الشهيد الثانى و غيرهم و هو قضية كلام الباين بالتقريب الذى ذكرناه بل الجرو القابل للتعليم كذلك كما فى نهاية الأحكام و المسالك لأنه قابل للتعليم كالعبد الصغير (و قد علم فى مطاوى البحث) من قد قيل أنه منع من بيع الثلاثة و قد عرفت أنهم يدعون أن الخلاف الصريح هو من المحقق فى الشرائع و ابن عمه فى النزاهة و فى النافع تردد كظاهر المفاتيح «و لا تصغ» إلى خلاف بعض متأخرى المتأخرين ممن لم يفرغ الوسع فى التتبع كصاحب الرياض و خاله الأستاذ العلامة فيما حكى عنه و أستاذنا دام ظلّه العالى أو كان ممن لا يحتفل بإجماع و لا شهرة و لا بالأخبار التى ليست فى الجوامع العظام كصاحب الكفاية و المولى التستري على ما وجد فى بعض الحواشى (٣) لكن العجيب ما حكى عن الأستاذ الشريف مع سعة باعه و كثرة اطلاعه و لعله لم يوسع المسألة تبعا لأن كان ذلك منه فى أوائل تحصيله هذا إن صح النقل عنه «و الذى جرأهم على المخالفة» ما رأوه من ضعف أدلة المشهور كالاستدلال بالأصل و العمومات و بالديات و ثبوت الغرامات و حرمة الإتلاف و بعض الملازمات التى لم يتحقق انعقاد الإجماع عليها (و يحكى) عن صاحب الوسائل الاقتصار على كلب الماشية و الحائط و لعله استند إلى رواية المبسوط لكنه خرق للإجماع (إذا تقرر ذلك) فلا يشترط فى الصيد أن يكون سلوقيا كما سمعته عن المقنعة و النهاية و لا أن لا يكون أسود بهيما كما لعله يلوح من إطلاق أبى على كما حكى عنه للإطلاق فى النصوص و الفتاوى و الإجماعات و لا يشترط قصد صفة الصيدية و لا غيرها من الصفات عند البيع و الاكتساب كما نبه عليه الأستاذ و هو الذى يقتضيه الإطلاقات (و المراد) بالماشية الإبل و الغنم و البقر و أكثر ما يستعمل فى الغنم كما نص على ذلك أهل اللغة و المراد بالحائط هنا البستان كما نص عليه جماعة كثيرون منهم ابن إدريس فى ديات السرائر و أبو العباس و الكركى و صاحب إيضاح النافع و هو قضية كلامهم فى الباب و باب الديات حيث

يفرقون بين كلب الحائض و كلب الدار «نعم» احتمال كاشف اللثام شمول كلب الحائض لكلب الدار. و الحائض فى كلام ابن الأثير و الفيروز بادی و الفيومي و غيرهم الجدار و البستان و اقتصر على الأول فى الصحاح لكنه أشار إلى البستان بقوله حوط كرمه إذا بنى حوله حائطا (و المراد بالزرع) ما استتبت بالبذر و لو فى غير حائط كما أن الحائض يكون بدون زرع و اجتماع الصفتين أو الصفات أدعى إلى جواز الاكتساب بدون ارتياب و لو ضعف

(١) و عند القضايين خ ل

(٢) على أن ذلك خ ل

(٣) و ما يوجد فى بعض الحواشى عن المولى التستري خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١

و إجارته و اقتناؤها و إن هلكت الماشية (١) و التربية (٢) و يحرم اقتناء الأعيان النجسة (٣) إلا لفائدة كالكلب و السرجين لتربية الزرع و الخمر للتخليل و كذا يحرم اقتناء المؤذيات كالحيات و السباع (٤)

### [الثانى كلما يكون المقصود منه حراما]

(الثانى) كلما يكون المقصود منه حراما كآلات اللهو كالعود و آلات القمار كالشطرنج و الأربعة عشر و هياكل العبادة كالصنم (٥)

الكلب عن النفع جاء المنع

(قوله) (و إن هلكت الماشية)

أو خرب الحائض أو باعه أو هلك الزرع فلا يزول الحكم للأصل و بقاء الاسم و ليس ذلك من قبيل المشتق كالصيود فيما إذا زال عنه وصف الصيد لكبر أو عجز لعرض أو كسر لا يرجى زواله بل هو من قبيل ما إذا كان صيودا و عجز صاحبه عن الصيد لكبر أو مرض لا يرجى زواله

(قوله) (و التربية)

أى تربية الكلب الصغير و إن لم يكن له أحد هذه الأمور

(قوله) (و يحرم اقتناء الأعيان النجسة)

قد تقدم الكلام فى ذلك بما لا مزيد عليه

(قوله) (و يحرم اقتناء المؤذيات كالحيات و السباع)

كما صرح بذلك جماعة لما دل على عدم الانتفاع بالمحرمات و تحريم ما فيها من ضروب الفساد من أخبار و إجماع و ذلك مع قصد الإيذاء أو احتمالها و لو بالآخرة و الحمد لله و صلى الله على خير خلقه محمد و آله الطاهرين بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين المعصومين و رضى الله سبحانه عن علمائنا و مشايخنا أجمعين و عن روايتنا الراشدين و لا حول و لا قوة إلا بالله (قال آية الله سبحانه) الإمام العلامة أعلى الله تعالى فى الجنان مقامه (الثانى كلما يكون المقصود منه حراما كآلات اللهو كالعود و آلات القمار كالشطرنج و الأربعة عشر و هياكل العبادة كالصنم)

فى المقنعة التنصيص على حرمة عمل هذه الأشياء و الاكتساب بها و التصرف فيها و هو الذى تعطيه عبارة السرائر حيث عدها من المحظور على كل حال و فى المراسم و الشرائع و النافع و التذكرة فى موضعين منها و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و كفاية

الطالبين و غيرها حرمة التكسب بها و في المنتهى يحرم عمل الأصنام و غيرها من هياكل العبادة المبتدعة و آلات اللهو كالعود و الزمر و آلات القمار كالنرد و الشطرنج و الأربعة عشر و غيرها من آلات اللعب بلا خلاف بين علمائنا في ذلك فقد نفى الخلاف عن تحريم العمل و هو يستلزم تحريم الاكتساب «و في الغنية» الإجماع على تحريم أجر عملها و ذكر في مجمع البرهان تحريم ما يقصد منها و تحريم بيعها و التكسب بها ثم قال دليل الكل الإجماع «و في الحدائق» نفى الخلاف عن ذلك «و في الرياض» الاستدلال على حرمة التكسب بها بالإجماع المستفيض النقل في كلام جماعة و لم أجد نقله إلا فيما عرفته بعد ملاحظة ما نريد عن أربعين كتابا و الأمر سهل إذ الإجماع معلوم و في مستطرفات السرائر عن جامع البزنطى عن أبى بصير (عن مولانا الصادق عليه السلام) قال بيع الشطرنج حرام و أكل ثمنه سحت و اتخاذها كفر و اللعب بها شرك و السلام على الالهى معصية و كبيرة موبقة و الخائض يده فيها كالخائض يده في لحم الخنزير. و نحوه فيما دل على كون الشطرنج بمنزلة لحم الخنزير فثبت أحكامه التى منها حرمة التكسب (المروى) فى الكافى المقلب لها كالمقلب لحم الخنزير (و يبقى الكلام فى مقامات) الأول (هل يجوز الانتفاع بها فى غير ما أعدت له). ظاهر المقنعة و السرائر العدم كما عرفت و هو الذى قد تعطيه القاعدة التى أسست فى الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢

.....

الإسلام و التنقيح و غيرها لأن كانت غالب منافعها محرمة عليها بنى جماعة كصاحب المسالك و غيره فى مطاوى كلامهم بحمل البيع فى كلامهم على التمثيل فتدبر و يدل على تحريم مطلق الانتفاع بها (قول الصادق عليه السلام) إنما حرم الله الصناعة التى هى حرام كلها التى يجىء منها الفساد محضاً نظير البرابط و المزامير و الشطرنج و كل ملهوبه و الصلبان و الأصنام و ما أشبه ذلك (إلى أن قال) فحرام تعليمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها و الضعف منجبر بشهرة العمل به فى مقام آخر و إن لم تستند شهرة العمل إليه كما حرر فى فنه بل قد ندعى شهرة العمل به فيما نحن فيه و فى شرح الإرشاد لفخر الإسلام أنه يحرم فعلها و إن كان لغير اللهو لأنه يقصد به الحرام غالباً و هو الذى يعطيه إطلاق الخبر و الإجماع المستفاد من المنتهى إن لم يحمل على الغالب و على كل حال فالظاهر التحريم لما يظهر للفقهاء من حال فحوى الشارع فليتأمل (المقام الثانى) هل يملكه عامله و صاحبه أم لا.

ظاهر الأمر بكسرها و الخبر و القاعدة و الكتب المتقدم ذكرها كالمقنعة و ما كان نحوها و عدم ضمان المتلف لها قيمتها. عدم ملكها و أنها لا تعد مالا فى نظر الشارع كما أشار إلى الأخير فى جامع المقاصد (و قال فى المذهب البارع) قد استقرينا الأعيان التى ينتفع بها و يجوز بيعها فوجدنا الشارع قدر فيها عند إتلافها على مالها قيمتها السوقية «انتهى فتدبر» و كأن الأمر واضح فى الأصنام و الصلبان عامها و خاصها و لا قائل بالفرق و يأتى بيان حال الأوانى المحرمة لكنهم فى باب الغصب صرحوا بأن الرضاض بعد كسرها بحيث لا يمكن الانتفاع به فيها يكون مملوكاً فإن حرقه أحد ضمن قيمته «فليلاحظ الجمع بين المقامين» كأن يقال تملك المادة و لا تملك الصورة و لا- تضمن المادة لو توقف إتلاف الصورة على إتلافها بل لا تضمن مطلقاً و لا كذلك الرضاض بعد كسرها (و ما قاله صاحب المسالك) و اقتفاه فيه المولى الأردبيلي و الخراسانى و شيخنا صاحب الرياض و صاحب الحدائق من أنه إن أمكن الانتفاع بها فى غير الوجه المحرم على تلك الحالة منفعة مقصودة و اشتراها لتلك المنفعة احتمل جواز بيعها (مردود) بعد تسليم ملكها و جواز حفظها و إبقائها و إلا لما وجب كسرها بما عرفت مما دل على عدم جواز الانتفاع بها أصلاً فضلاً عن بيعها و الاكتساب بها مضافاً إلى إطلاق الجميع عدم جواز بيعها من دون تفصيل فيمكن دعوى تحصيل الإجماع مضافاً إلى أن هذا الانتفاع نادر فلا يقدر فى ذلك كما اعترف به صاحب المسالك و قضت بها القاعدة التى بنى هو و غيره عليها لكن صاحب المسالك و المولى الأردبيلي رجحا بعد ذلك عدم الجواز (ثم إنه) لو جاز ذلك لصح بيع الخمر للتخليل ممن يوثق به (سلمنا) أن الخمر مما قام الإجماع على عدم جواز بيعها

و أن ما نحن فيه ليس مثلها (لكننا نقول) يلزم منه جواز بيع الدبس النجس ليجعل ماء طاهرا و ينتفع به و كذلك القطران و العطر النجسان يباعان ليجعلا في الماء الكثير بحيث يصيران ماء صرفا فيطيب ريح الماء الآجن فتشرب منه المعزا في الأول و الأناسين في الثاني و لا أظن أحدا يقول بذلك فليتأمل جيدا (و بذلك كله) يعلم حال ما في التذكرة في موضع منها من أنها إذا كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة لتكسر و كان المشتري ممن يوثق بديانته. أنه يجوز بيعها على الأقوى و تبعه على ذلك المولى الخراساني و صاحب الرياض و صاحب الحدائق بل في الثاني نفى الريب عن ذلك و احتمل الوجهان في جامع المقاصد و المسالك و أطلق الجميع المنع بحيث يشمل ذلك فكانت هذه الآلات عندهم كالخمر لا تباع و هي آله لذلك (و أما أواني الذهب و الفضة) فعلى القول بحرمة عملها و اتخاذها للقنية و التزيين تكون من قبيل ما نحن فيه و هذا القول هو المشهور كما في مجمع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣

و بيع السلاح لأعداء الدين و إن كانوا مسلمين (١)

البرهان و المدارك و الكفاية و به قال الشيخ المحقق في المعتبر و الآبي و المصنف في الكتاب و المنتهى و ولده و الكركي و غيرهم و عليه تدل جملة من ظواهر الأخبار كما في الحدائق و هو الذي يعطيه فهرست الوسائل و المخالف ابن إدريس و العلامة في المختلف و استحسنة صاحب المدارك و مال إليه شيخه المقدس الأردبيلي و لا يفرق بين المشاهد الشريفة و غيرها و دليل التعظيم و ميل قلوب الناس لا يصلح لتخصيص الدليل لو كان موجودا (و أما استعمالها) في غير الأكل و الشرب فقد حكى الإجماع على حرمة في التذكرة و المدارك و ظاهر المنتهى و التحرير و في كشف الرموز لا- خلاف فيه «فلا- يلتفت» إلى ما في المسالك من احتمال تجويز ذلك (و مما ذكر) يعلم الحال في الجارية المغنية و بيعها بأكثر مما يرغب فيها لو لا الغناء (و قال عليه السلام) المغنية ملعونة و من آواها ملعون و من أكل كسبها ملعون إلى غير ذلك من الأخبار المتضاربة و فيها إلا أن يمنعها منه. و ليعلم أنه يعلم من ذلك كله أن كل ما حرم عمله و العمل به حرم الاكتساب به و لا كذلك العكس عند جماعة لجواز اتخاذ شعر الخنزير للخرز للأخبار الواردة في ذلك و قد ادعى في السرائر تواتر الأخبار على خلاف ذلك و قد عرفت الحال في ذلك عند الكلام على أجزاء الميئة (و قال في جامع المقاصد) و هل الصورة المعمولة من هذا القبيل ألحقها به بعض العامة و لم أجد مثله في كلام أصحابنا (قلت) إن أراد بالصورة صورة غير ذى الروح فقد وردت أخبار كثيرة تتضمن جواز عمل صورة غير ذى الروح و هو الظاهر من فتوى الأصحاب (و إن أراد) صورة ذى الروح فهي و إن حرم عملها لكن لا- يحرم اقتناؤها إذ ليس المقصود منها محض التحريم و إلا لما كرهوا الصلاة في ثوب أو خاتم فيه صورة حيوان بل كانوا حرموا حفظه و الصلاة فيه و لا- فرق في الظاهر هنا بين ذات الظل و غيرها لكن كلام جامع المقاصد في غير ذات الظل و قد أسبغنا الكلام في ذلك في باب الصلاة في لباس المصلى و مكانه و نقلنا أخبارا كثيرة من البحار و غيره يفهم منها جواز اقتنائها (إذا عرفت هذا) فعد إلى عبارة الكتاب و تقديرها (الثاني) من أقسام المحظور الاكتساب بكل ما يكون المقصود منه حراما عينا كان كآلات اللهو أو غير عين كبيع السلاح و بيع العنب فما في العبارة ليست عبارة عن الأعيان فقط فلا حاجة إلى ما تكلفه في جامع المقاصد و يرشد إلى ما ذكرناه عبارة التحرير و غيرها

(قوله رحمه الله) (و بيع السلاح لأعداء الدين و إن كانوا مسلمين)

الذي تقتضى به أصول المذهب مع قطع النظر عن أخبار الباب و فتاوى الأصحاب تحريم كل ما يعان به على الظلم و العدوان و لو مدة قلم مع العلم و القصد كاستحباب المعونة على البر و التقوى و الجواز مع انتفاء العلم و القصد أو أحدهما و هو القصد «و المصنف» جعل بيع السلاح لأعداء الدين من القسم الذي يكون المقصود منه حراما و الظاهر بمعونة ما قبله و ما بعده إرادة المنشئة فيكون التحريم مقصورا على حال الحرب و عدم الصلح و الهدنة كما صرح بذلك في السرائر و النافع و التحرير و جامع المقاصد و حاشية الإرشاد و المسالك و الروضة و الكفاية (و هو ظاهر الأخبار) كما في الدروس و مجمع البرهان و حاشية الإرشاد (و دلالتها عليه

أقوى) كما فى المختلف (و أوضح) كما فى المهذب البارع و على ذلك تنزل عبارة الشرائع و التذكرة و الإرشاد و غيرها مما شارك الكتاب فى العنوان و أوضحها عبارة الشرائع بل الظاهر من هذه العبارات و خبر هند التحريم حينئذ أى حال الحرب و إن لم يقصد المعونة ما عدا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤

.....

السرائر و النافع فستسمع الحال فيهما بل فى الخبر المذكور أنه شرك (قال الصادق عليه السلام) فى الخبر المذكور فإذا كانت الحرب بيننا فلا تحملوا فمن حمل إلى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك و لعله محمول على قصد المعونة على المسلمين كما لعله يظهر منه أو اعتقاد إباحتها أو على المبالغة و قضية كلام من ذكرنا التحريم بالأولوية إذا قصد المساعدة حال الحرب. أما إذا قصد المساعدة لا- فى حال المباينة فلا- ريب فى التحريم عند هؤلاء و غيرهم (أما هؤلاء) فلأنهم إنما حرموه حال الحرب لإفضائه إلى المساعدة و إن لم تقصد فكيف إذا قصدت و إن لم يكن البيع حال الحرب و به صرح فى المسالك و الكفاية و غيرهما (و أما عند غيرهم) فللعمومات و أصول المذهب و من هنا يعرف الحال فى عبارة السرائر و النافع و الدروس و التنقيح فإنها لا تخلو من أشكال (قال فى السرائر) و حمل السلاح مساعدة و معونة لأعداء الدين و يبيع لهم إذا كانت الحرب قائمة. إلى آخره (و قال فى النافع) ما يقصد به المساعدة على المحرم كبيع السلاح لأعداء الدين فى حال الحرب (و قضية هاتين العبارتين) اختصاص التحريم بقصد الإعانة و كونها فى حال الحرب (و قال فى الدروس) و يبيع مساعدة لأعداء الدين سواء كانوا كفارا أو بغاة و مثلها عبارة التنقيح و قضية هاتين العبارتين اختصاص التحريم بقصد الإعانة و عدمه مع عدمه و لو كانت الحرب قائمة و هذه العبارات مع مخالفتها لما عرفت مخالفة أيضا لإطلاق النصوص فى الباب (كقوله عليه السلام) فى حسنة أبى بكر أو صحيحته إذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا إليهم السلاح و السروج (و قوله عليه السلام) فى خبر السراد لا تبعه فى فتنه «و لعل» النظر فى هذه الكتب الأربعة إلى ما يظهر من ذيل خبر هند السراج على اختلاف أنظارهم فيه (هذا) و قضية كلام المصنف على ما نزلنا عليه عبارته و كلام من قلنا إنه موافق له أنه لا يحرم البيع وقت الهدنة إذا لم يقصد المساعدة و به صرح جماعة ممن وافقه (و يدل عليه قوله عليه السلام) فى خبر الحضرمى حيث سأله حكم السراج (فقال) ما ترى فيمن يحمل إلى أهل الشام من السروج و أدواتها «لا بأس» أنتم بمنزلة أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إنكم فى هدنة فإذا كانت المباينة «الحديث» (و أما إذا علم) من أعداء الدين إرادة دفع الكفار فلا ريب فى الجواز كما صرح بذلك فى كشف الرموز و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و غيرها بل لا أظن أن الشيخين و سائر و التقى يخالفون فى ذلك مع موافقته للأصل و الاعتبار و صريح الأخبار (كقول أبى جعفر عليه السلام) فى خبر هند السراج احمل إليهم فإن الله يدفع بهم عدونا و عدوكم يعنى الروم و بعهم فإذا كانت الحرب «الحديث» (و عليه) يحمل خبر أبى القاسم الصيقل أو على حال الهدنة كما فى خبر الحضرمى (و أما) إذا حملت عبارة الكتاب على أن المراد ما يقصد منه الحرام بمعنى أنه يفضى إليه و لو بعد حين كما فهم ذلك منها و من عبارة الشرائع و الإرشاد لأنهما مثلها المحقق الثانى و الشهيد الثانى فقيدهما بحال عدم الهدنة و قد فهم الإطلاق من الشرائع الآبى كما ستعرف (كانت) أى عبارة الكتاب و ما ضاهاها موافقة للمقنعة و النهاية و المراسم حيث أطلق فيها التحريم من دون تقييد بحال الحرب و لا يقصد المساعدة (قال فى المقنعة) بيع السلاح لأعداء الدين حرام و عمله لمعونتهم على قتال المسلمين حرام و الجملة الثانية منفصلة عن الأولى و نحوها عبارة النهاية و أظهر منها عبارة المراسم و التعبير فى عنوان الإستبصار بالكراهة محمول على التحريم و الإطلاق المذكور محكى عن التقى الحلبي و فى كشف الرموز القول بإطلاق التحريم للشيخين و سائر و أتباعهم و لم أجده فى الوسيلة و لا حكى عن القاضى و هو أدري و حكاه عن شيخه فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥

.....

الشرائع واختاره فيكون خيرة التذكرة و الإرشاد لأنهما كالشرائع و الكتاب و خيرة اللمعة بل هي أوضح (و قال الشهيد) في حواشيه على الكتاب المنقول إن بيع السلاح حرام مطلقا في حال الحرب و الصلح و الهدنة لأن فيه تقوية الكافر على المسلم فلا يجوز على كل حال و لعله أراد لأهل الحرب و يرشد إليه ما في المهذب البارع و هو يقتضى أثره دائما (قال فيه) بيع السلاح لأهل الحرب لا يجوز إجماعا و أما أعداء الدين كأصحاب؟؟؟ ففيه الخلاف فقد قصر الخلاف على أعداء الدين من المسلمين و هو خلاف ما عليه المتأخرون و خلاف ما فهموه من كلام المتقدمين كما يعرف ذلك من لفظ كلامهم عند ذكر الأقوال. و إن صح ما ذكره أبو العباس أمكن حمل إطلاق المقنعة و المراسم عليه بل في المراسم أعداء الله و لعلها في أهل الحرب أظهر و لا تقبله عبارة النهاية لأنه قال و بيع السلاح لسائر الكفار و أعداء الدين (و قد تحمل) عبارات المتقدمين على قصد المساعدة كما هو ظاهر كشف الرموز أو صريحه و كما تشعر بذلك عبارة النافع و الدروس كما يظهر ذلك للفقهاء الماهر (قال في النافع) ما يقصد به المساعدة على الحرام كبيع السلاح لأعداء الدين في حال الحرب و قيل مطلقا و أشار بالقبيل إلى قول المتقدمين و معناه أنهم قائلون بالحرمة على قصد المساعدة لكن لم يقيده بحال الحرب كما هو واضح للمتروى (و قال في الدروس) و يبيعه مساعدة لأعداء الدين سواء كانوا كفارا أو بغاة و قيده ابن إدريس بحال الحرب فلو كان القداماء على التحريم مطلقا قصد المساعدة أم لا أشار إلى خلافهم و ما اقتصر على ذكر الخلاف ابن إدريس فقط و يشير «١» إلى ذلك استنادا من أطلق كالكتاب إلى أنه إعانة لهم على الظلم «فتأمل جيدا» و أول من فتح باب الوهم للمتأخرين العلامة في المختلف فإنه لم ينقح المسألة و على هذا تلتزم الكلمة و يرتفع الخلاف في المسألة إلا في أشياء سهلة و إلا فما كان الشيخان و سلار و أبو الصلاح و المحقق في الشرائع و كاشف الرموز و العلامة و الشهيد في اللمعة و غيرهم ليحرموا بيع السلاح على أعداء الدين مع عقد الهدنة معهم عشر سنين لمكان ضعف في المسلمين و مخالطتهم لأنها منتهى المدء حينئذ من دون قصد إعانة و مساعدة إن ذلك لبعيد لا باعث على ارتكابه مع إمكان التنزيل القريب و شهادة جملة من العبارات بأن هذا مرادهم مع ما في ذلك من إعراضهم عن أصول مذهبهم و الإعراض عن قواعد الجمع بين الأخبار و إلا- فقد استدلوا لهم على ما نسب إليهم من الإطلاق المشار إليه (بما رواه في الفقيه) من وصية النبي صلى الله عليه و آله و سلم لعلى عليه السلام يا على كفر بالله العظيم من هذه الأمة عشرة أصناف (إلى أن قال) و بائع السلاح من أهل الحرب (و بما رواه) عبد الله ابن جعفر الحميري في قرب الإسناد في الصحيح عن مولانا الكاظم عليه السلام قال سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجارة قال إذا لم يحملوا سلاحا فلا بأس و فيهما مع قصور سند الأول و ضعف دلالة الثاني لأعمية البأس المفهوم منه من الحرمة. أنهما مطلقان يجب تقيدهما بالأخبار الأخر المقيدة و معارضان بإطلاق الجواز في خبر أبي القاسم الصيقل (و مثل ذلك) ما استدل به الشيخ في الإستبصار على ذلك بخبر السراد عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (قال) قلت إنى أبيع السلاح (قال) لا تبعه في فتنة (و لعله) بنى الاستدلال على أن المراد بالفتنة ما يشمل المعاونة على الظلم و إلا فقد نقل في كشف الرموز عن ابن إدريس الاستدلال بهذا الخبر (و لعل) الاستدلال لهم بخبر هند السراج أولى (حيث) قال عليه السلام له احمل إليهم فإن الله يدفع بها عدونا و عدوكم حيث دل على الجواز عند القيد فيحملون خبر الحضرمي

(١) و يرشد خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦

.....



على ما إذا استعملوها في قتال الكفار لمكان القيد في هذا الخبر (و فيه) أن الأولى مطلقة والثانية لم يذكر فيها دفع العدو على سبيل التقييد (سلمنا) لكنها لم تدل على التحريم عند عدمه إلا بمفهوم ضعيف جداً وعلى كل حال فهم أجل من أن يستدلوا بهذه الاستدلالات الواهية (و معنى قوله عليه السلام) أتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنكم باقون على دينه بعد موته صلى الله عليه وآله كما أصحابه الباقين على صحبته و دينه بعد موته صلى الله عليه وآله كما يشير إليه قوله إنكم في هدنة أى سكون من الفتن بالصلح مع أعداء الدين و فى جامع المقاصد لا مانع من أن يراد بالمسلمين المسلمون حقيقة و الخوارج و الغلاة داخلون فى أعداء الدين «قلت» و قد وافقه على ذلك جماعة (قال) و يدخل فى المسلمين قطاع الطريق و المحاربون و نحوهم لأنهم أعداء الدين باعتبار المخالفة و كونهم حرباً و استحقاتهم القتل «قلت» و ممن نص على تحريم بيعه على قطاع الطريق الشهيدان فى الدروس و اللعة و المسالك و الروضة و المقداد و الميسى و الخراسانى لاستلزامه الإعانة على الإثم و عموم قوله عليه السلام فى كل فتنة (و قد استثنى) المصنف فيما يأتى من الكتاب و التحرير و التذكرة ما يكن من آله السلاح كالدرع و البيضة و لباس الفرس المسمى بالتجفاف (١) وفاقاً للشيخ فى النهاية و ابن إدريس فى ظاهره حيث ذكره عنه فى السرائر و أقره عليه و وافقهم على ذلك الشهيدان و المحقق الثانى (و قيده) الشهيد فى حواشيه بحال الصلح و الهدنة (و قال) إنه يحرم بيعها حال الحرب (و استشكل) فيه المولى الأردبيلى و الخراسانى و جزم بالتحريم شيخنا صاحب الرياض حجة الشيخ صحيحه محمد بن قيس أو حسنته (قال سألت أبا عبد الله عليه السلام) عن الفئتين لتلقيان من أهل الباطل أبيعهما السلاح (قال) بعهما ما يكنهما الدرع و الخفين و نحو هذا قال صاحب الرياض تبعاً لمجمع البرهان و الحدائق إنه ليس مما نحن فيه لأنه فى الفئتين من أعداء الدين (قلت) لعل وجه الاستدلال به من حيث إنه أشعر بعدم جواز بيع ما لا يكن من السيف و الرمح و نحوهما مع مشاركته لما يكن فى المعاونة على الإثم لأن كان قتالهما ظلماً فلو لا وجود الفرق بينهما لما فرق. فلا فرق بين كون الفئتين من أعداء الدين أو إحداهما مضافاً إلى الأصل و العمومات (و قد يقال) إن أدلة تحريم المعاونة على الإثم تدفع ذلك مع ما فى خبر الحضرمى من تحريم حمل السروج إليهم و هو ظاهر خبر هند و غيره بل قد يراد بالسلاح فى الأخبار و كلام الأصحاب مطلق ما يتخذ للحرب و لو أريد خصوص الحديد كان مثلاً و ضرر حمل الدروع إليهم أكثر من حمل السروج (و قد يحتمل) أن يراد بالسروج السيوف السريجية تنسب إلى سريج و هو قين (أو نقول) الشهرة تجبر دلالة الخبر إذا انحصر الدليل فيه كما كان يراه الأستاذ الشريف قدس سره فيترجح بها هذا الخبر على خبر الحضرمى و إن تشاركوا فى الصحة أو الحسن فتأمل (و فى حكم) ما يكن تهيئة الدواب و أسباب السفر و السعى فى تقويتهم و لو بقلم أو شعر (و التحقيق) أن الحكم فى أصل المسألة ليس معلولاً لمظنة ترتب الحرام إذ لا تصلح للعلية بل لقيام الأدلة على الخصوصية و لا فرق فى جهة الحرام بين الأصلية الوضعية و المقارنة الغالبية و بين المأخوذة فى النية و لو مع ندرتها (تنبيه) لو باع السلاح حيث يحرم البيع هل يكون العقد صحيحاً أم لا (اختار الأول) فى التنقيح و كأنه ظن أن النهى راجع إلى المعاونة و إلا فالعوض من حيث هو صالح للنقل فالنهي راجع إلى أمر خارج كالباع وقت النداء (و اختبر الثانى) فى الدروس و حاشية الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان لأن الظاهر أن

(١) التجفاف بالجيم و كسر التاء قال فى القاموس آله للحرب يلبسه الفرس و الإنسان ليقه فى الحرب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧

و إجارة السفن و المساكن للمحرمات و بيع العنب ليعمل خمراً و الخشب ليعمل صنماً (١) و يكره بيعه على من يعمله من غير شرط

(٢)

أحد المتعاقدين و ليعلم أنه لو جهل بالحال حلت المعاملة لكنها تفسد لعدم صلاحية المبيع لكونه مبيعا (و كذلك) ما إذا باع تقيّة و زعم أن الموضوع حرام و الواقع خلافه (فوجهان) أقواهما الصحة و العصيان (قوله) (و إجارة السفن و المساكن للمحرمات و بيع العنب ليعمل خمرا و الخشب ليعمل صنما)

مثل ذلك ما فى الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التذكرة و الدروس و اللمعة (و ظاهرها) كما فهم منها جماعة أنه لا بد أن يكون البيع لأجل ذلك أى الغاية المحرمة و هو صريح جماعة و ظاهر آخرين فى باب الإجارة و نسبه فى إجارة مجمع البرهان إلى ظاهر الأصحاب سواء شرطها فى متن العقد أو حصل الاتفاق عليها (و حكى) عن المنتهى دعوى الإجماع على ذلك (و قضية ذلك) أنه يجوز مع فقد الشرط كما أشار إليه المصنف هنا بقوله و يكره بيعهما على من يعمل من غير شرط و فى التحرير و التذكرة و المنتهى على ما حكى عنه (قال فى التحرير) بعد أن ذكر نحو ما فى الكتاب و يجوز بيع ذلك على من يعمل إذا لم يبعه لذلك على كراهية و قال فيه أيضا لو أجرها معنى السفن و المساكن لمن يعمل ذلك لا بشرطه جاز (و نحو ذلك) عبارة الشرائع و النافع و اللمعة فقد تحصل أنه إذا باع لمن يعمل الصنم أو الخمر أو أجر لمن يتعاطى المحرمات فإما أن يشترط البيع لذلك لفظا أو نية مع اتفاقهما على ذلك أو لا يشترط (و على الثانى) فإما أن يعلم أنه لا يعمل هذا العنب بخصوصه خمرا و لا يتعاطى المحرمات فى خصوص هذا البيت أو هذه الدابة أو يعلم ذلك أو يظن أو لا يعلم و لا يظن و دليل التحريم فى الأول ظاهر لأنه إعانة على الإثم و العدوان مضافا إلى إجماع المنتهى و إجماع إجارة الخلاف و الغنية بل بديهية العقل تحكم بقبحه و تحريمه كما أن دليل الجواز فى الثانى ظاهر أيضا و إطلاق ابن إدريس أولوية الاجتناب يحمل على غير هذه الصورة قطعا (و أما الثالث) و هو ما إذا أجر لمن يعلم أنه يعمل أو يتعاطى بدون شرط فى متن العقد فإما أن يقصد بذلك الإعانة على ذلك أو لا فإن قصد فلا ريب فى التحريم لأنه إعانة على الإثم كبيع السلاح لأعداء الدين و يحمل إطلاق الأكثر و تصريح البعض على غير هذه الفروض قطعا. و أما إذا لم يقصد الإعانة فظاهر العبارات التى قد سمعتها بأسرها و عبارات باب الإجارة و إن تفاوتت فى الظهور عدم التحريم و هو صريح المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد و إجارة جامع المقاصد و الفاضل الميسى و المولى الخراسانى و هو ظاهر النهاية و السرائر فى خصوص الخشب لمن يعمل صنما أو صليبا أو نحو ذلك و قد نسبا ذلك فى الكتائين المذكورين إلى رواية أصحابنا إلا أنه قال فى السرائر الأولى اجتنابه (و يبقى الكلام) فى معنى الشرط فى كلامهم فهل يراد به ما يعم العلية صريحة أو منوية كما هو الظاهر من قولهم ليعمل صنما مع ما سيجىء من قولهم فى الذمى المستأجر و لو أجره لذلك حرم. أو يقصر على الشرطية لأن العلية من طرف المشتري معلومة إذ العلم إنما يتعلق بقصده غالبا فلو فسد العقد من جانبه فسد من الجانبين (حجة المشهور) صحيحة ابن أذينة أو حسنته (قال) كتبت إلى أبى عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له كرم أبيع العنب و التمر بمن يعلم أنه يجعله خمرا أو مسكرا (فقال) إنما باعه حلالا فى الإبان الذى يحل شربه أو مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨

.....

أكله فلا- بأس ببيعه و هذا الخبر صحيح صحيح مشتمل على تعليل يؤذن بالتعدية و لا قائل بالفرق بين العنب و الخشب و السفينة و الدابة إلا ما يظهر من النهاية كما ستعرف (و نحوه) أخبار مستفيضة فيها الصحيح و غيره (كقول الصادق عليه السلام) فى خبر أبى كهمس إننا نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا و نحوه صحيحة الحلبي و خبره «١» و خبر يزيد ابن خليفة و صحيحة رفاعه و يدل على الحكم فى السفينة و الدابة صحيحة ابن أذينة أو حسنته (قال) كتبت إلى أبى عبد الله عليه السلام عن رجل يؤاجر «٢» سفينة أو دابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر أو الخنازير فقال لا بأس و يحمل خبر جابر أو صابر الذى تضمن حرمة أجرة البيت على ما إذا شرط. و حمل خبر ابن أذينة على صورة الحمل للتخليل كما فى الوافى تبعا لمجمع البرهان ينافيه ذكر الخنازير و إن أمكن التأويل على بعد كاحتمال عدم العلم بحمله أو الجبر عليه و حمله على أهل الذمة الذين لهم أن يفعلوا ذلك كما احتمله المقدس الأردبيلي

ينافى حمله حمل الخمر للتخليل (و أما حسنة ابن أذينة) أو صحيحته الأخرى النافية للبأس عن بيع الخشب ليعمل برابط و المانعة من البيع ليعمل صلبانا مع أن الأمرين من واد واحد فيحمل صدرها أيضا على ما إذا لم يشترط و العجز على ما إذا اشترط و الشاهد على هذا الجمع اتفاق أخبار العصير على عدم المنع مع إجماع المنتهى على التحريم مع الشرط مع «٣» أنه جمع مستحب على أنه لا شاهد على الجمع بالجواز و الكراهة و جمع الوافى بين خبرى الإجارة قد علمت أنه غير واف (و من الغريب) ما احتمله المقدس الأردبيلي فى أخبار العنب من إمكان حملها على توهم البائع أن المشتري يعمله خمرا أو يكون الضمير راجعا إلى مطلق العصير و التمر لا المبيع «٤» و ما كنا نؤثر أن يقع مثله من مثله و الإمام عليه السلام يقول إنا نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا (و قال فى الرياض) هذه النصوص و إن كثرت و اشتهرت و ظهرت دلالتها و ربما كان بعضها صريحا لكن فى مقاومتها للأصول و النصوص المعتضدة بالعقول إشكال و أراد بالأصول كما صرح به قبل ذلك قاعدة تحريم المعاونة على الإثم و بالنصوص كما صرح به فيما سلف له خبر جابر الضعيف و مكاتبة ابن أذينة التى اشتملت على الجواز و المنع و قد سمعتها و خبر عمرو بن حريث عن التوت «٥» أبيعته يصنع للصليب و الصنم قال لا و هو مشتمل على أبان و عيسى القمى الذى لا نعرفه و كون الراوى عنهما السراد لا يجدى عند الأصحاب إلا من شذ ممن تأخر. هذا حال الأخبار التى استند إليها (و أما الجواب عن الأصل) فهو ما قاله المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد بأننا نمنع كون ما نحن فيه معاونة على العدوان و إنما هى مع بيعه لذلك و إلا لزم عدم جواز بيع شىء مما يعلم عادة التوصل به إلى محرم فلو تم هذا الاستدلال منعنا أكثر معاملة الناس «انتهى» و هذا كلام متين جدا لأن السيرة قد استمرت على المعاملة على بيع المطاعم و المشارب للكفار فى شهر رمضان مع علمهم بأكلهم و على بيعهم بساتين العنب و النخيل مع العلم العادى بجعله بعضه خمرا و على معاملة الملوك فيما يعلمون صرفه فى تقوية الجند و العساكر المساعدين لهم على الظلم و الباطل إلى غير ذلك مما لا يحصى (على أن العلم اليقيني) غير ممكن الحصول إلا نادرا جدا و على تقدير حصوله لا يبعث على التحريم فى غير الدماء و الأعراض و إن وجب النهى عن المنكر مع شرائطه و القائلون بالتحريم مع العلم بدون الشرط و قصد الإعانة هم الشيخ فى ظاهر التهذيب كما حكى و المصنف فى المختلف و الشهيد فى حواشيه على الكتاب و الشهيد الثانى فى المسالك و الروضة و قد يلوح ذلك من جامع المقاصد و هو خيرة الشيخ فى النهاية فى المساكن و الحمولات و خيرة مجمع البرهان و الرياض فى

(١) و غيره خ ل

(٢) الرجل يؤجر خ ل

(٣) تم خ ل

(٤) لا البيع خ ل

(٥) التوزخ ل (و هو بالضم شجر)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩

و التوكيل فى بيع الخمر (١) و إن كان الوكيل ذميا و ليس للمسلم منع الدمى المستأجر داره من بيع الخمر فيها سرا و لو آجره لذلك حرم و لو استأجر دابة لحمل الخمر جاز إن كان للتخليل و الإراقة و إلا حرم و لا بأس ببيع ما يكن من آلة السلاح

**[الثالث بيع ما لا ينتفع به]**

(الثالث) بيع ما لا ينتفع به كالحشرات (٢) كالفأرة و الحيات و الخنافس و العقارب

باب الإجارة. و أقوى ما يحتج لهم به أنه إعائه كما سمعت و أنه إذا باعه ممن يعمله مع علمه بأنه إنما اشتراه لذلك فهو قاصد للمعونة فكان كالمشترط (و على ذلك و نحوه) بنوا تحريم بيع السلاح لأعداء الدين في حال الحرب مع تأييده بالأخبار التي استند إليها صاحب الرياض و المولى الأردبيلي و أنت قد عرفت حال الجميع و أما الاستناد إلى الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر فغير جيد لما «١» عرفت و لعله ممن لا يقدر على المنع و على ذلك قد تنزل أخبار بيع العنب و التمر (و يرشد إلى ذلك) أنها لم تختلف و ما ذاك إلا لمكان عدم القدرة عن الامتناع فيما يحتمل و شيوع استعمال الخمر في عصر المنصور و غيره من العصور و أن من يمتنع عن بيعها لأولئك الخمارين إذا أرادوها يؤخذ بعنقه (و كيف كان) فالمشهور هو الأقوى للأصل المستفاد من العموم في أجناس العقود و أنواعها و الأخبار الكثيرة و استمرار السيرة كما عرفت و قد عرفت حال العلم و الظن في غير الدماء و الأعراض و لا بد من مراجعته ما كتبناه في باب الإجارة في المسألة و الظن كالعالم كما في الروضة و المسالك و مجمع البرهان «و فيه نظر واضح» و في التنقيح لا بد في التحريم من قصد المساعدة فلو لم يكن قصد كان مكروها و إن كان المشتري ممن يظن أنه يستعمله في الحرام «انتهى» و كأن العالم بأنه يستعمله في الحرام قاصد عنده فيكون قد فرق بين العلم و الظن فتأمل (و مما ذكر) يعرف حال بقية الأقسام التي ذكرت في أول الكلام و قد عرفت مذهب ابن إدريس حيث أشرنا إليه آنفا من أنه قال لا بأس ببيع الخشب لمن يجعله صنما أو صليبا أو شيئا من الملاهي (إلى أن قال) و الأولى عندي اجتنابه و من الغريب ما في الدروس حيث قال و في رواية ابن حريث المنع ممن يعمله و ليس فيها ذكر الغاية و اختاره ابن إدريس و الفاضل (و الغرابية من وجهين) (الأول) أنه قال ليس في الرواية ذكر الغاية يعني ليعمل و هي ظاهرة في الغاية حيث قال أبيعته يصنع به مع أنه في المختلف استدلل أولا بحسنه ابن أذينة ثم استدلل بخبر ابن حريث و قد عرفت أنه قاصر بحسب السند و الدلالة (و الثاني) أن خيرة المختلف حيث اشترط العلم تخالف خيرة السرائر كما عرفت (و ليعلم) أنه إذا باع حيث يحرم فعن ابن المتوج أن العقد صحيح حكاه عنه الشهيد و حكى عن المصنف في موضعين التصريح بالبطلان و لا فرق في التحريم بين قصد جهة الحرام منفردة أو منضمة إلى جهة محللة و نية الوكيل المتصرف مؤثرة في المنع دون الوكيل على مجرد إجراء الصيغة و لا بد من ملاحظة المسألة في باب الإجارة

(قوله) (و التوكيل في بيع الخمر)

أى من المسلم كما إذا صار عصيره خمرا فوكل ذميا في بيعه لعدم جواز ذلك الفعل منه فكذا الاستنباط فيه لأن يد الوكيل يد الموكل و من ثم لم يفترق الحال بكون الوكيل ذميا أو حربيا و ليست عند التحقيق و كالة لأنه يشترط في صحتها أمور ثلاثة (أحدها) كونه مملوكا له. له ولاية عليه و الغرض الرد على بعض العامة كما أشار إليه في الغنية و غيرها و مثل الخمر غيرها من المحرمات و النجاسات

(قوله) (الثالث بيع ما لا ينتفع به كالحشرات)

ما لا ينتفع به إما لخسته أو لقلته و كل منهما لا نفع فيه أصلا أو

(١) كما خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠

.....

ينتفع به نادرا و قد أطلق في الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التذكرة و حواشي الكتاب للشهيد و مجمع البرهان و المسالك و الكفاية تحريم بيع ما لا ينتفع به و قال في المبسوط كل ما ينفصل من الآدمي من شعر و مخاط و لعاب و ظفر و غيره لا يجوز بيعه إجماعا لأنه لا ثمن له و لا منفعة فيه و في موضع آخر من المبسوط فإن كان مما لا ينتفع به فلا يجوز بيعه بلا خلاف مثل

الأسد و الذئب و سائر الحشرات و عد أشياء كثيرة و في الدروس ما لا نفع فيه مقصودا للعقلاء كالحشرات و فضلات الإنسان و في التنقيح ما لا نفع فيه بوجه من الوجوه كالخنافس و الديدان (و قد ينزل) كلام من أطلق على ما في الدروس إذ كل شىء فله نفع ما كما قال في التذكرة و قال فيها أيضا لا اعتبار بما يورد في خواص بعض الأشياء من منافعها فإنها مع ذلك لا تعد مالا (و في إيضاح النافع) جرت عادة الأصحاب بعنوان هذا الباب بعدم الانتفاع و ذكر أشياء معينة على سبيل المثل فإن كان ذلك لأن عدم النفع مفروض فلا- نزاع و إن كان لأن ما مثل به مما لا يصح بيعه لأنه محكوم بعدم الانتفاع به فالمنع متوجه في أشياء كثيرة انتهى (قلت) الباب واسع و قد أدرجوا فيه أشياء كثيرة و الذى ينبغى أن يكون ضابطا في الباب و ينزل عليه كلامهم (أن يقال) إن من الأشياء ما لا ينتفع به أصلا إما بالفرض أو في ذلك الوقت و منها ما ينتفع بها نفعاً نادراً تسقطه عقول أهل المعيشة و هذا يحرم بيعه سواء اشترى لذلك النفع النادر أو لا و إن لم يكن بحيث تسقطه العقول فإن لم يقصد بيعه تلك المنفعة النادرة فهو محرم أيضا على تأمل و إن قصد بيعه تلك المنفعة فالظاهر الجواز و تحمل الإطلاقات و كلام التذكرة و إجماع المبسوط على غير هذا الفرض من الأقسام المذكورة. و مما لا ينتفع به ما نص الشارع على تحريمه أو كانت منافعه كلها محرمة أو كان المحلل منها مما تستسقطه العقول بالنسبة إلى ما حرم منه و هذا الضابط لعله منطبق على جميع أقسام الباب ما ذكر منها و ما لم يذكر (و كيف كان) فالدليل على تحريم بيع ما لا نفع فيه إجماع المبسوط الصريح و الظاهر كما سمعت و مجمع البرهان و أنه إسراف و لا تجوز معاملة المسرف لشروط الرشد فلا يملك الثمن لعدم انعقاد البيع و هذا الدليل لا يتناول ما إذا قصد بيعه تلك المنفعة النادرة لمكان فعل الناس من غير تكبير ببيع الأدوية و العقاقير التي لا يحتاج إليها الناس إلا نادراً و كذلك الديدان و العلق للأمراض و مص الدم من وجه صاحب الكلف و لأن المعاملة إنما شرعت لقوام النظام و تسهيل أمر المعاش و ذلك يقتضى الصحة في كل ما ينتفع به و لو نادراً إذا تعامل عليه لذلك و هذه إذا حيزت لمثل ذلك ملكت (و به يندفع ما قيل) إن البيع فرع الملك و مثل البيع في الحكم غيره من المعاملات و هذه كلها يجوز الانتفاع بها في جميع الوجوه المحللة ما لم تدخل في حكم الميتة و لا ملازمة بينه و بين جواز الاكتساب و هذا كله منطبق على ما لا ينتفع به لخسته أو قلته لكن الثانى يذكره في شروط المعقود عليه و يعدون منها صلاحية التملك و يفرعون عليه عدم صحة العقد على حبة حنطة و ممن صرح بذلك المصنف فيما أتى من الكتاب و نهاية الأحكام و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد (قالوا) و لا ينظر إلى ظهور الانتفاع به إذا ضم هذا القدر إلى أمثاله و إلى ما يفرض من وضع الحبة في فم الفخ و لا يفرق بين زمان الرخص و الغلاء و لا يستلزم ذلك جواز أخذ الحبة و الحببتين من صبره الغير لأنه مال مملوك يقبل النقل بالهبة و نحوها و إنما نفوا تملكه بعقد معاوضة و لم ينفوا ملكيته مطلقاً و اختلفوا فيما إذا تلف فى الأخيرين أنه يضمن بالمثل و إن لم يتلف يجب رده و فى التذكرة لا يجب لها شىء و يلزم على هذا الاحتمال أن من أتلف لغيره حبات كثيرة لا يجب عليه شىء و هذا شىء ذكر استطرادا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١

و السباع مما لا يصلح للصيد كالأسد (١) و الذئب و الرخم و الحداة و الغراب و بيضها

و الفرض «١» أن كل ذلك لا ينافى ما ذكرنا (و ليعلم) أن السنجاب ليس من الحشرات و لا من المسوخ و إن ساوى صغيره ابن عرس لأنه يصعد الشجر و يشم النسيم (و فى القاموس) الحشرات الهوام أو الدواب الصغار و فى حياة الحيوان صغار دواب الأرض و صغار هوامها و قد ضبطه بأنه ما لا يحتاج إلى الماء و شم النسيم (قوله) (و السباع مما لا يصلح للصيد كالأسد إلخ)

المنع فى السباع كلها خيرة المراسم و ابن أبى عقيل و الاقتصاد حيث حكم بأنها نجسة الحكم (و النهاية) فى الجزء الأول منها غير أنه استثنى الفهد و قد نسبه فى المهذب البارع إلى أكثر المتقدمين و حكاها عن الخلاف و سلار و ليس الأمر كذلك و فى المقنعة المنع إلا فى الصقر و الفهد و الهرة و نحوه ما فى الدروس و فى موضعين آخرين من النهاية جوز بيع السباع مطلقاً (و هو خيرة) السرائر و

الوسيلة والشرائع والنافع وكشف الرموز والمنتهى والمختلف والتحرير وشرح الإرشاد والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد وإيضاح النافع ومجمع البرهان وحاشية الإرشاد والرياض والحدائق وهو المنقول عن القاضي نقله في المختلف والإيضاح والدروس (وهو خيرة) المبسوط غير أنه استثنى الأسد والنمر وذكر في التذكرة ما في الكتاب ثم استحسّن الجواز ونفى الخلاف في المبسوط عن تحريم بيع الأسد والذئب والنسر والتكسب بها فكانت الأقوال في السباع خمسة وفي النافع والإرشاد في السباع قولان فتأمل. والتأويل ممكن والأمر هين ولم يرجح في الإرشاد كأبي العباس في المقتصر والمهذب البارع (وقال المصنف) في ما يأتي من الكتاب ولو قيل بجواز بيع السباع «إلى آخره» وقد احتاط بقوله إن كانت «إلخ» لإمكان أن يكون في السباع البحرية ما لا يقع عليه الذكاة وإن كان غير معلوم الآن ونسب في التذكرة إلى علمائنا جواز بيع الهرة وهو يؤذن بالإجماع (ويعلم) أنه سيأتي أن المسوخ مما يقرب من ثلاثين صنفاً فيدخل فيها بعض السباع والأمر سهل كما ستعرف ويعلم أيضاً أن المفيد وسلاور وابن حمزة وكذا الشيخ في النهاية ذكروا في الجنائيات أن الذكاة لا تقع على السباع (ويدل) على جواز البيع في الجميع الأصل والعمومات لأن كانت أعياناً ظاهرة ينتفع بها نفعاً غالباً فلا سرف فيجوز بيعها على كل مسلم مع العلم بقصده ذلك بل مع عدم العلم بالقصد لاحتمال ذلك وحمله عليه لمكان الغلبة بل يمكن مع العلم بعدم ذلك القصد كما في بيع العنب لمن يجعله خمراً بل مع العلم بقصد المحرم عند من يجوز ذلك في العنب (فإن ادعيت) كون هذا النفع نادراً (قلنا) الظاهر الجواز حين قصد النادر كما تقدم (وما رواه ثقة الإسلام) في الصحيح عن عيص بن القاسم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفهود وسباع الطير هل يلبس التجارة فيها قال نعم والصحيح الآخر لا بأس بثمان الهرة (وما رواه الشيخ) عن أبي مخلد السراج حيث روى أنه سئل أبو عبد الله عن بيع جلود النمر فقال مدبوغة هي فقال السائل نعم (فقال عليه السلام) ليس فيه «٢» بأس والخبر المروى عن قرب الإسناد سأل علي بن جعفر أخاه الكاظم عليه السلام عن جلود السباع وبيعها وركوبها أ يصلح ذلك قال لا - بأس ما لم يسجد عليها ونحوه أخبار سماعه الثلاثة وخبر المحاسن حيث دلت على جواز اتخاذها وركوبها والانتفاع بها فكانت ظاهرة قابلة للتذكية فيجوز بيعها وشراؤها وهي معتصدة بالشهرة المتأخرة والأصول والعمومات فتقدم على إجماع المبسوط على المنع في الأسد والذئب والنمر على أنه قد يظهر من السرائر دعوى الإجماع

(١) كذا في نسختين والظاهر أنها الغرض بالغين (مصححه)

(٢) به خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢

والمسوخ (برية) كالقرد وإن قصد به حفظ المتاع. والدب (أو بحرية) كالجري والسلاحف والتمساح (١) ولو قيل بجواز بيع السباع لفائدة الانتفاع بذكاتها إن كانت مما تقع عليها الذكاة كان حسناً ويجوز بيع الفيل والهر وما يصلح للصيد كالشهد

على الجواز في الجميع وادعى أيضاً في مقام آخر الإجماع على وقوع التذكية على الجميع وقول الصادق عليه السلام لا يصلح أكل شيء من السباع إنى لأكرهه وأقذره ليس دالاً - على المنع فإن معنى أقذره في المقام أعافه لا بمعنى أنجسه لأن كان القدر بمعنى النجس فتأمل (و أما الرخم) فهو جمع رخمه كقصب جمع قصبه طائر يأكل العذرة سمي بذلك لضعفه عن الاصطياد يطلى بمرارته لسم الحية وغيرها إلى غير ذلك من المنافع الكثيرة التي ذكرت في القاموس وغيره والغرض بيان أن له منافع مقصودة للعقلاء والحدأة كعنبه جمعه حدأ و حداء و أما الغراب فحيث عده من أقسام السباع فالمراد منه الأسود الكبير الذي يأكل الجيف ويسكن الجبال والأبقع لأنهما من سباع الطير وقد حكى الإجماع على تحريم أكلها في صريح الخلاف في الأبقع وظاهره في الأسود وظاهر المبسوط فيهما وقد حكى عن صريح الأول وظاهر الثاني الإجماع في الجميع فلا يلتفت إلى ما في النهاية والتهذيبين والنافع (على

أنه) قد تحمل الكراهية فى الثلاثة الأولى على التحريم فلا حاجة حينئذ إلى التقييد بما لا يؤكل لحمه و أما كونها من السباع فهو ظاهر السرائر و غيرها بل هو مما لا ريب فيه (و أما الزاغ) و هو غراب الزرع و الغداف و هو أصغر منه ففى تحريم أكلهما خلاف و الأقوى فى الجميع التحريم كما فى المبسوط و الخلاف و المختلف و الإيضاح و الروضة و غيرها (لقول الكاظم عليه السلام) لأخيه فى الصحيح لا يحل شىء من الغربان زاغ و لا غيره و للإجماعين المذكورين و خبر زرارة على ضعفه متروك الظاهر إجماعاً و على هذا يصح إطلاق المصنف أيضاً «فتأمل»

(قوله) (و المسوخ بريء كالقرد و إن قصد به حفظ المتاع و الدب أو بحرية كالجري و السلاحف و التمساح) هى كما جاءت به الرواية كما فى مجمع البحرين القرد و الخنزير و الكلب و الفيل و الذئب و الفأرة و الضب «١» و الأرنب و الطاوس و الدعموص «٢» و الجرى «٣» و السرطان و السلحفاة و الوطواط «٤» و النقعاء «٥» و الثعلب و الدب و اليربوع «٦» و القنفذ (قلت) ربما انتهت بعد الجمع بين الأخبار و كلام الأصحاب إلى ما يقرب من ثلاثين فيدخل فيها بعض السباع و لعله لم يثبت أنه من المسوخ إذ المراد من المسوخ ما علم أنه مسخ أو ظن ظناً معتبراً أو أن من المسوخ ما هو سبع و الأصحاب قد

- (١) الضب دابة تشبه الحرذون لا تشرب الماء و هى أنواع على قدر الحرذون و أكبر منه و دون العنز و هو أعظمها
- (٢) الدعموص بالضم دويبة أو دودة سوداء تغوص فى الماء و تكون فى الغدران و الجمع دعاميص و دعامص
- (٣) الجرى بالكسر سمك أسود طويل ليس له فلوس و يقال له الجريث بالثاء
- (٤) الوطواط الخفاش أو الخطاف

(٥) النقعاء قال فى مجمع البحرين و فى الحديث لا يجوز أكل شىء من المسوخ و ذكر منها النقعاء بالنون و القاف و العين المهملة كما فى النسخ المتعددة و لعلها مصحفه و يقرب تصحيفها بالنقاء و هو الطائر الغريب الذى يبيض فى الجبال و الله أعلم «انتهى» أقول لم أجدها فى شىء من كتب اللغة كالصحيح و القاموس و النهاية و المغرب و المصباح و كأنه لذلك حملها فى المجمع على التصحيف (مصححه)

(٦) اليربوع دويبة نحو الفأرة لكن ذنبه و أذناه أطول منها و رجلاه أطول من يديه عكس الزرافة و العامة تقول جربوع بالجيم كذا فى المصباح المنير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣

.....

عدوا الثعلب و الأرنب من السباع و قد عدا من المسوخ «فتأمل» و المراد بها صور الحيوانات التى حول الإنسان إليها لأنها لا تبقى أكثر من ثلاثة أيام فلا تتوالد و للعلم بسبق جميع أنواعها على المسخ أو بعضها و عدم انقطاع مواليدها (و ما فى الفقيه) من ذكر النعام فى المسوخ غير موافق لشىء من الأخبار و كلام الأصحاب و ربما ظهر على الفقيه من كتاب الحج فى باب الصيد اتفاقهم على حليتها حيث يضبطون صيد البر بأنه الحيوان المحلل الممتنع بالأصالة و يقولون إن حرمة الأرنب و الثعلب و الضب و اليربوع و القنفذ و القمل «١» و الزنبور و العظاية «٢» للأدلة المخصوصة و ليس تحريمها من عموم أدلة الصيد و لا- ريب أنهم مجمعون على أن النعام من الصيد المحرم على المحرم كبقرة الوحش و الظبي فلا- ريب فى أنها ليست مسخاً و المنع من بيع المسوخ خيرة المقنعة و النهاية و الخلاف و المبسوط و المراسم و الوسيلة و الغنية و النافع و التذكرة و الإرشاد و التحرير و الدروس على تأمل له فيه و جامع المقاصد فى أول كلامه و هو ظاهر جماعة كالقديمين و كثير من الشارحين و المحشين الذين لم يناقشوا أصحاب المتون كالأبى و الفخر و أبى العباس و المقداد و غيرهم و هو المنقول عن القاضى و فى الخلاف الإجماع على أنه لا يجوز بيع شىء من المسوخ و هو قد يظهر من

الغنية و فى الخلاف أيضا الإجماع على أنه لا يجوز بيع القرد و فى المبسوط جعل المسوخ نجس كالكلاب و ادعى الإجماع على عدم جواز بيعها و إجارتها و الانتفاع بها و اقتنائها بحال (قال) إلا الكلب فإن فيه خلافا و لم ينقل خلافا فى المسوخ و لا فيما تولد منها و لا من أحدها و صرح فى صلاة المبسوط بنجاسة وبر الثعلب و أنه إذا كان رطبا نجس و فى أطعمه الخلاف إلا المسوخ كلها نجسة و فى المراسم و الوسيلة و الإصباح نجاسة لعابها (و عن أبى على) القول بنجاسة سؤر المسوخ و يمكن تنزيل قول الشيخ بنجاستها على ما ذكره فى الاقتصاد من أنها نجسة الحكم يعنى لا يجوز بيعها لكن ذلك لا يتم فى وبر الثعلب و اللعاب و أول من خالف ابن إدريس فى خصوص الفيلة و الذئبة فيجوز بيعهما فنسبته الخلاف إليه فى الجميع كما فى جامع المقاصد لم تصادف محلها كما يظهر ذلك لمن لاحظ جميع كلامه و جمع بين أطرافه (و نعم ما فهمه المصنف) منه فى المختلف و قد جوز هو فيه بيع الجميع و عبارته كأنها صريحة فى ذلك لكن كلام جامع المقاصد يعطى أنه ليس بتلك الصراحة حيث قال يفهم من المختلف و مال إلى الجواز فى مجمع البرهان (و قال فى الرياض) إنه قوى جدا (و فى المسالك و الكفاية) إذا قلنا إنها تذكى جاز بيعها لمن يقصد بها الانتفاع أو اشتبه القصد و نحوه ما فى جامع المقاصد حيث قال ينبغى على ذلك التقدير و ظاهره التردد كالشهيد فى الدروس حيث قال إذا قلنا إنها لا تذكى لا- يجوز كما أشرنا إليه آنفا (هذا كلام جميع من خالف أو تردد) فنسبة الجواز إلى أكثر المتأخرين كما فى الرياض لم تصادف محزها و كيف ينسب إلى الأكثر و لم يتفق

(١) القمل فى القاموس كسكر صغار الذر و الدباء الذى لا أجنحة له أو شىء صغير بجناح أحمر و الشىء يشبه اللحم لا يأكل أكل الجراد خبيث الرائحة أو دواب صغار كالقردان (و فى الصحاح) القمل دويبة من جنس القردان إلا أنها أصغر منها يركب البعير عند الهزال و أما قملة الزرع فدويبة أخرى تطير كالجراد فى خلقه اللحم و جمعها قمل و فى مجمع البحرين القمل بالتحديد كبار القردان و قيل دواب أصغر من القمل

(٢) فى القاموس العظاية دويبة كسام أبرص جمعه عطاء و فى الصحاح العطاء ممدود جمع عطاءة و هى دويبة أكبر من الوزغة و الواحدة عطاءة و عظاية أيضا و فى النهاية العظايا جمع عظاية دويبة معروفة و يقال للواحدة أيضا عطاءة و جمعها عطاءة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤

.....

اثان منهم على كلمة واحدة إلا فى التردد (ثم إن عبارة المختلف) ليست صريحة عند المحقق الثانى فلم يكن هناك مفت على البت فى الجميع فتدبر (و أما الفيل) فقد حكم فى الخلاف بجواز التمشط بالعاج منه و استعمال المداهن منه و ادعى عليه الإجماع و العاج عظم أنياب الفيل و فى السرائر لا خلاف فى جواز استعمال عظم الفيل مدهان و أمشاط و غير ذلك و فى الشرائع و الإرشاد و التذكرة و شرح الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و الميسية و المسالك التصريح بجواز بيعه و شيخنا صاحب الرياض ظن أن العاج غير عظام الفيل و هو منه عجيب حيث لم يرجع إلى كتب اللغة (حجة المتقدمين) على تحريم بيع المسوخ الإجماعات المذكورة خرج منها الفيل بالإجماع و خبر عبد الحميد و خبر ابن يزيد و بقى الباقي (و احتجوا) بما رواه الشيخان فى الكافى و التهذيب عن أبى عبد الله عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن القرد أن يباع أو يشتري و لا قائل بالفصل إلا فى الفيل و الضعف منجبر بالشهرة معتضد بالإجماعات و لا داعى إلى حمله على الكراهة و لا إلى تقييده بعدم الانتفاع أو بالمحرم منه كالإطافة به كما فى الرياض تبعا لمجمع البرهان فكان هذا القسم مما نص الشارع على تحريمه و ألغى منفعتة و إن كثرت أو قلت حفظ متاع كانت أو غيره مع أنه أى حفظ المتاع منفعة نادرة غير موثوق بها فلا يلتفت إلى ما فى مجمع البرهان و الكفاية من أن الأقرب جواز بيعه لحفظ المتاع كما اختاره الشافعى نقله عنه فى المنتهى و هذا لا ينافى ما أصلناه فى أول المسألة لأنه مما نص الشارع على تحريمه (و أما على



القول بنجاستها) فالأمر واضح و كلام شيخنا صاحب الرياض غير جيد في المقام لا في النقل و لا في الموضوع و لا في الدليل لأنه أغفل الإجماعات أو لم يظفر بها و لا في التأويل و لا في الحكم كما قد أشرنا إلى ذلك كله هذا كلامهم في المقام و لهم كلام آخر في باب الذبائح (و هو أنهم اختلفوا) في وقوع الذكاة عليها فمن ذهب إلى نجاستها كالشيخين و سلار قال بعدم وقوع الذكاة عليها و القائلون بطهارتها اختلفوا فذهب المرتضى و جماعة منهم المصنف و ولده و الشهيد في غاية المراد إلى وقوعها عليها و نسبه في كشف اللثام إلى المشهور و في غاية المراد إلى ظاهر الأصحاب و لعله بناه على أن الأرنب و الثعلب منها فتأمل (و استندوا) في ذلك إلى الأصل و ورود النص على حل الأرنب و القنفذ و الوطواط مع أن المذهب حرمة الأكل فيكون في جلدها و لعموم إلا ما ذكيتم (و زاد في الإيضاح) بأنه إذا ثبت في الأرنب ثبت في غيره لعدم الفارق من الأمة بين المسوخ و غيرها و لا يخفى عليك ضعف هذه الأدلة إذ الأصل مقطوع بما عرفت من الأدلة على عدم جواز بيعها سواء أريد به أصل الإباحة أو البراءة أو الطهارة أو الاستصحاب و معارض بأن الأصل في الميتة النجاسة إلى أن تعلم التذكية و لا علم بها هنا و نمنع شمول إلا ما ذكيتم لها فإن الكلام في وقوع التذكية لأنها حكم شرعى منقول عن معناه اللغوى أعنى الحدة و النفاذ أو التمام (سلمنا) أنها ليست منقولة و أنها فرى العروق المعينة فإن صدقت التذكية خرجت عن الميتة و إلا لم يجز الانتفاع و كون المحل قابلا مستعدا لا مدخل له في المقام (لكننا نقول) الميتة و الميتة في اللغة ما خرجت روحه ثم الشرع فصل فحكم في الإنسان بعدم الانتفاع بجلده و إن ذبح و في مأكول اللحم بالانتفاع بجلده في الصلاة و غيرها و لم يرد في الشرع في المسوخ أنه يجوز الانتفاع بجلدها لا في الصلاة و لا في غيرها فلا مخرج لها عن عموم النهى عن الانتفاع بالميتة (و أما النصوص) التي استدلوها بها فهي خبر محمد و خبر حماد و هما شاذان نادران مخالفان لضرورة المذهب أحسن محاملهما التقية و إلا - فالطرح أولى بهما و استوضح ذلك في السباع فإنه لم يرد في الشرع إلا أنها إن ذبحت جاز الانتفاع بجلدها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥

و بيع دود القز (١) و بيع النحل مع المشاهدة و إمكان التسليم (٢)

في غير الصلاة فخرجت عن عموم النصوص الناهية عن الانتفاع بالميتة و لا يجوز لنا الانتفاع بها في الصلاة إذ لا مخرج لها عن عموم النهى عن الصلاة في جلد الميتة و لا بعد في أن يحل الذبح فيها انتفاعا دون انتفاع و لا تحكم في الاقتصار على مورد النص و الكف عن القياس سواء سمي ذبحها ذكاة أم لا سميها إذا ذبحت ميتة أم لا (فإن قلت) لا يخلو المذبح إما ميتة أو لا (قلنا) ميتة خرجت من النصوص الدالة على النهى عن الانتفاع بها بالنصوص المخصصة و بذلك يتضح حال المسوخ (فليلاحظ هذا) فإنه دقيق نافع جدا في الباب و به يندفع الإشكال عن القوم و ما في الإيضاح من عدم القول بالفرق بين الأرنب و غيره فأوهن شيء كيف و قد أطبقوا على جواز استعمال جلود الأرناب و الثعالب حتى قيل بالجواز في الصلاة و إنما اختلفوا في احتياجه إلى الدبغ و الأصحاب فيه على قولين منقول على كل منهما الشهرة و هذا مما يدل على أنهما من السباع لأنهما يأكلان اللحم كما صرح بذلك كثير من الأصحاب و ظهر من جملة من الأخبار (و أما القرد) فلا أقل من وقوع الخلاف فيه و إلا فالإجماع منقول على حرمة بيعه كما عرفت فلا تقع عليه التذكية فقد حصل الفرق بين الأرنب و غيره من المسوخ (هذا و ممن قال بطهارتها) و عدم وقوع الذكاة عليها كالحشار المحقق في الباب المذكور و الشهيد الثاني و جميع من منع من بيعها لما عرفت من الأصل و غيره و لم ينسب في الشرائع القول بوقوع الذكاة عليها إلا للمرتضى و لعل ذلك لأن الشيخين و سلار و ابن حمزة قائلون بنجاستها (هذا تمام الكلام) في المقام الآخر و قد دعت الحاجة إلى تنقيح لمكان التلازم بين وقوع الذكاة و صحة الاكتساب بها و من البعيد جدا احتمال وقوع الذكاة عليها لينتفع بها و لا يجوز الاكتساب بها جمعا بين الأقوال في المقامين (و تنقيح البحث) أن يقال إن المدار على خصوص صفة النجاسة في المنع من الاكتساب و على صنعة الحرام و فعله و آلاته «و ليس للمسوخية و السبعية» في ذواتهما تأثير في المانعية و إنما المدار على النفع المعتبر و عدمه فما

كان من المسوخ من نجس العين أو من الحشار أو من السباع جرت فيه أحكامها (و ما خرج عنها) و لا فائدة فيه امتنعت المعاوضة عليه و ما كان فيه فائدة كالقيل و الثعلب و الأرنب صحت المعاملة عليه لقيام الإجماع و دلالة الأخبار المتظاهرة على جواز الانتفاع بهذه الموقوف على تذكيتها و لا ريب أن التذكية موقوفة على الطهارة على أن كثيرا منها لا نفس له فقد ظهر وهن إجماع المبسوط على نجاستها و كذا إجماعه و إجماع الخلاف على عدم جواز بيعها و البيع للجلد و العظم غير بيع الجلد و العظم فلا غرر (قوله قدس سره) (و بيع دود القز)

يجوز بيع دود القز و إن لم يكن معه قز كما فى التحرير و الدروس و جامع المقاصد و غيرها لأنه حيوان طاهر ينتفع به فى المحلل و فى حواشى الشهيد أنه يثبت فيه خيار الحيوان و يجوز أيضا بيع بزره كما فى الدروس و جامع المقاصد و عليه السيرة فى الأعصار و الأمصار لكنه قد يباع جزافا و الأكثر على مراعاة الوزن فيجب اعتباره كما حررناه فى محله (قوله رحمه الله) (و بيع النحل مع المشاهدة و إمكان التسليم)

النحل إذا جاء إبان خروجه عن أمهاته يطير و ينتشر ثم يقع على بعض الأشجار مجتمعاً بعضه على بعض و مشاهدته فى إحدى الحالتين كافية فى رفع الغرر كما هو معلوم عند أهله و يرتفع الغرر أيضا بمشاهدته فى كورته من الجانبين أو جانب واحد قبل أن يصنع العسل و الشمع و أما إمكان تسليمه فيتحقق إذا وقع على بعض الشجر أو طار قريبا من الأرض فإنه يرش عليه التراب فيقع على الشجر كما شاهدنا ذلك كله (و قد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦

و يجوز بيع الماء و التراب و الحجارة و إن كثر وجودها (١) و يحرم بيع الترياق لاشتماله على الخمر و لحوم الأفاعى (٢) فلا يجوز شربه للتداوى إلا مع خوف التلف و أما السم من الحشائش و النبات فيجوز بيعه إن كان ممّا ينتفع به و إلا فلا (٣)

نص) على جوازه مع الشرطين المذكورين فى عبارة الكتاب «١» فى التحرير و الدروس و الحواشى و جامع المقاصد (و لو بيعت) فى كورتها ففى التحرير و الحواشى أنه لا- يجوز بيعها و يجوز الصلح عليها و فى المنتهى و جامع المقاصد أنه يصح مع المشاهدة و يدخل ما فيها من العسل تبعا كاللبن فى ضرع الشاة إذا بيعت و أس الحائط مع بيعه (قوله قدس سره) (و بيع الماء و التراب و الحجارة و إن كثر وجودها)

كما فى التحرير و التذكرة فى موضعين منها و جامع المقاصد و لو على الشاطئ لأنها متمولات و عليه السيرة لكنه يكره بيع الماء كما فى التذكرة (و تنقيح البحث فى الماء) أنه إن كان يجرى من نهر جاز بيعه على الدوام و كذلك ماء العين التى تنبع على الدوام و لا فرق فيه حينئذ بين كونه منفردا أو تابعا للأرض و أما إذا لم ينبع على الدوام فالأشهر كما فى الكفاية منعه لكونه مجهولا و كونه يزيد شيئا فشيئا فيختلط المبيع بغيره (و إن كان راكدا) ففى حواشى الشهيد أنه يباع كيلا أو وزنا و ليس كذلك بل يباع جزافا لأنهم أجمعوا على أنه لا يثبت فيه الربا لأنه غير مكيل و لا موزون و العلم بما ظهر منه و تسليمه كاف فى العلم و التسليم لكنهم قالوا لا يباع سلفا إلا وزنا و يأتى فى باب الإجارة ما له نفع فى المقام (و أما التراب) فإن كان أرمنيا فإن جرت العادة بوزنه كما هو الظاهر فلا بد من الوزن و كذا الحال فى المغرة و تراب الروس فإن اختلفت أحوال البلدان فلكل بلد حكمه كما هو المشهور و ما سوى ذلك من التراب يكفى فيه المشاهدة و كذلك الحال فى الحطب و لا عبرة ببيعه وزنا فى بعض البلدان لأن الوزن غير شرط فى صحته و قد أطلق الشيخ و القاضى تحريم بيع الطين المأكول و فى الخلاف الإجماع عليه (و الطين الأرمنى) يؤخذ للكسر و المبطون كما روى ذلك فى مكارم الأخلاق (و فى الخبر) أنه من طين قبر ذى القرنين و أن طين قبر الحسين عليه السلام خير منه (و فى الإيضاح) نفى الخلاف عن جواز أكله لدفع الهلاك و للشافعى فى الحجارة و جهان الجواز لظهور المنفعة و المنع لأنه سفه و الحق التفصيل فما خلى منها عن النفع بالكلية لم تصح المعاملة و إلا صحت

(قوله رحمه الله) (و يحرم الترياق لاشتماله على الخمر و لحوم الأفاعى)

هو بكسر التاء و يقال الدرياق و هذا المركب لا يعد مالا لأنه مركب من أعيان نجسة على القول بنجاسة ميتة الأفعى لأنها ذات نفس سائلة إجماعا كما فى سلف المبسوط و إلا فمن نجس و محرم لا يقبل الذكاة لأنها من الحشاش أو من نجس و متنجس لا يقبل التطهير لامتزاجه بالخمر (و منه يعلم) حال ما فى جامع المقاصد من أنه من نجس و محرم و قال إن الترياق عند الأطباء قد يخلو من هذين الأمرين فيجوز بيعه قطعاً بخلاف ما اشتمل على أحدهما و إن أمكن الانتفاع به فى المحلل كالطلاء و الضماد و لكنه لو اضطر إليه بحيث لا يمكن تحصيله إلا بعوض كان افتداء لا يباع

(قوله رحمه الله) (و أما السم من الحشائش و النبات فيجوز بيعه إن كان مما ينتفع به و إلا فلا)

كما صرح بذلك فى التذكرة فى موضعين منها و التحرير و الدروس و جامع المقاصد لكن أطلق فى الدروس و لم يقيد بكونه من الحشاش و النبات و يحتمل على بعد أن يكون

(١) المصنف خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧

و فى جواز بيع لبن الآدميات نظر أقربه الجواز (١) و لو باعه دارا لا طريق إليها و لا مجاز جاز مع علم المشتري و إلا تخير (٢)

#### [الرابع ما نص الشارع على تحريمه]

(الرابع) ما نص الشارع على تحريمه عينا كعمل الصور المجسمة (٣)

الوجه فى التقييد إخراج مثل الألبان «١» فإنه سم و يجوز بيعه و لا ينتفع بسميته أصلا و لا كذلك السم من النبات فإنه لا يجوز بيعه إلا إذا أمكن التداوى بيسيره كالسقمونيا «فتأمل جيدا» و بذلك يندفع اعتراض جامع المقاصد و قد يكون أدخله فى النبات قال فى القاموس المعدن منبت الجوهر و إلا فالنبات أعم من الحشائش فتأمل (قوله رحمه الله) (و فى جواز بيع لبن الآدميات نظر أقربه الجواز)

كما هو خيرة المبسوط و الخلاف و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و موضع من التذكرة و منع منه فى موضع آخر منها و تردد فى التحرير من دون ترجيح «و وجه الجواز» أنه عين طاهرة على الأصح ينتفع بها نفعاً محللاً مقصوداً عقلاً و شرعاً «و وجه العدم» أنه من الفضلات كاللباق فكان مستخبثاً و الظاهر أن محل النزاع حال انفصاله و أما حال بقاءه فى الثدي فالمنع من وجه آخر كالغرر و نحوه كما منعوا من بيع لبن المنحة و إن جوزوا إعارتها لأنه يغتفر فى الجائزة ما لا يغتفر فى اللازمة و قد جوزوا إجارة لبن الآدميات و قالوا إن الرخصة جوزت تعلق الإجارة به و إن كان عينا كالصبغ فى الصباغة و هذا يعطى جواز بيعه إن حصلت شرائط البيع (و قد يقال) إنا لا نقول إن الإجارة تعلقت بالأعيان لأن الاستئجار على الرضاع و اللبن فى حكم التابع و يجرى ذلك فى جميع الحيوانات المحللة كما ستسمع فى لبن الأتن و قد أسبغنا الكلام فى ذلك فى باب الإجارة بما لم يوجد فى كتاب. و يصح الصلح عليه مع بقاءه فى الثدي لأنه لا يشترط فيه العلم. و الأجرة لو جعلت فى مقابلة العمل دون اللبن لم تمنع حرمة على المكلف و لا نجاسته من جعلها لغيره و بذلك صح استئجار اليهودية على الإرضاع و لا يجوز بيع لبن الرجل و لا الخنثى و يجوز بيع لبن الأتن إجماعاً كما فى الخلاف □

(قوله رحمه الله) (و لو باعه دارا لا طريق إليها و لا مجاز جاز مع علم المشتري و إلا تخير)

كما فى التذكرة و التحرير و الدروس لأنه لا يشترط الانتفاع فى الحال فعلا حتى يكون مما لا نفع فيه بل يكفى و لو كان فى المال قوة إذ يمكن تحصيله من الجيران بعارية أو استئجار و لا ينتقض بالطير فى الهواء و السمك فى الماء لأن الفساد فى ذلك عائد إلى انتفاء التسليم فظهر الوجه فى ذكر المسألة فى المقام و أراد بقوله جاز. اللزوم. بقرينه قوله و إلا تخير و لعل التعبير بالجواز هنا و فى التذكرة و التحرير لأنه فى المقام مطمح النظر و محل البحث و اللزوم يلحظ تبعا و يرشد إلى ذلك أنه فى التحرير لم يشترط العلم و لم يذكر التخيير

(قوله) (الرابع ما نص الشارع على تحريمه كعمل الصور المجسمة)

فى حاشية الإرشاد و حاشية الميسى و إيضاح النافع و الروض فى باب الصلاة و الروضة أن الصورة خاصة بالحيوان و أن التمثال يشمل الحيوان و الأشجار و الأكثر لم يفرقوا لكن ظاهر مقابلة الصورة بالنقش فى بعض الأخبار يعطى أن الصورة خاصة بذات الجسم و أن ما لم يكن جسما خارج عنها و قد فهم الأكثر من الصورة خصوص المجسمة (و قال فى البحار) كلام الأكثر أوفق بكلام أهل اللغة فإنهم فسروا الصورة و المثل و التمثال بما يعم و يشمل غير الحيوان لكن ظاهر إطلاق أكثر الأخبار التخصيص ففى بعض الروايات مثال طير أو غير

(١) لأن القليل منه مضر قطعاً و به سم معاوية مولانا الحسن عليه السلام (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨

.....

ذلك و فى بعضها صورة إنسان و فى بعضها تمثال جسد (ثم إنه ساق أخباراً أخرى) تدل على إطلاق المثل و الصورة على ذى الروح (ثم قال) و قد وردت أخبار كثيرة تتضمن جواز عمل صورة غير ذى الروح (ثم نقل) عن المطرزي اختصاص التمثال بصورة أولى الأرواح (و أنه قال) و أما تماثيل شجر فمجاز و قد يوافق كلام الصدوق فى المقنع و فى كشف اللثام. المعروف فى اللغة ترادف التماثيل و التصاوير و الصور بمعنى التصاوير «انتهى» و بذلك يعرف الحال فى أخبار الباب و كلام الأصحاب و كيف كان فالظاهر أن للنقش صوراً خمسة النقش المطلق من غير تصوير صورة شىء و هذا جائز إجماعاً و تصوير الحيوان ذى الظل و غير ذى الظل و غير الحيوان ذى ظل و غيره و ستسمع الكلام فيها و قد عبر المصنف بالصورة المجسمة كما فى الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة (و قد فهم) من هذه العبارات فى الدروس و حواشى الكتاب و التنقيح و إيضاح النافع و حاشية الإرشاد و الروضة و الكفاية أن المراد بالصور ذات الأرواح و بالمجسمة ذات الظل و هو الذى فهمه المصنف فى المختلف على الظاهر و الشهيد فى الدروس و المقداد و الفاضل القطيفى من قول الشيخين و سلاطى فى المقنعة و النهاية و المراسم حيث قالوا عمل التماثيل المجسمة مع زيادة الصور فى النهاية (لكن المحقق) الثانى فى جامع المقاصد و الشهيد الثانى فى المسالك و الفاضل الميسى فهموا من عبارة الكتاب و الشرائع أن المراد بالصور ما يشمل ذات الأرواح و غيرها و احتمال فى الروضة من عبارة اللمعة حمل المجسمة على الممثلة لا- المثل و على ما فهمه الأكثر من عبارة الشيخين و سلاطى و عبارة الكتاب و نحوها يكون التحريم مختصاً بالصورة ذات الظل من الأرواح (و قد حكى) على تحريم عمل تلك الإجماع فى جامع المقاصد و مجمع البرهان و الرياض و فى التنقيح و إيضاح النافع نسبتاً إلى الشيخين و سائر المتأخرين و فى الكفاية لا أعلم فيه مخالفاً (قلت) الإجماع على التحريم معلوم لأن القاضى و التقى و ابن إدريس و غيرهم يقولون بذلك و زيادة و يبقى الكلام فى الاختصاص بمعنى أنه لا يحرم غيره كما هو الظاهر من كلامهم لأن مفهوم اللقب فى عبارات الفقهاء حجة و به يثبت الوفاق و الخلاف (و يدل على الحكم المذكور) بعد الإجماع ما رواه الصدوق (فى حديث المناهى) عن مولانا الصادق عليه السلام (قال) نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن التصاوير (و قال) من صور صورة كلفه

الله تعالى يوم القيامة أن ينفخ فيها «الحديث» ونحوه ما رواه فى الخصال و ما روى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه و سلم و فى خبر تحف العقول و رسالة المحكم و المتشابه و صنعة صنوف التصاوير ما لم يكن فيه مثال الروحاني فحلل تعلمه و تعليمه و هذا يدل بالمفهوم كصحيح محمد ابن مسلم و الفقه الرضوى و هذه الأخبار تدل بإطلاقها على تحريم تصوير ذوات الأرواح و إن لم تكن ذات ظل كما هو خيرة السرائر و حواشى الشهيد و تعليق النافع و الميسية و المسالك و الروضة و الكفاية و استحسنة صاحب إيضاح النافع و مال إليه أو قال به فى المختلف و كذا المحقق الأردبيلي و به قال التقى و القاضى على ما ستسمع (و إن حمل) الصفة على الممثل دون المثال كان الكل قائلين به (و أما مرسل جعفر ابن بشير و خبر أبى بصير و نحوهما) مما دل على الرخصة على الجلوس عليها فضعيفة السند ضعيفة الدلالة لعدم ظهور التماثيل فيها فى تماثيل الحيوانات فتحمل على تماثيل الشجر و نحوها (ثم) إنه لا ملازمة بين رخصة الجلوس و جواز الفعل فلا يتم الاستدلال بالصحيح الناطق بأنه لا بأس أن تكون التماثيل فى البيت إذا غيرت رءوسها و ترك ما سوى ذلك (و لك أن تقول) إن الأصل و مرسل ابن بشير و خبر أبى بصير مؤيدة بعمل الأكثر و الصحيح من الإطلاقات السالفة غير ظاهر الدلالة على المنع و الظاهر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩

.....

قاصر السند (و فيه) أن أخبار المسألة كثيرة جدا بين صحيح ظاهر و غيره فهى متعاضدة لكن فى تعيين ذلك نظر لمكان الأصل و عمل الأثر (و مما يدل) على عدم الملازمة بين جواز الجلوس و جواز الفعل الأخبار الصحيحة و غيرها و هو المستفاد من كلام الأصحاب فى مكان المصلى و لباسه (قال) فى مجمع البرهان فى باب لباس المصلى المستفاد من الأخبار الصحيحة و أقوال الأصحاب عدم حرمة بقاء الصورة (قلت) و الأمر كما قال كما بينا الحال فى باب لباس المصلى و مكانه لكن قال فى المقام ما حاصله أن ذلك فى الصور الحيوانية المنقوشة على الحائط و البساط و السرير و نحوها دون الصور الظلية فإن الظاهر حرمة إبقائها كإحداثها (قلت) فى قرب الإسناد عن على ابن جعفر أنه سأل أخاه عليه السلام عن مسجد يكون فيه تصاوير و تماثيل يصلى فيه قال تكسر رءوس التماثيل و تلتخ رءوس التصاوير و فى خبر على ابن جعفر و هو صحيح عن أخيه عليه السلام سأله عن الدار و الحجره فيها التماثيل أ يصلى فيها قال لا تصل فيها و فيها شىء يستقبلك إلا أن لا تجد بدا فتقطع رءوسها و إلا فلا تصل فيها و الكسر و القطع يعطيان التجسيم ظاهرا و النهى محمول على الكراهية إجماعا محكيا فى عدة مواضع و أوضح منها خبر المحاسن عن على ابن جعفر عن أخيه عليه السلام سأله عن البيت فيه صورة سمكة أو طير أو شبهها يعبث به أهل البيت فكانت الأخبار دالة على جواز بقائها و إن كانت ظلية للأصل السالم عن المعارض إلا ما فى خبر محمد ابن مروان و خبر أبى بصير و خبر المحاسن إننا لا ندخل بيتا فيه كلب و لا تماثيل جسد كما فى الأول و فى خبر المحاسن و لا جنب و لا تمثال يوطأ و من المعلوم أنه لا يحرم بقاء الجنب فى البيت كما لا يحرم إبقاء الكلب فكانت محمولة على الكراهية و فى خبر أبى بصير لا ندخل بيتا فيه صورة و لا كلب و لا بيتا فيه تماثيل و هو قد يدل كخبر المحاسن و خبر ابن مروان على حرمة الصورة الغير الظلية فتكون معارضة بالأخبار الصحيحة و المستفاد من كلام الأكثر (و قد استفاد) من ذلك أنه لا يحرم النظر بدون شهوة إلى صورة النساء المنقوشات على الجدران و نحوها و لا إلى صورة المرأة المخصوصة إذا قوبلت بالمرأة كما يرشد إلى ذلك خبر الخنثى فليتأمل. لكن قد فهم المقدس الأردبيلي من التذكرة فى باب الوديعه أن مجرد النظر فى كتاب الغير و النسخ منه تصرف و إن لم يفتحه و لم يضع يده عليه و أنه ليس كالجلوس تحت حائط الغير و فرع على ذلك أنه لا يجوز النظر إلى جارية الغير و الأجنبية فى المرأة و الماء فليحظ ذلك (فقد تحصل) أنه يجوز اقتناء ذى الصورة و بيعه و الانتفاع به على كراهية إذ ليس هو مما صنع للحرام حتى يلزم إتلافه بل هو من الصنع الحرام فليحظ ذلك و ليتأمل فيه (و قال القاضى) فيما نقل عنه تحرم التماثيل المجسمة و غير المجسمة (و قال أبو الصلاح) تحرم التماثيل فإن كان مرادها بالتماثيل ذات الأرواح كما يعطيه

خبراً على ابن جعفر المتقدمان وقد سمعت نقل ذلك عن المطرزي قاطعاً به ويناسبه الاشتقاق إذ المثل بمعنى القيام. كانا موافقين لابن إدريس وإن كان المراد بالتماثيل ما يشمل غير ذات الأرواح كصورة الشمس والقمر والنبات والشجر فلا تساعدنا الأدلة بل صريح الصحيحين أنه لا بأس بتماثيل الشجر والشمس والقمر ونحوهما الأخبار الواردة فى تفسير الآية الشريفة يعملون له ما يشاء من محاريب و تماثيل (من أنها) ما هى تماثيل الرجال والنساء ولكنها تماثيل الشجر وشبهه إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على خلاف ذلك مفهومها وسوقاً مضافاً إلى الأصل والاعتبار إذ لا يخلو بساط ولا وسادة عن اشتماله على ما يشبه شيئاً وهذه الأخبار تدل بإطلاقها على عدم الفرق بين الصور الظلية وغيرها وكذلك الأصل فلا حجة على تحريم عمل الظلية منها كما قد يفهم أو يتوهم من عبارات الشيخين وسالار والمصنف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠

والغناء (١) وتعليمه واستماعه وأجر المغنية

والمحقق وغيرهم كما أشرنا إليه آنفاً (و أما ما قد يستدل به) لما قد يظهر من إطلاق القاضى والتقى بالخبر الناهى عن تزويق البيوت قلت ما تزويق البيوت قال التصاوير والتماثيل بقوله صلى الله عليه وآله وسلم للأمر عليه السلام لا تدع صورة إلا محوتها ولا كلباً إلا قتلته والأخبار المستفيضة المعربة عن عدم نزول الملائكة بيتاً تكون فيه تماثيل كما أشرنا إليه (ففيه) أن الخبرين الأولين ضعيفان وكان الأول يراد به النهى عن السرف وقد تضمن الثانى قتل جميع الكلاب ولا قائل به وأما أخبار عدم نزول الملائكة فقد عرفت الحال فيها وأنها محمولة على الكراهة أو تقييد بذوات الأرواح ظلية كانت أو غيرها على اختلاف الرايين ويبقى الكلام فى صورة الجنى والملك إن أمكن تصوير ذلك ولعل الظاهر إلحاقها بصورة الإنسان والمدار فى صورة الإنسان على صدق الاسم وتصوير البعض مع عدم صدقه لا مانع منه ولا يلحق بالحيوان صورة البيضة والعلقة ونحو ذلك مما هو منشأ الحيوان (قوله) (و الغناء)

الغناء ككسء وقد اختلف فى معناه ففى الشرائع فى باب الشهادات والتحرير والإرشاد وتعليقه والدروس فى شهاداته وجامع المقاصد أنه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب وفى المفاتيح أنه المشهور وذكر له فى مجمع البحرين معينين (أحدهما) ما يسمى فى العرف غناء وإن لم يطرب (والثانى) ما ذكرناه فيه ولعله عول فى ذلك على الروضة والمسالك وستعرف الحال فى ذلك وعلى المعنى المذكور أعنى المشهور ينزل ما فى القاموس حيث قال غناء ككسء من الصوت ما طرب به إذ التطريب فى الصوت مده وتحسينه كما فى الصحاح وغيره (و فى القاموس) التطريب الإطراب كالتطرب والتغنى (و فى المصباح المنير) طرب فى صوته رجعه ومده فقد تحصل هنا أن المراد بالإطراب والتطريب غير الطرب بمعنى الخفة لشدة حزن أو سرور كما توهمه صاحب مجمع البحرين وغيره من أصحابنا كما ستعرف فكأنه قال فى القاموس الغناء من الصوت ما مد وحسن ورجع فانطبق على المشهور إذ الترجيع تقارب ضروب حركات الصوت والنفس فكان الترجيع لازماً للإطراب والتطريب (و من هنا صح للمصنف) أن يفسره فى شهادات الكتاب بترجيع الصوت ومده وفى الإرشاد والتحرير بذلك مع زيادة التطريب والوجه فيه أن الترجيع قد يكون بلا مد قطعاً وليس غناء قطعاً وقد يكون مع مد من غير تحسين وتطريب وترقيق بل مع جفاء وخشونة وغلظ فى الصوت وليس هذا بغناء قطعاً وقد يكون المد بلا ترجيع وهذا أيضاً ليس بغناء فمن ذكر المد والترجيع والتطريب فلا حاجة به إلى تضمين ولا تحميل كما أن من ذكر التطريب والإطراب كذلك لأنه لا يكون بدون مد وترجيع وأن من ذكر المد والترجيع فقد حمل أحدهما وضمنه معنى التحسين والتطريب والترقيق وأبقى الآخر على معناه الأصلي كما أن من اقتصر على أحدهما حملة وضمنه ذلك وبذلك ينطبق على المشهور ما نقله فى النهاية عن الشافعى من أنه تحسين الصوت وترقيقه بالتقريب المشار إليه وكذلك قوله فيها كل من رفع صوتاً والاه فصوته عند العرب غناء لأن المراد بالموالاة الترجيع وبذلك ينزل على المشهور أيضاً ما فى شهادات الكتاب وبعض

كتب اللغة من أنه ترجيع الصوت و مده و ما فى السرائر و إيضاح النافع من أنه الصوت المطرب لأنه كما فى القاموس و قول من قال إنه مد الصوت و قول من قال من رفع صوتا فهو غناء و قوله فى المصباح المنير أنه الصوت كما يظهر ذلك لديك مما ذكرناه (و يرشد إلى ذلك) أن من تعرض لبيان معناه ما عدا صاحب الكفاية تبعاً لمجمع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١

.....

البرهان لم يذكر له إلا- معنيين المعنى المشهور و الإحالة إلى العرف كالفاضل المقداد و الشهيد الثانى (بل قد نقول) إن المعنى المشهور لا- يحكم العرف بسواه و يرشد إلى ذلك أن جماعة ممن عرفه كالمحقق فى شهادات الشرائع و المصنف فى الكتاب و التحرير و الإرشاد لم يذكروا له إلا- المعنى المشهور و ما ذاك إلا لأنه هو الذى يحكم به العرف و إلا لكان الواجب عليهم الإحالة على العرف كما تقتضيه قواعدهم لأنه لفظ ورد من الشرع تحريم معناه و لم يعلم له معنى شرعى فيحال على العرف و لو كان له فى اللغة معنى يخالفه لأن العرف العام يقدم عليها فكيف يفسرونه بمعنى يخالف العرف إن ذلك لمستبعد منهم غاية البعد (و ما يقال) فى توجيه ذلك كما فى مجمع البرهان إن الذى علم تحريمه بالإجماع هو ما قيد بالقيدين و بدونهما يبقى على أصل الإباحة أو هن شىء (و يرشد إلى ذلك) أنه فى الصحاح أحاله على العرف و لم يتعرض لمعنى آخر فيه الصغاني فى كتابه الذى جعله تكملة للصحاح و منه أخذ صاحب القاموس ما زاده على الصحاح (و أيضاً) لو كان هناك مخالفة لأشار إليها صاحب القاموس و غيره و أما ما فى مجمع البحرين فقد استظهرنا أنه تبع فيه الشهيد الثانى و أنه و المولى الأردبيلي و الخراسانى توهموا أن المراد من الطرب المستفاد من التطريب و الإطراب فى التعريف الخفة لشدة سرور أو حزن فقالوا و ما يسمى فى العرف غناء و إن لم يطرب (و قال) المولى الأردبيلي أيضاً الظاهر أنه يطلق على مد الصوت من دون طرب (قلت) لأنه على ما فهموه يصح تقسيمه إلى المطرب و غيره على أن ما استظهره الأردبيلي لو بقى على ظاهره لحرم الأذان و غيره مما هو نحوه (و الحاصل) أن الوهم الذى حصل لهؤلاء و نحوهم كالتقطيفى إنما نشأ من عدم الرجوع إلى اللغة فى معنى الإطراب و التطريب المأخوذ هنا فى التعريف على أن كلام القطيفى يمكن تأويله بوجه قريب و إلا- فحاله حال هؤلاء (و أغرب من هذا) أن المقدس الأردبيلي فهم أن الطرب خاص بالسرور و قد نص فى القاموس و غيره على أنه وهم و أنه قول العوام و أما الاختلاف الواقع فى كلام أهل اللغة فقد عرفت وجه الجمع فيه و الوجه فى الاختلاف ظاهراً أنه إذا تطابق العرف و اللغة قالوا إنه معروف أو أشاروا إليه إشارة كقولهم مد الصوت رفع الصوت ترجيع الصوت فكان ذلك من الشواهد على ما ذكرناه من التطابق و إلا فكيف يصح لصاحب المصباح أن لا يذكر فى تعريفه إلا أنه الصوت و لصاحب الصحاح أن يقتصر على أنه من السماع و لابن الأثير أن يقول كل من رفع «إلى آخره» إذ من خفض و والى كذلك إلى غير ذلك (فإن قلت) قد حقق فى فنه أنه لا يجب عليهم إلا تمييز الصورة عما عداها سواء تطابق العرف و اللغة أم لا كما يقولون سعدانة نبت و إن زادوا ففضل لأن اللغوى إنما يعرف بالتعريف اللفظى (قلت) تعريفه بالصوت و السماع خال عن التمييز قطعاً فلا مناص عن التوجيه بما ذكرناه (و لا- يصح الاستدلال) على مخالفة العرف للغة بأن النياحة مباحة و هى غناء و لا فارق إلا العرف (لأننا نقول) المباح منها ليس إلا ما لا ترجيع فيه و ليس فى أخبارها ما يدل على خلاف ذلك كما ستسمع و أما ما اشتمل على المد و الترجيع فإنه حرام و لو كان على الحسين عليه السلام كما ستعرف (أو نقول) إنها غناء خرج بالنص و الإجماع فتأمل فقد اتضح الحال و لم يبق بحمد الله بعد اليوم فى المسألة إشكال (إلا أن يدعى) أن العرف فى ذلك غير محدود بحد و أن الغناء يصدق عرفاً على الخالى عن التحسين و الترقيق و على الخالى عن المد و عن الترجيع فيكون قصدهم فى اختلاف تعبيرهم عنه أن المدار على العرف على اختلاف صدقه و بيان المعنى العام و هو أن الغنا من مقولات الأصوات كما هو ظاهر جماعة من الفقهاء و اللغويين أو من كفيات الأصوات كما هو ظاهر كثير منهم فيكون

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢

وقد وردت رخصة في إباحة أجرها في العرس إذا لم تتكلم بالباطل و لم تلعب بالملاهي و لم تدخل الرجال عليها (١)

الغرض بيان المعنى العام وأنه ليس داخلا في جنس آخر كما يقولون سعدانه نبت أي ليس بحيوان مثلا (و يدعى أن لا فارق) بين الغناء و النياحة إلا العرف و الذي يسهل الخطب فيما اشتبه أنه من الغناء أو من غيره أن الغنا اسم لما هو في نفس الأمر كذلك لكن التكليف بما هو في نفس الأمر لا يصح إلا مع العلم به فغاية الأمر كفاية الظن الاجتهادي في تعيينه فلو فرض انتفاء الظن كما لو حصل الشك في بعض أفراد الصوت فيصير من حيث إنه مجهول كذلك مجهول الحكم فيدخل في شبهة نفس الحكم و الأصل فيها الإباحة و عدم وجوب الاجتناب (و أما حكمه) فلا خلاف كما في مجمع البرهان في تحريمه و تحريم الأجره عليه و تعلمه و تعليمه و استماعه سواء كان ذلك في قرآن أو دعاء أو شعر أو غيرها حتى قام المحدث الكاشاني و الفاضل الخراساني ففسجا على منوال الغزالي و أمثاله من علماء العامة و خصا الحرام منه بما اشتمل على محرم من خارج مثل اللعب بالآلات اللهو و دخول الرجال و الكلام في الباطل و استندا في ذلك إلى أخبار تقرب من اثني عشر خبرا و هي على تقدير تسليم و صوح دلالتها مخالفة للكتاب المجيد موافقة للعامة محمولة على التقيية مع أنها معارضة بخمسة و عشرين خبرا بين صريحة الدلالة أو ظاهرة على تحريم الغناء مطلقا من غير تقييد و يعضدها الأخبار الدالة على تحريم استماع الغناء و هي ثلاثة أخبار و الأخبار الدالة على تحريم ثمن المغنية و هي خمسة أخبار فلو كان الغناء حلالا بل مستحبا في نحو القرآن و الأدعية و المناجاة كما هو ظاهر كلامهما لما حكم بتحريم سماعه و تحريم ثمن المغنية و أنه سحت و أن تعليمها كفر (ثم) إن هذه الأخبار التي استندوا إليها بين أمره بقراءة القرآن بالحنن و أمره بقراءته بالصوت الحسن و ليس شيء من الأمرين بغناء و في بعضها لم يعط أمتي أقل من ثلاثة الجمال و الصوت الحسن و الحفظ (و في خبر عامي) تغنوا به فمن لم يتغن بالقرآن فليس منا و هو مع ضعفه منزل على معنى استغنوا به أو محمول على التقيية و معارض بما عرفت و بقوله عليه السلام اقرءوا القرآن بألحان العرب و إياكم و لحن أهل الفسوق فإنه سيحى قوم يرجعون القرآن ترجيع الغناء «الحديث» و الأولى بأهل التحصيل أن لا يلتفتوا إلى رد مثل هذه الأباطيل إن هي إلا آراء باردة و مذاهب فاسدة مخالفة لمذهب كنا نعيب على الصوفية فما راعنا إلا و بعض الإمامية قد استحسنت تلك الترهات و أكب على تلك الخرافات

(قوله) (و قد وردت رخصة في إباحة أجرها في العرس إذا لم تتكلم بالباطل و لم تلعب بالملاهي و لم تدخل الرجال عليها)

كما في النهاية و النافع و التذكرة فيما وجدته فيها و التحرير و المختلف و حاشية الإرشاد و إيضاح النافع و المسالك و الكفاية و نفى عنه البأس في الروضة و هو الظاهر من الدروس و جامع المقاصد و كأنه مال إليه أو قال به صاحب مجمع البرهان كما أنه مال إليه في التنقيح لكن النهاية و النافع قد خليا عن اشتراط عدم اللعب بالملاهي و كذا المختلف و كأن الغرض ما لم يكن مستلزما لمحرم (و قد يقال) إن الوجه في ترك القيد المذكور أن اللعب بالملاهي لا يحرم الغناء الجائر و قد نسب القول المذكور إلى المفيد جماعة و لم أجده في المقنعة و لا في كتاب أحكام النساء و ستسمع ما في المقنعة (و يدل عليه) قول الصادق عليه السلام في صحيحة أبي بصير أجر المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس ليست بالتى تدخل عليها الرجال (و قوله عليه السلام) أيضا في خبر أبي

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣

.....

بصير حين سأله عن كسب المغنيات. التي «١» يدخل عليها الرجال حرام و التي تدعى إلى الأعراس ليس به بأس (و قوله أيضا عليه السلام) المغنية التي تزف العرائس لا بأس بكسبها و اختيار التحريم مطلقا في السرائر و الإيضاح و التذكرة على ما نقل عنها الشهيدان و القطيفي و لم أجده بعد التبع و هو ظاهر المقنعة و المراسم و كل من حرم الغناء و لم يستثن فهو كالمصرح قائل بالتحريم و هو



المحكى عن ظاهر الحلبى و فى الدروس أنه أحوط (و حجتهم عليه) تواتر الأخبار بالمنع كما فى الإيضاح مع ضعف أخبار المسألة عن المقاومة لها سندا و عددا و دلالة إذ غايتها نفى البأس عن أجرها لا نفيه عن غنائهن و لا عن أجره (سلمنا) أن الظاهر الثانى (لكنه) غير ملازم لنفى الحرمة و أنه مباح فى العرس إلا أن تثبت الملازمة (و فيه) أن الملازمة ثابتة بالاستقراء الحاصل من تتبع الأخبار الدالة على الملازمة بينهما فى كثير من مسائل المكاسب لكنها قاصرة الدلالة من وجه آخر و هو أنها ليست وافية بجميع ما اشترطه لكن هذا غير ضار قطعا و السند منجبر بالشهرة «فتأمل» و العرس خاص بالترويح كما فى كتب اللغة فلا يتعدى إلى الختان و نحوه و عن القاضى أنه كرهه و لعله أراد التحريم لأنه من القدماء و لسانهم فى الكراهية معلوم و لم يستثن شىء فى الشرائع و الإرشاد و اللمعة (و المراد) بعدم دخول الرجال عليها عدم سماع صوتها للقطع بالتحريم و إن لم يدخلوا و ذلك إذا كانوا أجنب (و يحتمل العموم) لإطلاق النص (و المراد بالملاهى) ما لا يجوز مثله فى العرس فالدف الذى لا صنع فيه و لا جلاجل يجوز لعبها به عند جماعة و الأقوى فى ذلك عندنا الحرمة لما سيأتى «و استثنى» المحقق فى باب الشهادات و المصنف فى الكتاب و الشهيد فى الدروس و صاحب الكفاية فى المقام الحداء كدعاء لسير الإبل و كأنه قال به المقدس الأردبيلى و فى الكفاية أنه هو المشهور «فتأمل» و قد اعترف جماعة بعدم الوقوف على دليل عليه (قلت) لعل دليله بعد الأصل (ما روى) أنه صلى الله عليه و آله و سلم قال لعبد الله ابن رباحه حرك بالنوق فاندفع يرتجز و كان عبد الله جيد الحداء و كان مع الرجال و كان أنجش مع النساء فلما سمعه تبعه فقال صلى الله عليه و آله و سلم لأنجشه رويدك رفقا بالقوارير يعنى النساء «و له معنيان» و هو على ضعفه محمول على أنه لم يكن غناء لأن الظاهر أنه قسيم له مابين له لشهادة العرف بذلك (و على القول) باستثنائه يقتصر فيه على الإبل فلا يتعدى إلى البغال و الحمير (و حكى فى جامع المقاصد) عن بعضهم استثناء مراثى الحسين عليه السلام و قد نفى عنه البعد فى الكفاية و هو متجه على مذهبه فى الباب (و قال فى مجمع البرهان) لعل دليل كل ما استثنى أنه ما ثبت الإجماع إلا فى غيرها و الأخبار ليست بصريحة صحيحة فى التحريم مطلقا و الأصل الجواز فما ثبت تحريمه حرمانه و الباقي يبقى (و فيه) أن الأخبار و فيها الصحيح و الإجماعات و الفتاوى على تحريم الغناء بهذا اللفظ أعنى معرفا فيكون عاما (إلا أن تقول) إن عموم المفرد المعرف سواء كان من دليل الحكمة أو من غيره ليس لغويا حتى يتناول النادر فيكون عمومها عموما عرفيا متناولا للشائع من أفراد و الحداء و مراثى الحسين عليه السلام ليسا من أفراد الشائعة (و لئن سلمنا) ذلك فى الحداء لا نسلمه فى مراثى الحسين عليه السلام (و إن قلنا) إن المرجع فى معرفة الغناء إلى العرف ارتفع الإشكال عن مراثى الحسين عليه السلام «فليتأمل جيدا» (لكننا نقول) إن الأحكام تتعلق بالطبائع فيكون تحريمه لمكان تعليق الحكم على الماهية فيستلزم العموم للغوى إما لأنها علة أو لأن الحكم عليها يستلزم ثبوته لأفرادها و إن لم تدل على العلية فيكون تحريمه كتحریم الزنا و الربا و الخمر و بيع الغرر (و بهذا يندفع) الإشكال عن

(١) مقول قول الإمام عليه السلام (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤

و يحرم أجره النائحة بالباطل و يجوز بالحق (١)

قولهم المطلق ينصرف إلى الأفراد الشائعة و قولهم إنما يحتاج إلى الاجتهاد المطلق فى الأفراد الغير البينة الفردية للمطلق فإن الكلمة الأولى إنما تقال حيث يعلق الحكم على المطلق من حيث الأفراد و يراد الإبراز فى الوجود كما فى قولنا بع بالنقد فإنه ينصرف إلى الشائع و لا كذلك قولنا بع بأى نقد كان و الكلمة الثانية إنما تقال حيث يعلق الحكم على المطلق من حيث الماهية كتحریم بيع الغرر و تحريم الزنا و الربا فإنه هنا يحتاج إلى معرفة الأفراد الغير البينة لأنها مرادة (هذا و إن قلنا) إن عموم المعرف لغوى يتناول الأفراد النادرة لكنه خلاف التحقيق و هذا شىء جرى به القلم ردا على صاحب الكفاية فى ثانى الوجهين فى الجمع بين الأخبار فتعرض

للمسألة الأصولية وبنى عليها ما بنى و من المعلوم أنه لم يحرها في أصوله و بذلك يعرف حال كلام المقدس الأردبيلي. ثم أيد هذا القول في مجمع البرهان بأن البكاء و التفجع عليه مطلوب و مرغوب و فيه ثواب عظيم و الغناء معين على ذلك و إنه متعارف دائما في بلاد المسلمين في زمن المشايخ إلى زماننا هذا من غير نكير و أيده بجواز النياحة بالغناء و أخذ الأجرة عليها إذ الظاهر أنها لا تكون إلا معه و بأن تحريم الغناء للطرب على الظاهر و ليس في المراثي طرب بل ليس إلا مطلق الحزن و قضية هذا الأخير مع مخالفته لنص أهل اللغة و المعرفين له جواز مطلق المراثي فهو كغيره مما أيد به محل منع. إلا شهادته باستمرار الطريقة في زمن المشايخ من غير نكير فإنها شهادة أوثق الناس و أعرفهم فهو نقل سيرة مستقيمة و إجماع مستمر (ثم إنا قد نقول) إن تحريم الغناء كتحريم الزنا أخباره متواترة و أدلته متكاثرة عبر عنه بقول الزور و لهو الحديث في القرآن و نطقت الروايات بأنه الباعث على الفجور و الفسوق فكان تحريمه عقليا لا يقبل تقييدا و لا تخصيصا و الأخبار الواردة في ذلك «١» محمولة على التقية فليحظ ذلك. و أما الرقص و الهلاهل و الرويد في غير حال الحرب و حض الرجال على القتال فالحزم اجتنابه بل لعله يحرم فعله لأنه من اللهو أو الباطل و الحازم يجتنب الشبهات خصوصا عند اشتباه الموضوعات و يأتي عند الكلام على القمار و ما يتعلق به بيان حال اللعب و اللهو (قوله) (و يحرم أجر النائحة بالباطل و يجوز بالحق)

أما حرمة أجر النائحة بالباطل فهو خيرة المقنعة و النهاية و المراسم و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعنة و الروضة و المسالك و المجمع و الكفاية و الرياض و عن المنتهى الإجماع عليه و عليه أو على التقية أو على الكراهية يحمل إطلاق الأخبار المانعة عن أجر النائحة و النياحة و هو (ما رواه في الكافي) عن عمرو الزعفراني و ما رواه في الفقيه في حديث المناهى و فيه أنه صلى الله عليه و سلم نهى عن النياحة و الاستماع إليها و ما رواه في الخصال و في معانى الأخبار و لعل الشيخ في المبسوط و ابن حمزة أخذوا بظاهر هذه الأخبار فحرماها مطلقا فيما حكى عنهما و ادعى في المبسوط على ذلك الإجماع و هو معارض بمثله موهون بمصير الأكثر إلى خلافه كما يأتي (و المراد بالباطل) ذكر ما لا يجوز ذكره مثل الكذب و قد يلحق به أو يدخل فيه ما إذا سمع صوتها الأجانب كما نبه على ذلك في جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و قد يراد بالباطل الهجر كما في الخبر و لا- ينبغي له «٢» أن تقول هجرا فإذا جاء الليل فلا تؤذى الملائكة بالنوح (و الهجر) بالضم الإفحاش و الخنا كما في الصحاح و أما جواز أخذ الأجر إذا ناحت بالحق فعن

(١) بذلك خ ل

(٢) كذا في نسخة و الظاهر لها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥

و القمار حرام و ما يؤخذ به حتى لعب الصبيان بالجوز و الخاتم (١)

المنتهى الإجماع عليه و هو خيرة المقنع و المقنعة و النهاية و السرائر و النافع و التذكرة و شرح الإرشاد للفخر و حواشى الكتاب للشهيد و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و الرياض و الحدائق و هو المفهوم من عبارة من اقتصر على ذكر تحريم أجرها إذا ناحت بالباطل و هم من عرفتهم و لعل الأولى التقييد بكونها على أهل الدين كما في المقنعة و النهاية لأنه ربما قد يتأمل في جوازها على المخالف و الكافر و إن قالت صدقا (و يدل على المشهور) أخبار كثيرة مستفيضة قولاً و فعلاً و تقريراً «١» (قال الصادق عليه السلام) في موثق يونس قال أبى عليه السلام يا جعفر أوقف لى من مالى كذا و كذا لنوادب يندبني عشر سنين بمنى أيام منى و إن فى ذلك إظهارا لما خفى من علو شأنهم فى زمن زين العابدين عليه السلام و نقصا لظالمهم و تشييدا لمعرفتهم و جهم و أهل الموسم إنما يسمعون فى النياحة اللغظ و الضجة و لا يميزون بين الأصوات و ليس ذلك بحرام قطعا و ما هو إلا كروية المرأة متلفعة بالإزار الشامل

(و قد يقال) إن في ذلك دلالة على عدم التحريم مع سماع الأجنب و لم يدل خبر من أخبار الباب على جواز الترجيع فيها و الإطراب فلم تكن مستثناة من الغناء بل قد يقال إنها و إن اشتملت على الترجيع و المد بحيث لم تخرج عن صفة النياحة لم تحرم للعرف الفارق بينها و بين الغناء «و فيه تأمل» و ما في موثقة سماعة من قوله سألت عن كسب المغنية و النائحة فكرهه فمحمول على عموم المجاز بالمعنى المتعارف و القول بالكراهية مطلقا غير بعيد كما نص عليه في التهذيب و غيره لمكان الموثقة المذكورة و غيرها أو تخص بما إذا شرطت لمكان خبر حنان بن سدير حيث قال له قل لها لا تشارط كما نص على ذلك في التذكرة و غيرها و القائل بالإطلاق يقول بتأكيدها مع الشرط كما في التحرير و هو الموافق للقواعد الأصولية إذ لا يجب في المقام على المذهب الصحيح حمل المطلق على المقيد لأن الكراهة مما تتزايد و تتأكد و لا كذلك الوجوب و التحريم و إن كان بعضه أعظم من بعض «فتأمل» و لا ينافي وصية مولانا الباقر عليه السلام و فعل سيدة النساء عليها السلام و الفاطميات يوم الطف و بعده للقطع بالفرق بينهم و بين غيرهم و يستفاد من الخبر الذي ذكرناه آنفا أن الكراهة تتأكد ليلا

(قوله) (و القمار حرام و ما يؤخذ به حتى لعب الصبيان بالجوز و الخاتم)

يريد أن عمل القمار حرام و هو اللعب بالآلات المعدة له على اختلاف أنواعها من الشطرنج و النرد و غير ذلك و التحريم مذهب الأصحاب كما في شهادات المسالك و نحوه ما في كشف اللثام (و قال في المنتهى) القمار حرام بلا خلاف بين العلماء و كذا ما يؤخذ منه (إلى أن قال) فإن جميع أنواع القمار حرام من اللعب بالنرد و الشطرنج و الأربعة عشر و اللعب بالخاتم حتى لعب الصبيان بالجوز على ما تضمنته الأحاديث ذهب إليه علماؤنا أجمع (و قال في مجمع البرهان) بعد ذكر تحريم القمار و اللعب به حتى لعب الصبيان دليل الكل الإجماع «انتهى» و الفتاوى قد طفحت بذلك في الباب و باب الشهادات (قال في التذكرة) القمار حرام و تعلمه و استعماله و أخذ الكسب به حتى لعب الصبيان بالجوز و الخاتم (و أما الأخبار) فإنها قد تزيد على خمسة عشر خبرا و كما تضمنت تحريم اللعب بذلك و الأكل منه تضمنت حرمة حضور المجالس التي يلعب فيها و النظر إلى

□

(١) قد أقر أم سلمة حيث ناحت على ابن عمها بحضرة صلى الله عليه و آله قالت شعرا «أنعى الوليد بن الوليد» «أبا الوليد فتى العشيعة» و كانت سيدة النساء سلام الله عليها تقول يا أبتاه من ربه ما أدناه يا أبتاه إلى جبريل أنعاه «إلخ» (منه) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦

و الغش بما يخفى كمزج اللبن بالماء و تدليس الماشطة و تزين الرجل بالحرام (١)

ذلك و فيها الصحيح. و في خبر مستطرفات السرائر أن السلام على اللاهي بها معصية و كبيرة موبقة و الخائض فيها كالخائض يده في لحم الخنزير لا صلاة له حتى يغسل يده كما يغسلها من لحم الخنزير و الناظر إليها كالناظر إلى فرج أمه «إلى أن قال» و من جلس على اللعب بها فقد تبوأ مقعده من النار «الحديث» و هو طويل و لا مانع من العمل بهذه الأخبار الموافقة للاعتبار إلا الأصل و عدم العامل بجميع ما تضمنته ثم إنه لا ريب في تحريم اللعب بذلك و إن لم يكن فيه رهان سواء كان قصد الحدق أو اللهو كما نص على ذلك في الكتاب و الدروس في باب الشهادات و جامع المقاصد في المقام عملا بإطلاق النصوص و الفتاوى و إن كان أصله أى القمار بالكسر الرهن على اللعب بشيء من هذه الأشياء كما هو ظاهر القاموس و النهاية أو صريحهما و صريح مجمع البحرين و قال في الأخير و ربما أطلق على اللعب بالخاتم و الجوز و ظاهر الصحاح و المصباح المنير و كذلك التكملة و الذيل أنه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقا أى مع الرهن و دونه و به صرح في جامع المقاصد و ما ترتب على ذلك يجب رده على المالك و لو فعله الصبيان فالمكلف برده الولي و لا يجوز له تمكينهم من أخذه و لا التصرف فيه (و تنقيح البحث) أن يقال إن ما اعتيدت به المقامرة و المغالبة حتى صار من الملاهي فحرام صنعه و نفعه حتى لعب الصبيان و ما لم يعتد كذلك بحيث لا يدخل في الملاهي فحرام نفعه دون فعله

كما هو الشأن في اللعب و اللهو فإن تحريمهما إنما هو في اللعب المعروف المعتاد و الملاهي التي كذلك دون ما كان خاصا غير مشهور و لا- معتاد كالمداعبات بالأبدان كما ربما يقع من بعض أهل الديانات لأن الإطلاق إنما ينصرف إلى الفرد الشائع و اللهو و الآلة إنما ينصرف إلى ما شاع منهما فليلاحظ ذلك (و يمكن) أن تكون حتى في عبارة المصنف عاطفة على القمار حتى يصير التقدير و يحرم القمار و لعب الصبيان و يكون تعلق التحريم بلعبهم مصروفا إلى الولي «فتأمل»

(قوله) (و الغش بما يخفى كمزج اللبن بالماء و تدليس الماشطة و تزين الرجل بالحرام)

كما صرح بذلك كله في الشرائع و النافع و الإرشاد و التحرير و التذكرة و المنتهى على ما حكى عنه و التحرير و الدروس و اللعنة و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها و هو خيرة المقنعة و النهاية تصريحاً في بعض و مفهوماً في بعض كما ستسمع لكن لم يقيد فيهما كالسراير الغش بما يخفى و لم يذكر في المقنع و المراسم سوى تدليس الماشطة و قد نص عليه أيضاً في السراير و اختلفت هذه الكتب الثلاثة في الإطلاق و التقييد كما ستعرف (و تنقيح البحث في المسائل الثلاث) أن يقال قال في المنتهى على ما حكى عنه و حاشية الإرشاد و الحدائق و كذا الرياض إنه لا خلاف في تحريم الغش بما يخفى غير أن في الرياض لا خلاف ظاهراً (و يدل عليه) صحيحاً هشام ابن سالم و هشام ابن الحكم أو حسنتاهما و خبر السكوني و غيرها من الأخبار المستفيضة الصريحة الدلالة و احرص بالقيود عن مقابله كمزج الحنطة بالتراب و التبن و غيرها برديتها فإن ظاهر كلامهم ما عدا الشيخين و ابن إدريس جواز ذلك كما نص على ذلك جماعة كالمحقق الثاني في جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الشهيد الثاني في كتابيه و الخراساني و البحراني و شيخنا صاحب الرياض و مال إليه أو قال به مولانا الأردبيلي و قالوا ما عدا الخراساني إنه مكروه و اقتصر هو على الجواز من دون ذكر كراهية و لعل دليلهم الأصل و اختصاص أخبار الباب بحكم التبادر بمحل القيد و أنه مشاهد للعب عالم به فإنه اشترى غير الجيد بثمنه و لذلك وجب تنزيل عبارة الشيخين و ابن إدريس على المشهور و يدل على ذلك قول أحدهما عليهما السلام

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧

.....

في خبر محمد بن مسلم إذا رأيا جميعاً فلا بأس و قوله عليه السلام في حسنة الحلبي لا يصلح أن يفعل ذلك يغش به المسلم حتى يبينه و لعل دليل الكراهية توهم احتمال شمول النص له مع إمكان غفلة المشتري عنه سيما مع كثرة الجيد إذا خلط بالردىء و أما إذا غش بقصد إصلاح المال لا بقصد الغش لم يحرم (للأصل) و تبادر غير هذه الصورة من أخبار الغش (و للصحيح) عن الرجل يشتري طعاماً فيكون أحسن له أن يبله من غير أن يلتمس منه زيادة فقال إن كان يباع لا يصلحه إلا ذلك و لا ينفعه غيره من غير أن يلتمس منه زيادة فلا بأس و إن كان إنما يغش به المسلم فلا يصلح فتراه كيف اعتنى و فصل و أعاد (و من الغش الحرام) وضع الحرير في البرودة ليكتسب ثقلاً كما في الروضة و يلحق بالغش في الحكم ما إذا لم يكن الغش من فعله لكنه لم يظهره حين يبيعه و نقله و الغش يكون بإدخال الأدنى في الأعلى أو المراد بغيره أو إظهار الصفة الجيدة فيدخل في التدليس (و يبقى الكلام) فيما إذا باع حيث يكون قد غش و فعل حراماً هل يصح البيع أم لا (جزم بالأول) في حاشية الإرشاد و المسالك و بالتالي في مجمع البرهان و تردد في جامع المقاصد و الكفاية و احتج في المسالك بأن حكمه حكم ما لو ظهر في المبيع عيب من غير الجنس (و قال) ربما احتتم البطلان بناء على أن المقصود بالبيع هو اللبن و الجارى عليه العقد هو المشوب فيكون كما لو باعه هذا الفرس فظهر حماراً و قال قد ذكروا في هذا المثال أشكالاً من حيث تغليب الإشارة أو الاسم و الفرق بينه و بين ما نحن فيه واضح انتهى (قلت) المحتمل المحقق الثاني في جامع المقاصد و كما أن الفرق المذكور ظاهر كذلك قد نقول إن الفرق ظاهر بين ما نحن فيه و بين ما ذكره هو في توجيه الصحة من أن حكمه حكم ما لو ظهر في المبيع عيب لأن ما نحن فيه مما استفاضت الأخبار كما عرفت بالنهي عن بيعه و الظاهر أنه من حيث عدم صلاحيته للبيع من حيث الغش فكان كبيع العذرة و نحوها و إن اختلف الوجه في كل منها هذا من حيث الغش و هذا من حيث

النجاسة ونحوها ولا كذلك ما فيه عيب فإن عموم أدلة صحة البيع ظاهرة فى تجويز بيع ما فيه عيب من غير الجنس و صحته فيما عدا المعيب و بطلانه فيه مع جبره بالخيار للمشتري بين الفسخ و أخذ الباقي بحصته من الثمن إذا لم يكن البيع بالمجانس كمائة درهم بمائة درهم فإنه حينئذ قد يقال بالبطلان فى الجميع لأن البيع حينئذ يكون قد وقع على مائة بتسعة و تسعين درهما فيتوجه إليه الربا لأن وجود الدرهم المعيب حينئذ كعدمه فليتأمل فى جميع ما ذكرنا و يجب تقييد عبارة المسالك بما أشرنا إليه (هذا) كله إذا كان بعض المبيع معيبا (و أما إذا كان كله معيبا) فإنه يبطل فى الجميع إجماعا كما إذا باعه هذا الذهب بفضة فوجد الذهب كله نحاسا أو باعه ثوبا كتانا فبان صوفا و هذا هو الذى أشار إليه فى المسالك فى حجة محتمل البطلان و لذلك قال إن الفرق بين المقامين واضح لكن الأصحاب فى المقام المذكور أطبقوا على عدم الالتفات إلى الإشارة و حكموا بالبطلان و قد نص عليه فى المبسوط و الخلاف و الوسيلة و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و غيرها و وافقهم على ذلك جم غفير من العامة لأن ما وقع عليه العقد غير مقصود و ما قصد لم يقع عليه العقد و لم يستشكلوا فى المقام أصلا (و لا تصغ) إلى ما فى التذكرة «١» و جامع المقاصد و المسالك فإنهم فى باب الصرف حكموا بالبطلان فى مثل ما إذا باعه ثوبا كتانا معينا فبان صوفا حكم بذلك الشهيد فى الدروس و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و الشهيد الثانى فى المسالك و غيرهم كما عرفت (بل قال فى المسالك) إنه واضح و إنما استشكلوا فيما لو نوى الاقتداء بزيد فبان أنه عمرو

#### (١) الذكرى خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨

.....

قالوا فى صحة القدوة ترجيحاً للإشارة و عدمها ترجيحاً للاسم وجهان (و أول) من فتح باب الشك فى ذلك الشهيد فى الذكرى و تبعه بعض من تأخر و نحن رجحنا هناك الصحة إذا كانا عادلين عنده لوقوع التعيين بالإشارة و عدم ثبوت ضرر فيما اعتقده خطأ لأن المناط هو تعيينه بإشارته إذ دليل وجوب التعيين فى النية هو تحقق الامتثال العرفى و الظاهر كفاية هذا القدر من التعيين و لا كذلك الحال فى العقود إذ لا بد فيها من عدم تخلف القصد عما وقع عليه العقد فحال العقود كما إذا كان المشار غير عادل عنده فإن القدوة باطله إذا لم يعلم حتى خرج أو علم فى الأثناء بعد ترك القراءة حتى رجع فتأمل (و قول الشهيد) و من وافقه (ففى) ترجيح الإشارة على الاسم فتصح أو بالعكس فتبطل (نظر غير جيد) لأنهم لو بنوا على كفاية أحد التعيينين صحت صلاته على التقديرين و لو بنوا على لزوم التعيين التام فى التعيين لم تصح صلاته على التقديرين فتأمل. و إنما تبطل على تقدير ترجيح الاسم فى صورة عدم حضور عمرو على ما هو مقتضى كلامهم إذ مقتضاه أنه لو كان عمرو حاضرا و قابلا لاقتدائه به تعيين اقتداؤه به و كونه إماما له و صحت صلاته (و قد صححنا) صلاته «١» فيما إذا ردد بين كون إمامة زيد العدل أو عمرو الذى هو كذلك و عين بإشارته هذا الحاضر منهما و قد أوضحنا المقام فى باب الصلاة. و هذا شىء جرى به القلم لأن كان قد تعرض له فى جامع المقاصد و المسالك و غيرهما فأردنا بيان الحال فى ذلك و أنهم خلطوا بين المسألتين (و قد ظهر) أن ما نحن فيه ليس من تعارض الاسم و الإشارة لأنه مع اختلاف الجنس و عدم انقلاب الحقيقة فظاهر أنه ليس منه كما إذا اتحد الجنس (نعم يتجه ذلك) مع اختلاف الجنس و انقلاب الحقيقة و يكون البيع حينئذ باطلا- قطعاً (و قد نقول) حينئذ إن بيع المغشوش الذى لم تنقلب حقيقته لا- مانع من صحته و يثبت للجاهل خيار العيب أو الوصف أو التدليس على اختلاف أنواع الغش لعموم ما دل على الخيارات الثلاثة و النهى فى جملة من أخبار الباب متوجه إليه أى الغش لا إلى البيع المترتب عليه و قصد الحرام بلا شرط لا يفسد كما تقدم (إلا أن) فى الأخبار الصحيحة و غيرها ما يفيد تعلق النهى بنفس البيع الظاهر فى الفساد فليلاحظ ذلك و ليتأمل فيه. (هذا تمام الكلام فى الغش و ما يتعلق به) (و أما تدليس الماشطة) فعلى

حرمته الإجماع في مجمع البرهان (و في الرياض) لا خلاف فيه و قد أطلق جماعة كثيرون كالكتاب (و في المقنع) لا تصل شعر المرأة بشعر غيرها و أما شعر المعز فلا بأس بأن يوصل بشعر المرأة (و في المقنعة و النهاية) و كسب المواشط حلال إذا لم يغشش و لم يدلن في عملهن فيصلن شعر النساء بشعر غيرهن من النساء «٢» و يشمن الخدود و يستعملن ما لا يجوز في شريعة الإسلام فإن وصلن شعورهن بشعر غير النساء «٣» لم يكن بذلك بأس انتهى فلي تأمل (و في السرائر) و عمل المواشط بالتدليس بأن يشمن الخدود و يحمرنها و ينقشن الأيدي و الأرجل و يصلن شعر النساء بشعر غيرهن و ما جرى مجرى ذلك و قد تبعه على ذلك كله الشهيد في الدروس و المحقق الثاني في حاشيته و من تأخر عنهما (فقد تحصل) أن الحرام هو إبراز حسنها و إخفاء قبحها لترغب فيها الخطاب أو تشتريها التجار للإجماع و الأخبار و لا فرق في ذلك بين الحرة و الأمة التي يراد بيعها كما نص على ذلك جماعة و الظاهر أن ذلك غير مخصوص بالماشطة بل لو فعلت المرأة بنفسها ذلك فكذلك كما في المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها لعموم المعبرة الناهية عن كل غش بل لو فعلت أولا-لا- للتدليس ثم حصل في ذلك الوقت زوج أو مشتر فأخفاؤه مثل فعله و لو فعلت المتزوجة أو المشتراة فلا تحريم لانتفاء التدليس و الأصل و الخبر الذي رواه سعد

(١) و صحوا خ ل

(٢) الناس خ ل

(٣) الناس خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩

.....

الإسكاف لا بأس على المرأة بما تزينت لزوجها (قال) قلت له بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه و سلم لعن الواصلة و الموصولة «١» قال ليس هناك إنما لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم الواصلة التي تزني في شبابها فلما كبرت قادت النساء إلى الرجال فتلك الواصلة و الموصولة (و في آخر) عن قرب الإسناد تحف الشعر عن وجهها قال لا بأس بل يستحب كما قد يستفاد من كثير من الأخبار (و نقل) في المسالك و مجمع البرهان عن بعضهم أنه لا بد من استئذان الزوج في ذلك و لعلهما أراد المحقق الثاني حيث قال و لو أذن الزوج فليس تدليسا و قد عرفت أن الأصل و الأخبار تدل على الإباحة بدون الشرط المذكور مضافا إلى تكليف الزوج بإزالة المنفرت و إظهار المحاسن و قد يكون مراد المحقق المذكور ما إذا كان مثل الوشم و التوشير «٢» إذ الظاهر أنه لا بد من إذنه في ذلك إذ قد يخاف من المرض في الأول إذا كثرت و على الأسنان في الثاني فتأمل (و قد نص) جماعة على أنه لا بأس بكسبها مع عدم التدليس و هو الظاهر من كلام الباقيين (و قال) بعضهم كالصدوق في المقنع و غيره إن الأفضل لها أن لا تشارط و تقبل ما تعطى و لعله لما رواه في الفقيه مرسلا قال (قال عليه السلام) لا بأس بكسب الماشطة إذا لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأة بشعر غيرها و أما شعر المعز فلا بأس بأن يوصل بشعر المرأة و يستفاد منه وجود البأس مع الأمرين فيحمل على الكراهية للأصل و قصور الرواية و أعمية البأس من الحرمة لكن هذا متوجه «٣» في القيد الأول و أما الثاني فقد صرح به أيضا فيما رواه (في الكافي) بسنده عن محمد بن مسلم (و في معاني الأخبار) بسنده عن علي بن غراب فقد اتفقت هذه الأخبار على النهي عن وصل الشعر بشعر امرأة غيرها و ظاهر خبر سعد المتقدم أنه لا بأس بما تزينت به المرأة و إن كان بوصل شعرها بشعر غيرها و تضمن أن الواصلة و المستوصلة القائدة و المقودة «٤» كما سمعته و حمل هذه على قصد التدليس عند إرادة التزويج كأنه بعيد خصوصا في المرسل و قد بينا جواز الصلاة في شعر الغير (و قد يحمل) على ما إذا أخذ من ميتة فإنه يحتمل أنه يجب دفنه أو على ما إذا قصته بغير إذن زوجها (و الذي يسهل الخطب) أن في الخلاف و المنتهى الإجماع على أنه يكره للمرأة أن تصل شعرها بشعر غيرها رجلا كان أو امرأة و أن صلاحها صحيحة

و بذلك صرح في المبسوط وغيره (و نقل) ابن إدريس أنه روى أن النبي صلى الله عليه و سلم لعن الواصلة و المستوصلة أى فى الشعر و الواشمة و المستوشمة و الواشرة و المستوشرة و فى المنتهى رواها و نسبها إلى الجمهور مع زيادة النامصة و المستنمصة (قال فى النهاية) النامصة التى تنتف الشعر من الوجه و أنت قد عرفت أن هذه الرواية قد رواها فى كتاب معانى الأخبار بسنده عن على بن غراب عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام (قال) لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم النامصة و المستنمصة «الحديث» و قد تحمل على ما إذا كان لريبه أو تدليس أو غير ذلك مما سلف أو بغير إذن الزوج فى الوشم و الوشر فتأمل (و أما تزيين الرجل بالحرام) ففى المقنعة و النهاية ما يعطى أن المراد بالحرام الذهب و ما حرم من الحرير (قالا) فى الكتابين و معالجة الزينة للرجال بما حرمه الله عليهم حرام و به فسر فخر الإسلام و المقداد و المولى الأردبيلي عبارة النافع و الإرشاد و على هذا فالحكم مما لا ريب فيه و ربما فسر الحرام بلبس السوار و الخلخال و الثياب المختصة بالنساء فى العادات (و قد يلوح من المسالك) أن هذا هو المراد من عبارة الشرائع و غيرها حيث فسرنا بذلك ثم قال و منه تزيينه

(١) و المستوصلة خ ل

(٢) و شرت المرأة أنيابها من باب وعد إذا حددتها و رققتها (مجمع)

(٣) متجه خ ل

(٤) و المقادة خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠

و معونة الظالمين فى الظلم (١)

بالذهب «إلى آخره» و فى الكفاية لا أعلم عليه حجة و كأن دليله الإجماع و هو غير ظاهر و نحوه ما فى مجمع البرهان مع زيادة عدم ظهور كونه غشا (قلت) دعوى الإجماع غير مستنكرة مع أنه من لباس الشهرة المنهى عنه فى الأخبار المستفيضة (منها) الشهرة خيرها و شرها فى النار (و منها الصحيح) أن الله يبغض شهرة اللباس (و الخبر) من لبس ثوبا يشهره كساه الله يوم القيامة ثوبا من النار و فى آخر كفى بالمرء خسرا أن يلبس ثوبا يشهره مضافا إلى النصوص المانعة عن تشبيه كل من الرجال و النساء بالنساء و الرجال (ففى الخبر) لعن الله تعالى المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال رواه فى الكافى بسنده عن جابر عن أبى جعفر عليه السلام (و فى العلل) عن عمر بن خالد عن زيد بن على عن آباءه عليهم السلام (إلا أن تقول) الظاهر من هذه التشبيه باعتبار التأنيث و التذكير لا باعتبار اللبس و الزى كما يعطيه خير العلل أن عليا عليه السلام رأى رجلا به تأنيث فى مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال إخرج عن مسجد رسول الله صلى الله عليه و سلم ثم قال على عليه السلام سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء «الحديث» لكن فى غيره بلاغا على تقدير التسليم و قصور السند منجبر بالشهرة و الاعتبار مع ما فيه من إذلال المؤمن نفسه المنهى عنه شرعا لكن ذلك قد لا يتأتى فى النساء إذا قصدن الزينة فتأمل (و لا فرق) بين فعله فى نفسه أو مباشرة الغير له كما فى جامع المقاصد و غيره (قال فى المسالك) إلا أن المناسب فى المقام فعل الغير بهما ليكتسب به أما فعلهما بأنفسهما فلا يعد تكسبا إلا على تجوز بعيد (و مما ذكر) يعلم انسحاب الحكم فى تزيين المرأة بلباس الرجل مع عدم القائل بالفرق كما نص على ذلك فى جامع المقاصد و الروضة و المسالك و غيرها. و يحرم على الرجال لبس الذهب و إن كان طليا فى خاتم كما فى الكتاب فى الشهادات و غيره و فى شرح الإرشاد لفخر الإسلام و التنقيح و لو جزء لا يتجزى و يظهر من الكتاب فى باب الشهادات و غيره أن لبس الحرير كبيرة موبقة يفسق فاعله أصر أو لم يصر كما استظهر ذلك كاشف اللثام من الكتاب فى المحل المشار إليه و باختلاف البلدان و الأحوال تختلف ملابس النساء و الرجال و الخنثى يجب عليها ترك الزينتين و تلبس ما جاز لهما معا

(قوله قدس سره) (و معونة الظالمين فى الظلم)

كما فى السرائر و التذكرة و التحرير و الدروس و اللعة و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و الروضة و غيرها و لعله المراد من إطلاق النهاية حيث قال و معونة الظالمين و لا ريب أنه داخل فيما نهى عنه كما عبر به فى المقنعة و المراسم حيث قال و معونة الظالمين على ما نهى عنه و فى الحرام (١) و ما يحرم كما فى الشرائع و الكفاية و الإرشاد و فى قوله فى النافع و المعونة على المظالم و لا تحرم معونة الظالمين فى غير الظلم كما تعطيه عباراتهم و به صرح فى السرائر و جامع المقاصد و الروضة و الكفاية و غيرها و يفهم من تقييدهم بالظلم و الحرام و ما يحرم و ما نهى عنه أن الحكم جار فى مطلق العصاة الظلمة حتى الظالمين لأنفسهم بعضيهم و إن لم يكونوا أصحاب حكم و رئاسة أو أنهم مرادون فى الظالمين فترجع المسألة إلى قولنا تحرم الإعانة فى المحرمات لكل أحد و على كل حال (فالدليل على ذلك) العقل و النقل كتابا و سنة و إجماعا و يحتمل أن يراد من الظلم غيره لأنه المتبادر إلى الفهم لا مطلق العاصى و الفاسق فيكون حكم الأخير متروكا فى كلامهم و إن جرى فيه الدليل المذكور «فتأمل» و إن أبقينا عبارة النهاية على ظاهرها

(١) يعنى و داخل فى الحرام (حاشية)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١

.....

كان مراده بالظالمين؟؟؟ كما هو الموافق للاعتبار و يعطيه سوق الأخبار و عبارتها (١) متونها (٢) لا مطلق الظالم و الفاسق و كانت أى عبارة النهاية موافقة لظواهر كثير من الأخبار و صريح جملة وافية (٣) منها و فيها الصحيح و المعبر كقول أبى جعفر عليه السلام فى صحيح أبى بصير يا أبا محمد لا و مدة بقلم و قول أبى عبد الله عليه السلام فى خبر ابن أبى يعفور (٤) مثله و فى خبر يونس بن يعقوب لا تعنهم على بناء مسجد و خبر صفوان بن مهران الجمال (إلى غير ذلك) من الأخبار الصريحة فى حرمة إعانة الظالمين فى المباحات و الطاعات إلا أن ظاهر أكثر الأصحاب و صريح الباقيين بغير خلاف يعرف اختصاص التحريم بالإعانة فى المحرمات كما عرفت (فإعراض الأصحاب) عن هذه الأخبار على ما هى عليه من الصراحة و التظافر بل التواتر لأن الصريح منها تسعة أخبار و الظاهرة منها متظافرة مع عدم المعارض سوى الأصل.

(إما) لاحتمال المباحات و الطاعات فيها ما عرض لها التحريم بغضب و نحوه كما هو الأغلب فى أحوالهم لكنه بعيد عن حب البقاء المجامع للإعانة على المباحات و الطاعات «أو» لأنهم حملوها على ما إذا استلزمت الإعانة تكثير سواد أو تعظيم شأن أو إيهاهم أنهم على الحق و لا ريب فى حرمتها حينئذ كما يرشد إليه قول الصادق عليه السلام فى خبر على بن بنى أمية وجدوا من يكتب و يجبى لهم الفىء و يقاتل عنهم و يشهد جماعتهم ما سلبونا حقنا و لو تركهم الناس و ما فى أيديهم لما وجدوا شيئا (٥) إلا ما وقع فى أيديهم و ما كان من الإعانة لا بقصدها و لا مستلزما لشيء مما ذكرنا بل دعى إليه الضيق و الشدة فليس بحرام بل يكره لمشابهته الإعانة كما نص عليه بعض من تأخر (٦) و نبه عليه خبر ابن أبى يعفور (قال) كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فدخل عليه رجل من أصحابنا فقال له أصلحك الله إنه ربما أصاب الرجل منا الضيق و الشدة فيدعى إلى البناء بينه أو النهى يكرهه أو المسناة يصلحها فما تقول فى ذلك (فقال) أبو عبد الله عليه السلام ما أحب أنى عقدت لهم عقدة أو وكيت لهم وكاء و إن لى ما بين لابتياها لا و لا مدة بقلم إن أعوان الظلمة يوم القيامة فى سرادق من نار حتى يحكم الله عز و جل بين العباد (فقوله عليه السلام) لا أحب ظاهر فى الكراهة (و أما ما ذكر) فى ذيل الخبر من التعليل فيحتمل أن يكون المراد من ذكره بيان خوف الاندراج فى أفراد مصداقه و قد حمل الأخبار المذكورة جماعة على الكراهية و شدة المبالغة لكنهم مطالبون بالوجه فى ذلك (و الذى يقتضيه النظر فى الأخبار) ما ذكرناه من أن الإعانة إن كانت عن ميل إليهم لظلمهم أو بقصد السعى فى إعلاء شأنهم و حصول الاقتدار على رعيتهم و تكثير



سوادهم حرمت و إن خلت عن هذه الأشياء و نحوها حلت و إلا لكان ذلك باعثا على أذيتنا و كيف يتم ذلك مع حث أئمتنا لنا على مجاملتهم بل لم تقم لنا سوق و اشتد الأمر علينا مضافا إلى استمرار السيرة و بذلك يحصل الجمع بين الأخبار و الفتاوى بل يظهر من الأخبار إرادة من كان من الظلمة في أيام صدورها (و مما ذكر يعلم) أنه لا يحرم إعانة سلاطين؟؟؟ في الأمور المباحة و يجوز حب بقائهم لإيمانهم و دفع شرور أعدائهم فإنه في الحقيقة محبة للإيمان و حفظه لا لذلك الشخص و فسقه و جوره بل كلما تأمله يكرهه بل لا يبعد جواز ذلك في مخالف أو كافر فعل ذلك كما هو الشأن في المؤلف ثم إنه

(١) أي النهاية (منه)

(٢) أي الأخبار (منه)

(٣) وافرة خ ل

(٤) الموجود في نسخة الأصل خبر ابن يعفور و الظاهر أن لفظه أبي ساقطة من قلمه الشريف (محسن)

(٥) لما وجد شيئا (كذا في نسخة الأصل)

(٦) كالمولى الأردبيلي و غيره (منه قدس سره).

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢

و حفظ كتب الضلال و نسخها لغير النقص أو الحجّة و نسخ التوراة و الإنجيل و تعليمهما و أخذ الأجرة عليهما (١)

لا ريب في جواز إعانة سلاطين الجور للتيقن و الضرورة و من إعانتهم المحرمة التولية عنهم اختيارا و الظاهر أنه لا خلاف في ذلك كما سيأتي بيانه عند تعرض المصنف له (قوله) (قدس الله تعالى روحه) (و حفظ كتب الضلال و نسخها لغير النقص أو الحجّة و نسخ التوراة و الإنجيل و تعليمهما و أخذ الأجرة عليهما)

كما ذكر ذلك كله في التذكرة و التحرير و كذا الدروس و قد صرح في السرائر في موضع منها و الشرائع و النافع و الإرشاد و شرحه و اللمعة و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها بحرمة حفظ كتب الضلال و نسخها لغير النقص و قد نفى الخلاف عن ذلك في التذكرة و المنتهى فيما حكى عنه (وقيد كثيرين) بما إذا كان من أهل النقص (و المصنف) رحمه الله جوز ذلك للحجّة كما جوزة للنقص كما صنع جماعة و زاد آخرون التيقن و يفهم من ذلك أن الأصل في ذلك المنع و ليس غرض من زاد أو نقص الحصر فيما استثناه لأنه لو كان الغرض الاطلاع على الفرق الفاسدة أو تحصيل ملكة البحث أو نقل الفروع الزائدة فلا- بأس (و نص جماعة) على حرمة مطالعتها و آخرون على درسها قراءة و مطالعة (و قال المحقق الثاني) و الفاضل الميسى و الشهيد الثاني و المولى الأردبيلي و غيرهم المراد حفظها عن التلف أو على الصدر و ما ذكر في السرائر و ما بعدها هو ما تعطيه عبارة المقنعة و النهاية و موضع آخر من السرائر (قال في المقنعة) و لا يحل كتابة كتب الكفر و تخليدها الصحف إلا لإثبات الحجج في فسادها و التكبس بحفظ كتب الضلال و كتبها حرام فقد اتفقت الفتاوى على تحريم نسخها و حفظها إلا ما استثنى فكان الإجماع معلوما إذ لا مخالف و لا متردد مضافا إلى ما سمعت عن التذكرة و المنتهى و إذا حرم التكسب بهما كما تعطيه القاعدة و أكثر العبارات لمكان ذكر ذلك في المقام مع تصريح جماعة كثيرين بحرمة بل اقتصر في المراسم على ذكر تحريم الأجر على كتب الكفر و لا مخالفة لأنك ستعرف الموضوع و قضية قولهم يحرم حفظها أنه يجب إتلافها كما صرح بذلك المحقق الثاني و الشهيد الثاني و القطيفي و غيرهم و قد يستدل على أصل الحكم المذكور بمواضع من خبر تحف العقول (منها قوله عليه السلام فيه) و كل منهي عنه مما يتقرب به لغير الله أو يقوى به الكفر إلا في حال الضرورة و منها (قوله عليه السلام) و ذلك إنما حرم الصناعة التي

هى حرام كلها التى يجىء منها الفساد محضاً ولا ريب أن نسخ كتب الكفر والخوارج لغير ما ذكر لا يجىء منها إلا الفساد (و قوله عليه السلام) و ما يكون منه و فيه الفساد و لا يكون فيه شىء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجر عليه و جميع التقلب من جميع وجوه الحركات كلها و من المعلوم أن حفظها و نسخها لغير ما ذكر لا وجه فيه من الصلاح مضافاً إلى أنها بدعة فيجب دفعها من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و يؤيد ذلك أن فى ذلك نوع إعانة على الإثم و قد يحصل منه ميل إليها فيعمل بها و قد ينبى حفظها عن الرضا بها و الاعتقاد بما فيها فلا تصغ إلى ما برقشه بعض متأخرى المتأخرين من الخرافات و أورده من الترهات (إذا عرفت هذا) فعد إلى معرفة كتب الضلال فالظاهر من الأصحاب ما كان كلها ضلالاً و لا سيما المقنعة و النهاية و المراسم و به صرح صاحب إيضاح النافع و المولى الأردبيلي بل ظاهر الأول الإجماع على ذلك كما ستسمع و هو الذى تقتضيه حقيقة اللفظ من دون تجوز و هو معقد الإجماع و مصب الفتاوى كالتوراة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣

و هجاء المؤمنين (١)

و الإنجيل فإنه قد نص المصنف فى التذكرة و المقداد و الكركى و القطيفى على أنهما محرфан و معلوم أنهما منسوخان و ككتب القدماء من الحكماء القائلين بقدوم العالم و إيجاب الصانع و عدم المعاد و كتب عبدة الأصنام و منكرى الصانع (و أما كتب البدع) فى هذه الملة فهى أصناف منها كتب الجبر و نفى الغرض المفردة التى ليس معها غيرها و الكتب المفردة فى خصوص؟؟؟ و كتب الخوارج أصولاً و فروعاً و الفتاوى المفردة لأحد؟؟؟ فهذه حالها حال ما تقدمها و أما ما اشتمل على ذلك من كتبهم مع كونه مشحوناً بما يوافق العدلية ككتب المعتزلة و بعض كتب الأشاعرة و تفاسيرهم و أصول فقهم و الصحاح الست فلا حرمة فيها كما نص على بعض ذلك صاحب إيضاح النافع و البعض الآخر المولى الأردبيلي قال فى إيضاح النافع فيما اشتمل على الضلال و الحق أن إفراز الحق عن الضلال غير مستحسن و ليس من عادة الأصحاب «انتهى» و هو كذلك و ظاهر جامع المقاصد و المسالك أن ما اشتمل على ذلك يجب إتلاف موضع الضلال منه (قال) فى جامع المقاصد و يجوز إتلاف موضع الضلال دون غيره مع الملاحظة على بقاء ما يعد مالا من الورق و الجلد إذا كان من أموال المسلمين أو المنتمى إلى الإسلام دون إتلاف الجميع قطعاً (و مثله ما فى المسالك) غير أنه عبر بالوجوب فإن أبقى كلام المحقق الثانى على ظاهره لم يكن مخالفاً على الظاهر لأن الذى يتحصل من الفتاوى و يشهد به الاعتبار و السيرة و الآثار أن المدار على اختلاف الأغراض و المقاصد و ترتب المصالح و المفساد فما وضع أو حفظ للاستدلال على تقوية الضلال الإسلامى أو الإيمان أو الضلال المخالف للحكم الشرعى الثابت بالدليل القطعى يجب إتلافه من غير ضمان لقيمه لدخوله تحت الوضع للحرام إن وضعت له و تحت ما دل على أن جميع ما من شأنه الفساد يحرم التصرف فيه و قنيتة و حفظه (و أما ما خلا- عن الاحتجاج) كالأخبار و الفتاوى لغير أصحابنا؟؟؟ حفظها و نسخها و لا يجب إتلافها و أما ما كان قد وضع للاستدلال على معانى السنة و الكتاب ككتب أصول الجماعة فلا بأس بها (و لما كان الدليل) الإجماع و بعض القواعد الثابتة و جب الاقتصار على المتيقن و رجع الأمر بالآخرة إلى اختلاف المقاصد و الأغراض فليحفظ ذلك جيداً (و مما ذكر علم) أن التوراة و الإنجيل من كتب الضلال فالمدار فيهما على القصد و الغرض فإن خلا عن غرض حرم أيضاً و كأن المصنف أراد التنبيه على أنهما محرمان أو على أن المنسوخ بعد النسخ يخرج عن كونه حقاً و بهذا الجمع و التحرير يتضح الحال و لم يبق فى المسألة إشكال و كان الأستاذ الشريف قدس الله روحه و حشره مع آبائه الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين منذ سبعة عشر سنة تقريباً يوم قراءتنا هذه المسألة عنده مستشكلاً فى تحرير الموضوع و خرجنا من عنده و لم يستقر رأيه المبارك على شىء و من الضلال المحض الذى يجب إتلافه على مذهب الشهيد الثانى كلام صاحب الحدائق فى المسألة فى آخر عبارته حيث افترى على أصحابنا و أساطين مذهبنا بأنهم اتبعوا؟؟؟ فى تدوين الأصول استحساناً و طول فى ذلك غاية التطويل و ملأ القرطاس من الأباطيل نساءً الله سبحانه أن يسامحننا جميعاً من عثرات

الأقلام و مزلات الأقدام ثم إن له قبل ذلك من الكلام ما تمجه الأفهام لكن الأمر فى ذلك سهل «و لكن حديثا ما حديث القواعل»  
(قوله) (و هجاء المؤمنين)

كما فى المقنعة و النهاية و المراسم و سائر ما تأخر عنهما مما تعرض فيه له و فى التذكرة لا خلاف فيه و فى المنتهى و كشف اللثام  
الإجماع عليه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤

و الغيبة (١)

للنصوص من الكتاب «١» و السنة لما فيه من إيدائهم و تأنيبهم و إذاعة أسرارهم و لأنه غيبة فى بعض أفرادها سواء كان شعرا أو غيره  
كما فى الكتاب فى الشهادات و غيره (و قد يتوهم من عبارات بعضهم) حيث يفسرون الهجاء بذكر المعائب بالأشعار. اختصاص  
التحريم بالشعر و لا- فرق فى المؤمن هنا بين الفاسق و غيره كما فى المسالك و الروضة إلا أن يدخل هجاء الفاسق فى مراتب النهى  
عن المنكر بحيث يتوقف ردعه عليه فيمكن جوازه إن فرض. و جوز الشهيد فى حواشى الكتاب هجاء الفاسق المتظاهر (قال) و فى  
الحديث محصوا ذنوبكم بغيبة الفاسقين (قلت) قد يفرق بينه و بين الغيبة لاقتضائه الدوام بحيث يشمل الأعتاب فالرخصة فيها لا تدل  
على الرخصة فيه و يأتى تمام الكلام فى ذلك و ظاهر العبارة و غيرها جواز هجاء؟؟؟ كما صرح به فى المقنعة و النهاية و جامع  
المقاصد و الروضة و المسالك و كشف اللثام للأصل و ظواهر النصوص باعتبار المفهوم (و يأتى تمام الكلام فى الغيبة) و كما يحرم  
الهجاء يحرم استماعه كما ستسمع (و قد ورد) أنه صلى الله عليه و سلم أمر حسانا أن يهجو المشركين قال فإن الهجو أشد عليهم من  
رشق النبل (و فى الصحاح) الهجاء خلاف المدح و هو عام للشعر و غيره غير خاص بذكر المعائب التى هى فيه (و ظاهر القاموس و  
النهاية و المصباح) اختصاصه بالشعر من غير قصر على المعائب التى فيه أيضا و مما ذكر يعلم حال ما فى جامع المقاصد و غيره من أنه  
ذكر المعائب بالشعر «فتأمل» و يعلم أنه لا تجوز المقاصد فيه و يجب عليه محوه كفاية و يجب على الناس ردعه. و حرمة أخذ الأجرة  
عليه و ما يهدى به إليه قد تقدم الدليل عليه

(قوله) (و الغيبة)

لما كان حرمتها و حرمة التكسب بها من الضروريات خلت عن ذكرها جملة من العبارات فى الباب و باب الشهادات (قال فى جامع  
المقاصد) وحدها على ما فى الأخبار أن يقول فى أخيه ما يكرهه لو سمعه مما فيه (قال) و فى حكم القول بالإشارة باليد و غيرها من  
التحاكى لفعله أو قوله كمشية الأعرج و قد تكون بالتعريض مثل قوله أنا لا أفعل كذا معرضا بمن يفعله (قال) و لو قال ذلك بحضوره  
فتحريمه أغلظ و إن كان ظاهرهم أنه ليس غيبته «انتهى» (قلت) قال فى القاموس غابه غابه و ذكره بما فيه من سوء و الغيبة فعلة منه  
تكون حسنة أو قبيحة (و فى المصباح المنير) اغتابه إذا ذكره بما يكره من العيوب و هو حق و الاسم الغيبة فإن كان باطلا فهو الغيبة فى  
بهت و قد يظهر منهما شمولها للغيبة و الحضور و قد عد الشهيد فى قواعده منها أن يشير إلى نقص فى الغير و إن كان حاضرا لكن  
صريح الصحاح و النهاية و مجمع البحرين اختصاصهما بالغيبة (قال فى الصحاح) أن يتكلم خلف إنسان مستورا بما يغمه لو سمعه فإن  
كان صدقا يسمى غيبة و إن كان كذبا سمي بهتانا و مثله ما فى مجمع البحرين حرفا بحرف فقد أخذ فيهما الستر كما يعطيه جملة من  
الأخبار كما ستسمع (و قال فى النهاية الأثرية) أن يذكر الإنسان فى غيبته بسوء إن كان فيه. فلم يأخذ فيه الستر فكلام أهل اللغة خاص  
بالذكر و الكلام إلا أن يريدوا بالذكر ما يشمل الإشارة و التحاكى للفعل و إلا فقد سمي رسول الله صلى الله عليه و سلم إشارة عائشة  
بيدها إلى قصر المرأة غيبة (و قد قسم الشهيد) فى قواعده الغيبة إلى ظاهرة و خفية و أخفى و عد من الثانى الإشارة و التعريض و من  
الثالث أن يذم نفسه بترك طرائق لينبه على عورات غيره فينبغى تحديدها بما

(١) وَالَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥

.....

يقصد به هتك عرض المؤمن أو التفكه به أو إضحاك الناس منه فما كان منها لغرض صحيح لا يحرم كما ستسمع (ثم إنه) لا ريب في اختصاص تحريم الغيبة بمن يعتقد الحق كما في مجمع البحرين والرياض وهو ظاهر عبارات الأصحاب في المقام وقد سمعت كلامهم في الهجاء للأصل وظواهر أخبار الباب إما من جهة المفهوم أو من جهة الأخوة والمخالف ليس مؤمنا ولا أخا له مضافا إلى الأخبار المتضافرة الواردة؟؟؟ وأنهم شر من النصارى وأنجس من الكلاب فإنها تدل على الجواز صريحا أو فحوى كالنصوص المطلقة للكفر عليهم وهي كثيرة جدا فهي تدل من جهة الفحوى ومن أن إطلاق الكفر عليهم إما لكفرهم حقيقة أو لاشتراكهم مع الكفار في أحكامهم التي منها ما نحن فيه إلا أن يقوم إجماع على الخلاف بل قد نقلت حكاية الإجماع في الرياض على أن ما نحن فيه منها ولم أجد الحاكي (وقال في مجمع البرهان) الظاهر أن عموم أدلة تحريم الغيبة من الكتاب تشمل المؤمنين وغيرهم فإن قوله جل شأنه وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِمَّا لِلْمَكْلَفِينَ كُلَّهُمْ أَوْ لِلْمُسْلِمِينَ فَقَطْ لِحُجُوبِ غَيْبَةِ الْكَافِرِ وَكَذَا الْأَخْبَارُ فَإِنْ أَكْثَرَهَا بَلْفِظِ النَّاسِ أَوْ الْمُسْلِمِ (إلى أن قال) وكما لا يجوز أخذ مال المخالف وقتله لا يجوز تناول عرضه ثم قال في ظني أن الشهيد في قواعده جوز غيبة؟؟؟ من جهة مذهبه ودينه لا غير وكأنه مال إلى ذلك صاحب الكفاية (وفيه) أن صدر الآية الشريفة يا أيها الذين آمنوا والمؤمن في اصطلاحنا عبارة عن الفرقة الناجية فكيف غفل عن أولها كما غفل عن آخرها حيث قال سبحانه أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا إِذْ لَا أَخُوهُ بَيْنَ الْمُؤْمِنِ وَالْكَافِرِ كَمَا قَدَّمْنَا فَتَأْمَلُ (وفي الخبر المذكور) في معاني الأخبار وعيون الأخبار أنه صلى الله عليه وآله وسلم أشار إلى على عليه السلام فقال ولي هذا ولي الله فواله و عدو هذا عدو الله فعاده ثم إن خطابات القرآن الشريف مختصة بالمشافهين ولا يتعدى إلى الغائبين إلا بدليل وهو في الغالب الإجماع ولا إجماع إلا على الشركة مع اتحاد الوصف ولا ريب في تغايره فلا شركة لهم معهم مع أن الأصحاب في الباب كما عرفت بين مصرح بالجواز و ظاهر منه ذلك ثم إن الأخبار الواردة بلفظ المؤمن أربعة أخبار فيحمل عليها ما ورد بلفظ المسلم (قوله) (و كما لا يجوز أخذ ماله وقتله لا يجوز تناول عرضه) فيه أن تحريم الأولين لعله للإجماع إن كان فحمل العرض عليهما قياس (ثم إنا قد نقول) بحليتهما عند الأمن وعدم؟؟؟

جريا على الأخبار الدالة على؟؟؟ والأخبار الدالة على أخذ؟؟؟ وهي كثيرة وقد فسر؟؟؟ في خبر مستطرفات السرائر من كتاب مسائل الرجال و خبر العلل و خبر المعلى بأنه من؟؟؟ الجبت و الطاغوت و من نصب؟؟؟ فنقول إن الناصب حيث ما أطلق في الأخبار يراد به؟؟؟ غير المستضعف و إثارة هذه العبارة في أكثر الأخبار للدلالة على بعض المخالفين للأئمة الأطهار سلام الله عليهم فتأمل (و لعله) على ذلك بنى العلماء الراشدون كالمحقق الخاجة نصير الدين و العلامة آية الله في العالمين يوم تشيع خدا بنده و المحقق الثاني في سلطنة الشاه إسماعيل و لعل من ذلك حرب الشهيد مع تلميذه الشيخ محمد اليالوشى حيث عمل بالسحر فتأمل جيدا (و أما ما حكاه) عن الشهيد في قواعده فلعله أشار إلى قوله فيما استثناه أن يكون المقول فيه مستحقا لذلك لتظاهرة بسببه كالكافر و الفاسق المتظاهر فيذكره بما هو فيه لا غيره و هو كما ترى ليس فيه تصريح بالمخالف و لعله أراد الفاسق من الفرقة فتأمل أو أشار إلى قوله الخامس ذكر المبتدعة و تصانيفهم الفاسدة و آرائهم المضلة و يقتصر على ذلك انتهى (و لعله أراد الأخبارية) و المائلين إلى التصوف منا فتأمل (هذا) و جميع ما استثنى جوازه مما ذكره الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم (اثنا عشر موضعا). (الأول) أن يكون

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦

.....

القول فيه مستحقا لذلك لتظاهرة بسببه كالفاسق المتظاهر فيذكره بما فيه لا بغيره ذكر ذلك الشهيد وغيره قال و منع بعض الناس من ذكر الفاسق و أوجب التعزير بقذفه بذلك و قد روى الأصحاب تجويز ذلك. و لعله أشار إلى ما رواه في المجالس عن هارون بن الجهم الثقة في الصحيح على ما قيل عن الصادق عليه السلام قال إذا جاهر الفاسق بنفسه فلا حرمة له و لا غيبة و خبر أبي البختری عن الصادق عليه السلام ثلاثة ليس لهم حرمة و عد منها الفاسق المعلن بالفسق و إلى ما رواه الشهيد الثاني على ما حكى قال (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من ألقى جلباب الحياء عن وجهه فلا غيبة له و إلى صحيحه عبد الله بن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام حيث قال (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لا غيبة لمن صلى في بيته و رغب عن جماعتنا و من رغب عن جماعة المسلمين و جب على المسلمين غيبته و سقطت بينهم عدالته و ظاهر الثلاثة الأول أنه لا يختص الجواز بالذنب الذي يتظاهر به لوقوع الغيبة و الحرمة نكرتين في سياق النفي. و ظاهر الخبر الرابع جواز الغيبة بمجرد ظهور الفسق و إن لم يكن متظاهرا به و لا قائل به (و قال في مجمع البحرين) ظاهر جملة من الأخبار اختصاص التحريم بمن يعتقد الحق و يتصف بصفات مخصوصة كالستر و العفاف و كف البطن و الفرج و اليد و اللسان و اجتناب الكبائر و نحو ذلك من الصفات المخصوصة المذكورة في محالها التي إذا حصلت في المكلف حرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته و عيوبه و يجب عليهم تزييته و إظهار عدالته و قد أشار بذلك إلى خبر ابن «١» يعفور ثم أيده بما رواه في الكافي (عن الصادق عليه السلام) قال من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته «الحديث» ثم قال و ما ورد من تحريم الغيبة على العموم كلها من طرق أهل؟؟؟ «انتهى» (قلت) هذا منه عجيب فإن الآية الشريفة و مرسل ابن أبي عمير و خبر عبد الرحمن بن سيابة و خبر داود بن سرحان و ما رواه في الفقيه مرسلا عن الصادق عليه السلام و غيرها وردت في تحريم الغيبة على العموم فيقتصر في تخصيصها بخبر المجالس و نحوه على المتيقن و هو ما تجاهر به (أو نقول) إن هذه إنما خرجت بناء على أن لذكر ما زاد عما تجاهر به تأثيرا في ارتداعه عما هو عليه من الفسق و التظاهر به «فتأمل» (الثاني) شكايه المتظلم بصورة ظلمه عند من يرجو منه إزالة ظلمه و قد يستدل عليه بقوله جل شأنه لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ كما ورد في تفسيرها (الثالث) الاستفتاء كما تقول ظلمني أخى فكيف طريقي في الخلاص و الأسلم كما في الكفاية أن يقول ما قولك في رجل ظلمه أخوه مثلا (الرابع) تحذير المؤمن من الوقوع في الخطر و نصح المستشير (و لعل من ذلك) بيان أغلاط العلماء و طعن بعضهم على بعض إلا- أن هذا الموضوع محل الخديعة من الشيطان (الخامس) الجرح للشاهد و الراوى (السادس) أن يقصد بغيبته دفع الضرر عنه كقوله عليه السلام لعبد الله ابن زرارة اقرأ على والدك منى السلام و قل إنما اغبتك دفاعا منى عنك (السابع) أن يكون باسم يعرب عن غيبته كالأعرج و الأعمش و الأعور (الثامن) ما إذا علم اثنان أو ثلاثة معصية من آخر فذكرها بعضهم للآخر لأنها لا تؤثر عند السامع شيئا و الأولى التنزه عنها و لأنه ربما نسيها (التاسع) إذا اطلع الذين يثبت التعزير أو الحد على فاحشة «٢» جاز ذكرها عند الحاكم بصورة الشهادة في غيبة الفاعل (العاشر) ذكر المبتدعة و تصانيفهم ذكره الشهيد و كأنه داخل في التحذير و قد ذكره في مطاوى نصح المستشير (الحادى عشر) من ادعى نسا ليس له (الثاني عشر) تفضيل بعض

(١) كذا في النسخ

(٢) الظاهر أنه سقط من هذا المكان لفظ بشهادتهم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧

و الكذب عليهم و النميمة و سب المؤمنين و مدح من يستحق الذم و بالعكس و التشييب بالمرأة المعروفة المؤمنة (١)

العلماء على بعض و بعض الصناعات على بعض و ليس من الغيبة ما إذا كان متعلقها غير محصور فلو قال عن أهل بلدة غير محصورة ما لو قاله في شخص واحد مثلا- يعد غيبة. لم يحسب غيبة قاله بعضهم و أما ما يخطر في النفس من نقائص الغير فلا يعد غيبة لأن الله

سبحانه عفى عن حديث النفس قاله الشهيد (و كما تحرم الغيبة يحرم سماعها) و قد ترك ذكره الأصحاب لظهوره و إنما أشير إليه في جامع المقاصد و الروضة في مطاوى ما استثنى (و قد روى الصدوق) في الفقيه عن مولانا الصادق عليه السلام عن آباءه عن أمير المؤمنين عليه السلام (قال) نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن الغيبة و الاستماع إليها إلى أن قال ألا و من تطوع على أخيه في غيبة سمعها فيه في مجلس فردها عنه رد الله عنه ألف باب من الشر في الدنيا و الآخرة فإن هو لم يردّها و هو قادر على ردها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرة (و أما كفارتها) ففي الكافي و الفقيه عن حفص ابن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل النبي صلى الله عليه و آله و سلم ما كفارة الاغتياب قال تستغفر الله لمن اغتبتة كلما ذكرته و ظاهره عدم الفرق بين كونه حيا أو ميتا و يعضده أن أخباره و التحلل منه كما اختاره بعض ربما أثار فتنة أو أورث حقدا و بغضا و سوء ظن

(قوله) (و الكذب عليهم و النميمة و سب المؤمنين و مدح من يستحق الذم و بالعكس و التشبيب بالمرأة المعروفة المؤمنة)

قد ذكر ذلك كله في التذكرة و قال بلا خلاف في ذلك كله (قلت) أما تحريم الكذب عليهم فإن الكاذب ملعون و على المؤمنين أشد و على الله تعالى و الرسول صلى الله عليه و آله و الأئمة سلام الله عليهم أعظم و الكذب هو الإخبار عن الشيء بخلاف ما هو فيه سواء فيه العمد و الخطأ إذ لا واسطة على المشهور و المراد هنا تعمد الكذب. و التورية و الهزل من غير قرينة داخلان في اسمه أو حكمه و قد يجري حكمه في الإنشاء المنبئ عن الخبر كوعد غير العازم و نحوه (و الكلام ثلاثة) صدق و كذب و إصلاح و الإصلاح لا يوصف بالكذب البحت و ليس مبغوضا و لذلك قال الصادق عليه السلام و الله ما سرقوا و لا كذب يوسف و الله ما فعل كبيرهم و لا كذب إبراهيم و ذلك أنهما أرادا الإصلاح و الله أحب الكذب في الإصلاح و أبغضه في غيره فقوله عليه السلام ما كذب يوسف أراد الكذب البحت الذي يلعن الله صاحبه و يبغضه عليه (و في الخبر) ثلاثة يحسن فيهن الكذب المكيدة في الحرب و عدتك زوجتك و الإصلاح بين الناس (و الحق) أنه كذب مغتفر لغير الأنبياء و الأئمة عليهم السلام قطعا (و هل يغتفر لهم) قولان أو احتمالان أظهرهما العدم فيؤول ما ورد مما أشبه ذلك و قال في جامع المقاصد و لو اقتضت المصلحة الكذب وجبت التورية «فتأمل» لأن ظواهر الأدلة على خلاف ذلك و لا بأس بالشعر المتضمن الكذب لأنه من صناعته و لأن كذبه ليس في صورة الصدق و لا الغرض منه ترويجه فبان من الكذب المحرم من هذا الوجه (و في شهادات الشرائع) يحرم من الشعر ما تضمن كذبا و لعله أراد ما لا يمكن حمله على المبالغة «فتأمل» (و أما النميمة) فهي نقل الحديث من قوم إلى قوم على وجه السعاية و الإفساد يقال نم الحديث و ينمه من باب ضرب و قتل سعى به ليوقع فتنة أو وحشة (و في كتاب الاحتجاج) في حديث الزنديق الذي سأل أبا عبد الله عليه السلام أن من أكبر السحر النميمة يفرق بها بين المتحابين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨

.....

و تجلب العداوة بين المتصافين «١» و تسفك بها الدماء و تهدم بها الدور و تكشف بها الستور و التمام أشد «٢» من وطأ على أرض بقدم «الحديث» و قد يجب فعلها بين المشركين لتفريق كلمتهم و كسر شوكتهم كما فعله صلى الله عليه و آله و سلم و لذلك خصت في أحد الوجهين بالمؤمنين و بينها و بين الكذب عموم من وجه و كذا بينها و بين الغيبة (و أما السب) فهو الشتم و مثله السباب بالكسر و خفة الموجدة و في الحديث سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و الشتم السب بأن تصف الشيء بما هو إزاء و نقص فيدخل في السب كل ما يوجب الأذى كالقذف و الحقير و الوضيع و الكلب و الكافر و المرتد و التعبير بشيء من بلاء الله كالأجذم و الأبرص و لو كان مستحقا للاستخفاف فلا حرمة إلا فيما لا يسوغ لقاؤه به و قد يراد به في المقام خصوص مثل الوضيع و الحقير و الناقص و إن ثبت بها التعزير لتبادره عرفا و قد يراد خصوص ما ثبت به التعزير دون الحد كالقذف لأنه من الكبائر فلا يناسب وضعه مع الكذب على المؤمنين «فتأمل» و السب مع قصد الإنشاء يخالف الغيبة أو يعم الخبر و تعم الإنشاء و يختلفان في بعض التعبيرات فيعم كل منهما

الآخر من وجه. و سب غير أهل الإيمان من شرائط الإيمان (و أما) مدح من يستحق الدم فالمراد به مدحه من الوجه الذى يستحق به الدم و كذا عكسه فلو مدح جائرا مؤمنا أو كافرا لجهه المؤمنين و حفظهم و منع المخالفين عن التسلط عليهم أو لكرمه و شجاعته و إحسانه إليه فلا- حظر كما لو ذم الجائر من جهة ظلمه و شره الخمر فإن إعطاء الشخص الواحد حقه من المدح و الذم باعتبار مقتضاهما حسن إذا لم يترتب عليه فساد فيصح لنا أن نقول بالحرمة فيما إذا مدح من يستحق الذم من الوجه الحسن الذى لا يستحق به ذما و فهم السامع منه كونه ممدوحا لما فيه من إيها الباطل (و قد يراى) بمن يستحق الذم من ليس أهلا للمدح أصلا و كذلك العكس كما يشعر به عبارة الدروس قال و الذم لغير أهله و المدح فى غير محله «فتأمل» و لعل بهذا يندفع التكرار عند صدق التأمل و إلا فهذا بطرفيه نوع من الكذب و بأحدهما نوع من الهجاء (إلا أن تقول) أعاده لكونه أغلظ و لما فى ذم من يستحق المدح من زيادة إيدائه «فتأمل» «٣» (و أما التشييب بالمرأة المعروفة المؤمنة) فقد قال أهل اللغة شيب الشاعر بفلانة تشييبا قال فيها الغزل و التشييب و عرض بحبها و الغزل محادثة النساء و النسب التعريض بهوى المرأة و حبها و الوجه فى التحريم إيذاؤها و إغراء الفساق بها و قد ذكر للتحريم هنا شرطين كونها معروفة و كونها مؤمنة و فى باب الشهادات من الكتاب و الإرشاد شرط كونها معروفة و كونها محرمة كالشرائع فى الشهادات و مقتضى ذلك أمران (الأول) جواز التشييب بزوجه و أمته غير المزوجة و هو نص المبسوط و جامع المقاصد و حواشى الكتاب و الذى تعطيه عبارة الدروس لكن نص فى المبسوط على الكراهية و لعله لما فيه من مخالفة المروءة فتد شهادته لكنه نص فى المبسوط على عدم ردها (الثانى) حرمة التشييب بنساء أهل الخلاف و أهل الذمة و هو الذى تعطيه فحوى عبارة الدروس و به صرح فى جامع المقاصد لأن النظر إلى نساء أهل الذمة بريئة حرام فهذا أولى (و فيه) أن النظر إلى نساء أهل الحرب بريئة حرام مع أنه صرح بجواز

(١) المتصادقين خ ل

(٢) الظاهر أشد بدل أشد

(٣) فقد تحصل أن الناس فى المقام على ثلاثة أقسام سالم من المذام فهو ممدوح لا يذم و بالعكس العكس و من كان ذا جهتين فقد يمدح و يذم مع المحافظة على الوجه السائغ شرعا و قد يذم الممدوح خوفا عليه أو على الذم و كذلك الحال فى العكس لأمر آخر راجحة شرعا (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩

و تعلم السحر و تعليمه (١) و هو كلام يتكلم به أو يكتبه أو رقيه أو يعمل شيئا يؤثر فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة (٢)

التشييب بهن إذا لم يستول عليهن و لعله لما فيه من إغراء الفساق بهن و لم يرجح الشهيد فى حواشى الكتاب و ظاهر المصنف هنا و فى التحرير و التذكرة الجواز و هو الظاهر إذ لا حرمة لهن كما لا تحريم فى غيبتهن و هجاهن بما لا يشتمل على فحش. و لا ملازمة بين تحريم النظر و المال و النفس و بين تحريم التشييب (و دعوى القبح الذاتى لو سلم) لجرى فى غير المعروفات و مقتضى عبارة المصنف و الشرائع و صريح المبسوط و جامع المقاصد جواز التشييب بالمرأة المبهمه غير المعروفة لاحتمال أن تكون ممن تحل له و صاحب المفاتيح تأمل فى إطلاق حرمة التشييب بالمعينة المحرمة (و أما التشييب) بنساء أهل الحرب فقد صرح فى الدروس و جامع المقاصد بجواز التشييب بهن و هو الظاهر هنا من الكتاب و التذكرة و التحرير و أما كلامه فى الشهادات و كلام المحقق فىنى الحال فيه على تحريم نساء أهل الحرب قبل استيلائنا عليهم و عدمه و الظاهر حينئذ التحريم كما صرح به فى محله و قد عرفت حقيقة الحال و أنه سائغ حلال (و المراد بالمعروفة) المعروفة عند القائل سواء عرفها السامع أو لا إذا علم أنه قصد معيئة كما فى جامع المقاصد و

حواشى الشهيد و فى الثانى أنه على التقديرين يحرم الاستماع على السامع (قلت) قد نقول إذا لم تكن معروفة عند السامع لا يحرم عليه الاستماع و لا يحرم على القائل التشييب كما هو الظاهر الموافق للاعتبار و للمتبادر من الإطلاق و لا يشترط أن تكون محرمة على الأبد بل يكفى كونها محرمة فى الحال و متى انتفى أحد هذه الشروط عند مشروطها أو شك فى حصولها انتفى التحريم و أما التشييب بالغلام فحرام على كل حال كما فى الدروس و جامع المقاصد و المسالك و كشف اللثام لأنه محض فحش مشتمل على إيذاء و إغراء و قال فى المفاتيح فى إطلاق هذا الحكم نظر

(قوله) (و تعلم السحر و تعليمه)

تحريم السحر و تعلمه و تعليمه و أخذ الأجر عليه إجماعى بين المسلمين كما فى مجمع البرهان و فى الكفاية لا خلاف فى حرمة عمله و التكسب به و فى الإيضاح و التنقيح بعد ذكر أقسامه أن كله حرام فى شريعة المسلمين و مستحله كافر و الأخبار بحرمته مستفيضة (منها) ما ورد فى حد الساحر و هى جملة و افره و قد يتأمل فى دلالتها على جميع المطلوب لأنها فى العامل لا العالم و أما خبر العلاء و خبر عيسى بن شقفى فستسمع الحال فيهما و فى تنزيلهما على الحل بالقرآن دون العقد أو غير ذلك و الأمر أظهر من أن يستدل عليه و ظاهر الأدلة أن حرمة بحسب الذات لا- بما يقارنه و يترتب عليه من الأحوال و الغايات (و ما يقال) إن علمه و تعلمه و تعليمه من دون قصد العمل بل لتحصيل مرتبة الفضل و البعد عن الجهل أو ليحذر الناس أو ليتحذر من عامله فجائز متصف بالرجحان لمكان أصل الإباحة (فغير صحيح) لأن أكثر أنواعه مشتمل على كلمات الكفر و كذلك بعض أعماله فإن سلم فإنما يسلم فى بعض أفراد و الخوف منه يندفع بالعود المأثورة و الأصل مقطوع بالعمومات و يأتى الكلام فى عمله و تعلمه للحل أو الإبطال و أن الأقوى المنع و على تقدير تسليمه فإنما يجوز فى البعض

(قوله) (قدس سره و هو كلام يتكلم به أو يكتبه أو رقيه أو يعمل شيئاً يؤثر فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة)

قد عرفه بعض أهل اللغة بما لطف مأخذه و دق و بعضهم بأنه صرف الشىء عن وجهه و آخرون كابن فارس فى مجمله بأنه إخراج الباطل فى صورة الحق و بعضهم أنه الخديعة حكاة ابن فارس و عرفه الفقهاء بثلاثة تعاريف (أحدها) ما ذكره المصنف هنا و قد عرف بذلك حرفاً بحرف فى التحرير و التذكرة و إيضاح النافع و التنقيح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠

.....

و الكفاية و مجمع البحرين و كذا المنتهى مع زيادة عقد و المسالك مع زيادة أقسام و عزائم و لكنه ذكر بدل قوله أو يعمل شيئاً قوله يحدث بسببها ضرر و مثله المفاتيح و زاد فى الدروس على ما فى المسالك الدخنة و التصوير و النفث و تصفية النفس و كل ذلك مندرج فى قول المصنف أو يعمل شيئاً و قال الشهيدان و الكاشانى إن من السحر استخدام الجن و الملائكة و الاستئزال للشياطين فى كشف الغائبات و علاج المصاب و استحضارهم و تلبسهم ببدن صبي أو امرأة و كشف الغائبات على لسانه «انتهى» لكن قال فى المنتهى فأما الذى يقال من العزم على المصروع و يزعم أنه يجمع الجن فى أمرها لتطيعه فهو عندى باطل لا حقيقة له و إنما هو من الخرافات و قال الشهيد الثانى و الفاضل الميسى إن منه عقد الرجل عن زوجته بحيث لا يقدر على وطئها و زاد المحقق الثانى إلقاء البغضاء بينهما و كأن الأردبيلى متأمل فيهما حيث نسبهما إلى القيل (الثانى) أنه عمل يستفاد منه ملكة نفسانية يقتدر بها على أفعال غريبة و أسباب خفية و هذا حكاة صاحب التنقيح و صاحب إيضاح النافع (الثالث) ما ذكره فى الإيضاح و تبعه أيضاً صاحب التنقيح و هو استحداث الخوارق إما بمجرد التأثيرات النفسانية و هو السحر أو بالاستعانة بالفلكيات فقط و هو دعوة الكواكب أو على تمزيج القوى السماوية بالقوى الأرضية و هو الطلسمات أو على سبيل الاستعانة بالأرواح الساذجة و هو العزائم (قال) و يدخل فيه الزيجات قالا و الكل حرام فى شريعة الإسلام (و قال فى الإيضاح) أما ما كان على سبيل الاستعانة بخواص الأجسام السفلية فهو علم الخواص أو



الاستعانة بالنسب الرياضية وهو علم الحيل وجر الأثقال و هذان ليسا من السحر «انتهى» (إذا عرفت ذلك) فعد إلى عبارة الكتاب و ما كان مثلها فقولهم يؤثر في بدن المسحور «إلخ» ظاهر في أن استخدامات الجن و الملائكة و استنزال الشياطين ليست من السحر و إن حرمت من وجه آخر لكونه كهانة كما ستعرف إذ لا- تأثير لهذه في شيء من البدن و العقل و القلب و لا تسحر العين و لا تورث استرهابا و لهذا ترك ذكرها الأكثر و ما ذكرها غير الشهيدين. و من تأخر عنهما أو عن أحدهما اقتصر على نسبة ذلك إليهما أو إلى الشهيد كالكركي و الخراساني و ما وافقهما غير الكاشاني و بذلك يندفع عن العبارة و نحوها اعتراض المحقق الثاني حيث قال قوله يؤثر إن كان قيذا في الجميع خرج عن التعريف كثير من أقسام السحر الذي لا يحدث شيئا في بدن أو عقل و إن كان قيذا في الأخير أعنى قوله أو يعمل شيئا خرج عنه السحر بالعمل حيث لا يقدر على وطئها و إلقاء البغضاء بينهما و نحو ذلك لأن المصنف يختار أن كل أقسامه لها تأثير و لا أقل من إلقاء البغضاء أو عدم القدرة على الوطئ أو سحر العين و الاسترهاب فليتأمل جيدا (فقد تحصل) أن كل من رتب أثرا أو ضررا على السحر كان قائلا بأن الاستخدام و الاستنزال ليسا منه و أن ما عداهما من جميع أقسام السحر ترتب عليها أثر فيمن عمل له إما ضرر أو تخيل على العين و العقل كما قال سبحانه (سَجَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ وَاسْتَرْهَبُوهُمْ الْآيَةُ) فقد ظهر من كلام المصنف و ما كان نحوه أن السحر ما من شأنه أن يؤثر و لو تخيلا على العين و استرهابا سواء قلنا إنه في ذاته تخيل أو حقيقى فلا- ينافي ما سيأتي من اختلافهم من أنه تخيل أو حقيقى له تأثير ناش عن حقيقته فليتأمل جيدا (و يرشد إلى ذلك) ما ذكرنا أن الشهيدين إنما رتبا الضرر على ما عدا الاستخدام و الاستنزال و قد عرفت من عبر بعين عبارة المصنف فالحظ العبارات (هذا أقصى ما يوجه به كلامهم) فلا وجه للاعتراض المذكور (ثم) إن الشهيد الثاني في المسالك صرح بأن الاستخدام من الكهانة و أنها غير السحر قريبة منه و كذلك الشهيد عد كلا منهما على حده و خبر مستطرفات السرائر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١

و الأقرب أنه لا حقيقة له و إنما هو تخيل (١)

من كتاب المشيخة للحسن ابن محبوب ظاهر بأن الساحر غير الكاهن (قال) فيه أبو عبد الله عليه السلام (قال) رسول الله صلى الله عليه و آله من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب «الحديث» كما ستسمع ذلك كله و ستعرف أيضا أن الكهانة غير السحر عند الأصحاب ثم إنه سيظهر لما قلناه فائدة أخرى في دفع اعتراض جماعة على المصنف في أنه تخيل كما ستعرف نعم كان الأولى في العبارة أن يقول أو عمل شيء عطفًا على كلام أو رقية و هذه مناقشة لفظية (قوله) (و الأقرب أنه لا حقيقة له و إنما هو تخيل)

كما هو خيرة الأ-كثر كما في الدروس و المسالك و مذهب كثير كما في الروضة و قد يظهر من صاحب الخرائج و الجرائح أنه إجماعى بين المسلمين (قلت) لعله كذلك إذ هو صريح الرازى و البيضاوى و الآمدى «١» و مولانا الطبرسى و الشيخ و فخر الإسلام و هو ظاهر كلام ابن الأثير و ابن فارس و الجوهرى و الفيومى (و قال في الدروس) قيل أكثره تخيل و بعضه حقيقى فظاهرة التردد كصريح الكركى و القطيفى و إن كان الكركى قد ذهب إلى أن له تأثيرا من جهة الوهم لا من جهة الحقيقة و اختار الشهيد الثاني في كتابيه أن له تأثيرا في إحضار الجان و شبه ذلك لأنه أمر معلوم و استظهر المحقق الأردبيلي أن بعضه له تأثير و صاحب مجمع البحرين أن تأثيره في التفريق بين المرء و زوجته لا غير (قلت) و ما فى المسالك إنما يرد على من يقول إن الاستخدام من السحر لا من الكهانة (ثم يرد) على المحقق الثاني أن التأثير بالوهم إنما يتم لو سبق للمسحور علم بوقوعه و القائلون بالتأثير يدعون أنهم يجدون أثره فى من لا- يشعر به أصلا (و الحق) أن بعضه له تأثير كما نطق به خبر الاحتجاج كما ستسمع و النزاع إنما هو فى غير دعوة الكواكب فإن الكواكب لا- تأثير لها قطعا قاله فخر الإسلام (و هل محل النزاع) فيما عدا ذلك إنما هو فى كون المفعول المعدود سحرا مثل عمل الحيات و إظهار الطيران و نحو ذلك (أو) فى ترتب شيء فى بدن الإنسان و عقله و التفريق بينه و بين زوجته (أو) فى الجميع. ظاهر

الأكثر أن النزاع في الجميع وقد يظهر من الإيضاح أن النزاع في الثاني حيث جعل مأخذ القولين قوله تعالى فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وجعل مطمح نظر القولين ذلك وقد يظهر ذلك من تعرضهم لذلك في باب الجنائيات وليس في شيء من ذلك دلالة على التخصيص (ثم إنى) لا أرى لهذا النزاع ثمرة فقهية إذ لا شك في عقابه وكفره وقلته إن كان مستحلا وإزامه بالدية إن قتل وبعوض ما يفوت سواء كان له حقيقة أم لا - لأنه إما من باب العلة أو من باب القسم الثالث من أقسام السبب وهو توليد المباشرة توليدا عرفيا لا حسيا ولا شرعيا ولا نسلم أن الفقهاء بنوا ثبوت القصاص على أن للسحر حقيقة. إلا أن تقول إنه إذا قتل أحد السحرة فلا طريق لإثباته إلا بإقراره فمن قال إنه لا حقيقة له لم يوجب عليه بالإقرار شيئا ومن قال له حقيقة أوجب عليه القود مع أن الأقوى الثبوت على القولين عملا بإقراره وإلغاء المنافى على القول به فإذا قال قتلته بسحر يقتل غالبا أو قال يقتل نادرا لكنى قصدت قتله قتل به وإن قال لم أقصد قتله بالنادر فعليه الدية وإن قال أخطأت من اسم غيره إلى اسمه كان خطأ إن صدقه العاقله وإلا فالدية في ماله (هذا) وقد أطال فخر الإسلام في الإيضاح في الاستدلال لكل من القولين ولا أرى شيئا مما استدلل به مما يستند إليه بل ذكر ما لم تكن تؤثر وقوع مثله من مثله وذلك لأنه استدلل على كونه تخيلا بقوله جل شأنه وَمَا هُمْ بِبَصَائِرِينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا يَأْذِنُ اللَّهُ قَالَ بعد كلام طويل له فانحصر الإضرار به في تقدير إذنه تعالى وإذن الله فيه محال لاستحالة إذنه

(١) والواحدى خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢

و على كل تقدير لو استحله قتل (١) ويجوز حل السحر بشيء من القرآن أو الذكر أو الإقسام لا بشيء منه (٢)

بالقبائح «إلى آخر ما قال» (و أنت خير) بأن ليس المراد بالإذن هنا الترخيص قطعاً إذ لا وجه له في المقام بل المراد منه العلم والاطلاع وأنه ليس مغلوباً كما هو المتبادر إلى الفهم والقرينة عقلية ومع ذلك لا يدل على أنه لا حقيقة له وكذلك قوله جل شأنه (يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى) ليس دالا على أن أفراد السحر كلها تخيل مع أنها قد تدل على ثبوت السحر وتخييل السعى لا على تخيل حقيقة السحر (فتأمل) وكذلك استدلال القائلين بالتأثير بأنه تعالى ذمهم على تعلم ما يفرقون به فلو لم يكن له تأثير لما استحقوا الدم وأنه سبحانه أسند التفريق إليه (وفيه) أن الدم قد يكون من حيث الاعتقاد أو من حيث قبح الفعل لاشتماله على وجه قبيح غير ذلك وإسناد التأثير إليه إنما هو بحسب اعتقادهم ومثل ذلك ما استدلل به في الدروس على أن بعضه حقيقى (من أنه) سبحانه وصفه بالعظمة في سحرة فرعون إذ فيه أن ذلك لا يدل على كونه حقيقة ولو كان كذلك لكانوا قد سحروا قلوبهم وأعينهم (نعم) قد استدلل بخبر عيسى ابن شقفي الساحر الذى تاب الذى رواه ثقة الإسلام والصدوق والحميرى حيث قال له أبو عبد الله حل ولا تعقد إذ فيه دلالة على أن له حقيقة والتأويل ممكن (و على تقدير التسليم) إنما يدل على أن بعضه حقيقة وفي حديث الزنديق الذى سأل أبا عبد الله عليه السلام المروى فى كتاب الاحتجاج قال فيقدر الساحر أن يجعل الإنسان بسحره فى صورة الكلب والحمار أو غير ذلك قال هو أعجز من ذلك وأضعف من أن يغير خلق الله إن من أبطل ما ركبته الله تعالى وصوره فهو شريك لله فى خلقه تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا (وقال) لما سأله الزنديق فيما سأله فقال أخبرنى عن السحر ما أصله وكيف يقدر الساحر على ما يوصف من عجائبه وما يفعل (فقال عليه السلام) إن السحر على وجوه شتى وجه منها بمنزلة الطب كما أن الأطباء وضعوا لكل داء دواء فكذلك علماء السحر احتالوا لكل صحة آفة ولكل عافية عاهة ولكل معنى حيلة ونوع آخر منه خفة وسرعة ومخاريق ونوع منه ما يأخذ أولياء الشياطين منهم قال فمن أين علم الشياطين قال من حيث عرف الأطباء الطب بعضه تجرئة وبعضه علاج «الحديث» و

يأتى بعض منه له نفع تام فى المقام

(قوله) (و على كل تقدير لو استحله قتل)

كما طفحت به عبارات جماعة و وردت به روايات لكن أكثرها مطلق كقوله صلى الله عليه وآله وسلم فيما رواه الصدوق عن السكونى ساحر المسلمين يقتل ومثله ما فى الكافى و التهذيب عن زيد الشحام و ما فى التهذيب عن عمر بن خالد إلى غير ذلك كقوله عليه السلام الساحر كافر و الآية الشريفة ظاهرة فى ذلك كقوله تعالى (وَ مَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ) و لكن جماعة من الأصحاب حملوها على من يستحل ذلك و لعله لقوله عليه السلام فى خبر السكونى الآخر و خبر أبى البخترى حده القتل إلا أن يتوب لكنه حينئذ يساوى الصغائر و هو بعيد و قد يراد بالاستحلال فى كلامهم فعله و عمله كما سيأتى فى الكهانة و هذا أوفق بالروايات و أكثر الفتاوى لأن جماعة خصصوا القتل بالعامل دون المتعلم لكن فى الخبر من تعلم شيئا من السحر كان آخر عهده بربه و حده القتل. فيحمل على أنه عمل به إذ الغالب فى المتعلم أن يعمل فتأمل أو يكون ذلك منهم لأنه يجوز تعلمه للحل كما ستسمع

(قوله) (و يجوز حل السحر بشيء من القرآن و الذكر و الإقسام لا بشيء منه)

كما فى التذكرة و التحرير و الدروس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣

و تعلم الكهانة حرام. و الكاهن هو الذى له رضى من الجن يأتيه بالأخبار و يقتل ما لم يتب (١)

و الحواشى و الميسية و المسالك و المفاتيح و عليه حمل الشهيدان خبر العلاء عن محمد ابن مسلم قال سألته عن المرأة يعمل لها السحر يحلون عنها قال لا أرى بذلك بأسا (و قد يحمل) عليه خبر عيسى و قد سمعته و خبر العلل و ستسمعه و قال الشهيدان و الفاضل الميسى و الكاشانى لو تعلمه ليتوقى به أو يدفع به المتنبى جاز و ربما وجب و كأنه مال إليه الأردبيلي اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن بناء على ضعف النصوص المثبتة للتحريم على الإطلاق و لا- جابر لها من إجماع أو غيره مع معارضتها بكثير من النصوص المتضمنة لجواز تعلمه للتوقى و الحل به. منها حل و لا تعقد و منها المروى فى العلل توبة الساحر أن يحل و لا يعقد و منها المروى عن العيون فى قوله عز و جل وَ مَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكِينَ بِبَابِ هَارُوتَ وَ مَا رُوتَ (قال) كان بعد نوح قد كثرت السحرة و المموهون فبعث الله ملكين إلى نبي ذلك الزمان بذكر ما يسحر به السحرة و ذكر ما يبطل به سحرهم و يرد كيدهم فتلقاه النبي عن الملكين و أذاه إلى عباد الله فأمر الله تعالى أن يتقوا به السحر و أن يبطلوه و نهاهم عن أن يسحروا به «الحديث» و الأقوى المنع كما هو خيرة المنتهى و التحرير و ظاهر الأ- كثر و مال إليه المحقق الثانى (قال) بعد نقله عن الشهيد احتمال وجوب تعلمه للاحتراز منه و الفرق بينه و بين المعجز. ليس ببعيد «١» أن يلزم منه التكلم بمحرم أو فعل محرم إذ قد يعطى أنه لا ينفك عن ذلك إن كان بغير قرآن و ذكر و تعويد فتأمل جيدا (قلت) و أما ما استدلوا به فالأصل مقطوع بالأخبار المستفيضة المعمول بها فى باب الحدود المتعضدة بالإجماعات الشاملة معاقدها بإطلاقها لذلك و قد سمعتها (و روايات الحل) مخصوصة بغير السحر كالقرآن و الذكر و التعويد و خبر العيون على ضعفه مخصوص بتلك الشريعة و شرع من قبلنا حجة ما لم يعلم نسخه و قد علمنا النسخ هنا بما عرفت و معارض بخبر الاحتجاج الذى ذكرنا بعضه آنفا (قال عليه السلام) إنهما يعنى الملكين موضع ابتلاء و موقف فتنه تسيبهم اليوم لو فعل الإنسان كذا و كذا لكان كذا و لو يعالج بكذا و كذا لصار كذا فيتعلمون أصناف «٢» سحر منهما ما يخرج عنهما فيقولان لهم إنما نحن فتنه فلا تأخذوا عنا ما يضركم و لا- ينفعكم و قد يجمع بين الأخبار بتزليل الأخبار المجيزة إذا كان للحل على حال الاضطراب و ذلك لا يمنع كونه حراما بالذات لا باعتبار التأثيرات فلا يكون شىء منه حاللا لا فى الحل و لا فى غيره فيكون كالميتة لا تباح فى غير الضرورة فليحظ ذلك (و يعلم) أنه قد ورد فى بعض أخبارنا وفاقا لروايات العامة (عن عائشة) أنه صلى الله عليه وآله وسلم سحره ليبيد ابن عاصم اليهودى و قد أنكره الشيخ فى الخلاف و المصنف فى المنتهى و جماعة و هو كذلك قطعا كما تقضى به أصول المذهب و الروايات شاذة ضعيفة محمولة على التقيية مخالفة للأصول و القواعد و الاعتبار فلا يلتفت إلى ما احتمله فى البحار

(قوله) (و تعلم الكهانة حرام و الكاهن هو الذى له رثى من الجن يأتية بالأخبار و يقتل ما لم يتب) قال فى النهاية الكاهن من يتعاطى الخبر عن الكائنات فى مستقبل الزمان و قد كان فى العرب كهنة فمنهم من كان يزعم أن له تابعا من الجن يلقى إليه الأخبار و منهم من كان يزعم أنه يعرف الأمور بمقدمات أسباب يستدل بها على مواقعها من كلام من يسأله أو فعله أو حاله و هذا يخصونه باسم العراف و قال فى المصباح المنير كهن يكهن من باب قتل كهانة بالفتح (ثم قال) و قيل كهن بالضم و الكهانة بالكسر الصناعة و قال فى القاموس

(١) مقول القول

(٢) فى نسخة تقديم قوله أصناف سحر على قوله فيتعلمون (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤

و التنجيم حرام و كذا تعليم النجوم مع اعتقاد تأثيرها بالاستقلال أو لها مدخل فيه (١)

و حرفته الكهانة بالكسر (و قال فى الصحاح) كهن يكهن كهانة مثل كتب كتابة إذا تكهن و إذا أردت أنه صار كاهنا قلت كهن بالضم كهانة بالفتح كذا فى الصحاح و لكن نقل عنه ذلك فى مجمع البحرين و زاد و الكهانة بالكسر الصناعة و ظاهرها أنه من تنمة كلام الصحاح فينبغى ملاحظة نسخة أخرى «١» لكنه نقل عن الصحاح فى جامع المقاصد ما وجدناه نحن فى الصحاح (و عن المغرب) أن الكهانة فى العرب قبل المبعث (يروى) أن الشياطين كانت تسترق السمع فتلقيه إلى الكهنة و ما زاد فى مجمع البحرين على نقل كلام النهاية و الصحاح و المغرب فالظاهر أنها بالكسر كما ضبطت أيضا فى عبارات الفقهاء كالمسالك و الروضة و الميسية و مجمع البرهان و قوله فى جامع المقاصد الظاهر أنها بالكسر لمكان الصحاح. و الرثى قال فى النهاية يقال للتابع من الجن رثى بوزن كمى لأنه يتراءى لمتبوعه أو هو من الرأى من قولهم فلان رثى القوم إذا كان صاحب رأيهم و قد تكسر رآؤه لاتباعها ما بعدها (و قال فى القاموس) رثى كغنى جنى يرى فيجب و ما ذكره المصنف فى تعريف الكاهن هو الذى ذكره الأكثر لكن فى التحرير نسبه إلى القليل و قال فى التنقيح المشهور أن الكاهن هو الذى له رثى من الجن يأتية بالأخبار بالمغيبات كما كان لعمر بن يحيى رثى من الجن و هو أول من بحر البحائر و سيب السوائب و غير دين إسماعيل على نبينا و آله و عليه السلام (و عند الحكماء) أن من النفوس ما تقوى على الاطلاع على ما سيكون من الأمور فإن كانت خيرة فاضلة فتلك نفوس الأنبياء و الأولياء و إن كانت شرية فهى نفوس الكهنة و فى إيضاح النافع تعليمها و تعلمها و استعمالها حرام فى شرع الإسلام و ظاهره أنه إجماعى بين المسلمين و ظاهر مجمع البرهان أنه لا خلاف فى تحريم الأجرة و فى الكفاية لا أعرف خلافا بينهم فى تحريم الكهانة و فى الرياض أن الدليل عليه الإجماع المصرح به فى كلام جماعة من الأصحاب و الموحود فى كتبهم ما ذكرنا و فى خبر مستطرفات السرائر من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب و فى خبر الخصال من تكهن أو تكهن له فقد برئ من دين محمد صلى الله عليه و آله و سلم و قد تضمنت أخبار آخر أن أجر الكاهن سحت و عد صاحب المفاتيح من المعاصى المنصوص عليها الإخبار عن الغائبات على البت لغير نبى أو وصى نبى سواء كان بالتنجيم أو الكهانة أو القيافة أو غير ذلك ثم ذكر أخبارا دالة على تحريم الكهانة و التنجيم ثم قال و إن كان الإخبار على سبيل التفاؤل من دون جزم فالظاهر جوازه لأن أصل هذه العلوم حق و لكن الإحاطة بها لا يتيسر لكل أحد و الحكم بها لا يوافق المصلحة «انتهى كلامه» و هو بالنسبة إلى التنجيم مما قد يقال لمكان قول ابن طاوس لكن بالنسبة إلى غيره فقد عرفت الحال فيه و أنه ليس محل خلاف و لا- احتمال (و أما أنه يقتل ما لم يتب) ففى مجمع البرهان لا خلاف فيه و كذا المستحل بل هو أولى و الحكم معلوم و إن كان المصرح به قليلا

(قوله) (و التنجيم حرام و كذا تعليم النجوم مع اعتقاد تأثيرها بالاستقلال أو لها مدخل فيه)

اختلف العلماء على قديم الدهر في هذه المسألة اختلافا شديداً و هي عامة البلوى فوجب تحريرها و تنقيحها (فنقول) ذهب السيد على ابن طاوس إلى أن التنجيم من العلوم المباحات و أن للنجوم علامات و دلالات على الحادثات لكن يجوز للقادر الحكيم أن يغيرها بالبر و الصدقة و الدعاء و غير ذلك من الأسباب و جوز تعليم علم النجوم و تعلمه و النظر فيه و العمل به إذا لم يعتقد أنها مؤثرة و حمل أخبار النهي

(١) ليست هذه الزيادة موجودة في نسخة الصحاح التي عندنا (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥

.....

و الذم على ما إذا اعتقد ذلك و أنكر على علم الهدى تحريم ذلك ثم ذكر لتأييد هذا العلم أسماء جماعة من الشيعة كانوا عارفين به و الذي يعرف من كتب الرجال و كلام السيد المذكور و كتاب أبي معشر الخراساني صاحب كتاب المدخل و غيرهم أن من العلماء العالمين بالنجوم (عبد الرحمن بن سيابة) حيث قال للصادق عليه السلام و الله إنني لأشتهيها و أشتهي النظر إليها و الناس يقولون لا يحل النظر إليها فإن كانت تضر بديني فلا حاجة لي في شيء يضر بديني فقال له عليه السلام لا تضر بدينك «الحديث» (و الحسن بن موسى النوبختي) الثقة الحسن الاعتقاد المبرز ذكره النجاشي و ذكر أن له كتاب رد على أبي علي الجبائي في رده على المنجمين (و أحمد بن محمد بن خالد البرقي) فإن النجاشي و الشيخ قد عدا من كتبه كتاب النجوم (و محمد بن أبي عمير) فقد روى الصدوق عنه أنه قال كنت أنظر في النجوم و أعرفها و أعرف الطالع فيدخلني من ذلك شيء فذكرت ذلك لأبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام فقال إذا وقع في نفسك شيء فتصدق على أول مسكين ثم امض فإن الله يدفع عنك لكن روى هذا الخبر البرقي في المحاسن عن ابن أبي عمير عن ابن أذينة عن سفيان بن عمر (و أبا خالد السجستاني) روى الكشي أنه لما مضى أبو الحسن عليه السلام وقف ثم نظر في نجومه فزعم أنه قد مات فقطع على موته (و حسن بن أحمد بن محمد العاصمي) الثقة قال ابن شهر آشوب من كتبه الكتب النجومية (و الشيخ إبراهيم النوبختي) (و موسى بن الحسن بن عباس بن نوبخت) قال النجاشي كان حسن المعرفة بالنجوم (و الفضل بن أبي سهل بن نوبخت) كما في عيون أخبار الرضا عليه السلام (و شيخنا محمد بن مسعود العياشي) فإنه ذكر في تصانيفه كتاب النجوم (و علي بن الحسين المسعودي) صاحب مروج الذهب الشيعي (و أبا القاسم بن نافع الشيعي) و إبراهيم الفزاري صاحب القصيدة في النجوم و أحمد بن يوسف المصري كاتب آل طولون و محمد بن عبد الله بن عمر البازيار القمي تلميذ أبي معشر الخراساني صاحب كتاب المدخل الذي أشرنا إليه آنفاً و أبا الحسين ابن أبي الخصب القمي و منهم أبو جعفر السقاء المنجم ذكره الشيخ في الرجال و محمود بن الحسين السندي المعروف بكشاجم ذكر ابن شهر آشوب أنه كان شاعراً منجماً متكلماً و منهم أبو الحسين الصوفي صاحب عضد الدولة و قصته مشهورة (و قال ابن طاوس) و ممن أدركته من علماء الشيعة العارفين بالنجوم أبو نصر بن علي القمي ثم ممن اشتهر بعلم النجوم و قيل إنه من الشيعة أحمد بن محمد بن السنجري و علي بن أحمد العمراني و إسحاق بن يعقوب الكندي و قال وجدت فيما وقفت عليه أن علي بن الحسين بن بابويه كان ممن أخذ طالعاً في النجوم و أن ميلاده بالسنبلة ثم عد الحسن بن سهل وزير المأمون و قال إنه من المنسويين إلى الإمامية ثم عد بوران بنت الحسن بن سهل و ذكر لها قصة طويلة (و قد نقل) السيد المشار إليه و أبو معشر الخراساني في كتاب المدخل عن جماعة كثيرين من العامة العلم به و حكايته عن المحقق نصير الدين مشهورة و قال في الكفاية علم النجوم حرمه بعض الأصحاب و تدل عليه أخبار غير تقيّة السند و الأقرب الجواز إذا لم يعتقد منافياً للشرع لظاهر بعض الروايات المعتمدة و قد تبع بذلك المولى الأردبيلي و صاحب الوافي صب أخبار البداء على قواعد المنجمين و الفلاسفة (قال في الوافي) فإن قيل كيف يصح نسبة البداء إلى الله تعالى (إلى أن قال) فاعلم أن القوى المنطبعة الفلكية لم تحط

بتفاصيل ما سيقع من الأمور دفعة واحدة لعدم تنافى تلك الأمور بل إنما تنتقش فيها الحوادث شيئاً فشيئاً فإن ما يحدث فى عالم الكون و الفساد إنما هو من لوازم حركات الأفلاك و نتائج بركاها فهى تعلم أن كلما كان كذا كان كذا (إلى آخر ما برقشه) فقد أثبت لها الحياة و العلم و قد سمعت فى مسألة الكهانة كلامه فى المفاتيح هذا جملة كلام من أباح تعليم النجوم مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦

.....

(و قد شنع) على كلامه فى الوافى صاحب عين اليقين و أما من أنكر أحكامها فهم جمهور المسلمين و المحققون من المتكلمين كما فى شرح نهج البلاغة لابن أبى الحديد (و حكى أيضاً) أن الفلاسفة أبطلوه لأنه مبنى على التجربة و حكى فى البحار الإنكار عن المعتزلة و ممن أنكر حكمها و ظاهره التحريم الشيخ المفيد فى كتاب المقالات فإنه أنكر حياتها و تمييزها و جعل أحكام المنجمين من قبيل التجربة و العادة و الشيخ محمد بن الحسين الكندى فإنه صنف كتاباً فى تهجين أحكام النجوم و ذكر فيه تشنيعات كثيرة و ألزمهم بالزامات قوية و كذلك أبو على ابن سينا و شيخنا أبو الفتح محمد بن على الكراچكى فى كتاب كنز الفرائد و كذلك الشيخ محمود سديد الدين الحمصى و غيرهم و الشيخ إبراهيم بن نوبخت فى كتاب الياقوت فإنه شنع عليهم أيضاً و قال إنه إبطال لقدم الصانع و اختياره (و قال) المصنف فى شرحه اختلف قول المنجمين على قسمين (أحدهما) قول من قال إنها حية مختارة (و الثانى) قول من قال إنها موجبة و القولان باطلان «انتهى ما أردنا نقله» و نحو ذلك قوله رحمه الله فى جواب بن سنان حيث أنكر أحكام التنجيم و قال جرى لنا وقائع غريبة عجيبة طابقت حكمه (و أما المصرحون) بالتحريم فمنهم علم الهدى فى الدرر و الغرر و جواب المسائل السلارية فإنه أطال فى الكلام و التشنيع عليهم (قال) و ما فيهم أحد يذهب إلى أن الله تعالى أجرى العادة بأن يفعل عند قرب بعضها من بعض أو بعده أفعالاً من غير أن يكون للكواكب أنفسها تأثير فى ذلك قال و من ادعى هذا المذهب الآن منهم فهو قائل بخلاف ما ذهبت إليه القدماء و متجمل بهذا المذهب عند أهل الإسلام ثم ألزمهم بالزامات و شنع عليهم بتشنيعات (إلى أن قال) و كيف يشتهب على مسلم بطلان أحكام التنجيم و قد أجمع المسلمون قديماً و حديثاً على تكذيب المنجمين و الشهادة بفساد مذهبهم و بطلان أحكامهم و معلوم من دين الرسول صلى الله عليه و آله و سلم ضرورة التكذيب بما يدعيه المنجمون و الإزراء عليهم و التعجيز لهم (و فى الروايات) عنه صلى الله عليه و آله و سلم ما لا يحصى كثرة و كذا عن علماء أهل بيته عليه و عليهم السلام و خيار أصحابه فما زالوا يبرءون من مذهب المنجمين و يعدونه ضلالاً و محالاً و ما اشتهر هذه الشهرة فى دين الإسلام كيف يفتى بخلافه منتسب إلى الملة و وصل إلى القبلة و قال نحو ذلك فى كتاب تنزيه الأنبياء عليهم السلام (و قال عبد الحميد) ابن أبى الحديد المعلوم ضرورة من الدين إبطال حكم النجوم و تحريم الاعتقاد بها و النهى و الزجر عن تصديق المنجمين و هذا معنى قول أمير المؤمنين عليه السلام فمن صدقتك بهذا فقد كذب القرآن و استغنى عن الاستعانة بالله «إلى آخر ما قال» و قال الشيخ الحرقد صرح علماؤنا بتحريم تعلم النجوم و العمل بها و بكفر من اعتقد تأثيرها أو مدخليتها فى التأثير و ذكروا أن بطلان ذلك من ضروريات الدين ثم إنه حكى التحريم عن المفيد و جماعة و عد منهم المحقق فى المعبر و الشهيد الثانى فى المسالك و قال المصنف رحمه الله فى المنتهى التنجيم حرام و كذلك تعلم النجوم مع اعتقاد أنها مؤثرة و أن لها مدخلا فى التأثير فى النفع و الضرر (و بالجملة) كل من يعتقد ربط الحركات النفسانية و الطبيعية بالحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية كافر و أخذ الأجره على ذلك حرام و أما من يتعلم النجوم فيعرف قدر سير الكواكب و بعده و أحواله من الترييع و الكسف و غيرهما فإنه لا بأس به و نحوه ما فى التحرير و التذكرة و قال الشهيد فى قواعد كل من اعتقد فى الكواكب أنها مدبرة لهذا العالم و موجودة له فلا ريب أنه كافر و إن اعتقد أنها تفعل الآثار المنسوبة إليها و الله سبحانه هو المؤثر الأعظم كما يقوله أهل العدل فهو مخطئ إذ لا حياة لهذه الكواكب ثابتة بدليل عقلى و لا نقلى (إلى أن قال) و أما ما يقال من أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٧

.....

استناد الأفعال إليها كإسناد الإحراق إلى النار وغيرها من العاديات بمعنى أن الله سبحانه أجرى عادته إذا كانت على شكل مخصوص أو وضع مخصوص يفعل ما ينسب إليها ويكون ربط المسببات بها كربط مسببات الأدوية والأغذية بها مجازا باعتبار الربط العادى لا العمل الحقيقى فهذا لا يكفر معتقده ولكنه مخطئ وإن كان أقل خطاء من الأول لأن وقوع هذه الأشياء ليس بلازم ولا أكثرى (وقال فى الدروس) ويحرم اعتقاد تأثير النجوم مستقلة أو بالشركة والإخبار عن الكائنات بسبها أما لو أخبر بجريان العادة أن الله تعالى يفعل كذا عند كذا لم يحرم وإن كره. على أن العادة فيها لا تطرد إلا فيما قل (و أما علم النجوم) فقد حرمه بعض الأصحاب و لعله لما فيه من التعرض للمحذور من اعتقاد التأثير أو لأن أحكامه تخمينية (و أما علم) هيئه الأفلاك فليس حراما لما فيه من الاطلاع على حكم الله و عظم قدرته و قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد الإخبار عن أحكام النجوم باعتبار الحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية التى مرجعها إلى القياس و التخمين (إلى أن قال) و قد ورد عن صاحب الشرع النهى عن تعلم النجوم بأبلغ وجوهه (إذا تقرر ذلك) فاعلم أن التنجيم مع اعتقاد أن للنجوم تأثيرا فى الموجودات السفلية و لو على جهة المدخلة حرام و كذا تعلم النجوم على هذا الوجه بل هذا الاعتقاد كفر فى نفسه نعوذ بالله منه أما التنجيم لا على هذا الوجه مع التحرز عن الكذب فإنه جائز فقد ثبت كراهية التزويج و سفر الحج فى العقرب و ذلك من هذا القبيل نعم هو مكروه لأنه ينجر إلى الاعتقاد الفاسد و قد ورد النهى عنه مطلقا حسما للمادة (و قال الشيخ بهاء الملة و الدين) ما يدعيه المنجمون من ارتباط بعض الحوادث السفلية بالأجرام العلوية إن زعموا أن تلك الأجرام هى العلة المؤثرة فى تلك الحوادث بالاستقلال أو أنها شريكه فهذا لا يحل للمسلم اعتقاده و علم النجوم المبتنى على هذا كفر العياذ بالله و على ذلك حمل ما ورد فى الحديث من التحذير عن علم النجوم و النهى عن اعتقاد صحته (و إن قالوا) إن اتصالات تلك الأجرام و ما يعرض لها من الأوضاع علامات على بعض حوادث هذا العالم مما يوجد الله سبحانه بقدرته و إرادته كما أن حركات النبض و اختلاف أوضاعه علامات يستدل بها الطبيب على ما يعرض للبدن من قرب الصحة و اشتداد المرض و نحوه و كما يستدل باختلاج بعض الأعضاء على بعض الأحوال المستقبلية فهذا لا مانع و لا حرج فى اعتقاده (و ما روى) من صحة علم النجوم و جواز تعلمه محمول على هذا المعنى (ثم قال) الأمور التى يحكم بها المنجمون من الحوادث الاستقبالية أصول بعضها مأخوذة من أصحاب الوحي عليهم السلام و بعض الأصول يدعون فيه التجربة و بعضها مبنى على أمور متشعبة لا تفى القوة البشرية بضبطها و الإحاطة بها كما يومى إليه قول الصادق عليه السلام كثيره لا يدرك و قليله لا ينتج فلذلك وجد الاختلاف فى كلامهم و تطرق الخطأ إلى بعض أحكامهم و من اتفق له الجرى على الأصول الصحيحة صح كلامه و صدقت أحكامه لا محالة كما نطق بذلك كلام الصادق عليه السلام و أشار إليه رواية عبد الرحمن بن سيابة و لكن هذا أمر عزيز المنال لا يظفر به إلا القليل و الله الهادى إلى سواء السبيل (و أما الأخبار) فمما يدل على الإباحة و أن أحكامه صحيحة خبر يونس ابن عبد الرحمن أن النجوم علم من علوم الأنبياء عليهم السلام و الخبر المنقول فى الدر المنثور و كتاب النجوم عن يوشع ابن نون و أن النجوم دلت على ولادته صلى الله عليه و آله و سلم و على ولادة أبيه إبراهيم و أن العرب تظهر على الفرس و خبر عبد الرحمن ابن سيابة حيث قال (عليه السلام) له لا تضر بدينك و خبر نصر الهندي أن أول من تكلم بالنجوم إدريس و ما دل على أن ذا القرنين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٨

.....

كان به ماهرا و خبر نزول المشتري إلى الأرض فى صورة رجل فعلم العجم فلم يستكملوا و علم رجلا من الهند فاستكمل و أنه بقى

فى عقبه و ليس فيه دلالة على أنه كان حيا قبل نزوله و خبر الخثعمى أن النجوم حق و خبر محمد و هارون ابن أبى سهل سألا الصادق عليه السلام هل يحل النظر إليها فقال نعم و الخبر الذى تضمن أن مولانا الكاظم عليه السلام مدح علم النجوم بحضرة هارون و هو طويل و الخبر الذى تضمن إخبار المنجم لابن عباس بأنه يعمى و يموت ولده بعد عشرة أيام و أن المنجم يموت بعد سنة و الخبر الذى قال فيه عليه السلام إياكم و التكذيب بالنجوم و الخبر الذى تضمن أن رجلا كتب لعلى ابن جعفر أن النجوم تقضى بأنه قرب موته فأمره بوجوه البر و خبر أهل البلقاء و حربهم و أنه لم يقتل منهم أحد لمكان المرأة المنجمة عندهم فأخر الله الشمس فقتل أكثرهم و خبر قسمة الأرض بين مولانا الصادق عليه السلام و شريكه إلى غير ذلك من الأخبار (و أما الأخبار) الدالة على الحرمه و الخطأ فيه فخبر زحل و أنه أسعد النجوم و أقربها إلى الله تعالى و أنه نجم أمير المؤمنين و أنهم أخطئوا فى كونه نحسا و خبر الفقيه عن عبد الملك ابن أعين حيث قال له الصادق عليه السلام أحرق كتبك و قوله عليه السلام فى نهج البلاغة المنجم كالكاهن و الكاهن كالساحر و الساحر كافر (١)» و قوله عليه السلام فيه أيضا من صدقك كذب القرآن إلخ و خبر الخصال أن المنجم ملعون و خبر الاحتجاج و النهج إياكم و تعلم النجوم و خبر الاحتجاج عن هشام ابن الحكم أنه علم قلت منافعه و كثرت مضراته و أن المنجم يضاد الله تعالى فى علمه و نحوه خبر الخصال و خبر الخصال الآخر و خبر دعاء الاستخارة فإنه دعاء يتضمن التهجين على المنجمين و الخبر الذى نهى فيه صلى الله عليه و آله و سلم عن تعلم النجوم و الخبر الذى تضمن بطلان النجوم و الحجته عليهم و أخبار عجز الناس عنه و الخبر الذى تضمن أن أصل علم النجوم حق و لكن لا يعلمه إلا من يعلم مواليد الخلق إلى غير ذلك من الأخبار (و الذى) ينبغى أن يقال فى المقام بعد ملاحظة الأخبار و الأقوال (أن هنا مقامين أحدهما) تعلم علم النجوم و تعليمه (و الثانى) اعتقاد تأثير النجوم و الأول يقع على نحوين لأنه إما أن يكون مع اعتقاد التأثير أو لا معه و الأول داخل فى المقام الثانى و الثانى يحتمل الحرمه كما نقله الشهيد فى الدروس عن بعض الأصحاب لأنه قد ينجر إلى اعتقاد التأثير أو لأن أحكامه تخمينية و عملا بإطلاقات الأخبار و حملا لأخبار الإباحة على التقيء و يحتمل الكراهية كما عليه الأكثر كما عرفت بل لم أجد مصرحا بحرمة فتحمل أخبار التحريم على اعتقاد التأثير و نحوه (و أما الكراهية) فلمكان إطلاقات الأخبار و لأنه قد ينجر إلى الحرام كالصرف (و أما اعتقاد تأثير النجوم) و تعلمه مع اعتقاد ذلك و العمل به فيقع على وجوه لأن القائل بالتأثير (إما أن يقول) بأنه مؤثر بالاستقلال أو بالشركة بمعنى أنها حية و لها حظ فى التأثير (أو يقول) إنها مؤثرة بكيفياتها و خاصتها كالإضاءة و الحرارة و التبريد و لا- حياة لها (أو يقول) إنها مؤثرة أيضا بحركاتها و أوضاعها مع عدم الحياة أيضا كما تؤثر بكيفياتها (أو يقول) إن إسناد التأثير إليها مجاز و إنما هى دلالات و أمارات جعلها الله سبحانه دالة على حدوث الحوادث فى عالم الكون و الفساد و ليس لها تأثير أصلا من جهة حركاتها و أوضاعها (أما الأول) و هو اعتقاد تأثيرها بالاستقلال أو الشركة فكفر كما نص عليه الأصحاب و دلت عليه الأخبار و الإجماعات بل القول بكونها علة فاعلية بالإرادة و الاختيار و إن توقف تأثيرها على شرائط كفر كما نص عليه المجلسى لأنه من المعلوم أن لا حياة لها (و فى شرح نهج البلاغة) لابن أبى

(١) كالكافر خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٩

.....

الحديد أن الإجماع من المسلمين حاصل على أن الكواكب ليست بحية و من هنا يظهر لك ما فى كلام صاحب الوافى حيث أثبت لها الحياة لكن قد سمعت ما فى قواعد الشهيد من أن من اعتقد أنها تفعل و المؤثر الأعظم هو الله سبحانه فهو مخطئ إذ لا حياة لهذه الكواكب ثابتة بدليل عقلى أو نقلى (و أما الثانى) و هو أنها مؤثرة بالكيفية لا غير كحرارة الشمس فهو ضرورى و نحوه تبريد القمر و



إضاءة سائر الكواكب و كلما يترتب على الكيفية من نبات الأرض و خروج ورق الشجر و نضج الثمر و المد و الزجر و نحو ذلك و لا تلازم كما ظنه محمد ابن الحسن المعروف بالخازن صاحب كتاب زيغ الصفائح و لا يصح قول أبي البركات كما نقل عنه «١» ابن أبي الحديد لكن الكلام في أنها مؤثرات أو معدات لتأثير الرب سبحانه أو أنه تعالى شأنه أجرى العادة بخلق الحرارة أو الضوء عقيب محاذاء الشمس مثلا الظاهر الأخير كما يخلق السرور عند رؤية الوجه الحسن (و أما الثالث) و هو كونها مؤثرة بحركاتها و أوضاعها و مقارناتها و اتصالاتها في خلق الحوادث على أحد الوجوه الثلاثة كتأثيرها بكيفياتها فالقول به جراءة على الله سبحانه و ظاهر الآيات و الأخبار خلافه و لا ينتهي إلى حد الكفر بل هو فسق كما قد تعطيه عبارة قواعد الشهيد و القياس على التأثير بالكيفيات باطل و الاستناد في صحة ذلك إلى التجربة أو هن شيء لأن خطأهم كثير جدا ثم إنك قد سمعت كلام علم الهدى من أنه لم يقل أحد منهم بذلك و ما قاله الشهيد في الدروس و البهائي يحمل على القسم الرابع و لا يحمل على هذا القسم بشيء من وجوه الثلاثة (و يرشد إلى ذلك) تصريح الشهيد بالخطأ و الحرمة في قواعده فيما نحن فيه و تشبيهه له بالأغذية و النار و تشبيه البهائي ذلك بالنبض و الاختلاج و فرق واضح بين التشبيهين «٢» و الكراجكي خلط بين الأمرين و لم يفرق بين التشبيهين (و أما الرابع) و هو أنها دلالات و أمارات و لا تأثير لها أصلا و لو بإجراء العادة فلا حظر فيه و هو الذي دل عليه كثير من الأخبار لكن إن قلنا إنها تفيد العلم كان ذلك مخصوصا بمحمد و أهل بيته صلى الله عليه و آله و سلم و بعض الأنبياء عليهم السلام لأن الطريق إلى العلم بعدم ما يبطل دلالتها و الإحاطة بجميع شرائطها و دفع موانعها مختصة بهم صلى الله عليهم (و إن ادعوا) أنها تفيد الظن في جميع أحكامها فدونه حرط القنات أيضا لأن وقوع مدلولاتها مشروط بشرائط و رفع موانع و المنجمون لا يعرفون تلك الشرائط و الموانع و إن عرفوا بعضها فغير معلوم بخصوصه كما يعطيه خبر الدهقان الذي اسمه سرسفييل و غيره كخبر عبد الرحمن بن سيابة و هاشم و الخفاف حيث قال إن أصل الحساب حق لكن لا- يعلم ذلك إلا من علم مواليد الخلق إلى غير ذلك من الأخبار فتعلمها و تعليمها للعمل بها بناء على كونها أمارات و دلالات بالمعنى الذي نحن فيه في استخراج التقاويم و الإخبار بالمغيبات و أخذ الطوابع و الحكم بها على الأعمار و الأحوال حرام على الظاهر إذا اعتقد صدقها لما عرفت من أنها لا يحيط بشرائطها و موانعها غير المعصوم عليه السلام (نعم) إن أخير بأن العادة أن الله سبحانه يفعل كذا عند كذا لم يحرم كما قاله الشهيد في قواعده (و الحاصل) إن حصل ظنا بحسب العادة بترتب ضرر أو نفع فلا مانع منه و ما دل على الجواز من الأخبار فعلى ضعفه يحمل عليه و إلا فعلى التقيّة لشيوع العمل بها في زمن الخلفاء و في بعض الأخبار إيماء إلى ذلك و قد تحمل أخبار النهي على الكراهية أو على ما إذا

(١) عنهما خ ل

(٢) لأن الأغذية لها تأثير و النبض و الاختلاج لا تأثير لهما و إنما هما علامات فليتأمل فإنهم قد خبطوا و لم يفرقوا (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨٠

و الشعبة حرام و هي الحركات السريعة جدا بحيث يخفى على الحس الفرق بين الشيء و شبهه لسرعة انتقاله من الشيء إلى شبهه (١) و القيافة حرام (٢)

اعتقد التأثير فتكون أخبار الجواز باقية على حالها مباحة كما صرح به الشهيد و البهائي (و أما تعلمها و تعليمها) بناء على ما اخترناه للعمل بها لا للاستخراج و الإخبار و الحكم بها بل لمعرفة الساعات المحمودة و النحسة و الكسوف و الخسوف فالظاهر الجواز كما صرح به المصنف في كتبه و المحقق الثاني و يرشد إليه رعاية العقرب و المحاق لكنه على كراهية و على بعض ما ذكرنا يحمل عمل الرواة و تعلمهم و تعليمهم (إذا عرفت هذا فاعلم) أن من أقوى ما يستدل به القائلون بالتأثير إصابتهم في الكسوف و وقته و مقداره و الأهلة فأى فرق بين إخبارهم بحصول التأثير في هذا الجسم و بين حصول تأثيرها في أجسامنا و نحوها (و جوابه واضح) على ما قلناه

من أنها دلالات و أمارات تفيد الظن في بعض أحكامها (و قد أجاب) عنه السيد و الكراجكي بأن الكسوفات و اقترانات الكواكب و انفصالها من باب الحساب و تسيير الكواكب و له أصول صحيحة و قواعد سديدة و ليس كذلك ما يدعونه من تأثيرات الكواكب في الخير و الشر و النفع و الضر و لو لم يكن في الفرق إلا الإصابة الدائمة المتصلة في الكسوفات و ما يجري مجراها فلا يكاد يبين فيها خطأ البتة و إن الخطأ الدائم المعهود إنما هو في الأحكام الباقية حتى أن الصواب فيها عزيز و ما يتفق فيها من الإصابة قد يتفق من المخمن أكثر منه فحمل أحد الأمرين على الآخر بهت و قلته دين «انتهى كلام السيد قدس سره» و كأنه اعتراف منه بأن بعض علم النجوم حق و بعضه باطل لأن أبا معشر صاحب كتاب المدخل و هو أستاذ الكل في هذا الفن قال إن علم النجوم على نوعين علم الكل و علم أحكام و جعل علم الكل علم كيفية الأفلاك و كميتها و عد من هذا القسم أشياء كثيرة منها حركات الأفلاك و أيها أسرع و أيها أعلى و معرفة كسوف الكواكب بعضها لبعض و كسوف النيرين إلى آخر ما قال «فليتأمل جيدا» هذا ما يتعلق بالمقام من طريق الأخبار و الفتاوى و لكل من المنكرين و المثبتين حجج كثيرة من طريق الاعتبار لا يحتمل المقام ذكرها لكن قد ذكر علم الهدى و ابن أبي الحديد و جماعة أنه مما أفحم به المنجمون و لم يتحصل منهم جواب ما إذا قيل لهم خذوا و احكموا هل يؤخذ هذا الشيء أو يترك فإن حكموا بالأخذ أو الترك خولفوا و قد ألزمهم الصادق عليه السلام بما إذا التقى العسكران و في هذا حاسب و في حاسب هذا لصاحبه بالظفر و يحسب هذا لصاحبه بالظفر ثم يهزم أحدهما الآخر فأين كانت النجوم

(قوله) (قدس سره و الشعبة حرام و هي الحركات السريعة جدا بحيث يخفى على الحس الفرق بين الشيء و شبهه)

كذا فسرها جماعة من الأصحاب و قال في القاموس الشعبة الشعوذة خفة في اليد و أخذ كالسحر يرى الشيء بغير ما عليه في رأى العين و في مجمع البحرين أنها الحركة الخفيفة و لم يتعرض لها في النهاية و الصحاح و المصباح و المجمل لابن فارس و الذيل و التكملة للصغاني و قد نص على حرمتها في النهاية و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس و اللعة و سائر ما تأخر و عن المنتهى أنه لا خلاف فيه فلا وجه للتأمل فيه بعد الإجماع المنقول بل المعلوم إذ لم نجد مخالفا مع قربها من السحر و قد ألحقها به الشهيد في الدروس

(قوله) (و القيافة حرام)

أطلق حرمة القيافة كما أطلق في النهاية و السرائر و النافع و سائر ما تأخر عنها ما عدا الدروس و غيره كما ستسمع و ظاهر التذكرة و التنقيح الإجماع عليه حيث قالوا حرام عندنا و هو منقول عن صريح المنتهى و في الكفاية لا أعرف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨١

.....

خلافاً بينهم في تحريم القيافة و في الحدائق نسبته إلى الأصحاب (قلت) و هو الموافق لأصول المذهب و الاعتبار لأنه يلزم منها إلحاق شخص بآخر الموجب لترتب الأحكام الكثيرة بمجرد ظن لا دليل عليه شرعاً بل الدليل على خلافه و ذلك مما تأباه أصول المذهب و محاسن الشريعة بل يحكم أهل العقول بطيش عقل الملحق به أو أنه أحق (و قال في مجمع البحرين) و في الحديث لا آخذ بقول قائف و هذا الخبر لم أجده في الهداية للحر و لا في النهاية الأثيرية و لو كان من طرقنا أو طرق العامة ما شذ عن هذين الكتابين و استدلل عليه في الهداية بأخبار النهي عن إتيان العراف (ثم إنني) رجعت إلى فهرست الوسائل فلم يزد فيه عما في الهداية و في خبر الخصال ما أحب أن تأتيهم و ما رواه بعض من أنه صلى الله عليه و آله و سلم فرح بقول القائف لما وافقه فعلى ضعفه و أنه من ذلك الفج و لم تتوفر فيه المزايا العامة حيث لم يعمل به أصحابنا و لم ينقل عن علي عليه السلام يحتمل أنه من حيث ظهور صدقه صلى الله عليه و آله و سلم لا من جهة القائف (و قد روى في الكافي) عن زكريا ابن يحيى المصرى أو الصيرفى المجهول قال سمعت علي ابن جعفر يحدث الحسن بن الحسين بن علي بن الحسين عليه السلام قال لقد نصر الله أبا الحسن عليه السلام فقال الحسن أي و الله جعلت

فداك لقد بغى عليه إخوته فقال على بن جعفر أى و الله و نحن عمومته بغينا عليه فقال له الحسن جعلت فداك كيف صنعتم فإنى لم أحضركم قال فقال له إخوته و نحن أيضا ما كان فينا إمام قط حائل اللون فقال لهم الرضا عليه السلام هو ابني قالوا فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قد قضى بالقافة فيننا و بينك القافة فقال ابعثوا أنتم إليهم و أما أنا فلا و لا تعلموهم لم دعوتموهم فلما جاءوا قعدنا فى البستان فاصطفت عمومته و إخوته و أخذوا الرضا و ألبسوه جبء من صوف و قلنسوة و وضعوا على عنقه مسحة و قالوا له ادخل البستان كأنك تعمل فيه ثم جاءوا بأبى جعفر عليه السلام فقالوا ألحقوا هذا الغلام بأبيه فقالوا ليس له هاهنا أب و لكن هذا عم أبىه و هذا عمه و هذه عمته و إن يكن له هاهنا أب فهو صاحب البستان فإن قدميه و قدميه واحدة فلما رجع أبو الحسن عليه السلام قالوا هذا أبوه قال على بن جعفر فمضت فمضت ريق أبى جعفر عليه السلام و قلت أشهد أنك إمامى «الحديث» نقلناه بطوله تبركا به و لأنه قد يستدل به على الجواز حيث إنه أجابهم و لم ينكر عليهم رجوع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى القافة (و أما قوله عليه السلام) و أما أنا فلا فعله لرفع التهمة عن نفسه إذ كان هو الداعى لهم و ضعفه غير ضائر لأن عليه حقيقة و مسحة (و الجواب) عن ذلك كله أنه عليه السلام مكره على ذلك كما يظهر ذلك لمن اطلع على أحوال إخوته معه عليه السلام و قد فعلوا ما فعلوا مما نسأل الله سبحانه بمحمد و آله أن يعفو عنهم و لا سيما العباس أو أنه عليه السلام يعلم أنهم هنا ما يقولون إلا حقا و فيه مع ذلك رفع الشبهة عنهم و لو أنك عليهم رجوعه صلى الله عليه و آله و سلم إلى القافة لكذبه العباس مع ما سمعه من العامة من الرجوع و قال له ما على مسحاتك من طين كما قال له ذلك قبل ذلك و لهذا وقفوا و استمر فى أعقابهم مدة حتى إبراهيم و الظاهر أن أحمد لم يقف و لعل إبراهيم رجع و لا يدل على الجواز قوله عليه السلام فى خبر الخصال إن القيافة فضلة من النبوة ذهب فى الناس حتى بعث النبى صلى الله عليه و آله و سلم و لعله من هنا قال صاحب المفاتيح إن أصلها حق فليحظ «و ليتأمل» و قيد تحريم القيافة فى الدروس بما إذا ترتب عليها محرم و زيد فى الميسية و جامع المقاصد و المسالك و الروضة ما إذا جزم بها و كذا المفاتيح (و قد يقال) إنها إذا لم يترتب عليها حرام لا فائدة فيها (قلنا) فائدها الاطمئنان فإنه إذا لحق به الولد شرعا و وافقت القافة زاد اطمئنانه «فتأمل» و الأحوط تركها مطلقا و قوفا على إطلاق الفتاوى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨٢

و يحرم بيع المصحف بل يباع الجلد و الورق (١)

و الإجماع و الخبر كما قد سمعت (إذا عرفت) هذا فاعلم أن فى الصحاح و القاموس و المصباح المنير أن القائف هو الذى يعرف الآثار و لم يذكروا النسب نعم زيد فى النهاية و مجمع البحرين و يعرف شبه الرجل بأخيه و أبىه و فى جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و غيرها أنها إلحاق الناس بعضهم ببعض فقد زادوا و نقصوا عما فى كتب اللغة «فتأمل» و قد حكم فى الدروس و التنقيح و جامع المقاصد بتحريمها فى قفو الآثار إذا رتب عليها حرام و لم أجده لغيرهم و هو موافق للاعتبار و الإطلاق إلا أن يحمل على ما فهمه الأ-كثر من قصره على الإلحاق (و قاف يقوف) من باب قال يقول فيقال قفت و يقال قفوت و قد استحسب الشهيد و المحقق الثانى النظر فى علم الهيئة و لا يخلو من قوة إذا لم يعتقد فيه ما يخالف الآيات و الأخبار كتطبيق الأفلحك و لم يجزم فيه بما لا برهان عليه فيكون داخلا فى القول بلا علم و جوزا الرمل إذا لم يقطع بالمطابقة كما إذا جعله فالأ لأنه صلى الله عليه و آله و سلم كان يحب الفال و يكره الطيرة و حرماه إذا اعتقد المطابقة و الطيرة كخيرة مصدران لتطير و تخير و لا ثالث لهما و قد تسكنان (و قد روى) عن الصادق عليه السلام أن الطيرة على ما جعلها إن هوتتها تهونت و إن شددتها تشددت و إن لم تجعلها شيئا لم تكن شيئا و حرم الشهيد و المقداد السيميا و هى إحداث خيالات لا وجود لها فى الحس للتأثير فى شىء آخر و الكيمياء إذا كانت زغلا و أما صنعتها على وجه سلب الأجساد خواصها و إفادتها خاصية أخرى فقال الشهيد إن ذلك مما لا يعلم صحته و قال المقداد إنه غير مستبعد وقوعه و جوازه عقلا و شرعا

(قوله قدس سره) (و يحرم بيع المصحف بل يباع الجلد و الورق)

كما فى النهاية و السرائر و التحرير و التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و جامع المقاصد و استدلال عليه فى نهاية الأحكام بمنع الصحابة منه و عدم العلم بالمخالف و المراد خط المصحف كما صرح به فى الدروس للكتاب و الأخبار الكثيرة (كقول الصادق عليه السلام) فيما رواه فى الكافي عن عبد الرحمن بن سليمان أن المصاحف لن تشتري فإذا اشترت فقل إنما اشتري منك الورق و ما فيه من الأدم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا (و قوله عليه السلام) فى موثقة سماعة لا تشتري كتاب الله و لكن اشتر الحديد و الورق و الجلود و الدفتين و نحوه خبر عثمان بن عيسى و خبر عبد الله بن سليمان و خبر عنبسة الوراق لكن فى خبر سماعة الآخر لا تبيعوا المصاحف فإن بيعها حرام إلى أن قال اشتر منه الدفتين و الحديد و الغلاف و إياك أن تشتري الورق و فيه القرآن مكتوبا فيكون حراما عليك و على من باعه و لعل المراد لا تقصد الورق بالشراء مع شراء القرآن معه بل اقصد شراء الورق فقط و هو كما ترى تكليف ما لا يطاق أو المراد لا تقصده باللفظ تعبدا و لم يبين لنا الأصحاب الحال فى هذا العقد لكن أخبار الباب أخبار متضافرة معتضدة بظواهر الكتاب عند بعض الأصحاب منجبة بالعمل حتى ممن لا يعمل بأخبار الآحاد فلا مانع من العمل بها إلا ما أشرنا إليه مضافا إلى مخالفة القواعد أو الواقع و إلا- يلزم على هذا أن يكون الخط ليس مبيعا و لا جزءا من المبيع فلو ظهر فيه غلط لم يستحق الأرش و ليس له الفسخ و لا- كذلك غير القرآن من الكتب فإن الخط جزء من المبيع و يلزم أن لا- يملك بالبيع فلو محاه ماح لم يضمه (إلا- أن تقول) ملكه الأول بكتابتة و الثانى بإعراض الأول و استيلائه أو تقول بالتمليك التبعي فيترتب الضمان لمشتريه على متلفه بل قد يقال بالتمليك الأصلي و النهى إنما هو عن الصورى للاحترام (و فيه ما لا يخفى) و قد يتخيل أنه حينئذ يجوز بيعه للكافر لأنه ما باعه إلا الجلد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨٣

و لو اشتراه الكافر فالأقرب البطلان (١) و يجوز أخذ الأجرة على كتابة القرآن (٢)

و الورق و ليس بصحيح لاستلزامه دخول الخط تبعا على أن هذه الأخبار معارضة بالخبرين أحدهما موثق و الآخر صحيح قال فيهما أبو عبد الله عليه السلام أشتره أحب إلى من أن أبيعه فتأمل بل قد يقال إن كل من لم يذكر تحريم بيعه فهو مخالف و ذلك لأنهم يذكرون شرط البيع و المبيع و المتعاقدين و يشترطون إسلام المشتري فى المصحف و العبد المسلم و قضيه كلامهم فى ذلك المقام جواز شراء المصحف و بيعه على أى وجه كان للمسلم فليتأمل (و الأولى أن يقال) إنه لا يباع نفس المرسوم من القرآن و عليه تحمل أخبار النهى و يباع الجلد و الورق و الحديد و الغلاف و عليه يحمل الموثق و الصحيح. و الظاهر الفساد لو وقع البيع على الوجه المنهى عنه بظاهر الأدلة فلو باع الرسم منضمما إلى الورق و نحوه كان باطلا- فى الجميع و إن قام احتمال الصحة فيما يصح و لا ريب أن أبعاض المصحف كالمصحف عندهم فلا- يفرق فيها بين المجتمع و المتفرق و فى إطلاق كلامهم ما يعطى أنه يطلق على البعض و الكل و هو الموافق لكلام أهل اللغة (قال الجوهري) و الصحيفة الكتابة و المصحف (قال الفراء) قد استقلت العرب الضمة فى حروف فكسروها و أصلها الضم و من ذلك مصحف و مخدع و مطرف و مغزل و محبس لأنه مأخوذ فى المعنى من أصحاب أى جمعت فيه الصحف انتهى (و قد قال) «١» إن المصحف جمع صحيفة و الصحيفة قطعة من جلد أو قرطاس كتب فيها فيكون المصحف ما جمع فيه ثلاث أوراق أو اثنان فتصح الاستخارة بالقرآن الذى سقط منه شىء إلا- أن تقول إنه صار علما «فتأمل» و على كل حال ففى القاموس أنه مثل الميم و فى المصباح المنير و مجمع البحرين أن الضم أشهر و نقل الصغاني عن تغلب أن الفتح لغة صحيحة فصحة و قد سمعت ما فى المصباح و ما دخل من الآيات فى بعض الكتب لا يجرى هذا المجرى و كذلك فى باقى الكتب السماوية و كتب الحديث

(قوله) (و لو اشتراه الكافر فالأقرب البطلان)

كما فى التحرير و التذكرة و الإرشاد و نهاية الأحكام فى أول كلامه و الإيضاح و الدروس و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كأنه مال إليه فى مجمع البرهان ذكر ذلك بعضهم فى المقام و بعضهم فى باب البيع و ذكر بعضهم أن أبعاض المصحف كالمصحف و فى التذكرة أن فى كتب الحديث «٢» النبوية وجهين و استشكل فى نهاية الأحكام فيها و فى كتب اللغة و جوز ولده فى شرح الإرشاد بيع الأحاديث النبوية على الكافر و عن المحقق الثانى أنهما فى حكم المصحف و وجه أقربيه البطلان انتفاء الصلاحية فى أحد الأركان لأن ما لا يتم غرض الشارع فى تحريمه إلا بإبطاله و جب القول ببطلانه مطلقا سواء قلنا بدلالة النهى على الفساد فى المعاملات أم لا و لم أجد القائل بصحة البيع و إجباره على بيعه نعم قد قيل ذلك فى العبد المسلم «فتأمل» و لعل الفرق أن القرآن أعظم حرمة و قد نسرى الحكم إلى الكتب المحترمة و قد نسريه إلى أهل؟؟؟ فيما يستهينون به إلا أنا نقول هنا إنه لا يجوز تسليمه إليهم و يباع عليهم قهرا فيفرق بهذا بينهم  
(قوله) (و يجوز أخذ الأجرة على كتابة القرآن)

كما فى المراسم و التحرير و التذكرة و نهاية الأحكام و إجارة الكتاب و التذكرة و جامع المقاصد و فى الأخيرين نسبة ذلك إلى أكثر علمائنا و فى التذكرة أنه مروى عن جابر و قد أطلق ذلك فيها من دون ذكر كراهية و لا شرط و فى النهاية و النافع أنه مكروه مع الشرط و فى

(١) قالوا خ ل

(٢) الأحاديث خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨٤

.....

السرائر الإجماع على أنه مع الشرط مكروه و بدونه حلال طلق (و فى الخبر) أن أم عبد الله بنت الحسن أرادت أن تكتب مصحفا فاشترت ورقا من عندها و دعت رجلا فكتب لها على غير شرط و أعطته حين فرغ خمسين دينارا و أن المصاحف لم تبع إلا حديثا و ليس بصريح فى التقييد و فى الخبر ما ترى إن أعطى على كتابته أجرا قال لا بأس و الظاهر أن الكراهية مع الشرط لا تخص المشترط بل من الجانبين و المدار على ما يسمى كتابة قرآن فلا كراهة فى آيات التعوذ و نحوها و قد يقال إن الكراهية تجرى فى إصلاحه و تصحيحه فليتأمل (و قد اختلفوا فى أخذ الأجرة على تعليم القرآن) فالمشهور أنه مكروه و ظاهر المقنع أنه مكروه مطلقا شرط أو لم يشترط حيث قال و التنزه عنه أفضل و بالكراهية صرح فى كشف الرموز و المنتهى و التحرير و التذكرة و المختلف و الكتاب فيما سلف و الدروس و التنقيح بل صرح الآبى و الشهيد بأشدية الكراهية مع الشرط و هو قضية بقيه ما ذكر لمكان الأولوية و احتمال التحريم منتف لتصريحهم بنفيه و فى النهاية و النافع و إجارة جامع المقاصد كما حكى عن القاضى بأنها تكره مع الشرط و قضيته أن لا كراهة بدونه كما هو صريح السرائر و إيضاح النافع حيث أثبتاها مع الشرط و نفيها بدونه و فى الأول الإجماع على النفى و الإثبات و فى الإستبصار أنها حرام مع الشرط و بدونه مكروهة و وافقه المصنف فى إجارة التذكرة فى موضع منها و فى موضعين آخرين صرح بالكراهية و حمل كلام الشيخ على ما إذا تعين واحد لمباشرة هذه الأعمال و أطلق التقيي تحريم الأجر على تلقين القرآن و تعليم المعارف و الشرائع و كيفية العبادات و الفتيا و ظاهر الإرشاد عدم الكراهية أصلا حيث نفى البأس عن ذلك و هو ظاهر إجارة الكتاب و فى كشف الرموز لا-خلاف فى جواز أجر تعليم غير القرآن و كأنه لم يبال بخلاف التقيي و قال لا خلاف فى حله إذا وقع على سبيل الهدية (و تنقيح البحث أن يقال) ما المراد من القرآن فى كلام الأصحاب القائلين بالجواز و الأخبار. أ كله أم ما عدا ما و جب منه عينا أو كفاية ظاهر الأكثر الأول إلا أن يقيد بما ستسمع و ظاهر كشف الرموز و إيضاح النافع الثانى حيث استثنيا ما يحتاج إليه فى الصلاة و

فى إجارة الكتاب يجوز الإجارة عليه إلا- مع الوجوب و صريح الدروس و إجارة جامع المقاصد أن المراد من القرآن الذى تجوز الإجارة عليه هو ما زاد على الواجب منه عينا أو كفاية و هو ظاهر المجلسى حيث حمل أخبار النهى على ما عدا الحمد و السورة و تعليم آيات الأحكام و إلى ذلك أشير فى اللمعة و الروضة حيث قيل فيهما و تحرم الأجرة على الواجب من التكليف سواء وجب عينا كالفاتحة و السورة و أحكام العبادات أو كفاية كالتفقه فى الدين و ما يتوقف عليه من المقدمات علما و عملا و تعليم المكلفين صيغ العقود و نحو ذلك «انتهى» (و فى التحرير) لو تعين للتعليم وجب عليه لوجوب حفظه لثلا- تنقطع المعجزة و نحوه ما فى التنقيح كما ستسمع و ذلك موافق لظاهر الأكثر و كأنهما نزلا عليه كلامهم كما ستسمع توجيهه و مخالف لما سمعته عن الدروس و ما وافقه (و فى الرياض) أن الجواز على القول به مطلقا أو فى الجملة مقيد بما إذا لم يكن أحد الأمرين واجبا و لو كفاية و إلا فينتفى رأسا و يثبت التحريم إجماعا فتوى و دليلا- «انتهى» و هو موافق لما فى الدروس و العبارة سقيمة (و أنت خير) بأن تعليم القرآن لمن وجب عليه التعلم عينا أو كفاية واجب كفاية قطعاً لكن وجوبه كذلك إما أن يكون لغيره أعنى حفظ العجز أو غيره حتى يكون كصناعة الحياكة و غيرها من الصناعات التى وجبت توصلاً أو لذاته كتغسيل الموتى و تكفينهم و دفنهم و الصلاة عليهم و هذا هو الظاهر لأنه متعلق أولاً و بالذات بالأديان كالفقاهة و إقامة الحجج

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨٥

.....

العلمية فإن كان الأول جاز أخذ الأجرة عليه إلا أن ينحصر فيه فيجب عينا فتحرم و يرتزق حينئذ من بيت المال و قد يدعى أنه مراد الأ- كثر إلا على تنزيل يأتى و صريح التحرير و التنقيح كما عرفت بل فى التنقيح أن المعلم للقرآن إذا كان معلماً لشيء من الأحكام الواجبة عينا فأما مع تعيين التعليم عليه بأن لا يوجد غيره ممن يقوم بذلك فهذا لا يجوز له أخذ الأجرة على ذلك التعليم لأنه مؤد لغرضه و إن لم يكن جاز لكن على كراهية «انتهى» فتراه كيف اقتصر على تعليمه الواجب عينا فإن أراد التخصيص كان غير صحيح إلا على ما يأتى و منه يعلم حال ما فى كشف الرموز و إيضاح النافع فالحظ كلامهما (لكن فيه) أن الواجب التوصلى يجوز أخذ الأجرة عليه و إن انحصر و تعين فى فرد على قول (و إن كان الثانى) أى الوجوب لذاته كما هو الظاهر من الشهيدين و من وافقهما أشكل الأمر جدا لأنه من المعلوم أن المشهور أنه لا يسقط وجوب الكفائى بشروع البعض فيه فإن الداخلى فى الصلاة على الميت بعد شروع البعض فيها ينوى الوجوب (إلا أن تقول) كما فى جامع المقاصد إنه متى كان فى القطر من هو قائم بالواجب الكفائى جاز أخذ الأجرة حينئذ و ذلك لا ينافى أنه بعد الشروع ينوى الوجوب «فتأمل» و من المعلوم أن الواجب من تعلم القرآن على قسمين عيني و كفائى (و العيني على قسمين) منه ما هو واجب على الأعيان عينا و هو فاتحة الكتاب و منه ما هو واجب على الأعيان تخييراً و هو سورة تامة تصح بها الصلاة على المشهور و ما يدل على التوحيد (و الكفائى على أربعة أقسام) إذ منه ما هو واجب عينا و هو ما يتعلق بالاجتهاد فى الأحكام الشرعية و منه واجب على الكفاية تخييراً و هو ما إذا اتفقت آيتان فى الدلالة على حكم شرعى و قد يجب كله على الكفاية على عدد كثير لا يجزى أقل منه حفظاً لتواتر المعجز و هو القسم الثالث و قد يجب كله على الكفاية على كل أحد بعد حفظ المعجز كى لا يقل ذلك العدد و هذا قائم فى كل عصر فلا يجوز أخذ الأجرة عليه أصلاً و لا يجدى شروع بعض المعلمين لما عرفت إلا على ما فى جامع المقاصد (أو يقال) إن هذا و القسم الثالث منفيان بعد شيوخ الإسلام و انتشاره بل الأول و الثانى كذلك فكان الواجب الكفائى فيه بأسره منتفياً كما يرشد إليه قوله عليه السلام كذبوا أعداء الله «الحديث» لأنه و لله الحمد قد قام أكثر الناس بذلك كله فى الأعصار و الأمصار فلم يبق إلا الواجب العيني بقسميه و لا ريب بناء على القول بوجوب التعليم كفاية لذاته. فى تحريم أخذ الأجرة عليه بقسميه و حينئذ يمكن تنزيل إطلاق الأكثر على ما عدا ذلك و هو غير واجب على أحد لقيام الناس به لأن ما عدا ذلك هو الذى قلنا إنه واجب كفائى و إنه الآن منتف و يصح أيضاً تنزيل عبارة كشف الرموز و إيضاح النافع على ذلك و يكون

كلام الدروس و ما وافقه منزلا على ما إذا عرض وجوب أحد أقسام الواجب الكفائي أو كلها و العياد بالله و كأن التقى لم يثبت عنده انتفاء أقسام الواجب الكفائي لقيام احتمال ذلك في كل قطر لطاعون و نحوه فتأمل (و يبقى الكلام) في كلامي التحرير و التنقيح و لا أراهما ينطبقان إلا على القول بانتفاء وجوب التعليم على أحد سواء علم ما وجب علينا على المتعلم أو كفاية لأن الناس قائمون بالتعليم في الأعصار و الأمصار للواجب العيني و أما الكفائي فكذلك إذا كان موجودا بعد انتشار الإسلام و قد عرفت أن الظاهر انتفاؤه فإذا كان كذلك جاز أخذ الأجرة على جميع ذلك نعم إذا انحصر و العياد بالله التعليم في شخص واحد حرم عليه أخذ الأجرة سواء علم ما وجب على المكلف عينا أو كفاية و على ذلك ينزل كلام الأكثر و هو وجه آخر في توجيه كلامهم و ليعلم أن بعضهم لا يقسم الواجب الكفائي إلى ما وجب لذاته و ما وجب لغيره (و أن الأول) لا يجوز أخذ الأجرة عليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨٦

.....

(و الثاني) يجوز بل المدار عندهم «١» في عدم جواز أخذها على كونه واجبا و حيث يسقط وجوبه إما بشروع الغير فيه أو ظن القيام به يجوز أخذها كما سيأتي قريبا و يجرى مثل ذلك في كتابة القرآن في بعض الوجوه (و على كل حال) فحجته المشهور على الجواز بعد الأصل و الإجماع المنجبر بالشهرة و الإجماع على جواز جعله مهرا (ما رواه) المشايخ الثلاثة عن الفضل ابن أبي قره قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن هؤلاء يقولون إن كسب المعلم سحت فقال كذبوا أعداء الله إنما أرادوا أن لا يعلموا القرآن و لو أن المعلم أعطاه رجل دية ولده لكان للمعلم مباح (و قد يستدل عليه) بمفهوم خبر جراح و مرسل الفقيه و الضعف منجبر و معتضد بما عرفت و استندوا في إثبات الكراهية إلى الشبهة الناشئة من أخبار النهي و فتوى الشيخ و التقى و استند التقى في التحريم مع الشرط إلى إطلاق المنع في أخبار النهي أو لأنه واجب كفائي عنده و الشيخ استند إلى الجمع بينها و بين ما دل على الجواز مطلقا و جعل الشاهد على الجمع خبر جراح (قال) نهى أبو عبد الله عن أجر القاري الذي لا يقرأ إلا بأجرة مشروطة و مثله مرسل الفقيه. ثم حمل خبر قتيبة الأعشى على الكراهية (و أنت خير) بأن الخبرين مختصان بالقاري دون المعلم فحكمه على المطلقات من الجانبين مشكل مع أنهما معارضتان بخبر الأعشى الذي حملة هو على الكراهية مع احتمال حمل أخبار المنع على التقيية كما يعطيه خبر ابن قره «٢» مع أنه موافق للاعتبار فإننا لا نجد أحدا ينصب نفسه لتعليم القرآن و يترك تحصيل الرزق فلا كراهية أصلا أو نقول بها مطلقا شرط أو لم يشترط كما عليه الأكثر لإطلاق النهي في الأخبار السالمة عن معارضة ما يصلح لتقييدها بصورة الاشتراط (و من الغريب) أن العلامة في المنتهى حين نقل جمع الشيخ قال و نحن نتوقف في ذلك مع أنه حكم بالجواز أولا- كما نقلناه عنه و لعله أراد أنا نتوقف عن مثل هذا الجمع و قد تضمن خبر الأعشى النهي عن أجره القراءة للقرآن و لو مع عدم الشرط و لم أر به عاملا عملا بالعمومات الدالة على جواز الإجارة و لا سيما في مثل الصلاة و الصوم بل صرح في الدروس بأنه لو استأجره لقراءة ما يهدي إلى ميت أو حتى لم يحرم و إن كان تركها أفضل و لو صرفه إليه بغير شرط فلا كراهية (قلت) و هو ظاهر خبر جراح الذي سمعته و في خبر حسان المعلم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التعليم قال لا تأخذ على التعليم أجرا قلت الشعر و الرسائل و ما أشبه ذلك أشارت عليه (قال نعم) بعد أن يكون الصبيان عندك سواء في التعليم لا تفضل بعضهم على بعض و قد تضمن جواز أخذ الأجرة على سائر العلوم و ينبغي أن يستثنى منها ما وجب عينا أو كفاية و في التحرير و لا بأس بأخذ الأجرة على تعليم الحكم و الآداب أما ما يجب تعليمه على الكفاية كالفقه فإنه يحرم أخذ الأجرة على تعليمه مع تعيينه و قد سمعت ما في الدروس و نحوه و ما حكى عن أبي الصلاح ثم إنه ينبغي حمل التسوية و عدم التفضيل في الخبر على الاستحباب كما قاله الشيخ في النهاية و المصنف في التحرير و المجلسي في حاشية الاستبصار قال في التحرير هذا إذا استأجر لتعليم الجميع على الإطلاق سواء تفاوتت أجرتهم أو اتفقت و مراده بالإطلاق ما إذا لم يستأجر لكل واحد على عمل مخصوص كما يدل عليه كلامه الآخر كما ستسمع (قلت) بل ينبغي أن يقيد بما إذا استأجر على تعليمهم و قد تساوت الأجرة و بما إذا

كان لغير الله تعالى أما لو كان بعضهم أفهم أو كان أبواه مؤمنين فلا إلا أن تقول الظاهر من الخبر عدم التفضيل لا للدنيا ولا للآخرة أما لو زادت الأجرة فربما كان التفضيل واجبا لكنه لو سعى لمن أخذ منه أكثر بقدر أجره و ما شرط عليه و سعى لمن

(١) عنده خ ل

(٢) الظاهر ابن أبي قره (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨٧

و تحرم السرقة و الخيانة (١) و بيعهما و لو وجد عنده سرقة ضمنها إلا أن يقيم البيئه بشرائها فيرجع على بائعها مع جهله (٢)

لم يأخذ منه أجرا أو أخذ أقل بمقدار ما يسعى لمن أخذ منه أكثر كان أحسن و أفضل و لو وقعت الإجارة على تعليم مخصوص لهذا و تعليم مخصوص لآخر فلا بأس أيضا بالتفضيل بحسب ما وقع عليه العقد كما في التحرير و ينبغي أن يساوى بينهم في الأخذ عليهم كما في النهاية

(قوله قدس سره) (و تحرم السرقة و الخيانة)

بالنص و الإجماع كما في التذكرة و قال و كذا بيعهما و قال في التحرير و كذا أخذ ثمنهما و لا تحريم مع الجهل بكونها سرقة و قال فيه و لو اشتبهت السرقة بغيرها جاز الشراء ما لم يعلم العين المسروقة قلت لعله أراد إذا اشتبهت في غير محصور (قوله) (و لو وجد عنده سرقة ضمنها إلا أن يقيم البيئه بشرائها فيرجع على بائعها مع جهله)

كما صرح بذلك في التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام و الأصل في ذلك ما قاله الشيخ في النهاية من وجد عنده سرقة كان ضامنا لها إلا أن يأتي على شرائها بينه (و قال في السرائر) بعد حكاية ذلك عنه هو ضامن سواء أتى على شرائها بينه أم لم يأت بغير خلاف و مقصود شيخنا أنه ضامن (و هل يرجع) على من اشتراها منه بالغرامة أم لا فإن كان اشتراها مع العلم بأنها سرقة أو قال له البائع هذه سرقة و اشتراها كذلك فإذا غرم لا يرجع على من باعها بالغرامة لأنه ما غره و لأنه أعطاه ماله بغير عوض فأما إن لم يعلمه و لا علم أنها سرقة و باعها إيها على أنها ملكه فمتى غرم رجوع عليه بما غرمه لأنه غره «انتهى» و معنى قوله إنه ضامن سواء أتى بينه أم لا- أن للمالك أن يطالبه فمعنى الضمان أنه تصح مطالبته (و قال في المختلف) يحتمل قول الشيخ وجهها آخر و هو أن يأتي بينه أنه اشتراها من مالها فتسقط المطالبة عنه و كأن نظر المصنف في كتبه المذكورة هنا لمكان حكمه بالرجوع على البائع مع الجهل إلى ما قاله ابن إدريس لا إلى ما احتمله في المختلف فكأنه قال هنا ضمنها و صح للمالك مطالبته و لا يرجع على أحد بشيء لو ادعى أنه اشتراها منه إلا أن يقيم البيئه بالشراء و الجهل فيرجع هنا «١» بقيمتها كما ستسمع و قد يكون نظره في كتبه إلى ما سنحكيه عن المحقق الثاني في باب الرهن و في الدروس من وجد عنده سرقة أو غصب فأقام بينه بالشراء اندفع عنه قرار الضمان إن كان جاهلا و تخير مالها في الرجوع على من شاء مع تلفها و لعل معناه أنه إذا رجع عليه بالقيمة رجوع على البائع إذا أقم البيئه كما قاله الشيخ و جماعة مع زيادة تخير المالك (و قال المحقق الثاني) إن كان المراد ضمان قيمتها إذا تلفت و كانت قيمية فكذلك و ليس له الرجوع بها لأن التلف في يده و هو مضمون و إن كان المراد رجوعه بالثمن مع بقاء العين فإنه يرجع سواء كان عالما أو جاهلا و مع تلفها يرجع بعوضها إن لم يكن عالما بالحال و أراد بالعين عين الثمن (و في كلامه نظر) من وجهين (الأول) أنه قد تضمن أن العين المغصوبة إذا تلفت في يد المشتري فأخذ المالك منه قيمتها فلا رجوع له بها على البائع الغاصب أو السارق و قد وافقه على ذلك المحقق في غضب الشرائع و المصنف في مواضع من كتبه و هو خيرة الشيخ في المبسوط و قد استدل على ذلك هنا بأن التلف في يده (و قد يستدل) عليه بأن الشراء عقد ضمان و قد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه و إن كان الشراء صحيحا (و فيه) أنه إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله



(١) حينئذ خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨٨

.....

و يستقر عليه الثمن فهذا صحيح لكن لم يكن شارعا فيه على أن يضمن القيمة و معلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شيء بالتلف فكان الغاصب مغرا موقعا له في خطر الضمان فليرجع عليه فلا يصح الاستناد إلى أن التلف في يده و لا إلى أنه عقد ضمان (و إن استند) إلى صدق الاستيلاء بغير حق و إلى قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي كما استند المحقق المذكور إلى ذلك في موضع آخر (ففيه) أنا نمنع صدق الاستيلاء بغير حق على ما نحن فيه و على ما إذا أودعه أو أعاره أو رهنه أو وهبه أو وكله أو قدم له الطعام فأكله و قال له إنه مالى و هو جاهل بذلك كله لأنه لا يصدق عليه أنه غاصب و لا سارق (سلمنا) ذلك حتى في يد الأمانة لكننا نمنع كليه الكبرى و الخبر المذكور المثبت لها لم يثبت (سلمنا) لكن يجب أن يكون المكروه كذلك (سلمنا) أنه خرج بالإجماع لكن ينبغي أن يكون حكمه حكم الغاصب في جميع الأحكام فيكون عليه الإثم و نحوه و لا- تقولون به (سلمنا) أنه من خطاب التكليف و ما نحن فيه من خطاب الوضع فالجهل لا يقدح في الضمان لكن الغرور عذر واضح فيرجع على من غره لعموم ما دل على ذلك مضافا إلى الخبر الوارد في المقام (قال الصادق عليه السلام) في الرجل توجد عنده سرقة هو غارم إذا لم يأت على بائعها بشهود و إليه استند في النهاية و يؤيد ما قلناه كلامهم فيما نحن فيه في المقام و قول المصنف في باب الغصب و مهما أتلّف الآخذ فقرار الضمان عليه إلا مع الغرور و قوله في التذكرة إن المتهم لا يستقر عليه الضمان و قوله إذا كان الغاصب قال كل فإنه ملكى و طعامى استقر الضمان عليه (و قالوا) في يد الأمانة في باب العارية أن الضمان على الغاصب من دون خلاف إلا من التذكرة و قال أيضا في باب الغصب من الكتاب و للمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين و يستقر الضمان على المشتري و مع الجهل على الغاصب و مثله قال في الفرع الثاني عشر من باب الرهن و ظاهر المحقق الثاني في الباب المذكور بل صريحه أن الغاصب يضمن المثل «١» و ما زاد على القيمة و ما قابل الثمن من القيمة لأن المشتري مغرور (ثم إنه أى المحقق الثاني) رجع عما قاله هنا في باب الغصب و باب المضاربة و باب الوكالة و العارية و البيع الفضولى و باب الإجارة فقوى أنه يرجع و كذلك قواه فخر الإسلام في شرح الإرشاد و الشهيدان في اللمعة و الروضة و غصب المسالك و كذلك الدروس فيما إذا غصب بيتا فأسكنه فيه و جزم به في الإيضاح في باب العارية لكنه أى فخر الإسلام في الإيضاح استشكل في المسألة في بيع الفضولى من الكتاب كوالده و صاحب الكفاية. و المصنف في باب الشروط من الكتاب و المحقق الثاني ذهب إلى أنه لا يرجع و هو خيرة التذكرة في باب البيع الفاسد و تظهر ثمره النزاع فيما إذا باعه السارق أو الغاصب العين بخمسين و تلفت في يده و هى تساوى خمسين فرجع المالك على الغاصب بخمسين فإن كان الغاصب قد قبضها دفعها للمالك و لا يدفع للمشتري شيئا و إن كانت تساوى عند البيع و العقد مائة فأخذ منه المالك مائة رجع الغاصب على المشتري بخمسين هذا عند من يقول إنه لا يرجع بالقيمة أى لا بما قابل الثمن و لا بما زاد عنه و القائل بأنه يرجع بالقيمة فإنما يريد أنه يرجع بما زاد عنه كما «٢» إذا كانت عند البيع تساوى مائة فاشتراها بخمسين و أخذ المالك منه مائة فإنه يرجع على الغاصب بمائة لا بمائة و خمسين لأنه لو رجع بالخمسين الزائدة على المائة يكون قد جمع بين العوض و المعوض بل يرجع بالثمن و هو خمسون و بالزيادة في المثال و هو خمسون أيضا و هو معنى قولهم أما ما قابل الثمن من القيمة فلا يرجع به و من هنا يعلم ما إذا كان عوض العين بقدر الثمن فإنه إنما يرجع بالثمن. و بالجملة

(١) الثمن خ ل

(٢) و كما خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٨٩

.....

فالكلمة متفقة على أنه يرجع بالثمن لكن القائل بأنه لا- يرجع بالقيمة يقول إنه يسقط الثمن في مقابلة القيمة حيث تساويه و يرد الغاصب ما بقي منه على المشتري حيث تنقص القيمة عنه و يرجع الغاصب عليه بما زاد حيث تزيد عنه فكل من قال إنه يرجع بما زاد يكون قائلًا- بأنه يرجع بالقيمة بل قد عرفت أن لا مصداق لعنوانه إلا ذلك إلا ما حكيناه عن المحقق الثاني في باب الرهن و كل من قال لا يرجع بما زاد يكون قائلًا بأنه لا يرجع بالقيمة هذا كله إذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حال البيع (أما) لو تجددت بعده فحكمها حكم الثمن «١» على الظاهر فيرجع بها كغيره مما حصل له في مقابلته نفع على الأقوى لغوره و دخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض أما ما أنفق عليها و نحوه مما لم يحصل له في مقابلته عوض فيرجع به قطعاً و لا فرق في جهله بكونه مالكا أو مأذونا بين أن يدعى البائع ملكه أو الإذن فيه أو يسكت و لم يكن المشتري عالماً بالحال و قد تشعر بخلافه عبارة التذكرة في بعض المقامات و بذلك تصح العبارة و يندفع الاعتراض عنها و عن كلام الجماعة و الذي يلحظ جامع المقاصد قبل التتبع يظن أن ما اعترض به إجماعى فلا أقل من أن يشير إلى الاختلاف (هذا كله) فيما إذا لم يكن قد قبضها بالبيع الفاسد أما إذا قبضها به و هى غضب و هو جاهل به فإنها تكون مضمونة عليه فلا يرجع على الغاصب بما زاد إذ ليس حينئذ للغرور مدخل و لا كذلك لو كان البيع صحيحاً لو لا الغصب فإن التغير قائم فيرجع عليه بما زاد كما بيناه و قد نبه المصنف على ذلك في باب الشروط في آخر البيع و في باب الغصب و تمام الكلام في الفرع السادس من فروع شرط البيع (الثاني) أن كلامه قد تضمن أن المشتري يرجع بالثمن مع بقائه و إن كان عالماً بالسرقة أو الغصب و قد يوهم كلامه أنه مما لا خلاف فيه مع أنه قال في التذكرة إنه لو كان عالماً لا يرجع بما اغترم و لا بالثمن مع علم الغصب مطلقاً عند علمائنا و ظاهره دعوى الإجماع مع التلف و بدونه و قد نسب هو أى المحقق الثاني إليها دعوى الإجماع صريحاً في موضعين (الأول) في باب الفضولي (و الثاني) في باب الغصب و الشهيد الثاني في الثاني (و فى) نهاية الأحكام أطلق علماؤنا و فى المختلف و الإيضاح قال علماؤنا ليس للمشتري الرجوع على الغاصب و أطلقوا و فى تخلص التلخيص أطلق الأصحاب كافة بل قال فى جامع المقاصد يمتنع استرداد عين الثمن عند الأصحاب و إن بقيت و نسبه فى موضع آخر إلى ظاهر الأصحاب و نسبه فى الإيضاح أيضاً تارة إلى قول الأصحاب و أخرى إلى نصهم و التتبع فى كلام الشيخ و من تأخر عنه يشهد بذلك و المخالف المصنف فى المختلف و فيما يأتى من الكتاب و نهاية الأحكام و ولده فى الإيضاح و شرح الإرشاد و الشهيدان و المحقق الثاني فى الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و صاحب الكفاية فإنهم قالوا إنه يرجع مع وجود العين و كأن المحقق فى الشرائع و المصنف فى كتاب الغصب مترددان و قد أشبعنا الكلام فى ذلك فى باب الفضولى و استوفينا الأدلة و الأقوال بما لا مزيد عليه و قد كتبنا ذلك قبل هذا لأمر اقتضاه المقام فليلحظ فلم يكن كلامه «٢» فى المقامين فى محله إلا- أن يكون خطأ القوم على مذهبه فى المقام الأول و خطأ الشيخ فى عدم التقييد بالجهل فى المقام الثاني على مذهبه أيضاً نعم الواقع فى محله من كلامه هو ما يعطيه مفهوم عبارته من عدم الرجوع مع التلف و العلم فإنه إجماعى و إنما نقل هو خلافاً عن المحقق فى بعض فوائده و نفى عنه البعد فى اللعة و الروضة

(١) الثمرة خ ل

(٢) أى المحقق الثاني «منه»

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩٠

و لو اشترى به جارية أو ضيعة فإن كان بالعين بطل البيع و إلا حل له و طء الجارية (١) و لو حج به مع وجوب الحج بدونه برئت ذمته إلا- في الهدى إذا ابتاعه بالعين المغصوبة أما إذا اشتراه في الذمة جاز (٢) و لو طاف و سعى في الثوب المغصوب أو على الدابة المغصوبة بطلا (٣)

(قوله قدس سره) (و لو اشترى به جارية أو ضيعة فإن كان بالعين بطل البيع و إلا حل له و طء الجارية)

أى و إن دفع الثمن من السرقة لكن قد ينافيه إطلاقهم على كلمة واحدة أنه إذا اتجر بمال الطفل لنفسه و كان وليا غير ملى أو بالعكس إن الربح لليتيم و هو ظاهر خبر ربعي و منصور الصيقل و لم يعرف التقييد إلا من الشهيد فى البيان و الدروس بأن الربح إنما يكون لليتيم إذا اشترى بعين ماله لا فى الذمة و تبعه على ذلك المحقق الثانى و الشهيد الثانى و شيخه الفاضل الميسى و بعض من تأخر و قد أوضحنا الحال فى باب الزكاة (و الذى يفهم من كلامهم) فى ذلك المقام و غيره و يستفاد من الأخبار أنه إن كان من نيته و قصده دفع الثمن من السرقة أو مال اليتيم فهو كما إذا اشترى بعين المال نعم إذا اشترى فى الذمة لا بقصد الدفع من ذلك بل بقصد الدفع من غيره أو كان مترددا بأن يدفع منه أو من غيره ثم دفع منه كان الشراء صحيحا «فتأمل» و خبر السكونى مشترك الإلزام و الأمر فيه هين و التأويل ممكن (روى) عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام أن رجلا سرق ألف درهم و اشترى بها جارية أو أصدقها امرأة فإن الزوجة عليه (له خ ل) حلال و عليه تبعه المال مع أنه ليس فيه أن الجارية له حلال و أما المهر فالأمر فيه سهل لأنه لا يبطل بفساده العقد و على كل حال لم تبرأ ذمته بل يجب عليه دفع العوض المملوك للبائع و يبقى الكلام فيما استمرت عليه طريقة الناس يشترى بمال غيره المرسل معه إلى مكان آخر لنفسه محافظة على حفظه أو لغير ذلك و بمال نفسه لغيره و لعله يتوقف فى الأول على الإذن أو الإجازة و فى الثانى على الوكالة «فليتأمل»

(قوله قدس سره) (و لو حج به مع وجوب الحج بدونه برئت ذمته إلا فى الهدى إذا ابتاعه بالعين المغصوبة أما إذا ابتاعه فى الذمة جاز) و نحو ذلك ما فى نهاية الأحكام و التذكرة و التحرير و قيد بوجوب الحج بدونه لأنه لا يجب الحج به و لو كان مائة ألف لأنه ليس مالكا له (و مثله) ما لو حج به ندبا مطلقا فإن حجه صحيح و الهدى نسك و عبادة و النهى فى العبادة يقتضى الفساد (فإن قيل) فعلى هذا كيف يصح حجه و الأمر برد المال إلى أهله يقتضى النهى عن ضده الخاص و يمكن حمله على ما إذا لم يتمكن من الرد أو كان جاهلا- أو على أن الأمر بالشىء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص و لعل مثل الهدى ثوبا الإحرام و من هنا يعلم حال من حج و فى ماله خمس أو زكاة أو دين فى ذمته و لم يؤد مع القدرة و العلم و أجره الرد عليه

(قوله قدس سره) (و لو طاف أو سعى فى الثوب المغصوب أو على الدابة المغصوبة بطلا)

لأن ستر العورة شرط فى الطواف لأنه صلاة و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم لا يحج بعد العام عريان و به صرح فى الخلاف و الغمة و الإصباح. و المغصوب غير سائر شرعا و كأن السعى عندهم كالطواف و أما لبس ثوبى الإحرام فظاهر الأصحاب عدم كونه شرطا فى صحته كما ذكره الشهيد و به صرح جماعة من المتأخرين و قد يكون السعى عندهم كالإحرام و لم أجد فيه نصا منهم إلا المحقق الثانى فإنه جعل مثل الطواف و قد يدل عليه الخبر النبوى المشار إليه لكن فى جملة أخبار لا يطوف بدل لا يحج

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩١

و التطفيف حرام فى الكيل و الوزن (١) و يحرم الرشا فى الحكم و إن حكم على باذله بحق أو باطل (٢)

(قوله) (و التطفيف حرام فى الكيل و الوزن)

بالنص و الإجماع كما فى التذكرة و يدل عليه العقل و النقل بل لا يحتاج إلى دليل كما فى آيات أحكام الأردبيلى و كذلك الإخسار فى العد و الدرع كما فى فقه الراوندى و استدلل عليه بقوله سبحانه (أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ) و الطفيف القليل وزنا و

معنى و منه قيل لتطيف المكيال و الميزان تطيف كما فى المصباح المنير و زاد فى القاموس الغير التام قال و طف المكوك جمامه و فى كثر العرفان هو البخس فى الكيل و الوزن و الأصح ما فى فقه الراوندى التطيف التنقيص على وجه الخيانة فى الكيل و الوزن و لا يطلق على من طفف شيئا يسيرا إلى أن يصير إلى حال يتفاحش ثم قال و من الناس من قال لا يطلق حتى يطفف أقل ما يجب فيه القطع فى السرقة

(قوله قدس سره) (و يحرم الرشا فى الحكم و إن حكم على باذله بحق أو باطل)

بإجماع المسلمين كما فى جامع المقاصد و قضاء الروضة و حاشية الإرشاد و هى سحت بلا خلاف كما فى المنتهى و فى النصوص أنها سحت و فى عدة منها أنها الكفر بالله العظيم و فيها الصحيح و الموثق و غيرهما و هى تدل بإطلاقها على ما ذكره من عدم الفرق بين أن يكون الحكم للراشى أو عليه و لا ريب أنه يأتى الدافع لها أيضا لقوله صلى الله عليه و آله و سلم لعن الله الراشى و المرتشى إلا- إذا كان الحق موقوفا عليه منحصر فيه فإنه يجوز الإعطاء لا الأخذ و هو ظاهر عقلا و شرعا كما فى مجمع البرهان قال و يمكن الاستدلال عليه بالصحيح عن الرجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه قال لا بأس (قلت) لكن ليس له أن يأخذ المال بالحكم بل على وجه المقاصة و قيل إذا كان يحكم بالحق و إن لم يرتش جاز الدفع و إلا- فلا و هو ضعيف نادر يدفعه إطلاق النصوص و الفتاوى و منع أبو الصلاح من التوصل بحكم المخالف للحق إلى الحق قال فإن كان أحدهما مخالفا جاز (قال فى المختلف) و هو فى موضع المنع لأن للإنسان أن يأخذ حقه كيف أمكن (قلت) فى كلام القولين نظر لعموم الأخبار المانعة عن الترافع إليهم نعم إن لم يمكن الوصول إلا- بذلك جاز و لعلهما بنيا الحكم على هذا القيد و قيل يحرم على الحاكم قبول الهدية إذا كان للمهدى خصومة فى المال لأنه يدعو إلى الميل و كذا إذا كان ممن لم يعهد منه الهدية قبل تولى القضاء للخبر هدايا العمال غلول و فى رواية سحت و الخبر الذى تضمن أنه استعمل على الصدقات رجلا فقال هذا لكم و هذا أهدي إلى «الخبر» و أما إن كانت له عادة فلا بأس بأخذها إلا أن يهديه إليه للحكم فيحرم قال فى المبسوط (فإن قيل) أليس قد قال صلى الله عليه و آله و سلم لو دعيت إلى كراع لأجبت و لو أهدي إلى كراع لقبلت (قلنا) الفصل بينه و بين أمته أنه معصوم عن تغير حكمه بهديه و هذا معدوم فى غيره (و قد يضعف) القولان بالأصل و قصور سند الأخبار المذكورة و ضعف الوجوه الاعتبارية مع عدم تسمية مثله رشوة (فالتحقيق) أنه إن كان هناك مظنة تعلق لها بالحكومة حرمت لأنها تعود بالآخرة إلى الرشوة و إن كان الغرض التودد أو التوصل إلى حاجة أخرى من علم أو عمل فهى هدية (و الرشا) بالضم و الكسر جمع رشوة مثلثة الجعل كما فى القاموس و فى النهاية الراشى الذى يعينه على الباطل و المرتشى الآخذ و الرائش الذى يسعى بينهما و فى مجمع البحرين قلما تستعمل الرشوة إلا فيما يتوصل به إلى إبطال حق أو تمشية باطل و فى المصباح المنير ما يعطيه الشخص للحاكم و غيره ليحكم أو يحمله على ما يريد (قلت) هى عند الأصحاب ما يعطى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩٢

### [الخامس ما يجب على الإنسان فعله]

(الخامس) ما يجب على الإنسان فعله يحرم الأجر عليه كتغسيل الموتى و تكفينهم و دفنهم (١)

للحكم حقا و باطلا و أصل مأخذها يدل على سبب أو تسبب لشيء برفق و ستسمع قريبا عند الكلام على الأجر للقضاء الفرق بين الرشوة و الجعل و الأجر و الرزق محررا بما لا مزيد عليه

(قوله) (الخامس ما يجب على الإنسان فعله تحرم الأجرة عليه كتغسيل الموتى و تكفينهم و دفنهم)

و حملهم إلى المغتسل و إلى القبر و حفر قبورهم و الصلاة عليهم لأنه فرض كفاية أوجه الله على أهل الإسلام كما فى المقنعة و

النهاية و به صرح أيضا فى السرائر و ما تأخر عنها و لم يعرف الخلاف إلا من علم الهدى فيما يحكى عنه و فى المسالك أنه المشهور و عليه الفتوى و فى مجمع البرهان كأن دليله الإجماع و فى الرياض أن عليه الإجماع فى كلام جماعة و هو الحجة «انتهى» و كأن الاستدلال عليه فى الرياض بمنافاته الإخلاص فى العمل غير متجه لأن تضاعف الوجوب يؤكد الإخلاص كما ستسمع على أنه لا يتم فيما ليس عبادة مع أنه ينافيه حكمه بعدم المنافاة فى المندوب كما سيأتى و التأويل ممكن (و حكى) عن علم الهدى جواز الأجرة على مثل التكفين و الدفن لأنه واجب على الولي و لا يجوز لغيره إلا - بإذنه قال فى المسالك و هو ممنوع فإن الواجب الكفائى لا يختص به و إنما فائدة الولاية توقف الفعل على إذنه فيبطل منه ما وقع بغيره مما يتوقف على النية (و أنت خير) بأن السيد لا يريد من عدم الوجوب إلا عدم جواز الفعل فإذا لم يكن جائزا لم يكن واجبا بديهة فيمكن أخذ الأجر (إلا أن تقول) إنه إذا أذن و جب فلا أجر للأخبار الواردة بأنه يغسل الميت أولى الناس أو من يأمره لأن المأمور من المولى مأمور بالتغسيل فى الأخبار المذكورة كالولى أو تقول إن التوقف على إذن الولي لا - ينافى الوجوب على الغير فى أول الأمر كما هو الشأن فى الوصى بالنسبة إلى الناظر و ليس واجبا مرتبا كما يظهر من كلام السيد بمعنى أنه يجب أولا على الولي ثم بعد الإذن يجب على المأذون فعلى كلامه لو استأجر عليه أجنبى أجنبيا قبل الإذن و الوجوب عليهما جاز و هو خلاف مسألتنا فكان بناء على هذا موافقا فى أن الواجب الكفائى تحرم الأجرة عليه مخالفا فى الخصوصية أعنى التكفين و نحوه فتأمل جيدا (و يبقى الكلام فى مقام آخر) و هو أن أكثر الصناعات واجبة كفاية على ما صرحوا به فيلزم عدم جواز الأجر على الطبابة و الحياكة و التجارة و غيرها و قد قال فى جامع المقاصد إن كل ما كان من الواجبات الكفائية إنما يجوز الاستئجار عليه عند عدم وجوبه بحال فإن وجب لم يجز كائنا ما كان و قال إنه متى كان فى القطر من هو قائم بالواجب الكفائى جاز أخذ الأجرة عليه حينئذ فأكثر الصناعات الواجبة كفاية قد وجد فى كل قطر من يقوم بها فيجوز أخذ الأجرة عليها (و الجواب) ما أشرنا إليه آنفا فى تعليم القراءة من أن ما وجب كفاية لذاته يحرم أخذ الأجرة عليه و هو كل ما تعلق أولا و بالذات بالأديان كالفقاهة و إقامة الحجج العلمية و دفع الشبهات و حل المشكلات و الأمر بالمعروف و التغسيل و التكفين لأنه راجع إلى الدين أو الأبدان كالطبابة و التمريض و إطعام الجائعين و ستر العراة و إغاثة المستغيثين فى النائبات على ذوى اليسار و إنقاذ الغرقى (بل قد أجاز) الشارع ترك الواجب العينى كالجمعة للتمريض و إن سد غيره من أقاربه مسده فما ظنك بالطبابة و الذى يجوز أخذ الأجرة عليه من الواجب الكفائى هو ما يتعلق أولا و بالذات بالأموال و إن رجع بالآخرة إلى الأول و ذلك كالحياكة و الصياغة و التجارة و نحو ذلك بل الصياغة ليست واجبة كفاية كما ستعرف من تعريفه (و بعبارة) أخرى كل ما كان الغرض الأهم منه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩٣

.....

الآخرة إما بجلب نفع فيها أو دفع ضرر لا يجوز أخذ الأجرة عليه و لا ينتقض بالجهاد لما ستعرف و كلما كان الغرض الأهم منه الدنيا سواء كان بجلب النفع أو دفع الضرر فإنه يجوز أخذ الأجرة عليه و إن كان قد يرجع بالآخرة إلى المهمات الدينية باعتبار كونه وسيلة إليها (بل قد نقول) إن الصناعات المهمة ليست من الواجب الكفائى و إنما جاءت تبعا لأنها ترجع بالآخرة إليه كما ينبى عن ذلك تعريفهم له بأنه كل مهم دينى يتعلق غرض الشارع بحصوله حتما و لا يقصد عين من يتولاه و هذا التعريف قد طفحت به عباراتهم ذكروه فى باب الجهاد فالحظ الكتاب فى باب الجهاد و حواشيه و المسالك و غير ذلك (و هذا التحرير) لا ينتقض بشيء إلا الجهاد و قد خرج بالإجماع منا (حكاه الشهيد) كما خرج بالإجماع عن فرض العين اللبأ من الأم فإنه يجوز أخذ الأجرة عليه قطعاً مع أنه واجب عليها عينا لقولهم بأن الولد لا يعيش بدونه و إن كان قد بينا فى محله أن الواقع خلافه لكنهم قالوا ذلك كله و الطعام للمضطر إذا كان له مال فإنه يطعمه و يأخذ العوض (و الغرض) بيان جواز أخذ العوض على الواجب العينى و قد نقرر ذلك بوجه آخر (و هو أن نقول) إن الأقسام ثلاثة (واجب) مطلق بمعنى أن وجوبه غير مشروط فيه العوض (و واجب) مشروط فى وجوبه كونه بعوض (و مشكوك

فيه) بمعنى أنا نشك في أن وجوبه مطلق أو مشروط كالقضاء بين الناس و تحمل الشهادة و نحو ذلك كما سيأتي (فالأول) لا تجوز المعاوضة عليه و هو ما يتعلق بسياسة الدين (و الثاني) لا ريب في جواز أخذ المعاوضة عليه و هو ما تعلق بنظام الدنيا (و المشكوك فيه) يلحق عند الأصحاب بالمطلق و يظهر من كلام السيد أنه ملحق بالمشروط و لا يفرق في الواجب المطلق بين ما وجب أصالة أو بالعارض لعدم إمكان ترتب أحكام الإجارة عليه لعدم إمكان الإبراء و الإقالة و التأجيل و عدم قدرة الأجير على التسليم و لا تسلط للمستأجر على الأجير في إيجاد و لا عدم ثم إن المملوك و المستحق لا يملك مرة أخرى و لا يستحق ثانيا و هذا كله واضح في الواجب العيني أصليا أو عارضا و أما وجه ذلك في الكفائي فلعدم نفع للمستأجر فيما يملكه غيره لأنه يصير بمنزلة أن يقول له أستأجرك لتملك منفعتك المملوكة لك أو لغيرك لأنه بفعله يتعين فلا يدخل في ملك آخر فلا يدخل تحت عموم المعاملات و أما ما كان من الواجب الكفائي واجبا مشروطا فلا فرق فيه بين وجوبه العيني كما إذا انحصر أو الكفائي كما إذا لم ينحصر في جواز أخذ الأجرة عليه لأنه ليس بواجب قبل حصول الشرط فلا مانع من صحة الإجارة عليه قبل الشرط و لو كانت الإجارة هي الشرط في وجوبه فكلما وجب مما يتعلق بنظام الدنيا لا يجب إلا بشرط العوض بإجارة أو جعله أو نحوها كما هو الشأن فيما أشرنا إليه من بذل الطعام للمضطر فإنه يستحق فيه العوض سواء تعين أو بقي على الكفاية لأن وجوبه مشروط بخلاف ما وجب أصالة كالتفقات أو بالعارض كالمندورات هذا كله في الواجب و أما الحرام فقد تقدم فيه الكلام و يأتي بيان الحال في بقية الأقسام قريبا (و بهذا يندفع الإشكال عن الأردبيلي و قد أعيا عليه دفعه حتى التجأ في دفعه إلى أن ذلك خاص بالعبادات الواجبة فأشكل الأمر عليه بالدفن و نحوه (قلت) و هذا هو الذي اعتمده الفخر في إجارة الإيضاح قال إن الوجوب إن كان عينيا امتنع أخذ الأجرة على الواجب تعليما كان أو غيره و إن كان كفائيا و أريد منه (به خ ل) الفعل على وجه القربة كصلاة الجنائز لم يجز أخذ الأجرة عليه و إن كان كفائيا و لم يرد على وجه القربة جاز و قال إن الدفن و نحوه خرج بالنص من الشارع و رده الكركي في جامع المقاصد بأنه مخالف لنص الأصحاب و التجأ أيضا في مجمع البرهان إلى أن الواجب إذا لم يمكن الإتيان به إلا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩٤

نعم لو أخذ الأجرة على المستحب منها فالأقرب جوازه (١)

على الوجه الذي يجب مثل أن لا- يحصل الستر إلا بأن يحوك له الحائك و لا يرتفع المرض إلا بعلاج الطبيب لا يجوز أخذ الأجرة عليه و كالتغسيل الذي لا يمكن الخروج عن العهدة إلا بالغسل الذي ما أخذ أجرته (و فيه) أنه خاص أيضا بالعبادات الواجبة التي لا يمكن أن تقع مقبولة إلا بالنية و الإخلاص كالصلاة و الغسل و أما الدفن و الحمل و التكفين فلا و قال المولى الأردبيلي أيضا يمكن أن يقال بعضها خارج بنص أو إجماع فكل ما دل عليه أحدهما يخرج و يبقى الباقي تحت التحريم و هذا منه ترجيح لإطلاق التحريم في الكفائي على إطلاق جواز أخذ الأجرة في الصناعات لأن الأصحاب أطلقوا جواز أخذ الأجرة على الصناعات بل قالوا كل صنعة من الصناعات المباحات إذا أدى فيها الأمانة لا بأس كما في النهاية و غيرها و أطلقوا في مقامات عديدة تحريم الأجر على الواجب الكفائي و عرفوه بما عرفت و عدوا منه الصناعات المهمة (و على هذا) «١» فيصح لنا أن نخصص إطلاق التحريم بما عدا الصناعات و نخصص الصناعات بما عدا الدينية كالفقاهة و نحوها (إلا أن تقول) نحمل إطلاق كلامهم في جواز الأجر على الصناعات على غير المهمة كالصياغة و نحوها مما ليس بواجب كفائي فتكون الصناعات لأن كانت واجبة كفائية على التحريم إلا ما قام عليه الدليل و لعله إليه نظر الأردبيلي في الاحتمال الثالث و إن لم يلحظ مما ذكرناه (و فيه) أن حمل الإطلاق على غير المهمة كأنه بعيد (و الحاصل) أن مجال المقال في المقام واسع و أصح ما حررناه (و ليعلم) أن المحقق الثاني أجاب عن الاستيثار للجهد في باب الإجارة بأنه إنما يجوز إذا علم أو ظن قيام من فيه كفاية أو كان المؤجر ممن لا- يجب عليه أصلا و في الجواب الأول نظر أشرنا إليه في باب تعليم القرآن و لا يجب بذل الماء و الكفن و لا ثمنهما كما نص على ذلك الشيخ و جماعة و يأتي ما له نفع في ذلك

(قوله رحمه الله) (نعم لو أخذ الأجره على المستحب منها فالأقرب جوازه)

هذا هو المفهوم من المتقدمين حيث يقيدون التحريم بالواجب و به صرح في السرائر و التذكرة في موضعين و نهاية الأحكام و الإيضاح و الدروس و حاشية الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها و في الأخير و الكفاية أنه المشهور لعموم أدله جواز الأجره على مطلق الأعمال من غير وجود مانع من إجماع أو منافاه للإخلاص و لأنه فعل سائغ كالصلاة و الحج و وجه عدم منافاته للإخلاص أنه بعد الإجارة يصير واجبا كالنذر فيتحقق الثواب في العمل لكونه لامثال الأمر الذي وجب عليه بالأجره كذا قال صاحب الرياض و قد سمعت ما قاله آنفا (قلت) منشأ توهم المنافاه أن المستحب كالواجب لا يجوز أخذ الأجره عليه لعدم خلوص القرية (و فيه) أن المستحب الذي لا يجوز أخذ الأجره عليه الذي هو كالواجب هو ما يستحب للإنسان أن يتعبد به لنفسه لأنه مؤد نفعه عن نفسه كما أن فاعل الواجب مؤد فرضه عن نفسه أما العيني فظاهر و أما الكفائي فلأنه وجب عليه كما وجب على غيره و كذا الحال فيما ندب كفاية كأذان الإعلام (أما) ما يستحب التبرع به للغير فلا إشكال في جواز الأجره عليه و قد يستفاد من كلامهم في المقام أنه يجوز أن يستأجر زيد عمرا لصلاة الليل عنه مثلا- و نوافل الظهرين و نحو ذلك حيث يقولون لأنه فعل سائغ كالحج و الصلاة من دون تقييد بكونها عن ميت كما وقع هذا الإطلاق في جامع المقاصد و حيث يقولون كالحج و سائر العبادات

(١) فحينئذ خ ل.

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩٥

و تحرم الأجره على الأذان و على القضاء و يجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال (١)

كما وقع في جملة من العبارات و هو الذي صرح به الشهيد في حواشي الكتاب في باب الوكالة و هو قضية قوله في اللمعة حيث منع من الوكالة في الصلاة الواجبة في حال الحياة و هو يعطى جوازها في المندوبة (قال في الروضة) و احترز بالواجبة عن المندوبة فتصح الاستنابة فيها في الجملة كصلاة الطواف المندوب و صلاة الزيارة و في جواز الاستنابة في مطلق النوافل وجه «انتهى» لكن المحقق الثاني في جامع المقاصد في باب الإجارة حكى إجماع الأصحاب على أنه يشترط في صحة النيابة في الصلاة و الصيام الموت و حكي في الإيضاح عن ابن البراج أنه أطلق القول بالتحريم فيما نحن فيه و استدلل له بعموم النهي عن أخذ أجر التمسيل و هو يشمل الواجب و المندوب و تبعه على ذلك صاحب جامع المقاصد و المسالك و لم نقف على نهى في الباب و لا ذكره أحد غيرهم من الأصحاب و لعلهم أرادوا أنه عبادة فيشملها النهي عن أخذ الأجره في العبادات و يشهد له «١» عدم جواز الأجره على بعض المندوبات كالأذان ثم إن حكاية جامع المقاصد و المسالك عن القاضي غير صحيحة حيث قالوا و خلافا لابن البراج و الموجود من كلامه في المختلف إنما هو الإطلاق كما حكى في الإيضاح (قال في المختلف) قال ابن البراج في أقسام المحرمات و الأذان و الإقامة لا يؤخذ الأجر عليهما و كذا الصلاة بالناس و تغسيل الموتى و تكفينهم و حملهم و الصلاة عليهم و دفنهم ثم قال في المختلف و الأقرب تحريم الأجر أما الفعل النفل فلا هذا كلامه و هو ظاهر في الواجب (و كيف كان فقد تحصل) أن المستحبات و المكروهات و المباحات لا مانع فيها من أخذ الأجره عليها من جهة ذاتها نعم قد يمنع من ذلك مانع خارجي كعدم إمكان النيابة أو عدم النفع أو عدم تعلق الملك كما لو استأجره على عمل لنفسه كخياطة ثوب نفسه أو صلاة نافلته عن نفسه فإنه يبطل (و أما) لو استأجره على عمل تقع فيه النيابة كحج أو زيارة أو فعل مستحب أو مكروه فلا مانع فلم يكن مانع ذاتي إلا في المحرمات و الواجبات و لو لا دعوى الإجماع من جامع المقاصد لقلنا بجواز النيابة عن الحي في جميع المندوبات فالأصل فيها الجواز إلا ما خرج بالدليل و عساک تقول الأصل فيها العدم إلا ما خرج بالدليل لأنك تدعى عدم دخول النيابة فيها في عمومات الاستيجار و النيابة فليتأمل و يبقى الكلام في النيابة عن نواب الأموات هل هي عنهم أو عن الأموات و لعل الظاهر الثاني

(قوله قدس سره) (و تحرم الأجرة على الأذان و على القضاء و يجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال)

أما تحريم أخذ الأجرة على الأذان فقد حكى عليه الإجماع في الخلاف و جامع المقاصد أيضا و لا خلاف فيه كما في حاشية الإرشاد و هو المشهور كما في المختلف أيضا و كشف الالتباس و حاشية الميسرى و تجارة المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و أشهر القولين كما في الروضة و مذهب الأكثر كما في الذكرى و كشف اللثام و صلاة المسالك و قد نص جم على أنه لا فرق في الأجرة بين كونها من معين أو من أهل البلد أو من محلته أو من بيت المال بل في حاشية الإرشاد نفى الخلاف عن ذلك و عن القاضي أنه نص على أنه لا يجوز له أخذ الأجرة عليه إلا من بيت المال (و قد) يظهر ذلك أو يلوح من المبسوط و الشرائع و المنتهى كما ستسمع (و فيه) أنه إن جاز أخذ الأجرة منه فأولى أن تجوز من غيره و إن لم تجز من غيره لم تجز منه و يمكن حمل كلامهم على الرزق و لعله متعين و ذهب علم

(١) أى للقاضى (منه رحمه الله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩٦

.....

الهدى فيما حكى عنه و الكاشانى إلى أن أخذ الأجرة عليه مكروه و فى الذكرى و المدارك و البحار و تجارة مجمع البرهان أنه متجه و نقله فى البحار عن المعبر (و لعله) فهمه من قوله و لا أقل من الكراهية و فى الشرائع تعطى الأجرة من بيت المال إذا لم يوجد من يتطوع و فى المبسوط يعطى شيئا و قد فهم منه فى التحرير أن المراد بالشىء الأجرة حيث قال و فى المبسوط يجوز أخذ الأجرة من بيت المال «انتهى» و فى المنتهى و التحرير أخذ الرزق عليه من بيت المال سائغ و فى الأجرة نظر لكنه فى تجارة التحرير حكم بتحريم الأجرة من دون تأمل و لم أجد من خالف أو تردد غير هؤلاء لكن كلام المرتضى يحتمل إرادة التحريم لأنه من القدماء أو يكون أراد بالأجرة الرزق كما احتتمل ذلك المصنف فى المختلف و ما فهمه من المبسوط فى التحرير بعيد و قد حمل جماعة عبارة الشرائع على الارتزاق و فى المدارك أنه لا مقتضى لذلك (قلت) المقتضى تصريحه فى تجارتها و تجارة النافع بتحريم أخذ الأجرة عليه و جواز الارتزاق من بيت المال مضافا إلى الإجماع و الأخبار المنجبة بالشهرة على أن فى العدة الإجماع على العمل برواية السكونى و النوفلى ممدوح كثير الرواية. و البرقى ثقة على الصحيح فالحديث قوى معتبر و الأجر الواجد فى الخبر ظاهر فى الأجرة و الارتزاق ليس أجر أذانه بل هو من جهة فقره و استحقيقه (و ليس) الدليل منحصر فى خبر زيد رضى الله عنه كما ظنه فى مجمع البرهان على أنه لا مانع من الاستدلال به لاعتضاده بما عرفت. و اشتماله على ما ليس بحجة لا يخرج عن الحجية و فى نهاية الأحكام و كشف الالتباس إذا استأجره افتقر إلى بيان المدة قالا و لا تدخل الإقامة فى الاستئجار للأذان و لا يجوز الاستئجار على الإقامة إذ لا كلفة فيها بخلاف الأذان فإن فيه كلفة بمراعاة الوقت (قلت) هو غير جيد إذ لا يعتبر فى العمل المستأجر عليه اشتماله على الكلفة و الأصل فى الاقتصار على الأذان أن مورد الأخبار الأذان الإعلامى لأنه مندوب على الكفاية لأن الأمر به لم يتعلق بشخص بعينه (و أما أذان) الصلاة و إقامتها فالخطاب بهما إنما توجه إلى المصلى نفسه و الاكتفاء بفعل غيره عنه يبنى على ما ذكرناه آنفا من جواز الاستئجار على النوافل و نحوها و عدمه (نعم) لا كلام بالنسبة إلى الإمام فإنه يجوز أن يؤذن له و يقام لأنه إنما خوطب هو بهما لا غيره فحالهما حال القراءة غاية الأمر أنه ورد جواز فعل الغير لهما رخصة لأن الناس مكلفون بالاعتداء بصلاته و هذا من جملة أفعالها فلو لم يتبرع غيره بهما كان مخاطبا بهما لكن على ما قدمناه من أن كل ما يستحب التبرع به للغير يجوز الاستئجار عليه. يجوز الاستئجار عليهما (و أخبار) الباب و الفتاوى ليس موردها ذلك و إنما موردها الأذان الإعلامى المستحب كفاية فليتأمل (إلا أن تقول) إن فهم خصوص الإعلامى منها كأنه بعيد فالقول بتحريم أخذ الأجرة عليه بقول مطلق لعله أوفق (و أما) أنه يجوز له أخذ الرزق من بيت المال فقد حكى عليه الإجماع



في المنتهى تارة و نسبه إلى الأصحاب أخرى و في البحار أيضا نسبه إلى الأصحاب و في تجارة مجمع البرهان لا خلاف فيه و بذلك صرح في الخلاف و السرائر و جامع الشرائع لابن سعيد و الشرائع و النافع و الكتاب في باب القضاء و غيرها و قيد في المبسوط و التذكرة و نهاية الأحكام و الذكري و غيرها بعدم التطوع و في التذكرة الإجماع على ذلك و هو مما لا خلاف فيه لأحد و هذا الرزق من مال المصالح «١» كما في المبسوط و الخلاف و الموجز الحاوي و كشفه و جامع المقاصد و المسالك و غيرها لا من الأخماس و الصدقات كما نص عليه الشيخ.

(١) كالخراج و المقاسمة (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩٧

.....

□

و غيره و في حاشية الإرشاد الظاهر أنه من سهم سبيل الله من الزكاة و فرق جماعة بين الأجرة و الرزق هنا بأن الأجرة تفتقر إلى تقدير العمل و العوض و المدة و الصيغة و الرزق منوط بنظر الحاكم و هذا الفرق يشير إلى أن كلما لم يشتمل على القيود المذكورة لا يكون حراما و يكون ارتزاقا و ليس كذلك بل الظاهر من الأجرة ما يؤخذ من غير المصالح أو منها على فعل ذلك بحيث لو لم يكن ذلك لم يفعل فالمدار على الشرط و القصد و لا فرق في ذلك بين تعيين الأجرة و المدة و عدمه و لا فرق بين الصيغة المخصوصة و غيرها لأن ذلك هو المتبادر في المقام «فليتأمل جيدا» و في الروضة و المسالك و لا يلحق بالأجرة أخذ ما أعد للمؤذنين من أوقاف مصالح المسجد و إن كان مقدرًا و باعنا على الأذان (نعم) لا يثاب فاعله إلا مع تمحض الإخلاص به كغيره من العبادات (و هل) يحرم أذان أخذ الأجرة قال به القاضى و قد سمعت عبارته برمتها أنفاً و وجهه في المختلف بأن إيقاعه على هذا الوجه ليس بشرعى فيكون بدعة و في المسالك هذا متجه لكن يشك بأن النية غير معتبرة فيه و المحرم هو أخذ المال لا نفس الأذان فإنه عبادة أو شعار و في الكفاية إن كان غرضه منحصرًا في الأجرة فالقول بالتحريم متجه و في التذكرة و نهاية الأحكام و جامع المقاصد و المسالك و المدارك أنه لا يحرم الأذان ذكروا ذلك في مسألة حكاية الأذان و ذكره في التذكرة في مبحث الجمعة و هو ظاهر كل من جوز حكايته «فتأمل» و في نهاية الأحكام و الذكري و كشف الالتباس و جامع المقاصد و المسالك أنه إذا لم يتطوع به الأمين و وجد فاسق يتطوع رزق الأمين و نفى عنه البأس في التذكرة و قال فيها لو احتاج البلد إلى أكثر من مؤذن واحد رزق ما يدفع «١» به الحاجة و في نهاية الأحكام لو تعددت المساجد و لم يمكن جمع الناس في واحد رزق عدد من المؤذنين يحصل بهم الكفاية و يتأدى الشعار و لو أمكن «٢» احتمال الاقتصار على رزق واحد نظرا لبيت المال و رزق الكل لثلا يتعطل المساجد (و روى في الدعائم) عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال من السحت أجر المؤذن يعنى إذا استأجره القوم و قال لا بأس أن يجرى عليه من بيت المال (و أما حرمة أخذ الأجرة على القضاء) و جواز الارتزاق من بيت المال فقد اضطربت فيهما الكلمة في نقل الأقوال و تحرير محل النزاع و توجيه الاستدلال كما ستعرف (و الذى) ينبغى أن يقال إن هنا أجرة و جعلًا و رزقا و رشوة و القاضى إما أن يتعين عليه القضاء أو لا و على التقديرين إما أن يكون ذا كفاية أو لا و المراد من الأجرة ما يؤخذ من المتخاصمين أو غيرهما كأهل البلد أو المحلة و يجعل هو الأجرة لكنها من المتخاصمين أو أحدهما لا تعدو هما فيكون تابعا للشرط قبل الشروع في سماع الدعوى فإن شرطه عليهما أو على المحكوم عليه فالفرق بينه و بين الرشوة ظاهر و إن شرطه على المحكوم له فالفرق أن الحكم لا يتعلق فيه بأحدهما بخصوصه بل من اتفق له الحكم منهما على الوجه المعتبر يكون الجعل عليه و هذا لا تهمة فيه و لا ظهور غرض بخلاف الرشوة لأنها من شخص معين ليكون الحكم له إن كان محققا أو مبطلا و قد أخذ فيه أيضا كالأجرة أنه بحيث لو لم يكن لم يفعل (و المراد بالرزق) ما كان من بيت المال من المصالح منوطا بنظر الحاكم و صاحب الرياض جعل الرزق أعظم من الأجر ذكر ذلك في توجيه الخبر و هو وهم كما ستسمع

(و قد علمت) أن الرشوة ما يعطيه ليحكم له بحق أو باطل فكانت غير الثلاثة و إن عرفناها بما يشترط بإزائها الحكم بغير الحق و الامتناع من الحكم بالحق كما ذكره بعضهم كانت شديدة المخالفة للثلاثة و لا كلام لنا فيها لأنه قد مضى حكمها و من هنا يظهر لك ما فى المسالك و الرياض و غيرهما من

(١) ما يندفع خ ل

(٢) أى الجمع (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩٨

.....

الاستدلال على تحريم الجعل بأنه رشوة مع أن صاحب الرياض فى باب القضاء حكم بأنهما غيران و صاحب مجمع البرهان استدل على تحريم الأجرة بأخبار الرشوة و هو كما ترى و ما ذكرناه هو الذى أفصحت به عباراتهم فى باب الصلاة و المكاسب و القضاء فتحمل فتاواهم و إجماعاتهم على موضوعاتهم و لا علينا أن يتوهم متوهم أو يتسامح متسامح كما وقع الأول لبعض المتأخرين كما عرفت و الثانى للشيخ و شيخه و بعض من تأخر و على كل حال فنحن نتكلم على هذه الموضوعات بهذه المعانى و ليس فى الباب أعنى الأجرة و الجعل و الرزق خبر يدل على موضوع و لا حكم سوى خبر عبد الله بن سنان رواه المحمدون الثلاثة فى الصحيح قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين فريقين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق فقال ذلك السحت و هو محمول على قضاء الجور أو على أن المراد بالرزق الأجرة كما عليه الأصحاب كما ستعرف ذلك فى مطاوى كلماتهم حيث يستدلون بالنص و لا نص غيره و هو أولى من صرف السحت فيه إلى الكراهية لتأيد المجاز الأول بمؤيدات كثيرة منها ما دل على حرمة الأجر على الأذان المستحب فالمنع هنا أولى (إذا عرفت) هذا فنقول إذا تعين عليه القضاء بتعيين الإمام أو بفقد غيره أو بكونه أفضل و كان متمكنا ذا كفاية حرمت عليه الثلاثة الأجرة و الجعل و الرزق لأنه واجب عيني عليه فلا يستحق عوضا عليه و قد استدل فى جامع المقاصد على حرمة الأجر على القضاء بالنص و الإجماع قال و لا فرق بين أخذ الأجرة من المتحاكمين أو من السلطان عادلا كان أو جائرا أو أهل البلد سواء كان المأخوذ بالأجرة أو الجعالة أو الصلح و مثله قال فى حاشية الإرشاد و تنطبق على ذلك إطلاق عبارة الكتاب و غيرها بل هو أظهر أفرادها و هو صريح تفصيل المصنف فى المختلف و الإرشاد و حاشيته و إيضاح النافع و قضاء الكتاب و الشرائع (قالوا) إن تعين عليه و كان متمكنا لم يجز الأجر و إن لم يتعين أو كان محتاجا فالأقرب الكراهية و للكركى هنا مناقشة فى عبارة المختلف ليس محلها (و الغرض) شىء آخر و هو إثبات حرمة الأجر عليه إذا كان متمكنا و تعين عليه القضاء و أنه لم يخالف فيه أحد (و أما قوله فى المقنعة) و لا بأس بالأجر على الحكم و القضاء بين الناس و التبرع بذلك أفضل فيحمل الأجر فيه على الرزق كما أشار إليه تلميذه العارف بكلامه قال فى النهاية و هى المقنعة و زيادة و لا بأس بأخذ الأجرة و الرزق على الحكم و القضاء بين الناس من السلطان العادل فتراه كيف عطف الرزق على الأجرة مفسرا له مشيرا إلى أن ذلك من السلطان إذ هو قيد فيهما معا و قد بينا أن كل ما يؤخذ من السلطان فهو رزق منوط بنظره سواء عبر عنه بالأجرة مسامحة أو بالرزق و ما كان السلطان العادل جعلنى «١» الله تعالى فذاه ليستعمل من يأخذ أجرة على الواجب بمعنى إن لم تعطنى لم أقض «فتأمل» فمن المعلوم أن المراد بالأجر الرزق (سلمنا) لكنه يحتمل أن يحمل على غير ذى الكفاية أو على من لم يتعين عليه مع احتياجه على كراهية و قد يشهد على هذا الحمل قول القاضى و هو لا زال «٢» يفتو أثرهما و لهذا يعدونه من الأتباع قال و يكره الأجر على القضاء و لا بأس بالرزق من قبل الإمام العادل «فتأمل» (و مما) يؤيد ذلك بل يدل عليه أن الشيخ ادعى الإجماع على تحريم الجعل فى الخلاف و المبسوط و هو أجرة قطعا غايته أنه من المتخاصمين و يؤيد ما قلناه أيضا أنه لو كان الأمر كما نسبوه إلى هؤلاء المشايخ الأجلاء من مخالفة النص و الإجماع بل الضرورة لما

سكت عنهم ابن إدريس و لقال ما عادته أن يقول فلا أقل من أن يقال أطلقوا كما صنع المحقق الثاني و المصنف في المختلف حيث ذكر عباراتهم ثم فصل (و لعله) أراد أن إطلاقهم منزل على هذا التفصيل

(١) جعلنا خ ل

عاملى، سيد جواد بن محمد حسيني، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ١١ جلد، دار إحياء التراث العربى، بيروت - لبنان، اول، ه ق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٩٨

(٢) لا يزال خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٩٩

.....

و استوضح ذلك في عبارة قضاء الشرائع كيف لم ينقل فيه خلافا و تعرض للخلاف في غيره كما يظهر ذلك للمتروى الناقد البصير فما في الكفاية و الرياض و مكاسب المسالك من نسبة الخلاف على البت لم يكن في محله قطعا و لا سيما الرياض حيث صرح بالشيخين و القاضى نعم في قضاء المسالك جعل النزاع في أخذ الرزق من بيت المال إذا تعين عليه و لم يتعرض لحاجته و عدمها هذا حال الأجرة (و أما أخذ الجعل) مع تعيين القضاء و كفايته و تمكنه فغير جائز قولاً واحداً كما في قضاء كشف اللثام (و قد) جعل النزاع فيما إذا لم يتعين و كان محتاجاً بل في المبسوط عندنا لا يجوز أخذ الجعل بحال و ظاهره الإجماع كما هو صريح الخلاف فهذان الإجماعان قد اشتملا على ما نريد و زيادة مضافاً إلى أن الجعل أجرة غايته أنه من المتخاصمين كما أسمعناك غير مرة (و أما الارتزاق) إذا تعين عليه و كان ذا كفاية فقد أطلق المصنف جواز الارتزاق له كما في السرائر و التحرير و التذكرة و الدروس و غيرها و قد سمعت عبارة النهاية و المقنعة و القاضى و لعلنا ننزله على ما إذا كان محتاجاً كما في الإرشاد و قضاء الشرائع و الكتاب و الدروس و اللمة و جامع المقاصد و حاشية الإرشاد و الروضة لكن في الإرشاد و شرحه لولده و قضاء الدروس زيادة عدم التعيين و قضية كلامهم أنه إذا تعين لا يرزق من بيت المال و إن كان محتاجاً و هو مشكل جداً لجوازه لغيره ممن لا كفاية له فله أولى و لعلهما نظرا إلى أنه يؤدي بالقضاء واجبا و لا أجرة على الواجب و هو حجتنا بعد الإجماعات على المنع إذا كان ذا كفاية (و لعل) حجة من أطلق إن أبقيناه على إطلاقه أن المجاهدين يرزقون و يؤجرون و هم قائمون بأهم الواجبات بل و يستأجرون و قد عرفت الجواب عن ذلك عند الكلام على الواجب الكفائي و أنهم خرجوا بالإجماع و أما إذا لم يتعين و كان ذا كفاية فالأقرب منعه من الأجرة و الجعل و الرزق لأنه في الأولين يؤدي واجبا كفايياً (و قد) حررنا القول فيه و لإجماع الخلاف و ظاهر المبسوط في الجعل مضافاً إلى ما دل على حرمة الأجر في الأذان المستحب كفاية و لم أجد مصرحاً بالجواز فيهما أى الأجرة و الجعل إلا ما لعله يتوهم من عبارة الشيخين و القاضى و لعل من نسب ذلك إلى القليل أرادهم غير محرر مرادهم (و أما الارتزاق) فقد قال جماعة بجوازه منهم المصنف في قضاء الكتاب (و قد سمعت) كلام من أطلق جواز الارتزاق له مع التعيين و حجته فهنا أولى و قد يحمل كلام الشيخين و القاضى على ذلك و الأقرب المنع لأنه يؤدي واجبا كفايياً و للتوفير «١» على سائر المصالح و حمله على المجاهدين قياساً فليأمل (و من الغريب) ما في الرياض قال و لا بأس في صورة المنع من أخذ الأجرة بالرزق من بيت المال بلا خلاف انتهى (لأن) من صورة المنع عن أخذ الأجرة ما إذا كان ذا كفاية تعين أو لم يتعين و الخلاف في الارتزاق حينئذ موجود كما عرفت و أما إذا كان غير ذى كفاية فالأقرب تحريم

الأجرة و جعل لما ذكرنا من إجماع المبسوط و الخلاف و يرتزق من بيت المال لأنه من المصالح المهمة و هو معد لها مع أنه لم يتعين و هو الذى يعطيه إطلاق كلام التقى و عبارة السرائر و كلما كان نحوها فى الأجرة و عبارة الدروس و كلما كان نحوها فى الجعل و قد يكون الشيخان و القاضى مخالفين «٢» لكنه بعيد عن كلامهم لما بيناه و كأن الارتزاق له إجماعى إذ لم أجد خلافا و لا نقله (و قد) صرح جماعة بكراهية الارتزاق حيث جوزوه له منهم ابن إدريس فى السرائر و المصنف فى قضاء القواعد و جماعة منهم الشيخ فى النهاية (قالوا) إن الأفضل له تركه فقول شيخنا صاحب الرياض إنهم لم يقولوا بكراهية الارتزاق غير سديد على أنك قد سمعت أن قضية كلام الدروس و الإرشاد و شرحه أنه مع

(١) و توفيراً خ ل

(٢) مختلفين خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠٠

و يجوز أخذ الأجرة على عقد النكاح و الخطبة فى الإملاك (١) و تحرم الأجرة على الإمامة (٢)

الحاجة و التعيين حرام (و ربما) قيل بجواز أخذ الجعل له و كأنه للعامه إذ لم نجده و لا عينه كاشف اللثام مع تعرض المصنف لهذا القول فى قضاء الكتاب (و احتج له) بأنه بعدم التعيين كالمباح و بأنه إذا تعدد القاضى و اشتركوا فى الضرورة فإن لم يجز لهم الأخذ لزم تعطيل الأحكام إن امتنعوا و اشتغلوا بالكسب لمعاشهم و إن اشتغلوا بالقضاء أو بعضهم لزم الضرر أو تكليف ما لا يطاق و فيه أنه لو تم جاز الأخذ مع التعيين بطريق أولى (الأولى خ ل) إذ مع التعدد ربما أمكن الجمع بين القضاء و التكسب و لهذا أجاز الشافعى مطلقاً و على الجواز فهل يختص بصاحب الحق أو يشتركان فيه أو له التخصيص بأيهما شاء محققاً كان أو مبطلا احتمالات لا أدرى لها مدركا سوى أن الجعل هل يتبع العمل أو النفع فعلى الثانى يتعين الأول و على الأول يتخير بين الأمرين و يحتمل أن يكون على المدعى و يحتمل أن يكون تابعا للشرط و التعيين فإن شرطه عليهما أو على أحدهما و التزما أو أحدهما به لزم و مع عدم سبق شرط لا يلزم أحدا منهما شيء «فتأمل جيدا» و الظاهر أن المراد بالحاجة و عدم كونه ذا كفاية هى ما تعارف بحسب العادة لا الضرورة الشديدة أو التى لا يعيش بدونها (و يلحق بالقضاء) مقدماته كسماع الشهادة و أدائها و التحليف و التزكية و الجرح و لا يلحق به على الظاهر كتابة الحجج و ختمها بخاتم القاضى على تأمل فى هذين لأنهما فى هذا الزمان قد صارا كأنهما جزء من القضاء و من مقدماته إذ لا ترتفع الخصومة إلا بهما و لو ترافعا عند قاض و تم الحكم و رجعا إلى آخر لإحكام الحكم و الدعوى فالأحوط عدم الجواز

(قوله قدس سره) (و يجوز أخذ الأجرة على عقد النكاح و الخطبة فى الإملاك)

كما فى النهاية و السرائر و التذكرة و نهاية الأحكام و التحرير و الدروس و المسالك و غيرها و كذا الشرائع و النافع و الإرشاد و حاشيته و الميسية و تعليق النافع و غيرها فى عقد النكاح من دون ذكر الخطبة فى الإملاك لكن من المعلوم أنهم يقولون بجواز أخذها عليها كالخطبة بالكسر و فى الدروس و جامع المقاصد و حاشية الإرشاد و تعليق النافع و الميسية و المسالك و الكفاية أن المراد بعقد النكاح مباشرة الصيغة كما إذا كان و كيلا لأحد الزوجين أو لهما فيتولى الصيغة و يكون و كيلا بجعل. أما تعليم الصيغة و إلقاؤها على المتعاقدين فلا يجوز أخذ الأجرة عليه و حكاها فى حاشية الإرشاد عن المنتهى و نسبه إلى الأصحاب و حكى عليه الإجماع فى جامع المقاصد لأنه من الواجبات الكفائية و نسبه فى مجمع البرهان إلى القيل فكأنه متأمل فيه (قلت) ما قالوه جيد جدا لكن لم لا يكون كتعليم القرآن إذا لم يتعين أو كالقضاء كذلك و لا أقل من أن يفصلوا فيه ثم ما الوجه فى تخصيص عقد النكاح بالذكر فإن العقود جميعا يجوز أخذه الأجرة على الوكالة عليها (و قد يقال) إنه لما كان من وكيد السنن و له شبه بالعبادة احتتمل أن يمنع من أخذ الأجرة على عقده كالأذان فبينوا أنه كسائر العقود فى الجواز و عدم المنع فتأمل (و يجوز) أخذ الأجرة على تعليم الدعوات و الأذكار و

الأشعار و الرسائل و الكتابة (و الخطبة) بالضم ما اشتمل على حمد الله سبحانه و الصلاة على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و بالكسر طلب المرأة من وليها و الإملاك بكسر الهمزة التزويج (قوله رحمه الله) (و تحرم الأجرة على الإمامة)

واجبة كانت أو مندوبة عينا أو كفاية و قد صرح بحرمة الأجرة عليها فى النهاية و السرائر و غيرهما لأنها من العبادات المطلوبة لنفس العامل و لأن أخذها عليها من المنفقات التى تزيل الاعتماد عليه و لا-ريب أنه يرتزق من بيت المال إذا كان محتاجا و للعامه فى المسألة وجهان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠١  
و الشهادة و أدائها (١)

### [خاتمة تشتمل على أحكام]

#### إشارة

(خاتمة) تشتمل على أحكام

### [الأول تلقى الركبان مكروه على رأى]

(الأول) تلقى الركبان مكروه على رأى (٢)

أصحبهما المنع

(قوله رحمه الله) (و الشهادة و أدائها)

كما فى نهاية الأحكام و التذكرة و الدروس لأن الشهادة تحملا و إقامة من الواجبات إما العينية أو الكفائية (قلت) الأصحاب فى تحملها على ثلاثة أقوال (الأول) الوجوب كفاية و هو خيرة الشيخ فى النهاية و المبسوط و المحقق و أبى على و جماعة لتوقف كثير من الأمور التى هى نظام العالم عليها (و قال الصادق عليه السلام) فى صحيح هشام بن سالم فى قوله تعالى (وَلَا يَأْبُ الشُّهَادَةُ إِذِمَّا مَا دُعُوا) أنه قبل الشهادة و قوله عز ذكره (وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) بعد الشهادة و ظاهر المفيد و التقى و الديلمى و القاضى و أبى المكارم الوجوب عينا إذا دعى إليها (و قال ابن إدريس) لا تجب عينا و لا كفاية للأصل و ظهور الآية فى الأداء فيجوز عنده أخذ الأ-جرة على تحملها و أما الأداء فإنه واجب على الكفاية إجماعا حكاها المصنف فى قضاء الكتاب (و يعلم) أن إطلاق الأصحاب و الأخبار يقضى بعدم الفرق فى التحمل و الأداء بين كونه فى بلد الشاهد و غيره مما يحتاج إلى سفر طويل أو قصير مع الإمكان هذا من حيث السعى أما المثونة المحتاج إليها فى السفر من الركوب و غيره فلا يجب على الشاهد تحملها بل إن قام بها المشهود له و إلا سقط الوجوب كماء الغسل و ثمنه و ثمن الكفن فى تغسيل الميت و تكفينه فلا يجب من مقدماته إلا السعى و العمل و ذلك لا يدل على أن الواجب الكفائي مطلقا ليس مطلقا و إلا لوجبت مقدمته مطلقا بل يدل على أن مقدمته تجب على نحو وجوبه فليتأمل (و يعلم) أن وجوب الانتقال على الشاهد من مكانه إنما هو إذا تعذر أو تعسر شاهد الفرع مع عدم المشقة و مع بذل المثونة كما عرفت و المدار فى المنع من أخذ الأ-جرة إنما هو على صفة الوجوب دون مجرد صدق اسم الشهادة و يجوز الاحتياط بإيقاع الإجارة على أعمال

خارجة أو على الوصول إلى مواضع خاصة كما يفعله بعض قضاء العجم لكنه فعل الأراذل  
(قوله رحمه الله) (تلقى الركبان مكروه على رأى)

موافق للمقتعة و المراسم ذكر فيهما في آخر الباب و النهاية و الوسيلة و الشرائع و النافع و التذكرة و المنتهى و المختلف و التحرير و الإرشاد و شرحه للفخر و إيضاحه (و الإيضاح خ ل) و اللمعة و التنقيح و الميسية و الروضة و قيل به أو ميل إليه في المسالك و مجمع البرهان و في إيضاح النافع ما نصه و ادعى الشيخ الإجماع على عدم تحريمه و هو كذلك بالنسبة إلى الشيخ لأن الخلاف إنما نشأ بعده و هذا الإجماع لم أجده و ستسمع ما وجدناه لكن يشهد له ما في نهاية الأحكام من قوله تلقى الركبان مكروه عند أكثر علمائنا و ليس حراما إجماعا و لا ينافي هذا الإجماع ما في التذكرة من قوله تلقى الركبان منهى عنه إجماعا و هل هو حرام أو مكروه الأقرب الثاني لأن العامة قد روت «إلخ» فلعل المراد بالإجماع الإجماع من العامة و الخاصة على النهي بالمعنى الأعم فعندهم حرام و عند أكثرنا أو عندنا ليس حراما و المصنف في المختلف حمل قول الشيخ في المبسوط و الخلاف لا يجوز تلقى الجلب «إلخ» على الكراهية قال لأنه كثيرا ما يستعمل لفظه لا يجوز في المكروه مع أنه صرح في النهاية بالكراهية انتهى فإن (فإذا خ ل) صح ذلك انطبق إجماع الخلاف على ذلك و عليه ينزل قوله في الغنية نهى «إلخ» بل علمت أن لا مخالفة قبل عصر الشيخ فقد يدعى إجماع المتقدمين إلا ما قد حكى عن ابن الجنيد الذى لا يزال موافقا للعامة غالبا (و أما أخبار الباب) فهي خمسة أخبار خبر عروة و أخبار منها القصاب الثلاثة و ما أرسله في الفقيه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و هي محمولة على التقية لأن الصادق عليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠٢

و هو الخروج إلى الركب القاصد إلى بلد للشراء منهم من غير شعور منهم بسعر البلد (١)

السلام أسند النهي عن ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه و آله في أحد أخبار منها فيكون الآخرون كذلك مرويين بالمعنى و الباقر عليه السلام في خبر عروة قال (قال) رسول الله صلى الله عليه و آله لا يتلق أحدكم تجارة خارج المصر فإسناد ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه و آله في أخبار الباب من أوضح الشواهد على التقية مع إطباق العامة على التحريم يظهر ذلك عند الثبت و الروية و إلا فما كان أساطين أصحابنا يعرضوا عنها و قد رويت في الجوامع العظام الثلاثة متفقة على النهي عن ذلك و هو حقيقة عندهم في التحريم مع عدم المعارض سوى الأصل الذى هو أضعف شىء بالنسبة إليها مع اعتبارها و قوتها و اشتهاؤها عند الخاصة و العامة. إن ذلك غير معقول. و القاعدة الأصولية قضت عليهم بالقول بالكراهية و هي أن كلما علم صدوره للتقية يجوز العمل به كراهية و ندبا كالوضوء للمذى و نحو ذلك كما حرر في محله (و أما القائلون) بالحرمة فهم التقى و القاضى على ما نقل عنهما و ابن إدريس و المصنف في المنتهى على ما حكى عنه و المنقول من عبارته ما سمعت و ستسمع أيضا و الشهيد في الدروس فى آخر كلامه و المحقق الثاني فى حواشيه الثلاثة و قد حكاه فى الرياض عن ظاهر الدروس و كأنه لم يلحظ آخر كلامه فإنه صريح فى الحرمة و الأمر سهل (و قد) سمعت ما فى الغنية و ما فى المبسوط و الخلاف من قوله فيهما لا يجوز و دعوى الإجماع فى الثانى للأخبار المذكورة و لو لا أن تكون فى أعلى درجات القوة و الشهرة حتى عند العامة ما عمل بها ابن إدريس الذى لا يعمل إلا بالقطعيات فى زعمه و إذا كانت فى هذه الدرجة فما بال المتقدمين أعرضوا عنها من جهة التحريم و هلا عملوا بها كمن تأخر عنهم و هى منهم خرجت بعد أن قلبوها ظهرا لبطن و يلزم القائلين بالتحريم بطلان البيع (قولك) النهى توجه إلى أمر خارج (غير صحيح) لقوله عليه السلام لا تلق و لا تشتري ما يتلقى و لا تأكله فإن المتبادر من النهى عن الأكل رجوع النهى إلى نفس المعاملة أو جزئها و قد أجمعوا جميعا على أنه ينعقد كما ستسمع (و الغرض) أن الواجب على الفقيه إمعان النظر فى مساقط الأخبار و تتبع الفتاوى و الإجماعات و تحسين الظن بالمتقدمين و ملاحظة الاعتبار و بعد ذلك يجرى على الأصول و إلا فكل أحد يظهر له بادئ بدء أن الحكم بالتحريم أظهر كما صنع بعض من تأخر عن تأخر

(قوله قدس سره) (و هو الخروج إلى الركب القاصد إلى بلد للشراء منهم من غير شعور منهم بسعر البلد) قد اشتمل هذا التعريف على حدود كلها مستفادة من الأخبار منها تحقق مسمى الخروج من البلد فلو تلقى الركب في أول وصوله إلى البلد لم يثبت الحكم كما في التحرير و الروضة فكأنهما ظنا أنه لا يندرج في التلقى (و لعل) الأقرب اندراجه تحت النهي نعم لو تلقى في أول السوق لم يكره لأنه صار في محل البيع و الشراء كما في نهاية الأحكام (و منه يعلم) حال ما إذا صار بعض الركب في البلد و قضية تنكير البلد في كلام المصنف أنهم لو لم يكونوا قاصدين البلد بل في قصدهما «١» غيرها كره الخروج إليهم و هو الذي يعطيه قوله صلى الله عليه و آله و سلم في خبر عروءة لا يتلق أحدكم تجارة خارجة عن المصر و نحوه قوله عليه السلام (لا تلق) في الأخبار الأخر لكن المتبادر إلى الفهم منها بلد الخروج كما يعطيه تعريف البلد في بعض العبارات الأخر و هو الموافق للاعتبار بل لا يصدق على ذلك أنه تلق (و منها) كون الخروج بقصد ذلك فلو خرج لا لذلك

(١) كذا في نسختين و الظاهر قصدهم (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠٣

و ينعقد (١) و مع الغبن الفاحش يتخير المغبون على الفور على رأى (٢)

لم يكره كما سينبه عليه المصنف من قوله و لا يكره لو وقع اتفاقا و لا إذا كان الخروج لغير المعاملة لعدم صدق التلقى و قد نص على ذلك جم غفير و كذا لو تلقى و لم يعامل أو خرج قاصدا ثم ندم و عزم على العدم ثم عامل «فليتأمل» و كذا لو خرج لا للمعاملة لكن الباعه التمسوا منه الشراء مع علم منهم بسعر البلد و بدونه (و منها) إرادة الشراء منهم فلو باع عليهم المأكول و العلف لم يكره كما في الروضة نعم لو باع عليهم غير ذلك كره كما سينص عليه بقوله و لا فرق بين الشراء منهم و البيع عليهم و قد نص على ذلك أيضا في التحرير و التذكرة و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و غيرها و كأنهم فهموه من عموم قوله عليه السلام لا تلق و نهى صلى الله عليه و آله و سلم عن التلقى لكن في خبر عروءة لا يتلق أحدكم تجارة فكان مقيدا فلعلهم فهموه من العلة أعنى قوله المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض «فتأمل» (و لهذا) قال في نهاية الأحكام و لو تلقى الركبان و باع منهم ما يقصدون شراءه في البلد احتمل مساواته التلقى في الشراء لتفرده بالرفق الحاصل منهم و عدمه لأن النهي إنما ورد على الشراء (قلت) و هو الظاهر من عبارات القدماء (و لعله) لذلك اقتصر جماعة على ذكر أن الخيار للبائع كالشيخ في المبسوط و الخلاف و ابن إدريس في السرائر و المحقق في الشرائع و المصنف في الإرشاد و اعتذر عنهم فخر الإسلام في شرح الإرشاد بأن المتلقى غالبا عارف بسعر البلد و هو اعتذار غير نافع لأن الغرض ما إذا اشتروا و لم يعلموا لا ما إذا اشترى منهم متلق و كان مغبونا فإن ذلك حكم آخر لسنا بصدده لكن الكراهية مما يتسامح بها لكن الإشكال يقوى عند القائل بالتحريم (و منها) عدم علمهم بسعر البلد كما في التحرير و غيره و هو كثير و هذا يمكن فهمه من العلة المشار إليها و إن لم يصرح بها (به خ ل) في الأخبار فيخرج منه ما إذا خرج بانيا على أخبارهم بحقيقة الحال أو على اشتراط الخيار لهم و الاعتبار بعلم من يعامله خاصة و قد يشترط علم المتلقى بالنهي لمكان العلة المذكورة و هل يدخل الصلح و غيره من العقود المملكة ظاهر العلة يقتضى ذلك كما هو خيرة جامع المقاصد و إليه مال الأردبيلي (و منها) كون الخروج أربعة فراسخ كما ستسمع (قوله قدس سره) (و ينعقد)

إجماعا كما في ظاهر الخلاف أو صريحه و ظاهر المنتهى و عليه أكثر علماء الإسلام كما في جامع المقاصد و كل من قال له الخيار قال بالانقضاء كما ستسمع و البيع صحيح على التقديرين خلافا لابن الجنيد كما في الدروس و نحوه ما في إيضاح النافع (و الحاصل) أنى لم أجد إلا مصرحا بالصحة أو ساكتا و هو قليل و لم أجد مخالفا إلا ما يحكى عن أبي على (و لعله) لما أشرنا إليه آنفا من تبادل رجوع النهي إلى المعاملة من قوله عليه السلام لا تشتت ما يتلقى و لا تأكله فالنهي في الأخبار توجه إلى المعاملة و إلى التلقى الخارج

عنها فما فى المسالك و غيرها من أن النهى عن أمر خارج عن حقيقة البيع غير صحيح نعم صاحب السرائر قال ذلك لكنه استند فى أصل المسألة إلى الأخبار الناهية عن التلقى فقط فصح له ذلك لأنها معروفة عند الفريقين فمن قال بالتحريم يلزمه الفساد مع أنه صرح بالصحة هنا كصاحب السرائر و غيره ممن وافقه على القول بالتحريم (إلا أن تقول) لعله ممن يقول إن النهى فى المعاملة لا يقتضى الفساد (فتقول) إن أكثرهم ممن يقول بالاقضاء و هم و إن اختلفوا فى المسألة فى أصولهم إلا أنهم فى الفقه متفقون على الاقضاء إلا ممن شد كما يظهر للمتبع إلا أن يستند إلى الإجماع على الصحة (قوله قدس سره) (و مع الغبن الفاحش يتخير المغبون على الفور على رأى) أما أنه يتخير مع الغبن فهو صريح المبسوط و النافع و نهاية الأحكام و الإرشاد مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠٤ و لا فرق بين الشراء منهم و البيع عليهم و لا يكره لو وقع اتفاقا و لا إذا كان الخروج لغير المعاملة

و شرح فخر الإسلام و اللمعة مع الاقتصار على ذكر البائع ما عدا النافع و اللمعة قال فى النافع و ثبت الخيار إن ثبت الغبن و فى المختلف الإجماع على تخيير البائع مع الغبن و لا- يفرق فى ذلك بين كون البائع أو الوكيل «١» و يأتى للمصنف فى باب الوكالة أنه إذا كان البائع وكىلا و كان هناك غبن يقع فضوليا صرح به فى الكتاب و الإرشاد و لا ثالث لهما و فى الخلاف و الغنية و السرائر و الدروس الاقتصار على أن الخيار للبائع من دون تقييد بغبن نعم فى الأخيرين التصريح بالفور بل فى الدروس أنه يتخير الركب وفاقا لابن إدريس و مع الغبن يقوى ثبوته (و فيه) شهادة على ما فهمناه و قولهم موافق للاعتبار و لا سيما على القول بالتحريم و قد يستفاد من فحوى الأخبار كقوله عليه السلام لا تشتري ما يتلقى و لا تأكل و إلا فلا مزية للنهى تحريما أو كراهية «فتأمل» و أما أنه يتخير المغبون مع الركب بائعا كان أو مشتريا من المتلقى مع الغبن الفاحش (فمما) لا ريب فيه فى الأول لما سمعت من الإجماع و لعله كذلك فى الثانى و إنما الكلام فيما إذا لم يكن غبن فهل يتخير المشتري من الركب كالبائع عند القائل به له من دون غبن أم لا الظاهر عندهم العدم بل ظاهرهم أن لا كراهة و لا تحريم هاهنا كما قد سمعت (و ليس) للتخيير ذكر فى المقنعة و النهاية و المراسم (و المراد) بالغبن الفاحش حصول التفاوت الذى لا يتسامح بمثله أهل العرف حين إيقاع الصيغة من دون ملاحظة قيمة البلد أو مع ملاحظتها حين إيقاع الصيغة أو حين دخوله و الأول أوفق بمذاق الأصحاب فى خيار الغبن و الأخير أوفق بأخبار الباب و التفاوت كذلك قد يكون لعدم التعادل بحسب الذات أو الزمان أو المكان أو خصوص تلك المعاملة دون باقى المعاملات أو خصوص تلك السلعة فى حقه لا بالنسبة السوقية دون غيرها من السلع إلى غير ذلك من الجهات (و أما أنه على الفور) فهو خيرة المبسوط و الوسيلة و السرائر و نهاية الأحكام و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و حاشية الإرشاد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة كل على حسب ما اختار من كونه لهما أو للبائع فقط مع الغبن أو بدونه لكن فى الثلاثة الأول التقييد بما إذا أمكنه و فى الأولين أنه إذا أخر لغير عذر بطل خياره و لعل كل هؤلاء يقولون بذلك كما يقولون بمثل ذلك فى سائر الفوريات كالشفعة و نحوها (و لعلهم) يقولون بعذر الجاهل و المؤخر إلى الصبح و نحو ذلك مما قالوه فى الشفعة و لا- دليل لهم على خيار الغبن الذى يذكرونه فى الخيارات بعد الإجماع إلا أخبار المسألة و أخبار آخر مرسله و عموم لا ضرر و لا ضرار «٢» (و حجتهم) فى المقام الاقتصار على ما خالف الأصل على موضع اليقين و مقدار الضرورة و احتج المحقق الثانى بأن العموم فى أفراد العقود يستتبع الأزمنة و إلا لم ينتفع بعمومه و قضية كلامه أن الاستصحاب يمنع منه العموم فى الأزمان لأنه يصير من قبيل إذا قال المولى لعبده صم كل يوم ثم قال له بعد ذلك أفطر يوم الجمعة مثلا فإنه لا يستصحب الإفطار بعد يوم الجمعة (فحاصله) أنا و إن قلنا إن العموم لا يعارض الاستصحاب إذ ما من استصحاب إلا و يعارض عموما فى الجملة لكن العموم فى الأزمان يجعله من قبيل الموقت فلا يجرى فيه الاستصحاب و لما كان العموم فى لزوم أفراد العقود يستتبع الأزمنة صار كالعوموم فى الأزمان فليتأمل جيدا (بل نقول) إن الاستصحاب لا يحكم على الدليل و لا يعارضه و إنما



يجرى فيما إذا تعلق الحكم بالذوات «٣» فيكون متعلق الاستصحاب غير متعلق الدليل

(١) الظاهر أن صحيح العبارة هكذا «و لا يفرق بين كون البائع المالك أو الوكيل» (مصححه)

(٢) إضرار خ ل

(٣) بالذات خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠٥

و حده أربعة فإذا زاد لم يكن تلقيا (١)

فلا- يضعف عن الحجية و ليس في الأخبار ما يفيد ثبوت الخيار على الاستمرار فثبوتها هنا كثبوت بعض الأشياء في مقام الضرورة للمحرم و الصائم (ثم إن) الخيار تابع للضرورة فإذا انتفى الضرر و هو المتبوع كيف يبقى التابع و هو الخيار فليس حينئذ للاستصحاب معنى فيبطل القول بالتراخي لكنهم قالوا في باب الإجارة فيما إذا انهدمت الدار فللمستأجر الخيار و إن بادر المالك إلى الإعادة فالأقرب بقاء الخيار و المسألة مفروضة في كلامهم فيما إذا بقي الانتفاع في الدار في الجملة و ستسمع كلامهم فيما إذا دفع الغابن ما غبن به «فليحظ ذلك و ليتأمل فيه» و في الشرائع و التحرير و الإيضاح أنه على التراخي و قواه في التنقيح و في إيضاح النافع أنه أحوط و لم يذكر الفور في الإرشاد و مجمع البرهان و شرح فخر الإسلام و كأنهم موافقون للشرائح (و حجتهم) أن ثبوت أصل الخيار إجماعى كما في المسالك فيستصحب إلى أن يثبت المزيل و في المسالك أنه وجيه و قد قوى الفورية قبل ذلك كما سمعت (و فيه) أن كل استصحاب متعلق بالغير جعل له الشارع مخرجا و المخرج عنه القاطع له في المقام إما التصرف أو الرضا أو الحاكم فلو أن المغبون لم يتصرف فيه و لم يرض و لا حاكم لزم أن يبقى خياره ما دامت الذات بل لو تلفت لأنه حينئذ يرجع إلى المثل أو القيمي (و من المعلوم) أن القائلين بالتراخي لا يقولون به فعلم أنه لا يجوز بالاستصحاب في المقام و ما عساک «١» تقول ينتقض عليك ذلك بخيار العيب و التأخير (لأننا نقول) يمكن إبداء الفرق و قد نسب صاحب الرياض القول بالتراخي إلى الشيخ و أنه قيده بثلاثة أيام كالتحرير و لم أجده له في المبسوط و لا- في الخلاف بل صرح في المبسوط في آخر المسألة بالفورية كما سمعت من دون تقييد بشيء (و أما) النهاية فقد عرفت أنه لم يتعرض فيها للخيار أصلا و لم أجد في التحرير ما حكاه بل صرح فيه بأنه ليس على الفور و لعلهما ذكرا ذلك في موضع آخر نعم قال في الإيضاح الفور مذهب الشيخ في المبسوط و ابن إدريس و قيل ثلاثة أيام لأنه خيار تدليس «انتهى» و لم ينسبه إلى الشيخ و لا إلى والده في التحرير (و لعل) صاحب الرياض عول على ما في التنقيح و هو غير صحيح لما وجدناه في النسخ الصحيحة و حكاه عنه صاحب الإيضاح و غيره و الأمر سهل

قوله رحمه الله) (و حده أربعة فإذا زاد لم يكن تلقيا)

إجماعا كما في الخلاف نقله على هذه العبارة و هو ظاهر الغنية حيث قال عندنا و المنتهى حيث قال حد علماؤنا التلقى بأربعة فإسوخ فكرهوا التلقى إلى ذلك الحد فإن زاد كان تجارة و لم يكن جلبا و هو ظاهر العبارات كما في مجمع البرهان (قلت) و هو صريح جملة و افرة منها و لم أجد مخالفا سوى صاحب الوسيلة قال إلى خارج البلد دون أربعة فإسوخ و لعل نظره إلى أحد أخبار منهال (قال) قال أبو عبد الله عليه السلام لا تلق فإن رسول الله صلى الله عليه و آله نهى عن التلقى قلت و ما حد التلقى قال ما دون غدوة أو روحة قلت و كم الغدوة و الروحة قال أربعة فإسوخ قال ابن عمير ما فوق ذلك فليس بتلق (و فيه أولا) أنه معارض بالتحديد بالروحة في خير منهال الآخر المفسرة بالخبر الذي هو دليل ابن حمزة الذي سمعته بالأربعة فإسوخ و به عمل الأصحاب (و ثانيا) أن الحصول على رأس الأربعة بلا زيادة و لا نقصان نادر و دون الروحة يصدق بجزء لا يتجزأ مع أنه غير معتبر و قد يشعر كلامهم في المقام بأن الأربعة مسافة (و قد) يظهر من

(١) و عساک خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠٦

و النجش حرام و هو الزيادة لزيادة من واطأه البائع و مع الغبن الفاحش يتخير المغبون على الفور على رأى (١)

ذلك إلحاق الأربعة بالزائد دون الناقص فمتى انتهى إلى الأربعة دخل في الزائد كما هو صريح بعض و عليه ينزل كلام غيره و هو الأوفق بجمع الأخبار و لو كان له طريقان فسلك أقصرهما لزمته الكراهية و لو قصد الحد فصادفه دونه لم يكن تلقيا أو قصد دونه فبلغه فقد فعل مكروها في قطع الطريق و لم تكره المعاملة و مثله لو قصد ركبا مخصوصا فصادف غيره و جاهل المسافة متلق. و قاصد ما فوق المسافة عازما على المعاملة فيما دون (فيه وجهان) و لا يبعد كونه متلقيا و مثله من تلقاهم لإظهار المحبة ليسامحوه في المعاملة في البلد و لا يبعد أنه غير متلق و من أجرى الصيغ و لم يقبض متلق على الظاهر

(قوله رحمه الله) (و النجش حرام و هو الزيادة لزيادة من واطأه البائع و مع الغبن الفاحش يتخير على الفور على رأى)

أما حرمة النجش فقد حكى عليها الإجماع في جامع المقاصد و المنتهى فيما حكى عنه و في المهدب البارع لا أعرف فيه خلافا بين الأصحاب و به صرح في المبسوط و السرائر و التذكرة و المختلف و التحرير و الدروس و إيضاح النافع و الميسية و غيرها للمروى في المبسوط و معانى الأخبار و غيرهما (من قوله صلى الله عليه و آله) لا تناجشوا و لا تدابروا مضافا إلى أنه غش و خيانة و تدليس و ظلم و إضرار و في الشرائع و النافع و الإرشاد أنه مكروه و كذلك كشف الرموز على الظاهر منه و التنقيح و لم يتعرض في الخلاف لحرمة و لا كراهية و ما زاد في الغنية عن قوله نهى و ظاهره التحريم و قد تصرف الكراهية في كلامهم إلى التكسب بالنجش و البيع معه أو إلى القدر المزاد لمكان النجش و بذلك يصح نفى الخلاف من أبى العباس (و أما) مدعى الإجماع فلا عليه مع قطعه بالحكم الواقعي (و أما قوله) و هو الزيادة لزيادة من واطأه البائع فمثله عبارة الشرائع و المختلف (و يحتمل) أن يراد بالزيادة الأولى في كلامهم القدر المزاد و إلا فالزيادة من المغرور ليست مكروهة و لا حراما و قد يكون المراد التعريف بالغاية فيكون عبارة عن الزيادة الأولى التي هي سبب للثانية فتأمل و عبارة الشرائع قابلة للتأويل بغير ذلك لأنه قال أن يزيد لزيادة من واطأه البائع بأن يكون فاعل يزيد الموصول أعنى من «فتأمل» و الأولى في تعريفه كما ذكره جماعة أنه الزيادة في السلعة ممن لا يريد شراءها ليحضر غيره عليه و إن لم يكن بمواطأة البائع (و أما قوله) مع الغبن الفاحش يتخير على الفور على رأى فقضيته أن البيع صحيح و قد نفى عنه الخلاف في الخلاف و به صرح في المبسوط و الغنية و سائر ما تأخر و أبطله أبو على إن كان بمواطأة البائع و في المبسوط و الخلاف و كشف الرموز و إيضاح النافع أن لا خيار للمشتري و لا ريب أنهم يقولون به مع الغبن الفاحش سواء كان نجش أم لا فلا خلاف قطعا بينهم و بين المصنف في كتبه حيث أثبت مع الغبن الفاحش لأن كلامه عائد إلى ما قاله الشيخ و لذلك لم يتعرض لذكر الخيار جماعة كالمحقق في كتابيه و غيره. فجعل المسألة خلافية في ذلك كما في الرياض و المسالك و غيرهما مما لا وجه له (و إنما) الخلاف مع القاضى حيث أثبت الخيار مع الغبن و غيره و الظاهر جريان النجش في سائر المعاوضات تنقيحا للمناط و تعويلا على ما في المصباح المنير و قد يلوح ذلك من عبارة القاموس فيدخل تحت الخبر و فيما لو قال أعطيت بهذه السلعة كذا فصدقه المشتري و اشترى ثم تبين له خلاف ذلك و يبقى الكلام فيما إذا واطأه على ترك الزيادة ليشتري

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠٧

[الثاني يحرم الاحتكار على رأى]

الثاني يحرم الاحتكار على رأى (١) و هو حبس الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن و الملح (٢)

بالمثل القليل مثلها فليتأمل في ذلك و الظاهر أنه من النجش أيضا و نحوه و مواطأة المشتري في دفع الزائد إليه و الذهاب عنه ليمتنع من بيعه حتى ينفضى السوق فيشتريه بأبخس ثمن إلى غير ذلك من أسباب الخدائع و الحيل (قوله رحمه الله) (و يحرم الاحتكار على رأى)

الاحتكار حبس الطعام لانتظار الغلاء كما في الصباح و المصباح و مجمع البحرين و كذا النهاية و لم يذكر الطعام في القاموس و في جامع المقاصد الإجماع على أن الاحتكار إنما يتحقق إذا استبقاها للزيادة و في نهاية الأحكام الإجماع أن لا احتكار في غير الأقوات فقد عرفت معنى الاحتكار و محله و الاحتكار منهي عنه إجماعا كما في نهاية الأحكام و مراده ما هو أعم من المكروه بقريته ما بعده و قد حكم المصنف بأنه حرام وفاقا للمقنع و الفقيه في ظاهره و الهداية للصدوق على ما نسب إليها و الإستبصار و السرائر و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو قوى كما في التنقيح و الميسية و هو المنقول عن القاضي و الحلبي في أحد قوليه و المنتهى للأخبار الدالة على الحرمة منها الجالب مرزوق و المحتكر ملعون و نحوه في لعنه غيره و خبر المحاسن (المجالس خ ل) ثم باعه فتصدق بثمانه لم يكن كفارة لما صنع و خبر قرب الإسناد كان ينهى عن الحكرة و ما في نهج البلاغة إلى مالك الأشتر و خبر ورام عن النبي عن جبرئيل عليه السلام أن واديا في جهنم لثلاثة المحتكرين و المدمنى الخمر و القوادين مضافا إلى استلزامه الضرر على المسلمين و إلى إجباره على البيع «فتأمل جيدا» و قد ينزل كلام المحرمين على الاحتكار المؤدى إلى الاضطرار و لا يكون المراد بالتعذر في كلامهم ما يعم التعسر كما ستسمع (و القول) بالكراهية خيرة المقنعة و النهاية و المبسوط و المراسم و الشرائع و النافع و الإرشاد و المختلف و إيضاح النافع و هو المنقول عن التقى في القول الآخر للأصل بمعنيه و بمعنى القاعدة أعنى قاعدة تسليط الناس على أموالهم و قصور الروايات سندا و دلالة مع اختلافها في تعداد ما يجرى فيه الاحتكار فقد عد في بعض أربعة و بعض خمسة و في بعض ستة و أما الصحيح الذى فيه إياك أن تحتكر فالمنع للمخاطب به و هو حكيم ابن حزام و الخاطى في بقیة الأخبار لا يستلزم التحريم مع إشعار بعض الصحاح بالجواز على كراهية قال إن كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس و إن كان قليلا - لا - يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر و يترك الناس ليس لهم طعام حيث عدل عن قوله لا يجوز إلى قوله يكره فيه دلالة على أن الكراهة بالمعنى المتعارف الآن

(قوله رحمه الله) (و هو حبس الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن و الملح)

أما ما عدا الملح فإجماعى كما في كشف الرموز و ظاهر السرائر حيث قال عند أصحابنا و مجمع البرهان حيث قال لا خلاف و قد نص على ذلك في النهاية و المبسوط و السرائر و ما تأخر عنها للموثق و خبر قرب الإسناد (و أما الملح) فقد نص عليه في المبسوط و الوسيلة و التذكرة و نهاية الأحكام و لعله لما قد يستفاد من العلة و لأن حاجة الناس إليه أشد مع توقف أغلب المآكل عليه و لذلك جعله الله سبحانه موجودا في كل مكان بأرخص قيمة كالماء و لا بأس بذلك إن قلنا بالكراهية و إلا فالأصل متين مع عدم كونه ضروريا و في الرياض أن العلامة في القواعد قوى دخوله فكأنه سهى قلمه الشريف إذ هو قاطع به كالحنطة و زيد في المقنع و الخصال و الدروس و اللعة و الروضة الزيت و في إيضاح النافع عليه الفتوى و استحسنة في المسالك و في التحرير فيه رواية حسنة و في جامع المقاصد لا بأس بها (قلت) فيه خبر الخصال و الموثق في الفقيه مضافا إلى مفهوم الصحيح أو الحسن عن الزيت إن كان عند غيرك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠٨

بشرطين الاستبقاء للزيادة و تعذر غيره (١) فلو استبقاها لحاجة أو وجد غيره لم يمنع (٢)

فلا بأس بامساكه فتأمل لكن ظاهر كل من تركه أن لا احتكار فيه و أظهر من ذلك عبارة النهاية و السرائر أن لا حكرة فيما عدا هذه الأجناس و حكى مثل ذلك عن القاضى و فى المقنعة و المراسم الاقتصار على ذكر الأطعمة و عن أبى الصلاح الاقتصار على الغلات و لو لا ما فى النهاية و السرائر و غيرهما من نفى الحكرة فيما عدا الخمسة لأمكن تنزيل النص و الفتوى على المثال لا على التقييد فتعم الكراهية غير ما ذكر و تخص بعض الأفراد فلا احتكار فى الزيت على هذا إلا فى الشامات خاصة (قوله رحمه الله) (بشرطين الاستبقاء و تعذر غيره)

كما يستفاد من المقنعة و المراسم و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و غيرها فبعض صريح و بعض كالصريح بل الاستبقاء مأخوذ فى مفهوم الاحتكار فيكون تسميته شرطا مجازا و قد يكون الثانى كذلك و زاد فى جامع المقاصد الاحتياج إلى شرائها و هو واضح و زاد فى نهاية الأحكام أن يكون قد اشتراه فلو جلب أو ادخر من غلته فلا بأس و هو المحكى عن ظاهر المنتهى (وقد) مال إليه فى جامع المقاصد أو قال به (للصحيح) الحكرة أن يشتري طعاما ليس فى المصر غيره و مثله خبر المحاسن (المجالس خ ل) الذى أشرنا إلى بعضه أيما رجل اشتري طعاما «الخبر» و يحتملان أن يكونا وردا مورد الغالب فالتعميم أجود وفاقا لإطلاق الأكثر و تصريح البعض كما ستسمع و التفاتا إلى مفهوم التعليل فى الصحيح المذكور و الصحيح الآخر يكره أن يحتكر و يترك الناس ليس لهم طعام و من ذلك يظهر وجه التقييد بالشريطين الذين ذكرهما المصنف و كذا ما شرط فى جامع المقاصد و يدل عليه خبر سالم الحنط حيث قال له عليه السلام أبيعك أحد غيرك قلت ما أبيع أنا من ألف ألف جزء جزءا قال لا بأس «الحديث» و زاد فى نهاية الأحكام أيضا أن يكون قوتا فلا احتكار فى الإدام كالعسل و لا علف البهائم و زاد أن يضيق على الناس بشرائه قال و لا يحصل ذلك إلا بأمرين أن يكون فى مثل الحرمين الشريفين (أما) البلاد الواسعة الكثيرة المرافق و الجلب كبغداد و مصر فقل أن يفرض ذلك فإن فرض كان منهيا عنه و أن يكون فى حال الضيق بأن يدخل إلى البلد قافلة فيبادر أصحاب اليسار فيشترونها و يضيقون على الناس أما إذا اشتراه فى حال الرخص بحيث لا يضيق على أحد فلا بأس فإن تجدد الضيق وجب البذل «انتهى» و حاصله أن يضيق على الناس بشرائه و لو لم يكن بفعله ضيق أو كان ببقائه لا بابتدائه لم يكن احتكارا و قد عرفت أن الأكثر بين معرف له بحبس الخمسة أو الستة أو السبعة للبيع و انتظار الغلاء و التعريف بالحبس المذكور وقع فى النهاية و السرائر و النافع و التذكرة و التحرير و كشف الرموز و الدروس و التنقيح و الروضة و كذا الشرائع و فى المقنعة احتباس الأطعمة مع حاجة الناس إليها و نحوه المراسم إلى غير ذلك و قد يكون فى نهاية الأحكام استند إلى قول الصادق عليه السلام كان رجل من قريش يقال له حكيم ابن حزام كان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبى صلى الله عليه و آله و سلم «الحديث» و قد يمكن تحصيله من الأخبار الأخر بنوع من الاعتبار بناء على اشتراط الشراء «فليتأمل» و قد يراد أن لا يكون له مانع من بيعه وقت الرخاء فينتظر الغلاء و أن لا يكون ينتظر زيادة الأجر (قوله قدس سره) (و لو استبقاها لحاجة أو وجد غيره لم يمنع)

كما هو صريح جماعة و مفهوم كلام آخرين و لا ريب فى جواز الاستبقاء من دون

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٠٩

(و قيل) أن يستبقاها ثلاثة أيام فى الغلاء و أربعين فى الرخص (١) و يجبر على البيع (٢) لا التسعير على رأى (٣)

### [الثالث لو دفع إليه مالا ليفرقه فى قبيل و كان منهم]

(الثالث) لو دفع إليه مالا ليفرقه فى قبيل و كان منهم فإن عين اقتصر عليه و إن خالف ضمن و إن أطلق فالأقرب تحريم أخذه منه (٤)

كراهية إن كان لقوته أو لوفاء دينه و محل الإشكال إن أريد الإطلاق كقصد زرعه لمكان الإطلاقات من النص و بعض الفتاوى و

إشعار التعليل المتقدم فى النص فالمنع محتمل لكن فى التحرير و نهاية الأحكام و التنقيح أن لا منع و به يشعر إجماع جامع المقاصد الذى نقلنا حكايته فى صدر المسألة بل كل عبارة قيد فيها الحبس للبيع أو انتظار الغلاء تكون موافقة للقائل بعدم المنع «فتأمل» و لو وجد غيره باذلا ترتفع به الحاجة فلا منع للأصل و ظواهر الأخبار

(قوله قدس سره) (و قيل أن يستبقها ثلاثة أيام فى الغلاء و أربعين فى الرخص)

هذا قول الشيخ فى النهاية و القاضى فيما حكى و ابن حمزة فى الوسيلة و كأن الشهيد فى الدروس و حواشيه على الكتاب حاول الجمع بين ما فى المقنعة و غيرها من أن حده و غايته احتياج الناس إليه و بين قول الشيخ و من وافقه على العددين حيث قال و الأظهر تحريمه مع حاجة الناس إليه و مظنتها الزيادة على ثلاثة أيام فى الغلاء و أربعين فى الرخص للرواية و نحو ذلك ما فى إيضاح النافع من أنه يؤدى إلى الغلاء غالبا ثم قال إنه غير بعيد من الصواب و الرواية التى أشير إليها فى الدروس رواية السكونى و مثلها فى الأربعين رواية مجالس الشيخ و الظاهر أنهم يعتبرون الشرطين المذكورين أيضا فى كلام المصنف و جماعة (و الجماعة خ ل) (قوله قدس سره) (و يجبر على البيع)

إجماعا كما فى المهذب البارع و لا كلام فيه كما فى إيضاح النافع و لا نعلم فيه خلافا كما فى التنقيح و هو كذلك إذ هو صريح المقنعة و النهاية و كل ما تأخر عنهما مما تعرض له فيه و قد يستدل بذلك على التحريم و ليس كذلك للاتفاق عليه و الاختلاف فى التحريم. و الجبر قد يكون على المستحب كزيارة النبى صلى الله عليه و آله و سلم «فتأمل» (قوله قدس سره) (لا التسعير على رأى)

إجماعا و أخبارا متواترة كما فى السرائر و بلا- خلافا كما فى (عن خ ل) المبسوط و عندنا كما فى التذكرة مع أن فى السرائر و التذكرة نقل الخلاف و التأويل ممكن للأصل و عموم السلطنة و خصوص خبر الحسين بن عبيد الله بن حمزة الصريح بذلك و فى المقنعة و المراسم أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم و فى الوسيلة و المختلف و الإيضاح و الدروس و اللمعة و المقتصر و التنقيح أنه يسعر عليه إن أجحف فى الثمن لما فيه من الإضرار المنفى و كأنه قال به أو مال إليه الكركى (و قد يقال) إنه مع الإجحاف يؤمر بالنزول عنه و هو و إن كان فى معنى التسعير إلا أنه لا ينحصر فى قدر خاص كما فى الميسية و الروضة و المسالك و لعله لأنه لا يسمى تسعيرا ترك ذكره الأكثر و لا يجوز التسعير فى الرخص مع عدم الحاجة قطعا كما فى الروضة و هل يختص الإجماع أو الأمر بالنزول بالإمام أو نائبه أم يجوز لعدول المسلمين الظاهر الثانى عند عدم التمكن من الوصول إلى الحاكم (قوله قدس سره) (و لو دفع إليه مالا- ليفرقه فى قبيل و كان منهم فإن عين اقتصر عليه و إن خالف ضمن و إن أطلق فالأقرب تحريم أخذه منه)

أما أنه يجب عليه الاقتصار عند التعيين فقد صرح به الشيخ فى النهاية و أكثر من تأخر عنه و فى الرياض الإجماع عليه و أما أنه إن خالف يضمن فهو مقتضى القواعد و به صرح فى التحرير و لا يرجع على القابض لو تلف فى يده مع جهله بل لو رجع المالك عليه رجع هو على الدافع حيث كان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١٠

.....

غارا له (و أما) أنه يحرم عليه أخذه منه إن أطلق فهو خيرة وكالة المبسوط و زكاة السرائر و مكاسب النافع و كشف الرموز و المختلف و التذكرة و جامع المقاصد و إيضاح النافع و وصايا الكتاب و جامع المقاصد و وكالة المبسوط و التحرير و جامع المقاصد فى آخر كلامه و فى النهاية و السرائر فى باب المكاسب و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية و المنتهى فيما حكى عنه أنه يجوز له أخذه منه إن أطلق من دون أن يزيد على غيره و فى المسالك هكذا شرطه كل من يسوغ له الأخذ و إليه مال المولى

الأردبيلي و نسب عدم جواز أخذه الزيادة إلى ظاهر المجوزين و قيل إنه أى القول بالجواز ظاهر الكليني و فى الدروس نسبه إلى الأكثر (و فى) الحدائق أنه المشهور «فتأمل» (و اقتصر) على نقل القولين فى نهاية الأحكام و الدروس و التنقيح و المهذب البارع و المقتصر و نقل فى المهذب البارع أن منهم من فصل فجوز له الأخذ إن كانت الصيغة (ضعه فيهم) أو ما أدى معناه و منعه إن كان بلفظ ادفعه (و يدفعه) أنه فى المختلف عنون المسألة فى الوضع مضافا إلى اشتراك الجميع عرفا و نقل فى التنقيح عن بعض الفضلاء أنه إن قال هو للفقراء جاز و إن قال أعطه للفقراء فإن علم فقره لم يجز إذ لو أراد له لخصه و إن لم يعلم جاز و هو كما ترى «١» (حجة القائل) بالتحريم الأصل بمعنى الاستصحاب و الظاهر بمعنيين (أحدهما) أن الظاهر كون الدافع و المدفوع إليه غيرين (و الثانى) أن ظاهر الأمر بالدفع إلى الغير مؤيدا بما قالوه فيمن و كلته أن يزوجه لشخص لا بعينه فزوجها من نفسه و من و كله فى شراء شىء فإنه لا يعطيه من عنده و إن كان ما عنده أحسن و الكل كما ترى لأن الأصل يقطع بعد الأدلة بدخوله تحت عموم اللفظ و الأصل عدم التخصيص لعدم المخصص و كونه مخاطبا و دافعا لا يصلح لأن يكون مخصصا و لهذا يدخل مع القرينة كما يدخل صلى الله عليه و آله و سلم فى عموم (يا أيها الذين آمنوا) و ما شبه به ليس بجيد جدا كما حرر فى محله فإننا نجوز أن يبيعه من عنده و أن يزوجه من نفسه (و أقوى) ما يستدل عليه بمضمره عبد الرحمن ابن الحجاج قال سألته عن رجل أعطاه رجل مالا ليقسمه فى محاييج أو فى مساكين و هو محتاج يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه قال لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه (و قد) و سمها جماعة بالصحة و كأنهم لم يلتفتوا إلى الإضمار و فى التحرير رواها مسندة إلى الصادق عليه السلام لكن يمكن حملها على الكراهية جمعا بين الأخبار كما سيجىء أو الزيادة على غيره أو على ما إذا علم إرادة عدم دخوله بقرينة أو إرادة جماعة معينين (على أنا) قد نقول بموجبها كما ستسمع ثم إنها مضمره و ما فى التحرير لم نجده فى غيره و عبد الرحمن روى بالكيسانية (و قيل) فيه إنه ثقيل على الفؤاد و مثل هذا يقال فى مقام التعارض و إن كان الظاهر عندنا توثيقه و جلاله قدره و أن المضمرة حجة مضافا إلى أنه روى الجواز أيضا (و حجة القائل بالجواز) مضافا إلى ما سمعت أنه و كيل فهو بمنزلة الموكل فكما يجوز له إعطاؤه يجوز له الأخذ لأن المفروض أنه من أصناف المصرف و هو كما ترى و العمدة فى ذلك الأخبار الكثيرة مثل حسنة حسين بن عثمان فقد قال فيها الكاظم عليه السلام يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره و قوله أيضا عليه السلام فى صحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره قال و لا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعها فى مواضع مسماء إلا بإذنه و ليس فيها إلا محمد بن عيسى عن يونس و هما مقبولان و رواية سعيد بن يسار و هى صحيحة واردة فى الزكاة و صحيحة عبد الرحمن الأخرى لكن ليس فى هاتين أن يأخذ لنفسه كما يعطى (و هذه) الأخبار لا يجرى فيها إلا تأويل واحد بأن يحمل الجواز فيها على الإذن على أنه قد لا يجرى فى صحيحة ابن الحجاج لقوله بعده و لا يجوز

(١) إذ لعله احترامه و أجله عن ذلك (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١١

.....

له «إلخ» فإنه يدل على أن الذى ما أمره أن يضعه فى مواضع مسماء يجوز له أن يأخذ منه من دون التصريح بالإذن (فهذا) التأويل الواحد لا يجرى هنا و خبر المنع قد سمعت الوجوه الكثيرة فى تأويله فهذه أخبار كثيرة لا يجرى التأويل الواحد فى جميعها (و هناك) خبر واحد يجرى فيه وجوه من التأويل (ثم إنا قد نقول) يمكن الجمع بالإطلاق و التقييد لأن صحيحة عبد الرحمن المجوزة التى كنا فيها دلت على جواز الأخذ مع عدم المنع و عدم التعيين و أنه لا يجوز له مع المنع و التعيين إلا بالإذن الصريح و أن الإذن الصريح لا يحتاج إليه إلا مع التعيين فالرواية المانعة من الأخذ مطلقا إلا بالإذن تحمل على ما إذا كان المحاييج و المساكين معينين و أنها لا تأبى

عنه أو تحمل الإذن على الأعم من الصريح بمعنى «١» أن لا يأتى بما يدل على الإذن ضمنا أو صريحا قولاً أو فعلاً و قوله أعط و فرق فى الفقهاء يفهم منه إعطاء نفسه لأنه فقير و لأنه إعطاء و تفریق و يكون الأمر ما أتى بعبارة شاملة له فتأمل و هذا ما وعدنا به من القول بموجبها. و هب أن الثانى موضع تأمل ففى الأول بلاغ مضافا إلى الوجوه الأخر التى منها أنا نقول إن خبرنا هذا و خبر حسين بن عثمان قد دلا على عدم الجواز إذا أخذ زائدا عما أعطى ما لم يصرح بالإذن و خبركم دل على المنع مطلقا ما لم يأذن صريحا فيقيد بهذين الخبرين مضافا إلى وحدة الراوى على أنا قد نحمله على التقيء لأن كان عبد الرحمن كثير المخالطة للعامة عارفا بمذاهبهم و كان الإمام عليه السلام يسأله عن قضاة الكوفة كابن شبرمة و ابن أبى ليلى كما يظهر ذلك من خبر قائد الوالى حيث مات و أوصى بعق مماليكه (فعل ذلك) كان مذهبا لهم أو لأحدهم (و على كل حال) فالأحوط الترك و كيف كان فالذى يقضى به الاعتبار أن ليس الغرض من أخبار الباب فى بيان الشمول و عدمه أن ذلك ثابت من الشارع فيجب تنزيل هذه الألفاظ على الشمول و الدخول مثلا- و لو لم يفهم من اللفظ كما ورد مثل ذلك فى بعض ألفاظ الوصايا بل المراد بها بيان المعنى العرفى و اللغوى و بقى الكلام فى أن مدلول الروايتين أنه لا- يجوز له أن يأخذ أزيد من غيره كما عرفت و ظاهر المسالك أنه إجماع من المجوزين و كذلك مجمع البرهان و قد سمعت كلاميهما فى صدر المسألة و ظاهر هذا الشرط أنه لا يجوز له تفضيل بعضهم على بعض لأنه من جملتهم و ذلك قد يكون مخالفا للضرورة و لا- سيما فى غير المحصورين فى مثل الزكاة و الصدقات المندوبات (و قد يقال) إن الروايتين غير صريحتين فى ذلك لاحتمال أن يراد بهما التشبيه فى نفس الإعطاء يعنى كما يعطى غيره لفقره يأخذ هو لنفسه لذلك لا فى القدر و المقدار (أو نقول) لو دلا على عدم أخذ الزائد فإنما المتيقن منه المنع من الزائد على الجميع لا على البعض و هو قريب أيضا لو لا فهم المجوزين منهما خلاف ذلك و قد لا يكونون مستندين إليهما بل لعدم توهم التدليس «٢» و الخيانة أو إلى أن ذلك معلوم بحسب العرف و العادة فتأمل (و قد يحتمل) تنزيلهما على المعين المحصور فى مثل الوصية كما صنع بعضهم بناء على أن الأصل فى الشركة التسوية و هذا «٣» بعيد جدا عن سوق الخبرين (و أما ما يظهر) من دعوى الإجماع من المجوزين فيه أن كلام الحاكى له غير صريح فيه كما فى الرياض فقال إن جماعة خالفوا و جوزوا المفاضلة على الإطلاق و أنت قد سمعت عبارة المسالك برمتها و كذا مجمع البرهان و لا ثالث لهما (نعم) حكاة فى الكفاية عن المسالك و لم نجد من جوز ذلك أو تأمل فيه قبل صاحب المسالك و المقدس الأردبيلى نعم قال فى التحرير و إن لم يعين تخير فى إعطاء من شاء من المحاويج كيف شاء و إلى هذا استند الأردبيلى

(١) بمعنى إلا أن يأتى خ ل

(٢) التدنيس خ ل

(٣) و هو خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١٢

و يجوز أن يدفع إلى عياله إن كانوا منهم (١)

#### [الرابع يجوز أكل ما ينثر فى الأعراس]

(الرابع) يجوز أكل ما ينثر فى الأعراس مع علم الإباحة إما لفظاً أو بشاهد الحال و يكره انتهابه فإن لم يعلم قصد الإباحة حرم (٢)

(و فيه) أنه قال بعده بلا فاصلة و يجوز له أن يأخذ هو مع حاجته بقدر ما يعطى غيره و لا يفضل نفسه بشيء «انتهى» و هذا يدل على عدم الملازمة التى ذكرها فى المسالك و أشرنا إليها آنفاً و يشهد على ذلك الصحيح الآتى فى إعطاء عياله لأن منعه عن أخذ الزائد

لا يدل على عدم جواز التفضيل فى غيره نعم قد يتأمل فى التفضيل فيما إذا كان المعين محصورا و كان ممن يملك قبل القبض كما إذا وصى لعشرة بمائة فإننا نوجب التساوى هنا و عليه بنى الأصحاب فى مواريث الأعمام و الأخوال و أولادهم إذا كانوا لأم و فى باب الوصية و باب القضاء (و قالوا) الأصل فى الشركة التسوية و لا كذلك إذا لم يملكوه إلا بالقبض فإنه يجوز التفضيل و لعله مما لا ريب فيه فغير المحصور أولى و ليس فى كلامهم هنا ما يدفع شيئا من ذلك لما عرفته من منع الملازمة فنقف مع الأصحاب على ظواهر الأخبار و لا حاجة بنا إلى تجشم تأويلها و إنكار ما لعله يظهر من المجوزين من الإجماع بعد أن كفيينا الملازمة المذكورة لأن كانت على الظاهر مخالفة للضرورة فى غير المحصور فى مثل الزكاة و الصدقات المندوبة هذا و لا فرق فى الدافع بين المالك و الولى و الوكيل كما أنه لا فرق فى المال بين أن يكون هدية أو صدقة واجبة أو مندوبة أو خمسا حقا للصاحب جعلنى الله تعالى فداه أو للسادة إن كان مجتهدا و لا فرق فى القبيل بين أن يعبر عنه بالاسم أو الوصف (قوله رحمه الله) (و يجوز أن يدفع إلى عياله إن كانوا منهم)

هذا مما قطع به الأصحاب للأصل و الصحيح الصريح بذلك و ليس فيه عدم التفضيل و قال فى نهاية الأحكام يجوز قطعا و هو فى معنى الإجماع و فى مجمع البرهان لا- كلام فيه و فى جامع المقاصد و المسالك و الكفاية يجوز على القولين و هو أيضا قريب من معنى الإجماع و فى الحدائق و الرياض لا- خلاف فيه و لا- يشترط عدم التفاضل لا فى الزكاة و لا فى غيرها عملا بإطلاق النص و الفتوى و الأصل إلا أن يعلم من حاله أو من العادة العدم و لا كلام فيه حينئذ كما إذا وصى لعياله فى محصورين لكنه خلاف الفرض هذا و فى التذكرة و نهاية الأحكام إن كان الدفع إلى قوم معينين لا يشترط عدالة الأمور و فى نهاية الأحكام و لا ضمان فى الدفع قطعا و إن كانوا غير معينين فإن كان عدلا فلا ضمان أيضا لأن له ولاية التعيين و إلا ضمن على إشكال و ليعلم أن جماعة فرضوا المسألة فى الوصى و الوكيل

(قوله قدس سره) (يجوز أكل ما ينثر فى الأعراس مع علم الإباحة إما لفظا أو بشاهد الحال و يكره انتهابه و إن لم يعلم قصد الإباحة حرم)

كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام و نحو ذلك ما فى النهاية و النافع و جواز الأكل مع العلم بالإباحة من دون كراهية مما لا ريب فيه و لا خلاف (و قال) أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس بنثر الجوز و السكر و أما كراهية الانتهاب فلقول مولانا الكاظم عليه السلام يكره أكل ما انتهب فإن حملناها على المعنى المتعارف كان الوجه فيها تضمن الانتهاب مهانة النفس و مخالفة المروءة و إن حملناها على الحرمة خصصناها بما إذا ظن من المالك كراهية الانتهاب فيحرم و أما الحرمة بدون العلم بقصد الإباحة فللعمل بأصل الحرمة فى مال الغير «و للخبر» الإملا-ك يكون و العرس فينثر على القوم فقال حرام و لكن كلما أعطوك منه فخذ و لكن لو اعتيد أخذه و استقر العرف على ذلك جاز كما فى جامع المقاصد (قلت) لعل هذا من شواهد الحال التى تفيد العلم و لا فرق مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١٣

### [الخامس الولاية من قبل العادل مستحبة]

الخامس الولاية من قبل العادل مستحبة و قد تجب إن أزم (١) أو افتقر فى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر إليها (٢) و تحرم من قبل الجائر إلا مع التمكن من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر (٣)

بين الأعراس و غيرها من الولايم كالأختان و العقيقة و غيرها (ثم) إنه لا يملكه الآخذ بل يجوز له التصرف فيه فيجوز للمالك الرجوع ما لم يتلفه الآخذ و لا ضمان عليه لو نقص أو تلف و من الإلتاف تملكه الغير أو المعاوضة عليه و الإعواض للآخذ لا للمالك و قد



يحتمل أنها له <sup>١</sup> و من الإنلاف لوكه مع استيلاء رطوبة الريق عليه

(قوله رحمه الله) (الولاية من قبل العادل مستحبة و قد تجب إن ألزم)

كما قد صرح بالأمرين في (النهاية و السرائر و التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام و الدروس) و غيرها و لعل الاستحباب مراد من الجواز في عبارة (الشرائع و النافع) و نحوها لأنها مستحبة في نفسها لعدم الموجب أو من جهة طلبها أو خصوصيتها و إن وجبت كفاية و في (الرياض) نفى الخلاف عن الجواز و المراد من الولاية في المقام ما كانت كالقضاء و السياسة و تدبير نظام أو نحوها و ليس المراد منها ما كانت على الغائبين و المجانين و الأيتام

(قوله رحمه الله) (أو افتقر في الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر إليها)

كما أشار إليه في (التذكرة و نهاية الأحكام) و في (الدروس) تجب مع الإلزام أو عدم وجود غيره و كأنه أشمل من عبارات المصنف عنده و هو الذي أراده المحقق الثاني بقوله معترضاً على المصنف إنه إذا كان أعلم من في القطر وجب إعلامه بنفسه لوجوب ذلك على الكفاية و انحصاره فيه و أنت خبير بعد التروى بأن عبارة المصنف شاملة لذلك

(قوله رحمه الله) (و تحرم من قبل الجائر إلى قوله أو مع الإكراه)

الولاية من قبل الجائر تقع على ثلاثة أقسام كما يقتضيه الجمع بين أخبار الباب مع قطع النظر عن كلام الأصحاب (الأول) أن يدخل في أعمالهم لحب الدنيا و لذة الرئاسة و هذا هو الذي دلت عليه أخبار المنع على أبلغ وجه و لا يفرق في هذا بين الفقيه و غيره (الثاني) أن يكون كذلك و لكن يمزجه بفعل الطاعات و قضاء حوائج المؤمنين و هذا هو الذي أشير إليه في الأخبار القائلة ذا بدا و واحدة بواحدة و هو أقلهم حظاً و نحو ذلك و هذا الحظ إنما يكون إذا أخلص فيه و لم يجعل قضاء حوائج الإخوان سبباً لتوجه الناس إليه و ذكره في المجالس فإن ذلك يبطل الأجر قطعاً و هذا جار في أصحاب الصدقات و من تجرى على أيديهم الخيرات فالأولى لغير أصحاب الملكات أن يوصل إليه ذلك من دون أن يعلم أنه الموصّل و الاستناد إلى إرادة إدخال السرور عليه خديعة من الشيطان عند أصحاب الأنظار الثاقبة لأن السرور يحصل بوصول المال إليه و الله سبحانه يغرس المحبة في قلبه له و إن لم يعلم به و المجازى هو العالم بكل شيء (الثالث) أن لا قصد له إلا محض فعل الخير إما ليقوم بما لزمه من إقامة الأحكام التي نصب لها من الإمام كأن يكون فقيهاً أو ليتمكن من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر لأنهما واجبان عليه إذا لم يكن فقيهاً و لا غرض له غير ذلك من مال أو جاه له أو لولده أو أقاربه (وقد يكون) المراد من أخبار هذا القسم أنه يفعل ذلك كله مع الاضطرار إلى الدخول في عملهم تقيّة و على أحد هذين الوجهين يحمل دخول على ابن يقطين و محمد ابن إسماعيل ابن بزيع و النجاشي و كذلك علم الهدى و الخواجه نصير الدين و آية الله سبحانه و المحقق الثاني و البهائي و المجلسي و نحوهم كل بحسب حاله و أما الأصحاب فقد أطبقوا على عدم جواز الدخول

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١٤

أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل و بعض المؤمنين فيجوز حينئذ اعتماد ما يأمره إلا القتل و الظلم و لو خاف ضرراً يسيراً بترك الولاية كره له الولاية حينئذ (١)

في أعمالهم إلا مع التمكن من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و قسمة الصدقات و الأخماس على مستحقها و صلة الإخوان و عدم ارتكابه في مثل ذلك إثماً علماً أو ظناً و قد نفى الخلاف عن ذلك كله في (المنتهى) على ما حكى عنه (وقيل إنه قال) و إلا لا تجوز بلا خلاف و في (فقه الراوندي) أن تقلد الأمر من قبل الجائر جائز <sup>٢</sup> إذا تمكن معه من إيصال الحق لمستحقه بالإجماع المتردد و السنة الصحيحة و قوله تعالى اجعلني على <sup>٣</sup> خزائن الأرض لأن ما أسنده الله تعالى إلى أوليائه حجة أو نقول إن شرع من قبلنا مطلقاً حجة ما لم يعلم نسخه و بمثل ذلك صرح في (النهاية و السرائر) و غيرهما و المصنف و إن اقتصر على ذكر الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و

لم يذكر التخلص من المآثم علما أو ظلنا لكنه مراد قطعا (و ليعلم) أن بعضهم شرط العلم بذلك كالمصنف في (التحرير) و حكاها في جامع المقاصد عن المنتهى و اختاره و قد سمعت ما حكى عنه و قضية كلام الإرشاد الاكتفاء في الجواز بالظن كصريح (النهاية و السرائر) و كذا (التحرير) في أثناء كلام له بعد ما نقلناه عنه و قد أطلقوا جوازها أو استحبابها (حينئذ) و المعبر بالجواز بعض كالمصنف في (التذكرة و التحرير) و عبر بالاستحباب في (النهاية و الشرائع و النافع و نهاية الأحكام) و أجمل في (الدروس) و في (السرائر) عبر بالوجوب و هو قضية القواعد لوجوب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر فتجب مقدمته و ما في (الكفاية) و غيرها من أن ذلك يتوقف على كون وجوبها مطلقا غير مشروط بالقدرة فيجب عليه تحصيلها من باب المقدمة و ليس بثابت (فالجواب) عنه أن ليس هناك إرادة واحدة و هي القدرة الذاتية التي أناط الشارع بها التكليف و هي حاصله و التيقن كانت مانعة فوجوب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر مطلق بالنسبة إلى القدرة المذكورة و غاية الأمر عدم المؤاخذه مع وجود المانع و هو غير ملازم لاشتراط التكليف بانتفائها فهو من قبيل من اشتغلت ذمته بحقوق الناس و هو غير متمكن من دفعها إليهم لوجود مانع يمنعه فإن هذا المانع لا يوجب سقوط الحقوق عن ذمته و ليس من قبيل الاستطاعة و ملك النصاب في الحج و الزكاة (فليتأمل جيدا) لأنه قد يחדشه ذهاب الأكثر إلى خلافه كما عرفت بل لعل المخالف ابن إدريس لا غير و قد يعتذر عنه بأنه يصير في صورة النائب عن الظالم فتجىء مفسدة الإغراء لكنه جار على القول بالاستحباب أو الجواز أيضا إلا أن تقول قد يتوصل إلى دفع الإغراء بأحد الوجوه على حسب رعاية المصلحة فتقدم مصلحة الأمر بالمعروف عليه (فتأمل) و على كل حال فالأخبار الدالة على رضى الأئمة عليهم السلام لبعض الولايات محمولة على المتمكن من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و الأخبار المانعة تحمل على غيره و هو الذي صرح الأصحاب بحرمتها له (و يبقى الكلام في القسم الثاني) الذي أشرنا إليه آنفا فهل يدخل في القسم الأول أو الثاني من القسمين الذين ذكرهما الأصحاب □

(قوله رحمه الله) (أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل و بعض المؤمنين فيجوز حينئذ اعتماد ما يأمره إلا القتل و الظلم و لو خاف ضررا يسيرا بترك الولاية كره له الولاية حينئذ) ضابط الإكراه بالخوف على ما ذكر على وجه لا ينبغي تحمله عادة بحسب حال المكروه في الرفع و الضعة بالنسبة إلى الإهانة كما في (المسالك) و غيره و لا يشترط في الإكراه الإلجاء إليه بحيث لا يقدر على خلافه كما صرح به الأصحاب على ما قيل و قد ذكر الخوف على المال في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١٥

.....

(النهاية و السرائر و الشرائع و التذكرة و نهاية الأحكام) و غيرها و في (التحرير) ما له أجمع و لم يذكر في (النافع) إلا الخوف من دون ذكر مال و لا غيره و في (الدروس) يجوز تحمله في المال و ستسمع كلامهم في الجواز للضرر اليسير و قد لا يكون (في الدروس) مخالفا إذ قد تنزل كلام الأصحاب عليه (و في الصحيح) على ما قيل التيقن في كل شيء يضطر إليه ابن آدم فقد أحله الله تعالى و في صحيح آخر على ما قيل التيقن في ضرورة و صاحبها أعلم بها حين تنزل عليه مضافا إلى خصوص الصحيح أيضا عن القيام للولاية (قال) فقال أبو جعفر عليه السلام التيقن من ديني و دين آبائي و لا إيمان لمن لا تيقن له (فتأمل) «١» و المصنف جعل الإكراه شرطا لجواز قبول الولاية إذا لم يتمكن من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و لم يتخلص من المآثم ثم رتب عليه جواز امتثاله ما يأمره به إلا القتل و هو كلام لا غبار عليه يوافق كلامهم في المقام و باب الأمر بالمعروف (نعم عبارة الشرائع) كأنها لا تخلو من حزاة (قال) إذا أكرهه الجائر على الولاية جاز له الدخول و العمل بما يأمره مع عدم القدرة على التفصي منه إلا في الدماء المحرمة فقد ذكر أمرين الدخول و العمل بما يأمر و شرطهما بشرطين الإكراه و عدم التفصي فإن جعلنا المشروط متحدا مركبا من الأمرين حسن قيد الإكراه و

لا يحسن قيد عدم التفصي فإن العمل بما يأمره من الأمور المحرمة مشروط بالإكراه خاصة ولا يشترط فيه الإلجاء و عدم التفصي كما صرحوا به و إن جعلنا المشروط متعددا كما إذا جعلنا الإكراه شرطا للولاية و عدم التفصي شرطا للعمل (ورد على الثاني) ما ذكرنا (و على الأول) أن الولاية إذا أخذت منفكة عن الأمر فجاز قبولها لا يتوقف على الإكراه مطلقا بل قد يجوز و قد يستحب و قد يجب كما عرفت (و الجواب) عن ذلك كله أن غرضه بيان أن الإكراه على قسمين قسم لا يبلغ تركه إلى الخوف على النفس و المال و العرض و قسم يبلغ ذلك كما صرح بذلك كله في (النهاية و السرائر) و غيرهما قال في (النهاية) فإن ألزمه يعنى الجائر الولاية إلزاما لا يبلغ تركه إلى الخوف على النفس و سلب الأموال غير أنه يلحقه بعض الضرر فالأولى أن يتحمل و لا يتعرض لعمل السلطان و إن خاف من الامتناع من ذلك على النفس أو على المال جاز أن يتولى الأمر و يجتهد (إلى) أن (قال) و يتقى في جميع الأحكام و الأمور ما لم يبلغ إلى سفك الدماء و نحوه ما في (السرائر) من دون تفاوت و المحقق أوجز ذلك بما سمعت فالمراد بعدم التفصي تحقق أصل الإكراه الذى يخاف من الامتناع معه على النفس و المال و ذلك لا يمنع من قولهم في باب الأمر بالمعروف أنه إذا أكره على الفعل جاز له الامتناع و إن لم يكن واليا و لا-ريب أن مراد الجميع بما يأمره الأمر بالمعروف و إن أطلقوا فلا معنى للمناقشة في ذلك و أما جواز اعتماده بما يأمره و لو كان محرما فهو إجماعى كما في الرياض و يجب عليه على احتمال قوى تقديم الأهون فالأهون و قد تلحظ المماثلة و المخالفة فيما يتعلق به و ببعض المؤمنين من التفاوت في المراتب الجليله و فيما دليه قطعى أو ظنى و بين الابتداء و العروض لكن الأصحاب أطلقوا فليحظ ذلك و لا تعجبني لفظه الاعتماد كما يظهر ذلك من كتب اللغة (و أما) استثناء القتل و الظلم فلا خلاف فيه كما في (السرائر) (قال) لأنه لا خلاف في أن لا تقيته في قتل النفوس و في الرياض الإجماع عليه و قد ادعاه جماعة في باب القصاص و لا فرق بين المباشرة و التسبب كالإفتاء و المصنف رحمه الله استثنى القتل كما في (النافع و التذكرة و نهاية الأحكام) (و قال) في (النهاية و السرائر) قتل النفوس و سفك الدماء المحرمة

(١) و المراد بالخوف على بعض المؤمنين خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١٦

### [السادس جوائز الظالم إن علمت غصبا حرمت]

السادس جوائز الظالم إن علمت غصبا حرمت (١)

و الترادف محتمل و في (الشرائع و التحرير و الدروس) استثناء الدماء لا غير و في الصحيح إنما جعلت التقيته لتحقق بها الدماء فإذا بلغت الدم فلا-تقيته (و نحوه الموثق) و ظاهر الإطلاق يشمل الجرح كما حكاه في المسالك عن الشيخ في الكلام كذا وجدنا في نسختين إلا- أن يقال إن المتبادر من الإطلاق إنما هو الفرد الأكمل و هو القتل مضافا إلى العمومات المجوزة لفعل المحرمات بسبب التقيته فيقتصر في تخصيصها على المتيقن مع أنا قد نقطع بجواز الجرح الذى لم يبلغ إزهاق النفس إذا كان الخوف على النفس بتركة كما قطعوا بجواز قطع اليد و الجرح في باب القصاص المتوعد على تركه بالقتل بل قد نقول بذلك إذا كان الخوف على العرض و أما المال فمحل إشكال و الأحوط الترك و لا- يفرق في القتل بين الصحيح و المريض و من كان في السوق و النزاع و قد يفرق بين مستحق القتل بزنا أو لواط أو غيره و يضعف في مستحق القصاص و قد أطلقوا من دون تقييد بمسلم و لا مؤمن و لعله منزل على الثانى لكن في النافع التقييد بالمسلم و لعلنا ننزله على المؤمن و به صرح في قصاص كشف اللثام لأن؟؟؟ لا يوازن دم مؤمن بل ليس شىء يوازى دم المؤمن كما يستفاد من النصوص و كذلك العرض بل و كذلك المال من دون إشكال لما حررناه في باب الغيبة و أما أنه

تكره له الولاية إذا خاف ضررا يسيرا بتركها فهو صريح الشرائع والتذكرة ونهاية الإحكام وقضية كلام النهاية والسرائر والتحرير و الدروس حيث قيل الأولى والأفضل ويستحب ولا يخفى أن مرادهم أن ذلك مع عدم تمكنه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وعدم أمنه من الدخول فى المحرم بل مع علمه بذلك وهو مشكل خصوصا إذا أمره بضرر الناس لو لا أن الظاهر إطباقهم على ذلك (قوله رحمه الله) (جوائز الظالم إن علمت غصبا حرمت)

بلا- خلاف فى ذلك و به نطقت عباراتهم لكن فى الشرائع والنافع ونهاية الإحكام و الدروس والكفاية إن علمت حراما بعينها فالتقييد بالعين فيه إشارة إلى جواز أخذها و إن كان فى ماله مظالم كما هو مقتضى حال الظالم و أنه لا يكون حكمه حكم المال المختلط بالحرام فى وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك كما قال ذلك كله فى المسالك و أوضح من ذلك عبارة السرائر (قال) إذا كان يعلم أن فيه شيئا مغصوبا إلا أنه غير متميز العين بل هو مخلوط فى غيره من أمواله أو غلاته التى يأخذها على جهة الخراج فلا بأس بشرائه منه و قبول صلته لأنها صارت بمنزلة المستهلكة لأنه غير قادر على ردها و نحوها عبارة النهاية و إن كانت قد توهم قبل التأمل خلاف ذلك و يفتتح من ذلك باب واسع فى خصوص الجائر إلا أن يقال إنه مخالف لأصول المذهب و قواعد من عقل و نقل كتاب و سنة و إجماع إلا أن يحمل ما ذكره من النص و الفتوى على ما إذا دفع إليك بيده من دكان أو كيس أو صندوق فيه غضب أو أشار لك إلى معين بين أمواله فيه غضب و الحال أنك لا تعلم أن المدفوع و المشار إليه غضب فإن الظاهر أن ذلك حلال و إن كان فى محصور حملا- لفعل المسلم على الصحة و ذلك يقضى أنه ما ناولك إلا الحلال فليحظ ذلك (و ليتأمل فيه) ثم إن إطلاق النصوص و الفتاوى أنه يجوز تناول مع عدم العلم بالحرمة مطلقا سواء علم أن للجائر مالا حلالا أم لا و ليس فى الأخبار ما ينافى ذلك إلا الخبر المروى عن الاحتجاج للطبرسى و كتاب الغيبة للشيخ (و فيهما) بعد أن سئل الصحاب جعلنى الله فداه عن أكل مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١٧

.....

أموال من لا- يتورع عن المحارم إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما فى يده فكل طعامه و اقبل بره و إلا فلا و فيه قصور عن المعادلة لأخبار الباب من وجوه فليطرح أو يؤول بما يعطيه صدره من أن الرجل من وكلاء الوقف مستحلا لما فى يده لا يتورع عن أخذ ماله هكذا فى السؤال فكأنه قال ليس له مال إلا مال الوقف و جميع ما يصرفه منه و فى الحدائق أنه على خلاف ما عليه ظاهر اتفاق كلمة الأصحاب فإنهم يكتفون فى هذا الباب بالحلية بمجرد مجهولية الحال و إن لم يعلم أن له مالا حلالا و هو ظاهر أخبار الباب و إنما يستثنون معلومية كونه حراما انتهى (قلت) قد اتفقت كلمة الأصحاب على أنه إن لم يعلم حرمتها فهى حلال صرح بذلك فى النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة ونهاية الإحكام وغيرها و فى الرياض أنه لا خلاف فيه و فى جواز المعاملة معه و إن علم أن فى ماله مظالم للأصل و الصحاح المستفيضة (منها قوله عليه السلام) لا- بأس به حتى تعرف الحرام بعينه لكن نص جماعة كثيرين على أنه مكروه و آخرون على أن الأفضل التورع عنه كما فى النهاية و أكثر ما تأخر عنها و فى الكفاية نسبة الكراهية إلى المشهور و فى الحدائق لا- خلاف فى حل جوائز السلطان و جميع الظلمة على كراهية ما لم يخبر بأن ذلك من ماله فإنه لا كراهية (قلت) قد صرح بما استثناءه من الكراهية المولى الأردبيلي و زاد إخبار و كيله و تبعهما صاحب الرياض و نفى عنه الخلاف حيث استدل للكراهية بعدم قبول أبى الحسن موسى عليه السلام جوائز الرشيد و تعليل قبوله عليه السلام منه فى خبر آخر بقوله لو لا أنى أرى من أزوجه من عزاب آل أبى طالب لثلا ينقطع نسله ما قبلتها (ثم قال) و ربما نافهما قبول الحسينين عليهما السلام جوائز؟؟؟

(ثم قال) و يمكن الجمع بحمل القبول (إما) على الوجه الذى علل به فى أحدهما (أو) على أن المراد منه الإرشاد و دفع توهم الحرمة (أو) على كونه بعد العلم بخلوصها عن الحرام و لا- ريب فى انتفاء الكراهية (حينئذ) و لا- خلاف فيه و (فى انتفائها) بإخبار المخبر بذلك أو إخراج الخمس لكونه مطهرا للمال المختلط بالحرام قطعاً فلا بد من تطهر المختلط به ظناً أو احتمالاً- (أولى ثم أولى) (و فى

الموثق) عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل قال لا إلا أن لا يقدر فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت عليهم السلام (انتهى) كلامه دام ظله نقلناه بتمامه لارتباطه و جودة محصله لكن قد علمت أن ما نفى عنه الخلاف لم يصرح به إلا الأردبيلي (و أما) انتفاؤها بإخراج الخمس فقد صرح به الأردبيلي و المصنف في (المنتهى) و استحبه له في (النهاية و السرائر) إخراج خمسها و التصديق ببعضها و مواساة الإخوان في الباقي و ليس في ذلك دلالة على انتفاء الكراهية بإخراج الخمس و إلا لا تنفت أيضا بالصدقة و المواساة و لعله كذلك بل بعض العبارات كما ستسمع قد توهم وجوب الخمس و ذلك أيضا لا يدل على انتفاء الكراهية (و أما) موثقة عمار التي استدلت بها (فإن) موردها إنما هو الدخول في أعمالهم و حصول شيء له من ذلك (و الفرق بينه و بين الجوائز ظاهر) (ثم) إن الأخبار في جواز الدخول مختلفة و هنا متفقة على حلها كما هو مقتضى القاعدة المتفق عليها نصا و فتوى كل شيء فيه حلال و حرام فهو لك حلال و مورد أخبار الخمس بالنسبة إلى هذا الفرد إنما هو المال المعلوم دخول الحرام فيه مع عدم معلوميته بعينه و عدم معلومية صاحبه و (الاستناد) إلى الأولوية (يدفعها) الاتفاق على الحلية في المقام نصا و فتوى مع الاعتضاد بالقاعدة التي أشرنا إليها و لا كذلك ما علم فيه الحرام (فليتأمل) ذلك (لكن) أدلة السنن مما يتسامح بها (هذا) و (يستفاد من فعل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١٨

و تعاد على المالك إن قبضها فإن جهله تصدق بها عنه و لا تجوز إعادتها إلى الظالم اختيارا (١)

مولانا الكاظم عليه السلام) حيث ترك تارة و أخذ أخرى مستندا إلى تزويج عزاب آل أبي طالب (أنه) لو حصل مرجحات آخر أقوى غلبت على الكراهية كما إذا كان الغرض تحصيل العلم و إعانة الفقراء و الأرحام المضطرين إلى غير ذلك و في (السرائر) أنه ينبغي أن يخرج الخمس من كل ما يحصل له و الصدقة ببعضها و أن يساوى (يواسى خ ل) إخوانه في البعض الذي يبقى من ذلك و نحوه ما في (النهاية) قال و يجتهد أن يخرج من جميع ما يحصل له من جهتهم الخمس و يضعه في أربابه و الباقي يواسى به إخوانه و يصلهم ببعضه و ينتفع هو ببعض بل قد يفهم من الكتابين الوجوب و لذلك (قال في الدروس) بعد نقل ذلك عن ابن إدريس و الظاهر أنه أراد الاستحباب في الصدقة فقصر الاستحباب على الصدقة فكان الخمس على الوجوب أو أنه أطلق عليه لفظ الصدقة و لو لا احتمالها ذلك ما قال ذلك مع أنه في السرائر قال ينبغي و في النهاية قال يجتهد فهي أولى بالاحتمال ثم (قال في الدروس) و ترك أخذ ذلك من الظالم أفضل مع الاختيار و لا يعارضه أخذ الحسينين عليهما السلام جوائز؟؟؟ لأن ذلك من حقوقهم بالأصالة (انتهى) و قد علمت الحال في ذلك مما ذكرناه من فعل الكاظم عليه السلام (و مما نص فيه أيضا) على استحباب الصدقة ببعضه التحرير و نهاية الأحكام و في (مجمع البرهان) نسبته إلى كلام الأصحاب و دلالة الروايات (و قد يقال) كما يكره للآخذ يكره لغيره من إخوانه إذ العلة جارية في ذلك و هي ما ذكره في (المنتهى) من احتمال أن يكون مما أخذه ظلما و الخبر الذي تضمن تزويج عزاب آل أبي طالب قد عرفت ما استفدناه منه (فليتأمل)

(قوله رحمه الله) (و تعاد على المالك إن قبضها فإن جهله تصدق بها عنه و لا تجوز إعادتها إلى الظالم)

أما وجوب إعادتها على المالك فواضح و به صرح الأصحاب (و قال) جماعة أو وارثه لأنه يصير بعد موته مالكا و تعاد بعينها أو بمتلها في المتلى و قيمتها في القيمي و على الآخذ الأجرة و أما أنه إن جهله تصدق بها فقد رواه أصحابنا كما في (السرائر) و احتاط هو بحفظها و الوصية بها (و قال) و قد روى أنها كاللقطه و هو بعيد من الصواب (و قال في التحرير) إنه ليس بعيد من الصواب و في (التذكرة) خيره بين التصديق بها و بين حفظها أمانة في يده أو دفعها إلى الحاكم و هذا التخيير كاحتياط (السرائر) كأنه خلاف الاحتياط (و قال المحقق الثاني و الشهيد الثاني) لو اشتبه في محصورين وجب التخلص و لو بالصلح و لا ريب عندهم في أنه يضمن إذا لم يرض المالك بالصدقة (و لذا) لم ينص عليه إلا القليل كما أنه لا ريب في أنه إنما يتصدق بها بعد اليأس من الوصول إليه أو إلى وارثه بعد موته و لذا تركه أكثر أيضا و الصدقة إلى أهل الحق و لو كان المالك من غير أهل الحق ذميا كان أو مخالفا و أما

عدم جواز إعادتها على الظالم اختياراً فهو صريح المصنف في كتبه الأخرى والمحقق والشهيدان وهو الذي تعطيه عبارة (النهاية و السرائر) مع أنه مما لا ريب فيها أيضاً بل لا يجوز دفعها إلى غير الظالم أيضاً فلو أخذت منه قهراً أو تلفت في يده هل يضمنها حينئذ أم لا- قيل نعم كما في جامع المقاصد لعموم قوله عليه السلام على اليد ما أخذت وربما فصل بين القبض بعد العلم بكونها مغسوبة فالضمان و بين القبض قبله فالعدم إن لم يقصر في الإيصال إلى من يجوز الإيصال إليه لأن اليد في الأول عادية و في الثاني يد أمانة و المحقق الثاني تأمل في الضمان و عدمه على تقدير الوجه الثاني (قلت) إذا أجب على الأخذ لا يضمن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١١٩

و الذي يأخذه الظالم «١» من الغلات باسم المقاسمة (١) و من الأموال باسم الخراج عن حق الأرض و من الأنعام باسم الزكاة يجوز شراؤه و اتهابه و لا يجب إعادته على أصحابه و إن عرفوا

### [السابع إذا امتزج الحلال بالحرام]

(السابع) إذا امتزج الحلال بالحرام و لا يتميز يصلح أربابه (٢)

علم أو جهل (فرغ) كثيراً ما تمس الحاجة إليه و هو أنه قد استمرت طريقة الناس على تناول من تركت حكام الجور للحج و الزيارة عنهم و إنفاذ وصاياهم و قسمة تركاتهم من دون التفات إلى ما علموا به من اشتغال ذمهم بأموال الناس غضبا و نهبا و غيلة فضلا عن الخراج و المقاسمة فإنهما بالنسبة إليهم أيضا حرام قطعاً و إنما يلتفتون إلى ما كان من سبيل القروض و الديون و لم أجد في ذلك نصاً بعد فضل التبع إلا ما في (النهاية و التحرير) (قال إذا غضب الظالم شيئاً ثم تمكن المظلوم من أخذه أو أخذ عوضه كان تركه أفضل (و زاد في النهاية) و أكثر ثواباً و في السرائر بعد أن جوز الأخذ (قال) و روى أن تركه أفضل (و هو كما ترى) مع أن الأكثر صرحوا بأنه لو أودعه جاز له أن يأخذ على كراهية و في مجمع البرهان أن أكثر حوائج الإخوان في هذا الزمان إلى الحكام إما تبرعا أو أجره حج و نحوه و إن خلا ذلك عن التحريم فقليلاً ما يسلم من الشبهة (قلت) قد يفهم جواز التصرف فيما ذكر من إطلاق مفهوم قولهم جوائز الظالم حرام إن علمت بعينها و قد استفاد ذلك من إطلاق النصوص مفهومها أو منطوقاً و الحال في ذلك كالحال في الخراج و المقاسمة حيث حرّموا علينا الغل و السرقة و أوجبوا علينا أداء ما شرطوا و هنا نقول حرّموا علينا المطالبة بما غضبونا و منعونا عن اجتناب تركاتهم و ندبونا و استحبوها لنا ترك أخذ ما قدرنا عليه من أموالنا من دون مطالبة استبقاء على نفوسنا و حقنا لدمائنا و توسعة علينا و إحساناً إلينا لأننا اليوم في دار هدنة و اطرد ذلك في المآلف و المخالف كما في الخراج و ما أوجف عليه بخيل و ركاب فإن الثاني للإمام عليه السلام لكن حرم علينا أن نسرق منهم أو نبقى درهما واحداً من ثمن الجارية (و على ذلك) استقامت الطريقة و استمرت السيرة و في ذلك وحده بلاغ (و أما) الوديعه فلأنها مما تخفى و أقصى ما ينسب فاعلها إلى الخيانة لا إلى التجاهر بأن سياستهم جور و تأديبهم ظلم و بأنهم في ذلك كله ظالمون و جائرون و نحو ذلك (فليتأمل) و أوهن شيء احتمال أن يكون ذلك لعدم العلم باشتغال ذمتهم (نعم) لو أوصى بها الظالم خرجت من (عن خ ل) الثلث لأنها من الديون و إن لم يلحقها حكمها و ما كان منها باقياً يجب رده

(قوله رحمه الله) (و الذي يأخذه الظالم من الغلات باسم المقاسمة)

هذا قد استوفينا الكلام فيه بما لا مزيد عليه في الفصل الثالث من فصول المقصد الثاني في البيع عند الكلام على بيع الأرض الخراجية و استوفينا الكلام في المقاسمة في باب الزكاة

(قوله رحمه الله) (إذا امتزج الحلال بالحرام و لا يتميز يصلح أربابه)

وجوبا مع العلم بهم و عدم معرفة المقدار بما يرضون ما لم يطلبوا زائدا عما يحصل به يقين البراءة مع احتمال الاكتفاء بدفع ما يتيقن انتفاؤه عنه كما احتمله صاحب المدارك و الخراساني و شيخنا صاحب الرياض و مثاله أن يقول ما يقرب من عشر المال مثلا ليس لي يقينا لكني أظن أن له خمسه فيكتفي بالعشر و لا يحتاج إلى رفع الظن فإن أبوا عن الصلح (فقد قال في خمس التذكرة) يدفع إليهم الخمس لأن هذا القدر جعله الله تعالى مطهرا للمال (و قد تأمل فيه صاحب المدارك و الكفاية) (قلت) ينبغي أن يقيد كلامه في (التذكرة) بصورة الجهل المحض بقدره و إلا فما يغلب على ظنه إن علم

#### (١) الجائر خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢٠

فإن جهلهم أخرج خمسه إن جهل المقدار و حل الباقي (١)

زيادته أو نقصانه كما حكاها عنها في المسالك و إن لم نجده في موضعين منها و لو كان هناك حاكم رفع أمره إليه كما ذكره بعضهم (قلت) إخراج الخمس كأنه لا وجه له و إعطاء جميع المحتمل لتحصيل يقين البراءة إجحاف و الاقتصار على المتيقن كما في المدارك إجحاف من الجانب الآخر كذلك فالواجب أن يصلحوا بما يرضون به مع عدم الإجحاف فإن طلبوا زائدا صلحوا صلحا قهريا (فليحظ ذلك و ليتأمل فيه) و ممن صرح بالصلح في المسألة المصنف في نهاية الأحكام و الشهيدان و المقداد و غيرهم و الظاهر أنه مثال و أنه يصح غيره إذ الغرض تحصيل رضاه كما يصح في غيره كما إذا عرف المقدار و التمييز «و المتميز خ ل» و الظاهر أن الحكم جار في الغصب و سائر الحقوق أعيانا و ذمما «فتأمل» و قد ذكر الأكثر في المقام أربع صور الأولى ما ذكره المصنف الثانية ما سيذكره و هي ما يكون قدر الحرام و مستحقه مجهولين و ستسمع الكلام فيها إن شاء الله تعالى الثالثة أن يكونا معلومين و الحكم فيها ظاهر الرابعة أن يعلم القدر دون المالك مع عدم التمييز و الأصح وجوب التصديق به مع اليأس من المالك سواء كان بقدر الخمس أو أزيد منه أو أنقص كما صرح بذلك جماعة و أطلق آخرون و هم كثيرون و في السرائر نسبة إلى الرواية و اختار هو دفعه إلى إمام المسلمين إن كان ظاهرا و إلا حفظه قليلا كان أو كثيرا و احتمل في نهاية الأحكام أيضا حفظه و فيه من المشقة ما لا يخفى و أوجب المصنف في موضع من التذكرة فيما إذا كان زائدا على الخمس إخراج أي الخمس ثم التصديق بالزائد هذا كله إذا لم يتميز و أما إذا كان معينا ممتازا مع جهل المالك احتمل التصديق به أيضا كما هو الظاهر و احتمل حفظه و وجه التصديق به في كل موضع يتصدق به إن منعه من التصرف في ماله حرج و أكل مال الغير منهي عنه و التصديق به نوع إيصال إلى المالك و يؤيده حكم اللقطة و لو ظهر مالكة و لم يرض ففي الضمان قولان أحوطهما الأول كما عليه جماعة و قوى في المدارك عدم الضمان لأنه مأمور بذلك شرعا (و ليعلم) أن الظن إذا تعلق بالقدر حكمه حكم العلم كما في السرائر و حواشي الكتاب للشهيد و لعلهما لا يقولان بذلك إذا تعلق بالمالك كما أنا لعلنا نقول إن الظن هنا جهل فتأمل (و قد) يمكن تقسيم المسألة إلى تسعة أقسام لأنه إما أن يعلم قدره يقينا أو ظنا أو لا يكون شيء منهما أصلا و كذلك الحال في المالك و ربما تزيد القسمة عن ذلك (فتأمل) و لا إشكال في شيء من ذلك بعد ما عرفت و ستعرف إلا- فيما إذا ظن المالك و لعله لا إشكال فيه أيضا و لا فرق بين ما كان من كسب أو ميراث كما صرح به الشيخ و ابن حمزة و ابن إدريس و المصنف و الشهيد و غيرهم ذكروا ذلك في مسألة الخمس الآتية و الظاهر أنه لا فرق في ذلك بين جميع الصور و زاد في الكفاية الصلة و الهدية

(قوله رحمه الله) (فإن جهلهم أخرج خمسه و حل الباقي)

يريد أنه إذا امتزج الحلال بالحرام و لم يتميز و لم يعرف صاحبه و لا مقداره فإنه يجب إخراج خمسه و يحل الباقي كما في النهاية و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة في موضعين و التحرير و نهاية الأحكام و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و

حواشى الكتاب و اللمعة و الدروس و كفاية الطالبين و جامع المقاصد فى موضعين منها و حاشية الإرشاد و التنقيح و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و الهداية للحر و غيرها و ظاهر الغنية و صريحها الإجماع عليه و هو الحجة و لم يذكره القديمان و كم من حكم تركاه و لا المفيد فى المقنعة و تلميذه فى المراسم و قد ترك فيهما أيضا بعض ما وجب فيه الخمس عند مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢١

.....

المشهور بل المجمع عليه كأرض الذمى إذا اشتراها من المسلم فإنه حكى الإجماع على وجوب الخمس فيها فى الغنية و ظاهر المنتهى مع أن المفيد و تلميذه تركاه أيضا و تأمل فيما نحن فيه المولى الأردبيلي و صاحب المدارك و الخراسانى و الكاشانى و حكى التردد عن البيان كما لعله يلوح من الدروس و إن كان أولا جزم بالخمس و (وجه) تردهم ترك المفيد و القديمين له (قلت) و سلار (و قصور) أخبار الباب من حيث السند و الدلالة و كأنهم لم يظفروا بالخبر المروى فى الخصال و قد قيل إنه صحيح و لم يحضرنى سنده لأعرف حاله (قال عليه السلام) فيما يخرج من المعادن و البحر و الغنيمه و الحلال المختلط بالحرام إذا لم يعرف صاحبه و الكنوز الخمس و هو صريح الدلالة معتضد بالإجماع و الشهرة العظيمة التى كادت تكون إجماعا بل هى محكية عن المنتهى و موافقة للاعتبار و الأخبار الأخر منها الموثق عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل قال لا إلا أن لا يقدر (إلى أن قال) فإن فعل فصار فى يده شىء فليبعث خمسه إلى أهل البيت عليهم السلام و القوى تصدق بخمس مالك فإن الله تعالى رضى من الأشياء بالخمس و سائر المال لك حلال و نحوه الخبر مبدلا فيه لفظ تصدق بإخراج الخمس و صدره أن أمير المؤمنين عليه السلام أتاه رجل فقال يا أمير المؤمنين إنى أصبت مالا لا أعرف حلاله من حرامه فقال عليه السلام أخرج الخمس و أرسل اتنى بخمسه فأتاه بخمسه فقال هو لك حلال إن الرجل إذا تاب تاب ماله معه و قصور السند منجبر بما عرفت و كذلك الدلالة تجبرها الشهرة إن لم ينحصر دليل المشهور فيها لأن أخبارهم يكشف بعضها عن بعض و الخمس حقيقة شرعية فى المعنى المعروف الذى يصرف إلى الذرية فلا ينافيه لفظ التصدق فى القوى لشيوع استعماله فى التخمس كما ورد فى خبر صحيح مضافا إلى التعليل فى الموثق إذ لا خمس رضى به الله إلا و مصرفه الذرية و يشهد على ذلك المرسل الذى أمره فيه بالإيتاء به حتى وصل إليه ثم رده عليه و ذلك يرشد إلى أنه له عليه السلام فلم يبق بعد اليوم إشكال على القوم و لا- بد لصاحب الرياض من القول بالحقيقة الشرعية هنا إلا أن يتجشم دعوى وجود القرينة و يبقى الكلام فيما إذا علم أنه أزيد من الخمس و لكن لم يعرف قدره فجماعه على أنه يخرج خمسه و يتصدق بما يغلب على ظنه أنه مع الخمس قدر الحرام فصاعد أو جماعه على أن الجميع صدقة و آخرون على أنه خمس و هو الذى يعطيه إطلاق الأدلة و كثير من العبارات بل يحتمل الاكتفاء بالخمس فقط عملا بظاهر الأدلة (و قد يقال) إنه يصلح الحاكم و يتصدق بما صالح عليه و أما إذا علم أنه أنقص من الخمس لكن لم يعلم مقداره (فالمصنف فى نهاية الأحكام و الشهيد الثانى و سبطه) أنه يقتصر على ما يتيقن به البراءة صدقة على إشكال فى نهاية الأحكام و احتمال فى المسالك و المدارك الاكتفاء بغلبة الظن و ربما قيل بكونه خمسا نظرا إلى عموم الأدلة إلا- أن تقول إن قولهم و دليلهم إنما هو فيما يخرج منه الخمس (فتأمل) بل قد نقول بالخمس مع العلم بالمقدار و عدم التميز عملا بإطلاق الصحيح و غيره و لو أنهم ظفروا بالصحيح لعملوا به فى جميع ذلك مضافا إلى إطلاق النهاية و الوسيلة و كثير مما تأخر عنهما لكن الأ- كثر ممن تأخر اقتصر على ما إذا جهل المقدار و لم يتميز و لعله لعدم ظفرهم بالصحيح و قد صرح جماعة منهم المصنف فى جملة من كتبه و ولده و المحقق الثانى و الشهيدان و غيرهم بأن مصرف هذا الخمس مصرف بقیة الأخماس كما نهنك على ذلك من الروايات و فى شرح الإرشاد لفخر الإسلام نسبه إلى ظاهر كلام الأصحاب (بل لو تأملنا) كما تأملوا مصرفه إلى الذرية أحوط كما صرح به جماعة بناء على الأصح من اختصاص الصدقة المحرمة عليهم بالزكاة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢٢



**[الثامن لا يحل للأجير الخاص العمل لغير من استأجره إلا بإذنه]**

(الثامن) لا يحل للأجير الخاص العمل لغير من استأجره إلا بإذنه و يجوز للمطلق (١)

المفروضة و لم يفرقوا فيه بين ما كان من كسبه أو من ميراث كما قد عرفت من أنه صرح به الشيخ و ابن حمزة و ابن إدريس و المصنف و الشهيد و المولى الأردبيلي و زاد صاحب الكفاية الهدية و الصلة و حيث يخمس ثم يظهر المالك و لم يرض ففى الضمان قولان أحوطهما الأول كما قاله جماعة و فى المدارك عدم الضمان قوى و لعلنا نفصل فإن كان الدافع الحاكم فلا ضمان و إلا ضمن و لا فرق فى ذلك بين ما أخذ من الجائز و غيره و إذا كان الحرام معلوم الجهة ككونه خمسا أو زكاة كان معلوم الأرباب و لو لم يكن الخليط الحلال قدر خمس و كان مما يجب فيه الخمس فإنه لا يكفى هذا الإخراج كما فى جامع المقاصد و الروضة و المسالك و هو المحكى عن السيد عميد الدين و تأمل فى ذلك صاحب الدروس و اكتفى فى حواشيه على الكتاب بذلك الإخراج و لو امتزج باللقطة أو الوقف العام صولح الحاكم و عرف فى الأول و جعل وقفا فى الثانى و يحتمل فى الأول سقوط التعريف و الاكتفاء بالخمس من الوقف العام المجهول الجهة

(قوله رحمه الله) (لا يحل للأجير الخاص العمل لغير من استأجره إلا بإذنه و يجوز للمطلق)

هذه المسألة قد أسبغنا فيها الكلام فى باب الإجارة بما لم يوجد فى كتاب و نشر إليها هنا إشارة إجمالية (فنقول أما أنه لا يحل للأجير الخاص العمل لغير من استأجره إلا بإذنه فقد صرح به فى النهاية و ما تأخر عنها مما تعرض له فيه ما عدا الوسيلة و الغنية فقد أشير فيهما إلى ذلك (قال) فى الغنية بعد أن ذكر أن المشترك يضمن ما نصه أو مفردا (مفرد خ ل) و هو المستأجر للعمل مدة معلومة لأنه يختص عمله فيها بمن استأجره بدليل الإجماع و هو و إن كان موجبا للضمان إلا أن ما نحن فيه مشمول له على الظاهر لكنه فى النهاية لم يسمه باسم و فى مجمع البرهان أن القول بأن الأجير الخاص لا يجوز له العمل لغير من استأجره كأنه مما لا خلاف فيه و فى الرياض الإجماع عليه تارة و نفى الخلاف عنه أخرى و وجهه أنه يجب عليه العمل للمستأجر فلا يجوز صرفه لغيره و مرجعه إلى أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده الخاص و اتفاق الكلمة هنا على عدم الجواز قد ينبئ عن صحة القاعدة و ستسمع تحقيق الحال و قد يستدل عليه بموثقة إسحاق بن عمار (قال) سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيبعثه فى صنعته «١» فيعطيه رجل آخر دراهم و يقول اشتر بها كذا و كذا و ما ربحت بينى و بينك فقال إذا أذن له الذى استأجره فليس به بأس فإنها قد تدل بمفهومها على البأس بدون الإذن مع حمل الأجير على كونه خاصا (و فيه) أن نفى البأس أعم من الحرمة كما أن الأجير فيه أعم من الخاص (و تنقيح البحث أن يقال) إن المراد بالخاص ما استأجر للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة كأن يستأجره لىنى له مثلا بنفسه شهرا معينة أو حكما كما إذا استأجره لعمل معين مع تعيين أول زمانه (فقد تحصل) أنه العامل بنفسه مدة معينة سواء كان تعيين «٢» المنفعة بالزمان كالمثال الأول أو بالعمل و تشخيص الزمان بتعيين أوله كالمثال الثانى (ثم) إذا عين العامل و الزمان فإن اتحدت المنفعة فلا بحث و إن تعددت فإن استوعب الجميع فلا بحث أيضا و إن عين واحدة اقتصر عليها فى ذلك الزمان المعين و هذا الأجير «٣» بأقسامه الثلاثة لا يصح أن يكون أجيرا خاصا كذلك أى بأقسامه الثلاثة لا لمن استأجره أولا

(١) ضيعته خ ل

(٢) تعيين خ ل

(٣) الأخير خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢٣

.....

و لا لغيره لأنه في الأول يستلزم المحال و في الثاني لا يقدر على التسليم لأن منافعه مملوكة للغير و يدل على ذلك بعد ذلك الإجماع و الأخبار الواردة في موارد خاصة و المناط المنقح يقضى بعمومها و تعديتها و يعلم من ذلك أنه لا يحل له أن يعمل لنفسه و لا لغيره عبادة و لا- غيرها في القسمين الأولين (أما الأول فظاهر) إذ المفروض أن لا منفعة له غير ما استؤجر عليها (و أما الثاني) فلأن جميع منافعه مملوكة فلا يتوجه الأمر بالعبادة حينئذ و أما غير العبادة فلا يصح أيضا لأنه تصرف في منفعة الغير و ماله و في جوارحه التي تعلق بها حق الغير تعلق الرهانة مضافا إلى قاعده النهي عن الضد و الأخبار في بعض الموارد و هي عامة بتفكيح المناط (و أما القسم الثالث) فليس له أن يفعل المنافي فحسب لجميع ما ذكر (و أما المطلق) فهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوما أو مجرد عن المدة مع تعيين المباشرة كأن يخطط له ثوبا بنفسه من غير تعرض إلى وقت أو مجرد عنهما كخياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان و سمي مطلقا لعدم انحصار منفعته في شخص معين على طول الزمان و مدة الحياة و إلا فمع تعيين المباشرة تنحصر في شخص معين و هذا يجوز له العمل لغيره بأقسامه لأن المستأجر لم يملك منفعته بل له عليه ذلك العمل إذا طلبه لأننا لا نقول بالفور و لا المباشرة في الإجازات المطلقة من عبادات أو غيرها إلا أن يكون هناك قرينة دلت على كونه في زمان خاص كما قيل في الحج فيصير أجيرا خاصا و دعوى فهم الفورية و المباشرة عند الإطلاق في خصوص العبادات أو مطلقا في محل المنع و القياس على أوامر الشرع في العبادات لا وجه له للفرق الظاهر لأن الظاهر من حال من أراد العبودية إرادة المباشرة و لا كذلك من كان غرضه مجرد إيجاد الفعل و فراغ ذمة المنوب عنه و قد ذكر الشهيد في حواشيه على الكتاب في باب الإجارة أن الإطلاق في كل تلك الإجازات يقتضى التعجيل و أنه يجب المبادرة إلى ذلك الفعل فإن كان مجردا عن المدة خاصة بنفسه و إلا يكن مجردا عن المدة خاصة بتخير بينه و بين غيره (و حينئذ فيقع) التنافي بينه و بين عمل آخر في صورة المباشرة و فرع عليه عدم صحة الإجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع تعيين المباشرة كما صنع الأجير الخاص و استشهد عليه بما ذكر في الحج من عدم صحة الإجارة الثانية مع اتحاد زمان الإيقاع نصا أو حكما كما لو أطلق فيهما أو عين في أحدهما بالسنة الأولى و أطلق في الأخرى (و قال) في المسالك و يتفرع على ذلك وجوب مبادرة أجير الصلاة إلى القضاء بحسب الإمكان و عدم جواز إجاره نفسه ثانيا قبل الإتمام و فيه أن هذا التعجيل إن كان مستفادا من الأمر في قوله (جل شأنه) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فالأمر ليس للفور (سلمنا) لكنه لا يتم على قول من يقول إن الأمر بالشىء لا يقتضى النهي عن ضده الخاص (و لو سلم له لكنه لا يتم على رأى من يقول إن النهي في غير العبادة لا يدل على الفساد (انتهى) ما قاله في المسالك (قلت) و إن كان مستفادا من الإجماع فلم نجد و إنما هو على قول للشهيد وافقه عليه ابن فهد على جارى عاداته في رسالته أرسلها إلى بعض الأطراف و الأستاذ الشريف قدس الله تعالى روحه كان يظن أنه ادعى فيها الإجماع و استقامة السيرة فأفتى بذلك مدة أيام ثم أمرنى بمراجعة الرسالة فلحظتها فإذا هي ليس فيها شىء من ذلك فرقيت ذلك إلى خدمته و أن لا- موافق للشهيد إلا- ابن فهد و أن الإجماع إنما هو على الحلول و المراد به عدم التأجيل بمعنى أن له المطالبة في الحال و جواز الفعل لا أنه على التعجيل بمعنى أنه تجب المبادرة في الوكالة و الحوالة و الرهن و الإجارة لكن (قد يقال) إن إطلاق البيع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢٤

**[التاسع لو مر بثمره النخل و الفواكه لا قصدا]**

(التاسع) لو مر بثمره النخل و الفواكه لا قصدا قيل جاز الأكل دون الأخذ (١) و لا يجوز مع الإفساد إجماعا و لا أخذ شىء منها و لو

## أذن المالك مطلقا جاز

يقتضى كون الثمن حالا- و يجب دفع المثل فلتكن الإجارة كذلك (قلنا هذا معنى الحلول و لهذا شرع خيار التأخير هناك و هو مختص بالبائع و البيع لأن كان البيع يقع نسيئة و سلما فالعدول عنهما قضى بخيار التأخير و القياس على الحجج قياس مع الفارق لمكان القرينة كما عرفت آنفا ثم إنه من المعلوم أن الاستيجار على الصلاة و الصوم لم يبين على المضايقة لقيام القرينة القاطعة على إرادة التوسعة لمكان الشواغل المعلومه للمستأجر و لا على المساهلة التي تفضى إلى الإهمال و التضييع فلا فرق بين أن يعين له وقتا غير ما عين للأول أو يطلق (و تمام) الكلام و تنقيحه في باب الإجارة فإننا قد أسبغناه و استوفينا و بينا أن كلام الشهيد لم يبين على مسألة الاقتضاء فلا- بد من الرجوع إليه هذا تنقيح البحث في المسألة و أطرافها و لا تصغ إلى المقالات و الاحتمالات (و إنما ذكرت هذه المسألة) هنا لأن اكتساب الأجير الخاص من جملة الاكتسابات المحرمة فعلى هذا لو عمل بدون الإذن تبرعا و كان العمل مما له أجره في العادة تخير المستأجر مع عدم فسخ عقده بين مطالبه من شاء منهما بأجرة المثل و إلا فلا شيء له و في معناه عمله لنفسه و إن كان بأجرة كأن يكون أجيرا خاصا فيما ماثل العمل الأول أو يكون دخل أحدهما في الآخر مع عدم فسخ المستأجر عقده أيضا تخير في فسخ العقد الطارى و إجازته فإن فسخ رجع إلى أجره المثل عن المدة الفائتة لا أجره ذلك العمل و يتخير في الرجوع بها على الأجير لأنه المباشر أو المستأجر لأنه المستوفى و إن أجازته ثبت له المسمى (فإن) كان قبل قبض الأجير له فالمطالب به المستأجر و (إن) كان بعد القبض و الأجرة معينة فالمطالب بها من هي في يده و (إن) كانت مطلقة (إن) أجاز القبض فالمطالب بها الأجير و إلا المستأجر و المستأجر يرجع على الأجير بما قبض مع جهله أو علمه مع بقاء العين أو عدمه على اختلاف الرأيين و (أما) إذا اختار فسخ عقد نفسه لفوات المنافع التي وقع عليها العقد أو بعضها و كان ذلك قبل أن يعمل له الأجير شيئا فلا شيء عليه و (إن) كان بعده تبعضت الإجارة و لزمه من المسمى بالنسبة و حينئذ ففي صحة الإجارة و الجعالة الثانية و جهان يلتفتان إلى من باع ملك غيره ثم ملكه و أجاز فإن قلنا بصحتها فلا بحث و إلا عدل إلى أجره المثل لكن هذا لا يتم على مذهب المعظم من أن الأجير إذا سلم نفسه أو عبده ثم منع فإنه لا خيار للمستأجر و قد بينا ذلك و أوضحناه في باب الإجارة و قد خفى على صاحب المسالك و صاحب الرياض (و مما ذكرناه) يعلم الحال في عبارة (جامع المقاصد في المقام)

(قوله رحمه الله) (لو مر بثمره النخل و الفواكه لا قصدا قيل جاز الأكل دون الأخذ)

قد اختلفت أقوال الأصحاب في المسألة أشد اختلاف حتى أن الفقيه الواحد في الكتاب الواحد له فيها مذهبان أو ثلاثة لأنها تذكر في المقام و في بيع الثمار و باب الأطمعة و (قد) اختلف النقل أيضا للأقوال و الشهرة و الإجماعات و المعلوم بعد التتبع ما نذكره فنقول جواز الأكل من ثمر النخل و الفواكه مع شروط تأتي على اختلافهم فيها خيرة الصدوق في (المقنع) و أبيه على ما حكى عنه و الشيخ في (الخلافة و النهاية) و ابن إدريس في (السرائر) و المصنف في (التذكرة) و صاحب (كشف الرموز) و هو المحكى عن القاضي و قد حكى على ذلك الإجماع في (الخلافة و السرائر) في موضعين منها أحدهما كعبارة (الخلافة) قال إذا مر بحائط غيره و بثمرته جاز له أن مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢٥

.....

يأكل منها و لا يأخذ منها شيئا يحمله معه بإجماع الفرقه و أخبارهم و في موضع آخر من السرائر ادعى الإجماع و تواتر الأخبار و لم يشترط إلا عدم الأخذ و أما عدم الإفساد فمعلوم بالإجماع و العقل و أما عدم القصد فمن ظاهر المرور و ستسمع تمام الكلام في ذلك و قد يظهر من ثمار المسالك دعوى الإجماع هنا حيث نسب الخلاف إلى الندره و قد قصر هؤلاء الحكم على الفواكه أعني ثمرة النخل و غيره دون الزرع و الخضر لكن المحكى عن الشيخ في المبسوط و أبي الصلاح تعميم الحكم للزرع و الخضر كما هو صريح

الإستبصار و الشرائع فى باب الثمار و نهاية الإحكام و اللعنة و المهذب البارع و المقتصر و إيضاح النافع و الكفاية و غيرها و حكاها فى كشف اللثام عن التذكرة و قد سمعت ما وجدنا فيها و فى الكفاية أنه المشهور و فى أطعمة المسالك نسبة إلى الأكثر و أن الشيخ فى الخلاف ادعى الإجماع عليه فليتأمل فى ذلك و نسب أصل الجواز فى الروضة إلى الأ-كث و قال فى المهذب البارع أولاً إن أكثر الأصحاب على ذلك سوى العلامة فى المختلف ثم (قال) إن أكثر الأصحاب لم يفرقوا بين النخل و غيره ثم (قال) إن المصنف يعنى المحقق تردد فى غير النخل و منع العلامة من الجميع و باقى الأصحاب على الإباحة فى الكل و قال فى المقتصر لم يفرق الأصحاب بين النخل و غيره من الشجر و غيره من المباطح و الزرع ثم ذكر تردد المحقق و منع العلامة و (قال) إن جمهور الأصحاب على الإباحة فى الكل و فى كشف اللثام نسبة ذلك إلى الأ-كث و (ينبغى) التأمل و الجمع و خص الجواز فى الحائريات و النافع و التحرير بثمر النخل و فى إيضاح النافع أنه المشهور رواية و فتوى و المحقق فى النافع فى باب الثمار تردد فى الزرع و الخضر و فى باب الأطعمة منه تردد فيهما و فى الثمار و فى أطعمة الشرائع عبارته قابلة لأن يكون قد تردد فى الجميع كما فى التلخيص و موضع من المختلف و التحرير أو يكون قد تردد فى الخضر و الزرع خاصة كالتذكرة و التحرير فى موضع منه و كشف الرموز مع تقريب المنع فى التذكرة و كشف الرموز و فى أطعمة الكتاب قال روى إلى آخره و أما عدم جواز الأكل فى الجميع فقد حكى عن علم الهدى فى المسائل الصيداوية و المنقول من عبارتها أنه قال الأحوط و الأولى أن لا يأكل (فتأمل) و هو خيرة المصنف فى المختلف و الإرشاد و ولده فى الإيضاح و ابن أخته السيد عميد الدين فيما حكى عنه و الفاضل المقداد و المحقق الثانى فى حواشيه الثلاثة و الفاضل الميسى و كأنه مال إليه فى الروضة و هو مذهب جميع الفقهاء من العامة على ما حكاها فى الخلاف و قال أبو على ليناد صاحب البستان و يستأذنه فإن أجابه و إلا أكل و حلت عند الضرورة و إن أمكنه رد القيمة كان أحوط (حجة القائلين) بالجواز فى الجميع بعد الإجماعات المنعقدة على البعض و ما لعله يظهر من أبى العباس من الإجماع على عدم الفرق الأخبار المستفيضة المعتضدة بما عرفت و بالشهرة الجابرة لقصور سند بعضها و بدعوى الحلّى تواترها (فمنها) مرسل ابن أبى عمير الملحق بالصحيح عن الرجل يمر بالنخل و السنبل و الثمرة أ فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها فى ضرورة أو من غير ضرورة قال لا بأس و مرسل يونس عن الرجل يمر بالبستان و قد حيط عليه هل يجوز أن يأكل من ثمره و ليس يحمله على الأكل من ثمره إلا الشهوة له و له ما يغنيه عن الأكل من ثمره و هل يأكل من جوع قل لا بأس أن يأكل و لا يحمل و لا يفسد و خبر عبد الله بن سنان لا بأس بالرجل يمر على الثمرة و يأكل منها و لا يفسد و مرسل الفقيه لا بأس أن يأكل من ثماره «١» و لا يحمل منه شيئاً و خبر محمد بن مروان أمر بالثمرة فأكل منها قال كل و لا تحمل قلت إن التجار قد اشتروها و نقدوا أموالهم قال اشتروا ما ليس لهم و خبر على بن جعفر الوارد فى حل الأكل أيضاً و خبر كمال الدين عن محمد بن جعفر الأسدى الوارد فى حل الأكل و حرمة الحمل و خبر الاحتجاج و خبر

(١) من ثمارها و لا يحمل منها شيئاً (خ ل) يعنى البساتين (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢٦

.....

مستطرفات السرائر من كتاب مسائل الرجال و مكاتباتهم و مرسله يونس الدالة على ما كان يفعل مولانا الصادق عليه السلام فى عين زياد و مما ذكر يعلم الدليل على مختار المقنع و ما وافقه و مختار الحائريات و ما وافقها و احتج المانعون بأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه (و بما رواه) الشيخ فى الصحيح عن على بن يقطين (قال) سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع و النخل و الكرم و الشجر و المباطح و غير ذلك من الثمر أ يحل له أن يتناول منه شيئاً و يأكل من غير إذن من صاحبه و كيف حاله إن نهاه صاحب الثمرة و أمره القيم و ليس له و كم الحد الذى يسعه أن يتناول منه (قال) لا يحل أن يأخذ منه شيئاً (و عن) مروان بن عبيد

عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (قال) قلت له الرجل يمر على قراح الزرع يأخذ منه السنبل (قال) لا (قلت) أى شىء السنبل (قال) لو كان كل من يمر به يأخذ منه سنبله كان لا يبقى شىء (و هذا الخبر) لا يدخل فى هذا المضمار فإن موضوع المسألة هو الأكل من الثمار فى مكانه من غير أن يحمله و الظاهر منه إرادة حمله لا إرادة أكله فى مكانه (فتأمل) و بما روى فى كتاب قرب الإسناد لا يأكل أحد إلا من ضرورة و لا يفسد إذا كان عليها بناء محاط (حائض خ ل) (و وجه) الاستدلال بالخبر الأول إذ هو أفعدها أن يأخذ وقع فى تقدير مصدر منكر فى سياق النفي أو النهى فيعم الأكل و الأخذ و الحمل و التخصيص يحتاج إلى دليل و حمله على الحمل يستلزم أن يكون أخص من السؤال فإنه وقع عن تناول و هو أعم من الحمل و الأكل و الأخص ليس بجواب تام و أنت خير بأن تناول فى الخبر يراد منه الأكل بقريته قوله و يأكل ثم إن الحمل على الحمل لا ينافى السؤال عن الأكل و لنا أن نحمله على ما إذا فقد الشرائط كما ستعرف أو على الكراهية أو على التقية فإن المنع مذهب جميع الفقهاء كما أسمعناكه آنفا (و يشهد) على ذلك كون الراوى له على بن يقطين و منه يعلم حال الخبرين الأخيرين على أن فى آخر الأخير ما يظهر منه موافقة المشهور و أو هن شىء حمل أخبار الجواز على ما إذا شهدت القرينة بالإذن و أو هن منه حملها على حال الضرورة و هو يقول فى المرسل من غير ضرورة و أو هن منه الحمل على الأكل من بيوت من تضمنته الآية و أو هن منه الحمل على الذوق و هو يقول و ليس يحمله على الأكل إلا الشهوة و الأكل غير الذوق و الشهوة لا تناسبه (و كيف) كان فالمسألة عند التحقيق مشكلة جدا و القول بالحرمة قوى و إن بنيت على الظاهر فالقول بالحل هو الظاهر ثم إن اشتراط عدم القصد مما لا ريب فيه و إن ترك التصريح به جماعة من القدماء فهو استفاد من تعبيرهم بالمرور و مقطوع به من كلام غيرهم و من النصوص المبيحة لأنها مقصورة على المرور و من الأصل و لا معارض له (و أما) نفي البأس عنه فى خبر عبد الله بن سنان فمصرف إلى الأكل المعطوف عليه فكأنه قال لا بأس بالأكل بعد المرور اتفاقا سلمنا لكنه ضعيف و لا جابر له فى خصوص ذلك من شهرة أو غيرها و المراد بعدم القصد أن يكون المرور اتفاقيا بأن يكون الطريق قريبة منها بحيث يصدق عليه المرور عرفا لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة كذا قاله جماعة و فى مجمع البرهان أنه ليس ببعيد اعتبار القرب فإن العرف غير معلوم و الاحتياط حسن و أما اشتراط عدم الإفساد فقد عرفت أنه معلوم من إجماع الكتاب و نهاية الأحكام و العقل لكن إثباته من الأصل و الأخبار كأنه صعب جدا لانقطاع الأصل بإطلاق الرخصة و ليس فى الأخبار إلا النهى عنه و غايته الحرمة و هى أعم من الشرط إلا- أن تقول بالتلازم بينهما و هو كذلك إن فسرناه بأن يأكل كثيرا بحيث يؤثر فيه أثرا واضحا و يصدق معه مسمى الإفساد عرفا و يختلف ذلك بكثرة الثمرة و المارة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢٧

### [العاشر يحل ثمن الكفن]

(العاشر) يحل ثمن الكفن و ماء الميت و أجره البذرقة (١)

### [الحادى عشر يحرم على الرجل]

(الحادى عشر) يحرم على الرجل أن يأخذ من مال ولده البالغ شيئا إلا بإذنه إلا مع الضرورة المخوف معها التلف مع غنائه أو إنفاق ولده عليه (٢)

و قلتها و حينئذ فهل يحرم الجميع أو ما تحقق فيه مسمى الإفساد أو يعتبر القصد بادئ بدء الظاهر حرمة الجميع مع القصد و إن لم

يبلغ حد الإفساد و مع عدم القصد يقف الجواز عند خوفه أى الإفساد و لا كذلك لو فسر بكسر الغصن و هدم الحائط و نحو ذلك و إن كان فى حد ذاته حراما إن كان عمدا و هل يضمن إن كان خطأ فيه احتمالا و الظاهر الضمان لكن الأكثر فسروه بهما معا و لعل الظاهر عدم الفرق فى الإفساد بين كونه فى الشجر و الثمر و الجدران و السواقي (و بذلك) يمكن الاستدلال على التحريم لأن المار لا يعلم قدر الثمرة ابتداء حتى يعرف الفساد فربما أكل من شجرة أو ثمرة صاع هى بقية ألف صاع من حيث لا يعلم و ليعلم أيضا أنه لا فرق فى حصول الإفساد بين كونه من واحد أو جماعة فلو أكلت المارة حتى قرب الإفساد حرم على الأخير و إذا علم ترتب الفساد على الجميع اقترحوا على التناول فيتناول من أخرجه القرعة و كذلك الحال فى اشتراط عدم الأخذ فإن إثباته من الأصل و الأخبار مشكل لما ذكرنا لكن الأكثر جعلوه حكما و لعلهم أرادوا الشرطية كما هو صريح جماعة فيكون مشمولا لإجماع الخلاف و السرائر و زاد بعضهم عدم علم الكراهية أو ظنها لكن ينافيه خبر محمد بن مروان الذى تضمن شراء التجار مضافا إلى الإطلاق فى الفتاوى و النصوص الأخرى إلا- أن تقول إن ذلك هو المتبادر (فتأمل) و زاد بعض آخر كونه على الشجر لا- مقطوعا و كأنه لأنه المتبادر و إن كانت الأخبار مطلقة كالفتاوى و فى مجمع البرهان ينبغى أن يكون فيما لا سور عليه و لا باب و يؤيده عدم جواز دخول البيت إلا مع الإذن (فتأمل) ثم احتمال جواز الأكل بعد الدخول و الاحتياط ظاهر لا يخفى و لو أذن المالك جاز إجماعا كما فى نهاية الأحكام (قوله) (يحل ثمن الكفن و ماء تغسيل الميت و أجرة البذرقة)

هذا قد تقدم الكلام فيه و أنه يحل ثمن الكفن واجبه و مندوبه إذ لا يجب بذله للميت و كذلك ماء غسل الميت و سدره و كافوره و البذرقة بالذال المعجمة الخفارة و البذرقة الخفير الذى يكون مع القافلة يمنعها من العدو و يحرسها و هى مولدة قاله فى المغرب و لعل المراد بها هنا أجر المشيعين له إلى قبره إذا زادوا على ما يتوقف عليهم من نقله الواجب و هو بعيد (قوله رحمه الله) (يحرم على الرجل أن يأخذ من مال ولده البالغ شيئا إلا بإذنه إلا مع الضرورة المخوف معها التلف مع غنائه أو إنفاق ولده عليه)

عدم جواز أخذ الوالد شيئا من مال ولده البالغ مع الغناء عنه أو الإنفاق عليه بغير إذنه محل وفاق كما عن المنتهى و قال المجلسى إنه المشهور و به صرح فى الإستبصار و النهاية و السرائر و المختلف و هو قضية كلام الدروس و غيره و بجميع ما فى الكتاب صرح فى التذكرة و التحرير و كذا نهاية الأحكام و قال فى التحرير مع الضرورة التى يخاف معها التلف يأخذ ما يمسك به رمقه هذا كله فى غير الحج الواجب و وطء الجارية و ستسمع الكلام فىهما و قال الصدوق فى المقنع و أبوه فى الرسالة على ما حكى و لا بأس للرجل أن يأكل أو يأخذ من مال ولده بغير إذنه و ليس للولد أن يأخذ من مال والده إلا بإذنه و ما عليه المشهور هو الموافق للقواعد الشرعية من الأصول و الآيات و الروايات الدالة على تحريم التصرف فى مال الغير بغير إذنه مضافا إلى خصوص ما رواه فى الكافى عن على بن جعفر عن أبى إبراهيم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢٨

و لو كان صغيرا أو مجنونا فالولاية له فله الاقتراض مع العسر و اليسر (١)

عليه السلام قال سألته عن الرجل يأكل من مال ولده قال لا- إلا أن يضطر إليه فىأكل منه بالمعروف و زاد الحميرى فى روايته أو يستقرض منه حتى يعطيه إذا أيسر و المراد بما يضطر إليه القوت الواجب على الولد كما أشير إليه فى موثقة سعيد بن يسار و ما رواه الشيخ فى الصحيح عن ابن سنان و الظاهر أنه عبد الله قال سألته ما ذا يحل للوالد من مال ولده قال أما إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من ماله شيئا إلى غير ذلك من الأخبار كخبر الثمالى و خبر الحسين بن أبى العلاء و هناك أخبار أخر كثيرة دلت على ما قاله الصدوقان و الأصحاب أجمعوا على طرحها كما فى الحدائق و تأولوها بالحمل على كون أخذ الوالد للنفقة و فيه أنها تنبو عن ذلك إذ لا فرق حيثئذ بين الوالد و الولد مع أن الروايات المذكورة دلت على الفرق و أنه إنما يباح الأخذ للوالد خاصة دون

الولد و كذلك فرق في الأخبار المذكورة بين الأب و الأم حيث منعت الأم من الأخذ مع أنها واجبة النفقة كالأب و احتمال آخرون حمل ما تضمن جواز أخذ الأب من مال الولد على فقد ما وجب من النفقة مع الحاجة أو على الأخذ على وجه القرض أو على الاستحباب بالنسبة إلى الولد و ما تضمن منع الولد محمول على عدم الحاجة أو على الأخذ لغير النفقة الواجبة و كذا ما تضمن منع الأم لجواز وجود الزوج فتحجب نفقتها عليه و الأولى حملها على التقيّة و إن كثرت كما يرشد إلى ذلك خبر الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام (قال) قال رسول الله صلى الله عليه و آله لرجل أنت و مالك لأبيك ثم (قال) أبو جعفر و ما أحب له أن يأخذ من مال ابنه إلا ما يحتاج إليه مما لا بد منه إن الله عز و جل لا يُحِبُّ الفسَادَ حيث إنه عليه السلام بعد أن نقل الخبر النبوي أضرب عنه صفحا تنبيها على عدم صحته و إلا فكيف ينقله و هو صحيح عنده ثم يخالفه و يسمى ذلك فسادا و خير الحسين بن علوان فإن رجاله من العامة و الزيدية و قد اشتمل على المبالغة التامة في ذلك حيث إنه جوز عتق أبيه لمملوكة المضرب به عتقه من دون إذنه لأنه سهم من كنانته إلى أن (قال) يتناول والدك من مالك و بدنك و ليس لك أن تتناول من ماله و بدنه شيئا و أكثر أخبار الجواز تدور على هذا الخبر و قد فسر الصادق عليه السلام فيما رواه ثقة الإسلام و الفقيه عن الحسين بن أبي العلاء الخبر النبوي أنت و مالك لأبيك بأنه إنما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه و آله (فقال) يا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني ميراثي من أمي فأخبره الأب بأنه أنفقه عليه و على نفسه (فقال) صلى الله عليه و آله أنت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شيء أفكان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يجس الأب للابن و أما صدر الخبر فصريح في قول المشهور و قد رواه في كتاب معاني الأخبار في الحسن فقد التأمّت كلمات الأصحاب مع أخبار الباب و زال عنها الشك و الارتباب بلطف الله سبحانه و تعالى و بركة محمد ص (قوله رحمه الله) (و لو كان صغيرا أو مجنونا فالولاية له فله الاقتراض مع العسر و اليسر)

هذا مما لا أجد فيه مخالفا إلا ابن إدريس فإن كلامه يعطى أن ليس له أن يستقرض إلا بإذنه (و قال) إنه ما ورد عند أصحابنا إلا أن للوالد أن يشتري من مال ابنه الصغير من نفسه بالقيمة العدل و لم يرد أن له أن يستقرض المال و إذا كان للولد جارية جاز للوالد أن يأخذها و يطأها بعد أن يقومها على نفسه قيمة و يضمن قيمتها في ذمته و أنت خير بأن هذا نوع اقتراض و الفرق بأن البيع بالنسيئة مغاير للقرض غير واف بالمطلوب (قال) الشيخ في النهاية إذا كان للولد مال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٢٩

و يجوز أن يشتري من مال ولده الصغير لنفسه بثمن المثل فيكون موجبا قابلا (١) و أن يقوم جاريته عليه و يطأها حينئذ (٢)

و لم يكن لوالده جاز أن يأخذ منه ما يحج به حجة الإسلام فأما حجة التطوع فلا يجوز له أن يأخذ نفقتها من ماله إلا بإذنه و تبعه ابن البراج فيما حكى لكنه (قال في الاستبصار أنه إذا كان قد وجب عليه حجة الإسلام كان له أن يأخذ بالقرض على نفسه من مال ولده ما يحج به فأما من لم يجب عليه فلا يلزمه أن يأخذ من مال ولده و يحج به و هو محمول على ما إذا كان الولد صغيرا كما حمل في نهاية الأحكام ما ورد من أنه يحج من مال ابنه على ما إذا كان صغيرا و أنت خير بأن الوارد في ذلك موثقة سعيد بن يسار و هي مقيدة في السؤال بما إذا كان صغيرا (قال قلت) لأبي عبد الله عليه السلام أ يحج الرجل من مال ابنه و هو صغير (قال) نعم الحديث و كلام الشيخ في النهاية و القاضي ينزلان على ذلك و حسنة محمد بن مسلم الدالة على جواز أخذ الأب من دون قرض و على عدم جواز أخذ الأم إلا قرضا حالها حال الأخبار السالفة من الحمل على التقيّة أو غير ذلك و لعل المراد بالجنون ما إذا كان متصلا بالحجر الواقع في صغيره على أحد القولين في المسألة و لعل الجد أيضا كالأب في ذلك كله

(قوله رحمه الله) (و يجوز أن يشتري من مال ولده الصغير لنفسه و يكون قابلا موجبا)

هذا مما لا خلاف فيه و في جامع المقاصد الظاهر أن الحكم اتفاقى و الشيخ إنما منع في غير الأب و الجد كما يأتي بيانه بما لا مزيد عليه و قد صرح في النهاية و الاستبصار بجواز اتحاد القابل و الموجب و أخبار الجارية في المقام تدل على ذلك كما ستسمع و الجد

كالأب على الظاهر و يجوز أن يبيع كل منهما أيضا عليه كل ذلك مع الغبطة  
(قوله رحمه الله) (و أن يقوم جاريته عليه و يطأها حينئذ)

يعنى إذا كان صغيرا كما قيد بذلك فى الإستبصار و السرائر و نهاية الإحكام و استجوده فى التحرير قال فى السرائر هذا هو الصحيح  
المجمع عليه فأمّا إذا كان الولد بالغاً كبيراً فلا يجوز له أن يأخذ شيئاً من أموالهم إلا قرضاً على نفسه انتهى و ذيل خبر ابن سنان صريح  
فى ذلك قال فإن كان لرجل ولد صغير و لهم جارية فأحب أن يفتضها فليقومها على نفسه الحديث و أطلق الشيخ فى النهاية و لعله  
استند إلى خبر محمد بن مسلم حيث قال فيه عليه السلام له أن يقع على جارية ابنه إن لم يكن الابن وقع عليها و هذا لا يجرى فى  
الصغير (فتأمل) و إلى قوله عليه السلام فى موثقة إسحاق بن عمار إذا كان للرجل جارية فأبوه أملك بها أن يقع عليها ما لم يمسه  
الابن (فتأمل) و حكى فى الدروس عن الصدوق أنه (قال) يجوز للأب مباشرة جارية الابن ما لم يكن مسها (قال) و يحمل على فعل  
ذلك بطريق شرعى و ليعلم أن أكثر العبارات كالأخبار خلت عن ذكر الشراء و إنما تضمنت التقويم و ضمان القيمة إلا عبارة الشهيد  
فى الدروس فإنه صرح فيها بالتقويم و الشراء قال و لا يجوز مباشرتها قبل ذلك و نحوه قال الكركى فى نكاح جامع المقاصد لكن  
الشهيد (قال) فى حواشيه على الكتاب إنها تنتقل إليه بنفس التقويم كأن يقول قومت جارية ولدى بكذا و لا يفتقر إلى إيجاب و قبول  
انتهى و ينبغى الإعلان كما تضمنته الأخبار و كيف كان فالأقوى مراعاة المصلحة و الغبطة للطفل و لا يكفى عدم الفساد كما بيناه فى  
كتاب الرهن إلا- أن تقول إنه يكفى ذلك فى خصوص المقام لمكان الأخبار و فيه نظر ظاهر و الفرق بين الأب و غيره لم نجده فى  
كلام الفقهاء إلا المصنف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣٠

و للأب المعسر تناول من مال ولده الموسر قدر مؤنته (١) و يحرم على الولد أن يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه (٢) و يحرم على  
الأم أن تأخذ من مال ولدها شيئاً (٣) و بالعكس (٤) إلا مع الإذن و ليس لها أن تقترض من مال ولدها الصغير و يحرم على الزوجة أن  
تأخذ من مال زوجها بغير إذنه شيئاً و إن قل و يجوز لها أن تأخذ المأدوم و تصدق به (٥)

فى حجر التذكرة فإنه جوز له أن يشتري منه نسيئة و لا يرهن عنده

(قوله رحمه الله) (و للأب المعسر تناول من مال ولده الموسر قدر مؤنته)

لنفسه خاصة إذا منعه الولد كما فى التذكرة لكن لا بد من إذنه فإن تعذر فالحاكم فإن تعذر استقل الأخذ و لا كذلك الحال فى  
الصغير و إلى ذلك أشار فى النهاية بقوله فإن احتاج أخذ من ماله قدر ما يحتاج إليه من غير إسراف على طريق القصد و لو قيل  
بجوازه مستقلاً مطلقاً كان قويا «١» جدا

(قوله رحمه الله) (يحرم على الولد أن يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه)

قليلاً كان أو كثيراً مختاراً كان أو مضطراً فإن اضطر ضرورة يخاف معها على تلف نفسه أخذ من ماله ما يمسك به رمقه كما يتناول  
من الميتة و الدم إذا كان الوالد ينفق عليه أو كان الولد غنياً كما صرح بذلك فى النهاية و السرائر و التذكرة و نهاية الإحكام لأصالة  
عصمة مال الغير و لعموم قوله تعالى وَ لَأَتَأْكُلُواْ مِمَّا لَكُمْ بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ و لأن الأب ربما كره ذلك فىكون مرتكباً للعقوق و هو من  
أعظم الكبائر مضافاً إلى أخبار الباب الناصه على أنه لا يأخذ من مال والده شيئاً و هى مستفيضة و لو لم ينفق عليه مع وجوب النفقة  
جيره الحاكم فإن فقد أخذ الواجب و إن كره الأب

(قوله رحمه الله) (و يحرم على الأم أن تأخذ من مال ولدها شيئاً)

إذا كان الولد ينفق عليها أو كانت غنية لا على سبيل القرض و لا غيره كما فى السرائر و نهاية الإحكام و التذكرة و الدروس و جوز  
فى النهاية تناول لها على سبيل القرض و تبعه القاضى و هو المنقول عن على بن بابويه و توقف فى التحرير لأن بقول الشيخ رواية



حسنه و هو ظاهر المختلف حيث نقل القولين من دون ترجيح و أراد بالرواية الحسنه حسنه محمد بن مسلم بإبراهيم قال عليه السلام فأما الأم فلا تأكل منه إلا قرضاً على نفسها و مثلها ما رواه في الكافي عن عبد الله بن يعفور ما أحب أن تأخذ منه شيئاً إلا قرضاً على نفسها و مثله من دون تفاوت خبر علي بن جعفر في كتابه و في الدروس احتمال حمل ذلك على ما إذا كانت وصية و ليت شعري ما المانع من العمل بهذه الأخبار التي عمل بها أربعة من القدماء و لعل الأصل ينقطع بها لكن ذلك متجه على أصل ابن إدريس و أما لو كانت معسرة و لم ينفق الولد عليها و تعذر الحاكم فلها أن تتناول من ماله قدر نفقتها الواجبة عليه خاصة (قوله رحمه الله) (و بالعكس)

يعنى لا يجوز له أن يأخذ من مال أمه شيئاً إذا كان غنياً أو معسراً مع وجود أبيه أو أب أبيه فصاعداً و كذلك إن كانوا معدومين أو معسرين و الأم تنفق عليهم نعم لو لم تنفق عليه حينئذ و تعذر الحاكم كان له أن يتناول من مالها قدر نفقته الواجبة له عليها خاصة (قوله رحمه الله) (و يحرم على الزوجة أن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه شيئاً و إن قل و يجوز لها أن تأخذ المأدوم و تصدق به) إجماعاً في الجميع كما عن المنتهى و بذلك صرح في النهاية و السرائر و التذكرة

(١) قريبا خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣١

ما لم تجحف إلا أن يمنعها فيحرم (١) و ليس للبت و لا- للأخت و لا للأمة تناول المأدوم إلا مع الإذن (٢) و يحرم على الزوج أن يأخذ من مال زوجته شيئاً إلا بإذنها و لو دفعت إليه مالا لينتفع به كره له أن يشتري به جارية ليطأها إلا مع الإذن (٣)

و التحرير و نهاية الأحكام و الدروس و غيرها و في الدروس رواه أصحابنا يعني التصديق بالمأدوم و قيد المأدوم باليسير في المنتهى و التحرير (و يدل) على الحكم المذكور موثقاً ابن بكير المروية في الكافي و التهذيب (قال) سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يحل للمرأة أن تصدق به من مال زوجها بغير إذنه قال المأدوم و عليه ينزل إطلاق خبر علي بن جعفر و ما رواه في الفقيه في حديث وصية النبي صلى الله عليه و آله و سلم عملاً بالقاعدة المعلومة من حمل المطلق على المقيد فلا يلتفت إلى ما لعله يظهر من الوسائل و غيرها و المأدوم قال في الدروس إنه ما يؤتدم به كالمالح و اللحم و زاد الكركى الخل و الدهن قال و ليس ببعيد دخول الفاكهة في المأدوم و في حواشى الكتاب و الدروس في الخبز و الفاكهة نظر و في الصحاح و القاموس إدام ككتاب ما يؤتدم به و زيد في المصباح المنير مائعا كان أو جامداً و نحوه ما في مجمع البحرين و عن بعض الأخبار من طرق العامة دخول الرطب (قوله رحمه الله) (ما لم تجحف إلا أن يمنعها فيحرم)

قد قيد بعدم الإجحاف في النهاية و غيرها و هو المراد بقولهم ما لم يؤد إلى الإضرار كما في السرائر و غيرها و يختلف الإجحاف باختلاف الحال و مفهوم قول المصنف إلا أن يمنعها فيحرم أنه لو لم يمنعها صريحاً لا يحرم و لو علمت كراهيته من قرائن الأحوال و إلى ذلك يرشد قوله في التحرير إلا أن يمنعها لفظاً و كذلك ما في السرائر و نهاية الأحكام و الدروس من التعبير بالنهي (فتأمل) لكنه قال في حجر التحرير أو تعلم كراهيته و هو حسن و قال الكركى لو ظهرت أمارات الكراهية فليس ببعيد القول بالتحريم و لا فرق في الزوجة منعاً و جوازاً بين الدائمة و غيرها و لعل الاقتصار على الدائمة التي إليها أمر البيت و المطلقة رجعيًا ليس حكمها هنا حكم الزوجة □

(قوله رحمه الله) (و ليس للبت و لا للأخت و لا للأمة تناول المأدوم إلا مع الإذن)

و إن كانت إحداهن متصرفه في المنزل لعدم النص على غير الزوجة كما أنه ليس للزوجة التصرف في غير المأدوم و الحال في الغلام كالأمة

(قوله رحمه الله) (و يحرم على الزوج أن يأخذ من مال زوجته شيئاً إلا بإذنها و لو دفعت إليه مالا لينتفع به كره له أن يشتري به جارية ليطأها إلا مع الإذن)

أما أنه يحرم على الزوج أن يأخذ من مال زوجته إلا بإذنها فمما لا ريب فيه و لذا تركه الأكثر و به صرح في التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و إذا أبحاثه أو وهبته اقتصر على ما تعلق به ذلك و قد يدل عليه موثقة سعيد بن يسار الطويلة و أما أنها إذا دفعت إليه مالا لينتفع به فإنه يكره له أن يشتري به جارية ليطأها إلا مع الإذن فقد صرح به في النهاية و التذكرة و التحرير و كذلك الدروس إلا أنه قال و لو ملكته مالا كره له التسرى و يحتمل كراهية جعله صداقا لضره إلا بإذنها (انتهى) و لعله أوفق بالقواعد من تعبير الجماعة كما ستعرف و في السرائر قد روى أنه يكره له أن يشتري إلخ (قلت) الوارد في المقام صحيحة هشام عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل تدفع إليه امرأته المال فتقول اعمل به و اصنع ما شئت أله أن يشتري الجارية يطأها قال لا ليس له ذلك و مثله خبر الحسين بن المنذر دفعت إلى امرأتى مالا- إلى أن قال في جوابه أبو عبد الله عليه السلام لا- أرادت أن تفر عينك و تسخن عينها و دفع المال يحتمل أن يكون على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣٢

## [الفصل الثاني في الآداب]

(الفصل الثاني) في الآداب يستحب لطالب التجارة أن يتفقه فيها أولا (١) و الإقالة للمستقل (٢)

سبيل الإقراض أو القراض و احتمال البضاعة بعيد بل قد يحتمل أن يكون على سبيل الإعانة له لا قرضا و لا قراضا كما هو المتعارف بين الأزواج فإن كان على سبيل القرض توجه القول بالكراهية و صرفنا النهي في الخبرين عن ظاهره لأنه قد ملك المال فأقصى ما هناك الكراهية و لعله لحظ ذلك في (الدروس) و إن كان أحد الثلاثة الباقية فالكراهية محل إشكال لاتفاقهم على تحريم تصرف الزوج في مال زوجته إلا بإذنها و من المقطوع به بالنظر إلى قرائن الأحوال عدم الإذن في هذا التصرف الخاص و حينئذ يبقى النهي على حاله (فليتأمل)

(الفصل الثاني في الآداب) (قوله) (يستحب لطالب التجارة أن يتفقه فيها أولا)

كما صرح بذلك في المقنعة و النهاية و أكثر ما تأخر عنهما و الأخبار به متظافرة بل قد يجب كما في إيضاح النافع و لا يشترط معرفة الأحكام بالاستدلال كما يقتضيه ظاهر الأمر بالتفقه بل يكفي التقليد لأن المراد به معرفتها على وجه يصح و لو عمل على العادة في غير موضع الشك لاعتقاد شرعيته مطمئنا بذلك لم يكن عليه شيء عبادة كانت أو معاملة و لو ظهر له الخلاف أتى بما لزمه و في موضع الشك يجوز له الشروع في المعاملة و لا كذلك العبادة نعم إذا شرع فيها و عرض له استمر و بنى على ما ترجح في ظنه ثم يسأل بعد ذلك و إذا تمكن من السؤال تعين تقديمه على العمل بالأفراد المحتملة في العبادات نعم إذا تعذر السؤال تعين العمل بالأفراد المحتملة احتياطا و فيما عدا العبادات ففي الاحتياط غنية و المراد بالتجارة ما يعم المكاسب كالزراعة و نحوها و كما وردت الأخبار بالأمر بطلب العلم و وجوب التفقه في الدين و أنه فريضة على كل مسلم كما في الكافي و غيره استفاضت الأخبار بطلب الرزق و وجوبه و ذم تاركه و لعن من ألقى كله على الناس و ورد الترغيب فيه و أن العبادة سبعون جزءا أفضلها طلب الحلال فلا بد من الجمع بين الأخبار فيمكن أن يقال بوجوب طلب الرزق على غير طالب العلم المشتغل بالإفادة و الاستفادة كما استمرت عليه طريقة العلماء الأعلام و به صرح الشهيد الثاني في منية المرید في آداب المفيد و المستفيد (قال في جملة شرائط تحصيل العلم أن يتوكل على الله سبحانه و ينفوس أمره إليه و لا يعتمد على الأسباب فيوكل إليها و تكون وبالا عليه و لا على أحد من خلق الله تعالى بل يلقي مقاليد أمره إلى الله في مراده و رزقه و غيرهما تظهر له من نفحات قدسه و لحظات أنسه ما يقوم بأوده و يحصل مطلوبه و يصلح به

مراده وقد أطال فى بيان ذلك و لعله أراد ما عدا الواجب العينى من طلب الرزق لأن فى تركه حينئذ إلقاء للنفس و العيال فى التهلكة و المعلوم من سيرة الشارع تقديم مراعاة الأبدان على الأديان و لهذا أوجب الإفطار على المريض و إن أطاقه و أباح الميتة لمن اضطر إليها و شرب الخمر لإساعة اللقمة إلى غير ذلك مما لا يحصى أما لو حصل له رزق من وجه صدقة أو زكاة يمونه و عياله بقدر سد الخلة و جب تقديم الواجب عينا من العلم قطعاً و الحاصل أن العلم منه ما هو واجب عينا و كفايةً و ما هو مستحب و كذلك طلب الرزق ينقسم إلى الواجب و المستحب و المكروه و الحرام و لا يخفى عليك الحال فى ذلك بعد أن سمعت ما مر و من أعظم العلوم الواجبات تطهير القلب من الملكات الردييات كالريا و جب الدنيا و الحسد و العجب و الكبر و نحوها إذ هو الأصل الأصيل للعلوم الرسمية و قد إندرت الآن مراسمه العلية و انطمست آثاره بالكلية إلا بقايا فى بعض الزوايا (قوله رحمه الله) (و الإقالة للمستقبل)

إذا كان مؤمناً مشترياً كان أو بائعاً و الاستحباب فيه مؤكد للأخبار و الفتاوى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣٣

و إعطاء الراجح و أخذ الناقص (١) و التسوية (٢)

و موافقة الاعتبار و ليس فى أكثر العبارات التقييد بالندامة كجملة من الأخبار و قيدها بها جماعة حملاً للمطلق على المقيد فى الأخبار الأخر و القاعدة تقتضى الحمل على تأكد الاستحباب و لعل الفائدة تظهر فيما إذا كان له خيار فإذا قلنا باعتبار الندامة فلا فائدة فى الإقالة فى زمن الخيار لأنه إذا كان له فسخ بسبب آخر فلا ندامة و إن لم نقل باعتبارها فقد يكون مطلوبه منها تحصيل الثواب بها فلا ينافى إمكان فسخه بسبب آخر و هو من أتم الفوائد (فتأمل) و لا ريب أن إقالة مطلق النادم مستحبة و إن لم يكن مستقبلاً للاعتبار و الأخبار كقوله صلى الله عليه و آله من أقال مسلماً نادماً أقاله الله عترته يوم القيامة (قوله رحمه الله) (و إعطاء الراجح و أخذ الناقص)

نقصانا و رجحانا لا يؤدي إلى الجهالة و دليل استحبابهما الاعتبار الواضح (و أما الأخبار) فمستفيضة بإعطاء الراجح مضافاً إلى قوله جل شأنه و أَوْفُوا الْكَيْلَ إِذْ كِلْتُمْ (و أما) استحباب أخذ الناقص فقد يشعر به بعض الأخبار (ففى) الخبر من أخذ الميزان بيده فنوى أن يأخذ لنفسه و آفياً لم يأخذ إلا راجحاً و من أعطى فنوى أن يعطى سواً لم يعط إلا ناقصاً (فتأمل) و قد تشعر به آية المطففين و يبقى الكلام فى المراد من هذه العبارة إذ قد وقعت هذه و نحوها كقبض الناقص فى جملة من كتبهم و ظاهر ذلك أن المراد أنه إذا أعطى ناقصاً يقبله و حينئذ يتجه التقييد بما لا- يؤدي إلى الجهالة و يحتمل أن يكون المراد أنه إذا تولى الوزن أو الكيل لنفسه أخذ ناقصاً و إذا تولاه لغيره عن نفسه أعطاه راجحاً كما هو ظاهر النهاية و فقه الراوندى و السرائر (قال) فى النهاية و ينبغى لمن يأخذ شيئاً بالوزن ألا يأخذ إلا ناقصاً و إذا أعطاه لا يعطيه إلا راجحاً و مثلها من غير تفاوت عبارة السرائر و فى فقه الراوندى بعد أن ذكر قوله جل شأنه و أَوْفُوا الْكَيْلَ إِذْ كِلْتُمْ و أنه كان عليه السلام يقول يا وزان زن و أرجح فلهدا أمرنا أن لا نأخذ إلا ناقصاً و لا نعطي إلا راجحاً (انتهى) و حينئذ ينبغى ملاحظة الآية و الأخبار و دلتهما على أى الشقين أكثر ليتأمل فى ذلك و لا فرق فى ذلك بين الكيل و الوزن إذ بكل منهما أخبار و به صرح بعض الأصحاب و لو تشاحا قيل يقدم من فى يده الميزان و قد يفهم ترجيح جانب البائع من خبر السكونى حيث أمر فيه أمير المؤمنين عليه السلام القصاب بالزيادة و لم يأمر الجارية بأخذ النقيصة إلا أن تقول إنما كان ذلك لأن كان بيده الميزان أو تقول إنها كانت أمة إذ الجارية هى الفتية من النساء و إذا كان الميزان بيد غيرهما فالظاهر القرعة و قد (يقال) يقدم الآخذ بعد الصفقة كان الميزان فى يده أم لا و المعطى قبلها كذلك و لعل القرعة أولى مطلقاً و من لا يحسن الكيل و الوزن يكره له ذلك كما (قاله) الأصحاب كما قاله جماعة (١)

(قوله رحمه الله) (و التسوية)

كما صرح به في (النهاية و السرائر) و ما تأخر عنهما (و يدل) عليه خبر عامر بن جذاعة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه (قال) في رجل عنده (الحديث) و في بعض عباراته بعض الغموض مضافا إلى الاعتبار و أن من فوض إليه قد جعله و كيلا له في المساعدة فلا تنبغى الزيادة عليه و معناه أن يساوى بين المبتاعين كما صرح به الأكثر و زاد في المنتهى على ما حكى البائعين و الظاهر أن ذلك بالنسبة إلى الغلاء فقط ثم إنه لو كان سبب التفاوت الإيمان أو التقوى أو العلم أو الفقر أو نحو ذلك مما يحسنه العقل فلا استحباب في التسوية لكن يكره للآخذ

(١) كذا في نسختين و يحتمل كونه نسخة بدلا عن قوله كما قاله الأصحاب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣٤

و ترك الربح للموعد بالإحسان (١) و للمؤمن إلا اليسير مع الحاجة (٢)

قبول ذلك و يحكى عن السلف أنهم كانوا يولون في الشراء من لا يعرف هربا من ذلك و في السرائر إذا كانوا عالمين بالأسعار و بما يباع فلا بأس بأن يبيع كل واحد بغير سعر الذي باعه للآخر مع علمه (قوله رحمه الله) (و ترك الربح للموعد بالإحسان)

كما صرح به الأصحاب و أفصح عنه (به خ ل) مرسل على بن عبد الرحيم إذا قال الرجل للرجل هلم أحسن بيعك حرم عليه الربح و هو مبالغه في الكراهة ثم إن أقل الإحسان ترك الربح و بيع التولية و خلف الوعد غير مستحسن (قوله رحمه الله) (و للمؤمن إلا اليسير مع الحاجة)

كما صرح به الأصحاب و في النهاية و السرائر و الشرائع إلا في حال الضرورة و لعلها بمعنى الحاجة و يحتمل أن يكون مرادهم بهما قوت يوم له و لعياله كما يستفاد من اللمعة و الروضة و المسالك و حينئذ يوزعه على المؤمنين المعاملين جميعا في ذلك اليوم مع انضباطهم و إلا ترك الربح على المعاملين بعد تحصيل قوت يومه كل ذلك مع شرائهم لغير التجارة مع حاجة البائع و كون الشراء ليس بأكثر من مائة درهم أما لو كان بأكثر منها ربح عليه أيضا قوت يومه مع الحاجة و بدونها و أما إذا كان للتجارة فلا بأس مع الرفق هذا هو المستفاد من عبارة الدروس (قال) و الربح على المؤمن إلا أن يشتري بأكثر من مائة درهم فيربح عليه قوت اليوم أو يشتري للتجارة فيفرق به أو للضرورة إن جعلنا قوله أو للضرورة عطفًا على قوله أن يشتري حتى يوافق كلام الأصحاب و يأتي الكلام في الخبر و عبارة اللمعة كعبارة المصنف و غيره ممن تقدم عليه مع زيادة فيأخذ منهم نفقة يومه موزعة على المعاملين و في المسالك ما يخالف الدروس و اللمعة (قال) في المسالك إلا مع الضرورة فيربح قوت يومه موزعا على المعاملين المؤمنين هذا إذا اشترى منه للقت و كان بمائة درهم فصاعدا و هذه القيود إنما نشأت من الشهيدين نظرا إلى ما رواه في الكافي عن الحسن بن صالح و أبي شبل عن أبي عبد الله عليه السلام (قال ربح المؤمن على المؤمن حرام إلا أن يشتري بأكثر من مائة درهم فربح قوت يومك أو يشتريه للتجارة فاربحوا عليهم و ارفقوا بهم و هو كما ترى لا- يوافق كلام أحد من الأصحاب و أغرب شيء ما في المسالك و الروضة و الرياض من التقييد بما إذا اشترى للقت و أنت خبير بأن القوت ما يؤكل ليمسك الرمق كما في المصباح المنير و قاله ابن فارس و الأزهرى و نحوه ما في القاموس من أنه المسك من الرزق و هو المعروف في العرف و عدم شرائه للتجارة أعظم مما كان للقت أو للكسوة أو الهدية إلى غير ذلك و ما الذي جاء بالضرورة في عبارة المسالك مع التقييد بكون الشراء بمائة أو أكثر و الخير لم يتضمن ذلك لأنه لا يكره مع الضرورة و إن اشترى بأقل من ذلك للقت أو لغيره نعم التوزيع قد يستفاد من الخبر لأنه لا بد منه إذا اشترى منه اثنان أو ثلاثة و قد (يقال) إنه موافق لعبارة الدروس إذ الضرورة مما لا بد من استثنائها عقلا و لا كذلك هي في عبارة المسالك فليحظ ذلك فإنه دقيق و لا أرى من تنبه له و ليس مستند الشهيدين في الباب غير الخبر المذكور (نعم) هناك خبران أحدهما صريح

في أنه إنما يحرم و يكون ربا إذا ظهر الحق و قام قائمنا أهل البيت عليه السلام و أما اليوم فلا بأس أن تربح عليه و الآخر دال على الربح و عدم الربا و تكذيب الناس فيما يقولون من أن الربح على المضطر حرام (و هناك إشكال) آخر يرد على الجميع إذا فسرنا الحاجة و الضرورة في كلامهم بقوت اليوم لأن الذي استمرت عليه الطريقة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣٥

و التسامح في البيع و الشراء و القضاء و الاقتضاء (١) و الدعاء عند دخول السوق (٢) و سؤال الله جل شأنه أن يبارك له فيما يشتريه و يخير له فيما يبيعه (٣)

في الأعصار و الأمصار أن التجار يبيعون و يربحون أزيد من قوت اليوم و ما امتنع أحد منهم من الربح على المؤمن لأنه مكروه و أين إذا ما دل على استحباب الربح و التوسع على العيال و الاستعانة بالدنيا على الدين إلى غير ذلك و كيف صار أوثق أصحابنا محمد بن أبي عمير رب خمسمائة ألف و كذلك إسحاق بن عمار الصيرفي الثقة و من البعيد جدا أنهما لم يربحا على مؤمن قط إلا اليسير مع الحاجة نعم إن فسرنا الحاجة و الضرورة في كلامهم بالمتعارفة عرفا كل بحسبه أمكن ذلك إلا أنه حينئذ لا دليل على هذا الاستثناء لا من العقل و لا من الخبر و إن أمكن تجشم ذلك منهما أو من أحدهما و لعله لذلك قصره في المسالك على ما إذا اشترى للقوت (فليتأمل) في ذلك كله لأننا لم نجد لهم دليلا واضحا لكن في اتفاق الكلمة بلاغا (و قال) الباقر عليه السلام في خبر ميسر حيث قال له إن عامه من يأتيني إخواني فحد لي من معاملتهم ما لا أجوزه إلى غيره إن وليت أخاك فحسن و إلا فبع بيع البصير المداق و هو كلام مجمل تحته معاني كثيرة قد تعرض لها جماعة

(قوله رحمه الله) (و التسامح في البيع و الشراء و القضاء و الاقتضاء)

كما في التحرير و الدروس و حواشي الكتاب و الروضة و نحوه ما في السرائر و في خبر حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام أنه دخل رجل عليه فشكى إليه أخاه فدخل ذلك الرجل فقال له الصادق عليه السلام ما لأخيك يشكوك قال لأنني قد استقضيت حقي منه فقال عليه السلام كأنك إذا استقضيت لم تسؤه أما سمعت قوله تعالى **يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ** ما خافوا الجور بل الاستقصاء في الحساب (و في الحديث) رواه الشهيد **سمح البيع سَمَحَ الشِّراءِ سَمَحَ القِضاءِ** و نحوه روى الراوندي في فقهه (و روى) في الفقيه عن إسماعيل بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال أوحى الله إلى بعض أنبيائه للكريم فكارم و للسمح فسامح و عند الشكس فالتو (و قال) قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم السامح وجه من الرباح و في الروضة أن المسامحة في آلات الطاعة موجهة للبركة و الزيادة و روى في التقاضى من الغريم أطل الجلوس و الزم السكوت

(قوله رحمه الله) (و الدعاء عند دخول السوق)

أما الدعاء عند الدخول فالأخبار به كثيرة كقول الباقر عليه السلام لسدير ما من رجل مؤمن يروح و يغدو إلى مجلسه و سوقه فيقول حين يضع رجله في السوق اللهم إني أسألك من خيرها و خير أهلها و أعوذ بك من شرها و شر أهلها إلا وكل الله عز و جل به من يحفظه و يحفظ عليه حتى يرجع إلى منزله إلى أن قال فإذا جلس مجلسه قال حين يجلس أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله اللهم إني أسألك من فضلك حلالا طيبا و أعوذ بك أن أظلم أو أظلم و أعوذ بك من صفقة خاسرة و يمين كاذبة فإذا قال ذلك قال له الملك الموكل به أبشر فما في سوقك اليوم أحد أوفر منك حظا الحديث و نحوه صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال إذا دخلت سوقك فقل اللهم إني أسألك من خيرها و خير أهلها الحديث و نحوه خبر الفقيه

عن عاصم بن حميد

(قوله رحمه الله) (و سؤال الله عز و جل شأنه أن يبارك له فيما يشتريه و يخير له فيما يبيعه)

الأخبار التي تضمنت سؤال الرزق و الخير و الفضل و حسن العاقبة و عظم البركة و الاستخارة و الاستشارة فيما يشتريه ظاهرة في أن

ذلك بعد الشراء أو عند إرادته

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣٦

و التكبير و الشهادتان عند الشراء (١) و يكره الدخول أولاً إلى السوق (٢) و مدح البائع و ذم المشتري (٣)

كما هو ظاهر عبارة النهاية و السرائر و التحرير و الدروس ثم إنه ليس فى الأخبار المذكورة ما يدل على الخيرة فيما يبيعه ثم إن الاستخارة و الاستشارة إنما وردتا بعد شراء الجارية (فتأمل) و ظاهر العبارة أن ذلك عند دخول السوق و بعده و ليس فى أخباره و قد سمعت بعضها ما تضمن سؤال البركة فيما يشتريه و لا الخيرة فيما يبيعه فليتأمل (قوله رحمه الله) (و التكبير و الشهادتان عند الشراء)

كما فى النافع و التذكرة و الإرشاد و الدروس مع زيادة ثلاثا بعد التكبير فى الأخير و ظاهر النهاية و السرائر و الشرائع و التحرير أن التكبير و الشهادتين بعد الشراء حيث قيل فيها إذا اشترى و فى النهاية لمن اشترى و هو صريح فى البعدي و فى التحرير زيادة ثلاثا بعد التكبير و فى اللمعة يكبر المشتري ثلاثا و يشهد الشهادتين بعد الشراء (و أما) أخبار المسألة (ففى) صحيحة حريز أو حسنته إذا اشترت شيئاً من متاع أو غيره فكبر ثم قل اللهم إنى أشتريه (اشتريته خ ل) ألتمس فيه من فضلك فصل على محمد و آل محمد و اجعل لى فيه فضلاً اللهم إنى اشتريته ألتمس فيه من رزقك فاجعل لى فيه رزقا ثم أعد كل واحدة ثلاث مرات (و روى) الصدوق فى الفقيه عن أحدهما عليهما السلام إذا اشترت متاعاً فكبر الله ثلاثا (ثم قل) الحديث و ظاهرهما أن التكبير بعد الشراء لا عند إرادته و ليس فى الباب غيرهما مشتتاً على التكبير و خبر معاوية بن عمار إذا أردت أن تشتري شيئاً فقل يا حى يا قيوم (إلخ) فهذا قد تضمن الدعاء عند إرادة الشراء و ليس فيه تكبير أصلاً و أما الشهادتان فدلليل استحبابهما اليمن و البركة بهما و لم أجد فيهما نصاً و قد اعترف بذلك جماعة نعم ورد النص بهما حين جلوسه فى السوق كما سمعت و فى حواشى الشهيد إذا قال المشتري اشترت كبر البائع و تشهد و كذا المشتري أيضاً و قيل هما من المشتري و قيل الشهادتان من البائع و التكبير من المشتري (قوله رحمه الله) (و يكره الدخول أولاً إلى السوق)

كما فى النهاية و السرائر و الشرائع و النافع و التحريم و الإرشاد و الدروس و غيرها للخبر شر بقاع الأرض الأسواق و هى ميدان إبليس فلا يزال أول داخل و آخر خارج (و قال) صلى الله عليه و آله و سلم لجبرئيل أى البقاع أبغض إلى الله قال الأسواق و أبغض أهلها إليه أولهم دخولا إليها و آخرهم خروجاً منها و نحوه الخبر المروى عن المجالس و يستفاد منهما كراهية الخروج منه أخيراً كما ذكره بعض من تأخر و لا فرق فى ذلك بين التاجر و غيره و لا بين أهل السوق عادة و غيرهم عملاً بإطلاق النص و الفتوى و الظاهر أن مرادهم بالدخول أولاً المسارعة قبل غيره فلو أراد الكل ترك المكروه فلعله يكفى فى رفعه (رفعها خ ل) أن يدخلوا فى الوقت الذى لا يقال إن الداخل إليه مسارع و لعله إذا سبق بعض هؤلاء فلا كراهية (فليتأمل) (قوله رحمه الله) (و مدح البائع و ذم المشتري)

كما فى النهاية و فقه الراوندى على الظاهر (ظاهر منه خ ل) و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الدروس و غيرها للأخبار الكثيرة منها من باع و اشترى فليحظ خمس خصال و إلا فلا يشتري و لا يبيع الربا و الحلف و كتمان الغيب و الحميد إذا باع و الذم إذا اشترى و احتمال فى السرائر كون البائع فى العبارات بمعنى البيع كما فى قوله جل شأنه لا عاصم اليوم من أمر الله و احتمال أن يكون المشتري على البناء للمفعول و كل ذلك مع الصدق و أما الكذب فلا شك فى تحريمه و لو ذم سلعة نفسه بما لا يشتمل على الكذب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣٧

و كتمان العيب (١) و اليمن على البيع (٢) و السوم ما بين طلوع الفجر و الشمس (٣) و تزيين المتاع (٤) و البيع فى الظلمة (٥) و التعرض للكيل و الوزن مع عدم المعرفة (٦)

فلا بأس و الحِكم يتعدى إلى كل آخذ و معط بوجه من وجوه المعاوضات  
(قوله رحمه الله) (و كتمان العيب)

كما في الكتب المتقدمة جميعها للخبر المتقدم و غيره و المراد به العيب الظاهر كما في الدروس و أما إذا كان خفياً فيحرم و في السرائر بعد أن ذكر كراهيته قال و أما كتمان العيب مع العلم به فهو محظور بلا- خلاف و كأنه أراد مع الخفاء و أطلق في الكفاية تحريم كتمان العيب  
(قوله رحمه الله) (و اليمين على البيع)

كما في النهاية و فقه الراوندى و السرائر و غيرها و أطلق في النافع و الكفاية كراهية اليمين من دون تقييد بالبيع و قيد في اللمعة و ظاهر الإرشاد على البيع و الشراء و موضع الأدب الحلف صادقاً و أما الكاذب فقد قال في الروضة فعليه لعنة الله  
(قوله رحمه الله) (و السوم ما بين طلوع الفجر و الشمس)

كما صرح به الأصحاب و وردت به الأخبار لأنها من ساعات الجنة تقسم فيها أرزاق شيعه آل محمد عليه السلام و التعقيب فيها أبلغ في طلب الرزق من الضرب في الأرض و من علم أن الله سبحانه كلف بالطلب لسرفه لا- لأن الرزق يكون به بل هو الرزاق كيف يشاء و لم يلتبس عليه اتفاق الحصول بالسعى و عدمه بعدمه عرف أسرار الآداب المذكورة في الشريعة و قصد اتباع طاعة الله في الطلب و أجمل و كان أعظم الناس راحة و المراد بالسوم الاشتغال بالتجارة في ذلك الوقت و المقاوله في البيع و الشراء  
(قوله رحمه الله) (و تزيين المتاع)

كما في النهاية و أكثر ما تأخر عنها (قال) في النهاية بأن يرى خيره و يكتم رديئه بل ينبغى أن يخلط جيده برديئه (و قال) في السرائر لا يجوز أن يزين متاعه بأن يرى خيره و يكتم رديئه بل ينبغى أن يخلط جيده برديئه و يكون كله ظاهراً هذا إذا كان الردى مما يرى و يظهر بالخلط فأما إذا كان لا- يرى و لا- يظهر بالخط فيحرم عليه فعله و يبيعه فعله أراد بقوله لا- يجوز لا- ينبغى و إلا تناقض كلامه و الظاهر أنه غير مخالف لأن الكلمة متفقه على أنه يحرم إذا كان الردى مما لا يظهر للحس و على ذلك نبه في التحرير و الدروس و غيرهما هذا مع عدم غاية أخرى للزينة أما تزيينه لغاية أخرى كما لو كانت مطلوبة عادة فلا بأس  
(قوله رحمه الله) (و البيع في الظلمه)

أى المواضع المظلمه (قال) في النهاية و يجتنب بيع الثياب في المواضع المظلمه التي يستر فيها العيوب فكأنه قد خصه بالثياب و لعله على سبيل التمثيل و قد أطلق الباقون و إن اختلفت عباراتهم في التعبير عنه فبعضهم عبر بالبيع في موضع يخفى فيه العيب و بعض يستتر فيه العيب إلى غير ذلك و دليله بعد اتفاق الكلمة احتمال ستر عيبه فيبيعها مشعر بالتدليس و المدح و يدل عليه حسنه هشام بن الحكم قال كنت أبيع السابري في الظلال «١» فمر بى أبو الحسن موسى عليه السلام فقال لى يا هشام إن البيع في الظلال «٢» غش و الغش لا يحل فكأن الأصحاب حملوها على المبالغة لأن للمشتري أن يأتى بالسلعة إلى الضوء و يراها و يقلبها ثم إننا لم نعثر على قائل بالحرمة و إن نقله صاحب الكفاية نعم لو كان ذلك مع القصد و التعمد لم يبعد القول بالحرمة  
(قوله قدس سره) (و التعرض للكيل و الوزن مع عدم المعرفة)

قد تقدم الكلام فيه و نقل الشهيد الثانى فيه قولاً بالتحريم للنهى و لم نجد القائل

(١) الظلام خ ل

(٢) الظلام خ ل

و الاستحطاط بعد العقد (١) و الزيادة وقت النداء (٢) و الدخول في سوم المؤمن (٣)

و لا النهى نعم في المرسل هذا لا ينبغي له أن يكيل و هو مع إرساله و اختصاصه بالكيل غير ظاهر في التحريم بل يعطى الكراهية كما عليه الجماعة □  
(قوله رحمه الله) (و الاستحطاط بعد العقد)

كما في النهاية و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعنة و المسالك و الروضة و الكفاية و غيرها لأنه قد صار ملكا للبائع فيدخل تحت قوله جل شأنه **وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ** و قد روى الاستحطاط عن الصادق عليه السلام قولا و فعلا كما روى عنه تركه قولا - و فعلا فلا بد من أن يحمل النهى في الأخبار على الكراهية و التحريم في خبر الشحام على شدتها و إن فسر فيه نهى النبي صلى الله عليه و آله بالتحريم مضافا إلى الأصل و العمومات و الشهرة التي كادت تكون أو كانت إجماعا مع موافقة الاعتبار لأنه لا مانع من أن يحط من ماله للمشتري إذا سأله بعض الثمن أو كله بل هو ضروري فلا يلتفت إلى جمع الكاشاني و البحراني بحمل أخبار الجواز على الهبة و إبقاء الخبرين على ظاهرهما من التحريم مع أنه يمكن أن يكون المراد بالتحريم ما إذا أبقى بعضا و دفع إليه بعضا لا بعنوان الاستحطاط كما يفعله كثير من أهل السوق و هو حرام و زيد الشحام كان قد باع الصادق عليه السلام جارية و ساومه ثم قال جعلت فداك فعلت لأنظر المساومة تنبغى أو لا تنبغى و قد حطت عنك عشرة دنانير فكأنه رأى عليه السلام في قبولها نوع دناءة و مذلة بعد المساومة و ذلك إن لم يكن حراما بالنسبة إلى عظم شأنه فلا أقل من أن يكون مكروها (فتأمل) و لا فرق بين كونه قبل التفرق أو بعده كما في التحرير و تتأكد بعد الخيار كما في الدروس  
(قوله رحمه الله) (و الزيادة وقت النداء)

عليها من الدلال بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد إذا شاء إذا لم يرض البائع بالعطية لما رواه الصادق عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول إذا نادى المنادى فليس لك أن تزيد و إنما يحرم الزيادة النداء و يحلها السكوت و زاد الصدوق فيما رواه بعد قوله تزيد و إذا سكت فلك أن تزيد و قد حملوه على الكراهية لعدم الصحة و عدم ظهور القائل بالتحريم أصلا بل ابن إدريس نفى الكراهية أصلا و قد صرح بها المحقق في كتابيه و المصنف في أربعة من كتبه و الشهيدان و غيرهم و هو ظاهر الشيخ في النهاية أو صريحه حيث خرط المسألة في سلك الآداب و كلام من قال منهم إذا سكت المنادى زاد محمول على ما إذا سكت المنادى و لم يرض البائع بالعطية كما أشرنا إليه آنفا و بذلك يندفع الاعتراض الثاني لابن إدريس على النهاية (قال في النهاية) إذا نادى المنادى على المتاع فلا يزيد في المتاع فإذا سكت المنادى زاد حينئذ إن شاء (و قال في المبسوط) و أما السوم على سوم أخيه فهو حرام هذا إذا لم يكن المبيع في المزايدة فإذا كان كذلك فلا تحرم المزايدة (و قال في السرائر) هذا هو الصحيح دون ما ذكره في النهاية لأن ذلك على ظاهره غير مستقيم لأن المزايدة في حال النداء غير محرمة و لا مكروهة و أما الزيادة المنهى عنها فهي عند الانتهاء و سكون نفس كل واحد من البيعين على البيع  
(قوله رحمه الله) (و الدخول في سوم المؤمن)

حاصل ما في الصحاح أن من معانى السوم المبايعة و حاصل ما في القاموس أنه المغالاة و الزيادة و الارتفاع في الثمن و هو الذى حكاه في السرائر عن موضعين من التبيان للشيخ و ارتضاه و تبعه على ذلك المحقق الثاني في تعليق الإرشاد و فى النهاية المساومة المجاذبة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٣٩

.....



بين البائع والمشتري على السلعة وفضل ثمنها والمنهى عنه أن يتساوم المتبايعان ويتقارب الانعقاد فيجىء رجل آخر فيزيد على ما استقر عليه الأمر بين المتبايعين ورضيا به وهو الذى طفحت به عبارات الأصحاب فى بيان معناه من جانب المشتري وقالوا فيه فى جانب البائع أن يبذل للمشتري متاعا غير ما اتفق هو والبائع عليه وفى المصباح المنير سام البائع السلعة من باب قال عرضها للبيع و سامها المشتري واستامها طلب بيعها ومنه لا يسوم أحدكم على سوم أخيه أى لا يشتري ويجوز حمله على البائع فيكون النهى عاما فى البائع والمشتري وصاحب مجمع البحرين نقل كلام النهاية والمصباح وأنت خير بأنه يمكن تحقق الدخول فى السوم من دون زيادة والقييد (فالقيد ل) محمول على الغالب كما أنه قد يتحقق وإن لم يتراضيا كما إذا كان السوم خاصا به ففعل الضابط فى الدخول أن يرجى عزم أحد المتبايعين أو المتعاضدين أو غيرهم على الفعل فيجىء الآخر فيدخل فى السوم ويرغب فى خلاف ما يرجى (فليتأمل فى ذلك) ويأتى تمام الكلام وهو لا يختص بالبيع بل يجرى فى سائر المعاضد والعقود ولو كانت جائزة حتى فى العارية والقرض فيقول أعزنيها وأنا لها ضامن فيقدمه أو أقرضنى وأبذل لك رهنا بل فى الاتهاب والتدريس كأن يكون قد رضى المدرس بأن يقرأ هذا المؤمن فيجىء الآخر فيعرض نفسه فى البين فيحصل الدرس له كما نص على ذلك الفاضل المقداد والمولى القطيفى فى إيضاح النافع والمقدس الأردبيلى وكيف كان فكراهية الدخول فى سوم المؤمن هو المشهور كما فى غاية المرام للصيمرى وهو خيرة الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والمختلف ونهاية الأحكام واللمعة والروضة وإيضاح النافع ومجمع البرهان والكفاية وغيرها وقد يظهر من كشف الرموز والدروس والتنقيح والميسية والمسالك التوقف حيث لم يرجحوا شيئا والتحرير خيرة المبسوط وفقه الراوندى والسرائر وجامع المقاصد وتعليق النافع وتعليق الإرشاد وهو ظاهر الغنية حيث قال ونهى (إلخ) وإطلاقهم كما هو صريح تعريف السوم لجماعة كما عرفت أنه لا فرق فى ذلك بين البيع والشراء (و حجة الفريقين) الخبر المتناقل فى كتب الفروع واللغة أن النبى صلى الله عليه وآله قال لا يسوم الرجل على سوم أخيه وهو خبر معناه النهى وهو مروى من طريقنا رواه الصدوق فى آخر الفقيه بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يدخل الرجل فى سوم أخيه المسلم وقد قدمنا أن المخالف ليس أبا للمؤلف ولذا قيده الأصحاب بالمؤمن فالقائل بالكراهية يقول إن الخبر الخاص قد اشتمل مع ضعفه على جملة من النواهي التى يراد منها الكراهية بإجماع الطائفة فلا يقوى على إثبات التحريم وقطع الأصل المعتضد بالشهرة المنقولة فى غاية المرام والمعلوم فيثبت به والخبر العامى الكراهية تسامحا فى أدلتها (و القائل بالحرمة) يقول إن هذا النهى مشهور بين الخاصة والعامه فيجب العمل به على ظاهره واستدل عليه الراوندى بأن الله تعالى عاتب داود فقال إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعَجَةً الْآيَةَ (قلت) استدلاله بالآية مبنى على ما رواه الخاصة فى سبب ذلك لا على ما افتراه (وقد) يؤيد القول بالتحريم أن فى ذلك كسرا لقلب المؤمن ومنعاه عن الخير مع ما دل على مراعاة حقوقه (وفيه) أنا قد لا نسلم أن هذا المقدار من الكسر حرام نعم إن قصد ذلك وتعمد إضراره قلنا بالحرمة (و حينئذ) يصح لنا أن نقول إن الخبر وكلام القائل بالحرمة منزلان على ذلك وأخبار الحقوق منزلة على المبالغة والاستحباب ولهذا ما قالوا بوجود التسوية فى الأموال والجوع والشبع وغير ذلك للأصل وعلى القولين فالعقد صحيح كما صرح به فى الغنية والتحرير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤٠

و أن يتوكل حاضر لباد (١)

والتنقيح لأنه نهى عن الخارج وفى المسالك إنما يحرم أو يكره بعد تراضيهما أو قربه فلو ظهر منه ما يدل على عدم الرضا وطلب الزيادة أو جهل حاله لم يكره ولم يحرم اتفاقا ومثله فى نقل الاتفاق ما فى مجمع البرهان وعن المنتهى أنه إذا ظهر منه ما يدل على عدم الرضا لم تحرم الزيادة ولا نعلم فيه خلافا وفى نهاية الأحكام الإجماع على ذلك ثم قال ولا يكره ثم استدلل بالإجماع على التزايد قال إذا لم يوجد منه ما يدل على الرضا ولا عدمه فلا يكره السوم ونحوه ما فى اللمعة وغاية المرام والروضة (و استدند) فى

نهاية الإحكام في ذلك إلى قصة فاطمة بنت قيس حيث خطبها معاوية (قلت) لو لم يكن كذلك لكان طلب الاثنين متاعا حراما أو مكروها فيلزم تعطيل المعاملات و هذا لا ينافي ما ذكرناه في صدر المسألة فتدبر لكنه في نهاية الإحكام جزم بالكراهية عند التصريح بالرضا و استشكل فيها عند ظهور ما يدل على الرضا من دون تصريح و عند الشهيدين و المحقق الثاني في حاشيته و كذلك المحقق الأذربيلي أمارات الرضا كالرضا و قد سمعت قول الشهيد الثاني أو قربه و دعواه الإجماع على ذلك و في اللمعة لو كان السوم بين اثنين لم يجعل نفسه بدلا من أحدهما لصدق الدخول في السوم و لا فرق في الاثنين بين أن يكون قد دخل أحدهما على النهي أم لا و في المسالك لو طلب الداخل من الطالب الترك لم يحرم و في الكراهية وجه و في اللمعة فيها نظر (قلت) من مساواته له في المعنى حيث أراد أن يحرمه و من عدم صدق الدخول في السوم و لا كراهية في ترك الملتمس منه كما في اللمعة لأنه قضاء حاجة لأخيه و احتمل في الروضة الكراهية لإعاقته على فعل المكروه (و فيه) نظر من وجهين الأول أن المكروه طلب الترك و قد حصل من دون توقف على إعانة الملتمس الثاني أنا لا نقول بالكلية و إنما هي في المحرم (فتأمل) و لا كراهية فيما يكون في الدلالة لأنها موضوعة عرفا لطلب الزيادة ما دام للدلال يطلبها فإذا حصل الاتفاق تعلق الكراهية لأنه لا يكون في الدلالة و إن كان بيد الدلال كما تقدم بيان ذلك آنفا

(قوله رحمه الله) (و أن يتوكل حاضر لباد)

كما في النهاية و الشرائع و النافع و التذكرة و نهاية الإحكام و المختلف و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و الدروس و اللمعة و إيضاح النافع و غاية المرام (المراد خ ل) و الميسية و الروضة و الكفاية و في غاية المرام أنه المشهور لكن بعضهم عبر بيتوكل و بعض يبيع و لعل المعنى واحد و الغرض بيان اتفاقهم على القول بالكراهية و (قال في الخلاف لا يجوز أن يتوكل حاضر لباد سواء كان في الناس حاجة إلى ما معهم أو لم يكن و وافقه على ذلك المحقق الثاني في حواشيه الثلاث و لعله ظاهر الغنية حيث قال و نهى (إلخ) و حرمه في المبسوط إذا كان ما معهم مما يضطر إليه و حكى ذلك عن القاضي (قال) في المبسوط و لا يجوز أن يبيع حاضر لباد و معناه أن يكون سمسارا له بل يتركه أن يتولى بنفسه ليرزق الله بعضهم من بعض فإن خالف أثم و كان البيع صحيحا هذا إذا كان ما معهم يحتاج أهل الحضرة إليه و في فقده إضرار لهم و (قال) في السرائر بعد أن نقله هو الصحيح الذي لا خلاف فيه عند الخاصة و العامة و قال في الوسيلة السمسار أن يبيع متاع البدوى في الحضرة و ليس له أن يبيع لباد في البدو فقد حرمه للبادى في البدو و في السرائر بعد أن نقل كلام المبسوط و ذكر ما سمعته و ذكر أشياء عن بعض المتفقهة لا فائدة فيها كما (قال) في المختلف نقل عن بعض أصحابنا كلاما طويلا حاصله إنما يحرم إذا حكم عليه الحاضر فباع بدون رأيه أو أكرهه على البيع بغلبة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤١

.....

الرأى و في الدروس نسب إليه القول بالكراهية مع التقييد بما ذكره هؤلاء القائلون بالحرمة لم يتفق ثلاثة منهم على رأى واحد (فتأمل) و اقتصر في كشف الرموز و التحرير و المذهب البار و المقتصر و التنقيح و المسالك على ذكر القولين من دون ترجيح و لم يذكره المفيد و سلار و المراد بالبادى في كلامه الغريب الجالب للبلد و إن كان قرويا كما صرح بذلك جم غير بل قد يقال إن البلدى إذا قدم من خارج كذلك نظرا إلى العلة المؤمى إليها (و اختلفوا) في تفسير هذه الكلمة أعنى قولهم لا يبيع حاضر لباد لا يتوكل حاضر لباد و قد فسرت في المبسوط كما عرفت و جملة مما تأخر عنه بأن يكون سمسارا له (و هو) معنى قول جماعة آخرين أن يقول له أنا أبيع لك بأعلى مما تبيعه به أو يعرفه السعر و يقول له أنا أبيع لك و أكون سمسارا كما في المسالك و مجمع البرهان و غيرها و في الغنية بأن يكون سمسارا له و يتربص بما معه حتى يغالى في ثمنه و في نهاية الإحكام بأن يحمل البدوى أو القروى متاعه إلى بلد و يريد بيعه بسعر اليوم ليرجع إلى موضعه و لا يلزمه مؤنة الإقامة فيأتيه البلدى و يقول له ضع متاعك عندي و ارجع لأبيعه لك على

التدرج بأعلى من هذا السعر ونحوه ما في التذكرة (و قال في نهاية الأحكام وقيل) إنه يخرج الحضري إلى البدوي وقد جلب السلعة فيعرفه السعر ويقول أنا أبيع لك وقد فسره بذلك في تعليق الإرشاد (و قال في التحرير) وقد عنون بالنهي عن بيع الحاضر للبادي معناه النهي عن أن يكون سمسارا له يعرفه السعر ولعله أراد بكونه سمسارا أن يبيع له بقرينته قوله بعده بل ينبغي أن يتولى البدوي البيع لنفسه وقد يكون غرضه على بعد أن إعلامه بالثمن يدخل تحت التعليل في الخبر فيكره أو يحرم كما ستسمع كما نص على ذلك صاحب إيضاح النافع وقد أشرنا آنفا إلى تفسير ابن إدريس ناقلا له عن بعض علمائنا و حاصله أن يكون سمسارا للبادي و يبيع له بنفسه محتكما عليه في البيع بالكراهة أو بالرأى الذي يغلب به عليه ليريه أن ذلك نظر له أو يكون البادي يوليه عرض سلعته فيبيعها من دون رأيه لا- ما كان سمسارا فيه ثم يبيعه بوكالته أو يدفعه فيبيعه بنفسه (و أما) أخبار الباب فمنها ما رواه في الكافي عن عروة بن عبد الله عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا- يتلق أحدكم تجارة خارجا و لا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض و نحوه الخبر المروي عن مجالس الشيخ غير أن فيه دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض و عن يونس بن يعقوب في تفسير قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يبيع حاضر لباد أن الفواكه و جميع أصناف الغلات إذا حملت من القرى فلا يجوز أن يبيع أهل السوق لهم من الناس ينبغي أن يبيعه حاملوه من القرى و السواد و ظاهره الاختصاص بالنوعين لا كلما يجلب كما هو ظاهر الأصحاب و الذي هون الخطب أن الظاهر من الخبر أن التفسير ليونس أو أنه يحمل على الغالب و منه مضافا إلى التعليل يظهر الوجه في تعميم البادي للقروي (و كيف كان) فظاهر الأخبار التحريم مضافا إلى نفي الخلاف في السرائر الذي هو في المقام أبلغ من الإجماع إلا- أن الأصل و العمومات و ضعف السند دعي الأكثر إلى القول بالكراهية (و فيه) أن الخبر مشهور عند الخاصة و العامة و قد أفنى به من لا- يعمل إلا- بالقطعيات و ادعى عليه الإجماع إلا أن تقول الإجماع مصروف إلى التفسير كما قد يعطيه سوق العبارة (ثم) إن الشهيد فهم منه الكراهية كما سمعت و قد نقول بالحرمة فيما إذا قصد عدم حصول النفع للمشتري و نزل على هذه الصورة أخبار الباب و كلام من حرم و إلا فإننا نجد العقل يقطع بحسن البيع و الوكالة للبادي أو القروي إذا كان فقيرا صالحا جاهلا بالسعر مع كون المشتري لمتاعه غنيا ذا ثروة أو ملكا و قصد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤٢

و نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع حبل الحبل و هو البيع بثمن مؤجل إلى نتاج نتاج الناقة (١)

الحضري نفعه و إعانته و سد خلته و لعلنا نقول بجريان الكراهية أو التحريم في غير البيع عملا بمنصوص العلة كما إذا جاء البدوي ليؤاجر أبا عرة للحج أو الغريب ليتصدق على أهل هذه البلدة و نحو ذلك (ثم إن) المصنف و بعض من تأخر عنه ذكروا للتحريم و الكراهية شروطا (أحدها) أن يكون الحاضر عالما بورود النهي قال في التذكرة و نهاية الأحكام إن هذا الشرط يعم جميع المناهي و وافقهم على ذلك صاحب المسالك و غيره و معناه أنه يكون معذورا على تقدير جهله لا أنه يكون أسوأ لتقصيره في العلم كما قاله فيما لا- يعذر فيه الجاهل فلم يكن شرطا عاما في جميع المناهي و لعلهم أرادوا مناهي الباب «فتأمل» و هذا الشرط في محله لأن الخطاب تحريما أو كراهية إنما يتوجه إلى العالم (الثاني) أن يكون الغريب جاهلا بسعر البلد و هذا أيضا في محله لأن التعليل في الأخبار إنما يترتب على الجهل بسعر البلد إلا «١» أن تقول إن معرفة السعر لا- تغني غالبا فإن الحدق في البيع أمر آخر وراء ذلك (الثالث) أن يكون يريد البيع ذكره في التذكرة و التحرير و الشهيد في حواشيه (الرابع) أن يريد بيعه في الحال ذكره في التذكرة و الحواشي المذكورة أيضا (الخامس) أن يكون الناس في حاجة إلى المتاع أما ما لا يحتاج إليه إلا نادرا فلا ذكره في نهاية الأحكام و غيرها و فيه أن الدليل عام (السادس) أن يكون سعر ذلك المتاع ظاهرا معلوما فلو لم يكن ظاهرا إما لكبير البلد أو لعموم وجوده و رخصه فلا تحريم و لا كراهية لعدم فوت الربح ذكره في نهاية الأحكام (و فيه) أن الدليل عام مع أنه قد يظهر الربح و لو كان نادرا أو يحصل الشراء رخيصة من البادي و إن لم يبيعه حتى يربح (السابع) أن يعرض الحضري ذلك على البدوي و يدعوه إليه فإن عرض

البدوى ذلك على الحضرى فلا كراهية و لا تحريم ذكره فى المنتهى و التحرير و التذكرة و الحواشى و تعليق الإرشاد و الروضة و غيرها و فيه أيضا أن الدليل عام إلا أن تقول إنه داخل تحت قضاء حاجة المؤمن و لعنا نقول إن الدليل فى المقام أخرجه إلا أن تقول يلزم من ذلك أن لا يجوز السمسرة فى الأمتعة المجلوبة من بلد إلى بلد و فى التذكرة و نهاية الأحكام أنه لو استرشده له إرشاده و فى التحرير لو أشار من غير أن يباشر البيع فالوجه الكراهية و فى مجمع البرهان لو حصل من الحضرى مجرد المساعدة فيما يبيعه البدوى فلا- كراهية لأنه ليس بائعا و فى التحرير و المنتهى على ما حكى عنه و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة أنه لا بأس بشراء البلدى للبادى للأصل و اختصاص النصوص بالبيع و يضعفان بعموم التعليل ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض قال فى إيضاح النافع الوجه عموم كراهية الوكالة للبيع و الابتاع و السمسرة له و إعلامه بالثمن لظاهر التعليل و لا فرق بين أن يكون فى البادية أو الحضرة (انتهى) و فى المبسوط و الغنية و التذكرة و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و غيرها أن البيع صحيح على القولين (قوله قدس سره) (و نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع جبل الجبله و هو البيع بثمان مؤجل إلى نتاج نتاج الناقه) كما فى التحرير و هو أحد المعنيين المذكورين فى نهاية الأحكام و الدروس و حواشى الكتاب و نهاية ابن الأثير قال فى النهاية إنه نهى عن جبل الجبله الجبل

(١) فى نسخة من قوله إلا أن تقول إلى قوله وراء ذلك حاشية مصححه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤٣

و عن المجر و هو بيع ما فى الأرحام (١) و عن بيع عسيب الفحل و هو نطفته (٢)

بالتحريك مصدر سمي به المحمول كما سمي بالحمل و إنما دخلت عليه التاء للإشعار بمعنى الأنوثة فيه فالجبل الأول يراد به ما فى بطون النوق من الحمل و الثانى جبل الذى فى بطون النوق و إنما نهى عنه لمعنيين أحدهما أنه غرر و بيع شىء لم يخلق بعد و هو أن يبيع ما سوف يحمله الجنين الذى فى بطن الناقه على تقدير أن يكون أنثى فهو بيع نتاج و قيل أراد بجبل الجبله أن يبيعه بثمان مؤجل ينتج فيه الحمل الذى فى بطن الناقه فهو أجل مجهول و لا يصح (انتهى) و المعنى الأول المذكور فى النهاية نسبه فى نهاية الأحكام إلى أبى عبيدة و أهل اللغة «انتهى» و هو كذلك لأنه الموجود فى الصحاح و القاموس و المصباح المنير فى تفسير الخبر و زاد فى القاموس بيع ما فى بطن الناقه

(قوله قدس سره) (و عن المجر و هو بيع ما فى الأرحام)

قال ابن الأثير إنه نهى عن المجر أى عن بيع المجر و يجوز أن يكون سمي بيع المجر مجرا اتساعا و كان من بياعات الجاهلية يقال أمجرت إمجارا أو ماجرت مماجرة و لما فى البطن مجرا إلا- إذا أثقلت الحامل فالمجر اسم للحمل الذى فى بطن الناقه و نقل عن القتيبي أنه قال المجر بفتح الجيم قال و قد أخذ عليه أن (لأن خ ل) المجر داء فى الشاة إلى آخر ما قال و فى الصحاح المجر أن يباع الشىء بما فى بطن هذه الناقه و نحوه ما فى مجمع البحرين و فى القاموس المجر ما فى بطون الحوامل من الإبل و الغنم و أن يشتري ما فى بطونها و أن يشتري البعير بما فى بطن الناقه و اقتصر فى المصباح المنير على الأخيرين و فى حواشى الكتاب و جامع المقاصد أن المجر أعم من عسيب الفحل و الملاقح كما ستسمع

(قوله قدس سره) (و عن بيع عسيب الفحل و هو نطفته)

كما فى التحرير و فى نهاية ابن الأثير أنه صلى الله عليه و آله نهى عن عسيب الفحل مائه فرسا كان أو بعيرا أو غيرهما و عسيبه أيضا ضرابه و لم ينه عن واحد منهما و إنما أراد النهى عن الكراء الذى يؤخذ عليه فإن إعاره الفحل مندوب إليها و قد جاء فى الحديث و من حقها إطراق فحلها و وجه الحديث أنه نهى عن كرى عسيب الفحل فحذف المضاف (و قيل) يقال لكراء الفحل عسيب و عسيب

فحله أعسبه أكرهه و عسبت الرجل إذا أعطيته كراء ضرباب فحله فلا- يحتاج إلى حذف مضاف (قلت) و ستسمع ما رواه الشيخ فى المبسوط و فى الصحاح العسيب الكراء الذى يؤخذ على ضرباب الفحل و نهى عن عسب الفحل و عسب الفحل أيضا ضربابه و قيل ماؤه و نحوه ما فى القاموس مع زيادة نسله و فى المصباح المنير نهى عن عسب الفحل و هو على حذف مضاف و الأصل عن كراء عسب الفحل لأن ثمرته المقصودة غير معلومة فإنه قد يلحق و قد لا يلحق فهو غرر و نحوه ما فى مجمع البحرين و نحوه ما نقل عن الفائق و الجمهرة فقد اتفقت على خلاف ما فى الكتاب من وجهين (الأول) أنهم فهموا البيع و هم فهموا الأجره و الكراء إما توسعا أو حقيقة (و لعلمهم) أرادوا الثمن و القيمة فيرجع إلى البيع و الوجه فى عدول المصنف عن ذلك إلى البيع لأن «١» استيجار الفحل للضراب ليس محرما عند علمائنا قاله فى التذكرة و نهاية الأحكام و فى غضب السرائر و الشرائع أن أجره ضرباب الفحل ليست محرمة عندنا و فى الأول أنه مذهب أهل البيت عليهم السلام و أن ما قاله فى المبسوط من أنه لا أجره له لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن كسب الفحل فهو حكاية مذهب المخالفين فلا يتوهم متوهم أنه اعتقاده

(١) كذا فى نسختين و الظاهر أن بدون لام الجر (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤٤

و عن بيع الملاقيح و هو ما فى بطون الأمهات (١) و المضامين و هو ما فى أصلاب الفحول (٢) و عن الملامسة و هو أن يبيعه غير مشاهد على أنه متى لمسه صح البيع (٣) و عن المنابذة و هو أن يقول إن نذته إلى فقد اشتريته بكذا (٤) و عن بيع الحصاة و هو أن يقول ارم هذه الحصاة فعلى أى ثوب وقعت فهو لك بكذا (٥)

«انتهى» (و تمام الكلام) فى ذلك مستوفى فى باب الغصب و كذلك باب الإجارة و القصد من الضراب و إن كان هو الماء إلا أنه جوز للضرورة فليوقع العقد على العمل و يقدره بالمره و المرتين و نحو ذلك قلت و ليست نجسه ما لم تظهر إلى خارج الفرجين على الظاهر «فتأمل» و حكى المصنف فى التذكرة عن بعض العامة التقدير بالمده و رده بأن تطبيق الفعل على المده غير مقدور قلت إذا اكتره لماشيه كثيرة فإن إجارته حينئذ تقدر بالمده و ذكر فى التذكرة فى المقام كراهية أجره الضراب لأنه فى معنى بيع عسيب الفحل (فتأمل) و فى نهاية الأحكام عبر بالنهاى عن ثمن عسيب الفحل (ثم قال) المراد من الثمن الأجره (ثم قال) و قيل عسب الفحل (و الثانى) أنه ذكر فى الكتاب على وزن فعيل و هم ذكروه على فلس و فى حواشى الشهيد و جامع المقاصد أن الفرق بينه و بين الملاقيح أن المراد منها النطفه بعد استقرارها فى الرحم و العسيب قبل استقرارها و المجر أعم من كل منهما انتهى فليتأمل (قوله رحمه الله) (و عن بيع الملاقيح و هو ما فى بطون الأمهات)

هذا أحد معانى الملاقيح لأنه يصدق على الأمهات و على ما فى بطونها قال فى القاموس الملاقيح الأمهات و ما فى بطونها و فى الصحاح و المصباح أن الملاقيح ما فى البطون و ظاهرهما أنه لا يصدق على الأمهات و أن الملاقيح من دون ياء جمع ملقحة للأمهات و مثلها ما فى النهاية (قال الملاقيح جمع ملقوح جنين الناقه و ولدها ملقوح به إلا أنهم استعملوه بحذف الجار و مثله ما فى مجمع البحرين □

(قوله رحمه الله) (و المضامين و هو ما فى أصلاب الفحول)

كما نص عليه ابن الأثير و الجوهري و الفيروز آبادى و حكى فى النهاية عن بعض أنه فسر المضامين و الملاقيح بالعكس (قوله رحمه الله) (و عن الملامسة و هو أن يبيعه غير مشاهد على أنه متى لمسه صح البيع)

كما فى التحرير و هذه العبارة يحتمل أن يكون أراد أن يقوم لمسه مقام نظره و أن يكون المراد متى لمسه صح البيع و وجب و سقط الخيار و نقل ابن الأثير له معنيين آخرين أحدهما أن يقول إذا لمست ثوبى أو لمست ثوبك فقد وجب البيع فيكون نفس اللمس بيعا

فيفارق الاحتمال الثانى والثانى أن يجعل اللمس بالليل قاطعا للخيار

(قوله رحمه الله) (و عن المنابذة و هو أن يقول إن نبذته إلى فقد اشتريته بكذا)

كأنه جعل نفس النبذ بيعا و يحتمل أن يكون أراد أن النبذ موجب للبيع و مسقط للخيار و زاد ابن الأثير قولاً بأن المراد إذا نبذت إليك الحصاة فقد وجب البيع (انتهى) و لا يدخل شىء من الملامسة و المنابذة فى المعاطاة كما قاله فى نهاية الأحكام فى بعض أقسامهما و هو ما إذا جعل اللمس و النبذ بيعا كما ستسمع ما حررناه فى باب المعاطاة

(قوله رحمه الله) (و عن بيع الحصاة و هو أن يقول ارم هذه الحصاة فعلى أى ثوب وقعت فهو لك بكذا)

و زاد فى نهاية الأحكام إلى أى موضع بلغت من الأرض يكون مبيعا منك و جعل منه أن يقول بعثك هذا بكذا على أنك بالخيار إلى أن أرمى هذه الحصاة و أن يجعل نفس الرمي بيعا فيقول البائع إذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع منك بعشرة و ذكر ابن الأثير الأول و الأخير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤٥

و قال صلى الله عليه و آله لا يبيع بعضكم على بعض و معناه أن لا يقول الرجل للمشتري أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأقل من الثمن أو خيرا منها بالثمن أو أقل و كذا لا ينبغى أن يقول للبائع فى مدة خياره أنا أزيدك فى الثمن (١) و يبيع التلجئة باطل و هو المواطاة على الاعتراف بالبيع من غير بيع خوفا من ظالم (٢)

### [المقصد الثانى فى البيع و فيه فصول]

#### إشارة

(المقصد الثانى) فى البيع و أركانه ثلاثة الصيغة و المتعاقدان و العوضان و فيه فصول

#### [الفصل الأول الصيغة]

الأول الصيغة البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى (٣) فلا ينعقد على المنافع و لا على ما لا يصح تملكه و لا مع خلوه عن العوض و لا مع جهالته و لا مع الإكراه

(قوله رحمه الله) (و قال صلى الله عليه و آله لا يبيع بعضكم على بعض و معناه أن لا يقول الرجل للمشتري أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأقل من الثمن أو خيرا منها بالثمن أو أقل و كذا لا ينبغى أن يقول للبائع فى مدة خياره أنا أزيدك فى الثمن)

كذا رواه فى التذكرة و ذكر المعنيين و حكم بالكراهة فيهما و قد يلوح منه فى الثانى أعنى الشراء على شراء غيره دعوى الإجماع على الكراهية و رواه فى المبسوط لا يبيع أحداكم على بيع أخيه و ذكر المعنيين (قال) إنهما حرام و إن أحدا من المسلمين لم يفرق بينهما و نحوه فى ذلك كله ما حكى عن المنتهى و ابن الأثير روى الحديث كما فى المبسوط و حكى المعنى الثانى فى تفسيره عن أبى عبيد و عينه صاحب المصباح المنير (قال) فى الحديث لا يخطب الرجل على خطبة أخيه و لا يبيع على بيع أخيه أى لا يشتري لأن النهى إنما هو فى هذا الحديث على المشتري و أيده بالحديث الآخر لا يبتاع الرجل على بيع أخيه و بالآخر يحرم سوم الرجل على سوم أخيه فإن أراد الفرق فقد عرفت أن أحدا من المسلمين لم يفرق و إن أراد بيان المعنى الظاهر من الخبر فلا بأس

(قوله رحمه الله) (و يبيع التلجئة باطل و هو المواطاة على الاعتراف بالبيع من غير بيع خوفا من ظالم)

أو لغير ذلك و هو باطل عندنا كما فى التذكرة (قال) و به قال أحمد و أبو يوسف و محمد لأن الأصل بقاء الملك على صاحبه و لم

يوجد ما يخرج عن أصالته ولأنهما لم يقصدا البيع وقال أبو حنيفة والشافعى هو صحيح ونقل الشهيد عن العامة أنه عندهم الإشهاد على البيع من غير بيع والحمد لله كما هو أهله وصلى الله على خير خلقه محمد وآله الطاهرين المعصومين (بسم الله الرحمن الرحيم ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم) الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه أجمعين محمد وآله الطاهرين ورضى الله عن مشايخنا وعلماؤنا أجمعين وعن رواتنا الراشدين (قال الإمام العلامة أعلى الله مقامه

(المقصد الثانى) (فى البيع وأركانه ثلاثة الصيغة والمتعاقدان والعوضان فهنا فصول الأول الصيغة البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى)

قد اختلفت كلماتهم فى حد البيع فى المبسوط والسرائر والتذكرة ونهاية الأحكام والتلخيص والتحرير ما فى الكتاب وفى الدلالة والمختلف أنه العقد على الانتقال المذكور وقد ادعى فى المختلف أنه المتبادر من البيع عند الإطلاق وعن الكافى أنه عقد يقتضى استحقاق التصرف فى البيع والتمن وتسليمهما ونحوه ما فى النافع والدروس والتنقيح من أنه الإيجاب والقبول على اختلافها فى القيود زيادة ونقصانا استقر المحقق الثانى أنه نقل الملك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤٦

.....

من مالك إلى غيره بصيغته مخصوصة وهو ظاهر الشرائع واللمعة حيث عرفا فهما عقد البيع بما دل على نقل الملك فيكون نقلا لا انتقالا ولا عقدا وقال الأستاذ الشريف أدام الله سبحانه حراسته فيما كتبه فى المقام الذى لم يسمح بمثله الزمان إنه هو الأوجه لأن المفهوم من البيع عرفا هو النقل فيكون حقيقة فيه ودعوى تبادر العقد منه ممنوعه وإطلاق العقد على البيع وغيره من المعاوزات مسامحة والمراد بالعقود المنقسمة إليها فى مقابل الإيقاعات ما توقف على العقد دون العقد نفسه ولأن البيع فعل فلا يكون انتقالا لأنه انفعال وهو فعل لازم مطوع للنقل فلا يصح تعريف البيع المتعدى به ولا عقدا لأن المراد به الصيغة المشتملة على الإيجاب والقبول وهى لفظ من مقوله كيف فلا يصدق على البيع الذى هو فعل لأن المقولات عشرة متباينة فى الصدق ولأن الانتقال أثر البيع وغايته المسببة عنه والعقد سبب مؤد إليه والسبب غير المسبب فيمتنع تعريف أحدهما بالآخر بالقول عليه وإن جاز أخذه قيدا للمقول ولأن النقل هو الموافق لتصريف البيع وما يشتق منه من الأفعال والصفات بخلاف غيره إذ لا يراد بيعت مثلا معنى الانتقال وهو ظاهر ولا العقد وإلا لكان إيجابا وقبولا معا وهو معلوم البطلان وكذا البائع فإنه ليس بمعنى المنتقل ولا بمعنى الموجب القابل والمطرود فى الجميع هو النقل فيكون البيع موضوعا له إجراء له على الأصل من لزوم التوافق مع الإمكان وقد تخلف ذلك فى النكاح لثبوت وضعه للعقد وامتناع الموافقة فى أنكحت ونحوه فوجب صرفه إلى معنى آخر كتمليك الانتفاع والتسليط على الوطاء وغيرهما مما يناسب العقد (هذا) كلامه بعباراته وقد نثر قلمه الشريف من غرر التحقيق وفرائد التدقيق فى هذا الباب ما لم يأت به أحد من الأصحاب فأحببت أن أحلى بها هذا الكتاب بنقل ذلك بعباراته وإن كان كل ما فى هذا الكتاب من بركاته (قال) أدام الله حراسته وقد يرد الانتقال والعقد إلى النقل إما بتقدير مصحح فى الكلام أو بإطلاق اسم المسبب أو السبب على الآخر أو بحمل الانتقال والعقد على البيع مبالغة كما فى زيد عدل وإنما هى إقبال وإدبار (و يرد) بأن ذلك كله مجاز لا يرتكب فى الحدود إلا أن يتكل على الظهور ويكتفى بمثله فى الحد كغيره وهو قريب وإن كان خلاف ما أطلقوه من المنع ويختص المجاز العقلى بالامتناع لأنه فرع وجود النسبة ولا نسبة بين الحد والمحدود لا بالإسناد ولا بالتقييد والأولى بناء الحدود المختلفة للبيع على إطلاقاته المختلفة فإنه يطلق على معناه المصدرى الحقيقى وهو النقل وعلى الأثر المترتب عليه وهو الانتقال وعلى السبب الناقل وهو العقد فلا اختلاف بين الأقوال فى المعنى ولا تجوز فى شىء من الحدود وإنما التجوز فى البيع المحدود بالانتقال والعقد وليس ذلك مجازا فى الحد لأن الحد هو المعروف دون المعروف وأولى منه فى توجيه الانتقال جعله حد المصدر الفعل المجهول فوافق تحديد المعلوم بالنقل ويسلم من

التجوز فى الحد و فى المحدود (قلت) هذا كله مبنى على أن المراد بالبيع فعل البائع فقط و أما إذا أريد به المعاملة القائمة بالبائع و المشتري معا و هو المعنى الحاصل بالعقد الجامع لمعنى البيع و الشراء كان تعريفه بالعقد و ما فى معناه أولى و أسد و المراد بالبيع فى قولهم كتاب البيع و عقد البيع و أقسام البيع إنما هو هذا المعنى كما سيأتى و كما هو الشأن فى الإجارة و الوكالة و الرهن و غيرها فيصح تبادل العقد منه و يكون تعريفه به صحيحاً لأنهم يعرفون ما هم مصطلحون عليه فى كلامهم لا فعل البائع فقط و هذا مما لا غبار عليه (و ينبه) عليه أنا ما وجدنا أحداً حدده (حده خ ل) صريحاً بالنقل سوى المحقق الثانى فإنه قربه و قد سمعت ما حكيناه عن ظاهر الشرائع و اللمعة (فليتأمل) جيداً هذا و المراد بالعقد مطلق الإيجاب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤٧

.....

و القبول الصالحين للنقل لا خصوص المستجمع لشرائط الصحة و بالنقل و الانتقال ما يعم الصورة و لو مجازاً لا المتحقق منهما خاصة لأن البيع لغة و عرفاً يعم الصحيح و الفاسد و هو كذلك شرعاً لأصالة عدم النقل و صحة التقسيم إليهما فى الشرع و الاتفاق على اتحاد معنى البيع و انتفاء الحقيقة الشرعية فيه فلا يتوهم اختصاصه بالصحيح كالألفاظ العبادات لكن الفاسد خارج عن الخطابات الدالة على الصحة للتضاد بين الصحة و الفساد و خروجه بالمصارف لا- ينافى الوضع للأعم و فائدة العموم دخول المشتبه فيها و الحكم بصحته لوجود المقتضى و هو صدق اسم البيع مع عدم العلم بالمانع الذى هو الفساد و أما غير الخطابات الدالة على الصحة مما لا يقتضى الصحة كقوله تعالى وَ ذُرُوا الْبَيْعَ وَ قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ لَا يَبِيعُ أَحَدُكُمْ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ فَالْفَائِدَةُ فِيهِ ظَاهِرَةٌ لِدُخُولِ الْفَاسِدِ الْمَعْلُومِ فَسَادَهُ فَضْلاً عَنِ الْمَشْتَبِهِ وَ الْمُنَاسِبِ لِعُمُومِ الْبَيْعِ الْاِقْتِصَارِ فِي تَعْرِيفِهِ عَلَى مَا هُوَ دَاخِلٌ فِي الْحَقِيقَةِ مِنَ الْقِيُودِ وَ تَرَكَ مَا هُوَ شَرْطٌ لِلصَّحَّةِ كَتَقْدِيرِ الْعَوْضِ وَ نَحْوِهِ فَالْتَعَرُّضُ لَهُ كَمَا فِي أَكْثَرِ الْحُدُودِ لَيْسَ عَلَى مَا يَنْبَغِي وَ لَا دَلَالَةٌ فِي ذِكْرِهِ عَلَى إِرَادَةِ الصَّحِيحِ فَإِنَّ الْمَتْرُوكَ مِنْ شَرَايِطِ الصَّحَّةِ أَكْثَرَ مِنَ الْمَذْكُورِ فَتَتَّبِعُ وَ لَوْ كَانَ الْمُرَادُ تَعْرِيفَ الصَّحِيحِ لَوَجِبَ اسْتِقْصَاءُ الْجَمِيعِ وَ تَمَامُ الْكَلَامِ فِي بَابِ الرِّهْنِ وَ الْمَعَاوَاةِ خَارِجَةً عَنِ التَّعْرِيفِ بِالْعَقْدِ قَطْعاً دُونَ النُّقْلِ وَ الْاِتِّتْقَالِ لِاسْتِمَالِهَا عَلَى الصُّورَةِ الْمَقْصُودِ بِهَا النُّقْلَ ظَاهِراً وَ إِنْ لَمْ تَفِدْ نَقْلاً- عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ مُحْضَةٌ وَ أَمَا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا بَيْعٌ لِأَزْمٍ أَوْ جَائِزٌ فَلَا رَيْبَ فِي دُخُولِهَا لِأَنَّهَا نَاقِلَةٌ لِلْمَلِكِ حَقِيقَةً عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ وَ قَدْ أَخْرَجَهَا الْمُحَقِّقُ الْكُرْكِيُّ بِأَخْذِهِ الصَّيْغَةَ فِي الْحَدِّ مَبَالِغاً فِي كَوْنِهَا بَيْعاً صَحِيحاً (و تنزيله) عبارات الأصحاب عليه و هو غريب (و المراد) بالعين هنا ما قابل المنفعة إما لأنه الظاهر منها فى إطلاق المتشعبة فتحمل عليه فى كلامهم أو لأن أظهر معانى العين فى اللغة ما قابل المعنى و ليس فى المعنى المقابل لها مما يقبل النقل إلا المنفعة فكانت هى المقابلة للعين فتخرج الإجارة الموضوعه لنقل المنافع و تعم الشخصية و الكلية المستقرة فى الذمة كالدين و المضمونه كالمسلم فيه و الموصوف المبيع حالا و معنى ملكيتها صلاحيتها للملك سواء كانت مملوكة بالفعل للبائع أو غيره أو غير مملوكة لأحد وقت البيع كما فى كثير من صور السلف فإن المبيع لا- وجود له حال البيع فضلاً عن أن يكون مملوكاً فى تلك الحال و على تقدير وجوده فملكه بالفعل كملك الكلى الحال إنما هو بملك بعض أفراده و الفرد المملوك منها بالفعل للبائع أو غيره غير مقصود بالنقل فلا يتحقق به نقل ملك العين بمعنى تحويله من مالك إلى غيره و إن صح به توصيفها بالملك بالفعل تبعاً له فإن هذا الوصف بمجرد لا دخل له فى صدق البيع و لا فى صحته و إلا لكان ملك شخص لفرد من العين فى بلاد الشرق مصحح البيع آخر لها فى الغرب (و لذا اقتصر) الأصحاب فى الشرائط على اشتراط الصلاحية و احترازوا بالملك هنا عما لا يملك كالحر و الخمر و نحوهما و ما يوهم الفعلية من الأخبار ضعيف السند قاصر الدلالة معارض بما هو أصح و أوضح و النقل و الانتقال فى كلامهم محمولان على مطلق التمليك الحاصل بتحويل ملك العين إلى المشتري أو ضمانها له فى الذمة و حمل الملك على ما يعم ملك الملك بمعنى القدرة على التمليك و إن لم يكن عن حق ثابت كالشفعة مع أنه خلاف الظاهر من معناه لا يصحح النقل و الانتقال بمعناهما الظاهر فإن الملك بهذا المعنى لم ينقل عن البائع و لم يتجدد للمشتري



بل هو حاصل لهما قبل البيع وبعده ولا تأثير للبيع فيه أصلاً و فى بعض نسخ الوسيلة زيادة ما فى حكم الملك لإدخال غير الملك و ملك الغير و لا حاجة إليه فإن الملكية بمعنى الصلاحية تعم الجميع و الأحسن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤٨

.....

تبدل النقل فى التعريف بالتمليك تحرزا عن المجاز فى الحد و ترك توصيف العين بالملك فإنه إن أريد به قبولها للملك شرعاً فهو شرط شرعى خارج عن ماهية البيع و إلا فقيد مستغنى عنه بالتمليك و ما فى معناه و العوض مطلق المقابل فيدخل فيه الشخصى و الكلى و كذا العين و المنفعة فإن البيع كالإجارة و الصلح يقع بكل منهما (و لا فرق) بينهما من هذه الجهة و إنما الفرق فى العوض فيختص البيع بالعين و الإجارة بالمنفعة و يقع الصلح عليهما كما يقع بهما (و اعتبر) بعض المتأخرين عينية العوضين فى البيع و هو وهم نشأ من قولهم البيع لنقل الأعيان و ليس المراد به العموم بل خصوص العوض كقولهم فى الإجارة إنها لنقل المنافع و يخرج بالعوض انتقال العين مجاناً كما فى الإرث و الهبة المطلقة و بعض أقسام الصلح بل مطلق الصلح و الهبة و إن اشتملا على العوض فإنه غير ملتزم و إنما يتفق اتفاقاً (و القيود) المأخوذة فى الحدود يقصد بها الالتزام بمقتضى التحديد و إن لم يصرح به و العينية و العوض من المقومات المخرجة لغير البيع لا البيع الفاسد و كذا التراضى لتبادره من البيع و صحة السلب بدونه و فائدته الاحتراز عن الفسخ و الأخذ بالشفعة فإن انتقال العين بالعوض حاصل فيهما لكن على القهر لا التراضى و عن بيع المكره و الهازل و من لا قصد له أو لا يعتد بقصده كالمجنون و غير المميز و إن أطلق البيع عليها فإنه مجاز كإطلاقه على بيع المنفعة و البيع مجاناً و لا نقض بما يصح من بيع المكره لأن الرضا حاصل فيه من الولى و أما بيعه حيث يجبر بعد الإكراه عليه فالرضا حاصل منه نفسه و لا بالتقابل لعدم اختصاصه بالبيع فلا يلزم فيه كون المنقول عيناً و منه يعلم صلاحية العين لإخراج الفسخ و الإرث و الصلح لعدم اختصاصها بالأعيان (و بالتقييد) بالتراضى فائدة أخرى و هى أن النقل و الانتقال إنما يكون بيعاً بوقوعه فى معاملة بين البائع و المشتري متقومة بهما فلا بد من التراضى الدال على صدوره عنهما و إنما يجب اعتباره ممن لم يؤخذ فيه العقد و ما فى معناه جذماً و لا فصلاً كتعريف الشيخ و من وافقه و لذا تركه المحقق اكتفاء بالإيجاب و القبول و المحقق الكركى اكتفاء بالصيغة و الجمع بينهما كما فى الوسيلة و الدروس تأكيداً لما تضمنه العقد من الرضا و ليس بلزماً (و أما كمال) المتعاقدين و معلومية العوض أو العوضين فالوجه إسقاطهما من الحد لخروج بيع المجنون و غير المميز بالتراضى أو العقد فإنهما لا- يعقلان إلا- من عاقل مميز و دخول بيع المميز و بيع المجهول و البيع به فى مطلق البيع كسائر البيوع الفاسدة بفقد شرائط الصحة و إخراج هذه من بينهما تحكماً مفسد للحد لعدم انطباقه حينئذ على الصحيح و لا الأعم و اكتفى الحلبي فيما مر من تعريفه عن القيود كلها باقتضاء استحقاق التصرف و التسليم فى المبيع و الثمن و هو تعريف جيد على القول بأن البيع عقد و أخذ المبيع فى حد البيع فيه دور و مثله تعريف الكركى فإن المراد بالصيغة المخصوصة فيه صيغة البيع و إلا لانتقض بغيره (و يمكن دفعه) بأن الموقوف معرفة البيع بالرسم أو الوجه الأتم و الموقوف عليه معرفته بالوجه الظاهر المعلوم لكل أحد فلا- دور (و الأخصر) الأسد فى تعريف البيع أنه إنشاء تملك العين بعوض على وجه التراضى فإنه مع سلامته عن صحة الدور و المجاز خال عن القيود المستدركة و الخارجة عن الحقيقة و البيع كما يطلق على فعل البائع و هو إنشاء التملك المذكور فقد يطلق على فعل المشتري و هو إنشاء التملك لما ملكه البائع و المعنيان حقيقيان فإنه كالشراء من الأضداد كما سيأتى بيانه و يطلق إطلاقاً شائعاً و يراد به المعاملة القائمة بالبائع و المشتري معا و هى المعنى الحاصل بالعقد الجامع لمعنى البيع و الشراء و استعماله فى المعاملة و حملها عليها و تقسيمها إليه و إلى غيره ظاهر معروف و فى المصباح المنير الأصل فى البيع مناوله مال بمال و هذا هو المناسب فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٤٩

و لا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطنى (١)

قوله تعالى «أَحْيَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» و فى قوله تعالى «رِجَالٌ لَا تُلْهِهِمِْ بَيْعًا وَرِبَاً وَ لَا بَيْعٌ» وقوله عز شأنه وَ ذُرُّوا الْبَيْعَ وَ قَوْلِهِمْ كِتَابِ الْبَيْعِ وَ أَقْسَامِ الْبَيْعِ وَ أَحْكَامِ الْبَيْعِ وَ لَوْصَفِ الْبَيْعِ بِالصَّحَّةِ وَ الْفَسَادِ وَ اللَّزُومِ وَ الْجَوَازِ وَ اقْتِرَانِهِ بِالْمَعَامَلَاتِ كَالْإِجَارَةِ وَ الصَّلْحِ (وَ يَعْرِفُ) الْبَيْعَ بِهَذَا الْمَعْنَى بِأَنَّهُ مَعَامَلَةٌ مَوْضُوعَةٌ لِتَمْلِيكِ عَيْنِ بَعُوضٍ وَ تَمْلِكُهَا بِهِ وَ وَجْهَ الْقِيُودِ وَ الْاِكْتِفَاءِ بِهَا ظَاهِرٌ مِمَّا سَبَقَ (قوله قدس سره) (وَ لَا بَدَّ مِنْ الصِّيغَةِ الدَّالَّةِ عَلَى الرِّضَا الْبَاطِنِيِّ)

بمقتضى الوضع كما فى جامع المقاصد فيدخل المشترك بقسميه مع القرينة و يخرج المجاز قريبا كان أو بعيدا و هو الذى طفحت به عباراتهم حيث قالوا فى أبواب متفرقة كالسلم و النكاح و غيرهما إن العقود اللازمة لا تثبت بالمجازات فأخذون هذه القضية مسلمة فى مطاوى الاحتجاج فلا ينعقد بشيء من المجازات كالهبة و الصلح و الإجارة و الكتابة و الخلع قولاً واحداً و كذا لا ينعقد بشيء من الكنايات كالتسليم و التصريف و الدفع و الإعطاء و الأخذ و نحو ذلك (و عد فى التذكرة و نهاية الأحكام) من الكنايات نحو جعلته لك (و فيه) أن اللام محتملة للملك و الاختصاص (و عد) منها فيهما أدخلته فى ملكك مع أنه بمعنى ملكتك فيحتمل جوازه مع تقييده بما يفهم البيع على (إشكال) ستسمعه إن شاء الله تعالى (و قد) اضطربت كلماتهم فى مواضع (ففى الروضة) أن ملكت مستعمل شرعا فى الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها و نحوه ما فى جامع المقاصد فيكون مجازاً فى غيرها مع ذهاب الأكثر إلى انعقاد البيع به إيجاباً و قبولاً و قد سمعت ما نقلناه أولاً عن جامع المقاصد (و الحق) أن ملكت مشترك معنى عند الفقهاء و أهل اللغة كما يظهر ذلك من تتبع كتب الفريقين و استعماله فى البيع ليس مجازاً كما يظهر ذلك لمن أمعن النظر (و قد) ذهب المصنف و المحقق و الشهيدان و المحقق الثانى إلى انعقاد البيع بلفظ السلم مع أنه مجاز فى مطلق البيع و قد نسبه فى المسالك إلى الأكثر و ذهب الأكثر إلى منع كون متعت من صيغ النكاح لأنه حقيقة فى المنقطع شرعا فيكون مجازاً فى الدائم حذراً من الاشتراك (و قد) انتهض المحقق الثانى فى جامع المقاصد فى باب السلم و النكاح إلى الجمع بين كلماتهم بما حاصله فى المقامين أن المجازات الأجنبية البعيدة المحتاجة إلى تكلفات شديدة و قرائن كثيرة لا تثبت به العقود اللازمة و لا كذلك المجازات القريبة و هذا يوافق كلامهم فى باب الإجارة و وجه قول الأكثر فى النكاح بأنه عبادة و ألفاظها متلقاة من الشارع (و الذى) اعتمده (احتمله خ ل) الأستاذ الشريف دام ظله أنه (لا فرق) فى المجازات بين قريبها و بعيدها فى عدم انعقاد العقود اللازمة بها و قوفاً مع هذه القاعدة المسلمة عندهم إلا أن يقوم إجماع فيتبع و تحقيق الحال فى باب السلم (و اعلم) أن اشتراط؟؟؟ الدلالة بالوضع هو الذى يعبرون عنه بالصراحة و المتبادر من الوضع الوضع اللغوى و قضية ذلك أمران صحتها و لزومها باللغوى و إن جهله المتعاقدان بالكلية إذا دلا على إفادته ذلك و عدم صحتها بما كان متعارفاً عند المتعاقدين فى بلدهما أو قطرهما كأن يتعارف عند أولئك أن لفظ دفع مثلاً دال على البيع بحيث يكون عرفاً خاصاً لا يفهم منه غيره عندهم (و قد يقال) إنا لا نسلم أن قضية ذلك عدم صحتها بهذا لأنه قد تقرر فى محله أن اختصاص اللفظ باللغة إنما هو لعدم وضعه لمعناه فى غيرها مع وضعه له فى تلك اللغة فى الجملة و إن لم يكن الواضع جميع أهل تلك اللغة و المفروض أن أهل هذا القطر من العرب فيكون عربياً صحيحاً و لو كان المعبر فى الانتساب إلى اللغة وضع الجميع لزم أن تكون الحقيقة الشرعية غير عربية و سائر المنقولات الاصطلاحية فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥٠

و هى الإيجاب كقوله بعث و شريت و ملكت (١)

كل لغة خارجة عنها فإن واضعها هو البعض قطعاً فكان اصطلاح هذا القطر داخلاً تحت الوضع اللغوى و كذا العرفى العام فإنه أولى و إن أرادوا بالوضع الوضع الشرعى و ما كان ليكون خرج العربى الصميم الصحيح و أما أن قضية ذلك صحتها باللغوى و إن جهلها المتعاقدان فلا مانع منه إلا هجره فى زمنهما و هو ليس بمانع كما هو الشأن فى الأعجمى إذا ألقيت عليه الصيغة و ترجمت له و لا مانع

من أن يقول الشارع قد نقلت الألفاظ التى وضعت مادتها فى اللغة للدلالة على النقل مثلا لإنشاء البيع مثلا و إن جهلها المتعاقدان هذا إن قلنا بأن هذه الألفاظ لم تستعملها العرب فى الإنشاء و أن الشارع نقلها إليه كما هو ظاهر بعضهم كما ستسمع و إن قلنا إنها أو أكثرها مستعملة فى الإنشاء عندهم كما هو الظاهر كما ستسمع صح الفرض المذكور بأذى تغيير كأن يقال إن الشارع قال قد جعلت الألفاظ المستعملة فى إنشاء العقود فى اللغة مصححة للعقد للبيع موجهة للملك فيكون قد أعطانا ضابطا و قانونا فى سائر العقود و لما كان ذلك بجعل الشارع و وضعه و تقريره صح للفتائل أن يقول إنها منقولات شرعية بهذا المعنى و على هذا صح لنا أن نقول لا يشترط فى هذه الألفاظ أن تكون معروفة فى زمن الشارع فلو قبل المشتري بلفظ بعث و لم تكن معروفة فى زمنه بل كانت مهجورة صح بها القبول بعد ثبوتها فى اللغة فيكون حكم زماننا و زمانه واحدا و على هذا ينسد باب الاعتذار عن الروضة حيث إن ظاهرها كما ستعرف أنه لا يصح القبول بلفظ بعث لأن أقصى ما يتعذر عنه أن يدعى أنها ليست معروفة فى زمن الشارع كأخواتها و إذا كان حال الزمانين واحداً انسد الباب و انقطع الجواب إلا أن يدعى أنها حقائق شرعية و لم يتحقق ذلك فيها فتأمل (قوله رحمه الله) (و هى الإيجاب كقوله بعث و شريت و ملكت)

قد ذكرت هذه الصيغ الثلاثة فى نهاية الأحكام و التذكرة و الدروس و التنقيح و صيغ العقود و الروضة و هو المستفاد من جامع المقاصد فى المقام و تعريف البيع و هو ظاهر تعليق الإرشاد حيث نقله عن التذكرة معتمدا عليه و قد اضطرب كلامه فى الكتاب المذكور حيث نقل فيه عن التذكرة و التحرير و الكتاب ما لم نجده بعد فضل التتبع و مراجعة ثلاث نسخ من التعليق المذكور و عبارة الكتاب كادت تكون صريحة فى عدم انحصار الإيجاب فى الثلاث و به صرح الشهيد فى حواشى الكتاب فجوز البيع بكل لفظ دل عليه فقال مثل قارضتك و سلمت إليك و ما أشبه ذلك و قد نقل صاحب كشف الرموز عن شيخه المحقق أن عقد البيع لا يلزم لفظا مخصوصا و اختاره هو و مثل الكتاب التحرير حيث قال فيه الإيجاب اللفظ الدال على النقل مثل بعثتك و ملكتك أو ما يقوم مقامهما و نحوه التبصرة و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و اللمعة و الروضة و المفاتيح و هو ظاهر جامع المقاصد حيث لم يتعقب المصنف بشيء كما استدرك عليه فى القبول فظاهره الرضا به (و قد يدعى) أنه ظاهر الأكثر كالشيخ و أبى يعلى و أبى القاسم القاضى و أبى جعفر محمد بن على الطوسى و أبى المكارم حمزة الحلبي و غيرهم حيث اقتصروا على الإيجاب و القبول مطلقين من دون تنقيح على لفظ مخصوص فيهما و قضية ذلك أنه يصح بغير الثلاثة إذا كان نصا دالا- بالوضع كقلت و أمضيت لمشاركته ما ذكر فى الصراحة و بغير ما ذكره فى القبول من السبع كما ستسمع بل (قد يقال) إنه يصح الإيجاب باشتريت كما هو موجود فى بعض نسخ التذكرة و المنقول عنها فى نسختين من تعليق الإرشاد و فى القاموس شراه يشريه إذا ملكه بالبيع و باعه كاشترى فيهما ضد و فيه أيضا كل من ترك شيئا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥١

.....

و تمسك بغيره فقد اشتراه (قلت) و البائع تارك للمتعلم متمسك بالثمن عكس المشتري و صريح كلامه الأول أن اشترى كباغ و ظاهر التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و التنقيح و صيغ العقود و تعليق الإرشاد الحصر فى الصيغ الثلاث و ظاهر الجامع الحصر فى بعث و شريت فيحتمل أن يكون المدار عندهم على ثبوت ذلك فى اللغة و تعارفه على ألسنة الفقهاء كما رفضوا سلمتك فى السلم مع صحته لغه و صراحته فيه لرفض الأصحاب له صرح بذلك فى التذكرة و التحرير و المسالك و غيرها (و فى المسالك) أيضا أن كلامهم مختلف فى تحقيق ألفاظ البيع فيحتمل القول باختصاصه بما ثبت شرعا من الألفاظ (و قد) قال مثل ذلك فى رضيت بدل قبلت المحقق الثانى فى تعليق الإرشاد و يحتمل أن ينزل كلام هؤلاء على إرادة التمثيل فتجتمع الكلمة إذ لم يثبت من الأدلة اختصاص البيع بلفظ مخصوص و لم يعلم من الأصحاب اشتراط ذلك كما اشتراطوا الصراحة و غيرها كما يأتى و لو توقف النقل على لفظ مخصوص

لزم الاقتصار على بيعت فى الإيجاب و قبلت و اشترت فى القبول و لم يجز غير ذلك لعدم ثبوته من نص و لا- إجماع فينعقد البيع بجميع ما شارك الثلاث فى الصراحة بمعنى الدلالة بالوضع فى جميع أنواع البيع و كذلك الحال فى جانب القبول حرفا بحرف (و عساك تقول) إن هذه منقولات شرعية كما صرح به المصنف فى أصوله و الفاضل العميدى و غيرهما فيقتصر على ما ثبت نقله (قلت) هذه الدعوى يشهد الوجدان و الاعتبار بخلافها لأننا لم نجدها وردت فى خبر من الأخبار و الشرط فى الحقيقة الشرعية ورودها فى لسان الشارع و دعوى تواترها فلا يحتاج إلى ورودها قد أنكرها جماعة و لو كانت متواترة لما اختلف اثنان و لا تعلقوا فى الاستدلال على الماضوية و العربية بغير التواتر على أن العلامة لم يشر إلى ذلك فى فروعه و كل من صريحه أو ظاهره عدم الحصر قائل بعدمها و من ظاهره الحصر نطالبه بتواتر ما حصر فيه على أننا لم نجد فقيها ذكر أنها منقولة شرعا فى الفروع سوى الشهيد الثانى فى المسالك ثم إنه من المعلوم أن شرط الحقيقة الشرعية هجر المعنى المنقول عنه و عدم استعمالها فى المنقول إليه فى اللغة كما أنه من المعلوم عدم هجر الأخبار فى كلام الشارع إلا أن تقول إنه حين العقد لا يستعمل فى الأخبار و من المعلوم استعمالها فى لغة العرب فى الإنشاء كما ستسمعه عن الرافعى و هو الذى يقضى به التبع و الاعتبار (و يمكن) أن يكون مراد من سماها منقولات شرعية أن الشارع لما جعل الألفاظ الصريحة الدلالة فى اللغة موجبة للملك و لزوم و نحو ذلك صح لهم نسبتها إلى الشارع فكأنه قال كل لفظ دل فى اللغة وضعا على إنشاء النقل مثلا- فهو مملك موجب للزوم و كذلك الحال فى جانب القبول و سائر العقود و هذا جعل شرعى يصحح نسبتها إلى الشارع كما أشرنا إليه فى معنى الصراحة و يمكن الجمع بتنزيل كلام من ظاهره التمثيل على ما لا يتجاوز الثلاث مما يمكن فيه ذلك و ما لا يمكن فيه ذلك كعبارة الكتاب و ظاهر جامع المقاصد ينزل على ما يشمل إيجاب السلم و التولية و التشريك و نحو ذلك و من ظاهره الحصر فيما دون الثلاث كالجامع ينزل على أنه لم يثبت عنده ما زاد و كل ذلك جار فى جانب القبول كما ستسمع إن شاء الله تعالى و قد اتفقت هذه الكتب المصرح فيها بالثلاث على ذكر ملكت مشددا و فى جامع المقاصد فى تعريف البيع ما يشعر بالإجماع على صحة الإيجاب فى البيع فليلحظ ذلك فإنه كاد يكون مؤذنا بذلك فلا يصغى إلى ما فى المسالك من نسبته باقى باب السلم إلى بعض الأصحاب مشعرا بندرته و تريضه و لعله عنى صاحب الجامع على أنه قد قطع (حكم خ ل) به فى الروضة و لعله لحظ أن الإيجاب به من دون تقييده بالبيع كأن يقول ملكتك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥٢

و القبول و هو اشترت أو تملك أو قبلت (١)

بالبيع غير صريح فى البيع لاحتماله غيره و لا يدفع ذلك ذكر العين و العوض لأن تملكها به قد يكون بالهبة فلا يكون صريحا فى البيع إلا- إذا قيده البائع به كما ذكرنا لكن ظاهر الأكثر تحقق الإيجاب به من دون تقييد فلينزل على ذلك أو على ما إذا دلت القرائن على إرادة البيع (فتأمل) و قال المحقق الثانى إن المفهوم من بيعت و ملكت معنى واحد استنادا إلى صحة الإيجاب بالتمليك (و فيه) أن البيع فرد من أفراد التملك فكان مغايرا له و معنى بيعت ملكت بالبيع لا ملكت و ذكر العين و العوض بعد البيع فى حد البيع إن اقتضى التجريد فغايته التجريد منهما فلا يلزم اتحاده بمطلق التملك (فليتأمل) و بيعت و شريت فى الإيجاب يتعدى إلى مفعولين و فى صيغ العقود أن الإيجاب بعتك أو شريتك أو ملكتك و بيعت فى القبول يتعدى إلى واحد كشرت فلو قال البائع شريتك العين تعين للإيجاب من وجهين و لو قال شريتها فمن وجه واحد و كذا القبول لو قال المشتري بعته أو بيعت (قوله قدس سره) (و القبول و هو اشترت أو تملك أو قبلت)

ظاهره الحصر فى الثلاث و قد تعقبه فى جامع المقاصد بأن الأولى أن تقول كاشترت (إلى آخره) لأن الاتباع و نحوه قبول قطعا و قد تشعر هذه العبارة كما تقضى به عبارته الأخرى الناطقة بأن لفظ البيع و الشراء موضوعان على سبيل الاشتراك لكل من المعنيين و بالانضمام يتميز المراد بوقوعه بلفظ بيعت كما هو صريح تمهيد القواعد و صريح الجامع قال فيه و القبول قبلت أو شريت أو بيعت و

شبهها و في شرح الإرشاد لفخر الإسلام أن بعث في لغة العرب بمعنى ملكت غيرى و تقول العرب بعث بمعنى اشترى و يسمى كل واحد من المتبايعين (المتبايعين خ ل) بائعا و يباع (و قال) بعض الفقهاء البيع مأخوذ من مد الباع قال ابن الخشاب و هو غلط لأن البيع من ذوات الياء و الباع من ذوات الواو يقال بعث الشيء أبوعه بوعا و في التذكرة و نهاية الأحكام و القبول من المشتري قبلت أو بعث أو اشترى أو تملك و مثله ما هو موجود في بعض نسخ الدروس و التنقيح و قضية ذلك ففي ملكت مخففا و بعث و شريت و في نسختين من الدروس و نسخة أخرى من التنقيح و القبول ابتعت و اشترى و شريت و تملكته و قبلته و ظاهر ذلك نفى بعث و ملكت غير أنه في التنقيح (قال) فيقول المشتري ابتعت إلى آخره فكانت عبارة الدروس أظهر في الحصر و في تعليق الإرشاد عين ما في التذكرة نقلا عنها ثم إنه صرح بوقوع بعث في القبول لكن ظاهره النقل عن التذكرة فكلامه فيه غير منقح لكن في بعض الحواشي نقلا عنه ذكر ابتعت مكان بعث فيصح النقل في الجملة و ظاهر الغنية الحصر في قبلت و اشترى كما أن ظاهر التبصرة الحصر في اشترى و من المعلوم أن قبلت قبول قطعاً فلا بد من التنزيل على التمثيل و التعميم حتى يشمل نحو رضيت و أمضيت لمشاركته ما ذكره في الصراحة و دخوله في ظاهر الأدلة (و إطلاق) الأكثر كما تقدم في الإيجاب (بل قد) يقال إن رضيت في القبول أظهر من ملكت و شريت و أقرب إلى مفهوم قبلت فلعل الظاهر الصحة بالكل و قد وقع في قبول مولانا الجواد عليه السلام قبلت و رضيت و إن آيت فليحمل على خصوص البيع و جميع ما ذكرناه في الإيجاب من الجمع و التنزيل جار هنا و في صيغ العقود و المسالك و مجمع البرهان عين ما نقلناه عن الدروس أخيراً مع ظهور عدم الحصر بل كاد يكون ذلك من الثلاثة تصريحاً و لا سيما الأول كما هو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥٣

.....

الشأن في الجامع و قد سمعت عبارته و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروضة و المفاتيح و لفظ ملكت مخففاً في القبول لم يوجد إلا في صريح الروضة و ظاهر اللمعة و هذه عبارتهما (و يشترط وقوعهما بلفظ الماضي) العربي (كبعث) من البائع (و اشترى) من المشتري (و شريت) منهما لأنه مشترك بين البيع و الشراء (و ملكت) بالتشديد من البائع و التخفيف من المشتري و تملك (انتهى) كلامهما و ظاهر الروضة أن البيع لا يجري في القبول مع ثبوت إطلاقه على الشراء و وضعه له بنص الصحاح و المصباح و القاموس و غيرها فالفرق بينهما ضعيف و قد سمعت ما نقلناه عنه في تمهيد القواعد و قد استند في صحة وقوع شريت منهما إلى الاشتراك و هو مشترك بينه و بين البيع كقرينة التعيين التي لا تحتمل الخلاف و قد تقدم عند شرح قول المصنف و لا بد من الصيغة (إلخ) ما يوضح الحال مع كمال نفعه في المقام و الشراء في البيع كثير لم يرد في الكتاب المجيد إلا في البيع و قد ورد في أربع آيات لا غير كلها بمعنى البيع فكان في الإيجاب أولى منه في القبول و البيع في الشراء أيضاً كثير و كذا البائع و البيع في المشتري و بعث في اشترى بنص أهل اللغة و الفقهاء و قد سمعت ما في شرح الإرشاد لفخر الإسلام و قد ورد في الأخبار و الأشعار و منه قوله عليه السلام البيعان بالخيار (و ليس) ذلك من باب التغليب لأنه لا يصار إليه إلا بعد العلم بانتفاء الاشتراك فاحتمال الاشتراك كاف في رفع احتمال التغليب كما قرر في محله «فليتأمل» فيه (و ليس) من باب الحقيقة و المجاز لعدم العلاقة و علاقة الضدية قد أهملها الأكثر و إنما صار إليها من صار إليها حذراً من الوساطة بين الحقيقة و المجاز لأن قوله جل شأنه وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا لَيْسَ حَقِيقَةً وَ لَا مَجَازاً فَمَنْ نَفَى الْوَسَاطَةَ أَثْبَتَ عِلَاقَةَ الضِّدِيَّةِ وَ الْأَكْثَرُونَ عَلَى ثُبُوتِ الْوَسَاطَةِ وَ مِنْ نَفَاها وَ لَمْ يَعتَبِرِ الضِّدِيَّةَ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ الْمَشَاكِلَةِ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ الْاِشْتِرَاكِ فَيَكُونُ الْمَقَامُ مِنْ بَابِ عَمُومِ الْاِشْتِرَاكِ أَنْ يَكُونَ الْمَرَادُ الْمَسْمِيَانِ بِالْبَيْعِيْنِ (و منه) قوله صلى الله عليه و آله و سلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه على المشهور فيه بين الفقهاء و أصحاب الحديث و منه قولهم ما يبيع هذه الثياب حتى يبيع (و ليعلم) أنه لا يضر الاشتراك و إلا لا تمتنع الإيجاب بالبيع و لا ظهورهما في أشهر معنيهما لوضوح القرينة المعينة لغيره و هي وقوع البيع من المشتري و الشراء من البائع و الظاهر من الأصحاب أن ألفاظ القبول أصول كالإيجاب و في نهاية الأحكام و كذا المسالك أن الأصل

فيها قبلت و غيره بدل لا قبول لأن القبول على الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به و الابتداء بنحو اشترت و ابتعت ممكن فلا يكون قبولا بخلاف قبلت و لعلهما حملا القبول على معناه اللغوى فإن القبول فى الاصطلاح تستوى فيه الألفاظ و لا أثر للخلاف هنا للاتفاق على صحة القبول بغير لفظه و للكلام فى تقديمه على الإيجاب محل آخر (فرع) لو وكل اثنين فى بيع موصوف و ابتياعه بثمان واحد فقال أحدهما للآخر بعث أو شريت فقال الآخر بعث أو شريت فإن أوجبا تقديم الإيجاب بأى لفظ كان صحح بيعا حملا للعقد على الصحيح و لا سيما إذا قال الأول بعث و الثانى شريت حملا للصيغتين على ظاهرهما لأن الظاهر من بعث الإيجاب و من شريت القبول و إن لم نوجب تقديم الإيجاب و لا قال الأول بعث و الثانى شريت بل قالوا بعث أو شريت أو قال الأول شريت و الثانى بعث احتمل صحته فى الجميع نظرا إلى الغالب من تقديم الإيجاب و إن لم يجب و مراعاة لجانب اللفظ فى إحدى الصيغتين فى صورتين الأوليين فيكون الإيجاب فى الجميع متقدما و تحتمل الصحة مراعاة لجانب اللفظ فى الصيغتين فى الأخيرة فيكون القبول فيهما متقدما و يحتمل البطلان فيها لتعارض الأمارتين لأنه إذا قال الأول شريت فصدوره أولا يقضى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥٤

و لا تكفى المعاطاة (١)

بأنه إيجاب جريا على الغالب من؟؟؟ تقديمه و لفظه يقتضى بأنه قبول جريا على المتعارف من لفظ شريت و صدور بعث ثانيا من الثانى يقضى بأنه قبول جريا على الغالب من تأخيره و لفظه يقضى بأنه إيجاب كما هو الظاهر فقد تعارض فى كل من الصيغتين أمارتان و لا- كذلك غير الصورة الأخيرة كما إذا قال الأول شريت و الثانى شريت أو قالوا بعث فإن فى إحدى الصيغتين أمارتين متعارضتين و فى الصيغة الأخرى الأمارتان متوافقتان لكن التعارض فى الصيغة الأولى فيما إذا قالوا شريت و التوافق فى الثانية و عكسه ما إذا قالوا- بعث (و ليعلم) أن من قيد الإيجاب بكونه من البائع و القبول بكونه من المشتري فلعنه بناه على الغالب و من ترك القيد فلعنه لحظ إحدى صيغتي السلم فإن الإيجاب فيها من المشتري

(قوله قدس سره) (و لا تكفى المعاطاة)

كما فى الشرائع و التذكرة و الدروس و اللمعة و ظاهر الجميع لأن كانت العبارة واحدة أنها «١» لا تكفى فى المقصود بالبيع و هو نقل الملك كما هو صريح الخلاف و السرائر و المختلف و حواشى الشهيد على الكتاب و قواعده و التنقيح و هو ظاهر الإرشاد (حيث قال) و لا- ينعقد بدون الإيجاب و القبول و هو ظاهر كل ما اشترط فيه الإيجاب و القبول كالخلاف و المراسم و الوسيلة و النافع و المهذب البارع و غيرها و ظاهر قواعد الشهيد الإجماع على أنها لا تفيد الملك و إنما تفيد الإباحة فلا تكون عند هؤلاء جميعا بيعا حقيقة و إنما هى إباحة كما هو صريح الخلاف و المبسوط و الجواهر و الغنية و السرائر و جامع؟؟؟

الشرائع و الميسية و الروضة و المسالك فى أثناء الكلام له فى الكتابين (قال) لإطباقهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها و فى الغنية أيضا الإجماع عليه (قال) إنها ليست ببيع و إنما هى إباحة للتصرف يدل عليه الإجماع المشار إليه و أيضا فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به و ليس على صحته بما عداه دليل (و لما ذكرناه) نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الملامسة و المنازعة و ثمن بيع الحصة على التأويل الآخر و معنى ذلك أن يجعل اللبس للشئ و النبذ له و إلقاء الحصة بيعا موجبا و فى الميسية أن المشهور بين الأصحاب أنها ليست بيعا محضا و لكنها تفيد فائدته فى إباحة التصرف و نسب ذلك فى مجمع البرهان إلى المشهور و فى المسالك و الروضة عند شرح عبارتى الشرائع و اللمعة و قد عرفت المراد منهما أنه المشهور بل كاد يكون إجماعا و مثله ما فى المفاتيح و فى موضع آخر من المسالك قال عند نقل كلام المفيد ما أحسنه و أمتن دليله إن لم يقيم إجماع على خلافه (و فى التذكرة) أن الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة فلا تكفى المعاطاة (و فى المختلف) أنه مذهب الأكثر (و فى المفاتيح) أن المشهور أنها تفيد إباحة تصرف (و فى تعليق الإرشاد) أن الأظهر بين عامة المتأخرين من الأصحاب أن المعاطاة تفيد إباحة كل من العوضين لآخذه و لكل منهما

الرجوع فيه ما دامت العين باقية فإذا تلفت لزم المبيع «٢» حينئذ ثم إنه جعل مقتضى ذلك أنها تفيد ملكا مترلزلا (ثم) أخذ يستدل عليه بما ستسمعه (و فى الكفاية) أن المشهور أنها تفيد إباحة تصرف كل منهما لا أنها بيع فاسد و فيها أيضا أن المشهور عدم تحقق اللزوم بدون اللفظ المعبر و فى الرياض أنها تفيد الإباحة كما هو المشهور بين الطائفة بل كافتهم لرجوع القائل بعدمها و حرمة التصرف فى المعاطاة عنه إلى الإباحة كما حكاه عنه جماعة (قلت) هذه الشهرة الأخيرة ليست نصا فى أنها لا تفيد ملكا و إنما نقلت على الإباحة الأعم من كونها محضة و بالملك لكن الشهرة معلومة بل الإجماع على أنها لا تفيد ملكا

(١) خبر المبتدأ (منه)

(٢) كذا فى نسختين و الظاهر البيع (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥٥

.....

كما ستسمع إن شاء الله تعالى و فى نهاية الأحكام المعاطاة ليست يباع و الأقرب أن حكمها حكم المقبوض بسائر العقود الفاسدة و لو كان الثمن الذى قبضه البائع مثل القيمة فهو مستحق ظفر بمثل حقه و المالك راض فله تملكه (و يحتمل) العدم فقد انفرد هذا الكتاب من بين كتب الأصحاب باحتمال كونها يباع فاسدا و قد نقل عنه جماعة أنه رجع عنه و الوجدان شاهد لهم إذ القواعد و المختلف متأخران عن نهاية الأحكام قطعاً و فى جامع المقاصد لا يقول أحد من الأصحاب إنها بيع فاسد سوى المصنف فى النهاية و قد رجع عنه فى كتبه المتأخرة (و أطرف) شىء ما فى المفاتيح من نسبة ذلك إلى العلامة و جماعة (و لعله) أخذه مما يأتى فى عبارة جامع المقاصد فقد اتفقت هذه الكتب جميعها ما عدا الأخير فإنه محل تأمل على أنها لا تفيد ملكا و أنها ليست يباع و إنما تفيد إباحة محضة على اختلافها فى الظهور و الصراحة و فى التحرير الأقوى أن المعاطاة غير لازمة و لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية و مقتضى تجويز الفسخ ثبوت الملك فى الجملة و كذا تسميتها معاوضة (و فيه تأمل) ستسمعه و فى جامع المقاصد أن المعروف بين الأصحاب أنها بيع و إن لم تكن كالعقد فى اللزوم خلافا لظاهر عبارة المفيد (إلى أن قال) إنها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها لأنهم يقولون إنها بيع فاسد و ما يوجد من جمع من متأخري الأصحاب من أنها تفيد إباحة و تلزم بذهاب أحد العينين يريدون به عدم اللزوم فى أول الأمر و بالذهاب يتحقق اللزوم (و لا يخفى) عليك أن ظاهر كلامه الأخير أن جماعة قائلون بأنها بيع فاسد و قد قال أولا إنه لم يقل به أحد على أنه فى نهاية الأحكام صرح بأنها ليست يباع و قد سمعت عبارتها فكيف يدعى عليه أنه يقول إنها بيع فاسد و التأويل - ممكن و الأمر سهل (لكن) يرد عليه أن الذى استمرت عليه الطريقة فى المعاطاة أن يكتب التاجر إلى الآخر أرسل إلى كذا و كذا من الأمتعة مع جهل بالثمن و المثل (فلو كانت) يباع مترلزلا لوجب معرفة الثمن و المثل و مثل ذلك صنع فى تعليق الإرشاد فنزل عبارة الأصحاب على أنها تفيد ملكا مترلزلا - و جعله مقتضاها (قال) و إلا لما لزم بالتلف (و أيضا) فلو لا ذلك لم تحصل الإباحة إذ المقصود للمتعاطين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه و إلا وجب أن لا تحصل إباحة بالكلية بل يتعين الحكم بفساد ذلك إذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد و هو باطل (و عليه) يتفرع النماء و جواز وطء الجارية بالمعاطاة و من منع ذلك فقد أغرب (و مما يرشد) إلى ما قلناه مضافا إلى ما تقدم عبارات القوم فإن بعضها كالصريح فيما قلناه (ثم) ساق عبارة التحرير إذ ليس عنده سواها (و أنت تعلم) أنه يجوز أن يكون تجويزه الفسخ فى التحرير نظرا إلى إباحة التصرف و كذا تسميتها معاوضة «فتأمل» هذا حال عبارة التحرير على أنها عبارة واحدة من شخص واحد فى بعض كتبه (و أما قوله) و إلا لما لزم بالتلف إلخ فمنقوض بقوله فى القرض من كتاب صيغ العقود أنه لا يكفى الدفع على وجه القرض من غير لفظ فى حصول الملك نعم يكون ذلك فى القرض كالمعاطاة فى البيع فيشمر إباحة التصرف فإذا أتلف العين وجب العوض و الذى

ينساق إليه النظر أن المعاطاة في البيع تثمر ملكا مترلزلا و يستقر بذهاب أحد العينين أو بعضها (و مقتضى) هذا أن النماء الحاصل في البيع قبل تلف شيء من العينين يجب أن يكون للمشتري بخلاف الدفع للقرض فإنه لا- يثمر إلا- محض الإذن في التصرف و إباحة الإتلاف فيجب أن يكون نماء العين للمقرض لبقائها على الملك (انتهى) و وجه النقض أنه لا- ريب أن المقصود في صورة القرض أيضا إباحة مترتبة على ملك الرقبة بالقرض فإن حصل المقصود ثبت أن الدفع على وجه القرض من غير لفظ

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥٦

.....

أيضا قد أفاد الملك و إلا لوجب أن لا يحصل إباحة بل يتعين الحكم بفساد ذلك لما ذكر (و ما أشكل) عليه و على غيره ممن تأخر على القول بالإباحة المحضة من أنها إن لم تقتض الملك فما الذي أوجب حصوله بعد ذهاب الأخرى و من جواز الوطاء و العتق و البيع مع أنه لا وطاء إلا في ملك أو تحليل و لا عتق و لا بيع إلا في ملك (فيمكن الجواب) عن الأول عند القائل به و لم يشترط تلف العينين معا بما قرره من ذهب إلى الملك المترزل و اللزوم بالتلف من أن التراد ممتنع لمكان تلف إحداهما فيتحقق الملك لتراضيهما على جعل الباقي عوضا عن التالف و لأن من بيده المال مستحق قد ظفر بمثل حقه بإذن مستحقه فيملكه و إن كان مغايرا له في الجنس و الوصف لتراضيهما على ذلك (و عن الثاني) فبأنه إذا أذن و أباح له جميع التصرفات فقد أباح و حلل له الوطاء فيكفي في جواز التصرف إذن المالك فيه كغيره من المأذونات و ليس التصرف تابعا للملك و لا متوقفا عليه (و الحاصل) أن الإذن سبب تام في جواز التصرف و ناقص في إفادة الملك و بالتصرف يحصل تمام سبب الملك (ثم) إن كان التصرف غير ناقل فالأمر واضح و إن كان ناقلا- أفاد الملك الضمني قبل التصرف بمدة يسيرة أو مقارنا له كما في القرض الخالي عن الصيغة فإن جماعة قالوا بأن التصرف يكون مملكا فيصح أن يعتق و يبيع لنفسه (بل قال) المولى الأردبيلي الظاهر أنه لا نزاع في المعاطاة في القرض فيباح بها التصرف و الإتلاف و عليه العوض و يحصل الثواب و لا- يحصل الملك إلا بعد التصرف «انتهى» و أما البيع في غير الملك للغير فأكثر من أن يحصى فيكون العتق و البيع مقارنين للملك و السبق إنما هو بالذات لا بالزمان أو يكونان متأخرين عنه بالزمان عرفا كما قالوا في مثل أعتق عبدك عنى و فيما إذا اشترى أباه «فليتأمل» في ذلك (و عن) الشيخ المفيد فيما يظهر منه كما في الدروس و المسالك و فيما يتوهم من كلامه كما في المختلف الاكتفاء في تحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه و تقابضا و ستسمع عبارته برمتها كما حكاها عنه في المختلف و وجدناها في المقنعة (و نقل) الأبى في كشف الرموز عن المفيد و الشيخ أنه لا بد في البيع عندهما من لفظ مخصوص كما ستسمعه إن شاء الله (و بهذا يبعد) ما فهموه من عبارة المفيد فلا تغفل و الرجل قريب العهد عارف بالأقوال من تلامذة المحقق و القول المذكور نقله في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين و هو السيد حسن بن السيد جعفر لكنه قال إنه يشترط في الدال كونه لفظا و هو خيرة الحدائق (و في الكفاية) أن قول المفيد غير بعيد و هو خيرة مجمع البرهان و المفاتيح و نقله في الحدائق عن الشيخ سليمان البحراني (و أنت) خبير بأنا لم نقف على مخالف و ما نسب إلى المفيد فقد صرح في المختلف بأن كلامه غير صريح و لا ظاهر فيه بل يتوهم ذلك منه فكيف يعد مثل ذلك خلافا و هؤلاء الذين تأخروا قد سبقهم الإجماع (و أما) المستفاد من إطلاق الكتاب و السنة من الدلالة على الانتقال و اللزوم فمختص بالعقود و ليس التراضي مع التقابض منها قطعا لغه و عرفا و الشك كاف جزما و منع تسمية ذلك بيعا حقيقة إجماعا كما في الغنية و الروضة و المسالك و قد سمعت المصرح بذلك و غاية العرف استعماله فيه (و لا ريب) في أنه مسامحة (من مسامحاته خ ل) و إلا فأهل العرف مطبقون على عدم المسامحة في البيوع (الأمور؟؟؟ خ ل) الخطيرة فلا يدخل تحت ما دل على حل البيع و دعوى أن ذلك من جهة الشرع مؤبده لنا و على تقدير تسليم ما في جامع المقاصد من أن المعاطاة بيع عند كافة الأصحاب و ما كان ليكون فأقصاه ثبوت الحلية و الملكية في الجملة و هو غير اللزوم الذي يدعونه (و ما ذكروه) من باقى أدلتهم التي رقوها إلى أربعة عشر دليلا فإنما غايتها كباقي الأدلة ثبوت إباحة التصرف و ليس



مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥٧

.....

فيها على اللزوم دلالة و لا إشارة فيما أفهم (و يستفاد) من أخبار معتبرة عدم الاكتفاء بمجرد القصد و الإشارة و أنه لا بد من اللفظ كقوله عليه السلام إنما يحرم و يحلل الكلام و هي و إن اقتضت عدم جواز التصرف لكنها معارضة بالسيرة المستمرة و الإجماع المعلوم و المنقول في الغنية و جامع المقاصد و غيرهما فلتحمل على اللزوم و على ما بعد الرجوع و هي و إن لم تكن دالة على اشتراط الألفاظ المخصوصة لكنها ليس فيها دلالة على الاكتفاء بذلك من دونها فهي مجملة لا يمكن الاستناد إليها نفيًا و لا إثباتًا في الألفاظ المخصوصة بكيفياتها المقررة و القائلون بأنها بيع لكن لا بد فيها من اللفظ كالسيد حسن و من وافقه من أهل البحرين يقولون إنها لو خلت عن اللفظ إنما تفيد جواز التصرف لا النقل كما حكاه صاحب الحدائق عنهم و اختاره (و حينئذ فيقال) له كيف تقول إنه يلزم المشهور أما فساد هذه المعاملة أو كونها بيعًا حقيقياً و قد لزمك مثله فيما إذا خلت عن اللفظ على أن للمشهور مندوحة عن ذلك (و ليعلم) أنه لا إشكال و لا خلاف عندهم في أنه لو تلفت العين من الجانبين صار لازماً و إنما الكلام في تلف أحدهما (ففي) الدروس و حواشي الكتاب للشهيد و التنقيح و جامع المقاصد و صيغ العقود و تعليق الإرشاد و الميسية و الروضة أنه كاف في اللزوم موجب لمملك العين الأخرى لمن هي في يده و هو ظاهر اللمعة (و في تعليق الإرشاد) أنه الأظهر بين عامة المتأخرين (و في جامع المقاصد) نسبه إلى جمع (و في الكفاية) قالوا إذا ذهبت لزمتم (و فيه نظر) «انتهى» و احتمل في المسالك عدم نظراً إلى بقاء الملك لمالكه و عموم الناس مسيطون على أموالهم ثم حكم بأن اللزوم أقوى (و في السرائر) إن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أولاً فلا خيار لأحدهما «فتأمل» (و في) تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و الروضة أن في معنى التلف نقلهما عن الملك بوجه لازم و تغييرهما إلى حالة أخرى كالحنطة تطحن مع احتمال العدم في الأخيرين (في الأخير) (و في) الأولين أن امتزاجها بغيرهما بحيث لا تتميز في معنى التلف (و فصل في المسالك فقال) إن كان بالأجود فكالتلف و إن كان بالمساوي و الأردى احتمل كونه كذلك لامتناع التراد على الوجه الأول و اختاره جماعة (قلت) لعله فهمه من إطلاقهم ثم احتمل العدم في الجميع لأصالة البقاء انتهى «فليتأمل» و ألحق في الميسية بالتلف تغيير صفتها كخياطة الثوب و صبغه و قصره (و استشكل في ذلك في المسالك و الروضة و قال) من تعرض لهذه الفروع إن لبس الثوب لا أثر له (و في المسالك) أن النقل إن كان جائزاً كالبصير في زمن الخيار فكاللزام على الظاهر و استظهر أيضاً أن الهبة قبل القبض غير مؤثرة مع احتمالها لصدق التصرف (قال) و أطلق جماعة أنها تملك بالتصرف (و في) جامع المقاصد و صيغ العقود و تعليق الإرشاد الاكتفاء بتلف بعض العين في اللزوم لامتناع التراد في الباقي لأنه يوجب تبعض الصفقة و للضرر و كأنه مال إليه في الروضة و تأمل فيه في المسالك لأن تبعض الصفقة لا يوجب بطلان أصل المعاوضة بل غايته جواز فسخ الآخر فيرجع إلى المثل أو القيمة (و أما الضرر) فمستند إلى تقصيرهما في التحفظ بإيجاب البيع ثم احتمل أن يلزم من العين الأخرى في مقابل التالف و يبقى الباقي على أصل الإباحة «انتهى كلامه فليتأمل فيه» و لا سيما الأخير و على تقدير الرجوع يأخذها بغير أجره و لو كانت قد نمت فإن كان باقياً رجع به و إن كان تالفاً فلا لتسليطه على التصرف بغير عوض كما في المسالك و الروضة لكن في الروضة أنه إن كان باقياً ففيه وجهان (قلت) وجه عدم الرجوع إنما يتحقق مع تلف العين لأنه يتحقق اللزوم بعد تلفها و النماء تابع لها في اللزوم و عدمه و هو ملحوظ و جيه (و في) الدروس و حواشي الكتاب و تعليق الإرشاد) أنه لا يشترط قبض العوضين بل يكفي قبض أحدهما فلو دفع إليه سلعة بثمن يوافقه عليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥٨

.....

من غير عقد فهلكت عند القابض لزمه الثمن المسمى و تأمل فيه في المسالك و الروضة لعدم صدق اسم المعاوضة لأنها مفاعلة تتوقف

على العطاء من الطرفين «انتهى» (و فيه) أن هذه التسمية لم ترد في نص حتى يحافظ على معناها و إنما وردت في كلامهم فلا وجه لترتيب الصحة على الإعطاء من الجانبين (اللهم) إلا- أن يدعى انعقاد الإجماع على هذا اللفظ و فيه بعد و في تعليق الإرشاد أن من المعاطاة الإجارة و نحوها بخلاف النكاح و الطلاق و نحوهما فلا تقع أصلا و في جامع المقاصد أن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة في الإجارة و كذا في الهبة و ذلك أنه إذا أمره بعمل على عوض معين عمله و استحق الأجره و لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل و لم يستحق أجره مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك و كذا لو وهب بغير عقد فإن ظاهرهم جواز الإتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز بل منع من مطلق التصرف و هو ملحوظ وجيه (انتهى) و في المسالك) بعد نقل ذلك كله أنه لا بأس به إلا أن في مثال الهبة نظرا من حيث أن الهبة لا تختص بلفظ و جواز التصرف في المثال المذكور موقوف على وجود لفظ يدل عليها فيكون كافيا في الإيجاب إلا أن يعتبر القبول القولى مع ذلك و لا يحصل في المثال فيتجه ما قاله (قلت) ظاهره في صيغ العقود اعتباره و في الدروس يشبه أن يكون من المعاطاة اقتضاء الدين العرض عن النقد أو عن عرض آخر فإن ساعره فذاك و إلا فله سعر يوم القبض و لا يحتاج إلى عقد و ليس لهما الرجوع بعد التراضى و في حواشى الكتاب لا يجوز لأحدهما أن يخرجها في زكاة أو خمس أو ثمن الهدى قبل التلف يريد تلف العين الأخرى و (قال) و يجوز أن يكون الثمن و المثلن مجهولين لأنها ليست عقدا و كذا جهالة الأجل (و قال) لو اشترى أمه بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن فإن وطئ كان بشبهة انتهى (فليتأمل) فيه و تجوز جهالة في الثمن و المثلن و الأجل مما يقضى بأنه لا يشترط فيها جميع الشروط المعتبرة في صحة البيوع سوى الصيغة (و قد يدعى) أن ظاهرهم ذلك لأن الظاهر منهم أنها معاوضة برأسها لكن في المسالك التصريح باشتراط ذلك (و قد يدعى) أنه ظاهر الأكثر لكن الظهور في محله التأمل لأن كثيرا من العبارات محتمل للأمرين و بعضها كادت تكون ظاهرة في الاشتراط ظهورا في الجملة فلتلحظ العبارات فإن الأمر كما قلناه و إنما المتيقن اشتراطه فيها عندهم هو رضاه كل من المتعاقدين و لو كانوا مطبقين على اعتبار جميع الشرائط ما صح للشهيد و هو أعلم بمرادهم تجوز جهالة فيما عرفت (فليتأمل) جيدا و بذلك ينحل ما أئزم به المشهور المولى الأردبيلي من لزوم كونها بيعا فاسدا (فليتأمل) (و دعوى) أنها مستثناة من بين البيوع بأن ترك الشرائط لا يوجب البطلان لاستمرار الطريقة عليها في الصدر الأول إلى الآن بعيدة جدا (فليتأمل) و هل تصير بيعا على تقدير لزومها بأحد الوجوه أو معاوضة برأسها (ففى) حواشى الكتاب أنها معاوضة برأسها إما لازمة و إما جائزة فقد جعلها أولا و آخرا معاوضة على حده و هو الظاهر من كلامهم (و قد) سمعت ما فى جامع المقاصد من أنها بيع و فى المسالك و الروضة على تقدير لزومها فيه وجهان من حصرهم المعاوضات و ليست إحداها و من اتفاهم على أنها ليست بيعا مع الألفاظ الدالة على التراضى فكيف تصير بيعا مع التلف (ثم قال) فى المسالك و تظهر الفائدة فى ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه و على تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاطاة أم من حين التلف كل محتمل (و يشكل الأول) بقولهم إنها ليست بيعا و الثانى بأن التصرف ليس معاوضة إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على أنها ليست لازمة أما خيار العيب و الغبن فيشتان على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٥٩

.....

التقديرين كما أن خيار المجلس منتف (انتهى) و هل يشترط فى المعاطاة عند المشهور جميع الشرائط المعتبرة فى صحة البيع ما عدا الصيغة أم لا يشترط فتفيد الإباحة و لو خلت عن اللفظ بالكليّة لو كان و لكن كان الثمن أو المثلن مجهولا أو الأجل إلى غير ذلك مما لا يعلم إلغاء الشارع له بالكليّة احتمالان أو قولان (و قضية) كلام الشهيد فى حواشيه عدم الاشتراط لأنه جوز جهالة فى الثمن و المثلن و الأجل و إطباق السلف و الخلف على تناول ما فى يد الصبى فيما كان فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية كبيعه للخبز و نحوه قاض بعدم الاشتراط إذ ليس ذلك إلا معاطاة و كذا إطباقهم على اشتراط التقابض فى الصرف قبل التفرق إلا أن يكون معاطاة فإنهم

صرحوا حينئذ بعدم الشرط و عدم اعتبار اللفظ فيها بالكلية على الظاهر هو الظاهر منهم حيث يعدون المفيد مخالفا و ينقلون عنه أنه لا يشترط اللفظ و ناهيك بقوله فى المفاتيح و قد يحصل باليد أخذاً و تسليمًا مع القرائن وفاقا لشيخنا المفيد (و قوله فى مجمع البرهان) يكفى كل ما يدل على قصد النقل مع الإقباض و حصول العلم بالرضا كما هو مذهب المفيد و يظهر منهم ذلك حيث يجعلونها معاوضة برأسها و فى صيغ العقود بعد أن اشترط الشرائط فى الصيغة (قال) فلو أوقع البيع بغير ما قلنا و علم التراضى منهما كان معاواة (و فى الروضة) لا تكفى الإشارة مع القدرة نعم تفيد المعاواة مع الإفهام الصريح و فى التذكرة لا تكفى الكتابة و لا الإشارة لإمكان العبث و هو يدل على أنه لو علم القصد يصح و كذا قوله فيها فى الكنايات لأنه لم يدر بما خوطب إذ قضيته أنه لو درى لصح و أكثر العبارات إنما نطقت بأنها لا تكفى المعاواة و فسروها بإعطاء كل من الشخصين المتاع على جهة المعاوضة و هذه ليست بظاهرة فى أحد الطرفين بل قد يدعى أنها فى عدم الاشتراط أظهر لمكان الإطلاق و نسبتهم بعد ذلك الخلاف إلى المفيد و عبارة المبسوط كادت تكون ظاهرة أو هى ظاهرة فى عدم الاشتراط (قال) بعد أن اشترط فى البيع تقديم الإيجاب إذا ثبت ذلك فكلما جرى بين الناس إنما هى استباحات و تراض دون أن يكون ذلك بيعا منعقدا مثل أن يعطى درهما للخبز فيعطيه الخبز أو قطعة للبقل فيناوله البقل و ما أشبه ذلك و لو أن كل واحد منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع (و مثله قال فى المبسوط) من دون تفاوت فتراه لم يتعرض لذكر لفظ أصلا و قريب منه ما فى الغنية إلا أنه قال فيها فيقول للخبز أعطني إلى آخره و كذا ما فى السرائر و قد سمعت بقية العبارات و ستسمع عبارة المفيد التى فهموا منها أنه لا يشترط لفظ و قد يقال أيضا إن قولهم لا تكفى المعاواة و لا الكتابة و لا الإشارة أن الكتابة و الإشارة تفيدان إباحة كالمعاواة كما نقلناه عن الروضة و قضية عبارة الغنية و قد أسمعناها أنه لو لم يجعل للمس و النبذ بيعا موجبا لصح معاواة فليتأمل فيه جيدا (و قولهم) لا ينعقد بدون العقد و إن حصلت أمانة الرضا و لا ينعقد بالكتابة و الإشارة قضيته أنها من واد واحد و كذا الحال فى قولهم لا ينعقد بالإشارة إلا مع العجز إلى غير ذلك من الإشارات و الأمارات الدالة على عدم اشتراط شىء فيها أصلا ما عدا العلم بالرضا و قصد النقل بأى نوع اتفق مع الإقباض فى الكل أو البعض فحيث يقصد النقل بالمعاواة الجامعة لما ذكرنا يصح بالكتابة و الإشارة و الكناية و تقديم القبول بلفظ الطلب كأن يقول معنى و غير ذلك و غيرهما و حيث يقصده أى النقل بالعقد الصحيح اللازم بمعنى أنه بدونها لا يكون راضيا بالتصرف لا يصح حينئذ مع اختلال شىء من الشرائط فلا يفيد ملكا و لا إباحة بل يكون بيعا فاسدا و يرشد إلى ذلك قول أبى الصلاح إذا كان البيع فاسدا مما يصح التصرف فيه للتراضى و هلك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦٠

.....

العين فى يد أحدهما فلا- رجوع (و قال) فى الدروس بعد نقله و لعله أراد المعاواة و العلامة فى المختلف لم يتعقبه إلا بأنه يصح الرجوع و يكون لمن تلفت سلعته القيمة «فليتأمل» و قولهم المقبوض بالبيع الفاسد لم يملك و يضمن لا ينافى ذلك كما ستسمع إن شاء الله تعالى و بهذا ينحل ما أُلزم به المشهور من وافق المفيد من متأخري المتأخرين من لزوم كونها بيعا فاسدا بناء على أنهم يشترطون فيها جميع الشرائط ما عدا الصيغة و قد عولوا فى ذلك على ما ذكره فى المسالك لأنه صرح باشتراط جميع ذلك و لم أجد من وافقه على ذلك ممن تقدم عليه و قد يشعر به ذكرهم المعاواة بعد اشتراط الإيجاب و القبول و بيانهم وقوع المعاواة فى الإجارة و الهبة و هو إشعار كان لا يكون إشعارا و سيأتى عند شرح قوله و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك ما يتضح به حقيقة الحال و أن القول بأنه يشترط فيها جميع شرائط البيع نادر ضعيف ثم إن عبارة المفيد التى فهموا منها عدم اشتراط لفظ هى هذه على ما فى المختلف البيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افتراقا بالأبدان «انتهى» و هذه العبارة موجودة فى المقنعة و أن كثيرا من عباراتهم مثلها فى ظهور عدم اشتراط اللفظ بل ربما كانت عباراتهم أظهر منها فى

ذلك وقد اكتفى بعضهم بالإشارة في إيجاب الوكالة حيث يقول وكتنتي في كذا فيقول نعم ويشير بما يدل على التصديق و اكتفى بعضهم أيضا بالكتابة في إيجابها و بالقبول الفعلي في قبولها فإذا أوجب بالإشارة و قبل بالفعل لا تكون عقدا قطعاً و جوزوا التصرف في مال القرض بدون العقد و الحال في الهدايا و إباحة الطعام غير خفي على أحد و جوزوا الضريبة و هو أن يعطى الإنسان النعم و البقر بالضريبة مدة من الزمان بشيء من الدراهم و الدنانير و قالوا إنها نوع معاوضة و صححوا القبالة أيضا و هو أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة بخرص معلوم و من قال بأن الإجازة في عقد الفضولي ناقلة من حينها قال بأنها بيع أو يلزمه ذلك (و في موضع من المبسوط) التصريح بأنها بيع و ستسمع إن شاء الله تعالى ما نحكيه عن كشف الرموز (و في التنقيح) أن من قال بأن الإجازة جزء الملك يلزمه وقوع البيع بالكناية و الغرض رفع استبعاد كون المعاظة تفيد إباحة في التصرف و أنها معاوضة برأسها (و أما) بيع الحصاة فقد فسروه بثلاثة تفاسير حكاهما الرافعي (أحدها) ما سمعته في الغنية و وجه بطلانها جعل النبذ و اللمس بيعة و عقدا موجبا للانتقال و اللزوم كما أشار إليه في الغنية (الثاني) أن يقول بعثك ثوبا من هذه الأثواب و ارم بهذه الحصاة فعلى أيها وقعت فهو مبيع و وجه بطلانه جهل المبيع (الثالث) أن يقول بعثك هذا على أنك بالخيار إلى أن أرمى بهذه الحصاة و بطلانه لإبهام مدة الخيار فقد كان معنى النهي عن هذه البيوع لا تعقدوا بالنبذ و لا باللمس كما كان أهل الجاهلية يفعلون (و مما ذكرنا) يظهر المراد في كلام الأستاذ الشريف دام ظله العالي في المصباح (حيث قال) لا ينعقد البيع بالإشارة و لا الكتابة و لا الصفقة و لا بمثل الملامسة و المنابذة و الحصاة و إن قرنت بما لا يقتضى تعليقا و لا جهالة فلا يفيد شيء منها ملكا و لا إباحة بالأصل و الإجماع و قصور الأفعال عن المقاصد الباطنية كالتملك و الإنشاء و الرضا و قصد البيع و غايتها الظن و لا يغني لعموم المنع منه في الكتاب و السنة و للاتفاق على توقف الأسباب الشرعية على العلم أو الظن المعتبر شرعا فلا يكفي مطلق الظن و لأن المعاملات شرعت لنظام أمر المعاش المطلوب لذاته و لتوقف أمر المعاد عليه و هي مشار الاختلاف و منشأ التنازع و التراجع فوجب ضبطها بالأمر الظاهر الكاشف عن المعاني المقصودة بها من العقد و الحل و الربط و الفك و إلا لكان نقضا للغرض الداعي إلى وضع المعاملة و إثباتها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦١

و لا الاستيجاب و الإيجاب و هو أن يقول المشتري بعنى فيقول البائع بعثك من غير أن يرد المشتري (١)

في الشريعة و القيم بذلك البيان المعبر عما في ضمير الإنسان و يردون غيره مما لا يبلغ كنه المراد أو لا يتيسر لأكثر الأفراد «انتهى» كلامه دامت أيامه (و أنت) إن أحطت خبرا بما تقدم لديك عرفت المراد من هذا الكلام و ما فيه و ما اشتمل عليه من التقريب إلى الأفهام «فتأمل» جيدا و في كشف الرموز أن من قال بصحة عقد الفضولي يلزمه أن يقول إن عقد البيع لا يلزم لفظا مخصوصا أعنى بعث بل كل ما يدل على الانتقال فهو عقد فلو التزم هذا القول تكون إجازة المالك عنده بمثابة عقد ثاني ثم نقل عن شيخه المحقق أن ليس للبيع عنده لفظ مخصوص و اختاره هو و نقل عن الشيخين أنهما يلتزمان ذلك و قضية كلامه أنه يصح بالكناية و الكتابة كما أشار إليه في التنقيح «فليتأمل» جيدا

(قوله قدس سره) (و لا الاستيجاب و الإيجاب و هو أن يقول المشتري بعنى فيقول البائع بعثك من غير أن يرد المشتري)

كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و الشرائع و التحرير و التذكرة و نهاية الأحكام و التلخيص و المختلف و الدروس و صيغ العقود و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد و في الأخير ظاهرهم أن هذا الحكم اتفقي و الإجماع ظاهر الغنية أو صريحها و في المسالك أنه المشهور و الحكم ظاهر كل من اشترط الإيجاب و القبول و الماضيوية فيهما «فتأمل» و في التذكرة لو قال المشتري بعد ذلك شريت أو قبلت صح إجماعا و في السرائر إذا قال بعنيه أو تبيعني أو بعنى أو اشتريت منك فقال صاحبه بعثك لم يصح حتى يقول المشتري بعد قول البائع اشتريت و كذا إذا قال البائع تشتري أو أبيعك أو اشتر مني لم يصح حتى يأتي البائع بلفظ الإخبار و الإيجاب و نحوه ما في نهاية الأحكام و قال فيما لو قال البائع اشتر مني كذا فقال المشتري اشتريت يظهر أن هذا أولى بالعدم لأن قول

المشترى بعنى موضوع للطلب و يصير من جهة الطلب مبتدأ و القبول مجيبا و قول البائع اشتر منى لم يوضع للبدء و لا للإيجاب و لا بد من بدء أو إيجاب انتهى «فتأمل» و فى التذكرة لو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول أ تبيعنى لم يصح إجماعا لأنه ليس بقبول و لا استدعاء و قال أيضا لو قال أبيعك أو قال اشتر لم يقع إجماعا و فى المختلف عن الكامل أنه صحح ما إذا قال المشتري بعنى هذا بكذا فقال البائع بعتك من غير أن يرد المشتري و فيه أيضا عن المهذب أنه صحح ما لو قال المشتري تبيعنى بكذا فقال البائع بعتك فقد جوزة بالأمر و المضارع و نفى عنه البأس فى مجمع البرهان نظرا إلى أنه عقد فيشملة عموم ما دل على لزوم الوفاء بالعقود (و فيه) بعد تسليم كون مثل ذلك عقدا أنا نشك فى دخوله تحت عموم قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إن كان للعموم لغة بناء على عدم حملها عليه من حيث خروج أكثر العقود «١» منها إجماعا فيكون الإجماع قرينه على كون العقود التى أمرنا بالوفاء بها هى كل ما كان متداولاً فى زمن الخطاب لا- مطلقا و كون ما نحن فيه من تلك غير معلوم فلم يصل إلينا ما يدل عليه أصلا فلزم الرجوع إلى الأصل و قد يقال إن تخصيص العموم بما ذكرت يستلزم الإجمال فى العموم فلا يتمسك به فى شىء مما عدا محل الوفاق

(١) لأنه لو كان المراد أوفوا بكل عقد عقدتم بأى نحو اخترعتم لزم أن لا يكون المعاملات على النهج المقرر فى الصفة من البيع و الصلح و الإجارة و غيرها مما هو مضبوط و إن قلت خرج ما خرج و بقى الباقي قلنا الباقي أقل قليل بل بمنزلة العدم (منه قدس سره) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦٢  
و لا بد من صيغته الماضى فلو قال اشتر أو ابتع أو أبيعك لم ينعقد و إن قبل (١)

و هو مخالف لطريقتهم بلا خلاف لأنهم لا يزالون يستندون إليه فى محل النزاع و الوفاق فالجمع بين الإجماعين أن نحمل العقود على أجناسها المتداولة المعهودة فى ذلك الزمان المضبوطة فى كتب الفقهاء فى هذا الزمان كالبيع و الإجارة و نحو ذلك مما علمت ماهيته و شك فى صحته لشرط و نحوه لا خصوص أشخاص كل عقد عقد متداول فيه مع كفياتها المخصوصة و شروطها لما عرفت من المحذور (فعلى) هذا نقول بالجواز فى كل عقد لم ينعقد على عدم الانعقاد به الإجماع أو يقوم عليه دليل غيره و فيما عدا ذلك نحكم بالصحة و عدم اشتراط شىء أما الصحة فلأمر بوجود الوفاء و إلا لما أمر (و أما) عدم الشرط فللعموم و الإطلاق (و لكن) يشكل الاستدلال بها على العقود الجائزة لعدم وجوب الوفاء بها إلا أن يقال فإنه يجب الوفاء بمقتضاها فى موضع يثبت المقتضى و لا يمكن الاستدلال بها على صحة العقد الذى لا يمكن الوفاء به و لا يستدل على صحة عقود الصبيان «فتأمل» «١» و ما (نحن فيه) على تقدير كونه عقدا مما قام الإجماع على عدم الانعقاد به (و مما) ذكر يعلم الحال فى اعتبار العريية و الماضوية و تقديم الإيجاب على القبول إذ قضية الأصل و وجوب الإتيان بكل ما اختلف فى اعتباره من عريية و ماضوية و غيرهما فى سائر العقود و قضية ما ذكرناه من لزوم الإجمال و غيره هو الجواز بالجميع ما لم يقيم الإجماع على عدمه (وقد) يفهم من الشرائع و التذكرة و تعليق الإرشاد و غيرها أن ما نحن فيه ليس عقدا (حيث قال) فى الأول لأن ذلك أشبه بالاستدعاء و فى الثانى لاحتمال أن يكون غرضه استبانة رغبة البائع و فى الثالث لانتفاء القبول فلا يكون العقد لازما «فليتأمل»

(قوله قدس سره) (و لا بد من صيغته الماضى فلو قال اشتر أو ابتع أو أبيعك لم ينعقد و إن قبل)

اشتراط الماضوية فى الإيجاب و القبول خيرة الوسيلة و الشرائع و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و المختلف و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و التنقيح و صيغ العقود و تعليق الإرشاد و الروضة و المسالك (وقد) سمعت ما فى السرائر و نهاية الأحكام كما سمعت إجماع التذكرة و عبارة جامع المقاصد كعبارة الكتاب ليست نصه فى اشتراطها فيهما لكن لا ريب فى أنهما يشترطانها فيهما و الاشتراط المذكور هو المشهور كما فى مجمع البرهان و المفاتيح و نسبه فى المختلف إلى الشيخ و ابن حمزة و نقل الخلاف عن القاضى فى الكامل و المهذب و لم أجد فى الخلاف و المبسوط و الغنية تصريحاً بذلك لكنه قد يفهم ذلك مما مضى من كلام

الشيخ و أبى المكارم فى المسألة السابقة و قد ورد فى بيع الآبق و اللبن الإيجاب بلفظ المضارع (قال عليه السلام) تقول أشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما و نحوه ما ورد فى اللبن «فتأمل» و فى حواشى الشهيد قال عميد الدين يشترط فى سائر العقود و النذور و العهد و اليمين وقوعها باللفظ العربى و فى جامع المقاصد يشترط وقوع القبول على الفور عادة من غير أن يتخلل بينهما كلام و وقوعها بالعربية مراعى فيها أحكام الإعراب و البناء و كذا كل عقد لازم لأن الناقل هو الألفاظ المخصوصة و معلوم أن العقود الواقعة فى زمن النبى صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمة عليهم السلام إنما كانت بالعربية و نحوه ما فى صيغ

(١) ليس المراد من الأمر وجوب نفس العقود و لا وجوب الالتزام بها أبدا لجواز الفسخ فى اللازم بل المراد من الإيفاء الجرى على حكمها و العمل بمقتضاها و لا ينافى وجوب الإيفاء كون بعض العقود جائزا (منه)  
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦٣  
و لا تكفى الإشارة إلا مع العجز (١)

العقود (و قد يقال) إن ما كان فى زمانهم عليهم السلام إنما كان من حيث إن محاوراتهم و محادثاتهم كانت على ذلك فى عقد كان أو غير عقد فهو من قبيل الجبله التى طبعت عليها ألفاظهم و ألسنتهم فاشترط ذلك يحتاج إلى دليل «فتأمل» و الحاصل أنه إن كان الإجماع منعقدا على اشتراط الماضوية كان الإجماع قرينه على عدم تسمية الخالى عنها عقدا فى زمانهم عليهم السلام و إلا فالشبهة معلومة و منقولة فيحصل لنا بسببها الشك فى كونه عقدا فى ذلك الزمان و الشك كاف فى المقام و كون ذلك عقدا الآن لا يجرى كما هو الشأن فى المكيل و الموزون «فتأمل جيدا» و يأتى الكلام فى اشتراط العربية  
(قوله قدس سره) (و لا تكفى الإشارة إلا مع العجز)

كما فى التذكرة و هو معنى قوله فى الشرائع يقوم مقام اللفظ الإشارة مع العذر و قوله فى الإرشاد و لو تعذر النطق كفت الإشارة و قوله فى التحرير لا تكفى الكتابة و لا الإشارة مع القدرة و تجزى الأخرس و شبهه الإشارة و قولهما فى اللمعة و الروضة تكفى الإشارة مع العجز عن النطق لخرس و غيره و لا- تكفى مع القدرة و فى نهاية الأحكام يصح بيع الأخرس و شراؤه مع انضمام القرينة فقد اعتبر انضمام قرينة تدل على رضاه و نحوه ما فى الدروس و المسالك من تقييد الإشارة بالمفهمه و نحوه ما فى صيغ العقود حيث قال تكفى إشارة الأخرس الدالة على إرادته صيغ العقود و الإيقاعات و يترتب عليها أثرها و ذلك مراد الجميع و إلا فلا فائدة فى الإشارة من دون إيفاء و فى كشف اللثام فى كتاب النكاح لو عجز أشار بما يدل على القصد و هو مما قطع به الأصحاب و لم نجد نصا من الأصحاب فىمن عجز لإكراه «أنتهى» و عدم كفايتها اختيارا هو مراد كل من اشترط الإيجاب و القبول (و أما الكتابة) فكالإشارة كما فى التحرير و غيره و فى نهاية الأحكام لا تنعقد بالكتابة سواء كان المشتري حاضرا أو غائبا نعم لو عجز عن النطق و كتب أو أحدهما و انضم إليه قرينة إشارة دالة على الرضا صح و نحوه قوله فى الدروس و لا الكتابة حاضرا كان أو غائبا و تكفى لو تعذر النطق مع الأمانة و فى التذكرة لا تكفى الكتابة لإمكان العبث (و قد طفحت) عباراتهم بأن العاجز عن النطق لمرض و شبهه كالأخرس و صريح جماعة كما هو ظاهر آخرين أن ذلك فى الإيجاب و القبول و هو مما لا- ريب فيه و فى الروضة أنه لو أشار مع القدرة أفادت معاطاة مع الإفهام الصريح (و قد) تقدم الكلام فى ذلك بما لا مزيد عليه فى مبحث المعاطاة (و لا يجب) التوكيل و لا تحريك اللسان بقدر ما يمكن و لا الإشارة بالإصبع لأن المدار فى العقود على تحصيل الرضا و لا كذلك القراءة فى الصلاة فيكتفى هنا بما يدل على الرضا و يجوز بغير العربية للعاجز عنها و لو بالتعلم بلا مشقة و لا فوت غرض مقصود للأصل فى الجميع و الإجماع إن كان إنما انعقد على المختار القادر و لا نص بالأمر بالعربية و لو كان اللفظ واجبا مطلقا لوجب على الأخرس الإتيان بالمقدور كتحرريك اللسان و الإشارة بالإصبع كما قيل مثله فى الصلاة و لم يشر أحد إلى شىء من ذلك «فتأمل» و قد نص المحقق الثانى على عدم التوكيل فى العاجز عن

العربية (قال) يجوز لمن لا- يعلم الإيقاع بمقدوره ولا- يجب التوكيل للأصل نعم يجب التعلم إن أمكن من غير مشقة عرفا (و قال) الشهيد في حواشيه قال فخر الدين إذا لحن الموجب أو القابل في العقود فإن قال بعتك بفتح الباء أو زوجتك أو غير ذلك فإنه يصح إذا لم يكن عارفاً أو كان عارفاً وقصد الإيجاب و لو قال جوزتك في النكاح لم يصح فإن لم يتمكن من التعليم و لا أن يوكل و عين بهذا اللفظ صح و كذا في القبول و في الطلاق لو عقد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦٤

و في اشتراط تقديم الإيجاب نظر (١)

القاف كافا فإنه لسان ورد في اللغة فيصح و إن أمكنه النطق بغيره انتهى «فتأمل» و لم ينص أحد على وجوب التوكيل في الأخرس و لا احتياط به (و قد) استدلت في تعليق الإرشاد و جامع المقاصد على اعتبار العربية و مراعاة الأعراب بالتأسي و زاد في الأول بأن إيقاع العقد بلفظ غير الماضي غير صحيح مع أنه عربي اتفاقاً فغير العربي بطريق أولى (و فيه) أنه يمكن أن يكون العربي الغير الماضي أبعد بالنسبة إلى مقصود البيع من غير العربي فيكون غير العربي صحيحاً و العربي الغير الماضي فاسداً بل قد نقول إذا لم يكن قادراً على الماضي يجوز بغير العربية و لا يجوز بغير الماضي «فتأمل جيداً» (و قد) علمت حال الاستدلال بالتأسي من أن ذلك طبيعة لهم و جيلة «فليتأمل» و الحاصل أن الذي قطع به الأصحاب كما في كشف اللثام أنه يجوز بغير العربية للعاجز عنها و لو بالتعلم بلا مشقة و لا فوت غرض مقصود و كذا عن التوكيل على قول و الأصل يدفع هذا القول و الفهم من فحوى الاجتزاء بإشارة الأخرس و عدم النص بالأمر بالعربية مع رفع الحرج و المشقة و المصرح باشتراط العربية في المقام الشهيد في الروضة و المحقق الثاني في جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و صيغ العقود و زاد فيها مراعاة الأعراب و البناء و في الثلاثة أيضاً و نهاية الأحكام و الدروس مراعاة فورية القبول عرفاً (و قد) سمعت ما في حواشي الشهيد و في صيغ النكاح الإجماع على عدم الصحة بغير العربية مع القدرة حكاية الشيخ في المبسوط و المصنف في التذكرة و خالف ابن حمزة فاستحبها لأنه من الألفاظ الصريحة المرادفة للعربية و الكبرى ممنوعه و الصيغة إنما تعتبر في البيع المستقبل أما البيع الضمني فلا تعتبر فيه الصيغة المذكورة و يكفي فيها الإيجاب و القبول كما في التذكرة و نهاية الأحكام (قوله قدس سره) (و في اشتراط تقديم الإيجاب نظر)

كما في الإرشاد و قال في المختلف و الأشهر اشتراطه و نسبه فيه كولده في شرح الإرشاد إلى الشيخ في المبسوط و الموجود فيه و إن تقدم القبول فقال بعينه بألف فقال بعتك صح (و الأقوى عندي) أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت (انتهى) و لو لم يسمه قبولا- متقدماً لأمكن أن نقول إن حكمه بعدم الصحة لمكان الاستيجاب و الاستدعاء كما تقدم لأن محل النزاع ما إذا قال المشتري اشتريت أو نحوه فيقول البائع بعت لكن التسمية المذكورة و تفرقة في المقام بين البيع و النكاح جوزتا للمصنف نسبة ذلك إليه و إلا- فتلك العبارة بعينها موجودة في الغنية لكنها خالية عن القرينتين فلذلك لم ينسب ذلك إليها (قال) في الغنية و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري تحرزا من القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و هو أن يقول بعينه بألف فيقول بعتك فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت أو قبلت «انتهى» فلم يكن مصرحاً بشيء لكن ظاهره العدم على تأمل فيه و الاشتراط خيرة الخلاف أيضاً و الوسيلة و السرائر و هو ظاهر شرح الإرشاد لفخر الإسلام و في التذكرة و الإيضاح و التنقيح أنه الأقوى و في جامع المقاصد و صيغ العقود أنه الأصح و في تعليق الإرشاد أنه الأظهر (و قد) نسب في غاية المراد و المسالك إلى الخلاف دعوى الإجماع و هو وهم قطعاً لأنني تتبعت كتاب البيع فيه مسألة مسألة و غيره حتى النكاح فلم أجده ادعى ذلك و إنما عبارته في المقام توهم ذلك للمستعجل و هي قوله دليلنا أن ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به و ما ادعوه لا دلالة على صحته إلا أن يريد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦٥

أنه استدلل بأنه مجمع عليه (و قد احتجوا) على ذلك بأن الأصل عدم العقد و الأصل بقاء الملك و أن القبول إضافة فلا يصح تقدمها على أحد المضافين و أن القبول فرع الإيجاب و إلحاقه بالنكاح قياس لمكان الحياء فى النكاح و أن لفظ بعثك معوض و مورد اشترت عوض و العوض فرع المعوض طبعاً فينبغى تقديمه وضعا (و فيه) أنه لا- ريب أنه عقد كما اعترفوا به فى النكاح و صرح به جماعة فى المقام فدخل تحت عموم قوله عز و جل **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قد قدمنا وجه الاستدلال بالآية بما لا مزيد عليه فانقطع الأعلان و العوضيه من الأمور الإضافية المتعاكسة فلا مزيه لأحدهما بالاختصاص كذا أجاب الشهيد عن هذا فى حواشى الكتاب و الإضافة و الفرعية غير ظاهرتين فى غير قبلت و إلا- لما صح ذلك فى النكاح لأن ظاهرهم أن التبعية عقلية فلا اعتبار حينئذ للحياء نعم هما ظاهرتان فى لفظ قبلت و لا نزاع فيه كما صرح به جماعة و لهذا لو أتى البائع بلفظ قبلت و نحوه لم ينعقد لا للتقديم بل لعدم صحة هذا اللفظ و إنما النزاع كما فى الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و هو الذى نبه عليه فى نهاية الأحكام و كشف اللثام فى باب النكاح فيما إذا أتى المشتري بلفظ ابتعت أو اشترت و نحو ذلك بحيث يشتمل على جميع ما يعتبر فى صحة العقد فى صورة تقديم الإيجاب فحينئذ يمكن أن يقال إنه يصير المشتري موجبا و البائع قابلا كما فى مجمع البرهان أو يقال إن تبعية القبول للإيجاب إنما هى على سبيل الفرض و التنزيل لا تبعية اللفظ اللفظ حتى يمتنع التقديم عقلا و لا القصد القصد (فإنه) ربما انعكس الأمر و إنما هى بأن يجعل القابل نفسه متناولاً ما يلقى إليه من الموجب و الموجب مناوئاً كما يقول السائل منشئاً أنا راض بما تعطينى و قابل لما تمنحنى فهو متناول قابل قدم إنشائه أو أخره (و هذا) قد ذكره الأستاذ دام ظله منذ سنين فكان الأقرب عدم الاشتراط كما هو ظاهر الغنية و غيرها مما لم يتعرض فيه لهذا الشرط على تأمل فى ذلك و هو المنقول عن القاضى و فى الشرائع أنه أشبه و فى نهاية الأحكام و الميسية و المسالك أنه الأقوى و هو خيرة الشهيد فى حواشيه و فى التحرير و الدروس و الكفاية أنه الأقرب و فى اللعة و الروضة أنه لا يشترط تقديم الإيجاب و إن كان تقديمه أحسن و فى مجمع البرهان أنه الأظهر و فى غاية المراد أن كلام الشيخ يشعر بأنه لو قدم القبول فأتبعه البائع بالإيجاب ثم أعاد المشتري القبول أنه يصح قال فإن أراد به مع ذكر الثمن فى طلب العقد فمسلم و إلا فممنوع إذ ذكره فى القبول المقدم لا- أثر له «انتهى فتأمل فيه» (و اشترط) جماعة منهم المصنف فى نهاية الأحكام و الشهيد و المقداد و المحقق الثانى أن لا يتأخر القبول بحيث لا يعد جواباً (قالوا) و لا يضر تخلل آن أو تنفس أو سعال (قلت) هو مما لا ريب فيه و اشترط فى التذكرة و نهاية الأحكام أن يكون الإيجاب و القبول منجزين (قال) فلو علقه على شرط لم يصح و لو علقه على مشيئة المشتري بأن قال بعثك هذا بألف إن شئت فقال اشترت لم ينعقد أيضاً كما لو قال إن دخلت الدار (و احتمال) فى هذا فى نهاية الأحكام الصحة لأن هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد فإنه لو لم يشأ لم يشتر (و قال فى التذكرة) إنه أظهر وجهى الشافعية و رده و قال فى نهاية الأحكام الحق الأول لأنه حالة الإيجاب غير عالم بحاله يعنى أنه جاهل بشيئة حالة العقد و بقائها مدته (و فى تمهيد القواعد) دعوى الإجماع على عدم صحة العقود على الشرط و قد تلوح هذه الدعوى من كشف اللثام و علل فى التمهيد و قواعد الشهيد بأن الانتقال مشروط بالرضا و لا رضا إلا مع الجزم و لا جزم مع التعليق لأنه معرضة عدم الحصول قالا و لو قدر علم حصوله كالمعلق على الوصف الذى يعلم حصوله عادة كطلوع الشمس لأن الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه و أفراده اعتبار بالمعنى العام

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦٦

و لا بد من التطابق بين الإيجاب و القبول (١) فلو قال بعثك هذين بألف فقال قبلت أحدهما بخمسائة (٢) أو قال بعثكما هذا بألف فقال أحدهما قبلت نصفه بنصف الثمن لم يقع (٣)

دون خصوصيات الأفراد كما فى نظائره من القواعد الكلية المعللة بأمر حكيمية تتخلف فى بعض موارد الجزئية (ثم قال) الشهيد فى قواعدهِ فإن قلت فعلى هذا يبطل قوله فى صورة إنكار التوكيل إن كان لى فقد بعته منك (قلت) هذا تعليق على واقع لا على متوقع



الحصول فهو علة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع و كذا القول لو كان فى صورة إنكار وكالة الترويج أو إنكار الترويج و تدعيه الزوجة فإنه يصح أن يقول إن كانت زوجتى فهى طالق (انتهى) فعلى ما ذكره من المصاحبة يصح ما إذا قال بعتك إن كان زيد موجودا حاضرا و هو موجود حاضر (و لعل) الأولى أن يقال إن التعليق إنما يصح إذا كان مقارنا مقوما مكملا و المقارنة وحدها غير كافية و الأصل فى المسألة الإجماع و إلا فالتعليل عليل هذه الوصية تقبله و كذا الظهار يقبله على قول جماعة مع أنه إنشاء كالطلاق الذى لا يقبله إجماعا و هذه الأوامر كلها تقبل التعليق و المهم تأصيل الأصل فيمكن أن يقال إن العقود و الإيقاعات ألفاظ متلقاه و الأصل عدم قبولها التعليق إلا ما خرج بالدليل كالظهار إن قلنا به و الوصية و العتق على احتمال (و فيه ما فيه) و يمكن أن يقال الأصل فيها قبول الشرط و التعليق لكونه عقدا إلا ما خرج بالدليل كالبيع و الصلح و الإجارة و الرهن (فليتأمل جيدا) و يشترط فى البيع أن لا يكون موقتا لأنه لا يقبل التوقيت كما تقبله الإجارة فإنه يصح أن يؤجرهم بعد سنة و لا يصح أن يبيعه كذلك (قوله قدس سره) (و لا بد من التطابق بين الإيجاب و القبول)

أى على الوجه المخصوص الذى تدل عليه باقى الأحكام لا مطلق التطابق للاتفاق على أنه لو قال بعتك فقال اشتريت صح للتطابق و كذا قال فى جامع المقاصد (و قد نبه) على ذلك فى نهاية الأحكام (و قال) جماعة لو قال زوجتك فقال قبلت النكاح صح للتطابق فى المعنى (و إنما) اعتبروا التطابق لتحقيق التراضى المقصود بالذات من العبارات و مع عدمه لا يعلم توافق القصدتين إذ الظاهر خلافه (و الثانى) منهما تقرير للأول بجميع ما يعتبر فيه فلو انتفت المطابقة لم يعد قبولا لإيجاب و لا إيجابا لقبول (فتأمل) و المصرح باشتراط التطابق جم غفير كما ستعرف

(قوله قدس سره) فلو قال بعتك هذين بألف فقال قبلت أحدهما بخمس مائة)

أى لم يصح كما فى المبسوط و الدروس و جامع المقاصد و احتمال فى الأخير الصحة لأنه فى قوة عقدين و من ثم افترقا فى الشفعة لو اختصت بأحدهما (ثم قال) و ليس بشيء لأن ذلك حق ثابت فى البيع بالأصله و رضاهما محمول عليه بخلاف ما هنا لأن رضا البائع إنما وقع على المجموع بالمجموع و فى الدروس و أولى بالبطلان ما لو قال بعتكما العبدتين بألف فقبل أحدهما بخمس مائة «انتهى» و فى المبسوط أنه لم يجز إجماعا و الوجه فى ذلك أن الإيجاب لم يقع للقبول إلا عن نصف العبد لمكان الإشاعة (و قال) فى المبسوط فلو قال قبلت نصف أحد العبدتين بحصة من الثمن لم يصح إجماعا لأن حصته مجهولة «انتهى» (و منه) يعلم حال ما إذا قال قبلت نصفهما بنصف الثمن (و قال فى المبسوط) إذا قال بعتك هذين العبدتين بألف فقال قبلت نصف هذين العبدتين بخمس مائة لم يصح

(قوله قدس سره) (أو قال بعتكما هذا بألف فقال أحدهما قبلت نصفه بنصف الثمن لم يقع)

كما فى المبسوط و الخلاف و نهاية الأحكام و التلخيص و هو المنقول عن القاضى و استشكل فيه فى التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦٧

و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك و ضمن (١)

ثم إنه قرب الصحة و ثبوت الخيار للبائع و فى المختلف أنها الأقوى (أما) الصحة فلأن البائع إنما قصد تملك كل واحد منهما نصف المبيع و قد أتى باللفظ الدال عليه وضعا فيجب الحكم بالصحة كما لو قال بعتكما هذا العبد بألف نصفه منك بخمس مائة و نصفه من هذا بخمس مائة فإنه يجوز عندهما يريد الشيخ و القاضى و لا فرق بينهما (و أما) ثبوت الخيار فلأن البائع قصد تملك كل واحد بشرط تملك الآخر فإذا فقد الشرط و جب له الخيار انتهى (و أنت خبير) بأنهم إنما اعتبروا التطابق لتحقيق التراضى إذ مع عدمه لا يعلم توافق القصدتين و قد اعترف بأن البائع قصد تملك كل واحد بشرط تملك الآخر و قد فقد الشرط فلم يعلم الرضا مع فقدته فلم ينعقد و دعواه على الشيخ و القاضى أنهما يجيزان ما مثل به حيث يقبل أحدهما و يمتنع الآخر كما هو الموافق لمحل الفرض فكأنها لم

تصادف محزها لأن الشيخ في المبسوط ذكر للمسألة فروعا كثيرة و لم يذكر ذلك بل قضية كلامه عدم جوازه لما قلناه (و إن) أراد بالمشال حيث يقبلان خرج عما نحن فيه (فليتأمل) و لنذكر بقية فروع المبسوط (قال) و إن قال واحد لرجلين بعثكما هذين العبدین بألف درهم هذا العبد منك و هذا العبد من الآخر فقبله أحدهما بخمسائة لم يصح لأنه قبله بثمن لم يوجب له لأن الألف مقسومة على قدر القيمتين لا على عددهما و هو إجماع (و قال أيضا) و إن قال لرجل بعثك هذين العبدین بألف درهم فقال قبلت البيع صح و إن جهل ما يقابل كل واحد من العبدین من الألف لأن ذلك صفقة و الثمن في الجملة معلوم و إذا باعها من رجلين كان ذلك صفتين فيجب أن يكون الثمن معلوما في كل واحد منهما و إذا قال بعثكما هذين العبدین هذا العبد منك بخمسائة و هذا الآخر منك بخمسائة صح لأنه قد حصل ثمن كل واحد معلوما و نظره في المختلف إلى هذا الفرع و كلام الشيخ فيه في مقام آخر مع فرض قبولهما كما هو الظاهر لمن تأمل «فليتأمل» و قال في نهاية الأحكام لو قال بعثك هذا بألف فقال قبلت نصفه بخمسائة و نصفه بخمسائة احتمل الصحة لأنه تصريح بمقتضى الإطلاق و لا مخالفة و ترتبه على أن تفصيل الثمن هل هو من موجبات تعدد الصفقة و البائع هنا أوجب بيعه واحدة و القابل قبل يبعين لم يوجبها البائع ففيه مخالفته (ثم قال) و لو قال بعثك بألف فقال اشترت بألف و خمسمائة احتمل عدم الانعقاد لأن كلا منهما لم يخاطب صاحبه و ثبوته لوجود الصيغة و الظاهر أن في النسخة في المقام سقطا لأن الكلام غير ملتئم فلا بد من ملاحظة نسخة أخرى

(قوله قدس سره) (و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك و ضمن)

هذان الحكمان مما قد طفحت به عباراتهم و في غضب المسالك الاتفاق على أنه يضمن و في غضب جامع المقاصد لا إشكال في أنه مضمون و في غضب الكفاية أنه مقطوع به في كلام الأصحاب «لكنه» بعد ذلك قال في تعليقه نظر «و قد» نقل الإجماع في عدة مواضع على عدم الملك و عدم جواز التصرف و نفوذه «قال في التذكرة» البيع الفاسد لا يفيد ملكية المشتري للمعقود عليه سواء فسد من أصله أو باقتران شرط فاسد أو بسبب آخر و لو قبضه لم يملكه بالقبض و لو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع «و في» كشف الحق ذهب الإمامية أن الشراء الفاسد لا يملك بالقبض و لا ينفذ عقده و لا يصح شيء من تصرفه «ثم» نسب الخلاف إلى أبي حنيفة و في جامع المقاصد لا ريب أنه مضمون عليه كالصحيح و إذا علم بالفساد لم يجز له التصرف عندنا لأنه فرع الملك و لم يحصل و كذا كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦٨

.....

(و قال) في المختلف إذا اشترى جارية يبيعا فاسدا فوطئها فإنه لا يملك و وجب عليه ردها و عليه إن كانت بكرا عشر قيمتها و نصف العشر إن كانت ثيبا ثم استدلل على ذلك بإجماع الفرقة و أخبارهم (و قد) صرح فيه في عدة مواضع كالمبسوط في الباب و باب الغصب بأن المقبوض بالعقد الفاسد لا يملك و لا يصح شيء من تصرفه فيه و في السرائر أن البيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرى الغصب و الضمان (و في المسالك) لا إشكال في الضمان إذا كان جاهلا بالفساد لأنه قدم على أن يكون مضمونا عليه فيحكم عليه به و إن تلف بغير تفريط و موضوع المسألة ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة أو اشتبه الحال و في الظن في الرضا بدونها (ل) إشكال فإذا انتفت الصحة انتفت الإذن لترتيبها على زعم الصحة فكان التصرف حينئذ تصرفا بغير إذن و أكل مال بالباطل لانحصار وجه الحل في كون المعاملة يبيعا أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض و الأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض و كذا البواقي للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل فالرضا المتقدم كالعدم فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمر رضاها فلا كلام في صحة التصرف و رجعت إلى المعاطاة كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأي نوع اتفق سواء صححت المعاملة أو فسدت فإن ذلك ليس من البيع

الفاقد فى شىء كما بينا ذلك فى مبحث المعاطاة و أقمنا عليه الشواهد و البراهين التى ترد بالمتأمل على اليقين و يزيد هنا ما يظهر من تعليقاتهم و تشهد به مطاوى كلماتهم (قال فى التذكرة) فيما إذا كان المبيع بالبيع الفاسد جارية فوطئها عالما بالفساد أنه يجب عليه (المهر) ثم استشعر اعتراضا فقال كيف يجب المهر مع أن السيد أذن فى الوطاء و معلوم أن السيد لو أذن فى وطاء جاريته لم يجب (المهر) و أجاب بمنع حصول الإذن من السيد لأنه إنما ملكه الجارية و التمليك إذا كان صحيحا تضمن إباحة الوطاء و إذا كان فاسدا لم يتجه فلم يسقط بذلك ضمانه (انتهى) و قضيته أن الإذن إنما كان بشرط الملك المترتب على صحة العقد و معناه ما قلنا من أن البناء على العلم بعدم الإذن إلا بزعم صحة العقد (فليتأمل) إلى غير ذلك مما سنشير إليه (و الحاصل) أنه حيث يكون منشأ الفساد و عدم العقل أو البلوغ أو الرشد أو الاختيار أو القصد أو عدم الملك على بعض الوجوه فلا-ريب أنه لا يفيد إباحة و لا يكون من المعاطاة فى شىء لعدم المال أو عدم التسلط عليه أو عدم إرادة التسليط و أما حيث يكون المنشأ عدم تحقق شرائط الصيغة أو عدم المعلوماتية فى المبيع كما إذا بيع المكيل أو الموزون أو المعدود جزافا أو بيعت العين من دون مشاهدة أو وصف رافع للجهالة أو من دون اختبار الطعم أو الريح فيما يراد منه ذلك أو بيعت المجهولة من دون ضميمه يصح البيع معها أو عدم المعلوماتية فى الثمن كعدم تقديره كأن يناط بحكم أحدهما أو عدم تعيينه أو تعيين جنسه أو وصفه و نحو ذلك و حصل القبض و علم أن الرضا من الطرفين غير مبنى على زعم صحة المعاملة فإنه يكون معاطاة مفيدا لإباحة التصرف كما يظهر منهم فى مطاوى هذه الشروط و غيرها و القول بأنه يشترط فيها جميع شرائط البيع إلا الصيغة ضعيف نادر كما عرفته فى محله فكان العقد الفاسد الذى يستلزم الضمان و عدم جواز التصرف ما عدم أحد الأمور الستة أو علم فيه أو ظن عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة أو اشتبه الحال و الوجه فى الأول ظاهر كما عرفته (و الوجه فى الثانى) عدم الإذن كما أوضحناه آنفا و فيه مفتح و بلاغ مضافا إلى ما حكى من الإجماع (و قد استدلوا عليه) بالخبر المشهور (و هو قوله) عليه السلام على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٦٩

.....

اليد ما أخذت حتى تؤدى و القاعدة المشهورة و هى كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (إذا تقرر هذا) فإن كانا جاهلين بالفساد فلا إشكال فى ضمان كل منهما ما صار إليه لأنه إنما وقع الرضا على زعم الصحة كما أنه لا إشكال فى إباحة التصرف و عدم الضمان إذا كانا عالمين بالفساد و كان من نيتهما المعاطاة (و أما) إذا علم أحدهما و جهل الآخر فلا ريب فى ضمان غير الجاهل مال الجاهل و إطلاق المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف و السرائر و الشرائع و سائر ما تأخر عنها منزل على ذلك و إن كانت قضية الإطلاق الضمان مطلقا كما قواه فى المسالك (فليتأمل) فى ذلك (و قد قوى) فى مجمع البرهان فى صورة الجهل عدم الضمان (ثم قال) و مع علم الآخر أقوى (و أنت) قد عرفت الحال و يرجع به و بزوائده متصله كالسمن و منفصلة كالولد و بمنافعه المستوفاة و غيرها كما فى المبسوط و غيره و المخالف ابن حمزة (قال فى التنقيح) و أما منافعه فهى مضمونة مع التفويت خلافا لابن حمزة محتجا بأن الخراج بالضمان و نقض بالغاصب مع ضمانه قطعا (و أما) مع الفوات فوجهان من أصالة البراءة و من أنها منافع عين مضمونة فيضمن و تمام الكلام فى باب الغصب و يجب على البائع أن يرد على المشتري ما زاد بفعله إذا كان القابض جاهلا بالفساد كما هو خيرة المقنعة و النهاية بل هو الأشهر و هو خيرة الكتاب فيما يأتى و المحقق فى الشرائع و النافع و التذكرة و كشف الرموز و المختلف و جامع المقاصد و غيرها و قوله فى التحرير و فى السرائر أن الزيادة إن كانت عين مال كان للمشتري أخذها و إن كانت فعلا سواء كانت صبغا أو صنعة لم يكن له الرجوع على البائع بشىء (و فيه) أن المشتري مغرور فيرجع على الغار و قد ذكروا ذلك فيما إذا باع بحكم أحدهما أو أجنبى فيكون شريكا بقدرها حيث لا يمكن ردها كما إذا كانت صبغا أو تعليم صنعة فتقوم العين بلا زيادة مرة و معها أخرى فيشاركه القابض بمقدار التفاوت فتكون الزيادة مختصة بالقابض إذا لم يكن للهيئة

الاجتماعية مدخلية (و يحتمل) أن ينسب قيمة العين الزائدة و أجره عمله إلى قيمة العين الخالية و يكون القابض شريكا للمالك بتلك النسبة فى قيمة المجموع فالزيادة بينهما بنسبة رأس مالهما أى رأس مال المالك و مال القابض و أجره عمله هذا إذا كانت زائدة على قيمة العين و عين القابض و أجره عمله منفردين بأن يكون للاجتماع مدخل فى زيادة القيمة و يحتمل كون هذه الزيادة أعنى الزيادة الحاصلة فى العين بسبب الصيغ مثلا للمالك لأن المفروض زيادتها على قيمة الصيغ و أجره الصباغة فتكون للمالك للأصل «فتأمل» (و تمام الكلام) فى أطراف المسألة فى باب الغصب مستوفى أكمل استيفاء و لو نقصت العين فعليه أرشها و إن تلفت فالقيمة يوم التلف على قول قوى جدا لأنه مكلف برد العين ما دامت باقية و لم ينتقل إلى القيمة إلا بعد التلف فالمعتبر زمانه و قيل يوم القبض لأنه يوم الضمان (و فيه) أنه قد يكون ذلك اليوم خاليا عن الزيادة المتصلة و المنفصلة فلا يلزم ضمانها إلا أن تقول إن المراد بالضمان يوم القبض ضمان العين مع ضمان الزيادة و الأرش و إن كانا بعد يوم القبض و لعله متفق عليه إلا أن يستلزم عدم التفاوت بين يوم القبض و يوم التلف إلا بالنظر إلى التفاوت السوقى و لا ريب فى اعتباره و القول بعدم الاعتبار به فإنما هو مع رد العين و إلا فهو فى غاية البعد كالقول بعدم اعتبار الزيادة و النقصان بعد يوم القبض على تقدير الضمان يومه و قيل أعلى القيم و القائل به الشيخ فى المبسوط و استحسنة بعضهم إن كان التفاوت بسبب نقص فى العين أو زيادة (و يمكن) أن يريد الشيخ أن ذلك مع علمه بأنه يجب عليه ردها و طلبه لها و منعه عنها (و سيأتى) عند

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧٠

### [الفصل الثانى المتعاقدان]

(الفصل الثانى) المتعاقدان و يشترط فيهما البلوغ و العقل و الاختيار و القصد (١) فلا عبرة بقصد الصبى و إن بلغ عشرة و لا المجنون سواء أذن لهما الولى أو لا- و لا- المغمى عليه و لا- المكروه و لا السكران و الغافل و النائب و الهازل سواء رضى كل منهم بما فعله بعد زوال عذره أو لا إلا المكروه فإن عقده ينفذ لو رضى بعد الاختيار

مباحث البيع الفضولى عند شرح قوله و لو فسخ رجوع على المشتري بالعين إلخ تمام الكلام فى المسألة (و أما المثلى) فالواجب مثله و مع تعذره يمكن وجوب القيمة و حينئذ فهل تعتبر قيمته وقت تعذره أو وقت أخذه و جهان و هذا حديث إجمالى و تمام الكلام سيأتى عند تعرض المصنف له إن شاء الله تعالى بمنه و لطفه و بركة خير خلقه صلوات الله عليهم أجمعين

(قوله) (الفصل الثانى) (المتعاقدان و يشترط فيهما البلوغ و العقل و الاختيار و القصد)

هذه الشروط شروط فى عقد البيع و المعاطاة لا اشتراك الدليل كما عرفت و ستعرف و إن كانت عباراتهم فى المقام خالية عن اشتراطها فى المعاطاة و اشتراط البلوغ هو قضية ما فى المبسوط و الخلاف أو صريحهما حيث (قال) فيهما لا يصح بيع الصبى و لا شراؤه أذن له الولى أم لم يأذن (و كذا قال فى المختلف) و قضية ما فى الوسيلة (حيث قال) يشترط كونهما يعنى المتعاقدين نافذى التصرف فى مالهما و ما فى الغنية حيث قال لا ينعقد بيع من ليس بكامل العقل و لا شراؤه و إن أجازته الولى بدليل الإجماع (و يحتج) عليهم بما رووه من رفع القلم عن ثلاثة (الحديث) و قضية ما فى المراسم حيث ذكر فى الشرط العام أن يكون المبيع ملك البائع أو ملك موكله أو يكون أبا المالك أو يكون هو صغيرا فإنه يبيع عليه بلا رد «انتهى» و صريح الشرائع و النافع و التذكرة و نهاية الأحكام و التحرير و الإرشاد و شرحه لولد المصنف و الدروس و اللعة و الميسية و المسالك و الروضة و غيرها (وقد) نسب إلى الشيخ تارة و إلى بعض الأصحاب أخرى جواز بيعه إذا بلغ عشر سنين و كان عاقلا (قال فى المسالك) المراد بالعقل هنا الرشد فغير الرشيد لا يصح بيعه و إن كان عاقلا اتفاقا و هذا القول قد اختاره فى مجمع البرهان و استشكل فيه صاحب الكفاية و الموجود فى بيع المبسوط بعد ما نقلناه عنه آنفا بلا فاصلة ما نصه (و روى) أنه إذا بلغ عشر سنين و كان رشيدا كان جائز التصرف «انتهى» و ظاهر إطلاق جماعة

كما هو صريح آخريين أنه لا فرق في الصبي بين أن يأذن له الولي أو لا ولا بين أن يكون مميزاً أو لا وأنه لا فرق بين اليسير والكثير (و جوزه في المفاتيح) في اليسير وفيه ما فيه كما يأتي وقد سمعت ما في الغنية من دعوى الإجماع (و قال في التذكرة) الصغير محجور عليه بالنص والإجماع سواء كان مميزاً أو لا في جميع التصرفات إلا ما استثنى كعبادته وإسلامه وإحرامه وتدييره وصيته وإيصال الهدية وإذنه في الدخول على خلاف في ذلك «انتهى» و منع في مجمع البرهان الإجماع واستند في ذلك إلى قوله في التذكرة هل يصح بيع المميز و شراؤه بإذن الولي الوجه عندي أنه لا يصح ولا ينفذ قال وهذا يشعر بوجود الخلاف في الجواز والصحة و اعتمد في الجواز على الاعتداد بالمستثنيات إذ لو لم يعتد بكلامه ما صح الاستثناء و على جواز عقده حال الاختبار فإن ظاهر الآية كون الاختبار قبل البلوغ (ثم قال) إن ظاهر عموم الآيات والأخبار والأصل هو الجواز مع التمييز التام (هذا) حاصل كلامه على طوله (و فيه) أن الإجماع منقول و معلوم فلا يلتفت إلى الخلاف النادر أو الموهوم الذي استشعره من عبارة التذكرة (و قياسه) على المستثنيات (فيه) أنا نمنع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧١

.....

القياس أولاً- و المقيس عليه ثانياً إلا- ما قام الدليل المعتمد به عليه فيكون مع الفارق (و أما) الاختبار فيمكن أن يفوض إليه الولي المساومة و المماكسة و تدبير البيع فإذا انتهى الأمر إلى اللفظ أتى به الولي كما في التذكرة و نهاية الأحكام و كما صرحوا به في باب الحجر على أن في خبر أبي الجارود الذي رواه علي بن إبراهيم في تفسيره دلالة ظاهرة على أن الاختبار إنما هو بالبلوغ و عدمه فإذا علم بلوغه بأحد الأسباب دفع إليه ماله إن أنس منه الرشد و إلا فلا و ستسمع الخبر إن شاء الله تعالى و الأصل معارض بمثله مقطوع بالأخبار المستفيضة الصريحة بالمنع عن بيعه و شرائه و أمره إلى أوان بلوغه (ففي) خبر حمران أن أبا جعفر عليه السلام قال الغلام لا يجوز أمره في البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة الحديث و هو طويل (و قد) رواه في مستطرفات السرائر نقلاً عن كتاب المشيخة للحسن بن محبوب إلا أنه رواه عن حمزة بن حمران (و روى في الخصال) عن عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام (قال) سئل أبي و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره قال حتى يبلغ أشده قال و ما أشده قال احتلامه (الحديث) و قد تضمن ذكر اليتيم أيضاً إلى غير ذلك من الأخبار كخبر العياشي و خبر أبي الجارود و الضعيف منجبر بالشهرة و حملها على ما إذا استقل بالبيع من دون إذن الولي لا حاجة إليه على بعده و كونها أخص من المدعى غير ضائر لعدم القائل بالفرق هذا إن تم دعوى اختصاصها بما له بناء على التبادر و إلا فهي عامة أو مطلقة و المراد بجواز أمره تصرفه بالبيع و الشراء و نحوهما فالقول بأنه لا منافاة بين صحة عقده و بين عدم دفع المال إليه كما يظهر من مجمع البرهان لا وجه له فإن الخبر المذكور قد دل على عدم جواز أمره يعني تصرفه بجميع أنواع التصرفات و العقد الواقع منه إن كان صحيحاً موجباً لنقل الملك فهو التصرف الذي دل الخبر على المنع منه و إلا فهو لغو (و أما) حديث عمومات الكتاب و الأخبار الآمرة بالوفاء بالعقود (ففيه) أنها إما أن تصرف إليه أو إلى معاملته و الأول باطل لأنه ليس محلها و لا من أهلها و الثاني كذلك لأنه يستلزم حيث يعقد من دون ولي أما جواز التصرف في مال اليتيم المتفق على المنع منه أو الضرر الكثير إن أمر بالصبر إلى أوان بلوغه و إجازته على أنه قد لا يجوز و إذا ثبت في هذه الصورة المنع ثبت في غيرها لعدم القائل بالفرق (و لعل) من نقل عنه الخلاف يحكم باللزوم من حين صدور العقد و لا يأمر بالصبر (و فيه ما مر) مضافاً إلى ما أشرنا إليه فيما مضى من عدم بقائها على عمومها أو اختصاصها بالعقود المتداولة زمن النزول إن قلنا بأن الإيجاب وحده أو القبول كذلك يسمى عقداً و قد سمعت (و ستسمع) ما ينبغي أن يحمل عليه هذا العموم و دخول مثل هذا العقد فيها غير معلوم فيدفع بالأصل على أنه لعلمه بعدم تكليفه و عدم عقابه قد لا يقصد النقل و لا يغني غنى حينئذ رشده و تمييزه و إذن الولي و العلم بحاله مع هذا الاحتمال كاد يكون متعسراً أو متعذراً «فليتأمل» نعم قد نقول بجواز بيعه أو تصرفه فيما كان فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية لتداوله في الأعصار و

الأمصارع حتى كاد يكون إجماعيا من المسلمين قاطبةً (و لعل الأولى) تخصيصه بما هو المعتاد فى أمثال هذه الأزمنة فإنه هو الذى يمكن دعوى اتفاق المسلمين عليه و هل هو معاطاة كما هو الظاهر أو إباحة أخرى غير المعاطاة احتمالان (و قد) تقدم لنا ما يرجح الأول و خبر أبى الجارود الذى أشرنا إليه و هو من أدلة المسألة هو ما رواه على بن إبراهيم فى تفسيره عن أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث (قال) فيه قوله عز و جل وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى الْآيَةَ (قال) و من كان فى يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم فإذا احتلم وجب عليه الحدود و إقامة الفرائض (إلى أن قال)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧٢

.....

و إذا آنس منه الرشد دفع إليه المال و أشهد عليه فإن كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ فليمتحن إبطه أو نبت عانته فإذا كان ذلك فقد بلغ فيدفع إليه ماله إذا كان رشيدا (الحديث) و هو كما ترى صريح فى أنه محجور عليه حتى يبلغ و ظاهره أن المراد بالاختبار فى الآية الشريفة الاختبار بالبلوغ و عدمه (فروع) ذكرها فى التذكرة و نهاية الأحكام (قال) لو اشترى الصبى و قبض أو استقرض و أتلّف فلا ضمان عليه فى الحال و لا بعد البلوغ لأن التضييع من الدافع و على الولى استرداد الثمن و لا يبرأ البائع بالرد إلى الصبى (و قال) كما لا تصح تصرفاته اللفظية كذا لا يصح قبضه و لا يفيد حصول الملك فى الهبة و إن اتهب له الولى و لا لغيره و إن أمره الموهوب منه بالقبض و لو قال مستحق الدين للمديون سلم حقى إلى هذا الصبى فسلم حقه لم يبرأ عن الدين و بقى المقبوض على ملكه و لا ضمان على الصبى لأن المالك ضيعه حيث سلمه إليه و بقى الدين لأنه فى الذمة و لا يتعين إلا قبض صحيح كما لو قال له ارم حقى فى البحر فرمى قدر حقه بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالى إلى الصبى أو ألقه فى البحر لأنه امتثل المأمور فى حقه المعين و لو كانت الوديعة للصبى فسلمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولى إذ ليس له تضييعها بإذن الولى (و قال) لو عرض الصبى دينارا على الناقد لينقده أو متاعا على مقوم ليقومه فأخذه لم يجز رده على الصبى بل على وليه إن كان فلو أمره ولى الصبى بالدفع إليه فدفعه إليه برئ من ضمانه إن كان المال للولى و إن كان للصبى فلا كما لو أمره بإلقاء مال الصبى فى البحر فإنه يلزمه ضمانه و لو تباع الصبيان و تقابضا و أتلّف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما و إلا فلا ضمان عليهما بل على الصبيين و يأتى فى باب الحجر تمام الكلام و لو فتح الصبى الباب و أذن فى الدخول على أهل الدار أو أوصل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه «انتهى» و اشتراط العقل يدل عليه بعد العقل إجماع الغنية قال لا ينقذ بيع من ليس بكامل العقل و لا شراؤه و إن أجازة الولى بالإجماع و يحتج عليهم بما رووه من رفع القلم عن ثلاثة الحديث «انتهى فليتأمل» (و فى مجمع البرهان) نقل حكايته و فى الرياض لا يصح بيع المجنون و لو أدواريا إذا كان حال جنونه و لا السكران و لا الصبى و لا السفه و لا المكره بغير حق و لا الغافل و لا- النائم و لا- الهازل بلا خلاف أجده إلا فى الصبى خاصة «انتهى» و قد صرح باشتراطه المحقق و المصنف و الشهيدان و المحقق الثانى فى كتبهم و غيرهم و من تركه فلبداهته قالوا و لو كان له حال إفاقه فباع و اشترى فيها صح و إلا فلا (و قال فى التذكرة) و لو ادعى الجنون حال العقد قدم قوله و كذا الصبى و لو ادعى إيقاعه حال الصبا كما سيأتى بيان ذلك كله مفصلا فى آخر باب البيع و لو لم يعرف له حال جنون قدم قول مدعى الصحة (و فيها أيضا و فى نهاية الأحكام) لا عبرة بعبارة المجنون فى العقد إيجابا و لا قبولا لنفسه و لغيره سواء أذن له الولى أم لا و كذا المغمى عليه و السكران و النائم سواء رضى كل منهم بما فعله بعد زوال عذره أولا- لارتفاع العقل الذى هو مناط صحة التصرفات و نحوه ما فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و تعليق الإرشاد و الروضة و المسالك و الميسية و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و حواشى الكتاب و اللمعة و جامع المقاصد و ذلك كله مما لا ريب فيه عندهم (قال فى الكفاية) قالوا لو رضى كل منهم بما فعل بعد زوال عذره لم يصح عدا المكره و كلامه هذا يشمل الصبى أيضا كما يشمله صريحا كلام جميع من نقلنا عنه ما عدا مجمع البرهان (و فى الحدائق) أن ظاهرهم الاتفاق على عدم صحة عقد ما

عدا المكره إذا رضوا به بعد زوال العذر «انتهى» وستمع كلامهم فى الهازل و الغافل و اشتراط الاختيار و عدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧٣

.....

صحته بيع المكره قد نفى عنه الخلاف فى الغنية و الرياض و استظهر ذلك أعنى عدم الخلاف فى مجمع البرهان و ادعى عليه الإجماع فى التذكرة و الحدائق و ذلك فى غير المكره بحق و أما فيه ففى الغنية أن صحته يبيعه معه مما لا خلاف فيه و على ذلك نص جماعة كثيرين و فى التذكرة و نهاية الأحكام أن فى معنى الإكراه بيع التلجئة و قد ينطبق عليه إجماع التذكرة (و فيها أيضا) الإجماع على اشتراط القصد و قد نص عليه الأ-كثر و ظاهرهم عدم الخلاف فيه و فى التذكرة لو باع الهازل لم ينعقد عندنا لأنه غير قاصد و قد سمعت ما فى الرياض و فاقد القصد ما كان كالهازل و الغافل و النائم كما فى نهاية الأحكام و المشهور أن المكره لو باع ثم رضى بعد زوال عذره انعقد بيعه و فى الرياض و الحدائق أن ظاهرهم الاتفاق على ذلك و هو ظاهر الكفاية حيث قال قالوا (فتأمل) و قد يلوح ذلك من جامع المقاصد حيث قال إن كانت المسألة إجماعية فلا بحث و إلا فللنظر فيه مجال و قد نص على ذلك فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و نهاية الأحكام و حواشى الشهيد و الدروس و اللمعة و الروضة و المسالك و المفاتيح و ظاهر المحقق الثانى فى تعليق الإرشاد و جامع المقاصد و قد سمعت كلامه فى الأخير التوقف أو الميل إلى عدم الصحة كما هو خيرة مجمع البرهان و فى الكفاية أن فيه إشكالا و فى ظاهر طلاق الخلاف التصريح بعدم صحته عقده و الإجماع عليه قال طلاق المكره و عتقه و سائر العقود التى يكره عليها لا تقع إجماعا منا و به قال شريك و قال ح (١) «و أصحابه طلاق المكره و عتاقه واقع و كذلك كل عقد يلحقه فسوخ فأما ما لا يلحقه فسوخ مثل البيع و الصلح و الإجارة فإنه إذا أكره ينعقد عقدا موقوفا فإن أجازها و إلا بطلت «انتهى» فليتأمل فى كلامه بل قد يقال إن الإجماع مقدوح بمصير الأكثر إلى خلافه فى البيع كما عرفت و فى النكاح بل فى الطلاق كما هو رأى بعض و ظاهرهم الاتفاق كما فى الحدائق على عدم صحته عقد ما عدا المكره لو رضوا به بعد زوال العذر و قد نص على ذلك فى الغافل و الهازل و النائم فى نهاية الأحكام و التذكرة و الكتاب و زاد فى التذكرة الناسى و قد يفهم ذلك من بقية العبارات كما فهمه صاحب الروضة و غيره من عبارة اللمعة و غيرها و فى الرياض قد اتفقوا على المنع فى الهازل و العايب (و وجه) فهمه من بقية العبارات أنهم يشترطون القصد و غيره ثم إنهم يقتصرون على استثناء المكره فحسب و قضية ذلك أن غيره ليس كذلك و من المعلوم أن الهازل و العايب غيره «فتأمل جيدا» و قد سمعت ما فى الحدائق كما سمعت أيضا من نص على ذلك فى فاقد العقل و فى المسالك قد حكموا بفساد عقد الهازل و لم يذكروا لزومه لو لحقه الرضا فكان اللازم إما إلحاقه بالمكره أو إبداء الفرق بكونه غير قاصد للفظ (و فيه تأمل) و الظاهر منه ترده فى المسالك و الروضة و قضية كلام الروضة أن الشهيد قد نص على أن فاقد القصد كالفافل لا يعتد بإجازته اللاحقة و لم أجد له نصا على ذلك أى الغافل لا فى الدروس و لا غاية المراد و لا اللمعة و لا حواشيه على الكتاب و ما يعطى ذلك من عبارة الروضة هى قوله و ألحق المصنف بذلك يعنى الغافل و الهازل و النائم بقرينة ما قبله و ما بعده المكره على وجه يرتفع قصده أصلا فلا- يؤثر فيه الرضا المتعقب كالفافل و السكران و هو حسن مع تحقق الإكراه بهذا المعنى فإن الظاهر من معناه حمل المكره للمكره على الفعل خوفا على نفسه أو ما فى حكمها مع حضور عقله و تمييزه «انتهى» و محل الشاهد قد عرفته و هذا قد نقله عن الدروس كما هو موجود فيها المحقق الثانى فى جامع المقاصد و قال ما حاصله ليس لهذا محصل لأن الإكراه الذى يرتفع به القصد لا يتحقق فى اللسان

(١) (ح) كذا فى نسختين و الظاهر أنه رمز لأبى حنيفة (حاشية)

فإنه غير مقدور للمكره «انتهى» وقد بقى الكلام فى بيان الوجه فى صحة عقد المكره الذى تعقبه الرضا على القول به و الفرق بينه و بين الهازل إن تم و أما الفرق بينه و بين فاقد العقل أو مسلوب الاعتبار بعبارته كالصبي فواضح كما تسمعه (فنقول) احتج فى جامع المقاصد على بطلان عقد المكره الراضى به بعده بعدم القصد أصلا و رأسا مع عدم الرضا لأن الظاهر من كون العقود بالقصود اعتبار القصد المقارن لها دون المتأخر و زاد عليه فى مجمع البرهان أنه لا فرق بينه و بين غيره كالطفل و نحوه و أن فرقههم بعيد جدا مضافا إلى الأصل و الاستصحاب و عدم الأكل بالباطل و نحن نقول إن مقتضى الأصول عدم الصحة كما قالوا أعنى أصل عدم النقل و استصحاب عدم الصحة و إن الأصل عدم تأثير إجازته بعد زوال المانع و الأصل بمعنى الراجح مقارنة القصد للعقد و كذا قياسه على الفضولى لا- يجدى لمخالفته أيضا للأصول و النص و الفتوى الدالان على جوازه مختصتان بغير محل الفرض فلم يشمل ما نحن فيه (فلم يكونا شاملين لما نحن فيه خ ل) و كذا الفرق بينه و بين الصبي و نحوه مما هو مسلوب العبارة لاشتراك العقدين فى المقتضى و المانع و إن اختلف وجه الأخير لاشتراكهما فى عدم اعتبار العقد بنفسه (و أما المقتضى) و هو عموم لزوم الوفاء بالعقود فوجه الاشتراك فيه أن هذا العموم إن شمل العقد الغير المعبر شمل عقد الصبي أيضا و إن خص بالمعبر منه فى نظر الشارع لم يشمل عقد المكره على أن هذا الفرق إن تم جرى فى الهازل و العايب من غير ريب مع اتفاقهم على المنع فيهما كما قيل (هذا) أقصى ما يمكن الاحتجاج به للمنع (و الجواب) أنا لا نسلم عدم القصد لأن القصد قصدان كما صرحوا به فى عدة مواضع قصد اللفظ و قصد مدلوله و الأول مقصود قطعاً و المدلول تابع و الهازل غير قاصد المدلول لمكان الهزل فاتضح الفرق و لم يبق إلا الرضا و يأتى الكلام فيه و الأصول بحذفها منقطعاً بعموم الأمر بالوفاء بالعقود بالتقريب الذى تقدم ذكره عند شرح قول المصنف و لا- الإيجاب و لا الاستيجاب و هو أن اللام فى العقود إشارة إلى الجنس المتداول فى ذلك الزمان المضبوط فى الفقه كالبيع و الإجارة لا خصوص أفراد كل عقد عقد مع تداوله و كفيته المخصوصة لأن ذلك يستلزم الإجمال فى العموم مع قيام الإجماع و استمرار الطريقة على الاستدلال به كما أن إبقاءه على حاله يستلزم أن يكون الباقي فى جنب الخارج كالعقد فالجمع بين الأمرين يقتضى المصير إلى ما قلناه فيدخل هذا العقد فى جنس تلك العقود و يكون فرداً من أفرادها و إن جهل اشتراكه معها فى الخصوصيات و ذلك لا يمنع من دخوله فى العموم فيجب الوفاء به حتى مع الإكراه لكنه لما انعقد الإجماع على مانعيته لم يحكم به معه فإذا زال و جب الحكم به للعموم بل قد استظهرنا فى باب الوقف صحة وقف المكره إذا تعقبه الرضا حتى على القول باشتراط القرية إذ لا مانع إلا ما قد يتخيل من أن قصدها فيما بعد غير مؤثر و استظهرنا تأثيره كرضاه و قد انعقد الإجماع على أن ما أمر بالوفاء به إنما هو العبارات الصادرة عن من يكون لها أهلاً دون العبارات المسلوقة بالاعتبار الكلية كعبارات الصبي فكان المانع عن عدم دخول عقده فيه لازماً لذاته غير منفك عنه فلا يتصور فيه زوال المانع أبداً و لا كذلك المكره فإن المانع عن دخول عقده فيه أمر خارج عن ذات العقد ممكن الزوال فإذا زال دخل فى العموم و لو لا ما قدمناه و ما يأتى فى كلام الشهيد لقلنا إن الهازل و العايب و الناسى كذلك فإن كان هناك إجماع على عدم اعتبار رضاهم بعد زوال ذلك فذاك و إلا فالحكم فيهم كالمكره من دون تفاوت و أنت قد عرفت أن المصرح بذلك إنما هو المصنف لا غير فى ثلاثة من كتبه فى الهازل (و أما الناسى)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧٥

و لا يشترط إسلامهما نعم يشترط إسلام المشتري إذا اشترى مسلماً إلا أباه و من ينعق عليه أو إذا اشترى مصحفاً (١)

فلم يذكره إلا فى التذكرة على أن التصريح بذلك فى التذكرة ليس بتلك المكانة من الصراحة و ما يعطيه كلام الباقيين فيهم من عدم اعتبار الرضا فليس أيضاً بمكانة من الاقتضاء فليمعن النظر فى عباراتهم و اعتباراتهم و قد لحظناها جمع و لم يبق فى القوس منزع و فى



كلام الشهيد في حواشيه ما عساه يلوح منه ما له نفع في المقام (قال و اعلم) أن هنا سؤالاً هو أن المكره إن قصد لم يفتقر إلى الرضا و إن لم يقصد لم يكف الرضا إذ هو كالغافل (و الجواب) أن المعتبر قصد اللفظ لا معناه و الغافل لم يقصد أصلاً فافتراقاً «انتهى» و أنت خبير بأن الهازل و الناسى قاصدان إلى اللفظ دون معناه فليسا كالغافل و النائم و السكران الغير المميز قطعاً و لا سيما الهازل فإن الأمر فيه يكاد يكون أوضح من المكره «فليتأمل» إلا- أن يقال إن الهازل قصد بلفظه التهكم و الهزل فقد أراد بلفظه غير ما وضع له و لا كذلك المكره و إرادة رفع الضرب عنه لم تكن من اللفظ و إنما هي من صدوره (فليتأمل جيداً) و لم يبق إلا عدم مقارنة القصد للعقد و أصل عدم الاشتراط ينفيه عدم الدليل عليه و ينبه عليه عقد الفضولي و استصحاب عدم الصحة يدفعه العموم المقتضى للصحة بالتقريب الذي مر (و أما) السفية فالظاهر أنه عندهم كالصبي مسلوب العبارة كما تنبئ عنه عباراتهم في كتاب الحجر و بهذا ظهر أن القول المشهور خال عن القصور و الاعتبار له موافق فلا وجه لما في الحدائق من الكلام الغير اللائق

(قوله قدس سره) (و لا يشترط إسلامهما نعم يشترط إسلام المشتري إذا اشترى مسلماً إلا أباه و من يعتق عليه أو إذا اشترى مصحفاً) اشتراط إسلام المشتري إذا اشترى مسلماً و بطلان شراء الكافر له خيرة الخلاف و المبسوط و الغنية و الشرائع و التذكرة و نهاية الأحكام و المختلف و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و الدروس و الميسية و الروضة و المسالك و الكفاية و المفاتيح و هو ظاهر مجمع البرهان أو صريحه و ظاهر الإيضاح و جامع المقاصد و حواشي الشهيد و غيرها و في الغنية الإجماع عليه و في التذكرة أنه مذهب الأكثر و في مجمع البرهان أنه المشهور و في المبسوط أن فيه خلافاً و في المختلف قيل إنه يجوز و يجبر على بيعه من مسلم و نحوه ما في الشرائع و التذكرة و في الأخير نسبتبه إلى أبي حنيفة و احتمله في نهاية الأحكام (قال) كما لو ورثه و مثله لو وهب له فقبل أو أوصى له به (و حجتهم) عليه بعد الإجماع معلوماً و منقولاً الآية الشريفة و هي قوله تعالى شَأْنَهُ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا قَالُوا وَ دَخُولَهُ فِي مَلِكِهِ أَعْظَمَ السَّبِيلِ (و احتج عليه في التذكرة) بأنه لا يجوز استدامه فلا يجوز ابتداء فكأنه لا خلاف في الاستدامه و لقد أغرب صاحب الحدائق (حيث قال) إن أريد بالسبيل هنا ما يدعونه من سلطنة الكافر على المسلم بالملك له و الدخول تحت أمره لانتقض في ذلك بما أوجبه الله تعالى على أئمة العدل من الانقياد إلى أئمة الجور و بما أوقعوه بالأنبياء و الأئمة صلوات الله و سلامه عليهم من القتل فضلاً عن غيره (و بما) ورد في تفسير الآية الكريمة حين قيل له إن الحسين عليه السلام لم يقتل و إنما شبه لهم محتجاً بهذه الآية الخ؟؟؟ هو أن معناها لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجة و لقد أخبر الله تعالى عن كفار قتلوا نبين بغير حق و مع قتلهم إياهم لم يجعل لهم على أنبيائه سبيلاً من طريق الحجية (قال) نعم يمكن أن يستدل على ذلك بمفهوم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧٦

.....

رواية حماد عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد أسلم فقال اذهبوا فبيعوه على المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا- تقروه عنده (انتهى حاصل كلامه) و ما كنا نؤثر أن يصدر ذلك منه لأننا إذا قلنا بأن السبيل هو الحجية اتجه الاستدلال بالآية لأن الملك حجة لأنه تسبب عما جعله الله سبحانه حجةً و هو البيع و أما قتل الأئمة و الأنبياء صلوات الله عليهم فلم يكن بحجة من الله عز و جل كالبيع و نحوه و إنما هو ظلم و عدوان فيكون المراد ما جعل الله سبحانه لكافر على مؤمن حجةً في الدنيا و الآخرة (و أما) إيجاب الله سبحانه على الأولياء الانقياد لأئمة الجور و حكامه فإنما نشأ من خوف قتلهم من غير حجة فلم يكن الإيجاب بحجة (و قيل) في معنى الآية لن يجعل الله لليهود على المؤمنين نصراً و لا- ظهوراً (و قيل) في الآخرة و قال في المسالك يمكن أن يراد بالمسلم من حكم بإسلامه ظاهراً لأن ذلك هو المتبادر فتدخل فرق المسلمين المحكوم بكفرهم كالخوارج؟؟؟

و يمكن أن يراد به المسلم حقيقة لأن المحكوم بكفره غير داخل في دليل المنع و هذا هو الأولى (و اعترضه في الحدائق) بأنه إن أراد

بالتبادر التبادر في عرف الناس فمسلم ولا يجدي نفعا وإن أراد في الأخبار فممنوع أشد المنع لتواتر الأخبار بأن الإسلام بنى على خمسة أعظمها الولاية وبما استفاض في الفرق بين الإسلام والإيمان وبأن الإسلام يحقن به الدم والمال وتجري عليه المناكح والمواريث والطهارة ولا ريب أنه من المتفق عليه عدم إجراء شيء من هذه الأحكام على؟؟؟ الخوارج والأخبار مستفيضة بكفر هؤلاء فكيف يكونون متبادرين من هذا اللفظ والحال كما عرفت وإطلاق اسم الإسلام عليهم إنما وقع في كلام الأصحاب مع تصريحهم «١» بمنتهى الإسلام بمعنى أنه لفظي محض (قلت) إنما أراد في المسالك التبادر في عرف نزول الآية الشريفة فإن الإسلام كان أولا هو مجرد إظهار كلمة الشهادة والإيمان هو الإقرار والاعتقاد والعمل وفي عرف الأئمة عليهم السلام أخذ فيه الولاية والاتفاق الذي ادعاه في محل التأمل (فليتأمل جيدا) في أهل الجمل و صفيين وغيرهم ممن كان مظهرا لعداوتهم عليهم السلام كأهل الشام والكوفة و ليلحظ ما ذكرناه في كتاب الطهارة عند نجاسة؟؟؟ هذا وقالوا في حكم العبد المسلم المصحف وأبعاضه كما في المفاتيح والمصرح بذلك في (المصحف وأبعاضه كما في المفاتيح والمصرح بذلك في) المصحف المصنف في التذكرة ونهاية الأحكام في أول كلامه فيها والإرشاد وولده في شرحه والشهيدان في الدروس واللمعة والمسالك والروضة والمحقق الثاني وكأنه مال إليه في مجمع البرهان وفي التذكرة في كتب الحديث النبوية وجهان ونحوه ما في نهاية الأحكام حيث احتمل البطلان قطعاً في المصحف ثم احتمل الفرق بينه وبين العبد فيجبر على بيعه ثم استشكل في كتب الحديث والفقهاء بناء على عدم ذلك في المصحف وجوز فخر الإسلام في شرح الإرشاد بيع الأحاديث النبوية على الكافر وعن المحقق الكركي أن كتب الحديث والفقهاء في حكم المصحف وفي المسالك والروضة التصريح بأن أبعاض المصحف كالمصحف وفي المبسوط والخلاف أنه لو وكل المسلم الكافر في شراء عبد مسلم لم يصح ولا يجوز أن يكون وكيلاً وجوزه في التذكرة والتحرير ونهاية الأحكام قال فيها إن الممنوع إنما هو العكس وهو ما إذا وكل الكافر المسلم في شراء عبد مسلم لم يصح شراؤه ولا يجوز أن يكون وكيلاً وقد صرح الشهيدان بأنه إنما يمنع من دخول العبد المسلم في ملك الكافر اختياراً أما غيره كالإرث وإسلام عبد الكافر فإنه يجبر على بيعه بثمان المثل على الفور إن وجد راغب وإلا حيل بينه وبينه إلى أن يوجد الراغب ونفقته عليه وكسبه له وهو قضية كلام جماعة في الأول بل في جامع

(١) (تعبيرهم خ ل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧٧

.....

□  
المقاصد الإجماع عليه و صريح كثيرين في الثاني أعنى إسلام عبد الكافر كما ستسمعه في كلام المصنف إن شاء الله تعالى وفي خبر حماد ما يشير إلى ذلك وقضيته ما في التذكرة كما أشرنا إليه آنفاً أنه لا خلاف في الاستدانة فلو ملكه بالإرث يحكم عليه بالبيع وبذلك احتج من جوز شراء الكافر العبد المسلم قال إنه يملكه بالإرث ويبقى عليه لو أسلم في يده والفرق واضح إذا الإرث والاستدانة أقوى من الابتداء لثبوت الملك بهما للمحرم في الصيد مع منعه من ابتدائه ولا يلزم من ثبوت الأدون (الأدنى خ ل) مع أنا نقطع الاستدانة بمنعه منها وإجباره على إزالتها (وقد احتج لهم في المختلف) بأن للكافر أهلية التملك والعبد المسلم يصح تملكه وقد وجد العقد فيثبت صحة البيع والسبيل ينتفى بإجباره على بيعه كما لو أسلم الكافر تحت يد الكافر (و أجاب بأنه) لا يكفي المقتضى مع وجود المانع والمانع هنا موجود وهو إثبات السبيل (و فيه) أن الخصم قد نفى وجود المانع بإجباره على بيعه فالأولى التعرض إلى أن الإجماع لا ينفى السبيل (فتأمل) وأما لو اشترى الكافر أباه المسلم أو من ينعق عليه ففي المبسوط أنه لا يصح البيع ولا ينعق لأنه لا يملكه وهو قضية كلامه في الخلاف في مسألة ما إذا قال له أعتق عبدك عن كفارتى وفي بعض نسخ المختلف نسبة ذلك إلى ابن حمزة وفي بعضها إلى ابن البراج ولعل هذه هي الصحيحة فقد نقله غيره عن ابن البراج ولم ينقل ذلك عن ابن حمزة

ولا وجدته في الوسيلة و به قال بعض العامة مستندا إلى أن ما منع من شرائه لم؟؟؟ ييح له شراؤه و إن زال ملكه كالصيد للمحرم و الفرق أن المحرم لو ملكه لثبت عليه بخلاف المتنازع فيه (و في) المقنعة و النهاية و السرائر و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و المختلف و نهاية الأحكام و اللمعة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الميسية و المفاتيح و غيرها أنه يملك من ينعق عليه فإذا اشتراه انعتق عليه في الحال و قد نقله في المختلف عن والده و في السرائر أنه مجمع عليه و في الحدائق أنه مشهور و في التحرير أن في البطلان إشكالا و في النهاية أنه لا فرق في ذلك بين كونهم أو كونهم من رضاع أو نسب و في المقنعة و السرائر إنما هو إذا كن أو كانوا من النسب دون الرضاع (و قال) جماعة منهم المصنف في جملة من كتبه إن في حكمه كل شراء يتعقب العتق و مثله في التذكرة بما إذا اعترف الكافر بحرية عبد مسلم ثم اشتراه و في جامع المقاصد بما إذا اعترف الكافر بأن عبد زيد حر ثم اشتراه و أطلق في المسالك فمثله بما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه بمجرد الشراء و مثله في نهاية الأحكام بما لو قال الكافر لمسلم أعتق عبدك المسلم عنى بعوض أو بغير عوض فأجابه إليه و بما لو أقر بحرية عبد مسلم ثم اشتراه قال فالأولى من هاتين أولى بالصحة من الأخرى لأن الملك فيها ضمنى و العتق في الثانية و إن حكم به فهو ظاهر غير محقق و لم يفرق في التذكرة و المسالك بين الصورتين على تقدير جواز الضمنى و استوجه في التحرير عدم الصحة في المثال الأول أعنى ما لو قال كافر لمسلم أعتق عبدك عنى عن كفارتى و في المبسوط و الخلاف إذا (قال) كافر لمسلم أعتق عبدك عن كفارتى فأعتقه صح إن كان العبد كافرا و إن كان مسلما لم يصح لأنه لا يملك مسلما و في نهاية الأحكام أنه لو اشترى عبدا مسلما بشرط العتق فهو كما لو اشتراه مطلقا لأن العتق لا يحصل عقيب الشراء ثم احتمال مساواته لشراء القريب و قد ألحق في الدروس و الروضة بالقريب ما إذا شرط عليه يعنى على الكافر عتقه (فما في المبسوط) من أنه إذا شرط عليه عتقه فإن أعتقه فقد وفى بالشرط و إن لم يعتقه قيل فيه شيان أحدهما يجبر عليه لأن عتقه استحق بالشرط و الثانى أنه لا يجبر عليه لكن يجعل البائع بالخيار فليس مما نحن فيه إذ كلام الشيخ فيما إذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧٨

و هل يصح له استئجار المسلم أو ارتهانه الأقرب المنع (١)

□

كان المشروط عليه مسلما و الكلام يأتي فيه في محله بعون الله سبحانه و لطفه (و الوجه) في ملك الأب و نحوه و اعتاقه أن المراد بالسبيل المنفى ما يترتب على الملك المستقر للسلطنة إما للرقية أو المنفعة و استحقاق الانتفاع و نحو ذلك لا مطلق ما يترتب على الملك في الجملة و إلا لا تمتنع إرث الكافر للعبد المسلم من كافر آخر و الثانى باطل اتفاقا فيتعين المعنى الأول (و ما عساه يقال) إنه لو ملكه زمانا يمكن أن يقال إنه تسلط عليه في زمان الملكية (فجوابه) كتحريرك اليد للمفتاح بأن العتق مقارن للملك و السبق إنما هو بالذات أى ذات الملك سبقت ذات العتق و لا سبق في الزمان (فليتأمل) أو يقال إن الزمان عرفى بمعنى أنه عند تمام الصيغة ملكه و في حواشى الشهيد على الكتاب أن السبيل المنفى بالآية الشريفة قد فسر بثلاثة تفاسير بمجرد الملك و بالملك القار و بقابليته فعلى الأول يمتنع شراء من ينعق عليه و على الثانى و الثالث يصح و مشروط العتق يبطل على الأول و الثانى و يصح على الثالث انتهى (فليتأمل) و على كل حال هل ينعق بعد العقد أو بعد لزوم البيع كما إذا شرط البائع الخيار و أما إذا كان الخيار للمشتري فاحتمالان أقربهما اللزوم و لو وجد فيه عيبا و في التذكرة أنه لا- يثبت له خيار المجلس لأنه وطن نفسه على العتق و تمام الكلام يأتي في محله بعون الله سبحانه و لطفه (و يبقى الكلام) في المخالف إذا اشترى جارية مؤمنة أو عبدا صغيرا محكوما بإيمانه و نحو ذلك ممن يمكن حمله له على مذهبه فهل يصح هذا البيع احتمالا و الأصح عدم الصحة كما صرح به الشهيد على ما هو فى بالى و العلة المنصوصة فى عدم تزويج المؤمنة من المخالف تدل على ذلك إلى غير ذلك مما يمكن أن يستدل به على ذلك

(قوله رحمه الله) (و هل يصح له استئجار المسلم أو ارتهانه الأقرب المنع)

؟؟؟ مقتضى العبارة في الاستئجار المنع مطلقا سواء كانت في الذمة أو على عين كما هو خيرة الإيضاح و الدروس و هو قضية إطلاق عبارة إجارة الكتاب و جامع المقاصد و في حواشى الكتاب للشهيد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة أنها إن كانت على عمل في الذمة يجوز لانتفاء السبيل و إن كانت على العين لم يجوز و قد اتفق كلامه في التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام فيما إذا كانت على عمل في الذمة فجوزه فيها و استشكل في التحرير فيما إذا كانت على عين و ظاهره في التذكرة الجواز في ذلك و قربه في نهاية الأحكام ثم احتمل البطلان (و قال) فيها و في التذكرة و على احتمال الصحة فهل يؤمر بإجارتها من مسلم (قال) في التذكرة فيه وجهان و قرب العدم في نهاية الأحكام و في الخلاف نفى الخلاف و ظاهره بين المسلمين عن صحة استئجار الكافر المسلم على عمل موصوف في الذمة و ظاهره الإجماع منا على ما إذا كان على عين (قال) إذا استأجر كافر مسلما لعمل في الذمة صح بلا خلاف و إذا استأجره مدة من الزمان شهرا أو سنة ليعمل عملا صح أيضا عندنا (و يؤيده) ما ورد في الأخبار من أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يؤجر نفسه الشريفه من اليهود ليسقى لهم النخل كل دلو بتمرة و كفاك ما ورد من الأخبار في قصة نزول سورة هل أتى الدالة على غزل فاطمة عليها السلام الصوف لليهود بأصواع من الشعير و حمله ذلك على ما إذا كانت في الذمة كما في جامع المقاصد في الخبر الأول بعيد جدا إلا أن يحمل ذلك على المعاطاة لأنه لا لزوم و ظاهر العبارات أنه لا فرق في المسلم بين الحر و العبد لمكان الإطلاق كما هو صريح التذكرة و نهاية الأحكام فيما إذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٧٩

و الأقرب جواز الإيداع له و الإعارة عنده (١)

كانت على عين و في الدروس بعد أن منع إجارة العبد المسلم للكافر مطلقا (قال) و جوزها الفاضل و الظاهر أنه أراد إجارة الحر المسلم و يلوح منه الفرق بين إجارة الحر و العبد (فليتأمل و قد يقال) إن الإجارة و إن كانت على عين لا مانع منها في الحر لأن كانت باختياره فلم يكن له عليه سبيل بخلاف إجارة العبد المسلم للكافر فإنها كيبعه فإن العبد لا اختيار له فما في الدروس هو الموافق للاعتبار (و يمكن) تنزيل الفتاوى عليه فيحصل الجمع بين كلامهم (و منه) يعلم الحال في ارتهانه و إعارته (و قد) يستغرب ما في الإيضاح من اختياره المنع مطلقا بعد أن قال إنه لم ينقل عن الأمة فرق بين الدين و العمل (فليتأمل و أما الارتهان) فظاهر العبارة أيضا المنع منه مطلقا كما هو خيرة الإيضاح و التذكرة في كتاب الرهن و المختلف فيه و ظاهر نهاية الأحكام الجواز مطلقا و في التذكرة فيه وجهان للشافعي و في الكتاب في كتاب الرهن و الدروس و الإيضاح فيه و جامع المقاصد و المسالك أنه يجوز إذا لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعه عند مسلم لأن استحقاق أخذ العين لا يعد سيلا- و هو خيرة المبسوط (و قال) الشهيد في حواشيه المراد بالارتهان المصاحب للدوام و القبض (قلت) و هو أحد وجهي الشافعي و لم يرجح شيئا في التحرير و الحكم في المصحف الشريف كالحكم في المسلم عندهم من المنع مطلقا و الجواز كذلك و التفصيل صرحوا بذلك في باب الرهن و قد منع المصنف في إجارة الكتاب و المحقق الثاني من إجارتها للكافر للنظر فيه و هو الحق إلا أن يشترط عليه أن يكون في يد المسلم (و أما كتب الحديث هنا و الفقه) فبعضهم ألحقها بالمصحف الشريف و بعضهم لم يتعرض لها و في التحرير قرب الكراهية و لم يرجح شيئا في المصحف الشريف و عن ابن الجنيد أنه قال لا أختار أن يرهن الكافر مصحفا و لا ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيرا من الأطفال (قوله رحمه الله) (و الأقرب جواز الإيداع له و الإعارة عنده)

قال الشهيد في حواشيه قيل المراد بالإعارة أن يعير المسلم عبده الذمي و يوضع على يد مسلم و؟؟؟ الهافى عنده تعود إلى الكافر و قيل إلى المسلم و لا يدل عليه السياق و فيه جمع بينه و بين ما ذكره في العارية من منع عاريته «انتهى» (و قال) في جامع المقاصد لا يخفى ما في عود ضمير عنده إلى المسلم حتى يصير المعنى إعارة المسلم للكافر عند المسلم من التعسف و ارتكاب حذف لا يدل عليه دليل و اختلاف مرجع الضمير و مع ذلك فالسبيل موجود لاستحقاقه الانتفاع بالمسلم على ذلك التقدير (و أيضا) فالجمع لا

يحصل لأن ما فى العارية ظاهره المنع مطلقا و لو أنه حمل العبارة على إعاره المسلم عند الكافر فيكون مرجع الضميرين هو الكافر و يكون دليل إرادة كون العارية للمسلم العدول من له إلى عنده لكان أولى مما تكلفه نظرا إلى حصول الجمع و اتفاق مرجع الضمير و السلامة من كثرة الحذف و المحافظة على النكتة فى تغيير له إلى عنده لأن مرجع هذا فى الحقيقة إلى الوديعه عند الكافر (قلت) يبعد هذا الوجه أنه لم يفهمه أحد من العبارة حتى ولده الذى هو أعرف بمراد أبيه و فى بعض حواشى الشهيد أنه احترز بقوله عنده من الإعاره له أى للعبد الكافر فإنه جائز قطعا و معناه أنه لو قال له لاحتل معنيين عارية العبد المسلم للكافر و الآخر العارية للعبد الكافر و لو للكافر فيكون ضمير له للكافر الذى هو العبد المعار فلما قال عنده تعين المعنى الأول و امتنع الثانى و إنما احترز عنه لأنه مقطوع بجوازه و لا يجوز نظمه فى حيز الأقرب (و فيه) ما لا يخفى (و قال فى جامع المقاصد) لا يبعد أن يكون فى عدوله إلى عنده لطيفه و هى الإشارة إلى وجه عدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨٠

و لو أسلم عبد الذمى طولب ببيعه أو عتقه و يملك الثمن و الكسب المتجدد قبل بيعه و عتقه (١) فلو باعه من مسلم بثوب ثم وجد فى الثمن عيبا جاز له رد الثمن (٢) و هل يسترد العبد أو القيمة فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تمليكا للمؤمن اختيارا (٣) «متن»

□

الجواز لأن استحقاق الانتفاع هو الاستخدام سبيل ظاهر و لمنافاته لما يفهم من قوله صلى الله عليه و آله و سلم الإسلام يعلو و لا يعلو عليه أما الإيداع فلا لأنه محض استيمان فهو فى الحقيقة خادم «انتهى» و فى نهاية الأحكام و التذكرة تجوز إعارته و إيداعه إذ ليس ملك رقبه و لا منفعة و لا حق لازم و نحو ذلك ما فى الإيضاح و فى حواشى الشهيد الإعاره و الإيداع أقوى معنا يعنى من الارتهان «فليتأمل» و فى عارية الكتاب تحرم إعاره العبد المسلم من الكافر و فى المسالك فى إيداعه له وجهان أجودهما الصحة و فى إعارته له قولان أجودهما المنع و فى جامع المقاصد لو كان المسلم جارية أو صبيا فالذى ينبغى عدم جواز إيداعه إياه بالاستقلال إذ لا يؤمن عليه

(قوله قدس سره) (و لو أسلم عبد الذمى طولب ببيعه أو عتقه و يملك الثمن و الكسب المتجدد قبل بيعه و عتقه)

إذا أسلم عبد الكافر لم يقر فى يده سواء فى ذلك الذكر و الأنثى بخلاف ما لو أسلمت الزوجه تحت الكافر لأن ملك النكاح لا يقبل النقل فيعتبر البطالان و ملك اليمين يقبله فيؤمر بإزاله ملكه كيفما اتفق ببيع أو عتق أو هبة أو غيرها و قضيه كلامهم كما هو صريح نهاية الأحكام و جامع المقاصد أنه لا يحكم بزوال ملكه عنه و فى الإيضاح أنه يزول ملك السيد عنه و يبقى له حق استيفاء ثمنه فى رقبته لا- بمعنى أنه يملكه لأن الملك سبيل و هو منفى بعموم الآية فالبيع بالنسبه إلى الكافر استنقاذ و إلى المشتري كالباع و فى حواشى الشهيد أنه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط و فى الدروس أنه تجرى فيه أحكام العقد من الخيار و الرد بالعيب فيه أو فى ثمنه المعين فيقهر على بيعه ثانيا و فى جامع المقاصد أن ما نبه عليه فى الدروس من ثبوت أحكام الخيار اللاحق للعقد بأنواعه هو الوجه و هو المستفاد من حكم المصنف و غيره بجواز رد ثمنه إذا وجد الكافر فيه عيبا فعلى هذا لو كان البيع معاواة فهى على حكمها و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيها أحكامها نعم لا يبعد أن يقال للحاكم إلزامه بإسقاط خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع إذا لم يلزم منه تخسير مال إذا عرف هذا فلو امتنع من بيعه باعه عليه الحاكم قهرا فلو لم يوجد راغب حيل بينهما بمسلم حتى يوجد الراغب و نفقته عليه و كسبه له إلى حين خروجه عن ملكه كما فى نهاية الأحكام و الدروس و نحوه ما فى التذكرة و جامع المقاصد

(قوله قدس سره) (فلو باعه من مسلم بثوب ثم وجد فى الثمن عيبا جاز له رد الثمن)

كما فى التذكرة و نهاية الأحكام و جامع المقاصد لأن إلزامه بالرضا بالعيب تخسير هذا إذا كان الثمن معيناً أما لو كان فى الذمة فإنه يدفع بدله

(قوله قدس سره) (و هل يسترد العبد أو القيمة فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تمليكاً للمؤمن اختياراً)

قد أشار إلى هذا الوجه في التذكرة و نهاية الأحكام و في جامع المقاصد ليس هذا الوجه بشيء لأن الثمن المعين إذا رده انفسخ العقد فيعود العبد إلى الكافر لا امتناع بقاء ملك بغير مالك و امتناع كون الثمن و المبيع ملكاً للمشتري و في الإيضاح أن الأقوى أنه يزول ملكه عنه بإسلامه كما قد سمعت جميع كلامه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨١

و من كون الرد بالعيب موضوعاً على القهر كالإرث (١) فعلى الأول تسترد القيمة كالهالك و على الثاني يجبره الحاكم على بيعه ثانياً و كذا البحث لو وجد المشتري به عيباً (٢) و بأي وجه أزال الملك من البيع و العتق و الهبة حصل الغرض و لا يكفي الرهن و الإجارة (٣) و التزويج و لا الكتابة المشروطة أما المطلقة فالأقرب إلحاقها بالبيع (٤) لقطع السلطنة عنه و لا يكفي الحيلولة و لو أسلمت أم ولده لم يجبر على العتق لأنه تخسير و في البيع نظر فإن منعناه استكسبت بعد الحيلولة في يد الغير (٥)

(قوله قدس سره) (و من كون الرد بالعيب موضوعاً على القهر كالإرث)

كأنه اعتمد على هذا الوجه في التذكرة و في جامع المقاصد أنه أصح فيجبره الحاكم على بيعه ثانياً و هو خيرة الدروس (و قال في نهاية الأحكام) بعد أن علل استرجاع العبد بأن له الاختيار في الرد و أن عود العوض إليه قهري كالإرث يشكل بأن الملك القهري هو الذي لا يتعلق سببه بالاختيار و الاختياري هو الذي يتعلق سببه به أما الملك بعد تمام السبب فهو قوی أبداً و معلوم بأن عود الملك بهذا السبب اختياري

(قوله قدس سره) (و كذا البحث لو وجد المشتري به عيباً)

يعنى أنه يحتمل المنع فإنه كما لا يجوز للكافر تملك المسلم لا يجوز للمسلم تملك المسلم إياه و يحتمل الجواز إذ لا اختيار للكافر هنا و اقتصر في التذكرة على نسبة الوجهين للشافعي و لو تقايلا فالوجهان لأن الإقالة فسخ و ينبغي تقييد الهبة باللازمة في قول المصنف و بأي وجه زال الملك من البيع و العتق و الهبة حصل الغرض

(قوله قدس سره) (و لا يكفي الرهن و لا الإجارة)

ربما يقال إنه قد حكم في الإجارة بالمنع مستندا إلى ثبوت السبيل و قد حكم هنا بأن الإجارة لا تزال السبيل و الجواب واضح إذ لا تلازم بينهما فإنه لا مانع من أن يثبت للمستأجر سبيل و يبقى للمؤجر أيضاً سبيل فياجارتها و إن استفاد المستأجر سبيلاً إلا أنه لم ينف بقاء سبيل الملك

(قوله قدس سره) (أما المطلقة فالأقرب إلحاقها بالبيع)

قد رجع عن هذا في باب الكتابة و استقرب المنع و هو خيرة الإيضاح و جامع المقاصد لبقاء الرق و ثبوت الحجر على المكاتب في تصرفاته و لأنه لو مات قبل أداء المال أخذ مولاة جميع ماله و حكمنا بأنه مات رفاً نعم لو تعقبها الإعتاق بغير فاصلة لم يبعد صحتها لأنه أعود على العبد من بيعه و ما قربه هنا قربه أيضاً في التذكرة و احتمله في نهاية الأحكام بل احتمال ذلك في المشروطة فإذا قلنا بعدم الاكتفاء بها احتمال فسادها و يباع العبد و يحتمل الصحة (ثم) إن جوزنا بيع المكاتب بيع مكاتبنا و إلا فسخت الكتابة و بيع

(قوله قدس سره) (و لو أسلمت أم ولده لم يجبر على العتق لأنه تخسير و في البيع نظر فإن منعناه استكسبت في يد الغير)

أما أنه لا يجبر على العتق فهو خيرة المبسوط و نهاية الأحكام و التذكرة و ظاهر المبسوط الإجماع عليه و قضية كلام المصنف أنه لو أعتقها يصح عتقه و هو يخالف (بخلاف خ ل) ما أفتى به في باب العتق من أنه لا يصح عتق الكافر (و قال الشهيد) إنه مذهب أكثر أصحابنا إلا الشيخ في بعض أقواله (و يمكن) أن يحمل قوله هنا على أن العتق يبني على القهر كالبيع (و وجه النظر) في البيع تعارض مقتضى البيع و سبب تحريمه كما في الإيضاح و كأنه أراد تعارض عموم بيع مملوك الكافر إذا أسلم للنص

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨٢

و هل يباع الطفل بإسلام أبيه الحر أو العبد لغير مالكة إشكال وإسلام الجد أقوى إشكالا (١)

الوارد بذلك و منع إخراج أمهات الأولاد عن الملك أو تعارض عموم نفى السبيل و عموم منع بيع أم الولد و احتمال في نهاية الأحكام بيعها و أن يجال بينها و بين المالك و ينفق عليها و تتكسب له في يد الغير و استحسن الأخير في التذكرة و قال في المختلف إنها تستسعى جمعا بين عموم النهي عن بيع أمهات الأولاد و بقاء السبيل و قال في الإيضاح الأقوى عندى و جوب دفع القيمة من الزكاة أو من بيت المال و مع عدمها يجب عتقها و نقل عنه في هامش الإيضاح أنه قال و لا يشترط القرية في عتق الكافر عبده و في جامع المقاصد أن الأصح أنه إن أمكن دفع عوضها من الزكاة أو بيت المال و إلا- بيعت ترجيحاً لجانب نفى السبيل على المسلم و يبعد استكسابها لما فيه من السبيل المنفى و لإمكان أن لا يفى كسبها فتبقى السلطنة و لو قلنا به فنفتها من الكافر لا من كسبها انتهى (قلت) قد ذهب الشيخ في المبسوط و ابن إدريس في السرائر و الشهيدان إلى أنها تباع من أول الأمر قال في المبسوط إذا كان لدمى أم ولد منه و أسلمت فإنها لا- تعتق عليه و تباع عليه عندنا فظاهره الإجماع و عدم التقييد بما قيد به في الإيضاح و جامع المقاصد و في المختلف أن الذى اختاره فى المبسوط هو الذى تقتضيه أصول مذهبنا (ثم قال) و الوجه عندى أنها تستسعى إلى آخر ما نقلناه عنه آنفاً (و يؤيد) ما فى المبسوط أن السبيل معلوم و العتق موهوم (فإن قلت) دوام السبيل ليس بمعلوم فاستويا (قلت) مجرد السبيل كاف و لئن سلم إرادة الدوام فهو مظنون بالاستصحاب و المظنون أقوى من الموهوم «فليتأمل» (و قال الشيخ فى الخلاف) إنها لا تقر فى يده و لا- يمكن من وطئها و استخدامها و تكون عند امرأة مسلمة و يؤمر بالإنفاق عليها ما دام ولدها باقيا فإذا مات ولدها قومت عليه و أعطى ثمنها و إن مات هو قومت على ولدها و أعطى ثمنها (و استدلل) بإجماع الفرقة على أن المملوك إذا أسلم فى يد كافر قوم عليه و هذه قد ولدت فلا يمكن تقويمها ما دام ولدها باقيا فأخرنا تقويمها إلى بعد موت واحد منهما «انتهى» و قال فى المختلف قوله فى الخلاف مذهب بعض أهل الخلاف اختاره

(قوله قدس سره) (و هل يباع الطفل بإسلام أبيه الحر أو العبد لغير مالكة إشكال و إسلام الجد أقوى إشكالا)

أما الإشكال فى تبعيته للأب فمن عموم تبعية الأب فى الإسلام و من انقطاع ولاية الأب عن الطفل المملوك و كون التبعية على خلاف الأصل و الأصح كما فى جامع المقاصد أنه يباع لعموم نفى السبيل و ثبوت أحكام الإسلام و لهذا يأمره الولي بالعبادات للسمع أو العشر و فى حواشى الشهيدان المنقول أنه يباع بإسلام أبيه مطلقاً و بإسلام الجد إن كان الأب باقيا على الكفر و احتمال فى الإيضاح الإجماع على البيع لأن الولد صار مسلماً لقوله عليه السلام كل مولود يولد بولد على الفطرة و إنما أبواه يهودانه و ينصرانه و يمجسانه حصر سبب كفر الولد فى كفر أبويه لأن إنما تفيده الحصر فهذا الولد إنما يكون تابعا لأبويه فى الإسلام و الكفر أولاً و أيا ما كان ثبت المطلوب لانتفاء السبب فى الأول و انتفاء السببية فى الثانى و بقاء الملك سبيل قطعاً و هو منفى بالآية فيجبر على البيع (ثم) احتمال العدم لأن الألفاظ إنما تحمل على الحقيقة عند الإطلاق و النص إنما ورد على بيع عبد الكافر إذا أسلم و التابع فى الإسلام ليس مسلماً بل إنما تجرى عليه أحكام المسلمين و المسلم حقيقة إنما هو المباشر للإسلام (لقوله تعالى) (- إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ إِذْ كَانُوا مَعَهُ عَلَىٰ أَمْرٍ جَامِعٍ

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨٣

و ليس للملوك أن يبيع أو يشتري إلا بإذن مولاه فإن وكله غيره فى شراء نفسه من مولاه صح على رأى (١)

الآية-) و هو إنما يصدق فى المباشر و إنما للحصر و لأصالة بقاء الملك «انتهى» و قد علمت الوجه فى الإجماع على البيع و الجار فى قوله لغير مالكة إن علق بقوله يباع كان الجار و المجرور و المضاف إليه ضائعا مستغن عنه و إن علق على أنه حال من العبد أو صفه له

فهم أنه إذا كان العبد لمالك الولد لا يكون الحكم كذلك (و ليس) بجيد كذا في جامع المقاصد (و أما) قوة الإشكال في الجد فلأن الأب لقربه ربما كانت تبعيته أرجح من الجد لبعده فإذا ثبت الإشكال فيه فهنا أقوى و في جامع المقاصد نفى البعد عن تبعه له لعموم تبعيته أشرف الطرفين ولأن الإسلام مبني على التغليب (قال) و لا فرق بين أن يكون الأب موجودا كافرا أو ميتا و قد سمعت ما في حواشي الشهيد من أنه يباع بإسلام الجد إن كان الأب باقيا على الكفر (قال) فلو مات الأب أو الجد و لم يخلف وارثا إلا هذا الطفل اشترى من ماله ليرثه و المصنف في باب اللقطة ذهب إلى أن الولد يتبع جده في الإسلام و إن كان أبوه كافرا و في الإيضاح و أما كون الإشكال في إسلام الجد أقوى فلوجود الإشكال في تبعيته حال حريتهما «١» في الإسلام فمع افتراقهما في الملك يكون أقوى إشكالا (قلت) هذا الكلام ليس بواضح فتأمل (قال) و لاستلزام القول بعدم إجباره مع إسلام الأب القول بعدم إجباره في إسلام الجد لأن تبعيته للجد أضعف و مع القول بإجباره مع إسلام الأب ففي إجباره مع إسلام الجد مع وجود الأب إشكال لأن في تبعيته للجد مع وجود الأب إشكالا و من حيث إنه أشرف الطرفين أعنى طرف الأبوة و من حيث استلزام ترجيح المجاز على الحقيقة مع انتفاء القرينة و لاستلزامه استعمال اللفظ المطلق الخالي عن القرينة في مجموع الحقيقة و المجاز (قوله قدس سره) (فإن وكله غيره في شراء نفسه من مولاه صح على رأى)

قال في المختلف في باب الوكالة قال الشيخ في المبسوط إذا وكل رجل عبدا في شراء نفسه من سيده (قيل) فيه وجهان (أحدهما) يصح كما لو وكله في شراء عبد آخر بإذن سيده (و الثاني) لا يصح لأن يد العبد كيد السيد و إجابه و قبوله بإذنه بمنزلة إيجاب سيده و قبوله فإذا كان كذلك و أوجب له سيده و قبله هو صار كان السيد هو الموجب القابل للبيع و ذلك لا يصح فكذلك هنا (قال) و الأول أقوى (و قال) ابن البراج الأقوى عندي أنه لا يصح إلا أن يأذن له سيده في ذلك فإن لم يأذن له فيه لم يصح و الحق ما قواه الشيخ لأن بيع مولاه رضا منه بالتوكيل (انتهى) ما في المختلف و قد نقل ذلك في الإيضاح (و قال في الدروس) لو اشترى نفسه لغيره صح و إن لم يتقدم إذن السيد و كذا لو باع نفسه بإذن السيد و في وكالة الكتاب و يصح أن يكون الوكيل فاسقا في إيجاب النكاح أو كافرا أو عبدا بإذن مولاه و إن كان في شراء نفسه من مولاه و نحوه ما في الشرائع و الإرشاد و جامع المقاصد و في حواشي الشهيد أنه المنقول و هذا منهم بناء على ما أشار إليه في المختلف من أن خطابه له بالبيع و إيقاع العقد معه كاف في الإذن و لا يحتاج إلى الإذن سابقا (و قد يقال) عليه إنه ينبغي ثبوت الوكالة قبل إيقاع العقد إلا أن يناقش في القبلية و يقال بأنه تكفي المعية بحيث لا يقع جزءا من العقد قبل الوكالة على أنه قد يدعى سبق الإذن حينئذ لأن خطابه معه بأن يبيعه من موكله يدل على تجويز

(١) الضمير راجع للأب و الجد (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨٤

و يشترط كون البائع مالكا أو وليا عنه كالأب و الجد له أو الحاكم و أمينه و الوصى أو وكلا (١) فيبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأى (٢)

الوكالة و العلم به سابقا و الرضا به إلا أن يقال لا بد من التصريح حتى يعلم العبد الذي هو وكيل و ذلك غير معلوم (فليتأمل) (و قال) فيه قيل إن قوله من مولاه لغو (قلنا) بل فيه فائدة و هي التنبيه على أن إجابه معه يستلزم الإذن بخلاف أمر غير المولى كالوكيل الحاضر و أمين الحاكم و نحوه ما في جامع المقاصد (و فيه أيضا) أن تفريع هذا الحكم على منع المملوك من البيع و الشراء بدون إذن مولاه غير ظاهر فإن المتفرع عليه عدم الصحة لو وكله بدون الإذن لا ما ذكره و كأنه فرعه عليه باعتبار ما دل عليه الاستثناء أعنى جوازه بالإذن فإنه إذا وكله على الوجه المذكور و باعه المولى نفسه كان ذلك جاريا مجرى الإذن فيصح لكن قوله على رأى لا يناسب من جهة الإذن و عدمه انتهى (قلت) لعله أشار إلى خلاف القاضى فإنه على ما سمعت عنه بناء على عدم الإذن (فليتأمل) و لعله



أراد فى جامع المقاصد أنه يناسب من جهة أن السيد يصير كالقابل الموجب كما فى أحد وجهى المبسوط (فتأمل)

(قوله رحمه الله) (و يشترط كون البائع مالكا أو وليا عنه كالأب و الجد و الحاكم و أمينه و الوصى أو و كيلة)

اشتراط كون البائع أحد هذه السبعة مما طفحت به عبارات الأصحاب كالشيخ و الطوسى و أبى المكارم و الحللى و من تأخر عنهم إلا من شذ و الأشهر الأظهر بين الطائفة كما فى الرياض مع زيادة العدول من المؤمنين مع فقد هؤلاء حسبه فإنه إحسان محض مع دعاء الضرورة إليه فى بعض الأحيان و فيه أخبار معتبرة بخلاف الحللى كما حكى غير معتبر و زاد جماعة المقاص و به صرح فى الدروس فى المقام و فى مجمع البرهان لا- خلاف و لا نزاع فى جواز البيع و الشراء و سائر التصرفات للأطفال و المجانين المتصل جنونهم و سفههم بالبلوغ من الأب و الجد للأب كالأب و من وصى أحدهما مع عدمهما ثم من الحاكم أو الذى يعينه لهم و كذا لمن حصل له جنون أو سفه بعد البلوغ فإن أمره أيضا إلى الحاكم إذ قد انقطعت ولايتهم بالبلوغ و الرشده و لا دليل على العود فهم كالمعدوم فيكون للحاكم كما فى غيرهما (فتأمل) (انتهى) و الظاهر أنه إنما تأمل فى الأخير و قد صرح به الجم الغفير فى المقام و الحجر و أما عدم الولاية لجد الأم فهو الأشهر الأقوى و الوصى مقدم على الحاكم و أمينه بلا إشكال عندهم و فى الرياض بعد ذكر السبعة قال لا خلاف فى ثبوت الولاية لهؤلاء بل الظاهر الإجماع عليه و هو الحجة كالأخبار المعتبرة و فى تعليق الإرشاد هل تكون ولاية الجد هنا أقوى حتى لو باعا معا يقدم بيع الجد لا أعلم تصريحاً بذلك لكن كلامهم فى باب الأنكحة يقتضيه و تمام الكلام مستوفى فى باب الحجر (و اعلم) أن هذه الشرائط المتقدمة ما عدا الملكية و الكراهة شرائط الصحة بلا خلاف فى ذلك و فى المختلف شرط لزوم البيع الملك أو ما يقوم مقامه بالإجماع و قد تقدم الكلام فى المكره

(قوله قدس سره) (فبيع الفضولى موقوف على على الإجازة على رأى)

كان التفرع غير جيد و قد أشار إلى ذلك فى جامع المقاصد و قد وقع عين ذلك للمحقق فى الشرائع و النافع و غيره و الأمر فيه سهل و القول بصحته و توقفه على الإجازة قول الأكثر كما فى المسالك و المفاتيح و هو المشهور كما فى مجمع البرهان و الكفاية بل كاد يكون إجماعاً كما فى الحدائق و أشهر القولين كما فى الروضة و إيضاح النافع و الأشهر بين المتأخرين بل مطلقاً كما فى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨٥

.....

الرياض و قد نسبه فى الخلاف إلى قوم من أصحابنا و ظاهر التذكرة فى موضع منها الإجماع عليه حيث قال إنه جائز عندنا لكن يكون موقوفاً على الإجازة و قد تظهر دعوى الإجماع من جامع المقاصد فى باب الوكالة و هو المنقول عن الكاتب أبى على و خيرة المقنعة و النهاية و الوسيلة و الشرائع و النافع و كشف الرموز و كتب المصنف مما تعرض له فيه و حواشى الشهيد و مسائله و الدروس و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسية و الروضة و المسالك و غيرها كحواشى الروضة و غيرها و كأنه قال به فى المفاتيح و هو صريح وكالة الإيضاح و ظاهر وكالة المبسوط أو صريحه و قد يظهر ذلك هناك من الخلاف و لم يرجح شيئاً فخر الإسلام فى شرح الإرشاد و لا أبو العباس فى المقتصر لأن عادته فيه الترجيح بخلاف المذهب و لا صاحب تخليص التلخيص و سيأتى فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك ما له نفع تام فى المقام و ظاهر التذكرة هناك الإجماع (و قال فى المبسوط) من باع ما لا يملك كان البيع باطلا- «انتهى» و هذه ليست بتلك المكانة من الظهور لأنه يمكن تأويلها بما ستسمع و نحوها ما فى المراسم حيث شرط أن يكون ملك البائع أو ملك موكله و فى كشف الرموز أنه يلوح من التقى و سلار و قد نسبه جماعة إلى ابن إدريس و الموجود فى السرائر إذا باع الإنسان ملكاً لغيره و المالك حاضر فسكت و لم يطالب و لا أنكر ذلك لم يكن فى ذلك دلالة على إجازته البيع و وكالته و لا دليل على أنه ليس المبيع ملكاً له و كذا إن صالح عليه مصالح و هو ساكت لم يمس الصلح عليه و كان له المطالبة به و انتزاعه «انتهى» و هو كما ترى (ثم) إنى عثرت على ما نقلوه عنه مصرحاً به فى السرائر و عبارتا الخلاف و الغنية صريحتان

فى البطالان و دعوى الإجماع عليه (قال) فى الخلاف إذا باع إنسان ملك غيره بغير إذنه كان البيع باطلا و به قال الشافعى (و قال) أبو حنيفة ينعقد البيع و يقف على إجازة صاحبه و به قال قوم من أصحابنا (دليلنا) إجماع الفرقة و من خالف لا يعتد بقوله و لأنه لا خلاف أنه ممنوع من التصرف فى ملك غيره و البيع تصرف و نحوه فى الصراحة ما فى الغنية و البطالان خيرة الإيضاح و الحدائق و ظاهر مجمع البرهان و قد يظهر ذلك من الوسائل و نقله فى التنقيح عن شيخه السعيد و الظاهر أنه أراد فخر المحققين و لعله أراد الشهيد لمكان قوله السعيد و قد عرفت كلامه فى كتبه و حواشيه و مسائله فلعله كان ذلك مذهبا له ثم عدل عنه و قد نقل ذلك عن الأمير محمد باقر الداماد فى جميع العقود كفخر المحققين و المحل الذى يلوح منه البطالان من عبارة أبى الصلاح لعله قوله بعد تعريف البيع بأنه عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و تفتقر صحته إلى شروط ثمانية صحة الولاية فى المبيعين (إلى أن قال) و اعتبرنا صحة الولاية لتأثير حصولها بثبوت الملك أو الإذن و صحة الرأى فى صحة العقد و عدم ذلك فى فساده (ثم قال) فى موضع آخر و من ابتاع غصبا يعلمه كذلك فعليه رده إلى المالك و لا درك له على الغاصب و إن لم يعلمه فللمالك انتزاعه منه و يرجع بالدرك على من باع (انتهى فتأمل) فيه جيدا فإننى لم أجد فيه ظهورا يعتد به حتى ينقل عنه (احتج المانعون) بالأصل و الإجماع و أنه تصرف فى ملك الغير و أنه غير قادر على التسليم و أخبار عامية هى بين ناهية عن بيع ما ليس عنده و نافية للبيع عما لا يملك فكان هذا البيع فاقدا للشرط و السبب (أما السبب) فلأن جواز التصرف فى العقود معلول للملك و هو سبب و علة له (و أما الشرط) فلعدم القدرة على التسليم (و استدلل) صاحب الحدائق على المنع بعدة أخبار ادعى أنها صريحة الدلالة على ذلك (و فى الجميع نظر) أما الأصل فمقطوع بما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨٦

.....

ستسمعه و أما الإجماع فيوهنه عدم وجود القائل به غير مدعيه و من شد ممن تأخر عن الشيخ مع مخالفة الشيخ له فى النهاية و نسبة الخلاف فى الخلاف إلى قوم من أصحابنا و قد عرفت من ذهب إلى الصحة ممن تقدم على الشيخ فينبغى تأويله إن أمكن أو طرحه (و أما) دعوى التصرف فممنوعة لأن البيع بمجرد مع كون المال عند صاحبه و أن أمره موكول إليه إن شاء أجاز و إن شاء لم يجز لا يسمى تصرفا فعلى هذا يكون بيع الغاصب تصرفا لأنه لم يجعل الأمر إلى رب المال و كذا كل صيغة يقصد بها النقل على سبيل البت و لهذا يعدون البيع و لو كان فاسدا فى زمن الخيار تصرفا و لو نذر أن لا يتصرف فى هذا المال ثم باعه (قلنا) إنه خالف النذر و كلامهم فى باب الرهن أنه لا يجوز للرهن التصرف فى الرهن ببيع أو وقف إلى آخره قد يعطى أن مجرد البيع مع كون المال عند المرتهن تصرف و هو يشهد بما قلناه (فتأمل) و ربما أوجب بأن التصرف الممنوع هو ما إذا كان بغير إذن و الإذن هنا موجودة و هى الإجازة القائمة مقامه فلا فرق بين الإذن قبل البيع و بعده (و قد يورد) على ظاهره أن التصرف قبل الإذن غصبي و بعدها شرعى و لو كانا من سنخ واحد لما ترتب على الأول ضمان و لا إثم و لجاز التصرف فى مال الغير بأنواع التصرفات بناء على الإذن المتأخرة فإن أذن المالك و إلا أغرم له أجره ذلك أو قيمته فتكون تلك التصرفات شرعية و هو باطل بالضرورة (و فيه) نظر ظاهر إلا أن يقول إن عقد الفضولى حرام كما يعطيه ما ستمعه عن التذكرة و ما نقله الحسن بن أبى طالب ابن أبى المجد اليوسفى الآبى عن شيخه و القدرة على التسليم حاصله (ممكنة خ ل) إذا أجاز المالك لأنه هو المخاطب بالإيفاء و التسليم و هو قادر على ذلك و ليس الفضولى إلا- كالوكيل على إيقاع الصيغة لا يترقب منه إيفاء و لا تسليم (و أما) الأخبار العامية على ضعفها فغير واضحة الدلالة (أما الأول) فلاحتماله المنع عن بيع غير المقدور على تسليمه كبيع الطير فى الهواء و الآبق و ربما قيل بانتقاضه ببيع الوكيل و قد حملة فى التذكرة على ما إذا باع عن نفسه و يمضى فيشتره عن مالكة لأنه عليه السلام ذكره جوابا لحكيم بن حزام حين سأله عن أن يبيع الشىء و يمضى فيشتره و يسلمه و قال إن هذا البيع غير جائز و لا نعلم فيه خلافا للنهى المذكور و للغرر لأن صاحبها قد لا يبيعها (و فيه) أن

هذا جار فيما نحن فيه على أن في أخبارنا ما يعارض هذا الخبر معربا عن كون المنع مذهبا للعامه ففى الصحيح كما قيل عن باع ما ليس عنده قال لا بأس (قلت) إن من عندنا يفسده (قال) و لم (قلت) باع ما ليس عنده قال ما يقول فى السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده «فتأمل» و أما الثانى فقد وقع فى أخبارنا ما يوافق كتوقيع أبى الحسن العسكرى عليه السلام فى صحيحه الصفار حيث سأله بما مضمونه عن رجل باع قرية و إنما له بعض هذه القرية فهل يصلح للمشتري ذلك فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك (و قول أبى الحسن الأول عليه السلام) فى صحيحه محمد بن القاسم بن فضيل عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليه كتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه أ يعطيها أم يمنعا قل (قال خ ل) له يمنعا أشد المنع فإنها باعت ما لا تملكه (و قول أبى جعفر عليه السلام) فى صحيح محمد بن مسلم قال فى سأل رجل من أهل النيل عن أرض شراها بقم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الأستان يقولون هى أرضنا لا تشتريها إلا برضا أهلها و كموثقة سماعة الناهية عن شراء الخيانة و السرقة إذا عرف أنه كذلك (و نحوها) خبر أبى بصير و خراج المدائنى و الحسين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨٧

.....

□

ابن زيد و خير قرب الإسناد و ما رواه فى الاحتجاج مما خرج من الناحية المقدسة فى توقيعات محمد بن عبد الله الحميرى فى السؤال عن ضيعة السلطان فيها حصه مغضوبه فهل يجوز شراؤها من السلطان أم لا فأجاب عليه السلام لا يجوز ابتياعها إلا من مالكها (و الجواب) عن خصوص الخبر العامى باحتمال أن يراد بما لا يملك ما لا يصح تملكه و احتمال ما ذكره فى التذكرة فى الأول و احتمال رجوع النفي إلى اللزوم لمكان التعرض و إن كان نفي الصحة أقرب إلى الحقيقة (و قد يقال) فى ترجيحه على نفي الصحة بلزوم بطلان بيع الوكيل و الوصى و الولي (و فيه) أنه يمكن أن يقال إن المراد بالمملوك ما هو أعم من مملوك العين أو التصرف و هو مستعمل فى كلامهم كثيرا و هذه الاحتمالات يبعد احتمالها فى أخبارنا الموافقة له فالجواب عنها و عنه أيضا بحملها على ما إذا كان البيع لنفسه لا للمالك كما صنع شيخنا فى الرياض قال و لا كلام فيها حينئذ و صرح به جماعة من أصحابنا (و فيه) أنه على هذا يلزم أن لا يكون بيع الغاصب من قبيل بيع الفضولى مع أن الأكثر كما فى الإيضاح على أنه من أفراده و به صرح فى التذكرة و المختلف و نهاية الأحكام و الدروس و حواشى الشهيد و التنقيح و جامع المقاصد و غيرها على أن أدلة الفضولى تشمله كما ستسمع فالأفعد فى الجواب أن تحمل على ما إذا علم المشتري بالغصبيه كما تضمنته سؤالاتها و الظاهر من السوق و المقام قصرها عليه مضافا إلى ما مر من أدلة الفضولى فيتعين هذا الحمل جمعا بين الأدلة و الفرق بين علم المشتري و جهله أن البيع إنما يتحقق مع الجهل بالغصبيه ليقع العقد شبيها بالصحيح و يقع فى ملك البائع فينتقل منه إلى المالك أما مع علمه فلا يقع العقد صحيحا بوجه فلا يستحق البائع الثمن حتى يستحقه المالك كذا وجد بخط المصنف على نسخة بعض تلامذته نقله الشهيد فى حواشيه (و قد يوجه أيضا) بأنه مع علم المشتري يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن و لهذا لو تلف لم يكن له الرجوع عليه و لو بقى الوجهان فلا يدخل فى ملك رب العين و تظهر الفائدة أيضا فى تتبع العقود فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعا فقد اشتراه لنفسه فأتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقق ملكه للمبيع فلا يتصور نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكا (و تمام الكلام) عند تعرض المصنف لمسألة ما ذا تتبع العقود (فإن قلت) من جعل بيع الغاصب من أقسام الفضولى لا يفرق بين صورة الجهل و عدمها و عموم أدلة الفضولى تشمل القسمين (قلت) قد فرقت بينهما المصنف فى المختلف و ولده فى الإيضاح و الشهيد فى حواشيه و قطب الدين على ما نقل عنه و هو قضية كلام الأصحاب حيث جوزوا للغاصب التصرف فى الثمن كما ستسمع ذلك كله (ثم) إن الأخبار حجة على المخالف إلا أن يتأولها و يقول إنما تكون لها دلالة لو منعت عن الصحة بعد الإجازة من المالك و ليس فيها إشارة إلى ذلك بل ظاهرها عدم ذلك لعدم معرفه صاحبها بها و عدم إعلام المشتري العالم بالغصب له «فتأمل» و المصرح بعدم الفرق إنما هو الشهيد فى الدروس و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و

المصنف في الكتاب و نهاية الأحكام مستشكل كما سنبين الحال في ذلك على أن الشهيد في حواشيه قصر الصحة على صورة الجهل كما عرفت فينحصر الخلاف من المحقق الثاني و على هذا يكون عقد الغاصب حراما و لا كذلك غيره من عقود الفضولي لكن قضية جوابه في التذكرة عن رواية حكيم بن حزام التي فيها لا تبع ما ليس عندك بأن النهي لا يدل على الفساد أن عقد غير الغاصب أيضا حرام و هو لا يحسن في رواية البارقي و الحرمة في غير الغاصب أيضا قضية ما اختاره صاحب كشف الرموز و نقله عن شيخه المحقق (قال فيه) البحث في المسألة يبتنى على اقتضاء النهي الفساد و عدمه فمن قال بالأول يلزمه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨٨

.....

القول بالطلاق إلا أن يقول إن عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص بل كل ما يدل على الانتقال فلو لم يلتزم هذا القول تكون إجازة المالك بمثابة عقد ثاني ثم نقل عن شيخه أن النهي في المعاملة لا يقتضى الفساد و أن ليس للمبيع لفظ مخصوص و أن الشيخين يخالفان في المسألتين و أنه هو موافق لشيخه فيهما و من العجيب احتفاله و غيره بهذين الخبرين العامين الذين قد عرفت دلالتهما و قضية كلامه في الكتاب المذكور أن الإجازة بيع فكأنه قول ثالث كما ستسمع و يمكن أن يقال لا شيء من عقد الفضولي بحرام حتى عقد الغاصب لأن الصيغة ليست تصرفا و المحرم على الغاصب استيلاؤه لا لفظه بالصيغة (و قد يشهد على ذلك) أنهم جوزوا بيع المحجور عليه لفلس بعض أعيان المال من دون إذن الغرماء إذا وفي غيره بمال الديان و كذلك الراهن إذا باع الرهن الذي عند المرتهن من دون إذنه (فليلحظ ذلك) و ليعلم أنه قد حقق في فنه أن النهي في المعاملة يقتضى الفساد إذا توجه النهي إلى نفس المعاملة كالنهي عن التحليل في النكاح و الكنايات في الطلاق أو إلى جزئها أو إلى وصفها اللازم كالنهي عن بيع الملامسة و المنابذة (أما) إذا توجه إلى وصف مفارق منهى عنه فيها كالنهي عن الغش و نحوه فالظاهر الفساد أيضا (و أما) إذا توجه إلى أمر مقارن مفارق كزمان أو هيئة مخصوصة أو نحو ذلك من الأمور الخارجة فلا فساد و الأصحاب حيث يقولون يدل على الفساد ينزل كلامهم على ما عدا الأخير و حيث يقولون لا يدل يحمل على الأخير (و ربما) جمع بوجه آخر ذكره الأستاذ قدس سره في فوائده الحاثريه و لم تثبت عندنا صحته (و ربما) قيل بعدم إمكان الجمع فليلحظ ما نهى عنه في المقام هل هو من الأخير أو مما عداه عند من اختار الجمع بالوجه الأول (و أما أخبار الحدائق) التي ادعى وضوح دلالتها و تعجب من الأصحاب كيف لم يستدلوا بها فهي التي تقدم ذكرها و بيان حالها (حجة) القائمين بالصحة أن عقد الفضولي ثابت في النكاح بالإجماع كما حكاه علم الهدى في الحر و العبد و أبو عبد الله بن إدريس العجلي في الحر خاصة و حكاه الشيخ في الخلاف في العبد خاصة و الأخبار المستفيضة المعتمدة و ثبوته فيه مع كمال احتياطهم فيه كما استفاد من كلماتهم و رواياتهم يقتضى ثبوته هنا بطريق أولى (و بمثل هذه الفحوى) استدلت جماعة كثيرون في مقامات كثيرة (و قياس) الأولوية و إن لم يكن من دلالة اللفظ حجة عند الأكثر كما استفاد ذلك من فروعهم من مقامات لا تحصى و هذا الدليل يشمل بيع الغاصب لأن من جملة أدلة صحة عقد الفضولي في النكاح الذي انعقد عنها إجماع السيد و الشيخ على الظاهر خبر نكاح العبد بدون إذن سيده و من المعلوم أن العبد إنما عقد لنفسه إلا أن تقول إنه مترقب للإذن و لا كذلك الغاصب و فيه نظر واضح على أن من أدلته ما لا- يترب فيه إذن فراجع و تأمل و إنه عقد مشتمل على إيجاب و قبول صدر من أهله في محله لأنه قد صدر من بالغ عاقل مختار و من جمع هذه الصفات كان أهلا للإيقاعات و قد وقع على عين يصح تملكها و ينتفع بها و تقبل النقل من مالك إلى آخر فيكون صحيحا و بالإجازة يصير لازما لعموم الأمر بالوفاء بالعقد فكانت الآية الكريمة دالة على وجوب الوفاء بالمعاملة على من وقعت على ملكه مع رضاه بها سواء كان مباشرا للعقد أو لا لمكان استدلال العلماء بها قديما و حديثا من دون خلاف بينهم في ذلك أصلا و استفادهم إليها في محل النزاع و الوفاق كما تقدم بيان ذلك في بيع المكروه و غيره فكانت عامة شاملة لما نحن فيه (و دعوى) اشتراط المباشرة في خصوصها (تقييد) لها من دون دليل كدعوى اشتراط مقارنة القصد للعقد في المكروه مع ثبوت عدم

الاشتراط هنا في الجملة إذ صحة المعاملة غير منحصرة في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٨٩

.....

صدورها عن المالك لمكان ثبوت الولاية لجماعة غير المالك كالوكيل ونحوه والمأمور بالوفاء بالمعاملة في الوكالة إنما هو المالك لمكان رضاه بوقوع العقد في ملكه و ما نحن (فيه) من هذا القبيل و لا فرق بين تقدم الولاية كالوكالة و تأخرها كما هنا و هذا الدليل يشمل أيضا بيع الغاصب (هذا) كله مضافا إلى خبر البارقي العامي المشهور المجبور ضعفه كقصور دلالته إن كان بالشهرة المعلومة و المنقولة المعتزدة بالأصول الدافعة للاحتتمالات التي نوقش بها في الدلالة و قد استوفينا الكلام في الخبر في باب الوكالة و أسبغناه و أشبعناه عند قوله و لو قال اشتر شاة بدينار فاشترى شاتين (و في الخبر الصحيح) في طريق الموتق في آخر قضى على عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشترها رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الآخر فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال خذ وليدتك و ابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه يعني ابن الذي باعك الوليدة حتى يرد ابنك قال أبوه أرسل ابني قال لا والله لا- أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه و هو ظاهر الدلالة على ما نحن فيه و ليس فيه إلا ما عساه يظهر منه من رد الأب بيع الابن أولا فلا تنفع الإجازة بعده عند القائل بصحة الفضولي (و يدفع) بأن أقصاه أنه ظاهر في عدم الرضا و هو غير صريح بل و لا ظاهر في الرد لاحتمال كونه للتردد و هو غير مستلزم له (فتأمل) جيدا و هذا الخبر قد يشهد على صحة بيع الغاصب أيضا و ستمسح عن الشهيد أن الرد لا يتحقق إلا بقوله فسخت و نحوه و أما نحو قوله لم أجز و لا أرضى فإن له الإجازة بعده و ليعلم أنه لا فرق في ذلك بين البيع و الشراء كما صرح به جماعة منهم المصنف في نهاية الأحكام و أشار إليه في التذكرة و الشهيد في مسائله المدونة و المحقق الثاني في جامع المقاصد و إن كانت المسألة مفروضة في البيع كالرواية (و اعلم) أنه يجري في سائر العقود لأنه إذا ثبت في النكاح و البيع ثبت في جميع العقود إذ لا- قائل باختصاص الحكم بهما كما في الروضة ذكر ذلك في كتاب النكاح (نعم) قيل باختصاصه بالنكاح و قيل بطلانه في النكاح و غيره و الإجازة كاشفة عن صحة العقد كما هو ظاهر جماعة و صريح الدروس و حواشي الكتاب و اللعة و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و الرياض و في الأخير أنه الأشهر و في مجمع البرهان أنه مذهب الأكثر و في التنقيح لو كانت الإجازة ناقلة لزم وقوع البيع بالكناية (و فيه نظر) يعلم وجهه مما يأتي من أن القائل بالنقل لا يقول إنها بيع و اختار صاحب مجمع البرهان أنها ناقلة و هو الظاهر من الفخر في الإيضاح و قد نقله عنه الشهيد في حواشي الكتاب ثم إنى وجدته قد صرح به في موضع آخر و إليه مال صاحب كشف اللثام في باب النكاح و لم يرجح شيئا المحقق الثاني في تعليق الإرشاد و استشكل فيه المصنف فيما يأتي من الكتاب و كذا صاحب الكفاية و قد سمعت ما في كشف الرموز عن شيخه فكانه قول ثالث (احتج) الأولون بأن السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط و كلها كانت حاصلة إلا رضا المالك فإذا حصل الشرط عمل السبب التام عمله لعموم الأمر بالوفاء بالعقود فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل هو مع الأمر الآخر (و فيه نظر) لأن الشرط ما يتوقف عليه تأثير المؤثر و إن لم يكن جزء سبب (و الفرق) بينهما غير واضح و ما ذكره من أن العقد سبب تام بمقتضى الآية فمع الإجازة مسلم و يتوقف تأثيره عليها من حينها كما هو قاعدة الشرط و مع عدمها ظاهر بطلانه (و قد اعترفوا) باشتراطها على أنا قد نقول إن المفهوم من قوله عز و جل إِنْ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و كذا الأخبار و الإجماع أن رضا صاحب المال جزء سبب فلا يصح العقد بدونه و أنه إذا لم يكن الرضا جزءا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩٠

.....

لزم العلم بالصحة بدون الرضا لأنه لا ريب في أنه ليس هناك جزء آخر غير الإيجاب و القبول كما أنه ليس هناك أيضا شرط آخر فإذا حصل جميع ما يتوقف عليه فلو لم يكن الرضا جزءا لزم صحته بدونه ثم على تقدير عدم الرضا لا ريب في فساد العقد وفساده إما لأنه عدم منه شيء له دخل في صحته أو لم يعد منه شيء أصلا أو عدم منه ما لا مدخلية له أصلا و الثاني بقسميه باطل قطعاً لأنه يلزم أن نحكم بفساد العقد مع وجود جميع ما يتوقف عليه و على الأول ليس هو إلا الرضا فلا يكون العقد صحيحاً قبله (و بتقرير آخر) إن لم يتوقف على أمر آخر لزم القول بالصحة بالفعل قبل وجود الرضا و إن توقف على أمر آخر إلى حين الرضا لزم عدم كونه كاشفاً (و يمكن أن يجاب) بأن يقال إن العقد سبب تام مع الإجازة و إن تأخرت عنه فعلاً فهو مراعى لا موقوف فإن حصلت كشفت عن تأثيره من حين وقوعه لتقدمه و تعلق مقتضاها به إذ المالك إنما رضى بانتقال ملكه عنه من وقت العقد فحينئذ هي شرط للعلم بالوقوع و التأثير لا شرط للنقل فلذا قلنا إنها كاشفة و العقد مع عدم ظهورها موقوف لا نعلم سببته و لا تأثيرها ظاهراً إذا تجرد عنها «فليتأمل جيداً» و في جامع المقاصد ما يشير إلى هذا الجواب (و ربما) احتج على الكشف بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم في الموجود لأن العقد حال الإجازة عدم (و أوجب) بأن تأثير الإجازة ليس في العقد بل في الأمر المترتب عليه و هو نقل الملك و هذا بعد تمام السبب يجب أن يكون موجوداً لا معدوماً على أن علل الشرع معرفات الأحكام لا مؤثرات فلا يمتنع تعريفها للأحكام المترتبة على الأمور العدمية «انتهى» و أنت إذا تأملت عرفت تطبيق الجواب على الاستدلال (و احتج) على كونها جزءاً أو شرطاً بأنها إما شرط في قبول المحل أو في فعل الفاعل (و أوجب) بمنع الحصر إذ يجوز كونها علامة على تمامية العقد و اعتباره في نظر الشارع مع عدم مطابقتها للمدعى (و أقوى) ما يحتج به للقول بالكشف صحيح أبي عبيدة الوارد في تزويج الصغيرين فإنه تضمن أنه إذا مات أحدهما بعد بلوغه و إجازته ثم بلغ الآخر و أجاز ورث منه و به أفتى الأصحاب و ذلك لا- يتم إلا- على القول بالكشف قطعاً و إلا- فمن المعلوم أن موت أحد المتعاقدين قبل القبول يبطل العقد فلو كانت الإجازة سبباً و ناقلة لما صح القول بالإرث منه بعد موته و كان ما في التنقيح من الدليل على أنها كاشفة رد على ما في كشف الرموز فليلاحظ كلامهما و الثمرة ظاهرة في النماء و غيره من المواضع (و قد) قالوا إن النماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة من المبيع للمشتري و نماء الثمن المعين للبائع إن جعلناها كاشفةً و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز (و فيه) خفاء (أما) نماء المبيع فظاهر (و أما الثمن) فلأنه انتقل عن المشتري من حين العقد بقبوله و تصرف المشتري في ملكه لا- يتوقف على إجازة غيره منها إنه على القول بالكشف ليس للمشتري الفسخ قبل الإجازة و هي ثمرة نافعة (و إنما تعرضنا لهذا) الفرع هنا و إن كان المصنف سيتعرض له لما يترتب عليه من الفروع الآتية فإذا كان الإنسان على بصيرة منه أولاً كان أولى و لا يشترط فورية الإجازة فله الإجازة ما لم يرد كما في الدروس و التنقيح و الرياض و الحداثق و الرد أن يقول فسخت (و لو قال لم أجز) كان له الإجازة بعد ذلك كما صرح به الشهيد في حواشيه في باب النكاح و يشهد له جملة من الأخبار و كلام الأصحاب و قد سمعت آنفاً خبر الوليدة لكنهم في باب الوكالة فيما إذا قال له و كلتني في شراء الجارية بألفين فقال إنما و كلتني بألف و كان الشراء بعين مال الموكل فإنهم قالوا إنه يحلف الموكل و ينفسخ البيع مع أنه يصير فضولاً لكنهم قالوا إن حلفه و عدم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩١

و كذا الغاصب و إن كثرت تصرفاته في الثمن بأن يبيع الغصب و يتصرف في ثمنه مرة بعد أخرى و للمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته و مع علم المشتري إشكال (١)

رضاه يدلان على عدم الإجازة و هو يخالف ما قلناه

(قوله قدس سره) و كذا الغاصب و إن كثرت تصرفاته في الثمن بأن يبيع الغصب و يتصرف في ثمنه مرة بعد أخرى و للمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته و مع علم المشتري إشكال

تقدم الكلام في أن بيع الغاصب من أقسام بيع الفضولي و أنه في الإيضاح نسبه إلى الأكثر و سمعت الدليل عليه و تأويل ما يخالفه و

أما أنه للمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته فلا ريب فيه و قد نص عليه فى نهاية الأحكام و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها و فى الإيضاح و الدروس أنه إذا أجاز عقدا على المبيع صحح و ما بعده خاصة و فى الثمن ينعكس و قد اعترض عليهما المحقق الثانى و تبعه الشهيد الثانى فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة بأن ذلك غير مستقيم و يحتاج إلى التنقيح فى ثلاثة مواضع (قال فى جامع المقاصد) فإن أجاز عقدا من العقود المترتبة على المغصوب كما لو باع (بيع خ ل) سيف ثم بدار ثم بغرس ثم بثوب باعتبار اختلاف الأيدي صح ذلك العقد و بطل ما قبله من العقود لأن صحته بإجازته تقتضى كون المبيع باقيا على ملكه و بقاؤه على ملكه ينافى صحة شىء من العقود السابقة على ذلك العقد إذ لو صح شىء منها لخرج المبيع عن ملكه فلم تؤثر إجازته فيه و أما ما بعده من العقود فيبتنى على أن الإجازة كاشفة أو ناقلة فإن قلنا بالأول صح ما بعده لتبين وقوع تصرفه فى ملكه و إن قلنا بالثانى يجىء فيه ثلاثة أوجه (أحدها) البطلان لتعذر الإجازة لانحصارها فى المغصوب منه و قد خرج عن ملكه (الثانى) الصحة من غير توقف على إجازة المتصرف ببيعه (الثالث) توقفه على إجازته و لو ترتبت العقود على ثمن المغصوب كما لو بيع السيف بقوس ثم القوس بدابة ثم الدابة ببيعير ثم البعير بدراهم فإن الحكم ينعكس لو أجاز واحدا منها فإن ما قبله يصحح و يقف ما بعده على الإجازة كالفضولى كما لو أجاز بيع الدابة بالبيعير فإن إجازته إنما يعتد بها شرعا أن لو كان مالكا للدابة و إنما يكون مالكا لها حينئذ أن لو ملك ما بذل (ما بذلت خ ل) فى مقابله و هو القوس و إنما يملك على هذا التقدير إذا ملك السيف و إنما يملكه أن لو صح بيع السيف فيجب الحكم بصحة ذلك حملا لكلام المسلم على الوجه الذى يكون معتدا به شرعا (و اعلم) أن هذا إنما يستقيم إذا جرت العقود على العوض الذى هو الثمن ثم على ثمنه فلو جرت على الثمن خاصة كما لو بيع السيف مرارا فأجاز واحدا منها فإن ذلك العقد يصحح و يبطل ما قبله إلا العقد الذى قبله فيه المغصوب بالسيف و فيما بعد ذلك العقد إلا وجه الثلاثة السابقة و بهذا يظهر أن إطلاق كلام الشارح و شيخنا الشهيد فى الدروس أن فى سلسلة المثمن يصح العقد المجاز و ما بعده دون ما قبله و فى الثمن بالعكس غير مستقيم و يحتاج إلى التنقيح فى مواضع (الأول) بيان حال ما بعده فى سلسلة المثمن بما ذكرنا (الثانى) وقوف ما بعد المجاز فى سلسلة الثمن على الإجازة دون البطلان (الثالث) أن ذلك فى سلسلة مخصوصة كما بينا لا مطلقا «انتهى» كلامه فى جامع المقاصد لكن قوله فى الفرض الأخير و فيما بعد ذلك العقد الأوجه الثلاثة كأن فيه سقطا تقديره إن قلنا بأن الإجازة ناقلة و إن كانت كاشفة صحيح و ما بعده كالمثمن فكان هذا المثال على القول بأن الإجازة كاشفة مخالفا لإطلاقهم من وجهين أحدهما عدم صحة جميع ما سبق على الإجازة و الآخر صحة ما بعدها مع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩٢

.....

أن المعاملة وقعت على الثمن و هم قالوا بعكسها فيه (بعكسها خ ل) و أما استشكال المصنف مع علم المشتري فيبانه يبتنى على بيان حكم الغاصب إذا باع العين المغصوبة (فنقول) إذا باعها و أقبض العين و قبض الثمن فأخذ المالك المغصوب منه العين فإن كان المشتري جاهلا- رجع بالثمن إجماعا و إن كان عالما فقد أجمع الأصحاب على أنه لا- يرجع على الغاصب بالثمن إن كان تالفا و ظاهرهم الإجماع أيضا على أنه لا يرجع أيضا مع بقاء العين و فى ظاهر التذكرة و ظاهر الإيضاح و غيره الإجماع عليه و هذا حديث إجمالى و يأتى تمام الكلام إن شاء الله تعالى (إذا عرف هذا) فعد إلى إشكال المصنف و قد استشكل فى ذلك فى النهاية أيضا و عبارتها كعبارة الكتاب من دون تفاوت أصلا و فى التذكرة لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الأخير فأشكال ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد أما مع العلم فالأقوى ما تقدم و فى الغاصب مع علم المشتري أشكل «انتهى فتأمل» فى أشكل (الإشكال خ ل) و المنقول عن قطب الدين فى بيان إشكال الكتاب أنه فى التبع و وجهه بأن المشتري مع العلم يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن و لهذا لو تلف لم يكن له الرجوع عليه و لو بقى ففيه الوجهان فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمنا عن مبيع اشتراه

و من أن الثمن عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه «انتهى» (و قال) الشهيد فى حواشيه يمكن أن يكون الإشكال فى صحة البيع مع الإجارة و فى التبع قال لأنه مع علمه يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن فلا يدخل فى ملك رب العين فحيث إذا اشترى به البائع متاعا فقد اشتراه لنفسه و أتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقق ملكه للمبيع فلا- يتصور نفوذ الإجارة هنا لصيرورته ملكا للبائع و إن أمكن إجازة البيع مع احتمال عدم نفوذها أيضا لأن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له فى إتلافه فلا يكون ثمنًا فلا تؤثر الإجارة فى جعله ثمنًا فصار الإشكال فى صحة البيع مع الإجارة و فى التبع (ثم قال) إنه يلزم من القول ببطان البيع بطلان إجازة البيع فى المبيع لاستحالة كون البيع بلا ثمن فإذا قيل إن الإشكال فى صحة العقد كان صحيحا أيضا و جعل الإشكال فى جامع المقاصد فى صحة البيع و ذكر فى توجيهه نحو ما ذكره الشهيد (ثم قال) و يمكن أن يكون ذلك معطوفا أو محذوفا دل عليه السياق و تقدير العبارة و كذا بيع الغاصب موقوف إذا كان المشتري جاهلا و مع علمه إشكال ينشأ مما ذكر و قد عرفت ما ذكر (و قال) فيكون الإشكال فى كونه موقوفا على الإجارة و إن بعد هذا التقدير و أيما الأمرين قدرت الإشكال فيه فمجيئه فى الآخر لازم له و يمكن أن يكون الإشكال فيهما (و فيه) من التكلف ما لا يخفى «انتهى» (و قال) فى الإيضاح إذا كان المشتري جاهلا فللمالك تتبع العقود و الإبطال و رعاية مصلحته و الربح فى سلسلتى الثمن و المثمن له و أما إذا كان المشتري عالما بالغصب فعلى قول الأصحاب أن المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه فيكون قد ملكه الغاصب مجانا لأنه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الأصحاب فقبله لأن للمالك الإجازة و أخذ الثمن أولى أن لا- يكون له و المالك قبل الإجازة لا يملك الثمن لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب فلو لم يكن الغاصب فيكون ملكا بغير مالك و هو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب «١» ملك المالك له فإذا نقل «٢» الثمن عن ملكه لم يكن

(١) أى الإجازة (حاشية)

(٢) أى الغاصب (حاشية)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩٣

.....

للمالك إبطاله و يكون ما يشترى الغاصب بالثمن و ربحه له و ليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب و على القول بأن إجازة المالك كاشفة فإذا أجازته كان له (قلت) فى هذا تأمل لأنه إنما يتم إذا كان مترقبا للإجازة و إلا فلا (قال) و يحتمل أن يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن فإن له إجازة البيع و أخذ الثمن و حقه مقدم على حق الغاصب لأن الغاصب يؤخذ بأخس أحواله و أشقها عليه و المالك بأجود الأحوال له (ثم قال) و الأصح عندي أن مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه و مع التلف ليس له الرجوع به انتهى (قلت) قد تحصل أن هنا مقامين (الأول) هل للمشتري العالم بالغصب مطالبه الغاصب البائع بالثمن مطلقا سواء بقيت العين أم أتلفها أم ليس له مطلقا أم له مع بقائها خاصة الثانى هل بيع الغاصب مع علم المشتري بغصبيته صحيح فللمالك تتبع العقود و الإجازة أم ليس بصحيح و قد بنى المحقق الثانى صحة المقام الثانى على المقام الأول و نحن نتكلم فى المقامين على أنه قد مضى ما له نفع تام فى المقام الثانى (فنقول) فى المقام الأول (قال) فى التذكرة لو كان عالما لا يرجع بما اغترم و لا بالثمن مع علم الغصب مطلقا عند علمائنا و ظاهره دعوى الإجماع مع التلف و بدونه و نحوه ما فى نهاية الأحكام (حيث قال) و أطلق علماؤنا ذلك (و قال) فى المختلف و الإيضاح قال علماؤنا ليس للمشتري الرجوع على الغاصب و أطلقوا القول فى ذلك و فى تخلص التلخيص أطلق الأصحاب كافة و قد نسب عدم الرجوع مع بقاء العين فى الإيضاح أيضا فى مقام آخر تارة إلى قول الأصحاب و أخرى إلى نصهم و فى موضع آخر إلى كثير منهم ذكر ذلك فى الغصب و فى جامع المقاصد يمتنع استرداده العين عند الأصحاب و إن بقيت العين و فى موضع آخر من



الكتاب المذكور نسبته إلى ظاهر الأصحاب و في الروضة نسبته إلى ظاهر كلامهم و في المسالك و الكفاية و الرياض نسبته إلى المشهور و في موضع آخر من الروضة إلى الأكثر و التتبع في كلام الشيخ و من تأخر عنه يشهد بذلك ما عدا المختلف و التذكرة و الكتاب فيما يأتي و نهاية الأحكام و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية فإن فيها اختيار الرجوع مع وجود العين و كأن المحقق في الشرائع و المصنف في كتاب الغضب مترددان كصاحب مجمع البرهان و كأنهم لم يتحققوا الإجماع و ظهوره ليس بإجماع و الشهرة و إن علمت لا تغني غنى لكن في المسالك و الروضة و الرياض أن العلامة ادعى الإجماع في التذكرة على عدم الرجوع مع التلف و العبارة الموجودة في التذكرة هي ما قد سمعتها ظاهرة في دعواه مع التلف و بدونها إلا أن يقال إنه لما اختار في الكتاب المذكور عدم مع البقاء فهم منه أنه لم يتحقق الإجماع على الإطلاق و إلا لما صح له مخالفته فيبقى الكلام في ظهوره و القطع به و هذه الكلمة لا تفيد إلا الظهور و لم أجد له في البيع و الغضب عبارة غيرها و لعله مما زاغ عنه النظر أو أن فيما وجدوه من نسخ الكتاب المذكور قد وجد فيه أجمع بعد قوله علمائنا لكنه بالنسبة إلينا اتكال على الهباء (فتأمل) و قد استدل في التذكرة و المختلف و جامع المقاصد و الروضة و المسالك على عدم الرجوع «١» بعدم الانتقال مع بقاء العين إلى الغاصب و زيد في المختلف و الإيضاح أنه لا عقد يوجب الانتقال لأن العقد الذي وقع كان باطلا و لما لم يكن صاحب جامع المقاصد ممن يقول ببطلان العقد اقتصر على ما سمعت و زاد في الأخير (ين خ ل) أنه إنما دفعه عوضا عن شيء لم يسلم له (و فيه) أنا لا نسلم عدم الانتقال لأنه من الجائز أن يكون قد ملكه الغاصب لإعراض المالك عنه أو يأسه منه كما ذكره في مال السفينة إذا

(١) الظاهر على الرجوع بإسقاط عدم (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩٤

.....

انكسرت في البحر «فتأمل» سلمنا لكن من الجائز أن يكون عدم جواز الرجوع للمشتري عقوبة له حيث دفع ماله معاوضا به على محرم فيكون الغاصب البائع مخاطبا برده فإن بذله أخذه المشتري و إن امتنع منه بقي للمشتري في ذمته و إن لم يجز له مطالبته كما هو الشأن فيما لو حلف المنكر كاذبا على عدم استحقاق المال في ذمته لكن ذلك فرع قيام الدليل إلا أن يدعى تحصيل الإجماع من المتقدمين و الشأن في إثبات ذلك على أنه قد يقال إن الظاهر في نحو الرشوة و عوض الخمر و سائر المحرمات أن له أن يرجع إلى عوضه مع أنه دفعه في محرم «فليتأمل» إلا- أن تقول إن ذلك مع الجهل كما ستسمع فيما إذا اشترى خمرا و خلا و يرد على ما في الروضة و المسالك من أنه إنما دفعه عوضا عن شيء لم يسلم له أن ذلك لا- يتأتى في صورة عدم توقع الإجازة «فتأمل» و استدل أيضا في الروضة؟؟؟ بأنه كيف يجتمع تحريم تصرف البائع فيه مع عدم رجوع المشتري به في حال (و فيه) مضافا إلى عدم تأتية في صورة عدم توقع الإجازة كما مر أن الضمير في فيه إن كان راجعا إلى المثلن حتى يكون المراد لا يجتمع تحريم تصرف البائع في المثلن مع عدم رجوع المشتري في الثمن فممنوع لأنه أول المسألة (و من ثم) قالوا إن المشتري قد فوت ماله متعمدا لعلمه بتحريم تصرفه فيه و دفع ماله من غير عوض و هو يجتمع مع جواز تصرف البائع في الثمن عند القائلين بالإباحة و قد ذهبوا إلى أنه حينئذ ليس أكلا مال الغير بالباطل و إن كان المراد أنه لا يجتمع تحريم تصرف البائع في الثمن مع عدم جواز رجوع المشتري به و هو الذي أراده في المسالك فمسلم لكن القائلين بالإباحة لا يقولون بهذا التحريم كيف و مدعاهم جوازه على أن ذلك آت في صورة التلف كما قرره في الروضة «فليتأمل» و قد أجمع الأصحاب على أنه إذا تلف العوض ليس للمشتري مطالبته به كما في شرح الإرشاد لفخر الإسلام و جامع المقاصد و المسالك و نسبه إلى علمائنا في المختلف و قد سمعت ما في التذكرة و ما في المسالك و الروضة و الرياض من نسبة دعوى الإجماع على ذلك إلى التذكرة و لم يعرف الخلاف إلا من المحقق في بعض تحقیقاته في جواب مسائل سئل عنها فإن في

كلامه ما يقتضى الرجوع مطلقا كذا نقل عنه المحقق الثانى فكان كلامه ليس بتلك المكانة من الظهور أو الصراحة و فى اللعمه و الروضة أن قول المحقق غير بعيد إذا كان متوقعا للإجازة و احتمله فى المسالك و قال لو لا ادعاء العلامة الإجماع عليه فى التذكرة لكان فى غاية القوة و كذا قال فى الرياض و تردد صاحب الكفاية (و أما المقام الثانى) فقد عرفت أن الذهاب إلى صحة البيع مع علم المشتري بالغصبيه إنما هو الشهيد فى الدروس و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و عرفت من استشكل فى البيع أو الإجازة لمكان التلازم كما مر و عرفت أن أخبار الباب الواردة من طرفنا ظاهرة الدلالة على بطلانه مضافا إلى ما أيدناه به مما سمعته فى أحد وجهى الإشكال (و قد احتج) فى جامع المقاصد على الصحة بأن الأصح عدم الفرق بين علمه بالغصب و عدمه لأن المعتمد أن للمشتري استعادة الثمن مع بقاء عينه لعدم خروجه عن ملكه إلى الغاصب لعدم المقتضى و تجويز تصرفه فيه عند الأصحاب لتسليطه عليه لا ينافى كونه عوضا بمقتضى عقد البيع إذ لو وقع التصريح بمثل ذلك فى عوض العقد الفضولى لمن أوقعه فضولا لم يكن قادحا فى ثبوت الإجازة للمالك (و فيه أولا) أنه اجتهاد فى مقابلة النص و قد بناه على ما عرفت حاله (و ثانيا) إما أن يكون قد أباح له التصرف فيه و سلطه عليه غير مترقب لإجازة المالك بل و لا محتمل لها أو يكون متوقعا لها (فعلى الأول) كيف لا ينافى كونه عوضا و الفرق حينئذ بينه و بين الفضولى واضح لأنه فى الفضولى لم يبيحه مطلقا بل دفعه متوقعا لكونه عوضا عن المبيع فيكون مضمونا عليه بخلاف ما نحن فيه فإنه سلطه عليه و أباحه له مع علمه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩٥

و الأقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال (١)

بعدم استحقاقه له (و على الثانى) فعلى القول الأصح بأن الإجازة كاشفه تكون قد دلت حين حصولها على انتقال الثمن إلى ملك المجيز بالعقد فكيف تؤثر فيه إباحة المشتري للغاصب بعد العقد تصريرا أو تسليطا فتجويز تصرفه فيه عند الأصحاب إنما هو لكون العقد غير صحيح كما هو واضح و لا كذلك الحال فى صورة الجهل على أن المعاوضة فى صورة العلم بأن البائع غاصب لا يعتد بها لأن كانت غير مقصودة و لا كذلك الحال فى بيع الفضولى إذا علم المشتري بالحال لأنه مترقب للإجازة متوقع لكون ما دفعه عوضا عن المبيع «فتأمل» و لما لم يحقق صاحب الحدائق كلام القوم فى المقام أظن فى الكلام و قلب الأمور فظن أن المقام الأول مبنى على المقام الثانى مع أن الأمر بالعكس و ذلك من ضعف الثبوت و عدم التروى و قلته التدبر (قوله قدس سره) (و الأقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال)

هذا شرط شرطه أبو حنيفة و قال الشهيد و ابن المتوج على ما نقل عنه و الفاضل المقداد و المحقق الثانى فى الشرح أنه لا يشترط و استشكل فى نهاية الأحكام و لم يرجح فى الإيضاح كتعليق الإرشاد و إن جعلنا الإشكال الآتى فى كلام المصنف راجعا إلى اشتراط أن يكون للعقد مجيز فى الحال كما ستسمعه كان المصنف مترددا و يكون المعنى أنه أقرب على إشكال «فتأمل» و قال الشهيد فى حواشيه إن بعض الجمهور اعترض على المصنف فى هذه المسألة بسقوطها على مذهبه لأنه يعتقد وجود الإمام عليه السلام فى كل زمان و هو ولى من لا ولى له فأجاب بأنه أراد مجيزا فى الحال يمكن الاطلاع على إجازته و تتعذر إجازة الإمام عليه السلام لاستتاره عن الناس و فى الإيضاح و جامع المقاصد أن هذا الفرع إنما يتأتى على مذهب الأشاعرة و أما على قولنا ففى صورة واحدة و هى بيع مال الطفل على خلاف المصلحة (قلت) قد يشهد على عدم الاشتراط ما ذكره فى باب النكاح من أنه لو زوج الفضولى الصغيرين الذين لا ولى لهما صح و أدلة عقد الفضولى متناولة له بل قد لا نشترط المجيز بالكلية فإنهم قالوا بأن المحجور عليه لفسل إذا باع بعض أعيان ماله المحجر (المحجور خ ل) عليه فيها أو وقف أو وهب أو عتق أنه كالفضولى فلا تباع هذه الأعيان التى باعها فى دين الغرماء بل تؤخر فإن وفى غيرها بمال الغرماء لزيادة قيمة أو لإبراء بعض الديان نفذ بيعه و إلا فلا فكان وفاء المال كالإجازة و عدمه كالرد و قد حررنا المسألة فى باب الحجر فلا بد من مراجعتها (و وجه القرب) أنه مع عدم من له أهلية الإجازة تكون صحة العقد

ممتنعة فى الحال و إذا امتنع فى زمان ما امتنع دائما و لما فيه من الضرر على المشتري لامتناع تصرفه فى العين لإمكان عدم الإجازة و لعدم تحقق المقتضى و فى الثمن لإمكان الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه و هى كما ترى لأنه لا يشترط اقتران الإجازة بالعقد بل يجوز تأخرها زمانا طويلا- كما إذا كان بعيدا يمتنع الوصول إليه إلا فى زمن طويل (و أما) إذا لم يكن مجيز فى الحال و لا فى المآل كما إذا كان يمتنع الوصول إليه أبدا أو كان مجنون لا يرجى زوال جنونه فإن العقد يكون باطلا كما نبهوا عليه (و يعلم) أن بعضهم اشترط فى صحة عقد الفضولى عدم مسبقته بنهى المالك و هو ممنوع أولا و على تقدير تسليمه مؤول و أن الشيخ قال إنه لو قبض الفضولى الثمن وقع عن المالك عند إجازته (و عن) المصنف إن اشترط إجازة قبض الثمن على حياله و استحسنة الشهيد إن كان الثمن فى الذمة و فى التنقيح لو كان البيع بالعين الحاضرة فإجازة البيع إجازة القبض و يفهم من كلامهم فى باب مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩٦

فلو باع مال الطفل فبلغ و أجاز لم ينفذ على إشكال و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و أجاز (١)

النكاح فيما إذا عقد الفضولى على الصغيرين و مات أحدهما بعد بلوغه و إجازته و من كلامهم فى تتبع بيوع المغصوب أنه لو باع رجل مال رجل لآخر فضولا- ثم مات المشتري قبل بلوغ الخبير لصاحب المال فلما بلغه الخبر أجاز البيع كان لازما و يفهم ذلك من باب المضاربة و الوكالة حيث يموت صاحب المال و الموكل فليراجع نعم يتجه البطلان فى بعض الصور لو قلنا إن الإجازة ناقلة «فليتأمل»

(قوله قدس سره) (فلو باع مال الطفل فبلغ و أجاز لم ينفذ على إشكال و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و أجاز)

جعل الشهيد فى حواشيه الإشكال راجعا إلى عدم النفوذ فيكون منشأ مما ذكر فى وجه القرب و من أن الطفل إذا بلغ كان له أهلية الإجازة بالفعل و قبله له ذلك بالقوة فالمجيز فى الجملة موجود و أورد عليه فى جامع المقاصد بأنه يلزم على هذا أن تكون المسألة التى بعده عند المصنف مجزوما بعدم النفوذ فيها لانتفاء المجيز فعلا و قوة فيكون التشبيه فى عدم النفوذ لا فى الإشكال فى عدم النفوذ (قال) و هذا و إن كان خلاف المتبادر إلا أن به تندفع المناهضة عن العبارة لأن التردد ينافى الترجيح المستفاد من قوله الأقرب يريد أنه لو جعلنا الإشكال راجعا إلى الأقرب جاء التنافى فى العبارة و قد يقال إنا لا نسلم انتفاء المجيز قوة و فعلا فى المسألة الثانية لأنه قبل أن يبيعه المالك كان له أهلية الإجازة بالفعل إلى إفشاء الإيجاب فإذا أنشأ الإيجاب و نقله عنه به مع جهله بجريان الفضولى كان له و للمشتري الثانى أهلية الإجازة بالقوة فإذا وجد القبول على تقدير صحة البيع صار له أهليتها بالفعل «فليتأمل» أو يقرر الإشكال بما قرره فى الكتاب المذكور (قال) إن حمل قوله و كذا لو باع مال غيره «إلخ» على أن المراد و كذا الإشكال فى عدم النفوذ لو باع مال غيره فمنشؤه من أن العقد كان موقفا على الإجازة من المالك الذى وقع البيع حال كونه مالكا و قد تعذرت بانتقال الملك إلى مالك آخر فامتنع الحكم بالصحة و من أن الإجازة للعقد الفضولى من مالك العين و من يقوم مقامه فى ذلك فإن الوكيل المفوض تعتبر إجازته على وفق المصلحة قطعا و من انتقل المبيع إليه تصرفه أقوى و يحتمل أن يقال إن مجرد الانتقال إلى المتصرف فضوليا كاف فى صحة العقد لأن ذلك أبلغ من إجازة المالك و إن حمل على أن المراد و كذا لا يفقد «إلخ» فوجهه أن الإجازة قد تعذرت و أنها على القول بأنها كاشفة يلزم كون الملك لشخصين فى زمان واحد «انتهى» و الشهيد فى حواشيه أيضا احتمل فى العبارة هذين الوجهين و فى الإيضاح احتمل أولا الصحة و البطلان فى المسألة المذكورة أعنى ما لو باع مال غيره ثم احتمل على تقدير الصحة توقفه على الإجازة و عدمه (قال) أما الصحة فلأن إجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر فملكه أبلغ و لأن عقد الفضولى سبب عند وجود الشرط و قد تحقق و لزوال المانع (و أما البطلان) فلتضاد ملكى شخصين لشيء واحد بعينه و قد تحقق أحد الضدين فينتفى الآخر و احتمل توقفه على الإجازة على تقدير الصحة من حيث إن الرضا الأول لم يكن معتبرا لأنه لم يكن مالكا و من حيث تحقق شرط اعتباره (ثم) إنه حقق على القول بصحة بيع الفضولى صحة البيع هنا من غير توقف و لعله بناه على ما اختار من أن الإجازة ناقلة و

فى تعليق الإرشاد فى الفرع المذكور هل يصح البيع بمعنى عدم اشتراط الإجازة فيه أم لا وجهان و عدم الاشتراط أبعد بل البطلان يتجه إذا قلنا إن الإجازة كاشفة لأن انتقال الملك إلى المشتري الأول إذا كان فى وقت مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩٧

و فى وقت الانتقال إشكال (١) و يترتب النماء و لو باع مال أبيه بظن الحياة و أنه فضولى فبان ميتا حينئذ و أن المبيع ملكه فلوجه الصحة (٢)

العقد استلزم بطلان البيع الثانى فينتفى الملك و صحة البيع الأول فرع له و هذا الأخير أشار إليه فى جامع المقاصد على تقدير كونها كاشفة (قال) لأنه يلزم من ثبوتها نفيها إلا أنه يشكل بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم يقم دليل يدل على انفساخ الفضولى و لا قام دليل على انحصار الإجازة فى المالك للعين و من المعلوم أن لزوم الفضولى إنما يتوقف على انضمام رضى المالك إلى صيغة العقد ليصير العاقد كالصادر عن رضاه فيكون كعقد الوكيل و إذا كان تقدم العقد على الرضا لا يقدح فتقدمه على المالك لا يقدح لانتفاء المقتضى فيمكن أن يقال يكفى لصحة الإجازة ثبوت الملك فى ظاهر الحال فكأنه ناب مناب المالك فيها (و يرد عليه) أن الثمن الثانى إن ملكه المالك لم يجز أن يتخلف عنه ملك المشتري المتصرف فضولا و إن لم يملكه كانت المعاوضة فاسدة و لا سبيل إلى القول به (و قد أورد) قبل ذلك إشكالا و هو أن الإجازة إن كانت كاشفة لزم حصول البيع فى ملك المشتري من حين العقد فيكون السبب المقتضى لملك العاقد فضولا- غير صحيح لكونه واقعا على ملك الغير و إذا فسد فسدت الإجازة المترتبة عليه (ثم قال) و التحقيق أن يقال إن كان السبب الناقل للملك بعد العقد الفضولى مع «١» علم المالك بجريان الفضولى كان فسحا له فيبطل فلا يؤثر فيه الإجازة لامتناع الرضا بالفضولى مع صحة التصرف فيه الناقل عن الملك و إن كان بغير علم نظر فى أنه هل يعد هذا التصرف مستلزما للفسخ أم لا و على الثانى ينظر هل تعد الإجازة كاشفة أو معتبرة فى السبب المقتضى لنقل الملك فعلى استلزام الفسخ لا يصح و على اعتبار الإجازة فى السبب بناء على الثانى يمكن الصحة مع إجازته و على كونها كاشفة يتجه البطلان لأنه يلزم من ثبوتها نفيها إلى آخر ما نقلناه عنه

(قوله قدس سره) (و فى وقت الانتقال إشكال)

قد تقدم الكلام فيه مستوفى لأمر اقتضاه المقام

(قوله قدس سره) (و لو باع مال أبيه لظن الحياة و أنه فضولى فبان ميتا حينئذ و أن المبيع ملكه فالوجه الصحة)

فى نهاية الأحكام أن الأقوى الصحة و فى موضع من التذكرة حكم بالصحة و فى هبة الكتاب جزم بالصحة و قد يلوح منه هناك أنها محل إجماع فليرجع إليه و فى الإيضاح و حواشى الشهيد و جامع المقاصد أن المراد بالصحة اللزوم من غير توقف على أمر آخر و اختار فى الأخير توقفه على الإجازة و نقله الشهيد عن ابن المتوج لأن نظر البائع فيما يتعلق به مغاير لما يتعلق بغيره و علله فى الإيضاح و جامع المقاصد بأنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل هو مع إجازة المالك (قال) فى الإيضاح و لما اعتبر القصد فى أصل البيع فى أحواله أولى (قلت) يريد بالأحوال اللزوم و عدمه (وقال) فى جامع المقاصد إلا- أن يقال قصده إلى أصل البيع كاف و احتمال فى نهاية الأحكام و الإيضاح البطلان لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب لا عنه و لأنه و إن كان منجزا فى الصورة فهو فى المعنى معلق و التقدير إن مات مورثى فقد بعتهك و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره «انتهى فتأمل» و يأتى لهم اختلاف فى باب الغصب فيما إذا غصب عبده ثم أتى به إليه و قال له هذا عبدى فأعتقه عنك فأعتقه فهل يقع العتق أم لا و قد استوفينا فيه الكلام هناك و فى جامع المقاصد (قيل) إن قوله

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩٨

و لا يكفي في الإجازة السكوت مع العلم و لا مع حضور العقد (١) و لو فسخ العقد رجع على المشتري بالعين و يرجع المشتري على البائع بما دفعه ثمنا و ما اغترمه من نفقة أو عوض عن أجره أو نماء مع جهله أو ادعاء البائع إذن المالك (٢)

و إنه فضولي مستغن عنه (قلنا) بل أراد الإشعار بمنشأ الوجه الضعيف أعنى أن العقود تابعة للقصد و مثل هذا الفرض ما لو باع فضوليا ثم بان شراء وكيله إياه

(قوله قدس سره) (و لا يكفي في الإجازة السكوت مع العلم و لا مع حضور العقد)

قال في التذكرة لو باع سلعة و صاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم الغائب قاله علماؤنا و أكثر أهل العلم و عبارة التنقيح كعبارة الكتاب قال بل لا بد من لفظ يدل عليها لأنها كالبيع في استقرار الملك و في التحرير لو باع الفضولي و صاحب السلعة ساكت لم يلزمه البيع و إن كان حاضرا و في نهاية الأحكام لا يكفي في الإجازة و اللزوم حضور المالك ساكتا و في الشرائع لا يكفي سكوته مع العلم و لا- مع حضور البيع و في الإرشاد لا يكفي الحضور ساكتا فيه و فسره في مجمع البرهان بأن المراد لا يكفي الحضور ساكتا في بيع ماله فضوليا بل لا بد من التصريح فإن السكوت مع الحضور لا يدل على الرضا قال أو لا يكفي في الرضا و الإجازة أو في انعقاد البيع الفضولي «انتهى» «فتأمل» و أنت خبير بأنه إن كان المدار على الرضا فلو علم الرضا يقينا كفى لصحة البيع و التصرف و لا يحتاج إلى التصريح و كلامهم قد ينزل على عدم العلم بالرضا (و الأصح) أنه لا بد من اللفظ كما هو صريح جماعة و ظاهر آخرين كما أن الرد لا بد فيه من اللفظ فلو قال لم أجز كان له أن يجيز و عبارة التنقيح تعطى بأن المدار على اللفظ فلا ينعقد أو لا يلزم إلا مع اللفظ و إن علم الرضا و في أخبار النكاح ما يدل على أن العلم و الإقرار كاف كالخبر المروى بعدة طرق فيها الصحيح (و فيه) جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال إني كنت مملوكا لقوم و إني تزوجت بامرأة حرة بغير إذن مولاي ثم أعتقوني بعد ذلك فأجدد نكاحي إياها حين أعتقت فقال له أ كانوا علموا أنك تزوجت امرأة و أنت مملوك لهم فقال نعم و سكتوا عني و لم يغيروا علي فقال سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم اثبت على نكاحك الأول (و نحوه) (و مثله خ ل) غيره من الأخبار و قالوا أيضا إن البكر لو عقد عليها فضولا ثم أخبرت فسكتت صح عقدها «فتأمل» و قالوا أيضا لو زوجها الأخوان كان الأولى لها إجازة عقد الأكبر و بأيهما دخلت قبل الإجازة كان العقد له و التأمل في الكل ممكن

(قوله قدس سره) (و لو فسخ رجع على المشتري بالعين و يرجع المشتري على البائع بما دفعه ثمنا و ما اغترمه من نفقة أو عوض عن أجره أو نماء مع جهله أو ادعاء البائع إذن المالك)

إذا لم يجز المالك رجع في عين ماله و نمائه مطلقا متصلا أو منفصلا و عوض منافعه المستوفاة و غيرها و قيمة التالف من ذلك أو مثله على المشتري و قد طفحت بذلك عبارات الأصحاب و في رواياتهم ما يدل عليه ففي رواية زرارة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولادا ثم أتاه من يزعم أنها له و أقام على ذلك البينة قال يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها و في خبر آخر ستمعه أنه يأخذ منه قيمة الولد (و في خبر) زريق المروى في المجالس قال نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار و كل ما كان مرسوما في المعيشة يوم اشتريتها و الإطلاق منزل لمكان التبادر و الغلبة على الجاهل و يرجع المشتري على البائع بما دفعه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ١٩٩

.....

ثمنا إجماعا كما في المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و بما اغترمه من نفقة أو عوض عن أجره أو نماء مما لم يحصل له في

مقابلته نفع إجماعاً أيضاً كما في شرح الإرشاد و في غضب الكفاية و الرياض نسبتبه إلى الأصحاب و أما ما حصل له في مقابلته نفع ففي المبسوط في موضع منه و الخلاف و ظاهر السرائر و صريح غضب كشف الرموز أنه لا يرجع به قال في السرائر و يرجع المشتري بما غرمه من المنافع التي لم يحصل له في مقابلتها نفع إلا أن يكون المشتري علم أنه مغضوب «انتهى» و في المبسوط أيضاً و الشرائع و النافع و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان أنه يرجع به و به صرح في غضب الدروس أيضاً و التنقيح و المقتصر و جامع المقاصد و لعله الظاهر من غضب الشرائع و في التنقيح أن عليه الفتوى و قد نسبه في المختلف إلى بعض علمائنا و هو قضية إطلاق الباقيين و في التذكرة و الإرشاد فيه قولان و نحوهما ما في التحرير حيث قال على قول و لا ترجيح في غضب النافع و التبصرة و المهذب البار و المسالك و الكفاية و عبارة نهاية الأحكام كعبارة الكتاب حرفاً فحرفاً لكنه قال فيها بعد ذلك سواء حصل في مقابلته نفع كأجرة الدار و الدابة أو لا كقيمة الولد على إشكال و قيل لا يرجع بما حصل في مقابلته نفع لأنه مباشر للإتلاف فكان أضعف من التسبب و يشكل بغيره (قلت) القولان يلتفتان إلى أنه لما حصل له نفع و حصل عنده عوضه كان سكن الدار و أكل الثمرة و شرب اللبن كان كأنه قد اشترى و استكرى فلم يحصل عليه ضرر و هو أوفق بالأصل مع عدم معلومية صلوح المعارض للمعارض لعدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغار بمجرد الغرور و إن لم يلحقه ضرر كما هو المفروض و لم يثبت انعقاد الإجماع على هذه الكلية بحيث يشمل ما نحن فيه و إلى أنه سلطه عليه البائع بأن يأكله مجاناً و لا يعطى شيئاً غير ثمن المبيع و لعله لو علم أنه ليس له لم ينتفع به فلم يسكن بأجرة داراً و لم يشرب بقيمة دراهم فالظاهر الرجوع لحصول الضرر فكان الإجماع متناولاً لذلك و لأنه بمنزلة ما لو قدم إليه طعام الغير فأكله جاهلاً و تمام الكلام في الغضب (و يدل) على بعض هذه الأحكام خبر جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية فقال يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه يريد القيمة التي أعطاهها للمالك لفك ولده لأنه حر و نحوه قيمة النقص الحاصل بالهزال و بعد هذا كله زعم صاحب الحدائق أن لا رجوع للمشتري على البائع بشيء سوى الثمن و استند في ذلك إلى أنه لم يذكر ذلك في خبر زريق مع أنه في مقام بيان و من لحظ الخبر ظهر له أنه عليه السلام إنما كان جوابه فيما سأله على وفق سؤاله و لم تكن همه السائل إلا في تخلص نفسه و براءة ذمته من حق المالك و من المعلوم أنه لو لم يسأله ثانياً و ثالثاً لاقتصر على جوابه الأول أو تراكم لو اقتصر عليه تقول ليس للمالك إلا- رد المعيشة عليه كلا- لا- يقول ذلك أحد و محل الحاجة في الخبر هذا فقال الرجل يعني المشتري كيف أصنع فقال إن ترجع بمالك على الورثة و ترد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها فقال فإذا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا قال نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة إلى آخر ما نقلناه آنفاً (ثم) أخذ يسأله عن حال ما إذا أحدث فيها غرساً أو بناء ليت شعري ما ذا يعرض لهذا الشيخ لا يزال مولعاً بمخالفة الأصحاب مشنعاً عليهم في غير حق إن كان المدار على الأخبار فما بال خبر جميل الظاهر الدلالة يعرض عنه و يتمسك بخبر زريق الذي قد عرفت المراد منه فإن عذرناه و ما كان يكون في مخالفته

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠٠

.....

لهم فيما ليس بموافق لطريقته فما كنا لنعذره في مثل هذا (و قد) تعرض الأصحاب في المقام لضمان العين إذا تلفت و كانت قيمة فينبغي أن نشير إلى ذلك إشارة إجمالية و إلا فمحل ذلك بابه (فنقول) قال في المختلف في المقام (قال) علماؤنا إن الغاصب يضمن ذا القيمة بأعلى القيم و في باب الغضب (قال) إنه الأشهر (قلت) و هو خيرة المبسوط و الخلاف و الوسيلة و الغنية و السرائر و اللمعة و استحسنة في غضب الشرائع و نسبه في المسالك إلى النهاية (قال) و في صحيحة أبي ولاد فيمن اكرت البغل و تجاوز محل الشرط ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين و ستسمع الحال في الخبر المذكور و في النهاية و المبسوط أيضاً يضمه بقيمة يوم غضبه و

هو خيرة المراسم و المقنعة و الشرائع و النافع و كشف الرموز و نسبه فى الشرائع إلى الأكثر فى باب الغصب و فى المختلف و التذكرة و الكتاب فيما يأتى فى آخر البيع و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد «١» يوم الإتلاف و قد حكى ذلك عن القاضى و فى الرياض أنه الأشهر الأقرب و قد نسبه فى الدروس إلى الأكثر و لم يذكر الاعتبار بيوم الغصب الذى جعله فى الشرائع مذهب الأكثر كما أن المصنف فيما يأتى من الكتاب فيما إذا باع بحكم أحدهما لم يذكر الاعتبار بيوم التلف و كذا فى التحرير فى المسألة المذكورة و لم يرجح فيها فى الكتابين شيئا من القولين أعنى القول بأعلى القيم و القول باعتبار يوم الغصب و الظاهر أن مرادهم بيوم التلف حين التلف كما نبه عليه فى عاربه جامع المقاصد و فى جامع المقاصد و الروضة و المسالك و الكفاية إن كان التفاوت بسبب الزيادة العينية أو الوصفية فأعلى القيم و إن كان بسبب السوق فبقيمتها يوم إتلافه فهذا منهما اختيار للقول الثالث و لم يرجح الشهيد الثانى فى باب الغصب فى الكتابين شيئا لكنه فىهما تارة مال إلى القول بوقت التلف و أخرى إلى القول بأعلى القيم و نقل الشهيد عن المحقق فى أحد قوليه أنه يضمن الأعلى من حين الغصب إلى حين الرد أى رد القيمة فيكون معتبرا لزيادة القيمة و نقصانها بعد يوم التلف و هو مبنى على أن الواجب فى القيمي مثله و إنما ينتقل إلى القيمة حين دفعها لتعذر المثل و تردد فيه فى الشرائع و فى المختلف و جامع المقاصد ليس الخلاف فى ناقص القيمة لنقص العين أو تعيينها بل لنقص القيمة السوقية «انتهى» و فى المسالك نحو ذلك قال محل الخلاف ما إذا كان اختلاف القيمة مستندا إلى قيمة السوق مع بقاء العين بحالها أما إذا استند نقص القيمة إلى نقص العين ثم تلفت فالأعلى مضمون اتفاقا و مثله قال فى الروضة (قلت) و قالوا لا اعتبار بتفاوت السوق و أنه لا عوض له و الجمع ممكن بأن يراد أنه ما دامت العين باقية لا يحكم عليه بضمان القيمة السوقية إذا نقصت حين الرد (و يمكن) أن يقال كما أن العين إذا نقصت يجب ردها مع عوض ما نقص كذلك القيمة ينبغى أن يضم إليها قيمة ما نقص من العين فيأخذ قيمة العين و قيمة ما نقص منها فلو كان حين الغصب سميئا يسوى عشرين مثلا و يسوى حين التلف ثلاثين مع ضعفه بحيث لو كان سميئا لسوى أربعين فعلى القول بأعلى القيم و كذا حين التلف يجب حينئذ أربعون فالقول بوقت التلف مع ملاحظة ضم ما نقص من قيمة العين ليس بذلك البعيد «فليتأمل» و فى خبر أبى ولاد الذى قال فيه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى قال نعم قيمة البغل يوم خالفته ما يدل على القول الثانى إن كان الظرف المذكور صلة للقيمة فيصير المعنى قيمته يوم المخالفة لازمة لك و إن كان ظرفا؟؟؟؟ للزوم صار المعنى تلزمك القيمة فى ذلك اليوم لكن يكون قدر القيمة غير معلوم

(١) فى نسخة قوله و التنقيح و جامع المقاصد بعد قوله و قد نسبه فى الدروس و الظاهر أنها غلط و إلا لقال بعدها و لم يذكروا (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠١

و إن لم يكن كذلك لم يرجع بما اغترم و لا بالثمن مع علم الغصب (١) إلا أن يكون الثمن باقيا فالأقوى الرجوع به و لا يبطل رجوع المشتري الجاهل بادعاء الملكية للبائع لأنه بنى على الظاهر (٢) و لو تلفت العين فى يد المشتري كان للمالك الرجوع على من شاء منهما بالقيمة إن لم يجز البيع فإن رجع على المشتري الجاهل ففى رجوعه (٣) على البائع بالزيادة على الثمن إشكال

فيحتاج فى تعيينه إلى دليل آخر (فليتأمل) جيدا و قد يلوح من ذيله ما يخالف الوجه الأول و يوافق القول الأول أعنى أعلى القيم (فتأمل) و على كل حال فالقول بالضمان وقت التلف أولى و أقوى و تمام الكلام فى باب الغصب فإننا قد استوفينا فيه و لو زادت القيمة عن الثمن المدفوع إلى البائع فهل يرجع بهذه الزيادة أم لا استشكل المصنف فيه و ولده فى الإيضاح و صاحب الكفاية و قوى فخر الإسلام فى شرح الإرشاد و الشهيدان و المحقق الثانى أنه يرجع لأنه غره و قال المصنف فيما سياتى من الكتاب إنه لا يرجع و قال فى غصب الكتاب و يغرم قيمة العين إذا تلفت و لا يرجع (و قال) فى جامع المقاصد إنه إنما يستقيم فى ما قابل الثمن فلو زادت قيمة

العين فالأصح رجوعه بالزائد و قد تقدم فى القسم الرابع من أقسام المحظور من المكاسب بيان الحال فى ذلك كما تقدم لنا عند شرح قوله و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك و ضمن ما له نفع تام فى المقام و قد وجدناهم يذكرون هذه الأقوال فى المقبوض بالعقد الفاسد و فى بعض صورته و هو ما إذا باع بحكم أحدهما أو أجنبى و فى المغصوب و فى البيع الفضولى إذا لم يجز المالك و لا- يفرقون بين هذه المواضع كما هو الواقع لتحقق الغصب فى الجميع و ثبوت الضمان نعم قد يذكرون فى مطاوى استدلالهم فى مبحث الغصب كتكليف الغاصب بأشق الأحوال ما يشعر بامتيازته عن غيره لكنهم لا يعولون عليه و لا يستندون إليه و إنما يأخذة القائل بأعلى القيم مؤيدا و يرده عليه من لا يقول به بأنه لا دليل عليه فى المقام و لا سيما إذا ندم و تاب هذا الشيخ ذهب إلى ما ذهب إليه فى الغصب و البيع و هذا المحقق فى كتابه قال فى المقبوض بالعقد الفاسد إنه يضمن يوم قبضه و فى المغصوب يوم غصبه و نقل الخلاف فيهما على السواء و كذلك المصنف و الشهيدان و غيرهم فكانت المباحث الثلاثة عندهم من سنخ واحد (قوله قدس سره) (و إن لم يكن كذلك لم يرجع بما اغترم و لا بالثمن مع علم الغصب إلخ)

قد تقدم الكلام فى هذه المسائل مستوفى

(قوله قدس سره) (و لا يبطل رجوع المشتري الجاهل بادعاء الملكية لأنه يبنى على الظاهر)

يريد أن المشتري الجاهل إذا ادعى أن هذا المال مال زيد و قد باعنيه ثم ثبت أنه مال الغير لم يمنع قوله ذلك من الرجوع على زيد لأنه بنى فى ذلك على الظاهر و إن كان ظاهر قوله ينافى استحقاق الرجوع و قد احتمل فى التذكرة و نهاية الأحكام عدم الرجوع لاعترافه بالظلم فلا يرجع على غير ظالمه

(قوله قدس سره) (فإن رجوع على المشتري ففى رجوعه إلخ)

قد تقدم الكلام فى ذلك أيضا و استيفاء الكلام فى المقام فى القسم الرابع من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠٢

و لو باع ملكه و ملك غيره صفقة صح فيما يملك و وقف الآخر على إجازة المالك فإن أجاز نفذ البيع و قسط الثمن عليهما بنسبة المالكين بأن يقوموا جميعا ثم يقوم أحدهما هذا إذا كان من ذوات القيم (١)

#### أقسام المحظور من المكاسب

(قوله قدس سره) (و لو باع ملكه و ملك غيره صفقة صح فيما يملك و وقف الآخر على إجازة المالك فإن أجاز نفذ البيع و قسط الثمن عليهما بنسبة المالكين بأن يقوموا جميعا ثم يقوم أحدهما هذا إذا كان من ذوات القيم)

أما صحته فيما يملك فقد نص عليه فى النهاية و المبسوط و ما تأخر عنهما و فى الغنية الإجماع عليه و فى الرياض أن ظاهرهم الإجماع (و أما) و قوف الآخر على إجازة المالك فقد نص عليه فى النهاية و الوسيلة و الشرائع و النافع و كتب المصنف و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرها و فى التذكرة نسبته إلى علمائنا (و أما) أنه إن أجاز المالك صح فيها و إلا بطل فى مال الغير خاصة فهو المشهور كما فى مجمع البرهان و فى التذكرة نسبته إلى علمائنا و فى المبسوط و السرائر و الغنية أنه إذا باع ملكه و ملك غيره صح فى ملكه و بطل فى ملك الغير أجاز أو لم يجز بناء منهم على عدم صحة عقد الفضولى كما تقدم و هو قضية كلام الخلاف (و احتمال) فى مجمع البرهان على تقدير صحة الفضولى إن لم يجز المالك بطلان البيع رأسا (فإن لم يجز المالك بطل البيع رأسا ل) لأنه إنما حصل التراضى و العقد على المجموع و حصوله فى الكل لا يستلزم حصوله فى الجزء و خير الصفار يسقط هذا الاعتبار (قال فيه) عليه السلام و قد وجب الشراء على البائع على ما يملك مضافا إلى أن البائع مأمور بالوفاء بالعقد فى ماله و العقد صحيح فى نفسه لكنه غير لازم كالفضولى و عدم إجازة المالك بعد ذلك لا ترفع ذلك أى الأمر المستقر قبل ظهوره و أن العقد بمنزلة عقود متعددة و لهذا لو خرج بعض ماله مستحقا لا يبطل إلا فيه (و هذا) الاحتمال أعنى بطلان البيع من رأس قول الشافعى قال لأن اللفظة الواحدة لا



يتأتى تبعيضها إما أن يغلب الصحيح على الفاسد أو بالعكس و الثاني أولى لأن تصحيح العقد في الفاسد ممتنع و إبطاله في الصحيح غير ممتنع و لأنه لو باع درهما بدرهمين أو تزوج بأختين حكم بالفساد و أن الثمن المسمى يتوزع عليهما و لا يدرى حصة كل واحد منهما عند العقد فيكون الثمن مجهولاً و صار كما يقال بعثتك عبدى هذا بما يقابله من الألف إذا وزعت عليه و على عبد فلان فإنه لا يصح (و الجواب) أن إجماعنا منعقد و أخبارنا ناطقة بالصحة و اللفظة الواحدة كثيراً ما تتبعض كما إذا قال جاء زيد و عمر صادقاً في أحدهما كاذباً في الآخر و نحوه ما إذا شهد عدل و فاسق واحد الدرهمين كإحدى الأختين ليس بأولى بالفساد من الآخر و لهذا أفسدنا العقد فيهما و لا كذلك صورة النزاع كما هو ظاهر و الثمن ليس مجهولاً لأنه جعل الجميع في مقابلة الجميع فسقوط بعضه لا يجعله مجهولاً كأرش العيب و كما إذا خرج بعض ماله مستحقاً (و قد تحصل) من هذا أنه لا مانع من أن يكون هذا العقد الواحد قبل الإجازة لازماً موقوفاً فلا إيراد على عبارة المصنف بوجه و مراده و غيره بالصحة للزوم لوجود شرطه و هو كونه ملكاً (و يعلم) أنه لا بد من التقسيط عند الجميع لأن القائل بالطلاق فيما لا يملك لا بد له من التقسيط و كذا القائل بتوقفه على الإجازة على تقدير حصولها و عدمه (و قد اختلفت) عباراتهم في تقسيط الثمن إذا كان من ذوات القيم فى المبسوط و كذا الوسيلة يأخذه بما يتقسط عليه من الثمن يعنى يأخذ المملوك بقسطه و نحوه ما فى التذكرة و التحرير و الدروس حيث قيل فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٢٠٣

.....

عاملى، سيد جواد بن محمد حسيني، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ١١ جلد، دار إحياء التراث العربى، بيروت - لبنان، اول، ه ق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٢٠٣

الأولين يأخذه بقسطه من الثمن و فى الأخير يقسط الثمن عليهما و فى السرائر يمسك ما يصح فيه البيع بما يخصه من الثمن الذى يتقسط عليه كما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانير و قيل إن قيمة المملوك قيراط و قيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلى الثمن (انتهى) ما أردنا نقله من كلامه «فليتأمل» فيه (و عبارة) نهاية الأحكام و اللمعة كعبارة الكتاب و فى جامع المقاصد أن فى عبارة الكتاب حذفاً تقديره ثم يقوم أحدهما و تنسب قيمته إلى مجموع القيمتين و يؤخذ له بتلك النسبة من مجموع الثمن و فى الإرشاد و يقسط المسمى على القيمتين و قال فى تعليقه و طريق تقسيط المسمى على القيمتين أن يقوم المبيعان معاً ثم يقوم أحدهما على انفراد و تنسب قيمته إلى مجموع القيمتين (قلت) لعل الأولى أن يقول إلى قيمة المجموع (قال) و ينظر تلك النسبة فيؤخذ بها من الثمن و إنما وجب التقسيط كذلك دون التقسيط على العينين لإمكان تفاوتهما فيتعذر التقسيط من دون اعتبار و إنما وجب تقويمهما ثم تقويم أحدهما لجواز أن يكون الثمن أزيد من القيمة أو أنقص منها فلو اعتبرت قيمة واحدة بقى الفاضل من الثمن بإزاء الباقى و هو أقل من القيمة بكثير فى صورة الزيادة و بالعكس فى صورة النقصان و نحوه ما فى جامع المقاصد (حيث قال) إنما لم يقسط على العينين لإمكان زيادة الثمن على القيمتين أو نقصانه عنهما و عدم مساواة كل من القيمتين للأخرى و إنما اعتبر تقويمها ثم تقويم أحدهما لتعرف نسبة قيمة كل منهما إلى مجموع القيمتين فيعرف ثمن كل منهما من مجموع الثمن «انتهى» فتأمل فى الفرق بين عبارتيه و كأن عبارة جامع المقاصد أسد و المراد واضح و فى كشف الرموز بعد أن بين التقسيط (قال) و إنما قلنا يقومان مرة أخرى لأنه لو بنى على التقويم الأول ربما قوم العبد بمثل ذلك التقويم أو أزيد فيلزم أن لا يسقط فى مقابلة الحر مثلاً شىء أو يبقى للبائع على المشتري شىء بتقدير أن تكون قيمة العبد أزيد و يعلم أن التقويم الثانى فى كشف الرموز غيره فى تعليق الإرشاد و جامع المقاصد «فتأمل» (و مثل) ما فى

كشفت الرموز ما فى التنقيح و فى الشرائع يقسط الثمن بأن يقوموا جميعا ثم يقوم أحدهما منفردا و يرجع على البائع بحصته من الثمن و فى المسالك و الميسية أن مراده أنه يقوم أحدهما منفردا ثم ينسب إلى المجموع و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة لا أن يقسط الثمن بقدر ما يقوم به كما قد يشعر به إطلاق العبارة لأن القيمة المذكورة قد نستوعب مجموع الثمن أو تزيد عليه و فى النافع يقومان ثم يقوم أحدهما و يسقط من الثمن فى مقابلة الفاسد (و قال) الفاضل القطفى فى إيضاحه عليه كذا أطلق الأصحاب و صورته ظاهرة و هى ما إذا ابتاعهما مثلا بأربعين فإنهما يقومان جميعا بخمسين ثم يقوم كل واحد على انفراده فكان أحدهما بثلاثين و الآخر بعشرين فيعلم أن ذا العشرين ثمنه خمسان من أربعين و أن ذا الثلاثين ثمنه ثلاثة أخماس من أربعين (ثم قال) و فيه نظر و فى الكفاية أن كلامهم فى كيفية التقسيط لا يخلو من تأمل ثم إنه استوجه ما ستسمعه إن شاء الله تعالى (و نحن نقول) إنا قد أسمعناك كلامهم برمتهم فى التقسيط و كفيته (و حاصله) المستفاد من مجموع عباراتهم أنه لا يمكن تقسيط الثمن الذى يباع به على العينين لأنهما ليستا متماثلتين فربما حصل التفاوت فيتعذر التقسيط من دون اعتبار فرجوعا إلى الاعتبار فلو قدم المملوك على الانفراد و أخذ من الثمن بقدر ما قوم به فربما زادت قيمته على الثمن جميعه فيبقى للبائع على المشتري شىء فلزم أن يقوموا أولا جميعا ثم يقوم أحدهما لتعرف نسبة قيمة كل واحد منهما إلى قيمة المجموع فيعرف ثمن كل منهما من مجموع الثمن هذا كله إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل فى زيادة قيمة كل واحد منهما (أما لو) استلزم ذلك كمصراعى باب فسيأتى حكمه إن شاء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠٤

.....

الله تعالى (لكن) قد يقال إنا إذا قومناهما جميعا ثم قومنا كل واحد منهما بانفراده يجوز أن تزيد قيمتها حال التفريق عن قيمة مجموعهما و أن تنقص عنها فحينئذ إن اعتبرنا قيمتها المتفرقة فلا فائدة فى تقويمهما جميعا و إن لم نعتبرها فلا فائدة فى تقويمهما متفرقين و إن قوم أحدهما خاصة بعد تقويمهما جميعا فالنظر فيه أظهر لجواز أن لا يبقى للآخر ما يساويه أو تكون قيمته منفردا أنقص من الباقي و لم يبق إلا- احتمال أن يقوم كل واحد منفردا و يجعل ذلك قيمتهما و يؤخذ من الثمن بالنسبة «فليتأمل» و قد يقال إن كلامهم مبنى على الغالب من عدم زيادة قيمتهما حال الانفراد أو نقصانها عنها حال الاجتماع إذا لم يكن للاجتماع و لا للانفراد مدخل فى زيادة و لا نقيصة أصلا كما هو المفروض (فتأمل) جيدا و على كل حال لم نجد وجها ظاهرا فى تقويمهما مجتمعين كما يجد ذلك من أجاد التأمل (ثم) إنه لا- بد و أن يكون للاجتماع مدخل كما يشهد به قولهم إن له الخيار لتبعض الصفقة أو لعيب الشركة (فتأمل) و سيأتى ما ينفع فى تحقيق المقام (و أما) إذا كان لاجتماعهما مدخل فى زيادة القيمة كمصراعى باب و زوجى خف كل واحد لمالك ففى جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و الرياض و الحدائق أنهما لا يقومان مجتمعين إذ لا يستحق مالك كل واحد حصته إلا منفردة فلا يستحق ما يزيد باجتماعهما و قالوا إن طريق تقويمهما على هذا أن يقوم كل منهما منفردا و تنسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة فإذا كان قيمتهما مجتمعين اثني عشر و منفردين تسعة و الثمن ستة و قيمة أحدهما ثلاثة أخذنا له من الثمن بقدر قيمته إلى التسعة و هو ثلث الستة اثنان و لا يؤخذ بقدر نسبته إلى الاثنى عشر و هو ربع الستة واحد و نصف و لو قوم كل واحد منهما منفردا بعشرة يؤخذ نصف الثمن لأنه نسبة أحدهما إلى المجموع و استشكل بعضهم فى ذلك مع جهل المشتري بالحال و بذل الثمن فى مقابلة المجموع من حيث إنه مجموع قال فالأخذ بالنسبة إلى مجموع قيمتهما منفردين ظلم على المشتري (و قد يقال) إن هذا منقوض بالظلم على البائع لو أخذ بالنسبة إلى مجموع قيمتهما مجتمعين مع عدم تقصيره و إتلافه شيئا على المشتري و إنما أراد له شيئا لم يسلم له و إلحاقه بالغاصب حينئذ فى ضمان الصفقة ليس فى محله و يأتى تحقيق المقام (و قال فى الكفاية) إنه إذا لم تكن قيمة المجموع زائدة على مجموع قيمتى الجزئين إنه يقوم واحد منهما مثل المملوك و يقوم المجموع و يراعى النسبة و يرجع المشتري من الثمن بتلك النسبة و يأخذ البائع الباقي و إن كانت قيمة المجموع

زائدة يقوم المملوك و يقوم المجموع و تراعى النسبة بين القيمتين و يأخذ البائع من الثمن بتلك النسبة و يرجع المشتري بالباقي أو يقوم كل واحد منهما و يقوم المجموع و تراعى النسبة بين مجموع قيمتى الجزئين و قيمة المجموع و يجعل من الثمن قدرا بتلك النسبة بإزاء مجموع القيمتين و الباقي بإزاء الهيئة التركيبية و يأخذ البائع من الثمن بنسبة قيمة مملوكه إلى مجموع القيمتين و يرجع المشتري على البائع بالباقي (و قال) فى الإيضاح لو أجاز من له الإجازة يقوم كل واحد منهما و يقوم المجموع و يأخذ كل منهما من الثمن بمراعاة النسبة على ما قاله بعض الأصحاب (و الصواب) أن يقوم كل واحد منهما و يقوم المجموع و ينظر إلى مجموع القيمتين و يراعى النسبة إلى قيمة المجموع و يجعل قدرا من الثمن على نسبة مجموع القيمتين إلى قيمة المجموع بإزاء جزئى المبيع و يجعل قدرا من الثمن بقدر نسبة الباقي من قيمة المجموع بإزاء الهيئة التركيبية ثم يأخذ البائع من القدر الذى بإزاء القيمتين على نسبة قيمة مملوكه إلى مجموع القيمتين و يأخذ المجيز منه على نسبة قيمة ماله إلى المجموع و ينصف ما بإزاء الهيئة من الثمن بينهما (و نحن نقول) يمكن الجرى بهذا المثال على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠٥

.....

مقتضى إطلاق الأصحاب و لا ظلم على البائع و لا المشتري و ذلك لأن صاحب المصراع الآخر إما أن يرضى ببقائهما مجتمعين كما كانا حتى لا- ينقص ماله بالتفريق أو لا- يرضى و على الثانى يجرى على إطلاقهم من دون إشكال (بيان ذلك) أن هناك شيئين (أحدهما) حقيقة المصراعين (و ثانيهما) المنفعة القائمة بالهيئة الاجتماعية التى بسببها زادت القيمة فإذا فرضنا أنه اشتراها بائنى عشر و قوما مجتمعين بثمانية و قوم كل واحد منهما منفردا باثنين فمجموع قيمتهما حينئذ أربعة و قد علم من ذلك أن نصف الثمانية بإزاء أصل المصراعين و النصف الآخر بإزاء اجتماعهما و كذلك الاثنى عشر التى فرضناها ثمنا يكون نصفها بإزاء الاجتماع و نصفها الآخر بإزاء المصراعين فإذا اختار مالك المصراع الآخر اجتماعهما و أجاز اتجه ما قاله المحقق الثانى و الشهيد الثانى و من وافقهما فينسب الاثنان إلى الأربعة و هما نصفها و يؤخذ بتلك النسبة من الاثنى عشر فيكون ستة فتلاثة بإزاء المصراع و ثلاثة بإزاء الفائدة القائمة بالاجتماع و أما إذا لم يجز المالك و اختار التفريق فإننا نجرى فيه على إطلاق الأصحاب فننسب الاثنين إلى الثمانية التى هى قيمتهما مجتمعين و هما ربعها و تأخذ من الثمن أعنى الاثنى عشر بتلك النسبة فيختص المبيع بربع الثمن و هو ثلاثة و لا يؤخذ بإزاء الآخر و لا بإزاء الاجتماع شىء أصلا سواء كان اجتماعهما فائدة أم لا و قد تحصل أيضا أنه ليس فى هاتين الصورتين ضرر أصلا لا على البائع و لا- المشتري نعم فى صورة التفريق التى جرينا بها على إطلاق الأصحاب تفوت ثلاثة بإزاء الاجتماع من البائع لأن المالك اختار أفراد ماله و قد كان له ذلك قبل البيع و البائع قادم على ذلك و يكون البائع فى هذه الصورة قد أخذ من المشتري درهما زائدا لأنه أخذ ثلاثة دراهم من الاثنى عشر قيمة مصراعه و قد فرضنا أن قيمته الواقعية منفردا اثنان لكنه لم يدخل بذلك الضرر على المشتري لأن المشتري هو الذى أدخل الضرر على نفسه فى المجموع حيث اشتراها بأزيد من القيمة لأنه اشترى ما يسوى ثمانية مجتمعاً بائنى عشر فقد زاد أربعة فكانت مأخوذة فى البعض أيضا بالنسبة و استعلم ذلك فيما لو فرضنا أن البيع لم يقع إلا بثمانية فإنه لم يكن على المشتري إلا- اثنان فى صورة التفريق و فى صورة الاجتماع إلا أربعة كما هو الواقع و لو لم يقع البيع إلا بأربعة لم يكن عليه إلا واحد فى التفريق و إلا- اثنان فى الاجتماع و ذلك لإقدام البائع على تنصيف القيمة عليه و ما قال صاحب الرياض و غيره أن المشتري ما رضى إلا بالمجموع فإنه ينجبر بالخيار فلا ظلم أصلا و ظاهر المحقق الثانى و الفاضل الميسى و الشهيد الثانى و غيرهم حيث أخذوا على الأصحاب فى هذا المثال عدم الفرق بين بقاءهما مجتمعين أو متفرقين حيث قالوا لم يقوموا مجتمعين إذ لا يستحق مالك كل واحد ماله إلا- منفردا و أطلقوا (و يرد) عليهم فى صورة التفريق أن لزوم الستة على المشتري حينئذ ضرر عليه فإنه اشترى كذلك جاهلا بالاستحقاق و نظره مصمم إلى الهيئة الاجتماعية و فائدتها إلا أن يقال إن المنفعة القائمة بالهيئة الاجتماعية غير مشتركة أو غير

قابلة للبيع إذ كل مالك يستحق ماله منفردا فكأنه اشترى ما كانت قيمته أربعة باثنى عشر و أما فوت المنفعة فيمكن انجباره بالخيار للجهل (فتأمل) جيدا و استشكل في المسالك و الروضة فيما لو كانا لمالك واحد فأجاز في أحدهما دون الآخر قال في المسالك ففي تقديرهما مجتمعين كالغاصب أو منفردين كما لو كانا لمالكين نظر و قال في الروضة إنه يمكن فيه ما أطلقوه مع احتمال ما قيدناه «انتهى» و لو حكم التفصيل السابق فيقيد بما قيده هو مع بقاء الاجتماع و يترك القيد حال التفريق لكان أولى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠٦

و إن كان من ذوات الأمثال قسط على الأجزاء سواء اتحدت العين أو تكثرت (١) و لو فسخ تخير المشتري في فسخ المملوك و الإمضاء فيرجع من الثمن بقسط غيره (٢)

و لا يخفى أن تقويمهما مجتمعين يوجب الضرر على المجيز (فتأمل) جيدا

(قوله رحمه الله) (و إن كان من ذوات الأمثال قسط على الأجزاء سواء اتحدت العين أو تكثرت)

التقسيم على الأجزاء في ذوات الأمثال قد نص عليه في المبسوط و التذكرة و نهاية الأحكام و جامع المقاصد لعدم الاحتياج إلى اعتبار القيمة لثبوت التساوي في المثلي و لا فرق في ذلك بين أن تتحد العين أو تكثر في كل من القيمي و المثلي كما نص عليه في الكتاب و نهاية الأحكام لكنه على إطلاقه غير مستقيم و الصور ست كما في حواشي الشهيد (قال الأول) أن تتحد العين و هو من ذوات القيم و ليس لأجزائها قسط من الثمن (الثاني) أن تتحد العين و هو من ذوات الأمثال كهذا الصاع (الثالث) أن تكثر من ذوات الأمثال كهذا الصاع و ذلك الصاع و التقسيم في هذه الثلاث على الأجزاء فلم يتم الإطلاق بالنسبة إلى القيمي «فتأمل» (الرابع) أن تتحد العين و لأجزائها قسط كالبيت و البستان بعضه للبائع و باقيه للأجنبي (الخامس) أن تكثر العين من مختلف الأجزاء كالعبد (السادس) أن تكثر العين من مختلف الأجزاء و متفقا و التقسيم في هذه الثلاث على القيم و جعل الأقسام في جامع المقاصد أربعة الاتحاد في القيمي كالعبد و التكثر فيه كالعبد مع الجارية و الاتحاد و التكثر في المثلي كالقفيز و القفيزين من البر (ثم قال) إنه على إطلاقه غير مستقيم بل يجب أن يقيد بما إذا تساوت الأوصاف التي لها مدخل في زيادة القيمة و نقصانها أما إذا تفاوتت كجيد الحنطة مع رديئها أو مع الشعير مثلا فإن المرجع إلى القيمة و إلا لزم استواء الحنطة و الشعير في الثمن و هو معلوم البطلان فإن متساوي الأجزاء إنما قسط الثمن على أجزائه لتساويها في القيمة لعدم الاختلاف بينها المؤثر في اختلاف القيمة و الموضع المذكور بخلاف ذلك انتهى «فتأمل» و قد يقال إن قولهم متساوي الأجزاء يقسط الثمن على أجزائه لتساويهما إن أرادوا التساوي بالكلية فمشكل إذ ما من مثلي إلا و أجزاؤه مختلفة في القيمة في الجملة إلا ما شذ و إن أرادوا التساوي في الجملة فهو موجود في القيمي كالثوب و الأرض فإنهما قيمان و قيمة أجزائهما متساوية في الجملة قطعا بل قد قيل بتساوي أجزاء الثوب بالكلية و إن أرادوا التساوي في مقدار خاص فهو حوالة على المجهول و منه يعلم حال تفسيرهم المثلي بما تساوت قيمة أجزائه و غير المثلي ما لا تتساوى أجزاؤه بل لا يكاد يتم للمثلي تعريف أصلا من تعاريف الخاصة و لا العامة و قد عرفه الفريقان بتعاريف كثيرة و لم نجد منها ما سلم عن الإيراد مع أنه قد بنيت عليه الأحكام الكثيرة فيمكن أن يحال إلى العرف كما صرحوا به في مسألة لا يستوى حيث قالوا المراد بالمساواة بحسب التعارف لا من كل وجه و لا من جميع الوجوه و تمام الكلام يأتي قريبا إن شاء الله تعالى

(قوله قدس سره) (و لو فسخ تخير المشتري في فسخ المملوك و الإمضاء فيرجع من الثمن بقسط غيره)

كما في المبسوط و الغنية لكنهما لم يرتبا ذلك على الفسخ لما قد أسمعناكه من مذهبهما و قد نسب الحكم المذكور في التذكرة إلى علمائنا لمكان تبعض الصفة لأن كان عيبا إذ المفروض أن المشتري جاهل بالحال و احتمال في مجمع البرهان ثبوت الخيار للبائع أيضا إذا ادعى الجهل أو ظن أن المالك يقبل بذلك أو ادعى فيه الإذن و نحو ذلك و احتمال البطلان من رأس لأنه إنما وقع العقد و

التراضى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠٧

و لو باع مالك النصف انصرف إلى نصيبه و يحتمل الإشاعة فيقف في نصف نصيبه الآخر على الإجازة (١) أما الإقرار فيبنى (فينزل خ ل) على الإشاعة قطعاً (٢)

على المجموع و قد بطل و لم يحصل التراضي على البعض و حصوله في الكل لا يستلزم حصوله في الجزء و لأن البائع إنما رضى على الوجه الخاص فكيف نلزمه بغيره (قلت) أما الاحتمال الأول فقد أشار إليه في المبسوط (قال) و متى اختار الرد فلا كلام و إن اختار أن يمسك بكل الثمن فلا خيار للبائع و إن اختار إمساكه بما يخصه من الثمن (فالأولى) أن نقول لا خيار له أيضاً و إن قلنا له الخيار كان قويا و نفاه صاحب الغنية (قال) و لا خيار للبائع على المشتري في ذلك لأن البيع قد ثبت من جهته فمن جوز الخيار فعليه الدليل (قلت) لعل ذلك فيما إذا لم يدع البائع الجهل أو الإذن أو نحو ذلك «فتأمل» و أما الاحتمال الثاني للمولى الأردبيلي فقد تقدم بطلانه بالأخبار و الإجماع و الاعتبار عند شرح قوله و لو باع ملكه و ملك غيره صفقة و قد ذكره في جامع المقاصد في المقام بعنوان السؤال و أجاب عنه بما يرجع إلى ما ذكرناه هناك

(قوله قدس سره) (و لو باع مالك النصف انصرف إلى نصيبه و يحتمل الإشاعة فيقف في نصف الآخر على الإجازة) هذان الاحتمالان ذكرا في نهاية الأحكام و الإيضاح و جامع المقاصد في موضعين منه أى الأخير في البيع و الوصايا مع حكمه فيهما بأن الاحتمال الأول هو الأصح و في باب الصلح جزم بالأول و في المسالك في باب الصلح نسبته إلى الأصحاب (و قد) أخذ مسلماً في غضب جامع المقاصد و المسالك و وجهه بأن اللفظ من حيث هو هو و إن تساوت نسبته إلى النصيبين إلا أنه من خارج قد ترجح انصرافه إلى النصف المملوك للبائع نظراً إلى أن إطلاق المبيع إنما يحمل على المتعارف في الاستعمال و المتبادر إلى الفهم و هو البيع الذى ترتب عليه الانتقال لفعل المتعاقدين و معناه أن البائع إنما يبيع مال نفسه و لا يبيع مال غيره إلا فضولياً أو كاله و هما بعيدان فيصرف إلى المتبادر المتعارف و وجهه في الإيضاح بأن الأصل في البيع اللزوم و لهذا يحكم به عند الإطلاق و عدم العلم بالموانع و إنما يتخلف لعارض مثل الخيار و لم يوجد و لأنه لو قال بعتك غانما و هو اسم مشترك بين عبده و عبد غيره حمل على عبده إجماعاً فكذا في المتواطى هذا و في باب الوصايا أنه لو أوصى بنصف المشترك صح في نصيبه و أنه لو أوصى بالمشترك صح في نصيبه أيضاً بخلاف البيع فإنه لو باع الجميع وقف ملك الغير على الإجازة و الفرق تأثير الإجازة في بيع الفضولى دون الوصية و الشهيد في الدروس احتمل تأثير الإجازة في الوصية (فتأمل) و وجه احتمال الإشاعة أن البيع صالح لملكه و ملك غيره و لهذا يقبل التقييد بكل منهما و لفظ النصف إذا أطلق يحمل على الإشاعة و لم يجعل الشارع صحة التصرف قرينة في المجازات و المشتركات كما لو قال أعطوه حماراً و لا حمار له و إنما له عبد بليد فإنه لا يصرف إليه و المراد بالإشاعة الإشاعة بالنسبة إلى النصيبين لا الإشاعة للأجزاء في الأجزاء لأن ذلك ثابت على كل من التقديرين (قوله قدس سره) (و أما الإقرار فينزل على الإشاعة قطعاً)

« كما في نهاية الأحكام و الإيضاح و في المسالك في باب الصلح أن ذلك قاعدة و ظاهره أنها مجمع عليها (و قال) في كتاب العتق من التحرير إن الأقرب لو قال بعث نصفه أو أقر بنصفه التخصيص بنصيبه فيهما (و قال) في الميراث إذا أقر بمشارك في الميراث و لم يثبت نسبه به لزم المقر أن يدفع إليه ما فضل في يده عن ميراثه و لا يجب أن يقاسم و نحوه قال في الإقرار

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠٨

فلو قال نصف الدار لك أو قال مع ذلك و النصف الآخر لى و لشريكى و كذبه الشريك فللمقر له ثلثا ما في يده (١) و لو قال و النصف الآخر لى أو الدار بينى و بينك نصفان أخذ نصف ما في يده

وفى «١» جامع المقاصد فى باب الإقرار نسب إلى الأصحاب أن المقر إنما يدفع ما فضل فى يده عن ميراثه و أفتى به لمكان فتوى الأصحاب و أنه لا- ينزل على الإشاعة و هذه الإشاعة غير ما نحن فيه من الإشاعة لأن الإشاعة المنفية «٢» هى الإشاعة للأجزاء فى الأجزاء فلو أقرت بولد للزوج لا يجب عليها أن تدفع له سبعة أثمان كل شىء فى يدها بل تدفع له ما زاد على ثمن ما فى يدها و المراد بالإشاعة هنا و فى باب الإقرار أيضا الإشاعة بالنسبة إلى النصيين كما هو ظاهر و تحرير المقام و الوقوف على حقيقته فى باب الصلح فلا بد من مراجعته أو مراجعته باب الإقرار فإن المسألة مستوفاه فيه (و قد سهت أقلام أقوام منهم المحقق الثانى (و وجه) القطع بالتنزيل على الإشاعة أن الإقرار كالشهادة بأنه ملك الغير و هو قد يكون فى ماله و قد يكون فى غير ماله كما فى صلح مجمع البرهان و أن الإقرار إخبار عن ملك الغير لشىء فلا يجب أن يكون منصرفا إلى ما فى اليد لإمكان وقوع هذا الإخبار على ما فى يد الغير (كذا قال فى جامع المقاصد) و نحوه ما فى نهاية الأحكام و الإيضاح (و قال) فى الأول إن لفظ الإقرار صالح لكل من النصيين و لا ترجيح بأمر خارجى كما فى المسألة المتقدمة (ثم) استشعر اعتراضا (فقال) لا يقال الإقرار حقيقة إنما يكون على ما فى اليد و أما على ما فى يد الغير فإنما هو شهادة و لا يعد إقرارا لأننا نقول الإقرار إخبار و لم يثبت تخصيصه بما فى اليد لإمكان وقوع هذا الإخبار على ما فى يد الغير و الأصل عدم كونه شهادة و لو سلمنا فهذا إنما هو فى لفظ الإقرار كما لو قال أقرت (أما) إذا قال لفلان كذا فلاننى فإنه إخبار إن شئت سميته إقرارا و إن شئت شهادة و إن شئت وزعته لو تعلق بمختلفين فى اليد و عدمها انتهى (قلت) كأنهم متفقون على اشتراط كون المقر به تحت يده و تصرفه فيه تصرفا ملكيا و أخرجوا بذلك إقرار المستعير بملكية المعار و الإقرار بحرية عبد الغير و الإقرار بكون عبد زيد ملكا لعمر و قالوا فإنه لا يحكم بثبوت الملكية فى العبد للمقر له به بمجرد الإقرار بل يكون دعوى أو شهادة و لا يلغو الإقرار من كل وجه بل لو حصل المقر به فى يده بملكية ظاهرا انتزع و حيث يقر بحريته لا يجوز له الأكل من كسبه بغير إذنه إن كان صادقا و إن أذن له المولى و يمنعه الحاكم من ذلك (فليتأمل جيدا)

(قوله قدس سره) (فلو قال نصف الدار لك أو قال مع ذلك و النصف الآخر لى و لشريكى و كذبه الشريك فللمقر له ثلثا ما فى يده) لأنه لما أقر له بنصف كان متعلق الإقرار أمرا كلياً فى يده و يد شريكه فكأنه قال له لك نصف هذه الاثني عشر التى فى يدي و يد شريكى و لى ربعها و لشريكى ربعها لأن المسألة من اثني عشر لأنها أقل عدد يخرج منه ثلث الربع صحيحا و لا بد فى المسألة كما ستسمع من تقدير ذلك و لما كذبه شريكه كان تكذيبه نافذا فى الربع الذى هو نصف ما فى يده و هو ثلاثة أرباع هذا الربع تالفا و لا يمكن أن نقول بتلف النصف لأنه أمر كلى و يمتنع تلفه إذ التلف إنما يتحقق فى نفس الأمر للأمر المشخص المتعين و لا ريب فى أنه إذا تلف بعض العين المشتركة إنما يتلف من الشريكين على نسبة استحقاقهما

(١) فى نسختين بغير الواو و الظاهر سقوطها من قلم الناسخ (مصححه)

(٢) فى باب الإقرار (خ)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٠٩

و لو ضم إلى المملوك حرا أو خمرا أو خنزيرا صح فى المملوك و بطل فى الباقي و يقسط الثمن على المملوك و على الحر لو كان مملوكا و على قيمة الخمر عند مستحليه (١)

و لا شركة بين الثالث المقر له و الشريك المكذب لمكان تكذيبه و رده للإقرار فانحصرت الشركة بين المقر و المقر له فكان الربع التالف منهما على نسبة استحقاقهما و لا شبهة فى أن الثالث المقر له يستحق النصف بإقرار المقر و أن المقر يستحق الربع فكان هنا ثلاثة أرباع و النصف ثلثا المجموع أعنى الثلاثة أرباع و الذى تلف عليهما ربع هو ثلاثة من ستة من اثني عشر فيتلف على المقر واحد من الثلاثة و على المقر له اثنان منها و الباقي فى أيديهما إنما هو الستة التى كانت فى يد المقر فيأخذ المقر له منها أربعة و لو لا إنكار

الشريك كان له ستة فقد تلف عليه الاثنان اللذان هما ثلثا ربع الشريك و يأخذ المقر من الستة اثنين و لو لا إنكار شريكه كان له ثلاثة فقد تلف عليه واحد و هو ثلث ربع الشريك لأنك قد علمت أن الثالث لو لا إنكار الشريك كان له ثلثا ما فى يد المقر و ثلثا ربع الشريك و للمقر ثلث ما فى يده و ثلث ربع الشريك (و إن شئت قلت) كان نصف ما فى يديهما فلما رد الشريك تلف عليهما رבעه فردا إلى ما فى يد المقر فأخذ الثالث ثلثيه و المقر ثلثه (و عساک) تقول إن مقتضى الإشاعة التنزيل على ما فى يد كل واحد منهما فيكون للثالث بمقتضى الإقرار ربع فى يد كل من الشريكين كما لو صرح فقال لك نصف ما فى يدي و نصف ما فى يد شريكى فكيف تغير الحكم لأننا نقول لما حصل تكذيب الشريك تحقق تلف الربع فوجب كونه بينهما كما بيناه و بمقتضى ذلك صار الحكم كذلك كما عرفت و الحكم فى المقام مبنى على أن الإنكار بمنزلة التلف من غير فرق بين ما إذا اتحد سبب الملك كالميراث أو تغاير (و قد) فرق المصنف و الجماعة بينهما من غير خلاف فى باب الصلح فلا بد من مراجعة الباب المذكور لتقف فى المقام على فوائد جليئة و مما ذكر يعلم حال ما لو قال نصف الدار لك و النصف الآخر لى أو الدار بينى و بينك نصفان و كذبه الآخر فإن الثالث إنما يأخذ نصف ما فى يد المقر لأن الثالث عليهما نصف فيوزع على استحقاقهما (و مقتضى قوله) أو قال مع ذلك إلخ أنه لا تفاوت بين صورتين فى الحكم المذكور و هو كذلك (و ظاهر قوله) فللمقر له ثلثا ما فى يده أن ذلك يتفرع على الإشاعة و ليس كذلك بل المتفرع عليها تنزيل الإقرار على ما فى يديهما لكن لما كان تكذيب الآخر إذا انضم إلى الإقرار المنزل على الإشاعة اقتضى أن يكون للثالث الثلثان صح له أن يفرع ذلك على الإشاعة لأن كان لها مدخل فى ذلك كما أشار إلى ذلك كله فى جامع المقاصد (قوله قدس سره) (و لو ضم إلى المملوك حرا أو خمرا أو خنزيرا صح فى المملوك و بطل فى الباقي و يقسط الثمن على المملوك و على الحر لو كان عبداً أو على «١» قيمة الخمر عند مستحليه)

كما فى التذكرة و نهاية الأحكام و الإرشاد و الدروس و اللعة و الروضة و مجمع البرهان و غيرها (و قد) نص على صحته فى المملوك و بطلانه فى غيره فى المبسوط و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير (و قد قيد) ذلك بجهل المشتري فى حواشى الشهيد و كذا فى كشف الرموز و التنقيح (و قد يظهر) ذلك من الباقيين أو يلوح منهم ما عدا المصنف فى التذكرة (و ستمتع كلامه و عبارة الإرشاد محتملة للأميرين و لعلها فيما نحن فيه أظهر (قال) الشهيد فى حواشيه هو مقيد بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه

(١) مملوكا و على خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١٠

.....

و إلا- لكان البذل بإزاء المملوك ضرورة أن القصد إلى الممتنع كالأقصد انتهى (و منه) يعلم ما فى جامع المقاصد حيث قال يلزم القائلين فى مشتري المغصوب العالم بالغصب بعدم الرجوع فى الثمن عدم الرجوع هنا و هو مدخول إلا أن يقال ذلك خرج بالإجماع و إطلاق المصنف التقييد يقتضى الفرق بينه و بين ما هناك و فى بعض الحواشى المنسوبة إلى شيخنا الشهيد طرد الحكم هنا و هو بعيد (انتهى) و قد اقتضى أثره فى ذلك صاحب المسالك (فقال) فى المسألة إشكال من وجهين (أحدهما) أن المشتري إذا كان جاهلا توجه ذلك أما إذا كان عالما بفساد البيع فيما لا يملك أشكال صحة البيع مع جهله بما يوجب التقييد لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع لأنه فى قوة بعثك العبد بما يخصه من الألف إذا وزعت عليه و على شىء آخر و هو باطل (و قد نبه) على ذلك العلامة فى التذكرة (قلت) قال فى التذكرة بعد أن قال و لو كان عالما صح البيع و لا خيار له ثم نقل عن الشافعى القطع بالبطلان فيما إذا كان المشتري عالما لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع ما نصه و ليس عندي بعيدا من الصواب البطلان فيما إذا علم المشتري حرية الآخر أو

كونه مما لا ينتقل إليه (و قال في المسالك الوجه الثاني) أن التوزيع إنما يتم أيضا قبل إقباض المشتري الثمن أو بعده مع جهله بالفساد و أما مع علمه فيشكل التقسيط ليرجع بقسطه لتسليطه البائع عليه و بإباحته له فيكون كما لو دفع إلى بائع مال غيره كالغاصب (و قد تقدم) أن الأصحاب لا يجيزون الرجوع بالثمن إما مطلقا أو مع تلفه فينبغي هنا مثله إلا أن يقال ذاك خرج بالإجماع و إلا فالدليل قائم على خلافه فيقتصر فيه على مورده و هو حسن إن تم (قلت قد عرفت) أنه تام لا غبار عليه و مثل ذلك قال في الروضة و قال فيها أيضا و يمكن جريان الإشكال في البائع مع علمه بذلك و لا بعد في بطلانه من طرف أحدهما دون الآخر و هو كلام جيد وجيه و معنى قوله و على قيمته عند مستحليه أنه يرجع فيها إلى قيمته عند مستحليه لا بمعنى قبول قولهم في القيمة لاشتراط عدالة المقوم بل و يمكن فرضه في تقويم عدلين قد أسلما عن كفر يبيح ذلك أو مطلعين على قيمته عندهم و يمكن الاكتفاء بمن نثق به منهم على تقدير العجز و حصول العلم أو الظن القريب و في المسالك لو قيل بقبول أخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب و يحصل بقولهم الظن الغالب المقارب للعلم أمكن و به جزم في الروضة و تبعه صاحب الرياض (و أما) تقويم الحر فإنه يقوم لو كان عبدا بالوصف الذي هو عليه من كبر و صغر و بياض و سواد و غيرها و في حواشي الشهيد المدونة ما نصه (قال عميد الدين) يقوم الخمر عند مستحليه بانفراده و تقوم الشاة عند عدول المسلمين و يتأتى في الأول بأن يسلم ذمي أو يكون مطلقا على قيمته عندهم (و قد حكى عنه في جامع المقاصد) أنه قال في حواشيه إن التقويم في الحر و العبد بين (و في الباقيين) تفصيل و هو أنه إن تساوت قيمة الخل المنضم إلى الخمر و الشاة المنضمة إلى الخنزير عند الملتين قوما معا عند أهل الذمة و إن كان الخل أرفع قيمة عند المسلمين فالظاهر التقويم منفردين لاشتمال الاجتماع على غبن البائع أو امتناع التقويم لأنه إن كان عند أهل الذمة لزم الأول و إن كان عند المسلمين فالثاني (و قال في جامع المقاصد) ليس لهذا الكلام كثير محصل لأن الأصل في التقويم اعتباره عند المسلمين لأن الحكم إنما هو لأهل الإسلام فما دام يمكن ذلك وجب المصير و لا يعدل عنه إلا عند التعذر و هو فيما يملك ممكن فتعين اعتباره و لا اعتبار بالتساوي و عدمه أما ما لا يملك فلا بد من الرجوع في تقويمه إلى من يرى له قيمة من غير المسلمين للضرورة فيقتصر على محلها و لا ريب أنه لا يقبل قول الكافر في التقويم لاشتراط العدالة فيه بل يرجع في ذلك إلى قول العدل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١١

و لو باع جملة الثمرة و فيها عشر الصدقة صح فيما يخصه دون حصة الفقراء إلا مع الضمان (١) و لو باع أربعين شاة و فيها الزكاة مع عدم الضمان لم يصح في نصيبه إذ ثمن حصته مجهول على إشكال (٢)

كالذي أسلم عن كفر أو المسلم المجاور للكافر و قول المصنف عند مستحليه لا ينافي ذلك لأنه ضرب القيمة لا التقويم «انتهى فتأمل» في كلامه و هو قوله أما ما لا يملك إلخ و يمكن التأويل بوجهين فتدبر و طريق التقسيط على المملوك و غيره قد تقدم مثله (قوله قدس سره) (و لو باع جملة الثمرة و فيها عشر الصدقة صح فيما يخصه دون حصة الفقراء إلا مع الضمان) حكى عنه الشهيد الصحة و إن لم يضمن للزوم الضمان للبيع (و قال في التذكرة) لو باع جميع الثمرة و فيها عشر الصدقة ففي صحة البيع في قدر الزكاة إشكال ينشأ من أنه بالخيار بين إخراج العين و إخراج القيمة فإذا باعه كان قد اختار القيمة و من أنه باع مال غيره و الضمان بعد التضمن و في زكاة الكتاب (قال) فلو باع قبل الأداء صح فيتبع الساعي المال إن لم يؤد المالك فيفسخ البيع فيه يعنى في حق الفقراء و يتخير المشتري في الباقي و لو أدى المالك من غيره فلا- خيار و نحوه ما في زكاة التحرير و حاصل كلامه في الكتابين أنه يكون مراعى فإن أدى من غيره صح الجميع ضمن أم لم يضمن و إلا بطل في نصيب الفقراء فيتخير المشتري مع جهله و نحو ذلك ما في الدروس (حيث قال فيه) و لو باع النصاب كان نصيب المستحق مراعى بالإخراج لتعلق الزكاة بالعين (و قال في زكاة التذكرة) بعد أن نقل الأقوال في تعلق الزكاة بالمال فإذا باع النصاب بعد الحول و قبل الإخراج فالبيع في قدر الزكاة يبنى على الأقوال فمن أوجبها في الذمة جوز البيع و من جعل المال مرهونا فالأقوى الصحة و إن قيل بالشركة فالأقوى الصحة أيضا و هو أضعف قولى



الشافعي وأصحهما عنده المنع (ثم قال) و الوجه صحة البيع مطلقا و يتبع الساعى المال إن لم يؤد المالك فيفسخ البيع فيه إلخ و نحوه أو قريب منه ما فى نهاية الأحكام (و قال فى موضع آخر من التذكرة) الأقرب عندى جواز تصرف المالك فى النصاب الذى وجبت فيه الزكاة بالبيع و الهبة و أنواع التصرفات و تعلق الزكاة ليس بمانع (إلى أن قال) فإن أخرج الزكاة من غيره و إلا كلف إخراجها و إن لم يكن متمكنا فالأقرب فسخ البيع فى قدر الزكاة (إلى آخر ما قال) و أبطل فى المبسوط البيع فى حصه الفقراء إلا بإذنه أو إذن الإمام و إطلاقه يقضى بعدم الفرق بين أن يكون قد ضمن المالك أو لم يضمن و لعله بناه على ما يذهب إليه من عدم صحة عقد الفضولى و المراد بالضمن فى قول المصنف إلا- مع الضمان العزم على الأداء من غيرها و لا- يشترط لفظ مخصوص كما فى جامع المقاصد (قال) و لا بد من علم المشتري به لو كان عالما بالزكاة

(قوله قدس سره) (و لو باع أربعين شاء و فيها الزكاة مع عدم الضمان لم يصح فى نصيبه إذ ثمن حصته مجهول على إشكال) إطلاق كلامهم المنقول آنفا يقضى بصحته فى نصيبه و هو الذى قربه فى التذكرة فى بحث تبعض الصفقة و هو مبنى على ما هو الصحيح من أن الشاء الواجبه فى الأربعين ليست واحدة لا بعينها لأنه يكون الثمن حينئذ مجهولا لأنه يقسط على الأجزاء و هى مختلفه لأنها قيمية و الواحدة لا بعينها قيمتها مجهولة لا تتعين قيمتها إلا بعد تعيينها (و أما) ما استدل عليه بالاكْتفاء بشاء من غير اعتبار الجميع و أنه لو لم يبق إلا واحدة تعين أخذها من دون اعتبار القيمة و هو أحد وجهى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١٢ و لو باع اثنان عبيد غير مشتركين صفقة قسط الثمن على القيمتين اتفقتا أو اختلفتا (١)

الإشكال (و الجواب) عنه أن الشارع اكتفى بمسمى الشاء تسهيلا على المكلف بالواجب فالواجب مقدار شائع فى النصاب لتعلق كل جزء من الشاء بواحدة من النصاب و لهذا يجب التقسيط على المراض و الصراح و إذا تلف شىء من النصاب بغير تفريط سقط بالحساب و لأن محل الوجوب إما كل واحدة بعينها أو لا بعينها و الأولان باطلان قطعاً و كذا الثالث لأن المعين و هو الوجوب لا يحل فى المبهم لأنه غير موجود فى الخارج فتعين أن يكون كل واحدة محلاً لوجوب جزء منها فيكون للفقير فى كل واحدة ربع عشرها فيكون ثمن حصه المالك معلوماً و لو إجمالاً (و فى حواشى الشهيد) لو قال المصنف و فيها حق مالى معلوم لله لكان أشمل (و فى جامع المقاصد) أنه إذا باع أزيد من أربعين و لم يبلغ النصاب الثانى فالبطالان ليس إلا لعدم تعيين النصاب لأن الزائد عفو (و قد فرغ) على المسأله حكم الخمس (فقال) ظاهر الأصحاب أنه لو اشترى مال من لا يخمس لم يجب عليه الخمس لعدم كذا وجدنا فى عدة نسخ و الظاهر أن المضاف إليه ساقط من قلمه المبارك الميمون تقديره لعدم تعلقه بالعين كما نص عليه الشهيد فى حواشيه فى باب الخمس (قال) لا ريب فى تعلق الخمس فى المكاسب بالذمه و هل له تعلق بالعين كالدين بالنسبه إلى الرهن يحتمل ذلك و قد نقلنا تمام كلامه فى ذلك فى باب الزكاة عند الكلام على تعلقها بالعين و قال إن ما يشتري من مال من لا يخمس استحلالاً للخمس أو اعتقاداً لتحريمه فإنه يباح التصرف فيه و إن كان بعضه للإمام و غيره و جعل ذلك أحد التفاسير للمتاجر التى أبيت لنا و ينبغى أن يستثنى من ذلك ما لو اشترى مال أهل الخلاف الذين يخالفون فى محل الزكاة أو قدرها مع احتمال إطلاق الحكم (قوله قدس سره) (و لو باع اثنان عبيد غير مشتركين صفقة بسط الثمن على القيمتين اتفقتا أو اختلفتا)

قال فى التذكرة لو باع زيد عبده و عمرو عبده صفقة بثمن واحد فإنه يصح عندنا و يوزع الثمن على القيمتين و للشافعية فى صحة العقد قولان (و كذا) لو باع من رجل عبيد له هذا من أحدهما و هذا من الآخر بثمن واحد «انتهى» و فى جامع المقاصد حكم الشيخ بالبطالان فى المختلفين للجهل بالنسبه و هو ضعيف (قلت) قد حكم فى الخلاف ببطالان العقد مطلقاً كما يقتضيه إطلاقه و قال فى المبسوط إذا كانا مختلfi القيمة بطل و إن تساويا صح (و فيه) أن الثمن فى مقابله المجموع و التقسيط الحكى لا يقتضى التقسيط لفظاً و الجهالة إنما تنطرق بالاعتبار الثانى دون الأول و يرشد إليه أنه لو كان عبد واحد و لأحدهما فيه حصه و الباقي للآخر و لم تعلم

حصه كل واحد منهما فباعاه صفقة واحدة صح البيع و إن اختلف عوض كل واحدة من الحصتين باعتبار اختلافهما و كونهما في حكم العقد كما في الخلاف لا يقتضى كونهما عقدين حقيقة و لهذا لو فسخ في أحدهما لم يكن له ذلك إلا برد الآخر و ذلك يدل على اتحاد الصفقة و قد ذكر القولين في الشرائع في باب الشركة من دون ترجيح (و قال في المبسوط) أيضا و إن قال لرجل بعثك هذين العبدین بألف صح البيع و إن جهل ما يقابل كل واحد من العبدین من الألف لأن ذلك صفقة واحدة و الثمن في الجملة معلوم و إذا باعهما من رجلين كان ذلك صفقتين و يجب أن يكون الثمن معلوما في كل واحد منهما «انتهى» فإن كان مراده كما هو الظاهر أنه باعهما من رجلين صفقة بألف لم يصح

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١٣

و للأب و الجد له ولاية التصرف ما دام الولد غير رشيد فإن بلغ رشيدا زالت ولايتهما عنه (١) و لهما أن يتوليا طرفي العقد (٢) و الحاكم و أمينه إنما يليان المحجور عليه لصغر أو جنون أو فلس أو سفه أو الغائب (٣) و الوصى إنما ينفذ تصرفه بعد الموت مع صغر الموصى عليه أو جنونه (٤)

لأنه ينحل إلى صفقتين كان مما يستشهد به على ما نحن فيه (فليتأمل جيدا)

(قوله قدس سره) (و للأب و الجد له ولاية التصرف ما دام الولد غير رشيد فإن بلغ رشيدا زالت ولايتهما عنه)

قد تقدم الكلام في ولاية الأب و الجد له عند قوله و يشترط كون البائع مالكا أو وليا عنه كالأب و الجد له (و قال الشهيد) في حواشيه جعل الولاية ممتدة بزمان فقد الرشد و هو صحيح طردا و أما عكسه فمفقوض بالرشد قبل البلوغ و لكنه أوضحه فيما بعد (ثم قال) و لو قال غير كامل انعكس و أجاب في جامع المقاصد أن ذلك مدلول عليه بالمفهوم المخالف و هو مفهوم الزمان على ما ذكره بعض الأصوليين (انتهى) يريد أنه غير معمول به عندهم (فليتأمل) و قال قيل عليه إن قوله فإن بلغ إلخ لا يصح تفريعه على ما سبق لأنه أعم من البلوغ و عدمه (و أجاب) بأنه لا يمتنع تفريع الشيء على الشيء باعتبار ما كما في قوله تعالى و لَّا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ قُلْتَ) إذا قلنا بأن تفعل هنا بمعنى فعل كالمتكبر في أسمائه تعالى و قولهم تطعمت الطعام بمعنى طعمته حتى توافق الآية الكريمة ما روى عن الصادقين و الكاظم عليهم السلام و تتوافق قراءة التخفيف و التشديد لم يتم الاستشهاد بها (فليتأمل)

(قوله قدس سره) (و لهما أن يتوليا طرفي العقد)

كأن الحكم إجماعى لأن الشيخ في الخلاف و المبسوط إنما خالف في غير الأب و الجد و يظهر من المسالك أن هناك خلافا (حيث قال) على الأصح و نحوه ما في الكفاية و الموجود في المبسوط و الخلاف أن جملة من يبيع مال غيره ستة أنفس الأب و الجد و وصيهما و الحاكم و أمين الحاكم و الوكيل و لا يصح لأحد منهم أن يبيع المال الذى في يده من نفسه إلا اثنين الأب و الجد و لا يصح لغيرهما إذ لا دلالة على ذلك و يبيعهما يصح لإجماع الفرقة على أنه يجوز للأب أن يقوم جارية ابنه الصغير على نفسه و يطأها بعد ذلك فتراه قد ادعى الإجماع في الكتابين على ذلك و في مجمع البرهان أن الظاهر من كلامهم عدم الخلاف في ذلك بل ادعى الإجماع في المنتهى و نقل عن ابن إدريس و الظاهر أنه ظفر بذلك في المنتهى في غير هذا المقام لأنه لم يصل إلى البيع على الظاهر و إنما وجدنا منه جملة من المكاسب فالخلاف إنما هو في الوكيل و الوصى كما سيأتى إن شاء الله تعالى و الغرض بيان أن هذا مما لا خلاف فيه

(قوله قدس سره) (و الحاكم و أمينه إنما يليان المحجور عليه لصغر أو جنون أو فلس أو سفه أو الغائب)

هذا قد تقدم الكلام فيه أيضا عند الكلام على ولاية الأب و الجد له و إنما يليان المحجور عليه لصغر عند عدم الأب و الجد له و كذا المجنون الذى اتصل جنونه بحجر الصغر بخلاف ما إذا بلغ و رشد ثم جن فإنهما يليانه و إن وجد أبوه أو جده و كذا الشرط في السفه و الفلس إلا أن يتجددا بعد البلوغ و الرشد كما تقدم بيان ذلك كله و في حواشى الشهيد أن الصغير المفلس أمره إلى الأب لأن قيد

الفلس يلغى (انتهى فتأمل) و في جامع المقاصد لا ريب في أن عبارة الكتاب هنا غير حسنة لأنه لم يستوعب بيان من يليه الأب و الجد له

(قوله قدس سره) (و الوصى إنما ينفذ تصرفه بعد الموت مع صغر الموصى عليه أو جنونه)

قد تقدم الكلام فيه أيضا و الشرط في ولايته على المجنون و السفیه أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١٤

و له أن يقترض مع الملاءة و أن يقوم على نفسه (١) و الوكيل يمضى تصرفه ما دام الموكل حيا جائر التصرف فلو مات أو جن أو أغمى عليه زالت الولاية (٢) و له أن يتولى طرفى العقد مع الإعلام على رأى (٣) و كذا الوصى يتولاهما

لا يكونا قد تجردا بعد البلوغ و الرشد

(قوله قدس سره) (و له أن يقترض مع الملاءة و أن يقوم على نفسه)

هذا تقدم الكلام فيه في باب الزكاة و في بيان الملاءة و بينا أن الأب و الجد مستثنيان من ذلك و اشترط الشهيد و المحقق الثانى فى الاقتراض و التقويم يعنى إيقاع العقد الموجب للملك الإسهاد و الرهن و أطلق فى نهاية الأحكام كالكتاب و التذكرة فى باب الحجر و فى خبر أبى الربيع عن الصادق عليه السلام أن على بن الحسين عليه السلام كان يستقرض من أموال أيتام كانوا فى حجره نعم شرط فى التذكرة الرهن فإن تعذر فالكفيل فيما إذا أقرض الأجنبى

(قوله قدس سره) (و الوكيل يمضى تصرفه ما دام الموكل حيا جائر التصرف فلو مات أو جن أو أغمى عليه زالت الولاية)

و كذا الوكيل لو مات أو جن أو أغمى عليه زالت الوكالة و ذلك لأن بطلانها بموت الوكيل ظاهر و أما بموت الموكل فلأن تصرفه يكون بعد الموت و إن لم يعلم بموته و البطلان هو الأصل و إنما خرجت مسألة العزل بالنص مضافا إلى الاعتبار لأن الموكل فيه إن كان مالا فقد انتقل إلى الورثة فالمعتبر حينئذ إذنههم و إن كان عقدا أو نحوه لم يكن بعد الموت قابلا له و كذلك الاعتبار جار فى الوكيل لمكان اختصاصه بالإذن دون وارثه مضافا إلى إجماعهم على ذلك فهما على الظاهر و هو المنقول عن صريح الغنية و لم أجده (و فى المرسل) ما حاصله فى السؤال أن رجلا أرسل رجلا يخطب عليه امرأة و هو غائب فأنكحوا الغائب و فرضوا الصداق ثم جاء خبره بعد أنه توفى بعد ما سيق الصداق فقال إن كان أملكك بعد ما توفى فليس لها صداق و لا ميراث و إن كان أملكك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق و هى وارثه و عليها العدة و الخبر لم ننقله عن نسخة صحيحة فلذلك نقلناه بمعناه فى السؤال و أما بطلانها بالجنون و الإغماء من كل واحد منهما فهو موضع وفاق كما فى المسالك و قال و لأنه من أحكام العقود الجائرة (قلت) و لأنهما لو حصلوا فى الوكيل منع عن التصرف لنفسه فما ظنك بتصرفه لغيره و لو حصل فى الموكل منعاه عن استقلاله فى التصرف بنفسه فكيف لا يمنعان تصرف من هو فى حكمه «فتأمل» (و قال فى المسالك) لا فرق عندنا بين طول زمان الإغماء و قصره و لا بين الجنون المطبق و الأدوار و كذا لا- فرق بين أن يعلم الموكل بعروض المبطل و عدمه و قد نقل عن التذكرة الإجماع على ذلك (قال فى المسالك) و يجىء على احتمال جواز تصرفه مع رده و مع بطلان الوكالة بتعليقها على شرط جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالإذن العام (و فيه نظر) لقوة احتمال عدم الجواز هنا استصحابا له إلى بعد زوال المانع و لا كذلك هناك لعدم وجود مثل ذلك فى ذلك لكن قالوا إن من وكل محلا فصار محرما لم يحتج إلى تجديد الوكالة بعد تحلله من الإجماع «فتأمل» جيدا

(قوله قدس سره) (و له أن يتولى طرفى العقد مع الإعلام على رأى)

الخلاص هنا يقع فى مقامين (أحدهما) هل يدخل الوكيل فى الإطلاق فى الإذن فيصح أن يبيع لنفسه من دون إذن صريح و لا قرينة أم لا (و الثانى) أنه مع إذنه له هل يصح العقد أم لا للزوم كونه موجبا قابلا مع التهمة و عدم المماكسة و لأن شرط اللزوم التفريق و هو لا

يحصل بين الشىء و نفسه و قد نسب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١٥

.....

هذا القول أعنى عدم صحة العقد مع الإذن لما ذكر إلى الشيخ في النهاية و المبسوط و الخلاف و قالوا إنه تبعه على ذلك ابن إدريس و حكى (و حكوا خ ل) ذلك عن أبي على و هو كذلك في النسبة إلى النهاية و السرائر في البيع كما يأتي في آخر الباب عند قوله و لا يتولاهما الواحد و كذلك في النسبة إلى وكالة المختلف و المبسوط حيث أطلق فيهما أنه ليس للوكيل و الوصى و أمين الحاكم أن يبيع المال الذى فى يده لنفسه و الموجود فى المبسوط فى آخر كلامه أنه لو أذن له فى ذلك صح كما حكى ذلك عنه فى المختلف و الإيضاح و قال فى آخر كلامه فى وكالة المبسوط إنه الصحيح و مثل ذلك ذكر فى النهاية فى آداب التجارة و قد نسب هذا القول فى غاية المراد إلى كثير من أصحابنا «فتأمل فيه» و قد عرفت فيما مضى أنه لا مانع من الاتحاد لأن الشيخ و غيره جوزوا بيع الأب و الجد لنفسه على ولده و بالعكس و هو يدل على بطلان المماكسة إلا أن تقول إن الشفقة الطبيعية على الولد تمنعها من التسامح معه (ثم نقول) إن الإنسان قد يتسامح بماله و يلاحظ جانب الموكل فمتى علم إذنه و رضاه جاز (و أما التفرق) فقد أجاب عنه فى الخلاف بوجهين (أحدهما) أن البيع يلزم من غير تفرق (و هو أن) يقول بعد العقد أجزت هذا البيع و أمضيته (و الثانى) أنه يقوم من مقامه فيكون ذلك بمنزلة افتراق المتبايعين و قد يقال على الثانى إن المتبايعين لو قاما من موضعهما مصطحبين لم يبطل خيارهما (و قد يقال) فى تأييد هذا القول إن الأصل عدم الانتقال و عدم الإباحة و قد علم ذلك فى المتعدد بالإجماع و نحوه و ذلك غير واضح فى غير المتعدد فيبقى على أصل المنع (و يدفع) بأنه عقد قطعاً فيدخل تحت عموم قوله عز و جل **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و قد صدر من أهله فى محله مع شرائطه و الأصل عدم شرط آخر و عدم مانعية الاتحاد و أنه تجارة عن تراض و قد جاز فى الأب و الجد و الأخبار الدالة على أنه ليس للوكيل أن يشتري لنفسه محموله على عدم الإذن الصريح على أنك ستسمع الحال فى دلالتها و سندها مضافاً إلى ما يظهر من إطباق المتأخرين على خلاف هذا القول فظاهر التذكرة فى موضعين منها الإجماع على أنه إذا أذن له جاز له و هو ظاهرها أيضاً فى باب الوكالة حيث قال عندنا و فى التحرير أنه المروى و الظاهر إطباق المتأخرين عليه كالمحقق و المصنف و ولده و الشهيد و الكركى و الشهيد الثانى و غيرهم كما ستسمعه فى المقام الأول و هو لازم لأبى الصلاح كما ستعرف و فى مجمع البرهان أنه المشهور و به صرح فى وكالة الكتاب و الإرشاد و اللمعة و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و فى التذكرة أن يبيعه على ولده الصغير جائز عندنا و هو يؤذن بدعوى الإجماع (قلت) و من منع الحق بالوكيل عبده المأذون و ولده الصغير كما نقل عن أبى على فى الأول و عن الشيخ فيه و فى الثانى و فى وكالة الإيضاح أن جواز بيعه على ولده الصغير هو المشهور و الأصح (قال) و للشيخ فى المبسوط و الكيدرى قول بأنه ليس له ذلك (و قال) فى التذكرة أيضاً من منع من شراء الوكيل لنفسه منع منه لولده الصغير و لمن يلى عليه بوصية و عبده المأذون فى حكم نفسه لكنه فى وكالة الكتاب منع من بيعه لنفسه إلا مع الإذن و أجازه على ولده الصغير (و قد يفرق) بين بيعه لنفسه و يبيعه لو كيله أو عبده لأن بعض أدلة المنع فى النفس لا- تجرى فى الوكيل و العبد «فتأمل» و فى مجمع البرهان الظاهر أنه لا خلاف عندنا فى جواز البيع على الولد الكبير و الزوجة كما فى غيرهما و الإذن إما صريحة أو تكون هناك قرينة دالة على الرضا كأن يقول مرادى البيع و حصول الثمن «و أما المقام الأول» فقضية كلام المصنف فى المقام أنه لا يدخل فى الإطلاق فلا- يصح بيعه لنفسه من دون إذن و إعلام و هو صريحه فى وكالة الكتاب و وكالة المبسوط و الإرشاد و كذا الخلاف و فى وكالة التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١٦

و إنما يصح بيع من له الولاية مع المصلحة للمولى عليه (١)

أنه المشهور وفي وكالة الروضة أنه أولى وخيرة الشرائع والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك وقد يظهر ذلك من وكالة الإيضاح وفي مجمع البرهان وكذا الكفاية نسبه إلى ظاهر أكثر المتأخرين ما عدا المصنف في المختلف والتذكرة فإنه أجازته من دون إعلام (قلت) وكذا نهاية الأحكام والتلخيص والكتاب في لواحق الرهن والإيضاح في المقام وحواشي الشهيد والمختلف في موضع آخر منه ووكالة اللمعة فإنهم قد جوزوه في الكتب المذكورة من دون إعلام وهو المنقول عن أبي الصلاح في المختلف وغيره وعن ظاهره في غاية المراد وحكوا عنه أنه كرهه من دونه ولقد تتبعنا الباين في الكافي فلم نجد للكراهية ذكرا إذ ليس فيه ما يستفاد منه ذلك إلا قوله وإذا أراد الموكل عزل الوكيل أو تخصيص الوكالة فليشهد على ذلك ويعلمه به إن أمكن إعلامه وهي بالظهور أشبه وأنت إذا لحظت جميع كلامه رأيت غير متناسق الأطراف واستشكل في التحرير في المقام والكفاية ولم يرجح في التحرير شيئا في باب الوكالة كغاية المراد والمفاتيح وصرح في التذكرة بأنه متردد (حجة الأولين) أن الأصل عدم جواز التصرف في مال شخص ببيع ونحوه إلا بإذنه والمفروض عدم العلم به والظاهر أنه لا نزاع فيه فكان النزاع في أنه هل يفهم الإذن والرضا من مجرد قوله بع مالي من دون انضمام شيء فالدليل على عدم الفهم حينئذ الأصل وعدم ظهور الدلالة لأن المتبادر من قوله بع البيع على الغير عرفا و عادة (و يؤيده) بعد الأصل أعني عدم الجواز بعض الروايات الواردة في المنع من الشراء لعدم الفرق وعدم القائل به كقول أبي عبد الله عليه السلام في رواية هشام بن الحكم إذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك وإن كان الذي عندك خيرا وقوله عليه السلام في رواية إسحاق لا يقربن هذا ولا يدنس نفسه إلى أن قال وإن كان عنده خيرا مما يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده (و حجة الآخرين) الأصل أيضا بتقريب أنه بعد أن أذن له جاز البيع لأصل الجواز لأنه تفهم الوكالة والإذن من قوله بع لأنه يصدق على بيعه من نفسه أنه يبيع لغة والعرف المدعى والتبادر كذلك ممنوع لأن الأصل عدم النقل والتخصيص والتبادر «فتأمل» (وقد يستشهد) لذلك بما ورد فيما إذا وكله في تقسيم مال على قبيل هو منهم من أنه يجوز له الأخذ وإن كان فيه خلاف وما ورد في جواز أن يحج الوصي بنفسه للموصى وقد يفرق بين البيع والشراء وهذا الشهيد جزم بعدم جواز الشراء في غاية المراد وجوز البيع في حواشي الكتاب و ظاهره التردد فيه في غاية المراد على أن الروايتين ليستا صريحيتين في المنع عن الشراء بل عن الإعطاء مطلقا وهو أعم مع احتمال إرادة أن الأولى والأحسن ذلك أو أن ذلك مع ظن التهمة كما يلوح من الرواية الثانية أو يظهر منها أو يكون المنع مع فهم المنع أو يكون عن التدنيس على أن في سند الأولى داود بن رزين (زريق خ ل) أو داود بن زربي وفي سند الثانية على بن الحسن والوليد بن منذر وإسحاق وقد حققنا الحال في هؤلاء فيما كتبناه في الرجال وليعلم أن اشتراط الإعلام إنما هو في تولية العقد لنفسه فلو كان وكيلًا -آخر في الشراء أيضا فإنه يصح نظرا إلى جواز تولي الطرفين في غيره وعبارة الكتاب كعبارة الشرائع وقعت مطلقًا ويأتي تمام الكلام في باب الوكالة مسبقا محررا وينبغي مراجعته ما ذكرناه في أواخر باب البيع عند قوله ولا يتولاهما الواحد

□  
(قوله رحمه الله) (و إنما يصح بيع من له الولاية مع المصلحة للمولى عليه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١٧

و لو اتفق عقد الوكيلين على الجميع والتفريق في الزمان بطلا- (١) و لو سبق أحدهما صح خاصة و يحتمل التنصيف في الأول فيتخيران

هذا الحكم إجماعي على الظاهر وقد نسبه المصنف إلى الأصحاب فيما حكى عنه كما ستسمع وأقره على ذلك القطب والشهيد وفي مجمع البرهان الظاهر أنه لا- نزاع ولا- خلاف في جواز البيع والشراء وسائر التصرفات للأطفال والمجانين والسفهاء المتصل جنونهم وسفهمهم إلى البلوغ من الأب والجد له ومن وصى أحدهما مع عدمهما ثم من الحاكم ومن يعينه لهم وكذا لمن حصل له جنون أو سفه بعد البلوغ فإن أمره إلى الحاكم «انتهى» (وقال في التذكرة) الضابط في تصرف المتولى لأموال اليتامى والمجانين

اعتبار الغبطة و كون التصرف على وجه النظر و المصلحة و قد تعرض المصلحة في البيع بدون ثمن المثل في بعض جزئيات الصور (التصرف خ ل) «انتهى» و إذا باع بدون المصلحة يقع فضوليا و في حواشى الشهيد قال قطب الدين نقلا عن المصنف إنه لو باع الولي بدون ثمن المثل لم لا- ينزل منزلة الإلتلاف بالقرض لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إلتلافه قال و توقف يعنى المصنف زاعما أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب و قد نقل ذلك في جامع المقاصد و قال إنه ليس بشيء فإن الاقتراض ناقل للملك و إلتلاف الإنسان مال نفسه ليس كإلتلافه مال الطفل قبل صيرورته مملوكا و أيضا فإن الإلتلاف إذا جاز على وجه مخصوص لم يثبت جوازه مطلقا كما هو ظاهر فإن ثبوت جوازه في فرد لا- يستلزم جوازه في فرد آخر و لو صح ذلك لم يكن الحكم مقصورا على الأسباب الثابتة شرعا

(قوله رحمه الله) (و لو اتفق عقد الوكيلين على الجمع و التفريق في الزمان بطلا)

كما هو خيرة نهاية الأحكام و الإيضاح و جامع المقاصد و هو الذى نقله الشهيد في حواشيه عن الشيخ و ابن المتوج و اختاره هو و كذلك الحال لو أوصى إلى اثنين على الجمع و التفريق فعقدا على اثنين في زمان واحد أو باع الحاكم و أمينه كذلك أو الأب و الجد و كذلك الحال لو اشتبه السبق و الاقتران أو حصل السبق و اشتبه من الأصل و أما لو علم السابق ثم اشتبه فيحتمل أنه كذلك و يحتمل الصبر إلى أن يتذكرا أو يتبين الحال و تحتمل الإقالة منهما و هو أحوط و احتمال القرعة في تعيين السابق قوى جدا لأنه أمر مشكل و لو كان للبايع خيار مجلس أو حيوان أو شرط فسخ به في الجميع (و وجه البطلان) كما في الإيضاح تضادهما و استحالة اجتماع الضدين و الترجيح من غير مرجح فلا يقدم أحدهما على الآخر و لاقتضاء كل منهما انغزال الآخر فيقتضى كل منهما زوال سببية الآخر فيبطل تأثيره «انتهى» و احتمال التنصيف الذى ذكره المصنف أخيرا ضعيف جدا و لذلك لم يذكر في نهاية الأحكام و حواشى الشهيد و نص على ضعفه في جامع المقاصد لعدم المقتضى له و نسبة كل من العقدين إلى مجموع البيع متساوية و وجهه أن تقديم أحدهما في الكل ممتنع و إبطال ثبوت أحد المتنافيين بوجود الآخر يستلزم وجوده فلو بطلا لوجدا و أثرا و هو محل لاستلزامه اجتماع الضدين فوجه الجمع التنصيف كالتداعى و إنما ثبت لهما الخيار حينئذ لتبعض الصفقة و الجار الأول في عبارة الكتاب متعلق بالوكيلين و لا يجوز تعلقه باتفاق نعم الجار الثانى صلة اتفاق و التقدير لو اتفق عقد البيع الصادر من الوكيلين الذين وكلهما على الجمع و التفريق أى تصرف كل منهما مع الآخر و بدونه مأذون فيه زمانا بأن كان زمان أحد العقدين بعينه هو زمان الآخر بطلا هذا و أما إذا علم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١٨

و لو باعا على شخص و وكيله أو على وكيله دفعه فإن اتفق الثمن جنسا و قدرا صح (١) و إلا فالأقرب البطلان (٢) و لو اختلف الخيار فالأقرب مساواته لاختلاف الثمن (٣) إلا أن يجعلاه مشتركا بينهما

سبق أحد العقدين صح السابق دون اللاحق كما أشار إليه المصنف بقوله خاصة (و حكى في جامع) المقاصد عن الحواشى المنسوبة إلى الشهيد أن هذا حيث يكون و كيلا- عن الموكل الأول فلو كان و كيلا عن المشتري الأول و لم يشترط القصد عن الموكل صح الثانى أيضا «انتهى» و بيانه أن زيدا و كل بكرا و خالد في بيع عبده و كان خالد و كيلا مطلقا عن عمرو فباع بكر عبد زيد من عمرو أو وكيله ثم باعه خالد من بشر و لم يقصد معينا لأننا لم نشترطه في الصحة فإن العقدين يقعان صحيحين و هما لشخص واحد «و ليعلم» أن السبق إنما يتحقق بالسبق في القبول بتمامه فالسبق بالإيجاب كلا سبق و كذلك السبق ببعض القبول إذا سبقه الآخر بتمامه لأن انتقال الملك إنما يكون بعد تمام العقد

(قوله قدس سره) (و لو باعا على شخص و وكيله أو على وكيله دفعه فإن اتفق الثمن جنسا و قدرا صح)

كما في نهاية الأحكام و الإيضاح و جامع المقاصد لاقتضاءهما شيئا واحدا فلا تضاد في الأثرين و لا امتناع في اجتماع السببين لأن

الأسباب الشرعية من باب العلامات (قال في الإيضاح) و لو قلنا بأنه هنا سبب مؤثر حقيقة كمقاله جمهور المعتزلة فالمؤثر الكلي لا كل واحد و لا الشخص الواحد

(قوله رحمه الله) (و إلا فالأقرب البطلان)

كما في الكتب الثلاثة المتقدمة لكن في الأول الجزم به و في الأخيرين أنه الأصح لامتناع الجمع بين العقدين و لا ترجيح فيبطلان و احتمل في الإيضاح و جامع المقاصد التنصيف الذي مر في المسألة السابقة بطريق أولى و لعل المراد بالاختلاف في الجنس ما يشمل الاختلاف في الصفة و قضية الكتاب و نهاية الأحكام و جامع المقاصد أنه لا فرق في ذلك بين الاختلاف في الجنس و القدر سواء اتفقا في مصلحة الموكل أو كان أحدهما أصلح و خالف صاحب الإيضاح في المقامين فقال إن الأصح البطلان إذا اختلفا في الجنس و اتفقا في المصلحة أما إذا كان أحدهما أصلح فهو أولى في الجميع (و قال) فيما إذا اختلف الثمنان في القدر إنه لو كان أحدهما أصلح قدم كالاختلاف في الجنس و يزيد هذا أن أحدهما لو باعه بالأكثر ثمنا قدم لأنه لا يجوز له مع بذل الأكثر بيعه بالأقل نعم لو نص الموكل على تجويز بيعه لكل منهما بالأقل مع بذل الأكثر و ساوى الأقل القيمة اقتصر على تقديم الأصلح و أنت خبير بأن أحد الوكيلين إذا كان قد بذل جهده في مراعاة المصلحة و باع صح بيعه و إن كان يبيع الوكيل الآخر أصلح فكيف يقدم عليه (فليتأمل) نعم إنما يتجه ذلك حيث يبيع بدون مصلحة كما إذا باع بأجل خال عن فائدة أو بأنقص مع وجود باذل أزيد أو عين الثمن في مال فيه شبهة أو نحو ذلك ثم إن البيع بالأكثر ثمنا فرد من أفراد المصلحة و ليس أمرا زائدا عليها و إن لم يكن فيه مصلحة أو كانت المصلحة فيه أقل من البيع بالأقل فقضية اشتراط المصلحة و الأصلحية بطلانه فكيف يقدم على الآخر و الحاصل أن كلامه في الإيضاح لا يخلو من نظر «فليتأمل»

(قوله رحمه الله) (و لو اختلف الخيار فالأقرب مساواته لاختلاف الثمن)

كما قطع به في نهاية الأحكام و قواه في الإيضاح و وجه ذلك أن الخيار نوع ارتفاق فإن كان للبائع فهو بمنزلة الزيادة و إن كان للمشتري كان بمنزلة النقص و وجه عدم المساواة و هو غير الأقرب أنه لا يعد ما لا فلا يختلف فيه العوضان (و فصل في الإيضاح) تفصيلا لم أفهمه إما لقصورى عن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢١٩

## [الفصل الثالث العوضان]

### إشارة

(الفصل الثالث العوضان) و شرط المعقود عليه الطهارة فعلا أو قوة (١) و صلاحيته للملك فلا يقع العقد على حبة حنطة لقلته (٢)

الوصول إلى حقيقة حاله أو لفساد ذلك التفصيل و اختلاله (قال) لو اختلف الخيار فإن كان الخيار الأزيد مشتركا بينهما أو مختصا بالموكل صح البيع لعدم التضاد و إن اختص الأزيد بمن شرطه (قال المصنف) فالأقوى مساواته لاختلاف الثمن لتضاد الأثرين و تنافى اللازمين فيتنافى المؤثران و الملزومان و لأن الخيار له مدخل في الثمن و يحتمل عدم مساواته لاختلاف الثمن فيظهر القول بالصحة فيحتمل ثبوت الخيار للأزيد لاقتضاء العقد إياه و العقد الآخر لا ينافيه فإن عدم الزائد المقتضى له عدم اشتراطه في عقد صحيح يقتضيه و كذا عدم الخيار و هو منتف هنا لثبوت العقد المقتضى للأزيد فمقتضى العقد الآخر عدم اقتضائه للزائد (للزيادة خ ل) لا نفى الزائد (الزيادة خ ل) و يحتمل ثبوت الأقل لأن له إلزام العقد الناقل للملك عن الموكل لأنه التقدير «١» و قد ألزمه و الأقوى عندي مساواته لاختلاف الثمن «انتهى فليتأمل فيه جيدا» فإن فيه مواضع للنظر و يظهر ذلك بملاحظة ما تسمعه في شرح قوله إلا أن يجعله

مشتركا بينهما فإن فيه وجوها و ظاهر العبارة أن ضمير الشئ في قوله يجعلاه و بينهما راجع إلى الوكيلين و المعنى أن اختلاف الخيار مساو لاختلاف الثمن في جميع الأحوال إلا في حال جعل الوكيلين الخيار مشتركا بينهما فيختص بما إذا باعا و اختلف الخيار و جعل كل واحد منهما الخيار له و للوكيل الآخر و احتمال في جامع المقاصد عود الضمير في يجعلاه إلى كل من البائع و المشتري بنفسهما و بوكيليهما فيتناول جميع الصور في كل من العقدين و هو جيد من حيث المعنى لكن فيه تكلفا و احتمال عوده إلى كل من الوكيلين في العقدين و عود ضمير بينهما إلى البائع و المشتري (و فيه) أنه لا- يتناول ما إذا باعا على شخص و وكيله و احتمال رجوع ضمير يجعلاه إلى المتعاقدين في كل من العقدين (و فيه) أن في رجوع ضمير بينهما حينئذ إلى البائع و المشتري لا يخلو من مسامحة و قد أفرغ هذه العبارة بعينها في نهاية الأحكام و في جامع المقاصد أن الأصح هنا البطلان أيضا فإن اختلاف الخيار بمنزلة اختلاف الثمن و اشتراكه لا يخرج عن الاختلاف المذكور الموجب لتنافي العقدين و بطلانهما (الفصل الثالث العوضان)

(قوله قدس سره) (و شرط المعقود عليه الطهارة فعلا أو قوة)

المعقود عليه يتناول الثمن و المثمن و نقض عليه الشهيد في حواشيه بالكلب و الدهن المتنجس فإنهما غير طاهرين فعلا و لا قوة و أوجب بسبق حكمهما في أول الباب فاعتمد على ما سبق (قلت) هذا الجواب لا يمكن جريانه في عبارة التذكرة لأنه أتى بهذه العبارة ثم بعد ذلك ذكر حكم الكلب و الدهن و نحو التذكرة نهاية الأحكام و يمكن إدخال العصير العنبي بعد الحكم بنجاسته لأنه قابل للطهارة قوة و لا كذلك الخمر المحرمة لأن تخليلها غير مقدور و في جامع المقاصد و لا يرد عليه العصير العنبي فإنه لا يصح بيعه بعد الحكم بنجاسته على الظاهر لأنه عين نجاسة قد أسقط الشارع منفعتة و إن كان يؤول إلى الطهارة كالخمر إذا اعتد للتخليل «انتهى فليأمل جيدا»

(قوله قدس سره) (و صلاحيته للتملك فلا يصح العقد على حبة حنطة لقلته)

يريد أنه يشترط في المبيع كونه مما جرت العادة بتملكه بعقد معاوضة لينتفع به منفعة معتبرة في نظر العقل سائغة في نظر

(١) أي التقدير أنه وكيل في ذلك (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢٠

.....

الشارع فإن ما لا منفعة فيه لا يعد مالا و كان أخذ المال في مقابلته حراما قريبا من أكل المال بالباطل و لخلو الشيء عن المنفعة سببان القلة و الخسة فالقلة كالحبة و الحببتين من الحنطة و الزبيبة الواحدة لأن ذلك لا يعد مالا و لا يبذل في مقابلته المال و لا ينظر إلى ظهور الانتفاع به إذا ضم هذا القدر إلى أمثاله و إلى ما يفرض من وضع الحبة في فم الفخ و لا فرق بين زمان الرخص و الغلاء و لا يستلزم ذلك جواز أخذ الحبة و الحببتين من صبرة الغير لأننا إنما نفينا تملكه بعقد معاوضة و لم ننف ملكيته مطلقا بل هو مال مملوك يقبل النقل بالهبة و نحوها و إذا تلف ضمنه بمثله على الأصح كما ستعلم (و أما) ما لا منفعة فيه لخسته فكالحشاش و قد تقدم في أول الباب «١» و قد وافق الكتاب في عدم صحة العقد على الحبة من الحنطة و الإرشاد و التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و جامع المقاصد (و اختلفت) فيما إذا تلفت ففي الأخيرين أنها تضمن بالمثل لو تلفت و يردها إن بقيت و في التذكرة لا يجب لها شيء إذا تلفت و احتمال الأمرين في نهاية الأحكام لكونها من ذوات الأمثال فتضمن بالمثل و لأنها لا مالبية لها و يلزم على هذا الاحتمال أن من أتلّف لغيره حبات كثيرة منفردات لا يجب عليه شيء و كذا يلزم فيمن أتلّف مدا من حنطة لعدة ملاك لكل واحد حبة أن لا يترتب عليه شيء لانتفاء المقتضى بالنسبة إلى كل واحد و بما قررناه في بيان عبارة الكتاب يندفع عنها ما أورده عليها في جامع المقاصد كما ستسمعه و بعد هذا كله (لنا في أصل الحكم نظر) لأنه قد ينتفع بها في الجملة و ذلك كاف كما يعطيه إطلاق المبسوط و غيره و



مجرد كون المعاملة عليها غير متعارفة لا يوجب المنع نعم تشترط أن لا يكون المال المبذول فى مقابلتها زائدا عليها بحيث يكون سفها و تبذيرا كما هو الشأن فى سائر المعاملات نعم ما لا نفع فيه أصلا لا يصح العقد عليه لمكان السرف و التبذير و أما ما له نفع فى الجملة كالحبة فإن لها نفعاً فى الفخ و فى الانضمام كما عرفت فلم يظهر لنا عدم جواز المعاملة عليها و على أمثالها كالزبيبة فإن نفعها ظاهر و إطلاق الأ- كثر شامل له و المتعرض للمنع من عرفت «فليتأمل» هذا و فى جامع المقاصد المتبادر من صلاحية التملك كونه بحيث يمكن تملكه فيندرج فيه مباحات الأصل فإنها صالحة للتملك و لا يصح بيعها قبل الحيازة لكن قوله فلا يقع العقد على حبة حنطة يدل على أنه يريد أن ما لا يتملك لقلته لا يقع العقد عليه فيكون ذكر الصلاحية مستدركا و مع ذلك يرد عليه أن مثل الحبة و الحبتين من الحنطة و غيرها لا تدخل فى الملك و لبس بشيء فإنها تدخل فى الملك و تقبل النقل بالهبة و نحوها (قلت) لو قلنا إن مراده صلاحيته للتملك بعقد معاوضة كما أشرنا إليه اندفع ما أورده عليه (و وجه عدم) الصلاحية للتملك كذلك إما لعدم عدها مالا عادة و إما لأنها غير متقومة و إن عدت مالا لاستدعاء المعاوضة كون المعقود عليه مالا و متقوما كما أشرنا إليه آنفا و لا ريب أن هذه إن عدت مالا لا تعد متقومة فى العادة و ليس المراد أنها لا تملك أصلا لأنه خلاف الإجماع لأنه لا يجوز أخذها غصبا إجماعا نقله هو فى جامع المقاصد و منع الملازمة بإمكان نفي الملك و بقاء الأولوية فحرمه الغصب لمكانها للملكية مما لا يعول عليه بل الإجماع على الملكية مما لا ريب

(١) قوله و قد وافق الكتاب إلى قوله و الإرشاد كذا فى نسختين و الظاهر أنها غلط و يكون تصحيحها إما (توافق) بالتاء أو إسقاط الواو من قوله (و الإرشاد) كما لا يخفى (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢١

و المغايرة للمتعاقدين فلو باعه نفسه فالأقرب البطلان و إن كان الثمن مؤجلا بخلاف الكتابة (١) و الانتفاع به فلا يصح على ما أسقط الشرع منفعة كآلات الملاهى و لا على ما لا منفعة له كرطوبات الإنسان و شعره و ظفره عدا اللب

فيه «فليتأمل جيدا»

(قوله قدس سره) (و المغايرة للمتعاقدين فلو باعه نفسه فالأقرب البطلان و إن كان الثمن مؤجلا بخلاف الكتابة)

لو باعه نفسه فالأكثر على أنه باطل كما فى الإيضاح و بعدم جواز بيعه له بثمان مؤجل صرح فى الشرائع و نهاية الأحكام و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و الإيضاح و حواشى الشهيد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الدروس حيث استبعد جواز بيع العبد من نفسه و هو المنقول عن القطب و إذا منعوا من بيعه بثمان مؤجل منعوا منه بالحال بالأولى كما هو واضح لكن المصنف فى باب الكتابة من الكتاب جعل فى صحه بيعه بالثمان المؤجل نظرا (و قال الشيخ فى المبسوط) لو اشترى العبد نفسه من مولاه لم يثبت له عليه الولاء عندنا و قد حكى الشهيد و غيره صحه بيعه من نفسه عن الشيخ (قال) الشهيد (قال) الشيخ فى المبسوط بصحة بيعه من نفسه بثمان مؤجل محتجا بأصالة الجواز و بأنه عقد وقع من أهله فى محله و أنه يكون الولاء للإمام عليه السلام و رده الشهيد بأن الأصل يعدل عنه مع قيام الدليل على خلافه و يمنع كون المحل قابلا لأن تملك العبد يتوقف على حريته و حريته موقوفه على تملكه فيدور و هو باطل و نحوه ما فى الإيضاح و جامع المقاصد فى رد هذا القول من لزوم الدور و قد نسبه فى الإيضاح إلى جماعة غير محققين (و قد يحتج) للشيخ بأن التملك المتوقف على الحرية إنما هو التملك الحقيقى و لا ملك هنا فى الحقيقة بل إزاله له فكان اشتراط المغايرة خاصا لا- عاما لأنها إنما تشترط أيضا فى الملك الحقيقى «فتأمل» و صرح فى السرائر أن الكتابة بيع العبد من نفسه و حكى ذلك فى المختلف و غيره عن التقى و قضية ذلك أنهما يجوزان بيعه من نفسه بثمان مؤجل «فليتأمل» (و إنما خص) المصنف التفرع ببيع نفسه فيكون مبيعا و لم يفرع جعل نفسه ثمنا لأن المنع فى هذه المسألة قطعى إجماعى كما فى الإيضاح و لامتناع تصور ذلك لأنه مملوك

لغيره فلا يمكن تصرفه بغير إذنه وقد حاول المصنف بقوله و إن كان الثمن مؤجلا دفع توهم من توهم جوازه في هذه الحالة و هم جماعة كما في الإيضاح (قال) إنهم ظنوا أنه إنما لم يصح لعدم ملك العبد الثمن فالتجأ جماعة منهم إلى صحته مع كون الثمن مؤجلا لأنه لا يستحق إلا بعد حرите و هي ثابتة بالعقد فلا استحالة فيه (قال) و أبطل المصنف هذا القول بأن العلة هي لزوم الدور فلا مدخل للأجل فيه و بأن المؤجل يستحق بالحلول المطالبة لكن يملك حال البيع و تمليكه موقوف على ملكه و ملكه موقوف على حرите فالدور لازم و في جامع المقاصد هذا التعليل يعنى عدم ملك العبد الثمن ليس بشيء لأن عدم ملك الثمن لا دخل له في صحة البيع و فساده و إلا لمنع بيع الفقير الذى لا شيء له أصلا بل عدم صلاحية الملك هو المانع و هو موجود فى الحالين (و إنما أراد) دفع توهم من قد تخيل جوازه مع التأجيل نظرا إلى عدم لزوم أداء الثمن لأن المانع هو امتناع لزوم الأداء لا عدم الأداء انتهى (و قوله) بخلاف الكتابة إشارة إلى أن الكتابة ليست بيعة و إن شاركته فى بعض أحواله بل عتق على وجه مخصوص كما نص عليه الشيخ و جميع من تأخر عنه و المخالف إنما هو العجلى و التقى كما عرفت و ثبوت جوازه شرعا بالنص لا- يقتضى جواز البيع و قال فى الإيضاح المعاوضة بالكتابة هو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢٢

و القدرة على التسليم فلا يصح بيع الطير فى الهواء إذا لم تقض العادة بعوده (١) و لا السمك فى الماء إلا أن يكون محصورا

وجه الاحتمال

(قوله قدس سره) (و القدرة على التسليم فلا يصح بيع الطير فى الهواء إذا لم تقض العادة بعوده)

القدرة على التسليم شرط إجماعا كما فى التذكرة و تعليق الإرشاد و ظاهر الغنية أو صريحها و لا خلاف فيه كما فى الرياض و فى المبسوط و التذكرة الإجماع على عدم جواز بيع الطير فى الهواء و فى الغنية نفى الخلاف عنه و عن عدم جواز بيع السمك فى الماء و قضية ما فى الكتاب أنه إذا قضت العادة بعوده جاز بيعه و صح كما صرح بذلك فى الشرائع و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و فى التذكرة أنه أقوى و احتمال الصحة و عدمها فى نهاية الأحكام بسبب انتفاء القدرة فى الحال على التسليم و أن عوده غير موثوق به إذ ليس له عقل باعث و فى المسالك أنه قول موجه و فى مجمع البرهان أنه لا يخلو من بعد «قلت» دليل الصحة عموم ما دل على الوفاء بالعقود و أن العادة بمنزلة المتحقق كالعبد المنفذ فى الحوائج و الدابة المرسله و فى المبسوط بعد أن منع من بيعه فى الهواء قال و أما الطيور الطيارة التى فى البروج تأوى إليها ينظر فإن كان البرج مفتوحا لم يجوز بيعها و إن كان مسدودا لا طريق لها إلى الطيران جاز بيعها سواء كان البرج واسعا أو ضيقا «و قد قيل» إن كان واسعا لا يجوز لأنه يحتاج إلى كلفة فى أخذه و كذلك بيع السمك فى الماء على هذا التفصيل انتهى «و قضية كلامه» أنه إنما يجوز بيعه إذا كان فى البرج و كان الباب مسدودا و لا- طريق له إلى الطيران و مثل ذلك قال صاحب الوسيلة «فليتأمل» و فى التذكرة إذا كان الباب مغلقا صح إجماعا انتهى «و ليعلم» أنه فى كل موضع يصح بيعه يصح جعله ثمنا و أما السموك ففى المبسوط لا يجوز بيع السمك فى الماء إجماعا و قد سمعت ما فى الغنية و فى التحرير و الروضة الإجماع على عدم جواز بيع السمك من دون ضميمه إذا لم يكن مشاهدا محصورا ذكرا ذلك فى موضع آخر و فى التذكرة لا- يجوز بيع السمك فى الماء و هو قول أكثر العلماء كالإمامية و الشافعية و أبى حنيفة و مالك و أحمد و الحسن و النخعي و أبو يوسف و أبو ثور و لا نعلم لهم مخالفا و إنما يصح بشروط ثلاثة كونه مملوكا و كون الماء رقيقا لا يمنع المشاهدة و إمكان صيده «انتهى» و وافقه على تلك الشروط الشهيد فى حواشيه و المولى الأردبيلي و الفاضل الخراساني و استحسنة الشهيد الثانى و نقل الشهيد فى حواشيه عن ابن المتوج أنه زاد شرطا رابعا و هو أن يكون مما يباع صنفه عددا و فى مجمع البرهان أن المحصور المشاهد منه الظاهر أنه لا خلاف فى جواز بيعه ذكر ذلك فى مقام آخر و نحوه قال صاحب الحدائق و فى الشرائع و الإرشاد يجوز بيع السموك المشاهدة فى المياه المحصورة «و هذا يشتمل على» الشروط الثلاثة لأنه إذا كان الماء

محصورا أمكن صيده غالبا و فى الخلاف إذا كان الماء قليلا صافيا يشاهد السمك فيه و يمكن تناوله من غير مئونة فالبيع جائز بلا خلاف و فى الدروس لو كان يمكن اصطياده بعد مدة جاز و لم يذكر شيئا آخر و فى التذكرة و نهاية الأحكام إذا كان فى بركة كبيرة و احتيج فى أخذه إلى تعب شديد فالأقوى الصحة و أنه إذا كان الماء كدرا بطل البيع و مثل ذلك قال فى الخلاف و فيه أيضا إذا كان الماء كثيرا صافيا و السمك مشاهد إلا أنه لا يمكن أخذه فعندنا أنه لا يصح بيعه إلا أن ينضم إليه شيء و إذا انضم إليه شيء آخر صح إجماعا و فى الغنية دعوى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢٣

و لا الآبق منفردا إلا على من هو فى يده (١)

الإجماع على جوازه مع الضميمة و هو خيرة النهاية و منع من ذلك و لو مع الضميمة فى السرائر كما سيأتى الكلام فى ذلك بلطف الله و منه و قد سمعت ما فى المبسوط آنفا و الدليل على جوازه مع الشروط الثلاثة عموم أدلة الوفاء بالعقود و لا غرر و لا سفه «إذا عرفت هذا» فعد إلى عبارة الكتاب فقوله إلا أن يكون محصورا يحتمل أن يكون المراد إلا أن يكون الماء محصورا و قضيته أنه إذا حصل هذا الشرط صح البيع سواء شوهد السمك أم لا أمكن صيده أم لا كأن يكون فى بركة كبيرة محصورة كدرة و يحتمل أن يكون المراد إلا أن يكون السمك محصورا أى معدودا فيعطى أنه يصح حينئذ بيعه و إن لم يشاهد بل و إن لم يمكن صيده «فليتأمل جيدا» و فى جامع المقاصد إن أراد بالمحصور ما يصاد بسهولة فهذا غير شرط لصحة بيع السمك الكثير فى البركة الكبيرة بالشروط و إن كان فى صيده مشقة كما صرح به فى التذكرة و يمكن أن يريد بالمحصور ما يكون فى مكان يمكن ضبطه بالمشاهدة ليخرج عنه ما كان فى نحو الأجمة و النهر الممتد الذى لا ينضب ما فيه بالمشاهدة انتهى (فتأمل)

(قوله قدس سره) (و لا الآبق منفردا إلا على من هو فى يده)

لا- يصح بيع الآبق منفردا إجماعا كما فى الخلاف و الغنية و الرياض و بلا خلاف كما فى كشف الرموز و فى التذكرة أنه المشهور عند علمائنا و إن عرفا مكانه قال و قال بعض علمائنا بالجواز (قلت) قد تتبعت كتب الأصحاب من المقنع إلى النافع فلم أجد أحدا قال بذلك ممن تقدم عليه و لا نقله ناقل و كأنه مجهول عنده أيضا حيث لم يسمه فتأمل و كذا من تأخر عن المصنف ممن تعرض له قد نص على عدم الجواز ما عدا المولى القطيفى المعاصر للمحقق الثانى فى إيضاح النافع و ستسمع كلامه فيه و دليله بعد الإجماع معلوماً و منقولا أنه سفه و بيع غرر و إنما يمتنع بيعه مع تعذر تسليمه فلو أمكن صح بيعه و إن سمي آبقا و جوز السيد المرتضى رحمه الله بيعه على من يقدر عليه و ظاهر الانتصار أنه مما انفردت به الإمامية و هو خيرة المختلف و التذكرة و اللعة و الروضة و مجمع البرهان و الرياض و هو المنقول عن أبى على و هو الذى يظهر من نهاية الأحكام فى مسألة بيع المغصوب أو هو صريحها و فى كشف الرموز و الدروس و التنقيح أنه حسن و فى جامع المقاصد أن قول السيد جيد و قواه فى المسالك و صاحب الكفاية و إليه مال فى المهذب البارع و ظاهر التحرير التوقف و دليله عموم الأدلة و انتفاء المانع من الإجماع للخلاف و الغرر و السفاهة مضافا إلى موافقة العقل و الاعتبار و ما يظهر من دعوى الإجماع من الانتصار و فى شمول إطلاق النص لمحل الفرض نظر ظاهر بل فى النص ما يدل على أن المشتري مع الضميمة غير قادر على التسلم (هذا و لو عجز) عن تحصيله لضعف عرض له أو لقوة عرضت للآبق احتمال ثبوت الخيار لأن المشتري لا يلزمه كلفه الانتزاع فله فسخ البيع (فليتأمل جيدا) و فى المقنعة و المراسم و الخلاف و الوسيلة أنه لا يصح بيعه إلا أن ينضم إليه غيره و نقل نحو ذلك عن التقى و القاضى و قد نسب جماعة إليهم الخلاف لمكان هذا الإطلاق و ليس بتلك المكان من الظهور و إلا- لأمكن نسبة الخلاف أيضا إلى كل من اقتصر على قوله و لا يصح بيع الآبق منفردا و القيود معتبرة فى عباراتهم إلا أن يكون نظرهم إلى غير ذلك كما يظهر ذلك على الممارس و نظرهم على تقدير الخلاف إلى إطلاق النص و قد عرفت الحال فيه و إلى كون الشرط التسليم و هو غير موجود (و فيه) أن الغاية القصوى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢٤

و العلم فلا يصح بيع المجهول و لا الشراء به و لا تكفى المشاهدة في المكيل و الموزون و المعدود سواء كان عوضا أو ثمنا بل لا بد من اعتباره بأحدهما (١)

من التسليم حصوله بيد المشتري بغير مانع و هى موجودة و الموجب للضميمة إنما هو العجز عن تحصيله و هو مفقود و عن أبى على أنه إن ضمنه البائع للمشتري صح بيعه و اختاره فى المختلف و اقتصر فى التحرير على نسبه إليه و كان الشهيد فى حواشيه مال إليه و فى إيضاح النافع للفاضل القطيفى أن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط إلا أنها شرط فى أصل صحة البيع (فلو) قدر على التسلم صح البيع و إن لم يكن البائع قادرا عليه بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه و لا يرجع على البائع بعدم القدرة إذا كان المبيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب و نحوه نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفا لم تصح المعاوضة عليه بالبيع لأنه فى معنى أكل مال بالباطل (و ربما احتمل) إمكان المصالحة عليه و من هنا تعلم أن قوله يعنى المحقق فى النافع لو باع الآبق منفردا لم يصح إنما هو مع عدم رضا المشتري أو عدم علمه أو كونه بحيث لا يتمكن منه عرفا و لو أراد غير ذلك فهو غير مسلم (انتهى كلامه فتأمل فيه) و أتى بلطف الله و توفيقه و رحمته الواسعة الكلام فى بيعه مع الضميمة عند تعرض المصنف له

(قوله قدس سره) (و العلم فلا- يصح بيع المجهول و لا- الشراء به و لا تكفى المشاهدة فى المكيل و الموزون و المعدود سواء كان عوضا أو ثمنا بل لا بد من اعتباره بأحدهما)

أجمع علماؤنا على أن العلم شرط فى العوضين كما فى التذكرة و فى الغنية اشترطنا أن يكون المعقود عليه معلوما لأن العقد على المجهول باطل بلا خلاف انتهى (قلت) يجب أن يكون المبيع معلوما ليعرف ما ملك بإزاء ما بذل و معلوم أنه لا يشترط العلم بالمبيع من كل وجه بل يجب العلم بثلاثة أشياء عين المبيع و قدره و وصفه (و صفته خ ل) و المراد بالعلم العلم العادى الذى ينتفى معه الغرر كما سيأتى بيانه و برهانه (و فى الخلاف) ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافا و إن شوهدا إجماعا و فى (التذكرة) ذهب علماؤنا إلى أنه لا يصح بيع المكيل و الموزون جزافا و حكم المعدود حكم المكيل و الموزون و فى المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح أنه المشهور و زاد (فى المسالك) أن عليه الفتوى (و فى موضع من المختلف) أنه الأشهر و فى موضع آخر منه لا- خلاف بيننا أن الثمن إذا كان مجهولا- بطل البيع إلا- من ابن الجنيد (و فى موضع من التذكرة) بيع الصبرة باطل إذا جهلاها وقت العقد أو أحدهما سواء شاهداها أم لا و سواء كالاها بعد ذلك أم لا ذهب إليه علماؤنا أجمع إلا ابن الجنيد (و فى موضع آخر من التذكرة) لا فرق بين الثمن و المثل فى الجراف فى الفساد عندنا (و فى بيع المبسوط) إذا قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم صح البيع لأن الصبرة مشاهدة و مشاهدة المبيع تغنى عن معرفة مقداره و قد روى أن ما يباع كيلا لا يباع جزافا و هو الأقوى عندى (و قد فهم منه فى المختلف) أنه متردد (و فى إجازة المبسوط) إذا باع شيئا بثمن جزافا جاز إذا كان معلوما مشاهدا و إن لم يعلم وزنه و كذا مال السلم (و فى موضع من المختلف) فى ثمن السلم إذا كان مما يكال أو يوزن لا بد منهما و اختاره الشيخ فى المبسوط و هو الأشهر و فى الناصرية حيث ذكر المسألة أن معرفة مقدار رأس المال شرط فى صحة السلم ما أعرف لأصحابنا إلى الآن نضا فى هذه المسألة إلا أنه يقوى فى نفسى أن رأس المال إذا كان مضبوطا بالمعاينة لم يفتقر إلى ذكر صفاته و مبلغ وزنه و عدده و هو المعول عليه عند الشافعى و فى الخلاف فى باب السلم لا يكفى النظر إلى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢٥

رأس المال إلا- بعد العلم بمقداره سواء كان مكيلا- أو موزونا أو مذروعا و لا- يجوز جزافا و في الدروس لا تكفى المشاهدة في الموزون خلافا للمبسوط و إن كان مال سلم خلافا للمرتضى و لا قوله بسعر؟؟؟

ما بعث مع جهالة المشتري خلافا لابن الجنيدي حيث جوزه و جعل للمشتري الخيار و جوز ابن الجنيدي بيع الصبرة جزافا (و مما) صرح فيه بعدم كفاية المشاهدة في المكيل و الموزون و المعدود النهاية و الدلالة و السرائر و ما تأخر عنها و أول من فتح باب الشك في ذلك فيما أجد ممن تأخر المولى الأردبيلي و تبعه الفاضل الخراساني و المحدث البحراني (قال في مجمع البرهان) اعتبارهما فيهما كما هو المشهور بينهم ما رأيت له دليلا صالحا و أول ما رأيت حسنهُ الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال) في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم ثم إن صاحبه قال للمشتري ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت فقال لا يصلح إلا أن يكيل (و قال) ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام (ثم قال) في السند شيء لمكان إبراهيم ثم ذكر ما لا فائدة في ذكره ثم ناقش في المتن بأنه يدل بظاهره على عدم الاعتبار بخبر البائع و هو خلاف المشهور بينهم و في الدلالة على المطلوب تأمل للإجمال و الاختصاص بالطعام (ثم قال) و يؤيد الجواز الأصل و عموم أدلة العقود (و قال في الكفاية) الحكم على وجه العموم مع أدلة الجواز لا يخلو من إشكال (و أما صاحب الحقائق) فقد أطال الكلام في غير فائدة و تكلم بغير ما ينبغي للعلماء أن يتكلموا به (و نحن نقول) إن محل الشاهد من الخبر قد رواه ثقة الإسلام بطريق فيه إبراهيم بن هاشم و رواه الشيخ بثلاثة طرق (أحدهما) الحسين عن صفوان عن ابن مسكان عن الحلبي (و ثانيها) عن الحسين عن محمد بن أبي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي (و ثالثها) عن ابن مسكان عن الحلبي و رواه الصدوق في ثلاثة مواضع عن الحلبي تارة و طريقه إليه ليس فيهما من يتأمل فيه (و عن) ابن مسكان عنه أخرى هذا حال؟؟؟ السند مع أنه معتضد بالإجماع و الشهرة فيتأمل في مثل هذا السند كلا لا يتأمل فيه أحد و نفى الصلاح الدال على الفساد بمعونة فهم الأصحاب و مساعدة اللغة و العرف مع قرينه السؤال مما لا تنكر دلالاته على المطلوب و في الخبر لا- يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر (و في آخر) لا يحل للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر فقد أتى بقوله عليه السلام لا يحل مكان قوله عليه السلام لا يصلح فكان في الخبرين دلالة على المراد من وجهين (ثانيهما) أن النفي فيهما لمكان الجهالة و الأول ما أشرنا إليه مع المنع عن البيع بصاع البيت لأنه كان نادرا غير مشهور كصاع السوق (و لم يبق) في الخبر إلا ما دل عليه بظاهره من عدم الاعتبار بإخبار البائع و سيأتي تأويله على أن ذلك لا يخرج عن الحجية (و في الموثق) عن شراء طعام (الطعام خ ل) مما يكال أو يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن فقال إما أن تأتي رجلا في طعام قد كيل أو وزن فتشترى منه مرابحة فلا- بأس إن أنت اشتريته و لم تكله أو تزنه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن و دلالاته على المطلوب بالمفهوم الذي حجيته في غاية الظهور إلى غير ذلك من الأخبار كخبر الجص و غيره فهل يبقى أصل أو عموم بعد ذلك يعرج عليه و قد أحقوا بالمكيل و الموزون المعدود (لعدم) القائل بالفرق أصلا كما في المسالك و غيره على أنه ثابت بالقاعدة المتقدمة مع إمكان الاستدلال عليه بمعونة التقرير الذي في الصحيح المروي في الكافي و التهذيب و الفقيه عن الحلبي و غيره عن الجوز لا نستطيع أن نعه فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد فقال لا بأس به (و أما خبر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢٦

و لا يبقى الاعتبار بمكيال جهول و لو تعذر كيله أو وزنه أو عده اعتبر وعاء واحد و أخذ الباقي بالحساب (١)

البصري) عن الرجل يشتري بيعا فيه كيل أو وزن بغيره (يعيره خ ل) (بغيره خ ل) ثم يأخذ على نحو ما فيه فقال لا- بأس فإن رويناه بالمشاة التحنانية و العين المهملة من التعبير كان كخبر الحلبي على أنه ضعيف في التهذيب مرسل في الكافي فأين يقع من تلك الأخبار «فتأمل» و ليس الإجماع منحصرا في إجماع التذكرة كما ظنوا بل الإجماع كما سمعت منقول و معلوم هذا و قول المصنف فلا يصح بيع المجهول و لا- الشراء به كان الأولى به بمناسبة اشتراط العلم أن يجعل كلا من الأمرين أعنى البيع له و الشراء معا سواء و

## الأمر سهل

(قوله قدس سره) (و لا يكفي الاعتبار بمكيال مجهول)

كقصعة حاضرة و إن تراضيا بها و لا الوزن كالاتحاد على صخرة معينة و إن عرفا قدرها تخميناً أو كاله أو وزناه بعد ذلك و لا العد المجهول بأن عولا على ملاء اليد أو آله مجهول ما تشتمل عليه كما صرح بذلك كثير من المتأخرين للغر المنهى عنه في ذلك كله و نسبه في مجمع البرهان إلى المشهور (و يدل عليه) حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام لا يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر رواه ثقة الإسلام و الصدوق و قد تقدم نقله (و ما أرسل في الكافي و التهذيب عن أبان عن محمد الحلبي) لا يحل للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر (الحديث) و السند منجبر لأن العمل بهما مشتبه بل لا بد من البيع بالكيل المشهور و الصنعة المشهورة لاحتمال أن يتلف غير المشهور و يقع الخلاف بينهما فلا مرجع حينئذ بخلاف المشهور و في مجمع البرهان ناقش في ذلك و حمل الحسنه على البيع بغير صاع البلد بسعر صاع البلد (ثم قال) إن عموم أدله جواز العقود و الوفاء بها تدل على الجواز و الأصل العمومات و حصول التراضي الذي هو العمدة في الدليل دليل قوي فالإثبات مشكل (و فيه) أن إطلاق قوله عليه السلام لا يصلح و لا يحل يشمل ما إذا كان بسعر صاع المصر مع وقوع الكيل بغيره و التراضي بغير صاع المصر و تقدير القيمة و السعر على ذلك المكيال المجهول و تخصيصها يحتاج إلى دليل فكانت ظاهرة الدلالة منجبرة السند مؤيدة بالاعتبار معتضدة بالقاعدة مؤيدة بالاحتياط مخصصة للعموم قاطعة للأصل على أنه معارض بأن الأصل بقاء الملك لمالكة (و أما التراضي) الذي جعله العمدة فيه أنه لو صلح بمجردة لجرى في الصرف و الربا و نحوهما و سقط ما اشترط فيهما على أنه إنما يفيد الإباحة و المدعى هو البيع الناقل و لا قائل بالفرق بين المكيل و الموزون و المعدود كما في المسالك و المفاتيح و الرياض فيثبت الحكم في الجميع (قوله قدس سره) (و لو تعذر كيله أو وزنه أو عده اعتبر وعاء واحد و أخذ الباقي بالحساب)

قال في النهاية و السرائر إذا كان ما يباع وزنا يتعذر وزنه جاز أن يكال ثم يعين مكيال و يؤخذ الباقي بحسابه و كذلك ما يباع بالعد إن تعذر عده وزن منه مكيال و عد و أخذ الباقي على حسابه فقد عبر فيهما بالتعذر كالشرائع و الإرشاد في المعدود و النافع فيه و في الموزون و في المسالك نسبة التعبير بالتعذر إلى كثير من العبارات و في الدروس التعبير بالتعسر في المعدود و في اللمعة فيه بالمشقة و في المسالك أنه أجود و في الروضة أنه أولى و في الكفاية أنه غير بعيد لأن الوارد في الرواية عدم الاستطاعة و لعل المراد المشقة العرفية و قد تبع في ذلك المولى الأردبيلي حيث قال لعل المراد المشقة المتعارفة التي لا يتحمل مثلها عادة كما اعتبرت في أمثالها فدليل الحكم المشقة انتهى (قلت) هذا مما لا ريب فيه كما يرهن عليه علم الهدى في قوله عز و جل مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا و استند في ذلك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢٧

.....

إلى قولهم لا- أستطيع النظر إلى فلان إذا كنت تكره النظر إليه (إلى آخر) ما ذكر و قضية ما في الوسيلة جوازه مطلقاً قال كل ما يباع كيلاً أو وزناً أو عدداً لا يجوز بيعه جزافاً فإن أراد ذلك كال بعض المكيل و وزن بعض الموزون و عد بعض المعدود و باع مع الباقي من جنسه (انتهى فليتأمل) و بالجواز مطلقاً قال في المفاتيح و مال إليه في المسالك و الروضة و سيأتي عن جماعة موافقة هؤلاء لزوال الغرر و حصول العلم و اغتفار التفاوت اليسير كما في اختلاف المكيال و الموازين و تجويزهم إنذار ما يحتمل الزيادة و النقصان للظروف من الموزونات و جواز بيعها مع الظروف من غير وضع بناء على أن معرفة الجملة كافية و كذا تجويزهم بلا خلاف الجمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد بثمن واحد كبيع و إجارة أو نكاح و إن كان عوض كل منهما بخصوصه غير معلوم حال العقد و التقيد بالتعذر أو المشقة في الصحيح إنما هو في كلام الراوي و لم يظهر من الجواب اعتباره و لم يقيد بشيء من ذلك خبر عبد الملك بن

عمر (عبد الله بن عمرو خ ل) الذي قال فيه اشترى مائة راوية زيتا فاعترض واحدة أو اثنتين فاتزنهما ثم أخذ سائرهما على قدر ذلك فقال لا بأس ولا قائل بالفرق ونحوه خبر عبد الرحمن البصرى المتقدم ذكره فى المسألة السابقة بناء على رواية يعيره بالياء المثناة من تحت هذا أقصى ما يستدل به لهم (و فى الجميع نظر) لأننا لا نسلم زوال الغرر و حصول العلم لأننا على شك فى ذلك كما يأتى بيانه و اغتفار التفاوت هنا غير معلوم و القياس على الغير حرام و الاستقراء إن تمسك به لتصحيحه غير معلوم و التقييد فى كلام الراوى هو العمدة فى إثبات العد للمعدود بمعونة التقرير فىكون الحكم المذكور منافيا للصحيح فلا بد لهم من تأويله و تنزيله على وجه حسن و أنى لهم بذلك و الخبران ظاهران فى المشقة و العسر و لا سيما الأول لأن كانت الروايات مائة على أنهما قاصران بحسب السند معارضان بإطلاق النصوص المعتمدة للكيل أو الوزن و لا سيما خبر الجص الذى قال فيه عن رجل يشتري الجص و يكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل فقال عليه السلام إما أن يأخذ كله بتصديقه و إما أن يكيه كله و مثله الصحيح الذى هو عمدة الأدلة فى اعتبار الكيل أعنى صحيح الحلبي الذى قال فيه ثم إن صاحبه قال للمشتري اتبع منى هذا العدل الآخر بغير كيل الحديث (و هذان و إن) شملا صورة التعذر أو التعسر إلا أن قضية الجمع بينهما و بين ما مر التخصيص بغيرهما و بيان الشك فى حصول العلم و زوال الغرر أن المعتمد فى الكيل و الوزن العلم بالمكيل و الموزون بحيث يرتفع الغرر المنهى عنه أو جريان العادة بأن مثل هذا يكفى فيه الظن (النظر خ ل) كما جرت فى بيع الثمرة على الشجرة فإنه بالحرص و التخمين و المشاهدة و إذا اقتطفت لا بد من الوزن و ما ذاك إلا لمكان العادة فيهما فالمدار على العلم أو الظن الحاصل من العادة و لا سبيل إلى منع هذا الظن (لأنك إما) أن تمنع ذلك على الشارع فى إجراء شرعه على العادة أو على أهل العادة فى عاداتهم و كلاهما لا سبيل إليه فالظن الحاصل من المشاهدة كما فى الصبرة غير معتبر لأنه لم تجر العادة ببيع الصبرة بالمشاهدة و كذا كل ظن حاصل من غير العادة إلا أن يقوم دليل على اعتباره كما قام فى أخبار البائع بأن وزنه كذا و كيده كذا فهذا الظن الحاصل من هذه الانتقالات إن كانت العادة جارية بهذا الانتقال اتجه كلام المجوزين مطلقا مع قطع النظر عن المعارض و إن كانت الأخرى كان من الظن الغير المعتمد فلا بد من التعذر أو التعسر كما اشترط الأصحاب و المتصور من صور الانتقال بحسب العقل تسع صور لأنه إما أن يعدل عن الكيل لاستعلام الكيل إلى الكيل أو الوزن أو العد و هكذا فى الموزون و المعدود فتلك تسع أربع منها غير متحققة و هى بيع المعدود بالعد و الموزون بالوزن و الموزون بالعد و المكيل بالعد لأن الأولين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢٨

.....

ليس فيهما انتقال على الظاهر على تأمل فى الثانية و الثالثة و الرابعة غير متحقتين و على تقدير تحققهما لا يميل أحد إليهما لأن كان العد أصعب من الكيل و الوزن و بقاء الصور فى محل التأمل و لا قطع بجريان العادة بالانتقال فيها للاستعلام من دون تعذر أو مشقة (فليتأمل) و يأتى تحقيق الحال (ثم) إن المستفاد من أخبار الباب و حديث الغرر تأصيل أصل و هو عدم جواز بيع المكيل و الموزون و المعدود إلا بالكيل و الوزن و العد مع الإمكان و الشهيد فى الدروس قال و لو أسلم فى الكيل وزنا و بالعكس فالوجه الصحة لرواية وهب عن الصادق عليه السلام (قال) لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن (و فيه) أن الظاهر من معنى الرواية إنما هو أنه لا بأس بسلف المكيل فى الموزون و بالعكس يعنى أن يكون أحدهما ثمنا و الآخر ثمنا لا ما ذكره من كيل الموزون و وزن المكيل و يشير إلى ذلك أن الشيخ ذكر الرواية فى باب إسلاف السمن بالزيت و ليس فى الوافى فى الباب غير هذه الرواية و يمكن أن يكون وزنا فى عبارة الدروس بمعنى الموزون فىوافق ظاهر الرواية لكنه يخالف ظاهر كلامه و فى اللعنة و الروضة جواز بيع المعدود وزنا و احتملا جواز بيع الموزون كيلا و بالعكس للانضباط و رواية وهب ثم احتملا قصر الحكم على صورة العكس و هو بيع المكيل بالوزن لأن كان أضبط منهما و أصلا للكيل (و فيه) أنه إن أريد أن الوزن فى الموزون أضبط من الكيل فى المكيل فمسلم و لا يجديه نفعاً و إن أراد أن الوزن فى المكيل أضبط من المكيل فيه فمحل نظر إذ الغرر موجود (و أما) كون الوزن أصلا فعلى

تقدير تسليمه فإنما هو بالنسبة إلى زمان تقدير الوزن بأن يقال إنه صلى الله عليه وآله وسلم إنما قدر الوزن أولاً ثم فرع عليه المكييل و أما بعد جريان العادة بكيل هذا و وزن ذاك فلا ينفع كونه أصلاً فى رفع الغرر (فتأمل) و فى المبسوط يجوز بيع المكييل بالوزن و لا يجوز بيع الموزون بالكيل لأنه غرر و جزاف و ظاهر الشرائع جواز بيع المكييل بالوزن و استوجهه صاحب المسالك و فى سلم الكتاب فى جواز تقدير المكييل بالوزن و بالعكس نظر (و قد) وجه النظر فى الإيضاح بحصول التقدير و انتفاء الغرر بكل منهما و الوزن أصل الكيل و بأن كل واحد منهما أصل و يتفاوت بأحدهما مع تقديره بالآخر و مثله ما فى حواشى الشهيد و جامع المقاصد و الإجماع منقول و معلوم على جواز بيع الحنطة و الشعير وزناً مع الإجماع على كونهما مكييلين فى عهده صلى الله عليه وآله وسلم و لعل هذا مخصص لما سيأتى من دعوى الإجماع على أن المدار على ما عهد فى زمان الشارع كما فى المبسوط و فى السرائر أما ما يباع وزناً فلا- يجوز بيعه كيلاً- سواء يباع بجنسه أو بغير جنسه بغير خلاف (و قال أيضاً) و كل ما يباع كيلاً فلا يجوز بيع الجنس منه بعضاً و زناً لأننا أخذ علينا التساوى فى ما يباع كيلاً فى الكيل فإذا بيع بالوزن ربما رد إلى الكيل فيزيد أحدهما على الآخر فيؤدى إلى الربا فإن يباع بغير جنسه جاز بيعه (انتهى) فتأمل فى هذا الأخير ثم إن الموجود فى كلام الأصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما يباع بهما فى زمن الشارع و حكم الباقي فى البلدان ما هو المتعارف فيها فما كان مكيلاً فى بلد أو موزوناً يباع كذلك و إلا فلا و ظاهر مجمع البرهان نسبته إلى الأصحاب كما هو صريح الحدائق و فى الرياض أنه المحكى عن الأصحاب و إثباته من النص مشكل إلا أن الأمر فيه هين بناء على عدم معلومية مثله فى زمانه لنا إلا- فى نحو الطعام و الزيت و الجص و أمثاله و هى الآن كذلك و أن غير الكيل بالوزن فى بعضها أو العكس فى آخر و لا بأس بالأول فى المشهور لا ضبطية الوزن من الكيل و يحتاط فى الثانى و إن ألحقه بالأول جماعة للخبر و أراد خبر وهب الذى استند إليه فى الدروس هذا كلامه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٢٩

.....

(فتأمل فيه) و قد تأمل فى ذلك المولى الأردبيلي (قال) بعد نقل ذلك عنهم و فيه تأمل لاحتمال إرادة الكيل و الوزن المتعارف عرفاً عاماً أو فى أكثر البلدان أو فى الجملة مطلقاً أو بالنسبة إلى كل بلد بلد كما قيل فى المأكول و الملبوس فى السجدة من الأمر الوارد بهما و الظاهر هو الأخير «انتهى» و قوله من الأمر الوارد بهما بيان لقوله لاحتمال إرادة إلخ (قلت) المستفاد من قواعدهم حمل الألفاظ الواردة فى الأخبار على عرفهم فما علم حاله فى عرفهم جرى الحكم بذلك عليه و ما لم يعلم يرجع فيه إلى العرف العام كما بين فى الأصول و لعل فى قوله عليه السلام و ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفة إشعاراً بأن المرجع فى كونه مكيلاً إلى تسميته بذلك عرفاً (فتأمل) و ينبغى أن يعلم أن الحقيقة العرفية يعتبر منها ما كان فى حمل إطلاق لفظ الشارع عليها فلو تغيرت فى عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو السابق و لا أثر للتغيير الطارى للاستصحاب و الظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم سلم حكى على الواحد حكى على الجماعة (و أما فى الأقارير و الأيمان و نحوها) فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر حملاً له على ما يفهمه الموقع (إذا عرفت هذا) فقد قال فى المبسوط إذا كانت عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه وآله وسلم فى شىء الكيل لم يجز إلا كيلاً- فى سائر البلاد و ما كانت فيه وزناً لم يجز فيه إلا وزناً فى سائر البلاد و المكيال مكيال أهل المدينة و الميزان ميزان أهل مكة (هذا كله بلا- خلاف) فإن كان مما لا تعرف عادته فيه فى عهده صلى الله عليه وآله وسلم على عادة البلد الذى فيه ذلك الشىء فما عرف بالكيل لا- يباع إلا- كيلاً- و ما كان العرف فيه الوزن لا يباع إلا وزناً و ذلك كله خيرة التذكرة و نهاية الأحكام و الكتاب و المختلف و حواشى الشهيد و المسالك و غيرها و هو المنقول عن القاضى (قالوا) لأن ما انتفى فيه عرفه يحكم فيه بالعرف و لا ريب أن كل بلد له عرف خاص فيصرف إطلاق الخطاب إليه و قضية ذلك أنه لو اختلف البلدان فلكل بلد حكم نفسه كما نص على ذلك فى الشرائع و الكتاب و التذكرة و نهاية الأحكام و المسالك و غيرها و فى المقنعة إذا كان الشىء يباع بمصر من الأمصار



كيلا أو وزنا و يباع فى مصر آخر جزافا فحكمه حكم المكيل و الموزون و إن اختلف كان الحكم فيه حكم الأغلب و الأعم و قضيته أنه لا يعطى كل بلد حكم نفسه بل يحكم فيه الأغلب و هو خيرة السرائر و قواه فى الإيضاح و فى النهاية و المراسم رجح جانب الكيل أو الوزن على الجزاف غلب أم لم يغلب (قال فى النهاية) إذا كان الشئ يباع فى بلد جزافا و فى بلد آخر كيلا أو وزنا فحكمه حكم المكيل أو الموزون فى تحريم التفاضل «انتهى» هذا و ما عرف أنه كان مقدرا فى عهده صلى الله عليه و آله بأحدهما و جهل اعتباره احتمال فيه التخيير و تعين الوزن لأنه أضبط و هو خيرة التذكرة (و احتمال) فى نهاية الأحكام الكيل لأنه أغلب فى المطعومات فى عصره صلى الله عليه و آله و سلم و لو عرف أنه يكال مرة و يوزن أخرى فالوجه التخيير بينهما و يحتمل الرجوع إلى عادة أكثر البلاد كما فى نهاية الأحكام أيضا و فيها أيضا لو أخذت الناس خلاف ما عهد فى زمانه صلى الله عليه و آله و سلم لم يعتد به بل بالمعهود (قلت) ذلك قضية كلامهم و ظاهرهم الإجماع عليه كما هو ظاهر المبسوط كما سمعت و المراد بما فى عهده ما ثبت علمه به أو تقريره و يحتمل ما كان عادة فى زمانه مطلقا و لو لا ما يظهر من دعوى الإجماع لأمكن القول بالحوالة إلى العرف مطلقا كما حكى عن أبى حنيفة لأنه العادة فى الأحكام الشرعية كالقبض و الحرز و المأكول و الملبوس الذى لا يجوز السجود عليه فى الصلاة لكن الإجماع واجب الاتباع فالمدار على ما عهد فى زمانه و لا تغفل عن إجماع المسالك و تأمل (و قد قطع)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٠

و يكفى المشاهدة فى الأرض و الثوب و إن لم يذرا (١)

جماعة و ادعى الإجماع بل إجماع الأمة فى التذكرة أن أربعة كانت مكيلة فى عهده صلى الله عليه و آله و سلم و هى الحنطة و الشعير و التمر و الملح و استثنى فى التذكرة و نهاية الأحكام ما يتجافى منه فى المكيال كالقطع الكبار من الملح فيباع وزنا لذلك و احتمال فى الأخير سحقه و الظاهر أن الوزن أيضا ثابت بالإجماع فى الذهب و الفضة كما هو ظاهر التذكرة فى باب الربا و قد طال بنا الكلام لأمر اقتضاه المقام

(قوله قدس سره) (و تكفى فى المشاهدة الأرض و الثوب و إن لم يذرا)

إجماعا كما فى التذكرة (قال) لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح كالثوب و الدار و الغنم بالإجماع (قال) الشهيد فى حواشيه لأن الثلاثة أجزاءها مختلفة و الأقوى الجواز إذا لم يكن كثيرا بحيث يمكن استعلامه من بعض الوجوه لا ما يكون كثيرا يعسر الاطلاع عليه (انتهى) و فى المبسوط و السرائر بيع الثوب المشاهد صحيح بلا- خلاف و فى المفاتيح تكفى المشاهدة فى الأرض و الثوب للأصل و الإجماع إلا من المبسوط و الخلاف و الحلبي و هو شاذ (قلت) لم ينقل الخلاف عن الحلبي غيره و هذا أبو المكارم جوز بيع الثوب بالمشاهدة و فى الغالب أنه لا- يخالف التقى و نعم ما صنع فى الدروس حيث نقل الخلاف عن ظاهر الخلاف و أما المبسوط فقد جوز فيه أيضا فى فصل بيع الصبرة بيع الأرض و الثوب إذا نشر من دون تعرض لذرع نعم فيه و فى الخلاف فى باب السلم فيهما أن رأس المال إذا كان معينا فى حال العقد و نظر إليه فإنه لا يكفى إلا بعد أن يذكر مقداره سواء كان مكيلا أو موزونا أو مذروعا و لا يجوز جزافا هذه عبارة الخلاف و نحوها من دون تفاوت عبارة المبسوط و فى المختلف بعد نقل ذلك عنهما و نقل عن الهدى أنه لم يوجب ذلك (قال) عندى فيه نظر و احتاط بالمسح فيهما فى الشرائع و فى المسالك أن هذا الاحتياط ليس على وجهه (قلت) لعدم المقتضى لاعتباره هنا و لم ينقل ذلك عن عهده صلى الله عليه و آله و سلم و العادة جارية بذلك فى الأعصار و الأمصار يباع الثوب مخيطة و غير مخيطة و الأرض من دون ذرع (نعم لو جرت) العادة بذلك فى عهده لم يجز بيعهما بغيره إلا أن يخرج بدليل هذا إن قلنا إن الذرع مشروط فى المذروع كالكيل و الوزن و العد و حينئذ فيكون المجوز لذلك فيما نحن فيه العادة و الإجماع مع عدم نقله عن عهده صلى الله عليه و آله و سلم (و إن قلنا) إن الذرع غير مشروط فى المذروع كما يشهد به إضافة الأرض فإنها قد تكون مذروعة أيضا مع أنهم تسالموا على جواز بيعها مشاهدة و موصوفة من غير خلاف أصلا فلا إشكال و لا حاجة بنا إلى تخصيص الثوب

بالمخيط على كل حال و على كل حال تسقط مناقشة المولى الأردبيلي (حيث قال) و يمكن المناقشة فى الثوب فإن الكرباس منه مذروع بقربنة قوله كالذراع من الثوب و لأنه المتعارف (انتهى) و دعوى التعارف فى محل المنع و قد يحمل ما فى ظاهر الخلاف على ما إذا لم يكن المطلوب من الثوب أوصافه التى تتفاوت القيمة بتفاوتها بل يكون المطلوب من المعاملة عليه فى العادة إنما هو ذرعه لأنه يشكل فى هذه الصورة الاكتفاء بالمشاهدة لتحقق الغرر و المجازفة حينئذ (فتأمل) و المراد بمشاهدة الثوب مشاهدته منشورا فلو كان مطويا لم يكف إلا- على وجه يوجب معرفته كما لو كان غير متفاوت و لا منقوش نقشا يختلف أو يخفى فى مطاويه كما صرح بذلك جماعة و أشار إليه آخرون

(قوله قدس (٢)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣١

و لو عرف أحدهما الكيل أو الوزن و أخبر الآخر صح فإن نقص أو زاد تخير المغبون (١) و لو كان المراد الطعم أو الريح افتقر إلى معرفته بالذوق أو الشم (٢) و يجوز شراؤه من دونهما بالوصف فإن طابق صح و إلا تخير (٣)

(سره) (و لو عرف أحدهما الكيل أو الوزن و أخبر الآخر صح فإن نقص أو زاد تخير المغبون)

قال فى التذكرة لو أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا (و قال) لو كان طعاما و آخر ينظر إليه فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل أما عندنا فنعم و هو أحد روايتى أحمد و فى الرياض لا خلاف فى جواز الاعتماد فى الكيل و الوزن على إخبار البائع (قلت) و الأخبار بذلك مستفيضة فى الكيل و وقع فى بعضها السؤال عن ذلك فى الوزن و الكيل (و أجاب عليه السلام) بنفى البأس؟؟؟ إذا كاله البائع و أخبر به المشتري و لعله عليه السلام لم يذكر الوزن لأن كانا من سنخ واحد (و قد) ورد فى بعضها أنه قال له عليه السلام يجوز أن أبيع كما اشتريته فقال أما أنت فلا- تبعه حتى تكيله و إطلاق العبارة كاد يشمل خمس صور (الأولى) أن يعرف البائع الكيل و يجهله المشتري فيخبره به البائع (الثانية) أن يعرف المشتري وزن الثمن و يجهله البائع فيخبره به المشتري (الثالثة) أن يعرف المشتري كيل المبيع و يجهله البائع كأن يكون قد كيل و هو غائب فيخبر المشتري البائع بكيله (الرابعة) أن يجهل المشتري وزن الثمن فيخبره البائع بذلك (الخامسة) أن يجهل البائع كيل المبيع و يعرفه المشتري و يجهل المشتري وزن الثمن و يعرفه البائع و إذا صحت الصورة الأولى بالنص و الإجماع فالثالثة و أحد شقى الخامسة كذلك لمكان الأولوية و تنقيح المناط فإن منعت الأولوية فلا- سبيل على الظاهر إلى منع الثانى و الحاصل أنه إن نقح المناط كأن يدعى أنه لا فرق بين البائع و المشتري لأن كانا متحدين ذاتا مختلفين اعتبارا فالقول بالجواز متجه فى الجميع كما هو الظاهر و الظاهر أنه لا يشترط فى المخبر أن يكون عدلا عملا بإطلاق النص بل المدار على السكون إليه و تخير المغبون لأن كان الخيار خيار غبن و قضيته أن التفاوت اليسير غير معتبر و ما عساه يتوهم من أنه خيار شرط بأن يدعى بأن العقد وقع على أن المبيع مشروط بأن يكون كذا و كذا قدره فليس بشىء لأنه إن كان كذلك كان له الفسخ بالتفاوت اليسير المتسامح به عرفا و ليس كذلك «فليتأمل»

(قوله قدس سره) (و لو كان المراد الطعم أو الريح افتقر إلى معرفته بالذوق أو الشم)

عبر بالافتقار كما فى الإرشاد و غيره و فى جملة من العبارات أنه لا بد من معرفته بالذوق أو الشم مع أنهم جوزوا بيعه بدون الاختبار المذكور كما يأتى و يبعد وجوبه مع انعقاد البيع بدونه فلا بد من التأويل فيحتمل أن يراد أن ذلك على طريق الأولوية و الاستحباب كما أشير إليه فى الروضة و مجمع البرهان و غيرهما أو أن ذلك مفتقر إليه و لا بد منه فى لزوم البيع كما أشير إليه فى المهذب البارع و غيره و لا بد من تقييده بما إذا لم يفسد بالاختبار المذكور كما فى المقنعة و النهاية و الدلالة و النافع و غيرها و الحكم مما لا خلاف فيه و إن اختلفوا فى وجهه فالمشهور أنه على الأولوية أو للزوم البيع و الشيخان و أتباعهما أنه شرط فى الصحة كما يأتى بيانه إن شاء الله تعالى

(قوله قدس سره) (و يجوز شراؤه من دونهما بالوصف فإن طابق صح و إلا تخير)

جواز بيعه و شرائه بالوصف مما لا خلاف فيه و فى الغنية الإجماع عليه مضافا إلى الأصل و اندفاع الغررية كما يندفع برؤية ما يدل بعضه على باقيه غالبا كظاهر الصبره و ينجر النقص بعد تحققه بالخيار و لا فرق فى جواز البيع بالوصف بين حضور العين و غيبتها كما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٢

و الأقرب صحة بيعه من غير اختبار و لا وصف بناء على الأصل من السلامة (١) فإن خرج معييا فله الأرش إن تصرف و إلا الأرش و الرد و الأعمى و المبصر سواء

نبه عليه فى المختلف و قد خالف صاحب السرائر فاحتمل تخصيص الوصف بالغيبة و فيه أنه إذا جاز الوصف مع الغيبة فمع الحضور أولى لزيادة العلم بالعين مع الحضور على العلم بها مع الغيبة

(قوله قدس سره) (و الأقرب صحة بيعه من غير اختبار و لا وصف بناء على الأصل من السلامة)

هذا خيرة الفاضلين و المتأخرين كما فى التنقيح و هو المشهور كما فى جامع المقاصد و عليه الأكثر أو عامه من تأخر كما فى الرياض و به صرح فى الشرائع و النافع و كشف الرموز و كتب المصنف و الإيضاح و الدروس و اللعة و التنقيح و المقتصر و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و هو الظاهر من بقية الشروح و الحواشى و فى المقنعة كل شىء من المطاعم و المشمومات يمكن الإنسان اختباره من غير إفساد له كالأدهان المستخرجة بالشم و صنوف الطيب و الحلوات المدوقة فإنه لا يصح بيعه بغير اختبار له فإن ابتاع بغير اختبار كان البيع باطلا و المتبايعان بالخيار و مثله عبارة النهاية حرفا بحرف غير أنه (قال) لا يجوز مكان قوله لا يصح و زاد بعد قوله و المتبايعان فيه بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس (و فى المراسم) فأما ما يختبر بالذوق و الشم (فعلى ضربين أحدهما) لا يفسده الاختبار (و الآخر) يفسده فما لا يفسده إذا بيع من غير اختبار لم ينقذ البيع إلا بعد اختباره و فى الوسيلة كل ما أمكن اختباره من غير إفساد لم يصح بيعه من غير اختبار (و عن الكافى) أن من شرط صحة بيع الحاضر اختبار ما صح اختباره بشم أو ذوق أو مشاهدة و عن القاضى أنه لا يجوز بيعه إلا بعد أن يختبر فإن بيع شىء منه من غير الاختبار له كان المشتري مخيرا فى رده على البائع و صاحب الإيضاح قصر الخلاف على سلار و أبى الصلاح و قضيه ما ذكره المحقق الثانى و الشهيد الثانى من أن محل النزاع ما إذا كان المبيع مشاهدا أن لا يكون أبو الصلاح مخالفا لمكان ذكره المشاهدة و قضيه ما فى المختلف فى رده على ابن إدريس أن لا يكون الشيخان و القاضى مخالفين (لأنه قال) قال ابن إدريس قد روى أنه لا يجوز بيعه من غير اختبار فإن بيع من غير اختبار له كان البيع غير صحيح و المتبايعان فيه بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس قال يعنى ابن إدريس و هذه الرواية يمكن العمل بها على بعض الوجوه و هو أن البائع لم يصفه فإذا لم يصفه يكون البيع غير صحيح لأنه ما يعرف بمشاهدته طعمه فلا بد من وصفه فأما إذا وصفه فالبائع صحيح (و يعتبر فيه) ما اعتبرناه فى بيع خيار الرؤية لأنه لا يمكن معرفته إلا بالطعم فإن وجد طعمه أو ريحه كما وصف البائع فلا خيار له و إن وجد بخلاف وصفه كان بالخيار (و لا دليل) على بطلان هذا العقد (ثم قال) يعنى فى السرائر (و يمكن) أن يقال إن بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز أن يكون موصوفا لأنه غير غائب فبإيعار خيار الرؤية بالوصف فإذن لا بد من شمه و ذوقه لأنه حاضر مشاهد غير غائب فيحتاج إلى الوصف (فهذا وجه قوى) «انتهى» ما فى السرائر و تعقبه فى المختلف بأن البيع صحيح سواء وصفه البائع أو لا لكن إن كان صحيحا لزم البيع و إن خرج معييا كان للمشتري الخيار بين الرد و الأرش كما فى غيره من المبيعات لأنه مشاهد فجاز بيعه و إن لم يختبر و ما حملة عليه ليس بجيد (بل الأولى أن يقال) معنى كونه غير صحيح كونه غير لازم لأنه قد يؤدي إلى الفساد بأن يظهر على خلاف الصحة فيفسخه المشتري و يؤيده جعل الخيار للمشتري

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٣

.....

و لو كان باطلا في أصله لم يكن للمشتري خيار بل كان باقيا على ملك البائع «انتهى» (وقوله) و ما حملة يعنى به ما حمل ابن إدريس الخبر عليه ليس بجيد (و أنت خبير) بأنه ليس في الباب من الأخبار إلا ما رواه الشيخ عن محمد بن الفيض (قال) سألت أبا عبد الله عن رجل اشترى ما يذاق يدوقه قبل أن يشتري (قال) نعم فليذقه و لا يدوقن ما لا يشتري و روى البرقي في المحاسن عن محمد بن الفيض مثله و نعم ما قال صاحب كشف الرموز قد اعتبرت كتب الأخبار فما ظفرت بهذه الرواية إلا بما رواه الشيخ في باب الزيادات مرفوعا إلى محمد بن الفيض (قال) سألت أبا عبد الله عليه السلام و ساق الحديث لكنه غير مرفوع (لأنه قال في التهذيب) محمد بن أحمد عن أبي جعفر عن داود بن إسحاق الحذاء عن محمد بن الفيض (و طريق الشيخ) إلى محمد بن أحمد معروف لأنه «١» ابن يحيى بن عمران الأشعري و أبو جعفر هو ابن أحمد بن محمد بن عيسى و داود بن إسحاق هو أبو سليمان الحذاء للصدوق إليه طريق «٢» و عده بعضهم ممدوحا (و أما) محمد بن الفيض بن المختار فهو من أصحاب الصادق عليه السلام و الظاهر اتحاده مع محمد بن الفيض التميمي و هذا للصدوق إليه طريق (و يروى عنه) ابن أبي عمير في الصحيح و قد حسنه المجلسي فليس الحديث مرفوعا قطعا لكنه ليس فيه دلالة على محل النزاع (و هو هل) يبطل البيع بدون الذوق أم لا- كما في كشف الرموز و قال في التنقيح الأمر بالذوق لا يقتضى اشتراطه لجواز أن يكون على سبيل الإرشاد إلى مصلحته و احتياطه في شرائه و يعلم أنه ذكر محل النزاع في المسألة في كشف الرموز و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و التنقيح و المهذب البار و المقتصر و غيرها من دون تعرض لمشاهدة المبيع و لا لكونه هو محل النزاع و كذلك الفتاوى طفحت بذلك من دون تعرض لذلك سوى ما في السرائر و الكافي و المختلف (و قد عرفت) الحال في كلام الكافي و في جامع المقاصد ربما فهم من عبارة الكتاب أنه لا يشترط مشاهدته أيضا (قلت) و كذا غيرها من العبارات و قال في جامع المقاصد أيضا و الظاهر أنه لا بد من المشاهدة لئلا يلزم الضرر و عبارات الأصحاب ليس فيها مزيد من بيعه بغير اختبار و لا وصف و في بعضها من غير اختبار فقط و هو لا يدل على عدم اعتبار المشاهدة (قلت) مفهوم اللقب معتبر في عبارات الأصحاب و به يثبت الوفاق و الخلاف فذكر الشيء في عباراتهم يقضى بنفى ما عداه (اللهم) إلا أن يكون اعتبار المشاهدة أمرا معلوما و أنه بدونها يكون من بيع المجهول كما أشار إليه بقوله إنه مستفاد من عدم جواز بيع المجهول (ثم قال) و الحق أن المسألة في المشاهد دون غيره فمن ثم يضعف الغرر بدون الشم و الذوق (و قد تبعه) على ذلك صاحب المسالك و جعله محل النزاع و قضيته أنه لو اشترى من دون المشاهدة أو الوصف لم يجز و لم يصح البيع بلا خلاف (و فيه نظر ظاهر) لأنه يلزم عدم صحه شراء الأعمى ما يشم و ما يذاق إلا بالوصف مع إطباق هؤلاء على جوازه و صحته كما ستعلم و خلاف سائر في شيء آخر كما يأتي (و يلزمهم) عدم جواز بيع المسك في فأره فإنه غير مشاهد مع إطباق الجميع على جوازه كما سيأتي (و هذا مما) يرد على الشيخين و الأتباع إلا أن يقولوا إنه خرج بالدليل و ما المانع من الجواز بدون المشاهدة بناء على الأصل و الغالب من مقتضى طبعه و عدم تعيينه فإنه بمقتضى ذلك يعلم كون العسل و الدبس و اللبن على وصف من القوام لا يتفاوت فيه الحال غالبا فتفاوتا لا يجوز بيعه إلا نادرا و ليست المعرفة التامة بشرط و ليس

(١) يعنى محمد بن أحمد (مصححه)

(٢) طريقة الحسين بن عبد الله الغضائري عن أحمد العطار عن أبيه محمد عن محمد بن أحمد بن يحيى إلخ (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٤

و لو أدى اختباره إلى الإفساد كالبطيخ و الجوز جاز بيعه بشرط الصحة (١) فإن كسره المشتري فخرج معيبا فله الأرش خاصة إن كان لمكسوره قيمة و الثمن بأجمعه إن لم يكن كالبيض الفاسد

المراد بالغرر مطلق الجهالة وإلا لما جاز البيع بالوصف ولا باختبار وجهه الأعلى لعدم الاستقصاء واحتمال مخالفة الظاهر الباطن و قيد المشاهدة ليعلم غلظه و رفته و لونه فترتفع الجهالة بالكلية و تحصل المعرفة التامة أو ما هو قريب منها و ليس فيما عندنا من نسخ التحرير إلا قوله لا بد من اختبار ذى الطعم أو الرائحة بالذوق أو الشم و يجوز على الوصف فإن وجد كما وصف و إلا تخير المشتري (و لو بيع) بشرط السلامة من غير اختبار و لا وصف (فالأقرب) جوازه فإن خرج معييا تخير بين الأرش و الرد و لو تصرف سقط الرد و لعل مراده بشرط السلامة البناء على أصل السلامة فيكون موافقا للكتاب و عبارات الأصحاب (و فيه تأمل) يظهر وجهه في المسألة الآتية و على كل حال فالمسألة لا تخلو من شوب الإشكال من عدم الغرر و عدم تامة الاستدلال بالخبر و استمرار الطريقة في الأعصار على عدم الاختبار و ما رواه في السرائر لا عين له و لا أثر (و لعله) استفاده من كلام الشيخين لأن كان كلامهما في الكتابين متون الأخبار (و يؤيد) ذلك أنه نقله بعين كلام الشيخين (و الظاهر) أنهما استفادا ذلك من الخبر المذكور و أفتيا بمضمونه و الظاهر أنهما و من وافقهما حتى ابن إدريس مخالفون للمشهور و إن أعطت خلاف ذلك عبارة المختلف ما عدا الحلبي إن قلنا إن المشاهدة شرط عند المشهور و إلا كان مخالفا أيضا و من أن قدماء الأصحاب و رؤساءهم و أساطينهم أفتوا بمضمون هذا الخبر المعبر القوي السند و ما كان فيه من ضعف في دلالة أو سند فنحجب بعلمهم به و إن ثبتت رواية السرائر كانت الدلالة واضحة و لم يقطع بإجماع المتأخرين لأنهم يعبرون بالأقرب و شبهه (و الأشبه خ ل) و الأولى و الأظهر (و الظاهر خ ل) كما وقع ذلك في الشرائع و النافع و كتب المصنف و الدروس و جامع المقاصد و غيرها و لا سيما الشرائع فإنه تردد أولا فيها (ثم قال) إنه أولى و هؤلاء رؤساء المتأخرين و هم غير قاطعين (نعم في الإيضاح) أنه الحق و هو لا يغنى و الطريقة التي استنهضتها طريقة أعوام لا طريقة علماء أعلام (فليتأمل) في ذلك جيدا و بعد ذلك كله فقول المتأخرين أظهر دليلا و أوضح سبيلا (و إن قلت) إن الشيخين و القاضي غير مخالفين سهل الخطب و هان الأمر (و قول المصنف) و الأعمى و المبصر سواء قصد به الرد على سلار حيث خيره بين الرد و الأرش و إن تصرف (و أطبق) الشيخان و من تأخر عنهما على خلافه و قد وصفه جماعة بالشذوذ و الندرة (قال سلار في المراسم) بعد ما نقلناه عنه آنفا و ما يفسده كالبيض و البطيخ و القثاء و ما شاكل ذلك فصح شراؤه بشرط الصحة فإن خرج غير صحيح فله أرشه لا رده إلا أن يشتريه أعمى فإنه يكون له أرشه أو رده (و قد نص في المقنعة و النهاية) في خصوص هذه المسألة أن ليس للأعمى إلا- أرشه و أن الأفضل له أن يوكل فهم متفقون على خلاف سلار و لكن كل في مقام (فتأمل) و لا تشبه عليك الحال

(قوله قدس سره) (و لو أدى اختباره إلى الإفساد كالبطيخ و الجوز جاز بيعه بشرط الصحة)

إجماعا كما في المقتصر و الظاهر اتفاقهم على الجواز في الجملة و إن اختلفوا في إطلاقه و تقييده فالأكثر كما في المهذب البارع و المقتصر على أن ابتياعه جائز مطلقا (و في الرياض) أنه الأشهر و هو صريح المبسوط و السرائر و التحرير و المختلف و المقتصر و جامع المقاصد و غيرها (و ظاهر)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٥

.....

الشرائع و النافع و غيرها و في المقنعة و المراسم أن بيعه جائز بشرط الصحة (و في الوسيلة) جاز بيعه على الصحة و البراءة من العيوب (و في النهاية) بأن ابتياعه جائز على شرط الصحة و البراءة من العيوب و هو المنقول عن الكافي (هذا) هو الموجود في النسخ الصحيحة التي عندنا من هذه الكتب فلا يلتفت إلى ما نقل عنها غير ذلك كما في المختلف و المهذب البارع و غيرها (نعم) في المقنعة بعد ذلك و لا بأس بابتياع الأعمى بشرط الصحة أو البراءة من العيوب و في نسخة أخرى و البراءة بالواو لا بأو و في النهاية في الأعمى بشرط الصحة على البراءة من العيوب و في السرائر في أصل المسألة بابتياعه جائز مطلقا أو بشرط الصحة أو البراءة من العيوب و عن

القاضي أنه قال لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحة أو التبري عن العيوب فإن باع بخلاف ذلك لم يكن البيع صحيحا (قال في المختلف) هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدتين في العقد و ليس بجيد (و الظاهر) أنه إنما صار إلى هذا لإيهام عبارة الشيخين حيث قال إنه جائز بشرط الصحة أو على شرط الصحة و مقصودهما أن البيع بشرط الصحة جائز لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة (قلت) فعلى هذا يرتفع الخلاف إلا من القاضي لأن التأويل (العمل خ ل) المذكور جار في عبارة الوسيلة و المراسم و الكافي إذا عرف هذا فإذا ابتاعه مطلقا أو بشرط الصحة و خرج معييا كله و لم يكن لمكسوره قيمة كالبيض فإنه يرجع بالثمن أجمع كما في السرائر و الشرائع و النافع و الإرشاد و الكتاب و نهاية الأحكام و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و الروضة و مجمع البرهان و غيرها و هذه و إن أطلق في بعضها و قيد في البعض الآخر باشتراط الصحة فالمال واحد كما نبه على ذلك في جامع المقاصد لأن الإطلاق يرجع إلى اشتراط الصحة لأنه إنما اشتراه بناء على أصله و هو الصحة كما مر و هذا أبلغ في الجواز من غير اختبار لمكان الضرورة و الحرج و في الكفاية رجوعه بالثمن أجمع متجه مع شرط الصحة و بدونه محل تأمل و هذا يشمل ما إذا أطلق أو باعه بشرط البراءة من العيوب فيكون متأملا- في المقامين «فتأمل» و هل يكون هذا العقد مفسوخا و باطلا من أصله أو يطرأ عليه الفسخ من حين الاختبار «ظاهر الجماعة (جماعة خ ل) الأول» كما في الدروس و هو صريح المبسوط و السرائر و التذكرة و الإرشاد و الروضة و المسالك و مجمع البرهان «و الثاني خيرة الدروس و جعل الأول احتمالا مع نسبه له إلى ظاهر الجماعة كما سمعت و في اللمعة فيه نظر و جعل الفائدة في الدروس و اللمعة في مئونة نقله عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره فعلى الأول على البائع و على الثاني على المشتري لوقوعه في ملكه و في جامع المقاصد أن الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها لانتفاء المقتضى و تبعه على ذلك الشهيد الثاني قال لأنه نقله بغير أمره فلا يتجه الرجوع عليه بها و كون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور و هو منفي هنا لا اشتراكهما في الجهل (قلت) المستند في النقل هو بيعه و لا يشترط في تغريبه علمه كما لو باع ملك الغير باعتقاد أنه له ففائدة الخلاف واضحة (و أما) إذا باعه بشرط البراءة من العيوب فيما لا قيمة لمكسوره «ففي الدروس» أنه إذا تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمة لمكسوره أنه يصح عند الشيخ و أتباعه و معناه أنه ليس له الرجوع و إن ظهر كله معييا ثم إنه استشكل فيه و في المسالك أن شرط البائع البراءة من العيوب صحح و لا خيار لو ظهر معييا كذا أطلقه الجماعة «انتهى» و قد استشكل فيه أيضا كالدروس و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و غيرها قالوا هو مشكل فيما لو خرج كله معييا و لم يكن لمكسوره قيمة لمنافاته لمقتضى العقد إذ لا شيء في مقابلة الثمن فيكون أكل مال بالباطل (قلت) ما نسبه الشهيدان

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٦

.....

و غيرهما إلى الشيخ و الأتباع كأنهما فهما من التقييد بشرط البراءة من العيوب كما فهم ذلك من القيد المذكور المحقق الثاني (و أنت خير) بأن عبارة النهاية و المبسوط و السرائر وردت بالابتاع حيث قيل فيها فابتاعه جائز إلخ فيكون المعنى أن شراء المشتري بشرط الصحة و البراءة من عيوبه جائز فيكون اشتراط المشتري البراءة من العيوب كاشتراط الصحة و إلا- فما كان للبائع أن يشترط البراءة من عيوب ما لا منفعة فيه أصلا حتى لو أتلفه متلف لا يضمه و عبارة الوسيلة منزله على عبارة النهاية و المبسوط و السرائر قال في المبسوط و لو اشترى ما تحته كامن مثل الجوز و اللوز و ما أشبه ذلك من البيض بالبراءة من العيوب صحح و إن اشترى مطلقا و خرج معييا كان له رده و (أو خ ل) المطالبة فتراه كيف جعل شرط البراءة للمشتري كما هو ظاهر و إلا فالاحتمالان متساويان و ما كان ليكون تساويهما سلمنا لكن احتمالنا أرجح من مخالفة القواعد بل إجماع المسلمين و لعله يظهر من التذكرة حيث حكم بالبطلان فيما لا-قيمة له لو كسر ثم علله بما علله و قال بعض الشافعية وافقونا على التعليل و البعض الآخر وافقونا في الحكم و خالفونا في التعليل على أن الشيخ في المبسوط و ابن إدريس في السرائر صرحا ببطلان البيع و غيرهم من المتأخرين بل كل من عبر بجواز بيعه بشرط

الصحة ظاهره أنه لا يصح أن يشترط البائع البراءة كما فهمه المحقق الثاني (و أما عبارة) النهاية فنقلها برمتها لتعلم الحال فيها قال في النهاية فابتاعه جائز على شرط الصحة أو البراءة من العيوب فإن وجد فيه فاسدا كان للمبتاع ما بين قيمته صحيحا و معيبا و إن شاء رد الجميع و استرجع الثمن و ليس له رد المعيب دون ما سواه فتراه كيف جوز له الأرش و رد الجميع و هو محمول كما في المختلف على ما إذا لم يتصرف فسقط اعتراض السرائر عليه بأنه كيف يجوز له رد الجميع مع التصرف و في الوسيلة جاز بيعه على الصحة و البراءة فإن خرج معيبا كان البائع بالخيار بين أخذ الأرش و الرد فإن خرج البعض معيبا كان مخيرا بين رد الجميع و الأرش فإن أفسد الجميع لم يكن له غير الأرش انتهى (فتأمل فيه جيدا) و الغرض من نقله أنه لم يرتب على البراءة من العيب شيئا زائدا على اشتراط الصحة و أنه يمكن تنزيلها على عبارة النهاية بأن يكون الشرطان من المشتري (و قد) اشتركت النهاية و الوسيلة في عدم التعرض لما لا يكون لمكسوره قيمة أصلا (نعم) في المبسوط و السرائر تعرضا لذلك فقلا بعبارة واحدة (و أما) إذا لم يكن لفساده و مكسوره قيمة بعد كسره مثل بيض الدجاج (إذا كان فاسدا فإن كان هكذا (فالباع) باطل لأنه لا يجوز بيع ما لا قيمة له و على هذا لا يجوز بيع الحشار و متى أتلفه متلف فلا ضمان عليه لأنه لا قيمة له «انتهى كلامهما» فتراهما لما تعرضا لما لا قيمة لمكسوره كيف حكما ببطلان البيع و لو تعرض له في النهاية و الوسيلة لحكما فيه بالبطلان كما حكم به في المبسوط و السرائر و قد عرفت أنهما في المبسوط و السرائر ممن جوز بيع ذلك مطلقا أو بشرط الصحة أو البراءة من العيوب و قد فرع على الأولين في السرائر و لم يفرع على الأخير شيئا فكأنهما عنده من سنخ واحد قال فإن اشتراه مطلقا أو بشرط الصحة ثم كسره المبتاع فإن وجد فيه فاسدا كان للمبتاع ما بين قيمته صحيحا و معيبا و ليس له رد الجميع و استرجاع الثمن فيما قد تصرف فيه و لا- له رد المعيب دون ما سواه و له رد الجميع إذا لم يتصرف في الجميع (إلى أن قال) و أما إذا لم يكن لفساده و مكسوره قيمة (إلى آخر) ما نقلناه عنه آنفا فكان اشتراط البراءة من العيب عنده كاشتراط الصحة هذا كلام الشيخ و أتباعه فأين وجدوا ما نقلوا عنه من كلامهم و وقع في المقنعة و النهاية و الوسيلة و غيرها أن الأعمى كالصير لو ابتاع شيئا على البراءة من العيوب لم يكن له أرش و لا رد و هذا مقام آخر غير ما نحن فيه (فليتأمل جيدا) و قد علم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٧

و يجوز بيع المسك في فأره و إن لم يفتق و فتقه أحوط (١)

مما ذكرنا حكم ما إذا كسره المشتري و خرج معيبا و كان لمكسوره قيمة و هو أن له الأرش لا الرد إجماعا كما في السرائر و غيرها كما سيأتي إن شاء الله تعالى لمكان التصرف و كيفية أخذ الأرش هو أن يقوم ما بين قيمته صحيحا و قشره صحيح و بين كونه فاسدا و قشره صحيح فما ثبت يرجع بمقداره من الثمن و لا يقوم مكسورا لأن الكسر نقص حدث في يد المشتري فلا يرجع بجنايته و حدثه على غيره هذا و في جامع المقاصد لعل مراد المصنف بقوله جاز بيعه بشرط الصحة عدم جواز اشتراط البراءة من العيوب و لو كان الإطلاق منزلا- على الصحة (قلت) هذا الاحتمال جار في كل ما كان مثل عبارة الكتاب و في عبارة التحرير أيضا لأن قال فيها جاز ابتاعه مطلقا و بشرط الصحة فليتأمل جيدا

(قوله قدس سره) (و يجوز بيع المسك في فأره و إن لم يفتق و فتقه أحوط)

جواز بيع المسك في فأره من دون فتق قد نص عليه في المبسوط و السرائر و النافع و التذكرة و الإرشاد و نهاية الأحكام و التحرير و الدروس و اللعة و حواشي الكتاب للشهيد و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و الرياض و في المفاتيح قالوه و في الحدائق أنه المشهور بينهم من غير خلاف يعرف و في مجمع البرهان لعله لإجماع أو نص فهم ذلك من التذكرة و يأتي أن ليس في التذكرة دعوى إجماع و لا- نص و في الرياض أنه يجوز بيعه بشرط العلم بمقداره و نحوه مما تعتبر معرفته في معاملته و تفاوت قيمته بتفاوته بلا خلاف بل في بعض العبارات الإجماع عليه و هو الحجاة (قلت) هذه العبارة التي ادعى فيها الإجماع لم نجد لها وليته

دلنا عليها و لعله أراد ما في مجمع البرهان أو ما في الحدائق و الموجود في التذكرة المسك طاهر يجوز بيعه في الجملة و به قال عامة الفقهاء (و حكى) عن بعض الناس المنع من بيعه لأنه نجس لقوله صلى الله عليه و آله و سلم ما أبين من حى فهو ميت و قد قيل إنه دم و هو خطأ لأنه لا دلالة في الخبر لأن الغزال يلقيه كما يلقى الولد و يلقى الطير البيض و الدم المحرم هو المسفوح فإن الكبدة حلال و هو دم (و قد روى) جواز بيعه عن الصادق عليه السلام (إذا ثبت هذا) فقد جوز الشيخ بيع المسك في فأره و إن لم يفتق قال و فتقه أحوط و به قال بعض الشافعية و أكثر أصحاب الشافعي على المنع و أصحاب أحمد (و الوجه) الصحة لأن صفة المسك معلومة فيشتره بشرط الصحة كالمذوق قبل ذوقه (انتهى) و ليس في كلامه كما ترى من دعوى إجماع و لا نص فيما نحن فيه (و الدليل) عليه بعد الأصل و عموم الأدلة و عدم مانع ظاهر يصلح للمنع و عدم وجوب الاستقصاء مع عدم تفويت شئ لمكان الخيار (مضافا) إلى أنه قد يعلمه أهل الخبرة و إلى ما يظهر من انعقاد الإجماع عليه جريان العادة في مثل هذا بعدم المشاهدة و الاختبار و أن الحال فيه كالحال فيما يؤدي اختباره إلى فساده فيكون فردا من أفراد و ذلك لو أن كل سائم يختبرها بإدخال الخيط فيها لفسدت و جفت رطوبتها أو قل ريحها و إن كان عدم تحقق الإفساد يقع في الغالب نادرا فلا يقدر في الغالب و لا يلتفت إلى ما في الحدائق و المفاتيح و الاحتياط بفتقه قد ذكر في المبسوط و الشرائع و التحرير و غيرها و خلت عنه جملة من العبارات (و الوجه فيه) ارتفاع الجهالة بالكلية و لعله يقيد بما إذا لم يستلزم الإفساد كما عرفت و لعله لذلك خلت عنه جملة من العبارات (فليتأمل) و فتقه بأن يدخل فيه خيط ثم يخرج و يشم على ما ذكره الجماعة كما في المسالك و عبارة الدروس هكذا يجوز

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٨

و لا يجوز بيع المباحات بالأصل قبل الحيابة كالكلاء و الماء و السمك و الوحش (١) و لا بيع الأرض الخراجية إلا تبعا لآثار التصرف (٢)

شراء المسك في فأره و إن لم يفتق بإدخال خيط فيه و فتقه أحوط (و قد) احتمل فيها في جامع مقاصد أمرين أحدهما أنه مع عدم فتقه يجوز البيع معه بإدخال خيط فيه فيكون ذلك قائما مقام اختباره و يكون بإدخال متعلقا بجوز و الثاني أن فتقه يتحقق بإدخال خيط فيه و لا يحتاج إلى شقه و لما لم يكن للأول وجه تعيين الحمل على الثاني (و في نهاية) الأحكام و حواشى الشهيد و الدروس و الروضة و غيرها أنه إن وجدته صحيحا لزم و إلا تخير و هو قضية كلام من لم يذكر ذلك «و في» الأول لو كان رأس الفأرة مفتوحا و شاهد أعلاه صح البيع أيضا «و يلزم» لو كان أسفله كأعلاه و إلا تخير «و فيه أيضا» و في التذكرة لا يجوز بيع الدر في الصدفة للجهالة مع تفاوتها كبرا و صغرا و صفاء و كدورة «و في» جامع المقاصد المسموع من فأره بهاء غير منقوطة و هو الظاهر من عبارات الأصحاب و الذى صرح به اللغويون فأرة المسك بقاء مهموزة كالفأرة في غيره و هو الصواب «قلت» المذكور في عبارات الأصحاب جمع لا مفرد فيكون الفأر بالهمزة جمع فأرة و كذا فأرة البيوت «و هو الموافق» لنص أهل اللغة و في مجمع البحرين أنه يهمز و لا يهمز و في نهاية ابن الأثير قد تترك همزته تخفيفا

(قوله قدس سره) (و لا يجوز بيع المباحات بالأصل قبل الحيابة كالكلاء و الماء و السمك و الوحش)

هذا فرع على الملك لا- على صلاحية التملك من دون تأويل لأن هذه الأشياء صالحة للتملك بالحيابة و ظاهر نظمه مع الأرض الخراجية أنها مملوكة مشتركة بين المسلمين كأرض الخراج و الظاهر أنها ليست كذلك (قال في التذكرة) الملك فلا يصح بيع المباحات و لا- ما يشترك فيه المسلمون قبل حيازته مثل الكلاء و الماء و الحطب إجماعا و إن كانت في ملكه فالوجه أنها له فيصح بيعها انتهى (ثم قال) و لا يصح بيع السمك قبل اصطياده و لا الوحش قبل الاستيلاء عليه (انتهى) فعلى هذا فقول الأصحاب و لا يجوز (يصح خ ل) بيع ما يشترك فيه المسلمون كالكلاء- و الماء قبل حيازته مقيدا بما إذا كان في مباح لتوقف تملكها على الحيابة أما لو كانت في ملكه (فالوجه) أنها له تبعا للملك فيصح بيعها و يحرم على غيره أخذها بغير إذنه و لعل في قولهم قبل الحيابة غنى عن هذا



القيد «فتأمل» و التقييد بالأصل كأنه تأكيد أو لإخراج ما هو مباح بالعارض كما إذا أعرض عنه المالك فإنه قد قيل إنه لا يخرج عن ملكه في جميع صورته قالوا نعم لو علم الإعراض يقينا فهو يفيد إباحة بحيازته لا ملكا و قيل إن الآخذ يملكه إذا نوى التملك و قيل لا يزول الملك بالإعراض إلا في الشيء اليسير كاللقمة و في التالف كمتاع البحر و في الذي يملك بغاية إذا حصلت كحطب المسافر» و قد حققنا الحال في المسألة في كتاب القضاء و أسبغنا الكلام فيما كتبناه هناك و قسمنا الإعراض إلى ما يكون باختيار كترك بعيره لكلاله أو بغير اختبار كأخذ الظالم لماله و وقوعه في البحر و نحوه و قلنا إنه في الأول و الأخير يملكه الآخذ له إذا كان المالك يائسا منه (و أما في الثاني) فلا و هل يملك هذا الكلا و الماء بمجرد الحيازة أو لا بد فيه معها من نية التملك قولان (فعلى الأول) لا تصح فيه الاستنابة و لا تتصور على وجه يفيد ملكية الموكل و الثاني أقوى و قد دلت عليه الأخبار كما يأتي في اللقطة فيجوز التوكيل فيه و يملك الموكل مع نية الوكيل الملك للموكل

(قوله قدس سره) (و لا بيع الأرض الخراجية إلا تبعا لآثار التصرف)

الأرضون

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٣٩

.....

على أربعة أضرب «أرض» أسلم أهلها عليها «و أرض» صولحوا عليها «و أرض» الأنفال «و أرض» فتحت عنوة كما في (المقنعة و النهاية و المبسوط و المراسم و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير) و غيرها ذكروا الضروب الأربعة و ذكروا أحكامها و كثير منهم عين أشخاصها (و نحن) نجرى على هذا المنوال على سبيل الإجمال لأن محل التفصيل باب الجهاد فنقول (الضرب الأول) أرض أسلم عليها أهلها طوعا فهذه ملك لأهلها يصح لهم التصرف فيها بسائر أنواع التصرفات إذا عمروها و قاموا بعمارتها و هي أرض المدينة و الطائف و اليمن و بعض الديلم كما نص عليه جماعة «١» (الضرب الثاني) الأرض التي صولح أهلها عليها و هذا على ضربين (أحدهما) أن يكونوا صولحوا على أن الأرض لهم و عليهم طسقتها و هي تسمى أرض الجزية يلزمهم ما يصلحهم الإمام عليها و يصح بيعها و التصرف فيها بجميع أنواعه فإذا أسلموا كان حكمهم حكم من أسلم عليها أهلها طوعا (و الثاني) أن يكونوا قد صولحوا على أن الأرض للمسلمين و لهم السكنى و على رقابهم الجزية و هذه حكمها حكم الأرض المفتوحة عنوة و هذه كبعض أرض خيبر (الضرب الثالث) أرض الأنفال و هي (أقسام) الأرض التي انجلا أهلها عنها أو كانت مواتا فأحييت أو كانت آجاما و غيرها مما لا يزرع فاستحدثت مزارع (و كل) أرض لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب (و رءوس) الجبال (و بطون) الأودية فهذه كلها للإمام خاصة ليس لأحد معه فيها نصيب (و يجوز) للشيعه حال الغيبة التصرف فيها و لينو المتصرف فيها و ليوطن نفسه أنه يؤدي طسقتها إذا طلبه الإمام منه (الضرب الرابع) الأرض التي فتحت عنوة و هذه للمسلمين قاطبة بإجماع علمائنا قاطبة و قد نقل الإجماع على ذلك في الخلاف و التذكرة و المنتهى كسواد العراق و بلاد خراسان و الشام و مكة المشرفة على ما عده المؤرخون كما في المسالك (قلت) و قد عد ذلك من ذلك جماعة من فقهاءنا و زادوا هوازن «٢» و وافقنا على ذلك جمهور العامة كما ستعرف (و قد) اختلفوا في مكة زادها الله تعالى شرفا و كونها مفتوحة عنوة هو الظاهر من المذهب كما قاله الشيخ في المبسوط و جماعة و في الخلاف الإجماع على ذلك (و عن) بعض كتب التواريخ المعتمدة أن الحيرة من أرض العراق و هي بلدة قرب الكوفة و أخرى قرب عانة فتحت صلحا و أن نيشابور من بلاد خراسان فتح صلحا و قيل عنوة و بلخ منها و هراة و قوشيح و التوابع فتح صلحا و بعض عنوة (و أما) بلاد الشام و نواحيه فحكى أن حلب و حماة و طرابلس فتح صلحا و أن دمشق فتح بالدخول من بعض غفلة بعد أن كانوا طلبوا الصلح من غيره و أن أهل أصفهان عقدوا أمانا و أن آذربايجان فتح صلحا و أن أهل طبرستان صالحوا أهل الإسلام و الرى فتح عنوة (بل) قيل إن أكثر بلاد الإسلام فتحت عنوة و يثبت كونها مفتوحة عنوة بنقل من يوثق بنقله و اشتهاهه بين المؤرخين و قد جعل بعضهم

من الأدلة ضرب الخراج من الحاكم و إن كان جائرا و أخذ المقاسمة من ارتفاعها عملا بأن الأصل فى تصرفات المسلمين الصحة إذ الظاهر أن أخذ الخراج من ذلك البلد إذا كان مستمرا فى الأعصار لم يكن شيئا حادثا من بعض سلاطين الجور بل كان شيئا مستمرا من الصدر الأول من غير تكبير إذ لو كان حادثا لنقل فى كتب التواريخ و الأخبار و فى نقل من نقل عن نقل من علمائنا و غيرهم بلاغ كما عرفت

(١) و الديلم قوم من مشركى العجم و الظاهر أن بلادهم طبرستان كما نقل تعيين ذلك عن الأستاذ الشريف أدام الله سبحانه حراسته ثم إنه حصل لنا القطع بذلك من عدة مواضع (منه)

(٢) قبيلة من قيس و أرضهم قريبة من الطائف (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤٠

.....

و ستعرف و فى المبسوط أن هذه الأرض لا يصح التصرف فيها ببيع و لا شراء و لا هبة و لا معاوضة و لا تملك و لا إجارة و لا إرث و لا يصح أن تبنى دورا و منازل و مساجد و سقايات و لا غير ذلك من أنواع التصرف و متى فعل شىء (شيئا خ ل) من ذلك كان التصرف باطلا- و فى موضعين آخرين منه ذكر نحو ذلك و مثل ذلك ما فى النهاية و الغنية و الشرائع فى موضعين منها و النافع و التذكرة فى موضع منها و الكتاب فى الجهاد و الإرشاد و موضع (و موضعين خ ل) من التحرير و المنتهى و هو ظاهر المراسم و الوسيلة و فى موضع آخر من التذكرة و التحرير أنه يجوز بيعها تبعا لآثار التصرف و نحوه ما فى السرائر فى موضع منها و المختلف و المنتهى و حواشى الكتاب و اللمعة و الروضة و قواه فى موضع من المسالك و فى آخر منه نسبه إلى جمع من المتأخرين و أن العمل عليه و فى موضع آخر من السرائر عند نقله كلام الشيخ إنما يبيع و نقف تصرفنا فيها و تحجيرنا و بناءنا فأما نفس الأرض فلا يجوز فيها ذلك (قال فى المختلف) بعد نقل ذلك عنه هذا يشعر جواز البناء و التصرف فيها (قلت) و يشعر بأن الأرض ليست جزءا من المبيع و ما فى السرائر هنا موافق لما فى الاستبصار و التهذيب حيث جوز فيهما بيع ما له من التصرف دون رقبة الأرض و حمل الحق فى خبر أبى بردة على ذلك أعنى ما له من التصرف و لعل الخبر دليل المشهور بين المتأخرين و ستمعه و فى حواشى الشهيد أنها إذا بيعت تبعا للآثار يجوز أن تكون مجهولة (و الأولى) أنها جزء من المبيع فلا بد من العلم بها أيضا و قضية ما فى الدروس أنه يصح بيعها منفردة فى زمن الغيبة و نحوه ما فى جامع المقاصد (قال فى الدروس) و لا يجوز التصرف فى المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام عليه السلام سواء كان بالوقف أو بالبيع و غيرهما (نعم) فى حال الغيبة ينفذ ذلك و أطلق فى المبسوط أن التصرف فيها لا ينفذ و قال ابن إدريس إنما يباع و يوقف تحجيرنا و بناؤنا و تصرفنا لا نفس الأرض «انتهى» ما فى الدروس و فيه تأمل لأنها ليست ملكا له و البيع و الوقف موقوفان على الملك بل قد قيل إنه فى حال الحضور يبعد حصول الإذن بذلك منه عليه السلام إلا أن تقضى المصلحة العامة بذلك كأن يحصل الاحتياج إلى ثمنها أو يجعل قطعة منها مسجدا و على كل حال فقول الدروس ليس بذلك البعيد إذ قد تكون المصلحة فى ذلك مع غيبته عليه السلام أو عدم انبساط يده و قد يثول ذلك إلى التصرف فى ماله من الغرس و البناء و يأتى تنقيح الكلام إن شاء الله تعالى و فى موضع آخر من السرائر نقلا عن الشيخ أنه إذا حجر أرضا ثم باعها لم يصح بيعها و فى الناس من قال إنه يصح و هو شاذ و أما عندنا فلا يصح بيعه لأنه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء و إنما يملك التصرف بشرط أن يؤدى إلى الإمام ما يلزمه عليها و كأن قوله و أما عندنا من كلام ابن إدريس لا من الشيخ لأن النسخة التى حضرتنى من السرائر غير نقيه من الغلط و فى موضع آخر من الدروس لا يجوز بيعه المفتوحة عنوة و لا يبيع ما بها من بناء و شجر وقت الفتح (نعم) لو جدد فيها شىء من ذلك جاز بيعه و ربما قيل ببيعها تبعا لآثاره و روى أبو بريدة جواز بيع أرض الخراج من صاحب اليد و الخراج على المشتري و فى رواية إسماعيل بن الفضل إيماء إليه

انتهى (قلت) قد عرفت و ستعرف الحال في خبر أبي بردة و ليس هو أبا بريدة (و أما) رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي فمنزلة على أنها «١» اشترى منه آثاره كما ستسمع (و في) موضع آخر من السرائر فأما من قال لا يجوز بيع رباع مكة و لا إيجارها فصحيح إن أراد نفس الأرض لأن مكة أخذت عنوة بالسيف فهي لجميع المسلمين لا تباع و لا توقف و لا تستأجر فأما التصرف و التحجير

(١) كذا في نسختين و الظاهر أنه (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤١

.....

و الآثار فيجوز بيع ذلك و إيجارته كما يجوز بيع سواد العراق المفتوحة عنوة «انتهى» و قد نزل صاحب المسالك عبارة الشرائع في باب الجهاد (حيث قال) لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها على أن المراد لا يصح ذلك في رقبه الأرض مستقلة أما فعل ذلك بها تبعا لآثار المتصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها فجائز على الأقوى (قال) فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت في البيع على سبيل التبع و كذا الوقف و غيره و تستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقيا فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري و الموقوف عليه و غيرهما عنها هكذا ذكره جمع و عليه العمل «انتهى» و هذا التنزيل ممكن في كثير من العبارات لكن بعض عبارات المبسوط لا يمكن ذلك فيها (فليتأمل) و قد نزل المحقق الثاني عبارة القواعد في عدم التصرف على حال الحضور و في المفاتيح لو كان للمتصرف فيها بناء أو غرس أو زرع جاز بيعه لأنه مملوك و كونه في أرض الغير لا يمنع من التصرف في ملكه و نسبه إلى أصحابنا (ثم قال) و قيل يجوز بيعها تبعا للآثار المذكورة لا منفردة «انتهى» و سواد العراق كما ذكره الأصحاب و غيرهم من العامة في أبواب شتى كباب الزكاة و الجهاد و الخمس و البيع و الرهن هو ما بين عبادان و الموصل طولاً إلى ساحل البحر و قيده بعضهم بكونه من شرقي دجلة (قال) و أما الغربي الذي يليه البصرة فإنه إسلامي مثل شط عثمان بن أبي العاص فإن أرضه كانت مواتا فأحياها عثمان بن أبي العاص و ما بين طريق القادسية المتصل بعذيب من أرض العرب و منقطع جبال حلوان عرضاً و سميت سواداً لأن الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض و التفاف أشجارها فسموها سواداً لذلك و أما خراسان فمن أقصاها إلى كرمان و خوزستان و همدان و قزوین و ما حوالها و لم يذكروا تحديد الشام و كتب التواريخ كافة بذلك و أما الموات منها وقت الفتح فهو للإمام خاصة و لا يجوز لأحد إحياءه إلا بإذنه إن كان ظاهرها و حال الغيبة يملكها المتصرف من غير إذن كما صرح بذلك جماعة كثيرون و في التذكرة فإذا ظهر القائم عليه السلام أدام الله حراسته و جعلني الله تعالى فداه فليوطن نفسه على أن يأخذ منه و ظاهر إطلاق بعض العبارات عدم الفرق في المفتوحة عنوة بين العامر وقت الفتح و البائر و الذي صرح به الأ-كثر الاختصاص بالعامر (فتأمل) نعم إن دلت القرائن أن هذه الموات كانت معموراً من القديم (الفتح خ ل) مضروباً عليه الخراج و المقاسمة فهو ملحق بالمعمور وقت الفتح ككثير من أرض العراق و حيث إنه لا أولوية لأحد عليه فمن أحياه كان أحق به و عليه الخراج و المقاسمة (و تنقيح) البحث في معرفة ما اشتبه حاله و لم يدر هل فتح عنوة أو صلحا و معرفة المشتبه بين الموات و العامر أن يقال إن البلد المشتبه إما أن يكون فتح عنوة أو صلحا على أن الأرض للمسلمين أو لأهلها و على الأولين يكون عليه الخراج و على الثاني لا خراج عليها فإما أن يجري عليها حكم الأولين أو الثاني من دون علم و لا ظن و هو تحكم و ترجيح بلا مرجح فلا بد من أحدهما و حيث انتفى العلم تعين العمل بالظن و هو قد يحصل من التواريخ و من استمرار أخذ السلاطين الخراج منه و أخذ المسلمين من السلاطين كما بيناه آنفاً فإن الظاهر جريان أفعال المسلمين على الصحة و المشروعية ما لم يعلم خلاف ذلك كما هو معروف من الأخبار و بين العلماء و القول بأن الحجة في حمل فعل المسلم على الصحة إنما هو النهي عن اتباع الظن في نسبة فعل الغير إلى الفساد مع عدم سراية فعله إلى غيره و عدم معرفة فساد و صحته إلا من إخباره و ما في معناه و أما إذا كان أخذه الخراج كتسلطه و ضربه حراماً فلا فية أن أخذ الخراج و أخذ المسلمين منه قد قدمنا أنه لم

يكن حادثا و أن ذلك كان في الصدر الأول

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤٢

.....

و هم مسلمون و هذا فعلهم و لا نعرف فساد و صحته إلا منهم مضافا إلى حصول الظن بذلك بالاشتهار بين المؤرخين و غيرهم و لا كذلك الضرب و التسلط و القول بعدم حصول الظن في المقام إما لقلّة المخبرين أو لاختلافهم أو لتسامحهم في أمثال ذلك خصوصا ممن لم يألف النظر و لم يعرف وجوه الخطأ مكابرة محضة لأن جماعة من المؤرخين قد اشتهروا بصحة النقل و الاعتماد عليه كالطبرى و الواقدي و المسعودي و البلاذري و ابن الأثير و المدائني و صاحب المغازي و غيرهم على أن في نقل بعض علمائنا بلاغا لأن ذلك من الموضوعات التي يكتفى فيها بالظنون الضعيفة كما هو مسلم عند الكل (مضافا) إلى أنا ما سمعنا و لا وجدنا أن أهل العراق و أهل الشام ادعوا أن هذه الأرض المضروب عليها الخراج ملك لهم بل وجدناهم لا يدعون ذلك أصلا (اللهم) إلا أن يكون أحدهم أحيا أرضا مواتا أو تصرف في أرض الخراج بناء أو غرس فكيف يحكم بكونها ملكا لهم من دون أن يعلموا ذلك أو يدعوه و كذلك الحال في معرفة كون الأرض عامرة وقت الفتح أو مواتا فإنه يعول فيه على الأمارات عند تعذر العلم (هذا) و لا بد في المفتوحة عنوة من أن يكون فتحها بإذن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أو الإمام عليه السلام و أن تكون معمورة حين الفتح و الحكمان مشهوران بل كادا يكونان محل إجماع كما في مجمع البرهان و يعرف الثاني كما قدمنا الإشارة إليه بنقل من يوثق بنقله و اشتهاره بين المؤرخين إن كان كما قلنا في الفتح عنوة و بضرب الخراج من الحاكم و إن كان جائزا و أخذ المقاسمة من ارتفاعها عملا بأن الأصل في تصرفات المسلمين الصحة «فتأمل» و بالقرائن المفيدة للظن المتأخم للعلم كتقدم عهد البلد و اشتهار تقدمها على الفتح و كون الأرض مما تقضى القرائن المذكورة بكونها مستعملة في ذلك الوقت لقربها من البلد و عدم المانع من استعمالها عادة و نحو ذلك مما لا يضبطه إلا الأمارات المفيدة للعلم أو ما يقاربه (بل قد) يقال بكفاية مطلق الظن و الظاهر أن أكثر السواد أو كله كان معمورا وقت الفتح و لأجل ذلك سميت أرض السواد كما سمعت آنفا (و أما) الأول فقضية كلام أصحابنا حيث يعبرون بالفتح عنوة و يدعونه في أكثر الأراضي و لا سيما في أرض السواد و يحكمون عليها بالأحكام المترتبة على الفتح بإذن الإمام أن ذلك بإذن منه عليه السلام و إلا فلا فائدة في ذكر ذلك و ترتيب هذه الأحكام «فليتأمل» على أن في الروايات الصحيحة ما يدل على أن أرض العراق أرض خراجية لجميع المسلمين من وجد و من سيوجد إلى يوم القيمة و قضية ذلك أن فتحها كان بإذن الإمام عليه السلام كما نقل من أن عمر استأذن أمير المؤمنين عليه السلام في فتح العراق و من أن الحسن عليه السلام (الحسين خ ل) كان في الجيش الذي فتح السواد بل قد قيل إن عمر كان لا يصدر في تدبير الحروب إلا عن رأى أمير المؤمنين عليه السلام و في قبول سلمان تولية المدائن و عمار إمارة العساكر أكبر شاهد على ذلك فلا يعرج بعد ذلك على ما قيل من عدم تحقق المفتوحة عنوة و إن علم لا تعلم المعمورة في ذلك الزمان و إن علمت لم يعلم كون الفتح بإذنهم عليهم السلام (و قد نقول) بعدم الاحتياج إلى إذن المعصوم على الخصوص بل يكفي الإذن المستفاد من مطاوى الآثار و على ذلك استمرت الناس (السيرة خ ل) (و من الأخبار) صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال) سألته عن سيرة الإمام في الأرض التي فتحت عنوة بعد رسول الله صلى الله عليه و آله (فقال) إن أمير المؤمنين عليه السلام قد سار في أهل العراق سيرة فهم إمام لسائر الأرضين الحديث (و منها) صحيحة الحلبي (قال) سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤٣

.....

ما منزلته فقال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد فقلنا الشراء من الدهاقين فقال لا- يصلح إلا- أن يشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين فإن شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها (و فى خبر) أبى الربيع لا تشتروا من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فإنما هى فىء للمسلمين إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة و كونها فيئاً للمسلمين قاطبة يمنع من احتمال كونها للإمام عليه السلام كما احتمله فى المبسوط (قال) و على الرواية التى رواها أصحابنا أن كل عسكر أو فرقة غزت بغير إذن الإمام عليه السلام فغنمت تكون الغنيمه للإمام عليه السلام خاصة تكون هذه الأرضون و غيرها مما فتحت بعد الرسول صلى الله عليه و آله و سلم إلا ما فتح أيام أمير المؤمنين عليه السلام إن صح شىء من ذلك للإمام خاصة» انتهى و هذا مشعر بترده و قد تقدم له قبل ذلك تنصيب على أن سواد العراق مفتوح عنوة و رتب عليه أحكام المفتوح بإذن النبى صلى الله عليه و آله و سلم و مثله صنع فى المنتهى فإنه بعد حكاية الأرض و تحديدها و ترتيب الأحكام عليها نقل ذلك عن المبسوط ساكناً عليه فكأنه متردد فيه أيضاً (و أما العامة) فالمشهور بينهم أن سواد العراق فتح عنوة (و عن) بعض الشافعية أنه فتح صلحا و هو محكى عن أبى حنيفة لكن المنقول عنه فى باب الرهن أنه فتح عنوة أو صلحا و قال بعضهم اشتبه على الأمر و لا أدرى فتح عنوة أو صلحا و فى مجمع البرهان أن دون العلم بالمفتوح عنوة خرط القتاد فكيف يباح الخراج الآن لأحد من المسلمين من السادة و الطلبة و غيرهم مع أن مصرفه المصالح العامة فكيف يجوز للواحد منا الشىء الكثير منه مع وجود المصالح و الأحوج و المساوى «انتهى» (و أنت) قد عرفت الحال فى هذا الموضوع الذى لا- يشترط فيه أكثر مما ذكرناه فى تحقيقه و بيانه (و دلالة) الأخبار عليه على أن من لحظ كلامهم فى رهن الأرض الخراجية قطع بأن العامة و الخاصة قائلون بأن أرض العراق فتحت عنوة و لو التفتنا إلى كل شك لم يثبت لنا حكم سلمنا أن ههنا الأراضى للإمام عليه السلام لكنهم قد أباحوه لشيعتهم (كما يدل) عليه صحيحة عمر بن يزيد و غيرها (و أما الخراج) فيأتى بعون الله سبحانه تحقيقه و بيانه (و حيث) انتهى الكلام فى نقل الأقوال و بيان الأقسام (فنقول) الظاهر جواز التصرف فى أرض الخراج بالبناء و الغرس و المساجد و جواز بيعها تبعا للآثار بل الظاهر جوازه فى رقبته كما فى ظاهر الدروس و جامع المقاصد أو صريحهما لأن كان ذلك التصرف متداولاً بين المسلمين فى زمن الحضور و الغيبة عند الخاصة و العامة فى الأراضى المشهورة بأنها مفتوحة عنوة فى جميع الأعصار و الأمصار إلى عصرنا هذا من دون إنكار أحد لذلك و إجراء أحكام المساجد على ما جعل مسجد أو أحكام الملكية؟؟؟

؟؟؟ فيما كان كذلك مضافاً إلى الأخبار المتضافرة بجواز بيعها كخبر الهاشمى المروى فى الكافى و التهذيب فى موضعين و قد أشار إليه فى الدروس و خبر حريز و خبر محمد بن مسلم الوارد فى أرض النيل و خبر محمد بن شريح و خبر أبى بردة على ما فهمه منه فى الدروس و قد نقل المصنف فى التذكرة فى باب الرهن عن بعض العامة كابن شريح و غيره أنه قال إن أرض العراق يبيعها الناس من لدن عمر إلى الآن و لم ينكر ذلك منكر و لو لم يجز ذلك لأدى إلى حصول الشك فى إباحة أكثر الأشياء و تعطيل كثير من الأحكام بل أدى إلى المنع من بناء المساجد فى هذه الأعصار فيما يملكه من الأراضى مطلقاً بل أدى إلى الحرج العظيم بل كاد يكون الجواز من ضروريات الدين لأنه لو عرض ذلك على العوام لأنكروه أشد الإنكار و من لحظ كلام الأصحاب فى باب الرهن قطع بأنهم جميعاً

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤٤

.....

مطبوقون على جواز التصرف فيها بالبناء و الغرس حيث يجوزون جميعاً رهن البناء و الغرس فى الأرض الخراجية و من لحظ كلامهم فى بيع الأراضى و الأشجار و الزروع التى فيها وحدها أو معها ظهر عليه ذلك و حمل ما كان يتصرفون فيه منها فى الأعصار السابقة على أن الإمام باعه لمصلحة المسلمين أو كان مواتاً حين الفتح أو أن ذلك كان فى خمسها تعويل على الهباء و اتكال على المنى (و

ستسمع) كلامهم في بيع بيوت مكة مع أنها عندهم فتحت عنوة (و يبقى) الكلام في الأخبار الدالة على المنع من شرائها و كلام الأصحاب المصرحين بالمنع من التصرف فيها مطلقا و الذين يظهر منهم ذلك (و تنزيل) ذلك على زمن الحضور يأباه ما استنهضناه من استمرار الطريقة على التصرف في الحضور و الغيبة لكن في المسالك أنه ليس لأحد التصرف فيها بالتعمير و غيره حال حضوره إلا بإذنه و نقل الاتفاق على ذلك و يمكن حمل هذا الإجماع و كلام المبسوط الذي نقلنا عنه أولا و ما ضاهاه على أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف فيها بشيء قبل أن يسلمها إليه الإمام ليزرع فيها أو يغرس أو يبنى مشروطا عليه خراجها و هذا مما لا ريب فيه لأنها إذا فتحها الإمام عليه السلام كان أمرها إليه فليس لأحد أن يبادر فيغرس أو يزرع أو يبنى فيها أو يبيع بزعم أنه له فيها حصه قبل أن يستأذنه على قطعة منها مثلا و يسلمها إليه فإذا سلمها إليه بشرط خراجها صار الأمر إلى المتصرف إن شاء بنى و إن شاء غرس لأن كانت مخرجه عليه فله بعد ذلك أن يبيعها و يقفها و يتصرف بما شاء من دون إذن من الإمام عليه السلام و كذلك الحال في زمن الغيبة بالنسبة إلى القائم مقامه و لم يقل أحد بجواز التصرف فيها كيف اتفق لكل أحد و ليست كالأئفال التي يجوز التصرف فيها لكل أحد من شيعتهم لأن ذلك حقهم عليهم السلام فلم الإذن فيه مطلقا فإذا تصرف فيها المتصرف بإذن الإمام أو القائم مقامه فقيها كان أو جائرا ملكها تبعاً لآثاره و استقر الخراج في ذمته فإذا باعها و شرط الخراج على المشتري و كان له ذمه و عهد و كفالة و ضمنه صح (كما) يرشد إليه خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام لا تشتروا من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمه فإنما هي فيء للمسلمين (و خير) محمد بن شريح (قال) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه و قال إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها فقال لا- بأس إلا أن تستحي من عيب ذلك (و نحو ذلك) خبر أبي بردة و ستسمعه و خبر عمر بن حنظلة (و مضمر) (و خبر خ ل) محمد بن مسلم قال فيه لا- بأس أن يشتريها فيكون (فإذا كان خ ل) ذلك بمنزلةهم يؤدي فيها كما يؤديون فيها و قوله عليه السلام إذا كان ذلك يحتمل وجهين (أحدهما) أن يكون المراد إذا كان الشراء و البيع (و الثاني) أن يكون المراد به ظهور القائم كما فهمه صاحب الوافي من خبر زرارة و محمد و عمار عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام أنهم سألوها عن شراء أرض الدهاقين من أرض الجزية فقال إنه إذا كان ذلك انتزعت منك أو تؤدي عنها ما عليها من الخراج (قال) عمار ثم أقبل على فقال اشتريها فإن لك من الحق بها ما هو أكثر من ذلك (و هذه) هي الأخبار التي تضمنت المنع من شرائها و ليست مطلقة في ذلك (و إنما كان) فيها ذلك لمكان الخراج فكان معناها لا تشتريها فإنها ليست لك خالصة لأن عليها الخراج فإن كنت تقدم على الوفاء به و لا تستحي منه إذا طلبه منك الجائر مثلا فاشترها و إن كنت تشتريها من الدهاقين (الدهقان خ ل) من دون أن يأخذ منك خراجا فإنك تؤدي خراجها عند ظهور صاحب الأمر فوطن نفسك على ذلك إن طلبه منك (و الحاصل) أنه لا بد من خراجها إما حالا أو مؤجلا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤٥

.....

لكن المؤجل قد يسقط عنك لمكان حقك و بهذا التحرير تلتزم كلمة الأصحاب جميعا و يحصل الجمع بين الأخبار و يطرد الحكم في الغيبة و الحضور و يصح التصرف على هذا الوجه في رقبتهما تبعاً لآثارها (و التنزيل) على عدم جواز ذلك في رقبه الأرض مستقلة أما تبعاً للآثار فيجوز فإذا ذهبت الآثار رجعت إلى ما كانت عليه وجه وجهه لكنه غير موافق لجميع العبارات و ينافية استقامة الطريقة على اتخاذ المساجد فيها إلا أن يقال إن ذلك خرج بالإجماع و نحوه لأن كان المسجد مصلحة عامة لجميع المسلمين كما ستسمع و على كل حال لا بد لهم من أن يقولوا بملك الرقبه حتى يصح الوقف (فليتأمل) جيدا و على ما قلناه من جواز البيع و غيره بغير إذن الإمام بعد الإذن الأولي يجوز ذلك من دون إذن الحاكم في ذلك فقيها كان أو جائرا لكن الإذن الأولي التي ترتب عليها التصرف لا بد منها و لا- شك أن الأولي ذلك في التصرف أيضا إن أمكن و هذا غير ما في المسالك (فليتأمل) جيدا و عساك تقول إن هذا

المتصرف من دون الإذن الأولى له فيها حصّة فيصح تصرفه في حصته وبيعه وأقصاه أنه باع ما يملك وما لا يملك لأننا نقول إنه ليس عالماً بخصته ولا قادراً على تسليمها وكذا في حصّة المسلمين إلى يوم الدين لعدم استقلال أحد بذلك لأن أمرها بيده عليه السلام (على أنا) نقول إن معنى كونها للمسلمين أنها معدة لمصالحهم العامّة مثل بناء القنابر والمساجد ونفقة الرؤساء والقضاء والكتاب والغزاة بل قد يظهر أنه لا يجوز صرف حاصلها في نفقة فقير واحد بخصوصه إلا أن يجعل من المصالح كإيواء الأيتام وتوزيع الأرامل على أنا نقول لو كان مستأجراً أو مزارعاً لا يجوز له أن يكتف شئنا من أجرتها أو حاصلها بزعم أن له حقاً فيها كما ستنم إن شاء الله تعالى ولم تبطل الإجارة في بعضها لأنه مالك لأنه في الحقيقة ليس بمالك بل هي أرض جعلها الله سبحانه كالوقف على مصالح المسلمين المستأجر وغيره (فليتأمل) (و أما) خبر أبي بردة بن رجا قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف ترى في شراء أرض الخراج قال ومن يبيع ذلك وهي أرض المسلمين قال قلت يبيعها الذي هي في يده قال ويصنع بخراج المسلمين ما إذا ثم قال لا بأس أن يشتري حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ولعله يكون أقوى وأملى بخراجهم منه فقد أسمعناك أنه حمل الحق على ما له من التصرف دون رقبة الأرض أبو بردة هو هانئ بن نيار ورواية صفوان عنه في المقام تشعر بالاعتماد عليه (و أما) ما اشتهر في الأفواه من أن الحسين صلوات الله وسلامه عليه وعلى آبائه وأخيه وأبنائه الطاهرين اشترى أربعة أميال من كل جهة مما يلي قبره الشريف ثم تصدق به على أهله و شرط عليهم ضيافة الزوار وإباحة لجميع مواله فلم نقف عليه في شيء من كتب الأخبار ولا في التواريخ ولا مزار البحار ولا في كلام أحد من علمائنا الأبرار ولو كان موجوداً لذكره غواص بحار الأنوار على أن في الخبر منافاة تمنع من خرطه في سلك الروايات التي تصلح لتأسيس الأحكام حيث إنه تضمن أنه عليه السلام تصدق به بعد الشراء وإباحة لجميع مواله وشيعته ولا ريب في منافاة الصدقة على قوم مخصوصين للإباحة لكافة مواله وشيعته من وجد ومن سيوجد (إلا أن) تقول إنه تصدق بالثمن فيبقى الكلام في الأرض وعلى كل حال فليس فيه منافاة لشيء مما ذكرناه من توجيه الأخبار وتنزيل كلام الأصحاب (فقد تحصل) أن النظر في أرض الخراج للإمام عليه السلام مع ظهوره ومع غيبته إلى الحاكم الشرعي إن كان متمكناً وإلا فقضية كلام الأصحاب توقف جواز التصرف على إذن الجائر لأنهم حكموا كما ستنم بأن الخراج والمقاسمة منوطه برأيه وهما كالعوض من التصرف وإذا كان العوض منوطاً برأيه فالمعوض كذلك وأما من كانت

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤٦

.....

يده على شيء منها بسبب شرعي كالشراء والإرث والبناء والغرس ونحو ذلك فإنه يملكها ويجب عليه خراجها ومقاسمتها ولا يجوز جردها ولا منعها ولا التصرف فيهما إلا بإذنه باتفاق الأصحاب كما ستعرف وكل أرض خراجية يدعى أحد ملكها ولا يعلم فسادة تقر في يده لجواز صدقه وحملها لتصرفه على الصحة فإن الأرض المذكورة يمكن تملكها بوجوده وإن لم يكن فيها آثار كما نصوا على ذلك في المقام وباب إحياء الموات وعليه خراجها ومن الغريب ما قد قيل من أنه إذا لم يجز جردها ولا منعها ولا التصرف فيهما إلا بإذن الجائر كان ذلك إعانة للظالم ومعاونة على الإثم ولم يكن على الجابي والعامل وأمثالهما من عمال الجور إثم ولا وزر لأن جمعهم وأخذهم إنما هو لما يحرم على المأخوذ منه منعه (و أنت) خبير بأنه إنما وجب عليه دفعه وحرم منعه لمكان الجائر وأتباعه حفظاً لنفسه وماله وإخوانه وعرضه وهذا أمر واضح لا ينبغي أن يكون من مباحث العلماء وليعلم أن الملك للأرض لا يمنع الخراج فيصح أن يملكها ويكون عليه خراج البساتين والدور والأرض التي كانت محيية حين الفتح ثم ماتت ثم أحييت بنية الملك فإنها تملك وعليها الخراج وأنه يجوز أخذ الخراج على الدور التي كانت يوم الفتح وكذا ما بنى بعد الفتح لأنه لا فرق بينها وبين البساتين إلا أن تقول إنه استمرت السيرة على عدم أخذ الخراج من الدور ما كان منها قبل الفتح وبعده فهي كالمقابر والمساجد (وليعلم) أنه لو مات السلطان الجائر وقع اختلاف بعده ولم يقم سلطان بعده إلى مدة فإنه يجب على أصحاب

الأرض الخراجية والبساتين دفع الخراج إلى المجتهد إن لم يكن عليه خوف ولا تقيّة فإن كان له أن يأذن لمن هي في يده بصرفها ولنستطرد الكلام حيث اقتضاه المقام فيما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة والزكاة ففي النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والكتاب ونهاية الأحكام والدروس واللمعة وشرح الإرشاد لفخر الإسلام وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والروضة والمسالك والكفاية والمفاتيح وغيرها أنه يجوز شراء ذلك من الظالم الجائر وإن علم المالك لكن عبارة النهاية والنافع وغيرهما شاملة لزكاة الأنعام وغيرها كما ذكر وهو صريح السرائر والمسالك وبقية العبارات مقتصر فيها على زكاة الأنعام وفي المقنع لا بأس بشراء الطعام من السلطان وفي التنقيح أن الدليل على جواز شراء الثلاثة من الجائر مع كونه غير مستحق النص الوارد عنهم عليهم السلام والإجماع وإن لم نعلم مستنده ويمكن أن يكون مستنده أن ذلك حق الأئمة عليهم السلام وقد أذنوا لشيعتهم في شراء ذلك فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولي إذا انضم إليه إذن المالك «انتهى» وفي التذكرة أنه حق الله أخذه غير مستحقة فبرئت الذمة منه (و استدلل) عليه بخبر أبي عبيدة وعبد الرحمن بن الحجاج وستسمعها إن شاء الله تعالى وفي إيضاح النافع يجوز ابتياعه منه كما يجوز ابتياع عوض الخمر والخنزير من أهل الذمة وفي جامع المقاصد أن عليه إجماع فقهاء الإمامية والأخبار المتواترة عن الأئمة الهداء عليهم السلام والقول بتحريمه يستلزم الضرر والجرع العظيم وفي تعليقه الإرشاد نقل حكاية الإجماع تارة وتارة نسبه إلى الأصحاب وأخرى إلى الشيخ وعامة المتأخرين وفي المسالك أذن أئمتنا عليهم السلام في تناوله وأطبق عليه علماؤنا ولا نعلم فيه مخالفا وإن كان ظالما في أخذه ولاستلزام تركه والقول بتحريمه الضرر والجرع العظيم على هذه الطائفة وقد نقلت حكاية الإجماع عن رسالة المحقق الثاني في الخراج وفي المفاتيح والرياض أنه لا خلاف فيه وفي الأخير أن الإجماع عليه قد استفاضت حكايته في كلام جماعة وفي جامع المقاصد لا فرق بين قبض الجائر لها وإحالتها بها إجماعا (وقال أيضا) لا يعتبر رضا المالك قطعاً

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤٧

.....

وعن السيد عميد الدين في شرح النافع أنه قال إنما يحل ذلك بعد قبض السلطان أو نائبه ولهذا قال المصنف يأخذه (قلت) الأخذ في كلام جماعة يراد به ما فهمه الأكثر من شموله للقبض والهبة والإحالة وغيرها كما هو الشأن في الشراء حيث يقولون جاز شراؤه فإن المراد أنه يجوز المعاملة والمعاوضة عليه ونقل عنه أيضا الشهيد في حواشيه أنه لا يجوز شراء ما عدا المقاسمة وأنه قال لا يجوز الضمان من الجائر (وقال) الشهيدان والفاضل المقداد والكركي وغيرهم كما يجوز البيع ويجوز غيره من المعاوضات وفي الحدائق نفى الخلاف عن ذلك ولا يقدح في ذلك تظلم المالك ما لم يتحقق الظلم بالزيادة عن المعتاد أخذه من عامة الناس في ذلك الزمان ويحرم على المالك المنع والسرقة وقال ملا فيض المراد أنه لا يحل المنع والسرقة ممن اشتراها من الجائر وأما الجائر فيجوز ذلك بالنسبة إليه انتهى (فليتأمل) جيدا واعتبر بعضهم في ذلك اتفاق السلطان والعمال على القدر وهو بعيد الوجه والوقوع وكان هذا البعض هو السيد عميد الدين حيث نقل عنه أنه يصح بشرط أن يأخذ الجائر بقدر ما يأخذ سلطان الحق لا أزيد إلا مع رضا المالك وإن زاد ولم يرض المالك حرم الجميع (وقال) بعضهم كالشهيد الثاني لو أقطع الجائر أرضا مما يقسم أو يخرج أو عاوض عليها فهو تسليط منه عليها فيجوز للمقطع والمعاوض أخذها من المالك والزراع وقد بينا الحال في الزكاة بما لا مزيد عليه (وفي) المسالك قد ذكر الأصحاب أنه لا يجوز لأحد جحد المقاسمة والخراج ولا منعها ولا التصرف فيهما إلا بإذن الجائر بل قد ادعى بعضهم الاتفاق عليه انتهى (و نسب) المولى الأردبيلي إلى ظاهر أكثر العبارات حلية ذلك لكل أحد سواء كان إعطاؤه من المصالح (المقاسم خ ل) أم لا قليلا - كان أم كثيرا إذا كان ذلك بإذن الجائر مخالفا كان أو موافقا قبض ذلك أم لا وسواء كان الخراج أو المقاسمة قليلا كان أو كثيرا بشرط عدم التجاوز عن العادة التي تقتضى كونها أجرة وأنه لا يجوز شيء من ذلك بدون إذنه وأنه



يجب الدفع إليه و إلى من يأمره و لا- يجوز كتمان شيء منهما و لا السرقة بوجه من الوجوه «انتهى» فقد نسب ذلك إلى ظاهر أكثر العبارات (قلت) و هو صريح الباقي «فتأمل» (و هل) الحكم مختص بالجائر المخالف للحق نظرا إلى معتقده من استحقاقه ذلك عندهم أو شامل له و للمؤمن قضية كلام الأصحاب حيث أطلقوا الحكم كالنص عدم الفرق و نشأ في المتأخرين احتمالات (قال في المسالك) يحتمل الجواز مطلقا نظرا إلى إطلاق النص و الفتوى و من أصالة المنع إلا ما أخرجه الدليل و تناوله للمخالف متحقق و المسئول عنه للأئمة عليهم السلام إنما كان مخالفا للحق فيبقى الباقي و إن وجد مطلق فالقرائن دالة على إرادة المخالف منه التفاتا إلى الواقع أو الغالب «انتهى فليتأمل» و جعل صاحب الرياض التقييد بالمخالف هو الأصح (و أنت خير) بأن اعتقاد الجائر إباحته بالنسبة إليه غير مؤثرة في جواز الأخذ منه لأن الجهل ليس بعذر و لو كان مؤثرا لكان تأثيره في تسويغه بالنسبة إليه أولى و لا أحد من الأصحاب يقول بحله له على أنك قد عرفت أن الظاهر أن الغرض من تحليله رفع الحرج عن الشيعة و توصلهم إلى حقوقهم في بيت المال كما يشير إليه روايتا عبد الله بن سنان عن أبيه و الحضرمي فلتلحظا و قضية كلام الفاضل القطيفي في إيضاح النافع أن التقييد بالمخالف مما لا بد منه حيث مثل بمن تقدم و من بعده ممن اقتفى ثم (قال) و لا إشكال في هذا إذا كان الدافع يعتقد إمامته لإباحة ما يصل إليه منه فلو كان غير معتقد (ففيه) إشكال من إطلاق النص و الفتوى (و من) كونه في يده غير مباح فلا- يجوز تصرفه فيه خصوصا الزكاة (فتأمل) ذلك (انتهى) و قضية كلامه أن الآخذ و المأخوذ منه إذا كانا مخالفين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤٨

.....

فلا إشكال و لا نزاع كما أنه لا إشكال في عدم الجواز إذا كانا مؤمنين (و أما) إذا كان أحدهما مؤمنا و الآخر مخالفا (ففيه) الإشكال و كأنه عنده يقل إذا كان المأخوذ منه مخالفا و الآخذ مؤمنا لأنه يعتقد وجوب دفعها إلى الحاكم «فليتأمل» و ليعلم أن الذي يقتضيه الاعتبار و استفاد من كلام بعض الأصحاب أنه لا بد في أن يكون سلطانا مستطيلا مستقلا قائما في منصب إمام الحق صاحب ولايات و جمعات و أعياد و كتاب و غزاة و قضاة و عمال و الحاصل أن يكون متصديا لمنصب الإمامة الحق و حينئذ لا يفرق بين المؤلف و المخالف (فليتأمل) و على ذلك لو تغلب متغلب على بعض البلدان و لم يكن متصديا لذلك المنصب و المكان و إنما تغلب على واليه بالعصيان لم تجر فيما يأخذه تلك الأحكام و لو تولى المؤمن عملا و ولاية على بعض البلدان للمتصدى لمنصب الإمامة جرت فيه تلك الأحكام كالنجاشي و الحسين بن عبد الله النيسابوري و ابن أبي سمال و غيرهم كما يدل عليه بعض الأخبار (و من الأخبار) الدالة على أصل المسألة التي أشار إليها جملة من الأصحاب (و منها) استفاد فروعها ما رواه ثقة الإسلام و الشيخ عن الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام قال سألت عن الرجل منا يشتري من السلطان من إبل الصدقة و غنمها و هو يعلم أنهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذي يجب عليهم (قال) فقال ما الإبل و الغنم إلا مثل الحنطة و الشعير و غير ذلك لا بأس به حتى يعرف الحرام بعينه قيل له فما ترى في مصدق يجيئنا يأخذ صدقات أنعامنا فنقول بعناها فيبيعناها فما ترى في شرائها منه فقال إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس فقيل له فما ترى في الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه فيعزله بكيل فما ترى في شراء ذلك الطعام منه فقال إن كان قبضه بكيل و أنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه بغير كيل (و قد) ناقش مولانا المقدس الأردبيلي فيه من وجوه (الأول) في السند قال يحتمل عدم صحته لاحتمال أن يكون أبو عبيدة غير الحذاء المشهور (الثاني) أنها لا تدل على شراء الخراج و المقاسمة إذ غايتها الدلالة على حكم الزكاة خاصة فلا- يمكن أن يقاس عليه غيره و على تقديره أيضا لا- يمكن أن يقاس جواز قبول هبتها و سائر التصرفات فيها مطلقا كما هو المدعى إذ قد يكون مخصوصا بالشراء بعد القبض لسبب ما نعرفه كسائر الأحكام الشرعية (الثالث) أنها لا- تدل على إباحة الزكاة أيضا للإجماع في الجواب عن إباحتها بقوله لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه إذ هو محتمل لأن يراد منه الكناية عن عدم إباحتها بناء على معلومية حرمتها بالإجماع و يكون المنشأ في الإجماع التقيية «الرابع» أنه يحتمل أن يكون المصدق من

قبل العدل (الخامس) أنه يحتمل أن يكون الشراء للاستنقاذ لا المعاملة الحقيقية لأن كان متعلقها صدقات المشترين خاصة (و الجواب عن الأول أنه لم يذكر علماء الرجال هذه الكنية إلا لزيادة الثقة المشهور نعم ذكر صاحب النقد مجيئها لسليمان بن نصر و هو مجهول غير معروف و لا- مذكور و الإطلاق إنما ينصرف إلى المشهور المعروف (و عن الثاني) بأن السؤال الثالث ظاهر في مال المقاسمة لمكان لفظ القاسم و مقابلته بلفظ المصدق مع مضي حكم الحنطة و الشعير إذا أخذ (أخذت خ ل) زكاة في صدر الخبر و في ذلك ظهور في المراد و لا قائل بالفصل فتم المطلوب (و عن الثالث) أنه لا إجمال بعد تعلق السؤال بإبل الصدقة و قد صدر الجواب مطابقا له مشتتلا على ضمير عائذ إلى السؤال عنه (و قوله في السؤال) إنهم يأخذون أكثر من الحق الذي يجب عليهم يأبى عن حمل الإجمال لو كان على التقيّة و نفى البأس عند عدم العلم بالحرام بعينه بعد أن تضمن السؤال الأخذ أكثر من الحق يرجع إلى أن المراد شراء الصدقة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٤٩

.....

حلال إذا لم تعلم فيما اشتريته الزيادة المحرمة التي ذكرتها في سؤالك (و عن الرابع) أننا ما كنا نؤثر وقوع مثله من مثله لأنه كان عدولا عن الظاهر كمال الظهور إلى المحتمل المستور و كذلك الحال في الخامس و يزيد أنه إن تم فلا يتم في السؤال الأول لأن كان كالصريح أو صريحا في كون المبيع من غير المشتري (و منها) حسنة أبي بكر محمد بن عبد الله الحضرمي قال دخلت على أبي عبد الله عليه السلام و عنده إسماعيل ابنه فقال ما يمنع ابن أبي سمائل «١» أن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفيه الناس و يعطيهم ما يعطى الناس قال ثم قال لي لم تركت عطاك قال قلت مخافه على ديني قال ما منع بن أبي سمائل أن يبعث إليك بعطائك أما علم أن لك في بيت المال نصيبا (و قال) المحقق الثاني فيما نقل عنه هذا نص في الباب لأنه عليه السلام بين أن لا خوف للسائل على دينه إذ لم يأخذ إلا حقه من بيت المال و قد ثبت في الأصول تعدى الحكم بتعدى العلة المنصوصة (و اعترضه) المولى الأردبيلي بأن غاية دلالتها هو ما ذكره و ليس ذلك من الدلالة على المطلوب في شيء إذ قد يكون من بيت مال يجوز أخذه و إعطاؤه للمستحقين مثل أن يكون مندورا أو وصية لهم بأن يعطيه ابن أبي سمائل (و لا يقاس) عليه الخراج الذي أخذه الظالم باسم الخراج ظلما و أما صدرها فليس فيه دلالة أصلا إلا على عدم إعطاء ابن أبي سمائل المستحقين من الشيعة عند إعطائه لغيرهم أين هذا من الدلالة على جواز المقاسمة (و نحن نقول) هذا الخبر على حسنه و احتمال صحته واضح الدلالة لأنه عليه السلام جوز للحضرمي أخذ العطاء من بيت المال المعد غالبا للخراج و المقاسمة لأن كان للزكوات أرباب مخصوصون يعطون قبل الإحراز فاحتمالها فيه ضعيف (فتأمل) و أو هن شيء و بعده ما احتمله المولى المذكور (و قد) جوز عليه السلام في صدره لشباب الشيعة أخذ ما يعطى الحاكم الناس المعينين له و لا ريب أن من أغلب ما يعطونه الخراج و المقاسمة (و ما رواه) الشيخ في التهذيب عن ابن عيسى عن علي بن النعمان عن معاوية بن وهب قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشتري من العامل الشيء و أنا أعلم أنه يظلم قال اشتره منه و قد رواه الشيخ أيضا بطريق آخر مرسل و روى مثله بطريق مضمرة و روى في الكافي و التهذيب (كا) محمد عن (يب) أحمد عن الحسن بن علي عن أبان عن إسحاق بن عمار قال سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم قال يشتري منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه أحدا (و ليس المراد) من الظلم مطلقه كيف لا و العامل لا ينفك عنه فالمراد منه الظلم الزائد على المتعارف و ترك الاستفصال في هذه الأخبار عما يشتري منه يفيد العموم لجميع أفراد السؤال بحيث يشمل ما نحن فيه و لا ينافيه القيد للإجماع على اشتراطه فيه (و من ذلك يعرف) الحال في إطلاق الأخبار بجواز الشراء من الظلمة من دون استفصال و تقيد (كمرسل) محمد بن أبي حمزة رواه الشيخ عن الحسين عن ابن أبي عمير عن محمد بن أبي حمزة عن رجل قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشتري الطعام فيجئني من يتظلم فيقول ظلموني فقال اشتره (و نحوه) الخبر الآخر و لم يرد أنهم ظلموني في هذا الطعام بل أخبره بأنهم من أهل الظلم لئلا يشتري منهم و إنما أجاز شراءه لعدم علمه

بأنهم ظلموا فيه أحداً و إن قلنا إن المراد ظلموني في هذا الطعام وجب أن يقيد بعدم زيادته عن المتعارف و يكون نسبه إليهم من حيث عدم استحقاقهم لمثله فتأمل (فعلى) هذا يكونان ظاهرين فيما ذكره الأصحاب من جواز الأخذ من المالك و لو تظلم أو أظهر عدم الرضا (و منها) صحيحة جميل بن صالح قال أرادوا بيع تمر عين أبي زياد فأردت أن أشتريه ثم قلت حتى أستأذن أبا عبد الله عليه السلام فأمرت مصادفا

(١) الموجود في مواضع شمال بالشين المعجمة (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥٠

.....

فأسأله فقال له قل له يشتريه فإن لم يشتريه اشتراه غيره (و ظاهر) كلام جميل إنه قاطع بقول أبي عبد الله عليه السلام لجميل قل له يشتريه لقرائن دلته على ذلك (و إلا) لكان الأولى أن يقول فأخبرني مصادف بذلك أو نحو ذلك من العبارات فلا يضر ضعف مصادف و الظاهر أن هذا التمر مقاسمه أو زكاة (و قال في الوافي) أبو زياد كان من عمال السلطان و قوله عليه السلام فإن لم يشتريه اشتراه غيره (لعله) إشارة إلى بعض وجوه الحل فيكون المعنى أنك إن لم تشتريه اشتراه غيرك ممن يعتقد حليته و أنت تخالطه و تأكل مما يأكل ففي التحرز عنه حرج و عسر أو يكون المعنى أن اجتنابك عنه لا يردده عن ظلمه فإن غيرك يشتريه و الإعانة في مثل هذا الأمر العام المتأتى من كل أحد ليس بإعانة حقيقة أو ليس بضائر و على كل حال فدلالته على المطلوب ظاهرة (و منها) ما رواه الشيخ في الصحيح إلى عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن لى أرض خراج و قد ضقت بها فأدعها الحديث فقله لى أرض خراج يحتمل أن يكون قد أعطى أرضاً من أرض الخراج ليأخذ خراجها من مزارعيه و يؤيده الأخبار الدالة على أن النزول على أرض الخراج ثلاثة أيام (و منها) صحيحة البجلي هو عبد الرحمن بن الحجاج قال قال لى أبو الحسن عليه السلام ما لك لا تدخل مع على في شراء الطعام إنى أظنك ضيقاً قال قلت نعم فإن شئت وسعت على قال اشتريه (قال في الوافي) كان على يشتري الطعام من مال السلطان و لعله كان أرخص من غيره و لعل الضيق عبارة عن ضيق الصدر و شدة التحرز و يحتمل أن يراد ضيق اليد (و منها) موثقة سماعة التي يقول فيها إلا أن يكون شيئاً تشتريه من العمال إذ لو لا حل أخذ الخراج منهم لم يكن للمستثنى مصادق (هذا كله) مضافاً إلى ما يؤيده من الأخبار المستفيضة المبيحة على الإطلاق أو العموم جوائز الظلمة و فيها الصحيح و الأخبار المعتمدة المستفيضة الدالة على جواز قبالة الخراج و الجزية و يستفاد من بعض هذه أن حلية خراج النخل و الشجر أمر مسلم عندهم و إنما سأل السائل من جهة أنه لا يدري أ يكون من ذلك شيء أم لا فالحظ خبر إسماعيل بن المفضل الهاشمي المروى في الفقيه و غيره (و الحاصل) أن الأخبار تعطى بظاهرها بل بصريحها أن حكم تصرف الجائر في هذه الأراضي حكم تصرف الإمام العادل و حينئذ تثبت جميع الفروع التي ذكرها الأصحاب من غير خلاف إلا ما شذ كعدم الفرق بين الشراء و غيره من سائر المعاملات و بين قبض الجائر أو و كيله لها و عدمه و إن نقل الخلاف هنا عن بعض كما سمعت (فعلى) هذا لو وهبها و أحاله بها و قبل الثلاثة أو وكله في قبضها أو باعها و هى فى يد المالك أو فى ذمته جاز التناول لما ذكرنا مضافاً إلى استلزام عدم الإباحة (إباحة الخراج خ ل) الحرج و العسر على الشيعة فكان العقل و النقل من السنة و الإجماع دالين على الإباحة و الجواز فلا يعرج على قول من يدعى دلالة العقل و النقل و الأصل على العدم و الله سبحانه أعلم (و ليعلم) أن الخراج ما يضرب على الأرض كالأجرة لها و فى معناه المقاسمة غير أن المقاسمة تكون جزءاً من حاصل الزرع و الخراج مقدار من النقد يضرب عليها و قد يسمى كلاهما بالقبالة و الطسق (و الطسق) الوظيفة من خراج الأرض فارسي معرب فلا يضر إطلاق الخراج على المقاسمة كما فى بعض الروايات و العبارات لأن المقصود ظاهر لأنه يراد من الخراج و المقاسمة و الطسق و القبالة واحد و هو ما يؤخذ من الأرض المذكورة بمنزلة الأجرة (و أما) الزكاة فقد تقدم الكلام فيها

في بابها مستوفى و في جامع المقاصد أن ظاهر الأخبار و العبارات جواز أخذها لكل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥١

و الأقرب جواز بيع بيوت مكة (١)

أحد و إن كان غنيا و لم يستبعد المولى الأردبيلي في المقام جواز شرائها (قال) و أما جواز شراء ما أخذه الجائر باسم الزكاة فظاهر الأخبار ذلك (و هذا) هو المفهوم من كلام الأكثر و هو غير بعيد عن الرواية لكنه لا يخلو أيضا عن إشكال لما مر إلا أن يكون مجمعا عليه بحيث لا- يمكن البحث فيه هذا كلامه (ثم) إنه أخذ يحاول حالة ذمة المالك أتبرا من الزكاة أم لا (ثم) ذكر جملة من أخبار المسألة (ثم إنه) فهم منها عدم جواز إعطائها مهما أمكن (ثم) تأمل في قوله في المسالك بوجوب دفعها إلى الجائر أعتم من أن يكون على وجه الزكاة أو المضى معهم في أحكامهم (ثم قال) قد علم عدم جواز أخذ الزكاة بل عدم جواز الشراء أيضا و يحمل ما دل عليه على التقيّة أو الضرورة و نحن قد أسبغنا الكلام في المسألة في محله (و ليعلم) أنه لا ريب عند الأصحاب في حرمة ذلك كله على؟؟؟ و نائبه مطلقا فلو صنع الجائر أو نائبه طعاما من الخراج مثلا و بذله لضيفه و نحوه كان ذلك الطعام الذي في ذلك الإناء حراما على الجائر حلالا لغيره ممن بذله له أما الضامن منه و المستأجر و المتقبل لا على طريق العمل للسلطان و الولاية منه بل على طريق التعيش و التكبس و المزارعة و لو لم يتول ذلك بنفسه فإنه حلال له خراج ذلك و مقاسمته كما تدل عليه أخبار باب إجارة الأرضين و قبالتها و المزارعة (و ليعلم) أنه مع عدم وجود الجائر مدة يجب دفع الخراج إلى حاكم الشرع كما قدمناه آنفا و أن من صار في يده شيء من الخراج أو أقطعه الجائر أرضا و كان مصلحة للمسلمين كالقاضي و الغازي و المشتغل في طلب العلم لتحصيل الاجتهاد جاز له الاستبداد به من دون كراهية و أما من سوى ذلك فالأولى له مشاركة بعض إخوانه و إن كان مجتهدا مستغنيا عنه و جب عليه صرفه في مصالح المسلمين على الظاهر و يصح له الاستبداد به عند المعظم على الظاهر

(قوله قدس سره) (و الأقرب جواز بيع بيوت مكة)

قال في الإيضاح اختلف الفقهاء في جواز بيع بيوت مكة فقال كثير منهم لا- يجوز انتهى (و في) الخلاف الإجماع على أنه لا يجوز بيعها و لا- إجاتها و بذلك أفتى في المبسوط و في الشرائع و التذكرة في بيع بيوت مكة تردد (و المروى) المنع و التردد ظاهر الدروس و حواشى الكتاب و الإيضاح (و قال) الشيخ في باب الحج لا ينبغي لأحد أن يمنع الحاج شيئا من دور مكة و منازلها و هذا يشعر بالكراهية (و عن) القاضي أنه قال ليس لأحد أن يمنع الحاج من دور مكة و منازلها و هذا يشعر بالتحريم و قال ابن إدريس لا ينبغي أن يمنع الحاج خصوصا شيئا من دور مكة و منازلها للإجماع على ذلك (فأما) الاستشهاد بالآية فضعيف بل إجماع أصحابنا منعقد و أخبارهم متواترة فإن لم تكن متواترة فمتملة بالقبول فالإجماع هو الدليل القاطع على ذلك (و أما) الآية الكريمة فالضمير فيها راجع إلى المسجد دون مكة جميعها (فأما) من قال لا يجوز بيع رباة مكة و لا إجاتها فصحيح إن أراد نفس الأرض لأن مكة أخذت عنوة بالسيف و هي لجميع المسلمين لا- تباع و لا توقف و لا تستأجر فأما التصرف و التحجير و الآثار فيجوز بيع ذلك و إجاته كما يجوز بيع سواد العراق و المفتحنة عنوة فيحمل ما ورد في ذلك على نفس الأرض دون التصرف (انتهى) و لا- بد من تقييد الآثار بكونها من غير الحرم كما سمعت آنفا و ستسمع و في المسالك أن جواز البيع هو المشهور و في الحدائق كأنه المشهور و القائلون بعدم الجواز اختلفوا في العلة على قولين كما في الإيضاح و حواشى الشهيد (الأول) أنها مسجد و اختاره الشيخ للآية الشريفة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥٢

.....

و أوجب بأنه مجاز للمجاورة (الثاني) أنها فتحت عنوة و في جامع المقاصد أن جواز البيع بناء على أنها فتحت صلحا أو غيره فيكون

بيعها تبعاً لآثار التصرف و يكون الخلاف مع الشيخ القائل بأن جميعها مسجد و هو ضعيف و في اللمعة أن الأقرب عدم جواز بيع ربيع مكة زادها الله شرفاً لنقل الشيخ في الخلاف الإجماع إن قلنا إنها فتحت عنوةً و اعترضه في الروضة بأن في تقييد المنع بالقول بفتحها عنوةً مع تعليقه بنقل الإجماع المقبول بخبر الواحد منافيةً لأن الإجماع إن ثبت لم يتوقف على أمر آخر و إن لم يثبت افتقر إلى التعليل بالفتح عنوةً و غيره (و أنت خير) بأنه لعله أشار إلى مدرك الإجماع و أنه خلاف ما ذكره الشيخ لأنه في الخلاف جعل مدركه أنها مسجد فالشهيد أراد أن يبين أن ذلك لا يصلح مدركاً للإجماع و أن مدركه فتحها عنوةً إن ثبت و إلا فهو حجة على كل حال (فليتأمل) و في الروضة ربما علل المنع بالرواية عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و بكونها في حكم المسجد لآية الإسراء مع أنه كان من بيت أم هانئ و لكن الخبر لم يثبت و حقيقة المسجدية منتفيةً و مجاز الشرف و المجاورة و الحرمه ممكن و الإجماع غير متحقق فالجواز متجه (انتهى) و في المبسوط أن ظاهر المذهب أن مكة فتحت عنوةً بالسيف ثم آمنهم بعد ذلك و إنما لم يقسم الأراضين و الدور لأنها لجميع المسلمين و من النبي صلى الله عليه و آله و سلم على رجال من المشركين فأطلقهم و عندنا أن للإمام أن يفعل ذلك و كذلك أموالهم من عليهم بها لما رآه من المصلحة انتهى (فتأمل فيه) و روى أنه صلى الله عليه و آله و سلم قال لأهل مكة ما تروني صانعا بكم قالوا أخ كريم و ابن أخ كريم فقال أقول كما قال أخى يوسف لا تثريب عليكم اليوم أنتم الطلقاء و في آخر أنه صلى الله عليه و آله و سلم دخلها عنوةً و كانوا أسرى في يده فأعتقهم و قال اذهبوا فأنتم الطلقاء (و في الحديث) أيضاً أن الطلقاء من قريش و العتقاء من ثقيف قال ابن الأثير كأنه ميز قريشا بهذا الاسم حيث هو أحسن من العتقاء قال و الطلقاء هم الذين خلى عنهم يوم فتح مكة و أطلقهم و لم يسترقهم واحد منهم طليق و هو الأسير إذا أطلق سبيله (انتهى) و تنقيح البحث أن يقال إن الظاهر المعروف بين أصحابنا أنها زادها الله شرفاً فتحت عنوةً فلا يجوز التصرف لأحد من المسلمين في رباعها و بنائها الموجود حين الفتح من دون إذن و لا فيما بنى فيها بآله من تراب الحرم و أحجاره لأن كان الجميع للمسلمين قاطبةً و الذي يستفاد من أخبار الطرفين و الفتاوى و الإجماعات أنه صلى الله عليه و آله و سلم أقرها في أيدي أهلها و شرط عليهم أن لا يمنعوا الحاج فلا يصح لهم و لا لغيرهم بيعها و لو بنى فيها بعد ذلك بآله محمولةً من غير أرض الحرم جاز بيعها تبعاً للتصرف كما قررناه آنفاً بل يكفي الاحتمال في ذلك حملاً لفعل المسلم حيث يبيع على الصحة إجماع الخلاف و فتاوى المنع تنزلان على الأول و الاستناد إلى المسجدية كأنه على سبيل التأييد و التقريب و إلا فهو أبعد بعيد و فتاوى الجواز على الثاني و من تردد فلعله لأنه لم يثبت عنده الفتح و لا الصلح لقيام الاحتمالين عنده من دون ترجيح أو ثبت عنده الفتح لكنه تردد من جهة الأخبار التي نقلها أصحابنا في كتب الفقه و إن كانت عامية الدالة على أنه صلى الله عليه و آله و سلم أعتقهم و تصدق عليهم بأموالهم مع اعتضاده ببيع جماعة من الصحابة منازلهم من دون إنكار و بيع عقيل ربيع أبي طالب و لم ينازعه أمير المؤمنين عليه السلام مع أنه وارث عندنا و لو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئاً و في الوجهين الأخيرين تأمل لأن هؤلاء الجماعة الذين باعوا إن كانوا من المهاجرين الأولين لم يتجه الاستدلال و كذلك الحال في بيع عقيل إن كان قبل الفتح «فليتأمل» و من الأخبار

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥٣

و لو حفر بئراً في أرض مملوكة أو مباحة ملك ماءها بالوصول إليه و كذا لو حفر نهراً فجرى الماء المباح فيه فإنه للحافر خاصة (١) و كذا لو حفر فظهر معدن في أرض مباحة أو مملوكة

المتواترة أو المتلقاة بالقبول و الإجماع المنعقد على أنه لا يمنع الحاج من دورها و منازلها كما ادعى ذلك كله في السرائر مضافاً إلى إجماع الخلاف و لعل الروايات التي أشير إليها في الشرائع و التذكرة هي التي أشار إليها ابن إدريس لا رواية عبد الله بن عمرو بن العاص التي ذكرها في المختلف كما توهمه جماعة (و على كل حال) فالظاهر جواز البيع إذا بنى بآله محمولةً من غير الحرم كما عرفت مما تقدم و الخلاف في غير مواضع النسك (أما) بقاع المناسك كبقاع السعي و الرمي و غيرها فحكمها حكم المساجد كما

في التذكرة و ظاهره أنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين و هو كذلك و قال في التذكرة بعد أن استشكل في البيع أن الوجه جواز إجارتها «فليتأمل في ذلك» و يعلم أن الموجود في أكثر عبارات الأصحاب التعبير ببيوت مكة شرفها الله تعالى و في بعضها بالرباع و هي الدور و المنازل كما هو مشهور بين اللغويين و بذلك فسرها ابن الأثير و الجوهري (قال) في الصحاح الربع الدار بعينها حيث كانت و هو المنقول عن الفارابي و نقله أبو عبيد عن الأصمعي و عن العين أن الربع المنزل و الوطن (قوله قدس سره) (و لو حفر بئرا في أرض مملوكة له أو مباحة ملك ماءها بالوصول إليه و كذا لو حفر نهرا فجرى الماء المباح فيه فإنه للحافر خاصة)

أما ملكه لماء البئر المحفورة في المملوكة أو المباحة بوصوله إليها إذا نوى الملك في الثانية فهو مذهبنا كما في السرائر و التذكرة و مذهب الأصحاب كما في المسالك و الكفاية و هو الأصح عند الشيخ و الأصحاب كما في جامع المقاصد و هو المشهور كما في المفاتيح و هو الصحيح كما في المبسوط و هو خيرة المهذب و الوسيلة و جامع الشرائع و الشرائع و الكتاب فيما يأتي في محله و التحرير و التذكرة و المختلف و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها ذكروا ذلك في الباب و باب إحياء الموات و قال في المبسوط إن الماء الذي يحصل في هذين البئرين هل يملك أم لا قيل فيه وجهان (أحدهما) أنه يملكه و هو الصحيح (و الثاني) أنه لا يملكه لأنه لو ملكه لم يستبح بالإجارة (ثم قال) و من قال إنه غير مملوك لم يجوز أن يبيع منه و من قال إنه مملوك جوز أن يبيع منه شيئا و هو في البئر إذا شاهده المشتري كيلا أو وزنا و لا يجوز أن يبيع جميع ما في البئر لأنه ينبع و يزيد إلى أن قال و كل موضع قلنا إنه يملك البئر فإنه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه و شرب ماشيته و سقى زرعه فإذا فضل بعد ذلك شيء و جب بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه و شرب ماشيته إلى أن قال و أما لسقى زرعه فلا يجب عليه لكنه يستحب إلى أن قال و إنما قلنا ذلك لهما رواه ابن عباس أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال الناس شركاء في ثلاث النار و الماء و الكلا و روى جابر أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيع فضل الماء فإذا ثبت أنه يلزمه البذل فإنه لا يلزمه بذل آتته من البكرة و الدلو و الحبل و غير ذلك لأن ذلك يبلى و يفارق الماء لأنه ينبع فأما الذي حازه و جمعه في حبه أو جرته أو كوزه أو بركتته أو مصنعه أو بئره أو غير ذلك فإنه لا يجب عليه بذل شيء منه و إن كان فاضلا عن حاجته بلا خلاف و مثله ما في الخلاف مع زيادة الاحتجاج بخبر أبي هريرة عنه صلى الله عليه و آله و سلم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥٤

.....

أنه قال من منع فضل الماء ليمنع به الكلا منعه الله فضل رحمته و المراد أن الماشية إنما ترعى بقرب الماء فإذا منع من الماء فقد منع من الكلا. و حازه لنفسه و في المختلف بعد أن نقل ذلك عن الخلاف و المبسوط حكاه عن أبي علي و حكى الخلاف عن القاضي (و قال في الغنية) إذا كانت البئر في البادية فعليه بذل الفاضل لغيره لنفسه و ماشيته فجعل ذلك في بئر البادية و هذه الأخبار كلها عامية و هي مع ذلك أعم من المدعى إذ مدلولها لا يقول به أحد من المسلمين فكانت واردة على الماء المباح الذي لم يعرض له وجه مملك كميها الأنهار العامة و العيون الخارجة في الموات و السابقة على إحياء الأرض الموات و مياه الغيوث و الآبار المباحة على أن الشيخ في المبسوط قد حكم بأن ماء البئر مملوك و له أن يبيعه بالكيل أو الوزن كما سمعت و معنى قوله في المبسوط لم يملكه لأنه لو ملكه لم يستبح بالإجارة أن معنى من استأجر دارا كان له الانتفاع بماء بئرها و لو كان مملوكا للمالك لم يكن له التصرف فيه إلا بإذن المالك و الملازمة ممنوعة لأنه مأذون فيه بمقتضى العادة و لأنه لا ضرر فيه على مالكه لأنه يستخلف في الحال بالبيع كذا قيل (و الحق) أنه يدخل في إجارة الدار تبعا و يعلم أنه لا فرق في ذلك بين البئر و العين كما في التذكرة و غيرها و هذا فرع على صحة الملك (فإن قلت) الأرض المملوكة ماؤها مملوك (قلت) الظاهر في ملك الأرض إنما هو ملك وجهه الظاهر و لو كان قعر بئر لأنه

ظاهر (و أما) الباطن فالظاهر أنه له فيه الأولوية بمعنى أن له أن يمنع غيره من الحفر تحت أرضه وكذلك له المنع من البناء فوقه و لو كان فوق ألف ذراع و يملك الأسفل إذا كشفه و الأعلى إذا بناه و الماء الذى تحت الأرض له فيه الأولوية فإذا كشفه ملكه (فتأمل) و أما ملكه لماء النهر المذكور فهو المشهور بين الأصحاب و خصوصا المتأخرين كما فى المسالك و الكفاية و المشهور كما فى المفاتيح و هو خيرة الغنية و الكتاب فيما يأتى فى بابه و الإيضاح و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و الروضة و نفى عنه البعد فى التذكرة و كأنه فى الشرائع متردد (و قال) فى المبسوط و أما الذى فى نهر مملوك فهو أن يحفر جماعة فى الموات نهرا صغيرا ليحيا على مائه أرضا فإذا بدءوا بالحفر فقد تحجروا (حجروا) خ ل (حجر خ ل) إلى أن يصل الحفر إلى النهر الكبير الذى يأخذون منه الماء فإذا وصلوا إليه ملكوه إلى أن قال فالماء إذا جرى فيه لم يملكوه كما إذا جرى الفيض إلى ملك رجل و اجتمع فيه لكن يكون أهل النهر أولى به لأن يدهم عليه و النهر ملك لهم و قال فى التذكرة بعد أن نسب هذا القول إلى الشيخ إنه قول العامة و لا يبعد عندى أن صاحب النهر يملك ذلك الماء لأنه حينئذ اتخذه الحافر له لتحصيل شىء مباح فملكه كالشبكة (قلت) و الشأن فيه كالأشأن فى الماء الخارج بحفر البئر و العين لا اشتراكهما فى المقتضى و هو الإخراج و الكلفة عليه كإخراج المعدن و عن أبى على أن حافر النهر إنما يملك ماءه إذا عمل له ما يصلح لسده و فتحه من المباح و كأنه جعل الحيازة سبب الملك و إنما يتحقق بذلك و الموجود فيما نقل عنه أنه قال إنهم إذا لم يعملوا ذلك كان فى ذلك دليل على تسيلهم إياه و إخراج مكان النهر عن ملكهم (و فيه نظر) لأصالة بقاء الملك و لا- تنافى بين فعلهم و ملكهم و إن كان دليلا- على تسيل الماء فليس دليلا على تسيل الأرض (فليتأمل جيدا) و قد نص جماعة من القائلين بالملك فى البئر و العين و النهر على أنه يجوز الشرب و الوضوء و الغسل و تطهير الثوب من ذلك عملا بشاهد الحال إلا مع النهى و حال المعدن الباطن كحال الماء فى الأرض المملوكة أو المباحة و هذا حديث إجمالى و محل التفصيل باب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥٥

و يشترط فى الملك التمامية فلا يصح بيع الوقف إلا أن يؤدى بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه و يكون البيع أعود (١)

إحياء الموات فإننا قد استوفينا فيه الكلام بحمد الله سبحانه

(قوله قدس سره) (يشترط فى الملك التمامية فلا يصح بيع الوقف إلا أن يؤدى بقاؤه إلى خرابه لخلف أربابه و يكون البيع أعود) عبارات الأصحاب هنا مشككة كما فى (غاية المراد) و فى (المسالك) قد اضطربت فتوى الأصحاب فى هذه المسألة اضطرابا عظيما حتى من الرجل الواحد فى الكتاب الواحد و نحن ننقل كلامهم و نبه على مواضع توافقت فيها كلماتهم (فنقول) قد جوز بيع الوقف إذا خرب فى (المقنعة و الإنتصار و الخلاف) على الظاهر منه (و المراسم و الكتاب و التذكرة و التحرير و المختلف و الإرشاد و مجمع البرهان و تعليق الإرشاد) (و قال فى جامع المقاصد) إنه قوى متين جدا (و فى الإنتصار) الإجماع عليه و هذه عبارة المراسم التى فهمنا منها ما نسبناه إليها فإن تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على أى وجه كان أو يلحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع له و قد قيد الخراب فى المقنعة بما إذا لم يوجد له عامر و فى الإنتصار بما إذا لم يجد نفعاً (و هذا) ينطبق عليه إجماع الغنية كما ستسمعه و فى الخلاف بما إذا لم يرج عوده و فى الكتاب بما إذا خرج عن الانتفاع به و فى المختلف و التذكرة بعدم التمكن من عمارته و جمع بين الأمرين الأخيرين فى التحرير و لعل الجميع يرجع إلى معنى واحد و لعل مراد من قيده بما إذا خرج عن الانتفاع به كما فى الكتاب و نحوه كما فى الإنتصار ما إذا لم يمكن الانتفاع به فى الجهة المقصودة مطلقا كحصير بيلى و جذع ينكسر و جوز ذلك فى الإيضاح فى حصر المسجد و جذوعه (و لعل) هذا مما لا ريب فى جواز بيعه (فتأمل) جيدا و فى المبسوط إذا انقطعت نخلة من أرض الوقف أو انكسرت جاز بيعها لأرباب الوقف لأنه تعذر الانتفاع بها على الوجه الذى شرطه و هو أخذ ثمرتها (و قيل) لا- يجوز و الأول أقوى (انتهى) و هذا الذى فرضه لعله عندهم هو المعنى بالخراب فىكون موافقا فيما نحن فيه (فتأمل) و قد جوز بيعه عند خوف الخراب فى (المبسوط و النهاية و فقه الراوندى و المهذب و الغنية و الوسيلة و الوساطة) على ما نقل

عنها (و الجامع) على ما نقل عنه (و كشف الرموز و الدروس و المقتصر) و نقله فى كشف الرموز عن المحقق (و فى) الغنية الإجماع عليه و قيده بما إذا صار لا يجدى نفعا و ظاهر المبسوط و فقه الراوندى أيضا فى باب الوقف الإجماع حيث قال معا و إنما يملك بيعه على وجه عندنا و هو إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة أو لا يقدر على القيام به فحينئذ يجوز لهم بيعه (و مع) عدم ذلك لا يجوز و عند المخالفين لا يجوز بيعه على وجه و زيد فى فقه القرآن أو يخاف وقوع خلاف بينهم يؤدي إلى فساد و عبر فى النهاية و المهذب بخوف هلاكه و فساده و الظاهر أنه بمعنى خوف خرابه (و لهذا) نظمناه فى هذا السلك (و فى) المقتصر زيادة إذا تعطل قال إذا خشى خرابه و تعطل (و أنت خير) بأن من جوزه عند خوف الخراب جوزه بالأولى عند تحققه فكان هؤلاء موافقين للأولين و يتوافق إجماع الانتصار و إجماع الغنية و جوزه بيعه عند خوف خرابه لخلف بين أربابه فى موضع من الشرائع و الكتاب و التحرير فى باب الوقف و كذا الإرشاد (قال) لا يجوز بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب (و هذه) الكتب توافق الكتب المتقدمة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥٦

.....

فى قدر مشترك و هو خوف الخراب و جوزه بيعه إذا أدى بقاءه إلى خرابه فى التحرير و قيده فى التلخيص (المختلف خ ل) كالكتاب بكونه لخلف بين أربابه و فى اللمعة إذا أدى بقاءه إلى خرابه لخلف بين أربابه فالمشهور الجواز و هذا يرجع إلى ما سبقه إن لم يكن عينه لأن المراد أنه يجوز بيعه إذا خيف أن يؤدي بقاءه إلى خرابه لخلف بين أربابه و زيد فى التهذيب «١» و الاستبصار و فى الشرائع و الكتاب كما سمعت عبارة الكتاب كون البيع أعود و نحو ذلك ما فى موضع من المفاتيح و فى التنقيح إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلا جاز بيعه و قضية ما فى الشرائع و الكتاب حيث استشكل فيما إذا لم يقع خلف و لا خشى خراب بل كان البيع أعود ثم اختار المنع أنه يجوز بيعه عند أحدهما أيما كان أى الخلف و خوف الخراب و هو صريح المبسوط حيث جوزه إذا وقع خلف بين أربابه و فى الإرشاد أنه لا يجوز بيعه إلا أن يخرب أو يؤدي إلى الخلف بين أربابه و ظاهر الأردبيلي الموافقة عليه و قد تردد فى النافع فيما إذا وقع خلف مؤد إلى فساده و فى المسالك و الروضة و المفاتيح و الكفاية إذا وقع خلف شديد جاز بيعه (قال) فى الروضة و قد علله عليه السلام بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس و ظاهره أن خوف الأذى إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط كما فهمه المشهور بل هو مظنة لذلك و فى النهاية و فقه الراوندى كما سمعت و المهذب و التحرير و المختلف و التذكرة و جامع المقاصد و الدروس و غاية المراد تجويزه مع خوف فتنه و خلف بين أربابه يحصل باعتبارها فساد (و نحوه) ما فى إيضاح النافع حيث جوزه بيعه إذا اختلف أربابه اختلافا يخاف معه القتال و نهب الأموال و لم يندفع إلا بالبيع قال فلو أمكن زواله و لو بحاكم الجور لم يجز و لا اعتبار بخشية الخراب و عدمه و مثله كلامه فى تعليقه على الشرائع و هذا قد يوافق بعض ما قبله أيضا و فى جامع الشرائع كما نقل عنه و تعليق الإرشاد يجوز بيعه إذا كان فساد تحتاج فيه الأنفس (و الحاصل) أن الجمع بين كثير من كلامهم ممكن هين (و يرشد) إلى ذلك ما فى اللمعة حيث نسب جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى خرابه لخلف بين أربابه إلى المشهور (و أنت) قد علمت أن المصرح بذلك قبله اثنان أو ثلاثة فلو لم يكن فهم من كلامهم ما نبهنا عليه لما صح له القول بأنه المشهور و ينبه عليه أيضا ما قاله فى كشف الرموز (قال) قال الثلاثة و سلار يجوز بيعه إذا كان ذلك أنفع للموقوف عليهم و أصلح «فتأمل» (و أوضح) منه ما فى التنقيح حيث قال قال الثلاثة يجوز بيعه إذا آل إلى الخراب و زاد المفيد و المرتضى و سلار و ابن حمزة إذا كان لهم حاجة ضرورية و ينبه على ذلك ما قاله فى المختلف و هو قوله سوغ الشيخان بيع الوقف إذا خيف وقوع فتنه بين أربابه أو خراب أو تعذرت عمارته فقد نسب ذلك إلى الشيخين و قد علمت ما فى المقنعة و المبسوط و النهاية و الخلاف فالحظ العبارات الأربع و مما ينبه على ذلك أيضا ما قاله فى التذكرة فإنه بعد أن نقل عبارة المبسوط و الخلاف و المقنعة و الانتصار و نسب مثل ذلك إلى سلار و ابن حمزة (ثم نقل)



كلام القاضي و التقى و تفصيلهما قال فقد اتفق هؤلاء العلماء على جواز بيعه في الجملة (و في غاية المراد) بعد أن نقل العبارات قال هذه عبارات معظم المجوزين (و في) حواشي الشهيد نسب جواز بيع غير المؤبد إلى المعظم كما ستمعه

(١) عبارة التهذيب و الإستبصار أن كونه وقفا يؤدي إلى ضرر و وقوع اختلاف و هرج و مرج و خراب ثم استدل بخبر جعفر بن حنان الذي تضمن أن البيع إذا كان خيرا لهم باعوا فما نسبناه إليهما في محله (منه) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥٧

.....

إن شاء الله تعالى و في جامع المقاصد و المسالك جوزة في الجملة الأكثر (و في تعليق الإرشاد) أن أكثر الأصحاب لا يعتبر خرابه في جواز البيع و من راجع كتب الاستدلال التي تعرض فيها لنقل الأقوال ظهر عليه ما ادعيناه من غير إشكال و إن شئت فالحظ كلام أبي العباس في كتبه و كلام غيره في نقلهم كلام علمائنا (و ما في رياض المسائل) حيث قال في شرح عبارة النافع إلا أن يقع خلف يؤدي إلى فساد ما نصه فيجوز بيعه حينئذ عند الشيخين و غيرهما (بل في الغنية) على الجواز الإجماع و كذا في كلام المرتضى إلا أنهما عبرا عن السبب الموجب بغير ما في العبارة و مع ذلك قد اختلفا بأنفسهما «انتهى» فتراه كيف نسب ما تردد فيه في النافع إلى الشيخين و غيرهما و قد عرفت أنه لم ينص أحد صريحا على ما في النافع لكنه مراد لهم و يفهم من فحوى كلامهم و ستعرف أنه لا مخالفة بين السيدين (و ليعلم) أن هذا الذي نقلناه من كلام الأصحاب إنما كان بعد فضل تأمل و تردد و مراجعة للأصول القديمة العتيقة الصحيحة و مراجعة المنقول عنها أيضا و معاودة النظر كرة بعد أولى في البيوع و الوقوف فكلما تجده في غير هذا المنقول من أصل أو منقول عنه «فتأمل فيه» و راجعه في البابين فإن وافق ما نقلناه و إلا فهو وهم في النقل أو غلط في الأصل و لو كان خوف الخراب غير؟؟؟ غير في المعنى أو الحكم أو المراد مما يمكن اتحاده معه لما صح للسيد أبي المكارم أن يدعى الإجماع و لم يتقدمه مصرح بذلك سوى الشيخ و ابن حمزة و كذلك الحال في إجماع الإنتصار «فليتأمل جيدا» (و الغرض) أن دعوى من ادعى أن الشهرة لم تتحقق على الجواز لم تصادف محزها و في الإرشاد فيما شرط بيع الوقف عند حصول ضرر به كالأخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمانه أن الوجه الجواز و في وقف الكتاب في صحة الشرط إشكال (و في) المقنعة و الإنتصار و المراسم و النهاية و المبسوط و فقه القرآن و الوسيلة و الواسطة على ما نقل عنها و الغنية و جامع الشرائع و تعليق الإرشاد أنه إذا كان بالموقوف عليهم حاجة ضرورية جاز بيعه و في الغنية الإجماع عليه كالإنتصار و في النهاية و الجامع زيادة كون البيع أعود و في المبسوط و فقه الراوندي و في الوسيلة تقييد الحاجة بكونها شديدة لا يمكن القيام معها به و ظاهر الأولين الإجماع عليه كما سمعت آنفا و نفى عن هذا القول البعد في جامع المقاصد و في مجمع البرهان أنه يدل عليه الأخبار و الاعتبار (ثم إنه) بعد ذلك تأمل فيه و قد استجود هذا القول في غاية المراد لأنه استجود العمل بالرواية الدالة عليه و في الدروس عول على ما رجحه في غاية المراد فيكون مستجودا له فيه أيضا و قد ظن بعض الناس أن عبارتي الإنتصار مختلفتان و كأنه لم يلحظ آخر كلامه في الإنتصار (قال) الوقف متى حصل له من الخراب بحيث لا يجدي نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمانه و إن أرباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه ثم ادعى الإجماع (و قال) في آخر المسألة إن إجماع الطائفة تقدم ابن الجنيد و تأخر عنه (و قال) إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعا أو دعت أربابه ضرورة إلى ثمنه لشدة فقرهم فالأحوط ما ذكرناه و في الغنية يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدي نفعا و خيف خرابه أو كان بأربابه حاجة شديدة و دعتهم الضرورة إلى بيعه بدليل إجماع الطائفة فكان إجماعا الإنتصار و الغنية محكيين على جوازه بأحد الأمرين و يكون المراد بخوف الخراب في عبارة الغنية خوف الذهاب بالكلية «فتأمل جيدا» و جوز بيعه في المقنعة إذا أحدثوا ما يمنع الشرع من معونتهم و ظاهر المراسم موافقته في ذلك و جوز في المقنعة بيعه أيضا إذا كان

غير مجد نفعاً و رده فى السرائر و قد سمعت ما فى الإنتصار

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥٨

.....

و الغنية و جوز فى المقنعة أيضاً ما إذا كان بيعه أعود و فى السرائر و كشف الرموز و الكتاب و غيرها اختيار المنع فى ذلك (و فى) المهذب البارع أن باقى الأصحاب على خلاف المفيد فى هذا الفرع (و فى) الإيضاح أن عليه أكثر العلماء (و قال) الصدوق فيما نقل عنه يجوز بيع الوقف على قوم دون عقبهم و إن وقف عليهم و على أولادهم ما تناسلوا و من بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها لم يجز بيعه أبداً (و قال) القاضى فى المهذب إنه لا يجوز بيع المؤبد (و أما المنقطع) فيجوز بيعه بقيود النهاية و هذه عبارته و عبارة النهاية لا يباع إلا عند خوف هلاكه أو فساده أو كان بالموقوف عليهم حاجة ضرورية يكون معها بيعه أصلح أو يخاف خلف يؤدى إلى فسادهم و جوز فى الكافى بيعه فيما إذا وقفه على أقاربه أو غيرهم و يجعل إليهم بيع الرقبه عند الحاجة أو عند خرابها دون حالتى الغناء و عمارتها فما نسبوه إليه من موافقة القاضى غير صحيح «فتأمل» قال فى غاية المراد و تجوز بيع المنقطع أشد إشكالا من الكل و عن أبى على أنه أطلق المنع كما سمعته عن الإنتصار و هو خيرة السرائر و الإيضاح و شرح الإرشاد و قد نسب إلى السرائر الإجماع على المنع مطلقاً (و الأصح) ما نسبته إليها فى غاية المراد من دعواه على تحريم المؤبد حيث نفى الخلاف عن ذلك و نفيه الخلاف ظاهر فى دعوى الإجماع إلا أن يدعى أنه فى المقام نص فى الإجماع و الموجود فى السرائر أن الذى يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه و تقبضه لا- يجوز الرجوع فيه و لا- تغييره و لا- بيعه سواء كان بيعه؟؟؟ أرد عليهم أم لا و سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان و غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً لأننا قد اتفقنا جميعاً على أنه وقف و أنه لا يجوز حله و لا تغييره فمن ادعى غير ذلك فقد ادعى حكماً شرعياً يحتاج فى إثباته إلى دليل شرعى لأنه إجماع منا على ذلك لأن بعض أصحابنا يذهبون إليه و الباقيون يمنعون منه فقد حصل الإجماع المنعقد على كونه وقفاً لم يجمعوا على خروجه من الوقف بحال من الأحوال و لا- يرجع عن مثل هذا الإجماع و الأصل إلى آحاد لا- توجب علماً و لا عملاً (هذا كلامه) و لم يستدل على خصوص ما نحن فيه بالإجماع و كيف يصح له ذلك و هو يرى المفيد و السيدين و الشيخ و سلار و الطوسى و غيرهم يجوزون ذلك و لو فى بعض الأحوال و يدعى بعضهم عليه الإجماع (ثم) إنه فى السرائر استند إلى أن الشيخ فى الخلاف ما ادعى الإجماع ثم إنه قال هذا الخلاف فى غير المؤبد (قال) و أما إذا كان الشئ وقفاً على قوم و من بعدهم إلى غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله الأرض و من عليها لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصحابنا «انتهى» (فليتأمل فيه) و فى حواشى الشهيد أن الصدوق و المعظم على جواز بيع غير المؤبد (قلت) كلام المقنعة و الإنتصار و النهاية و المبسوط و الخلاف و المراسم و الوسيلة و الغنية و السرائر و النافع و كشف الرموز و الكتاب و الإرشاد و التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و غاية المراد و اللعة و التنقيح و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح عام شامل للمؤبد و غيره نعم بعض هذه الكتب صريح فى المؤبد و هى جملة وافرة منها و كل من ذكر الأقوال و ذكر قول الصدوق و التقى و القاضى مع الأقوال كالمهذب البارع و غيره فقد استظهر أن غير هؤلاء كلامهم فى المؤبد بل كلام المانع من البيع كصاحب الإيضاح و شرح الإرشاد ظاهر أو صريح فى ذلك و قد نسب الشهيد فى حواشيه إلى التحرير أنه قال إن كان على قوم معينين جاز بيعه و إلا فلا و لم أجد ذلك فى بيع التحرير و لا- وقفه بعد الوقوف على كلامه فى الموضوعين نعم أفتى فى الوقف أولاً بما نقلناه تم نقل عن ابن إدريس دعوى الإجماع على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٥٩

.....

المنع فى المؤبد ساكتا عليه و فى التنقيح فى الوقف فى صورة الحبس لا يجوز للمحبوس عليهم البيع لأنه ليس ملكا لهم إلا أن يتفقوا مع الحابس أو وارثه على البيع و فى جامع المقاصد أنا إذا حكمنا بصحة الوقف المنقطع الآخر و أنه بعد انقراض الموقوف عليهم يكون فى وجوه البر فهو بمنزلة المؤبد فمتى جاز فى المنقطع جاز فى غيره «انتهى» و ليعلم أيضا أن صريح كلام المفيد و علم الهدى و الشيخ فى النهاية و أبى يعلى أن الثمن حيث يباع الوقف ينتفع به الموقوف عليهم و إجماع الإنتصار مدعى عليه صريحا و كذا إجماع الغنية حيث ادعاه على جواز بيعه عند الضرورة و الحاجة الشديدة و هو ظاهر المبسوط و غيره من الكتب المتقدمة جميعها ما عدا التذكرة و المختلف و التنقيح و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح فإن فى التذكرة و المختلف أنه إن أمكن شراء شىء بالثمن يكون وقفا على أربابه كان أولى فإن اتفق مثل الوقف كان أولى و إلا جاز شراء مهما أمكن مما يصح وقفه و إلا- يكن صرف الثمن إلى البائعين يعملون به ما شاءوا و نحو ذلك ما فى المفاتيح (قال فى المختلف) إن فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام و بين النص الدال على عدم تجويز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد إذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص و أمكن بحسب النوع و جب و فى التنقيح إذا أمكن شراء غيره يكون وقفا و جب و إذا أمكن شراء مثله يكون أولى فقد حكم فى الأول بالوجوب دون الثانى و فى جامع المقاصد حكم بالوجوب فى المقامين و نحوه حواشى الشهيد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و فى المقتصر يصرف ثمنه فى ملك يستعمله أرباب الوقف و مهما أمكن المماثلة كان أولى و فى مجمع البرهان إذا أمكن شراء شىء آخر خال عن المفسدة يمكن وجوبه لحفظ مقصود الواقف مهما أمكن (و فى إيضاح النافع) لا يجب ابتياع غيره يكون وقفا نعم هو أحوط إن زال الاختلاف معه و فى الكفاية لا أعلم على ذلك حجة و النص غير دال عليه (قلت) بل الخبر دال على دفع ذلك إليهم و الوجه فيما ذكره هؤلاء هو التوصل إلى ما يكون أقرب إلى غرض الواقف بحسب الإمكان صيانة لحق الواقف فيه و ما فى البطون عن التضييع و قد سمعت ما فى المختلف قالوا و يتولى ذلك أى البيع و الشراء الناظر الشرعى و إلا الموقوف عليهم إن انحصروا و إلا فالناظر العام (و قال بعضهم) لا بد من إيقاع الصيغة حتى يصير وقفا هذا (و أنت خير) بأن هذا الحكم غير مطرد على جميع الأقوال بالجواز و إنما يتم على بعض الأقوال و ذلك لأن من المجوزين من جعل السبب شدة احتياج الموقوف عليهم لعدم وفاء الغلة بذلك و مقتضى ذلك إنما هو أكل ثمنه و التصرف فيه و هو ظاهر و منهم من جعل السبب خوف خرابه لخلف بين أربابه و على هذا لا معنى للشراء لجريان ذلك فيه أيضا لأنه كما يخاف على الأول من ذلك يخاف على الثانى نعم يتم ذلك بناء على من يجعل علة الجواز خرابه بالفعل و عدم الانتفاع به بالكلىة (فليتأمل) فى ذلك جيدا (هذا تمام الكلام فى الأقوال و ما يتعلق) بها (و لندكر ما يمكن الاحتجاج به لتلك الأقوال على سبيل الإجمال) (فحجة القائل) (القائلين خ ل) (بالجواز) عتد خرابه و تعطله بحيث لا يرجى عوده عادة و عدم بقاء النفع أصلا أنه إحسان محض و عدم بيعه حينئذ كاد يلحق بالعبث مضافا إلى إجماع الإنتصار و الغنية و قد قالوا فى الهدى إذا عطب أنه يذبح فى الحال و إن اختص بموضع معين و فيما إذا وقف على بقعة فبطلت أصلا أنه يصرف فى وجوه البر و قد يستأنس له بخبر جعفر بن حيان (قال) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه و ساق الكلام إلى أن قال (قلت) فللوثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا أو لم يكفهم ما يخرج من الغلة قال نعم إذا رضوا كلهم و كان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦٠

.....

البيع خيرا لهم باعوا و محل الاستيناس قوله عليه السلام و كان البيع خيرا لهم (و نحوه) ما رواه الطبرسى فى الاحتجاج عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميرى عن صاحب الزمان جعلنى الله فداه من كل سوء و صلى الله عليه و على آباءه الطاهرين أنه كتب إليه روى

عن الصادق عليه السلام خبر مأثور إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا- يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فأجاب عليه السلام إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين أو متفرقين إن شاء الله تعالى (و الخبر الأول) مما يستدل به للقائلين بجواز البيع إذا كان بالموقوف عليهم حاجة و ضرورة و ما كان من ضعف فموجب بعمل القدماء مضافا إلى إجماعى الغنية و الإنتصار (و قد) استدلت المصنف به للقائلين بجواز البيع فى غير المؤبد (قال فى التذكرة و المختلف) إن مفهومه عدم التأييد (و أنت خير) بأنه لا دلالة فيه على أن الوقف على قرابة الأب و الأم فقط بل حكاية حال محتملة (و قد) ترك الاستفصال و ذلك دليل العموم (و قد استدلت) للقائل بالجواز فى غير المؤبد بصدر صحيح على بن مهزيار كما تسمعه (و فيه) أنه لا دلالة فيه على ذلك إذ الوقف مشروط بالقبول إذا كان على غير جهة عامة و لم ينقل أن الإمام عليه السلام قبل الوقف و إنما قبل الجعل و أمره ببيعه (و حجة) القائل بجواز بيعه إذا حصل خلف بين أربابه بحيث يخشى منه فتنه عظيمة و فساد مع بقائه صحيح على بن مهزيار قال كتبت إلى أبى جعفر عليه السلام أن فلانا ابتاع ضيعة فوقفها و جعل لك فى الوقف الخمس و يسألك عن رأيك فى بيع حصتك من الأرض أو يقومها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة فكتب عليه السلام أعلم فلانا أنى أمره ببيع حقى من الضيعة و إيصال ثمن ذلك إلى و أن ذلك رأى إن شاء الله تعالى أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له و كتبت إليه أن الرجل ذكر أن بين من وقف هذه الضيعة عليهم اختلافا شديدا و أنه ليس يأمن أن يتفارق ذلك بينهم بعده فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع إلى كل إنسان منهم ما كان وقف له من ذلك أمرته فكتب عليه السلام (و اعلم) أن رأى له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن بيع الوقف أمثل فإنه ربما جاء فى الاختلاف ما فيه تلف الأموال و النفوس و هذا الخبر ظاهر الدلالة مشهور بين الطائفة قد فهموا منه الجواز كل واحد على حسب ما أدى إليه فهمه فكان ما قيل فيه من قصور دلالته على المطلوب غير مسموع لأن كان قد اعتضد بفهم الطائفة و الإجماعات و الشهورات و خبر ابن حيان و غيره فقها مما تقيم أوده و تشد عضده و إنكار ذلك مكابرة و المكاتبه حينئذ غير ضائرة فقد قوى على تخصيص العمومات و قطع الأصل و أول من تأمل فى دلالته فيما أجد الأردبيلي و تبعه على ذلك المحدث البحرانى و كأنه مال إلى ذلك شيخنا صاحب الرياض قال العلامة المجلسى و يخطر بالبال إمكان حمل هذا الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم و لم يدفع إليهم و حاصل السؤال أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل منهم الاختلاف و يشتد لحصول الاختلاف قبل الدفع بينهم فى تلك الضيعة أو فى أمر آخر أ يدعها موقوفة و يدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم ثمنها أيهما أفضل فكتب عليه السلام البيع أفضل لمكان الاختلاف المؤدى إلى تلف النفوس و الأموال (فظهر) أن هذا الخبر ليس بصريح فى جواز بيع الوقف كما فهمه القوم و اضطروا إلى العمل به مع مخالفتهم لأصولهم و القرينة أن أول الخبر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦١

.....

أيضا محمول عليه كما عرفت و إن لم ندع ظهورية هذا الاحتمال أو مساواته للآخر فليس ببعيد بحيث تأبى عنه الفطرة السليمة فى مقام التأويل (انتهى) و أفرط صاحب الحدائق فقال بعد نقل ذلك عنه لا معنى للخبر غير ما ذكره فإنه هو الذى ينطبق عليه سياقه قال و يؤيده زيادة على ما ذكره أن البيع فى الخبر إنما وقع من الواقف و هو ظاهر فى بقاء الوقف فى يده و المدعى فى كلام الأصحاب أن البيع من الموقوف عليهم لحصول الاختلاف فى الوقف و الخبر لا- صراحة فيه بحصول الاختلاف فيه (انتهى) (و أنت خير) بأن الخبر غير صريح فى عدم القبض بل و لا ظاهر فيه و ترك الاستفصال فى الجواب عن حصول القبض و عدمه قاض بعدم الفرق (بل) ظاهر التعليل المذكور اختصاص الحكم فى الجواب بالأول و إلا لكان الأنسب التعليل بعدم القبض و ليس فى الصدر دلالة على

العكس لأن علمه عليه السلام بعدم القبض في حقه لا يستلزم علمه بعدمه في حقهم على أنك قد سمعت ما قلناه آنفا من أن شرط الوقف على الخاص القبول والإمام عليه السلام ما قبل الوقف وإنما قبل الجعل (ثم) إن جعل شيء له عليه السلام أعم من وقفه عليه وعدمه وقول السائل أو يدعها موقوفة وإن نافاه إلا أنه يمكن إرادة المعنى اللغوي منه وهو بقاؤها متروكة على حالها وهذا مولانا العلامة المجلسي راعى الإنصاف حيث أطلق على ما ذكره لفظ الاحتمال ولم ينكر الظهور بالكلية وكيف ينكر وهو بمكانة منه وكون البيع من الواقف في الخبر فعلة لمكان نظارته كأن يكون شرط ذلك كما يرشد إليه قوله وليس يأمن أن يتفاقم ذلك بعده يعني بعد موته أو أن ذلك لمكان تسلطه عليهم لأن كان محسنا إليهم على أنه سائل عن ذلك فما صدر منه كان عن رخصة (فتأمل) وقوله إن الخبر لا- صراحة فيه بحصول الاختلاف فيه قلت اختلاف الأقوال إنما نشأت بحسب اختلاف الأفهام من الخبر بملاحظة منطوقه وفحواه وتعليقه وملاحظة السؤال إلى غير ذلك من الأحوال والذى ندعى فهمه منه جواز البيع إذا خيف الفساد بالاختلاف وإنكاره مكابرة (ثم) إنا نقول إن في قوله عليه السلام ربما جاء إلخ إيماء إلى أداء الاختلاف إلى خراب الوقف كأن يكون عرضة لذلك كما نبه عليه الشهيدان وأما الأقوال الأخر فليس لها مستند يعول عليه ويستند إليه إلا القول بجواز بيعه عند شدة الحاجة وضرورة أصحابه إليه لمكان تكثر الفتاوى والإجماع المصرح به في الإنتصار والغنية والظاهر من المبسوط وفتح القرآن (و حجة القائلين) بالمنع على الإطلاق الأصل وعمومات الأدلة المانعة كقول أبي محمد الحسن عليه السلام في مكاتبة الصفار الوقف تكون على حسب ما يقفها (ما يوقفها خ ل) أهلها وما جاء في خبر ربعي وعجلان من أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث حتى يرثه الذى يرث السماوات والأرض وقول أبي الحسن عليه السلام فى خبر على ابن راشد لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك و ادفعها إلى من أوقفت عليه (قال) قلت لا أعرف لها ربا قال تصدق بغلتها إلى غير ذلك وإن الوقف كالتعق مضافا إلى ضعف الأدلة المجوزة عن المعارضة لها (فأولها) بأن المقصود من الوقف استيفاء المنفعة من نفس العين الموقوفة ودعوى اختصاصه بحال الاختبار دون الضرورة فيجوز فيها مصادرة (و ثانيها) بضعف خبر جعفر بن حيان مع اشتماله على اشتراط رضا الموقوف عليهم (و أما صحيح ابن مهزيار) فيكون قاصر الدلالة فى صدره وعجزه وأنت قد عرفت الحال فى خبر ابن مهزيار وأنه صالح لتخصيص العمومات وفى المختلف والتذكرة أنا نقول بمضمون خبر ابن راشد لأن المسوغ هو الخراب أو وقوع الفتنة بين الأرباب والشرطان مفقودان منه لأن التقدير فيه حصول غلة وعدم المعرفة بأربابها فقد فقدا فيه فهذا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦٢

و لا بيع أم الولد ما دام ولدها حيا (١) إلا فى ثمن رقبته مع إعسار المولى عنه (٢) وفى اشتراط موت المولى نظر

نهاه عليه السلام عن الشراء والفرق بين العتق والوقف ظاهر فإن العتق إخراج عن الملك بالكلية لله سبحانه وتعالى والوقف تمليك الموقوف عليه لطلب النفع

(قوله قدس سره) (و لا بيع أم الولد ما دام ولدها حيا)

عدم جواز بيع أم الولد مع وجوده وإيفاء ثمنها أو القدرة عليه مما لا خلاف فيه بين المسلمين كما فى مجمع البرهان والحدائق وفى الغنية الإجماع عليه وهو ظاهر المبسوط ولم نجد الخلاف إلا من الشيخ ميثم البحرانى ذكره فى شرح نهج البلاغة على ما هو بيالى و يتحقق الاستيلاء بملكوها فى ملكه وإن لم تلجج الروح والتقييد بحياة ولدها وقع فى كثير من عبارات الأصحاب وهو مبنى على الغالب أو التجوز لأنه قبل ولوج الروح لا يوصف بالحياة (وقد) ألحق جماعة بالبيع سائر ما يخرجها عن الملك لظهور الاشتراك فى العلة ولأنه لو جوز غيره لا-نتفى فائده منعه وهى بقاؤها على الملك لتعق إذ تخرج عن الملك بوجه آخر مثل الصلح والهبة وغيرهما ولا خلاف عندنا أنه يجوز بيعها بعد موت ولدها كما فى مجمع البرهان والإجماع ظاهر الروضة

(قوله قدس سره) (إلا فى ثمن رقبته مع إعسار المولى عنه)

و وفاته و كونه دينا فإن جواز بيعها حينئذ موضع وفاق كما فى الروضة و لا خلاف فيه كما فى نهاية المرام لصاحب المدارك و الكفاية و الرياض و فى موضع من النهاية تقوم على ولدها و يترك إلى أن يبلغ فإذا بلغ أجبر على ثمنها فإن مات قبل البلوغ بيعت فى ثمنها و قضى بها الدين و تبعه ابن حمزة فيما إذا كان عليه دين فى غير ثمنها (احتج الشيخ) بما رواه وهب بن حفص فى الموتى و رد صاحب السرائر الدعوى و الدليل (و فى الوسيلة) إن مات سيدها و لم يكن له مال سواها و كان ثمنها فى ذمته سيدها عادت بولدها رقا «انتهى» (و هو) شاذ نادر و قضية ما نقله فى السرائر عن علم الهدى أنه مخالف أيضا (قال) و قال السيد المرتضى لا يجوز بيعها ما دام الولد باقيا لا فى الثمن و لا فى غيره و هو يقضى بإطلاقه عدم الفرق بين حياة المولى و موته «فتأمل» و قد تأمل المولى الأردبيلي فى المسألة و ليس فى محله قطعا (و أما جواز) بيعها بالشروط المذكورة مع حياة مولاهما فقد نص عليه فى الوسيلة و الغنية و السرائر و المختلف و الإيضاح و الدروس و اللعة و حواشى الشهيد و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و هو المنقول عن أبى على و نسبه الشهيد فى حواشيه إلى الشيخين و ستسمع أنه ظاهرهما و ظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه و قد أطلق جماعة فقالوا تباع مع وجود الولد فى ثمن رقبته مع إعسار مولاهما و قضية كلامهم الجواز مع حياة المولى (و عبارة المقنعة و النهاية هى هذه) و لا يجوز بيعهن و لهن أولاد أحياء إلا أن يفلس السيد و يكون أثمانهن دينا فيبعن فى قضاء الدين و إن كان أولادهن أحياء «انتهى» و هو أى القول بالجواز مع حياة المولى مذهب الأكثر كما فى نهاية المرام لصاحب المدارك و الكفاية و المشهور كما فى المفاتيح و الأشهر كما فى الرياض (قلت) لم يعرف الخلاف إلا من المرتضى و قد تردد المحقق و المصنف هنا و فى التحرير و التذكرة و كأنه مال إلى المنع فى مجمع البرهان (و قال) صاحب المدارك فى نهايته و صاحب الكفاية إن القول بالمنع نادر لكنه لا يخلو من قوة و قال فى الأول استدلال عليه جدى برواية عمر بن يزيد (قال) فإنها شاملة لموت المولى و عدمه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦٣

.....

(و يشكل) بأن قوله فيها و لم يدع من المال ما يؤدى عنه ظاهر فى أن البيع بعد موت المولى و لا يتم الاستدلال بها على الجواز مطلقا «انتهى» و ستعرف الحال و فى مجمع البرهان فى جواز بيعها مع حياة المولى تأمل و ما عرفت وجه تعليل هذا الفرد بقوله فى شرح الشرائع لإطلاق النص و ما رأيت نصا «انتهى» قلت كأنه لم يقف إلا على رواية أبى بصير التى ساقها و هى مجملته و لم يقف على روايتى عمر بن يزيد كما أن صاحب المدارك لم يقف إلا على صحیحته عمر بن يزيد و لا ريب أنها ظاهرة فيما ذكره لكن روايته الأخرى ظاهرة فيما ذكره الأصحاب و إليها أشار جده و المحقق الثانى و هى روايته عن أبى الحسن عليه السلام قال سألت عن أم الولد تباع فى الدين قال نعم فى ثمن رقبته و هى بإطلاقها شاملة لصورة النزاع و قد يكون ظفر بها صاحب المدارك إلا أنه لعدم صحتها لم يلتفت إليها على أنه يمكن أن يوجه الصحيح بمنع انحصار وجه البيع و الأداء عنه فى الموت إذ غايته الدلالة على عدم مباشرته لهما و السبب فيه أعم منه فلعله لغيبه أو لممانعة فيتولاه حاكم الشرع و ربما يؤيد العموم بسؤال الراوى عما سوى الثمن من الديون و لم يسأل عنه فى حال حياة السيد و أنه هل تباع فيها كحال الموت أم لا و هو مشعر بفهمه العموم من الكلام بحيث يشمل حال الموت و الحياة فتأمل و الخبر (قال قلت) للصادق عليه السلام كما فى الكافى و قلت لأبى إبراهيم عليه السلام كما فى الفقيه أسألك فقال سل فقلت باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد قال فى فكاك رقابهن قلت و كيف ذاك قال أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يرد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ ولدها منها و بيعت فأدى ثمنها (قلت) فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا و قد نقل صاحب الكفاية و غيره حكاية اشتراط موت مولاهما فى بيعها فى ثمن رقبته عن ابن حمزة و الموجود فى الوسيلة ما نقلناه و فى الوسيلة أيضا أنه لو قصر التركة عن الديون بيعت فيها و إن لم يكن شىء من الديون ثمنها لها و قد يدعى أن الصدوق فى الفقيه ممن يذهب إلى أن أم الولد كغيرها ممن ولد له إلا أن يعتقها ابنها بناء على بقائه على ما ذكره فى صدر كتابه لأنه روى ما دل بظاهره

على مثل ذلك و هو مذهب غريب و لم ينسبه أحد إليه و قد زاد الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم مواضع آخر جوزوا بيع أم الولد فيها و قد ذكرت كلها فى اللعنة و الروضة (و فى كثير منها نظر) ينشأ من أنها بالعلوق فى ملكه إذ لم يتعلق برقبته حق غيره تنعتت عتقا متزلزلا و يكشف توريث ولدها عنه و عدمه مطلقا عن عدمه أم تنعتت فى الحال و إنما دخلت فى نصيب ولدها توفيرا على الوراث أم لا تنعتت أصلا و عدم جواز بيعها إنما كان لاحتمال انعاقها من نصيب ولدها فيمكن أن يكون مستندهم فى ذلك أن الاستصحاب و أدلة العقل و النقل دلت على جواز التصرف فى الأملاك مطلقا فيجوز مطلقا التصرف إلا- ما خرج بدليل و ما ثبت الدليل و هو الإجماع هنا إلا فى منع البيع مع بقاء الولد و عدم إعسار المولى بتمنيتها فيجوز بمجرد موت الولد مطلقا لعدم الإجماع و فى ثمن رقبته كذلك لذلك و كذلك غيرهما من الصور (فتأمل) و قد يقال إن هذه تشبثت بالحرية بسبب الولد فقد صار ذلك مانعا من التصرف فيها بتلك الوجوه التى ذكروها و مقدما عليها فكان الأصل عدم الجواز و ليس تعبديا محضا بل معلل بعلته يدور عليها الحكم حيثما دارت و فى صحيحة عمر بن يزيد أنها لا تباع فيما سوى تلك الصورة المتفق عليها من الدين و كذا مفهوم قوله عليه السلام فى خبر زرارة حدها حد الأمه إذا لم يكن لها ولد فإن مفهومها أنها إذا كان لها ولد ليست على حد الأمه التى يباح التصرف فيها بتلك الأنواع و نحوها و حمل الحد على حد الخيانة بعيد و إن كان الصدوق قد ذكر الخبر فى باب الحدود

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦٤

و لا بيع الرهن بدون إذن المرتهن (١)

لأنك قد عرفت ما يظهر منه من مخالفة الأصحاب فلعله بناه على ذلك «فتأمل» و لو مات ولد الأمه و له ولد فهل يصدق عليها بذلك أنها أم ولد أم لا- قيل بالأول لأنه ولد و قيل بالثانى لعموم ما دل على أن أم الولد إذا مات ولدها ترجع إلى محض الرق فإنه يتناول موضع النزاع و قيل إن كان ولد ولدها وارثا بأن لا يكون للمولى ولد لصلبه كان حكمه حكم الولد و إلا فلا و قد اختاره صاحب المدارك فى نهاية المرام و هذه المسألة ذكرت فى البيوع و النكاح و العتق و الموارث و غيرها (قوله قدس سره) (و لا بيع الرهن بدون إذن المرتهن)

هذا تفريع على اشتراط تمامية الملك فكان المراد بقربنه قوله فلا يصح بيع الوقف أنه لا يصح بيع الرهن بدون إذن المرتهن و بذلك عبر جماعة و عبر آخرون بعدم الجواز و جماعة آخرون عبروا بأنه ليس له بيع الرهن و ليس لأحدهما التصرف و لعل من عبر بعدم الصحة و نحوها أراد عدم اللزوم لتصريحهم بأنه لو أجازته المرتهن و أمضاه صح و كان جائزا لكن فى المقنعة و المبسوط و الخلاف و المراسم و الغنية و السرائر أنه لو باع كان البيع باطلا و هذا بالنسبة إلى ما عدا المقنعة متجه لأنهم أبطلوا الفضولى فيلزمهم الإبطال هنا (قال فى التذكرة) من أبطل الفضولى لزمه الإبطال هنا «انتهى» و ظاهر الغنية أو صريحها دعوى الإجماع على ذلك و فى النهاية و متى باع الراهن أو وهبه أو أجره من غير علم المرتهن كان ذلك باطلا فإن أمضى المرتهن ما فعله الراهن كان ذلك جائزا ماضيا فقد عبر بالبطان أولا ثم حكم بأنه إن أمضاه المرتهن مضى و نفذ فلم يكن البطان عنده على حقيقته و قد علمت فيما مضى أنه فى النهاية جوز بيع الفضولى و فى إيضاح النافع للمولى القطيفى الظاهر وقوف هذا العقد و إن قلنا ببطان عقد الفضولى (قلت) لعله لأنه بيع فى ملك و على هذا يمكن التأويل فى عبارة المبسوط و الخلاف و المراسم و الغنية لكنى لم أجد أحدا أشار إلى ما ذكره الفاضل المذكور (و فى الفرق إشكال) و مما وافق النهاية فى توقفه على إذن المرتهن و إجازته الوسيلة و غيرها مما تأخر عنها و هو كثير و فى المختلف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فى الرهن إجماعا و فى المفاتيح ليس لأحدهما التصرف إلا بإذن الآخر إجماعا يعنى الراهن و المرتهن و فى مجمع البرهان عدم جواز تصرف المرتهن مما لا خلاف فيه على الظاهر و أما عدم جواز تصرف الراهن فيما يخرج عن الرهن فظاهر «انتهى» و فى الرياض ليس للراهن التصرف فى الرهن ببيع أو وقف أو نحوها مما يوجب إزالة الملك و لا بإجارة و لا سكنى و لا غيرهما مما يوجب نقضه بلا خلاف فيهما و أما غيرهما مما لا يوجب الأمرين فكذلك على الأشهر الأقوى

(انتهى) و استشكل فى مجمع البرهان فى حصول الإثم بمجرد قوله بعث و قد حققنا ذلك فى بيع الفضولى و قلنا إن قوله بعث إن قصد به النقل على سبيل البت و إن الأمر ليس موكولا إلى صاحب المال أو من له الإذن إن شاء أجاز و إن شاء لم يجز كان تصرفا ممنوعا منه موجبا للإثم و إلا فلا و بينا الحال هناك و أزلنا الإشكال و الظاهر عدم القول بالفضولى فى العتق لقولهم عليهم السلام لا عتق إلا- فى ملكك و يمكن الجواز و التأويل كما فى قولهم لا يبيع إلا فى ما تملك هذا و فى التذكرة لو باع و لم يعلم المرتهن ففك لزم البيع و من أبطل الفضولى لزمه الإبطال هنا و فى مجمع البرهان الظاهر أنه يجوز بيعه لقضاء دين المرتهن و إن لم يرض المرتهن (و ليعلم) أن بعضهم أطلق كالمحقق فى الشرائع حيث قال و لا يبيع الرهن بدون

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦٥

و يجوز بيع الجانى و إن كان عمدا و عتقه و لا يسقط حق المجنى عليه عن رقبة فى العمد (١)

الإذن فكان كلامه شاملا- للراهن و المرتهن و المصنف خصص كما سمعت و لعل التخصيص لأن كان التفرغ على عدم تمامية الملك و المرتهن غير مالك فلا يحسن تفرغ عدم صحة بيعه على عدم التمامية إلا أن يقال إنه يصدق عدم التمامية عند عدم الملكية فتأمل (تذنيب) هل يجوز للراهن التصرف فى الرهن بما لا يوجب إزالة الملك و لا نقصه ظاهر إطلاقات الإجماعات السالفة المحكية على أن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فى الرهن عدم الجواز و قد نسب معقد هذه الإجماعات إلى الرواية فى التذكرة و حكى ذلك عن غيرها و هو قضية إجماع المبسوط و الخلاف المحكى نقله على أنه لا- يجوز وطى الأمة المرهونة و ظاهر إجماع المبسوط كصريح إجماع الخلاف أنه لا فرق فيها بين اليانسة و الصغيرة و بين غيرها و الشهرة على أصل المسألة محكية بل قيل إنها كادت تكون إجماعا لعدم العلم بالخلاف حتى من المصنف فى التذكرة لأن ظاهر عبارته عدم الخلاف بيننا لأنه نسب الخلاف إلى الشافعى فقط ثم إنه أيد مذهبه بعبارة ليست صريحة و لا ظاهرة فى الفتوى و قال فى المبسوط بعد حكاية الإجماع المتقدم و أما استخدام العبد المرهون و ركوب الدابة المرهونة و سكنى الدار المرهونة فإن ذلك كله غير جائز عندنا و يجوز عند المخالفين و كلامه هذا ظاهر فى الإجماع أيضا و احتمال المصنف فى التذكرة الجواز و تبعه جماعة من متأخري المتأخرين مستندين إلى الأصل و عموم الخبر بإثبات التسلط لأرباب الأموال عليها و خصوص الصحيحين الواردين فى تجويز وطى الأمة المرهونة لكن الإجماعات التى قد سمعتها و الشهرة المعلومة مع الرواية المنقولة قاطعة للأصل مخصصة للعموم مقدمة على الصحيحين لأن كانا شاذين و من خالف من متأخري المتأخرين فدأبهم المناقشة فى مثل ذلك و عدم المبالاة بالإجماعات و فى النافع أن فى جواز وطى الأمة المرهونة رواية مهجورة و نحوه ما فى الدروس (و يظهر) منهما دعوى الإجماع و يمكن حمل الصحيحين على التقيية و لعل الوجه فى المنع من التصرفات بالكليية على ما ذكره (ظ) بعض الأصحاب قصد تحريك الراهن إلى الأداء إذ لو جاز له الانتفاع و لو فى الجملة انتفت الفائدة فى الرهانة إذ قد يكتفى ببعض المنافع عن بعض و من هنا يعرف حال ما ذهب إليه جماعة كأبى العباس و الصيمرى و الشهيد الثانى من جواز التصرف بما يعود به النفع إلى المرتهن كمدواة المريض و رعى الحيوان و تأبير النخل و خفض الجارية و ختن العبد إن لم يؤد إلى النقص إلا- أن يقال بحصول الإذن بذلك بالفحوى لكنه حينئذ يخرج عما نحن فيه إذ الكلام فى التصرف الذى لم يتحقق فيه إذن أصلا لا نضا و لا فحوى و تمام الكلام فى محله و إنما ذكرنا هذا استطرادا حيث اقتضاه المقام

(قوله قدس سره) (و يجوز بيع الجانى و إن كان عمدا و عتقه و لا يسقط حق المجنى عليه عن رقبة فى العمد)

قال فى التذكرة إن الأقوى بين علمائنا صحة بيع الجانى سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ أو جبت القصاص أولا على النفس أو دونها و قد يلوح من ذلك دعوى الإجماع و قد صرح بصحة بيعه فى صورة الخطأ فى المبسوط و ما تأخر عنه مما تعرض له فيه و كأنه لا خلاف فيه و فى الدروس ألحق به شبه الخطأ قالوا لأنه حق غير مستقر فى الجانى لأن للمالك أدأوه من غيره و لأنه تعلق به من غير اختيار المالك هنا فلم يمنع البيع كالزكاة و أما فى صورة العمد فقد أبطله فى المبسوط و الخلاف



مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦٦

و يكون في الخطأ التزاما للفداء فيضمن المولى حينئذ أقل الأمرين من قيمته و أرش الجناية على رأى (١) ثم للمجنى عليه خيار الفسخ إن عجز عن أخذ الفداء ما لم يجز البيع أولا

و الجواهر لتخير المجنى عليه بين استرقاقه و قتله و تردد فيه المحقق في الشرائع و اختيرت صحته في نهاية الأحكام و التحرير و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و قد سمعت ما في التذكرة و هو ظاهر جماعة من المحشين و الشارحين و في الحدائق أنه المشهور قالوا و البيع حينئذ يكون موقوفا على رضا المجنى عليه أو وليه إذ لا يقصر عن بيع الفضولى فإن أجاز المجنى عليه البيع و رضى بفدائه بمال و فكه المولى لزم البيع و إن قتله أو استرقه بطل و مثله بالمريض من حيث إنه حتى ترجى سلامته و يخشى تلفه و أما عدم سقوط حق المجنى عليه عن رقبته العبد في العمد فلأن الخيار له لا للسيد فإن اختار هو أو ورثته الاسترقاق بطل العقد إن استغرقت الجناية رقبته و إلا فبقدرها و إن اختار القصاص كان له ذلك لتقدم حقه على حق المشتري و يتخير أى المشتري قبل استقرار حاله مع جهله لمكان العيب المعرض للفوات و لو كانت الجناية في غير النفس و استوفى فباقيه مبيع و للمشتري الخيار مع جهله للتبعض مضافا إلى العيب سابقا و تمام الكلام بما لا مزيد عليه في خيار العيب لأن المصنف تعرض لهذا الفرع هناك أيضا و أما عتقه ففي باب الكفارات من الكتاب منع من صحته في العمد و جوزة في الخطأ إن نهض مولاه بالفداء و إلا فلا و قرب في باب العتق منه صحته في الخطأ إن أدى المولى أو ضمنه مع رضاه و إلا فلا (و قال) في باب القصاص من الكتاب لو أعتقه مولاه بعد قتل الحر عمدا ففي الصحة إشكال نعم لا يبطل حق الولي من القود و لو وهبه أو باعه وقف على إجازته و لو كان خطأ صح العتق إن كان مولى الجانى مليا و إلا فالأقرب المنع و مع صحته يضمن الأرش أو الأقل على الخلاف و في نهاية الأحكام إن كان المولى موسرا صح عتقه إن كانت الجناية خطأ و قوى عدم النفوذ إن كان معسرا ثم احتمل نفوذه حينئذ و في جامع المقاصد لعل ما اختاره هنا أظهر جمعا بين الحقين فإن حق المجنى عليه لا يسقط في العتق و لا في البيع فعلى هذا يقع العتق مراعى فإن استرقه تبين بطلانه و إن رضى على مال تبين الصحة و الضمير في قوله و إن كان عمدا يعود إلى الجانى أى و إن كان الجانى قد جنى عمدا أو إلى الفعل الذى هو الجناية على حد قوله و لا أرض بأقبل إبقالها

(قوله قدس سره) (و يكون في الخطأ التزاما للفداء فيضمن المولى حينئذ أقل الأمرين من قيمته و أرش الجناية على رأى)

أما كون بيعه في الخطأ التزاما للفداء فقد صرح به في التذكرة و نهاية الأحكام و اللمعة و الروضة و المسالك و في المبسوط أنه الذى ينبغى لأن الخيار للسيد فإذا باعه فقد اختار الفداء فتعين عليه و لا خيار للمشتري لعدم الضرر إذ الرجوع على غيره و قد قيدوه بما إذا كان المولى موسرا و احتمل في نهاية الأحكام عدم الترام السيد بالفداء و قواه في موضع من التحرير لأن أكثر ما فيه أنه التزم بالفداء فلا يلزمه الفداء كما لو قال الراهن أنا أفضى الدين من غير الرهن فحينئذ يبقى الخيار للمجنى عليه و هذا نقله في التذكرة عن بعض الشافعية و الفرق بينه و بين ما ضربوه مثلا أنه أزال ملكه عن الجانى فلزمه الفداء كما لو قتله بخلاف الرهن و احتمل أيضا في نهاية الأحكام وقوعه موقوفا فإن فده مولاه نفذ و إلا فلا و هو الذى أفتى به في موضع آخر من التحرير و احتمل في نهاية الأحكام بطلانه لتعلق حق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦٧

[فروع]

إشارة

(فروع)

**[الأول لو باع الآبق منضمًا إلى غيره]**

(الأول) لو باع الآبق منضمًا إلى غيره و لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع بشيء و كان الثمن فى مقابلة المنضم (١)

المجنى عليه به فممنع من صحه بيعه كحق المرتهن (و فيه) أن الراهن منع نفسه من التصرف باختياره و هنا لم يعقد عقدا و لم يحجر على نفسه هذا و لو كان المولى معسرا لم يسقط حق المجنى عليه من العين لأن المولى إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه و من المعلوم أن ذلك لا يحصل من ذمه المعسر فيبقى الحق بحاله مقدما على حق المشتري و للمشتري الخيار إن لم يعلم ببقاء الحق فى رقبته فإن فسخ رجوع بالثمن و إن لم يفسخ و كانت الجنايه مستوعبه لرقبته فأخذ بها رجوع المشتري بالثمن أيضا و إن كانت غير مستوعبه رجوع بقدر أرشه و لو كان عالما بعيه راضيا بتعلق الحق لم يرجع بشيء لأنه اشترى معييا عالما بعيه فإن اختار المشتري فداه فله ذلك و البيع بحاله لأنه يقوم مقام البائع فى الخيره بين تسليمه و فدائه و حكمه فى الرجوع فيما فداه به على البائع حكم القضاء عنه كما أشير إلى ذلك كله فى نهايه الأحكام و كذا التذكرة و غيرها (و أما) أنه يضمن أقل الأمرين من قيمته و أرش الجنايه فهو مذهب أكثر علمائنا كما فى التذكرة و هو خيره المبسوط و نهايه الأحكام و الإيضاح و اللمعه و الدروس و جامع المقاصد و الروضه و المسالك و غيرها لأن الأرش لو زاد عن القيمة لم يجب سواها إذ لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه (و قال الشيخ فى الخلاف) إنه يتعين عليه الفداء بأرش الجنايه إذا اختار الفداء و هو المنقول عن أبى على حكاه عنه فى الإيضاح فى باب خيار العيب و فى موضعين آخرين من الخلاف الإجماع عليه ذكر ذلك فى أم الولد و قد نسه الشهيد إلى النهايه و إلى ابن إدريس و كثير من الأصحاب و قال إنه نص عليه أبو منصور الطبرسى و إنه قال فى المبسوط إنه الأظهر فى روايات أصحابنا (و قال فى المبسوط) بعد أن اختار ما ذكرناه و قد روى أنه يلزمه جميع الأرش أو يسلم العبد و كأنه فى موضع من التحرير متردد و تمام الكلام مستوعبا لأطراف المسأله مستوفى فى باب خيار العيب و باب الديات

(قوله قدس سره) (لو باع الآبق منضمًا إلى غيره و لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع بشيء و كان الثمن فى مقابلة المنضم) يصح بيع الآبق منضمًا إلى شيء آخر إجماعا كما فى الإنتصار و كشف الرموز و التنقيح و مجمع البرهان فى آخر كلامه و منضمًا إلى سلعة أخرى كما فى الخلاف و الغنيه (و قال فى الخلاف) و قال الفقهاء بأسرهم لا يجوز و قد وقع تقييد الضميمة بكونها مما يصح بيعها منفردة فى جملة وافرة من العبارات و خلت عنه أكثرها و فى نهايه الأحكام سواء قلت الضميمة أم كثرت و أما أنه إذا لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع و كان الثمن فى مقابلة المنضم فلا- خلاف فيه من أحد كما فى الرياض و هو كذلك و معناه كما فى المسالك أنه لا يوزع الثمن عليها و على الآبق و يرجع بحصته منه بل ينزل الآبق بالنسبه إلى الثمن منزله المعدوم (و ليس) المراد أن الآبق يخرج عن كونه مبيعا لينحصر الثمن فى الضميمة إذا تعذر كما يقتضيه ظاهر العبارات لأن الآبق جزء من المثلث و البيع قد وقع عليهما و القدرة على تسليمه ليست شرطا فى صحه البيع و مقتضى البيع توزيع الثمن على جميع المثلث فلما تخيل من ذلك رجوع المشتري بشيء عند تعذر قبضه نهوا عليه بقولهم إن الثمن فى مقابلة الضميمة (و المراد) أنه مستحق بأسره بإزاء ما وقع من الضميمة و قد صرح جماعة من متأخري المتأخرين بأنه جزء من المثلث و هو قضية كلام

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦٨

.....

علم الهدى فى الإنتصار حيث شبه هذا البيع ببيع الثمرة الموجود بعضها و المترقب وجود باقيها و ببيع طلع النخلة الذى لم يؤبر (قال) فإنه لا خلاف فى أنه داخل فى المبيع معها و إن كان معدوما فى الحال فكيف يدعى أن بيع معدوم و موجود لا يجوز (انتهى) و هو قضية قولهم إنه يصح له عتقه عن الكفارة و غيرها مما يترتب على الملك و فى شرح الإرشاد لفخر الإسلام الآبق ما دام آبقا ليس له جزء من العوض و نحوه ما فى التنقيح أنه ما دام آبقا ليس مبيعا فى الحقيقة و لا جزء مبيع لكنه مشروط الملكية (أما) أنه ليس مبيعا بانفراده فظاهر (و أما) أنه ليس جزء مبيع فلأنه ليس له جزء من الثمن و نحوه ما فى إيضاح النافع حيث قال ظاهر ما يحضرنى من أقوال أصحابنا جواز البيع مع الضميمة أنها جزء (إلى أن قال) و ينقدح فى نفسى أن المبيع هو الضميمة و الآبق كالشرط المعلق على إمكان قبضه و حينئذ يتم المعنى و ما يتفرع عليه من عدم نقص شىء بعدم تسليم الآبق و عدم الخيار و عدم نقص شىء بظهور عيب فيه و غير ذلك و فى جامع المقاصد عند شرح قوله فى الكتاب و كان الثمن فى مقابلة المنضم هكذا عبارات الأصحاب و عبارة الرواية (و يشكل) بأن البيع إنما وقع عليهما معا فكيف يكون الثمن فى مقابلة أحدهما خاصة فلعل مراده كون الثمن فى مقابلة الضميمة باعتبار ما حصل للمشتري و ثبتت عليه يده لا باعتبار الملك و تظهر الفائدة لو أعتقه و يبعد القول بعدم دخوله فى الملك مع صحة جريان المعاوضة عليه إذ مقتضى الصحة ترتب الأثر و الفساد فيه الرجوع بحصته من الثمن و القول بدخوله فى الملك متين و الرواية و عبارات الأصحاب منزلة على ضرب من المجاز (لكن) تشكل المسألة بما لو كانت الضميمة من غير مالك الآبق فإن استحقاق صاحب الضميمة جميع الثمن معلوم البطلان لما قلناه من أنه خلاف مقتضى المعاوضة و استحقاقه البعض يقتضى البطلان فى الآبق و هو خلاف إطلاق النصوص و يندفع بعدم الصحة فى هذه الصورة من رأس لأن الضميمة إنما هى لتملك الثمن كله و فى الصورة المذكورة يتمتع ذلك فتمتع الصحة (و نحو ذلك قال فى المسالك) هذا و اشترط فى الروضة و الرياض فى بيعه ما يشترط فى غيره من كونه معلوما موجودا عند العقد (قالا) فلو ظهر تلفه حين البيع أو استحقاقه لغير البائع أو كونه مخالفا للوصف بطل البيع فيما يقابله من الثمن فى الأولين و تخير المشتري فى الثالث و فى حواشى الشهيد لو ظهر موت الضال أو الآبق قبل البيع فإن البيع لا يبطل قاله ابن المتوج و الأولى أن يكون للمشتري فسخ البيع و إجازته و فى التنقيح لا ينفرد للآبق حكم إلا إذا غصبه غاصب أو جنى عليه جان فإن الأرش أو القيمة للمشتري فلو لم يتمكن المشتري من أخذ الجناية لم ينقص من الثمن شىء و لو تمكن المشتري من استيفاء ذلك صار جزءا من المبيع (و كذا) إذا جاءه العبد و تمكن منه و لو كان فيه عيب لم يعلم به المشتري لم يكن له به أرش و لا رد و إذا ردت الضميمة بعيب أو خيار تبعها الآبق و لا ينفرد له حكم انتهى (فتأمل) و فى نهاية الأحكام لو تلف قبل القبض كان الذى نقده فيما اشتراه معه على إشكال ينشأ من أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و من عدم وجوب الإقباض هنا فلا يدخل تحت ضمان البائع و فى اللعة و التنقيح و الروضة أنه يجوز جعل الآبق ثمنا و إن كان فى مقابلة آبق آخر مع الضميمة إلى كل منهما و أنه لا يكفى فى الضميمة فى الثمن و المثلن ضم آبق آخر إليه و أنه لو تعددت العبيد كفت ضميمة واحدة ثمنا كانت أو ثمنا (و قال فى الروضة) لا يعتبر كونها متمولة إذا وزعت على كل واحد لأن ذلك يصير بمنزلة ضمان مع أن الوحدة كافية و فى التنقيح لو ظهر فى الضميمة عيب فالمقسط لأجل الأرش كل الثمن على هذه الضميمة و لا- اعتبار بالآبق (و الأصل) فى أصل المسألة بعد الإجماعات

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٦٩

أما الضال فيمكن حمله عليه (على الآبق خ ل) لثبوت المقتضى و هو تعذر التسليم و العدم لوجود المقتضى لصحة البيع و هو العقد فعلى الأول يفتقر إلى الضميمة و لو تعذر تسليمه كان الثمن فى مقابلة الضميمة و على الثانى لا يفتقر و يكون فى ضمان البائع إلى أن يسلمه إلا مع الإسقاط (١)

و قد أسمعناكها معتبرة رفاعه النخاس أو صحيحته كما عبر بذلك جماعة (قال) سألت أبا الحسن يعنى موسى ابن جعفر عليه السلام

قلت له أ يصلح لى أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا فقال لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري معها منهم ثوبا أو متاعا فتقول لهم أشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فإن ذلك جائز (و موثقة سماعة) عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله قال لا يصح إلا أن يشتري معه شيئا و يقول أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا فإن لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشتري معه منه (و روى الصدوق) بإسناده عن سماعة مثله و الكلينى عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن محمد مثله و فى الرواية الأولى إشارة إلى كون الضميمة شيئا له قيمة كالثوب و المتاع و نحو ذلك و ينبغى أن يحمل عليها إطلاق الشيء فى الرواية الثانية و الأخبار ظاهرة أو صريحة فى العلم بالإباق فلو جهل إباقه جاز الفسخ إن كان البيع صحيحا دفعا للضرر و لا تنافيه الأخبار كما علمت و قد تقدم لنا فى عدم جواز بيع الآبق منفردا ماله نفع فى المقام (قوله قدس سره) (أما الضال فيمكن حمله عليه لثبوت المقتضى و هو تعذر التسليم و العدم لوجود المقتضى لصحة البيع و هو العقد فعلى الأول يفتقر إلى الضميمة و لو تعذر تسليمه كان الثمن فى مقابلة الضميمة و على الثانى لا يفتقر و يكون فى ضمان البائع إلى أن يسلمه إلا مع الإسقاط)

و مثل ذلك قال فى التذكرة و المراد بحمله على الآبق كما فى جامع المقاصد حمله عليه فى اعتبار الضميمة و ليس المراد بالحمل عليه القياس فى لحوق حكمه بل مساواته له فى الحكم بالدليل الذى ذكره (و قال فى نهاية الأحكام) أما الضال و الجمل الشارد و الفرس الغائر و شبههما كالأبق فى بطلان البيع لتعذر التسليم و هل يصح مع الضميمة كالأبق إشكال فإن قلنا به فإن تعذر تسليمه احتمل كون الثمن فى مقابلة الضميمة و التقسيط و فى التحرير الجمل الشارد و الطائر قبل صيده و السمك فى الأجمة لو ضم إلى هذه (إليها خ ل) غيرها صح بيعه (بيها خ ل) و فى تعليق الإرشاد هل يلحق بالأبق الضال فيصح بيعه بالضميمة حملا على الآبق أم يجوز مطلقا نظرا إلى صورة البيع و أصالة عدم الاشتراط و جهان ذكرهما المصنف فى التذكرة و القواعد و يمكن ثالث و هو عدم الجواز مطلقا لأن القدرة على التسليم شرط إجماعا و هى منتفية و فى جامع المقاصد بعد أن ذكر هذا الاحتمال الثالث (قال) لم أجد به تصريحاً فيمكن أن يقال اشتراط القدرة على التسليم فى الجملة لا مطلقا و إلا لا تمتنع مجيء احتمال الصحة هنا مطلقا أو مع الضميمة للإجماع على اشتراط هذا الشرط (فإن قلت) يلزم جواز بيع ما يتعذر تسليم بعضه (قلنا) لا لأن المراد بقولنا فى الجملة ما لا ينافى مسألة الآبق و الضال حذرا من مخالفة الإجماع لا مطلقا و ضعف الاحتمال الثانى فى عبارة الكتاب بأن اشتراط القدرة على التسليم فى الجملة إجماعى (فكيف) يحتج بوجود المقتضى للصحة و فى حواشى الشهيد أن الضال حكمه حكم الآبق فى الضميمة (و قد سمعت) ما نقله عن ابن المتوج (و قال فى مجمع البرهان) الظاهر جواز بيع الضال من البعير و الغنم و غيرهما و لا تقاس مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٠

### [الثانى لو باع المغصوب و تعذر تسليمه]

(الثانى) لو باع المغصوب و تعذر تسليمه لم يصح و لو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع فالأقرب الجواز فإن عجز تخير و كذا لو اشتري ما يتعذر تسليمه إلا بعد مدة و لم يعلم المشتري كان (فإن خ ل) له الخيار و لو باع بالعجز عن تسليمه شرعا كالمرهون لم يصح إلا مع إجازة المرتهن (١)

على الآبق بل يجوز بيعها من غير انضمام للأصل و عموم أدلة العقود و لحصول الرضا مع عدم معلومية دخوله تحت الغرر لعدم ظهوره لاحتمال أن يلقاه و إلا يرجع بثمنه لعدم حصول التسليم فيبطل العقد و بهذا يخرج عن السفه ثم احتمال بطلان العقد رأسا للغرر ثم أمر بالتأمل و فى اللمعة و الروضة أما الضال و المجحود من غير إباق فيصح البيع و يراعى بإمكان التسليم فإن أمكن فى وقت قريب لا

يفوت به شيء من المنافع يعتد به أو رضى المشتري بالصبر إلى أن يسلم لزم وإن تعذر فسخ المشتري إن شاء وإن شاء التزم وبقى على ملكه ينتفع به بالعق و نحوه و احتمال فى الروضة و الرياض قويا البطلان لفقد شرط الصحة و هو إمكان التسليم و فيهما و المسالك و المفاتيح أنه لا يلحق بالآبق غيره مما فى معناه كالبعير الشارد و الفرس الغائر فلا يصح بيعه عندهم على الأقوى (و فى الرياض قال) إنه أشهر و احتمال فى المسالك الصحة مراعاةً بالتسليم و منع فى الروضة من صحة بيع المملوك المتعذر تسليمه بغير الإباق استنادا إلى الاقتصار فى مخالفة الأصل على المنصوص و تبعه على ذلك صاحب الرياض فلا يجوز بيعه عندهما منفردا و لا منضمًا إلا أن تكون الضميمة مقصودة بالذات كما صرح بذلك فى الرياض و معنى قول المصنف إلا مع الإسقاط إسقاط الضمان المذكور فإنه يسقط لأنه حقه

(قوله قدس سره) (لو باع المغصوب و تعذر تسليمه لم يصح و لو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع فالأقرب الجواز فإن عجز تخير و كذا لو اشترى ما يتعذر تسليمه إلا- بعد مدة و لم يعلم المشتري كان (فإن خ ل) له الخيار و لو باع ما يعجز عن تسليمه شرعا كالمرهون لم يصح إلا مع إجازة المرتهن)

لا- ريب فى عدم صحة بيع المغصوب مع تعذر تسليمه و تسلمه من المشتري و جهل المشتري و أما إذا كان البائع ممن يقدر على استرداده و تسليمه فإن البيع يصح إجماعا كما فى التذكرة كالوديعة (و كذا) لو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع كما فى التذكرة و نهاية الأحكام و المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد لوجود المقضى و هو العقد و حصول المطلوب و هو تسليم المشتري المبيع فىكون الشرط إمكان تسليم البائع أو تسلم المشتري المبيع عادةً فى الجملة (و لو لا) هذا لامتنع القول بذلك لأنه يلزم مخالفة الإجماع و هو المنقول عن ابن المتوج نقله عنه الشهيد فى حواشى الكتاب و الظاهر منه ارتضاؤه و يأتي بيان الحال فيما إذا عجز و تقدم لنا فى بيع الآبق منفردا ما له نفع فى المقام (و قال الشيخ فى المبسوط) و إذا باع المالك الغصب لم يصح لأن يده ليست عليه و فيه أنه أراد أن ذلك لعدم القدرة على تسليمه قلنا لا يلزم من الغصب عدم القدرة (ثم) لو سلمنا ذلك و فرضنا إمكان القبض من المشتري أو باع على الغاصب صح بإطلاق البطلان كأنه لم يصادف محزه و فى جامع المقاصد أنه ضعيف فإن تجدد للمشتري العجز تخير كما فى الكتاب و جامع المقاصد لأنه قبل القبض فى ضمان البائع و العجز جدد له خيارا و فى التذكرة لا خيار له لسقوطه حال البيع فلا يتجدد بعده لعدم موجبه و احتمال ثبوته فى نهاية الأحكام و ظاهر عبارة الكتاب أن المشتري عالم بكون البائع غير قادر على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧١

و لو باع ما يعجز عن تسليمه شرعا كالمرهون (١) لم يصح إلا مع إجازة المرتهن

### [الثالث لو باع شاة من قطيع]

(الثالث) لو باع شاة من قطيع أو عبدا من عبيد و لم يعين بطل (٢) فلو قال بعتك صاعا من هذه الصيعان مما تتماثل أجزاءه صح و لو فرق الصيعان و قال بعتك أحدها لم يصح (٣)

التسليم و ظاهر التذكرة خلاف ذلك (قال) و لو باعه ممن يقدر على انتزاعه من يده فالأقوى عندى الصحة و الأضعف البطلان و على الأول إن علم المشتري حال البيع فلا خيار له و لو ظهر له عجز فكذلك و إن جهل فله الخيار إذ ليس عليه تحمل كلفة الانتزاع و معناه أنه مع جهله له الخيار و إن كان قادرا (و قال أيضا) و لو علم الغصب و عجز البائع فاشترى كذلك فالوجه الصحة و لا خيار له سواء قدر على انتزاعه أم لا- و قد نقل ذلك كله عن ابن المتوج (و أما) إذا اشترى ما يتعذر تسليمه إلا بعد مدة فالأقرب الجواز كما فى التحرير و المسالك و المفاتيح و الكفاية فإن لم يعلم المشتري كان له الخيار و إلا فلا لكن عبارة التحرير ليست نصة فى ذلك (قال)

و يتخير المشتري و لعله أراد إذا لم يعلم و فى الشرائع لو باع ما يتعذر تسليمه إلا بعد مدة فيه تردد و لو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قويا و التردد ينشأ من العجز الحالى و إمكان التسليم فى الجملة غايته مع نقص وصف و هو فوات المنفعة قبل الإمكان (قوله قدس سره) (و لو باع ما يعجز عن تسليمه شرعا كالمرهون)

قال فى جامع المقاصد الوجه فى إعادة هذه المسألة و قد تقدمت أنه لم يبين وقوفه على الإجازة هناك و بين هنا و احتمال أن يكون الوجه فى ذلك اختلاف العناوين فإن الأول داخل تحت عدم تمامية الملك و الثانى تحت عنوان عدم القدرة على التسليم (فليتأمل) (قوله قدس سره) (و لو باع شاء من قطع أو عبدا من عبيد و لم يعين بطل)

على الأشهر كما فى التذكرة و به صرح فى نهاية الأحكام و الدروس و اللمعة و الروضة و الكفاية و قد تؤذن عبارة الأخير بالإجماع حيث قال عندهم و قضية كلامهم كما هو صريح بعضهم أنه يبطل و إن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياه و تساوت أثمانها لجهالة المبيع لأنه واحد منها غير معين و لما كان غير متماثل لم تنفع إرادة الأمر الكلى لأن الكلية وحدها لا تجدى بدون التماثل و المشاهدة لا ترفع الغرر فى المقام و يأتى فى باب بيع الحيوان عند شرح قوله لو اشترى عبدا من عبيد لم يصح تمام الكلام مسبقا

(قوله قدس سره) (و لو قال بعتك صاعا من هذه الصيعان مما تماثل أجزاءه صح و لو فرق الصيعان و قال بعتك أحدها لم يصح) وجه الصحة فى الأول أن المبيع أمر كلى غير متشخص و لا متميز بنفسه و يتقوم بكل واحد من صيعان الصبرة فلا تفاوت فيه فجاز بيعه و شراؤه لأن العادة تحكم فى مثله بالمعلومية و عدم التفاوت و وجه البطلان فى الثانية أن المبيع فيها واحد غير معين من الصيعان المتميزة بالمتشخصه فيكون بيعه مشتملا على الغرر (فإن قلت) هنا صاع كلى صادق على كل واحد (قلت) الفرق واضح فإنه حال التفريق لكل واحد مشخصات معينة مشخصه له فإذا باع أحدها باعه الشخص المنتشر فهو بحسب العبارة يشبه الأمر الكلى و بحسب الواقع جزئى غير متعين و لا معلوم فصار كبيع أحد العبيد و إحدى الشياه و لا كذلك الحال فى الأولى فإن المبيع كلى طبعى أعنى الماهية المقيدة بالوحدة كما أوضح ذلك فى الإيضاح و جامع المقاصد و قد تعرض لذلك فى الإيضاح فى مسألة الصبرة كما سيأتى إن شاء الله (قال فى جامع المقاصد) و يوجد مثله ما لو قسم الأرباع و باع ربعا منها من غير تعيين و لو باع ربعا قبل القسمة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٢

و كذا يبطل لو قال بعتك هذه العبيد إلا واحدا و لم يعين أو بعتك عبدا على أن تختار من شئت منهم (١) و لو باع ذراعا من أرض أو ثوب يعلمان ذرعهما صح إن قصد الإشاعة و إن قصدا معينا بطل (٢)

صح و نزل على واحد مشاع منها لأنه حينئذ أمر كلى (و قال أيضا) لو فرضنا أنه قال عند تفريق الصيعان بعتك صاعا من هذه شائعا فى جملتها لحكمنا بالصحة (و قد تحصل) أنه لو قصد الأمر الكلى صح مع تفرقة الصيعان و عدمها و أنه لو قصد صاعا منفردا متشخصا بطل للجهالة و عدم المعلومية فى مثله و هى و إن كانت حاصلة فى الجملة لمكان التماثل إلا أن تمام المعلومية فى مثل قصد الفرد إنما يكون بالتعيين و لا تكفى إرادة الفرد وحده فحكم المصنف فى المسألة الأولى بالصحة و فى الثانية بالبطلان إنما هو لتبادر الأمر الكلى فى الأولى و تبادر الفرد فى الثانية لمكان تفريق الصيعان و قد قطع بالبطلان عند تفريق الصيعان فى نهاية الأحكام حيث قال بطل قطعا و مثله قال فى الإيضاح و قد يظهر من التذكرة أنه مما لا ريب فيه عندنا و عند العامة (و يأتى) فى بيع الصبرة ما يوضح المقام و إن كان غنيا عن البيان

(قوله قدس سره) (و كذا يبطل لو قال بعتك هذه العبيد إلا واحدا و لم يعين أو بعتك عبدا على أن تختار من شئت منهم)

أما البطلان فى الأولى إذا لم يعين حال العقد فقد نص عليه فى التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و جامع المقاصد لأن المستثنى كالمبيع يجب أن يكون معلوما لأن تجهيله يقتضى تجهيل المستثنى منه و هذا العبد المستثنى إن كان أمرا كليا لم يخرج بذلك عن الجهالة لأن الكلية فى مثله لا تكفى و إنما تكفى مع التماثل و إن كان فردا غير معين فأجدر بالبطلان و لا فرق فى ذلك بين أن تنفق

القيم أم لا و إن كان العبد معيناً حال العقد صح إجماعاً و من هنا يعلم الحال فيما إذا قال بعتك هذه الصيعان إلا صاعاً فإنه لو قصد أن المستثنى أمر كلي جاز لمكان التماثل و كذا الحال فيما لو قال بعتك الصبرة إلا صاعاً واحداً نعم يعتبر العلم بالصبرة و عدد الأصواع و كذلك الحال في المنفصل المعلوم إذا جهلت نسبته إلى المستثنى منه كما لو باع بعشرة إلا ثوباً و عينه فإنه لم يصح و كذا لو باعه بثوب إلا درهماً مع جهله النسبة لما ذكرناه نعم لو باع جملة الشيء و باع جزءاً مشاعاً كنصف و ثلث و نحو ذلك جاز إجماعاً (و أما) البطلان في المسألة الثانية فيعلم حاله مما ذكر و قد نص عليه في التذكرة و نهاية الأحكام و لا فرق بين أن يقدر زمان الاختيار أم لا و ليعلم أنه يجب في المستثنى إمكان انفراده للبائع فلو باع أمه و استثنى وطأها مدة لم يصح

(قوله قدس سره) (و لو باع ذراعاً من أرض أو ثوب يعلمان ذرعهما صح إن قصد الإشاعة و إن قصداً معيناً بطل)

أما الصحة فيما إذا قصد الإشاعة فكأنها مما لا خلاف فيه كما ستعرف لأن الذراع حينئذ كالجزم المعلوم النسبة و لذلك اشترطوا علمهما بقدر الذرعان و بإرادة الإشاعة فإذا باعه ذراعاً من جملة معلومة كأن كانت عشرة أذرع فكأنه باعه عشرة (و أما) البطلان فيما إذا قصد معيناً فقد نص عليه في الشرائع و التذكرة و نهاية الأحكام و الإرشاد و المختلف و الدروس و المسالك و الكفاية و غيرها (و قد يقال) إن ظاهر الكفاية و الحدائق أنه إجماعاً حيث قال في الأول عندهم و في الثاني قالوا و في مجمع البرهان نسبته إلى أكثر العبارات لأنه كما لو قال بعتك شاه من قطع لأن المسألة مفروضة في مختلف الأجزاء و في المبسوط و الخلاف إذا قال الدار مائة ذراع بعتك عشرة أذرع منها صح و تبعه على ذلك ابن إدريس

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٣

.....

و القاضي فيما نقل لأنه عشر الدار (و قال في المختلف) إن التحقيق أنه إن قصد الإشاعة صح و إلا كان باطلاً لأنه يكون مجهولاً إذ الذراع إشارة إلى بقعة معينة فإذا لم يعينها بطل و قد تأمل المولى الأردبيلي في المسألة و تبعه صاحب الحدائق (قال) في مجمع البرهان لم يقدّم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أي رأس أرادته المشتري أو من أي جانب كان من الأرض فما المانع من صحة هذا العقد بعد العلم بذلك مع أن الغالب هو التساوي بمعنى عدم تفاوت الأجزاء فتفاوتا مستلزماً لتفاوت في القيمة «انتهى» (و فيه بعد) ما عرفت منع التساوي في الجميع بل كثيراً ما تتفاوت أجزاء الثوب و الأرض كما هو مفروض المسألة و تساويهما «١» في بعض - يلحقهما بالمتماثل «فتأمل» (و قال) الأستاذ الشريف دام ظلّه في أثناء تقريره منذ عشر سنين ليس المرجع في التماثل و الاختلاف الذي يترتب عليه الحكم إلى العرف العام و لا إلى اللغة لأنهما يحكمان على المختلفين بالتماثل كما يقولون زيد مثل عمرو و هذا الثوب مثل هذا الثوب فتعين أن المرجع في هذا التماثل و الاختلاف إلى الفقهاء و إلى ما اصطلاحوا عليه و مناقشة بعض المتأخرين للفقهاء في جعلهم الثوب من المختلف لا وجه لها لأنها ترجع إلى أن يقال لم اصطلاحتم على هذا و صاحب الاصطلاح لا يناقش في اصطلاحه أو إلى أن يقال لهم لم اجتماعتم على عدم جواز بيع المختلف إلا مع الإشاعة و العلم بقدر المبيع منه انتهى (فليتأمل) و قد يمكن التعلق لبعض المتأخرين في جعل الثوب و الأرض من التماثل بصحيحة بريد العجلى حيث إنها تضمنت جواز بيع الأطنان مع عدم التنزيل على الإشاعة فدلت صحة البيع على أنها متماثلة و لو لا ذلك لما صح البيع إلا بقصد الإشاعة و ليس تماثل الأطنان بأقرب من تماثل أجزاء الأرض و الثوب (فليتأمل) و قد تحصل من كلامهم في المسألة و ما قبلها و ما يأتي أنه إذا أراد الجزئي المعين بطل سواء كان المبيع منه متماثل الأجزاء كصاع من صبرة أو مختلفها و أنه إذا قصد الإشاعة صح فيهما بشرط أن يكون المبيع منه معلوم القدر و العدد و أما عند إرادة الكلي فإن كان متماثل الأجزاء صح و إن كان مختلفها لم يصح (هذا) و في نهاية الأحكام أنهما إذا لم يعلما الذرع و بيع مشاعاً بطل البيع لتفاوت أجزائها غالباً في البقعة و القيمة (و قال في التذكرة) إذا لم يعلما الذرع و باعه غير معين كأن يبيعه ذراعاً منها أو عشرة من غير تعيين بطل إجماعاً و بقي الكلام فيما إذا علما ذرعانها و لم

يقصد الإشاعة و لا- المعين بل أطلقا فالأقوى البطلان لاحتمال انصرافه إلى كل منهما فلم يعلم انصرافه إلى الإشاعة أو إلى البقعة المجهولة فضاغت الجهالة فيه (و يحتمل) الصحة صرفا للعقد إلى الصحة و لأصالة عدم التعيين (فليتأمل) و لو اختلفا فقال المشتري أردت الإشاعة فالعقد صحيح و قال البائع بل أردت معينا فيحتمل تصديق البائع لأنه أعرف بقصده و دلالة لفظه التابعة لإرادته و لأصالة بقاء ملكه و يحتمل تصديق المشتري عملا بأصالة الصحة و أصالة عدم التعيين (و يحتمل) البطلان (فليتأمل) و هنا فرع آخر و هو ما إذا عين الذراع فى جهة كما لو قال من هذا الطرف إلى حيث ينتهى (ففى المبسوط و الخلاف) أنه يصح لانتفاء الغرر لأنه باعه جزءا معلوما من موضع معين مشاهد و وافقه على ذلك العجلى و القاضى على ما نقل و صاحب المسالك و المولى الأردبيلي و الفاضل الخراسانى و فى الحدائق أنه أشهر و اختار فى المختلف البطلان لأن الذرع مختلف و الموضع الذى ينتهى إليه الذرع لا يعلم حال العقد فكان

(١) أى الأرض و الثوب (حاشية)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٤

و يجوز ابتياع جزء معلوم النسبة مشاعا من معلوم تساوت أجزاؤه أو اختلفت كنصف هذه الدار و هذه الصبرة مع علمها قدرا (١) و يصح بيع الصاع من الصبرة و إن كانت مجهولة الصيعان إذا علم وجود المبيع فيها و هل ينزل على الإشاعة فيه نظر فإن جعلنا المبيع صاعا من الجملة غير مشاع بقى المبيع ما بقى صاع و على تقدير الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة (٢)

مجهولا فكان باطلا و استشكل فى نهاية الأحكام و التذكرة لما ذكرنا فى حجتى القولين

(قوله قدس سره) (و يجوز ابتياع جزء معلوم النسبة مشاعا من معلوم تساوت أجزاؤه أو اختلفت كنصف هذه الدار و هذه الصبرة مع علمها قدرا)

يريد أنه يجوز ابتياع جزء معلوم النسبة كالنصف و الثلث مثلا- من معلوم بما يعتبر فيه من كيل أو وزن أو عد أو مشاهدة تساوت أجزاؤه أو اختلفت و لم أجد فى ذلك مخالفا و فى الرياض الإجماع عليه و فى مجمع البرهان أن دليله ظاهر (قلت) هو أدلة عموم البيع بشرائطه المعتبرة فيه و فى جامع المقاصد هذا إنما يكون (يمكن خ ل) قبل تقسيم الأجزاء و تمييزها ثم يبيع جزءا منها إلا أن يقصد الإشاعة فى المجموع لأنه حينئذ كبيع الجزء من أشياء متعددة و لا فرق فى اشتراط العلم بالجملة بين متساوى الأجزاء و مختلفها و إلا- لم يكن الجزء معلوما (انتهى) و مختلف الأجزاء ما لا- يساوى جزؤه كله فى الحد و الاسم كالثوب و العبد و متفقها ما ساوى جزؤه كله فى ذلك كالسمن و الزيت و قد تقدم لنا عند شرح قوله و إن كان من ذوات الأمثال قسط على الأجزاء كلام نافع فى بيان متساوى الأجزاء و متفقها فليراجع

(قوله قدس سره) (و يصح بيع الصاع من الصبرة و إن كانت مجهولة الصيعان إذا علم وجود المبيع فيها و هل ينزل على الإشاعة فيه نظر فإن جعلنا المبيع صاعا من الجملة غير مشاع بقى المبيع ما بقى صاع و على تقدير الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة)

إذا باع صاعا من صبرة متساوية الأجزاء و هى مجهولة الصيعان صح البيع إذا علم وجود المبيع فيها إجماعا كما هو صريح حواشى الشهيد و ظاهر التذكرة (حيث قال) عندنا و عند الجمهور إلا داود لأن المبيع أمر كلى و الأجزاء متساوية فلا غرر و لا جهالة بجهل صيعانها بخلاف ما لو باع النصف لأنه مع الجهالة لا يعلم قدره فيلزم الغرر و ظاهر الدروس و اللعة الصحة و إن لم يعلم اشتغال الصبرة على القدر المبيع (قال فى اللعة) فإن نقصت تخير بين الأخذ للموجود منها بحصته من الثمن و بين الفسخ لتبعض الصفقة و استحسنت فى الروضة ما فى الكتاب و التذكرة و حواشى الشهيد و غيرها من اعتبار العلم باشمالها على المبيع (و قال) لو قيل بالاكتماء بالظن الغالب باشمالها عليه كان متجها و ظاهر عبارة المبسوط الصحة و إن لم يعلم اشتغال الصبرة على المبيع حيث قال بعثك عشرة



أقفره من هذه الصبره بكذا صح لكنه فى الخلاف أتى بهذه العبارة و نسب الخلاف إلى داود و قد حكى فى التذكرة عن داود المنع مع العلم باشتغالها عليه فيكون الشيخ ممن يعتبر العلم كما حكى عنه فى الإيضاح (قال) إن الشيخ ذهب إلى الصحة فيما إذا كانت الصبره مجهوله و علم دخول المبيع فيها و كانت متساويه (و قال) يبقى المبيع ما بقى صاع (انتهى) و قد يكون أراد هنا بيان أنه هل ينزل على الإشاعه أولا (و ربما قيل) إن الفرق بين هذه المسأله و المسألتين السابقتين أعنى قوله لو بعتك صاعا من هذه الصيعان (و قوله) و لو فرق الصيعان أنه فرضهما فى صورة العلم بالصيعان (و هذه المسأله) مفروضه مع الجهل و أن الصيعان فى الأوليين متفرقه و هنا مجتمعه (فإن قلت) صريح قوله هناك و لو فرق الصيعان يدل على أن قوله و لو مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٥

.....

قال بعتك صاعا من هذه الصيعان مبنى على فرض الاجتماع (قلت) ظاهر قوله هذه الصيعان التفرقه مضافا إلى قوله هنا و يصح بيع الصاع من الصبره فإنه قد يعطى التفرقه هناك (فليتأمل جيدا) و فى الأول بلاغ و قد بينا الحال هناك (و قد) احتمل المصنف التنزيل على الإشاعه و أن المبيع ذلك المقدار على تقدير الجهل بالصيعان كما هو ظاهر الدروس و صريح جامع المقاصد و المسالك و الروضه و الكفايه و الرياض و الحقائق و ظاهر التذكرة و كذا نهاية الإحكام و الإيضاح أن الاحتمالين إنما يجريان فى صورة العلم (و هو) الذى كان يختاره الأستاذ الشريف أدام الله حراسته منذ عشر سنين (قال فى التذكرة) لو باع صاعا من هذه الصبره و هما يعلمان العدد صح و هل ينزل على الإشاعه بحيث لو تلف بعض الصبره تلف بقسطه من المبيع أو لا بل المبيع صاع من الجمله غير مشاع لعدم اختلاف المقصود باختلاف أعيان الصاع فيبقى المبيع ما بقى صاع (فيه احتمالان) أظهرهما عند الشافعيه الأول و لو لم يعلم العدد فإن نزلناه على الإشاعه فالأقرب البطلان و إن قلنا أن المبيع صاع غير مشاع جاز و نحوه ما فى نهاية الإحكام (و أنت خير) بأن التنزيل على الإشاعه متوجه على التقديرين كما صرح به من عرفت (أما) على تقدير العلم فظاهر (و أما) على تقدير الجهل فلأنه إنما يشترط علم النسبه إذا كان مقدرًا بالجنسيه المشاعه صريحا أما إذا كان مقدرًا بالجزئى المعين الذى تلزمه الإشاعه بسبب من خارج فلا و هنا كذلك كما لو انهالت حنطه على الصاع المعين قبل القبض (هذا) و الأجدود فى المسأله على التقديرين عدم الإشاعه و أن المبيع ذلك المقدار كما هو خيره الدروس و حواشى الكتاب للشهيد و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و الكفايه و هو المنقول فى الإيضاح عن الشيخ كما سمعته آنفا لأنه هو السابق إلى الفهم و عليه دلت الروايه و هى روايه بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن فى أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشتريت و رضيت فأعطاه من ثمنه ألف درهم و وكل المشتري من يقبضه فأصبحوا و قد وقع فى القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشرة آلاف طن فقال العشرة آلاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البائع و الروايه صحيحه أو حسنه إلا أن فى صحة هذا البيع إشكالا من حيث جهاله عين المبيع فيه و قد صرحوا فيما إذا باع شاة غير معلومه من قطع بطلان البيع و إن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياه و تساوت أثمانها (فليتأمل) و قد تقدم لنا عند شرح قوله و لو باع ذراعا من أرض أو ثوب «إلخ» ما له نفع فى المقام (و أما التنزيل) على الإشاعه فلم أجد من صرح به و إنما ذكر الاحتمالين فى التذكرة و نهاية الإحكام مع العلم من دون ترجيح نعم فى الإيضاح قال فى صورة العلم و قيل بالأول يعنى التنزيل على الإشاعه لأنه لو لم يكن مشاعا لكان المبيع غير معين فلا يكون معلوم العين و هو الغرر الذى يدل على فساد البيع و لأن ترجيح أحدهما بعينه بوقوع البيع عليه ترجيح من غير مرجح و لا بعينه هو المبهم و إبهام المبيع يبطل «انتهى» و لم يرجح أحد الوجهين (و اعلم) أن الشهيد فى حواشى الكتاب و الشهيد الثانى فى الروضه قالوا إن أقسام بيع الصبره عشرة لأنها إما أن تكون معلومه المقدار أو مجهولته فإن كانت معلومه صح بيعها أجمع و بيع نصفها أو ربعها و بالجمله جزء منها معلوم مشاع و بيع

مقدار كقفيز تشتمل عليه و يبيعها كل قفيز بكذا لا يبيع كل قفيز منها بكذا و المجهولة كلها باطله إلا الثالث و هو قوله بعتك قفيزا منها و هي مشتملة عليه (و قد عرفت) الحال في الثالث (و أما الخامس) و هو مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٦

.....

بيع كل قفيز منها بكذا فباطل على التقديرين و به صرح في المبسوط فنسب الخلاف إليه لم تصادف محزها (قال في المبسوط) لو قال بعتك من هذه الصبره كل قفيز بدرهم فإنه لا يصح لأن من للتبعيض و البعض المبيع مجهول فلم يصح و كلامه شامل لصورتى العلم و الجهل نعم ظاهر التذكرة قصر الحكم على صورة الجهل قال لو (قال) بعتك من هذه الصبره كل قفيز بدرهم و لم يعلم أو أحدهما القدر بطل عندنا لأن من للتبعيض و البعض المبيع مجهول «انتهى» و الوجه البطلان مطلقا لعدم العلم بقدر المبيع و الثمن لأن مرجع هذا العقد إلى تخير المشتري في أخذ ما شاء منها فإن أخذ قفيزين لزمه درهمان و هكذا و لا ينفع حينئذ كون الصبره معلومه (و أما الرابع) و هو يبيعها كل قفيز بدرهم كأن يقول بعتكها كل قفيز بدرهم فإنه يصح مع العلم لأنها معلومه القدر و قد باعها كل قفيز بدرهم فالمبيع هنا مجموعها و في المبسوط و الخلاف لو قال بعتك هذه الصبره كل قفيز بدرهم صح البيع (قال في الخلاف) لأنه لا مانع منه و الأصل جوازه و إطلاق كلامه يقضى بالصحة و لو مع الجهل و قد نفى عنه البعد في الكفاية و قد نص في التذكرة و الدروس و غيرهما على البطلان في صورة الجهل لعدم تعيين العوضين (و فيه) أن المبيع معلوم بالمشاهدة و الثمن معلوم لأنه مما يمكن أن يعرف و هو أن تكال الصبره و يقسط الثمن على قدر قفزاتها فيعلم مبلغه و له نظائر ذكر جملة منها في التذكرة و قضيه كلامه فيها أنه إذا كان المبيع معلوما بالقوة القريبه يصح بيعه و إن كان مجهولا بالفعل و إن استشكل فيه المحقق الثاني كما سيأتى فيما لو باع من اثنين صفقة قطعة أرض على الاختلاف بأن ورث من أبيه حصه و من أمه حصه أقل أو أكثر و جعل لكل واحد منهما أحد النصيبين و للآخر الباقي «فليتأمل جيدا» و احتمل في المختلف الصحة في القفيز الواحد لا الجميع لجهالة الثمن و قد حكا فيه عن أبي حنيفة (و فيه تأمل ظاهر) و مما ذكر يعلم الحال فيما إذا قال بعتكها كل قفيز منها بدرهم فإن ظاهرهم البطلان مطلقا و قد ذكر في المبسوط في الصبره أقساما عشرة بعضها غير ما ذكر و نحوه ما في التذكرة (قال في المبسوط) السابعة أن يقول بعتك هذه الصبره كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزا فإن أراد بالزيادة الهبة صح و لا مانع منه و إن أراد أن يزيد مع المبيع لا يجوز لأن الصبره إذا لم تكن معلومه المقدار فإذا قسم الزائد على القفزان كان كل قفيز و شىء بدرهم و ذلك مجهول (الثامنة) أن يقول بعتك هذه الصبره و هي عشرة أفقره كل قفيز بدرهم على أن أزيدك فيه قفيزا فإن لم يعين القفيز الميز لم يجز لأنه غير مشاهد و إن عين جاز لأنه يصير كأنه باعه كل قفيز و عشر قفيز بدرهم و ذلك معلوم (التاسعه) أن يقول بعتك هذه الصبره كل قفيز بدرهم على أن أنقصك قفيزا لم يصح لأن معنى هذا أنى أخذ منها قفيزا و أحسب عليك ثمنه فيكون كل قفيز بدرهم و شىء و هو مجهول لأن الصبره مجهولة القفزان (العاشره) أن يقول بعتك هذه الصبره و هي عشرة أفقره كل قفيز بدرهم على أن أنقصك قفيزا فإنه يجوز و يكون كل قفيز بدرهم و تسع و ذلك معلوم (و قال في المسأله السادسة) إذا قال بعتك هذه الصبره كل قفيز بدرهم على أن أزيدك أو أنقصك قفيزا و الخيار لى فى الزيادة و النقصان فإنه لا يجوز لأن المبيع مجهول لا يدرى أيزيده أم ينقصه (انتهى) و قد ذكر مثل ذلك فى التذكرة هذا و إنما يصح بيع الصبره إذا تساوت أجزاءها فإن اختلفت كصبره ممتزجه من جيد و ردى لم يصح إلا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٧

(الرابع) إبهام السلوك كإبهام البيع فلو باع أرضاً محفوفةً بملكه و شرط الممر من جهة معينة صح البيع و إن أبهم بطل (١) و إن قال بعتهكها بحقوقها صح فيثبت السلوك للمشتري من جميع الجوانب (٢) و إن كانت إلى شارع أو ملك المشتري على إشكال (٣)

للمشاهد للجميع و لو باعه نصفها أو ثلثها فكذلك

(قوله قدس سره) (إبهام السلوك كإبهام البيع فلو باع أرضاً محفوفةً بملكه و شرط الممر من جهة معينة صح البيع و إذا أبهم بطل) كما فى التذكرة و نهاية الإحكام و الدروس (أما الصحة) مع التعيين فواضحة و قد ادعى عليها الإجماع فى التذكرة (و أما البطلان) مع الإبهام فلاختلاف الأغراض باختلاف الجهات فربما أدى الأمر إلى المنازعة و الجهالة فى الحقوق كلها كالجهالة فى المعقود عليه كما هو ظاهر

(قوله قدس سره) (و إن قال بعتهكها بحقوقها صح فيثبت للمشتري السلوك من جميع الجوانب)

قد يظهر من التذكرة الإجماع عليه و به جزم فى نهاية الإحكام و أفتى به فى الدروس مع احتمال البطلان و لا بد من تقييده بما إذا كانت محفوفةً بملك البائع كما ستعرف و الوجه فى ذلك أن إطلاق العقد ينزل على ما يتوقف الانتفاع عليه و هو ثبوت الممر و الجهات كلها متساوية فى ذلك باعتبار انتفاء ما يدل على استحقاقه من جهة بخصوصها فيثبت من الجميع لبطلان الترجيح من غير مرجح (قال فى جامع المقاصد) فإن قيل لم يستحق الممر من جهة مخصوصة إما بأن يجعل التعيين إليه أو إلى البائع لاندفاع الضرورة بذلك (قلنا) لأنه لما باعه بحقوقها استحق المشتري الممر من الجوانب التى كان البائع يستحق الممر منها (و لقاتل أن يقول) إن البيع بحقوقها يقتضى دخول ما كان حقاً لها أى حقاً لملكها باعتبارها أما ما كان حقاً لملكها باعتبار ملكه لما حولها فلا يعد من حقوقها عادةً فلا يندرج فى حقوقها نعم لو تقدم إحيائها على إحياء ما حولها كان الممر إليها من جميع الجوانب معدوداً من حقوقها بخلاف ما كان إحياء ما بقربها سابقاً على إحيائها فإنه لا أحقية (و يمكن الجواب) بأن إحياءها و إن تأخر عما حولها لكن استحقاق الممر باعتبارها ثابت فى هذه الحالة أيضاً لأن الممر إليها من ضروريات الانتفاع بها و هو ثابت للمالك من جميع الجوانب كما لا يخفى و لا معنى بالممر إليها من جميع الجوانب إلا هذا المعنى (هذا) و لو أطلق فى التذكرة و نهاية الإحكام أن فيه وجهين ثبوت السلوك من جميع الجهات و عدمه لسكوته عنه و استظهر فى التذكرة و جامع المقاصد ثبوته من جميع الجهات لأن مطلق البيع يقتضى حق الممر لتوقف الانتفاع عليه و الجهات كلها متساوية فى ذلك فأشبهه ما لو قال بعتهكها بحقوقها (و وجه البطلان) عدم الانتفاع بها فى الحال (و هذا مبنى على) عدم اقتضاء مطلق البيع حق الممر (وفيه) على تقدير تسليمه أنه يمكنه التوصل إلى الانتفاع بتحصيل ممر بالعادية أو الشراء فأشبهه ما لو نفى الممر (قال فى التذكرة) و لو شرط نفي الممر فالوجه الصحة لإمكان الانتفاع بالإيجاب و توقع تحصيل المسلك و يحتمل البطلان لعدم الانتفاع به فى الحال و فى الدروس إن أطلق دخل الطريق فإن اتحد صح و إلا بطل و إن فقد تخير انتهى فتدبر (و قال فيه أيضاً) لو باعه بيتاً من دار بحقوقها فله السلوك من جميع جوانب الدار و يحتمل البطلان و فى التذكرة أنه لو باعه داراً و استثنى لنفسه بيتاً فله الممر و إن نفى الممر فإن أمكن اتخاذ ممر صح و إلا - فالأقرب الصحة و للشافعية وجهان

(قوله) (و إن كانت إلى شارع أو ملك المشتري على إشكال)

هذا متصل بما قبله و معناه أنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٨

**[الخامس لو باع بحكم أحدهما أو ثالث من غير تعيين قدر الثمن]**

لو باع بحكم أحدهما أو ثالث من غير تعيين قدر الثمن أو وصفه بطل (١)

إذا قال بعثتها بحقوقها و كانت إلى شارع أو ملك المشتري هل يثبت للبائع السلوك من جميع الجهات أم ليس له إلا الاستطراق من الشارع أو من ملكه و قد استشكل المصنف هنا في ذلك من ثبوت استحقاق البائع المرور إليها من جميع الجوانب في صورتين المذكورتين إلا ملك المشتري فيكون ذلك حقا لها فيندرج في البيع و من أن المقتضى لكونه حقا لها توقف الانتفاع على المرور و هو في صورتين يتحقق في الشارع و ملك المشتري و لا دليل يدل على اندراج السلوك من الجوانب في البيع فيقتصر فيه على اليقين لأنه على خلاف الأصل و في التذكرة و نهاية الأحكام أنه لو قال بحقوقها كان له الاستطراق في ملك البائع سواء كانت ملاصقة للشارع أو لملك المشتري نعم لو أطلق البيع و كانت ملاصقة لأحدهما فليس للمشتري الاستطراق في ملك البائع لأن العادة في مثلها الدخول من الشارع فيتنزّل الأمر عليها و كذلك الحال فيما إذا كانت ملاصقة لملك المشتري و ظاهر الدروس احتمال الأمرين كالكتاب و لم يرجح في الإيضاح صريحا أحد الوجهين فيما إذا كانت إلى شارع و قد يلوح منه الميل إلى ما في التذكرة و أما إذا كانت إلى ملك المشتري فظاهرة أو صريحة ثبوته له من جميع الجهات و ظاهر جامع المقاصد أو صريحه الميل إلى عدم ثبوت ذلك له في المسألتين (و الذي ينبغي ذكر صور المسألة و هي كثيرة) و نحن نذكر جملة و أفردها منها بها يتحرر البحث في المقام (الصورة الأولى) أن تكون محفوفة بملك المشتري فلا بحث (الثانية) أن تكون محفوفة بملك البائع و الإشكال في دخول الجميع لعموم لفظ حقوق إذ هو جمع مضاف و في الاجتزاء بالبعض اقتصارا على القدر الضروري فحينئذ يجب التعيين و يبطل بعدمه لتوقف الانتفاع عليه و هو مجهول (الثالثة) أن تكون محفوفة بالمباح فلا بحث أيضا (الرابعة) أن تكون محفوفة بملك الناس و الحكم فيه الخيار مع عدم العلم لا غير (الخامسة) أن تكون محفوفة بملكهما فالإشكال في دخول ما يختص بالبائع لعموم اللفظ و عدمه لزوال الضرر (السادسة) أن تكون محفوفة بشارع و ملك البائع فالإشكال في دخوله و تعيينه (السابعة) أن تكون محفوفة بملك البائع و أجنبي و لها طريق واحد فلا إشكال في دخوله و تعيينه (الثامنة) الصورة بحالها و الطريق متعدد فالإشكال كما تقدم في دخول الجميع و البطلان مع عدم التعيين (التاسعة) أن تكون محفوفة بملك المشتري و أجنبي فلا- بحث (العاشر) أن تكون محفوفة بملكها أو بملك أجنبي و فيه الإشكال (الحادية عشرة) أن تكون محفوفة بملك المشتري و الشارع و لا إشكال فيه (الثانية عشرة) أن تكون محفوفة بملكها و الشارع و فيه البحث السابق

(قوله قدس سره) (لو باع بحكم أحدهما أو ثالث من غير تعيين قدر الثمن أو وصفه بطل)

اتفاقا كما في الروضة و حاشية السيد حسين المشهور بخليفة سلطان على الفقيه و في التذكرة لو باعه بحكم المشتري و لم يعين بطل البيع إجماعا و في السرائر بعد أن نقل كلام النهاية و ستمعه (قال) و الأولى أن يقال البيع باطل لأن كل مبيع لم يذكر فيه الثمن يكون باطلا بلا خلاف بين المسلمين و في المختلف بعد نقل كلام الشيخ و المفيد و أبي الصلاح و القاضي (قال) لنا على بطلان البيع مع الجهالة الإجماع عليه و في مجمع البرهان أنه لو باع بحكم أحدهما بطل البيع و الإجماع منقول على اشتراط العلم في التذكرة مع عدم ظهور خلافه و في التنقيح أن عليه الفتوى و في الرياض لو اشتراه بحكم أحدهما أو أجنبي فالبيع باطل إجماعا كما في المختلف و التذكرة و الروضة (انتهى) و قد سمعت ما في التذكرة و المختلف فتأمل (و الوجه في البطلان) بعد الإجماع المنقول بل المعلوم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٧٩

فيضمن المشتري العين لو قبضها بالمثل أو القيمة يوم القبض أو أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف على الخلاف (١) و عليه أرش النقص و الأجره إن كان ذا أجره لا تفاوت السعر و له الزيادة إن كانت من فعله عليه أو صفة و إلا فللبائع و إن كانت منفصلة

الغرر و الجهالة المنهى عنهما بالإجماع و الرواية المتفق عليها بين العلماء كافة فلا يقاومها شيء من النصوص و إن كان صحيحا

صريحا (فحسنة رفاعه) أو صحيحته الدالة على جواز تحكيم المشتري و لزوم الحكم عليه بالقيمة السوقية فما زاد مع أنها غير صريحة في صحة المعاملة محتملة للتأويل بغير البعيد في مقام الجمع بين الأدلة و قد رماها جماعة بالشذوذ و الندرة (و أما المخالفون) على الظاهر فعن أبي علي أنه لو قال بسعر ما بعث مع جهالة المشتري صح و يكون للمشتري الخيار انتهى (فتأمل) و في المقنعة من اتباع متاعا أو غيره من المبيعات بحكمه في الثمن و لم يسم شيئا كان البيع باطلا و إن قبض المبيع فإن هلك الشيء في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتاعه إلا أن يحكم على نفسه بأكثر منها فيلزمه ما حكم به دون القيمة و إن كانت عين الشيء قائمة لم تهلك كان لصاحبه انتزاعه منه و كان عليه أن يرد على المبتاع قيمة الزيادة بحدته فيه فإن ابتاعه بحكم البائع في ثمنه فحكم بأقل من قيمته كان له ذلك دون ما سواه و إن حكم بأكثر من قيمته لم يكن له ذلك إلا أن يتبرع بذلك عليه المبتاع و مثل ذلك قال في النهاية من دون تفاوت أصلا في المطلوب و إن تفاوتت العبارة تفاوتتا سيرا و نقل في المختلف عن التقى و القاضي أنهما قالا مثل ذلك (فليتأمل) فإن كلام الشيخين قابل للتأويل و نقل الشهيد في حواشيه عن القطب أنه قال إن كان الحاكم المشتري فتلغ فعليه ما حكم به إن زاد عن القيمة و إن كان الحاكم البائع و حكم بأنقص عن القيمة لزم مع حكمهم ببطالان البيع كذا نقل (فليتأمل) في هذا فإنه يعطى أنهم متفقون على بطلان البيع و إنما يلزم كل منهما بحكمه إذا تلف فتدبر (و قال) إنه قال لو كان المشتري جاهلا فالظاهر رجوعه و كذا إذا علم فيما بعد و لم يمكن الرد إليه و لا إلى وكيله أو استيذان الحاكم و أنه قبل العلم لا يفتقر إلى نية الرجوع و أما بعده فلا بد من النية (و هل يفتقر) إلى الإشهاد خلاف «انتهى» ما وجدناه في الحواشي و كان النسخة غير نقيصة من الغلط و في مجمع البرهان أن تأويل خبر رفاعه مشكل و كذا رده فيمكن أن يكون حكما في قضية و لا يتعدى و صاحب الحدائق عين بها العمل و خصص بها أخبار الغرر و رد بها الإجماع و ليس ذلك منه بعجيب (و الخبر) هو ما رواه ثقة الإسلام و الشيخ و الصدوق عن العدة عن سهل و أحمد جميعا عن النهاية و التهذيب الحسن بن محبوب عن رفاعه (قال) سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له هذه الألف الدراهم حكمي عليك فأبى أن يقبضها و قد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالألف الدراهم فقال أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد عليه ما نقص من القيمة و إن كان قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له (الحديث) فالرواية بحسب السند معتبرة صحيحة في الكافي و كذا الفقيه و التهذيب بملاحظة فهرست الشيخ فإنه يعلم منه أن جميع ما نقله عنه من الروايات و المصنفات فهو صحيح لكن في الخلاصة ما أخذه من مصنفاته فصحيح و إلا فحسن و يمكن تأويلها بأن يكون حاصل الجواب أنها تقوم بثمن المثل إن أراد شراءها و يشتري به مجددا إن كان ثمن المثل أكثر مما دفع و إلا وقع ندبا و استحبابا بناء على أنه أعطاه سابقا

(قوله قدس سره) (فيضمن المشتري العين لو قبضها بالمثل أو القيمة يوم القبض أو أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف على الخلاف)

قد استوفينا الكلام في القيمة و ضمانها في مباحث البيع الفضولي عند شرح

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨٠

### [السادس تكفي المشاهدة عن الوصف]

تكفي المشاهدة عن الوصف و إن تقدمت بمدة لا تتغير عادة (١) و لو احتمل التغير صح للاستصحاب فإن ثبت التغير يخير المشتري

قوله و لو فسخ رجوع على المشتري بالعين و يرجع المشتري على البائع بما دفعه انتهى (فراجع) تجد الكلام في ذلك مسبغا مشبعا و تقدم لنا قبل ذلك في ذلك شطر صالح نافع عند شرح قوله و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك و ضمن و بينا هناك أن له

الزيادة إن كانت من فعله و نقلنا خلاف ابن إدريس و تفصيله فليراجع (و وجه ضمان المشتري العين كما في جامع المقاصد) أنه إنما قبضها بناء على أن الثمن في مقابلتها للبائع و قد فات بفساد البيع فيجب ردها حذرا من أن يفوت على البائع كل من العوض و المعوض و لأنه رضى بأن تكون له و تلفها منه في مقابل الثمن و قد فات ذلك بفساد البيع فيكون تلفها منه بقيمتها (و قد يقال) إنه إنما دخل على أن تلفها منه بالثمن لا- بالقيمة فيجب أن يكون اللازم الثمن زاد على القيمة أو لا (و يجاب) بأن ذلك كان لاعتقاد صحة البيع فعند فساده يجب رد العين فمع فواتها يرجع إلى قيمتها أو مثلها (ثم قال في جامع المقاصد) و اعلم أن الواجب في المثل المثلي بكل حال لأنه أقرب إلى العين من القيمة باعتبار المشاكلة (و يشكل) لو كان المثلي في موضع التسليم كثير القيمة و في موضع دفع العوض قليلها جدا كالماء في المفازة و على شاطئ الفرات فإن المتجه هنا الانتقال إلى القيمة و إلا لزم الضرر العظيم (قلت) و لعل مثله ما إذا اختلف الزمان كزمان الغلاء و الرخص و إن اتحد الموضوع (فليتأمل) و قد تعرض المصنف لهذا الفرع في باب الغصب (فليلحظ) و لو تعذر المثل في المثلي صير إلى القيمة وقت تعذره و قد تقدم لنا عند مباحث البيع الفضولي عند شرح قوله و إن كان من ذوات الأمثال قسط بيان المثلي و القيمي و ما يرد عليه من الإشكال و قد فهم صاحب جامع المقاصد أن المراد بالأجرة في العبارة أجرة الرد إن كان للرد مثنوئه لظاهر قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدى و يتأتى ذلك في طرف المشتري لو كان لرد الثمن مثنوئه (قوله رحمه الله) (تكفى المشاهدة عن الوصف و إن تقدمت بمدة لا تتغير عادة)

نبه بذلك على خلاف الأنماطى من الشافعية و أحمد في إحدى الروايتين عنه حيث اشترط مقارنة الرؤية للمبيع فلو تقدمت بطل عندهما (و قال في التذكرة) ذهب علماؤنا و عامة أهل العلم إلى أنه يصح بيع الغائب إذا كان قد شاهداه و لا يتطرق إليه التغيير غالبا كالأرض و الأواني و الحديد أو كان مما لا يتغير في المدة المتخللة بين الرؤية و العقد و نحو ذلك قال في المسالك بل فيه التصريح بالإجماع و قد نص على ذلك في المبسوط و الخلاف و ما تأخر عنهما مما تعرض له فيه و نقضوا قول الأنماطى و من وافقه بما لو شاهدا دارا و وقفا في بيت فيها و تبايعا أو أرضا و وقفا في طرفها فإن البيع صحيح إجماعا مع عدم المشاهدة للكل في الحال و الشرط إنما هو العلم و هو ثابت حال العقد و أما إذا احتمل التغيير و عدمه أو كان حيوانا ففي المبسوط و الخلاف أنه يصح بيعه أيضا لأن الأصل السلامة و في نهاية الأحكام أنه الأصح و في التذكرة أنه أقرب و في الكتاب صح للاستصحاب و نحوه ما في الروضة (لا يقال) كيف يعتمد على الاستصحاب و غاية ما يفيد الظن و الشرط في الصحة المعلوماتية (لأننا نقول) إن العلم المشروط في الصحة قد تقدم أنه في كل شيء بحسبه ففيما يعتبر فيه اليقين لا بد منه و فيما جرت فيه العادة بالعلم العادى فالمرجع فيه إلى العادة و هي حاكمة بأن الظن المستفاد من الاستصحاب علم و إلا لما صحت مكاتبة الغائب و مراسلته و لو كان المبيع مما يتغير في مثل تلك المدة غالبا لم يصح البيع كما في المبسوط و التذكرة و نهاية الأحكام و الروضة و غيرها لتحقق الجهالة المترتبة على تغييره (إذا عرفت هذا) فلو رأى ما لا يتغير عادة أو ما يحتمل التغيير و عدمه و الحال أنه على ما رآه لم يتغير لزم البيع قولاً واحداً كما في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨١

و القول قوله لو ادعاه على إشكال (١)

التذكرة و إن كان قد تغير تغيرا لا- يتسامح بمثله عادة تخير المشتري كما في المبسوط و الخلاف و التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و اللمعة و الروضة و غيرها بل لا أجد فيه مخالفا نعم احتمل في نهاية الأحكام البطلان ثم قوى الصحة لبناء العقد على ظن غالب (ثم قال) و لا نعى بالتغيير التعيب فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة و لكن الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية فكل ما فات منها فهو بمثابة ما لو تبين الخلف في الشرط و مثل ذلك قال في المسالك و حاصله أن المراد بالتغيير الموجب للتخير هنا ما اختلف بسببه الثمن اختلافا لا يتسامح بمثله غالبا و يوجب اختلاف الرغبات و صاحب الحدائق توقف و تخير لما لم يكن في المسألة خبر

(قوله قدس سره) (و القول قوله لو ادعاه على إشكال)

أى القول قول المشتري لو ادعى التغيير و قد استشكل فى ذلك هنا كما فى الشرائع و التحرير و نهاية الأحكام و حكم بتقديم قول المشتري فى التذكرة كما فى المبسوط و الإيضاح و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك لأن البائع يدعى علمه بهذه الصفة و هو ينكره و لأن الأصل عدم وصول حقه إليه فيكون فى معنى المنكر و إن كان بصورة المدعى و وجه تقديم قول البائع تحقق الاطلاع القديم المجوز للبيع و أصالة عدم التغير و لزوم العقد و أنه لو ترك ترك و أن المشتري يدعى خلاف الأصل و خلاف الظاهر «فليتأمل جيدا» و لعل الأول أقوى لأن حقوق بنى آدم الواجبة مبنية على الاحتياط التام و القطع و الجزم فيحلف على أن المبيع ليس بالصفة التى اشترطها عليه و ربما قيل (احتمل) التفصيل (ل) بالتفصيل فاحتمل فى نهاية الأحكام تقديم قول البائع مع عدم غيبته و قول المشتري معه و استحسنت الشهيد فى حواشيه التفصيل بطول المدة و قصرها (و لو) انعكس الفرض بأن ادعى البائع تغييره فى جانب الزيادة و أنكر المشتري احتمال تقديم المشتري لأصالة عدم التغير و لزوم البيع و الظاهر تقديم قول البائع لعين ما ذكره فى المشتري و فى تقديم قول المشتري فيهما جمع بين متنافيين مدعى و دليلا لأنه إنما يقدم قول المشتري مع كونه مغبونا اعتمادا على عدم وصول حقه إليه و بقاء الثمن فى ملكه و إذا فرض أنه عين فهذا الوجه يقتضى تقديم قول البائع و إن اعتمد هنا على أصالة عدم التغير (و صحة العقد خ ل) و لزوم العقد ينبغى فى صورة كونه مغبونا عدم القول بتقديم قوله (فإن قلت) إطلاق كلامهم بتقديم قول المشتري يقتضى تقديم قوله فى صورة العكس (قلت) المفروض فى كلامهم إنما هو القسم الأول فحسب فصح لهم القول بتقديم قول المشتري (نعم) يرد ذلك على عبارة اللمعة حيث قال يتخير المغبون منهما أى البائع إن ظهر زائدا و المشتري إن ظهر ناقصا (ثم قال) و لو اختلفا فى التغيير قدم قول المشتري بيمينه فقد حكم بتخير المغبون الصالح لكل منهما و عطف عليه حكمه بتقديم قول المشتري من غير فرق بين أن يكون هو الغابن أم المغبون و بين القسم الأول و بين هذا الإطلاق تنافر فوق التنافى بين أحد الدليلين و الدعوى (فتأمل) و لو اتفقا على تغييره لكن اختلفا فى تقدمه على البيع و تأخره و لا قرينة تشهد بصدق أحدهما فالوجهان أعنى أصالة عدم وصول الحق و أصالة عدم التغير و كذا لو وجداه تالفا و كان مما يكفى فى قبضه التخليء و اختلفا فى تقديم التلف على البيع و تأخره أو لم يختلفا فإنه يتعارض أصلا أصل عدم تقدم العقد و أصل عدم تقدم التلف فنحكم بالاقتران بمعنى أن العقد قارن التلف فيقدم قول المشتري أو نقول بأنهما يتساوقان و يتساقطان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨٢

و لا يصح بيع السمك فى الآجام و إن ضم إليه القصب و كذا اللبن فى الضرع مع المحلوب (١) (منه)

فيرجع إلى أصل بقاء ملك المشتري على الثمن و العقد الناقل قد شك فى تأثيره لتعارض الأصلين (فتأمل)

(قوله) (و لا يصح بيع السمك فى الآجام و إن ضم إليه القصب و كذا اللبن فى الضرع مع المحلوب)

اختار فى المسألتين عدم الصحة كما هو فى السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التلخيص و اللمعة و التنقيح و هو ظاهر نهاية الأحكام فى السمك و صريحها فى اللبن و قواه فى جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و فى عبارة التلخيص نوع خفاء و هو المشهور كما فى الروضة و الحدائق و فى التذكرة فى مسألة اللبن أن الأشهر عندنا البطلان و فى جامع المقاصد و تعليق الإرشاد أنه المشهور فى المسألة المذكورة (و فى النهاية و الوسيلة) أن البيع صحيح فى المسألتين مع الضميتين و هو المنقول عن أبى على و القاضى و مال إليه المولى الأردبيلي و صاحب الكفاية و الكاشانى و كذا الشهيد فى غاية المراد على ما لعله يظهر منه (و قال) فى حواشيه على الكتاب يجوز بيع اللبن مدة معينة مع وزن المحلوب فكان موافقا للشيخ (لأنه قال فى النهاية) فمن أراد بيع ذلك حلب من الغنم شيئا من اللبن و اشتراه مع ما بقى فى (من خ ل) ضرعه فى الحال أو فى مدة معينة من الزمان و إن جعل معه عرضا آخر كان أحوط (انتهى) و فى الخلاف الإجماع على صحة بيع السمك فى الأجمة إذا باع معه ما فيها من القصب أو

يصطاد شيئاً منه و يبيعه مع ما بقى فيه و فى الغنية الإجماع على الصحة فيما إذا باع معه القصب و فى المبسوط رواه أصحابنا (و قال المتأخرون) كما فى المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح بالتفصيل و فى الحدائق أنه المشهور بين المتأخرين و هو خيرة المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و تخلص التلخيص و المقتصر و المسالك و استحسنة فى الروضة و مال إليه أو قال به فى المهذب البار و فى جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و هو حسن إلا أن فيه إعراضاً عن الأخبار (و ليتأمل) فى نسبه إلى المتأخرين فكأنها لم تصادق محزها (و التفصيل) هو أنه إذا كان المقصود بالبيع الضميمة المعلومة و جعل ما عداها تابعا صح البيع كما هو الشأن فى أسفل الدار و وسط الحائط و إن انعكس أو كانا مقصودين لم يصح و لم يصرح فى الدروس بشيء و كأنه ممن يميل إلى قول الشيخ و هذا التفصيل سيأتى فى كلام المصنف قريبا و نيين الحال فيه و محل النزاع إنما هو السمك المملوك المقدر على قبضه غير المعلوم العدد و لا المشاهد مع الضميمة المعلومة لأن غير المملوك و لا المقدر لا يجوز بيعه اتفاقاً و المحصور و المشاهد يجوز بيعه إجماعاً و إطلاق العبارات يحمل على عدم الحصر و المشاهدة كما هو الغالب و قد استوفينا الكلام فى ذلك فى أول الفصل الثالث عند شرح قوله و لا- السمك فى الماء إلا- أن يكون محصوراً و أما اللبن فى الضرع فلا يصح بيعه منفرداً إجماعاً كما فى التذكرة و غيرها (و الحاصل) من تتبع أن المشهور بين المتقدمين هو الصحة فى المقامين و لا سيما فى مسألة السمك و إنما حدث الخلاف من ابن إدريس فعمل الأقوى ما عليه المتقدمون (و الحجّة) عليه بعد إجماعى الخلاف و الغنية فى السمك و عموم الأدلة فى السمك و اللبن مع العلم فى الجملة و عدم اشتراط المعرفة التامة مع تأيد ذلك ببيع الآبق مع الضميمة الأخبار المتعاضدة المعتضدة بعمل الشيخ و من وافقه و لا- أقل من أن يستفاد من الإجماعين شهرة تقيم أودها و تشد عضدها و قد نعتت فى غاية المراد بأنها مشتهرة و لم يعتقد إجماع من المتأخرين لأنهم ما بين مانع و مفصل و غير جازم ساكت أو مستحسن كالشهيد فى الدروس و المحقق الثانى و الشهيد الثانى (و قد سمعت) أن الشهيد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨٣

.....

فى حواشيه موافق للشيخ و أنه يظهر منه ذلك فى غاية المراد (فليتأمل) على أن فى التفصيل إعراضاً عن الأخبار كما سمعته عن المحقق الثانى إذ غاية ما تدل عليه هو أنه عند عدم حصول ذلك المجهول يصير الثمن فى مقابلة الضميمة المعلومة و أما كونها هى المقصودة بالبيع فلا بل ربما أشعر ظاهرها أن المقصود إنما هو ذلك المبيع المضموم إليه و إنما جعلت هذه الضميمة من قبل الحيل الشرعية لئلا يلزم أخذ الثمن بلا عوض هذا بالنسبة إلى الأخبار (ثم) إن هذا التفصيل هل هو خاص بهذه المسألة أم لا بد منه فى كل موضع ضم فيه المجهول إلى المعلوم كما فى بيع الثمرة إذا أريد بيعها بعد ظهورها و بيع الآبق و نحو ذلك فإن أريد الأول فهو تحكم و إن أريد الثانى فغير مسلم لأن عبارات الأصحاب كادت تكون ظاهرة فى خلافه لكنهم فى بيع الحمل مع أمه أجمعوا على الجواز (و سيتضح الحال فى هذا التفصيل) و أما القاعدة فغير متحققة لأن الظاهر عدم الفرق فإن ما جزؤه مجهول مطلقاً فهو مجهول كما أنهم فى القدرة على التسليم لا يجوزون البيع إذا كان بعض المبيع مقدوراً و بعضه غير مقدور و لو كان المقدر مقصوداً بالذات و يرشد إلى ذلك قوله فى التذكرة كما لا يجوز بيع الحمل منفرداً لا يجوز منضمماً إلى غيره بأن تقول بعتك هذه الجارية و حملها لأن جزء المبيع إذا كان مجهولاً- كان المبيع مجهولاً نعم يجوز انضمامه تبعاً لا مستقلاً و فى الأخير تأمل إلا أن يريد جعله شرطاً خارجاً عن المبيع و قد صرح بأنه يجوز جعله شرطاً (فتأمل) و الحاصل أنه إن كان بيع المجهول ممنوعاً فهو كذلك و إلا فلا و لهذا ما فرقوا فى ضميمة الآبق (فليتأمل جيداً) فالمنع فيما نحن فيه لمكان الغرر على تقدير تسليمه مشترك لكننا نخرجه بالدليل كما فى مسألة الآبق ثم إننا نمنع الغرر فقد فسر بيع الغرر بأنه مثل بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء كما فى الصحاح و فى نهاية ابن الأثير هو ما كان له ظاهر يعرفه المشتري و باطن مجهول (و قال الأزهري) بيع الغرر ما كان على غير عهدة و لا ثقة فقد ظهر أنه إن كان هناك غرر فهو ما



ذهبنا إليه و ما ذهبتم إليه و إلا فلا إذ لا فرق (و كون) المقصود بالتبع مما يتسامح فيه لا يجدى لأن المدار على نفى الغرر فيما وقع عليه البيع و قد وقع عليهما و كونه في المقام مما يتسامح فيه كل أحد ممنوع و لا كذلك أسفل الدار و وسط الحائط فإنه مما يتسامح به جميع العقلاء و قد استمرت عليه العادة إما أنه لا- يمكن العلم به إلا- بعد خرابه و هو منافع لمقاصد العقلاء أو لغير ذلك و لا كذلك السمك فإن المفروض القدرة على قبضه كما حرر في محل النزاع (فليتأمل) على أنا نقول إن الوسط و الأسفل مقصودان بالذات فيصلح شاهدا للخصم (فليتأمل جيدا) هذا كله مضافا إلى ما يأتي في الضابط في آخر المسألة و أما الأخبار المتعاضدة فهو خبر البنزطي عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام إذا كان أجمه ليس فيها قصب أخرج شيء من السمك فيباع و ما في الأجمه و ظاهر الخبر أنه لو كان فيها قصب فإنه لا يحتاج إلى ضميمه أخرى زائدة على القصب و سمك الأجمه قال في غاية المراد (و هذه) و إن كان في طريقها سهل بن زياد فاعتضادها و اشتهاها مرجح على أنه قد ظهر أثر الانضمام في الأبق قطعاً و في اللبن مع المتخلف في رواية سماعة و في الحمل مضافا إلى الصوف في رواية إبراهيم الكرخي و رواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا- بأس أن تشتري الآجام إن كان فيها قصب و قد ضعفها في المختلف بالحسن ابن سماعة (قلت) قد وثقه النجاشي ثم قال و نقول بموجبها و نحمل البيع فيها على القصب المشاهد (قلت) الظاهر أنه أراد به سمك الآجام إذ ليس السؤال عن نفس الآجام فلا بد فيه من إضمار إما السمك أو القصب للاتفاق على أن غيرهما غير مراد لا جائز أن يضم القصب و إلا لم يكن في التقييد به في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨٤

و كذا الجلد و الصوف على ظهر الغنم و إن ضم إليهما غيره و كذا ما في بطونها و كذا لو ضمهما و يجوز بيع الصوف على الظهر منفردا (١) على رأى

الجواب معنى و سياق أخبار الباب يدل على أن المراد بالأجمه السمك كما في رواية البنزطي و قد سمعتها و رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في شراء الأجمه ليس فيها قصب إنما هي ماء قال يصيد كفا من سمك فيقول أشتري منك هذا السمك و ما في الأجمه بكذا و كذا فقد أريد فيها من الأجمه السمك أيضا و رواية سماعة في اللبن التي يقول فيها سألت عن اللبن يشتري و هو في الضرع قال لا إلا أن يحلب لك سكرجه فتقول أشتري منك هذا اللبن الذي في السكرجه و ما بقى في ضروعها بثمان مسمى فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجه أى كان المبيع ما في السكرجه و رواية عيص بن القاسم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له غنم يبيع ألبانها بغير كيل قال نعم حتى ينقطع أو شيء منها (قال في الوافي) أى يشترط أن تنقطع الألبان من الثدي أى تحلب إما كلها أو بعضها و أما إذا كان كلها في الثدي و لم يحلب منها بعد لا يجوز بيعها (و رواية إبراهيم الكرخي) (قال) قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجه و ما في بطونها من حمل بكذا و كذا درهما فقال لا بأس إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف (هذا) و في الدروس لو قيل بجواز الصلح على اللبن كان حسنا فيلزم و عليه تحمل الرواية و في المسالك لو صالحه على ما في الضرع و على ما سيوجد مدة معلومة صح و في تعليق الإرشاد لو قاطعه على اللبن مدة معلومة بعوض لم يكن بيعا حقيقيا بل نوع معاوضة و مراضاة غير لازمة بل سائغة وفاقا لاختباره في المختلف (و منع) منه ابن إدريس و في حسنة الحلبي و صحيحة عبد الله بن سنان ما يشهد للجواز و قد يكون المقاطعة على اللبن مدة معلومة من باب الاستيجار لأنهم قد قالوا كل عين تصح إعارتها تصح إيجارها و قد قالوا في باب العارية يجوز استعارة الشاة و غيرها للحلب و له الرجوع في اللبن مع وجوده عنده و هذه الكلية قد طفحت بها عباراتهم و قد نقل عليها الإجماع في الغنية و السرائر إذ ليست الإجارة عرفاً و لغة إلا ما كانت عبارة عما كانت العارية فيه حقيقة مع العوض و اللزوم لكن المحقق الثاني في باب الإجارة قال هذا أكثرى إذ الشاة تصح إعارتها للحلب و لا تصح إيجارها و تبعه على ذلك صاحب المسالك و بذلك صرح في باب الإجارة بل حكينا عليه الإجماع و لعله لأن إعاره الشاة ليست عارية بالذات بل بالعرض للضرورة و تمام الكلام في باب العارية

(قوله قدس سره) (و كذا الجلد و الصوف على ظهر الغنم و إن ضم إليهما غيره و كذا ما فى بطونها و كذا لو ضمهما و يجوز بيع الصوف على الظهر منفردا)

على رأى اختيار فى النهاية و الدلالة جواز (صحة خ ل) بيع الصوف على ظهر الغنم مع الضميمة و هو المنقول عن القاضى و الحلبي عملا برواية الكرخى المتقدمة فإنها تدل على جواز بيع الأصواف و نحوها من الأوبار و الأشعار منضمه إلى ما فى البطون و منفردة و قد قضى العجب من ذلك صاحب التنقيح حيث إن هؤلاء ذهبوا إلى عدم جواز بيع الصوف منفردا لأنه مجهول كما ستسمع و لا ريب أن الحمل مجهول أيضا فضم المجهول إلى المجهول لا- يصيرهما معلومين و لا- أحدهما بل يزيد فى الجهالة و الرواية لا- تجعل الأصواف معلومة مع الضميمة و لا دلت على معلومتها معه فكيف يقال بالجواز هنا و المنع عنه منفردا نعم لو كانوا قائلين بالمعلومية حال الانفراد صح لهم ذلك كما فى اللبن و السمك مع الضميمة إما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨٥

.....

أصالة أو تبعا على اختلاف الرأيين كما تقدم و المشهور كما فى الحدائق أنه لا يجوز بيع الأصواف و الأشعار على الأنعام و إن انضم إليها غيرها و قضية عبارة الشرائع أنه لا يصح بيع الجلود و الصوف و الشعر جميعا و لا يبيع كل منهما على الظهر منفردا و لا منضما إلى غيره و لا- أحدهما منضما إلى الآخر و قريب من ذلك عبارة النافع و فى المسالك أن الأقوى جواز بيع ما عدا الجلد منضمًا مع مشاهدته و إن جهل وزنه إذا كان ما على الظهر مقصودا بالذات و قد بناه على معلومية الصوف و عدم اشتراط وزنه ما دام على الظهر كالثمرة على الشجرة كما يأتى و ظاهر عبارة المسالك و غيرها عدم جواز بيع الجلد على ظهر الحيوان مطلقا و كأنه اتفانى بينهم كما ظن كما احتمل ذلك فى مجمع البرهان و الحدائق و لعل الشيخ و من وافقه فى الصوف يصححه فى الجلد مع الضميمة و مشاهدة الحيوان الذى عليه الجلد لأن المشاهدة مشتركة بين الجلد و ما عليه من الشعر و الصوف إلا أن يكون مجمعا عليه (و أما) بيع الصوف منفردا مع المشاهدة ففى الخلاف الإجماع على منعه و فى التذكرة أنه الأشهر و به صرح فى المبسوط و النهاية و الدلالة و الغنية و كشف الرموز و سلم السرائر و قد سمعت ما فى الشرائع و النافع و هو المنقول عن القاضى و الحلبي و الصحة فيه «١» منفردا مع المشاهدة خيرة المفيد و السرائر فى غير السلم و التلف و التذكرة و الإرشاد و التحرير و الإيضاح و شرح الإرشاد للفخر و حواشى الشهيد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض و غيرها و استحسنة المحقق فى نكت النهاية فيما نقل عنه لأنه كالثمرة على الشجرة و قضية كلامهم أنه يجوز بيعه منضمًا إلى مجهول على اختلاف الرأيين من التفصيل السابق و عدمه و لم يرجح فى نهاية الأحكام و غاية المراد شىء من القولين و فى الدروس و اللمعة أن الأقرب جواز بيع الصوف و الوبر و الشعر على ظهور الأنعام منفردا إذا أريد جزءه فى الحال أو شرط بقاؤه إلى أوان جزءه و فى جامع المقاصد بعد نقل ذلك قال لا ريب أنه أحوط و اعترض فى الروضة على اللمعة بأنه لا ينبغى اعتبار اشتراط جزءه لأن ذلك لا مدخل له فى الصحة بل غايته مع تأخيرها أن يمتزج بمال البائع و هو لا يقتضى بطلان البيع كما لو امتزجت لقطعة الخضر بغيرها فيرجع إلى الصلح و هو حسن و يجىء على قاعدة التفصيل أنه لو شرط تأخيرها مدة معلومة و تبعية المتجدد أنه يصح إذا كان المقصود بالذات هو الموجود و إلا فلا (لا يقال) على كلام الشهيد أن اشتراط بقائه إلى أوان جزءه يقتضى بأنه يبيع إلى أجل مجهول (لأننا نقول) ليس هذا يباعا إلى أجل و إنما هو يبيع حال إلا أن الأجل عوض فى حال كمال البيع فاكتفى فيه بالحوالة على العرف فهو كما لو باع الثمرة و شرط بقاءها إلى أوان قطعها و سيأتى إن شاء الله تعالى و لعل حجة القائل بالمنع بعد إجماع الخلاف أنه متصل بالحيوان كأعضائه فلا يجوز بيعه منفردا و أن مطلق اللفظ يتناول جميع ما على ظهر الجلد و لا يمكن استيعابه إلا بإيلاام الحيوان و إن شرط الجز فالعادة فى المقدار المجزوز مختلفة و بيع المجهول لا يجوز (و حجة الجواز) رواية الكرخى فقد استدل بها عليه فى المختلف و جامع المقاصد و مجمع البرهان فكانت صالحة للاستدلال بها عليه مع الضميمة من

دون اعتبار التبعية مع تأييدها بعموم الأدلة والأخبار الأخر مع عدم تحقق المانع «فليتأمل» وأن الصوف ليس كالأعضاء التي لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان (هذا) وقد أجمع الأصحاب كما في التذكرة على أنه لو باع الحمل مع أمه جاز سواء كان من الآدمي وغيره ولعل غرضه أن ذلك فيما إذا كانت الأم هي المقصودة بالبيع لأنه قال بعد هذا لو قال بعتك هذه الدابة و حملها لم

(١) (في ذلك كذلك خ ل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨٦

و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا (١)

يصح عندنا لما تقدم من أن الحمل لا- يصلح لأن يكون مبيعا و لا جزءا منه و اختلفوا فيما إذا ضمه إلى غير أمه فجوزه الشيخ في النهاية و القاضي و ابن حمزة على ما نقل عنهما فإن لم أجده صرح بذلك في الوسيلة و إن كادت تكون ظاهرة في ذلك و في التذكرة و التحرير و المختلف أنه يصح إن كان الحمل تابعا و إلا فلا و كأنه مال إليه في تعليق الإرشاد و منع منه ابن إدريس و في الدروس لو ضمه إلى الأم صح و إلى غيرها يبطل عند ابن إدريس و جوزه الشيخ «انتهى» (إذا عرفت هذا) فعد إلى عبارة الكتاب ففي بعض النسخ النعم بدل الغنم و هو أولى و ضمير النعم في قوله و إن ضم إليهما غيره راجع إلى الصوف و الجلد و الضمير المفرد راجع إلى مجموع هذين ليدل على أن المراد بيعهما معا حتى لا ينافي ما يأتي من جواز بيع الصوف على الظهور فإن الجهالة من جهة الجلد فإنه غير مرئي و لا- موصوف (و قوله) و كذا ما في بطونها معناه لا- يجوز بيع ما في بطونها و إن ضم إليه غيره و لا يخفى ما فيه من التكرار باعتبار اندراجه في ضميمته ما قبله و باعتبار سبق منع بيع المجهول و قوله و كذا لو ضمهما أى ضم النوعين معا بأن باع كلا منهما مع الآخر كان ضم ما في البطن إلى ما على الظهور من الجلد و الصوف «فليتأمل» في ذلك فإن العبارة لا تخلو عن تكرار ما و هي عبارة الشرائع بعينها (قال في الشرائع) و كذا الجلود و الأصواف و الأوبار و الشعر على الأنعام و لو ضم إليه غيره و كذا ما في بطونها و كذا إذا ضمها (و قال في المسالك) في تفسير قوله و كذا الجلود إلى قوله غيره أى لا يصح بيع جميع ذلك و لا كل واحد منها منفردا و لا مع ضم شيء آخر إليه (و قال) في تفسير قوله و كذا ما في بطونها إلى آخره الضمير المثني يعود إلى النوعين السابقين و هما ما في بطونها و ما على ظهورها و المراد أنه لا يصح بيع كل واحد منهما منفردا و لا منضمما إلى غيره و لا أحدهما منضمما إلى الآخر «انتهى» و الأمر في ذلك سهل

(قوله) (و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا)

إن كان مراده بالتابع أنه غير مقصود بالذات فهو الصحيح الموافق للقواعد و قد نسب «١» إلى المتأخرين جماعة كما تقدم في مسألة بيع السمك في الآجام و إن كان المراد بالتابع التابع حسا و إن كان مقصودا فليس بشيء كما ستعرف و لعل الظاهر الأول لأن الغالب في التابع الحسى أن لا- يكون مقصودا (قال في جامع المقاصد) قد صرح بهذا الضابط في المختلف في مسائل و مثال ما إذا كان المجهول تابعا الحمل مع أمه و إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابة مع بيع دابة أخرى إلا أن يقال التبعية إنما تتحقق مع الأم لأنه حينئذ بمنزلة بعض أجزائها و مثله زخرفة جدار البيت و قيل إنه قد يستفاد من الضابط أنه لا بد من كون المعلوم مقصود التصحيح ضم المجهول التابع فيشترط ذلك في ضميمته الآبق و في ضميمته الثمرة إذا أريد بيعها بعد ظهورها إن شرطنا أحد الأمور التي تأتي و نحو ذلك و في استفادة ذلك من عبادات الأصحاب خفاء لأنها مطلقة (قلت) هذا الضابط بالمعنى الذي ذكرناه و اعتمدناه و هو أن المراد بالتابع غير المقصود بالذات سواء كان تابعا أو غير تابع أصلا لكنه أتى به تبعا و ليس مقصودا بالذات و ذكره غير محل بالتبعية كما أفصحت موثقة سماعه في بيع الثمار و عليه تنزل

(١) كذا فى نسختين و لعل الأصح نسبه (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨٧

### [السابع رؤية بعض المبيع كافيء]

(السابع) رؤية بعض المبيع كافيء إن دلت على الباقي لكونه من جنسه كظاهر صبره الحنطة (١) ثم إن وجد الباطن بخلافه تخير فى الفسخ و لا يكفى رؤية ظاهر صبره الحنطة «١» و رأس سلء العنب و الفاكهه

الإطلاقات و هو مطرد فى جميع المقامات إلا- ما خرج بالدليل كما عرفت فيما سلف و قد يوجد فى بعض الكلام أن الضابط أن المجهول إن جعل جزءا من المبيع لا يصح و إن شرط صح و ليس بشيء لأن العبارة لا أثر لها إذ المشروط محسوب من جملة المبيع و لأنه إن باع الحمل مع أمه صح بيعه إجماعا و لا يتوقف على بيعها و اشتراطه و فى كلام المصنف ضابط آخر ذكره فى الفرع الثامن فى أحكام العقود عرض فيه بالشيخ فى المبسوط و لعله أراد ههنا و هو أن كل تابع لا تضر جهالته و إن كان مقصودا فلو باع الأرض مع البذر الكامن فيها صح و إن كان مجهولا و مقصودا بالذات لأنه بالنسبة إلى الأرض من توابعها و هذا أيضا ليس بشيء و لا يصح أن يستشهد له بباطن السقف و أس الحائط لأننا نقول إنهما ليسا مقصودين بالأصل و الذات و إن قصد الأمران بطل كما لو كان البذر فى المثال مقصودا فإن البيع يبطل فيه و فى الأرض كما سيأتى بيان ذلك فى أحكام العقود و بيع الثمار (لا يقال) بناء على الضابط الذى اخترت أن هذا عقدا فيجب الوفاء به و لا إجماع على خلافه (لأننا نقول) إن الإجماع معلوم من القاعدة (و ليعلم) أن هذا الضابط ليس مختصا بالمجهول بل كل ما لا يصح بيعه منفردا لا يصح بيعه منضمما إلى ما يصح بيعه إذا كانا مقصودين و لو بالاشتراط و إنما يخرج منه ما يخرج للدليل كالأبق (فعلى هذا) لا ريب فى أنه لا يجوز أن يقول له بعثك دارى هذه و منفعة تلك بمائة درهم لأنه لا يصح بيع المنفعة و كذا لا يجوز؟؟؟ أن يقول بعثك دارى بشرط أن أسكنك دارى الأخرى سنة بمائة درهم لأن الشرط مبيع فكأنه قد باعه منفعة داره الأخرى و كذلك لا يجوز على مذهب بعض المتأخرين من أنه يشترط فى الثمن أن يكون عينا أن يبيعه داره بمائة درهم بشرط أن يسكنه داره لأن المنفعة تكون ثمنا حينئذ و لا أن يبيعه داره بشرط أن يكتب له القرآن بمائة درهم لأن العمل يكون ثمنا حينئذ لكن الأصحاب على جواز أن يكون منفعة و كذلك فى غير البيع كالإجارة فلا يصح آجرتك دارى و شرطت لك دخول ماء بئرى لأن الإجارة لا تتناول الأعيان و لا يملك الأعيان بعقدها فلا يصح أيضا استئجار الكحل و شرط الكحل عليه و هكذا (و قد جوز) ذلك جماعة فى باب الإجارة لأنه شرط لا جزء و قد عرفت أنه ليس بشيء نعم قد تملك بعض الأعيان فى عقد الإجارة لدليل من إجماع أو عسر أو جرح كاللبن فى الاستئجار للرضاعة و الصنع و بعد ذلك كله فقد طفحت عبارات جماعة كثيرين بأنه يصح فى البيع اشتراط أن يبيعه أو يشتري منه أو يزوجه و بالجملة اشتراط عقد فى عقد فهو إجماعى عند الكل إلا ما شذ كما تقدم فى باب الربا و لعل ذلك منهم لأن الغالب جعل ذلك ثمنا و إذا جاء على غير الغالب كأن يقول بعثك بشرط أن أبيعك كتابى فلعلهم يمتنعونه و لعله هو الظاهر أو يقولون إنه لا يرجع إلى العوضين و إنما يرجع إلى مصلحة المتعاقدين (فتأمل)

(قوله قدس سره) (رؤية بعض المبيع كافيء إن دلت على الباقي لكونه من جنسه كظاهر صبره الحنطة إلخ)

بشرط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب فلو باعه ثوبا مطويا كان كبيع الغائب يبطل إن لم يوصف و صفا يرفع الجهالة إلا أن يكون مما يستدل برؤية بعضه على الباقي

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨٨

و لو أراه أنموذجا و قال بعتك من هذا النوع كذا بطل لأنه لم يعين مالا و لا وصف و لو قال بعتك الحنطة التى فى البيت و هذا الأنموذج منها صح إن أدخل الأنموذج لرؤية البعض و إن لم يدخل على إشكال ينشأ من كون المبيع غير مرئى و لا موصوف إذ لا يمكن الرجوع إليه عند الإشكال بأن يفقده (١)

كظاهر صبره الحنطة و الشعير فإنه يصح البيع لأن الغالب عدم تفاوت أجزائها و تعرف جملتها برؤية ظاهرها فلا خيار له إذا رأى باطنها إلا إذا خالف الظاهر فإنه يصح البيع و يثبت الخيار (أما الأول) فلان دفاع الغرر بالدلالة السابقة (و أما الثانى) فلتدارك الفات و كذلك الحال فى سائر الحبوب و الخل و السمن و العسل و سائر المائعات و لا تكفى رؤية ظاهر صبره البطيخ و الرمان و السفرجل لأنها تباع فى العادة عددا و تختلف أفرادها كثيرا و كذلك لا تكفى رؤية رأس سلة العنب و الخوخ و التين لكثرة اختلاف أجزائها و هل يكتفى برؤية ظاهر عدل القطن و الصوف احتمالا و قد قرب فى نهاية الأحكام الاكتفاء بذلك و لو كان الشىء مما لا يستدل برؤية بعضه على الباقي فإن كان المرئى صوتا للباقي كقشر الرمان و الجوز و البيض كفى رؤيته و إن كان المقصود مستورا لأن إصلاحه فى إبقائه فإن خرج سليما لزم البيع و إلا فالأرش إن كان لمكسوره قيمة و إلا فالثمن جميعه و إن لم يكن المرئى صوتا للباقي لم يصح بيعه إلا مع المشاهدة أو الوصف الراجع للجهالة كما صرح بذلك فى نهاية الأحكام و كذا التذكرة و الحاصل أن الرؤية من جملة طرق العلم فتعتبر رؤية الجميع عرفا فى مثل الثوب و نحوه و تكفى رؤية الظاهر حيث تكون دليلا على الباطن أو فيما لا يمكن فيه رؤية الباطن كالعبد و الشاة و الجوهر و الحائط و وسط السقف و نحو ذلك و الظاهر أن الظاهر فى مثل ذلك لم يجعل دليلا على الباطن فعمل رؤية الظاهر فيه علة لجواز بيع الباطن لا دليلا أو اغتفرت عدم رؤية الباطن مسامحة لجرى العادة فيه برؤية الظاهر أو لكون المقصود بالبيع إنما هو الظاهر و المجهول تابع أو لانضمامه إلى المعلوم كما تقدم بيان ذلك لكن ذلك إنما يتم فى مثل الحائط و سقف البيت و نحو ذلك لا- فى مثل الرمان و الجوز و البيض و نحو ذلك فيتجه فى مثل ذلك التوجيه الأول (فتأمل) هذا و فى الدروس يكفى رؤية البعض فيما يدل على الباقي و ينبغى إدخاله فى العقد فيبطل بدونه على الأقرب و لعله يشير إلى ما يأتى فيما إذا رآه أنموذجا من الحنطة التى فى البيت مثلا- (و ليعلم) أن اللام صلة دلت فى عبارة الكتاب و الجار و المجرور فى حيز إن أى إن أفادت رؤيته الدلالة على الباقي لسبب كونه مجانسا له فلا يرد أن سلة العنب تكفى رؤية بعضها فإنه من جنس الباقي لأن رؤيته لا يستفاد منها الدلالة على الباقي لسبب كونه من جنسه للتفاوت فى أجزاء العنب تفاوتات تختلف به الأغراض

(قوله قدس سره) (و لو أراه أنموذجا و قال بعتك من هذا النوع كذا بطل لأنه لم يعين مالا و لا وصف و لو قال بعتك الحنطة التى فى البيت و هذا الأنموذج منها صح إن أدخل الأنموذج لرؤية البعض و إن لم يدخل على إشكال ينشأ من كون المبيع غير مرئى و لا موصوف إذ لا يمكن الرجوع إليه عند الإشكال بأن يفقده)

أما البطلان فى الأول فقد علة هنا و فى نهاية الأحكام و التذكرة بأنه لم يعين مالا و لا راعى شروط السلم و لا يقوم ذلك مقام الوصف فى السلم لأن اللفظ و الوصف يمكن الرجوع إليه عند الإشكال (ثم إنه) قرب فى نهاية الأحكام الصحة و استند إلى أن المشاهدة أبلغ فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٨٩

.....

العلم من الوصف و ذكر صاحب الإيضاح فى وجه الصحة مثل ما فى النهاية (قلت) الرؤية لا تقتضى العلم بالأوصاف لإمكان الغفلة عنها بل عدم العلم بها أصلا و ذلك لأن الرائي للشىء لا يصفه إلا إذا رآه بقصد الوصف غالبا (و يرشد إلى ذلك) أنه لو قيل لك

صف لنا فلانا أعدت النظر إليه مرة ثانية سلمنا لكن الشأن في كثير من الناس أنه لو رأى لم يقدر على الوصف إما لغفلته عن الأوصاف أو لعدم علمه بها و من الظاهر أنه ليس المقصود من إراءة الأنموذج البيع للرؤية لأن الشرط في صحه مثله للرؤية أن يكون المرئي بعضا من المبيع و هنا ليس بعضه قطعاً فكان المراد هنا الوصف و قد علمت أن الرؤية لا تقتضى العلم بالأوصاف بخلاف ما لو ضبطت باللفظ فإنها تصير متعينة يرجع إليها عند النزاع فيقول له قلت لى صفته كذا و كذا فقد تحصل أن الصفة بانفرادها طريق من طرق العلم يرتفع بها الغرر و الجهالة و النزاع و الرؤية أيضا طريق من طرق العلم يرتفع بها الغرر و لا يرتفع بها النزاع (و عساك) تقول كيف صح بيع الصبرة المرئي بعضها إذ البعض الآخر لم يوصف و الرؤية لا تقتضى العلم بالوصف (لأننا نقول) الذى يدل بعضه على باقيه إذا رئى كان كالمرئى كله (فإن قلت) هل تصحيح بيع الصبرة برؤية ظاهرها لرفع الجهالة أو لرفع النزاع أو لهما فإن كان للأول لزم صحه البيع للرؤية الراجعة للجهالة فى الأنموذج المذكور و إن كان للأول و الثانى فلا نسلم ارتفاع النزاع لأن له أن يقول قد تغير باطن الصبرة و ليس هناك لفظ يرجعان إليه (قلت) النزاع يرتفع برؤية ظاهر الصبرة فإنه يقول له رأيت و اشتريت بل لو ذهب ظاهر الصبرة صح له أن يقول رأيت و اشتريت لأنه لما رأى الظاهر فكأنه قد رأى الكل و لا كذلك لو كان الأنموذج منفصلا خارجا عن المبيع ليس من شخصه فإنه ليس له أن يقول له رأيت و اشتريت و ليس له أن يقول اشتريت موصوفاً لأن المبيع حينئذ غير مرئى فهو غير موصوف و رؤية الأنموذج لا تقوم مقام الوصف لما قلناه و مثله ما إذا كان من جنس المبيع داخل فيه أو كان من شخصه غير داخل فى البيع (و أما) إذا كان الأنموذج من شخص المبيع داخل فى المبيع فإنه يصح لرؤية بعض المبيع و له أن يقول له رأيت و اشتريت (فليتأمل) و قد يرد عليه إمكان تلف الأنموذج فلا يكون هنا ما يرجع إليه عند الإشكال و هذا هو الذى أشار إليه المصنف هناك و فى التذكرة و نهاية الأحكام بقوله و لو قال بعتك الحنطة التى فى البيت و هذا الأنموذج منها؟؟؟ و استشكل فيها فيما إذا لم يدخله فى المبيع و قد تحصل أن هنا ثلاثة مسائل (إحداها) إدخال الأنموذج فى المبيع مع كونه من شخص المبيع (و الثانية) عدم إدخاله إلا أنه ليس من شخص المبيع بل من جنسه و هذا هو الذى حكم المصنف بطلانه (و الثالثة) عدم إدخاله إلا أنه من شخص المبيع أى جزء من الذى أراد بيعه و هذا محل الإشكال و بقى ما إذا كان الأنموذج من جنس المبيع داخل فيه و هذا لم يتعرض له المصنف و قد عرفت الحال فيه و المحقق الثانى قال ما الفرق بين قوله بعتك من هذا النوع كذا و بين أن يبيعه الحنطة التى فى البيت برؤية الأنموذج إذا لم يدخله حتى جزم فى الأول بالبطلان و توقف فى الثانى فيجب ملاحظة الفرق فكأنه غير ظاهر (قلت) الظاهر البطلان فى الموضوعين وفاقا للدروس و قد سمعت عبارته فى المسألة السالفة هذا و الأنموذج قد وقع بهذه الصورة فى كتب الخاصة و العامة (و قال فى القاموس) نموذج بفتح النون مثال الشىء معرب و الأنموذج لحن (و قال الصغانى) فى تكملته الصحاح النموذج مثال الشىء الذى يعمل عليه و هو تعريب نموذة (و قال) الصواب نموذج لأنه لا تغيير فيه بزيادة و فى المصباح المنير الأنموذج بضم الهمزة ما يدل على صفة الشىء و هو معرب و فى لغة نموذج بفتح النون و الذال المعجمه مفتوحة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩٠

### [الثامن لو باع عينا غير مشاهدة]

(الثامن) لو باع عينا غير مشاهدة افتقر إلى ذكر الجنس و الوصف فلو قال بعتك ما فى كمي لم يصح ما لم يذكر الجنس أو الوصف الراجع للجهالة اتحد الوصف أو تعدد و لا يفتقر معهما إلى الرؤية من المتعاقدين فلو وصف للبائع أو للمشتري أو لهما صح البيع (١)

مطلقا ثم إنه نقل ما نقلناه عن الصغانى

(قوله) (لو باع عينا غير مشاهدة افتقر إلى ذكر الجنس و الوصف فلو قال بعتك ما فى كمي لم يصح ما لم يذكر الجنس أو الوصف

الرافع للجهالة اتحد الوصف أو تعدد ولا يفتقر معهما إلى الرؤية من المتعاقدين فلو وصف للبائع أو للمشتري أو لهما صح البيع شرط صحة بيع العين الشخصية الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع كما فى التذكرة و ظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه أيضا و الوصف الرافع للجهالة كما صرح به هو أن يذكر جميع الصفات التى يختلف الثمن باختلافها و تتطرق للجهالة بترك بعضها (وقد يظهر من التذكرة) الإجماع على أنه يشترط أن يصفه وصفا يكفى فى السلم حيث قال عندنا و قد قال فى مبحث السلم منها فى فصل ذكر أوصاف الحيوان أنه لا- يشترط وصف كل عضو على حاله بأوصافه المقصودة و إن تفاوتت به الغرض و القيمة لإفضائه إلى عزة الوجود انتهى (فليتأمل جيدا) إذ المفروض أن المبيع هنا عين شخصية و فى جامع المقاصد و غيره يعتبر فى الوصف ما يكون رافعا للجهالة فيراعى التعرض لأوصاف السلم و فى مجمع البرهان قالوا لا بد فى الوصف من ذكر الأوصاف التى يتفاوتت بها الثمن كما فى السلم (فليتأمل) و قد طفحت عباراتهم بافتقار هذا النوع أعنى بيع العين الشخصية الغائبة إلى ذكر الجنس و الوصف و إجماع الغنية ناطق بذلك و قضيته أن أحدهما لا يغنى عن الآخر كما هو صريح المبسوط و فقه الراوندى حيث قال فمتى لم يذكرهما أو واحدا منهما لم يصح البيع و مثله عبارة السرائر و هو كذلك بالنسبة إلى الجنس فقط إذ الوصف الرافع للجهالة لا بد فيه من ذكر الجنس (فليتأمل) و لعله لذلك اقتصر بعضهم على ذكر الوصف كالمصنف فى التذكرة فى المقام (وقال فى مقام آخر) يجب ذكر جنس المبيع أو مشاهدته عند علمائنا أجمع (ثم قال) و لا يكفى ذكر الجنس بل لا بد من ذكر النوع و لا يكفى ذكرهما عندى بل لا بد من ذكر الصفات الرافعة للجهالة (وقال فى مقام آخر) لا- يكفى ذكر الجنس و لا النوع ما لم يميزه بكل وصف تتطرق للجهالة بتركه و تتفاوت القيمة بذكره (وقال فى مقام آخر) شرط صحة بيع العين الشخصية الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع و يجب فيه ذكر اللفظ الدال على الجنس فيقول بعتك عبدى أو حنطى (وقال أبو حنيفة) لا يشترط ذكره بل لو باعه ما فى كفه من غير ذكر جنسه صح (و يجب) فيه ذكر اللفظ الدال على التمييز و ذلك بذكر جميع الصفات التى تختلف الأثمان باختلافها و تتطرق للجهالة بترك بعضها و لا يكفى ذكر الجنس عن الوصف خلافا للشافعى فى أحد قوله (انتهى) و الظاهر أن مراده بقوله (و يجب فيه إلخ) و جوب ذلك فى الوصف فكان الغرض من ذكر الجنس معه الرد على من خالف فى اشتراطه أو فى كفايته عنه كالحنفى و الشافعى أو يراد بالوصف ما لا يشتمل على ذكر الجنس (فليتأمل) كما أن من اقتصر على ذكر الجنس لعله أراد مع الصفات الرافعة للجهالة و يكون غرضه رفع الجهالة (فليتأمل) إذا تقرر ذلك فكل ما يمكن ضبط أوصافه صح بيعه به و ما لا يمكن فيه ذلك أصلا كالخبز و اللحم و اللثالى و الجواهر لا يصح بيعه بذلك و فى جامع المقاصد أنه يصح بيع اللثالى الكبار إذا ضبط جميع أوصافها و بالجملة الشأن فيه كالأشأن فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩١

فإن خرج على الوصف لزم و إلا تخير من لم يشاهده ففى طرف الزيادة يتخير البائع و فى طرق النقصان المشتري (١)

السلم فى أنه لا بد من ذكر الأوصاف التى يتفاوتت بها الثمن و إمكان ضبطها لا أن كل ما يصح فيه السلم يصح بيعه هنا و ما لا يصح لا يصح فإنه يتخلف عنه فى مواضع منها العقارات فإنه لا يجوز السلم فيها لافتقار ضبطها إلى التعيين فى موضع بعينه فيكون حينئذ بيع عين موصوفة و لا يكون سلما و يفارقه أيضا أن الاستقصاء فى ذكر الأوصاف المخرج إلى عزة الوجود و عسر التحصيل مبطل للسلم دون ما نحن فيه كما سلفت الإشارة إليه (فليتأمل) و كان قوله ما لم يذكر الجنس و الوصف أراد به التنبيه على أن بيع ما فى كفى لا يفيد جنسا و لا وصفا و إلا فهو تكرار لا حاجة إليه (إذا عرفت) ذلك فلا يفتقر مع ذكر الجنس و الوصف إلى الرؤية من المتعاقدين كما صرح به المصنف و غيره و جوزه جماعة من العامة مع عدم الرؤية و الوصف للآية الكريمة و لأنه عقد معاوضة فلا يفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح و الآية مخصوصة بالنهى عن الغرر على تقدير تسليم العموم المذكور و النكاح لا يقصد فيه المعاوضة و لا يفسد بفساد العوض و لا بترك ذكره و لا يدخله شىء من الخيارات و فى اشتراط لزومه بذلك مشقة على المخدرات و إضرار

بهن (فليتأمل) و الغرض من قولهم لا يفتقر معهما إلى الرؤية دفع توهم أن الجنس و الوصف إنما يصار إليهما مع عدم إمكان الرؤية أو تعسرها فدفعوه بأن الوصف و الجنس طريق كما أن الرؤية طريق و ليسا بدلا عنها حتى يفتقر إليها مع إمكانها فلو وصف لهما أو لأحدهما و قد رآه الآخر صح البيع إجماعا منا و من العامة كما عرفت و لو قال لهما أو لأحدهما لكان أخصر و يصح شراء الأعمى بالوصف لأنه يعرف الصفات و الألوان و يتخيل الفرق بينهما بالسمع فيوكل غيره بالرؤية فيفسخ أو يجيز (و للشافعي تفصيل) و هو إن كان قد عمى بعد سن التمييز صح لأنه يعتمد الأوصاف و هو يميز بين الألوان و يعرف الأوصاف ثم يوكل من يقبض عنه على الوجه المشروط و إن كان أكمه أعمى قبل بلوغ السن بالتمييز فوجهان

(قوله رحمه الله) (فإن خرج على الوصف لزم و إلا تخير من لم يشاهده ففي طرف الزيادة يتخير البائع و في طرف النقصان المشتري) أما لزومه إذا خرج على الوصف فقد صرح به في المقنعة و المبسوط و الخلاف و فقه الراوندى و الدلالة و المراسم و الغنية و السرائر و غيرهم و في الغنية و التذكرة الإجماع عليه و قد ذكر ذلك في النهاية في خصوص العقار و الضياع و الأعدال المحزومة (و أما أن المشتري يتخير إذا خرج على خلاف الوصف فقد نص عليه في النهاية في العقار و المبسوط و الخلاف و المراسم و الدلالة و السرائر و الشرائع و النافع و الإرشاد و غيرها و قضية إطلاقهم ثبوته له و لو ظهر فوق الصفة و لكن قد نص في التذكرة و التحرير و المختلف أنه لو ظهر فوق الصفة فلا خيار و هو قضية كلام جماعة كما ستعرف و بذلك صرحوا في باب السلم و يظهر من إيضاح النافع أنه يتخير لجواز تعلق غرضه بتلك الصفة و قد نص المصنف هنا و في التذكرة و التبصرة و التحرير و نهاية الأحكام و ابن سعيد في جامع الشرائع و الشهيدان و المحقق الثاني و المولى الأردبيلي و الفاضل القطفى و غيرهم على أنه في طرف الزيادة يتخير البائع و في طرف النقصان يتخير المشتري و هو صريح الوسيلة في الأعدال المحزومة و قضية كلام الغنية و فقه الراوندى (و فقه القرآن للراوندى خ ل) و في الرياض أنه لا خلاف فيه و في الكفاية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩٢

.....

كأنه لا خلاف فيه و في الحدائق أنه محل وفاق و في مجمع البرهان أنه ظاهر و لا خلاف فيه عندنا و لعل مستنده بعده صحيحة جميل بن دراج و ساقها و قد كان ناقش في ثبوت هذا الخيار للمشتري فيما سبق له كما ستسمعه (و قد) تضمن كلامهم هذا ثبوت الخيار للبائع (و يمكن) استفادته من خبر جميل بأن يكون التفتيش من البائع و إن بعد و أنه لا خيار للمشتري إذا وجد العين فوق الصفة كما أنه إذا كان دون الصفة فلا خيار للبائع كما نص عليه في نهاية الأحكام (و يدل) على هذا الخيار بعد ما عرفت من الإجماع و صحيح جميل خبر الضرار (ضرار خ ل) أيضا و ثبوت الخيار في المبيع المعيب و هذا مثله و رواية زيد الشحام فيها إشارة إلى ذلك في المشتري و في المبسوط و الخلاف و النهاية و فقه الراوندى و المراسم و الدلالة و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و غيرها أنه يتخير بين الفسخ و الإمضاء و في السرائر أنه يجوز له رده و فسخ العقد أو أخذه و أخذ الأرش و لا يجبر على واحد من الأمرين و لعله أراد ما إذا كان الفائت هنا؟؟؟ كأن يكون وجده أعور أو مقطوع اليد لا ما إذا كان صفة كما هو المراد بخيار الرؤية لكن قد أفصحت بعض كلماتهم بأنه في الحقيقة خيار عيب كما ستسمعه في البحث في أنه على الفور أو التراخي و في التحرير لو وجدها دون الصفة تخير و ليس له المطالبة بالعوض و لو اختار الإمساك لم يكن له المطالبة بالأرش و في التذكرة أنه إذا اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية و لو تبايعا بشرط عدم الخيار لم يصح الشرط و في غاية المرام و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد أنه يبطل الشرط و العقد (و قد يرشد) إلى بطلان الشرط أنهم ذكروا في باب الخيارات كخيار المجلس و خيار الحيوان و خيار العيب أنه يسقط باسقاط سقوطه في العقد و لم يذكروا ذلك في خيار الرؤية و كذا خيار الغبن ما عدا صاحب المفاتيح فإنه قال فيهما إنهما يسقطان باسقاط سقوطهما و لم أجد له موافقا سوى المحقق الثاني فإنه في جامع المقاصد تردد أولا في سقوط خيار الغبن باسقاط سقوطه



(ثم قال) إن الأظهر سقوطه (فتدبر) و تمام الكلام في محله و استشكل في الأمرين في التحرير و في نهاية الأحكام لو اشتراه بشرط انتفاء الخيار فالأقرب الجواز و لا خيار (قلت) لعل الظاهر بطلان العقد لأن الوصف قائم مقام الرؤية فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي و لا موصوف و يلزم من ذلك الغرر المنهى عنه المبطل للبيع (و فيه) أن البيع قد صح أولاً بالصفة و الخيار حق له قد أسقطه و ذلك لا يستلزم إلغاءها سلمنا لكنه لا يصيره مجهولاً «فلتأمل جيداً» و من المعلوم أنهم يجوزون إسقاط خيار المجلس و الحيوان و خيار التأخير إذا أنقضت الثلاثة و يصح أيضاً إسقاط الخيار الثابت له بعد الثلاثة في الثلاثة فكان كما نحن فيه و الصيمرى قال لا يسقط خيار العيب و لا خيار الغبن بإسقاطهما و في نهاية الأحكام أيضاً لو أخبره بكونه على خلاف الوصف كان له الفسخ قبل الرؤية لأن حق الفسخ ثابت له و لو ظهر كذبه بعد الفسخ احتمال أن يكون له استرجاعه و عدمه (قلت) لعل العدم أوفق بالأصول (ثم قال) و هل له الإجازة الأقرب ذلك لأنها ثابتة له عند الرؤية مغبوطاً كان أو مغبوناً فلا معنى لاشتراط الرؤية و يحتمل المنع لأن قوله أجزت مع الجهل بمنزلة قوله في الابتداء اشترت و الإجازة رضى بالعقد و التزام له و هو يستدعى العلم بالمعقود عليه و هو جاهل بحاله «انتهى» (و أنت) قد عرفت التحقيق هذا و قد خالف المفيد في المقنعة في موضعين (قال) في باب البيع المضمون إن قبضه و وجده على الصفة التي ابتاعه عليها كان البيع ماضياً و إن كان بخلاف الصفة كان مردوداً (و قال) في باب بيع الأعدال المحزومة لا يجوز بيع المتاع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩٣

و لو اختار صاحب الخيار اللزوم لم يكن للآخر فسخه و لو زاد و نقص باعتبارين تخيراً معاً سواء بيع بضمن المثل أو لا (١) و لو رأى بعض الضيعة و وصف له الباقي تخيراً فيها كلها لو خرجت على الخلاف (٢)

في أعدل محزومة و جرب مشدودة إلا أن يكون له (لها خ ل) برنامج «١» يوقف منه على صفة المتاع في ألوانه و أقداره و وجوده فإن كان ذلك كذلك وقع البيع عليه فمتى خرج المتاع موافقاً للصفات كان البيع ماضياً و إن خرج مخالفاً كان باطلاً و مثله قال في المراسم في خصوص الأعدال المحزومة و كذلك الشيخ في النهاية قال في الأعدال المحزومة كان البيع مردوداً و قد يكونوا أرادوا أنه غير لازم و قد نص في الدلالة و السرائر في خصوص الأعدال المحزومة على عدم البطلان و ثبوت الخيار (و قال في مجمع البرهان) لى في أمثال هذا الخيار تأمل لأن العقد إنما وقع على الموصوف بوصف خاص و الفرض عدم وجوده في هذا المتاع فلم يقع عليه العقد فكيف يصح الخيار فيه فمقتضى القاعدة بطلان هذا البيع لا الخيار (انتهى) (و قد يقال) إن الوصف قد يكون مبيعاً مشخصاً للمبيع كأن يبيعه ثوبه الأسود فلو أعطاه ثوبه الأبيض لم يصح و ليس له إلا- الأسود فإن أمكن و إلا بطل (و الثانى) أن يؤخذ رافعا للجهالة دافعا للغرر كأن يبيعه الحنطة الدقيقة الحمراء فإن وجدها على غير تلك الصفة لم يبطل البيع و إنما يثبت له الخيار أو يقال سلمنا أن القعد وقع على الموصوف بالوصف الخاص لكن لما فات الوصف صار كتبعض الصفقة فثبت الخيار (فتأمل) أو يقال إن الموصوف جزئى معين قد وقع العقد عليه إلا أنه وقع غلط في الوصف كأن يقول بعثك هذا الشيء و هو أسود و كان أبيض فحصل له الخيار لذلك فإن له أن يرضى بماله من غير الوصف فيسقط حقه و أن لا يرضى (و فيه تأمل) ينشأ من تقديم الوصف على التعيين في النية و القصد و عدمه و قد قدم الوصف على الإشارة في مثل أن يقول هذا الأسود و لم يكن كذلك فكيف في غيره (فلتأمل جيداً) (هذا) و لا بد في ثبوت هذا الخيار من الإشارة إلى معين مع ذكر الوصف الراجع للجهالة فلو انتفت الإشارة كان المبيع كلياً لا يوجب الخيار لو لم يطابق المدفوع بل عليه إبداله

(قوله قدس سره) (و لو اختار صاحب الخيار اللزوم لم يكن للآخر فسخه و لو زاد و نقص باعتبارين تخيراً معاً سواء بيع بضمن المثل أو لا)

الحكمان ظاهران و يقدم الفاسخ منهما في الحكم الثانى و مثاله ما إذا سمن و ذهب عينه أو باعه عشرة أذرع في عرض ذراعين فظهر

خمس عشرة فى عرض ذراع

(قوله قدس سره) (و لو رأى بعض الضيعة و وصف له الباقي تخير فيها كلها لو خرج على الخلاف)

(أما تخيره) فيما خرج مخالفا فظاهر (و أما) فيما رآه فلتبعض الصفقة (و يمكن) الاستدلال عليه بصحيحة جميل التي تقدمت الإشارة إليها إن جعل المشار إليه بذلك تمام الضيعة لا خصوص القطعة الغير المرئية و لا ينافى لو عكست الإشارة فإن غايتها إثبات الخيار فى تلك القطعة و هو لا يدل على الاقتصار على فسسخها خاصة فلا يجوز له الفسخ بالبعض بلا خلاف كما فى الرياض بل قال بل ربما احتمل الإجماع (انتهى) و حينئذ فهل له خياران أو خيار واحد احتمالان و تظهر الفائدة فيما لو أسقط خيار الرؤية فإنه يسقط خيار تبعض الصفقة أما لو أسقط خيار تبعض الصفقة و رضى البائع لم يسقط خيار

(١) البرنامج الورقة الجامعة للحساب معرب برناميه (قاموس)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩٤

و خيار الرؤية على الفور (١)

### [التاسع يجوز الإندار للظروف ما يحتمل الزيادة و النقيصة]

(التاسع) يجوز الإندار للظروف ما يحتمل الزيادة و النقيصة لا ما يزيد إلا بالتراضى (٢)

الرؤية فيما خرج مخالفا (فليتأمل جيدا)

(قوله قدس سره) (و خيار الرؤية على الفور)

كما فى المبسوط و الوسيلة و الغنية و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و المفاتيح و غيرها و فى الرياض أنه الأشهر و فى الحدائق أنه ظاهر كلام الأصحاب و احتمل فى نهاية الأحكام امتداده بامتداد مجلس الرؤية لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط فيتقيد بالمجلس كخيار المجلس و هذا ذهب إليه بعض العامة و استجوده «١» صاحب الرياض أنه على التراخي لإطلاق النص و الاستصحاب إلا إذا استلزم الضرر فيلزم بالاختيار (و حجة) القائلين بالفورية أن ثبوت الخيار على خلاف الأصل الدال على لزوم العقد فيقتصر فيه على أقل ما يندفع به الضرر المثلث لأصل هذا الخيار و أنه فى الحقيقة خيار عيب و قد نفى فى الغنية الخلاف عن كونه على الفور (و ربما قيل) إن الاستصحاب إنما يدفع عموم غير الأزمان أعنى الأفراد (و أما العموم) فى الأزمان فلا يجرى معه الاستصحاب و ما نحن فيه من ذلك القبيل فإن عموم لزوم البيع و عدم الخيار إنما هو فى الأزمان و الخيار إنما ثبت على الفور و ما بعد ذلك لا يمكن إثباته بالاستصحاب (و فيه) أن ذلك جار فى خيار العيب مع أن الظاهر من المتأخرين كافة نفى الفورية عن هذا الخيار من غير خلاف يعرف كما صرح به جماعة على ما نقل بل ربما احتمل بعضهم الإجماع عليه و ما فى الغنية يوهنه مصير كافة المتأخرين إلى خلافه (و الأولى) أن يقال إن خيار الرؤية ثبت بخبر الإضرار و الإجماع فيقتصر فيه على المتيقن (و أما خيار العيب) و غيره من الخيارات الثابتة بالنصوص فيستصحب بقاؤها و لا بد من ملاحظة ما ذكرناه فى تلقى الركبان فإننا قد بسطنا الكلام فيه فى أحوال هذه الخيارات و مثل ذلك ما ذكرناه فى خيار الغبن و التأخير و على القول بالفورية فيما نحن فيه يسقط بالتأخير إذا علم به و لو جهله فالظاهر بقاؤه بخلاف ما لو جهل الفورية إذ لا عذر له حينئذ لكنهم فى باب الشفعة قالوا يعذر جاهل الفورية

(قوله قدس سره) (يجوز الإندار للظروف ما يحتمل الزيادة و النقيصة لا ما يزيد إلا بالتراضى)

قال فخر الإسلام نص الأصحاب على أنه يجوز الإندار للظروف بما يحتمل الزيادة و النقيصة فقد استثنى من المبيع أمر مجهول و استثناء المجهول يبطل البيع إلا فى هذه الصورة فإنه لا يبطل إجماعاً «انتهى» و ظاهره دعوى الإجماع و قد قيد الإندار المذكور بما كان معتاداً فى النهاية و الوسيلة و النافع و نهاية الأحكام و اللعنة و الدروس و الروضة و هو ظاهر السرائر حيث نسبه فيها إلى الرواية و فيها أى السرائر و فى النهاية و نهاية الأحكام و الدلالة تقييده أيضاً بكونه مما يزيد تارة و ينقص أخرى (قال) لا بأس أن يندر للظروف السمن و الزيت و غيرهما شىء معلوم إذا كان معتاداً من التجار و يكون مما يزيد تارة و ينقص أخرى (قلت) يحتمل أن يكون الوجه فى ذلك أنه يحصل الظن حينئذ بمعرفة المقدار فيشبهه عد المكييل و وزنه لأنه إذا كان المسقط قدراً معلوماً كرطل مثلاً و كان ذلك مقدار الظرف تخميناً بحيث يكون محتملاً للزيادة و النقيصة و يكون تفاوته يسيراً يتسامح بمثله عادة حصل الظن بمعرفة المقدار فعلى هذا لم يكن المستثنى من المبيع أمراً مجهولاً

(١) كذا فى نسختين و الظاهر استجود أو و الذى استجوده إلخ (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩٥

.....

حتى يكون الحكم فى المسألة خارجاً عن القواعد (فليتأمل جيداً) و زيد فى النهاية أنه إذا كان مما يزيد و لا ينقص لم يجز ذلك على حال و هو ما رواه الشيخان فى الكافى و التهذيب عن حنان و هذا القيد أعنى كونه مما يزيد و ينقص و إن خلا عنه النافع و الدروس و اللعنة إلا أنه لعله مراد فيها كما يشير إليه نفى؟؟؟ الإندار عن الزائد فى النافع و عنه و عن الناقص فى الدروس إلا برضاها لكن فى الروضة؟؟؟ و نعم ما قال يجوز الإندار بحسب العادة سواء كان ما جرت به العادة زائداً عن وزن الظروف قطعاً أم ناقصاً و لو لم تطرد العادة لم يجز إسقاط ما يزيد إلا بالتراضى و قد حمل على ذلك عبارة اللعنة و لم يبين حال الناقص و المحتمل للزيادة و النقيصة إذا لم تطرد العادة (فتأمل) و قد خلا الخبر عن التقييد بالعادة كالكتاب و الشرائع و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح و الكفاية فقالوا فيها يجوز الإندار للظروف ما يحتمل الزيادة و النقيصة (و قضيتها) أن هذا الحكم خارج عن الأصل و اتفقت ما عدا الإرشاد على أنه لا يجوز إندار الزائد إلا بالتراضى و زاد المحقق الثانى و الشهيد الثانى أنه لا يندر للناقص أيضاً إلا بالتراضى و قد اقتفينا بذلك أثر الشهيد فى الدروس و قد سمعت كلامه فيه و اقتصر فى الرياض فى تفسير عبارة النافع على ما نقله عن بعض الأفاضل من أن المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا أنقص و لا أزيد بل و إن تفاوت لا يكون إلا بشىء يتساهل بمثله عادة ثم يدفع ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع (قلت) هذا الفاضل هو مولانا الأردبيلي فإن هذه هى عبارة مجمع البرهان حرفاً فحرفاً هذا كلامهم فى أصل المسألة و هو غير ملتزم و الجمع يحتاج إلى تعسف و تكلف شديد (فليتأمل جيداً) و ظاهر إطلاق الظروف كما هو فى كلام جماعة عدم اختصاص ذلك بظروف السمن و الزيت كما تشعر به بعض العبارات كالنافع بل يشمل ظروف العسل و الدبس و غيرهما كالناسية و الجواليق كما هو صريح جماعة حيث قالوا ظروف السمن و الزيت و غيرهما و يبقى الكلام فيما إذا ضم غير الظروف كما يأتى و ظاهر كل من قيد إندار الزائد بالتراضى و كذلك من ألحق به الناقص أن ذلك الإندار قهري أعنى إندار ما كان معتاداً أو كان محتملاً للزيادة و النقيصة مع الاعتياد و عدمه على اختلاف الآراء (نعم) فى الكفاية لو كان ذلك بالتراضى لكان أحوط و الأصل فى ذلك الموثق أنا نشترى الزيت فى أزقاقه و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الأزقاق فقال عليه السلام إن كان يزيد و ينقص فلا بأس و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه (و قد) فهم الأصحاب كافة أن معنى يزيد و ينقص أنه يحتملها و حملوا قوله عليه السلام إن كان يزيد و لا ينقص على يقين (تعين خ ل) الزيادة و ظاهره نفى البأس على الإطلاق حصلت المراضاة أم لا من حيث اختصاص النهى عن الإندار للزائد (للزيادة خ ل) بالصورة الثانية

لكون الجواز فى الأولى مقطوعا به بين الأصحاب لأن الناس مسلطون على أموالهم فكان نفى البأس عن الإندار إنما هو فى الصورة الثانية التى وقع فيها النهى عن الإندار فى الشق الثانى أو مطلقا لأن الإندار حق للمشتري لأنه قد اشترى مثلا مائة من من السمن فى هذه الظروف فالواجب دفع قيمة المائة المذكورة و له إسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن المذكور فمتى كانت الظروف فيها ما يزيد و ينقص حمل زيادتها على نقيصتها و هذا تنزيل آخر للخبر غير ما نزلنا عليه كلام الشيخ و من وافقه (فليتأمل) و فى بعض الأخبار القاصرة بحسب السند اشتراط التراضى فى الشق الأول أيضا و يستفاد من الخبر المعمول به و كلمات الأصحاب جواز مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩٦ و يجوز ضم الظرف فى البيع من غير إندار (١)

### [العاشر لو باعه بدينار غير درهم نسيئة]

(العاشر) لو باعه بدينار غير درهم نسيئة مما يتعامل به وقت الأجل أو نقدا مع جهله بالنسيئة أو بما يتجدد من النقد بطل و لو قدر الدرهم من الدينار صح (٢)

الإندار للنقص من دون توقف على التراضى و لعله لكون الإندار حقا للمشتري كما قدمنا كما هو ظاهر جماعة و صريح آخرين من متأخري المتأخرين فله إسقاط ما يضر به و ليس للبائع منعه فما ذكره الشهيدان و المحقق الثانى من كونه كالزائد فى التوقف على المراضاة مشكل نعم يتم لو كان الإندار بيد البائع أو مشتركا بينهما أما لو كان بيد المشتري كما عرفت فلا يتجه و هل يجرى الحكم فى غير الظرف و المظروف كما لو ضم إلى الموزون حديدا ثم أندر للحديد و نحو ذلك فإن فيه إشكالا و عدم الصحة أقرب فكان الحكم فى المسألة خارجا عن القاعدة و غرض بعض الأصحاب فيما ذكروه تقريبه منها أو إدراجها فيها (فليتأمل) و لا مانع من أن يكون الشارع تفضل بمنه و إحسانه فجوز هذا البيع و إن كان الوزن فيه غير معلوم ييقين لأن كان كثير التداول فناسب فيه التسامح لأن كانت الشريعة سهلة سمحاء غراء و فى الروضة لا فرق بين إسقاطه بغير ثمن أصلا أو بثمان مغاير للمظروف (قوله رحمه الله) (و يجوز ضم الظرف فى البيع من غير إندار)

كما فى الشرائع و الدروس و اللمعة و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح بمعنى أنه يجعل مجموع الظرف و المظروف مبيعا واحدا بوزن واحد لحصول معرفة الجملة الرافعة للجهالة و لا يقدح الجهل بمقدار كل منهما منفردا و لا كون الظرف غير موزون لأن المبيع هو الجملة لا كل فرد بخصوصه فيحصل العلم بالمجموع و لا يحتاج إلى العلم بكل جزء من المركب بعد العلم بالكل كما فى سائر ما يباع منضمنا (هذا أقصى) ما يمكن أن يوجه به هذا الحكم لأن كان غير منصوص و يلزم منه كون قيمة الظرف قيمة المظروف و الغالب التفاوت بل ربما كان فاحشا فيلزم الضرر بالمشتري فالواجب تقييده برضاه كما قيدوا به فى صورة زيادة الظرف يقينا (فليتأمل) و لعله لذلك قيل إنه لا يصح حتى يعلم مقدار كل منهما لأنهما فى قوة مبيعين و قد ضعفوه و لم أظفر بالقائل و لكن قال فى التذكرة لو باع الدهن بظرفه و قد شاهده أو وصف له و صفا يرفع الجهالة صح إذا عرف المقدار عندنا فظاهره الإجماع و لو كان الحكم فى المسألة جاريا على الأصل لصح فيما إذا ضم موزونين مختلفين بالسعر كما لو باعه الذهب و النحاس و الحديد و المسك و الرصاص و فى صحة ذلك إشكال و كذا لو ضم مع الموزون غير موزون مما يباع بالمشاهدة فباعه مع الموزون بالوزن فإن اتفق الوزن و المشاهدة صح و لو نقص بالوزن عن المشاهدة و زاد فاحتمال الصحة بعيد و لو ضم موزونين مختلفين بالجنس متفقين بالسعر فاحتمال الصحة على ما قالوه فيما نحن فيه أقرب (فليتأمل) جيدا (و قال فى التذكرة) لو باع السمن مع الظرف كل رطل بدرهم و عرفا قدر المجموع صح و إن جهلا تفصيله و منع منه بعض الشافعية و بعض الحنابلة لأن وزن الظرف يزيد و ينقص و لم يعلم كم

بدرهم و الباقون جوزوه كما اخترناه لصحة بيع كل منهما منفردا فصح مجتمعا و لا يضر اختلاف القيمة كما لو اشترى ثوبا مختلفا أو أرضا مختلفة كل ذراع بدرهم فإن القيمة مختلفة و يكون ثمن كل ذراع درهما و يأتي له فى آخر الفصل الثالث فى الشرط التعرض لهذا الفرع و تمام الكلام هناك

(قوله قدس سره) (و لو باعه بدينار غير درهم نسيئته مما يتعامل به وقت الأجل أو نقدا مع جهله بالنسيئة أو بما يتجدد من النقد بطل و لو قدر الدرهم من الدينار صح)

هذا تفصيل ما أجمله الشيخ (قال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩٧

.....

فى المبسوط) إذا اشترى ثوبا بمائة درهم إلا دينار أو بمائة دينار إلا درهما لم يصح لأن الثمن مجهول لأنه لا يدري كم حصه الدرهم من الدينار و لا حصه الدينار من الدراهم إلا بالتقويم و الرجوع إلى أهل الخبرة فإن استثنى من جنسه فباعه بمائة دينار إلا دينارا صح البيع لأن الثمن معلوم (انتهى) و نقل ذلك عنه فى السرائر و أقره عليه و بينه و نقل نحو ذلك عن القاضى (و قال فى النهاية) و لا يجوز أن يبيع متاعا بدينار غير درهم لأنه مجهول و مثل ذلك قال فى النافع و نحو ذلك ما فى الشرائع و كشف الرموز و عن أبى على أنه فصل فى الحال و المؤجل فجوزوه فى الأول دون الثانى و مراد الشيخ و أتباعه و قد سمعت عبارة المبسوط أن ذلك مع جهالة النسبة فى الحلول و مراد أبى على مع علمها فيه و مراده فى التأجيل استثناء الدرهم من الدينار فى وقت الأجل و المصنف حقق ذلك بما ذكره فى هذا الكتاب و غيره و كذلك الشهيدان و المحقق الثانى فى غاية المراد و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و قد رقى صور المسألة الشهيد إلى سبع و المحقق الثانى إلى عشر و الفاضل المقداد إلى ثمان و اقتصر فى الدروس على قوله لو باعه بدينار غير درهم أو غير قفيز حنطه صح مع علم النسبة لا بدونها (انتهى) و الضابط العلم بالنسبة و عدمه و لا فرق بين استثناء الدرهم من الدينار أو غيره منه أو غيره من الدينار من الدينار أو من الدراهم أو الدرهم من الدراهم إلى غير ذلك سواء كان المبيع مما فيه ربا أم لا و الأصل فى ذلك الأخبار المستفيضة (فمنها) ما رواه فى الكافي عن حماد عن الصادق عليه السلام قال يكره أن يشتري السلعة بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدرهم من الدينار (و ما رواه) الشيخ عن السكونى عن جعفر عن أبيه عليه السلام فى الرجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل قال فاسد فعل الدينار يصير بدرهم (و فى خبر آخر) أنه عليه السلام كره أن يشتري الرجل بدينار إلا درهما و إلا درهمين و لكن يجعل ذلك بدينار إلا ثلثا و إلا ربحا و إلا سدسا و فى آخر أنه عليه السلام كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم و قصور السند منجبر بالفتاوى كضعف دلالة الكراهة على الحرمة مضافا إلى رواية السكونى الصريحة فى الفساد و لا يقدح اختصاصها ببعض هذه بالنسبة لشيء لإشعار التعليل فيها و فى غيرها بالعموم و صور المسألة بحسب الضرب اثنتا عشرة يسقط منها صورتان لأنهما غير ممكنتين عقلا و ذلك لأن الثمن إما حال أو مؤجل و على التقديرين إما أن تكون النسبة معلومة أو مجهولة (و على كل تقدير فإما) أن يكون الاستثناء من النقد الحاضر وقت العقد أو من المتجدد أو من المتعامل به وقت الحلول فى المؤجل (فالمصور اثنتا عشرة) سقط ما إذا كان الثمن حالا و النسبة معلومة و الاستثناء من المتعامل به وقت الحلول فى المؤجل و ما إذا كان الثمن حالا و النسبة مجهولة و الاستثناء من المتعامل به وقت الحلول فى المؤجل لأنهما غير ممكنتين عقلا فالباقى عشر (الأولى) ما إذا كان الثمن حالا و النسبة معلومة و الاستثناء من النقد الحاضر فيصح (الثانية) الصورة بحالها و النسبة مجهولة (الثالثة) الثمن حال و النسبة معلومة و الاستثناء من المتجدد (الرابعة) الصورة بحالها و النسبة مجهولة و فى هذه يبطل (الخامسة) الثمن مؤجل و النسبة معلومة و الاستثناء من النقد الحاضر فيصح (السادسة) الصورة بحالها و النسبة مجهولة (السابعة) الثمن مؤجل و النسبة معلومة و الاستثناء من المتجدد (الثامنة) الصورة بحالها و النسبة مجهولة و قد اقتصر

الفاضل المقداد على هذه الثمان و صحح السابعة و الثالثة و هما باطلتان كما عرفت (التاسعة) الثمن مؤجل و النسبة معلومة و الاستثناء من النقد المتعامل به وقت الحلول (العاشرة) الصورة بحالها و النسبة مجهولة و في الخمس يبطل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩٨

و لو باعه بعشرين درهما من صرف العشرين بالدينار بطل مع تعدد الصرف بالسعر المذكور أو جهله (١)

البيع هذا و في الإرشاد لو باعه بدينار غير درهم نسيئته أو نقدا مع جهالة النسبة أو بما يتجدد من النقد بطل و اعترضه المحقق الثاني بأنه في صورة النسيئة لا يجرى على إطلاقه بل لا بد من التقييد الثنيا «١» من النقد الحاصل وقت الحلول (و نحن نقول) إذا قلنا إن المراد من عبارة الإرشاد أنه لو قال بعتك هذا بدينار إلا درهما مع جهل النسبة بين الدينار و الدرهم سواء كان البيع نقداً أو نسيئته بطل لجهل الثمن بسبب الاستثناء المجهول و كذا يبطل للجهالة لو باع بما يتجدد من النقد كان صحيحاً على إطلاقه لكن يكون الفرض الأخير خارجاً عن مسألة الدينار و الدرهم (إذا عرفت هذا) فعد إلى عبارة الكتاب (فقوله) غير درهم بنصب غير لأنها استثناء لا صفة (و قال المحقق الثاني) و نسيئته إما حال من الدينار أو تمييز للنسبة في باعه (و قوله) مما يتعامل إما أن يكون صفةً للدرهم أو للدينار أو لهما معاً (و قوله) أو نقدا معطوف على نسيئته أى لو باعه بدينار غير درهم نقداً أى حالاً مع جهله بنسبة الدرهم إلى الدينار إما بجهله بهما أو بأحدهما المستلزم لجهله بالنسبة حيث علم كلا منهما على انفراد (و قوله) أو بما يتجدد من النقد معطوف على قوله مع جهله أى لو باع بدينار غير درهم حالاً بما يتجدد من النقد أى يحدث السلطان المعاملة به بين الناس من الدنانير و الدراهم لكن على هذا المعنى لا- تحسن المقابلة لأن مقتضاها أن ما يتجدد من النقد هو الثمن و إنما هو الدينار إلا درهما و لو عطفه على قوله بدينار غير درهم لكانت المسألة خارجة عن مسألة الدينار و الدرهم (و قد يقال) لو جعلنا الباء بمعنى من صح عطفه على قوله مع جهله و إتيان الباء بمعنى من كثير و معنى قوله لو قدر الدرهم من الدينار صح أنه لو عين قدر الدرهم

(قوله) (و لو باعه بعشرين درهما من صرف العشرين بالدينار بطل مع تعدد الصرف بالسعر المذكور أو جهله)

هذا أيضاً تفصيل لما أطلقه الشيخ في المبسوط قال فيه إذا اشترى ثوباً بمائة درهم من صرف عشرين درهماً بدينار لم يصح الشراء لأن الثمن غير معين و لا موصوف بصفة يصير بها معلوماً و نحوه ما في الشرائع و التذكرة حيث قال لا لم يصح لجهالته إلا أنه قال في الأخير إن الأقوى أنه إذا كان واحداً متعينا للمتعاقدين صح البيع و انصرف الثمن إليه (لرواية الحلبي) في الحسن عن الصادق عليه السلام قال اشترى أبي أرضاً و اشترط على صاحبه أن يعطيه ورقاً كل دينار بعشرة دراهم و في الدروس لو باعه بدرهم من صرف عشرة بدينار صح مع علمهما و في المختلف بعد نقل كلام المبسوط (قال) و فيه أنه مع وجود دراهم صرفها ذلك يصح (و قال في التذكرة) أيضاً لو كان نقد البلد صرف عشرين بدينار لم يصح لأن السعر يختلف و لا يختص ذلك بنقد البلد و كلامه في هذين الكتابين على تدافعهما منظور فيهما (أما ما في المختلف) فلأن وجود دراهم صرفها ذلك لا يصح البيع كما لو كانت أصناف الفضة متعددة كالبيضاء و السوداء و الناعمة و الخشنة و كلها تصرف بالسعر المذكور فإنه يبطل لعدم التعيين و هو قضية تعليلهم المنع بالجهالة إذ قضيته ثبوتها و إن وجد في المعاملة منها نوع صرفه ذلك و علم به كما هو صريح الكتاب (و أما) ما في التذكرة فيشكل بأن المانع من الصحة إنما هو مجهولية الدراهم و هي على هذا التقدير معلومة و الإطلاق ينزل على نقد البلد و الغالب إن تعدد (فتأمل) و الصحيح ما في الكتاب من

(١) كذا في نسختين و الظاهر أنها «بالثنيا» (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٢٩٩

و لو باعه بنصف دينار لزمه شق دينار و لا يلزمه صحيح إلا مع إرادته عرفاً (١)

أنه مع التعدد كما بيناه يبطل و كذا مع اتحاد الصرف و جهل المشتري أو أحدهما به و من أنه لو اتحد و علماه صح كما هو مفهوم العبارة فالمدار في الصحة على العلم بالمستثنى و المستثنى منه و النسبة لو اختلف جنسهما (قوله) (و لو باعه بنصف دينار لزمه شق دينار و لا يلزمه صحيح إلا مع إرادته عرفا)

المراد بشق الدينار نصف كامل مشاع لأن النصف حقيقة في ذلك لغة و قد نص على أنه يلزمه ذلك في المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها و في الشرائع نسبتها إلى القيل (قالوا) و لا يلزم المشتري نصف مضروب صحيح إلا أن يكون متعارفا بحيث ينصرف الإطلاق إليه (و قول) المصنف و غيره إلا مع إرادته عرفا معناه أن جريانه في العرف كذلك دليل على إرادته و قد ترك ذكر اشتراط البائع الصحيح في بعض هذه العبارات لوضوحه (و قد نص) عليه في جملة منها كعبارة الإرشاد و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة فقالوا إلا أن يشترط الصحيح كأن يصرح بإرادته فإنه يلزمه حينئذ أيضا و إن لم يكن الإطلاق محمولا عليه و كذا الحال في نصف الدرهم و أجزاءها غير النصف حيث كان الإطلاق منزلا على الإشاعة إلا أن يدل العرف على خلافه فلو اختلف العرف حمل الإطلاق على الشق إذ لا معارض للغة لمكان عدم انضباط العرف و في التذكرة أنه لو لم يغلب العرف وجب التعيين فإن إخلاء مبطل للجهالة (و قد عرفت) أن الظاهر عدم البطلان و إذا لزمه شق دينار لا يلزمه قطعه قطعاً لأن فيه تفويتاً للغرض فإنه لا يجري في المعاملة حينئذ بل يلزمه نصف دينار مشاعاً كما يسلم نصف الدار و نصف الدابة فلو باعه شيئاً آخر بنصف دينار آخر فإن حملناه على الشق تخير بين أن يعطيه شقى دينارين و يكون شريكاً فيهما و بين أن يعطيه ديناراً كاملاً فيكون قد زاده خيراً و إن حملناه على الصحيح لم يجب قبول الدينار الكامل و لو باعه الثوب الثاني بنصف دينار على أن يعطيه الأول و الثاني صحيحاً جاز و لزمه دفع صحيح عملاً بالشرط السائغ شرعاً سواء كان الثاني بعد لزوم الأول أو قبله كما إذا كان في المجلس خلافاً للمبسوط حيث قال فإن اشترى ثوباً آخر بنصف دينار و شرط في الثاني أن يعطيه ديناراً صحيحاً عن الأول و الثاني نظر فإن كان الأول قد لزم و انقطع الخيار بينهما بطل الثاني و صح الأول لأنه لم يرض بأن يكون في الثوب الثاني نصف دينار صحيح حتى يزيد في ثمن الثوب الأول فيجعل المكسور من دينار صحيحاً و هذه الزيادة لا تلحق بالأول لانبرامه و لأن الزيادة مجهولة و إذا لم تلحق بالأول و لم تثبت كان الثمن في الثوب الثاني مجهولاً فلم يصح و إن كان الأول لم يلزم و لم ينبرم و كان الخيار باقياً بينهما فسد الأول و الثاني لأن زيادة الصفة منفردة عن العين مجهولة و لا يصح إلحاقه بالثمن فلم تثبت و إذا لم تثبت هذه الزيادة فلم يرض بأن يكون نصف دينار ثمناً حتى تكون معه هذه الزيادة في ثمن الثوب الآخر صار الثمن مجهولاً فلم يصح (انتهى) (و فيه) أن انبرام الأول لا يمنع لحوق الزيادة في ثمنه للشرط السائغ في الثاني و الزيادة هنا كون النصف صحيحاً و هو أمر معلوم فلم تكن مجهولة و هذا الوصف لا يصدق عليه أنه معلوم المقدار و لا مجهولة لأنه يستحيل عليه التقدير فلم يصح له أن يقول إنه مجهول المقدار و أما مع عدم اللزوم فالبيعان صحيحان لوجود مقتضى و انتفاء المانع أما الأول فهو العقد و أما الثاني فالشرط المذكور لا يصلح للمانع لأن كان مطلوباً للعقلاء تناط به

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠٠

### [الحادى عشر لو باعه الصبرة كل قفيز بدينار]

(الحادى عشر) لو باعه الصبرة كل قفيز بدينار و علم قدرها صح و إلا بطل (١) الجميع

### [الثانى عشر يجوز استثناء الجزء المعلوم فى أحد العوضين]

(الثانى عشر) يجوز استثناء الجزء المعلوم فى أحد العوضين فىكون الآخر فى مقابلة الباقي فلو قال بعتك هذه السلعة بأربعة إلا ما يساوى واحدا بسعر اليوم قال الشيخ يبطل مطلقا للجهالة و الوجه ذلك إلا أن يعلم سعر اليوم و لو قال إلا ما يخص واحدا قال يصح فى ثلاثة أرباعها بجميع الثمن و الأقرب عندى البطلان لثبوت الدور المفضى إلى الجهالة (٢)

الأغراض الصحيحة فكان مشروعاً و معلوماً كما بينا فصح اشتراطه و قد سبق الشيخ إلى ذلك الشافعى و لكنه أجمل و شيخنا بين و فصل

(قوله قدس سره) (لو باعه الصبرة كل قفيز بدينار و علما قدرها صح و إلا بطل)

تقدم الكلام فيه مستوفى عند شرح قوله و يصح بيع الصاع من الصبرة

(قوله قدس سره) (يجوز استثناء الجزء المعلوم فى أحد العوضين فىكون الآخر فى مقابلة الباقي فلو قال بعتك هذه السلعة بأربعة إلا ما يساوى واحدا بسعر اليوم) (قال الشيخ) يبطل مطلقا للجهالة و الوجه ذلك إلا أن يعلم سعر اليوم و لو قال إلا ما يخص واحدا قال يصح فى ثلاثة أرباعها بجميع الثمن و الأقرب عندى البطلان لثبوت الدور المفضى إلى الجهالة)

قال الشيخ فى المبسوط فى فصل بيع الثمار إذا قال بعتك هذه الثمرة بأربعة آلاف إلا ما يخص ألفاً منها صح المبيع فى ثلاثة أرباعها لأن ما يخص ألفاً منها ربعها و إن قال بعتك هذه الثمرة بأربعة آلاف إلا ما يساوى ألفاً منها بسعر اليوم لم يجز لأن ما يساوى ألف درهم من الثمرة لا يدرى قدره فىكون مجهولاً و فى نهاية الأحكام بعد نقل مضمون كلام الشيخ قال كما قال هنا إن الوجه ذلك إلا أن يعلم سعر اليوم و لو قال إلا ما يخص ألفاً فإن أراد ما يساوى ألفاً عند التقويم بطل للجهالة و إن أراد ما يخص ألفاً عند تقسيط جميع الثمرة على أربعة آلاف صح البيع فى ثلاثة أرباعها بجميع الثمن و إن أراد ما يخص ألفاً بعد الاستثناء دخله الدور حينئذ لتوقف معرفة قدر كل من المبيع و المستثنى على الآخر (و قال فى التذكرة) إذا قال بعتك هذا القفيز من الطعام بأربعة دراهم إلا ما يخص واحداً منها فإن أراد ما يساوى واحداً فى الحال فإن عرفا المقدار صح و إلا فلا و إن أراد ما يساوى واحداً عند التقويم بطل لأنه مجهول و إن أراد ما يخصه إذا وزع القفيز على المبلغ المذكور قبل الاستثناء صح و كان استثناء للربع فيصح البيع فى ثلاثة أرباعه بأربعة و إن أراد ما يخصه إذا وزع الباقي بعد الاستثناء دخلها الدور لأننا لا نعلم قدر المبيع إلا بعد معرفة المستثنى و بالعكس و فى الدروس لو استثنى جزءاً من المبيع أو الثمن مجهولاً بطل (و منه) أن يقول إلا ما يساوى واحداً بسعر اليوم و هما جاهلان به أو أحدهما و لو قال إلا ما يخص واحداً صح و نظر إلى ما تقرر عليه العقد فلو كان الثمن أربعة صح فى أربعة أخماسها به (و نحن نقول) إن استثناء الجزء المعلوم قد يكون من العوض فقط كقولك بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم إلا درهماً و من المعوض عنه كقولك بعتك الصبرة المعلومه إلا نصفها (و أما صور الجهالة) فكما لو استثنى من الثمن بعضاً غير معلوم كأن يقول بعشرة إلا شيئاً أو جزءاً أو نصيباً و لم يعين و لا يحمل على الوصية اقتصاراً فيما خالف العرف على مورد النص إلا أن يعلم إرادته ذلك و كذا فى جانب المثلث و لو قال بعتك هذا القفيز بأربعة إلا ما يساوى واحداً بسعر اليوم فقد أطلق الشيخ الحكم بالبطلان و هو غير متجه و المصنف صححه إذا علم سعر اليوم و المراد باليوم الوقت و لو أريد به تمام اليوم كان مجهولاً لأن السعر فى اليوم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠١

فإن علماه بالجبر و المقابلة أو غيرهما صح البيع فى أربعة أخماسها بجميع الثمن (١)

بتمامه غير معلوم حال العقد فيصح حينئذ قول الشيخ فالمراد باليوم ما يتبادر عرفاً و هو وقت العقد و فى جامع المقاصد أن قول المصنف يحتاج إلى تنقيح فإنه لا بد فى الصحة من علمها بحصة الواحد من سعر اليوم فإن العلم بالسعر بمجرد لا يقتضى العلم



بحصته من جزء ذلك المقدار (قلت) هذا هو المراد فى كلام المصنف (وقال) أيضا و يشترط أيضا أن لا يكون الاستثناء مستغرقا فلو كانت السلعة كلها تساوى واحدا بسعر اليوم يبطل لاستغراق الاستثناء (قلت) هذا الأخير نه عليه الفخر فى الإيضاح و الشهيد فى حواشيه و اعتذر عنه فى الإيضاح بأن البحث ليس فيه لأن الشيخ لم يتعرض له و لفظه مطلقا الواقعة فى العبارة إما أن تروى بكسر اللام فتكون من كلام المصنف و معناه أن الشيخ أطلق و لو لم يقل مطلقا (و يحتمل) أن تكون بفتح اللام فتكون من كلام الشيخ و هو لم يصرح بذلك «فليتأمل» هذا و لو أراد ما يساوى واحدا عند التقويم فإنه يبطل كما إذا أراد عند حلول الأجل و إن أراد ما يخصه إذا وزع القفيز على المبلغ المذكور قبل الاستثناء صح كما ذكره فى التذكرة و هو مبنى على ما قبل لزوم البيع و استقراره و لا ريب أنه كذلك قبل الاستقرار لكن الكلام إنما هو بعد الاستقرار و حينئذ يرجع إلى الصورة الأخرى و هو ما إذا أراد ما يخصه إذا وزع الباقي بعد الاستثناء فإنه يجيء الدور و هو دور معية لا دور توقف و إيضاح الدور أن ما يخص الواحد هو جزء مما استقر عليه البيع بعد الاستثناء تقتضيه قسمة ما استقر عليه البيع على أربعة هنا فهو ربع ما استقر عليه البيع فلا نعرف المبيع و هو ما استقر عليه البيع إلا بعد معرفة قدر المستثنى و لا نعرف قدر المستثنى حتى نعرف المبيع و قد نص على أنه دور معية فى الإيضاح و حواشى الكتاب و جامع المقاصد لأن مقدار المبيع و مقدار المستثنى يعرفان معا و الفرق بين ما يساوى واحدا و ما يخص واحدا أن المساوى باعتبار القيمة السوقية و السعر الواقع بين الناس لأن المتبادر من المساواة عند الإطلاق المساواة سوا و عرفا و ما يخص الواحد باعتبار توزيع الثمن على السلعة بحيث تقابل الأجزاء بالأجزاء فإن الاختصاص يتعين بما يقتضيه المقام بخلاف مساواة السلعة للثمن فإنه مع الإطلاق ينزل على التفاوت و كأنه هو مراد الشهيد فى حواشيه حيث قال إن ما يخص من هذا البيع (المبيع خ ل) و هو السلعة و ما يساوى من سعر الناس هذه عبارته (و ربما فرق) بأن المساوى يكون قد بيع بالقيمة السوقية من غير زيادة و أما الذى يخص فإنه بحسب تراضى البيعين سواء ساوى القيمة السوقية أم لا و هذا قريب من الأول إن لم يكنه «فتأمل» (و أما) ما فى الدروس من صحته فى أربعة أخماسها فهو ما أشار إليه المصنف من معرفته بطريق الجبر و المقابلة هذا و لا تعلم إرادة البائع و المشتري حيث بنينا أحكاما على إرادتهما إلا بقولهما على الظاهر

(قوله) (فإن علماه بالجبر و المقابلة أو غيرهما صح فى أربعة أخماسها بجميع الثمن)

المراد بغيرهما الخطئان و الأربعة المتناسبة لا يقال هذا الحكم مختص بالمسألة الثانية أعنى ما يخص واحدا و قد قال إن تحصيل العلم فيها دورى محال و الجبر و المقابلة لا يرفعان الاستحالة فكيف يقول و لو علماه لأننا نقول قد قدمنا أنه دور معية يحصل معه الغرر و الجهالة و يمكن ارتفاعهما بحصول العلم بالمستثنى و المستثنى منه معا و قضية ذلك أن العلم بالقوة القريبة كاف و إن كان مجهولا بالفعل حال العقد و هو مشكل للاشتراك فى الغرر و التقييد بالقوة القريبة ليخرج ما إذا كانا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠٢

.....

جاهلين بهذا الحساب أو أحدهما جاهلا فلو عقدا كذلك ثم ذهبوا و تعلماه لم يصح و فى نهاية الأحكام و التذكرة ذكر أمثلة كثيرة صحح فيها البيع مع كون المبيع مجهولا- فى الحال لأن كان معلوما بالقوة القريبة (منها) ما لو باع من اثنين صفقة قطعة أرض على الاختلاف بأن ورث من أبيه حصه و من أمه حصه أقل أو أكثر و جعل لكل واحد منهما أحد النصيبين و الآخر الباقي (فقد قال) فى الكتابين إن البيع يصح و إن جهلا قدر نسبة النصيب إلى الجميع و نسبة النصيب فى الثمن و جهل كل منهما قدر حصته من الثمن و يرجعان إلى ما يقتضيه الحساب إذ الثمن فى مقابلة الجملة فلا يضر جهالته بالأجزاء كما إذا جمع بين مالى شخصين صفقة فإنه يصح و إن لم يعلم فى الحال حصه كل منهما من الثمن و يرجعان إلى الحساب (و منها) ما لو باعه خمسة أطال على سعر المائة باثنى عشر درهما صح و إن جهلا فى الحال قدر الثمن لأنه مما يعلم بالحساب و لا يمكن تطرق الزيادة إليه و لا النقصان فيتبقى الغرر (و منها) ما

لو قال بعتك نصيبى من ميراث أبى من الدار فقد قال فى الكتابين إنه إذا عرف القدر صح و لو جهله بطل و لو عرف عدد الورثة و قدر الاستحقاق إجمالاً فقد قال فيهما فالأقوى الصحة و يكون له ما يقتضيه الحساب (و منها) ما لو قال بعتك جزءاً من مائة واحد عشر جزءاً فإنه يصح و إن جهلا النسبة إلى غير ذلك مما ذكره فى الكتابين و لنرجع إلى ما فى الكتاب من تحصيل العلم بهما لهما بالطرق الثلاثة أما الجبر فلا بد قبل بيان تحصيل العلم من معرفته معناه و معنى المقابلة و معنى المعادلة و بيان اصطلاحات فى المقام فالجبر عبارة عن تكميل الناقص و عن الزيادة على المقابل ففى مثالنا هذا السلعة إلا شيئاً تعدل أربعة أشياء فالجبر أن تكمل السلعة و تسقط الاستثناء فتصير السلعة تامة و تزيد مثل ذلك الشئ الذى تمننا به السلعة على معادلها الذى هو الأربعة أشياء فتصير الأربعة أشياء أربعة و شيئاً و السلعة تمامه و هذا العمل كله يسمى جبراً (و أما المقابلة) فهى إسقاط الأجناس المتجانسة فى الطرفين لتحصل المعادلة (و لنوضح ذلك فى عنوان المثال فنقول) مثلاً شيئان و عشرة تعدل أربعين فتسقط العشرة من كل واحد من المتعادلين يبقى فى الأول شيئان و فى الثانى ثلاثون و هو معنى المقابلة فإذا حصلت المقابلة حصلت المعادلة و هى إما بين جنس و جنس و هى (ثلاث مسائل) لأن الأجناس فى الجبر و المقابلة محصورة فى ثلاثة أشياء و هى الشئ و المال و العدد (فالمسألة الأولى) عدد يعدل شيئاً (و الثانية) أشياء تعدل أموالاً (الثالثة) أموال تعدل عدداً و إما بين جنس و جنسين و هى ثلاثة أيضاً (الأولى) عدد يعدل أشياء و أموالاً (الثانية) أشياء تعدل أموالاً و أعداداً (الثالثة) أموال تعدل عدداً و أشياء و هذه الست هى الجبريات التى انتهت إليها أفكار القدماء و إن كان الجمشيدى زاد نيفا و تسعين و بهذا قيل إنه إمام أهل الحساب (و هذا) حديث إجمالى و العمل و التفصيل موكول إلى فنه (و أما بيان) الاصطلاحات التى يتوقف عليها الجبر و المقابلة فهو أن المجهول معرفته يسمى شيئاً و إذا ضربنا الشئ فى الشئ يسمى الحاصل مالاً- و إذا ضربناه فى المال سميناها كعباً و إذا ضربناه فى الكعب سميناها مال المال و إذا ضربناه فى مال المال سميناها مال الكعب و فى مال الكعب سميناها كعب الكعب و هكذا فتتسع المراتب كعب؟؟ كعب الكعب و الكل متناسبة صعوداً و نزولاً فنسبة مال المال إلى الكعب كنسبة الكعب إلى المال و المال إلى الشئ و الشئ إلى الواحد و الواحد إلى جزء الشئ و جزء الشئ إلى جزء المال و هكذا و هذا أيضاً حديث إجمالى فعد إلى المسألة و قل لو قال بعتك هذه السلعة إلا ما يخص واحداً بأربعة دراهم فالمستثنى ربع أم خمس أم غيرهما و المبيع فى كم صح فى أربعة أخماسها أم ثلاثة أرباعها (فالجواب)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠٣

.....

أن) طريق الجبر و المقابلة يقضى بأن المبيع أربعة أخماسها فيكون المستثنى خمسا و لنا فى استخراج ذلك طريقان كلاهما بالجبر و المقابلة (الأول) أنا نفرض المستثنى شيئاً فيكون المبيع السلعة إلا شيئاً و معادلها أربعة أشياء أى المبيع منها أربعة أشياء بأربعة دراهم فإذا جبرنا الناقص أعنى السلعة إلا شيئاً بشئ أعنى تمنناها حتى صارت سلعة تامة غير مستثنى منها شئ و جب علينا أن نزيد على معادلها أعنى الأربعة أشياء التى قلنا إنها تعادلها شيئاً لتحصل المعادلة فتكون السلعة التامة معادلة لأربعة أشياء و شئ فالشئ مع الأربعة أشياء خمسة أشياء و قد فرضنا أن ذلك معادل للسلعة التامة التى لم يستثن منها شئ فتكون السلعة معادلة لخمس أشياء فتكون السلعة مركبة من خمسة أشياء و لا شك أن الشئ خمس الخمسة أشياء فيكون الشئ خمس السلعة فالمستثنى خمسها (لأننا) نقول (قلنا خ ل) إن المستثنى شئ (و قلنا) بعد العمل إن الشئ خمس السلعة فيكون الشئ المستثنى خمس السلعة (و قد فرضنا) أن كل شئ من الأربعة يخص درهما فالمبيع أربعة أشياء و إن شئت (قلت) أربعة أخماس بأربعة دراهم و المستثنى شئ هو خمس فيتم المطلوب (و أما الطريق الثانى) فنقول المستثنى شئ فالمبيع السلعة إلا شيئاً كل ربع منها بدرهم و الربع التام المبيع بدرهم هو ربع المبيع «١» من السلعة لا ربع السلعة بتمامها لكن هذا الربع المبيع بدرهم إذا نسبناه إلى السلعة المستثنى منها شئ يكون ربعها إلا ربع شئ و ذلك يعدل شيئاً كاملاً فإذا جبرناه بربع شئ كان ربعاً تاماً فنزيد على معادله و هو الشئ الكامل ربع شئ فيكون ربع السلعة

معادلا- لشيء كامل و ربع شىء فتكون السلعة بأجمعها معادلة لخمسة أشياء فالشىء المستثنى خمسها فالمبيع أربعة أخماسها و المستثنى خمسها (و يبقى الكلام) فى أن هذه المسألة من أى المسائل الست و الظاهر أنها من المسألة الأولى و هى عدد يعادل أشياء فإن العدد إذا كان معادلا للأشياء كانت الأشياء معادلة للعدد فالسلعة شىء تعدل أربعة أشياء بأربعة دراهم و لما كانت الأشياء المعادلة للسلعة مبيعة بأربعة دراهم كانت السلعة كأنها معادلة لأربعة دراهم فتنقسم الأربعة دراهم على السلعة كما هو الشأن فى الأعداد المعادلة للأشياء و أما معرفته بالأربعة المتناسبة و هى ما نسبة أولها إلى ثانيها كنسبة ثالثها إلى رابعها «٢» و يلزمها مساواة مسطح الطرفين لمسطح الوسطين و ذلك كالأربعة بالنسبة إلى الثمانية و الثلاثة بالنسبة إلى الستة فإن نسبة الأربعة إلى الثمانية كنسبة الثلاثة إلى الستة فى أن كلا منهما نصف الآخر و الأربعة و الستة طرفان و الثمانية و الثلاثة و سلطان و الحاصل من ضرب الأربعة فى الستة يسمى مسطحا و هو أربعة و عشرون و الحاصل من ضرب الثلاثة فى الثمانية أربعة و عشرون و يسمى مسطحا أيضا لأنه إذا ضرب علوا فى علو سمي بالمسطح فإذا جهل أحد الطرفين فأقسم مسطح الوسطين على الطرف المعلوم و كذا إذا جهل أحد الوسطين فأقسم مسطح الطرفين على الوسط المعلوم فالخارج هو المطلوب كما لو قيل خمسة أرتال بثلاثة دراهم رطلان بكم فالخمس أرتال المسعر و الثلاثة السعر و الرطلان المثلث و المسئول عنه الثمن و نسبة المسعر إلى السعر كنسبة المثلث إلى الثمن فالمجهول هو الرابع أعنى الثمن فإذا أردت معرفته فاضرب الثلاثة فى الرطلين لأنهما و سلطان فالحاصل

(١) لا يخفى عليك الفرق بين الإضافة و التوصيف (منه)

(٢) أو ما نسبة أولها إلى ثالثها كنسبة ثانيها إلى رابعها كالثمانية و الستة و الأربعة و الثلاثة كمحمد و على و فاطمة و الحسين صلوات الله عليهم (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠٤

.....

ستة فأقسمها «١» على الطرف المعلوم و هو خمسة يكون الحاصل واحدا و خمسا لأن الستة واحد و خمس و هو الطرف المجهول و هو ثمن الرطلين فكان ثمنها واحدا و خمسا و هكذا لو كان المجهول أحد الوسطين فإنك تقسم مسطح الطرفين على الوسط المعلوم فالخارج هو المطلوب (إذا عرفت هذا) فنقول إذا قال بعتك السلعة بأربعة دراهم إلا- ما يخص واحدا فالمعلومات ثلاثة الوسطان الأربعة دراهم و الواحد المستثنى و الطرف و هو الدرهم الذى يخص المستثنى و المجهول و هو الطرف الآخر و هو السلعة فنضرب الأربعة فى الواحد المستثنى لأن كانا وسطين فالحاصل أربعة فنقسمها على الطرف المعلوم و هو الدرهم فكانت أربعة أخماسها و هو الطرف المجهول فكانت السلعة عبارة عن أربعة أخماسها فالمبيع أربعة أخماس السلعة و المستثنى خمسها و وجه المناسبة بين هذه الأربعة أنه لما كان نسبة المستثنى إلى الدرهم الذى يخصه كنسبة المبيع إلى الأربعة دراهم التى تخصه باعتبار كونها ثمنا له لأن الاستثناء لما يخص درهما من السلعة إنما كان باعتبار مقابلة ما انعقد عليه البيع من المبيع للثمن المقتضى لمقابلة الأجزاء و جب أن يكون نسبة المستثنى إلى مجموع المستثنى و المبيع كنسبة الدرهم إلى مجموع الدرهم و ثمن المبيع و الدرهم خمس المجموع (و تحقيقه) أن أقليدس قد برهن على أن الأربعة إذا تناسبت كان نسبة الأول إلى الثالث كنسبة الثالث إلى الرابع و هو إبدال النسبة أى جعل النسبة للمقدم إلى المقدم كنسبة التالى إلى التالى و برهن أيضا على أن المقادير الأربعة إذا تناسبت مفصله تناسبت مركبة فيكون نسبة مجموع المقدمين إلى المقدم كنسبة مجموع التالين إلى التالى فإذا عكست كان نسبة المقدم إلى المقدمين كنسبة التالى إلى التالين (و هو) محقق لما ذكرنا فيكون المستثنى خمس مجموع السلعة أو يقال لما كان نسبة المستثنى إلى الدرهم كنسبة المبيع إلى الثمن و جب أن يكون نسبة المستثنى إلى المبيع كنسبة الدرهم إلى الثمن و هو بقدر ربه لأن أقليدس قد برهن على أن الأربعة

إذا تناسبت كانت بعد الإبدال متناسبة كتناسبها قبله فيكون خمس المجموع فيكون المستثنى خمس السلعة و قد نقل ذلك كله فى جامع المقاصد و أما استخراجها بحساب الخطأين فلا بد قبل ذلك من معرفته مصطلح القوم فيهما و طريقته العمل و بيانه أن تفرض المجهول ما شئت و تسميه المفروض الأول فتصرف فيه بحسب السؤال فإن طابق فهو المطلوب و إن أخطأ بزيادة أو نقصان فهو الخطأ الأول ثم تفرض آخر و هو المفروض الثانى فإن أخطأ حصل الخطأ الثانى ثم اضرب المفروض الأول فى الخطأ الثانى و تسميه المحفوظ الأول و المفروض الثانى فى الخطأ الأول و هو المحفوظ الثانى فإن كان الخطان زائدين أو ناقصين فأقسم الفضل بين المحفوظين على الفضل بين الخطأين و إن اختلفا فمجموع المحفوظين على مجموع الخطأين ليخرج المجهول فلو قيل أى عدد زيد عليه ثلثاه و درهم حصل عشرة فإن فرضته تسعة فالخطأ الأول ستة زائدة و إن فرضته ستة فالخطأ الثانى واحد زائد ثم اضرب المفروض الأول و هو تسعة فى الواحد الزائد فالحصل تسعة و تسمى المحفوظ الأول ثم اضرب المفروض الثانى و هو ستة فى الخطأ الأول و هو ستة أيضا فالحصل ستة و ثلاثون و هو المحفوظ الثانى فالفضل بين المحفوظين «٢» سبعة و عشرون و الفضل بين الخطأين «٣» خمسة؟؟؟ فإذا قسمنا السبعة و العشرين على الخمسة كان خارج القسمة خمسة و خمسان و هو المطلوب لأن مجنسهما سبعة و عشرون خمسا فإذا زيد عليه ثلثاه أعنى ثمانية عشر خمسا

(١) المراد بالقسمة النسبة (منه)

(٢) أعنى تسعة و ستة و ثلاثين (منه)

(٣) أعنى ستة و واحد (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠٥

.....

صار خمسة و أربعين خمسا و مرفوعه تسعة تامة فإذا زيد عليه درهم صار عشرة و هو المطلوب (إذا عرفت هذا) فعد إلى مسألتنا فقل نفرض المستثنى ثلث السلعة تارة و رابعة أخرى فلنطلب المخرج المشترك طلبا لتسهيل العمل بصيرورتها صحاحا و ذلك اثنا عشر الثلث منها أربعة و قد فرضنا اختصاصها بدرهم فيكون بالثمن ستة عشر لأنه أربعة دراهم فإن ضمنا المستثنى إليها بلغت عشرين و قد كانت اثني عشر فالخطأ بثمانية زائدة و الربع ثلاثة فيكون بأربعة اثني عشر و هى مع المستثنى خمسة عشر فالخطأ بثلاثة زائدة فلنضرب المفروض الأول و هو أربعة فى الخطأ الثانى و هو ثلاثة تبلغ اثني عشر و كذلك المفروض الثانى و هو ثلاثة فى الخطأ الأول و هو ثمانية تبلغ أربعة و عشرين فالفضل بين حاصلى الضرب اثنا عشر يقسم على الفضل بين الخطأين و هو خمسة لأنك إذا أسقطت الاثني عشر و هى حاصل الضرب الأول من الأربعة و العشرين و هى حاصل الضرب الثانى يبقى اثنا عشر و كذا إذا أسقطت الثلاثة و هى الخطأ الثانى من الثمانية و هى الخطأ الأول بقى خمسة فإذا قسمت الاثني عشر على خمسة يخرج اثنان و خمسان هى المستثنى من مجموع السلعة و هى الخمس من اثني عشر و إن شئت رددت اثني عشر إلى واحد لأنها فى الأصل شىء واحد و إنما صار إلى اثني عشر محاولة لجعل الكسور صحاحا ثم تنسبه إلى الفضل بين الخطأين يكون خمسا فيكون المستثنى خمس السلعة هذا بالخطأين الزائدين (و أما) بالناقصين فبأن تفرض المستثنى الثمن تارة و السدس أخرى و المخرج المشترك لهما أربعة و عشرون فعلى تقدير كون الثمن و هو ثلاثة منها يكون بأربعة دراهم اثني عشر هى مع المستثنى خمسة عشر فيكون الخطأ بتسعة ناقصة و على تقدير كون السدس و هو أربعة يكون الخطأ بأربعة ناقصة فإذا ضربت المال الأول و هو ثلاثة فى الخطأ الثانى و هو أربعة تبلغ اثني عشر و إذا ضربت المال الثانى و هو أربعة فى الخطأ الأول و هو تسعة تبلغ ستة و ثلاثين تأخذ الفضل بينهما و هو أربعة و عشرون فإما أن ترده إلى الواحد كما قلناه و تقسمه على الفضل بين الخطأين و هو خمسة أى تنسبه إليه لأن قسمة الأول على الأكثر هى نسبته إليه أو تقسم

الفضل بين حاصلى الضرب أعنى أربعة و عشرين على الفضل بين الخطأين و هو خمسة يخرج أربعة و أربعة أخماس هى خمس أربعة و عشرين التى فرض كونها السلعة فيكون المستثنى خمسها و لو كان أحد الخطأين زائدا و الآخر ناقصا كالثمن و الثلث فإن مخرجهما أربعة و عشرون فإن الخطأ (بالفرض) الأول تسعة ناقصة لأن مجموع خمسة عشر (و بالفرض) الثانى ستة عشر زائدة لأن مجموعهم أربعة و عشرون فتجمعهما و تحفظهما للقسمه و كذا تعمل فى كل ما يختلف فيه الخطأ بأن الزيادة و النقصان فالفضل بين الخطأين خمسة ثم تضرب المال الأول و هو ثلاثة فى الخطأ الثانى و هو ستة عشر يكون ثمانية و أربعين ثم المال الثانى و هو ثمانية فى الخطأ الأول و هو تسعة يكون اثنين و سبعين تضيفهما إلى المرتفع الأول يكون مائة و عشرين تقسمها على أربعة و عشرين «١» و هو المخرج المشترك لكل من الثمن و السدس يكون خمسة لأن المائة عشرون خمسة و العشرون أربع خمسات تقسمها إلى المحفوظ يكون الخمس كما ذكر ذلك كله فى جامع المقاصد (قلت) و لك أن تقسم الفضل بين حاصلى الضرب و هو أربعة و عشرون لأن الفضل بين الاثنين و السبعين و بين الثمانية و الأربعين أربعة و عشرون على الفضل بين الخطأين

(١) و هو التفاوت بين المحفوظين (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠٦

و لو باعه بعشرة و ثلث الثمن فهو خمسة عشر لأن الثمن شىء يعدل عشرة و ثلث شىء فالعشرة تعدل ثلثى الثمن (١) و لو قال و ربع الثمن فهو ثلاثة عشر و ثلث (٢) و لو قال إلا ثلث الثمن فهو سبعة و نصف (٣)

أعنى خمسة لأن الفضل بين التسعة و الستة عشر خمسة و إنما لم يذكره الشارح لأنه غير مطرد فيما إذا كان أحد الخطأين زائدا و الآخر ناقصا و استوضح ذلك فيما إذا قيل أى عدد إذا زيد عليه ربه و على الحاصل ثلاثة أخماسه و نقص من المجتمع خمسة دراهم عاد إلى الأول فإنه لا يصح فيه إلا قسمه مجموع المحفوظين على مجموع الخطأين و هذا العدد خمسة (و قال فى جامع المقاصد) و إن شئت قسمت مائة و عشرين على خمسة و عشرين يخرج أربعة و أربعة أخماس تنسبها إلى المخرج المشترك يكون خمسة فذلك هو المستثنى (قلت) هذا باعتبار القسمه على مجموع الخطأين كما هو القاعدة لأن مجموع التسعة و الستة عشر خمسة و عشرون (قوله) (و لو قال بعتك بعشرة و ثلث الثمن فهو خمسة عشر لأن الثمن شىء يعدل عشرة و ثلث شىء فالعشرة تعدل ثلثى الثمن) بيانه أن الثمن شىء فى قوله و ثلث الثمن فالمبيع بعشرة و ثلث شىء تعدل شيئا كاملا و بعد المعادلة و بعد إسقاط المشترك تكون العشرة معادلة لثلثى شىء لأن ثلث الشىء إذا زدنا عليه ثلثين صار شيئا كاملا و إذا زدنا على مقابله و هو الشىء الكامل ثلثين صار هناك شىء كامل و ثلثان فصار المتكرر شيئا كاملا لأن مع العشرة شيئا كاملا و مع الثلثين شيئا كاملا فإذا أسقطنا هذا المتكرر بعمل المقابلة تكون العشرة معادلة لثلثى الثمن أو تقول ثلث الثمن شىء فالمبيع بعشرة و شىء تعدل ثلاثة أشياء و بعد إسقاط المشترك تكون معادلة لشيئين و الشىء خمسة و بالخطأين نفرض ثلث الثمن ستة فيكون الثمن ثمانية عشر و قد كان بضميمته إلى العشرة ستة عشر فالخطأ باثنين زائدين ثم نفرضه سبعة فيكون الثمن أحدا و عشرين و قد كان بالإضافة إلى العشرة سبعة عشر فالخطأ بأربعة زائدة و مضروب المال الأول و هو ستة فى الخطأ الثانى و هو أربعة أربعة و عشرون و مضروب المال الثانى و هو سبعة فى الخطأ الأول و هو اثنان أربعة عشر فإذا أسقط أقل الخطأين من أكثرهما بقى اثنان و إذا أسقط أقل حاصل الضرب من أكثرهما بقى عشرة فإذا قسمت على ما بقى من الخطأين خرج خمسة و هى ثلث الثمن المجهول فالثمن خمسة عشر

(قوله قدس سره) (و لو قال و ربع الثمن فهو ثلاثة عشر و ثلث)

لأنك تقول الثمن فالمبيع بعشرة و ربع شىء تعدل شيئا كاملا و بعد إسقاط المشترك تكون العشرة معادلة لثلاثة أرباع شىء فربع الثمن ثلاثة و ثلث أو تقول ربع الثمن شىء فالثمن فى تقدير أربعة أشياء تعدل عشرة و شيئا فإذا أسقط المشترك تكون العشرة فى

معادلته ثلاثة أشياء و بالخطأ ين فرض الربع أربعة فيكون الثمن ستة عشر فالخطأ باثنين إذ الأربعة مع العشرة أربعة عشر ثم نفرضه خمسة فيكون الثمن عشرين فالخطأ بخمسة إذا أسقط أقلها من الأكثر بقى ثلاثة و مضروب المال الأول و هو أربعة فى الخطأ و هو خمسة و عشرون و مضروب المال الثانى و هو خمسة فى الخطأ الأول و هو اثنان عشرة إذا أسقط أقلهما من الأكثر بقى عشرة تقسم على ما بقى من الخطائين و هو ثلاثة يكون ثلاثة و ثلثا و هو الربع المجهول

(قوله) (و لو قال إلا ثلث الثمن فهو سبعة و نصف)

لأنك تقول الثمن شىء فالمبيع بعشرة إلا ثلث شىء تعدل شيئاً كاملاً فبعد الجبر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠٧

### [المقصد الثالث فى أنواع المبيع و فيه فصول]

#### إشارة

المقصد الثالث فى أنواع المبيع و فيه فصول

### [الفصل الأول فى الحيوان و فيه مطلبان]

#### إشارة

(الأول) فى الحيوان و فيه مطلبان

### [المطلب الأول الأناسى من أنواع الحيوان]

(الأول) الأناسى من أنواع الحيوان إنما يملكون بسبب الكفر الأصلى إذا سبوا (١)

و المقابلة يكون شىء و ثلث شىء يعدل عشرة فالشىء سبعة و نصف و ثلث السبعة و نصف اثنان و ثلث و سدس و إن شئت قلت ثلاثة أسداس و الثلاثة أسداس نصف فالحاصل سبعة و نصف و اثنان و نصف و تلك عشرة كاملة أو تقول المستثنى شىء فالمبيع بعشرة إلا شيئاً تعدل ثلاثة أشياء لأن ثلث الثمن شىء فبعد الجبر و المقابلة العشرة تعدل أربعة أشياء فالشىء اثنان و نصف أو تقول المستثنى شىء و الثمن ثلاثة أشياء فالعشرة تعدل أربعة أشياء لأنها تعدل الثمن و ثلثه فالشىء اثنان و نصف و هو المستثنى و بالخطأ ين تفرض المستثنى ثلاثة إذا سقط من العشرة يبقى سبعة «١» هى الثمن و بذلك الفرض أى فرض المستثنى ثلاثة يكون الثمن تسعة فقد أخطأ باثنين ناقصين ثم نفرضه أربعة يبقى ستة أى الثمن و بمقتضى الفرض يكون الثمن اثنى عشر فقد أخطأ بستة ناقصة فتضرب المال الأول و هو ثلاثة فى الخطأ الثانى و هو ستة يكون ثمانية عشر ثم المال الثانى و هو أربعة فى الخطأ الأول و هو اثنان يكون ثمانية إذا أسقطت من المضروب الآخر بقى عشرة تقسمها على ما بقى من الخطائين بعد الإسقاط و هو أربعة يكون اثنان و نصفاً هى الثلث المستثنى فيكون الثمن ما ذكره كما ذكر ذلك فى جامع المقاصد

(المقصد الثالث فى أنواع المبيع) قال فى جامع المقاصد قد سبق الكلام على ما يعتبر فى العوضين و هذا الكلام على أمور مخصوصة من أنواع المبيع أعنى الحيوان و الثمار و النقدين لأن هذه يشترط فيها أمور زائدة على ما تقدم مثل تحريم بيع الأم من دون الولد و اعتبار بدو الصلاح فى الثمرة و التقابض فى المجلس فى النقدين ثم إنه قال ربما فهم منه أنه يذكر جميع أنواع المبيع هنا و ليس

كذلك (و أجاب) بأنه لعله اعتمد في البيان على ما أتى به (ثم قال) إنه سيجيء في كلامه الكلام في أنواع البيع باعتبار النقد و النسيئة و الإخبار برأس المال و مساواة الثمن العوض و كأنه يريد أن هناك أنواعا آخر أدرجها في أنواع البيع و ربما اعترض عليه بأنه إن كان المراد بما لم يذكر هو أفراد كل نوع فلا وجه له و إن كان المراد أن هناك أنواعا آخر للمبيع باعتبار النقد و النسيئة و الإخبار برأس المال فغير معلوم اندراج جميع ذلك تحت أنواع المبيع إلا بتكلف انتهى (فليتأمل فيه جيدا) و إن من أنواع المبيع العقارات و الجواهر و الأمتعة و غير ذلك و ليست مذكورة في هذا الفصل فلهذا أراد ذلك (و ليعلم) أن السبب المملك الأصلي في الحيوان و في غيره مما يصح تملكه وضع اليد و أما الاستنتاج و المعاوضة فطائران على وضع اليد إذ أصل تملك المستنتج و المعاوض إنما هو وضع اليد (قوله) (الأناسي من أنواع الحيوان إنما يملكون بسبب الكفر الأصلي إذا سبوا)

الأناسي جمع إنسان قلبت النون ياء و ليس جمع إنسي و التقييد بالكفر الأصلي ليخرج المرتد عن فطرة و عن ملء فإنهما لا يملكان لأن شرط الملك تملكه قبل الإسلام و كلامه محتمل لأن يكون الكفر و السبب سببين فكل منهما جزء سبب فلا يستقل الكفر بالملكية

(١) حسب السؤال (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠٨

ثم يسرى الرق إلى ذرية المملوك و أعقابه و إن أسلموا ما لم يعتقوا (١) و لو التقط الطفل من دار الحرب ملك و لا يملك من دار الإسلام و لا من دار الحرب إذا كان فيها مسلم (٢)

و قولهم ما في دار الحرب فيء معناه أنه قابل و مستعد لأن يكون ملكا و إنما يملك بالسبب و يحتمل أن يكون السبب شرطا و عليه نبه في اللقطة قال قال علماءنا إنه رق و الأقرب عندي الحكم بحريته لكن يتجدد عليه الرق بالاستيلاء و في بعض العبارات التعبير بالمحارب و المراد به أيضا الكافر الأصلي و أطلق عليه وصف الحرب بسبب خروجه عن طاعة الله جل اسمه و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم و ثبوته على الكفر و إن لم يقع منه الحرب بمعنى القتال و إلى هذا المعنى أشار سبحانه و تعالى بقوله (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ) الآية و في حواشي الشهيد أن قوله سبوا وجد بخط المصنف و لعل القلم أخطأ و صوابه سبوا مثل دعوا و نهوا و في جامع المقاصد أن سبوا بالياء منقول عن خط المصنف و لعل الخطأ من الناقل (قلت) في بعض النسخ سبوا بلاء جريا على القاعدة كعبارة التذكرة و في بعض نسخ الكتاب سبوا بهمز قبل الواو فلهذا إشارة إلى أن أصله مهموز و ليس فيما حضرني من كتب اللغة ما يشير إلى أن أصله مهموز

(قوله) (ثم يسرى الرق إلى ذرية المملوك و أعقابه و إن أسلموا ما لم يعتقوا)

بأحد الأسباب الموجبة للحرية و لا فرق في ذلك بين اليهود و النصرى و المجوس عند الإخلال بشرائط الذمة و غيرهم و الأعقاب عطف تفسير على الذرية لأن الذرية قد تطلق على النساء خاصة كما نقله ابن الأثير و العقب الولد و ولد الولد و الذرية النسل كما نطقت بذلك كتب اللغة و في بعض النسخ ما لم يعتقوا و ما ذكرناه هو الصحيح ليشمل ما يعتق قهرا

(قوله) (و لو التقط الطفل من دار الحرب ملك و لا يملك من دار الإسلام و لا من دار الحرب إذا كان فيها مسلم)

كما أطلقه جماعة و قيد بإمكان تولده منه عادة في جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المفاتيح و كأنه معنى قول الشهيد في حواشي الكتاب و الروضة صالح للاستيلاء و مثله ما في المسالك و مجمع البرهان من التقييد بإمكان انتسابه إليه و كونه ولدا له و كلام جماعة يعطى أن احتمال كونه من مسلم يمنع من استرقاقه فلو احتمل بعيدا أنه من مسلم كما لو كان هناك تاجر أو مار طريق منع من استرقاقه (قال في الرياض) قالوا و لو وجد فيها مسلم و لو واحد يمكن تولده منه و لو إمكانا ضعيفا ألحق به و لم يحكم بكفره و لا رقه (و قال في الكفاية) و يملك اللقيط في دار الحرب إذا علم انتفاؤه من مسلم (و قال في المسالك) يملك اللقيط في دار الحرب

إذا لم يكن فيها مسلم يمكن انتسابه إليه و لو كان أسيرا و إلا حكم بحريته لإطلاق الحكم بحرية اللقيط في النصوص خرج ما علم انتفاؤه عن المسلم فبقى الباقي (و مثله قال في مجمع البرهان) و استدلل بجواز كون الولد منه كما استدلل بذلك على ذلك المصنف في متاجر التذكرة و في الحدائق نسب عين عبارة المسالك إلى الأصحاب (و قال في لقطه المبسوط) في دار الحرب إن وجد فيها لقيط فإن كان فيها أسارى فإنه يحكم بإسلامه و إن لم يكن فيها أسارى و يدخلهم التجار فهل يحكم بإسلامه فيه وجهان (و قال في التذكرة) في باب اللقطه في تذييب ذكره إنما نحكم بإسلام من وجد في بلاد الكفر إذا كان فيها مسلم ساكن و لا اعتبار بالطرق و الاجتياز (و قال) في موضع آخر لو كان فيها مسلمون ساكنون كالتجار و غيرهم لم يحكم بكفره و نحو ذلك ما في لقطه الشرائع و الكتاب و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و المفاتيح و مثله ما في الدروس حيث قال و لقيط دار الكفر مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٠٩

فإن أقر بعد بلوغه بالرقية حكم عليه بها ما لم يكن معروف النسب (١) و كذا كل من أقر بها بالغا رشيدا مجهولا و إن كان المقر له كافرا

محكوم بكفره و رقه إلا أن يكون فيها مسلم و لو تاجر إذا كان مقيما و كذا لو كان أسيرا أو محبوسا و لا يكفي المارة من المسلمين (قلت) المحبوس في المطامير يحتمل أن لا يكون له أثر كالطراق و المارين و كان الكلمة متفقه على أن من التقط من بلد وجد فيها مسلم ساكن مستوطن و لو للتجارة و يمكن كون ذلك الولد منه فإنه حر و الشيخ في المبسوط متوقف لا مخالف و هذا هو الموافق للاعتبار و عليه تنزل باقى العبارات لأن البناء على الاحتمال البعيد جدا و الاكتفاء بمجرد الطرق و الاجتياز يجعل المسألة مجرد فرض و إلا أشكل الأمر غاية الإشكال و لا سيما على الملتقط الأول و السابى الأول إذ الاحتمال البعيد قائم لا يكاد ينكر و إن كان ما يؤخذ منه لا إشكال فيه لأن أفعال المسلمين مبنية على الصحة بل المولى الأردبيلي استشكل ما احتملنا اتفاق الكلمة عليه و استبعده إلا أن يكون هناك نص أو إجماع قال و إلا فالعقل يجد أن إلحاقه بالأكثر أولى و لهذا يحكمون بإسلام أهل البلد لإسلام الأكثر ثم أمر بالتأمل (و أما أخبار الباب) فيحمل إطلاق الحكم فيها بالحريه في المنبوذ و اللقيط على الأفراد المتكثرة الشائعه و هو ما كان في بلاد الإسلام أو في بلاد الحرب التي فيها مسلم مقيم أو مسلمون ساكنون و وجود اللقيط في دار الحرب التي ليس فيها مسلم ساكن و لو تاجر أو أسيرا نادر جدا فكأنه غير داخل في إطلاق الأخبار المذكورة «فليتأمل جيدا» و لما كان الأصل في بنى آدم الحريه كما نطقت به عباراتهم لا- يلتفت إلى الأصل بمعنى الراجح كونه من غير المسلم الساكن و أصل عدم كونه من المسلم معارض بمثله و قضيه ذلك الاكتفاء بمجرد وجود المسلم حين انعقاد نطفه الولد الملتقط و لما تحقق (كان نسخه) وجود المسلم حال انعقاد النطفه متعذرا جعلوا السكنى دليلا- على ذلك فكان المدار على السكنى الداله على تحقق وجود المسلم الذى يمكن أن يكون منه و أما المار فيمكن أن يقال فيه إن الأصل عدم كونه في البلد حال انعقاد نطفه الولد «فليتأمل» و المسلم فى كلامهم لبيان الجنس فيشمل المسلمة فلو كان اللقيط معروف الأب مجهول الأم و فى بلد الحرب امرأة أسلمت يمكن تولده منها كان حرا

(قوله) (فإن أقر بعد بلوغه بالرقية حكم عليه بها ما لم يكن معروف النسب)

إذا أقر المأخوذ من دار الحرب و فيها مسلم أو من دار الإسلام بعد بلوغه و رشده بالرقية حكم عليه بها ما لم يكن معروف النسب و قد طفحت عباراتهم بذلك فى الكتابين كتاب البيع و كتاب اللقطه و كان دليله الإجماع كما فى مجمع البرهان و خالف فى ذلك العجلى فى السرائر فقال لا يقبل إقراره عند محصلى أصحابنا و هو الأصح لأن الشارع حكم عليه بالحريه و ضعفه بأن حكم الشارع عليه بالحريه بناء على الأصل و هو يدفع بالإقرار بعده و لا فرق بين اللقيط و غيره من المجهولين فلو جاء رجل و أقر بالعبودية يقبل و قد كان اللازم على مذهبه أنه لا يقبل لأنه كان محكوما عليه بالحريه فلا يقبل إقراره بالعبودية و هذا كله غلط كما فى المختلف و اختلفت عباراتهم فى اعتبار الرشد ففى بيع التذكرة و جامع المقاصد و الروضة و لقطه الشرائع و النافع و المسالك التقييد به كما ذكرنا



فى العنوان و أكثر العبارات خلا عن ذكره كالتذكرة و الكتاب فى باب اللقطة و الشرائع و الإرشاد و الدروس و غيرها و ظاهر الكفاية و المفاتيح التردد و اعتذر صاحب جامع المقاصد عن المصنف بأن ترك ذكره اعتمادا على اشتراطه فيما بعد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١٠

و لا يقبل رجوعه (١) و لو اشترى عبدا يباع فى الأسواق فادعى الحرية لم تقبل إلا بالبينة (٢)

و فى حسنة ابن سنان أو صحيحته الواردة فى المقام بخصوصه فيها دلالة على عدم اشتراط الرشد فى المقر و أن العقل كاف إلا أن يدخل فى قوله عليه السلام و هو مدرك (و أقصى) ما يمكن أن يتمسك لمشرطيه أن السفية لا- يقبل إقراره فى المال فكذا فى النفس لأنه مال بل هو فيها أولى و أن الإقرار بالنفس قد يستتبع الإقرار بالمال فيرجع بالأخرة إلى الإقرار بالمال و قد علمت أنه لا يقبل إقراره فيه (و يرد على الأول) أن السفية ممنوع من الإقرار بماله و نفسه ليست ماله بل لغيره و أنه إن كان رقا فإقراره فى حق غيره و إن كان حرا فلا إقرار بشيء و قياس النفس (على) بالمال ليس فى محله و الشارع أمضى إقراره فى القصاص و لم يمضه فى المال (و على الثانى بأنه ليس) من الإقرار بالمال و إنما ثبت المال تبعا و ما ذا تقولون لو لم يكن له مال (فليتأمل) و لا بد أن يستند فى إقراره إلى شيء يقبل كأن يقول أخبرنى جماعة بأنى رق لفلان و حصل لى القطع بذلك (و مما ذكر) يعلم الحال فى قوله و كذا كل من أقر بها رشيدا و حيث حكم برقيته ففى بطلان تصرفاته السابقة على الإقرار أوجه ثلاثة الأول البطلان لظهور وقوعها حال الرقية الثانى الصحة لوقوعها حال الحكم بالحرية و الثالث الفرق بين ما لم يبق أثره كالبيع و الشراء و ما يبقى كالنكاح فيعيد الأول و يفسد النكاح إن كان قبل الدخول و عليه نصف المهر و إن كان بعده فسد و عليه المهر فيستوفى مما فى يده و إلا يتبع به بعد العتق و لو كانت المقررة الزوجة اللقيطة لم يحكم بفساد النكاح لتعلقه بالغير و يثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى و عقر الأمة فليتأمل

(قوله) (و لا يقبل رجوعه)

كما فى الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و غيرها لاشتماله على تكذيب إقراره و دفع ما ثبت عليه منه بغير موجب بل قال فى التذكرة و لو أقام بينه لم يسمع لأنه بإقراره أولا قد كذبها و هو قضية ما فى الشرائع و استشكل ذلك فى جامع المقاصد و المسالك فيما لو أظهر لإنكاره تأويلا محتملا كما لو قال إنى تولدت بعد إعتاق أحد الأبوين و ما كنت أعلم بذلك حين أقررت و قد علمته الآن بالبينة هذا و إن كذبه المقر له بالرقية ففى بطلان إقراره حينئذ من حيث إن إقراره منحصر فى رقبه مخصوصة و قد انتفت بإنكار المالك أم يبقى على الرقية المجهولة قولان أولهما للشيخ فى المبسوط على ما حكى و الثانى لا يخلوا من قوة فعلية «١» لو عاد المقر له فصدقه تثبت رقيته لأن الرقية المطلقة كالمال المجهول المالك يقبل إقرار مدعيه ثانيا و إن تقدم إنكاره و على قول الشيخ لا يلتفت إليه فلو ادعى لما كذبه المقر له الحرية ففى اعتبار رجوعه و جهان أحدهما العدم لنفوذ إقراره و رد المقر له إنما ينفى ملكه إياه بالنسبة إليه ظاهرا لا كونه رقا الثابت شرعا و لا سيما على القول بأنه إذا رجع إلى التصديق قبل منه و لأنه لما أقر بالرقية منع من التصرفات التى تعتبر فيها الحرية فزوال ذلك يحتاج إلى دليل و الثانى أنه يعتبر لأن إقراره قد سقط اعتباره برد المقر له فإذا انتفت وجب أن يكون حرا خصوصا على قول الشيخ و إن كان قد ادعى الحرية ثم أقر بالرقية ففى قبول إقراره أيضا قولان أشهرهما و أقواهما القبول و الثانى العدم لأنا حكمتنا بحريته و ألزمتنا أحكامها من الحجج و الجهاد و غيرهما فلا ينقض ذلك رجوعه (و فيه) أن ذلك لو أثر لاقتضى عدم قبول إقرار من ظاهره الحرية من دون دعواها لوجوب ذلك عليه و حيث حكم برقيته جاءت فى تصرفاته

الأوجه السابقة آنفا

(قوله قدس سره) (و لو اشترى عبدا يباع فى الأسواق فادعى الحرية لم تقبل إلا بالبينة)

(١) أى على الثانى «حاشية»

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١١

.....

خلاف كما فى الرياض و به صرح فى المقنعة و النافع و الدروس و غيرها (و قال فى الشرائع) و كذا لو اشترى عبدا فادعى الحرية لكن هذا تقبل دعواه مع البينة يريد أنه لا يلتفت إلى دعواه من دون بينة و نحو ذلك ما فى الإرشاد و غيره من أنه لا تقبل ادعاء الحرية من المشهور بالرقية إلا بالبينة و كان المراد بالمشهور بالرقية كونه رقا ظاهرا كأن يرى يباع و يشتري من غير إنكار و إلا فعدم القبول بمجرد الشهرة مشكل لأنها ليست بحجة شرعية مع أن الأصل فى بنى آدم الحرية (و سسمع) عن الكفاية كفاية ذلك (و قال فى التذكرة) العبد الذى يوجد فى الأسواق يباع و يشتري يجوز شراؤه و إن ادعى الحرية لم يقبل منه ذلك إلا بالبينة و كذا الجارية فقد عمم الحكم للعبد و الجارية و لا كذلك عبارتا الكتاب و الشرائع و لذلك اعترض فى المسالك قال إن مورد النص الجارية و سسمع تحقيق ذلك و فى الكفاية و لا تقبل ادعاء الحرية من مشهور بالرقية إلا بالبينة لصحيفة عيص بن القاسم و كذا إن وجدته يباع فى الأسواق لمعتبرة حمزة بن حمران المعتضدة بالشهرة و فى المفاتيح لو اشترى فادعى الحرية لم تقبل دعواه إلا مع البينة لأن ظاهر اليد و التصرف يقتضى الملك و للصحيح (و تنقيح البحث) أن يقال إن ثبوت الرقية فيما نحن فيه إما بالإقرار أو بالبينة أو باليد المرتبة عليها الآثار كرويته يباع و يشتري أو باليد من دون ظهور أثر أو بشهرة رقيقته فى الأول لا تقبل دعواه الحرية أقام بينة أم لا إلا مع إظهار الشبهة الممكنة كما تقدم و فى الثانى و الثالث تقبل بها لا بدونها (و قد استدل) فى التذكرة و المسالك و غيرها على الحكم فى الثالث بخبر حمزة بن حمران (قال فى التذكرة) بعد ما نقلناه عنه آنفا ما نصه لأن ظاهر التصرف يقضى بالرقية و لما رواه حمزة بن حمران فى الصحيح أنه سئل الصادق عليه السلام قال أدخل السوق و أريد أشتري جارية فتقول إنى حرة فقال اشترها إلا أن يكون لها بينة (و فى الصحيح) عن عيص بن القاسم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوك ادعى أنه حر و لم يأت بينة على ذلك أشتريه فقال نعم و مثل ذلك قال فى المسالك من دون تفاوت غير أنه لم يذكر صحيح العيص و إنما ذكر خبر حمزة و وصفه بالصحة كما فى التذكرة ثم إنه أشار إلى قصور فى عبارة الشرائع بقوله و مثل العبد الجارية بل هى مورد النص فكان التعميم أولى (قلت) حمزة بن حمران لم يذكره أحد بالتوثيق نعم حديثه عندنا يعد حسنا لمكان روايته الأجلء عنه كصفوان و ابن أبى عمير و ابن مسكان و كون روايته سديدة مقبولة إلى غير ذلك مما يشير إلى حسنه و ليس خبره بتلك المكانة من الصراحة بل و لا الظهور فيما ذكره و حمله على من ثبتت رقيتها برؤيتها تباع و تشتري لعله بعيد إلا- أن يقال إن الشهرة جبرت الدلالة «فليتأمل» (و أما صحيح العيص) فظاهره أن المراد بالمملوك فيه من ثبت أنه كذلك بحسب الظاهر من الشهرة فيكون دليل الحكم الخامس كما فى الكفاية أو برؤيته يباع و يشتري فيكون دليل الثالث أيضا كما فى التذكرة على أنه يحتمل ثبوت ملكيته (مملوكيته خ ل) بالبينة فيكون دليل الثانى بل بالإقرار حيث يمكن إظهار الشبهة فى إقراره الأول فيكون دليل الأول و هو ظاهر فى العبد فيكون بناء على الاحتمال الثانى مورد النص العبد و الجارية فلا- يتوجه اعتراض المسالك سلمنا و لكن الغالب فى الأحكام ذكر المذكر و يحال عليه المؤنث (و أما الحكم الرابع) فقد قال فى التذكرة أما لو وجدته فى يده و ادعى رقيقته و لم يشاهد شراؤه له و لا- يبعه إياه فإن صدقه حكم عليه بمقتضى إقراره و إن كذبه لم تقبل دعواه الرقية إلا بالبينة عملا بأصالة الحرية و إن سكت من غير تصديق و لا تكذيب فالوجه أن حكمه حكم التكذيب إذ قد يكون

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١٢

و يملك الرجل كل قريب و بعيد سوى أحد عشر الأب و الأم و الجد و الجدة لهما و إن علوا و الولد ذكرا و أنثى و ولد الولد كذلك و إن نزلوا و الأخت و العممة و الخالة و إن علتنا و بنت الأخ و بنت الأخت و إن نزلتا فمن ملك أحدهم عتق عليه و تملك المرأة كل

أحد سوى الآباء و إن علوا و الأولاد و إن نزلوا (١)

السكوت لأمر غير الرضا و إن كان صغيرا فإشكال أقربه أصالة الحرية فيه (و قال في الدروس) أما مجرد اليد عليه فغير كاف فتقبل دعواه حرية الأصل لا عروض الحرية إلا ببينة و عن التحرير أنه استترب فيما إذا سكت أو كان صغيرا العمل بظاهر اليد و لم أجده في التحرير و استترب ذلك صاحب المسالك و تأمل فيه صاحب الكفاية لقول أمير المؤمنين عليه السلام في صحيحه عبد الله بن سنان الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية و هو مدرك (قلت) و إليه نظر في التذكرة و وجه ما نقلوه عن التحرير أنه في صورة السكوت متصرف و صاحب يد و يدعى ممكنا و لا منازع له و لا مكذب فالظاهر صدقه حتى يظهر المنازع كما إذا ادعى زوجية امرأة و ملكية أموال و أنه إذا كان السكوت يجرى مجرى التكذيب فليكن البيع في الأسواق مع السكوت كذلك و في صورة الصغر أنه إذا حكم بحريته حرم شراؤه و استخدامه مع استقامة الطريقة على شراء العبيد الأطفال و استخدامهم (فليتأمل) و مما ذكر في التذكرة و غيرها يظهر حال الفاء في عبارة الكتاب و الشرائع حيث قيل فيهما فادعى الحرية فإنها تقتضى أنه ادعى الحرية بعد الشراء لكنه في جامع المقاصد اعترض ذلك قال ظاهر العبارة أنه ادعى الحرية بعد الشراء و ليس الحكم مخصوصا بذلك فإنه لو ادعى الحرية مع كونه يباع لم تثبت إلا بالحجة لأن ظاهر اليد و السلطنة تقتضى الملك حتى يثبت ما ينافيه و كأنه أراد بكونه يباع أنه ينادى الدلال عليه بالبيع و أن ذلك في حكم البيع و الشراء لكن تعليقه قد يعطى أنه ممن يميل إلى ما نقل عن التحرير (فليتأمل)

(قوله قدس سره) (و يملك الرجل كل قريب و بعيد سوى أحد عشر الأب و الأم و الجد و الجدة لهما و إن علوا و الولد ذكرا و أنثى و ولد الولد كذلك و إن نزلوا و الأخت و العممة و الخالة و إن علتنا و بنت الأخ و بنت الأخت و إن نزلتا فمن ملك أحدهم عتق عليه و تملك المرأة كل أحد سوى الآباء و إن علوا و الأولاد و إن نزلوا)

ملك الرجل و المرأة لمن عدا ما ذكر من البعيد موضع إجماع من المسلمين و من القريب إجماعى منا كما في الخلاف و غيره على كراهية بلا-خلاف كما في الرياض متأكدة فيمن يرثه و هو أيضا مما لا أحد فيه خلافا و أما انعتاق هؤلاء بمجرد الملك من دون إحداث عتق على الرجل و المرأة في العمودين و عليه في كل أنثى محرمة عليه فقد نص عليه في المقنع و المقنعة و النهاية و ما تأخر عنها و عبارة المقنعة و إن خلت عن بعض ما ذكر لكنه مراد له على الظاهر و في الخلاف و المذهب البار و مجمع البرهان و المفاتيح الإجماع على ذلك و في الحدائق و الرياض نفى الخلاف فيه و في الروضة الإجماع على الأحد عشر من النسب و لا فرق في ذلك بين الملك القهرى و الاختيارى و لا بين الكل و البعض فيقوم عليه باقيه إن كان مختارا و لا يثبت فيه خيار المجلس و الحيوان للبائع و لا المشتري (و الأقرب) أن له رده بالعيب كما يأتي بلطف الله سبحانه و فضله و إحسانه و بركة محمد و آله صلى الله عليه و آله و سلم (و اختلفوا) في الوقت الذى يقع فيه العتق هل يقع مع البيع بلا فصل فيقع العتق و الملك معا أو في الآن الثانى بعد فرض ملكهم أنا قليلا قولان نقلهما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١٣

.....

في المبسوط و قوى الثانى و هو ظاهر المنقول عن أبى على بل ظاهر السرائر أيضا في باب البيع بل كاد يكون صريحها قال و متى حصل واحدة من المحرمات اللاتى ذكرناها في ملكه فإنهن ينعتن في الحال (و ستسمع) ما ذكره فيها في باب العتق و هو خيرة المصنف و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم و استظهره في المسالك من عبارة الشرائع حيث قال و يثبت العتق حين يتحقق الملك لقوله عليه السلام لا عتق إلا في ملك و لأن العقد لو اقتضى زوال الملك من البائع من غير أن يثبت الملك للمشتري لما قوم عليه لو اشترى بعضه و لما تبعه أحكام البيع من وجوب الأرش و غيره و لأن عباراتهم قد طفت بقتولهم من ملك أحد هؤلاء عتق عليه (و لا

وجه) لذلك إلا بذلك و أما قول جماعة كالمصنف فى الكتاب وغيره و يملك الرجل كل قريب و بعيد سوى العمودين إلى آخره (فالمراد) أنه يملك ملكا مستقرا و لا- يملك ملكا مستقرا كما فسر ذلك بذلك فى التحرير و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و مجمع البرهان و الرياض و غيرها (و لقد) أحسن الشهيد فى الدروس و اللمعة حيث اختار التعبير بالاستقرار و أما الأخبار فهى و إن كان ظاهر جملة منها العتق بنفس الشراء إلا أن ظاهر البعض الآخر ترتب العتق على الملك مثل قوله عليه السلام فى رواية أبى بصير و أبى العباس و عبيد إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته الحديث و قوله إذا ملكهن عتقن و قوله فى خبر ابن سنان فملكه فهو حر إلى غير ذلك من الأخبار فيحمل مطلقها على مقيدها و كذلك الحال فى عتق المأمور بعتقه و عتق السراية فقد اختلفوا فى الأخير فى حصته هل تنعتق بأداء القيمة أو بالإعتاق أو يكون مراعى (و قال) فى باب العتق من السرائر فيما نحن فيه هؤلاء ينعقون بنفس الملك و قد قيل فى أنه متى يكون العتق (أقوال) الأصح من ذلك أنه مع تمام البيع معا لأن الإنسان لا يملك من ذكرناه و هو خيرة الغنية حيث قال يقع مع البيع بلا فصل و قد فهم ذلك المصنف فى المختلف من عبارتى المقنعة و النهاية و ظاهر الحلبي و تبعه على ذلك جماعة و عبارتا المقنعة و النهاية فى باب البيع ليستا بتلك المكانة من الظهور لأنهما قد صرحا بأن هؤلاء إذا ملكوا أعتقوا فى الحال و هذه العبارة قد وقعت فى كلام من اختار القول الأول كالمصنف فى التحرير و غيره و قد وقعت أيضا فى الوسيلة فهلا- نسب إليها موافقة ابن إدريس (قال) و إذا ملك مملوكا لم يخل من سته و جوه إما ينعق عليه فى الحال إلى آخره نعم عبارة النهاية فى باب العتق صريحة فى ذلك (قال) و من إذا ملك انعتق إما فى الحال أو فيما بعده من غير أن يعتقه صاحبه (ثم قال) إن هؤلاء إذا ملكوا انعتقوا فى الحال (فليتأمل) و عبارة المراسم ظاهرة فى ذلك حيث قال ينعق عليه حين يشتره (فليتأمل) و ربما قيل إن العتق مقارن للملك و السبق إنما هو بالذات أى ذات الملك سبقت ذات العتق و لا سبق فى الزمان و هذا إن كان غير قول ابن إدريس فليكن القول الذى أشار إليه بقوله أقوال و قرابة الشبهة بحكم الصحيح بخلاف قرابة الزنا كما فى الدروس و الروضة و فى إلحاق الخنثى بالرجل أو المرأة نظر من الشك فى الذكورية التى هى سبب عتق غير العمودين فيوجب الشك فى عتقهم و التمسك بأصالة بقاء الملك و من إمكانه فيرجح جانب العتق لبنائه على التغليب و قرب فى الدروس أنها كالمرأة و فى الروضة أنه لا يخلو من قوة و كذا الإشكال لو كان الخنثى مملوكا و لعل إلحاقه بالذكر لا يخلو من قوة و قد يفهم من إطلاق الرجل و المرأة أن الصبى و الصبية لا- يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا و الأخبار المطلقة فى الرجل و المرأة كذلك و يعضده أصالة البراءة و إن كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلف على تأمل لنا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١٤

و الرضاع كالنسب على رأى (١)

فى ذلك

(قوله قدس سره) (و الرضاع كالنسب على رأى)

كما هو خيرة المقنع فى باب العتق و لم أجد فيه ما نسبوه إليه فى باب البيع و الخلاف و النهاية و كتابى الأخبار و الوسيلة و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و التذكرة و الإيضاح و الدروس و اللمعة و حواشى الكتاب و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الحقائق و الرياض و هو المنقول عن القاضى و إجماع الخلاف منطبق عليه فإنه ادعى الإجماع على ذلك بعد أن نسب الخلاف إلى جميع الفقهاء و بعض أصحابنا و هو أشهر الروايتين كما فى النافع و عتق الشرائع و الأشهر كما فى بيع الشرائع و هو مذهب الشيخ و أتباعه و أكثر المتأخرين كما فى المسالك و مذهب الأكثر كما فى المفاتيح و فى المذهب البارع و المقتصر نسبته إلى الباقيين بعد أن ذكر جماعة ممن خالف كما ستعرفهم (و حاصل) المنقول عن أبى على أنه لا يملك من يحرم عليه من الرضاع تملك العبيد فإن ملكهم لم يبعهم إلا عند الضرورة إلى أثمانهم و جعله آخر ما يباع فى

الدين و في المقنعة في باب السراري و باب ابتياع الحيوان أنه يملك أمه من الرضاع و أخته منه و ابنته و خالته و عمته لكن يحرم عليه و طوّهن (قلت) تحريم الوطى مما لا ريب فيه عندهم و في التذكرة الإجماع عليه و إنما الخلاف في الملك و في المراسم و السرائر و ظاهر الغنية مثل ما في المقنعة و هو المنقول عن الحسن بن أبي عقيل و عن أبي الصلاح و في السرائر نسبته إلى المحصلين من أصحابنا (و يعلم أن الخلاف) في ذلك جار في الرجل و المرأة كما صرح به جماعة و أشار إليه آخرون (و يدل) على المشهور ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي بصير و أبي العباس و عبيد كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه لا يملك أمه من الرضاعة و لا أخته و لا عمته و لا خالته إذا ملكهن عتقهن قال ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع (و قد) رواه الصدوق بأسانيد عن أبي بصير و أبي العباس و عبيد و طريقه إلى البقباق صحيح و إلى عبيد لا بأس به و ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي و ابن سنان (ظ) عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة أرضعت ابن جاريتها قال تعتقه و معناه أن إرضاعها يكون سببا لعتقه و ما رواه في الكافي في الصحيح عن عبيد بن زرارَةَ قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يملك الرجل من ذوى قرابته فقال لا يملك والديه (إلى أن قال) و لا يملك أمه من الرضاعة و لا قائل بالفرق بين الأم من الرضاعة و غيرها و كأنه خرج مخرج التمثيل (و ما) رواه الشيخ عن عبد الله بن سنان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ترضع غلاما لها من مملوكة حتى تفظمه يحل لها بيعه قال لا حرم عليها ثمنه (قال) ثم قال ليس قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب أليس صار ابنها فذهبت أكتبه فقال أبو عبد الله عليه السلام ليس مثل هذا يكتب و كان ذلك لوضوحه أو للتقية أو لقلته فلا ينسى و قد وصفت هذه الرواية في عتق المسالك بالصحة و هو غير صحيح لأن في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة و هو واقفي و طريق الشيخ إليه غير معلوم و الرواية الموسومة بالصحة في التذكرة و المختلف و لعله أشار إليها في بيع المسالك ما رواه في الكافي عن ابن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل و أنا حاضر عن امرأة أرضعت غلاما مملوكا لها من لبنها حتى فطمته هل لها أن تبيعه قال لا هو ابنها من الرضاعة حرم عليها بيعه و أكل ثمنه (ثم قال) أليس قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلى غير ذلك من الأخبار

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١٥

و يكره تملك القريب غير من ذكرنا (١) و يصح أن يملك كل من الزوجين صاحبه فيبطل النكاح و إن ملك البعض (٢)

كخبر على بن جعفر و ما رواه الصدوق في المقنع و خبر السكوني (و أما) ما يدل على القول الثاني فهو ما رواه الشيخ عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فهو حر إلا ما كان من قبل الرضاع (و ما) رواه عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في بيع الأم من الرضاع قال لا بأس بذلك إذا احتاج و نحوه خبر آخر (و قد أجاب) الشيخ عن الخبرين الأولين بأنهما لا يعارضان الأخبار الأخر لأنها أكثر و أشد موافقة بعضها لبعض فلا يجوز ترك تلك و العمل بهذه على أنه يمكن أن يكون الوجه فيه إذا كان الرضاع لم يبلغ الحد الذي يحرم (ثم) احتمل أن تكون إلا عاطفة كقوله تعالى لئلا يكون للناس عليكم حجة إلا الذين ظلموا - لا يخاف لئلا يكون المؤمنون إلا من ظلم و الأشبه أن تجعل إلا بمعنى سوى كما قاله في قوله تعالى إلا ما شاء ربك أو بمعنى غير كما في قوله لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا و الأولى من ذلك الحمل على التقية لأنه مذهب جميع فقهاء الجمهور كما أسمعناكه عن الخلاف

(قوله) (و يكره تملك القريب غير من ذكرنا)

كما نص على ذلك في النهاية و الإستبصار و الشرائع و النافع و التذكرة و غيرها و كذا الدروس حيث عبر باستحباب عتقهم و قد سمعت أنفا ما نقلنا عن الرياض (للنصوص) المستفيضة الصحيحة الصريحة بملكهم و استرقاقهم (و في موثقة سماعة) قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يملك ذا رحم يحل له أن يبيعه أو يستعبده قال لا يصلح (لا يصح خ ل) له أن يبيعه و هو مولاه و أخوه

و إن مات ورثه دون ولده و ليس له أن يبيعه و لا- يستعبده (و نحوه الخبر) لا- يملك الرجل أخاه من النسب و يملك ابن أخيه و قد حملت على الكراهة جمعا مع قصورها سندا و إشعار الموثق بالكراهية (و ما عساه) يتوهم من أن المراد بذى الرحم فيه من ينعق عليه من المحارم (يدفعه) قوله فإن مات ورثه دون ولده على أنه يحتمل وجوهاً آخر (قوله) و يصح أن يملك كل من الزوجين صاحبه فيبطل النكاح و إن ملك البعض

لا تمنع الزوجية من الشراء فتبطل الزوجية و يستقر الملك فإن كان المشتري الزوج استباحها بالملك و إن كانت الزوجة حرم عليها و طى مملوكها مطلقا سواء كان السبب عقداً أو ملكاً و فى الروضة أن ذلك موضع وفاق و فى المسالك و مجمع البرهان الإجماع على انفساخ الزوجية و بقاء الملك و فى الكفاية نفى الخلاف عن ذلك و فى المفاتيح الإجماع على أنه يملكها و تملكه و قد عللوا بطلان الزوجية بالملك بأن التفصيل فى حل الوطى يقطع الاشتراك بين الأسباب و باستلزامه اجتماع علتين على معلول واحد (و فيه) ما ترى و قد نصوا على أن ملك البعض كالكل لأن البضع لا يتبعض (قلت) إن كان المالك الزوج فالحكم واضح و إن كانت المالكة الزوجة فلا يجوز له نكاحها بعقد مستأنف أيضاً لأن البضع لا يتبعض (و صحيحة) عبد الله بن سنان واردة فى خصوص ذلك (قال) سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى رجل زوج أم ولد له مملوكة ثم مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب فى زوج أمه ثم مات الولد أترثه أمه قال نعم قلت فإذا ورثته كيف تصنع و هو زوجها فقال تفارقه و ليس له عليها سبيل و هو عبد (و من أخبار المسألة) خير محمد بن قيس الذى رواه ثقة الإسلام فى الصحيح أو الحسن و الصدوق فى الصحيح و صحيح سعيد بن يسار و موثق إسحاق بن عمار و قد حمل قول أمير المؤمنين عليه السلام فى خير محمد بن قيس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١٦

و ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام فهو للإمام خاصة لكن رخصوا لشيعتهم فى حال الغيبة التملك و الوطى و إن كانت الإمام أو بعضها و لا يجب إخراج حصه غير الإمام منها و لا فرق بين أن يسيبهم المؤمن (المسلم خ ل) أو الكافر (١)

لو فعلت لرجمناك على التهديد و الشتم و الإيذاء

(قوله قدس سره) (و ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام فهو للإمام خاصة لكن رخصوا لشيعتهم فى حال الغيبة التملك و الوطى و إن كانت للإمام أو بعضها و لا يجب إخراج حصه غير الإمام منها و لا فرق بين أن يسيبهم المؤمن أو الكافر) مراده أن ما يؤخذ بالقتال و هو المعبر عنه بغنيمه من غزا بغير إذن الإمام كما يرشد إلى ذلك قوله فيما بعد و كل حربى قهر حربياً (إلى آخره) و هو الذى فهمه من العبارة صاحب جامع المقاصد و كون هذه الغنيمه للإمام خاصة هو المشهور كما فى جامع المقاصد و تعليق النافع و الروضة و فى المنتهى ذهب إليه الشيخان و السيد المرتضى و أتباعهم و الرواية و الواردة فى ذلك مشهوره بين الأصحاب و عملهم عليها كما فى التنقيح و المهذب البارع و منجبره بعمل الأصحاب كما فى المسالك و فى الروضة أيضاً أنه لا قائل بخلافها و فى كشف الرموز ما وفتت لها على مخالف و فى إيضاح النافع للقطيفى أن المسألة إجماعية و الرواية منجبره بالشهرة و فى الخلاف الإجماع على أنه إذا غزت طائفة بغير إذن الإمام فغنموا مالا- فالإمام مخير إن شاء ترك عليهم و إن شاء أخذ منهم و فى المبسوط قال الرواية التى رواها أصحابنا و فى السرائر لا بأس أن يشتري الإنسان ما يسيبه الظالمون إذ كانوا مستحقين للسبى و لا بأس بوطى من هذه صفتها و إن كانت حقاً للإمام لم تصل إليه لأن ذلك قد جعل شيعته منه فى حل و سعه لإجماع أصحابنا على ذلك و المحقق نسب الحكم فى النافع إلى القليل و أفتى به فى الشرائع و فى الكفاية فى مسألة الخراج قال إن الرواية ضعيفة مرسله لا تصلح لإناطة الحكم بها و قد أطال مولانا المقدس الأردبيلي فى بيان عدم حجيتها و عدم جواز العمل بها و قال إن فى السند الحسن بن أحمد بن بشار المجهول عن يعقوب المشترك و الجبر بالعمل غير مسموع إلى غير ذلك مما ذكره مما لا يصغى إليه و لا يعرج عليه و نحو ذلك ما فى المدارك و قد استحسنت فيه و فى المفاتيح ما قواه فى المنتهى من مساواة ما يغنم بغير إذن الإمام لما يغنم بإذنه و

إلى ذلك مال أو قال به في المختلف و ستمتع عبارته في آخر المسألة و الذي جراًهم على ذلك ما في المعتبر حيث قال معرضاً بـابن إدريس و بعض المتأخرين يستسلف صحة الدعوى مع إنكاره العمل بخبر الواحد فيحتج لقوله بدعوى الإجماع و ذلك مرتكب فاحش (إلى آخره) ما قال (و نحن نقول) إن المرسل المشار إليه مؤيد بعد الإجماع برواية صحيحة مروية في الكافي في كتاب الجهاد في أول باب قسمة الغنيمه (و أما الحسن) الذي استند إليه صاحب المدارك و المفاتيح فهو ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل من أصحابنا يكون في لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمه فقال يؤدي خمسنا و يطيب له (و فيه) أنه مع رفضهم له و عدم مقاومته للمرسل المعتضد بما عرفت يحتمل الحمل على تحليله عليه السلام لذلك الرجل بخصوصه حيث إنه من الشيعة و ظاهر الأثر أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون القتال على الدعوة إلى الإسلام أم لا بل هو صريح جماعة و إليه أشار المصنف هنا و في التذكرة بقوله و لا فرق بين أن يسيهم المؤمن و الكافر كما ستعرف و قد يلوح (يظهر خ ل) من بعض العبارات قصره على الأول فليحظ و ليتأمل (و قد) يؤيده الاعتبار لأن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١٧

.....

أخذ مال الكفار (الكافر خ ل) ليس مشروطاً بإذن الإمام عليه السلام بل المشروط بذلك الجهاد فمن جاهد بغير إذنه يكون لما أخذه هذا الحكم و لكن النص و الفتوى مطلقان و الخبر المشار إليه رواية الوراق عن رجل سماه عن أبي عبد الله عليه السلام قال إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمه كلها للإمام (هذا و القول) بأن حكم ذلك حكم الغنيمه قول الشافعي نقله عنه الشيخ رحمه الله في الخلاف و أما أنهم عليهم السلام رخصوا لشيعتهم فقد قال في المنتهى قد أباح الأئمة عليهم السلام لشيعتهم المناكح في حالتها ظهور الإمام و غيبته و عليه علماءنا أجمع لأنه مصلحة لا يتم التخلص من المآثم بدونها فوجب في نظرهم عليهم السلام فعلها و الإذن في استباحة ذلك من دون إخراج حقهم منه لا- على أن الواطى يطأ الحصه بالإباحه إذ قد ثبت أنه يجوز إخراج القيمة في الخمس و كان الثابت قبل الإباحه في الذمه إخراج خمس العين من الجارية أو قيمته و بعد الإباحه ملكها الواطى ملكاً تاماً فاستباح وطأها بالملك التام (انتهى) و في حواشى الشهيد (أنه قد تقرر) عندنا أن جميع ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام سواء كان في حضوره أو غيبته فإن جميع ذلك له عليه السلام و قد أباحه لشيعته في حال الغيبة انتهى و إباحه المناكح مما لم أجد فيها مخالفاً عدا ما نقل عن أبي الصلاح فإنه قال لا- يباح شيء أصلاً و المراد بالمناكح على ما ذكره جماعة كثيرون الجوارى التى تسبى من دار الحرب و فسرها بعضهم بثمان السراى و مهر الزوجه من الربح و ما ذكره في المنتهى من عدم الفرق بين حالتها الحضور و الغيبة هو ظاهر أكثر الأدلة لكن أكثر العبارات التقييد بحال الغيبة كالتهايه و المبسوط و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و الإرشاد و الدروس و غيرها و خلا عنه المقنعه و التحرير و موضع آخر من السرائر و التذكرة و جمله من العبارات لكن فى التحرير و التذكرة التصريح كالمنتهى و قد سمعت كلام الشهيد فى حواشيه و الجمع متجه بأن المراد بحال الغيبة عدم انبساط يده و إن كان ظاهراً معلوماً كما جمع به فى إيضاح النافع و أشير إليه فى المذهب البارع و غيره و ما ذكره فى المنتهى من أن إباحتها تملك لا تحليل فهو المستفاد من ظواهر النصوص و به صرح فى الدروس و التنقيح و المذهب البارع و إيضاح النافع و غيرها و وجهه أن إباحتهم عليهم السلام إسقاط يستقر معه ملك العين و إن كان حقهم فى العين من حيث إنه أشبه ما فى الذمه فإذا أسقط استقر الملك و إلا فالتملك يحتاج إلى إيجاب و قبول (فليتأمل) (و قد يقال) إنه من باب الإعراض فكان بالنسبة إلينا فى حكم المباح الذى يملك بالحيازة إذا نوى عليه التملك (فليتأمل) (و قال) فى جامع المقاصد إن أول عبارة الكتاب و آخرها غير ملتزمين لأن أولها يقتضى كون الحكم فى غنيمه من غزا بغير إذن الإمام كما يتبادر من قوله لكن فإنها لاستدراك ما فهم من كونها للإمام عليه السلام و هو عدم جواز التصرف فيها و آخرها يقتضى شمول الحكم لها و لغيرها لأنه قد أسلف أن جميع المأخوذ بغير إذنه عليه السلام له فكيف

يستقيم قوله أو بعضها (و لعله) حاول بذلك التنبيه على الحكم عند القائل بأن المأخوذ بغير إذنه عليه السلام كالمأخوذ بإذنه (قلت) و على ذلك نزل عبارة الشرائع في المسالك (قال في الشرائع) ثبت إباحة المناكح و المساكن و المتاجر في حال الغيبة و إن كان ذلك بأجمعه للإمام أو بعضه و لا يجب إخراج حصّة الموجودين منه (انتهى) و قال في المسالك المراد بالمناكح السرارى المغنومة من أهل الحرب في حال الغيبة فإنه يباح لنا شراؤها و وطؤها و إن كانت بأجمعها للإمام عليه السلام على ما مر أو بعضها على القول الآخر و يريد بما مر القول المشهور (و قال في المدارك) المراد بالمناكح الجوارى التى تسبى من دار الحرب فإنه يجوز مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١٨

.....

شراؤها و وطؤها و إن كانت بأجمعها للإمام إذا كانت الغنيمه بغير إذن أو بعضها مع الإذن انتهى (فليتأمل) فيه و مثل عبارة الشرائع جمله من العبارات كما أن عبارة التذكرة كعبارة الكتاب فيه من دون تفاوت أصلا كما أن عبارة المنتهى فى باب الخمس كعبارة الكتاب فيه حيث جعل فى الكتابين مناط الإباحه ما له عليه السلام فيه حصه لا ما كان جميعه له عليه السلام (و قد سمعت) عبارة المنتهى و مثل ذلك قال الشيخ فى النهايه قال و لا- بأس أن يشتري الإنسان ما يسيه الظالمون إذا كانوا مستحقين للسبى و لا بأس بوطى من هذه صفتها و إن كان فيه الخمس لمستحقه لم يصل إليهم لأن ذلك قد جعلوه لشيعتهم إلخ ثم إنه فى جامع المقاصد احتمل فى عبارة الكتاب احتمالا- آخر و هو أنه قد يتخيل شمول العبارة لما يشتري ممن لا يعتقد الخمس قال فإنه لا يجب إخراج خمسها كمن اشترى جارية بمال غير مخمس و هو لا يعتقد ذلك أو نمت عنده جارية مخمسه أو قهر حربيا على ابنته فإنها من الأرباح و فى حواشى الشهيد فسر ما إذا كانت للإمام عليه السلام كلها بالذى تأخذه السريه بغير إذن الإمام عليه السلام و ما إذا كان بعضها بالمسروق و المختلس و المقبوض بالسوم فى حال الحرب و المعادن على القول بأن بعضها للإمام عليه السلام (و بما) يأخذه المقاتله فى حال الحرب (و قال فى جامع المقاصد) فى شأن العبارة أيضا و لا يمكن أن يقال إن هذه الغنيمه و إن كانت كلها للإمام عليه السلام إلا- أنه لا يمتنع أن يجب فيها الخمس كما احتمله فى المختلف لأن ذلك لا يصحح ما ذكره لأنها إن كانت كلها للإمام عليه السلام و إن وجب فيه الخمس لم يستقم أن يقال بعضها له و إن كان بعضها له لم يستقم أن يقال كلها له و التردد بين الأمرين يشعر بالتنافى هنا (قلت) أراد بما احتمله فى المختلف ما ذكره فيه فى المنازعه بين الشيخ و ابن إدريس فإنه فى السرائر نقل عبارة النهايه التى قد سمعتها آنفا (ثم قال) هذا ليس بواضح لأن هذا السبى جميعه لإمام المسلمين فمن أين يجب فيه الخمس حسب (و فقه المسأله) أن كل سريه غزت بغير إذن الإمام فما غنمت من أهل الحرب فهى فىء لإمام المسلمين أجمع و المصنف فى المختلف نقل الكلامين و قال هذه المنازعه ضعيفه (أما أولا-) فلا-إن إيجاب الخمس لمستحقه لا ينافى كون الجميع للإمام و الشيخ لم يقل فيه الخمس حسب و لهذه الزيادة التى ذكرها ابن إدريس وقع فى الغلط على الشيخ (و أما ثانيا) فللمنع من اختصاص الإمام عليه السلام بهذه الغنيمه (و أما ثالثا) فلا-إن لو سلمنا لكن نمنع كون ما يسيه الظالم غنيمه لجواز أخذه نهبا من غير قتال و لا حرب أو سرقة انتهى (فتأمل) فيه هذا و قد صرح جماعة من أصحابنا بأن هذه الغنيمه لا تحل للمخالف (و به) نطقت أخبارنا و قال فى جامع المقاصد هذا فى الغنيمه المذكوره دون ما لو قهر مخالف حربيا على ابنته مثلا فإنه يملكها إذ ليس هو بأسوا حلالا من الحربى و إن كان مخالفا (و قال) و لو اشترى جارية من الغنيمه المذكوره بعد تملك الإمام لها ففى بقاء التحريم عليه تردد و هل يملك الإمام المغنومه من الغنيمه المذكوره بمجرد قوة الاستيلاء عليها كلام الأخبار و الأصحاب يقتضى ذلك و يحتمل توقفه على بذل العوض لأن هذه يد ظاهرا فلا بد من بذل عوض فى مقابلها فيكون حينئذ استنقاذا (و أما) أنه لا يجب إخراج حصه غير الإمام فلا-إنهم عليهم السلام رخصوا من دون أن يشترطوا إخراج الحصه المذكوره و كما يسوغ للإمام عليه السلام أن يحلل فى زمانه كذلك يسوغ له أن يحلل بعده و عن أبى على أنه لا يصح التحليل إلا لصاحب الحق فى زمانه إذ لا يسوغ له تحليل ما يملك غيره و هو ضعيف جدا لأنهم عليهم السلام أباحوا



و جعلوا الغاية قيام القائم عجل الله تعالى فرجه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣١٩

و كل حربى قهر حربيا فباعه صحح و إن كان أخاه أو زوجته أو من ينعق عليه كابنه و بنته و أبويه على إشكال ينشأ من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض و دوام القرابة الرافعة للملك بالقهر و التحقيق صرف الشراء إلى الاستنقاذ و ثبوت الملك للمشتري بالتسليط ففى لحوق أحكام البيع حينئذ نظر (١)

و رزقنا بمنه و بركته و رأفته و رحمته و جعلنا الله تعالى فداه من كل سوء فى أكثر الأحاديث و الإمام لا يحل إلا ما يعلم أن له الولاية فى إباحته و إلا لاقتصر على زمانه و لم يقض فيه بالدوام و يؤيده خبر الكابلى و أما قول المصنف و لا فرق بين أن يسيهم المسلم أو الكافر فقد احتمل فى جامع المقاصد رجوعه إلى أول الباب و هو قوله الأناسى من أنواع الحيوان إنما يملكون بالكفر الأصلي و لقد أبعد و احتمل رجوعه إلى قوله ما يؤخذ من دار الحرب فإنه لا فرق فى الحكم بين كون الآخذ و هو السابى مسلما كسلطان؟؟؟ المسلمين أو كافرا كسلطان كافر و نحوهما لأن الكافر من أهل التملك و المحل قابل للملكية فلا مانع منها

(قوله) (و كل حربى قهر حربيا فباعه صحح و إن كان أخاه أو زوجته أو من ينعق عليه كابنه و بنته و أبويه على إشكال ينشأ من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض و دوام القرابة الرافعة للملك بالقهر و التحقيق صرف الشراء إلى الاستنقاذ و ثبوت الملك للمشتري بالتسليط ففى لحوق أحكام البيع حينئذ نظر)

قد ذكر ذلك كله فى التذكرة حتى الإشكال و النظر و مثلهما فى جميع ذلك الإرشاد إلا فى النظر فى لحوق أحكام البيع فإنه لم يتعرض له و قد نسب فى الإيضاح و شرح الإرشاد إلى الأصحاب إطلاق جواز البيع و لعل دليلهم على ذلك الخبر عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها قال لا بأس و حكم فى الدروس بجواز شراء قريب الكافر منه و إن كان ممن ينعق عليه و أنه استنقاذ لا شراء من جانب المشتري و أنه لا يثبت فيه خيار المجلس و الحيوان و أن له رده بالعيب و أخذ الأرش فليحظ كلامه و يأتي بيان الحال فيه عن جامع المقاصد و فى الإيضاح بعد أن نسب إلى الأصحاب أنهم أطلقوا جواز البيع و أورد عليهم ما تسمعه حكم بعدم صحة البيع هنا لأن علة الملك و علة العتق قد تساوقتا أى تصاحبتا و تلازمتا و قال إن الحق أن البيع استنقاذ و اقتداء و معناه عوض عن يد شرعية فى نفس الأمر كما نحن فيه أو ظاهرا كمن اشترى من إنسان آخر و عنده أنه معتق أو غير شرعية (و استشكل) فى لحوق أحكام البيع من الخيار و الأرش و غير ذلك لأنه بالنسبة إلى المشتري كالبيع و إلا لزم ضرره و من انتفاء العلة و هى البيع و الفرق بين البيع و الاستنقاذ أن الثمن فى البيع عوض عن ملك و فى الاستنقاذ الفداء عوض عن يد و يقال للأول ثمن و للثانى فداء و فى جامع المقاصد أنه لا وجه لذكر الأخ بخصوصه أما الزوجة ففى ذكرها تنبيه على سقوط حقوق الزوجية بانفساخ النكاح بتملكها و قال إن مقتضى عبارة الكتاب تكافؤ الوجهين و أنه لا ترجيح لأحدهما على الآخر قال و هو كذلك لأن القرابة المخصوصة تقتضى العتق و قهر الحربى يقتضى الملك و المقتضيان دائمان و نحوه ما فى الإيضاح من أن القرابة موجبة للعتق بعد الملك الحاصل ابتداء بالقهر فإن ابتداء الملك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢٠

.....

لا تنافيه القرابة فإنه يصح شراؤه اختيارا لكن القرابة توجب العتق بشرط الملك بعده «١» فالقرابة علة فاعلية و الملك علة معدة لقبول المحل فالقهر موجب للملك و القرابة توجب العتق فى آن بعد آن الملك ثم فى الآن الثالث القهر موجود و استدامته كابتداء فتوجب الملك فى المحل ثم توجب القرابة العتق فى الآن الرابع و هكذا فلا يمكن تحقق البيع هنا لأن البيع يلحقه غيره أى العقد و العتق لذاته

و ما بالذات مقدم على ما بالغير و فى جامع المقاصد أن قول المصنف المبطل للعتق لو فرض مقتضاه أن العتق لا يقع لأنه حكم بطلانه على تقدير فرض وقوعه و كأنه نظر إلى أن القهر دائم (و هو) أن كل آن يقتضى الملك فيمتنع حصول العتق حقيقة لوجود منافيه فلا- يكون إلا بطريق الفرض (و قال) و لك أن تقول القهر إنما يقتضى ملك غير المملوك أما المملوك فلا يعقل (يقع خ ل) ملكه فإن من اشترى حربيا لا يقال إنه ملكه بالقهر فإذا تحقق الملك لم يكن القهر مملكا فى ذلك الحال فيعمل المقتضى للعتق و هو القرابة المخصوصة حينئذ عمله لقبول المحل له حينئذ فيصير حرا و حينئذ فيعود إلى الملك بالقهر المقتضى له و لا يعد هذا إبطالا للعتق لأن العتق إذا وقع صحيحا كيف يبطل و إنما هو ملك طار لسبب مستقل و أيضا فإن ملك القرابة إنما يمنع دوام الملك لا ابتداءه لإمكان ملك القريب و لو كان دوام القرابة يمنع ابتداء الملك لمنع دخول القريب فى الملك المقتضى لانعتاقه و يمكن أن يقال لما كان القهر دائما امتنع حصول العتق لأنه و إن لم يكن موجبا لحصول ملك آخر فهو مانع من الخروج عن الملك فإن تحقق امتناع الخروج عن الملك بملاحظته فما ذكره المصنف صحيح و إلا فلا (قلت) قد يقال إن المصنف لا يقول إن دوام القهر يوجب بطلان العتق و إنما يوجب تجدد العتق و لما كان القهر دائما و هو يقتضى الملك كان كالمنافى للعتق فأطلق عليه أنه مبطل مجازا و كذلك الشأن فى قوله إن دوام القرابة رافع للملك لأن دوام القرابة إنما يرفع دوام الملك لا ابتداءه و قال إن تحقيق المصنف جيد لأن الوجهين لما تعارضا تكافئا فلم يمكن الحكم بأحدهما دون الآخر فلم يبق إلا أن يكون تملك المشتري بتسلطه على الحربى الذى هو المبيع فيكون البيع الواقع ظاهرا استنقاذا فى نفس الأمر لا بيعا حقيقيا لأن الشرط و هو تحقق ملك البائع غير معلوم و قال فى قول المصنف ففى لحوق أحكام البيع حينئذ نظر إن توجيه هذا النظر تفريرا على أن الشراء استنقاذ غير ظاهر لأنه إذا لم يكن هنا بيع كيف يلحق أحكامه و ما ذكره أحد الشارحين من التوجيه بوجود عقد البيع و أنه استنقاذ غير جيد لأنه إن كان استنقاذا لم يكن بيعا و كذا ما بين به ولد المصنف من أنه كالبيع و من انتفائه و هو ظاهر (و الذى يختلج) فى خاطرى أن هذا النظر من جانب المشتري لا وجه له لأن انتقال الملك إليه ليس بالعقد و ما بذله لا يعد ثمنا أما من جانب البائع فلا يبعد ذلك لأن ما بيد الحربى إذا دخل بأمان محترم فلا- يجوز انتزاعه بغير السبب المبيح له شرعا فوجب أن يترتب عليه أحكامه فيكون له خيار المجلس و الرد بالعيب فى الثمن و نحو ذلك و هو الذى يظهر من عبارة الدروس فى كتاب العتق حيث قال يكون استنقاذا لا شراء من جانب المشتري لكن جوز له الرد بالعيب و أخذ الأرش و لعله نظر إلى أنه إنما بذل العوض عن اليد بناء على سلامته و فى اقتضاء ذلك المطالبة بالأرش تردد لأنه عوض الجزء الفاتت من المبيع و لا- مبيع هنا و جواز الرد مشكل أيضا بناء على الاستنقاذ لأنه إذا ملكه بالقهر و التسلط لم يكن له إبطال ملكه بدون سبب شرعى و مثله ما فى تعليق الإرشاد و المسالك (و فى) الأخير

(١) أى بعد الملك (حاشية)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢١

### [المطلب الثانى فى الأحكام]

(المطلب الثانى فى الأحكام) يجوز ابتياع بعض الحيوان بشرطين الإشاعة و علم النسبة (١) فلو باعه يده أو رجله أو نصفه الذى فيه رأسه أو الآخر بط (٢) ل

أنه يمكن دفع الإشكال عن الدروس بأن قدوم الحربى على البيع التزام بأحكامه التى من جملتها الرد بالعيب أو أخذ أرشه فرده عليه ينزل منزلة الإعراض عن المال و الثمن غايته أن يكون قد صار ملكا للحربى و التوصل إلى أخذه جائز بكل سبب و هذا منه بل أولى لأنه مقتضى حكم البيع ثم قال و هذا كله يتم إذا لم يكن مال الحربى معصوما بأن دخل إلى دار الإسلام بأمان فلا يجوز أخذ ماله بغير

سبب مبيح له شرعا و حينئذ يتجه صحة البيع و لزوم أحكامه التى من جملتها جواز رده معيبا و أخذ أرشه «انتهى» و فيه تأمل يرشد إلى ذلك ما فى مجمع البرهان من أنه قد يكون المملوك و من هو فى يده ممن ينعق عليه مأمونا فيشكل حينئذ تملك المشتري له إلى أن قال مقتضى النظر عدم تملك الثمن على هذا التقدير و عدم تحقق بيع شرعى أصلا لا بالنسبة إليه و لا بالنسبة إلى المشتري فتملكه أيضا للمبيع مشكل إلا أن يفرض فى دار يمكن التملك فيها بالتسلط «انتهى» (و أورد) على ما فى جامع المقاصد أنه عقد واحد يبعد كونه بيعا حقيقيا بالنسبة إلى البائع و غير حقيقى بالنسبة إلى المشتري لأن سبب عدم كونه حقيقيا بالنسبة إليه هو عدم صلاحية المبيع لتملك البائع له و هو موجب لعدم كونه حقيقيا بالنسبة إليه أيضا و قال إلا أن يقال إنه يملك باعتقاده و فى مذهبه لا عندنا فيكون بيعا عنده فيكون له خيار المجلس و غيره و لا يكون للمشتري ذلك ثم إنه استظهر فى مجمع البرهان أن الحكم بكونه استنقاذا مبنى على كون ما فى يده معتوقا عليه قال و إلا- لكان البيع و الشراء حقيقيين (و فيه) أن الجماعة بنوا ذلك على تكافؤ الوجهين و عدم الترجيح

(المطلب الثانى فى الأحكام) (قوله) (يجوز ابتياع بعض الحيوان بشرطين الإشاعة و علم النسبة)

دليله بعد الإجماع المعلوم و المحكى فى التذكرة و مجمع البرهان الأصل و العمومات مع عدم المانع و المعلوم النسبة كالنصف و الثلث و نحوهما

(قوله قدس سره) (فلو باعه يده أو رجله أو نصفه الذى فيه رأسه أو الآخر بطل)

يريد أنه لا- يصح بيع الجزء المعين كيده أو رجله أو نصفه الذى فيه رأسه و هو المراد بقوله أو الآخر يعنى المقابل لما فيه الرأس (رأسه خ ل) كما ذكر ذلك فى التذكرة و غيرها و فى مجمع البرهان كأن دليله الإجماع (وقد) يلوح ذلك من الحدائق (قلت) و يدل عليه بعد الإجماع عدم إمكان الانتفاع به و الجهالة فإن مقدار المبيع لا يعلم أين ينتهى و عدم القدرة على التسليم من جهة أن أجزاءه غير متعينة فيرجع إلى الجهالة أو من جهة أنه غير قادر على تسليمه لا للجهالة و عساک تقول إن تسليم المشاع غير مقدور فيجاب بأنه إذا باعه مشاعا فالإشاعة ملحوظة فى المبيع فتكون القدرة على التسليم بحسبها بخلاف ما إذا باعه معينا فإنه لا بد من القدرة على التسليم بحسب التعبير فتكون القدرة على التسليم معتبرة فيها حال المبيع على ما وقع عليه البيع كما أفاد فى جامع المقاصد و لعل عدم إمكان الانتفاع يرجع إلى عدم القدرة على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢٢

و لو باعه شيئا منه أو جزءا أو نصيبا أو قسما بطل و يصح لو باعه نصفه أو ثلثه و يحمل مطلقه على الصحيح (١) و لو استثنى البائع الرأس و الجلد فالأقرب بطلان البيع و الصحة فى المذبوح (٢)

التسليم (فليتأمل)

(قوله) (و لو باعه شيئا منه أو جزءا أو نصيبا أو قسما بطل و يصح لو باعه نصفه أو ثلثه و يحمل مطلقه على الصحيح)

قال فى التذكرة لا يصح أن يبيع جزءا مشاعا غير معلوم القدر مثل أن يبيعه جزءا منه أو نصيبا أو شيئا أو حظا أو قسما أو سهما للجهالة انتهى (قلت و إرادة) العشر أو السبع من الجزء و الثمن من السهم و السدس من الشئ خاصة بالوصية و قد فهم مما مر أنه يصح لو باعه نصفه أو ثلثه مشاعا و كأنه أعاده ليرتب عليه ما بعده و لو حمل النصف و الثلث على غير المشاع لم يبق فرق بينه و بين قوله و يحمل مطلقه على الصحيح إذ معناه أنه لو أطلق بيع النصف حمل على النصف الواقع فى المشاع لأن الشائع الغالب يبيعه مشاعا و لا يحمل على النصف المعين و إن احتمله و يشهد على أن المراد به المشاع تقييده بذلك فى التذكرة قال و يصح لو باعه نصفه أو ثلثه أو غير ذلك من الأجزاء المشاعة المعلومه و يحمل مطلقه على الصحة (الصحيح خ ل) كما لو باعه النصف فإنه يحمل على الجزء المشاع لأصالة صحة العقد (انتهى) و قد علله بأصالة الصحة كما أشار إلى ذلك هنا بقوله على الصحيح و معناه أن لفظ المسلم يجب

أن يصاب عن الهذر و لما كان للفظ صلاحية الدلالة على المشاع و هو إن لم يكن الأظهر كما هو الغالب فلا أقل من مساواته للآخر و القرينة إرادة النقل و صون الكلام عن الهذر

(قوله قدس سره) (و لو استثنى الرأس و الجلد فالأقرب بطلان البيع و الصحة في المذبوح)

إذا باع حيوانا و استثنى رأسه أو جلده فهناك أقوال الأول أن البائع يكون شريكا مع المشتري في كل الحيوان المبيع بقدر قيمة الرأس أو الجلد فتنسب قيمة الرأس مثلا إلى ثمن المشتري و يكون له بتلك النسبة من جميع أجزاء الحيوان و يكون للمشتري الباقي فيكون مشتركا بينهما بالنسبة المعلومه و هو خيره الشيخ و الأتباع كما في كشف الرموز و التنقيح و في الإيضاح نسبه إلى كثير من الأصحاب و خيره النهاية و المبسوط و الخلاف و التلخيص و الدروس و ستسمع عبارته و هو المنقول عن القاضى و نسبه المحقق في كتابه إلى الرواية مؤذنا بنوع توقف فيه و الرواية المشار إليها ما رواه الشيخ عن السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام قال اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى أحدهما بعيرا و استثنى البيع الرأس و الجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه فقال للمشتري هو شريكك في البعير على قدر الرأس و الجلد و لعل المراد بلفظ المشتري الأول أو المشتري الثانى و نحوها ما رواه الصدوق في العيون (و يؤيدهما) رواية الغنوى كما ستسمعها و علل أيضا بأن البائع قد قبض ما يساوى المبيع و بقى من القيمة ما يساوى المستثنى فيكون البائع شريكا بما يساوى المستثنى لأن أجزاء الثمن مقسطة على أجزاء المبيع و يلغو التعيين فلو فرضنا أن الحيوان كملا قيمته عشرة و قيمة ما استثنى درهمان كان شريكا بالخمس (و رد) بضعف السند و عدم مقاومتها للقواعد الآتية في كلام الجماعة و مخالفتها للاعتبار فإن الشركة بالنسبة التزام بغير ما وقع عليه التراضى و متى حكمنا بطلان الاستثناء لم يبق في اللفظ ما يدل على جزء متنازع أصلا فكان الطرح بها أولى و حمل في مجمع البرهان خبر السكونى على أنه كان المقصود الذبح ثم حصل العدول عن ذلك فيكون البيع صحيحا و يكون شريكا للمشتري بمقدار قيمة ما استثنى (و فيه) أن هذا الحمل لا يجرى في رواية العيون حيث صرح فيه بإرادة نحره و مع ذلك حكم عليه السلام

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢٣

.....

بالتشريك في الجميع بنسبة قيمة ما استثناه و الشهيد في حواشيه قضى العجب من الشيخ قال فإنه عنده لو باع الحامل و استثنى حملها لم يجز لأنه كالجزة و قال إنه لو باع و استثنى الرأس أو الجلد جاز انتهى (قلت) قد يقال إنما ذهب الشيخ إلى ذلك لمكان الخبر هنا (الثانى) أن البيع و الشرط صحيحان و له عين المستثنى و لا يتشاركان و هو المنقول عن أبي على و أبى الصلاح و خيره المفيد و المرتضى و أبى المكارم و صاحب الوسيلة و المراسم و السرائر و فى الإنتصار أنه مما انفردت به الإمامية و أن إجماعها منعقد عليه (و احتج) عليه فيه بأنه عقد يقع عليه اسم البيع فيجب أن يدخل فى عموم قوله تعالى و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (قال) و ليس يمكن أن يدعى أن فى ذلك جهالة فإن الأعضاء متميزة منفردة من غيرها و نحوه ما فى السرائر و وافقهم صاحب إيضاح النافع قال فإن كان مذبوحا أو شرط الذبح و إلا لاقتضى ذلك الذبح ليصل إلى المشتري حقه (قلت) لعل هذا القول متحد مع القول المشهور بين المتأخرين كما ستسمعه لأن ظاهر عبارة المقنعة كون الشرط المذكور إنما هو فيما يراد ذبحه حيث قال فى آخر كلامه و يستثنى عليه جلدها أو رأسها بعد الذبح (و يمكن) حمل إطلاق كلام غيره على ذلك أيضا و يرشد إليه أنهم يفرضون المسألة فيما يذبح لا غير و يؤيده أنه يبعد استثناء الرأس و الجلد فيما لا يراد ذبحه إذ لا ثمره و أنهم قد صرحوا كما تقدم أنه لا يجوز بيع جزء معين من الحيوان كيده و رجله و نحوهما و الاستثناء فى معنى البيع و أنه ربما أفضى إلى الضرر و التنازع لأن المشتري قد يختار تبقيته و هو يؤدي إلى عدم انتفاع البائع بحقه و إن اختار البائع ذبحه ليتوصل إلى حقه كان فيه منع المشتري من التصرف بماله بما يختار و ربما كانت التبقية أنفع له من الذبح فيؤدي إلى التنازع (الثالث القول) ببطلان البيع و الشرط و قد نقله الفخر فى الإيضاح و أبو العباس فى المهذب و المحقق الثانى فى

جامع المقاصد وغيرهم قال في الأخير (في جامع المقاصد خ ل) إن القول بالبطلان مطلقا متجه فإن العمل بالروايتين ينافي مقتضى القرآن فإن المأمور به هو الوفاء بالعقد وهنا ممتنع فالعدول عما يقتضيه خروج عن الوفاء به و مصير إلى البيع بغير عقد و التزام بغير ما وقع التراضي عليه و متى حكمنا ببطلان الاستثناء لم يبق في اللفظ ما يدل على استثناء جزء مشاع بوجه من الوجوه (الرابع) الصحة في المذبوح و البطلان في الحي كما في الكتاب و التذكرة و هو الموافق للقواعد و ألحق بذلك في المختلف و حواشي الشهيد و المذهب البار و تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و الروضة و الكفاية و غيرها ما يراد ذبحه لعدم ورود دليل المنع في ذلك (و فيه) أن إرادة الذبح قد لا تجامعه فقد يحصل البداء فيؤدى إلى المحذور من الضرر و التنازع مضافا إلى عدم انحصار دليل المنع في ذلك بل منه الجهالة لتفاوت لحم الرأس قلّة و كثرة بتفاوت الذبح و الجلد رقّة و ثخانة إلا أن يقال بعدم عد مثل ذلك في العرف جهالة و شراءه سفاهة و لعله كذلك في الرأس ظاهرا (و حينئذ) فيقال ما ذا يكون حكمه إذا كان الغرض الذبح ثم بذله لحصول براء أو سمن و زيادة و لو ذبح يحصل الضرر و العقد انعقد عندهم صحيحا و لعلمهم حينئذ يقولون بمقالة الشيخ و أتباعه كما يرشد إلى ذلك رواية الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل شهد بعيرا مريضا و هو يباع فاشتراه بعشرة دراهم فجاء و اشترك فيه رجل آخر بدرهمين بالرأس و الجلد ففضى أن البعير برأ فبلغ ثمانية دنانير فقال لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ فإن قال أريد الرأس و الجلد فليس له ذلك هذا الضرر و قد أعطى حقه إذا أعطى الخمس بل كلام المفيد و أتباعه يرجع إلى ذلك في مثل ذلك (فليتأمل) و الشهيد في الدروس وافق المصنف في المذبوحة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢٤

و لو اشتركا في الشراء و اشترط أحدهما الرأس و الجلد لم يصح و كان له بقدر ماله (١) و لو قال له الربح بيننا و لا خسران عليك (بطل الشرط (٢) نسخة) فالأقرب بطلان الشرط

و خالفه فيما منعه في غير المذبوحة و قال فيه بمقالة الشيخ من أنه شريك بنسبة القيمة كما مر و قال في مشروط الذبح إن ذبح فالشرط لازم و إلا تخير بين الفسخ و الشركة بالقيمة و نقل في التنقيح عن بعض فضلاء المتأخرين أنه إن كان المستثنى الجلد فهو باطل لجهالته بتفاوت ثمنه بتفاوته في الثخن و الرقّة لكن لا يبطل البيع لأن جهالة المستثنى في هذه الصورة لا تستلزم جهالة المبيع فيكون البائع شريكا بنسبة قيمة المستثنى كما دلت عليه الرواية و إن كان المستثنى هو الرأس وحده أو الرأس و القوائم فهو صحيح لأنه استثناء معلوم من معلوم و الضرر الذي ذكره العلامة معارض باستثناء الجزء المشاع فإنه جائز اتفاقا مع أن الضرر المدعى حاصل فيه (و أورد عليه) في التنقيح بأن حكمه بجهالة المستثنى مستلزم لجهالة قيمته فكيف يكون البائع شريكا بقدرها و منع عليه المعارضة بالمشاع بحصول الفرق فإن له في المعين المطالبة بحقه لتعيينه فيتضرر لو أجبر على بقائه (و أما المشاع) فليس له المطالبة به لعدم تعيينه بل هو شائع في كل جزء انتهى (فليتأمل فيه) و ظاهر الإرشاد التردد حيث إنه لم يحكم بشيء و نسب قول الشيخ إلى القليل و قال صاحب كشف الرموز عندي في المسألة تردد منشؤه النظر إلى الأصل و الرواية مع فتوى الشيخين و كذلك صاحب التنقيح لم يرجح و ما زاد في الإيضاح على قوله إن قول الشيخ ليس بمعتمد و لم ندر مختاره هل هو قول المفيد أو والده أو البطلان و كلام سلار يعطى جواز استثناء البعض كاللحم بالوزن و في التذكرة لو استثنى اللحم بطل في الحي و المذبوح و كذا لو استثنى عشرة أرتال من اللحم فيهما معا و نحوه ما في جامع المقاصد و عن أبي علي أنه لا يجوز استثناء اللحم لأن مواضع اللحم تتفاضل و لقلّة ما يختلط به من العظم و غيره و كثرته فإن حدد المكان بما لا يختلط بغيره جاز و قد استحسنته المصنف في المختلف و أبو العباس في المذهب و المحقق الثاني في جامع المقاصد (و ليعلم) أنه لا فرق بين الرأس و الجلد و غيرهما من الأعضاء ظاهرة أو باطنة كما نص عليه جماعة منهم المصنف في التذكرة

(قوله) (و لو اشتركا في الشراء و شرط أحدهما الرأس و الجلد لم يصح و كان له بقدر ماله)

عاملي، سيد جواد بن محمد حسيني، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ١١ جلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، اول، ه ق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٣٢٤

وافق المصنف الشيخ هنا مع أن البطلان الذي أفتى به في مسألة استثناء البائع آت هنا وكذلك المحقق في النافع وكذلك الشرائع فرق بينهما فنسب الحكم إلى الرواية و جزم به هنا بل ابن إدريس وافق هنا أيضا و شدد النكير على الشيخ في تلك و لعل الوجه في ذلك انعقاد الإجماع كما احتمله في جامع المقاصد حيث قال لا جواب للمصنف إلا بأحد أمرين إما بأن يكون الحكم في مسألة الشريك مجمعا عليه فيعمل بالإجماع في موضعه أو أن رواية هارون صحيحة بخلاف رواية السكوني و الذي يقتضيه النظر البطلان مطلقا إن لم يلزم في ذلك مخالفة الإجماع و في الرياض أنى لم أفق على مخالف هنا عدا شيخنا الشهيد الثاني و من تبعه من بعض أصحابنا و الأمر كما ذكر إلا أن الفاضل الميسي أيضا خالف و قد يلوح من الإرشاد التردد كما في المسألة الأولى و الرواية هي التي أسمعناكها آنفا و هي من الحسان و قد عمل بها الشيخ و جماعه (قوله) (و لو قال له الربح بيننا و لا خسران عليك بطل الشرط)

كما في السرائر و ظاهر النافع و قواه الشهيدان في حواشي الكتاب و المسالك و في الأول أن هذا الشرط مخالف للكتاب و السنة و لأصول المذهب لأن الخسران على رءوس الأموال بلا خلاف و في الأخير أيضا أنه مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢٥

و لو وطئها أحدهما بشبهة فلا حد و بدونها يسقط بقدر نصيبه خاصة فإن حملت قوم عليه حصه الشريك و انعقد الولد حرا و على أبيه قيمة حصه الشريك منه يوم الولادة و لا تقوم بنفس الوطى على رأى (١)

مخالف للمذهب و في الخلاف و الغنية فإن اشترط تفاضلا في الربح أو الوضيعة مع التساوي في رأس المال أو تساويا في ذلك مع التفاضل في رأس المال لم يلزم الشرط و في الغنية الإجماع عليه «فليتأمل» و ذهب الشيخ و أتباعه إلى صحة الشرط عملا بخبر رفاعه و المتأخر أقدم على منع الخبر كما في كشف الرموز و يريد بالتأخر ابن إدريس (قلت) هو خيرة السيد في الانتصار مدعيا عليه الإجماع و أنه من متفردات الإمامية و الشيخ في النهاية و القاضي على ما نقل عنه و المصنف في المختلف و الآبي في كشف الرموز و الشهيد في الدروس و الفاضل القطيفي في إيضاح النافع و أبي العباس في المقتصر و كأنه مال إليه في المهذب و في الشرائع أن فيه ترددا و المروى الجواز و في جامع المقاصد أن الأصح بطلان العقد و الشرط و كأنه مال إليه في التنقيح و في الإيضاح أن كلام الشيخ ليس بجيد و مستند الشيخ و من وافقه بعد إجماع الانتصار صحيحة رفاعه (قال) سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلا في جارية فقال إن ربنا فيها فلنك نصف الربح و إن كانت وضيعة فليس عليك شيء قال لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجارية و قد رواها الكليني و الشيخ و مما يدل على ذلك ما رواه الشيخ عن أبي الربيع عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل شارك رجلا في جارية فقال له إن ربحت فلنك و إن وضعت فليس عليك شيء فقال لا بأس بذلك إذا كانت الجارية للقائل و خبر إسحاق بن عمار ظاهر في عدم الشرط فلا ينافي ما تقدم و ما في التنقيح من أن صحيح رفاعه ظاهر في الوعد غير صحيح و مخالف لما فهمه منه العامل به و الراد له (و قوله فيه) أنه إن طرد الحكم في غير هذه الصورة فهو خلاف الإجماع و إلا- كان الفرق محتاجا إلى دليل (فيه) أنهم يقولون بتعدية الحكم إلى غير الجارية من المبيعات كما نص على ذلك في الدروس و الإجماع إنما انعقد على صورة عدم الشرط و القاعدة تخصص بذلك فإن الشروط في جميع العقود من هذا القبيل بمنزلة الاستثناء و قال في المختلف ما حاصله إن الشيخ

عول فى ذلك على الكتاب و السنة و العقل (أما الكتاب) فهو قوله إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و وَأَوْفُوا بِالتُّعْهُودِ (و أما السنة) فقولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم و خبر رفاعه (و أما العقل) فلأن الأصل الجواز و تمام الكلام يأتى فى باب الشروط فى آخر كتاب البيع

(قوله) (و لو وطنها أحدهما لشبهه فلا حد و بدونها يسقط بقدر نصيبه خاصة فإن حملت قوم عليه حصه الشريك و انعقد الولد حرا و على أبيه قيمة حصه الشريك منه يوم الولادة و لا تقوم بنفس الوطى على رأى)

أما أنه لا- حد عليه مع الشبهه كما لو توهم الحل لكل منهما لمكان ملكه بعضا منها فمما لا خلاف فيه و فى الرياض الإجماع عليه لقوله عليه السلام ادرءوا الحدود بالشبهات و بهما يقيد إطلاق الأخبار المستفيضة فى المقام و أما أنه بدونها يحد بقدر نصيب الشركاء فلعله لا خلاف فيه كما فى مجمع البرهان و لأنه لو لم يحد يلزم الفساد لأنه كالزنا بالنسبه إلى حصه الشريك و الخبر دال على ذلك و أما أنه يسقط عنه منه بقدر نصيبه منها نصفًا كان أو ربعًا أو غير ذلك فمما لم أجد فيه مخالفا مع دلالة الخبر عليه و يستثنى منه ما لو كان أحد الشركاء ابنه فإنه لا حد على الأب فى نصيب ابنه كما أنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢٦

.....

لا- حد عليه لو كانت بأجمعها للولد ثم إنه مع التبعض لو احتيج إلى تبعض الجلد الواحد ففى مجمع البرهان أنه يحتمل اعتبار مقدار السوط و كيفية الضرب (و اعترض) بأن فى صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام فى نصف الجلد و ثلث الجلد يؤخذ بنصف السوط و ثلثى السوط و يمكن أن يكون أراد ذلك فى مجمع البرهان و ظاهر النص و الفتوى أن الحد هنا إنما هو بالجلد و إن كان محصنا كما فى المسالك و فى مجمع البرهان أنه من المعلوم أن المراد بالحد الجلد لأن الرجم لا يقبل التبعض و فى بعض الأخبار فيمن وقع على مكاتبه أنها إن كانت أدت الربع جلد و إن كان محصنا رجم و إن لم تكن أدت شيئا فليس عليه شيء و هو غير ملتفت إليه معارض بإطلاق أخبار آخر من سنخه و فيها الصحيح فضلا عن أخبار ما نحن فيه (و لعل الوجه فيه) أن وجوب الرجم فى المحصن إنما هو فيما إذا كان زنى محصنا و هذا ليس كذلك من حيث تملكه لبعض الأمة و لذلك يلحق به الولد و إن كان عالما بالتحريم مع أن الزانى العالم لا يلحق به الولد (و الوجه فى ذلك) ما ذكره فخر الإسلام فى شرح الإرشاد من أن الشبهه فى إلحاق النسب أحد أمرين أحدهما الشبهه المسقطه للحد كما تقدم و الثانية ميسر الملك لأن ميسر الملك يثبت لحوق النسب و صيرورتها أم ولد قال و هذا لا يشترط فيه جهالته بالتحريم بل لو علم التحريم لحق الولد و إلى ذلك أشار المحقق الثانى بقوله إن له فيها حقا فاعتباره يخرج عن كونه زانيا و لا يتبع النسب و لا حرية الولد و للرواية (قلت) و لذلك حكموا بحرية الولد حين انعقاده فى صورة العلم قالوا فهو حر فى الأصل و إن لم يدفع الأب حصص الشركاء و قد نسب ذلك كله فى المهذب البارع إلى ظاهر الأصحاب (قلت) كأنه فهم ذلك من قولهم ينعقد الولد حرا فيكون مرادهم أن فكه بالقيمة ليس على حد فك غيره بل هو محكوم بحريته من حين الانعقاد و إن لم يبذل قيمة (و قد يحتمل) أن ذلك من جهة السرايه فى مثله (و فيه) أنا قد نشترط فيها الاختيار و تظهر الفائدة كما فى المهذب البارع و المسالك و الحدائق فيما لو أوصى له حملا فإن الوصيه صحيحه و فيما لو سقط الولد لجنايه جان عليه فإنه يلزم الجانى ديه جنين حر و هى عشر قيمته و على الأب للشركاء ديه جنين أمه و هى عشر قيمتها إلا قدر نصيبه و احتمل فى المهذب أن لا- شيء على الأب و ضعفه هو و أما أنها مع الحمل تقوم عليه حصص الشركاء منها فالظاهر أنه لا خلاف فيه و فى المهذب البارع تقوم مع الحمل قطعا ثم نقل كلام الشيخ أنها تقوم بنفس الوطى و فى كشف الرموز أن الأصل عدم التقويم مطلقا خولف الأصل فى الحامل للإجماع و ترك فى غيرها على الأصل و ظاهرهم أنه لا فرق بين كونه عالما أو جاهلا و هو ظاهر إطلاق رواية إسماعيل الجعفى و ظاهر الروايه و النهايه أنها تقوم عليه بنفس الوطى و الأكثرون كما فى المهذب البارع على خلاف الشيخ و

في الرياض أن عليه الأ-كثر بل عامة من تأخر وقال أيضا إن الشهرة عظيمة كادت تكون إجماعا بل لعلها الآن إجماع في الحقيقة (قلت) الأمر كما قال لأنني لم أجد للشيخ موافقا والموجود في السرائر وما تأخر عنها إنما تقوم عليه إذا حملت لأن الاستيلاء بمنزلة الإلتلاف لتحريم بيعها وانعتاقها بموت سيدها فكان عليه غرامة الحصص ويدل عليه أيضا قول مولانا الباقر عليه السلام في موثقة إسماعيل الجعفي أو حسنته ويغرم نصف القيمة إذا أحبل وقضية مفهوم الشرط أنه لا يغرم ذلك إذا لم يحبل وروايته الأخرى عنه عليه السلام في جارية بين رجلين وطئها أحدهما دون الآخر فأحبلها قال يضرب نصف الحد ويغرم نصف القيمة وفي التذكرة لا تقوم هذه الأمة على الواطئ

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢٧

.....

الشريك بدون الحمل خلافا لبعض علمائنا لعدم المقتضى ويحتمل التقويم بمجرد الوطئ لإمكان العلوق منه و حفظا من اختلاف الأنساب وفي رواية ابن سنان قال سألت أبا عبد الله عن رجال اشتركوا في أمة فائتمنوا بعضهم على أن تكون الأمة عنده فوطئها قال يدرأ عنه من الحد بقدر ما له فيها من النقد ويضرب بقدر ما ليس له وتقوم الأمة عليه بقيمة ويلزمها فإن كانت القيمة أقل من الثمن الذي اشترت به الجارية ألزم ثمنها الأول وإن كان قيمتها في ذلك اليوم الذي قومت بها أكثر من ثمنها ألزم ذلك الثمن وهو صاغر لأنه استفرشها (قلت) وإن أراد بعض الشركاء شراءها دون الرجل قال ذلك له وليس له أن يشتريها حتى تستبرأ وليس على غيره أن يشتريها إلا بالقيمة والرواية غير دالة على وجوب التقويم بنفس الوطئ لأنه يسوغ لغيره من الشركاء شراؤها فلو وجب التقويم لم يجز ذلك انتهى (وقال) في المختلف بعد أن ساق الرواية وكلام النهاية في تحقيق ذكره أنها لا تقوم عليه بنفس الوطئ بل مع الحمل و عليه تحمل الرواية وقول الشيخ أيضا (انتهى) وأنت خير بأن ما ذكره في التذكرة من عدم دلالتها على مطلوب الشيخ لمكان التدافع جار فيما ذكره في المختلف مضافا إلى أنه لا- إشعار في الرواية و لا- كلام الشيخ بذكر الحمل وقوله عليه السلام حتى يستبرئها كالصريح في عدم حملها (فليتأمل) و عبارة النهاية مضمون الرواية والحاصل أن اشتمال الرواية وكلام النهاية على هذين الحكمين أعنى التقويم على الواطئ مع الحمل وعدمه وجواز شراء بعض الشركاء لها لا يخلو من تدافع «فليتأمل جيدا» وفيما أرسل في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام دلالة على أن التقويم بمجرد الوطئ قال سئل عن رجل أصاب جارية من الفء فوطئها قبل أن تقسم قال يقوم الجارية وتدفع إليه بالقيمة ويحط له منها ما يصيبه منها من الفء ويجلد الحد و يدرأ عنه من الحد بقدر ما كان له فيها فقلت كيف صارت الجارية تدفع إليه بالقيمة دون غيره قال لأنه وطئها ولا يؤمن أن يكون ثمة حبل لكن قد يستفاد منه أن الحبل سبب للتقويم عليه وهو غير صالح لوجوبه باحتماله وليس التقويم على الفور بواجب فكان مقتضاه الصبر إلى تحقق الحبل (فإن) تحقق وإلا بقيت الشركة فكأن الترجيح للمشهور لمكان الأصول و ظاهر الخبرين المعتضدين بالشهرة القريبة من الإجماع ولا حاجة بنا إلى صرفهما عن ظاهرهما بحمل الإحبال على الوطئ مجازا إن صح هذا المجاز حتى يكون من باب تسمية السبب باسم المسبب لعدم التكافؤ لعدم الجابر للمعارض على تقديره (فليتأمل إذا عرفت) وهذا وهو أنه لا تقوم عليه ويلزمه ثمنها إلا مع الحمل فهل المعتبر عند اختلاف القيم قيمتها عند الوطئ كما هو خيرة الدروس أو يوم التقويم أو الأ-كثر منهما كما استنسه في المسالك أقوال و احتمالات واختير في المختلف والتنقيح أعلى القيم من حين الحمل إلى وقت التقويم وفي مجمع البرهان احتمل قيمتها حين الحمل كما هو ظاهر السرائر لأنه وقت الإلتلاف بعد أن اختار أعلاها من حين الحمل إلى زمان الانتقال وهو عين ما في المختلف وفي المهذب البارع في فرع ذكره ما ذا يجب في التقويم المشهور قيمتها العادلة وقال الشيخ أكثر الأمرين من القيمة وقت التقويم ومن ثمنها الذي اشترت به ومستنده رواية عبد الله بن سنان ثم قال في فرع ثاني إن عليه قيمة الولد يوم سقط حيا على تقدير كونه عبدا و يسقط من قيمته ما قابل نصيبه ويضمن للشركاء الباقي هذا إذا لم تكن قومت عليه حبل و يكون عليه قيمتها يوم الوطئ ومع تقويمها



حلي يكون عليه أعلى القيم من حين الإحبال إلى حين التقويم انتهى (فتأمل) و في حواشى الشهيد أنها تقوم من حين الوطى لأنه يوم الجنائى إن كانت بكرا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٢٨

.....

و الحيلولة إن كانت ثيبا قال و قواه فى التحرير و فى إيضاح النافع الحق أنها تقوم مع الحمل بالقيمة العدل و يحتمل قويا أعلى القيم من حين الإحبال إلى حين التقويم لأنه كالمغاصب المتلف و فى جامع المقاصد أن المعتبر فى التقويم قيمتها السوقية و إن زادت عن الثمن و الرواية بلزوم الأكثر متأولة بالحمل على ما إذا نقصت القيمة بالوطى (قلت) هذا التأويل ذكره فى التذكرة و كأنه لا خلاف فى أنها لا تدخل فى ملك الواطى بمجرد الحمل بل لا بد من التقويم و دفع القيمة أو ضمانها و قد صرح بذلك جماعة و لم أجد لهم مخالفا قالوا فكسب الجارية و حق الخدمة مشترك قبل ذلك و لعل الظاهر أن التقويم و البيع قهريان كما هو مقتضى قواعدهم و قد صرح؟؟؟ جماعة بالأول و الأخبار و إن كان ظاهرها الانتقال بمجرد التقويم لكنها قد تكون منزلة على القواعد لكنه يشكل فيما لو وقع سقطا كما ستسمع و اعتبار الرضا فى عبارات جماعة حيث قالوا لا بد من التقويم و دفع القيمة أو ضمانها مع رضا الشريك كما فى المهذب البار و المسالك و غيرهما ليس لصحة التقويم كما توهم صاحب الحدائق بل لضمان القيمة الثابتة بعده و المعتبر فى قيمة الولد قيمته يوم سقط حيا كما فى السرائر و الشرائع و النافع و الإرشاد و التذكرة و المختلف و الدروس و المهذب البار و التنقيح و إيضاح النافع و المسالك و غيرها و قد صرح فى جملة من هذه و غيرها كمجمع البرهان و غيره بأن ذلك إذا لم تكن قومت عليه حاملا و إلا دخلت قيمته معها و يرشد إلى ذلك فحوى الأخبار الواردة فى وطى الشركاء الأمة المشتركة مع تداعيم الولد (و منها) الصحيح إذا وطى رجلان أو ثلاثة جارية فى طهر واحد فولدت و ادعوه جميعا أقرع بينهم فمن خرج كان الولد ولده و يرد قيمة الولد على صاحب الجارية و قال جماعة إنه لو وقع الولد سقطا استقر ملك الشركاء للأم و كان دليلهم الأصل و استصحاب بقاء الملك و هو لا- ينافى قهريه التقويم فى الأم المستفاد من النصوص و كأنهم لا- يشترطون فيها صيغة البيع لأن كان الإحبال كالإتلاف و لعله كذلك جريا على ظاهر الأخبار و الفتاوى حيث يقتصر فيها على ذكر التقويم فحسب (و فيه تأمل) و فى مجمع البرهان أنه ينبغى إيقاع صيغة البيع لينتقل إليه الولد «فتأمل فيه» إذ الولد لا ريب أنه لا حاجة فيه إلى الصيغة لأنه انعقد حرا كما مر و يجب على الأب مضافا إلى القيمتين أرش العقر بسبب الوطى بكرا كانت أم ثيبا و هو العشر أو نصفه مستثنى منهما قدر نصيبه كما نص على ذلك جماعة و يشير إلى ذلك إطلاق صحيحة أبى و لاد الحناط قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن جارية بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه منها فلما رأى ذلك شريكه وثب على الجارية فوقع عليها قال يجلد الذى وقع عليها خمسين جلدة و يطرح عنه خمسون جلدة و يكون نصفها حر و يطرح عنها من النصف الباقي و على الذى لم يعتق و نكح عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها و تستسعى فى الباقي و نحوه خبر مالك بن أعين مضافا إلى النصوص الواردة فى أنهما «١» على الواطى للأمة المحلل له منها ما دون المواقعة و الواطى للأمة المدلسة نفسها بالحره فإنه تحصل المظنة القوية بملاحظة هذه الأخبار و إن خالفت مورد المسألة بلزوم أحد الأمرين فى وطى كل مملوكة منفردة أو مشتركة مطلقا حتى لو كانت هى الشريكة و ظاهر السرائر أو صريحها أنه مع عدم الحمل لا يجب عليه بالوطى شىء إلا أن تكون بكرا فيجب عليه أرش البكارة و قد أيدته بعضهم بخلو النصوص الواردة بتقويم الأمة فى المسألة عنه مع ورودها فى مقام بيان الحاجة (و فيه) أنها مقيدة بما قدمناه كما قيدناها بما دل على

(١) أى العشر و نصف العشر «حاشية»

و يتخير المشتري إذا تجدد العيب فى الحيوان بعد العقد و قبل القبض فى الفسخ و الإمساك مجاناً و بالأرث على رأى (١)

قيمة الولد مع خلوها عنه أيضا و قد أُلزمه بقيمته فى السرائر و فى المسالك يجب على الأب العقر بسبب الوطى سواء كانت بكرة أو ثيباً و هو العشر أو نصفه مضافاً إلى ذلك أرش البكارة مستثنى منه قدر نصيبه على أصح القولين (و فيه) أن الأخبار التى استنهضناها فى المقام و غيرها كما يأتى بيانه فى باب الغصب خالية عن إضافة أرش البكارة بل ظاهرها التداخل (و من أراد) تحقيق المسألة و إيضاحها فليلاحظ كلامنا فى باب الغصب و نبه بقوله على أصح القولين على خلاف ابن إدريس حيث لم يوجب شيئاً مع الثيبوبة و لم يوجب مع البكارة إلا الأرث كما عرفت و فى المختلف عليه من المهر بقدر حصص الشركاء إن كانت مكروهة أو جاهلة و إن كانت مطاوعة فكذلك على الخلاف و إن كانت بكرة أُلزم أرش البكارة و فى الدروس فى دخول أرش البكارة فى المهر نظر و جمع الفاضل بينهما و فى التنقيح أنه يلزمه المهر مع الإكراه و لا يدخل فيه أرش البكارة بل يلزمه الأمان و قواه فى جامع المقاصد فى باب الغصب تبعاً للمصنف فى التذكرة لأن الوطى استيفاء لمنفعة البضع و إزالة البكارة جناية فلا يدخل حكم أحدهما فى الأخرى و فى مجمع البرهان فى أرش البكارة تأمل و الظاهر العدم لدخوله تحت عقر البكر و لهذا سكت الأكثر عنه و فى المهذب البارع إن كانت بكرة يجب عليه أرش البكارة و يسقط عنه قدر نصيبه و قال إن الحق وجوب المهر فى الثيب إن كانت جاهلة أو مكروهة و فى إيضاح النافع أما العقر فإن طاعته فلا شىء و إن كانت جاهلة أو مكروهة لزمه و يسقط حقه منه (انتهى) فلتلاحظ هذه العبارة منطوقاً و مفهوماً من جهة أرش البكارة و الجهل و الإكراه و يأتى فى آخر هذا المطلب عند قوله و لو ظهر استحقاق الموطوءة ما له نفع تام فى المقام و يأتى فى باب العيب ذكر كثير من هذه الفروع مستوفى فلا بد من مراجعته و سيتعرض المصنف فى باب الشروط و باب الغصب و باب الحدود لهذه الفروع و نحوها

(قوله رحمه الله) (و يتخير المشتري إذا تجدد العيب فى الحيوان بعد العقد و قبل القبض فى الفسخ و الإمساك مجاناً و بالأرث على رأى)

أما الفسخ و الرد فموضع وفاق كما فى كشف الرموز و الروضة و لا- خلاف فيه كما فى مجمع البرهان و الكفاية و الحدائق و أما الإمساك مجاناً فلا نزاع فيه عندهم بل هو إجماع كما فى مجمع البرهان و أما الإمساك مع الأرث فهو خيرة النهاية و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد فى موضع منه و التذكرة و المختلف و الإيضاح و الدروس و اللمعة و التنقيح و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان فى موضع منه و هو المنقول عن القاضى و التقى و هو ظاهر غاية المراد أو صريحها كما أنه قد يدعى أنه ظاهر الوسيلة و فى موضع من المسالك أنه المشهور لأنه عوض عن جزء فائت و إذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذلك أجزاءها و أوصافها لأن المقتضى للضمان فى الجميع و هو عدم القبض موجود فى الصفات فثبت الحكم (و فيه) أن المشبه به لا ضرر فيه على البائع لأن التلف موجب لبطلان البيع الموجب للتسلط على استرداد الثمن خاصة و لا كذلك ما نحن فيه فإن فيه ضرراً على البائع لعدم رضاه ببديل العين إلا فى مقابلة تمام الثمن فأخذ المبيع منه ببعضه من غير رضا تجارة عن غير تراض (و يؤيده) أن المال للمشتري فيكون العيب و التلف منه خرج التلف بدليله و بقى الباقي و لا ينتقض بأخذ الأرث فى العيب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣٠

.....

السابق على العقد بدعوى ورود دليل المنع فيه أيضاً لأنه مع علم البائع بالعيب فلا نقض إذ قد يكون الوجه فى أخذ الأرث المقابلة له بإقدامه على الضرر و التضريب و أما مع الجهل فيدفع بالإجماع و فيه بلاغ مضافاً إلى الاعتبار و النصوص إن تمت دلالتها على ذلك لكن قد يدعى فى المقام الأولوية العرفية و هى حجة (و ما فى المختلف) و الإيضاح و كذا التنقيح من أن إلزام المشتري بالرد أو

الإمساك مجاناً نوع ضرر عليه إذ الحاجة أقدمته على المعاوضة وإلا لم توجد فالزامه بجميع الثمن ضرر عظيم لأنه دفعه في مقابلة الجميع بصفاته فلا يجب دفعه عن البعض (ففيه) أن حاجة المحتاج لا تؤثر أثراً في مال آخر هؤلاء الفقراء محتاجون إلى أموال الأغنياء (و في غاية المراد) أن إلزام المشتري بالثمن في مقابلة جميع المبيع في حال العيب ضرر (لا- يقال) إنه يزول بالرد (لأننا نقول) حكم المعاوضة اقتضى ملك البيع و الرد إبطال لها و هو معنى الضرر (انتهى فتأمل) و قد يحتج لهم بإطلاق صحيحه عبد الله ابن سنان أو عمومها (قال) سألت أبا عبد الله عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له كذا في التهذيب و في الكافي لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له و هذا يشمل نقص الجزء و الصفة لمكان ترك الاستفصال و قد نفى ضمانه عن المبتاع فلزم البائع إذ ليس سواهما و الطعن فيه بأن بعض ما اشتمل عليه متروك الظاهر غير ضائر على أنا نحمل صيرورة المبيع على استقراره و لزومه و قد نحمل مصير المبيع إليه على إرادة قبضه و إن بعد و القول بأن الظاهر من الحدث ما كان من قبيل الموت خلاف الظاهر نعم هناك ضعف في الدلالة إذ ليس فيه دلالة على أن تعلق الضمان بالبائع مشروط بكونه قبل القبض بل هو دال على تعلقه به قبل انقضاء زمان الخيار و قد ينقض الخيار قبل القبض و قضية المفهوم أيضاً أن ليس عليه في هذه الصورة ضمان و هذا يصححه الإجماع المركب (فليتأمل جيداً) (و يؤيد هذا) القول إطباق العامة على خلافه بل نفوا الأرش في العيب السابق بعد القبض كما نقل ذلك عنهم في المبسوط وغيره و في الخلاف و المبسوط و السرائر و كشف الرموز أن ليس للمشتري إلا- الرد و الإمساك و ليس له إجازة البيع مع الأرش فلا يجبر البائع على بذل الأرش فإن تراضيا على الأرش كان جائزاً (و نقل) ذلك في السرائر عن المقنعة و في كشف الرموز عن شيخه المحقق في نكت النهاية و في الخلاف نفى الخلاف عن ذلك و قد نسب إليه جماعة دعوى الإجماع على ذلك و هي لم تصادف محزها و ما قاله بعض أصحابنا من أن مراده إجماع العامة فليس بشيء بل المراد نفى الخلاف من المسلمين كما يستفاد ذلك من سياق عبارة الخلاف قال إذا حدث بالمبيع عيب في يد البائع كان للمشتري الرد و الإمساك و ليس له إجازة البيع مع الأرش و لا يجبر البائع على بذل الأرش بلا خلاف فإن تراضيا على الأرش كان جائزاً و به قال ابن شريح و ظاهر مذهب الشافعي أنه لا يجوز (دلينا) قوله عليه السلام الصلح جائز بين المسلمين إلا ما حرم حلالاً و أحل حراماً (انتهى) و من أعطى النظر حقه و ألف طريقته في الخلاف لم يستبعد ذلك و إن استبعده بعض و يشير إلى ذلك ما في كشف الحق قال ذهب الإمامية إلى أنه إذا حدث عيب في يد البائع كان للمشتري الرد و الإمساك فإن تصالحا على دفع الأرش جاز و قال الشافعي لا يجوز انتهى (فتأمل) لكن نفى الخلاف ليس بإجماع على أنه موهون بمصير الأكثر إلى خلافه و بمخالفته له في النهاية (فليتأمل) و ما نقله في السرائر عن المقنعة لم نجده فيها بعد مراجعته نسختين منها و الله أعلم بما نقل (و قد يظهر) من كشف الرموز أنه لم يجده أيضاً في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣١

و لو تلف بعد قبضه في الثلاثة فمن البائع إن لم يحدث المشتري فيه حدثاً (١)

المقنعة حيث اقتصر على حكاية نقله عنها في السرائر و في إيضاح النافع أن الذي يقتضيه النظر السليم ثبوت الخيار للمشتري بين الرد و الأرش لكن إن اختار الأرش فللبائع الخيار في الفسخ و قال لم أسمع من قال بهذا من أصحابنا (قلت) فلم يكن ذلك مقتضى النظر السليم لأن كان خرقاً للإجماع المركب و في (المهذب البارع) أن المسألة مشككة و لم يرجح شيء من القولين في موضع من الشرائع و الإرشاد و الكتاب في باب القبض و باب الغصب (و من العجيب) ما وقع في الإيضاح و المقتصر من الخلل في النقل فنسب فيهما إلى النهاية مذهب الخلاف و المبسوط و إليهما ما فيها و هو من سهو القلم الشريف (و ليعلم) أن الحكم غير مختص بالحيوان كما هو ظاهر كثير من العبارات و قد سمعت عبارتي الخلاف و كشف الحق و نص على ذلك في الكتاب في باب العيب و القبض و للمعة و الروضة و تمام الكلام في باب العيب يستوفى قصور المقام (و قد فرعوا) على الخلاف في المسألة بعض مسائل الغصب في باب

الغضب و قد ذكرناها في باب العيب «١»

(قوله) (و لو تلف بعد قبضه في الثلاثة فمن البائع إن لم يحدث المشتري فيه حدثا)

كما صرح بذلك كله في المقنعة و النهاية و المبسوط و المراسم و الوسيلة و الغنية و السرائر و ما تأخر عنها و ظاهر الغنية بل صريحها الإجماع عليه و لم أجد فيه خلافا و تدل عليه الأخبار الواردة في خيارى الشرط و الحيوان و كونها أخص من المدعى يدفعه عدم القول بالفرق قطعا و هذا مبنى على القاعدة المشهورة و هي أن التلف مدة الخيار ممن لا خيار له و في المسألة كلام طويل الأذنان قد استوفيناها في أحكام الخيار بما لم يوجد مثله في كتاب (و تقسيم) ذلك أن المبيع إذا تلف فإما قبل القبض أو بعده ففي الأول من البائع و الثاني إما أن يكون تلفه في مدة الخيار أو بعدها ففي الثاني يتلف من المشتري و في الأول إما أن يكون الخيار للبائع فالتلف من المشتري و إما أن يكون للمشتري فالتلف من البائع و إما أن يكون لهما فالتلف من المشتري أيضا و كذا إذا كان لأجنبي على الاجتماع أو الانفراد و الحكم في المسألة الأولى و هو أنه إذا تلف قبل القبض يكون من مال البائع إجماعا كما في السرائر و كشف الرموز و جامع المقاصد و الروضة و غيرها بل إجماع الغنية ظاهر فيه (و في الكفاية) لا أعرف فيه خلافا و هو ظاهر جماعة حيث عبروا عن ذلك بالقاعدة (و يدل عليه) خبر عقبه بن خالد «٢» و ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه (قالوا) و يسقط الخيار لأيهما كان و معنى أنه يكون من مال بائعه أنه بالتلف يفسخ البيع فيرجع إلى ملكه و الثمن إلى ملك المشتري و النماء الحاصل بعد العقد للمشتري و ليس للمشتري مطالبة البائع بالمثل أو القيمة لأنه ليس كغيره من المضمونات حتى يضمن بالمثل أو القيمة بل معنى ضمانه أنه بالتلف يفسخ العقد و قد ناقشهم في ذلك المولى الأردبيلي بعد اعترافه أنه لا نزاع بينهم في ذلك و هذا حديث إجمالي و التفصيل يأتي في محله إن شاء الله تعالى في المطلب الثاني في أحكام الخيار مستوفى أكمل استيفاء بما لا مزيد عليه و سنذكر في بيع الثمار ما له نفع تام في المقام (و الحكم في المسألة الثانية) و هو أنه إذا تلف بعد القبض و بعد زمان الخيار يكون من المشتري (فمما لا- ريب فيه) و قد نقل عليه الإجماع مستفيضا و في المبسوط لا- كلام فيه و في مجمع البرهان لا شك فيه (و أما كون) التلف من المشتري حيث يكون الخيار للبائع فللقاعدة المذكورة مع تأييدها بأخبار

(١) الغضب خ ل

(٢) أو على بن عقبه (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣٢

و لو تجدد فيه عيب من غير جهة المشتري فإن كان في الثلاثة تخير كالأول و في الأرض نظر (١)

خيار الشرط و إطلاق إجماع الغنية متناول له و قد صرح به في السرائر و ما تأخر عنها إلا ما قل قالوا و كذا إذا كان الخيار لأجنبي (و أما المسألة الرابعة) فهي ما نحن فيه و أما كون التلف من المشتري في الخيار المشترك فقد صرح به جماعة كثيرون منهم الشيخ في المبسوط قد ذكرناهم في باب الخيار و في الرياض أنه لا يعرف فيه خلافا و هو كذلك بناء على الأشهر الأظهر من حصول التملك بمجرد العقد و يشكل على القول الآخر و الحال في الثمن كالمبيع من دون تفاوت كما صرح به جماعة و هذا حديث إجمالي و نشر الأقوال و بسط المقال يأتي في محله بلطف الله تعالى فلا بد من الرجوع إلى ذلك

(قوله) (و لو تجدد فيه عيب من غير جهة المشتري فإن كان في الثلاثة تخير كالأول و في الأرض نظر)

المراد أنه يتخير بين الرد و الإمساك في زمن الخيار الأصلي أو المشتراط بعد القبض و لا أعرف فيه خلافا بل نقل عليه الاتفاق بعض المحشين على الروضة قال و مع الاتفاق في جواز الرد اختلفوا في هذا الرد هل هو بأصل الخيار أم بالعيب أيضا (انتهى) و تظهر دعوى الإجماع من عبارة الدروس حيث قال فله الرد ما دام الخيار و لو خرج الخيار ففي الرد خلاف بين ابن نما و تلميذه المحقق فجوزه ابن

نما لأنه من ضمان البائع ومنعه المحقق لأن الرد لمكان الخيار وقد زال (انتهى) وهذه فائدة أخرى غير ما فى اللمعة كما ستسمع و ظاهره الإجماع حيث قصر الخلاف على ما إذا خرج الخيار و مفهوم اللقب فى عبارات الفقهاء حجة و به يثبت الوفاق و الخلاف و الظاهر أن كل خيار يختص بالمشتري كذلك كما صرح به فى جامع المقاصد فى باب العيب قال و هل خيار الغبن و الرؤية كذلك يبعد القول به خصوصا على القول بأنهما على الفور (قلت) و أما خيار العيب فحدث عيب آخر بعده (بعد القبض خ ل) لا يمنع إذا لم يكن حيوانا و إن كان حيوانا لا- يمنع إذا كان فى مدة الخيار كما سينبه عليه المصنف هنا و فى باب العيب و قوى فى التذكرة و الإيضاح و الدروس أن له الإمساك مع الأرش (و هو) المنقول عن الشيخ نجيب الدين بن نما و هو خيرة السرائر و التحرير و التذكرة و الميسية ذكروه فى مقام آخر فى باب خيار العيب و هو أيضا خيرة جامع المقاصد و الروضة و الحال فيه من الخلاف و الدليل كالأول (فليتأمل) قال فى الدروس الخلاف فى أخذ الأرش فى العيب الحادث فى خيار المشتري كالخلاف فى الحادث قبل قبضه فيلزم الشيخ فى النهاية و القاضى و الحلبي جواز الأرش هنا كما قاله ثمة و فيه قوة و نقل فى الإيضاح عن المفيد أنه ليس له الأرش و لم أجده فى المقنعة و نقل القول بأن له الأرش و لم يعزه إلى أحد و قال إن تردد المصنف نشأ من اختلاف الأصحاب و فى الشرائع حكم بعدم الأرش و هذا الذى أشار إليه الشهيد فى اللمعة فقال لو حدث عيب من غير جهة المشتري فى زمن الخيار فله الرد بأصل الخيار الأقرب جواز الرد بالعيب (و تظهر الفائدة) لو أسقط الخيار الأصلي و المشتري (و قال) الفاضل نجم الدين فى الدرس لا يرد إلا بالخيار و هو ينافى حكمه فى الشرائع بأن الحدث فى الثلاثة من مال البائع مع حكمه بعدم الأرش فيه (انتهى) و معناه أن المحقق فى الشرائع رجح الرد بالعيب أيضا كما يستنبط من عبارتيه معا فى الشرائع فما نقل عنه فى الدرس من أنه قال لا يرد بالعيب بل بالخيار غير معتمد لأنه ينافى ما فى كتابه فإن الحدث إذا كان من مال البائع كما فى الشرائع و حكم فيها بعدم الأرش تعين الرد عليه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣٣

و لا يمنع من الرد بالعيب السابق (١)

بسبب الحدث (و قد) سها قلم الشهيد الثانى فى الروضة فشرح كلامه بما لم يردده و لم يرضه غير أنه أوضح الفائدة الأخرى التى أشار إليها الشهيد فى الدروس و حواشيه على الكتاب و هى ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة على قول ابن نما إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة و إن اشترط حصوله فى الثلاثة فما قبلها و غايته ثبوته فيها بسببين و هو غير قادح فإنها معارف يمكن اجتماعها فى وقت واحد و على مذهب المحقق يسقط الخيار بعد انقضاء الثلاثة (و تنقيح الكلام) فى حدوث العيب على سبيل الإجمال أنه إذا حدث فى المبيع عيب قبل القبض فللمشتري الرد و الإمساك بالأرش أو دونه على الخلاف كما مر قريبا و لا يلتفت إلى خيار المشتري أو البائع إن كان و إذا حدث فيه عيب بعد القبض فإن كان فى زمن الخيار المختص بالمشتري تخير قطعا و لعله يتخير أيضا فى المشترك بينه و بين البائع كما قد يعطيه إطلاق عبارة الكتاب و غيره (إلا أن) نقول الظاهر من هذا الإطلاق أن المراد أن الخيار للمشتري كما عبر بذلك جماعة منهم الشهيد فى الدروس و المحقق الثانى و غيرهما فعلى هذا لا يفارق العيب التلف فإنه أى التلف فى الخيار المشترك من المشتري و هو الموافق للقواعد كما أوضحناه فى باب الخيار فالعيب كذلك و إن كان الخيار مختصا بالبائع أو مشتركا بينه و بين أجنبي فلا خيار للمشتري فى فسخ العقد و أخذ الثمن بل الخيار و الإمضاء إلى البائع حتى لو كان العيب بأفه سماوية و اختار البائع الإمضاء فالتلف من المشتري (نعم) لو كان العيب من قبل البائع و اختار «١» الإمضاء كان للمشتري على البائع الأرش لا غير و ليس له الفسخ و أخذ الثمن و أما لو كان العيب من أجنبي و للمشتري الخيار فهو بالخيار إن شاء أجاز و رجع على الأجنبي بالأرش و إن شاء فسخ و رجع البائع عليه «٢» بالأرش و إن كان الخيار للبائع و أمضى رجع المشتري على الأجنبي بالأرش و عبارة الروضة هنا غير جيدة حيث قال و لو كان من أجنبي فللمشتري عليه الأرش خاصة

(قوله) (و لا يمنع من الرد بالعيب السابق)

أى لا يمنع العيب المتجدد من غير جهة المشتري من الرد بالعيب السابق ولا الأرش إذا كان في الثلاثة إذا كان حيوانا وكذا كل خيار يختص بالمشتري لأنه مضمون على البائع كما يستفاد ذلك قطعا من السرائر والشرائع والتحرير وكذا المقنعة وهو صريح التذكرة و الدروس والروضة وما في المبسوط والنهاية والجواهر والوسيلة والغنية والسرائر وسائر ما تأخر عنها من أن حدوث العيب عند المشتري مانع من الرد بالعيب السابق فمفروض فيما إذا كان المبيع غير مضمون على البائع كما إذا كان بعد الثلاثة فإنه حينئذ غير مضمون مع تغير المبيع فإن رده مشروط ببقائه على ما كان فيثبت في السابق الأرش خاصة من دون رد وقد حكى عليه الإجماع فخر الإسلام في شرح الإرشاد وهو ظاهر الغنية أو صريحها (وقد أوضحنا الحال في المقام) في باب أحكام العيب فلا بد من مراجعته الموضوع المذكور ليطلع على ما في الخلاف والمبسوط وغير ذلك من الأحكام والفروع وظاهر المقنعة أن حدوث العيب عند المشتري لا يمنع من الرد مطلقا فيحتمل على ما إذا كان مضمونا (فليتأمل) قال في المقنعة فإن لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدم دون الحادث إن اختار ذلك وإن اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث فيه هو حدثا قال في الدروس بعد نقل ذلك عنه

(١) يعنى البائع (منه)

(٢) يعنى على الأجنبى (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣٤

ولو كان بعدها أو أحدث المشتري فيه حدثا منع من الرد بالعيب السابق (١) والحمل حال البيع للبائع على رأى إلا- أن يشترطه المشتري فيثبت له معه فإن سقط قبل قبضه أو في الثلاثة من غير فعله قومت في الحالين وأخذ من الثمن بنسبة التفاوت (٢)

بالمعنى يشكل ذلك إذا كان غير مضمون على البائع

(قوله) ولو كان بعدها أو أحدث المشتري فيه حدثا منع من الرد بالعيب السابق

إجماعا كما في المختلف وشرح الإرشاد لفخر الإسلام ولا فرق عندهم في إحداثه فيه الحدث بين ما لو كان قبل العلم بالعيب أو بعده خلافا للشيخ في التصرف قبل العلم فلم يسقط به الخيار في المبسوط وله خلافات أخر بينها في باب العيب ولا يمنع إحداثه فيه الحدث من الأرش إجماعا كما في الغنية وشرح الإرشاد لفخر الإسلام وفي المفاتيح أن الصحاح به مستفيضة وفي الكفاية أن الأخبار به مختصة بالجارية وليس كذلك لأن مرسل جميل (حميد خ ل) وخبر زرارة صريحان في الأرش مع التصرف في المبيع مطلقا (فلا بد) من مراجعته ما كتبناه في باب العيب وخالف صاحب الوسيلة قال إذا علم بالعيب ثم تصرف فيه لم يكن له الرد ولا الأرش والمراد بالحدث ما يعد في العرف تصرفا وحدثا غير قاصد به الاستخبار ونحوه مما يدل على عدم الالتزام بالعقد وإمضائه وتمام الكلام يأتي بعون الملك العلام وبركة أهل الذكر عليهم الصلاة والسلام في مبحث الخيارات والعيوب (قوله) (و الحمل حال البيع للبائع على رأى إلا أن يشترطه المشتري فيثبت له معه فإن سقط قبل قبضه أو في الثلاثة من غير فعله قومت في الحالين وأخذ من الثمن بنسبة التفاوت)

(أما كون) الحمل حال البيع للبائع فهو المشهور بين فقهاءنا كما في إيضاح النافع والمسالك ومجمع البرهان والحدائق والرياض و في الدروس أن الأكثر على خلاف الشيخ وفي السرائر أنه إذا باع جارية أو دابة واستثنى حملها لنفسه جاز إذ لا خلاف بين أصحابنا أن الحمل بمجرد العقد من الحامل للبائع فكيف إذا اشترطه إلا أن يشترطه المشتري (وهذا مذهب) شيخنا في نهايته وجميع كتبه وما ذكره شيخنا في مبسوطه مذهب الشافعي ومذهبنا بغير خلاف مخالف لمذهب الشافعي (انتهى) وهو أى كونه للبائع حينئذ خيرة المقنعة والنهاية والمراسم والشرائع والنافع والتذكرة وكشف الرموز والإرشاد والتحرير والمختلف والإيضاح وشرح الإرشاد

لفخر الإسلام و اللمة و جامع المقاصد و المقتصر و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و هو المنقول عن القاضى فى الكامل و عن التقى و نقله فى الرياض عن ابن زهرة و لم أجده فى الغنية و لا نقله غيره عنه (و أما أنه) يثبت للمشتري إذا اشترطه فقد صرح فيه فى جميع هذه الكتب و فى التذكرة الإجماع على أنه لو باع الحمل مع أمه جاز سواء كان من الآدمى أو غيره و قد تقدم لنا عند شرح قوله و كذا الجلد و الصوف على ظهر الغنم ما له نفع تام و لم يرجح فى الدروس شيئا إذا أطلق (و قال فى المفاتيح فيه) قولان فكأنهما مترددان (و قال فى المبسوط) إذا باع بهيمة أو جارية حاملا و استثنى حملها لنفسه لم يجز لأن الحمل يجرى مجرى عضو من أعضائها و قضيته أنه للمشتري و نقل عن القاضى أنه وافقه على ذلك فى المهذب و جواهر الفقه و قد أبطل الشيخ البيع إذا كان الحمل جزءا فقد تضمن كلامه أنه لا يجوز أفرادها عنه و لا يبيعه معها كأن يقول بعثكها و حملها بل يدخل و إن لم يذكره (فليتأمل) و قد علمت فيما مر أنه جوز استثناء الرأس أو الجلد (و قال صاحب الوسيلة) فيها و الإنانث من الآدمى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣٥

.....

و النعم إذا كانت حوامل و بيعت مطلقا كان الولد للمبتاع إلا إذا شرطه البائع و قال الشيخ أبو جعفر الطوسى يكون للبائع إلا إذا شرط المبتاع (انتهى) و كأنه أراد قول الشيخ فى النهاية و الذى يعطيه المنقول من كلام أبى على أن الولد للمبتاع و أنه يجوز استثناءه قال فيما نقل يجوز أن يستثنى الجنين فى بطن أمه من آدمى و حيوان (انتهى) فقد تحصل أن المذاهب ثلاثة الأول دخوله فى المبيع و لا يجوز استثناءه و الثانى أنه يدخل و يجوز استثناءه و الثالث أنه لا يدخل إلا أن يشترطه المشتري (احتج الأولون) بما أشار إليه فى المبسوط بأن الحمل جزء من الحامل فيجرى مجرى عضو من أعضائها فيدخل و لا يصح استثناءه كما لو استثنى جزءا معيناً (و قد يحتج) لهما بما رواه الشيخ و الصدوق بطريقهما عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام فى رجل أعتق أمه و هى حبلى فاستثنى ما فى بطنها قال الأمه حرة و ما فى بطنها منها و هو ظاهر فى تبعية الحمل للأم و أنه لا يصلح استثناءه من حيث إنه منها و جزء من أجزائها كما ادعاه الشيخ و من تبعه و لهذا ذهب الشيخ و جماعة فى باب العتق إلى سراية عتق الحامل إلى عتق الحمل للرواية المذكورة و إن كان المشهور خلافه (و أجيب عن الأول) بالمنع من كونه كالجزة و لهذا تصح الوصية له و به و كذلك الإقرار و لا كذلك الجزة إذ لا يصح فيه شىء من ذلك فلا يخرج بذلك عن الأصل و الاستصحاب المعتضد بما عرفت و الخبر على قصور سنده و إعراض الأكثر عنه معارض بما هو أجود سنداً منه و معمول به عند الأكثر فى بابه و هو موقوف عثمان بن عيسى عن أبى الحسن عليه السلام (قال) سألته عن امرأة دبرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة حال المولود هى مدبرة أو غير مدبرة فقال متى كان الحمل بالمدبرة أقبل ما دبرت أم بعد فقلت لست أدري و لكن أجبنى فيهما جميعاً فقال عليه السلام إن كان المرأة دبرت و بها حمل و لم تذكر ما فى بطنها فالجارية مدبرة و الولد رق و إن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر فى تدبير أمه لأن الحمل إنما حدث يعد التدبير و هو واضح الدلالة و فى الحسن عن رجل دبر جارية و هى حبلى فقال إن كان علم بحبل الجارية فما فى بطنها بمنزلتها و إن كان لا يعلم فما فى بطنها رق فليتأمل (و حجة القول الثانى) الأصل و منع المشابهة و على المشهور فلا ريب فى جواز الدخول و يكون للمشتري بلا- نزاع كما فى مجمع البرهان و لا يضر جهله لأنه منضم إلى معلوم بل فيه علم أيضا كما فى المجمع أيضا و قال فى التذكرة إن شرط دخول الحمل فى البيع بأن قال بعثك هذه الأمه و حملها لم يصح لأنه مجهول و إن شرط فقال بعثك هذه الأمه بكذا و الحمل دخل الحمل فى المبيع و كان مستحقاً للمشتري انتهى و الظاهر أنه لا فرق بين الصورتين لأن الحمل بالنصب معطوف على هذه الأمه و توسط الثمن لا مدخلية له «فليتأمل» (و فى) الحواشى المنسوبة إلى الشهيد أن هناك ثلاث صور (الأولى) أن يكون الحمل موجوداً و يشترط ملكه و العبارة عنه أن يقول بعثكها بشرط دخول حملها أو شرطت لك حملها (الثانية) أن يكون الحمل غير معلوم فيشترط وجوده و ملكيته و العبارة عنه أن يقول بعثكها بشرط حملها و دخوله فى المبيع

(الثالثة) أن يكون مظنون الوجود والغرض متعلق بإدخاله على تقدير وجوده لا بوجوده والعبارة بعتهكها وشرطت لك تملك حملها إن كان قال ففي الأول الحكم ظاهر وفي الثاني لو ظهرت حائلا فللمشترى الفسخ وفي الأرش خلاف (وفي) الثالث الفسخ قطعاً ولا أرش كذا وجدنا «فتأمل» (ثم قال) لو عدل عن هذه العبارات إلى بعتهكها بحملها أو مع حملها أو و حملها ففي الصحة وجهان الصحة بناء على أنه مقصود بالتبعية وعدمها لأنه جعله جزءاً واقعا عليه البيع وفي الروضة لا تمنع جهالته من جهة الذكورة والأوثنة من مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣٦

و لو قال اشتر حيوانا بشركتي أو بيننا صح البيع لهما وعلى كل منهما نصف الثمن فإن أدى أحدهما الجميع بإذن صاحبه في الإنقاذ عنه لزمه الغرم وإلا فلا و لو تلف فهو منهما و ليرجع على الأمر بما نقد بإذنه (١)

دخوله مع الشرط لأنه تابع سواء قال بعتهكها و حملها أم قال و شرطت لك حملها و لو لم يكن معلوماً أي كان مجهولاً وجوده و أريد إدخاله فالعبارة الثانية و نحوها لا غير و لو لم يشترط و احتمل وجوده عند العقد و عدمه فهو للمشترى لأصالة عدم تقدمه و نحوه ما في المسالك و كأنه نظر في تعيين العبارة الثانية إلى أن بيع ما لم يعلم وجوده غير معقول بخلاف الشرط و فيه تأمل ظاهر (و ليعلم) أن قول المصنف و غيره إلا أن يشترطه المشتري لعل فيه إشارة إلى أن الحمل عندهم ليس مبيعا بل شرط تابع (و فيه) أن الحمل يزيد به الثمن كثيراً و ينقص فكيف لا يكون مقصوداً بالذات «فليتأمل» (و قد تقدم) لنا عند شرح قوله و لا يصح بيع السمك في الآجام و إن ضم إليه القصب ما له نفع تام في المقام و حيث يشترط الولد أو يبيعهما معا فيسقط الولد قبل القبض أو في الثلاثة من غير فعله يرجع المشتري بحصة الولد من الثمن و طريق ذلك أن تقوم في حالتها و يؤخذ من الثمن بنسبة التفاوت و في الشرائع و التذكرة تقوم حاملات و حائلات و في اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و غيرها أنها تقوم حاملات و مجهضات لا حائلات للاختلاف و مطابقتها الأول الواقع و عبارة الكتاب يجب تنزيلها على أن الحمل قد اشترط في البيع ليدخل في التقويم و إلا- قومت هي خاصة حائلات أو مجهضات و الظاهر أنه لا- خلاف في أنه إذا باع البائض دخل البيض على طريق التبعية لأن من خالف في الحمل وافق فيه كالشيخ في المبسوط و غيره

(قوله رحمه الله) (و لو قال اشتر حيوانا بشركتي أو بيننا صح البيع لهما وعلى كل منهما نصف الثمن فإن أدى أحدهما الجميع بإذن صاحبه في الإنقاذ عنه لزمه الغرم وإلا فلا و لو تلف فهو منهما و يرجع على الأمر بما نقد بإذنه)

قد ذكر ذلك كله في الشرائع و التذكرة و الدروس و مجمع البرهان و كذلك الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و دليل لزوم الأمر نصف الثمن أن الشراء للغير لا- يكون إلا- بالثمن و الأمر توكيل بالشراء بالشركة بينه و بين المأمور و الظاهر من الشركة التساوي إلا أن تكون هناك قرينة تدل على خلافه فلو أذن مع ذلك بأداء الثمن عنه أيضاً فأدى رجوع عليه بذلك بمجرد الإذن فيه و إن كان ذلك أعظم لدلالة القرائن عليه و عدم حصول ما يقتضيه التبعية و الإذن أما صريحه كقوله ادفع عني الثمن أو فحوى بأن يوكله في شرائه من مكان بعيد لا يسلم فيه البائع بدون قبض الثمن عادة و نحو ذلك و ظاهر كلام ابن إدريس أن قضية الأمر الإذن في النقد و إلا لم تتحقق الشركة و في الدروس أن في ذلك منعا ظاهرا (قلت) لعل نظر ابن إدريس إلى أن الإذن في الشراء ما لا يسلم غالبا إلا بعد تسليم الثمن مستلزم للإذن في الأداء بحسب العرف و العادة على أنا قد نقول إن ذلك إذن في التسليم أيضا إذ لا بد من تسليم حقه و هو مما لا يمكن إلا بالكل (فليتأمل) و روى الحلبي في مشترى دابة و يقول الآخر أنقذ عني و الربح بيننا يشتركان إذا نقد (فليتأمل) و لو تلف في موضع ضمان المشتري فهو منهما فلا يرجع أحدهما على الآخر فكانت يد المشتري يد أمانته و كذلك الآخر و لو أراد الشركة بأقل اتبع فلو تنازعا في القدر فإن كان في الإرادة حلف الأمر و إن كان في نية الوكيل حلف الوكيل إن نقص

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣٧

و العبد لا يملك مطلقا على رأى (١)



عما يدعيه الموكل و إن زعم الموكل أنه اشترى له الثلث فقال النصف احتمال ذلك لأنه أعرف و تقديم الموكل لأن الوكيل مدع زيادة و الأصل عدمها و حكم غير الحيوان حكمه فى هذا الباب  
(قوله) (و العبد لا يملك مطلقا على رأى)

هذا هو المشهور كما فى المفاتيح و الرياض و مذهب الأكثر كما فى التذكرة و فى نهج الحق أنه مذهب الإمامية و فى زكاة الخلاف لا زكاة عليه لأنه لا يملك إجماعا و فى السرائر أن إجماع أصحابنا على أن جميع ما بيد العبد فهو مال لسيده و فى موضع آخر منها و نهاية الأحكام أنه غير مالك عندنا و فى المنتهى نسبه إلى أصحابنا و نحو ذلك عبارة المبسوط فى كتاب الكفارات و قد تشعر عبارة الإلتصار بذلك و هو خيرة المبسوط و الخلاف و الغنية صرح به فى كتاب الزكاة قال لا يملك و إن ملكه مولاه و كتب المصنف و الإيضاح و شرح الإرشاد للفخر و اللعة و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد فى باب ما يدخل فى المبيع و الميسية و المسالك و الروضة و الرياض و غيرها و هو خيرة الخلاف أيضا حيث قال لو كان معه مائة درهم فباعه بمائة درهم لم يصح و إن باعه بمائة و درهم صح و هذا إنما يتم على القول بأنه لا يملك عند بعضهم كما استسمع (و أطلق) الصدوق و أبو على على ما نقل القول بأن العبد يملك و كلام الصدوق فى المقنع صريح أو كالصريح فى أنه يملك فاضل الضريبة و نحوه غيره و قد حمل كلامى الصدوق و أبى على جماعه على أنه يملك ملكا غير مستقر و فى الدروس أن ظاهر الأكثر أنه يملك و نسبه فى المسالك و الروضة أيضا إلى الأكثر و سيأتى بيان المواضع التى ظهر لهما منها ذلك و فى النافع المملوك يملك فاضل الضريبة و قيل لا يملك شيئا و فى الشرائع العبد لا يملك و قيل يملك فاضل الضريبة و هو المروى و أرش الجناية على قول و لو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن المولى كان حسنا و قال فى النهاية العبد المملوك لا يملك شيئا من الأموال ما دام رقا فإن ملكه مولاه شيئا ملكه التصرف فيه بجميع ما يريد و كذلك إذا فرض عليه ضريبة يؤديها إليه و ما يفضل بعد ذلك يكون له جاز فإذا أدى إلى مولاه ضريبته كان له التصرف فيما بقى من المال و كذلك إذا أصيب العبد فى نفسه بما يستحق به الأرش كان له ذلك و حل له التصرف فيه و ليس له رقبه المال على وجه من الوجوه فإن تزوج من هذا المال أو تسرى كان ذلك جائزا و كذلك إن اشترى مملوكا فأعتقه كان العتق ماضيا «انتهى» و أنت خبير بأن بين قوله إنه ليس له رقبه المال على وجه و بين قوله بمضى العتق و صحته و لا عتق إلا فى ملك تناقضا ظاهرا «فليتأمل جيدا» و قد نقل مثل ما فى النهاية عن القاضى (و قد) نسب بعضهم إلى النهاية أنه يملك فاضل الضريبة و جماعه نسب إليه أيضا أنه يملك أروش الجنایات و ما ملكه مولاه و فى كشف الرموز أن القول بأنه يملك فاضل الضريبة و أروش الجنایات للشيخ فى النهاية و أتباعه (قلت) و نقل هذا فى المبسوط عن بعض أصحابنا و فى الدروس أن فى النهاية أنه يملك ما ملكه مولاه و فاضل الضريبة و أرش الجناية بمعنى أن له التصرف و جواز تزويجه و تسريه و عتقه لا بمعنى ملك رقبه المال «انتهى» و لم يرجح فى الدروس شيئا كالمفاتيح و فى كشف الرموز قد جمع شيخنا يعنى المحقق بين القولين فقال لا يبعد أن يقال يملك و لكنه محجور من التصرف للرقبه و هذا مستحسن ثم قال فى كشف الرموز (و قال) صاحب الرائع (الشرائع خ ل) إن لفاضل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣٨

.....

الضريبة و أرش الجناية اختصاصا بالعبد أشد من غيرهما من الأموال فنفى الملك و أثبت الاختصاص و ما أعرف أى شىء عنى بالاختصاص «انتهى» و فى إيضاح النافع الذى يليق بالجمع أن يقال ما ملكه مولاه ملكه و منه فاضل الضريبة و ما لا إذن له فيه من مولاه لا يملكه قال و عند التأمل هذا معنى قول المصنف فى الشرائع إنه يملك إلا أنه محجور عليه لو لا أنه يقتضى تملكه ما ملكه الغير و الذى استقر عليه رأى الفاضل المقداد أنه يملك ملكا غير تام و فى المهذب البارع أن فى المسألة ثلاثة أقوال الأول ملك

المال لا مستقرا و هو ظاهر الصدوق و أبى على الثانى أنه يملك التصرف خاصة و عليه الشيخ فى النهاية الثالث إباحة التصرف خاصة لا- ملك التصرف و نحوه ما فى شرح الإرشاد للفخر و قالوا إن الثالث لم يمنع منه أحد بل هو إجماعى و فى الأخير بين المسلمين و فرق فى المذهب بين الثانى و الثالث من وجهين الأول أن ملك التصرف أقوى من إباحته فإن فى الإباحة لو ظهر له شاهد حال من المالك بكرهته لم يجوز أن يتصرف الثانى أن فى ملك التصرف له أن يتصدق منه و يطعم غيره و ليس له ذلك فى الإباحة فليلاحظ كلامهما فى ملكية التصرف و الفرق الثانى بين الثانى و الثالث فإن الأمرين غير واضحين و فى الكفاية الوجه أنه يملك فاضل الضريبة و قد تقدم لنا فى باب الزكاة ما له نفع تام فى المقام (و نقلنا) هناك عن صاحب الوسيلة فى باب العتق أنه يملك و كذا عن الأردبيلي فليراجع ذلك و الأقوى أنه لا- يملك مطلقا (و الحجة) عليه بعد الإجماعات و فيها البلاغ (الأصل) السالم عما يصلح للمعارضة (و الآيات و الأخبار أما) الأصل فيقرر بأن الأصل عدم ملكية شىء لشىء خرج الحر و بقى الباقي و أن الملكية تتوقف غالبا على أسباب اختيارية و هى متفية فى العبد و الحيازات و الهبات تتوقف على القابلية و الذى لا يملك نفسه كيف يملك غيره و إذن السيد لا تدل على القابلية و إنما المدار على إذن الشارع فيرجع الأمر إلى الفحص عن إذن الشارع و ستعرف أن الأدلة متعارضة و أنها من هذا الجانب أقوى فكان الأصل محكما (و لا ريب) أن العبد مال و نماء المال لصاحبه و ما العبد إذا اكتسب إلا كالشجرة إذا أثمرت و الجارية إذا حملت و ما ملكه إياه مولاه ليس إلا كوضعه القلادة فى عنق الجارية فالأصل عدم ملكيته و قابليته كالدابة و غيرها من سائر المملوكات (و أما الآيات) فهى قوله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ فَإِنَّ الظاهر أن قوله لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ صفة كاشفة لأن قوله مَمْلُوكًا كذلك و لأن الظاهر أن عدم قدرته على شىء لكونه مملوكا (و يرشد) إلى ذلك استدلالهم عليهم السلام على عدم قدرته على النكاح و الطلاق بالآية (و أما قوله) سبحانه عَبْدًا فهو و إن كان نكرة لكن المراد به العموم لأن العلة صفة العبودية و كلما ثبتت العلة ثبت المعلول و لأن الأمة بين قائلين فإن بعضهم قائل بأن كل عبد يمكن أن يملك أحد الثلاثة التى ذكرها الشيخ و بعضهم قائل بأنه لا يمكن أن يملك شيئا أصلا فالقول بأن عبدا يمكن أن يملك شيئا و عبدا لا يمكن أن يملك شيئا قول ثالث باطل إجماعا و شىء فى قوله جل شأنه لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ عام لأنه نكرة فى سياق النفى قصد بذلك المبالغة فى نفي القدرة و إنما يتم بإفادة العموم فصار المعنى لا يقدر على شىء أصلا خرج ما خرج بدليله كجواز تصرفه و بيعه و شرائه بإذن مولاه و بقى الباقي و هو الملكية أذن المولى أم لم يأذن فسقط ما فى آيات أحكام مولانا الأردبيلي و مجمع برهانه من المناقشة فى الاستدلال بها حيث قال غاية دلالتها على وجود عبد مملوك لا قدرة له على شىء و وجود عبد مملوك قادر على شىء ثم إنه منع من كون القيد للبيان و كونه شاملا للتصرف فى الأموال (ثم قال) إن قوله جل شأنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٣٩

.....

وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ يدل على التملك (و أنت خير) بأن الغناء قد يكون بغير الملك كالبدل و نحوه من رغد العيش و قوله جل شأنه ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ قد دل على أن العبيد لا شركة لهم مع الموالى و لا مع الأحرار و ما ذاك إلا لعدم القدرة و القابلية للملك فتأمل (و أما الأخبار) فالدال منها على عدم الملكية كثير مستفيض مجبور بالشهرة المعلومة معتضد بالكتاب و الإجماعات المنقولة مؤيدة بالأصل و موافقة الاعتبار (و منها) الصحيح فى المملوك ما دام عبدا فإنه و ماله لأهله لا يجوز له تحرير و لا وصية إلا أن يشاء سيده فإنه ظاهر أو صريح فى عدم جواز تصرفاته و إنه لا يملك أصلا فإن اللام فى قوله لأهله مفيدة للملك فصار المعنى أن العبد و ماله ملك لأهله (فإن قلت) إضافة المال إلى العبد ظاهرة فى ثبوتها له أيضا و حيث لم يجتمعا لا بد من التأويل فى أحدهما ليرجع إلى الآخر و أقرب وجوه التأويل فى المقام إرادة جواز التصرف و كما يصح أن يقال إن إضافة المال إلى العبد يراد بها جواز

التصرف له إذ يكفي فيها أدنى ملابسة كذلك يصح أن يقال إن معنى كون ماله لأهله أنهم يجوز لهم التصرف (و حيث) لا مرجح وجب التوقف و به تخرج الرواية عن الحجية (قلت) المرجح موجود لأنه لا ريب أن اللام بالإضافة إلى العبد يراد بها معناها الحقيقي و هو الملك أو الاختصاص فلو حمل على المعنى المجازى بالنسبة إلى المال لزم استعمال اللفظ الواحد في الاستعمال الواحد في المعنى الحقيقي و المجازى و هو مرفوض عند المحققين فلا جرم كان التأويل في الطرف المقابل و هكذا الحال في كل خبر أضيف فيه المال إلى العبد فإنه يحمل على صحة الإضافة لأدنى ملابسة و هو و إن بعد في الجملة إلا أنه يتعين المصير إليه هنا بملاحظة ما ذكرنا مضافا إلى الصوارف الآخر (فإن قلت) هذا الصحيح معارض بالصحيح الآخر و هو قوله عليه السلام إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للملوك إلى أن قال قلت له للمملوك أن يتصدق بما اكتسب و يعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها إلى سيده قال نعم و أجز ذلك قلت فإن أعتق مملوكا بما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون و لاء العتق قال فقال يذهب فيوالمى من أحب (الحديث) فيقيد إطلاق دليلكم بغير فاضل الضريبة لمكان هذا الخبر فإنه مقيد و ذلك مطلق (قلت) الشرط في حمل المطلق على المقيد التكافؤ و هو مفقود هنا لاعتضاد الأول بما عرفت فكان بمكانه من القوة فلا يمكن المصير إلى الجمع المذكور كما لا يمكن الجمع بينهما بحمل التصرف في الثانى على ما إذا كان بإذن المولى فإنه فرع العمل به مع أنك قد عرفت المنع مطلقا مضافا إلى منافاة إطلاقه لما تسالم فيه الخصوم و أطبق عليه الأصحاب من ثبوت الحجر عليه فى تصرفاته بالكلية حيث دل على جواز عتقه و نحوه و الإجماع منعقد على خلافه و قد ناول هذا الخبر جماعة بإرادة جواز التصرف و الإباحة و هو و إن كان ينافيه ظاهر سياقه إلا أنه لا بأس به جمعا بين الأدلة (و منها) الأخبار الدالة على أن مال العبد للبائع إلا مع الشرط فيكون للمشتري و هى ثلاثة أخبار و فيها الصحيح عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا فقال المال للبائع إنما باع نفسه إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من مال أو متاع فهو له و نحوه خبر الفقيه و خبر أمالى ولد الشيخ و هذان الحكمان مع شهرتهما بين الطائفة و دلالة الأخبار عليهما لا وجه لهما على القول بأنه يملك لأن المال إنما هو لمالكه فلا وجه حينئذ لكونه للبائع إذا لم يشترطه المشتري و له إذا شرطه و أما على المختار فالأمر واضح لا شبهة فيه لعدم دخول المال فى لفظ المبيع لغه و عرفا إلا مع الشرط أو جريان العادة بدخوله كتياب بدنه و نحوها و من لحظ كلام الأصحاب فى هذه المسألة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٠

.....

ظهر له أن أبا على و غيره ممن نسب إليه الخلاف غير مخالف إلا- أن المصنف فى المختلف قال لو فرضنا أن العبد يملك فإنه لا يملك ملكا تاما إذ لمولاه انتزاعه منه إجماعا و على هذا يتجه الحكمان على القولين «فليتأمل» (و منها قول مولانا الصادق عليه السلام) فى صحيح طويل بعد قول الراوى له أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة أن العبد لا وصية له إن (إنما خ ل) ماله لمواليه (و منها الصحيح) فى مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية فقال أهل الميراث لا نجيز وصيتها إنه مكاتب لم يعتق و لا يرث فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه و تجوز له الوصية بحساب ما أعتق منه (الحديث) و قد يفهم من تعليل الورثة عدم الإجازة بأنه مملوك إن ذلك كان مشهورا فى تلك الأزمنة و بالجملة تتبع النصوص الواردة فى العتق و الوصية للمملوك يكشف عن عدم الملكية له و كذلك النصوص الدالة على نفى التوارث للرقية (و قد استدلل بذلك فى المختلف فقال) لأنه لو ملك لدخل المال فى ملكه بالأسباب الموجبة للدخول من غير اختيار كالميراث و شبهه و التالى باطل فكذا المقدم و ما أنصفوه حيث ناقشوه بالقاتل حيث إنه يملك و لا يرث لأن وجه الحكمة فيه ظاهر و الفرق واضح و كلام الأصحاب فى المنع عن الوصية للمملوك الغير حيث يعلمون بعدم الملكية مؤيد للمختار إلى غير ذلك مما ينبه عليه أو يرشد إليه كما قيل له لو ملك لما جاز أخذه منه قهرا و التالى باطل إجماعا و دليل الملازمة الاستقراء و هو دليل حسن (و ما قيل) من أنه لو ملك لجاز أن يملك عبدا و جاز أن يملك عبده مالا فجاز أن

يشترى مولاه من سيده فيكون كل منهما عبدا سيدا و هو تناقض (و فيه) أنه لا يلزم من جواز تملكه مطلقا جواز تملكه مولاه كما هو الشأن في الحر فإنه لا يملك أبويه (و مما يستدل) به على تملك العبد تملكه البضع بالتحليل مع أنهم يقولون إنه إما عقد منقطع أو تمليك منفعه و الأول يحتاج إلى عوض و هو فرع تملكه و الثاني تملك منفعه و أجاب في التذكرة بأن ملكه النكاح للحاجة إليه و الضرورة لأنه لا يستباح في غير ملك و قال و لأنه لما ملكه لم يملك السيد إزاله يده عنه بخلاف المال فافترقا (انتهى فتأمل) و ما رواه إسحاق بن عمار قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقل أو أكثر فيقول أحللتني من ضربى إياك و من كل ما كان منى إليك و مما أخفتك و أرهبتك فيحلله و يجعله في حل رغبه فيما أعطاه (ثم) إن المولى بعد أصاب الدراهم التى أعطاه فى موضع قد وضعها فيه العبد فأخذها المولى إحلال له فقال لا يحل له لأنه افتدى بها نفسه من العبد مخافة العقوبة و القصاص يوم القيامة قال فقلت له فعلى العبد أن يزيها إذا حال عليها الحول فقال لا إلا أن يعمل له بها و لا يعطى من الزكاة شيئا و إسحاق بن عمار الظاهر أنه هنا ابن حيان الصيرفى الثقة بقرينه روايته عن أبى عبد الله عليه السلام كما بين فى محله لكنه قد تضمن عدم جواز أخذ المولى ما وهبه له منه و هو مخالف للإجماع المنقول فى المختلف فى موضعين قال لو فرضنا أن العبد يملك فإنه لا يملك ملكا تاما إذ لمولاه انتزاعه منه إجماعا و قال إنه لو ملك لما جاز أخذه منه قهرا و التالى باطل إجماعا مضافا إلى احتمال حملة على التقية لأن الملكية مذهب جماعة من العامة و قد يلوح ذلك من آخره حيث تضمن استحباب الزكاة فى مال التجارة كما هو مذهب العامة و إن اشتهر استحبابه عندنا فيه (فتأمل) (و أما خبر أبى جرير) قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوكه أنت حر و لى مالك قال لا يبدأ بالحرية قبل المال يقول لى مالك و أنت حر برضى المملوك و أبو جرير إن روى عن الكاظم عليه السلام أو الرضا عليه السلام فمشارك بين زكريا بن إدريس و زكريا بن عبد الصمد و محمد بن عبد الله صرح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤١

و لو كان بيده مال فهو للبائع و إن علم به و إن شرطه المشتري صح إن لم يكن ربويا أو كان و اختلفا أو تساويا و زاد الثمن (١)

بالأخير فى كتاب الروضة من الكافى و قد عد هذا الخير بعض من الحسن و بعض من الصحيح فمعارض بالأخبار المعتمدة الدالة على كون مال المعتق للمالك إذا كان جاهلا مطلقا و لو لم يستثن مع احتمال حملة على التقية (و أما الخبر المروى) أن عليا عليه السلام أعتق عبدا فقال له إن ملكك لى و قد تركته لك فهو على ضعفه و مخالفته للإجماع إن حملنا اللامين على الحقيقة لإفادتهما التشريك و لا قائل به غير واضح فى مخالفته المشهور لإجماله إن ارتكب المجاز فى أحد اللامين هذا و دعوى الشهيدين أن ملكيته ظاهر الأكثر لعلهما استفادها من قولهم من اشترى عبدا و له مال ذكروا فى المقام و فى باب ما يندرج فى المبيع بل قال جماعة فى ذلك المقام بيع العبد لا يتناول ماله الذى ملكه مولاه و من قولهم إن له فاضل الضريبة و إنه يملك النكاح و إنه ليس على ماله زكاة إلى غير ذلك و الكل مؤول و قد تقدم لنا فى باب الزكاة ما له نفع فى المقام

(قوله) (و لو كان بيده مال فهو للبائع و إن علم به و إن شرطه المشتري صح إن لم يكن ربويا أو كان و اختلفا أو تساويا و زاد الثمن) إذا باع العبد و له مال و لم يعلم به البائع سواء علم به المشتري أم لا فهو للبائع ما لم يشترطه المشتري إن صح الشرط و هذا مما لا أجد فيه خلافا و كذلك ما إذا علما به و شرطه المشتري فإنه يكون للمشتري بلا خلاف فيه أيضا (و إنما الخلاف فى مقامين الأول) ما إذا باعه مع علمه بأن له مالا فظاهر المقنعة و الخلاف و المبسوط و المراسم و السرائر و النافع و الإرشاد و اللعة و الروضة و غيرها أنه للبائع حيث أطلقوا فقالوا إذا باعه و له مال فإن شرط أن يكون للمشتري صح و إن لم يشترط كان للبائع (و قد نقل) ذلك فى المختلف عن الشيخين و سلا و أبى الصلاح و الأولى أن ينسب إلى ظاهرهم لأن مثل هذه العبارة وقعت فى النهاية ثم خالفها إلى ما ستسمع و هو ظاهر الشرائع أو صريحها و صريح التحرير (فى موضعين نسخة) و المختلف و التذكرة فى موضعين منها و المسالك و صرح به أيضا فى الإرشاد و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد فى باب ما يدخل فى المبيع و غيرها و فى الشرائع أنه أشهر و فى الدروس

نسبته إلى الأ-كثرو فى الكفاية أنه المشهور وقال فى النهاية إذا باع العبد و علم أن له مالا كان ماله لمن ابتاعه و إن لم يكن عالما بذلك كان المال له دون المبتاع و نقل عن القاضى مثل ذلك (و قال أبو على) بذلك إذا علم به و سلمه مع العبد و فى المبسوط بعد أن ذكر ما نقلناه عنه قال و روى أنه إن علم أن له مالا كان للمشتري و إن لم يعلم كان للسيد و قد يلوح من المختلف قصر الخلاف على القاضى (فليتأمل) و فى الفقيه جمع بين الأخبار كأنه ليس بالوجه قال روى يحيى بن أبي العلاء عن أبي عبد الله عن أبيه عليه السلام قال من باع عبدا و كان للعبد مال فالمال للبائع إلا أن يشترط المبتاع أمر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بذلك و فى رواية جميل بن دراج عن زرارة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يشتري المملوك لمن ماله فقال إن كان علم البائع أن له مالا- فهو للمشتري و إن لم يكن علم فهو للبائع قال مصنف هذا الكتاب هذان الحديثان متفقان و ليسا بمختلفين و ذلك أن من باع مملوكا و اشترط المشتري ماله فإن لم يعلم البائع به فالمال للمشتري و متى لم يشترط المشتري ماله و لم يعلم البائع أن له مالا فالمال للبائع و متى علم البائع أن له

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٢

.....

مالا- و لم يشتر به عند البيع فالمال للمشتري انتهى (فتأمل فيه جيدا) و هذا الخبر لا- يقوى على مقاومة الأخبار الأخر لكونها أكثر و اعتزادها الأصل و عمل الأ-كثرو فليثوب بالحمل على ما إذا اشترط كما فى المختلف و ما فى معنى ذلك من قضاء العادة بدخوله (و لعله أظهر) و ينطبق حينئذ مع الأخبار الأخر فى الدلالة على عدم الملكية و لا ينطبق على القول بها إذ لا تأثير للعلم و عدمه فى دخول ملك العبد من دون عقد فى ملك البائع أو المشتري و هذا التأويل يجرى فى كلام الشيخ كما فى المختلف و قال فى المسالك هذه المسألة ذكرها من قال يملك العبد و من أحاله و نسبة المال إلى العبد على الأول واضحة و على الثانى يراد بها ما سلطه عليه المولى و أباحه له و نسبه إليه من كسوة و فراش و غيرهما فإن الإضافة تصدق بأدنى ملاسبة ثم قال إن الخلاف فى دخول المال المذكور على القول بأنه لا- يملك يتجه فرضه (أما) إذا قلنا بملكية العبد فيشكل الحكم بكونه للبائع أو للمشتري فإن ملك مالك لا ينتقل عنه إلا برضاه و الحال أن العبد لا مدخل له فى هذا النقل و قد ذكر هذه المسألة من ملكه و من أحاله و لا يندفع الإشكال إلا إذا قلنا بأن المراد بملكية العبد تسلطه على الانتفاع ثم قال إن المصنف يعنى المحقق حكم بأن العبد يملك و إن كان محجورا عليه ثم حكم بأن ماله إذا بيع لمولاه و الحكم فيه أقوى إشكالا لأن مقتضى الملك على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة و إن حجر عليه فى الانتفاع به فلا يتم الحكم بكون ماله للبائع أو للمشتري بمجرد بيعه (اللهم) إلا أن يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم فيرد حينئذ بأنه دال على عدم ملك العبد لئلا يناقض الحكم المتفق عليه من عدم ملكية شخص مال غيره إلا برضاه انتهى ما أردنا نقله من كلامه (و قد يقال) إن كل ذلك يندفع بما ذكره فى المختلف من الإجماع من القائلين بالملك و غيرهم على أن لمولاه انتزاعه منه كما تقدمت الإشارة إليه و من ذلك ينقدح على القول بملك العبد أن ما علمه المولى (المالك خ ل) عنده و لم ينتزعه يكون للعبد و للمولى الثانى حكم الأولى و يزول منع الأول بالانتقال فينتطبق على القول بالملكية إلا أن يقال إن بيعه فى حكم انتزاع ما فى يده (فليتأمل) (المقام الثانى) قد حكم الأكثر بأنه حيث يشترط يراعى فيه شروط المبيع من كونه معلوما لهما أو ما فى حكمه و سلامته من الربا بأن يكون الثمن مخالفاً لجنسه الربوى أو زائداً عليه و قبض مقابل الربوى فى المجلس و غيرها و على هذا التفصيل ينزل إطلاق الخبر الذى هو دليل من خالف قال قلت له الرجل يشتري المملوك و ماله قال لا بأس به (قلت) فيكون مال المملوك أكثر مما اشتراه قال لا بأس و إلى بعض هذه الشروط أشير فى المبسوط و الخلاف قال متى باعه سيده و فى يده مال و شرط أن يكون للمبتاع صح البيع إذا كان المال معلوما و انتفى عنه الربا فإذا كان معه مائة درهم فباعه بمائة درهم لم يصح و إن باعه بمائة و درهم صح و نحو ذلك ما فى السرائر من أنه إذا كان مع العبد من جنس الثمن فإن كان مثله أو أكثر منه فالبيع غير صحيح بلا خلاف و إن كان أقل

فالبائع صحيح فأما إذا كان الثمن من غير الجنس الذي مع العبد فالبائع صحيح (و نحو) ذلك ما نقل عن أبي علي و مثله ما في الوسيلة من أنه إذا باعه مع المال صح إن كان الثمن أكثر مما معه إن كان من جنسه و إن كان من غير جنس ما معه صح على كل حال و إن لم يعرف مقدار ما معه و باع بجنسه لم يصح (قلت) لأن الجهل يستلزم جواز تطرق الربا ثم قال و إن باع بغير جنسه صح (قلت) فيه إشكال من حيث إنه باع مجهولا إلا أن يقال إن المال تابع و جهالة التابع لا تمنع صحة البيع و ظاهر المقنعة و النهاية المخالفة فإن فيهما إذا شرط المبتاع ماله كان له دون البائع سواء كان معه أكثر من ثمنه أو أقل منه و نحوه ما في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٣

و لو قال له العبد اشترني و لك على كذا لم يلزم على رأى (١)

المراسم من قوله ابتاع العبيد الذين لهم مال بأقل ما معهم جائز و المنقول عن التقى و القاضي الإطلاق قال إذا شرطه المبتاع كان له و كأنهم استندوا في ذلك إلى الخبر المشار إليه آنفا و هو منزل على ما ذكرنا أو يطرح لمخالفته القواعد و الإجماع الظاهر من السرائر (و ليعلم) أن إطلاق الأكثر القول بأنه حيث يشترط مال العبد يراعى فيه شروط البيع يقتضى عدم الفرق في ذلك بين كونه مالكا أو غير مالك فيكونون قائلين باعتبار هذه الشروط على تقدير ملكه أيضا كما صرح به المحقق الثاني في باب ما يندرج في المبيع و هو الذي يستفاد من تحقيق حقيقه في التذكرة بعد نقل كلام الشافعي و أتباعه في الباب المذكور أعنى باب ما يندرج في المبيع بل كلامه هناك كاد يكون نصا في ذلك لكن المصنف في الكتاب في الباب المذكور جوز بناء على القول بملكه أن يكون مجهولا و غائبا لأنه كالمندرج حينئذ في المبيع تبعا فتغتفر فيه الجهالة و الربا كما في الدار المموهة بالذهب إذا بيعت بالذهب و قد ينزل على ذلك كلام النهاية و المقنعة و هو ضعيف جدا لأن ملك العبد ضعيف جدا لأنه ناقص مترزل لا يخرج به المال عن كونه ملكا للبائع يقبل التصرفات فيكون جزءا من المبيع فيشترط فيه شروط البيع و تمام الكلام يأتي في الباب المذكور عند شرح قوله السادس العبد (فرعان) لو ملك العبد جارية جاز له و طؤها على القولين لجواز الإباحة فلتملك لا يقصر عنها و إن نفيها لتضمنه إياها ذكر ذلك في التذكرة و لو اشترى عبدا له مال و قلنا بملكية العبد و اشترطه المبتاع فانتزعه أي المبتاع من يده فأتلفه ثم وجد بالعبد عيبا لم يكن له الرد لأنه تكثر قيمته إذا كان له مال و بتلفه تنقص فلم يجز رده ناقصا و عن داود أنه يرد العبد وحده لأن ما انتزعه لم يدخل في البيع و غلظه في التذكرة لتقص القيمة

(قوله قدس سره) (و لو قال له العبد اشترني و لك على كذا لم يلزم على رأى)

هذا خيرة السرائر و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و هو ظاهر التحرير و قال في النهاية إذا قال مملوك إنسان لغيره اشترني فإنك إذا اشتريتني كان لك على شيء معلوم فاشتره فإن كان للمملوك في حال ما قال مال لزمه أن يعطيه ما شرط له و إن لم يكن له مال في تلك الحال لم يكن عليه شيء على حال و نقل عن القاضي موافقته على ذلك و في التحرير هذا بناء على قاعدته من أن العبد يملك فاضل الضريبة و أرش الجنائية و في رواية الفضيل فإن كان ابن يسار فهي صحيحة في التهذيب قال قال غلام سندی لأبي عبد الله عليه السلام إنى قلت لمولاي يعنى بسبعمائه درهم و أنا أعطيك ثلاثمائة درهم فقال أبو عبد الله عليه السلام إن كان يوم شرطت لك مال فعليك أن تعطيه و إن لم يكن لك يومئذ مال فليس عليك شيء (و يشكل) بأن الجعالة هنا للبائع فلا تصلح دليلا للشيخ إلا أن يلحق به المشتري أو يقال كما احتمل ذلك في مجمع البرهان إن معنى بعنى اشترني لأن البيع قد يطلق على الشراء و قد يستأنس لذلك بسؤاله و بوعده بالدفع فإنه لو كان ذلك مع البائع لكان له أن يأخذه و يراد بالمولى المولى بالفعل (فليتأمل) سلمنا ذلك و أنه مالك لكنه محجور عليه فتوقف جعلته على إجازة مولاه قال في الدروس الأقرب عدم اللزوم في صورة الفرض لتحقق الحجر عليه من السيد فلا يجوز جعله لأجنبي أما صورة الرواية فلا مانع منها على القولين أما على أنه يملك فظاهر و أما على عدمه فظاهر (قلت) روى الشيخ في التهذيب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٤

و لو دفع إلى مأذون مالا ليشتري رقبه و يعتقها و يحج عنه بالباقي فاشترى أباه و دفع إليه الباقي للحج ثم ادعى كل من مولى الأب و المأذون و ورثه الدافع كون الثمن من ماله فالقول قول المأذون مع اليمين و عدم البيئه و تحمل الروايه بالدفع إلى مولى الأب عبده كما كان على إنكار البيع (١)

في الصحيح و الصدوق في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يبيع المملوك و يشترط عليه أن يجعل له شيئاً قال يجوز ذلك و احتج في الإيضاح للمشهور بأنه يلزم من إثبات المال نفيه لأن المجعول له لا يستحق المجعول إلا بالعمل فلا يستحق إلا بالشراء و الشراء يقتضى عدمه لأن المولى لا يستحق على عبده شيئاً و لتوقف الجعل على ملك العبد له مع انتفائه عنه و لأنه إما أن يستحق في ذمه العبد أو في ماله الموجود و الأول باطل إجماعاً و الثاني يملكه بالشرط اللازم بالعقد فلا يتصور استحقاقه بسبب جعل العبد و مثله قال في شرح الإرشاد

(قوله) (لو دفع إلى مأذون مالا- ليشتري رقبه و يعتقها و يحج عنه بالباقي فاشترى أباه و دفع إليه الباقي للحج ثم ادعى كل من مولى الأب و المأذون و ورثه الدافع كون الثمن من ماله فالقول قول المأذون مع اليمين و عدم البيئه و تحمل الروايه بالدفع إلى مولى الأب عبده كما كان على إنكار البيع)

في المسألة أقوال (الأول) رد المعتق على مواليه و هو مضمون الروايه و خيره النهاية و المنقول عن القاضي (الثاني) كون المعتق لمولى المأذون رقا و أن العتق باطل و هو خيره السرائر و الشرائع و كشف الرموز و التذكرة و التلخيص و المختلف و الإرشاد و الإيضاح و اللعمه و الروضة و المسالك و نسبه في الدروس إلى الحلين لضعف السند و قوة اليد لأن يده على ما بيد المأذون فيكون قوله مقدماً على من خرج عند عدم البيئه (الثالث) إمضاء ما فعله المأذون و معناه الحكم بصحة البيع و العتق لأن الأصل أن ما يفعله المأذون يكون صحيحاً و هو خيره النافع و في المذهب البارح أن هذا يتمشى إذا جعلنا حكم المأذون حكم الوكيل فيقبل إقراره بما في يده و يمضى تصرفه فيه كما يمضى إقراره بالدين قال و هو أوجه الأقوال (قلت) و إليه مال في المختلف حيث احتمل حمل الخبر على أن المأذون كالوكيل و في الدروس هو قوى إذا أقر بذلك لأنه في معنى الوكيل إلا أن فيه إطراحاً للروايه المشهوره «انتهى» و أورد عليه جماعة أيضاً منهم اليوسفي و المقداد و الكركي بأن قول العبد ليس مقبولاً مطلقاً بل فيما يتعلق بالتجاره من كيل أو وزن أو وقوع عقد أو عدمه أما في إخراج ما في يده عن ملك سيده فلا و إقراره عليه غير مقبول إلا مع تصديقه و قيد في إيضاح النافع عبارته بما إذا كان إذنه عاماً يقتضى جواز التصرف المذكور (الرابع) ما في التنقيح من أن المولى إن سلم الإذن في تولى مال الغير فالقول قول المأذون و إن لم يسلم فالقول قوله و المال ماله (و الأصل) في ذلك ما رواه الشيخ في التهذيب في كتاب العتق عن الحسين بن علي البزوفري عن أحمد بن إدريس عن أحمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام و في باب الوصيه عن الحسن بن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام (و في) باب زيادات البيع عن الحسين بن سعيد عن الحسن بن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام أيضاً في عبد مأذون له في التجاره

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٥

.....

دفع إليه رجل ألف درهم قال له اشتر منها نسمة فأعتقها عنى و حج عنى بالباقي ثم مات صاحب الألف درهم فانطلق العبد و اشترى أباه و أعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي ليحج عن الميت فحج عنه و بلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت فاختصموا جميعاً في الألف فقال مولى المعتق إنما اشترت أباك بمالنا و قال الورثه إنما اشترت أباك بمالنا و قال مولى العبد إنما اشترت أباك بمالنا

قال فقال أبو جعفر أما الحجبة فقد مضت بما فيها لا ترد و أما المعق فهو رد في الرق لموالى أبيه و أى الفريقين بعد أقام البيئه أن العبد اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا و فى الخبر فى المواضع الثلاثة اختلاف فى بعض الألفاظ مما لا يتغير به المعنى و ابن أشيم هو موسى لا على بن أحمد لأن عليا من أصحاب الرضا عليه السلام فما فى المسالك و الروضة من أنه على غير واضح قال و قد رده المتأخرون بضعف السند و مخالفه أصول المذهب (قلت) أما رده بضعف السند فقد لهج به المحقق فى الشرائع و تلميذه اليوسفى و من تأخر عنهما قالوا إن ابن أشيم ضعيف و لم يلتفتوا إلى ما اشتهر بين متأخرى المتأخرين من أن الخبر إذا صح إلى صاحب إجماع لا يلتفت إلى ما بعده (و قد صح) هذا الخبر فى طريقين من طرقه إلى الحسن ابن محبوب و لم أجد أحدا عرج على ذلك و لا التفت إليه فكان ما اشتهر لا أصل له و قد استفاد من ذلك اعتماد فى الجملة على صالح بن رزين حيث لم يستندوا فى الضعف إليه أيضا «فليتأمل» (و أما مخالفتها لأصول المذهب فمن وجوه منها) أن ظاهرها أنه مأذون فى التجارة فقط فكيف يكون وصيا من غير إذن المولى (و منها) أن ظاهرها الحج بنفسه فكيف يستأجر الغير و إن كان و كيلا فكيف يفعل ما فعل بالألف بعد موته (و منها) أنه بعد ما كان لمولى الأب شىء فى يد المأذون و لا هو و كيل لهم (و منها) أنه لا يمكن شراء مال شخص بماله منه (و منها) أنه كيف يكون الحج صحيحا مع الحكم بأن العبد لمولى الأب و أن ذلك من غير إذنه إلى غير ذلك و الشيخ و من وافقه قالوا برد العبد إلى مولاه عملا بمضمون الرواية و قد احتمل المصنف هنا و فى التذكرة و المختلف حملها على أنه ينكر صحة البيع فالقول قوله و الشهيد فى الدروس نزلها على تصادم الدعاوى المتساوية و أصالة بقاء الملك و الظاهر أن مرجع الجميع واحد و ابن إدريس و موافقه حكموا بأن العبد لمولى المأذون مع يمينه لأنه فى يد المأذون و يده يده فيكون قوله مقدا على من خرج و هو متجه إذا لم تكن ملكية العبد معلومة بوجه أما إذا كانت معلومة كما يفهم من الرواية فلا- و حمل مولى الأب الوارد فيها على من ادعى أنه مولاه بعيد على أن المحقق خالف فى النافع كما عرفت و ما فى الدروس فإنه اعتذار عما استندوا إليه من أن مولى الأب معترف بالبيع و مدع فساده و مدعى الصحة مقدم و هى مشتركة بين مولى المأذون و ورثته الدافع إلا أن مولى المأذون أقوى يدا فيقدم فاعتذر فى الدروس عن ذلك بأن المأذون بيده مال لمولى الأب و غيره فتتصادم الدعاوى المتكافئة فيرجع إلى أصالة بقاء الملك على مالكة قال و لا يعارضه فتوهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد لأنها مشتركة بين متقابلين متكافئين فيتساقطان و معناه أنهم يقولون جميعا بالشراء لكن بعضهم يدعى فساده و بعضهم صحته و قد ثبت تقديم من يدعى الصحة فلم عدلوا عنه و قالوا بتقديم مدعى الفساد فدفعه بأن دعوى الصحة مشتركة بين مولى المأذون و ورثته الأمر و هما متقابلان متكافئان فيتساقطان (و أورد عليه) بعدم تكافؤ الدعاوى لأن مدعى الصحة مقدم و عدم تكافؤ الدعويين لخروج الأمر و ورثته عما فى يد المأذون التى هى بمنزلة يد سيده و الخارجة لا تكافؤ الداخلة فيقدم و قد اضطرب كلام الروضة فى المقام فليلاحظ (و الحق فى الجواب) بناء على ما اختاره فى الدروس من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٦

فإن أقام أحدهما بينة حكم له و لو أقام كل من الثلاثة بينة فإن رجحنا بينة ذى اليد فالحكم كأول و إلا فالأقرب ترجيح بينة الدافع عملا بمقتضى صحة البيع مع احتمال تقديم بينة مولى الأب لادعائه ما ينافى الأصل و هو الفساد (١)

كون مولى الأب مالكا أن يقول إنما يقدم مدعى الصحة على الفساد لو وقع التعارض بينهما فى الشراء من ثالث (و هنا) ليس كذلك لأن كلامه هنا يرجع إلى إنكاره كما قاله المصنف فيرجع إلى أصالة بقاء الملك على مالكة إلا أنه فى الدروس قال و حملها على إنكار مولى الأب البيع ينافى منطوقها و لعله أراد أن منطوقها وقوع العقد و ادعاؤه فساده أو أنه اشترى بماله أو أن مولى الأب لم ينكر البيع و إنما ادعى أنه اشترى بماله بمعنى أن العبد أخذ من ماله و دفعه إلى ولده ليشتريه منه فهو معترف بالبيع لا منكر (فتأمل) إذ منطوق الرواية ظاهر فى كونه مالكا للعبد و دعوى الشراء بماله تنجر إلى إنكاره البيع و الشراء و ليس من قبيل الإقرار بالمنافى و على هذا لا-بعد تنزيل كلام الشيخ و القاضى على دعوى مولى الأب فساد البيع كما احتمله المصنف فلا يكون مولى الأب خارجا فلا



يضعف تقديم مدعى الفساد كما قدمنا و مجامعة صحة الحج لعوده رقا غير قادح إذ العقود بينى على الظاهر حيث أنكر مولاه البيع و يمكن وقوع الحج فى نفس الأمر لمقارنته لإذنه أو لغيرها (فتأمل) و ما أجيب عما أورد من أن ظاهرها الحج بنفسه فكيف يستأجر بأنه يمكن أن يكون يحج فى الرواية من أحج فغلط صرف لأنه ليس فى الخبر يحج بلفظ المضارع و لعله عول على ما نقله الأصحاب بالمعنى كالروضة و غيرها و لا- يقال إنه و كله فى فعل الحج فيكون شاملا لفعله بنفسه و بغيره لأن ظاهره الحج بنفسه قاله فى جامع المقاصد و قال إن قوله عليه السلام قد مضت الحجة بما فيها يؤذن بأن هناك شيئا و قال قبل ذلك يمكن أن يقال إن صحة الحج أعم من صحة الإجارة و كونه لم يؤمر بالرجوع بالثمن يحتمل أن يكون للتلف و إن لم يكن فى الخبر ذكر التلف لكنه مجمل

(قوله) (فإن أقام أحدهما بينه حكم له و لو أقام كل من الثلاثة بينه فإن رجحنا بينه ذى اليد فالحكم كالأول و إلا فالأقرب ترجيح بينه الدافع عملا بمقتضى صحة البيع مع احتمال تقديم بينه مولى الأب لادعائه ما ينافى الأصل و هو الفساد)

كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و اقتصر فى التفتيح على نقل ذلك عن المصنف و ستسمع ما فى الروضة و المسالك و المراد بأحدهما فى المتن مولى المأذون أو ورثته البائع لأنهما مدعيان فإن أقام أحدهما بينه فالحكم له و لو أقام كل من الثلاثة بينه فالتعارض بين الداخل و الخارجين فترجح بينهما عليه على القول بتقديم بينه الخارج و كذا إذا كانت بينه للداخل و أحد الخارجين فإنها ترجح بينه الخارج و إن لم يكن للداخل بينه بل كانت للخارجين خاصة فلا بد من الترجيح و وجه القرب فى ترجيح بينه الدافع ما أشار إليه من أن بينه الدافع قد اعتضدت بمقتضى أصل الصحة فترجحت على الأخرى و هو الذى صححه فى جامع المقاصد و ضعف احتمال تقديم بينه مولى الأب بأنه مدع و خارج بالإضافة إلى مولى المأذون كما أن الآخر مدع و خارج بالإضافة إليه و لا يلزم من كون دعوى أحدهما توافق الأصل و دعوى الآخر تخالفه أن يكون أحدهما بالإضافة إلى الآخر مدعيا و خارجا فترجح بينته و تقديم بينه مدعى الفساد إنما يكون حيث لا يقطع بكون الآخر مدعيا فأما إذا قطع به فلا بد من الترجيح و هو ثابت فى جانب مدعى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٧

و لو اشترى كل من المأذونين صاحبه فالعقد للسابق (١) فإن اتفقا بطل إلا مع الإجازة (٢) و لو كانا وكيلين صحا معا

الصحة و نحوه ما فى المسالك و الروضة و أنت إذا تذكرت ما ذكرناه آنفا عرفت قوة احتمال تقديم مولى الأب لأصالة يده السابقة و إنكاره

(قوله) (و لو اشترى كل من المأذونين صاحبه فالعقد للسابق)

أى فى عقده بأن يتم قبوله قبل أن يتم الآخر و إن شرع فيه الآخر قبله و الحكم مما لا خلاف فيه و قد صرح به الشيخ فى النهاية و من تأخر عنه و وجهه واضح لأن كان كل منهما عقدا صادرا من أهله فى محله و الآخر محكوم ببطلانه إن اشتراه لنفسه و قلنا بملكه لامتناع أن يملك العبد سيده و إن اشتراه لمولاه و أحلنا الملك أو كان شراؤه لسيده قلنا بملكه أم لا فإما أن يكون وكيلا أو مأذونا فإن كان الثانى فالعقد اللاحق صحيح أيضا بمعنى أنه يكون فضوليا لبطلان إذنه بالبيع فيتوقف على إجازة من اشترى له كما صرح بذلك كله جماعة و لو كان وكيلا- له (و قلنا) بعدم الانعزال ببيع مولاه له صح الثانى أيضا من دون توقف على إجازة و الفرق بين الإذن و الوكالة كما فى حواشى الشهيد و الميسية و المسالك و الروضة و غيرها أن الإذن ما جعلت الاستنابة فيه تابعة للملك تزول عرفا بزواله بالبيع و نحوه و الوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقا أى سواء خرج المأذون عن ملكه أم لا و حاصله أن الإذن حينئذ باعتبار مورده وكالة خاصة تابعة للملك و الوكالة أعم من الإذن باعتبار موضوعها و هذا لا ينافى كون الوكالة من حيث هى أخص من الإذن نظرا إلى خصوصياتها الزائدة عنه و لفظ ما نكرة موصوفة قام مقام وكالة ما فى الموضوعين لا موصولة لوقوعها موقع الخبر و حقه التنكير و تأنيث الضمير فى تعريف الإذن باعتبار الوكالة أو لأن الأمر فى التنكير و التأنيث سهل و الفارق بينهما مع اشتراكهما فى الإذن المطلق إما تصريح المولى بالخصوصيتين أو دلالة القرائن عليه و مع عدمهما فالظاهر حملة على الإذن لدلالة

العرف عليه و بما ذكر يعلم الحال فيما أطلق من العبارات ببطلان اللاحق فتحمل على عدم اللزوم المتردد بين البطلان بالمعنى الأخص أو الأعم و قد يبطل عقد السابق منهما كما إذا اشترى لنفسه و الآخر لمولاه و قلنا العبد لا يملك فعقد السابق باطل و عقد المسبوق صحيح

(قوله) (فإن اتفقا بطلا إلا مع الإجازة)

قد نص على بطلانهما إذا اتفقا فى وقت واحد فى الخبر المروى فى النهاية و مثله ما رواه فى التهذيب و نص عليه فى السرائر و الشرائع و التذكرة و المختلف و غيرها و إليه ترجع عبارة النافع و هذا مبنى على أن الشراء لأنفسهما كما هو الظاهر من الرواية و قلنا إن العبد يملك و البطلان حينئذ ليس للاقتران بل لانعكاس المولى و المملوكية (فتأمل) أو يبنى على أن الشراء بالإذن و أن المأذون ينزل بخروجه عن الملك فإنه حينئذ يبطل البيعان إذا لم يجز المولى بعد العقد لأن العقدين فضوليان كما أشير إلى ذلك فى الكتاب و المختلف و التذكرة و الدروس و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و الميسية و الروضة و المسالك و غيرها (وفيه) أنهم صرحوا بأن العقد إنما يتم بآخره و يترتب عليه حكمه بعد إتمامه و على هذا فالإقتران فيه معناه اقتران العقدين فى الانقضاء ففى حال اشتغالهما بالعقد لم يخرج عن ملك المولى الآذن لعدم تأثير العقد فى الأثناء و عند الفراغ و إن خرجا عن الملك فقد دخلا فى ملك المولى الآخر بمقتضى العقد السابق المأذون فيه و لا حاجة إلى الإجازة و هذا أشار إليه المحقق الثانى (و أنت خير) بأن ذلك يقضى بأن دخولهما و خروجهما فى آن واحد فيكون كل واحد منهما دخل فى أول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٨

.....

خروجه و خرج فى أول دخوله و هذا مع كونه محالاً - أو شبيهاً بالمحال لا نظير له فى الفقه و ليس يشبه البيع الضمنى كما حرر فى محله مضافاً إلى الأصل بمعنييه و قضاء التبع بإلغاء الشارع أنواع الاقتران فى أبواب الفقه إلا - فى مواضع مخصوصة مضافاً إلى روايتى النهاية و التهذيب (و قضية) ذلك وقوع العقد باطلا لا تنفع فيه الإجازة لكنه لما كان الانتقال من دون الإجازة معارضاً بهذه المعارضات الكثيرة ألغينا بالنسبة إليه و أما بالنسبة إلى ذاته من دون انتقال فسالم عن المعارضه هذا أقصى ما يوجه به كلام من قال بالصحة مع الإجازة لكن لعل الأصح عدم الصحة كما هو ظاهر إطلاق السرائر و الشرائع و النافع و غيرها بل هو ظاهر الأخبار كما عرفت (فليتأمل جيداً) و لو كانا وكيلين و قلنا بعدم الانعزال صحا معا كما صرح به جماعة و فى النهاية لو علم الاقتران أقرع و رده فى السرائر بأن القرعة لاستخراج المبهم و مع الاقتران لا - إبهام بل يبطل (و أجاب المحقق) فى نكت النهاية على ما حكى عنه بجواز ترجيح أحدهما فى نظر الشارع فيقرع و فى الدروس أن ذلك مشكل لأن التكليف منوط بأسبابه الظاهرة و إلا لزم التكليف بالمحال و ليس كالقرعة فى العبيد لأن الوصية بالعتق بل نفس العتق قابل للإبهام بخلاف البيع و سائر المعاوضات و الأولى أن يضعف بعدم كفاية الجواز فى القرعة لمعارضته بجواز عدم الترجيح فى نظر الشارع الموجب للفساد فالرجوع إلى القرعة موجب لخروج الفاسد نعم تصح فيما لو ثبت صحة أحدهما فى الجملة و ليس بثابت و فى كشف الرموز يمكن أن يقال إن القرعة أولى بتقدير استواء المسافة و البطلان أشبه بتقدير اتفاق العقدين قال و به أعمل و فى الإستبصار بعد أن ذكر خبر أبى خديجه قال و فى رواية أخرى إذا كانت المسافة سواء يقرع بينهما فأيهما خرجت القرعة باسمه كان عبداً للآخر قال و هذا عندى أحوط فقد حكم بالقرعة مع تساوى الطرفين و المصنف فى المختلف و التذكرة و الشهيدان فى حواشى الكتاب و الروضة و المحقق الثانى استظهروا أن القرعة إنما هى إذا اشتبه السابق كأن علم ثم جهل أو اشتبه السابق كما إذا لم يعلم السابق من أول الأمر و فى المهذب البارح أنه إذا اشتبه السابق فالقرعة و إذا اشتبه السابق فالبطلان كصورة الاقتران استناداً فى الأول إلى ما استندوا إليه من أنها لكل أمر مشكل و فى الثانى إلى جواز الاقتران مع عدم معلومية السابق المصحح للبيع فلا يجوز الحكم بالمسبب مع الجهل بالسبب و هو كما ترى و يستخرج السابق فى الأولى أعنى ما

إذا علم و اشتبه برقتين مكتوب في أحدهما السابق و في الأخرى المسبوق و في الثانية بثلاث رفاع يكتب في الثالثة الاقتران ليحكم بالتوقف معه أو البطلان (و يظهر) من عبارة اللمعة أن هناك قائلاً بالقرعة مطلقاً و لم نجده و في الروضة أنه غير معلوم و التأويل قريب في عبارة الشرائع فلتلحظ و أما مسح الطريق من مكان الاقتران و الحكم بالسبق للأقرب عند اشتباه السابق أو السابق فقد ورد في خبر أبي خديجة و عمل به المحقق في النافع و في كشف الرموز أنه يدل عليه النظر و الأثر و أنه مذهب صاحب البشري و في إيضاح النافع أن المسح إن أفاد العلم بالسبق عمل به و عليه تنزل الرواية و ابن إدريس و أكثر المتأخرين أعرضوا عن الخبر لكونه من الآحاد أو لضعف سنده و رجعوا إلى الأصل و إن اختلفوا في مقتضاه فبين حاكم بالقرعة مطلقاً و بين مفصل كصاحب المذهب كما سمعت و الله سبحانه و تعالى هو العالم بمواقع أحكامه و الراسخون في العلم من حججه و قوامه عليهم أفضل صلاته و أكمل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٩

و لو اشترى مسروقة من أرض الصلح قيل يردها على البائع و يستعيد الثمن فإن مات فمن وارثه فإن فقد استسعيت و الأقرب تسليمها إلى الحاكم من غير سعي (١)

سلامه

(قوله) (و لو اشترى مسروقة من أرض الصلح قيل يردها على البائع و يستعيد الثمن فإن مات فمن وارثه فإن فقد استسعيت و الأقرب تسليمها إلى الحاكم من غير سعي)

الأصل في المسألة ما رواه في التهذيب عن الصفار عن الصهباني عن ابن بزيع عن علي بن النعمان عن مسكين السمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل اشترى جارية سرق من أرض الصلح قال فليردها على الذي اشتراها منه و لا يقربها إن قدر عليه أو كان موسراً قلت جعلت فداك فإنه قد مات و مات عقبه قال فليستسعها و لعل أو بمعنى الواو كما في قوله جل شأنه أو جاء أحد منكم من الغائط و الخبر صحيح إلى مسكين المجهول و ظاهرها وجوب الرد على البائع و قضيته أنه يأخذ الثمن منه و لذلك شرط القدرة و اليسار و قضيه ذلك أنه لا يجب ردها عليه إن فقد الشرط فلا تغفل و لا تعرض فيها لحال الورثة و الرد عليهم و أخذ الثمن منهم إلا أن يقال إنه يفهم بطريق اللزوم و قد قال جماعة إنها مخالفة لأصول المذهب حيث إنها ملك للغير و سعيها كذلك و مالكتها لم يظلمه في الثمن فكيف يستوفيه من سعيها مع أن ظالمه لا يستحقها و لا كسبها (و قال في السرائر) و كيف تعتق و لم أجد أحدا فهم منها أو من النهاية أنها بعد الاستسعاء تعتق سواء و قد قال في الدروس عليها الشيخ و أتباعه و نحوه ما في المسالك من نسبة القول الذي ذكره في الشرائع إلى الشيخ و الأتباع كما ستسمع في الروضة أن الرواية ذكرها الشيخ و اشتهرت بين أتباعه «انتهى» و لم نجد الموافق له من الأتباع إلا ما حكى عن القاضي و الشيخ إنما وجدناه تعرض للمسألة في النهاية و الموجود فيها من اشترى جارية كانت سرق من أرض الصلح كان له ردها على من اشتراها منه و استرجاع ثمنها و إن كان قد مات فعلى ورثته فإن لم يخلف وارثا استسعيت الجارية في ثمنها و ظاهره أنه لا يجب عليه الرد لمكان كان له و أن له الرد على الورثة مع فقدته و حكى عنه في التذكرة و غيرها أنه قال ردها الظاهر في الوجوب كما فهمه الجماعة و اختلفت نسخ الشرائع كما اضطرب الفهم في المراد منها ففي بعض نسخها من اشترى جارية سرق من أرض الصلح كان له ردها على المالك و استعادة الثمن و لو مات أخذت من وارثه و لو لم يخلف وارثا استسعيت في ثمنها و قيل تكون بمنزلة اللقطة و لو قيل تسلم إلى الحاكم و لا تستسعى كان أشبه (انتهى) و هذه قد حكى مضمونها عنه الشهيد في غاية المراد قال قد ذكر نجم الدين أنها ترد على المالك (و أنت خبير) أن ذلك أي ردها على المالك لا ينطبق على تمام الكلام إلا بتجشم شديد (و الموجود) في بعض النسخ كان له ردها على البائع و هي التي شرحها في المسالك و مثلها ما في النافع فيحتمل أنه أراد بأول كلامه نقل كلام الشيخ في النهاية و أراد بالقليل كلام ابن إدريس في السرائر و بقوله لو قيل إلخ أنه اختيار منه لذلك كما صرح بذلك كله في المسالك فيكون حكايته لكلام الشيخ ألصق به من حكاية المصنف و غيره و يحتمل أن يكون

ما ذكره أولا- هو مختاره ثم أردفه بالقييل والاحتمال ونحوه ما قاله فى النافع إلا أنه قال ردها و لم يقل كان له ردها و كيف كان فحكايته عن السرائر فى الكتابين لم تصادف محلها لأنه قال فى السرائر و الأولى أن يكون بمنزلة اللقطة بل يرفع خبرها إلى حاكم المسلمين و يجتهد على ردها إلى من سرت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥٠

.....

منه فهو الناظر فى أمثال ذلك و نحوه فى التسامح فى النقل ما فى غاية المراد من أن عدم الاستسعاء مذهب ابن إدريس و نجم الدين إلا أن ابن إدريس قال يحفظه كاللقطة و نجم الدين قال تدفع إلى الحاكم (و قد عرفت) أن الرجل قد صرح بأنها تدفع إلى الحاكم و أضرب عن كونها بمنزلة اللقطة لأن اللقطة يجوز أن تدفع إلى الحاكم ليجتهد على ردها بأن يأمر من يعرفها و أن لا تدفع بل يعرفها الملتقط بنفسه و فى الدروس أن الأقرب المروى تنزيلا على أن البائع يكلف بردها إلى أهلها إما لأنه السارق أو لأنه ترتبت يده عليه و أن فى استسائها جمعا بين حق المشتري و حق صاحبها و الأصل فيه أن مال الحربى فىء فى الحقيقة و بالصلح صار محترما احتراماً عرضيا فلا- يعارض ذهاب مال محرم فى الحقيقة (انتهى) و لم يبين لنا هل عمله عليها بصورتها أو صورة ما فى النهاية و نحوه ما قاله فى غاية المراد مع زيادة أن يده أقدم و مخاطبته بالرد ألزم خصوصا مع تعدد دار الكفر أو بعدها و لا يخفى أن هذا التنزيل تقريب للنص و توجيه له حيث يكون النص هو الحجّة و إلا فلا يخفى أن مجرد ما ذكره لا يصلح للدلالة كما هو واضح لا يحتاج إلى دلالة فإن كان هناك شهرة تجبر سنده و تقييم أوده بحيث يقوى على تخصيص الأصول و القواعد صلح ذلك التقريب و التنزيل فيما عضدته الشهرة (فنقول) إن الرد على البائع و استعادة الثمن منه صريح النهاية كما عرفت و القاضى كما حكى و التبصرة و الإرشاد و غاية المراد و الدروس و ظاهر الشرائع و النافع على بعض الوجوه فيهما و التلخيص و اللمعة (أما الشرائع) فقد سمعت عبارتها و عرفت عاداتها (و أما التلخيص) و اللمعة فقد قيل فيهما ردها و أخذ الثمن و الظاهر إرادة الرد على البائع كما فهمه و استظهره أولا فى الروضة منها (و أما الرجوع) على الوارث مع فقد البائع فلم يتعرض له فى التبصرة و اللمعة بل فى اللمعة أنه لو لم يوجد الثمن منه ضاع على دافعه و فى النهاية و الإرشاد و التلخيص أنه يرد الجارية على الورثة و قد خلت عنه الشرائع (و لعله) لشدة مخالفته الأصول و قد عرفت أن كلامهم فى الرد على البائع مختلف فبعضهم ظاهره الجواز و آخرون ظاهرهم الوجوب (و أما الاستسعاء) فليس إلا فى النهاية و الشرائع و الدروس و غاية المراد فلم يكن هناك شهرة لو كانت هذه الكتب متففة و الشهرة الظاهرة حكايته من الدروس و المسالك و الروضة يشهد التبع بخلافها و قد منع من الاستسعاء فى السرائر و الشرائع و النافع على ما فهم منهما الشهيديان و غيرهما و كشف الرموز و التحرير و التذكرة و التبصرة و الكتاب و المختلف و الإرشاد و شرحه لولده و الإيضاح و حواشى الكتاب و اللمعة و التنقيح و غاية المرام و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و كذلك جامع الشرائع حيث لم يذكره قال ردت على صاحبها و استرجع ثمنها من بائعها فإن مات فمن تركته و مراده بصاحبها مالكها و إلا لقال استرجع ثمنها منه فقد صح للشهيد فى الدروس أن يقول و الحلين على عدم الاستسعاء و أنها تدفع إلى الحاكم ليوصلها إلى أربابها (قلت) و به أى الدفع إلى الحاكم صرح فى السرائر و ما تأخر عنها ما عدا الجامع و قد يمكن تنزيل كلامه عليه و ما عدا التلخيص و معناه أنه يجب التوصل إلى مالكها أو وكيله أو وارثه كذلك و مع التعذر تدفع إلى الحاكم و إنما تركوا ذكر المالك لتعذر الوصول إليه غالبا و أما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه و مع تلفه إن كان المشتري جاهلا- فى المقامين كما هو المختار أو فى الأخير كما عليه جماعة كما بيناه و لا تستسعى الجارية مطلقا و إن ضاع الثمن و على هذا فلا فرق بين المسروقة و المسروق و إن عبر الكل بالمسروقة هذا (و أنت خير) بأنه قد يقال إنه يلزم العامل ببعض هذه الرواية و هم جماعة منهم المصنف فى التبصرة و الإرشاد كما عرفت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥١

و لو دفع بائع عبد موصوف في الذمة عبيدين ليتخير المشتري فأبق أحدهما ضمنه بقيمته و يطالب بما اشتراه (١)

القول بالاستسعاء لوجوده فيها و كأنهم رأوه غير معقول أصلا فتركوه و قد تحمل الرواية على ما إذا صار السارق مالكا بنحو من الأنحاء فلا يبعد حينئذ الاستسعاء لأنه نوع مقاصد و يتجه العمل بها جميعها (فليتأمل) في ذلك و يبقى الكلام في إيجابهم دفعها إلى الحاكم هل هو ليردها على أهلها و يحفظها لهم كما هو صريح السرائر و غيرها و قد سمعت نسبتته في الدروس إلى الحلين أو لأنها ميراث من لا- وارث له فهي مال الإمام و الحاكم نائبه فيفعل بها ما يفعل بسائر أمواله كما فهمه المولى الأردبيلي الظاهر الأول بل هو المتعين لأنه لم يتعين موت المالك مع عدم وجود وارث له لكن ينقذ هنا أنها حينئذ مال مجهول المالك فيتصدق بها أو لقطه يتخير بعد تعريفها بين تملكها أو التصديق بها أو إبقائها في يده أمانة و لا ريب أنه يجوز له دفعها إلى الحاكم بادئ بدء قبل تعريفها لأنه ولي الغائب كما صرح به جماعة و عليه أن يعرفها و لعلهم لم يجعلوها من أقسام اللقطه لأنها بالغه عاقله تتحفظ بنفسها كالإبل و قد نقل القول بأنها لقطه المحقق في الشرائع كما عرفت و المصنف في التذكرة و غيرها و قد سمعت ما في السرائر و لم يظهر وجهه كما لم يظهر الوجه في عدم جعلهم لها من المال المجهول المالك مع عدم انحصار أبواب الصلح و بعد ديارهم و تعددها و هل هذا الحكم في كل سرقة كذلك أو خاص بهذه السرقة و نفقة الجارية من كسبها إذا كانت ذات كسب و إلا فمن بيت المال و كذا أجره ردها إلى مالكتها من بيت المال و له أن يكلف البائع مع تفريطهما بردها لزمانها باليد بل له ذلك و إن لم يفرط لذلك و إذا تعذرت معرفة صاحبها بالكلية تصدق بها أو جعلها في بيت المال

(قوله) (لو دفع بائع عبد موصوف في الذمة عبيدين ليتخير المشتري فأبق أحدهما ضمنه بقيمته و يطالب بما اشتراه)

كما عليه الحلين كما في الدروس قال و قيد ابن إدريس الضمان بكون الآبق مورد العقد فلو لم يكن المعقود عليه فلا ضمان قلت و الحكم المذكور خيرة الشرائع و النافع على ما فهم منهما الشارحون و المحشون و التحرير و التذكرة و الإرشاد و شرحه لولده و التلخيص و المختلف في تحقيق حقه و المقتصر و جامع المقاصد و إيضاح النافع و كذلك هو خيرة حواشي الكتاب و المهذب البارع و التنقيح و غاية المرام و المسالك و الروضة و مجمع البرهان على تفصيل في هذه السبعة و للآبي في كشف الرموز تفصيل حاصله عدم العمل بالرواية و موافقة النهاية و لما كانت النسخة غير نقيه في المقام عن السقط لم تذكره و قال الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه التحقيق أن نقول إما أن يكونا موصوفين بصفات البيع أولا أو أحدهما دون الآخر ففي الأول إذا أبق أحدهما أو تلف كان هو المبيع لأن المقبوض بالسوم مضمون و هو بصفة المبيع و قد سلم إليه الموصوف في العقد و تلفه بعد القبض من المشتري و يرد العبد الباقي لأنه قد قبض حقه و إن لم يكونا بالصفة رد الباقي و ضمن التالف و ارتجع الثمن أو طالب بما وصف و إن كان أحدهما بالصفة فإن كان هو التالف فكالأول و إن كان الباقي هو الموصوف أخذه بحقه و ضمن قيمة التالف فإن عاد فإن كان قد دفع الثمن للحيلولة رد العبد و إن كان للمعاوضة كان العبد له قاله ابن المتوج رحمه الله انتهى (و فيه مواضع) للنظر و صاحب المهذب لم يجعل الموصوف مبيعا إلا باختيار المشتري ذلك و كذلك صاحب التنقيح و الصيمري و حاصل تفصيل هؤلاء هو ما في المسالك و الروضة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥٢

.....

من أن العبدین إن كانا مطابقين تخير بين اختيار الآبق و الباقي فإن اختار الآبق رد الموجود و لا شيء له و إن اختار الباقي انحصر حقه فيه و بنى ضمان الآبق على حكم المقبوض بالسوم و إن كان أحدهما بالوصف خاصة فله اختياره و حكم الآخر ما مر و إن لم يكونا بالوصف طالب بحقه و رد الباقي و في ضمان الذاهب ما مر قالوا و على هذا لا فرق بين العبدین و العبيد و غيرهما من الأمتعة قلت إذا

لم يطلب المشتري منه الاثنان بل البائع تبرع بإرسالهما إليه قد يقال إنه لا يضمن ما كان على غير الوصف إذا لم يفرط لأنه غير مأخوذ بالسوم بل قد يقال بعدم ضمان ما كان على الوصف لما ذكر (فتأمل) وقال الشيخ في النهاية من اشترى من رجل عبداً وكان عند البائع عبدان فقال للمبتاع اذهب بهما واختر أيهما شئت و رد الآخر وقبض المال فذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده فليرد الذى عنده و يقبض نصف الثمن مما أعطى و يذهب فى طلب الغلام فإن وجده اختار حينئذ أيهما شاء و رد النصف الذى أخذه و إن لم يجده كان العبد بينهما نصفين و حكى فى المختلف عن القاضى متابعتة و هو متن رواية محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام و مثله روى السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام و فى الدروس و الروضة أن عليها (عليهما خ ل) الأكثر (قلت) لم نجد و لا حكى عن أحد الموافقة للشيخ و القاضى بل فى كشف الرموز و هو من المعاصرين للمحقق أن الرواية من الشواذ و قال فى السرائر ما ذكر شيخنا فى نهايته خبر واحد لا يصح و لا يجوز العمل به لأنه مخالف لما عليه الأمة بأسرها منافع لأصول أصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم و إجماعهم لكن كلامه هذا ساقه لشيء آخر ستسمعه فى المسألة الآتية قال فى الدروس و هو أى العمل بها بناء على تساويهما فى القيمة و مطابقتها فى الوصف و انحصار حقه فيهما و عدم ضمان المشتري هنا لأنه لا يزيد على المبيع المعين الهالك فى مدة الخيار فإنه من ضمان البائع و كأنه مال إلى العمل بها فيه و فى اللمعة و جعل فى الأخير انحصار حقه فيهما و عدم ضمانه أى الأبق على المشتري هو المروى و قد احتمل صاحب المذهب و غيره إمكان تنزيل الرواية على المقدمات الأربع التى ذكرت فى الدروس و اقتصر فى الشرائع على البناء على انحصار حقه فيهما و معناه أنه حينئذ يكون شريكاً للبائع و إذا ذهب من الشريك بعض مال الشركة بغير تفريط كان على جميع الشركاء (و تنقيحه) أن انحصار حق المشتري فيهما ليس من العقد كما ظن بل من رضى المشتري بأحدهما بعد العقد فكما أنه إذا رضى بأحدهما ينحصر حقه فيه فكذلك إذا رضى بأحدهما لا بعينه فلذلك يصير العبدان مشتركين بينهما و بنى فى المختلف فى تنزيل الرواية على تساوى العبدین من كل وجه ليلحقا بمتساوى الأجزاء فيجوز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من صبرة و ينزل على الإشاعة فيكون التالف و الباقي لهما و كأنه ألصق بالرواية و عبارة النهاية و إن كان غير سديد كما ستعرف و قد رد هذه التنزيلات المحقق الثانى و الشهيد الثانى و غيرهما بما حاصله أن انحصار الحق فيهما إنما يكون لورود البيع على عينيهما و هو خلاف المفروض لأن المبيع أمر كلى لا يتشخص إلا بتشخيص البائع و دفعه الاثنین ليتخير أحدهما ليس تشخيصاً و إن حصر الأمر فيهما لأصالة بقاء الحق فى الذمة إلى أن يثبت المزيل و لم يثبت شرعاً كون ذلك كافياً كما لو حصره فى عشرة فصاعداً و عدم تضمين التالف مخالف لما عليه الأَكثَر من أن المقبوض بالسوم مضمون و لو صح ما فى المختلف لنا فى ارتجاع نصف الثمن كما صرح به الرواية (مضافاً إلى أن عد العبدین) من متساوى الأجزاء و تنزيل بيع أحدهما منزلةً ببيع قفيز من الصبرة و تنزيله على الإشاعة (فيه مناقشة واضحة) قلت و لأنه من المعلوم عدم إمكانه عادةً فى مثلها على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥٣

و لو اشترى عبداً من عبيدين لم يصح (١)

أن ذلك يقضى بالاطراد و بما ذكرناه تنحل عبارة الروضة التى ربما أشكلت على بعض الطلبة حيث قال فى الرد على التوجيه (و يشكل) بانحصار الحق الكلى قبل تعيينه فى فردين و منع ثبوت الفرق بين حصره فى واحد و بقاءه و ثبوت المبيع فى نصف الموجود المقتضى للشركة مع عدم الموجب لها ثم الرجوع إلى التخيير لو وجد الأبق (انتهى) و ذلك لأن الموجه قال إن الأمر الكلى ينحصر فى العبدین كما إذا دفع له عبداً و ادعى عدم الفرق بين حصره فى واحد و بقاءه كلياً إذا دفع إليه اثنين فأجابته بأن هذا الانحصار و هذا المنع مشكلان فالمنع المذكور من جملة كلام الموجه لا منع كلامه (هذا) و قد عرفت أن كلام المعترضين قد بنى فيه الضمان على أن المقبوض بالسوم مضمون كما هو المشهور كما فى الروضة و مجمع البرهان و قد حكينا هذه الشهرة فى باب الغصب عن غضب الإيضاح و المسالك و مجمع البرهان و فى جامع المقاصد نسبتة إلى الأكثر لا لخصوصية السوم بل لعموم قوله صلى الله عليه و آله

على اليد ما أخذت حتى تؤدي و هو مشترك بينهما و يأتي على القول بعدم الضمان هناك عدمه هنا لاتحاد دليل العدم و هو القبض بإذن المالك مع عدم التفريط فيكون كالودعي فكلام الروضة في المقام مختل النظام فأخره يدافع أوله و الأولوية التي ادعاها في المقام ممنوعة قطعاً (فليلاحظ) كلامه من أراد الوقوف على حقيقة الحال هذا (و قضية) كلام ابن إدريس أن المقبوض بالسوم غير مضمون حيث قيد الضمان بكون الآبق مورد العقد و يشكل عليه ما إذا هلك في زمن الخيار كما هو واضح ثم إن كلامه في السرائر غير منقح كما ستسمع في المسألة الآتية (و يعلم) أنه قد اختير في غصب المختلف و الإيضاح و مجمع البرهان و كذا المسالك و الكفاية عدم الضمان في المقبوض بالسوم و كأنه مناف لكلامهم هنا و لا ترجيح هناك في الكتاب و جامع المقاصد و ابن إدريس حكم في موضع بالضمان و في آخر بعدمه فليلاحظ و ليتبع (بقي شيء) و هو أنه على تقدير العمل بالرواية ففي انسحاب الحكم لو تعدد العبيد احتمالان فإن قلنا به و كانوا ثلاثة فأبق واحد فأتى المبيع فيرجع ثلث الثمن و يحتمل هنا عدم فوات شيء لبقاء محل الاختيار أما لو كانا أمتين أو عبداً و أمة فإن الحكم ثابت و لو فعل ذلك في غير العبد كالثوب و تلف أحد الثوبين أو الثياب ففيه الوجوهان و لو هلك أحد العبدين احتمال انسحاب الحكم و يتجزئ التنصيف إذ لا يرجى العود هنا و لعل عدم التعدي في الجميع أولى (قوله) (و لو اشترى عبداً من عبيد لم يصح)

هذا هو المشهور كما في المهذب البارع و المقتصر و غاية المرام و هو خيرة الخلاف في موضع منه و الجواهر و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و المختلف و التذكرة و اللمعة و المقتصر و التنقيح و غاية المرام و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و غيرها و هو ظاهر الدروس أو صريحه و في الرياض أن عليه عامة من تأخر و قد سمعت ما في السرائر من أن ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الأمة بأسرها مناف لأصول مذهب أصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم و إجماعهم لأن المبيع إذا كان مجهولاً كان البيع باطلاً بلا خلاف «انتهى» و هذا منه مبني على أن دليل الشيخ على الصحة في المسألة إنما هو رواية المسألة الأولى كما ستعرف و في السرائر أنه قول موهوم (و قد تقدم لنا في الفرع الثالث) من الفصل الثالث في العوضين عند شرح قوله لو باع شاء من قطع أو عبداً من عبيد ما له نفع تام في المقام و قال الشيخ في الخلاف في باب البيوع روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبداً من عبيد على أن للمشتري أن يختار أيهما شاء أنه جائز و لم يرووا في الثوبين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥٤

.....

شيئاً ثم قال دليلنا إجماع الفرقة و قوله صلى الله عليه و آله المؤمنون عند شروطهم و قال في باب السلم و هو الذي أشرنا إليه آنفاً إذا قال اشترت منك أحد هذين العبيد بكذا أو أحد هؤلاء العبيد بكذا لم يصح الشراء دليلنا أن هذا بيع مجهول فيجب أن لا يصح و لأنه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبيد و لأنه لا دليل على صحة ذلك في الشرع و قد ذكرنا هذه المسألة في البيوع و قلنا إن أصحابنا روي جواز ذلك في العبيد فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية و لم نقس غيرها عليها «انتهى» و الذي في السرائر و الدروس و المسالك و ظاهر المهذب البارع بل و المختلف و غيرها كالرياض و غيره أن الشيخ في الخلاف استخرج من روايتي محمد بن مسلم و السكوني المتقدمتين في المسألة الأولى جواز بيع عبد من عبيد و رده ابن إدريس بما سمعت و الباقيون بأنها غير صريحة في ذلك نعم قال في المختلف هذه الرواية يعنى رواية ابن مسلم تدل على أن البيع وقع صحيحاً لا على أنه وقع على عبد من عبيد لكنه قال بعد ذلك و أما قول الشيخ في الخلاف عن الرواية فإن لها محملاً و هو أن يفرض تساوي العبيد من كل وجه و لا استبعاد حينئذ في بيع أحدهما لا بعينه كما لو باعه من متساوي الأجزاء بعضه و ظاهره أن العمل لرواية محمد بن مسلم و قد يقال عليه إن الاستبعاد في وقوع هذا الفرض لا في البيع على تقدير وقوع الفرض ثم إنه تأويل لكلام الشيخ بما لا يرضاه لأن ذلك يقتضى الاطراد و الشيخ قد قال إن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية و لم نقس غيرها عليها و فيه دلالة على عدم تنزيهه إياها على ما ذكره في المختلف و إلا لم يقتصر

عليها ثم إنا نقول من أين علم ابن إدريس أن كلام الشيخ في النهاية في المسألة السابقة مبنى على أن البيع وقع على عبد من عبيد و ليس في الرواية و لا كلام النهاية إلا أنه اشترى رجل من رجل عبدا و كان عند البائع عبدان إلى آخر ما سمعت و ذلك يدل على أن البيع وقع صحيحا لا على أنه وقع على عبد من عبيد حتى يكون ما في النهاية مخالفا لما عليه الأمة بأسرها و حتى يكون رجع عنه في الخلاف مع عدم الرابطة بينهما إلا على فهمه ثم إنه كيف يقتصر على كلام الخلاف في باب السلم و لا يذكر كلامه في باب البيوع الذي ادعى فيه روايات أصحابنا و إجماعهم على جواز اشتراء العبد من العبيد مع أنه في الخلاف أشار إلى ذلك في باب السلم و من أين علم أنه أراد هناك بالروايات رواية محمد بن مسلم أو السكوني الواردتين في مقام آخر لا دلالة فيهما على غيره و لم لا يكون قد ظفر بروايات أخر صريحة فيما ادعاه أو ليس ما يحكيه إلا كما يرويه فكيف نصدقه في الثاني دون الأول هب أن الإجماع مما يتوره الاشتباه لما بين في محله لكن الروايات ليست كذلك ثم العجب من الجماعة كيف استراحوا إلى قول ابن إدريس حتى قالوا إن الشيخ استخرج هذا من هذا ألم يكن هناك محمل غير هذا و هو أنه ظفر بروايات أخر و نعم ما قال كاشف الرموز في الرد على ابن إدريس من أن مسألة بيع العبد من العبيد غير مسألة النهاية و صاحب التنقيح قال قيل إنه استخرج من الرواية المذكورة و ليس هذا منا موافقة للشيخ و إنما هو تحقيق للحق و تنزيل لكلامه على وجه يليق بمقامه و الله سبحانه و جل شأنه هو العالم بأحكام؟؟؟

(بسم الله الرحمن الرحيم) الحمد لله كما هو أهله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين و رضى الله تعالى عن مشايخنا أجمعين و عن رواتنا الصالحين قال الإمام آية الله العلامة أعلى الله سبحانه مقامه  
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥٥

و يجب على البائع استبراء الأمة الموطوءة بحيضة أو بخمسة و أربعين يوما قبل بيعها إن كانت من ذوات الحيض (١)

(قوله) (و يجب على البائع استبراء الأمة الموطوءة بحيضة أو بخمسة و أربعين يوما قبل بيعها إن كانت من ذوات الحيض) قد صرح بوجوب الاستبراء على البائع قبل بيعها إذا كان وطئها الشيخ في النهاية و المبسوط و الخلاف و العجلى في السرائر و الفاضلان و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم و في الخلاف الاستبراء واجب على البائع و المشتري على ظاهر روايات أصحابنا و في الحدائق أنه مما لا خلاف فيه و ظاهر المقنعة الخلاف فإن فيها أنه ينبغي للبائع أن يستبرئ الأمة قبل بيعها و في باب لحوق الأولاد منها وافق فقال و لا يجوز لأحد أن يبيع جارية قد وطئها حتى يستبرئها (انتهى) و قال جماعة إنه لو باعها من غير استبراء أثم و صح البيع و غيره لرجوع النهى إلى أمر خارج و هل الإثم يتعين بإيقاع عقد البيع أو بترك الاستبراء لعدم توجه النهى صريحا إلى إيقاع العقد و عدم استلزام الأمر بالشئ النهى عن ضده الخاص احتمالا و نظيره ما إذا عكس الترتيب في الجمار فإنهم قالوا إنه يعيد على الوسطى و الأخيرة و بعضهم قيده بما إذا كان ناسيا أو جاهلا أما إذا كان عامدا فيبطل (فليتأمل جيدا) و هل يتعين استبرؤها على البائع أم يجب تسليمها إلى المشتري في الروضة و المسالك أنه يتعين حينئذ تسليمها إلى المشتري و من في حكمه إذا طلبها لأنها قد صارت ملكا و حقا له و احتمال في المسالك بقاء وجوب الاستبراء قبله و لو بالوضع على يد عدل لوجوبه قبل البيع فيستصحب (قال) و أما إبقاؤها عند البائع فلا يجب قطعا لأنها أجنبية منه و في الحدائق لا كلام في وجوب تسليم البائع الجارية إلى المشتري و في التحرير و التذكرة توضع الجارية زمان الاستبراء عند المشتري و اعترضه في جامع المقاصد فقال أطلق في التذكرة و التحرير وجوب التسليم إلى المشتري زمان الاستبراء و هذا كما يصلح للاستبراء الواجب على المشتري يصلح للاستبراء الواجب على البائع فإن أراد الأول فلا بحث و لا يجب وضعها على يد عدل و لا يفرق بين كونها حسنة أو قبيحة و إن أراد الثاني فهو مشكل فإنه واجب ثبت قبل البيع فلا وجه لسقوطه (فإن قيل) إنها بعد وقوع البيع صارت حقا للمشتري فلا يجوز منعه منها (قلنا) قد ثبت وجوب الاستبراء سابقا على البيع فلا يسقط غاية ما في الباب أن المشتري إذا جهل له الفسخ فإن قيل الاستبراء حق الله تعالى و المبيع حق للآدمي و حق الله تعالى لا



يعارض حق آدمى قلنا فى الاستبراء أيضا حق للبائع فلا يكون حقا لله محضا (ثم قال) و بعد ذلك فقول التذكرة لا يخلو من وجه فإنها بعد البيع أجنبية من البائع فلا يجوز بقاؤها عنده نعم يأنم بترك الاستبراء (و التحقيق) أن يقال إنه لو باع قبل الاستبراء يكون البيع مراعى فإن ظهر حمل تبين بطلانه لأنه من المولى حيث كانت فراشا و إلا- ثبتت الصحة فلا تكون حينئذ ملكا للمشتري فلا يتعين التسليم إليه بل و لا يجوز استصحابا لوجوب بقاء الاستبراء و هو واضح لا شبهة فيه هذا و كما يجب على البائع يجب على الواهب و المصالح و المقرض كما نصوا عليه و يبقى الكلام فى المورث و الأمر فيه سهل و المشهور كما فى المسالك و الكفاية و الحدائق أن كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك من بيع أو هبة أو إرث أو صلح أو قرض أو استرقاق أو غير ذلك حرم عليه وطؤها قبل الاستبراء و فى الخلاف الإجماع على أنه إذا ملك أمه بابتياح أو هبة أو إرث أو استغنام لا يجوز له وطؤها إلا بعد الاستبراء إلا إذا كانت فى سن من لا تحيض من صغر أو كبر و خالف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥٦

.....

العجلى فى باب البيع فقال إن الاستبراء لا يجب إلا على البائع و المشتري لكنه فى باب السرارى وافق الأصحاب و قال فى المسالك و قد وافق ابن إدريس الأصحاب فى موضع آخر من كتابه فصار إجماعا إن كان قد تحقق الخلاف (قلت) و قد يظهر الإجماع من الغنية و كأن صاحب الكفاية مال إلى ما فى بيع السرائر و لم يرجح فى التحرير و ما نقله فى المفاتيح عن ابن إدريس غير صحيح حيث نسب إليه فى موضع خلافه أنه قصر الحكم على البيع و الشراء و الاسترقاق و هذه عادته لا- يزال يتسامح فى النقل غالبا (و يدل) على المشهور بعد الإجماع معلوما و منقولا (ما رواه الشيخ فى التهذيب) عن الحسين بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام قال نادى منادى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يوم أوطاس استبروا سباياكم بحيضة و هو و إن كان مختصا بالاسترقاق إلا أنه لا قائل بالفصل مضافا إلى ظواهر كثير من الأخبار الظاهرة فى العلة كقول الصادق عليه السلام فى صحيح الحلبي فى رجل ابتاع جارية لم تطمئن إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحمل فليس عليها عدة فليطأها و إن كانت قد بلغت و لم تطمئن فإن عليها العدة و مثله خبر عبد الله بن عمر و غيره مما سئل فيه عن الجارية التى لا- يخاف عليها الحمل فقال ليس عليها عدة لظهوره فى أن الراوى فهم دوران و جوب العدة مدار خوف الحمل و أن إشكاله فى الحكم مع عدم الخوف و قد قرره الإمام على ذلك (فتأمل) و يشهد له سقوط الاستبراء فيمن لا يخاف عليها الحمل أصلا كالصغيرة و نحوها و أمه المرأة و المراد بالموطوءة حال بلوغها فى قبل أو دبر عزل أم لم يعزل كما هو ظاهر إطلاق النصوص و الفتاوى و به صرح جماعة (و أما كون) الاستبراء بحيضة واحدة فهو المشهور من دون خلاف يعرف كما فى الحدائق و هو كذلك و به صرح فى الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام و المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف و غيرها و ظاهر الغنية الإجماع عليه بل فى المبسوط و الخلاف الاكتفاء بتمام الحيضة إذا باعها و هى حائض و فى الخلاف الإجماع عليه و فى الكفاية و الحدائق أنه المشهور و فى الرياض أنه الأشهر و لم أجد فيه خلافا غير ما فى السرائر فى باب السرارى حيث لم يكتف بذلك و الخبران الصحيحان حجة عليه و كذا الموثق لسماعة (موثق سماعة خ ل) قال سألته عن رجل اشترى جارية و هى طامث أ يستبرئ رحمها بحيضة أخرى أو تكفيه هذه الحيضة قال لا بل تكفيه هذه الحيضة فإن استبرأها بأخرى فلا بأس هى بمنزلة فضل و أما الخبران الصحيحان الواردان فى أنها حيضتان المؤذنان بكون الواحدة مذهب العامة فهما شاذان مردودان بفحوى هذه الأخبار الدالة على الاكتفاء بتمام الحيضة و صريح الأخبار الأخر و حملهما على الاستحباب كما فعله الشيخ ممكن كما دل عليه الموثق الذى سمعته و لعل العامة أنكروا استحباب الحيضتين (فتأمل) (و أما الاستبراء) بخمسة و أربعين يوما من حين الوطى إن لم تحض بعد أو انقطع عنها و كانت فى سن من تحيض فهو الذى دلت عليه الأخبار و طفحت به فتاوى الأصحاب و فى الخلاف الإجماع عليه و المفيد فى باب لحوق الأولاد من المقنعة أفتى بذلك صريحا و خالف فى باب البيع فجعلها ثلاثة أشهر و لا مستند له

سوى الحمل على الحرّة الطلقه (و فيه) أن الأمه المطلقه إذا لم تكن مستقيمه الحيض عدتها خمساً و أربعون يوماً بالإجماع و الأخبار كاستبائها هنا و الاستبراء الواجب على المشتري هو ترك وطئها قبلاً و دبراً كما هو ظاهر النص و الفتوى و به صرح جماعة كثيرون و قد يظهر من الحدائق أنه مجمع عليه عندهم و فى الرياض أنه لا- خلاف فيه إلا- من بعض المحققين فخصه بالقبل و هو الظاهر من السرائر حيث قال و متى ملك الرجل جاريه بأحد وجوه التمليكات من بيع أو هبة أو سبى أو غير ذلك لم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥٧  
و كذا يجب على المشتري قبل وطئها لو جهل حالها (١) و يسقط لو أخبره الثقة بالاستبراء (٢)

يجز له وطؤها فى قبلها (انتهى) و قد قال بعض إنه لا يخلو عن قرب إن لم يحصل بوطى الدبر خوف سبق الماء فى القبل (قلت) فعلى هذا يجوز فى القبل إذا عزل مع القطع بعدم سبق الماء و لا قائل به و لا خلاف فى أنه لا يحرم عليه سائر الاستمتاعات إلا من المبسوط كما فى الرياض (قلت) و كذا التحرير فى البيع فإنه وافق المبسوط فى قوله لا يجوز وطؤها فى الفرج و لا فى غيره و لا مسها بشهوة و لا- قبلتها و فى حواشى الشهيد عن المصنف أنه حرم فى الدرس القبلة خاصة و باقى الأصحاب ممن تعرض له على خلافهما بل المصنف فى التحرير رجع إلى موافقه الأصحاب فى باب الطلاق و فى الخلاف أن إجماع الفرقة و أخبارهم على أنه إذا ملكها جاز له التلذذ بمباشرتها و وطئها فيما دون الفرج سواء كانت مشتراً أو مسيئاً (قلت) لعله أراد بالأخبار صحيح محمد بن إسماعيل قلت يحل للمشتري ملامستها قال نعم و لا يقرب فرجها و رواية عبد الله بن سنان التى فيها و لكن يجوز ذلك فيما دون الفرج و رواية عبد الله بن محمد عن أبى عبد الله عليه السلام قال لا بأس بالتفخيز لها حتى يستبرئها و إن صبرت فهو خير لك (و يؤيده) أيضاً الاعتبار و لا دليل للمبسوط إلا حمل الاستبراء على العدة و الموثقة الواردة فى الجلبى أ يطأها و هى جلبى قال لا قلت فدون الفرج قال لا يقربها و هو على ما فيه محمول على الاستحباب كما أشير إليه فى الخبر الأخير و القياس لا وجه له  
(قوله) (و كذا يجب على المشتري قبل وطئها لو جهل حالها)

إنما خص الحكم بجهله حالها كالشرائع لدخول ما إذا علم بالوطى بطريق أولى و لو قال و إن جهل حالها لشمل القسمين بأبلغ نظم و قد صرح بذلك فى الشرائع كما عرفت و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و هو ظاهر إطلاق النصوص و الفتاوى و لا يجب إذا علم العدم اتفاقاً نصاً و فتوى كما فى الرياض  
(قوله) (و يسقط لو أخبره الثقة بالاستبراء)

كما فى المقنعة و النهاية و الوسيلة و الغنية و الشرائع و النافع و التحرير و المختلف و الدروس و اللمعة و التنقيح و الميسية و الروضة و المسالك و غيرها و فى المختلف أنه مذهب الشيخين و القاضى و أنه الظاهر من كلام أبى على و فى الرياض أن عليه الأكثر و قد يظهر من الغنية الإجماع عليه إلا أن فى المقنعة و النهاية فى موضع منهما و النافع و التنقيح العدل مكان الثقة و فى جامع المقاصد و المسالك أن المراد بالثقة العدل و فى الأول لأن غير العدل لا يعد ثقة و فى الأخبار اعتبار وثوق المشتري (و لا ريب) أنه لا يتحقق الوثوق غالباً بدون العدالة و فى الثانى لأن العدل الثقة شرعاً و احتمال فيه و فى الروضة اكتفاء بمن تسكن إليه النفس و تثق بخبره و فى المسالك أيضاً إنما عبروا بالثقة لوروده فى الأخبار و أنها واردة على إخبار البائع أنه لم يطأها ففى حكمه إخباره أنه استبرأها و هو الذى فرضه المصنف يعنى المحقق و يأتى الكلام فى الأخبار و ليس فيها لفظ الثقة و إنما هو فى الفقه الرضوى و هو غير معروف عندهم و كون العدل هو الثقة شرعاً محل تأمل و قال فى الروضة و فى حكم الاستبراء إخباره بعدم وطئها و خالف فى المسألة ابن إدريس و الإمام فخر الدين فأوجبا استبرائها و إن أخبر الثقة لروايات هى ما بين قاصرة السند أو ضعيفة الدلالة أو مخالفة فى الظاهر للمجمع عليه (و يدل) على المشهور (الأخبار المستفيضة) و هى ما بين مطلقة فى المخبر كخبر محمد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السلام قال إذا اشتريت جارية فضمن لك مولاهاً أنها على طهر فلا بأس أن تقع و مقيدة له بالوثاقه و الأمانة كحسنة حفص البخترى

عن أبي عبد الله عليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥٨

أو كانت لامرأه (١)

السلام قال في الرجل يشتري الأمة من رجل فيقول إني لم أطأها فقال إن وثق به فلا بأس أن يأتيها و كخبر؟؟؟ (و كصحيح خ ل) أبي بصير قال قلت للصادق عليه السلام الرجل يشتري الجارية و هي طاهر و يزعم صاحبها أنه لم يمسه منذ حاضت فقال إن ائتمنته فمسه و مثله خبر ابن سنان إن كان عندك أمينا فمسه و نحوه ما أرسله المفيد في المقنعة قال و قد روى أنه لا بأس للإنسان أن يطأ الجارية من غير استبراء لها إذا كان بائعها قد أخبره باستبرائها و كان صادقا في ظاهره مأمونا و الضعف في الأول و الأخير منجبر بالشهرة مع اعتضادها بالأصل و اختصاص النصوص المثبتة للحكم بحكم التبادر بغير ما نحن فيه (و دعوى) عموم الحكمة لنحوه غير ظاهر و يؤيد ذلك ما في الفقه الرضوي حيث قال فيه في عد وجوه النكاح الثالث نكاح ملك اليمين و أن يتناع الرجل الأمة فحلال نكاحها إذا كانت مستبرأة و الاستبراء حيضه و هو على البائع فإن كان البائع ثقة و ذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقتها و إن لم يكن ثقة استبرأها المشتري بحيضه و إن كانت بكرا أو لامرأة أو ممن لم تبلغ حد الإدراك استغنى عن ذلك و الاكتفاء ممن تسكن إليه النفس و تتق بخبره قوى و لا- سيما في إخباره بأنه لم يطأها لأنه من فعله فيحمل على صدقه و لا يجوز حمله على الكذب و ليس بأسوا من إخبار المرأة بحصول الحيض و انقضاء العدة (فتأمل)

(قوله) (أو كانت لامرأة)

هذا هو المشهور كما في إيضاح النافع و المسالك و الكفاية و إن أمكن تحليلها لرجل لإطلاق النص و منه الصحيح الصريح بذلك و الموثقان إلا- أن في أحدهما ما ربما يستشعر منه اشتراط الحكم هنا بعدم معلومية و طئها في ملك المرأة بتحليل و نحوه و مقتضاه وجوب الاستبراء عند عدم الشرط و هو كذلك مع ملاحظة دليل الحكمة و الخبر المشار إليه ما رواه زرارة قال اشترت جارية بالبصرة من امرأة فخبرتني أنه لم يطأها أحد فوقع عليها و لم أستبرها فسألت ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال هو ذا أنا فعلت ذلك و ما أريد أن أعود (و على ما فهم من هذا الخبر) ينزل الإطلاق في الأخبار الأخر فيفرق بين الشراء من الرجل و الشراء من المرأة بوجوب الاستبراء في الأول مطلقا إلا مع العلم أو ما في حكمه بعدم الوطى أصلا و في الثاني بعدم الوجوب إلا مع العلم بالدخول المحرم أو المطلق و خالف العجلي و فخر الإسلام فأوجبا الاستبراء و كأنهما التفتا إلى وجه الحكمة و أنه عام لما نحن فيه (و فيه) أن في العموم نظرا لاحتمال الجرى في ذلك على الغالب كما في الشراء من الرجل سلمنا لكن يقيده إطلاق الصحيح عن الأمة تكون لامرأة فتبيعها قال لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرئها و نحوه غيره كما مرت الإشارة إليه و كذلك الفتاوى و في جامع المقاصد و المسالك و هل يلحق بأمة المرأة أمة الصغير الذي لا- يمكن الوطى منه عادة و كذا العنين و المجبوب إشكال و في الأخير أن المناسب للأصول الشرعية عدم الإلحاق و في الروضة حكم بالعدم و في جامع المقاصد أنه يقرب عدم الاستبراء فيما لو باعها امرأة لرجل فباعها الرجل في المجلس للقطع بعدم وطئه فهو أقوى من الإخبار و في المسالك ليس هذا من مواضع الإشكال و في الخلاف أن المشتراة من امرأة أو ممن لا يجمع مثله أو عنين أو رجل و طئها ثم استبرأها روى أصحابنا جواز وطئها قبل الاستبراء و روى أنه لا يجوز و هو الأحوط و به قال الشافعي و أما جواز تزويجها فإنه يجوز قبل الاستبراء إجماعا دليلنا على الأول أخبار أصحابنا و أيضا الأصل الإباحة و المنع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٥٩

أو صغيرة أو آيسة (١) أو حاملا أو حائضا (٢) و يحرم وطى الحامل قبل قبل مضي أربعة أشهر و عشرة أيام و يكره بعده إن كان عن زنا و في غيره إشكال (٣)

يحتاج إلى دليل و فى مجمع البرهان أن الظاهر عدم الاستبراء فى هذه المسائل الأربع للأصل مع عدم دليل صالح على الوجوب سوى الإجماع مستندا إلى بعض الأخبار و لا- إجماع فى أمثال ذلك على ما يظهر و الأخبار ليس بحيث تشمل هذه الصور لا عموما و لا خصوصا و المفهوم من الروايات و العبارات أنه ما لم يطقأ و لا- يتخوف من الحمل لا يجب الاستبراء و لهذا قيد وجوبه على البائع بالوطى و على المشتري باحتماله فى الروايات فليس الحكم فى هذه الصور ملحقا بحكم أمه المرأة للاشتراك فى عدم الوطى فيكون قياسا على أنه لو سلم أن الصورة الأخيرة ليست محل إشكال فإنه لا استبراء فيها من غير إشكال ثم إذا نظرت إلى ما ذكرناه يظهر أن الحيلة فى بيع الأمة التى يجب استبرائها على المرأة ثم الشراء منها لا تنفع و لا يسقط وجوب الاستبراء عن المشتري «فتأمل» و احتط فإنه فرج موسى بالاحتياط فيه فى الرواية (انتهى) و هذه الحيلة التى أشار إليها ذكرت فى المسالك و غيره (قوله) (أو صغيرة أو آيسة)

بلا- خلاف كما فى الرياض و الحكم فى الصغيرة مجمع عليه كما فى الحدائق (قلت) و كذلك الأنسة و قد صرح بسقوطه عنها الشيخان فى المقنعة و النهاية و أكثر من تأخر و الأخبار فيهما متظافرة و قد سمعت ما فى الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام و قضية الأخبار و لا سيما خبر الحلبي و كلام الأصحاب حيث يفسرون الصغيرة بمن لم تبلغ أنه يجوز وطى غير البالغة مع أنه حرام عندهم فيجب حمل ذلك على ما إذا بلغت عند المشتري قبل الاستبراء فإنه لا بأس حينئذ بأن يطقأها المشتري بدون الاستبراء لعدم إمكان حملها من البائع حيث إنها لم تكن بالغة عنده و إن فعل حراما و أما ما تضمنه موثق سماعه و خبر الحلبي بالنسبة إلى الجارية التى لم تحض من أن أمرها شديد و أنه إن أتاها فلا ينزل حتى يستبين له حالها فإنه لا يخلو من إشكال لأن قوله لم تحض إما أن يراد به الكناية عن كونها صغيرة لم تبلغ فالحكم بجواز إتيانها و إن كان مع عدم الإنزال خلاف الإجماع و الأخبار و إن أريد به البالغة و إن لم تحض بالفعل فلا يجوز جماعها بالإجماع لمكان وجوب الاستبراء و الأوجه فى توجيه ذلك أن يقال المراد بمن لم تحض من لم يعلم بلوغها بالحيض لكنها محتملة للبلوغ و عدمه بالنسبة فأجاب عليه السلام بأن هذه من جهة احتمال البلوغ و عدمه أمرها شديد لكن لما كان الأصل عدم البلوغ حتى يتحقق فلا بأس لو جامعها لكن الاحتياط فى العزل عنها و ربما أول ذلك بحمل عدم الإنزال على عدم الوطى فى الفرج و قد ذهب جماعة إلى المنع من الاستمتاع بها مطلقا (قوله) (أو حاملا أو حائضا)

كما صرح بذلك فى عدة مواضع و الحكم فى الحائض ظاهر لأن مسها إنما يكون بعد الطهر فالاستبراء المخصوص غير واجب و قد تقدم الكلام فى الاكتفاء بتمام الحيضة و أما الحامل فعدمها لها فى جملة من يسقط عنه الاستبراء يتجه على القول بكراهة الوطى كما هو خيرة الخلاف و التهذيب و الإستبصار و السرائر و غيرها أو على تقدير كون الحمل من الزنا كما هو خيرة المختلف و جامع المقاصد و غيرها أو بعد الأربعة أشهر و عشرة أيام كما يأتى بيان ذلك كله (قوله) (و يحرم وطى الحامل قبلا قبل مضى أربعة أشهر و عشرة أيام و يكره بعده إن كان عن زنا و فى غيره إشكال) اختلقت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦٠

.....

فى هذه المسألة الأقوال و وقع فى نقلها كمال الاختلال و قال فى المهذب البارع إنها من مواضع الإشكال فى المقنعة و الغنية و الكافى على ما نقل عنه و النافع أنه لا يجوز وطى الحامل قبل مضى أربعة أشهر لكن فى الغنية زيادة التقييد بالفرج و فيها الإجماع على ذلك و فى النافع التخصيص بالقبل و فى النهاية و الوسيلة و الشرائع و الإرشاد و التحرير و الإيضاح و إيضاح النافع و المسالك و المفاتيح زيادة عشرة أيام على أربعة أشهر مع التخصيص بالقبل فيما عدا النهاية و الوسيلة و المفاتيح فإنه ترك ذكره فيها و ادعى

بعضهم أن الظاهر من النصوص التخصيص به و فى الرياض أنه ظاهر الأكثر و يأتى ما فى جامع المقاصد و فى الدروس أن المشهور أنه يستبرئها بأربعة أشهر و عشرة أيام و جوبا عن القبل لا- غير و فى الرياض لا- ريب فى الحرمة قبل انقضاء هذه المدّة للمعتبرة المستفيضة التى كادت تكون متواترة و هى مع ذلك معتضدة بالشهرة العظيمة انتهى «قلت» هؤلاء جميعا أطلقوا حرمة و طى الحامل على اختلاف آرائهم فى المدّة و القبل و لم يفرقوا فى الحمل بين ما إذا كان عن زنا أو غيره و هذا الإطلاق نسب إلى الأصحاب فى الإيضاح و جامع المقاصد و جوز فى السرائر و طأها قبلا سواء مضى أربعة أشهر أو أقل منها و قال إنه الأظهر من أقوال أصحابنا و الذى تقتضيه أصول المذهب و فى الخلاف الإجماع على أنه يكره و طؤها فى الفرج قبل مضى أربعة أشهر و أنه إذا مضت لا يكره و لم يفرقا فى الكتابين بين ما إذا كان عن زنا أو غيره حيث أطلقا و نحوهما ما فى التهذيب و الإستبصار و كأنه مال إليه فى الكفاية و فى شرح الإرشاد للفخر عند شرح عبارة الإرشاد و قد عرفتها هكذا و ردت الرواية قال المصنف هذه الرواية لا يعمل عليها على إطلاقها لأن الحمل إما أن يكون عن نكاح صحيح أو عن شبهة أو عن زنا فإن كان الأول حرم و طؤها إلى أن تضع إجماعا و إن كان الثانى فكذلك لأن نكاح الشبهة يلحق بالصحيح فى إلحاق النسب و تحريم الوطى فى الحمل و إن كان الثالث ففيه إشكال لأن الزنا لا حرمة له فكذا حمله و من حيث إن هذه الرواية لا محمل لها إلا على كون الحمل من الزنا لئلا يلزم إهمالها مع قبول الأصحاب لها (انتهى) فلتلحظ دعواه الإجماع و أن الأصحاب قبلوا هذه الرواية (انتهى) و نحوه ما فى التنقيح و إيضاح النافع عند شرح عبارته و قد عرفتها من أن هذا الحكم ليس على إطلاقه فليحمل على ما إذا كان الحمل عن زنا (قلت) و قد يستشهد على هذا التأويل ذكر الأصحاب بعد ذلك أن الولد مما يباع و إن اختلفوا فى حرمة بيعه أو كراهته (فليتأمل) و يأتى الكلام فى ذلك و مثله ما فى المهذب البارع من أن إطلاق الأصحاب تحريم الوطى قبل الأربعة أشهر و عشرة أيام و إباحته مع الكراهة بعدها (مناف) للأصول المقررة لأن الحمل لا يخلو فى نفس الأمر عن أحد التقديرين فإن كان عن نكاح صحيح حرم حتى الوضع و إن كان عن زنا لم يحرم فى الحال (و التحقيق فى الجواب) عن الإشكال أن المراد الزنا كما جزم به العلامة فى كتاب فتواه أعنى المعتمد يعنى المختلف قال و جاز اختصاص التحريم فى هذا الموضوع بخصوصه من حيث إنه داخل تحت مسمى الاستبراء فيكون هذا النصاب قدر استبراء الحامل كما أن الحيضة قدر استبراء الحائل و لعل حكمة التخصيص إما لكون ذلك تكليفا للمشتري حذرا من التوثب على الفروج لأن المملوكة فى محل الطمع (و إما لأنه) قبل النصاب تشتد ملابسة الحمل بالواطى لا أنه يصير جزءا من الرجل لانعقاده قبل و طئه بل لأن الجماع يثير الطمث و يفعل فى مزاج المرأة ما يغير مزاج اللبن و هو غذاء الطفل و عليه نموه و منه تحريم المحلل إذا ارتضع بلبن خنزيرة و لهذا حكما بنشر الحرمة فى الرضاع و قلنا يصير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦١

.....

صاحب اللبن أبا و ليس مرتضعا من لبنه و جعل الشارع الحرمة المنتشرة من الفحل إلى المرتضع أقوى من حرمة المرضعة حيث حرم على الصبى كل من انتسب إلى الفحل ولادة و رضاعا و من ينتسب إلى المرضعة ولادة خاصة مع أنه يتغذى من لبنها و يشتد لحمه عليه و هو من دمها و ليس ذلك إلا لكون جماع الرجل يؤثر فى مزاج المرأة و فى لبنها كيفية توجب له تغييرا و يؤيد هذا التأويل ما روى عنه صلى الله عليه و آله و سلم لا تقتلوا أولادكم غيلة قالوا معناه لا تجامع المرضعات فإن الجماع يثير الطمث و يفسد اللبن و لهذا لا ينعقد الإيلاء لو كان وقوعه لصالح اللبن و الله أعلم و فى المختلف و التذكرة أن المعتمد أنه إن كان الوطى عن زنا كره له و طؤها قبلا- قبل مضى أربعة أشهر و عشرة أيام من غير تحريم و إن كان عن حلال أو لشبهة حرم و طؤها حتى تضع و مثله ما فى التذكرة و الدروس و تعليق النافع و فى جامع المقاصد الأصح التحريم فيما عدا الزنا إلى الوضع و ظاهره الجواز فيه مطلقا و احتمال الأمرين فى مجهول الحال و فى اللمعة حرمة الوطى مطلقا إلى وضع الحمل و لا تغفل عن إجماع شرح الإرشاد و فى الإيضاح الأولى

التحريم فى غير الزنا مطلقا قبل الأربعة و بعدها و فى الزنا قبل الأربعة أشهر و الكراهة بعدها و كذا التنقيح و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و فى الأولين التصريح بالحرمة فى وطى الدبر و فى التنقيح و إيضاح النافع تنزيل النص و الفتوى على ذلك و أنه مشهور بين الأصحاب و فى الروضة إن كان عن زنا جاز على كراهية مطلقا أى قبل المدة و بعدها و أنه يكتفى فى غير الزنا فى رفع الحرمة بمضى أربعة أشهر و عشرة أيام هذا و جوز الوطى فى مجمع البرهان بعد الأربعة أشهر مطلقا جمعا بين الأخبار و أيده بأصل عدم التحريم و عدم وجوب الاستبراء و جواز التصرف فى ملك الأيمان و لأن الحكمة عدم اختلاط المنى و الأنساب (قال) و بعد المدة المذكورة لم يضر ذلك كما هو المشهور بل فى أربعة أشهر إلا أن العشرة للاحتياط و التحقيق و مما صرح فيه بالجواز بعد المدة المذكورة من دون تعرض للفرق بين الزنا و غيره الوسيلة و الشرائع و الإرشاد و التحرير و المسالك مع التصريح بالكراهية فيما عدا الأول و فى الدروس و الرياض أنه المشهور (و فى نكاح الكتاب) لو اشتراها حاملا كره له و طؤها قبلا قبل الوضع أو مضى أربعة أشهر و عشرة أيام إن جهل حال الحمل لأصله عدم إذن المولى بالوطى و إن علم إباحته بعقد أو تحليل حرم حتى تضع و إن علم كونه عن زنا فلا بأس و هذا يخالف (بخلاف خ ل) ما هنا و قال فى طلاق الكتاب كل من ملك جارية موطوءة ببيع أو غيره من استغنام أو صلح أو ميراث أو أى سبب كان لم يجز له و طؤها إلا بعد الاستبراء فإن كانت حبلى من مولى أو زوج أو وطى شبهة لم ينقض الاستبراء إلا بوضعه أو مضى أربعة أشهر و عشرة أيام فلا يحل له و طؤها قبلا قبل ذلك و يجوز فى غير القبل و يكره بعدها و هذا رأى آخر غير الأولين (هذا) و فى جامع المقاصد أن تخصيص الوطى بالقبل كما دلت عليه العبارة غير ظاهر و كأنه تمسك بظاهر بعض الروايات الدالة على تحريم الوطى فى الفرج إلا- أن تمضى المدة لو حمل الفرج على القيل كما وجد فى كلامه و كلام أكثر الأصحاب و المتجه المنع قبلا و دبرا لصدق اسم الفرج على الدبر و لأن فى بعض الأخبار لا تقربها حتى تضع و هو شامل للمدعى و لا يضر كون ظاهره دالا على عدم جواز مسها لاندفاع تحريم ما عدا الوطى برواية أخرى (و فيه) أن فى جملة من الأخبار أنه مع إتيانها حال الحمل أنه يعتق الولد لأنه غداه بنطفته و تلقاها الأصحاب بالقبول كما سيأتى و هذا فرضه فى الجماع فى الدبر بعيد جدا على أن إطلاق الأخبار يحمل على الأفراد الشائعة دون الفروض النادرة و الشائع المتبادر إنما هو القبل (فليتأمل) و قول المصنف و فى غيره إشكال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦٢

.....

ظاهره كما فهماه فى الإيضاح و جامع المقاصد أن الإشكال فى غير الزنا و منشؤه كما فى الكتابين إطلاق التحريم قبل أربعة أشهر و عشرة أيام و الجواز بعده فى النصوص و كلام الأصحاب و إطلاق المنع إلى حين الوضع المقتضى لوجوب الجمع بحمل الأول على الزنا و الثانى على ما عداه و يؤيده أن العدة و الاستبراء إنما هما للعلم ببراءة الرحم من الحمل فإذا حرم الوطى لإمكان الحمل فمع علمه و تحققه أولى (فتأمل) و فى الإيضاح أن التحليل حينئذ غير معقول (و قد عرفت) أنه قد عقله الفحول أولوا العقول و تلقوا الخبر بالقبول إلا أن تعتمد على ما نقله من الإجماع فى شرح الإرشاد و تؤيده بما فى المذهب البارع و التنقيح و إيضاح النافع و غيرها من تقييد الإطلاق و جعلهم أصل الحكم كأنه محل وفاق (فليتأمل) و احتمال الشهيد فى حواشيه إرجاع ضمير غيره فى كلام المصنف إلى القبل و هو الدبر و هو بعيد جدا (هذا تمام الكلام) فيما يتعلق بالأقوال (و أما أخبار المسألة) ففى عدة أخبار النهى عن وطى الحامل و فى بعضها حتى تضع ولدها من غير استفعال و هو شامل لمن كان حملها عن حل أو عن وطى شبهة أو مجهولا و كذا ما كان عن زنا و فى بعض الأخبار إذا جاز حملها أربعة أشهر و عشرة أيام جاز و طؤها فى الفرج و هذا البعض هو صحيح رفاعه قال سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت أشتري الجارية فتمكث عندي الأشهر لا- تطمئ و ليس ذلك من كبر فأريها النساء فيقلن ليس بها حبل فلى أن أنكحها فى فرجها فقال إن الطمئ قد يحبسها الریح من غير حبل فلا بأس أن تمسها فى الفرج (قلت) و إن كانت حبلى فما لى منها إن أردت قال لك ما دون الفرج هكذا فى الكافى و زاد فى التهذيب إلى أن تبلغ فى حملها أربعة أشهر و عشرة أيام إذا جاز حملها أربعة

أشهر و عشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج الحديث و به قيدوا إطلاقات الأخبار المتقدمة (و فيه أولاً) مع القصور عن المقاومة لأن كان المعارض أكثر عددا و بعد التقييد فإن أظهر أفراد الحبلى هو من استبان حملها و لا يكون ذلك غالبا إلا بعد انقضاء المدة المذكورة (أنه معارض) بكثير من المعتبرة المصرحة بالمنع إلى حين الوضع كقوله عليه السلام في الصحيح لا يقربها حتى تضع ولدها و نحوه النبوى و حملها على الكراهية فرع المكافأة و هذه معتضدة بأصالة بقاء الحرمة و إطلاق النصوص الكثيرة و هى ما بين ظاهرة و صريحة في الحرمة فتكون هذه مقيدة لها (و قوله) عز و جل **أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** (معارض) بقوله عز و جل **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** و إلى هذا التعارض مع ترجيح الآية الثانية أشير في الصحيح في الأمة الحبلى يشترىها الرجل فقال سئل أبى عن ذلك فقال أحلتها آية و حرمتها آية فأنا ناه نفسى و ولدى و النهى حقيقة في الحرمة و تخصيصه نفسه و ولده غير ظاهر في الكراهة فعمله للتقية كما صرح به جماعة فالرواية حينئذ من أدلة الحرمة (فتأمل) و حيث ظهر ترجيح الآية الثانية الصريحة في الحرمة إلى الوضع كان المعارض للخبر المذكور قويا جدا مضافا إلى وهنه بخلو الكافى عن هذا التحديد بل الرواية فيه مطلقة كغيرها (فليتأمل) و أن العاملين به مختلفون فمنهم من جرى على نهج الخبر و منهم من عبر بالأربعة أشهر و أسقط الزيادة إلا أن تقول إن الأصحاب تلقوه بالقبول فلا يضره شيء من ذلك و يترجح بذلك على تلك الأدلة بالغه ما بلغت إلا أن تلحظ ما ذكره فخر الإسلام في كتابيه و موافقه جماعة له عليه من تنزيل إطلاق الخبر و كلام الأصحاب على ما إذا كان حملها عن زنا و على كل حال فالقول بالكراهية مطلقا ضعيف جدا و إن ادعى عليه الإجماع فى الخلاف لو هنه بمصير الأكثر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦٣

فإن وطأها عزل استحبابا فإن لم يعزل كره له بيع ولدها و يستحب أن يعزل له من ميراثه قسطا (١) و يكره وطى من ولدت من الزنا بالملك و العقد فإن فعل فلا يطلب الولد (٢) منها

إلى خلافه

(قوله) (فإن وطئها عزل استحبابا فإن لم يعزل كره له بيع ولدها و يستحب أن يعزل له من ميراثه قسطا)

كما صرح بذلك كله فى الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و التنقيح و جامع المقاصد و الروضة و فى الدروس أنه المشهور (قلت) لعل ذلك من هؤلاء لضعف الأخبار مع أصالة البراءة و فى المقنعة فإن وطئها قبل مضى الأربعة أشهر أو بعد ذلك و لم يعزل عنها لم يحل بيع الولد لأنه قد غذاه و أنماه بنطفته و ينبغى أن يجعل له من ماله بعد وفاته قسطا يعزله فى حياته و لا ينسب إليه بالبنوة فلم يفرق بين الوطى قبل المدة أو بعدها و حرم بيع الولد و استحباب أن يعزل له قسطا و فى النهاية فى باب إلحاق الأولاد إذا اشترى جارية حبلى فوطئها قبل أن يمضى عليها أربعة أشهر و عشرة أيام فلا يبيع ذلك الولد لأنه غذاه بنطفته و كان عليه أن يعزل له من ماله شيئا و يعتقه و إن كان وطئها بعد انقضاء الأربعة أشهر و عشرة أيام جاز له بيع الولد على كل حال و كذلك إذا كان الوطى قبل انقضاء الأربعة أشهر و العشرة أيام إلا أنه يكون قد عزل جاز له بيع ولدها على كل حال و عن التقي أنه قال لا يحل وطى الحامل من غيره حتى يمضى لها أربعة أشهر دون الفرج و فيه يشترط عزل الماء و اجتنابها حتى تضع أولى و إذا وطئ الحامل لم يحل له بيع ولدها و لا الاعتراف به ولدا و لكن يجعل له قسطا من ماله و ظاهره وجوب جعل قسط له و فى الوسيلة فإن مر عليها أربعة أشهر و عشرة أيام جاز له وطؤها و لم يجز له وطؤها قبل ذلك فإن وطأها لم يجز له بيع ولدها لأنه غذاه بنطفته و عليه أن يعتقه و يعطيه شيئا من ماله و فى الغنية فإن كانت حاملا لم يجز له وطؤها فى الفرج حتى يمضى لها أربعة أشهر إلا بشرط عزل الماء فإن لم يعزل لم يجز له بيع الولد و لا أن يعترف به ولدا بل يجعل له قسطا من ماله لأنه غذاه بنطفته بدليل إجماع الطائفة فقد اتفق الشيخان و الحلبيان و الطوسى و الديلمى فيما نقل عنه على عدم جواز بيع الولد و هو ظاهر قوله عليه السلام فى الموثق فلا يبيع ذلك الولد و لا يورثه و لكن يعتقه و يجعل له شيئا من ماله يعيش به فإنه غذاه بنطفته مضافا إلى إجماع الغنية و ظاهر النهاية و الوسيلة كظاهر الموثق و خبرين

آخرين أنه يجب عليه أن يعتقه و ليلحظ كلامهم فى العزل و الجماع فإنه مختلف فبعضهم لم يفرق بين كون الوطى قبل الأربعة أشهر أو بعدها و بعضهم فرق و بعضهم كلامه مجمل و ظاهر موثقة ابن عمار التى سأل فيها عن رجل اشترى جارية حاملا و قد استبان حملها فوطئها أن الوطى بعد الشراء و بعد المدة المذكورة لأن استبانة الحمل لا تكون إلا بعد المدة المذكورة كما هو الغالب و كما يعطيه التعليل بالتغذية بالنطفة و إن قلنا إن الاستبانة تكون قبل المدة قيدنا بها إطلاق خبرى السكونى و غياث فيخصص الحكم فيهما بما قبل المدة (فليتأمل) جيدا و فى الروضة لو وطئ الحامل بعد مدة الاستبراء عزل فإن لم يفعل كره له بيع الولد و استحباب له عزل قسط من ماله يعيش به للخبر معللا بتغذيته بنطفته و أنه شارك فى إتمامه و ليس فى الأخبار تقدير القسط و فى جامع المقاصد أن استحباب العزل إنما هو حيث يجوز الوطى و قال و على ما اختاره المصنف من اختصاص التحريم بالقبل حيث يحرم الوطى هل يستحب العزل لو وطئ دبرا يحتمله و ليس فى كلامه دلالة عليه

(قوله) (و يكره وطى من ولدت من الزنا بالملك و العقد فإن فعل فلا يطلب الولد)

يكره

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٤٤

و رؤية المملوك ثمنه فى الميزان (١) و التفرقة بين الطفل و أمه قبل الاستغناء ببلوغ سبع سنين أو مدة الرضاع على خلاف و قيل يحرم (٢)

وطى من ولدت من الزنا كما فى الإرشاد و الكفاية بالملك و العقد كما فى الشرائع و التحرير و الميسية و الدروس و فى الأخير أنه بالعقد أشد كراهية وفاقا للنهائية و فيها و فى التذكرة أنه إن فعل لا يطلب الولد و فى مجمع البرهان أنه قد نهى عنه فى الأخبار المعتمدة المحمولة على الكراهية لعموم أدلة جواز النكاح و الوطى و كأنه لعدم القائل بالتحريم (قلت) حسنة الحلبي صريحة فى نفى الجناح عن الوطى و أن التنزه عنه أحب إليه عليه السلام و نحوها غيرها و قد صرح بالتحريم فى السرائر بناء على أن ولد الزنا كافر و أن وطى الكافرة محرم (و رد فى الدروس و المسالك) بمنع المقدمتين (قوله) (و رؤية المملوك ثمنه فى الميزان)

كما فى السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و غيرها و احتمال فى الدروس تعديته إلى رؤية كل الأثمان و إن كانت عروضاً (قلت) فىكون النص و الفتوى قد جرى على المتعارف من وضع الثمن فى الميزان فلو رآه فى غيره كره أيضا فىكون المراد الكناية عن عدم رؤيته مطلقا و يؤيده أن وزن الدراهم فى الميزان قليل فقد ضعف ما فى المسالك من نظره فى القول بذلك هذا و قال فى الدروس إنه روى كراهية التسمية بمبارك و ميمون و استحباب فى التذكرة و التحرير و الدروس و اللعة و الروضة و غيرها أن يغير اسمه و أن يطعمه شيئا من الحلاوة و أن يتصدق بأربعة دراهم لكنه فى التحرير اقتصر على قوله يتصدق عنه بشيء و فى الروضة تقييد الدراهم الأربعة بكونها شرعية و قوى فى الدروس اطراد استحباب تغيير الاسم فى الملك الحادث مطلقا (قوله) (و التفرقة بين الطفل و أمه قبل الاستغناء ببلوغ سبع سنين أو مدة الرضاع على خلاف و قيل يحرم)

القول بالتحريم هو المشهور كما فى التذكرة و الرياض و فى الخلاف الإجماع عليه و هو خيرة المقنع فى باب السرارى و النهاية فى باب بيع الحيوان و المبسوط فى باب الجهاد و الوسيلة و التذكرة و الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و المفاتيح و الرياض و هو ظاهر سلار حيث قال لا يفرق و المنقول عن الكاتب و التقى و القاضى و قواه فى الكفاية و نقله فى شرح الإرشاد عن شيخه و هو الظاهر من الأخبار كما ذكره جماعة و أما القول بالكراهية فهو الأظهر بين الأصحاب كما فى إيضاح النافع و هو خيرة النهاية فى باب العتق و السرائر فى باب الجهاد و البيع و الشرائع و كشف الرموز و النافع و الإرشاد و المختلف و التحرير و التلخيص و اللعة و المقتصر و مجمع البرهان و فى المختلف أنها مغلظة و أكثر الفريقين عبروا بالطفل ما عدا المبسوط و الوسيلة و



السراير في الجهاد و التحرير فإنه قد عبر فيها بالولد و الظاهر عدم الفرق لأنه يسمى طفلا إلى أن يحتلم كما سيأتي و في الخلاف التعبير بولدها الصغير و خص الأكثر من الفريقيين الحكم بالأُم و في التنقيح و الدروس أنه عليه الحليون (قلت) و الشيخ في الخلاف و غيره و عن أبي علي أنه طرد الحكم فيمن يقوم مقام الأم في الشفقة و اختير ذلك في جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و المفاتيح (قلت) هو حسن على القول بالكراهية و في التذكرة و هو ممن يقول بالتحريم أن الأقوى كراهية التفريق بين الأخوين و بين الولد و الأب أو الجد و في المبسوط أنه لا يفرق بينه و بين الجدة أم الأم لأنها بمنزلة الأم في الحضانه قال و أما التفرقة بينه و بين الوالد فإنه جائز و في السراير أنه لا خلاف فيه (و منه) يعلم ما في مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦٥

.....

الرياض من قوله الأصح التعديّة لغير الأم من الأرحام المشاركة لها في الاستيناس كالأب و الأخ و الأخت و العمّة و الخالّة و فاذا للإسكافي و جماعة لتصريح الصحيح و الموثق بمن عدا الأخيرين فظهور الحكم فيهما بعدم القائل بالفرق انتهى (فتأمل فيه جيدا) و قال في التحرير قال الشيخ يجوز التفرقة بين الولد و الوالد و بينه و بين الجدة أم الأم و بين الأخوين و الأختين و بين من خرج من عمود الأبوين من فوق و أسفل مثل الإخوة و أولادهم و الأعمام و أولادهم و سائر الأقارب و الموجود في جهاد المبسوط ما ذكرناه و قال في التحرير أيضا و لا-خلاف في جواز التفرقة بينه و بين الرحم غير المحرم و بينه و بين الأم من الرضاعة أو الأخت منها و في جواز التفرقة بينهما في العتق (قلت) يريد بقوله بينهما الأم و ولدها و قد نص عليه أيضا في التذكرة و على جواز التفرقة في الوصية (قال فعل) الموت يكون بعد انقضاء زمان التحريم فإن اتفق قبله فإشكال و قال لا بأس بالتفريق بالسفر و قال لو كانت الأم رقيقة و الولد حرا و بالعكس لم يمنع من بيع الرقيق و قال لو لم تحصل التفرقة الحسية فالأقوى جواز البيع كمن يبيع الولد و يشترط استخدامه مدة المنع و قال في الرد بالعيب إشكال أقربه المنع و قال و كما لا يجوز التفريق بالبيع كذا لا يجوز في القسمة و الهبة و غيرها من العقود الناقلة للعين و بهذا الفرع الأخير صرح في التحرير و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و غيرها (و ينبغي تقيده) بما إذا كان النقل باختيار المالك أما لو ظهر استحقاق أحدهما بوجه شرعي فانترعه المستحق فالظاهر أن لا منع و في المقنعة و التذكرة و الإيضاح و الميسية و الروضة و المفاتيح و غيرها أنه لو رضيت الأم و الولد بالتفرقة فلا تحريم و لا كراهية (قلت) و في الخبر ما يدل على ذلك و في التحرير لا تزول الكراهية برضا الأم هذا و على القول بالتحريم إذا باع كان البيع فاسدا عندنا كما في التذكرة و قد نقل ذلك عن المبسوط و قواه في الخلاف و هو خيرة التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و ادعى أنه ظاهر الأخبار و الموجود في جهاد المبسوط أنه إذا باع جاز على الظاهر من المذهب و هو الذي نقله عنه في السراير و قواه لكنه قال فيها بالكراهية فلم يكن مما نحن فيه و في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها أن هذا الخلاف إنما هو إذا كان بعد سقى الأم ولدها اللبأ (أما قبله) فلا يجوز لأنه سبب لهلاك الولد و تأمل في ذلك صاحب مجمع البرهان و قال صاحب الحدائق إنه رأى كثيرا من الأطفال قد عاش بدون ذلك بأن يشرب من لبن غير أمه بعد الولادة و ربما تعذر وجود اللبن من أمه لمرض و نحوه بعد الولادة مدة (بل قيل) إنه قد لا يوجد اللبأ في كثير من النساء و لعل الأمر كما قال (فتأمل) و في التذكرة و المسالك و الروضة أنه يجوز التفرقة بين البهيمه و ولدها بعد استغنائه عن اللبن و قبله إن كان مما يقع عليه الذكاه أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه (و اعلم) أن الخلاف في مدة الاستغناء أطلقه الشيخ و الجماعة في كتاب الجهاد و هنا لم يفرقوا بين الذكر و الأنثى و تحديد الاستغناء بسبع سنين هو المشهور كما في التذكرة و هو خيرة المبسوط و الوسيلة و الشرائع و النافع و الإرشاد و التحرير و اللمعة و ليس في المقنعة و النهاية و المراسم إلا-قولهم حتى يستغنوا من دون تحديد بسبع أو غيرها و في جامع المقاصد و الميسية و الروضة و المسالك و الرياض أن السبع للأنثى و السنتين للذكر قال في جامع المقاصد الذي يقتضيه صحيح النظر الفرق بينهما لأن الفرق في

حضانة الحر قد وقع فجوز التفرقة بعد سنتين في الذكر و بعد سبع في الأنثى على المشهور بين المتأخرين و ينجر ذلك في الأمة لأن حقها لا يزيد على حق الحره و لأن الناس مسلطون على أموالهم خرج مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦٦ و لو ظهر استحقاق الموطوءة غرم العشر مع البكارة و نصفه لا معها (١)

منه ما دل الدليل على منع التفرقة بين مطلق الأمهات و الأولاد فيبقى الباقي على الأصل و لأن الأخبار الدالة على عدم جواز التفريق لأحد فيها فيحمل إطلاقها على المدة المحرمة بمقتضى الحضانة لأن ذلك هو الحق المقرر للأمر و كون الولد معها في نظر الشارع و إطلاق الأصحاب يحتمل أمرين أما الحوالة على ما هناك أو عدم الظفر بما يعين المراد و قد صرح بعض متأخري الأصحاب و هو الشيخ أحمد ابن فهد بأن المسألة هنا مبنية على الأحوال في الحضانة فكان شاهدا بما قلناه و هذا هو الصواب الذي ينبغي المصير إليه (و مثل ذلك) ما في الميسية و الروضة و المسالك و قول الشيخ في المبسوط في الجدة لأنها بمنزلة الأم في الحضانة مما يشعر بذلك و الشيخ أحمد ذكر ذلك في المهذب البارع و في إيضاح النافع أنه ليس بشيء (و قد أوقفناك) على كلام من لم يعبر بالطفل و ظاهر جملة من الأخبار عدم الاختصاص بالطفل كصحيحة هشام بن الحكم و قوله فيها إن الجارية ذهبت تقوم في بعض حوائجها و أظهر منه في الذكر قوله في صحيحة ابن سنان و إن كانت له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره فإن طيب النفس لا يتم في الرضيع و قوله عليه السلام في الموثقة إلا أن يريدوا ذلك فإن الإرادة لا تحصل من الرضيع و نحو ذلك بيع الجارية لفقعة العسكر و لعل قيمة الطفل لا تفي بذلك و كذلك إطلاق الولد في الخبرين المروى أحدهما في المبسوط و الآخر في التذكرة الشامل للصغير و الكبير فليتأمل ذلك كله مؤيد للسبع مطلقا و ما فوق السبع خرج بالإجماع و لا خلاف في أنه لا تحرم التفرقة المذكورة بعد الاستغناء المذكور كما في التنقيح و في إيضاح النافع الإجماع عليه ثم قال في التنقيح في فرع ذكره ظاهر الأصحاب أن التفرقة بعد الاستغناء مباحة و قيل يكره و يقرب التفصيل و هو أنه مع التمييز و إصلاح القيام بالضروريات «١» لا كراهة و إلا فالكراهية انتهى و هذا يشعر بالسبع في الذكر هذا و تعليل بعضهم كالمصنف في التذكرة كون الغاية هو السبع لكونها سن التمييز فيستغنى عن التعهد و الحضانة (فيه) أن العلة المفهومة إنما هي الشفقة و المحبة و التوجع من الفراق و ليست الاحتياج إلى التربية فليتأمل (قوله قدس سره) (و لو ظهر استحقاق الموطوءة غرم العشر مع البكارة و نصفه لا معها)

هذا هو المشهور كما في المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و الحدائق و عليه الفتوى و المخالف ابن إدريس كما في إيضاح النافع و في الخلاف الإجماع عليه و هو خيرة المبسوط صرح بذلك في مسألة من باع عبدا يبيعا فاسدا و النافع و كشف الرموز و الإرشاد و التحرير و التذكرة و شرح الإرشاد للفخر و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها و في الشرائع أنه مروى و لم يتعرض لذكر العشر و نصف العشر في المقنعة و النهاية كما ستسمع عبارتيهما نعم تعرض له في النهاية في باب الحدود و قد أوضحناه في باب الغصب و كأن الشهيد في اللعة و الدروس متردد و كأنه مال في آخر كلامه إلى ما في السرائر حيث قال فيها إنه يلزمه مهر أمثالها و نقل بعض من عاصرنا ذلك عن الشيخ و لم نجد في النهاية و المبسوط و الخلاف و لعله أراد ما في غصب المبسوط و ربما احتج لما في السرائر من لزوم مهر أمثالها بأن الرواية بالعشر و نصف العشر إنما وردت فيمن اشترى جارية و وطئها و كانت حاملا من سحق أو غيره و أراد ردها فلا يقاس عليه و ستسمع ما يدل على

(١) لعل الصحيح هكذا (و الإصلاح للقيام بالضروريات) «مصححه»

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦٧

و الولد حر (١) و على الأب قيمة الولد للمولى يوم سقوطه حيا (٢) و يرجع على البائع بما دفعه ثمنا له و بما غرم عن الولد (٣)

المشهور مضافا إلى ما عرفت في وطى الشريك و تمام الكلام في باب العيب و إطلاق العبارات يقضى بأنه لا فرق في ثبوت العقر أو المهر بالوطى بين علم الأمة بعدم صحة البيع و جهلها و بذلك صرح جماعة و في الدروس لو كان عالما بالاستحقاق و التحريم فهو زان و ولده رق و عليه المهر إن أكرهها و في هذا إشعار بالميل إلى قول ابن إدريس فتأمل (و يدل) على المشهور بعد إجماع الخلاف صحيح ابن صبيح في رجل تزوج بامرأة فوجدها أمه قد دلست نفسها قال إن كان الذى زوجه إياها من غير موالها فالنكاح فاسد إلى أن قال عليه السلام و إن كان الذى زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذ منه و لموالها عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها (قلت) فإن جاءت منه بولد فأولادها منه أحرار (الحديث) و قوله في الشرائع من أولاد جارية ثم ظهر أنها مستحقة إلى آخره يدخل تحت مضمون هذا الخبر فيصح قوله إنه مروى بل يدل عليه أيضا خبر طلحة بن زيد كما بيناه في باب الغصب فلا بد من الرجوع إلى باب الغصب و لا يتوجه عليه ما فى كشف الرموز من أن ذلك غير مروى بخصوصه فلي تأمل (و يدل على المشهور) أيضا ما فى صحيح آخر رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها قال لا ينبغي له ذلك قلت فإن فعل أ يكون زانيا قال لا و يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها و مغايرة المورد لا تضر مع اتحاد طريق المسألتين و فى الأول إشعار بالعموم و انسحاب الحكم لوجهين الفحوى كما ذكره بعضهم و تعقيبه بما هو كالتعليل من استحلال الفرج المتحقق فى المقام و قد يستدل لما فى الدروس بأنه لا مهر لبغى (و فيه) أن ذلك حق للمولى فلا يؤخذ ببغيتها و أن المهر المنفى مهر الحرة لمكان اللام الظاهرة فى الاستحقاق على أن المهر للحرة لا للأمة و لذلك يطلق على الأولى المهيرة لكن المحقق الثانى و جماعة رجحوا قول الدروس فى باب الغصب و تمام الكلام فى المسألة يأتى مستوفى فى باب العيب (الغصب خ ل) و تاتى فى باب الشروط الإشارة إليه أيضا مع زيادات أخر فلا بد من ملاحظة الجميع و لا بد من

ملاحظة باب الغصب

(قوله) (و الولد حر)

إجماعا كما فى المبسوط و الخلاف و خالف المفيد فى المقنعة فحكم برقية الولد إلا أن يرضيه الأب عنه بشيء و عبارة النهاية كعبارة المقنعة إلا فى كلمة واحدة قال فى المقنعة كان لمالكها انتزاعها من يد المبتاع و استرقاق ولدها إلا أن يرضيه الأب بشيء عن ذلك و مثله ما فى النهاية إلا أنه قال و قبض ولدها إلخ و على كل حال فهذا القول شاذ و الأصحاب على خلافه (قوله) (و على الأب قيمته (قيمة الولد خ ل) للمولى يوم سقوطه حيا)

كما فى المبسوط و غيره ما عدا المقنعة و النهاية و غيره مما لم يتعرض فيه لذلك و يدل على أن للمولى قيمة الولد على الأب الموثق و المرسل المنجبرين بما عرفت و إنما يقوم يوم سقوطه حيا لأنه أول حالات انفصاله و أول حالات إمكان تقويمه لأن ذلك هو وقت الحيلولة بينه و بين سيده و لا يقوم حملا لعدم إمكان تقويم الحمل و فى التذكرة أنه لو انفصل ميتا لم تجب قيمته لأننا لا نعلم حياته قبل ذلك و لأنه لم يحل بينه و بينه و هو خيرة المصنف فى باب الشروط و استشكل فى باب الغصب و رجح فى الباب المذكور المحقق الثانى أنه يضمن للمالك دية جنين أمه

(قوله) (و يرجع على البائع بما دفعه ثمنا و بما غرم عن الولد)

كما فى النهاية و المقنعة و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦٨

و فى الرجوع بالعقر و أجر الخدمة نظر (١) ينشأ من إباحة البائع له بغير عوض و من استيفاء عوضه و يستحب لمن اشترى مملوكا تغيير اسمه و إطعامه حلوة و الصدقة عنه بشيء و يصح بيع الحامل بحر (٢) و المرتد و إن كان عن فطرة على إشكال (٣) و المريض المأبوس من برئه (٤) و لو باع أمه و استثنى وطأها مدة معلومة لم يصح (٥)

## [الفصل الثانى فى الثمار و فيه مطلبان]

## إشارة

(الفصل الثانى) فى الثمار و فيه مطلبان

## [المطلب الأول فى أنواعها]

(الأول) فى أنواعها يجوز بيع ثمرة النخل بشرط الظهور عاما واحدا و أزيد و لا يجوز قبله مطلقا على رأى (٦)

و شرحه لولد المصنف و الدروس و اللمعة و الروضة و جامع المقاصد و غيرها و فى التنقيح لا خلاف فى رجوعه بالثمن و قيمة الولد

و فى التذكرة أنه يرجع بقيمة الولد قولاً واحداً

(قوله) (و فى رجوعه بالعقر و أجر الخدمة نظر)

و فى التذكرة فى رجوعه بهما إشكال و نحوه ما فى الشرائع و الإرشاد فى موضع منه و شرحه و الكفاية و فى النافع و كشف الرموز و

المقتصر و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق النافع و إيضاحه و المسالك و غيرها أنه يرجع بهما و هو خيرة الإرشاد فى موضع منه و

فى حواشى الشهيد أن المنقول الرجوع و فى السرائر أنه لا رجوع له و فى التحرير أن فيه قوة و فى غاية المراد أن حكم هذه المسألة

حكم ما لو باع غير المملوك و رجع المالك بالعين و المنافع كالسكنى و ثمن الثمرة و اللبن مما حصل له فى مقابلته نفع فإن العقر و

أجرة الخدمة كالسكنى و اللبن (قلت) و قد تقدم الكلام فى المسألة مستوفى فى أثناء الفصل الثانى فى المتعاقدين و تقدم فى مسألة ما

لو وطئ أحد الشريكين الجارية لشبهة ما له نفع تام فى المقام و تحرير ذلك فى باب الغصب فليرجع إليه

(قوله) (و يصح بيع الحامل بحر)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد لوجود المقتضى السالم عن المعارض و فى المبسوط أنه غير جائز لأن الحمل يكون مستثنى و هذا

يمنع صحة البيع و نقل فى المختلف عن القاضى متابعتة و فى الدروس أن قول الشيخ و القاضى بعيد

(قوله) (و المرتد و إن كان عن فطرة على إشكال)

كذا فى التذكرة و نحوه ما فى الإيضاح حيث لم يرجح و فى التحرير و الدروس لا يصح و فى جامع المقاصد لا يخرج بالارتداد عن

كونه مملوكاً و مالا و إن وجب قتله (انتهى) و فى حكم المرتد المحارب المستحق للقتل و أما المرتدة فيجوز بيعها مطلقاً لعدم وجوب

قتلها و قد تقدم فى باب المكاسب ما لا بد من ملاحظته و أن المرتد عن فطرة نجس لا يقبل التطهير و يأتى فى الرهن ما له نفع فى

المقام

(قوله) (و المريض المأبوس من برئه)

لفائدة الاعتاق و أما الذى غير مستقر الحياة فالأقوى بطلان بيعه كما فى التذكرة

(قوله) (و لو باع أمه و استثنى وطأها مدة معلومة لم يصح)

كما فى الدروس و قال نعم لو شرط تزويجها و تحليلها أمكن الصحة و قال الشيخ يبطل الشرط فحسب و فى الحواشى المنسوبة إلى

الشهيد إن كان الشرط له قسط من أحد العوضين فى عادة المعاملة تبطل ببطلانه و إلا فلا

(الفصل الثانى فى الثمار و فيه مطلبان) (قوله) (الأول يجوز بيع ثمرة النخل بشرط الظهور عاما واحداً و أزيد و لا يجوز قبله مطلقاً على

رأى)

قد اختلف الأصحاب فى بيع ثمرة النخل بعد ظهورها و قبل بدو صلاحها من غير ضميمه و لا زيادة عن عام و لا مع الأصل و لا بشرط القطع و لا- بشرط التبقية على ثلاثة أقوال الأول المنع و هو مذهب الأكثر كما فى الروضة و قد حكى عليه الإجماع فى المبسوط و الخلاف فى ظاهره

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٦٩

.....

و الغنية و هو خيرة المقنع و المقنعة فى بعض نسخها و النهاية و المهذب و الوسيلة و الشرائع و النافع و التلخيص و هو المنقول عن أبى على و التقى و القاضى فى الكامل و يدل عليه الأخبار المتظاهرة المعتبرة (منها الصحيح) لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها و الموثق لا يحل بيعه حتى يطعم و الموثق الآخر و الصحيح الآخر أيضا لا تشتت النخل حولا واحدا حتى يطعم و الخبر لا يباع حتى تبلغ ثمرته (و الخبر الآخر) الحسن و إن اشتريته سنة واحدة فلا تشتت حتى يبلغ و الآخر عن رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غيره بسر أخضر قال لا- حتى يزهر و الآخر لا- تشتت حتى يتبين صلاحه (و ما روى) فى كتاب على بن جعفر قال لا تشتت حتى يبلغ و المروى فى حديث المناهى نهى عن بيع الثمار حتى تزهر مضافا إلى أخبار آخر تدل بمفهومها و فحواها و المتبادر من البلوغ و الإدراك و الإطعام بدو الصلاح كالزهر قال فى الصحاح الزهر البسر الملون قال إذا ظهرت الحمرة و الصفرة فى النخل فقد ظهر فيه الزهر و قال أطعمت البسرة أى صار لها طعم و أطعمت النخلة إذا أدرك ثمرها و قال أدرك الثمر أى بلغ (الثانى) الصحة كما فى المقنعة فى نسختين و المراسم و التهذيبن و السرائر و كشف الرموز و المختلف و التذكرة و التحرير و الكتاب و شرح الإرشاد للفخر و الدروس و الروضتين و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و فى أكثرها التصريح بالكراهة لكن فى المقنعة و المراسم أنه متى خاست الثمرة المبتاعة قبل بدو الصلاح فللبائع ما أغلت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن (و هذا هو القول الثالث) الذى نقله فى السرائر عن سلالر و هو أنه يصح بشرط السلامة و كذلك المحقق فى الشرائع جعله قولا و اختاره صاحب كشف الرموز و لا وجه للاقتصار على سلالر مع التصريح به فى المقنعة أيضا كما عرفت و مستندهم الأصل و العمومات و قوله عليه السلام فى الصحيح إنما يكره شراؤها سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتى يستبين و المراد بالكراهية المعنى المعروف الآن بقريئة قول الصادق عليه السلام فى حسنة الحلبي أنه صلى الله عليه و آله و سلم نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة و لم يحرمه و لكن فعل ذلك من أجل خصومتهم و نحوه حسنة بريد بن معاوية خرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فسمع ضوضاء فقال ما هذا فقيل تباع الناس النخل فقعد «١» النخل العام فقال صلى الله عليه و آله و سلم أما إذا فعلوا فلا يشتروا النخل العام حتى يطلع فيه و لم يحرمه و قضيته أنه إذا طلع فيه صح بيعه بل يصح و إن لم يطلع و أن الكراهية فى الخبر الصحيح بمعناها المتعارف الآن حيث إنه لم يحرمه فتصرف الأخبار الناهية إليها مع احتمالها الحمل على التقية كما يستفاد من بعض المعتبرة كخبر ربعي حيث سأل عن بيع النخل سنتين فقال لا بأس قال جعلت فداك إن ذا عندنا عظيم قال أما إنك قلت ذاك لقد كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أحل ذلك فتظلموا فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها و مستند الكراهية التصريح بها فى الصحيح و الشبهة الناشئة من الخلاف فى المسألة فتوى و رواية (و الجواب) أن الأصل مقطوع و العموم مخصوص بما مر من الأدلة و الصحيح مع معارضته بما سبق متروك الظاهر إن أريد من الطلوع فيه مجرد الظهور و إن أريد به البلوغ و إن بعد (قلنا) الكراهية لم تثبت فيها حقيقة شرعية فى المعنى المتعارف بين المتأخرين فلتصرف إلى الحرمة جمعا بينها و بين الأدلة الصريحة فى النهى الظاهر فى الحرمة و حسنة الحلبي التى جعلناها قرينة على الكراهية بالمعنى المشهور لم يعلم منها أن نهى صلى الله عليه و آله و سلم الذى ليس للتحريم تعلق ببيع الثمرة سنة واحدة فيحتمل

(١) أى لم يقيم ثمره و فى بعض النسخ (فقد منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧٠

.....

تعلقه ببيعها سنتين قبل بدو الصلاح كما تشهد بذلك حسنة ربيعى التى استشهدنا بها لحمل أخبار المنع على التقيّة لأن كان الظاهر منها أن التظلم كان من بيع السنتين الذى يأبى عنه العامة كما نسب إليهم ذلك فى السرائر و التذكرة و قد يلوح ذلك من الغنيّة و سوق الرواية (و قد يلوح) أن القضية فى الخبرين واحدة و حينئذ يسقط الاستدلال بخبر ربيعى على التقيّة لأن ما منعت منه العامة بناء على ما سمعت إنما هو المبيع سنتين قبل بدو الصلاح لا خصوص السنة الواحدة كما هو مورد روايات المسألة (و يبقى الإشكال) فى حسنة بريد بن معاوية فإنه قد صرح فيها بعدم الحرمة فى السنة الواحدة و الأمر فيها هين لأن دلالتها غير ظاهرة على أنها ضعيفة فى التهذيب لأنه رواها عن تغلبه بن زيدون عن بريد (فليتأمل جيدا) فإن القول الثانى قوى جدا و كأن المفيد و سائر قصدا فيما ذهبوا إليه الجمع بين الأخبار و هو على ندرته لا شاهد عليه هذا و أما بيعها بعد بدو الصلاح فقد كاد يكون ضروريا (و أما مع الضميّة) فقد صرح به فى المقنعة و النهاية و غيرهما و حكى عليه الإجماع فى التذكرة و المهذب البارع و التنقيح (و أما مع الزيادة) عن عام فقد نقل عليه الإجماع فى ظاهر المبسوط و الخلاف و السرائر و صريح التذكرة و المهذب البارع و التنقيح و نفى الخلاف عنه فى كشف الرموز و بيعها مع الأصل حكى عليه الإجماع فى التنقيح أيضا و أما بيعها بشرط القطع فقد نقل عليه الإجماع فى المبسوط و الخلاف و الغنيّة و السرائر و كشف الرموز و التذكرة و شرح الإرشاد للفخر و المهذب و التنقيح و قضية الإطلاق عدم الفرق بين ما إذا كان له منفعة أولا كما هو صريح التذكرة و أما إذا باع بشرط التقيّة فقد قال فى المبسوط و الغنيّة إنه لا يجوز إجماعا و الإجماع ظاهر الخلاف و بالمنع صرح فى الوسيلة و كشف الرموز و جعل بعضهم الخلاف فيما إذا أطلق لا- فيما إذا اشترط التقيّة و فى السرائر جعل الخلاف فى الأمرين معا و فى التذكرة إن اشترط التقيّة أو أطلق جاز (هذا تمام الكلام فى المسألة و قيودها) و المراد بالظهور البروز إلى الوجود و إن كانت فى طلع أو كمام كما صرح به جماعة و فى رواية سماعه ما بدل على أن المراد بالظهور خروج الطلع أيضا و المدار على المتعارف فيكون قبل الوجود و التحقق و هو معلوم عند العارفين (و المراد) بالعام الواحد ثمره ذلك العام و إن وجدت فى شهر أو أقل و أما بيعها قبل الظهور عاما واحدا فعدم جوازه مما لا ريب فيه و قد تواتر أو كاد يكون متواترا نقل الإجماع عليه إذ قد نقل فى الغنيّة و السرائر و التذكرة و التحرير و المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد للفخر و تخلص التلخيص و الدروس و التنقيح و غاية المرام و تعليق الإرشاد و الروضة و نفى عنه الخلاف فى غاية المرام و المسالك و بعد هذا كله جعل بعض متأخري المتأخرين هذا الحكم مشهورا (و زعموا) أن الشيخ فى كتابى الأخبار مخالف لأن كان جمع فيهما بين الأخبار بالكراهية (و فيه) أنه يحتمل قريبا إرادته الكراهة بعد الظهور قبل بدو الصلاح كما نسب إليه فيهما جماعة القول بالكراهية فى المسألة السالفة و فهمهم فى محله كما يشعر به سوق كلامه و ضمه و لمه على أن فتواه بمجرد ذلك الجمع غير مقطوع بها فلعلها لمجرد الجمع بين الأخبار مع احتمال الحرمة و الاستحباب معا فى ذيل الباب بل قد يظهر منه ترده فى الكراهة سلمنا و لكنها شاذة لا يعول عليها و لا يستأنس بها و لا يستند إليها مع معارضتها بهذه الإجماعات بل هذه الأخبار المعترضة بها (و أما بيعها) قبل الظهور بأزيد من عام ففى السرائر دعوى الإجماع تارة و نفى الخلاف أخرى بيننا و بين المخالفين على عدم الجواز و فى الدروس نفى الخلاف عن غير الصدوق (و فى المختلف) و تخلص التلخيص و غاية المرام و الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الكفاية أنه المشهور

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧١

.....

و في تعليق الإرشاد أيضا و في الرياض أنه أشهر و في المفاتيح نسبه إلى الأ-كثر (قلت) ليس في المقنعة و النهاية و المبسوط و المراسم و الوسيلة و الغنية و كشف الرموز ذكر و لا- تصريح بجواز وضع و لم ينقل أحد ذلك عن الحسن و أبي علي و القاضي و التقى و المصرح بالمنع فيما أجد المصنف في الكتاب و المختلف و التحرير و التلخيص و ولده في الإيضاح و الشهيد في اللمعة و حواشي الكتاب و المحقق الثاني في جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المحقق في الشرائع كأنه متردد و كذا صاحب التنقيح و في الروضة و المسالك أن قول الصدوق قوى إن لم ينعقد الإجماع على خلافه و في التذكرة وافق الصدوق فجوز البيع أولا ثم احتمل قويا المنع و كلام الصدوق في المقنعة ظاهر في البيع بعد الظهور و قبل الزهو فليس مما نحن فيه و إن نسبه إليه فيه نعم كلامه في الفقيه ظاهر فيه و المولى الأردبيلي و الخراساني وافقا للصدوق و قال «١» إن الشيخ موافق له في كتابي الأخبار و هذا كلام الأصحاب و قال الشهيد في غاية المراد في مقام الرد على ابن إدريس ما نصه (و دعوى الإجماع) مشكل لأن الأصحاب لم يذكروه صريحا و لا تعرض للمنع إلا جماعة منهم لكنه في الدروس نفى الخلاف عن غير الصدوق (فليتأمل) جيدا و أما بيعها قبل الظهور مع الضميمة عاما واحدا ففي المسالك أن المشهور المنع مع الضميمة أيضا حيث لا تكون الضميمة هي المقصودة بالبيع و أفتى في السرائر بالجواز أولا ثم رجع عنه و أفتى بالمنع و هو خيرة التحرير و الدروس و جوزة في التذكرة على سبيل التبعية لا الأصالة و في الكفاية أن الأقرب الجواز و استشكل في غاية المراد (حجة الصدوق) و من وافقه بعد الأصل و العمومات قول الصادق عليه السلام في صحيح يعقوب بن شعيب كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمره السنة و لكن سنتين و الثلاث كأن يقول إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى قال يعقوب و سألته عن الرجل يبتاع النخل و الفاكهة قبل أن يطلع فيشتري سنتين أو ثلاثا أو أربعا فقال لا بأس إنما يكره شراء سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة و استدلووا أيضا بحسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن شراء الكرم و النخل و الثمار ثلاث سنين أو أربع سنين فقال لا بأس به يقول إن لم يخرج في هذه السنة أخرج في القابل و إن اشترته سنة واحدة فلا تشتريه حتى يبلغ كذا في الفقيه و زاد في الكافي و إن اشترته ثلاث سنين فلا بأس و لصحيفة سليمان بن خالد (قال) قال أبو عبد الله عليه السلام لا تشتري النخل حولا واحدا حتى يطعم و إن كان يطعم إن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل و استظهر بعضهم سقوط لفظه لم من قوله يطعم الثاني و نحوه موثقة أبي بصير و وجه الاستدلال في هذين الخبرين الأخيرين تخصيص المنع بالحول الواحد قبل أن يطعم المشعر بالجواز فيما زاد مع التصريح به أخيرا و وجه الدلالة في الحسنه إطلاق جواز البيع ثلاث سنين قبل البلوغ و هو أعم من ظهور الثمرة قبل بدو الصلاح و عدم ظهورها إن كان المراد بالبلوغ بدو الصلاح و إن أريد به مجرد ظهور الثمرة كان كالأول نصا في الجواز قبله (و أنت خير) بأن هذه الأخبار لا تقوى على معارضة الإجماع المنقول في صريح السرائر و ظاهر الدروس المعتضد بالشهرة المستفيض نقلها مضافا إلى أدلة الغرر و الجهالة و فحاوى الأخبار الناهية عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح و غيرها و إطلاق موثقة سماعة قال سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها قال لا إلا أن تشتري معها شيئا آخر رطبة أو بقالا فيقول

(١) الظاهر و قالا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧٢

و لا يشترط فيما بدا صلاحه و هو الحمرة أو الصفرة (١) الضميمة و لا زيادة على العام و لا شرط القطع و هل يشترط أحدهما فيما لم يبد صلاحه قولان أقربهما إلحاقه بالأول

أشترى منك هذه الرطبة و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا فإن لم يخرج كان رأس مال المشتري في الرطبة و البقل فإن إطلاقه أو عمومه الناشئ من ترك الاستفصال مع ما يشد عضده حجة «١» مضافا إلى مفهوم جملة من الأخبار المعتبرة المتجربة بالشهرة و مفهوم خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن النخل و الثمر يبتاعهما الرجل عاما واحدا قبل أن يثمر قال لا حتى يثمر

و تأمن ثمرتها من الآفة فإذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام إن شئت ذلك مع العام أو أكثر من ذلك أو أقل على أنا نقول يحتمل أن يراد بالطلوع فى صحيح يعقوب بدو الصلاح (و يكون) المراد بقوله عليه السلام إن لم يحمل إن خاست و هذا و إن بعد لا بأس به جمعا مع أن ارتكاب التأويل فى تلك أبعده بل قد لا يمكن و قد يشهد لحمل الطلوع على البلوغ الذى هو بدو الصلاح التعبير بالبلوغ فى الحسنه دون الطلوع و الظهور إذ لو كان المدار على الطلوع و الظهور لكان التعبير بذلك أولى من التعبير بالبلوغ كما هو ظاهر و قد نفى فيه البأس فى الكافى عن الشراء ثلاث سنين إذا وقع قبل البلوغ فعلم أن المعيار ليس هو الظهور و قد علل الجواز فى صدره بأنه إن لم يخرج فى هذه السنه أخرج من قابل فيكون المراد أنه إن خاس و لم يغل (يغتل خ ل) فى هذه السنه أغل (اغتل خ ل) و أخرج من قابل (و بذلك) يكون الخبر من أدلة المشهور و كذلك الخبران الآخرا عنى صحيحة سليمان و موثقه أبى بصير فإنه قد أنيط فيهما الجواز مع تعدد السنين بالإطعام الظاهر فى بدو الصلاح كما قدمناه عن الصحاح و المنع مع عدم التعدد بما قبله و بذلك يحصل الجمع و يتضح الحال و يزول الإشكال على أن صحيحة يعقوب تشعر بالتيقن لمكان قوله كان أبى فليلاحظ و ليعن النظر فى المقام فإنه من مزال الأقدام (و أما البيع) مع الضميمة فقد دل عليه موثقه سماعه و قد أسمعناكها و هى منزله على ما إذا كانت الضميمة مقصودة بالأصالة و الثمرة تابعة غير مقصودة كما هو خيرة التذكرة جمعا بين الأدلة مع ما فى قوله عليه السلام إن لم تخرج الثمرة كان رأس ماله فى الرطبة من الدلالة على ذلك و بذلك يقيد إطلاق الأخبار و فتاوى الأصحاب لأنهم مجمعون على جواز ضم مجهول إلى المعلوم إذا كان المعلوم هو المقصود كأس الحائط و نحوه كما تقدم بيانه فى ضابط ذكره المصنف فى أوائل البيع و لا يشترط فى التابع عدم ذكره و عدم تسميته فى المبيع كما بظهر من خبر سماعه و كلام جماعة و قد استوفينا الكلام فيه أيضا فى باب الشروط (قوله) (و لا يشترط فيما بدا صلاحه و هو الحمرة أو الصفرة إلخ)

فى بدو صلاح ثمرة النخل المجوز لبيعها على القول بالمنع من بيعها قبله قولان (أحدهما) ما ذكره المصنف من الاحمرار و الاصفرار و هو الأشهر كما فى النافع و إيضاحه و المشهور و عليه دل أكثر الأخبار كما فى جامع المقاصد و هو المنقول عن أبى على و القاضى و الصهرشتى و خيرة النهاية و المبسوط و السرائر و النافع و التحرير و التذكرة و الدروس و اللعة و المسالك و الروضة و غيرها و فى السرائر لا يعتبر التلون و التموه و الحلاوة عند أصحابنا إلا فى ثمرة النخل خاصة و فى المبسوط قد روى أصحابنا أن التلون يعتبر فى ثمرة النخل خاصة و فى الخلاف

(١) خبر إن (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧٣

.....

لا اعتبار بطلوع الثريا فى بدو الصلاح فى الثمار بل المراعى منه صلاحها بأنفسها بالبلوغ و التلون انتهى (فليتأمل) و استند فى المسالك فى اختيار ذلك و فى غاية المراد و التنقيح أن هذا تفسير أهل اللغة و فى التذكرة أنه مذهب أكثر الجمهور و فى غاية المراد أنه ورد فى روايتى جابر و أنس (قلت) و عليه دلت أكثر أخبارنا و إن اختلفت فى الصراحة و الظهور فمن الأول الخبران المعبران المنجبران المعبران عنه بالزهو المفسر فى أحدهما بالاحمرار و الاصفرار و فى الآخر بالتلون و قد سمعت ما فى الصحاح و مثله ما فى النهاية و فى صحيح ربيعى أو حسنته التصريح ببدو الصلاح و فى خبر المناهى و خبر قرب الإسناد التعبير بالزهو من دون تفسير له و من الثانى الأخبار المستفيضة المعبرة المعبر عنه فى بعضها بالإطعام و فيها الصحيح و الموثق و فى بعض بالبلوغ و فى آخر بالإدراك و فيها أيضا الصحيح (الثانى) أنه بلوغ غاية يؤمن عليها الفساد و هذا القول لم أقف على قائل به خاصة نعم فى الشرائع و النافع أنه الاحمرار أو الاصفرار أو بلوغ غاية يؤمن عليها الفساد و كلامه فيهما محتمل لأمرين (أحدهما) أن يكون أراد به الجمع بين ما مر و بين خبر أبى



بصير الذى قال فيه لا حتى تثمر و تأمن ثمرتها من الآفة و نحوه خيران عاميان و هما ما رواه أبو سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال لا تبتاعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها قيل و ما بدو الصلاح قال تذهب عاهتها و يخلص رطبها و ما رواه عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة و قد يراد بزمان أمن الثمرة من الآفة زمن احمرارها و اصفرارها كما صرح به بعضهم فلا اختلاف مضافا إلى الضعف عن المقاومة (الثانى) أن يكون أراد التنبيه على القولين (و أما ثمر الشجر و السنبل) فالمشهور أن بدو الصلاح فيه انعقاد الحب و تناثر الورد كما فى غاية المراد و التنقيح و إيضاح النافع و هو خيرة النهاية و الكامل على ما نقل و السرائر و التحرير و الدروس و إيضاح النافع و هو المنقول عن أبى على و يظهر من كلامه أن بدو الصلاح فى السنبل ايضاضه (و فى السرائر و النافع و التذكرة و اللمعة و الروضة و جامع المقاصد و المسالك) الاقتصار على انعقاد الحب كالكتاب و كذا الإرشاد من دون ذكر تناثر الورد بل فى السرائر و الكتاب أنه لا يشترط الزيادة و ظاهرهما رد كلام الشيخ و أتباعه و فى الكفاية أن هذا القول أشهر و قد يظهر من التنقيح أن لا فرق بين القولين (فليتأمل) و فى المبسوط أن بدو الصلاح يختلف بحسب اختلاف الثمار فإن كانت الثمرة مما تحمر أو تسود أو تصفر فبدو الصلاح فيها الحمرة أو السواد أو الصفرة و إن كان مما يبيض فهو أن يتموه فيه الماء الحلو و يصفو لونه و إن كان مما لا يلون مثل التفاح فبان يحلو و يطيب أكله و إن كان مثل البطيخ فبان يقع فيه النضج لأن له نضجا كنضج الرطب و قد روى أصحابنا أن التلون يعتبر فى ثمرة النخل خاصة فأما ما يتورد فبدو صلاحه أن ينثر الورد و ينعقد و فى الكرم أن ينعقد الحصرم و إن كان مثل القثاء و الخيار الذى لا يتغير طعمه و لا لونه فإن ذلك يؤكل صغارا فبدو صلاحه فيه أن يتناهى عظم بعضه «انتهى» و نقل نحو ذلك عن المهذب و نقل ذلك كله فى التذكرة عن الشافعى و قد سمعت ما فى الخلاف و السرائر آنفا و فى المبسوط من أنه انعقاد الحصرم فى الكرم و قد نص عليه فى النهاية و السرائر و التحرير و الدروس و غيرها و فى السرائر و التحرير أيضا أنه إن كان غير ذلك فحين يخلق و يشاهد و لا يشترط تناهى عظمه و ظاهر الأصحاب الإطباق على عدم اعتبار طلوع الثريا و عليه نص جماعة كثيرين هذا و على ما فى الكتاب و ما وافقه لا يختلف الظهور و بدو الصلاح و إنما يختلفان فى النخل خاصة نعم يظهر الاختلاف فى غير النخل على القولين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧٤

و لو بيعت على مالك الأصل أو باع الأصل و استثنى الثمرة فلا يشترط إجماعا (١) و أما ثمرة الشجرة فيجوز بيعها مع الظهور و مدة انعقاد الحب و لا- يشترط الزيادة على رأى و لا- يجوز قبل الظهور عاما و لا اثنين على رأى و لا فرق بين البارز كالمشمش و الخفى كاللوز (٢) و أما الخضر فيجوز بيعها بعد ظهورها و انعقادها لا قبله لقطه و لقطات (٣)

الآخرين و منشأ اختلاف أقوالهم فى التفسير اختلاف أخبارهم فى التعبير ففى خبر محمد بن شريح التعبير عنه بالانعقاد بعد سقوط الورد و هو حجة القول الأول و الشهرة تجبر ضعفه و فى موثقة عمار الاقتصار على الانعقاد و صيرورته عقودا و عروقا على اختلاف النسخ و كلاهما اسم للحصرم و كأنه استدل به فى التذكرة و غاية المراد للقول الثانى و فيه تأمل و فى جملة من الأخبار التعبير بالإدراك و الإطعام و البلوغ و هى مما يستدل بها لما فى المبسوط و فيه أنه قد يمكن إرجاع المراد من هذه الألفاظ إلى القول الأول كما تقدم (فتأمل) فلعل الأول أولى و بقیة الفروع التى ذكرها تقدم بيان الحال فيها

(قوله) (و لو بيعت على مالك الأصل أو باع الأصل و استثنى الثمرة فلا يشترط إجماعا)

أى لا- يشترط شرط من هذه الشروط و الحكم الثانى ظاهر غير أنه لا يبيع هنا و لا نقل للثمرة و أما الأول فلم يتضح دليله و كأنه إنما اغتفر لمكان تبعيته للأصل فكان كالجمع بينهما فى عقد و ضعفه فى الدروس بعدم العقد هنا على الجميع و نحوه ما فى المسالك و فى الخلاف منع من ذلك و استدل عليه بعموم الأخبار قال و تخصيصها يحتاج إلى دليل و نحوه ما فى المبسوط و مثاله ما إذا أوصى بالثمرة لإنسان ثم باع الموصى له الثمرة للوارث أو باع الشجرة من إنسان بعد ظهور الثمرة و يبقى الثمرة له ثم يبيع من مشتري الشجرة

ولعله لا وجه في ذلك إلى اشتراط القطع لأنه يجمعها ملك مالك واحد فأشبه ما لو اشتراها معا وقد يقال إنه لا بد منه في صحة البيع لشمول الخبر ولأن المبيع هو الثمرة فلو تلفت لم يبق في مقابلة الثمن شيء لكن يجوز له الإبقاء ولا يلزمه الوفاء بالشرط إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره من أشجاره

(قوله) (و أما ثمرة الشجرة فيجوز بيعها مع الظهور وحده انعقاد الحب ولا يشترط الزيادة على رأى ولا يجوز قبل الظهور عاما ولا اثنين على رأى ولا فرق بين البارز كالمشمش والخفى كاللوز)

قد تقدم الكلام في بيان بدو الصلاح في ثمر الشجر وقول المصنف ولا يشترط الزيادة يحتمل وجوها (أحدها) ما أشرنا إليه آنفا من أن المراد أنه لا يشترط الزيادة على انعقاد الحب من تناثر الورد وغيره من التموه والتلون (الثاني) أنه لا يشترط الضميمة أو القطع أو البيع أزيد من عام (الثالث) أن يكون المراد لا يشترط الزيادة على ذلك مطلقا بحيث يشمل الأمرين معا (الرابع) أن يكون مختصا بالزيادة على عام (فليتأمل) والخلاف في بيع ثمر الشجر غير النخل قبل الظهور أزيد من عام كما تقدم في النخل كما في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد بل فرض جماعة منهم الشهيد في الدروس النزاع في مطلق الثمار كما لم يفرق بينها في جملة من الأخبار إن اختص بعضها بالنخل وفي التحرير النخل والشجر في الحكم سواء وأما عدم جواز بيعها قبل الظهور فقد ادعى عليه الإجماع في التذكرة ولا فرق في الجواز والمنع بين البارز والخفى فما ذكر فيه الجواز يجوز مطلقا وما ذكر فيه المنع يمنع مطلقا

(قوله) (و أما الخضرة فيجوز بيعها بعد ظهورها وانعقادها لا قبله لقطعة ولقطات)

لا يجوز بيع الخضروات بفتح الخاء قبل ظهورها إجماعا على الظاهر وقد نفى عنه الخلاف في الحدائق ومثله ما إذا كانت وردا لم تنعقد وأما بعد ظهورها وانعقادها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧٥

والزرع يجوز بيعه سواء انعقد فيه السنبل أو لا قائما وحصيدا منفردا ومع أصوله (١) بارزا كان كالشعير ومستترا كالحنطة والعدس والهريمان والباقلاء

فقد صرح بجواز بيعها حينئذ في الشرائع وما تأخر عنها مع تصريح جماعة بعدم اعتبار تنهاى عظمها و غرضهم بذلك التنبيه على مخالفة المبسوط وعلى ذلك تنزل عبارتا النهاية والسرائر حيث قال فيهما لا يجوز بيعها قبل أن يبدو صلاحها لأن كان خيرتهما في الكتابين في بدو الصلاح أنه الانعقاد وتناثر الورد وأما قوله في المبسوط أيضا لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها فينزل على مختاره بل له في المبسوط كلام آخر صريح في ذلك وهو قوله إذا باع حمل البطيخ والقثاء والخيار بعد ظهوره قبل بدو صلاحه بشرط القطع جاز وإن شرط التبقية أو مطلقا لم يجز ونقل عن القاضي موافقة على ذلك وقضية ما في الوسيلة أنه لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها أيضا لكن لم يعلم مختاره في بدو الصلاح ولعله موافق للمشهور ويبقى الكلام في عبارتي المقنعة والمراسم فإن فيهما أنه يكره بيع الخضروات قبل أن يبدو صلاحها ولعلهما موافقان للشيخ في المبسوط في الموضوع لا في الحكم فليتأمل في ذلك وأما من اكتفى في بيع الثمرة بالظهور ولم يعتبر بدو الصلاح كالمصنف في المختلف وغيره فإنه يكتفى هنا بمجرد الظهور سواء تحقق به بدو الصلاح أم لا هذا وصرح الشهيدان وغيرهما أنه لا بد في اللقطات من أن تكون معلومة العدد وقال الشهيد الثاني إن مقتضى اشتراط الانعقاد كون جميع اللقطات موجودة حال البيع والأقوى أنه يكتفى بوجود الأولى وتكون الثانية بمنزلة المنضم كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة وما يتجدد في تلك السنة وغيرها مع ضبط السنين لأن الظاهر منها بمنزلة الضميمة إلى المعدوم سواء كانت المتجددة من جنس الخارجة أم غيره ويرد على ما قاله الشهيد الثاني أن عطفهم اللقطات على اللقطة يقضى بعدم اشتراط الانعقاد إلا في اللقطة كما في بيع الثمر بعد بدو الصلاح سنين متعددة بل تصوير ما ذكره مشكل إلا بتكلف (فليتأمل جيدا) وقال الشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم يرجع في اللقطة إلى العرف فما دل على صلاحيتها للقطع يقطع وما دل على عدمه لصغره أو شك فيه لا يدخل لأصالة بقائه

على ملك مالكه و عدم دخوله فيما أخرج باللقطة و إذا امتزجت الثانية بالأولى فقد قال الشيخ و القاضي على ما نقل عنه إنه يقال للبائع إما أن تسلم الجميع فيجبر المشتري على القبول أو يفسخ الحاكم البيع و خالفه المصنف ففصل في المسألة تفصيلا ذكره في التذكرة و المختلف و هو أنه إن كان الاختلاط قبل القبض كان للمشتري الفسخ و لا يبطل البيع و إن كان بعده لم يفسخ و كان شريكا فإن لم يعلم القدر و لا العين اصطلاحا كما لو وقع طعام شخص على طعام غيره و نحوه ما في الدروس و فصل في اللعنة و الروضة تفصيلا آخر فليطلب هناك

(قوله) (و الزرع يجوز بيعه سواء انعقد السنبل فيه أو لا قائما و حصيدا منفردا و مع أصوله)

يجوز بيع الزرع سنبلًا قائمًا و حصيدا سواء كان بارزا كالشعير أو مستترا كالحنطة و بيع سنبله منفردا و بيعه قبل أن يسنبل بشرط القطع أو التبقية و لا خلاف في شيء من ذلك إلا من الصدوق في المقنع في باب المزارعة فإنه منع من بيع الزرع قبل السنبل إلا مع الفصل يعلفه للدواب و احتج له بعدم أمن الآفة و بخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الحنطة و الشعير أ يشتري زرعه قبل أن يسنبل و هو حشيش قال لا إلا أن تشتريه لقصله تعلفه الدواب ثم تتركه حتى يسنبل (و أجيب عن الأول) بمنع كونه مؤثرا في الجواز (و عن الثاني) بأنه لضعفه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧٦

.....

لا يقوى على مقاومة أدلة المسألة الكثيرة العدد المعتمدة السند المعتمدة بفتوى الأصحاب فليحمل على الاستحباب و أما موثقة بن عمار قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لا- تشتري الزرع ما لم يسنبل فإن كنت تشتري أصله فلا بأس فالمراد بالزرع فيه هو الحاصل و قد عرفت أنه لا يجوز بيعه قبل انعقاد الحب فلم يكن فيه دلالة ظاهرة في قول الصدوق (فتأمل) (و من الأخبار الدالة على المشهور) حسنة بكير قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام أ يحل شراء الزرع الأخضر قال نعم لا بأس به و مثله خبر زرارة و قال فيه لا بأس بأن تشتري الزرع و القصيل أخضر ثم تتركه إن شئت حتى يسنبل ثم تحصده و إن شئت تعلف دابتك قصيلا فلا بأس به قبل أن يسنبل فأما إذا سنبل فلا تعلفه رأسا فإنه فساد و المراد بالرأس الحيوان (و منها) خبر السكوني لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر ثم تتركه حتى يحصده إن شئت أو تعلفه قبل أن يسنبل و هو حشيش (و منها) موثقة سماعة كما ستسمعها و موثقة سليمان بن خالد إلى غير ذلك من الأخبار (و مما يدل) على جواز بيعه حصيدا خبر الهاشمي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن حصائد الحنطة و الشعير و سائر الحصائد قال حلال فليبعه بما شاء ثم إنه غير مكيل و لا موزون فيكفي في معرفته المشاهدة فيتناوله عموم الكتاب و السنة و قد يقال إن قوله فليبعه بما شاء ربما أشعر بجواز بيعه بحنطة منه و هي المزابنة و يجاب بأنه مخصوص بما دل على المنع و أما عبارات الأصحاب ففي المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و السرائر و الشرائع أنه يجوز بيع الزرع قصيلا و على المبتاع قطعه و فيما عدا المراسم زيادة فإن لم يقطعه كان البائع بالخيار إن شاء قطعه و إن شاء تركه و كان على المبتاع خراجه و زاد في الوسيلة و أجرته كالشرائع غير أنه لم يذكر فيها الخراج و في المبسوط يجوز بيع الزرع قائما و حصيدا و مدوسا مذرا و في النافع و الإرشاد يجوز بيع الزرع قائما و حصيدا و في الروضتين يجوز بيع الزرع قائما على أصوله سواء حصد أم لا- قصد قصله أم لا- و حصيدا و قصيلا أي مقطوعا بالقوة بأن شرط قطعه قبل أن يحصد و عبارة التحرير و الدروس و كلام التذكرة كعبارة الكتاب و لعل ما ذكرناه في شرحها أوضح منها (فتأمل) هذا و لو باعه قبل أن يسنبل من دون أن يشترط القطع أو التبقية و لم تقض العادة بالقصص فالوجه وجوب التبقية كما في السرائر و التحرير و التذكرة و هو ظاهر إطلاق الفتاوى و النصوص ما عدا موثقة سماعة قال سألته عن شراء القصيل يشتريه الرجل فلا يقصله و يبدو له في تركه حتى يخرج سنبله شعيرا أو حنطة و قد اشتراه من أصله على أن ما يلقاه من خراج فهو على العالج فقال إن كان اشترط عليه حين اشتراه إن شاء قطعه قصيلا و إن شاء تركه كما هو حتى يكون سنبلًا و إلا فلا ينبغي أن يتركه حتى

يكون سنبلا فقد دلت على أنه لا ينبغي الترك حتى يسنبل مع عدم شرط الإبقاء و هى ليست ظاهرة فى التحريم بل ظاهرة فى الكراهية و لا بأس بحملها عليها لذلك جمعا و ما عساه يقال من أن صدرها يشعر بما إذا كان البيع للقصيل ففيه أن شراء القصيل أعم من شرائه للقصل و التفصيل فى الجواب ينافى ذلك بحسب الظاهر لأن اشتراط الإبقاء ينافى الشراء قصيلا إذ معناه الشراء بشرط القطع فبطل ما فى الحدائق من التأويل الغير الموافق من حمل لا ينبغي على التحريم و مثل ذلك بل أولى منه ما لو اشترى الزرع قبل أوان قصله فإنه يجب على البائع الصبر إلى أوانه مع الإطلاق و أما إذا شرط قطعه قبل أن يحصد لعلف الدواب فإنه يجب على المشتري قصله بحسب الشرط فلو امتنع فللبائع قصله مع إذن الحاكم أو بدونه على اختلاف الرأين و لا يضمن ما يتلف بالقطع إذا لم يتعد و له المطالبة بأجرة أرضه عن المدة التى بقى فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق و بعد المدة التى شرط قصله فيها مع التعيين و له إبقاؤه و المطالبة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧٧

و لو كان مما يستخلف بالقطع كالكرات و الرطبة و شبههما جاز بيعه جزء و جزات و كذا ما يخرط كالحناء و التوت خرطه و خرطات منفردة و مع الأصول بشرط الظهور فى ذلك كله (١) و لو باع الزرع بشرط القصيل وجب قطعه على المشتري فإن لم يفعل فللبائع قطعه و تركه بالأجرة و كذا لو باع الثمرة بشرط القطع

### [المطلب الثانى فى الأحكام]

#### إشارة

(المطلب الثانى فى الأحكام) ليس للبائع تكليف مشتري الثمرة القطع قبل بدو صلاحها إلا أن يشترطه بل يجب عليه تبقيتها إلى أوان أخذها عرفا بالنسبة إلى جنس الثمرة (٢)

بأجرة الأرض عن زمن العدوان و أرش الأرض إن نقصت بسببه إذا كان التأخير بغير رضاه كما هو مقتضى القواعد الشرعية (قوله) (و لو كان مما يستخلف بالقطع كالكرات و الرطبة و شبههما جاز بيعه جزء و جزات و كذا ما يخرط كالحناء و التوت خرطه و خرطات منفردة و مع الأصول بشرط الظهور فى ذلك كله)

لا أجد فى شىء من هذه الأحكام خلافا إلا من ابن حمزة و ستمتع كلامه و ظاهرهم الاتفاق على ذلك و قد طفحت عباراتهم بذلك فى المقنعة و المراسم أنه يجوز بيع الرطبة الجزء و الجزتين و القطعة و القطعتين و فى النهاية و الوسيلة و السرائر و غيرها التصريح بجواز البيع فى الجميع و دليلهم بعد الأصل (الأصول خ ل) و العمومات السالمة عن المعارض حسنة بريد بن معاوية قال سألت أبا جعفر عن الرطبة تباع قطعة أو قطعتين أو ثلاث قطع قال لا بأس به و الرطبة بفتح الراء الإسفست (الإسبست خ ل) «١» ما دام رطبا فإذا يبس فهو القت و فى لسان أهل الشام الفصفصة و موثقة سماعة قال سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات فقال إذا رأيت الورق فى شجرة فاشتر منه ما شئت من خرطة و هو ظاهر فى أنه إنما يشتري بعد ظهوره و به يقيد إطلاق خبر معاوية بن ميسرة الوارد فى بيع الرطبة و الحناء و فى الوسيلة أنه يجوز بيع الرطبة و أمثالها الجزء الأولى أو الثانية أو الثالثة أو جميعا و كذلك ورق التوت و الحناء و الآس و قد رده جماعة بأدلة الغرر و الجهالة و بالموثقة و أصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيب ثم يمر بها عليه إلى أسفله فيؤخذ منه الورق و منه المثل السائر دونه خرط القتاد و قد تقدم الكلام فيما إذا باع الزرع بشرط القطع إلى آخره

المطلب الثانى فى الأحكام (قوله) (ليس للبائع تكليف مشتري الثمرة القطع قبل بدو صلاحها إلا أن يشترطه بل يجب عليه تبقيتها إلى

أوان أخذها عرفا بالنسبة إلى جنس الثمرة)

لو باعها مطلقا وجب تبقيتها إلى أوان أخذها ويرجع إلى المتعارف فى تلك الشجرة من بسر أو رطب أو تمر أو عنب أو زبيب أو طلاء فلو اضطرب العرف فالأغلب ومع التساوى يحتمل وجوب التعيين فإن أطلق بطل للاختلاف المؤدى للجهالة والتزليل على أقل المراتب لأنه المتيقن فيقتصر فيما خالف الأصل عليه لأن الأصل تسلط البائع على ملكه ومنع غيره من الانتفاع به وعلى أكثرها عملا

(١) الموجود فى القاموس إسفست بالفاء ذكرها فى باب قت (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧٨

فما قضت العادة بأخذه بسرا اقتصر على بلوغه ذلك وما قضت بأخذه رطبا أو قسبا آخر إلى وقته وكذا لو باع الأصل واستثنى الثمرة وأطلق ويجب على المشتري إبقاؤها ولكل من مشتري الثمرة وصاحب الأصل سقى الشجر مع انتفاء الضرر ولو تضررا منعا ولو تقابل ضرر أحدهما ونفع الآخر رجحنا مصلحة المشتري ولا يزيد على قدر الحاجة ويرجع فيه إلى أهل الخبرة (١) ولو انقطع الماء لم يجب قطع الثمرة وإن تضرر الأصل بمص الرطوبة (٢)

بالاستصحاب وهذا الإبقاء حكم شرعى لا تقدير له شرعا فيرجع فى تقديره إلى العرف وليس الإبقاء أجلا فى عقد البيع لا بالنسبة إلى الثمن ولا إلى المثلن وإنما هو أمر مرتب على عقد البيع وثبوته فهو من مقتضيات المعاوضة لا أجل فى نفس المعاوضة فإذا ثبت البيع وانتقل المبيع إلى المشتري ثبت له حينئذ استحقاق التبقية ولا يضر جهالة أجل البقاء لأن ذلك حق خارج عن نفس المعاوضة ولو كان داخلا فى نفس المعاوضة لم يكن العرف رافعا للجهالة فإنه لا يجوز تأجيل أحد العوضين إلى أوان أخذ الثمرة عرفا أو يقال جازت الجهالة للضرورة ومنه يعلم الحال فيما إذا باع الأصل واستثنى الثمرة وأطلق فإنه يجب على المشتري إبقاؤها لمثل ما ذكرناه وقد تقدم فى بيع الزرع قبل أن يسنبل ما له نفع تام فى المقام وسيأتى فى المقصد السادس فى أحكام العقد ما لا بد من مراجعته فى المقام لتعرف ما يدل على هذه الأحكام

(قوله) (و لكل من مشتري الثمرة وصاحب الأصل سقى الشجر مع انتفاء الضرر ولو تضررا منعا ولو تقابل ضرر أحدهما ونفع الآخر رجحنا مصلحة المشتري ولا يزيد على قدر الحاجة ويرجع فيه إلى أهل الخبرة)

ما اختاره من ترجيح مصلحة المشتري إذا تقابل موجب الضرر والنفع بالنسبة إليهما هو خيرة التذكرة و جامع المقاصد واحتمله فى موضعين من الدروس و وجهه أن ذلك حق للمشتري على البائع حيث دخل على البيع الذى اقتضى وجوب الإبقاء والسقى ويشكل تقديم المشتري حيث يوجب نقصا فى الأصل يحيط بقيمة الثمرة وزيادة فينبغى تقديم مصلحة البائع مع ضمانه لقيمة الثمرة جمعا بين الحقيقين (فتأمل) و أما إذا باع الأصل وأبقى لنفسه الثمرة وتقابل بالنسبة إليهما موجب الضرر والنفع ففى الشرائع والإرشاد فى باب آخر واللمعة والروضة والمسالك و موضع من الدروس تقديم مصلحة المشتري و فى موضع آخر منه جعله احتمالا و نسبه إلى الفاضل و فى موضع من التحرير نسبه إلى القليل و فى المسالك أنه الأشهر و وجهه بأن البائع هو الذى أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل و تسليط المشتري عليه و فى المبسوط أنه يفسخ العقد بينهما ذكره فى فصل أحكام العقود ثم قال و قيل إنه يجبر الممتنع عن السقى عليه فليرجع إليه و يتأمل فيه و قد نصوا فى المسألتين على أنه لا يزيد على قدر الحاجة و وجهه ظاهر و أنهما إن تنازعا رجعا فيه إلى أهل الخبرة هذا و فى حواشى الشهيد أن التقابل هنا تقابل العدم والملكة مع اتحاد الموضوع و ناقشه فى جامع المقاصد فى ذلك كما ناقش عبارة الكتاب و لا فائدة مهمة فى نقل ذلك و فى بعض العبارات و لو تقابل ضرراهما و أورد عليه أن الضررين متماثلان فى الحقيقة و المتقابلان مختلفان و أوجب بأن التقابل بين السقى و عدمه بالذات و بين الضررين بالعرض

(قوله) (و لو انقطع الماء لم يجب قطع الثمرة و إن تضرر الأصل بمص الرطوبة)

يريد أنه إذا انقطع الماء و لم يتمكن من سقى الشجرة و كان تركها مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٧٩ و لو اعتاد قوم قطع الثمار قبل انتهاء الصلاح كقطع الحصرم فالأقرب حمل الإطلاق عليه (١)

على الأصول يضر بها فإن كان قدرا يسيرا أجبر المالك للأصل عليه إن كان باع الثمرة فقط و أجبر المشتري للشجرة عليه إن كان باعها و هى مؤبرة و إن كان كثيرا بحيث يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها مستقبلا نقصانا كثيرا فإن المشتري للأصل لم يجبر البائع على القطع لأنه لما دخل فى بيع الأصول منفردا عن الثمرة فقد رضى بما تودى الثمرة إليه من الضرر كما هو خيرة المبسوط و التذكرة و نحوه ما حكى عن عميد الدين من أنه إن تيقن التلف أجبر على القطع و لا يجبر مع الضرر و إن كثر فالفرق بينه و بين ما فى المبسوط ظاهر إن فسر الجفاف بمعنى اليبس و اختار المصنف فيما يأتى فى المقصد السادس فى أحكام العقد أنه يجوز لمشتري الأصل قطع الثمرة حينئذ و إذا جاز له ذلك كان له إجباره عليه و هو خيرة المختلف و الدروس و حواشى الكتاب فى موضع منها و جامع المقاصد و نفى عنه البأس فى التذكرة لأن تسويغ التبقية إنما كان لمصلحة البائع صاحب الثمرة كما هو المفروض فى كلام هؤلاء و لو لا ورود النص بذلك لم نصر إليه لأنه يجب عليه تسليم المبيع مفرغا فإذا انتفت المصلحة المقتضية لتسويغ التبقية رجعنا إلى أصل وجوب الإزالة و ينبغى التأمل فى هذا الدليل لأنه إنما ينطبق ظاهرا على ما إذا لم يكن لصاحب الثمرة منفعة أصلا و الوجه أن يقال قد عارضها مفسدة عظيمة و استشكل فى التذكرة فى مقام آخر منها و لم يرجح فى التحرير و حيث يجوز له القطع هل يجب عليه الأرش تردد فيه المصنف فيما يأتى و احتمله فى الدروس بعد أن حكم بعدمه كما جزم به فى جامع المقاصد لأنه قطع مستحق و فى حواشى الكتاب هنا و فيما يأتى أن له الأرش ما بين القطع إلى البلوغ لأنه نقص دخل على مال غيره لمصلحته هذا و قد يقال إنه قد تقدم أنه إذا تعارض نفع أحدهما و ضرر الآخر قدمنا مصلحة المشتري و يجاب بأن المشتري هنا أيضا مقدم كما هو المفروض و المفروض أنه اشترى الأصل فقط و لو فرضنا أنه اشترى الثمرة كما يعطيه سوق العبارة (قلنا) إنه مقيد بعدم كون الضرر كثيرا و إذا فرضنا المسألة فيما إذا باع الثمرة فقط كما أشرنا إليه من أنه الظاهر من سياق عبارة الكتاب فوجه عدم جواز قطع الثمرة و وجوب التبقية أن المشتري لم يدفع الثمن عن هذه الثمرة الناقصة قطعاً بل عنها و عن التمكين من إبقائها مدة الانتهاء و جازت الجهالة للضرورة أو لأنها تابعة للمقصود بالذات و لإطلاق النص بوجوب التبقية و وجه الجواز و عدم وجوب التبقية أن البائع إنما قصد بيعه الثمرة النفع المجرد و الضرر الكثير مستثنى و أن الثمن إما أن يكون عوضا عن الثمرة البالغة حد الانتهاء و الجذاذ أو عن هذه الثمرة تبقيتها إلى حين الجذاذ أو لا مع واحد منهما و الأول محال و إلا لصح مع النص عليه و الثانى محال و إلا لكان بيعا و إجارة مجهولة فتعين الثالث فلا يجب التبقية و إنما يجب الأرش لأنه لا ضرر و لا ضرار و المشتري إنما يقدم إذا لم يكن الضرر كثيرا كما نهنا عليه آنفا و لم أجد من فرض المسألة فيما إذا باع الثمرة فقط إلا من قل كالمصنف هنا و قد تعرض له صاحب الإيضاح فيما يأتى حيث توهم أن عبارة الكتاب فيما يأتى مساقفة لذلك و ليس كذلك قطعاً كما ستعرف فيما يأتى إن شاء الله تعالى و هذا كله إذا كان فى الإبقاء منفعة لصاحب الثمرة و أما عند عدمها فيه و كثرة ضرر النخل فى التذكرة أن الأقوى إلزام صاحب الثمرة بقطعها و تمام الكلام فى الفرع السادس من المقصد السادس

(قوله) (و لو اعتاد قوم قطع الثمار قبل انتهاء الصلاح كقطع الحصرم فالأقرب حمل الإطلاق عليه)

كما لو كان الكرم فى البلاد الشديدة البرد لا تنتهى ثمارها إلى الحلاوة و وجه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨٠

و لو ظهر بعض الثمرة فباعه مع المتجدد فى تلك السنة صح سواء اتحدت الشجرة أو تكثرت و سواء اختلف الجنس أو اتحد (١)

أقربيه حمل الإطلاق عليه أن إطلاق العقد يحمل على المعتاد فيكون المعهود كالمشروط و وجه القرب أن تواطؤ قوم معينين ليس حجة بخلاف العادة العامة الثابتة في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما ذكر ذلك كله في التذكرة و لم يرجح و وجه الأقربيه في الإيضاح بأن خطاب كل قوم إنما يحمل على العرف الخاص بهم و العدم لأنه إنما يشتري الثمرة للانتفاع التام بها و لا يحصل إلا بانتفاء الصلاح ثم إنه قوى ما قربه والده و في جامع المقاصد أن وجه القرب أن العرف إذا استقر كان دليلاً على عدم إرادتهم ذلك فيكون قرينه حالية على إرادة هذا القيد في العقد و الإضمار من ضروب المجاز يثبت بالقرينة الدالة على إرادته ثم قال و ليس التوجيه الذي ذكره الشارحان جيداً و هو أن خطاب كل قوم إنما يحمل على العرف الخاص لهم فإن الألفاظ في العقود و الإيقاعات إنما تحمل عند الإطلاق و التجرد عن القرائن و الموانع على الحقيقة العرفية العامة مع انتفاء الحقيقة الشرعية انتهى (فتأمل فيه جيداً) و قد قالوا في الأصول إن قولهم اصطلاح الشارع مقدم على العرف و اللغة غير صحيح على إطلاقه لأنه إنما يقدم عليهما بالنسبة إلى نفس كلامه فمن أوقع عقداً أو إيقاعاً كأن يبيع داراً فلا يدخل في بيعه ما هو داخل في اصطلاح الشارع و لا غيره لأن البائع ما باع إلا ما هو مقصوده و المشتري ما اشتري إلا كذلك و مقصودهما ليس هو إلا ما اصطلاحاً عليه بل لو صرف إلى اصطلاح آخر يلزم بطلان العقد من جهة أخرى و هو مجهولية المبيع حال العقد نعم إذا عرف اصطلاح الشارع و أوقع العقد عليه يكون المرجع اصطلاح الشارع لا من جهة تقديمه بل من جهة تعيينهما له كما إذا أوقعه باصطلاح قوم آخرين و بهذا التحقيق يظهر أن ما في الإيضاح أجود و يظهر لك حال ما في آخر كلام التذكرة و جامع المقاصد

(قوله) (و لو ظهر بعض الثمرة فباعه مع المتجدد في تلك السنة صح سواء اتحدت الشجرة أو تكثرت و سواء اختلف الجنس أو اتحد) إذا ظهر بعض الثمرة فباعه مع المتجدد في تلك السنة صح البيع عندنا و عند مالك كما في الغنية و التذكرة و في الخلاف و المسالك الإجماع عليه و في الكفاية لا - أعرف فيه خلافاً و في الحدائق الظاهر أنه محل اتفاق لأصالة الصحة و لأن المتجدد هنا كالمتجدد في الثمرة في السنة الثانية فكما صح بيع الثمرة سنتين صح هنا بطريق أولى و الأول إجماعي و لأن ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعاً لما يظهر كما أن ما لم يبدو صلاحه يتبع لما بدا و لقول الصادق عليه السلام في معتبره الهاشمي إذا كان في تلك الأرض بيع له غلة قد أدركت فبيع ذلك كله حلال و المراد بالبيع المبيع الذي له ثمره و أوضح منه قول الصادق عليه السلام في صحيح يعقوب بن شعيب إذا كان في الحائط ثمار مختلفة فأدرك بعضها فلا بأس ببيعه جميعاً و مثله خبر الباطني و الإدراك يشمل الظهور و البلوغ و هذان ناصان في المختلف الجنس و في الخلاف الإجماع عليه و في موثقه عمار عن أبي عبد الله عليه السلام ما يخالف ذلك في أحد الوجهين قال سئل عن الفاكهة متى يحل بيعها قال إذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهة كلها فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحل بيعه حتى يطعم فإن كان أنواعاً متفرقة فلا يباع منها شيء حتى يطعم كل نوع منها وحده ثم تباع تلك الأنواع فإن أريد بالكثيرة ما كان من نوع واحد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨١

و يجوز أن يستثنى ثمرة نخلة أو شجرة معينتين (١) و لو أبهم أو شرط الأجود بطل البيع و أن يستثنى حصه مشاعة أو أرطالا معلومة (٢) فإن اجتاحت الثمرة سقطت من المستثنى بالنسبة (٣) و لو اجتاحت الثمرة بعد الإقباض و هو التخليه هنا أو سرقت فهي من مال المشتري

فإعادة ذلك لإفادة عدم الحل قبل إطعام البعض على أن شأن عمار التكرار و إن فسرت الكثيرة بالمختلفة قيد آخر الخبر بالمواضع المتعددة كما فعله في الاستبصار و قد استدلل بهذا الخبر للشيخ على ما ذهب إليه في المبسوط و الخلاف من منع ضم ثمرة بستان لم تدرك ثمرة إلى ثمرة بستان آخر قد أدركت ثمرة قال في المبسوط و إن كان بستانان فبدا صلاح الثمرة في أحدهما و لم يظهر في الآخر لم يجز بيع ما لم يبين صلاحه لأن كل بستان له حكم نفسه سواء كان من جنس ما ظهر صلاحه أو من غير جنسه و نحوه ما في

الإستبصار و الخلاف و فيه الإجماع على ذلك و فى المقتصر أن باقى الفقهاء على خلاف الشيخ و حمل الرواية فى المختلف على ما إذا تعددت العقود و رماها جماعة بالضعف و لم يتعرضوا لما ذكرناه فى معناها من الاحتمال مع مساواته لما ذكره فى الظهور و لعل ذلك لغرابة الحكم لأن كان مخالفا للإجماع (و فيه) أن عمار لم يزل يأتى بالغرائب فتدبر و المحقق فى الشرائع و النافع تردد فى ذلك ثم قال فى النافع إن الجواز أشبه و فى كشف الرموز و المختلف و الدروس و التفتيح و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية الجزم بالجواز من دون تردد للأصل و وجود الضميمة المجوزة للبيع و قد يستشهد له بخبر الهاشمى بناء على ظاهر إطلاق الأرض فيها فإنه يشمل أرض ذلك البستان الذى أدرك بعضه و أرض بستان آخر و قد أخذ فى المختلف و الدروس دليلا- (فليتأمل) و لم يتعرض فى السرائر إلا للمسألة الأولى أعنى المجمع عليها و كأن هذا كله مبنى على القول بعدم جواز بيع ما لم يبدو صلاحه

(قوله) (و يجوز أن يستثنى ثمرة شجرة أو نخلة معينتين)

إجماعا كما فى التذكرة و بلا خلاف كما فى الرياض و الحدائق و كذا يجوز استثناء جزء معين كعقد معين من نخلة كما هو ظاهر و قد نص عليه جماعة و فى التذكرة الإجماع على أنه لو أبهم بطل و أما إذا شرط الأجود فإن كان الأجود فى البستان معلوما بينهم و لا يريدون بإطلاقهم سواء صح اشتراطه فإن المقتضى للبطلان إنما هو الجهالة فإذا انتفت صح كما فى جامع المقاصد

(قوله) (و أن يستثنى حصّة مشاعة أو أرتالا معلومة)

أما جواز استثناء الحصّة المشاعة فلا خلاف فيه كما فى المبسوط و السرائر و فى التذكرة الإجماع عليه و فى المقنعة و النهاية و السرائر أنه أحوط من استثناء أرتال معلومة و فى المراسم أنه أولى و فى الخلاف الإجماع على جواز استثناء الأرتال المعلومة و حكى فى المختلف عن الثقى أنه منع من ذلك و فى المسالك أن الأصحاب على خلافه و فى المختلف أن المشهور خلافه و قال فى المبسوط بعد أن حكم بالجواز إن فيه خلافا (قلت) صحيحة ربيعى على الصحيح أو حسنته صريحة فيما عليه المشهور و كذلك خبره المروى فى الفقيه فى الأول إن لى نخلا بالبصرة أبيعه و أسمى الثمن و أستثنى الكر من التمر أو أكثر أو العدد من النخل قال لا بأس و فى الآخر فى الرجل يبيع الثمرة ثم يستثنى كيلا- و تمرا قال لا- بأس به قال و كان مولى له عنده جالسا فقال المولى إنه لبيع و يستثنى أوساقا يعنى أبا عبد الله عليه السلام قال فنظر إليه و لم ينكر ذلك من قوله

(قوله) (فإن اجتاحت الثمرة سقط من المستثنى بالنسبة)

إذا كان بغير تفريط كما فى الدروس و جامع المقاصد و الروضة و قضيته عدم التوزيع فى صورة التفريط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨٢

و لو كان قبل القبض فمن البائع و لو تلف البعض أخذ الباقى بحصته من الثمن و له الفسخ (١) و لو أتلفه أجنبى تخير المشتري بين الفسخ و إلزام المتلف

بمعنى أن المشتري إذا فرط فيه ينصرف إلى حصته و يأخذ البائع المستثنى من الباقى و هو كذلك إن رضى به و إلا اقتضى الإشاعة لعدم خصوصية التالف و الباقى بكل من المشتري و البائع و المناسب التوزيع ليعلم قدر التالف و الباقى بالنسبة إلى البائع حتى يمكن الرجوع و كذا لو تلف بتفريط الأجنبى ليرجع كل منهما إليه بالنسبة نعم يمكن أن يقال فى الصورة الأولى إنما يرجع البائع على المشتري بالمثل خاصة لأنها من ذوات الأمثال فلا يقدر التخصيص إذا لم يرد المشتري رد المثل من غيرها و ما ذكره المصنف من أنه ينسب المستثنى إلى الأصل إنما هو فى صورتين الأخيرتين خاصة بخلاف الأولى فإن استثناءها كبيع الباقى منفردا فلا يسقط منها بتلف شىء من المبيع لامتياز حق كل واحد عن صاحبه بخلاف الأخيرتين لأنه فيهما شائع فى الجميع فيوزع الناقص عليهما إذا كان التلف بغير تفريط و طريق توزيع النقص على الحصّة المشاعة جعل الذهاب عليهما و الباقى لهما على نسبة الجزء كما لو كان المستثنى



هو الثلث و ذهب نصف الثمرة فتلف من البائع نصف الثلث و هو السدس و من المشتري الثلث الذى هو نصف الثلثين و الباقي بينهما كذلك و أما فى الأبطال المعلومة فيؤخذ بالحزر و التخمين فإذا قيل الأبطال المستثناة بالتخمين ربع الجملة و تلف من الثمرة نصفها سقط من البائع ثمن الجملة و يبقى له ثمنها و فى الدروس أنه قد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبرة على الإشاعة و قال فى الروضة بعد نقل ذلك عنه قد تقدم ما يرجح عدمه أى عدم التنزيل على الإشاعة فيه سؤال الفرق (انتهى) و يمكن الفرق بأن التلف من الصبرة قبل القبض فلزم على البائع تسليم المبيع منها و إن بقى قدره فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء فإن التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري أمانة على الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك

(قوله) (و لو كان قبل القبض فمن البائع و لو تلف البعض أخذ الباقي بحصته من الثمن و له الفسخ إلخ)

إذا تلفت الثمرة المبتاعة فإن كان التلف قبل القبض فهى من ضمان البائع و انفسخ العقد و لو تلف البعض انفسخ فيه خاصة و تخير المشتري بين أخذ الباقي بحصته من الثمن و الفسخ فيه كما فى التذكرة و التحرير بل و فى الأخير أنه إن اختار الإمساك فالأقرب تخيير البائع و فى المبسوط و كذا الشرائع أنه لا يفسخ فى الباقي و يأخذه بحصته من الثمن و إن كان بعد القبض و هى التخليه بين المشتري و بينها فهى من ضمان المشتري و لا يفسخ البيع سواء كان التالف الجميع أو البعض و قال فى المبسوط و إن قلنا إنه يفسخ فى مقدار التالف كان قولاً قويا (انتهى) و فى المسالك عن بعض الأصحاب أن الثمرة على الشجرة مضمونة على البائع و إن أقبضها بالتخليه و لا فرق بين أن يكون التلف بأمر سماوى كالريح و الثلج و البرد أو غير سماوى كالسرقة و الحريق و قالوا لو أتلها أجنبى قبل التخليه تخير المشتري بين فسخ البيع و إلزام المتلف و قال فى جامع المقاصد أما الفسخ فلأنها مضمونة على البائع و أما إلزام المتلف فلأنه أتلها ماله لأن المبيع قد انتقل إلى المشتري و إن كان مضمونا على البائع و الشهيد فى حواشيه جعل الأقسام أربعة عشر و أغفل ما إذا كان التلف بأفة سماوية فقال التلف إما من البائع و المشتري أو من غيرهما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨٣

و الأقرب إلحاق البائع به (١) و إتلاف المشتري كالقبض (٢) و لا يجب على البائع السقى بل التمكين منه مع الحاجة فلو تلف بترك السقى فإن لم يكن قد منع فلا ضمان عليه و إن منع ضمن و كذا لو تعيبت (٣)

أو من البائع خاصة أو المشتري خاصة أو من البائع و أجنبى أو من المشتري و أجنبى أو منهما و أجنبى فالأقسام سبعة و حينئذ إما أن يكون قبل القبض أو بعده فتبلغ أربعة عشر وجها فالسبعة التى قبل القبض دركها على البائع إن لم يشاركه المشتري و إن شاركه المشتري فالدرك على المشتري (قلت) ينبغى التأمل فى هذا قال و السبعة التى بعد القبض دركها على المشتري قلت ينبغى تقييد هذا بما إذا لم يختص بالخيار قال فى الأول ما أتلها المشتري فهو قبض و ما أتلها البائع فالمشتري بالخيار بين المطالبة بالمثل أو القيمة إن لم يكن مثليا أو يفسخ و يغرم ما أتلها و فى الثانى يتخير بين مطالبه المتلف مع الإجازة أو يفسخ و يرجع بالثمن على البائع و فى الثالث هو بالخيار أيضا و فى الرابع قبض منه و فى الخامس يتخير أيضا و فى السادس التلف منه و يرجع على الأجنبى بمقدار ما أتلها و فى السابع أيضا كذلك يسقط ما أتلها بفعله و يرجع عليهما بما قابل فعلهما (انتهى كلامه فليتأمل فيه) و يأتى فى باب الخيار فى المطلب الثانى ما له نفع تام فى هذه المباحث

(قوله) (و الأقرب إلحاق البائع به)

أى بالأجنبى كما فى التذكرة و الدروس و حواشى الشهيد و جامع المقاصد و المسالك فيتخير المشتري بين فسخ البيع و المطالبة بالثمن و بين عدمه و إلزامه بالمثل أو القيمة سواء زادت عن الثمن المسمى المدفوع أو نقصت عنه و فيما عدا التذكرة و الدروس مما ذكر أن ذلك إذا لم يكن للبائع خيار فحينئذ ليس له المطالبة إلا بالثمن و فى المبسوط أنه إذا أتلها البائع أنه يفسخ كما إذا تلف بأمر

سماوى لأنه لا يمكنه الإقباض و مثله من دون تفاوت ما فى الشرائع و لم يصرح فى الإيضاح بأقربيه ذلك لأنه احتمال أن يكون إتلافه فسحا لعموم النص يعنى كل مبيع تلف «إلخ» و كأنه مال إلى ما فى المبسوط (و فيه) أن ذلك إنما يكون حيث لا يكون البائع متلفا تمسكا بأصالة بقاء العقد و اقتصارا على موضع الوفاق (قوله) (و إتلاف المشتري كالمقبض)

يريد أن إتلاف المشتري للمبيع فى يد البائع بغير إذنه كما هو الظاهر كالمقبض فى انتقال الضمان إلى المشتري و إن تخلفت عنه باقى الأحكام و شبهه بالمقبض و لم يجعله قبضا لأن الإتلاف قد يكون بمباشرة المتلف فيكون قبضا حقيقة و قد يكون بالتسبب فيكون فى حكم القبض و أما إذا كان الإتلاف بإذن البائع فهو قبض يترتب عليه أحكام القبض مطلقا و قد يقال إنه لا فرق بين كونه بإذن البائع و عدمه كما هو قضية إطلاق عبارة الشرائع و التذكرة و الكتاب و التشبيه لمكان حصول الإتلاف بالتسبب فليتأمل جيدا (قوله) (و لا يجب على البائع السقى بل التمكين منه مع الحاجة فلو تلف بترك السقى فإن لم يكن قد منع فلا ضمان عليه و إن منع ضمن و كذا لو تعيبت)

كما فى التذكرة و نحوه ما فى الدروس و عدم وجوب السقى على البائع لأصالة براءة ذمته و أما ضمانه العين أو الأرش إن لم يمكنه فلأنه سبب الإتلاف لأنه لما منعه من سقيها صارت يد البائع على الثمرة باعتبار التبعية كما لو منع صاحب البيت من له صندوق فى بيته عن حفظه حتى تكسر فإنه حينئذ يكون فى يده تبعا للبيت فيجىء الضمان من جهة اليد فإذا باعه و هى بسره و احتاجت إلى سقى حتى تصير رطبا فمنعه منه فتلفت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨٤

و يجوز بيع الثمرة و الزروع بالأثمان و العروض إلا بيع التمر بالتمر و هى المزابنة (١)

أو لم تبلغ حد كمال الترطيب فإنه يجب عليه فى الأول قيمة البسر و فى الثانى أرش التفاوت بين حالها حالة الأخذ و بين كونها بالغة حد الكمال إلى وقت أخذها بمجرى العادة و إنما يجب عليه التمكين مع انتفاء الضرر على ما تقدم و يجب عليه تمكينه من الدخول إلى البستان فإن لم يأمنه نصب الحاكم أمينا للسقى و مؤنته على المشتري (قوله) (و يجوز بيع الثمرة و الزروع بالأثمان و العروض إلا بيع التمر بالتمر و هى المزابنة)

جواز بيع الثمرة و الزرع بالأثمان و العروض مما لا خلاف فيه و لا إشكال و يدل عليه عموم الأخبار و أما بيع ثمرة النخل بتمر منها فلا يجوز إجماعا كما فى المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و المهذب البارع و المقتصر و إيضاح النافع و غاية المرام و المسالك و الروضة و لا خلاف فيه كما فى المبسوط و الخلاف و كشف الرموز و قد يظهر منها أنه لا خلاف فيه بين المسلمين و الإجماع ظاهر مجمع البرهان أيضا أو صريحه و هو فى أكثر هذه منقول على تحريم بيع المزابنة و المحاقلة و لا- شبهة فى أن بيع الثمرة بتمر منها مزابنة أو محاقلة كما ستعلم فلذا صح لنا أن ننقله على ذلك و قال فى السرائر لا يجوز بيع الثمرة فى رءوس النخل بالتمر كيلا و لا جزافا يدا بيد و لا نسيئة و هى المزابنة التى نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عنها و أصل الزبن فى اللغة الدفع و منه الحرب الزبون التى تدفع أبطالها إلى الموت ثم قال هذا هو الصحيح من أقوال أصحابنا و هو الذى يقتضيه أصول مذهبنا ثم قال إن ذلك مذهب شيخنا المفيد فى مقننته و جماعة أصحابنا لأن النهى عام و لا مخصص له من كتاب و لا سنه و لا إجماع ثم نقل عن الشيخ فى النهاية تخصيص المزابنة ببيع الثمرة بتمر منها و أنه إذا باعها بتمر من غير ذلك النخل لم يكن به بأس و أنه خيرته فى الخلاف و أنه فى المبسوط قال بالقول الصحيح الذى اختاره هو (قلت) مذهب الشيخ فى الخلاف خلاف ما فى النهاية كما وجدناه عيانا و نقلا عن (من خ ل) المختلف لكنه فى الدروس نسب إليه موافقة النهاية أيضا و قال فى كشف الرموز إنه فى أى فى الخلاف متردد و أنه حكى فيه عن الأصحاب الجواز «انتهى فليتأمل» (و قال فى المبسوط) المزابنة هى بيع التمر على رءوس الشجر بتمر منه فأما بتمر موضوع على

الأرض فلا بأس به والأحوط أنه لا يجوز ذلك لأنه لا يؤمن أن يؤدي إلى الربا فقد احتاط بذلك لكن صاحب كشف الرموز وغيره نسبوا إليه الحكم بذلك على البت كالسراير والأمر في ذلك سهل ونقل عن الراوندى والتقى والقاضى فى الكامل موافقة النهاية كالتذكرة والكفاية وإليه مال أو به قال المولى الأردبيلى والمشهور المعروف بين الأصحاب تفسير المزابنة ببيع الثمرة فى النخل بالتمر كما ذكره فى السراير وهو خيرة الخلاف على ما وجدناه والغنية والمهذب للقاضى على ما نقل عنه والوسيلة وإن فسرها بما فى النهاية أولا لكنه قال بعد ذلك وإن باعها بتمر من غيرها لم يصح والمقنعة والمراسم حيث اختير فيهما التحريم وإن كان من غير النخلة لكنهما عنون فيهما بالمحاولة لبيع التمر والزرع ولم يذكر فيهما المزابنة وسنين الحال فى ذلك إن شاء الله تعالى وهو أيضا خيرة الشرائع والنافع وكشف الرموز والمختلف والإرشاد والتحرير والإيضاح والدروس واللمعة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد وإيضاح النافع والميسية والمسالك والروضة والمفاتيح وكأنه قال به فى المهذب البارع وقد سمعت ما فى السراير من أنه مذهب المفيد وجماعة أصحابنا وقد نقل عن التقى أيضا وقد يقال إن ظاهر الغنية الإجماع عليه وصحيحة عبد الرحمن بن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨٥

وإلا الزرع بالحب و هى المحاولة (١)

أبى عبد الله أو موثقتة لمكان أبان وكذا موثقتة الأخرى عن أبى عبد الله عليه السلام ظاهران فى ذلك ففى الأولى نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المحاولة والمزابنة قلت وما هى قال أن تشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة وفى الثانية قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المحاولة والمزابنة فقال المحاولة بيع النخل بالتمر والمزابنة بيع السنبل بالحنطة وهذا التفسير (التعريف خ ل) مخالف لما عليه الجم الغفير من علمائنا وأهل اللغة ولما رواه فى معانى الأخبار عن القاسم بن سلام بإسناده عنه عليه أفضل الصلاة والسلام بل ادعى بعض أصحابنا إجماعهم على أن المزابنة بيع ثمرة النخل بالتمر والمحاولة بيع السنبل بالحنطة وحمل ما فى الخبر على سهو الراوى على أنه لا ثمرة إلا فى النذر وشبهه وقد يقال على دلالتها إنه لا يبعد أن تكون الألف واللام عوضا عن الضمير المضاف إليه فىكون المعنى بيع النخل بتمره ولو أراد العموم لكان التنكير أولى وهو أن يقال بتمر وحنطة ويندفع بما يأتى وأوضح دلالة من الخبرين خبر السكونى الوارد فى العريئة فإن فيه هى النخلة تكون للرجل فى دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعهما بخرصها تمرا ولا يجوز ذلك فى غيره أى غير ما يكون فى دار رجل آخر والخبر إن لم نجوز بيع ثمرة العريئة بتمر منها كما هو الأصح صريح فى المشهور وإلا فظاهر وعلى الأول يضعف أو يضمحل احتمال العهيدة فى خبرى عبد الرحمن وأخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض وحجة الشيخ فى النهاية ومن وافقه الأصل والعمومات وحسنه الحلبي بإبراهيم ابن هاشم قال قال أبو عبد الله عليه السلام فى رجل قال لآخر بعنى ثمرتك فى نخلك هذه التى فيها بقفيزين من تمر أو أقل أو أكثر يسمى ما شاء فباعه قال لا بأس به وقال البسر والتمر من نخلة واحدة لا بأس به (الحديث) وخبر محمد بن سماعه عن ابن رباط عن الكنانى وهذا الخبر ضعيف عن المقاومة لما مر وليس ظاهرا فى البيع الذى هو محل المنع فيحمل على الصلح كما فى الإستبصار والمختلف ولعل نفى الربا فى الخبر من جهة عدم كونه من المكيل أو من جهة الموافقة لما عليه كأن يكون صلى الله عليه وآله وسلم عرف ذلك بالإلهام (فليتأمل) والحسنه مخالفة للإجماع لمكان الإطلاق الشامل لما إذا كان من النخلة وللتصريح به فى قوله التمر والبسر من نخلة واحدة وقد حملة فى الإستبصار على العريئة وفيه تأمل يأتى وجهه (و الجواب) «١» بأن الإطلاق مقيد وخروج البعض غير ضائر لا يجدى نفعا فى مقام التعارض والأصل مقطوع والعموم مخصوص بما مر فليتأمل (و تنقيح البحث أن يقال) إن ثمرة النخلة وهى عليها ربوية أم لا فإن كانت ربوية لم يجز بيعها بتمر من غيرها وأقصى ما هناك أنه يجوز بيعها من دون وزن لمكان العادة وحينئذ فلا يجوز بيع غيرها من الثمار الموزونة كذلك وإن قلنا إنها غير ربوية جاز بيعها بتمر من غيرها كالأرض فإنه يجوز إجارتها وبيعها بحب من

غيرها لا منها وكذلك الحال فى باقى الثمار الموزونة لكن قوله فى السرائر أنه الذى يقتضيه أصول مذهبنا يقتضى أنها ربوية (قوله) (و إلا الزرع بالحب و هى المحاقلة)

هذا معطوف على قوله و إلا بيع التمر بالتمر و المحاقلة كما ذكر جماعة مفاعلة من الحقل و هى الساحة التى تزرع قالوا سميت بذلك لتعلقها بزرع فى حقل و أطلق اسم الحقل على الزرع مجازا من باب إطلاق اسم المحل على الحال و المراد بالزرع هو الزرع مع ظهور الحب و انعقاده

(١) أى جواب المستدل للشيخ (حاشية منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨٦

و لو اختلف الجنس جاز كما لو باع زرع حنطة بدخن (١) و هل يسرى المنع إلى ثمر الشجر الأقرب ذلك لتطرق الربا على إشكال (٢) و الأصح عدم اشتراط كون الثمن من المثل

و قد عبر فى أكثر العبارات بالسنبيل و فى أحد خبرى عبد الرحمن التعبير بالسنبيل و فى الآخر التعبير بالزرع و قد أسمعناكهما و الزرع مع عدم الحب علف يجوز بيعه بكل شىء و فى المسالك يظهر من كلامهم الاتفاق على أن المراد بالزرع السنبيل و إن عبروا بالأعم و الكلام فى المحاقلة كالكلام فى المزابنة و الإجماعات المحكية هناك محكية هنا و الموافق هناك موافق هنا و المخالف كذلك ففى المبسوط أن بيع المزابنة و المحاقلة محرم بلا- خلاف و فى المختلف و المقتصر و إيضاح النافع الإجماع عليه و فى الشرائع و شرح الإرشاد للفخر و المسالك الإجماع على أنه لا يجوز بيع السنبيل بحب منه و فى المبسوط و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و الإرشاد و المختلف و التحرير و الإيضاح و شرح الإرشاد للفخر و الدروس و اللعة و المقتصر و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و الروضة أنه لا يجوز بيعه بحب من غيره أيضا و المخالف هناك خالف هنا (قوله) (و لو اختلف الجنس جاز كما لو باع زرع حنطة بدخن)

أى موضوع على الأرض و قد نقل على ذلك الإجماع فى التذكرة

(قوله) (و هل يسرى المنع إلى ثمره الشجر الأقرب ذلك لتطرق الربا على إشكال)

ادعى فى الروضة أن المشهور المنع و هو خيرة شرح الإرشاد لفخر الإسلام و الدروس و اللعة و المسالك و جامع المقاصد و قواه فى الميسية تعدياً للعلّة المنصوصة فى المنع من بيع الرطب بالتمر و هى نقصانه عند الجفاف إن بيعت يابس و تطرق احتمال الزيادة فى كل من العوضين الربويين لأن بيع أحد الربويين بالآخر مشروط بالعلم بمساواتهما قدرا و المساواة غير ظاهرة و هذا يجرى فى الحبوب (الزروع خ ل) أيضا و قد يستأنس لذلك الموثق الأمر بشراء الزرع بالورق و فى الغنية و الكفاية أن الأقرب عدم المنع و ليس فى الشرائع و التذكرة و الإيضاح و المفاتيح ترجيح لشىء من القولين و فى الروضة فى إلحاق اليابس كبيع العنب بالزبيب وجه و الرطب نظر «انتهى» و قد يناقش فى الاستناد إلى العلة المنصوصة على القول بها كما هو الصحيح بأنها أخص من المدعى لعدم شمولها لما لو بيع أثمار الأشجار (بيعت ثمرة الشجرة خ ل) بمجانستها مع التوافق فى الرطوبة و اليوسه و أنها مختصة بالعوضين المقدرين بأحد التقديرين فعلا و ما نحن فيه ليس من ذلك و احتمال التعدي إليه بعيد جدا إلا أن يقال إن العلة المنصوصة دلت على أنه ربوى إذا تقدر أحد العوضين بأحد التقديرين فيتعدى و يحكم بالبطلان حتى فى بيع الرطب على وجه الأرض بالرطب على النخل و التمر بالتمر كذلك لاحتمال الزيادة و النقصان لأن كان ربويا كما أشارت إليه العلة المنصوصة و إنما خرج بيعه على رءوس الشجر بالدراهم و بالرطب على رءوس الشجر (فليتأمل) و يقال على ما استندوا إليه ثانيا إن الأثمار على الأصول و الأشجار ليست مقدره بأحد التقديرين بل تباع مشاهدة شرعا و عادة و المعبر من المكيل و الموزون فى الربا ما قدر بهما فعلا لا تقديرا نصا و فتوى و لا ريب أن ما ذكره

أحوط لما أشرنا إليه و لعله فى بيع الرطب باليابس لا- يخلو من قوة (فليتأمل) لأنه إن كان ربويا جرى فى اليابس باليابس و الرطب بالرطب و إن لم يكن ربويا صح فى الجميع من دون تفاوت و فى جامع المقاصد أن الإشكال فى عبارة الكتاب فى العلة التى هى وجه القرب و لم يلزم من ورود

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨٧

و استثنى من الأول العرايا فإنه يجوز بيع العريه و هى النخلة التى تكون فى دار الإنسان أو بستانه بخرصها تمرالا منها (١)

الانفكاك فيها انتفاء القرب لإمكان ثبوت الحكم بعله أخرى فإن العلة المقتضية لمنع بيع الرطب و هو نقصانه عند الجفاف بالتمر قائمة هنا و الذى فى التذكرة هى الحكم فى غير النخل على ثبوت الربا فحينئذ يكون الإشكال منافيا لكون المنع أقرب (انتهى) و فى التذكرة إن جعلنا العلة فى المحاقلة و المزابنة الربا لم يجز بيع النخل بجنسه الموضوع على الأرض فلا يجوز بيع العنب فى أصله بزبيب و عنب موضوع على الأرض و كذا غيره من الفواكه و لا- بيع الدخن فى سنبله بحب دخن موضوع على الأرض عملا بتعميم الحكم عند تعميم علته و إن لم تجعل العلة ذلك جاز جميع ذلك

(قوله) (و استثنى من الأول العرايا فإنه يجوز بيع العريه و هى النخلة التى تكون فى دار الإنسان أو بستانه بخرصها تمرالا منها) العرايا جمع عريه و هى فعيلة بمعنى مفعولة و دخلت فيها الهاء لأنها أفردت فصارت فى عداد الأسماء كالنطيحة و الأكيلة قال ذلك فى الصحاح و قضيته أنها إذا جىء بها مع النخلة حذفت الهاء و يقال نخلة عرى كما يقال امرأة قتيل فهى من قولهم عروت الرجل أعروه إذا أتته أو من قولهم أنا عرو من هذا الأمر أى خلو و سميت بذلك لأنها استثنيت من جملة النخيل الذى نهى عنها و استثناء العريه مجمع عليه عند أهل العلم ما خلا- أبا حنيفة كما فى المسالك و حكى عليه الإجماع فى الخلاف و الغنية و كشف الرموز و المذهب البارع و لا فرق فى بيعها بين كونه للغنى و الفقير كما صرح به فى التذكرة و هو ظاهر إطلاق الفتاوى و ما قاله المصنف من أنها النخلة التى تكون فى دار الإنسان أو بستانه هو خيرة الخلاف و الغنية و السرائر و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و الدروس و المذهب البارع و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و الروضة و عليه ينطبق إجماع الخلاف و الغنية و كشف الرموز و المذهب البارع و المسالك و ظاهر النص و النافع أن العريه ما تكون فى الدار خاصة و هو المحكى عن الكامل و اقتصر فى الشرائع على الدار و نسب إلى أهل اللغة إطلاقها على البستان (شمولها للبستان خ ل) أيضا و استحسنته هو و وافقه على النسبة إلى أهل اللغة الشهيد فى الدروس و الفاضل المقداد و أبو العباس و المحقق الثانى و المقدس الخراسانى لكننا لم نجد ما ذكره مصرحا به فيما حضرنا من كتب اللغة كالتهايه و الصحاح و تكملته و القاموس و لا فيما نقله عن أهل اللغة فى السرائر نعم حكى ذلك فى الخلاف عن أبى عبيدة و الخبر المروى فى معانى الأخبار عنه صلى الله عليه و آله و سلم ظاهر فى العموم للبستان و غيره كالخان و نحوه لمكان الإطلاق و التعليل فيه و صورة الخبر الموجود فى معانى الأخبار ما هذا لفظه رخص النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى العرايا واحدها عريه و هى النخلة التى يعريها صاحبها رجلا محتاجا و الإعراف أن يجعل له ثمرة عامها يقول رخص لرب النخل أن يبتاع تلك النخلة من المعري بتمر لموضع حاجته انتهى ما وجدناه فى الكتاب المذكور (فليتأمل) و الضعف منجبر بالشهرة و قد عدى الحكم فى المذهب البارع إلى المعصرة و الخان و البزارة و الدباسة و من الخبر المذكور يظهر أيضا وجه التعدية إلى المستعير و المستأجر و مشتري الثمرة كما صرح به جماعة كالمصنف و أبى العباس فى المذهب و الشهيد الثانى فى المسالك و اقتصر فى الدروس و الروضة على ما عدا مشتري الثمرة و قال فى التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨٨

و لا يجوز ما زاد على الواحدة مع اتحاد المكان و يجوز مع تعدده (١)

ظاهر كلام الأصحاب يقتضى المنع من بيع العريه على غير مالك الدار و البستان أو مستأجرهما أو مشتري ثمرة البستان على إشكال (انتهى) و نحوه ما فى الكتاب و يأتى بيان الإشكال عند تعرض المصنف له و ليس فى رواية المسألة و عبارة النافع و نحوها من حيث التقييد بصاحب الدار منافاة للتعدية لصدق الإضافة بأدنى ملابس نعم يستفاد منه الاختصاص بالبيع من صاحب الدار دون غيره و لا كلام فيه وفاقا لظاهر الأصحاب و المراد بخرصها البيع بمقدارها فلا يجوز التفاضل عند العقد فلو اشتراها بزائد أو بناقص عند العقد لم يجز اتفاقا نصا و فتوى و لا يشترط مطابقتها ثمرتها جافة لثمنها فى الواقع بل يكفى المطابقتها لنا فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدح فى الصحة كما صرح بذلك جماعة و هو ظاهر إطلاق النص و فتاوى الباقيين و هو معنى المماثلة من طريق الخرص التى شرطت فى المبسوط و الوسيلة و غيرهما عند العقد و هو معنى قولهم أيضا لا تجب فى الخرص المماثلة بين ثمرتها عند الجفاف و ثمنها و فى المسالك أن هذا أى عدم وجوب المطابقتها بين ثمرتها جافة و ثمنها فى الواقع هو المشهور من معنى عدم وجوب المماثلة قال بل لا يجب جعل ثمرتها تمرا و لا اعتبارها بعد ذلك بوجه لأصالة عدم الاشتراط (قلت) و يأتى على قول من اعتبر المطابقتها المنع من التصرف فى ثمرة النخلة بالأكل و نحوه إلى استعمال المطابقتها و عدمها بالجفاف و لم أجد هذا القائل و قد يتوهم ذلك من عبارة المبسوط و قد عرفت الحال فيها و المماثلة من طريق الخرص هى ما تقدمت الإشارة إليه من المماثلة بين ثمرة النخلة عند صيرورتها تمرا و بين التمر الذى هو الثمن كما عليه الأكثر بل هو ظاهر الكل و فى المهذب البارع أنه المشهور بين الأصحاب (و فى كتبهم) و فى التذكرة أن المعتبر المماثلة بين ما عليها رطبا و بين التمر الذى هو الثمن فىكون من باب بيع الرطب بالتمر متساويا و قد منعه فىكون فى هذا المقام مستثنى من ذلك المنع و فى التحرير هل يجوز بخرصها رطبا (فيه نظر) و فى المهذب البارع أن العلامة فى غير التذكرة من كتبه وافق الأصحاب (قلت) أكثر عباراته لا تنافى ذلك فلتلحظ و الأظهر (الأشهر خ ل) كما فى إيضاح النافع اعتبار كون التمر الذى هو الثمن من غيرها لا- منها و هو ظاهر المبسوط و غيره و صريح الوسيلة و الشرائع و ما تأخر عنها و فى المهذب أنه إذا شرطه فى العقد لم يجز و إن أطلق جاز أن يدفع إليه من ثمرتها إن صبر عليه حتى يصير تمرا و إلا- فالعقد يجب أن يكون حالا (و احتمال) فى المختلف الجواز مطلقا لإطلاق النص و المولى الأردبيلى تأمل فى أصل المسألة و الاستثناء و الشرائع إلا ما ذكره هو و نحوه المولى الخراسانى فإن ظاهره التأمل فى أصل المسألة و قال فى الشرائع و قد اعتبر بعضهم شروطا لا أعلم دليلا على اعتبارها و نحوه ما فى المفاتيح و لم تذكر العريه فى المقنعة و النهاية و المراسم

(قوله) (و لا يجوز ما زاد على الواحدة مع اتحاد المكان و يجوز مع تعدده)

هذان الحكمان لا أجد فيهما مخالفا منا و بهما صرح فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و شرح الإرشاد للفخر و المهذب البارع و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و هو قضية كلام الباقيين حيث يقيدون النخلة بكونها واحدة و يطلقون الدار و البستان و هو مقتضى الأصل و المتبادر من النص و فى حكم تعدد المكان مع اتحاد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٨٩

و لا يشترط التقابض فى بيع العريه قبل التفرق بل الحلول (١) فلا يجوز إسلاف أحدهما فى الآخر

[فروع]

إشارة

(فروع)

[الأول لا يجب التماثل فى الخرص]

(الأول) لا يجب التماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف و ثمنها و لا يجوز التفاضل عند العقد

### [الثاني لا تثبت العريه في غير النخل]

(الثاني) لا تثبت العريه في غير النخل إن منعنا بيع ثمر الشجر بالمماثل (٢)

### [الثالث يجوز بيع العريه]

(الثالث) يجوز بيع العريه و إن زادت على خمس أوسق (٣)

### [الرابع إنما يجوز بيعها على مالك الدار]

(الرابع) إنما يجوز بيعها على مالك الدار أو البستان أو مستأجرهما أو مشتري ثمرة البستان على إشكال (٤)

المالك أو تعدده تعدد المالك مع اتحاد المالك فليلاحظ ذلك

(قوله قدس سره) (و لا يشترط التقابض في بيع العريه قبل التفرق بل الحلول)

خلافا للمبسوط و الوسيله حيث اشترطا فيهما التقابض قبل التفرق بالبدن و وفاقا للسرائر و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و التلخيص و المختلف و شرح الإرشاد للفخر و التنقيح و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و هو الظاهر من كشف الرموز أو صريحه و ظاهر التذكرة الإجماع عليه و لا ترجيح في التحرير و المهذب البارع و لم يتعرض في الكتب الباقية لهذا الشرط بنفي و لا إثبات و الظاهر منها نفيه و أما الحلول فقد اشترطه جمهور الأصحاب بل لا خلاف فيه و هو لازم للشيخ و الطوسي

(قوله) (لا تثبت العريه في غير النخل إن منعنا بيع ثمر الشجر بالمماثل)

عدم ثبوت العريه في غير النخل مجمع عليه كما حكاه في الخلاف و المسالك و المفاتيح سواء قلنا فيه بالمزانه أم لا فعلى الأول تكون حراما و على الثاني يجوز من دون شرط و قيد و قال في جامع المقاصد يمكن أن يفهم من العبارة أنا إن لم نمنع ثبوت العريه أيضا لكنها لا تثبت على هذا التقدير لأنه إذا جاز مطلقا لم يكن الجواز مخصوصا بالعريه و لعله أراد الجواز في الجملة و لا يتعين إلا على القول بالمنع لا على القول بالجواز

(قوله) (يجوز بيع العريه و إن زادت على خمس أوسق)

إجماعا معلوما و منقولا في ظاهر الخلاف أو صريحه و قال الشافعي يجوز فيما دون خمس أوسق قولاً واحداً و في خمس أوسق على قول و فيما زاد على خمس أوسق لا يجوز

(قوله) (إنما يجوز بيعها على مالك الدار أو البستان أو مستأجرهما أو مشتري ثمرة البستان على إشكال)

قال في الإيضاح وجه الإشكال النظر إلى السبب و هو التضرر بتطرق الغير في ملكه و العموم و في جامع المقاصد الذي يظهر من كلام الشارحين أن الإشكال في مشتري الثمرة و التحقيق أن نقول إن القول في شرح العريه غير منضبط لأن كلام أهل اللغة مختلف فينبغي أن يقال ما ثبت القول بجوازه عند الأصحاب يجوز فيه اعتضادا بعمومات صحه البيع و نظرا إلى مشاركة العله و لصدق إضافة الدار و البستان إلى المالك و المستأجر و مشتري الثمرة و في الدروس ذهب إلى إلحاق المستعير بالمالك و للنظر في هذا البحث مجال فإن الإضافة فيما ذكر إنما هي على وجه المجاز إلا أن يقال المشقة معتبرة في مفهوم العريه حيث قال الشيخ العرايا جمع عريه و هي النخلة لرجل في بستان غيره يشق عليه الدخول إليها فيكون مناط الحكم فيها المشقة على الغير في الدخول إلى بستانه إما لمكان أهله أو لغير ذلك فحينئذ يجوز البيع لدفع هذه المشقة فعلى هذا حيث ثبت هذه المشقة في النخلة الواحدة على الغير تثبت الرخصة (قلت) ظاهر

المبسوط والخلاف والغنية والتذكرة والمختلف والمهذب البارع والتنقيح أن المشقة معتبرة في مفهومها وأنها مناط الحكم بل في كشف الرموز أن ذلك صريح بعض تلك كما يأتي وبذلك صرح في التحرير والمسالك وغيرهما وظاهر الغنية بل صريحها الإجماع على ذلك و ظاهر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩٠

### [الخامس لو قال بعتك هذه الصبره من الغلة أو الثمرة بهذه الصبره سواء بسواء]

(الخامس) لو قال بعتك هذه الصبره من الغلة أو الثمرة بهذه الصبره سواء بسواء فإن عرفا المقدار صح وإلا بطلا وإن تساويا عند الاعتبار سواء اتحد الجنسان أو اختلفا (١)

### [السادس يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة]

(السادس) يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة بشيء معلوم منها لا على سبيل البيع (٢)

كشف الرموز إنكار ذلك حيث قال و شرط الشيخ أن يشق على البائع الدخول و شرط التقابض و تابعه المتأخر و صاحب الوسيلة و ليس في الرواية ذلك و ساق رواية السكوني (قلت) لم أجد صاحب الوسيلة تعرض فيها للمشقة كما أن صاحب السرائر لم يشترط التقابض و قد بينا آنفا أنه ليس في الرواية منافاة لذلك و أن في خبر المعاني إشارة إلى ذلك (و تنقيح المبحث أن يقال) إن كانت المشقة مأخوذة في مفهوم العريه و أنها علة الحكم و مناطه و أن الحكم معها حيث دارت فإذا انتفت انتفى الحكم و إن جمعت كل الشرائط و إن كانت المشقة حكمة اطردت و إن كان الحكم تعديدا اقتصر على محل الوفاق فليتأمل  
(قوله) (لو قال بعتك هذه الصبره من الغلة أو الثمرة بهذه الصبره سواء بسواء فإن عرفا المقدار صح وإلا بطلا و إن تساويا عند الاعتبار سواء اتحد الجنسان أو اختلفا)

وفقا للشرائع و الدروس و الميسية و المسالك و خلافا لأبي على ما حكى عنه و الشيخ في المبسوط فإنه قال فيه إذا باع صبره من طعام بصبره فإن كانا من جنس واحد نظرا فإن كانا أكیالا و عرفا تساويهما في المقدار جاز البيع و إن جهلا مقدارهما و لم يشترط التساوى لم يجرى فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض جزافا و إن قال بعتك هذه الصبره بهذه الصبره كيلا بكيل سواء بسواء فقال اشترت فإنهما يكالان فإن خرجتا سواء جاز البيع و إن كانت إحداهما أكثر من الأخرى فإن البيع باطل لأنه ربا و أما إذا كانتا من جنسين مختلفين فإن لم يشترط كيلا- بكيل سواء بسواء فإن البيع صحيح لأن التفاضل جائز في الجنسين فإن اشترط أن تكونا كيلا بكيل سواء فإن خرجتا متساويتين في الكيل جاز البيع و إن خرجتا متفاضلتين فإن تبرع صاحب الصبره الزائدة بالزيادة جاز البيع و إن امتنع من ذلك و رضى صاحب الصبره الناقصة بأن يأخذ بقدرها من الصبره الزائدة جاز البيع و إن تمانعا فسخ البيع بينهما لا لأجل الربا لكن لأن كل واحد منهما باع جميع صبرته بجميع صبره صاحبه و على أنهما سواء في المقدار فإذا تفاضلا و تمانعا وجب فسخ البيع بينهما «انتهى» فقد جعل البيع مراعى بالتطابق مع تساوى الجنس و عدم الممانعة مع اختلافه و هو من باب الاكتفاء بالمشاهدة و المحكى عن أبي على الاكتفاء بها من دون شرط و معنى سواء بسواء مثلا- بمثل و قدرا بقدر على ضرب من التجوز فإن السواء لا يصدق إلا بين شيئين و الشيخ لما ذكر هذه المسألة في الباب تبعوه على ذلك و إلا فمحلها شرائط البيع و لا خصوصية لها بهذا المقام (قوله) (يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة بشيء معلوم منها لا على سبيل البيع)

الحكم في هذه المسألة مما لا خلاف فيه إلا من العجلى فنفاه أصلا كما ستسمع و قد دلت عليه الأخبار المتظافرة (منها) خبر يعقوب بن شعيب الذي رواه المشايخ الثلاثة على اختلافهم في الطريق إلى يعقوب بن شعيب و فيه الصحيح و غيره عن أبي عبد الله عليه



السلام قال سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا مسمى و تعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص و إما أن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩١

.....

أخذه أنا بذلك و أردته عليك قال لا بأس بذلك (و منها) حسنة الحلبي أو صحيحته و صحيحه الكنانى و صحيحه يعقوب بن شعيب أيضا الواردات فى خرص عبد الله بن رواحة على أهل خيبر فالحكم مما لا ريب فيه كما أشار إليه جماعة حيث سلموه و تأملوا فى فروعه و ربما قالوا لا دليل عليها (فالكلام يقع فى مقامات (الأول) أن هذا التقييل هل هو معاملة برأسها غير الصلح و البيع أو أحدهما و يكون مستثنى من القاعدة ظاهر الأصحاب الأول كما فى المسالك و هو كما قال بل هو صريح جماعة و فى الروضة نسبه إلى ظاهر الشهيد و جماعة و فى التحرير و الدروس و جامع المقاصد أنه نوع من الصلح و فى المختلف و مزارعة الإيضاح أنه نوع تقييل و صلح و فى تعليق الإرشاد جعله من الصلح مشكل (و فى المسالك) أنه لا دليل عليه و فى باب المزارعة من جامع المقاصد لم يرجح أحد الأمرين و تردد فى التذكرة فى جواز العقد بلفظ البيع و فى السرائر الذى ينبغى تحصيله أنه لا يخلو إما أن يكون قد باعه حصته من الغلة و الثمرة بمقدار فى ذمته من الغلة و الثمرة أو باعه الحصه بغلة من هذه الأرض فعلى الوجهين معا البيع باطل لأنه داخل فى المزابنة و المحاقلة و كلاهما باطلان و إن كان صلحا لا يباع فإن كان ذلك بغلة أو ثمرة فى ذمة الأكار الذى هو الزارع فإنه لازم له سواء هلكت الغلة بالآفات السماوية أو الأرضية و إن كان ذلك الصلح بغلة من تلك الأرض فهو صلح باطل لدخوله فى باب الغرر لأنه غير مضمون فإن كان ذلك فالغلة بينهما سواء زاد الخرص أو نقص فليلحظ ذلك فهو الذى تقتضيه أصول مذهبنا و تشهد به الأدلة (انتهى) (و أجب) بأنه صلح صحيح و الغرر محتمل للنص فإذا تلف منه شيء يلزم تلف بعض العوض المشروط فإذا لم يتحقق ضمانه لم يجب العوض قال (فإن قيل) إذا كان صلحا امتنع كونه بغير عوض (قلنا) هو صلح صحيح و العوض مأخوذ من المعوض و مقتضى كلام الدروس و كلامهم جميعا فى المزارعة أن ثبوته مراعى بالسلامة و عدمها فإن هلكت فلا صلح و إن سلمت ثبت و جب العوض و قد تأمل فيه فى جامع المقاصد من وجهين (الأول) أنه لو هلك بعضها يجب القول بعدم بقاء الصلح فى الجميع و فيه أن سلامة الجميع شرط للصلح فى الجميع و سلامة الأبعاض شرط للصلح فيها (الثانى) أنه لو قبلها بعوض غير مشروط منها فقد صرح فى الدروس بالجواز و لا معنى لاشتراط فراره بالسلامة حينئذ لأن المعوض إذا قبض بعوض و جب أن يكون مضمونا فإذا تلف و جب أن يبقى عوضه فى الذمة فيمتنع اجتماع المعاوضة و القول بالسقوط بالتلف و إنما يتجه إذا كان العوض من المعوض لأنه إذا رضى به المتقبل و تلف بغير تفريط احتاج بدله فى الذمة إلى دليل و لا منافاة بين كونه إذا تلف فى باقى المعاوضات يجب بدله و كونه إذا تلف هنا لا بدل له فإن المقتضى للوجوب هناك ثابت بخلافه هنا (انتهى) و أجب أيضا عن إيراد ابن إدريس بأنه معاملة خاصة ورد بها النص (المقام الثانى) أن ظاهر النصوص أن هذه المعاملة تتأدى بأى لفظ اتفقا عليه و بأية عبارة كانت و ظاهر الأصحاب كما فى الميسية أنه يشترط فى صيغتها الوقوع بلفظ التقييل «١» و فى مزارعة جامع المقاصد لا بد من إيجاب و قبول بلفظ التقييل أو الصلح لكنه فى باب البيع قال لا بد من ذلك و أنه صلح فى المعنى (و فى المسالك) لا دليل على إيقاعه بلفظ التقييل أو اختصاصه به (قلت) ظاهر النصوص أنها عقد مع الاتفاق عليه ظاهرا كما أن ظاهرهم الاتفاق على أنها ليست بيعا و أنها معاملة برأسها كما

(١) و أما أخبار المسألة فشانها كشأن أخبار سائر العقود حيث لم يتضمن أكثرها التعرض للصيغ (حاشية)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩٢

.....

سمعت و من قال إنها صلح أو تقبيل و صلح فإنه على قلته يجوز به بلفظ التقبيل أو يعينه كما هو صريح جامع المقاصد و غيرها «١» و ظاهر الجماعة و الأصل بقاء الملك و عدم النقل فالمقطوع به هو ما كان بلفظ القبالة فاتجه القول بالاختصاص (المقام الثالث) أن ما عبر فيه بالجواز من كتب الأصحاب كالكتاب و النهاية و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعنة و المفاتيح و الكفاية ربما لاح منه عدم لزوم هذه المعاملة و ليس كذلك لأن الغرض بيان رفع الحظر فلا دلالة فيها على اللزوم و لا على عدمه نعم كلامهم في مطاوى المباحث مضطرب في المقام ففي التذكرة تردد في لزوم العقد و عبارة الكتاب هنا هي التي سمعتها لا دلالة فيها على اللزوم نفيًا و لا إثباتًا و يأتي له في باب المزارعة إشكال في أن الزائد إباحة و أن الناقص بآفة سماوية غير مضمون و ذلك ينافي كونها لازمة و في التنقيح و إيضاح النافع و الميسية التصريح بأنها غير لازمة و الشهيد الثاني تارة قال باللزوم و أخرى بعدمه و أولويته و في الوسيلة التصريح باللزوم و هو الأصح لما تقدم من أنه عقد و الأصل فيه اللزوم للعمومات الآمرة بالوفاء به من الكتاب و السنة (المقام الرابع) أن جماعة قالوا إن قراره مشروط بالسلامة من الآفة السماوية كالشيخ في النهاية و الطوسي في الوسيلة و المصنف في الإرشاد و مزارعة الكتاب و الشهيد في الدروس و مزارعة اللعنة و ظاهر المحقق الثاني في مزارعة جامع المقاصد الإجماع عليه حيث نسبه إلى الأصحاب و لا- تخرج باشتراط السلامة عن نهج المعاوضات فإن المبيع في زمن الخيار من ضمان البائع إذا كان الخيار للمشتري و إن تلف في يده و ضمانها لا يزيد على ذلك و تردد في التذكرة في هذا الشرط و استشكل فيه في تعليق الإرشاد و قال الشهيد الثاني دليله غير واضح قال المشترون لو حصلت الآفة فتلف فسدت المعاملة و لو نقص بها فله أن لا يعطى حصة الشريك مما حصل بمعنى أنه يسقط منه بالنسبة و إن زاد فالزيادة له (و قد قيل) في توجيهه بأن المتقبل لما رضى بحصة معينة في العين صار بمنزلة الشريك (و فيه) أن كون العوض منها غير لازم و إن جاز فالرضا إنما وقع بالقدر لا به مشتركًا إلا أن ينزل على الإشاعة و في الروضة عدم اشتراط السلامة في الصحة إن لم يشترط كون الثمن من نفس الثمرة أو اشتراط و لم ينزل على الإشاعة و يمكن أن يكون المراد بقوله في الرواية زاد أو نقص ما كان من التخمين لا- أنه جاء آفة أم لا- (و يمكن) أن يكون الشرط في كلام من أطلق عدم الآفة بحيث تذهبه بالكلية (و التحقيق) أنه عقد برأسه لازم من جهتهما لا ينثلم من جهة نقص أو زيادة من جهة الخرص و من تأمل وجد في أيدي الناس منه كثيرًا يقول أحد الشريكين حصتي لا تبلغ قفيزًا مثلًا فيقول له شريكه هو على بقفيز و نصف مثلًا و ليس الغرض إلا أنى ضامن نقصها من جهة خرصها لا من جهة آفة سماوية فإن أوقع ذلك بعقد لزم و إلا كان معاطة و إليه أشير في الخبر بقوله به قامت الدنيا و الحاصل أن الأمر في المسألة واضح بلا تأمل و في مرسله محمد بن عيسى عن بعض أصحابه قال قلت لأبي الحسن عليه السلام إن لنا أكرة نزارعهم فيقولون قد حزرنا هذا الزرع بكذا و كذا فأعطونا و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصة على هذا الحرز قال و قد بلغ قلت نعم قال لا بأس بهذا قلت فإنه يجيء بعد ذلك فيقول إن الحرز لم يجيء كما حذرت قد نقص قال فإذا زاد يرد عليكم قلت لا- قال فلکم أن تأخذوه بتمام الحرز كما أنه إذا زاد كان له كذلك إذا نقص كان عليه فكان دليل الحكم الأول الإجماع على الظاهر من جامع المقاصد كما عرفت و دليل الحكم الثاني و هو أنه إذا كان النقص لا بآفة سماوية بل بخلل في الخرص

(١) الظاهر (و غيره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩٣

و أن يبيع الثمرة مشتريها بزيادة و نقصان قبل القبض و بعده (١)

لم ينقص شيء للأصل و المرسله الصريحة في ذلك و ظاهر النصوص الأخر كما لم ينقص شيء بتفريط المتقبل و كذا لو أتلفه متلف ضامن لم تتغير المعاملة و طالب المتقبل المتلف بالعوض (ثم) إن مقتضى قوله في الرواية إما أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا

مسمى أنه يتقبل عن ثمرة المجموع فظاهره أنها تخرص و يتقبلها بخرصها فيكون للشريك نصف و عبارة الكتاب و غيرها خالية عن ذلك و رواية نخيل خبير داله على ذلك و أيضا عبارة الكتاب و غيرها فيها أن القبالة من الثمرة المتقبلة و فى جامع المقاصد أن فيه إشكالا لأن اشتراط كون العوض من المعوض ينافى صحة المعاوضة عند الجميع و ليس فى النصوص ما يدل على الجواز هنا انتهى (فليتأمل) إذ المرسله ظاهره جدا فى أن القبالة من الثمرة كما أنها صريحه فى اشتراط بلوغ الثمرة أو الزرع و لا يشترط أن يكون من الثمرة بل نقول يجوز منها و من غيرها و لا فرق فى ذلك بين النخل و الزرع و الشجر كما أنه لا فرق بين الشريكين و الأكثر كما أنه لا فرق فى الخارص بين أن يكون أحدهما أو هما أو غيرهما و لا ريب أنه لا يجب القبول على الشريك و قد سمعت ما حكيناه عن المصنف فى مزارعة الكتاب من استشكله فى أن الزائد إباحه أم لا و قد اضطرب الشارحون فى بيانه فبناه بعضهم على أن الربا يشمل المعاوضات فيشكل الحل (و فيه) أنه كذلك مع النقص و بعض على أنه رضى بالقدر المخروص فيكون إباحه و من أن الجميع حق له فلا ينتقل إلا بناقل و إنما رضى بذلك القدر بناء على مطابقه الخرص إلى غير ذلك مما ذكره و الحق كما قاله المحقق الثانى أنه لا محصل له بعد ورود النصوص الصحيحة الصريحه بصحة هذه القبالة من غير تفاوت بين المطابقه فى الخرص و عدمها و من دون التفات إلى الزيادة و النقصان للضرورة و عموم البلوى و أكثر العبارات يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه بزيادة الباء فى مفعول يتقبل الذى هو الحصة فإنه متعدد بنص أهل اللغة و جملة من العبارات كعبارة التحرير و مجمع البرهان و الكفاية سقط منها الباء المذكورة و هو الصحيح و ليعلم أن هذه المسألة لم تحرر فى غير هذا الكتاب و قد استوفينا الكلام فيها فى المزارعة و بلغنا فيها أبعاد الغايات

(قوله) (و أن يبيع الثمرة مشتريها بزيادة و نقصان قبل القبض و بعده)

بجنس الثمن و غيره من دون كراهية و هذه المسألة محل وفاق كما فى المسالك و إليها أشير فى المقنعة و النهاية و صرح بها بقيودها فى أكثر كتب الأصحاب و هى منصوصة فى صحيحى محمد الحلبي و محمد بن مسلم و فيهما التصريح بجواز بيعها قبل قبضها و فيه تنبيه على أن الثمرة ليست مكيلة و لا موزونة فلا يحرم بيعها قبل القبض لو قلنا بتحريمه قبله فيما يعتبر بأحدهما و المفهوم فى صحيحه الحلبي متروك و فى النافع أن يبيعها جائز على كراهية و لم نجد له موافقا مع أن فى الصحيح نفى البأس و لعله لإطلاق بعض الأخبار و النصوص بالمنع لكنه هو لم يجعلها سببا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩٤

و لو اشترى لقطه من الخضراوات فامتزجت بالمتجددة من غير تمييز فالأقرب مع مماكحة البائع ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ و الشركة و لا خيار لو وهبه البائع على إشكال (١)

### [السابع يشترط فى الثمن الذى يشتري العرية به العلم بالكيل أو الوزن]

(السابع) يشترط فى الثمن الذى يشتري العرية به العلم بالكيل أو الوزن و لا تكفى المشاهدة

للكراهية مطلقا بل خصها بما قدر بأحد التقديرين

(قوله) (و لو اشترى لقطه من الخضراوات فامتزجت بالمتجددة من غير تمييز فالأقرب مع مماكحة البائع ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ و الشركة و لا خيار لو وهبه البائع على إشكال)

الخضراوات بفتح الخاء كما نص عليه ابن إدريس و فى جامع المقاصد أن الصواب مماكحة فإن المماكحة لا أصل لها فى اللغة و هو كما قال قال لكن قلم المصنف سبق إلى غير المراد و معنى محك و ماحك لج و المراد بها هنا المناقشة فى المتجدد و قد قرب المصنف ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ و الشركة عند المماكحة من دون فرق بين أن يكون تجدد ذلك قبل القبض أو بعده و لا

بين أن يكون ذلك التجدد و الاختلاط بتفريط المشتري في تأخيرها قطعها في أوانه و عدم تفريطه مع تفريط البائع بأن كان التأخير بسببه و عدمه و وجه القرب التعيب بالشركة و تعذر تسليم المبيع منفردا و هذا إنما يتم فيما إذا كان الاختلاط قبل القبض و لا تفريط من المشتري لحصول النقص مضمونا على البائع كما تضمن الجملة كذلك و لا فرق في ذلك بين مباحكة البائع و عدمها كما إذا لم يطلب و لم يهب و أما إذا كان بعد القبض فلا خيار له لاستقرار البيع و براءة البائع من دركه بل قد يقال بأن للبائع الفسخ حينئذ لعيب الشركة إذا لم يكن تأخير القطع بسببه (فليتأمل) و كذا إذا كان الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري لأن العيب جاء من جهته فلا يكون مضمونا على البائع (فليتأمل) في ذلك و في التذكرة و المختلف و الدروس و جامع المقاصد أن الاختلاط إن كان قبل القبض تخير المشتري و إن كان بعده فلا- خيار و قد اختلفت عباراتهم في تأدية ذلك فقد عبر بعضهم عن تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بفسخ الحاكم البيع كما في المبسوط و المختلف و بانفساخ العقد كما ستسمع عن الوسيلة (و ليعلم) أن المصنف فيما يأتي في الكتاب و التحرير و التذكرة قال لو كانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع فلو تجدد أخرى فهي للمشتري فإن لم يتميزا فهما شريكان فإن لم يعلما قدر ما لكل منهما اصطلاحا و لا فسخ و معناه أنه ليس له الخيار و هذا يخالف ما هنا و ما سيأتي عن المبسوط في المقام و ما ذهب إليه فيه في ذلك المقام أيضا إلا- أن يفرق بين المقامين لكن كلام المصنف في المختلف في ذلك المقام و هذا المقام لم يختلف و المسألتان من سنخ واحد (و تمام الكلام) في المقصد السادس قالوا و حيث يثبت الخيار للمشتري بوجه لا يسقط ببذل البائع له الجميع أو ما شاء لأصالة بقاء الخيار و إن انتفت العلة الموجبة له كما لو بذل للمغبون التفاوت و لأن في قبول ذلك منه (و في المبسوط) أنه إن بذل البائع أجبر المشتري على قبوله لأنه زاده زيادة و إن امتنع فسخ الحاكم البيع و هو المنقول عن القاضي و في الوسيلة نحو ما في المبسوط قال و إن اختلط و لم يتميز و لم يسلم البائع جميعه فسخ العقد بينهما (انتهى) و المصنف هنا تردد و فيما إذا هب و في التذكرة استوجه عدم السقوط و في جامع المقاصد أن الهبة لا تتحقق بمجرد هبة البائع من دون القبول و العيب لا يزول إلا بانتقال الملك بالقبول و القبض فبدونها تبقى الشركة المعدودة من العيوب فيبقى الخيار بحاله و لا ريب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩٥

### [الثامن لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور]

(الثامن) لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور كالجزر و الثوم إلا بعد قلعه و مشاهدته (١) و لو اشترى الزرع قصيلا مع أصوله فقطعه فبنت فهو له أما لو لم يشترط الأصل فهو للبائع و لو سقط من الحب المحصود فبنت في القابل فهو لصاحب البذر لا الأرض (٢)

### [الفصل الثالث في الصرف]

#### إشارة

(الفصل الثالث في الصرف) و هو بيع الأثمان بمثلها و شرطه التقابض في المجلس و إن كانا موصوفين غير معينين (٣)

أن القبول للهبة غير واجب عليه ليسقط خياره و حيث يلزم البيع بذاته أو يختار المشتري الإمضاء و الشركة فطريق التخلص الصلح إذا لم يعلما القدر كما لو امتزج طعام زيد بطعام عمرو و أما إذا علما القدر دون العين كما في أربع نخلات قد أبر منها اثنتان و ثمرتها جميعا متساوية أخذ كل منهما من الثمرة بقدر الذي له من الجملة و تمام الكلام في الفرع السابع من المقصد السادس كما ستسمعه بلطف الله سبحانه و بركة خير خلقه صلوات الله عليهم

(قوله) (لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور كالجزر و الثوم إلا بعد قلعه و مشاهدته)

كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و نسبه في الدروس إلى جماعة و حكي فيه عن أبي علي جوازه و ذهب هو إليه تحكيما للعرف و قال و أولى بالجواز الصلح و اعترضه في جامع المقاصد بأن تحكيم العرف غير ظاهر فإن ذلك مجهول إذ المقصود منه غير مرئي و لا- موصوف فلا- يجوز بيعا بل صلحا و في التحرير لو كان الظاهر مقصودا فالوجه جوازه منفردا أو مع أصوله و كذا لو كان معظم المقصود منه مستورا على إشكال

(قوله) (و لو اشترى الزرع قصيلا مع أصوله فقطعه فنبت فهو له أما لو لم يشترط الأصل فهو للبائع و لو سقط من الحب المحصود فنبت في القابل فهو لصاحب البذر لا الأرض)

هذه الأحكام ظاهرة و بها صرح في الدروس و التذكرة و لا فرق في كون ما نبت لصاحب البذر بين أن يكون قد رباها صاحب الأرض و سقاها أم لا نعم لصاحب الأرض أجرتها لأنه شغلها بماله إذا طالبه بتفريغها و لو لم يطالبه فلصاحبه المطالبة بذلك لدفع لزوم الأجرة و يأتي مثل هذا في العارية و المزارعة و لا يستحق أجرة السقي و الحفاظ و المراعة لأنه متبرع بذلك إلا أن يأمره صاحب الزرع فتكون له أجرة المثل و قد وقعت مثل هذه العبارة للمصنف في باب المزارعة فاستشكلوا فيها و حملت على فساد المزارعة و ليس بوجيه بل المراد بالبذر هناك الحب فلا إشكال فيها

الفصل الثالث في الصرف (قوله) (و هو بيع الأثمان بمثلها و شرطه التقابض في المجلس و إن كانا موصوفين غير معينين)

سمى بالأثمان لوقوعهما عوضا عن الأشياء و اقترانهما بباء العوض غالبا و قد حكي الشهيد في حواشيه عن القطب الراوندي عن شيخه العلامة أنهما ثمن مطلقا و إن اقترنت الباء بغيرهما حتى لو باعه دينارا بحيوان ثبت الخيار للبائع مدعيا على ذلك الاتفاق «انتهى فليتأمل» و لا فرق في بيع الأثمان بين أن يكونا مسكوكين أم لا تبعا لإطلاق النص و الفتوى و المراد بالمجلس ما هو أعم من مجلس العقد كما يأتي و اشتراط هذا الشرط أعني التقابض قبل التفرق هو المشهور كما في الكفاية و في المسالك و المفاتيح أن الأصحاب كلهم على خلاف ابن بابويه فربما كان الشرط إجماعيا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩٦

.....

و نحو ذلك ما في الميسية و قد قصر جماعة الخلاف على الصدوق و في التحرير هو شرط بلا خلاف و في الغنية الإجماع عليه بل ظاهره إجماع المسلمين حيث نفى الخلاف منا و منهم و في السرائر أنه لا خلاف في هذا الشرط و في البطلان بدون و في كشف الرموز الإجماع على البطلان كذلك و أن المخالف الصدوق و في التنقيح روايات البطلان كثيرة و عليها انعقد عمل الأصحاب و في إيضاح النافع خلاف ابن بابويه متروك و رواياته ضعيفة و في الدروس رواياته متروكة و في الشرائع و النافع أن الأشهر البطلان و في الرياض أن عليه عامة من تقدم و من تأخر عدا من شد و ندر و الأخبار في ذلك متضافرة و فيها الصحيحة و المعتمدة و بذلك في المقنعة و النهاية و المبسوط و الوسيلة و ما تأخر عنها ما عدا مجمع البرهان و الكفاية فإن فيهما أن عدم الاشتراط ليس بذلك البعيد كما قاله الصدوق (و نقل) هذا القول الشهيد في حواشيه عن صاحب البشري و نقل قولاً بالتفصيل و هو إن كان ذهباً بذهب اشترط و كذا الفضة بالفضة و إن كان أحدهما بالآخر لا يشترط و مستند الصدوق و من وافقه الأخبار المستفيضة و هي على ضعف بعضها و قصور سند البعض الآخر ضعيفة عن التكافؤ من وجوه شتى إذ الأصل فيها جميعها عمار و محمد بن عمرو و فيها خبر واحد عن زرارة في طريقه على ابن حديد ففي الموثق عن الرجل يحل له أن يسلف دنانير كذا بكذا درهما إلى أجل قال نعم لا بأس به فطرحها أو تأويلها بما ذكره الشيخ في التهذيبي و غيره متعين و إن خالفت التقيية على ما ذكره بعض لعدم مساواة هذا المرجح إن تم إذ قد سمعت ما في ظاهر الغنية للمرجحات في تلك و قد ناقش المولى الأردبيلي رحمه الله في أخبار المشهور فقال بعد إيرادها إن في دلالة الكل تأملا إذ ليست الأخبار صريحة في الاشتراط بل و لا في الإثم و لأن يدا بيد كأنه كناية عن النقد لا النسبة فلا يدل على

اشترط القبض و لفظ ما أحب فى بعض الأخبار يشعر بالاستحباب و أصل الصحة و عموم الأدلة تقتضى عدم البطلان بالمفارقة مع الأخبار الكثيرة الصريحة فى جواز النسيئة فى بيع الذهب و الفضة بعضا ببعض (انتهى) (و أنت خير) بأن مضمرة الجلى الصحيح إليه صريح بالاشتراط قال سألته عن الرجل يشتري من الرجل الدراهم فيزنها و ينقدها و يحسب ثمنها كم هو ديناراً ثم يقول أرسل غلامك حتى أعطيه الدنانير فقال ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير فقلت إنما هم فى دار واحدة و أمكنتهم قريبة بعضها من بعض و هذا يشق عليهم فقال إذا فرغ من وزنها و انتقادها فليأمر الغلام الذى يرسله أن يكون هو الذى يبايعه و يدفع إليه الورق و يقبض الدنانير حيث يدفع إليه الورق فالخبر صريح الدلالة فى المنع من التأخير بعد نقد الدراهم و وزنها و المفروض أنهم فى دار واحدة فلم يرض عليه السلام إلا- أن يرسل الغلام و يجعله و كيلا فى البيع و التقابض فى المكان الذى تدفع إليه الورق و أما لفظ لا أحب فقد استعمل فى الأخبار بمعنى الكراهة و بمعنى التحريم و الفساد و المراد هنا أحد الأخيرين بقريته صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال إذا اشتريت ذهباً بفضة و فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه و إن نزى حائطاً فانه معه و قريته قوله أيضاً عليه السلام فى آخر خبر (صحيح خ ل) الحلبي ما أحب أن أترك شيئاً حتى آخذه جميعه فلا تفعله فقد أمر عليه السلام فيهما بالتقابض و نهى عن التفرق قبله فكان ذلك قريته على إرادة التحريم أو الفساد من قوله عليه السلام لا- أحب فإن قيل قضية هذا الأمر و النهى و جوب التقابض شرعاً و لم يقل به إلا- ابن إدريس و المصنف فى التذكرة و الشيخ فى المبسوط فيما حكى و الشهيد فى ظاهر الدروس مع احتمال كلام الدروس الوجوب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩٧

و التساوى قدراً مع اتفاق الجنس (١) فلو افترقا قبله بطل (٢) و لا يتحقق الافتراق مع مفارقة المجلس مصطحين

الشرطى لا الشرعى و مع ذلك فغاية الوجوب الإثم بالمخالفة لا بطلان المعاملة (قلنا) حمل الأمر و النهى على حقيقتهما بعيد لمكان تبادر الإرشاد من الأخبار المذكورة مع فهم الأصحاب و لعله لهذا لم يتعرض معظم الأصحاب إلى الوجوب الشرعى بل ظاهرهم الوجوب الشرطى لأن المفارقة تقتضى المفاضة فلا حرمة فى المفارقة قبلها كما فى المختلف و لو فهمنا من الأخبار التحريم كما فى المسالك لم يتم فهم الإرشاد منها و ما هو إلا بيع فاسد و الإرشاد معناه فى المقام بمعونه فهم الأصحاب و عملهم و إجماعاتهم بطلان المعاملة مع عدم التقابض قبل المفارقة على أن الأصحاب على قولين إذ كل من أوجب التقابض و منع من دونه قال بالفساد مع عدمه و كل من قال بالصحة لم يوجب التقابض لا شرعاً و لا شرطاً هذا و الظاهر اختصاص هذا الشرط بالبيع دون ما عداه من المعاوزات كما هو قضية الأصل و العمومات و اختصاص المثبت للشرط من النص و الإجماع بالبيع خاصة فليلحظ و فى حواشى الشهيد لو كان صلحاً أو معاطاة لم يشترط القبض فى المجلس و فى جامع المقاصد عند شرح قوله و إن كانا موصوفين غير معينين قال لا يظهر وجه كون هذا الفرد الأخرى ليعطفه بأن الوصلية و لا فرق بين امتداد طول «١» الصحة و عدمه كما صرح به جماعة نعم يشترط الحلول فلا يصح التأجيل و لو ساعة

(قوله) (و التساوى قدراً مع اتفاق الجنس)

هذا شرط ثان و لعل دليلاً الإجماع و الأخبار كما فى مجمع البرهان و فى الغنية أنه لا خلاف فيه إلا من مالک و قول ابن عباس بجواز التفاضل نقداً قد انقضى و انعقد الإجماع على خلافه (انتهى) و به صرح فى المقنعة و النهاية و المبسوط و المراسم و الوسيلة و السرائر و ما تأخر عنها فلا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد منهما بشيء منهما أو غيرهما إجماعاً لأنه ربا محض و يجوز فى الوصف فيجوز بيع جيد الجوهر برديته كما نص عليه الأصحاب و صرحت به الأخبار كما يجوز التفاضل مع اختلاف الجنس بلا خلاف كما فى الغنية

مضافاً إلى خصوص النصوص

(قوله) (فلو افترقا قبله بطل)

قال فخر الإسلام فى شرح الإرشاد التفرق بين المتبايعين قيل هو بالكلام وقيل هو بالأبدان و هو الأصح و مقدار التفرق أن يكون بخطوة فصاعداً و ذلك لأنه لما كان الاجتماع على التساوم إنما هو بالأبدان كان الافتراق بها أيضاً و أصله من الفرق و هو قسم الشعر و إبعاد بعضه عن بعض (قلت) و الأصحاب فى خيار المجلس قطعوا بحصول التفرق بالخطوة و به صرح جماعة فى المقام و الظاهر أن العرف يحكم بالخطوة لا- بأنقص منها لأن الغالب عدم حفظ النسبة التى كانت بينهما فى مجلس العقد حتى وقت صعود الحائط و نزوله فمجرد تقديم البعض على البعض لا يضر و إن حصل به التفرق لغه فالمدار على العرف و هو حاكم بالخطوة و لذلك طففت عباراتهم بعدم بطلان العقد لو فارقا المجلس مصطحبين و الظاهر أنه لا خلاف فيه كما فى الرياض (قلت) الظاهر أنه لا خلاف فيه بين المسلمين إذ لم ينقل الخلاف فيه فى التذكرة عن أحد من العامة و يدل عليه بعد صحيحة منصور المتقدمة آنفا الأصل و العمومات و عدم استفادة شىء من أخبار الشرط عدا التقابض قبل التفرق بالأبدان لا بالمجلس

(١) قوله امتداد طول إلخ كذا فى نسختين و الظاهر أن إحداهما نسخة بدل عن الأخرى (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩٨

و لو قبض الوكيل قبل تفرقهما صح لا بعده (١) و لو قبض البعض صح فيه خاصة (٢) و لو اشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنانير قبل قبض الدراهم بطل الثانى فإن افتراقاً بطلا (٣)

كما فى خيار المجلس و قد استوفينا الكلام فى خيار المجلس بما لا مزيد عليه و بينا أن الافتراق و المفارقة من سنخ واحد و أنه ضد الاجتماع الذى لا تخلل بينهما و أنه لا فرق بين اللغة و العرف كما يقال لا تفارقه و لو خطوة و ما عداه توسع (قوله) (و لو قبض الوكيل قبل تفرقهما صح لا بعده)

الوكيل إما أن يكون وكيلاً فى القبض أو الصرف أو فيهما و هو أحدهما أو أجنبى فإن كان وكيلاً فى القبض عنهما أو عن أحدهما فلا بد من قبضه فى مجلس العقد قيل تفرق المتعاقدين و ما فى حكمه و لا اعتبار بمفارقتهم لهما أو لأحدهما إذا لم يكن أحدهما و لا الوكيل الآخر كما إذا و كلاً و كيلين و إن كان وكيلاً فى الصرف سواء كان مع ذلك وكيلاً فى القبض أم لا فالمعتبر مفارقتهم لمن وقع العقد معه دون المالك فالضابط كما فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض أن المعتبر التقابض قبل تفرق المتعاقدين سواء كانا مالكين أو وكيلين (قوله) (و لو قبض البعض صح فيه خاصة)

أى صح فى ذلك البعض المقبوض قبل التفرق كما الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس و اللعة و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و غيرها للأصل و العمومات و وجود الشرط المصحح لبيع الصرف فيه و قضية كلام جماعة و صريح آخرين أنه يبطل فى الباقي لفقد الشرط الموجب لفساده و قال جماعة و يتخيران معا فى إجازة ما صح فيه و فسحه لتبعض الصفقة الذى هو عيب موجب للخيار عندهم إذا لم يكن من أحدهما تفريط فى تأخير القبض و لو كان تأخيره بتفريطهما فلا خيار لهما و لو اختص به أحدهما سقط خياره خاصة لأن الضرر الموجب للخيار قد جاء من قبل المفراط فكان بالتفريط قادماً عليه فلا موجب لخياره مع اقتضاء الأصل و العمومات عدمه (و استشكل) فى ذلك صاحب الحدائق لما فى صحيحة الحلبي المتقدمة آنفا عن أبى عبد الله عليه السلام عن الرجل يبتاع من رجل ديناراً فيأخذ بنصفه يبع و بنصفه ورقاً قال لا بأس فسألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقاً أو يبع و يترك نصفه حتى يأتى بعد فيأخذ منه ورقاً أو يبع ما أحب أن أترك شيئاً حتى آخذه جميعاً فلا تفعله (و فيه) أنه يحتمل انصرافه إلى صحة المجموع من حيث المجموع و لا كلام فيه

(قوله) (و لو اشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنانير قبل قبض الدراهم بطل الثانى فإن افتراقاً بطلا)

هذا قول الأكثر في الحكمين كما في المسالك والمشهور كما في الكفاية والحدائق وبهذين الحكمين صرح في الشرائع والنافع و نكت النهاية على ما نقل عنه و التحرير و التذكرة و الدروس و إيضاح النافع و كذلك المختلف و جامع المقاصد و المسالك و الأصل في ذلك قول الشيخ في النهاية إذا باع الإنسان دراهم بدنائير لم يجز له أن يأخذ بالدنائير دراهم مثلها إلا بعد أن يقبض الدنائير ثم يشتري بها دراهم إن شاء و قد وجه الحكم الأول في نكت النهاية بأن الصرف مشروط بالتقايض فإذا لم (لا خ ل) يملك الدنائير حتى يقبضها فإذا اشترى بها دراهم فقد اشترى بما لا يملك (قلت) و استندوا في الثاني المذكور في الكتاب إلى عدم التقايض الذي هو شرط في صحة بيع الصرف و خالف في ذلك صاحب السرائر و صاحب التنقيح و مال المحقق الثاني و الشهيد الثاني إلى احتمال تذكره إن شاء الله تعالى أما صاحب السرائر فإنه بعد أن نقل كلام النهاية الذي قد أسمعاكه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٣٩٩

و لو كان له عليه دنائير فأمره أن يحولها إلى دراهم أو بالعكس بعد المساعرة على جهة التوكيل صحح و إن تفرقا قبل القبض لأن النقيدين من واحد فلا إشكال (١)

قال إن لم يتفارقا من المجلس إلا بعد قبض الدراهم المتباعدة بالدنائير التي على المشتري الأول فلا بأس بذلك و إن لم يكن قبضه الدنائير التي هي ثمن الدراهم الأول المتباعدة هذا إذا عينا الدراهم الأخيرة المتباعدة فإن لم يعيناها فلا يجوز ذلك لأنه يكون بيع دين بدين و إن عيناها لم يصير بيع دين بدين بل يصير بيع دين بدين و الذي فهمه الشهيدان من هذه العبارة أنه إن كان النقد المتباع أولا معينا صح العقد الثاني إذا تقابضا في المجلس و إن كان في الذمة بطل الثاني لأنه بيع دين بدين (و أنت خبير) بأن الظاهر منها أن مراده أنه إن كان متباعا أخيرا معينا صح العقد الثاني إذا تقابضا في المجلس فليتأمل (و كيف كان) فقد رده في المختلف بأنه غير جيد (قال أما أولا) فلأن الشيخ يمنع من بيع ما يكال أو بوزن قبل قبضه انتهى (فليتأمل فيه جيدا) فإن تم كان وجها آخر لعدم الصحة زيادة على الوجه الذي نقلناه عن المحقق من عدم الملك لعدم التقايض الذي هو شرط في صحة الملك في الصرف و قال في المختلف (و أما ثانيا) فحكمه بأنه لو اشترى بثمن غير معين كان قد اشترى بالدين ليس بمعتمد (قلت) هذا مبني على أن الثمن متى لم يكن عينا بل في الذمة و كان حالا غير مؤجل لم يكن من قبيل الدين حتى يصدق على بيع الدين به أنه بيع دين بدين و هذا (و هو خ ل) مما لا خلاف فيه و إنما الخلاف فيما إذا باع الدين الحاضر بثمن نسيئه و قد جوز في النهاية و المشهور المنع كما ستعرف ذلك في باب الدين (و أما صاحب التنقيح) فإنه بعد أن نقل عن المحقق في نكت النهاية ما سمعته قال و يرد عليه أنه اختار فيما تقدم أن المبيع يملك (البيع يملك خ ل) بالعقد مطلقا من غير تخصيص بشيء و اختار أيضا أنه يجوز بيع ما لم يقبض و إن كان مكيلا أو موزونا و هنا قد رجح قال و لا- يرد ذلك على الشيخ لأنه لا يجوز بيع ما يوزن قبل قبضه و يقول بأنه لا يملك المبيع بمجرد العقد مطلقا ثم قال و لنا أن نقول على تعليل المصنف إن بطلان البيع بالتفرق قبل القبض و ذلك لا يستلزم عدم تملك المشتري لجواز تملكه ملكا متزلزلا كالمبيع في زمن الخيار فإن قبض لزم و إلا بطل و إذا ملك صح البيع الثاني لأنه اشترى بثمن مملوك و صح البيع الأول أيضا لأنه و إن لم يقبض الدراهم لكن قبض عوضها و هو الدنائير و قبض عوض كقبض المعوض عنه انتهى (فتأمل) و قد كفانا مؤنثه رده الفاضل القطيفي في إيضاح النافع فإنه بعد أن نقل عبارة النكت و أثنى عليها قال و خبط المقداد هنا خبطا فتوق خبطه و كأنه لم يتأمل كون التقايض شرطا في صحة الصرف فلا يملك مطلقا بدونه كالهبة و أما المحقق الثاني و الشهيد الثاني فإنهما احتملا أنهما إذا تقابضا قبل التفرق صح العقد الثاني و غاية ما يحصل في البيع الثاني أن يكون فضوليا فإذا لحقه القبض صح (قلت) و يشكل كونه فضوليا عند القائل بعدم صحة الشراء بمال الغير للمشتري و قد تقدم الكلام فيه مستوفي

(قوله) (و لو كان له عليه دنائير فأمره أن يحولها إلى دراهم أو بالعكس بعد المساعرة على جهة التوكيل صحح و إن تفرقا قبل القبض لأن النقيدين من واحد فلا إشكال)



الأصل في ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة عن إسحاق بن عمار قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام يكون للرجل عندى الدراهم الوضح فيلقانى و يقول لى كيف سعر الوضح اليوم فأقول له  
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠٠

.....

كذا و كذا فيقول أليس لى عندك كذا و كذا ألف درهم وضحا فأقول نعم فيقول حولها إلى دنانير بهذا السعر و أثبتها عندك فما ترى فى هذا فقال إن كنت قد استقصيت السعر يومئذ فلا بأس بذلك فقلت إنى لم أوازنه و لم أناقده إنما كان كلاما منى و منه فقال لى أ ليس الدراهم من عندك و الدنانير من عندك فقلت بلى قال لا بأس بذلك و الوضح محرکه الدرهم الصحيح و الخبر صحيح فى التهذيب على الصحيح فى أن إسحاق بن عمار حيث تكون الرواية عن الصادق عليه السلام هو ابن حيان الصيرفى الثقة لا الساباطى الفطحى و قد وسم هذا الخبر بالصحة فى الإيضاح و شرح الإرشاد للفخر و الدروس و المهذب البارع و تعليق الإرشاد غيرها و هذا يرشد إلى ما قلناه من أن الراوى عن الصادق عليه السلام ابن حيان و ليس فى طريق ثقة الإسلام إلا سهل و الأمر فيه سهل جدا و إن استصعبه الأستاذ الشريف أدام الله حراسته و قد وصف المصنف طريق الصدوق إلى إسحاق بن عمار بالصحة لكن فيه على بن إسماعيل و هو ابن إسماعيل بن عيسى كما وقع التصريح به فى طريقه إلى زرارة لكنه غير مذكور فى كتب الرجال لكن الظاهر أنه على بن السندى و هو ثقة كما حققه الأستاذ قدس سره فى فوائده و نحوه موثقه عبيد بن زرارة و قد عمل بالخبر على ظاهره أبو على فيما حكى عنه و الشيخ فى النهاية و الخراسانى فى الكفاية و قد فهم المصنف فى المختلف و غيره أن الشيخ و أبا على قائلان بأنه بالتحويل يحصل التحول و البيع و الشراء فهو صرف مخالف لغيره و ظاهره اختياره و نحو عبارة النهاية عبارة النافع و كشف الرموز حيث تضمنتا التحويل و المساعرة و أنه إذا قبل صار صرفا و فى الوسيلة و الشرائع و الإرشاد فرضت المسألة فىمن اشترى دنانير ممن عليه الدراهم و هذه الكتب لم يتعرض فيها للتوكيل فى البيع و لا فى القبض فكان العمل بظاهر الخبر خيرة الشيخ فى النهاية و الطوسى فى الوسيلة و المحقق فى الشرائع و النافع و الآبى فى كشف الرموز و المصنف فى المختلف و الإرشاد و أبو العباس فى المهذب فهم من الرواية و من الشيخ و أبى على و المحقق و المصنف أن ذلك صرف و بيع دين بدين و أن الأمر بالتحويل و المساعرة قائم مقام التمليك و العقد ثم وجه ذلك بأن ما فى الذمة مقبوض و أن قبض الوكيل قبض الموكل و أنه يجوز تولى طرفى العقد لواحد فلما أمره بالتحويل فقد و كله فى المعاوضة فقد نزل كلامهم على التوكيل و نحوه ما فى التنقيح حيث قال إن أمره بالتحويل توكيل و فى المسالك أن القائلين بالتحويل ربما بنوا أمرهم على مقدمات و عد منها أن الأمر بالتحويل توكيل فى تولى طرفى العقد و عد منها أن التوكيل فى البيع إذا توقفت صحته على القبض يكون و كيلا فيه (و قال فى الدروس) إن ظاهر الخبرين أنه بيع و أنه توكيل للصيرفى فى القبض و فرض المسألة فى اللعة فى ذلك أعنى الشراء و التوكيل فى القبض و كأنه مال إليه فى الروضة و ستعرف من قصر الرواية و المسألة على التوكيل فى البيع فكان المدار عند الكل على الرواية قال فى كشف الرموز الرواية مشهورة بين الأصحاب و يؤيدها الأصل قال و ما أعرف مخالفا إلا- المتأخر و ليس خلافه بشيء و الأمر كما قال بالنسبة إليه إلا ما فى سلم المبسوط لأن الخلاف حدث بعده و فى الدروس أن قول ابن إدريس نادر و فى الحدائق الظاهر أن لا- مخالف إلا ابن إدريس (قلت) ستعرف الموافق له قال فى السرائر بعد أن نقل عبارة النهاية التى هى مضمون الخبر إن أراد بذلك أنهما افترقا قبل التقابض من المجلس فلا يصح ذلك و لا يجوز بغير خلاف و إن أراد أنهما تقاولا على السعر و عينا الدراهم المتباعدة أو الدنانير المبيعة و تعاقدتا البيع و لم يوازنه و لا ناقده

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠١

.....

فذلك باطل بلا خلاف (يدلك) على ذلك ما قاله شيخنا في مبسوطه و ساق كلام المبسوط في باب السلم فيما إذا أقاله من المسلم فيه و أراد أخذ ماله و هو قوله فإن أخذ الدنانير بدل الدراهم أو الدراهم بدل الدنانير و جب أن يقبضها في المجلس قبل أن يفارقه لأن ذلك صرف و في التذكرة بعد أن قال مثل ما في الكتاب (قال) و لو لم يكن على جهة التوكيل في البيع بل اشترى منه بالدراهم التي في ذمته دنانير و جب القبض قبل التفرق لأنه صرف فات شرطه فكان باطلا و في جامع المقاصد و تعليق الإرشاد أن الحق أن المسألة مقصورة على التوكيل خاصة يعني في البيع قال و لو تعاقدنا من غير توكيل لم يصح إذا تفرقا قبل القبض كما قاله ابن إدريس و ليس في عبارة الشيخ و الرواية ما ينفي ذلك فلا حاجة إلى أن يقال إنها واقعة خاصة (قلت) الشيخ لا يجيز تولي طرفي العقد لواحد و مثل ما في جامع المقاصد ما في إيضاح النافع و قد نفى فخر الإسلام الحمل على التوكيل كما حكى عنه الشهيد في حواشيه قال قال فخر الإسلام في الرواية مخالفة من وجهين الأول أن هذا أمر بمعاوضة الصرف من غير عقد شرعي (و أجاب) والدي بأن هذا الأمر توكيل (قلنا) يلزم أحد الأمرين إما التمليك بمجرد الأمر و إما تولي الشخص الواحد طرفي البيع و الأول باطل إجماعا و الثاني يلزم منه التفرق قبل القبض و أجاب والدي بأنه مبني على مسألتين إن ما في الذمة مقبوض و إن قبض الوكيل قبض الموكل (قلنا) يلزم أن يكون التوكيل في الشراء توكيلا في قبض الثمن و ليس كذلك فقال هذه الصورة مستثناة من القاعدة الكلية (و في الإيضاح) أنه إن كان يباع فلا بد فيه من القبض و صحته تتوقف على مقدمات (الأولى) أنه ليس من باب بيع دين بدين (الثانية) جواز تولي الواحد طرفي العقد (الثالثة) أن ما في الذمة مقبوض (الرابعة) أن قبض الوكيل قبل الموكل قال و كلها لا تخلو عن الشك و الاحتمال إلا الأخير فالأقوى عندي أنه نص في قضية خاصة فلا يتعدى إلى غيرها و مثله قال في شرحه على الإرشاد و مثله ما في التنقيح مع زيادة مقدمة أخرى و هي جواز تولي طرفي القبض و ترك رابعه الإيضاح و زاد في المسالك و الميسية مقدمة أخرى و هي أن الوكيل في البيع إذا توقفت صحته على القبض يكون وكيلا- فيه و إلا- فلا- لأن مطلق التوكيل في البيع لا يقتضى التوكيل في القبض و قالوا إذا سلمت هذه المقدمات صحت المسألة (و قال) في المهذب البارع الرواية من الصحاح و إذا أمكن العمل بها على وجه من التأويل و جب و لا يجوز ردها لأن الأخذ من العمومات اجتهاد و لا يجوز العمل و ترك النص (فقول) إن هذه مبنية على مقدمات مسلمة و إن وقع في بعضها شك و خلاف متروك فلا عبرة ببدو المخالف (و قد سمعت) مقدماته الثلاثة المذكورة آنفا و في جامع المقاصد قد تكلف الشارح و ولد المصنف بناء المسألة على مقدمات و ساقها و أخذ في ردها فرد الأولى بأن المسألة المفروضة ليست من هذا في شيء إذ التوكيل إنما يحمل على العقد الصحيح كائنا ما كان و قال في المقدمة الثانية إن الإشكال فيها متجه غير أن المصنف اختار الجواز و ليس بعيد أن يكون الإشكال بهذا الاعتبار و رد الثالثة بأنها كالأولى إذ لا حاجة بنا إلى فرض المسألة مقصورة على بيع ما في ذمته بما في ذمته بل يمكن فرضها في تعيين كل من النقدين إن لم نجوز ذلك و قال في الرابعة لما كانت موضع وفاق لم يمكن بناء المسألة المشككة عليه ثم قال فإن قيل التعليل بكون النقدين من واحد لا دخل له في صحة المسألة قلنا من حيث إنه كان وكيلا و النقدان منه كان التقابض ممكنا (انتهى) و حاصل كلامه تنزيل التحويل على التوكيل في البيع و أنه يستلزم التوكيل في القبض في المقام و هذا لم يصرح به لكنه قد يستفاد من كلامه لكنه يلزمه أن يشترط قبض عين العوضين بعد العقد بنية نفسه و نية موكله

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠٢

و لو تفرقا قبل الوزن و النقد صح مع اشتغال المقبوض على الحق (١) و الجودة و الرداءة و الصياغة و الكسر لا توجب الاثنية (٢)

لأنه فرض المسألة في تعيين كل من العوضين و يحتمل أن لا يشترط ذلك للخبرين أو لأن قبضه لهما كاف و إن فرضت في بيع ما في ذمته بما في ذمته لأن الفرض الأول نادر فيحتمل عدم الاشتراط أيضا للخبرين أو يقال به لأن ما في الذمة بمنزلة المقبوض و هو وارد في المسألة السابقة إلا أن ما في الذمة هنا أولا كان ثابتا مستقرا بخلاف السابقة فإن الدراهم المشتراة أولا لم تستقر في الذمة

بسبب توفقه على القبض فلم يكن حصول النقدين من واحد كافيا و المولى الأردبيلي حمل أولا عبارة الإرشاد على ما هو المراد ثم إنه تأمل فيه و احتمل التوكيل ثم إنه احتمل أن الدنانير في ذمة المشتري و أن الدراهم في ذمة البائع و استشكل فيه من جهة أنه بيع دين بدين و ظاهره أنه لم يظفر بأخبار المسألة و إلا فالاحتمال الأخير لا يجرى في الخبرين و أنه ظن أن هذا الحكم إنما وقع في كلام الأصحاب لا في الأخبار فليلحظ كلامه من أراد الوقوف عليه و بعد هذا كله لو حمل الخبر على المعاطاة لم يكن فيها للقواعد منافاة (و ليعلم) أن المصنف في المختلف احتمل حمل كلام الشيخ على التوكيل قال و حينئذ فلا إشكال سواء تقابضا في المجلس أو لا و هنا تردد مع أنه فرض المسألة على جهة التوكيل و قد سمعت ما ذكره في توجيهه في جامع المقاصد و له وجوه آخر تفهم مما مر (قوله) (و لو تفرقا قبل الوزن و النقد صح مع اشتغال المقبوض على الحق)

يريد أنه لا يشترط الوزن و النقد حالة العقد و لا حالة القبض فلو صارفه مائة دينار بألف درهم ثم دفع إليه دراهم غير معلومة القدر و النقد و تفرقا صح البيع إن كان المدفوع قد اشتمل على الحق أو زاد أما لو نقص فإنه يبطل في القدر الناقص خاصة لوجود المقتضى للصحة و عدم المانع و هو انتفاء القبض إذ لم يشترط في القبض التعيين كما ذكر ذلك كله في التذكرة و الأصل في ذلك ما ذكره الشيخ في النهاية قال إذا أخذ إنسان من غيره دراهم و أعطاه الدنانير (دنانير خ ل) أكثر من قيمة الدراهم أو أخذ منه الدنانير و أعطاه الدراهم مثل ما له أو أكثر من ذلك و ساعره على ثمنه كان ذلك جائزا و إن لم يوازنه و يناقده في الحال لأن ذلك في حكم الوزن و النقد و لا يجوز ذلك إذا كان ما يعطيه أقل مما له فإن أعطاه أقل و ساعره مضى البيع في المقدار الذي أعطاه و لم يمض فيما هو أكثر منه و الأحوط في ذلك أن يوازنه و يناقده في الحال أو يجدد العقد في حال ما ينتقد و يتزن و قد نقل هذه العبارة برمتها في السرائر و فسر قوله إن ذلك في حكم الوزن و النقد بأن الأخبار بمبلغ الموزون و المكيل يقوم مقام الوزن و الكيل قال لأنهما لا يجوزان أن يباعا جزافا من دون وزن أو إخبار بوزن انتهى (فليتأمل فيه جيدا) و يشير إلى ذلك موثق إسحاق بن عمار قال سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يأتيني بالورق فأشترىها منه بالدنانير فأشغل عن تعبيرها و وزنها و انتقادها و فضل ما بيني و بينه فيها فأعطيه الدنانير و أقول له إنه ليس بيني و بينك بيع فإنني قد نقضت الذي بيني و بينك من البيع و ورقك عندي قرض و دنانيري عندك قرض حتى يأتيني من الغد فأبأبعه قال لا بأس و قد استدل به في التذكرة على ما نقلناه عنها (فليتأمل) و في الدروس لو تقابضا جزافا ليزناه في موضع آخر جاز الافتراق

(قوله) (و الجودة و الرداءة و الصياغة و الكسر لا يوجب الاتينية)

بلا خلاف أصلا إلا من الشافعي كما يفهم ذلك من

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠٣

و يجوز التفاضل مع اختلاف الجنس (١) و المغشوش يباع بغير جنسه إن جهل قدره (٢) و إلا جاز بجنسه بشرط زيادة السليم في مقابلة الغش

عبارتي الخلاف و التذكرة لأن جيد كل جنس و رديئه واحد فلا ربا مع التماثل في المقدار و النصوص بذلك مستفيضة كصحيحة الحلبي و خبر أبي بصير و غيرهما

(قوله) (و يجوز التفاضل مع اختلاف الجنس)

بلا- خلاف كما في الغنية و ظاهره أن مراده نفيه بين المسلمين و الأخبار بذلك متظرفة منها الصحيحان عن الرجل يبتاع الذهب بالفضة مثلا بمثلين قال لا بأس به يدا بيد

(قوله) (و المغشوش يباع بغير جنسه إن جهل قدره)

و لا يباع بجنسه كما في المبسوط و النهاية و الوسيلة و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و غيرها و قد نفى عنه الخلاف في الرياض

و ادعى عليه الإجماع في بعض العبارات المتأخرة و في الصحيح عن عبد الله بن سنان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الذهب فيه الفضة و الزيت و التراب بالدنانير و الورق قال لا تصارفه إلا بالورق قال و سألت عن شراء الفضة فيها الرصاص بالورق إذا خلصت نقصت من كل عشرة درهمين أو ثلاثة فقال لا- يصلح و نحوه غيره و الحصر في النص و الفتوى مبنى على الغالب من أن المغشوش لا يباع بوزنه خالصا فإن بناء البيع و الشراء على المماكسة و المغالبة و من المعلوم أن المشتري لا يبذل فضة خالصة أو ذهبا كذلك في مقابلة الغش و إلا- فلو تحقق خلاف الغالب و وقع ذلك صح بيعه بجنسه أيضا متى علم زيادة الخالص عن مجانسة المغشوش و إن لم يبلغ قدر المجموع من النقد و الغش كما نبه على ذلك في التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و استحسنته صاحب الكفاية ثم قال الأحوط عدم التعدي عن المنصوص (قلت) الوجه فيما ذكره هو أنه إذا بيع المغشوش بالخالص وزنا فإن الزيادة التي في الخالص تكون في مقابلة الغش فلا مانع حينئذ (و لكن) لما كان بناء البيع و الشراء على ما ذكره لم يجوز ذلك إلا- مع علم المشتري و رضاه بذلك و أما إذا كان الغش معلوما فإنه يجوز بيعه بمثل جنسه مع زيادة تقابل الغش و كذا لو جهل قدره و لكن علم أنه لا يزيد عن النصف فإنه يجوز بيعه بزيادة يسيرة عن النصف من جنسه و ينصرف الزائد في مقابله (و قد صرح جماعة) بأنه يكفي في الزيادة أن تصلح عوضا في مقابلة الغش بحيث أن تكون متمولة عرفا و إن لم تكن قدر قيمته و قال جماعة إنه لا بد من التقابض قبل التفرق في المقام الذي يصح فيه البيع كما هو الشرط في الصرف و أما الأخبار الكثيرة المعتمدة الدالة على أنه يجوز بيع المغشوش بمثل ما فيه إن كان الغالب هو ذلك بحيث لا يطلق عليها اسم ذلك فتحمل على أن الغش مضمحل لا قيمة له فالغش المعتبر هو ما يكون له قيمة دون ما يستهلك كما نبه عليه في التذكرة و جامع المقاصد لكنه في المبسوط أطلق عدم جواز بيعه بجنسه سواء كان الغش مستهلكا أم لا- و يأتي قريبا إن شاء الله تعالى لهذه الأخبار محل آخر و سيأتي في بيع الرصاص بالفضة ما له نفع في المقام و يجوز بيع أحد المغشوشين المتجانسين بالآخر مطلقا و لو كان مقدار الخالص منهما مجهولا بل و لو علم زيادة الخالص في أحدهما على الخالص الذي في الآخر لأن الغش ضميمته تصلح للربا و عدمه و أما بيع المغشوش بالنقد الآخر و غيره من الأمتعة و الأموال مع الجهل بمقدار الغش فهو مما لا- إشكال فيه و لا خلاف و دليل جوازه حينئذ ظاهر لحصول الشرط لكنهم قالوا لا بد من العلم بمقدار المجموع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠٤

و لا يجوز إنفاقه إلا إذا كان معلوم الصرف بين الناس فإن جهل و جب إباته (١) و تراب معدن أحد النقيدين يباع بالآخر احتياطا (٢)

لا اعتبار الوزن فيهما و قد تأمل فيه صاحب مجمع البرهان ثم قال لا يبعد عدمه و لا ريب أنه يجوز بيعه مع العلم بالغش أيضا بالنقد الآخر و لم يذكره المصنف لظهوره و المراد بالجهالة جهالة كل من البائع و المشتري كما هو السابق إلى الفهم منها و أما جهالة أحدهما ففيه احتمالان و يكفي في المسألة الآتية جهالة أحدهما لأنها تصدق حينئذ و لأنها إن منعت منعت حيث وجدت (فتأمل) قوله (و لا يجوز إنفاقه إلا إذا كان معلوم الصرف بين الناس فإن جهل و جب إباته)

كما في الإستبصار و السرائر و التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و جامع المقاصد بل هو خيرة النهاية و في المختلف الإجماع عليهما مضافا إلى الأصل و العموم في الأول و لزوم الغش في الثاني و لا خلاف بين قول الشيخ في الإستبصار و قوله في النهاية كما بينه في المختلف و قد أطال في السرائر من غير طائل حيث زعم أن بين كلاميه في الكتابين اختلافا قال الشيخ في النهاية لا يجوز إنفاق الدراهم المحمول عليها إلا بعد بيان حالها و لا ريب أن البيان إنما يكون مع الجهالة أما مع الظهور و معلومية صرفها بين الناس فلا- حاجة إلى البيان فكانت موافقة لعبارة الإستبصار التي هي كعبارة الكتاب و المراد بالإنفاق هو بيعه و الشراء به كما في جامع المقاصد و هو وارد في الأخبار و هل يدخل فيه ما إذا دفعه فيما يؤخذ منه في غير حق احتمالان أقواهما (أقربهما خ ل) الجواز للأصل و دفع الضرر عن النفس و عدم الغرر و أنه لم يدفعه له بشرط أن ينفقه و قد ورد «١» في الستوق «٢» الأمر بكسره و أنه لا يحل بيعه و

لا إنفاقه (فليتأمل جيدا) (و معنى) كونه معلوم الصرف أن يعلم مقدار ما فيه من الصافى أو مقدار ما يساوى باعتبار ما فيه من الصافى و الغش أو يراد كونها متداولة فى المصر فليتأمل (و قد تضمنت) جملة وافرة من الأخبار نفى البأس عن إنفاق الدراهم المحمول عليها إذا كان الغالب عليها الفضة و فى بعضها التقييد بما إذا كان جواز المصر و فى بعضها بما إذا جازت الفضة الثلثين و فى خبر المفضل الأمر بكسره و عدم حل بيعه و إنفاقه كما سمعت آنفا و قد جمع الشيخ و الجماعة بينها بأنها إذا كانت معلومة الصرف متداولة بين الناس فلا بأس بإنفاقها على ما جرت به العادة و إن جهل غشها لانفائه حينئذ و إن لم يعلم صرفها لم يجز إلا بعد بيان غشها و المراد من إبانته إظهار حاله بحيث يتبين و هل يكفى فيها أن يقول هذا مغشوش أم لا بد أن يقول فيه من الفضة كذا و من الناس كذا قال المحقق الثانى لا أعلم فى ذلك تصريحاً و المتجه أنه إن كان يباع بجنس ما فيه من الجوهر لا بد من الإبانة لتعلم السلامة من الربا و إن بيع بغير جنسه كفى قول أن فيه غشا لأن ذلك لو منع لمنع فيما إذا كان قدر الغش مجهولا و قد أطلقوا جواز بيعه بغير الجنس (قوله) (و تراب معدن أحد النقدين يباع بالآخر احتياطا)

يريد أنه يجب بيعه بالنقد الآخر للاحتياط فى التحرز عن الربا و هو معنى قول جماعة

(١) و هو ما رواه المفضل قال كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فألقى بين يديه دراهم فألقى إلى درهما منها فقال أيش هذا فقلت ستوق فقال و ما الستوق فقلت طبقتين فضة و طبقة من نحاس و طبقة من فضة فقال اكسرها فإنه لا يحل بيع هذا و لا إنفاقه (حاشية) (٢) ستوق كنتور و قدوس زيف بهرج ملبس بالفضة (قاموس) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠٥ و لو جمعا يباع بهما (١) و لا اعتبار بالذهب اليسير فى جوهر الصفر و لا بالفضة فى جوهر الرصاص (٢)

كثيرين و لا- يباع تراب معدن الفضة بالفضة و يباع بالذهب و الحكم مما لا ريب فيه عندهم لاحتمال زيادة أحدهما على الآخر إذ الفرض كون النقد مجهولا و لو علمت زيادة الثمن عما فى التراب من جنسه لم يصح هنا و إن صح فى المغشوش بناء على أن التراب لا قيمة له لتصلح فى مقابلة الزائد قال فى جامع المقاصد و لو بيع بوزنه من النقد المجانس له فالظاهر عدم الجواز لأن ما فيه من التراب لا قيمة له فيبقى فى المقابل بغير عوض (قلت) و منه يعلم جواز بيع التراب بالخالص مع مساواة مقدار جوهريهما لعدم الزيادة و التراب وجوده كعدمه لأن كان لا قيمة له و كما يجوز بيعه بالنقد الآخر يجوز بمخالفتها من غير ريب لأنه أبعد عن الربا و به صرح جماعة و تركه آخرون لظهوره

(قوله) (و لو جمعا يباع بهما)

أى لو جمع الترابان بأن خلطا و مزجا أو كانا مخلوطين جاز بيع المجموع بالنقدين و إن جهلا مساواة مقدار الثمن للثمن لانصراف كل واحد إلى ما يخالفه و الأصل حمل العقد على الصحة مهما أمكن (و للمعتبرة منها) ما رواه أبو عبد الله مولى عبد ربه عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن الجوهر الذى يخرج من المعدن و فيه ذهب و فضة و صفر جميعا كيف نشتره قال تشتريه بالذهب و الفضة جميعا و هو واضح على أصولنا و به طفتت عبارات أصحابنا و المخالف الشافعى فمنع لجهالة المقصود و هو ممنوع و كذا الحال من دون إشكال فيما إذا لم يختلطا و أريد بيعهما صفقة كما صرح به جماعة و كذا يجوز بيعهما بأحدهما مع زيادة الثمن على مجانسه بحيث يقابل تراب معدن الآخر كما صرح به كثير ممن تأخر و لو يباع بغيرهما صح بطريق أولى كما عرفت آنفا و هل يدخل مثل هذه فى بيع الصرف فيشترط فى صحته التقابض قبل التفرق ظاهر الأصحاب الاشتراط و يظهر من الأخبار فى بيع السيوف المحلاة اشتراط التقابض فهذا أولى و يحتمل العدم لأنه لا يصدق عليه بيع الأثمان بالأثمان و عدم صدق الذهب و الفضة و إنما هو ترابيهما (فليتأمل) (قوله) (و لا اعتبار بالذهب اليسير فى جوهر الصفر و لا بالفضة فى جوهر الرصاص)

يجوز بيع الرصاص بفتح الراء بالفضة و النحاس بضم النون بالذهب و إن اشتمل كل منهما على يسير من جنس ما يبيع به و هو مما لا خلاف فيه لأن الأحكام تابعة لصدق التسمية و ما في كل منهما من يسير الفضة و الذهب مضمحل في جنبهما و الاسم صادق بدونهما فكان ذلك تابعا غير مقصود فأشبهه الحلية على سقوف الجدران فلا يشترط حينئذ العلم بزيادة الثمن من ذلك اليسير من الذهب و الفضة ليكون في مقابلة الجنس الآخر و لا القبض قبل التفرق مضافا إلى النصوص و فيها الصحيح على الصحيح في إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام في الأسرب يشتري بالفضة فقال إذا كان الغالب عليه الأسرب فلا بأس و الظاهر أن المراد الغلبة في صدق الاسم لا الغلبة في الجنس فإن مجرد الأغلبية في الجنس غير كافية في جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق حتى لو كان عسرا يمكن تمييزه لم يجز بيعه بجنسه إلا- مع الزيادة في الثمن عليه بحيث تقابل الآخر إلا أن يراد بالغلبة الغلبة المستولية على النقد بحيث يعد مضمحلا تجوزا و فيما رواه يونس عن معاوية بن عمار و غيره عن أبي عبد الله عليه السلام ما يدل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠٦

و المصاغ من النقدين إن جهل قدر كل واحد يبيع بهما أو بغيرهما أو بالأقل إن تفاوتتا و إن علم ببيع بأيهما شاء مع زيادة الثمن على جنسه و لو يبيع بهما أو بغيرهما جاز مطلقا (١)

على أن المراد بالغلبة الغلبة في صدق الاسم قال سألته عن جوهر الأسرب و هو إذا خلص كان فيه فضة أ يصلح أن يسلم الرجل فيه الدراهم المسماة فقال إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك يعني لا يعرف إلا بالأسرب و هذه الزيادة يحتمل أن تكون من الإمام عليه السلام أو من الراوى أو من الكليني و الأسرب ضبطه في السرائر بأنه مضموم الأول مسكن السين مضموم الراء مشدد الباء قال و هو الرصاص و للشيخ في المبسوط كلام تقدم نقله عند شرح قوله و المغشوش يباع بغير جنسه فينبغي أن يلحظ (قوله قدس سره) (و المصاغ من النقدين إن جهل قدر كل واحد يبيع بهما أو بغيرهما أو بالأقل إن تفاوتتا و إن علم ببيع بأيهما شاء مع زيادة الثمن على جنسه و لو يبيع بهما أو بغيرهما جاز مطلقا)

و مثل ذلك ما في التذكرة و الأصل في ذلك ما ذكره الشيخ في النهاية قال الأواني المصاغة من الذهب و الفضة معا إن كان مما يمكن تخليص كل واحد منهما من صاحبه فلا يجوز بيعها بالذهب أو الفضة و إن لم يمكن ذلك فإن كان الغالب الذهب لم يبيع إلا بالفضة و إن كان الغالب فيها الفضة لم تبع إلا بالذهب فإن تساوى النقدان يبيع بالذهب و الفضة معا و مثلها من دون تفاوت عبارة السرائر إلا- أنه قال إن كان مما يمكن تخليص كل واحد من صاحبه فإنه يجوز بيعها بالذهب و الفضة و هو معنى عبارة النهاية فلا تفاوت معنى و ما في النافع و الشرائع و التحرير و الإرشاد عين ما في النهاية و السرائر قال في النافع الأواني المصوغة من الذهب و الفضة إن أمكن تخليصهما لم تبع بأحدهما و إن تعذر و كان الغالب أحدهما بيعت بالأقل و إن تساويا بيعت بهما و في الشرائع الأواني المصوغة من الذهب و الفضة إن كان كل واحد منهما معلوما جاز بيعه بجنسه من غير زيادة و بغير الجنس و إن زاد و إن لم يعلم و أمكن تخليصه لم يبيع بالذهب و لا- بالفضة و بيعت بهما أو بغيرهما و إن لم يمكن فإن كان أحدهما أغلب بيعت بالأقل و إن تساويا تغلبا بيعت بهما و نحوهما بأدنى تغيير في التقديم و التأخير لا في المعنى عبارة الإرشاد و التحرير و التعرض في هذه لصورة العلم بكل واحد منهما ليس فيه مخالفة للنهية و السرائر لأنهما قد ذكرا فيهما أنه إذا حصل العلم بمقدار كل واحد منهما جاز بيع كل واحد منهما بجنسه مثلا- بمثل من غير تفاضل نعم في النافع لا- تعرض للعلم و لا- للجهل كما أن المصنف في الكتاب لم يتعرض لصورتى إمكان التخلص و عدمه و كذلك التذكرة لأنها كالكتاب و المتأخرون من الشارحين و المحشين جعلوا هذه العبارات من سنخ واحد قالوا هذا التفصيل ذكره الشيخ و جماعة و صاحب الوسيلة خالف في المخلوط فمنع من البيع به إذا لم يعلم مقدار أحدهما و قضية كلام الجماعة الجواز قال في الوسيلة و المخلوط بالفضة ضربان فإن أمكن تخليص أحدهما من الآخر و لم يعلم مقدار ما فيه من الذهب و الفضة لم يجز بيعه بالذهب و لا بالفضة و لا بالمخلوط فإن أراد ذلك توأبها و إن علم مقدار كل واحد منهما جاز أن

يباع بالذهب أو بالفضة أو بكليهما و بمخلوط بمثله و إن لم يعلم المقدار و علم الغالب بيع بغير الغالب فإن اشتهر بيع بكليهما «انتهى» و أول من فتح باب الخلاف المصنف فى المختلف (قال) بعد نقل كلام النهاية (و أما الأوانى) المصاغه من الذهب و الفضة معا فإنه يجوز بيعها بالذهب وحده أو الفضة وحدها إذا علم أن فى الثمن زيادة على ما فى الآنية من جنسه و يجوز بيعها بالذهب و الفضة معا سواء أمكن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠٧

.....

التخليص أو لا- و سواء علم مقدار كل واحد منهما أو لا بعد أن يعلم بالمجموع و سواء غلب أحدهما أو لا نعم يشترط زيادة الثمن على ما فى الآنية من جنسه و لا ربا هنا لاختلاف الجنس هذا كلامه و أصرح منه ما ذكره بعد ورقتين فى رد كلام صاحب الوسيلة و قد وافقه على ذلك فخر الإسلام و الشهيدان و المحقق الثانى و الفاضل الميسى و القطيفى و المقدس الأردبيلى و الخراسانى و صاحب الحدائق و صاحب الرياض للقاعدة المتفق عليها نصا و فتوى و هو أن المجتمع من جنسين يجوز بيعه بغير جنسيهما مطلقا و بهما معا سواء علم قدر كل واحد من الجميع أم لا إذا عرف قدر الجملة و سواء أمكن تخليصهما أم لا و يجوز بيعه بكل واحد منهما إذا علم زيادته عن جنسه بحيث تصح ثمننا للآخر و إن قل سواء أمكن التخليص أم لا و سواء علم قدر كل واحد أم لا و ما ذكر هنا من هذه المسألة أحد جزئيات القاعدة المذكورة و لا مستند للشيخ و موافقيه فى عدم البيع بأحدهما مع إمكان التخليص إلا ما ورد فى جام فيه ذهب و فضة أشتريه بذهب أو فضة فقال إن كان تقدر على تخليصه فلا و إن لم تقدر على تخليصه فلا بأس (وفيه) قصور سندا بجهالة جماعة من رواته و إطلاقه جواز البيع مع عدم إمكان التخليص و عدم الجواز مع الإمكان مناف لما فصلوه قطعا على أنه لا يقوى على مقاومة القاعدة المتفق عليها و يمكن تطبيقه ككلام الجماعة عليها كما فعله مولانا المقدس الأردبيلى و قد يرشد إلى ذلك قول الفخر فى شرح الإرشاد أن المصوغ من النقيدين يجوز بيعه بأحدهما بوزن المجموع أو أزيد إجماعا قال كما إذا كان الثمن فضة مثلا- فيكون ثمن الفضة من المصوغ ما يقابله من الثمن لا- أزيد و الباقي فى مقابل الذهب من المصوغ سواء كان أقل أو أكثر أو مساويا ثم قال و إن لم يبيع بوزن المجموع فلا- يخلو إما أن يعلم زيادته على جنسه أو لا- فالأول يصح إجماعا ثم قال إن لم يمكن التخليص فالأصح عندي أنه لا يصح بيعه و قيل يصح بيعه بالأنقص و هو مشهور عند الأصحاب و هذا خلاف قاعدة أنهم لأنهم مع إمكان الربا حرموا عليه الزيادة لكن بنوا ذلك على أن العاقل لا يقع فى معاملاته التغابن و هذه ليست أمانة حسية و لا عقلية بل زعموا أنها شرعية بنص الأصحاب (انتهى) و لعله إليه أشار فى جامع المقاصد و تعليق الإرشاد حيث قال المراد بالأقل الأقل وزنا و قدرا لا الأقل قيمة كما توهم بعضهم انتهى (فليتأمل) و قد قال الفاضل الميسى و الشهيد الثانى إن كلام الشيخ محتاج إلى التنقيح فى جميع أقسامه و نحوه قال المحقق الثانى و الفاضل القطيفى و قد تعرض لوجه النظر فى كلامه و بيانها جماعة و أنت بعد اطلاعك على كلامهم و على القواعد يسهل عليك بأدنى تأمل طريق إيرادها على كلامه و المراد بالإطلاق فى عبارة الكتاب ما إذا حصلت الزيادة أم لا أو ما إذا علم قدر كل واحد منهما أو جهل و الأول أبعد عن التكرار هذا و لا بد من القطع بزيادة الثمن على مجانسه من الجوهر فى موضع اعتبار الزيادة كما هو خيرة الدروس و الروضة لأنه الأصل و تعسره لا يوجب الانتقال إلى غلبة الظن إلا حيث لا يمكن التخلص من ضرر عدم العلم إلا به (و هنا ليس كذلك) لأنه يتعين فى مثله العدول إلى البيع بغير الجنس فلو لم يمكن و احتيج إلى البيع به أمكن ذلك دفعا لضرر الحاجة و مشقة التخلص و اكتفى فى اللعنة بغلبة الظن لعسر العلم اليقيني (وفيه ما عرفت) و الظاهر أنه من بيع الصرف فلا بد من التقابض قبل التفرق و المراد بإمكان تخليص كل واحد منهما من الآخر أن يتخلص من دون أن يتلف شيء منهما أو ينقص قدره أو وصفه و قد وقع لفظ المصاغ فى النهاية و التذكرة و المختلف كالكتاب و هو غير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠٨

و تراب الصياغة يباع بالجوهرين معا أو بغيرهما لا بأحدهما ثم يتصدق به مع جهل أربابه (١)

مسموع وإنما هو المصوغ

(قوله) (و تراب الصياغة يباع بالجوهرين معا أو بغيرهما لا بأحدهما ثم يتصدق به مع جهل أربابه)

كما في الشرائع و التذكرة و الإرشاد و كذا النافع و الدروس و يجوز بيعه بأحدهما مع العلم بزيادة الثمن عن مجانسه كما في اللعنة و جامع المقاصد و الميسية و الروضة و مجمع البرهان و غيرها لما علم مما مر آنفا و إطلاق الخبرين بالبيع بالطعام لعله لمجرد التسهيل و دفع كلفه مشقة تحصيل العلم بمقدار الجوهرين ليزاد على أحدهما لو جعل ثمنا (و هما ما رواه ثقة الإسلام و الشيخ) عن علي بن ميمون الصائغ الذي عرف به (حبش) الفضل بن عثمان و ذلك يدل على نباهة شأنه قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكنس من التراب فأبيعه فماذا أصنع به قال تصدق به فإما لك و إما لأهلك قال قلت فإن كان فيه ذهب و فضة و حديد فبأى شيء أبيعه قال بعه بطعام قلت فإن كان لي قرابة محتاج أعطيه منه قال نعم (و ما رواه الشيخ) عن علي الصائغ قال سألت عن تراب الصواغين و إنا نبيعه قال أما تستطيع أن تستحله من صاحبه قال قلت لا إذا أخبرته اتهمني قال بعه (قلت) فبأى شيء نبيعه قال بطعام (قلت) فأى شيء أصنع به قال تصدق به إما لك و إما لأهلك (الحديث) قال في الوافي لعل وجه التردد في لك و لأهلك احتمال إعراض المالك عنه و عدمه انتهى و لعل الوجه أن المراد إنما هو التصدق به عن صاحبه مع الضمان لمالكة متى ظهر و لم يرض بالصدقة فإن ظهر له صاحب و رضى بالصدقة أو لم يظهر بالكلية فالصدقة لصاحب المال و إن ظهر و لم يرض بالصدقة كانت الصدقة لك و عليك ضمانه و ظاهر الرواية الثانية جواز بيعه و الصدقة بتمنه و إن علم المالك إذا خاف التهمة و هو خلاف ما عليه الأصحاب (على أنه) يمكن إيصال الحق المتصدق به أو الاستحلال بوجه لا يوجب التهمة (و تنقيح البحث في المسألة أن يقال) تراب الصياغة إن علم بالقرائن المفيدة لذلك إعراض أصحابه عنه جاز للصائغ تملكه كغيره مما يعلم الإعراض عنه كحطب المسافر و في الاكتفاء بالظن إشكال و نفى عنه البعد في الكفاية مع عدم قضاء العادات على خلافه و إلا فإن علم ملاكه و جب رده عليهم و إن علمهم في محصورين و جب التخلص منهم و لو بالصلح مع جهل حق كل واحد بخصوصه و إلا فالواجب التصدق به أو بتمنه و التصدق بعينه أجد كما ذكره الشهيد في حواشيه لكنهم في باب اللقطة و غيرها قالوا إن بيع المال المجهول المالك و التصدق به أجد بل عينه جماعة فيما يخطر ببالي الآن و لا يتعين بيعه قبل الصدقة كما تشعر به عبارة الكتاب و الشرائع و التذكرة و غيرها (و لعلمهم) إنما ذكروا البيع لبيان طريق بيعه سواء أراد الصدقة أم لا- و متى أراد بيعه فلا يبيعه إلا بجنس آخر من العروض أو بالذهب و الفضة معا حذرا من الربا و لو بيع بأحدهما و علم زيادة الثمن من ذلك على جنسه بحيث تكون الزيادة متمولة فلا- بأس و لا- إشكال في شيء من ذلك كله و على ما ذكر يجب التخلص من كل غريم يعلمه و ذلك يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد فلو أخر حتى صار مجهولا أثم بالتأخير و لزمه ما ذكر من الحكم كما في الميسية و المسالك و الروضة و الكفاية و في حواشي الشهيد أنه لو امتزج ترابه بتراب غيره و جهل المالك و القدر كان حكمه حكم الممتزج بالحرام يخمسه و يحل الباقي و هل يضمن لو ظهر المالك و لم يرض بالصدقة احتمالان بل قولان أقواهما الضمان لعموم الأدلة الدالة على ضمان ما أخذت اليد خرج ما إذا رضى الصاحب أو استمر الاشتباه بالإجماع و القول الثاني العدم لإذن الشارع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٠٩

و المحلى بأحد النقدين يباع مع جهل قدره بالآخر أو بغيرهما أو بالجنس مع الضميمة و مع علمه يباع بالآخر أو بغيرهما مطلقا و بجنسه مع زيادة الثمن أو اتهام المحلى من غير شرط (١)

له في الصدقة فلا يتعقبه الضمان و قد يمنع التلازم مع إشعار الخبرين أو ظهورهما بتعقب الضمان إذا لم يرض المالك بناء على ما



ذكرناه فى معناها و ظاهر جماعة و صريح الدروس و جامع المقاصد أن التصديق به واجب و فى جامع المقاصد أن مصرف هذه الصدقة مصرف سائر الصدقات المندوبة لأنها بالنسبة إلى المالك غير واجبة و فى النهاية و السرائر و حواشى الشهيد و الروضة و المسالك أن مصرفها مصرف الصدقات الواجبة و هم الفقراء و المساكين و نسبه فى الرياض إلى الأصحاب و لم أجد من حكم به فى المقام على البت سوى من قد عرفت و لعله لانصراف الإطلاق إليهم بحكم الاستقراء كما فى الكفارات و النذور و غيرهما و قد قيل إنهم صرحوا أن المتبادر فى ذلك الفقراء و المساكين دون الأغنياء و يجوز صرفه فى أقربائه إذا كانوا على الصفة بنص الخبرين و تصريح جماعة بذلك و بجواز الإعطاء للعيال إذا كانوا على الصفة و لعله لفحوى الجواز فى الزكاة فينبغى أن يقول بجواز أخذه لنفسه مع الشرط المذكور هنا من قال بذلك هناك إذا دفعت إليه ليصرفها فى الفقراء و هو بصفتهم و فى جامع المقاصد و الروضة و المسالك ينبغى إلحاق ذوى الحرف بالصائغ فى ذلك كالحياض و الحداد و نحوهما و فى الحدائق أن فى ذلك إشكالا هذا و فى النهاية و السرائر لا- يجوز بيع تراب الصياغة فإن بيع كان ثمنه للفقراء و المساكين يتصدق به عليهم لأن أربابه لا يتميزون و زاد فى الأخير قوله رواه أصحابنا و نحو ذلك ما فى التحرير و تمام الكلام فى باب الربا و الدين و الوديعه و اللقطة و قد أسبغنا فيها الكلام (قوله) (و المحلى بأحد النقيدين يباع مع جهل قدره بالآخر أو بغيرهما أو بالجنس مع الضميمة و مع علمه يباع بالآخر أو بغيرهما مطلقا و بجنسه مع زيادة الثمن أو اتهاب المحلى من غير شرط)

الظاهر من كلام الأصحاب أن الذهب و الفضة يخرجان بالحلية عن حكم الوزن و تكفى فيهما المشاهدة و ظاهر الشرائع و الدروس و صريح حواشى الكتاب أنه لا يجوز بيع المحلى المجهول إلا بعد تخليص الحلية إلا أن يحصل نقص أو ضرر فيجوز مجهولا بالآخر قال و يتعدى الحكم (و قد علم) مما مر أننا القواعد المقررة المستفادة من الأخبار فى بيع المجتمع (المجهول خ ل) من الجنسين فالمحلى بأحد النقيدين من المراكب و المناطق و السيوف و نحوها تباع مع جهل قدر الحلية بالجنس الآخر نضا و إجماعا كما فى الخلاف و الرياض و ظاهر التذكرة و يباع بغير النقيدين من دون إشكال و لا خلاف أيضا و يباع بجنسه أيضا حالا إذا علم زيادته عن الحلية فى الجملة و إن جهل قدرها مفصلا كما يتفق ذلك كثيرا كما نص عليه فى كشف الرموز و التلف و ما تأخر عنهما و الأصل فيه الأصل و العمومات مع فقد المانع لأن الربا مفقود بزيادة الثمن عن الحلية فلا شبهة فى المسألة و قد اعتذر فى مجمع البرهان فقد المانع لأن الربا مفقود بزيادة الثمن عن الحلية فلا شبهة فى المسألة و قد اعتذر فى مجمع البرهان عن عبارة الإرشاد حيث قال بأنها تباع بغير الجنس مع الجهل و بالجنس مع العلم و الزيادة و الاتهاب بأنه ليس الغرض الحصر بل السهولة و أنه أرغب و يباع أيضا بالجنس مع الضميمة إلى الثمن لتكون الفضة فى مقابلة السيف مثلا و المضمون فى مقابلة الحلية فينتفى الربا كما نص عليه صاحب كشف الرموز و جمهور من تأخر عن المختلف و فى حواشى الكتاب للشهيد ما صورته مع الضميمة إلى الحلية قاله محققوهم و يجوز إلى الثمن و الرواية وردت مع الضميمة إلى السلعة المباعه (انتهى) و لم أجد هذا القول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١٠

.....

لغير الشيخ فى النهاية نعم نسبه صاحب التنقيح إليها و إلى المبسوط و الخلاف و لم أجد تعرض لذلك فى الكتابين بعد فضل التبعية و قد اقتصر جماعة على نسبه إلى النهاية و قد نقل عبارتها صاحب السرائر و قال لى فيه نظر و لم يبين وجه النظر (و لعل وجهه) ما طفحت به عبارات المتأخرين كصاحب كشف الرموز و من تأخر عنه من أن الثمن إذا علم أنه أزيد من الحلية فى الجملة لم يحتج إلى الضميمة و أنه إذا ضم شىء إلى الحلية و ذبيها يزيد الضرر و المحذور حيث يحتاج إلى مقابلة الثمن لها مع الباقي فالضميمة إلى الثمن تقتضى أمرا آخر و زيادة أخرى قال الشهيد فى حواشيه فعلى هذا لا بد من ضميمة إلى الثمن و أخرى إلى المثلث (و قد نقل) هذا القول فى الشرائع و غيرها بلفظ القليل إيذانا بضعفه و قد اعتذر عنه فى الدروس و المهذب البارح بأنه لعله أراد أن يبعها منفردة لا

يجوز فيكون الضمير راجعا إلى الحلية في عبارة النهاية و ستسمعها عند ذكر الرواية قالاً فيضم إليها المحلى أو شيء آخر أو يضم إليها وإلى المحلى شيء آخر كثيرا للثمن من الجنس و قد عرفت أن ذلك كله مستغنى عنه فإن بيعها منفردة و إن كانت مجهولة بالجنس يمكن مع العلم بزيادة الثمن عليها سواء ضممننا إليها شيئا أم لا (و قد ذكر) في كشف الرموز و الميسية و المسالك أن الشيخ تبع في ذلك الرواية و قد يظهر ذلك من المهذب البارع و قد سمعت ما في حواشى الشهيد و صرح في كشف الرموز بأنها رواية عبد الرحمن بن الحجاج و رواها بما صورته (قال) سألته عن السيوف المحلاة فيها الفضة نبيعتها بدراهم بنقد قال كان أبى يقول يكون معها عوض أحب إلى ثم طعن فيها بأن المسئول فيها مجهول فلا تقوى للاحتجاج بها و شيخنا فيه متردد (انتهى) و نسب في المهذب و المقتصر ما في النهاية إلى سهو القلم و الموجود في الكافي و التهذيب قال سألته عن السيوف المحلاة فيها الفضة تباع بالذهب إلى أجل مسمى فقال إن الناس لم يختلفوا في النسيء أنه الربا و إنما اختلفوا في اليد باليد فقلت له فبيعه بدراهم بنقد فقال كان أبى عليه السلام يقول يكون معه عرض أحب إلى فقلت إذا كانت الدراهم التى تعطى أكثر من الفضة التى فيها فقال فكيف لهم بالاحتياط بذلك قلت له فإنهم يزعمون أنهم يعرفون ذلك فقال إذا كانوا يعرفون ذلك فلا بأس يجعلون معه العرض أحب فقد رواها الشيخان بتذكير ضمير معه ليكون راجعا إلى النقد أو الثمن المفهوم من المقام بل لو أنث لم يتعين رجوعه إلى السيوف لاحتمال رجوعه إلى الدراهم لأن كانت أقرب إلا أن تقول إن ضمير معه في صدر الخبر كضمير نبيعه راجع إلى المبيع و النسيء في الخبر النسيء و كذا النساء بالمد كما في التهذيب و أما عبارة النهاية فمحل الحاجة منها قوله و متى كانت محلاة بالفضة و أرادوا بيعها بالفضة و ليس لهم طريق إلى معرفة مقدار ما فيها فليجعل معها شيء آخر و بيع حينئذ بالفضة إذا كان أكثر مما فيه تقريبا و لم يكن به بأس (انتهى) و على ما في المهذب البارع و المقتصر من أنه سهو من قلمه الشريف و أن الضمير مذكر راجع إلى الثمن المفهوم أو يقال إنه مؤنث راجع إلى الأثمان كما في المسالك أو إلى الفضة الواقعة ثمننا و هو أقرب من احتماليهما لا يلتزم مع قوله و بيع حينئذ بالفضة إذا كان أكثر مما فيه تقريبا لأنه مع الضميمة إلى الثمن و المفروض أن المحلى منضم إلى الحلية يستغنى عن زيادة الثمن لانصراف كل من جزأى العوضين إلى مخالفته و الحاصل أنه على الاحتمال الذى ذكرناه لم تكن عبارة النهاية بتلك المكانة من المخالفة أقصى ما هناك أنه هناك زيادة لا حاجة إليها (فليتأمل) و يستفاد من الخبر المذكور اشتراط المعرفة في بيع المحلى بجنس الحلية و عدم الاكتفاء فيه بالمنظنة كما في الدروس و الروضة و قد نسبه فيها إلى ظاهر الأكثر و اكتفى في اللعمه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١١

و لو تشخص الثمن تعين فليس له دفع المساوى (١)

□  
بالمنظنة (و يستفاد) منه كفاية الزيادة الحكيمه في تحقق الربا كما عليه الأصحاب كافة إلا الشيخ و العجلى على ما يأتي إن شاء الله تعالى (و فيه إشكال) لا بد من توجيهه و هو في قوله عليه السلام إنما اختلفوا في اليد باليد مع أنا لا نعلم خلافا في اشتراط التقابض في النقدين و إنما الخلاف في غيرهما و الظاهر أن هذا الكلام إشارة إلى ما ذكره محبى السنه من العامه من أن ذلك كان قديما في عصره صلى الله عليه و آله و سلم و نسخ و بقى عليه أقوام لم يصل إليهم النسخ انتهى فتأمل (هذا و ليعلم) أنه صرح في النهاية و السرائر و أكثر ما تأخر عنهما أنه إذا كان الثمن من النقدين لا يجوز بيعها نسيئته و صرح في الشرائع و النافع و ما تأخر عنهما أنها لو بيعت نسيئته نقد من الثمن ما قابل الحلية و فى الرياض أنه لا خلاف فى ذلك فى الظاهر لعموم الأدلة بعدم جواز النقدين نسيئته الشامل لنحو المسألة مضافا إلى المعتره الواردة فى خصوص المقام المصرحة بحرمه نسيئته فى المسألة و يحمل ما فى الموثق من الكراهة على الحرمة لغلبة استعمالها فيها و أما الخبر المسئول فيه عن السيف المحلى بالفضة يباع نسيئته فقال ليس به بأس لأن فيه الحديد و السير فقد حملوه على النسيئته فيما عدا الحلية على أنه قاصر السند و استظهر جماعة انسحاب الحكم فيما يشابه المسألة من الأوانى المصوغه من الذهب و الفضة (هذا و أما مع العلم بالقدر فلا إشكال) فى أنه يجوز بيعه بالآخر و بجنس غيرهما مطلقا أى سواء حصل

هناك زيادة من حيث القيمة تساوى المحلى أم لا و سواء اتهب أم لا و بالجنس مع زيادة الثمن كما نص عليه فى النهاية و المبسوط و الخلاف و الوسيلة و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس و غيرها و فى الخلاف الإجماع عليه و فى الرياض أنه لا-خلاف فيه و قد علمت أنه لا-حاجة إلى التقييد بالعلم و فى الخلاف الإجماع على أنه لا يجوز بالأقل و هو معلوم و يجوز بيعه بالجنس أيضا مع اتهاب المحلى كما نص عليه فى النهاية و المبسوط و الوسيلة و السرائر و الشرائع و غيرها بل لم أجد فيه خلافا و قد قيده المتأخرون كالكتاب بعدم شرط الاتهاب فى عقد البيع لاستلزامه الزيادة فى أحد الجنسين لأن الشرط زيادة حكمية كما فى اشتراط زيادة صياغة الخاتم (و نحن نقول) إن الظاهر جوازه كما يأتى بيانه محررا و قال فى المسالك إنما يصح مع شرط هبة الزيادة إذا وقع البيع بالثمن على الحلية خاصة إذا فرضت قدره أو زائده على قدره و معناه أن هذه الزيادة التى قالوا إنها توهب من دون شرط إنما تتحقق و يحتاج إلى التخلص بهبتها فيما إذا وقع البيع بالثمن على الحلية خاصة إذا فرضت قدر الثمن أو زائده عليه فإن ما فيه الحلية و الزيادة التى فيها على تقدير كونها زائده عليه يبقى زيادات (زيادة خ ل) فى البين و قال فى المسالك أيضا و لو وهبه الزائد قبل البيع صح أيضا و يجب تجريده عن شرط بيع الباقي بمثله كما لو تأخرت الهبة انتهى (فليتأمل) فى الأخير هذا (و ينبغى) تقييد الأخبار و كلام الأصحاب بما إذا كانت الحلية متمولة و إلا فلو كانت من قبيل تحلية الجدران و السقوف فلا تترتب عليها الأحكام المذكورة و لعله إنما ترك لظهوره

(قوله) (و لو تشخص الثمن تعين فليس له دفع المساوى)

هذا مذهب الإمامية و قال أبو حنيفة لا يتعين و له أن يدفع غيره و قد خالف العقل و النقل كما فى كشف الحق و هو موضع وفاق بين أصحابنا و أكثر من خالفنا كما فى المسالك و ظاهر الدروس و الروضة الإجماع أيضا حيث قالوا عندنا و هو ظاهر الخلاف و التذكرة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١٢

## [فروع]

### إشارة

(فروع)

## [الأول لو عينا الثمن و المثلن ثم تقابضا]

(الأول) لو عينا الثمن و المثلن ثم تقابضا فوجد أحدهما بما أخذه عينا فإن كان من غير الجنس بطل التصرف كأن يجد الذهب نحاسا و الفضة رصاصا و كذا فى غير الصرف كما لو باعه ثوبا كتانا فبان صوفا بطل (١) و إن كان البعض من غير الجنس بطل فيه خاصة و يتخير من انتقل إليه فى الفسخ و أخذه بحصته من الثمن (٢)

و غيرهما مما قصر فيه الخلاف على أبى حنيفة و لقد أطلت فى الرد عليه فى التذكرة و كذا الخلاف و كشف الحق و يتفرع عليه أنه لو تلفت العين قبل القبض انفسخ البيع و ليس له دفع عوضها و لا للبائع طلبه و سيذكر المصنف ما إذا وجد فيه عينا (قوله قدس سره) (فروع) (الأول) لو عينا الثمن و المثلن ثم تقابضا فوجد أحدهما بما أخذه عينا فإن كان من غير الجنس بطل الصرف كأن يجد الذهب نحاسا و الفضة رصاصا و كذا فى غير الصرف كما لو باعه ثوبا كتانا فبان صوفا بطل)

كما نص على ذلك في المبسوط والخلاف والوسيلة والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وغيرها وهو مما لا خلاف فيه عندنا وبه قال جم غفير من العامة لأن ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء وهو ذلك الفرد المشار إليه وما هو مقصود لم يقع عليه العقد فيبطل لتخلف القصد عما وقع عليه العقد ولا فرق في ذلك بين الصرف وغيره ويجب رد الثمن وليس له الإبدال ولا الأرش لوقوعه على عين مشخصة فلا يتناول غيرها وعدم وقوع الصحيح والمعيب على هذه العين وتخييل تغليب الإشارة هنا باطل ولا حاجة في تصوير المسألة إلى التقابض ومعنى بطلان البيع ظهور بطلانه وإلا فهو باطل من أصله (ويعلم) أن الثمن والمثمن إما أن يكونا معينين أو مطلقين أو مختلفين وعلى التقادير إما أن يظهر العيب فيهما أو في أحدهما بحيث يكون الجميع معيبا أو البعض ثم إما أن يكون العيب من الجنس أو من غيره ثم إما أن يكون الظهور قبل التفرق أو بعده فالصور كثيرة وقد أشار المصنف إلى تلك الأحكام في هذا الفرع

(قوله) (وإن كان البعض من غير الجنس بطل فيه خاصة ويتخير من انتقل إليه في الفسخ وأخذه بحصته من الثمن)

هذا الفرع يقع على نحوين لأنه إما أن يبيعه دراهم بدراهم معينة أو دراهم بدنانير كذلك فيجد في البعض عيبا من غير الجنس فظاهر الكتاب والتذكرة والدروس وغيرها أنه لا فرق في بطلان البيع في المعيب خاصة وتخير المشتري أو البائع في الفسخ في الباقي وأخذه بحصته من الثمن بين ما إذا كان البيع بالمجانس كدراهم بدراهم أو غيره كدراهم بدنانير وهو صريح المختلف والتحرير وفي الشرائع والإرشاد والمسالك فرض المسألة في بيع الفضة بالفضة واستظهر في مجمع البرهان والحدائق أنه لا خلاف في ذلك (و في الكفاية) نسبته إلى الأصحاب وفي الخلاف والسرائر أنه إذا باعه دراهم بدراهم وكان البعض من غير الجنس كان البيع باطلا ولعلهما أرادا في خصوص المعيب (فليتأمل) وستسمع عبارة اللمعة فإن ظاهرها موافقة الخلاف وفي المبسوط والوسيلة أنه إن باعه الدراهم بالدنانير مشارا إليهما وظهر البعض من غير الجنس فالحكم ما في الكتاب وقال في المبسوط وإن كان بالمماثل كالدراهم بالدراهم كان البيع صحيحا والمشتري أن يرد المعيب بالمعيب أو يفسخ العقد في الجميع وظهره كما أشار إليه في المختلف أن له الإمضاء في الجميع ولا يبطل في المعيب وقد لا يكون مخالفا وفي الوسيلة إذا باع الذهب بالذهب فإن كان مشارا إليهما وتقابضا وظهر ببعض أحد البديلين عيب من جنسه أو من غير جنسه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١٣

وإن كان من الجنس كخشونة الجواهر واضطراب السكة وسواد الفضة تخير بين الرد والإمساك وليس له مطالبته بالبدل في الموضوعين (١)

كان لمن لم يعب ماله الخيار بين رد المعيب وبين فسخ البيع في الكل انتهى «فتأمل جيدا» وأما عبارة اللمعة فهي قوله ولو ظهر عيب في المعين من غير جنسه بطل فيه فإن كان بإزائه مجانسه بطل البيع من أصله كدراهم بدراهم وإن كان مخالفا صح في السليم وما قابله «انتهى» وظهرها أنه لو ظهر درهم من مائة درهم نحاسا بطل في الجميع لأنه كشف عن البطلان وقت العقد لأنه حينئذ وقع الجمع على مائة بتسعة وتسعين درهما فيتوجه إليه الربا لأن وجود الدرهم المعيب كعدمه ولو لا أن مراده ذلك لم يبق فرق بينه وبين قوله وإن كان مخالفا صح في السليم وما قابله وللزوم مساواة الحكم في المجانس والمخالف ويلزم من ذلك التكرار والاشتراط في العبارة من غير فائده والشارح صرفها عن ظاهرها فقال فلو ظهر عيب في المعين ثمننا كان أم ثمننا من غير جنسه بأن ظهرت الدراهم نحاسا أو رصاصا بطل البيع فيه لأن ما وقع العقد فيه غير مقصود بالشراء والعقد تابع له فإن كان بإزائه مجانسه بطل البيع من أصله إن ظهر الجميع كذلك وإلا بالنسبة وإن كان بإزائه مخالفا في الجنس صح البيع في السليم وما قابله انتهى «فليتأمل في ذلك» ولقد سئلت عن هذه العبارة في مشهد الحسين عليه السلام وقد أشكلت على جماعة من الفضلاء الأعلام وليس له مطالبته ببدل البعض الذي هو من غير الجنس كما سيأتي في عبارة الكتاب ولعله مجمع عليه كما في مجمع البرهان (ويعلم) أن جملة من

العبارات و إن كانت إنما اشتملت على تخيير المشتري إلا- أنها محمولة على ما هو الغالب من أن الجهل بالعيب إنما يكون من المشتري دون البائع لثبوت العيب في ملكه و اطلاعه عليه غالباً فلو فرض خلاف ذلك بأن اشتراه وكيله و باعه بسرعة أو كان العيب مما يخفى ثبت له الخيار أيضاً كما صرح به جماعة كما أن المشتري لو اطلع عليه فلا خيار له (قوله) (و إن كان من الجنس كخشونة الجوهر و اضطراب السكة و سواد الفضة تخير بين الرد و الإمساك و ليس له مطالبته بالبدل في الموضوعين)

إذا كان المعيب من الجنس كما إذا كان خشونة في الجوهر فلا- يخلو إما أن يكون في الجميع أو في البعض و البيع إما بالمماثل أو المخالف كدراهم بدنانير و كل ذلك مع التعيين فإن كان ذلك العيب في الجميع في صورة البيع بالمثل فإنه يتخير بين رد الجميع و الإمساك كما هو ظاهر إطلاق الشرائع و التذكرة و الكتاب و الإرشاد و الدروس و اللمعة و الروضة و صريح التحرير و المسالك و مجمع البرهان و كأنه لا- خلاف فيه أصلاً و إن كان في البعض في تلك الصورة ففي التحرير و المختلف و الإرشاد و الخلاف و السرائر و ظاهر الكتاب و الشرائع و الدروس و اللمعة و الروضة أنه يتخير أيضاً بين الرد و الإمساك و في الثلاثة الأول التصريح بأنه ليس له رد المعيب بالعيب و كذا الشرائع و كأنه لتبعض الصفة و خالف الشيخ و الطوسي و المصنف في المبسوط و الوسيلة و التذكرة فقالوا إن المشتري مخير بين رد المعيب بالعيب أو فسخ العقد في الجميع و ظاهر المسالك و الكفاية التوقف و كذلك مجمع البرهان فإنه تأمل فيه أولاً- ثم قال لأنه يشم منه رائحة المخالفة لما تقدم من الصحة في البعض و البطالان في الآخر ثم قال كأنه للإجماع أو النص و إن كان ذلك العيب في الجميع أو البعض في صورة التخالف فإنه يتخير أيضاً بين الرد و الإمساك كما هو خيرة المبسوط و الخلاف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١٤

و لو اختلف الجنسان فله الأرش ما دام في المجلس فإن فارقاه فإن أخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه و إن كان مخالفاً صح (١)

و السرائر و التحرير و الوسيلة و ظاهر الشرائع و التذكرة و الدروس و اللمعة لمكان الإطلاق في هذه الشامل للبعض و الجميع في التماثل و التخالف و هو صريح المختلف فيما إذا كان العيب في البعض و صريح الروضة فيما إذا كان في الجميع و في الأربعة الأول أعني المبسوط و ما بعده التصريح بأنه ليس له رد البعض المعيب و إمساك الباقي و هو ظاهر الباقي ما عدا التذكرة فإن ظاهرها أن له ذلك و لا ريب أنه ليس له مطالبته بالبدل هنا كما أنه ليس له مطالبته به فيما إذا ظهر المعيب من غير الجنس و إلى ذلك أشار بقوله في الموضوعين كما أنه لا- ريب أنه ليس له الأرش فيما إذا ظهر المعيب من الجنس حذراً من الربا لأنه زيادة و الفرض أن المتماثلين متساويان و يأتي حال الأرش في المتخالفين و قد وقع في العبارات في الباب إجمال و اختصار و اضطراب و تحرير ذلك مما لم يوجد في غير هذا الكتاب لكن الأمر في ذلك سهل (و قد ناقش) في العبارة في جامع المقاصد فقال إن الضمير في قوله فإن كان من الجنس مقتضى السياق أن يعود إلى العيب لكنه لا- يستقيم لأن العيب لا يعد من الجنس و إنما حقه أن يرجع إلى المعيب كما يراد بالضحك الضاحك فإنه مجاز مشهور لأن إطلاق المشتق منه على المشتق سائغ لكن قوله بعد و إن كان من الجنس كخشونة الجوهر لا يستقيم و الأمر في ذلك أسهل شيء

(قوله) (و لو اختلف الجنسان فله الأرش ما دام في المجلس فإن فارقاه فإن أخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه و إن كان مخالفاً صح)

إذا اشترى منه ديناراً بعشرة دراهم مثلاً- فظهر في الدينار عيب من جنسه فله الأرش ما دام في المجلس كما في التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و الروضة و المسالك و أما إذا فارقا المجلس فقد اختلفت كلمتهم في الأرش ففي التحرير و الدروس و اللمعة أنه لا يجوز أن يأخذه من الأثمان و في الأولين أنه يجوز أن يأخذه من غيرهما و كذلك المسالك و في الأخير أعني اللمعة نسبته إلى القليل

وفى التذكرة ما فى الكتاب من أنه إن أخذه من جنس السليم بطل و إن كان مخالفا صح (وقد حكى الشهيد فى حواشيه) أن تلامذة المصنف اختلفوا فى معنى هذه العبارة فبعض على أن المراد بالمخالف ما كان مخالفا لجنسى المعيب و الصحيح معا و أنه هكذا سمع منه فتكونان موافقتين لما فى التحرير (وقد نقل) ذلك عن القطب حاكيا له عن المصنف حين قراءته عليه القواعد و وجد فى خط بعض تلامذته نقلا- عن المصنف أيضا أنه إن أراد الإخبار برأس المال لم يخبر بذلك المدفوع لخروجه عن الثمن و لا يبطل فيما يقبله من المثلث و إلا لعاد البحث و إن أخذه من غيره يكون الأرش جبرا للنقص و لا يستلزم فساد البيع فى قدر الأرش فيصح الإخبار به لو باعه مرابحة كذا وجدنا (فليتأمل) فى الحكم و المعنى و العبارة و قال آخرون من تلامذته إنه إذا باع مثقالا من ذهب بعشرة دراهم مثلا ثم ظهر فى المثقال عيب فإن أخذ أرش المثقال من ذهب لم يحكم ببطلان الصرف فى شىء من الدراهم إذ لا رابطة بين الذهب و الفضة أما إذا أخذ من الدراهم و كان درهما بطل البيع فى ذلك الدرهم إذ ذلك يجرى مجرى من اشترى مثقالا من ذهب و درهما بعشرة دراهم و تفرقا قبل القبض فإنه يبطل الصرف فيه و فيما قبله و هذا المعنى هو الذى فهمه المحقق الثانى فقال مقتضى الحكم الواقع فى عبارة المصنف هنا أمور (الأول) أن الأرش عوض العيب الواقع فى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١٥

.....

أحد العوضين من غيرهما «١» و هو مشكل لأن المعروف أن الأرش جزء من الثمن نسبه إليه كنسبة قيمة الصحيح إلى المعيب «٢» (الثانى) أنه لا يتعين كونه من جنسهما لظاهر قوله و إن كان مخالفا و قد صرح فى التحرير بذلك (و يشكل) بأن الحقوق المالية إنما يرجع فيها إلى النقدين فكيف الحق الواجب باعتبار نقصان فى أحدهما (قلت) يمكن أن يقال فى دفع الإشكال بأن الثابت و إن كان هو النقد لكن لما لم يتعين إلا باختياره الأرش إذ لو رد لم يكن الأرش ثابتا كان ابتداء تعلقه بالذمة الذى هو بمنزلة المعاوضة اختياره فيعتبر حينئذ قبضه قبل التفرق مراعاة للصرف و كما يكفى فى لزوم معاوضة الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرق كذلك يكفى دفع عوضها قبله فإذا اتفقا على جعله من غير النقدين جاز و كانت المعاوضة كأنها واقعة به (و فيه) أن ذلك يقتضى جواز أخذه فى مجلس اختياره من النقدين و لا- يقولون به و لزومه و إن كان موقوفا على اختياره إلا أن سببه العيب الثابت حالة العقد فقد صدق التفرق قبل أخذه و إن لم يكن مستقرا (وقال) المحقق الثانى (الثالث) من الأمور الفرق بين الدفع من جنس السليم فيبطل فيه و من جنس المعيب أو من غيرهما فيصح (و يشكل) بأن الدفع من جنس أحدهما كالدفع من جنس السليم «٣» فإما أن يبطل فيهما معا أو يصح فيهما معا و ما قيل من أنه لو دفع من جنس السليم كما لو كان العوضان دينارا و عشرة دراهم و كان الدينار معينا من الجنس بما يقتضى نقصان قيمته بقدر درهم فإن المبيع يكون دينارا و درهما بعشرة دراهم و قد تفرقا قبل قبض الدراهم فيبطل الصرف فيه بعينه آت فيما لو دفع ذهابا قيمته درهم فإنهما قد تفرقا قبل قبضه فيجب أن يبطل كالسليم بخلاف ما لو دفع من غيرهما (قلت) لعل هذا القائل هو بعض تلامذته كما نقلناه أخيرا و على ما نقلناه عن المصنف أولا لا يرد عليه شىء مما ذكر (الرابع) ظاهر قوله بطل فيه أى بطل البيع فى الأرش أنه لا يجوز دفع الأرش بعد ذلك و يشكل بأنه إذا استحق فى ذمته عوض نقصان أحد العوضين كيف يبطل فيما لو عينه فيما لا يجوز أخذه (فإن قلت) هو مخير فى جهات القضاء فإذا عين جهة له امتنع المطالبة بشىء آخر فحيث امتنع أخذه لامتناع ذلك بالإضافة إلى الصرف للتفرق قبل قبضه و هو محسوب من العوضين (قلنا) إذا امتنع شرعا من جهة لم يصدق تخيره بالإضافة إليها و لو سلم تخيره فيها لم يلزم البطلان بل عدم جواز المطالبة بغيرها حتى لو تراضيا على الأداء من غير النقدين بعد التعيين فى أحدهما ينبغى القول بالجواز على أن القول بالبطلان بالتفرق قبل القبض من أصله مشكل فإن المدفوع ليس أحد عوضى الصرف و إنما هو عوض صفة فائته من أحد العوضين ترتب استحقاقها على صحة العقد فقد حصل التقابض فى كل من العوضين فلا مقتضى للبطلان إذ وجوب التقابض إنما هو فى عوضى الصرف لا فى الموجب (لا فيما وجب خ ل) بسببهما (الخامس) لم يذكر المصنف على تقدير

البطلان في الأرش البطلان في شيء من العوض السليم و عدمه و يلزمه القول بذلك لأنه على ما نقلناه عن بعض حواشي الشهيد يكون العوض السليم في مقابلة المعيب و الأرش فيكون التفرق واقعا قبل قبض العوض فيما قابل الأرش من السليم و يمكن أن يقال قد صدق التقابض في مجموع العوضين المقتضى لصحة التصرف و اشتراط قبض الأرش قبل التفرق إذا كان من التقدين أو من جنس السليم على اختلاف الرأيين ليس لكونه جزءا من المعاوضة بل لكونه من توابعها و من ثم لو أسقطه مستحقه لم يلزم في المعاوضة

(١) الجار و المجرور خبر أن (منه)

(٢) نقص قيمة المعيب عن الصحيح (خ ل)

(٣) الآخر (خ ل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١٦

و لو كانا غير معينين و ظهر العيب من غير الجنس فإن تفرقا بطل و إلا كان له المطالبة بالبدل (١) و لو اختص العيب بالبعض اختص بالحكم (٢) و لو كان من الجنس فله الرد و الإمساك مع الأرش مع اختلاف الجنس و مجانا مع اتفاهه (٣)

اختلال كما لو كان التقدان من جنس واحد (و التحقيق أن يقال) إن كان الأرش داخلا في المعاوضة اعتبر قبضه في صحته و صحة مقابله إذا كان من التقدين و إلا لم يجب أصلا و لو قيل إنه لكونه عوض صفة لا مقابل له من العوض الآخر رددناه بأن أحد العوضين في مقابل الآخر من جهة المالية و لا فرق بين الجزء و الصفة التي لها دخل في المالية (قلت) قد يقال إن الحق أنا إن اعتبرنا في ثبوت الأرش السبب لزم بطلان البيع فيما قابله بالتفرق قبل قبضه مطلقا و إن اعتبرنا حالة اختياره أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل لزم جواز أخذه في مجلسه مطلقا و إن جعلنا ذلك كاشفا عن ثبوته بالعقد لزم البطلان فيه أيضا (و على كل حال) فالمعتبر منه النقد الغالب و ما اتفقا على أخذه أمر آخر و الوجه الأخير أعنى كونه كاشفا لعله أوضح كما قيل فينتجه على اختيار هذا الوجه البطلان فيما قابله مطلقا (السادس) لم يذكر المصنف حال المعاوضة بعد بطلان البيع في الأرش و على ما ذكره يجب أن يثبت للمشتري الخيار لفوات عوض بعض ما له دخل في المالية و امتناع تداركه كما لو كان العوضان من جنس واحد و أحدهما معيب من الجنس و لو قلنا ببطلان شيء من الآخر في مقابل الأرش لوجب أن يثبت للبائع خيار تبعض الصفة إلا أن يقال التبعض (للتبعض خ ل) جاء من قبله فلا يثبت له خيار انتهى

(قوله) (و لو كانا غير معينين و ظهر العيب من غير الجنس فإن تفرقا بطل و إلا كان له المطالبة بالبدل)

إذا تصارفا و كانا في الذمة موصوفين أو كان للبلد نقد غالب و جب تعيين ذلك في المجلس بتقابضهما فإن تقابضا و وجدا أحدهما أو هما عيبا فيما صار إليه و كان من غير الجنس في الجميع فله المطالبة بالبدل ما دام في المجلس لوقوع العقد على مطلق سليم و إن تفرقا بطل للتفرق قبل التقابض و الحكمان مما لا خلاف فيهما و قد نص عليهما في المبسوط و جميع من تأخر عنه مما تعرض لهما فيه

(قوله) (و لو اختص العيب بالبعض اختص بالحكم)

معناه أنه يبطل في البعض الذي من غير الجنس و يصح في الآخر إن كان ظهور ذلك بعد التفرق و إن كان قبل التفرق فله المطالبة بالبدل لما تقدم ذكره في سابق هذه الصورة و هذا أيضا مما لم أجد فيه خلافا و عبارة الشرائع قاصرة و ليست مخالفة

(قوله) (و لو كان من الجنس فله الرد و الإمساك مع الأرش مع اختلاف الجنس و مجانا مع اتفاهه)

إذا كان العيب من الجنس في غير المعين فأما أن يكون ظهوره قبل التفرق أو بعده في الكل أو البعض مع اختلاف الجنس أو اتحاده فإن كان في الكل فله الرد قبل التفرق كان ظهوره أو بعده اتحد الجنس أو اختلف كما هو صريح المبسوط و الوسيلة و الدروس فيما

إذا كان بعد التفرق و ظاهر إطلاقها في اتحاد الجنس و اختلافه و صريح الشرائع في الأمرين و كذا الإرشاد و صريح الخلاف فيما إذا كان بعد التفرق مع اختلاف الجنس و لم يتعرض في التحرير و اللمعة للرد و في التذكرة أن الوجه أن ليس له ذلك و مال إليه في المختلف و استشهد على ذلك بما إذا دفع المسلم فيه معييا فإن له المطالبة بصحيح دون الفسخ إلا مع تعذر التسليم فكذا هنا إذ المعقود عليه غير معين فلا يتعين المعيب بالقبض فلا يتحقق الفسخ و في حواشى الشهيد تقييد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١٧

و المطالبة بالبدل و إن كان تفرقا على إشكال (١)

عبارة الكتاب بما إذا رضى المالك (قال) و لا يجب عليه ذلك و أما الإمساك ففي المبسوط و الخلاف و الوسيلة أن له ذلك مجانا من دون أرش حيث لم يتعرض في الثلاثة لذكر الأرش مع عدم التقييد في الأول و الثالث باتحاد الجنس و فرضه في الثاني مع اختلافه و أما الشرائع و الإرشاد و غيرهما فقد عرفت أنه قد فرضت المسألة فيها مع اتحاد الجنس و قد تشعر بعض العبارات بأن في الخلاف خلاف ما ذكرنا و الموجود فيه ما نقلناه و تفصيل المصنف في الكتاب هو خيرة التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و غيرها فالتقييد باختلاف الجنس إنما هو للإمساك بالأرش (فإن قيل) إن المبيع هو الأمر الكلى لا المدفوع فلم تثبت المطالبة بالأرش و قد كان الواجب أن يكون له الرد أو الرضا به (قلنا) لما دفعه البائع و قبضه المشتري تعين بالقبض و ملكه فكان له المطالبة بأرشه لأن الإطلاق ينزل على الصحيح و إن صدق على المعيب (لا- يقال) إن كان المبيع صادقا على المعيب فلا رد و لا أرش (لأننا نقول) المبيع صادق على المعيب لكنه منزل على الغالب في الإطلاق و هو الصحيح (فإن قلت) إذا كان المعيب مقصودا للمتبايعين لم يثبت الأرش و إلا لم يسغ إمساكه بالأرش لأن المبيع غيره (قلنا) هو مقصود تبعا نظرا إلى أنه مما يصدق عليه مفهوم اللفظ في الجملة فصح كونه مبيعا في الجملة و لكن لما كان الغالب الإطلاق على الصحيح ثبت له الأرش و الرد نظرا إلى الغالب و مع اتفاق الجنس لا يثبت له الأرش للزوم الربا و تمام التحقيق في المبيع الكلى يأتي في المطلب الثاني من الفصل الثاني في التسليم (و مما ذكر) يعلم حال ما في شرح الإرشاد لفخر الإسلام حيث نفى الأرش بالكلية مستندا إلى أنه إنما يثبت في أحد العوضين إذا تعين لأن غير المعين ماهية كلية في الذمة و إنما يحمل اللفظ على الصحيح فإذا دفع إليه بعض جزئيات الكلى معييا كان غير المبيع فلا أرش فيه و له إبداله (ثم قال) لا يقال لو كان غير المبيع لم يتم القبض لكن يتم القبض لأن له إبداله بعد التصرف (لأننا نقول) المعتبر في القبض الماهية النوعية و المعتبر في تمام البراءة الصنف المتصف بالصحة و السلامة و لا يلزم الدور (انتهى) و يفهم من إطلاق كلام المصنف أن له المطالبة بالأرش مع التفرق و فيه إشكال و أما لو ظهر بعضه خاصة اختص الحكم حسبما تقدم لكن ليس له إفراده بالرد هنا للزوم تبعض الصفقة على البائع إلا مع رضاه و في المبسوط إن كان العيب في البعض فله أن يبدل البعض و له أن يفسخ في الجميع و في الوسيلة أنه مخير بين ثلاثة أشياء الرضا بالبيع و الفسخ و الإبدال (انتهى) و يأتي الحال في الإبدال و في التذكرة لو كان العيب في بعضه كان له رد الكل أو المعيب خاصة خلافا للشافعي في أحد قوليه أو إمساكه مجانا بالأرش مع اختلاف الجنس فإذا رده كان له المطالبة بالبدل و الخلاف كما تقدم في ظهور عيب في الجميع

(قوله) (و المطالبة بالبدل و إن تفرقا على إشكال)

لا- خلاف و لا- إشكال في أن له المطالبة بالبدل في الكل أو البعض قبل التفرق و أما بعده فيما إذا ظهر في الكل فقد تردد فيه في الشرائع كالكتاب و كذا التحرير و الإيضاح و حواشى الشهيد و في الخلاف و المبسوط و الوسيلة و الإرشاد و شرحه للفخر و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك أن له ذلك و قواه في الروضة بعد أن نفاه أولا- و في الدروس أنه لا يجوز على الأقرب و هو ظاهر المختلف لمن تأمل و مجمع البرهان و في اللمعة و لو كانا غير معينين فله الإبدال و في غيره و إن تفرقا و المراد غير الصرف و ظاهرها موافقة الدروس و عن أبي



مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١٨

و في اشتراط أخذ البدل في مجلس الرد إشكال (١)

على أنه يجوز الإبدال ما لم يتجاوز يومين فيدخل في بيع النسيئة و لم يقيد بالتعيين و عدمه قال في الدروس و في رواية إسحاق عن الكاظم عليه السلام إشارة إليه (حجة) القائلين بالجواز أن التقابض تحقق في العوضين قبل التفرق لأن المقبوض و إن كان معيبا إلا أن عيبه لا يخرج عن حقيقة الجنسية و لأجل ذلك ملكه المشتري و كان نماؤه له من حين العقد إلى حين الرد و الفسخ بالرد طار على الملك بسبب ظهور العيب فيكون البيع صحيحا و له طلب البدل بعد التفرق (و توضيحه) ما ذكره في جامع المقاصد من أن ما في الذمة و إن كان أمرا كليا إلا أنه إذا عين في شيء و قبضه المستحق تعين و ثبت ملكه له فإذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته تداركا لفئات حقه فإذا فسخ رجع الحق إلى الذمة فتعين حينئذ عوضا صحيحا (قال) و بهذا يظهر أن الأول كان عوضا في المعاوضة و قد قبضه قبل التفرق فتحقق شرط الصحة فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارى على العوض المقتضى لعوده إلى الذمة و كون البدل عوضا في الجملة لا يقتضى نفي عوضية غيره فلا يقتضى التفرق قبل قبضه التفرق قبل العوض في المعاوضة و هو واضح فكان الأصح ثبوت المطالبة بالبدل (انتهى) و فيه أنه بعد الرد و عدم الرضا بذلك المعيب لعله انكشف عدم صحة المعاوضة و عدم كونه متعينا لما وقع عليه العقد و إلا لم يكن له الرد و طلب البدل فكيف يتحقق قبضه أولا شرط صحة الصرف و هو قبض العوض قبل التفرق (فليتأمل جيدا) (و حجة القائلين) بعدم الجواز أن الإبدال يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق و أن المبيع حقيقة إنما هو البدل و قد حصل التفرق قبل قبضه فيكون الصرف باطلا فلا يجوز له أخذ البدل و زاد في الإيضاح أن جواز الإبدال يستلزم عدمه لأن رده هو رفع تعيين المبيع فيه و هو يستلزم انتفاء كون المردود المبيع في الماضي أو المستقبل لأن المبيع واحد فلا يكون قد قبض البيع قبل التفرق فيبطل الصرف (انتهى) و مما ذكر يعلم وجه تردد من تردد و يعلم الوجه فيما إذا ظهر في البعض

(قوله) (و في اشتراط أخذ البدل في مجلس الرد إشكال)

كما في التذكرة و في الإيضاح أن الأصح الاشتراط و في حواشى الشهيد و جامع المقاصد و المسالك أنه لا يشترط و قواه في الروضة بعد أن حكم بالاشتراط أولا وجه الاشتراط أن القبض الأول ارتفع فلو لم يقبض في المجلس للزم التفرق قبل القبض فيبطل الصرف و بعبارة أخرى إن الفسخ رفع العوض و لم يفسخ العقد فإذا لم يقدر في الصحة سابقا يتعين القبض حينئذ ليتحقق التقابض و وجه العدم أن القبض الأول إما أن يؤثر في صحة البيع أو لا و الثانى يستلزم بطلان البيع من رأس و الأول يستلزم عدم اشتراط قبض البدل في مجلس الرد و بعبارة أخرى إن ما يعد ثمنا قد تحقق فصح به الصرف فيستصحب إلى أن يثبت خلافه و ما وقع غير كاف في الحكم بوجود التقابض لأنه حكم طار بعد ثبوت البيع و أن القبض معتبر قبل تفرق المتعاقدين فإن تحقق لم يشترط غيره و إلا فسدت من رأس و مما ذكر يعلم وجه التردد و ينبغى لمن قال بجواز المطالبة بالبدل أن لا يشترط أخذه في مجلس الرد و لا يستشكل (فتأمل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤١٩

### [الثانى نقص السعر و زيادته لا تمنع الرد]

(الثانى) نقص السعر و زيادته لا تمنع الرد فلو صارفه و هو يساوى عشرة دينار فردها و قد صارت تسعة دينار صح قطعا و كذا لو صارت أحد عشر (١)

### [الثالث لو تلف أحدهما بعد التقابض]

(الثالث) لو تلف أحدهما بعد التقابض ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل الصرف و يرد الباقي و يضمن التالف بالمثل أو القيمة و لو كان من الجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس و إلا فلا (٢)

#### [الرابع لو أخبره بالوزن ثم وجد نقصا بعد العقد بطل الصرف]

(الرابع) لو أخبره بالوزن ثم وجد نقصا بعد العقد بطل الصرف مع اتحاد الجنس (٣) و يتخير مع الاختلاف بين الرد و الأخذ بالحصه (٤)

(قوله) (نقص السعر و زيادته لا تمنع الرد فلو صارفه و هو يساوى عشرةً بدينار فردها و قد صارت تسعةً بدينار صح قطعاً و كذا لو صارت أحد عشر)

نقص السعر أو زيادته لا يمنعان من الرد بالعيب عندنا لأنه قد ثبت و الأصل بقاؤه فيصح الرد و لا ربا و ليس للغريم الامتناع من الأخذ إذ العبرة في الرد بالعين لا- بالقيمة قال الشهيد إنما قال قطعاً لأن بعض العامة جعل هذا النقص مانعاً من الرد لأنه في حكم العيب الحادث المانع من الرد و جوابه الفرق بأن العيب مستقر بخلاف تفاوت السعر فإنه لا قرار له (انتهى)

(قوله) (لو تلف أحدهما بعد التقابض ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل للصرف و يرد الباقي و يضمن التالف بالمثل أو القيمة و لو كان من الجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس و إلا فلا)

إذا ظهر العيب بعد التقابض و كان المعيب من غير الجنس و تلف المعيب بطل للصرف و يرد الباقي و يضمن التالف بالمثل في الذهب و الفضة و الدراهم و الدينار و بالقيمة في مثل المصوغات و ما يكون من الأجناس الغير المثلية و لو كان من الجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس و لا يكون التلف مانعاً من المطالبة بأرش العيب و إن اتحد الجنس فلا أرش لأنه يكون ربا بل يفسخ العقد بينهما و يرد مثل التالف أو قيمته إن لم يكن له مثل و يسترجع الثمن الذي من جهته

(قوله) (و لو أخبره بالوزن ثم وجد نقصانا بعد العقد بطل الصرف مع اتحاد الجنس)

يجوز إخلاد أحد المتعاقدين إلى الآخر في قدر عوضه فيصح البيع فيما يشترط فيه القبض في المجلس قبل اعتباره لأصالة صدق العاقل و اقتضاء عقله الامتناع من الإقدام على الكذب فلو أخبره بالوزن فاشتره صح العقد لأنه كبيع المطلق لكنه يخالفه في التعيين فإن قبضه ثم وجده ناقصاً بعد العقد بطل الصرف مع اتحاد الثمن و المثل في الجنس و التعيين من حيث اشتمال أحد العوضين على زيادة عينيه و بذلك صرح في التذكرة و التحرير لكنه في الأخير لم يقيد باتحاد الجنس كما لم يقيد في الأول بالتعيين و لعله لظهور ذلك و معنى بطلان الصرف أنه تبين عدم صحته و كذلك الحال فيما لو كان الزائد معينا و المطلق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه

(قوله) (و يتخير مع الاختلاف بين الرد و الأخذ بالحصه)

إذا اختلف الجنس فيما كنا فيه فإن البيع لا يبطل من أصله لقبول هذا العقد التفاوت بين الثمن و المثل فكان بمنزلة العيب فيتخير من نقص عليه بين الرد و الأخذ بحصته من الثمن أو بالجميع و سيأتى للمصنف في الفرع الخامس من الفصل الثالث من المقصد السادس ما لا بد من مراجعته في المقام لكامل اتصاله به لأن المشهور هناك على التخيير بين الرد و الأخذ بالحصه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢٠

و لو وجد زيادة فإن كان قال بعتك هذا الدينار بهذا الدينار بطل و إن قال بعتك دينارا بدينار صح و كانت الزيادة في يده أمانة (١)

و يحتمل أن تكون مضمونة لأنه قبضه على أنه عوض ماله أما لو دفع إليه أزيد من الثمن ليكون وكيله فى الزائد أو ليزن له حقه منه فى وقت آخر فإن الزيادة هنا أمانة قطعا و لو كانت لاختلاف الموازين فهى للقباض

فى متساوى الأجزاء و فى مختلفها على التخيير بين الرد و الأخذ بالجميع فليراجع ذلك الفرع (قوله) (و لو وجد زيادة فإن كان قال بعتك هذا الدينار بهذا الدينار بطل و إن قال بعتك دينارا بدينار صح و كانت الزيادة فى يده أمانة)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و التحرير و فى جامع المقاصد فى باب القبض من أواخر الكتاب أن وجه البطلان فيما إذا باعه هذا الدينار بهذا الدينار فظهرت زيادة لزوم الربا لمكان الزيادة فى أحد العوضين المعينين و قال فيه بحث فإن الزيادة غير داخله فى المبيع قطعا للحكم بأنها للدافع فكيف يلزم الربا فينبغى تأمل البحث «انتهى و فى الشرائع» إذا اشترى دينارا بدينار و دفعه فزاد زيادة لا تكون إلا غلطا أو تعمدا كانت الزيادة فى يد البائع أمانة و مراده أنه اشترى دينارا فى الذمة بدينار كذلك و إن كان قوله و دفعه قد يوهم التعيين إذ لو كانا معينين لبطل الصرف كما تقدم إلا- على ما ذكره فى جامع المقاصد و نبه بقوله لا تكون إلا غلطا أو تعمدا على التسوية بين الأمرين أو يكون احترازا عن الزيادة اليسيرة التى لا تتفاوت بها الموازين و كونه أمانة فى صورة التعمد محل وفاق و فى الدروس لو وجد زيادة عما له كان الزائد أمانة سواء كان غلطا أو عمدا وفاقا للشيخ (قلت) فى المبسوط و فى حواشى الشهيد أن الأصح عدم الضمان نظرا إلى أصالة البراءة من الضمان لوقوعها فى يده من غير تعد منه بل بإذن مالكها و لم يقبضها بالسوم و لا بالبيع و لا بسبب مضمون (قلت) فيكون كالودعى و فى الإيضاح و جامع المقاصد فى مقامين أن الأصح الضمان و هو محتمل التذكرة و الكتاب لأنه قبضه على أنه عوض ماله و لعموم على اليد ما أخذت و لأنه قبضه على أنه أحد العوضين الذى جرى عليه عقد المعاوضة فيجب أن يكون مضمونا نظرا إلى مقتضى العقد و لأنه أقرب إلى الضمان من المقبوض بالسوم (و فيه) أن قبضه على نية العوض غير قادح مع ظهور عدمه و مقتضى العقد لم يدل على ضمان غير العوضين و كونه أقرب من المقبوض بالسوم لا يجزى لأنه قياس و الحكمة فى ذلك ظاهرة على أن الحكم المذكور فى السوم فى محل النزاع و عموم الخبر بحيث يشمل محل النزاع فى حيز المنع فإن الثابت على الأخذ بمقتضى الخبر غير مبين و لعله الحفظ و نحوه إلى أن تؤدى و يرشد إليه الأمانات المقبوضة باليد مع عدم الحكم بضمائها و القدر المتفق عليه وجوب حفظها (فليتأمل فى ذلك جيدا) ثم الأمانة فى الصورتين على تقديرها مختلفة فعلى تقدير التعمد هى أمانة مالكية و على تقدير الغلط يحتمل أن تكون شرعية و أن تكون مالكية و الفائدة معلومة و سيأتى للمصنف فى المطلب الثانى فى التسليم مثل ذلك قال و لو اشترى بدينار فدفعه فزاد زيادة لا تكون إلا غلطا أو تعمدا فالزيادة فى يد البائع أمانة و هى المشترى فى الدينار مشاعة (انتهى)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢١

و لأخذ الزيادة الفسخ للتعب بالشركة إن منعنا الإبدال مع التفرق و كذا لدافعها إذ لا يجب عليه أخذ العوض نعم لو لم يفترقا رد الزائد و طالب بالبدل (١)

### [الخامس لو كان لأحدهما على الآخر ذهب]

(الخامس) لو كان لأحدهما على الآخر ذهب و للآخر على الأول دراهم فتصارفا بما فى ذمتها جاز من غير تقابض على إشكال منشؤه اشتماله على بيع دين بدين (٢) أما لو تباريا أو اصطلاحا جاز

(قوله) (و لآخذ الزيادة الفسخ للتعب بالشركة إن منعنا الإبدال مع التفرق و كذا لدافعها إذ لا يجب عليه أخذ العوض نعم لو لم يفترقا رد الزائد و طالب بالبدل)

كما نبه على ذلك كله في التذكرة و حاصله أنه على تقدير الغلط إما أن يتبين الحال قبل التفرق أو بعده فإن كان قبله فلكل منهما استرداد الزائد و إبداله و ليس للآخر الامتناع تحرزا من الشركة و إن كان بعد التفرق فإن منعنا الإبدال مع التفرق ثبت الخيار لكل واحد منهما لمكان عيب الشركة فلهما الفسخ أما آخذ الزيادة فلأنه لا طريق له إلى التخلص من عيب الشركة إلا بالفسخ و لو جوزنا الإبدال كان له طريق آخر إلى التخلص فلا يثبت فسخ المعاوضة اللازمة و أما الدافع للزيادة فلأن حقه لما اختلط بحق المشتري باعتبار دفع المشتل على الزيادة و حصل التفرق المانع من الإبدال حصل العيب بالشركة و ذلك لأن عين ماله لا يمكن الوصول إليها و هي ممتزجة بمال الآخر و الذي أخذه بعد التمييز إنما هو عوض ماله أما عينه فلا لأنه ممتزج في مال الآخر بحيث لا يتميز و لا يجب عليه أخذ عوض ماله و لو جوزنا الإبدال مع التفرق لم يثبت له الخيار لأن ما قبضه المشتري و إن اشتمل على حقه إلا أنه ليس عينه لمكان الزيادة و البائع مخير في جهات الأداء كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد و لعله لا فرق في ذلك بين متحد الجنس و مختلفه مع عدم التعيين و لعله كذلك مع التعيين

(قوله) (لو كان لأحدهما على الآخر ذهب و للآخر على الأول دراهم فتصارفا بما في ذمهما (ذمتها خ ل) جاز من غير تقابض على إشكال منشؤه اشتماله على بيع دين بدين)

و نحوه ما في التذكرة و قد ذكر المصنف وجه المنع و وجه الصحة على ما في الإيضاح أنه لا قبض أعظم مما في الذمة و على ما في جامع المقاصد هو إما العمومات الدالة على الصحة لكونه بيعا أو يقال هو الشك في كونه بيع الكال بالكال إلا أن هذا وحده يكون منشأ الإشكال باعتبار طرفي الشك و ما ذكره في وجه المنع حق إن كان المراد ببيع الكال بالكال بيع الدين بالدين إلا أنه سيأتي للمصنف في أول الفصل الأول من المقصد الرابع أنه بيع الدين المؤجل بالدين المؤجل فلا يتجه بطلان مصارفة ما في الذم و قد تقدم لنا في أول باب الصرف ما له نفع تام في المقام عند شرح قوله و لو اشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنانير و تمام الكلام يأتي قريبا إن شاء الله تعالى و في التحرير و الإيضاح الحكم بعدم الصحة من دون استشكال و نحوه ما في الدروس حيث قال كان بيع دين بدين و لو تهاترا احتمل الجواز و على قول الشيخ يحتمل المنع و في رواية عبيد إطلاق الجواز انتهى (قلت) هي ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن عبيد بن زرارَةَ قال سألت أبا عبد الله عن الرجل يكون له عند الصيرفي مائة دينار و يكون للصيرفي عنده ألف درهم فيقاطعه عليها قال لا بأس و قضيته أنه لا يشترط هنا التقابض لحصوله قبل البيع و فرض المسألة في الذهب و الدراهم لأنه لو اتحد الجنس لوقع التقابض بما في ذمتهما على جهة القهر فلا يقع البيع لكنه في التذكرة لم يفرق بين اتحاد الجنس و اختلافه لأنه فرض المسألة أولا في الدنانير

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢٢

و يجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر فيكون صرفا بعين و ذمة (١) أي يجوز و لو دفع القضاء على التعاقب من غير محاسبة كان له الإندار بسعر وقت القبض و إن كان مثليا (٢)

### [السادس و لو اشترى دينارا بعشرة و معه خمسة]

(السادس) و لو اشترى دينارا بعشرة و معه خمسة جاز أن يدفعها عن النصف ثم يقترضها و يدفعها عن الآخر ليصح الصرف و إن كان حيلة

و الدراهم كالكتاب ثم قال و كذا لو اتفق الجنس و تساوى القدر و إن اختلفت الصفات و منه يظهر احتمال عدم جواز التهاتر الذى أشار إليه فى الدروس و قد استعمله فى غير معناه لغةً (فليتأمل)

(قوله) (و يجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر فيكون صرفا بعين و ذمة)

أى يجوز استيفاء أحدهما بدلا من الآخر و تكون مصارفة عين بدين كأن يكون له على غيره ألف درهم فيشتريها الغير بمائة دينار يدفعها إليه فى المجلس فلو لم يحصل قبض العين فى المجلس حتى تفارقا قبله بطل الصرف كما صرح به فى التذكرة و التحرير و فى حواشى الشهيد أن هذا قول الشيخ و هو جائز بشرط تعيين النقد المشتري به و قبضه قبل التفرق لأنه صرف فيجب تعيينه لئلا يكون بيع دين بدين و المصنف فى التحرير استضعف قول الشيخ و قال لا يجوز انتهى (قلت) المصنف فى التحرير ذكر المسألة فى مقامين و حكم بالجواز و قد تقدم لنا فى شرح قوله و لو كان له عليه دنانير فأمره أن يحولها إلى دراهم ما له نفع تام فى المقام و هناك يعلم مذهب الشيخ الذى أشار إليه الشهيد (و يدل) على الحكم المذكور (ما رواه ثقة الإسلام و الشيخ فى الحسن) بإبراهيم عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون عليه دنانير قال لا بأس أن يأخذ قيمتها دراهم (و ما رواه الشيخ فى المعبر) لمكان أبان عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له الدين دراهم معلومة إلى أجل فجاء الأجل و ليس عند الرجل الذى عليه الدراهم فقال خذ منى دنانير بصرف اليوم قال لا بأس به و مثله خبر زياد أبى عتاب

(قوله) (و لو دفع القضاء على التعاقب من غير محاسبة كان له الإندار بسعر وقت القبض و إن كان مثليا)

هذا الحكم ذكره الشيخ فى النهاية و الطوسى فى الوسيلة و الجماعة و الأخبار و ردت (واردة خ ل) به و إنما كان له الإندار بسعر وقت القبض لأنه يوم الانتقال و فى خبر إسحاق لأنه حبس منفعتة عنه فعلى هذا يحسب كل مقبوض فى يوم بسعر ذلك اليوم سواء كان مثليا كالدرهم و الدنانير أو غير مثلى و هو فيه أظهر و لا يحتسب مما فى الذمة إلا إذا كان من جنسه فلا بد من اعتبار سعره بالجنس الآخر و إن كان مثليا لأن اعتبار المثلية فى التضمين لا فيما أخذ بدلا من جنس آخر و أما إذا ساعره و حاسبه بأن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدنانير فلا كلام و لو أعطاه لا على جهة القضاء فأحضرها و قومها احتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم الدفع و لو تلفت أو نقصت حينئذ فهى من مال المالك و لو قبضها القابض بنية الاستيفاء و لم يجر بينهما معاملة و لا يبيع فالوجه أنه يضمها فالدنانير التى عند الصيرفى له و الدراهم عليه فإن تباريا بعد أن يصير فى ذمة كل واحد منهما ما أخذه جاز كما نبه على ذلك فى المبسوط و التذكرة و التحرير و تمام الكلام فى المسألة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢٣

### [السابع لو اشترى من المودع الوديعه عنده صح]

(السابع) لو اشترى من المودع الوديعه عنده صح إذا دفع إليه الثمن فى المجلس (١) سواء علما وجوده أو ظنا أو شكاً فيه فإن ظهر عدمه بطل الصرف

### [الثامن روى جواز ابتياع درهم بدرهم و شرط صياغة خاتم]

(الثامن) روى جواز ابتياع درهم بدرهم و شرط صياغة خاتم و لا تجوز التعدية (٢)

(قوله) (إذا اشترى من المودع الوديعة عنده صح إذا دفع إليه الثمن في المجلس)

كما في التذكرة و التحرير و الدروس و لا يشترط رد الدينار و قبضه ثانيا لأنه مقبوض عنده فإن تفرقا قبل قبض الدراهم بطل الصرف و كان الدينار مضمونا على مستودعه و لا فرق في ذلك بين أن يعلموا وجوده أو يظنوا أو يشكوا فيه كما في الأولين لأن الأصل البقاء و كذا حكم غير الصرف من البيوع و المعاوضات و إن ظن العدم بطل الصرف (قوله) (روى جواز بيع درهم بدرهم و شرط صياغة خاتم و لا تجوز التعدية)

□  
الرواية التي أشار إليها هي ما رواه الشيخ عن الحسين بن سعيد عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للصانع صنع لي هذا الخاتم و أبدل لك درهما طازجيا بدرهم غلة قال لا بأس و الخبر صحيح على الظاهر في محمد بن الفضيل لأن الرواية يكتفون في التعبير عن المشهور الكامل بالإطلاق فهو دائر بين ابن غزوان الثقة و بين ابن القاسم النهدي الثقة و بين ابن يسار الثقة و بالجملة فالخبر إن لم يكن صحيحا فهو قوى جدا كما بيناه في فنه و في كشف الرموز أن الرواية مقبولة غير مطعون فيها و أن المشايخ اعتمدوا عليها و أن المخالف صاحب الوسيلة و أن العجلي متردد و أن العمل بها أظهر بين الأصحاب مستثنى من الآيه و عموم الرواية (انتهى ما أردنا نقله من كلامه قلت) و في السرائر لم يرد الخبر و لو لا أن يكون بمكانه من القبول لضرب به عرض الحائط (الجدار خ ل) غير مكترث و الأصحاب في الخبر على أنحاء فالشيخ في النهاية قال و لا بأس أن يبيع درهما بدرهم و يشترط معه صياغة خاتم أو غير ذلك من الأشياء و قضيه كلامه أنه يتعدى فيجوز أن يبيعه درهما بدرهم و يشترط صياغة سوار أو خياطة ثوب و إذا جاز ذلك ينبغي أن يتعدى الحكم في الثمن و المثلن فيبيع دينارا بدينار و يشترط عملا أو يبيع عشرة دراهم بعشرة و يشترط العمل كما هو ظاهر التذكرة (و هذا الحكم من الشيخ) مبنى على أن الإبدال في الخبر بمعنى البيع و أنه لا فرق بين الزيادة إذا جعلت شرطا في الربوي أو جعل الربوي شرطا فيها مع حصولها في الحال و إلا فالخبر على خلاف ما عبر كما هو ظاهر لمن تدبر مضافا إلى عدم ذكر الطازج و الغلة و الذي يرشد إلى ذلك أن أساطين الأصحاب نسبوا ما عبر به الشيخ إلى الرواية كالمحقق في الشرائع و المصنف في الكتاب و التذكرة و الإرشاد و اقتصروا على ذلك من دون ترجيح نعم الشهيد في الدروس جرى على منوال الرواية فقال روى أبو الصباح جواز جعل إبدال درهم طازج بدرهم غلة عوضا لصياغة خاتم و المحقق في النافع و المصنف في التحرير و التلخيص و افقا النهاية لكنه في النافع عبر بالإبدال مكان البيع و حكم بعدم التعدية فيه و في التحرير قد سمعت ما في كشف الرموز كما قد سمعت ما في التذكرة فإن ظاهرها موافقة الشيخ و زيادة التعدى في الثمن و المثلن و الشرط العينى و حكى في كشف الرموز كما أسمعناكه عن ابن حمزة الحكم ببطان البيع و تبعه بعض من تأخر عنه في حكاية ذلك عنه و لم أجده تعرض لذلك في الوسيلة و هو خيرة المختلف و الدروس و حواشى الشهيد و التنقيح و جامع المقاصد و ظاهر اللعنة و ظاهر السرائر التردد حيث قال وجه الفتوى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢٤

### [المقصد الرابع في أنواع البيع]

#### إشارة

(المقصد الرابع في أنواع البيع) و هي بالنسبة إلى الأجل أربعة و إلى الإخبار برأس المال أربعة و إلى مساواة الثمن للعوض قسمان (١) فهنا فصول ثلاثة

### [الفصل الأول العوضان إن كانا حاليين فهو النقد]

## إشارة

الأول العوضان إن كانا حالين فهو النقد و إن كانا مؤجلين فهو بيع الكالى بالكالى و هو منهى عنه و إن كان المعوض حالا خاصة فهو النسيئة و بالعكس السلف فهنا مطالب

بذلك على ما قاله قدس سره يعنى الشيخ إن الربا هو الزيادة فى العين إذا كان الجنس واحدا و هنا لا زيادة فى العين و يكون ذلك على وجه الصلح فى العمل فهذا وجه الاعتذار له إذا سلم العمل به (و يمكن) أن يحتج لصحته بقوله تعالى شأنه (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) و هذا بيع و الربا المنهى عنه غير موجود لا حقيقة لغوية و لا شرعية و لا عرفية و قد رده المصنف فى المختلف و غيره بأن مطلق الزيادة محرمة سواء كانت عينية أو حكمية (قلت) و يرده صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج من قوله عليه السلام إن الناس لم يختلفوا فى النسيء أنه الربا و نحوها غيرها و فى مجمع البرهان أن ذلك هو المشهور و قد نزل الرواية الشهيدان فى الدروس و المسالك و اللمعة و تبعهما على ذلك جماعة فقالوا إنها تضمنت إبدال درهم طازج بدرهم غلة مع شرط الصياغة من جانب الغلة و مع ذلك لا تتحقق الزيادة لأن الطازج على ما ذكره بعض أهل اللغة و جماعة من الفقهاء الدرهم الخالص و الغلة غيره و هو المغشوش فالزيادة العينية فى الطازج فى مقابلة الصياغة و الغش فى الغلة لأن الصياغة من جانب الغش و هذا لا مانع منه مطلقا أى فى البيع و غيره و فى شرط صياغة خاتم و غيره من الصنائع و الأعيان فعلى هذا يصح الحكم و يتعدى و عبارة الروضة قاصرة عن تأدية هذا المعنى بل ربما فهم منها بادئ بدء خلاف المراد لأنه فيها فالزيادة الحكمية و هى الصياغة فى مقابلة الغش و ليس كذلك قطعا و الموافق ما عبرنا به و فى هذا التنزيل نظر لأنه مناف لفهم الأصحاب كما عرفت و لو لا ذلك لكان هناك وجه أقرب منه و هو أنه أمره بصياغة خاتم و لم يصرح بعدم الأجرة فكان له الأجرة لأنه عمل من شأنه أن يستأجر عليه و الإبدال وعد لا ينافى دفع الأجرة فكانه قال صغ لى خاتما بأجرته و لك إبدال درهم بدرهم و حينئذ فلا بأس كما قال الإمام عليه السلام و لا إشكال فى المقام لو لا مخالفة فهم الأصحاب و يشهد على ذلك أن جماعة فسروا الطازج بالجديد و الغلة بالعتيق الذى هجرت المعاملة به و جماعة فسروا الغلة بالمكسرة و الظاهر من الأصحاب التساوى و لذلك سها قلم مولانا المقدس الأردبيلي فقال معترضا على هذا التنزيل إن ظاهر قوانينهم أن الجيادة ليست زيادة تجبر بشيء و لهذا لا يتحقق الربا بين الجيد فى غاية الجودة و الرديء فى غاية الرداءة مع التساوى فى المقدار و يتحقق الربا مع التفاوت و إن كان فى جانب الرديء بشيء يسير انتهى كلامه (و فيه) أن الرديء قسمان مغشوش بغيره من نحاس أو رصاص أو نحو ذلك و رديء باعتبار أصله و معدنه لا من حيث ضم شيء إليه و ما نحن فيه من قبيل الأول و ما اعترض به من قبيل الثانى و هو مما لا خلاف فيه فقد تحصل أنه لا وجه لشدة التكبير على العامل بظاهر الخبر لأن كان صحيحا أو قويا مشهورا فى النقل و الفتوى لأنه قد نقله الأ-كث و أفتوا به بل يظهر من كشف الرموز و إيضاح النافع أن لا مخالف إلا ابن حمزة فلا أقل من أن يفيد ذلك شهرة عظيمة فيقوى على التخصيص من دون تعد

المقصد الرابع فى أنواع البيع (قوله) (و هى بالنسبة إلى الأجل أربعة و إلى الإخبار برأس المال أربعة و إلى مساواة الثمن للعوض قسمان)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢٥

.....

قد ذكر فى التذكرة و حواشى الشهيد و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و غيرها أن أنواع البيع عشرة و الشهيد قال إن هذه هى الأقسام المشهورة (و لعلمهم) أرادوا بها التبيين على غيرها لا الحصر فيها إذ هنا أقسام آخر للبيع باعتبارات آخر و رقاها

إلى نيف و ثلاثين قال و ذلك لأنها إما تنسب إلى الحلول و هي أربعة لأنه إما أن يكونا حاليين و هو النقد أو مؤجلين و هو بيع الكالى بالكالى أو الثمن حالا و هو السلف أو العوض و هو النسيئة و إما أن تنسب إلى الإخبار برأس المال و عدمه و هي أربعة أيضا لأنه إما أن يخبر به أولا و الثاني المساومة و الأول إما أن يبيعه برأس المال أو لا الأول التولية و الثاني إما أن يبيعه بربح أو لا و الأول المراجعة و الثاني المواضعه و إما أن ينسب إلى المساواة بين العوضين فهو اثنان لأنه إن أوجبت المساواة فهو الربوى و إن لم يجب فهو غيره قال و هذه هي الأقسام المشهورة (و هنا أقسام باعتبارات آخر) و ذلك لأنها بالنسبة إلى القبض فى المجلس ثلاثة لأنه إن وجب قبضهما فى المجلس فهو الصرف و إن وجب قبض الثمن فهو السلم و إن لم يجب فهو الباقي و بالنسبة إلى الخيار و عدمه أربعة لأنه إما أن يكون فيه خيار أو لا- و الأول إما خيار عام و هو المجلس أو خاص بحسب أمر خارج و بالنسبة إلى التقدير ثلاثة لأنه إما أن يكون مقدرًا دائما كالنقدين أو غير مقدر دائما كالحيوان أو مقدرًا فى حال دون حال كالثمرة و بالنسبة إلى العين و الدين أربعة لأنه لا- يخلو إما أن يكون الثمن و المثلث عيني أو دينين أو الثمن عينا و المثلث دينا أو بالعكس و لا يستلزم الأجل و بالنسبة إلى قرار المبيع و الثمن فى الملك ثلاثة لأنه إما أن لا يستقر أصلا كالمعاوضة على من ينعقد عليه أو يستقر فى حال دون حال كالمترزل من خارج كالمتمضمّن الشرط و المستحق بالشفعة أو يكون مستقرا دائما و هو ما عداه مما لا خيار فيه و بالنسبة إلى الافتقار إلى الضميمة ثلاثة لأنه إما أن يفتقر دائما و هو العبد الآبق و الحمل و اللبن فى الضرع أو فى حال دون حال كالثمرة قبل بدو صلاحها أو لا يفتقر أصلا و هو ما عدا ذلك (انتهى) و قد قسم البيع فى الوسيلة إلى عشرين قسما و قد فسر بيع الكالى بالكالى المصنف و الشهيدان الفاضل المقداد و المحقق الثانى و غيرهم بما إذا كان العوضان مؤجلين و قد نقل الإجماع مستفيضا على فساده و الظاهر أن النهى عنه بهذا اللفظ إنما هو من طريق العامة و الذى فى أخبارنا إنما هو النهى عن بيع الدين بالدين كما ورد فى رواية طلحة بن زيد و فى الصحيح فى بيع الدين قال لا تبعه نسيئا و أما نقدا فليبعه بما شاء و يظهر من التذكرة فى مقام آخر أن بيع الكالى بالكالى هو بيع الدين بالدين سواء كان مؤجلا أم لا و ظاهره تحريم الأمرين كليهما و أقسام بيع الدين ثمانية قد استوفينا الكلام فيها فى باب الدين و فى المذهب البارع أن الدين الممنوع عن بيعه بمثله ما كان عوضا حال كونه دينا بمقتضى تعلق الباء به فلو باعه دينا فى ذمة زيد بدين للمشتري فى ذمة عمرو لم يجز قولًا واحدا (انتهى) و لو باعه الدين بعد حلوله بما هو حاضر مشخص بنحو الإشارة صح بلا خلاف و كذا إن باعه بمضمون حال و لو شرط تأجيل الثمن فجماعه على أنه حرام و آخرون على أنه مكروه (حجة القول بالكرهه) مما تقدمت الإشارة إليه من أن الدين الممنوع عن بيعه بمثله ما كان عوضا حال كونه دينا و المضمون عند العقد ليس بدين و إنما يصير دينا بعده فلم يتحقق بيع الدين بالدين و لأنه يلزم مثله فى بيعه بحال و لم يلتزمه و الفرق غير واضح و قد فرق الأولون بأنه مع اشتراط التأجيل و ذكره يصدق أنه مع دين بمثله أما بعد العقد فواضح و أما فى أثناؤه فلأن الشرط كالجزم من العقد و ترتب الحكم من الصحة و الفساد إنما يتوقف على تمامه و إطلاق اسم الدين عليه فى أثناء العقد و بعده حقيقى بخلاف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢٦

### [المطلب الأول فى النقد و النسيئة]

(الأول) فى النقد و النسيئة إطلاق العقد و اشتراط التعجيل يقتضيان تعجيل الثمن (١)

الحال فإنه إن صح إطلاقه عليه فى صورة الإمهال فهو مجاز بنص أهل اللغة و الفقهاء كما ستسمعه فى باب الدين على أنه له المطالبة و الأخذ متى شاء فلا اشتراك و الغرض من ذكر هذه الأحكام بيان محل الإجماع على المنع من بيع الدين بالدين و تمام الكلام فى محله و هو باب الدين (المطلب الأول فى النقد و النسيئة)

(قوله) (إطلاق العقد و اشتراط التعجيل يقتضيان تعجيل الثمن)



قد صرح بذلك في المقنعة و النهاية و عامة ما تأخر عنهما و في السرائر و الشرائع و ما تأخر عنهما الاقتصار على ذكر تعجيل الثمن تبعاً للنهاية كالكتاب و لعله خال عن النكتة إلا أن يكون المراد أنه يجب عليه إقباض الثمن قبل أن يتسلم المبيع كما يأتي مثله في الإجارة على العين من ظاهر جماعة و في المقنعة التعرض للثمن و المثلن كما هو ظاهر الغنية قال في الغنية من حكم البيع و جوب تسليم المعقود عليه في الحال إذا لم يشترط التأجيل بلا خلاف و قد نفى عنه الخلاف في الحدائق و الرياض و مرادهم أن ذلك عند الطلب (و قد يستدل عليه) بما رواه عمار في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا قال وجب المبيع و الثمن إذا لم يكونا شرطاً فهو نقد و لعله عليه السلام عنى إذا لم يشترط التأخير و صرح الشهيدان و جماعة ممن تأخر عنهما أنهما لو اشترطتا التعجيل اقتضى التأكيد لأن الإطلاق يقتضى التعجيل فكان اشترطه تأكيداً و في الروضة نسبتته إلى المشهور و قد تبعه على ذلك صاحب الرياض و لم نجد المخالف و لا حكاية خلاف إلا ما في التنقيح في باب المراجعة (المزارعة ل) فإنه هناك سلطه على الفسخ أو يكون المراد ما أشرنا إليه آنفاً مما يأتي مثله في الإجارة و في الدروس و اللعة و الروضة أنه إن شرط التعجيل أكده فإن وقت التعجيل بأن شرط تعجيله في هذا اليوم مثلاً تخير البائع لو لم يحصل الثمن في الوقت المعين و وافقهم على ذلك جماعة كثيرون و لم يفرقوا بين طول الزمان و قصره كساعة مثلاً (و قال) بعد ذلك في الروضة و لو لم يعين له زماناً لم يفد سوى التأكيد في المشهور و لو قيل بثبوتها مع الإطلاق أيضاً لو أخل به عن أول وقته كان حسناً للإخلال بالشرط (انتهى) و هذا منهم مبنى على أنه لا يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط لأن الأصل عدم الوجوب و للمشروط له وسيلة إلى التخلص بالفسخ فغاية الشرط جعل البيع اللازم عرضة للزوال عند فقد الشرط و هو خيرة المبسوط و التحرير و الدروس و موضع من التذكرة و ظاهر الشرائع و اللعة و غاية المرام في باب الشروط و القول الآخر هو أن كل شرط لم يسلم لمشرطه بأن امتنع المشروط عليه من الوفاء فإن الواجب جبره على الوفاء و أنه يأثم و يعاقب بتركه و إن لم يمكنه رفع أمره إلى الحاكم ليجبره إن كان مذهبه و إن تعذر فسخ و هو الذي اختاره المصنف في التذكرة في باب الشروط (قال) إنه أولى و قواه الشهيد الثاني في المسالك و الروضة و نفى عنه البعد في جامع المقاصد و اختاره صاحب الكفاية ذكروا ذلك في باب الشروط و هو أيضاً خيرة التذكرة و الإرشاد و التنقيح و غاية المرام و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان في باب القرض و ربما احتتمل عدم جواز الفسخ حيث يمكن التصرف في المبيع على وجه المقاصة بشرائطها و حجتهم على ذلك عموم الأمر بالوفاء و قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم فيما يوافق كتاب الله عز و جل و الخبر من شرط لامرأته شرطاً فليف به فإن المؤمنين عند شروطهم إلا شرطاً

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢٧

و اشترط التأجيل في نفس العقد يوجب به بشرط الضبط (١)

حرم حلالاً- أو حلال حراماً و في الغنية و السرائر الإجماع على الوجوب و القول بعدم الوجوب للأصل و ضعف النصوص مردود بأن النصوص قوية ظاهرة الدلالة معتضدة بالإجماعين (فإن قلت) قضية هذا سقوط خيار الاضطرار و أن الشرط ليس شرطاً للصحة و لا للزوم و إنما الغرض أن يملكه عليه (قلت) هو كذلك فإذا كان كذلك فليرفع أمره إلى الحاكم ليجبره فإن تعذر تسلط على الفسخ و كلامه هنا في الروضة مخالف لكلامه في خيار الاضطرار (و عساك تقول) إن المفهوم من كلامهم عند ذكر الشروط أن العقد إذا كان مشروطاً يتحقق به الملك و لا يكون لازماً لأن الأصل عدم اللزوم فإذا امتنع المشروط عليه من الإقباض كان للآخر الفسخ و ما قاله في توجيه اللزوم بمجرد العقد غير ناهض أما الاستصحاب فعلي تقدير تسليمه هنا لا يفيد اللزوم لأنه يستصحب ما ثبت بالعقد (و يجاب) بأنه إذا كان المدار على الإجماعات و الأخبار تسقط هذه الوجوه و كذا ما قالوه من أن الغرض هو التصرف و لا يتم إلا باللزوم و على تقدير عدمه يخاف من الرجوع فلا يتصرف فيه على تقدير تسليمه أن ذلك بتقصيره فليبدل العوض حتى يتم مقصوده و ذلك لا ينافي غرض الشارع (فليتأمل) و لو كان الشرط عتقاً فقد قيل إنه ليس له الفسخ إذ فيه حق الله سبحانه و حق للعبد و فيه

تأمل و ستسمع تمام الكلام فيه فى باب الشرط و من هنا يبطل ما عساه يقال من أن الشرط شرط لصحة العقد فيبطل البيع بنفسه لعدم تحقق الشرط لأنه لم يصح فى مثل شرط العتق فإنه فرع صحة العقد فإذا كان العقد موقوفا لزم الدور فكان القول بأنه شرط للزوم أوسط الأقوال و أعدلها و هذا حديث إجمالى جاء استطرادا قضى به كلام من عرفت فى هذا المقام (و تمام الكلام) فى محله فى الفصل الثالث فى الشرط و معنى قولهم إطلاق العقد عدم تقييده بشرط و الفرق بين ما يقتضيه العقد المطلق و بين ما يقتضيه إطلاق العقد أن ما يقتضيه الأول إنما هو لوازمه مثل تعيين الثمن و المثمن و هى لا تنفك عنه فلا يصح اشتراط خلافها إلا ما شرعت للإرفاق كخيار الحيوان و المجلس (فليتأمل) فى ذلك و أن ما يقتضيه الثانى يصح اشتراط خلافه كما نحن فيه (قوله) (و اشتراط التأجيل فى نفس العقد يوجب بشرط الضبط)

قد تدعو الحاجة إلى الانتفاع بالمبيع معجلا و استغناء مالكة عنه و حاجته إلى الثمن مؤجلا فوجب أن يكون مشروعا تحصيليا لهذه المصلحة الخالية عن المبطلات و لا نعلم فيه خلافا كما فى التذكرة (قلت) و عليه دلت الأخبار و الظاهر أنه لا خلاف فى أنه يشترط أن تكون المدة معلومة لا يتطرق إليها الزيادة و النقصان كما فى الكفاية و المفاتيح و الرياض و فى مجمع البرهان كأنه دليله الإجماع و قد صرح بذلك فى المقنعة و ما تأخر عنها و لا فرق فى المدة بين الطويلة و القصيرة حتى مثل ألف سنة مما يعلم المتعاقدان عدم بقائهما إليها عادة كما صرح بذلك فى اللعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و ظاهر الأخير الإجماع عليه و فى الرياض نفى الخلاف عنه إلا- من الإسكافى و فى الحدائق أنه المشهور (قلت) هو ظاهر إطلاق الجميع للعموم و الأصل و خصوص إطلاق أخبار الباب و لأن الوارث يقوم مقامهما لكنه يحل بموت المشتري (و فى) ثبوت الخيار لو ارثه نظرا إلى أن للأجل قسطا من الثمن و قد فات نظر و لا فرق بين تسليم البائع المبيع فى المدة و عدمه فلو منعه منه ظلما حتى انقضت المدة جاز له أخذ الثمن حينئذ و انقطع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٢٨

فلو شرط أجلا من غير تعيين أو عين أجلا مجهولا كقدوم الحاج بطل (١) و لو باعه بثمانين الناقص فى مقابلة الحلول أو قلة الأجل و الزائد فى مقابلة الأجل أو كثرته بطل على رأى (٢)

الأجل و عن أبى على أنه منع من أقل من ثلاثة أيام فى السلف و من التأجيل زيادة على ثلاث سنين و الأصل و العمومات و غيرهما مرجحة عليه مع عدم وضوح مستنده و لعله استند إلى ما رواه فى الكافى عن أحمد بن محمد قال قلت لأبى الحسن عليه السلام إنى أريد الخروج إلى بعض الجبال فقال ما للناس بد من أن يضطربوا سنتهم هذه قلت جعلت فداك إنا إذا بعناهم بنسيئة كان أكثر للريح قال بعهم بتأخير سنة قلت فبتأخير سنتين قال نعم قلت بثلاث قال لا و مثله ما رواه عبد الله بن جعفر الحميرى فى قرب الإسناد عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن أبى نصر قال قلت لأبى الحسن عليه السلام إن هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق فقال إذا أردت الخروج فاخرج فإنها سنة مضطربة و ليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب فقلت إنهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنة قال بعهم قلت سنتين قال بعهم قلت ثلاث سنين قال لا يكون ذلك بشيء أكثر من ثلاث سنين و الظاهر حمل الخبرين على الكراهة لما فى ذلك من طول الأجل أو من حيث صعوبة تحصيله بعد هذه المدة الطويلة لما هو معلوم من أحوال الناس فى ثقل أداء الدين و لا سيما إذا كان بعد مثل هذه المدة مع احتمال ورودها مورد التقية كما أشار إليه بعض العلماء مضافا إلى عدم انطباقهما على مذهبه على أن قصور سندهما و عدم مكافأتهما لما مضى يمنع من الاستناد إليهما و يأتى الكلام فيما إذا لم يكن الشرط فى متن العقد فى باب الخيار

(قوله) (فلو شرطا أجلا من غير تعيين أو عينا أجلا مجهولا كقدوم الحاج بطل)

عاملي، سيد جواد بن محمد حسيني، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ١١ جلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، اول، ه ق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٤٢٨

هذا فرع ما تقدم فلا خلاف فيه و به صرح في المقنعة و ما تأخر عنها و كذا يبطل لو عين أجلا مشتركا بين أمرين أو أمور حيث لا مخصص لأحدهما كالنفر من منى و شهر ربيع و مثله التأجيل إلى يوم معين من الأسبوع كالجمعة مثلا كما نص على ذلك الشهيدان و تبعهما من تأخر عنهما للغرر و الجهالة و نقل في اللمعة قولاً بالصحة في المشترك فيحمل على الأول في الجميع و لم نظفر بقائله بعد تتبع تام و علله في الروضة بتعليقه الأجل على اسم معين و هو يتحقق بالأول قال لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط فلا يكفي ثبوت ذلك شرعا مع جهلهما أو أحدهما به و مع القصد لا إشكال في الصحة و إن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه ثم احتمال في الروضة الاكتفاء في الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك قصده أم لا نظرا إلى كون الأجل الذي عيناه مضبوطاً في نفسه شرعا و إطلاق اللفظ منزل على الحقيقة الشرعية و هو احتمال بعيد جدا لمنع تنزيل الإطلاق عليهما مطلقاً بل إنما هو في لسان الشارع خاصة لعدم دليل عام يدل على التعدى و ثبوته في بعض المواضع لا يوجبه إلا بالقياس الممنوع منه عندنا و الاستقراء الغير الثابت قطعاً و قد أطال الأستاذ قدس الله روحه في فوائده الحاثرة في بيان رد هذا الوهم (و يعلم) أنه يجوز التوقيت بالنيروز و المهرجان و هو أول دخول الشمس برج الميزان و الفصح بالفاء و الصاد المهملة و الحاء المهملة عيد النصارى و الفطير عيد اليهود إذا علما ذلك

(قوله) (و لو باعه بثمانين ناقص في مقابلة الحلول أو قلة الأجل و الزائد في مقابلة الأجل أو كثرته بطل على رأى)

قد تضمن كلامه مسألتين إحداهما أن يبيعه حالاً بدرهم و مؤجلاً إلى شهر مثلاً بدرهمين و الثانية أن يبيعه مؤجلاً

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٤٢٩

.....

إلى شهر بدرهم مثلاً و إلى شهرين بدرهمين و ظاهر السرائر و الإيضاح و الدروس و حواشى الشهيد و المقتصر و المهذب البارع و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية أن الخلاف واقع في المسألتين بل هو صريح جملة منها و قد يظهر ذلك من الكتاب و التلخيص حيث قال فيهما في المسألتين على رأى (و نسب في المسالك) القول بالصحة في الثانية إلى جماعة و فى التحرير ما نصه لو باعه بثمانين إلى أجلين بأن يقول بعتك بدينار إلى شهر و بدينارين إلى شهرين بطل قولاً واحداً فهذا نص منه على الإجماع و عدم الخلاف في المسألة الثانية و قد يلوح ذلك من النافع و الشرائع و يعضده ما فى كشف الرموز حيث ذكر الأولى و الثانية ثم قال و توهم المتأخر يعنى ابن إدريس أن هذه مثل الأولى فقال عقيب الأولى إن سلار يقول بالبطلان فيها و النقل غير صحيح لأن سلار ما ذكرها يعنى الأولى هذا كلامه و ما نقله عن السرائر و المراسم صحيح و فى الدروس و المهذب البارع و المقتصر نسبة القول بالبطلان فى الأولى إلى سلار أيضاً فلذا نسبنا إلى ظاهر الكتب الثلاثة ما سمعته و قد وقع فى الدروس نوع اضطراب لأنه ذكر أولاً المسألة الأولى و قال إن المروى عن على عليه السلام لزوم أقل الثمنين و عليه جماعة ثم نسب القول بالبطلان إلى المبسوط و الحلبي و سلار و ابن حمزة و ابن إدريس و الفاضلين (انتهى) و فيه أن ابن حمزة فى الوسيلة كسلار فى المراسم لم يذكر إلا المسألة الثانية أعنى ذات الشهر و الشهرين و لم يتعرض للمسألة الأولى كصاحب الغنية و المحقق فى الشرائع لم يحكم بشيء فى المسألة الأولى و إنما جزم بالبطلان فى المسألة الثانية و نحوه ما فى النافع إلا أن عبارته فى النافع كأنها ظاهرة فى البطلان فى المسألة الأولى (و على كل حال) لا تصح النسبة إليه على الإطلاق ثم إنه فى الدروس ذكر ثانياً المسألة الثانية قال و لو باعه كذلك إلى أجلين فكأولاً عند المفيد رحمه

الله مع أنه حكم بالنهي عن البيع في الموضوعين و جعله المرتضى مكروها و قال ابن الجنيد لا يحل فإن هلكت السلعة فأقل الثمنين نقد و إن أخره المشتري جاز انتهى (قلت) المفيد جعل لمسألتين من سنخ واحد كما ذكر قال في المقنعة لا يجوز البيع بأجلين على التخيير كقوله هذا المتاع بدرهم نقدا و بدرهمين إلى شهر أو سنة أو بدرهم إلى شهر و باثنين إلى شهرين فإن ابتاع إنسان شيئا على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الأجلين (هذا كلامه) و الفرع فرعه على المسألتين و يأتي بحول الله تعالى بيان الوجه فيه و كان الشهيد فهم منه القول بالصحة و أما المرتضى رضى الله عنه فإنه حكم بالكراهة في المسألة الأولى لا الثانية و ما حكاه عن أبي على فإنما نقل عنه ذلك في المسألة الأولى أيضا و إنما تعرضنا لذلك لأنه يعول عليه و يستند إليه و يسمع قوله و قد اقتفى أثره و الاعتذار عنه بأن المسألتين من سنخ واحد عنده أو عندهم لا يجدي و لا يصح عند المتأمل و ممن ظاهره أن الحكم في المسألتين واحد المفيد في المقنعة و العجلى في السرائر و جماعة من المتأخرين و القاضي على ما حكى عنه كما أشرنا إلى ذلك كله سابقا و قد عرفت مما ذكرناه أقوال القدماء و جملة من أقوال المتأخرين (و قد وقع) أيضا في كلام المتأخرين اختلاف في النقل عن المتقدمين ففي كشف الرموز نسب إلى المفيد و الشيخ في النهاية القول بالصحة في الأولى و نسبه في الإيضاح إليهما و إلى أبي على في المسألتين مع أن أبا على و الشيخ لم يتعرضا للثانية و في المهذب البارع إلى المفيد و المرتضى في الأولى و قال إن الشيخ في النهاية و القاضي يبطلان البيع إلا- أن يمضيه البائع بعد العقد و جعل القول بالبطلان من رأس قول المبسوط و سلار و غيرهم و في التنقيح جعل القاضي موافقا للشيخ في المبسوط مع أن المحكى عنه في المختلف موافق للمقنعة كما هو الظاهر أو لعبارة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣٠

.....

النهاية كما فهمه صاحب المهذب البارع و جعل صاحب التنقيح ابن حمزة أيضا قائلا بالبطلان في الأولى مع أنه لم يتعرض لها و هكذا الحال فيمن تأخر عن هؤلاء حتى انتهت النوبة إلى صاحب الرياض فجعل القول بالبطلان في المسألة الأولى خيرة أبي على و المفيد و السيد و الشيخ في المبسوط و سلار و التقى و القاضي و ابن زهرة و لقد أحسن المصنف في المختلف حيث نقل العبارات برمتها و لم يحكم على أحد بالقول بالبطلان إلا على الشيخ في المبسوط و ابن إدريس و الذي ظهر لى بعد فضل التبعية أن الناص على بطلان البيع في الأولى الشيخ في المبسوط و العجلى في السرائر و الفخر في الإيضاح و أبو العباس في المقتصر و المقداد في التنقيح و هو ظاهر النافع و صريح إيضاحه و هؤلاء يلزمهم القول بالبطلان في الثانية إذ لا نص فيها عندهم و ستسمعه (و قد سمعت) ما في التحرير و ظاهر الشرائع التردد في بطلان الأولى و ما نص فيه على البطلان في الثانية المراسم و الوسيلة و الغنية في أول الفصل و الشرائع و النافع و التلخيص لكن الغنية ليست بتلك المكانة من التنصيص (نعم) ظهورها لا ينكر و هؤلاء لا يلزمهم القول بالبطلان في الأولى و قد تأمل في البطلان في الثانية صاحب الكفاية و ما نص فيه على البطلان في الأولى و الثانية كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و اللمعة و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و كذلك جامع المقاصد و المسالك و في مجمع البرهان أنه ظاهر الأكثر و في الحدائق أنه المشهور و في الرياض أنه الأشهر بل عليه عامة من تأخر و نقل في كشف الرموز عن صاحب البشري أنه قال لو عملنا برواية البرقي كان قريبا و ستسمعه و نقل فيه عن الراوندي قولاً آخر و هو أن على المشتري الثمن الأقل في الأجل الأقل قال لأنه رضى بالأقل في الزمن الأقل فإن لم يرد المشتري فليس له في ذمته إلا الأقل سواء أده عاجلا أو آجلا قال الآبي و هو في غاية الضعف و في الدروس بعد أن ذكر المسألتين كما أسمعناكه قال و الأقرب الصحة و لزوم الأقل و يكون التأخير جائز من جهة المشتري لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل فالزيادة ربا و لأجلها ورد النهي و هو غير مانع من صحة البيع انتهى (فتأمل) و نحوه ما في حواشيه على الكتاب و هذا احتمال ذكره في المختلف و صاحب الكفاية قرب الصحة في الأولى و بقي هناك عبارات مشتبهة و هي عبارة المقنعة و النهاية و آخر عبارة الغنية في ذلك الفصل و عبارة القاضي فيما حكى عنه و عبارة أبي على و عبارة علم الهدى (أما

عبارة المقنعة) فقد أسمعناكها آنفاً و مثلها من دون تفاوت عبارة القاضي غير أن القاضي قال كان البيع باطلاً و المفيد قال لا يجوز (و أما الغنية) فعبارتها في أول الفصل صريحة أو ظاهرة في البطلان كما تقدم نقله في المسألة الثانية و قال في آخر الفصل فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين بدليل الإجماع المتكرر فهي كعبارة المقنعة أو عبارة القاضي (و أما عبارة النهاية) فهي هذه فإن ذكر المبتاع بأجلين و نقدين مختلفين بأن يقول ثمن هذا المبتاع كذا عاجلاً و كذا آجلاً ثم أمضى البيع كان له أقل الثمنين و أبعد الأجلين فقوله ثم أمضى البيع كأنه قيد كما في عبارة المقنعة و الغنية و القاضي (و هذه العبارات) ذات وجهين (أحدهما) أن يكون المراد أن النهي لا يقتضى الفساد فيكون حراماً صحيحاً لكن ذلك لا يتأتى في عبارة القاضي لأنه صرح فيها بالبطلان (و الثاني) أن يكون المراد أنهما إذا تراضيا بذلك و تلف المبيع لا يكون حكمه حكم البيع الفاسد كما هو مقتضى القواعد فيرجع إلى المثل أو القيمة بل يرجع البائع إلى ما في الأخبار و هو أقل الثمنين في أبعد الأجلين فلا يكون خلاف في المسألتين إلا عند التلف (و يرشد) إلى ذلك عبارة أبي علي قال فيما حكى عنه و قد روى عن النبي صلى الله عليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣١

.....

و آله و سلم أنه قال لا يحل صفقتان في واحدة و ذلك أن يقول إن كان بالنقد فبكذا و إن كان بالنسيئة فبكذا و كذا و لو عقد البائع للمشتري كذلك و جعل الخيار إليه لم أختَر للمشتري أن يقوم على ذلك فإن فعل و استهلكت السلعة لم يكن للبائع إلا أقل الثمنين لإجازته البيع به و كان للمشتري الخيار في تأخير الثمن الأقل إلى المدة التي ذكرها البائع بالثمن الأوفر من غير زيادة على الثمن الأقل انتهى (فليتأمل) و أما كلام علم الهدى في المسائل الناصرية المكروه أن يبيع الشيء بثمانين بقليل إن كان الثمن نقداً و بأكثر منه نسيئة (انتهى) فالمدار في مراده على معنى الكراهة في لسان المتقدمين هل هو الحرمة أو المعنى المعروف الآن «فتأمل» (هذا تمام الكلام في الأقوال) و تحرير محل النزاع و ما كان هناك من شهرة أو إجماع و الأصل في المسألة ما رواه المحمدون الثلاثة بطريق حسن بإبراهيم عن محمد بن قيس الثقة بقرينة عاصم بن حميد عن أبي جعفر قال قال أمير المؤمنين عليه السلام من باع سلعة فقال إن ثمنها كذا و كذا يدا و ثمنها كذا و كذا نظره فخذها بأيّ ثمن شئت و جعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلهما و إن كان نظره و زاد في الكافي قال (و قال) عليه السلام من ساوم بثمانين أحدهما عاجل و الآخر نظره فليس أحدهما قبل الصفقة و ما رواه الشيخ في التهذيب عن أحمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه صلوات الله عليهم جميعاً أن علياً عليه السلام قضى في رجل باع يبعاً و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين يقول ليس له إلا أقل النقدين إلى الأجل الذي أجله بنسيئة و قد طعن جماعة في الأولى باشتراك محمد بن قيس كالمصنف في المختلف (و قد عرفت) أنه هنا الثقة و آخرون بالضعف و ناقش في المختلف في دلالة الخبرين بجواز أن يكون قد عقد البيع بالثمن الأقل نقداً ثم إن البائع جعل له تأخير الثمن بزيادة فحكم عليه السلام بأنه ليس له إلا الثمن الأقل و إن صبر البائع إلى الأجل و ناقش بعضهم في دلالة الحسنه أيضاً بعدم ظهورها في وقوع البيع و الصفقة بتلك المعاملة بل غايتها الدلالة على وقوع الإيجاب (فتأمل) و قد تنبه بعضهم إلى الزيادة التي في الحسنه فقال إنها لا تخلو عن منافرة لما دلت عليه أولاً فإن الظاهر أن المراد منها أنه لا يجوز هذا التريديد بل لا بد من أن يعين أحدهما قبل العقد و يوقعه عليه (قلت) لعل معناها كما قيل أنه لا بد من أن يعين كل واحد منهما قبل وقوع العقد فلا منافرة و نوقش في الخبرين أيضاً بأنهما مخالفان للأدلة العقلية و النقلية لأن المالك إنما رضى بالبيع بالثمن الكثير نظراً فكيف يلزم بأقلهما نسيئة و من المعلوم اشتراط رضا الطرفين في العقد (و أجيب) بأننا أوجبنا له أقل الأمرين في أبعد الأجلين لا بمعنى أنه يجب له الثمن الأقل و يكون له الصبر إلى الأجل الأبعد بل نقول يجب عليه الثمن حالاً أو في الأجل الأقرب فإن صبر عليه البائع لم يزد الثمن بمجرد الصبر و إن طالبه عاجلاً كان له ذلك فلا جهالة و لا يرد عليه ما ذكرت (وفيه) أن هذا التنزيل بعيد عن مورد الخبر على أنه لم يدفع الإيراد

عند التأمل (و أجيب) بأنه رضى بالثمن الأقل فليس له الأكثر في البعيد و إلا لزم الربا إذ تبقى الزيادة في مقابلة تأخير الثمن لا غير فإن صبر إلى البعيد لم يجب له أكثر من الأقل كذا قال في المختلف و عليه اعتمد الشهيد في الدروس كما مر آنفا و قد أشرنا إليه هناك (فتأمل) و حجة القول بالبطلان موثقة عمار المتضمنة نهى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع ما لم يقبض و عن شرطين في بيع و عن ربح ما لم يضمن و خبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣٢

و لو باع نسيئته ثم اشتراه قبل الأجل بزيادة أو نقيصة حالاً أو مؤجلاً جاز إن لم يكن شرطه في العقد (١)

□  
و آله و سلم عن سلف و بيع و عن بيعين في بيع و روى الشيخ في المبسوط عنه صلى الله عليه و آله و سلم أنه نهى عن بيعين في بيع و قد سمعت ما رواه أبو علي عنه صلى الله عليه و آله و سلم و ما فسره به من أنه إن كان نقداً فبكذا و إن كان نسيئته فبكذا و بمثل ذلك فسره السيد حمزة أبو المكارم في الغنية غير أنه جعله في الأجلين و جعل الشيخ في المبسوط تفسير أبي علي أحد معني هذه الكلمة فهذه الأخبار دالة على المطلوب لظهورها فيه كما فهمه هؤلاء أو لإطلاقها الشامل لما نحن فيه و لما قيل في معناها أيضاً و هو المعنى الثاني الذي حكاه في المبسوط من أنه هو ما إذا قال بعثك هذا بألف بشرط أن تبيني دارك بألف مثلاً و السند منجبر بالشهرة مع اعتضادها بالقاعدة و هي نفى الجهالة و الغرر (و بقاعدة أخرى) و هي أن مقتضى العقد الانتقال من حينه و لا يقبله الثمن المتردد مع أنه ليس لهما التخيير بين الثمنين إجماعاً بل لا بد إما من البطلان أو لزوم أقل الثمنين في أقرب الأجلين كما سمعته عن الراوندي أو في أبعد الأجلين كما عليه جماعة و الثاني شاذ نادر و الثالث غير موافق للقواعد القطعية الدالة على أنه لا يحل أكل مال امرئ مسلم إلا برضاه كما تقدم بيانه (و تزيد) المسألة الثانية بإجماع التحرير و قال جماعة لها ليست منصوصة و على ما فسره به الخبر صاحب الغنية تكون منصوصة هذا (و قد استدلل في المختلف) للقائلين بالصحة بأنه يجوز استيجار خياط بدرهم إن خاطه اليوم أو فارسياً و بدرهمين إن خاطه رومياً أو في غد و لو كان الثمن هناك مجهولاً كان حال الإجارة هنا كذلك مع أنه صحيح ثم أجاب عنه بأن الاستيجار باطل أيضاً سلمنا لكن الفرق أن العقد في الإجارة يمكن أن يصح جعالةً يحتمل فيها الجهالة بخلاف البيع و أن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكنه وقوعه إلا على إحدى الصفتين فتعين الأجرة المسماة عوضاً له فلا يقتضى التنازع بخلاف صورة النزاع و لأنه لو ساوى البيع لوجب أن يكون له أقل الأجرتين في أقرب الأجلين أو أكثرهما في أبعدهما و ليس كذلك (و احتمال) في التحرير صحة الإجارة فيما لو قال إن خطته اليوم فلك درهم و إن خطته غداً فنصف درهم (و يعلم) أن في خبر السكوني مجازين حيث عبر فيه بأقل الثمنين و أبعد الأجلين و مورده المسألة الأولى و قد تبع جماعة الخبر فعبروا بهذه العبارة و المجاز الأول في تسمية الحال أجلاً باعتبار ضمه إلى الأول في التثنية كالحسنين و الشمسين و الأبوين لأنه أخف و الثاني في أفعل التفضيل مع عدم الاشتراك في المصدر لأن الحال لا بعد فيه

(قوله) (و لو باع نسيئته ثم اشتراه قبل الأجل بزيادة أو نقيصة حالاً أو مؤجلاً جاز إن لم يكن شرطه في العقد)

جواز ذلك كله إن لم يكن شرط البيع في نفس العقد مما لا خلاف فيه و كأن دليلاً لإجماع كما في مجمع البرهان و مما لا خلاف فيه فتوى و نصاً عموماً و خصوصاً كما في الرياض و الأمر كما قال فإنه قد صرح بذلك في المقنعة و ما تأخر عنها مما تعرض له إلى الرياض ما عدا المراسم فإن فيها فإن باع ما ابتاعه إلى أجل قبل حلول الأجل فبيعه باطل انتهى (فليتأمل) فإنني لم أجد أحداً نقل عنها الخلاف في ذلك و في صحيحه منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فأتى الطالب المطلوب لبيئته منه شيئاً فقال لا يبيعه نسيئاً فأما نقداً فليبيعه بما شاء قال في الوافي شيئاً من ذلك المتاع الذي عليه

.....

و لا يبعد أن يكون تصحيح نسيئا و هذا الخبر لا يوافق الأخبار الأخر لكنه مجمل محتمل الحمل على الكراهة جمعا بينه و بينها مع عدم مكافأته لها قطعا و أما اشتراط عدم اشتراطه في العقد فلم يذكر في المقنعة و النهاية و السرائر و صرح به في المبسوط في باب المرابحة و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و غاية المراد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و غيرها و في الرياض نسبة اشتراطه في الجواز إلى الأصحاب و أنه لا- خلاف فيه (و في الكفاية) لا- أعلم خلافا بينهم في البطلان عند الشرط (و في المفاتيح) الظاهر اتفاهم على بطلانه و قريب منه ما في مجمع البرهان قال و قد أشير إليه في غاية المراد و كأنه عنى قوله في غاية المراد إن كان على المسألة إجماع فلا بحث (انتهى) و يدل عليه ما رواه الحميرى في قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أ يحل قال إذا لم يشترط و رضى فلا- بأس و مثله و أظهر منه في عنوان المسألة ما رواه على بن جعفر في كتابه إلا- أنه قال بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد و في خبر الحسين بن المنذر إيماء إلى ذلك و قد استدلل بالخبرين على الحكم المذكور صاحب الكفاية قبل صاحب الحدائق فما ذكره في المقام غير لائق و استدلل عليه في التذكرة بلزوم الدور و في الدروس في باب الشروط و غاية المراد بعدم القصد إلى حقيقة الإخراج عن ملكه و تبعها المتأخرون عنهما و ناقشوا في كلا الدليلين و قد قرر الدور في جامع المقاصد بأن انتقاله إلى الملك موقوف على حصول الشرط و حصوله موقوف على انتقال الملك و نحوه ما صورته به في غاية المراد و رده بأن الموقوف على حصول الشرط هو اللزوم لا الانتقال و زاد في غاية المراد في الرد أنه يصح اشتراط عتقه و بيعه على الغير و هذا الدور آت فيه و زاد في الروضة أنه لو جعل الشرط ببيع من البائع بعد الأجل لتخلل ملك المشتري فيه و معناه أن ملك المشتري حينئذ قد تخلل في طول الأجل لأنه مع شرط البيع قبل الأجل يمكن البائع فسخه بعد بيعه في كل آن بخلاف اشتراط البيع بعد مدة لانقطاع هذا الخيار في أثناء المدة من البائع و تحقق ملك المشتري و لزومه فيه و هذا الشرط يجعل العقد جائزا بعد اللزوم و ما أزموه به و جيه لكنه إن كان يذهب إلى أن الشرط في العقد و البيع بالشرط يتوقف صحة البيع عليه لا لزومه و يقول باللزوم في المواضع المذكورة بالإجماع و غيره لم يكونوا أنصفوه فيما أوردوه و إلا فما كان ذلك ليخفى على مثل العلامة رحمه الله (فليتأمل) و هذا منهم أيضا مبنى على عدم القول بلزوم العقد المشروط فيه و إلزام المشروط عليه بالشرط كما هو مذهب جماعة منهم الشهيد الثاني و مع القول به فدفع الدور واضح لأنه حينئذ لا تتوقف ملكيته له على بيعه أيضا و قد صور الدور في التذكرة في باب الشروط و المسالك و الروضة بأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه و لا يخفى عليك بعد إمعان النظر أن ما ذكرناه في بيان الدور يتوجه بظاهرة إلى البيع الثاني لا الأول و الحال أنه يجوز بطلانه مع صحة الأول و المستدل به إنما أراد بطلان البيع الأول (فتأمل) و رد المحقق الثاني و الشهيد الثاني الدليل الثاني بأن الغرض حصوله و إرادة شرائه بعد ذلك لا تنافي حصول قصد النقل بل شرط النقل ثانيا يستلزم القصد إلى النقل الأول لتوقفه عليه و إلا لم يصح إذا قصدا ذلك و لم يشترطه مع الاتفاق على صحته النهى (فتأمل و ليعلم) أن الاعتبار بهذا الشرط و سائر الشروط من فاسد و صحيح هو ذكرها في نفس العقد كما أشار إليه المصنف و المحقق و الشهيد و غيرهم بقولهم في العقد و حال بيعه و قضيته أنه لو كان في نفسيهما ذلك و لم يشترطه لم يضر و في المسالك أنهما لو شرطاه قبل العقد لفظا فإن كانا يعلمان

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣٤

و لو حل فابتاعه بغير الجنس جاز مطلقا و الأقرب أن الجنس كذلك و قيل تجب المساواة (١)

بأن الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له و إلا اتجه بطلان العقد كما لو ذكرناه في متنه لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط و لم يتم لهما و في مجمع البرهان لا يبعد اعتبار الشرط لو ذكر قبل العقد مع إيقاع العقد بينهما على ذلك الشرط مع تذكر له نعم إن كان في بالهما

ذلك و ما ذكر و لا وقع العقد على ذلك الوجه و لا قصدوا انحصار التراضى فيه لم يؤثر و أيدته بصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام و هذا هو الذى كان يذهب إليه الأستاذ الشريف أدام الله سبحانه حراسته قديما سمعته منه شفاها كان يقول المقدر كالمذكور لكنى بعد ذلك سمعت منه ما لعله يلوح منه العدول عنه و تحقيق المقام يأتى فى خيار المجلس و خيار الشرط حيث قال المصنف هناك بشرط الضبط و ذكره فى صلب العقد و فى غاية المراد أنه لا- فرق فى هاتين الصورتين بين الزيادة و النقيصة و المساواة و الجنسية و عدمها و الحلول و التأجيل و مضروب ذلك فى الصورتين ست عشرة مسألة

(قوله) (و لو حل فابتاعه بغير الجنس جاز مطلقا و الأقرب أن الجنس كذلك و قيل تجب المساواة)

إذا حل فابتاعه بغير جنسه جاز سواء كان مساويا أو أزيد أو بالجنس من دون زيادة و لا نقصان إجماعا كما فى كشف الرموز و بلا خلاف كما فى الرياض و فى مجمع البرهان أنه لا كلام فى ذلك و فى غاية المراد أنه إذا حل للأجل فالمسائل الست عشرة آتية هنا و الخلاف مختص بأربع و هى بيعه بجنسه مع زيادة و بيعه به مع نقيصة حالين و مؤجلين و يحتمل أن يكون الخلاف أيضا فى مسألة أخرى و هى أن يبيعه بجنسه مساويا لكنه مؤجل لأن للأجل زيادة (انتهى) و قضية نفى الخلاف عما عدا الأربع و هو صريحه فى حواشى الكتاب و ما قربه المصنف هو خيرة المقنعة كما نسبه إليها جماعة و ليس فيما عندنا من نسخها إلا الإطلاق و خيرة السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و المختلف و الإرشاد و التلخيص و الإيضاح و الدروس و اللعة و حواشى الكتاب و غاية المراد و جامع المقاصد و التنقيح و المختصر و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و الحدائق و الرياض و نقله المصنف عن والده (و قد نقلت) عليه الشهرة فى عدة مواضع و هى معلومة بل كاد يكون إجماعا لأن المخالف الشيخ فى النهاية و كتابى الأخبار كما ستمتع لكن الشهيد قال تبعه جماعة و لم نظفر بهم و فى غاية المراد أنه أى المشهور مذهب المفيد و متابعيه كابن إدريس و ابن سعيد و لم أجد التصريح به فى المراسم و الغنية و الوسيلة و قال جماعة إن المشهور موافق للنظر و ذهب الشيخ فى النهاية إلى أنه لا يجوز بيعه بنقيصة و فى التهذيبيين و لا بزيادة و قد احتج على المشهور فى المختلف بعد الأصل و العمومات بما رواه عبيد بن زرارة قال سألت أبا عبد الله عن الرجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ الأجل تقاضاه فقال ليس عندي دراهم خذ منى طعاما قال لا بأس به إنما له دراهم يأخذ بها ما شاء و لم يذكر وجه دلالة و قد تبعه على ذلك جماعة (و أنت خير) بأن محل الاستدلال به لا يعدو وجهين (الأول) قوله عليه السلام لا بأس به فإنه إن كان عائدا إلى الطعام فليس فيه دلالة على أنه عين المبيع و النزاع فيه و إن كان الشيخ فى الخلاف منع من شراء الطعام بها زاندا لاستلزامه بيع الطعام بالزيادة و لعل هذا هو المذهب الثالث فى المسألة الذى أشار إليه صاحب الكفاية و ستمتع ما فى الخلاف و لعله ينطبق عليه سلمنا أنه عين المبيع لكن لا تصريح فيه بشرائه بنقيصة أو زيادة (الثانى) قوله عليه السلام يأخذ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣٥

.....

بها ما يشاء (و فيه) على تقدير تسليم العموم كما هو الظاهر نقول إنه شامل لما إذا أخذ بعض الطعام المبيع بجميع دراهمه أو أزيد منه و ليس من محل النزاع إنما النزاع فيما إذا أخذ الجميع بأقل من دراهمه أو أزيد منها و ليس ذلك عين هذا و لا مستلزما له (فليتأمل) فالأولى الاستدلال بصحيحة بشار بن يسار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع نسيئا فيشتره من صاحبه الذى يبيعه منه قال نعم لا بأس به و ترك الاستفصال يسلط على فهم العموم و مثله إحدى صحيحتى منصور بن حازم (و حجة الشيخ) روايتا خالد بن الحجاج و عبد الصمد بن بشير و لا دلالة فيهما على مطلوبه عند التأمل كما فهمه الجماعة مع الضعف فيهما و الإضمار فى الثانى فتحملان على الكراهة و ربما قيل إنهما مخصوصتان بمورد هما من الطعام و لا شاهد عليه فلا وجه له (و ليعلم) أن الشيخ فى الخلاف قال لو اشترى منه طعاما غيره بدراهم لا تجوز الزيادة لأدائه إلى بيع الطعام بطعام بزيادة و ضعف بأن العوض دراهم لا طعام هذا و قد



روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل اشترى ثوبا ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال لا يصلح له أن يأخذه فإن جهل و أخذه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد و هي ليست نفا في مطلوب الشيخ لأن الظاهر من الرد أنه على جهة الإقالة و قد أجمعوا على عدم جواز الزيادة و النقيضة فيها و أبطلوها بها على أن قوله عليه السلام لا يصلح من عبارات الكراهة في بعض الموارد و الحاصل أن الاستدلال على ما نحن فيه بهذا الخبر الظاهر في الإقالة و بخبر محمد بن قيس الوارد في السلف مما لا وجه له بل هو اشتباه (و لنشر) إلى ذاك إشارة إجمالية حتى يتضح الحال في المقامين و تعرف موارد الأخبار (فتقول) اتفقوا على أنه يجوز بيع السلم بعد حلوله و قبضه بل هو ضروري كما اتفقوا على عدم الجواز قبل حلوله و اختلفوا في جواز بيعه بعد حلوله و قبل قبضه على أقوال و هذه تشبه ما نحن فيه فلذا وقع الاشتباه (القول الأول) أنه يجوز أن يبيعه بدراهم و إن كان قد أسلفه عليه دراهم بزيادة و نقيضة على من هو عليه و على غيره و هو مذهب المفيد و جماعة كثيرين بل ادعى عليه جماعة الشهرة (الثاني) أنه لا يجوز إذا كان بين الثمينين الربويين مع التجانس تفاوت بزيادة أو نقيضة و يجوز إذا لم يكن تفاوت بينهما و هو مذهب الشيخ و جم غفير و ادعى في الدروس أنه مذهب الأكثر و عن الحلبي دعوى الإجماع عليه و قد يظهر ذلك من الغنية و حجتهم عليه الصحاح المستفيضة منها صحيحة محمد بن قيس التي أوردوها في المقام و هي عن أبي جعفر عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام من اشترى طعاما أو علفا إلى أجل إلى أن قال فإن لم يجد شرطه و أخذ ورقا لا محالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله لا تَظْلِمُونَ و لا تُظْلَمُونَ و المفيد و متابعه تأولوا هذا الخبر و غيره من الأخبار بحملها على الفسخ و الإقالة و احتجوا على دعواهم بإطلاق كثير من الأخبار المعتمدة منها ما ورد في الرجل يسلف الدراهم في الطعام إلى أجل فيحل الطعام فيقول ليس عندي طعام و لكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمنه قال لا بأس بذلك و الشيخ و متابعه تأولوه و غيره بالحمل على صورة عدم الزيادة أو عدم المجانسة (القول الثالث) الجواز على كراهية في الطعام خاصة على من هو عليه و على غيره و هو قول المحقق (الرابع) أن ذلك في الطعام حرام و هو مذهب السيد حمزة أبي المكارم مدعيا عليه إجماع الطائفة و الإجماع موهون بمصير الجم الغفير إلى خلافه و لعله نظر إلى الأخبار الواردة في بيعه قبل قبضه المانع بإطلاقها و النصوص الأخر مقيدة لها مقدمة عليها و لعل القول بالكراهية مطلقا غير بعيد لمكان التسامح في أدلة السنن و هذا حديث إجمالي اقتضاه المقام

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣٦

و يجوز البيع نسيئة بزيادة عن قيمته أو نقصان مع علم المشتري و كذا النقد (١) و لو شرط خيار الفسخ إن لم ينقده في مدة معينة صح (٢) و لو شرط أن لا يبيع إن لم يأت به فيها ففي صحة البيع نظر فإن قلنا به بطل الشرط على إشكال (٣)

و يأتي بلطف الله سبحانه و تعالى و بركة محمد و آله صلى الله عليه و آله تمام الكلام في محله هذا و لو تغيرت السلعة فيما نحن فيه عن حالة البيع كالهزال أو نسيان الصنعة أو تمزيق الثوب جاز شراؤه بما شاء إجماعا كما في التحرير

(قوله) (و يجوز البيع نسيئة بزيادة عن قيمته أو نقصان مع علم المشتري و كذا النقد)

يريد أنه يجوز بيع المبتاع حالا و مؤجلا بأزيد من ثمنه أو أنقص و قد ذكر ذلك في النهاية و السرائر و نفى عنه الخلاف في الأخير من دون تقييد بعلم المشتري كما قيده به في الكتاب و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و اللعة و غيرها بل في بعضها مع علمهما (و قد) اعترضهم المحقق الثاني بأن قضيته أنهما لو لم يكونا عالمين لا يصح البيع مع أنه يصح البيع و إن ثبت للجاهل منهما خيار الغبن متى كان مما لا يتسامح به (و أجاب) من تأخر عنه بأن المراد بالجواز اللزوم مجازا إذ مع الجهل و ثبوت الغبن لا يلزم و لعلمهم أرادوا الجواز من دون كراهية كما أشار إليه في التحرير و قال الشهيدان و من تأخر عنهما بأنه مشروط بما إذا لم يؤد إلى السفه من البائع أو المشتري فيبطل البيع و يرتفع السفه بتعلق غرض صحيح بالزيادة و النقصان كالصبر بدين حال و نحوه

(قوله) (و لو شرط خيار الفسخ إن لم ينقده في مدة معينة صح)

قد تقدم فى أول هذا المطلب ما له نفع تام فى المقام و يأتى فيه تمام الكلام بعون الله و لطفه و بركة خير خلقه محمد و آله صلى الله عليه و آله و سلم

(قوله) (و لو شرط أن لا يبيع إن لم يأت به فيها ففى صحة البيع نظر فإن قلنا به بطل الشرط على إشكال)

الأصح بطلان العقد و الشرط كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و قد ذكر فيهما فى وجه النظر ما حاصله من أنه علق البيع على غرر فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد و امتناع اقتضاء صحة الشيء بطلانه لأن صحة البيع تقتضى صحة الشرط فيلزم على تقدير عدم الإتيان به عدم البيع عملاً بالشرط فيكون حين العقد حصول البيع و عدم حصوله على حد سواء فلا يكون الواقع شيئاً صحيحاً فيكون باطلاً لأنه شرط ينافى مقتضى صحة العقد لأنه يقتضى ارتفاعه بعد وقوعه و أيضاً البيع يقتضى انتقاله إلى المشتري و لا يقتضى عوده إلى البائع و فرق بينه و بين الخيار فى الفسخ لإمكان انفكاك اللزوم عن الصحة و يمتنع انفكاك الصحة عن نفسها و الوجه الثانى للنظر عموم أدلة صحة البيع و أنه يجرى مجرى اشتراط الخيار لأن دفع المشتري الثمن و عدمه من أفعال المشتري الاختيارية فبطلان البيع على تقدير أحدهما و صحته على التقدير الآخر تخيير للمشتري فى فعله للمضى و الفاسخ و هذا معنى شرط الخيار و انفساخه على تقدير فعل الفاسخ أمر معتبر فى صحة شرط الخيار فلا يكون سبباً لبطلان البيع كما لو قال له لك الخيار فى الفسخ و الإمضاء فإذا فسخت انفسخ و لا فرق فى الفاسخ (فى ذلك خ ل) بين اللفظ و غيره كعدم إتيانه بالثمن فى الوقت المشترط و أما وجه الإشكال إن قلنا بالبيع الواقع كذلك فينشأ من أنه بمنزلة اشتراط الخيار و من أن مقتضاه عدم وقوع البيع على أحد التقديرين و هو خلاف الواقع فلا يكون صحيحاً و هذا الإشكال يبتنى على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣٧

### [المطلب الثانى فى السلف و فيه بحثان]

#### إشارة

(المطلب الثانى فى السلف) و فيه بحثان

### [البحث الأول فى شرائطه و هى سبعة]

#### إشارة

(الأول) فى شرائطه و هى سبعة

### [الشرط الأول العقد]

(الأول) العقد و لا بد فيه من إيجاب كقوله بعتك كذا صفته كذا إلى كذا بهذه الدراهم (١) و ينعقد سلماً لا بيعاً مجرداً (٢) فيثبت له وجوب قبض رأس المال قبل التفرقة نظراً إلى المعنى لا اللفظ (٣) أو أسلمت (٤) أو أسلفت أو ما أدى المعنى و الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم فيقول أسلمت إليك هذا الثوب فى هذا الدينار (٥)

شيئين الأول أن العقد المشتمل على هذا الشرط صحيح إذ لو قلنا بفساده لفسد الشرط قطعاً و هذا يبتنى على شيء آخر و هو الشيء

الثاني أن بطلان الشرط لا يفضى إلى بطلان العقد إذ لو قيل بذلك لزم من القول بصحة العقد صحة الشرط لأن الفرض أن بطلانه يقتضى بطلان العقد فلا يصح الإشكال

المطلب الثاني في السلف (١) السلم و السلف بمعنى واحد يقال أسلف و سلف و أسلم و يجيء (و يصح خ ل) فيه سلم بالتضعيف غير أن الفقهاء لم يستعملوه كذا قيل في المبسوط و التذكرة و قال في التحرير و لا تستعمل الفقهاء سلم و إن كان جائزا (قلت) قد تقدم في صيغ البيع ما فيه تمام النفع في المقام

(قوله) (و لا بد فيه من إيجاب كقوله بعتك كذا صفته كذا إلى كذا بهذه الدراهم)

إيجاب هذا العقد يصدر من كل من المتعاقدين و يقبل الآخر فإيجاب المسلم أسلمت إليك أو أسلفت كذا في كذا أو سلفت و إيجاب المسلم إليه إما لفظ البيع أو التمليك كما تقدم في باب البيع أو تسلمت أو تسلفت أو استسلمت أو استسلمت منك كذا في كذا و نحوه فيقول الآخر قبلت و شبهه كما صرح بذلك جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثاني و الفاضل المقداد و المقدس الأردبيلي و غيرهم و قال ابن الأثير إن القتيبي قال لم أسمع تفعل من السلم إذا دفع إلا في هذا و الإشارة إلى حديث ذكره من طرقهم عن خزيمه

(قوله) (و ينعقد سلما لا بيعا مجردا)

كما ذكر ذلك أيضا في التذكرة و معناه أن هذا العقد الواقع بلفظ البيع ينعقد سلما لأنه قد جمع شرائط السلم و لا يضر كونه بلفظ البيع لأن البيع جنس للسلم و غيره فإذا قيد بقيود السلم تمحض له و لا يكون ذلك بيعا مجردا عن كونه سلما و قيد بقوله مجردا لأن السلم بيع فكان مجردا صفة لقوله بيعا و لا يصح جعله صفة لسلما لأنه يكون قوله لا بيعا غير مستقيم لأنه يصير المعنى و ينعقد سلما مجردا عن ذكر السلم على أنه لا يخلو عن حزارة في الصناعة و قد فرع على ذلك وجوب قبض رأس المال قبل التفرق لأن ذلك من خواص السلم

(قوله) (فيثبت له وجوب قبض رأس المال قبل التفرق نظرا إلى المعنى لا اللفظ)

كما في التذكرة و قال في جامع المقاصد لا حاجة إلى هذا التكلف لأن السلم بيع فوجود لفظ البيع في العقد لا يقتضى أن لا يكون سلما فليس في اللفظ ما ينافي كونه سلما أصلا (قلت) لعل غرضه الرد على الشافعية حيث قالوا في أحد الوجهين ما نصه إن الاعتبار باللفظ فلا يجب تسليم الدراهم في المجلس و يثبت فيه خيار الشرط

(قوله) (أو أسلمت إلخ)

هذا و نحوه من إيجاب المسلم بالكسر كما هو واضح و قد تقدم

(قوله) (و الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم فيقول أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الدينار)

قد قرب ذلك أيضا في الشرائع و التذكرة و المختلف و الدروس و اللعة و جامع المقاصد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣٨

.....

و المسالك و في الأخير أنه مذهب الأ-كثر و مثله في الشرائع بما إذا قال أسلمت إليك هذا الدينار في هذا الكتاب عكس ما في التذكرة و الكتاب (و استشكل) في التحرير في صدر المبحث من دون ترجيح كالإيضاح و محل النزاع بينهم و بين الشيخ و ابن إدريس كما ستسمع هو ما صرح به في المختلف و التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد من أن البيع المطلق المجرد عن الأجل ينعقد بلفظ السلم الخالي عن ذكر الأجل كما ينعقد السلم بلفظ البيع مع ذكر الأجل و يرشد إلى ذلك تمثيلهم و تعليلهم و جوابهم عن حجة الخصم كما ستسمع فيكون الحاصل أن هؤلاء يقولون يجوز البيع بلفظ السلم مع التلفظ بالقول و القصد إليه أو القرينة الدالة عليه

كتعمد ترك الأجل لأن مطلق البيع و إن شمل الحال و المؤجل ينزل على الحلول لمكان ترك الأجل كما يكون مؤجلا بذكر الأجل (و لهم) عبارات أخر و هو قولهم يشترط كون المسلم فيه ديننا فلا ينعقد في عين نعم ينعقد بيعا و قد صرح بذلك في التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و الكتاب فيما يأتي و ظاهر التذكرة الإجماع على اشتراط كون المسلم فيه ديننا و هذه توافق ما ذكره في المقام و في هذه الكتب الخمسة أيضا و الإيضاح و جامع المقاصد أنه لا يشترط الأجل في السلم فيصيح السلم في الحال لكن يشترط أن يصرح بالحلول و زيد في جملة منها شرط آخر عموم الوجود عند العقد و في الشرائع لو اشتراه حالا قيل يبطل و قيل يصح و هو المروى لكن يشترط أن يكون عام الوجود في وقت العقد و مثلها ما في اللمعة من قوله و الأقرب جوازه حالا مع عموم الوجود عند العقد و معنى هذه العبارات أنه يجوز البيع بلفظ السلم حالا مع عموم وجود المسلم فيه عند العقد ليكون مقدورا على تسليمه و ليس من شرط العقد بلفظ السلم أن يكون مقرونا بالأجل كما يدعيه الشيخ (فيكون) ذلك إشارة إلى ما جعلوه كما في الإيضاح و غيره بناء على الصحة في المسألة أولى بالصحة مما مثلوا به من إسلاف هذا الدينار في هذا الكتاب و هو ما إذا جعل متعلق البيع عينا موصوفة بصفات السلم حالا فإنهم قالوا إن هذا أولى بالصحة كما نبه عليه في الخبر لأنه أقرب إلى السلم و لا يشترط فيه ذكر الأجل كما صرح بذلك في التذكرة في مواضع و الكتاب في موضعين و الإيضاح و جامع المقاصد و غيرها (قال) في الدروس يشترط كون المسلم فيه ديننا لأنه موضوع لفظ السلم لغة و شرعا فلو أسلم في عين كان بيعا فلو كان موصوفا كان سلما نظرا إلى المعنى في الموضوعين و ليس المانع من السلف في العين اشتراط الأجل الذي لا- تحتمله العين لأن الأصح أنه لا- يشترط الأجل نعم يشترط التصريح بالحلول و عموم الوجود عند العقد و لو قصد الحلول و لم يتلفظ به صح أيضا (انتهى) و إنما نقلناها لأنها موهمة خلاف المراد و منها حصل الوهم للشهيد الثاني في المسالك و الروضة و معنى عبارة الدروس أنه لا يشترط الأجل في السلم بقول مطلق لجواز السلم في العين حالا- بالشرطين المذكورين و إنما يشترط الأجل فيه إذا قصد التأجيل و خلاف الأصح هو اشتراط الأجل في السلم مطلقا كما هو ظاهر كلام الشيخ و من تبعه فيكون هذا الخلاف شعبة من ذلك الخلاف و قد توهم عبارة الشرائع أن الخلاف إنما هو فيما إذا قصد السلم لا البيع المطلق و أخل بذكر الأجل على ذلك التقدير و ليس كذلك و كيف يكون كذلك و ظاهر التذكرة في مواضع الإجماع على البطلان في مثل ذلك و من ذلك كله يعلم حال ما قال في الروضة قال و اعلم أن ظاهر المصنف هنا و في الدروس و كثير أن الخلاف مع قصد السلم و أن المختار جوازه مؤجلا و حالا مع التصريح بالحلول و لو قصدا بل مع الإطلاق أيضا و يحمل على الحلول و الذي يرشد إليه التعليل (و الجواب) أن الخلاف فيما لو قصد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٣٩

.....

به البيع المطلق و استعمل السلف فيه بالقرائن (انتهى) و أنت قد عرفت القائلين بالصحة و سمعت أمثلتهم و رأيت عباراتهم في المقامات الثلاثة فأين ما نسبه إلى كثير منهم (و أما الدروس) ففيه عبارتان إحداهما قوله و ينعقد البيع بلفظ السلم على الأقرب (انتهى) و هي صريحة فيما جعلناه أولا محل النزاع و الأخرى قد سمعتها و عرفت الحال فيها ثم إنه لم يتضح لنا قوله إن ظاهر المصنف و كثير أن الخلاف مع قصد السلم فإن أراد أن الخلاف واقع فيما إذا قصد السلم المؤجل في البيع الحال فلا يصح (و كيف يمكن ذلك) مع تصريحهم باعتبار الحلول فيه نسا و قصدا بل قالوا في شروط السلم أنه إذا أراد السلف الخاص يشترط فيه ذكر الأجل و إن أراد أن الخلاف في صحة البيع حالا- مع قصد السلم باستعمال لفظه فيه أي في البيع المجرد فهو صحيح و إليه يرجع ما ذكره ثانيا و يوافق الأمثلة كما عرفت و ينطبق عليه التعليل و الجواب كما ستعرف جيدا (و يبعد) أن يحتمل أن يكون أشار بذلك إلى ما ذهب إليه الشافعي كما ستعرف أنه لم يذهب إليه أحد من أصحابنا و ظاهر التذكرة في مواضع الإجماع على خلافه و المخالف ظاهرا للشيخ في النهاية و الخلاف و المبسوط و هو المنقول عن الحسن بن أبي عقيل قال في النهاية لو أخل بالأجل كان البيع غير صحيح و في

الخلاف السلم لا يكون إلا مؤجلا ولا يصح أن يكون حالا ثم ادعى إجماع الفرقه وقال فى المبسوط السلم لا يكون إلا مؤجلا ولا يصح أن يكون حالا وإن كان الشىء موجودا فى الحال فإنه لا يكون سلما و تبعه على ذلك ابن إدريس و يحتمل أن يكون غرض الشيخ الرد على الشافعى و عطاء و أبى ثور و ابن المنذر كما صرح بذلك فى الخلاف و أشار إليه فى المبسوط حيث قال و إن كان الشىء موجودا إلخ و ذلك لأن هؤلاء ذهبوا إلى أنه إذا باعه بلفظ السلم و ترك ذكر الأجل كان يطلق أو يقول حالا فإنه ينعقد سلما إذا كان المسلم فيه موجودا فى الحال قالوا فيكون الثمن و المثلن حالين لكن يجب قبض الثمن فى المجلس دون المثلن و استندوا إلى أن الأجل فيه غرر لأن التسليم قد يتعذر وقت الأجل فإذا أسقط الأجل لم يؤثر فى صحه العقد هذا كلامه (كلامهم خ ل) و حاصله أن العقد يصح و يكون الثمن و المثلن حالين كما نقل ذلك فى التذكرة و الشيخ و ابن إدريس منعا من ذلك فيكونان مخالفين لجمهور المتأخرين و لهذا ذكر خلافهما فى المختلف و غيره (فليتأمل جيدا) و يكون الفرق بين المتأخرين و الشافعى أن المتأخرين يقولون إن أراد بلفظ السلم مطلق البيع مجازا و لم يقصد السلم الحقيقى صح البيع و إن قصد السلم الحقيقى و الحلول و لم يقصد مطلق البيع بطل و الشافعى يصحح الثانى و يبقى التأمل فى تصوير هذا الأخير (فتأمل جيدا) و يأتى فى الفرع الخامس من فروع الخيار ما له نفع تام فى المقام و ما قربه المتأخرون فى المقام يدل على أن العقود تنعقد بالمجازات القريبة لأنه لا ريب فى أن استعمال السلم فى البيع المطلق مجاز و هو خلاف ما اختاره الأستاذ الشريف دامت حراسته عند ذكر صيغ البيع من أن العقود لا- تنعقد بالمجازات قريبة كانت أو بعيدة و الظاهر أن الحق ما حققه المحقق الثانى هناك و قد عللوا ما قريه بأن السلم بعض جزئيات البيع و قد استعمل لفظه فى نقل الملك على الوجه المخصوص فجاز استعماله فى الجنس لدلالته عليه حيث يصرح بإرادة المعنى العام و ذلك عند قصد الحلول و هذا هو التعليل الذى وعدنا ببيانه و علله فى المختلف بأن البيع جزء من أجزاء السلم و يصح إطلاق اسم الكل على الجزء (و استدل الشيخ فى الخلاف) بالإجماع و قد رده جماعة بقوله من أسلف فليسلف فى كيل معلوم أو وزن معلوم و أجل معلوم و أجابوا عنه بتسليمه حيث يقصد السلم الخاص و البحث فيما لو قصد به البيع الحال و هذا هو الجواب الذى وعدناك بذكره و الرواية التى أشار إليها المحقق ما رواه فى الفقيه عن عبد الرحمن بن الحجاج عن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤٠

و لو قال بعثك بلا ثمن أو على أن لا ثمن عليك فقال قبلت ففى انعقاده هبة نظر ينشأ من الالتفات إلى المعنى و اختلال اللفظ و هل يكون مضمونا على القابض فيه إشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا و دلالة لفظه على إسقاطه (١)

الرجل يشتري الطعام من الرجل و ليس عنده فيشتري منه حالا قال لا بأس به قلت إنهم يفسدونه عندنا قال فأى شىء يقولون فى السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا إلى أجل فإذا كان إلى غير أجل و ليس هو عند صاحبه فلا يصلح فقال إذا لم يكن أجل كان أحق به ثم قال لا- بأس أن يشتري الرجل الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل أو حالا لا يسمى له أجلا إلا أن يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ فى غير زمانه فلا ينبغى شراء ذلك حالا و تمام الكلام فى المسألة يأتى فى الشرط الخامس من شروط السلف (قوله) (و كذا لو قال بعثك بلا ثمن أو على أن لا ثمن عليك فقال قبلت ففى انعقاده هبة نظر ينشأ من الالتفات إلى المعنى و اختلال اللفظ و هل يكون مضمونا على القابض فيه إشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا و دلالة لفظه على إسقاطه)

قد ذكر ذلك كله فى التذكرة و قال للشافعية فيه وجهان و نحوه ما فى الإيضاح و فى حواشى الشهيد أن ذلك يبنى على أن العقود توقيفية أو اصطلاحية فعلى الأول لا يصح لأن البيع لا بد فيه من العوض و انتفاء الجهالة و على الثانى يصح ثم نقل قولاً بأنه يرجع إلى قصده فإن قصد البيع بطل و إن قصد الهبة صحت (و فيه) أن مجرد القصد غير كاف من دون حصول سبب شرعى و معنى قول المصنف فى وجه النظر من الالتفات إلى المعنى أنه إذا جمع معنى هذا اللفظ جميعه على وجه لا- يكون فيه تنافى كان معناه أنه تمليك بلا عوض و أما وجه اختلال اللفظ فهو أن البيع يقتضى الثمن و التقييد بعدمه ينافيه و قد ضعف الأول فى جامع المقاصد بأنه

إنما يندفع التنافي إذا عدل باللفظ عن مدلوله إلى معنى آخر لا يكون سببه التنافي لأن هذا غير كاف في الصحة وإلا فلا يبطل شيء من العقود المشتملة على ما ينافيها لوجود المندوحة في العدول به إلى ما لا ينافي ثم إنه وجه النظر بغير ذلك فقال ينشأ من وجود لفظ البيع المقتضى للثمن ووجود المنافي لصحته و هو اشتراط عدم الثمن فيكون بيعا فاسدا و من أن التقييد بعدم الثمن قرينة إرادة الهبة من لفظ البيع لأن الهبة هي التملك بغير عوض فهو مساو لها في المعنى ثم ضعفه بأن استعمال البيع في الهبة مجاز لم ينقل ولا بد في التجوز من النقل و من ثم امتنع نخلة للإنسان (قلت) الحق أنه إنما يشترط النقل في العلاقات (و أما أفرادها) فيجوز فيها التجوز و لا يحتاج إلى نقل ما لم نعلم عدم الهجر و في النخلة للإنسان علم الهجر ففرق واضح بين المقامين و محل بيانه في فنه و أما ما وجه به الإشكال فمتجه غير أن ما دل بمنطوقه أقوى مما يدل ضمنا و نفى الثمن منطوق صريح بخلاف إثباته (و من هنا) يسقط ما عساه يقال إن البيع يقتضى الثمن و اشتراط عدم الثمن ينفيه و قد تعارضا فيتساقطان و يرجع إلى حكم الأصل و هو ثبوت الضمان في اليد حتى يثبت المسقط (و فيه) أن ذلك فرع التكافؤ و قد عرفت عدمه نعم لا بأس بما قيل من أنه إن قصد الهبة فلا ضمان لأن أقل مراتبه أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤١

أما لو قال بعث و لم يتعرض للثمن فإنه لا يكون تملिका و يجب الضمان

### [الشرط الثاني معرفة وصفه]

#### إشارة

(الثاني) معرفة وصفه و يجب أن يذكر اللفظ الدال على الحقيقة كالحنطة مثلا ثم يذكر كل وصف تختلف به القيمة اختلافا ظاهرا لا يتغابن الناس بمثله في السلم بلفظ ظاهر الدلالة عند أهل اللغة بحيث يرجعان إليه عند الاختلاف (١) و لا- يجب في الأوصاف الاستقصاء إلى أن تبلغ الغاية لعسر الوجود بل يقتصر على ما يتناوله الاسم (٢)

تكون هبة فاسدة و الهبة الفاسدة لا يضمن بفاسدها

(قوله) (الثاني) معرفة وصفه و يجب أن يذكر اللفظ الدال على الحقيقة كالحنطة مثلا ثم يذكر كل وصف تختلف به القيمة اختلافا ظاهرا لا يتغابن الناس بمثله في السلم بلفظ ظاهر الدلالة عند أهل اللغة بحيث يرجعان إليه عند الاختلاف) قد طفحت عباراتهم باعتبار ذكر الجنس و الوصف و جعلهما شرطا واحدا و هو العلم بالمسلم فيه قالوا و المراد بالجنس هنا الحقيقة النوعية كالشعير و الحنطة و إليه أشار المصنف بقوله اللفظ الدال على الحقيقة و إلى الوصف أشار بقوله ثم يذكر كل وصف و حاصله أنه يجب أن يكون المسلم فيه معلوما عند المتعاقدين (و إنما يتحقق بأمرين) ذكر اللفظ الدال على الحقيقة كالحنطة و ذكر اللفظ المميز و هو ما يوصف به مما يميزه عن جميع ما عداه مما يشاركه في الجنس كصراية الحنطة و حمرتها فلو لم يذكر الجنس بل قال بعثك شيئا صريبا أو ذكره و لم يذكر الوصف بطل و العبارات في ذلك مختلفة فبعضهم يذكرهما معا و يجعلهما شرطا واحدا و بعض يذكر الجنس و يتعرض في أثناء ذلك للوصف و بعض يعكس و المآل واحد و الأصل في هذا الشرط بعد الإجماع كما في الرياض أدلة نفى الغرر و النصوص الواردة في الباب كصحيحتي زرارة و الحلبي و غيرهما و قول المصنف في السلم قيد احتراز فإنه قد يتغابن في السلم بما لا- يتغابن به في غيره و بالعكس و المرجع في هذه الأوصاف إلى العرف و ربما كان العامي أعرف بها من الفقيه و حظ الفقيه منها البيان الإجمالي و المراد بظهور دلالة اللفظ عند أهل اللغة هو ما ذكره بقوله بحيث يرجعان إليه عند الاختلاف و إنما يتم ذلك إذا كان مستفاضاً أو يشهد به عدلان (و لا بد مع ذلك) من علم المتعاقدين بالمعنى المراد فلو جهلاه أو أحدهما بطل العقد و إن كان معناه معروفا لغة و عرفا و لا يختص الحكم بذى الدلالة عند أهل اللغة بل ما يدل عند أهل العرف كذلك كما

صرح به المحقق الثانى و الشهيد الثانى و غيرهما فمتى كان المعنى متعارفا جازت الحوالة عليه كذلك و فى جامع المقاصد إنما يمكن الرجوع إلى الوصف إذا كان مستفاضاً أو يشهد به عدلان ثم إنه اعتبر الاستفاضة و سيجىء للمصنف أن الصفات إذا لم تكن مشهورة عند الناس لقله معرفتها كالأدوية أو لغرابه لفظها فلا بد أن يعرفها المتعاقدان و غيرهما ثم قال و هل تعتبر الاستفاضة أم تكفى معرفة عدلين الأقرب الثانى و هو الذى قربه أيضا فى الإيضاح لكن المحقق الثانى قرب الأول كما سيأتى إن شاء الله تعالى

(قوله) (و لا يجب فى الأوصاف الاستقصاء إلى أن تبلغ الغاية لعسر الوجود بل يقتصر على ما يتناوله الاسم)

قد ذكر فى التذكرة نحو هذه العبارة فقد جمع فى الكتابين بين الفردين المختلفين فى الصحة و عدمها إذ التعليل بعسر الوجود لعدم الجواز لا لعدم الوجود كما ستسمع و الذى نطقت به عبارات الأصحاب أنه لا يجب الاستقصاء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤٢

فلو أفضى الإطناب إلى عزة الوجود كالثالث الكبار التى يفتقر إلى التعرض فيها للحجم و الشكل و الصفات و اليواقيت و الجارية الحسنة مع ولدها إلى ما أشبهه لم يصح و إن كان مما يجوز السلم فيه لأدائه إلى عسر التسليم (١)

فلو استقصى و أدى إلى عسر الوجود بطل و إلا صح (و قد نفى) عنه الخلاف فى الرياض و معناه أنه لا يجب الاستقصاء فى الوصف بل يجوز الاقتصار منه على ما يتناوله الاسم الموصوف بالوصف الذى يزيل اختلاف أثمان الأفراد الداخلة فى المغيا فإن استقصى كذلك و وجد الموصوف صح و إن عسر وجوده بطل و على ذلك تنزل عبارة الشرائع حيث قال و لا يطلب فى الوصف الغاية بل يقتصر على ما يتناوله الاسم فالأمر و النهى الواقعان فى هذه قد يكونان على وجه المنع و اللزوم كما إذا استلزم الاستقصاء عزة الوجود و قد يكونان على وجه نفى اللزوم و الجواز «١» كما إذا لم يستلزم ذلك و هو عبارة صحيحة خالية عن التجوز و لا كذلك عبارة الكتاب و التذكرة على أن بلوغ الغاية قد لا يؤدي إلى عسر الوجود لكنه لا يجب لأن الواجب ما تندفع به الجهالة و هى الأوصاف التى تتفاوت القيمة بتفاوتها تفاوتاً لا يتغابن الناس بمثله فى السلم

(قوله) (فلو أفضى الإطناب إلى عزة الوجود كالثالث الكبار التى يفتقر إلى التعرض فيها للحجم و الشكل و الوزن و الصفا و اليواقيت و الجارية الحسنة مع ولدها إلى ما أشبهه لم يصح و إن كان مما يجوز السلم فيه لأدائه إلى عسر التسليم)

قضية التفريع على ما سبق من عدم الاستقصاء و جواز الاقتصار أو وجوبه على ما يتناوله الاسم إن اللثالى الكبار و ما ذكر معها مما يصح السلم فيها و يقتصر فيها على ما يتناوله الاسم و لا يصح السلم فيها إذا استقصيت أوصافها و يشهد على ذلك كلامه الأخير لكن قضية قوله التى تفتقر إلى التعرض فيها للحجم إلى آخره أن هذه و أمثالها لا يصح السلم فيها أصلاً لأنها ذات صفات كثيرة و معظم صفاتها تتفاوت القيمة باعتبارها أشد تفاوتاً فإن ذكر جميعها عسر وجودها و امتنع السلم فيها و إن لم يذكر جميعها حصلت الجهالة فلا يصح السلم فيها مطلقاً فينبغى رفع المنافرة عن العبارة و التعرض لبيان أن هذه الصور الثلاث من سنخ واحد أم لا و يمكن تجشم رفع الأول بأن يكون هذا تفريعاً على ما فهم من قوله و لا يجب إلخ و هو أن من الأشياء حينئذ ما لا يمكن فيه السلم لأن صفاته التى تتفاوت القيمة باعتبارها تفاوتاً بينا كثيرة إذا ذكرت جميعها أدى إلى عسر وجوده و من دونها لا يحصل العلم بوصفه (فليتأمل جيداً) و عبارة التذكرة كعبارة الكتاب فى التفريع و التمثيل ما عدا الجارية الحسنة فإنها لم تذكر فى أمثلة التذكرة فحالها حال عبارة الكتاب و أما حال الأمثلة المذكورة فقد أطلق فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الكفاية عدم الجواز فى اللثالى و الجواهر من دون فرق بين الصغار و الكبار و جوز فى الصغار من اللثالى دون الكبار (و فى الإيضاح و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض) كما هو خيرة المصنف فيما يأتى و التذكرة و فى الدروس أن الأقرب جواز السلم فى العقيق و شبهه من الجواهر و اللثالى التى لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بينا (انتهى) و ضابط الصغار من اللثالى كلما يباع بالوزن فلا يلاحظ فيه الأوصاف الكثيرة عرفاً و حدها بعض بما يطلب للتداوى دون التزين أو ما يكون وزنه سدس دينار و هو رجوع إلى ما لا- دليل عليه (و أما) الجارية

(١) عطف على نفى لا على اللزوم (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤٣

و الأقرب جوازه فى اللثالى الصغار مع ضبط وزنها و وصفها لكثرتها و يجوز اشتراط الجيد و الردى و الأردى على إشكال ينشأ من عدم ضبطه و وجوب قبض الجيد لا يقتضى تعيينه عند العقد لا الأجود (١)

و ولدها فقد منع من الإسلاف فيهما إذا كان الغرض التسرى فى التذكرة و فى الدروس بل احتمال فى الأخير المنع منه فى الجارية الحسنة لعدم انضباطها فإن مرجعها إلى الاستحسان و الشهوة المختلفين باختلاف الطباع و منع فى المبسوط و للمعة من الإسلاف فى جارية و ولدها من دون وصفها بالحسنة كما منعا من شاء و ولدها لعزة الوجود و المشهور كما فى المسالك الجواز فى شاء و ولدها و ظاهره فى المسالك عدم الفرق بين جارية حسنة و ولدها و شاء و ولدها حيث حكى موافقة العلامة للشيخ فى الجارية الحسنة و ولدها لعزة وجودها كذلك ثم قال و فى الفرق نظر (انتهى) و جوزه فى الدروس فى جارية و ولدها لغرض الخدمة و يأتى للمصنف جوازه فى جارية و ولدها أيضا فتكون هذه مقيدة بكونها غير حسنة و هى الجارية المطلوبة للخدمة دون التسرى و إذا حمل كلامه الأول على أن المراد المنع من الجارية الحسنة مع ولدها إذا استقصى فى أوصافها فتكون هذه الأخيرة على إطلاقها كان ذكر الولد غير محتاج إليه لأن الاستقصاء فيها وحدها مانع و قال المحقق الثانى الحق أن الجزم بأن الجارية المطلوبة للحسن متى وصفت بالصفات عن وجودها غير ظاهر و كذا ما أشبه هذه الأشياء و قول المصنف إلى ما أشبهه معناه مضافا إلى ما أشبهه فقد تحصل أن ضابط المنع و عدمه عزة الوجود و عدمها و الأصل فيه الإجماع على ذلك على الظاهر فى أحد الشقين و القطع به فى الآخر و قد عللوه بأن عقد السلف مبنى على الغرر لأنه يبيع ما ليس بمرئى فإذا كان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤديا إلى التنازع و الفسخ فكان منافيا للمطلوب من السلف و وجهه فى الإيضاح بأنه لما جل جناب الحق جل شأنه عن التكليف بما لا يطاق و اقتضت حكمته البالغة عدم خرق العادات غالبا بمجرد ما يرد على العبد من متناقض الإيرادات أبطل السلم فيما يؤدي إلى أحدهما قطعا و ما تجدد أداؤه إلى أحدهما تجدد بطلانه (قال) فظهر من ذلك أن ما يعز وجوده لا- يصح السلم فيه و بقى ما لا- يعز لكن وجوده أقلى فى الأغلب لاستقصاء الصفات و الأقرب فيه الصحة لعدم استلزامه المال مع إمكانه فى نفسه و جواز ثبوته فى الذمة و لوجود المقتضى و هو عقد البيع و انتفاء المانع و هو عزة الوجود ثم احتمال البطلان تنزيلا للأغلب على الدائم «انتهى» و هذا الاحتمال ضعيف جدا كما ستأتى عند شرح قوله و الأقرب اشتراط ما لا يعز وجوده

(قوله) (و يجوز اشتراط الجيد و الردى و الأردى على إشكال ينشأ من عدم ضبطه و وجوب قبض الجيد لا يقتضى تعيينه عند العقد لا الأجود)

اشتراط الجيد و الردى مما لا-ريب فى جوازه بل فى المبسوط و التذكرة أنه يجب ذلك و فى الدروس قيل يجب ذكر الجودة و الرداءة بالإجماع و فيه نظر «انتهى» (قلت) فى التحرير أن الإجماع واقع على ذكر الجودة و لم يذكر فيه الرداءة (فتأمل) و أما الأردى ففى التحرير و الإرشاد أنه يصح اشتراطه و نقله فى التذكرة قولاً عن بعض أصحابنا و لم أجد قبله من صححه نعم قال فى الشرائع لو قيل به كان حسنا و البطلان فيه خيرة المبسوط و الشرائع على الظاهر منها و التذكرة و المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و للمعة و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و مجمع البرهان على تأمل له فيه و فى الدروس و الكفاية فيه وجهان (قلت) الوجهان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤٤



و كل ما يمكن ضبطه أو صافه المطلوبة يصح السلم فيه و إن كان مما تمسه النار (١) فيجوز فى عيدان النبل قبل نحتها لا المعمول (٢)

هما ما أشار إليهما المصنف هنا (الأول) عدم ضبطه حالة العقد إذ ما من ردىء إلا و يمكن أردى منه (و الثانى) يستفاد من قوله و وجوب قبض الجيد لا يقتضى تعيينه و بيانه على ما ذكره الشهيد فى حواشيه و المحقق الثانى أن له مرجعا فلا يكون؟؟؟ غير منضبط لوجوب قبض الجيد فى باب السلم فإذا أتى بردىء فإن كان هو الأردى فهو المطلوب و إن كان رديئا كان قد دفع الجيد عن الردى لأن الردى بالنسبة إلى الأردى جيد فيجب قبوله فقول المصنف و وجوب قبض الجيد إلخ جواب عن هذا التوجيه و حاصله أنكم توهمتم أن المانع تعذر التسليم فقلتم إن التسليم ممكن بدفع الجيد الردى عوض الأردى و ليس كذلك و إنما المانع عدم ضبطه و وجوب قبض الجيد لا يصير الأردى مضبوطا عند العقد لأنه ليس من أفرادة و قد عرفت أن ضبط المسلم فيه شرط لصحة السلم و يزيد أيضا أنه لو امتنع من الأداء لم يتمكن الحاكم من إجباره لأن الأردى غير مضبوط ليجبره الحاكم على تسليمه و الجيد غير مستحق هذا كله إذا لم يكن للأردى مصداق متعارف (و أما الأجل) فعدم الصحة فيه محل وفاق كما فى التذكرة و الروضة و به صرح فى المبسوط و ما تأخر عنه مما تعرض له فيه ما عدا مجمع البرهان و الكفاية فإن فيهما أن فيه وجهين و احتمال فى الأول أن يكون الأجل و الأردى من واد واحد و قال فى التذكرة بعد دعوى الإجماع كما سمعت إن فيه إشكالا لإمكان ضبطه فى بعض الأمتعة كالطعام فإنه قد تنهى جودته (انتهى) و أتى عند شرح قوله و يجب أن يدفع الموصوف فلو دفع غير الجنس إلخ ما له نفع تام فى المقام فليلحظ (قوله) (و كل ما يمكن ضبطه أو صافه المطلوبة يصح السلم فيه و إن كان مما تمسه النار)

هذا الضابط ذكره جملة من الأصحاب و كأنه مما لا ريب فيه عندهم و قال فى مجمع البرهان هذا الضابط ظاهر و الفرق مشكل نعم قد يوجد فى بعض الأفراد و لكن غير معلوم لنا كليته فإن الفرق بين الحيوان و لحومه مشكل و كذا بين اللحم و الشحم حتى يصح فى الأول منهما و لا يصح فى الثانى و إن تخيل الفرق بينهما (و يمكن) أن يقال بالصحة فيما ينضبط فى الجملة إلا ما ورد النهى عن مثله و ما علم التفاوت بين أفرادة مثل اللحم فإنه ورد النهى عنه و مثل اللؤلؤ الكبار فإن التفاوت بين أفرادة باللون و الوضع كثير جدا بحيث يشكل ضبطه بالعبرة و كذا أكثر ما يباع عددا كالبطيخ و نحوه و يؤيد ما قلناه من الاكتفاء بالوصف فى الجملة عدم ذكر زيادة الأوصاف فى الإخبار كقول الصادق عليه السلام فى حسنة جميل لا بأس فى المتاع إذا وصف الطول و العرض و فى حسنة زرارة لا بأس بالسلم فى الحيوان إذا وصف أسنانها (انتهى فتأمل) و منع الشافعى من السلم فيما مسته النار لمكان تأثير النار فيه و إليه أشار و إن كان مما مسته النار

(قوله) (فيجوز فى عيدان النبل قبل نحتها لا المعمول)

هذا تفرع على قوله و كلما يمكن ضبطه أو صافه إلخ و عيدان النبل قبل نحتها يجوز السلم فيها لإمكان ضبطها لكن لا بد من التقدير بالعدد أو الوزن و ما يبقى فيها من الاختلاف لا يقدح لعدم اختلاف الثمن بسببه و أما بعد نحتها فالمشهور كما فى الكفاية لا يجوز فيها السلم لأنها تجمع أخلاطا مقصودة لأن فيها خشبا و عسبا و ريشا و أما إذا كان منحوتا حسب فالأقرب المنع لعدم القدرة على معرفة نحتها و تفاضل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤٥

و الخضر و الفواكه و ما تنبته الأرض و البيض و الجوز و اللوز و كل أنواع الحيوان و الأناسى و اللبن و السمن و الشحم و الطيب و الملبوس و الأشربة و الأدوية و إن كانت مركبة إذا عرف بسائطها و فى جنسين مختلفين ينضبط كل منهما بأوصافه و فى شاة لبون و لا تجب ذات لبن بل ما من شأنها (١) و فى شاة ذات ولد أو جارية كذلك (٢) على رأى أو حامل على إشكال (٣) ينشأ من الجهل بالحمل و المختلطة المقصودة الأركان إذا أمكن ضبطها كالعنابي (٤) و الخز الممتزج من الإبريسم و الوبر و الشهد إذ الشمع كالتوى (٥) و كذا كل ما يقصد خليطه كالجبين و فيه الإنفحة (٦) و دهن البنفسج و البان و الخل و فيه الماء و الصفر و الحديد و الرصاص و

## النحاس و الزبيق و الكحل و الكبريت

فى الثخن و تباين فيه مع كونها مخروطة خفيفة الأطراف ثخينه الوسط فلا يمكن ضبطها فإن فرض إمكانه جاز و كذا التى لا يجوز الإسلاف فيه لعدم إمكان وصفه فإن أمكن جاز

(قوله) (و فى شاء لبون و لا تجب ذات لبن بل ما من شأنها)

قال فى المبسوط و إن أسلم فى شاء لبون صح و يكون ذلك شرطا للنوع لا للسلم فى اللبن و لا يلزمه تسليم اللبن فى الضرع و يكون له حلبها و تسليم الشاء من غير لبن و هو رد على الشافعى حيث منع فى أحد قوليه من السلف فى شاء لبون محتجا بمجهولية اللبن المعين قالوا و ليس بجيد لأن الواجب ما من شأنها أن يكون لها لبن و إن لم يكن لها لبن فى حال البيع حتى لو كان لها لبن حينئذ لم يجب تسليمه بل له أن يحلبها و يسلمها فالمراد باللبن ما هو المفهوم عرفا من كونها ذات لبن بالقوة القريبة من الفعل كساعة و ساعتين لا أن تكون لبونا بالفعل فلا تكفى الحامل و إن قرب وضعها لبعدها فلو دفع حاملا تضع بعد ساعة و رد اللبن أمكن و جوب القبول على أن اللبن تابع كما يأتى فى الحمل

(قوله) (و فى شاء ذات ولد و جاريه كذلك)

و قد تقدم الكلام فى ذلك مستوفى آنفا

(قوله) (أو حامل على إشكال)

القول بالمنع للشيخ فى المبسوط قال لا يجوز السلف فى جارية حبلية لأن الحمل مجهول لا يمكن ضبطه بأوصاف و هو المحكى عن أبى على و المشهور كما فى المسالك الجواز لاغتفار الجهالة فى الحمل لأنه تابع فلا تضر جهالة وصفه كما لو باع الحبلية نقدا و لو كانت جهالة الحمل مانعة من الانعقاد منعت فى الموضوعين و استشكل المصنف هنا و فى التحرير كالشرائع و ظاهر الإيضاح

(قوله) (و المختلطة المقصودة الأركان إذا أمكن ضبطها كالعتابى)

احترز عما لا يقصد بعض أجزاءه كالماء فى الخل فإنه غير مقصود فى نفسه و إنما يطلب به إصلاح الخل و هذا يجوز السلم فيه أيضا لإمكان ضبطه بالوصف و احتياجه إلى الماء الذى لا يمكن قوامه بدونه لا يخرج عن الجواز و للشافعية فيه وجهان و العتابى قماش معروف من الحرير و القطن منسوب إلى عين تاب بلد بالشام أدغم النون فى التاء

(قوله) (و الشهد إذ الشمع كالنوى)

يريد أن اختلاطه أصلى فأشبه النوى فى التمر و خالف الشافعى فى أحد وجهيه لأن أحد جزأيه الشمع و قد يقل تارة و يكثر أخرى فلا يمكن ضبطه (و فيه) أن هذه القلّة و الكثرة لم يعتبرها الشارع كما هو الشأن فى صغر النواة و كبرها

(قوله) (و كذا كل ما لا يقصد خليطه كالجين و فيه الإنفحة)

منع بعض الشافعية من الإسلاف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤٦

و كل ما لا يمكن ضبطه بالوصف لا يصح السلم فيه كاللحم مطبوخه و نيه و الخبز و الجلود (١) و الجواهر التى يعسر ضبطها

[فروع]

إشارة

(فروع)

## [الأول يجب أن يذكر فى الحيوان النوع واللون]

(الأول) يجب أن يذكر فى الحيوان النوع واللون والذكورة أو الأنوثة والسن (٢)

فى الجبن لاشتماله على الإنفحة و عنده المختلط لا- يجوز السلم فيه (و جوابه) أنه ليس بمقصود والممنوع منه إنما هو السلم فى الأخلاط المقصودة لجهالة كل واحد منهما و أما اللبن الحليب فيجوز السلف فيه إجماعاً كما فى التذكرة و ظاهرها أنه منا و من العامة قال و أما المحيض فعندنا كذلك

(قوله) (و كلما لا يمكن ضبطه لا يصح السلم فيه كاللحم مطبوخه و نيه و الخبز و الجلود)

لا يصح السلم فى اللحم إجماعاً كما فى الخلاف و فى المبسوط أنه الظاهر من المذهب و فى الغنية الإجماع على منعه فيه و فى الخبز و ظاهر التذكرة فى عدة مواضع الإجماع أيضاً فيهما و فى السرائر نسبته إلى أصحابنا و فى الرياض نفى الخلاف عنه فيهما و لا فرق عندنا فى اللحم بين نيه و مطبوخه كما فى التذكرة و لا خلاف فيه كما فى الرياض و ظاهر التذكرة أيضاً الإجماع على عدم الفرق بين لحم الأهلى و الصيد و قد علل فى الخبر بأنه يعطيك مرة السمين و مرة التاوى و مرة المهزول و هو خلاف تعليل الأصحاب و لا منافاة لعدم دلالة الخبر على حصر العلة فيما ذكر فيه و أما الجلود فالمشهور كما فى المسالك و الرياض و الحدائق منع السلم فيها و هو خيرة المبسوط و السرائر و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها و هو المنقول عن القاضى فى أحد قوليهِ و تردد فى الشرائع و قال الشيخ فى النهاية لا بأس فى مسوك الغنم إذا عين الغنم و شاهد الجلود و نحوه ما فى الخلاف و هو المنقول عن القاضى فى القول الآخر لإمكان الضبط بالمشاهدة و للخبرين الذين فى أحدهما أنى رجل قصاب أبيع المسوك قبل أن أذبح الغنم فقال ليس به بأس و لكن انسبها إلى غنم أرض كذا و كذا و فى آخر رجل اشترى الجلود من القصاب فيعطيه كل يوم شيئاً معلوماً قال لا بأس و هما ضعيفان و الثانى عار عن الدلالة (و اعترضه) المحقق فى إمكان الضبط بالمشاهدة بأنه معها يخرج عن وضع السلم (و أجيب) بأنه إنما يخرج مع تعيين المبيع و كلام الشيخ أعظم منه فيمكن حمله على مشاهدة جملة كثيرة يكون المسلم فيه داخلاً فى ضمنها و هذا القدر لا يخرج عن السلم كما لو شرط الثمرة من بلد معين أو الغلة من قرية معينة لا تخيس عادة انتهى «فليتأمل» و كما لا يجوز فى الجلود لا يجوز فيما يتخذ من الجلود كالنعال و الخفاف و حكى عن ابن شريح و أبى حنيفة جواز السلم فى الجلود و ما يتخذ منها

(قوله) (فروع) (الأول) يجب أن يذكر فى الحيوان النوع واللون والذكورة أو الأنوثة والسن

يجوز السلم فى الحيوان بسائر أنواعه عند علمائنا أجمع كما فى التذكرة و قد حكى عليه إجماع الفرقة فى الخلاف و الغنية و يجب ذكر هذه الصفات الخمسة لاختلاف الأغراض باختلافها و اختلاف المقيم بها فيجب ذكر النوع كالتركى و الرومى و الزنجى و لونه إن كان النوع مختلف اللون و يعنى ذكره إن لم يقع فى الصنف اختلاف و إلا وصف البياض بالسمر أو الشقرة و السواد بالصفاء و الكدورة كما سيشير إليه المصنف و يذكر السن فيقول ابن (بنت خ ل) ست أو سبع أو محتلم و يبنى الأمر فيه على التقريب حتى لو شرط كونه ابن سبع مثلاً بلا زيادة و لا نقصان لم يجز لندور الظفر به كما صرح به فى التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤٧

و فى الأناسى زيادة القد كربعى أى أربعة أشبار أو خماسى (١) فيقول عبد تركى أسمر ابن سبع طويل أو قصير أو ربع و ينزل كل شىء على أقل الدرجات (٢) و لا يجوز وصف كل عضو للغة و الأقرب جواز اشتراط ما لا يعز وجوده و إن كان استقصاء كالسمن و الجعودة (٣) و يرجع فى السن إلى الغلام مع بلوغه و مع صغره إلى السيد فإن جهل فإلى ظن أهل الخبرة (٤)

(قوله) (و في الأناسى زيادة القد كربعى أى أربعة أشبار و خماسى)

قال فى الدروس و القد كالطويل و القصير و الربع و لو قدره بالأشبار كالخمسة أو الستة احتمال المنع لإفضائه إلى عزة الوجود ثم إنه احتمال وجوب ذكر الدعج و الزجج و تكلم الوجه و الكحل و فى الجارية كونها خميصة البطن ريانة الملس ثقيلة الردف أو أضدادها لتفاوت القيمة به و عدم عزته و قد استشكل فى وجوب ذلك فى التذكرة من أن الناس يتسامحون بإهمالها و يعدون ذكرها استقصاء و من أنها مقصود لا يورث ذكرها العزة (و يأتى كلام المصنف فى ذلك) و قد تعرض المصنف لتفسير الرباعى بما ذكره كالشيخ فى المبسوط للرد على بعض العامة الذين نزلوه على إرادة السن أى من أربع سنين أو خمس و نزلوا ذكر السن على وصف الأسنان كأن يقول مفلج الثغر و نحو ذلك (و ردوه) بأن التعرض لو صف عضو لا- يجوز و هل يجب التعرض فى الجارية إلى البكارة و الثيوبه إشكال كما فى التحرير و جامع المقاصد و فى المبسوط لا بد من التعرض لهما إذا كان الثمن يختلف لأجلهما و فى التذكرة يجب إذا كان الاختلاف بينا و فى الدروس الأقرب تعيين البكارة و الثيوبه فى الأمة فلو أطلق بطل (قوله) (و ينزل كل شىء على أقل الدرجات)

كما فى التحرير و الدروس و معناه أنه تنزل جميع الأوصاف الجارية فى عقد السلم على أقل ما يقع عليه اسم الوصف المشروط فيجب عليه القبول إذا أتى به كذلك و لم يكن له المطالبة بدرجة أعلى لأن الدرجات لا نهاية لها (قوله) (و الأقرب جواز اشتراط ما لا يعز وجوده و إن كان استقصاء كالسمن و الجعودة)

ظاهر التذكرة و الدروس كما قطع به فى جامع المقاصد أن الإشكال فى الوجوب و عدمه و قد سمعت عبارتى الكتابين و هو الذى يقتضيه النظر فإن المنع لا يعقل وجهه و يشهد على ذلك ما فى المبسوط و التحرير من أنه لا يجب ذكر سائر الحلى كأدعج العينين أقتنى الأنف و ما أشبه ذلك قال فى التحرير فإن ذكرها لزم لكن عبارة الكتاب قد تعطى أن غير الأقرب هو احتمال عدم الجواز و هو الذى فهمه الشارحان العميدى و الفخر و قد تقدم أن الإجماع منعقد على أن الضابط فى المنع و عدمه عزة الوجود و عدمها نقلنا هناك عبارة الإيضاح برمتها

(قوله قدس سره) (و يرجع فى السن إلى الغلام مع بلوغه و مع صغره إلى السيد فإن جهل فإلى ظن أهل الخبرة)

كما فى المبسوط و التذكرة و الدروس و كذا التحرير إلا أنه استشكل فيه فى الرجوع إلى قول الغلام و فى جامع المقاصد استشكل أيضا فى الرجوع إلى قوله و قول السيد لأنه ليس المفهوم من الرجوع إلى قوله إلا- وجوب القبول بحيث لا- يكون للمسلم رده و المطالبة بغيره و ذلك بعيد عن قوانين الشرع بل الذى ينبغى أن يقال إذا لم يصدق المسلم و لم يمكن إقامة البينة يرجع إلى ظن أهل الخبرة (انتهى) و فى الدروس أنه إنما يرجع إلى قوله و قول السيد و أهل الخبرة إذا لم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤٨

و لو اختلف النوع الواحد فى الرقيق و جب ذكر الصنف (١) و لو اتحد لونه كفى نوعه عنه (٢)

### [الثانى يذكر فى الإبل الذكورة]

(الثانى) يذكر فى الإبل الذكورة أو الأنوثة و السن كبنت مخاض و اللون كالحمره و النوع كنعم بنى فلان أو نتاجهم كبختى و عربى إن كثروا و عرف لهم نتاج و إلا- بطل كنسبة الثمرة إلى البستان (٣) و فى الخيل السن و اللون و النوع كعربى أو هجين و لا- يجب التعرض للشيات كالأغر و المحجل (٤)

يمكن إقامة البينة و كأنهم جميعا لا- يشترطون العدالة فى الغلام إذا رجع إلى قوله و لا فى السيد و لا فى أهل الخبرة لأن اشتراطها يفضى إلى العسر و قد يفضى إلى تعذر التسليم كما فى جامع المقاصد

(قوله) (و لو اختلف النوع الواحد فى الرقيق وجب ذكر الصنف)

قد تقدم أن المسلم فيه إن كان رقيقا ذكر نوعه كالتركي و الرومى و السقلى و الزنجى و الأرمنى و الحبشى فلو كان النوع الواحد يختلف فى الرقيق وجب ذكره كالجبلى و غيره فى التركي و النوبى فى (من خ ل) الزنجى كما هو خيرة المبسوط (كما فى المبسوط ح ل) و التذكرة و جامع المقاصد و المراد بالنوع ما عد فى العرف نوعا (قوله) (و لو اتحد لونه كفى نوعه عنه)

أى لو اتحد لون النوع كفى ذكر النوع عن اللون كما تعطيه عبارة المبسوط و التذكرة قال فى المبسوط و إن كان النوع الواحد يختلف باللون ذكره و مثله ما فى التذكرة و قضيته أنه لو كان النوع الواحد لا يختلف باللون لا يجب ذكر اللون و يغنى عنه ذكر النوع و ربما حملت العبارة على عود ضمير عنه إلى الصنف و هو غير ظاهر من العبارة و لا- مطابق للحكم فإن اتحاد اللون لا- يكفى عن ذكر الوصف فى النوع مع الاختلاف

(قوله) (و النوع كنعم بنى فلان أو نتاجهم بختى أو عربى إن كثروا و عرف لهم نتاج و إلا بطل كنسبة الثمرة إلى بستان) و فى بعض النسخ كبختى بالكاف و هو الأصح لأن المعنى كما فى جامع المقاصد أنه لا بد من تعيين النوع و من صور تعيينه نسبة الإبل إلى بنى فلان أو نتاجهم كما لو عين النوعى ببختى أو عربى و أما ما لا كاف فيه ففى صحة العبارة فيه تكلف لأنه لا يستقيم كونه بدلا إذ كل من المذكورين مقصود على تقدير التعيين به قال و لا يستقيم به معنى غير ذلك إلا بارتكاب تعسف و قد أطلق فى المبسوط فقال إذا أسلم فى الإبل وصفها بأنها من نتاج بنى فلان و نحوه ما فى التحرير و قيد فى التذكرة و الدروس النتاج بكونه معروفا عام الوجود و قد أشار المصنف إلى هذين الشرطين بقوله إن كثروا و عرف لهم نتاج و معنى الشرط الأول أن يكون المنسوب إليهم كثيرين فلو كانوا قليلين كان ذلك كاشتراط الثمرة من بستان بعينه فلا يصح لأنه يشترط فى السلم عمومية الوجود و معنى الثانى أن يكون المنسوب إليهم نتاج معروف غير قليل فلا يصح بدون ذلك كما أشار إلى ذلك فى جامع المقاصد و البختى واحد البختى و هى الإبل الخراسانية و قال فى المبسوط و التذكرة و لو اختلف نتاج بنى فلان و كان فيها أرحبية و مهريه و مجيدية فلا بد من التعيين

(قوله) (و لا يجب التعرض للشيات كالأغر و المحجل)

يجب فى الخيل ما يجب ذكره فى مطلق الحيوان من النوع و الذكورة و الأنوثة و اللون و السن و ما يجب فى الإبل فإن لها نتاجا كنتاج الإبل و لا يجب ذكر الشيات و هى جمع شية و هى فى الأصل مصدر وشى و شيا و شية إذا خلط بلونه لونا آخر كالأغر و المحجل و اللطيم فإن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٤٩

و فى الطيور النوع و الكبر و الصغر من حيث الجثة (١) و لا نتاج للبالغ و الحمير بل يذكر عوضه النسبة إلى البلد (٢)

### [الثالث يذكر فى التمر أربعة أوصاف]

(الثالث) يذكر فى التمر أربعة أوصاف (٣) النوع كالبرنى و البلدان اختلف الوصف كالبصرى و القد كالكبار و الحدائى و العتق و فى البر و غيره من الحبوب البلد و الحدائى أو العتق و الصرابه أو ضدها (٤)

ذكرها وجب له ذلك و إن أهمل جاز و حمل قوله أشقر أو أشهب أو أدهم على البهيم و يكون وصفا للجميع لأنه الحقيقة كما صرح بذلك كله فى المبسوط و التذكرة أشير إليه فى التحرير و الدروس (قوله) (و فى الطيور النوع و الكبر و الصغر من حيث الجثة)

منع الشافعى فى أحد قوليهِ من السلم فى الطيور لأنه لا يمكن ضبط سنّها ولا يعرف قدرها بالذرع والمصنّف هنا وفى التذكرة والشهيد فى الدروس جوازهُ فيه ومنعاً من اشتراط السن ومعرفة القدر بالذرع وقال إنه يذكر النوع ويصفه بالصغر والكبر من جهة الجثة لأن سنّه غير معلوم فإن عرف ذكره

(قوله) (و لا نتاج للبغال والحمير بل يذكر عوضه النسبة إلى البلد)

البغال والحمير لا نتاج لها كالإبل والخيل فلا يتبين نوعها بالإضافة إلى قوم بل ينسبهما إلى بلادهما ويصفهما بكل وصف تختلف به الأثمان كما نبه على ذلك كله فى المبسوط والتحرير والتذكرة وكذا الدروس وفى المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد أن الغنم والبقر إن عرف لهما نتاج فكالإبل وإن لم يعرف لهما نتاج نسبتا إلى بلادهما كالحمير وجعل فى الدروس البقر كالحمير (قوله) (يذكر فى التمر أربعة أوصاف)

وكذا إذا أسلم فى الرطب وصفه بما يصف به التمر إلا الحدائث والعق فإن الرطب لا يكون عتيقا نعم يجوز أن يشترط لقط يومه أو أمسه وله أن يأخذ ما أرطب كله ولا يأخذ منشداً وهو ما لم يرطب ولا الناشف وهو ما قارب أن يتم لخروجه عن كونه رطباً وكذا ما يجرى مجراه من العنب والفواكه وأما التمر فلا يأخذ إلا جافاً لأنه لا يكون تمراً حتى يجف وليس عليه أن يأخذ معيباً ويرجع فيه إلى أهل الخبرة ولا يأخذ ما عطش فأضربه العطش

(قوله) (و فى البر وغيره من الحبوب البلد والحدائث أو العتق والصرابة أو ضدها)

قال فى التذكرة يصف الحنطة بأمر ست البلد فيقول شامية أو عراقية فإن أطلق حمل على ما يقتضيه العرف إن اقتضى شيئاً وإلا بطل ويقول محمولة أو مولدة يعنى محمولة من البلد التى تنسب إليه أو تكون مولدة فى غيره ويذكر الحدائث والعق والجيد والردى واللون كالحمر أو البيضاء أو الصفراء إن اختلفت وبالحدارة وهى امتلاء الحب والدقة و صفاؤه ويذكر الصرابة أو ضدها وينبغى أن يذكر القوى أو ضده والمراد بالصرابة كونها خالصة من خليط آخر كتراب ونحوه وقال فى جامع المقاصد ولم أظفر له بمعنى فى اللغة وقال فى التذكرة وكذا يصف الشعير بما يصف به الحنطة وكذا كل صنف من الحبوب وقد تبع فى ذلك كله الشيخ قال فى المبسوط فى الحنطة جملته ست أوصاف النسبة إلى البلد والمحمولة أو المولدة والحديث أو العتيق واللون والحدارة أو الرقة (الدقة خ ل) والجودة أو الرداءة ثم قال والأحوط أن يسمى حصاد عام أو عامين وليس ذلك شرطاً وليس على المشتري أن يأخذها معيبة بوجه من الوجوه ومثله فى ذلك كله ما فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥٠

وفى العسل البلد كالمكى والزمان كالربيعى واللون وليس له إلا- المصطفى من الشمع (١) وفى السمن النوع كالبقرى واللون كالأصفر والمرعى والحدائث أو ضدها (٢) وفى الزبد ذلك وأنه زيد يومه أو أمسه (٣) وفى اللبن النوع والمرعى ويلزم مع الإطلاق حليب يومه (٤)

#### [الرابع يذكر فى الثياب ثمانية]

(الرابع) يذكر فى الثياب ثمانية النوع كالكتان والبلد واللون والطول والعرض والصفاقه والرقه والنعمه أو أضدادها ولو ذكر الوزن بطل لعزته (٥) وله الخام إلا- أن يشترط المقصور (٦) ويذكر فى الغزل النوع كالقطن والبلد واللون والغلظ والنعمه أو أضدادها وفى القطن ذلك إلا الغلظ وضده

الدروس

(قوله) (و فى العسل البلد كالمكى والزمان كالربيعى واللون وليس له إلا المصطفى من الشمع)

و لا يجب عليه قبول ما صفى بالنار لأن النار تغير طعمه كما صرح بذلك كله فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس

(قوله) (و فى السمن النوع كالبقرى و اللون كالأصفر و المرعى و الحداثة أو ضدهما)

ترك ذكر المرعى فى المبسوط و التذكرة و الدروس و إنما ذكره فى اللبن و فى التحرير لا- يحتاج إلى ذكر الحداثة لأن الإطلاق منزل عليه و فى بعض الحواشى أن المراد بالمرعى أن يذكر أنها راعية أو معلوفة و هو خلاف ما فسروه به فى اللبن قال فى المبسوط إذا أسلم فى اللبن وصفه بأوصاف السمن و يزيد فيه ذكر المرعى فيقول لبن عواد أو أوراق أو حمضية و ذلك اسم للكلا فالحمضية هو الذى فيه الملوحة و العوادى هى الإبل ترعى ما حلا- من النبات و هو الخلء تقول العرب الخلء خبز الإبل و الحمض فاكهتها فإذا كانت ترعى الخلء سميت عوادى فإذا كانت ترعى الحمض تسمى أوراق و تسمى حمضية و تختلف ألبانها بذلك و قال و يذكر معلوفة أو راعية و نحوه ما فى التذكرة فى ذلك كله و أقره على ذلك كله صاحب السرائر و بين أن عوادى جمع عادية و أن أوراق جمع أركه و فى جامع المقاصد أن المرجع فى المرعى إلى أهل الخبرة و على ما سبق فى الغلام من الاكتفاء بقول أسيد ينبغى أن يكتفى هنا بقول المسلم إليه

(قوله) (و فى الزبد ذلك و أنه زبد يومه أو أمسه)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير لأنه يختلف بذلك لأن أجزاء اللبن مخالطة له فإذا تجاوز ربما حصل فيه حموضة و قالوا إن أعطاه ما فيه رقة فإن كان لحر الزمان قبل و إن كان لعيب لم يقبل و فى المبسوط و التذكرة لا يجوز أن يعطيه زبدا أعيد فى السقاء أو طراً

(قوله) (و فى اللبن النوع و المرعى و يلزم مع الإطلاق حليب يومه)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس و قد زيد فى الأولين إلى ذلك ذكر المعلوفة و الراعية و قال فى المبسوط و لا يجوز السلم فى الحامض لأن الحموضة عيب و نقص لا تنضب و قال فى التحرير الوجه أنه يصح فى اللبن المخيض مع ضبطه و فى التذكرة و أما اللبأ فيوصف بما يوصف به اللبن إلا أنه يوزن و يجوز السلم فيه قبل الطبخ إذا كان حليباً و يذكر لونه لأنه يختلف و أما إذا طبخ بالنار فعندنا يجوز السلم فيه مع إمكان ضبطه خلافاً لبعض الشافعية

(قوله) (و لو ذكر الوزن بطل لعزته)

كما فى المبسوط و الدروس و معناه أنه لو ذكر مع هذه الأوصاف السابقة الوزن بطل السلم لعزته و بعد اتفاهه و جوزه فى التذكرة كما يجوز ذلك فى الأوانى

(قوله) (و له الخام إلا أن يشترط المقصور)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥١

فإن شرط منزوع الحب فله و إلا- كان له بحبه مع الإطلاق كالتمر بنواه على إشكال (١) و يذكر فى الصوف البلد و النوع و اللون و الطول أو القصر و الزمان و فى اشتراط الذكورة أو الأنوثة نظر و عليه تسليمه نقياً من الشوك و البعر (٢)

يعنى أن له عند الإطلاق الخام و لو اشترط المقصور جاز كما فى التحرير و الدروس و فى المبسوط و التذكرة أنه إن ذكر الخام و المقصور جاز و إن أطلق أعطى ما شاء لتناول الاسم و التفاوت يسير

(قوله) (فإن شرط منزوع الحب فله و إلا كان له بحبه مع الإطلاق كالتمر بنواه على إشكال)

ينشأ من ابتناء العرف على كون التمر بنواه بخلاف القطن و اختير فى المبسوط و التذكرة و التحرير أنه يأخذه بحبه مع الإطلاق و فى الدروس هو بعيد إلا مع القرينة و هو الوجه الثالث من وجوه الإيضاح حيث قال يحتمل وجوها ثلاثة الأول ما ذكره المصنف و الثانى أن يكون له منزوع الحب الثالث الرجوع إلى العادة فى بذل مثل هذا الثمن و وجهه ظاهر و نحو ذلك ما فى جامع المقاصد حيث قال

الأصح إن كان فى بلد المتعاقدين عرف مستقر بتفاهم أحد الأمرين منه عند الإطلاق كان إطلاق العقد بمنزلة التقييد بذلك المتعارف و إلا وجب التعيين فيبطل بدونه  
(قوله) (و يذكر فى الصوف البلد و النوع و اللون و الطول أو القصر و الزمان و فى اشتراط الأنوثة أو الذكورة نظر و عليه تسليمه نقياً من الشوك و البعر)

قال فى المبسوط يجوز السلف فى الصوف و يصفه بسبعة أوصاف بالبلد فيقول حلوانى أو جبلى أو غير ذلك و باللون فيقول أسود أو أبيض أو أحمر و يقول طوال الطاقات أو قصارها و يقول صوف الفحولة أو الإناث لأن صوف الفحولة أخشن و صوف الإناث أنعم و يذكر الزمان فيقول خريفى أو ربيعى فإن الربيعى أوسخ و الخريفى أنظف و يذكر جيداً أو رديئاً و يذكر المقدار وزناً و يقول نقياً من الشوك و البعر و إن لم يذكر ذلك وجب عليه دفعه بلا- شوك و لا- بعر لأن ذلك ليس بصوف (انتهى) و مثله فى ذلك كله ما فى التذكرة فقد ذكر فىهما الذكورة و الأنوثة و استغنيا بهما فى النعومة و الخشونة و اقتصر فى السرائر على ذكر الوزن فيه و الجودة و الصفات التى يمتاز بها عن غيره (و قال فى التحرير) الأقرب عدم اشتراط الذكورة و الأنوثة (و قال فى الدروس) يتعرض للنعومة و الخشونة و الذكورة و الأنوثة إن ظهر لهما تأثير فى الثمن و فى جامع المقاصد فى الاشتراط لأحد الأمرين قوة و لو اعتبرنا فى الاشتراط تفاوت القيمة باعتبارها عرفاً و عدمه أمكن لأن مدار هذه الأوصاف إنما هو على اختلاف القيمة باختلافها (فربما) كان العامى أعرف بها من الفقيه كما صرح به فى الدروس (و قال فى الإيضاح) منشأ الإشكال من تفاوت الأغراض باختلافه و عدمه و قد ذكر ضابطاً كلياً و هو أن كل صفة تختلف القيم بها و لا يؤدى ذكرها إلى مبطل للسلف كعزة الوجود و الأقلية على رأى سبق له و وجب ذكره و ما عدم فيها أحدها لا يجب ذكره فكل صفة ظهر للفقيه اجتماع هذين الأمرين «١» فيها حكم باشتراط ذكرها و كلما ظهر له فقد أحدهما فيها حكم بعدم اشتراطها و إن شك فى أحد الأمرين استشكل فى المسألة قال و هذا هو الضابط

(١) أحدهما تفاوت القيمة و الثانى عدم تأديده ذكرها إلى مبطل (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥٢

#### [الخامس يذكر فى الرصاص النوع]

(الخامس) يذكر فى الرصاص النوع كالقلعى و الأسرب و النعومة أو الخشونة و اللون و يزيد فى الحديد ذكراً أو أنثى و لو انضبطت الأوانى جاز السلف فيها فيضبط الطست جنسه و قدره و سمكه و دوره و طوله و فى الخشب النوع و اليبس أو الرطوبة و الطول و العرض و السمك و الدور و يلزمه أن يدفع من طرفه إلى طرفه بذلك السمك و الدور و لو كان أحد طرفيه أغلظ من الشرط فقد زاده خيراً و لا يلزمه القبول لو كان أرق و له سمح خال من العقد (١)

#### [السادس لصفات إن لم تكن مشهورة عند الناس]

(السادس) لصفات إن لم تكن مشهورة عند الناس لقله معرفتها كالأدوية و العقاقير أو لغرابه لفظها فلا بد و أن يعرفها المتعاقدان و غيرهما و هل تعتبر الاستفاضة أم تكفى معرفة عدلين الأقرب الثانى (٢)

#### [الشرط الثالث الكيل أو الوزن فى المكيل و الموزون]

(الشرط الثالث) الكيل أو الوزن فى المكيل و الموزون (٣)



الكلى فى هذا المقام

(قوله) (يذكر فى الرصاص النوع القلعي و الأسرب إلى قوله و له سمح حال من العقد)

قال فى الدروس مدار الباب على الأمور العرفية فربما كان العوام أعرف بها من الفقهاء و حظ الفقيه البيان الإجمالى و لا بد من ذكر

الوزن فى الأوانى المتخذة من الحديد و الصفر و الرصاص و الشبه كما عليه جماعة خلافا للشيخ فى المبسوط

(قوله) (الصفات إن لم تكن مشهورة عند الناس لقله معرفتها كالأدوية و العقاقير أو لغرابه لفظها فلا بد أن يعرفها المتعاقدان و غيرهما

و هل تعتبر الاستفاضة أم تكفى معرفة عدلين الأقرب الثانى)

حكى أنه سمع من المصنف احتمال عدم الاكتفاء بالعدلين لإمكان فقدان أحدهما أو كلاهما و وجه ما قربه المصنف أن العقد يعتبر

فى صحته علم المتعاقدين و قد حصل و النزاع ينقطع بشهادة الشاهدين و لهذا جعلهما الشارع ضابطا كليا فى ثبوت الحكم و قرب فى

جامع المقاصد اعتبار الاستفاضة لإمكان موت أحدهما أو غيبته و قال كما أشرنا إليه سابقا إن هذا لا يناسب ما بنى عليه الباب من

عدم الجواز فيما لا يعم وجوده و يعز حصوله

(قوله) (الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون)

يشترط تقدير المبيع المسلم فيه بالكيل أو الوزن المعلومين فيما يكال أو يوزن و فيما لا يضبط بيعه سلفا إلا به و إن جاز بيعه جزافا

كالحطب و الحجارة بلا- خلافا كما فى الرياض و هو ظاهر الأصحاب كما فى الحدائق و نص عليه صريحا فى الدروس و جامع

المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها و قد يتوهم من مثل ظاهر عبارة الكتاب بادئ بدء أن ما يباع جزافا يجوز السلم فيه جزافا و

ليس كذلك كما يظهر للمتأمل فى المقام و يرشد إليه قولهم لا يصح بيع السلم «١» أطنانا و الحطب حزما و الدليل عليه لزوم الغرر مع

عدم اندفاعه هنا إلا بأحد الأمرين و إن اندفع بالمشاهدة فى غير السلم لأن بيعه مشاهدا سليم من الغرر فإذا بيع سلما احتجج إلى تقديره

بمعلوم لعدم إمكان المشاهد فى السلم إلا

(١) كذا فى نسختين و الظاهر القصب بدل السلم كما لا يخفى (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥٣

و لا يكفى العد فى المعدودات بل لا بد من الوزن فى البطيخ و الباذنجان و البيض و الرمان و إنما اكتفى فى البيع بعدها للمعاينة أما

السلم فلا للتفاوت و لا يجوز الكيل فى هذه لتجافيتها فى المكيال أما الجوز و اللوز فيجوز كيلا و وزنا و عددا (١) لقله التفاوت و فى

جواز تقدير المكيل بالموزون و بالعكس نظر (٢) و يشترط فى المكيل العمومية فلو عين ما لا يعتاد كجرة و كوز بطل (٣) و لو اعتيد

فسد الشرط و صح البيع (٤) و كذا صنجة الوزن فلو عين صخرة مجهولة بطل و لو كانت مشاهدة

على ما تقدم نقله فى الجلود عن الشيخ لكنه هنا لم يعتبره

(قوله) (و لا- يكفى العد فى المعدودات بل لا- بد من الوزن فى البطيخ و الباذنجان و البيض و الرمان و إنما اكتفى فى البيع بعدها

للمعاينة أما السلم فلا للتفاوت و لا يجوز الكيل فى هذه لتجافيتها فى المكيال أما الجوز و اللوز فيجوز كيلا و وزنا و عددا)

أطلق المنع فى أول كلامه و قال فى آخر كلامه فى الجوز و اللوز بالجواز كيلا و وزنا و عدا لقله التفاوت فيكون قائلا بالتفصيل بين ما

يكثر فيه التفاوت و ما يقل فيمتنع فى الأول و يجوز فى الثانى للتسامح عادة فى مثل هذا التفاوت اليسير و هو خيرة التحرير و المختلف

و الإرشاد و الدروس و اللمعة و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و كذا المفاتيح و نفى الشيخ فى المبسوط جواز

السلم فى المعدود عدا و قال كلما أنبتته الأرض لا يجوز السلم فيه إلا وزنا و نص على المنع فى اللوز و الفستق و البندق و هو خيرة

الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و أصرحها الأخير و فى الخلاف لا- يجوز السلم فى الجوز و البيض إلا وزنا و به قال

الشافعى و قال أبو حنيفة يجوز عددا و قال و أما البطيخ فلا يجوز إجماعا و لعله أراد بين المسلمين و ما نقله عن أبى حنيفة هو المنقول عن أبى على الأصل و هو مقطوع و اكتفى فى الكفاية بالعد فى الجوز و البيض و استظهر فى الروضة أن البيض ملحق بالجوز مع تعيين الصنف و الأكثر على إلحاقه بالزمان و فى المسالك أن الضابط للصحة الانضباط الراجع لاختلاف الثمن (قوله) (و فى جواز تقدير الكيل بالوزن و بالعكس نظر)

هذا بخصوصه قد تقدم الكلام فيه مستوفى بما لا مزيد عليه فى الفصل الثالث من فصول المقصد الثانى فى البيع عند شرح قوله و لو تعذر كياله أو وزنه إلخ و نقلنا هناك وجه النظر فليرجع إليه (قوله) (و يشترط فى الممثل العمومية فلو عين ما لا يعتاد كجرة و كوز بطل)

هذا أيضا تقدم الكلام فيه فى الفصل الثالث الذى تقدمت الإشارة إليه فى المسألة السابقة و بينا الحال هناك فيما أشكل على المولى الأردبيلى و عبارة التذكرة فى المقام كعبارة الكتاب و حق العبارة ما عبر به فى الشرائع فإن فيها لو عولا على صخره مجهولة أو مكيال مجهول لم يصح و لو كان معينا و مثلها عبارة الإرشاد و التحرير و الدروس و غيرها و فى عبارة الكتاب ما لا يخفى فإن عدم الاعتياد مع علم المقدار لا دخل له فى عدم الصحة ثم إنه ليس فيما حضرني من كتب اللغة الكيل بالياء من تحت و إنما الموجود المكيال و الممثل كمبر زنبيل يسع ثلاثة عشر صاعا و لا يحسن فى المقام بل لو أريد لم يصح التفريع كما نبه على ذلك فى جامع المقاصد و فى السرائر لا يجوز أن يقدر بممثل بالتاء المنقطة من فوقها نقطتين الزنبيل (قوله) (و لو اعتيد فسد الشرط و صح البيع)

يريد أنه لو عين مكيا لا معتادا كمكيال رجل بعينه و هو مكيال معروف فسد الشرط  
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥٤

و يجوز فى المذروع أذرا (١) و لا يجوز فى القصب أطانا (٢) و لا الحطب حزما و لا الماء قريبا و لا المجزور جزرا و كذا يشترط فى الثمن علم مقداره بالكيل و الوزن العامين و لا تكفى المشاهدة مع تقديره بأحدهما (٣) و لو كان من الأعواض الغير المقدره بأحدهما جاز كثوب معلوم و دابة مشاهدة و جارية موصوفة فإنه يجوز إسلاف الأعواض فى الأعواض و فى الأثمان و الأثمان فى الأعواض و لا يجوز فى الأثمان بالأثمان (٤)

بخصوص ذلك المكيال إذ لا يتعلق به غرض فاشترطه بمنزلة عدم اشتراطه فيكون لغوا فيكون البيع صحيحا كما هو الشأن فى سائر الشروط التى لا غرض فيها كما هو خيرة المبسوط و السرائر و التحرير و التذكرة و الدروس و هو أحد وجهى الشافعى و الوجه الآخر له أنه يفسد البيع نظرا إلى صورة الشرط فإن الشرط غير عام و التراضى إنما وقع على ذلك (و فيه) أن عدم تعلق الغرض به قرينه على أنه لا يراد خصوصه فيلغو اشتراطه و فى جامع المقاصد أن ظاهر قوله و لو اعتيد يقتضى أن المشتري لو اعتيد بعد إن لم يكن معتادا و هو غير مراد قطعا و ما ذكره من ظاهر هذه الكلمة تشهد به كتب اللغة

(قوله) (و يجوز فى المذروع أذرا)

كالثياب و الحبال و شبههما لأن ضبطها بذلك

(قوله) (و لا يجوز فى القصب أطانا إلخ)

قد عرفت اعتبار الضبط بالوزن أو الكيل فيما لا- يضبط إلا به و إن جاز بيعه مشاهدة جزافا كالحطب و القصب و الماء فى القرب لاختلافها و عدم ضبطها بالصغر و الكبر مع ورود النهى عن الأخير عن الباقر عليه السلام و نسبة فى السرائر إلى أصحابنا (قوله) (و كذا يشترط فى الثمن علم مقداره بالكيل أو الوزن العامين و لا تكفى المشاهدة مع تقديره بأحدهما)

كما هو خيرة المبسوط و الخلاف و ما تأخر عنهما و هو المشهور كما فى المقتصر و المسالك و مذهب الأكثر كما فى المهذب

البارع والأشهر كما في المختلف بل في المهذب البارع والميسية والمسالك أنه إذا كان معدوداً لا بد من تقديره بالعد ونسبه في المهذب إلى الأ-كثر وفي المقتصر أنه المشهور فلا- يكفي إذا كان مجهولاً كقبضة من دراهم و صبرة من طعام ولا يجوز الاقتصار على مشاهدته إذا كان شأنه الاعتبار بما ذكر خلافاً للمرتضى في الناصريات قال حيث ذكر أن معرفة مقدار رأس المال شرط في صحة السلم لا أعرف لأصحابنا إلى الآن نصاً في هذه المسألة إلا أنه يقوى في نفسى أن رأس مال السلم إذا كان مضبوطاً بالمعاينة لم يقتصر إلى ذكر صفاته و مبلغ وزنه و عدده و هو المعول عليه في قول الشافعي (انتهى) و كان جميع من تأخر عنه مخالف له و في إيضاح النافع أن قول المرتضى متروك (قلت) نعم تكفى المشاهدة عن الوصف إن احتيج إليه و لا تكفى عن الكيل و الوزن و أما إذا كان من المذروعات ففي المبسوط و الخلاف و التحرير و المهذب البارع و المقتصر أنه يشترط ذرعه و في الدروس أنه ليس بقوى و في المختلف و التنقيح و المسالك و الكفاية فيه نظر و قطع في إيضاح النافع بعدم ذرعه و لم يتعرض له المحقق و جماعة و لو كان مما يباع جزافاً فلا خلاف في الاكتفاء بالمشاهدة فيه كما في التنقيح و في التذكرة كلما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون رأس مال السلم (قوله) و لو كان غير المقدره بأحدهما جاز كثوب معلوم و دابة مشاهدة و جاريه موصوفه فإنه يجوز إسلاف الأعاوض في الأعاوض و في الأثمان و الأثمان في الأعاوض و لا يجوز في الأثمان بالأثمان)

أما جواز إسلاف الأعاوض في الأعاوض فهو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥٥

#### [الشرط الرابع قبض الثمن في المجلس]

(الرابع) قبض الثمن في المجلس فلو تفرقا قبله بطل و لو تفرقا بعد قبض البعض صح فيه خاصة و للبائع الامتناع من قبض البعض للتعب بخلاف الدين (١)

المشهور كما في المختلف و الحدائق و صرح به في المبسوط و التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و قيد في الأخير بما إذا لم يؤد إلى الربا و في حواشى الكتاب أنه مع التماثل يبطل و قد سمعت ما في التنقيح آنفاً و عن المرتضى دعوى الإجماع في المسألة فقد حكى عنه في المختلف أنه قال يجوز عندنا أن يكون رأس المال في السلم عرضاً غير ثمن من سائر المكيلات و الموزونات و يجوز أن يسلم المكيل في الموزون و الموزون في المكيل فيختلف جنسهما (و ما أظن) في ذلك خلافاً بين الفقهاء (قال في التلغ) و استدل عليه بالإجماع ثم حكى عن ابن أبي عقيل أنه قال لا يجوز السلم إلا بالعين و الورق و لا يجوز بالمتاع و عن أبي على أنه قال لا- يسلم في نوع من المأكول نوعاً منه إذا اتفق جنسهما في الكيل و الوزن و العدد و إن اختلفت أسماءهما كالسمن في الزيت لأنه كالصنف نسيئة (و يدل على المشهور) خبر وهب لا بأس بالسلف «١» ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن (و يدل) على مذهب أبي على ما رواه عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف رجلاً زيتاً على أن يأخذ سمناً قال لا يصلح و روى أيضاً عبد الله بن سنان في الحسن قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لا ينبغي إسلاف السمن بالزيت و لا الزيت بالسمن و قد حملهما الشيخ في أحد الوجهين و المصنف في المختلف على الكراهية كما يظهر ذلك من قوله عليه السلام لا يصلح و لا ينبغي و حكى عن أبي على أيضاً أنه قال لا أختار أن يكون ثمن السلم فرجاً يوطأ و أنه احتج بأنه قد يتطرق الفسخ لى العقد بسبب تعذر المسلم فيه فيصادف الفسخ الحبل و هو يوجب انتقال أم الولد (و فيه) أن تجوز تجدد المفسد لا يمنع صحة العقد و أما إسلاف الأعاوض في الأثمان فقد نص في المبسوط و الخلاف و التذكرة و جامع المقاصد على جوازه و حكى الخلاف عن أبي حنيفة محتجاً بأنها لا تثبت في الذمة إلا ثمناً فلا تكون مثمناً (و فيه) أنه يجوز بيع الذهب بمثله و بالفضة و كذا الفضة و أما إسلاف الأثمان في الأعاوض فموضع نص و اتفاق و أما عدم جواز إسلاف الأثمان في الأثمان فقد نص عليه أيضاً في

الكتب الأربعة المتقدمة وغيرها لأن التقابض قبل التفرق شرط و هو مناف للأجل و مع ذلك الزيادة الحكيمه الحاصله باعتبار الأجل موجبه للربا فيما إذا تماثل العوضان إذ للأجل قسط من الثمن و في التذكرة و لو فرض امتداد المجلس حتى يخرج الأجل فالأولى المنع أيضا (انتهى) و وجهه أن الأجل مانع من التقابض مدته فيكون العقد حينئذ معرضا للبطلان في كل وقت من أوقات الأجل و عدم حصول التفرق قبل التقابض لا يمنع كونه معرضا لذلك (و أما) السلم الحال فهو بيع في الحقيقة عند من يجوز البيع بلفظ السلم و الأصح عدمه كما تقدم و في عبارة المصنف زيادة لا حاجة إليها و هي قوله بالأثمان فإنه يكفي عنها قوله و لا يجوز في الأثمان (قوله) (قبض الثمن في المجلس فلو تفرقا قبله بطل)

كما هو خيرة الحسن و المفيد على ما نقل و الشيخ و من تأخر عنه ممن تعرض له كالطوسي في

(١) الظاهر بسلف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥٦

و لو كان الثمن خدمة عبد أو سكنى دار مدة معينة صح و تسليمها بتسليم العين (١) و لا يشترط التعيين فلو قال أسلمت إليك دينارا في ذمتي بكذا ثم عين و سلم في المجلس جاز (٢) و لو أسلم مائة في حنطة و مثلها في شعير ثم دفع مائتين قبل التفرق و وجد بعضها زيوفا من غير الجنس وزع بالنسبة و بطل من كل جنس بنسبة حصته من الزيوف (٣) و لو أحاله بالثمن فقبضه البائع من المحال عليه في المجلس فالأقوى عندى الصحة (٤)

الوسيلة و العجلى و غيرهما و في الغنية و التذكرة و المسالك الإجماع عليه و هو ظاهر الدروس و المهذب البارع لقولهما إن قول أبى على متروك و فى المختلف و التنقيح و المسالك أيضا أنه المشهور و ظاهر التذكرة حصول الإثم أيضا (فتأمل) و عن أبى على أنه قال لا أختار تأخير قبضه أكثر من ثلاثة أيام فظاهره الجواز و توقف صاحب البشرى فيما حكى عنه و كذا صاحب الحدائق لعدم النص و فى الإجماع بلاغ و يتفرع على الحكم المذكور أنهما لو تفرقا بعد قبض البعض صح فيه خاصة لكن يتخير البائع فى الفسخ لتبعض الصفقة إلا- إذا كان عدم الإقباض بتفريطه فلا خيار له كما نص عليه جماعة و قول المصنف بخلاف الدين معناه أنه ليس لصاحبه الامتناع بل يجب عليه قبض البعض لانتفاء التعيب المذكور قال فى جامع المقاصد إنه يجب تقييده بما إذا كان الدين عوض إتلاف أو ضمان و نحوهما أما إذا كان مبيعا فيجب القول بأن للمشتري الامتناع من قبض الثمن إلى أن يسلم الجميع بعين ما ذكرناه ثم قال و ليس لقائل أن يقول إن المقتضى لعدم وجوب قبض البعض ليس هو التعيب بالتشقيص فقط بل هو مع تطرق انفساخ العقد فى الباقي للتفرق قبل قبضه لأننا نقول إن التشقيص وحده كاف فى ثبوت العيب و إن قارنه الأمر لآخر فيجب أن يثبت فى الموضع الذى ذكرناه و قد اقتصر فى التذكرة على التعليل به انتهى

(قوله) (و لو كان الثمن خدمة عبد أو سكنى دار مدة معينة صح و تسليمها بتسليم العين)

هذا الفرع لم أجده إلا فى التذكرة و تسليم العين فى حكم تسليم الخدمة أو السكنى إذ الممكن من تسليم المنفعة ليس أمرا زائدا على تسليم العين و قد حكم الأصحاب فى باب الإجارة أن قبض العين ليس قبضا للمنفعة لأنها تستوفى شيئا فشيئا و لا تنافى بينهما كما بيناه و أوضحناه فى باب الإجارة

(قوله) (و لا يشترط التعيين فلو قال أسلمت إليك دينارا فى ذمتي بكذا ثم عين و سلم فى المجلس جاز)

هذا إذا كان الدينار المطلق منصرفا إلى نقد معلوم أما لو تعدد وجب تعيينه كما نبه عليه فى التذكرة و هذا التعيين غير التشخيص (فتأمل) و ربما أوهمت العبارة أنه لا بد من قوله فى ذمتي فى متن العقد و ليس كذلك و إنما أراد كشف المراد بأن الدينار غير معين إذ لو اقتصر على قوله أسلمت إليك دينارا فى العبارة لم يمنع تقييده بما يصيره معنا كما نبه على ذلك فى جامع المقاصد

(قوله) (و بطل من كل جنس بنسبة حصته من الزيوف)

إذ لا اختصاص لأحدهما بالزيوف دون الآخر فتكون محسوبة من ثمنه و هذا الفرع إنما ذكر في التذكرة

(قوله) (و لو أحاله بالثمن فقبضه البائع من المحال عليه في المجلس فالأقوى الصحة)

كما في الإيضاح و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و علله الشهيد في حواشى الكتاب بأن الحوالة ناقله للحال فإذا اقترنت بالقبض في المجلس ثبت الشرط و نقل في التذكرة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥٧

و لو جعل الثمن في العقد ما يستحقه في ذمة البائع بطل لأنه بيع دين بدين على إشكال (١)

عن بعض الشافعية أنه لا يصح سواء قبضه البائع في المجلس أو لا لأنه بالحوالة يتحول الحق إلى ذمة المحال عليه فهو يؤديه من جهة نفسه لا من جهة السلم (و أوجب) بأنه يؤدي عن نفسه مال السلم الذى تحول إلى ذمته (قلت) سيأتى للمصنف في باب الحوالة التردد في أن الحوالة بيع و اعتياض أو استيفاء و على الأول يمكن البطلان لأن المقبوض عوض مال السلم لا نفسه مع قوة بطلان الحوالة أيضا على تقدير الاعتياض كما لو باع مال السلم قبل قبضه و إنما يتأتى البعث على تقدير الاستيفاء (فتأمل) و الأصح أنها استيفاء و لو كانت ييعة و اعتياضا لما جازت إلا مع التقابض قبل التفرق و لوجب على المحيل تسليم ما أحال به كما يجب على البائع تسليم المبيع إلى غير ذلك مما يدل على ذلك و أما إذا لم يقبض البائع في المجلس فالأقوى بطلان السلم لعدم القبض في المجلس الذى هو شرط صحة السلم و يحتمل الصحة لأن الحوالة كالقبض و لهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة فإنه يجوز له الحبس إلى أن يقبض بغير خلاف (فليتأمل جيدا)

(قوله) (و لو جعل الثمن في العقد ما يستحقه في ذمة البائع بطل لأنه بيع دين بدين على إشكال)

كما في التذكرة القول بالبطلان خيرة النهاية و السرائر و المختلف و الدروس و اللعة و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و الروضة و كأنه مال إليه أو قال به في المسالك و قد نسبه فيه إلى الأكثر و فى الرياض أنه الأشهر و فى الحدائق أنه المشهور و الحجة فيه أنه بيع دين بدين منهى عنه أما كون المسلم فيه ديناً فواضح و أما الثمن الذى فى الذمة فإنه إذا جعل ثمناً للمسلم فيه صدق بيع الدين بالدين و يؤيده الصحيح عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فأتى الطالب المطلوب لبيتاع منه شيئاً قال لا يبيعه نسيئاً و أما نقداً فليبيعه بما شاء (فتأمل) و القول بالصحة خيرة الشرائع و النافع و التحرير و كشف الرموز و التنقيح و إيضاح النافع و نفى عنه البعد فى الكفاية و فى أكثرها أنه مكروه و احتج عليه فى كشف الرموز و إيضاح النافع بأن الممنوع بيع ما فى ذمة زيد بما فى ذمة عمرو أو بيع الدين المؤجل بالثمن المؤجل و أما بما فى ذمة أحد المبتاعين فلا لأنه مقبوض و أيضاً فالسلف يثول إلى كونه ديناً فلا يكون حال العقد ديناً بدين (قلت) قد يحتج عليه بالأصل و العمومات و انحصار دليل هذا الشرط فى الإجماع و ليس بمتيقن بل و لا ظاهر فى محل النزاع لمكان الاختلاف (و يؤيده) ما رواه الشيخ عن إسماعيل بن عمران كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل مسمى فأمر إسماعيل من يسأله فقال لا بأس بذلك (الخبر) و لا ينافيه النهى عنه فى آخره لإشعار السياق بورود ذلك للتقية و لم يرجح فى الإيضاح و المقتصر واحد من القولين و مبنى الكلام فى المسألة يتوقف على بيان المراد من الدين فى بيع الدين بالدين الذى نهى عنه فى خبر طلحة و انعقد الإجماع عليه هل هو عبارة عما كان ديناً قبل العقد كما مثل به فى كشف الرموز و إيضاح النافع فيخص بذلك أو يشمل ما صار ديناً بسبب العقد و إن لم يكن ديناً قبله و قد تقدم منا بيان هذه المسألة فى أول المقصد الرابع فى أنواع البيع بما لا مزيد عليه و قد قلنا هناك إن المشهور الثانى و يظهر لنا أنه محل إجماع لأن المسلم فيه ليس بدين حال العقد و إنما يصير ديناً به مع أن ظاهرهم الإجماع على أنه من الدين المنهى عنه لو كان الثمن ديناً و إنما يتأملون فيما نحن فيه من جهة الثمن الذى هو فى الذمة و فى حكم المقبوض و لم أجد من أخرج المسلم فيه عن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥٨

و لو لم يعينه ثم حاسبه بعد العقد من دينه عليه فالوجه الجواز (١) و لو شرط تعجيل نصف الثمن و تأخير الباقي لم يصح أما في غير المقبوض فلانتفاء القبض و أما في المقبوض فلزيادته على المؤجل فيستدعى أن يكون في مقابله أكثر مما في مقابله المؤجل و الزيادة مجهولة (٢)

### [الشرط الخامس كون المسلم فيه ديناً]

(الخامس) كون المسلم فيه ديناً فلا ينعقد في عين نعم ينعقد بيبعا سواء كانت العين مشاهدة أو موصوفة (٣)

الدين المنهى عنه لأن كان بعد العقد لا قبله إلا الشيخ إبراهيم القطيفي في إيضاح النافع و هو متأخر معلوم نسبه عند من يعتبر ذلك و تمام الكلام مستوفى في باب الدين

(قوله) (و لو لم يعينه ثم حاسبه بعد العقد من دينه عليه فالوجه الجواز)

و قال في التذكرة جاز قطعاً و ظاهره أنه محل إجماع أو ليس عنده فيه إشكال و الجواز خيرة اللعنة و إيضاح النافع و الروضة و المسالك و الكفاية لأنه استيفاء دين قبل التفرق مع عدم ورود العقد عليه فلا يقصر عما لو أطلقا الثمن ثم أحضره قبل التفرق و في اللعنة جعل ذلك محاسباً كالكتاب فقال في الروضة إنما يفتقر إلى المحاسبة مع تخالفهما جنساً أو وصفاً أما لو اتفق ما في الذمة و الثمن فيهما وقع التهاثر قهرياً و لزم العقد «فتأمل» ثم قال إن الشهيد في الدروس استشكل على هذا في صحة العقد استناداً إلى أنه يلزم منه كون مورد العقد ديناً بدين و أجاب عنه بما أشار إليه في جامع المقاصد من أن الثمن هنا أمر كلي و تعيينه بعد العقد في شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذي جرى عليه العقد و مثل هذا التقاص و التحاسب استيفاء لا معاوضة و لو أثر مثل ذلك لأثر مع إطلاقه ثم دفعه في المجلس لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداء و قال في جامع المقاصد و يشكل بما سبق في كلامه في الصرف من أن ذلك صرف ذمة بذمة فيكون بيع دين بدين إلا أن يوقع ذلك على وجه الصلح و نحوه (قلت) قد تقدم لنا في باب الصرف عند شرح قوله لو كان لأحدهما على الآخر ذهب و للآخر على الأول دراهم فتصارفاً بما في ذمهما جاز من غير تقابض ما له نفع تام في المقام و أنفع منه ما تقدم لنا عند شرح قوله و لو اشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنانير (و تنقيح البحث) بما لا مزيد عليه يطلب مما ذكرناه في أول المقصد الرابع في أنواع البيع

(قوله) (و لو شرط تعجيل نصف الثمن و تأخير الباقي لم يصح أما في غير المقبوض فلانتفاء القبض و أما في المقبوض فلزيادته على المؤجل فيستدعى أن يكون في مقابله أكثر مما في مقابله المؤجل و الزيادة مجهولة)

كما ذكر ذلك كله في التذكرة و اللعنة و الروضة و كذا التحرير و الدروس و جامع المقاصد و توضيحه أن الأجل له قسط من الثمن و لهذا يزيد الثمن عادة بزيادة الأجل فيكون المقبوض في مقابله من المبيع أزيد من النصف لتكون الزيادة في مقابله الأجل و مقدار الزيادة مجهول و يحتمل الصحة و يسقط فيما بعد كبيع سلعتين فيستحق أحدهما كما أشار إليه في الدروس و قال في التحرير لو شرط تعجيل البعض و إندار الباقي من دين المشتري لم أستبعد جوازه

(قوله) (الخامس كون المسلم فيه ديناً فلا ينعقد في عين نعم ينعقد بيبعا سواء كانت العين مشاهدة أو موصوفة)

قد استوفينا الكلام في المسألة و بينا الحال في عبارات الأصحاب و حررنا محل النزاع في صدر المطلب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٥٩

### [الشرط السادس الأجل المضبوط بما لا يقبل التفاوت]

(السادس) الأجل المضبوط بما لا يقبل التفاوت فلو شرط أداء المسلم فيه عند إدراك الغلات أو دخول القوافل بطل (١) و كذا لو قال متى أردت أو متى أيسرت

عند شرح قوله و الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم (و سيأتي) له في آخر الشرط السادس أنه لا بد من التصريح بالحلول (قلت) لأن التأجيل جزء مفهوم السلم و لا بد من صارف يصرفه عن مقتضاه و ذلك هو التصريح بالحلول و به صرح في التحرير و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و غيرها و هو ظاهر الشرائع أو صريحها و صريح الدروس و حواشي الكتاب و غيرها أنه يشترط أيضا أن يكون عام الوجود وقت العقد و هذان الشرطان نبه عليهما في خبر عبد الرحمن (و قد نقلناه) في صدر الباب عند ذكر عبارات الأصحاب و سيأتي في باب الخيار في الفرع الخامس ما له نفع تام في المقام و في المبسوط و التحرير إذا أطلق فالوجه البطلان سواء ذكر الأجل قبل التفرق أو لا و في التذكرة أنه لو أطلق عقد السلم و لم يرد مطلق البيع بل بيع السلم فإن قال حالا بطل عندنا و إن شرط التأجيل لزم إجماعا و إن أطلق بطل عندنا فلو ألحق بالعقد أجلا في مجلس العقد لم يلحق عندنا (انتهى) و في الدروس لو أطلق العقد حمل على الحلول و فيه أيضا كما هو ظاهر المختلف أنه لو قصد الحلول و لم يتلفظ به صح و استجوده في جامع المقاصد و نحو ذلك ما في المسالك و غيرها و يأتي في الكتاب أنه لو أطلق حمل على الأجل و اشترط ضبطه و لو أطلق و لم يضبطه ثم ضبطه قبل التفرق بطل (انتهى) و اعترض الشهيد في حواشيه على قوله لو أطلق حمل على الأجل بأنه إما أن يراد بالحمل على الأجل وقوعه أو وجوبه و كلاهما غير تام (أما الوقوع) فلعدم ذكره و ذكره ينافي بالإطلاق (و أما الوجوب) فبعد تمام العقد لا يتصور الحمل على الأجل لزوال محله و لا ثالث لهما (و أجاب) بأن المراد الوجوب و نمنع أن ذلك المطلق العقد بتمامه و إنما هو أحد الجزئين و معناه أنه إذا تلفظ به وجب عليه استيفاء أركانه التي من جملتها الأجل (قال) و أما على قول بعض العامة فيختار الوجوب بعد تمام العقد بالإيجاب و القبول و يكون محل ذلك الوجوب مجلس العقد فإن ذكره فيه صح و إلا بطل (و قال) في جامع المقاصد إن المراد أنه إذا أطلق اللفظ عن التقييد بالحلول اقتضى التأجيل لأن مدلوله الأصلي البيع إلى أجل فيشترط ضبطه ثم أورد سؤالا بأن اشتراط ضبطه يقتضى ذكره فكيف يصدق الإطلاق (و أجاب) بأن الإطلاق قبل ذكره ثم قال على أن المراد بالإطلاق عدم ذكر الحلول لأنه في مقابله و هذه العلاوة جواب ثاني (فتأمل) ثم إنه أورد سؤالا آخر لم يظهر لي وجهه

(قوله) (الأجل المضبوط بما لا يقبل التفاوت فلو شرط أداء المسلم فيه عند إدراك الغلات أو دخول القوافل بطل)

إجماعا كما في الغنية و ظاهر التذكرة و مجمع البرهان و الكفاية و هو مذهب الإمامية كما في نهج الحق و لا خلاف في ضبط الأجل كما في المفاتيح (و قد دلت) عليه الأخبار من طرق الخاصة و العامة فمن أخبار الخاصة صحيحة الحلبي و حسنة عبد الله بن سنان و رواية ابن قتيبة الأعشى و خبر أبي إبراهيم و أخصية المورد في خبر غياث حيث إن فيه لا يسلم إلى دياس و لا إلى حصاد لا تضر لعدم القائل بالفصل و في هذا الشرط بحث واسع و هو أنه إن كان المراد عدم التفاوت مطلقا ورد عدم جوازه إلى شهر لاحتمال أن يهل ناقصا أو تاما و إن كان المراد عدم الاحتمال المفضى إلى التفاوت عرفا جاز ما لا يتفاوت كذلك (و يدل) على أنهم أرادوا الأول أنهم يعللون بالجهالة فيشكل التفاوت بما ذكرنا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦٠

و يجوز التوقيت بشهور الفرس و الروم (١) و بالنيروز و المهرجان (٢) لأنهما يطلقان على وقت انتقال الشمس إلى أول برج الحمل و الميزان و يجوز بفتح النصارى و فطر اليهود إن عرفه المسلمون (٣) و لو أجل إلى نفر الحجيج احتمل البطلان و الحمل على الأول و كذا إلى ربيع أو جمادى (٤)

و بما سيأتي لهم من حكمهم بالبطلان إذا قال محله في يوم كذا (فتأمل)

(قوله) (و يجوز التأقيت بشهور الفرس و الروم)

قال فى القاموس الأقت و التأقيت تحديد الأوقات و فى الصحاح التوقيت تحديد الأوقات و أقت لغة مثل وجوه و أجوه و سنة الفرس كل شهر ثلاثون يوما و سنة الروم ثلاثمائة و خمسة و ستون يوما و ربع يوم و هى اثنا عشر شهرا منها سبعة أشهر كل شهر أحد و ثلاثون يوما و منها شهر واحد ثمانية و عشرون يوما و ربع و أربعة أشهر كل شهر ثلاثون يوما (قوله) (و بالنيروز و المهرجان)

هما الاعتدالان الكائنان فى السنة بين الليل و النهار فالنيروز الربيعى و المهرجان الخريفى و فى الدروس و غيره احتمال البطلان لأن ذلك لا يعلم إلا من الرصدى الذى لا يقبل قوله وحده و اجتماع من يفيد قوله العلم بعيد و فى المبسوط و غيره يصح لأنه معروف إذا كان من سنة بعينها

(قوله) (و يجوز بفصح النصارى و فطر اليهود إن عرفه المسلمون)

أى على وجه يمكن الرجوع إليه عند الاختلاف كما أشار إليه فى المبسوط و لا بد أيضا من معرفة المتعاقدين به كما نبه عليه فى جامع المقاصد و الفصح بكسر الفاء و الصاد الساكنة عيد النصارى و فى حواشى الكتاب أنه عيد السعانيين و فى القاموس أن عيد السعانيين قبل الفصح بأسبوع يخرجون فيه بصلبانهم و لم أجد من تعرض من أهل اللغة لفطر اليهود و فى المبسوط لا يجوز إلى فصح النصارى و هو عيدهم و لا- إلى شىء من أعياد أهل الذمة مثل السعانيين و عيد الفطر لأن المسلمين لا يعرفون ذلك فإن عرف المسلمون من حسابهم مثل ما يعلمون كان جائزا

(قوله) (و لو أجل إلى نفر الحجيج احتمال البطلان و الحمل على الأول و كذا إلى ربيع أو جمادى)

فى القاموس الربيع ربيعان ربيع الشهور و ربيع الأزمنة فربيع الشهور شهران بعد صفر و لا يقال الأشهر ربيع الأول و شهر ربيع الآخر و فيه أيضا أن جمادى كجبارى من أسماء الشهور معرفة مؤنثة و معناه أنه يقال جمادى الأولى و جمادى الآخرة كما أشار إليه فيما بعد و الحمل على الأول فيما ذكر خيرة المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و مجمع البرهان و فى الإيضاح أنه نص على ذلك الأصحاب و كتب على هامشه أنه إجماع و علوه بأن إطلاق اللفظ دال عليه إما عرفا أو مطلقا نظرا إلى تعليقه على اسم و صدقه عليه فلا جهالة لكن يشترط علمهما بذلك قبل العقد ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط فلا يكفى ثبوت ذلك شرعا مع جهلها أو أحدهما به و لم يرجح فى التذكرة كالكتاب و كذا المسالك لمكان الاشتراك و قد فرق المصنف فى الكتابين بين ما نحن فيه و بين التأجيل إلى يوم معين من أيام الأسبوع كالخميس و الجمعة فحمله فى الثانى على الأول أى أول خميس و أول جمعة لدلالة العرف عليه و تردد فى الأول كما عرفت (و ناقشه) فى ذلك المحقق الثانى و الشهيد الثانى فسويا بينهما فى الحمل على الأول أو البطلان (و أورد) فى المسالك سؤالا حاصله أن شرط الصحة علمهما بذلك و قصدهما إليه فكيف يتجه احتمال البطلان لأنهما إذا قصدا إلى الأول أو الثانى لو اتفقا عليه صح قطعا لعدم الاشتباه و الاختلاف و مع عدم القصد إلى معين لا مجال للصحة (فكيف) يتوجه الوجهان على نحو واحد (و أجاب) بأن منشأ الاحتمالين من الشك فى دلالة اللفظ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦١

و تحمل السنون و الشهور على الهلالية (١) و تعتبر الأشهر بالأهله (٢) فإن عقد فى أوله اعتبر الجميع بالأهله (٣) و إن عقدا فى خلاله اعتبرت الشهور بعده بالأهله ثم تتم المنكسر ثلاثين على رأى و يحتمل انكسار الجميع بكسر الأول فيعتبر الكل بالعدد (٤)

المشترك على معنيين من معانيه أم لا فمن حمله على الأول زعم أن إطلاق اللفظ دال عليه إما عرفا أو مطلقا نظرا إلى تعليقه على اسم فتمت دخول الأول صدق الاسم فلا يعتبر غيره إذا كان الإطلاق دالا على الأول حمل عليه اللفظ لأنه مدلوله و من حكم البطلان نظر إلى اشتراك اللفظ و احتمالهما للأمرين على السواء فلا يمكن حمل الإطلاق على أحدهما انتهى (فليتأمل) و لعل فائدة الخلاف فيما إذا



ماتا أو غابا و لم نعلم قصدهما و كذا عند الاختلاف في القصد و عدمه على تأمل فيه و أما عند حضورهما فالذى تقتضيه القواعد أنه إن كان قصد المتعاقدين أو اعتقادهما و فهمهما انصرافه إلى الأول فلا إشكال لأن إطلاقهما حينئذ في قوة إرادة الأول و إن لم يكن لهما اعتقاد ذلك سواء اعتقدا الاشتراك أو لا- كان ما جعلاه أجلا محتملا للزيادة و النقصان فلا يصح العقد و إن كان له محمل شرعى عند الفقيه فإن ذلك غير كاف من دون أن يعلمه المتعاقدان و بالجملة فالحال في المسألة كالحال في حمل السنون و الشهور على الهلالية و الخلاف فيها كالخلاف فيما إذا عقد في خلال الشهر إلى غير ذلك مما سيأتى

(قوله) (و تحمل السنون و الشهور على الهلالية)

كما نص عليه في المبسوط و غيره لأنها أغلب استعمالا و أظهر عند العرف فإن قيد بالفارسية أو الرومية أو الشمسية تقيد بشرط أن يكون معروفا

(قوله) (و تعتبر الأشهر بالأهله)

أورد الشهيد و المحقق الثانى بأن ما سبق من حمل الشهور على الهلالية يعنى عن قوله تعتبر الأشهر بالأهله و أجابا بأن المراد بالأول نفى اعتبارها بانتقالات الشمس أعم من اعتبارها بالعدد أعنى ثلاثين ثلاثين أم بالأهله سواء كان تاما أو ناقصا و بأن الحكم لبناء حكم آخر عليه لا- يعد تكرارا و زاد الشهيد في حواشيه بأنه لو اقتصر على الأول أوهم قصر الأجل على الشهور التزام البدأ بالعقود فى أوائلها مع جواز البدأ بها فى أثناء الشهر فذكر العبارة الثانية ليزول الوهم و الوجه فى اعتبار الشهور بالأهله إنها المعنى الأصلى للشهر و إنما يعدل عنه إلى العددي عند تعذر الهلال كما نص عليه جماعة و فى التذكرة أن الشهر الشرعى ما بين الهلالين

(قوله) (فإن عقد فى أوله اعتبر الجميع بالأهله)

بلا خلاف و تعتبر الأولية و الأثائية بالعرف لا الحقيقة لانتفائها غالبا أو دائما إذ لا تتفق المقارنة المحضه لغروب ليلة الهلال فعلى هذا لا يقدح نحو اللحظ و الظاهر أن الساعة غير قادمة أما نصف الليل فقادح فيرجع إلى العدد كما نص على ذلك جماعة (قوله رحمه الله) (فإن عقد فى خلاله اعتبرت الشهور بعده بالأهله ثم تم المنكسر ثلاثين على رأى و يحتمل انكسار الجميع بكسر الأول فيعتبر الكل بالعدد)

إذا جعل الأجل شهرين أو ثلاثة مثلا و أوقعا العقد فى أثناء الشهر الأول فقد اختلفوا على أقوال ثلاثة (الأول) اعتبار الجميع بالهلالي كما هو ظاهر اللمعة (أما الثانى) فظاهر لوقوعه بأجمعه هلاليا (و أما الأول) فلصدق معنى القدر الحاصل منه عرفا كنصفه و ثلثه مثلا فيتم من الثالث قدر ما فات منه حتى لو كان ناقصا كفى إكمال ما يتم به تسعة و عشرين يوما لأن النقص جاء فى آخره و هو من جملة الأجل و الثابت من الأول لا يختلف بالزيادة و النقصان و هذا القول نقله فى الشرائع و هو الظاهر من عبارة المبسوط أخيرا حيث

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦٢

و لو قال محله فى الجمعة أو رمضان فالأقرب البطلان (١)

جعله قويا و لم ينسبه أحد إليه و إنما نسب إليه جماعة القول الثالث (الثانى) هو ما ذكره المصنف أولا و هو أنه يعتبر ما عدا الأول هلاليا و أنه يتم الأول ثلاثين يوما و الوجه فيه (أما بالنسبة) إلى الشهر الأول المكسور فلأنه بإهلال الثانى لا يصدق عليه أنه شهر هلالى فيكون عدديا و لا يمكن اعتبار الجميع بالهلالي لثلا يلزم إطراح المنكسر و تأخر الأجل عن العقد مع الإطلاق و حينئذ فيكمل الأول ثلاثين يوما بعد انقضاء المقصود من الهلالي من شهر أو أكثر و هو قول الأكثر كما فى المسالك و خيرة المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإيضاح و الدروس و المسالك و الروضة و هو الأوفق بالقواعد المقررة (و يلزم على هذا) القول أنهما لو جعلوا ثلاثة أشهر و وقع العقد فى صفر بعد مضى ساعتين و جاء ناقصا فإنه يكمل من جمادى الأولى يوما ناقصا ساعتين فيحصل من ذلك ثلاثة أشهر هلالية زائدة يوما إلا ساعتين و أغرب منه أنه عند انكسار الجميع و كانت الأشهر الثلاثة ناقصة يلزم أن يكون ثلاثة أشهر و

ثلاثة أيام إلا ساعتين (فتأمل جيدا) (الثالث) انكسار الجميع بكسر الأول فتعتبر الكل بالعدد (و هذا القول) نفى عنه البعد فى المختلف و نسبه هو و ولده فى الإيضاح إلى أحد قولى الشيخ فى المبسوط و تبعهما على ذلك جماعة (و الذى) يظهر لى أن الشيخ ما ألم به فى المبسوط قال إن كان قد مضى من الهلالى شىء حسب ما بقى ثم عد بعده بالأهلة سواء كانت ناقصة أو تامة ثم أتم الشهر الأخير بالعدد ثلاثين يوما لأنه فات الهلال و إن قلنا يعد مثل ذلك من الشهر الأول الهلالى كان قويا (انتهى) و كلامه الأخير ظاهر فى القول الذى نقله فى الشرائع و لعله إنما عنى الشيخ فى المبسوط (فليتأمل) و وجه القول الثالث أن الشهر الثانى لا يعقل دخوله إلا بعد انقضاء الأول فالأيام الباقية إما أن لا- تحسب من أحدهما أو من الثانى و كلاهما محال أو من الأول فلا يعقل دخول الثانى حتى يتم الأول بعدد ما فات منه من الثانى فينكسر الثانى و هكذا و فيه أنه لو أكمل مما يليه يلزم اختلال الشهر الهلالى مع إمكان اعتباره بالهلالى و أن الأجل إذا كان ثلاثة أشهر مثلا فبعد مضى شهرين هلاليين و ثلاثين يوما مملقة من الأول و الرابع يصدق أنه قد مضى ثلاثة أشهر عرفا فيحل الأجل و أنه إذا وقع العقد فى نصف الشهر مثلا و مضى بعده شهران هلاليان يصدق أنه مضى من الأجل شهران و نصف فيكفى إكمالهما خمسة عشر يوما و تصدق الثلاثة حينئذ و هذا أمر ثابت فى العرف حقيقة (و ليعلم) أنه يلفق اليوم إذا وقع السلم فى أثناءه و يستوفى من الآخر بقدر ما مضى من العقد سواء كان ذلك اليوم المستوفى منه أطول أو أقصر للتسامح فى مثله كما نبه عليه فى الدروس

(قوله) (و لو قال محله فى الجمعة أو فى رمضان فالأقرب البطلان)

كما هو خيرة المختلف و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و ظاهر التذكرة للجهالة الحاصلة من عدم التعيين (و يشكل) بأن الجهالة لا تزيد على الجهالة فيما إذا قالا إلى شهر فإنه يحتمل أن يهل تاما أو ناقصا كما تقدمت الإشارة فى الكلام على اشتراط الأجل المضبوط بما لا يحتمل الزيادة و النقص و فى المبسوط و الخلاف أنه يجوز و يلزمه بدخول الشهر و اليوم و السنة حيث يقول محله سنه كذا و لعله نظر إلى العرف و فى التحرير نقل قول الشيخ و احتمال البطلان من دون ترجيح ثم قال و لو قال محله شهر كذا أو يوم كذا حل بأوله ففرق بين الصورتين و قال فى التذكرة و لو قيل بجوازه على تقدير أن الأجل متى شاء البائع أو المشتري فى أى وقت كان من يوم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦٣

و لو قال إلى أول الشهر أو آخره احتمال البطلان لأنه يعبر به عن جميع النصف الأول و النصف الأخير و الصحة فيحمل على الجزء الأول (١) و الأقرب عدم اشتراط الأجل فيصح السلم فى الحال لكن يصرح بالحلول فإن أطلق حمل على الأجل و اشترط ضبطه و لو أطلق و لم يضبطه قبل التفرق بطل و لو قال إلى شهر و أبهم اقتضى اتصاله بالعقد فالأجل آخره و كذا إلى شهرين أو ثلاثة أما المعين فيحل بأوله (٢) كما تقدم

الجمعة أو من الشهر أو من السنة كان وجهها و يتخير من جعل المشيئة إليه فى مبتدأ الوقت إلى آخره أى وقت طالب أو دفع أجبر الآخر على القبول بخلاف المشيئة المطلقة

(قوله) (و لو قال إلى أول الشهر (شهر خ ل) أو آخره احتمال البطلان لأنه يعبر به عن جميع النصف الأول و النصف الآخر و الصحة فيحمل على الجزء الأول)

أى فى الصورة الأولى و الأخير فى الأخرى و القول بالصحة خيرة التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد كما هو الشأن فيما لو أجل إلى يوم الجمعة فإنه يحمل على أوله و إن كان اسم اليوم عبارة عن جميع الأجزاء و لأنه لو قال إلى شهر كذا حمل على أول جزء منه فقوله إلى أول شهر كذا أقرب إلى هذا المعنى مما إذا أطلق ذكر الشهر على أنه إن تم له إطلاق الأول على جميع النصف الأول كان الانتهاء إليه بلوغ أوله كما عرفت مثله فى اليوم إذا جعله أجلا

(قوله) (و لو قال إلى شهر و أبهم اقتضى اتصاله بالعقد فالأجل آخره و كذا إلى شهرين أو ثلاثة أما المعين فيحل بأوله) كما صرح بذلك كله في التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و الوجه في اقتضائه اتصاله بالعقد أن الإطلاق في الأجل محمول في العرف على اتصاله و في أن الأجل آخر المبهم دلالة العرف أيضا عليه و هو الموافق لمعنى إلى و بقرينة أن الشهر لا يراد به أوله هنا و إلا لخلا عن الأجل لأننا قد حملنا الإطلاق على الاتصال فلم يبق إلا أن يراد شهر كامل هلالى إن كان في أوله و إلا فتلاثون يوما و أما حلوله بآخر المعين فلأن العرف يحكم بأن آخر الأجل يجب أن ينتهى إليه (و فى حواشى الشهيد) أن الفرق بين المعين و المطلق مع كون إلى لانتهاؤ الغاية فيهما أن المغيا فى المبهم مسمى المدة و هو لا يصدق إلا بالمجموع و المغيا فى المعين مسمى المعين و هو صادق بأول جزء منه ضرورة صدق الشهر كرجب مثلا بأول جزء منه و فى جامع المقاصد أن هذا الفرق ليس بظاهر لأن مقتضى اللفظ أن يكون المبهم و المعين هو الغاية (و قال) الشهيد أيضا فى حواشيه هذا إذا كان بين العقد و بين المعين مهلة أما إذا انتفت بأن تعقب المعين العقد بلا فصل فيمكن اطراده لصدق ذلك المعين و انتهاء الغاية و عدمه لعدم مسمى الأجل فيبطل على القول باشتراط الأجل و إلا حمل على الحلول و اشترط فيه عموم الوجود و لا يشترط هنا التصريح بالحلول لغناء ذكر هذا الأجل عنه و يحتمل ضعيفا اعتباره آخره ليحصل الأجل الذى قد شرط فى المسلم و حصول المانع من الحمل على أوله (و وجه ضعفه) أنه ليس الحمل على آخره مع مخالفة الظاهر لتحصيل الصحة التى هى حكم شرعى بأولى من موافقة الظاهر و إن حصل البطلان لأنه حكم شرعى أيضا و فى المسالك أن هذا أجود بناء على اعتبار الأجل و استشكل فى جامع المقاصد و احتمال البطلان و الحمل على آخره من دون ترجيح مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦٤

و لا يشترط فى الأجل أن يكون له وقع فى الثمن فلو قال إلى نصف يوم صح (١)

### [الشرط السابع إمكان وجود المسلم فيه عند الحلول]

(السابع) إمكان وجود المسلم فيه عند الحلول ليصح التسليم (٢)

(قوله) (و لا يشترط فى الأجل أن يكون له وقع فى الثمن فلو قال إلى نصف يوم صح) عدم تقدير الأجل فى القلة و الكثرة هو المشهور كما فى المختلف و عليه الإجماع كما فى الخلاف و قد نص على ذلك فى السرائر و التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و غيرها و فى التحرير النص على نصف يوم و فى الدروس على بعض يوم للأصل و إطلاق الأخبار و موافقة الاعتبار لأن السلم إنما ثبت رخصة فى حق المفاليس فلا بد من أجل لتحصيل المسلم فيه و هو يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها و عن أبى على و الأوزاعى و أحمد أنه لا بد و أن يكون للأجل وقع فى الثمن و أقله ثلاثة و المقدمتان ممنوعتان و قد تقدم أنه لا ينتهى فى الكثرة إلى حد و أن أبا على منع من ثلاث سنين للنهى عن بيعه السنين (بيع السنين خ ل) و حمل على الكراهة و معنى الوقع فى الثمن أن يكون له اعتبار و اعتداد بحيث يكون له فى العادة قسط من الثمن

(قوله) (السابع) إمكان وجود المسلم فيه عند الحلول ليصح التسليم

اختلفت عبارات الأصحاب ظاهرا فى بيان هذا الشرط و قد عبر الأكثر باشتراط غلبة الوجود عند الحلول و فى الرياض أنه المشهور بل لا يكاد يعرف فيهم مخالف فى ذلك إلا ما ربما يتوهم من عبارتى القواعد و الدروس حيث بدل الغلبة بالإمكان فى الأول و بالقدرة على التسليم فى الثانى (قلت) و عبارة التذكرة فى أول كلامه كعبارة القواعد و عبارة الكفاية كعبارة الدروس و فى الخلاف و السرائر و المبسوط و التذكرة فى مقام آخر و التحرير و نهج الحق كونه مأمون الانقطاع و زيد فيما عدا الأولين كونه عام الوجود و فى الخلاف الإجماع على ذلك و فى التحرير نفى الخلاف عن الأمرين (و فى نهج الحق) أن ذلك مذهب الإمامية فقد اتفقت الكلمة

على عموم الوجود و غلبته و مأمونية انقطاعه و ما فى الكتاب و التذكرة و الدروس و إن أوهم خلاف ذلك بادئ بدء كما وقع للمولى الأردبیلی و الخراسانى و البحرانى و غیرهم لكن التدبیر فى کلامیهما فى الكتب الثلاثة يقتضى المصیر إلى التأویل بما ذکر فى جامع المقاصد و غیره من أن المراد بإمكان وجوده و القدرة على تسلیمه کونه بحیث یوجد کثیرا عادة بحیث لا یندر تحصیله فالمراد إمكان وجوده عادة فإن الممكن عادة هو الذى لا یعز وجوده و قد صرحا «١» أولا- باشتراط عدم الاستقصاء فى الأوصاف الموجب لعزّة الوجود و البطلان معه و قد وقع فى التذکره و الكتاب بعد ذلك عبارات صریحه فى اعتبار عمومیة الوجود و غلبته (و غلبته خ ل) كما هو واضح لمن لحظ کتابین و وقع فى الدروس قوله و لو أسلم فیما یعسر وجوده عند الأجل مع إمكانه کثیر من الفاکهه فى البواکیر فإن کان وجوده نادرا بطل و إن أمکن تحصیله لكن بعد مشقّة فالوجه الجواز للترامه (للإزامه خ ل) (و إلزامه خ ل) به مع إمكانه و یحتمل المنع لأنه غرر فهو كالصریح فى عدم جعل المعیار مجرد القدرة و الإمكان «فلیتأمل» على أنه فى اللمعة وافق الأصحاب فقد تحصل من کلامهم أنه لا یکفى وجوده نادرا و فى الإجماع أكمل بلاغ ففى الاكتفاء بإمكان وجوده نادرا و القدرة على تسلیمه فى ظنه و إن ضعف كما استظهره المولى الأردبیلی و من تبعه خروج عن الإجماع

(١) أى المصنف و الشهید (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦٥

و إن کان معدوما وقت العقد أو بعد الحلول و لا یکفى الوجود فى قطر آخر لا یعتاد نقله إليه فى غرض المعاملة و لو احتاج تحصیله إلى مشقّة شديدة كما إذا أسلم فى وقت الباکورة فى قدر کثیر فالأقرب الصحّة (١)

□  
و لیس فى الأخبار منافاة لما علیه الأصحاب و لا تأیید لما قاله من خالفهم ففى موثقة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله علیه السلام أنه قال لا بأس بأن یشترى الطعام و لیس هو عند صاحبه إلى أجل و حالا لا یسمى أجلا إلا أن یكون یعلا لا یوجد مثل العنب و البطیخ و شبهه فى غیر زمانه فلا ینبغى شراء ذلك حالا و فى صحیحة زرارة قال سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل اشترى طعام قریة بعینها فقال لا بأس إن خرج فهو له و إن لم یرجى کان دینا علیه و فى روایة خالد بن الحجاج عن أبى عبد الله علیه السلام فى الرجل یشترى طعام قریة بعینها و إن لم یسم له قریة بعینها أعطاه من حیث شاء قالوا هذان الخبران یدلان على جواز اشتراط القریة المعینة و المشترطون غلبه و وجوده لا- یقولون به (قلت) المدار عند الأصحاب على اعتبار ما لا یتخلف عنه المسلم فى عادة كالقریة الكبيرة بالنسبة إلى الأرض و الأهل و هذان الخبران لا یدلان على خلاف ذلك و یمنعون من السلم فى مثل الغلة من قراح بعینه و غزل امرأة معینة لعدم الظن الغالب عادة فى ذلك و أطرف شىء ما استشهدوا به على اعتبار مطلق الظن باتکال صاحب القراح على غلة تلك الأرض و ثمرة تلك النخلة إذ لو أثمر مثل ذلك فى صحّة البیع لجاز بیع الثمرة قبل بدو صلاحها بل قبل إبانها و بیع الزرع قبل بروزه إلى غیر ذلك مما لا یحصى مما تقدم الکلام فى بیانه و یأتى إن شاء الله تعالى (ثم) إن الوجود عند الأجل بأى معنى اعتبر أعّم من التجدد فى بعد عدمه فى زمن العقد و ما بینهما و وجوده فى إلى الأجل و المراد بغلبة الوجود غلبه و وجوده فى البلد الذى شرط تسلیمه فىه أو بلد العقد حیث یطلق على أحد الأقوال الآتیة إن شاء الله تعالى أو فیما قاربه بحیث ینتقل إليه عادة فلا یکفى الوجود فى قطر آخر لا یعتاد نقله إليه فى غرض المعاملة بل ینقل هدیة و مصنعة و نحو ذلك «فروع» لو عین غلة بلد كالحلة مثلا و شرط التسليم فىه لم یکف وجوده فى غیره كبغداد و إن اعتید نقله إلى الحلة و لو انعکس کان عین غلة بغداد التى هی غیر البلد الذى یلزم التسليم به أعنى الحلة شارطا نقل غلة بغداد إلى الحلة فالوجه الصحّة لأن بلد التسليم بمنزلة شرط آخر و المعبر هو بلد المسلم فىه فإذا وجد فى بلد المسلم فىه و لم یوجد فى بلد التسليم صح و لو عین غلة بغداد و هو فى الحلة و شرط وجوده عند رأس الأجل فى الحلة و لم یشرط النقل بطل لانتفاء الشرط فینبغى على هذا أن یراد بقولهم غلبه وجوده فیما قارب بلد العقد ما قاربه من قراه بحیث لا

يوجد عادة فيه إلا ينقله منها إليه و هذه هى الفروع الثلاثة التى ذكرها فى الروضة المشهورة بالإشكال (و قد أشار) إليها فى الدروس لكن المصنف فى التذكرة قال يجوز أن يسلم فى شىء ببلد لا يوجد ذلك الشىء فيه بل ينقل إليه من بلد آخر عادة و لا فرق فى البلد بين أن يكون قريبا أو بعيدا و لا- أن يكون مما يعتاد نقله إليه أم لا و هو خلاف قوله فى الروضة و إن كان يبطل مع الإطلاق و نحن وجهناه بما إذا شرط وجوده عند رأس الأجل فى الحلة كما سمعت «فتأمل»

(قوله) (و لو احتاج تحصيله إلى مشقة شديدة كما لو أسلم فى وقت الباكورة فالأقرب الصحة)

كما فى التذكرة و الدروس لوجود المقتضى و انتفاء المانع لأن الشرط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦٦

و لو طرأ الانقطاع بعد انعقاد السلم كما لو أسلم فيما يعم وجوده و انقطع لجائحة أو وجد وقت الحلول عاما ثم آخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه تخير المشتري بين الفسخ و الصبر (١)

إمكان وجوده لا عدم المشقة فى تحصيله و يحتمل العدم لأنه قد يعسر فيحصل الغرر «١» و فى الدروس إن كان وجوده نادرا بطل و فى المبسوط و التحرير لا- يجوز لو جعله إلى محل لا- يعم وجود الفواكه فيه كوقت أول العنب فيه و آخر وقته و ليسوا مخالفين و قال الفيومى باكورة الفاكهة أول ما يدرك منها قال و قال أبو حاتم الباكورة من أول كل فاكهة ما عجل الإخراج و الجمع البواكير و الباكورات و نخلة باكورة و باكور و بكور

(قوله) (و لو طرأ الانقطاع بعد انعقاد السلم كما لو أسلم فيما يعم وجوده و انقطع لجائحة أو وجد وقت الحلول عاما ثم آخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه تخير المشتري بين الفسخ و الصبر)

و لا- يفسخ العقد إجماعا منا لأن مورد العقد إنما هو الذمة و المخالف إنما هو الشافعى فى أحد قوليه و أما تخيره بين الفسخ و استرداد الثمن أو مثله و بين الصبر إلى وجوده فهو المشهور كما فى الميسية و المسالك و مجمع البرهان بل فيه أنه المذكور فى سائر الكتب و الأشهر كما فى الكفاية و عليه الفتوى كما فى إيضاح النافع (و فى المختلف) أن قول ابن إدريس لم يوافق عليه أحد من علمائنا بل و لا أظن أحدا أفتى به «انتهى» و قد يلوح الإجماع من الدروس حيث نسب قول العجلي إلى الندرة و نحوه ما فى التحرير و غيره حيث ينسبونه إلى الخطأ بالحكم مما لا ريب فيه و الأخبار به مستفيضة فلا وجه لما فى الكفاية و نحوه من أنه الأشهر إذ ذلك ظاهر فى وجود الخلاف المعتد به (و ليعلم) أن ظواهر جملة من الأخبار أن المسلم فيه غير معدوم يومئذ فإذا جاز الفسخ مع وجوده فمع تعذره بطريق أولى لكن لا بد من حمل ما ظاهره ذلك على ما إذا أمكن تحصيله بنقل أو غيره لكن يحصل الضرر الكثير فى نقله أو تحصيله فإنه و الحال هذه كالانقطاع الحقيقى كما نص عليه فى التذكرة و الدروس و فى الأخير أنه لو كان يوجد فى بلد آخر لم يجب نقله إذا عين البلد و إن لم يكن فى نقله مشقة و ما توهمه فى السرائر على الشيخ فى الخلاف فما كنا نؤثر أن يقع ذلك من مثله و ذلك أن الشيخ فى بيع الخلاف قال إذا انقطع المسلم فيه لم يفسخ البيع و يبقى فى الذمة فظن أنه يوافق فى عدم ثبوت الخيار و هما مسألتان مفترقتان كما هو واضح كما أشرنا إليه آنفا و ظن أنه خالف نفسه فى باب السلم حيث قال إذا أسلم فى رطب إلى أجل فلما حل الأجل لم يتمكن من مطالبته لغيبه المسلم إليه أو غيبته أو هرب منه أو توارى من سلطان و ما أشبه ذلك ثم قدر عليه و قد انقطع الرطب كان المسلم بالخيار بين أن يفسخ العقد و بين أن يصبر إلى العام القابل «انتهى» و قد عرفت الحال و الحكم المذكور ظاهر النهاية و صريح المبسوط و ما تأخر عنه مما تعرض له فيه (و قوله فى الإرشاد) و لو آخر التسليم فللمشتري الفسخ أو الإلزام يمكن حمله على أن المراد بالإلزام إلزامه بالمسلم فيه عند إمكان حصوله و لو فى سنة أخرى فتكون العبارة موافقة للمشهور و لو حملت على ظاهرها فالظاهر عدم التخيير بل

## (١) الظاهر الضرر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦٧

و لو قبض البعض تخير في الفسخ في الجميع و المتخلف و الصبر (١)

له الإلزام بأخذ حقه على أى وجه أمكن فإن أبى و لم يمكن أخذه منه فله المقاصة و لو حملت على ما إذا تعذر المسلم فيه فتكون موافقه لما استحكيه عن السيد عميد الدين كان مخالفا لمختاره فى غيره و لسائر الأصحاب و لم ينقلوا عنه فى ذلك خلافا و احترز بالعارض عما لو كان التأخير باختيار المشتري و رضاه مع بذل البائع له فإنه لا فسخ حينئذ لاستناده إلى تقصيره كما صرح به جماعة و العبارة بمفهومها تشمل ما لو كان التأخير اقتراحا أو تفريطا من البائع خاصة و نحوها عبارة الشرائع و قد حكم فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك فى هذه الصورة بأن الخيار باق كما لو كان التأخير لعارض لتضرر المشتري فى صورتين و أنه كالعيب المتجدد فى يد البائع فإنه يوجب للمشتري الخيار و لا فرق بين أن يطالب بالأداء و عدمه نعم لو رضى بالتأخير ثم عرض المانع فالمتجه سقوط خياره كما مر كما فى جامع المقاصد و المسالك و غيرهما و لا ينافيه إطلاق النص لعدم شموله على الظاهر لما نحن فيه (و هناك قول ثالث) نقله الشهيد فى حواشيه عن السيد عميد الدين و هو أنه إن شاء طالب بقيمة المسلم فيه عند الأداء و استحسن هذا القول فى الميسية و المسالك و الروضة و قال به أو مال إليه شيخنا صاحب الرياض و لم أجد لهم موافقا إلا ما لعله يحتمل من عبارة الإرشاد فى إيضاح النافع أن ظاهر الأصحاب على خلافه (قلت) الأمر كما ذكر و فى الكفاية أن صحيحى محمد بن قيس تدفع هذا القول (قلت) لأنه عليه السلام قال فيهما لا يأخذ إلا رأس ماله و نحوهما موثقة بن بكير و هناك أخبار آخر دلت على جواز أخذ ما زاد أو نقص و يأتى بعون الله وجه الجمع فى استدلال صاحب الكفاية بهما فى المقام تأمل (و الغرض) فيما نحن فيه بيان أن المشتري ليس مخيرا بين أن يأخذ من البائع قيمة سعر الوقت و بين الفسخ و الصبر فإذا اختار الأخذ بقيمة سعر الوقت ألزم البائع كما يلزم بما إذا اختار الفسخ أو الصبر و أما أن له أن يأخذ بقيمة سعر الوقت بزيادة أو نقصان إذا تراضيا فمسألة أخرى محل خلاف و المشهور الجواز كما يأتى بيان ذلك كله إن شاء الله تعالى و من هنا ظهر أنه لو قال البائع لا تصبر و خذ دراهمك لا تجب الإجابة كما فى التذكرة هذا و فى حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم إليه قبل الأجل و قبل وجوده نظرا إلى أنه دين فيشملة عموم ما دل على حلول ما على الميت من الدين بالموت كما صرح به فى التذكرة و التنقيح و الميسية و المسالك و الروضة و الرياض (و ليس) هذا الخيار فوريا للأصل السالم عن المعارض كما صرح به الشهيدان و المقداد و الشيخ إبراهيم القطيفى بل لو صرح بالإمهال لم يسقط كما صرح الشهيد الثانى و توقف فيه فى التذكرة فاحتمال وجوب الصبر و عدم الالتفات إليه فى طلب الفسخ فأشبهه إجازة زوجة العين و احتمال أن له الفسخ و لا يكون ذلك إسقاط حق فأشبهه زوجة المولى إذا رضيت بالمقام ثم ندمت و كذا توقف فى الدروس و التنقيح و على الأول فله الرجوع بعد الإمهال و الصبر إلى أحد الأمرين المخير بينهما ما لم يصرح بإسقاط الخيار و يسقط معه كما فى الدروس و الروضة و الفرق بين هذا و بين ما إذا رضى بالتأخير ثم عرض المانع فليأمل

(قوله رحمه الله) (و لو قبض البعض تخير فى الفسخ فى الجميع و المتخلف و الصبر)

كما نص على ذلك الشيخ فى المبسوط و المحقق و المصنف فى التذكرة و التحرير و الشهيدان و المحقق الثانى و كذا الفاضل المقداد التفاتا فى الأول إلى أن تبعض الصفة عيب و المسلم فيه إنما هو المجموع و قد تعذر و فى الثانى إلى أنه هو الذى تعذر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦٨

و لو تبين العجز قبل المحل احتمال تنجيز الخيار و تأخيره (١)

## إشارة

(البحث الثانى فى أحكامه) لا يشترط ذكر موضع التسليم على إشكال (٢) و إن كان فى حملة مؤنثة فلو شرطاه تعين و لو اتفقا على التسليم فى غيره جاز و مع الإطلاق ينصرف وجوب التسليم إلى موضع العقد و لو كانا فى بريئة أو بلد غربه و قصدهما مفارقتة قبل الحلول فالأقرب عندى وجوب تعيين المكان

فله الرجوع إلى ثمنه و عملا بالمعتبرة منها الصحيحان ففى أحدهما أ رأيت إن أوفانى بعضا و عجز عن بعض أ يجوز أن آخذ بالباقي رأس مالى قال نعم ما أحسن ذلك و فى الآخر لا بأس إن لم يقدر الذى عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها و يأخذ رأس مال ما بقى من الغنم دراهم و الأصح أن للبائع الفسخ إن فسخ المشتري فى البعض لتبعض الصفقة عليه كما صرح به فى التحرير و جامع المقاصد و فى الدروس و التنقيح و الميسية و الروضة و المسالك و الكفاية أنه قوى و قيده الشهيدان و المقداد و الميسى بما إذا لم يكن التأخير بتفريطه و فى جامع المقاصد أن هذا التقييد ظاهر و فى التذكرة لا خيار للبائع لأن التبعض جاء من قبله (فتأمل) و فى إيضاح النافع أنه لا خيار للبائع (قوله) (و لو تبين العجز قبل المحل احتمال تنجيز الخيار و تأخيره)

لم يرجح كالإيضاح و الدروس و التنقيح و الأصح التأخير و توفقه على الحلول كما فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض اقتصارا فيما خالف الأصل الدال على لزوم العقد على مورد النص و الإجماع و التفاتا إلى عدم وجود المقتضى له الآن إذ لم يستحق حينئذ شيئا و هذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فيما إذا حلف لىأكلن هذا الطعام غدا فتلف قبل الغد من فعله أنه يحث فى الحال أو يتأخر إلى الغد

(البحث الثانى فى أحكامه) (قوله) (لا يشترط ذكر موضع التسليم على إشكال)

اختلف الأصحاب فى اشتراط ذكر موضع التسليم فى العقد مع اعتراف جملة منهم بأنه لا نص فيه على أقوال أحدها اشتراطه مطلقا و هو خيرة الخلاف نسبه إليه جماعة قال إذا كان السلم مؤجلا فلا بد من ذكر موضع التسليم فإن كان فى حملة مؤنثة فلا بد من ذكره إلى أن قال الصحيح أنه يجب ذكر الموضع و المؤنثة دليلنا طريقة الاحتياط لأنه إذا ذكر الموضع و المؤنثة صح السلم بلا خلاف و إذا لم يذكرهما لا دليل على صحته هذه عبارته و قد نسب إليه فى التحرير القول بأنه إن كان فى حملة مؤنثة وجب و إلا فلا (و هذا) نسبه جماعة إلى المبسوط قال فى المبسوط و يجب أن يذكر موضع التسليم و إن كان لحملة مؤنثة وجب ذكره و إن لم يكن له مؤنثة لا يجب ذلك و كان ذكره احتياطا و ما نسبوه إلى الخلاف قربه فى الدروس و قواه فى جامع المقاصد و احتاط به الشهيدان فى حواشى الكتاب و المسالك و فى الروضة و المفاتيح أنه أولى و استحبه أبو على على ما حكى و فى السرائر أنه لم يذهب إليه أحد من أصحابنا و لا ورد به خبر عن أئمتنا عليهم السلام و إنما هو أحد قولى الشافعى اختاره شيخنا أ لا تراه فى استدلاله لم يتعرض لإجماع الفرقه و لا- أورد خبرا فى ذلك (انتهى) و رده فى المختلف بأنهم نصوا على اشتراط الوصف و هو يتناول المكان لأن الأين من جملة الأوصاف اللاحقة للماهية فتكون الأخبار دالة عليه (انتهى) و فيه أن الوصف عبارة عما يفرق به بين أصناف النوع و لهذا عدوا من الشرائط الوصف على حده و عدوا موضع التسليم على حده و ليس فى الأخبار ما يدل على استقصاء الأوصاف حتى يتعدى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٦٩

.....

إلى مثل هذا (فليتأمل جيدا) و على هذا القول لا- بد فى تشخيص المكان من ذكر محل لا يختلف الحال فى جهاته و أجزائه عرفا

كالبلد المتوسط فما دونه و القطعة من الأرض كذلك بحيث لا يفرق بين أجزائها و لا تحصل كلفة زائدة في جهة منها دون جهة لا مطلق البلد و لا الموضع الشخصي الصغير (و احتجوا عليه) بعد الاحتياط بأن مكان التسليم مما تختلف فيه الأغراض و يختلف باختلافه الثمن و الرغبات فإنه قد يكون بعيدا من المشتري فلا- يرغب في تكثير الثمن و لا- في الشراء على بعض الوجوه و قد يكون قريبا فينعكس الأمر و كذلك القول في البائع قالوا و لجهالة موضع الاستحقاق لابتنائه على موضع الحلول المجهول و لهذا فارق القرض المحمول على موضع الحلول لكون موضع التسليم في القرض معلوما (و أما النسيئة) فخرجت بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محله و معناه أن السلم لما افتقر إلى ذكر موضع التسليم عند العقد ظهر الفرق بينه و بين القرض الذي يستغنى عنه فإن موضع التسليم فيه محمول على موضع الحلول و لا يحتاج إلى علمه أولا بخلاف السلم فيجب العلم بموضع التسليم فيه عند العقد قضية للفرق و هو معنى الاشتراط (القول الثاني) عدمه مطلقا و قد استظهره من الشيخ في النهاية حيث لم يذكره في الشرائط فيكون ظاهر النافع و غيره مما لم يذكر فيه في الشرائط أو سكت على ما في النافع و غيره ككشف الرموز و التنقيح و المهذب البارع و المقتصر و إيضاح النافع و غيرها و هو خيرة السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و اللمعة و هو المنقول عن الحسن بن عيسى العماني و في السرائر نفى الخلاف عنه و الظاهر عندي أنه المشهور (و يرشد) إليه قوله في الإيضاح من أن الأصحاب نصوا على انصراف الإطلاق إلى موضع العقد و كلامه هذا مؤذن بالإجماع و يشهد له التتبع و ما في السرائر و قد استندوا فيه إلى الأصل و عموم أدلة جواز هذا البيع و خصوصها مع خلوها عن اشتراط ذكر موضع التسليم مع عدم المانع و الإجماع على عدم اشتراطه في باقى أنواع البيوع و إن كان مؤجلا (و أما) الجهالة و احتمال النزاع و اختلاف الأغراض فتندفع بانصرافه إلى موضع العقد كما هو نص الأصحاب كما سمعته عن الإيضاح أو موضع يقتضيه العرف كما في سائر البيوع و العقود و الظاهر أن كلام الأصحاب و حكمهم بانصرافه إلى موضع العقد مقيد بما إذا لم يكونا في غربة أو برية (و ثالثها) التفصيل بأنه إن كان في حمله مؤنثة و جب تعيين المحل و إلا فلا و قد نسبوه إلى المبسوط و قد سمعت عبارته و هو خيرة الوسيلة و قد نسبه في التحرير إلى الخلاف و استجوده و وجهه يعرف مما تقدم في القول الأول فإن الأغراض إنما تختلف في محل يفتقر إلى المؤنثة و أما غيره فلا و فيه ما مر (و رابعها) التفصيل لكن بنحو آخر و هو أنه إن كانا في برية أو بلد غربة قصدهما مفارقتة اشترط تعيينه و إلا فلا و هو خيرة الكتاب و المختلف و تعليق الإرشاد و في جامع المقاصد أنه أولى و ليس المراد من البرية و بلد الغربة حقيقتها خاصة بل هما على سبيل المثال و إنما المعتبر بلدهما و ما في حكمه فمتى كانا خارجين عنه و عما في حكمه عرفا اعتبر تعيين المكان عند هؤلاء لاقتضاء الدليل ذلك و قد يفهم من عبارة الكتاب و غيرها أن قصد أحدهما مفارقتة لا يوجب التعيين و ليس كذلك بل لا فرق بين أن يكون قصدهما معا أو قصد أحدهما و كذا لو كان أحدهما غريبا دون الآخر كما نص على ذلك في جامع المقاصد و المسالك و الوجه فيه أنهما متى كانا في برية أو بلد لا يجتمعان فيه لم يمكن التسليم في مكان العقد فتعين أحد الأمكنة دون الآخر يفضى إلى التنازع لجهالته أما إذا كانا في بلد يجتمعان فيه فإن إطلاق العقد يقتضى التسليم في بلده و لأن في تعيين المكان غرضا و مصلحة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧٠

و يجب أن يدفع الموصوف فلو دفع غير الجنس لم يجب القبول و كذا الأردى و لو كان من الجنس مساويا أو أجود و جب (١)

لهما فأشبهه تعيين الزمان و أورد عليه بعض من تأخر كالمقدس الأردبيلي بأن ما ذكره من أن الإطلاق يقتضى وجوب التسليم في مكان العقد مما لم يدل عليه دليل فينبغي صرف الإطلاق إلى موضع يقتضيه العرف كما في سائر البيوع و العقود خصوصا النسيئة (قلت) قد طفحت عباراتهم بأنه مع الإطلاق ينصرف إلى بلد العقد و ظاهر الإيضاح الإجماع على ذلك كما عرفت بل هو في مجمع البرهان اعترف بذلك حيث قال إن ذلك ظاهر كلام الأصحاب فإن كان له دليل من إجماع أو غيره و إلا فالظاهر ما يقتضيه العرف (انتهى) ثم إنك قد علمت الحال في إطلاق كلام الأصحاب و أنه مقيد بما إذا كانا معا في بلد العقد فيكون الدليل عليه العادة و



العرف بل المتعارف في أكثر البلدان أن من أسلم في طعام و نحوه يأتيه به المسلم إليه إلى بيته كالحطب و الماء كما اعترف به هو في حاشية كتابه (و خامسها) أنه إن كان لحمله مئونة أو لم يكن المحل صالحا كالبرية اشترط تعيينه و إلا فلا و قد نسبوه إلى التذكرة و في الميسية أنه أولى و وجهه مركب من القولين السابقين (قلت) هذا القول نقله في التذكرة عن بعض الشافعية و قال إنه عندي أقرب ثم قال في آخر المسألة و يحتمل قويا أنه لا يشترط ذكر موضع التسليم و إن كان في حمله مئونة إذ مع الإطلاق ينصرف إلى موضع العقد و لو كانا في بلد غريب أو بريء و قصدهما مفارقتة قبل الحلول فالأقرب و جوب تعيين المكان و في المسالك بعد نقل الأقوال المذكورة قال و لكل من الأقوال وجه إلا أن الأخير يضعف السابقين عليه و يبقى الإشكال في ترجيح أحد الثلاثة فأصالة البراءة و حمل الإطلاق في نظائره على موضع العقد يرجح عدم الاشتراط و اختلاف الأغراض و عدم الدليل الدال على تعيين العقد في المتنازع يؤيد الاشتراط و وجه الأخير ظاهر و لا ريب أن التعيين مطلقا أولى و أنا في ترجيح أحدهما من المترددين و التردد ظاهر الإيضاح و الكفاية (و سادسها) ما في مجمع البرهان من أنه إن كان مقتضى العادة و القرينة شيئا و إلا انصرف إلى موضع الحلول لأن مقتضى العقد و جوب تسليم المبيع عند الحلول في أي مكان كان مع وجود المسلم فيه عادة و عدم قرينته إرادة خلافه لكن ظاهر كلام الأصحاب أن موضع التسليم موضع العقد (انتهى)

(قوله) (و يجب أن يدفع الموصوف فلو دفع غير الجنس لم يجب و كذا الأردى و لو كان من الجنس مساويا أو أجود و جب) إذا أتى المسلم إليه بالمسلم فيه فلا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن يأتي به على صفته أو يأتي به دون صفته أو فوق صفته فإن كان على صفته لزمه قبوله لأنه أتى بما تناوله العقد فإن امتنع قيل له إما أن تقبله و إما أن تبرئه لأن للإنسان غرضا في إبراء ذمته من حق غيره و ليس لك أن تبقية في ذمته بغير اختياره و براءته تحصل بقبض ما عليه أو إبرائه فأيهما فعل جاز فإن امتنع قبضه الإمام أو النائب عنه عن المسلم إليه و تركه في بيت المال إلى أن يختار قبضه أو يبرئ المسلم إليه منه و لم يجز للحاكم إبرائه منه بالإسقاط عن ذمته لأن الإبراء لا يملك بالولاية و قبض الحق يملك بالولاية و في السرائر و ظاهر المبسوط أن ليس للحاكم إجباره على قبضه كما أنه ليس له إجباره على الإبراء و استبعده الشهيد في الدروس و يأتي لهذا قريبا مزيد تحقيق عند تعرض المصنف له عند شرح قوله الثالث يجب قبول المثل (و قد استوفى) المصنف الكلام في هذه المسألة و غيرها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧١

.....

في باب القرص فنحن بلطف الله سبحانه و تعالى نستوفى الكلام هناك و إن أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله و لا يجبر على قبضه لأن ذلك إسقاط صفة استحقتها فلا يجبر على أخذه و إن كان أجود من وجه آخر كما نص عليه الشيخ في المبسوط و المحقق و المصنف في التحرير و الشهيدان و غيرهم و لو رضى المسلم بذلك صح (و لو كان ذلك) لأجل التعجيل بلا خلاف كما في الرياض و ظاهر الخلاف حيث قصر الخلاف على الشافعي و قال في الرياض بل في الغنية الإجماع عليه (و الموجود) فيها يجوز التراضي على تقديم الحق عن أجله بشرط النقص منه بدليل الإجماع «انتهى» (فتأمل) و النصوص بذلك مستفيضة كصحيحه الحلبي قال سنن أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم في وصفاء بأسنان معلومة و لون معلوم ثم يعطى دون شرطه أو فوقه قال إذا كان عن طيبة نفس منك و منه فلا بأس و مثلها صحيحه سليمان بن خالد و خبر معاوية و خبر أبي بصير المروى في الكافي و الفقيه و التهذيب و الوصفاء جمع وصيف كأسير و هو الخادم و الخادمة و مثله ما لو رضى بغير الجنس أو النوع كما صرح به في المبسوط و الخلاف و جملة مما تأخر عنه و إذا دفع إليه غير الجنس و لم يرض فلا يجب إجماعا كما في التذكرة و أما إذا أتى به فوق صفته فلا يخلو إما أن يأتي به من نوعه فوق صفته أو أكثر من قدره أو يكون جنسا آخر أجود منه أو نوعا آخر أجود منه فإن أتى من نوعه بأجود منه فإنه يجبر على قبضه لأنه أتى بما تناوله العقد و زيادة الصفة تابعة للعين و هي منفعة لا تضره كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و

التحرير و الدروس و اللمعة و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها و فى المختلف و الكفاية و الرياض أنه المشهور و فى الحدائق أنه ظاهر الأصحاب و لم يرجح فى المختلف و حكى فيه و فى الدروس عن أبى على أنه لا يجب و وافقه على ذلك المولى الأردبيلي لمفهوم خبر سليمان بن خالد الذى سمعته آنفا و لعدم الدليل على وجوب قبول الإحسان كما فى الهبة ليستطيع الحج و قواه الخراسانى و البحرانى و شيخنا صاحب الرياض و استدل عليه المولى البحرانى بقول الصادق عليه السلام فى خبر الحلبي و لا يأخذون فوق شرطهم و هو طريف لأن الخبر ورد فى مقام آخر و هو أنه إذا لم يقدر المسلم إليه على جميع ما عليه أخذ مقدر عليه و أخذ رأس مال ما بقى و أنه لا يأخذ ما فوق الشرط لأنه ربما يضمه الجاهل إلى رأس مال ما بقى فيقع فى الربا فليلاحظ الخبر و قال أيضا فى مجمع البرهان ما حاصله لأن كانت العبارة غير نقيية عن الغلط إن الأولى قبول الأجود من أفراد ما أسلم فيه و ما صدق عليه اسم المسلم فيه مثل ما إذا دفع عبدا كاتباً يعرف أدنى الكتابة و كذا الأولى قبول من يعرف كتابه حسنة جيدة قال و هو ظاهر و لعله مراد المصنف ثم ذكر ما نقلنا عنه آنفا فقال (و أما قبول الأجود مما شرط فالظاهر عدم قبوله انتهى) و الأصح ما عليه المشهور لأن المفروض أنه أسلم فى موصوف و أن الأجدود من النوع الموصوف فيشملة اسم المسلم فيه فإذا أتى بأوسط درجات ذلك النوع الموصوف أو ما فوقه وجب القبول لصدق اسم المسلم فيه ذلك الوصف و النوع لأصالة البراءة من اعتبار الزائد و ليس فى الخبر الذى استندوا إليه ظهور و لا إشعار بما قالوه لأنه ظاهر فى التوزيع المرتب لأنه ذكر فيه أنه يعطى دون شرطه و فوجه فقال عليه السلام إذا أخذت الدون عن طيبة نفس منك فلا بأس لأنه لا يجب عليك أخذ الدون لأنك أسلمت فى موصوف أسنان معلومة و لون معلوم و الدون ليس منها و إذا دفع إليك ما فوق عن طيبة نفس منه فلا بأس لأنه لا يجب عليه دفعه كما هو ظاهر لا شبهة فيه و إن كانت فإنما هى فى الشق الأول و لا بد من تنزيه على ما ذكرنا و هو الذى فهمه الشيخ فى النهاية من الخبر فالإتيان بالواو فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧٢

و لو اتفقا على أن يعطيه أردى منه و أزيد فإن كان ربويا لم يجز على إشكال (١) و إلا جاز و ليس له إلا أقل ما يتناوله الوصف (٢)

قوله و منه لا يشعر بما قالوه كما يظهر لمن أجاد النظر و لو أراد ذلك فقال منكما لأنه أخصر و أظهر و الإتيان بأو يوهم خلاف المراد و ذكر الإحسان إنما صدر من بعض المتأخرين تقريبا للأذهان (نعم) يبقى الإشكال فيما لو أسلم فى ردىء فجاء بالأجود فإنه لا يندرج فى مسمى الردى الذى أسلم فيه و ظاهرهم غير أبى على و وجوب القبول و التأويل ممكن «١» (فتأمل) و قد تقدم عند شرح قوله و يجوز اشتراط الجيد و الردى ما له نفع تام و إن أتى بنوعه بأكثر منه لم يلزمه قبول الزيادة لأن الزيادة ليست تابعة لأن تمييزها ممكن فيكون هبة فلا يجبر على قبولها بلا خلاف كما فى الرياض و الأمر كما ذكر و قد يلوح من التذكرة أنه لا خلاف فيه بين المسلمين و هو الحجّة و إلا فالتعليل كما ترى و فى مجمع البرهان أن هذا إذا كان الزائد ممتازا و أما إذا كان ممزوجا يعسر تخليصه فينبغى القول بالقبول ثم قال ينبغى التسامح فى القضاء و الاقتضاء فلو كان له غرض صحيح بعدم أخذ الزيادة فهو حسن و إلا ينبغى القبول مع الدعاء لصاحبه «انتهى» و أما إذا أتى به من جنس آخر أو من نوع آخر من جنسه و هو خير منه فإنه لا يجبر على القبول فى الموضوعين كما صرح به فى المبسوط و الخلاف و غيرهما و قد سمعت إجماع التذكرة و فى الخلاف و المبسوط إذا جاء بالمسلم فيه أجود مما شرط من الصفة و قال خذ هذا و أعطنى بدل الجودة دراهم لم يجز و فى التذكرة لو جاء بالثوب المسلم فيه أجود مما شرط فأعطاه عوض الجودة شيئا جاز كما لو أسلم فى عشرة أذرع فجاءه بأحد عشر ذراعا و قال لو أعطاه عوضا عن الرداء فالأقرب الجواز كما فى طريق الجودة

(قوله) (و لو اتفقا على أن يعطيه أردى منه و أزيد فإن كان ربويا لم يجز على إشكال)

ينشأ من أنه هل هو بيع أو معاوضة و هل الربا يدخل فى كل معاوضة أو مقصور على البيع كما فى حواشى الشهيد و قصر فى الإيضاح

و جامع المقاصد منشأ الإشكال على الاحتمال الثاني و قال في جامع المقاصد إن الأول ليس بظاهر إذ لا يعد ذلك بيعا و خيرة الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد في المقام أن الربا يعم سائر المعاولات و هو خيرة الشيخ و القاضي فيما حكى و الشهيد الثاني لإطلاق الكتاب و السنة و في الأخبار أيضا كان على عليه السلام يكره أن يستبدل وسقين من تمر المدينة بوسق من تمر خبير و لم يكن عليه السلام يكره الحلال إلى غير ذلك من النصوص المؤيد إطلاقها بعموم بعضها الناشئ من ترك الاستفصال و في السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الكتاب فيما يأتي أن الربا خاص بالبيع اقتصارا فيما خالف الأصل على المجمع عليه و حمل الإطلاق على الفرد المتبادر و ليس هو إلا البيع و تردد المحقق و المصنف في كتاب الصلح و هذا حديث إجمالي و التفصيل يأتي في محله بعون الله جل شأنه و لطفه

(قوله) (و ليس له إلا أقل ما يتناوله الوصف)

كما في المبسوط و التحرير و التذكرة و هذا يغني عن قوله و له أخذ

(١) كأن تقول ما من جيد و أجود إلا و فوقه أجود منه أو تقول إن الأصحاب لا يقولون هنا بوجوب القبول لأن الأجود نوع غير الردي و فيه تأمل (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧٣

و ليس له إلا أقل ما يتناوله الوصف و له أخذ الحنطة خالية من التبن (١) و الزائد على العادة من التراب و أخذ التمر جافا و لا يجب تناهي جفائه و لا يقبض المكيال و الموزون جزافا و له ملء المكيال و ما يحتمله و لا يكون ممسوحا من غير دق و لا هز (٢) و لا يجوز بيع السلم قبل حلوله و يجوز بعده قبل القبض على الغريم و غيره على كراهية (٣)

لحنطة «إلخ» كما أشار إليه في التذكرة و صرح به في جامع المقاصد

(قوله) (و له أخذ الحنطة خالية من التبن)

و الشعير و الشليم و الزوان و الفصل لأن ذلك كله لا يقع عليه اسم الحنطة كما في المبسوط و التذكرة و التحرير حيث لم يقيد فيهما التبن و نحوه بالزائد على العادة كما قيد بذلك التراب فيها و في الكتاب كما يأتي و لم يظهر لنا الوجه في ذلك و في جامع المقاصد الظاهر أن التقييد في وجوب الأخذ بالخلو عن التراب عادة لا يقتصر فيه على التراب بل التبن و كل خليط يخرج الحنطة و نحوها عن اسم المسلم فيه إذا كثر كذلك و في الدروس يجب خلو الجبوب من التراب و الغش (ظ) غير المعتاد و خلو الحنطة من الشعير «انتهى» و في جامع المقاصد يمكن أن يقال إن هذا إذا شرط الصراية أما إذا شرط ضدها فلا بحث نظرا إلى الشرط و لعله أشار إلى ما في الدروس حيث قال بعد ما حكيناه عنه إلا أن يذكر اختلاطها به و في المبسوط أنه إن كان موزونا لا يلزمه قبوله أصلا قليلا كان أو كثيرا ففرق بين المكيال و الموزون فيما يخالطهما من التبن و التراب (فليتأمل)

(قوله) (و له ملء المكيال و ما يحتمله و لا يكون ممسوحا من غير دق و لا هز)

و لا- زلزلة و لا- يضع الكف على جوانبه كما في التذكرة و نحوهما ما في التحرير و جملة قوله ما يحتمله في معنى المفسرة لملء المكيال و كونه غير ممسوح لبيان أن المراد بملئه أقصى ما يحتمله و به تظهر فائدة قوله و ما يحتمله بعد قوله و له ملء المكيال و قوله من غير دق و لا- هز حال من قوله ملء المكيال أي لا يستحق مع ملء المكيال واحدا منهما و هل يجوز فعل ذلك إذا تراضيا عليه و الذي ينبغي أن يقال أنه إن أفضى إلى تجهيل المبيع بأن تحصل زيادة متفاوت بحيث لا يعلم قدرها و لا يتسامح بمثلها لم يجز و إلا جاز كما في جامع المقاصد

(قوله) (و لا يجوز بيع السلم قبل حلوله و يجوز بعده قبل القبض على الغريم و غيره على كراهية)

عدم جواز بيع السلم قبل حلوله إجماعى كما فى كشف الرموز و التنقيح و ظاهر الغنية و جامع المقاصد و مجمع البرهان و الكفاية و الحدائق و لا- فرق فى ذلك بين كونه على من هو عليه أو غيره حالا- أو مؤجلا- كما هو قضية كلامهم و فى الرياض أنه لم يظهر له خلاف فى ذلك كله إلا من بعض من ندر ممن تأخر (قلت) قد تعطى عبارة الوسيلة خلافا فى المقام قال و إذا أراد أن يبيع السلف ما أسلف فيه من المستسلف عند حلول الأجل أو قبله بجنس ما ابتاعه بأكثر من الثمن الذى ابتاعه لم يجوز و إن باع بجنس غير ذلك جاز انتهى (فليتأمل) و قد جوز الشهيدان و الفاضل الميسى الصلح عليه و هذا منهم بناء على أن الصلح أصل لا فرع و من ندر ممن تأخر نظر إلى أنه حق مالى فيجوز بيعه و لا ينافيه عدم استحقاق المشتري له لتعلق عدم الاستحقاق بالمطالبة دون الملكية فإنها حاصله و إن لم يجوز له قبل الأجل المطالبة و القدرة على التسليم المشترطة فى صحة المعاملة إنما هى فى الجملة لا حين إجراء عقد المعاملة و إلا لما صح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧٤

و يجوز بعده قبل القبض على الغريم و غيره على كراهية (١)

ابتياح الأعيان الغائبة إلا بعد حضورها و القدرة على تسليمها حين المعاملة و ذلك معلوم الفساد فالأصل فى المسألة الإجماع نعم إذا باعه حالا بطل لعدم استحقاق المطالبة

(قوله) و يجوز بعده قبل القبض على الغريم و غيره على كراهية

ذكر فى التذكرة أن لعلمائنا فى بيع ما لم يقبض خمسة أقوال الجواز على كراهية مطلقا و المنع مطلقا و المنع فى المكيل و الموزون مطلقا و الجواز فى غيرهما و المنع فى الطعام خاصة و المنع فى المكيل و الموزون خاصة إلا تولية و هذه الأقوال لم ينقلها هكذا أحد بل ادعى الإجماع على بيع ما عدا المكيل و الموزون (و على كل حال) فالذى يظهر أن الأقوال أكثر من ذلك و قد اختار فى التحرير أنه يحرم بيع الطعام قبل قبضه إلا تولية و هذا غير القول الخامس لأن القول الخامس المنع فى المكيل و الموزون إلا تولية و هو أعم و ما فى الكتاب كله صرح به فى موضع من الشرائع و التحرير و اللعنة و كذا التذكرة و الإرشاد غير أنه لم يذكر الكراهية فيهما و فى النهاية و موضع من المبسوط و الشرائع و الإرشاد و التحرير و الكتاب أيضا و الدروس أنه من ابتاع متاعا لم يقبضه ثم أراد بيعه كان مكروها إذا كان مما يكال أو يوزن و هو خيرة الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و مجمع البرهان و المحكى عن المفيد و القاضى فى الكامل و فى موضع من المبسوط و التذكرة و الميسية و المسالك فى موضعين منه و الروضة المنع من ذلك و هو المنقول عن الحسن بن عيسى بل فى باب القبض من المبسوط الإجماع على أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض على من هو عليه و على غيره و فى موضع من المبسوط الإجماع على المنع منه فى الطعام كالغنية و فى الخلاف يجوز بيع ما عدا الطعام ما لم يقبض و هو خيرة القاضى فى المهذب و هو الذى استظهره فى موضع من التذكرة على إشكال له فيه و فى التحرير يحرم إذا كان طعاما إلا تولية و فى موضع آخر من المبسوط المنع عن بيع ما لم يقبض مطلقا و لو كان مال كتابة كما ستعرف (و فى النافع) عين ما فى الكتاب إلا أنه خصص الكراهية بالطعام و أبو جعفر الطوسى منع من بيع الطعام قبل القبض سواء كان مبيعا أو قرضا و قال إن غير الطعام يجوز بيعه قبل القبض على كل حال إلا أن يكون سلفا و أبو الصلاح قال يصح بيع ما استحق تسليمه قبل أن يقبضه و ينوب قبض الثانى عن الأول و أطلق و فى المقنع لا- يجوز أن يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه و روى فى حديث أنه لا بأس أن يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه و نقل عن الشهيد أنه حكى عن كثير من الأصحاب منهم ابن أبى عقيل القول بالتحريم مطلقا طعاما كان أو غيره و قد سمعت ما وجدنا حكايته عن ابن أبى عقيل و فى موضع من الدروس الأقرب الكراهية فى المكيل و الموزون و تتأكد فى الطعام و أكد منه إذا باعه بربح و نحوه ما فى موضع من النافع و كشف الرموز و فى التحرير فى آخر بحث الصبرة أن بيع الطعام قبل قبضه مكروه عندنا و ظاهره الإجماع عليه و جوز فى المراسم البيع بعد الأجل و أطلق و لم يفصل و قال فى موضع آخر يجوز بيع الدين قبل

قبضه و فى دين السرائر أنه لا- يصح بيعه على غير من هو عليه لأنه غير معين و قال فى سلف السرائر يجوز بيعه على الذى هو عليه بزيادة أو نقصان من دون ذكر كراهية و ظاهر الشيخ فى التهذيب المنع من البيع بالدرهم إذا كان الثمن الأول كذلك للخبر و قد حملا- على ما إذا تفاوت الثمن بالزيادة و نسب فى كشف الرموز إلى الشيخ و أتباعه جواز بيعه على من هو عليه و على غيره و نسب الخلاف إلى ابن إدريس فى باب الدين و فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧٥

.....

التفويض الإجماع على صحة بيعه على من هو عليه و فى التحرير يجوز بيع ما لا يكال و لا يوزن قبل قبضه إجماعاً هذا كلامهم فى ما يتعلق فى المنع و الجواز مع الكراهة و بدونها و البيع على من هو عليه و غيره مع قطع النظر عن التفاوت بزيادة الثمن و عدمه و هذا الذى ذكرناه من أقوالهم نقلناه من كلامهم فى المقام و فى باب بيع ما لم يقبض بناءً على أن المسألتين من سنخ واحد كما هو الظاهر من كلماتهم و ملاحظة أدلتهم و قضية قواعدهم و صريح بعضهم لكن بيع الدين قبل قبضه و بعد حلولة إذا لم يكن سلماً مما لا خلاف فيه على الظاهر إلا من ابن إدريس كما سمعت و من ابن حمزة فى الوسيلة إذا كان طعاماً كما عرفت و ذلك ليس مما نحن فيه لأن الخلاف فيما نحن فيه من المكيل و الموزون مبيعا و كراهية إنما هو فيما إذا كان انتقل إليه بالبيع و أراد نقله به (و أما فى صورة التفاوت) فالمفيد و الحليون على الجواز كما فى الدروس قال و هو ظاهر مرسله أبان و مكاتبه ابن فضال (قلت) و هو خيرة المختلف و ظاهر النهاية و موضع من المبسوط و موضعين من الشرائع و غيرها كما أسمعناك ذلك كله و قد وافقهم أبو المكارم و أبو الصلاح فيما حكى عنه فيما إذا باعه على غير من هو عليه و ادعى الأول الإجماع عليه و قد سمعت ما فى المراسم و ما فى السرائر فى موضعين منها و فى الحدائق أن هذا القول مشهور بين الأصحاب على كراهية فى المكيل و الموزون (حجة هذا القول) الأصل و العمومات السليمة عما يصلح للمعارضه سوى صحاح غير صريحة الدلالة على وقوع المعاملة الثانية فيحتمل ورودها فى الفسخ خاصة و لا- ريب حينئذ فى المنع عن الزيادة مع التجانس فى الكيل و الوزن و ما روى فى الكافي و التهذيب عن أحمد عن ابن أبى عمير عن أبان عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يسلف الدرهم فى الطعام إلى أجل فيحل الطعام فيقول ليس عندى طعام و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه قال لا بأس بذلك و هذا الخبر يلحق بالصحيح و بالموثق عند جماعة و قد عضده مكاتبه ابن فضال و مكاتبه على بن محمد قال كتبت إليه (الحديث) و خبر على بن جعفر فإنه بإطلاقه شامل لما نحن فيه صريح فى الربح (و قوله عليه السلام) لم يصلح ظاهر فى الكراهية و الخبر صحيح على الصحيح لأن طريق الشيخ إلى على بن جعفر صحيح فقول بعضهم أنه ضعيف غفلة و ذهب الشيخ فى موضع من النهاية و أبو جعفر فى الوسيلة إلى أنه فى صورة التفاوت بالزيادة لا يجوز و هو المحكى عن أبى على و العماني و القاضى و حمل عليه كلام التهذيب و هو قضية كلام أبى المكارم فيما إذا باعه على المسلم عليه بجنسه و فى الدروس أنه مذهب الأكثر و الرواية به أشهر (و حكى صاحب الرياض) عن أبى الصلاح نقل الإجماع عليه و ادعى أنه أى الإجماع ظاهر الغنية و الموجود فى الغنية ما أسمعناكه أولاً و آخراً و الأخبار الدالة عليه صحيحتا محمد بن قيس و صحيحة سليمان بن خالد و صحيحة يعقوب بن شعيب و موثقة عبد الله بن بكير و غيرها و هذه الأخبار و إن قلنا إنها غير صريحة الدلالة فى المعاملة الثانية إلا أن منها ما هو ظاهر فى ذلك كإحدى صحيحتى محمد بن قيس الواردة فى رجل أعطى رجلاً ورقاً فى وصيف إلى أجل مسمى فقال له صاحبه لا أجد لك وصيفاً فخذ منى قيمة وصيفك اليوم ورقاً فقال لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذى أعطاه أول مرة و لا يزداد عليه شيئاً و كقوله عليه السلام فى صحيحه الآخر فلا يأخذ إلا رأس ماله لا تظلمون و لا تظلمون و لو سلم عدم الظهور فإطلاقها يشمل المعاملة الثانية و هذا بالنظر إلى الأصل و العمومات خاص فليقدم على أن أخبار القول الأول قابلة للحمل على صورة عدم الزيادة مع الفسخ و الإقالة أو عدم المجانسة و لا ريب فى ذلك نصاً و فتوى ففى صحيحة العيص بن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧٦

.....

القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطة حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دوا با و رقيقا و متاعا أ يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه قال نعم يسمى كذا و كذا صاعا و هذا الخبر كصحيح محمد بن قيس و غيره صريح في جواز بيع الطعام على من هو عليه قبل القبض من دون كراهية فضلا عن الحرمة و لعل من كره أو حرم نظر إلى إطلاق النصوص المانعة من بيعه قبل قبضه (و فيه) أن هذه مقدمة لخصوصها لكن في مواردنا و هو البيع على من هو عليه خاصة و لعل القول بها على الإطلاق غير بعيد تفصيا من شبهة الخلاف و دعوى الإجماع و الإطلاق المشار إليه (و ليعلم) أن أكثر الأخبار المانعة مصرحة بالطعام و أطلق في صحيحة منصور بن حازم و معاوية بن وهب النهى عن بيع كل المكيل و الموزون إلا تولية و هل يحمل المطلق على المقيد في المقام أو لا لعدم التنافي حتى يجمع بينهما بالحمل على المقيد (و قد تحصل) من هذين القولين أن البيع قبل القبض بمجانس الثمن ربويين كانا أو لم يكونا إذا لم يكن بين الثمنين الربويين تفاوت بزيادة و لا- نقيصة مما اتفق عليه أصحاب هذين القولين (و يدل) عليه بعد الأصل و العمومات الأخبار الصحاح و المعتمدة و مواردنا و إن اختصت بالبيع على المسلم (لكن) القائل بالفصل نادر (و المراد) بالطعام الحنطة و الشعير لأنه معناه شرعا كما نهوا عليه في مواضع منها حل طعام أهل الكتاب و به صرح فخر الدين كما حكى عنه و استجوده بعض المتأخرين اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن و قيل المراد به كل ما أعد للأكل كما هو موضوعه لغة و حكى الشهيد في باب القبض عن المصنف في التحرير أنه الحنطة خاصة و هو محكى عن بعض أهل اللغة و على القول بالمنع مطلقا أو على بعض الوجوه هل يقع البيع باطلا أو يآثم خاصة ببنى على أن النهى في المعاملة يقتضى الفساد أو لا و في المختلف و التنقيح أنه لا يبطل و إنما يآثم و بالبطان صرح ابن أبي عقيل فيما حكى عنه و هو الأصح و من أراد الوقوف على الأخبار في الباب فليلاحظ الوافى في المقام و في باب بيع الشيء بعد شرائه و قبل كيله أو قبضه لكن أخبار الباب على كثرتها مخصوصة بالبيع على من عليه الدين و أخبار بيع الشيء قبل قبضه بعد ضم مطلقها إلى مقيدها و مجملها إلى مبينها ظاهرة في البيع على الغير و قد يتخيل من ذلك أن المسألتين ليستا من واد واحد و ليس كذلك و إن أوهمته بعض الروايات أو احتمال من كلامهم في بعض المقامات و من لحظ كلامهم و أدلتهم في البابين علم اتحاد المسألتين (و هنا فوائد) طفحت بها عباراتهم و قد ذكرها في التنقيح نافية عنها الخلاف (قال الأولى) لم نسمع خلافا بين أصحابنا و غيرهم في جواز بيع الأمانات قبل قبضها لتمام الملك و عدم كونها مضمونة على من هي في يده و كذا المملوك بالإرث إلا أن يكون الموروث ملكه بالشرء و لم يقبضه (قلت) في الاستثناء نظر لأذن انتقاله إلى الوارث بالإرث واسطة بين البيعين و كذلك الحال في الصداق إذا كان المصدق اشتراه و لم يقبضه ثم أصدقه و أرادت المرأة بيعه و مثله عوض الخلع من جانب المرأة المشترية له قبل القبض (و تمام الكلام) في هذه الفروع في المطلب الثانى في الفصل الثانى في التسليم (الثانية) لم نسمع خلافا أيضا بين أصحابنا في جواز بيع ما ملك بغير بيع كالصلح و غيره من العقود قبل قبضه (الثالثة) ظاهر أصحابنا أيضا و يكاد يكون إجماعا أن ما ملك بالبيع يجوز التصرف فيه و نقله قبل قبضه بما عدا البيع من النواقل و التصرفات كالصلح و الإجارة و المزارعة و المساقاة و الكتابة و العتق و الوقف و الرهن و الإصداق و الترويج و الصدقة و الإقراض إلا ما نقل عن المبسوط من منع الإجارة و الكتابة محتجا بأن الإجارة و الكتابة ضرب من البيوع و هو ممنوع (و قال الشهيد) إنه احتج بأن الكتابة بيع العبد من

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧٧

و يجوز بيع بعضه و توليته و تولية بعضه (١) و يجوز أن يسلف فى شىء و يشترط السائغ كالقرض و البيع و الاستسلاف و الرهن و الضمين (٢)

نفسه قالوا (كذا في نسختين) «١» و هو مع تسليمه لا يستلزم المنع لأن العبد ليس مما يكال أو يوزن و إليه يشير كلام المختلف و قد يكون مراد المبسوط أن المكييل و الموزون هل يكتب عليه قبل قبضه كما إذا كان بعضه حرا و قد اشترى طعاما لم يقبضه فكاتبه مولاه على البعض الآخر بالطعام المذكور (الرابعة) لا خلاف أيضا أن غير المكييل و الموزون لا حجر فيه على حال إلا ما نقلناه من منع الشيخ من كتابة العبد (انتهى) و قد سمعت ما في التذكرة عند نقل الأقوال فإنه ذكر الخلاف فيما نفى عنه الخلاف (قوله) (و يجوز بيع بعضه و توليته و تولية بعضه)

كما صرح به في الإرشاد و المختلف و التذكرة و التحرير و موضع من النافع و الشرائع و غيرها و في الشرائع و النافع في موضع آخر منهما نسبتها إلى الرواية و في المهذب البارح أنه لم يعرف عاملا بها و هو غريب و في الكفاية أن المشهور جواز بيعه تولية على من هو عليه و على غيره على كراهية في المكييل و الموزون (انتهى) و لا تغفل عما ذكرناه آنفا من قولنا (وقد) تحصل من هذين القولين إلى آخره (و مما دل) على بيع الجميع تولية صحيح منصور و خبر أبي بصير و خبر معاوية بن وهب و صحيح على بن جعفر و قد تضمن أيضا تولية البعض كموثق سماعة لكن في خبر على بن جعفر جعل محل المنع فيها المرابحة و بينهما واسطة و في المبسوط لا تجوز فيه الشركة و لا التولية لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيع ما لم يقبض و قال من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره هذا إذا كان قبل القبض (انتهى) و هل يصح بالوضعية لمفهوم الصحيحة التي قال فيها إذا ربح لم يصلح حتى يقبض و احتمال ورود الإطلاقات و استثناء التولية خاصة مورد الغلبة لكون الوضعية بالمعاملة نادرة أو لا يصح للخبر الذي قال فيه لا بأس أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع و لزوم الاقتصار فيما خالف إطلاقات المنع على ما تضمنته الرواية (فليتأمل) و يأتي لهذا مزيد تنمة نافعة في المطالب الثاني في التسليم فليلاحظ

(قوله) (و يجوز أن يسلف في شيء و يشترط السائغ كالقرض و البيع و الاستسلاف و الرهن و الضمين)

كما في النافع و التذكرة و الإرشاد و الدروس و نحوه ما في الشرائع و التحرير و في كشف الرموز ما نصه تواترت على هذه المسألة ألفاظ الأصحاب من الثلاثة و سلا و كثير من متابعيهم و ربما صرحوا بعبارة أبين من هذه و صورته لا بأس أن يتناع الإنسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك بالتقدي و النسبية و يشترط أن يسلفه البائع شيئا في مبيع أو يستسلف منه في شيء أو يقرضه شيئا معلوما إلى أجل أو يستقرض منه و البيع صحيح و الوفاء به لازم و ربما يدعى على هذه المسألة الإجماع (انتهى) ثم إنه استطراد مسألة القرض بشرط البيع و نحن قد كتبنا فيها رسالة منفردة استوفينا فيها الكلام و أسبغناه الإسباغ التام و الحكم فيما نحن فيه مما لا ريب فيه لأنه عقد قابل للشرط و قد شرط ما هو سائغ مما لا يوجب جهالة في أحد العوضين فيجب أن يكون جائزا للأصل و لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم و في التذكرة نفى الخلاف عن اشتراط الرهن و الضامن (و الضمان خ ل) و هناك رواية قاصرة السند مجملة الدلالة تضمنت النهي عن سلف و بيع و عن بيعين في بيع واحد و قد قيل إن المراد

(١) هذه حاشية ليست من الأصل.

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧٨

و لو أسلف في غنم و شرط أصواف نعجات معينة صح (١) و لو شرط كون الثوب من غزل امرأة معينة أو الثمرة من نخلة بعينها لم يلزم (٢) البيع أما لو أسند الثمرة إلى ما لا تحيل عادة كالبصرة جاز

[فروع]

إشارة

(فروع)

**[الأول لو أسلم عرضا فى عرض]**

(الأول) لو أسلم عرضا فى عرض موصوف بصفاته فدفعه عند الأجل وجب القبول فلو كان الثمن جارية صغيرة و المثلن كبيرة فجاء الأجل و هى على صفة المثلن وجب القبول و إن كان البائع قد وطئها و لا عقر عليه و إن كان حيلة (٣)

منها النهى عن بيع من طعام حالا بعشرة و سلفا بخمسة و قد مر الكلام فيها  
(قوله) (و لو أسلف فى غنم و شرط أصواف نعجات معينة صح)

كما فى النهاية و التحرير و الدروس و التنقيح و المقتصر و جامع المقاصد و إيضاح النافع و منع منه فى السرائر و الشرائع و النافع و مال إليه أو قال به فى كشف الرموز قال فى السرائر إن جعل فى جملة السلف أصواف النعجات المعينة فلا يجوز السلف فى المعين و بيع الصوف على ظهر الغنم أيضا لا يجوز سواء كان سلفا أو بيوع (بيع خ ل) أعيان و رده فى المختلف بأنه يجوز إذا كان الصوف مشاهدا أو يكون شرطا فى السلم لا جزءا من المبيع و لو فرضناه جزءا لم يكن محالا لأنه يجوز السلف حالا فيمكن أن يكون بعضه كذلك انتهى (و معنى كلامه) الأخير أنه يجوز السلف حالا إذا كان من قصدهما الحلول فيكون قد استعمل لفظ أسلمت مكان بعت و مثل ذلك ما فى جامع المقاصد (و أنت خير) بأن المفروض أنها شرط و لا ريب أن اشتراطها ليس سلما فيها بل شرط فيه خارج عنه و هو جائز كباقي الشروط الجائزة و بيع الصوف على الظهر غير ممنوع و منعه غير مسموع و فى المهذب البارح أن موضوع المسألة أن يكون شرط الأصواف أن يجرز حالا فلو عينها و شرط تأجيل الجز إلى أمد السلف أو شرط أصواف نعجات فى الذمة غير مشاهدة لم يصح قولوا واحدا (انتهى) و كأنه نظر إلى ظاهر ما وقع فيه الخلاف و إلا فالإجماع ممنوع و فى حواشى الشهيد أن التحقيق أنه إن كان شرط الصوف الموجود أو ما يتجدد مقيدا بمدته معينة صح و إن لم يكن موجودا حال الشرط لم يصح و فى إيضاح النافع بعد أن ذكر مثل ما ذكر الشهيد قال و إن شرط الصوف مؤجلا- ففيه نظر و لعل الأقرب الصحة لأن المشروط لا يشترط معرفته و لا حصوله فإنه قد يشترط حمل الأمانة و الشجرة فيكون معناه ما تحمل إن حملت انتهى (و فيه تأمل فليتأمل و تنقيح المسألة) أنه إما أن يشترط جزه فى الحال أو يطلق أو يؤجل الجز إلى أجل فى الأولين لا ينبغى الربح فى الجواز مع مشاهدة الصوف و فى الثانى فلا يخلو إما أن يشترط دخول المتجدد أو لا و فى الأول لا مانع من الصحة لأنه شرط مضبوط (و قد) جوز جماعة مثل ذلك فى الصوف و اللبن استقلالاً و فى الثانى يبنى على جواز التأجيل و جواز اختلاط مال البائع بالمبيع و كلاهما لا مانع منهما

(قوله) (و لو شرط كون الثوب من غزل امرأة معينة أو الثمرة من نخلة بعينها لم يلزم)

لخروجه عن حقيقة السلم لأنه ابتياع مضمون كلى فى الذمة لا يتشخص إلا بقبض المشتري و قد صرح بذلك فى المبسوط وغيره و قد تقدم الكلام فى ذلك مستوفى لا مزيد عليه عند الكلام على الشرط السابع و أسبغنا الكلام فيما أشكل على بعض الأعلام

(قوله) (لو أسلم عرضا فى عرض موصوف بصفاته فدفعه عند الأجل وجب القبول فلو كان الثمن جارية صغيرة و المثلن كبيرة فجاء الأجل و هى على صفة المثلن وجب القبول و إن كان البائع قد وطئها و لا عقر عليه و إن كان حيلة)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٧٩

**[الثانى فى الاختلاف]**

إشارة

(الثانى) لو اختلفا



## [لو اختلفا في المسلم فيه]

في المسلم فيه فقال أحدهما في حنطة و الآخر في شعير تحالفا و انفسخ العقد (١) و لو اختلفا في اشتراط الأجل فالأقرب أن القول قول مدعيه إن كان العقد بلفظ السلم على إشكال و على قولنا بصحة الحال فالإشكال أقوى (٢)

كما صرح بذلك في التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و قد أشار إليه الشيخ في المبسوط و الخلاف و الوجه في أنه لا عقر عليه أنه وطاء في ملكك و منع بعض الشافعية من إسلاف الصغيرة في الكبيرة لأنها قد تكبر في المحل و هي بالصفة المشترطة فيسلمها بعد أن يطأها فتكون في معنى استقراض الجوارى قال في التذكرة و هو غلط لأن الشيتين إذا اتفقا في إفادة معنى ما لم يلزم اتحادهما على أنا نمنع حكم الأصل فإن استقراض الجوارى جائز عندنا و قوله و إن كان حيلة معناه و إن قصد بهذا العقد الحيلة لحل الوطى ثم استعادها خلافا لأحمد و قول بعض العامة أنه يلزم أن يتحد العوض و المعوض باطل فإنه في وقت العقد لا اتحاد و المعتبر الاختلاف حينئذ و أيضا المدفوع غير ما في الذمة و إن كان من أفراده كما نبه على ذلك في التذكرة و جامع المقاصد و العرض بفتح العين المهملة و إسكان الراء كما نص عليه في كتب الفقه و اللغة

(قوله) (لو اختلفا في المسلم فيه فقال أحدهما في حنطة و الآخر في شعير تحالفا و انفسخ العقد)

لأن كلا منهما مدع و منكر فيقدم قول المنكر مع يمينه في الدعويين

(قوله) (و لو اختلفا في اشتراط الأجل فالأقرب أن القول قول مدعيه إن كان العقد بلفظ السلم على إشكال و على قولنا بصحة الحال فالإشكال أقوى)

و بمثل ذلك من دون تفاوت أصلا عبر في التذكرة و في المبسوط إذا اختلفا في قدر المبيع أو قدر رأس المال و هو الثمن أو في الأجل أو قدره كان القول قول البائع مع يمينه إلا في المثلث (إلى آخره) فقد جعل القول قول البائع عند الاختلاف في الأجل «فتأمل» و قد جعل منشأ الإشكاليين في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد من جواز استعماله في البيع و أصالة عدم الأجل و من أصالة الحقيقة و جعل وجه القوة في الأخير عدم الأجل و في الإيضاح أن منشأ الإشكال في الأول أصالة عدم الاشتراط و النظر إلى حقيقة اللفظ و تقديم قول مدعي الصحة مطلقا يعني سواء ادعى زيادة أم لا و الزيادة هي التعيين للأجل و عدم تقديم قوله إن اشتمل على زائد و جعل وجه القوة في الثاني أن الصحة و صرف اللفظ إلى حقيقته يكون أولى قال و أصالة عدم الاشتراط أقوى هنا لأنه كاف في قرينة صرف اللفظ إلى مجازه فعدم قول مدعيه هنا أرجح فالإشكال أي عدم الترجيح في الطرف الآخر أقوى و في جامع المقاصد أن وجه القرب أنه لو كان بلفظ البيع لكان القول قول المنكر للأجل إذ لا يلزم منه فساد العقد و الأصل عدم ذكره و أن منشأ الإشكال في الأول من تعارض الأصليين فإن الأصل عدم ذكر الأجل و الأصل براءة الذمة منه و الأصل في العقد الصحة ثم إنه قال و نعم ما قال لا ريب في ترجيح قول مدعي الأجل لأن مآل دعوتهما في الحقيقة إلى أن الشرط المعتبر في العقد هل ذكر أم لا فلا يكون الاختلاف إلا في صحة العقد و فساده لما علمت من أنه على تقدير عدم ذكر الأجل لا يبيع أصلا لأنه على تقدير تجريد العقد بلفظ السلم عن ذكر الأجل يجب التصريح بالحلول و إلا كان فاسدا كما سبق و أيضا فإن استعمال السلم في البيع المجرد مجاز و الأصل عدمه (قلت) استدلاله بأصل براءة الذمة من الأجل كأنه لا حاجة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨٠

.....

إليه كما أن هناك أصولا آخر كأصل براءة الذمة من وجوب الدفع و أصل إباحة التصرف فيما دفعه ثمنا ثم إنه قال إن الإشكال ينافي

الأقرب لأن التردد ينافى الترجيح ثم إنه احتمال تنزيل العبارة على أن المراد على أن الأقرب أن الإشكال فى تقديم قول مدعيه إذا كان العقد بلفظ السلم (و فيه) على بعده أن ذلك يؤذن بمجىء احتمال و إشكال فيما إذا وقع العقد بلفظ البيع و ليس كذلك إذ لا ريب حينئذ فى أن مدعى الأجل هو المدعى ثم قال و العبارة لا تخلو من شىء (قلت) الأقرب لا ينافى الإشكال الضعيف كما فهمه السيد الشارح كما يأتى ثم فسر قول المصنف و على قولنا بصحة الحال فالإشكال أقوى بما أشار إليه ولد المصنف لابن أخته قال أى و على قولنا بصحة السلم فالإشكال فى أن القول قول مدعى الأجل حيث يكون العقد بلفظ السلم أقوى فيكون عدم ترجيح قوله أقوى من ترجيحه لأن الإشكال إذا كان فى جانب أقوى فهو فى مقابله أضعف و ما ضعف فيه الإشكال قوى فيه الحكم فيكون الإشكال جاريا فى المسألة مطلقا سواء قلنا بأن السلم يصح حالا أم لا و فى أحد الشقين الإشكال أقوى أعنى إذا قلنا بصحته حالا و إنما كان كذلك لأن صحة السلم حالا لا تقتضى فساد العقد بدون الأجل فلا يلزم من نفي الأجل الفساد (و لك أن تقول) إن صحة العقد مع عدم الأجل مشروطة بالتصريح بالحلول إذا كان بلفظ السلم و الأصل عدمه مع ما يلزم من ارتكاب المجاز فى حمل لفظ السلم على البيع المجرد فلا يتم ما ذكره المصنف من كون الإشكال آتيا على القول بصحة الحال كما يأتى على القول بالعدم (قلت) شرط صحة العقد مع عدم الأجل بالتصريح بالحلول ليست إجماعية و كلام المصنف و القوم مختلف فى كما بيناه فيما سلف (ثم قال) و اعلم أن ولد المصنف وجه كلام المصنف فى كون عدم الاشتراط أقوى على تقدير القول بصحة الحلول بأن عدم الاشتراط قرينه فى صرف اللفظ إلى مجازه و ليس بشىء أما أولا فلأن ذلك مصحح للتجاوز و لا يعد ذلك قرينه لارتكاب المجاز و أما ثانيا فلأنه قد سبق فى كلام المصنف ما يدل على أنه إذا أتى بلفظ السلم و لم يصرح بالحلول و لا ضبط الأجل يبطل العقد فكيف يستقيم ما ذكره و أما ثالثا فإنهما لم يتفقا على تجريد العقد عن ذكر الأجل حتى يعد ذلك قرينه و كيف يعد الأمر المختلف فى وقوعه بين المتعاقدين قرينه على صرف اللفظ إلى ما يوافق دعوى الآخر (قلت) قد سمعت عبارة الإيضاح فعلل الضمير عائد إلى الأصل لا إلى عدم الاشتراط و حينئذ يندفع عنه الإيراد الأول و الثالث (فليتأمل) و ذهب جماعة منهم المصنف رحمه الله فى ظاهر المختلف و الشهيدان أنه لو أطلق العقد حمل على الحلول و استجوده المعترض فى جامع المقاصد و قال جماعة منهم الفخر فى الإيضاح و الشارح المحقق فى جامع المقاصد أنه يجوز البيع بلفظ السلم مع التلطف بالحلول أو القصد إليه أو القرينة الدالة عليه كتعمد ترك الأجل فجعلوا ترك الأجل قرينه (فتأمل) ثم قال و اعلم أيضا أن السيد الشارح حمل عبارة المصنف على أن قول مدعى الأجل مقدم بناء على عدم صحة السلف إلا مؤجلا لاعتضاد جانبه مع أصالة صحة العقد بأن الأصل الحمل على الحقيقة فيكون الإشكال فيه ضعيفا فأما إذا قلنا بصحته حالا فقد وقع التعارض فيكون الإشكال فيه أقوى لقوة كل من الطرفين ثم قال و ما ذكره مدفوع فإن الاعتضاد الذى يوجب حمل اللفظ على حقيقته موجود على هذا التقدير أيضا لأن الحلول فى السلم خلاف الحقيقة و مع ذلك إذا جرد العقد بلفظ السلم عن الأجل و الحلول كان باطلا و أيضا فإن نظم العبارة يساعد ما ذكره الشارح ولد المصنف من أن الترجيح على تقدير الحلول لأن الإشكال إذا كان فى جانب أقوى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨١

[أما لو اختلفا فى الزيادة]

أما لو اختلفا فى الزيادة فالقول قول نافيها (١) و لو اختلفا فى الحلول فالقول قول المسلم إليه لأنه منكر (٢) و لو اختلفا فى أداء المسلم فيه فالقول قول المنكر و لو اختلفا فى قبض الثمن فالقول قول البائع و إن تفرقا لأنه منكر (٣)

كان فى مقابله أضعف و لأن تفريع الحكم بكون الإشكال أقوى قد فرعه على جواز السلم حالا و هو يقتضى رفع المانع من الصحة إذا ترك الأجل و إنما يتم ذلك إذا لم يقتض لفظ السلم التأجيل أيضا و حينئذ فلا مانع أصلا من تقديم قول نافي الأجل و قد عهد من

المصنف التعبير بقوة الإشكال فيما إذا كان أحد الطرفين أرجح كما في قوله ونية الاستباحة أقوى إشكالا في أول الكتاب ثم (قال) و اعلم أن قول المصنف فلو اختلفا فإن رجح ضميره إلى المسلم والمسلم إليه لم يكن للاختلاف توجيه فإنهما إنما يكونان كذلك إذا لم يبعه أحدهما من نفسه ولا مرجع له سوى ذلك (قلت) ما اعترض به أولا على السيد الشارح مدفوع لأن التعارض واقع كما ذكر لأنه قد تعارض أصل الحمل على الحقيقة وأصل عدم الاشتراط وأصالة صحة العقد لا تعضد واحدا منهما ولا يعضدها لأنها جارية معهما ولعل السيد الشارح ممن لا يقول بالبطلان إذا جرد العقد بلفظ السلم عن الحلول كما هو ظاهر المختلف و صريح جماعة كما تقدم و نظم العبارة لا يأبى تنزيل السيد و ليس للمصنف طريقة معهودة في التعبير بقوة الإشكال بحيث يستشهد بها أو يستند إليها والغرض أنه يمكن توجيه كلام هذين الفاضلين و ليس كلامهما بتلك المكانة من الخطأ حتى يقال إنه ليس بشيء و المعصوم من عصمه الله تعالى

(قوله رحمه الله) (أما لو اختلفا في الزيادة فالقول قول نافيها)

يعنى لو اختلفا في قدر المسلم فيه أو في قدر رأس المال أو قدر الأجل قدم قول منكر الزيادة في ذلك مع اليمين والحكم مما لا ريب فيه و قد نبه عليه في المبسوط والخلاف وغيرهما قال في المبسوط إذا اختلفا في قدر المبيع أو قدر رأس المال و هو الثمن أو في الأجل أو قدره كان القول قول البائع مع يمينه إلا في الثمن كما سمعته آنفا (قوله) (و لو اختلفا في الحلول فالقول قول المسلم إليه لأنه منكر)

كما صرح بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير وغيرهما قال في المبسوط وهذا الاختلاف يصح إذا اختلفا في وقت العقد و اتفقا على أن الأجل ثلاثة أشهر و اختلفا في وقت العقد فقال المشتري عقدنا السلم في أول رجب و استحق في أول شوال و قال البائع عقدناه في أول شعبان و تستحقه في أول ذى الحجة (١) فإذا كان كذلك حلف البائع لما قلناه «انتهى» و قد قيدت بذلك عبارة الكتاب في حواشى الشهيد و جامع المقاصد و الحاصل أنهما اتفقا على مقدار الأجل و اختلفا في مبدئه و لو اختلفا في مقداره لكان القول قول نافي الزيادة كما علم من المسألة التي قبلها

(قوله رحمه الله) (و لو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البائع و إن تفرقا لأنه منكر)

كما في التذكرة والتحرير و جامع المقاصد و المسالك و ذلك لأن البائع منكر لقبض ماله الذي هو الثمن الثابت عند السلم لأنهما اتفقا على صحة العقد و اختلفا في طرو المفسد و حيث كان الأصل عدم القبض كان المقتضى للفساد قائما و هو التفرق قبل القبض فلا يقدح فساد العقد به حيث إنه مترتب على ما هو الأصل مع تحقق الصحة سابقا و ليس هذا من باب الاختلاف في وقوع العقد صحيحا أو

(١) الظاهر ذى القعدة كما هو واضح (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨٢

#### [أما لو اختلفا بعد اتفاقهما]

أما لو اختلفا بعد اتفاقهما على القبض في وقوعه قبل التفرق أو بعده قدم قول مدعى الصحة (١) و كذا لو أقاما بينة لأنها تضم إلى الصحة الإثبات (٢) و لو قال البائع قبضته ثم رددته إليك قبل قدم قوله رعاية للصحة (٣)

فاسدا و مثله ما لو اختلفا في قبض أحد عوضى الصرف قبل التفرق أما لو اختلفا بعد الاتفاق على القبض في كونه وقع قبل التفرق أو بعده فإن القول قول مدعى الصحة لا لدعوى الصحة فقط بل لأن الأصل عدم طرو المفسد و أصالة عدم التقدم في القبض معارضة

بأصالة عدم التقدم فى التفرق كما بين ذلك فى جامع المقاصد و المسالك

(قوله) (أما لو اختلفا بعد اتفاقهما على القبض فى وقوعه قبل التفرق أو بعده قدم قول مدعى الصحة)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و قد أشرنا آنفا إلى الوجه فى ذلك و قلنا إنما قدم مدعى الصحة مع أنها معارضة بأصالة عدم القبض قبل التفرق لأن هذا الأصل معارض بأصل عدم التفرق قبل القبض المتفق على وقوعه فيتساقط الأصلان و يحكم باستمرار العقد و لا نزاع بينهما فى أصل الصحة و إنما النزاع فى طرو المفسد و الأصل عدمه و كان مولانا الأردبيلي متأمل فى ذلك

(قوله) (و كذا لو أقاما بينة لأنها تضم إلى الصحة الإثبات)

كما فى المبسوط و التحرير و جامع المقاصد لقوة جانبه بدعوى أصالة عدم طرو المفسد و لكون دعواه مثبتة و الأخرى نافية و بينة الإثبات مقدمة و نسبه فى التذكرة إلى بعض الشافعية و قال إنه غير جيد و عزاه فى الدروس إلى القليل و رجح فيه أنه يبنى على ترجيح الداخل أو الخارج و قد وافقه على ذلك صاحب المسالك فإن قدمنا بينة الداخل فهو هنا مدعى الصحة و إن رجحنا بينة الخارج فالقول قول مدعى البطلان كما فى الحواشى المنسوبة إلى الشهيد و فى جامع المقاصد لو قالت الأخرى ضبطنا حالهما من حين العقد إلى الآن و قطعنا بعدم حصول الإقباض فالظاهر أن الترجيح للجانب الآخر لأن ذلك مما لا ينضبط لجواز حصول الحوالة و لو من الوكيل و نحو ذلك

(قوله) (و لو قال البائع قبضته ثم رددته إليك قبل التفرق قدم قوله رعاية للصحة)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الدروس و التذكرة على تأمل له فيه و فى جامع المقاصد قد يقال هذا محل إشكال نظرا إلى أن أصالة الصحة معارضة بأصالة عدم حصول القبض إلا أن يقال مع تعارضهما يحصل الشك فى طرو المفسد و الأصل عدمه أو يقال المقتضى للفساد مشكوك فيه إذ لا يعلم أن التفرق كان قبل القبض و الأصل عدمه فيتمسك بأصل الصحة (انتهى) و فى المسألة شىء و هو أن دعوى البائع الرد غير مقبولة كظواهرها إذ لا دخل له فى الصحة و إنما قدم قوله فى أصل القبض مراعاة لجانبها و حينئذ فمع قبول قوله هل له مطالبته المشتري بالثمن يحتمل عدمه لعدم قبول قوله فى الرد مع اعترافه بحصول القبض و يحتمل جواز المطالبة لاتفاق المتبايعين على بقاء الثمن عند المشتري الآن فإذا قدم قول البائع فى صحة العقد ألزم المشتري بالثمن (و يشكل) بأن المشتري حينئذ لا يعترف باستحقاق الثمن فى ذمته لدعواه فساد البيع فلا يبقى إلا دعوى البائع و هى مشتملة على الاعتراف بالقبض و دعوى الرد و هى غير مقبولة فى الثانية و قد نبه على ذلك فى المسالك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨٣

### [الثالث يجب قبول المثل وقت الحلول]

(الثالث) يجب قبول المثل وقت الحلول أو الإبراء فإن امتنع قبضه الحاكم إن سأله البائع (١) و لو دفع أكثر لم يجب القبول بخلاف الأجود (٢) و لو دفع من غير الجنس جاز مع التراضى و كذا يجوز لو دفع بعضه أو أردى قبل الأجل و إن شرط التعجيل (٣) و لو دفعة قبل الأجل لم يجب القبول سواء تعلق بالبائع غرض كتخليص الرهن أو الضامن أو خوف الانقطاع فى المحل أو لم يكن غرض سوى البراءة و سواء كان للممتنع غرض بأن كان فى زمن نهب أو كانت دابة يحذر من علفها أو لم يكن

و استوجه عدم قبول قوله فى الرد

(قوله) (الثالث يجب قبول المثل وقت الحلول أو الإبراء فإن امتنع قبضه الحاكم إن سأله البائع)

كما نص على ذلك كله فى الشرائع و لم يذكر سؤال البائع شرطا فى قبض الحاكم فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس بل

اقتصر فيهما على قولهم إن امتنع قبضه الحاكم و فى النهاية أنه إن امتنع من قبض الثمن و المبيع بعد حلوله فهلك كان من مال الممتنع و لم يتعرض للحاكم أصلا و هو خيرة المفيد و سلالر و ابن حمزة و القاضى على ما حكى و يناسبه كلام التقي و هو خيرة المحقق فى النافع و خصص فى المشهور كما فى الحدائق بصورة عدم التمكّن من الحاكم و قد عرفت أنه خيرة المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس كما سمعت و المختلف و الإرشاد و اللمعة و الروضة و الكفاية و غيرها اقتصارا فيما خالف الأصل الدال على عدم التعيين إلا بقبض المشتري أو قبض من بحكمه على محل الوفاق و التفاتا إلى اندفاع الضرر بالدفع إلى الحاكم بعد امتناع المشتري فلو قصر كان كالمفرط و قال فى جامع المقاصد قيل إنما يقبضه الحاكم بالشرط إذا أجبر المسلم على القبض و لم يقبض (ثم استظهر) أن له أن يقبضه و إن لم يجبره على قبضه إذا امتنع و أنه لو لم يسأله البائع لا يجب عليه قبضه و أنه يجوز له ذلك و إن لم يسأله لأنه نائب مناب المالك و هل له إجباره على القبض و إن لم يسأله المالك الظاهر أنه ليس له ذلك لأن يد البائع يد رضى بها المشتري و لم يصدر منه ما ينافيه و قد تقدم عند شرح قوله و يجب أن يدفع الموصوف ما له نفع تام فى المقام (و تمام الكلام) يأتيك مستوفى فى أواخر باب القرض عند شرح قوله لا يجب دفع المؤجل سواء كان دينا أو ثمنا و هذه الأحكام يذكرها الأصحاب فى باب النسيئة و باب السلم و باب القرض (انتهى) و إن تعذر الحاكم يخلى بينه و بينه و يبرأ و إن تلف و كذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يمكن إلزامه بالقبض كما نص على ذلك فى المسالك تبعا لجامع المقاصد و قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين ما إذا كان فى قبضه ضرر أم لا و قد تقدم الكلام فى ذلك و قد قيل إن التعبير بالمثل غير جيد بل حقه أن يقول يجب قبول المسلم فيه و أجاب فى جامع المقاصد بأن هذا أحسن لأن المسلم فيه أمر كلى لا يمكن تسليمه إنما يسلم ما يطابقه فى الأوصاف من الأمور الجزئية (و يمكن أن يقال) إن المراد أنه يجب قبوله وقت الحلول أو وقت الإبراء من الجانبين فإن إبراء أحدهما الآخر لا يوجب سقوط حقه من الأجل ما لم يسقطه

(قوله) (و لو دفع الأكثر لم يجب القبول بخلاف الأجود)

قد تقدم الكلام فيه مستوفى و نقلنا خلاف أبى على و دليله عند الكلام على البحث الثانى فى الأحكام

(قوله قدس سره) (و لو دفع من غير الجنس جاز مع التراضى و كذا يجوز لو دفع بعضه أو أردى قبل الأجل و إن شرط التعجيل)

إذا دفع من غير الجنس كما إذا باع تمرا فدفع زيبا لم يجب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨٤

و لو أسلم نصرانى إلى نصرانى فى خمر فأسلم أحدهما قبل القبض بطل و للمشتري أخذ دراهمه (١) و يحتمل السقوط (٢) و القيمة عند مستحليه (٣)

على المشتري قبوله إجماعا لأنه غير ما شرطه فإن تراضيا عليه جاز للأصل (و يؤيده) ما رواه العيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطة حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دوابا و رقيقا أو متاعا يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه قال نعم (الحديث) و لعل هذا إنما يصح على القول بأن المسلم فيه يصح بيعه قبل قبضه بعد حلول الأجل (فتأمل) و كذا يجوز مع التراضى لو دفع بعض المثل أى بعض المسلم فيه عن جميعه و إن شرط فى هذا الدفع التعجيل بإسقاط باقى الأجل و كذا الحكم فيما إذا دفع أردى منه قبل الأجل و إن شرط فى دفعه التعجيل المذكور إذ لا يتخيل بسبب ذلك حصول مانع و لو دفعه كذلك من غير شرط و تراضيا عليه فلا إشكال فى الصحة لأنه نوع إسقاط لما وجب له (و لما رواه) أبو بصير عن الصادق عليه السلام و ليس المراد من قوله و إن شرط التعجيل اشتراط ذلك فى العقد إذ ليس هو بصدد ذكر شروطه و لأن اشتراط ذلك فى العقد لا يجوز لأنه يلزم تعدد المبيع إلى أجلين فيكون كالبيع بثمنين إلى أجلين و قد تقدم عند شرح قوله و يجب أن يدفع الموصوف إلى آخره ما له نفع فى المقام لتعرف أن الحكيمين مجمع عليهما

(قوله) (و لو أسلم نصرانى إلى نصرانى فى خمر فأسلم أحدهما قبل القبض بطل و للمشتري أخذ دراهمه)

كما فى التحرير و الدروس و جامع المقاصد سواء كان المسلم المشتري أو البائع لأنه بإسلام أحدهما تعذر المسلم فيه و خرج عن صلاحية تعلق المعاوضة به فى نظر الشارع فامتنع بقاء صحتها حيث لم يحصل القبض المقتضى لثباتها (قوله) (و يحتمل السقوط)

أى سقوط المسلم فيه لا إلى بدل لأنه بالسلم ملك الخمر فى ذمته و الإسلام يسقط من ذمة المسلم الخمر و يخرج عن ملكه كما فى الإيضاح و ظاهره قصره على ما إذا كان المسلم هو المسلم إليه و وجهه فيما إذا كان هو المسلف أنه هو الذى فوت على نفسه مالية الخمر بإسلامه و قد انعقد السلم صحيحا فلا شىء له و ليس بشىء لأنه لا دليل على بقاء معاوضة قد امتنع حصول أخذ عوضها و الإسلام إنما منع من أخذ الخمر فحسب و نقل الشهيد عن السيد العميد أنه قال هذا الاحتمال ضعيف (قوله) (و القيمة عند مستحليه)

هذا هو الاحتمال الثالث و عن السيد عميد الدين أنه مكافئ للأول لأن إسلام المسلم إليه بمنزلة الإلتلاف للخمر على الكافر المسلف فيضمن القيمة عند مستحليه (و فيه) على أنه قياس إن لم يتلف شيئا و لا تسبب فى الإلتلاف و إنما إسلام المسلم سبب لامتناع التصرف فى الخمر و ذلك لا يعد إلتافا و نقل فى الإيضاح عن والده أنه قال هذا الوجه أعنى الثالث إنما هو فيما إذا أسلم من عليه لا من هو له لأن وجوب القيمة له تابع لوجوب الأصل و يحتمل مطلقا كالمهر أى إذا أسلم أحد الزوجين ثبتت قيمة الخمر عند مستحليه ثم قال إنه قال و الصحيح الأول و هو انحصاره فيما إذا أسلم من هو عليه أما لو أسلم من هو له سقط أى الخمر و القيمة معا و سيأتى فى باب القرض أنه لو أفرضه خمرا أو خنزيرا ثم أسلم أحدهما أو أسلما سقط الخمر لأنه مثلى و أخذ قيمة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨٥

#### [الرابع إذا أقبضه و برئ المسلم إليه]

(الرابع) إذا أقبضه و برئ المسلم إليه فإن وجده معيبا فرده زال ملكه عنه و عاد حقه إلى الذمة سليما (١) و لو وجد بالثمن عيبا فإن كان من غير الجنس (٢) بطل إن تفرقا قبل التعويض أو كان معينا و إن كان من الجنس رجع بالأرش و له البدل مع عدم التعيين و إن تفرقا على إشكال و إن تعين تخير بين الأرش و الرد فيبطل السلم و لو كان الثمن مستحقا فإن كان معين بطل و إلا بطل إن تفرقا قبل قبض عوضه

#### [الخامس لو أسلم فى شيئين صفقة بثمان واحد صح]

(الخامس) لو أسلم فى شيئين صفقة بثمان واحد صح تخالفا أو تماثلا و لو شرط الأداء فى أوقات متفرقة صح إن عين ما يؤديه فى كل وقت و إلا فلا و لو شرط رهنا أو ضمينا ثم تفاسخا أو رد الثمن لعب بطل الرهن و برئ الضمين و لو صالحه بعد الحلول على مال آخر عن مال المسلم سقط الرهن لتعلقه بعوض مال الصلح لا به

#### الخنزير

(قوله) (الرابع إذا أقبضه تعين و برئ المسلم إليه فإن وجده معيبا فرده زال ملكه عنه و عاد حقه إلى الذمة سليما)

كما فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و هو معنى قوله فى المبسوط فإن رده فقد انفسخ القبض الذى تعين و عاد السلم إلى الذمة كما كان و لزمه دفعه على صفته من غير عيب و قضية كلامهم هذا أنه يملك المدفوع ملكا مترنزا لمكان العيب فإذا علم به كان له فسخ ملكيته و المطالبة بالتسليم كما صرح بذلك المحقق الثانى و الشهيد الثانى حيث ردا على الشهيد حيث اعترض فى حواشيه على

الكتاب على العبارة و نحوها بأن زوال ملكه عند رده إنما يكون بعد ثبوته و المعيب ليس المسلم فلا ينتقل عن المسلم إليه و إن عود الحق إنما يكون بعد زواله و هو مستلزم لأحد محذورين إما الحكم بالشىء مع وجود نقيضه أو إثبات الحقيقة من دون لوازمها و ذلك أن الحكم بالبراءة إن كان صادقاً لزم الأول و إلزام الثاني (انتهى) و قد يشهد له عدم حكمهم بالأرض لأنه لم يتعين للحق بل وقع عوضاً عن الحق الكلى فلو كان مملوكاً له ملكاً متزلاً لكان مخيراً بين الرضا به مجاناً أو مع الأرض و رده و المطالبة بالسليم كما هو الشأن فى كل مبيع معين معيب (فتأمل) و قد تقدم فى الصرف ما له نفع تام فى المقام و تظهر الفائدة فى النماء المنفصل المتجدد بين القبض و الرد فإنه على ما يفهم من الجماعة يكون للقبض و على كلام الشهيد للمالك لأنه أجاب عن إيرادهم بأن الزوال و العود مبنيان على الظاهر حيث كان المدفوع من جنس الحق و صالحاً لأن يكون من جملة أفرادها قبل العلم بالعيب فإذا علم بالعيب زال ذلك الملك الذى حصل ظاهراً و إن لم يحصل واقعا فصح إطلاق العود و الزوال بهذا الاعتبار و لم يذكر فى التذكرة و الدروس إلا أن له الرد و المطالبة بالسليم و نحوهما ما فى مجمع البرهان و لعل قوله فى التذكرة انفسخ القبض و كان له المطالبة (إلخ) يوافق ما فى الكتاب (فتأمل) و فى المبسوط و الخلاف و التذكرة أنه إن حدث به عيب قبل الرد لم يكن له أن يرد و يرجع بأرش العيب (و الوجه فيه) أنه لما طرأ العيب تعين قبوله و صار كالمبيع المعين إذا كان معيياً و إن كان قبله غير معين بل أمر كلى و هذا قد يلوح منه ما يفهم من إطلاق عباراتهم فيكون ثمره أخرى فى المسألة كما ظن و قد يقول الشهيد بجواز رده هنا أيضاً لعدم تعيينه ابتداءً و العيب الطارى أقصاه أن يلزمه بأرشه و لا دليل على تعيينه به و قد نقل ذلك قولاً فى المسألة (فتأمل) لكنه فى الخلاف نقل الإجماع على أنه ليس له الرد

(قوله) (و لو وجد بالثمن عيباً فإن كان من غير الجنس إلخ)

قد تقدم مثل هذا فى فصل الصرف فى آخر الفرع الأول من فروع الفصل المذكور و استوفينا فيه الكلام بتوفيق الله تعالى و الحمد لله كما هو أهله و صلى الله على محمد و آله الطاهرين  
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨٦

### [الفصل الثانى فى المراجعة و توابعها]

#### إشارة

(الفصل الثانى فى المراجعة و توابعها)

#### [المراجعة هى البيع]

المراجعة هى البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه (١) و إيجابها كالبيع و يزيد بربح كذا (٢) و يجب العلم برأس المال و الربح (٣) و لو قال بعتك بما اشتريت و ربح كذا و لم يعلم قدر الثمن لم يصح و كذا لو علم قدر رأس المال و جهلا الربح

[بسم الله الرحمن الرحيم] الحمد لله كما هو أهله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين و رضى الله عن علمائنا و مشايخنا أجمعين و عن رواتنا المقتنين آثار الأئمة الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين (و بعد) فهذا هو الجزء الرابع من مفتاح الكرامة على قواعد العلامة أعلى الله سبحانه مقامه من كتاب التجارة فإنه برز منه فى التجارة ثلاثة مجلدات و هذا الرابع نسأل الله سبحانه إتمامه و هو تصنيف الأقل محمد الجواد الحسينى الحسنى العاملى عامله الله بلطفه و بفضله و إحسانه و حشره مع محمد و آله صلى الله عليه و آله و سلم قال المصنف آية الله العلامة

الفصل الثانى فى المرابحة و توابعها (قوله) (المرابحة هى البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه)

قد تقدم فى المقصد الرابع فى أنواع البيع أن أنواعه المشهورة عشرة و أن الشهيد رقاها إلى نيف و ثلاثين و قد بسطنا الكلام فى ذلك فليرجع إليه من أراد الوقوف عليه و هى تقتضى فعلا من الجانبين لأنها مفاعلة لكن لما توقف العقد على الرضا منهما كان كل منهما فاعلا للربح و إن اقتص به أحدهما فتأمل

(قوله قدس سره) (و إيجابها كالبيع و يزيد بربح كذا)

و لها عبارات ستسمعها

(قوله) (و يجب العلم برأس المال و الربح)

كما فى المبسوط و الوسيلة و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و قد قيل إن مرادهم أنه يجب علم المتعاقدين بهما حالة المبيع فلا يكفى علم أحدهما و لا تجدد علمهما بعد العقد و إن اقتضاه الحساب المنضبط كما لو علما بالثمن و جعل ربح كل عشرة درهما و الحال أنهما لا يعلمان ما يتحصل من المجموع حالة البيع كما صرح بذلك فى المختلف و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و هو كذلك بالنسبة إلى رأس المال فلو كان المشتري جاهلا به بطل البيع إجماعا حكاها فى التذكرة و قال و كذا لو كان البائع جاهلا برأس المال و المشتري عالم به أو كانا جاهلين (انتهى) و كذلك يبطل لو علما قدر رأس المال و جهلا الربح مثل أن يقول رأس المال كذا و الربح ما نتفق عليه كما نص عليه فى المبسوط و أما البطلان فيما إذا جهل الربح كما لو علما نسبة أبعاضه إلى أبعاض الثمن كربح درهم فى كل عشرة و لم يعلما جملته حالة البيع فمحل نظر لأنه و إن كان مجهول الجملة لكنه معلوم عند التفصيل (و قد) احتمل الصحة فى المختلف و علل الكراهة فى هذا النوع فى التذكرة بأنه قد لا يعلم قدر الثمن حالة البيع و يحتاج فى معرفته إلى الحساب و هذا منه اختيار الصحة كما إذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم و هى مجهولة الجملة إلا أن تقول إن المصنف فيما سلف و جماعة قد حكموا ببطلان هذه الصورة إلا إذا علما قدرها لكن المصنف جوز ما إذا قال بعتك هذه السلعة بأربعة إلا ما يخص واحدا إذا علماه بالجبر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨٧

و يجب ذكر الصرف و الوزن مع الاختلاف (١) و يكره نسبة الربح إلى المال فيقول رأس مالى مائة و بعتك بربح كل عشرة واحدا (٢) فإن قال فالثمن مائة و عشر بل ينبغى أن يقول رأس مالى مائة و بعتك بما اشترت و ربح عشرة

و المقابلة إلى غير ذلك مما يشبه ذلك و هو عقد فيجب الوفاء به و لم يرق إجماع على اشتراط العلم بالمعنى المذكور و قد سمعت ما ذكره فى المبسوط فى صورة جهل الربح و قد خلت عن اعتبار العلم بالمعنى المذكور جملة من العبارات كعبارة المقنعة و المراسم و الغنية و السرائر و غيرها بل الخمسة المذكورة قد خلت عن التصريح باعتبار العلم به مطلقا لكنه مراد منها قطعا لا بالمعنى المذكور (فليتأمل جيدا) إذ ليس هو من قبيل ما إذا باعه بشيء ثم بينه بعد العقد

(قوله) (و يجب ذكر الصرف و الوزن مع الاختلاف)

هذا أحسن من عبارة الشرائع و نحوها حيث قالوا لا بد من ذكر الصرف و الوزن من دون تقييد بمعية الاختلاف و بالقيود المذكور يعتذر عن عبارة المبسوط و نحوها مما لم يتعرض فيه لهذا الشرط لأنه إنما يجب ذكرهما إذا تعددت النقود و اختلف صرفها و وزنها بأن كان صرف بعض الدنانير عشرة دراهم و بعضها أكثر و كذا الوزن أما لو اتحد النقد لم يفتقر إلى أحدهما و قد يراد على بعد صرف الثمن و وزن المبيع (و يمكن) أن يراد أنه يجب الجمع بين ذكر صرف الدراهم مع الوزن إن فرض الاختلاف بأن يكون صرف الدراهم مختلفا و وزن أنواعه واحد فإن ذكر الصرف حينئذ لا يغنى عن ذكر الوزن و يمكن حصول هذا الفرض فى الذهب و لا يجب الإخبار عن البائع و إن كان ولده أو غلامه الحر و كأنه مما لا خلاف فيه إلا إذا كان حيلة فيه خلاف يأتى بيانه



(قوله) (و تكرر نسبة الربح إلى المال فيقول رأس مالى مائة و بعتك بربح كل عشرة واحدا)

يأجمع الفرق فإنهم لا يختلفون في ذلك كما في الخلاف و عند علمائنا كما في التذكرة و هو الصحيح من المذهب كما في السرائر و هو خيرة المبسوط و الغنية و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و المختلف و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و الدروس و حواشى القواعد للشهيد و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و المسالك و المفاتيح و غيرها و في الرياض أن عليه عامه المتأخرين خلافا للمقتنع و النهاية و المراسم ففي الأولين لا يجوز و في الثالث لا يصح و هو المنقول عن التقى و القاضى (حجته المشهور) بعد الأصل و العمومات و الإجماع المنقول بل هو معلوم من المتأخرين (ما رواه الشيخ في التهذيب) عن الحسين عن صفوان عن فضالة عن العلاء قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يريد أن يبيع يبيعا فيقول أبيعك بده دوازه قال لا بأس هي المراوضة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة و فى الاستدلال به تأمل لأن الظاهر أن ذلك لا يكره و لا يحرم فى المقاوله التى تكون قبل العقد و إنما يكره أو يحرم حين البيع و لهذا أمر بجعل البيع جملة واحدة و ذلك ظاهر فى أن المراد أن يقول بعتك هذه السلعة بدوازه أو يازده عين ما فعله مولانا الباقر عليه السلام فى متاع مصر حيث قال للتجار أبيعكم هذا المتاع باثنى عشر ألف درهم كما استدل به للقول الثانى و إن كان فى الاستدلال به له أيضا نظر كما ستسمع فيكون خبر العلاء ظاهرا فى القول الثانى فليتأمل (و احتج) للمشهور بما رواه الشيخ فى التهذيب عن الحسين (الحسن خ ل) عن فضالة عن أبان عن محمد قال قال أبو عبد الله عليه السلام إنى أكره بيع عشرة بإحدى عشر و عشرة باثنى عشر و نحو ذلك من البيع و لكن أبيعك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨٨

ثم إن كان البائع لم يعمل فيه شيئا صح أن يقول اشتريته بكذا أو هو على أو ابتعته أو تقوم على أو رأس مالى (١)

بكذا و كذا مساومة قال و أتانى متاع من مصر فكرهت أبيعك كذلك و عظم على فبعته مساومة و الخبر صحيح على الصحيح فى أبان و لا أقل من أن يكون موثقا كالصحيح و نحوه خبر جراح المدائنى و فى الاستدلال بهما أيضا نظر) إذا لبسا ناصين على الجواز لأن الكراهة فى زمن الصدور أعتم من الحرمة و المعنى المعروف الآن (نعم) قد يشعر ذيل الصحيح بالكراهة بالمعنى المتعارف سلمنا لكن فى الأصل و العمومات و الإجماعات المعتضدة بالشهرة بلاغا فلا يقوى خبر العلاء على فرض دلالة على القول الثانى على المقاومة و المقدس الأردبيلي قال و العجب أن الدليل قاصر عن الدلالة على الكراهة و بعد ذلك قد نقل القول بالتحريم و مراده أن الأخبار إنما تدل على كراهة المراجعة و أولوية المساومة كما سنشير إليه و أما الخبر الثانى الذى أشرنا إليه المروى بعده طرق عن مولانا الباقر عليه السلام فليس بواضح الدلالة لأن فى بعضها أنه عليه السلام باعهم مساومة و فى بعضها ترك ذكر ذلك و لا يستفاد منه أن رأس ماله كان عشرة آلاف نعم فى عدوله عليه السلام عما ذكره التجار إلى ما ذكره عليه السلام إيماء إلى أن فيما ذكره بأسا (فليتأمل) و قد تشعر أخبار الباب بكراهية المراجعة مطلقا لا خصوص الكراهية فى موضع المسألة لكنه مخالف للإجماع المعلوم و المنقول فى السرائر و ظاهر التذكرة و خبر على بن سعيد قال فى السرائر و لا بأس بأن يكون الربح محمولا على المتاع مثال ذلك أن يقول هذا المبيع اشتريته بمائة دينار و يذكر نقدها و بعتك إياه بمائة و عشرة دنانير فهذا لا مكروه و لا محذور على القولين معا و نحوه ما فى التذكرة حيث قال تزول الكراهية بنسبة الربح فى السلعة إلى أن قال إجماعا لما تقدم من الأخبار و زوال مقتضى الكراهية من تطرق الجهل و من مشابهة الربا (انتهى) و خبر على بن سعيد نفى فيه البأس عن المراجعة الغير المنضمة إلى الثمن قال سئل عن رجل ابتاع ثوبا فطلب منه مراجعة ترى فى بيع المراجعة بأسا إذا صدق فى المراجعة و سمى ربحا دانقين أو نصف درهم قال لا بأس (و ليعلم) أن فى بعض العبارات فى المقام اشتباها على غير المتأمل حيث يقولون بربح العشرة واحدا أو أكثر بالنسبة و قد أشار إليه فى السرائر و بينه بأن المراد النسبة إلى أصل المال لأنه حمل الربح على الثمن و نسبة إليه قال و هذا معنى قول الفقهاء بالنسبة و أطال فى بيانه و ضبطه

(قوله) (ثم إن كان البائع لم يعمل فيه شيئا صح أن يقول اشتريته بكذا أو هو على أو ابتعته أو تقوم على أو رأس مالى)

لا يخفى أن اشتريته و ابتعته مترادفان و أن اشتريته و رأس مالى معناهما واحد كما فى المبسوط و التذكرة و فى المختلف و الدروس ساوى بين رأس مالى و بين هو على و تقوم على قال فى المختلف لأن رأس مالى عبارة عما لزمه عليه فيجوز إذا كان قد استأجر عليه أن يضم الأجرة إلى الثمن و يقول رأس مالى إذ لا- ريب فى لزوم الأجرة عليه و قال فى المبسوط ليس له ذلك و هو كذلك لأن المتبادر عرفا من رأس مالى أنى اشتريته بكذا كما نص عليه فى التذكرة و جامع المقاصد فيكون حقيقة فيه فلا يتناول ما بذل من الأجرة فى مقابلة عمل و تقوم على يتناوله و هو الأظهر من مذهب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٨٩

و لو عمل فيه ما له زيادة عوض قال اشتريته بكذا (١) و عملت فيه بكذا و لو استأجر فى ذلك العمل صح أن يقول يقوم على أو هو على و يضم الأجرة و لو قال بعثك بما قام على استحق مع الثمن جميع المؤن التى يقصد بالتزامها الاسترباح مثل ما بذله من دلالة و أجرة البيت (٢) و الكيال و الحارس و الحمال و القصار و الصباغ مع علم قدر ذلك كله و لا يستحق المطالبة بالمؤن التى فيها بقاء الملك كنفقة العبد و كسوته (٣) و علف الدابة و ليس له الرجوع بما عمل بنفسه (٤) كما لو قصر الثوب أو تطوع به متطوع و لا أجرة البيت إذا كان ملكه و يخبر بعد أخذ الأرش عن العيب السابق بالباقي (٥) و لو جنى على العبد فأخذ أرشه لم يضعه (٦)

#### الشافعى

(قوله) (و لو عمل فيه ما له زيادة عوض قال اشتريته بكذا و عملت فيه بكذا)

معناه أنه لو قصر الثوب مثلا بنفسه لم تدخل الأجرة فى الثمن و يخبر بالجميع بواحدة من العبارات الأربع لأنه كذب لأن السلعة لا تعد قائمة عليه إلا بما بذل و كذا لو تطوع متطوع بالعمل و كذا لو كان بيت الحفظ ملكه أو تطوع بإعارة البيت متطوع و ذلك بخلاف ما لو بذل الأجرة لغيره على ذلك العمل أو على بيت الحفظ فإنه إذا ضم الأجرة إلى الثمن و قال يقوم على بكذا كان صادقا فإن أراد استدراك ذلك فيما نحن فيه قال اشتريته بكذا أو قام على بكذا و عملت فيه لو تطوع على متطوع بما أجرته كذا و قد بعثك بهما و ربح كذا

(قوله قدس سره) (من دلالة و أجرة البيت إلخ)

و منه أجرة الرفاء و الخياط و قيمة الصبغ و أجرة الختان و تطيين الدار

(قوله) (كنفقة العبد و كسوته)

و أجرة مسكنه الذى لا بد له منه فلا تدخل فى الثمن لأنها من ضروريات بقائه و تقع فى مقابلة المنافع المستوفاه من المبيع بخلاف الأقمشة المدخرة للاسترباح من دون انتفاع بها و أما العلف الزائد للتسمين و أجرة الطبيب إن كان مريضا فإنها تدخل لأن القيمة تزيد بالسمن و زوال المرض فإن حدث المرض فى يده فهو كالنفقة و هل يدخل الكمرى الذى يأخذه السلطان فى لفظ القيام الظاهر دخوله لأنه من جملة المؤن

(قوله رحمه الله) (و ليس له الرجوع بما عمل بنفسه إلى آخره)

هذا ما أشرنا إليه آنفا و معناه أنه لا- يصح له أن يضم أجرة ذلك إلى الثمن ليخبر بالمجموع كما تقدم و لا يخفى ما فى التعبير بالرجوع من المسامحة

(قوله) (و يخبر بعد أخذ الأرش عن العيب السابق بالباقي)

يريد أنه لو أخذ أرش العيب السابق أسقطه من رأس المال و أخبر بالباقي فلو اشتراه بمائة فوجد به عيبا فأخذ أرشه عشرة أخبر بتسعين لأن الأرش جزء من الثمن و قد صرح بذلك كله فى المبسوط و غيره و ذلك بخلاف ما لو حظ بعض الثمن أو وهبه إياه لأن أخذ الأرش قهرى و ذلك اختياري فافترقا و حينئذ فلا يصح له أن يقول اشتريته بتسعين لأن الشراء كان بمائة نعم يقول اشتريته بمائة و

يذكر العيب و استرجاع أرشه و له أن يقول رأس مالى تسعون أو تقوم على أو هو على بتسعين و الظاهر أن الحكم فى أرش العيب المتجدد بعد العقد و قبل القبض كذلك و كذلك المتجدد بعد القبض فى زمن الخيار لأن ذلك كله مستحق بأصل العقد و مقتضاه فكان كالموجود حالته

(قوله) (و لو جنى العبد فأخذ أرشه لم يضعه)

كما صرح به فى المبسوط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩٠

و لو جنى العبد فى يده ففداه لم يضم الفداء (١) و لا يضم قيمة النماء المتجدد (٢) و يجب على البائع حفظ الأمانة بالصدق فى قدر الثمن و فى الإخبار عما طرأ فى يده من عيب منقوص أو جناية (٣) و لا يجب الإخبار بالغبن (٤) و لا بالبائع و إن كان ولده أو غلامه (٥) و يجب ذكر تأجيل الثمن (٦)

و الشرائع و جملة من كتب المصنف و الدروس و غيرها و به يقيد إطلاق عبارة اللعنة حيث قال و إن أخذ أرشا سقطه «انتهى» لأن الجناية حق متجدد لا يقتضيها العقد كنتاج الدابة بخلاف العيب و إن كان حادثا بعد العقد كما بيناه آنفا نعم لو تعيب أو نقصت قيمته و جب الإخبار بالصورة كما فى المبسوط و غيره كما ستمتع

(قوله) (و لو جنى العبد فى يده ففداه لم يضم الفداء)

إلى رأس ماله و يخبر به لأن الفداء لزمه لتخليص ماله و تبقية عبده فجرى مجرى طعامه و شرابه كما صرح به فى المبسوط و التحرير و الدروس و التذكرة و غيرها

(قوله) (و لا يضع قيمة النماء المتجدد)

إذا أثمر النخل أو حملت الدابة فى يد المشتري أو الأمانة أو تجدد لبن أو صوف فاستوفاه لم يحطه و لا قيمته من رأس المال لأن ذلك فائدة تجددت فى ملكه نعم إن اشتراها مشمرة و أخذ الثمرة أو حاملا- أسقط حصّة الثمرة و الولد من الثمن و أخبره بالحال كما لو اشترى عينين و باع أحدهما مرابحة و قد صرح بالحكم المذكور فى المبسوط و غيره و على هذا يجب عليه الإخبار بوطى البكر و لا يجب أن يخبر عن وطى الثيب و لا عن مهرها الذى أخذه

(قوله) (و يجب على البائع حفظ الأمانة بالصدق فى قدر الثمن و فى الإخبار عما طرأ فى يده من عيب منقوص أو جناية)

بيع المرابحة مبنى على الأمانة لاعتماد المشتري على نظر البائع و استقصائه و ما رضىه لنفسه فيرضى المشتري بما رضىه البائع من زيادة و يبذلها فيجب على البائع حفظ الأمانة بالصدق فى الإخبار عما اشترى به و عما قام به عليه إن باع بلفظ القيام فلو اشترى بمائة ثم خرج عن ملكه ثم اشتراه بخمسين فرأس ماله خمسون و يجب أن يخبر بالعيوب المتجددة سواء حدثت بآفة سماوية أو بجنايته أو بجناية أجنبى و قال أبو حنيفة لا يجب الإخبار عن العيب الحادث إذا كان بآفة سماوية

(قوله) (و لا يجب الإخبار بالغبن)

لأنه باع ما اشترى بما اشترى و الإخبار برأس المال ليس مقتضاه عدم الغبن بل الصدق فما أخبر به كما جزم به المصنف و جماعة و قد يقال بناء على ما ذكرنا آنفا من أن المشتري إنما اعتمد على نظره و استقصائه و اعتقد أنه لا يجهل الغبن إنه يجب أن يخبر به ليكون على بصيرة من أمره و كذا إذا كان البائع اشتراه عالما بالغبن (فليتأمل)

(قوله قدس سره) (و لا بالبائع و إن كان ولده أو غلامه)

الحر أو أباه لأنه أخبر صادقاً بما اشتراه به فى عقد صحيح فكان مؤدياً للأمانة كما لو اشتراه من الأجانب خلافاً لأبى حنيفة و أحمد فقالا- لا- يجوز حتى يبين لأن الشراء منهم كالشراء من نفسه و هو كما ترى نعم لو واطأه على الشراء ليخبر به كان غشاً حراماً و

سيتعرض المصنف لذلك و يحكم بعدم الحرمة و يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى

(قوله قدس سره) (و يجب ذكر تأجيل الثمن)

للتفاوت في الثمن بين المعجل و المؤجل فإن المعجل أقل و المؤجل أكثر فلو لم يخبر به صح البيع إجماعا كما في الخلاف و الغنية و لكن للمشتري الخيار بين الرد و الإمساك بالثمن حالا و في روايات أن للمشتري من الأجل مثله كما يأتي

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩١

و لو أسقط عنه البعض جاز أن يخبر بالأصل سواء كان الإسقاط في مدة الخيار أو بعده (١) و ليس له الإخبار بالشراء في الأبعاض مع تقسيط الثمن عليها إلا أن يخبره بصورة الحال أنفقت أو اختلفت ساوى بينها أو لا باع خيارها بالأقل أو لا (٢) و كذا الحامل إذا ولدت و أراد بيعها مفردة

بيان ذلك كله عند تعرض المصنف له

(قوله) (و لو أسقط عنه البعض جاز أن يخبر بالأصل سواء كان الإسقاط في مدة الخيار أو بعده)

كما إذا اشتراه بمائة فحط البائع عنه عشرة فإنه يخبر بالأصل سواء كان الحط في زمن الخيار لهما أو لأحدهما أو لا في زمن الخيار و كذا الزيادة لأن الذي وجب بالبيع إنما هو أصل الثمن و عروض السقوط بالإبراء لا يخرج عن كونه من الثمن و المخالف الشيخ في المبسوط قال فإن اشترى عبدا بمائة فحط له البائع من الثمن عشرة فأراد بيعه مرابحة فإن كان الحط قبل لزوم العقد مثل أن يكون في مدة الخيار فالحط يلحق بالعقد فيلزمه أن يحط عنه و إن كان الحط بعد لزوم العقد كان هبة مجددة للمشتري و الثمن ما عقد عليه «انتهى» و ظاهر الغنية أو صريحها موافقته و هو قول الشافعي و كأنه مبني على أن المبيع إنما ينتقل بانقضاء مدة الخيار و هو مبني ضعيف إذ الثمن ما وقع عليه العقد و لا أثر لوقت انتقال الملك نعم قد يقال على بعد بالفرق بين ما إذا أخبر بلفظ اشترى و بين قام على فإنه لا يخبر عند اللفظ الثاني إلا بالباقي فإن كان قد حط عنه الكل لم يجز بيعه مرابحة بلفظ قام على (قوله قدس سره) (و ليس له الإخبار بالشراء في الأبعاض مع تقسيط الثمن عليها إلا أن يخبره بصورة الحال اتفقت أو اختلفت ساوى بينها أو لا باع خيارها بالأقل أو لا)

يريد أنه إذا اشترى شيئين صفقة واحدة أو جملة كذلك ثم أراد بيع بعضها مرابحة لم يكن له ذلك مع تقسيط الثمن على الأبعاض إلا أن يخبر بصورة الحال تساوت كقفيزي حنطة أو اختلفت كقفيز حنطة و قفيز شعير أو عبيدين أو ثوبين أو عبد و ثوب و سواء ساوى بينهما في التقويم أو لا- و سواء باع خيارها بالأقل أو لا إلا أن يخبر بصورة الحال في ذلك كله لتفاوت القيم و الأغراض و لأن توزيع الثمن على القيمتين خرس و تخمين يتطرق إليه الخطأ غالبا فلا- يخرج في الجميع عن الكذب قال في المبسوط إذا اشترى سلعتين صفقة لم يجز أن يبيع أحدهما مرابحة بتقويمه إلا أن يبين ذلك و مثلها عبارة النهاية و الخلاف و الوسيلة و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و المختلف و الدروس و اللمعة و إيضاح النافع و غيرها و في الخلاف الإجماع عليه و في التنقيح لا نعلم في ذلك خلافا إلا من ابن الجنيد حيث جوز ذلك إذا كانت الأمتعة لا تفاضل بينها و في الرياض أنها إن كانت متساوية فعدم الجواز عليه المتأخرون كافة (قلت) و يدل على الحكم المذكور ما رواه ثقة الإسلام في الصحيح عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن الرجل يشتري المتاع جميعا بالثمن ثم يقوم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس المال جميعا أ يبيعه مرابحة قال لا حتى يبين له أنه إنما قومه و مثله من دون تفاوت أصلا ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح و الفقيه عن محمد عن أحدهما عليهما السلام و ظاهر هذين الخبرين أنه إذا أخبر بذلك يكون مرابحة و كأنه تجوز بإطلاق المرابحة عليه للمشابهة و بذلك يعتذر عن عبارة النهاية و المبسوط و الكتاب و غيرها و يكون اعتراض السرائر على عبارة النهاية اعتراضا في عبارة قال في السرائر بعد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩٢

و لا يخبر الدلال بالشراء عن تقويم التاجر مجردا عن البيع سواء ابتدأه أو لا (١)

نقل قوله في النهاية لم يجز أن يخبر بذلك الشراء و لا أن يبيعه مرابحة إلا بعد أن يبين أنما قوم ذلك كذلك ليس هذا بيع المرابحة لأن موضوع بيع المرابحة في الشرع أن يخبر بالثمن الذي اشتراه و هذا ليس كذلك قال في المختلف هذه المنازعة لفظية (و إلى ذلك) أشار في النافع حيث قال و لو أخبر بذلك جاز لكن يخرج عن وضع المرابحة لكن قال في الروضة و لا يقوم أبعاض الجملة و يخبر بما يقتضى التقييد من الثمن و إن كانت متساوية أو أخبر بالحال «انتهى» و التأويل ممكن (فتأمل) (و عساک تقول إنه يرد على الحكم المذكور ما إذا أتلّف بعض الصفقة قبل القبض فرجع بحصته من الثمن و رضى بالبيع في الباقي فإنه يصح الإخبار و ذلك يناهى ما ذكره و كذا إذا ظهر مستحقا (لأننا نقول) المبيع هو الباقي بعد التلف و لهذا توقف لزومه على رضاه و مثله العبد المعيب إذا أخذ أرشه و قد أشار بقوله اتفقت أو اختلفت إلى خلاف أبي علي و القاضي على ما حكى عن الثاني في الدروس فإنهما جوزاه فيما لا تفاضل فيه كالمعدود المتساوي و قد رموه بالضعف لأن الكذب لازم و كذلك الحامل إذا ولدت و أراد بيعها منفردة لأن الثمن في مقابل المجموع و ليس للأبعاض ثمن و كما لا يجوز البيع في ذلك مرابحة كذا لا يجوز مواضعه و توليه و كذلك الحال لو استأجر أمكنه صفقة أو تقبل أعمالا صفقة و قلنا بجواز الإيجار بالزيادة مطلقا فإن الظاهر أن ليس له الإيجار على صفة المرابحة

(قوله) (و لا يخبر الدلال بالشراء عن تقويم التاجر مجردا عن البيع سواء ابتدأه أم لا)

أما عدم جواز إخبار الدلال بما ذكر المصنف (إلخ) فلا خلاف فيه لأنه كاذب في إخباره إذ مجرد التقويم ليس بيعا (و يدل عليه) ما رواه في الكافي عن الكتاني و الفقيه عنه و عن سماعة و التهذيب عن الكتاني و عمر بن عيسى عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يحمل المتاع لأهل السوق و قد قوموا عليه قيمة فيقولون بع فما ازددت فلنك قال لا بأس بذلك و لكن لا يبيعه مرابحة و لا ريب أنه يجوز لو أخبر بالصورة لكنه خارج عن وضع المرابحة كما قاله في المسألة السابقة فلو باعه بزيادة كان للدلال أجره المثل لأنه عمل عملا له أجره عادة فإذا فات المشروط له رجع إليها و الزيادة للتاجر لأنها نماء ملكه سواء كان التاجر دعاه أو لا كأن قال بع هذا و لك ما زاد أو كان الدلال ابتدأه فقال خبرني بثمان هذا المتاع و اربح على فيه شيئا لأبيعه ففعل التاجر كما هو خيرة السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و الكتاب و التذكرة و اللعنة و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها للقاعدة المعتمدة بالشهرة المتأخرة و المخالف المفيد في المقنعة و الشيخ في النهاية و القاضي على ما حكى عنه و نسبه في كشف الرموز إلى الشيخين و أتباعهما و لم أجده في المراسم و الوسيلة و قد مال إليه أو قال به في المختلف و في الدروس أن قول الشيخين أثبت و الشيخان على ما فهم الجماعة منهما كالمحقق و المصنف و الشهيد فرقا بين ما إذا دعا التاجر الدلال فقال بعه بكذا و الزائد لك و بين ما إذا قال الدلال للتاجر خبرني بثمان هذا الثوب و اربح على فيه شيئا لأبيعه ففعل التاجر فحكما في الصورة الأولى بأن الزيادة للدلال إن باعه بزيادة و إن باعه بالقيمة لم يكن له على التاجر شيء و إن باعه بدونها كان عليه تمام القيمة و إن لم يبعه كان له رده و لم يكن للتاجر الامتناع من قبوله و لو هلك المتاع في يد الواسطة من غير تفریط منه فيه كان من مال التاجر و حكما في الثانية بأن الزيادة للتاجر دون الدلال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩٣

### [أما التولية]

و أما التولية فهي إعطاء المتاع برأس المال فيقول وليتك أو بعتك و شبهه فيقول قبلت التولية أو البيع (١)

فكانت هذه الصورة موضع وفاق و الخلاف إنما هو في الأولى (و يدل) على قول الشيخين (ما رواه) ثقة الإسلام و الشيخ في التهذيب

في الصحيح عن محمد عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل قال لرجل يع لي ثوبا بعشرة دراهم فما فضل فهو لك قال ليس به بأس (و ما رواه) الشيخ في الصحيح عن زرارة و في الموثق أيضا عنه و الخبر الذي سمعته المروى في الكتب الثلاثة و قد نزلها جماعة على كون الواقع من التاجر على تقدير ابتدائه جعله فيلزم ما عينه و لا يقدر فيها الجهالة كما قال ابن إدريس لأن الجهالة في مال الجعالة إذا لم تؤد إلى النزاع غير قادمة كما لو قال من رد عبدى فله ثيابه و لو لم تحصل زيادة فلا شيء له كما لو لم يوجد على العبد ثياب (فأما) إذا كان المبتدى هو الدلال فيحمل عدم وجوب شيء عليه على أنه لم يشترط له شيئا و إلا فلو عقب كلام الدلال بلفظ يدل على الرضا بما عينه كان كما لو ابتدأه كما لو قال لمن ذهب عبده أرد عبدك على أن لي نصفه أو ثيابه ابتداء منه فقال مولى العبد لك ذلك فيستحق ما عين له (فعلى) هذا يتم كلام الشيخين و الروايات من غير منافاة لكلام الأصحاب و يسقط ما في جامع المقاصد و إيضاح النافع من عدم الفرق بين ما إذا كان التاجر دعاه أو الدلال ابتداءه و ليس ذلك خاصا بعبارة الكتاب و الدروس كما ظنه المحقق الثاني بل عبارة الشرائع و النافع و غيرهما كذلك كما أشرنا إليه آنفا و كأنهم استظهروا ذلك من عبارتي الشيخين و على ذلك جرى الشارحون و المحشون و عبارة المقنعة منقولة في المختلف حرفا فحرفا و مثلها عبارة النهاية و لو لا طولهما لنقلناهما (فليتأمل في المقام جيدا) و يبقى ما في التنقيح من أن جهالة عوض الجعالة على هذا الوجه قادمة لمكان الغرر و ليست العلة عدم النزاع و كلامهم في باب الجعالة و المقام صريح في أنها إذا لم تؤد إلى النزاع تكون غير قادمة قال في الدروس إن كلام الشيخ أثبت لأنها جعله مشروعة و جهالة العوض غير ضائرة لعدم إفضائه إلى النزاع و نحوه ما في المختلف و غيره (و قد يقال) إن أقصى ما دلت عليه هذه الأخبار نفى البأس مع المراضاة و هو مما لا كلام فيه و إنما الكلام مع عدمها حيث يرجع رب المال عما قال و لا دلالة في الأخبار على لزوم ما قال بحال (فليتأمل) و لا يخفى ما في عبارة الكتاب من الإيجاز الذي كاد يكون مخلا

(قوله قدس سره) (و أما التولية فهي إعطاء المتاع برأس المال فيقول وليتك أو بعتك و شبهه فيقول قبلت التولية أو البيع)

قال في التذكرة التولية نوع من البيع و هو أن يخبر برأس المال و يبيعه به من غير زيادة و لا نقصان و لا خلاف في جوازه (انتهى) و هو كذلك إذا وقع بلفظ بعتك كما أشار إليه بقوله و يبيعه (و أما) إذا وقع بلفظ وليتك ففي التذكرة و الدروس و الميسية و المسالك و الروضة أنه يجعل مفعوله العقد و لو قال وليتك السلعة ففي الدروس و المسالك أنه يحتمل الإجزاء (قلت) صريح الإرشاد و ظاهر الشرائع و الكتاب و التحرير و غيرها صحة وليتك السلعة و لم أجد للتولية ذكرا في المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف و المراسم و الوسيلة و الغنية و السرائر و لعلهم ذكروها بالمعنيين الأخيرين في مقام آخر زاغ عنه النظر و قد ذكرت التولية في المبسوط و بعد ما ذكر في باب السلف حيث جوزوا بيعه تولية فإذا كانت موجودة في كلامهم كانت موجودة في زمن الشارع فتكون عقدا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩٤

و هو بيع يلحق به أحكام البيع من الشفعة (١) و التقابض في المجلس إن كان صرفا و يشترط العلم برأس المال لا ذكره و يلزمه مثل الثمن الأول جنسا و وصفا و قدرا

### [أما المواضعة]

و أما المواضعة فهي مأخوذة من الوضع و هو أن يخبر برأس المال ثم يقول بعتك به و وضيعه كذا و يكره لو قال بوضيعه درهم من كل عشرة (٢) فلو كان الثمن مائة لزمه تسعون و لو قال من كل أحد عشر كان الحط تسعة دراهم و جزءا من أحد عشر جزءا من درهم فيكون الثمن إحدى و تسعين إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم و كذا لو قال بوضيعه درهم لكل عشرة (٣)

يجب الوفاء به كما قرر في محله و قد تقدم الكلام في الصيغ في أول باب البيع و ظاهر التذكرة الإجماع على عدم جوازها في غير

البيع كما إذا أرادت المرأة التولية على صداقها بلفظ القيام أو أراد الرجل التولية على ما أخذه من عوض الخلع قال في التذكرة بعد ذكر هذين لا يجوز التولية عندنا في مثل هذه الأشياء وقد نص فيها على أنه لا بد من كون الثمن مثليا ليأخذ المولى مثل ما بذله فلو اشتراه بعرض لم يجز التولية (قلت) إلا- إذا انتقل ذلك العرض من البائع إلى إنسان ولاه المشتري العقد ولعله أشار إلى هذا الشرط المصنف في الكتاب بقوله و يلزمه مثل الثمن الأول جنسا ووصفا و قدرا و نحوه ما في الروضة (فتأمل جيدا) و لعل التولية أولى من المرابحة إذا كان المشتري مؤمنا لكراهة الربح على المؤمن و على هذا فالمواضعة أولى منها إلا أن تقول قد يكون حفظ رأس المال بل الربح مطلوباً و لا سيما مع حاجة البائع و غناء المشتري

(قوله) (و يلحق به أحكام البيع من الشفعة)

فلو كان المبيع شقصا مشفوعا و عفا الشفيع تجددت الشفعة بالتولية

(قوله) (و يكره لو قال بوضيعة درهم من كل عشرة)

كما في التحرير و التذكرة لمثل ما ذكر في المرابحة

(قوله) (فلو كان الثمن مائة لزمه تسعون و لو قال من كل أحد عشر كان الحظ تسعة دراهم و جزءا من أحد عشر جزءا من درهم فيكون الثمن إحدى و تسعين إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم و كذا لو قال بوضيعة درهم لكل عشرة)

يريد أنه لو قال بوضيعة درهم من كل عشرة و كان الثمن مائة لزمه تسعون و يكون الحظ عشرة وفاقا للمبسوط و الخلاف و الشرائع و التذكرة و التحرير لأن الوضع من نفس العشرة يقتضى ذلك حملا للفظه من على الظاهر و هو التبعض و حكي في التحرير قولاً بأن الحظ في المثاليين المذكورين تسعة و جزء من أحد عشر من درهم فيكون الثمن واحداً و تسعين إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم و حكي في المسالك عن جماعة من الأصحاب احتمال ذلك حملا لمن على ابتداء الغاية و يكون التقدير من كل عشرة تسلم لى (قلت) قد احتمل ذلك الشهيد في غاية المراد و قد حكي ذلك في الخلاف كما ستسمع و منه يعلم حال ما لو قال من كل أحد عشر فإن الوجهين جاريان فيه لكن لم يحتمل أحد فيه الوجه الثاني فيما أجد (و أما) لو قال بوضيعة درهم لكل عشرة فقد حكم المصنف بأنه كما لو قال من كل أحد عشر أى يكون الثمن إحدى و تسعين إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم لأن الوضعية للعشرة غير العشرة لأنه المتبادر و به قطع جماعة كالمحقق الثاني و الشهيد الثاني قالوا فإنه بمنزلة ما لو قال من كل أحد عشر (و قد يقال) إن مقتضى الكلام الوضع لكل عشرة درهم فبعد حذف التسعة عن المائة لا ينبغي وضع شيء آخر عن تلك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩٥

.....

الواحدة إذ لا دليل عليه فيكون الثمن إحدى و تسعين (و قد يؤيده) أن الأصل عدم الوضع فلو ادعى البائع هذا المعنى حمل عليه و لو مات و لم يفسر حمل عليه أيضا إلا أن يقال المراد الحظ لكل عشرة جزءا من خارج درهما كان أو عشرة ملاحظة لجانب المشتري لأن الأصل عدم الزيادة (فليتأمل) بقى الكلام فيما لو قال بوضيعة العشرة درهما فيحتمل كونه تسعين و كونه إحدى و تسعين إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم التفاتا إلى كون الإضافة بمعنى من أو بمعنى اللام إذ كل منهما محتمل (و ربما قيل) بالبطلان لتكافؤ الاحتمالين الموجب لجهالة الثمن و الاحتمال الأول خيرة المبسوط و الشرائع و هو الذى استقر عليه رأيه في الخلاف بعد أن اختار الاحتمال الثاني و إن كان بناء على أمر آخر كما ستسمع كلامه (و وجهه) أنه المتبادر إلى الذهن و مبناه على أن الإضافة بمعنى من التبعية فكأنه قال الوضعية من كل عشرة دراهم درهما و هو واضح و رده في المسالك تبعا للمبنيه بأن الإضافة بمعنى من لا تكون إلا فى من البيانية لا التبعية كما فى خاتم فضة و أربعة دراهم و شرط من التبيينه أن يصح إطلاق المجرور بها على المبين كما فى قوله تعالى فَمَا جَتَّبُوا الرَّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ قَالَ (و قد صرح) بذلك المحقق الرضى و ابن هشام و ناهيك بهما و حينئذ فينتفى القول

بحمل الإضافة في المسألة على معنى من رأسا لأن الموضوع المضاف بعض العشرة و لا يصح الإخبار بها لتعين كونها بمعنى اللام (انتهى) و نحوه ما في الروضة (و فيه) أن صاحب الكشاف قال في إضافة اللهو إلى الحديث إنه يجوز أن تكون الإضافة بمعنى من التبعية قال كأنه قيل من الناس من يشتري بعض الحديث الذي هو اللهو منه و قال المراد الحديث المنكر كما ورد الحديث في المسجد يأكل الحسنات كما تأكل البهيمة الحشيش و نص السيد شريف في بيان معنى فاتحة الكتاب أن الإضافة بمعنى من قد تكون في من التبعية و نقله عن البعض و عن صاحب الكشاف و ناهيك بهم مضافا إلى أن ذلك لا يخفى على مثل الشيخ و المحقق و المصنف و الشهيد و فخر الإسلام و المحقق الثاني مع ما يرون من اشتها كون الإضافة بمعنى من بيان سلمنا و ما كان ليكون لكنه كلام سوقي فيحمل على المتبادر منه و يرشد إليه اتفاقهم إلا ممن ندر ممن لا يعرف على أنه إذا قال من كل عشرة يكون الحكم كذلك و إذا قال لكل عشرة يكون الحكم كما لو قال من كل أحد عشر و ما ذاك إلا لكون الإضافة في الأول بمعنى من و في الثانية بمعنى اللام و تجوز كون من لا ابتداء الغاية بعيد (فليتأمل) هذا تمام الكلام في الاحتمال الأول (و أما) احتمال الأمرين من دون ترجيح فموجود في الإرشاد و الدروس و غاية المراد و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد للمحقق الثاني و تعليقه للسيد شمس الدين لكن الظاهر من الإرشاد و بعض ما ذكر ترجيح الأول كما أن صريح جامع المقاصد و تعليق الإرشاد البطلان لتكافؤ الاحتمالين إلا- أن يكون هناك قرينه فيصير إلى مقتضاها حاليه كانت أو مقاليه قال في الإرشاد و لو قال و ضيعه كل عشرة درهم أو مواضعه العشرة درهم فالثمن تسعون و يحتمل أحد و تسعون إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم فتراه كيف قدم الأول و جعل الثاني احتمالا (و أما) الوضعية و المواضعه فلا فرق بينهما من جهة المعنى بل الوضعية أولى لأن المواضعه مفاعلة لا تدخل في الباب إلا بتجشم (و أما) تعريف العشرة في الوضعية الثانية في عبارة الإرشاد فهو للجنس فلا تفاوت بين الصيغتين لا من جهة التعريف و التنكير و لا من جهة الوضعية و المواضعه و قال المحقق الثاني في تعليق الإرشاد في وجه تساوي الاحتمالين إنه لا ترجيح لأحدهما باعتبار أصل الوضع لأن المعنى الأول منزل على كون الإضافة بمعنى من و الثاني على كونها بمعنى اللام

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩٦

[فروع]

إشارة

(فروع)

[الأول يجوز لبائع المتاع شراؤه بزيادة و نقيصة]

(الأول) يجوز لبائع المتاع شراؤه بزيادة و نقيصة حالا و مؤجلا بعد القبض و يكره قبله إن كان مكيلا أو موزونا على رأى (١) و لو شرط الاتباع حال البيع لم يجز (٢)

و كل منهما محتمل (انتهى) و ربما رجح الاحتمال الثاني بأن المواضعه على حد المرابحة للتقابل فكما اقتضت المرابحة المعنى الثاني فكذا المواضعه و هو ضعيف لانتفاء التلازم (وقد ذكر) ذلك في الخلاف (قال) اختلف الناس فيما إذا قال بعتك بمائة بمواضعه العشرة درهما فقال أبو حنيفة و الشافعي الثمن تسعون و عشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم و قال أبو ثور الثمن تسعون و به قال



أبو الطيب الطبري في تعليقه و خطأ أبا حامد (ثم قال) دليلنا ما ذكره حذاق العلماء و هو أن البيع مرابحة و مواضعة فإذا باعه مرابحة ربح درهم على كل عشرة كان مبلغ الثمن مائة و عشرة و كان قدر الربح جزءا من أحد عشر جزءا من الثمن فوجب أن تكون المواضعة حط جزء من أحد عشر جزءا من الثمن فإذا كان الثمن مائة حطت منه جزءا من أحد عشر جزءا فتحط تسعة من تسعة و تسعين و يبقى درهم ينحط منه جزء من أحد عشر جزءا (و قيل) فيه أيضا قوله و ضيعه درهم من كل عشرة معناه يوضع من كل عشرة تبقى لى درهم من أصل رأس المال و تقديره و ضيعه درهم بعد كل عشرة فيكون الثمن أحد و تسعين إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم و على هذا أبدا قالوا إذا أردت مبلغ الثمن في ذلك فعقد الباب فيه أن تضيف الوضعية إلى رأس المال للمقابلة ثم تنظر كم قدرهما فما اجتمع فأسقط ذلك القدر من رأس المال و هو الثمن (و بيانه) إذا قال رأس مالى عشرون بعته برأس مالى مواضعة العشرة درهمن و نصف فتضيف إلى العشرين قدر الوضعية فهو خمسة دراهم فيصير خمسة و عشرين فتنظر كم خمسة من خمسة و عشرين فإذا هي خمسها فأسقط من رأس المال و هو عشرون الخمس و هو أربعة يكون الثمن ستة عشر درهما و على هذا أبدا (و قول) أبى ثور أقوى عندي لأنه إذا قال مواضعة عشرة واحدا أضاف المواضعة إلى رأس المال فرأس ماله مائة فيجب فيه عشرة فيبقى تسعون و لم يصفه إلى ما يبقى في يده و لو كان ذلك لكان الأمر على ما قالوه فأما حمل الوضعية على الربح فذلك قياس و نحن لا نقول به (انتهى) كلامه في الخلاف (و حاصله) أنه استدل على قول أبى ثور بأنه أضاف المواضعة إلى رأس المال و هو مائة لا إلى ما يبقى في يده سالما له فيسقط عشرة و يبقى في يده تسعون و أما ما حكاه بقوله (و قيل فيه) أيضا فحاصله أن الوضعية مما يبقى له من أصل المال فالتقدير و ضيعه درهم بعد كل عشرة فيكون معناه من كل أحد عشر (و ضابط الأول) نسبة الوضعية إلى رأس المال فيسقط بقدرها (و ضابط الثانى) نسبة الوضعية إلى المجموع المركب من رأس المال و قدرها فعلى الأول تنسب العشرة إلى المائة فتسقط العشرة و على الثانى تنسبها إلى مائة و عشرة فيكون جزءا من أحد عشر فيسقط من رأس المال جزء من أحد عشر (قوله) (فروع) (الأول) يجوز لبائع المتاع شراؤه بزيادة و نقيصة حالا و مؤجلا بعد القبض و يكره قبله إن كان مكيلا أو موزونا على رأى

قد تقدم الكلام فى المسألة مستوفى أكمل استيفاء و هو من متفردات هذا الكتاب عند قوله فى باب السلم و لا يجوز بيع السلم قبل حلوله إلى قوله و يجوز بعده قبل القبض على الغريم على كراهية (انتهى) (قوله) (و لو شرط الابتاع حال البيع لم يجز)

هذا إجماعى دليله الأخبار و ليس دليله الدور كما فى التذكرة و لا عدم القصد إلى حقيقة الإخراج كما فى غاية المراد و قد مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩٧

و يكره لو كان قصدها ذلك و لم يشترطه فلو باع غلامه سلعة ثم اشتراها بزيادة قصدا للإخبار بالزائد جاز إن لم يكن شرط الابتاع (١)

### [الثانى لو ظهر كذب البائع فى إخباره تخير المشتري]

(الثانى) لو ظهر كذب البائع فى إخباره تخير المشتري فى الإمضاء بالمسمى و الفسخ و ليس له قدر التفاوت سواء كان الكذب فى قدر الثمن أو جنسه أو وصفه أو حلوله (٢)

تقدم الكلام فيه فى باب النقد و النسيئة بما لا مزيد عليه فليراجع

(قوله رحمه الله) (و يكره لو كان قصدهما ذلك و لم يشترطه فلو باع غلامه سلعة ثم اشتراها بزيادة قصدا للإخبار بالزائد جاز إن لم

يكن شرط الابتياح)

كما صرح بذلك كله في الشرائع و التحرير و الإرشاد و التذكرة بل في الأخير أنه ليس من التدليس نعم استعمل حيلة شرعية و الأصل في ذلك كلام الشيخ (قال في المبسوط) إذا اشترى ثوبا بخمسين فباعه غلام دكانه الحر ثم اشتراه بمائة جاز له عند بيع المرابحة أن يخبر بالثمن الثاني لأن الشراء من غلامه صحيح فهو الثمن الذي تملكه به الآن و ليس هذا مكروها بل البيع الأول من غلامه إذا اعتقد أن الغلام يبيعه عند التباعد من صاحبه كان مكروها و لو شرط هذا العقد كان باطلا بأن يقول بعثك بشرط أن تبغني فهذا باطل انتهى (فليتأمل في كلامه) هذا و موافقته لهم و في حواشي الشهيد أن هذه المسألة لم نرها في كتب القدماء و لا الروايات الواصلة إلينا و الأولى المنع لعموم قوله عليه السلام من غشنا فليس منا و لأن المشتري لم يترك المماكحة إلا اعتمادا على مماكحته لنفسه و وثوقا باستقصائه في النقيصة لنفسه فكان ذلك خيانه (انتهى) و في الدروس و تعليق الإرشاد و الميسية أنه غش حرام و في اللمعة و الروضة أنه خديعة و تدليس و في جامع المقاصد فيه إشكال و تأول المولى المقدس الأردبيلي كلام الإرشاد بما قال في المسالك إنه هو الذي ينبغي فهمه قال الأردبيلي إن المراد من قصدهما هو ما إذا كان في خاطرهما و لكن ما شرطاه للفظا و لا قصدا نعم قصدهما إذا وقع هذا البيع أن يتعكسا البيع بعده من دون شرط لفظا و لا قصدا بل أوقعاه من دون قصد ذلك خاليا (و خاليا ل) عنه لفظا و نية إلا أنهما يريدان ذلك بعده تبرعا و استيثاقا لا وفاء للشرط و أما إذا كان القصد الشرط و ذكر ذلك مقدا و إن لم يذكر في العقد و كانت المعاملة على ذلك فالظاهر حينئذ عدم الانعقاد (انتهى) و هو تأويل بعيد عن عباراتهم و لا سيما عبارة التذكرة و قد أسمعناكها (و قال في المسالك) إن قوله في الشرائع و لو شرط لم يجز لأنه خيانة يقتضى التحريم مع عدم الشرط إذا كان قصدهما ذلك لتحقق الخيانة و مجرد عدم لزوم بيعه عليه على تقدير عدم شرطه لا يرفع الخيانة مع اتفاقهما عليها و نقل في المسالك أيضا أن بعضهم أورد على قولهم إنه يكره إذا كان ذلك من قصدهما و لم يشترطاه لفظا بما لفظه أن مخالفة القصد للفظ تقتضى بطلان العقد لأن العقود تتبع القصد فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ للقصد قال و أجيب بأن القصد و إن كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان لتوقف البطلان على اللفظ و القصد و كذلك الصحة و لم توجد في الفرض و كان السؤال و الجواب غير مفهومين لى أو غير مستقيمين كما هو الظاهر عند المولى المقدس الأردبيلي رحمه الله

(قوله قدس سره) (لو ظهر كذب البائع في إخباره تخيير المشتري في الإمضاء بالمسمى و الفسخ و ليس له قدر التفاوت سواء كان الكذب في قدر الثمن أو جنسه أو وصفه أو حلوله)

إذا ظهر كذب المشتري في إخباره

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩٨

.....

صح البيع بلا خلاف على الظاهر و وجهه أنه عقد على مبيع معلوم بثمن معلوم حال العقد مقرون بالرضا منهما فبكون صحيحا و الكذب في الإخبار ينجبر بالخيار كالعيب إذا لم يعلم به و هو مما لا يوجب البطلان و نقص الثمن و إنما يوجب إثما و خيارا و لم أجد من تأمل في ذلك ممن تعرض له إلا المولى الأردبيلي فإنه قال قد يتخيل عدم الانعقاد لعدم حصول الرضا إلا على ذلك الوجه و هو خيال مخالف للواقع عند التأمل و للإجماع على الظاهر و كذلك الحال لو بان غلظه في الإخبار إلا أنه لا إثم عليه و ظهور كذبه و غلظه يكون بالبينه أو الإقرار و أما أن الخيار للمشتري بين الإمضاء بالمسمى أو الفسخ إذا ظهر كذبه فهو خيرة المحقق و المصنف و من تأخر عنهما و أما القول بأن له أخذه بحط زيادة و ربحها فإنما هو حيث يظهر غلظه فيه لأن القائل به الشيخ في المبسوط و في الخلاف و قواه قال في المبسوط و إذا قال رأس مائة و بعثك بربح كل عشرة واحدا فقال اشتريته ثم قال غلظت اشتريته بتسعين كان البيع صحيحا و لزمه من الثمن تسعة و تسعون درهما و قيل إن المشتري بالخيار بين أن يأخذه بمائة و عشرة أو يرده لأن نقصان

الثلث عما قال عيب له أن يرد به (ثم قال) وقيل أيضا إن بان ذلك بقول البائع لزم المشتري تسعة و تسعون درهما و إن قامت به البينة فللمشتري الخيار على كل حال و في الخلاف قوى القول المذكور في صورة الغلط و لم يتعرض فيهما لظهور الكذب نعم قال أبو علي لو تباعا مرابحة فأقر البائع أو قامت البينة بأن ثمن ما أخبر بأنه شره بستين درهما ثلاثون درهما كان للمشتري أن يرجع بالثلاثين و قسطها من الربح و ظاهره أنه مخالف في المسألة الأولى (فتأمل) و ظاهر الشرائع و الروضة أو صريحهما أن الخلاف واقع في المسألتين و على كل حال فحجته هذا القول أنه باعه برأس ماله و ما قدره من الربح فإذا بان رأس ماله قدرا معينا كان مبيعا به و ذلك هو مقتضى المرابحة شرعا (و فيه) أنه إنما باعه برأس ماله الذي أخبر به لا بما هو في نفس الأمر (و أما التفصيل) الذي نقله في المبسوط فوجهه أنه إن أقر كان مأمونا و لا- كذلك لو بان بالبينة (فتأمل) و على كل حال فلا خيار للبائع عند الجميع كما هو ظاهر التحرير قال و لا خيار للبائع عندنا و قد نص عليه في المبسوط و غيره و هل يسقط خيار المشتري على قول المبسوط احتمالا كما في المسالك و غيرها و في المبسوط أن الأولى أن لا- خيار له لأنه نقصه من ثمنه (قلت) و لأنه رضى بالأكثر فبالأقل أولى و قال فيه (و قيل) إن له الخيار لأن هذا خيانه و لا يؤمن أن يكون في القول الذي رجع إليه خائنا (قلت) و لأنه قد يكون له غرض بالشراء بهذا الثمن لإبرار قسم أو إنفاذ وصية و قيل بالتفصيل بين ما إذا بان كذبه بالإقرار أو البينة (و يعلم) أنه قال في التذكرة إذا ثبت الخيار للمشتري فقال البائع لا تفسخ فإني أحط الزيادة سقط الخيار و للشافعي وجهان و أما إذا ظهر كذبه في الحلول كما لو كان قد ابتاع بأجل ثم باع مرابحة و لم يخبر به فلا خلاف في صحة البيع كما في المبسوط و الخلاف و الغنية لعموم الكتاب و السنة و خصوص أخبار المسألة كما ستسمع و المشهور أن المشتري حينئذ مخير بين الرد و الإمساك بالثمن حالا و ليس له من الأجل المذكور شيء و هو خيرة المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و النافع و كتب المصنف و هو مذهب الأكثر كما في تعليق الإرشاد و مذهب كثير كما في غاية المراد و هو الأشهر بين الطائفة سيما متأخريهم بل ظاهرهم الاتفاق عليه كما في الرياض (و فيه) أن صاحب كشف الرموز متوقف كالشهيد في غاية المراد و المحقق الثاني في تعليق الإرشاد و هو أي التوقف ظاهر الدروس و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و التنقيح و المقتصر و المهذب البارع إذ لم يرجح فيها شيء من القولين و صاحب إيضاح النافع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٤٩٩

.....

بعد التأمل و النظر مال إلى المشهور و لم يتعرض له في الشرائع و حواشي الشهيد و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و صاحب مجمع البرهان كأنه مال إلى العمل بالأخبار أو قال به و المخالف الشيخ في النهاية و أبو جعفر الطوسي في الوسيلة و أبو علي و القاضي فيما حكى عنهما قالوا للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع و لم يتعرض له من القدماء الصدوق و المفيد و أبو يعلى و علم الهدى و الراوندى و لا بد من تحرير محل النزاع (فقول) المسألة المبحوث عنها عبارة عن أن يشتري سلعة بأجل و يبيع مرابحة و لم يخبر بالأجل و ذلك أعظم من أن يدعى البائع الحلول أو لا- يدعى حلولا- و لا عدمه كما هو الظاهر من إطلاق كلامهم لكن ظاهر المختلف أن محل النزاع إنما هو حيث يدعى الحلول (و أما) إذا لم يدع حلولا و لا عدمه فهو و إن كان مقتضى القواعد حمله على الحلول أيضا لكننا في المقام نحمله على الأجل لمكان الأخبار الواردة في المقام و هي و إن كانت بإطلاقتها شاملة للصورتين إلا أنها مخصوصة و منزلة على الصورة الثانية و هو حمل حسن لكنه يحتاج إلى شاهد و الحاصل أن هنا قاعدتين (الأولى) أنه عقد على مبيع معلوم بثمن معلوم مقرون بالرضا منهما حال العقد و لم يتعرض فيه لذكر الأجل فلا يدخل فيه و الكذب في الأخبار يقضى بأن له الخيار كما سلف في المسألة السابقة (و الثانية) أن إطلاق العقد ينصرف إلى التعجيل و الحلول و لا ينزل على الأجل و نحن في المقام قد خرجنا عن القاعدتين لمكان الأخبار و قد يتوهم اتحادهما لكنهما عند التحقيق متغايرتان قطعا و الأمر في ذلك سهل و المحقق الثاني جعل محل النزاع شيئا آخر قال ظاهر الأخبار يقتضى ثبوت مثل الأجل لكن ليس فيها تصريح بكون البائع عين الثمن و أهمل

الأجل أو باع بمثل ما اشتراه و لم يعين شيئاً و قال المصنف في المختلف حمل الروايات على المعنى الثاني (و استشكله) ثم قال أقول إذا عين البائع الثمن و أهمل الأجل و جرى العقد على ذلك ينبغي الجزم بالصحة من غير أجل إذ ليس في الأخبار و غيرها ما ينافي ذلك و إذا باع بما اشتراه و لم يعين شيئاً و كان مؤجلاً استحق مثل الأجل إن صححنا البيع و هذه هي مدلول الروايات (انتهى) و أنت خبير بأنه لا يجوز أن يحمل كلامه في المختلف و الروايات على ما إذا باعه بمثل ما اشتراه من غير تعيين كمية الثمن لأن العقد حينئذ باطل كما أشار إليه بقوله إن صححناه (حجة الشيخ) في المبسوط و من وافقه ما عرفت من أن ذلك مقتضى القواعد (و حجة الشيخ في النهاية) و من وافقه خبر ميسر (ميسرة خ ل) بياع الزطى المروى في الكافي و الفقيه و التهذيب قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام إنا نشترى المتاع بنظرة فيجىء الرجل فيقول بكم تقوم عليكم (عليك خ ل) فأقول بكذا و كذا فأبيعه بريح فقال إذا بعته مرابحة كان له من النظرة مثل ما لك (الحديث) و هو طويل و نحوه خبر السراد عن أبي محمد الوابشى و خبر هشام ابن الحكم و هو حسن كالصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري المتاع إلى أجل فقال ليس له أن يبيعه مرابحة إلا إلى الأجل الذى اشتراه إليه فإن باعه مرابحة و لم يخبره كان للذى اشتراه من الأجل مثل ذلك و قد حملها في المختلف على ما إذا باعه بمثل ما اشتراه و أخفى عنه النسيئة و لم يشترط النقد و حاصل معناه ما أسلفناه عند تحرير محل النزاع و به يندفع ما أورده عليه في غاية المراد بقوله و هذا الحمل مضمون الروايات بعينه فالتوقف حسن (انتهى) و معناه إن أراد في المختلف أنه باعه بمثل ما اشتراه مع تعيين المقدار و لم يعين (يدع خ ل) حلولاً و لا عدمه فهو محل البحث و الروايات تدل على خلافه فلا يكون هناك حمل للروايات و إن كان مع دعوى الحلول أمكن أن يكون ذلك محملاً للرواية لكن لا يكون هناك مسألة أخرى هي محمل للروايات فإن المسألة المبحوث عنها شاملة للقسمين و هي

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠٠

و هل يسقط الخيار بالتلف فيه نظر (١) و لا خيار لو علم بكذبه و لا تقبل بينه البائع لو ادعى كثرة الثمن و له الإحلاف إن ادعى العلم (٢) و لو صدقه المشتري تخير البائع فى الفسخ و الإمضاء

أن يشتري بأجل و يبيع مرابحة و لا يخير بالأجل و ذلك أعّم من أن يدعى الحلول أو لا يدعى فحمل الروايات إنما هو على شيء غير موجود و لعل حمل الروايات على الاستحباب أو فوق بالإطلاقات و قواعد الأصحاب و التوقف جيد جدا (قوله) (و هل يسقط الخيار بالتلف فيه نظر)

أسقطه فى المبسوط بالتصرف و التلف و نقله عنه فى التحرير ساكتا عليه و حكاة الشهيد عن ابن المتوج لأن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين و لحصول الضرر للبائع حيث إنه ينتقل إلى البدل قهرا و قوى المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى جامع المقاصد و المسالك و الروضة عدم السقوط لحصول المقتضى و انتفاء المانع إذ ليس إلا التلف و لا يصلح للمانع إذ مع الفسخ يثبت المثل أو القيمة و لعموم المغرور يرجع على من غره و الكذب فى الإخبار مقتضى للخيار و لم يثبت اشتراطه بالعلم بذلك قبل تلف المبيع فمع التلف و انتقاله عن ملكه انتقالا لازما أو وجود مانع من رده كالأستيلاذ يرد على البائع مثله أو قيمته و يأخذ هو منه الثمن أو عوضه مع فقدده (قوله) (و لا تقبل بينه البائع لو ادعى كثرة الثمن و له الإحلاف إن ادعى العلم)

يعنى لو أخبره أن رأس المال ثمن معلوم و باعه به ثم ادعى أنه أكثر مما أخبره لم تقبل دعواه و لم تسمع بينته لتكذيبه نفسه و إن اعتاد الصدق و إلا لم تتم أكثر الإقرارات لأنه قد ينقضه ثانيا و هو خيرة المبسوط و الشرائع و التحرير و الدروس و غيرها و استثنى فيما عدا المبسوط ما إذا ادعى على المشتري أنه يعلم أنه اشتراه بأكثر من ذلك فإن دعوى العلم على المشتري مسموعة و إن لم تسمع دعواه بالكثرة إذ لو تحقق علمه بذلك تحقق بطلان الإخبار الأول بتصديقه و هل للمشتري أن يرد اليمين قيل فيه وجهان يلتفتان إلى أن اليمين المردودة كالبينة أو كإقرار المنكر فعلى الثانى ترد و على الأول لا كذا قيل فى التذكرة و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و

قد حقق في محله أنها ليست كأحدهما و قال في المبسوط لا- يلزم المشتري اليمين أنه لا يعلم أنه اشتراها بأكثر من ذلك و قد قيد الإطلاق المذكور أعنى عدم سماع دعواه و بينته فيما عدا المبسوط و الشرائع و الإرشاد بما إذا لم يظهر لدعواه تأويلا محتملا و إلا فتسمع بينته عليه و التأويل المحتمل مثل أن يقول ما كنت اشتريته بل اشتريته بل اشتراه و كيلى و أخبرنى أن الثمن مائة فبان خلافه أو ورد على كتابه فبان مزورا أو كنت راجعت جريدتى فغلطت من متاع إلى غيره كما صرح بالقييد المذكور فى التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و غيرها و أما توهم عدم تمام الإقرارات فتندفع بالشرط المذكور و البيئته إذ لا تنافى بعد إظهار التأويل و لأنه لا يكاد يسلم من ذلك فلو لم تقبل يلزم الضرر و هل له إحلاف المشتري حينئذ الظاهر ذلك و هو خيرة المختلف و التذكرة و تعليق الإرشاد و المسالك و هو مقتضى إطلاق عبارة الشرائع و أما الشيخ فى المبسوط فقد تردد فى سماع البيئته و لم يتعرض للتحليف قال فإن قال و كيلى كان اشتراه بمائة و عشرة و أقام بيئته بذلك قبلت بيئته و إن قلنا إنها لا تقبل لأنه كذبها بالقول الأول كان قويا و لم يتعرض فى الشرائع للبيئته

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠١

### [الثالث لو اشترى ثوبا بعشرة]

(الثالث) لو اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة جاز أن يخبر بعشرة و لا يجب حط الربح (١) و لو اشترى ثوبا بعشرين ثم اشترى أحدهما نصيب صاحبه بأحد عشر أخبر بأحد و عشرين (٢) و لو اشترى أحدهما نصفه بعشرة و الآخر بعشرين ثم باعه صفقة مرابحة فالثمن بينهما نصفان (٣)

أصلا كالإرشاد و أما تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء إذا صدقه المشتري فهو ظاهر  
(قوله) (جاز أن يخبر بعشرة و لا يجب حط الربح)

كما نص عليه فى المبسوط و التحرير و إن أخبر بالحال على وجهه كان أولى و لو اشترى ثوبا بمائة ثم باعه ثم اشتراه بخمسين لم يجز له أن يخبر إلا بما اشتراه ثانيا لأنه هو الثمن الذى ملكه به و الملك الأول بالثمن الأول قد زال  
(قوله) (و لو اشترى ثوبا بعشرين ثم اشترى أحدهما نصيب صاحبه بأحد عشر أخبر بأحد و عشرين)

عاملى، سيد جواد بن محمد حسيني، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ١١ جلد، دار إحياء التراث العربى، بيروت - لبنان، اول، ه ق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٥٠١

قال فى جامع المقاصد فإن قيل كيف جاز هذا الإخبار مع أن العقد الأول إنما وقع على المجموع واحد النصفين إنما كانت حصته عشرة من الثمن بالتقسيم قلنا تعدد المشتري يقتضى تعدد الصفقة فهو فى قوة عقدين فلو اشترى جماعة أمتعة فلكل واحد الإخبار برأس المال بالإضافة إلى ماله من المبيع «انتهى» (فليتأمل) فى الفرق بين ما إذا اشترى أمتعة صفقة و بين ما إذا اشترى جماعة أمتعة صفقة و عن الشعبى أن له أن يخبر فيما نحن فيه باثنين و عشرين  
(قوله) (و لو اشترى أحدهما نصفه بعشرة و الآخر بعشرين ثم باعه صفقة مرابحة فالثمن بينهما نصفان)

هكذا موجود فيما عندنا من النسخ و مثلها عبارة التحرير و الأجود أن يقول نصفين قال فى التحرير لو اشترى نصف سلعة بعشرة و آخر

نصفها بعشرين ثم باعها مساومة بثمان واحد فهو بينهما نصفان و كذا مرابحة و مواضعة أو تولية و لا يقسم على رأس المال «انتهى» و وجهه أن الثمن يقابل به المبيع فتكون أجزاؤه فى مقابلة أجزائه ففى صورة ما إذا باعها مساومة الوجه ظاهر و أما إذا باعها مرابحة كما فى الكتاب فإنه يكون بالنسبة إلى أحدهما مرابحة و بالنسبة إلى الآخر مواضعة أو تولية كما فى التحرير و يحتمل فى عبارة الكتاب أن يراد بكون الثمن نصفين بينهما على وجه لو نصف لكان زائدا عما لكل واحد منهما بدليل كون المبيع مرابحة و إنما يتحقق ذلك (إن) لو كان الربح موزعا على النصفين و إنما يتم ذلك بذلك و قد احتل ذلك فى جامع المقاصد و فى الدروس أن العقد إذا كان واحدا كان الثمن مقسوما على رأس المال قال ما نصه و قد يتفق فى مبيع واحد المرابحة و قسيماها كما لو اشترى ثلاثة ثوبا بالسوية لكن ثمن أحدهم عشرون و الآخر خمسة عشر و الآخر عشرة ثم باعوه بعد الإخبار بخمسة و أربعين فهو مواضعة بالنسبة إلى الأول و تولية بالنسبة إلى الثانى و مرابحة بالنسبة إلى الثالث و كذا لو باعوه مساومة و لا تقسم على رأس المال هذا مع تعدد العقود و لو كان العقد واحدا بالخمسة و الأربعين كان الثمن مقسوما على رأس المال و لو شخص فى العقد الواحد ثمن كل ثلث فهو كالعقود المتعددة «انتهى» و هو تفصيل جيد جدا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠٢

### [الرابع لو باعه تولية فحط البائع الأول عنه البعض فله الجميع]

(الرابع) لو باعه تولية فحط البائع الأول عنه البعض فله الجميع و لو كان الحط قبل التولية فله الباقي إن كان بما أدى (١) و لو حط الجميع قبل التولية لم تصح التولية إن كان بما أدى أو بما قام عليه

### [الفصل الثالث فى الربا و فيه مطلبان]

#### إشارة

(الفصل الثالث فى الربا و فيه مطلبان)

(قوله) (لو باع تولية فحط البائع الأول عنه البعض فله الجميع و لو كان الحط قبل التولية فله الباقي إن كان بما أدى) أى إذا وقع البيع بما أدى لا بما اشترت لأن الذى أداه هو الباقي فعلى هذا لو حط البائع الأول عنه جميع الثمن قبل أن يوليه المشتري للمشتري الآخر لم تصح التولية إن باع المشتري الثانى بما أدى أو بما قام عليه لأنه لم يؤد شيئا كما ذكره المصنف فقد تحصل أنه إما أن يحط جميع الثمن أو بعضه قبل التولية أو بعدها و الزوائد المنفصلة قبل التولية إذا تجددت بعد الشراء الأول للمشتري و قبله للمولى الفصل الثالث فى الربا و فيه مطلبان (٢) قد طفحت عباراتهم بأن الربا لغة الزيادة و اختلفت فى معناه شرعا أما بناء على ثبوت الحقيقة الشرعية فيه أو المتشعبة لا غير ففى السرائر و التحرير و التذكرة و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و تعليقه للكركى و المسالك و الرياض أنه شرعا بيع أحد المتماثلين بالآخر مع شرائط أخر و الغرض بيان أن هؤلاء فسروه بالبيع دون المعاملة مطلقا و إلا فقد عرفه فى المسالك فقال و شرعا بيع أحد المتماثلين المقدرين بالكيل أو الوزن فى عهد صاحب الشرع عليه الصلاة و السلام أو فى العادة بالآخر مع زيادة فى أحدهما حقيقة أو حكما أو اقتراض أحدهما مع الزيادة و إن لم يكونا مقدرين بهما إذا لم يكن باذل الزيادة حربيا و لم يكن المتعاقدان والدا مع ولده و لا زوجا مع زوجته «انتهى» و الظاهر عدم الاحتياج إلى استثناء الزيادة التى بين الوالد و الولد و الزوجين لأنها ربا جائز و لهذا يقولون لا يحرم الربا بين هؤلاء و فى حواشى الشهيد و آيات المقداد و جامع المقاصد أنه شرعا زيادة

أحد العوضين إلى آخر ما فى المسالك ونحوهما ما فى فقه الراوندى قال أصل الربا الزيادة و الربا هو الزيادة على رأس المال من جنسه أو مماثله و فى إيضاح النافع أنه عبارة عن المعاوضة عن المكيل أو الموزون إلى آخره و هذا التعريف يناسب ما حكى عن الأكثر حكاة المقدس الأردبيلي فى آياته و قد حكى عن السيد و الشيخ و القاضي و ابن المتوج و فخر المحققين من أنه يثبت فى كل معاوضة و لا- يختص بالبيع و هو خيرة الشهيدين فى صلح الدروس و المسالك و الروضة و غضب الأولين و أبى العباس فى صلح المهذب و المقتصر و الفخر فى صلح الإيضاح و الصالح القطيفى و المحقق الثانى و الفاضل الميسى و المقدس الأردبيلي و غيرهم و هو صريح الشرائع فى باب الغصب و ظاهرها فى باب الصلح لكن ظاهرها فى المقام و صريح السرائر فى باب الغصب و المختلف فى الباب المذكور و ظاهر غضب المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة فى موضع منها على ما فهمه منهم الشهيد فى الدروس لا على ما فهمه الشهيد الثانى و صريح الإرشاد و الكتاب فى المقام و المختلف فى باب الصلح أنه إنما يثبت فى البيع و هو ظاهر أصحاب التعريف الأول و لهم عبارات فى باب الصلح ظاهرة فى ذلك كقولهم لو صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالا صح و قولهم لو أتلف عليه ثوبا قيمته عشرة فضالحه بأزيد أو أنقص صح عند المشهور و هذا يؤدى إلى الربا و قد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠٣

.....

يظهر ذلك أى اختصاصه بالبيع من المبسوط و الخلاف و المراسم و الوسيلة و مجمع البيان و غيرها و ما نسبوه إلى الشيخ من ثبوته فى كل معاوضة فلعله مبنى على ما يختاره فى الصلح من أنه بيع و المصنف فى باب الغصب و الصلح من الكتاب و التذكرة تردد و ظاهر الفخر فى غضب الإيضاح التردد أيضا و أما ثبوته فى القرض فقد صرح به الأكثرون و إن لم يكن مقدر بالكيل و الوزن فيبقى الكلام فى ثبوته فى الصلح عند من يقول إنه أصل برأسه و قد سمعت اختلافهم فى تقبيل الحنطة بالدقيق على الطحان و السمس على البراز و لعلهم لا يختلفون فى الأخير لفساد المعاملة و لصحيفة محمد ابن مسلم قال سألته عن الرجل يدفع إلى الطحان فيقاطعه على أن يعطى صاحبه لكل عشرة اثنتى عشرة دقيقا فقال لا قال قلت فالرجل يدفع السمس إلى العصار و يضمن له بكل صاع أرطالا مسماة قال لا و إضمام مثل محمد غير ضار (حجة القائلين) بالتخصيص أنه حرام بالكتاب و السنة و الإجماع و لا شك فى تحقق ذلك فى البيع لأنه المتبادر من الإطلاق و كذا القرض و أما غيرهما فلا- يعلم جريانها فيه فيبقى على أصل الإباحة المؤيد بظواهر الآيات و الأخبار الدالة على حصول الإباحة بالتراضى و على حصر المحرمات و ليس هذا منها و أن الناس مسلطون على أموالهم خرج البيع و القرض و بقى الباقي (و قد قيل) فى تفسير الآية أعنى قوله جل شأنه **إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا** أن البيع الخالى من الربا مثل البيع المشتمل عليه فعلى هذا يكون تحريم الربا مخصوصا بالبيع (و حجة القائلين) بالعموم لكل معاوضة إطلاق الكتاب و السنة و منها الصحاح المستفيضة و غيرها من المعتمدة ففى صحيفة أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال الحنطة و الشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر و فيه الدقيق بالحنطة و السويق بالدقيق مثلا بمثل لا بأس به و نحوه آخر و فيه كان على عليه السلام يكره أن يستبدل وسقين من تمر المدينة بوسق من تمر خيبر و فيه عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها مشقق فقال هذا مكروه فقال أبو بصير لم يكره فقال كان على بن أبى طالب عليه السلام يكره أن يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر و لم يكن على عليه السلام يكره الحلال و خبر عبد الرحمن بن الحجاج قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام أ يجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير قال لا يجوز إلا مثلا بمثل ثم قال إن الشعير من الحنطة و صحيفة الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام بالفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة و لا نقصان الزائد و المستزيد فى النار و لعلها أوضحها دلالة و سندا و مثلها فى وضوح الدلالة صحيفة محمد التى أسمعناكها آنفا (و عساك تقول) ليس هناك إلا- إطلاقات فتحمل على الشائع و هو البيع و لا تشمل سائر المعاملات (لأننا نقول) هذا الإطلاق مؤيد بعموم بعضها الناشى من ترك الاستفصال كخبر عبد الرحمن بن الحجاج لكنه ضعيف فلم يبق إلا صحيح محمد و كأنه خارج

عما نحن فيه لفساد أصل المعاملة (فليتأمل) لأن ضعف خبر عبد الرحمن تجبره الشهرة (فتأمل) وقد يقال إن هناك مسلكا آخر معروفا مألوفا فى الاستدلال كأن يقال إن الربا حرام بالأدلة الثلاثة و معلوم كونه بمعنى الزيادة و ليس بمعلوم أنه منقول فى اصطلاح الشارع (نعم) قد يوجد فى اصطلاح الفقهاء أنه فى البيع خاصة لكن ذلك ليس بدليل لأنه ليس بحقيقة شرعية و لا عرفية عامة بل هو اصطلاح جماعة بعد البحث و النظر و الاجتهاد فكل عرفه بمقتضى اجتهاده فينبغى حمله على معناه اللغوى و يخرج ما هو حلال بالإجماع و يبقى الباقي تحت التحريم و يرشد إلى ذلك عدم تخصيصهم له بالبيع و قولهم بجريانه فى القرض و ما ورد فى علة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠٤

### [المطلب الأول فى محله و له شرطان]

#### إشارة

الأول فى محله و له شرطان

### [الشرط الأول التماثل فى الجنس]

(الأول) التماثل فى الجنس (١)

تحريمه من تعطيل المعاش و الإجلاب و امتناع الناس من اصطناع المعروف (و فيه) أن القائلين باختصاصه لعلهم لا يلتزمون القول بنقله و يقولون إن الزيادة المحرمة إنما هى فى البيع و القرض لمكان التبادر و الإجماع كما أشرنا إليه فى حجتهم و كما يأتى مثله فى المعدود (فليتأمل) و أما ما ورد فى علة تحريمه فهو لبيان الحكمة لا العلة و إلا لحرمت الحيل التى ذكرها جل الفقهاء و دلت عليها الأخبار كما ستعرف إن شاء الله تعالى و تمام الكلام فى باب الصلح و على قول الأكثر يلزم عدم جواز الزيادة فى الهبة المعوضة لأن الزيادة مطلقا حرام و قد خرج منها ما يجوز إجماعا و بقى غيره (و ليعلم) أن الظاهر أن التحريم عند الأصحاب هو المعاملة و ما يحصل بها فما يأخذه من الغريم من رأس المال و الزيادة حرام و كذا ما يعطيه كما تدل عليه الأدلة قال فى مجمع البيان معنى أحل الله البيع و حرم الربا أحل البيع الذى لا ربا فيه و حرم البيع الذى فيه الربا و هو يرشد إلى التخصيص كما حكيناه عن ظاهره فيما سلف ثم الربا عندهم قسمان ربا البيع و ضابطه الاتفاق فى الجنس و التقدير بالكيل و الوزن و ربا القرض و ضابطه أن يشترط فيه الزيادة على المقترض فى العين أو الصفة سواء كان مكيلا- أو موزونا أو لا- فهو أعم موضوعا من ربا البيع ثم هو قسمان أيضا ربا باعتبار الزيادة العينية و هو ربا المفضل الفضل (خ ل) كدرهم بدرهمين و باعتبار الزيادة الحكيمية كدرهم حال بدرهم مؤجل و هو ربا النسئيه و قد أجمع المسلمون كما فى التذكرة و آيات المقداد و ظاهر الخلاف على ثبوت الربا فى الأجناس الستة الذهب و الفضة و الحنطة و الشعير و التمر و الملح و اختلفوا فيما عدا ذلك و عند الإمامية كما فى التذكرة أن الضابط الكيل أو الوزن أو العدد على خلاف فى الأخير فأين وجد أحدها ثبت الربا لأنه الزيادة و هى إنما تثبت بالمقدر بأحد المقادير و للأخبار فيجربى فى الحبوب و الثوم و القطن و الصوف و الحناء و الحديد و النورة و الجص و غير ذلك مما يدخله الكيل أو الوزن

(قوله) (الأول فى محله و له شرطان الأول التماثل فى الجنس)

يريد أن له شرطين الأول اتفاق العوضين فى الجنس و الثانى كونهما مقدرين بالكيل أو الوزن (و أما) الزيادة فلا بد منها لتحقيق حقيقة



الربا و دليل اشتراط اتفاق الجنسين في النقد إذا كانا مقدرين بهما أى الكيل أو الوزن الإجماع المستفاد من الإجماع المحكى في عبارة الكتاب و الغنية و السرائر و غيرها و في المختلف و الربا من شرطه اتحاد الجنس على ما بينه علماؤنا و يستفاد الاشتراط المذكور من قوله عليه الصلاة و السلام في موثق منصور بن حازم كل شىء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد و من أخبار بيع العروض المختلفة في الجنسية نسيئة و أما دليل الاشتراط في النسيئة فإجماع الغنية و التذكرة كما ستسمع و النبوى المشهور بل المجمع عليه كما في السرائر إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم المعتضد بالعمل به خصوصا عند المتأخرين بل لعلمهم مطبقون عليه و بالأصل و العمومات مضافا إلى عموم الأخبار المعتمدة الدالة عليه منطوقا و مفهوما (أما الأول) فكالصحيح يكره قفيز لوز بقفيزين و قفيز تمر بقفيزين و لكن صاع من حنطة بصاعين من تمر و الموثق الوارد في السؤال عن الطعام و التمر و الزبيب فقال لا يصلح شىء منها اثنان بواحد إلا أن تصرفه إلى نوع آخر و أما المفهوم فهو المستفاد من خبر منصور الذى سمعته و أما ما خالف ذلك فبين ضعيف السند أو قاصر الدلالة كما ستعرف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠٥

الثلث و المثمن إن اختلفا جنسا جاز اختلافهما قدرا نقدا و نسيئة إلا الصرف فإنه لا يصح فيه النسيئة (١) و إن اتفقا وجب اتفاقهما قدرا نقدا إن دخلهما الكيل أو الوزن إجماعا و إلا فلا و لا يشترط التقابض في المجلس قبل التفرق (٢)

#### فتحمل على الكراهية

(قوله) (الثلث و المثمن إن اختلفا جنسا جاز اختلافهما قدرا نقدا و نسيئة إلا الصرف فإنه لا يصح فيه النسيئة إلخ) المال إذا بيع بالمال كان على أقسام الأول أن لا يكون شىء منهما ربويا بأن لا يعتبر فيه الكيل أو الوزن أو العدد و هذا يجوز بيعه متفاضلا و غيره حالا- و مؤجلا- مثل عبد بعدين و ثوب بثوبين إجماعا محكيا في التذكرة و ما دل على خلاف ذلك فمحمول على الكراهية و المخالف الشيخ في الخلاف و النهاية فإنه قال لا يجوز بيع بعضه ببعض نسيئة متماثلا و لا متفاضلا و مثله ما في الغنية و في المقنعة لا يجوز نسيئة بيع ثوب بثوبين أو بعير ببعيرين أو دار بدارين فإن باع كان البيع باطلا و نحوه ما في المراسم و المنع محكى عن القديمين أيضا و المنع خيرة الوسيلة في خصوص المعدود المتفق بالجنس متفاضلا و الصدوقان و من تأخر عنهما ما عدا من عرفت على الجواز كما ستعرف نعم تردد المحقق في الشرائع و قال إن المنع أحوط (الثانى) أن يكون أحدهما ربويا دون الآخر كالثوب بالحنطة أو الدراهم و ظاهر التذكرة أنه كالأول في الإجماع على الجواز مطلقا و الإجماع على ذلك صريح المختلف قال في التذكرة حكمه كالأول للإجماع على السلف و النسيئة مع تغاير الثمن الذى هو أحد النقيدين و المثمن إلا الصرف خاصة (الثالث) أن يكون كلاهما ربويين مع الاختلاف و صريح الغنية و التذكرة الإجماع على أنه كالأول أيضا قال في التذكرة و الثالث كالأول عندنا للإجماع على إسلاف أحد النقيدين و المثمن فى البر و الشعير و غيرهما من الربويات و النسيئة أيضا ثم قال و يكره بيع الجنسين المختلفين متفاضلا نسيئة و فى المختلف و الإيضاح الثمن و المثمن إذا اختلفا فى الجنس و كانا ربويين فإن كان أحدهما خاصة من الأثمان صح إجماعا نقدا و نسيئة لأنه مع الأجل فى أحدهما يكون سلفا أو نسيئة و إلا جاز البيع نقدا متماثلا و متفاضلا بلا خلاف ثم نقلا الخلاف فى الجواز نسيئة و الإجماع على الصحة إذا كان أحدهما من الأثمان صريح الروضة و فى المهذب البارح صح قطعا و هو إجماع (الرابع) أن يكونا ربويين مع اتحاد الجنس من غير تفاضل و لو حكما مثل الأجل و هذا جائز إجماعا كما يستفاد من عبارة المصنف فى المقام و من نفيه الخلاف فى المختلف بل الإجماع معلوم لا شبهة فيه إلا أنه يشترط فى الصرف التقابض فى المجلس (الخامس) أن يكونا ربويين مع الاتحاد و التفاضل و هذا مما لا ريب فيه و لا خلاف فى تحريمه كما فى الغنية و غيرها و عبارة الخلاف بالكراهية محمولة على التحريم لأن المسألة إجماعية كما فى الدروس (قوله قدس سره) (و لا يشترط التقابض فى المجلس قبل التفرق)

عندنا كما في التذكرة إلا في الصرف و المخالف الشافعي حيث قال يجب رعاية الحلول و التماثل و التقابض في المجلس كما لو باع الذهب بالذهب و البر بالبر و قال في الغنية لا يجوز بيع بعضه ببعض إذا اتفق الجنس إلا بشروط ثلاثة زائدة على ما مضى الحلول النافي للنسيئة و التماثل في المقدار و التقابض قبل الافتراق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠٦

و يكره بيع أحد المختلفين بالآخر نسيئة و إن تساويا قدرًا إذا دخلهما أحد التقديرين على رأى (١) و لا يثبت الربا في غير البيع

بالأبدان بلا خلاف إلا من مالك إلى آخره و ظاهره أو صريحه الخلاف

(قوله) (و يكره بيع أحد المختلفين بالآخر نسيئة و إن تساويا قدرًا إذا دخلهما أحد التقديرين على رأى)

أما الجواز فهو خيرة النهاية و الخلاف و المبسوط و كافي أبي الصلاح فيما حكى عنه و الوسيلة و الغنية و السرائر و النافع و البشري فيما حكى عنها و كشف الرموز و التذكرة و المختلف و شرح الإرشاد للفخر و الإيضاح و اللمعة و حواشى الكتاب و التنقيح و المقتصر و المهذب البارع و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد و الميسية و الروضة و الكفاية و فى الأخير أنه المشهور بين المتأخرين و هو المنقول عن الكيدى (الكندى خ ل) و أما الكراهية فقد صرح بها فى أكثر هذه الكتب المذكورة و فى الدروس أنه جوز الشيخ و المتأخرون على كراهية و فى الغنية و السرائر الإجماع عليه و كذا التذكرة و عن القديمين الحسن و أبى على و القاضى المنع من ذلك و هو خيرة المفيد و سلار فى المقنعة و المراسم و المصنف فى التحرير و التردد صريح الشرائع و ظاهر الدروس و غاية المراد و المفاتيح حيث لم يرجح فيها أحد القولين و محل النزاع ما إذا كانت الأجناس الربوية المختلفة عروضا تساوت قدرًا أو اختلفت فلو كانت أثمانًا أو ملفقة منهما اختلف الحكم فيهما فلا ريب فى المنع عن النسيئة فى الأثمان مطلقًا و جوازها فى صورة التلقيق إجماعًا كما سمعته عن المختلف و الإيضاح و المهذب البارع و الروضة و غيرها لأنه إما سلف أو نسيئة و قد سمعت آفا دليل المشهور على الجواز من الأصل و العمومات و الإجماعات و النبوى المشهور كما قال جماعة بل المجمع عليه كما فى السرائر و عمومات الأخبار الأخر المعتمدة المؤيدة بالشهرة المعلومة و المنقولة بل ظاهر الدروس إجماع المتأخرين كما هو ظاهر الرياض و أما الكراهية فلمكان فتوى من علمت من عظماء الطائفة مع أدلة المنع التى فيها الصحيح المتضمن نفى الصلاحية مع قوة احتمالها الحرمة (أما) من حيث غلبة التعبير بنفى الصلاحية و بالكراهية فى أخبار الربا عن الحرمة أو من غير الصيغة (لكن) الاستفادة من أدلة المنع عند التأمل الصادق إنما هو المنع عن خصوص الزيادة العينية لا الزيادات الحكيمية الحاصلة من مجرد النسيئة فلا معنى للمنع فيها بالنسبة إليها حرمة أو كراهية إلا أن تقول إن أدلة الكراهية مما يتسامح بها (حجّة المانعين) الخبر المشهور إنما الربا فى النسيئة و هو متروك الظاهر إذ لا قائل منا بالحصر (سلمنا) لكن ليس الربا فيه مطلق الزيادة بل بشرائطها و من شرائطها عند علمائنا كما فى الغنية و غيرها كما عرفت فيما سلف اتحاد الجنس و الخبر الصحيح الذى أشرنا إليه ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شىء من الأشياء فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدا بيد فأما نظرة فإنه لا يصلح و نحوه خبران آخران ضعيفا السند قاصرا الدلالة كالصحيح مع احتمال ورودها مورد التقية لأنه مذهب أبى حنيفة و إحدى الروايتين عن أحمد كما فى التذكرة (و يعلم) أن خلاف المفيد فى المقنعة و أبى على فى المراسم إنما هو فيما إذا اختلف القدر كبيع قفيز من حنطة بقفيزين من ذرة أو أرز نسيئة و لم يتعرضا لصورة التساوى كبيع قفيز من حنطة بقفيز من ذرة نسيئة و لم تنقل لنا عبارة القديمين و القاضى لكن الفخر فى الإيضاح نقل الخلاف فى المقامين لكنه لم يعين القائل فى المقام الثانى و لعله استنبطه من المانعين مع التفاوت فى القدر لأن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠٧

الأجل زيادة حكمية و حينئذ فكان الأولى بالمصنف أن يقول و إن اختلفا قدرا كما هو ظاهر لا يخفى (فتأمل) (و ليعلم) أنه إذا تفاضل الشيطان المتحدان جنسا غير المكيلين و الموزونين فى النسبة فيه الخلاف و قد عرفت فيما سلف أن المانع هو المفيد و سلا و الشيخ فى النهاية و الخلاف و أن ابن حمزة فى الوسيلة منع فيما إذا اتحد الجنس فى المعدود و قد حكى مختار المفيد عن القديمين و المشهور الكراهية كما عرفت فى صدر الفصل و فى التذكرة الإجماع عليه و هو ظاهر السرائر و ربما حكى عن ظاهر الغنية و ليس كذلك و هو خيرة المقنع و ما تأخر عنه ما عدا ما عرفت بل عليه المتأخرون كافة مضافا إلى الأصل و العمومات السالمة عن المعارض سوى إطلاقات الكتاب و السنة بحرمة الربا و هى ليست باقية على ظواهرها قطعا من حرمة مطلق الزيادة بل هى مقيدة و لو فى الجملة بإجماع الطائفة و بالأخبار المعتبرة (هذا كله) مع إطلاق الأخبار المستفيضة التى ستسمعها النافية للبأس عن البيضة و البيضتين و الثوب و الثوبين و الشاة و الشاتين المعتضدة بعد الشهرة و الأصل و الإجماعات و العمومات بمخالفة العامة و غيرها من المؤيدات كما ستعرف ذلك كله عند التعرض لحكم المعدود من ثبوت الربا فيه و عدمه و بالغ فى الخلاف حيث منع من بيع الثياب بالثياب و الحيوان بالحيوان نسيته تماثلا و متفاضلا مع أنه قال مع ذلك بكراهية بيع المتماثلين المتساويين الربويين نسيته و قد أولوا كلامه بإرادة التحريم كما عرفت آنفا لكنه صرح فيما كنا فيه من بيع أحد المختلفين الربويين بالآخر نسيته بالكراهية كما حكيناه عنه (فينبغى أن) تبقى هنا على معناها و لم يتعرض المصنف لثبوت الربا فى المعدود و لا لعدمه لكنه أشار فيما أتى إلى عدم ثبوته فيه بقوله فى الشرط الثانى و لو انتفى الكيل و الوزن معا جاز التفاضل نقدا و نسيته كتوب بثوبين و بيضة ببيضتين و لا بأس لو تعرضنا لبيانها فى المقام لمكان ارتباطه ببيع المعدودين مع التفاضل نسيته و قد قال صاحب التنقيح و صاحب إيضاح النافع إن المسألتين من سنخ واحد (فقول) المشهور عدم ثبوته فيه كما هو خيرة المقنع و النهاية و المبسوط و الخلاف و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و الإرشاد و المختلف و التحرير و التذكرة و اللمعة و المقتصر و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و هو ظاهر الدروس و غاية المراد و هو المحكى عن على بن بابويه و الحسن بن أبى عقيل و القاضى و مجمع البيان و حكى عن كافة المتأخرين للأصل و العمومات و الإجماع المحكى فى الخلاف و مجمع البيان و التذكرة و ظاهر الغنية و السرائر بل ظاهر الشرائع كما فهمه بعضهم و أخبار الباب منها الصحيح فى الفقيه و التهذيب و الكافى لا بأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كيلا أو وزنا و الخبر المنجبر بالعمل و المعتضد بما عرفت أن ما عد عدا و لم يكمل و لم يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد و يكره نسيته و ما رواه الشيخ فى الموثق عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن البيضة بالبيضتين قال لا بأس و الثوب بالثوبين قال لا بأس و الفرس بالفرسين قال لا بأس ثم قال كل شىء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد فإذا كان لا يكال و لا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد و مثله الخبر المروى فى الكتب الثلاثة بخمسة طرق و فيها الموثق و مثله الخبر المروى فى الكتب الثلاثة أيضا بستة طرق و فيها الصحيح عن عبيد ابن زرارَةَ تارة و عن زرارَةَ أخرى قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن إلى غير ذلك من الأخبار الأخر المستفيضة و هذه الأخبار تدل بإطلاقها و بحسب حصر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠٨

.....

الربوى فى المقدر بالكيل و الوزن على عدم ثبوته فى غير المقدر بهما سواء بيع نقدا أو نسيته و هى مع استفادتها و اعتبارها و اشتهاها مؤيدة بما عرفت من الأصل و العمومات و الإجماعات و شهرة العمل و مخالفة العامة و بفحوى الأخبار الدالة على جواز بيع أحد الربويين بالآخر مع الاختلاف فى الجنسية نقدا أو نسيته (و بذلك) يتجه استدلال المصنف فى المختلف على جواز التفاضل فى المعدودين نسيته بقوله صلى الله عليه و آله و سلم إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم و إلا فلا وجه له أصلا إلا على أن يكون من

محل النزاع ما إذا باع البيضة بالجوزتين و إن المانعين يمنعون من ذلك و من المعلوم أنه لا قائل بذلك قطعا و في بعض الصحاح أيضا نفى البأس مع الاختلاف حيث قال في الصحيح إلا أن يختلف الصنفان و المخالف في المقام أعنى القائل بثبوت الربا في غير المكيل و الموزون و أنه يحرم التفاضل فيه مع التجانس مطلقا نقدا و نسيئته المفيد في المقنعة و أبو يعلى في المراسم و هو المحكى عن أبي علي (و حجتهم) ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن محمد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع و البعير بالبعيرين و الدابة بالدابتين فقال كره ذلك على عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان قال و سألته عن الإبل و البقر و الغنم أو أحدهن في هذا الباب فقال نعم فإننا نكرهه و نحوه صحيحه ابن مسكان الواردة في الفرس بالفرس مع زيادة و ما رواه في الفقيه مرسلا مقطوعا و ليس في الباب نصوص دالة على منع بيع العبد بالعبد و الثوب بالثوبين على الإطلاق كما تعطيه بعض العبارات نعم في خبر البصرى سأل أبا عبد الله عليه السلام عن العبد بالعبد و العبد بالعبد و الدراهم قال لا بأس بالحيوان كله يدا بيد و في صحيحه زرارة البعير بالبعيرين و الدابة بالدابتين يدا بيد لا بأس به و زاد في الفقيه و قال لا بأس بالثوب بالثوبين يدا بيد و نسيئته إذا وصفتهما و هذان مشعران بالبأس نسيئته باعتبار المفهوم و الاستدلال بهما لما نحن فيه مبنى على أن المسألتين من سنخ واحد كما صرح به جماعة و ليس كذلك كما سيتضح لك (ذلك خ ل) و على كل حال (فأنت خير) بأن هذه الأخبار معارضة بما هو أقوى منها بمراتب شتى على تقدير تسليم و صوح دلالتها و إلا فهو في محل المنع كما ستعرف و خارجة عما نحن فيه فإن موارد ما لا يقال له في العرف إنه يباع عدا و لذا فرضت في كلامهم مسألة أخرى و إن ظهر من صاحب التنقيح و إيضاح النافع و المهذب البارح اتحادهما و كأنهم أخذوه من عبارة الدروس لأن ظاهرها الاتحاد و ليس كذلك قطعا (لوجوه الأول) أن أكثر هذه الأخبار مصرحة بجواز التفاضل نقدا و المانعون أعنى المفيد و من وافقه لا يقولون به (و الثاني) أن الشيخ في النهاية و الخلاف و ابن حمزة و العماني ممن يقولون بعدم ثبوت الربا في المعدود كما سمعت حكايته عنهم و قد ذهبوا كما عرفت فيما سلف إلى أنه لا يجوز بيع الثياب بالثياب و الحيوان بالحيوان نسيئته ما عدا ابن حمزة فإنه خص المنع في المعدودين نسيئته إذا اتحد الجنس (فلو كانت) المسألتان من واد واحد ما وافقوا هنا و خالفوا هناك «فليتأمل جيدا» (الثالث) أنه يحتمل كون المنع في هذه عن النسيئته لأجل النسيئته خاصة كما في الصرف لا من حيث الربا فلا معارضة بينها و بين ما استفاض واضح الدلالة على حصر الربا في المقدر بأحد التقديرين (و من هنا) يعرف الحال في عناوين المسألتين في كلام الأصحاب و نحن عنوانا المسألتين بما يوافق ما احتج به لهما و قد قال في الدروس في عنوان المسألة الأولى و لو تفاضل المعدودان نسيئته ففيه الخلاف و قال في عنوان الثانية و في ثبوت الربا في المعدود قولان و نحوه غيره و العنوان الأول غير جيد لأنه يخص صاحب الوسيلة فقط «فليتأمل جيدا» (هذا على) تقدير

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٠٩

ولا- يثبت الربا في غير البيع (١) و ضابط الاتفاق في الجنس شمول اللفظ الخاص لهما كالحنطة و الأرز لا كالمطعم المختلفة أفراده (٢)

و صوح أخبار حجة الخصم و إلا فالكراهية في صحيح محمد و نفى البأس في صحيح زرارة و غيره أعنى من الحرمة و مع ذلك قد سكت عليه السلام عن النسيئته في صحيح زرارة عن البعير و الدابة دون الثوب و لعل ذلك للتقية كما فهمه جماعة و كما يشعر بها خبر سعيد بن يسار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن البعير بالبعيرين يدا بيد و نسيئته قال نعم لا بأس إذا سميت الأسنان جذعين أو ثنين ثم أمرني فخططت على النسيئته و زاد في الفقيه لأن الناس يقولون لا- و إنما فعل ذلك للتقية و هذه إن كانت من الصدوق فناهيك به و باطلعه على مذاهب العامة و قد وافقه على ذلك جماعة ثم إنه في المختلف نفى الخلاف عن بيع الثوب بالثوبين نقدا مضافا إلى الإجماعات السالفة فكان صحيح محمد متروك الظاهر عند الأصحاب إن حملت الكراهية فيه على الحرمة في النقد بمعونة الأخبار الدالة على أن عليا عليه السلام لا يكره إلى الحرام و شيوع استعمال الكراهية في أخبار الربا بمعنى الحرمة (نعم) قد يمكن

الاستدلال به على الحرمة نسيئته بمعونته ما ذكر لكنه لا- يقوى على مكافأة الأصل و العمومات و إطلاق الأخبار المعتمدة المتعصدة بالإجماعات و الشهرة و مخالفة العامة و فحاوى الأخبار الواردة فى الربويين مع اختلاف الجنس كما عرفت ذلك كله (نعم) نقول بالكراهية فى المقامين كما هو المشهور لمكان شبهة الخلاف و للجمع بين الأخبار و هى فى النسيئة أشد كما فى المفاتيح و غيره أو نقول بعدمها فى النقد للتصريح بها فى النسيئة فى الخبر المعبر الذى سمعته آنفا و عدم التصريح بها فيه فى النقد و لعدم الخلاف فيه كما فى المختلف و غيره و الأمر فى ذلك سهل لمكان التسامح فى ذلك (و يعلم) أن الخبر إذا ورد على التقيء يصح لنا أن نعمل بها على أنه مكروه كما حرر فى محله فقد اتضح الحال فى المسألتين و ارتفعت شبهة من البين (قوله) (و لا يثبت الربا فى غير البيع)

قد تقدم الكلام فى ذلك آنفا عند الكلام على تعريف الربا

(قوله) (و ضابط الاتفاق فى الجنس شمول اللفظ الخاص لهما كالحنطة و الأرز لا كالمطعموم المختلفة أفراده)

جعل المدار فى الضابط المذكور على الاتحاد فى الاسم الخاص كما هو خيرة السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللعنة و المسالك و الروضة و هو ظاهر المبسوط و الغنية و موضع من المختلف و ظاهر المراسم و الإرشاد و المفاتيح و موضع من المختلف أن المدار إنما هو على الحقيقة النوعية الأصلية و إن اختلفت أسماء أفرادها و فى الكفاية أن المراد بالجنس الواحد الحقيقة النوعية و ضابطه أن يتناولها لفظ خاص (و احتمال) فى مجمع البرهان أن الضابط أحد الأمرين إما الاتفاق فى الحقيقة النوعية أو الاتحاد فى الاسم و قال إن تحقيق ما يعرف به الجنس مشكل جدا فإنه تارة يعلم أن المراد به النوع الواحد و تحقيق ذلك متعسر جدا بل قيل إنه متعذر و تارة أن المراد به ما يشملها (ما يشملها خ ل) لفظ واحد و يخصه مثل الحنطة ثم قال و ينبغى أن يضم إليه أن لا يكون تحته اسم لبعض أفرادها فإن الطعام مثلا- اسم خاص لما يطعم و لكن لبعض أفرادها مثل الحنطة اسم خاص (و فيه أيضا تأمل) لعدم ضبط ذلك مع أن لكل قوم لسانا و اصطلاحا فهو أيضا ليس بضابط مع أنه لا بد مع ذلك من المناسبة الكلية و الاتفاق فى الحقيقة بين أفرادها إلا أن يقال إنه لازم فإن الاسم الخاص لا يكون إلا معه (و لكنه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١٠

.....

قد يشكل بأمر مثل الحبوب و ما يعمل منه إلى آخر ما قال و كان نظر صاحب الكفاية إلى ما قاله أخيرا من التلازم و أراد بالأمر التى توجب الإشكال أنه قد يختلف الاسم و الخاصية فى الأصول و الفروع إذ حقيقة التمر و اسمه و خاصيته غير حقيقة الخل و اسمه و خاصيته و هكذا الشأن فى الحليب و الجبن و أيدى بصحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الغزل بالثياب المنسوجة و الغزل أكثر وزنا قال لا بأس (إلى أن قال) و بالجملة الدليل غير قائم على الاتحاد بين الشئ الربوى و أصله كلية بل قائم على عدمه و الأصل و أدلة إباحة البيع دليل الجواز (إلى أن قال) و المسألة من المشكلات يحلها محلها و نقل فى مقام آخر قوله فى التذكرة و يجوز بيع الحنطة بالخبز متساويا نقدا و لا يجوز نسيئته و لا متفاضلا و يجوز بيع الخبز بالخبز يابسا و رطبا و بيع الفالودج بالحنطة إلخ (ثم قال) دليله اتحاد الحقيقة و الرواية فتأمل فى مطابقتها القوانين كما ذكره فى الحنطة و الدقيق منها و لكن فيه تأمل من حيث انطباقه على القوانين من حيث إنه لا يصدق على كل اسم خاص و لا أن له جنسا واحدا و لهذا لو حلف أن لا يأكل أحدهما لا يحث بأكل الآخر فيحتمل أن يكونا جنسين و جواز بيع أحدهما بالآخر يكون كذلك و يكون الشرط للكراهة مع عدمه كما مر فى سائر المختلفات (و فيه) تأمل آخر من حيث إنه لا شك فى أن الحنطة إذا جعلت دقيقا تزيد فلا ينبغى صحة بيع أحدهما بالآخر متساويا أيضا للزيادة كما فى اليابس من جنس بآخر مثل الرطب و التمر و العنب و الزبيب (إلى آخر ما قال) و قد جمعنا ذلك من كلامه رحمه الله من مقامات متفرقة و قد اشتمل كلامه على تأمل فى مقامين الأول فى الجنس المشروط اتحاده فى الربا بين

الربوبين فإنه يشك فى المراد به هل هو الحقيقة الأصلية و إن اختلفت أسماء أفرادها أو أنه لا بد من الاتحاد فى الاسم بناء على دوران الأحكام مدارها فى جملة من المواضع و على كل من التقديرين إشكال أيضا عنده (و نحن نقول) المراد هو الحقيقة النوعية الأصلية و عليها بنوا ما أجمعوا عليه من القاعدة الأخرى و هى اتحاد كل فرع مع أصله لوجهين (الأول) وجود العلة المنصوصة فى الأخبار المستفيضة الصحيحة (الثانى) التصريح بالقاعدة الكلية فى بعض المعتمدة المؤيدة بالشهرة (أما الأول) فلأن أخبار اتحاد الحنطة مع الشعير قد عللت عدم صلاحية أن يأخذ اثنين من الشعير بواحد من الحنطة بأن أصلهما واحد كما فى حسنة الحلبي أو صحيحته و بأن أصل الشعير من الحنطة كما فى صحيحة هشام بن سالم و صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد الله و التعليل فى هذه الأخبار قد دل على أن كل فرع له حكم أصله من حرمة المفاضلة فإن العلة المنصوصة تتعدى إلى ما عدا مواردنا (و أما الثانى) فهو ما رواه ثقة الإسلام فى الكافي عن على بن إبراهيم عن رجاله فى حل المعاوزات قال فيه ما صورته و ما كيل أو وزن مما أصله واحد فليس لبعضه فضل على بعض (كيلا- بكيل أو وزنا بوزن فإذا اختلف أصل ما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد و يكره نسيئة إلى أن قال) و ما كان أصله واحدا و كان يكال أو يوزن فخرج منه شىء لا يكال و لا يوزن فلا بأس به يدا بيد و يكره نسيئة و ذلك كالقطن و الكتان فأصله يوزن و غزله يوزن و ثيابه لا- توزن فليس للقطن فضل على الغزل و أصله واحد فلا يصلح إلا مثلا بمثل فإذا صنع منه الثياب صلح يدا بيد و الثياب لا بأس الثوبان بالثوب (الحديث) و منه يظهر الجواب عن صحيحة عبد الرحمن حيث دل هذا الخبر على أن الفرع يلحق بالأصل إذا كان مثله فى كونه مكيلا أو موزونا مثل أصله و الثياب ليست كذلك و ظاهر الكليني العمل بالخبر المذكور حيث ذكره و لم ينكره و ضعفه بالقطع و الإرسال منجر كما علمت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١١

و الحنطة و الشعير هنا جنس واحد على رأى (١)

بالشهرة و بما سمعت من الأدلة مضافا إلى الإجماعات المنقولة على اتحاد كل فرع مع أصله و على خصوص أن الخل متحد مع التمر و الجبن مع الحليب كما فى التذكرة و غيرها و بالجملة لا معنى للإشكال فى هذا المقام و لذا تراه فى السرائر و هو ممن يذهب إلى أن المدار على الاتحاد فى الاسم فى مسألة الحنطة و الشعير وافق فى المقام مدعيا على جملة من موارد الإجماع و هذا الحكم مختص بباب الربا لما عرفت و أما ما عداه فلا نزاع فى ترتب الأحكام و دورانها مدار صدق الاسم فسقط أيضا الاستناد فى الشك المذكور إلى ما لو حلف أن لا- يأكل أحدهما فإنه لا- يحث بأكل الآخر (و أما المقام الثانى الذى) تأمل فيه المولى المقدس الأردبيلي فهو قولهم (قوله خ ل) بعدم التفاضل بين الحنطة و الدقيق مع أن الحنطة إذا جعلت دقيقا تزيد فإن اختار الوزن حصلت الزيادة باعتبار الكيل و إن اختار الكيل حصلت باعتبار الوزن (فجوابه) أن ذلك مسلم لكن الأخبار و فتاوى الأصحاب توافقتا على اغتفار هذه الزيادة (و الوجه فيه) أن اغتفارها لأجل المثونة كما صرح به فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال قلت ما تقول فى البر بالسويق فقال مثلا- بمثل لا- بأس به قلت إنه يكون له ربع فيه فضل فقال أ ليس له مئونة قلت بلى قال هذا بهذا و حاصله ما ذكرنا فيكون قد باعه فى القوة و التقدير دقيقا بدقيق و ليس بيع الرطب بالتمر اليابس مثله إذ لا مئونة فى يبس التمر فالفرق واضح و قول السائل إنه يكون له ربع فيه فضل لعله أراد به أنه إذا بيع أحدهما بالآخر كيلا لأنهما من المكيلات فإن الحنطة تكون أثقل و السويق هو الدقيق المقلو أخف فيحصل الربع و الزيادة فى الحنطة أو أراد أن البر يزيد إذا خبز بخلاف السويق (فليتأمل) فقد تحصل أن الاختلاف فى الاسم لا- يكفى فى اختلاف الجنس إلا مع عدم ظهور الاتحاد فى الجنس فاتحاد الاسم و اختلافه علاقة غالية بينى عليها ما لم يحصل أقوى منها و عند حصول الأقوى يعمل به و لهذا عمل أكثر الأصحاب بالاسم و جعلوا المدار عليه فى غير الحنطة و الشعير و فيهما فى غير باب الربا لأن أحكام الشرع مبنية على الاسم و الإطلاق العرفى لا الحقيقة الواقعية إلا مع دليل يدل عليه و قد دلت الأدلة فى باب الربا على اعتبار الحقيقة النوعية الواقعية فوجب التمسك بها و كذا اختلاف الخواص لا يدل على اختلاف الجنس

والحقيقة في باب الربا للأدلة ولأن ذلك كالاسم علامة غالبة لا أمر موجب لليقين ولهذا قال من قال إن معرفة الحقيقة متعسر أو متعذر قال في جامع المقاصد وهذا وإن عز الوقوف عليه إلا أن بعض الأشياء قام القاطع على بيان نوعها فالحنطة بالنسبة إلى ما تحتها نوع بالنص والإجماع وكذا الأرز ثم إنه ذكر ما ذكر مما هو محل نظر (قوله قدس سره) (و الحنطة والشعير هنا جنس واحد على رأى)

موافق لظاهر الفقيه حيث روى ذلك فيه وصريح المقتنع والنهائية والخلاف والمراسم والدلالة والغنية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والدروس والمختلف والتحرير والإيضاح وشرح الإرشاد للفخر والدروس واللمعة وحواشي الكتاب للشهيد والتنقيح وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد وإيضاح النافع والميسية والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والحدائق والرياض وهو المحكى عن التقى والقاضى وهو المشهور كما فى اللمعة وإيضاح النافع ومذهب الأكثر كما فى المفاتيح وقد ادعى عليه الإجماع فى الخلاف و ظاهر الغنية أو صريحها وفى شرح الإرشاد للفخر أن عليه الفتوى (قلت) قد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١٢

و ثمرة النخل كلها جنس وإن اختلفت أصنافها كردىء الدقل (١) و جيد النوع و ثمرة الكرم و جنس

العقد الإجماع بعد ابن إدريس على الاتحاد والمخالف القديمان على ما حكى عنهما و ابن إدريس و من الغريب ما فى التحرير حيث قال فيه و قال ابن أبى عقيل و باقى علمائنا أنهما جنسان و كأنه عول على ما استنهضه صاحب السرائر و هو مما لا يعتمد عليه لأنه خارج عما نحن فيه و من أراد الوقوف على ذلك فليلحظ السرائر (حجة المشهور) بعد الإجماع المذكور الأخبار الصحيحة المستفيضة وغيرها من المعتبرة المعتضدة بما عرفت و هى ما بين صريحه فى الحكم و اتحاد الحقيقة كما فى صحيحة هشام و عبد الرحمن و حسنة الحلبي أو صحيحته كما أشرنا إلى ذلك فيما سلف قريبا فلا حاجة إلى نقل متونها و ظاهرة فى الحكم خاصة و لكن تدل على الاتحاد فى الحقيقة بملاحظة القاعدة المتفق عليها رواية و فتوى أن لا-ربا-إلا- مع اتحاد الجنس (فمن الأخبار) المشار إليها أعنى الظاهرة فى الحكم (ما رواه المشايخ) فى الصحيح عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال الحنطة و الشعير رأس برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر و مثله روايته و صحيحة محمد بن قيس و ما رواه الشيخ فى التهذيب صحيحا إلى صفوان عن رجل من أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام و حسنة الحلبي أو صحيحته (و لعل الوجه) فيما اشتملت عليه الأخبار الأول من أن الشعير من الحنطة و أن أصلهما واحد (هو ما رواه الصدوق) بإسناده أن على ابن أبى طالب سئل مما خلق الله الشعير فقال إن الله تبارك و تعالى أمر آدم عليه السلام أن ازرع مما اخترت لنفسك و جاءه جبرائيل عليه السلام بقبضة من الحنطة فقبض آدم على قبضة و قبضت حواء على أخرى فقال آدم لحواء لا تزرعى أنت فلم تقبل من آدم عليه السلام فكلما زرع آدم جاء حنطة و كلما زرعت حواء جاء شعيرا و بهذا يزول استبعاد الاتحاد فى المقام فالموجب للاتحاد النص و الإجماع لا تناول اسم الطعام لهما كما ذكره جماعة منهم المحقق فى الشرائع (و حجة) القديمين و الحلبي العرف و اللغة و الرواية العامة يبعوا الذهب بالورق و الورق بالذهب و البر بالشعير و الشعير بالبر كيف شئتم يدا بيد قال فى السرائر لا خلاف بين المسلمين العامة و الخاصة إنهما جنسان مختلفان أحدهما غير الآخر جنسا و نطقا و لا خلاف بين أهل اللغة و اللسان العربى فى ذلك ثم أسهب فى غير أدب و ادعى ما لم يثبت دعواه و نعم ما قال له كاشف الرموز بعد كلام طويل إن التشنيع على المشايخ الكبار المجموع على فضلهم ليس من شأن العالم المنصف (انتهى) و الاستدلال بالعرف و اللغة جيدا جدا لو لا الأدلة المتقدمة و لهذا يعدان جنسين فى الزكاة و غيرها و لا ينافيه الاتحاد حقيقة كما دلت عليه الصحاح السالفة لأننا قد قدمنا أن الأحكام الشرعية تابعة للأسامى اللغوية و العرفية دون الحقائق الواقعية إلا فى الربا فى المقام فإن الأخبار المذكورة حكمت فيه بمراعاة الحقيقة الواقعية فلا تتعدى إلى غيره و أما الرواية ضعيفة السند قاصرة الدلالة و لم يستدل بها فى السرائر و إنما استدل بقوله صلى الله عليه و آله إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم

(قوله) (و ثمرة النخل كلها جنس و إن اختلفت أصنافه كرىء الدقل)

و إن كان رديئا فى الغايء كما فى التذكرة فلا يجوز التفاضل فيه نقدا و لا نسيئء و لا يباع مد من البرنى بمدين من الدقل لا نقدا و لا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١٣

و أصل كل شىء و فرعه جنس (١) كالحنطة و الدقيق و الخبز و الدبس و التمر و الخل و العنب و دبسه جنس و اللبن و الزبد و الأقط و الكشك (٢) و السمن جنس و السمسم و الشيرج جنس و المصنوع من جنسين يباع بهما أو بأحدهما مع زيادة على مماثله (٣) و اللحم تابعء لأصولها فلحم البقر عرابه و جاموسه جنس و لحم الإبل عرابها و بخاتها (٤) جنس و لحم الغنم ضأنها و ماعزها جنس (٥)

نسيئء بلا خلاف فى شىء من ذلك على الظاهر و الطلع كالثمرة و إن اختلفت أصولها و طلع الفحل كطلع الإناث كما صرح بذلك فى التذكرة

(قوله قدس سره) (و أصل كل شىء و فرعه جنس)

قد تقدم بيان هذه القاعدة عند شرح قوله و ضابط الاتفاق فى الجنس (إلخ) من أن الأخبار داله عليه من وجهين و أن الإجماع منعقد عليها باعتبارين و بينا أن الفرع إنما يلحق بأصله إذا كان مثله فى كونه مكيلا أو موزونا و بينا الحال فيما ذكره من الإشكال قال فى التذكرة الأصل مع كل فرع له واحد و كذا فروع كل أصل واحد و ذلك كاللبن الحليب مع الزبد و السمن و المخيض و اللبيا و الأقط و المصل و الجبن و الترحين و الكشك و الكاسخ و السمسم مع الشيرج و الكسب و الراشى و بزر الكتان مع حبه و الحنطة مع الدقيق و الخبز على اختلاف أصنافه الرقاق و الفرنى و غيرهما و مع الهريسة و الشعير مع السويق و التمر و السيلان و الدبس و الخل منه و العصير منه و العنب مع دبسه و خله و العسل مع خله و الزيت مع الزيتون و غير ذلك عند علمائنا أجمع فلا يجوز التفاضل بين اللبن و الزبد و السمن و المخيض و غير ذلك مما تقدم بل يجب التماثل نقدا و لا يجوز نسيئء لا متماثلا و لا متفاضلا و لا فرق فى ذلك بين الأصل مع فرعه أو بعض فرعه مع البعض (انتهى) فلا- تلتفت إلى تأمل صاحب مجمع البرهان فى المقام مع اعترافه بعدم الخلاف (و ليعلم) أن مخالطة الملح و الماء و الإنفحة و بعض الأجزاء اليسيرة لا توجب اختلافا لأنها أجزاء يسيرة لا اعتبار بها و إن كانت كثيرة توجب اختلافا جاء حكم المختلفين كما نص على ذلك فى التذكرة

(قوله) (و الكشك)

قال فى القاموس الكشك ماء الشعير و فى المصباح المنير أنه وزان فلس ما يعمل من الحنطة و ربما عمل من الشعير قال المطرزي هو فارسى معرب و فى جامع المقاصد أنه أشبه شىء بالمصنوع من جنسين لأنه معمول من الحنطة و اللبن فإن أمكن اتخاذه من اللبن فقط اندفع ذلك (قلت) فى الشامات يعمل من الحنطة و اللبن و فى العراق يتخذ من الحنطة من دون اللبن (قوله) (مع زيادة على مماثله)

و يكون للزيادة وقع بحيث يصلح لأن يكون عوضا فى البيع و يكفى معرفء المجموع و إن جهل قدر كل جنس و قد يوجد فى بعض النسخ المصوغ من نقدين و الموجود فيما عندنا من النسخ و المصنوع من جنسين و الأخيرة أولى و أصح لأن حكم النقدين قد سلف فى الصرف و لا يكاد يوجد نكتة فى تنكير النقدين (قوله رحمه الله) (و بخاتها)

البخت نوع من الإبل (قال) الشاعر (لبن البخت فى قصاع الخليج) الواحد بختى مثل روم و رومى يجمع على البخاتى و يخفف و يتقل و ربما قيل إنه معرب كما نص على ذلك كله فى المصباح المنير و الحكم محكى عليه الإجماع فى الغنية و التذكرة (قوله) (و لحم الغنم ضأنها و ماعزها جنس)



إجماعاً كما فى الغنية والتذكرة واللحم والكبد والقلب والكروش كله واحد كما فى الحواشى المنسوبة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١٤

والوحشى والإنسى جنسان (١) والحمام جنس واحد على إشكال (٢) والسموك جنس (٣) واللبن والدهن تابعان وكذا الخل والدهن وما يتخذ منه جنس كالشيرج ودهن البنفسج والجيد والردى جنس والصحيح والمكسور جنس والتبر والمضروب جنس (٤)

إلى الشهيد وفيها أيضاً أنه يجوز بيع اللبن باللحم واللحم بالسمن لاختلاف الماهية بخلاف الدبس بالخل للاختلاف بالصفة لا غير واللحم والشحم مختلفان أما الألية والشحم فالظاهر اتحادهما كما فى الدروس (قوله) (و الوحشى والإنسى جنسان)

كما نص عليه فى المبسوط والخلاف وغيرهما وحكى عليه الإجماع فى الغنية وجامع المقاصد وظاهر التذكرة حيث قال فى الأخير عندنا وقال فيه فى مقام آخر ولبن الوحشى مخالف للإنسى ولبن بقر الوحش مخالف لبن بقر الإنسى وكذا لبن الضبى ولبن الشاة جنسان عند علمائنا أجمع وفي المبسوط والخلاف أن ليس فى الإبل وحشى (قوله) (و الحمام جنس واحد على إشكال)

المعروف عند معظم الفقهاء أن الحمام كل طائر يعب الماء ويهدر فيدخل فيه القمارى والدباسى والفواخت سواء كانت مطوقة أو لا آفة أو وحشية وقد جعله المحقق الثانى أعرف عند أهل اللغة لكن المحكى عن أكثر كتب اللغة كالصحيح و فقه اللغة و شمس العلوم والسامى وغيرها أنه كل مطوق وحكا الأزهري عن أبى عبيدة عن الأصمعى وفى المصباح المنير الحمام عند العرب كل ذى طوق من الفواخت والقمارى وساق حرا و القطا والدواجن والوراشين وأشبه ذلك (إلى أن قال) والعامه تخص الحمام بالدواجن وكان الكسائى يقول الحمام هو البرى واليمام هو الذى يألف البيوت والظاهر أن التفاوت بينهما قليل أو منتف وقد قوى فى التذكرة أنه جنس واحد وقربه فى الدروس وفى جامع المقاصد أنه أقرب للاحتياط و ظاهر التحرير بل صريحه أنه جنسان والإشكال من أنه يشمل اسم واحد خاص ومن اختصاص كل باسم وفى الإيضاح وجامع المقاصد أن الوقوف على الأجناس والأنواع والفصول متعسر كما فى الأول وعزيز ولا قاطع من قبل الشرع على أحد من الأمرين كما فى الثانى وعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يقتضى صحة البيع الجارى على بعض ببعض وقوله عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال قد يقضى بالعدم (قوله قدس سره) (و السموك جنس)

على الأقوى لشمول اسم السمك للكل والاختلاف بالعوارض لا- يوجب الاختلاف فى الحقيقة وربما احتمل أن تكون أجناسا متعددة فكلما اختص باسم أو صفة كان جنسا مخالفا لما غيره (فليتأمل) والإجماع منا على أن لحم السمك مخالف لسائر اللحوم كما فى التذكرة والمخالف الشافعى (قوله) (و التبر والمضروب جنس)

قال فى المصباح المنير هو ما كان من الذهب غير مصنوع وقال الزجاج كل جوهر قبل استعماله كالنحاس والحديد وغيرهما وفى القاموس الذهب والفضة أو فتاتها قبل أن يصاغ أو ما يستخرج من المعدن قبل أن يصاغ وفى النهاية لابن الأثير التبر هو الذهب والفضة قبل أن يضربا دنانير و دراهم فإذا ضربا كان عينا وقد يطلق على غيرهما من المعدنيات كالنحاس والحديد والرصاص فعلى بعض معانيه لا إشكال فى جواز بيع أحدهما بالآخر ولذا أطلق هنا وفى التذكرة وإنما يرد على تفسيره بما يستخرج من المعدن فإنه لا- يجوز بيع التبر بوزنه من المضروب لاختلاطه بأجزاء ترابية لا قيمة لها فىبقى الزائد من المقابل بغير عوض قال فى جامع المقاصد حكمه هنا باتحاد الجنسية يمكن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١٥

### [الشرط الثاني الكيل أو الوزن]

(الشرط الثاني) الكيل أو الوزن (١) فلا- ربا إلا- فيما يكال أو يوزن مع التفاوت و لو تساويا قدرا صح البيع نقدا و لو انتفى الكيل و الوزن معا جاز التفاضل نقدا و نسيئته كثوب بثوبين و بيضة ببيضتين و لا فرق بين اختلاف القيمة و اتفاقها و الحوالة في التقدير على عادة الشرع فما ثبت أنه مكيل أو موزون في زمانه عليه السلام حكم بدخولهما فيه و إن لم تعلم العادة الشرعية فعادة البلد و إن اختلفت البلدان فلكل بلد حكم نفسه على رأى (٢)

تفريع هذا الحكم عليه إذ لو كانا جنسين لجاز البيع بكل حال  
(قوله) (الشرط الثاني الكيل أو الوزن)

قد ذكر المصنف لثبوت الربا و محله شرطين التماثل في الجنس و كونه مكيلا أو موزونا و ثبوته حينئذ مما دلت عليه الأخبار التي كادت تكون متواترة و حكيته عليه الإجماعات المتظافرة و قد عرفت مما دل على اشتراط الشرط الأول و قد استطرنا ذكر ما دل على اشتراط الشرط الثاني في النقد و النسيئة عند شرح قوله و يكره بيع أحد المختلفين بالآخر و بينا أنه لا ربا في المعدود و أنه المشهور و حكينا اختياره صريحا عن سبعة و عشرين كتابا و أنه ظاهر الدروس و غاية المراد و أنه المحكى عن علي بن بابويه و الحسن و القاضي و مجمع البيان و أن المخالف القائل بثبوته في غير المكيل و الموزون و أنه يحرم التفاضل مع التجانس نقدا أو نسيئة المفيد و أبو يعلى فيما حكى عنه و استوفينا الكلام في ذلك (و قد علمت) أنه قد أجمع المسلمون على ثبوت الربا في الأشياء الستة و أن أصحابنا استندوا إلى ثبوته في كل مكيل و موزون إلى النص و القائلون بالقياس اتفقوا على ثبوته في الأشياء الستة لعله و قد اختلفوا فيها على أقاويل شتى

(قوله) (و الحوالة في التقدير على عادة الشرع فما ثبت أنه مكيل أو موزون في زمانه عليه الصلاة و السلام حكم بدخولهما فيه و إن لم تعلم العادة الشرعية فعادة البلد و إن اختلفت البلدان فلكل بلد حكم نفسه على رأى)

موافق للمبسوط و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و نهاية الأحكام لا في المقام و الإرشاد و المختلف و الدروس و حواشى الشهيد و إيضاح النافع و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و المفاتيح و هو المنقول عن القاضي و قال في الكفاية قالوا إلى آخره و وجه الاستناد إلى الأصل في الجملة و أن المعبر العرف و العادة عند عدم الشرع و كما أن عرف تلك البلد التقدير فيلزمه حكمه و عرف الآخر الجزاف مثلا فيلزمه حكمه صرفا للخطاب إلى المتعارف من الجانبين و ردا للناس إلى عوائدهم كما في القبض و الحوز «١» و الإحياء و إلا لزم الخطاب بما لا يفهم فيكون قد قام العرف الخاص مقام العام عند انتفائه (و يبقى) الإشكال على هذا القول لو اختلفت عادة البلد الواحد بأن يباع تارة جزافا و أخرى مكيلا أو موزونا و لعلهم يعتبرون هنا الغلبة (و أما) مع التساوى فيقولون إنهما كالبلدين (فتأمل) و الظاهر أن الحكم عندهم للبلد لا أهله و إن كان قد خرج بعض الساكنين فيه إلى بلد غيره و خالف الشيخ في النهاية و أبو يعلى في المراسم فقالا إنه إذا كان يباع في بلد جزافا و في آخر كيلا أو وزنا فحكمه حكم المكيل و الموزون في تحريم التفاضل و قواه في الإيضاح و فصل المفيد فقال إن كان يباع في مصر كيلا أو وزنا و يباع في آخر جزافا فحكمه حكم المكيل أو الموزون إذا تساوت الأحوال في ذلك و إن اختلفت كان الحكم فيه حكم الأغلب و الأعم و وافقه على ذلك صاحب السرائر و مستند

(١) و الحرز خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١٦

و لا- يثبت الربا في الماء و لا الطين إلا الأرمني (١) و المراد هنا جنس المكييل و الموزون و إن لم يدخلاه لقلته كالحبة و الحبتين أو لكثرتهم كالزبرة (٢)

القولين غير واضح سوى قوله عليه السلام إلا غلب الحرام الحلال و هو كما ترى و الاحتياط لا يصلح دليلا فيما نحن فيه كما في جامع المقاصد و إيضاح النافع من أنه أحوط ليس استدلالا (و قد يحتج للشيخ) و سلا و واحد شقى قول المفيد و ابن إدريس بالإطلاق و هو معارض بالإطلاق الآخر المتضمن عدم الربا فيما لم يقدر بهما على أنك عرفت حال الإطلاق الأول و أما الشق الثاني من قول المفيد فكان وجهه ظاهر فيما إذا كان الأغلب الكيل أو الوزن لأن النادر لا يلتفت إليه و قد مال إلى ذلك جماعة كالأبي و المقداد و القطيفي (فقد تحصل) أن ما علم أنه في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم مكييل أو موزون فهو ربوي إجماعا كما في التنقيح و ظاهر المبسوط و إن تغير بعد ذلك و لا فرق في ذلك بين بلده عليه السلام أو بلد آخر إذا أقر أهله عليه و يحتمل ما كان عادة في زمنه مطلقا كما هو ظاهر إطلاق أكثر العبارات لأن دليل التحريم إنما وجد في ذلك الزمان فيحمل على عادة أهله مطلقا إلا أن يختلف في بلده و غيره و حينئذ يشكل لاحتمال رجوعه إلى بلده و كون كل بلد له حكم نفسه فلو لا الإجماع لأمكن القول بالحوالة على العرف مطلقا لأنه المحكم في موضوعات الأحكام الشرعية (و أما) ما علم أنه غير مكييل و لا موزون فليس بربوي إجماعا و ما لم يعلم حاله فإن اتفقت البلدان على كيله أو وزنه فهو ربوي و إن اتفقت على عدمه فليس بربوي فخلص من هذا التقدير قسم خاص و هو المجهول حاله في زمنه صلى الله عليه و آله و سلم و اختلفت البلدان فيه و قد اختلفت الأقوال فيه كما عرفت (و بقي هناك شق آخر) و هو ما عرف أنه كان مقدرا في عهده صلى الله عليه و آله و سلم و جهل اعتباره بأحدهما فقالوا احتمل التخبير و تعيين الوزن لأنه أضحبط اختاره في التذكرة و حسنه في المسالك و احتمل في نهاية الأحكام اعتبار الكيل لأنه أغلب في المطعومات في عصره صلى الله عليه و آله و سلم و قد تقدم تمام الكلام في أول الكتاب عند قول المصنف الفصل الثالث العوضان و الثبوت في عهده صلى الله عليه و آله و سلم إنما هو عند المجتهد بالخبر الواحد أو المتواتر كما نبه عليه فخر الإسلام في شرح الإرشاد (قوله قدس سره) (فلا يثبت الربا في الماء و لا الطين إلا الأرمني)

الطين الأرمني طين قبر ذى القرنين و روى في المصباح عن محمد بن جمهور القمي عن بعض أصحابه سئل الصادق عليه السلام عن الطين الأرمني يؤخذ للكسر أ يحل أخذه قال أما إنه من طين قبر ذى القرنين و طين قبر الحسين ابن علي عليهما السلام خير منه و أرسل في مكارم الأخلاق عنه عليه السلام أنه سئل عن الطين الأرمني يؤخذ للكسر و المبطن (الحديث) و في الإيضاح في باب المطاعم نفى الخلاف عن جواز أكله لدفع الهلاك فكان دواء يباع وزنا فيثبت فيه الربا و أما الماء فغير مكييل و لا موزون و إن كان لا يباع سلفا إلا وزنا فلو أسلف ماء في ماء إلى أجل احتمل أن يكون ربويا لاشتراط الوزن حينئذ في السلم فيه و كذا الحجارة و التراب و الحطب و لا عبرة ببيع الحطب وزنا في بعض البلدان لأن الوزن غير شرط في صحته و أما الطين الخراساني فأكله حرام فإن بيع لغرض صحيح ابتنى ثبوت الربا فيه و عدمه على دخول الكيل أو الوزن فيه و عدمه و أطلق الشيخ و القاضي تحريم بيع الطين المأكول و في الخلاف الإجماع على ذلك

(قوله) (و المراد هنا جنس المكييل و الموزون و إن لم يدخلاه لقلته كالحبة و الحبتين أو لكثرتهم كالزبرة)

الزبرة بضم الزاء و سكون الباء القطعة من

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١٧

**[فروع]****إشارة****فروع****[الأول إذا خرج بالصنعة عن الوزن جاز التفاضل فيه]**

الأول) إذا خرج بالصنعة عن الوزن جاز التفاضل فيه كالثوب بالثوبين (١) و آنية الحديد أو الصفر إذا لم تجر العادة بوزنها

**[الثاني لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا]**

(الثاني) لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا و لا مكايلا و لا المكييل جزافا و لا موزونا (٢)

الحديد كما في القاموس و التقييد بقوله هنا و إن كان تركه في التذكرة و التحرير يحتمل وجهين ذكرهما الشهيد في حواشيه (أحدهما) بيان أن اعتبار الكيل و الوزن يقع على وجهين أحدهما بالنظر إلى البيع و الثاني بالنظر إلى الربا سواء قلنا بتخصيصه بالبيع فقط كما هو مذهب جماعة أو بدخوله في سائر المعاولات كما هو مذهب آخرين و ضابط الأول اعتبار الكيل أو الوزن بالنظر إلى محض البيع و شخصه (الثاني) أن الغرض الاحتراز عن اعتبار الكيل أو الوزن في الزبرة و الحبة إذ يصح بيعهما مشاهدة لعدم اعتبار الكيل و الوزن فيهما فكان الحاصل أن المعتبر في المبيع اعتبار الكيل و الوزن بالنظر إلى شخص المبيع و في الربا بالنظر إلى موضوعه فتظهر الفائدة في جواز بيع الحبة و الحبات بغير كيل و لا- وزن أعنى البيع المطلق و لو عاوض عنهما بجنسهما فلا- بد من القطع بالمساواة بين العوضين كيلا أو وزنا و إلى الوجه الثاني أشار المحقق الثاني حيث قال و إنما قيد بقوله هنا احترازا عن مطلق البيع فإنه إنما يجب الكيل أو الوزن إذا كان المبيع مكايلا أو موزونا بالفعل فلو بيع ما لا يوزن عادة لقلته أو كثرته و جنسه مكيل كفى في صحته يبعه المشاهدة إذا بيع بغير جنسه و أما إذا بيع بجنسه فلا بد من المساواة

(قوله قدس سره) (إذا خرج بالصنعة عن الوزن جاز التفاضل فيه كالثوب بالثوبين)

و كذا الثوب بالغزل للأخبار الواردة في الأمرين كما تقدم بيانه عند شرح قوله و ضابط الاتفاق في الجنس «إلخ» و للاعتماد على العادة و المتعارف فهو بمنزلة إخبار البائع أو العلم بالمقدار و قد أفتى بذلك في التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد (و منه يعلم) حال الآنية من الحديد و الصفر إذا لم تجر العادة بوزنها و كذلك الحال في المصوغ من النقدين كالأخاتم و الظروف و المراكب المحلاة لمكان التعامل بذلك من دون وزن في الشامات و ما والاها و يؤيد ذلك سكوتهم عن اعتبار الوزن في المراكب المحلاة (فليتأمل)

(قوله) (لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا و لا مكايلا و لا المكييل جزافا و لا موزونا)

أما عدم جواز بيع الموزون أو المكييل بجنسه جزافا فمما لا ريب فيه و أما عدم جواز بيع الموزون بجنسه كيلا و المكييل بجنسه وزنا فقد نص عليه في السرائر و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و يعطيه بالأولوية قوله في المبسوط في المقام فما عرف فيه الكيل لا يباع إلا- كيلا و ما كان العرف فيه وزنا لا يباع إلا وزنا و قد تقدم لنا في أول باب البيع عند شرح قوله و لو تعذر كيله أو وزنه إلى آخره أن كلام المبسوط في المقام هو المستفاد من الأخبار و قد أسبغنا الكلام فيه و حكينا عن المبسوط في مقام آخر و جماعة أنه يجوز بيع المكييل بالوزن دون العكس و عن بعضهم التوقف في ذلك و كيف كان فالوجه فيما نحن فيه بعد الإجماع في الظاهر كما سيظهر لك من مطاوى كلامهم أنه يلزم التفاوت فيما جعل معيارا فإن بعض الأصناف ربما تفاوتت ثقلا أو خفة قال في جامع

المقاصد فلو علم التساوى أو التفاوت اليسير الذى يجرى مجرى تفاوت المكييل و الموازين لم يقدح على الأقرب كما اختاره فى التذكرة (قلت) و يرد على ما ذكره أنه قد أجمعت الأمة كما فى التذكرة و غيرها على ثبوت الكيل فى الحنطة و الشعير و التمر و الملح كما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١٨

.....

عرفت و قالوا كما عرفت أيضا أن أصل كل شىء و فروعه جنس واحد و لا ريب أنا لو بعنا الحنطة بالدقيق كيلا حصل التفاوت الكثير جدا إلا أن تقول لم يثبت الكيل فى كل جنس الحنطة حتى الدقيق و لذلك قال جماعة إنه موزون منهم المصنف فى الفرع الثالث كما يأتى بيانه إن شاء الله تعالى فإطلاقهم عدم جواز بيع المكييل بجنسه إلا مكيلا محل تأمل إلا أن يقيد بالثابت المعلوم و حينئذ يشكل بيع الحنطة بغيرها من جنسها و لذا كان محل خلاف كما ستسمع (و لك أن تقول) إن الإجماع معلوم و منقول على جواز بيع الحنطة و الشعير وزنا كما هو المتعارف فى أكثر البلدان و إن كانا فى عهده صلى الله عليه و آله و سلم مكييلين (فلا إشكال) فى بيعها بالدقيق وزنا لكن ذلك قد ينافيه اختلافهم فى ما أشرنا إليه من بيع الحنطة بالدقيق (فليتأمل جيدا) ثم إنا قد حكينا عن المبسوط فيما سلف أنه قال إذا كان عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه و آله و سلم فى شىء الكيل لم يجز إلا كيلا فى سائر البلاد و ما كانت فيه وزنا لم يجز فيه إلا وزنا بلا خلاف فى ذلك كله و ظاهره نفيه بين المسلمين و قال فى التذكرة ما أصله الكيل يجوز بيعه وزنا سلفا و معجلا - ولا - يجوز بيعه بمثله وزنا لأن الغرض فى السلف و المعجل تعيين الجنس و معرفة المقدار و هو يحصل بهما و الغرض (و الفرض ل خ) هنا المساواة فاختص المنع فى بعضه ببعض به (و فيه نظر ظاهر) لأن الدليل على عدم جواز بيع المكييل بالوزن و الموزون بالكيل هو الأخبار المستفاد منها ذلك و قد صرح هو فيها أيضا بذلك أى عدم الجواز إلا إذا علم عدم التفاوت فكيف يخرج عنها بالوجه المذكور و قضيه كلامه فى التذكرة أن ما أصله الوزن لا يجوز بيعه كيلا لا سلفا و لا معجلا سواء بيع فى صورة التعجيل بجنسه أو بغير جنسه و فى السرائر نفى الخلاف عن ذلك كله و احتمل فى جامع المقاصد ثلاثة احتمالات فيما لو أريد بيع المكييل بالوزن أو بالعكس الأول الجواز مطلقا لاندفاع الغرر و الجهالة بذلك (ثم أجاب) عما لعله يورد عليه من منع بيعه بجنسه كذلك بأن ذلك إنما هو لأجل الحذر من التفاوت لا - لحصول الجهالة ثم قال (فإن قيل) لما جعله الشارع مكيلا مثلا كان طريق اعتباره هو الكيل فبدونه يكون مجهولا - و يكون الوزن بالنسبة إليه كالمكيال المجهول (و أجاب) بأن تجوز الشارع بيعه بالكيل لا يقتضى أن لا - يحصل العلم بدونه لجواز أن يكون ذلك طريق المساواة إذا بيع بجنسه و الأصل فى البيع الصحة فيقتصر على موضع اليقين (قلت) هذا يخالف الإجماع فى بيع الموزون كيلا (و قد سمعت) ما فى السرائر من نفى الخلاف و يخالف المستفاد من الأخبار فى الأمرين معا إلا ما استثنى كما بيناه فى أول باب البيع مضافا إلى ما ستسمعه فى توجيه الاحتمالين الباقيين (الثانى) عدم الجواز مطلقا لأن كلا من المعيارين بالإضافة إلى ما علم بالآخر غير محصل للعلم بالمقدار فلا يندفع به الغرر ثم قال و فيه منع (قلت) و على المنع منع فليتأمل فيه جيدا (الثالث) التفصيل بجواز بيع المكييل موزونا دون العكس قال و يظهر من التذكرة اختياره (قلت) و هو صريح المبسوط و السرائر و ظاهر الشرائع و غيرها و تردد فى الكتاب فى باب السلم فى جواز السلف فى المكييل موزونا و بالعكس كما بينا ذلك كله فى أول باب البيع فى المقام الذى أشرنا إليه آنفا أعنى عند شرح قوله و لو تعذر إلخ و استظهرنا أن الصواب خلافه لما ستسمعه فى توجيه قولهم إن الوزن أصل للكيل و لغيره لما بيناه هناك ثم قال فى جامع المقاصد إنهم استندوا فى ذلك إلى أن الوزن أصل للكيل و لم يثبتوا مرادهم منه فإن أرادوا أن الكيل طار على الوزن فغير واضح لأن المفروض أن المكييل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥١٩

(الثالث) لو كانا فى حكم الجنس الواحد و اختلفا فى التقدير كالحنطة المقدره بالكيل و الدقيق المقدر بالوزن احتمال تحريم البيع بالكيل أو الوزن للاختلاف قدرا و تسويغه بالوزن (١)

#### [الرابع يجوز بيع الخبز بمثله]

(الرابع) يجوز بيع الخبز بمثله و إن احتمال اختلافهما فى الأجزاء المائيه (٢) و كذا الخل بمثله

لم يكن موزونا و إن أرادوا أن الوزن أدل على المقدار فغير ظاهر أيضا لأن معيار مقدار الكيل إنما هو باعتبار حجمه لا باعتبار ثقله و خفته و إن أرادوا أغلبيته فى أكثر الأشياء فيكون الأصل بمعنى الراجح فشرعا غير معلوم و العرف لا يرجع إليه فيما ثبت شرعا حكمه (قلت) أرادوا الأول و بينوه على ما حكى بأنه صلى الله عليه و آله و سلم قدر الوزن أو لا ثم فرع عليه الكيل و هو كما قال غير معلوم لنا و لا ظاهر و على تقدير تسليمه فإنما هو بالنسبة إلى زمان تقدير الوزن و أما بعد جريان العادة بكيل هذا و وزن ذاك فلا ينفع كونه أصلا فى رفع الغرر كما أوضحنا ذلك فى المقام المشار إليه آنفا (و يعلم) أنه لو كان الشيء يكال مرة و يوزن أخرى اعتبر أغلب حاله فإن استويا و تفاوت الأمران بالنسبة إليه ففى جواز بيعه بجنسه بأيهما اتفق إشكال (و يمكن) القول بالتخير كما فى نهاية الأحكام و احتمله فى مجمع البرهان للصدق و الاعتقاد و الاعتبار فتأمل

(قوله) (لو كانا فى حكم الجنس الواحد و اختلفا فى التقدير كالحنطة المقدره بالكيل و الدقيق المقدر بالوزن احتمال تحريم البيع بالكيل أو الوزن للاختلاف قدرا و تسويغه بالوزن)

جواز بيع الحنطة بالدقيق منها قد صرح به الأخبار الصحيحة كما عرفت فيما سلف و انعقد عليه الإجماع كما حكاها فى التذكرة فاحتمال تحريم البيع بالكيل أو الوزن كما فى الكتاب و الإيضاح أو الجزم به كما فى سلم المبسوط لكن عبارته غير صريحة و لكن قد حكوه عنه أو الاحتياط فيه بترك البيع كذلك كما فى جامع المقاصد غير جيد و الاستناد إلى أن كل واحد من المعيارين يوجب اختلاف القدر بالنسبة إلى المعيار الآخر يدفعه النص الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام سأله محمد بن مسلم قال ما تقول فى البر بالسويق فقال مثلا بمثل لا بأس قلت إنه يكون له ريع فيه فضل فقال أ ليس له مئونة قلت بلى قال هذا بهذا و السويق هو الدقيق المقلو فقد صرح بأن التفاوت فى مقابلة العمل و قد بينا ذلك و أوضحناه عند شرح قوله و ضابط الاتفاق فى الجنس و مقتضى الخبر المذكور و غيره أنه يصح البيع بالكيل كما هو خيرة المختلف لأن الحنطة مكيلة فى عهده صلى الله عليه و آله و سلم و بالوزن كما هو خيرة ربا المبسوط احتياطا و السرائر و الشرائع و التحرير و المسالك و الكفاية و القاضى و ابن إدريس فيما حكى عنهما و لم أجده صرح به فى السرائر و لكن حكاها عنه فى الدروس لأنه قد انعقد الإجماع على جواز بيع الحنطة وزنا و لأن من أفراد هذا القسم ما لا يمكن فيه القول بالكيل كالحنطة بالخبز و قد استشكل المحقق فى الشرائع و المصنف فى التحرير فى البيع كيلا فإن كان فى خصوص الأخير فلا وجه له أصلا و إن كان فى أصل المسألة فهو توقف فى مقابلة إطلاق النصوص و الإجماع و الفتاوى لأن فتاوى المتقدمين طافحة بجواز بيع الحنطة بالدقيق و فى المختلف منع من بيعهما وزنا و ما وجهه به غير وجيه لما عرفت

(قوله) (و يجوز بيع الخبز بمثله و إن احتمال اختلافهما فى الأجزاء المائيه)

كما صرح به فى التذكرة و غيرها لأن هذا الاختلاف قليل كعقد التبن لا يقدح فى المساواة و كذلك الحال فى بيع الخل بمثله

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢٠

#### [المطلب الثانى فى الأحكام]

(المطلب الثانى فى الأحكام) كل ما له حالتا رطوبة و جفاف يجوز بيع بعضه ببعض مع تساوى الحالين فيباع الرطب بمثله و العنب بمثله و الفواكه الرطوبة بمثلها و اللحم الطرى بمثله و الحنطة المبلولة بمثلها (١) و التمر و الزبيب و الفواكه الجافة و الغدد و الحنطة اليابسة كل واحد بمثله و لا يجوز مع الاختلاف فى الحالتين فلا يباع الرطب بالتمر (٢)

المطلب الثانى فى الأحكام (قوله) (كل ما له حالتا رطوبة و جفاف يجوز بيع بعضه ببعض مع تساوى الحالين فيباع الرطب بمثله و العنب بمثله و الفواكه الرطبة بمثلها و اللحم الطرى بمثله و الحنطة المبلولة بمثلها إلخ) قطعاً كما فى التحرير و عند علمائنا كما فى نهاية الأحكام و لا يعتبر حالهما عند الجفاف عملاً بالأصل السالم عن معارضة التفاضل حالة العقد و لأنه وجد التماثل فيهما فى الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص كبيع اللبن باللبن و كذلك جميع الأشياء الرطبة بعضها ببعض سواء كان لها حالة جفاف أو لا كالرطب الذى لا يتمر و العنب الذى لا يزب و البطيخ و نحوه و كذا بيع اليابس بمثله و يبقى الكلام فيما إذا باع العنب على الأصول بمثله و المشهور المنع و قد تقدم الكلام فيه فى محله (قوله قدس سره) (و لا يجوز مع الاختلاف فى الحالتين فلا يباع الرطب بالتمر)

كما فى النهاية و المبسوط فى موضع منه و الخلاف و الوسيلة و الغنية و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و الإرشاد و نهاية الأحكام و التحرير و المختلف و شرح الإرشاد للفخر و اللمعة و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و تعليقه الكركى (و تعليقه للكركى ل) و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و هو المحكى عن القديمين و القاضى و هو ظاهر الدروس و المهذب البارع أو صريحهما كما ستسمع فى المسألة الآتية و فى الخلاف و الغنية الإجماع عليه و فى كشف الرموز أنه مذهب الشيخ فى كتب الفتاوى و أتباعه (فتأمل) و فى التنقيح و إيضاح النافع أن عليه الفتوى و فى الأول نسبتته إلى الأكثر و فى الثانى نسبتته إلى المشهور و فى التذكرة و الدروس أيضاً أنه المشهور (و يدل عليه) بعد الإجماعين المعتضدين بالشهرة المعلومة و المنقولة ما روى عنه صلى الله عليه و آله و سلم من طرق الخاصة فى فتاواهم و العامة من أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال أ ينقض إذا جف فقل له نعم فقال لا إذا و السؤال مع العلم بالحال لبيان الوجه فى التحريم فالطعن فيه بالركاكة ليس فى محله و صحیحته الحلبى قال عليه السلام لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن اليابس يابس و الرطب رطب فإذا ييس نقص و قال فى آخرها و الفاكهة اليابسة تجرى مجرى واحد و مثله رواية داود الأزرارى و هو إما ابن راشد أو ابن سعيد و قد تقدم أن نفى الصلاحية فى باب الربا يراد منها التحريم فالحظ أخبار الباب و فى صحیحته محمد بن قيس كره أن يباع الرطب بالتمر عاجلاً بمثل كيله إلى أجل من أجل أن التمر ييبس فينقص من كيله و لا- دخل لقوله إلى أجل لقوله من أجل أن التمر إلخ و فى الخبر ما يرشد أن المراد بالكراهية الحرمة و يعضده ما سلف من الفتاوى و الشهرة و الإجماعات و احتمال حمل هذه الأخبار على النسبية استناداً إلى خبر محمد بن قيس أبعد شىء و أوهنه لما عرفت من أن مفهوم التعليل فيه صريح فى الشمول لصورتى النقد و النسبية و لو كان المنع مختصاً بالنسبية لكان اللازم التعليل بها سلمنا و ما كان ليكون لكن غايتها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢١

و لا العنب بالزبيب و كذا كل رطب يبابسه (١) (مع يبابسه ل) سواء قضت العادة بضبط الناقص أو لا و لو اشتمل أحد العوضين على جنسين ربويين صح بيعهما بأحدهما مع الزيادة كمد تمر و درهم بمدين أو بدرهمين أو بمدين و درهمين (٢)

الدلالة على منع النسبية و هو غير ملازم للجواز فى الصورة المقابلة (و المعارضة) بالموثق عن العنب بالزبيب قال لا يصلح إلا مثلاً بمثل قلت و الرطب بالتمر قال مثلاً بمثل (ليست فى محلها) لأنه و الأصل و العمومات لا تقوى على معارضة الأدلة السابقة مع أنه على ضعفه يحتمل حمل المماثلة على الوصف أى فى الرطوبة و اليبوسة فيكون كناية عن المنع و حصر الجواز فى العنب بالعنب و الزبيب

بالزبيب و هكذا في الأخيرين و هو و إن بعد لكن ليس بتلك المكانة بل صاحب مجمع البرهان جعله هو الظاهر من الخبر ثم احتمل حملة على عنب يابس مثل الزبيب أو على زبيب رطب قال و التفاوت اليسير بينهما لا يضر (قلت) هو كذلك إنما المضر التفاوت الفاحش كما يعلم ذلك منهم من (في خ ل) مقامات شتى لأنهم جوزوا بيع العسل بالعسل قبل أن يصفى و اللحم الطرى بمثله و الحنطة المبلولة بمثلها و الخبز بالخبز لكن التأويل بعيد جدا و المخالف الشيخ في الإستبصار و المبسوط في موضع منه و ابن إدريس و صاحب الكفاية و تبعهم صاحب الحدائق و موضع النزاع في غير العريه

(قوله قدس سره) (و لا العنب بالزبيب و كذا كل رطب يبابسه)

على ما أفصح به المنقول من عبارتي القديمين و هو خيرة المبسوط في موضع منه و الوسيلة و التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام و الإرشاد و المختلف و اللمعة و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و كذا الدروس لأنه قال إنه أولى فبالأولى أن يكون قائلا بالمنع في الأولى و في المهذب البارح التصريح بالتعدية في المقام و في التذكرة أنه المشهور بين علمائنا و في التنقيح و إيضاح النافع أن عليه الفتوى و كأن صاحب غاية المرام لم يحرر النزاع في المقام فليرجع إليه من أراد معرفة الحال و المخالف الشيخ في الخلاف و المبسوط في موضع منه و أبو المكارم و ابن إدريس و المحقق في كتابيه و كاشف الرموز و مبنى الخلاف الاختلاف في التعدية بالعلة المنصوصة إلى غير موردها بعد وجودها فيه و حيث إنه قد حرر في محله أنها حجة في غير موردها و أنها تدل دلالة كل نسبة ناقصة على نسبة تامة كان القول بالمنع هو المتجه و لا يلتفت إلى ما يقوله المحقق من عدم الحجية إلا- أن يكون برهانا و لا- إلى ما توهمه علم «١» من أن القول كالفعل لمكان الفرق بينهما مع أن في آخر صحيحة الحلبي التصريح بذلك كما قد سمعته مضافا إلى قوله عليه السلام و لأن اليبس يابس فإنه ظاهر في العموم و ما ادعاه في السرائر من نفى الخلاف يدفعه ما عرفته من مذهب من تقدم عليه «٢»

(قوله قدس سره) (و لو اشتمل أحد العوضين على جنسين ربويين صح بيعهما بأحدهما مع الزيادة كمد تمر و درهم بمدين أو بدرهمين أو بمدين و درهمين)

قد نص على جواز ذلك المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و نهاية الأحكام و كنز الفوائد و الإيضاح و الدروس

(١) كذا في نسختين و الظاهر وقوع سقط أو غلط في العبارة و لعل الصواب علم الهدى (مصححه)

(٢) إلا أن يكون برهانا (خ)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢٢

فإن تلف الدرهم المعين أو استحق احتمال البطلان في الجميع و في المخالف و التقسيط (١)

و اللمعة و حواشي الشهيد و كفاية الطالبين و جامع المقاصد و حاشية الإرشاد و الميسية و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و قد حكى عليه الإجماع في الخلاف و الغنية و التذكرة و جامع المقاصد و حاشية الإرشاد و المسالك و ظاهر نهاية الأحكام و الإيضاح و كنز الفوائد مضافا إلى الأصل و العمومات و اختصاص أدلة التحريم بحكم التبادر و السياق بغير مفروض المسألة و مع ذلك الأخبار بذلك مستفيضة و فيها الصحيح (و قد ذكر) ذلك جماعة منهم فيما يتخلص به من الربا إذا بيع أحد المتجانسين بالآخر متفاضلا قالوا و يصرف كل إلى مخالفه و إن لم يقصد (قلت) و هو قضية إطلاق الأخبار و قد نسب إلى الأصحاب في الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك كما ستسمع و قالوا و كذا لو ضم غير ربوي و لا يشترط في الضميمة أن تكون ذات وقع في مقابل الزيادة فلو ضم دينارا إلى ألف درهم ثمنا لألفي درهم جاز للرواية و حصول التفاوت عند المقابلة و أرادوا بالرواية رواية عبد



الرحمن بن الحجاج سأله عن شراء ألف درهم و دينار بألفى درهم فقال لا بأس بذلك (و يؤيده) الروايات في بيع المراكب المحلاة و السيوف و قال المحقق الثاني لو باعه دينارا في خريطة بمائة دينار جاز عند علمائنا أجمع و قال علم الهدى في الناصريات لا نعلم خلافا بين محصلي الفقهاء في أن من احتال في بيع الدراهم بأن ضم إليها صفح الحديد صح عقد بيعه لخروجه عن الصفة المنهى عنها و قد جعلوا لذلك ضابطا صرح بها في نهاية الأحكام و هو أن يكون مع كل منهما شيء من غير جنسه أو يكون المفرد أكثر قدرا من الذى معه غيره و لم ينقلوا في ذلك خلافا عن أحد من أصحابنا و لا من العامة إلا عن الشافعى محتجا بحصول التفاوت فإن أجزاء المبيع تقابل بأجزاء الثمن فربما حصلت الزيادة الموجبة للربا فإنه لو بيع مد و درهم مثلا بمدين و الدرهم يساوى مدا و نصفا بحسب القيمة الحاضرة يكون الدرهم ثلاثة أخماس المبيع فتقابلة ثلاثة أخماس الثمن و يبقى خمسه و هو أربعة أخماس مد فى مقابل المد و ذلك ربا و أجيب بأن هذه الزيادة بمقتضى التقسيط لا بالبيع فإن المبيع إنما هو المجموع بالمجموع و الممنوع منه هو البيع بزيادة أو يقال إن الأجزاء من المبيع على طريق الشيوخ تقابل بالأجزاء بالثمن كذلك فكل من المد و الدرهم بإزاء كل من المدين فينزل على وجه لا- يلزم منه حصول الزيادة إذ لا مقتضى لتزيله على ذلك الوجه و لأنه إذا اختلف الجنس من طرفى الثمن و المثلين قوبل كل جنس بمخالفه فلا زيادة حينئذ ثم عد إلى عبارة الكتاب فقوله صح بيعه بأحدهما مع الزيادة لا يتناول بيعه بالجنسين معا إلا إذا جعلنا الزيادة بحيث تتناول الجنس الآخر

(قوله) (فإن تلف الدرهم المعين أو استحق احتمال البطلان فى الجميع و فى المخالف و التقسيط)

يريد أنه إذا تلف الدرهم الذى جرى عليه العقد بخصوصه و تعين لأنه يتعين بالتعيين و كان ذلك قبل قبضه و لزم منه الزيادة بالنسبة إلى الباقي أو ظهر مستحقا سواء كان قبل القبض أو بعده فهناك ثلاثة احتمالات ذكرت فى التذكرة و الإيضاح و حواشى الشهيد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض و لا- تغفل عما قيدنا به العبارة من القيود فإنه لا بد منها لأنه لو باعه مدا و درهما بمدين و تلف الدرهم المعين قبل قبضه و كان المد المضاف إليه يساوى درهما و كل من المدين فى الثمن يساوى درهما أيضا بقى مد فى مقابلة المد الآخر و بطل البيع فى المد الثانى و لا تجرى فيه الاحتمالات فلنعد إليها (فنعول) الأول البطلان فى الجميع للزوم التفاوت فى الجنس فإنه لو باع مدا و درهما بمدين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢٣

.....

و درهمين مثلا فإن الدرهم إذا تلف و كان نصف المبيع بأن تكون قيمة المد درهما يبطل البيع فى نصف الثمن فيبقى النصف الآخر و حيث كان منزلا على الإشاعة كان النصف فى كل من الجنسين فيكون نصف المدين و نصف الدرهمين فى مقابل المد فتلزم الزيادة الموجبة للبطلان و بعبارة أخرى أتقن و أحسن لما كان منزلا على الإشاعة كان النصف فى كل جنس من المبيع قد قوبل به نصف الثمن و ذلك من البيع نصف مد و نصف درهم فى مقابلة نصف الدرهمين و نصف المدين و نصف كل منهما منفردا و هو ربع المبيع فى مقابلة ربع الثمن أى ربع المدين و ربع الدرهمين فإذا بطل أحد الجزئين معينا و هو الدرهم و بطل ما قوبل به كما مر يبقى ربع المدين و ربع الدرهمين مشاعا فى مقابلة نصف مد من الثمن على الإشاعة فيلزم التفاوت مع الجنس الواحد (و قد يستدل) على البطلان بأن سبب الصحة هو المجموع من حيث هو مجموع فإذا تلف الدرهم المعين عدم المجموع الذى هو سبب الصحة فعدمت الصحة (الاحتمال الثانى) البطلان فى مخالف التالف و الصحة فى مخالف الباقي لأن كلا من الجنسين فى المبيع قوبل به مخالفه من الثمن و فى الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك نسبته إلى نص الأصحاب و فى الأخيرين أنه المرجح له و فى المسالك أيضا أنه هو الموافق لقواعد الأصحاب و فى الروضة أنه الموافق لأصول المذهب و المصحح لأصل البيع و إلا كان مقتضى المعاملة لزوم الربا من رأس (و قد يقال) عليه إنه يشكل الاستناد إلى هذا الوجه فى الترجيح لأن التقسيط إنما هو مقتضى المقابلة على الإشاعة و ليس

بيعا و البيع إنما وقع على المجموع بالمجموع و لا- يعتبر فيه ذلك نعم يشترط فيه للزيادة وجود مخالفتها و إن قل و قصر عنهما كما صرحوا به ثم إنا نفرق بين سلامة العوضين و تلف بعضها فإنا نكتفى بكون المصحح فى الأول أمرا كليا كما ستعرف فالبيع رأسا له حكم و للتقسيط حكم آخر ثم إنا لا- نجد دليلا- على لزوم صرف كل إلى جنس ما خالفه إذ النص مطلق كأكثر الفتاوى و بعضها صريح فى الصحة من دون إشارة إلى التقييد بالقصد إلى ذلك و أنه المنشأ فى الصحة فإن كان إجماع كما يظهر من الفخر و الكركى و الشهيد الثانى فذاك ثم إنا لا نجد عن هذا الاحتمال مناصا كما ستعرف ثم إنه يجب أن يقيد المخالف بما إذا اشتمل العوض الآخر على جنسين إذ لو اشتمل على جنس واحد و جب أن يبطل فى المجموع إن خالف جنس التالف كما إذا تلف الدرهم من المبيع و الثمن مد تمر و لا- يبطل فى شىء منه إن وافقه و ليس كذلك قطعا و قد نبه على ذلك فى جامع المقاصد (الاحتمال الثالث) التقسيط لا بالمعنى الذى ذكر بل بمعان آخر (الأول) أن يقسط الثمن على التالف من المبيع و على الباقى فيصح فيما بقى و ما قبله كائنا ما كان فى المثال السابق يصح البيع فى نصف المبيع بنصف الثمن و لا تلحق الزيادة لأنها إنما جاءت بسبب التقسيط و ليس هو بيعا و فى حال البيع لم تكن زيادة و هذا حكاة الشهيد عن السيد عميد الدين و نظر فيه المحقق الثانى بأن تبعض الصفقة لا يخرج الباقى عن كونه معاوضة و أن الربا يعم كل معاوضة (و أجاب فى المسالك) بأنه لا معاوضة إلا بالبيع السابق و قد كان فى وقته جامعا للشرائط فيستصحب حكم الصحة (الثانى) من معانى التقسيط أن يوجه على نحو لا يلزم معه زيادة كأن يجعل نصف الدرهم التالف فى مقابل نصف درهم من الثمن و يجعل نصفه الآخر فى مقابلة مد و نصف من التمر الذى هو الثمن بناء على أن التمر نصف الثمن فيكون نصف المد فى مقابلة نصف مد و النصف الآخر من المد المبيع فى مقابلة درهم و نصف من الثمن فيكون كل من نصفى المبيع فى مقابلة ما يساوى درهمن من الجنسين معا فلا زيادة فى الجنس الواحد (و وجهه) أن أجزاء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢٤

و لو كان أحد العوضين مشتملا على الآخر غير مقصود صح مطلقا كبيع دار مموهة بالذهب (١) بالذهب و لا يجوز بيع اللحم بالحيوان تماثلا جنسا (٢) على إشكال و يجوز مع الاختلاف

المبيع لما قبلت بأجزاء الثمن على طريق الشيوخ لم يجب أن يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور فإن صيانة العقد عن الفساد مع إمكان السبيل إليها متعين (و قد استجوده) شيخنا صاحب الرياض بناء على استصحاب الصحة و عدم وضوح ما استشكل فيها من أن مقتضى مقابلة كل من الجنسين بما قبله على النسبة إلا على تقدير وجود دليل على صرف كل جنس إلى ما خالفه و هو واضح كما أشرنا إليه آنفا (و فيه) أن ظاهرهم دعوى الإجماع عليه ثم إن للتقسيط الذى يصح معه البيع وجوها كثيرة كأن نجعل ثلث الدرهم فى مقابلة ثلث درهم من الثمن و ثلثيه فى مقابلة مد و ثلثين من التمر الذى هو الثمن و نجعل ثلث المد من المبيع فى مقابلة ثلث مد من التمر المجموع ثلث مد و ثلثيه فى مقابلة الباقى من الدرهمين و هو درهم و ثلثان أو نجعل الربع أو ما دونه أو ما فوق النصف و لا ترجيح لواحد من الطرق سوى التقسيط لكل من الجنسين على كل من الجنسين المقابلين نظرا إلى استواء النسبة و هو من المرجحات لكن لما كان فيه ذلك المحذور أعنى لزوم التفاوت فى الجنس الواحد عدلنا عنه فلزنا إما ارتكاب طريق منها تحكما و تشهيا أو إفشاء الحال إلى النزاع و الجدل (و عساك تقول) كيف حكمت بصحة البيع تنزيلا- على طريق لا- يلزم به الربا (لأننا نجيب) بأنه ما دام العوضان موجودين فلا- تفاوت و لا- تنازع و تنزله على أى طريق كان يندفع به المحذور لأنه على كل تقدير الثمن للبائع و مجموع المبيع للمشتري بخلاف ما إذا تلف البعض بل قد نقول إن الطريق المصحح للبيع هو الأمر الكلى فما دنا لا نحتاج إلى تعيينه فالبيع بحاله فإذا اضطررنا بالتلف إلى التشخيص و التعيين فلا بد من معين (و قد عرفت) انتفاءه فلا مناص لنا عن الاحتمال الثانى و قد عرفت أنه أسنده إلى الأصحاب جماعة و هو يؤذن بالإجماع عليه فيترجح على غيره بذلك و لا ريب أن الاحتمال الأول أحوط حيث يكون لا ينافيه أمر آخر و لا يلزم حينئذ بطلان البيع من رأس للفرق بين سلامة العوضين و تلف بعضها للاكتفاء بكون المصحح أمرا كليا مع

سلامتها و عدم الاكتفاء به في التقييد كما نبه على ذلك كله في جامع المقاصد

(قوله) (و لو كان أحد العوضين مشتملا على الآخر غير مقصود صح مطلقا كبيع دار مموهة بالذهب)

كما صرح بذلك في التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام و الدروس و في نهاية الأحكام عليه إجماع علمائنا و المراد بالإطلاق ما إذا كان معه زيادة تساوى الجنس أم لا و لا كذلك لو اشترى عبدا له مال بجنسه و هو ربوى فإنه يبطل إن ساواه الثمن أو قصر و لعله لأنه مقصود بالذات و قد مضى تحقيق ذلك في الفرع السادس من الفصل الثالث في العوضين و يأتي في أحكام العقود في الفرع الثامن

(قوله) (و لا يجوز بيع اللحم بالحيوان إن تماثلا جنسا)

عدم جواز بيع اللحم بالحيوان إذا كان من جنسه كلحم الغنم بالشاة مثلا هو المشهور كما في التذكرة و غاية المرام و إيضاح النافع و المسالك و المفاتيح و كذا الكفاية و قد حكي عليه الإجماع في الخلاف و الغنية و ظاهر المختلف و غاية المراد بل هو صريح المختلف حيث قال فيه إن خلاف ابن إدريس محدث لا يعول عليه و لا يتلم في الإجماع و قال في غاية المراد إن قول ابن إدريس شاذ و قد تظهر دعوى الإجماع من إيضاح النافع و ستسمع كلامه و هو خيرة المبسوط و الوسيلة و الشرائع و الدروس و اللمعة و إيضاح النافع و عليه ينزل إطلاق المقنعة و النهاية و المراسم و الإسكافي و القاضي حيث قالوا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢٥

.....

لا يجوز بيع الغنم باللحم من دون تقييد بما إذا كان من جنسه كما فهم ذلك أي تنزيل الإطلاق على التقييد منهم أكثر من تأخر عنهم و نصوا على أنه إذا اختلف الجنس جاز و قطع به جماعة بمعنى قالوا قطعاً بل في الغنية و التقييد الإجماع عليه بل إجماع الخلاف منطبق عليه فالأمر واضح (و الحجة على ذلك) بعد الإجماعات المؤيدة بالشهرة (الخبر النبوي) و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام أن عليا عليه السلام كره اللحم بالحيوان و قد وصفوه بأنه موثق و لعلمهم نظروا إلى أن في طريقه محمد بن يحيى الخزاز في رواية الكافي (فليتأمل) و الموثق عندنا حجة سلمنا لكنه معتضد و منجبر بما عرفت و القرينة على إرادة الحرمة من لفظة الكراهية ظاهرة مما تقدم التنبيه عليه من أنها في الباب تستعمل في التحريم و من دلالة المعبرة أنه عليه السلام لا يكره الحلال كما في بعض و إلا الحرام كما في بعض آخر و قد اقتضى هذا الخبر أمورا (الأول) المنع عن مطلق المعاوضة و لا كذلك عبارات الأصحاب فإنها في البيع خاصة و يمكن إرجاع كل منهما إلى الآخر بحمل الخبر على الغالب و هو البيع دون الصلح و نحوه أو بحمل البيع في العبارات على المثال لا الحصر (و فيه نظر) يأتي وجهه (الثاني) عدم الفرق بين المجالس و غيره و قد عرفت الحال في ذلك (الثالث) عدم الفرق في الحيوان بين الحي و المذكى و محل النزاع في كلام الأصحاب الحيوان الحي كما جعله في ذلك المصنف في نهاية الأحكام و التذكرة و ولده في الإيضاح و غيرهما و هو الذي استظهره في المسالك و في المختلف نقل في حجة ابن إدريس أن الحيوان الحي غير موزون ثم قال و لو قيل بالجواز في الحيوان الحي دون المذبوح جمعا بين الأدلة كان قويا فكأنه فهم منهم أن النزاع في الأعم و أن ابن إدريس نقض عليهم ببعض ما حكموا بالمنع منه (و ليس كذلك) و لعله لذلك توهم صاحب مجمع البرهان و جعل النزاع في المذبوح قال لأنه ليس بمتعين في الوزن لعدم تحقق ذلك عادة و استظهر جواز بيعه جزافا و قال ينبغي عدم الخلاف في الجواز بالشاة حين حياتها متفاضلا و نسيئة (ثم إنه) أتى بعبارات كأنها غير متناسقة الأطراف على أن الظاهر من كلام الأصحاب أن الحيوان بعد الذبح لا يباع إلا بالوزن و أنه ليس محل خلاف لأحد منهم و لعلمهم أرادوا ما إذا كان مسلوخا عنه جلده (فتأمل) و قال في إيضاح النافع في الاستدلال على المنع في الحي إن القوم أجروا ما يجري عليه الوزن عادة مجرى الموزون و إن كان في الحال غير موزون و لهذا لا يجوز بيع الرطب بالتمر على النخل «انتهى» و حيث تحرر أن مفروض المسألة و محل النزاع إنما هو في الحي فلا يصح أن يجعل البيع في العبارات منزلا- على التمثيل بل الخبر يرجع إلى العبارات و معاهد الإجماعات لأن مقتضى الأصل و لزوم

الاقتصار فى المخالف له على القدر المتيقن منعه من الفتوى والنص هو الاختصاص بصورة البيع وأول من خالف من المتقدمين ابن إدريس فقال يجوز ذلك إذا كان اللحم موزونا اتفق الجنس أو لا يدا بيد أو سلفا أيضا إن كان اللحم معجلا دون العكس إذ لا يجوز السلف فى اللحم و يجوز فى الحيوان و وافقه على ذلك المحقق فى النافع حيث قال و يكره الحيوان باللحم و لو تماثلا و تلميذه الآبى و المصنف فى التذكرة و التحرير و الإرشاد و مال إليه صاحب التنقيح و صاحب الكفاية و قواه صاحب المفاتيح لكن فى جملة منها عدم التقييد بالمجانس كالإرشاد و غيره و عبارة النافع ذات وجهين (و قد) سمعت ما فى المختلف من التفصيل من الجواز فى الحى دون المذبوح و قد استجوده الشهيد فى حواشى الكتاب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢٦

و كذا يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بيضة أو دجاجة (١) و شاء فى ضرعها لبن بمثلها أو بخالية أو بلبن و إن كان من لبن جنسها (٢) و كذا يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بيضة أو دجاجة و شاء فى ضرعها لبن بمثلها أو بخالية أو بلبن و إن كان من لبن جنسه و مكوك حنطة بمثله و إن اشتمل أحدهما على عقد التبن أو زوان أو تراب تجرى العادة بمثله (٣)

و قال به المحقق الثانى فى جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و قواه الشهيد الثانى فى المسالك و الروضة و قد صرح بعض هؤلاء بالكراهية فى الحى و حملوا ما دل على الجواز من أصل و عموم على ما إذا كان حيا لفقد شرط الربا من التقدير بالكيل و الوزن و ما دل على الربا على ما إذا كان ميتا و حكموا بالكراهية للشبهة الناشئة من إطلاق القول و الرواية بالحرمة و لم يرجح شىء من القولين فى نهاية الأحكام و الإيضاح و غاية المراد و الشحم و الألية و الطحال و الكبد و الكلية و القلب و الرئة كاللحم و كذلك السنام بالإبل (قوله قدس سره) (و كذا يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بيضة أو دجاجة)

خالية من البيض أو فيها بيضة لوجود المقتضى السالم عن معارضة الربا لانتفاء شرطه الذى هو الكيل أو العدد أو الوزن و لو أجرنا الربا فى المعدود لأن الدجاجة غير مقدره بالوزن و العدد و كذا ما فى بطنها ما دام كذلك كالثمرة على الشجرة و لأنه تابع غير مقصود و المخالف الشافعى حيث منع منه لأن له قسطا من الثمن و بالحكم المذكور صرح فى الشرائع و التذكرة و الدروس و غيرها و الحال فى الدجاجة و بيضها كالحال فى الشاة و لبنا و ستمتع الكلام فيها (قوله) (و شاء فى ضرعها لبن بمثلها أو بخالية أو بلبن و إن كان من لبن جنسها)

عند علمائنا كما فى التذكرة لعين ما ذكرناه آنفا من أن الشاة غير مقدره بالكيل و لا اللبن الذى فى ضرعها و إنما يكون مكيلا أو موزونا بعد حلبه كالتمر على النخل و لأنه ما دام فى الضرع يكون تابعا لأن المتصل بأصله لا اعتبار به كما يجوز بيع السمسم بمثله من غير اعتبار الدهن فيهما و الدار المموهه بالذهب بدار مثلها و التى فيها بئر ماء بخالية عنها و حينئذ فلا فرق أيضا بين أن تكون الشاتين مذبوحتين ذواتى لبن أو أحدهما خالية عنه أو حيتين و قال الشافعى اللبن فى الضرع كالشاة فى الوعاء و الدراهم فى الخزانة فيكون له قسط من الثمن فيكون كأنه باع لبنا مع غيره بلبن (و فيه) أنا نمنع أن له حين اتصاله قسطا من الثمن كأساسات الحيوان سلمنا لكن البيع وقع على الجملة لا الأجزاء ألا ترى أنه لا يجوز بيعه منفردا و قد صرح بالحكم فى الخلاف و المبسوط و غيرها مما تأخر عنهما مما تعرض له فيه من دون خلاف أصلا و كذا بيع شاة عليها صوف و شاء ليس عليها صوف و نخلة عليها تمر بأخرى خالية أو ذات تمر

(قوله) (و مكوك حنطة بمثله و إن اشتمل أحدهما على عقد التبن أو زوان أو تراب تجرى العادة بمثله)

عند علمائنا كما فى التذكرة و مثله الدردي فى الخل و الدبس و الثفل فى البزر و نحو ذلك كما لو كان فى أحدهما شعير لأن هذا مما يتسامح به فى العادة فأشبه الماء فى الخل و الخبز و الطيخ و العود فى الزبيب و الشمع فى العسل و لأنه لا يمكن التخلص عنه إلا بمشقة فلا ينقص أحد العوضين ليخرج عن المماثلة لو لم تجر به العادة لم يصح البيع لأنه لا قيمة له فى العادة فيقابل به ما يبقى من

الكوك الصافي فتتحقق الزيادة و قال في المبسوط يجوز بيع مد من طعام بمد من طعام و إن كان في أحدهما فصل و هو عقد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢٧

و لو أراد المعاوضة على المتفاضلين المتفقين جنسا باع أحدهما سلعته بجنس غيرهما ثم اشترى به الآخر أرباع المماثل قدرا و وهبه الزائد أو أقرضه إياه أو تباريا (١)

التبن أو زوان أو شليم لأنه لا- مانع يمنع منه و كذلك إن كان في أحدهما قليل تراب أو دقاق بين و قال قوم لا يجوز و هو الأحوط (انتهى) و لم أجد من احتاط غيره بل جزم به في الخلاف و حمله على ما إذا خالف المعتاد لا يناسبه الاحتياط لأنه حينئذ لا يصح و لا السياق (و لعله) أراد بالقوم الشافعي و أصحابه فإنهم قالوا لا يجوز بمثله و لا بالخالص أما الأول فلاختلاف إذ قد يكون الفصل و شبهه في أحدهما أكثر و أما الخالص فلتفاضل الحنطتين و الفصل كما قال عقد التبن لأنه المشهور المعروف عند أهل الشامات فلا يلتفت إلى ما لعله يتوهم من عبارة الصحاح حيث قال إنه في الطعام كالزوان و كأنه مال إليه في السرائر و المكوك كتنور مكيال يسع صاعا و نصفًا أو نصف رطل أو ثلاث كيلجات و الكيلجة من و سبعة أثمان المن و المن رطلان و الزوان حب صغير أسود دقيق الطرفين

(قوله) (و لو أراد المعاوضة على المتفاضلين المتفقين جنسا باع أحدهما سلعته بجنس غيرهما ثم اشترى به الأخرى أو باع المماثل قدرا و وهبه الزائد أو أقرضه إياه أو تباريا)

كما نص على ذلك في المبسوط و الوسيلة و النافع و نهاية الأحكام في الفرض الأول و هو ما إذا باع أحدهما سلعته بجنس غيرها و نص في الإرشاد على الفرع الثاني و في اللعنة عليه و على الثالث و على الجميع في الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و تعليق الإرشاد و الروضة و الكفاية و المفاتيح و الرياض و كذا المسالك و لم أجد من تأمل أو توقف سوى المولى الأردبيلي على ما لعله يتوهم منه حيث قال و هو ظاهر لو حصل القصد في البيع و الهبة و ينبغي الاجتناب عن الحيل مهما أمكن و إذا اضطر يستعمل ما ينجيه عند الله سبحانه و تعالى إلى آخر ما قال (و ليعلم) أنه لا فرق بين أن يتخذ ذلك عادة أم لا كما نص عليه في المبسوط و التذكرة و تعليق الإرشاد و هو ظاهر إطلاق الباقيين و المخالف في ذلك مالك كما أن الظاهر من إطلاقهم أيضا عدم الفرق أيضا بين أن يشترط عليه البيع أو القرض أو الهبة أم لا و قد قال في المختلف أطلق الأصحاب جواز البيع بشرط أن يعمل المشتري له شيئا أو يقرضه أو غير ذلك (و لا-ريب) أنه بإطلاقه يشمل ما نحن فيه و أن الهبة داخله تحت قوله أو غير ذلك و قال أيضا في المختلف إنهم نصوا على جواز أن يبيع شيئا و يشترط الإقراض أو الإجارة أو السلف أو غير ذلك من الشروط السائغة و من المعلوم أن الهبة من ذلك إن كانت المعاملة في المتفق جنسا و باع المماثل قدرا و وهبه الزائد و قد نص على خصوص ذلك في التذكرة قال سواء شرط في إقراضه و هبته و يبعه ما يفعله الآخر أو لا- ذكر ذلك في موضعين منها و قصر الخلاف في أحدهما و هو الذي نحن فيه على الشافعي و في المختلف جواز القرض بشرط الهبة و العارية فبالأولى أن يجوز فيما نحن فيه و إن لم يكن أولى ففي المساواة بلاغ لكن المحقق في الشرائع بعد أن ذكر الفروع الثلاثة و زاد عليها قال كل ذلك من غير شرط و تبعه على ذلك صاحب الحدائق و الرياض و قيد الشهيدان في اللعنة و الروضة بما إذا لم يشترط الهبة في عقد البيع و كذلك الدروس إن جعلنا القيد المذكور في كلامه راجعا إلى الجملة الأخيرة كما هو الظاهر قالوا لأن الشرط زيادة في العوض (و قد يستدل) لهم بخبر محمد بن قيس (سلم خ ل) عن أبي جعفر عليه السلام من أقرض رجلا ورقا فلا يشترط إلا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢٨

مثلا فإن جوزى بالأجود منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوبه دابة أو عارية متاع من أجل قرض ورقه بناء على أن البيع بشرط القرض و القرض بشرط البيع من واد واحد كما فى التنقيح وهو الظاهر من كل من شرك بينهما فى الأدلة فقد استدلوا بهذا الخبر للمنع من البيع بشرط القرض بل هو ظاهر المقنعة بل قد يقال إن الصادق عليه السلام جعلهما من سنخ واحد فى صحيحة يعقوب ابن شعيب قال سألته عن الرجل يسلم فى مبيع أو تمر عشرين دينارا و يقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين دينارا قال لا يصلح إذا كان قرضا يجر نفعاً فنفى صلاحية البيع بشرط القرض لأنه قرض يجر نفعاً وقد ذكر هذا الخبر فى دليل المسألتين و ستعرف الحال فى الخبر (و نحن) قد لا نقول إن المسألتين من سنخ واحد كما صرح به جماعة و ظهر من آخرين و بعض ما نحن فيه و إن لم يكن من المسألتين لكن من سنخهما لأنه لما باع الربوى بمثله مع اتحاد الجنس و القدر كان المشروط ربا لأنه زيادة فى العوض و ما نحن فيه على تعميم المحقق أن يقرضه بشرط أن يقرضه ثم؟؟؟ يتبارءان؟؟؟

و نحن و إن كنا نختار جواز القرض بشرط البيع المشتمل على المحاباة لكنا قد نقول بتحريم اشتراط العارية و الهبة الغير المعوضة فى القرض و فيما نحن فيه لأنها ليست معاملته محضه إذ لا- فرق بين قوله بشرط أن تعطينى أو تهينى لأن المحرم ما كان فى نفس مال القرض من زيادة فى القدر أو الصفة و ركوب الدابة يدخل فى الصفة و الحلال ما كان بشرط خارج عن ذلك (و منه) يعلم الحال فيما نحن فيه و لا يتوهم أن تسميتها معاملته قد تقضى بدخولها تحت إطلاق عقدة إجماع الغنية حيث قال فيها يجوز أن يقرض غيره مالا- على أن يأخذه فى بلد أخرى أو على أن يعامله فى بيع أو إجارة أو غيرهما بدليل إجماع الطائفة انتهى (و وجه الاستدلال) بصحيحة محمد بن قيس على الصحيح لأن الراوى عنه يوسف بن عقيل و هى أقعد ما يستدل للخصم بها (أنه عليه السلام) نهى عن كل شرط سوى شرط مثلها و حصر الشرط الجائر فيه فقط فيخرج عنه شرط الإقراض و البيع فيصح الاستدلال به للمحقق بل و للشهيدين لما عرفت و قد أجبنا عن ذلك فى رسالته أفرغناها فى المسألة بلغنا فيها أبعد الغايات بأنه معارض بالأخبار المستفيضة الدالة صريحا على جواز القرض بشرط المعاملة بالمحاباة و قد عقد له فى الوافى بابا سرد فيه شطرا صالحا من الأخبار و بالإجماعات على اشتراط الرهن و الكفيل و البيع بدون محاباة (فتأمل) و بأن قوله عليه السلام فإن جوزى بالأجود فليقبل قرينه على أن المراد بقوله لا يشترط إلا مثلها أنه لا يجوز أن يقرضه بشرط أن يرد الصحيح عن المكسر و لا الجيد عن الردى و لا زيادة القدر كما فهمه الأكثر و تضمنته الأخبار الأخرى و قد جعلوه وجه الجمع بل وجدت بعض الفضلاء يستدل بها على جواز البيع بشرط الإقراض و يتعجب من العلامة فى المختلف كيف سكت عن الاستدلال بها ثم إن تعليق الحكم على الورق قد يشعر بجواز ذلك لا- لأنه مفهوم لقب بل لمكان التعليق عليه و عدم حاجته إلى ذكره لو لم يرد النفى عما عداه لأنه يمكن أن يقال لو أقرض قرضا و إنما يلغى مفهوم اللقب حيث لا يتأتى التعبير عن المراد إلا به كما فى قولنا زيد موجود و لهذا كان معتبرا قطعا فى عبارات الفقهاء و به يثبت الوفاق و الخلاف فيكون الخبر على هذا متروك الظاهر أيضا بالإجماع المنقول فى الخلاف و ظاهر التذكرة على أنه لا فرق بين مال القرض ربويا كان أو غير ربوى كالثوب فى تحريم الزيادة مع الشرط فكان متروك الظاهر من وجهين و أما صحيحة يعقوب بن شعيب التى سمعتها آنفا فيحتمل أن المشتري يعطى بصيغة السلم و صيغة القرض ثم يأخذ من المقترض بالقرض بقدر ما يأخذ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٢٩

ولا ربا بين الوالد و ولده (١) فلكل منهما أخذ الفضل

بالسلم و حينئذ فلا إشكال فى الخبر و إن كان المراد أنه يبيعه بشرط أن يقرضه و قلنا إن قوله عليه السلام لا يصلح ظاهر فى التحريم كان معارضا بالإجماعات المستفيضة و الأخبار المتضافرة و إن كان المراد أنه يقرضه بشرط البيع بدون محاباة كان معارضا بالإجماع المعلوم و إن كان مع المحاباة كان معارضا بالإجماع المنقول و الأخبار المستفيضة الدالة على صحة ذلك البيع و بالأخبار الدالة على أن خير القرض ما جر نفعاً (و قد احتمل) فى الوافى حمله على التقيّة و جزم به صاحب الحدائق و هو حسن بالنسبة إلى ما عدا المعنى

الأول، والشيخ في الإستبصار احتمال الكراهية واستجوده بعضهم وعجز الخبر المذكور فيه كلام طويل ذكرناه في الرسالة و نذكره إن شاء الله تعالى في باب القرض بلطف الله تعالى وفضله وإحسانه وبركة محمد وآله صلى الله عليه وآله وسلم ونستوفي الكلام في المسألتين بما لا مزيد عليه وقد طال بنا الكلام وإن كان قد اقتضاه المقام (وقد تلخص) فيما نحن فيه أنه يجوز أن يبيعه بالجنس المماثل قدرًا بشرط أن يبيعه كذلك وأن يهبه بشرط أن يهبه وأن يقرضه بشرط أن يقرضه ولا يجوز أن يقرضه بشرط أن يهبه الزائد كما في بعض الصور وهل يجوز أن يقرضه بشرط أن يقرضه ويهبه الزائد احتمالات (هذا) وقالوا في المقام ولا يقدح في ذلك كله كون هذه العقود أي الاتهاب والافتراض والإبراء غير مقصودة بالذات مع أن العقود أي الصيغ تابعة للقصد لأن قصد التخلص من الربا الذي لا يتم إلا بالقصد إلى بيع صحيح أو قرض أو غيرهما كاف في القصد إليها لأن ذلك غاية مترتبة على صحة العقد مقصودة فيكفي جعلها غاية إذ لا يعتبر قصد جميع الغايات المترتبة على العقد فإن من أراد شراء دار ليؤجرها ويكتسب بها فإن ذلك كاف في الصحة وإن كان لشراء الدار غايات أخر أقوى من هذه وأظهر وقد ورد في النصوص ما يدل على جواز الحيلة على نحو ذلك (منها) قوله عليه السلام في المسألة الماضية نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال (و منها) الصحيح عن رجل يريد أن أعينه المال أو يكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى مالا أزيدة على الذى عليه أ يستقيم أن أزيدة مالا و أبيعهُ لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم فأقول له أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخرك بثمانها و بمالى عليك كذا و كذا شهرا قال لا بأس و مثله الموثق و تمام الكلام في باب القرض

(قوله) (و لا ربا بين الوالد و ولده)

إجماعا كما في الإنتصار والغنية والتنقيح وإيضاح النافع و ظاهر السرائر و كشف الرموز و المختلف و المفاتيح و هذه الإجماعات بإطلاقاتها كجملة من العبارات كعبارة المقنع وغيرها تعطى أن لكل منهما أخذ الفضل كما هو صريح السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و غاية المراد و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و غيرها و فى المفاتيح و الرياض أنه لا خلاف فيه إلا من الإسكافي حيث خص أخذ الزيادة بالولد دون الوالد و يشترط أن لا يكون للوالد وارث و لا عليه دين و هو شاذ كما قاله جماعة و زاد فى الحدائق أنه لا يزال غالبا موافقا للعامه (انتهى) و علم الهدى و إن كان فى الموصليات قال بثبوت الربا بينهما و تأول أخبار الباب و نزلها على نحو قوله جل شأنه (فَلَا رَفْتٌ وَ لَّا فُسُوقٌ) إلا أنه قال فى الإنتصار ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب لأنى وجدت أصحابنا مجمعين على نفى الربا بين من ذكرناه و غير مختلفين فيه فى وقت من الأوقات إلى آخر ما قال و هو مؤذن بأن قوله بالثبوت فى الموصليات وقع غفلة و ذهولا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣٠

و لا بين السيد و مملوكه المختص (١)

عن ملاحظة الإجماع فلما انكشف له عدل عنه فكان فى حكم العدم فلا يصلح لأن يطعن به على دعوى الإجماع و يعد خلافا كما صنع كاشف الرموز و المحقق الأردبيلي و الخراساني إذ الفرق واضح بين القول الذى يقطع بعدم صحته و بين ما يعدل عنه لرجحان الغير عليه كما حرر فى محله و الأمر فى ذلك واضح جدا لكن كاشف الرموز جرى مع الأصحاب فكان الإجماع معلوما أيضا مضافا إلى الأخبار المنجبرة المعتضدة بالإجماعات كخبر عمرو بن جميع المروى فى الكافى و الفقيه و خبر زرارة و محمد بن مسلم المروى أيضا فى الكافى و التهذيب ليس بين الرجل و ولده و لا بينه و بين أهله ربا مضافا إلى الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام (و من هنا) يعلم حال ما قاله فى الكفاية تبعا لمجمع البرهان من أن مستند المشهور رواية زرارة و محمد مؤيدة برواية عمرو بن جميع و شىء منهما لم يبلغ حد الصحة فإن ثبت إجماع كان هو المتبع و إلا- فالصواب العمل بالكتاب (انتهى) ثم إنه لا فرق فى الولد بين الذكر و الأنثى كما فى التذكرة و جامع المقاصد و فى ولد الولد بالنسبة إلى الجد تردد كما فى المسالك و الكفاية و فى الدروس لا

يثبت بينهما ربا و في التذكرة و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسية و الروضة اختيار ثبوتيه بينهما و يثبت مع الولد للرضاع كما في الميسية و الروضة و المسالك على إشكال في الأخير و في التنقيح و إيضاح النافع و الميسية و الروضة و الكفاية أنه لا يتعدى الحكم إلى الأم (قوله) (و لا ربا بين السيد و مملوكه)

إجماعا كما في الانتصار و الغنية و إيضاح النافع و التنقيح و ظاهر المفاتيح و في كشف الرموز أنه لا خلاف فيه و في السرائر أن قول الشيخ في النهاية لا ربا بين العبد و سيده لأن مال العبد لسيدته لا فائدة فيه و لا لنا حاجة إلى هذا التعليل و إلى مال العبد إنما الربا بين اثنين مالكين (انتهى) (قلت) الأولى بمن يقول بعدم ملكه ترك ذكره في المقام كالشهاد في اللمعة لكن لما وردت النصوص به و فيها الصحيح كصحيح على بن جعفر بطريق الفقيه تعرض الأصحاب له و ظاهر المحقق الأردبيلي المناقشة فيه أيضا على تقدير القول بملكه قال لأن الرواية غير صحيحة و لا يعرف غيرها إلا أن يدعى الإجماع فيقتصر على موضعه و هو القن الخالص لا المكاتب مطلقا و لا المشترك كما تشعر به الرواية المتقدمة (انتهى) قلت التي أشار إليها رواية زرارة و محمد بن مسلم و هي طويلة و ظاهرة أنه لم يطلع على غيرها (لأنك) قد عرفت أن رواية على بن جعفر صحيحة و موردها المملوك و سيده و عدم ظهور الوجه من النص لا يدل على العدم و الواجب التسليم لما ثبت عنهم عليهم السلام و أفتى به سدنتهم سواء ظهر لنا فيه الوجه أم لا و أكثر الأصحاب قالوا بأنه لا بد من اختصاص الملك بالسيد فلو كان مشتركا ثبت الربا بينه و بينه كما تشعر به الرواية التي أشار إليها لأن ما بيده لسيدته و ممن صرح بذلك المصنف في الكتاب و التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام و الشهيد في الدروس و المقداد في التنقيح و المحقق الثاني في حاشيته و المولى القطفى في إيضاح النافع و هو الذى حكاه فى المختلف عن أبى على و قال أطلق باقى أصحابنا و مقصودهم إذا لم يكن مشتركا (انتهى) و مما أطلق فيه المقنع و النهاية و الوسيلة و الشرائع و النافع و غيرها و المدبر و أم الولد فى حكم القن و هل يفرق بين المكاتب بقسميه و القن ظاهر النص الإطلاق إلا أن ينزل على الغالب و لأن مال المكاتب مملوك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣١

و لا بين الزوج و زوجته (١) و لا بين المسلم و أهل الحرب (٢) فللمسلم أخذ الفضل فى دار الحرب و الإسلام دون العكس (٣)

له و لذلك اختار المصنف فى نهاية الأحكام و التحرير أنه كالحر و هو ظاهر المسالك مع احتمالها فيه العدم و قد يفرق بين المشروط و المطلق و قد تنزل أخبار الباب عليهما و حينئذ يظهر الوجه فى الأخبار و يندفع الإشكال عن ابن إدريس و الأردبيلي و هو قوى موافق للاعتبار لأن المكاتب كالولد و الزوجة بل قد يدعى أن إطلاق الأخبار منزل عليه لأن القن و المشترك خارجان قطعاً لأن القول بملكية العبد مخالف للإجماعات و الأخبار و قد عرفت الوجه فى الثانى فليأمل (قوله) و لا بين الزوج و زوجته

إجماعا كما فى الانتصار و الغنية و التنقيح و إيضاح النافع و ظاهر السرائر و كشف الرموز و المختلف و المفاتيح (و يدل عليه) خبر زرارة و محمد المروى فى الكافى و التهذيب كما عرفت و مرسل الفقيه و قد جبرهما و عضدهما عمل الطائفة فلا معنى لتأمل الأردبيلي و الخراسانى و المشهور كما فى الكفاية أنه لا فرق بين الدائمة و المتمتع بها و فى الرياض و الحدائق أنه مذهب الأكثر (قلت) و به صرح فى الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الميسية و الروضة و المسالك لإطلاق النص و الفتوى (و فيه) أنا قد نمنع صدق اسم الزوجة عليها حقيقة بل هى مستأجرة سلمنا لكن المتبادر الشائع الدائمة فينزل الإطلاق عليه (و يؤيده) أن فى بعض الروايات الصحيحة تسلط الزوج على مالها بحيث لا يجوز لها العتق إلا بإذنه و يشهد له أن التفويض فى مال الرجل إنما ثبت فى حق الدائمة فإن لها أن تأخذ من مال الرجل المأدوم و لذلك اختار المصنف فى التذكرة و إيضاح النافع و مجمع البرهان ثبوتيه مع المتمتع بها و تردد المقداد و الصيمرى



(قوله) (و لا بين المسلم و أهل الحرب)

إجماعا كما فى الغنية و التنقيح و إيضاح النافع و ظاهر كشف الرموز و المفاتيح و ستمتع إجماعات الخلاف و السرائر و التحرير و كذا ما فى التذكرة و نهاية الأحكام و الكفاية من ظهور دعوى الإجماع فيها أيضا و علم الهدى ادعى الإجماع على عدم الربا بين المسلم و الذمى فبينه و بين الحربى أولى بعدم الثبوت و فى الخبر المروى فى الكافى قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ليس بيننا و بين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ألف درهم بدرهم نأخذ منهم و لا نعطيهم و نحوه ما رواه فى الفقيه مرسلا و الضعف غير ضار فى المقام و لا فرق فى الحربى بين المعاهد و غيره و لا بين كونه فى دار الحرب أو الإسلام كما ذكره المصنف فى التذكرة و الشهيد الثانى فى الروضة و المسالك و صرح بالأخير فى الكتاب و ظاهر الخلاف الإجماع عليه

(قوله) (فللمسلم أخذ الفضل فى دار الحرب أو الإسلام دون العكس)

قد حكى الإجماع عليه فى الخلاف و السرائر فى آخر كلامه و التحرير و ظاهر نهاية الأحكام و التذكرة و الكفاية على أنه لا ربا بين المسلم و الحربى إذا أخذ المسلم الفضل و فى الكتب الستة المذكورة و الشرائع و المختلف و الإرشاد و الدروس و غاية المراد و التنقيح و إيضاح النافع و غاية المرام و تعليق الإرشاد و الميسية و الروضة أن الحربى إذا أخذ الفضل ثبت الربا و حرم و هو الذى دل عليه الخبر كما سمعت و الموافق للقواعد من الاقتصار فى مخالف الأصل على المتيقن و المخالف صريحا ابن البراج حيث قال بعد أن نفى الربا بين الأربعة المذكورة يجوز أن يأخذ كل واحد ممن ذكرنا من صاحبه الدرهم بالدرهمين و الدينار بدينارين و هو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣٢

و ثبت بين المسلم و الذمى على رأى (١) و القسمة تمييز و ليست يباع فتجوز فيما ثبت فيه الربا و إن تفاضلا وزنا و خرصا و لو أخذ أحدهما الرطب و الآخر التمر جاز (٢)

ظاهر إطلاق الشيخ فى النهاية و ابن حمزة فى الوسيلة و المحقق فى النافع و هو ضعيف جدا

(قوله) (و يثبت بين المسلم و الذمى على رأى)

مشهور بين المتأخرين كما فى تعليق الإرشاد و مشهور كما فى المسالك و الحدائق و أشهر كما فى الشرائع و الروضة و الكفاية و روايته أشهر كما فى النافع و عليه المتأخرون كافة كما فى الرياض و أشهر و أظهر بين الأصحاب كما فى كشف الرموز و عليه الأصحاب ما عدا المفيد و السيد كما فى المفاتيح و عليه الشيخ و أتباعه كما فى كشف الرموز أيضا و هو ظاهر أبى على ما حكى عنه و الغنية و الوسيلة حيث لم يذكره و النافع و المهذب البارع و خيرة القاضى على ما حكى عنه و النهاية و السرائر و الشرائع و كشف الرموز و التذكرة و الإرشاد و نهاية الأحكام و المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد لولد المصنف و الدروس و اللمعة و غاية المراد و المقتصر و التنقيح و غاية المرام و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض و غيرها و ظاهر التحرير التردد حيث ذكر القولين من دون ترجيح و قد سمعت أنه فى النافع ادعى أن هناك رواية بالثبوت و قد اعترف جماعة من شراح كلامه بعدم الوقوف عليها بالخصوص و قالوا نعم يشمله إطلاق بعض النصوص (قلت) فالمشركون بينى و بينهم ربا قال نعم و العام المخصوص حجة فى الباقي و ضعف السند منجبر بما تقدم و بالعمومات من الكتاب و السنة و صاحب إيضاح النافع قال إن المحقق أشار إلى هذه الرواية و هو الذى يظهر من كاشف الرموز و المخالف ابنا بابويه على ما نقل عن على و المفيد على ما نقل عنه أيضا و لم أجد له ذكرا فى المقنعة و علم الهدى فى الإنتصار و صاحب إيضاح النافع فقالوا إنه لا يثبت و قد ادعى عليه فى الإنتصار الإجماع و قد منعه عليه جماعة و ليس فى محله لأنه لا مخالف له قبله إلا ما يظهر من أبى على و هو معاصر له فى أواخر عصره على الظاهر لأنه معاصر للمفيد قطعا للخبر المرسل فى الفقيه ليس بين المسلم و الذمى ربا و نحوه الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام و حكى عنهم أنهم يشترطون أن يكون باذل الزيادة الذمى و فى الدروس أنه لو كان البازل

المسلم لم يجز قطعا وهذا في معنى الإجماع وفي الروضة أن محل الخلاف ما إذا أخذ المسلم الفضل أما إعطاؤه إياه فحرام قطعا وقد حمل الأصحاب المرسل على خروج الذمي عن شرائط الذمة ولا بأس به وإن كان أولى من الطرح وقد يحمل خبر المشهور على تحريم أخذ المشرك الربا من المسلم وقول السيد يساعده النظر لأن الذمي معصوم المال فلا يؤخذ منه قهرا فإذا دفعه باختياره على وجه الربا جاز لا- من حيث الربا بل من حيث حل ماله (فليتأمل) لأن الإجماع من المتأخرين كأنه معلوم (و ليعلم) أن أهل الكتاب في زمن الغيبة حرييون لكنهم لا يفتنون لشبهه الأمان فلا إشكال في جواز أخذ الربا منهم الآن (قوله قدس سره) (و القسمة تمييز وليست بيعا فتجوز فيما يثبت فيه الربا وإن تفاضلا وزنا وخرسا ولو أخذ أحدهما الرطب والآخر التمر جاز)

كما نص على ذلك كله في المبسوط ونحوه ما في الشرائع والتذكرة والتحرير ونهاية الأحكام وغيرها وفي المسالك دعوى الوفاق على أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣٣

ويجب على كل من أخذ الربا رده على مالكة إن عرفه أو إلى وارثه إن فقد (١) و يتصدق به عنه إن جهله (٢)

القسمة تصح فيما فيه الربا ولو أخذ أحدهما الفضل

(قوله) (و يجب على من أخذ الربا رده إلى مالكة إن عرفه أو إلى ورثته إن فقد)

هذا مما لا خلاف فيه إن كان عالما بالتحريم عند المعاوضة بل في جامع المقاصد و كنز العرفان الإجماع على ذلك ذكره في جامع المقاصد في المسألة الآتية و لا فرق في ذلك بين ما إذا كان مميزا أو مختلطا إذا كان معلوم المقدار و أبو على إنما فصل مع الجهل بالتحريم كما ستسمع و كما ستعرف الحال فيما إذا جهل مقدار الربا أصلا و المتمكن من العلم بالتحريم في حكم العالم كما رواه الراوندى في فقه القرآن (قال) قال أبو جعفر عليه السلام من أدرك الإسلام و تاب مما كان عمله في الجاهلية وضع الله عنه ما سلف فمن ارتكب ربا بجهالة و لم يعلم أن ذلك محذور فليستغفر الله في المستقبل و ليس عليه فيما مضى شيء و متى علم أن ذلك حرام أو تمكن من علمه فكل ما يحصل له من ذلك محرم عليه و يجب عليه رده إلى صاحبه لكن الطبرسى رواه عن الباقر عليه السلام إلى قوله فله ما سلف فيحتمل أن يكون ما بعده من كلام الراوندى (و يدل) على الحكم مع العلم (قوله سبحانه و تعالى) وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ و غيرها من الآيات الأخر و الروايات الدالات على حرمة الربا و على عدم ملكية الزيادة لمكان الحرمة المستلزمة لعدمها فلا ريب في وجوب الرد مع العلم بالصاحب و القدر أو التمكن من العلم بهما كما هو الشأن في غير الربا من المال المحرم (الحرام ل) كما بيناه في المكاسب في الحكم السابع من أحكام الخاتمة و قد بينا الحال هناك أيضا فيما إذا جهل المقدار و علم بالصاحب من أنه يصلح به بما يرضى ما لم يطلب زائدا عما يحصل به يقين البراءة مع احتمال الاكتفاء بدفع ما يتيقن انتفاؤه عنه كما احتمله صاحب المدارك و الكفاية و بينا أن الصلح مثال و أن الغرض تحصيل رضاه و حكينا عن التذكرة أنه إن لم يرض بالصلح دفع إليه الخمس إن حصل الجهل المحض بقدره و إلا فما يغلب على ظنه إن علم زيادته أو نقصانه إلى آخر ما حررناه (قوله) (و يتصدق به عنه إن جهله)

قد بينا فيما سلف أنه إذا علم القدر دون المالك مع عدم تمييز القدران الأصح و وجوب التصديق به مع اليأس من المالك فورا سواء كان بقدر الخمس أو أزيد منه أو أنقص و أن بعضهم اختار حفظه و أن المصنف في التذكرة أوجب فيما إذا كان زائدا على الخمس إخراجه و التصديق بالزائد و أنه إذا كان معينا ممتازا احتمل التصديق به أيضا و احتمل حفظه و أن الأول أظهر و أن الظن إذا تعلق بالقدر حكمه حكم العلم و أنه إذا تعلق بالمالك ليس كذلك على تأمل فيه و كذلك إذا دار المالك بين جماعة محصورين و الظاهر أنه لا يجب عليه إرضاء الجميع كما حرر في فنه و لم يذكر المصنف هنا الحال فيما إذا اختلط الربا بالحلال و جهل المالك و

القدر و كأنه لا يوجب هنا إخراج الخمس لأن أخبار هذا الباب الواردة فى مقام الحاجة خالية عن ذكر الخمس بالكلية بل ظاهرة فى حل الجميع من دون ريبه و لكن الأصحاب أعرضوا عنها إلا من شذ كما قيل و لعل ذلك لأن سياقها إنما هو لبيان حال صورة الجهل بالحرمة خاصة (فليتأمل) و ممن صرح بإخراج الخمس فيما نحن فيه الشيخ فى النهاية و المحقق فى النافع و المصنف مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣٤

سواء استعمله مع علم التحريم أو جهله على رأى (١)

فى التحرير و نهاية الأحكام و التذكرة مع التصريح فى التحرير بأن محله مستحق الخمس عملاً بالنصوص الواردة فى الحلال المختلط فى الحرام و لم يتميز مع جهل الملك و القدر الشاملة لما نحن فيه كما حررنا ذلك فى باب المكاسب بما لا مزيد عليه لكن ذلك إنما يتم على القول بأنه إذا جهل التحريم عند المعاوضة يجب عليه الرد إلى المالك (و أما) على القول بالعدم فالعدم هنا أولى (فليتأمل)

(قوله) (سواء استعمله مع علم التحريم أو جهله على رأى)

أى سواء استعمل الربح أى فعله مع العلم بالتحريم أو جهله و قد اختار أنه يجب عليه الرد على المالك مع جهله بالتحريم عند المعاوضة وفاقاً للسرائر و التذكرة و نهاية الأحكام و المختلف و الإيضاح و التنقيح و كنز العرفان و جامع المقاصد و هو الظاهر مما حكى عن الشيخ فى التبيان و ربما حكى عن أبى على و ستمتع كلامه و خلافاً للمنع على ما حكى عنه إلا أنى لم أجده فيه و النهاية و فقه القرآن للراوندى و النافع و كشف الرموز و آيات الأردبيلى و إيضاح النافع و الرياض و الحدائق و هو ظاهر الطبرسى أو صريحه كما قد قيل إنه ظاهر الفقيه لأنه روى ذلك و كأنه ميل إليه فى التحرير و حواشى الشهيد و نسبه فى التنقيح إلى الشيخ و أتباعه و لا فرق بين أن يكون المال موجوداً أو تالفاً كما فى نهاية الأحكام و لا فرق فى الجهل بين أن يكون عن خطأ أو تقليد أو اجتهاد أو عن غير ذلك و هل عدم وجوب الرد عند هؤلاء مشروط بالانتهاء و التوبة كما هو ظاهر الآية و جملة من الأخبار كما ستمتع أو لا كما هو ظاهر مجمع البيان و النهاية و بعض الأخبار و لم أجد من صرح بالاشتراط لكنه قد يلوح من عبارة النافع حيث قال كفاه الانتهاء و نحوها غيرها نعم صاحب الرياض ظاهره الاشتراط و ما قاله جماعة من العامة من أنه إذا لم يتب و أصر يكون مرتداً و ماله فينا فمردود بطرفيه قطعاً و قال أبو على فيما حكى عنه إن اشتبه عليه الربا لم يكن له أن يقدم عليه إلا بعد اليقين بأن ما يدخل فيه حلال فإن قلده غيره أو استدلل فأخطأ ثم تبين أن ذلك ربا لا يحل فإن كان معروفاً رده على صاحبه و تاب إلى الله تعالى و إن اختلط بماله حتى لا يعرفه أو ورث مالا كان يعلم أن صاحبه يربى و لا يعلم الربا بعينه فيعزله جاز له أكله و التصرف فيه إذا لم يعلم فيه الربا (انتهى) و القول الأول أقعد بحسب القواعد و قد استدلل عليه بقوله تعالى (وَإِنْ تَبْتِغُوا فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ) و بأنها معاوضة باطلة فلا ينتقل بها الملك (و فيه) أن سياق الآية على الاختصاص بالعالم المتعمد و هذه صورتها الشريفة (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ إِنْ تَبْتِغُوا فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ) و من الظاهر أن التهديد بالحرب لا يتوجه إلا للعالم (و يؤيده) ما رواه فى مجمع البيان عن الباقر عليه السلام فى سبب النزول من أن الوليد بن مغيرة كان يربى فى الجاهلية و قد بقى له بقايا على ثقيف فأراد خالد بن الوليد المطالبة بها بعد أن أسلم فنزلت (و قد أجاب) بعض متأخري المتأخرين عن الاستدلال ببطلان المعاوضة بالمنع من بطلانها لأنها من حيث الجهل صحيحة بحسب ظاهر الشرع و هذا جواب سخيّف جداً (و يمكن) أن يجاب بأن الدافع قد أباح للقابض هذه الزيادة لأنه إن كان عالماً بظاهره و إن كان جاهلاً فكذلك لأنه دفعها على التراضى

مبيحا لها غاية ما فى الباب أنها لو بقيت و أراد الرجوع رجع بها (و ليس) هذا التراضى منوطاً بوجه مخصوص حتى يكون

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣٥

كالتراضى فى العقد الفاسد فتكون لإباحة مشروطة بصحة العقد فى الواقع و سلامة المقابل (فليتأمل جيدا) و لا ينتقض ذلك بصورة علم القابض كما هو ظاهر و الباعث على تجشم ذلك أن أخبار الباب على كثرتها و صحة كثير منها ظاهرة فى القول الثانى ظهورا كاد يلحق بالتصريح مع اعتضادها بظاهر قوله سبحانه و تعالى (فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ) المفسر فى ظاهر كلام الطبرسى و الراوندى و السدى فيما حكى بأن له ما أخذ و أكل من الربا قبل النهى و لا يلزمه رد كذا حكى عن الطبرسى و قال الراوندى فله ما سلف أى له ما أكل و ليس عليه رد ما سلف إذا لم يكن علم أنه حرام قال أبو جعفر عليه السلام من أدرك الإسلام و ساق الحديث الذى حكينا عنه روايته آنفا ثم قال و قال السدى فى معنى قوله له ما سلف له ما أكل و ليس عليه رد ما سلف فأما من لم يقبض بعد فليس له أخذ و له رأس المال و الفاضل المقصد فى كثر العرفان ادعى أن الآية المذكورة و قوله سبحانه و تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا) صريحتان فى أنه لا يجب رد الربا مع الجهل السابق على نزول التحريم ثم قال إنه قرر أنه يجب الرد مع الجهل و العلم ثم إنه جمع بين الكلايين بأنه لا- يجب على الكافر رد ما أخذ حال كفره إلا- أن يكون عينه موجودة (و أما المسلم) فيجب عليه رد الربا مطلقا سواء علم بالتحريم أو لم يعلم و قال المقدس الأردبيلي فى تفسير الآية المذكورة من جاءه موعظة من الله سبحانه بأمر أو نهى و قد قبض و تصرف فاتعظ و قبل النهى أو ارتكب الأمور به فله ما سلف أى فقد ملك ما أخذه سالفا و قبض و تصرف و جاز له التصرف فيما فعل من المنهى عنه الآن و لا مؤاخذه على ما سبق الأمر و النهى و أمره بعدهما إلى الله فيجازيه بعمله فإن اتعظ لله و قبل الأمر و النهى لأنهما من الله فيتببه و إلا فيعاقبه بقدر العمل قال (و الحاصل) أن ليس جواز ما سبق مشروطا بالانتهاء و لا رجوع أمره إلى الله بل عدم العقاب فيما يأتى مشروط به أعنى بالانتهاء فكأنه قال الذى اتعظ ليس عليه فيما سبق شىء و أمره فيما سيأتى إلى الله فإن اتعظ فليس عليه شىء و إلا فعليه وزر الترك و لعله لدفع توهم أنه إذا حرم الربا لا يجوز له أخذه سيما إذا كانت العين باقية بل يجب عليه رده إلى أهله أو دفع توهم أن المتعظ ليس أمره بعد الاعتراض إليه «انتهى» (فليتأمل) فى كلامه جيدا (ثم إنه) قال أو يكون المراد فله ما سلف من غير عقاب فيكون للتقييد إذ لو لم ينته ليس له ما سلف سالما بل هو مع العقاب و بالجملة إن ثبت عدم هذا المفهوم بالإجماع و نحوه فليس بمعتبر لأنه إنما يعتبر مع عدم ما هو أقوى منه و إلا فنقول به «انتهى» (فليتأمل) و كأنه لحظ الآية مع قطع النظر عن الأخبار و إلا فقد فسرت الموعظة فى جملة منها بالتوبة كما ستسمع و على ما فهمه ابن إدريس و الجماعة من أن المراد فله ما سلف من الوزر و غفران الذنب و حق القديم سبحانه بعد انتهائه لأن إسقاط الذنب عند التوبة تفضل عندنا كما ذكر ذلك كله فى السرائر يصير المعنى من (مع خ ل) ملاحظة القيد إن انتهى فله ما سلف أى لا عقاب عليه على ما جهله و يجب عليه الرد و إن لم ينته فعليه العقاب على ما سلف و الرد (و على كل حال) فيما ذكره فى السرائر نظر من وجهين الأول أنه روى فى الرسائل عن نوادير أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه قال إن رجلا أربى دهرا من الدهر فخرج قاصدا إلى أبى جعفر يعنى الجواد عليه السلام فقال له مخرجك من كتاب الله يقول الله فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف و الموعظة التوبة فجعله (لجهله خ ل) بتحريمه ثم معرفته به فما مضى فحلال و ما بقى فليتحفظ و هو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣٦

.....

صحيح على الصحيح واضح الدلالة على مذهب الصدوق و الشيخ و قد رواه فى البحار عن الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام و نحوه ما رواه الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن محمد بن مسلم قال دخل رجل على أبى جعفر عليه السلام من أهل خراسان قد عمل بالربا حتى كثر ماله ثم إنه سأل الفقهاء فقالوا ليس يقبل منك شىء إلا أن تردده إلى أصحابه فجاء إلى أبى جعفر عليه السلام فقص عليه قصته فقال له أبو جعفر عليه السلام مخرجك من كتاب الله عز و جل (فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا

سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ) و الموعظةُ التوبةُ مضافا إلى صحيحة الحلبي أو حسنته المروية في الكافي و التهذيب عن الصادق عليه السلام قال أتى رجل أبي عليه السلام فقال إني ورثت مالا و قد علمت أن صاحبه الذي ورثته منه قد كان يربي و قد اعترف أن فيه ربا و قد استيقن ذلك و ليس يطيب لي حلاله لحال علمي فيه و قد سألت الفقهاء من أهل العراق و أهل الحجاز فقالوا لا يحل أكله من أجل ما فيه فقال أبو جعفر إن كنت تعلم أن فيه مالا معروفا ربا و تعرف أهله فخذ رأس مالك و رد ما سوى ذلك و إن كان مختلطا فكله هنيئا فإن المال مالك و اجتنب ما كان يصنع صاحبه فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قد وضع ما مضى من الربا و حرم عليهم ما بقى فمن جهله وسع له جهله حتى يعرفه فإذا عرف تحريمه حرم عليه و وجب عليه فيه العقوبة إذا ارتكبه كما يجب على من أكل الربا و نحوه خبر أبي الربيع الشامي من دون تفاوت و نحوه ما رواه في مستطرفات السرائر من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب عن أبي الربيع أيضا من دون تفاوت أيضا و هذه الأخبار الثلاثة أعني صحيحة الحلبي و خبري أبي الربيع كأنها هي التي استند إليها أبو علي لكن سوقها كما سمعت أظهر في الدلالة على مختار الشيخ و الصدوق من حيث تعليل حل أكل الربا المختلط بوضع الرسول صلى الله عليه و آله و سلم ما مضى منه و هو واضح الدلالة على أن المراد بما مضى نفس الربا في حالة الجهل مطلقا معروفا أو مختلطا و هذا يشهد على صحة تفسير الآية الشريفة بما سمعت كما هو الظاهر منها في الجملة و بقى الكلام فيما تضمنته هذه الأخبار الثلاثة من فرقه عليه السلام بين ما كان معزولا و ما كان مختلطا بمال حلال و هو بظاهره موافق لذهب ابن الجنييد كما أشرنا إليه (و يمكن) حمل رد المعزول على الأولوية و الاستحباب و إن كان الجميع حلالا من حيث الجهل كما ينادى به سياقها كما عرفت و أما احتمال الحمل على الحل من حيث الاختلاط لا من حيث الجهل فهو بعيد عن سياق الأخبار عند النظر و الاعتبار و حمل أخبار الباب على ما سلف في الجاهلية كما حكاه في المختلف عن الشيخ في التبيان و كما قد يشهد له ما رواه الطبرسي و الراوندي عن الباقر عليه السلام و قد أسمعناكه غير ممكن في بعضها قطعا ثم إنه لا ينافي ما سلف من حيث الجهل في الإسلام أيضا لاشتراك الجميع في الجهل الموجب لحل ما تقدم و ما في كشف الرموز من أنه يمكن أن يقال إن من ادعى اليوم في الإسلام جهالة تحريم الربا لا يسمع منه فيحمل النص و الفتوى على أول الإسلام كما حكى ذلك في كشف الرموز قبل ذلك عن صاحب الرائع (ففيه) أنه يمكن فرض الجهل عن خطأ في الاجتهاد أو التقليد إن سلمنا عدم سماع دعوى الجهالة من جميع العوام و لا دليل على تفصيل المقداد في كثر العرفان و قد سمعته (الثاني) مما يرد على ما في السرائر أن أدلة تحريم الربا و الزيادة كتابا و سنة مخصوصة بحكم التبادر و قاعدة التكليف و النصوص السابقة بصورة العلم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣٧

### [المقصد الخامس في لزوم البيع فهنا فصلان]

#### إشارة

(المقصد الخامس في لزوم البيع) الأصل في البيع اللزوم (١) و إنما يخرج عن أصله بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب فهنا فصلان

### [الفصل الأول في الخيار و فيه مطلبان]

#### إشارة

الأول في الخيار و فيه مطلبان

### [المطلب الأول في أقسامه]

## إشارة

الأول في أقسامه

مضافا إلى الأصل بل استصحاب الحكم بعدم الوجوب في حالة الجهل إلى حال العلم و المعرفة (فتأمل) و الحظ كلامه في السرائر فإنه غير متناسب الظاهر و مما ذكر يعلم الحال فيما في جامع المقاصد المقصد الخامس في لزوم البيع (قوله) (الأصل في البيع اللزوم)

الأصل هنا يحتمل أن يكون بمعنى القاعدة و أن يكون بمعنى الراجح الغالب (و معناه على الأول) أن القاعدة التي بنى عليها البيع اللزوم و إن كان قد يعرض لبعض أفراد الجواز و قد أشير إلى ذلك في التذكرة و قواعد الشهيد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و في الأخير أن الظاهر عدم الخلاف في أن مقتضى البيع هو اللزوم مستندا إلى الكتاب و السنة قال مثل قوله سبحانه و تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قول أبي عبد الله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم و غير ذلك و قال في التذكرة الأصل في البيع اللزوم لأن الشارع قد وضعه مفيدا لنقل الملك من البائع إلى المشتري و الأصل الاستصحاب و الغرض تمكين كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه و إنما يتم باللزوم ليؤمن من نقض صاحبه عليه (انتهى) فكان دليل هذه القاعدة العقل و النقل من كتاب و سنة بل و إجماع على الظاهر (و أما معناه) على الثاني فواضح لأن أكثر أفراد البيع و أغلبها على اللزوم و ذلك لا يكاد ينكر و مع ذلك قال صاحب الوافية إن قولهم الأصل في البيع اللزوم ليس له وجه لأن خيار المجلس مما يعم أقسام البيع و قال صاحب الكفاية الأصل في العقود اللزوم و وجوب الوفاء بها خرج البيع بالنص فيبقى الباقي على أصله و ظاهره أن الأصل فيه لمكان النص عدم اللزوم و أن العقود كلها على اللزوم و ستعرف الحال في بقية العقود و الكلام الآن في خصوص البيع و الشهيد في حواشيه قال أورد هنا سؤال و هو أن البيع لا ينفك عن خيار المجلس فيثبت فيه الخيار فيكون الأصل في البيع ثبوت الخيار لا- اللزوم ثم قال و الجواب أنه إن أريد بالمجلس مجلس القرار منعناه لجواز تجرده في نحو المتعاقدين سائرين و إن أريد به مطلق المجلس حملناه على مجلس القرار (و فيه) كما ستعرف أن المتعاقدين سائرين في حكم المتعاقدين مستقرين ما لم يتقدم أحدهما على الآخر بخطوة إلا أن يكون أراد بالسائرين السائرين متعاكسين (و تحرير المقام أن يقال) إن المراد أن المصلحة الباعثة على شرع البيع و وضع العقد و جعله سببا للغرض المقصود منه تقتضى أن يكون على وجه اللزوم و لا- ينافي ذلك اقتضاء المصلحة و قضاء الحكمة بعروض الجواز عليه في بعض المواطن و من المعلوم انفكاكه عن خيار المجلس في عدة مواضع كما إذا اشترى من ينعق عليه أو اشترى ليرث أو أسلم عبد الذمي و بيع عليه أو قهر الحربى قريبه و باعه أو اشترى العبد نفسه إن جوزناه و كما عرفت في السائرين المتعاكسين و كما إذا عقد الواحد عن اثنين عند بعض كما ستسمع ذلك كله فإذا طرأ عليه خياره و انقضى بانقضاء المجلس أو الخطوة و لم يختر واحد منهما كان لزومه حينئذ بمقتضى شرعه و ذاته و أصله (و يرشد) إلى ذلك أنه لو اشترط سقوطه سقط و بهذا التحرير يسقط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣٨

و هي سبعة (١)

## [الأول خيار المجلس]

(الأول) خيار المجلس (٢) و يختص بالبيع (٣)

الاستناد إلى خيار المجلس في نقض هذه القاعدة (فليتأمل) نعم لو تم عدم الانفكاك و شرع عدم سقوطه بالإسقاط اتجه ما قالوه و مما يعرض لهذا الأصل و يخرج به عن مقتضى شرعه لعلل خارجية بعد أقسام الخيار المشهور فوات شرط معين أو وصف معين أو عروض الشركة قبل القبض و تلف المبيع المعين أو الثمن المعين قبله أو في زمن الخيار إذا كان الخيار للمشتري و إن قبضه و الإقالة و التحالف عند التخالف في تعيين المبيع أو تعيين الثمن أو تقديره على قول و تفريق الصفة و الإخلال بالشرط و نحو ذلك و المصنف قال إنه يخرج عن هذا الأصل بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب مع أن ظهور العيب مقتضى للخيار و كأنه جعله قسيما له لسعة مباحثها أو لبيان أن الخيار إما نقصان في عين أو صفة أو بدونهما (فليتأمل) هذا و قال الشهيد في قواعده إن الأصل في سائر العقود أيضا اللزوم ثم إنه بعد ذلك قال إن منها ما هو لازم من طرفيه كالنكاح و الإجارة و الوقف و الصلح و المزارعة و المساقاة و الهبة في بعض الصور و الضمان بأقسامه إلا الكفالة و في المسابقة قولان و منها ما هو جائز من طرفيه و هي الوديعة و العارية و القراض و الشركة و الوكالة و الوصية و الجعالة لانتظام المصالح بجوازها و إلا لرغب عنها أكثر الناس للمشقة بلزومها (قلت) هذا يقضى بأن جوازها جار على الأصل إلا أن تقول إن المنساق من الجعل و التقرير و قوله هذا سبب لهذا و قوله جل شأنه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إنما هو اللزوم و لا ينافي ذلك قضاء الحكمة بالجواز في بعض العقود أو من أحد من الجانبين كالرهن و كفالة البدن و عقد الذمة و الأمان أو في حال دون حال كالهبة قبل القبض و الوصية قبل الموت و القبول فإن هذا الجواز باعتبار نفس الأمر و ذلك باعتبار ظاهر التقرير و الجعل فكان جواز ما جاز من العقود على خلاف الأصل يحتاج إلى الدليل و من هنا يتضح الحال في الخيار في البيع و قد يقال إن ظاهر التقرير و الجعل لا يقضى باللزوم (و يشكل) الاستدلال بالآية على العقود الجائزة لعدم وجوب الوفاء بها إلا أن يقال يجب الوفاء بمقتضاها في موضع يثبت المقتضى و ليس في العقل و الاعتبار ما يدل على لزومها بل قد سمعت ما قاله الشهيد من أن المصالح لا تنتظم إلا بجواز العقود الجائزة و إلا لرغب عنها أكثر الناس (فليتأمل جيدا) و قد ذهب بعض الناس إلى أن الأصل في العقود الجواز متعلقا بأصل عدم فإن اللزوم أمر زائد لا بد في إثباته من دليل و هو إفراط لمكان نص الكتاب

(قوله) (و هي سبعة)

و بعضهم عددها خمسة و آخرون ثمانية و أنهاها بعضهم إلى أربعة عشر

(قوله قدس سره) (الأول خيار المجلس)

الخيار الاسم من الاختيار و قد اشتهر التعبير عن هذا النوع من الخيار بخيار المجلس و المجلس موضع الجلوس و هو ليس بمعتبر في تحقق الخيار بل المعتبر فيه عدم التفرق بالأبدان إما تجوزا في إطلاق بعض أفراد الحقيقة أو حقيقة عرفية و الأصل فيه قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم البيعان بالخيار ما لم يفترقا قال في المسالك و هو أوضح دلالة من عبارة الفقهاء إلا أنه قد صار بمنزلة الحقيقة العرفية و قد أنكره في التابعين شريح و النخعي و في الفقهاء مالك و أبو حنيفة و الباقر من الصحابة و التابعين و الفقهاء على خلافهم و قد طفحت أخبارنا و انعقد إجماعنا على ثبوت هذا الخيار كما ستسمع

(قوله) (و يختص بالبيع)

كما في الدروس فلا- يثبت في غيره إجماعا كما في الغنية و التذكرة (كما هو في الغنية و في التذكرة و تعليق الإرشاد خ ل) و في تعليق الإرشاد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٣٩

و يثبت بعد العقد في كل مبيع (١) لم يشترط فيه سقوطه فلو شرط سقوطه سقط (٢) و لو شرط أحدهما سقوطه عنه سقط بالنسبة إليه خاصة

نسبته إلى علمائنا ونحوه ما فى مجمع البرهان و فى المسالك أنه لا خلاف فيه بين علمائنا و فى الخلاف الإجماع على أنه لا يدخل فى الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة و قد منع عليه ذلك فى المختلف لأن ثبوت الخيار فيها على الدوام فى المجلس و غيره يستلزم ثبوته فى المجلس (و فيه) أن الممنوع خيار المجلس لا- الخيار فيه و لعل النزاع يعود لفظيا (فتأمل) و قد صرح بالأمرين يعنى اختصاصه بالبيع و عدم ثبوته فى غيره فى الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و المختلف و قواعد الشهيد و التنقيح و الروضة و الكفاية و غيرها و فى المبسوط و السرائر كما حكى عن القاضى أنه يدخل فى الوكالة و العارية و الوديعة و الجعالة و القراض (و فيه) أن الخيار فيها عام لا يقبل السقوط لأنها عقود جائزة على الإطلاق فلا تأثير للمجلس و تأول كلامهم فى الدروس باحتمال إرادتهم منع التصرف مع الخيار فى المجلس و هو غير صحيح لأنه لا يصح فى الوديعة لامتناعه فيها مطلقا و لا فى غيرها لوجود الإذن المسوغ له مطلقا

(قوله) (و يثبت بعد العقد فى كل مبيع)

يثبت فى جميع ضروب البيع السلم و غيره بدليل إجماع الطائفة كما فى الغنية و هو أى الإجماع ظاهر التذكرة حيث قال و يثبت فى جميع أقسام البيع كالسلف و النسيئة و المرئى و الموصوف و التولية و المرابحة و بالجملة جميع ما يندرج تحت لفظ البيع مما لم يشترط فيه سقوطه عند كل من أثبت الخيار إلا فى صور وقع فيها الخلاف و نحوه من دون تفاوت ما فى تعليق الإرشاد (و يدل عليه) بعد الإجماع المنقول و المعلوم من اتفاق الفتاوى عليه (عموم أدلته) و لا سيما صحيحة الحلبي أيا رجل اشترى من رجل يباع فهما بالخيار حتى يفترقا

(قوله رحمه الله) (و لم يشترط فيه سقوطه فإن شرط سقط)

كأن يقول البائع بعتك بشرط أن لا يثبت بيننا خيار فيقول المشتري قبلت بدليل الإجماع كما فى الغنية و فى مجمع البرهان لعله مما لا خلاف فيه و قد نفى الخلاف فى الرياض و الحدائق عنه و عن سقوطه بالنسبة إلى أحدهما إذا شرط هو سقوطه و هو كذلك إذ لم أجد فيه مخالفا و قد استفاد الإجماع من التذكرة من مبحث خيار الحيوان و قيد اشتراط السقوط بكونه فى العقد فى المبسوط و ما تأخر عنه مما صرح فيه به أو ظهر ذلك منه خلافا للخلاف و الجواهر كما ستسمع (و الحجة) على الحكم المذكور المشتري بالشرط على النحو المذكور بعد الأصل و الإجماع كما سمعت (عموم) الكتاب و الصحيح الوارد فى الشروط و الخبر الصحيح (الصريح خ ل) و عليه يحمل الآخر البيعان بالخيار إلا بيع الخيار أو على خيار الشرط فإنه باق و إن تفرقا و موافقة الاعتبار فإن الأغراض تتعلق بلزوم العقد تارة و جوازه أخرى و بذلك كله يقيد إطلاق الأخبار المستفيضة مع التأمل فى شمولها لمحل الفرض لمكان تبادل غيره ما عدا صحيحة الحلبي لأن العموم فيها لغوى و ثبوت الخيار مقتضى العقد المطلق لا العقد المشروط فيه إسقاطه فإن مقتضاه حينئذ السقوط فيلزم لأن الشرط حينئذ جزء من العقد فاندفع ما عساه يقال من أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لأنه يقتضى ثبوت الخيار على الإطلاق مضافا إلى استلزامه عدم صحة شىء من الشروط فى شىء من العقود لأن مقتضاها كما قدمناه لزوم الوفاء بها مطلقا و إن لحظت ما حررناه آنفا عرفت أن مقتضى العقد بالذات اللزوم و أن ثبوت الخيار مقتضى العقد الذى لا- تفرق فيه كالسائرين المتعاكسين (هذا) و قال الشيخ فى الخلاف إذا شرط قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤٠

و هو ثابت للبائع و المشتري ما دام فى المجلس (١)

و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول (دليلنا) أنه لا مانع من هذا الشرط و الأصل جوازه و عموم الأخبار فى جواز الشرط تتناول هذا الموضوع و نحوه ما حكى عن الجواهر و هو شاذ لإطباقهم على خلافه و لإطلاق النص المثبت للخيار إلا أن تقول إنه بحكم التبادر مختص بغير محل الفرض (و فيه) أنك قد عرفت أن فيه ما عمومه لغوى ثم إن النصوص المستفيضة الواردة فى النكاح الدالة على



عدم اعتبار الشروط قبله شاملة للمقام عموماً أو فحوى على أنه يمكن تنزيل كلام الشيخ على المشهور كما قال فى المختلف من أنهما لو شرطاه قبل العقد و تبايعا على ذلك الشرط صح ما شرطاه لكن كلامه هذا مجمل لأن الصحيح عندهم ما كان فى متن العقد أو بين الإيجاب و القبول كما نص عليه فى التذكرة فى مقام آخر (و لعله) أراد أن يقول له بعثك على ذلك الشرط (و قد يقال) إن الشرط يعتبر إذا كان ملفوظاً به قبل العقد و لا عبرة بالقصد إن لم يكن ملفوظاً لقول النخاعة و بعض الفقهاء إن المقدر كالمذكور و مرادهم بالمقدر المقدر الصناعى النحوى و هو ما قضت به الصناعة إما لتقدم ذكره أو لقرينته حاله تشبه تقدم الذكر كقولك للصياد الغزال الغزال و كذا ما دل عليه اللفظ كحذف المبتدأ أو الخبر أو حذف متعلقات كل واحد منهما و كلام الشيخ من هذا القبيل إذا بنى العقد على الشرط كأن يقول له أ تبيعنى بشرط كذا فيقول له نعم و يوقع الصيغة فى الحال من دون أن يتقدم العهد فكان كلام الشيخ موافقاً للقواعد و لعموم الأمر بالوفاء بالعقود مع احتمال اختصاص النص المثبت للخيار بحكم التبادر بغير محل الفرض و قد ينزل كلام المختلف على ذلك بمعنى أن العقد إذا كان مبنيًا على ذلك الشرط صح و إن لم يتلفظ به فى العقد أصلاً لا إجمالاً و لا تفصيلاً (و أما الشرط) السابق الذى لم يبين عليه العقد فلا تأثير له قطعاً (فليتأمل) هذا و فى المختلف عن ابن الجنيد عبارة لا تكاد تفهم قال لو تبايعا بشرط رفع الخيار بينهما صح و لا خيار سواء شرطاً إسقاطه فى العقد أو بعده و قال ابن الجنيد فى بعض الحديث كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يفترقا إلا بيع الخيار يريد الشرط بعد العقد قال و قد يكون الشرط لرفع الخيار قبل العقد فى الغنائم و الموارث و بيع المزايدة فقط و لذلك روى عن أمير المؤمنين عليه الصلاة و السلام أنه قال إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و إن لم يفترقا (انتهى) و ظاهره أن ابن الجنيد مخالف فى الشرط الواقع فى العقد و لذلك حمل الخبر على ما بعد العقد و لعل الباعث له على ذلك أن الخيار إنما يثبت بعد العقد لا قبله و لا فى نفسه و قوله و قد يكون الشرط (إلخ) يحتمل وجهين الأول أن يكون أراد بالشرط قبل العقد فى الخبر ما جعله الله سبحانه شرطاً أى ما أسقط فيه الخيار و هو أنه يزعم أن الله سبحانه أسقط خيار المشتري فى هذه الأمور الثلاثة فيكون قوله إلا بيع الخيار و أراد به إلا ما أسقط الله الخيار فيه و هو هذه الثلاثة أو ما كان مثلها مما تتعلق به الشركة و يحصل منه الضرر (الثانى) أن يكون أراد بالشرط ما جعله شرطاً و يخص الحكم بهذه الثلاثة عنده إما لدليل قاده أو لأمارة نصبت عليه فتأمل (قوله قدس سره) (و هو ثابت للبائع و المشتري ما دام فى المجلس)

أى ما لم يفترقا بالإجماع و الصحاح و فى النبوى المشهور البيعان بالخيار ما لم يفترقا و ما فى بعض شواذ الأخبار مما دل على اللزوم على الإطلاق و إن كان موثقاً فمحمول على التقيّة من أبى و قد عد ذلك من جملة ما خالف فيه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و لا فرق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤١

و إن ضرب بينهما حائل أو فرقا كرهما إما بالضرب أو الحمل و لم يتمكننا من الاختيار (١)

فى المتبايعين بين أن يكون العقد لهما أو لغيرهما و بالتفريق لصدق البائع على الوكيل لغةً و عرفاً و شرعاً و ليس ببعيد ثبوته للوكيل بمجرد التوكيل فى العقد لكونه من توابع العقد و هو الظاهر من الأخبار و يمكن توفقه على التوكيل فى الخيار أيضاً و الظاهر أنه يحصل بالتوكيل قبل العقد لأنه تابع له كما حررناه فى باب الوكالة و عليه استمرت الطريقة يوكله فى بيع شىء فيبعه بآخر فيؤاخذه أو يعته أو نحو ذلك و قولنا لا تجوز الوكالة فيما ليس للموكل فعله حين الوكالة إنما هو فى غير التوابع و لا خيار حينئذ للمالك لعدم صدق البائع عليه بمعنى العاقد لا لغةً و لا شرعاً و لا عرفاً و إن صدق عليه بمعنى أنه نقل المال عن نفسه لكن المراد من الخبر العاقد بقرينة قوله عليه و آله الصلاة و السلام ما لم يفترقا كما هو واضح فما فى التذكرة من أن الأقرب تعلق الخيار بالوكيلين و الموكلين كأنه غير واضح و لا إشكال حينئذ فى الخبر و يطابق أوله آخره إذ المعنى البيعان إذا كانا وكيلين فلهما الخيار حتى يفترقا و كذلك إذا كانا عاقدين لأنفسهما و إنما يكون الإشكال فى الخبر على القول بثبوت الخيار للمالكين فقط أو لهما و للوكيلين إذ يصير المعنى

على أحد التقديرين الخيار للمالكين حتى يفترق العاقدان و لا يشترط فى الخيار اجتماعهما فلو تناديا بالبيع من مكان بعيد ثبت الخيار كما فى التذكرة و الدروس و كنز الفوائد و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد لعموم النص و أسقطه بعض العامة لمقارنته المسقط البيع و هو ساقط عن درجة الاعتبار

(قوله) (و إن ضرب بينهما حائل أو فرقا كرها إما بالضرب أو الحمل و لم يتمكننا من الاختيار)

أما بقاء الخيار مع ضرب الحائل بينهما فقد صرح به فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و غيرها و لعله مما لا خلاف فيه عندنا و إنما نسب الخلاف إلى بعض الشافعية لأن الحال فى ذلك كما إذا غمضا أعينهما أو ناما و لا فرق فى الحائل بين الرقيق كالستر أو الحائط كما نص على الأخير فى المبسوط و السرائر و التذكرة و لا فرق فى ذلك بين المانع من الاجتماع كما لو شق بينهما نهر عظيم أو غيره لعموم الدليل و عدم صدق الافتراق بذلك فإن المفهوم منه تباعدهما عن الحد الذى كانا عليه و أما بقاؤه مع التفريق بينهما كرها و منعهما من اختيار الفسخ و الإيجاب كأن سد أفواههما أو هدا على التكلم ممن يخالف منه إيقاع ما هدد به فقد صرح به فى المبسوط و ما تأخر عنه مما تعرض له فيه من دون خلاف و لا تشكيك إلا ممن استعرفه و قد حكى عليه الإجماع فى الغنية و تعليق الشرائع على ما حكى عن الأخير لأنى لم أجده فيما عندى من نسخه مضافا إلى الاستصحاب و تبادر الاختيار لأنهما لم يفترقا بل فرقا و يعضده التعليل بالرضا و أن الخيار شرع للإرفاق و لا رفق مع الإيجاب و لا يلتفت إلى تشكيكات المولى الأردبيلي و الفاضل الخراسانى فى المقام لعدم النص على ذلك و أما إذا أكرها على التفريق و لم يكرها على الاختيار لا- فسحا و لا إيجابا فالظاهر سقوط الخيار كما فى المبسوط و غيره بل لا أجد فيه مخالفا و يبقى الكلام فيما لو أكرها على الفسخ أو الإيجاب فقط أو على عدم كل واحد منهما فقط إن لم يكن هناك تلازم و لعل الأصل يقضى بالبقاء (فليتأمل) و قد يقال فيما إذا لم يمنع من الفسخ إنه ينقطع لأن سكوته عن الفسخ مع القدرة عليه رضا بالإمضاء (وفيه) أنه مكره على المفارقة و السكوت عن الفسخ لا يبطل الخيار كما فى المجلس (فتأمل) هذا و إذا زال الإكراه ثبت الخيار فى مجلس الزوال ما لم يفترقا كما فى المبسوط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤٢

أو فارقاه مصطحبين (١) و لو فارق أحدهما الآخر و لو بخطوة (٢) اختيارا عالمين أو جاهلين أو بالتفريق أو هرب أحدهما كذلك

و التحرير و الروضة و كأنه مال إليه فى الميسية للأصل و لأن خيار المجلس موضوع على التراخى و هذا منه أو بدل عنه و قد قواه الأستاذ الشريف قدس الله روحه يوم قراءتنا عليه (وفيه) أن المراد بالمجلس مكان البيع لا مطلق المجلس و المكان فتحديده بهذا المجلس محل تأمل فإما أن يجعل على الفور أو على التراخى غير محدود بالمجلس و المكان المذكور و الاستصحاب مقطوع لتغير الموضوع (فليتأمل جيدا) و فى التذكرة أنه على الفور فى مسألة ما إذا مات أحد المتبايعين و يظهر منه أن هذه من سنخ تلك فىكون الفور حينئذ مذهب ولده فى الإيضاح و الشهيد فى حواشى الكتاب و المحقق الثانى فى جامع المقاصد كما ستعرف و اقتصر فى الدروس على حكاية قول الشيخ و فى تعليق الإرشاد على ذكر القولين و فى المسالك على ذكرهما وجهين و ظاهرهما التوقف و إذا زال الإكراه عنه و هو سائر انقطع خياره بمفارقة موضع التمكن إلا إذا كانت المفارقة لإرادة الرجوع إن لم تؤد إلى البعد و هل يجب تحرى أقصر الطرق حينئذ احتمالان و لعل الأقوى عدم كما أن الأقوى أنه لا يجب عليه العود

(قوله) (أو فارقاه مصطحبين)

كما صرح بذلك فى التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و الروضة و المسالك و هو قضية قولهم إنه يسقط بمفارقة أحدهما صاحبه و لو بخطوة كما ستسمع و وجهه أنه عليه و آله الصلاة و السلام جعل مدة الخيار دوامهما مصطحبين سواء أقاما كذلك فى المجلس أو فارقاه كذلك و لا فرق فى ذلك بين أن يطول الزمان أو يقصر ما لم يتباعد ما بينهما عنه حالة العقد و أولى بعدم زواله لو

تقاربا عنه

(قوله) (و لو فارق أحدهما الآخر و لو بخطوة)

يسقط خيار المجلس بالافتراق بالنص و الإجماع المحكى فى الخلاف و التذكرة و ظاهر الغنية أو صريحها و فى الكفاية لا أعلم فيه خلافا و فى الخلاف أيضا أنه لا- خلاف فيه بين العلماء و أما حصوله بتباعد أحدهما عن الآخر بخطوة فما زاد فقد نص عليه فى المبسوط و الخلاف و التهذيب و الإستبصار و الغنية و الوسيلة و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و لعله معنى قوله فى التحرير بأدنى انتقال و فى المسالك و إن قل و قد حكى عن الصيمرى و الميسى و لم أجد لهما تصريحاً بذلك نعم هو ظاهرهما و ظاهر غيرهما من الشارحين و المحشين الذين لم يناقشوا و ظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه و فى الرياض نفى الخلاف عنه مضافا إلى ما حكيناه عنهم فى باب الصرف و ذلك لأن المراد بافتراقهما طرو الافتراق بعد العقد بحيث يزيد ما بينهما من البعد لأن الافتراق الحقيقى حاصل بينهما وقت العقد فلا يراد من الحديث إلا الافتراق الطارى بعده و ليس له هناك معنى شرعى فيصير إلى المعنى العرفى و هو متحقق بخطوة لا بأنقص منه لأن الغالب عدم حفظ النسبة التى كانت بينهما فى مجلس العقد حتى وقت صعوده على الحائط و نزوله كما أشار إليه الصادق عليه السلام فى صحيحه منصور بن حازم بقوله فى الصرف و إن نزا حائطا فانزوا معه فمجرد تقدم البعض على البعض لا يضر و إن حصل به التفرق لغه فالمدار على العرف و هو حاكم بخطوة و لذا طفحت عباراتهم بعدم بطلان العقد بمفارقة المجلس مصطحبين و هو الموافق لفروع المسألة كما يظهر ذلك لمن لحظ كلامهم فى الإكراه و زواله و هى بالضم و الفتح ما بين القدمين فى المشى جمعها خطأ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤٣

أو التزما به أو أوجه أحدهما و رضى الآخر سقط (١) و لو التزم به أحدهما سقط خياره خاصة

كما صرح به أهل اللغة فالمراد به التحديد فى طرف القلة فى كلام أكثر الأصحاب لا المثال قال فى الخلاف أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة و نحوه ما فى المبسوط و السرائر حيث قيل فيهما إن حده مفارقة المجلس بخطوة و نحوها ما فى الإستبصار و الغنية و نحوهما ما فى التذكرة و إن كان قد يلوح منها خلاف ذلك و هو الظاهر مما فى الشرائع و اللمعة و التنقيح و غيرهما مما قيل فيه و لو بخطوة و نحو ذلك ما فى الدروس و نحوه مما قيل فيه تكفى فى المفارقة المبطله خطوة نعم ما فى التحرير و جامع المقاصد و المسالك من كفاية أدنى الانتقال يرشد إلى أن المراد بها المثال لأين الافتراق لا تحديد له فى الشرع فيكتفى فيه بالمسمى و هو المعنى اللغوى و هو متحقق بخطوة و دونها (و فيه) ما قد عرفته مضافا إلى ما حكيناه عنهم فى باب الصرف (و إن أبيت) عن ذلك (قلنا) الإجماع منعقد على التحديد بها فى طرف القلة كما سمعته عن ظاهر الغنية و خلاف التحرير و المسالك غير معلوم و خلاف الكركى غير ضار و على كل حال لا ينافى ذلك الصحيح المتضمن لحصوله فى الخطأ فإنه لا يابى حصوله فيما دونها و توقف فى الخطوة بعض المتأخرين لعدم ظهور الصدق بها عرفا و إن صح لغه (و فيه) أنه إذا صح لغه صح عرفا لأن الأصل عدم التغيير و النقل فالشك فى صدقه بها عرفا كاف فى المطلوب و لا يحتاج إلى ظهوره و لا ينافى ما سبق (فتدبر) على أنا ندعى ظهوره لأن أهل العرف لا- يقولون إنهما إذا تفرقا بخطوة لم يتفرقا فى مقام التحقيق و عدم المسامحة و جواز السلب توسعا غير ضائر و إلا فإنهما لو تفرقا بخطوتين أو ثلاث يقال إنهما لم يتفرقا عرفا مسامحة و أنتم لا تقولون به لأن صحيح محمد بن مسلم صريح بأن مشى الخطى يوجب البيع مضافا إلى الإجماع المعلوم و المنقول فى المقام و إلى الصحيح الوارد فى خيار الحيوان المنطوى على التعليل بالرضا و هو يتحقق بخطوة و قال عليه السلام فى آخر فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما و مراد المصنف بقوله أو هرب كذلك ما إذا هرب و فارقه و لو بخطوة اختيارا عالمين أو جاهلين أو بالتفريق و إن فعل ذلك حيلة فى لزوم العقد و قد حصر سقوط خيار المجلس فى أربعة أشياء (الأول) اشتراط سقوطه فى متن العقد و قد أشار إليه هنا بقوله ما لم يشترط سقوطه (الثانى) الافتراق و هو ما نحن فيه (الثالث) التخيار

وقد أشار إليه المصنف بقوله أو التزما به أو أوجه أحدهما (إلخ) (الرابع) التصرف و قد أشار إليه هنا بقوله ما لم يسقطه بتصرف و سيأتي الكلام في ذلك مسبقا مفصلا

(قوله) (أو التزما به أو أوجه أحدهما و رضى الآخر سقط)

هذا هو القسم المسمى بالتخاير و المراد به اختيار العقد و البقاء عليه كأن يقولنا تخايرنا أو اخترنا إمضاء العقد و نحوه و القسم الأول يسمى بالتخاير أيضا و الفرق بينهما أن ما نحن فيه محله بعد العقد و الأول محله نفس العقد أو قبله و ظاهر عبارة التذكرة و غيرها أن الصيغ في المقام من الاثنين لا من أحدهما نعم إذا قال أحدهما ما يدل على الاختيار و الإمضاء دون الآخر يسقط خياره دونه و ظاهر عبارة المبسوط و الخلاف و الغنية أن الصيغة من أحدهما قال في الخلاف إذا قال أحدهما لصاحبه في المجلس بعد العقد اختر فإن اختار إمضاء العقد انقطع بينهما الخيار و نحوها عبارة المبسوط و الغنية و نحو ذلك عبارة السرائر و ظاهر الخلاف الإجماع على ذلك كما هو صريح الغنية و في التذكرة الإجماع على أنه يسقط بالتخاير و أن صورته أن يقول تخايرنا أو اخترنا العقد أو أمضيته أو اخترناه أو التزما به و ما أشبه ذلك (انتهى) و في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤٤

و لو قال له اختر فسكت فخيرهما باق (١) على رأى

الكفاية لا- أعلم خلافا بينهم في أنه يسقط بإيجابهما العقد و التزامهما و إسقاط الخيار (قلت) الإجماع هو الحجة المقيده لإطلاق الأخبار المثبتة للخيار في المسألة مضافا إلى مفهوم بعض المعتمدة الواردة في خيار الحيوان إذ فيه و ذلك رضى منه فلا شرط له و لانحصار الحق فيهما فيسقط بإسقاطهما و لأن فسخ اللازم بالتقاييل يقتضى لزوم الجائر بالتخاير و لأنه سقط بالافتراق لدلالته على الرضا و التخاير صريح في ذلك و يحصل بالإيجاب منهما أو من أحدهما مع رضى الآخر و لو أمضاه أحدهما دون الآخر فإن فسخ البيع انفسخ لأن الفسخ لا يتبعض و إلا اختص بالخيار (و يعلم) أنه كما يسقط خيار المجلس بالالتزام باختيار الإمضاء يسقط به أيضا خيار الحيوان و خيار الشرط و قال الصيمرى و لا- يسقط به خيار الغبن و لا خيار العيب و لا خيار الرؤية و قال إنهما لو شرطوا في العقد سقوط هذه الثلاثة بطل الشرط و العقد على الخلاف و كلامه غير منقح كما ستعرف

(قوله رحمه الله) (و لو قال له اختر فسكت فخيرهما باق)

إذا قال أحدهما لصاحبه اختر فاختر الإمضاء بطل الخياران كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و التحرير و التذكرة و الدروس و غيرها و في الغنية و ظاهر الخلاف الإجماع عليه كما تقدمت الإشارة إليه و كذلك الشأن فيما لو قال له تخير أو اختر الإمضاء و لو قال اختر الفسخ فاختر الفسخ انفسخ و لو سكت المخير على صيغة البناء للمفعول حيث يقول له المخير اختر أو اختر الإمضاء فخير أي الساكت باق إجماعا كما في الرياض و بلا خلاف كما في الحدائق و لا بحث فيه كما في جامع المقاصد و كذلك الحال لو قال له اختر الفسخ فسكت و هل يسقط خيار الأمر حينئذ أي حيث يقول اختر فسكت المشهور المعروف عدم السقوط كما ستسمع و قد حكى المصنف و المحقق قولاً- بسقوط خياره لأنه ملك صاحبه ما ملكه من الخيار و للخبر العامى المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر (و فيه) أن التخيير لا- يدل على التمليك و الخبر عامى كما عرفت متروك الظاهر بالإجماع لأن ظاهره سقوط الخيارين معا فيحمل على أنهما أمضياه و من الغريب أن المحقق الثاني و الشهيد الثاني نسبا هذا القول إلى الشيخ و تبعهما شيخنا صاحب الرياض و هو خلاف ما صرح به في المبسوط و الخلاف و خلاف ما حكى عنهما في المختلف و الإيضاح و المشهور بقاء خيار القائل أي المخبر بالبناء للفاعل أيضا كما في الحدائق و به صرح في المبسوط و الخلاف و الشرائع و التحرير و المختلف و الإيضاح و الدروس و اللمعة و تلخيص الخلاف و غاية المرام و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و الرياض و الحدائق للأصل و إطلاق النص و عدم دلالة التخيير على الإيجاب و الالتزام بشيء من الدلالات و كان المحقق الثاني في تعليق الإرشاد متوقف

وقال في التذكرة أولاً إنه يسقط خياره (ثم قال) في آخر البحث هذا إذا قصد بقوله اختر تمليك الخيار لصاحبه ولو لم يقصد لم يسقط سواء اختار الآخر أو سكت (قلت) إذا قصد التمليك فالظاهر أن الحال كما قال وإذا لم يقصد التمليك فإما أن يقصد الاستكشاف و معرفة الحال أو التفويض فإن قصد الأول لم يسقط خياره إن لم يمض الآخر كما إذا سكت وإن أمضى الآخر فظاهر الإجماع الذي سمعته آنفاً و الفتاوى أنه يسقط خياره إلا أن يحتمل على غير هذه الصورة و إن قصد الثاني أى التفويض سقط مع الإمضاء دون السكوت و الظاهر من التخيير الاستكشاف و كذلك الحال فيما إذا قال له اختر الإمضاء فسكت و أما إذا قال له اختر الفسخ فسكت

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤٥

و خيار العاقد عن اثنين باق بالنسبة إليهما ما لم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما بعد العقد أو يفارق المجلس على قول (١)

فخيار الأمر باق أيضاً و أما إذا فسخ فالأمر ظاهر (و يبقى الكلام) فيما إذا خالف و أمضى فيحتمل بقاء خيار الأمر أيضاً و قد يظهر (من الدروس) سقوطه و كأنه بعيد و لعله لحظ معقد إجماع (الغنية و الخلاف) فليلحظ ما ذكرناه في أول هذه المسألة و سيأتي للمصنف في المطلب الثاني في الأحكام ما يناسب المقام قال لو أذن أحدهما للآخر في التصرف فإن تصرف سقط الخياران و إلا خيار الآذن (قوله) (و خيار العاقد عن اثنين باق بالنسبة إليهما ما لم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما بعد العقد أو يفارق المجلس على قول) إذا اتحد العاقد عن اثنين هو أحدهما أو غيرهما فالأقرب ثبوت الخيار كما هو خيرة (المبسوط و الشرائع و التذكرة و المختلف و الدروس و غاية المرام (المراد خ ل) و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك) و هو المحكى عن القاضى و هو ظاهر الغنية كما ستسمع و حكى المصنف (فى التحرير) قولاً بعدم ثبوت الخيار و لزوم البيع و الظاهر أنه ليس لأحد من أصحابنا و إنما هو لبعض الشافعية كما ذكره فى (التذكرة) و جزم به الأستاذ الشريف قدس سره قال هو لبعض العامة و لا قائل به من الأصحاب و قال فى (المسالك) بعد أن جعله احتمالاً (ما نصه) و هذا الاحتمال لم يذكره فى التذكرة و لا أشار إليه (فى الدروس) بل جزم بثبوت الخيار و كذلك عبارة الكتاب يعنى الشرائع ليس فيها إشعار به فإن قوله على قول يشير به إلى ما جرت به عادتهم من نقل القول الذى ذكره فى المبسوط و هو سقوط الخيار بمفارقة العاقد المجلس (انتهى) و الغرض أن هذا القول لم يقل به أحد من أصحابنا و مع ذلك قد مال إليه أو قال به المولى الأردبيلي و الفاضل الخراسانى و قربه المحدث البحرانى و ظاهر (التحرير و الإيضاح و التنقيح و حواشى الكتاب) التوقف كما هو صريح جامع المقاصد (فقد تحصل) أن الأصحاب فى المقام على ثلاثة أنحاء بين قائل بثبوت الخيار و بين متوقف و بين قائل بعدمه أو مائل إليه و لهم نزاع آخر على القول بثبوتيه و هو أنه هل يسقط بمفارقة المجلس أم لا و هذا يأتى بيان الحال فيه و فيما يتعلق بالعبارات و الكلام الآن فى ثبوتيه و عدمه (حجة القائل) بالثبوت الإجماع على ثبوتيه فى كل بيع كما حكاه الأستاذ الشريف قدس سره عن الغنية و الموجود فيما عندنا من نسخها ما يقرب من ذلك و ليس به و لأن المقتضى له فى المتعدد هو البيع و قد وجد فى الواحد فليحتمل به تنقيحاً لمناطق الحكم للقطع بعدم الفرق بين بعض صور الاتحاد و بين بعض صور التعدد و لا قائل بالفصل بل ندعى أنه لا أثر للتعدد فى الخيار و إن ورد به النص لوروده مورد الغالب مع قصد التنقيص به على ثبوتيه للبائع و المشتري و التمهيد لذكر الافتراق و لو كان الخيار مقصوراً على التعدد لمكان ورود النص لكان غير الخيار من الأحكام المترتبة عليه كذلك و ليس كذلك قطعاً لأنه يسقط حينئذ مع الاتحاد أكثر الأحكام (هذا) كله مضافاً إلى أن الظاهر من تعليق الخيار بالبيع فى قوله عليه السلام البيعان بالخيار ثبوتيه لهما من حيث البيع و الشراء فيرجع بالآخرة إلى ثبوتيه للبائع من حيث هو بائع و للمشتري من حيث هو كذلك و العاقد الواحد بائع و مشتر قطعاً فيثبت له الخيار بالاعتبارين و هذا قريب من الأول و ليس به و لا ينافى ذلك قوله عليه السلام ما لم يفتراق إذ النفى حقيقة فى السلب المطلق مجاز فى عدم الملكة عما من شأنه ذلك و الحقيقة مقدمة على المجاز (و من المعلوم) أنه لا فرق فى السلب المطلق بين الواحد و المتعدد سواء رجع النفى إلى القيد و المقيد أو إلى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤٦

.....

الفيد ولا كذلك عدم الملكة (و حينئذ) يصح لنا أن نتمسك بعموم قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا أخذًا بحقيقته النفي و حملا- للثنية على عموم المجاز لأن الأخبار إنما سبقت لتعميم الخيار مضافا إلى اقتران أكثرها بخيار الحيوان و هو عام للواحد و المتعدد (و في الصحيح) ما الشرط في الحيوان فقال ثلاثة أيام للمشتري قلت و ما الشرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإنه قد شمل (يشمل خ ل) المتحد سؤالا و تعليلا نشأ من التنبه على علة السقوط بالافتراق و هي الرضا منهما فيعم المتحد جوابا و حكما و قد اجتمع فيه أيضا السوق و الاقتران و بذلك كله مع الشهرة و الإجماع المحكى تترجح الحقيقة في النفي على الحقيقة في التثنية فكان الحكم ثابتا بعموم النصوص و بفحوايها و ملاحظه متعلقاتها فلا وجه للتردد أو القول بلزوم البيع و عدم الخيار إذ الأصل الذي تمسكوا به أعنى لزوم البيع مقطوع بما ذكرنا و الجمود على اللفظ و الإعراض عما ذكرناه و استخراجناه لا يليق بأهل النظر على أنه قول لبعض العامة لا قائل به منا (و ليعلم) أنه في المبسوط فرض المسألة فيما إذا اشترى لولده من نفسه (و كذا التذكرة و الدروس) و فرضها في (التحرير) فيما إذا كان المشتري هو البائع و المصنف هنا و المحقق فرضها فيما لو كان الواحد عاقدا عن اثنين فيخرج عنه ما لو كان العاقد عن واحد مع نفسه إلا- بتكلف و هو أن يقال إنه عاقد عن اثنين و قائم مقامهما و إن كان أحدهما و كأن المصنف فرض المسألة فيما إذا كان العاقد الأب أو الجد عن ولديه الصغيرين كما صنع المحقق (و حينئذ) يكون له الخيار بالنسبة إلى هذا و ذاك لأن الخيار الثابت بأصل الشرع باق له بالنسبة إليهما لم يزل باتحاد العاقد (و حينئذ) فلا يتجه ما قاله في جامع المقاصد من أن العاقد عن اثنين ليس الخيار له بل لهما (ثم) إن كونه له لا ينتظم مع الحكم ببقائه بالنسبة إليهما (انتهى) و على ما قلناه يصح له أيضا اشتراط ذلك و إسقاطه و الالتزام به عنهما و لا كذلك على الأقوى ما لو كان و كيلا عنهما في العقد خاصة فإنه لا خيار له و ليس له التزام و لا- فسح و إنما الخيار لهما و لا يسقط باتحاد العاقد و قد احتملنا فيما سلف ثبوت الخيار له لأنه تابع للعقد (و يبقى الكلام) في أنه هل يسقط أى خيارهما بمفارقتة المجلس أو لا يسقط إلا بتفرقهما إن كانا حاضرين أو إسقاطهما له الظاهر الثاني كما ستسمع و كذلك الحال فيما لو كان أحد المتبايعين و كيلا عن الآخر فإن خيارهما ثابت أيضا و لا يزول بمفارقة العاقد المجلس و أما إذا كان أحد المتبايعين أبا قد عقد للصبى على ماله أو بالعكس فالخيار أيضا ثابت له و للطفل و أمر الخيار إليه فله مراعاة الجانبين لكنه في الطفل يراعى مصلحته و لا يزول بمفارقتة المجلس كما ستسمع و كلامهم في المقام غير واف و تنقيحه ما عرفت (و ينبغي) ملاحظه ما ذكرناه في أول الباب في بيان حال الخيار فيما إذا كان الوكيلان هما العاقدان ليعرف حال ما أورده المحقق الثاني في المقام في بيان الحال في الخبر (إذا تقرر هذا) فلا ريب أن هذا الخيار يسقط باشتراط سقوطه و بالالتزام به بعد العقد إذا كان له ذلك و بتفرق المتبايعين إذا كان و كيلا على الصيغة فقط على أحد الرأيين و بالتصرف ممن له ذلك و هل يسقط بانتقال العاقد عن مجلسه تنزيلا له منزلة التفرق ظاهر الشيخ في (المبسوط) و القاضى و الشهيد في (الدروس) عدم السقوط و هو ظاهر (الكتاب و الشرائع) أيضا و إن فهم بعضهم منهما خلاف ذلك و هو أيضا صريح المصنف في (التذكرة) و المحقق الثاني في (تعليق الإرشاد) و في جامع المقاصد و الميسية و المسالك) أنه أى السقوط ضعيف لأن الواقع في الأخبار هو الافتراق لا- مفارقة المجلس فلو فارقا و خرجا مصطحين لم يبطل خيارهما (قلت) و لفقد دليل التنزيل فيستصحب الخيار و القول بالسقوط حكاة الشيخ في (المبسوط) و احتمله المصنف في (المختلف) و ولده في (الإيضاح) و قال به

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤٧

و يحتمل سقوط الخيار و ثبوته دائما ما لم يسقطه بتصرف أو إسقاط (١)

الصيمرى (في غاية المرام) و قال الشهيد في حواشى الكتاب إن المنقول أن العاقد عن اثنين إن كانا حاضرين فى المجلس فله الخيار إلى أن يفترقا و إن لم يكونا عنده كان له الخيار إلى أن يفارق المجلس (انتهى) و لا تغفل عما ذكرناه فى أول الباب (و مستند) هذا القول أن خيار المجلس يسقط بمفارقتة من غير اصطحاب و قد صدقت المفارقة المذكورة إذ لا مصاحبة بين الشخص و نفسه و قد ضعف باستحالة افتراقهما أيضا و بما سمعت بأن المسقط هو الافتراق (و قد ينتصر له) بلزوم الضرر و بمخالفة الفرع الأصل و إطلاق ما دل على جواز بيع الوكيل ماله من موكله و بالعكس و لو دام الخيار مع الاتحاد و جب التفصيل فيما دل على جواز بيع الوكيل فيقال إذا اشترى لنفسه لزم البيع و إذا باع وقف اللزوم على الافتراق لأن الوكيل يتوخى مصلحة الموكل و لا مصلحة له فى دوام الخيار فى الأول كما أنها موجودة فى الثانى (فليتأمل) و يجب (عن الأول) بأن الضرر مندفع بالاشتراط و الفسخ (و عن الثانى) بأن المخالفة مقبولة لأن زوال الخيار كان فى الأصل أى المتعدد بالتفرق فلو كان هنا أى فى المتجدد بالمفارقة لخالف الأصل (و عن الثالث) بأن تصرف الوكيل منوط بالمصلحة مطلقا فإن وجدت مع استمرار الخيار و إلا بطل (قوله) (و يحتمل سقوط الخيار و ثبوته دائما ما لم يسقطه بتصرف أو إسقاط)

الاحتمال الثالث يفارق الأول بعدم اعتبار مفارقة المجلس فيه و قد أشار المصنف إلى أن التصرف فى هذا الخيار مسقط له كما فى (التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد) على الظاهر منه و تأمل فيه الأردبيلي (و قال فى الكفاية) قالوا و قد أهمل ذكره جماعة و اقتصروا على سقوطه بالتفرق و التباين بمعنييه معا أو بأحدهما و ظاهر عبارة النافع فى خيار الشرط أن التصرف لا يسقط به الخيار إلا فى خيار الشرط و أن خيار الحيوان و المجلس لا يسقطان بالتصرف (و فى المبسوط و الغنية و الجامع و موضع من السرائر) قصر سقوطه عليهما حيث قال إنما ينقطع بأحد أمرين تفرق أو تخاير كما فى (المبسوط و السرائر) و لا يسقط إلا بأحد أمرين تفرق و تخاير كما فى (الغنية) و آخرون قصروا الأمر على الافتراق موافقة للفظ النص كالمفيد فى (المقنعة) و الشيخ فى (النهاية) و أبى يعلى فى (المراسم) و صاحب المفاتيح و قال فى (الوسيلة) إنه يسقط بأحد خمسة أشياء و لم يذكر التصرف منها (و لعل) تركهم إياه لمكان الظهور و لما سيجىء فى خيار الحيوان من أنه مسقط له أو أن ذلك قصور فى العبارة فالقاصر و المقتصر غير مخالفين فى الحكم (و يرشد إلى ذلك أمور الأول) أن ظاهر من نص على سقوط الخيار به فيما نحن فيه عدم الخلاف فيه و هو كذلك لمكان نقل الشيخ فى (الخلاف) الإجماع على أن المشتري متى تصرف فى المبيع سقط خياره و نقل أن الأخبار واردة بذلك و لم نجد فيها ما يدل على إبطال التصرف لمطلق الخيار إلا التعليل بالرضا المستفاد من صحيحة الفضيل و صحيحة ابن رثاب الواردتين فى سقوط هذا الخيار بالافتراق و خيار الحيوان بالتصرف و إن أراد بالأخبار غير ما فى كتب الحديث فكفى به ناقلا لأنه لا فرق بين ما يحكيه و بين ما يرويه و القاضى وافق الشيخ فى دعوى ورود الأخبار بذلك على ما حكى عنه (الثانى) التعليل المشار إليه فى الصحيحين المذكورين فإنه حجة مستقلة (الثالث) أنه يبعد ممن قصر السقوط على الافتراق أن لا يكون قائلا بسقوطه بالتباين مع دعوى الإجماع على سقوطه به كما فى (الغنية و التذكرة) و ظاهر الخلاف و غيره مما مر (الرابع) أن تخصيصهم خيار الغبن ببقائه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤٨

و لو كان الشراء لمن ينعق عليه فلا خيار (١)

و عدم سقوطه بالتصرف ينه على أن غيره يسقط به لمكان تعليلهم السقوط به فى غيره بدلالته على الرضا و العلة مشتركة فيشترك المعلول (الخامس) أنه قد نص (فى الخلاف و الكافى و الجواهر) على ما حكى عنهما (و السرائر و التذكرة و التحرير و الكتاب و الإيضاح و الدروس و التنقيح و تلخيص الخلاف و جامع المقاصد و المسالك) و غيرها أن خيار المشتري يسقط بتصرفه فى المبيع (و قد سمعت) أن فى الخلاف دعوى الإجماع عليه و فى هؤلاء من قصر كصاحب السرائر أو اقتصر (السادس) إطباقهم مع استفاضة الصحاح على سقوط خيار الحيوان بالتصرف و العلة واحدة (و من هنا) يعلم أن ما ظهر من النافع و غيره فى باب خيار الشرط من أن

خيار الحيوان لا يسقط بالتصرف غير مراد قطعاً فكان وجهاً ثانياً و كما يسقط خيار المشتري بتصرفه في المبيع فكذا يسقط خيار البائع بالتصرف في الثمن المعين لاشتراك العلة و هي الدلالة على الرضا بالبيع فلا معنى لتأمل الأردبيلي و غيره في ذلك و لو انعكس الأمر فتصرف البائع في المبيع أو المشتري في الثمن فهو فسخ يبطل به الخيار قالوا لدلالة التصرف على الفسخ و هو حق إن تمت الدلالة بمعونه القرينة و إلا فهو محل مناقشة و المراد بالتصرف ما يعد تصرفاً عرفياً مع الرضا بالبيع كما أشير إليه في الصحيح و يعضده الأصل و الإطلاقات و الخبر الوارد في الشاء و إن خالف القوانين فما كان منه بقصد الاستخبار و نحوه لا يسقط الخيار به و عليه يحمل الخبر الوارد في الشاء حيث تضمن أنه يردها و يرد معها أمداداً من البر إذا كان أكل لبنها (و قد) يشهد على ذلك تفسير الحديث في الصحيح بالتقيل و اللمس و النظر إلى ما لا- يحل لأن هذه لا تكون للاستخبار غالباً فلا إشكال فيه كما ظنه المقدس الأردبيلي و صاحب الحدائق و يأتي تمام الكلام فيه مفصلاً في خيار الحيوان بما لم يوجد في كتاب بلطف الله تعالى و بركة محمد صلى الله عليه و آله

(قوله) (و لو كان الشراء لمن ينعق عليه فلا خيار)

للمشتري و لا- للبائع وفاقاً (للتذكرة) و قد وافقه على ذلك المحقق الثاني في (جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الصيمري) في غاية (المرام) و الشهيد الثاني في (المسالك) و إليه مال الأردبيلي بل قال به و قد فهم من التذكرة عدم الخلاف فيه من الأصحاب و نص الشهيد في حواشيه على سقوط خيار المشتري و كأنه جزم به في الدروس حيث لم يحتمل فيه ثبوته للمشتري كما احتمله للبائع حيث قال أسقط الفاضل الخيار في شراء القريب أما المشتري فلعتقه عليه و لأنه وطن نفسه على العتق إذ المراد به العتق و أما البائع فلما ذكر و لتغليب العتق و يحتمل ثبوت الخيار لهما بناء على أن الملك بانقضاء الخيار و ثبوته للبائع لأن نفوذ العتق لا يزيل حقه السابق و حينئذ يمكن وقوف العتق و نفوذه فيغرم المشتري القيمة لو فسخ البائع و يجري مجرى التلف الذي لا- يمنع من الخيار فقد احتمل ثبوت الخيار للبائع على القول المشهور من انتقال المبيع بمجرد العقد و بنى عليه أنه إن اختار الفسخ فليس له تسلط على العبد لانعتاقه و إنما يرجع بقيمته إجراء للعبد مجرى المبيع التالف جمعاً بين الحقين (و فيه) أنه قد يستبعد ذلك مع علم البائع بذلك و منعه تقدم حقه فإن الخيار و العتق في مرتبة واحدة لأنهما يشتان بعد الملك و العتق يغلب الخيار لأنه مبني على التغليب مضافاً إلى أن أدلته أنص على هذا المورد من أدلة الخيار بل قد يقال إن القيمة بدل العين فيتمتع استحقاقها دونها فتأمل في هذا الأخير (و تنقيح البحث أن يقال) إن الأخبار الدالة على أن من اشترى أباه مثلاً ينعق عليه قد عارضها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٤٩

و كذا في شراء العبد نفسه إن جوزناه (١) و لو مات أحدهما احتمل سقوط الخيار لأن مفارقة الدنيا أولى من مفارقة المجلس في الإسقاط (٢) و ثبوته فينتقل إلى الوارث (٣) فإن كان حاضراً امتد الخيار بينه و بين الآخر ما دام الميت و الآخر في المجلس (٤)

الأخبار الدالة على خيار المجلس و بينهما عموم و خصوص من وجه و الترجيح للأول بوجوه (الأول) أن العتق يترجح عندهم بأدنى مرجح و يغلب غيره خياراً كان أو غيره فلا- مجال لأن يقال إنه لما ثبت الخيار كان الملك مترزلاً فلا يلزم حصول العتق إذ هو تابع للملك الثابت (و منه) يعلم الحال فيما إذا اشترط البائع الخيار فيما يستعقب العتق كما يأتي في خيار الشرط كأن يقال إذا تحقق اشتراط الخيار كان الملك مترزلاً (إلى آخره) لأن ذلك كله يندفع بما ذكرناه من غلبة العتق و لعموم الأخبار كما ستسمع و لا فرق في خيار الشرط حيث يشترط أن له الخيار بين أن يكون ترتب العتق من مقتضيات العقد أو أثراً للملك كما يأتي الإشارة إليه في محله (الثاني) ما أشرنا إليه مما فهمه المولى الأردبيلي من التذكرة من عدم الخلاف فيه (الثالث) أن أدلة الأخبار الأولى أنص كما أشرنا إليه (الرابع) أن المشهور المعروف أنه يدخل في ملك المشتري بنفس العقد فينعق بمجرد الملك و العتق لا يقع مترزلاً و الحر لا يعود رفاً (و من البعيد) جدا ما عساه يقال من أنه بالاختيار ينكشف عدم الملك و في الصحيح فيمن ينعق من الرجال و النساء أنهم



إذا ملكوا أعتقوا وإذا ملكن عتقن وفي أكثر النصوص وكثير من العبارات نفى الملك و حقيقة النفي تنفى الخيار كما أن أقرب مجازاته كذلك نعم يثبت على القول بانتقال المبيع بعد الخيار وهو شاذ

(قوله) (و كذا فى شراء العبد نفسه إن جوزناه)

لكننا لا-نجوزه (و مما) لا خيار فيه ما إذا قهر الحربى قريبه و باعه للمسلم فإنه ليس له خيار المجلس لأنه استنقاذ و ما إذا أسلم عبد الذمى و بيع عليه فلا- خيار للمشتري و لا- للبائع و ما إذا اشترى المملوك ليرث (و قد) يعد منه أى مما لا خيار فيه ما إذا كان المبيع جمدا فى شدة الحر لأنه يذوب شيئا فشيئا إلا أن يقال إن التلف لا يسقط الخيار

(قوله) (و لو مات أحدهما احتمال سقوط الخيار لأن مفارقة الدنيا أولى من مفارقتة المجلس فى الإسقاط)

هذا احتمله فى التذكرة و مال إليه المقدس الأردبيلي كما يأتى فى الأحكام و لم يذكر فى التحرير و الدروس مع ذكرهما غيره فيهما و منعه المحقق الثانى فى جامع المقاصد و جعله أقرب الوجوه فى تعليق الإرشاد (و أنت خبير) بأن المراد من الافتراق التباعد فى المكان و هو إنما يكون للجسم فلا يعقل إرادة الروح فالأولوية ممنوعة كما فى جامع المقاصد

(قوله) (و ثبوته فينتقل إلى الوارث)

احتمل ثبوته أى بقاءه فينتقل إلى الوارث كما احتمال ذلك فى (التذكرة و تعليق الإرشاد و فى الغنية) الإجماع عليه و هو ظاهر التذكرة و غيرها كما ستسمعه فى المطلب الثانى فى الأحكام و لم يذكر فى (التحرير و الدروس) غير هذا الوجه و كأنه مال إليه فى الإيضاح و فى جامع المقاصد أنه أظهر للأصل بمعنى الاستصحاب لأن ثبوته معلوم بالعقد و المسقط غير متيقن

(قوله) (فإن كان حاضرا امتد الخيار بينه و بين الآخر ما دام الميِّت و الآخر فى المجلس)

كما فى (التحرير و جامع المقاصد) فإن فارق الحى مكانه أو أخذ الميِّت بطل الخياران معا و احتمال فى التذكرة امتداده بينه و بين العاقد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥٠

و إن كان غائبا امتد إلى أن يصل إليه الخبر إن أسقطنا اعتبار الميِّت (١) و هل يمتد بامتداد المجلس الذى وصل فيه الخبر نظر (٢) هذا كله إذا لم يفارق الآخر (٣) و لو حمل أحدهما و منع من الاختيار لم يسقط خياره على إشكال (٤)

الآخر حتى يتفرقا أو يتخيرا و الأول أولى لأن بقاء الخيار إنما يكون لانتفاء تفرق المتعاقدين و ذلك إنما هو باعتبار بقاء الميِّت مع العاقد الآخر (و قد يقال) إن الموت كحمل أحد المتعاقدين و إخراجه من المجلس كرها و منعه من التخيار و المختار فيه بقاء الخيار و عدم اشتراطه ببقاء الباقي المختار فى المجلس كما ستسمعه محررا فيكون محتمل التذكرة أولى فليتأمل

(قوله) (و إن كان غائبا امتد إلى أن يصل إليه الخبر إن أسقطنا اعتبار الميِّت)

أما امتداده إلى أن يصل الخبر إلى الغائب فقد صرح به فى (التذكرة و تعليق الإرشاد) و شرطه الشهيد فى حواشى الكتاب بعدم مفارقة الآخر الميِّت قال و إن فارق بطل (قلت) سيشير المصنف إلى ذلك (و قال فى جامع المقاصد) إنا إذا أسقطنا اعتبار الميِّت امتنع الحكم بقاء الخيار لانتفاء متعلقه و هو عدم تفرق المتبايعين ثم إنا إذا أسقطنا اعتبار الميِّت فالحكم بقاء الخيار إلى وصول الخبر دعوى لا

مستند لها (قلت) إن قلنا إن الموت كإكراه أحد المتعاقدين صح إسقاط اعتبار الميِّت

(قوله) (و هل يمتد بامتداد المجلس الذى وصل فيه الخبر نظر)

اختيرت الفورية فى (التذكرة و الإيضاح و حواشى الكتاب) و فى جامع المقاصد) إما أن يجعل على الفور أو يجعل على التراخى غير محدود بالمجلس فتحديده بهذا المجلس تحكّم و بعيد جدا (ثم) قال إن هذه الاحتمالات واهية و الحكم فى المجنون و المغمى عليه كذلك فما دام العاقدان فى المجلس يقوم الولي مقام المعذور و إذا خرس كفت الإشارة كما أشار إليه الشهيد فى (الدروس و

(الحواشى) و سيشير إليه المصنف و إذا تعدد الوارث فإن كانوا حضورا فى مجلس العقد فلهم الخيار إلا أن يفارقوا العاقد الآخر و لا ينقطع الخيار بمفارقة بعضهم لأنه لم يحصل تمام الافتراق لأنهم ينوبون عن الميت جميعهم و إذا كانوا غائبين فالحال فيهم كالحال فى الواحد الغائب و قد عرفت حكمه و لو فسخ بعضهم و أجاز بعضهم انفسخ فى الكل (و مما ذكر) يعلم الحال فيما إذا مات الوكيلان أو أحدهما و الموكلان غائبان فإنه ينتقل الخيار إلى الموكل لأن ملكه أقوى من ملك الوارث  
(قوله) (هذا كله إذا لم يفارق الآخر)

لأنه لو فارق صدق الافتراق فيسقط الخيار قطعاً كما فى جامع المقاصد (و فيه تأمل) كما أشرنا إلى ذلك فيما سلف و قد أشار المصنف إلى هذا الشرط فى بعض ما سلف  
(قوله) (و لو حمل أحدهما و منع من الاختيار لم يسقط على إشكال)

من أنه مكروه ممنوع فهو مصاحب شرعاً و من أن الثابت إذا لم يمنع من التأخير و المصاحبة يسقط خياره فيسقط خياره المكروه كما سيقربه المصنف و إن كان المختار خلافه و فى (التحرير و المسالك) القطع ببقاء خياره من دون إشكال و هو ظاهر غيرهما كما ستعرف و فى (جامع المقاصد) لا وجه لهذا الإشكال بعد قوله فيما سبق أو فرقا كرها إلى قوله و لم يتمكننا إلا أن يقال إن هذا رجوع عن الجزم إلى التردد و هو بعيد و الحق أن الخيار لا يسقط لأن الافتراق المستند إليهما لم يتحقق انتهى (قلت) بما وجهناه به يتجه وجهه و لا تناقض بينه و بين ما سلف لأن المفروض هنا إكراه أحدهما و بقاء الآخر مختاراً غير ممنوع من المصاحبة و التأخير و المفروض فيما سلف إكراههما معاً

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥١

أما الثابت فإن منع من التأخير أو المصاحبة لم يسقط (١) و إلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول (٢)

ثم إن ما جعله فى (جامع المقاصد) حقا حق عند التحقيق كما ستعرف لكنه ليس بحق عند المصنف فقد خطأه على مذهبه لا على ما يختاره المصنف هنا كما ستسمع و لو ناديا بالبيع فى سفيتين مثلاً ففرقتهما الريح التى لا يتمكنان من الاصطحاب معها فالظاهر بقاء الخيار إن لم يتمكننا من الاختيار و لو دهشا فلم يختارا حينئذ فالأظهر (فالظاهر خ ل) السقوط على تأمل  
(قوله) (أما الثابت فإن منع من التأخير أو المصاحبة لم يسقط)

أو بمعنى الواو و إلا لكان الخيار باقياً بمنعه من أحد الأمرين و ليس كذلك و فى (جامع المقاصد) أن الإشكال آت هنا لأن الافتراق إن صدق سقط الخياران و إن انتفى بقيا و إن شك فيه فالشك فى خيار كل منهما و ما ذكره ليس بشيء لأنهما حينئذ مكرهان فهما متصاحبان شرعاً فلا افتراق و الإشكال الماضى إنما بناه المصنف على ما إذا لم يمنع الثابت من المصاحبة و التأخير كما أشرنا إليه آنفاً و كما ستسمع

(قوله) (و إلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول)

أى و إن لم يمنع الثابت من المصاحبة و التأخير فالأقرب عند المصنف سقوط خيار الثابت فيسقط خيار المحمول أيضاً كما هو ظاهر الشرائع حيث قال و لو ضرب بينهما حائل لم يبطل الخيار و كذا لو أكرها على التفرق و لم يتمكننا من التأخير فإن ظاهرها ترتب بقاء الخيار على إكراههما معاً دون أحدهما و نحوها عبارة (الدروس و تعليق الإرشاد و الميسية و الكفاية) و لعله أيضاً (ظاهر الإيضاح) لأنه رجح سقوط خيار الثابت موافقاً للمصنف (فتأمل) و هو خيرة التذكرة فى بعض المواضع و إليه يرجع كلامه فى هذا الفرع عند من أنعم النظر و لعلهم استندوا إلى حصول المفارقة باختيار أحدهما و عدم توقف الافتراق على تراضيهما فيكون شرط اللزوم عندهم تفرقهما المستند إلى اختيار أحدهما (و فيه) أن المتبادر من النص و المفهوم من التعليل بالرضا منهما فى الصحيح أن المدار على تفرقهما المستند إلى اختيارهما و هو قضية الإجماع المنقول مضافاً إلى الاستصحاب عند الشك فى المسقط فالظاهر حينئذ بقاء

الخيارين كما هو خيرة (المبسوط و الغنية و التحرير و جامع المقاصد و الروضة) و هو ظاهر (النهاية و الوسيلة و الإرشاد و التبصرة و المسالك و المفاتيح) و قال فى (الخلافة) إذا أكره المتبايعان أو أحدهما على التفرق بالأبدان على وجه لا يتمكنان من الفسخ و التخير فلم يفعلوا- بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك و نحوه ما حكى عن القاضى و ظاهرهما بقاء خيار المكره دون الباقي كما هو ظاهر التذكرة فى هذا الفرع أو صريحها و قد عرفت أنه ذكر فى غيره ما ينافيه و قد يكون المصنف أشار إليه أى إلى ما يظهر من الخلاف بقوله على الأقرب و كأنه لحظ فى هذا الوجه أن مفارقة المختار علامة على الالتزام فيسقط خياره و يبقى خيار الآخر و لا مانع من تبعض الاختيار كما لو التزم أحدهما و سكت الآخر فإن خيار الساكت باق و هنا خيار المكره باق دون الباقي المختار (و فيه) أن الافتراق لا- يقبل التبعض كما يقبله الإيجاب و المكره هنا مصاحب شرعا لأن مفارقتة كلا مفارقة فينتفى الافتراق منهما فلا فرق حينئذ بين أن يفارق الباقي مجلس العقد أم لا- ما دام المكره فى ربه الإكراه فما فى (التحرير) غير محرر حيث قال لا يسقط خيار الباقي ما دام فى المجلس (و ربما) بنى الحال فى المسألة على بقاء الأكوان و عدمه و افتقار الباقي إلى المؤثر و عدمه و أن الافتراق مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥٢

و لو جن أحدهما أو أغمى عليه لم يسقط الخيار و قام الولي بما فيه الحظ (١) و لو جاء مصطحبين فقال أحدهما تفرقتا و لزم البيع و أنكر الآخر فعلى المدعى البيئه إن لم يطل الوقت (٢) أما لو طال الوقت فيحتمل ذلك ترجيحاً للأصل على الظاهر مع التعارض (٣) و تقديم قوله ترجيحاً للظاهر و لو اتفقا على التفرق و اختلفا فى الفسخ فالقول قول منكره (٤) مع احتمال الآخر لأنه أعرف بنيته (٥)

### [الثانى خيار الحيوان]

(الثانى) خيار الحيوان و يمتد إلى ثلاثة أيام من حين العقد على رأى (٦)

ثبوتى أو عدمى فعلى عدم بقاء الأكوان أو احتياج الباقي إلى المؤثر يسقط لأنه فعل المفارقة و على القول بالبقاء و الاستغناء و ثبوت الافتراق لا يسقط خياره لأنه لم يفعل شيئاً و إن قلنا بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل فكذلك (و إن قلنا) إنه معلل سقط أيضاً لأنه علته (و فيه) أن الأخبار لا تنزل على هذه الأمور التى؟؟؟ ما ألم الرواة بها (هذا) و إذا زال الإكراه أثر الافتراق الحاصل بعده مطلقاً سواء كان مستقراً أو ماراً راقبه صاحبه أم لا على تأمل يعلم وجهه مما سلف آنفاً (و مما ذكر) يعلم الحال فيما إذا حبس أحدهما ففارقه الآخر اختياراً و قد يحتمل أن يجرى هذا المجرى ما إذا مات أحدهما فحمل الميت أو فارق الحي الميت اختياراً بأن يكون الخيار باقياً له و للورثة كما أشرنا إليه فيما سلف

(قوله ره) (و لو جن أحدهما أو أغمى عليه لم يسقط الخيار و قام الولي بما فيه الحظ)

عدم سقوط الخيار لأنه (لعله خ ل) مشروط عنده بعدم مفارقة المجنون أو السليم مجلس العقد و قد لا نشترط فيه ذلك كما احتملناه فى الميت خصوصاً إذا كان الولي حاضراً فيمتد الخيار بينه و بين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخيرا و إن فارق المجنون المجلس و يجيء هنا احتمال بطلان الخيار كما فى الميت (و مما ذكر هناك) يعلم الحال فيما إذا كان الولي غائباً و لو خرس أحدهما فإن كان له إشارة مفهومة أو كتابة قامت مقام لفظه و إلا فهو كالمغمى عليه

(قوله) (و لو جاء مصطحبين فقال أحدهما تفرقتا و لزم البيع و أنكر الآخر فعلى المدعى البيئه إن لم يطل الوقت)

لأن الأصل عدم التفرق و لا ظاهر هنا

(قوله) (أما لو طال فيحتمل ذلك ترجيحاً للأصل على الظاهر مع التعارض)

أى يحتمل أن البيئه على المدعى ترجيحاً لأصل عدم التفرق على ما يظهر من العادات من عدم بقاء البائعين مصطحبين مدة طويلة (و

قد تحجر) في محله أن الأصل مطلقاً مقدماً على الظاهر مطلقاً سواء اشتد ظهوره أم لا إلا في مواضع محصورة حيث يكون الظاهر ظاهر شرع اللّهمّ إلا أن يفضى الظهور إلى العلم بحسب العادات كأن تكون المدة فيما نحن فيه طويلة جداً وقد يقال إن الأصل لزوم البيع و الظاهر هو الاصطحاب وقد احتمله الشهيد في حواشيه و مما ذكر يعرف حال الاحتمال الثاني (قوله) (و لو اتفقا على التفرق و اختلفا في الفسخ فالقول قول منكره)

مع اليمين لأن الأصل عدم الفسخ و لعموم البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر (قوله) (مع احتمال الآخر لأنه أعرف بنيته)

هذا أحد قولى الشافعية ذكره في التذكرة و هو ضعيف جداً لأن هذا ليس من الأمور المستندة إلى نيتها أو نية أحدهما نعم لو كان الاختلاف في فعل مدعى الفسخ صح أن يقال إنه أعرف بفعل نفسه (الثاني خيار الحيوان) (قوله) (و يمتد إلى ثلاثة أيام من حين العقد على رأى)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥٣  
و ثبت للمشتري خاصة على رأى (١) و إن كان الثمن حيواناً

مشهور كما في (مجمع البرهان) و هو خيرة الشرائع على ما حكى عنها في (غاية المراد و التذكرة و الإرشاد) (و الإيضاح و اللمعة و التنقيح و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) (و الرياض و الحدائق و غاية المراد) في ظاهرها أو صريحها و سيصرح به المصنف في باب الشرط و هو ظاهر الباقي لتبادر الاتصال بالعقد من النصوص و تعيين إرادته من بعضها التي لم يذكر فيها إلا خيار الحيوان و لم يتعرض فيها لخيار المجلس و لأن الأصل اللزوم و عدم الخيار و معلوم كونه ثلاثة من زمن العقد و كونه بعده غير معلوم فلا يصار إليه إلا بدليل و ظاهر (الدروس) التوقف و في (الغنية) أطلق التحديد بالتفرق في ابتداء مدة الخيار بحيث يشمل خيار الحيوان و نص على ذلك الشيخ و ابن إدريس في خيار الشرط و يلزمهما القول به في غيره لعموم ما علا به (و قد يستدل) لهذا القول بالأصل أى الاستصحاب و يقرر بوجهين (أحدهما) أنه حادث فيستصحب تأخره (الثاني) أنه إذا كان مبدؤه من حين العقد يكون زمانه أقل منه إذا كان بعده فيستصحب فيه الخيار بقدر زمان بين العقد و التفرق و بأن التأسيس خير من التأكد و هو واضح و بأنه يلزم مما ذكرتم اجتماع المثليين و تداخل الأسباب و توارد العلل و يجيء على مذهب الشيخ في عدم تمامية البيع بالإيجاب و القبول الاستدلال بأن الخيار متوقف على البيع و البيع موقوف على التفرق و على مذهب ابن زهرة و ابن إدريس يصح أن يستدل بأن الخيار يقتضى (مقتضى خ ل) اللزوم لولاه أى لو لا الخيار و لا يلزم إلا بالتفرق (و الجواب) أن الأصل على ما هو عليه من الوهن كما عرفته في تقريره مقطوع بالنص (و أما التأسيس) فإنه على خلاف ما وضع عليه العقد لأنه وضع على اللزوم و أولويته المعلومة إنما هي في الألفاظ كما إذا وردت عبارتان و احتمل تأدية أحدهما ما أدته الأخرى و غير ما أدته فإنها تحمل على الثاني لا- في الأحكام سلمنا لكن مخالفته غير قادمة مع قيام الدليل أو معارضته بما هو أقوى منه (و أما حديث) اجتماع المثليين (فالجواب) عنه أن الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار فلا يجتمع فيه المثلان (و الجواب) عن تداخل الأسباب أن الفائدة بقاؤه بأحد الاعتبارين مع سقوط الآخر و التداخل الموهون الذى لا يصار إليه إلا عند الضرورة إنما هو إذا لم يؤثر أحد الأسباب أثراً زائداً فلا تداخل هنا بالمعنى المذكور و الأسباب الشرعية معارف لا- مؤثرات فلا- استحالة في اجتماعها كما اجتمعت باعتراف الخصم في المجلس و العيب و خيار الرؤية و إن قلنا أن خيار الحيوان سبب في مجموع الثلاثة لا في جميعها سقطت هذه الأربعة لكنه خلاف الظاهر من أخبار الباب و فتاوى الأصحاب و ستمسح في خيار الشرط ما يلزم من أدلتهم هذه و أنه خلاف ما أفصحت به صحيحة عبد الله بن سنان (و أما ما ذكرناه) في حجة الشيخ (فإنما) يتم على مذهبه المرغوب عنه المفروض بينهم (و أما ما ذكرناه) في حجة ابن زهرة و ابن إدريس (فجوابه) أن ارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضى اللزوم بل اللزوم اللازم من رفعه فيصح تعلق الخيار بالجائز (و ما

عساه قد يقال) من أنه يلزم على المشهور سقوط أثر خيار الحيوان بالكلية كما إذا طال المجلس ثلاثة أيام (فليس) بشيء يعتد به لأننا نقول به على أنه فرض نادر الوقوع جدا

(قوله) (و يثبت للمشتري خاصة على رأى)

أما ثبوت الخيار للمشتري فقد حكى عليه الإجماع مستفيضا حكى فى (السرائر و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و التنقيح) و نفى عنه الخلاف فى (مجمع البرهان) و أما أنه يختص به و يثبت له خاصة فهو ظاهر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥٤

.....

(المقنعة و المراسم و الوسيلة) بل صريح الأولين و إن لم يصرح فيهما بالاختصاص لكنه صرح فيهما بأنه إن هلك فى الثلاثة كان من مال البائع على أن مفهوم اللقب فى عبارات الفقهاء حجة قطعا و به يثبت الوفاق و الخلاف و هو المحكى عن أبى على و الصدوقين و القاضى و صريح (النهاية و المبسوط و فقه الراوندى) (و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و التبصرة و التذكرة و المختلف) (و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و الدروس و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) (و إيضاح النافع و الميسية و مجمع البرهان و الكفاية و الوسائل و الهداية و الرياض و الحدائق) حيث صرح فيها كلها بأنه يثبت للمشتري خاصة و كذا (المسالك) و فى (الغنية) الإجماع عليه (و فى (الدروس) أنه المشهور رواية و فتوى بل الإجماع عليه و فى (السرائر) أنه مذهب الشيخين و جملة أصحابنا ما عدا المرتضى و قد حكيت عليه الشهرة فى عدة مواضع (و الحجة) على ذلك بعد إجماع الغنية و الدروس (الأصل) و يقرر بوجهين (و عموم قوله) جل شأنه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا خرج المشتري بالإجماع و بقى البائع (و خصوص) ما رواه عبد الله بن جعفر الحميرى فى قرب الإسناد عن عبد الله و أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن على بن رثاب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما فقال الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام و الحديث صحيح السند صريح الدلالة و ما رواه الراوندى فى فقه القرآن قال و عن فضيل قلت لأبى عبد الله عليه السلام ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثة أيام شرط ذلك فى حال العقد أم لم يشترط و يكون الخيار للمبتاع خاصة فى هذه المدة ما لم يحدث فيه حدثا (قلت) فما الشرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما إلا أن يشترطا إلى مدة معينة لكن المروى (فى الكافى و التهذيب) عن فضيل خلاف ذلك و لا ضير فى ذلك لأنه من القدماء فيكون أخذه من الأصول القديمة و صورته (فى الكافى و التهذيب) فى الصحيح فيهما على الصحيح فى طرق الشيخ إلى السراد فإنها ثلاثة هكذا عن فضيل عن أبى عبد الله عليه السلام قال قلت له ما الشرط فى الحيوان فقال ثلاثة أيام للمشتري قلت و ما الشرط فى غيره فقال البيعان بالخيار ما لم يفترقا و فيه دلالة على المطلوب من وجوه منها الحصر المستفاد من التعريف فإن التقدير الخيار فى الحيوان للمشتري و فرق بينه و بين قولنا المشتري للحيوان بالخيار فإن الثانى إنما يدل بمفهوم الوصف فقط و الأول به و بالحصر و يرشد إلى ذلك أن فضيلا فهم ذلك فأعاد السؤال و أقره الإمام عليه السلام و الإمام أثبت فى السؤال الثانى أن الخيار للبائعين فيما عدا الحيوان فصارت الدلالة كأنها نص على أنه فى السؤال للمشتري خاصة مضافا إلى أن اللام للاختصاص مع كون مثل هذا الوصف «١» للتقييد فكان هذا الخبر كاشفا عن حال دلالة الأخبار الآتية لأن أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض فليس فيه على صحة سنده فى الكتابين و ظهور دلالته إلا- ما لعله يتوهم من ظهوره فى أن خيار المجلس مختص بغير خيار الحيوان فيكون متروك الظاهر كصحيح محمد بن مسلم المذكور فى حجة المرتضى (و فيه) أن

(١) بل مفهوم اللقب قد يكون للتقييد كما يقول لك أكرم زيدا أم عمرا فتقول له أكرم زيدا و لا كذلك لو قلت اعتبارا بادئ بدء

أكرم زيدا فإنه لا مفهوم له لأنه لا يمكن التعبير عنه إلا بذلك فليحظ هذا فإنه نافع (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥٥

.....

ذلك إنما وقع في خبرنا لمكان سؤال السائل و في خبرهم وقع في كلام الإمام عليه السلام إن صح أنه عنه و بينهما فرق تام و سيتضح لك الحال في ذلك (و يتلو) هذه الأخبار في الدلالة صحيحة ابن رثاب الشروط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري (و ما رواه في الفقيه و التهذيب) عن الحلبي في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري و موثقة ابن فضال عن الرضا عليه السلام صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام و التقريب في هذه الأخبار من التقييد بالوصف مع ما في الأولين من اللام الظاهرة في الاختصاص «١» و يتلو هذه النصوص في الظهور الصحيحان البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام فإنهما ظاهرا بحسب السوق في حصر خيار الحيوان في أحدهما فإن أريد به البائع كانا مخالفين للإجماع المعلوم فتعين أن المراد به صاحبه بعد العقد و هو المشتري و يشهد عليه بل يدل عليه تقييده به في الموثق كما سمعت مضافا إلى أنه هو المتبادر لأنه قد انتقل إليه عنه و يتلوها النصوص و فيها الصحيح على من ضمان الحدث في الحيوان قال على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري و المرسل الذي هو كالصحيح إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع و التقريب أن الحيوان في ضمان البائع مدة الخيار و لو لا اختصاص المشتري به لكان في ضمانه مضافا إلى موافقة الاعتبار لأن المدة إنما ضربت لفائدة الاختبار و البائع خبير به غالبا فلا خيار و لم يكن هذا الخيار غير محدود لإفضائه إلى الضرر لأدائه إلى الفسخ بعد مدة طويلة و لا محدودا بيوم لأنه لا يظهر حاله فيه غالبا و باليومين قد يشبه العيب فحد بالثلاثة فكانت أدلة هذا القول في أعلى مراتب القوة لاشتمالها على الصحاح و غيرها المشتملة على النص الصريح الصحيح و غيره كخبر الراوندي و غيره المعتضد بجهات كثيرة من الترجيح كالمطابقة لظاهر الكتاب و الشهرة المعلومه بين الأصحاب و الأصل و الإجماع المنقول بل المعلوم و موافقة الأخبار الأخر و موافقة الاعتبار فإين يقع منها خبر محمد بن مسلم المتروك الظاهر الذي ليس بواضح السند لأن فيه أبا أيوب «٢» بن عيسى أو ابن عثمان أو ابن زياد و إن كان الظاهر أنه الثقة إلا أن ذلك مما يقال في مقام الترجيح و لا صريح الدلالة كما ستعرف ذلك كله و على تقدير صحته و صراحته فهو شاذ لا يعارض المشاهير فكيف يصح لصاحب المسالك أن يقول إن قول المرتضى في غاية القوة و يميل إليه في (الروضة) و يتوقف الشهيد في (غاية المراد و حواشي الكتاب) و أبو العباس في (المقتصر) عن الترجيح و أما هو في (المهذب) فعادته فيه عدم الترجيح و ميل الكاشاني فإنما هو لميل الشهيد الثاني كما أشار إليه في أول المفاتيح إن هذا منهم لعجيب (و عساك) تقول إنهم لم يظفروا بخبر قرب الإسناد و لا- خبر الراوندي (قلت) أقصاه حينئذ أن يقوم الاحتمالان في الحجيتين (وقد علمت) رجحان حجة المشهور بالمرجحات التي لا تكاد تحصى مع إعراض الأصحاب عن خبر محمد فيكون شاذ نادرا لا يعارض المشهور رواية و فتوى المعتضد بما عرفت (و ذهب السيدان) علم الهدى و ابن طاوس إلى ثبوت الخيار لهما و إطلاق (الخلاف) قد يؤذن بموافقتهما قال يثبت في الحيوان الشرط

(١) و قد بنينا على ذلك أي الاختصاص الناشئ من اللام (ب) في باب الإقرار و الحبو و الزكاة و غيرها مما لا يحصى (منه رحمه الله) (ب) الذي وجدناه في النسخة و هي غير مصححة هكذا (من اللام باب الأقوال و الحياة إلخ) و الظاهر أنه غلط و صوابه كما حررناه (مصححه)

(٢) اسمه إبراهيم (حاشية)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥٦

.....

ثلاثة أيام شرط ذلك أو لم يشترط وقال جميع الفقهاء حكم الحيوان حكم سائر المبيعات (دليلنا) إجماع الفرقة و أخبارهم و الظاهر أن غرضه إثبات أصل الخيار ردا على العامة (و إنما) احتج بالإجماع على ذلك دون العموم لتصريحه (في النهاية و المبسوط) باختصاص المشتري به فليس الشيخ في (الخلاف) موافقا لهما كما قد يتوهم و لا أبو الصلاح (في الكافي) لأنه صرح فيه بضمان البائع له على أنه لم يحكه أحد عنه (احتج السيد) بالإجماع؟؟؟ في الانتصار و هو مردود شاذ و ابن طاوس غير داخل تحت معقده لتأخر عصره عنه فانحصر القائل بمضمونه في مدعيه فكان شاذاً (و احتج) له بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا و هو متروك الظاهر لأن ظاهره اختصاص خيار المجلس بغير الحيوان لقوله عليه السلام و فيما سواه من بيع حتى يفترقا و لا يرد علينا مثله في خبر قرب الإسناد لأن الظهور هنا نشأ من كلام المعصوم إن صح أنه عنه و في ذاك من كلام السائل و قد أشرنا إلى حال سنده فيما سلف و قد حمله صاحب الوسائل على التقيّة لكنه خلاف ما سمعته عن الخلاف و الغرض أنه بلغ به الأمر حتى حمل على التقيّة ثم إنه خبر واحد لا يناسب أصول علم الهدى و لهذا لم يستدل به في الانتصار و إنما اقتصر على الإجماع و احتمال أن يكون وجه الحكمة و هي أن العيوب فيه أخفى و التغابن فيه أقوى (هذا كلامه) فيحتمل قويا أن لا يكون مخالفا كالشيخ في (الخلاف) و إلا فالحكمة التي وجه بها تناسب ثبوته للمشتري لا للبائع (و يرشد) إلى ذلك قوله في أثناء كلامه ليس للمخالف أن يقول كيف يثبت بين المتبايعين خيار من غير أن يشترطه فيحمل كلامه على ما أشار إليه في (المختلف) و على كل حال فالخبر ليست دلالته بتلك المكانة من الصراحة لاحتماله ثبوت الخيار للمشتري على البائع كما في (المختلف و غيره) فيكون بينهما فهو بالنسبة إليهما مدة ثلاثة أيام أو يحمل على أن الخيار للمجموع من حيث المجموع فلا يدل على ثبوته في الأفراد أو يحمل على أن يكون لهما في بيع الحيوان بالحيوان و الغرض بيان أنه ليس في الصراحة كأخبار المشهور فإن بعضها لا يقبل التأويل بوجه من الوجوه أصلا و إلا فالأولان بعيدان لكن لا بأس بهما لمن أراد الجمع و كان عنده أولى من الطرح و لا نقول بالثالث (و إن قلنا به) انفتح وجوه أخرى للتأويل ذكرها في (مجمع البرهان) ثم إنه قد روى محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في الصحيح قال سمعته يقول قال رسول الله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام فالراوي و المروي عنه في هذا الخبر و خبر حجة الخصم واحد و روى هذا الخبر زراراً في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله فيشبه أن يكون هذا الخبر هو الأصل لكونه مع ما ذكر مرويا عن رسول الله صلى الله عليه و آله و خبر السيد رواه محمد بالمعنى ظانا الموافقة و من الغريب أنه قد استدلل بهذين الخبرين لمذهب السيد بدعوى أن المتبادر من صاحب الحيوان البائع و هو كما ترى إذ السيد لا يخصه بالبائع و قد سمعت أنا أخذناهما في حجة المشهور و بينا وجه دلالتهما و قد احتج بهما لما احتمله في (التذكرة) و اختاره صاحب (المسالك) و صاحب (مجمع البرهان) و قواه في (الروضة) من ثبوت الخيار لذى الحيوان مطلقا فيكون لهما إن كان العوضان حيوانين و للمشتري خاصة في بيع الحيوان بغيره و للبائع خاصة في بيع غيره به و استندوا مع ذلك إلى الحكمة و المحافظة على الجمع بين الأخبار (و أنت خير) بأننا قد بينا فيما سلف أن المراد بصاحب الحيوان في الصحيحين المشتري له لا البائع و لا المنتقل إليه ببيع الدار مثلاً به و لا الناقل مطلقا بئنا له أو مشتريا غيره به بوجه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥٧

.....

ثلاثة (منها) تقييده بالمشتري في الموثق معتضدا بإطلاق النصوص الأخر باختصاص المشتري به «١» فيفيد التقييد المذكور

الاختصاص به حكما بناء على كون الصفة مخصصة فبدل الصحيحان على المطلوب لنا لا لهم لوجوب حملهما على الموثق المقيد أو نقول إن التقييد يفيد الاختصاص بالمشتري من جهة الموضوع إذا قلنا إن الصفة كاشفة و إن المتبادر من صاحب الحيوان إنما هو المشتري و حينئذ يتضح انتفاء دلالة الصحيحين المذكورين على ما احتمله في التذكرة و اختاره غيره لأن بناء استدلالهم بهما على أن صاحب الحيوان من انتقل إليه ليشمل البائع و المشتري بالوجه المتقدم في بيان مرادهم و قد ظهر أنه خاص بالمشتري له و لا يتناول المنتقل إليه ببيع و غيره به و أما الناقل مطلقا فلا يتناوله الإطلاق قطعا و على تقديره يلزم أنه متى كان أحد العوضين حيوانا ثبت الخيار للمتبايعين و هذا لم يقل به قائل و لا احتمله محتمل (فتأمل) و أما حديث الحكمة فإن أريد بها العلة فهي مستنبطة لا يجوز التمسك بها ما لم تكن معلومة علما قطعيا دلنا عليه عقل أو إجماع فتكون منقحة و إن كانت منصوطة كفي فيها الظن لأن الدلالة حينئذ لفظية كدلالة «٢» كل نسبة ناقصة على نسبة تامة و ليست في المقام إحدى هاتين قطعيا و إن أريد بها الحكمة في شرع الحكم و موافقته للاعتبار كالمشقة في قصر الصلاة في السفر ففيه أن هذه لا يناط بها حكم لعدم انضباطها و اطراد الحكم بدونها (و أما) التمسك بالجمع (فالجواب) عنه أنه إنما يتم على تقدير التكافؤ و لا تكافؤ سلمنا لكنه لا حجة فيه بمجرد ما لم يتم شاهد من المتعارضين أو من خارج على صحته و لا نجد في المقام واحدا منهما (و مما) ذكر يعرف الحال فيما اختاره صاحب غاية المرام من أن الخيار يثبت للبائع و المشتري في بيع الحيوان بالحيوان و قد مال إليه أو قال به جماعة كأبي العباس و الكركي في (المقتصر و تعليق الإرشاد) و القطيفي في (إيضاح النافع) و الفاضل الميسرى و الشهيد الثاني في (الروضة) لأنهم بين مستوجه له و مقرب و مقوله أو ناف عنه البعد و لم يحكم به على البت سوى الصيمرى و قد جعله في (جامع المقاصد) ثالث الأقوال و نفى عنه فيه البعد لما فيه من الجمع المذكور مع ملاحظة الحكمة المشتركة و قد علمت أنه أول من احتمله المصنف في (المختلف) و رجع عنه (و الجواب) عنه ما عرفته من الجواب عن محتمل التذكرة لأن المسألتين في الدليل و الجواب عنه من واد واحد (فإن قلت) نحن نستدل على المسألتين بالصحيحين المذكورين بوجه آخر لا- يرد عليه شيء مما ذكرت و هو (أنا نقول) المراد بصاحب الحيوان فيهما من انتقل إليه لا صاحبه الأصلي الناقل له و التقييد بالمشتري في الموثق و إطلاق اختصاص الخيار بالمشتري في الأخبار الأخر إنما وردا مورد الغالب فالصفة ليست مخصصة و لا موضحة و إنما وردت على ما هو الشائع و حينئذ يكون صاحب الحيوان شاملا لكل من انتقل إليه الحيوان ثمنا كان أو ثمنا و لا مخصص له فالخيار لهما حيث يباع الحيوان بمثله و عليه يحمل خبر محمد بن مسلم الذي هو دليل السيدين و للبائع إن باع الدار بالحيوان مثلا و للمشتري إن باعه بالدرهم (قلت) هذا مشترك الإلزام (فإننا) ندعى) أن الغالب في صاحب الحيوان هو المشتري فيكون ورد على الغالب فيصرف إليه الإطلاق و لا- يتناول من انتقل إليه ببيع غيره به لأنه نادر خصوصا ببيع الدرهم به (و عساک) تقول إن عموم

(١) باختصاص الخيار بالمشتري (خ ل)

□ (٢) فإن قوله أعجبنى غلام زيد يدل على أن لزيد غلاما (منه رحمه الله)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥٨

.....

صاحب الحيوان لغوى فيتناول النادر و غيره من جهة الإضافة و عدم سبق معهود له مع اعتضاده بالحكمة العامة فلا مجال للحمل على الغالب (لأننا نقول) غلبة استعماله في المشتري جرت مجرى سبق المعهود الخارجى مؤيدا بالتقييد و الإطلاق المشار إليه آنفا على أنا نمنع كون عموم لغويا إذ لا يزيد عما اكتسب منه أعنى المضاف إليه العموم مضافا إلى أن الأصل في التقييد التخصيص و لا يصار إلى غيره إلا بالقرينة و يستوى في مدة الخيار الأمة و غيرها كما في (السرائر و الدروس و المسالك و الكفاية) و قد نسبة (في الرياض)



إلى الأ-كثر و لعله أراد ظاهرهم و عن (السراثر) الإجماع عليه و هو ظاهر إجماع (الخلاف و الإنتصار) و غيرهما و قد سمعت عبارة (الخلاف) أنفا برمتها و أخبار المسألة المتقدمة دالة على ذلك كقوله عليه السلام (في صحيحة الحلبي) الخيار في الحيوان كله و في (صحيحة ابن رثاب) المشروط في الحيوانات و أظهر من ذلك كله (صحيحة قرب الإسناد) الواردة في الجارية بخصوصها و قد حكم عليه السلام فيها بأن الخيار فيها ثلاثة أيام للمشتري و أنه إذا مضت الثلاثة فقد وجب (الشراء و قول الصادق عليه السلام) في صحيحة عبد الله بن سنان عهده البيع في الرقيق ثلاثة أيام إن كان بها حبل أو برص و نحو هذه (الحديث) و خالف أبو المكارم فقال في (الغنية) و الخيار في الأمة مدة استبرائها بدليل الإجماع المتكرر و حكى الخلاف المذكور عن أبي الصلاح و هو ظاهر (المقنعة) (و النهاية و المراسم) و كذا (الوسيلة) قال في (المقنعة) لو ابتاع إنسان جارية و عزلها عند ثقة على استبرائها كانت النفقة عليها من مال البائع في مدة الاستبراء فإن هلك فيها فمن ماله دون مال المبتاع و مثلها من دون تفاوت أصلا عبارة (النهاية و المراسم) إلا فيما ستعرفه نعم في (الوسيلة و جامع الشرائع) الاقتصار على أن النفقة تلك المدة على البائع و هو ظاهر أو مؤذن بثبوت الخيار في تلك المدة و إلا لوجبت على المشتري بالملك قبل انقضاء مدة الاستبراء سواء قلنا بالملك من حين العقد أو بانقضاء مدة الخيار (فليتأمل) و ظاهر (المقنعة و النهاية) أنه قبضها و أودعها لأنه صرح فيهما بأنه عزلها كما سمعت (و أما المراسم) فلم يصرح فيها بالعزل لكن ظاهرها أنها عند المشتري فحمل كلامهم على عدم القبض بعيد و هذا القول ليس بتلك المكانة من الضعف كما توهم كيف و قد ذهب أعظم الأصحاب إليه و حكى الإجماع عليه مع إمكان الجمع بالتخصيص إن حصل التكافؤ و قد يحصل لقوم دون آخرين و الغرض أنه ليس بتلك المكانة من الضعف و حكى الإجماع عليه (فليلاحظ) ما حققناه فيمن باع الأمة قبل استبرائها (و مستوى) في ثبوت الخيار المذكور كل حيوان يصح بيعه ممن لا ينعق على المشتري حتى في السمك و غيره من حيوان البحر و البر (و هل) يصح بيع ما لا حياة فيه مستقرة أم لا الظاهر الصحة لإمكان الانتفاع بشعره أو وبره أو عظمه فلو فرض أن لا فائدة فيه لم يصح البيع لكن لا من جهة عدم استقرار الحياة (و إذا) صح بيعه هل يثبت فيه خيار الحيوان وجهان (أحدهما) لا يثبت لعدم إمكانه لمكان موته (و الثاني) أنه يثبت لعموم الأدلة الدالة على ثبوته في كل حيوان لإمكان اختيار المشتري الفسخ قبل الموت (و لو لم يفسخ) كان تلفه من مال بائعه كما هو الشأن في خيار الحيوان فعلى هذا يثبت الخيار في حيوان البحر و إن خرج من الماء (و اشترطنا) إمكان البقاء لأنه يمكن عوده إلى ما يعيش فيه (و حينئذ) فلو تركه المشتري على الساحل حتى مات كان من ضمانه لا من ضمان البائع و يختص هذا الخيار بالبيع لاختصاص دليله به (و المراد) بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاثة لدخول الليلتين أصالة فتدخل الثالثة و إلا لاختلفت مفردات الجمع في استعمال واحد و قد يقال إن هذه الكلمة إذا وقعت منفردة خالية عن قرائن الدخول أو الخروج كما في صمت

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٥٩

و يسقط باشتراط سقوطه في العقد (١) و بالتزامه بعده (٢) و بتصرفه فيه (٣) و إن لم يكن لازما كالهبة قبل القبض و الوصية

ثلاثة أيام و سرت ثلاثة أيام احتمال أن يقال اليومان الأولان لا بد من دخول الليل فيهما تبعا لعدم إمكانهما بدونهما و أما اليوم الثالث فليس كذلك لأن الليل مشكوك في دخوله و الأصل عدمه و الظاهر أنه يلفق اليوم إذا وقع البيع في أثنائه سواء كان ذلك اليوم المستوفى أطول أو أقصر و إن بعد الفرض كما ذكروا مثل ذلك في السلم لأن التحقيق أصل في التحديد و قد يظهر من إطلاقاتهم في المقام عدم التلفيق

(قوله) (و يسقط باشتراط سقوطه في العقد)

إجماعا كما في (التذكرة) و عند الأصحاب كما في (الحدائق) و كذا يصح اشتراط سقوط بعضه فيسقط ما شرط سقوطه يوما أو أكثر أو أقل كل ذلك في العقد لا قبله على ما مر بيانه و كذا يسقط بانقضاء المدة بلا خلاف كما في (الغنية) كالأجل في الدين و لأن تركه للفسخ حينئذ رضى منه بالعقد و لعموم قوله عليه الصلاة و السلام المؤمنون عند شروطهم و المخالف في ذلك مالك فجعله

كمضى الأجل في المولى و قال (في التذكرة) و لا يسقط بالرضا بالعيب الموجود في الحيوان و لا بالتبرى من العيوب و لعله استند إلى عموم النص و أنه لا يجب انعكاس العلة و إنما يجب اطرادها لأنها حكمه لا علة حقيقية لأن شرع الخيار في الحيوان لخفاء عيبه غالباً و لا يلزم من ارتفاعه بالرضا و الشرط ارتفاع الخيار و قد سمعت في خيار المجلس ما نقلناه عن الصيمرى في (غاية المرام) فليراجع (قوله) (و بالتزامه بعده)

بلا خلاف كما في (الغنية) و في (الحدائق) نسبتته إلى الأصحاب و هو كذلك كما صرح كثير و ظهر من آخرين لأنه أدل على الرضا من التصرف و سقوطه به إجماعى و به أخبار صحيحة كما ستسمع و للعلّة المنصوصة حيث قال عليه الصلاة و السلام فذلك رضى منه (قوله) (و بتصرفه فيه)

إجماعاً كما في (التذكرة) و بلا خلاف كما في (الغنية) و قد تشعر بعض العبارات بأن التصرف إنما يسقط الخيار في خيار الشرط كعبارة (النافع) حيث قال التصرف يسقط خيار الشرط و قد دل عليه جملة من الأخبار كصحيحة على بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام الشروط في الحيوانات ثلاثة أيام اشترط أو لم يشترط فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضى منه و لا شرط له قيل له و ما الحدث قال أن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرماً عليه قبل الشراء و مثلها صحيحة الأخرى المروية في قرب الإسناد من دون تفاوت في المراد و مثلها صحيحة محمد بن الحسن الصفار حيث تضمنت أن أبا محمد عليه السلام وقع إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء و هو يعطى العموم في الحدث فيشمل النظر و اللمس و غيرها في الجارية و غيرها فذكرهما في الصحيح إنما هو على سبيل التمثيل و الإحالة على العرف كما أخذ في صحيحة الصفار أخذ الحافر و نعلها فذكر في كل شيء ما يناسبه فاندفع ما أشكل على المولى الأردبيلي و الظاهر من الصحيح المذكور من قوله عليه السلام فذلك رضى منه كون المناط في السقوط بالحدث حصول الرضا بلزوم العقد بسبب الحدث لمكان جريانه مجرى التعليل لسقوط الخيار فلو علم انتفاءه بقى خياره كما إذا علم من قصده بالحدث اختباره أو حفظه أو وقع سهواً أو غلطاً لكن الظاهر من إطلاقات الأصحاب خلاف ذلك حيث يقولون في المقام وغيره إن التصرف مسقط للخيار و يمكن الجمع بأن يكون مراد الأصحاب في إطلاقهم أن الأصل في التصرف أن يكون دالاً على الرضا بإيجاب البيع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦٠

### [الثالث خيار الشرط]

(الثالث) خيار الشرط و لا يتقدر بمدة بل بحسب ما يشترطه (١)

و إسقاط الخيار إلا أن يظهر من الخارج ما يدل على عدم الرضا فما لم يعلم عدم رضا المتصرف بإيجاب البيع يكون التصرف مسقطاً و الصحيح المذكور جعل التصرف بمجرد أماره الرضا بلزوم العقد و ليس فيه دلالة على أن التصرف رضا و إن علم عدم الرضا من عادة أو غيرها و حينئذ فلا منافاة فحيث يعلم عدم الرضا يجب الرجوع إلى الأصل الأصيل و هو بقاء الخيار و عدم لزوم البيع و التصرفات التي في أيدي الناس غالبها يعلم فيها عدم الرضا بالإيجاب تعويلاً على أن الخيار ثابت لهم ثلاثة أيام فلا توجب إلزاماً و لا لزوماً و العرف لا يأبى ذلك لأن شأنه الحكم بأن هذا تصرف أو غير تصرف و لا مدخلية له فيما نحن فيه و إنما هو مقام آخر (و يؤيد ما قلناه) الإطلاقات و الأخبار الواردة في خيار الشرط الظاهرة في عدم سقوطه بتصرف البائع في الثمن بل بهذه الأخبار ثبت ذلك الخيار مع نص الأصحاب على أن التصرف فيه مسقط لخياره مطلقين فلا بد من التنزيل على ما ذكرنا (و يؤيده) أيضاً بعض الأخبار الواردة في المقام كما مرت الإشارة إليه في خيار المجلس و قد نص بعضهم على استثناء الاختبار كالركوب و الحرث ذكره الشهيد

فى حواشيه و الدروس و نفى عنه البعد فى (الدروس و جامع المقاصد) و اقتصر فى (المسالك و الروضة) على احتمال الوجهين (كالتحرير) و علل فى (الغنية) سقوط الخيار بالتصرف بأنه من المشتري إجازة و هو يعطى ما ذكرناه (و منه) يعلم الحال فيما إذا تصرف فيه لعباً أو لهواً و ما إذا كان لغرض غير الرضا و الالتزام و غير الاختبار و الحفظ كما إذا كان سفيهاً غير محتاج للركوب فركبها لا بعنوان شىء مما ذكر أو تجاوز فى الاختبار مقدار الحاجة لا بعنوان الرضا لأن شيئاً من ذلك لا يسقط الخيار و أن المدار على الرضا و الالتزام كما نص عليه فى (التذكرة) فى مواضع منبئة و قال المحقق الثانى و المراد بالتصرف المسقط للخيار هو ما يكون المقصود منه التملك لا- لاختبار و لا- حفظ المبيع كالركوب لسقى الدابة و هو يوافق ما اخترنا و إن كانت العبارة غير جيدة لأن التملك حاصل قبل (و لعله) أراد أن يكون تصرفاً فى ماله بعنوان جعله لازماً (و مما) ذكر يعلم قوة احتمال عدم السقوط بالتصرف الذى ليس مورد النص كتصرف البائع فى المبيع و المشتري فى الثمن إلا مع أماره داله على الفسخ (الثالث) خيار الشرط (قوله) (و لا يتقدر بمدة بل بحسب ما يشترطانه)

لا خلاف بين العلماء فى جواز اشتراط الخيار فى البيع كما فى (التذكرة) و أما أنه لا يتقدر بحد فقد حكى عليه الإجماع فى (الخلاف و الإنتصار و الغنية و التذكرة) و فى (الخلاف) أن أخبارنا به متواترة و خالف الفقهاء فى ذلك عدا مالك فمنعوا من الزيادة على الثلاثة و جوزوا اشتراطها فما دونها و فى (الغنية) يجوز أن يكون ثلاثة فما دونها بلا خلاف و ظاهره نفيه بين الطائفتين (و يدل) عليه بعد الإجماع (الأصل) بمعنيين (و الكتاب و السنة) و هى عدة روايات (كصحيحة) عبد الله بن سنان (و حسنة) الحلبي (و موثقة) إسحاق بن عمار (و صحيحة) سعيد بن يسار (و خبر) أبى الجارود (و موافقة) الاعتبار لمكان وجود الضرورة الداعية إلى الاشتراط و طول المدة و قصرها إلا أن يعلم عدم بقائهما إليها فإنه يحتمل البطلان للزوم التعطيل و الصحة لأن الأجل مضبوط و الخيار موروث و لا ريب أنها لا تتقدر بقدر الحاجة و كذا لو كان المبيع مما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦١

بشرط الضبط (١) و ذكره فى صلب العقد فلو شرطاً غيره كقدوم الحاج بطل العقد و لو شرطاً مدة قبل العقد أو بعده لم يلزم

يفسد قبل انقضائها

(قوله) (بشرط الضبط)

يشترط تعيين المدة المشترطة بما لا- يحتمل الاختلاف محروماً من الزيادة و النقصان فلو نيئت بإدراك الغلات أو زيادة الماء و نقصانه أو إيناع الثمرات أو نحو ذلك بطل الشرط بالإجماع و النهى عن الغرر و تطرق الجهالة إلى العوضين لجهالة الشرط لأن الأجل له قسط من الثمن مع موافقة الحكمة و الاعتبار لأن العقود شرعت لقطع مواد الاختلاف و الإناطة بالمختلف مثار الخلاف و قد حكم المصنف ببطلان العقد أيضاً كما هو خيرته فى كل عقد يشتمل على شرط فاسد و هو خيرة المحقق و أبى العباس و المقداد و الكركى و غيرهم خلافاً لأبى على و الشيخ و القاضى و ابن زهرة و ابن إدريس حيث حكموا ببطلان الشرط دون العقد استناداً إلى الأصل و عموم الكتاب و السنة و إجماع الغنية و أنه صلى الله عليه و آله و سلم أبطل ما شرط على عائشة من أن ولاء بريرة لمولاها و أجاز العقد و إلى لزوم الدور و الأصل معارض بمثله و مقطوع بغيره و الإجماع موهون و الخبر ضعيف و العموم إنما يتناول ما لم يعلم فساد و الثمن هنا مجهول لما عرفته من تطرق الجهالة إليه فكان العقد فاسداً ثم إن العموم مقيد بالتراضى و لا تراضى إلا على الشرط الفاسد و الدور معنى لا تقدمى (فليتأمل) فإن المسألة لا تخلو من شائبة الإشكال و يستثنى من ذلك الشرط الفاسد فى النكاح فإنه يبطل دون العقد إجماعاً و هذا حديث إجمالى و تمام الكلام فى محله فإذا ذكرنا مثل هذا الخيار ثم إسقاطه بعد العقد لم ينقلب صحيحاً لأنه وقع فاسداً فلا عبرة به و قد تقدم الكلام فى خيار المجلس فى الشرط الواقع قبل العقد أو بعده و الشيخ صرح هنا بكونه فى حال العقد و يبقى الكلام فيما إذا أطلق الخيار كأن يقول بعثك بكذا و لى الخيار و لم يسم وقتاً و لا أجلاً مخصوصاً و فيما إذا

شرط مدة مطلقة (أما الأولى) ففي ظاهر (المبسوط و المراسم) و صريح (التحرير و التذكرة و المختلف و غاية المرام و المسالك و الكفاية) أنه يبطل الشرط فيها كما لو أنط المدة بما لا ينضب بل هذه أولى لأن الإطلاق أعرق في الجهالة مضافا إلى أنه لو صح فإما أن يرد إلى معين و لا دليل على تعيينه أو يدوم الخيار و هو معلوم البطلان و قد حكى ذلك عن علم الهدى و عن صريح (المبسوط) و الموجود في (الانتصار) ما استسمعه (و المبسوط) ما عرفته و في (الكفاية) نسبة هذا القول إلى الأشهر و في الرياض أنه أشهر بين المتأخرين و لعلهما توهما ذلك من ظاهر (الوسيلة) (و السرائر و الشرائع و النافع و اللعنة) لتضمنها اعتبار التعيين في المدة و هو ليس مما نحن فيه إذ الكلام في اشتراط المدة المعينة و في (المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية و الكافي) على ما حكى أنه يصح الشرط و ينصرف إلى ثلاثة أيام و كأنه مال إليه الشهيد في (الدروس) و قد حكى عليه الإجماع في (الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية) و ادعى في (الخلاف) ورود أخبار الفرقة به و ليس ما يحكيه إلا كما يرويه و قال في (التذكرة) روى الجمهور أن حنافة بن سعيد كان يخدع في البيع فقال له النبي صلى الله عليه و آله و سلم إذا بعث فقل لا خلافة و جعل له الخيار ثلاثا و في رواية و جعل له بذلك الخيار ثلاثة أيام و في رواية قل لا خلافة و لك الخيار ثلاثا و قد يستشهد على ذلك بفحوى الصحيح الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط فإنه قد يعطى أن الشرط في غيره

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦٢

و يجوز جعل الخيار لهما أو لأحدهما أو لثالث و لهما أو لأحدهما مع الثالث (١)

ثلاثة أيام إن اشترط الخيار و لم يعين و ليس المراد به اشتراط الثلاثة لأنها و غيرها في ذلك سواء بل المراد مطلق الاشتراط (فتدبر) و الغرر يندفع بتحديد الشرع و لا جهالة لمكان الأول إلى العلم الحاصل من الشرع و ليس هو كالأول الحاصل من الحس كما لو قال بعثك بمثل ما بعث به زيدا فإن هذا الجهل يؤول إلى العلم من الحس و هذا أجازه أبو علي و المصنف فيما حكى عنهما و لم يرتضه الباقون فيما حكى أيضا و الأولوية المدعاة قد تمنع لارتفاع الغرر و اغتفار الجهل و التخصيص بالثلاثة إما لانصراف الإطلاق إليها عرفا لكونها أول مدة يتروى بها في مثله و الشرع كاشف عن هذا العرف لأنه خفي أو لتعيين الشارع و الشرط سبب للتعيين لأن التعيين سبب لتنزيل الشرط عليه كما في الوصايا المبهمه فقد ادعى فيها أن الجزء اسم للعشر و السهم اسم للثمن و الشيء اسم للسدس فلذلك نزلت عليها فالشرط سبب لا مناط و المناط في المسألة الإجماعات الأربعة فلا أقل من أن تفيد شهرة قديمة تجبر ما أرسله في (الخلاف) من الأخبار بل الشهرة القديمة متحققه لذهاب سبعة من عظمائهم إليه و هي في مثل هذا المقام أولى بالتقديم من شهرة المتأخرين لو كانت (فليتأمل) (و أما الثانية) و هي ما إذا اشترط مدة مطلقة فيحتمل البناء فيها على الخلاف المذكور لكونه بمنزلة إطلاق الخيار و البطلان مطلقا للأصل و منع التنزيل و لعله أولى و أشبه

(قوله) (و يجوز جعل الخيار لهما أو لأحدهما أو لثالث و لهما أو لأحدهما مع الثالث)

بلا خلاف في ذلك كله كما في (الكفاية) و في (التذكرة) الإجماع منا على جواز جعل الخيار للأجنبي و نسب الخلاف إلى الشافعي في أحد قولي و ظاهره أن جعله لغيره مما ذكر محل إجماع بين الجميع و في (الرياض) حكى نقل الإجماع على الجميع عن (الخلاف و الغنية و التذكرة) و لم أجد حكايته في الأولين و الموجود في الثالث ما ذكرناه (و يدل) عليه بعد ذلك عموم الأدلة الدالة على لزوم الوفاء بالعقود بسيطة كانت أو مركبة و كذا الشروط و لا فرق في ذلك بين الاتفاق في المدة أو الاختلاف كأن تكون مدة أحدهما أكثر من مدة الآخر فإذا مضت مدة صاحب المدة القصيرة لزم من جهته و كان لصاحبه الخيار حتى تنقضى مدته كما صرح به في (المبسوط و التذكرة و التحرير) و غيرها لأنه شرع للإرفاق بهما فكل ما تراضيا به جاز فإن اتحد ذو الخيار فالأمر إليه و إلا قدم الفاسخ أجنبيا كان أو أحدهما عملا بمقتضى الشرط و لم أجد في ذلك خلافا إلا (في الوسيلة) قال و إن شرطت «١» لهما و اجتمعا على فسح و إمضاء نفذ و إن لم يجتمعا بطل و إن شرطت لغيرهما و رضى نفذ البيع و إن لم يرض «٢» كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الإمضاء

و هو ضعيف جدا إذ قضية كلامه أنه لا بد فى المشترك من اجتماعهما و اتفاقهما على الفسخ و الإمضاء ثم إن جعله رأى الأجنبى نافذا فى الرضا دون الفسخ تحكم كتخصيص المشتري بانصراف الخيار إليه دون البائع و فى (الدروس) أن الأجنبى إذا انفرد فلا اعتراض عليه و معهما و مع أحدهما أمكن اعتبار فعله لو خالف (قلت) ينبغى القطع بذلك كالأول كما فى (التذكرة) و غيرها و إلا لم يكن لذكره فائدة و لأن اشتراطه تحكيم لا توكيل و يجب عليه تحرى المصلحة فى جميع الصور لكونه أمينا فلو ظهر منه خلاف ذلك لم يمض الفسخ و لو اختلفا قدم قوله مع احتمال

(١) أى مدة الخيار (منه)

(٢) أى بالبيع (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦٣

و اختلاف المدة لو تعدد صاحبه و عدم اتصالها (١) و اشتراط المؤامرة إن عين المدة (٢)

تحرى الأصلاح

(قوله) (و اختلاف المدة لو تعدد صاحبه و عدم اتصالها)

أما جواز اختلاف المدة فقد تقدم الكلام فيه و أما جواز عدم اتصالها كأن يشترط خيار ثلاثة أيام أو أزيد من آخر الشهر فقد نسب فى (التذكرة) الخلاف فيه إلى الشافعى و فى موضع آخر قال لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعى و هذه أظهر فى ظهور الإجماع و هو أى الجواز قضية إطلاق المدة المتناولة للمتصلة و المنفصلة (فى المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع) (و التحرير و الإرشاد و التبصرة و اللمعة و غيرها) بل يتناوله إطلاق (الإنتصار) أيضا و إن كان فى مقام آخر و هو صريح (التذكرة) و الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد) فيما سياتى (و المسالك) (و الروضة و المفاتيح و الكفاية) بل هو قضية كلام (التحرير) بالأولوية كما ستعرف عملا بالأصل و عموم الكتاب و السنة و لا معارض و المصنف فيما سياتى احتمال البطلان هربا من انقلاب اللانزم جائزا (و فيه) أن ذلك جائز كعكسه كخيارى التأخير و الرؤية و كالمبيع إذا تعيب قبل القبض و هل يجوز أن يجعل الخيار لنفسه مدة فإذا انقضت فأخرى جوزة المصنف و الشهيد الثانى فى (المسالك) و صاحب (الكفاية) و احتمله الشهيد فى (الدروس) احتمالا و كأنه استظهر الاتحاد من إطلاق الأكثر لكن المقتضى لجواز الانفصال مدة واحدة مقتضى لجوازه متعاقبا و قد قطع فى (الدروس) بالأول و قرب فى (التحرير) الصحة فيما لو شرط الخيار شهرا يثبت يوما و لا يثبت يوما فيكون الخيار خمسة عشر يوما و احتمال صحته فى اليوم الأول و بطلان العقد و لعله للتدافع لأن قوله لى الخيار شهرا يقتضى أن يكون تمام الشهر و قوله يوما و يوما لا يقتضى نصفه (فتأمل) و يحتمل الصحة شهرا فى ضمن شهرين على أن يكون شهرا مفعول به لا مفعول فيه و لو قال و لى الخيار فى شهر يوما و يوما لا تعين الخمسة عشر و يجب فى ذلك كله أن يقصد الشهر العددى فلو قصد الهلالى فالأشبه البطلان لجهالة الشرط إذ قد ينقص

(قوله) (و يجوز المؤامرة إن عين المدة)

أما جوازها مع تعيين المدة فإجماعى كما فى (جامع المقاصد) و ظاهر (التذكرة) و يدل عليه الأصل و العمومات فلا معنى لتأمل الأردبيلى و فى (المبسوط و الخلاف) أنه ليس للاستثمار حد إلا أن يشترط مدة معينة و قد يلوح ذلك من إطلاق (الشرائع و الإرشاد) و فى (التحرير و التذكرة و المختلف و اللمعة و تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان) (و الكفاية) أنه لا بد من تعيين المدة و أنه يبطل مع الإطلاق للجهالة و فى (الدروس) أن قول الشيخ مشكل (و الظاهر) أنه لا يشترط تعيين المأمور باسمه و معناها أن يشترط أو أحدهما مشاورة فلان مثلا أبا كان أو ابنا أو غيرهما و استثماره و الرجوع إلى أمره مدة مضبوطة و حكمها أنه

يلزم العقد من جهتهما و يتوقف على أمره فإن أمره بالفسخ جاز للمشروط له استثماره الفسخ و لا يتعين عليه قبوله لا لتفاء المقتضى و لو أراد الفسخ لم يكن له إلا بأمره كما فى (التذكرة و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) (و الميسية و المسالك و الروضة و الكفاية) و هو معنى قوله فى (المبسوط و الخلاف) ليس له الرد حتى يستأمره و فى (الخلاف) أنه ظاهر المذهب و المخالف المصنف فى (التحرير) حيث قال له الفسخ قبل الاستثمار و هو ضعيف كما ستعرف و لو أمره بالالتزام ففى (الروضة) أنه ليس له الفسخ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦٤

و رد المبيع فى مدة معينة يرد البائع فيها الثمن (١)

قطعا و به صرح جماعة و لوح إليه آخرون بل قالوا إنه لو أمره بالالتزام و كان الأصلح له الفسخ فليس له الفسخ و قال فى (جامع المقاصد) يجب على المآمر اعتماد المصلحة لأنه أمين فلو أمره بما فيه خلافها لم يجب عليه امتثاله و قوله فلو أمره إلى آخره لا وجه له لأنه لا محل له لأنه لو أمره بالالتزام و جب عليه سواء كان فيه مصلحة أم لا و إن أمره بالفسخ لا يجب عليه امتثال أمره سواء كان فيه مصلحة أم لا كما هو ظاهر (و تنقيح المسألة) أن يقال إن جواز اشتراط الاستثمار لا ريب فيه لأنه من الشروط الجائزة فإن أمره بالفسخ تسلط عليه و له الخيار بين أن يفسخ و أن لا يفسخ اشتمل على مصلحة أم لا لأن المستشار لا يلزمه موافقة المستشار حيث له مندوحة كما هو ظاهر لأنه لم يجعل له الخيار و إن أمره بالالتزام الذى هو مقتضى العقد فليس له المخالفة و إن كانت أصلح لأنه لا تسلط له عليها إلا- بالشرط و هو لم يشترط لنفسه خيارا و إن سكت فالأقرب للزوم أيضا فالحاصل أن الفسخ يتوقف على أمره لأنه خلاف مقتضى العقد فيرجع إلى الشرط و أما الالتزام بالعقد فلا يتوقف على أمره لأنه مقتضى العقد و لهذا قال جماعة إن الفرق بين المؤامرة للأجنبى و جعل الخيار له أن الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره لا جعل الخيار له بخلاف من جعل له الخيار فليس للمستشار فسخ و لا التزام و إنما إليه الأمر و الرأى خاصة و قد نسبه إلى كلام الأصحاب فى (الروضة) و قد عرفت مطمح نظرهم بما حررناه فى بيان المسألة و قال فى (مجمع البرهان) ينبغى أن لا يخرج عما أشار به فيقول به و يمكن أن يكون له الفسخ و له المخالفة لعدم لزومه إلا أن يشترط ذلك انتهى (فتأمل فيه) فكأنه لم يحرم مراد الأصحاب و قال فى (اللمعة) و يجوز اشتراط المؤامرة فإن قال المستأمر فسخت أو أجزت فذاك فإن سكت فالأقرب للزوم فلا يلزم الاختيار و كذا كل من جعل له الخيار و قال فى (الروضة) إنها مخالفة لما عليه الأصحاب إن قرئ المستأمر بالفتح مبني للمجهول لأنه ليس له فسخ و لا التزام و إن قرئ بالكسر مبني للفاعل احتاج إلى تقدير كثير كأن يقال إن قال فسخت بعد أمره له بالفسخ أو أجزت بعد أمره له بالإجازة مع أنه لا يناسب قوله فلا يلزم الاختيار و كذا كل من جعل له الخيار (و فيه) أنه لعل غرض الشهيد بيان ما هو المشهور بين الأصحاب و فائدة أخرى و القرينة على ذلك كله الشهرة (فحاصله) أن المستشار إن قال فسخت تسلط المستشار على الفسخ و إن قال أجزت لزم و إليهما أشار بقوله فذاك و إن سكت لزم أيضا و بين أنه يجوز له السكوت و لا- يلزمه التكلم و اختيار أحد الأمرين أو أراد أن المستأمر بالكسر إن قال فسخت حيث يأمره المستشار بالفسخ أو أجزت فذاك و إن سكت لزم أيضا و لا يلزمه أى المستشار اختيار الفسخ و كذا كل ذى خيار لا يلزمه الاختيار و على الوجهين لا يتوجه على العبارة ما وجهه عليها فى الروضة (فليتأمل) و إن بقى كلامه على ظاهره كان مخالفا لما عليه الأصحاب و كان الفرق عنده بين المستأمر و المشروط له الخيار إذا كان أجنبيا أن الأول ليس له شىء من الأمر إلا بعد الاستشارة بخلاف الثانى فإنه له الفسخ و الإمضاء بادئ بدء من أول الأمر لأنه حاكم ذو خيار فليلاحظ ذلك و نظر الأكثر أسد

(قوله) (و رد المبيع فى مدة معينة يرد البائع فيها الثمن)

أى يجوز اشتراط البائع رد المبيع من المشتري حيث يرد عليه الثمن فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦٥

مدة معينة للأصل و الإجماع كما فى (الخلاف و جواهر القاضى و جامع المقاصد و المسالك) و ظاهر (شرح الإرشاد) لفخر الإسلام و هو المحكى عن (الغنية) لأبنى لم أجده فيما عندى و كأنه سقط و هو أى الإجماع ظاهر (التذكرة) على ما حكى و الموجود فيها التوقف و لعل فيها أيضا سقطا و عموم الكتاب و السنة و خصوص الأخبار المعبرة (منها الصحيح) فيمن اشترط عليه ذلك أرى أنه لك إن لم يفعل و إن جاء بالمال للوقت فرد عليه (و منها الموثق) رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى إلى أخيه فقال له أبيعك دارى هذه على أن تشرط لى إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن ترد على قال لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنة ردها عليه قلت فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة فقال الغلة للمشتري ألا ترى إنها لو احترقت لكنت من ماله و ظاهر الأخبار كظاهر (الخلاف و الغنية) (و الجواهر) فيما حكى و جوب رد المبيع بمجرد رد الثمن و إن لم يفسخ البائع و قد يتوهم أن ذلك أيضا ظاهر (الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التبصرة) و غيرها مما بنى على ما قبله من اشتراط الخيار للبائع مدة مضبوطة مع قيد زائد فى هذا و هو رد الثمن فيكونون قد أشاروا إلى أن خيار الشرط على قسمين أحدهما ما يكون الخيار فى فسخ العقد خاصة سواء أحضر الثمن أم لا- و الثانى ما يكون الخيار مع شرطه إحضار الثمن و هو ما نحن فيه فيتعقبه الخيار بعد الرد و لا يفسخ البيع معه إلا بالفسخ و قد يجرى ذلك بتكلف فى عبارة الخلاف و تاليه لما علم منهم من أن بيع الشرط عندهم هو ما اشترط فيه الخيار بعد رد الثمن أو بحمل ظاهرها و ظاهر الأخبار على الغالب من تعقيب رد الثمن بالفسخ كأن يقول له خذ دراهمك فقد فسخت أو نحو ذلك لأن وجوب رد المبيع على البائع موقوف على عوده إليه و لا- يعود إلا- بالفسخ فيتوقف عليه وجوب الرد و لا- يكون رد الثمن بمجرد قاطعا و فى (الرياض) وجه الغلبة بكون العادة قاضية بكون مثل هذا الرد فسخا للمعاملة فتكون دالة بقربنه و هو كما ترى لا يكاد يتضح مع مخالفته للأصحاب كما عرفت و كما ستسمع (و مما صرح) فيه بأن رد الثمن بمجرد لا يكون قاطعا للبيع (جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و التنقيح) لأنه صريح فى ذلك أو كالصريح (و غاية المرام و مجمع البرهان و المسالك و الدروس) فى أثناء كلام له نعم أول كلامه ظاهر غير صريح و الاكتفاء بالرد لكونه فسخا بنفسه مردود بعدم دلالة عليه قطعا و إن كان مما يؤذن بإرادته فإن الإرادة غير المراد و قضية كلام الأصحاب كما عرفت اشتراط الخيار بعد الرد و هو خلاف الفسخ بنفس الرد «١» و الفسخ كما يحتاج إليه على المشهور من انتقال المبيع بنفس العقد فكذا على القول بانتقاله بمضى الخيار إذ العقد على هذا القول و إن لم يكن ناقلا من حينه لكنه يفيد الملك إذا انقضى الخيار و لما يفسخ البائع فلا يستقر ملكه إلا بالفسخ و الفسخ لا بد منه على القولين و إن افترقا فى وجه الاحتياج إليه فإنه على الأول لعود الملك و على الثانى لاستقراره لأنه يخرج عنه متعلقا به و لا ينتقل إلى المشتري لكنه له تعلق به كما حرر فى محله (و ليعلم) أن ظاهر (الإرشاد) عدم اعتبار تعيين المدة فى هذا القسم لأنه أبهم فيه المدة و ليس هذا الظاهر مراد قاطعا و لا يفرق بين رد عينه أو مثله كما صرح به الشهيدان و الصيمرى أو قيمته كما صرح به الخراسانى و لا يحمل إطلاقه على العين كما صرح به الشهيد و المحقق الثانى فى حاشيته و حملة عليه فخر الإسلام فى شرحه على الإرشاد

(١) و من هنا يعلم حال ما فى الرياض (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦٦

و أول وقته عند الإطلاق من حين العقد لا التفرق و لا خروج الثلاثة فى الحيوان (١)

و مال إليه صاحب إيضاح النافع و لو شرط رد عينه احتمال الجواز كما فى (الدروس و جامع المقاصد) و لو شرط رد بعض المبيع ببعض الثمن ففيه نظر أوجه الصحة كما فى (المسالك) للعموم و ظاهر (الدروس) و المحقق الثانى التردد و لو جاء بعض الثمن لم يجب القبول و لو كانت المدة ظرفا للأداء و الاسترجاع كان له الفسخ متى جاء بالثمن فى أثنائها و يجب على المشتري قبضه و لو

جعلها غاية لم يجب قبضه إلا بعد مضيها كما في (التحرير و غاية المرام) و غيرهما و لو شرط المشتري ارتجاع الثمن إذا رد المبيع صحيحا صح و يكون الفسخ مشروطا بعينه كما نبه (كما نص خ ل) عليه الشهيد في (الدروس) و المحقق الثاني و الفاضل الميسي و الشهيد الثاني و المولى الأردبيلي و الخراساني و لا يتعدى إلى مثله إلا إذا شرط فيتعدى إلى قيمته أيضا كما صرح به المولى الأردبيلي و غيره

(قوله) (و أول وقته عند الإطلاق من حين العقد لا التفرق و لا خروج الثلاثة في الحيوان)

كما هو خيرة (الشرائع و جامع الشرائع و المختلف) (و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التنقيح و غاية المرام و تعليق الإرشاد و الميسية و المسالك و مجمع البرهان) و المخالف الشيخ في (الخلافة و المبسوط) و أبو المكارم في (الغنية) و أبو عبد الله في (السرائر) فقالوا من حين التفرق و توقف الشهيد في (الدروس) كما توقف في خيار الحيوان كما عرفت (و لعل) ترك جماعة ذكره هنا ممن نص عليه هناك لظهور الحال من خيار الحيوان لأن الحجته هنا هي ما ذكر هناك حرفا فحرفا من الطرفين و النقض النقض و يزيد هنا أنه يلزم بطلان الشرط لو كان من حين التفرق للجهل به و هذا لو شرط أن يكون ابتداءه من حين التفرق لم يصح كما نبه عليه في (التذكرة) و ظاهره أنه محل وفاق بيننا و بين من خالفنا و قال و إن قلنا ابتداءه من حين التفرق فشرطا أن يكون ابتداءه من حين العقد صح عندنا و هو أحد قولي الشافعي و ظاهره أنه محل وفاق بيننا و أن من خالفنا اختلف كلامه و يستخرج من ذلك دليل آخر على المختار مسقط لما احتجوا به من تداخل الأسباب و اجتماع الأمثال و توارد العلل إذ الممتنع لا ينقلب بالشرط إلى الجواز بل يكون اشتراطه ممتنعا (و عساک) تقول إنهم لا يقولون بجواز هذا الشرط (قلت) الشيخ في (المبسوط) و ابن إدريس قد اعترفا بجوازه و استدلل عليه في (المبسوط) بالخبر في جواز الشرط مع ما سمعته عن (التذكرة) ثم إن اللازم من الاحتجاج بلزوم تداخل الأسباب و توارد العلل و اجتماع الأمثال أنه إذا كان المبيع حيوانا و قد شرط المشتري ثلاثة أيام تأخر شرطه عن ثلاثة الحيوان و هو خلاف ما أفصحت به صحيحة عبد الله بن سنان عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام فإنها دالة على أن خيار الشرط أعنى اليوم و اليومين داخل في خيار الحيوان و إلا لجعلهما بعد خيار الحيوان و يرشد إليه أنه قال عليه السلام فيه أيضا و إن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع إذ الظاهر من الأيام المعدودة أنها أكثر من ثلاثة (و تنقيح ذلك أن يقال) إذا اشترط مشتري الحيوان شرطا فإما أن يكون أنقص من الثلاثة أو أزيد أو مساويا و إما أن يكونا عالمين أو جاهلين أو بالتفريق و الظاهر تأخير خيار الشرط عن خيار الحيوان حيث يكونان عالمين مع قصر الشرط أو تساوي المدتين عملا بالعرف و قد عرفت ما في الخبر و لو زاد الشرط احتمال التفصيل فيتأخر في مثل الأربعة و الخمسة و يتصل في نحو الشهر و الشهرين عملا بمقتضى العرف و يحتمل الاتصال مطلقا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦٧

و لا يتوقف الفسخ به على حضور الخصم (١) و لا قضاء القاضي (٢) و لو أبهم الخيار في أحد العينين أو أحد المتبايعين بطل العقد فيهما (٣) و لا يصح اشتراطه فيما يستعقب العتق (٤) و في ثبوته في الصرف إشكال (٥)

و التأخير مطلقا و إن علم به البائع فقط و علم أن المشتري لا يعلم أو كان الأمر بالعكس كذلك فاحتمال البطلان فيهما قائم (و أما) إذا كانا معا جاهلين و شرطا ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل فاحتمالات و لا مجال فيها للبطلان و أما حال ما إذا أطلق الخيار فإن الصحيحة الشاهدة بصحته شاهدة باتصاله فتذكر و تدبر

(قوله) (و لا يتوقف الفسخ على حضور الخصم)

كما في (الخلافة و المبسوط و الغنية) (و التذكرة) و ظاهر الجميع الإجماع كما ستعرف لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا شخص



كالطلاق فلم يفتقر إلى حضوره و خبر الشحام و الحلبي صريحان بعدم توقف الالتزام على حضوره و لا فرق بين الالتزام و الفسخ و حكى في (الدروس) عن أبي علي أنه قال يشترط في الخيار المختص في الفسخ و الإمضاء الحضور أو الحاكم أو الإشهاد قال و قال و في المشترك لا ينفذ الفسخ و الإمضاء إلا بحضورهما و قد سمعت ما حكيناه آنفا عن (الوسيلة) فتذكر و قال أبو حنيفة ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه كالوديعه و هو قياس باطل على باطل و ينتقض بما إذا وطئ البائع الجارية في مدة خياره بغير حضوره صاحبه و إن اختار الإمضاء لم يفتقر إلى حضور صاحبه بلا خلاف كما في (المبسوط) و أراد نفيه بيننا و بين أبي حنيفة و محمد الشيباني (قوله) (و لا قضاء القاضي)

قطعا و المخالف أبو حنيفة حيث جعله كالعنة و الفرق بينهما ظاهر

(قوله) (و لو أبهم الخيار في أحد العينين أو أحد المتبايعين بطل العقد فيهما)

بشرط تعيين محل الخيار و تعيين مستحقه فلو باعه عبدين و شرط الخيار في أحدهما لا بعينه فالبيع باطل بلا خلاف كما في (الخلاف) لأنه خيار مجهول المحل و غرر و بمنزلة ما إذا باعه أحدهما و لم يعينه و قال أبو حنيفة يجوز في العبدین و الثلاثة و لا يجوز في الأربعة فما زاد و هو مجرد استحسان نعم لو شرط الخيار يوما في أحد العبدین بعينه و يومين في الآخر صح عندنا كما في (التذكرة) و للشافعي قولان و لو شرط لأحد المتعاقدين لا بعينه و لأحد الرجلين لا بعينه بطل البيع و الشرط و قد يظهر من (التذكرة) الإجماع حتى من العامة إذا لم ينسب الخلاف في ذلك لأحد منهم

(قوله) (و لا يصح اشتراطه فيما يستعقب العتق)

الكلام فيه كالكلام في خيار المجلس إذا اشترى من يعتق عليه و قد أسبغنا الكلام فيه و أشبعناه و بينا الحال فيما عساه يقال إن ترتب العتق من مقتضيات الملك و من آثاره و ليس من مقتضيات العقد حتى ينافيه اشتراط الخيار فإذا تحقق اشتراط الخيار كان الملك مترلزلا فلا يلزم حصول العتق إذ هو تابع للملك الثابت

(قوله) (و في ثبوته في الصرف إشكال)

كما في (التحرير) و موضع من (التذكرة) و في (المبسوط) و الخلاف و الغنية و السرائر و الشرائع) (و جامع الشرائع) و موضع من (التذكرة) أنه لا يدخله خيار الشرط و قد ادعى الشيخ و ابن إدريس الإجماع عليه و نفى عنه الخلاف في (الغنية) قال في (المبسوط) فأما خيار الشرط فلا يدخل الصرف أصلا إجماعا لأن من شرط صحة العقد القبض و مثله ما في (السرائر) و تعليههم يرشد إلى أن هذا الإجماع مستنبط من الإجماع على اشتراط القبض في الصرف المنافي لثبوت الخيار باعتقاد الحاكي فينتفى برفع التنافي كما ستسمع و لهذا أقدم على منعه المصنف في (المختلف) و المحقق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦٨

.....

الثاني في (جامع المقاصد) و أشار إليه في (الإيضاح) و قال في (المسالك) أطبق المتأخرون على ثبوته فيه و منع الإجماع انتهى فتأمل (قلت) و هو أي الثبوت ظاهر الأكثر كالمفيد و المرتضى و الديلمي و الطوسي و القاضي و الحلبي فيما حكى حيث أطلقوا ثبوته في البيع من دون تفصيل بين الصرف و غيره و أظهر من ذلك ما في (الشرائع) و الإرشاد و الدروس و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان) (و الكفاية) حيث قالوا إنه يثبت في كل عقد سوى النكاح و الوقف و الإيلاء و الطلاق و العتق إلا أن تقول هذا في كلامهم مساق لمقام آخر فلا- تعويل على الإطلاق و قد صرح بثبوته فيه (في الإيضاح و غاية المرام) و قواه المحقق الثاني و حسنة الشهيد الثاني و كاد يكون صريح (المختلف) و في (الدروس) أنا لم نعلم وجه المنع مع صحيح ابن سنان المؤمنون عند شروطهم (قلت) هذا الصحيح مشهور بين الفقهاء و المحدثين في أبواب الفقه و قد رواه الأقدمون من فقهاء أصحاب الأئمة عليهم السلام و لا راد له و لا معارض

يعتد به بحيث يخصه في المقام لأنك قد عرفت حال الإجماع المدعى و أن من تقدم على مدعيه أو عاصره ظاهره خلافه (و أما التعليل و قد سمعته فعليل جدا لأنه يجوز أن يقبضه في المجلس و يشترط الخيار مع أنه منقوض بالسلم (و يبقى الكلام) في دعوى الشهيد الثاني إطباق المتأخرين على منع الإجماع و إثبات الخيار فإنه قد يتأمل فيها (و أنت) قد عرفت من ظهر منه ثبوته من المتأخرين و من صرح به و من استشكل و الذي يتحصل من كلامهم أن هذا الخيار يعم كل بيع لا يستعقب العتق للأصل و عموم الكتاب و السنة فيثبت في السلم كما في (المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و التحرير) (و التذكرة) في المقام و غيرها و قد عرفت العبارات المشتملة على العموم أو الإطلاق و تزيد هنا عبارة (جامع الشرائع) قال و يدخل خيار الشرط في العقود إلا الصرف و النكاح و الواقف و الحاصل أنى لم أجد فيه خلافا لا في المسلم و لا المسلم فيه إلا من المصنف في (التذكرة) فنفي دخول خيار الشرط في المسلم في بحث خيار المجلس و رجع عنه هنا كما عرفت و قد قضى المقام أن نتعرض لسائر العقود و الإيقاعات و إن كان المصنف سيشير إلى ذلك في المطلب الثاني في الأحكام (فنقول) العقود إما لازمة أو جائزة أو تقع على نحوين أو مختلف فيها و يأتي بيان الحال فيها (و أما الإيقاعات فلا- يجرى خيار الشرط و غيره في شيء منها لا ابتناء الإيقاع على النفوذ بمجرد الصيغة و الخيار ينافى ذلك و لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينه (نبه خ ل) عليه جملة من الأخبار و الإيقاع إنما يقوم بواحد فلا يختص المنع بالطلاق و العتق و الإبراء كما توهمه بعض العبارات (و يرشد) إلى ذلك أنه في (السرائر) احتج على منع جريانه في الطلاق بخروجه عن العقود و مقتضاه ما ذكرناه من اطراد المنع في سائر الإيقاعات و عدم اختصاصه بالثلاثة و قد حكى (في المبسوط) الإجماع على المنع في الطلاق و العتق و في (المسالك) الإجماع على المنع في العتق و الإبراء و في (السرائر) نفى الخلاف عن عدم جريانه في العتق و الطلاق (إذا عرف) هذا فينبغي أن نعود إلى العقود (فنقول) أما النكاح فلا يجرى فيه خيار أصلا إجماعا كما في (الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك) لمشاكلته العبادة و ابتناؤه على الاحتياط التام و سبق التروى فيه على العقد و توقف رفعه على رافع مخصوص فلا يرتفع بغيره و لا يجرى أيضا في الوقف إجماعا كما في (المسالك) و قد نص عليه الشيخ و ابن إدريس و المحقق و ابن عمه يحيى بن سعيد و المصنف و الشهيدان و الكركي و الصيمري و عبارة (السرائر و الدروس) صريحتان بوجود الخلاف فيه و لم نجده قال في (السرائر) على الصحيح من المذاهب و الوجه فيه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٦٩

.....

اشتراط القرية فيه و أنه فك ملك لا إلى عوض فلا يقبل الشرط كالتق (و أما) ما عداهما من العقود اللازمة كالإجارة و لو في الذمة و المزارعة و المساقاة و الكفالة و الحوالة فلا أجد خلافا في جريان خيار الشرط فيها و استظهر المولى الأردبيلي من (التذكرة) الإجماع على دخول خيار الشرط في كل معاوضة حيث إنه اقتصر فيها على نسبة الخلاف إلى الجمهور قال و عموم أدلة العقود و الإيفاء بها و بالشروط دليل واضح على الكل حتى يوجد المانع من إجماع أو نحوه و قد استدلل على بعض المستثنيات ببعض المناسبات و ليس بتام و العمدة الإجماع إن كان انتهى (قلت) و الأمر كما ذكر و لنشر إلى ما استثنى مما لم يعم عليه دليل صالح فمنها الضمان فمنع جريانه فيه في (التذكرة و الكتاب) في باب الضمان فيكون منع منه في أحد قوليه و أجازته في (التذكرة و التحرير) في باب البيع و وافقه على ذلك المحقق الثاني في باب الضمان و فصل فيه في (المبسوط) تفصيلا طويلا يظهر منه أنه لا يدخله خيار الشرط و نفاه الشيخ في الصلح مطلقا في (الخلاف و المبسوط) و في (التحرير و جامع المقاصد) أنه لا يجرى في الصلح فيما يفيد الإبراء و في (غاية المرام) أنه لا يجرى في الصلح عن المجهول و الدعوى الغير الثابتة بالإقرار و الأصل في الجميع الصحة لعموم المقتضى و هذه الأقوال كأنها شاذة و في (المهذب البارع) الإجماع على جريانه في الصلح ذكره في باب الصلح (و أما العقود الجائزة) فقضية الدليل المذكور جوازه فيها جميعها و التأثير غير ملتمزم في الشروط فإن منها ما هو مؤكد لمقتضى العقد و قد نسب إلى الأكثر جوازه فيها و به قال

الشيخ فى (المبسوط) و ابن إدريس و القاضى فيما حكى فى الوكالة و الجعالة و القراض و الوديعه و العاربه و استندوا فى ذلك إلى جواز هذه العقود و هو يقتضى جريانه فى كل عقد جائز و فى (الغنيه) لا مانع من دخول خيار الشرط فيما ليس ببيع و قد يقتضى جريانه فى كل عقد عموم عبارة (الشرائع و الكتاب و الإرشاد و الدروس و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان و الكفايه) حيث قيل فيها و ثبت فى كل عقد إلى آخره كما سمعت ذلك آنفا إلا أن تنزل على اللازم و يدعى تبادره (و يرشد) إلى ذلك أنه فى (التحرير) منع من جريانه فى الجائزه كما ستعرف ثم قال بعد ذلك فظهر إن خيار الشرط يدخل فى كل عقد سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق و منع من جريانه فى الجائزه فى (المختلف و التحرير و جامع المقاصد و غايه المرام و المسالك) و نفى عنه البأس فى (التذكرة) بعد أن نسبه إلى بعض العامه لعدم تأثير الشرط فى الجائز و قد علمت أن التأثير غير ملتزم فى الشروط فإن أريد به الشرط المؤثر هنا عاد النزاع لفظيا لكن قضيه الاستدلال على عدم جريان خيار المجلس فى العقود الجائزه قد تعطى عدم جريان هذا الخيار أيضا فيها فتذكر و تدبر (و مما) ذكر يعلم حال الشرط فيما اختلف فى جوازه و لزومه كالسبق و الرمايه فيبتنى على الخلاف فى الشرط و العقد و أما ما يقع جائزا و لازما كالهيه ففى الأول يبنى على الخلاف فى الشرط و فى الثانى أعنى القسم اللازم منها فالشرط جائز فيه على القولين و أما ما يلزم من أحد الطرفين دون الآخر كالرهن فالشرط جاز فيه فى الرهن من قبل الراهن لمكان لزومه و يبنى الحال فيه من قبل المرتهن على الخلاف فى الشرط و ظاهر (المبسوط) أنه لا يدخله و استشكل فى (التحرير و غايه المرام) فى الأول لأن الرهن وثيقه للدين و الخيار ينافى الاستيثاق (وفيه) أن الاستيثاق فى المشروط بحسب الشرط فلا منافاه و قد اعتمده الصيمرى بعد ما استشكل فيه (و يعلم) أن الأصحاب فى المقام تسامحوا فى إطلاق العقد على الإيقاع مما يحتاج فى ترتب الأثر الشرعى على لفظه حيث يقولون يثبت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧٠

### [الرابع خيار الغبن]

(الرابع) المغبون يثبت له الخيار بشرطين عدم العلم وقت العقد و الزيادة أو النقيصه الفاحشه التى لا يتغابن بمثلها (١) وقت العقد فيتخير المغبون خاصه فى الفسخ و الإمضاء بما وقع عليه العقد

فى كل عقد و يستثنون الطلاق و نحوه (الرابع المغبون)

(قوله) (يثبت له الخيار بشرطين عدم العلم وقت العقد و الزيادة و النقيصه الفاحشه التى لا يتغابن بمثلها)

المشهور بين الأصحاب ثبوت خيار الغبن كما فى (المهذب البارع و غايه المرام و الروضه) و خصوصا المتأخرين كما فى (المسالك) (و الكفايه) بل كاد يكون إجماعا بين المتأخرين كما فى (إيضاح النافع) و عليه المتأخرون كما فى (التنقيح) و الشيخ و أتباعه كما فى (الدروس) و علماؤنا كما فى (التذكرة) و إجماع الطائفة كما فى (الغنيه) و به صرح فى (المبسوط و الخلاف و الوسيله و الغنيه و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة) (و الإرشاد و التبصره و الدروس و اللعمه و الحواشى المنسوبة إلى الشهيد و التنقيح و غايه المرام و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسيه و المسالك و الروضه و مجمع البرهان) و به صرح يحيى ابن سعيد فى (جامع الشرائع) فى مسأله تلقى الركب و كذا المصنف فى (نهايه الأحكام) إن قلنا إن المسألتين من سنخ واحد كما صرح به بعضهم و ينبغى أن يكون مذهب القاضى لأنه من أعظام أتباع الشيخ و قد نسبه الشهيد إلى الأتباع و لم يحضرنى من كتبه إلا (الجواهر) و هو ظاهر باقى المتأخرين من شارحين و محشين و إن كانت مسأله التلقى من سنخ هذه المسأله كان جميع المتأخرين مصرحين به إلا- من شذ و قد أسبغنا الكلام فيها بما لا مزيد عليه و كم من حكم معروف مشهور خلت عنه (المقنعه) و الإنتصار و

المراسم) فعدم ذكر هؤلاء الثلاثة له مع تركهم لكثير من الأحكام لا- يورث ريبه فيه (و أما الهداية و المقنع) فقد خلى عنهما أكثر الأحكام و أبو علي لم يزل موافقا للعامه و قد نقل في (الخلافة) مخالفة أبي حنيفة و الشافعي و مالك و أبي يوسف لنا في هذا الفرع و سكت عن باقي علمائهم على أن الشهيد إنما نسب الخلاف إلى ظاهر أبي علي و أما المحقق فما كنا نلنتفت إلى ما ينقل عنه في الدرس مع ما نشاهده منه فقد ظهر أن قول الشهيدين و من تأخر عنهما أن أكثر القدماء لم يذكروه كأنه لم يصادف محزه كما عرفت و لا وجه أصلا لاستظهار صاحب (الكفاية) عدم ثبوت الإجماع و قوله للتأمل فيه مجال و قد تبعه على ذلك صاحب الحدائق هذا كله مضافا إلى نفي الضرر و الضرار و أخبار التلقى الواردة في أن الركبان إذا قدموا للسوق تخيروا و النهى عن شراء ما يتلقى و أكله فليرجع إليها و ليتأمل فيها و النهى عن أكل مال الغير إلا عن تراض و ما رواه إسحاق بن عمار من أن غبن المسترسل حرام و في خبر آخر رواه ميسرة عن مولانا الصادق عليه السلام غبن المؤمن حرام و في آخر لا يغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل (و روى في مجمع البحرين) أن غبن المسترسل سحت و قال فيه إن الاسترسال الاستيناس و الطمأنينة إلى الإنسان و الثقة فيما يحدثه و قصور المتن و الدلالة يجبر بالإجماع و هو العمدة في المسألة و هل يعم سائر المعاوزات المالية الذي صرح به في (شرح الإرشاد) لفخر الإسلام (و التنقيح) (و إيضاح النافع) أنه يعم و هو ظاهر إجارة (جامع المقاصد) و قد يشم ذلك من إطلاق قوله في (التذكرة) الغبن سبب ثبوت الخيار للمغبون عند علمائنا لقوله عليه السلام لا ضرر و لا ضرار

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧١

و لو دفع الغابن التفاوت فلا خيار على إشكال (١)

في الإسلام و لقوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) إن لم نقل إن المقام يخص هذا الإطلاق و في إجارة (جامع المقاصد) أنه يجري في الإجارة مستندا إلى أنه من توابع المعاوزات و ينبغى ملاحظة الدليل فإن كان هو الإجماع لم يعم و إلا عم للعموم و لعل الأشبه العموم و في صلح (المهذب البار و المقنصر) أنه لا يثبت في الصلح خيار الغبن و لنا هناك تفصيل جيد و الشرطان المذكوران صرح بهما الشهيدان و غيرهما و هما مستفادان قطعا من كلام من لم ينص عليهما بالخصوص (كالمبسوط) (و الخلاف و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع) و غيرها و قد فهم منهم ذلك صاحب (المسالك) و غيره قال في (المبسوط) إذا اشترى شيئا فبان له الغبن فيه فإن كان من أهل الخبرة لم يكن له رده و إن لم يكن من أهل الخبرة نظر فإن كان مثله لم تجر العادة بمثله فسخ العقد إن شاء و إن كان جرت العادة لم يكن له الخيار و أجزها عبارة الإرشاد و الحاصل أن ذلك مما لا ريب فيه ثم إنه قد صرح جماعة منهم أبو العباس و الصيمري أن حقيقة الغبن نقص أحد العوضين عن العوض المسمى في العقد نقصا لا يتسامح بمثله عادة مع جهل من صار إليه الناقص و قد نقل المصنف في (التذكرة) و الشهيد الثاني في (المسالك) الإجماع على أنه لا غبن لو عرف المغبون القيمة ثم زاد أو نقص مع علمه و زاد في (المسالك) الإجماع على أنه لا غبن و لا خيار لو تجددت الزيادة أو النقص بعد العقد و هذا معنى الشرط الأول و هو جهالة المغبون بالقيمة وقت العقد و إليه أشار المصنف بقوله عدم العلم بالقيمة وقت العقد و لا فرق في الجهل بها بين من يمكنه معرفتها و لو بالتوقيف أو بالتروى و غيره فلو استندت إلى عجلته لم يسقط خياره كما نص عليه في (التحرير) و تثبت جهالته باعتراف الغابن و بالبينه إن أمكن و لا تثبت بقوله مع يمينه مع عدم إمكانها في حقه و في ثبوتها بذلك مع الإمكان قولان من استصحاب لزوم العقد و من أصل عدم العلم و كونها من الأمور الخفية غالبا فلا يطلع عليها إلا من جهته و قد استظهره في (المسالك) و قواه في (الروضة) و نفي عنه البعد في (جامع المقاصد) و مال إليه في (تعليق الإرشاد) (قلت) و هو الأصح إذ المفروض و إن كان المدعى المغبون أن الخصم لم يصدقه و لم يكذبه و لا يقدر على الحلف فكان قائلا لا أدري و قد حررنا في محله أن المدعى في مثل ذلك يحلف و يثبت مدعاه (و أما) الشرط الثاني فطريق معرفته ظاهر كالوجه في اشتراطه و الرجوع في عدم التسامح به غالبا إلى العادة و أما أنه يتخير المغبون فقد عبر به في (الغنية و التذكرة و الإرشاد و اللعة و الكفاية) و ظاهرها شموله لما إذا كان

بائعا أو مشتريا كما صرح به في (الوسيلة) و المصنف و الصيمرى في (التحرير و غاية المرام) و الشهيدان في (الدروس و الروضة) و كأنه صريح (التنقيح و إيضاح النافع) و قد فهم ذلك في (الدروس) من الشيخ و أتباعه فيكون الاقتصار على ذكر المشتري في (المبسوط و الخلاف و السرائر) لمكان الغلبة و يرشد إلى ذلك استدلالهم على ذلك بأخبار التلقى كما في (الغنية) و غيرها و في (التذكرة) أنه يثبت للمغبون خاصة دون الغابن إجماعا و كيف كان فلا بد من ملاحظة مسألة التلقى في هذه المباحث (قوله) (و لو دفع الغابن التفاوت فلا خيار على إشكال)

و نحو ذلك ما في (التذكرة) (و حواشى الشهيد و المفاتيح) من عدم الترجيح و رجح بقاء الخيار في (الدروس و المهذب البارع و غاية المرام) (و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان) و هو ظاهر الباقيين استنادا إلى مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧٢ و لا يسقط بالتصرف إلا أن يخرج عن الملك بالبيع و شبهه أو يمنع مانع من رده كاستيلاء الأمة أو عتقها (١)

الاستصحاب بناء على أن الأصل في إثبات هذا الخيار الإجماع و ثبوته به يقتضى انسحابه في محل الخلاف بالاستصحاب و لا ينافيه وقوع الخلاف فيه في محل الفرض على أنه لا خلاف و إنما هو (هناك خ ل) أشكال نعم لو كان الاستناد في الإثبات إلى أدلة نفى الضرر خاصة صح القول بسقوطه لدوران الحكم معه حيثما دار فيندفع بالبذل و قد لا يصح القول بسقوطه و إن كان المستند دليل الضرر كما (في الروضة) للاستصحاب لأن (و لأن خ ل) ذلك لا يخرج المعاوضة المشتملة على الغبن عن احتمالها عليه لأنه هبة مستقلة و من قبيل هبة الغابن لا يسقط خياره (فليتأمل) ثم إن انتفاء الضرر لا ينحصر في بذلك التفاوت بل يمكن بالرد أيضا فدعوى تعيينه تحكم (فتأمل) أيضا و قد وجه جماعة سقوطه بأن الأصل للزوم فيقتصر فيما خالفه على المتيقن المجمع عليه و المتحقق به الضرر و حيث يبذل التفاوت فلا ضرر و لا إجماع (و فيه) ما عرفت و كذلك الحال لو بذل الزبون بدل المغبون فيه كما في (الدروس و غاية المرام) و الظاهر منهم أن ليس في تصوير هذه المسألة منافاة لفورية الخيار على القول به و في (المسالك و الكفاية) أن العلامة استشكل في ثبوت الخيار لو بذل الغابن التفاوت مع دعواه الإجماع على عدم ثبوت الأرش به (و أنت خبير) بأنه لا منافاة إذ المنفى بالإجماع أخذه و دفعه على سبيل الاستحقاق فإنه (حينئذ) لا يجب على الغابن دفعه و لا يحل للمغبون أخذه لأنه لا يستحقه و محل الإشكال ما إذا دفعه لا على ذلك السبيل بل في مقابلة ترك الفسخ فهل يجب على المغبون القبول و لا يجوز له الفسخ و الخيار أم لا بل ذلك منوط بالتراضى فيكون معاملة أخرى هذا (و قد سلف) للمصنف في المراجعة من (التذكرة) فيما إذا ظهر كذب البائع في إخباره و قال للمشتري لا تفسخ فإنى أحط الزيادة أنه يسقط بذلك خيار المشتري (فليتأمل)

(قوله) (و لا يسقط بالتصرف إلا أن يخرج عن الملك بالبيع و شبهه أو يمنع مانع من رده كاستيلاء الأمة أو عتقها) كما صرح بجميع ذلك في (الشرائع و التحرير و التذكرة و غاية المرام و المهذب البارع) (و التنقيح و غاية المرام و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الروضة و المسالك) و نقله الشهيد في حواشيه عن شمس الدين و في (الروضة و المفاتيح) أنه المشهور و اقتصر في (الإرشاد) على قوله و لا يسقط بالتصرف و في (اللمعة) على قوله إلا أن يكون المشتري و قد أخرجه عن ملكه لكنه بعد ذلك أشار إلى إلحاق الاستيلاء به ثم تأمل فيما استثناه للضرر مع الجهل و يأتي بيان الحال و المراد بالإخراج عن الملك ما كان لازما كما هو صريح جماعة و ظاهر آخرين كما يرشد إليه تعليل (التذكرة) بعدم التمكن من الاستدراك و تمثيل الكتاب كما أن المراد بالتصرف هنا أعنى التصرف المستثنى تصرف ذى الخيار قطعا و قد صرح الأكثر بأن المراد به المشتري و ستعرف فيما إذا كان البائع ذا خيار و تصرف في الثمن و أما تصرف الآخر غير ذى الخيار فلا يسقط به خيار ذى الخيار مطلقا كما في (الدروس و غاية المرام و المهذب البارع و التنقيح و غاية المرام و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) (و الروضة و المسالك) لعدم الدليل على سقوطه لأن ضرر المغبون لا يسقط اعتباره بتصرف من لا ضرر عليه فإن كان عتقا أو استيلافا فإذا فسخ البائع المغبون لزم المشتري المخرج له عن ملكه المثل أو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧٣

.....

القيمة كما في (الدروس و المهذب البارع و غاية المرام و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) فيكون الإخراج عن الملك و نحوه بمنزلة التلف و احتمال في (الدروس و مجمع البرهان) أن لدى الخيار إبطاله كالشفيع و في الأخير أن ذلك مقتضى الخيار و احتمال فيه الإبطال أيضا فيما إذا كان التصرف من ذى الخيار بالمخرج أو المانع فجوز له فسخه لحصول الضرر المنفى و قال إنه لم يظهر له الفرق بين المسألتين و باقى الكتب لم يتعرض فيها لذكر التصرف أصلا (إذا عرفت) هذا فعد إلى بيان الحال فى بعض العبارات فقول المصنف و الشهيد (فى الإرشاد و اللمعة) و لا يسقط بالتصرف ظاهره أنه سواء كان المتصرف الغابن أم المغبون و سواء خرج به عن الملك أم لا منع من رده مانع أم لا و لم يستثن فى (الإرشاد) و فى (اللمعة) استثنى ثم تأمل فيما استثنى كما عرفت و مال إلى الإطلاق كما هو ظاهر (الإرشاد) و وافقه على التأمل فى ذلك جماعة ممن تأخر عنه و قد سمعت ما قاله المقدس الأردبيلي لمكان الضرر الواقع على المشتري مع تصرفه على وجه يمنع من رده لو قلنا بسقوط خياره به مع الجهل بالغبن أو الخيار و الضرر منفى بالخبر بل هو مستند خيار الغبن إذ لا نص فيه بخصوصه (و حينئذ) فيمكن الفسخ مع تصرفه كذلك و إلزامه بالقيمة إن كان قيميا أو المثل إن كان مثليا جمعا بين الحقين أحدهما الخيار بالنسبة إلى المشتري و الآخر عدم الرد بالنسبة إلى من انتقل إليه كما يثبت ذلك لو كان المتصرف المشتري و المغبون البائع فإنه إذا انفسخ فلم يجد رجع إلى المثل أو القيمة و استوجهه فى (الروضة) لو لا عدم وقوفه على قائل به و قد سمعت إطلاق عبارة (الإرشاد) و قال نعم لو عاد إلى ملكه بإقاله أو نحوها أو موت ولد جاز له الفسخ إن لم يناف الفورية (انتهى) و له فيها تفصيل آخر فى مثل هذا ستسمعه ينافى هذا و فى (المهذب البارع) أنه ليس له حينئذ رده و يبقى الكلام فيما إذا كان المغبون البائع و قد تصرف فى الثمن تصرفا يمنع من رده قال فى (جامع المقاصد) لا أعلم فى ذلك تصريحاً لكن فى عبارة (التذكرة) ما يقتضى عموم سقوط الخيار هنا فإنه قال و لا يسقط هذا الخيار بتصرف المغبون لأصالة الاستصحاب إلا أن يخرج عن الملك ببيع أو عتق و شبهه لعدم التمكن من استدراكه هذا لفظه و هو شامل لما قلنا مع احتمال أن يريد به تصرف المشتري خاصة إذا كان هو المغبون لكن ما استدلل به بعينه قائم فيما ذكرناه (قلت) و أبو العباس و الصيمرى لم يتعرضا له مع تعرضهما لشقوق كثيرة قليلة الفائدة و فيها ما هو مخالف لظاهر الأصحاب كما ستعرف و فى (الروضة) حكم بسقوط خياره و قواه فى (المسالكة) و الأقوى خلاف ذلك عملا بالاستصحاب إلا أن يثبت المخرج عنه (و اعلم) أن جماعة تعرضوا لأقسام المسألة كأبى العباس و الصيمرى و الكركى و الشهيد الثانى قال الصيمرى لأنها من المسائل الجليئة التى تفتقر إلى كشف و إيضاح و فى (الروضة) أنها مما تعم بها البلوى و حكمها غير مستوفى فى كلامهم و قد ظن أنه استوفى أقسامها و نقح كلامها (أحكامها خ ل) بأوجز عبارة و أحسن إشارة و ليس كذلك فإن جملة من أقسامها لم يتعرض لها و بعض من أحكامها لم يتقحه و بعض لم يذكره (و نحن) نتعرض لها على ما يقتضيه المقام و نبين الحال فى كلام (الروضة) و المهذب البارع و غاية المرام) (ف نقول) إنه فى الروضة لم يفرض الغبن فى الثمن فى جملة أقسام المسألة و لا فى تفصيل الأحكام كما ستسمع و إن كان أشار إليه فى أول المسألة لأن كلامه برمته لا يدل على أزيد من الغبن فى المبيع و أحكامه لأنه بين حكم غبن البائع أو المشتري فى المبيع مع تصرف المشتري فيه أو تصرف البائع فى الثمن أو هما فيهما و الحال أن الغبن قد يكون

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧٤

.....

فى الثمن أيضا و هو ما قرن بالبائ و دليل الخيار المذكور عنده يشمله إلا أن تقول إن الغبن فى الثمن تابع للغبن فى المبيع (و أنت

خبير) بأنه يتصور غنهما فيهما كما إذا وقع البيع على ثوب بفرس و ظنا المساواة فى القيمة ثم اعتقد كل منهما أن ما فى يده أنقص مما فى يد الآخر بكثير و لم يوجد المقوم ليرجع فيهما إليه فتخالفا فثبت الغبن لكل منهما (و تظهر) الفائدة على المشهور فيما لو أخرجهما عن ملكهما (و حينئذ) يتصور غنهما فى أحدهما كما لو باع ما ظناه أنه يعدل مائة مائة ثم اعتقد البائع أن قيمته مائتان و المشتري أنها خمسون و تحالفا لعدم المقوم إذا لم يتفقا على الفسخ (و أما تصوير) كونهما مغبونين فى الثمن و المبيع بما إذا وقع البيع على ثوب بفرس فظن كل منهما أن قيمة ماله مائة و مال صاحبه أزيد ثم ظهر أن قيمة كل منهما مائتان فيثبت الخيار لمكان الجهالة و اختلاف الأغراض (فمما) لا وجه له لأن مطلق الجهالة لا يوجب الخيار بل إذا ظهر بعد العلم التفاوت الموجب للضرر و شرط الجهالة إنما هو لسد احتمال المواطأة فى المحابأة و هنا ليس الحال كذلك لانتفاء الضرر و لو كان تأثير (مطلق) الجهالة أو اختلاف الأغراض مؤثرا لأثر فى فساد العقد من رأس لا فى الخيار الذى فائدته جبر الضرر ثم إنه فى (الروضة) و أبى العباس فى (المهذب) لم يبين الحال فيما إذا أتلّف المشتري العين أو تلفت من نفسها فإن بين التلّفين فرقا كما ستسمع و الصيمرى لم يفرق بينهما فيما جعله ضابطا و قد يظهر ذلك من مطاوى (الروضة) فى أثناء كلام له جاء بالتبع كما ستسمع (إذا عرفت) هذا فعد إلى أقسام المسألة (فبقول) أقسام التصرف ثمانية عشر لأنه إما أن يكون مانعا من الرد كالاستيلاء أو ناقلا للعين بعد اللزوم أو قبله كزمن الخيار أو واردا على المنفعة لازما كالإجارة أو جائزا كالسكنى أو يوجب تغير العين بالزيادة عينيه كغرس الأرض أو حكميه كقصاره الثوب أو هما يعنى المثوبة كصبغ الثوب أو بالنقصان عينا أو عيبا أو هما أو بالامتزاج المقتضى للشركة كخلطه بالأجود أو المثل أو الأردى أو بما لا يقتضى الشركة أو بغير الزيادة و النقصان كنصيب الفص فى الخاتم أو بهما معا على وجه الاضمحلال كالزيت يعمل صابونا أو لا يوجب شيئا من ذلك كالركوب فهذه ثمانية عشر قسما و فى الأولين منها أعنى الخروج عن الملك و المنع من الرد إما أن يزول المانع من الرد قبل بطلان الخيار أو بعده أو لا يزول و مضروب الاثنين فى الثلاثة ستة فالمجموع يصير اثنين و عشرين لأنه يسقط الاثنان المضروبان لأنهما عدا فى الثمانية عشر ثم المتصرف فيه إما أن يكون المبيع أو ثمنه أو هما و مضروب المجتمع فى الثلاثة يرتقى إلى ستة و ستين ثم المغبون إما البائع أو المشتري أو هما و مضروب هذه الثلاثة فى الستة و الستين مائة و ثمانية و تسعون هذا تفصيل جميع الأقسام التى فى (الروضة) و قد أجملها (و أما) إذا اعتبرنا الإلتلاف و التلف زادت الأقسام و قال إنها تزيد على مائتين ثم قال و جملة الكلام فى حكمها أن المغبون إن كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقا فإن فسخ و وجد العين باقية على ملكه لم تتغير تغيرا يوجب زيادة القيمة و لا يمنع من ردها أخذها و إن وجدها متغيرة بصفة محضه كالطحن و القصاره فللمشتري أجره عمله و لو زادت قيمة العين بها شاركه فى الزيادة بنسبة القيمة و إن كانت صفة من وجه و عينا من أخرى كالصبغ صار شريكا بنسبته و لو كانت الزيادة عينا محضه كالغرس أخذ المبيع و تخير بين قلع الغرس بالأرش و إبقائه بالأجرة لأنه وضع بحق و لو رضى ببقائه بها و اختار المشتري قلعه فالظاهر أنه لا أرش له و عليه تسوية الحفر حينئذ و لو كان زرعا و جب إبقاؤه إلى أوان بلوغه بالأجرة و إن وجدها ناقصة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧٥

.....

أخذها مجانا كذلك إن شاء و إن وجدها ممتزجة بغيرها فإن كان بمساو أو أردى صار شريكا إن شاء و إن كان بأجود ففى سقوط خياره أو كونه شريكا بنسبة القيمة أو الرجوع إلى الصلح أو جه (قلت) يتجه سقوط خياره بالنسبة إلى العين الممتزجة لأنها كالمعدومة لا بالنسبة إلى المثل أو القيمة (ثم) قال و لو مزجها بغير الجنس بحيث لا تتميز فكالمعدومة و إن وجدها منتقلة عن ملكه بعقد لازم كالبيع و العتق رجوع إلى المثل أو القيمة و كذا لو كان قد استولدها ثم إن استمر المانع استمر السقوط و إن زال قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه أو مات الولد أخذ العين مع احتمال العدم لبطلان حقه بالخروج فلا يعود و لو كان العود بعد الحكم بالعوض ففى رجوعه إلى العين وجهان من بطلان حقه من العين و كون العوض للحيلولة و قد زالت (قلت) و قد سمعت ما حكيناه عنه و عن

المهذب البارع آنفا (ثم قال) و لو كان الناقل مما يمكن إبطاله فى مثله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ و إن امتنع فسخه الحاكم فإن تعذر فسخه المغبون (قلت) لا حاجة إلى الحاكم بل للمغبون الفسخ سواء امتنع الغابن أم لم يمتنع (و قال) و إن وجدها منقولة المنافع جاز له الفسخ و انتظار انقضاء المدء و يصير ملكه من حينه و ليس له فسخ الإجارة (قلت) و هل يجب عليه الصبر مجاناً حتى تنقضى مدء الإجارة يحتمل ذلك (إلا أن) فيه أنه ربما كانت المدء طويلة جداً كمائة سنة فيجرى مجرى التلف فيأخذ منه قيمته حينئذ و يحتمل أن له أجرته من حين فسخه العقد لكنه خلاف ظاهرهم هذا و لا يجوز له تأخير الفسخ حتى تنقضى المدء على القول بأنه للفور مع احتمال أنه تأخير لعذر و يجب عليه رد العوض عاجلاً- من حين الفسخ لانتقال العين إليه من حينه مع احتمال عدمه لعدم انتفاعه بالفسخ فله الانتفاع بالعوض و الأول أقوى لأنه له أن يعتقه عن الكفارة لو كان عبداً و أن يستخدمه ليلاً إلى غير ذلك (و قال) و لو كان النقل جائزاً كالكسنى المطلقة فله الفسخ هذا كله إذا لم يكن تصرف فى الثمن تصرفاً يمنع من رده و إلا سقط خياره (قلت) قد عرفت أن هذا خلاف الظاهر من الأكثر و خلاف ما يقتضيه الاستصحاب و أيضاً ينافى استثناء المصنف من الكلية التى فسرها هو له حيث قال المصنف و كذا لا يسقط بالتصرف إلا أن يكون المغبون المشتري و قد أخرجه عن ملكه و الاحتمال السابق من المصنف إنما هو لأجل المستثنى خاصة (فليلاحظ) ذلك فإنه ربما دق حتى على مثل الفاضل الشارح (و قال) إن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع فى الثمن مطلقاً فيرجع إلى عين الثمن أو مثله أو قيمته (و أما) تصرفه فيما غبن فيه فإن لم يكن ناقلاً عن الملك على وجه لازم و لا مانعاً من الرد و لا منقصة للعين فله ردها و فى الناقل و المانع ما تقدم (قلت) أشار إلى نص الأكثر على السقوط و نظر للمعة و قال و لو كان قد زادها فأولى بجوازه أو نقصها أو مزجها أو أجرها فوجهان (قلت) وجه سقوط خياره تعذر ردها لأن الناقصة و الممتزجة كالمعدومة و الإجارة ناقلة و إن وردت على المنفعة لعدم جواز فسخها و وجه عدم السقوط و هو ظاهر الأكثر بقاء العين و منع التعذر و غايته الأرش فى الأول و التشريك فى الثانى و الرد بعد انقضاء الإجارة (و قد عرفت) أن الأكثر إنما استثنوا صورتين لا غير و المخالف فى ذلك أبو العباس و الصيمرى حيث ذهباً إلى أن كل تصرف لازم يمنع من الرد سواء كان على العين أو المنفعة إلا إذا لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة (قلت) يبقى الكلام فى التلف و الظاهر أن الإلتلاف كالنقل اللازم (و أما) التلف من نفسه ففيه وجهان و يأتى تمام الكلام (و قال) و لو كانت الأرض مغروسة فعليه قلعها من دون أرش إن لم يرض البائع بالأجرة و فى خلطه بالأردى الأرش و بالأجود إن بذل له بنسبته فقد أنصفه و إلا فإشكال (قلت) الظاهر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧٦

و لا يثبت به أرش (١)

### [الخامس خيار التأخير]

(الخامس) من باع و لم يسلم و لا قبض الثمن و لا شرط تأخير الثمن يلزمه البيع ثلاثة أيام فإن جاء المشتري بالثمن فهو أحق و إلا تخير البائع فى الفسخ و الصبر و المطالبة بالثمن (٢)

أن التشريك لا ينافى رد العين لأن خلطه كذلك ليس تصرفاً ناقلاً و يمكن تشريك البائع بالنسبة أو بالصلح و هذا أحد وجهى الإشكال و الوجه الثانى أن التشريك و الصلح بمنزلة العوض مثلاً أو قيمةً و خيار المشتري يسقط إذا رجح الأمر إليهما على المشهور و هو ضعيف كما ترى

(قوله) (و لا يثبت به أرش)

إجماعاً كما فى (التذكرة) و لم أجد فى ذلك مخالفاً بل هم بين مصرح بذلك أو ساكت بل قد نقل بعضهم حكاية الإجماع



المذكور ساكتا عليه و هل هذا الخيار على الفور أم التراخي فيه قولان الأول خيرة أبي العباس و الصيمري و الشهيد الثاني و قد أحاله المحقق الثاني و صاحب إيضاح النافع على مسألة تلقى الركبان و قد استوفينا فيها الكلام و بينا فيها الحال في التمسك بالاستصحاب و قلنا إن التمسك به في المقام غفلة و واضحة و قد بينا في خيار الرؤية أيضا الحال في مثل هذا الخيار ذكرناه في أوائل الباب في الفصل الثالث في العوضين و قد تشعر عبارة (الشرائع) بالتراخي حيث قال كان الفسخ إذا شاء (و يعلم) أن الأصحاب في باب المراجعة حيث يظهر كذب البائع في إخباره حكموا بأن المشتري يتخير و المصنف تردد في سقوط خياره بالتلف و في (المبسوط) أسقطه بالتصرف و التلف و حكاة الشهيد عن ابن المتوج و قوى المحقق الثاني و الشهيد الثاني عدم السقوط و قد استوفينا الكلام في ذلك المقام و الغرض بيان ما إذا أتلغه المشتري هنا أو تلف من نفسه فهل يجريان مجرى التصرف اللازم أو إنما يجري الإتلاف دون التلف و هل بين هذا المقام و باب المراجعة فرق على رأى المصنف أم لا و قد تصدى في (جامع المقاصد) لبيانه فقال قد يمكن الفرق بأن السبب هناك أقوى لأن المخبر كاذبا غار مدلس بخلاف ما هنا فإن الغابن لم يقع منه تغير و إنما التقصير من جهل المغبون و في تأثير هذا الفرق إشكال و لا فرق في التلف هناك بين أن يكون من نفسه أو من المشتري كما هو ظاهر كلامهم هناك و هو قوى لأن خيار التدليس كخيار العيب فهو أقوى من خيار الغبن و قضية ذلك عدم الفرق هنا بين التلفين لأن الإتلاف أقوى من التصرف المخرج عن الملك (و أما) إذا تلف بنفسه فقد تردد فيه المحقق الثاني من عدم استدراكه و من عدم التقصير من المشتري فلا يسقط حقه و لم يتعرض المصنف و لا غيره لسقوط خيار الغبن باشتراط سقوطه في العقد ما عدا صاحب الدروس فإنه قال لو شرط رفعه أو رفع خيار الرؤية فالظاهر بطلان العقد للغرر ثم احتمال صحة رفع خيار الغبن و قد حكينا فيما سلف عن الصيمري أنه لا يسقط بذلك بل يبطل العقد و الشرط و هو الظاهر من أدلته و شرطيته و مورده أعنى تلقى الركبان و عدم ذكرهم له و هو الموافق للاعتبار و لأنه مع جهله بالحال لا يزيد الاشتراط عن رضاه بالعقد فليلحظ لكن المحقق الثاني احتمال صحة اشتراطه سقوطه و عدمها ثم استظهر الصحة بعد ذلك و ليتأمل في ذلك و نحوه ما في المفاتيح

(قوله) (الخامس من باع و لم يسلم و لا قبض الثمن و لا شرط تأخير الثمن يلزمه البيع ثلاثة أيام فإن جاء المشتري بالثمن فهو أحق و إلا تخير البائع في الفسخ و الصبر و المطالبة بالثمن)

قد نقل الإجماع على أن للبائع الخيار بعد الثلاثة بالشروط الثلاثة في (الإنتصار و الخلاف) (و الجواهر) لكنه ترك فيه الشرط الثالث (و التذكرة و المسالك و المفاتيح) و ظاهر (المهذب البارع و التنقيح) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧٧

.....

(و إيضاح النافع) حيث نسب ثبوت الخيار له فيها بشروطه إلى أصحابنا و في (الغنية) نسبه إلى رواية الأصحاب ثم بعد ذلك ادعى الإجماع بحيث يمكن شموله و الشرط الثالث مستفاد من عبارتها قطعا و إن لم يصرح به و قد تظهر دعوى الإجماع من (السرائر) بأن يكون ثبوت الخيار داخلا فيما نسبه إلى الأصحاب و في (الخلاف) ادعى عليه أخبار الفرقة و في (غاية المرام) أنه المشهور و قد صرح به في (المقنعة و الإنتصار) (و النهاية و الخلاف و المراسم و الجواهر و الغنية و الوسيلة و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة) (و التحرير و التبصرة و الإرشاد و المختلف و شرح الإرشاد) لفخر الإسلام (و الدروس و اللمعة و التنقيح) (و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الروضة و المسالك و المفاتيح و الهداية) للحر و قال في (الدروس) ظاهر الأكثر أن البائع يملك الفسخ و المطالبة بالثمن بعد الثلث و ظاهر ابن الجنيد و الشيخ في (المبسوط) بطلانه فقد نسبه إلى ظاهر الأكثر (و قد عرفت) أنه صريحهم و إن حمل على أن المراد أنه لا يسقط الخيار بالمطالبة كما سيأتي كان مخالفا لظاهر الأكثر كما ستعرف (و لعله) صاحب (كشف الرموز) و المخالف بحسب الظاهر أبو على حيث قال فلا بيع من دون قيد له و الصدوق عبر بعبارة النص و الشيخ في (المبسوط) حيث نسب

بطلان البيع إلى رواية أصحابنا وربما نسب إلى صريحهما في (المهذب البارع) و في (الدروس) نسب إلى ظاهرهما و قربه صاحب (الكفاية) و نفى عنه البعد صاحب (مجمع البرهان) و جزم به صاحب (الحدائق) و أنت خير بأن أقصى ما في (المبسوط) رواية الأصحاب و الرواية غير الفتوى مع معارضتها بما في (الخلافة و الغنية) كما سمعت و فتوى أبي علي غير محكمة لإمكان تأويلها بأنه آئل إلى ذلك باعتبار ثبوت الخيار سلمنا لكنها شاذة أكمل شذوذ لمكان تطابق الفتاوى من جماهير الأصحاب على خلافها و الإجماع المتكرر فضلا عن الشهرة العظيمة مضافا إلى مخالفتها للأصل و الأخبار المرسله في (الخلافة و الغنية) و ما يظهر من الأخبار الموجودة في الجوامع العظام (فمنها) ما روى في الفقيه صحيحا عن جميل عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (قال) قلت له الرجل اشترى من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول آتيك بثلثه قال إن جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له (و روى) مثله في (الكافي) في الصحيح أو الحسن عن جميل و ابن بكير و زرارة و في (التهذيب) بسند فيه علي بن حديد عن زرارة و مثله موثقة إسحاق بن عمار من اشترى ببيع فمضى ثلاثة أيام و لم يجئ فلا بيع له و خبر عبد الرحمن بن الحجاج في قضية المحمل و الذي فهموه منها نفى لزوم البيع (و لعله) لأن المفهوم من نفيه للمشتري ثبوته للآخر لمكان التقييد و لا- يصح حينئذ نفى الصحة لأنها لا تقبل التبعض مضافا إلى قرينه المقابلة لأن معنى قوله عليه السلام إن جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيام أن البيع لازم و قد قابله بقوله عليه السلام و إلا- فلا- بيع له فيكون معناه أنه لا- يلزم مع وقوع ذلك في حيز الخيار في خبر (الكافي) و وقوع مثله في خيار ما يفسد ليومه مع إطباقهم عليه و الشاهد على ذلك كله أن النفي ورد مورد توهم لزوم المعاملة فلا يفيد سوى نفيه (فتأمل) مع ظهور كون العلة في هذا الخيار دفع الضرر و إنما يندفع بالخيار و أما البطلان فربما كان أضر على البائع من التزام البيع فلا يحصل المطلوب و هو الارتفاق على أنا قد ندعى أن إطلاق البيع إنما ينصرف إلى اللازم ثم إنها لو لم تكن ظاهرة لما استدلو بها سلمنا قصور الدلالة على المراد و أنها ظاهرة في خلافه كما في (المختلف و المهذب البارع) (و مجمع البرهان) و غيرها لكننا قد أصلنا أن الأخبار كلما اشتد ظهورها في مخالفة المشهور مع وقوفهم عليه ضعفت عن الاستناد إليها فما ظنك بما إذا كانت مخالفة للإجماع المستفيض نقله الشاهد بصدقه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧٨

.....

تطابق الفتاوى عليه إلا- من شاذ لا- يزال مخالفا (لكن) في الإجماع المنقول و الأخبار المرسله في (الخلافة) (و الغنية) المعترضه بالشهرة العظيمة و الأصل بلاغا فتتزل هذه الأخبار على ذلك (و أما) قول مولانا أبي الحسن عليه السلام في صحيحة علي بن يقطين و إلا- فلا- بيع بينهما فلا يأبى الحمل على اللزوم فإن ثبوت الخيار لأحدهما ينفي اللزوم بينهما ثم إنه لا فرق في المبيع بالنسبة إلى مدة الخيار بين الجارية و غيرها كما هو قضية إطلاق النصوص و الفتاوى و صريح (المختلف و الدروس) خلافا (للمقنع) فيما حكى عنه و لم أجده فيما عندنا من نسخة نعم هو صريح (الفقيه) و محتمل (الإستبصار) و كذلك (التهذيب) فجعلنا مدة الخيار فيها إلى شهر لخبر علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام الصريح في ذلك لكن في السند أبا إسحاق و هو مشترك و إن كان الأظهر أنه إبراهيم بن هاشم و علي تقدير صحته فهو شاذ نادر كما في (الدروس) مع غرابة الاختصاص و لزوم الضرر على البائع بطول المدة فالأولى إن أريد الجمع لمكان ظهور صحته أو حسنها أن تحمل على بيان منتهى مدة الصبر فيكون للصبر غايتان غاية و جوب و غاية جواز أما الأولى فهي الثلاثة و أما الثانية فهي الثلاثون فيصير منتهى الصبر في كل مبيع ثلاثين و به تنفى الغرابة في اختصاص الثلاثين في بيع الأمانة و قد شرطوا كما عرفت في هذا النوع أن لا يكون قد قبض الثمن و لا قبض المبيع و قد دلت على الأمرين معا صحيحة علي بن يقطين التي تضمنت أن لا بيع بينهما و الإجماعات السالفة قد أفصحت معاقدها بذلك كما تقدمت الإشارة إلى ذلك لكن صحيحة زرارة التي في الفقيه قد اشتملت في السؤال على قوله ثم يدعه عنده الظاهر في الإقباض للمبيع و إطلاق الأخبار الأخر يشمل صورتى الإقباض و عدمه إن قلنا إن القبض في المتاع هو الأخذ باليد و إن قلنا بأنه في المتاع النقل لم يكن للإطلاق ظهور في ذلك (و لعل)

استنادهم إليها مع اشتراطهم عدم إقباض المبيع مبنى على كون القبض عندهم فى نحو المتاع هو النقل لا مجرد القبض باليد لمكان خبر عقبه و إجماع (الغنية) فعلى هذا لو وجد القبض و الإقباض أو أحدهما فلا خيار له و إن أبقاه عند صاحبه هذا (و فى التحرير) أنه لو أمكنه منه سقط خياره فإن بنى على أن التخليه إقباض فى كل مبيع أو فرض المسألة فيما لا ينقل فلا كلام و إلا فالأشبهه البقاء و إن أسقطنا عنه الضمان به لدليل آخر لمنع عموم البدلية لمكان بقاء حق الحبس و هناك خلاف آخر للشيخ حيث جوز فسخ البائع فى كل موضع يتعذر فيه قبض الثمن سواء قبض المشتري المبيع أو لم يقبضه و فى (الدروس) أنه لا- يخلو عن قوة و قبض البعض فى الثمن و المبيع كلا قبض بلا خلاف فيما أجد و قد صرح به المصنف و الشهيدان و أبو العباس و المقداد و المفلق الصيمرى و المحقق الثانى و القطيفى و غيرهم لخبر عبد الرحمن الوارد فى المجلد حيث قال اشترت محملا و أعطيت بعض الثمن (الحديث) و لصدق عدم قبض الثمن و إقباض المثلث لأن الأسماء تناط بتمام المسميات و كذا لو قبض فبان مستحقا كلا أو بعضا إذ لا عبرة بالفاسد و قبض المعيب صحيح فيسقط به خيار البائع و يكفى فى الثمن مطلق القبض بخلاف المبيع فيشترط فيه إذن البائع كما صرح به جماعة و أشار إليه آخرون لأن قبض الثمن من فعل البائع كإقباض المبيع فيسقط حقه بهما و قبض المشتري ليس فعلا له و حقه لا يسقط بفعل غيره و لو أجاز القبض لزم البيع خلافا لما حكى عن الشيخ لعدم الإقباض و هو ضعيف و به يعرف حال ما فى (الرياض) و قد عرفت أنهم اشترطوا عدم اشتراط تأخير الثمن فلو شرط التأجيل فيه سقط الخيار إجماعا و لو كان ساعه كما أفصح به معقد إجماع (التذكرة) عملا بالأصل السالم عن معارضة النص و الإجماع و لأن الواجب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٧٩

.....

مع الشرط مراعاة الأجل طال أو قصر فلا يتقدر بالثلاثة و إثباتها بعده خروج عن ظاهر النص و الفتوى ثم إن تأجيل الثمن فى بعض أفراده يسقطه على الخيار (و منه) يعلم الحال فيما إذا شرط تأجيل المبيع كما صرح به جماعة كثيرون و أشار إليه آخرون كالسيد فى (الانتصار) و الشيخ فى (الخلاف) حيث اشترط تعيينهما حيث قال- فى (الخلاف و الانتصار) من ابتاع شيئا معينا بثمان معين إلخ إذ مرادهما الاحتراز عن السلف و النسبته و لا كذلك عبارة (المبسوط و المراسم و الوسيلة و التحرير) و غيرها مما قيل فيه من اشترى شيئا بعينه بثمان معلوم فإن هذه العبارات لعلها ظاهرة فى أن المراد الاحتراز عما فى الذمة (فليتأمل) و لو شرط التأجيل فى البعض و نقد الباقي فأخر الجميع فالأقرب السقوط كما فى ما يأتى من (الكتاب) (و التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد) لتغير الصورة الظاهرة فى حلول الجميع و لأن فى الرواية و لا- قبض الثمن و هو يرشد إلى كون الثمن حالا لأن المتبادر أنه عدم ملكه و لسقوطه فى المؤجل بالشرط فيسقط فى الكل لثلا يلزم التبعض فى الخيار فيلزم منه تبعض الصفقة (و مما ذكر) يعلم الحال فيما لو شرط تأخير الثمن كله إلى أجل فأخره عنه فإنه يسقط الخيار هنا كما سينبه عليه المصنف إلا على قول الشيخ الذى حكيناه عنه أنفا (و فى المهذب البارع و غاية المرام) أنه يشترط أن يكون المبيع معينا فلو باع فى الذمة لم يطرد الخيار و كأنهما استظهرا ذلك (من المبسوط و المراسم و الوسيلة و التحرير) كما أشرنا إليه آنفا و كأنه مال إليه فى (الدروس) أو تردد فيه (و لعل) المستند أن الأصل لزوم و انتفاء الضرر لعدم انحصار المبيع مع تغير الصورة و قد يمنعان كما ستسمع و الأ- كثرون أطلقوا من غير تفصيل ففى (الغنية) روى أصحابنا أن المشتري إذا لم يقبض المبيع و قال البائع أجيئك بالثمن و مضى فعلى البائع الصبر ثلاثا ثم هو بالخيار بين فسخ العقد و مطالبته بالثمن و نحوها ما فى (السرائر) و غيرها و فى (التذكرة) نقل الإجماع على عبارة الكتاب من دون تفاوت فى المعنى إلا ذكر الساعة و فى (الجواهر) إذا باع شيئا غير معين بثمان معين و لم يقبضه و لا- قبض الثمن و فارق المشتري فالمشتري أحق بهذا البيع إلى أن تمضى ثلاثة أيام فإن مضت و لم يحضر الثمن كان البائع أحق به بعد ذلك و هو مخير بين فسخ البيع و المطالبة بالثمن لأن إجماع الطائفة على ذلك فقد نص على الخيار فى غير المعين مدعيا عليه الإجماع و يتناوله إطلاق إجماع (التذكرة و التنقيح و المسالك و المفاتيح)

و ما يظهر من (إيضاح النافع و السرائر) فينقطع الأصل بذلك و بإطلاقات الأخبار إذ فى الموثق من اشترى يبع و فى الصحيح يبيع البيع (و منه يعلم) عدم تغيير الصورة و أما الضرر فباق فى كثير من الصورة و لا ضرر فيما لعله يظهر من (المبسوط) و نحوه لإمكان تنزيهه على عدم السلف و النسيئة و قال فى (التحرير) و لا خيار للبائع لو كان فى المبيع خيار لأحدهما و ظاهره عدم الفرق بين خيار الحيوان و خيار الشرط و خصه فى (السرائر) بخيار الشرط قال و لم يشترط خيارا لهما و لأحدهما و يلزمها نفي خيار التأخير فى بيع الحيوان لعدم الفرق بين الأصل و المشتري و يلزم (التحرير) أن تكون مدة هذا الخيار بعد انقضاء المجلس و ليست كذلك كما ستعرف (إلا أن تقول) لا يلزمه ذلك لقوله لأحدهما (فليتأمل) و احتمال فى (الدروس) اطراد الخيار قال فلو شرطه المشتري فسخ البائع بعد الثلاثة و لو اشترطه و خرج الخيار فكذلك و حاصله أن خيار التأخير يكون بعد الثلاثة التى هى من حين انقضاء الشرط و يلزمه تأخير الثلاثة عن محلها و الأولى أن يقال إن المشتري للخيار إن كان هو البائع سقط خياره لأن خيار التأخير شرع لدفع ضرره و قد اندفع غيره و لدلالة النصوص و فتاوى الأصحاب على كون البيع لازما قبل مضي الثلاثة فينتفى الخيار فيها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨٠

.....

مطلقا خيار شرط كان أو غيره و ليس المراد باللزوم نفي خصوص خيار التأخير لأن التأخير سبب لثبوت أصل الخيار و الحكم لا يتقيد بالسبب و إن كان الخيار للمشتري خيار حيوان كان أو شرط بقى خيار التأخير للبائع إذ اللزوم المفهوم من النص و الفتوى مختص بالبائع كما عرفت أما المشتري فلا مانع من خياره بوجود أسبابه (و قد يحتج) للنفي بتغيير الصورة فى الحكم المخالف للأصل فيقتصر فيه على المتيقن و هو ما إذا لم يكن لواحد منهما خيار أصلا و لأن شرط الخيار فى قوة اشتراط التأخير و تأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع (لكنك) قد عرفت أنه يلزم حينئذ نفي هذا الخيار فى الحيوان و عمومات الأخبار فى الباب دالة على ثبوته فيه و إذا ثبت للبائع خيار بعد الثلاثة احتتمل سقوط خيار التأخير لاندفاع الضرر بالخيار الحادث و الثبوت و إن كان على التراخي لعموم النص و فى (قواعد) الشهيد أن خيار التأخير على التراخي و خيرة المصنف فى ظاهر (التذكرة) و استظهره صاحب (إيضاح النافع) و لم أجد من صرح بالفورية نعم تردد فى (جامع المقاصد) و الوجه فى التراخي أنه حق ثبت و الأصل بقاؤه و لإطلاق ما دل على الخيار فإنه يتناول الأزمنة فلا يتقيد إلا بدليل و قد جعل له الشارع مخرجا قهريا و هو إحضار الثمن (فليتأمل) و وجه تردد المحقق الثانى فى هذا الخيار مع حكمه بالفورية فى خيار الغبن و الرؤية احتمال عموم المقتضى و هو دفع الضرر فإنه عام للفور و غيره و ليس منشؤه تعارض الأصلين أعنى أصل اللزوم و استصحاب الخيار لأن هذا التعارض مشترك بين المواضع الثلاثة أعنى خيار الغبن و الرؤية و خيار التأخير و مبدأ المدة هنا من حين التفرق كما نبه عليه فى (المقنعة و الإنتصار و الخلاف و الجواهر) حيث قيل فيها و فارقه و فى (المبسوط و النهاية و المراسم و الغنية) (و المختلف) حيث قيل فيها و مضى و فى (التحرير و الكفاية) حيث قيل فيها و جاء إذ المتبادر من ذلك أنه من حين المفارقة إذ لا يعقل المجيء حال الاجتماع إلا- إذا أريد به مجرد دفع الثمن و هو خلاف الظاهر (و حينئذ) يمكن الاستدلال بقوله عليه السلام فى خبرى زرارة فإن جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيام مضافا إلى ما أسلفناه من دلالة الأخبار و الفتاوى على لزوم البيع فى تمام المدة و لو كانت من حين العقد لاشتملت على خيار المجلس فينتفى اللزوم فى مجموعها بل فى جميعها حيث تدوم مدة المجلس و عدم المفارقة ثلاثة أيام لكن قضية هذا الدليل أنه لو اشترط سقوط خيار المجلس يكون المبدأ من حين العقد لعدم المانع و لا كذلك الدليل الأول أعنى التبادر فإن قضيته أنه من حين التفرق لعموم المقتضى (و مما) ذكرنا يعلم أنه لا بد من تغاير المتبايعين بالذات لأنك قد علمت أنه مبدأ من حين التفرق و خيار المجلس إنما يسقط فى العاقد الواحد بالإسقاط و قد لا يسقطه فى الثلاثة إلى غير ذلك من الوجوه و الاعتبارات و قضية كلام الأصحاب و أخبار الباب و الأصل و العمومات أنه لا يعم كل معاوضة و لا يثبت للمشتري بل يختص بالبيع و البائع و لم أجد فيهما خلافا و فى (الإنتصار) الإجماع على أنه ليس للمبتاع على البائع

فى ذلك خيار و قد نص على ذلك فى (المقنعة) و هو ظاهر الباقيين قال فى (الدروس) لا خيار للمشتري بعد الثلاثة و لا فيها فى ظاهر كلامهم مع أنه يلوح منه جواز تأخير الثمن إذ لم يحكموا بإجباره على النقد انتهى (و أنت خبير) بأن الوجه فى عدم حكمهم بإجباره أنهم لعلمهم يدعون أن المتبادر من أخبار الباب أن البائع لم يتمكن منه و إن فاته كما أفصح به خبر المحمل و استنادهم إلى الضرر فى مقامات أو يدعون أن البائع قد حبس عليه المبيع كما هو المفروض و أنه راض بالتأخير كما هو الظاهر (فليتأمل) نعم قد يحتمل ذلك لو انعكس الأمر فأخر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨١

و لا خيار لو أحضر الثمن قبل الفسخ مطلقا (١) و لا يسقط بطلب الثمن بعدها (٢) فإن تلف فى الثلاثة فمن البائع على رأى و كذا بعدها إجماعا (٣)

البائع تسليم المبيع و الأشبه بالأصول العدم إلا إذا لم يرض المشتري بالتأخير و لم يتمكن من إجباره (فليتأمل) جيدا هذا تمام الكلام فيما يتعلق بعبارة الكتاب و أطرافها

(قوله) (و لا خيار لو أحضر الثمن قبل الفسخ مطلقا)

أى قبل الثلاثة أو بعدها أما قبل الثلاثة فظاهر و أما بعدها فلزوال المقضى لثبوته و هو الضرر و هو خيرة (التذكرة) و احتمال فى (الدروس) جوازه لوجود مقتضيه فيستصحب و هو ظاهر الأكثر لأنهم ذكروا أن له الخيار و لم يتعرضوا للإحضار و عدمه و ليس بتلك المكانة لأن الإطلاق فى كلامهم مسوق لشيء آخر و قد سمعت ما قلناه فى ما لو بذل الغابن التفاوت فلا بد من مراجعته ليتضح الحال فى المسألة

(قوله) (و لا يسقط بطلب الثمن بعدها)

كما (فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة) تمسكا بالأصل مع فقد المسقط شرعا و قد يظهر من (الإنتصار و المقنعة و النهاية و الخلاف و المراسم و الجواهر و الغنية) (و السرائر) و غيرها أنه يسقط به حيث خيروا البائع بين الفسخ و المطالبة بالثمن و قابلوا بينهما و لعله لأن المطالبة بالثمن قرينة على إسقاط الخيار و قد يكون ظاهر ذلك عدم السقوط كما يظهر ذلك من (الإنتصار) و غيره لأن ظاهرهم أن تلك المقابلة سيقى لتفسير الخيار فلتلحظ عبارة (الإنتصار) و على القول بالفورية يتجه القول بالسقوط لاستلزامه التأخير و قد سمعت ما حكيناه فى صدر المسألة عن الشهيد فى (الدروس) من قوله إن ظاهر الأكثر أن البائع يملك الفسخ و المطالبة إلخ فإن أراد أنه لا يبطل كما يعطيه آخر كلامه كما سمعته آنفا كانت نسبه إلى ظاهرهم غير سديدة لأنه صريحهم كما عرفت و إن أراد أنه لا يسقط خياره بالمطالبة كما فهمه فى (جامع المقاصد) و هو يرشد إلى أن المقابلة فى كلامهم لا تدل على سقوطه كما أشرنا إليه (فليتدبر) و لا يسقط بإسقاطه فى الثلاثة لعدم ثبوته فيها و يسقط بالإسقاط كما هو شأن الحقوق و يسقط بالاشتراط كما فى (الدروس و جامع المقاصد) (و تعليق الإرشاد) عملا بلزوم الشرط

(قوله) (فإن تلف فى الثلاثة فمن البائع على رأى و كذا بعدها إجماعا)

هذا الإجماع محكى أيضا فى (السرائر و جامع الشرائع و كشف الرموز) (و الدروس و المهذب البارع و المقتصر و إيضاح النافع و ظاهر المختلف و الإيضاح و الكفاية) حيث نفى الخلاف فيها عن ذلك لأنه مبيع تلف قبل قبضه فيكون من مال بائعه و هى قاعدة كلية ثابتة بالنص و الإجماع المحكى عليها فى (السرائر و كشف الرموز و جامع المقاصد و الروضة) و غيرها كما ستسمعه فى المطلب الثانى فى الأحكام و فى (مجمع البرهان) ما حاصله أن هذه القاعدة معارضة بقاعدة أخرى و هى أن تلف المبيع فى الخيار المختص بالبائع يكون من مال المشتري و إن تلفه فى مدة الخيار المشترك بينه و بين المشتري يكون من مال المشتري (و فيه) أن هذا مختص بالمقبوض كما هو معلوم من قواعدهم و أما غير المقبوض فمن البائع مطلقا سواء كان فى زمن الخيار أو بعده أو قبله على أن ما ذكر

مختص بالتالف في زمن الخيار أى في هذه الصورة الخاصة فلو أسقط البائع خياره كان التلف عليه و القاعدة الأولى جارية في جميع الصور و أما أنه من البائع إذا تلف في الثلاثة فهو المشهور و خيرة الشيخ و أتباعه و ابن إدريس و نجم الدين كما في (غاية المراد) و مذهب الأكثر كما في (الدروس)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨٢

.....

(و غاية المرام و تعليق الإرشاد) و به صرح في (النهاية و الخلاف و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع) (و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الإيضاح و شرح الإرشاد) لفخر الإسلام (و الدروس و اللمعة و المقتصر و غاية المرام و إيضاح النافع و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الميسية) (و المسالك و الروضة و الكفاية) و غيرها و هو المنقول عن القاضي و في (الخلاف) الإجماع عليه و هو الحجة بعد القاعدة المذكورة و عليه استقر رأى المتأخرين كافة كما في (الرياض) و ما في (المهذب البارع) من نسبه إلى سلال و أبى الصلاح مخالف للواقع لأنهما موافقان للمفيد كما ستعرف لكنه في (السرائر) قيده بما إذا لم يمكنه من قبضه و قد عرفت ما أسلفناه عن (التحرير) من اشتراطه عدم التمكين في أصل خيار التأخير و على اعتبار ما في (السرائر) أو ما في (التحرير) يكون صاحب الوسيلة موافقا للمشهور لأنه قال و إن تلف المبيع كان من ضمان البائع و إن كان بغير تفریط منه إلا أن عرض للتسليم و لم يتسلم المبتاع فعبارة مطلقه غير مقيدة بكونه في الثلاثة كما فهمه المصنف في (المختلف) و الوجه فيها تنزيل التمكين منزلة القبض في نقل الضمان و مقتضى ذلك أن المشتري يضمن عنده مطلقا سواء كان التلف في الثلاثة أو فيما بعد فلا معنى لتخصيص التلف بكونه في الثلاثة كما في (المختلف) و تنزيل التمكين منزلة النقل مذهب الشيخ و جماعة حتى أنه في (الخلاف) ادعى عليه الإجماع فينقذ إشكال في إطلاق الأكثرين القول بضمن البائع في الثلاثة كما يشكل إطلاق الجميع القول بضمانه فيما بعدها بناء على ثبوت إجماع (الخلاف) و إلا انحصر الإشكال فيمن قال بأن التمكين كالنقل و لا يندفع إلا باشتراط عدم التمكين في أصل الخيار أو تخصيص محل النزاع بما إذا لم يكن هناك تمكين و بذلك يتضح أن ما في (الوسيلة) موافق للمشهور و أن نسبة الخلاف إليها لم تصادف محزها و الوهم أول ما نشأ من المصنف في (المختلف) و ولده و الشهيد إلا أن يقال إن البناء على المشهور و ما في (الخلاف) نادر معارض بإجماع (الغنية) المعتضد بالشهرة المحكية في (المهذب و غاية المرام) فينحصر الإشكال على القول النادر و هو مذهب الشيخ في (الخلاف) و المحقق في (الشرائع و النافع) (فتأمل) جيدا و المخالف فيما نحن فيه المفيد في (المقنعة) و علم الهدى في (الانتصار) و سلال في (المراسم) و ابن زهرة في (الغنية) فقالوا إنه من ضمان المبتاع و هو خيرة التقى كما ستعرف و ما في (التذكرة) من نسبه إلى الشيخ كأنه غير صحيح و كأنه مال إلى هذا القول الشهيد في (غاية المراد) و تردد فيه صاحب الرياض و احتج عليه بإجماع (الانتصار و الغنية) و باستقرار ملك المشتري في الثلاثة و كون التأخير لمصلحته لأنه كالوديعة عند البائع فيكون التلف منه (و فيه) أن الإجماع معارض بالإجماع المنقول في (الخلاف) و المعلوم من المتأخرين (و منه يعلم) وهنه و التعليل عليل لا يقوى على تخصيص القاعدة المنصوصة المجمع عليها على أن في (الغنية) الإجماع على أن هذا المبيع في مدة الخيار من مال البائع (فليتأمل) في ذلك و أما أبو الصلاح فإنه نص على التفصيل و جعل التمكين ناقلا للضمان مطلقا كالقبض فلا يصح حمله على التفصيل في الثلاثة و لا جعله قولاً آخر في المسألة فإنه موافق للمفيد في كلا الأمرين هذا و لو اختص التلف ببعض المبيع أو عدم القبض ببعض التالف فغير المقبوض من البائع كالجميع على الخلاف و المقبوض من المبتاع فقولهم و لو تلف المبيع بعد الثلاثة أو قبل الثلاثة يراد به ما هو أعم من الكل و البعض إذا كان غير مقبوض فإن البعض يصدق عليه أنه مبيع في الكل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨٣

و لو اشترى ما يفسد ليومه فالخيار فيه إلى الليل (١)

## كالكل

(قوله) (و لو اشترى ما يفسد ليومه فالخيار فيه إلى الليل)

ظاهره أن الليل غاية للخيار كما هو ظاهر (النهاية و السرائر و الإرشاد و التحرير و التبصرة و التذكرة و الإيضاح) على ما ستمعه عند شرح قوله فإن تلف فيه احتمال الخلاف لكن فى (النهاية و السرائر) ما نصه كان الخيار فيه يوما فإن جاء المبتاع بالثمن فى ذلك اليوم و إلا فصاحبه بالخيار فقد قدرت المدة فيهما باليوم (كالتحرير) (و التبصرة) و اشترك الجميع فى جعل الليل غاية للخيار و حينئذ يكون المبدأ من حين العقد إذ ليس غيره لكن ذلك لا يتم بالنسبة إلى البائع و لا إلى المشتري و لا إليهما لما ستعرف و الغرض بيان أن هذه الكتب قد اتفقت على أن الليل قد جعل فيها غاية للخيار و إن اختلفت فى شىء آخر و تفاوتت فى الظهور المذكور و قد يراد بالخيار فى عبارة (النهاية و السرائر و التحرير و التبصرة) ما يؤول إليه مسامحة و كذلك يمكن إرادة ذلك من عبارة الكتاب و نحوها و أما غير هذه الكتب فقد جعل الليل فيها مبدأ للخيار وفاقا للنص (كالفقيه و الوسيلة و الغنية و جامع الشرائع و الشرائع) و كثر الفوائد للعميدى (و اللمعة) و كذا (النافع) و ينبغي أن ترد تلك العبارات إلى هذه و إن بعد التأويل فى بعضها و هو واضح من عبارة (السرائر و النهاية) لأن كانت هذه موافقة للنص و للإجماع المحكى فى (حواشى الشهيد) على لزومه من طرف البائع إلى الليل أو خوف الفساد و على لزومه من طرف المشتري مطلقا (و على أنه) لا قائل بانحصار الخيار فى الليل قال فى (الفقيه) العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه إلى الليل و المراد بالعهددة اللزوم و الصبر و الضمان و أوضح منها عبارة (الوسيلة) قال خيار الفواكه للبائع فإذا مر على البيع يوم و لم يقبض المتاع كان للبائع الخيار و قال فى (الغنية) عليه الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيار على ما بيناه و قال فى (جامع الشرائع) و فيما لا- يبقى يوما إلى الليل ثم للبائع الخيار و نحوها عبارة (الشرائع) و كذا (النافع) فقد اتفقت هذه على أن الليل مبدأ للخيار و قد قدرت المدة فيها باليوم ما عدا (الفقيه و الشرائع و النافع و اللمعة) فلم تحد فيها باليوم و قال فى (الدروس) خيار ما يفسده المبيت و هو ثابت للبائع عند انقضاء النهار و الأقرب اطراد الحكم فى كل ما يتسارع إليه الفساد عند خوف ذلك و لا يتقيد بالليل (انتهى) الأصل فى ذلك ما رواه ثقة الإسلام و الشيخ عن محمد بن أحمد عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن أبي حمزة و غيره عن ذكره عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام فى الرجل يشتري الشىء الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن قال إن جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن فلا بيع له و روى فى (الوسائل) عن الصدوق أنه روى بإسناده عن ابن فضال عن ابن رباط عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم إلى الليل و الظاهر أنها زيادة من الصدوق و إلا فالشيخ قد روى ذلك الحديث بالإسناد المذكور من دون الزيادة المذكورة و الرواية و إن كانت مرسله لكن عليها فتوى الشيخ و أتباعه و لا أعرف فيها مخالفا كما فى (كشف الرموز) و عليها عمل الأصحاب كما فى (المهذب البارع و المقتصر و غاية المرام) و فى (الغنية) الإجماع على ما حكيناه عنها آنفا فالخبر منجبر بعمل الأصحاب معتضدا بإجماع (الغنية) و موافقة الاعتبار و خبر الضرار و عباراتهم إنما اختلفت فى تأدية المراد منه لكن قد قيل إن فيه و فى جميع العبارات ما عدا عبارة (الدروس) إشكالا من وجهين (الأول) أن الغرض من الخيار رفع الضرر يفسخ البيع قبل فساد المبيع و إذا كان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨٤

.....

مما يفسد ليومه كما هو المفروض و جب أن يكون الخيار قبل الليل ليتأتى للبائع فسخه كذلك (الثانى) أن البيع يقع فى طرفى النهار و فى الأثناء كما هو الغالب و قد يقع ليلا مع انقطاع السوق أو امتداده و التحديد باليوم أعنى النهار كله من طلوع الفجر أو الشمس إلى الغروب أو ببعض اليوم لا- يطرد فى جميع الأزمنة التى يقع فيها البيع لأن التحديد إن كان بكل النهار خرج عنه ما إذا وقع البيع فى

أثنائه أو في الليل و إن كان ببعض النهار خرج منه ما إذا وقع البيع في الليل و الحمل على مقدار اليوم خروج عن ظاهر النص و الفتوى و لا يتأتى معه دفع الضرر بالفسخ قبل فساد المبيع في الأكثر (و أنت خير) بأن ذلك كله يندفع بما سنيته من أن المراد من الخبر ما في (الدروس) و في (جامع المقاصد) أن الذي ينبغي أن يعرف أن لزوم البيع هنا إلى حين خوف الفساد بحسب العادة المستمرة و قرائن الأحوال الموجودة بحيث إن تربص به زيادة فسد لا أنه يبقى لزوم البيع مدة بقائه ثم حين الشروع في الفساد يثبت الخيار كما يوهمه كثير من العبارات و ليس في النص ما ينافي شيئاً من ذلك و حقق صاحب التنقيح أن الضابط أن يشرف على الهلاك و أن الفساد ليومه ليس ضابطاً و أول من أشار إلى ذلك الشهيد في (الدروس) و قد سمعت كلامه فقد حمل النص على ما يفسده المبيت نظراً إلى الغالب في نحو الخضر و الفواكه و اللحوم و حمل اليوم على ما يشمل الليلة فإن استعماله شائع مراد في هذا النوع و أثبت الخيار فيما هو كذلك عند انقضاء النهار ورد ما سوى المنصوص إلى ما يقتضيه الأصل و حديث الضرر و منصوص العلة من جهة دلالة الإيماء و قد قواه المحقق الثاني و حسنه الشهيد الثاني و استجوده غيرهما و مقتضى ذلك ثبوت الخيار في غير مورد النص عند خشية فساده مطلقاً فإن كان مما يتسرع إليه الفساد في بعض يوم فالخيار فيه قبل الليل و لو كان مما لا يفسد في يوم تربص به البائع إلى خوف فساده فيتخير عنده و إن مضى عليه يومان أو أكثر و احتمال في (التذكرة) فيما يصبر يومين التربص به إلى الليل لورود التحديد به شرعاً و يضعف بما ذكر من دلالة الإيماء و أصل اللزوم و دفع الضرر إذ لا ضرر هنا في التأخير عن اليوم و الليلة و بأن مورد النص الفاسد ليومه و ليس هذا منه فيستمر اللزوم فيه إلى خوف الفساد لمكان الأصل السالم عن المعارض (فقد تحصل) أن كلام (الدروس) هو المستفاد من الخبر و بيانه أن الأشياء منها ما يفسدها المبيت و هو الغالب الكثير و هو الذي ورد النص فيه و منها ما تفسد لأقل من يوم و منها ما تفسد ليومين أو أكثر و هذان قليلاً و قد أوماً إليهما النص إيماء و كأنه قيل في الخبر إن الأشياء التي يفسدها المبيت غالباً و هي الغالبة الكثيرة يلزم البيع فيها في النهار سواء بيعت في أوله أو في أثنائه فإذا جاء الليل ثبت فيها الخيار سواء فسدت في أثناء الليل أو في آخره لأنها مما يفسدها المبيت أو يقلل الرغبة فيها كما يقال هذا اللحم بائت و هذا العنب بائت و نحو ذلك و بذلك يندفع عن الخبر و كلام قدماء الأصحاب كل اعتراض و وصمه و ليس فيه إلا حمل اليوم على ما يشمل الليلة و هو في ذاته شائع و مراد في المقام لمكان التعارف في ذلك إذ المراد من النص ما يفسده المبيت كما تلهج به الناس فيكون حكم هذا النوع مستفاداً من النص و النوعان الآخران مستفادان من دلالة الإيماء و بهذا صح للشهيد أن يقول و الأقرب «إلخ» و لو كان الشهيد بنى الحكم في الجميع على خبر الضرر و خرج عن النص كما فهمه الشهيد الثاني و أكثر من تأخر عنه كانت الأنواع كلها داخله تحت خبر الضرر و كانت في مرتبة واحدة فلا معنى لقوله و الأقرب «إلخ» كما هو ظاهر لكل من تأمل و قد ظهر من ذلك أن الشهيد الثاني و من وافقه لم يحرروا معنى الخبر و أن تحريره ما في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨٥

فإن تلف فيه احتمال الخلاف (١) و لو قبض بعض الثمن أو سلم بعض المبيع فكالأول في الجميع (٢) و لو شرط نقد بعض الثمن و تأجيل الباقي ففي ثبوت الخيار مع تأخير النقد إشكال أقربه عدم الثبوت و لو شرط تأخير الثمن فأخره عن الأجل لم يكن للبائع خيار

### [السادس خيار الرؤية]

(السادس) خيار الرؤية (٣) فمن اشترى عينا موصوفة شخصية تخير مع عدم المطابقة بين الفسخ و الإمضاء (٤)

(الدروس) و ليس مستند الدروس خبر الضرر و إنما يؤخذ (مؤيداً) لدلالة الإيماء و في (الدروس) (و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) و ظاهر (المسالك) أنه يكفي في الفساد تغير العين بنقص فيها كما في فساد بعض دون بعض و نقص الوصف و إن لم يبلغ حد التلف



بل يكفي إفضاؤه إلى قلة الرغبة واستوجهه الشهيد الثاني في (الروضة) ولا ينزل فوات السوق منزلة الفساد اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن وإن احتمله الشهيد للزوم الضرر بنقص السعر  
(قوله) (فإن تلف فيه احتمال الخلاف)

التلف في هذا النوع من البائع مطلقا و يجيء على قول المفيد إن تلفه قبل انقضاء المدة من المبتاع و بعدها من البائع و إن لم يصرح به لاتحاد الطريق في المسألتين و قد يقول المفيد إنه من البائع هنا مطلقا لإقدامه على التأخير فيما هو مظنة التلف و كأن ما في (الإيضاح) متناقض لأنه قال وجه الاحتمال أنه تلف في مدة الخيار فكان كالثلاثة فقد جعل اليوم محلا للخيار و قد أجمع الأصحاب على عدم ثبوت الخيار في الثلاثة و أنه يثبت بانقضائها فقوله كالثلاثة ينقض قوله لأنه تلف في مدة الخيار فليلاحظ ذلك  
(قوله) (و لو قبض بعض الثمن أو سلم بعض المبيع فكالأول في الجميع)

أي فكالمذكور في أول الكلام في جميع الأحكام لأن من سلم البعض من المبيع خاصة لم يسلم المبيع فله الخيار في الجميع و ليس له فسخ البيع في غير المقبوض لأن تفريق الصفقة عيب و كذا لو قبض البائع بعض الثمن لم يبطل الخيار لأنه يصدق عليه (حينئذ) أنه لم يقبض الثمن و لخبر عبد الرحمن بن الحجاج كما تقدم بيان ذلك كله و بيان الحال في قوله و لو شرط نقد بعض الثمن إلى آخر هذا القسم (و ليعلم) أن ظاهر (الكتاب و التذكرة) و غيرها كما عرفت أن هذا الخيار من توابع خيار التأخير فكأنهم قالوا خيار التأخير فيما لا يفسده المبيت بعد ثلاثة أيام و فيما يفسده بعد دخول الليل فهو على التراخي و لا ضرر فيه على المشتري لأنه إذا لم يختر الفسخ و لا الإمضاء و بقي في عنوان التأمل حتى فسد كان من ماله و لا تصغ إلى ما في (مجمع البرهان) من قوله يثبت له الخيار بين الصبر حتى يتلف و يأخذ الثمن من المشتري  
(قوله) (السادس خيار الرؤية)

قد تقدم الكلام في هذا القسم مستوفى كمال الاستيفاء في الفرع الثامن من فروع الفصل الثالث في العوضين و لنشر إليه في المقام إشارة إجمالية و التفصيل موكول إلى ذلك المقام

(قوله) (فمن اشترى عينا موصوفة شخصية تخير مع عدم المطابقة بين الفسخ و الإمضاء)

كما نص على ذلك في (النهاية) في العقار (و المبسوط) (و الخلاف و المراسم) في غير الأعدال المحزومة (و الوسيلة و السرائر و الشرائع و النافع) و غيرها و قضية إطلاقهم ثبوته له و لو ظهر فوق الصفة كما هو ظاهر (إيضاح النافع) أو صريحه لكن صريح جماعة و ظاهر آخرين أنه لا خيار له (حينئذ) و قد نص صاحب الجامع و المصنف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨٦

و يجب في هذا البيع ذكر اللفظ الدال على الجنس و الأوصاف التي تثبت الجهالة برفع أحدها (١) و لا يشترط رؤية البائع (٢) فلو باع بوصف الوكيل ثم ظهر أجود تخير البائع و لو شاهد بعض الضيعة و وصف له الباقي ثبت له الخيار في الجميع مع عدم المطابقة (٣) و لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كأول بطل (٤) (السابع) خيار العيب و سيأتي إن شاء الله

و الشهيدان و الكركي و القطفى و المقدس الأردبيلي و غيرهم أنه في طرف الزيادة يتخير البائع و في طرف النقص يتخير المشتري و قد نفى عنه الخلاف في (مجمع البرهان و الرياض) و كذا (الكفاية) و في (الحدائق) أنه محل وفاق و خالف المفيد في (المقنعة) في موضعين منها فقال إن خرج على غير الصفة كان البيع باطلا و وافقه الشيخ و أبو يعلى في (النهاية و المراسم) في الأعدال المحزومة و ابن إدريس خير المشتري بين الرد و أخذه و أخذ الأرش و تأمل المولى الأردبيلي في ثبوت هذا الخيار و في (التذكرة) و غيرها لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم و إنهما لو تبايعا بشرط عدم الخيار لم يصح و استشكل في ذلك في (التحرير) و ظاهر الأكثر في المقام عدم سقوطه بشيء من مسقطات غيره كاشتراط سقوطه و إيجابه و التصرف لأنهم ذكروا هذه الأشياء في غيره من الخيارات و

تركوا ذكرها فيه وقضية ذلك أنه مما لا يسقط ومثله فى بعض ذلك خيار الغبن وقد تقدم الكلام فى جميع ذلك بما لا مزيد عليه كما تقدم تمام الكلام فى أنه على الفور أو التراخى وأن المشهور أنه على الفور وبيان الفرق بينه وبين خيار العيب (قوله) (و يجب فى هذا البيع ذكر اللفظ الدال على الجنس والأوصاف التى تثبت الجهالة برفع أحدها) كما نطقت بذلك عباراتهم وفى (الغنية) الإجماع عليه وقضية ذلك بأن أحدهما لا يغنى عن الآخر كما فى (المبسوط والسرائر) وقد بينا الحال فى كلام من اقتصر على الوصف ومن اقتصر على الجنس وفى (التذكرة) الإجماع على اشتراط الصحة بالوصف الراجع للجهالة وقد بينا الفرق بين هذا النوع وبين السلم فيما سلف (قوله) (و لا يشترط رؤية البائع) إلخ

قد بينا فيما سلف أنه لا يفتقر مع ذكر الجنس والوصف إلى الرؤية من المتعاقدين وأن المخالف بعض العامة وقد بينا وجه حجته وأنهما ليسا بدلا عن الرؤية حتى يفتقر إليها مع إمكانها بل هما طريق آخر مثلها وأنه يصح شراء الأعمى بالوصف وأن تفصيل بعض العامة غير صحيح وأسبغنا الكلام فى ذلك كله

(قوله) (و لو شاهد بعض الضيعة و وصف له الباقي تثبت الخيار فى الجميع مع عدم المطابقة) أما ثبوت الخيار فى المخالف فظاهر وأما فيما رآه فلبعض الصنف وقد يستدل عليه بخبر جميل إن جعل اسم الإشارة مشارا به إلى تمام الضيعة كما قد تقدم بيان ذلك وحينئذ فهل له خياران أو خيار واحد احتمالان تقدم بيانهما (قوله) (و لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كأول بطل)

كما صرح به جماعة منهم الشيخ فى (المبسوط) والقاضى وابن سعيد فى (الجامع) والمصنف فى (التذكرة والتحرير) والمحقق الثانى فى (جامع المقاصد) لأن بعضه بيع عين حاضرة وبعضه فى الذمة مجهول كما فى (التذكرة و جامع المقاصد) وغيرهما وخالف فى ذلك المصنف (فى المختلف) وأطال فى الاستدلال على الصحة بما لم يتضح سبيله وقد عبروا عن المسألة بقولهم إذا ابتاع ثوبا على حفة نساج وقد نسج بعضه على أن ينسج الباقي ويدفعه إليه بطل والحفة المنوال الذى يلف عليه الثوب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨٧

### [المطلب الثانى فى الأحكام]

#### إشارة

(المطلب الثانى فى الأحكام) يثبت خيار الشرط فى كل عقد (١) سوى الوقف والنكاح ولا يثبت فى الطلاق ولا العتق ولا الإبراء و يسقط بالتصرف فإن كان مشتركا اختص السقوط بمن يختص بالتصرف (٢)

(المطلب الثانى فى الأحكام) (قوله) (يثبت خيار الشرط فى كل عقد)

إلخ قد تقدم الكلام فى ذلك

(قوله ره) (و يسقط بالتصرف فإن كان مشتركا اختص السقوط بمن يختص بالتصرف)

لا ريب فى أن هذا الخيار يسقط بانقضاء الشرط سواء مضى المشروط له أم لم يمض وبالإمضاء من المشروط له سواء انقضى الشرط أم لم ينقض أمضى الآخر أو لا أجنبيا كان المشروط له أم لا للإجماع المعلوم فى الجميع ولأن الحقوق الحاضرة المستمرة تسقط بالإسقاط وليس ما نحن فيه من قبيل الحقوق الموزعة على الزمان كنفقة الزوجات ولأن المدار فى سقوط الخيار على الرضا بالبيع

كما يستفاد من الأخبار والإمضاء والإيجاب صريح فيه وللأخبار (فمنها) ما رواه الصدوق فى الصحيح عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (و ما رواه) الشيخ عن الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل ابتاع ثوبا بشرط فيعطى به ربحا فقال إن رغب فى الربح فليوجب على نفسه الثوب ولا- يجعل على نفسه أن يرد الثوب على صاحبه إن رد عليه و أما سقوط خيار المشتري بتصرفه فى المبيع فهو خيرة (المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف و المراسم و الجواهر و الكافي) على ما نقل عنه (و الغنية و السرائر) (و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه) لفخر الإسلام (و تعليقه و الدروس و حواشى الكتاب و التنقيح و غاية المرام و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك) و غيرها و لم أجد فيه خلافا و لا تأملا إلا من المولى الأردبيلي و الفاضل الخراساني بل فى (جامع المقاصد) الإجماع عليه و فى (الغنية) نفى الخلاف عنه و ظاهره باعتبار عادته أنه بين المسلمين و فى (الخلاف و الجواهر) دليلنا ما روى عنهم عليهم السلام أن المشتري إذا تصرف فى المبيع بطل خياره فهذه أخبار صريحة منجبرة بالشهرة معتضدة بالإجماع مضافا إلى العلة المنصوصة فى الحيوان الدالة على أن تصرفه فيه أمانة الالتزام و الرضا المشعرة بأنه المعيار فى سقوط الخيار على الإطلاق و لو فى هذا المضمار و الأولوية التى يمكن دعواها لأنه متى سقط به الخيار الأصلي فالمشترط أولى بأن يسقط به و قد يستدل عليه بقوله عليه السلام فى خبر السكونى و إن أقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه إذ قد يظهر منه أنه يسقط بالتصرف و إن أقامته فى السوق و جعله فى معرض البيع تصرف مسقط للخيار (و ليعلم) أن ذلك إذا لم يشترط بقاء الخيار مع التصرف كما نص عليه فى (إيضاح النافع) و هو مقتضى الأصل و كما يسقط خيار المشتري بالتصرف فى المبيع فكذلك خيار البائع بالتصرف فى الثمن كما هو صريح جماعة من المذكورين و هو المعلوم من رأى الباقيين لمكان التعليل المشترك و عدم الفرق بين العوضين فى هذا الحكم لكن المتداول بين الناس فى هذا الزمان عدم سقوط الخيار بتصرف البائع فى الثمن كما هو ظاهر النص المثبت لهذا الخيار بل ليس الغرض من بيعه بذلك الشرط إلا التصرف فى الثمن و بقاء الخيار إلى المدة المشترطة فيحمل الخبر و السيرة على ما إذا علم من ذلك التصرف عدم الرضا بالإمضاء لكن الأصحاب أطلقوا أن التصرف مسقط و الذى ينبغى أن يقال ما أشرنا إليه فيما سلف من أن الأصل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨٨

و لو أذن أحدهما للآخر فى التصرف فإن تصرف سقط الخياران (١)

فى التصرف الدلالة على الرضا بالإمضاء أو الفسخ إلا أن يظهر ما يخالف ذلك و هذا و إن خالف الأصل إلا أنه مستفاد من النص فى خيار الحيوان حيث جعل فيه مجرد التصرف أمانة الرضا لكنه لا يدل على اللزوم بالتصرف المعلوم منه عدم الرضا لعادة أو غيرها فيجب الرجوع فى مثل هذا إلى الأصل الأصيل و بقاء الخيار فيجمع بذلك بين إطلاق الفتاوى و النص المثبت لهذا الخيار بحمل الأول على ما لم يعلم فيه رضا المتصرف بأحد الأمرين و الثانى على ما علم فيه العدم و ما فى أيدي الناس من التصرفات فى بيع الشرط من قبيل الثانى (و بذلك) يندفع الإشكال الصعب عن مولانا المقدس الأردبيلي و قد عرفت أن الدليل واضح السبيل فاندفع عنه أيضا الإشكال من جهة الدليل (فليتأمل) و لو تصرفا فيما انتقل عنهما بأن تصرف البائع فى المبيع و المشتري فى الثمن فهو فسخ منهما لأن هذا التصرف لو لم يكن فسخا لكان حراما شرعا لوقوعه على ملك الغير على المشهور و الأصل فى فعل المسلم ووقوعه على الوجه السائغ الصحيح فيكون فسخا و لأن الفسخ كما يحصل بالقول يحصل بالفعل و التصرف كما يدل على الإمضاء يدل على الفسخ بل دلالة على الفسخ أقوى و سيأتى لهذا مزيد تحقيق عند شرح قوله و يحصل الفسخ بوطنى البائع «إلخ» و قد صرح الأصحاب كالشيخ و أكثر من تأخر عنه بأن كل تصرف يمضى به البيع من أحدهما فهو فسخ من الآخر على تقدير حصوله منه و ذلك كما إذا تصرف المشتري فى المبيع فإن تصرفه إمضاء و لو تصرف فى البائع كان فسخا و كذلك الحال فى الثمن فلو كان الخيار لهما فتصرف أحدهما فإن كان فيما انتقل عنه بطل الخياران لبطان البيع أما بالنسبة إلى المتصرف فواضح و إلى غيره فثلا يلزم تبعض الفسخ و إن

كان تصرفه فيما انتقل إليه سقط خياره خاصةً و في (جامع المقاصد) مورداً على عبارة الكتاب أعنى قوله فإن كان مشتركاً «إلخ» أن هذا في طرف المشتري صحيح أما في طرف البائع فلا يستقيم لأن كل ما يعد من التصرفات إجازةً لو وقع من المشتري يعد فسخاً لو وقع من البائع و مع ثبوت الفسخ لا معنى لسقوط الخيار و قد اقتفاه في ذلك صاحب (المسالك) و الأمر في ذلك سهل لأنه مناقشةً لفظيةً و يمكن إطلاق سقوط الخيار عليه إذ لا خيار حينئذ كما أشرنا إليه فيما عنونا به ثم إن المناقشة ليست مخصوصةً بالبائع فإن تصرف المشتري في الثمن أيضاً كذلك إلا على ما ستسمع من دعوى أن المتبادر من التصرف (النصوص خ ل) التصرف في المبيع و قد عدل في (الدروس) عن عبارة الكتاب فقال التصرف في مدة الخيار إيجاب من المشتري و فسخ من البائع و ربما حملت عبارة الكتاب على أن المراد أن تصرف البائع بالثمن مسقط لخياره و في (تعليق الإرشاد) (و جامع المقاصد) أن ذلك مخالف لظاهر كلامهم فإن المتبادر من التصرف في المبيع و قد بينا في باب خيار الحيوان المراد من التصرف فلا بد من الرجوع إليه و أوضحنا الحال فيما لم يظفر به المحقق الثاني في المقام و هو ما إذا وقع التصرف نسياناً

(قوله) (و لو أذن أحدهما للآخر في التصرف فإن تصرف سقط الخياران)

كما في (الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و حواشى) (الشهيد) (و التنقيح و الميسية و ظاهر جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك) أو صريحها أما خيار المتصرف فظاهر و أما الآذن فإن كان البائع كان قوله تصرف في المبيع بمنزلة أن المال لك و البيع لازم ثابت فافعل ما تشاء و إن كان قال له تصرف في الثمن كان بمنزلة ما إذا قال له أنا فسخت فتصرف في مالك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٨٩

و إلا خيار الآذن (١) و الخيار موروث بالحصص كالمال من أى أنواعه كان إلا الزوجة غير ذات الولد في الأرض على إشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن (٢)

و منه يعلم الحال فيما إذا كان الآذن المشتري و حاصله أن مقتضى الإذن رفع الحجر من قبل الآذن و لا مانع غير الخيار فارتفع بالإذن كما هو ظاهر في مجرى العرف و قد تأمل في ذلك المولى المقدس الأردبيلي لعدم ظهور الدلالة و قد عرفت الحال في ذلك و الفرق بينه و بين قوله في خيار المجلس اختر أن ذلك أمر يحتمل أموراً لاستكشاف و التمليك و التفويض و هذا إذن (قوله) (و إلا خيار الآذن)

أى و إن لم يتصرف المأذون لم يسقط (لم يبطل خ ل) خياره و يسقط خيار الآذن و قد نسب ذلك في (الميسية) إلى المشهور قال و المشهور بطلان خيار الآذن و في (المسالك و مجمع البرهان) إلى جماعة و لم أجد من صرح به إلا المصنف في هذا الكتاب خاصةً و ظاهر الشهيد في حواشيه موافقته و كأنهم استنبطوا ذلك من (الشرائع) و ما ذكر بعدها في المسألة الأولى لأن الإذن لو لم تكن دالةً عندهم على سقوط الخيار لأشكل حكمهم بالسقوط فيما إذا تصرف المأذون فإن الآذن لم يوجد منه سوى الإذن فإن لم يسقط الخيار به لم يسقط بالتصرف الذى هو فعل غيره و بهذا التوجيه و التوجيه الذى ذكرناه في المسألة الأولى من أن مقتضى الإذن رفع الحجر «إلى آخره» يندفع إشكال المحقق الثانى و الشهيد الثانى و غيرهما مستنديين إلى عدم ظهور دلالة الإذن على سقوط الخيار و عدم استلزام الرضا بالتصرف زوال الخيار لأن غايته قبل وقوعه أن تكون الإزالة بيده و هى لا- تقتضى الزوال بالفعل و استوضح في (المسالك) عدم البطلان و بقى في (جامع المقاصد) في خطة التردد و قال في (تعليق الإرشاد) إن مجرد الإذن من دون فعل لا تكون إجازةً و لا فسخاً كما هو مصرح به في كلامهم (انتهى) و هذا منه غريب و لعله استنبطه من سكوتهم عنه لكنه ادعى التصريح و لم أجد من صرح بذلك إلا المصنف في (التذكرة) في مقام آخر في أثناء كلام له و قد سمعت ما في (الميسية) من دعوى الشهرة على السقوط و ما في (المسالك و مجمع البرهان) و سيستشكل المصنف فيما يأتى فيما إذا أذن له فى بيعه أو عوضه على البيع و اقتفاه فى عدم الترجيح فى ذلك ولده فى (الإيضاح) و المحقق الثانى فى (جامع المقاصد) كما ستسمع و على كل حال فما استندوا إليه من

الوجهين أعنى عدم ظهور الدلالة و أن التمكين (التمكن خ ل) من الإزالة غير الزوال بالفعل مردودان أما الأول فبالتوجيه الأول المذكور فى المسألة الأولى و أما الثانى فبالتوجيه الثانى الذى ذكرناه هنا من أنه إن لم يسقط بالإذن لم يسقط بالتصرف الذى هو فعل غيره مع أن ظاهر كلام المستشكلين و غيرهم يؤذن بالاعتراف بكون الإذن هو المسقط حيث أسندوا الإسقاط إليه و استندوا إلى دلالة الإذن عليه فيسقط به مطلقا و إن لم يتصرف المأذون و يبقى على القائلين بسقوط خيار الآذن سؤال الفرق بينه و بين ما إذا قال له اختر و سكت المخير بالبناء للمفعول فإنهم قالوا بأن خيار الأمر باق و قالوا إنه إذا اختار الإمضاء سقط خيارهما و يجاب بالفرق بين الآذن و الأمر بوجوه و سقوط خيار الأمر فيما إذا اختار الأمور الإمضاء إنما هو لمكان الإجماع المحكى فى (الغنية) الذى تطابقت عليه الفتاوى فليلحظ ذلك و ليتأمل فيه

(قوله) (و الخيار موروث بالحصص كالمال من أى أنواعه كان إلا- الزوجة غير ذات الولد فى الأرض على إشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩٠

.....

لا- كلام فى كون الخيار موروثا كما فى (إيضاح النافع) و لا شبهة فى كون الخيار مطلقا موروثا كما فى (المسالك) و هو بأنواعه موروث مشروطا كان أو لازما بالأصل بلا خلاف كما فى (الرياض) و عندنا كما فى (التذكرة) و فى (الغنية) الإجماع على أن خيارى المجلس و الشرط يورثان و هو ظاهر (السرائر) فى الأول و نسب فى موضع آخر من (التذكرة) إرث خيار الشرط إلى علمائنا (و يدل) عليه النبوى المنجبر بعمل العلماء ما ترك ميت من حق فهو لوارثه المؤيد بعمومات الإرث كتابا و سنة فلا شبهة فى ذلك إلا فى خيار المجلس فإنه قد احتمل المصنف و غيره سقوطه بالموت و قد بينا الحال فى ذلك فى مبحث خيار المجلس (و قول المصنف) إلا الزوجة مستثنى من محذوف تقديره الخيار موروث لجميع الوراث مقسوما عليهم كالمال إلا الزوجة غير ذات الولد فى الأرض فإنها لا ترث من الخيار المتعلق بها على إشكال و الأقرب من هذا الإشكال ذلك يعنى إرثها إن كان قد اشترى بخيار لأنها (حينئذ) تفسخ فترث من الثمن لأنها ترث من كل ما عدا الأرض و من جملته الخيار المتعلق بالأرض فإنه من جملة الموروثات و ليس أرضا حتى تمنع منها إلا أن يكون العوض أرضا فلا خيار لها بخلاف ما إذا كان قد باع بخيار لأنها إذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئا كذا فهمه من العبارة ولد المصنف و ابن أخته و الشهيد فى حواشيه و اعترضهم المحقق الثانى أولا- بأنه خلاف الظاهر لأن المتبادر أن المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث الذى سيقى لأجله العبارة فهمه إرادة الإرث منها ارتكاب لما لا يدل عليه دليل (قلت) لعلهم يقولون إن العبارة مسوقة إلى أن الخيار موروث بالحصص كالمال فيكون قوله ذلك إشارة إلى الإرث المسوق له الكلام و يشهد لهم على ذلك قوله لثرت من الثمن (فتأمل) و اعترضهم ثانيا بأنه الحكم (حينئذ) غير مستقيم لأن الأرض حق لباقي الوراث استحقوها بالموت فكيف تملك إبطال استحقاقهم لها و إخراجها عن ملكهم (و أنت خير) بأن هذا جار فيما إذا كان قد اشترى فرسا أو غيرها بخيار و أرادت هى أو أحد الوراث فسخه لأن سبعة أثمان الفرس حق لأولاد الميت من غيرها و ملك لهم بالموت و أقصى ما هناك أنها هنا شريكه و هناك ليست شريكه فى الأرض لكنها ورثت الخيار فيها لكونه ليس أرضا كما عرفته آنفا من كلامهم و ستعرف الحال و ثالثا بأنها إذا ورثت فى هذه الصورة و جب أن ترث فيما إذا باع الميت أرضا بطريق أولى لأنها ترث حينئذ من الثمن (و ضعفه ظاهر) لما عرفت من أنه يلزم من إرثها من الخيار بطلان حقها من الثمن إذ المدار فى الخيار على الإرفاق بالتسلط على الفسخ و إلا فالإمضاء من لوازم العقد و حيث إن الفسخ مخالف للمصلحة فيما إذا باع أرضا و لا كذلك فيما لو اشترى فكانت الأولوية ممنوعة فليلحظ هذا فإنه دقيق نافع جدا أقصى ما هناك أنه يدعى أنها فى صورة الشراء ورثت غير حقها من الأرض التى اختصوا بملكها (و فيه) أنها ورثت حقا و هو الخيار الموروث و نسبته إلى الثمن و المثلن فى مرتبة واحدة (ثم إنه) قرب عدم إرثها إن كان الميت قد

اشترى أرضاً بخيار فأرادت الفسخ لثرت من الثمن (و قال) أما إذا باع أرضاً بخيار كان الإشكال فى هذه الصورة بحاله لأنها إذا فسخت حينئذ لم تترث شيئاً و على كل حال فالشارحان و الشهيد الذى هو تلميذهما أعرف بمراد المصنف و قضية كلامهم فى المقام أن ذات الولد تترث من غير ريب و يستفاد من مواريث (الإيضاح و كثر الفرائد و التنقيح) أن إرث ذات الولد من الأرض محل إجماع حيث جعلوا النزاع فى غير ذات الولد و قد حكى على عدم إرث غير ذات الولد من الأرض الإجماع عن (الخلاف) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩١

و هل للورثة التفريق نظر أقربه المنع و إن جوزناه مع تعدد المشتري (١) و لو زال عذر المجنون العاقد حالة العقل (٢) لم ينتقض تصرف الولي بالخيار إذا لم يخالف المصلحة و لو كان الميت مملوكاً مأذوناً بالخيار لمولاه (٣) و لو شرط المتعاقدان الخيار لعبد أحدهما ملك المولى الخيار و لو كان لأجنبي لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فلو مات (٤)

و الموجود فيه الإجماع على أن المرأة لا تترث من الرباع الدور و الأرضين و نحوه إجماع رسالة المفيد التى رد فيها على الناصبى و قد استوفينا الكلام فيما كتبناه قبل هذا على مواريث الكتاب

(قوله) (و هل للورثة التفريق نظر أقربه المنع و إن جوزناه مع تعدد المشتري)

ما قربه المصنف هو الأصح عند ولده و الأقرب عند صاحب (إيضاح النافع) لأن التفريق يستلزم تعيب السلعة لأن فيه تبعيضاً للصفقة بالنسبة إلى البائع و مقتضى الخيار ردها بلا عيب كما باعها فإن العقد إنما وقع لواحد و لم يملك إلا الفسخ فى الجميع و المنتقل إليهم إنما هو حقه (و وجه) عدم المنع أن كل واحد ورث حصته فكان كما لو اشتراها و تكلفه بخيار الآخر على خلاف الأصل (و تنقيح) المسألة أن يقال إنه إذا فسخ أحدهم و أجاز الآخر قدم الفسخ كما فى (التذكرة و الدروس و المسالك و مجمع البرهان) و علله فى (جامع المقاصد) بأن المجيز لا يملك إبطال حق غيره إنما يملك إبطال حق نفسه (فتأمل) و على تقديره ففى انفساخ الجميع أو فى حصته فيتخير الآخر لتبعض الصفقة و جهان أجودهما الأول كما هو خيرة (الإيضاحين و المسالك) و ظاهر الباقيين لأن فائدة الخيار التسلط على الفسخ و قد ثبت للجميع و لا ريب فى تقديمه على الإمضاء و إلا فلا فائدة فيه فيفسخ فى الجميع (قولك) يشكل بلزوم إبطال حق المجيز من العين (قلنا) لم يثبت للمجيز حق مع فسخ الآخر إعطاء للخيار الذى هو الفسخ ما أثبت له الشارع و قد تأمل فى الأمرين أعنى التقديم و الانفساخ فى الجميع فيه المحقق الثانى و المولى الخراسانى و شيخنا صاحب الرياض و على ما ذكر فليس للورثة التفريق و إن جوزناه مع تعدد المشتري و اتحاد الصفقة لأن العقد هنا فى قوة المتعدد لأنه لم ينتقل إلى كل واحد من المشتريين إلا بعض المبيع فالبائع هو الذى بعض على نفسه و قد يفهم من هذا جواز التفريق فى طرف البائعين فلو باع اثنان من واحد بخيار فأراد أحدهما الرد دون الآخر كان له ذلك لأن التبعض هنا أيضاً جاء من نفس العقد

(قوله) (و لو زال عذر المجنون العاقل حالة العقد (العاقد حالة العقل خ ل)

لم ينتقض تصرف الولي بالخيار إذا لم يخالف المصلحة) كما فى (التحرير) و كذلك الشأن فى كل تصرف للولي و الوكيل حيث لم يخالف المصلحة و فى (الغنية) إذا جن من له الخيار أو أغمى عليه انتقل إلى وليه بدليل الإجماع (قوله) (و لو كان الميت مملوكاً مأذوناً بالخيار لمولاه)

قال فى (التحرير) لو كان صاحب الخيار مملوكاً فمات فالخيار للمولى سواء كان الشراء للعبد أو لأجنبي و شرط الخيار له على إشكال (قلت) الأشبه بالقواعد أن الخيار المشترط للعبد من الأجنبي لا ينتقل إلى مولاه بل يبطل فيلزم البيع كما سيشير إليه المصنف (فرع) لو باع عبداً و شرط الخيار للعبد صح البيع و الشرط معا قطعاً لأن العبد بمنزلة الأجنبي

(قوله) (و لو شرط المتعاقدان الخيار لعبد أحدهما ملك المولى الخيار و لو كان لأجنبي لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فلو مات)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩٢

لم ينتقل إلى مولاه و كذا لو مات الأجنبي المشروط له الخيار (١) و المبيع يملك بالعقد على رأى (٢)

(لم ينتقل إلى مولاه و كذا لو مات الأجنبي المشروط له الخيار)

أى لم ينتقل إلى الورثة و هذه الأحكام موافقة للأصول و الاعتبار و خالف فى (التحرير) فاستوجه فى الأخير عدم سقوط الخيار و أنه ينتقل إلى الوارث لا إلى المتعاقدين و المختار السقوط (قوله) (و المبيع يملك بالعقد على رأى)

مشهور كما فى (التذكرة و غاية المرام و تعليق الإرشاد و المسالك و الحدائق) و هو مذهب الأكثر كما فى (الإيضاح و المهذب البارع و المقتصر و جامع المقاصد و المسالك) أيضا (و مجمع البرهان) (و الكفاية) و هو الأظهر بين الأصحاب كما فى (كشف الرموز) و عليه المحققون كما فى (التنقيح) و عليه العمل كما فى (المسالك) و قول الشيخ نادر كما فى (إيضاح النافع) و قول الإسكافى و الشيخ نادران كما فى (المفاتيح) و ظاهر (السرائر) الإجماع عليه فى المقام و هو صريحها فى باب الشفعة و قد نسب المحقق فى (الشرائع و النافع) و تلميذه الآبى إلى الشيخ أنه ينتقل بالعقد و انقضاء الخيار و تبعهم على ذلك جماعة و هو ظاهر يحيى بن سعيد و ستمع كلامه و ظاهرهم جميعا عدم الفرق عند الشيخ بين ما إذا كان الخيار لهما أو لأحدهما بائعا كان أو مشتريا كما صرح بنسبة ذلك إليه المصنف فى (التحرير) و قال فى (المختلف) الظاهر من كلام الشيخ أن المشتري يملك بانقضاء الخيار لا بنفس العقد فنسب ذلك إلى ظاهره و تبعه على ذلك أبو العباس و غيره و قال الشهيد فى (غاية المراد) يلوح من كلام الشيخ فى (الخلاف و المبسوط) توقف ملك المشتري على سقوطه أى الخيار فجعله لائحا لا- ظاهرا و لا- صريحا و قال فى (الدروس) فى تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف مأخذه أن الناقل العقد و الغرض بالخيار الاستدراك و هو لا ينافيه أو أن غاية الملك التصرف الممتنع فى مدة الخيار و ربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص بالخيار و ظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار (انتهى) فقد نسب الخلاف إلى صريح الشيخ و أنه موافق للمشهور إذا اختص بالمشتري و إلى ظاهر ابن الجنيد القول بإطلاق و عدم التفصيل و تبعه على ما نسبه إلى الشيخ صاحب (المسالك و الكفاية و المفاتيح) و قال فى (المسالك) فلا يصلح نسبة إطلاق القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار إلى الشيخ (قلت) كل ذلك بمعزل عن الصواب ما عدا ما فى (غاية المراد) لأنهم إن لحظوا كلام الشيخ و أخذوا بظاهره من دون تعرض لتأويله و الجمع بين أطرافه وجدوا كلامه فى (الخلاف) ظاهرا أو صريحا فى أنه إذا كان الخيار للمشتري وحده يزول عن البائع و لا ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار فكيف يصح منهم حينئذ ما نسبوه إليه من الإطلاق أو التفصيل و إن أمعنوا النظر فى كتبه الثلاثة فى المواضع المتفرقة و حاولوا الجمع بين أطرافه وجدوه غير مخالف قال فى (الخلاف) ما نصه العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول فإن كان مطلقا فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان و إن كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم و إن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار فإن انقضى ملك المشتري بالعقد الأول (انتهى) و كلامه الأخير ظاهر فيما حكيناه عنه على أنه فى الظاهر متناقض لأنهم مجمعون فى هذا المقام على أن هذا المال لا يبقى بلا مالك و إن جوزوه فى مقامات أخر ذكرناها فى باب الموارث و لا مالك غيرهما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩٣

.....

قطعا (و قد صرح) بزوال ملك البائع مع حكمه بعدم انتقاله إلى المشتري مع أنه إذا لم ينتقل إليه كان ملكا للبائع فيكون ملك البائع

زائلا غير زائل و ملك المشتري ثابتا غير ثابت و لا جواب إلا بأن الموقوف هو الملك المستقر فإذا صلح هذا التأويل الذي لا بد منه هنا جرى في كلامه السابق و ارتفع الخلاف لأن قوله ملك المشتري بالعقد يحتمل أن يكون معناه لزم ملكه أو ظهر ملكه أو حصل و على الأول يوافق المشهور و كذا على الثاني إن لم يوجد فسخ و كذلك قوله لم ينتقل يحتمل المعاني الثلاثة و لما انتفى الثالث هنا قطعاً كان ذلك قرينه على أنه غير مراد في الأول و يشهد أيضا على أن المراد بقوله ملك لزم و بقوله لم ينتقل لم يلزم قوله سابقا يلزم بالافتراق و يلزم بانقضاء الخيار على أنه في باب المفلس من (المبسوط) قوى الملك بالعقد و قال في (المبسوط) في المقام قد بينا أن الملك لا يلزم إلا بعد مضي مدة الخيار كما في نسختين منه إحداهما قرأها ابن إدريس على عربي ابن مسافر كما هو مكتوب في ظهره و هو موافق للمشهور و في نسخة أخرى لا يملك بدل يلزم لكنه بين سابقا أن البيع إن كان مطلقا ثبت بنفس العقد و إن كان مقيدا مشروطا لزم بانقضاء الشرط إلى غير ذلك من مواضع كثيرة ظاهرة في المشهور و قال في (النهاية) و إذا باع فلا ينعقد إلا بعد أن يفترق البيعان بالأبدان فإن لم يفترقا كان لكل واحد منهما فسخ البيع و الخيار و قال في (السرائر) بعد نقلها هذا كالمتناقض و مراد شيخنا أن البيع إذا لم يفترقا لم يلزم كل واحد منهما بل لكل منهما الخيار فالذي ظهر لنا بعد إمعان النظر أن الشيخ غير مخالف لكن المشهور أنه مخالف بل قد يقال إن كل من تأخر عن المحقق ما عدا الشهيد في (غاية المراد) ذكر أن المسألة خلافية أو أشار إليه و إلا- فهذا ابن إدريس ظاهره أنه لا- خلاف و لا مخالف و هو يناقش الشيخ في النقيض و الفتيل و أما أبو علي فلم ينقلوا لنا كلامه حتى نلاحظه و لا- ظفرنا بكتابه حتى نتبع أطرافه على أنه لم يزل موافقا للعامة و ما نسب إليه محكي عن الشافعي في أحد أقواله لكن يحيى بن سعيد في (جامع الشرائع) قال و ينتقل المبيع بالعقد و انقضاء الخيار و قيل بالعقد و لا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع «إلخ» فانحصر الخلاف على الظاهر في يحيى بن سعيد ثم إنا بعد ذلك وجدنا الشيخ في (الخلاف و المبسوط) و أبا علي و القاضي و ابن زهرة قالوا إن الشفعة لا تستحق للشفيع في البيع الذي فيه الخيار للبائع أو لهما جميعا لأن الملك لم تزل علفته عن البائع و لم يزل عن البائع أما ما لا خيار فيه أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة لأن الملك قد زال عن البائع و انتقل إلى المشتري و قد عدوه هناك مخالفا لما نحن فيه و هو كذلك و إجماع (السرائر) المشار إليه آنفا نقله هناك على خلاف الشيخ و أما المولى الخراساني و المحدث البحراني فقد خرقا الإجماع المركب أو البسيط إذ لا قائل بالفرق كما نص عليه في (غاية المراد) بل هو معلوم لنا فوافقا للمشهور في خيار الشرط و استشكل الخراساني في خيار الحيوان و كأنه مال فيه إلى القول المحكي عن الشيخ كما هو خيرة البحراني ره (و ليعلم) أنه على تقدير ما فهموه من كلام الشيخ من جعل ملك المشتري معلقا على انقضاء الخيار ينبغي أن يكون ملك البائع الثمن معلقا على ذلك و متوقفا عليه و قد استدلل على المشهور في (المختلف) بأن العقد لو لم يكن سببا لم يكن سببا مع الافتراق إذ الافتراق لا مدخل له حالة الانفراد عن العقد فلا مدخل له حالة الانضمام عملا بالاستصحاب و كأنه غير واضح لأن هذا الافتراق غير مطلق الافتراق فلا استصحاب سلمنا لكنه معارض بمثله كأن يقال كان المال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩٤

.....

غير مملوك قبل العقد فليكن بعده كذلك (و استدلل) بأنه كلما وجد العقد ثبت الملك و كلما انتفى انتفى فيكون هو المؤثر عملا بالدوران (و فيه) مع ما فيه من شبهة المصادرة بزعم الخصم أن الدوران ليس بحجة عندنا ما لم تكن العلية مستفادة من خطاب أو مقطوعا بها من عقل أو عادة مستمرة لا- تنخرم لأن تلازم الوجود و العدم لا يدل على العلية كما في الجوهر و العرض و الحد و المحدود و الحركة و الزمان و المعلولين المتساويين على أن التلازم في الانعكاس غير واجب في الأحكام كما في المشقة للتقصير (فليتأمل) و لعله حاول تنقيح المناط لكن الخصم قد يقول لم نجد المنقح له من عقل أو إجماع (فتأمل) و استدلل جماعة بقوله جل شأنه (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) حيث علقنا بإباحة التصرف على التجارة فلو لم تكن مفيدة للملك لما جاز التعليق و قد يقال إن



لانقضاء الخيار مدخلا فى التراضى لعدم قطع علائق الملك فيما شرط فيه الخيار مع ما قد يقال من الإجمال فى التجارة «١» (و استدل) بأنه صحيح فيترتب عليه أثره لأن الصحة عبارة عن ترتب الأثر و إلا لبطل الخيار لترتبه على العقد فيكون صحيحا فيتبعه غايته و هو الملك و هو كما ترى (وقد يقال) إن الغاية صلاحية الملك إذا حصل شرطه و الملك الحقيقي من توابع اللزوم و بأن المقتضى للملك و هو العقد موجود لأنه السبب الشرعى لنقل الملك هنا و لذا عرفوه بأنه انتقال عين أو تملك عين و المانع مفقود إذ ليس إلا ثبوت الخيار و هو غير مناف للملك و بأنه لو لم ينتقل لكان موقوفا و حينئذ لا فرق بين المالك و الفضولى إلى غير ذلك مما هو محل مناقشة و الأقدم الاستدلال عليه بالأخبار الواردة فى خيار الشرط كالخبر الصحيح إلى صفوان عن إسحاق بن عمار قال حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام و خبر معاوية بن ميسرة فإنهما صريحا فى كونه زمن الخيار الذى هو سنة فى الأول و ثلاث سنين فى الثانى ملكا للمشتري و أن النماء له و أنه لو تلف فى تلك المدة بالاحتراق كان من ماله و لا- قائل بالفصل قطعا قبل صاحب الكفاية و بأخبار خيار التأخير المشتتملة على أنه إن جاء قبل الثلاثة فله بيعه أى مبيعه و إلا فلا بيع له بالتوجيه الذى تقدم من التقييد و المقابلة (وقد يتأمل) فى هذا و بالأخبار الدالة على أن مال العبد للمشتري مطلقا أو مع علم البائع من غير قيد بمضى زمن خيار الثلاثة و غيره بل ظاهرها أن ذلك بمجرد الشراء (فتأمل) و بالأخبار الدالة على سقوطه بالخطوة و التفرق فإنه يدل على حصول الملك و البيع قبله و إنما يجب بعده فتأمل و بإطلاق كثير من النصوص الدالة على جواز بيع المتاع قبل القبض مطلقا كما فى بعض و للبائع كما فى بعض آخر و بمفهوم الأخبار الدالة على أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه من دون تقييد بمضى زمن الخيار فلا يقوى على المعارضة الأصل و الأخبار المستفيضة الواردة فى خيار الحيوان الظاهرة فى كون تلفه من البائع قبل انقضاء مدة الخيار كصحيحه ابن سنان الواردة فى الدابة و العبد و موثقة «٢» عبد الرحمن بن أبى عبد الله الواردة فى الأمة و مرسله ابن رباط و رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن على بن الحسين

(١) لأن لها ثلاث إطلاقات مطلق التكسب على أى حال فيدخل الصلح و الإجازات و غيرها و المعاوضة لطلب الربح و البيع مطلقا و مثل هذا يقال فى مقام التعارض فتأمل (منه قدس سره)  
 (٢) سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوما أو يومين فماتت عنده و قد قطع الثمن على من يكون الضمان قال ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه (منه قدس سره)  
 مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩٥  
 فالنماء المتجدد بعد العقد للمشتري و إن كان فى مدة الخيار فإن فسخ العقد رجح بالثمن و استرد البائع الأصل دون النماء (١)

عليه السلام لأن الأخبار السابقة قد تعاضدت و اعتضدت بالشهرة العظيمة بل بالإجماع مع صراحة أخبار الشرط و مخالفة جمهور فقهاء الجمهور كأبى حنيفة و مالك و الشافعى فى أحد أقواله و الموافق لنا أحمد و الشافعى فى أحد أقواله فما قيل من أنا مخالفون للعامه كافة غير صحيح و أما هذه الأخبار فهى على أخصيتها من المدعى و شدوذاها فيما حاولوه فيها و عدم صراحتها فيه و عدم العاضد لها سوى الأصل المعارض بأصل براءة الذمة من المنافع المتلفة عند المشتري مثلا فقد حملت على محامل قد قيل إن أجودها الحمل على التقية (و فيه بعد) و قد حمل قوله عليه السلام فى الصحيحة حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري على استقرار الملك إذ أقصى ما دلت عليه هذه الأخبار أن التلف فى المدة ممن لا خيار له و هذا مجمع عليه بين الأصحاب فكان بالنص و الإجماع مستثنى من قاعدة الباب القائلة بحصول الملك بمجرد العقد المستلزمة لكون التلف من المشتري كما استثنياه منها بالنص و الإجماع أيضا أن التلف قبل القبض من مال بائعه سواء كان للمشتري خيار أم لا بمعنى أنه يفسخ العقد من حينه و يقدر دخوله فى مال البائع آنا ما قبل التلف و يكون التلف كاشفا فما دلت عليه هذه الأخبار التى نحن فيها بظاهرها من عدم صيرورة المبيع قبل انقضاء الخيار للمشتري يراد

منه عدم اللزوم والاستقرار كما ذكره فى الصحيحه و لم يبق إلا الأصل و لا بقاء له مع الدليل (و قد احتج) للشيخ بأنه يجوز للبائع التصرف فى المبيع و هو فرع الملك (و فيه) أنه أول ممنوع و الشاذ القائل بالصحة لعله يقول إذا تصرف فيه البائع بالبيع مثلا ينتقل إليه من المشتري الأول قبل البيع لمكان الفسخ بالعزم ثم يخرج عن ملكه للمشتري الثانى بالعقد (و قد يحتج) له بروايه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى خيار المجلس فإذا افترقا فقد وجب البيع و المراد بالوجوب الثبوت لأنه كذلك لغه و الأصل عدم النقل فإن عم أقسام الخيار فهو المطلوب و إلا لزم إحداث قول ثالث (و فيه) أنها معارضة بخبر غياث بن إبراهيم إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و إن لم يفترقا (سلمنا) أنه ضعيف موافق للعامه لكن الوجوب فى اللغة بمعنى اللزوم أيضا ففى (الصحاح و القاموس) وجب يجب وجوبا لزم و نحوه قال ابن الأثير و الفيومى و فى (مجمع البحرين) قاله الجوهري و غيره (و ربما احتج للشيخ) أيضا بقصوره عما انتفى فيه الخيار و القصور سبب عدم إفادته الملك لأنه لو أفاد الملك لساوى الخيار عدمه (و فيه) أن القصور بعدم اللزوم لا بعدم إفادته الملك ثم على قول الشيخ مطلقا أو مقيدا فهل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفا عن ملك المشتري من حين العقد أم ناقلا له فيه وجهان كما فى (الكفاية) و غيرها و لم يستظهر واحدا منهما فى (الدروس) مع أن الظاهر من قوله ملك المشتري بالعقد المتقدم أنه كاشف و الذى فهمه الشهيد فى (غايه المراد) و المولى الأردبيلي و تظهر الفائدة فى النماء كما ستعرف و فى الأخذ بالشفعة زمن الخيار و فى جريانه فى حول الزكاه و فى التصرف كما ستسمع

(قوله) (فالنماء المتجدد بعد العقد للمشتري و إن كان فى مدة الخيار فإن فسخ العقد رجح بالثمن و استرد البائع الأصل دون النماء) ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه حيث قال عندنا و نسب الخلاف فيه إلى أقاويل العامه (و المراد) به ما كان منفصلا ككسب المملوك و مهر الأمه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩٦

و إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه (١) فيرجع المشتري بالثمن لا غير

الموطوءة بالشبهه و البيض و اللبن و الثمره و الأصواف و غيرها و أما المتصل المتجدد كالسمن و نحوه فتابع للمبيع فإن فسخ تبعه فإذا حملت الجارية أو الدابة عند المشتري فى زمن الخيار لامتداد المجلس أو للشرط فهو كالمنفصل للمشتري عندنا كما فى (التذكرة) أما لو كانتا حاملتين عند البائع و بدا فى زمن الخيار فحكمه حكم المتصل كالسمن (قوله) (و إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه)

إجماعا كما فى (السرائر و كشف الرموز و جامع المقاصد و الروضه) و يتناوله إجماع (الغنيه) بإطلاقه كما ستسمعه و فى (التذكرة) فى باب القبض لا- خلاف عندنا فى أن الضمان على البائع قبل القبض مطلقا فلو تلف (حينئذ) انفسخ العقد و سقط الثمن و فى (الكفاية) أنه لا يعرف فيه خلافا و هو ظاهر جماعه حيث عبروا عن ذلك بالقاعده و من المعلوم أن القاعده لا تثبت إلا بالإجماع أو النص المجمع على العمل به كما حرر فى محله و فى (مجمع البرهان) إن كان دليله الإجماع (ثم قال) عند الكلام على الأخبار إنه لا خلاف فى العمل بها و قبولها على الظاهر و فى (الكفاية) لا أعرف فيه خلافا (و يدل) على ذلك خبر عقبه بن خالد الحسن العقيدة الذى قال له الإمام عليه السلام رحمكم الله من أهل بيت المروى فى (الكافى) الصريح فى ذلك لكن فى السند ابن هلال و فيه أيضا إيماء إلى التعميم فى البائع و المشتري لأنه قد ورد فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجب له غير أنه ترك المتاع و لم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون قال أى (الصادق) عليه السلام من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه (و الخبر النبوى) كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و ضعف السند فيهما منجبر بعمل الكل فقد طفحت عباراتهم بذلك فى المقام و مبحث خيار التأخير مضافا إلى إجماع (الخلاف) هناك و إطباق المتأخرين على ذلك مضافا إلى ما ذكره فى باب الثمار فيما إذا تلفت الثمره المبتاعه فإنهم حكموا من غير خلاف و لا تأمل بأن

تلفها قبل القبض من البائع كما مر الكلام فيه مسبقاً و حكموا بذلك أيضاً في المطلب الثاني في أحكام القبض كما يأتي فكان ذلك كله مخرجاً عن حكم القاعدة الأخرى القائلة بحصول الملك بمجرد العقد المستلزماً لكون التلف من المشتري فينبغي أن يندفع الإشكال عن المقدس الأردبيلي و من تبعه لأنه قد استشكل هنا و أعاده في باب القبض و المخالف المفيد و السيدان و من تبعهم في خصوص خيار التأخير و قد سمعت دعوى السيدين الإجماع في (الإنتصار و الغنية) و قد أسبغنا الكلام في ذلك في محله و معنى كونه من مال بائعه أنه يفسخ العقد بتلفه من حينه و يرجع الثمن إلى ملك المشتري كما قد تشعر به رواية عقبه و به صرح في (المبسوط) و ما تأخر عنه مما تعرض له فيه فلو كان قد تجدد له نماء بعد العقد و قبل التلف فهو للمشتري كما هو مقتضى القاعدة و استصحاب الحالة السابقة و ظاهرهم أنه لا خلاف فيه و إن كان ظاهر النص و الفتوى قد ينافيه لكنهم تأولوهما بما تسمعه من التقديرين و ليس للمشتري مطالبة البائع بالمثل أو القيمة و إن كان حكمهم بكونه من مال البائع قد يوهم ذلك و المراد منه ما ذكرناه و إنما عبروا بذلك تبعاً للنص (و حينئذ) فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً ما و يكون التلف كاشفاً عنه كدخول الديه في ملك الميت و العبد المأمور بعقده في ملك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩٧

و إن تلف بعد قبضه و انقضاء الخيار فهو من مال المشتري (١) و إن كان في مدة الخيار من غير تفريط فمن المشتري إن كان الخيار للبائع أو لأجنبي أو لهما و إن كان للمشتري خاصة فمن البائع (٢)

المعتق عنه و حكى في (التذكرة) و جها بأن الفسخ هنا يكون من أصله فلا يحتاج إلى التقدير لكنه مخالف لما عليه الأصحاب ثم إن ظاهر معقد الإجماع و النص بحكم التبادر و تصريح الأكثر اختصاص الحكم بما إذا تلف بأفه سماوية أما لو أتلفه متلف فإنه يتخير بين الفسخ و أخذ الثمن و بين مطالبة المتلف كما صرح به في (المبسوط و الكتاب) في باب القبض (و التذكرة و جامع المقاصد) في موضعين (و الميسية و المسالك و مجمع البرهان) و غيرها و استحسنته في (التحرير) في باب القبض أما الفسخ فلأنه مضمون على البائع و ليس هنا انفساخ و أما إلزام المتلف فلأنه أتلف ماله لأن المبيع قد انتقل إلى المشتري و إن كان مضموناً على البائع و احتمال الرجوع إلى مقتضى القاعدة في غير المتبادر من النص و الإجماع قائم لكنهم كما ترى أعرضوا عنه و الأقرب (حينئذ) إلحاق البائع حيث لا خيار له بالأجنبي كما صرح به في بيع الثمار في (التذكرة و الإرشاد) في باب القبض (و غاية المراد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد) في موضعين (و الروضة و المسالك و مجمع البرهان) و غيرها و قال الشهيد في حواشيه في باب القبض قطع به العراقيون فتخير بين الفسخ و إلزام البائع بالمثل أو القيمة سواء زادت عن الثمن المسمى المدفوع أو نقصت عنه و في (المبسوط) (و الشرائع) في الباب المشار إليه (و التحرير) في باب القبض أنه يفسخ كما إذا تلف بأمر سماوي و كأنه مال إليه في (الإيضاح) و كأنهم استندوا إلى عموم النص أعنى كل مبيع تلف إلخ (و فيه) أن ذلك إنما يكون حيث لا يكون البائع متلفاً تمسكاً بأصالة بقاء العقد و اقتصاراً على موضع الوفاق و إن كان و لا بد فليرجع إلى مقتضى القاعدة و إتلاف المشتري كالقبض إن كان بالتسبيب و قبض إن كان بالباشرة و هل يفرق بين كونه بإذن البائع و عدمه احتمالان و قد استوفينا الكلام في هذه المباحث في باب بيع الثمار فليرجع إليها (و في حواشي الكتاب) في باب القبض أن إتلاف المشتري إنما يكون قبضاً إذا أتلّف الجميع لأن المصنف في (التحرير) قال لو قطع المشتري يد العبد ثم تلف بعد ذلك في يد البائع قبل القبض انفسخ البيع و رجع البائع بأرش النقص ثم إن ظاهر العبارات في البابين و مقتضى الأصل و ظاهر النبوي أن تلف الثمن المعين قبل قبضه يكون من مال البائع لأنه صار ماله بالعقد على عينه لكن ظاهر (مجمع البرهان) أنه كالمبيع و أنه لا خلاف فيه (قلت) قد صرحوا بذلك في باب الشفعة بل ظاهرهم هناك الاتفاق على ذلك من دون تأمل و لا إشكال و قال في (مجمع البرهان) إن في خبر عقبه إيحاء إلى التعميم في البائع و المشتري (و يمكن) إرادة المشتري من البائع في النبوي فإنه لغه يطلق عليهما و لا يضر عدم صحة السند لعدم الخلاف في العمل و القبول على الظاهر «اتتهى» و قد تقدم في

أوائل البيع فى باب بيع الحيوان ما له نفع تام فى المقام و سيتعرض المصنف لهذه المباحث فى باب القبض

(قوله) (و إن تلف بعد قبضه و انقضاء الخيار فهو من مال المشتري)

بلا كلام كما فى (المبسوط) و بلا شك كما فى (مجمع البرهان) و إجماعا كما فى (الرياض) و به صرح فى (السرائر) و ما تأخر عنها

لأن المال صار له بحيث لا تعلق به لأحد بوجه و كذلك لو تلف الثمن كذلك أى بعد الأمرين معا فإنه يكون من البائع إجماعا

(قوله) (و إن كان فى مدة الخيار من غير تفريط فمن المشتري إن كان الخيار للبائع أو لهما أو لأجنبى و إن كان للمشتري خاصة فمن

البائع)

إذا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩٨

.....

تلف المبيع بعد قبضه و قبل انقضاء الخيار بل فى مدته و زمنه فقد حكم المصنف هنا و فى (التذكرة) و المحقق الثانى و الفاضل

الميسى أنه يكون من المشتري إن كان الخيار للبائع أو لهما أو لأجنبى و أنه إن كان للمشتري خاصة فمن البائع و هو فيما عدا الأجنبى

و ما عدا ما إذا كان الخيار لهما على ما ستعرف الحال فيه موافق لما فى (السرائر و جامع الشرائع) لابن سعيد (و الإرشاد و شرحه)

لولده (و مجمع البرهان) من أن التلف إن كان فى مدة الخيار فهو ممن لا خيار له و هو معنى ما فى (الشرائع و التحرير و التذكرة) (و

المسالك و المفاتيح) من أنه إن كان الخيار للبائع فالتلف من المشتري و إن كان للمشتري فالتلف من البائع و لا أجد فى شىء من

ذلك خلافا بل إطلاق إجماع (الغنية) حيث قال إذا هلك المبيع فى مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه

حدثا يدل على الرضا فيكون هلاكه من ماله منطبق على الصورة الثانية (لكنه) يشكل بالنسبة إلى ما إذا كان الخيار لهما كما ستسمع و

قال فى (اللمعة) ينتقل الضمان إلى المشتري بعد القبض إذا لم يكن له خيار و قضيته أنه حيث يكون له خيار فلا ضمان عليه و لو كان

بمشاركة البائع أو الأجنبى و بذلك صرح فى (الروضة) فى فصل بيع الحيوان و وافق الجماعة فى باب القبض و قيد إطلاق عبارة

(اللمعة) التى سمعتها فليحظ ذلك لكن التقييد بعدم التفريط كما فى (الكتاب و الشرائع) و غيرهما لا حاجة إليه حيث يكون الخيار

للبيع إلا أن يراد من دون تفريط من البائع نعم حيث يكون الخيار للمشتري خاصة يجب التقييد بعدم التفريط من المشتري (و يبقى)

الكلام فى معنى كون التلف من مال من لا خيار له و لم نجد من تعرض له و سننبه عليه و أما مساواة الأجنبى للبائع (مطلقا) فيما إذا

كان الخيار له فمحل إشكال لأن المشتري للأجنبى إن كان المتبايعين فحكمه حكمهما (و كذلك) إذا كان المشتري له أحدهما

يكون حكمه حكمه كما فى (تعليق الإرشاد و مجمع البرهان) و قد يقال إن ذلك منهم محافظة على الأصل فاندفع الإشكال و لا

ينقطع الخيار بتلف المبيع فى مدة الخيار بعد القبض كما صرح بذلك فى (الخلايف و المبسوط و الجواهر و الدروس و جامع

المقاصد) و غيرها فيتخير ذو الخيار كما سينبه عليه المصنف فلو فسخ البائع رجوع بالبدل فى صورة عدم ضمانه و لا فائدة له فى إيجابه

و لو فسخ المشتري رجوع بالثمن و غرم البدل فى صورة ضمانه و يبقى الكلام فى إيجاب المشتري و قد عرفت أنه لو أوجب المشتري

فى صورة التلف قبل القبض لم يؤثر فى تضمين البائع القيمة أو المثل كما تقدم بيانه و فى انسحابه فيما لو تلف بيده فى خياره نظر

كما فى (الدروس) و معناه أنه حيث يكون الخيار للمشتري خاصة و يتلف بأفه سماوية فلا ريب أن للمشتري الفسخ فيكون التلف من

مال البائع و على هذا فمعنى قولهم التلف ممن لا خيار له أن عليه ذلك إذا فسخ صاحبه لا أنه يفسخ كما قلناه فى التلف قبل القبض

و أما حيث يوجب المشتري البيع فيحتمل أنه مخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو القيمة و الرجوع بالثمن أو أنه ليس له إلا الرجوع

بالثمن خاصة كما ستسمع عن (المبسوط) و يحتمل أن ليس له الرجوع بشىء فيكون معنى له الخيار أن له الفسخ و أما إيجاب البائع

فلا يعود عليه بطائل هذا على ما يفهم من (الدروس) و غيره (و المحقق الثانى) فصل فجعل للبائع الخيار حيث يكون التلف من

المشترى و أما حيث يكون الخيار للمشترى خاصة فقال إن البيع يفسخ و يسترد المشترى الثمن و يسقط خياره لانفساخ العقد انتهى (فليتأمل) فى ذلك جيدا (و لعل) الذى دعى المحقق الثانى إلى القول بالانفساخ أن فسحه و إمضائه مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٥٩٩

.....

لا يأتیان بحاصل إذ الإمضاء لا يسلطه عنده على الرجوع بالقيمة أو المثل و كأنه فهم ذلك من (المبسوط) و غيره فيكون معنى الخيار حيث يكون للبائع غيره حيث يكون للمشترى و أما إذا كان الخيار لأجنبى فهل يسقط أم لا احتمالان و فى (جامع المقاصد) أنه ينبغي أنه إذا كان الشرط من البائع لا يسقط و إلا سقط (و لعله) بناه على أن الأجنبى كالبائع مطلقا محافظة على مقتضى الأصل و قد جعل فى (الروضة) الأجنبى كالمشترى حيث قال لو كان الخيار للمشترى و الأجنبى معا فلا ضمان على المشترى و لو كان الخيار لهما فالتلف من المشترى كما صرح به الشيخ فى (المبسوط) و المصنف فى (التحرير و الإرشاد) و ولده فى شرحه و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و غيرهم فإن فسحا أو أحدهما سقط الثمن و وجبت القيمة و إن اختار الإمضاء أو سكتنا حتى مضت مدة الخيار لزم الثمن بدون القيمة كما صرح بذلك فى (المبسوط) لكن قضيه إطلاق إجماع (الغنية) أن التلف من البائع و قد سمعته آنفا (فليتأمل) فيه و قد سمعت ما فى (اللمعة و الروضة) هذا كله فى تلف المبيع (و منه يعلم) حال تلف الثمن إذا كان معينا فإنه يكون ممن لا خيار له و مع الاشتراك يكون من البائع و كل ذلك فيما إذا كان التلف بأفه سماوية و أما إذا كان التلف بغيرها فإن كان التلف من المشترى فلا ضمان على البائع مطلقا لكن إن كان له خيار أو لأجنبى و اختار الفسخ رجع على المشترى بالمثل أو القيمة و إن كان التلف من البائع أو من أجنبى تخير المشترى حيث يكون له خيار بين الفسخ و الرجوع بالثمن و بين مطالبة المتلف بالمثل أو القيمة و إن كان الخيار للبائع و المتلف أجنبى تخير كما مر و رجع على المشترى أو الأجنبى فقد تحصل أنه إذا تلف المبيع بعد القبض فى زمن الخيار سواء كان خيار حيوان أم مجلس أم شرط فلا يخلو إما أن يكون التلف من المشترى أو من البائع أو من أجنبى أو من الثلاثة أو من اثنين منهما و على التقادير إما أن يكون الخيار للبائع خاصة أو للمشترى خاصة أو لأجنبى أو للثلاثة أو للمتبايعين أو للبائع و الأجنبى أو للمشترى و الأجنبى فالأقسام تسعة و أربعون و أحكامها تعرف مما مر و لم نتعرض لما إذا كان التلف بأفه سماوية لتقدم ذكره و يبقى الكلام فيما إذا كان التلف منهما و الخيار لهما أو لأحدهما فإن كان لهما فإن تهاترا و إلا جرى لكل منهما فى النصف الذى لم يتلفه ما عرفته مما سلف لأنه إذا كان الخيار لهما و أتلفاه معا فلا ريب أن إتلاف المشترى إجازة كما أن إتلاف البائع فسخ و الفسخ مقدم فيثبت للبائع فى النصف الذى أتلفه المشترى المطالبة بالمثل أو القيمة و إن أتلفه أحدهما و الخيار لهما فإن كان المتلف المشترى ثبت للبائع المطالبة بالثمن إن أجاز و بالمثل أو القيمة إن فسخ و إن كان المتلف البائع ثبت للمشترى عليه الثمن لا غير أجاز أو فسخ (هذا تمام الكلام) فيما يتعلق بالمسألة و فروعها و يبقى الكلام فى الدليل إذ فى (مجمع البرهان) أن دليل المسألة بفروعها غير ظاهر و فى (الكفاية) لا أعرف فى المسألة مستندا سوى الروايات الخمس فينبغى إناطة الحكم بها و أراد بالروايات الخمس رواية إسحاق بن عمار الواردة فى خيار الشرط الدالة على أن التلف من المشترى بعد القبض حيث إنه لا خيار له و رواية معاوية بن ميسرة التى هى مثل رواية إسحاق و الروايات الواردة فى خيار الحيوان المتضمنة أن التلف من البائع حتى ينقضى شرط المشترى و خياره و قد بينا الحال فيها فيما مر (و نحن نقول) إن قولهم إن التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له قاعدة لا خلاف فيها كما بيناه فيما سلف عند شرح قوله و المبيع يملك بالعقد مؤيدة بهذه الروايات الخمس و أخصيتها من المدعى مندفعه بعدم القائل بالفرق فكانت مستثناة من القاعدة القائلة إن التلف إنما يكون من مال المالك على القول المشهور من أن المبيع يملك بنفس العقد على أن بعض صور المسألة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠٠

و يحصل الفسخ بوطى البائع وبيعه وعتقه و هبته و إن كان من ولده (١)

جار على القاعدة و هو إذا تلف المبيع بعد القبض و الخيار للبائع فإن التلف يكون من المشتري و هو موافق للقاعدة مع تأييد ذلك بخبري إسحاق و معاوية و كذلك ما إذا تلف الثمن بعد القبض و الخيار للمشتري فإن التلف من البائع و هو أيضا جار على القاعدة المذكورة و المخالف للقاعدة المحتاج إلى الدليل ما إذا تلف المبيع بعد القبض و الخيار للمشتري فإن الأصحاب حكموا بأنه من مال البائع فالحجة عليه إجماعهم كما سمعته عن (الغنية) و أخبار خيار الحيوان و لا قائل بالفصل و أما إذا تلف الثمن بعد قبضه و الخيار للبائع فهذا محل إشكال لأن الأصل بمعنى القاعدة يقضى بأن التلف من البائع لا من المشتري و لم يتعرض أحد لحال هذا الفرع أصلا و المقدس الأردبيلي إنما تعرض لحال الثمن قبل القبض و الأخبار إنما وردت في المبيع و خبر عقبه و إن كان يشم منه التعميم إلا أنه صريح في ما قبل القبض إلا أن تقول إطلاقهم أن التلف ممن لا خيار له و نحوه يتناوله كما أشار إليه الأردبيلي و إن كان كلامهم في المبيع و يتجشم استنباط ذلك من أخبار خيار الحيوان و هو بعيد جدا (فليتأمل) لكن هاتين الصورتين جارتان على الأصل على مذهب الشيخ فلا تحتاجان إلى الدلالة و إنما المحتاج إليها على مذهبه الصورتان الأوليان (و لعله) يستند في أولى الأوليين إلى أخبار خيار الشرط و أما كون التلف في الخيار المشترك من المشتري في المبيع و من البائع في الثمن فهو على المشهور جار على القاعدة في الأمرين معا و يشكل فيهما على قول الشيخ من أنه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار و قد سمعت أنه جزم به في المبيع و سمعت أيضا إجماع (الغنية) فلا تغفل

(قوله ره) (و يحصل الفسخ بوطى البائع وبيعه وعتقه و هبته و إن كان من ولده)

أما حصول الفسخ بوطى البائع في مدة الخيار فقد حكى عليه الإجماع في (المبسوط و السرائر و ظاهر التذكرة) في موضع منها لأنه لا يجوز أن يكون مجيزا للبيع و يطأها فيصان المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل و لا يكون أول الوطى محرما كما سينص عليه في آخر البحث خلافا (للتحرير) كما ستعرف لأننا نحكم بعود الملك إليه قبيله و ذلك أنا نجعل القصد إلى الفعل المقارن له هو المقتضى للفسخ و حينئذ فلا يجب عليه قيمة الولد لو أولدها و تصير أم ولده و استشكل في موضع من (التذكرة) في حل و طيه أى و طى البائع و قال إنه ينشأ من انتقال الملك عنه فيكون الوطى قد صادف ملك الغير فيكون محرما و من أنه أبلغ في التمسك بالمبيع و فسخ البيع من اللفظ و في (الدروس) فيه وجهان و لم يرجح و قوى في (التحرير) التحريم و أنه يحصل الفسخ بأول جزء من الوطى فيقع تماما في الملك و نحوه ما في (الإيضاح) كما ستعرف و ظاهر (التحرير) التوقف في باب الهبة حيث قال فيه نظر و هو كما ترى و لا فرق في هذا الخيار بين أن يكون مختصا بالبائع أو مشتركا بينه و بين المشتري و كذلك الحال لو قبل بشهوة أو باشر فيما دون الفرج أو لمس بشهوة فإنه يكون فسحا و ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه و في الاستخدام وجهان (و مما ذكر) يعلم حال البيع و العتق و الهبة ففي (المبسوط و السرائر) ما نصه فيهما و متى و طى البائع في مدة الخيار كان ذلك فسحا للبيع إجماعا و جملة الباب أن كل تصرف لو وقع من البائع كان فسحا مثل العتق و الوطى و الهبة و البيع و الوصية و غير ذلك متى وقع من المشتري كان إمضاء انتهى كلامهما و قد يظهر منهما أن الإجماع منعقد على الجميع و هذه الجملة التي جعلها أصلا في الباب قد طفحت بها عبارات الأصحاب (و الظاهر) أنها إجماعية إذ لم نجد من خالف كما أشرنا إليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠١

و الأقرب صحة العقود (١) و لا تحصل الإجازة بسكوته على و طى المشتري (٢) و المعجول فسحا من البائع (٣) إجازة من المشتري لو أوقعه و الإجازة و التزويج في معنى البيع (٤) و العرض على البيع و الإذن فيه كالبيع على إشكال (٥)

فيما سلف و في (ظاهر التذكرة الإجماع) على الفسخ بالبيع في موضع منها حيث قال و كذا لو باع عندنا و نص فيها في مواضع منها

على أن العتق فسخ و في (التحرير) أنه فسخ قطعاً و ظاهره الإجماع و نقل عن الشافعي في (التذكرة) أنه أقوى من البيع في الفسخ و أقره عليه و نص أيضاً فيها على أن الهبة من البائع فسخ و من المشتري إجازة و إن كانت غير مقبوضة لأنها يحصل بها الرجوع عن الوصية و نقل عن بعض الشافعية احتمال عدم لصدورها عن يتردد في الفسخ و الإجازة و قد حاول المصنف هنا بقوله و إن كان من ولده الرد على هذا البعض القائل بأن الهبة من الولد جائزة فكأنه قال و إن كانت الهبة جائزة و إنما ذكر ضمير كان لأن المراد عوده إلى كل واحد من هذه (و ليعلم) أن هذه الثلاثة إنما تدل على الفسخ إذا علمنا أنها صدرت على غير جهة الفضولية كما هو المفروض و أما إذا جهل الحال فكما أن الأصل عدم الفضولية كذلك الأصل عدم الفسخ و الأصل بقاء الملك و العقد (فليتأمل) (قوله) (و الأقرب صحة العقود)

لأنها صدرت من أهلها في محلها و لأنها أقوى من تصرف الفضولي قطعاً كما في (الإيضاح و جامع المقاصد) و هو صحيح مع الإجازة و هي منحصرة هنا في طرف البائع و قد حصلت و كذلك الحال في الإيقاعات كالعتق و ربما احتتم ضعيفاً عدم الصحة لأن الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد معاً كما أن التكبير الثانية في الصلاة بنية الشروع يخرج بها من الصلاة و لا يشرع بها في الصلاة و قد عرفت أن المحصل للفسخ و الملك القصد المقارن فيحصلان قبيله فاندفع أيضاً ما قيل إن أولها صدر في غير ملك و إن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع و قد أجاب الشهيد عن ذلك بأنه دور معية و كأنه معنى قول الفخر في (الإيضاح) الأقوى عندي صحة العقد لأنه بأول جزء منه فسخ و معناه أنه فسخ و عقد ناقل (فليتأمل) و استشكل في (التحرير) في صحة عتق البائع في خياره و قطع كما عرفت بانفساخ البيع به و نحوه ما في (الدروس) و تمام الكلام في باب الرهن و باب الهبة فإننا أوضحنا هناك الحال و استوفينا المقال (قوله) (و لا تحصل الإجازة بسكوته على و طى المشتري)

عاملى، سيد جواد بن محمد حسيني، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ١١ جلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، اول، ه ق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٦٠١

كما في (المبسوط و الخلاف و الغنية) و غيرها فإن السكوت لا يدل على الرضا كما لو وطئ رجل أمه غيره و هو ساكت فإنه لا يسقط مهرها و ربما قيل بأن إقراره على ذلك يدل على رضاه بإنفاذ البيع و ليس بشيء قطعاً و هو الوجه الثاني للشافعية و لا تصير بذلك أم ولد لو ولدت فيجوز له أخذها عملاً بمقتضى أصالة الحق الذي كان ثابتاً و استصحابه (قوله) (و المجمعول فسخاً من البائع)

قد تقدم الكلام في ذلك مرارا

(قوله) (و الإجازة و التزويج في معنى البيع)

و كذلك الرهن كما في (التذكرة و التحرير) و قد سمعت ما في (المبسوط و السرائر) و هو قضية قاعدتهم أما الإجازة فلأنها تمليك للمنفعة و الأصل فيها أن لا تكون فضولية و النكاح لا يقصر عن الإجازة و كذلك الرهن و نستوفي الكلام في الرهن في باب الرهن (قوله) (و العرض على البيع و الإذن فيه كالبيع على إشكال)

لم يرجح أحد شقيه في (الإيضاح و الحواشي)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٦٠٢

و لو باع المشتري أو وقف أو وهب في مدة خيار البائع أو خيارهما لم ينفذ إلا بإذن البائع (١) و كذا العتق على إشكال (٢)

المنسوبة إلى الشهيد و قرب في (التذكرة) أنهما من البائع فسخ و من المشتري إجازة لدلالتهما بالالتزام على الالتزام بالبيع من المشتري فيكونان من البائع فسحا و من ثم يحصل بهما الرجوع عن الوصية و جعلهما فيها كالرهن و الهبة الغير المقبوضين و في (التحرير) أن العرض و البيع الفاسد إذا كانا من المشتري أبطلا خياره و ظاهر خبر السكوني حيث قال فيه و إن أقامه في السوق و لم يبع فقد وجب عليه أن الأول أى العرض من المشتري مبطل لخياره و كأنه مال إليه في (الدروس) و قد تقدم الكلام فى الإذن بما لا مزيد عليه و بينا أنها كالبيع عند شرح قوله و إن أذن أحدهما للآخر فى التصرف فإن تصرف الخياران و إلا خيار الإذن و قد فصل فى (جامع المقاصد) تفصيلا (حاصله) أنهما من المشتري إجازة لدلالتهما على الرضا بالبيع و أما من البائع فلا يبعد عدما فسحا إذا كان الإذن فى البيع لو كيله و لو كان للمشتري فإن فعل كان مسقطا لخياره و إذا لم يفعل فإشكال قال و مثله الإذن فى سائر التصرفات و ما لو أذن المشتري للبائع فى البيع فإن كونه مسقطا لخياره إذا لم يبع لا يخلو من بعد و العبارة تتناول ذلك كله و قد عرفت الحال فى الإذن مطلقا و أما العرض من البائع ففيه إشكال إذ من المحتمل صدوره عن تردده فى الفسخ و الإجازة إذ ربما عرضه لينظر إن جاءت بأكثر من الثمن فسخ و إلا- أجاز و لا كذلك الحال فى المشتري لمكان الرواية إلا أن تقول إن الظاهر من العرض من البائع الفسخ و على ذلك ورد الخبر فى المشتري (فليتأمل)

(قوله ره) (و لو باع المشتري أو وقف أو وهب فى مدة خيار البائع أو خيارهما لم ينفذ إلا بإذن البائع)

كما فى (التذكرة) و هو معنى قوله فى (المبسوط) إن تصرف فيه المشتري بالهبة أو التمليك أو العتق و غير ذلك لزم العقد من جهته و يبطل (و بطل خ ل) خياره و نفذ تصرفه و كان خيار البائع باقيا و فى (التحرير) نفذ على إشكال و فى (جامع الشرائع) لا ينفذ تصرف المشتري حتى ينقضى خيار البائع و لعله بناه على ما يختار من عدم الانتقال إلا بعد انقضاء الخيار و صرح جماعة فى باب الزكاة أن المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع كالبيع و الهبة و نحوهما و قالت الشافعية لا ينفذ شىء من هذه العقود مطلقا و لم يقل أحد منا بذلك صريحا فيما أجد كما أنه لم يقل أحد منا بطلان خيار البائع و جعله كالتالف فينتقل إلى القيمة و لو باشر هذه التصرفات بإذن البائع أو باع من البائع نفسه صحت (قوله) (و كذا العتق على إشكال)

الإشكال فى أنه هل ينفذ عتقه و إن لم يأذن البائع أو يتوقف نفوذه على إذنه كما صرح به السيد العميد قال منشؤه من تعلق حق الآخر به فلا ينفذ إلا بإذنه و من أن العتق مبنى على التغليب فإنه ليس أبلغ من عتق بعض المشترك مع أنه ينفذ فى حصه شريكه و هو معنى قوله فى (التذكرة) و إن كان بغير إذنه نفذ لأنه مالك أعتق فنفذ عتقه كغيره لكن تمام كلامه كما ستسمعه قد يوهم خلاف ذلك و فى (التحرير) لو أعتقه المشتري نفذ العتق و قال قبل ذلك لو أعتقه المشتري بطل خياره و الوجه عدم بطلان خيار البائع و فى (الدروس) أعرض عن ذلك و تعرض بشىء آخر قال لو أعتق المشتري نفذ العتق فى الحال لزوال الخيار و قال الشيخ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠٣

نعم له الاستخدام و المنافع (١) و الوطى (٢)

ينفذ بعد مدة الخيار انتهى (قلت) هذا قول الشيخ فى (الخلاف) و به قال القاضى فى (الجواهر) و إليه أشار صاحب الجامع كما عرفت و لا يخفى أن إطلاق عبارتي (الدروس و التحرير) قد يعطى كعبارة (التذكرة) ما فهمه من عبارة الكتاب السيد العميد دون ما فهمه منها الشهيد فى حواشيه حيث قال فى شرح الإشكال قيل إنه موقوف على الإجازة و قيل يكون باطلا لأن العتق لا يكون إلا منجزا (انتهى) و قد تشعر بذلك عبارة (الإيضاح) فى المقام و هو صريحها فيما إذا اشترى عبدا بجارية كما ستسمع و هو ظاهر (جامع المقاصد) و على كل حال فالقول الذى حكاه الشهيد من البطلان لم نجده لأحد من أصحابنا و إنما هو للشافعية (للشافعى خ ل) كما



أن القول بتوقفه على الإذن بمعنى أن له أن يبطل العتق لم نجده أيضا مصرحا به و معنى تنجيز العتق أن لا يكون في صيغته معلقا على شرط أو صفة و ما نحن فيه ليس كذلك فبطل الاستناد في البطلان إلى ذلك و إلا فقد أجاز و أعتق الراهن إذا أجازته المرتهن بعد الإعتاق و أجازوا توقف البيع في المقام على إذن البائع مع أنه لا يقع (لا يبيع خ ل) إلا منجزا فدار الأمر بين نفوذه من دون توقف على الإذن و بين توقفه عليه بمعنى أنه لم يبطل خياره بمعنى أنه ينتقل إلى القيمة كما ستعرف و على ذلك ينزل إطلاق (التحرير) و الشهيد في حواشيه اختار الثاني و قال إنه ينتقل من البائع إلى القيمة و معناه كما بيناه أنه ليس له الفسخ كما كان فيبطل العتق بل يجعل كالتالف و ينتقل إلى القيمة و حكاها في حواشيه عن الفخر و ابن المتوج و قربه المحقق الثاني و في (الإيضاح) بعد أن ذكر وجهي الإشكال قال إن الأصح صحة العتق و قد فهم منه الشهيد ما سمعت و عبارته قابلة لذلك و قد يكون مفاد العبارات واحدا بأن يتجشم الجمع بينهما لكنه بعيد عن عبارة (التذكرة) فليتأمل جيدا فإن كلامهم كأنه لا يلتزم إلا بتكلف شديد لكنه من البعيد أن يبطل خيار البائع بالكلية من العين و القيمة و في (التذكرة) بعد أن حكم بالنفوذ من دون إذنه كما أسمعناكه قال ثم إما أن نجعل للبائع الخيار أو نبطله كالتالف فإن أثبتناه فالأقوى أنه يرجع بالقيمة كالتالف (انتهى) و سيأتي للمصنف قريبا فيما إذا اشترى عبدا بجارية و أعتقهما معا و الخيار للبائع ما له نفع تام في المقام لأن المسألتين من سنخ واحد و المصنف و جماعة في باب القصاص فيما إذا قتل العبد حرا أو عبدا فأعتقه مولاه استشكلوا في نفوذ عتقه و جماعة قالوا بالنفوذ و آخرون بالمراعاة و الأصح النفوذ من دون مراعاة و ليلحظ كلامهم في المقام فإن تحريره ما ذكرناه

(قوله) (نعم له الاستخدام و المنافع)

لعله مما لا- خلاف فيه لأنه إذا جاز له الوطى كما ستسمع جاز له الاستخدام و المنافع بالأولى لكنهم ربما عللوا منعه من الوطى على القول به أو على احتمالها كما سيأتي للمصنف في الفرع الثالث بإفضائه إلى الاستيلاء الموجب لسقوط خيار البائع و ذلك قائم في الاستخدام فإنه ربما أدى إلى المرض و التلف (فليتأمل)

(قوله) (و الوطى)

لا يأتى بالوطى و يلحق به الولد و يكون حرا إجماعا كما في (الغنية) و نحوه إجماع (الخلاف) و بالأحكام الثلاثة صرح في (المبسوط و السرائر و التحرير) و هو المحكى عن القاضى و نقل ذلك في (الدروس) عن (الخلاف) و احتمال حمله على الخيار المختص به و كلام (المبسوط و الغنية) لا يقبل هذا الاحتمال لأن آخره صريح في الخيار المشترك و كذلك آخر كلام (الخلاف) على ما وجدته في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠٤

فإن حبلت فالأقرب الانتقال إلى القيمة مع فسخ البائع (١) و لو اشترى عبدا بجارية ثم أعتقهما معا فإن كان له الخيار بطل العتقان لأنه بعثت الجارية مبطل للبيع و بعثت العبد ملتزم به فعتق كل منهما يمنع عتق الآخر فيتدافعان (٢)

النسخة التي عندي لكنها في المقام غير نقيه من السقط لكن ذلك هو الذى حكاها عنهما في (السرائر) و جواز الوطى حينئذ خيرة (المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد) و في (حواشى) الشهيد أنه المنقول و سيستشكل المصنف في ذلك في الفرع الثالث و ظاهر (الدروس) أن ليس له ذلك و هو صريح (التذكرة) و الأصح الجواز على القول المشهور من أن المبيع يملك بالعقد بل من نسب إليه الخلاف في ذلك و وافق هنا و هذا يرشد إلى ما فهمناه هناك من أنه غير مخالف و ما استندوا إليه من التعليل كما سمعته عليل منقوض بالاستخدام الذى لا خلاف فيه على الظاهر مضافا إلى إجماع (الغنية) و كذا إجماع (الخلاف)

(قوله) (فإن حبلت فالأقرب الانتقال إلى القيمة مع فسخ البائع)

كما هو خيرة (التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد) و هو قضية كلام (السرائر و المختلف) و ظاهر (كتر الفرائد) لمكان الجمع بين

الحقوق فيسقط حق البائع من العين و يكون له أخذ القيمة لأن أم الولد لا يجوز بيعها و حق البائع من الخيار لا يجوز إسقاطه و احتمال أخذ العين لسبق حقه على الاستيلاء ضعيف و في (المبسوط و الخلاف) فإن فسخ البائع لحق الولد بأبيه و يلزمه للبائع قيمته و إن لم يكن هناك ولد لزمه عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن كانت غير بكر نصف عشر قيمتها و حكى ذلك في (المختلف) عن القاضي و كأنه مبنى على عدم الانتقال و أنكره في (السرائر) فقال لا يلزمه قيمة الولد و لا عشر قيمة الجارية سواء فسخ البائع أم لا و أطال في ذلك و نحوه ما في (المختلف) و هو قضية كلام المصنف هنا و من وافقه بل قالوا إن الأمة تصير مستولدة كما عرفت و الشيخ يمنع من الاستيلاء إلا أن تعود إليه و اقتصر في (الدروس) على نقل الأقوال من دون ترجيح (فقد تحصل) أنه يتعلق بوطن المشتري كذلك أحكام ستة ثلاثة منها لا تختلف باختلاف الأقوال و ثلاثة تختلف أما ما لا يختلف فسقوط الحد و نسب الولد و حرته لأن الوطى صادف ملكا أو شبهة فدرأ الحد و ثبت النسب و الحرية و أما التي تختلف فالمهر و قيمة الولد و كونها أم ولد و أما حل الوطى و عدمه فيجئان على القولين كما عرفت فإن أجاز البائع البيع و قلنا الملك يثبت بالعقد فقد صادف الوطى الملك فلا مهر و لا قيمة ولد و تصير أم ولده و إن قلنا إنما ينتقل بانقضاء الخيار و العقد معا فقد وطئ في ملك البائع فيجب المهر و في قيمة الولد وجهان بناء على القولين في أن الحمل هل له حكم أم لا فإن قلنا به و جب لأن العلوق كان في ملك البائع و إن قلنا لا حكم له لم يجب بل يوضع في ملك المشتري و في الاستيلاء وجهان و إن فسخ البائع العقد فإن قلنا إن الملك ينتقل بالعقد لا يجب المهر و تصير أم ولد و يضمن قيمتها لا ثمنها و إن قلنا إن الملك لا ينتقل بالعقد فقد صادف الوطى ملك البائع فيجب المهر و قيمة الولد و لا تصير أم ولد إلا أن تنتقل إلى المشتري بسبب آخر فالقولان

(قوله) (لو اشترى عبدا بجارية ثم أعتقهما معا فإن كان له الخيار بطل العتقان لأنه بعثت الجارية مبطل للبيع و بعثت العبد ملتزم به فعتق كل منهما يمنع عتق الآخر فيتدافعان)

هذا هو الأصح و هو خيرة (التذكرة و جامع المقاصد) و أحد وجوه الشافعية إذ عتق أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠٥

و يحتمل عتق الجارية لأن العتق فيها فسخ و في العبد إجازة و إذا اجتمع الفسخ و الإجازة قدم الفسخ كما لو فسخ أحد المتعاقدين و أجاز الآخر فإن الفسخ يقدم (١) و عتق العبد لأن الإجازة إبقاء للعقد و الأصل فيه الاستمرار (٢) و إن كان الخيار لبائع العبد لم ينفذ عتق الجارية و لا العبد إلا مع الإجازة على إشكال (٣)

في السبب ترجيح بلا مرجح و يمتنع صحة عتقهما معا لأن عتق الجارية يقتضى انفساخ البيع و خروج العبد عن ملكه فيبطل عتقه و عتق العبد يقتضى التزامه بالبيع و عدم عود الجارية إليه فيبطل عتقها فيمتنع صحتهما لأن عتق كل منهما مبطل لعتق الآخر و قال أبو حنيفة إنهما يعتقان معا و هذا إذا وقع العتق دفعه كما هو المفروض أما لو أعتق العبد أولا صح عتقه و بطل خياره و يبطل عتق الجارية و لو قدم عتق الجارية انفسخ البيع و صح العتق و بطل عتق العبد كما عرفته فيما سلف

(قوله) (و يحتمل عتق الجارية لأن العتق فيها فسخ و في العبد إجازة و إذا اجتمع الفسخ و الإجازة قدم الفسخ كما لو فسخ أحد المتعاقدين و أجاز الآخر فإن الفسخ يقدم)

هذا أحد وجوه الشافعية و هو الاحتمال الثاني و هو قوى جدا و قد أجاب عنه في (جامع المقاصد) بمنع تقديم الفسخ على الإجازة دائما لأن كلا منهما إذا صدر بحق امتنع بطلان أحدهما و صحة الآخر لأنه تحكم محض و تقديم الفسخ في المتعاقدين ليس لمجرد كونه فسخا و كون الآخر إجازة بل لأن الحق لاثنتين فإذا أجاز أحدهما لزم العقد من طرفه خاصة و ذلك لا يقتضى لزومه من الطرف الآخر فيبقى خيار الآخر كما كان و لا ينقص ذلك عما إذا كان العقد من أصله لازما من أحد الطرفين خاصة لاختصاص الخيار بالطرف الآخر و قد يرجح هذا الاحتمال بما سيأتي في الحالة الثالثة (و أنت) إذا تذكرت ما أسلفناه غير مرة في خيار المجلس و عند

شرح قوله و هل للورثة التفريق عرفت أن ما قاله في (جامع المقاصد) هنا خال عن التحصيل

(قوله) (و عتق العبد لأن الإجازة إبقاء للعقد و الأصل فيه الاستمرار)

هذا أحد وجوه الشافعية و هو الاحتمال الثالث و قد اختاره في (التحرير) و في (جامع المقاصد) أنه ضعيف جدا فإن أصل الاستمرار يعدل عنه إذا حصل المقتضى للعدول و قد يقال المقتضى للعدول هو عتق الجارية و قد كافاه عتق العبد فيرجح بالأصل (و فيه) أن أصالة الاستمرار في بيع العبد معارضة بأصالة بقاء الخيار في كل من العبد و الجارية و لو حكمنا بصحة عتق العبد دون الجارية لبطل الخياران و نقل في (التذكرة) عن بعض الشافعية أن الثاني و الثالث مبيان على أن الملك في زمن الخيار للبائع أو للمشتري فإن قلنا بالأول نفذ عتق الجارية و إن قلنا بالثاني نفذ عتق العبد (و فيه) أنه لما كان له الخيار كان له أن يعتق و إن لم يكن مالكا كما عرفته آنفا

(قوله) (و لو كان الخيار لبائع العبد لم ينفذ عتق الجارية و لا العبد إلا مع الإجازة على إشكال)

الاحتمالات الثلاثة كانت فيما إذا كان الخيار للمشتري و أعتقهما معا و كلامه الآن فيما إذا أعتقهما المشتري معا و كان الخيار لبائع العبد و الإشكال إنما هو في عتق العبد و أما الجارية فلا إشكال في عدم نفوذ عتقها لأنه غير مالك لها و لا صاحب خيار بالنسبة إليها و في (حاشية الإيضاح) الإجماع عليه بخلاف العبد فإن المعتق بالنسبة إليه مشتر و الخيار لصاحبه و قد تقدم الكلام في ذلك عند قوله و كذا العتق على إشكال لكن في جملة المستثنى و المستثنى منه هنا تقديرا صورته لا يقع عتق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠٦

و لو اشترك الخيار صح عتق الجارية خاصة لأن إعتاق البائع مع تضمينه للفسخ يكون نافذا على رأى (١) و لا يعتق العبد و إن كان الملك فيه لمشتريه لما فيه من إبطال حق الآخر (٢)

## [فروع]

### إشارة

(فروع)

## [الأول لا يبطل الخيار بتلف العين]

(الأول) لا يبطل الخيار بتلف العين فإن كان مثليا طالب صاحبه بمثله و إلا القيمة (٣)

العبد بدون الإجازة و يقع معها و الإشكال يمكن عوده إلى الأولى أو الأخيرة أو إليهما معا فإن عاد إلى الأولى احتمال أن يكون منشؤه تعلق حق الآخر به فلا يقع إلا بإذنه فيقع باطلا أو موقوفا و أن العتق مبنى على التغليب فيبطل خيار البائع بالكلية أو لا يبطل بل يتدارك بالقيمة جمعا بين الحقيين و قد استبعدنا فيما سلف سقوط حق البائع بالكلية و إن رجع إلى الأخيرة كان منشؤه الشك في أن العتق هل يقع موقوفا أم لا و قد علمت أنه يقع موقوفا كعتق الراهن و عرفت معنى التنجيز (و منه) يعلم حال ما إذا رجع إليهما و ليتأمل في ذلك و ليلحظ ما ذكرناه هناك

(قوله) (و لو اشترك الخيار صح عتق الجارية خاصة لأن إعتاق البائع مع تضمينه للفسخ يكون نافذا على رأى)

موافق لما في (التذكرة و الإيضاح) و كذا (جامع المقاصد) و هو أصح وجهي الشافعية و وجهه أن المشتري بالنسبة إلى الجارية كبائع العبد بالنسبة إلى العبد و قد قلنا بصحة العقود المتضمنة للفسخ من البائع فليكن هناك كذلك لأن المقامين من واد واحد على تأمل

يأتى بيانه و هذه حالة ثالثة و هى ما إذا أعتق المشتري العبد و الجارية و الخيار مشترك

(قوله) (و لا يعتق العبد و إن كان الملك فيه لمشتريه لما فيه من إبطال حق الآخر)

لأننا لو أنفذناه لكان إجازة و اقتضى إبطال حق البائع من العين و القيمة أو القيمة فقط لو أراد الفسخ و لا كذلك إعتاق الجارية لأنه فسخ و هو مقدم على إجازة البائع لو أجاز فحصل الفرق و هو خيره (التذكرة و الإيضاح) و كذا (جامع المقاصد) و أصح و جهى الشافعية (و عساك تقول) قد حكمت فى الاحتمال الأول من الحالة الأولى ببطلان العتقين لمكان التدافع و هو هنا موجود فليكن كذلك (لأننا نقول) كان الخيار هناك للمشتري خاصة فلا مرجح لأحد العتقين و لما كان هنا مشتركا كان المرجح ما سمعته فليأمل (قوله) (لا يبطل الخيار بتلف العين فإن كان مثليا طالب صاحبه بمثله و إلا القيمة)

اعترضه الشهيد فى حواشيه و المحقق الثانى بأن هذا الإطلاق غير مستقيم لأن كثيرا من الصور التى تتناولها العبارة لا يجرى فيها هذا الحكم و بعضها مما يتوقف فيه (و نحن نقول) إطلاق التلف يتناول ما إذا كان بأفء سماوية أو أرضية من المشتري أو البائع أو الأجنبى مع التفريط و بدونه سواء كان قبل قبض المشتري أو بعده و إطلاق الخيار يتناول جميع أقسام الخيار و ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما و كذلك العين تتناول الثمن و المثلن و قد بينا أن تلفهما قبل قبضهما بأفء سماوية يفسخ العقد و يرجع به كل إلى مالكة فى جميع أقسام الخيار و أصحابه و الظاهر أنه أراد غير هذه الصورة أعنى التلف قبل القبض بأفء سماوية لأنه إذا أتلّف المبيع متلف حينئذ بائعا كان حيث لا خيار له أو أجنبيا فخيار المشتري باق خلافا (للمبسوط و الشرائع) و كذا (الإيضاح) فى عدم إلحاقهم البائع بالأجنبى و كذلك الحال فى الثمن كما تقدم بيانه مستوفى فى بيع الثمار لكننا نقول إن التلف متى كان بفعل المشتري أو تفريطه كان مسقطا لخياره إلا فى الكذب فى بيع المرابحة و سواء كان قبل القبض أو بعده و إطلاق العبارة يتناوله إلا أن تقول إن المراد ما كان بغير تفريط سواء كان قبل القبض أو بعده فيصح الإطلاق و قد بينا جميع صور تلف المبيع بعد القبض و هى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠٧

### [الثانى لو قبلت الجارية المشتري فالأقرب أنه ليس بتصرف]

(الثانى) لو قبلت الجارية المشتري فالأقرب أنه ليس بتصرف و إن كان مع شهوة إذا لم يأمرها (١) و لو انعكس الفرض فهو تصرف و إن لم يكن عن شهوة

تسع و أربعون صورة و قلنا إنه يمكن جريانها فى خيار المجلس و الحيوان و الشرط و لا يفسخ العقد فيما إذا اختص الخيار بالمشتري و تلف فى يده بأفء من غير تفريط خلافا (لحواشى) الشهيد (و جامع المقاصد) فى المقام بل يبقى المشتري على خياره و قد تأمل فيه الشهيد فى (الدروس) فيما سلف و كذلك الحال لو كان الخيار مشتركا فإن خيار المشتري باق و إن كان التلف فى يده كما حكيناها فيما مضى عن (المبسوط) و غيره خلافا للشهيد فى حواشيه و كذلك تلف الحيوان فى مدة خيار المشتري من غير تقصيره ليس فسحا بل المشتري على خياره خلافا (لجامع المقاصد) و أما إذا تلف بتقصيره فإنه يسقط خياره و هل هو إجازة كما إذا تلف بفعله أم لا وجهان لكنه أجنبى عما نحن فيه (و مما ذكرناه) فى بيع الثمار يعرف حال ما إذا أتلّف البائع حيث لا خيار له أو الأجنبى و قد بينا فى خيار الغبن أن البائع المغبون لا يسقط خياره بتلف العين سواء كان التلف من المشتري أو من أجنبى أو بأفء سماوية إلا أن يكون قد تلفت بها (١) عند البائع قبل إقباضه و أن المشتري المغبون لا يسقط خياره بتلف الثمن عند البائع كذلك و لا بتلف المبيع من البائع أو الأجنبى و الظاهر (٢) أن إتلافه للمبيع الذى غبن فيه كالنقل اللازم عند الأكثر و أن فى التلف بالآفة وجهين أقربهما عدم السقوط و لا يقتضى كونه من ضمان البائع لاختصاص الخيار بالمشتري بفسخ العقد إذا تلف كما قضى ذلك بذلك فيما قبل القبض للفرق بينهما كما عرفته فيما سلف و قد بينا أن الأصحاب فى باب المرابحة حيث يظهر كذب البائع فى أخباره حكموا بأن المشتري يتخير و أن

المصنف تردد فى سقوط خياره بالتلف و أن الشيخ فى (المبسوط) و ابن المتوج أسقطاه بالتصرف و التلف و قوى المحقق الثانى و الشهيد الثانى عدم السقوط و مثله خيار الرؤية و قد قلنا فى آخر مبحث الخيار الرابع أن خيار التدليس كخيار العيب أقوى من خيار الغبن و قد نهنا فى خيار المجلس على من تعرض للتلف فى مدته كالشهيد فى (الدروس) (و مما) ذكرناه فى المقام من القيود و غيرها يعرف حال ما فى (حواشى الكتاب و جامع المقاصد) و يمكن تنزيل العبارة على وجه صحيح فليلاحظ ذلك

(قوله) (و لو قبلت الجارية المشتري فالأقرب أنه ليس بتصرف و إن كان مع شهوة إذا لم يأمرها)

وفاقا (للتذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد) و إن علم إرادتها و ثبت لها كما فى الأخيرين و هو قول الشافعى لأنه لم يقع منه الفعل و لم يستند إليه و يصح سلبه عنه لغة و عرفا و يلزمهم ذلك فيما إذا نزلت عليه و ثبت لها و لا- أظنهم يقولون به و أهل العرف لا يوافقونهم فى المقام و خلافا (للتحرير و الدروس و حواشى الكتاب) فقد حكم فيها بطلانها مع الرضا و لعلمهم (و لعلمها خ ل) استندوا (استندا خ ل) إلى العرف و لأن الملاقاة نسبة صادرة منهما و لأن علتها الكون و هو محتاج إلى المؤثر (و أما) لو أمرها فإنه يصدق استناد الفعل إليه عرفا لأن ذا السلطنة يعد فاعلا عرفا إذا صدر الفعل بأمره لأنه من الأفعال التوليدية و ذكر المشتري تمثيل فلو وقع ذلك بالنسبة إلى البائع حيث يكون الخيار له فهو كالمشتري

(قوله) (و لو انعكس الفرض فهو تصرف و إن لم يكن عن شهوة)

للصحيح قال عليه السلام إن لامس أو قبل أو نظر منها

(١) أى بالآفة (حاشية)

(٢) (و أن الظاهر خ ل)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠٨

### [الثالث ليس للمشتري الوطى فى مدة الخيار]

(الثالث) ليس للمشتري الوطى فى مدة الخيار (١) المشترك أو المختص بالبائع على إشكال فإن فعل لم يحد و الولد حر و لا قيمة عليه فإن فسح البائع رجع بقيمة الأم خاصة و تصير أم ولد و لو وطأ البائع كان فسحا و لا يكون حراما

### [الرابع لا يكره نقد الثمن]

(الرابع) لا يكره نقد الثمن و قبض المبيع فى مدة الخيار (٢)

### [الخامس البيع بالوصف قسمان]

(الخامس) البيع بالوصف قسمان بيع عين شخصية موصوفة بصفات السلم و هو يفسخ برده على البائع و تلفه قبل قبضه و يجوز التفرق قبل قبض ثمنه و قبضه و بيع عين موصوفة بصفات السلم غير معينة فإذا سلم إليه غير ما وصف له فرده طالب بالبدل و لا يبطل و كذا لو كان على الوصف فرده فأبدله صح أيضا و هل يجب قبض الثمن فى المجلس أو قبضه فيه نظر (٣)

إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء و قد تقدم الكلام فى ذلك و أطرافه مستوفى

(قوله) (الثالث ليس للمشتري الوطى فى مدة الخيار)

تقدم الكلام فيه مسبقا آنفا

(قوله) (الرابع لا يكره نقد الثمن و قبض المبيع فى مدة الخيار)

المراد بنقد الثمن تسليمه لأن القبض حكم من أحكام العقد فجاز فى مدة الخيار و قد نص على ذلك فى (التذكرة و التحرير و الدروس) و غيرهما و المخالف فى ذلك مالك فقال بالكراهية لأنه يصير فى معنى بيع و سلف لأنه إذا أنقده الثمن ثم تفاسخا صار كأنه أقرضه إياه فيكون قد اشتمل على بيع و قرض و غلظه فى (التذكرة) بأن القرض لم يثبت أولاً بل صار فى ذمته بعد الفسخ و لا منافاة بين البيع و القرض و السلف و فرع عليه أنه إذا دفع الثمن فى مدة الخيار جاز للمدفع أن إليه التصرف فيه لأنه قد ملكه بالعقد و استقر عليه بتعيين الدافع أو تعيينه فى العقد و نقل عن الشافعى المنع من التصرف فيه

(قوله) (البيع بالوصف قسمان بيع عين شخصية موصوفة بصفات السلم و هو يفسخ برده على البائع و تلفه قبل القبض و يجوز التفرق قبل قبض ثمنه و قبضه و بيع عين موصوفة بصفات السلم غير معينة فإذا سلم إليه غير ما وصف له فرده طالب بالبدل و لا يبطل و كذا لو كان على الوصف فرده فأبدله صح أيضاً و هل يجب قبض الثمن فى المجلس أو قبضه فيه نظر)

لعل ذكر أحكام هذين القسمين ليبنى عليهما الحكم فى الرد حيث يوجد سببه فإنه فى القسم الأول يوجب الانفساخ لسبب يقتضيه كعيب و غبن و نحوهما أو تراضيهما على ذلك لتشخيص المبيع فيه لأنه جزئى بخلاف الثانى فإنه كلى و ذكر صفات السلم فى القسمين فيه تنبيه على اعتبار وصفه بهما و إلا لم يصح و قد بينا الحال فى القسم الأول فى الفرع الثامن من فروع الفصل الثالث فى العوضين و استوفينا الكلام فيه و بينا الفرق بين هذا النوع و بين السلم (و أما القسم الثانى) فقد أشرنا إليه فى باب السلم فى مقامين فى صدر الباب المذكور و فى الفرع الخامس من فروع الباب و إطلاق كلام المصنف فيه أى فى القسم الثانى يشمل أقساماً ثلاثة كلها محل خلاف و ذلك لأن أقسام البيع بالنسبة إلى الشخص و عدمه و الحلول و التأجيل اثنى عشر قسماً بيع عين شخصية بعين و بيعها كذلك بدين حال و بيعها كذلك بدين مؤجل و لا خلاف فى صحة هذه الثلاثة و بيع عين شخصية حاضرة موصوفة غير مشاهدة بعين و بيعها كذلك بدين حال و بيعها كذلك بدين مؤجل و هذه الثلاثة كالثلاثة السابقة و بيع عين موصوفة فى الذمة بأجل بثمان معين و هذا سلم و بيعها كذلك بثمان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٠٩

### [السادس لو شرط الخيار لأجنبى كان الفسخ إليه]

(السادس) لو شرط الخيار لأجنبى كان الفسخ إليه لا إلى المشتري (١) إلا- أن نقول إن شرط الخيار للأجنبى شرط له و توكيل للأجنبى

### [السابع لو شرط الخيار شهراً مثلاً بعد مضى مدة معينة]

(السابع) لو شرط الخيار شهراً مثلاً بعد مضى مدة معينة (٢) احتمال بطلان الشرط لأن الواجب لا ينقلب جائزاً و الصحة عملاً بالشرط فلا يتخير قبل انقضاء المدة

فى ذمة البائع و المشهور فى هذا البطلان و فى (الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و التنقيح) (و إيضاح النافع) و غيرها أنه صحيح كما بيناه فيما سلف و بيعها كذلك بثمان مؤجل و هذا باطل لأنه بيع دين بدين العاشر و الحادى عشر و الثانى عشر بيع موصوف فى الذمة من دون ذكر أجل بثمان معين أو فى الذمة أو مؤجل و هذا هو القسم الثانى الذى ذكره المصنف و قد شمل بإطلاقه ثلاثة أقسام كما عرفت (قال) الشهيد أما القسم الثالث منه فباطل لأنه بيع دين بدين (قلت) فيه تأمل سيظهر وجهه (قال) و أما الأولان ففي صحتهما خلاف يلتفت إلى أنه فى معنى السلم فيشترط فيه الأجل لعموم الخبر و إلى أن الصحة مع الأجل الذى يتطرق

إليه الغرر تستلزم أولويتها لا معه (قلت) هذا هو الأصح و به صرح فى خبر عبد الرحمن بن الحجاج و قد نقلناه فى أول باب السلم (قال الشهيد) و حينئذ يشترط فيه أمور الأول عموم الوجود حالة العقد و الثانى التصريح بالحلول أو إرادته (قلت) هذان الشرطان قد صرح بهما جماعة كثيرون و ربما اكتفى فى إرادة الحلول بعدم ذكر الأجل (و قال) الثالث وجوب قبض رأس المال فى المجلس أو قبض المبيع حذرا من بيع الدين بالدين و قيل لا يشترط لأصالة الصحة و عدم الاشتراط و قيل يشترط القبض فى الدين لا فى الثمن المعين و هو قوى و إن كان الأولى وجوب القبض مطلقا انتهى (قلت) القائل بعدم الاشتراط فخر الإسلام فى (الإيضاح) و المحقق الثانى فى (جامع المقاصد) لأن الموصوف لم يثبت فى الذمة إلى الآن و لو كان يباعا لدين بدين و جب أن لا يصح و إن قبض أحد العوضين فى المجلس لأنه لا يخرج بذلك عن كونه بيع دين بدين فإلحاقه بالسلف فى هذا الحكم قياس بغير جامع و المصنف تردد كما سمعت و مراده بقوله و كذا لو كان على الوصف فرده فأبدله صح أيضا أن ذلك حيث يرضى البائع بالرد و يتراضيان على البدل (قوله) (لو شرط الخيار لأجنبى كان الفسخ إليه لا إلى المشتري)

لأننا قد بينا أن اشتراطه للأجنبى تحكيم لا توكيل عمن جعل عنه فلا اختيار له معه و يجب عليه تحرى المصلحة فى جميع الصور فلو ظهر منه خلاف ذلك لم يمض الفسخ و لو اختلفا قدم قوله مع احتمال تحرى الأصلح و قد تقدم الحال فيما إذا كان المشتري له الخيار عبد أحدهما كما قد تقدم عن جماعة أنه لو كان لأجنبى و تلف المبيع فى مدة خياره كان حكمه حكم من شرط له فليلاحظ ذلك فإنه قد ينطبق على الاحتمال الذى ذكره المصنف من أنه توكيل لأن التسلط على المبيع و الثمن من توابع الملك فلا يكون اشتراط الأجنبى صحيحا إلا- إذا نزلناه على التوكيل (وفيه) أن ذلك إنما هو فى الانتفاع لا- فى رفع العقد فلا- مانع منه فى ذلك للأجنبى بعد ورود المسلمون عند شروطهم و قد تدعو الحاجة إليه فلا ضرورة إلى تنزيهه على التوكيل مع عدم إشعار اللفظ به (قوله) (لو شرط الخيار شهرا مثلا بعد مضي مدة معينة)

إلى آخره هذا تقدم الكلام فيه مستوفى أكمل استيفاء فى خيار الشرط عند شرح قوله و اختلاف المدة لو تعدد صاحبه و عدم اتصالها و نقلنا هناك احتمال المصنف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١٠

### [الثامن لو فسخ المشتري بخياره فالعين فى يده مضمونة]

(الثامن) لو فسخ المشتري بخياره فالعين فى يده مضمونة (١) و لو فسخ البائع فهى فى يد المشتري أمانة على إشكال (٢)

### [الفصل الثانى فى العيب و فيه مطالب]

#### إشارة

(الفصل الثانى) فى العيب و فيه مطالب (٣)

### [المطلب الأول فى حقيقته]

(الأول) فى حقيقته و هو الخروج عن المجرى الطبيعى لزيادة أو نقصان موجب لنقص المالىة (٤)

البطلان هنا

(قوله) (لو فسخ المشتري بخياره فالعين فى يده مضمونة)

هذا مما لا خلاف فيه فيما أجد عملا بالاستصحاب و لم يتجدد ما يدل على رضى البائع ببقاء العين فى يد المشتري و إن كان الفسخ من قبله

(قوله) (و لو فسخ البائع فهى فى يد المشتري أمانة على إشكال)

و قد استشكل أيضا فى (التذكرة) و كأنه فى محله و اختير الضمان فى (الإيضاح) (و حواشى الكتاب و جامع المقاصد) عملا بالاستصحاب المذكور و إشعار الفسخ بالرضا المقتضى للاستئمان لا يسقط الأمر الثابت و قد يقرر وجه عدم الضمان بأنها إنما كانت مضمونة بحكم البيع و قد زال بسبب البائع و قد رضى بكونها فى يد المشتري فانقطع الاستصحاب و الأصل براءة الذمة (فلتأمل) بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله كما هو أهله رب العالمين و الصلاة على خير خلقه محمد و آله الطاهرين و رضى الله تعالى عن علمائنا و مشايخنا أجمعين و عن رواتنا الصالحين (و بعد) فهذا ما وفق الله سبحانه إليه و أعان بفضلته و إحسانه عليه (الجزء الخامس) من أجزاء (مفتاح الكرامة) فى شرح قواعد العلامة تأليف الأقل الأذل محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسينى الحسنى العاملى عامله الله سبحانه بفضلته و إحسانه فى الدنيا و الآخرة (قوله قدس سره) (الفصل الثانى فى العيب و فيه مطالب)

عاب المتاع عيبا من باب سار فهو غائب و عابه صاحبه فهو معيب و معيوب يتعدى و لا- يتعدى و الاسم العاب و المعاب و عيبه بالتشديد مبالغة و نسبة إلى العيب و استعمل العيب اسما و جمع على عيوب كما نبه على ذلك فى (الصحاح و المصباح و القاموس) (قوله) (الأول فى حقيقته و هو الخروج عن المجرى الطبيعى لزيادة أو نقصان موجب لنقص المالية)

هذا الضابط مجمع عليه فى الجملة كما فى (مجمع البرهان) و الظاهر الاتفاق عليه كما فى (الرياض) و قد طفحت عباراتهم به على اختلاف يسير ستعرفه و الأصل فيه واقعة ابن أبى ليلى مع محمد بن مسلم حيث روى له كل ما كان فى أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب و قد عبر المصنف هنا و فى (التذكرة و الإرشاد) و التبصرة بالمجرى الطبيعى و فسره فى (مجمع البرهان) بأصل الخلقة و هو الذى عبر به فى (الشرائع و النافع و التحرير و الدروس و اللمعة) و غيرها و فسروه بأكثر النوع الذى يعتبر فيه ذلك ذاتا أو صفة (و قال) المحقق الثانى ينبغى أن يكون مراده بالمجرى الطبيعى ما جرت به العوائد الغالبة ليندرج فيه الأمور التى ليست مخلوقة أصلا ليكون على نهج مقتضى الطبيعة أم لا ككون الضيعة ثقيلة الخراج و منزل الجنود (و زاد بعضهم) كون المبيع مما عرض له النجاسة بحيث لا يقبل الطهارة (قلت) فيه تأمل إلا أن يحمل على الجامد على بعض الوجوه (قال) أو يقبلها مع نقصان عينه أو احتياجه إلى مثونه (قلت) ينبغى تقييد ذلك بما إذا لم يكن مأكولا أو مشروبا و إلا فإنه يجب إعلامه به و بدونه يبطل على الأقوى كما يأتى و قد مر فى باب المكاسب بيان الحال و مثله

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١١

.....

كون العبد أبقا أو سارقا أو زانيا أو ممكنا من نفسه أو كبيرا غير مختون و يستفاد ذلك كله من الخبر بدلالة الإيماء أو تنقيح المناط مضافا إلى الإجماعات التى ستسمعها فى بعض هذه الأفراد و يدخل فى الزيادة و النقصان زيادة العين و نقصانها كزيادة العضو و نقصانها كالإصبع و نقصان وصف طبيعى كخروج المزاج عن مجراه الطبيعى مستمرا كمرض أو غير مستمر كحمى اليوم و نحوها و قد عرفت الأوصاف الخارجة عن مجرى العادات و قد قيد فى (الكتاب و جامع الشرائع و التحرير و التذكرة) بما إذا أوجب ذلك نقصان فى المالية و فى (المسالك و الروضة و الميسية) لا يجب أن يكون ذلك موجبا لنقص سواء نقص قيمته أم زادها فضلا عن المساواة و هو قضية إطلاق (المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف) (و المراسم و فقه القرآن) للراوندى (و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و الإرشاد و الدروس و اللمعة) و غيرها لإطلاق النص و الاتفاق كما فى (المسالك) و ظاهر (التذكرة) و جامع



المقاصد) على أن الخفاء عيب مع إيجابه زيادة المال كما سيصرح به المصنف و كذا عدم الشعر على الركب بفتح الراء المشددة و الكاف و هي واقعة ابن أبي ليلي مع محمد بن مسلم و لهذا قال في (جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) كان عليه أن يقيده بقوله غالبا ليندرج فيه الخفاء و الجب فإنهما يزيدان في المالىة مع أنهما عيان يثبت بهما الرد قطعا و فى الأرش إشكال و لا يدفع عنه ذكرهما فيما بعد لأن ذلك و إن حصل به بيان إلا أنه لا يكون مصححا للضابط (انتهى) و نحو ذلك ما ذكره فخر الإسلام فى (شرح القواعد) و صرح فى (المبسوط) و غيره أيضا بثبوت الخيار فى الخصى و قضيته أن له الرد و ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه حيث قال فى الجب و الخفاء كان له الرد عندنا و هو أى الإجماع ظاهر (جامع المقاصد) أيضا و هو قضية الإجماع على أنه عيب و صاحب (الرياض) كأنه لم يحرر محل النزاع فأتى بما ظاهره خرق الإجماع (و نحن) نقول لا بد من هذا القيد الذى ذكره المصنف و عليه يحمل إطلاق الباقيين و إلا لزم أن يدخل كثير من الأمور فى العيب إذ قد يزيد الشعر الخارج عن العادة زيادة فى بعض أعضائه بحيث يزيد فى حسنه كما فى الأهداب و الحواجب فالمراد ما كان موجبا لذلك عند التجار كما قيد بذلك فى (جامع الشرائع و التحرير) و لا ريب فى نقص قيمة الم محبوب و الخصى عند التجار و أصحاب الأشغال لعجزهما عن أكثر أفعال الفحول من نسل و غيره و إنما يرغب إليهما بعض أفراد الناس كالحكام و السلاطين لرؤية نسائهن و دخولهما عليهن و هذا نفع ألغى الشارع منفعتة و جعل ذلك النقصان و ما ترتب عليه حراما لأن الخصى فى الآدمى محل وفاق و فى غير الآدمى ظاهر (نهاية الأحكام) الإجماع عليه حيث قال منع علمائنا من خصاء الحيوان و الذى وجدناه قائلا بالمنع فى غير الآدمى إنما هو القاضى و التقى و المصرحون بالجواز من المتأخرين كثيرون كما تقدم بيانه فى أول الباب و أما حرمة ما ترتب على ذلك أعنى نظر الخصى إلى مالكته فقد حكى على حرمة الإجماع فى (الخلافة) و ظاهر (فقه القرآن) و لم نجد مخالفا قبل المصنف فى (المختلف) فقد اتضح أنهما ناقصان نقصانا ماليا و قد يقال إن المراد بالنقصان المالى ما يقال عرفا إن فى هذا المال نقصانا بحسب ذاته لا بحسب قيمته و منه يعرف الحال فى الخصى غير الآدمى على أنه لا يجزى فى الزكاه و لا فى الهدى و الأضحىة و يبقى الكلام فى أرشه و هو (حينئذ) ظاهر و يأتى بتوفيق الله سبحانه بيان الحال فيه عند تعرض المصنف له

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١٢

كالجنون و الجذام و البرص (١) و العمى و العور و العرج و القرن و الفتق و الرتق و القرع و الصمم و الخرس (٢) و أنواع المرض سواء استمر كما فى الممراض أولا كالعارض و لو حمى يوم (٣) و الإصبع الزائدة و الحول و الخوص و السبل و هو زيادة فى الأجناف و التخنيث و كونه خنثى و الجب و الخصى (٤)

(قوله) (كالجنون و الجذام و البرص)

فإنها عيوب إجماعا كما فى (التذكرة و التحرير) و له الرد فى الثلاثة بلا- خلافا كما فى (المبسوط) قال و روى أصحابنا أن هذه الأحداث يرد منها إذا ظهرت بعد البيع و لو كان إلى سنة (قلت) و فى (الغنية و السرائر) الإجماع عليه و به صرح فى (المقنعة و النهاية) و غيرهما و قيد فى (السرائر) و غيرها بما إذا لم يتصرف و أطال فى بيانه فى (السرائر) و زاد فى (الدروس) القرن و به أخبار و استشكل فيه الأردبيلي لعدم ذكره فى صحيح أبى همام و يأتى تمام الكلام عند تعرض المصنف له و فى (التذكرة) لا خلافا فى أن الجنون عيب يوجب الرد إلى سنة و قال و لو كان مخبلا أو أبله أو سفيا ثبت له و لا عبرة بالسهو السريع و الصرع عيب كالجنون الأدوارى

(قوله) (و العمى و العور و العرج و القرن و الفتق و الرتق و القرع و الصمم و الخرس)

نقل الإجماع فى (التذكرة) على أن هذه التسعة عيوب (و القرن) بسكون الراء كما فى (النهاية الأثيرية و المصباح و القاموس) و هو ظاهر (الصحاح) قال فى (النهاية) بسكون الراء شىء يكون فى فرج المرأة كالسن يمنع الوطى و يقال له العفلة (قلت) و قد فسره

بالعقلة ابن السكيت و الفراء و الجوهري و الفيروز آبادى (و العفل و العقلة) محركتين شىء يخرج من قبل النساء و حياء الناقة كالأدره و عن (الجمهرة) أن (القرن) محركه قال و امرأة قرناء و هى التى تظهر قرنه رحمها من فرجها و هو عيب و الاسم القرن و عن الأصمعى سمي قرنا لأنه اقترن مع الذكر خارج الفرج (و الفتق) فى (النهاية) أنه بالتحريك انفتاق المثانة و قيل انفتاق الصفاق إلى داخل فى مرق البطن و قيل أن ينقطع اللحم المشتمل على الأثيين و ظاهر (القاموس و الصحاح) أنه بالتسكين و أنه علة فى الصفاق كما فى الأول و فى مرق البطن كما فى الثانى و فى (جامع المقاصد) عن الغريبين أنه بالتحريك أيضا قال هكذا أقرأه الأزهرى و حكى عن (حاشية الفائق) بخط بعض الأفاضل أن هذا وهم و هو افتراء على الأزهرى فإنه وجد بخطه بالإسكان و عليه صح انتهى (و الرتق) بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء بينه الرتق لا يستطاع جماعها كما فى (الصحاح) و نحوه ما فى (المصباح و القاموس) و فى الأخير أو التى لا- خرق لها إلا المبال خاصة (و القرع) قال فى (المصباح المنير) هو بفتحيتين الصلع و هو مصدر قرع الرأس من باب تعب إذا لم يبق عليه شعر و هو عيب لأنه يحدث عن فساد العضو

(قوله ره) (و أنواع المرض سواء استمر كما فى الممراض أو لا كالعارض و لو حمى يوم)

إجماعا كما فى (التذكرة) و بذلك صرح جماعة و المعروف من حمى اليوم أنها التى تأتى فى يوم من الأيام و تذهب فيه ثم لا تعود فلو عادت كل يوم لم تسم حمى يوم بل حمى الورد أو يوما بعد يوم فحمى الغب إلى آخر الأسبوع و ثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بأن يشتره فيجده محموما أو يحم قبل القبض فإنه يجوز له الفسخ و إن ذهب عنه الحمى فى ذلك اليوم و مثلها المستحاضة لأن الاستحاضة مرض

(قوله) (و الإصبع الزائدة و الحول و الخوص و السبل و هو زيادة فى الأجفان و التخنيث و كونه خثى و الجب و الخصى)

ذكر فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١٣

و إن زادت بهما قيمته (١)

(التذكرة) الأربعة الأول و استحقاق القتل فى الردة أو القصاص و القطع بالسرقه و الجنايه و الاستسعاء فى الدين و قال إنها عيوب إجماعا و فى (المبسوط) الإجماع على أنه لو وجده مخنثا كان له الخيار و فى (التذكرة) فى مقام آخر أن التخنيث عيب و أن كونه خثى عيب و نسب الخلاف فى الثانى إلى بعض الشافعية و لم يذكر فى الأول خلافا و قد سمعت ما حكيناه آنفا فى الجب و الخصى (و التخنيث) هو التثنى و الانعطاف و اللين كما فى (الصحاح و المصباح و القاموس) و قال المارزى فى شرح حديث هيت المخنث أو ماتع المخنث الوارد فى ابنه غيلان التى تقبل بأربع و تدبر بثمان (المخنث) الذى يتشبه بالنساء فى أخلاقهن و كلامهن و حركاتهن و نحوه قال عياض و قال إن ذلك إما خلقه أو تصنعا من الفسقة و بما ذكره المارزى فسرته الشهيد فى حواشيه و فى (جامع المقاصد) أنه الممكن من نفسه و لم أجد من فسره بذلك من الفقهاء و أصحاب اللغة و فى (التذكرة) مخنثا أو ممكنا من نفسه فعطف بأو و السبل محركه غشاوة العين من انتفاخ عروقها إلى آخر ما فى القاموس (و قال فى الصحاح) داء فى العين شبه غشاوة كأنه نسج العنكبوت بعروق حمر و قال (الشهيد) إنه شعر يدخل إلى العين من الجفن (و الخوص) محركه غور العينين كما فى (القاموس) و نحوه ما فى (الصحاح) و فى (المصباح) الخوص مصدر من باب تعب و هو ضيق العين و غورها (و الحوص) بالحاء المهملة محركه ضيق فى مؤخر العين كما فى (الصحاح و المصباح) و فى (القاموس) ضيق فى مؤخر العينين أو إحداهما و الحول (محركه) ظهور البياض فى مؤخر العين و يكون السواد فى قبل المآق أو إقبال الحدقة على الأنف أو ذهاب حدقتها قبل مؤخرها أو أن تكون العين كأنما تنظر إلى الحجاج و هو عظم ينبت عليه الحاجب أو أن تميل إلى اللحاظ (و الجب) قال فى (القاموس) هو القطع كالجباب و استيصال الخصى و قال و خصاه خصاء أى سل خصيته فهو خصى و مخصى و فى (الصحاح) خصيت الفحل خصاء ممدودا إذا سلت خصيته و

لم يذكر الجهر و الأ-جهر و هو الذى لا- يبصر فى الشمس و لا- الأعشى و هو الذى لا يبصر ليلا و لا الأ-خفش و هو صغير العينين الضعيف البصر و لا الجحظ و هو خروج مقلة العين (قوله ره) (و إن زادت بهما قيمته)

أى الخصاء و الجب عيب و إن زادت بهما القيمة قال فى (جامع المقاصد) و فى أخذ الأرش بهما إشكال منشؤه عدم الاطلاع على قدر نقص القيمة و لعله أراد ما فى (التذكرة و حواشى) الشهيد حيث جعل منشأه عدم تحقق النقص فى المالىة و اقتصر فى (تعليق الإرشاد) على ذكر الإشكال و احتمال الشهيدان فى (الدروس و المسالك) سقوط الأرش و بقاء الرد لا غير قال و يشكل مع حصول مانع من الرد كحدوث عيب أو تصرف فإن الصبر على العيب ضرر و الرد إضرار و استشكل المولى الأردبيلي فى المسألة ثم قال ينبغى التأمل فى الدليل الموجب للرد و الأرش فإن كان بحيث يشمل العيب الذى تريد به القيمة لزم ذلك و إلا فما ذكر من سقوط الأرش جيد ثم نظر فى دليل جواز الرد كذلك فإن شمله و إلا فلا فحينئذ بالحقيقة ليس بعيب ثم ذكر ما استدل به العلامة فى (التذكرة) على الأرش و زيفه و قال فى مقام آخر ما حاصله إنه ما رأى دليلا صحيحا صريحا على التخيير بين الرد و الإمساك بالأرش مطلقا و قال نعم يوجد فى بعض الأخبار الدلالة على ثبوت الأرش فى صورة التصرف المانع من الرد إلى آخر ما قال (و نحن نقول) فيما نحن فيه إنه قد تقدم عند الكلام على الضابط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١٤

و بول الكبير فى الفراش (١)

أن الخصاء و الجب يوجبان نقصانا ماليا فإذا أردنا تأريشه قطعنا النظر عن زيادة القيمة فنفرض عبدا مسلوبا المنفعة المترتبة على تلك النقيصة فيكون عبدا ناقصا غير قابل للنسل و لا لما يقدر عليه الفحول من الأعمال الأخر فيقوم كذلك و يقوم صحيحا قابلا لذلك كله فقد تحقق النقص فى المال الذى كان عليه مدار الإشكال و ليس فيه إلا أنه يلزم الظلم على البائع لمكان زيادة قيمة ترتبت على منفعة ألغاهما الشارع و حرما كما هو خيرة الأكثر و حرم الفعل الذى نشأت منه على أنه معارض بضرر المشتري حيث لا يمكنه الرد لحدوث عيب أو تصرف (و مما) يستأنس له فى المقام أنهم قالوا فى باب الغصب إنه لو خصى العبد كان عليه كمال قيمته و رده و كذلك لو سقط ذلك العضو بأفه فزادت قيمته فإن عليه أيضا كمال قيمته و رده و إن استشكل المصنف فى الأخير و ليس فى محله كما حرر فى محله و أما أن المشتري يتخير بين الرد و الأرش فمحل بيانه عند تعرض المصنف له لكن المقام اقتضاه (فقول) إن دليله الإجماع المنقول فى (الخلاص و الغنية) فيما إذا ظهر العيب فى بعض المبيع فإنهما ادعيا الإجماع على أنه بالخيار بين رد الجميع أو أخذ أرش المعيب و لا- قائل بالفصل قطعا و زاد فى (الخلاص) أن أخبار الفرقه على ذلك و الإجماع محكى فى ظاهر (التذكرة و الكفاية) بل المستشكل استظهر الإجماع و عدم الخلاف و قد صرح به علي بن بابويه فيما حكى عنه و المفيد فى (المقنعة) و الشيخ فى (النهاية) و أبو يعلى فى (المراسم) و أبو جعفر فى (الوسيلة) و أبو عبد الله فى (السرائر) و أبو القاسم فى (الشرائع و النافع) و ابن عمه فى (جامع الشرائع) و المصنف فى الكتاب فيما يأتى (و التحرير و التذكرة و التبصرة و الإرشاد) و الشهيد فى (الدروس و للمعة) و الشهيد الثانى و هو الذى فهموه من (المبسوط) و قد حكى عنه و عن (الخلاص) أنه صرح به فيهما فى باب الشركة حكاه المصنف فى (المختلف) و أبو العباس و جماعة و الذى وجدته فيهما فى الباب المذكور التخيير بين الرد و الإمساك من دون تعرض للأرش نعم صرح بذلك فى موضعين من (المبسوط) فى المقام فى مسألة ما إذا باع عبيد أو ثوبين و مسألة ما إذا اشترى شيئا و قبضه و وجد به عيبا كان عند البائع و حدث عنده عيب آخر ذكر ذلك فى آخر المسألة المذكورة فى أثناء كلام له قال لأن أرش العيب كان ثابتا له إلخ و أما (الخلاص) فقد سمعت إجماعه و قد يلوح ذلك من (الجواهر) فيما إذا باعه عبيد و مات أحدهما و هو ظاهر الكتب الأخر أو صريحها (ككشف الرموز و الإيضاح و شرحى الإرشاد و حواشى الكتاب و المهذب البارع) (و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق

الإرشاد و غاية المرام و إيضاح النافع و الميسية) فالأصل في ذلك الإجماع بعد خبر نفى الضرر و الأخبار المرسله في الخلاف و حينئذ يؤخذ مرسل جميل و الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام مؤيدا على أن الثاني مما قد تجبره الشهرة و يعضده الإجماع و لم أجد الخلاف إلا- من ظاهر صاحب (المفاتيح) و صاحب (الحدائق) و قد تأمل في ذلك مولانا الأردبيلي و تمام الكلام في محله و هذه بإطلاقها كإطلاق أخبار الرد تناول ما نحن فيه و لا دليل على التخصيص و الاستشكال لا ينافي الإجماع على أنا قد بينا حال هذه الزيادة التي أوجبت الإشكال

(قوله) (و بول الكبير في الفراش)

عبدا كان أو أمه و ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه حيث قال عندنا و به صرح جماعة منهم صاحب (الجامع) و نفى فيه الخيار في (الخلاف و الجواهر) فلا يكون عيبا عندهما و ليس عيبا في الصغير عبدا  
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١٥  
و الإباق (١) و انقطاع الحيض ستة أشهر و هي في سن من تحيض (٢)

كان أو أمه (و الضابط) في الصغير و الكبير العادة و قدره بعض الشافعية بسبع سنين

(قوله) (و الإباق)

لا- نعلم فيه خلافا في العبد و الأمه في الصغير و الكبير كما في (التحرير) و في (المبسوط) الإجماع على أن له الخيار فيكون عيبا لأنه معه في حكم التالف و هو أبلغ من السرقة لغيره لأنه سرقة لنفسه في الحقيقة كما في (التذكرة و جامع المقاصد) و قال فيهما و الإباق الذي يوجب الرد هو ما يحصل عند البائع و إن لم يابق عند المشتري أو يحدث في الثلاثة عند المشتري قبل تصرفه أما غيره فلا (قلت) لا خلاف في عدم الرد بالإباق الحادث عند المشتري بعد الثلاثة للأصل (و الصحيح) و ليس في إباق العبد عهده (و الموثق) و قد حمل على ذلك جمعا بينهما و بين صحيح أبي همام الآتي إلا أن في الموثق إلا أن يشترط المبتاع (فليتأمل) فيه و صرح في (التذكرة) بأن المرة الواحدة في الإباق تكفي و هو ظاهر الأكثر و الخبر الصحيح حيث قال إلا أن يقيم بينه أنه كان آبقا عنده إلا أن يفهم من كان الاعتياد و هو بعيد جدا و حكي في (المسالك و الروضة) عن بعض الأصحاب اشتراط اعتياد الإباق و قال فيهما إنه أقوى و لم أجد هذا القائل (و لعله) فهمه من قوله في (المبسوط) و جده آبقا أو سارقا و لعل دليله الأصل و الشك في تسمية الإباق مرة عيبا عادة و الأول مقطوع بالخبر و لعل المستند في الرد إطلاق الخبر لا كونه عيبا (فتأمل) و قال في (المسالك) أقل ما يتحقق الاعتياد بمرتين و تمام الكلام عند الكلام على الزنا و السرقة

(قوله) (و انقطاع الحيض ستة أشهر و هي في سن من تحيض)

كما هو صريح الخبر الصحيح الذي رواه الشيخ عن السراد عن مالك بن عطية عن داود بن فرقد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى ستة أشهر و ليس بها حمل قال إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك عن كبر فهذا عيب ترد منه إذ معناه إن كان أمثالها سنا مع الاتفاق في البلد و المزاج في الجملة يوجد منها الحيض دونها يكون ذلك فيها عيبا مع حبس الحيض ستة أشهر لا من كبر فكانت داله على حكم من تأخر حيضها ستة أشهر مع كون أمثالها تحيض مع عدم الكبر لأن الإشارة بذلك إلى حبس حيضها ستة أشهر فكان الجواب مقيدا بذلك و هذا هو الذي فهمه العلماء المتقدمون و ليس فيها دلالة على حكم الأقل من ستة أشهر نفيا و لا إثباتا و ظاهر (المسالك) أنها داله على حكم الأقل منها حيث قال في دلالتها على اعتبار الستة أشهر نظر لأنه عليه السلام إنما علق الحكم على حيض مثلها و السؤال وقع عن تأخر الحيض ستة أشهر و الجواب لم يتقيد به و حينئذ فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد كان حسنا (انتهى) و ما ذكره الأصحاب ما عدا ابن إدريس هو الموافق للاعتبار من أن عدم الحيض غالبا ناش عن مرض و موجب لعدم النسل و قد نقول بما احتمله في (المسالك) لذلك لا للخبر (فتدبر)

و صاحب (الرياض) لم يستبعد أن يكون مقتضى الخبر ما ذكره صاحب (المسالك) و احتمال تنزيل عبارات الأصحاب عليه لما ذكره بعضهم من أن عدم تحييض الحديث البلوغ فى المدة المذكورة ليس عيبا يوجب الرد بالبدية فإن أمثالها لم يحضن فيها غالبا فى العادة و البعض هو المولى الأردبيلي و قد قال ينبغى أن لا- يكون مجرد بلوغ تسع سنين و التأخر ستة أشهر موجبا لذلك لأنه قد عرف بالتجارب أنه يتأخر عن عشر سنين و عن أربع عشرة سنة بل ينبغى النظر إلى أمثالها سنا مع الاتفاق بالبلد و المزاج فى الجملة فإن وجد منها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١٦  
و الثفل الخارج عن العادة فى الزيت أو البزر (١) و اعتياد الزنا و السرقة (٢)

دونها يكون عيبا انتهى كلامه (و أنت خير) بأن الموجود فى الخبر مدركه و فى كلامه الأصحاب فى سن من تحييض فليلاحظ ذلك و المخالف فى ذلك ابن إدريس حيث قال أورد ذلك شيخنا فى نهايته من طريق خبر الواحد إيرادا لا اعتقادا و هو يعطى عدم المصير إليه (قلت) و الموافق للشيخ القاضى و الطوسى فى (الوسيلة) و سائر من تأخر و قد نسب إلى الأكثر فى (المسالك) و إلى الأشهر فى (الكفاية) و فى (الرياض) إلى كافة المتأخرين (و قال كاشف الرموز) إن الأصحاب بين مفت أو ساكت إلا المتأخر يعنى ابن إدريس فإنه أقدم على منع الرواية فقال إنها من أخبار الآحاد ثم تكلم عليه بما هو أدرى به و يبقى الكلام فى محل آخر و هو أن جواز الرد بعد ستة أشهر إنما هو مع عدم التصرف و أما معه فلا لكن الخبر مطلق فيقيد بذلك و لا يجدى استبعاد عدم وقوع تصرف مسقط للخيار فى هذه المدة فيكون هذا العيب مستثنى لعدم ثبوته إلا بعد ذلك كما احتمله بعضهم  
(قوله) (و الثفل الخارج عن العادة فى الزيت أو البزر)

الثفل بالضم و الثافل ما استقر تحت الشئ من كدره و أما البزر فالمراد به هنا زيت الكتان كما قاله جماعة و أصله محذوف المضاف أى دهن البزر و يطلق البزر على الدهن (قال فى الصحاح) البزر بزر البقل و غيره و دهن البزر و بالكسر أفصح و لم يقيد فى (النهاية) و السرائر و التحرير) (و جامع الشرائع) بما إذا خرج عن العادة بل قالوا عبارة واحدة هى مضمون خبر ميسرة قالوا و من اشترى زيتا أو بزرا و وجد فيهما درديا فإن كان يعلم أن ذلك يكون فيه لم يكن له رده و إن لم يعلم ذلك كان له رده و يجب حمل الخبر و كلامهم على ما ذكره المحقق و المصنف و جماعة من التقييد بما ذكر بأن يكون المعنى إن كان يعلم أن هذا بحسب العادة مما يكون فى الزيت و نحوه لم يكن له الرد و يكون الظن كالعلم و ذلك لأنه إذا خرج عن العادة يكون عيبا عرفا و عادة و لا تشكل صحة البيع لمكان جهالة قدر المبيع المقصود بالذات لأن الشأن فى ذلك كالأشأن فى معرفة مقدار السمن و ظرفه جملة من دون العلم بالتفصيل فيكون مثل ذلك غير قاذح مع معرفة مقدار الجملة و أما إذا لم يخرج عن المعتاد فيحتمل أن لا يكون حينئذ عيبا أو نقول إنه عيب جرت غلبة وجوده مجرى علم المشتري به فيكون كما لو علم بالعيب المسقط للرد  
(قوله) (و اعتياد الزنا و السرقة)

لأنهما عيبان عندنا كما فى (التذكرة) من دون ذكر الاعتياد و فى (المبسوط) إذا وجد سارقا كان له الخيار إجماعا و لم يقيد بالاعتياد فى (جامع الشرائع و التحرير و الدروس) و يرشد إليه اكتفاؤه فى (التذكرة) فى الإباق بالمره الواحدة و قد عرفت هناك أنه ظاهر إطلاق الأكثر (و قال فى جامع المقاصد) ظنى أن الاعتياد غير شرط لأن الإقدام على القبيح مره يوجب الجرأة عليه و يصير للشيطان عليه سبيل و لترتب وجوب الحد الذى لا يؤمن معه الهلاك عليهما و على هذا يكون شرب الخمر و النيذ عيبا كما فى (التحرير و الدروس) و قد مال فى (التذكرة) إلى عدمه (و قال فى جامع المقاصد) و لو حصلت التوبة الخاصة المعلوم صدقها ففى الزوال نظر (قلت) إذا ثبتت التوبة الصادقة كما فرض انتفى الفسق و ثبتت العدالة الموجبة للإمامة و قبول الشهادة فأى عيب يبقى بعد ذلك و قال فى (الخلاص) العبد و الأمة إذا وجدتهما زانين لم يكن له الخيار و قال الشافعى له الخيار و فصل أبو حنيفة بين العبد و الأمة و فى

(التحرير) في كلام الشيخ نظر و قد يحمل كلام الشيخ في (الخلاف) على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١٧

و البحر و الصنان الذي لا يقبل العلاج (١) و كون الضيعة منزل الجنود و ثقل الخراج (٢) و استحقاق (٣) القتل بالردة أو القصاص و القطع بالسرقة أو الجنائى أو الاستسعاء فى الدين و عدم الختان فى الكبير دون الصغير و الأمة (٤)

عدم الاعتياد هذا و الأقرب اعتبار التمييز فى الزانى و السارق كما فى (التحرير)

(قوله) (و البحر و الصنان الذى لا يقبل العلاج)

قد نص فى (جامع الشرائع) على أن البحر و الذفر عيان من دون تقييد بعدم قبول العلاج (و الذفر) كما فى (القاموس) محرقة التنن أو رائحة الإبط و قد فسر فيه الصنان بذفر الإبط و نص على أن البحر عيب فى العبد و الأمة القاضى فيما حكى عنه و ابن إدريس و المصنف فى (التذكرة و التحرير) و الشهيد فى (الدروس) و الظاهر أنه لا فرق فيهما عندهم بين الصغيرين و الكبيرين و فى (الخلاف و المبسوط) أنه لا يثبت بالبحر الخيار فيهما و قال فى (المختلف) إنه عيب فى الجارية دون العبد لكن يثبت به الخيار فيه لأنه خارج عن الأمر الطبيعى كالعيب و قد يحمل كلام الشيخ على البحر الناشى من صفرة الأسنان و نحوها فإنه يزول بتنظيف الفم بخلاف الذى يكون من تغير المعدة فإنه عيب فى الأمة قطعاً و إن أمكن علاجه و خارج عن الأمر الطبيعى فى العبد فيثبت فيه الخيار كما فى (المختلف) و مثله الصنان المستحکم و لا كذلك العارض من عرق أو اجتماع و سخ و تخيل أنه قد يسار العبد و يكلمه فيؤذيه فيكون عيباً فيه كأنه مما لا يعرج عليه و عساه أن يكون عيباً فيهما (و مما) ذكر يظهر حال القيد فى عبارة الكتاب و قد يكون مراد الشيخ أن البحر فى الأناسين كثير كما هو المشاهد و إن كان من تغير المعدة و قد يكون مراد المصنف بقبول العلاج الزوال بسرعة و سهولة دون ما يحتاج إلى الدواء لكنه كما قال فى (جامع المقاصد) لا يفهم من العبارة و أفرد الذى بتأويل كل واحد منهما و فى (التذكرة) أن البحر فى فرج المرأة له به الرد للتأذى به

(قوله) (و كون الضيعة منزل الجنود و ثقل الخراج)

ذكر هذين فى (التذكرة) لأنهما يقللان الرغبات و ينقصان المالىة و لا تفاوت فى الخراج بين أخذه بظلم أو غيره و المراد بثقله أن يكون فوق المعتاد فى أمثالها و فى (جامع المقاصد) أن مثله ما إذا صار للظلمة عليها سبيل خارج عن العادة و لو بمره (انتهى) و ألحق بذلك بعض العامة ما لو كان إلى جانبها قصار يؤذى بصوت الدق و يززع الأبنية و تذكير الضمير فى العبارة لعله لتأويل الضيعة بالموضع

(قوله) (و استحقاق)

إلى قوله فى الدين قد تقدم الكلام فى ذلك و أن فى (التذكرة) الإجماع على ذلك و القطع بالسرقة أو الجنائى عيان بالاستقلال و إن كانت السرقة عيباً برأسها و يتصور الاستسعاء فيما إذا استدان بغير إذن مولاه على قول بعض الأصحاب و فيما إذا أفسد العبد مالا لآخر فضمنه المولى فى سعيه على ما هو ببالى فليحظ ذلك

(قوله) (و عدم الختان فى الكبير دون الصغير و الأمة)

كما صرح بذلك فى (التحرير و التذكرة و المختلف و الدروس) لأنه زيادة عن مجرى المعتاد عند الناس و لأن فيه خطراً على المشتري لأنه يجب ختانه عليه فربما أدى إلى التلف و لا- تدليس أعظم من ذلك و إذا ثبت الخيار بتدليس ينقص بعض الصفات فبالأولى أن يثبت فى تدليس يؤدى إلى إتلاف العين و لا كذلك الصغير و الأمة لعدم اعتباره فيهما و فى (المبسوط و الخلاف) لو اشترى عبداً أو أمه فوجدهما غير مختونين لا يثبت له الخيار سواء كانا صغيرين أو كبيرين و هو المحكى عن القاضى و فى (الخلاف)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١٨

والمجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجلبه (١) و الثيوبه ليست عيبا (٢)

أنه لا- خلاف في أنه لا- خيار في الأمة و المراد بالصغير هنا ما دون البلوغ نظرا إلى أن ذلك إنما يجب في البالغ و المرجع إلى عادة الشرع إذا وجدت يقين و من ثم لم يعتبر الختان في الأمة و إن اعتيد فلا معنى للرجوع إلى مقتضى العادة الغالبة حتى لو كان سن دون البلوغ يغلب فيه وقوع الختان رد به لما عرفت

(قوله) (والمجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجلبه)

قال الشهيد المجلوب مجرور عطف على الأمة و معناه أن عدم الختان في الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس بعيب مع علم المشتري بجلبه لأنه لا ختان في بلاد الشرك و تبعه على ذلك المحقق الثاني و هو الموافق لما في (التذكرة و الدروس) و احتمال في الحواشي عطفه على الكبير و هو مع عدم مناسبه للتقييد يحتاج إلى تقدير

(قوله) (و الثيوبه ليست عيبا)

كما في (الشرائع و النافع) (و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد) و هو الذي أفصحت به أخيرا عبارة (الخلاف «١») و هو معنى ما في (المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة) و غيرها من أنه إذا اشترى جارية و لم يشترط بكارتها و لا- ثيوبتها فخرجت ثيبا لم يكن له الخيار و نحو ذلك عبارة (النهاية) كما ستسمع لأنه إذا لم يكن له الخيار بذلك لم يكن عيبا و ستسمع ما استقر عليه رأى ابن إدريس من أنه تدليس و في (الوسيلة) حصر عيوب العبد و الأمة في عشرة و لم يعد الثيوبه منها و في (كشف الرموز) لا خلاف بين الأصحاب في أن الثيوبه و البكاره ليست عيبا يوجب الرد و إنما اختلفت عباراتهم في اشتراط البكاره و في (التحرير) لا نعلم خلافا في أن الثيوبه ليست عيبا و في (إيضاح النافع) أن عليه الفتوى لأن البكاره صفة كمال بالنسبه إلى غير العاجز و ليست عيبا و نسبه أيضا إلى الأصحاب و في (المسالك) أطلق الأصحاب و الأكثر من غيرهم أن الثيوبه ليست عيبا و في (الكفاية) أطلق الأكثر أنها ليست عيبا و في (الرياض) أنه المشهور و لعلهما أشارا بالأكثر و المشهور إلى ما قاله القاضى في (المهذب) قال إذا لم يشترط الثيوبه و لا البكاره فخرجت ثيبا أو بكرا لم يكن له خيار و كان له الأرش لأن الأرش لا يكون إلا في العيب فتكون عيبا و هو الذى مال إليه أو قال به صاحب (التنقيح) و استنهض عليه كلام القاضى و عبارة (المبسوط) و ستسمعها و مال إليه في (الروضه و المسالك) أو احتمله احتمالا كالشهيد في (الدروس) و نفى البأس في (التذكرة) عن كون الثيوبه عيبا في الصغيره و قواه في (الروضه و المسالك) (حجته) المشهور بعد ما سمعت من نفى الخلاف الظاهر في الإجماع كنسبته إلى الأصحاب (أن الثيوبه) فيهن بمنزلة الخلقه الأصلية و إن كانت عارضه إذ قل ما يوجد فيهن الأبكار و استدلل عليه في (إيضاح النافع) بروايه سماعه قال سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شيء إنه قد يكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها قال و انجبرت بعمل الأصحاب (قلت) الإجماع معلوم و على تقدير أن القاضى مخالف فخلافه نادر على أنه لم ينسب إليه الخلاف من الأساطين إلا الشهيد في (الدروس) حيث قال يشعر به مذهب القاضى على أنه وافق في (الكامل) و زاد كما ستسمع و ستسمع أيضا ما في (الخلاف و المبسوط) (و التذكرة) فيما يأتي فإنه يدل على ما نحن فيه بالأولى مضافا إلى أنه يلزم الخروج عن مقتضى العقد الثابت بالأدلة القاطعه مع اعتضاده في المسأله بما عرفت لا لدليل بل بما شك في تسميته عيبا عرفا

(١) في نسختين الخلاف و في نسخه المختلف (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦١٩

.....

وعادة مع قصور سند ما دل على أن العيب هو كل ما نقص عن الخلقة إذ لا جابر له في المسألة و لعل مستند القاضى فى (المهذب) على تقدير مخالفته ما أشار إليه صاحب (التنقيح) وغيره أن البكارة مقتضى الطبيعة و فواتها نقص يحدث على الأمة و يؤثر فى نقصان قيمتها نقصانا بينا فيتخير بين الرد و الأرش خصوصا فى الصغيرة التى ليست محل الوطى فإن أصل الخلقة و الغالب متطابقان فى مثلها على البكارة فىكون فواتها عيبا و كل ذلك لا يعرج عليه بعد ما عرفت على أن كونه عيبا فى الصغيرة إنما هو لبعض الشافعية و لو أن صاحب الرياض اطلع على بعض ما ذكرناه ما مال إلى ما مال إليه الشهيد الثانى هذا كله إذا لم يشترط بكارة و لا ثبوتها أما لو شرط البكارة فثبت سبق الثبوت كان له الرد كما فى (الشرائع و النافع و إيضاحه و الإرشاد و اللمعة و السرائر) على ما وجدته فيها و هو قضية كلام المصنف فيما أتى و ظاهرهم كما هو صريح (الإرشاد و اللمعة) أنه لا أرش تصرف أم لا عملا بقاعدة الشرطية لا لكونه عيبا و هو الموافق لما أسلفناه من إطباقهم على أن الثبوت ليس عيبا لكن المشهور كما فى (الدروس و المسالك) أنه له الخيار فى هذه الصورة بين الرد و الإمساك بالأرش و هو قضية إطلاق (السرائر) على ما حكاه عنها جماعة حيث قالوا إنه خيرة بين الرد و الإمساك بالأرش من دون تقييده بما إذا ثبت سبق الثبوت و لعله مراد له و صريح (كشف الرموز و جامع الشرائع و التذكرة) (و التحرير و المختلف و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة) و استندوا فى ذلك إلى ما رواه ثقة الإسلام و الشيخ عن يونس فى رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق بناء على حمله على العلم بالثبوت قبل البيع بالبينه أو الإقرار أو قرب زمان الاختبار لزم من البيع جمعا بينه و بين خبر سماعه المتقدم آنفا فإنهم يحملونه على الجهل بذلك و قد صرح أكثر هؤلاء أنه لو تصرف تعين الأرش (و قال الشيخ فى النهاية) من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يكن له ردها و لا الرجوع على البائع بشىء من الأرش لأن ذلك قد يذهب من العلة و النزوة و مثله ما حكى عن (الكامل) و ظاهرهما أنه شرط ذلك كما فهموه من الخبر و غيره من العبارات (و قال فى الخلاف) إذا اشترى جارية على أنها بكر فكانت ثيبا روى أصحابنا أنه ليس له الرد (و قال فى المبسوط) إن شرط أن تكون بكرا فخرجت ثيبا روى أصحابنا أن ليس له الخيار و له الأرش و نحوه ما حكى من أنه خيرة (المهذب) للقاضى (و الإستبصار) و اختاره ابن إدريس أولا ثم عدل عنه (و قال فى التذكرة) قال أصحابنا إذا اشترى جارية على أنها بكر فكانت ثيبا لم يكن له الرد لما رواه سماعه و ساق الخبر الذى سمعته فيما سلف فىنبغى الجمع بين هذه الكلمات و ما فى (التذكرة) يوافق ما فى (الخلاف) و لعله موافق لما فى (النهاية) و قد حمل فى (كشف الرموز و المختلف) كلام (النهاية) على ما إذا لم يعلم سبق الثبوت لأن تعليقه يعطى ذلك و على ذلك حمل (كاشف الرموز) و غيره خبر سماعه لمكان التعليل الذى فيه و حمل الشيخ فى (الإستبصار) قوله فى الخبر فلا- يجب عليه شىء على أنه لا- يجب عليه شىء معين لأن المرجع فى ذلك إلى اعتبار العادة و ذلك يختلف و هذا التأويل ملحوظ فى كلام (المبسوط) ثم إنه فى (التذكرة) احتمل حمل الرواية «١» و كلام الأصحاب على أنه اشترى على ظاهر الحال من شهادة الحال بالبكارة و غلبه ظنه من غير شرط انتهى (و فيه) أن صريح (المبسوط) و ظاهر (النهاية) و (الخلاف) أنه شرط على أنه لا يتأتى فى كلام (المبسوط) و المهذب و الإستبصار) لمكان

(١) أى رواية سماعه (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢٠

و لا الصيام و لا الإحرام و لا الاعتداد و لا التزويج (١) و لا معرفة الغناء (٢) و النوح (٣) و لا العسر على إشكال (٤) و لا الكفر (٥) و لا كونه ولد زنا و إن كان جارية (٦)

ذكر الأرش (فتدبر) و قد ظهر أنه لو لم يثبت التقدم فلا- خيار كما صرح به المحقق فى كتابيه و تلميذه و الأكثر للأصل و أنها قد تذهب بالنزوة و نحوها و قد عرفت من أطلق و أما إذا شرط كونها ثيبا فبان بركا ففى (جامع الشرائع و التذكرة) و ما أتى فى الكتاب



(و جامع المقاصد و المسالك و الروضة) و غيرها أنه يتخير أى بين الرد و الإمساك بدون أرش عملا بقاعدة الشرط لأن العاجز يطلب ذلك و فى (المبسوط و التحرير) أنه لا- خيار له و أثبت له الخيار فى (جامع الشرائع) فيما إذا شرط أن تكون صغيرة فبانت كبيرة (و ليعلم) أن صاحب (السرائر) قال فى المقام إن زرعاً و سماعاً فطحيان و طعن فى يونس بأنه عند المحققين من الرواة و أصحاب الرجال غير موثوق به و كل ذلك غير صحيح لأن زرعاً و سماعاً واقفيان بل كأنه لم يثبت وقف سماعه و يونس حاله فى الوثاقه أشهر من أن يذكر

(قوله) (و لا الصيام و لا الإحرام و لا الاعتداد و لا التزويج)

كما فى موضع من (التذكرة) و فى موضع آخر قال لو ظهرت معتدة فإن كان زمان العدة قصيرا جدا فلا خيار له لأنه لا يعد عيبا و لا ينقص المالية و لا الانتفاع به و إن كان طويلا احتمل ثبوت الخيار لتفويت منفعة البضع هذه المدة فكان كالمبيع لو ظهر مستأجرا (و قال) إن استعقب فسخ التزويج عدة كان التزويج عيبا و إلا فلا (و استشكل) فى ذلك صاحب (جامع المقاصد) (و قال الشهيد فى حواشيه) إن له الفسخ فى الأربعة المذكورة و لعلها عنده كحصى اليوم و فى (الدروس) لم يجعل الصيام و الإحرام فى العبد عيبا و لا التزويج و العدة فى الأمة عيبا و فى (التحرير) ليس الإحرام و الصيام عيبا قطعاً و كذا عدة البائن و الرجعية (قوله) (و لا معرفة الغناء)

كما فى (الخلافة و الجواهر و التذكرة و الدروس) لأن العلم به غير محرم و إنما المحرم إظهار صنعته و استعماله و لا فرق فى ذلك بين العبد و الأمة

(قوله) (و النوح)

كما فى (التذكرة) و هو ظاهر

(قوله) (و لا العسر على إشكال)

يقال رجل أعسر بين العسر للذى يعمل بيساره مع ضعف اليمنى عكس المعتاد و أما الذى يعمل بكلتا يديه فهو أعسر يسر و لا يقال أعسر أيسر و وجه الإشكال من خروجه عن المجرى الطبيعى فكان كخلو الركب عن الشعر و هو خيرة (التحرير و الدروس و جامع المقاصد) و من حصول المنافع المقصودة من اليمين و ظاهر (الإيضاح) التوقف (كالكتاب و التذكرة) (قوله) (و لا الكفر)

كما فى (المبسوط و جامع الشرائع و التحرير) (و التذكرة) و موضع من (المهذب) و فى (المختلف) أنه المشهور و حكى عن الشيخ و أبى على و موضع آخر من (المهذب) أنه عيب يثبت به الخيار فيما إذا اشترى عبدا مطلقا و هو الذى قواه الشهيد فى (دروسه) (و حواشيه) و نفى عنه البعد عن الصواب فى (المختلف) لأنه نقص فى التصرف إذ لا يتمكن من عتقه و لا وطئه و لا تزويجه بالمسلمة و استشكل فى كونه عيبا المحقق الثانى لأنه ليس خارجا عن المجرى الطبيعى إلا أن يقال قوله عليه السلام كل مولود فإنه يولد على الفطرة قد يدل على خروجه عنه و فى (الوسيلة) أن الكفر عيب إذا شرط الإسلام و محل البحث الكفر الذى يقر أهله عليه أما الفسق فليس عيبا جزما إلا أن يكون زانيا أو شاربا لمسكر و غير ذلك مما يوجب الحد فإنه لا يؤمن معه التلف

(قوله) (و لا كونه ولد زنا و إن كان جارية)

كما فى (التذكرة و التحرير و ظاهر جامع المقاصد)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢١

و لا عدم المعرفة بالطبخ و الخبز و غيرهما (١)

## إشارة

(المطلب الثانى فى الأحكام) كلما يشترطه المشتري من الصفات المقصودة مما لا يعد فقداه عيبا يثبت الخيار عند عدمه (٢) كاشتراط الإسلام أو البكارة أو الجعودة فى الشعر أو الزجج فى الحواجب و معرفة الطبخ أو غيره من الصنائع أو كونها ذات لبن أو كون الفهد صيودا (٣) و لو شرط غير المقصود فظهر الخلاف فلا خيار كما لو شرط السبط أو الجهل (٤)

و اختار فى (الدروس) أنه عيب (و قال) فى الحواشى يحتمل كونه عيبا فى الجارية لحصول النقص فى نسب الولد و تطرق ضعف فى اعتقاده لما ورد أن ولد الزنا لا ينجب و ورد أنه لا يظهر إلى سبعة أبطن و ضعفه الكركى بأن المقصود من الجارية المالية لا الاستيلاء و ليس هذا بخارج عن المجرى الطبيعى انتهى (فتأمل)  
(قوله) (و لا عدم المعرفة بالطبخ و الخبز و غيرهما)

من الصنائع كما فى (التذكرة) (و التحرير و الدروس) و الشلل و البكم و الإرث و الصور عيوب و كذا فقد حاسة الذوق أو غيرها و نقص إصبع أو أنملة أو ظفر أو شعر و زيادة سن أو فقدها و كونه ذا قروح أو أثليل أو بهق أو كونه أبيض الشعر فى غير أوانه و أما إذا كان ناما أو ساحرا أو قاذفا للمحصنات أو مقامرا أو تاركا للصلوات فإشكال

المطلب الثانى فى الأحكام (قوله) (كلما يشترطه المشتري من الصفات المقصودة مما لا يعد فقداه عيبا يثبت الخيار عند عدمه)  
إجماعا كما فى (المسالك) قال لو شرط أحد هذه فظهر بالخلاف تخير بين الرد و الإمساك إجماعا و لا أرش لأنه ليس عيبا و الإجماع قضية كلام (التذكرة) حيث قال و لو شرط إسلام العبد أو الأمة فبان كافرا كان له الرد قطعا و قد تقدم نصه فى (التذكرة) على أن الكفر ليس عيبا و تصريح (الفقيه) بالقطع جار مجرى الإجماع و لا كذلك لو حكم من دون أن يذكر إشكالا أو أقربية أو أولوية أو نحوها و إن كانوا يعبرون عنه بالقطع فإنه لا يجرى مجرى الإجماع كما حرر فى محله من دون شبهة و الحكم المذكور أعنى ثبوت الخيار من دون أرش قضية كلام (المبسوط) فى عدة مواضع و صريح (التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و الروضة و مجمع البرهان) و غيرها عملا بقاعدة الشرط و قد سمعت كلام (الوسيلة) أنفا فى اشتراط الإسلام فليس مخالفا فى الحكم بل فى خصوص المثال و خلاف (الخلاف) إنما هو فيما توهمه المشتري كمالا ذاتيا فظهر الخلاف لا فيما إذا شرطه و فرق بين المسألتين و إن عدهما معا جماعة فى خيار التديس و لهذا وافقه المصنف فى (التحرير) فنفى الخيار فى ذلك و قد سمعت نصه هنا فيه على ثبوت الخيار

(قوله) (كاشتراط الإسلام أو البكارة أو الجعودة فى الشعر و الزجج فى الحواجب أو معرفة الطبخ أو غيرها من الصنائع أو كونها ذات لبن أو كون الفهد صيودا)

كما مثل بذلك كله فى (التحرير و التذكرة) و ببعضه فى غيرهما (و جعد) الشعر بضم العين و كسرهما جعودة فهو جعد إذا كان فيه التواء و تقبض كما فى (المصباح المنير) و فى (القاموس) الجعد خلاف السبط (و الزجج) محركة دقة الحاجبين فى طول و النعت أزج و زجاء و زججه دققة و طوله (و البلج) نقاوة ما بين الحاجبين (و القرن) اتصالها (و الزبر) كثرة شعرهما (و المعط) تساقط الشعر عن بعض أجزائهما ذكر ذلك كله الشهيد فى حواشيه

(قوله) (و لو شرط غير المقصود فظهر الخلاف فلا خيار كما لو شرط السبط أو الجهل)

كما صرح بذلك فى (التحرير و التذكرة)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢٢

و لو شرط الكفر أو الثبوة فظهر الضد (١) تخير لكثرة طلب الكافرة من المسلمين و غيرهم و عدم تكلفها بالعبادات و ربما عجز عن

البكر و لو شرط الحلب كل يوم شيئاً معلوماً أو طحن الدابة قدراً معيناً لم يصح (٢) و لو شرطها حاملاً صح (٣) و لو شرطها حائلاً فبانت حاملاً فإن كانت أمه تخير (٤) و إن كانت دابةً احتمل ذلك لإمكان إرادة حمل ما تعجز عنه حينئذ (٥) و عدمه للزيادة إن قلنا بدخول الحمل كالشيخ (٦)

و يعطيه مفهوم عبارة (اللمعة) و غيرها مما قيل فيه و لو شرط صفة كمال فظهر الخلاف تخيراً لأنه شرط غير المقصود للعقلاء و ما لا يزيد به المال فكان لغواً لكن إطلاق عبارة (الدروس) قد تعطى الخلاف (قال) و ثامنها خيار التدليس و فوات الشرط سواء كان من البائع أو المشتري فيتخير عند فواته بين الفسخ و الإمضاء بغير أرش إلا في اشتراط البكارة إلخ و كذلك قوله في (المبسوط) لو أسلم في سبطه فسلم إليه جعدة كان له الخيار و لعله يحمل على ما إذا تعلق بمثله غرض للعقلاء (قوله) (و لو شرط الكفر أو الثبوة فظهر الضد إلخ)

قد تقدم الكلام في اشتراط الثبوة عند قوله و الثبوة ليست عيباً و في الأول عند الكلام على أن الكفر ليس بعيب و قد أوضح المصنف هنا الحال في المسألتين و زاد في (الإيضاح) المحقق الثاني (قوله) (و لو شرط الحلب كل يوم شيئاً معلوماً أو طحن الدابة قدراً معيناً لم يصح) أى الشرط كما في (التحرير و التذكرة) في موضعين منها لأن اللبن يختلف فلا يصح اشتراط الرطل مثلاً و كذلك الحال في الطحن و شرط البيض في الدجاجة و كذا لو شرطها غزيرة اللبن و لا كذلك لو اشترط أنها لبون كما في (التحرير) (قوله) (و لو شرطها حاملاً صح)

لأن الحمل يعلم في الظاهر و يتعلق به أحكام و به صرح في (التذكرة و التحرير) و قال بعض الشافعية لا يصح لأنه لا يعلم و ليس بشيء

(قوله) (و لو شرطها حائلاً فبانت حاملاً فإن كانت أمه تخير)

كما في (التذكرة و التحرير و حواشى الشهيد) لأنه عيب في الأمة و نقص محض على القول بعدم دخوله كما هو ظاهر مع اشتماله على تغرير بالنفس لعدم تيقن السلامة بالولادة و أما على القول بدخوله فإنه يكون نقصاً من وجه و زيادة من آخر و كلما كان كذلك فللمشتري الخيار فيه إجماعاً حكاها في (الإيضاح) و يبقى فيما يتخير فيه هل هو بين الرد و الأرش أو بينه و بين الإمساك بدون أرش (قوله) (و إن كانت دابةً احتمل ذلك لإمكان إرادة حمل ما تعجز عنه حينئذ)

من حمل الثقيل و السير الكثير الشديد و هو الذى استوجهه في (التحرير) و استشكل في (التذكرة) و كأنه ليس في محله إن قلنا بعدم دخوله و إن قلنا بدخوله كان داخلًا تحت إجماع (الإيضاح) لأنه غرض مقصود للعقلاء و قد يترتب عليه نفع أعظم من نفع الحمل بمراتب شتى و سيأتى في الفرع الثالث من فروع المطلب ما له نفع تام في المقام (قوله ره) (و عدمه للزيادة إن قلنا بدخول الحمل كالشيخ)

أى يحتمل عدم الخيار في الدابة إذا شرطها حائلاً فبانت حاملاً لمكان الزيادة الحاصلة له إن قلنا بمقالة الشيخ في بعض أقواله من أن الحمل يدخل في المبيع (و فيه) ما عرفت من أنه و إن كان زيادةً في المال إلا- أنه موجب للنقيصة من وجه آخر يمنع الانتفاع بها عاجلاً- مع أنه لا يؤمن عليها الهلاك إذا وضعته (و قال في الإيضاح) و عندنا أنه يتخير في الموضعين لعدم دخول الحمل في المبيع (انتهى فتأمل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢٣

و إطلاق العقد و اشتراط الصحة يقتضيان السلامة من العيب (١) فلو وجد المشتري عيباً سابقاً على العقد و لم يكن عالماً به تخير بين الفسخ و الأرش (٢)

في قضية تعليقه وكيف كان فحيث يثبت له الخيار في هذه المواضع هل يتخير بين الفسخ والأرش أو بين الفسخ والإمضاء من دون أرش صرح الشهيد في حواشيه بالثاني (فليتأمل)

(قوله) (و إطلاق العقد و اشتراط الصحة يقتضيان السلامة من العيب)

و نحو ذلك عبر في (السرائر) و كذلك (الشرائع و التذكرة) مع الإتيان بأو مكان الواو و لعله أولى و في (المبسوط) في أثناء كلام له (و النافع و التحرير) أن إطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب من دون ذكر اشتراط الصحة و في (النهاية و المقنعة) الاقتصار على ذكر اشتراط الصحة و السلامة و قال جماعة إن اشتراط الصحة مجرد تأكيد لأن الإطلاق يقتضى السلامة لأن الأصل في المبيع من الأعيان و الأشخاص السلامة من العيوب و الصحة فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة فإذا ظهر عيب سابق على العقد وجب أن يتمكن من التدارك و ذلك بثبوت الخيار كما ذكر ذلك في (التذكرة) و ظاهرهم أن العقد إنما وقع على السالم دون المعيب و الذى يفهم من كلامهم أن إطلاق العقد يقتضى لزومه السلامة لأنه واقع على السالم لا غير فتأمل في الفرق بينهما و في (الكفاية) لا أعرف خلافا بينهم في أن إطلاق العقد يقتضى لزومه السلامة من العيب و كذا لو شرط الصحة و حكى في (المسالكة) قولاً - بأن فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ و إن تصرف لو ظهر عيب كاشتراط الحلول و لم أجد هذا القول لأحد من العامة و الخاصة

(قوله) (فلو وجد المشتري عيباً سابقاً و لم يكن علم به تخير بين الفسخ و الأرش)

إجماعاً كما في (الخلاف) (و الغنية و الرياض) و ظاهر (التذكرة و الكفاية و مجمع البرهان) و قد عرفت المصرح بالحكم و من ظاهره ذلك كما بينا ذلك كله فيما سلف عند شرح قوله و إن زادت بهما القيمة و قد بينا أن الخلاف إنما يظهر من صاحب (المفاتيح) و أن المولى الأردبيلي متأمل مع نفيه الخلاف عنه و إطلاق الراوندى في آياته مقيد قطعاً و قد أغفل الاستدلال على المسألة في أكثر كتب الاستدلال بل أخذوها مسلمة و استدلل في (التذكرة) بما رواه الجمهور من أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و كان عنده ما شاء الله ثم رده من عيب و جده به و بقول أحدهما عليه السلام في مرسل جميل في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً قال إن كان قائماً رده على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب و في إفادتهما المطلوب نظر واضح بعد الغض عن السند إلا أن تقول إن الشهرة تجبر السند و الدلالة أما النبوى فخال عن الأرش بالكلية مع أن الظاهر منه جواز الرد بعد التصرف في الجملة إذ يبعد أن يكون العبد عند العرب ما شاء الله تعالى و لا يستخدمونه بشيء أصلاً مع أنا قد نقصره على العبد و أما مرسله جميل فقد دلت على جواز الرد ما دام باقياً و إن تصرف فيه إلا أن يكون ثوباً قد تصرف فيه أحد التصرفات المذكورة فإنه يرجع (حينئذ) بالأرش و ذلك لا يتم على ما قرره في مسائل الباب و يوجد في بعض الأخبار ما يدل على الرد بالعيب قبل التصرف و الحدث و الأرش بعده مع عدم البراءة من العيوب و قد ورد في الجارية المعيبة ما ستمعه فكان الأصل في المسألة الإجماع المعلوم و المنقول و الأخبار المرسله في (الخلاف) و خبر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢٤

و لو تبرأ البائع من العيوب في العقد و إن كانت مجمله (٢)

الضرر و ما في الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام من قوله إن خرج في السلعة عيب و علم المشتري بالخيار إليه إن شاء رد و إن شاء أخذ أو رد عليه بالقيمة أرش المعيب (و قال) بعض من تأخر إن أو زائدة مكان الواو (و استدلل) عليه في (الرياض) بالإجماع القطعى و المحكى في (الغنية) و النصوص المعتمدة و ساق مرسل جميل (ثم قال) و ليس فيه كباقي الأخبار ذكر الإمضاء مع الأرش بل ظاهرها الرد خاصة لكن الإجماع و لو في الجملة كاف في التعديتة (انتهى) فتأمل فيه (و يبقى) الكلام فيما إذا انعكس الحال كما لو

خرج الثمن معييا (و قد يستدل) عليه ببعض ما مر من خبر الضرر و قد يدعى اتحاد الطريق فتدبر

(قوله) (و لو تبرأ البائع من العيوب في العقد و إن كانت مجمله)

فإنه يبرأ من كل عيب ظاهرا كان العيب أو باطنا معلوما كان أو غير معلوم حيوانا كان المبيع أو غيره إجماعا في جميع ذلك كما في (الخلاف و الغنية و التذكرة) و ظاهر (المسالك) حيث قال عندنا و سترسمع ما في (التحرير) و بهذا التعميم صرح في (المبسوط) و ظاهر (الروضة) و هو قضيه إطلاق (المقنعة و النهاية) (و المراسم و الوسيلة و السرائر و الشرائع و النافع و جامع الشرائع و التحرير و الإرشاد و اللعة) و غيرها بل إطلاق النص و سترسمعه و الإجماعات و الفتاوى يتناول المتجددة بعد العقد حيث تكون مضمونه على البائع (و قال الشهيدان في الدروس و المسالك) و هل تدخل العيوب المتجددة بعد العقد و قبل القبض أو في زمن خيار المشتري في البراءة المطلقة (فيه نظر) من العموم و من أن مفهومه التبري من الموجود حالة العقد (قلت) و قرب في (التذكرة) عدم الدخول (و قال في الدروس) نعم لو صرح بالمتجدد صح (قلت) و ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه حيث قال لو شرط التبري من العيوب الكائنة و التي ستحدث جاز عندنا و نحوه ما في (المسالك) و لا يقدر في هذا كون البراءة مما لم يجب بعد لأن التبري إنما هو من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد لا العيب المتجدد فإنه (حينئذ) غير مضمون لأنه غير موجود و قد لا نسلم كلية هذه القضية و لو في نحو المسألة إذ لا دليل على المنع كذلك و قد وقع في (الرياض) خلل في النقل عن (التذكرة) من وجهين (قال) و لا فرق بين الموجودة حالة العقد و المتجددة بعده حيث تكون على البائع مضمونه و عليه الإجماع في (التذكرة) و قد سمعت عبارتها برمتها و عرفت محلها (و صورة التبري) من العيوب أن يقول تبرأت من جميع العيوب كما صرح به في (جامع المقاصد) و مثله أن يقول بعثك هذا بكل عيب أو أنا برىء من كل عيب و نحو ذلك كما يرشد إليه قولهما في (الدروس و الروضة) كقوله تبرأت و الظاهر أنه يكفي ذكر ذلك قبل العقد كما في أثنائه كما يرشد إليه خبر جعفر بن عيسى كما سترسمعه و كما تشعر به عبارة (السرائر و التذكرة و التحرير) و لأنهم قالوا إذا علم المشتري أو أسقط خيار العيب فلا خيار إذ سبب الخيار إنما هو جهله به فإذا رضى بالعيب فلا خيار له و لأنه إنما ثبت الخيار لاقتضاء مطلق العقد السلامة فإذا صرح بالبراءة قبل العقد أو في أثنائه فقد ارتفع الإطلاق و ذلك من أدلة أصل المسألة بعد الإجماعات و عموم قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم و إطلاق قول مولانا الباقر عليه السلام فيما رواه الشيخ عن الحسين عن فضالة عن موسى بن بكر عن زرارة فالحديث حسن قوى معتبر أو صحيح لمكان فضالة و مع ذلك مجبور (أيما رجل اشترى شيئا فيه عيب أو عوار و لم يتبرأ إليه منه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العيب و ذلك العوار أنه يمضي

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢٥

أو علم به المشتري قبله أو أسقطه بعده سقط الرد و الأرش (١)

عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به) (و يدل) على ذلك أيضا خبر جعفر بن عيسى (قال) كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق إلا نقده الثمن فربما زهد فإذا زهد فيه ادعى عيوباً و أنه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشتري لم أسمع البراءة منها أصدق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه فكتب عليه الثمن و الضعف مجبور بما عرفت في خصوص ما نحن فيه و هو ظاهر في أنه عالم بالنداء و بالبراءة (بالبراءة خ ل) و أنه رضيه مع ذلك إلا أنه لما تجدد له زهده و عدم الرغبة ادعى عدم علمه بالعيوب و عدم سماعه النداء فهذه الدعوى إنما نشأت مدالسة من حيث زهده لا من حيث العيوب فلا يكون الخبر مما لا يلتفت إليه لضعفه مع الكتابة و مخالفة القاعدة كما قاله المولى الأردبيلي في مقام آخر مع أنه استدلل به في المقام و تمام الكلام في الخبر يأتي في المطلب الرابع في اللواحق و حكي في (السرائر) عن بعض أصحابنا أنه لا يكفي التبري من العيوب إجمالا- في إسقاط الرد و حكي ذلك في (المختلف) عن أبي علي و حكي فيه كلام القاضي في (المهذب) و

آخره صريح في ذلك وقد يوجد في بعض نسخ (جامع المقاصد) نسبة ذلك إلى ابن إدريس و لعله غلط في النسخة و حجتهم على ذلك الجهالة و المناقشة فيه واضحة بعد ما سمعت مضافا إلى أنه لا جهل مع المشاهدة و اعتبار ما يجب اعتباره في صحة البيع و أنه لو تم لزوم فساد العقد و من العجيب ما في (الدروس) من قوله و في التبري مجملا قولان أشهرهما الاكتفاء سواء علم البائع بالعيب أم لا حيث لم يحكم صريحا و نسب المجمع عليه إلى الأشهرية فكأنه لم يظفر بالإجماعات التي قد سمعتها فلا أقل من نسبه إلى المشهور كما في (جامع المقاصد) مع أن القاضى في (الكامل) وافق و ظاهر (التحرير) أنه لا مخالف إلا ما حكاها في (السرائر) عن بعض علمائنا حيث اقتصر على نسبة الخلاف إليه

(قوله) (أو علم المشتري به قبله أو أسقطه بعده سقط الرد و الأرش)

لأنهما متعلق الخيار و لازمه فإذا أسقط الملزوم تبعه اللازم و لو قيد الإسقاط بأحدهما اختص به و لا يختص الإسقاط بلفظ بل كل ما دل عليه من الألفاظ كاف (و مما صرح) فيه بسقوط الرد و الأرش مع علم المشتري بالعيب قبل العقد (الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التذكرة) (و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك) و هو المفهوم من مطاوى (المقنعة و النهاية و المبسوط) لمن أجاد التأمل في مفاهيمها و هو الظاهر من (جامع الشرائع) حيث صرح بسقوط الرد مع العلم و قضية كلامه سقوط الأرش و إن لم يصرح به و في (الرياض) نفى الخلاف عنه (و يدل) عليه بعد الأصل خبر زرارة الذي سمعته آنفا فإنه دال بمفهومه و المثبت لهذا الخيار من النص و الإجماع مختص بغير محل الفرض و المصرح بسقوطهما بإسقاطه لهما بعد العقد المحقق في (الشرائع) و المصنف في كتبه و الشهيد الثاني و في (النافع و الدروس و اللمعة) وضع موضعه الرضا بعد العقد و كأنه بمعناه لكنه في (الروضة) فهم التغيرات فقال و أولى منه إسقاط الخيار و الوجه فيهما ظاهر لأنه حق له فإذا أسقطه أو رضى بالعيب سقط و لعله لذلك أغفلهما المتقدمون فتدبر و في (الرياض) نفى الخلاف عن سقوطهما أى الرد و الأرش فيهما أعنى الرضا و الإسقاط ذكر كلا في مقام على حدة و في (الغنية) نفى الخلاف عن سقوط خيار العيب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢٦

و لو أحدث فيه حدثا قبل العلم بالعيب أو بعده أو حدث عنده عيب آخر بعد قبضه من جهته مطلقا (١)

بالرضا به و ستعرف الحال في عبارة (الوسيلة) فإنه قال يسقط الرد بأحد ثلاثة أشياء بالرضا و بترك الرد بعد العلم به إذا عرف أن له الرد و بحدوث عيب و لم يتعرض لسقوط الأرش إلا في آخره كلامه (قال) و إن علم بالعيب ثم تصرف فيه لم يكن له الرد و لا الأرش و هو مخالف للمشهور بل المجمع عليه كما ستسمع إن شاء الله تعالى

(قوله) (و لو أحدث فيه حدثا قبل العلم بالعيب أو بعده)

يريد أنه حينئذ يسقط الرد و يثبت الأرش أما سقوط الرد فعليه الإجماع في (المختلف و شرح الإرشاد) لفخر الإسلام و أما ثبوت الأرش كذلك أى حيث يحدث فيه حدثا قبل العلم بالعيب أو بعده ففي صريح (الغنية) أو ظاهرها الإجماع و في (جامع المقاصد) أنه المشهور و هو صريح (المقنعة و النهاية) (و المراسم و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) (و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح) و هو ظاهر إطلاق (الخلاف و الجواهر و السرائر) (و جامع الشرائع و التبصرة و اللمعة) و في (المختلف) حكاها عن التقى و نقل الشهرة على الإطلاق و في (شرح الإرشاد) لفخر الإسلام الإجماع عليه و هو بإطلاقه يتناول ما قبل العلم و بعده و في (المفاتيح) أن الصحاح به مستفيضة و في (الكفاية) أن الأخبار مختصة بالجارية و ليس كذلك لأن مرسل جميل و خبر زرارة صريحان في الأرش مع التصرف في المبيع مطلقا جارية أو غيرها و إطلاق النصوص و الفتاوى و معقد الإجماعات يشمل التصرف و الإحداث الناقل كالباع و نحوه و المغير للعين و غيره عاد إليه بعد خروجه عن ملكه أو لا بل في (الغنية) الإجماع في المغير و غيره و في (المبسوط) أن التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار و لعل دليله الأصل

و خبر زرارة حيث جعل فيه العلم قبل الحدث شرطا لمضى البيع عليه (و فيه) أنه يحتمل أن يكون المراد أنه لو أحدث فيه شيئا ثم علم به لم يكن له الخيار لا أن الحدث إذا كان بعد العلم ينفي الخيار فيستدل بمفهومه على أن الحدث قبله لا ينفية (فتأمل جيدا) (و قال في المبسوط) أيضا إن كان البيع قبل علمه بالعيب و عاد إليه فله رده (و قال) إن الهبة و التدبير لا يمنعان من الرد لأن له الرجوع فيهما بخلاف العتق و بذلك صرح في (المقنعة) أيضا (و النهاية) و جعل ابن حمزة في (الوسيلة) التصرف مانعا من الرد إذا كان بعد العلم بالعيب تمسكا بدلالته على الرضا بالعيب و الأصل و الإطلاقات حجة عليه و قد بينا فيما سلف حال التصرف المسقط بما لا مزيد عليه و سيجيء في الفرع الخامس ما له نفع تام في المقام و تمام الكلام قد مضى في الفصل الثالث في أنواع المبيع (قوله ره) (أو حدث عنده عيب آخر بعد قبضه من جهته مطلقا)

أى سواء كان المبيع حيوانا في مدة الخيار أم لم يكن كما يدل عليه التقييد في المسألة التي بعده و يتحقق كونه من جهته بتقصيره في المحافظة على المبيع و صيانتها و بسقوط الرد و بقاء الأرش حينئذ صرح في (الجواهر و السرائر) و ما تأخر عنهما و في صريح (الغنية) أو ظاهرها الإجماع عليه كما هو صريح (شرح الإرشاد لفخر الإسلام) و قد يظهر ذلك من (الكفاية) حيث (قال) قالوا و في (المبسوط) لا يكون له أن يرجع بأرش العيب عند الفقهاء و كذا عندى (و قال) في موضع آخر إذا باع عبدا و قطع طرف من أطرافه عند المشتري ثم وجد به عيبا قديما سقط حكم الرد إجماعا و وجب الأرش انتهى (فتأمل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢٧

أو من غير جهته إذا لم يكن حيوانا في مدة الخيار (١) فله الأرش خاصة و لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد مطلقا (٢)

و في (الخلاص) الإجماع و الأخبار على أنه ليس له رده إلا- أن يرضى البائع بأن يقبله ناقصا فيكون له رده و أنه يكون له الأرش إن امتنع البائع من قبوله معيبا و في (المبسوط) نفى (الخلاص) عن أنه له الأرش إن امتنع البائع من قبوله و قضيته أنه لو لم يمتنع لم يكن له الأرش و لهذا نسب إليه الخلاف في (التحرير) و غيره (قال في التحرير) لو تعيب عند المشتري لم يكن له رده فلو اختاره البائع جاز و لو أراد المشتري الأرش حينئذ (قال) الشيخ ليس له ذلك و الوجه عندى أن له الأرش إن اختاره و لو امتنع البائع من قبوله معيبا كان للمشتري حق الأرش قولاً واحداً و ظاهر المفيد في (المقنعة) المخالفه (قال) فإن لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدم دون الحادث إن اختار ذلك و إن اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث هو فيه حدثا (انتهى) و لم أجد من تنبه لذلك غير الشهيد في (الدروس) و قد يظهر من (الدروس) المخالفه أيضا في المسألة و ليس كذلك نعم لم يرد قول الشيخ بل نقله ساكتا عليه (قال) و ثانيها أى ثانی الأمور المسقطه للرد دون الأرش حدوث عيب عند المشتري مضمون عليه إلا أن يرضى البائع برده مجبورا بالأرش أو غير مجبور و لا يجبر البائع على الرد و أخذ الأرش «١» و لا يتخير المشتري بينه و بين المطالبة بأرش السابق و لو قبل البائع الرد لم يكن للمشتري الأرش بالعيب الأول عند الشيخ (انتهى) فليس مخالفا كما يظهر لمن تأمل و جمع بين أول كلامه و آخره و لحظ عبارة (الروضة) و غيرها حيث قالوا و لو رضى البائع برده مجبورا بالأرش أو غير مجبور جاز (و يدل) على الحكم المذكور بطرفيه بعد الإجماع أنه لما كان مضمونا عليه كان بمنزلة إحدائه فيه حدثا و لو كان من غير جهته إذا لم يكن حيوانا فنقصانه محسوب عليه فيمنع الرد و يثبت الأرش لأنه حق مالى ثبت بالعقد لوجوب تنزيله على صحة البيع فيستصحب بقاؤه مع عدم المانع و لا دلالة لحدوث العيب على إسقاطه إذ ليس من الرضا و نحوه في شيء و قد استوفينا الكلام في هذه المسائل في المطلب الثاني من الفصل الثالث في أنواع المبيع

(قوله) (أو من غير جهته إذا لم يكن حيوانا في مدة الخيار)

لأنه إذا كان حيوانا و حدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري كان له الرد أو الأرش لأنه مضمون على البائع كما نبه على ذلك في (السرائر و الشرائع و التحرير و التذكرة و الميسية و الروضة) و بعض من تركه هنا فقد ذكره فيما سلف و الظاهر أن كل خيار

يختص بالمشتري كذلك بل قد قالوا إذا لم يكن هناك عيب و حدث في الحيوان عيب من غير جهة المشتري كان له الرد أو الأرش وإن اختلفوا في هذا الرد هل هو بأصل الخيار لأن العيب الحادث غير مانع منه أو بالعيب لكونه مضمونا أو بهما و المنقول عن المحقق في (الدرس) أن له الرد بأصل الخيار لا بالعيب و المنقول عن ابن نما أن الخيار المذكور بالعيب الحادث و الأقرب أنه يجتمع الخياران للمشتري و تظهر الفائدة من وجوه و قد استوفينا الكلام في المسألتين في المطلب الثاني في أحكام بيع الحيوان في أوائل باب البيع فليرجع إليه من أراد حقيقة الحال

(قوله) (فله الأرش خاصة)

هذا جواب لو أى له الأرش خاصة في الأحكام المذكورة كما بيناه

(قوله) (و لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد مطلقا)

في الحيوان

(١) أى أرش العيب الحادث (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢٨

.....

و غيره في مدة الخيار و غيرها و ربما فسر الإطلاق بما إذا كان من جهة المشتري أو من غير جهته و كأنه على إطلاقه غير صحيح كما تقدمت الإشارة إليه و أما أن للمشتري الرد بالعيب الحادث قبل القبض فقد حكى عليه الإجماع في (كشف الرموز و الروضة) و نفى عنه الخلاف في (مجمع البرهان) (و الكفاية) و في (المهذب البارع) كان له الرد قطعا و هو بمعنى الإجماع و اختلفوا في الأرش ففي (الخلاف و المبسوط و السرائر) و نكت (النهاية) للمحقق فيما حكى (و كشف الرموز) أنه لا- أرش له و قد حكى عن المفيد في (السرائر) و في (الخلاف) أنه لا خلاف فيه و حكى ذلك عن (المبسوط) و في (النهاية و الشرائع و النافع و المختلف و الكتاب) فيما يأتي (و التحرير و التذكرة و الإرشاد) في موضع منه (و الإيضاح و الدروس و للمعة و التنقيح و المقتصر و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك) (و مجمع البرهان) أن له الأرش كما له الرد و هو المحكى عن التقى و القاضى و في موضع من (المسالك) أنه المشهور و لم يرجح في (الإرشاد) في المقام و لا (الكفاية) و في (المهذب البارع) أن المسألة مشكلة و في (إيضاح النافع) أن القولين قويان من حيث إن البائع باع و لا عيب فلا أرش عليه و من حيث إنه مضمون عليه فيلزمه و الذى يقتضيه النظر السليم ثبوت الخيار للمشتري بين الرد و الأرش لكن إن اختار الأرش للبائع الخيار و لم أسمع من قال بهذا من أصحابنا انتهى (قلت) و كذلك نحن لم نجد لأحد غيره فكان قولنا ثالثا خارقا للإجماع المركب (و احتج) للشيخ بعد الإجماع بأن الأصل ثبوت العقد و لزومه و عدم التسلط بالأرش و إنما أوجبنا له الخيار بين الرد و القبول لدفع الضرر اللاحق بإيجاب القبول فيبقى الباقي على الأصل و أجاب عنه في المختلف بأن إزمه بأحد هذين نوع ضرر إذ الحاجة قد مست إلى المعاوضة و إلا لم توجد فإلزامه بجميع الثمن ضرر عظيم لأنه دفعه في مقابلة الجميع بصفاته فلا يجب دفعه عن البعض (و احتج) للشيخ في النهاية بأن المبيع لو تلف أجمع لكان من ضمان البائع فكذا أبعاضه و صفاته لأن المقتضى لثبوت الضمان في الجميع و هو عدم القبض موجود في الصفات فيثبت الحكم (و فيه) أنا قد نقول بالفرق بين المقيس و المقيس عليه لمكان انتفاء الضرر عن البائع فيما إذا تلف أجمع إذ أقصى ما يلزم منه بطلان البيع و استرداد الثمن و لا كذلك فيما نحن فيه لأن الضرر فيه ثابت على البائع لأنه لم يرض في مقابلة العين إلا بتمام الثمن فأخذ منه ببعضه قهرا تجارة لا عن تراض و قد يقال إنه يرد ذلك في العيب السابق على العقد في صورة جهل البائع به لكنه يدفع بالإجماع و الأخبار الدالة على ذلك بالتقريب السابق فتأمل في ذلك كله إذ قد يدعى في المقام الأولوية العرفية و هي حجة (و قد يستدل) عليه بقوله عليه السلام



(أيما رجل اشترى من رجل عبداً أو دابةً أو شرط يوماً أو يومين فمات العبد أو نفقت الدابة أو حدث فيه حدث على من الضمان) قال لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له إذ الإطلاق أو العموم الناشئ من ترك الاستفصال يشمل نقص الجزء و الصفة و قد نفى ضمانه عن المبتاع فيلزم منه أنه مضمون على البائع لمكان عدم الواسطة (و فيه) على تقدير عدم كونه متروك الظاهر و تسليم ظهور كون المراد من الحدث ما لم يكن من قبيل الموت كما يشهد به السياق أن أقصى ما يدل عليه أن الضمان على البائع قبل انقضاء زمن الخيار و هو أعم من اشتراط تعلق الضمان بكون الحدث قبل القبض فقد ينقضى الخيار قبله و كيف كان فالترجيح للمشهور لما عرفت (و قد بنوا) على الخلاف في المسألة ما إذا تعيب المبيع في يد المشتري من الغاصب جاهلاً فغرمه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٢٩

و ينبغي إعلام المشتري بالعيب (١) أو التبري مفصلاً فإن أجمل برئ و لو ابتاع شيئين صفقة و وجد بأحدهما عيباً سابقاً تخير في رد الجميع أو أخذ الأرش و ليس له تخصيص الرد بالمعيب (٢)

المالك الأرش فعلى قول (الخلاف) يتجه رجوعه على الغاصب بما غرمه أرشاً لأنه دخل على أن المضمون عليه هو الجملة دون الأجزاء لعدم مقابلتها بالثمن إنما المقابل به هو المجموع و على المشهور لا رجوع له على الغاصب كما بينوا ذلك في باب الغصب و ما حكاها في (المسالك) عن الشيخ لم نجده و يشبه أن يكون اشتباهاً بمسألة ما إذا حدث عيب آخر عنده بعد القبض فقد سمعت كلام الشيخ فيها و هو أدري بما حكاها و قد أشبعنا الكلام في المسألة في مبدأ الكتاب في المطلب الثاني من أحكام بيع الحيوان بما لا مزيد عليه

(قوله) (و ينبغي إعلام المشتري بالعيب)

كما في (السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة) لأن المراد بقوله ينبغي و بقوله في (الشرائع) الأولى الاستحباب للأصل و انتفاء المانع لاندفاع الضرر بالخيار و الأرش و في (جامع المقاصد) (و إيضاح النافع و المسالك و الميسية) أن هذا في العيب الظاهر الذي ليس للمشتري الاطلاع عليه من دون إعلام البائع أما الخفي كشوب اللبن بالماء فإنه يجب الإعلام به بل ينبغي بطلان البيع لأن المبيع المقصود غير معلوم القدر للمشتري لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه فيكون الآخر مجهولاً و قد يقال بالصحة نظراً إلى أن الجملة معلومة القدر كما لو باع ماله و مال غيره فينبغي عدم سقوط الخيار فتأمل (و قال في السرائر) قال بعض أصحابنا بل ذلك واجب و لا يكفي في إسقاط الرد التبري من العيوب على الجملة و أشار بذلك إلى تفصيل العيوب و لعله أشار ببعض أصحابنا إلى قول الشيخ في (الخلاف) من باع شيئاً و به عيب لم يبينه فقد فعل محظوراً و كان للمشتري الخيار و وافقه على ذلك (المصنف في التحرير) قال وجب الإشعار أو التبري من العيوب لثلاث أسباب أو يتبرأ إليه من العيوب و الأحوط الأول و قد ينزل إطلاق القائل بالوجوب على ما إذا كان هناك عيب خفي لأنه غش لما تقدم لهم من نصهم على تحريمه و إطلاق القائل بالاستحباب على غيره كما حكيناه عن الكركي و الشهيد الثاني فيستقيم على هذا قول المصنف فإن أجمل برئ على إطلاقه و لا يتجه اعتراض (المسالك) على ما يفهم من (الشرائع) على أن اعتراض (المسالك) في غير محله عند التأمل لكن قال في (الدروس) يجب على البائع الإعلام بالعيب الخفي على المشتري إن علمه البائع لتحريم الغش و لو تبرأ من العيب سقط الوجوب قال الشيخ و الإعلام أحوط انتهى و مقتضى كلامه السقوط في العيب الخفي و هو قضية إطلاق (المبسوط و المقنعة) (و الراوندي و التحرير و إيضاح النافع) أنه المشهور و هو مشكل لأن الماء ليس من جنس اللبن (فتأمل) و في (المختلف) أن المشهور أنه يستحب للبائع إذا أراد التبري من العيوب أن يفصلها انتهى و على كل حال فلا يعجبني قوله في (الرياض) و يجوز بيع المعيب و إن لم يذكر عيبه مع عدم الغش بلا خلاف في الظاهر إذ الظاهر وجود الخلاف و التأويل و التنزيل أمر آخر

قوله) (لو ابتاع شيئين صفقة و وجد بأحدهما عيبا سابقا تخير فى رد الجميع أو أخذ الأرش و ليس له تخصيص الرد بالعيب) دليل الجميع إجماع الفرقه و أخبارهم كما فى (الخلاف) و إجماع الطائفة كما فى (الغنية)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣٠

فإن كان قد تصرف فى أيهما كان سقط الرد خاصة و ليس للمشتري صفقة الاختلاف فيطلب أحدهما الأرش و الآخر الرد بل يتفقدان (١) على إشكال

و لا خلاف فيه كما فى (الرياض) و به صرح فى (المقنعة و النهاية و المبسوط) و ما تأخر عنهما مما تعرض له فيه و الدليل على ذلك بعد الإجماع و أخبار (الخلاف) ما دل على ثبوت الأرش بالعيب عموما و كذا رد الجميع و أما رد المعيب فقط فمع أنه لا دليل عليه موجب للتشخيص بالتفريق الذى هو عيب لا يجب على البائع ارتكابه و لا فرق فى ذلك بين أن يكونا مما ينقصهما التفريق كمصراعى باب أو لا و لا بين أن يكون حصل قبض أو لا كما هو صريح (المبسوط و التحرير) و قضية إطلاق الباقيين هذا إذا لم يكن قد تصرف فيهما أو فى أحدهما و متى تصرف فى أحدهما و إن كان الصحيح سقط رد المعيب لأنهما بمنزلة مبيع واحد و إليه أشار (المصنف) بقوله و إن كان قد تصرف فى أيهما كان سقط الرد خاصة هذا و قد قالوا فى باب الشفعة إنه لو باع حصته من الدار و البستان صفقة فلشريكه فيهما أخذ أحدهما بالشفعة و إن تبعضت الصفقة لأن حقه فى أحدهما غير شائع فى حق الآخر من الآخر ففرق بين المقامين قوله) (و ليس للمشتري صفقة الاختلاف فيطلب أحدهما الأرش و الآخر الرد بل يتفقدان)

هذا هو الذى نذهب إليه كما فى (التذكرة) و المشهور كما فى (المختلف و إيضاح النافع و المسالك و المفاتيح) و مذهب الأكثر كما فى (التنقيح) و هو خيرة (المقنعة و الخلاف) (و المبسوط) فى المقام (و النهاية و المراسم) فيما حكى عنهما جماعة كثيرين لكنى لم أجد لذلك ذكرا فيهما (و الوسيلة و الشرائع و النافع و جامع الشرائع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و التبصرة) (و التذكرة و المختلف و إيضاح النافع) و هو المحكى عن التقى و الحلبي و المخالف الشيخ فى شركة (المبسوط و الخلاف) و أبو على و القاضى و الحلبي و صاحب البشرى فيما حكى عنهم و لم أجد ذلك فى (الجواهر و السرائر) و فخر الإسلام فى (الإيضاح) و مال إليه فى (الخلاف) فى المقام أيضا و استوجهه صاحب (المسالك) و نفى عنه البعد فى (التذكرة) و تعليقه فى (التذكرة) يعطى (يقضى خ ل) بأن ذلك فيما إذا كان البائع عالما بالتعدد دون ما إذا كان جاهلا كما حكى عن (التحرير) و الموجود فيه فى المقام ما نقلناه عنه و ستسمع ما فى شركته و هذا التفصيل خيرة المحقق الثانى فى صريح (جامع المقاصد) و ظاهر (تعليق الإرشاد) و نفى عنه البعد فى (مجمع البرهان) و استحسنته صاحب (المسالك) و صاحب (المفاتيح) و فى (التحرير) فى باب الشركة أنه لو اشترى أحد الشريكين بمال الشركة و كان معيبا و جهل الشريك بعيبه و علم البائع أن الثمن من مال الشركة أن لهما الاختلاف فى الرد و الأرش قال و هذا التفصيل عندي جيد لأن البائع عالم بأنه مال شركة و أحد الشريكين غائب و الآخر حاضر فهو فى قوة عقدين (حجة) المشهور الأصل و أن الميثب لهذا الخيار من الإجماع و النص مختص بحكم التبادر و وقوع الخلاف بغير محل الفرض لمكان الضرر بتبعض الصفقة مضافا إلى الضرر بالشركة فيما لو حدث عيب بالبعض بعد الصفقة فإنه يمنع من الرد بالإضافة إليه فانفراد الآخر بالرد يوجب الشركة بين البائع و المشتري الآخر (و حجة) القائل بالتفريق العموم و جريانه مجرى عقدين بسبب تعدد المشتري فإن التعدد فى البيع يتحقق تارة بتعدد البائع و أخرى بتعدد المشتري و أخرى بتعدد العقد كما بنوا على ذلك فى باب الشفعة جملة من الأحكام لأن عيب التبعض جاء من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣١

أما لو ورثا خيار عيب فلا إشكال فى وجوب التوافق (١) و لا إشكال فى جواز التفريق لو باعهما فى عقدين (٢) و لو اشترى من اثنين جاز له الرد على أحدهما و الأرش من الآخر سواء اتحد العقد أو تعدد (٣) و الأرش جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة نقص قيمة

## المعيب عن الصحيح (٤)

قبله حيث باع من اثنين و هذا يتم مع علمه بالتعدد و هو حجة القائل بالتفصيل و يؤيده عدم ثبوت كون التشقيص عيبا مطلقا بالدليل مع عموم دليل ثبوت الخيار بين الرد و الأرش و لا كذلك مع الجهل لأن الظاهر أن الجهل عذر إلا أن ما ذكر في حجة المشهور قد يدفع ذلك كله (فليتأمل) و مما ذكر بان وجه قول المصنف على إشكال و الجار متعلق بالنفى المدلول عليه بسلب استحقاق المشتريين صفقة الاختلاف و قوله يطلب «إلخ» معترض بينهما و لا فرق على القولين أو الأقوال بين تعدد العين و اتحادها و لا بين أن يقتسما قبل التفرق و عدمه و ينبغي على القول الثاني أن يثبت للبائع الخيار في الباقي مع جهله بالتعدد لتبعض الصفقة و تبطل الشركة بين المشتريين و يتخلص للممسك ما أمسك و للراد ما استرد  
(قوله) (أما لو ورثا خيار عيب فلا إشكال في وجوب التوافق)

يريد أن ما مضى كان فيما إذا تعدد المشتري و هذا فيما إذا تعدد المستحق للمبيع مع اتحاد المشتري ابتداء كما لو تعدد وارث المشتري الواحد و قد نفى الإشكال عن وجوب الاتفاق لاتحاد الصفقة و التعدد طار و قد قال في المطلب الثاني و هل للورثة التفرق نظر أقربه المنع و قد استوفينا الكلام في ذلك  
(قوله) (و لا إشكال في جواز التفرق لو باعهما في عقدين)  
كما قد حكى عليه الإجماع في (المبسوط)

(قوله) (و لو اشترى من اثنين جاز له الرد على أحدهما و الأرش من الآخر سواء اتحد العقد أو تعدد)

ظاهر (التذكرة و تعليق الإرشاد) الإجماع عليه حيث قال جاز له الرد قطعا لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد و أيضا فإنه لا يتشقص على المردود عليه ما خرج عن ملكه و مثله لو باع أحدهما جميع العين بوكالة الآخر و قال في (جامع المقاصد) قد يقال إذا اتحد العقد جاء الإشكال السابق في المشتريين صفقة لصورة الصفقة هنا أيضا (و فيه) أن الفرق بين تعدد المشتريين و تعدد البائعين واضح لأنه يلزم في الأول تبعض الصفقة على البائع و لا كذلك الثاني نعم يجيء الإشكال في بعض الصور (منها) ما إذا اشترى اثنان من اثنين دفعة في صفقة واحدة لأن كل واحد من المشتريين قد اشترى ربع العبد مثلا من كل واحد من البائعين فلو رد الربع على أحدهما تبعضت عليه الصفقة (فتأمل)

(قوله) (و الأرش جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة نقص قيمة المعيب عن الصحيح)

قصد بذلك الرد على بعض الجمهور حيث قالوا هو نقص قيمة المعيب و قد يظهر ذلك من على بن بابويه و الصدوق كما استسمع فورد عليهم أنه لو كان كذلك لزم أخذ الثمن و المثل و قد نهى عنه النبي صلى الله عليه و آله و سلم بقوله لا يجمع بين العوض و المعوض لواحد (و قال) ابن إدريس هذا مما يغلط فيه بعض الفقهاء فيوجبون الأرش بين القيمتين و كأنه عنى المفيد حيث قال في (المقنعة) يقوم الشيء صحيحا و يقوم معيبا و يرجع على البائع بقدر ما بين الثمين و نحوه ما في (النهاية) و ما حكى عن والد الصدوق لكن مثل هذا لا يخفى على هؤلاء المشايخ العظام و هم قد تبعوا في ذلك ظاهر النص كصحيحه محمد بن مسلم و غيرها و قد أوضح ذلك الشيخ في (المبسوط) أكمل إيضاح

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣٢

و طريقه أن يقوم في الحالين فيحتمل قيمته حين العقد و القبض و الأقل منهما و يؤخذ من الثمن بنسبة التفاوت بينهما (١) و يؤخذ بالأوسط إن اختلف المقومون (٢)

و الإخبار و كلام هؤلاء منزلة على الغالب من شراء الشيء بقيمته و معنى كلام المصنف و ما مثله من كلام المحقق و غيره و خلاصة

ما فى المبسوط أنا نقطع النظر عن الثمن الذى وقع عليه العقد و تقوم المبيع صحيحا قيمة عادلة بنظر المعترين من أهل الخبرة ثم تقوم بنظرهم قيمة أخرى معييا بالعيب الموجود ثم نسب النقصان الذى فى المعيب إلى قيمة الصحيح و نحفظ تلك النسبة و نأخذ بتلك النسبة من الثمن الذى وقع عليه العقد و هذا هو الأرش الذى يرد إلى المشتري بسبب العيب السابق و قد أشار المصنف إلى ذلك بقوله و طريقه «إلخ» و لما كان مطمح نظر المصنف و غيره فى المقام ما أشرنا إليه من الرد على بعض الجمهور و بيان ما أجمله المشايخ المذكورون بناء على الغالب من شراء الشئ بقيمته كما عرفت فرضوا المسألة فيما إذا كان الأرش للمشتري فى غير الصرف كما فرضها بعض الجمهور و المشايخ المذكورون و إلا- فالأرش قد يكون للبائع بأن يفسخ بخياره بعد تعييه فى يد المشتري عييا مضمونا فإن البائع حينئذ لا- يأخذ من من الثمن بل يأخذ تفاوت ما بين القيمتين بل الأرش كما (قال الشهيد) فى حواشيه يطلق بالاشتراك اللفظى على معان أخر (منها) نقص القيمة لجناية الإنسان على عبد غيره فى غير المقدر الشرعى (و منها) ثمن التالف المقدر شرعا بالجناية كقطع يد العبد (و منها) أكثر الأمرين من المقدر الشرعى و الأرش و هو ما تلف بجناية الغاصب (انتهى فتدبر) و تفسير الأرش بالجزء المذكور اصطلاح و فى (القاموس) الأرش الديئ و الخدش و طلب الأرش و الرشوة و ما نقص العيب من الثوب و فى (المصباح) أرش الجراحة دينها و أصله الفساد فتدبر و فى عبارة المصنف حذف مضاف تقديره إلى قيمة الصحيح

(قوله) (و طريقه أن يقوم فى الحالين فيحتمل حين العقد و القبض و الأقل منهما و يؤخذ من الثمن بنسبة التفاوت بينهما)

يريد أنه يقوم فى حال العيب و حال الصحة و يؤخذ من الثمن بنسبة التفاوت بينهما فقوله و يؤخذ معطوف على قوله يقوم و هو من تمام بيان طريق أخذ الأرش فما بينهما معترض و مراده بقوله فيحتمل «إلخ» أن تقويمه حال كونه صحيحا و حال كونه معييا يحتمل أن يعتبر فيه قيمته حين العقد لأن الثمن يومئذ قابل المبيع و هو وقت دخوله فى ملكه و وقت استحقاقه الأرش و هو خيرة الشهيدين فى (الحواشى و المسالك) و المحقق الثانى و المقدس الأردبيلي و غيرهم و يحتمل اعتبار قيمته حين القبض لأنه يوم دخول المبيع فى ضمانه و حين استقرار الملك إذ المبيع فى معرض الانفساخ لو حصل التلف و هو خيرة الشيخ فيما حكى عنه فى التحرير (و فيه) أنه لا دخل لذلك فى اعتبار القيمة حينئذ و يحتمل اعتبار أقل الثمنين منهما لأن القيمة إن كانت يوم البيع أقل فالزيادة حدثت فى ملك المشتري و لأن يوم البيع وقت الاستحقاق و إن كان يوم القبض أقل فالنقص من ضمان البائع لأنه وقت الاستقرار و هو خيرة أكثر الشافعية و قد يلوح من (الإيضاح) الميل إليه و ضعفه ظاهر مما سلف و الأصحاب أطلقوا و كلامهم محتمل لكل من الثلاثة كما فى الإيضاح و حيث ثبت الأرش فإن كان الثمن فى ذمة المشتري بعد برئ عن قدر الأرش عن طلبه و إن كان قد سلمه و هو باق فى يد البائع فالأقرب أنه لا يتعين حق المشتري فيه لأنه غرامة

(قوله) (و يؤخذ بالأوسط إن اختلف المقومون)

كما فى (المقنعة) (و الشرائع و النافع) و كتب المصنف و الشهيدين (و جامع المقاصد و الميسية) و قد أهمله الباقون و قد تعدد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣٣

.....

القيم لاختلاف أفراد ذلك النوع المساوية للمبيع فإن ذلك قد يتفق نادرا (و لعله) لذلك اقتصر الأصحاب المذكورون على ذكر اختلاف المقومين و المراد بالأوسط قيمة منترعة من المجموع نسبتها إليه كنسبة الواحد إلى عدد تلك القيم فمن القيمتين نصف مجموعهما و من الثلث ثلثه و هكذا و ذلك لأنه لا ترجيح لقيمة على أخرى و لانتفاء الوسط فى نحو القيمتين و الأربعة فلم يبق إلا أن يراد بالوسط معنى آخر و هو انتزاع قيمة من المجموع بحيث لا تكون القيمة المنترعة أقرب إلى واحدة منها و لا فرق فى ذلك بين اختلاف المقومين فى القيمة الصحيحة و المعيبة معا أو فى أحدهما و توضيح ذلك يتم بصور (الأولى) أن يختلف المقومون فيهما معا بأن قالت إحدى البيئتين أن قيمته اثنا عشر صحيحا و عشرة معييا و الأخرى ثمانية صحيحا و خمسة معييا فالقيمتان الصحيحتان عشرون

نصفها عشرة بمنزلة قيمة واحدة صحيحة ثم يؤخذ نصف المعيتين سبعة و نصف حتى يصير بمنزلة قيمة واحدة معيبة و يؤخذ التفاوت الذى بين نصف الصحيحتين و بين نصف المعيتين و هو اثنان و نصف فينسب إلى نصف الصحيحتين و هو العشرة و هو ربع العشرة فيرجع بربع الثمن و هو ثلاثة من اثني عشر إن كان الثمن ذلك (لكن جماعة) فسروا ذلك بطريق أسهل و هو أن تجمع القيم الصحيحة على حدة و المعيبة كذلك و ينسب إحداها إلى الأخرى و يؤخذ بتلك النسبة فالقيم الصحيحة فى المثال عشرون و المعيبة خمس عشرة و التفاوت بين مجموعهما الربع و مآلهما واحد لأن النسبة بين المجموعين هى النسبة بين أجزائهما مع اتحاد الأجزاء فى الاسم كالنصف مثلا إذ النسبة بين العشرين و الخمسة عشر كالنسبة بين العشرة و السبعة و النصف و النسبة بين الستة و الثمانية مثلا كالنسبة بين نصفيهما (و قد نسب) إلى الشهيد طريق آخر اختاره صاحب (إيضاح النافع) و قال إنه الحق و إن الأول ليس بجيد و هو أن ينسب معيب كل قيمة إلى صحيحها و يجمع قدر النسبة و يؤخذ من المجتمع بنسبتها أى القيم كنصفه لو كانتا اثنتين و ثلثه لو كانت ثلاثا ففى المثال تفاوت ما بين المعيبة و الصحيحة على قول الأولى السدس و هو اثنان و على قول الثانية ثلاثة أثمان و مجموع ذلك من الاثنى عشر ستة و نصف لأن سدسها اثنان و ثلاثة أثمانها أربعة و نصف فيؤخذ نصفها ثلاثة و ربع فظهر التفاوت و قال فى (الروضة) إن عبارة (الدروس و اللمعة) لا تدل على ذلك و يمكن أن يقال إن قوله فى الكتابين فمن القيمتين نصفهما لا يأبى عنه أيضا فإن أخذ النصف من القيمتين أعّم من ملاحظة نصف الصحيحتين مع نصف المعيتين و أخذ نسبة واحدة و من ملاحظة نصف كل صحيح منها مع نصف معيبة و أخذ النسبتين (فتأمل) و لو كانت «١» ثلاثا فقالت إحداها كالأولى و الثانية عشرة صحيحة و ثمانية معيبة و الثالثة ثمانية صحيحة و ستة معيبة فالصحيحة ثلاثون و المعيبة أربعة و عشرون و التفاوت ستة هى الخمس «٢» و على الثانى «٣» يجتمع سدس الثمن اثنان و خمسة اثنان و خمسان و ربعة ثلاثة و المجموع سبعة و خمسان فيؤخذ ثلث المجموع فثلث الستة اثنان يبقى من السبعة واحد و خمسان فيجعل الواحد أخماسا فثلث ذلك خمسان و ثلث خمس و هو يزيد عن الأول بثلث خمس (الصورة الثانية) أن تتفق على الصحيحة كاثني عشر دون المعيبة فقالت إحداها

(١) أى البيئات (منه)

(٢) و إن جريت على القاعدة بمعنى أن تأخذ من الثلاث ثلثها قلت ثلث الثلاثين عشرة و ثلث الأربعة و عشرين ثمانية و التفاوت بين الثلثين أعنى الثمانية و العشرة الخمس و هو اثنان (منه قدس سره)

(٣) أى ما نسب إلى الشهيد (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣٤

و لو ظهرت الأمة حاملا قبل العقد كان له الرد و إن تصرف بالوطى خاصة و يرد معها نصف عشر قيمتها (١)

عشرة و الأخرى ستة فطريق أخذ التفاوت إما بتصنيف المعيتين و نسبة النصف إلى الصحيحة فيظهر الثلث أو يجمع القيمتين و تكرير الصحيحة مرتين و نسبة المجموع إلى المجموع و هو الثلث و على القول الثانى تنسب العشرة إلى الاثنى عشر و يؤخذ السدس و من الثانية النصف و يؤخذ نصفه و هو أربعة و هو الثلث أيضا و هنا يتحد الوجهان (و منه) يعلم حال ما إذا كانت البيئات ثلاثا و اتفقت على الاثنى عشر «١» (الصورة الثالثة) أن تتفقا على الستة معيبة و قالت إحداها ثمانية صحيحة و أخرى عشرة فإن شئت جمعتهما و أخذت التفاوت و هو الثلث أو أخذت نصف الصحيحين و نسبته إلى المعيبة و هو الثلث أيضا و على الثانى يكون التفاوت ربة «٢» و خمسين «٣» فنصفه «٤» و هو ثمن «٥» و خمس «٦» ينقص عن الثلث بنصف خمس و على هذا القياس و يشترط فى المقوم العدالة و المعرفة و التعدد «٧» و الذكورة و ارتفاع التهمة كما نص عليه (الشهيد و المحقق الثانى)

(قوله) (و لو ظهرت الأمة حاملا قبل العقد كان له الرد و إن تصرف بالوطى خاصة و يرد معها نصف عشر قيمتها)

قد نقل الإجماع في (الإنتصار و الغنية) على أنه إن كان عيبها من حبل لم يعرفه فله ردها مع الوطى و أنه يرد معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها و هذا الإجماع جزم به المولى الأردبيلي تارة و ظنه أخرى و قد نقلت الشهرة في ملاذ الأخيار على استثناء هذه المسألة من قاعدة أن التصرف يمنع الرد و قد صرح بذلك جماعة كثيرون جدا كما ستسمع و قد اشتمل كلام المصنف على أمور (الأول) أنه لم يكن عالما بالعيب و هو صريح (الإنتصار و الغنية و الدروس و الحواشى) و صريح خبر ابن سنان و غيره و ظاهر باقى الأخبار و الفتاوى و ظاهر (التهذيب) جواز الرد مع الوطى و العلم بأنها حبلية و أنه يلزمه عشر قيمتها عقوبة و جعله محملا لرواية جميل عن عبد الملك بن عمرو (الثانى) أن ذلك أى الحمل كان قبل العقد و أن التصرف بخصوص الوطى و هما صريحا التذكرة و غيرها كما ستعرف و قد نسب الثانى فى (تعليق الإرشاد) إلى كلام الأصحاب و هما ظاهرا (المقنعة و الإنتصار و النهاية و المراسم و الوسيلة و الكافى) على ما حكى عنه (و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و إيضاح النافع و الميسية) و غيرها بل هما صريح كثير منهما عند ملاحظة الأطراف و هما ظاهر الأخبار أيضا كما ستسمع و إجماعا (الإنتصار و الغنية) منطبقان عليهما و فى (جامع المقاصد) لا حاجة إلى التقييد بقبليّة العقد لأن العيب الحادث بعد العقد قبل القبض مضمون على البائع (ثم قال) إلا أن يعتذر بأن الرد بعد التصرف خلاف المقرر فيقتصر فيه على صورة النص و هذا يتم إن لم يكن

- (١) كأن قالت إحدى البيئات أنها عشرة معييا و قالت الأخرى ثمانية و الثالثة قالت ستة فمجموع ذلك أربعة و عشرون و إذا كررت الصحيحة ثلاثا كانت ستة و ثلاثين فالتفاوت ثلث (منه)
- (٢) بين الثمانية و الستة (منه)
- (٣) بين الستة و العشرة لأن التفاوت بينهما أربعة و هى خمسا العشرة (منه)
- (٤) أى مجموع الربع و الخمسين (منه)
- (٥) لأن ثمن الاثنى عشر واحد و نصف و خمسها اثنان و خمسان مجموع ذلك أربعة إلا نصف خمس (منه)
- (٦) من الاثنى عشر (منه)
- (٧) لأنه من باب الشهادة لا الأخبار و الموافق للقواعد أنه من باب الشهادة لأنه ينطبق عليه تعريفها (منه)
- مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣٥

.....

المسكوت عنه أولى بالحكم من المنصوص (و قال) إن تقييد التصرف بكونه بالوطى قد ينفى غيره لكن يجيء فى مقدماته كالتقيل و الملاعبة نظر من عدم النص و أضعفيتها بالنظر إلى الوطى و لعدم انفكاكه عنها غالبا فإذا لم تقدر معه فبدونه أولى و فيه قوة و توقف فى (الدروس) و استشكل فى (تعليق الإرشاد) و فى (المسالكة) أن توقف (الدروس) له وجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها و بين الوطى و لو اختص التصرف بها فالإلحاق به من باب الموافقة أوجه و إن كان استثناءها مطلقا متوجها و وافقه على ذلك الأردبيلي فقال إنه غير بعيد (الثالث) أن له الرد و أن الحمل من غير المالك و إلا لوجب عليه الرد و لم يكن مخيرا فيه و قد صرح بالأول فى جميع الكتب المذكورة و فى (النهاية) قال يلزمه الرد (ما عدا النهاية فإنه قال يلزمه الرد ل) و نحوها ما فى (المراسم) حيث قال فيردها على كل حال (و قريب) منهما عبارة (الوسيلة) فحمل كلامهم فى (المختلف) على ما إذا كان الحمل من البائع و نزل إطلاق النصوص عليه لمكان التبادر و الغلبة فلا يكون الحكم المذكور على هذا مخالفا للقواعد بشىء و أما على المشهور فمخالف للقواعد من وجوه كما ستعرف و أما الثانى و هو كون الحمل من غير المالك فهو صريح (جامع الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و إيضاح النافع و كافي أبى الصلاح) فيما نقل من عبارته و ظاهر (المقنعة) و ما تأخر عنها ما عدا (النهاية و المراسم و

الوسيلة) كما عرفت و المخالف صريحا أبو علي و المصنف في (المختلف) فاشترط كونه من المالك البائع و قد سمعت الإجماعات الدالة بإطلاقها على الأمرين معا و في (جامع المقاصد) أن المشهور بين الأصحاب أن الأمة ترد بعيب الحمل بعد التصرف بالوطى و إن لم يكن الحمل من البائع للأخبار الواردة بذلك (انتهى) و قد أورد عليه أنه مخالف للقواعد من حيث جواز الرد مع التصرف و في وجوب شيء على المشتري مع أنه وطى أمته و في إطلاق وجوب نصف العشر مع أن ذلك عقر الثيب و المفروض أعم و أما الحمل على كون الحمل من المولى فسالم من هذه الإشكالات جميعها و إطلاق نصف العشر مبنى على الأغلب من كون الحمل مستلزما للثبوبة (و فيه) أنه مدافع لإطلاق النصوص و الإجماعات و الفتاوى و الشهرة حيث أطلق فيها الحمل و نصف العشر من غير تقييد بكونه من المولى و كونه «١» ثيبا مضافا إلى أنه لا وجه لتقييد التصرف في كلام جميع الأصحاب بكونه بالوطى بل اللازم حينئذ الرد على كل حال لبطلان البيع و لا فرق بين الوطى و غيره (حينئذ) و أن ذلك يوجب تخصيص النصوص و الإجماعات بفرد نادر «٢»؟؟؟ المولى الأردبيلي (و فيه) منع للغلبة المدعاة في كلام الخصم و هو كذلك عند التأمل كما ستسمع ما نحكيه عن (المسالكة) و قد يجاب عن تخصيص التصرف بالوطى بأنه وارد مورد الغلبة إذا ظهر تصرفات المشتري و أغلبها في الأمة الوطى و هو كما ترى (و قد يجاب) من طرف المشهور عن استثناء هذا عن لزوم العشر على من وطى بكرا أن هذه البكارة لمكان الحمل حكمها حكم العدم و إن كان من سحق فأرشها على الفاعل و أما من فصل كما ستعرف فيقول إنها منزلة على الغالب كما عرفت و ضمان المشتري المنفعة قد وجد في المصراة المردودة كما سيأتي فاستثناء هذا النوع من التصرف و كون المنفعة مضمونة كما استثنى أمور كثيرة كما ستعرف أولى من تقييد الحمل المطلق في النص و الفتوى

(١) كذا في ثلاث نسخ و الظاهر كونها (مصححه)

(٢) وجدنا بين هاتين الكلمتين بياضا كما ترى في النسخ التي بأيدينا و الظاهر أن الساقط لفظ قاله أو ذكره لأن الكلام الذي قبله هو للأردبيلي في مجمعه (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣٦

.....

و الإجماع فتأمل (الرابع) أنه يرد معها نصف عشر قيمتها و قد حكى عليه الإجماع في (الغنية) (و الانتصار و مجمع البرهان) كما عرفت و في (جامع المقاصد) أنه المشهور و في (الكفاية) أنه المعروف بين الأصحاب و به صرح في (المقنعة) و ما تأخر عنها ما عدا (الكافي) للتعنى فيما حكى و ما عدا (السرائر و المختلف و التذكرة و الكتاب) فيما يأتي (و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك) (و تعليق الاستبصار) للمجلسي (و المفاتيح) فإنه حكم في الأول بالعشر على ما حكى و فصل في (السرائر) و ما ذكرناه بعدها بالبكارة و إن بعد الفرض فالعشر و الثبوبة فنصفه و مال إليه في (التحرير) على تأمل له فيه و نفى عنه في (السرائر) الخلاف بيننا و هو غير بعيد و به مرسله (الكافي) و تحمل عليه رواية عبد الملك و لأن الشارع ضبط أرش البكارة بالعشر و يتصور ذلك بأن تكون قد حملت من السحق أو من وطى الدبر لأن له منفذا و يأتي تمام الكلام عند تعرض المصنف له و مما تضمن من الأخبار أنه يرد معها نصف عشر قيمتها من دون تعرض لبكر و لا ثيب صحيحة ابن سنان و معتبرة عبد الملك بن عمرو و رواية سعيد بن يسار و رواية فضيل مولى محمد بن راشد و في خبر عبد الرحمن أنه يرد معها شيئا و في صحيحة محمد أنه يردها و يكسوها و لهذا نفى البعد في (الكفاية) عن التخيير بين نصف العشر و الكسوة (و فيه) أن إطلاقها مقيد بنصف العشر جمعا و روى الشيخ في (التهذيب) «١» عن أبي عبد الله عليه السلام أنه يرد معها عشر قيمتها و قد حملة في التهذيبيين على الغلط من الراوى أو الناسخ بإسقاط لفظ نصف ليطابق ما رواه هذا الراوى بعينه و غيره و أيده في (الدروس) بأن الصدوق ذكر رجالها و فيها نصف العشر و قد تحمل على البكر و في الكافي

بعد أن روى خبر عبد الملك قال و فى رواية أخرى إن كانت بكرا فعشر قيمتها و إن لم تكن فنصف عشر قيمتها و قد أسبغنا الكلام فى هذه الأخبار فى باب الغصب هذا و لا فرق فى الوطى بين كونه فى القبل أو الدبر كما فى (التذكرة) (و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و مجمع البرهان) ففى و طى الدبر فى الثيب نصف العشر و الظاهر أنه كذلك فى البكر كما ستعرف قال فى (التذكرة) أيضا و لو و طى البكر الحامل دبرا كان له الرد قطعا و يرد معه نصف العشر لسلامة البكارة كما سيأتى التنبيه عليه فى كلام المصنف و فى (تعليق الإرشاد) لو انضم إلى الحبل عيب آخر ففى عدم سقوط الرد بالوطى إشكال من صدق كونها معيبة بالحبل و كونها معيبة بغيره هذا و لصاحب (المسالك) فى المقام كلام جيد جدا لا بأس بنقله و إن طال به زمام الكلام لما فيه من النفع التام (قال) تحرير المسألة يتوقف على مقدمات (الأولى) أن تصرف المشتري فى المبيع المعيب يمنع من رده و إن جاز له أخذ الأرش (الثانية) أن الحمل فى الأمة عيب (الثالثة) أن الوطى تصرف فالأصل فيه أن يكون مانعا من الرد (الرابعة) أن و طى المالك حال الوطى لا يستعقب عليه ضمانا للبضع لأنه تصرف فى ماله و إن فسخ فى المبيع بعد ذلك بوجه من الوجوه المجوزة (الخامسة) أن المولى لو و طى أمته جاز له بيعها مع عدم تيقن الحمل ثم إن ظهر بها حمل منه تبين بطلان البيع لكونها أم ولد و هذه المقدمات كلها إجماعية (السادسة) أن و طى أمه الغير جهلا- بتحريمه يوجب على الوطى عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيبا لدلالة النصوص على هذا التقدير (السابعة) أن الفسخ يبطل العقد من حينه لا من أصله لتحقق الملك بالعقد و جواز الاستمرار فلا معنى لرفع ما قد ثبت (انتهى) مع تلخيص يسير و قد شك مولانا المقدس الأردبيلي فى بعضها كالرابعة و السادسة و هو

(١) بياض فى الأصل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣٧

فإن تصرف بغيره فلا رد و كذا لا رد لو و طى و كان العيب غير الحبل (١)

[فروع]

إشارة

(فروع)

[الأول لو قتل برده سابقة للمشتري الأرش خاصة]

(الأول) لو قتل برده سابقة للمشتري الأرش خاصة و هو نسبة ما بين قيمته مستحقا للقتل و غير مستحق من الثمن (٢) و كذا لو قطع فى قصاص أو سرقه فله أرش ما بين كونه مستحقا و غير مستحق للقطع (٣)

فى غير محله قطعا

(قوله) (فإن تصرف بغيره فلا رد و كذا لا رد لو و طى و كان العيب غير الحبل)

قال فى (الدروس) لو كان العيب غير حمل و و طى تعين الأرش إجماعا إلا- من الجعفى و كذا لو تصرف بغير الوطى (انتهى) و الحكمان مبنيان على المشهور و الوجه فيه حينئذ واضح و هو الاقتصار فيما خالف القواعد و الإجماع على مورد النص (قوله) (فروع) (الأول لو قتل برده سابقة للمشتري الأرش و هى نسبة ما بين قيمته مستحقا للقتل و غير مستحق من الثمن) إذا اشترى عبدا مرتدا فإن قتل قبل القبض انفسخ البيع إجماعا كما فى (التذكرة) و إن كان بعد القبض و بعد انقضاء خياره أو قبله و



قد تصرف به فله الأرش لأن المبيع قد دخل في ضمانه و تعلق القتل برقبته كعيب من العيوب فإذا قتل رجوع على البائع بالأرش و هو نسبة ما بين قيمته مستحقا للقتل و غير مستحق من الثمن كما في (التذكرة و نهاية الأحكام) و في (المبسوط و التحرير) أنه يرجع بجميع الثمن لأنه من ضمان البائع لأن التلف حصل بسبب كان في يده فأشبهه ما لو باع مغصوبا فأخذه المستحق (فحينئذ) يرجع المشتري عليه بجميع الثمن و المصنف تردد في ذلك في غضب الكتاب (و قد أوضحناه) هناك و يبنى على الوجهين مثنوّة تجهيزه من الكفن و الدفن فعلى الأول على المشتري و على الثاني على البائع و الفرق بينه و بين المغصوب ظاهر و هو ثبوت الملك في المتنازع فيه دون صورة النقص لكن هذا إنما يتم في المرتد الملى أما الفطرى فخارج عن المالية بالكليّة و لا سيما إذا كان الارتداد (ارتداده خ ل) بالسب كما بيناه في باب الحدود و الموارث و مكاسب الكتاب و أما لو كان القتل قبل انقضاء خيار المشتري و لم يتصرف فإن العقد يفسخ لأن تلفه حينئذ من ضمان البائع و قد عرفت حال تلفه قبل القبض إذ المتلف من الشارع بمنزلة التالف بأفة سماوية و لو كان المشتري عالما بالحال أو تبين له بعد الشراء و لم يرد لم يرجع بشيء كما في غيره من العيوب و تمام الكلام يأتي في بيع الجاني و لا يعرج على ما عساه يقال إن المتلف بالردة لا قيمة له فهو كالبيض الفاسد إذا خرج بالكسر فاسدا فيجب أن يسترد المشتري جميع الثمن في صورة القتل بالردة لأن البيض الفاسد لا قيمة له في الواقع في وقت العقد و الكسر كشف عن حاله بخلاف ما هنا فإن المرتد في وقت البيع كان مالا متقوما غايه ما هناك أن قيمته ناقصة لأنه في عرضه القتل و نقصانها على حسب ما تقتضيه رغبات الناس باعتبار الإقدام على حالته الخطيرة كالمريض مرضا مخوفا فحكمه حكم القاتل في صحه بيعه و في (التحرير و التذكرة) أن الوجه عدم صحه بيع المرتد عن فطره على إشكال و هو الأصح عندنا (إذا عرفت) هذا فعد إلى عبارة المتن (فقوله) سابقه معناه سابقة على العقد أو القبض (و قوله) من الثمن حال من الأرش أو صفه له و ما بينهما جملة معترضة

(قوله) (و كذا لو قطع في قصاص أو سرقة فله أرش ما بين كونه مستحقا و غير مستحق للقطع)

إذا اشترى عبدا و جب عليه القطع بسرقة أو قصاص فإنه يصح إجماعا بخلاف صورة الجاني فإن فيه خلافا كما صرح بالأمرين في (التذكرة)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣٨

### [الثاني لو حملت من السحق فوطئها المشتري بكرة]

(الثاني) لو حملت من السحق فوطئها المشتري بكرة فالأقرب أن عليه عشر قيمتها (١) و يحتمل نصف العشر (٢) و عدم الرد (٣) و كذا الإشكال في وطى الدبر و نصف العشر فيه أقرب (٤)

(و الخلاف) في الجاني عمدا فإذا قبضه المشتري و قطع في يده على نحو ما سلف و كان المشتري جاهلا لم يكن له الرد بل يرجع بالأرش و هو ما بين قيمته مستحقا للقطع و غير مستحق له من الثمن و بذلك جزم في (نهاية الأحكام) في أول الباب و موضع من (التذكرة) و في (المبسوط و التحرير) أن له الرد و تمام الكلام يأتي قريبا في الجاني (قوله) (و لو حملت من السحق فوطئها المشتري بكرة فالأقرب أن عليه عشر قيمتها)

قد عرفت القائل بأنها إن كانت بكرة كان عليه عشر قيمتها و هو ابن إدريس و المصنف في (التذكرة) و المحقق الثاني في (جامع المقاصد) و الشهيد الثاني و غيرهم و ما استندوا إليه في ذلك قد بيناه بما لا مزيد عليه لكنهم في باب الحدود حكموا بأن غرامة بكرة البكر على المرأة المساحقة لها لأنها سبب ذهابها و هو صريح صحيح محمد بن مسلم عن الصادقين عليهما السلام قالا و يؤخذ منها مهر الجارية في أول وهلة و المخالف في ذلك ابن إدريس و لعل حكمهم هنا بكونها على الواطى لكونه مباشرا (و قد يشكل) فيما إذا كانت قد أخذت منها الغرامة من أول وهلة كما في صحيح محمد بن مسلم (فليتأمل) و لا يتم قول من قال إن الحمل من المولى

إلا على المشهور من أن الولد من السحق يلحق بصاحب الماء و أما على القول بعدم إلحاقه به فلا

(قوله) (و يحتمل نصف العشر)

لإطلاق النص و الفتوى و الإجماعات و غير ذلك مما عرفته و قد نص عليه جماعة منهم المحقق الثانى فى (تعليق الإرشاد)

(قوله) (و عدم الرد)

لأن الأصل عدم الرد مع التصرف خرج منه الوطى حيث يجب نصف العشر و ذلك عقر الثيب فيبقى ما عداه على الأصل (و ربما

ضعف) بأن تقييد نصف العشر بالثيب لا يقتضى تقييد الجارية المردودة بكونها ثيباً لأن تقييد جملة لا يقتضى تقييد أخرى (و قد

يوجه) عدم الرد بفوات جزء من العين و هى البكارة و تعيب الجارية بذهاب العذرة و ليس ذلك عيب الحبل و هو كما ترى

(قوله) (و كذا الإشكال فى وطى الدبر و نصف العشر فيه أقرب)

يريد أنه إذا وطئ الجارية البكر الحامل دبراً جاءت احتمالات مثل الاحتمالات السابقة قال و وجوب نصف العشر هنا أقرب كما فى

(التذكرة) (و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك) و هو الذى يعطيه إطلاق (التذكرة) فى مقام آخر (و إيضاح النافع) عملاً

بإطلاق الأمر بالنصف فى النص معلقاً على الوطى فيتناول صورة النزاع مع سلامة البكارة و أنه لا ينقص عن وطى الثيب و لأن الواجب

أحد الأمرين فإذا انتفى العشر تعين الثانى (و وجه) وجوب العشر صدق وطى البكر الموجب له لكن الظاهر المتبادر إلى الفهم تعليقه

بإزالة البكارة و هو الفارق بينها و بين الثيب (و وجه العدم) عدم تناول النص له لأن الوارد بوجوب العشر منزل على إزالة البكارة و

الوارد بنصفه على وطى الثيب و ليست هذه واحدة منهما (و فيه) ما عرفت من أن النصوص بإطلاقها متناولة لهذه و لا يضر تنزيل العشر

و نصف العشر على البكر و الثيب و من لم يفرق بينهما فالوجه عنده واضح جدا و إن قلنا إن الإشكال فى وطى الدبر من بكر أو ثيب

لم يتأت فى الثانية احتمال العشر (فتأمل) و فى (التذكرة) لا فرق بين الوطى فى القبل و الدبر فإن له الرد فيهما و يرد معها نصف العشر

لأن الوطى فى الدبر مساو له فى القبل فى إيجاب جميع المهر و فى الحواشى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٣٩

### [الثالث لو كان المبيع غير الأمة فحمل عند المشتري]

(الثالث) لو كان المبيع غير الأمة فحمل عند المشتري من غير تصرف فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق لأن الحمل زيادة (١)

المنسوبة إلى الشهيد على الكتاب كلام لم يتضح معناه (قال) و المعتمد أن نقول إن كان الحمل من السحق من البائع كان البيع باطلا

لأنها أم ولد و على الواطى عشر قيمتها لنص الفقهاء على ذلك و لو وطئها المشتري بكراً و ظهر أنها حامل من المولى من وطى الدبر

لأنهم يقولون إن من الدبر إلى الفرج منصرف العشر هنا أقوى لأنها يصدق عليها أنها موطوءة فلا فرق حينئذ بين وطى القبل و

الدبر و المصنف هنا فرق بين السحق و بين الوطى انتهى (فقد فرق) بين وطى الحامل من السحق و الحامل من وطى الدبر و لم يفرق

فى الثانية بين وطئها فى القبل و الدبر فى أن عليه نصف العشر و كأنه فهم من قول المصنف و كذا الإشكال فى وطى الدبر أن المراد

الحامل من وطئها فى الدبر و هو بعيد جدا فليتدبر

(قوله) (لو كان المبيع غير الأمة فحمل عند المشتري من غير تصرف فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق لأن الحمل زيادة)

كالثمرة المتجددة على الشجرة و كما لو أطارت الريح بغير اختياره ثوبا للمشتري فى الدار المبتاعة و الخيار له فإن ذلك ليس عيباً و

بالحكم المذكور بتمامه صرح فى (التذكرة) و فيه أن الحمل ليس زيادة محض بل عيب فى الأمة و كذلك الدابة كما عرفت فيما

سلف و فى (الإيضاح و حواشى الشهيد) أن قول المصنف مبنى على قول الشيخ من أن الحمل تابع للحامل فى الانتقال و فى (جامع

المقاصد) أنه إنما يتخرج على قول الشيخ من كون المبيع فى زمن الخيار ملك البائع بشرط أن تكون فى زمن الخيار بيد المشتري إذ

لو كان قبل القبض لكان مضمونا على البائع كما دل عليه قوله فحمل عند المشتري و ستمسح كلام الشيخ في (المبسوط) و قد حكم في (الخلايف) في موضعين منه (و الغنية و التحرير) برد الأم و عدم رد الولد و في أحد الموضعين من (الخلايف) ادعى الإجماع كصاحب (الغنية) و هذا منهم مبنى على أن الحمل في الأمة و الدابة ليس عيبا و حكمهم بعدم رد الولد موافق للقواعد و قال في (التذكرة) في موضع آخر منها مثل ما في (المبسوط) قال في (التذكرة) لو اشترى جارية حائلا أو بهيمة حائلا فحبلت ثم اطلع على عيب فإن نقصت بالحمل فلا رد إن كان الحمل في يد المشتري و إن لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الرد و الحكم في الولد أنه للمشتري لأنه نماء ملكه فلم يفرق كالشيخ في (المبسوط) بين الأمة و البهيمه في أنهما إن نقصتا بالحمل أو الولادة فلا رد و إلا فله الرد و الحمل للمشتري و بذلك كله صرح في (الدروس) و قضية كلامهم أن الحمل في ذاته ليس عيبا بل قد يستتبعه العيب (فليتأمل) جيدا و كلامه في (المختلف) يحتمل موافقة الكتاب و موافقة (التحرير) و ستمسحه و عبارة (جامع الشرائع) قد تكون موافقة (للخلايف) و اختير في (الإيضاح و حواشى الكتاب و جامع المقاصد) أن ليس له الرد لأن الحمل عندهم عيب و كل ذلك إذا كان ذلك من غير تصرف منه كما قيده به المصنف و جماعة و أما معه فلا رد له قطعا كما مر و أطلق القاضى فيما حكى عنه القول بأن الحمل فى البهيمه عند المشتري يمنع الرد و أن له أرش العيب و لعله أراد أن ذلك إما بفعله أو إهماله المراعاة حتى ضربها الفحل و كلاهما تصرف أو أن حمل البهيمه عند المشتري عيب يمنع من الرد إذا كان بعد انقضاء الثلاثة (و مما ذكر) يعلم حال رده عليه فى (المختلف) قال ابن البراج إذا اشترى بهيمه حائلا ثم حملت عند المشتري

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤٠

و لو كانت حاملا فولدت عنده ثم ردها رد الولد (١)

#### [الرابع لو كان كاتباً أو صائغاً فنسيه عند المشتري]

(الرابع) لو كان كاتباً أو صائغاً فنسيه عند المشتري لم يكن له الرد بالسابق (٢)

#### [الخامس لو باع المعيب سقط رده]

(الخامس) لو باع المعيب سقط رده و إن عاد إليه بالعيب و لا يسقط الأرش و إن خرج عن ملكه و كذا لو مات أو أعتقه أو وقفه و الأرش بعد العتق له (٣)

و ولدت و وجد بها عيبا كان عند البائع لم يكن له ردها و كان له أرش العيب (و قال فى المختلف) إن هذا الإطلاق ليس بجيد بل ينبغي أن يقيد بالتصرف و لا يستلزم الحمل عنده استناده إلى فعله (انتهى) فلا تغفل و قد تقدم لنا عند شرح قوله و لو شرطها حائلا فبانت حاملا ما له نفع تام فى المقام

(قوله) (و لو كانت حاملا فولدت عنده ثم ردها رد الولد)

كما فى (المبسوط) (و الخلايف و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) لا لتحريم التفرقة بل لاتحاد الصفقة لأنه إما جزء من المبيع أو باق على ملك البائع و لا فرق فى ذلك بين الأمة و الدابة كما صرح به فى (التذكرة و الدروس) و المناسب لما ذكره فى المسألة السابقة أن يقال إنه إن ظهر عليه ذلك قبل الوضع ردها حاملا و إن ظهر عليه بعد الوضع فإن نقصت بالولادة فلا رد إلا أن تضع فى مدة الثلاثة فإن العيب الحادث فيها من غير جهة المشتري لا يمنع من الرد بالعيب و يتعين الأرش و إن لم تنقص ردها و رد الولد معها لما ذكرناه

(قوله) (لو كان كاتباً أو صائغاً فنسيه عند المشتري لم يكن له الرد بالسابق)

و مثله نسيان الدابة الطحن و نحوه لأن نسيان الصنعة عيب و هو فى يد المشتري مضمون عليه و يجب أن يقيد بما إذا لم يكن ذلك فى زمن خياره إذا لم يتصرف و لم يكن من قبله  
(قوله) (و لو باع المعيب سقط رده و إن عاد إليه بالعيب و لا- يسقط الأرش و إن خرج عن ملكه و كذا لو مات أو أعتقه أو وقفه و الأرش بعد العتق له)

قد تقدم عند شرح قوله و لو أحدث فيه حدثا «إلخ» بيان أن التصرف مسقط للرد دون الأرش و قد أسبغنا الكلام فيه و لعله إنما أعاده لينص على الرد على الشيخ فى (المبسوط) و القاضى حيث ذهب إلى أن الأرش إنما يكون مع عدم القدرة على الرد و أنه إن عاد إليه بالعيب أو بغيره كبيع أو إرث أو هبة جاز له رده و أن المشتري إذا رضى بالعيب لا يجوز للمشتري الأول الرجوع بالأرش و أن الهبة و التدبير لا- يمنعان من الرد قال فى (المبسوط) إن باعه قبل العلم بالعيب فإنه لا يمكنه الرد لزوال ملكه و لا يجب إيصال الأرش لأنه لم يئأس من رده على البائع فإن رده المشتري عليه رده هو على بائعه و إن رجع الثانى بالأرش رجع هو بالأرش على البائع أيضا و إن رضى الثانى بالعيب سقط رده و الأرش معا و لا يرجع المشتري الأول بأرش العيب لأنه لا دليل عليه إجماعا و قال فإن رجع إليه بإرث أو بيع أو هبة كان له رده على بائعه و قال لا يرجع بأرش الإباق القديم ما دام العبد آبقا لأنه لم يئأس من رده إلى آخر ما قال و قد أطال و قال فى (المختلف) بعد نقل ذلك عنه إن هذه الأحكام التى ذكرها الشيخ مناقضة لأصول المذهب المقررة و قد تبعه على ذلك ابن البراج فى ذلك كله إلا فى شىء واحد و هو أنه قال و إن كان المشتري الثانى علم بالعيب و رده لم يكن له الرد على الذى اشتراه منه و باقى الأحكام تابعة فيها مع أن فيها ما ينافى هذا القول منه و لعل الشيخ اعتمد على أن التصرف كما لا يسقط الأرش الذى هو أحد الحقيين فلا يسقط به الرد الذى هو الحق الآخر و أن المشتري إنما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤١

### [السادس لو باع الجانى خطأ ضمن أقل الأمرين]

(السادس) لو باع الجانى خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى (١) و الأرش على رأى (٢) و صح البيع إن كان موسرا و إلا تخير المجنى عليه (٣) و لو كان عمدا وقف على إجازة المجنى عليه (٤)

اشترى سلعة صحيحة فالمعيب لم يقع عليها عقد فكان له ردها فإن أخذها كان قصاصا بدون حقه و قد سمعت فيما سلف الإجماعات و فتاوى الأصحاب و الأخبار فتلاحظ و إطلاقاتها تشمل جميع أنواع التصرف حتى غير اللازم كالهبة و الوصية و التدبير فلا معنى لاستشكاله فى (جامع المقاصد) فى غير اللازم و قد عرفت قبل ذلك ما المراد من التصرف و يزيد هنا أن (ظاهر التذكرة و المختلف) هنا الإجماع على عدم الرد و إن عاد إليه حيث قال فيهما عندنا و ممن نص على أنه لا يسقط الأرش بالموت أو قتل المالك له الشيخ فى (الخلافة) و القاضى فى (الجواهر) و يحيى بن سعيد فى (الجامع) و مما نص فيه على أنه لا يسقط بالعتق (النهاية و السرائر) و نبه المصنف بقوله و الأرش بعد العتق له على خلاف أحمد و الشعبي حيث جعل الأرش فى الرقاب على ما حكى  
(قوله) (لو باع الجانى خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى)

موافق للمبسوط و نهاية الأحكام و التذكرة و التحرير) فى موضع منه (و الإيضاح و الدروس) (و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك) و قد استوفينا الكلام فى ذلك فى أول الباب فى الفصل الثانى فى العوضين و المراد بالأمرين أرش الجنابة و قيمة العبد و وجه ضمانه أن يبعه التزام يفكه كما فى (التذكرة) (و نهاية الأحكام و اللمعة و الروضة و المسالك) و هو الذى قال فيه فى (المبسوط) أنه ينبغى و احتمال فى (نهاية الأحكام) عدم الالتزام بالفدا «١» و قواه فى موضع من التحرير و احتمال وقوع البيع موقوفا فى (نهاية الأحكام) و هو الذى أفتى به فى موضع آخر من (التحرير) أولا ثم وافق بعد ذلك الشيخ فى (المبسوط) على الظاهر و أما كونه بالأقل

منهما فلأن زيادة الأرش غير مضمونة على المولى لأن جناية العبد لا يضمنها سيده ولا يجنى الجانى على أزيد من نفسه كما بيناه فى أول الباب

(قوله) (و الأرش على رأى)

محكى فى الإيضاح عن أبى على و عن (الخلايف) فيه الإجماع و لم أجد الإجماع فيه و إنما فيه و فى (الجواهر) إذا كان لرجل عبد فباعه مولاه بغير إذن المجنى عليه فإن كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع و إن كانت لا توجب صح إذا التزم مولاه بالأرش و لم يذكر فى المسألة إجماعاً لكنه يعلم منه ذلك فى جناية أم الولد خطأ و قال فى (المبسوط) بعد ما نقلناه عنه آناً و قد روى أنه يلزمه جميع الأرش أو يسلم العبد و قد حكى ذلك عن الشيخ فى (التحرير) ساكتاً عليه (فليتأمل) فى كلامه و تمام الكلام فى باب الديات

(قوله) (و صح البيع إن كان موسراً و إلا تخير المجنى عليه)

فى فسخ البيع و إبقائه إلى حين يسار المولى فيرجع عليه بالواجب و كذا له الفسخ لو كان موسراً و لم يبذل الواجب كما فى (نهاية الأحكام) و كأن صحة البيع حينئذ مما لا خلاف فيها و ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه و قد صرح بصحته فى (المبسوط) و ما تأخر عنه مما تعرض له فيه و فى (الدروس) الحق به شبه الخطأ و قد استوفينا الكلام فى ذلك أكمل استيفاء فيما سلف (و أما) بقية الأحكام فموافقة للأصل و الاعتبار و نفى الضرر و الضرر كما بيناه فيما سلف

(قوله) (و لو كان عمداً وقف على إجازة المجنى عليه)

كما فى (نهاية الأحكام) و التحرير و التذكرة و الدروس و اللمعة) (و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر التذكرة) الإجماع عليه كما تقدم بيان ذلك و أبطله فى

(١) فى نسختين و الفداء (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤٢

و يضمن الأقل من الأرش و القيمة لا الثمن معها (١) و للمشتري الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش (٢) فإن استوعبت الجناية القيمة فالأرش ثمنه أيضاً (٣) و إلا فقد الأرش و لا يرجع لو كان عالماً (٤)

(المبسوط و الخلاف) و القاضى فى (الجواهر) و تردد فيه المحقق فى (الشرائع) و على المشهور فإن أجاز المجنى عليه البيع و رضى بفدائه بمال و فكه المولى لزم البيع و إن استرقه بطل إن استغرقت الجناية رقبته و إلا فبقدرها و الباقي مبيع و للمشتري الخيار مع جهله كما يأتى (و منه يعلم) حال ما إذا كانت الجناية على النفس كما أوضحناه «١» حال ذلك فى الموضوع المشار إليه (قوله) (و يضمن الأقل من الأرش و القيمة لا الثمن معها)

يريد أن البائع الذى هو المولى يضمن أقل الأمرين من أرش الجناية و قيمة العبد مع إجازة المجنى عليه البيع و لا يضمن الثمن مع إجازته كما فى (المبسوط و التحرير و التذكرة) لأنه ربما زاد على القيمة و الزائد ملك المشتري لأنه كسب له فى مقابلة ماله و زيادة الأرش ليست على المولى لأن المجنى عليه إذا اختار الإجازة بقى الجانى على ملك المولى (قوله) (و للمشتري الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش)

الأرش بالرفع معطوف على الفسخ و الجهل قيد فى الأمرين متأخر و إن توسط فكأنه قال و للمشتري الفسخ بالثمن أو الأرش مع الجهل و بعين عبارة الكتاب عبر فى (التذكرة) فى المقام و لا ريب أن لمشتري الجانى عمداً فسخ البيع إذا كان جاهلاً بالحال لمكان العيب المعرض للفوات و كذلك الحال فى مشتري الجانى خطأ كما قد يعطيه إطلاق العبارة لو لا ما يأتى و قواه فى (جامع المقاصد) لأنه

ربما ظهر إفسار المولى فيرجع المجنى عليه بالعبد (و وجه العدم) التزام المولى بالبيع و به جزم في التذكرة (و نهاية الأحكام) إلا أن يكون قد باعه و هو معسر و لم يعلم المشتري كما بيناه في أول الكتاب و يأتي ما ينبه عليه (و قد يقال) إن للمشتري الخيار قبل الأداء لتزلزل الملك و قد لا يبذل الواجب فيتسلط المجنى عليه على الفسخ و أما بعد الأداء فلا خيار له كما أشار إليه في (الدروس) (قوله) (فإن استوعبت الجناية القيمة فالأرش ثمنه أيضا)

و بعين ذلك عبر في (التذكرة) في المقام و المحقق الثاني في المقام تكلف شديدا و ذهب بعيدا (و قال) إن الثمن هنا بمعنى القيمة و استدلل عليه بوجه كثيرة ثم اعترض على نفسه بما اعترض و أطال في البحث ثم استقر رأيه على أن المراد بيان حكم ما إذا كان المشتري جاهلا- و رضى بالأرش من البائع فإنه إن طلب المجنى عليه الأرش و كان مستوعبا لم يلزم المشتري سوى القيمة و هو كما ترى و إنما المراد من العبارة بيان حال المشتري الجاهل إذا رضى بالأرش و أراد أن يرجع على البائع بالأرش (فقال) فإن كانت جناية العبد مستوعبة لقيمتها فالأرش هنا هو الثمن كما إذا فسخ كما نبه عليه بقوله أيضا و مما يقطع على ذلك قوله في (نهاية الأحكام) في أول الباب فيما إذا كان البائع معسرا أو باع و لم يعلم ما نصه و للمشتري الخيار و إن «٢» لم يعلم ببقاء الحق في رقبته فإن فسخ رجع بالثمن و إن لم يفسخ و كانت الجناية مستوعبة لرقبته فأخذ بها رجع المشتري بالثمن لأن أرش مثل هذا جميع ثمنه و إن كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر أرشه و مثله ما في (التذكرة) و موضعين من (التحرير) فيكون مراد المصنف هنا بالجهل في قوله و للمشتري الفسخ مع الجهل بالعمد و الجهل بالإفسار (قوله) (و لا يرجع لو كان عالما) يريد أنه إن

(١) كذا في ثلاث نسخ و الظاهر زيادة الهاء (مصححه)

(٢) في نسخة إن بغير واو (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤٣

و له أن يفديه كالمالك و لا يرجع به و لو اقتص منه فلا رد و له الأرش (١) و هو نسبة تفاوت ما بين كونه جانبا و غير جان من الثمن (٢)

كان عالما بإفسار المولى حيث تكون الجناية خطأ أو بكونه جانبا عمدا فليس له الرجوع بشيء من الأرش أو الثمن كما كان له الأول إذا كان جاهلا- حيث لا- يفسخ و الثاني حيث يفسخ لأنه اشترى معيبا عالما بعيبه كما صرح به في (نهاية الأحكام) و موضعين من (التحرير و التذكرة) و إذا كان المراد أنه ليس له الرجوع بشيء من ثمن أو أرش كما عرفت كان معناه أنه لا رد له و لا أرش كما صرح به في (التحرير) و فسر العبارة في (جامع المقاصد) بأنه لا رجوع له بالثمن (ثم قال) و لو قال لا فسخ لو كان عالما كان أولى و هو كما ترى على أنه لا يلزم منه نفى ثبوت الأرش (قوله) (و له أن يفديه كالمالك و لا يرجع به)

أى للمشتري العالم بالعيب أن يفديه إذا رضى المجنى عليه بالفداء كما كان مثل ذلك للمالك و هو الذي فهمه (المحقق الثاني) فيكون من بيان الواضحات و يحتمل أن يكون المراد أن المشتري يقوم مقام البائع في الخيرة في جناية الخطأ بين تسليمه و فدائه كما صرح به في (التذكرة) و موضعين من (التحرير) و استشكل في ذلك في (نهاية الأحكام) و هو في محله و قد يخص حينئذ بالجاهل (و وجه) عدم رجوعه حينئذ بالفداء أنه لم يأذن له المالك فحاله حال قضاء الدين عنه يتبع الإذن و عدمه كما صرح به في (التذكرة) و التحرير و نهاية الأحكام) و وجه في (جامع المقاصد) عدم رجوعه به بكونه عالما فتدبر

(قوله) (و لو اقتص منه فلا رد و له الأرش)

الاقتصاص منه أما بالقتل أو القطع و على التقديرين إما قبل القبض أو بعده فإن كان القتل قبله انفسخ البيع و رجع المشتري بالثمن و إن كان القطع قبله لم يمنع الرد و إن كانا بعد القبض فى زمن الخيار المختص بالمشتري كان له الرد أيضا لأنه حينئذ مضمون على البائع و إن كان بعد القبض و لا خيار أصلا أو غير مختص بالمشتري فهو محل النزاع قال فى (المبسوط) فإن كان القتل بعد القبض فإنه يرجع بجميع الثمن لأن هذا القتل و جب فى ملك البائع فلم يمنع من فسخ البيع و رده و مثله ما فى (التحرير) و قال فى (المبسوط) أيضا لو قطعت يده عند المشتري قصاصا لم يسقط الرد و جزم فى (التذكرة) بما فى الكتاب فى موضع منها حيث يكون الاقتصاص قطعا و احتمله احتمالا فى موضع آخر منها حيث يكون قتلا و استشكل فى ذلك الموضوع حيث يكون قطعا و فى (نهاية الأحكام) إن اقتص منه تعين الأرش و ليس له الرجوع بجميع الثمن إن شاء و إن كان التلف بسبب مستحق عند البائع لأن التلف عند المشتري بالعيب الذى فيه فأشبهه المريض الذى مات فى مرضه أو المرتد المقتول فى رده و هذا حكاة فى (المبسوط) عن بعض الناس و قال إن الأول يعنى الرجوع بجميع الثمن أصح و قال فى (نهاية الأحكام) و لو أوجبت الجناية قطع يده فقطعت عند المشتري فقد تعيبت فى يده و لأن استحقاق القطع دون حقيقته فحينئذ ليس له الرد بالعيب و مثل ذلك قال فى موضع من (التذكرة) و عبارة المصنف هنا ظاهرة فيما إذا كان الاقتصاص قطعا لقوله فلا رد

(قوله) (و هو نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا أو غير جان من الثمن)

و قد فسر أيضا بحاصل ذلك أو بمثله فى (المبسوط و التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام) قال فى (المبسوط) و من الناس من قال يرجع بأرش العيب و هو أن يقوم غير جان و يقوم و هو جان جنائى توجب القصاص فما ينقص من أجزاء الثمن يرجع بقدره من أجزاء القيمة و هذا التفسير أوضح مما فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤٤

### [السابع لو باعه من ينعق عليه]

(السابع) لو باعه من ينعق عليه و لما يعلم عتق عليه و لا شىء له (١) و لو اشترى زوجته بطل النكاح (٢) و لو ظهر تحريم الجارية مؤبدا عليه فلا فسح و لا أرش (٣) و إن نقص انتفاعه لبقاء القيمة محفوظة بالنسبة إلى غيره

### [المطلب الثالث فى التدليس]

(المطلب الثالث فى التدليس) التدليس بما يختلف الثمن بسببه يثبت به الخيار بين الفسخ و الإمضاء مع عدم التصرف و معه لا شىء و لا أرش إذا لم يكن عيبا و ذلك كتحمير الوجه و وصل الشعر و أشباه ذلك (٤)

الكتاب لأنه لا بد فى عبارة المصنف من تقييد كونه جانيا بالجنائى المخصوصة لتفاوت القيمة بتفاوت الجنائيات و فيها أيضا حذف تقديره و الأرش هنا نسبة تفاوت ما بين قيمته جانيا و قيمته غير جان إلى قيمته فيؤخذ بتلك النسبة من الثمن و أفردوا هذا الأرش بالذكر لأنه ربما يخفى و إن كانوا قد ذكروا ضابطا للأرش مطلقا

(قوله) (إذا باعه من ينعق عليه و لما يعلم عتق عليه و لا شىء له)

إذ لم يعد ذلك أحد فيما أجد فى العيوب لأنه باعه إياه لا- نقصان فى ماليته و قيمته و ترتب العتق لا- ينافى ذلك و حكم فى (الدروس) بأنه له الأرش هنا و استشكل فى (جامع المقاصد) فيما إذا كان قد دلسه عليه

(قوله) (و لو اشترى زوجته بطل النكاح)

و إن ملك البضع كما تقدم فيه الكلام مستوفى أكمل استيفاء فى أول الباب فى المطلب الأول من الفصل الثالث

(قوله ره) (و لو ظهر تحريم الجارية مؤبدا فلا فسخ و لا أرش)

كما جزم بذلك فى (التذكرة) و فى (التحرير) أن الأقرب أنه ليس بعيب على إشكال و فى (الدروس) فى كونه عيبا نظر من نقص انتفاعه و عدم صدق الحد عليه مع بقاء القيمة و استشكل فى (جامع المقاصد) فيما إذا كان قد دلس عليه و لا فرق فى التحريم المؤبد بين كونه من نسب أو رضاع أو بوطنى أبيه أو ابنه أو غير ذلك المطلب الثالث فى التديس التديس كتمان عيب السلعة عن المشتري كما فى (الصحاح و المصباح و القاموس و مجمع البحرين) و فى (النهاية) التديس إخفاء العيب و المعروف بين الفقهاء خلاف ذلك لأنهم يطلقونه على كتمان صفات و إظهار غيرها مما هو أحسن منها و إن لم تكن تلك عيوباً و لا يقصرونه على السلعة كما فى تديس الماشطة كما مر فى أول الكتاب و العيب كما عرفت أنفا الخروج عن المجرى الطبيعى بزيادة أو نقصان و هو مأخوذ من الدلس محركا و هو الظلمة كأن المدلس يظلم الأمر و يبهمه حتى يوهم غير الواقع و قال فى (المصباح) و يقال دلس دلسا من باب ضرب و التشديد أشهر فى الاستعمال

(قوله) (التديس بما يختلف الثمن بسببه يثبت به الخيار بين الفسخ و الإمضاء مع عدم التصرف و معه لا شىء و لا أرش إذا لم يكن عيباً و ذلك كتحمير الوجه و وصل الشعر و أشباه ذلك)

كما صرح بذلك كله فى (التذكرة) غير أنه قال فى موضع آخر إذ ليس بعيب بدل قوله هنا إذا لم يكن عيباً (و قال) فى موضع آخر منها و إن لم يكن عيباً فيشبه أن تكون إذا واقعة موقع إذ و على تقدير إذا لا مخالفة إذ المعنى فى الجميع متحد سواء قلنا إن إذا قيد فى ثبوت الخيار بين الفسخ و الإمضاء مع عدم التصرف أو قيد لعدم شىء مع التصرف أو قيد لعدم الأرش أو قيد فى الجميع و معنى قوله و لا أرش إذا لم يكن عيباً أنه لا يثبت بالتديس الأرش تصرف أو لم يتصرف فهو منفصل عن قوله لا شىء و مقتضى العبارة كما هو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤٥

و التصرية فى الشاة تديس لا عيب (١)

صريح عبارات (التذكرة) أن تحمير الوجه و وصل الشعر و ما شابهه يثبت به الخيار و إن لم يشترطه و فى (المسالك) نسبتته إلى الأكثر و فى (الكفاية) أنه الأشهر و بذلك صرح فى (الشرائع و اللمعة و الميسية) (و المسالك و الكفاية) و كذا فى (مجمع البرهان) فى مقام آخر و جزم فى (المبسوط) فى أول كلامه بثبوت الخيار كذلك فى الجعد إذا ظهر سبطاً و تحمير الوجه و تبيضه فظهر أسود أو أصفر و وافقه على ذلك القاضى و ابن إدريس على ما حكى و وافقه فى (المختلف) فى الأخيرين و خالفه فى الأول فنفى الخيار فيه و اقتصر (المحقق الثانى) فى (تعليق الإرشاد) على ذكر التحمير و وصل الشعر و نفى الخيار فى (الخلاف) فى الجعد و التحمير و التبييض و وافقه على ذلك المصنف فى (التحرير) و هو خيرة (الإرشاد) حيث قال أما تحمير الوجه و وصل الشعر و الثوبه فليست عيوباً لكن يثبت بها الرد و لو شرط أضدادها و هو ظاهر (الدروس) حيث شرط ثبوت الخيار فى الثلاثة باشتراطه قلت ثبوته مع الاشتراط محل إجماع كما ستسمع و كأن المحقق الثانى فى (جامع المقاصد) متردد حيث قال للنظر فيهما مجال و نسب فى (الدروس) إلى الشيخ التردد فى الثلاثة و لعله أراد فى (المبسوط) لأنه قال بعد ما حكيناه عنه فى الثلاثة و أنها عيب و إن قلنا ليس له الخيار لأنه لا دليل فى الشرع على كونه عيباً يوجب الرد كان قويا (انتهى) و قد يكون هذا ليس نصاً فى التردد فتأمل و فى (الخلاف) جزم بالعدم و فى (المسالك) لو شرط أحد هذه فظهر بالخلاف تخير بين الرد و الإمساك إجماعاً (انتهى) و أشار بهذه إلى التحمير و وصل الشعر و أشباه ذلك و هو كذلك واضح جار فى سائر الشروط (و ضابطه) كل وصف متعلق به غرض مقصود للعقلاء و إن كان ضده أجد فى المالية فإن الخيار يثبت إذا لم يخرج على الوصف المشترط كما صرح به فى (التذكرة) فى مواضع (حجة) القائلين بثبوت الخيار



عند عدم اشتراط هذه الأشياء و فقدتها على اختلاف آرائهم أن ذلك ضرر ناشئ من فقد ما ظنه حاصلًا و أن الأغراض تختلف فى ذلك فربما رغب المشتري فيما شاهده أولاً و لم يسلم له و قضية هذا الاحتجاج عدم الفرق بين الجعد و الوصل فى الشعر و التحمير و التبييض فى الوجه و تسويد الشعر الشائب و الزجج فى الحواجب ثم بان الخلاف لأنها صفات مقصودة للعقلاء ليست كالجهد و سبط الشعر و لعله لذلك نسب فى المسالك ثبوت الخيار إلى الأكثر فى جميع ذلك و فى (الكفاية) إلى الأشهر و قد عرفت من فصل أو اقتصر (فليتأمل جيداً) و كيف كان فلا- أرش لذلك و الظاهر أنه إجماعى و قد علوه بأنها ليست عيوباً و لعله إجماعى أيضاً و قد سمعت ما فى (المبسوط) من أن الثلاثة عيوب (فليتأمل) و التدليس يكون من البائع و المشتري هذا و قال فى (جامع المقاصد) فى شرح قوله كتحمير الوجه «إلخ» مقتضى هذا مع ما سبق أن تحمير الوجه إنما يثبت به الرد إذا شرط فظهر الخلاف و قد عرفت الحال و لم يظهر لنا وجه هذه الاقتضاء من العبارة و لو لطح ثوب العبد بالمداد فتخيل المشتري كونه كاتباً فاحتمالان ثبوت الخيار لأنه تدليس على الظاهر و العدم لأن التقصير فى ذلك للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه تغيير كثير (قوله) (التصريه فى الشاة تدليس لا عيب)

قال فى (النهاية الأثيرية) المصراه الناقه أو البقره أو الشاة يصرى اللبن فى ضرعها أى يجمع و يحبس و قال و قد تكررت هذه اللفظة فى أحاديث منها قوله عليه السلام لا تصروا الإبل و الغنم فإن كان من الصر فهو بفتح مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤٦ و يرد معها مثل اللبن الموجود حال البيع دون المتجدد على إشكال مع فقده (١)

التاء و ضم الصاد و إن كان من الصرى فيكون بضم التاء و فتح الصاد و روى أيضاً من اشترى مصراه فهو بخير النظرين و قال فى (المصباح) صريت الناقه فهى صرية من باب تعب إذا اجتمع لبنها فى ضرعها و يتعدى بالحركة و التضعيف مبالغه و تكثيراً فيقال صريتها تصرية إذا تركت حلبها و فى (الصحاح) صريت الشاة تصرية إذا لم تحلبها أياماً و الشاة مصراه فلم يذكر غير الشاة و فى (القاموس) ناقه صرياً محفلة و الصرى كبرى المصراه و الشاة المحفلة (انتهى) و حفلت الشاة بالثقل تركت حلبها حتى اجتمع اللبن فى ضرعها فهى محفلة و كان الأصل حفلت لبن الشاة لأنه هو المجموع فهو محفل و التصرية تدليس حرام إجماعاً كما فى (المسالك و الرياض) توجب الخيار فى الشاة بين الرد و الإمساك إجماعاً كما فى (الخلاف و المختلف و المهذب البارع و تعليق الإرشاد و الروضة و الرياض) و ظاهر (التذكرة و غايه المرام و مجمع البرهان) و عليه أخبار الفرقه كما فى (الخلاف) ثم قال و أيضاً روى أبو هريره و ساق ثلاثة أخبار من طرق العامه و قد نص فى (السرائر و التحرير و غايه المراد و المسالك) (و مجمع البرهان) و غيرها على عدم الوقوف على نص فى ذلك من طرق الخاصه و فى (الرياض) أن النص على التحريم مستفيض النقل (قلت) و هى أخبار عاميه قد جمعت فيها المزايا الخاصيه منجبره معتضده بما عرفت و بخبر الضرار (الضرر خ ل) فيعمل بها على أنك قد عرفت أن الشيخ أرسل أخباراً من طرق الخاصه و هو أعرف ممن أنكر عليه و ليس ما يحكيه إلا كما يرويه و روى الحر فى (الهداية) لا تصروا الإبل و البقر و الغنم من اشترى مصراه فهو بأحرى النظرين إن شاء ردها و رد معها صاعاً و تمرأ و روى أيضاً من اشترى محفلة فليرد معها صاعاً و أما عدم الأرش فدليله بعد الإجماع الأصل و اندفاع الضرر بخيار الرد و أنه ليس عيباً (قوله) (و يرد معها مثل اللبن الموجود حال البيع دون المتجدد على إشكال مع فقده)

هذا متعلق بقوله و يرد معها مثل اللبن فالمراد أنه يرد مع المصراه مثل اللبن الموجود حال البيع مع فقده و يستفاد منه أنه يرد إذا كان موجوداً بعينه و قد حكى عليه الإجماع فخر الإسلام فى (شرح الإرشاد) قال أما اللبن الموجود حال العقد فإنه يرد إجماعاً و قال فى (كشف الرموز) لا- خلاف أنه مع وجود اللبن لا- يلزم إلا- رده معها و إنما الخلاف مع تعذره و هذا منهما حمل لكلام الشيخ فى (المبسوط) حيث قال إذا كان باقياً لم يجبر البائع عليه و إن قلنا إنه يجبر كان قويا على ما إذا كان قد تغير فإنه (حينئذ) قد لا يجبر أو

يجبر مع الأرش و لقول القاضي في (الكامل) على ما حكى عنه في (المختلف) من أنه لا- يجبر جازما به كما حمل كلاميهما على ذلك جماعة كثيرون فلا- يعرج على ما في (المهذب البارع) من جعله ردا للبن معها مع وجوده محل خلاف و أن الأقوال فيه ثلاثة الأول رده الثاني رده و رد معه صاعا من حنطة أو تمر و نسب هذا إلى أبي علي و المنقول عنه في (المختلف) خلاف ذلك (قال) و قال ابن الجنيد و قد حكم النبي صلى الله عليه و آله في المصراه إذا كرهها المشتري فردها بأن يرد معها عوضا عما حلب منها صاعا من حنطة أو تمر و إذا لم يكن حلب منها شيئا أو رد ما حلبه لم يكن عليه شيء الثالث أنه يرد صاعا من بر لا تمر قاله القاضي في (المهذب) و المنقول عنه في (المختلف) أنه جزم بأنه لا يجبر على أخذه بل له أخذ الصاع من التمر أو البر و لعله في (المهذب) أثبت لإمكان أو سهوا ثم إن الإجماع ظاهر أكثر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤٧

و لو زال وصفه حتى الطراوة فالأرش (١)

□  
الأصحاب كما ستعرف و صريح (المختلف و مجمع البرهان) و غيرهما و إن كان خبرا أبي هريرة و خبر عبد الله بن عمر صريحة في خلاف ذلك و ليس فيها تعرض لذكر رد اللبن الموجود حال العقد فضلا عن الإجماع عليه لأنها لا جابر لها في المقام مخالفة للإجماع كما عرفت و للقاعدة لأن اللبن جزء من المبيع و هو عين ماله فيجبر عليه و مع فقدته يرد مثله لأنه مثلي فإن تعذر فالقيمة كغيره من الأعيان المضمونة و قد صرح برد اللبن الذي احتلبه إذا كان موجودا و أنه إن كان هالكا معدوما يرد مثله فإن تعذر رد قيمته في (السرائر) و ما تأخر عنها ما عدا (جامع الشرائع) و ظاهر (مجمع البرهان) الإجماع عليه و قد نسب هذا الترتيب إلى (النهاية) و المفيد و ليس في (المقنعة و النهاية) إلا أنه إذا ردها رد معها قيمة ما احتلبه من لبنها بعد إسقاط قدر ما أنفق عليها إلى أن يعرف (عرف خ ل) و لعلمهم فهموا منهما أن ذلك عند التعذر و المخالف في ذلك الشيخ في (الخلاف و المبسوط و أبو علي) كما عرفت و القاضي في (المهذب) فيما حكى و أبو المكارم في (الغنية) و ابن سعيد في (الجامع) فقالوا إنه يرد عوض اللبن صاعا من بر أو صاعا من تمر و استدلل عليه في (الخلاف) بإجماع الفرقه و أخبارهم و في (الغنية) الإجماع عليه و نسبه في (المختلف) إلى علمائنا قال و ما نقله علماءنا «إلخ» جمعا بين خبري أبي هريرة و قد حملهما الأصحاب لمكان الضعف و الاضطراب و عدم الجابر في المحل و المخالفة للقاعدة و لخبر عبد الله بن عمر على ما إذا كان قد تعذر و كان ذلك هو القيمة السوقية و على ذلك يحمل كلام الشيخ و من وافقه و عساك تقول إن فتوى هؤلاء و الإجماعين تجبر الخبرين فلا حاجة إلى التنزيل لأن ذلك موهون بمخالفة القاعدة و إطباق الباقي على المخالفة و مخالفة الشيخ في (النهاية) و المفيد على ما فهموا منهما على أنه للشيخ قول آخر و هو أنه يرد ثلاثة أمداد من طعام و حكى في التحرير أن الشيخ نسبه إلى جماعة و لم نجد واحدا منهم و لعلمهم من العامة و قال الشيخ في (المبسوط) بعد ذلك فإن تعذر الصاع و جب قيمته و إن أتى على قيمة الشاة و لا اعتبار بفضل الأقوات و حكى ذلك عن القاضي و قد استشكل (المصنف) هنا و ولده في (الإيضاح) و الشهيد في (الدروس) في استرجاع المتجدد و جعل منشأ التردد في (الإيضاح) (و جامع المقاصد و المسالك) من إطلاق الأخبار و عموم الحكم برد اللبن و من أنه نماء ملك المشتري (وفيه) أنه ليس في أخبار الباب الثلاثة الواردة من طرق العامة تعرض لرد اللبن و بناء في (الدروس و التنقيح) على أن الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه و حكاها عن (الدروس) في (تعليق الإرشاد) ساكتا عليه و ليس بشيء لأن رفع العقد الثابت المترتب حكمه من أصله حتى كأنه لم يكن لم يعقل و مما اختير فيه الحكم بعدم استرجاع المتجدد (المبسوط) قاطعا به لأن الخراج بالضمنان (و التذكرة و شرح الإرشاد) لفخر الإسلام (و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق النافع و الميسية و المسالك) و في (جامع المقاصد) أن عليه الفتوى (قلت) لأن هذا الخيار مخالف للأصل فيقتصر فيه على محل الوفاق مضافا إلى ما سمعت و ظاهر (المقنعة و النهاية و السرائر و التحرير و المفاتيح) أو صريحها و صريح (اللمعة و إيضاح النافع) أنه يرد المتجدد أيضا و نسبه الفخر إلى إطلاق الأصحاب و قال المقدس الأردبيلي أنه ظاهر عبارات المتون و الأمر كما قالوا و

جعل جماعة الوجه فيه إطلاق النص وقد عرفت الحال فى النص و لعل الوجه فيه أن الأصل عدم وجود لبن آخر فإن علم وجود آخر لا يرد و إن امتزجا اصطلاحاً إلا أنه كاد يكون النزاع حينئذ لفظياً (فتأمل)

(قوله) (و لو زال وصفه حتى الطراوة فالأرش)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤٨

فإن تعذر فالقيمة السوقية (١) و لا يثبت الرد مع التصرف إلا هنا و فى الجارية الحامل مع الوطى (٢) و الأقرب ثبوت التصريه فى البقرة و الناقة (٣) أما الأتان و الأمة مع الإطلاق فلا (٤)

إن نقص و تعيب كما فى (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و مجمع البرهان) و غيرها لأنه مضمون على المشتري فإنه جزء المبيع و ربما احتتمل رده مجاناً كما احتتمل الانتقال إلى بدله و قال فى (الدروس) لو اتخذها جنباً أو سمناً فظاهر أنه كالتالف (وفيه) أنه عين المال ثم قال و لو قلنا برده فله ما زاد بالعمل و وافقه على ذلك صاحب (المسالك) (قوله) (فإن تعذر فالقيمة السوقية)

وقت الدفع كما فى (التذكرة و جامع المقاصد و المسالك) لأنه محل الانتقال إلى القيمة و مكانه كما فى (المسالك) أيضاً

(قوله) (و لا يثبت الرد مع التصرف إلا هنا و فى الجارية الحامل مع الوطى)

قد تقدم الكلام فى الجارية الحامل مسبقاً محرراً و قد عرفت أن الحكم فى الجارية لا يندرج تحت الاستثناء على مختار أبى على و المصنف فى (المختلف) و ينبغى أن يراد بقوله هنا مطلقاً التصريه ليندرج فيه الناقة و البقرة على ما سيأتى (و مما يثبت) فيه الرد مع التصرف ما كان فيه غبن و ما افتقر إلى الاختبار مثل الطعم و الريح و مثله الشارط لما ليس فقده عيباً و الكاذب فى الأخبار فى بيع المرابحة و راكب الدابة فى طريق الرد لخوف الجماع و كذا الجنون و البرص و الجذام إلى سنة عند بعضهم (قوله) (و الأقرب ثبوت التصريه فى البقرة و الناقة)

كما هو المشهور كما فى (الحدائق) و مذهب الأكثر كما فى (الرياض) و هو خيرة (المبسوط و الخلاف و السرائر) (و جامع الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و اللمعة و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسية و الرياض) و هو المحكى عن أبى على و القاضى و قواه كاشف الرموز و مال إليه صاحب (مجمع البرهان) لا من حيث التصريه بل من حيث التدليس و حصول الضرر مؤيداً بأخبار العامة و ادعى عليه الإجماع الشيخ فى (الخلاف) و قد تلوح دعوى الإجماع من (السرائر و التذكرة) و غيرهما كما ستسمع و قد سمعت آنفاً الأخبار الدالة على ذلك من طرق العامة و الأخبار المروية فى (الهداية) للحر عن كتاب معانى الأخبار على الظاهر فكان الحكم محكياً عليه الإجماع المعتضد بفتوى الأكثر المؤيد بالأخبار المذكورة و بالتعليل فيها بأنه خداع مضافاً إلى حديث نفى الضرر بناء على أن المقصود الأعظم منهما اللبن فتصريتهما توجب التدليس الموجب للخيار و تردد فى (الشرائع) و استشكل فى (الإرشاد و الكفاية) و توقف فى (المختلف) و لم يرجح فى (غاية المراد) (و غاية المرام و التنقيح و المهذب البارع) و قرب فى (الإيضاح) عدم الثبوت فى غير الشاة و فى (المسالك و الروضة) إن تم الإجماع و إلا فإشكال (قوله) (أما الأتان و الأمة مع الإطلاق فلا)

إجماعاً كما فى (كشف الرموز) و ظاهر (السرائر و التذكرة و مجمع البرهان) قال فى (السرائر) بعد أن ذكر التصريه فى الناقة و البقرة كالشاة و لا تصريه عندنا فى غير ذلك و قال فى (التذكرة) لا تثبت التصريه فى غير الثلاثة المذكورة فى الخبر الإبل و البقر و الغنم عند علمائنا و نحوه ما فى (مجمع البرهان) و نسبه فى (المهذب البارع) إلى الأكثر و بعدم ثبوتها فيهما صرح فى (المبسوط و الخلاف و المهذب) للقاضى فيما حكى (و الشرائع و المختلف و جامع المقاصد و إيضاح النافع و التحرير) مع زيادة الفرس فيه و عن أبى على أنه طرد الحكم فى سائر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٤٩

و لو تحفلت الشاة بنفسها فالأقرب سقوط الخيار (١) و تختبر التصريه بثلاثة أيام (٢)

الحيوانات حتى الآدمى و فى بعض الأخبار العامية ما يدل عليه و فى (الدروس و المفاتيح) أنه ليس بذلك البعيد للتدليس و هو مذهب الشافعى و قد حقق المحقق الثانى فى (تعليق الإرشاد) أنه إن أريد ثبوت الخيار فيهما لو ثبت تصريتها فهو متجه و إن أريد ثبوت الخيار فيها مع التصرف و كون الثلاثة محلا- للثبوت (لثبوتة خ ل) بنقصان اللبن فيها و هو خلاف الأصل و لم يثبت بنص و لا إجماع انتهى (و لعل) وجاهة الشق الأول مسلمة فيما إذا شرط كثرة اللبن و لم يتصرف و ألحق فى (الدروس) تبعا (للتذكرة) بالتصريه فى ثبوت الخيار حبس ماء القناه و الرحي و إرساله عند البيع و الإجاره حتى تخيل المشتري كثرته و بذلك صرح فى (التذكرة) و جعله مثل ما إذا حمر وجه الجارية أو سود شعرها أو جعده أو أرسل الزنبور فى وجهها فظنها المشتري سمينه هذا و على قول أبى على إذا فقد اللبن لم يجب البر و التمر كما هو الشأن فى الشاة لعدم النص و عدم الانتفاع به فيما ينتفع به فى لبن الشاة و البقره (فتأمل) و المراد بالإطلاق فى عبارة الكتاب تجريد العقد عن اشتراط زياده اللبن إذا بيعا و الأتان بفتح الهمزة الحماره و عن ابن السكيت أنه لا يقال أتانه و جمع أتانه آتن و آتن و فى (القاموس) أتانه قليله

(قوله) (و لو تحفلت الشاة بنفسها فالأقرب سقوط الخيار)

كما فى (الإيضاح) (و جامع المقاصد) لانتفاء التدليس و فى (التذكرة و حواشى) الشهيد أن الأقرب ثبوت الخيار لأن ضرر المشتري لا يختلف فكان بمنزله ما لو وجد بالمبيع عيبا لم يعلمه البائع و لعل الخلاف مبنى على أن العلة فى الفسخ هل هى تصريه المالك أو مطلقا يحتمل الأول لقوله عليه السلام المغرور يرجع على من غره و الثانى لوجود العلة و الضرر و لعل المصنف لو عبر بعدم الثبوت بدل السقوط لكان أولى و أحسن و تحفيلها بنفسها يحصل بنسيان المالك حلبها و ببقائها فى المرعى يومين أو أزيد (قوله) (و تختبر التصريه بثلاثة أيام)

كما فى (الشرائع و التذكرة و الإرشاد و اللمعه و التنقيح و الكفاية) فقد جعلوا الثلاثة محل الاختبار و ذلك إذا لم يعترف بها البائع و لا قامت بها البيئه كما قيده بذلك جماعة ممن تأخر عنهم و ستعرف الحال و قضيه ذلك أن لا يثبت الخيار بالتصريه قبل انقضائها حيث جعلت كما عرفت محلا- للاختبار و قد صرح بذلك فى (التذكرة و غاية المرام و المسالك و الروضه و الرياض) لأن الشارع قد وضعها أى الثلاثة لمعرفتها فلا تعلم قبلها مع احتمال استناد تغير اللبن إلى الأمكنه و العلف فلا يثبت حينئذ الخيار و أنه لا أثر للنقصان فى اليوم الثانى ما لم يستمر إلى اليوم الثالث و لا يعتبر نقصان اليوم الثالث وحده لأن قضيه تعليلهم الذى سمعته أنه لا بد من التكرار ليوثق بكون النقصان لا أمر عارض و إن كان قد يلوح ممن صرح من هؤلاء كالمصنف فى (التذكرة) بعدم الثبوت قبلها لأنها المده المضروبه ثبوتها أى الخيار بالنقصان فى اليوم الثالث فتدبر و قضيته أيضا أن لا يثبت زوال التصريه و لا يعلم إلا بمضى الثلاثة كما لا تثبت هى إلا بذلك كما صرح بهذا فى (المسالك) و أنه لا يثبت الخيار إلا بعدها و أنه ينبغى أن يكون على الفور كما صرح به فى (التذكرة) و كما فهم ذلك كله أو أكثره منهم المحقق الثانى و الشهيد الثانى و اختاره فى (المسالك و الروضه) وفاقا للميسيه و تبعهما جماعة ممن تأخر عنهما منهم أستاذنا صاحب الرياض و قالوا إن الفرق حينئذ بين مده التصريه و خيار الحيوان ظاهر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥٠

.....

فإن الخيار فى ثلاثة الحيوان فيها و فى ثلاثة التصريه بعدها و قد يكون المراد مما عدا (التذكرة) من الكتب المذكوره أنفا أنها تختبر بالحلب فى الثلاثة فإن ظهرت فى بعضها فله الرد قبل انقضائها لا أنه لا بد من الثلاثة و النقص بعد الأول فى كلها كما فهم ذلك

الشهيد في (غاية المراد) و المحقق الثاني في تعليقه و المولى الأردبيلي من عبارة (الإرشاد) قال في (غاية المراد) في شرح قوله في الإرشاد و تختبر المصرة بثلاثة أيام يريد أن الشاة المصرة تختبر بثلاثة أيام كالخيار في سائر الحيوان و هذا ظاهر في ثبوته قبل انقضائها كما ستعرف ثم قال أيضا و اعلم أنه لا يترتب بها إلى آخر الثلاثة بل إذا عرف تصريرتها قبل انقضائها ثبت الخيار و يبقى الكلام فيما يفيد العلم و المعرفة و يأتي بيانه و قال أيضا إن التحديد بالثلاثة في النص لمصلحته لتجوز أن يحلب في اليومين حلبا متساويا ثم ينقص عنه في الثالث فإنه يثبت له الخيار و قال في (جامع المقاصد) إن المفهوم من النصوص و إطلاق كلامهم أن نقصان اللبن في جزء من الثلاثة موجب للخيار انتهى (وقد قالوا إذا زالت التصرية قبل انقضاء الثلاثة و صار ذلك عادة سقط الخيار و هذا الإطلاق يقضى بأنه يثبت التصرية و زوالها قبل الثلاثة بالاختبار و غيره مع أن اللازم من كلامهم الأول كما هو صريح بعضهم كما سمعت عدم ثبوتها و عدم ثبوت زوالها إلا بمضى الثلاثة فلو لم نحمله على ما فهمه الشهيد و غيره لتنافى الإطلاقان فلم يكن صاحب (الشرائع) و المصنف هنا مخالفين (للمبسوط) و غيره كما ستعرف و صاحب (التنقيح) فسر قوله إن مدة اعتبار التصرية و عدمها ثلاثة أيام بأنه لو نقص في مدة الثلاثة عن الأول ثبت له الخيار و قال في (الدروس) و تثبت باعتراف البائع أو نقص حلبها في الثلاثة عن الحلب الأول فلو تساوت الحلبات في الثلاثة أو زادت اللاحقة فلا خيار و لو زادت بعد النقص في الثلاثة لم يزل الخيار و كلامه الأخير ظاهر في ثبوت الخيار قبل انقضاء الثلاثة إلا أن تحمل الزيادة بعد النقص على كونها بعد الثلاثة و هو خلاف ظاهرها و قد فهم الصيمري من قول المصنف فيما يأتي و لو علم بالتصرية قبل الثلاثة تخير على الفور أنه ممن يقول بثبوت الخيار قبل الانقضاء ثم حملها على حصول العلم بإقرار البائع و ستعرف الحال فيها و كأن نظر هؤلاء جميعا إلى ما في (المبسوط) و الخلاف و جامع الشرائع و التحرير) من أن مدة الخيار ثلاثة أيام مثلها في سائر الحيوانات و هو الذي استقر عليه رأى المحقق الثاني في آخر كلامه في (جامع المقاصد) قال في (الخلاف) دليلنا إجماع الفرقة على ثبوت الخيار في الحيوان ثلاثة أيام شرط أو لم يشترط و هذا داخل في ذلك و خبر أبي هريرة و ابن عمر صريح في ذلك (انتهى) فقد جعلوا ثلاثة التصرية محلا للخيار كالثلاثة خيار الحيوان بل هي عندهم على الظاهر قال في (الدروس) تقييد الخيار بالثلاثة لمكان خيار الحيوان صرح به الشيخ و ظاهره تقييد خيار التصرية بالثلاثة مطلقا لا بعدها سواء ظهرت بالبينه أو الإقرار أو الاختبار و يلوح من مقام آخر في (التذكرة) أن كون هذا الخيار ثلاثة أيام لمكان خيار الحيوان كما ستسمع و قال في (الدروس) لو علم بها أي التصرية بعد العقد قبل الحلب تخير قاله الفاضل مع توفقه في ثبوت الخيار قبل الثلاثة لو حلب (و حاصله) أنه كيف يحكم بالخيار في أثناء الثلاثة لو ظهرت له التصرية قبل الحلب بالبينه أو الإقرار و لا يحكم به لو ظهرت له بالحلب إلا بعدها فتدبر و على هذا فالفرق بين هذا الخيار و خيار الحيوان ظاهر إن قلنا بفورية هذا الخيار فيسقط بالإخلال بها دون خيار الحيوان و إن لم نقل بالفورية كما ستعرف ذلك كله فالفرق بتعدد الأسباب (و تظهر الفائدة) فيما لو أسقط أحدهما كما نص عليه جماعة و هو خلاف ظاهر عبارة (المبسوط) و ما وافقها و خلاف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥١

.....

ما صرح به في (الدروس و غاية المرام) كما ستسمع ذلك كله و قد يفرق بعدم سقوطه بالتصرف (فتأمل) و من الغريب أنه في (التحرير) بعد أن وافق الشيخ في أن مدة الخيار في المصرة ثلاثة أيام كغيرها من الحيوانات قال بلا فصل و يثبت على الفور و لا يثبت قبل انقضاء الثلاثة على إشكال فاستشكاله في ثبوته قبل انقضاء الثلاثة قد ينافي قوله كغيرها من الحيوانات و كذا قوله إنه يثبت على الفور (و قد يجاب) عن الثاني بأنه أي الفور إنما هو بالنسبة إلى ما بعد الثلاثة كما أشار إلى ذلك في (الدروس) حيث قال هذا الخيار على الفور إذا علم به و الظاهر امتداده بامتداد الثلاثة إذا كانت ثابتة و إلا فمن حين العلم بالفورية في كلامه أيضا إنما هي بالنسبة إلى ما بعد الثلاثة و لك أن تقول إنه يشكل جواز بقاء المصرة بعد العلم بالتصرية إلى آخر الثلاثة و هو يتصرف فيها بالحلب (و يجاب)

بأننا نقول لا- يجوز له حينئذ حلها و عساک تقول قد يمكن أن يراد من عبارة (التحرير و الدروس) أن الثلاثة محل الخيار متى علم كان على الفور و بعدها لا خيار له و إن علم (لأننا نقول) إن قوله في (الدروس) و الظاهر امتداده بامتداد الثلاثة ينافي ذلك كما ينافية ظاهر قوله في (التحرير) كغيرها من الحيوانات و قد صرح في موضع من (التذكرة) بأن الخيار في تمام الثلاثة و تردد في الامتداد فيما لو أسقط خيار الحيوان كما سيأتي بيانه و هذا منه ميل إلى تجويز استناد كون هذا الخيار ثلاثة أيام إلى خيار الحيوان (و قد) يورد عليه بأن خيار الحيوان لا يبقى مع التصرف و يجاب باستثناء هذا التصرف و قد قضى المقام بتحرير عبارة (التحرير) فطال الكلام و ستعرف الحال في عبارة المصنف حيث قال فيما يأتي (و لو علم) بالتصريه قبل الثلاثة تخير على الفور و يبقى الكلام في حصول العلم و أنه هل ينحصر في الاختبار أو يحصل أيضا بالبينه و الإقرار ظاهر جماعة كثيرين عدم الانحصار كما أن ظاهر جماعة و صريح آخرين من المتأخرين الانحصار (و لنعده) إلى ما كنا فيه (فنقول) جعل خيار التصريه كخيار الحيوان و تقييده بالثلاثة مطلقا لا بعدها سواء ظهرت التصريه بالبينه أو الإقرار أو الاختبار و إرجاع كلام الكتاب و ما كان مثله إلى ما في (المبسوط) و ما ذكر بعده يلزم منه أمران أحدهما ما ذكره في (الروضة) من قوله و يشكل بإطلاق توقيفه على الاختبار ثلاثة فلا يجامعها حيث لا تثبت بدونها و الحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة (انتهى) و معناه أن إطلاق توقف الخيار على الاختبار بثلاثة أيام يقتضى حصوله بعد الثلاثة و خيار الحيوان إنما يكون فيها لا بعدها فلا يجامع خيار الحيوان ثلاثة التصريه حيث لا تثبت التصريه بدون الاختبار فلا يمكن الجمع بينهما نعم لو ثبت بدون الاختبار أمكن مجامعة ثلاثة التصريه لثلاثة الحيوان خصوصا على ما قواه في (الدروس) من كون هذا الخيار لا- فور فيه و القول بأنه يمكن أن يجامعها بأن يتخير في خيار الاختبار في آخر جزء من الثلاثة يوجب المجاز في قولهم إن الخيار يكون بعد الاختبار بثلاثة فإن حقيقته تمام الثلاثة و كونه في آخر جزء منها يقتضى عدم تمامها (و أنت خير) بأن هذا الإطلاق الذي جعله منشأ الإشكال إنما هو في كلام (الشرائع و الإرشاد و اللمعة و الكتاب) و لعلمهم جعلوا التحديد بالثلاثة لمصلحة المشتري كما أشار إليه في (غاية المراد) لأنه لا بد أن تكون كلها ظرفا للاختبار و أن الخيار إنما يكون بعدها (و قد عرفت) أن جماعة فهموا ذلك من هذا الإطلاق و قد سمعت ما في (جامع المقاصد و التنقيح) كما سمعت ما في (المبسوط) و ما ذكرناه بعده مما ماثله في العبارة فلا إشكال حينئذ و إن أراد إطلاق الأخبار فالذي رواه العامة في المقام ظاهر في موافقة (المبسوط)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥٢

.....

و ما ماثله فإنهم رووا عنه صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها و إن شاء ردها و صاعا من تمر و في رواية أخرى أو بر على أن ظاهر (المقنعة) (و النهاية و السرائر) و كذا (الغنية و المفاتيح) عدم اعتبار الثلاثة أصلا و ظاهر (الروضة) أن الإطلاق صادر من الجميع و قد عرفت أنه إنما هو في الكتب الأربعة لا غير بما تقدم عليه مع أن المصنف وافق (المبسوط في التحرير) و الشهيد وافقه في (الدروس و غاية المراد) و الثاني أنه يلزم أن لا يكون للتصريه الموجبة للفسخ طريق إلا- الاختبار بالنقصان في الثلاثة و أنه لا- أثر للبينه و لا للإقرار ما لم يتحقق النقصان فيها لأن زوال التصريه فيها مسقط للخيار كما ستسمعه و المتردد في ذلك الشيخ في (الخلاص) و جماعة ستعرفهم و ثبوت النقصان فيها وقتا ما موجب لثبوتها فأى أثر للثبوت بالبينه أو الإقرار و أما على رأى (التذكرة) فإن الثبوت بأحدهما إذا اقترن بنقصان ما و لم يتصرف «١» يوجب الخيار كما ستعرف و بدونهما لا يثبت إلا باستقرار النقصان على ما بيناه آنفا (و تنقيح) البحث في حال الاختبار أن يقال إن هذه المسألة مخالفة للأصل من وجهين من جهة الرد مع عدم العيب و الرد بعد التصرف لكن لما كان في التصريه تدليس و ضرر عظيم فيما يطلب فيه اللبن و لا يعلم ذلك إلا- بالحلب كما هو المفروض و لا يظهر باليوم و اليومين غالبا إذ كثيرا ما تنفق الكثرة في يومين بسبب التصريه أو لأمر آخر موجب للزيادة عن اليوم الأول أو المساواة له نيط بالثلاثة لدفع ذلك مع اعتبارها في كل حيوان و جوز الخيار مع التصرف لدفع الضرر و لا

يندفع إلا بالخيار لأنها ليست بعيب حتى يندفع مع التصرف بالأرش فحينئذ إذا تساوت الحلبات تساويا عرفيا فلا خيار و كذا إن كانت الحلبة الأولى ناقصة و ما عداها زائدا عليها و أما إذا كانت الأوليان متساويتين و الأخيرة ناقصة أو تساوت الأولى و الأخيرة و نقصت الوسطى فصريح عميد الدين (و الدروس و غاية المراد و التنقيح و تعليق الإرشاد) أنه يثبت له الخيار و هو ظاهر (المبسوط و الخلاف و جامع الشرائع و التحرير) بل قد يدعى أنه ظاهر (الشرائع) و ما ذكر معه بالتقريب السالف بل قد عرفت أنه قال فى (جامع المقاصد) تارة أنه هو المتبادر و أخرى أنه المفهوم من النصوص و إطلاق كلامهم أن نقصان اللبن فى جزء من الثلاثة موجب للخيار و المخالف فى ذلك صريحا إنما هو المصنف فى (التذكرة) و الشهيد الثانى و قد تأمل فيه المولى الأردبيلي و خصوصا إذا كانت الأخيرة مساوية للأولى أو زائدة عليها مع نقص الوسطى لأن ذلك قد يختلف باختلاف الزمان و المكان و المأكول و المشروب فبمجرد نقصان ما يشكل القول بثبوت التصرية المخالفة للأصل من وجهين و يندفع ذلك كله بفرض التساوى فى ذلك كله و أما الاختلاف الناشئ من اختلاف الزمان و المكان و المأكول و المشروب فلا يخفى على الرعاة و أصحاب البقر و الشياه و الذى يخفى مع فرض التساوى فى الجميع إنما هو الكثرة التى تتفق كثيرا بسبب التصرية فى اليومين و الثلاثة تكشف عن ذلك غالبا و إلا- فقد لا ينكشف بها و لعله لذلك أهمل ذكرها كما عرفت فى (المقنعة و النهاية و السرائر) بل (و الغنية) و قد يرشد إلى ذلك قوله فى (التذكرة) لو عرف التصرية فى آخر الثلاثة أو بعدها فالأقرب ثبوت الخيار لأنه عيب سابق و التنصيص على الثلاثة بناء على الغالب انتهى (فليتأمل) هذا كله فى معرفة التصرية بالاختبار و أما إذا ثبت بالإقرار أو البيئنة ففى التذكرة أنه يثبت له الخيار إلى تمام الثلاثة لأنه كغيره من الحيوان و ظاهره أنه لا فور فيه و أنه يجوز له الفسخ من حين الثبوت و يمتد خياره مدة الثلاثة إلى

(١) فى نسخة و لم يتصرف بتصرف موجب الخيار (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥٣

.....

انقضائها و هو خيرة (الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك) (و الروضة) و مال إليه أو قال به فى (مجمع البرهان) لكن الفاضل الميسى و الشهيد الثانى فى كتابيه و غيرهما ممن تأخر كأستاذنا صاحب الرياض أوجبوا الاختبار و حصول النقص و عدم التصرف بغير الاختبار و الثانى صريح (الدروس) و غيره و الأول لعله قضية كلام الشهيد فى (الدروس) و كلام غيره لأن المشهور بينهم أنه لو علم تصريتها بالبيئنة أو الإقرار و ثبت لبها فى الثلاثة لا بعدها و صار لبن عادة لتغير المرعى أو هبته من الله سبحانه و تعالى زال الخيار لزوال العيب و به صرح فى (المبسوط و الشرائع و جامع الشرائع و التحرير) (و الإرشاد و التذكرة و الكتاب و إيضاح النافع) و قواه (كاشف الرموز) و أستاذنا صاحب (الرياض) و فى (المسالك) أنه الأشهر و ظاهر الشيخ فى (الخلاف) التردد و ما زاد على أن قال إن البقاء قوى لظاهر الخبر بعد أن حكم أولا بسقوط الخيار (و يؤيده) ما قواه ثانيا الاعتبار لأن التدليس ثابت معلوم فلا اعتداد بما وجد مع العلم إذ قد يزول بخلاف ما إذا لم تثبت التصرية و التدليس و ظاهر (التنقيح) و المحقق الثانى فى كتابيه و الشهيد الثانى فى (المسالك) التردد أيضا حيث احتملوا زوال الخيار و بقاءه و قد نسب صاحب (الرياض) و غيره إلى (الخلاف) القول بالبقاء و الموجود فيه ما ذكرناه بل لو نسب إليه السقوط لكان أوفق بظاهره لأنه حكم به أولا على البت ثم قوى الثبوت و الغرض نفي الخلاف صريحا ممن عثرنا عليه و أقصى ما هناك ظهور تردد (حجة) القائلين بالزوال أن التصرية من حيث هى غير موجبة للخيار بل هى موجبة لإظهار ما ليس فيه مما يوجب زيادة الثمن و الرغبة فإذا وجد ما أظهر لم يكن له خيار و على هذا فإذا ثبت أنها مصراة بالبيئنة أو الإقرار لم يكن له الخيار من دون اختبار لاحتمال ارتفاع التصرية بسبب من الأسباب فلا يثبت لزوال الموجب فتدبر (و من هنا) يعلم ما أشرنا إليه آنفا من انحصار الطريق فى الاختبار بالنقصان و لا فائدة للبيئنة و الإقرار عند من

جعل خيار التصريه كخيار الحيوان فالحظ ما ذكرناه آنفا في الأمر الثاني هذا و المخالف فيما نحن فيه المصنف هنا حيث قال و لو علم بالتصريه إلى آخره و الشهيد في (غايه المرام) حيث قال لو علم كونها مصراة قبل الحلب و بعد العقد ثبت له الخيار على الفور و إنما الثلاثة الأيام لمصلحته لتجوز أن يحلب في اليومين حلبا متساويا ثم ينقص عنه في الثالث فإنه يثبت له الخيار و ظاهر المقداد في (التنقيح) موافقته حيث نقل كلامه هذا ساكتا عليه و هو ظاهر (إيضاح النافع) و يشهد لهم الاعتبار لأن التصريه تدليس موجب لجواز الرد و قد ثبت فيكون مقتضاها ثابتا و قد يكون مرادهم أنه يسقط خياره بالتأخير كما هو الظاهر و قد يكون المراد أنه له أن يفور في الحال و لا- يحتاج إلى الاختبار كما هو الأظهر من عبارة (إيضاح النافع) فيكون الموافق لهم على ذلك كل من لم يوجب الاختبار و كل من قال ببقاء الخيار إذا زالت التصريه بعد ثبوتها بالبينه أو الإقرار إن كان هناك قائل بذلك و لعل المتردد أيضا موافق بل لعل بعض من قال بعدم بقاء الخيار بعد زوالها بعد ثبوتها كذلك موافق إن كان أطلق و لم يصرح بوجود الاختبار إذ قد يكون ممن يمنع الملازمه فلينعم النظر فإنه تحرير دقيق جدا و قد عرفت عند تحرير عبارة (التحرير) الحال في الفوريه التي في (التذكرة و الدروس و التحرير) لمكان التصريح في الأولين بامتداد الخيار هنا و ظهور الثالث في ذلك هذا غايه تحرير الفوريه فيما إذا ثبت التصريه بالبينه أو الإقرار في جميع عبارات الأصحاب بحيث لم تبق عبارة تحتاج إلى تنقيح (و حاصل) الكلام في الفوريه إن ثبت التصريه بالاختبار أنه إن كان في أثناء الثلاثة جاز له أن يفور و يرد و أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥٤

.....

لا يفور إلى انتهاء الثلاثة لكنه يترك التصرف فلو تصرف و لو بالحلب سقط خياره و إن كان الثبوت به في آخر الثلاثة فار كما هو مختار جماعة و عند آخرين أن لا خيار له إلا بعد الثلاثة لكنه على الفور أيضا و قد عرفت ضعفه و قلّه القائل به صريحا بل ندرته بل قد يكون منحصرا في (التذكرة) في موضع منها و إن وافقها الشهيد الثاني و بعض من تأخر عنه كشيخنا صاحب الرياض (و مما حررناه) في الفوريه في المقامين يعرف الحال فيما قاله في (جامع المقاصد) و الذي ينبغي علمه هنا أي فيما إذا ثبتت بغير الاختبار هو امتداد الخيار بامتداد الثلاثة لأنه خيار الحيوان كما صرح به الشيخ و تصرف الاختبار مستثنى دون غيره فمتى علم بالتصريه فشرط بقاء الخيار عدم التصرف فإذا انقضت الثلاثة فالخيار على الفور (انتهى) و هذا منه اعتراف بأن خيار التصريه خيار الحيوان إذا ثبتت بغير الاختبار فحاله حاله فيثبت قبل انقضاء الثلاثة و هذا الذي أشرنا إليه من أنه استقر رأيه عليه و ليعلم أنه قال في (التذكرة) إنه لو أسقط خيار الحيوان فإن خيار التصريه لا يسقط و هل يمتد إلى الثلاثة أو يكون على الفور إشكال و قرب الثاني المحقق الثاني و نسبه إلى شيخه في الشرح و غيره و لم نقف على ذلك في الشرح و غيره مع وفور التتبع و هو أدري و قال و كذا لو كان قد تصرف تصرفا يسقط خيار الحيوان قلت لا بد من تخصيص هذا التصرف في كلامه بالحلب لأن التصرف بغير الحلب يسقطهما و استشكله في (التذكرة) في الفوريه و تقريبها في (تعليق الإرشاد) و غيره قد يناهض حكيمهما بأنهما غيران إذ صريح كلامهم في هذا الفرع و غيره أن كلا من خيار الحيوان و خيار التصريه سبب مستقل في إثبات الخيار و أن المسأله من باب تعدد الأسباب و به صرح الشهيدان في (حواشي الكتاب) (و الروضه) و هو ظاهر (جامع المقاصد) حيث حكى كلام (التذكرة) ساكتا عليه و ظاهر (الدروس) أو صريحها خلاف ذلك كما هو صريح (غايه المرام) قال في (الدروس) يتقيد الخيار بالثلاثة لمكان خيار الحيوان صرح به الشيخ و روى العامة الثلاثة للتصريه و تظهر الفائدة لو أسقط خيار الحيوان (انتهى) (قلت) و إلى ذلك أشار في (الخلاف) و قال في (غايه المرام) مدة الخيار ثلاثة أيام و هل هي الثلاثة الثابتة للحيوان أو هي ثابتة للتصريه نص الشيخ على الأول و هو ظاهر (التحرير) و روى العامة أنها ثابتة للتصريه و تظهر الفائدة لو أسقط خيار الحيوان فإن قلنا بالمغايرة فخيار التصريه باق و إن قلنا بالاتحاد سقط (انتهى) و لعل ما عليه الأ-كثر أظهر و عبارة (المبسوط) و ما وافقها لا تأبى التنزيل على ذلك فينحصر الخلاف في ظاهر عبارة (الخلاف) و يلزم على القول



بأنها ثلاثة خيار الحيوان أن لا يبقى خيار مع التصرف بالحلب إلا أن يقال باستثناء هذا التصرف (فليتأمل) و القائل بأنهما من باب تعدد الأسباب يقول باتحاد الأحكام المترتبة عليهما إلا التصرف بالحلب فإن خيار التصرية إنما شرع على هذا الوجه ليعلم التصرية أو زوالها أو عدمها فله أن يختار قبل انقضاء الثلاثة و أن يؤخر إلى انتهائها و لكنه لا يتصرف بشيء بعد ثبوتها باختبار أو غيره و لا ينافى الاتحاد فى الأحكام زوال خيار التصرية إذا ثبت زوالها قبل الثلاثة لأن المدار على ما إذا كان هناك خيار تصرية (فتدبر) و ابتداء ثلاثة التصرية من حين العقد لا- من حين التفرق و عليك بإمعان النظر فى هذه المباحث فإنى لا- أجد أحدا حام حولها و قد قال فى (المسالك) و فى كلام الأصحاب فى المقام اختلاف كثير و المحصل ما ذكرناه و أنت إذا لحظت ما ذكره و ما ذكرناه عرفت الحال فيما حصله و ما حررناه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥٥

فإن زالت التصرية قبل انقضائها فلا خيار و يثبت لو زالت بعدها و لو كان المشتري عالما بالتصرية فلا خيار له

(قوله) (فإن زالت التصرية قبل انقضائها فلا خيار)

كما فى (الشرائع) و غيرها مما ذكرناه فيما سلف و هو معنى قوله فى (المبسوط) و إذا اشترى و هى مصراة فثبت لبنها و صار لبن عادة بتغير المرعى زال الخيار لأن العيب قد زال و مراده أنه ثبت لبنها قبل انقضاء الثلاثة و صار يدر على الحد الذى كان يدر مع التصرية و استمر كذلك إلى مجموع الثلاثة فكلامه ليس على إطلاقه لأن ما يحدث بعدها من زوال التصرية بعد ثبوتها فيها أو نقصان اللبن بعد ثبوت زوال التصرية فيها لا عبرة به أما الأول فلسبق ثبوتها كما سيأتى و أما الثانى فلأن الخيار نهاية استمراره إذا ثبت إلى آخر الثلاثة و بعدها يكون على الفور إذا حصل مقتضيه فلا بد أن يكون مقتضاه حاصلًا فى الثلاثة فلو اعتبرنا فى الاستمرار الزيادة على الثلاثة لوجب أن يثبت الخيار بعدها و هو باطل و قد سمعت ما فى (الخلاف و التنقيح) (و جامع المقاصد و المسالك) و قضية إطلاقهم فى هذا المقام من دون تفصيل من أحد منهم أن التصرية و زوالها يثبتان قبل الثلاثة و تقييد هذا الإطلاق بما إذا كانت التصرية ثابتة بغير الاختبار كأنه بعيد (فليتأمل) قال المحقق الثانى و فى استفادة ذلك أى التقييد المذكور من هذه العبارة خفاء قلت و أيضا قد عرفت أن البينة و الإقرار لا أثر لهما عند جماعة و عند آخرين لا بد معهما من اختبار و نقصان ما فكيف يصح حمل إطلاقهم فى المقام على ما إذا كانت التصرية ثابتة بغير اختبار من بيته أو إقرار (فليتأمل) فى ذلك و قد تقدم الكلام فى المقام مستوفى (قوله) (و يثبت لو زالت بعدها)

كما فى (الشرائع) و غيرها و هذا فرضه بغير الاختبار ظاهر لكنه يرد عليه ما ذكرناه الآن و يمكن فرضه بالاختبار أيضا بأن ينقص اللبن فى الثلاثة ثم يزيد بعدها على الحد الذى كان أولا فإنه لا يسقط الخيار السابق لسبق استقراره و يجب أن يحمل بقاؤه فى هذه الصورة على وجه لا ينافى الفورية بأن يصح الفسخ الفورى بعدها و إن تحقق الزوال بعد ذلك بمعنى أن الزيادة المتجددة لا تكون كاشفة عن بطلان الاختبار و لا مبطله له و يمكن مصاحبته لزمانها فى جاهل الفورية و الخيار و فى (الحواشى) المنسوبة للشهيد أن هذا يتصور فيما إذا كان الحالب البائع دون المشتري و لم يتصرف فيها بشيء و هو كما ترى كأنه لا يجدى وحده فى دفع الإشكال و هو أن الخيار إنما يكون بعد الثلاثة على الفور أو فى أثنائها و بعدها كذلك على اختلاف الرأىين فيما ثبتت تصريرتها فى زمن الثلاثة فكيف يمتد إلى الوقت الذى بعد الثلاثة الذى زالت فيه تصريرتها و صار اللبن فيه يدر على الوجه الذى كان يدر زمان التصرية و يستمر بحيث يصير لها عادة عرفا فيتحقق الزوال إذ ليس لتحقق زوال التصرية فى كلامهم مقدار معين فينبغى أن يكون ضابطه ما ذكرناه و كون الحالب هو البائع من دون تصرف من المشتري لعله لا يكون كافيا فى رفع ذلك إلا بفرض عدم علم المشتري بذلك كما إذا لم يعلم بالعيب القديم حتى زال أو لم تعلم الأمة بالعقد حتى عتق الزوج فتدبر

(قوله) (و لو كان المشتري عالما بالتصرية فلا خيار له)

من جهة التصرية كما فى (المبسوط) (و التذكرة) لإقدامه على ذلك و انتفاء التدليس فى طرفه و للشافعية قول بثبوت الخيار له لظاهر الخبر و لأنه لم يتحقق انقطاع اللبن فقد يبقى على حاله و لم يجعل ذلك رضا به كما إذا تزوجت بعنين ثم طالبت مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥٦

و لو علم بالتصرية قبل الثلاثة تخير على الفور و لو رضى بالتصرية ثم ظهر على آخر فإن كان حلبها فلا رد و إلا فله ذلك و لو شرط كثرة اللبن فى الأمة و الفرس و الأتان فظهر الخلاف فله الفسخ أما لو أشبع الشاة فامتلات خواصرها فظنها المشتري حبالاً أو سود أنامل العبد أو ثوبه فظنه كاتباً أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقه فظنها كثيرة اللبن فلا خيار لأنه لا يتعين فى الجهة التى يظنها و لو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلسة فلا شىء له

بالفسخ فإنه يثبت لجواز أن لا يكون عينا عليها و ليس بشىء و الأصل ممنوع بل لو حدث العنن بعد العقد فلا فسخ (قوله) (و لو علم بالتصرية «إلخ»)

قد تقدم الكلام فى ذلك

(قوله) (و لو رضى بالتصرية ثم ظهر على آخر فإن كان قد حلبها فلا رد)

كما فى (التذكرة و التحرير) للتصرف و الحلب إنما يغتفر فى الرد بالتصرية بل قد يظهر من آخر كلامه فى (التذكرة) الإجماع عليه حيث قال و عندنا أن ذلك يمنع الرد بأن تكون الإشارة إلى جميع ما سلف له و كأن الشهيد فى (الدروس) استظهر من (المختلف) أنه لا يقول بالرد فى المقام موافقة للشيخ فى (المبسوط) لأنه فى المبسوط قال بأن له الرد و يرد صاعاً من تمر أو بر بدل لبن التصرية و لا يرد اللبن الحادث لأن الخراج بالضمان و حكى فى (المختلف) عن القاضى متابعتة على الظاهر من عبارة (المختلف) فلم يقدم فى (الدروس) على المخالفة فاحتمل المنع من الرد احتمالاً و كأنه لم يلحظ (التذكرة و التحرير و الكتاب) و إنما لحظ (المختلف) فقط بل قد نقول إن قوله فى (المختلف) و هو المعتمد راجع إلى ما نحن فيه أيضاً بقريته احتجاجه بأنه قد تصرف بالحلب فليحظ عبارة (المختلف و الدروس) من أراد الوقوف على حقيقة الحال و قال فى (المبسوط) أيضاً ما حاصله من أنها لو لم تكن مصراة فظهر بها عيب بعد الحلب كان له الرد إن كان اللبن قائماً لم يستهلك ثم قال و قيل ليس له ردها لأنه تصرف بالحلب و قال فى (المختلف) بعد أن نقل عبارته كلها على طولها و حكى عن القاضى متابعتة إن القول بأن ليس له الرد هو المعتمد و اختاره أيضاً فى (التحرير) و اقتصر فى (الدروس) على حكاية ذلك عن المصنف و الموافق لما حررناه فيما سلف خلاف ما فى (المبسوط)

(قوله) (و لو شرط كثرة اللبن فى الأمة و الفرس و الأتان فظهر الخلاف فله الفسخ)

كما بيناه فيما سلف كما بينا الحال فيما لو أشبع الشاة فامتلات خواصرها أو سود أنامل العبد إلى آخر ما ذكره من أن التقصير و الذنب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه كثير تغرير لأن ذلك لا يتعين فى الجهة التى ظنها (قوله) (و لو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلسة فلا شىء له)

كما فى (التذكرة و جامع المقاصد) لأنه قد امتنع الرد بموتها و الأرش يتبع العيب و لا عيب و زاد فى (جامع المقاصد) أنها من ضمانه و قد يكون بنى على موتها بعد خيار الثلاثة و لم يعلم و الرد إنما هو بالتدليس (فتأمل) و فى حواشى الشهيد عن الفخر أنه فرض المسألة فى الخيار المضمون على البائع (فليتأمل) ثم إن المصنف تأمل فى سقوط الخيار بالتلف فى باب المراجعة فيما إذا تلف المبيع المكذوب فى الأخبار برأس ماله و المحقق الثانى و الشهيد الثانى قالوا بعدم السقوط هناك لأن التلف لا يصلح للمانع إذ مع الفسخ يثبت المثل أو القيمة و المغرور يرجع على من غره و الفرق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥٧

و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس

## [المطلب الرابع في اللواحق]

(المطلب الرابع في اللواحق) لو ادعى البائع التبري من العيوب قدم قول المشتري مع اليمين و عدم البيئه

بين ذلك و ما نحن فيه غير واضح (فليتأمل)

(قوله) (و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس)

قال في (جامع المقاصد) للاقتصار على موضع الوفاق و لأن هذا العيب من ضمان المشتري ثم تقييده بقبليته علمه غير ظاهر لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه لثبوت خياره و لم أظفر في كلام المصنف و غيره بشيء من ذلك

المطلب الرابع في اللواحق (قوله) (لو ادعى البائع التبري من العيوب قدم قول المشتري مع اليمين و عدم البيئه)

بلا-خلاف يعرف كما في (الرياض و الحدائق) و به صرح الشيخ في (النهاية) و ابن إدريس في (السرائر) و المحقق في (الشرائع و النافع) و المصنف في جملة من كتبه حتى (التبصرة) و الشهيدان في (الدروس و الحواشي و المسالك) و الفاضل المقداد و المولى الأردبيلي و الخراساني و غيرهم و لظهور هذا الفرع تركه جماعة و الحجة عليه الأصل المجمع عليه رواية و فتوى البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر و خبر جعفر بن عيسى ضعيف بالكتابة غير واضح الدلالة مع احتمال عدم مخالفته عند ملاحظة سياقه شاذ لا يلتفت إليه إن أبقى على ما لعله يظهر منه (قال) كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه تبرأ من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق إلا نقه الثمن فربما زهد فيه فادعى فيه عيوباً و أنه لا يعلم بها فيقول له المنادى قد تبرأت (برئت خ ل) منها فيقول المشتري لم أسمع البراءة منها أ يصدق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن فكتب عليه الثمن و المفهوم من سياقه أن إنكار المشتري وقع مدالسة لعدم رغبته فيه و إلا فهو عالم بتبري البائع و لذلك ألزمه الإمام عليه السلام بالثمن و نحن قد قدمنا الخبر المذكور في خيار العيب و المولى الأردبيلي و صاحب (الكفاية) جعلوا الخبر مؤيداً لعموم قولهم عليهم السلام البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر و هو غريب و ستمتع تحقيق الحال و كأن عبارة (النافع) هنا غير جيدة حيث قال لو تنازعا في التبري فالقول قول منكره لأن ذلك لا يحسن إلا إذا أمكن أن يكون كل من المتنازعين منكرًا و قد يمكن جعل البائع منكرًا كما فرضه الشيخ في (المبسوط) كأن يدعى المشتري ابتياعه السلعة و به عيب فيقول البائع بعته بريئاً من هذا العيب فله أن يحلفه و الله لا يستحق رده على لأنه قد يبيعه و به العيب ثم يسقط الرد بالرضا بالعيب إلى آخر ما قال في (المبسوط) إلا أنه قد لا يوافق عنوان (النافع) فتأمل جيداً فحينئذ يسترد المشتري الثمن و يرد المبيع إن لم يتصرف إن شاء و إن شاء أخذ الأرش و إن كان قد تصرف فله الأرش خاصة و يمين المشتري هنا على نفى العلم كما صرح به الشهيد في حواشيه و لعله لكونها على نفى فعل الغير لأن الإيمان أربعة يمين على إثبات فعل نفسه و يمين على نفى فعل نفسه و يمين على إثبات فعل غيره و يمين على نفى فعل غيره و كلها على القطع و البت إلا-الأخيرة فإنها على نفى العلم و ما نحن فيه من الأخيرة فلا معنى لما في (مجمع البرهان و الكفاية) إن لحظنا ذلك من قوله لم أسمع فتدبر لكن في (النهاية و السرائر) أنه يحلف أنه لم يبرأ إليه من العيوب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥٨

و يقدم قول البائع مع اليمين و عدم البيئه و شهادة الحال لو ادعى المشتري سبق العيب

و باعه مطلقاً أو على الصحة (فليتأمل) فيه

(قوله) (و يقدم قول البائع مع اليمين و عدم البيئه و شهادة الحال لو ادعى المشتري سبق العيب)

إذا ادعى المشتري سبق العيب على العقد أو القبض فأنكر البائع قدم قوله مع يمينه إذا لم يكن للمشتري بيئه و لم تشهد الحال بصدق

دعواه كأن تكون شهادة الحال مفيدة للقطع كما إذا كان العيب لا يجوز أن يكون حادثاً في يد المشتري مثل أن يكون إصبعاً زائدة أو قطع إصبع قد اندمل موضعه وقد اشتراه من يومه أو أمسه فيكون حينئذ القول قول المشتري من غير يمين وذلك كله خيرة (المبسوط) والتذكرة و الدروس و إيضاح النافع) (و الميسية و المسالك و الرياض) وقالوا إن قرينة البائع كذلك و ذلك كله قضية ما في (مجمع البرهان) (و تعليق النافع) حيث اشترطاً قطعياً القرينة بل قد يكون قضية عبارة (النافع) حيث قال ما لم يكن هناك قرينة تشهد لأحدهما إلا أنه لم يقيد القرينة بكونها مفيدة للقطع و الظاهر أنه مراد له كما يعطيه المفهوم و هذا (المبسوط) لم يصرح بالقطع في القرينة لكنه لما مثل بما يفيد و قبل قول من شهدت له من دون يمين علمنا أنه أراد بها المفيدة للقطع و كذلك (التذكرة) و أما (الدروس) و ما تأخر عنه فقد صرح فيها باعتبار إفادتها للقطع و استحسنة (١) «المحقق الثاني في (جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) لأن القرائن المثمرة للظن الذي لم يثبت من قبل الشارع اعتباره يبعد المصير إليها قال في (جامع المقاصد) و يستفاد من ذلك التعويل على ما أثمر القطع و اليقين في كل موضع كالشيع إذا بلغ مرتبة التواتر فأثمر اليقين انتهى (و فيه) نظر كما بيناه في كتاب القضاء و لم يقيد في (الشرائع و النافع و الإرشاد و الكفاية) كالكتاب شهادة الحال بإفادتها للقطع و يلزم من ذلك أنه لا بد من يمين المشتري معها حيث لم تفد القطع إن اعتبرناها لأن أقصى ما يقتضيه حينئذ أن ينقلب البائع مدعيًا للتأخر و المشتري ينكره (فتأمل) و قد يكونون أرادوا بها المفيدة للقطع كما هو الظاهر لمكان ما ذكرناه من العلة و كما أشرنا إليه آنفاً في عبارة (النافع) حيث احتملنا أنها كعبارة (المبسوط) و ما ذكر معه لمكان التصريح فيها بأن القرينة معتبرة في البائع و المشتري و لا كذلك عبارة (الشرائع) و ما ذكر معها كما ستعرف و قال الشهيد في (حواشيه) إن كان شاهد الحال للبائع لا بد من اليمين لأنه منكر و إن كان للمشتري فلا يحتاج إلى يمين لأن الحال تشهد له بسبق العيب على العقد كالبينة التي تشهد له بسبق العيب انتهى (فليتأمل) فيه لأنه أول كلامه قد يقضى بأن شاهد الحال ظني و آخره بأنه قطعي فليتدبر (و يعلم) أنه قال في (الشرائع) إذا لم يكن للمشتري بينة و لا شاهد حال فجعل شاهد الحال من ناحية المشتري و نحوها عبارة (الإرشاد) مع احتمالها كعبارة الكتاب رجوع شاهد الحال إلى البائع و المشتري كما احتمله المحقق الثاني في (تعليق الإرشاد) و قد سمعت عبارة (النافع) و لم يتعرض لشهادة الحال في (النهاية و السرائر و التبصرة) و حيث يحلف البائع يحلف على القطع بعدم العيب عنده لا على عدم العلم مع ممارسته للمبيع قبل البيع و اختباره و اطلاعه على خفايا أحواله قولاً واحداً كما في (الرياض) و بذلك كله ما عدا الإجماع صرح في (التذكرة) (و جامع المقاصد و الميسية و المسالك) و أشار إليه في (المبسوط) و مرادهم أنه إذا ادعى المشتري أنه باعه و به هذا العيب و أجابه البائع بأني بعته سليماً منه خالياً عنه حلفه الحاكم على القطع فيحلف كذلك

(١) أي اعتبار القطع في القرينة (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٥٩

و الخيار ليس على الفور فلا يسقط إلا بالإسقاط و لو علم العيب و تطاول زمان السكوت و لا يفتقر في الفسخ إلى حضور الغريم و لا الحاكم و يتخير المشتري بين الرد و الأرش لو تجدد العيب قبل القبض و بعد العقد على رأى

إذا كان قد اختبره و لا- يكتفى منه بالحلف على نفى العلم و في (التذكرة و الميسية و الرياض) أنه لو لم يكن قد اختبره اكتفى منه بالحلف على نفى العلم و استحسنة في (المسالك) و قال إن على المشتري إثباته بالبينه و معناه أن هذا الحلف لا يسقط الدعوى بالكلية بل لو ظفر بعد ذلك بينة أقامها و سمعت و هذا أحد الاحتمالين أو القولين في مثل المسألة و لعل الأقرب أن لا يكتفى بذلك منه فيرد الحاكم اليمين على المشتري فيحلف فيرد أو يأخذ الأرش و احتمال جماعة فيما نحن فيه أي ما إذا لم يختبره أنه يحلف على القطع عملاً بأصالة العدم و بناء على ظاهر السلامة كما يحلف على عدم النجاسة في الماء استناداً إلى أصالة عدمها هذا كله فيما إذا

أجابه بنفى العيب و أما إذا أجابه بأنك لا تستحق الرد على بهذا العيب فإنه جواب صحيح يجب على الحاكم استماعه و إحلافه على ذلك كما صرح به فى (المبسوط) و تمام الكلام فى كتاب القضاء و كلامهم فى المقام لا يخلوا عن إجمال و ليس فى (النهاية و السرائر) إلا قولهما كان على البائع اليمين بالله إن باعه صحيحا لا عيب فيه و عن أبى على أنه إن ادعى البائع أنه حدث عند المشتري أحلف المشتري إن كان منكرا حكاه عنه فى (المختلف)

(قوله) (و الخيار ليس على الفور)

أى خيار العيب و هذا هو المعروف فى المذهب لا نعلم فيه خلافا كما فى (المسالك و الحقائق) و المعروف بين الأصحاب كما فى (المفاتيح) و الظاهر أنه لا- خلافاً فيه كما فى (الكفاية) و كأنه لا- خلافاً فيه كما فى (مجمع البرهان) و فى (الرياض) أنه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة نفى الفورية عن هذا الخيار و قال فى (المسالك) جعله فى (التذكرة) أقرب و هو يشعر بخلاف لكن لا نعلم قائله (قلت) قائله السيد حمزة أبو المكارم فى (الغنية) و أبو جعفر محمد الطوسى فى (الوسيلة) و قد تكرر من المصنف فى (التذكرة) ذكر أن الخيار ليس على الفور فى عدة مواضع (أحدها) ما أشار إليه فى (المسالك) و لم ينسب (الخلاف) فى بعضها إلا إلى الشافعى قال فى (الغنية) (ثانيها) أى المسقطات تأخير الرد مع العلم بالعيب لأنه على الفور بلا خلاف انتهى (قلت) التراخي ظاهر (المقنعة و النهاية و المبسوط و السرائر) و غيرها و هو كثير بل قد صرح فى الثلاثة الأول بأن له الرد مع التصرف فى مواضع قد بينها فيما سلف و هو أى التراخي صريح (الشرائع و الإرشاد) و شرحه لفخر الإسلام (و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) و غيرها مما عرفته (كالمسالك) و إن احتمل الفورية (و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض) و مستندهم عموم أدلة ثبوت الخيار من دون تقييد و الخبر الذى رواه الجمهور الوارد فى رجل اشترى غلاما فى زمن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و كان عنده ما شاء الله ثم رده من عيب و جده به و قد ذكرناه فيما سلف حيث استدل به فى مقام آخر و يريد بقوله فلا يسقط إلا بالإسقاط أن ذلك عام ما لم يتصرف و حاول بلو الوصلية الرد على المخالف من العامة و أما عدم افتقار الفسخ إلى حضور الغريم أو الحاكم فلا خلاف فيه بين أصحابنا كما حكاه جماعة و إنما حكى الخلاف عن أبى حنيفة كما نبهنا على ذلك فيما سلف

(قوله) (و يتخير المشتري بين الرد و الأرش لو تجدد العيب قبل القبض بعد العقد على رأى)

قد تقدم الكلام فى ذلك مسبقا بما لا مزيد عليه فى المطلب الثانى فى أحكام

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦٠

و لو قبض البعض و حدث فى الباقي عيب فله الأرش أو رد الجميع دون المعيب على إشكال و كل عيب يحدث فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار فإنه لا يمنع الرد فى الثلاثة و ترد الجارية و العبد من الجنون و الجذام و البرص و إن تجددت ما بين العقد و السنة و إن كان بعد القبض ما لم يتصرف المشتري فإن تصرف و تجدد أحد هذه على رأس السنة فله الأرش

بيع الحيوان فى أول الكتاب و تكلمنا فى ذلك أيضا عند شرح قوله و لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد

(قوله) (لو قبض البعض و حدث فى الباقي عيب فله الأرش أو رد الجميع دون المعيب على إشكال)

أما تخيره بين الأرش بالنسبة إلى الجميع و رد الجميع فقد تقدم أنه يشمله إطلاق إجماع (الخلاف) و أخباره المرسله فيه و نص الأصحاب عند شرح قوله و لو ابتاع شيئين صفقة بالإشكال إنما هو فى رد المعيب وحده و جعل منشأه فى (الإيضاح) من وجود العلة فيه و من التبعض الذى هو عيب و لم يرجح و الأقوى أنه ليس له رده كما فى (حواشى) الشهيد على الكتاب و هو الأصح كما فى (جامع المقاصد) لأن المعيب له أن يرد به بعيه الحادث فى وقت كونه مضمونا فإذا اختار رده و جب رد الباقي حذرا من تبعض الصفقة على البائع (قولكم) إن سبب الرد هو العيب الحادث فى البعض و قد حدث حين كان ذلك البعض مضمونا وحده فيتعلق به جواز الرد دون المقبوض (قلنا) فيه إن حدوث العيب فى غير المقبوض إنما يقتضى جواز رده لا بشرط كونه وحده فلم يؤثر فى غير المقبوض

حكما من رد و عدمه فكان مقتضى وحده الصفقة بحاله فلا يجوز تبويضها إلا بالتراضى (فإن قلت) إنه هو قد أدخل الضرر على نفسه بتسليم البعض المستلزم للتفريق (قلنا) إن الملازمة ممنوعة و مثله ما لو أراد المشتري رد الجميع و لم يرض البائع إلا برد المعيب وحده فإننا نحكم برد الجميع لما عرفت

(قوله) (و كل عيب يحدث فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار فإنه لا يمنع الرد فى الثلاثة)

قد تقدم الكلام فى المسألة فى المطلب الثانى فى الأحكام من الفصل الأول فى الحيوان من الفصل الثالث فى أنواع المبيع عند شرح قوله و لو تجدد فيه عيب من غير جهة المشتري فإن كان فى الثلاثة تخير و قد استوفينا الكلام فيها أكمل استيفاء (قوله) (و ترد الجارية و العبد من الجنون و الجذام و البرص و إن تجدد ما بين العقد و السنة و إن كان بعد القبض ما لم يتصرف المشتري فإن تصرف و تجدد أحد هذه على رأس السنة فله الأرش)

حكى فى (الغنية) الإجماع على أن الرقيق عبدا كان أو أمه يرد من الجنون و الجذام و البرص إلى مدة سنة إذا لم يمنع من الرد مانع و نسب تارة فى (السرائر) إلى أصحابنا أن الرقيق يرد من هذه الثلاثة عيوب إذا وجدت فيه ما لم تمض سنة من وقت الشراء و تارة حكى عليه الإجماع و تارة نسبه إلى حكم الشارع و نفى الخلاف عندنا فى (التذكرة) عن أن الجنون عيب يوجب الرد إلى سنة و ظاهرها الإجماع أيضا فى البرص و الجذام و قال فى (المبسوط) روى أصحابنا أن هذه الأحداث أى الثلاثة المذكورة يرد منها إذا ظهرت بعد البيع و لو كان إلى سنة انتهى و بالحكم المذكور فى الثلاثة المذكورة صرح فى (المقنعة و النهاية و الوسيلة و التحرير) (و الإرشاد و المفاتيح و جامع الشرائع و الدروس) مع زيادة القرن فى الأخيرين كما حكاها فى (التحرير)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦١

.....

عن أبى على و فى (المسالكة) أنه المشهور و هو غريب إذ لا رابع لهم فيما أجد و لم يزد فى (الشرائع) على أن نسب زيادة القرن إلى رواية على ابن أسباط و محمد بن على و الثلاثة الأول إلى رواية أبى همام و مثله صنع صاحب (الكفاية) و فى (المقنعة و النهاية و الإرشاد و التحرير) إلى سنة لا أزيد و فى (الوسيلة) و لو يوما قلت فلو ظهرت بعد السنة فلا رد إلا أن يظهر قبل القبض و مرادهم أن هذه الأمراض إذا حدثت ما بين البيع و تمام السنة يرد بها المملوك و إن لم يكن الرد فى السنة لأن خيار العيب ليس على الفور و بعض الأخبار و العبارات قد تدل على خلاف ذلك كما نبه على ذلك فى (المسالكة) و أما أخبار الباب فهى صحيحة إسماعيل أبى همام ابن همام قال سمعت الرضا عليه السلام يقول يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون و الجذام و البرص فقلت كيف يرد من أحداث السنة قال هذا أول السنة فإذا اشترت مملوكا به شىء من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجّة فرده على صاحبه و لعل المراد بأول السنة المحرم كما يدل عليه ما يأتى و مثله رواية يونس حيث اقتصر فيها على الثلاثة و ما رواه الشيخ عن محمد بن على و هو مجهول و احتمال المولى الأردبيلي أنه الحلبي قال سمعت الرضا عليه السلام يقول يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون و البرص و القرن قال قلت و كيف يرد من أحداث السنة فقال هذا أول السنة يعنى المحرم فإذا اشترت مملوكا فحدث فيه من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجّة رددت على صاحبه و لعل المراد بقوله عليه السلام هذا أول السنة كون العقد فى ذى الحجّة فيتم السنة إلى ذى الحجّة الآتية و قد يكون المراد أن العقد فى المحرم فيكون المراد بذى الحجّة آخره و قد ترك فيه الجذام و ما رواه فى الكافي عن على بن أسباط قال الرضا عليه السلام و أحداث السنة ترد بعد السنة قلت ما أحداث السنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه فليلاحظ التوفيق بين صدره و عجزه و قد زيد فيه القرن على الثلاثة الأخر كخبر ابن فضال ترد الجارية من أربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدبة إلا أنها تكون فى الصدر يدخل الظهر و يخرج الصدر (فليتأمل) فى الخبر و لما كان المعروف من الحدبة أن تكون فى الظهر

قال إلا أنها تكون في الصدر يعنى التي ترد منها ما تكون في الصدر و في بعض النسخ لأنها فيكون تعليلا للرد و ما رواه في الخصال في الموثق عن ابن فضال عن أبي الحسن عليه السلام أنه قال في أربعة أشياء خيار سنة الجنون و الجذام و البرص و القرن فقد ذكر القرن في أربعة أخبار أعرض عنها المعظم و في حسنة عبد الله بن سنان و عهدته السنة من الجنون فما كان بعد السنة فليس بشيء و روى الوشاء أن العهدة في الجنون وحده إلى سنة و المقدس الأردبيلي استشكل في عد البرص لورود أن العهدة فيه ثلاثة أيام في حسنة عبد الله بن سنان المتقدم ذكرها و ليس بشيء لوروده في هذه الأخبار مع العمل بها و الإجماع عليه و يشبه أن يكون البرص في الرواية المذكورة تحريف مرض لكنه بعيد جدا و استشكل في (المسالك) في الجذام قال لأنه يوجب العتق على المالك قهرا و حينئذ فإن كان حدوثه في السنة دليلا على تقدمه على البيع لما قيل في تعليل الرد بهذه الأحداث من أن وجودها في السنة دليل على حدوثها قبل البيع لأنها تكمن في البدن سنة ثم تخرج فيكون عتقه على البائع فيكشف ظهوره عن بطلان البيع فلا يتجه الخيار و إن عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجبا لعتقه قبل أن يختار الفسخ إذ ليس له اختياره حتى يتحققه و متى تحققه حكم بعتقه شرعا قبل الفسخ فيشكل جوازه بعد العتق (ثم) قال و يمكن حله بأن الحكم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦٢

.....

بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل كما هو ظاهر النص و لا يكتفى بوجوده في نفس الأمر فلا يعتق على البائع قبل بيعه لعدم ظهوره و لا- بعده قبل الفسخ لعدم ملكه و عتقه على المشتري موقوف أيضا على ظهوره و هو متأخر عن سبب الخيار فيكون السابق مقدا فيتخير فإن فسخ عتق على البائع بعده و إن اختار الإمضاء عتق على المشتري بعده فينبغي تأمل ذلك (قلت) قد تأملنا ذلك فلم نعرف الوجه الوجه في تأخر ظهوره عن سبب الخيار إذ الظاهر أن سبب الخيار ظهور أحد هذه الخصال كما يظهر من الأخبار و لعله في (المسالك) لحظ العلة و جعل السبب وجوده في نفس الأمر و على كل حال فذلك منه ترجيح لجانب هذه الأخبار (فليتأمل جيدا) و هذا شيء نبه عليه في (السرائر) قال إن الدليل على ذلك الإجماع و قد دل على ذلك فقلنا به و ما بنا حاجة إلى ما قاله شيخنا في (مقنعتة) من أن حصول هذه الأمراض يتقدم ظهورها سنة و لا يتقدمها بأكثر من ذلك لأن هذا يؤدي إلى بطلان البيع لأن البائع باع ما لا يملك لأن الرقيق يعتق بالجذام من غير اختيار مالكة و إنما الشارع حكم بأن الرقيق يرد من هذه الثلاثة العيوب ما لم يتصرف فيه ما بين شرائه من سنة (انتهى) لكننا لم نجد في (المقنعة) ما حكاها عنها و قد عرفت أن الاعتبار إنما هو بالظهور فليلحظ كلامه و لم يذكر في (المقنعة) (و النهاية و الوسيلة و الغنية) أن التصرف مسقط للرد غير أن في (الوسيلة) ما لم يحدث عنده عيب آخر و في (الغنية) ما لم يمنع منه مانع و قد يريد به العيب و لعله أنسب بالاعتبار و إطلاق الأخبار لبعده عدم التصرف في مملوك يشتري للخدمة بشيء أصلا و عدم التفصيل في مثله يفيد العموم فلا يكون التصرف هنا مانعا من الرد كالمصرأة و الجارية الحامل لكنه قال في (السرائر) و إن خطر بالبال و قيل الفرق بينها يعني هذه الثلاثة و بين غيرها من العيوب هو أن غيرها بعد التصرف ليس للمشتري فيها الرد و هذه العيوب الثلاثة له الرد بعد التصرف قلنا له هذا خلاف إجماع أصحابنا و مناف لأصول المذهب لأن الإجماع حاصل على أن بعد التصرف في المبيع يسقط الرد بغير خلاف بينهم و الأصول مثبتة مستقرة على هذا الحكم ثم أخذ في بيان المسألة الأصولية و هي أن المطلق يقيد بالعرف و الشرع و أطال في بيان ذلك قال ليسلم هذا الإجماع و الأصول الممهدة المقررة و قضيه كلامه أنه إجماع استنباطي و قد وافقه على ذلك يحيى بن سعيد و المصنف هنا و في (التحرير و الإرشاد) و الشهيدان في (الدروس و المسالك) و هو ظاهر (جامع المقاصد) و تأمل في ذلك المقدس الأردبيلي و في (الكفاية) أن المسألة مشكلة و في (الشرائع) هذا الحكم يثبت مع عدم الإحداث فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش و سقط الرد و اعترضه في (المسالك) بأن مطلق التصرف مانع من الرد كغيرها من العيوب و إن لم توجب تغييرا و قد حكم المصنف أيضا هنا بأن له مع التصرف الأرش كما في (السرائر و الإرشاد و

(الدروس) و ظاهر (جامع المقاصد) و استشكل فيه فى (التحرير) و حكم به فى (الوسيلة) مع حدوث عيب آخر و قد تقدم الكلام فى التصرف المسقط و غيره و الاحتجاج على أن الأرش يثبت معه بما لا مزيد عليه و حيث انتهى الكلام فى المسألة و أطرافها فعد إلى عبارة الكتاب فقوله و تجدد أحد هذه على رأس السنة لعل المراد به ما حدث فى الجزء الأخير منها و على ذلك ينزل قوله عليه السلام و أحداث السنة ترد بعد السنة ليوافق عجزه و يصدق الرد بعد السنة و أنه على رأسها و صاحب (الوافى) قال بعد السنة أى بعد أيامها و شهورها و البعد الذى يإزاء قبل لا يلائم آخر الحديث و الأخبار الأخر و لو قال المصنف إلى بدل على لكان أولى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦٣

و لو زاد البيع ثم علم بالعيب السابق فله الرد و الزيادة المنفصلة له و المتصلة للبائع (١) و لو باع الوكيل فالمشترى يرد بالعيب على الموكل (٢) و لا يقبل إقراره على موكله فى تصديق المشتري على تقدم العيب مع إمكان حدوثه (٣) فإن رده المشتري

(قوله) (و لو زاد المبيع ثم علم بالعيب السابق فله الرد و الزيادة المنفصلة له و المتصلة للبائع)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله و مثله كما فى الشاة المصراة و قد جزم هنا بأن الزوائد المنفصلة للمشتري و استشكل فى زوائد المصراة و قد بينا الحال فى زوائد المصراة و الشهيد فى حواشيه احتمل الفرق بأن الفسخ فى التصريه يجعله من أصله و لا كذلك هنا و بأن ذلك على الفور و هنا على التراخي و هما ليسا بشيء و الفرق ما أشرنا إليه فى التصريه من أن الأصل عدم وجود لبن آخر فليرجع إلى ما ذكرناه هناك من وجهى الإشكال و غيرهما و لا فرق بين الزوائد الحادثة قبل القبض و الحادثة بعده إذا كان الرد بعد القبض و إن كان قبله فكذلك عندنا كما فى (التذكرة) و فى (التحرير) لو حصل النماء قبل القبض قال الشيخ يكون النماء للبائع و عندى فيه نظر قلت هذا قاله فى (المبسوط) قال و إن حصل من المبيع نماء قبل القبض كان ذلك للبائع إذا أراد الرد بالعيب لأن ضمانه على البائع لظاهر الخبر يعنى قوله عليه السلام الخراج بالضمنان لكنه فى مقام آخر جعل النماء تابعا للملك قال كل هذا له لأنه ملكه فله فائدته و عليه مؤنته و فى (الدروس) أن الفسخ يقتضى رفع العقد من حينه فالنماء المتجدد بين العقد و الفسخ للمشتري لأن الخراج بالضمنان (و يشكل) إذا كان المبيع مضمونا على البائع كما لو كان فى يده أو فى مدة خيار المشتري بسبب الشرط أو بالأصل كخيار الحيوان و لو جعلنا النماء تابعا للملك لا للضمنان فلا إشكال أنه للمشتري على كل حال (قلت) و أنت قد عرفت الحال فى ذلك و أن الشيخ تارة جعله تابعا للضمنان و تارة للملك و يظهر منهم فى باب أحكام التسليم إطباقهم على تبعيته للملك كما ستسمعه و قد عرفت أيضا أن من الزوائد المنفصلة كسب العبد و قد نفى الخلاف فى (المبسوط) عن كونه للمشتري إذا حصل بعد القبض ثم قال إن التاج و الثمرة للمشتري أيضا (قلت) و من الزوائد المنفصلة مهر الجارية الموطوءة بالشبهه و أجره الدابة من غير إذن المالك و حمل الدابة إلى غير ذلك و على رأى الشيخ ينبغى أن يكون الحمل كالمتصلة و إن تجدد فى ملك المشتري لأنه عنده كالجزة كسمن الرقيق و كبر الشجرة و تعلم الصنعة و نحو ذلك

(قوله) (و لو باع الوكيل فالمشترى يرد بالعيب على الموكل)

لأن المعيب ملك للموكل و الوكيل نائب عنه و قد بطلت و كالتة بفعل ما أمر به فلا عهده عليه و الوكالة عقد جائز فله عزل نفسه فى كل وقت فلا يثبت وجوب الرد عليه كما هو ظاهر

(قوله) (و لا يقبل إقراره على موكله فى تصديق المشتري على تقدم العيب مع إمكان حدوثه)

لا يقبل إقراره على موكله مطلقا فإذا امتنع حدوث العيب فثبوته ليس من جهة قبول إقرار الوكيل بل للقطع بالتقدم قال فى (المبسوط) إذا وكل وكيلا فى بيع عبده فباعه فأصاب المشتري به عيبا فرده على الوكيل فهل للوكيل رده على موكله فيه أربع مسائل (أحدها) رده بعبء لا يحدث مثله عند المشتري كالإصبع الزائدة فله رده على الموكل لأنه رده على الوكيل بغير اختياره (الثانية) ما إذا أقم المشتري البينة أنه كان به قبل القبض فله رده أيضا إن كان العيب مما يحدث مثله لأنه عاد إليه أيضا بغير اختياره



(قوله) (فإن رده المشتري (٤)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦٤

على الوكيل لجهله بالوكالة لم يملك الوكيل رده على الموكل لبراءته باليمين (١) و لو أنكر الوكيل حلف (٢) فإن نكل فرد عليه احتمال عدم رده على الموكل لإجرائه مجرى الإقرار (٣) و ثبوته لرجوعه قهرا كالبينة (٤)

على الوكيل لجهله بالوكالة لم يملك الوكيل رده على الموكل لبراءته باليمين)

قال في (المبسوط) إذا لم يكن للمشتري بينة و العيب مما يمكن حدوثه فادعى على الوكيل أنه كان به قبل القبض فصدقه الوكيل فيه فرده عليه لم يكن للوكيل رده على الموكل لأنه عاد إليه باختياره قلت لأن إقراره لا ينفذ عليه إن أنكر أى الموكل و يبرأ باليمين على نفى سبق العيب على البت لأن للوكيل تحليفه أى الموكل على ذلك لأنه يدعى أنه مظلوم بإنكار البائع سبق العيب مع جهل المشتري الوكالة فله أن يدفع الظلامة عن نفسه بطلب اليمين لأنه ربما أقر بالسبق عند عرضه عليه فلندفع الظلامة فلو رد اليمين حينئذ على الوكيل فحلف على السابق أزم الموكل به و هذا كله إذا لم يمكن الوكيل إقامة البينة على كونه و كيلا و لم يدع عليه العلم بالوكالة أو ادعى و حلف المشتري على نفى العلم بها

(قوله) (و لو أنكر الوكيل حلف)

أى لو أنكر الوكيل سبق العيب و لم يصدق المشتري و الحال أن المشتري جاهل بكونه و كيلا و لم يمكنه إثبات ذلك حلف الوكيل على عدم تقدم العيب ليسلم من الظلم برد المعيب عليه فحلفه للدفع عن نفسه لا- لنفى ذلك عن الموكل كما أشار إلى ذلك في (المبسوط و الخلاف) و هل يملك المشتري حينئذ تحليف الموكل لكونه مقرا بالتوكيل لإمكان أن يقر عند عرض اليمين عليه فيستحق الرد عليه الظاهر العدم لأن دعواه على أحدهما تنافى دعواه على الآخر مع احتمال مؤاخذه له بإقراره

(قوله) (فإن نكل فرد عليه احتمال عدم رده على الموكل لإجرائه مجرى الإقرار)

قال في (المبسوط) فإن نكل الوكيل رددنا اليمين على المشتري فإن حلف رده أى المبيع على الوكيل فإذا رد عليه لم يكن له رده على الموكل لأنه عاد إليه باختياره و لعله معنى ما علله به المصنف من أن اليمين المردودة تجرى مجرى الإقرار و إقرار الوكيل بسبق العيب لا يمضى على الموكل فاليمين الجارية مجراه كذلك

(قوله) (و ثبوته لرجوعه قهرا كالبينة)

أى و يحتمل أنه يثبت للوكيل حينئذ رده على الموكل لرجوع الحلف بالرد على المدعى قهرا بالنسبة إلى المنكر فأشبه البينة و هذا بناء على أن اليمين المردودة كالبينة و ما قامت به البينة محكوم به لا محالة و الذى يدل على أن اليمين المردودة كالبينة أنها ترد على المدعى و لو قهرا بالنسبة إلى المنكر فأشبهت البينة من هذه الجهة و لو لا أن اليمين المردودة كالبينة ما ثبت بها دعوى المدعى لأن المدعى إنما يطلب منه البينة و قال في (الإيضاح) فى باب القضاء إن هذا القول قواه الأكثر و قد فرغوا على القولين فى باب القضاء فروعاً كثيرة منها هذا الفرع الذى نحن فيه و قد يقال إن اليمين المردودة قسم برأسه كما رجحناه فى باب القضاء إن لم يكن خرقاً للإجماع و الشيخ فى (المبسوط) أهمل هنا الاحتمال الثانى الذى ذكره المصنف و قد أورد فى (جامع المقاصد) هنا (إشكالا) قال و فى بناء رد المعيب على الموكل فى هذا الحال على كون اليمين المردودة كالبينة نظر لأن البينة فى هذه الحالة على سبق العيب غير مسموعة من الوكيل و لا موجبة للرد على الموكل لأن الوكيل ينكر سبق العيب فهو معترف بأن المشتري ظالم و قال عليه السلام من ظلم لا يظلم (و فيه) أن ذلك مبنى على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦٥

و لو اشترى بشرط البكارة فادعى الثبوت حكم بشهادة أربع من النساء الثقات (١) و لو رد المشتري السلعة لعيب فأنكر البائع أنها سلعته

قدم قوله مع اليمين (٢) و لو ردها بخيار فأنكر البائع أنها سلعته احتمال المساواة و تقديم قول المشتري مع اليمين لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بخلاف العيب (٣)

أن اليمين المردودة تكون بمنزلة بينة المنكر الراد لها و المعروف بينهم أن يمين المدعى حيث ترد عليه هل هى بمنزلة بينة أو بمنزلة إقرار المنكر فليلاحظ كلامه فى (جامع المقاصد) فى المقام و قد حكيناها برمته (و قد أجاب) عن ذلك بأنه يمكن أن يكون إنكاره لسبق العيب على وجه الاستناد إلى الأصل بحيث لا ينافى ثبوته و لا دعوى ثبوته كأن يقول فى الجواب لا حق لك على من جهة هذه الدعوى إذ ليس فى المبيع عيب لك على الرد به فإنه حينئذ لا يمتنع تخريج المسألة على القولين المذكورين انتهى (فليتأمل) (قوله) (و لو اشترى بشرط البكارة فادعى الثبوة حكم بشهادة أربع من النساء الثقات)

كما ذكر ذلك فى (التذكرة) و فى (التحرير) اكتفى بواحدة ثقة و قال فلو وطئها و قال لم أجدها بكرا كان القول قول البائع مع اليمين (انتهى) و هو موافق للاعتبار و شهادتهن بالثبوة إنما تفيد إذا شهدن بها قبل البيع أما لو شهدن بالبكارة فى الحال اندفعت دعوى المشتري و المراد بالنساء الثقات المتصفات بالعدالة و قد عرفت حكم المسألة فيما سلف أعنى ما إذا شرط البكارة فثبت سبق الثبوة و قد استوفينا فيها الكلام فى نقل الأدلة و الأقوال عند شرح قوله و الثبوة ليست عيبا (قوله) (و لو رد المشتري السلعة بعيب فأنكر البائع أنها سلعته قدم قوله مع اليمين)

كما فى (التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد) فى أثناء كلام له لأن المشتري يدعى ثبوت الموجب للفسخ و هو العيب و الأصل عدمه كما أن الأصل عدم كونها سلعة البائع فقد اجتمع أصلا و لم يتفقا على ثبوت مقتضى الفسخ كما فى المسألة الآتية (قوله) (و لو ردها بخيار فأنكر البائع أنها سلعته احتمال المساواة و تقديم قول المشتري مع اليمين لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بخلاف العيب)

كما صرح بذلك كله فى (التذكرة) و وجه مساواة هذه المسألة للسابقة فى تقديم قول البائع أصالة براءة الذمة من حق المطالبة قاله الشهيد و اشتراكهما فى كون البائع منكر كونها سلعته و الأصل عدم كون المأتمى به عين ماله فالحكم فى المسألتين مستند إلى أصالة عدم كونها سلعته و إن تأيد الحكم فى الأولى بالأصل الآخر إذ النزاع إنما وقع فى أن السلعة هى هذه أم لا و لا دخل لذلك فى بقاء الخيار و لا عدمه حتى لو فسخ فى هذه الحالة لحكمنا بصحة الفسخ و كان قاضيا عليه ببقاء السلعة فإذا حلف البائع على نفى كونها سلعته طوالب بإحضارها فالأظهر ترجيح المساواة كما فى (جامع المقاصد) و تقديم قول المشتري مع اليمين خيرة (الإيضاح و الدروس) و حكاها فى حواشى الكتاب عن ابن المتوج ساكتا عليه (و وجهه) ما ذكره المصنف من اتفاقهما على استحقاق الفسخ و لا يلتفت إلى إنكار البائع لأنه يقتضى عدم الفسخ بخلاف مسألة العيب لعدم اتفاقهما على مقتضى الفسخ و قد عرفت أن فرض المسألة لا يقتضى تنازعهما فى ثبوت أصل الخيار و إنما النزاع فى أن السلعة هذه أم لا و إنكار كون هذه هى السلعة لا يفرض إلى سقوط الخيار لإمكان فسخ المشتري و الحال هذه إذ كون السلعة غير هذه لا يمنع من الخيار نعم بعد الفسخ يصير النزاع فى أن هذه عين مال البائع أم لا و ترجيح جانب المشتري

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦٦

و لو كان المبيع حليا من أحد النقددين بمساويه جنسا و قدرا فوجد المشتري به عيبا قديما (١) و تجدد عنده آخر لم يكن له الأرش و لا الرد مجانا و لا مع الأرش و لا يجب الصبر على المعيب مجانا (٢)

فيه مشكل لأن البائع منكر و الأصل عدم كونها سلعته كما عرفت و قد أوضح ذلك فى (جامع المقاصد) و قال فى (الإيضاح) الاختلاف فى موضعين أحدهما خيانة المشتري بتغيير السلعة فالبائع يدعيها و الأصل عدمها و مثل ذلك قال الشهيد فى حواشى

الكتاب و قال في (جامع المقاصد) إنه ليس بشيء لأن كل مدعيين يدعى أحدهما خيانه الآخر فلو أثر ذلك لأثر فيما إذا ادعى عليه مالا- فأنكره فإنه يدعى خيانه بإنكاره و هذا ساقط و الاعتبار بقوله عليه السلام اليمين على من أنكر انتهى فليتأمل (الثاني) سقوط الخيار الثابت للمشتري فالبائع يدعيه و الأصل عدمه (و قد عرفت) مما تقدم أن النزاع ليس فيه كما نبه على ذلك كله في (جامع المقاصد)

(قوله) (و لو كان المبيع حليا من أحد النقيدين بمساويه جنسا و قدرا فوجد المشتري به عيبا قديما)

إذا اشترى حليا من فضة أو ذهب كما إذا اشترى سوارا من فضة مثلا- وزنه مائة درهم بمائة درهم ثم اطلع على عيب قديم فيه من جنسه كخشونة الجواهر و سواد الفضة تخير بين الرد و الإمساك من دون أرش لأنه لو أخذ الأرش لنقص الثمن عن وزن السوار فيصير الثمن المساوي لوزنه يقابله ما دون السوار و ذلك عين الربا كما نص عليه في (المبسوط) (و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس) و غيرها في المقام و قد تقدم في باب الصرف تمام الكلام في ذلك و أما إذا تصرف فيه ففيه الإشكال الآتي (و الحل) بالضم و التشديد أو بالفتح و التخفيف و في (الإيضاح) و إنما فرض المصنف المسألة في الحل لأنه لو لم يكن حليا ضمنه بالمثل معيبا بالقديم سليما عن الجديد لكن الحل من ذوات القيم و مثله قال الشهيد في حواشيه و لعلهما أرادا أن الصنعة مما تضمن كما بينوه في باب الغصب لكنه قال في (التذكرة) و هذه المسألة لا تختص بالحلي و النقيدين بل تجرى في كل ربوي بيع بجنسه و قال في (التحرير) و كذا لو باع قفيزا مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما فيما أخذه عيبا ينقص القيمة دون الكيل و عنون المسألة في (الدروس) بما لو اشترى ربويا بجنسه و ظهر عيب من الجنس فعمل فرضها في (المبسوط) في الإبريق من الفضة و في (جامع الشرائع) بالآية و في غيرهما في الحل من بني على الغلبة أو الإبراز في عنوان المثال و الحاصل أن ما قاله الفخر و الشهيد صحيح لكن لو فرض كونه غير حلي و ذكر حكمه كان صحيحا نعم اعتبار القيمة إنما يصح في الحل و لا يكون ذلك وجه لفرض المسألة في الحل فتأمل

(قوله) (و تجدد عنده عيب آخر لم يكن له الأرش و لا الرد مجانا و لا مع الأرش و لا يجب الصبر على المعيب مجانا)

كما في (المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة) و غيرها و هو ظاهر لأن أخذ الأرش يستلزم زيادة المبيع على الثمن كما عرفت و الرد مجانا فيه إضرار بالبائع لأن نقصان المالبية بالعيب في يد المشتري مضمون عليه بل العيب المتجدد عند المشتري مسقط للرد على كل حال فكيف يثبت هنا على وجه النقصان (و مما) ذكر يعلم وجه عدم استحقاقه الرد مع الأرش و لهذا لم يصرح به في (المبسوط و جامع الشرائع) لأنه لما كان معلوما من كلامهما نسبنا الجميع إليهما و قد وجهه في (التذكرة) بلزوم الربا و نسب ذلك في (الإيضاح) إلى القيل و ليس بجيد لأن ذلك ممنوع منه من جهة أخرى و هو لزوم الضرر على البائع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦٧

فالطريق الفسخ و إلزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيبا بالقديم سليما عن الجديد (١) و يحتمل الفسخ مع رضا البائع و يرد المشتري العين و أرشها و لا ربا فإن الحل في مقابلة الثمن و الأرش للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم (٢)

فلا يكون حقا للمشتري كما أشرنا إليه نعم إذا رضى احتمال الجواز و المنع لتخيل حصول الربا و عدمه و أما عدم وجوب الصبر على المعيب فللنص و الإجماع على أن العيب القديم في المبيع مضمون للمشتري على البائع فكيف يسقط هنا (قوله) (فالطريق الفسخ و إلزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيبا بالقديم سليما عن الجديد)

هذا الطريق حكاه الشيخ في (المبسوط) قولا- و تركه في (جامع الشرائع) و احتمله المصنف في (التحرير و التذكرة) و ولده في (الإيضاح) و الشهيد في (الدروس و حواشيه) على الكتاب لكن قال في (الدروس) إن فيه تقدير الموجود معدوما و هو خلاف الأصل و قال في (الحواشي) هذا هو الأقوى المعمول عليه و قواه في (جامع المقاصد) كما قوى غيره و قال هذا هو الطريق لأنه لم يبق من

الأمر الممكنة غيره فالحال فى الجمع بين حق كل من البائع والمشتري هو هذا ثم قال فإن قيل ما ذكره المصنف فى قوله و يحتمل «إلخ» ينافى الانحصار فى هذا فلا يكون هو الطريق قلنا لا منافاة لأن مراده الطريق فى إعطاء كل ذى حق حقه على وجه الاستحقاق لا على وجه يعم التراضى و لا طريق على هذا الوجه إلا هذا و نحوه ما فى (الإيضاح) و بيانه أن المشتري يفسخ العقد ليدفع الضرر عن نفسه و ينزل المبيع منزلة التالف لمنع رده بتجدد العيب الحادث فينتقل إلى قيمته من غير الجنس معيبا بالعيب القديم لأنه من ضمان البائع سليما عن الجديد لأنه من ضمان المشتري و بذلك يظهر الوجه فى مخالفة القواعد الثلاث حيث حكمنا بالفسخ بعد حدوث العيب و بحصوله أى الفسخ من دون رد و يرد قيمة السلعة مع وجودها مع أن الانتقال إلى القيمة أو المثل إنما يكون مع تعذر الرد (قوله) و يحتمل الفسخ مع رضا البائع و يرد المشتري العين و أرشها و لا ربا فإن الحل فى مقابلة الثمن و الأرش للعيب المضمون كالمأخوذ بالسوم)

عبر بمثل ذلك فى (التذكرة) و نحوه ما فى (التحرير) و فيه أن ثبوت الفسخ لا إشكال فيه و ليس رضا البائع شرطا فيه بل هو قهري بالنسبة إليه إنما المشروط برضاه إنما هو دفع العين بأرش المعيب المتجدد لأن قبولها معه قد عرفت أنه غير واجب عليه مطلقا فيقف ردها إليه على رضاه فلو قال فى الكتب الثلاثة و يحتمل رد العين مع الأرش هنا مع رضا البائع إذا فسخ المشتري لكان أجود و هذا الاحتمال حكاه فى (المبسوط) قولاً ساكتاً عليه كالأول و لم يذكر فيه اشتراط رضى البائع و قد حكى عن بعض الشافعية و اختاره ابن سعيد فى (جامع الشرائع) و الشهيد فى (الدروس) و قواه فى (التحرير) و لم يشترط رضى البائع فى الكتب الثلاثة أيضاً و لم يظهر لنا وجهه و لذا قيده برضاه المصنف هنا و فى (التذكرة) و ولده فى (الإيضاح) و المحقق الثانى فى (جامع المقاصد) مع الحكم بقوته فى الكتابين الأخيرين و قال ابن المتوج إن بذل كل منهما لصاحبه شيئاً عن العيب الذى حصل عنده و أبقيا المبيع فلا كلام و إلا فسخ المشتري مع رضا البائع بالفسخ و ردت السلعة إلى البائع مع أرش العيب الحادث و إن امتنع البائع و الحال هذه من الفسخ كان للمشتري الفسخ قهراً و يرد السلعة و أرش العيب الحادث عنده و لا- ربا (و لعله) يريد بالرضا بالفسخ الرضا بالرد و إلا فالفسخ لا يتوقف على رضا البائع كما عرفت و ليس فى هذا الاحتمال أعنى المذكور فى الكتاب إلا تخيل حصول الربا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦٨

## [المقصد السادس فى أحكام العقد و فيه فصول]

### إشارة

(المقصد السادس) فى أحكام العقد و فيه فصول

## [الفصل الأول ما يندرج فى المبيع]

### إشارة

(الأول) ما يندرج فى المبيع و ضابطه الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغه و عرفاً (١)

لأن المردود حينئذ يزيد على وزن الآنية و قد رده المصنف و غيره بأن الحل فى مقابلة الثمن و الأرش للعيب المضمون كالمأخوذ بالسوم و معناه أن تخيل الربا هنا مدفوع باختلاف جهة المقابلة لأن الحل المدفوع بعد الفسخ فى مقابلة الثمن المأخوذ حينئذ و الأرش فى مقابلة العيب المضمون فهو كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا تجدد بيد المستلم و إن كانت ربوية فكما لا يعد هذا ربا لا يعد فيما نحن فيه لأن الربا ممنوع منه فى المعاوزات لا فى الضمانات كما ذكرنا فى السوم لانتفاء صدق مقابلة الشيء بمثله مع زيادة

(و منه يعلم) أنه لا يجوز بيع الحلى المعيب بمثله مع أرش العيب لأنه من باب المعاوضات فهذان الاحتمالان المذكوران فى المسألة قد اتفقا على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم فإنه يفسخ العقد و اختلفا فى أنه فى الأول يمسك الحلى و يرد قيمته و أنه فى الثانى يرده مع أرش النقص إذا رضى البائع أو لم يرض على اختلاف الرأيين و هناك احتمال ثالث حكاه فى (جامع الشرائع) عن بعض أصحابنا و حكاه فى (التذكرة) عن بعض الشافعية و نفى عنه البأس و هو أنه يرجع المشتري بأرش العيب القديم كما فى غير هذه الصورة و المماثلة فى مال الربا إنما تشترط فى ابتداء العقد و قد حصلت و الأرش حق ثبت بعد ذلك فلا يقدح فى العقد السابق (و فيه) أن الأخذ بالأرش إنما كان لفوات مقابله من المبيع و رده فى (جامع الشرائع) بأن بيع السلعة التى ظهر عيبها حرام فأخذ أرشه مرابحة بالثمن المعقود عليه انتهى (فليتأمل) و إذا أخذ الأرش قيل يجب أن يكون من غير جنس العوض لئلا يلزم ربا الفضل (و فيه) أن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شىء آخر هذا و لو تلف الحلى ثم عرف المشتري العيب القديم ففى (المبسوط و التحرير) أنه يفسخ العقد و يسترجع الثمن و يرد قيمته من غير الجنس و اقتصر فى (جامع الشرائع) على أنه يرد قيمته و قالوا إن التلف لا يمنع من الفسخ و قد تقدم الكلام فيه مستوفى و قال فى (التذكرة) و فى اشتراط كون الأرش من غير الجنس وجهان

المقصد السادس فى أحكام العقد و فيه فصول (الأول ما يندرج فى المبيع) (قوله) (و ضابطه الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغه و عرفا) كما فى (الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و اللمعة) و غيرها مع زيادة أو شرعا فى (الدروس) و الإتيان بأو بدل الواو فيها و فى (الشرائع و التحرير) و فى (المفاتيح) الاقتصار على ما يتناوله اللفظ عرفا و فى (جامع المقاصد و المسالك و الروضة) أنه يدخل فى العرف العام و الخاص و فى (الرياض) ذكر جماعة من الأصحاب كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم من غير خلاف يعرف أن الضابط أنه يراعى فيه اللغة أو العرف العام أو الخاص و قد عرفت أنه زاد فى (الدروس) مراعاة الشرع و قال فى (المسالك و الروضة) إنه يراعى الشرع بطريق أولى بل هو مقدم عليهما و بذلك صرح فى (التنقيح) فى مقام آخر و قال إن اتفقت و إلا قدم الشرعى ثم العرفى ثم اللغوى و هو الذى تعطيه عبارة (مجمع البرهان) و به صرح فى (الحدائق) و ستعرف الحال فى ذلك و فى (الكفاية) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٦٩

### [الألفاظ ستة]

### إشارة

و الألفاظ ستة (١)

### [الأول الأرض و فى معناها]

(الأول) الأرض و فى معناها البقعة و العرصه و الساحة (٢) و لا يندرج فيها الأشجار و لا البناء و لا الزرع و لا أصل البقل و لا البذر و إن كان كامنا (٣)

أن الضابط الرجوع إلى العرف العام و لو اختص أهل بلدة أو قرية بعرف خاص ظاهر شائع بينهم حمل كلامهم فى بلادهم عليه و هذا أمر يختلف بحسب البلاد فى الأزمان المختلفة (انتهى) و هو جيد جدا (و تنقيح) المسألة أن يقال إن المدار إنما هو على عرف

المتبايعين لأن البائع ما باع إلا ما هو مقصود له و المشتري كذلك و ليس المقصود بإطلاقهما إلا ما استقر عليه عرفهما و استمر عليه اصطلاحهما فلو صرف ذلك إلى عرف الشارع أو العرف العام أو اللغة على تقدير المخالفة كان البيع باطلا من جهة مجهولية المبيع حال العقد نعم إذا عرف اصطلاح الشارع مثلا و أوقعا العقد عليه كان هو المرجع لا من جهة تقدمه على اصطلاحهما بل من جهة تعيينهما له كما إذا أوقعا على اصطلاح قوم آخرين و كذلك لو أوقعا على اصطلاح العرف إذا كان مخالفا لاصطلاح بلدهما و كذلك الحال فى اللغة فلا ريب أن مراد الأصحاب من الضابط المذكور إنما هو حيث لا يمكن الرجوع إليهما فى معرفة اصطلاحهما حال البيع لموت أو نحوه أو حيث لا يكون لهما اصطلاح خاص و إلا فمع معلومية عرفهما و اصطلاحهما لا يصح الرجوع إلى غيره فالضابط لا يتناول هذه الصورة أعنى الأخيرة قطعا و جريانه فى غيرها مما لا ريب فيه إلا فى تقديم الحقيقة الشرعية حيث تعلم على العرفية و اللغوية فإن الظاهر أن المتبايعين إنما أرادوا العرف العام إن كان و إلا فاللغة و لم يريدوا الحقيقة الشرعية كما هو الغالب المعروف و أما الرجوع إلى المعانى الشرعية فى الوصية و نحوها فلمكان قيام الدليل على المواضع المخصوصة التى لا تعرف لها معانى معينة فى العرف و اللغة مع أنها كلها ليست محل وفاق فالتعدى إلى ما نحن فيه مما عرفت فيها معانيها عرفا أو لغة لا وجه له فالضابط الذى لا غبار عليه هو الرجوع إلى عرف المتبايعين إن علم و إلا فإلى العرف العام و إلا فإلى اللغة و فى مكاتبه الصفار ليس له إلا- ما اشتراه باسمه و موضعه و ليس له إلا الحق الذى اشتراه و حكى الشهيد عن قطب الدين أن المراد بما يتناول اللفظ التناول بالدلالة المطابقة أو التضمنية لا الالتزامية فلا يدخل الحائط لو باع السقف و الأظهر بحسب ما قدمناه من الحوالة إلى العرف ما قاله المحقق الأردبيلي من أن المراد بالمعنى ما يفهم منها بحسب التخاطب إرادة اللفظ لها و دخوله تحت مراده مطابقياً كان أو تضمنياً أو التزامياً هذا و الأولى فى العبارة و غيرها تقديم العرف على اللغة (قوله) (و الألفاظ ستة)

كما فى (التذكرة و الإرشاد) أى ألفاظ المبيع التى تستعمل غالبا أو تمس الحاجة إليها و يندرج فيها أشياء و يخرج منها أشياء و قد بحث عنها العلماء من الخاصة و العامة و قد رقاها فى (الدروس) إلى تسعة فزاد السوق و الكتاب و الحمام (قوله) (الأول الأرض و فى معناها البقعة و العرصة و الساحة)

البقعة القطعة من الأرض على غير هيئة التى إلى جنبها و تضم الباء فى الأكثر فتجمع على بقع كغرفة و غرف و تفتح فتجمع على بقاع مثل كلبه و كلاب (و العرصة) كل بقعة من الدار واسعة ليس فيها بناء و الجمع عراض و عرصات و أعراص (و الساحة) الناحية و فضاء بين دور الحى و الجمع ساح و سوح و ساحات و المعنى الثانى هو المراد

(قوله) (لا تدرج فيها الأشجار و لا البناء و لا الزرع و لا أصل البقل و لا البذر و إن كان كامنا)

ظاهر (التذكرة) الإجماع فى الجميع قال و إن أطلق لم يدخل ما هو متصل كالأشجار

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧٠

.....

و الأبنية عندنا لخروجها عن مسمى الأرض و قال ما لا تعدد فائدته و ثمرته بل يوجد مرة واحدة كالحنطة و الشعير و الدخن و غيرها لا يدخل فى الأرض لأنه ليس للدوام و الثبات فكان كالأمتعة فى الدار و كذا لا يدخل فى الأرض الجزر الثابت و لا الفجل و لا السلق و لا الثوم إلى أن قال و هذا القسم من الزرع لا يدخل عندنا ثم قال الثانى ما تعدد فائدته و توجد ثمرته مرة بعد أخرى فى سنين أو أكثر كالقطن و الباذنجان و النرجس و البنفسج و لا- يدخل فى الأرض أصولها عندنا و فى (التنقيح) لا كلام و لا خلاف فى عدم دخول النخل و الشجر إذا أطلق و فى (مجمع البرهان) كأنه لا خلاف فى عدم دخول الشجر و الزرع و البزر الكامن و نص فى (الغنية) على عدم دخول الزرع مع الأرض قال و من قال بعت هذه الأرض بحقوقها دخل فيها الشجر و ظاهره أنه بدون ذلك لا تدخل و فى

(الخلايف و المبسوط) و سائر ما تأخر لا- يدخل فيها البناء و الشجر إن لم يقل بحقوقها و كل من تأخر عن ابن إدريس قائل بعدم دخول شيء من ذلك و إن قال بحقوقها إلا من ستعرف كما ستعرف و قال في (المبسوط) إذا باع أرضا و فيها زرع ظاهر فلا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون مما يحصد مرة واحدة أو يكون له أصل يبقى في الأرض و يحصد مرة بعد أخرى فإن كان مما يحصد مرة واحدة مثل الحنطة و الشعير فإنه لا يدخل و قال و إن كان مما يحصد مرة بعد أخرى فإن كان مجزوا دخلت العروق في بيع الأرض لأنها من حقوقها و إن كان ثابتا كانت الجزء الأولى للبائع و الباقي للمشتري و حكى في (المختلف) عن القاضي في (المهذب) موافقته و حكى ذلك عنهما في (الدروس) و لم يرجح شيئا و قد نص قبل ذلك على عدم دخول الزرع في الأرض و ظاهر مفهوم (جامع الشرائع) موافقة الشيخ في ذلك و قال في (المبسوط) أيضا إذا باع أرضا و فيها بذر فإن كان الأصل يبقى يحمل بعد حمل كنوى الشجر و بزر القوت دخل في البيع و إن كان بذرا لما يحصد مرة واحدة مثل الحنطة و الشعير لم يدخل فقد خالف في الزرع و البذر هذا كله إذا باع الأرض و أطلق و لم يقل بحقوقها فإن قال بحقوقها ففي (المبسوط و الخلايف) كما حكى عن القاضي أنه يدخل البناء و الشجر لأنهما من حقوق الأرض و في (الوسيلة و الغنية) و إن قال بحقوقها دخل فيها كل ما كان ثابتا فيها دون المنفرد و قد يفهم من (الغنية) نفى الخلايف عن ذلك و اقتصر في (السرائر) على قوله روى أنه كتب محمد بن الحسن الصفار إلى أبي محمد عليه السلام في رجل اشترى من رجل أرضا بحدودها الأربعة فيها الزرع و النخل و غيرها من الشجر و لم يذكر النخل و لا الزرع و لا الشجر في كتابه و ذكر فيه أنه اشترىها بجميع حقوقها الداخلة فيها و الخارجة منها أ يدخل النخل و الأشجار و الزرع في حقوق الأرض أم لا فوقع عليه السلام إذا ابتاع الأرض بحدودها و ما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها إن شاء الله تعالى (قوله) عليه السلام في الجواب و ما أغلق عليه بابها يريد بذلك جميع حقوقها فالجواب مطابق للسؤال (انتهى) و ظاهره موافقة الشيخ كما لعله يظهر من ابن سعيد في (جامع الشرائع) و هو (ظاهر كشف الرموز) حيث قال في شرح قوله في (النافع) و في رواية «إلخ» لا أعرف لها مخالفا و إن اشتملت على الكتابة و ظاهر (التحرير) التردد (حيث قال) فيه نظر و أطبق الباقي على عدم الدخول و في (الرياض) أن الشهرة المتأخرة على ذلك عظيمة (قلت) هو صريح (التذكرة و المختلف و الدروس و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الكفاية) و ظاهر (الشرائع و النافع) أو صريحهما و المصنف في (الإرشاد) جزم بذلك في بيع الدار فيكون موافقا هنا و استحسنت أبو العباس في (المهذب)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧١

و لا يمنع صحة بيع الأرض (١) و لكن للمشتري مع الجهل الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجانا (٢)

البارع) تأويل (المختلف) للرواية حيث قال في (المختلف) ردا على ابن إدريس إنا نمنع هذا التفسير و نقول بموجب الحديث فإنه إذا اشترى بما أغلق عليه بابها دخل الجميع بلا خلاف و لعل الإمام عليه السلام أشار إلى الجواب بطريق المفهوم و هو عدم الدخول فإنه عليه السلام علق الدخول بقوله و ما أغلق عليه بابها و يفهم من ذلك عدم الدخول عند عدمه (قلت) لا ريب أنه تأويل كما قال أبو العباس و إلا- فالظاهر منها هو ما فهمه منها المتقدمون حتى المحقق المخالف لها و هي صحيحة مشهورة معمول عليها عند أساطين المتقدمين و يفهم من لا- يعمل إلا- بالقطعيات و الآبي لم يعرف لها مخالفا كما عرفت و قد سمعت ما يظهر من (الغنية) من نفى الخلايف عن الحكم و قد جعلت الأشجار و الأبنية كأجزاء الأرض تابعة لها في باب الشفعة إذا بيعت معها قولاً واحداً فكيف لا تدخلان في حقوقها إذ من معاني الحق الموجود الثابت ذكره في (القاموس) فيشمل ما ثبت فيها و لها أو يكون المراد بحقوقها أن تبقى على حالتها من دون تغيير و لا تبديل (و منه) قوله جل شأنه (يَتْلُونَهُ حَقَّ تِلَاوَتِهِ) أي لا يحرفونه و لا يغيرون ما فيه من نعت رسول الله صلى الله عليه و آله أو يكون المراد بحقوقها ما يتعلق بها (و منه) قوله تعالى (وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ) و لعل العرف لا ينكر شيئا من هذه (من ذلك خ ل) و أما قولهم إن المراد بحقوقها ممرها و مجرى مائها و أشباه ذلك فلا ننكره و لا نقصر اللفظ عليه و قوله في

(التنقيح) حق الشيء ما يتوقف عليه مفهومه لغه أو عرفا أو شرعا كأنه غير واضح فتأمل

(قوله ره) (و لا يمنع صحة بيع الأرض)

لعدم منعه من التسليم و هو ظاهر كما في (جامع المقاصد) و عملا بالأصل كما لو باع دارا مشغولة بأمتعة البائع و هو محل وفاق على الظاهر و إن اختلفوا في بيع العين المستأجرة و إن كان المشهور الجواز و لعل الفرق أن بقاء الزرع لا يحول بين يد المشتري و بين الأرض بخلاف المستأجر و كذلك الحال في المعتدة إذا استحقت السكنى في الدار و لا وجه للمنع إلا أن مدة كمال الزرع مجهولة (قوله) (لكن للمشتري مع الجهل الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجانا)

كما في (المبسوط و التذكرة و التحرير) (و الإرشاد و الكفاية) و اقتصر في (الدروس) على أنه يتخير و الوجه فيما ذكره المصنف و الشيخ اشتغال المبيع بأحدها فيتعذر الانتفاع به إلى زمان تفرغه و لنقصانه عادة و العقد يقتضى الانتفاع به من دون زمان كثير عادة ففيه ضرر على المشتري و ذلك فيما إذا اشترى بالوصف أو كان رآه قبل الزرع و الغرس و ليست عيوباً حتى يكون له المطالبة بالأرش لأن العيب هو النقصان أو الزيادة في الخلقة ما هو الشأن فيما إذا اشترى العين المستأجرة جاهلاً بذلك لكنه في (المبسوط) علل تخيره بين الفسخ و الإمساك مجانا بأن النقص الذي في الأرض يترك الزرع إلى الحصاد لا يقسط عليه الثمن بل هو عيب محض له الخيار بين الرد و الإمساك انتهى (فليتأمل) و قال في (المبسوط) أيضاً إن قال البائع أنا أنقله و أمكنه ذلك في مدة يسيرة و نقله لم يكن للمشتري الخيار لأن العيب قد زال و مثله ما في (التحرير) قلت و كذا لو تركه البائع للمشتري معرضاً عنه أو وهبه إياه لكن في سقوط الخيار الثابت بمجرد ذلك إشكال و قبول الهبة غير واجب و يأتي مثله في كلام المصنف و ينقدح هنا شيء و هو أنهم قالوا لو رد المستأجر العين لعيب بعد البيع فالمنفعة للبائع لا للمشتري و وجهه واضح فعلى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧٢

و لو قال بحقوقها (١) أما لو قال و ما أغلق عليه بابه أو ما هو فيه أو ما اشتملت عليه حدوده دخل الجميع (٢) و تدخل لو لم يقل في ضمان المشتري و يده بالتسليم إليه و إن تعذر انتفاعه به (٣)

هذا لو قطع البائع الزرع قبل أوان حصاده كان له الانتفاع بالأرض إلى أوان الحصاد لأن المشتري رضى بها كذلك و الظاهر في المقام أنه ليس للبائع الانتفاع بالأرض كما سيأتى في كلام المصنف و لعل الفرق أنه إنما استحق التبقية هنا قضاء للعادة و لئلا يتضرر بقطعه و هذه الضرورة قد زالت و لا كذلك الحال في الإجارة (فتأمل) (قوله) (و لو قال بحقوقها)

عاملى، سيد جواد بن محمد حسيني، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ١١ جلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، اول، ه ق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٦٧٢

الواو وصلية فهو متصل بما قبله و قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (أما لو قال و ما أغلق عليه بابه أو ما هو فيه أو ما اشتملت عليه حدوده دخل الجميع)

بلا خلاف كما في (المختلف) ما إذا قال و ما أغلق عليه بابه و لا كلام في دخول النخل و الشجر إذا قال ذلك كما في (التنقيح) و لا بحث في دخول الجميع في ذلك كما في (تعليق الإرشاد) و في (التحرير) أن البناء و الغرس يدخلان فيه قطعاً و كذا الزرع (قلت) لعله لمكان العرف و ورود الجميع في مكاتبه الصفار و في (التذكرة) أن الشجر و البناء يدخلان قطعاً فيما إذا قال بما فيها أو ما اشتملت



عليه حدودها و مثل ذلك ما إذا قال ما دار عليه حائطها كما صرح به جماعة و أولى من ذلك كله ما إذا اشترطه لفظا كما في (الدروس) و هو ظاهر و مقتضى إطلاق العبارة و بعض العبارات دخول البذر الكامن في الأرض المبيعة إذا أتى بواحدة من هذه العبارات و في (المختلف) أن البذر إذا كان أصلا في البيع بطل البيع المشتمل على ضميمته إلى الأرض و إن كان الأصل هو الأرض و البذر تابع صح البيع و بالأخير صرح في (التحرير) و هو بناء على أن الجهالة إنما تغتفر في التابع كأس الحائط و اللبن في الضرع و البيضة في الدجاجة و قال في (المبسوط) (و الخلاف) إن اشترى الأرض مع البذر كان البيع صحيحا فقد أطلق و لم يفصل و ظاهر (التحرير) حمل كلام الشيخ على ما إذا كان البذر تابعا و في (الدروس) بعد نقل كلام (المختلف) الوجه الصحة مطلقا و لعله جرى على ظاهر إطلاق الصحيحة و توقف في (جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) و التفصيل حسن و الخبر لا يأبى التنزيل عليه و قد استوفينا الكلام في ذلك في أول الباب و لم يحضرني الآن الكتاب و يأتي في الفرع الثامن تمام الكلام و لو وصفه و عين قدره صح البيع على الظاهر و لو صالح عليه صح مطلقا و قد يتوهم من قول المصنف هنا و ما أغلق عليه بابه بالعطف اعتبار هذا مع قوله بحقوقها ليندرج فيه ما ذكره و ليس مرادا قطعاً و إن اقتضته العبارة و ليس المراد بقولنا ما أغلق عليه بابه و دار عليه حائطه ما هو كذلك بالفعل حتى يشترط وجود باب و غلق بل هذه الألفاظ تدل على دخول ما اشتملت عليه بطريق الحقيقة إن كان هناك باب أو حائط و إلا بطريق الكناية القريبة الواضحة الساذجة المقصود منها صفة أو المطلوب بها نسبة كقوله (إن السماحة و المروءة و الندى في قبّه ضربت على ابن الحشرج)

(قوله) (و يدخل لو لم يقل في ضمان المشتري و يده بالتسليم إليه و إن تعذر انتفاعه به)

يريد أنه يدخل المبيع المذكور في ضمان المشتري و في يده بالتسليم إليه لو لم يقل واحدة من العبارات المذكورة التي تقتضى اندراج الشجر و البناء و الزرع في المبيع و إن تعذر انتفاع المشتري بالمبيع حينئذ كما في (التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد) و حكاه الشهيد في حواشيه عن قطب الدين لحصول التسليم في الرقبة و هي المبيعة لأنه قد خلى بينه و بينها كما هو المفروض فكان إقباضا و تعذر الانتفاع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧٣

و الأحجار إن كانت مخلوقة أو مدرجة في البناء دخلت و إن كانت مدفونة لم تدخل (١) فإن كان المشتري عالما فلا خيار له (٢)

وقتا ما لا ينافيه و ربما احتل عدم الدخول في ضمانه لأنها مشغولة بملك البائع كما إذا كانت مشحونة بأمتعته و الفرق أن التفرغ في الأمتعة متأت في الحال

(قوله) (و الأحجار إذا كانت مخلوقة أو مدرجة في البناء دخلت و إن كانت مدفونة لم تدخل)

قد نص على دخول المخلوقة و عدم دخول المدفونة في (المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك) (و مجمع البرهان و الكفاية) و نص في (الدروس) على عدم دخول المدفونة و ظاهره دخول المخلوقة كما أن ظاهر (الشرائع) في آخر البحث عدم دخول المدفونة و لعله مما لا-ريب فيه و تردد في (الشرائع) (و غاية المرام) في دخول المخلوقة و المعادن و استشكل في (المختلف) في دخول المخلوقة و ينبغي أن يستشكل في المعادن أو يقول بخروجها لأن المعادن خارجة عن حقيقة الأرض و طبيعتها كما في (المسالك) و لا- كذلك الحجارة لأنها أجزاء الأرض قطعاً قاله المحقق الثاني و قد نص في (المبسوط و التحرير و التذكرة و الدروس) على دخول المعادن أيضا و قيده في (المبسوط و التذكرة) بالباطنة و قرب المصنف في (الكتاب) و المحقق الثاني و الشهيد الثاني و كذلك الفخر في (الإيضاح) في ظاهره عدم دخولها أي المعادن و تمام الكلام عند تعرض المصنف له و يأتي الكلام في البئر و العين و المصنع و الصخرة و مثل الحجارة المدفونة الكنوز كما في (المبسوط) و غيره و نص على دخول المدرجة في البناء في الأرض في (المبسوط و التحرير) و في (التذكرة و جامع المقاصد) أنها تدخل إن قلنا بدخول

البناء فى بيع الأرض أو على تقدير اشتراطه و نحوه ما فى (تعليق الإرشاد)

(قوله) (فإن كان المشتري عالما فلا خيار له)

و سيأتى له أنه إن كان جاهلا تخير فى الفسخ و الإمضاء و نحوه ما فى (الإرشاد و الدروس) و غيرهما و فيه من الإجمال ما ستعرفه و الشيخ فى (المبسوط) و المصنف فى (التحرير و التذكرة) تعرضا للتفصيل فى المقام و كأنه غير منقح تنقيحا واضحا (فتنقيح) البحث أن يقال الأحجار إما مخلوقة أو مدفونة و الأرض إما بيضاء لا شجر فيها أو ذات شجر فإن كانت الحجارة مخلوقة و مضررة بالגרس أو الزرع فإن كان المشتري عالما فلا خيار له و إلا- ثبت له الخيار بين الرد و الإمساك و لا أرش له عند الشيخ و المصنف فى ظاهر (التذكرة) و استشكل فيه فى (التحرير) و لا فرق فى ذلك بين أن تكون الأرض بيضاء أو سوداء و إن لم تضر كأن كانت بعيدة عن وجه الأرض لا يصل إليها عروق الشجر فلا خيار إذ لا عيب و إن كانت مدفونة فإن كان المشتري عالما بالحال من كونها فى الأرض و ضررها فلا خيار و بقیة الأحكام تأتى فى كلام المصنف كإجبار البائع على القلع و تسوية الحفر و حال الأجرة عن مدة القلع و إن كان جاهلا- بالحجارة أو علم بها و جهل ضررها فالأحوال أربعة (الأول) أن لا يكون فى ترك الحجارة و لا فى قلعها ضرر فإن لم يحوج النقل و تسوية الحفر إلى مدة لمثلها أجرة و لم تنقص الأرض بها فلا خيار للمشتري كما إذا كان الزمان يسيرا و إن كان كثيرا بغير منفعة الأرض فله الخيار فإن فسخ فلا بحث و إن أجاز فهل له الأجرة و جهان كما فى (التذكرة) و تعليق الإرشاد و فى (المبسوط و الكتاب و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد) أن لا أجرة و وجه ثبوت الأجرة أنه استوفى منافع ملك الغير فعليه عوضه جمعا بين الحقيقين و كأنه متأمل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧٤

و له إجبار البائع على القلع (١) و لا أجرة له عن مدة القلع و إن طال (٢) و على البائع تسوية الحفر (٣)

فى ذلك فى (التحرير) حيث اقتصر على نسبه للشيخ و لا فرق فى ذلك بين أن تكون الأرض سوداء أو بيضاء (الثانى) أن لا يكون فى قلعها ضرر و يكون فى تركها ضرر فيؤمر البائع بالنقل و لا خيار للمشتري كما لو اشترى دارا و كانت البالوعة منسدة فقال البائع أنا أصلحها و لا فرق فى ذلك بين البيضاء و غيرها كما فى المبسوط (الثالث) أن يكون الترك و القلع معا مضرين فيتخير المشتري سواء جهل أصل الحجارة أو كون قلعها أو تركها مضررا فلو أجاز البيع ففى وجوب الأجرة لمدة النقل الوجهان كما فى وجوب الأرش لو بقى فى الأرض بعد التسوية نقصان و عيب و الظاهر أن له الأرش كما هو خيرة (الكتاب و جامع المقاصد) و إن كانت ذات أشجار و حصل نقص بقطع العروق ففى (المبسوط) لا يجب الأرش لا قبل القبض و لا بعده قال و فى الناس من قال إذا كان قبل القبض لا يلزم و إن كان بعده لزم و اقتصر فى (التحرير) على حكاية كلام الشيخ فكأنه متردد و الظاهر أن له الأرش مطلقا لأنه صدر من البائع و لم يدل على استثنائه دليل (الرابع) أن يكون فى قلعها ضرر و لا يكون فى تركها ضرر فالمشتري بالخيار إن أراد البائع نقلها فإن أجاز ففى الأجرة و الأرش الوجهان كما مر و إن ترك البائع الحجارة ففى (المبسوط) لا خيار للمشتري و لا تملك الحجارة بذلك و تبعه على ذلك المصنف فى (الكتاب و التذكرة) و الفاضل الخراسانى لأن ذلك إعراض لا تملك و فيه نظر من وجهين (الأول) أنه كيف يسقط الخيار الثابت بمجرد ترك البائع لها إذ لا يجب عليه قبولها (و الثانى) أنه يلزم حينئذ لو أراد البائع الرجوع بها كان للمشتري الخيار كما صرح به فى (التذكرة) و قضية سقوط الخيار بتركها أنه تملك ليكون سقوط الخيار فى مقابلة ملك حاصل سلمنا لكننا قد نقول بعدم جواز الرجوع لأن سقوط الخيار إنما هو فى مقابلتها فيلزمه الوفاء بالترك و ليس هو الأول كما هو واضح هذا كله فى الأرض البيضاء و ذات الأشجار إذا كان قد اشترى الأشجار مع الأرض و أما إذا كان قد أحدث الأشجار بعد الشراء فإن كان عالما بالأحجار فللبائع قلعها و ليس عليه ضمان نقصان الغرس و إن كان أحدثها جاهلا- فله الأرش عندنا كما فى (التذكرة) و لا خيار للمشتري لمكان التصرف فإن كان القلع و الترك يضران فللبائع القلع و للمشتري المطالبة بذلك و على البائع أرش النقص لأن النقص

أدخل فى غير المبيع (و منه) يعرف الحال فى الصورة الباقية و فى (التذكرة) أيضا إذا قلع البائع الأحجار فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف

(قوله) (و له إجبار البائع على القلع)

كما فى (المبسوط و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس) و غيرها لأنه له طلب تفرغ ملكه من مال البائع سواء حصل ضرر أم لا و لو اشترط بقاءها فلا بد من تعيين المدة إذ ليس هناك أمد ينتظر إذ لا عرف فى تبقيتها كالزروع كما أشار إليه فى (التذكرة)

(قوله) (و لا أجره له عن مدة القلع و إن طال)

كما فى (المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) (و الدروس) بالأولوية لأنه نقاها مع الجهل لأن علمه باشتغال المبيع بذلك يقتضى رضاه على هذه الحالة و حين صار ملكا له ثبت له مطالبه البائع بتفريعه على الوجه المعتاد و لا بد لذلك من مدة فيجب استثنائها فكان كما لو اشترى دارا فيها أقمشة و هو عالم بها فلا أجره له فى مدة النقل و التفرغ كما فى (التذكرة)

(قوله) (و على البائع تسوية الحفر)

كما فى (المبسوط و التحرير و التذكرة و الإرشاد) (و الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) و غيرها لأنه نقصان فى المبيع أحدثه لتخليص ملكه و لوجوب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧٥

و إن كان جاهلا (١) تخير فى الفسخ و الإمضاء و الأقرب عدم ثبوت الأجره عن مدة القلع أو مدة بقاء الزروع لأنها مستثناة كمدة نقل المتاع و له أرش التعيب مع التحويل و لو ترك البائع الحجارة للمشتري و لم يكن بقاؤها مضرا سقط خيار المشتري و لا يملكها المشتري بمجرد الإعراض بل لا بد من عقد

## [الثانى البستان]

(الثانى) البستان و الباغ (٢) و يدخل فيه الشجر و الأرض و الحيطان و فى دخول البناء إشكال أقربه عدم الدخول (٣)

التسليم مفرغا و إنما يجب ذلك إذا عد ذلك ضررا و عيبا عرفا و إلا فلا و علمه إنما أسقط خياره و أما ضمان النقص بمعنى وجوب طم الحفر فلا مسقط له إلا ما يتوهم من أنه أقدم على ذلك و ليس بشيء إنما أقدم عليه بانيا على أنه يجب على البائع تسليم المبيع تاما و سيذكر المصنف هذه المسألة فى باب الغصب و قد ذكرنا هناك ما له نفع فى المقام (و عساک) تقول إن قضيه ذلك أنه يجب على هادم الجدار أن يعيده مع أنهم أوجبوا الأرش كما نصوا عليه فى باب الغصب (و فيه) أن الحفر لا يتفاوت و هيئات البناء تختلف فكان الحفر شبيها بذوات الأمثال و الهدم بذوات القيم نعم لو رمى لبنه أو اثنتين أو ثلاثا من رأس الجدار و أمكن الرد من غير اختلاف فى الهيئة لزمه الرد إلى تلك الهيئة

(قوله) (و إن كان جاهلا)

قد تقدم فى ذلك «١» مستوفى عند قوله فإن كان عالما

(قوله) (الثانى البستان و الباغ)

قال فى (المصباح المنير) الباغ الكرم لفظه أعجمية استعمالها الناس بالألف و اللام و لم أجد لها ذكرا فى كلام غيره من أهل اللغة فلا يكون مرادفا للبستان قال فى (التذكرة) قالت الشافعية لفظ الكرم كلفظ البستان و ليس بجيد فإن العرف و العادة و الاستعمال يقضى بعدم دخول الحائط فى مسمى الكرم و دخوله فى البستان و يأتى تمام الكلام و فى (حواشى) الشهيد أنه اسم للبستان الكبير

(قوله) (و يدخل فيه الشجر و الأرض و الحيطان و فى دخول البناء إشكال أقربه عدم الدخول)

أما دخول الشجر و الأرض فالظاهر أنه محل وفاق كما هو ظاهر (الروضة) حيث قال فيها قطعاً و به صرح فى (المبسوط) و جميع ما تأخر عنه مما تعرض فيه لهذا الفرع ما عدا (جامع الشرائع) فإنه اقتصر على ذكر دخول الشجر و فى (المسالكة) لا إشكال فى دخول الشجر و كذا الأرض و صاحب (الوسيلة) ذكر البستان و الأرض ثم تعرض لحال الأرض و أغفل البستان و أما دخول الحيطان فقد صرح به المصنف فى (التذكرة) و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و هو قضية كلام (الشرائع و التحرير و اللمعة) كما ستعرف و قد قرب المصنف هنا و فى (التذكرة) و ولده فى (الإيضاح) و المحقق الثانى فى كتابه عدم دخول البناء كالبيت و الدار فى البستان و ظاهر (التذكرة) الإجماع حيث قال عندنا و حكم بدخوله فى (الشرائع و التحرير) (و اللمعة) و قد يكونون أرادوا الحيطان لكن الشهيد فى (غاية المراد) نسبه إلى المحقق و استشكل فى (الإرشاد) (و حواشى الكتاب و الكفاية) من دون ترجيح و فى (الدروس و الروضة) و (المسالكة) أنه يرجع فيه إلى العرف فيدخل البناء التى جرت العادة بكونه فيه دون غيره و نحوه ما فى (مجمع البرهان) حيث قال بدخول الموضع الذى يعمله لحافظه و لوضع الثمرة و لجلوس من يدخله و لطبخه و إلا فلا (قلت) لفظ البستان لغه للشجر و الأرض لا البناء و لهذا يسمى بستاناً و لو لم يكن هناك بناء أصلاً فانتفاء الدلالة مطابقة ظاهر

(١) كذا فى ثلاث نسخ و الظاهر أن الصحيح قد تقدم الكلام فى ذلك أو قد تقدم ذلك (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧٦

و يدخل فيه العريش الذى توضع عليه القضبان على إشكال (١) و يدخل المجاز و الشرب على إشكال (٢)

### الثالث الدار

(الثالث) الدار (٣) و يدخل فيها الأرض و البناء على اختلافه (٤) حتى الحمام المعدود من مرافقها (٥) و يدخل البئر (٦)

و أما التضمن و الالتزام فكذلك لأنه ليس جزءاً من البستان و لا لازماً له لكن أهل العرف يحكمون بالدخول فيما إذا قيل باع فلان بستانه أو وهبه فإنه يتبادر إلى الذهن نقل البناء أيضاً فقد تعارضت الحقيقة العرفية و اللغوية و الأولى مقدمة كما قدمناه (و البستان) فعلائن الحديدية كما فى (القاموس) و الجنة كما فى (المصباح) و فى الأخير عن الفراء أنه عربى و قال بعضهم رومى معرب و فى (مجمع البحرين) أنه معرب بوبستان

(قوله) (و لا «١») يدخل فيه العريش الذى توضع عليه القضبان على إشكال)

كما فى (الإيضاح) أيضاً من حيث إنه ينقل و يحول و ليس جزءاً و من تمام المنفعة به و دخوله عادة كالمفتاح و ثياب العبد و فى (حواشى) الشهيد أنه يدخل و فى (التذكرة) الأقرب أنه لا يدخل و العميدى و المحقق الثانى قالوا إن الأصح تحكيم العرف فى ذلك فالمتعارف دخوله كالمثبت و ما جرى مجراه يدخل بخلاف غيره و اعتبر فى (الدروس و المسالكة) كونه مثبتاً دائماً أو غالباً و هو قريب من تحكيم العرف (و العريش) خيمة من خشب و ثمام و ما يستظل به من سعف النخل مثل الكوخ فيقيمون فيه مدة إلى أن يصرم النخل و يقال عرشت الكرم إذا جعلت تحته قصباً و أشباهه ليمتد عليه و منه قوله جل شأنه (مَعْرُوشَاتٍ وَ غَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ) مرفوعات على ما تحملها (و القضبان) بضم أوله أو كسره الأغصان فى المقام

(قوله) (و يدخل المجاز و الشرب على إشكال)

كما فى (التذكرة و الإيضاح) و فى الأخير (و الحواشى) و جامع المقاصد الإشكال إنما هو فى الشرب لا غير و فى (الدروس و

(الحواشي) (و المسالك) أنه يدخل كالمجاز لدلالة العرف و إن لم يدخل في مفهومه و في (جامع المقاصد) الظاهر أنه لا فرق بينهما لأن كل واحد منهما من ضروريات الانتفاع به و إن كانت ضرورة المجاز أشد لامتناع الانتفاع به بدونه و أما الشرب فإن الانتفاع بالبستان النفع المطلوب من أمثاله لا- يكون بدونه و إن أمكن الانتفاع بوجه آخر فيكون حاله من جهة كونه بستانا دليلا على تناول الشرب و إرادتهما إياه و في (الدروس) (و المسالك) إذا باعه بلفظ الكرم تناول العنب لا غير إلا مع قرينه غيره كعرف و نحوه (قوله) (الثالث الدار)

الدار لغة المنزل مؤنثة و قد تذكر على معنى الموضع و المثوى و منه قوله جل شأنه ﴿وَلِنَعْمَ دَارُ الْمُتَّقِينَ﴾ (قوله) (و يدخل فيها الأرض و البناء على اختلافه)

من حيطان و سقوف و درجة معقودة كما في (المبسوط) و غيره و هو مما لا شك و لا خلاف فيه (قوله) (حتى الحمام المعدود من مرافقها)

و قال الشافعي لا- يدخل الحمام و حمله أصحابه على حمامات الحجاز و هي بيوت من خشب تنقل و ظاهر إطلاق الأصحاب في دخول الحمام الذي يعد من مرافق الدار و دخول قدره الذي من النحاس و نحوه لأنه مثبت مع القطع بعد الحمام من الموافق (قوله) (و يدخل البئر)

كما في (المبسوط) و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و المسالك و الروضة) (و مجمع البرهان) و غيرها و الحوض كما في ما عدا الأول و يبقى الكلام في ماء البئر فعند الشيخ في (المبسوط) أنه مملوك و لا يصح بيعه قال لأنه إن باع الجميع فهو مجهول لأن له مددا و إن باع الموجود

(١) الموجود في نسختنا من القواعد و جامع المقاصد و يدخل بغير لا (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧٧

و الأعلى و الأسفل إلا أن تشهد العادة باستقلال الأعلى (١) و المثبت سواء عد من أجزاء الدار (٢) كالسقوف و الأبواب المنصوبة (٣) و الحلق و المغاليق (٤)

منها فذلك لا- يمكن تسليمه إلا بأن يختلط بغيره و قال أيضا إنه مملوك و لا يصح بيعه و إذا لم يصح بيعه لم يدخل (و فيه) على تقدير المنع من صحة بيعه منفردا فإنه يدخل في بيع الدار بالتبعية و تسليمه بتسليم الدار و هو التخليه قطعا و الجهالة منفية هنا و لو سلمت فجهالة التابع غير مؤثرة في صحة البيع كأساسات الحيطان و إلا فلا نسلم عدم جواز بيع الموجود منفردا لأن تسليمه ممكن إن جعلناه عبارة عن التخليه و إن كان عبارة عن النقل و التحويل فكذلك لكن تسليمه ممتزجا بغيره فيتخير المشتري إن لم يعلم و الأولى الصلح عليه و قد نص في (التذكرة و التحرير و الدروس و مجمع البرهان) على دخوله في بيع الدار نعم لا- يصح استئجار بئر الماء لأخذ الماء منها لأن الماء عين نعم لو استأجر الدار و فيها بئر جاز له الاستقاء منها للعادة بدخول الماء بالتبعية و قد تقدم لنا في أول باب المكاسب ما له نفع تام في المقام

(قوله) (و الأعلى و الأسفل إلا أن تشهد العادة باستقلال الأعلى)

كما في (الشرائع) (و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان) بل في الأخير أنه لا خلاف و لا إشكال في دخول البيوت تحتانية و فوقانية مع الحيطان الدائرة عليها و السقوف الأسفل و الأعلى إلا أن يكون الأعلى مستقلا انتهى و لا فرق في ذلك بين الدار و الخان كما في (التذكرة) و معنى استقلال الأعلى أن يكون له طريق مستقل و مرافق على حدة و على هذا تحمل مكاتبه الصنفار إلى مولانا العسكري عليه السلام كتب إليه رجل اشترى من رجل بيتا في دار له

بجميع حقوقه و فوقه بيت آخر هل دخل البيت الأعلى فى حقوق البيت الأسفل أم لا- فوق عليه السلام ليس له من ذلك إلا الحق الذى اشتراه إن شاء الله تعالى و هى واردة فى البيت لا- فى الدار و قد اقتصر فى (السرائر) على إيرادها ساكتا عليها و فى (جامع الشرائع) لا تدخل الغرف إلا أن يذكرها و كأنه مخالف و حيث لا نقول بدخول البيت الأعلى و حيطانه و سقفه فالظاهر دخول أرضه التى هى سقوف البيوت التحتانية الداخلة فى الدار المفروضة (فليتأمل)

(قوله) (و المثبت سواء عد من أجزاء الدار)

الآلات التى فى الدار على أقسام ثلاثة (الأول) المنقولات كالدلو و البكرة و سيأتى الكلام فيها (الثانى) ما أثبت فى الدار تتمه لها لقدوم فيها و تبقى كالسقوف و الأبواب المنصوبة و هذه تدخل فى الميع لأنها معدودة من أجزاء الدار و فى (مجمع البرهان) أن الظاهر عدم الخلاف فى ذلك و فى (جامع المقاصد) أن ضابط ما يدخل من المثبتات ما يعد جزءا فى العادة أو من مرتفات الدار عرفا (الثالث) ما أثبت على غير هذا الوجه كالرفوف و الدفان و هذه يأتى الكلام فيها أيضا

(قوله) (كالسقوف و الأبواب المنصوبة)

كما فى (الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد) و فى (الدروس) الأبواب المثبتة و هو فى معنى المنصوبة و فى (جامع الشرائع و اللمعة) الاقتصار على ذكر الأبواب من دون توصيف لها بمثبتة أو منصوبة

(قوله) (و الحلق و المغاليق)

قال فى (القاموس) حلقة الباب و القوم و قد تفتح لامها و تكسر و ليس فى الكلام حلقة محركه إلا جمع حالق أو لغة ضعيفة جمعه حلق محركه و كبدر و حلقات (و الغلق) بالتحريض المغلاق و هو ما يغلق به الباب جمعه مغاليق و قد نص على دخول المغاليق (فى جامع الشرائع و الشرائع و الإرشاد و التذكرة) و غيرها و فى (الخلاف) نفى الخلاف عن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧٨

أولا بل أثبت للارتفاق كالسلم المثبت و الرفوف المثبتة و الأوتاد المغروزة (١) دون الرحى المثبت (٢) و الدنان و الإجازات المثبتة و خشبة القصارين و الخوابى المدفونة (٣) و الكنوز المذخورة و الأحجار المدفونة (٤) و لا ما ليس بمتصل كالفرش و الستور و الرفوف الموضوعه على الأوتاد من غير سمر و الحبل و الدلو و البكرة و القفل إلا المفاتيح فإنها تدخل (٥) و فى ألواح الدكاكين إشكال من حيث إنها تنقل و تحول فصارت كالفرش (٦) و من حيث أنها أبواب لها (٧)

دخوله و زاد فى (التذكرة) السلاسل و كذا تدخل السلاسل و الحلق إذا كانت على غير الأبواب كما إذا كانت على الحيطان كما فى (مجمع البرهان)

(قوله) (أولا بل أثبت للارتفاق كالسلم المثبت و الرفوف المثبتة و الأوتاد المغروزة)

هذا هو القسم الثالث و قد نص على دخول الثلاثة إذا كانت مثبتة فى (المبسوط و الغنية) و أكثر ما تأخر عنهما ما عدا (التذكرة) فإنه قرب فيها عدم دخول السلاسل المثبتة و الرفوف و الأوتاد المثبتة لخروجهما عن اسم الدار و الدخول أولى لقضاء العرف به و لو كان السلم غير مثبت لم يدخل قطعا كما فى (المسالك)

(قوله) (دون الرحى المثبت)

كما فى (الشرائع و التذكرة و الإرشاد و المختلف و الدروس و التنقيح و الروضة) (و مجمع البرهان) و غيرها لأنها لا تعد من الدار لغة و لا عرفا فلا يدخل شىء من حجريها لا الأعلى و لا الأسفل و عليه استقر رأى المحقق الثانى بعد أن توقف فى الفرق بينها و بين قدر الحمام حيث حكموا بدخوله فى الحمام الداخلى فى بيع الدار و تردد فى (التحرير) فى دخولها و فى (المبسوط و الخلاف) أنها تدخل بحجريها السفلا و الفوقانى لصيرورتها من أجزاء الدار و توابعها بالتثبيت و الأعلى تابع للأسفل بل فى (الخلاف و الغنية) أن لا

خلاف فى دخول التحتانى و أن فوقانى داخل عندنا و ظاهره الإجماع عليه أيضا و فى (جامع الشرائع) تدخل الرحى التحتانية

(قوله) (و الدنان و الإجازات المثبتة و خشبة القصارين و الخوابى المدفونة)

كما صرح به جماعة كثيرون لاستصحاب تملك البائع و أصل عدم الدخول مع ظهور عدم دخولها تحت الاسم و فى (المبسوط) (و

التحرير) أن الخوابى المدفونة تدخل لأنها مخازن كالخزائن و كأنه صحيح إذا كانت مدفونة فى البناء لا فى الدار كما فى (الدروس و

الروضة) و أما لو بيعت المقصبة أو المدبغة أو دكان القصار ففى دخول الخشبة و الخوابى إذا كانت مثبتة احتمال

(قوله) (و الكنوز المذخورة و الأحجار المدفونة)

كما فى (المبسوط) و غيره

(قوله) (و ما ليس بمتصل كالفرش «إلخ»)

كما فى (المبسوط) و غيره و الظاهر أنه لا خلاف فيه كما فى (مجمع البرهان) و هذه من أقسام القسم الأول الذى أشرنا إليه

(قوله) (إلا المفاتيح فإنها تدخل)

كما فى (المبسوط و الغنية) (و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و الروضة)

(و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية) لأنها من توابع المغاليق و المراد غير مفتاح القفل لأنه تابع لغلقة كما صرح به المحقق الثانى و

الشهيد الثانى

(قوله) (و فى ألواح الدكاكين إشكال من حيث إنها تنقل فصارت كالفرش و من حيث إنها أبواب لها)

فأشبهت الباب المثبت و الأقرب دخولها كما هو خيرة (التذكرة و الدروس و المسالك) لقضاء العرف و جعلها منقولة نوع ارتفاع لثلا

يضيق الموضوع بها لأن كبرها مطلوب لاستنارة المكان فلو أثبت لمنعت جملة منه و هى فى هذا العصر مثبتة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٧٩

و يدخل فيه المجاز (١) و لو قال بحقوقها و تعدد دخل الجميع و لو لم يقل فأشكال فإن قلنا بدخول الجميع فلا بحث و إلا وجب

التعيين (٢)

## [الرابع القرية]

(الرابع) القرية و الدسكرة (٣)

(قوله) (و يدخل فيه المجاز)

لنص الأصحاب على دخوله كما فى (الإيضاح و جامع المقاصد) و قد تقدم الكلام فى مجاز البستان و أنه لا إشكال فى دخوله

(قوله) (و لو قال بحقوقها و تعدد دخل الجميع و لو لم يقل فأشكال فإن قلنا بدخول الجميع فلا بحث و إلا وجب التعيين)

يريد أنه إذا قال بعتك الدار بحقوقها و تعدد المجاز فإنه يدخل الجميع فيثبت للمشتري السلوك من جميع الجوانب إذا كانت الدار

محفوفة بملك البائع و ظاهر (التذكرة) فى أول باب البيع الإجماع عليه و أنه لو لم يقل بحقوقها فأشكال ينشأ من نصهم على دخول

المجاز و هو صالح للواحد و الكثير و أن الحكم بالدخول إنما هو لقضاء العرف به من حيث توقف الانتفاع عليه و يكفى فى ذلك

مجاز واحد فدخول الجميع لا دليل عليه و هذه المسألة قد تقدمت فى الفرع الرابع من فروع الفصل الثالث فى العوضين قال الرابع

إبهام السلوك كإبهام المبيع إلى آخر الفرع المذكور و قد استوفينا الكلام فيها هناك غاية الاستيفاء و قسمناها إلى اثنتى عشرة صورة

و أسبغنا الكلام فى تتبع الأقوال و الأدلة و فى (الإيضاح) قال إن المصنف ذكر هذه المسألة فى موضع آخر من هذا الكتاب و حكم

بدخول الكل على ما أداه اجتهاده إليه و هنا استشكل لما أداه اجتهاده ثانيا و من عادة المجتهد من أنه إذا تغير اجتهاده لم يبطل ذكر الحكم الأول بل يذكر ما أداه اجتهاده إليه ثانيا فى موضع آخر لبيان عدم انعقاد إجماع أهل عصر الاجتهاد الأول على خلافه و عدم إجماع أهل العصر الثانى على واحد منهما و أنه لم يحصل فى الاجتهاد الثانى مبطل الأول بل معارض لدليله مساو له و فى كلامه هذا نظر من وجهين (الأول) أن المصنف فيما سلف له فيما أشرنا إليه لم يحكم بدخول الكل إذا لم يقل بحقوقها و لم نجده تعرض له فى مقام آخر من هذا الكتاب نعم استظهر ذلك فى التذكرة (و الثانى) أن إجماع أهل العصر عندنا لا يجدى إلا إذا علم دخول المعصوم فيهم و لا- يتأتى ذلك فى زمن الغيبة و لا سيما إذا اعتبر دخول مجهول النسب كما عليه الأكثر إذ أقصى ما فى دخوله جواز دخول المعصوم و المدعى القطع (نعم) قد يتم ذلك على طريقة الشيخ من وجوب الظهور عند اتفاهم على الباطل و يتم أيضا على مذهب العامة و إلا لم ينعقد لهم إجماع إلا بعد قيام الساعة و تمام الكلام فى فنه نعم توجيهه الثانى متجه فيما إذا عرض له التردد فى الاجتهاد الثانى و الذى قرره الشهيد و المحقق الثانى أنه يحاول الجمع بين كلاميه إن أمكن و إلا كان عدولا لدليل ظنى أرجح من الأول ذكرا ذلك فى باب الغصب و أما إذا كان قطعيا و جب إبطال الحكم الأول إن أمكن

(قوله) (الرابع القرية و الدسكرة)

القرية الضيعة و المدينة سميت بذلك لأن الماء يقرى فيها أى يجمع و الضيعة و الأرض المغلة و ربما جاءت بالكسر كحيه و هى لغة يمانية و جمعها على قرى على غير القياس لأن ما كان على فعلة بفتح الفاء من المعتل فجمعه ممدود مثل ركوة و ظبية (و الدسكرة) بناء على هيئة القصر فيه منازل و بيوت الخدم و الحشم و ليست بقرية محضة و ليست بعريية و فى حديث هرقل أذن لعظماء الروم فى دسكرة و منه سألته عن أكل لحوم الدجاج من الدسكرة و فى (القاموس) الدسكرة القرية و الصومعة و الأرض المستوية و بيوت الأعاجم فيها الشراب و الملاهى و فى (المصباح) أنها القرية و بناء شبه القصر حوله

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨٠

و تدخل فيها الأبنية و الساحات التى تحيط بها البيوت و الطرق المسلوكة فيها (٢) و فى دخول الأشجار النابتة و سطحها إشكال (٣) أقربه عدم الدخول و لا تدخل المزارع حول القرية و إن قال بحقوقها إلا مع القرينة كالمساومة عليها و على مزارعها بثمان و يشترىها به أو يبذل ثمنا لا يصلح إلا للجميع (٤)

## [الخامس الشجر]

### إشارة

(الخامس) الشجر و يندرج تحته الأغصان الرطبة و الأوراق و العروق دون الفراخ (٥)

### بيوت

(قوله) (و تدخل فيها الأبنية و الساحات التى تحيط بها البيوت و الطرق المسلوكة فيها و كذا السور المحيط بها)

و كأن دخول هذه الأشياء مما لا ريب فيه لقضاء العرف و اللغة بذلك

(قوله) (و فى دخول الأشجار النابتة و سطحها إشكال)

ظاهر (المبسوط) عدم دخولها إلا- أن يقول بحقوقها و جعله المدار فى (الإيضاح) على العرف و اختير عدم دخولها فى (التذكرة و

الدروس) (و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و الروضة) و هو ظاهر (اللمعة) و غيرها مما اقتصر فيه على دخول الأبنية و المرافق لعدم

تحقق قضاء العرف بذلك مع أنها ليست جزءا من مفهوم القرية لغة و تدخل مع الشرط أو القرينة كالمساومة على المجموع أو بذل



ثمن لا- يقابل عادة إلا- المجموع أو يتعارف ذلك كما نبه عليه فى (الدروس) و غيره فوجه الإشكال الشك فى دخولها فى مسمى القرية

(قوله) (و لا تدخل المزارع حول القرية و إن قال بحقوقها إلا مع القرينة كالمساومة عليها و على مزارعها بثمان و يشتريها به أو يبذل ثمنًا لا يصلح إلا للجميع)

عدم دخول المزارع و إن قال بحقوقها صريح (المبسوط و التذكرة) و ظاهر (جامع الشرائع و التحرير و الدروس و الروضة) أو صريحها حيث قالوا فيها لا تدخل إلا بالتسمية أو القرينة أو التعارف لأنه لو حلف أن لا يدخل القرية لم يحث بدخول المزارع (قوله) (الخامس الشجر و يندرج تحته الأغصان الرطبة و الأوراق و العروق)

لقضاء العرف بذلك و كذلك الغصن اليابس لأنه جزء و لهذا يحث لو حلف لا يمس جزءا منها فلمسه و اعتياد قطعه لا يخرج عن الجزئية كالصوف على الغنم و هو خيرة (التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد) كما يأتى (و مجمع البرهان) و ظاهر (التحرير و الإرشاد و الدروس) حيث أطلق فيها دخول الأغصان و المصنف فيما يأتى استشكل فيه و تدخل الشجرة الكبيرة و الصغيرة و الشرب و المجاز كما فى (الدروس) و أما الأوراق فظاهر (الكتاب و التحرير) فى موضع منه (و الإرشاد) دخولها بجميع أصنافها حتى ورق التوت كما نص عليه فى (المبسوط و التحرير) فى موضع آخر منه كما حكاه الشهيد (و الإيضاح) و فى (حواشى) الشهيد أن المنقول دخوله لأنه جزء و لا- يجرى مجرى الثمرة و قربه فى (التذكرة) و جعل مثله ورق النبق الذى يلتقط لغسل الرأس و أهمل ذكرها بالكلية فى (الدروس) و تأمل فى دخول ورق التوت المصنف فيما يأتى و المولى الأردبيلي و الفاضل الخراسانى و فى (التحرير) (و حواشى) الشهيد أن ورق الحناء للبائع و فى الثانى أن ورق الآس كالحناء للبائع (قوله) (دون الفراخ)

و إن كانت نابتة من عروق الشجر المبيع إذ لا تعد جزءا عرفا فلا يتناولها العقد إلا مع الشرط كما فى (التذكرة) بل قالوا لو اشترى (اشترى ل) النخلة بحقوقها لم تدخل الفراخ و قد أهمل ذكرها الأكثر و حكى الشهيد فى حواشيه عن ابن المتوج أنه إن اشترى نخلة لم تدخل الفراخ و لو اشترى الأشجار أو النخل دخل الفراخ و قال فى (الدروس) قيل لا تدخل الفروخ مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨١

و لو تجددت فلمالك الأرض الإزالة عند صلاحية الأخذ (١) و يستحق الإبقاء مغروسا لا المغرس (٢) فلو انقلعت سقط حقه (٣) و لو اشترى الشجرة بحقوقها لم يستحق الأرض أيضا (٤) بل الإبقاء و ليس له الإبقاء فى المغرس ميتة إلا أن يستخلف عوضا من أفرانها المشترطة (٥)

إلا بالشرط و هو يشعر بتردده فى ذلك و كأنه نظر إلى أنها جزء باعتبار حصولها فى أصول الشجرة الداخلة فى مسماها (و فيه) أنها و إن نمت من أصول الشجرة إلا أن العرف اقتضى خروجها عن الجزئية اللهم إلا أن تكون نابتة فى نفس الغرس ففيه احتمالان أقواهما الدخول و لا تدخل الأرض كما فى (التحرير و الدروس) و إن افتقر إليها إلا مع الشرط أو القرينة و يأتى التنبيه عليه فى كلام المصنف و ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه كما ستعرف

(قوله) (و لو تجددت فلمالك الأرض الإزالة عند صلاحية الأخذ)

لو تجددت الفراخ بعد البيع فهى لمشتري النخلة و لا يستحق المشتري إبقاءها فى الأرض إلا مع الشرط فإن لم يشترط كان له قلعها عن أرضه عند صلاحية الأخذ لا قبله كما فى الزرع و الثمرة إذا اشترى إياها و يرجع فى ذلك إلى العادة و لا يسوغ قبل ذلك لما فيه من الإضرار بالمشتري و لا يستحق البائع على المشتري أجره ذلك لأن الإبقاء إلى أوان الانتفاع من مقتضيات العقد (و قد) يقال إن الفراخ إن شمله اسم الشجرة و جب إبقاؤه كالشجرة و إن لم يشمله لم يجب إبقاؤه وقتا ما بل يزال حالا كما لو نبت حب الغير فى أرض آخر

(و يجب) بأنه من نماء الشجرة فهو كثرتها و إن لم تدخل في مسماها من حيث اسم الشجرة لا يتناوله فمن ثم لا يجب إبقاؤه دائما و لا تجوز إزالته حالا بل يجب إبقاؤه إلى أوان البلوغ عرفا  
(قوله) (و يستحق الإبقاء مغروسا لا المغرس)

عندنا كما في (التذكرة) و في (مجمع البرهان) و كأنه لا خلاف فيه عندنا كما يظهر من (التذكرة) و إنما يستحق منفعة المغرس للإبقاء لا- غير (و قد يقال) إنه يدخل لأنه يستحق منفعة المغرس لا إلى غاية و ذلك لا يكون إلا على سبيل التملك و لا وجه لتملكه إلا دخوله في البيع (و فيه) أن الغاية انتهاء حياة الشجرة و قد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية كما لو أعاره جداره ليضع عليه جذعه فالمقدمتان ممنوعتان (و يتفرع) على ذلك أنه لا تجوز الصلاة تحتها إلا بإذن المالك ذكره الشهيد في حواشيه هذا كله فيما إذا لم تقض العادة بأنه يقطع للبناء و الحطب كما في (الدروس و مجمع) (البرهان و الكفاية) و لو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفرغ الأرض منها فلو شرط إبقاؤها فإن عين المدة صح و إن أبهم بطل لأنه لا حد لها ينتهي إليه كما في (التذكرة)  
(قوله) (فلو انقلعت سقط حقه)

فلم يكن له غرس أخرى و لا استخلاف فروخها إلا بالشرط و كذا لو قلعتها المالك كما في (التذكرة) و غيرها و لو قلعتها قالع بدون إذن المالك فوجهان أقواهما عدم سقوط حقه  
(قوله ره) (و لو اشترى الشجرة بحقوقها لم يستحق الأرض أيضا)

أى كما لا يستحق الأرض بدون قوله بحقوقها كما صرح بذلك في (التذكرة) و إنما يستحق الإبقاء فقط  
(قوله) (و ليس له الإبقاء في المغرس ميتة إلا أن تستخلف عوضا من فراخها المشترطة)

قد عبر بعين هذه العبارة في (التذكرة) و قد أشكلت على المحقق الثاني فأطال الكلام في بيانها كما ستسمع (و أنت خير) بأن معناها أنه ليس له إبقاء الشجرة بعد موتها في مغرسها إلا- إذا اشترط في العقد أنها متى ماتت فله أن يبقها حتى ينبت بدلها من فراخها المشترطة بهذا الشرط كما هو الشأن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨٢

و لا تندرج الثمرة المؤبرة فيها إلا أن يشترطه المشتري سواء أبرها البائع أو تشققت من نفسها فأبرتها اللوائح (١)

في كثير من الشجر فإنه حينئذ يستحق إبقاؤها في المغرس فالاستثناء متصل و العبارة وافية بهذا الفرع الذي ينبغي التنبيه عليه و لهذا لم يعترض عليها الشهيد في حواشيه و لا غيره و قال المحقق المذكور في (جامع المقاصد) الاستثناء هنا من محذوف أى و ليس له إبقاء الشجرة في حال إلا في حالة استخلافها عوضا من فراخها بشرط أن تكون مشرطة الإبقاء أما أنه لا يجب إبقاؤها ميتة فهو ظاهر لأنها حينئذ لا تعد شجرة و إنما هي حطب فتجب إزالتها و هل يجب إبقاء أصلها لرجاء أن تنبت ظاهر العبارة عدم ذلك لأن استبقاء أصول الشجرة إنما كان بالتبعية و قد زالت و يحتمل الوجوب لوجوب إبقاء المجموع فلا يسقط الحكم بزوال بعضه هذا إذا لم يشترط بقاء الفراخ (قلت) الاحتمال الثاني على تقدير عدم اشتراط بقائها أو بقاء فراخها ساقط قطعاً لأنه لا فائدة فيه و ليس له حد ينتهي إليه كما عرفته مما سلف (ثم قال) فلو شرط بقاء الفرخ و كان الفرخ وقت موت الشجرة موجوداً فإنه يجب إبقاؤه عملاً بالشرط (قلت) هذا ظاهر و لا- تعلق له بالعبارة قال و إن لم يكن موجوداً فهل يجب الإبقاء لرجاء وجوده بناء على وجوب بقاء الأصل استقلالاً فيه تردد ينشأ من الشك في المقتضى و من رجاء النفع (قلت) هذا ساقط لسقوط احتمال بقاء الأصل استقلالاً كما عرفت (ثم قال) و اعلم أن الاستثناء الواقع في العبارة منقطع لأن إبقاء الشجرة الميتة لا يجب على حال (قلت) قد عرفت وجوبه إذا اشترط بقاءها لتستخلف فراخها على ما هو المعتاد في مثلها ثم قال ثم إن إبقاء الأصل على تقدير اشتراط الفراخ المستخلف إنما يتحقق إذا كان زواله مضراً فإن لم يكن مضراً فعلى مقتضى عبارة المصنف السابقة من عدم وجوب إبقاء الأصول استقلالاً لا يجب هنا و إن كان جملة الاستثناء تقتضى

وجوب الإبقاء مع الاستخلال مطلقا (قلت) قد عرفت المراد من العبارة ثم قال (و التحقيق) أنه إن وجب إبقاؤه بالاستقلال لم يقيد بحصول الفرخ ولا- باشتراط إبقائه و إلا لم يجب إلا إذا حصل المتبوع و العبارة لا تنطبق على واحد من الأمرين انتهى (و قد عرفت) الحكم في هذين مما ذكر في البين

(قوله) و لا تدرج الثمرة المؤبرة فيها إلا أن يشترطه المشتري سواء أبرها البائع أو تشققت من نفسها فأبرتها اللواقح إذا كان ثمره النخلة مؤبرة فهي للبائع بإجماع المسلمين إلا من شذ كما في (المسالك) و بالإجماع كما في (الخلاف و التذكرة و المفاتيح) و ظاهر (السرائر) حيث نسبه إلى أصحابنا و عليه النص عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمة عليهم السلام و في (الرياض) أن حكاية الإجماع مستفيضة و في (الوسيلة) في باب بيع الثمار و إن باع الشجر و لم يبد صلاحها كان الثمر للمبتاع إلا أن يشترط البائع و هو شاذ و مستنده غير واضح و أما أن للمشتري إذا اشترطه فقد طفحت به عباراتهم كعبارة (المبسوط و السرائر) و غيرهما و نطقت به رواياتهم و في (الرياض) أنه لا خلاف فيه و هو كذلك التفاتا إلى مقتضى الشرطية و عملا بالنصوص المعتمدة و إذا لم تؤبر فهي للمشتري كما سينص عليه المصنف و قد حكى عليه الإجماع في (السرائر) مكررا (و المختلف) في بيع الثمار (و غاية المرام) و ظاهر (الشرائع و التذكرة و المسالك) في آخر كلامه (و الكفاية) و قد حكى نقله جماعة و في (الرياض) لا خلاف بل عليه الإجماع في كلام جماعة و عد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨٣

و على المشتري التبقية إلى بلوغ الصلاح مجانا و يرجع في الصلاح إلى العادة ففيما يؤخذ بسرا إذا تناهت حلاوته و فيما يؤخذ رطبا إذا تناهى ترطيبه و ما يؤخذ تمرا إذا نشف نشافا تاما (١)

منهم المقداد في (التنقيح) و لم أجده فيه و حكاها عن صريح (التذكرة) و هو ظاهرها مضافا إلى مفهوم القيد فالمعتبرة و هو حجة و بذلك كله يخص الأصل بمعنى الاستصحاب بناء على عدم دخوله في مفهوم النخل لغه بل و لا عرفا على تأمل فيه على إطلاقه لما قاله في (التذكرة) من أنها قبل التأبير كالجزم من النخلة لا يعلم حالها من صحة الثمرة و فسادها و المخالف أبو حنيفة و كذلك ابن خمره في ظاهره حيث جعل الاعتبار في دخول الثمرة و عدمه يبدو الصلاح و عدمه فمتى باعها بعده فالثمره للبائع و قبله للمشتري إلا مع الشرط و في (الدروس) و غيره أنه قادر و المحقق في (الشرائع) ليس بمتعدد كما فهمه الصيمري منه و غيره و إنما أراد الدلالة على الدليل و المولى الأردبيلي كأنه متأمل في ذلك كما أنه قد يلوح من (المسالك) و لم يظهر من (المقنعة و النهاية) خلاف في ذلك إذ أقصى ما فيهما أنهما لم يتعرض فيهما لذلك و صاحب (المراسم) لم يتعرض للحكمين معا و قوله في (المبسوط) و حكم سائر الثمار حكم النخل و ثمرتها لأن أحدا لم يفصل إنما هو في مقام آخر و إلا فهو قد صرح بأن ثمره النخل قبل تأبيرها للمبتاع و نعم ما قال في (السرائر) في المقام فلتلحظ و لو جهل المشتري تخير في الفسخ و الإمضاء عند الشيخ و الشهيد و أنكره في (المختلف) لعدم العيب (و فيه) أن فوات بعض المبيع أبلغ من العيب (فتأمل) و لو ظنها البائع مؤبرة فظهرت غير مؤبرة فله الفسخ إن تصادقا على الظن و أما أنه لا فرق بين تأبير البائع و تأبير اللواقح فقد صرح به في (المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس) و غيرها لظهور المقصود (قوله) (و على المشتري التبقية إلى بلوغ الصلاح مجانا و يرجع في الصلاح إلى العادة فما يؤخذ بسرا إذا تناهت حلاوته و ما يؤخذ رطبا إذا تناهى ترطيبه و ما يؤخذ تمرا إذا نشف نشافا تاما)

لا أضمن صحة نشافا و الموجود في بعض كتب اللغة نشفا مثل فلس (كالمصباح المنير و مجمع البحرين) و لم أجد نشافا في شيء مما حضرني منها و أما أنه يجب على المشتري التبقية إلى وقت أخذه عادة فقد صرح به في (المبسوط و الخلاف و السرائر) و جامع (الشرائع) (و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح) و هو ظاهر غيرها و قد تقدم مثله فيما إذا باع الزرع قبل أن يسنبل و قلنا هناك إن ظاهر إطلاق الفتاوى و النصوص ما عدا موثقة سماعه و وجوب

التبقيّة و قد تألوها و أيضا فإن الأصل و القاعدة اقتضيا بقاء هذه الثمرة إلى أوانها و مع ذلك تصدى المشتري للشراء كما فى (مجمع البرهان) و الظاهر عدم الفرق بين كون المشتري عالما بالمسألة أم لا لعدم الضرر المنفى و فى (الشرائع) و غيرها يجب على المشتري تبقيته نظرا إلى العرف و ظاهرها أن النظر إلى العرف دليل وجوب التبقيّة كما استدل بذلك فى (الخلافة) (و وجهه) أن الثمرة المقطوعة قبل أوانها لا قيمة لها فى الأغلب خصوصا ثمرة النخل مع أنه قد قال عليه السلام لا ضرر و لا ضرار فإن العادة تقتضى إبقاءها للبائع إذا باع الشجرة (و يمكن) أن يريد به وجوب تبقيتها بما دل العرف عليه بحسب تلك الشجرة فى ذلك المحل و هذا المعنى هو المقصود فى أكثر العبارات كما فصله المصنف و غيره فكانت أحكام المسألة موافقة للاعتبار و الأصول و القواعد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨٤

و كذا لو اشترى ثمرة كان له إبقاؤها (١)

### [لو لم يكن مؤبرا دخل بشرطين]

#### إشارة

و لو لم يكن مؤبرا دخل بشرطين

### [الأول أن يكون من النخل]

(الأول) أن يكون من النخل فلو اشترى شجرة من غير النخل و قد ظهرت ثمرتها لم يدخل سواء كانت فى كمام و قد تفتح عنها أو لم يكن تفتح أو كانت بارزة (٢)

و ظواهر أخبار الزرع مع اتفاق الفتوى على ذلك فما فى (الكفاية) من قوله لا أعلم فى هذا الباب حجة واضحة لم يصادف محزه و إن صرف إلى غير ذلك مما ذكره من الفروع فكذلك لما بيناه فى باب بيع الثمار و الرجوع إلى العادة مع اتفاقها واضح فلو اضطربت عمل على الأغلب و مع التساوى يحتمل وجوب التعيين للاختلاف المؤدى إلى الجهالة فيبطل العقد بدونه و يحتمل الحمل على الأقل اقتصارا فيما خالف الأصل عليه لأن الأصل تسلط المشتري على ملكه و منع غيره من الانتفاع به و الأكثر لثبوت أصل الحق فيستصحب إلى أن يثبت المزيل و ليس الإبقاء إلى بلوغ الصلاح عادة أجلا- فى عقد البيع لا- بالنسبة إلى الثمن و لا إلى المثل و إنما هو أمر مرتب على عقد البيع و ثبوته فهو من مقتضيات المعاوضة خارج عنها لا أجل فيها و لو كان داخلا فى نفس المعاوضة لم يكن العرف رافعا للجهالة فإنه لا يجوز تأجيل أخذ العوضين إلى أوان أخذ الثمرة عرفا و بذلك يعرف الحال فيما ذكره الشهيد فى حواشيه و الظاهر أن فى النسخة سقطا و قد تقدم الكلام فى ذلك مستوفى فى باب الثمار كما تقدم؟؟؟ بيان الحال فى سقى الشجرة و ما إذا تضررا به أو تضرر أحدهما و انتفع الآخر و بينا الحال فى ذلك فيما إذا باع الثمرة و أبقى الأصل أو بالعكس و استوفينا الكلام فى ذلك

(قوله) (و كذا لو اشترى ثمرة كان له إبقاؤها)

هذا قد تقدم الكلام فيه فى بيع الثمار و يعلم حاله مما ذكرنا هنا

(قوله) (فلو لم يكن مؤبرا دخل بشرطين أن يكون من النخل فلو اشترى شجرة غير النخل و قد ظهرت ثمرتها لم تدخل سواء كان فى كمام و قد تفتح عنها أو لم يكن قد تفتح أو كانت بارزة)

أما دخول غير المؤبر فى البيع و صيرورته للمشتري فقد تقدم بيانه آنفا مستوفى و أما عدم دخول ثمرة غير النخل مطلقا كما أشار إليه المصنف فظاهر (السرائر) (و التنقيح و التذكرة) الإجماع عليه قال فى (السرائر) فأما ما عداه يعنى النخل فتمت باع الأصول و فيها ثمرة

فهى للبائع إلا أن يشترطها المشتري سواء لقحت و أبرت أو لم تلحق و نسب ذلك إلى أصحابنا تارة و قال عندنا أخرى و استدل عليه بالأصول المقررة و الأدلة الممهدة و فى موضع آخر نفى الخلاف عن ذلك و قال فى (التذكرة) غير النخل من الأشجار لا تدخل ثمارها فى البيع للأصل إذا كانت قد خرجت سواء بدا صلاحها أو لا و سواء كانت بارزة أو مستترة فى كمام و سواء تشقق الكمام عنها أو لا- و كذا ورد ما يقصد ورده سواء تفتح أم لا عند علمائنا و كذا القطن و غيره (و بالجملة) كل ما عدا النخل انتهى و فى (التنقيح) لا- نعلم فيه خلافا و ظاهره الإجماع أيضا و هو الذى اختاره الحيوان كما فى (الدروس) و فى (الرياض) أنه يفهم من بعض أصحابنا أنه لا خلاف فيه و لعله فهم ذلك من (التنقيح) و هو خيرة (جامع الشرائع و الشرائع) فى موضعين منها (و النافع و التحرير و الإرشاد و المختلف و اللمعة) (و الدروس) فى موضع منه (و المسالك) فى موضعين منه (و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) و هو ظاهر جماعة و حكاة فى (المختلف) عن والده و قواه الشهيد فى موضع آخر من (الدروس) و هو خيرة (النهاية) على ما فهمه منها صاحب (السرائر) بعد أن حرر عبارتها أحسن تحرير فيكون خيرة (المقنعة) لأنها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨٥

### [الثانى الانتقال بالبيع]

(الثانى) الانتقال بالبيع فلو انتقلت النخلة بغيره من صلح بعوض أو غيره أو هبة بعوض و غيره أو إجارة أو إصداق أو غير ذلك لم يدخل (١)

مثلا و من العجيب أنه لم يفهم فى (السرائر) من (المبسوط) خلافا مع أنه نقل بعض عباراته الصريحة فى (الخلاف) كما ستمتع و قد استدل عليه فى (الكفاية و مجمع البرهان) بالعرف و الأخبار الدالة على أن الثمرة فى غير النخل بعد ظهورها للبائع و قد عرفت أنه يدخل عليه الأصل أيضا لعدم دخول الثمرة فى مفهوم الأصل و المخالف الشيخ فى (المبسوط) و ابن حمزة فى (الوسيلة) و القاضى فيما حكى عنه فى (المختلف) (و الدروس) قال فى (المبسوط) فى قطن البصرة و الحجاز مما يبقى أصله سنين كثيرة إذا باع أصله و قد خرجت جوزته فإن كان قد تشقق فالقطن للبائع إلا أن يشترطه المشتري و إن لم يكن تشقق فهو للمشتري و قال (الثالث) أن تخرج الثمرة فى ورد فإذا باع الأصول و قد خرج وردها و تناثر و ظهرت الثمرة فهى للبائع إلا أن يشترطه المبتاع و إن لم يتناثر وردها و لم تظهر الثمرة و لا بعضها فإن الثمرة للمشتري و قال (الرابع) ما يقصد ورده مثل شجر الورد إذا بيع أصله نظر فإن كان أصله قد تفتح فهو للبائع و إن لم يكن تفتح و إنما هو حينئذ فهو للمشتري (انتهى) هذا و لما كانت السالبة تصدق مع انتفاء الموضوع صح للمصنف أن يقول و لو لم يكن مؤبرا «إلخ» لكن ذلك لا يتأتى فى عبارة (السرائر) و قد سمعتها لكن فى (القاموس) أبر النخل و الزرع يأبره أصلحه كأبره و هو صريح فى أن الأبر و التأبير بهذا المعنى غير خاص بالنخل كما هو ظاهر غيره

(قوله) (الثانى) الانتقال بالبيع فلو انتقلت النخلة بغيره من صلح بعوض أو غيره أو هبة بعوض أو غيره أو إجارة أو إصداق أو غير ذلك لم يدخل

دليله ظاهر مع الإجماع كما فى (مجمع البرهان) و فى (السرائر) بعد أن ذكر مخالفة الشيخ فى الإصداق و الخلع و الصلح و الإجارة ما نصه جميع هذه العقود الثمرة فيها للمالك سواء أبرت أم لم تؤبر بغير خلاف من أصحابنا و فى (التذكرة) لو انتقلت النخلة بغير البيع لم يثبت الحكم بل الثمرة الظاهرة للناقل إذا وجدت قبل النقل سواء كانت مؤبرة أو غير مؤبرة عند علمائنا و فى (المسالك) لا خلاف فى ذلك عندنا و قد نص على ذلك فى (الشرائع و المختلف و التحرير و الإرشاد و الدروس و الروضة) (و الكفاية) و غيرها و نص على عدم الدخول فى (جامع الشرائع) فى الإصداق و عوض الخلع و لا قائل بالفصل بينهما و بين الصلح و الإجارة و المخالف الشيخ فى (المبسوط) فى الأربعة المذكورة و القاضى فيما حكى عنه (حجة المشهور) بعد الإجماع أن الأصل بقاء الثمرة على ملك الناقل

خرجت عنه صورة البيع للأخبار فيبقى الباقي (و احتج للشيخ) بأنه إنما حكم فى البيع بالانتقال للمشتري لكون الثمرة حينئذ جزءا من المسمى إذ لا- وجه سوى ذلك و هذا لا- يختلف باختلاف العقود الناقلة و الاستناد إلى التعليل كأنه عليل سلمنا لكن ينتقض عليه بالعقود الخالية من المعاوضة كالهبة و الرجوع للفلس «١» فإنه وافق فيهما على كون الثمرة للناقل مع وجود ما ادعاه عله فيهما و فى (السرائر) أنه مذهب المخالفين لأهل البيت عليه السلام و أنه قياس و هناك شرط ثالث و هو كونها إناثا فلو باع فحولاً بعد تشقيق طلعه لم يندرج فى البيع إجماعاً و كذا إن لم يتشقق عندنا ذكر ذلك كله فى (التذكرة) و سينبه المصنف على ذلك فيما يأتى و لعله لذلك تركه (إذا عرفت) هذا فعد إلى عبارة الكتاب ففى حواشى

(١) يعنى إذا رجع البائع فى عين ماله للتفليس فإن الثمرة لا تدخل (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨٦

## [فروع]

### إشارة

(فروع)

## [الأول إذا ظهرت الثمرة بعد البيع]

(الأول) إذا ظهرت الثمرة بعد البيع فهى للمشتري إذا لم تكن موجودة حال العقد إلا أن يشترطها البائع (١)

الشهيد أن فخر الإسلام نقل عن والده أن الضمير فى قوله من صلح بعوض أو غيره راجع إلى العوض أى غير عوض لأن الصلح جائز بغير عوض و قال أى الشهيد إن الأولى رد الضمير إلى الصلح و فى (جامع المقاصد) لا ريب أن المتبادر عود الضمير إلى الصلح لكن يشكل عليه أن قوله أو هبة بعوض أو غيره إلى آخره يصير مستدركا لاندراج ذلك كله فى غير الصلح و عود الضمير إلى العوض على ما فيه من التكلف يقتضى وقوع الصلح بغير عوض (و يشكل) بأنه من عقود المعاوضات و هى تقتضى عوضين و لا يبعد أن يكون نظرهم فى ذلك إلى أن الصلح من الدين على بعضه صحيح و هو هبة للبعض فيقتضى وقوع الهبة بلفظ الصلح و لا دلالة عليه «١» لأنه على ذلك التقدير حينئذ صلح مشتمل على العوضين فإن البعض و الكل مختلفان كما فى البيع المشتمل على المحاباة أما وقوع الهبة بلفظ الصلح فلا دليل عليه (فإن قيل) لو كان هذا معاوضة حقيقية لزم الربا فى الربوى (قلت) لما كان أحد العوضين داخلا فى الآخر و إن غايه مغايرة الجزء للكل لم يتحقق شرط الربا و تحقق شرط الصلح بتغاير العوضين انتهى (قلت) دلت الأخبار على جواز الصلح على الدين المؤجل بأقل منه عاجلا و لا تكلف إذا كان الدين مؤجلا فى عود الضمير إلى العوض بل هو المتبادر كما فى قوله بعده أو هبة بعوض أو غيره و عمومات الصلح تقتضى بأنه لا مانع من أن يكون يفيد فائدة البيع إذا وقع على نقل العين بعوض (و فائدة) الإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم (و فائدة) العارية إذا تضمن إفادة منفعة بغير عوض (و فائدة) الهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض (و فائدة) الإبراء إذا تضمن إسقاط دين كما أن الشيخ جعله فرع كل واحد من هذه العقود إذا أفاد فائدته و كما أنه جائز مع الإنكار و الإقرار مع سبق نزاع و لا معه لمكان العموم المذكور و إن أشعر لفظه بالنزاع السابق (سبق نزاع ل)

(قوله) (فروع الأول) إذا ظهرت الثمرة بعد البيع فهى للمشتري إذا لم تكن موجودة حال العقد إلا أن يشترطها البائع

أورد الشهيدان ظهورها بعد البيع يستلزم عدم وجودها حالته فأى فائدة فى التقييد بعدم الوجود حال البيع (و أورد) المحقق الثانى أن ظهورها بعد البيع يقتضى عدم كونها موجودة حين إيقاعه إذ لو كانت موجودة حين إيقاعه لم يتحقق ظهورها بعده إذ لا يراد عند

الفقهاء من ظهور الثمرة إلا بروزها للوجود لا زوال الساتر عنها إلا أن يحمل الظهور على بدو الصلاح نظرا إلى أنها قبله بمعرض التلف فكأنها غير ظاهرة أوانه وقت الانتفاع بها و الانتفاع بها قبله بعيد فكأنها غير ظاهرة (و فيه) ما لا يخفى فإن مدار الحكم على الوجود و عدمه فبدو الصلاح لا يعتد به انتهى (و قد يقال) إن مراد المصنف فى المقام أن الظهور على قسمين ظهور حسى و ظهور واقعى فى نفس الأمر و المستغنى عن القيد كل منهما بالنسبة إلى عدمه لا أحدهما بالنظر إلى عدم الآخر فجاز أن يكون المقيد هو الظهور الحسى و المنفى وجوده الظهور الواقعى فيحصل من ذلك ثلاث صور عدم الظهور حال العقد أصلا فالثمره للمشتري و الظهور حالته واقعيًا و حسيًا فالثمره للبائع و الظهور فى نفس الأمر و عدمه فى الحس و الثمره حينئذ للبائع أيضا و الحكم فى الكل ظاهر الدليل فاندفع الإيرادان معا و هذا لا يخالف ما حكاه المحقق الثانى عن

(١) كذا وجد (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨٧

### [الثانى لو كان المقصود من الشجر الورد]

(الثانى) لو كان المقصود من الشجر الورد فإن كان موجودا حال العقد فهو للبائع و إن لم يكن تفتح (١)

### [الثالث إنما يعتبر التأبير فى الإناث من النخل]

(الثالث) إنما يعتبر التأبير فى الإناث من النخل لأن التأبير هو شق أكمه النخل الإناث و ذر طلع الفحل فيها فحينئذ لا شىء للمشتري فى طلع الفحول إن كان موجودا حال البيع (٢)

### [الرابع لو أبر البعض فثمرته للبائع]

(الرابع) لو أبر البعض فثمرته للبائع و ثمره غير المؤبر للمشتري سواء اتحد النوع أو اختلف و سواء اتحد البستان أو تعدد (٣) أما لو كان بعض طلع النخلة مؤبرا و بعضه غير مؤبر احتمل دخول غير المؤبر (٤) خاصة

الفقهاء من أنه لا- يراد عندهم من ظهور الثمرة إلا- بروزها للوجود لا- زوال الساتر عنها لأننا قلنا فى الصورة الثالثة إنها للبائع لمكان بروزها للوجود فى الواقع و إن كانت مستورة عن الحس و يعرف كونها موجودة فى نفس الأمر بقول عدلين من أهل الخبرة فعلى هذا لو تنازع البائع و المشتري فى الظهور بمعنى الوجود حال العقد فإن كان هناك قرينه أو عدلان من أهل الخبرة و إلا حلف المشتري لأصالة عدم تقدم الظهور و فى وجوب اليمين مع القرينه احتمال من حيث إن القرينه قد لا تفيد القطع (قوله) (لو كان المقصود من الشجر الورد فإن كان موجودا حال العقد فهو للبائع و إن لم يكن تفتح)

هذا قد تقدم الكلام فيه عند شرح قوله و لو لم يكن مؤبرا دخل (إلخ)

(قوله) (الثالث) إنما يعتبر التأبير فى الإناث لأن التأبير هو شق أكمه النخل و ذر طلع الفحل فيها فحينئذ لا شىء للمشتري فى طلع الفحل إن كان موجودا حال البيع)

قد نص فى (المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و المسالك) و غيرها على أن طلع الفحل للبائع سواء تشقق أو لا و إليه أشار فى (الدروس) و قد سمعت فيما سلف إجماعى (التذكرة) الصريح و الظاهر و قد استدلل على اعتبار التأبير فى الإناث خاصة بأن التأبير مركب من أمرين شق أكمه النخل و ذر طلع الفحل فيها كما صرح بذلك فى (التذكرة) و من المعلوم أن الثانى لا يتحقق إلا فى

الإناث فحين عدم تحققه فى الفحول لا شىء للمشتري فى طلوعها إن كان موجودا حال البيع لأن نصوص التأبير لا تناوله لما عرفته من التركيب فى معنى التأبير فكان أصل عدم انتقاله إلى المشتري تشقق أو لا سالما عن المعارض (وقد يقال) لا حاجة بنا فى ذلك إلى دعوى التركيب فى التأبير إذ هو ذر طلع الفحل و الشق مقدمه ثم إن هذا التعليل جار فى العرف الغالب كما فى (جامع المقاصد) و قال فيه إنه نقل أنهم قد يشقون أكمه الفحل و يذرون طلع الأنثى فيها فيحصل منه تمر إلا أن ذلك لندرته لا يقدر فى حمل التعليل على الغالب

(قوله) (الرابع لو أبر البعض فثمرته للبائع و ثمرة غير المؤبر للمشتري سواء اتحد النوع أو اختلف و سواء اتحد البستان أو تعدد) كما هو خيرة (المبسوط و الخلاف و الشرائع و الإرشاد) (و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) و هو ظاهر غيرها عملا بظاهر الخبر و قد حاول المصنف الرد على بعض الشافعية المفارقين بين ما إذا اتحد النوع فيستوفى كله و ما إذا تعدد و الرد على من فرق بين البستان الواحد و المتعدد

(قوله) (أما لو كان بعض طلع النخلة مؤبرا و بعضه غير مؤبر احتمل دخول غير المؤبر)

كما احتمل ذلك فى (التذكرة و التحرير و الإيضاح) من دون ترجيح و فى (جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة و فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨٨

و عدم الدخول مطلقا لعسر التمييز (١)

#### [الخامس لا يدخل الغصن اليابس و لا السعف اليابس على إشكال]

(الخامس) لا يدخل الغصن اليابس و لا السعف اليابس على إشكال و فى ورق التوت نظر (٢)

#### [السادس لو خيف على الأصول مع بقاء الثمرة ضرر يسير لم يجب القطع]

(السادس) لو خيف على الأصول مع بقاء الثمرة ضرر يسير لم يجب القطع و لو خيف الضرر الكثير فالأقرب جواز القطع و فى دفع الأرش نظر (٣)

(المسالك) أنه أقوى و هو ظاهر (الشرائع و الإرشاد و الروضة و الكفاية) و أظهر منها عبارة (الدروس) حيث قال و لو أبر البعض فلكل حكمه فإن عسر التمييز اصطلاحا فإنهم أطلقوا الحكم بحيث يشمل ما لو كان المؤبر بعض البستان كشجرات معينة و غير المؤبر الباقي و ما لو كان التبويض فى الشجرة الواحدة بأن يؤبر بعض النخلة و يترك الباقي فيكون المؤبر فيهما للبائع و الآخر للمشتري عملا بظاهر النص فإن تعليق الحكم على الوصف يظهر منه العلية فيكون التأبير هو العلة و سيأتى فى الفرع السابع إطلاقات فى العبارات ترشد إلى هذا الاحتمال

(قوله) (و عدم الدخول مطلقا لعسر التمييز)

هذا احتمله أيضا المصنف فى (التذكرة و التحرير) و ولده فى (الإيضاح) و استظهره المقدس الأردبيلي و كأنه مال إليه الشهيد فى حواشيه و المحقق الثانى فى (تعليق الإرشاد) لأنه يصدق عليه أنه قد باع نخلا قد أبر لأن التأبير يصدق على البعض و الجميع لأنه أعم منهما و قد وجد التأبير فى الجملة فى الشجرة فلا يوجد نقيضه فيها إذ الماهية توجد بوجود فرد منها و إنما تنعدم بعدم جميع أفرادها فيدخل تحت نص أنه للبائع و يكون غير المؤبر تابعا قال فى (التذكرة) و هو أولى من جعلهما معا للمشتري كما أن باطن الصبرة تبع لظاها فى الرؤية لأن الباطن صائر إلى الظاهر بخلاف العكس و ظاهره أنه هناك وجه ثالث (و وجهه) عدم صدق التأبير فى المجموع الذى هو مورد النص و هو قوى جدا كما ذكره فيمن أسلم على ميراث بعد قسمه بعضه (و احتج) على الوجه الثانى أيضا



بأن فى افتراقهما فى الحكم كمال العسر و عدم الضبط و بالأصل فيقتصر فيما خالفه على موضع الوفاق بيان ذلك أن دخول الثمرة نشأ من دلالة المفهوم و هى ضعيفة مخالفة للأصل فيقتصر فيها على المتيقن و هو إذا لم يؤبر شىء و يبقى الباقي على أصل عدم الدخول (و قد استدل) المصنف عليه بعسر التمييز و الشهيد فى حواشيه قال قيل فيه نظر لأن العسر يبطل العقد إذا كان مقصودا بالبيع إذ التقدير حصوله حين العقد و فى (جامع المقاصد) أن هذا غير وارد لإمكان أن يراد عسر التمييز بعد تأيير الباقي (قلت) و يصطلحان حينئذ كما لو تجددت أخرى و قال الشهيد إن عسر التمييز اصطلاحا و الأولى أن يقال إن قوله لعسر التمييز إشارة إلى الدليل و هو أن المؤبر لا يدخل لوجود العلة المانع و غير المؤبر لو دخل لبطل البيع فى النخلة و الثمرة لأنه مجهول تعسر معرفته و ليس من ضروريات البيع كأس الحائط و لا منصوفا كالأبق (فتأمل)

(قوله) (الخامس لا يدخل الغصن و لا السعف اليابس على إشكال و فى ورق التوت نظر)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله مستوفى

(قوله) (السادس لو خيف على الأصول مع تبقية الثمرة ضرر يسير لم يجب القطع و لو خيف الضرر الكثير فالأقرب جواز القطع و فى دفع الأرش نظر)

يريد كما يعطيه سوق العبارة أنه إذا باع نخلا مؤبرا فالثمره للبائع على ما تقدم فإن عطشت و انقطع الماء و لم يتمكن من سقيها و كان تركها على الأصول يضر بها فإن كان قدرا يسيرا أجبر المشتري عليه كما طفحت به عباراتهم بل لا أجد فيه مخالفا و إن كان كثيرا يخاف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٨٩

### [السابع لو كانت الثمرة مؤبرة فهى للبائع]

(السابع) لو كانت الثمرة مؤبرة فهى للبائع (١) فلو تجددت أخرى فهى للمشتري (٢) فإن لم يميزا فهما شريكان (٣) فإن لم يعلم قدر ما لكل منهما اصطلاحا و لا فسح لإمكان التسليم و كذا لو اشترى طعاما فامتزج بطعام البائع قبل القبض و له الفسخ

على الأصول الجفاف أو نقصان حملها فى المستقبل نقصانا كثيرا فقد اختلفت فيه كلمة الأصحاب (و قد اختار) المصنف هنا أن للمشتري جواز القطع و إجبار البائع على ذلك لأنه إذا جاز له ذلك كان له إجباره على ذلك و هو خيرة (المختلف و الدروس و حواشى الكتاب) فى موضعين منها (و جامع المقاصد) و نفى عنه البأس فى (التذكرة) فى موضع منها لأن تسويغ التبقية على خلاف الأصل و إنما كان لمصلحة البائع صاحب الثمرة و لو لا ورود النص بذلك لم نصر إليه لأنه يجب عليه تسليم المبيع مفرغا فإذا انتفت المصلحة المقتضية لتسويغ التبقية رجعنا إلى الأصل و هذا الدليل كما ترى إنما ينطبق ظاهرا على ما إذا لم يكن لصاحب الثمرة مصلحة أصلا لأن الثمرة (حينئذ) لا تخلو من الضرر على كل حال تركت أو صرمت و حينئذ فإنه لا ريب فى إجباره على القطع و كأنه لا خلاف فيه و قد نبه على الحكم فى (التذكرة) فالأولى أن يقال قد عارضها ضرر عظيم و قد قال صلى الله عليه و آله لا ضرر و لا ضرار و فى (المبسوط) و موضع من (التذكرة و الكتاب) فى بيع الثمار أنه لا يجوز له ذلك و لا يجبر البائع عليه إذا خيف الجفاف أو نقصان الحمل فى المستقبل نقصانا كثيرا و عن السيد عميد الدين أنه إن تيقن التلف أجبر على القطع و لا يجبر مع الضرر و إن كثر الفرق واضح بينه و بين ما فى (المبسوط) إن فسر الجفاف بالبيس (و احتج) الشيخ بأنه لما دخل فى بيع الأصول منفردا عن الثمرة فقد رضى بما تؤدى إليه الثمرة من الضرر (و استشكل) فى موضع آخر من (التذكرة) و اقتصر فى (التحرير) على نقل القولين و هذا الذى حكيناه عن (المبسوط) هو الذى وجدناه فى بعض النسخ المصححة و إلا ففى بعض النسخ و ما حكاه عنه فى نسختين من (المختلف) عبارة لا تكاد تصح و حيث يجوز له القطع هل يجب عليه الأرش قولان ففى (الدروس و جامع المقاصد) أنه لا يجب لأنه قطع مستحق

وفي (حواشى الكتاب) فى موضعين أنه يجب لأنه نقص دخل على مال الغير لمصلحته و احتمله فى (الدروس) احتمالا و لعله الأقوى لقوله عليه السلام لا ضرر و لا ضرار (فليتأمل) فيه و فخر الإسلام فى (الإيضاح) فرض المسألة فى عبارة الكتاب فيما إذا باع الثمرة و أبقى الشجرة و هو خلاف الظاهر من سوق العبارة و قد نقلنا كلامه فى باب بيع الثمار و تكلمنا فى المسألة على هذا الفرض عند شرح قوله و لو انقطع الماء لم يجب قطع الثمرة فليرجع إليه من أراد الوقوف عليه

(قوله) (و لو كانت الثمرة مؤبرة فهى للبائع)

أعاده ليفرع عليه

(قوله) (فلو تجددت أخرى فهى للمشتري)

كذا أطلق فى جملة من العبارات و قيد فى (المبسوط) فى موضع منه (و التذكرة) بما إذا كان المتجدد فى غير تلك الشجرة قال فى (التذكرة) لو كانت الثمرة مؤبرة فهى للبائع فإن تجددت أخرى فى تلك النخلة فهى له أيضا فإن كان فى غيرها فهى للمشتري و نحوه ما فى (المبسوط) و لعله مبنى على أن غير المؤبر يتبع المؤبر فى النخلة الواحدة فتدبر

(قوله ره) (فإن لم يتميزا فهما شريكان)

لأن الشركة عبارة عن امتزاج المالىين بحيث لا يتميزان و فى (المبسوط) إن لم يتميزا يفسخ (فسخ ل) البيع أو يقول البائع سلمت الجميع إلى المشتري فيجبر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩٠

### [الثامن لو باع أرضا و فيها زرع فهو للبائع]

(الثامن) لو باع أرضا و فيها زرع فهو للبائع سواء ظهر أو لا إلا أن يشترطه المشتري فيصح ظهر أو لا و لا تضر الجهالة لأنه تابع (١)

المشتري على قبوله لأنه زاده فضلا و إن امتنع البائع من ذلك فسخ البيع لأن المبيع لا يمكن تسليمه لأنه غير متميز و مراده بفسخ البيع ثبوت الخيار كما بيناه فى بيع الثمار و لا ريب أن ذلك إذا لم يعلمها قدر ما لكل منهما و أما إذا علماه اقتسامه و إن لم يتميز كما إذا كان المبيع أربع نخلات مثلا قد أبر منها اثنتان و ثمرتها جميعا متساوية فإن قدر ما لكل واحد منها نصف و إن لم يتميز المالان و المصنف هنا و فى (التحرير و التذكرة) قال لا فسخ و لا يبطل العقد و معناهما لا خيار له بل يتعين الصلح إذ لا طريق للخلاص إلا هو و فى (المختلف و الدروس و جامع المقاصد) أنه إن تجددت قبل القبض فللمشتري الفسخ و إن بذل له البائع الجميع أو ما شاء و لو كان بعد القبض اصطلاحا و قال فى (المختلف) إن ظاهر كلام الشيخ أن المزج حصل قبل التسليم و حينئذ يتخير المشتري كما قررناه (قلت) الشيخ فى مبسوطه تكرر منه مضمون هذا الكلام فى مواضع و ما استظهره منه المصنف فى (المختلف) لعله فهمه من قوله لأن

المبيع لا يمكن تسليمه و هذا يمكن تأويله و قد يفهم ذلك من مقامات آخر و قد تقدم الكلام فى المسألة فى بيع الثمار عند شرح (قوله) لو اشترى لقطعة من الخضراوات فامتزجت بالمتجدد «إلخ» (١) و قد استوفينا هناك الكلام فيها و فى أطرافها و فى بيان كلام الأصحاب بما لا مزيد عليه فلا بد من مراجعته و سيأتى فى الفرع الثانى من فروع أحكام التسليم كلام شاف واف فى المقام و يبقى الكلام فى قول المصنف هنا و فى (التذكرة) لإمكان التسليم إذ ظاهره أن المزج وقع قبل التسليم فيشكل حينئذ عدم ثبوت الفسخ لأن الشركة عيب فإذا حدث قبل القبض ثبت له الفسخ و حملة على إمكان تسليم جميع الثمرة فإنه يجبر حينئذ على القبول عند الشيخ فيكون المصنف قائلًا بمقالة الشيخ يدفعه قوله فى مسألة اختلاط طعام المشتري بطعام البائع قبل القبض بأن له الفسخ فإن الشيخ لم يفرق بين المسألتين فى عدم الفسخ إذا سلم الجميع و ثبوته مع عدمه و فى حواشى الشهيد أن المصنف بعد القراءة عليه حف قوله و له الفسخ و ينبغى أن يحف ذلك فى (التذكرة) أيضا و عبارة (التحرير) تحمل على ما بعد القبض و قد يفرق بين الثمرة و اللقطعة و بين

الطعام بأن الثمرة و اللقطة تحملهما الشجرة طبعاً بخلاف الطعام الذى يمتزج اختياراً أو بتفريط البائع فكأن المشتري قد أقدم على تجويز الشركة بخلاف الطعام و المصنف فى بيع الثمار من الكتاب جعل للمشتري الخيار فى تجدد اللقطة من الخضروات من دون تقييد بقبول القبض أو بعده

(قوله) (لو باع أرضاً فيها زرع فهو للبائع سواء ظهر أم لا إلا أن يشترطه المشتري فيصح ظهر أو لا و لا تضر الجهالة لأنه تابع) لعله قصد بذلك الرد على ما فى (المبسوط) من قوله إنه إذا باع الأرض و فيها قطن قد قوى جوزه و اشتد و لم يظهر القطن كان القطن للبائع و الأرض للمشتري فإن شرط المشتري أن يكون القطن له لم يصح شرطه للجهالة و مثله قال فيما إذا باع أرضاً فيها حنطة قد أخرجت السنابل فرد عليه المصنف هنا بأن الجهالة لا تضر لأنه تابع و أطلق فيحتمل أن يكون أراد أن كل تابع لا تضر جهالته و إن كان مقصوداً بالذات فى البيع و الزرع بالنسبة إلى الأرض من توابعها و يحتمل أنه أراد ما ذكره من الضابط فى الفرع السادس من فروع المقصد الثالث فى العوضين (قال) كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩١

و للبائع التبقية إلى حين الحصاد مجاناً فلو قلعه قبله ليزرع غيره لم يكن له ذلك و إن قصرت مدة الثانى عن إدراك الأول (١)

معلوم و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا و هذا الضابط ذكره فى عدة مواضع من (المختلف) قال فيه فى المقام إن البذر إن كان أصلاً فى البيع بطل بخلاف ما إذا كان الأصل هو الأرض و البذر تابع فإنه يصح و مقتضاه أن ذلك يختلف باختلاف الأحوال و المقصود و هذا هو الذى يقتضيه النظر كما فى (جامع المقاصد) قلت و عليه ينزل إطلاق الأصحاب إلا فى بيع الآبق منضمماً للإجماع و النص إلا من ظاهر علم الهدى فى (الإنتصار) و قد نقلنا كلامه برمته فى بيع الآبق و إلا فى بيع السمك فى الآجام منضمماً إلى القصب هذا مذهب جمهور المتقدمين كما بيناه آنفاً و قد يستأنس له بقولهم فى باب الربا لو كان أحد العوضين مشتتلاً على الآخر غير مقصود صح مطلقاً كبيع دار مموهة بالذهب و لا كذلك لو اشترى عبداً له مال بجنسه و هو ربوى فإنه يبطل ساواه الثمن أو قصر عنه و إن كان خارجاً عما نحن فيه و ظاهر (الدروس) إنكار هذا الضابط حيث جوز بيع الأرض و البذر مطلقاً و يشهد له مكاتبه الصفار كما مر بيانه فى أول هذا الباب و قد يوجد لبعض الناس ضابط آخر و هو أن المجهول إن جعل جزءاً من المبيع لا يصح و إن شرط صح و ليس بشيء لأن اللفظ لا أثر له إذ المشروط محسوب من جملة المبيع و قضية هذا الضابط أن كون المجهول تابعا أو مقصوداً يختلف باختلاف اللفظ فإن باع المجهول و المعلوم معا لم يصح و إن شرط المجهول و أجرى البيع على المعلوم صح (و فيه) نظر لأن تابعية الشيء للشيء إنما هى بحسب الواقع أو بحسب قصد المتبايعين كأساس الحائط و الحمل مع أمه فإنهما لا يخرجان عن التابعية باختلاف الصيغة و لأنه من باع الحمل و أمه صح البيع و لا تتوقف صحته على بيعها و اشتراطه فى البيع و فى (التذكرة) أنه لو قال بعثك الدابة و حملها بطل عندنا و أنه لو باع الحمل مع أمه صح إجماعاً فليلاحظ ذلك و هذا الضابط الثانى ذكره المصنف فى الفرع الرابع من فروع الفصل الثالث فى الشروط فى أواخر الكتاب و قد يكون أراد الثالث و على (ما حررناه) ينزل قوله فى (المبسوط و الخلاف) بصحة بيع الأرض مع البذر المودع فيها مع أنه أكثر جهالة من القطن و السنبل الظاهر لكن قوله فيهما بطلان اشتراطهما و صحة بيع الأرض لا يكاد يلتئم إلا على القول بأن بطلان الشرط لا يستلزم بطلان العقد و إلا فانضمام المجهول إلى المعلوم إما أن يبطل البيع أو لا - فعلى الأول يبطل فى الأرض و القطن و على الثانى يصح فيهما فصحته فيهما دونه لا وجه له و على (ما حررناه) إن كان القطن مقصوداً بالذات بطل البيع فيهما و الأصح فيهما و وجه الصحة فى الضابط الأول أنه عقد قطعاً فيجب الوفاء و لم يتم إجماع على بطلانه و لا كذلك على الضابط الآخر كما هو ظاهر و قد تقدم عند شرح قوله أما لو قال أو ما أغلق عليه بابها ما له تمام النفع فى المقام و تمام الكلام فى الفرع السادس من المقصد الثالث فى العوضين

(قوله) (فلو قلعه قبله ليزرع غيره لم يكن له ذلك و إن اقتصرت مدة الثانى عن إدراك الأول)

بل تكون المنفعة للمشتري لأنه إنما استحق تبقية هذا الزرع لقضاء العادة بتبقيته و لئلا يتضرر بقطعه و هذه الضرورات قد زالت فإذا أزاله لم يكن له الانتفاع بمكانه سواء قصرت مدة الثانى عن إدراك الأول أو لا كما لو باع دارا فيها قماش فإن عليه نقله بمجرد العادة فإن جمع الحمالين و نقله فى ساعة واحدة على غير العادة لم يكن له حبس مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩٢

و على البائع قلع العروق إذا كان مضرا كعرق القطن و الذرة و تسوية الحفر (١) و لو كان للزرع أصل ثابت يجرى مرة بعد أخرى فعليه تفرغ الأرض منه بعد الجزء الأولى على إشكال أقربه الصبر حتى يستقلع (٢) و الأقرب عدم دخول المعادن فى البيع (٣) و لو لم يعلم بها البائع تخير إن قلنا به (٤)

### [التاسع يدخل فى الأرض البئر و العين و ملئهما]

(التاسع) يدخل فى الأرض البئر و العين و ملئهما (٥)

الدار إلى أن يمضى زمان العادة فى النقل و التفرغ و لا كذلك لو رد المستأجر العين لعيب بعد البيع فإن المنفعة هنا للبائع «١» كما بيناه عند شرح قوله لكن للمشتري مع الجهل الخيار «إلخ»

(قوله) (و على البائع قلع العروق إن كان مضرا كعرق القطن و الذرة و تسوية الحفر)

إذا ترك الزرع حتى استحصد و جب على البائع نقله بحسب الإمكان فإن أراد تبقيته لأنه أنفع له لم يترك لأن الواجب إزاله الضرر و أما التوفير فلا يجب فإذا حصده فإن بقى له أصول لا تضر بالأرض لم يكن عليه نقلها و إلا و جب نقلها و تسوية الحفر لنفى الضرر و عدم التعدى من صاحب الأرض فكان عليه تسويتها كما لو باعه دارا و فيها حب كبير و نحوه مما لا يخرج من الباب فإنه يجب نقض الباب و يلزم البائع بقاءه إن كان نقضه (النقض خ ل) بلبنة أو اثنتين أو ما نقص منه كما أشرنا إليه آنفا

(قوله) (و لو كان للزرع أصل ثابت يجرى مرة بعد أخرى فعليه تفرغ الأرض منه بعد الجزء الأولى على إشكال أقربه الصبر حتى يستقلع) كما فى (جامع المقاصد) و ظاهر (الدروس) لأن له غايتين أولى و ثانية و الغايتان و ما بينهما هو نفعه المتعارف فهو بمنزلة نفع غيره من الأنواع المخالفة له و لأنه حين وضعه قد وضعه على التأخير شرعا إلى حين استقلاله فصار مستثنى بالأصل و لم يرجح المصنف فى (التذكرة) و كذا ولده فى (الإيضاح) لما ذكر و لاقتضاء العقد و جوب التفرغ و لإمكان الحمل على الغاية الأولى و الثانية (و قد عرفت) أن الشيخ يقول فى مثل هذا إن كان مجزوزا دخلت أصوله فى بيع الأرض و لو لم يكن مجزوزا فالجزء الأولى للبائع و الباقى للمشتري (و يستقلع) بفتح الياء و كسر اللام معناه يبلغ حدا يستحق القلع (قوله) (و الأقرب عدم دخول المعادن فى البيع)

هذا قد تقدم الكلام و نقل الأقوال فيه عند شرح قوله و الأحجار إذا كانت مخلوقة «إلخ» و محل النزاع ما إذا لم يأتى بما يقتضى دخولها نحو قوله و ما أغلق عليه بابها كما فى (جامع المقاصد) و هو معلوم مما سلف و قد يوجد فى بعض النسخ و الأقرب دخول المعادن و الذى شرحه ولد المصنف هو العبارة الأولى

(قوله) (و لو لم يعلم بها البائع تخير إن قلنا به)

أى بالدخول فى بيع الأرض مع الإطلاق كما فى (الدروس و جامع المقاصد) و فى (التحرير) أنه يتخير إن ملكها بالإحياء و إن ملكها بالبيع احتمال عدم الخيار لأن الحق لغيره و احتمال ثبوته كما لو اشترى معيها ثم باعه و لم يعلم بعيه فإنه يستحق الأرش و هل تثبت جهالته بقوله مع يمينه و جهان و لو قلنا بعدم الدخول مع الإطلاق فباعها بما أغلق عليه بابها فهل يثبت له الخيار مع عدم علمه احتمالات (قوله) (و يدخل فى الأرض البئر و العين و ماؤهما)

كما فى (التحرير و الدروس و جامع المقاصد) و المراد بمائهما الماء المحقون فيهما و تمام الكلام و بيان الحال فى كلام الشيخ قد تقدم فى بئر الدار عند شرح قوله حتى الحمام و فى (الدروس) أنه لو ظهر فيها مصنع أو صخرة معدة لعصر الزيت أو العنب

(١) لأن الوجه المذكور فيما نحن فيه لا يجرى فى العين المستأجرة (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩٣

### [العاشر لو استثنى نخلة كان له الممر إليها]

(العاشر) لو استثنى نخلة كان له الممر إليها و المخرج و مدى جرائدها من الأرض (١)

دخلتا و للبائع الخيار مع عدم العلم

(قوله) (و لو استثنى نخلة كان له الممر إليها و المخرج و مدى جرائدها من الأرض)

كما فى (الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس و المسالك) (و مجمع البرهان و الكفاية) و يدل عليه خبر السكونى المروى فى (الكافى و التهذيب) عن أبي عبد الله عليه السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى رجل باع نخلا و استثنى نخلة فقضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالمدخل إليها و المخرج منها و مدى جرائدها و قد رواه الصدوق كذلك و خبر عقبه بن خالد أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قضى «١» فى هرائر (حرائر هوائرخ ل) و استظهر فى (الوافى) حريم النخل أن تكون النخلة و النخلتان للرجل فى حائط الآخر فيختلفون فى حقوق ذلك فقضى فيها أن لكل نخلة من أولئك من الأرض مبلغ جريدة من جرائدها حين بعدها قلت أى منتهى طولها إذا طالت و روى فى (التهذيب) عن محمد بن الحسن الصفار فى (الصحيح) قال كتبت إليه فى رجل باع بستانا فيه شجر و كرم فاستثنى شجرة منها هل يمر إلى البستان إلى موضع شجرته التى استثناها و كم لهذه الشجرة من الأرض التى حولها بقدر أغصانها أو بقدر موضعها التى هى نابتة فيه فوق عليه السلام له من ذلك حسب ما باع فلا يتعدى الحق فى ذلك إن شاء الله و قد اعتراه إجمال منع من الاعتماد عليه و مع ذلك فقد يقال إن الظاهر أن يقال له من ذلك على حسب ما استثنى و ربما أشعر بالاختصار على ما دخل تحت مفهوم هذا اللفظ عرفا و هو مشكل بناء على ما عرفت من كلام الأصحاب و الأخبار المتقدمة و قد يمكن تنزيهه على ذلك عند إنعام النظر و لم أجد من استدل بالأخبار قبل صاحب (الكفاية) فإنه استدل بخبر الصفار و المراد أن له ذلك من غير إذن المشتري صاحب البستان لأن ما تصرف فيه ملكه لأن ذلك مقتضى الاستثناء فكأنه قد استثنى ذلك كله و حكى الشهيد عن السيد عميد الدين أن دخول الممر و مدى الجرائد من ضرورات النخلة و ليس مرادهم أنه يملك الأرض بل يستحق المنفعة بقدر الدخول و الخروج و الانتفاع بالشجر و الثمر و السقى و الحرث و جمع الثمرة و وضعها فى المكان المعتاد لذلك و يستحق مدى جرائد النخلة فى الهواء و العروق فى الأرض كما نبه على ذلك فى (المسالك و مجمع البرهان و الكفاية) لقضاء العرف بذلك كله و ليس لمالك الأرض عطف شىء من جرائدها و لا قطعها و لا العمل فى الأرض بما يضر فى العروق و لا الانتفاع بما استحقه زمن بقائها فى الأرض إن أضر بها و إن لم يضر فالأشبه بأصول المذهب الجواز لأنه مالك الأرض و إنما استحق مالك الشجرة ما يحتاج إليه بطريق الاستتباع لتوقف الانتفاع عليه لا الملك فيقتصر على موضع اليقين و عن السيد عميد الدين أن له منع البائع من الانتفاع بما تحت الجرائد و أن له الممر و إن كان يضر بالمشتري و كذا لا يجوز لمالك الشجرة الانتفاع بما يخرج عن متعلقاتها من الزرع تحتها و الإقامة زيادة على المعتاد فى أمثالها لمصلحتها مع احتمالها أيضا (و منه) يعلم الحال فى الصلاة تحتها فبعض أجاز و بعض منع و كذلك لو اشترى نخلة أو شجرة من جملة البستان الذى للبائع فإن الحكم فيه كما ذكر و الجريدة غصن النخلة الرطبة و إذا صار يابساً سمي

(١) متن الخبر هكذا قضى فى هوائر النخل أن تكون النحلة و النخلتان إلى قوله حين بعدها (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩٤

فلو انقلعت لم يكن له غرس أخرى إلا أن يستثنى الأرض (١) و كذا لو باع أرضا و فيها نخل أو شجر (٢)

### [السادس العبد]

(السادس) العبد و لا يتناول ماله الذى ملكه مولاه إلا أن يستثنيه المشتري إن قلنا إن العبد يملك و ينتقل إلى المشتري مع العبد (٣) و كان جعله للمشتري إبقاء له على العبد فيجوز أن يكون مجهولا و غائبا أما إذا أحلنا تملكه و باعه و ما معه صار جزءا من المبيع فيعتبر فيه شرائط البيع

سعفا

(قوله) (فلو انقلعت لم يكن له غرس أخرى إلا أن يستثنى الأرض)

هذا ظاهر و معلوم مما تقدم

(قوله) (و كذا لو باع أرضا و فيها نخل أو شجر)

قد عرفت أن ذلك لا يدخل فى بيع الأرض مع الإطلاق كما لا يدخل فى بيع الدار فله الممر فى الأرض و مدى الجرائد و الأغصان منها كما مر

(قوله) (السادس العبد و لا يتناول ماله الذى ملكه مولاه إلا أن يستثنيه إن قلنا إن العبد يملك و ينتقل إلى المشتري مع العبد)

إلخ هذا قد تقدم الكلام فيه «١» أكمل استيفاء فى المطلب الثانى من مطلبى الفصل الأول فى الحيوان و قد صرح هنا فى (جامع المقاصد) بأنه يشترط فى مال العبد حيث ينتقل مع الشرط شرائط البيع كالعلم به و التحرز من الربا و إن قلنا بأنه يملك و هو قضية تحقيقه فى (التذكرة) فى المقام و هو الذى يستفاد من الأكثر حيث يطلقون اشتراط العلم و التحرز من الربا بعد تعميم الحكم بعدم الدخول إلا مع الشرط فى القول بملك العبد و عدمه فإن ذلك يقتضى اشتراطهما على تقدير الملك أيضا كما بيناه فى المطلب الذى أشرنا إليه و ما ذكره المصنف من جواز جعله مجهولا- و غائبا على القول بالملك لأنه كالمندرج فى المبيع تبعا فتغتفر فيه الجهالة فيجوز أن يكون مجهولا و إن أمكن استعلامه و غائبا لم يوصف و إن أمكن وصفه ضعيف جدا لأن ملك العبد على القول به ناقص متزلزل ضعيف جدا لا يخرج المال بملكه له عن كونه ملكا للبائع يقبل التصرفات ثم عد إلى عبارة الكتاب فقوله إلا أن يستثنيه المشتري معناه إلا أن يستثنيه مما لا يندرج فى إطلاق المبيع و المراد اشتراط دخوله و قوله إن قلنا إن العبد يملك قد يوهم خلاف المراد على تقدير انتفاء الشرط (فالأولى) أن يقول كما قال فى (الإرشاد) لا يتناول ماله و إن قلنا إن العبد يملك بالتمليك (و قد يجاب) بأن الحكم على تقدير عدم ملك العبد بطريق أولى و إنما اختار الإتيان فى العبارة بالشرط لأنه صور المسألة فى المال الذى ملكه مولاه و لا يتصور ذلك إلا- على تقدير ملكه إذ بدونه يقع اللفظ لاغيا و لا- يرد ذلك على عبارة (الإرشاد) لأنه لم يصرح بالتمليك و قوله و ينتقل إلى المشتري و معناه أنه ينتقل إليه بالشرط فالأولى الإتيان بفاء التفرع مكان الواو لأن السابق علة لللاحق ثم إنه مع الشرط لا- يتفاوت فيه ما ملكه إياه مولاه أو غيره (و قوله) و كان جعله للمشتري إبقاء له على العبد يجوز فى كان التخفيف و التشديد فعلى الأول يصير المعنى و كان جعل المال المذكور على تقدير اشتراط المشتري إياه للمشتري إبقاء له من البائع على ملك العبد فتغتفر فيه الجهالة و إن كان فيه للعبد شائبة الملك و ما يستحقه البائع فيه ينتقل إلى المشتري فتكون التبعية فيه ظاهرة فتظهر

جودة التخفيف لو لا قوله ينتقل إلى المشتري فإنه ينافيه و لو قال و ينتقل حق

(١) كذا في ثلاث نسخ و الظاهر أنه سقط لفظ مستوفى (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩٥

و هل تدخل الثياب التي عليه إشكال أقربه دخول ما يقتضى العرف دخوله معه (١)

البائع فيه إلى المشتري لكان التخفيف أجود و على الثاني يصير المعنى و كأن الجعل على ذلك التقدير إبقاء له على ملك العبد فإنه بحسب الواقع ليس إبقاء له كذلك بل هو ملك للمشتري له لدخوله في المبيع و من ثمة كان التشديد أولى (و يتفرع) على هذا جواز كونه مجهولاً- و غائباً و يفهم من قوله أما إذا أحلفا تملكه و باعه و ما معه صار جزءاً من المبيع فيعتبر فيه شرائط البيع أنه في الأول لا يكون جزءاً لأنه مملوك العبد و إن كان ملكاً مترلزلاً- و قد عرفت أن ظاهر الأكثر و صريح بعض أنه جزء أيضاً و تمام الكلام في المطلب المشار إليه آنفاً و قد أشرنا إلى ذلك في باب الربا أيضاً

(قوله) (و هل تدخل الثياب التي عليه إشكال أقربه دخول ما يقتضى العرف دخوله معه)

قد تضمن كلامه هذا حكيمين أحدهما أن الأقرب دخول ثيابه و الثاني في تعيين ما يدخل و الأقرب عنده دخول ما يقتضى العرف دخوله فلا يقتصر على دخول ساتر العورة دون غيره و قد وافقه على الحكمين مع المحقق الثاني في (جامع المقاصد) و الشهيد الثاني في (الروضة) و قد نفى عنه البعد في (مجمع البرهان) و حكى ذلك في (التذكرة) عن الشافعي و قال لا بأس به عندي و هو الذي اخترناه في كتاب القواعد و قد كان قبل ذلك قرب فيها أي (التذكرة) عدم دخول الثياب التي للعبد و على ما اختار هنا من الرجوع إلى العرف لأن اللغة لا- يصار إليها مع وجود العرف و استقراره كما هو المفروض يدخل ما دل عليه من ثوب و ثوبين و زيادة و ما تناوله بخصوصه من غير الثياب كالحزام و القلنسوة و الخف و غيرها و لو اختلف العرف بالحر و البرد دخل ما دل عليه حال البيع دون غيره و ما شك في دخوله لا يدخل للأصل و لو دلت القرينة على شيء بخصوصه فلا كلام في إتباعها و في بعض نسخ (الإيضاح) أن الأقوى عدم دخول الثياب لأنها منفصلة عن المبيع لم يتناولها اللفظ بإحدى الدلالات و قد عرفت أنه في (التذكرة) قرب أولاً عدم دخول الثياب التي للعبد في بيعه و في (التحرير و الإرشاد) استشكل في دخول الثياب الساترة للعورة و قضيته أن غير الساترة لا إشكال في عدم دخولها و في (الدروس و اللمعة) أن الأقوى أنه تدخل في بيعه و بيع الأمة الثياب الساترة للعورة دون غيرها و في (حواشي التحرير) أنه يدخل في العبد ما يستر عورته و في الأمة ما يستر بدنها و في (تعليق الإرشاد) أنه يراعى في ستر العورة العادة فكلما أعد لستر العورة من ميزر أو قميص أو سراويل و نحو ذلك فهو داخل لكن من كل واحد منها واحد لا يزيد (ثم قال) و الظاهر أن ما أعد لدفع البرد الشديد في زمانه ملحق بساتر العورة و في (التذكرة و مجمع البرهان) إذا قلع الثياب عن العبد و جرده و باعه لم تدخل الثياب قطعاً هذا و مثل العبد الدابة فيدخل في بيعها النعل لأنه كالجاء دون آلاتها إلا مع الشرط أو العرف كما في (الدروس و الروضة) و في (التذكرة) أن البحث جار في عذار الدابة و مقودها و يدخل نعلها لأنه كالجاء (و في مجمع البرهان) أن العرف في العبد غير بعيد بخلاف الدابة فإنها تباع من غير عذار و لا مقود و الأصل عدم الدخول حتى يتحقق (فتأمل) انتهى هذا و في (الدروس) أنه يدخل في بيع الكتاب أجزاءه و جلده و خيوطه و ما به من الأصول و الحواشي و الأوراق المثبتة فيه و لا يدخل كيسه و لا ما به من أوراق مفردة لا تتعلق به و في دخول ما يعلم به نظر أقربه الدخول للعرف (قلت) و يدخل ما على جلده من صفائح الفضة أو الذهب المثبتة فيه و الأوراق المفردة الغير

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩٦

## إشارة

(الفصل الثاني) في التسليم وفيه مطلبان

## [المطلب الأول في حقيقته]

(الأول) في حقيقته و هو التخليء مطلقا على رأى (١)

المثبتة التي توضع وقاياه عن أن يلزق بعضه بعض إذا كان مزخرفا لأنه بدونها يفسد و يدخل الورق أو الخرق المثبتة على جلده خوفا عليه من ذهاب زينته أو رونقه و قال يدخل في السوق و الخان الأرض و الدكاكين و أبوابها و طرقها و رفوفها المثبتة و خزائنها و سقوفها و غرفها و لو كان باب الدكان مما ينقل فالأقرب دخوله للعرف (قلت) و يدخل بئر الخان و مأوها و البالوعة و السلالم المثبتة إلى غير ذلك مما ذكر في الدار لأنه مثلها و لعلهم لهذا تركوه و قال يدخل في الحمام بيوته و موقده و خزائنه مائه و أحواضه و مسلخه و بئره و مأوها و لو كان ينتزع من مباح دخلت الساقية فيه على الأقوى و الأقرب دخول قدره المثبت فيه و لا يدخل سطله و لا قداحه و وقوده و مأزره و عليه تسليمه مفرغا من الرماد و كثير القمامة انتهى (و لعل الأقرب) عدم دخول الحبال و الدلاء و البكرة و في الدولاب إذا كان مثبتا وجهان أقواهما الدخول و يدخل فيه مطرح رماده و موضع الزبل و مصرف مائه إلى غير ذلك مما أشير إليه في باب الإجارة

الفصل الثاني في التسليم وفيه مطلبان (الأول في حقيقته) (قوله) (و هو التخليء مطلقا على رأى)

هو خيرة المحقق في (الشرائع و النافع) و تلميذه الآبي في (كشف الرموز) و حكاها في (الإيضاح) عن بعض متقدمي أصحابنا و نسب في (المختلف) و غيره إلى القيل و حكاها في (التنقيح) عن الشيخ في (المبسوط) و هو خلاف ما وجدناه و ما حكوه عنه و نفى عنه البأس في (الدروس) بالنسبة إلى نقل الضمان لا زوال التحريم و الكراهية من البيع قبل القبض و نعم ما قال و قال في (جامع المقاصد) و اختار في (الدروس) أن القبض هو التخليء مطلقا بالنسبة إلى زوال الضمان و فيه قوة إذا كان المبيع معينا مشخصا و يعارض إطلاق الخبر بما دل على زوال الضمان بالتخليء إذا امتنع المشتري من القبض (قلت) و هذا هو الذي ينبغي أن يفهم من عبارة الكتاب لأن التخليء جعلت فيه (فيها خ ل) تفسيراً للتسليم الذي يجب على البائع و كذلك عبارة (الشرائع و النافع) حيث جعلها فيهما تفسيراً للقبض الواجب فعله عليه قال (كاشف الرموز) في شرح عبارة النافع القبض مصدر يستعمل بمعنى التقييض و هو التخليء و يكون من طرف البائع و الواهب بمعنى التمكين من التصرف و حكي الشهيد في (حواشي الكتاب) عن خط المصنف أنه كتب أن التخليء في المنقول و غيره لا تنتقل الضمان لأنه حق على البائع و قد أدى ما عليه انتهى و لا ريب بحسب الظاهر أن الإقباض و التقييض و القبض و التسليم الواجب على البائع ليس هو النقل الذي هو فعل المشتري و لا وضع اليد و القبض بها لأن ذلك فعل المشتري فلا معنى لإيجابه على البائع إذ لا- يجب عليه على الظاهر أن يأخذ بيد المشتري و يضعها على المبيع و لا- يجب عليه كي له إن كان مكيلا و قد كان كاله بحضوره و علمه كما سيأتي بيانه مفصلا و إنما تجب عليه التخليء و هي رفع يده عنه و الإذن له في القبض مع عدم المانع بحيث يسهل عليه قبضه بسرعة عرفا فكانت هي المعبرة في سقوط الضمان عن البائع مطلقا و ذلك هو الذي ينبغي أن بعقل و لا ينبغي أن يكون محل نزاع كما هو الشأن في سائر الحقوق و قد صرحوا بأن الغاصب إذا وضع المغصوب عند المالك بحيث يسهل عليه تناوله تبرأ ذمته و كذلك الحال في الموارث و سائر الأموال المشتركة بعد قسمتها و تمكين صاحبها منها و رفع



.....

المانع عنها بل قيل إن ذلك جار في الديون ذكر ذلك في إجاره (التذكرة) و الحق أنها ليست كذلك كما حرره الكركي في باب الإجاره و أشار إليه هنا بقوله إذا كان المبيع مشخصا معينا بل صرحوا في هذا المقام أيضا أنه لو جعل أمر المبيع إليه و مكنه منه فلم يأخذه لا ضمان عليه أي البائع و حينئذ فلا وجه لقوله في (الرياض) لا وجه لهذا القول أصلا و نحوه قوله في (الروضة) العرف يأباه و الأخبار تدفعه و قريب منه ما في (المسالك و الكفاية) من أن الخبرين حجة على دفع هذا القول و كأنهم لم يقفوا على تصريحهم و لم يحرروا مرادهم و قال في (كشف الرموز) إن لفظ القبض في اللغة هو الأخذ باليد و نقل في الشرع إلى التخليه في العقارات و الأراضين إجماعا و في غيره خلاف فتزيله على الحقيقة الشرعية أرجح لأن اللفظ إذا دار بين الحقيقة اللغوية و الشرعية فالترجيح لطرف الشرع (و فيه) أنا لا نسلم أنه نقل في الشرع إلى التخليه في غير المنقول بل هي فيه مما توافقت عليه الحقائق الثلاث إذ وضع اليد على الكل متعسر بل متعذر و كون البعض كافيا و قبضا عرفا غير ظاهر و لا يمكن غير الوضع سلمنا و لكن معيار الحقيقة الشرعية أن يكون معروفا عند المتشعبة بذلك المعنى لا- ما إذا كان الأمر بالعكس و على ما حررناه لا حاجة إلى ذلك و لعله أراد (و قد يستشهد) له بالمعنى الذي ردوه بقولهم في باب الغصب يتحقق إثبات اليد و الغصب في الدابة بركوبها و هي واقفة و الفراش بالجلوس عليه من دون نقل كما أيده بذلك الشهيد في حواشيه و قال المحقق الثاني لا ينحصر ذلك في الدابة و الفراش و لا يبعد أن يكون الاستيلاء في كل شيء بحسبه و هو الظاهر من غصب (التذكرة) و الغرض بيان أنه بالمعنى الذي فهموه ليس بتلك المكانة من السقوط حتى يقال إنه لا وجه له أصلا و أما على ما صرحوا به فلا وصمة فيه أصلا من جهة الأصول و القواعد و لا من جهة العرف و الاعتبار و لا من جهة الأخبار لأنك قد عرفت الحال في خبر عقبه بأنه معارض بغيره كما حكيناه عن (جامع المقاصد) و ستركلم فيه أيضا و الأخبار الأخر التي استندوا إليها في رده إنما تدل على رد المعنى الذي فهموه إن سلمت دلالتها على ذلك و هي صحيحة معاوية بن وهب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبعه حتى يكيه أو يزنه إلا أن يوليه الذي قام عليه و قد قال جماعة إنها حجة على من اكتفى بالتخليه مطلقا و قد علمت أنهم إنما يكتفون بها في رفع الضمان لا في زوال تحريم البيع و كراهيته ثم إن جماعة قالوا إن ظاهرها أن البيع للمكيل و الموزون قبل القبض لا يجوز حتى يكال أو يوزن و ذلك لا يدل على أن القبض ذلك و هو ظاهر كما في (مجمع البرهان و المسالك) في آخر كلامه في تحقيق ذكره و قالوا و لا يدل على ذلك بضم السؤال إذ يصح جواب السائل هل يجوز قبل القبض بأنه لا يجوز بدون الكيل يعني لا بد من الكيل الذي حصل القبض في ضمنه فلا بد من القبض و شيء آخر (و أجيب) بأنها ظاهرة في ارتفاع المنع تحريما و كراهية بأحد الأمرين فليكونا قبضا للإجماع على عدم ارتفاعه إلا به فالإجماع شاهد عليه و لعله إلى ذلك أشار في (المختلف و التذكرة) حيث قال بعد نقلها فجعل عليه السلام الكيل و الوزن هو القبض للإجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه و مثل ذلك قال في (الإيضاح) و أبو العباس في (المهذب) حرفا بحرف (و قد يقال) إنا نمنع الإجماع بالمعنى الأول كما ستسمع من ارتفاع المنع بغيره و بالمعنى الثاني (نقول) إن معناه الجواز و الارتفاع بعد القبض بمعنى التخليه أو النقل مع باقى الشرائط و الكيل من جملتها لا أن الكيل هو القبض فليتأمل (و مما) قد يشهد على أن المراد بالكيل و الوزن في الخبر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩٨

.....

المذكور القبض وقوع التعبير عنهما في هذا المقام بالقبض في جملة من الأخبار ففي صحيحة منصور بن حازم إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا- تبعه حتى تقبضه إلا- أن توليه فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه و في صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه

السلام أنه سأله عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه (قال) إذا لم يربح عليه شيئاً فلا بأس و إن ربح فلا يبعه حتى يقبضه و إن كان توليةً فلا بأس و نحوه رواية سماعه و غيرها و مثل صحيحة معاوية رواية أبى بصير فقد عبر فيها بالكيل و الوزن عن القبض نعم فى صحيحة محمد بن قيس حتى يقبضه و يكتاله و لعله عطف تفسير و قد يكون التعبير عنهما بالقبض فى هذه الأخبار لأن الغالب فى الكيل و الوزن أن يقعا فى حال القبض و النقل فصح إطلاق القبض عليهما و إن لم يكونا قبضا (فتأمل) و معنى قوله عليه السلام فى آخر صحيحة معاوية إلا أن يبيعه توليةً أن يبيعه بالثمن الذى اشتراه و هو معنى الذى قام عليه و هذا شىء جرى به القلم فى بيان معنى الخبر و إلا فمحلله ما يأتى و أما خبر عقبه بن خالد الذى أشرنا إليه آنفا فهو ما رواه عنه عليه السلام فى رجل اشترى متاعا و أوجبه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه و قال آتيك غدا إن شاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه قالوا و هذا الخبر حجة على من اكتفى بالتخلى فى نقل الضمان لا- فى زوال التحريم أو الكراهية المذكورين قبل القبض كما عرفته من كلام أصحاب هذا القول (و قد أجاب) عن ذلك المحقق الثانى بما سمعته آنفا مع أن ظاهرها أنه يعتبر فى انتقال الضمان الإخراج من بيت البائع و لا قائل به و قال جماعة ليس فيها تفسير القبض بكونه عبارة عن أى شىء و فى (المختلف و المهذب البارع) فى بيان أن النقل فيها هو القبض أنه عليه السلام جعل النقل فيها هو القبض لتعليه زوال الضمان به و لا- خلاف أنه معلل بالقبض و نحوه ما فى (الإيضاح) و فى (مجمع البرهان) لا- يمكن جعلها حجة على عدم اعتبار التخليه مطلقا أو فى سقوط الضمان فقط كما فعله فى (المسالك) لعدم الصحة و عدم القول بظاهاها ظاهرا انتهى فتأمل فيه إذا (عرفت) هذا فلا بد من بيان الحال فى التخليه لأنها قبض فيما لا- ينقل كالعقار و الأراضى إجماعا كما فى (الغنية و كشف الرموز و التنقيح و الرياض) و ظاهر (الخلاف) و غيره و فى (مجمع البرهان) لا يبعد عدم النزاع فى الاكتفاء بالتخليه فيما لا ينقل خصوصا فى سقوط الضمان انتهى و لأنها مسقطه للضمان فيما ينقل عند جماعة كما عرفت فى (القاموس) خلى الأمر و تخلى منه و عنه تركه و فى (الصحاح) خلى لك الشىء و أخلى بمعنى و فى (المسالك و الروضة) المراد بها دفع المانع للمشتري عن القبض بالإذن فيه و رفع يده و يد غيره عنه إن كان غير أنه قال فى (المسالك) و الإذن فيه و لعله لا يحتاج إلى الإذن بعد انتقاله إليه إلا أن يقال إنه إذا كان فى بيت المالك فبمجرد فهم الرضا لا يقال إنه قبضه و سلمه كما يشير إليه خبر عقبه أو يكون التقييد بالإذن لانتفاء سلطنة البائع لو أراد حبسه لقبض الثمن فإنه إذا لم يأذن كان له الحبس أو يحمل على نحو الهبة و الوقف فتأمل جيدا و قال فى (المسالك) أيضا و لا يختص ذلك بلفظ بل كل ما دل عليه كاف فيه و قد لا- يكتفى فيها باللفظ الصريح مع وجود المانع منها و قال قبل ذلك إن العرف يدل على أن إقباض غير المنقول يتحقق بالتخليه مع رفع يد البائع عنه و عدم مانع للمشتري من قبضه و غير ذلك ما فى (الدروس و الغنية) و هذا يقضى بأن التخليه أمر آخر غير رفع المانع حيث أضافه إليها فتأمل و قال فى (جامع المقاصد) لا تتحقق التخليه إلا برفع البائع يده و يتحقق رفعها و إن كان المبيع مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٦٩٩

و فيما لا ينقل و لا يحول كالأراضى و الأبنية و الأشجار و النقل فى المنقول و الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن على رأى (١)

مشغولا بما له و قال فى (المسالك و الروضة) و لا يشترط مع ذلك مضى زمان يمكن فيه وصول المشتري إليه أو وكيله لأن ذلك لا مدخل له فى القبض عرفا إلا أن يكون فى غير بلده بحيث يدل العرف على عدم القبض بالتخليه فإنه يتجه اعتبار مضى الزمان و كأنه أراد الرد على من قال إنه يشترط فى التخليه مقارنة رفع اليد لوصول المشتري إليه مطلقا بعيدا كان أو قريبا حتى يدل ذلك على القبض عرفا فنفاه إلا فيما إذا كان المبيع بعيدا جدا بحيث لو رفع اليد بعد العقد فى غيبة المشتري لم يعد عرفا من القبض وقت وصوله إليه فلا بد فيه من رفع اليد بعد مضى زمان يمكنه وصوله إليه لتتحقق المقارنة و يدل العرف على أن التخليه لأجل القبض و حينئذ لو تلف المبيع بعد رفع يده و قبل وصول المشتري إليه فهو فى ضمان البائع و لعل الحكم فى المنقول على الاكتفاء فيه بالتخليه كذلك

فيما ذكر و يحتمل اعتبار مضي زمان يتمكن فيه من قبضه و نقله لإمكان ذلك فيه بخلاف العقار فليتأمل و استظهر في (الكفاية) أولاً الوصول إليه بالفعل ثم إنه قال لعل عدم اعتبار الوصول و الزمان مطلقاً أقرب و في (مجمع البرهان) أن الظاهر أنه لا يحتاج إلى مضي زمان يمكن فيه الوصول إليه و أيده بأنه قد يوصى بمثل الأراضى أو يهب في ملكك بعيد و القول بعدم حصول الملك إلا بعد الوصول إليه و وضع اليد أو مضي زمان كذلك بعيد و الأصل ينفيه إلى أن قال و لا يبعد الاكتفاء في الأمور البعيدة مطلقاً بالتخليه في سقوط الضمان للأصل و أما في غير سقوط الضمان مما له دليل على اعتبار القبض في الملك أو اللزوم و لو كان بعيداً مع تأييده بالأصل فمشكل (انتهى) و لا يذهب عليك أن خبر عقبه إنما ورد فيما ينقل فتأمل و الظاهر أن اشتغاله بملك البائع غير مانع منه و إن وجب على البائع التفريع و لو كان مشتركاً غير منقول فالأجل وجود أنه لا يتوقف على إذن الشريك لعدم استلزامه التصرف في مال الشريك و ينبغي أن نتعرض لما ذكره أهل اللغة في معنى القبض و إن كان المدار فيه على العرف إن اختلفا قال في (القاموس) قبضه بيده يقبضه تناوله بيده و عليه أمسكه و يده عنه امتنع عن إمساكه و في (نهاية) ابن الأثير القبض الأخذ بجميع الكف و في (الصحاح و المصباح المنير) قبضت الشيء أخذته و في الأخير قبض عليه بيده ضم عليه أصابعه و نحوه ما في (مجمع البحرين) فقد اتفقت على أن قبض الشيء أخذه و تناوله و القبض عليه بمعنى إمساكه و ضم الأصابع عليه

(قوله) (و فيما لا ينقل و لا يحول كالأراضى و الأبنية و الأشجار و النقل في المنقول و الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن على رأى) في العبارة مسامحةً يأتي بيانها إن شاء الله تعالى و قد علمت أنهم اتفقوا على أن القبض في غير المنقول هو التخليه و قد اختلفوا فيه في المنقول اختلافاً شديداً و اضطرب النقل عنهم أكمل اضطراب و نحن نبين ذلك كله و نقل عباراتهم و نحكى نقلهم ليتضح الحال و يعرف ما هناك من الخلل في نقل الأقوال مع تحرير المقام من نقض و إبرام (فنقول) القول الأول في المسألة ما ذكره المصنف هنا و قد اختاره ولده في (الإيضاح) و المحقق الثاني في (جامع المقاصد) و حكاها في (الإيضاح) عن بعض المتقدمين و عن المصنف في (المختلف) و ظاهره أي (الإيضاح) أنه مذهب الشيخ في (المبسوط) و القاضي و ابن حمزة و هو غير صحيح قطعاً لأنك ستسمع خيرة (المختلف) و خيرة (المبسوط)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠٠

.....

و أنهما مختلفان و أن ما في الكتاب مخالف لهما و قد حكى أبو العباس (في المهذب و المقتصر) (و الخلاف) و الصيمرى في (غاية المرام) عن العلامة في جميع كتبه موافقةً (المبسوط) و هذا أيضاً غير صحيح كما سيتضح لك و ضوحاً تاماً إذا بنيت على التحقيق و التحرير من دون مسامحةً (و تحرير) هذا القول أن المراد من النقل فيه التحويل من مكان إلى آخر فلا يكفى فيه القبض باليد و الإمساك عليه و الركوب و التحميل من دون تحويل و لعل مستنده في ذلك بعد دعوى العرف خبر عقبه الذى سمعته آنفاً و أن الظاهر منهم في خيار التأخير اتفاهم عليه قال في (جامع المقاصد) إن الرواية دلت على اعتبار النقل في المنقول فالاكتفاء بأخذ اليد خلاف ما دلت عليه انتهى (و قد عرفت) أن كتب اللغة اتفقت على أن قبض الشيء أخذه و تناوله و هو الموافق للعرف و لعل ذلك لا يستلزم التحويل من مكان إلى آخر (فتأمل) و قد تضمن الخبر في السؤال أنه لم يقبضه (و قد عرفت) أن ظاهر الجواب لا قائل به و الخبر ضعيف و لم تتحقق شهرة في خصوص ما نحن فيه كما ستعرف نعم في (الغنية) الإجماع على أن القبض في المنقول النقل و التحويل كما ستسمع و المراد بالكيل و الوزن في كلام المصنف الكيل و الوزن الذى به يتحقق اعتبار المبيع و لا بد من رفع البائع يده عنه فلو رفع الوكيل و لم يرفع البائع فلا قبض و لا تسليم و إطلاق العبارة قد يوهم الاكتفاء بأيهما كان و ليس كذلك فلو كال ما يوزن فهو كما لو أخذه جزافاً كما صرح به في (التذكرة) و لم يذكر الحال فيما لو أخبره البائع بالكيل مثلاً فصدقه و أخذه على ذلك و لعله في حكم الكيل عنده فإنه قد نص في (التذكرة) على حصول القبض في ذلك و ستعرف الحال في ذلك و مما يقوم مقام

الكيل ما إذا باعه مقداراً معيناً من صبرةٍ مشتملةٍ عليه ثم وهبه الباقي كما ستسمع و دليله على اعتبار الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن صحيحةً معاويةً بن وهب و قد عرفت الحال فيها و أن جماعةً قالوا بعدم دلالتها حتى أن صاحب (المسالك) رجع فى آخر كلامه فى تحقيق حقه عن كونها حجةً و عن كونها صريحةً فى كون القبض فى الطعام بالكيل و الوزن و قد كان قبل بالغ فى صراحتها و دلالتها على اعتبار الكيل و الوزن و أنها حجةً على من يقول بالاكْتفاء بالتخليئةً مطلقاً و فى إسقاط الضمان و بعد ذلك كله قال (و التحقيق) أن الخبر دل على النهى عن البيع قبلهما لا أن القبض لا يتحقق بدونهما فلو قيل بالاكْتفاء فى نقل الضمان فيهما بالنقل أمكن إن لم يكن إحداث قول ثالث (قلت) هو مراد كل من اكتفى فيهما بالنقل لأنهم إذا قالوا بحصول القبض بالنقل و قد صرحوا فى محله بوجود الكيل لأجل البيع إذا أراد بيعه لإزالة الكراهة أو التحريم كانوا قائلين بالاكْتفاء بالنقل فى نقل الضمان كما ستعرف و قال فى (جامع المقاصد) لا يكفى النقل فى الكيل من دون كيل أو ما يقوم مقامه نعم زوال الضمان و امتناع الحبس إذا أخذ المشتري بإذن البائع ظاهر (و احتج) على هذا القول فى (جامع المقاصد) بأن الروايات لما دلت على اعتبار النقل فى المنقول و الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون ثبت هذا القول إذ لا قائل بالفصل (قلت) إن أراد أنه لا قائل بأن بعض المنقولات يكفى فيها التخليئةً و بعضها لا بد من كيلها أو نقلها فحق و إن أراد أن كل من قال بالنقل فى المنقول قال بالكيل فى المكيل و بالعكس و لم يقل أحد بالنقل فيهما و لا القبض فى أحدهما و الكيل فى الآخر فستعرف أن الشيخ فى (الخلافة) و أبا المكارم فى (الغنية) و الشهيد فى (اللمعة) قالوا بأنه فى المنقول نقله و لم يذكروا كيلاً و لا تناولاً و جماعةً قالوا بأنه فى غير الحيوان إمساكه باليد و فى الحيوان الانتقال به و الكيل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠١

.....

فيما يكال فجعلوا قبض بعض المنقول بوضع اليد عليه كما ستسمع ذلك كله و الظاهر بل المقطوع به أنه أراد الأول (و كيف كان) فقد قال المولى الأردبيلي ما حاصله أنه على تقدير القول باعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون فالظاهر أنه إنما يكون فيما لم يعلم كيله أو وزنه كما إذا اشترى كيلاً- من صبرةٍ مشتملةٍ عليه أو بإخبار البائع أما إذا كاله بحضور المشتري ثم إنه باعه إياه فأخذه و حمله إلى بيته و تصرف فيه بالطحن و العجن و الخبز فلا شك فى كونه قبضاً مسقطاً للضمان مجوزاً للبيع و لا يلزم تكليف البائع بكيه مرةً أخرى للإقباض لأنه واجب عليه مع أنه قد لا يقبل فلا يتحقق الإقباض مضافاً إلى الأصل و عدم الفائدة لأنه تحصيل الحاصل و خبر معاويةً كالصريح فى أن الاحتياج إنما يكون مع عدم الكيل و ما دل على عدم جواز البيع قبل القبض إلا مع الكيل أو الوزن فى غير التولية كخبر معاويةً و غيره مما تقدم يحمل على ما إذا اشتراه بإخبار البائع أو كان قد اشترى كيلاً من صبرةٍ كما مر ثم إنه لما أراد البيع لم يمكنه الإخبار لعدم العلم فلا بد من الكيل أو الوزن و قد روى محمد بن حمران قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه و أخذناه بكيه فقال لا بأس فقلت أيجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل فقال لا أما أنت فلا تبعه حتى تكيله قلت و نحوه ما رواه فى (الفقيه) عن البصرى عن أبى عبد الله عليه السلام قال أى المولى الأردبيلي و حينئذ فيكون معنى قوله عليه السلام إلا أن يوليه الذى قام عليه إلا أن يبيعه من شخص حصر كيله أو وزنه أو نلتزم أن يبيع التولية يكفى فيه ذلك الذى وقع أولاً أو لا يحتاج إليهما أصلاً و لا بد لئفى ذلك مع الأخبار الصحيحة من دليل إذ تكون مخصوصةً بما لم يقبض فدل على أن الكيل الغير المقبوض لا- بد فى بيعه من الكيل فكون وجوب الكيل مرةً أخرى للقبض مع تحققه أولاً- عند الشراء كما نقله فى (المسالك) عن العلامة و الشهيد و جماعةً و قواه ليس بقوى لما تقدم من المحذورات و الرواية التى هى الحجة كالصريحة فى ذلك و لا دلالةً فى قوله عليه السلام إلا أن يوليه الذى قام عليه على ذلك كما قاله فى (المسالك) هذا كله خلاصةً كلام المولى الأردبيلي و ما أشار إليه من كلام (المسالك) فهو قوله لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فلا يخلو إما أن يكون قد كيل قبل البيع و وزن أو لا بأن أخبر البائع بكيه أو وزنه أو باعه قدراً منه معيناً من صبرةٍ مشتملةٍ عليه فإن كان الأخير فلا بد فى تحقق قبضه من كيله أو وزنه للنص

المتقدم و إن كان الأولى ففي الافتقار إلى اعتباره ثانيا لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان من إطلاق توقف الحكم على الكيل أو الوزن و قد حصلا و قوله عليه السلام لا تبعه حتى تكيله أو ترنه لا يدل على أزيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع و من كون الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لأجل صحة البيع فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد و به صرح العلامة و الشهيد و جماعة و هو الأقوى و يدل عليه قوله عليه السلام في الخبر السابق إلا أن يوليه فإن الكيل السابق شرط لصحة البيع أو ما قام مقامه فلا بد منه في التولية و غيرها و مقتضى قوله عليه السلام إلا- أن يوليه أن معها لا يتوقف على كيل أو وزن فدل على أن ذلك لأجل القبض لا لأجل صحة البيع (انتهى) و قد ذكر حاصله المحقق الأردبيلي و قال إن ظاهره أنه لا بد للقبض فيهما من الكيل و الوزن مرة أخرى مطلقا و الظاهر أن مراد العلامة و الشهيد و الجماعة الاحتياج إليهما مرة أخرى للبيع الثاني لا لتحقق مطلق القبض حتى في إسقاط الضمان و في جميع ما يعتبر فيه ذلك فإن ذلك بعيد إلى آخر ما قال و ستعرف حقيقة الحال و قد رجع البحث في المسألة إلى أن الكيل و الوزن هل وجوبهما في المكيل و الموزون من حيث كونهما شرطا في صحة البيع فإذا كان قد كيل قبل البيع أو وزن مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠٢

.....

أو أخبره البائع بكيله أو وزنه لم يفترق إلى الاعتبار ثانيا لأجل القبض و إنما يفترق إليه للبيع ثانيا أو أنهما يجبان أيضا من حيث كونهما قبضا للمبيع يترتب عليهما ما يترتب على القبض الذي هو النقل أو الأخذ باليد و نحو ذلك فلا يكفي الاعتبار السابق (فينبغي) أن تلحظ الأخبار و كلام الأصحاب في الباب و غيره و قد وجدناهم في غير الباب أجمعوا على أن المشاهدة لا تكفي في المكيل و الموزون سواء كان عوضا أو ثمنا و أنه لا بد من اعتباره بأحدهما و قد حكى على ذلك الإجماع في (الخلاف) و غيره كما بيناه في محله فكان الاعتبار بالكيل و الوزن في المقام شرطا في الصحة و لم يتعرضوا في المقام للقبض أصلا و وجدناهم أجمعوا على أنه لو أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك صح و لم يتعرضوا فيه أيضا للاعتبار ثانيا لأجل القبض بل قال في (المبسوط) و موضعين من (التذكرة) إن قبضه بغير كيل صحيح و إن له التصرف فيه قبل كيله و ستسمع كلام (المبسوط) برمته و قد قالوا إن الأخبار في المقام قائم مقام الاعتبار و قد دلت عليه أيضا الأخبار و دلت أيضا على أنه لا يجوز لهذا المشتري أن يبيعه حتى يكيله و ستسمع أنه في (السرائر) جوز له بيعه من دون كيل إذا أخبره بما أخبر به البائع و وجدنا المصنف في (التذكرة) قال لو كال طعاما و آخر ينظر إليه فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل أما عندنا فنعم و هو أحد روايتي أحمد و قال و كذا لو كاله البائع للمشتري ثم اشتراه أي الآخر الذي ينظر إليه و هاتان العبارتان قد دلنا على أنه لا يجب كيله مرة أخرى ليتحقق قبض المشتري له و ستسمع كلام (المبسوط) في مثل ذلك و قد وجدناهم اتفقوا على أنه يجوز بيع السلم بعد حله و قبل قبضه بمجانس الثمن ربويين كانا أو لم يكونا إذا لم يكن بين الثمنين الربويين تفاوت بزيادة و لا- نقيصة و هذا الإجماع محصل بيناه في محله و لعل ذلك هو التولية و لا تلتفت إلى إجماعي (المبسوط) على المنع في السلم و الخلاف إنما هو في صورة التفاوت فالمفيد و الحليون على الجواز و الشيخ في (النهاية) و جماعة على المنع و الحق الجواز على كراهية و وجدناهم اختلفوا في بيع ما لم يقبض مع قطع النظر عن التفاوت بزيادة الثمن و عدمه على أقوال ذكرناها في باب السلم و قد وجدناهم قالوا مما يقوم مقام الكيل أن يبيعه مقدارا معينا من صبرة يقطع باشتغالها عليه ثم يهبه الباقي لأن هذا بمنزلة الكيل لأن يبيعه كذلك بمنزلة اعتباره و لهذا يصح البيع (فليتأمل) و قد وجدناهم في باب السلم قد نصوا على جواز بيعه بعد حله و قبل قبضه تولية على من هو عليه و على غيره كما أشرنا إليه آنفا و لم تلتفت إلى كلام أبي العباس و يظهر منهم جواز البيع تولية فيما إذا اشتراه بخبر البائع أو كان قد اشترى صاعا من صبرة أو كان قد اشتراه وكالة و آخر ينظر إليه ثم باعه من الآخر تولية بل ظاهر (التذكرة) في هذا الأخير الإجماع على الجواز من دون كيل و إن لم يكن تولية كما أسمعناك آنفا و قد دلت على ذلك الأخبار كما ستسمع فيمكن حمل قوله عليه السلام في صحيحة معاوية إلا أن يوليه الذي قام عليه على هذه الوجوه الأربعة

أو أحدها ثم إن كل من قال إن القبض في المكييل النقل ولا يحتاج إلى الكيل كالشيخ في (الخلافة) وابن زهرة وابن إدريس والمصنف في (المختلف) والشهيد في (اللمعة) والكركي في (جامع المقاصد) وغيرهم لا بد وأن يكونون قد رأوا الصحيحة فعلى ما ذا يحملونها لأنهم لا يقولون بوجوب الكيل للقبض وكذا ما كان نحو الصحيحة المذكورة فلا يتم الاستدلال بذلك على أن ذلك لأجل القبض (فإن قلت) كيف تطبيق الخبر على ما إذا اشترى طعاما قد كاله المالك بحضوره قبل الشراء ثم اشتراه ونقله ثم إنه أراد بيعه مرابحة أو تولية (قلت) يكون الخبر دالا في هذه الصورة على أنه له أن يبيعه مرابحة أو تولية لأنه قد كيل ونقل كما سمعت مثله عن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠٣

.....

(التذكرة) وليس في الخبر دلالة على أنه يجب على البائع كيله مرة أخرى للإقباض أو على أنه لا يجوز للمشتري حينئذ بيعه حتى يأمر البائع بكيله له مرة أخرى للإقباض ويفعل البائع ذلك بل الخبر دال على خلاف ذلك على أنه إذا اشترى طعاما و اكتاله ثم باعه ممن حضر كيله لا- يجب كيله مرة أخرى ليتحقق به قبض المشتري الثاني فهي ما رواه في (الكافي) عن عبد الكريم بن عمر قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشترى الطعام و أكتاله و معي من شهد الكيل و إنما اكتلته لنفسى فيقول تبيعه فأبيعه إياه بذلك الكيل الذى كتله فقال لا بأس و ما رواه في (القيه) عن خالد بن الحجاج الكرخي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشترى الطعام من الرجل ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتاله فأقول ابعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال لا بأس و هما مجبوران بما عرفت و حينئذ فيجمع بينهما و بين الأخبار المانعة من بيع المكييل و الموزون ما لم يكل أو يوزن في غير التولية كما في صحيحة معاوية أو ما لم يقبض كما في صحيحة منصور و صحيحة على بن جعفر و غيرهما كما سمعته بما أشرنا إليه آنفا من حمل المانعة على ما إذا لم يعلم كيله أو وزنه كما إذا كان سلما حل و لم يقبض على رأى أو على ما إذا اشترى بخبر البائع كما في خبري حمران و البصرى أو على ما إذا اشترى مقداراً من صبره مشتملة عليه فقد التأمت الأخبار و وافقت كلام الأصحاب في غير المقام و أما كلامهم في المقام و ما حكاه عنهم في (المسالك) فإنه لا يأبى التنزيل على ذلك بل منه ما هو صريح قال في (السرائر) إن إخبار البائع بالوزن و الكيل يقوم مقام الوزن و الكيل و قد روى أنه إذا أخذه بقول البائع ثم أراد بيعه و لم يبيعه إلا بالكيل أو الوزن و لو قلنا بأنه إذا أخبره بما أخبره به البائع الأول لم يكن به بأس و جاز البيع فقد اشتمل على ما نريد و زيادة حيث اكتفى بإخبار البائع للبيع و القبض و لم يلزمه الاعتبار ثانياً لأجل القبض و جوز له بيعه ثانياً من دون اعتبار و في (المبسوط) لو قال البائع قد كتله أنا و هو عشرة أقفرة فقبل قوله و قبضه كان القبض صحيحاً فإذا (تقرر) هذا نظر في الطعام فإن كان باقياً و كيل فإن خرج وفق حقه فقد استوفى و إن خرج أقل رجوع على صاحبه بتمامه فكان معنى قوله فقبضه أنه نقله و تسلمه من دون كيل جديد و بذلك صرح في (التذكرة) و نقل عن الشافعي أنه قال لا يصح القبض حتى يجرى الكيل الصحيح بل ظاهرهما أى (المبسوط و التذكرة) أنه لا يحتاج الكيل في جواز البيع بحيث لا يعد بيعاً للمبيع قبل قبضه و في (المبسوط) (و الخلافة و التذكرة) أيضاً إذا أسلم في طعام و استسلف من رجل مثله فلما حل عليه الطعام قال لمن أسلم إليه احضر معي لأقبض منه لنفسى ثم تأخذ أنت بذلك الكيل ففعل صح القبض و ظاهر (الخلافة) الإجماع عليه و قال في (التذكرة) لأنه قد شاهد كيله و علمه فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية ذكر ذلك في موضعين من (التذكرة) و في (المبسوط) إن حضر اكتياله ممن اشتراه فأخذه بالكيل الذى أخذه به كان ذلك صحيحاً و قد سمعت آنفاً أن ظاهر (التذكرة) الإجماع على ذلك و فيهما أيضاً لو قبض جزافاً ما اشتراه مكايلاً دخل المقبوض في ضمانه فلو باع ما يستحقه منه فالوجه الجواز نعم قد قال المصنف فيما يأتي من الكتاب بناء على القول بأن القبض في المكييل الكيل ما نصه (فحينئذ) لو اشترى مكايلاً و باع مكايلاً لا بد لكل بيع من كيل جديد حتى يتم القبض أى حتى يحصل القبض و معناه أنه لو اشترى شيئاً لا يباع إلا كيلاً و باع كذلك لا بد لكل بيع من هذين من كيل

جديد لأنه لا- بد لكل بيع من قبض و لعله إلى هذا أشار في (المسالكة) و أنت خير بأنها ليست صريحة في اعتبار الكيل مرة ثانية للقبض و إن كان المشتري قد حضر الاعتبار الأول فيمكن حملها على ما إذا لم يحضر المشتري الاعتبار الأول حتى مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠٤

.....

يطابق ما سمعت نقله عنه و كذلك الحال في قول الشهيد في (الدروس) و لا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض فإنه يحمل على مثل ذلك للأصل و عدم الفائدة و لزوم تحصيل الحاصل مع ما سمعته من الفتاوى و الأخبار على أنه لا ريب أنهما لا يريدان أنه لا يتحقق حينئذ مطلق القبض حتى في إسقاط الضمان و في جميع ما يعتبر فيه ذلك و قال المحقق الثاني بعد ما شرح عبارة الكتاب أعنى قوله لو اشترى مكايلاً إلى آخره بنحو ما سمعت و لو أنه حضر الكيل المتعلق بالبيع الأول فاكتفى به أو أخبر به البائع فصدقه لكفى نقله و كان ذلك قائماً مقام الكيل و لو أخذه جزافاً فإن قطع باشتمال المأخوذ على البيع فكذلك و لو لم يقطع فمقدار المأخوذ محسوب من المبيع و هذا منه حمل للعبارة على ما نقلناه ثم قال و قد صرح في (التذكرة) بما عدا الأولى و الأخيرة و ظاهر كلامه فيها عدم الاحتياج إلى الكيل في جواز البيع بحيث لا يعد بيعاً للمبيع قبل قبضه (و فيه نظر) انتهى و النظر في محله لمكان خبر البصري و محمد ابن حرمان و لعل المخالف صريحا صاحب (السرائر) كما سمعت و للمصنف في الفصل السادس في الرهن كلام قد يدل على اعتبار الكيل أو الوزن مرة ثانية لأجل القبض و كأنه في (جامع المقاصد) لم يقف على جميع ما وقفنا عليه من كلامه في (التذكرة) هذا كله إن اخترنا أن القبض في المكيل الكيل (و القول الثاني) في المسألة ما اختاره المصنف في (المختلف) و المحقق الثاني في (تعليق الإرشاد) من أن القبض فيه أي المنقول النقل أو الأخذ باليد و إن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه هو ذلك أو الكيل أو الوزن فقد اكتفيا في المكيل و غيره مما ينقل بقبض اليد من دون احتياج إلى النقل و هو موافق للعرف غير مخالف للإخبار لأنه قد يكون استند في الكيل إلى الصحيح المتقدم و في النقل إلى خبر عقبه و لعله إنما يكتفى بالنقل في المكيل و الموزون في نقل الضمان لا غير كما بينا آنفاً فلا- تغفل عنه و على كل حال فلا- ريب في مخالفته للقول الأول المذكور في الكتاب و لما في (المبسوط) كما ستسمع (الثالث) ما اختاره الشهيد في (الدروس) من أنه في الحيوان نقله و في المعبر كيله أو وزنه أو عده أو نقله و في الثوب وضعه في اليد و أراد بالمعبر ما يكون له اعتبار مخصوص لتندفع به جهالته و في (جامع المقاصد) أنه مقتضى العرف و لعل مستنده في إلحاق المعدود بالمكيل و الموزون في المقام إلحاقه بهما في عدم صحته ببعه بالمشاهدة و أنه لا بد من اعتباره لعدم القائل هناك بالفرق أصلاً كما في (المسالكة) و غيره (فتأمل) و في (الوسيلة) إلحاقه بهما كما ستسمع و الفرق بين الحيوان و غيره ضعيف (الرابع) أنه التحويل و النقل و هو خيرة (المخالف) (و الغنيّة و السرائر و اللمعة) و في (الغنيّة) الإجماع عليه و في (الروضه) أنه أجود الأقوال (الخامس) ما اختاره في (المبسوط) من أنه إن كان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانير و ما يتناول باليد فالقبض فيه هو تناول و إن كان مثل الحيوان كالعبد و البهيمة فإن القبض في البهيمة أن يمشى بها إلى مكان آخر و في العبد أن يقيمه من مكان آخر و إن كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله إلى مكانه و إن كان اشتراه مكايلاً فالقبض فيه أن يكيل و هو خيرة (الوسيلة) مع زيادة أن القبض في الموزون وزنه و في المعدود عده و قد حكى هذا القول المحقق في (الشرائع) فقال و قيل فيما ينقل القبض باليد أو الكيل فيما يكال أو الانتقال به في الحيوان و بهذا العنوان اختاره المصنف في (الإرشاد) و كذا (التحرير) مع تغيير الانتقال بالنقل (و التذكرة) في موضع منها و في (غاية المرام) أنه المشهور و حكاه عن (المبسوط) و القاضي و ابن حمزة و العلامة و أبي العباس و اختاره في (النافع) بأنه في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠٥

فحينئذ لو اشترى مكايلاً و باع مكايلاً (١) فلا بد لكل بيع من قبض جديد ليتم القبض و يتم القبض بتسليم البائع له و غيره (٢)

القماش الإمساك باليد و فى الحيوان نقله و حكاة تلميذه (كاشف الرموز) بهذا العنوان عن الشيخ و أتباعه و جعله أبو العباس فى (المهذب و المقتصر) مشهورا و حكاة عن (المبسوط) و القاضى و ابن حمزة (و العلامة خ ل) و المصنف فى كتبه و اختاره هو فى الكتابين و نحو ذلك ما فى (إيضاح النافع) من اختياره و دعوى أنه المشهور و اختاره صاحب (التنقيح) و حكاة عن (الخلاف) و قال إنه عليه الفتوى و قد سمعت ما فى (الخلاف) فقد عبر فى حكاية (الشرائع) عن التناول الذى فى (المبسوط) بالقبض و لم يفرق بين نقلى الحيوان و عبر عنهما بالانتقال به و لم يذكر الحال فيما اشتراه جزافا و فى حكاية (النافع) لم يذكر الكيل و جعل النقل فى الحيوان مطلقا نقله و عبر عن التناول بالإمساك باليد و لعل صاحب (جامع الشرائع) أراد ما فى (المبسوط) حيث قال إنه فى المنقول النقل و فيما يتناول التناول (و يمكن) الجمع بين الجميع من الأقوال و الأنقال بتكليف شديد و لا يخفى أن قبض العبد و أخذه و نقله يتحقق بانتقاله بأمره و لا يحتاج إلى أخذه باليد و نقله إذ لم تجر العادة بذلك (السادس) ما اختاره المقدس الأردبيلي من أنه القبض باليد بقصد التملك و لعله أراد ما قاله فى (المسالك) من أن العرف لا يتحقق فى المنقول إلا باستقلال يد المشتري به سواء نقله أم لا و كذا فى طرف البائع بالنسبة إلى الثمن و قد استحسنة صاحب (الكفاية) لكنه قال فى (المسالك) بعد ذلك و هذا مطرد فى المكيل و الموزون و غيرهما إلا أنهما خرجا عنه بالنص الصحيح فيبقى الباقي و أنت قد عرفت الحال فى النص المذكور و فى (المفاتيح) أن الرجوع فى القبض إلى العرف و جعل القولين أعنى التخليئة مطلقا و التفصيل فى مقابلة العرف (و أنت خير) بأنه لا ريب فى الرجوع فى أمثال ذلك إلى العرف إذ لا- شرع لكن العرف لما كان مختلفا و غير ظاهر فى المنقول و غيره و المكيل و غيره مثلا اختلفوا فى ذلك و زعم كل أن العرف معه (و يعلم) أن حكم المشتري حكم البائع فى جميع ما سلف كما هو ظاهر جماعة و صريح آخرين و من اقتصر فى هذا المقام على ذكر المكيل كالمصنف فى (الإرشاد) و غيره فلعدم القائل بالفرق بينه و بين الموزون و قد صرح بهذا الإجماع المركب المقدس الأردبيلي و لا كذلك المعدود كما عرفت هذا و النقل فى عبارة (الكتاب) يحتمل أن يراد به نقل البائع المستدعى نقل المشتري فى بعض الحالات فيكون حينئذ قبضا من المشتري و تسليمًا من البائع و يحتمل أن يراد به نقل المشتري الذى يقال له قبض و لا يسمى تسليمًا إلا إذا كان بإذن البائع أما فى الوقف و الهبة فظاهر و أما فى البيع فإنه بدون الإذن يبقى للبائع سلطان على حبسه ليقبض الثمن و على التقديرين يصح للمصنف إدراجه فى عنوان التسليم أما على الأول فظاهر و يكون قد حملة معنى القبض أيضا تحميلا و على الثانى يكون حملة معنى التسليم (و منه يعلم) الحال فى الكيل و الوزن فى كلامه (فتأمل)

قوله) (فحينئذ لو اشترى مكايلة و باع مكايلة «إلخ»)

هذا تقدم الكلام فيه آنفا و قال الشهيد فى حواشيه لو قال كيلا بدل قوله مكايلة لكان أنسب لأن المراد بالمكايلة ما يقابل الجراف فلا يستعمل غالبا إلا فى موضع يصح فيه الجراف و عندنا لا يصح بيع الكيل جزافا بل لو قال مقدارا كان أجود لأنه أشمل قوله) و يتم القبض بتسليم البائع له و غيره)

أى يتحقق بتسليم البائع المبيع للمشتري و غير البائع ممن يقوم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠٦

وله أن يتولى القبض لنفسه كما يتولى الوالد الطرفين فيقبض لولده من نفسه و لنفسه من ولده (١) و يجب التسليم مفرغا (٢) فلو كان فى الدار متاع و جب نقله (٣) و لو كان فى الأرض زرع قد بلغ و جب نقله (٤)

مقامه بولاية أو وكالة أو للمشتري و غير المشتري ممن يقوم مقامه إلا أن فيه عطفًا على الضمير المجرور من دون إعادة الجار و أما قبض الجزء المشاع كما إذا اشترى جزءا مشاعا فلا يتم إلا بتسليم الجميع و يكون ما عدا المبيع أمانة فى يد المشتري كما فى (التذكرة و تعليق الإرشاد)



(قوله) (و له أن يتولى القبض لنفسه كما يتولى الوالد الطرفين فيقبض لولده من نفسه و لنفسه من ولده) يجوز للواحد أن يتولى طرفى القبض كما نص على ذلك فى (التذكرة) فى موضعين منها (و الإرشاد) (و الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و غاية المرام و الميسية و المسالك و مجمع البرهان) و غيرها كما يجوز تولى طرفى العقد بل هنا أولى إذ لا عقد هنا و لا يحتاج إلى مسلم و مسلم إليه لأن المقصود وصول الحق إلى يد المالك أو من يقوم مقامه و قد حصل فى الفرض و المخالف الشيخ فى (المبسوط) و القاضى فيما حكى عنه و الشافعى فى أحد وجهيه لأنه لا يكون قابضا مقبضا و فى (الشرائع) أن فيه أى كلام الشيخ تردد و فى (التحرير) أن فيه نظرا (و أنت خير) بأن المغايرة الاعتبارية كافيته مضافا إلى ما ذكرنا و الأقرب أنه لا يشترط هنا النقل فى المنقول كما فى (التذكرة و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد) فقبضه له يتحقق باستدامة القبض مع القصد و حينئذ فيجوز أن يكون البائع و كيلا للمشتري فى القبض فيقبض بوكالته و كذلك الولي كالأب و الجد و الوصى فيقبض لنفسه من مال المولى عليه و بالعكس و يجوز أن يوكل المشتري من يده يد البائع كعبد (إذا عرفت) هذا فعد إلى عبارة الكتاب فالضمير فى له و إن لم يكن له مرجع مذکور لكنه معلوم من المقام و فى قوله له أن يتولى القبض لنفسه محذوف دل عليه المقام أيضا و الاعتبار تقديره من نفسه و إلا فكل مشتري إنما يقبض لنفسه فلا ينحصر فى بعض الصور كما يظهر من التمثيل و لا ريب أنه إذا قبض لنفسه من نفسه عن ولده فكأنه قبض من ولده فصح له أن يقول و لنفسه من ولده و إلا فإذا اشترى مال ولده فإنما يقبض لنفسه من نفسه لا من ولده كما هو صريح العبارة

(قوله) (و يجب تسليم المبيع مفرغا)

كما فى (الشرائع) (و النافع و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان) و لعل ذلك بعد تسليم المشتري الثمن و التفريغ و إن كان واجبا إلا أنه لا يتوقف صحة التسليم عليه فلو سلمه مشغولا فتسلمه حصل القبض عندنا كما فى (التذكرة) فى موضع منها (و المسالك) و ظاهرهما الإجماع و قد حكى ذلك عن (التذكرة) فى (جامع المقاصد) مستشهدا به و يؤيده الأصل مع صدق ما اشترط فى القبض من التخليه و التمكين و النقل و يجب التفريغ بعد ذلك هذا إذا كان المشتري عالما بالحال و إلا تخير بين الفسخ و الصبر إن احتاج إلى مضى زمان يفوت فيه شىء من النفع المعتد به دفعا للضرر

(قوله) (فلو كان فى الدار متاع و جب نقله)

فورا و لا فرق بين كون المتاع للبائع أو غيره

(قوله) (و لو كان فى الأرض زرع قد بلغ و جب نقله)

و إن لم يكن بلغ صبر إلى أوان بلوغه إن اختار البائع إبقاءه و مع الجهل بشىء من ذلك و الاحتياج إلى زمان يفوت فيه شىء من النفع يتخير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠٧

و كذا يجب نقل العرق المضر كالذرة و الحجارة المدفونة المضره و على البائع تسوية الأرض (١) و لو احتاجت إلى هدم شىء هدمه و على البائع الأرش (٢) و يصح القبض قبل نقد الثمن و بعده باختيار البائع و غير اختباره (٣) و أجره الكيال و وزان المتاع و عادة و بائع الأمتعة على البائع (٤) و أجره ناقد الثمن و وزانه و مشتري الأمتعة و ناقلها (٥) على المشتري و لا أجره للمتبرع و إن أجاز المالك (٦)

المشتري كما صرح بذلك جماعة

(قوله) (و كذا يجب نقل العرق المضر كالذرة و الحجارة المدفونة المضره و على البائع تسوية الأرض)

كما فى (الشرائع) و الوجه فى ذلك كله ظاهر

(قوله) (و لو احتاجت إلى هدم شىء هدم و على البائع الأرش)

أى لو احتاجت هذه المذكورات من الأمتعة و نحوها فى تفرغ المبيع منها إلى الهدم كما لو كان فيها دابة أو متاع لا يخرج إلا بتغيير شىء من الأبنية فإنه يجب إخراجه و إصلاح ما يستهدم كما فى (الشرائع و التحرير و المسالك و الكفاية) أما وجوب الإخراج فلتوقف التسليم عليه و أما إصلاح ما يستهدم فلأنه إتلاف لبعض المبيع لحق و جب عليه و مع جهل المشتري بالحال فله الفسخ و فى (الدروس و جامع المقاصد) بأن على البائع الأرش كالكتاب و الكل متجه و لكل وجه أما التعبير بإصلاح ما فسد فيتجه فيما إذا احتاج الهدم إلى رمى لبنتين أو ثلاث أو أكثر حيث يمكن الرد من غير اختلاف فى الهيئة و أما التعبير بالأرش فحيث تختلف الهيئة لأنه حينئذ يكون الهدم من ذوات القيم كما بيناه فى بيع الأرض فى فصل ما يندرج فى المبيع فليرجع إليه

(قوله) (و يصح القبض قبل نقد الثمن و بعده باختيار البائع و بغير اختياره)

الصور أربع منها ما لو كان القبض قبل نقد الثمن بغير اختيار البائع فإنه قبض بالنسبة إلى نقل الضمان و نحوه أما بالنسبة إلى حق حبس السلعة فلا إذ لا يملك المشتري إسقاط حق البائع فيبقى كما كان و إن حصل هذا القبض القهرى و كذا لا يزول بهذا القبض خيار التأخير للبايع الفسخ بعد الثلاثة كما نبه على ذلك كله الشهيد فى حواشيه و المحقق الثانى فى (جامع المقاصد) و أشار إلى بعض ذلك فى (الدروس) حيث قال و لو قبض بغير إذن البائع انتقل إليه الضمان و لم يكن مانعا من فسخ البيع للتأخير عن الثلاثة

(قوله) (و أجره الكيال و وزان المتاع و عاده و بائع الأمتعة على البائع)

كما فى (المقنعة و النهاية و المراسم) (و الوسيلة و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع) و سائر ما تأخر عنها مع ترك ذكر العاد فى أكثرها و فى (الرياض) قد صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأن أجره الكيال و وزان المتاع و كذا بائع الأمتعة على البائع (قلت) لا-ريب فى وجوب أجره الكيال و الوزن على البائع لأن ذلك لمصلحته و لما هو واجب عليه لأنه يجب عليه كياله للبيع و للقبض و الإقباض على ما تقدم و ما لا يتم الواجب إلا به واجب (و منه يعرف) الحال فى العاد و أما بائع الأمتعة فهو الدلال و أجرته على من يأمره فإن أمره إنسان ببيع متاع فباعه له فأجرته على البائع الأمر لا على المشتري و يستحق الأجره و إن لم يشارط عليها لأن هذا العمل مما يستحق عليه أجره فى العادة و نصب الدلال نفسه لذلك قرينه على عدم التبرع (و مما) ذكر يعلم الحال فى قوله و أجره ناقد الثمن و وزانه و مشتري الأمتعة للاشتراك فى الحكم و الدليل و نص الأصحاب

(قوله) (و ناقلها)

لأن نقلها إلى المكان الذى يريد أمر خارج عن إقباض المبيع و متأخر عنه فلا يتعلق بالبائع فيكون أجرته على المشتري

(قوله) (و لا أجره المتبرع و إن أجاز المالك)

إذا تبرع أجنبى بشىء من الأمور المذكورة من دون أمر من البائع أو المشتري له بذلك و لا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠٨

و لا يتولاهما الواحد (١) بل له أجره ما يبيعه على الأمر بالبيع و أجره ما يشتريه على الأمر بالشراء

ما يقوم مقامه من الدلالة لم يستحق أجره على من تلزمه الأجره مع أمره أو ما فى حكمه و لو أجاز البيع و الشراء أو الكيل أو الوزن و غيرهما لأنه بالفعل لم يستحق لمكان التبرع و بعد الإجازة لم يعمل عملا و الأصل براءة الذمة من استحقاق شىء و قد صرح بذلك فى (التحرير و الدروس)

(قوله) (و لا يتولاهما الواحد)

كما عبر بذلك المحقق فى (الشرائع) و السيد عميد الدين فيما حكى عنه الشهيد و فى بعض نسخ (النافع) و لا يجمع بينهما الواحد و المشهور من نسخه كما فى (التنقيح) و لا يجمع بينهما لواحد و هذا نسبة الشهيد فى (الدروس) إلى كلام الأصحاب قال و لو منعنا من

تولية طرفي العقد امتنع أخذ أجرتين و عليه يحمل كلام الأصحاب أنه لا يجمع بينهما لواحد انتهى و هذا حمل منه لعبارتي (الشرائع و الكتاب) و شروحهما و حواشيهما على عبارة (النافع) المشهورة و إلا- فلم نجدها في سوى (النافع) و كذلك الشهيد الثاني في (المسالك) لم يفرق بين العبارات الثلاثة قال أو يعود الضمير في عبارة (الشرائع) إلى الأجرتين بناء على المنع من تولي الطرفين و على ذلك نزل الشهيد «ره» كلام الأصحاب في هذه العبارة لأنها عبارة متداولة بينهم انتهى و قد علمت أنه في (الدروس) إنما ذكر عبارة (النافع) و لم يتعرض لعبارة (الشرائع) و على كل حال فتزليل الشهيد ضعيف جدا فإن المصنف و المحقق و غيرهما ممن عبر بعبارة (النافع أو الشرائع) لا يرون المنع من تولي الواحد الطرفين فتزليل كلامهم على ما لا يوافق مذهبهم المعروف منهم بمجرد احتمال إرادته مع إمكان تنزيله على غيره بعيد جدا نعم هذا شيء ذكره ابن إدريس في تأويل عبارة (النهاية) قال في (النهاية) و لو كان ممن يبيع و يشتري للناس كان له أجره على ما يبيع من جهة البائع و أجره على ما يشتري من جهة المبتاع و مثلها من دون تفاوت أصلا عبارة (المقنعة) و نحوهما عبارة (الوسيلة) لكنها ليست بتلك المكانة من الظهور لأنه قال فيها و إن نصب نفسه للأمرين فأجرته على من عمل له انتهى (فتأمل) (و قال في السرائر) و لا يظن ظان على شيخنا أبي جعفر فيما ذكره في نهايته و ساق عبارة (النهاية) أن المراد بذلك أنه في سلعة واحدة يستحق أجرتين و إنما المراد بذلك أن من كان ذلك صنعه يبيع تارة للناس و يشتري لهم تارة فيكون له أجره على من يبيع له في السلعة المبتاعة فإن اشترى للناس سلعة غيرها كان له أجره على من اشترى له تلك السلعة لا أنه يشتري سلعة واحدة و يبيعها في عقد واحد لأن المشتري غير البائع و البائع غير المشتري و العقد لا يكون إلا بين اثنين لأنه يحتاج إلى إيجاب و قبول و إنما مقصود شيخنا ما نبهنا عليه فتأمل ذلك (انتهى) و هذا التأويل إن صح في عبارة (النهاية) لأن الشيخ فيها و في (المبسوط و الخلاف) منع من تولي الواحد طرفي العقد لا يصح في عبارة (المقنعة و الوسيلة) لأنهم لم ينسبوا إليهما خلافا في ذلك كما بيناه في محله و كيف كان فالواجب أن نبين الحال في العبارات الثلاث و نبين الحكم و الدليل على نمط العبارات و اختلاف الأقوال مع محاولة الجمع بين العبارات فنقول قال في (جامع المقاصد) في بيان عبارة الكتاب إن المراد لا يتولى العملين أى الداليتين الشخص الواحد في السلعة الواحدة لأن البيع مبنى على المماكسة و المغالبة و لا يكون الشخص الواحد غالبا مغلوبا و ارتكابه الحالة الوسطى موقوف على رضاها بذلك أما الولي للطفلين فلما كان فعله منوطا بالمصلحة و لم يمتنع أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٠٩

.....

يكون الشراء بالثمن إلا على مال الطفل مصلحة للطفل الآخر لعدم حصول غيره و ضرورته إليه لم يمتنع تولية الطرفين و قد وافقه على ذلك الشهيد الثاني في (المسالك) و جعله الظاهر من سياق عبارة (الشرائع) تبعا لشيخه الفاضل الميسي و نحو ذلك ما في (الروضه) و قد سبقهما إلى ذلك الصيمري في (غاية المرام) و قد سبقه إليه أبو العباس في (المهذب البارع) ذكره في جملة مقدماته عليه و قد أخذ ذلك من الشهيد في (حواشي الكتاب) و على كلامهم تكون الأجرة ممن ماكس له أو لا يستحق أجره كما هو صريح السيد عميد الدين على ما حكاه عنه الشهيد و هو أيضا ظاهر جماعه كما ستعرف أو تكون له أجره واحدة عليهما كما ستسمعه عن (اللمعة و التنقيح) و غيرهما و أنت خبير بأنه يشكل إطلاق ما قالوه في بيان المنع بما لو كان السعر مضبوطا عادة بحيث لا يحتاج إلى المماكسة كما نبه على ذلك صاحب (إيضاح النافع) و غيره (قلت) و قد قطعوا كما ستسمع بأن له أن يتولى العملين بغير أجره فتأمل (و قد يمكن) بذل الجهد و السعي من الجانبين على النهج المتعارف فيستحق أجرتين كأن يقول في الترغيب لشرائه بالزائد لو كان السوق سوقا رائجا يبيع بمائه و إن كان الآن لا يباع بذلك و عن قريب يجيء الموسم و يكثر المشترون فيشتري بأكثر من مائه و يقول في الترغيب لبيعه هذا الثمن و إن كان قليلا- الآن لكنك إذا بعته و اشتريت بثمنه غيره و اتجرت به حصل لك ربح زائد و هو أنفع من عدم بيعه و إبقائه إلى أن يجيء الموسم و تبيعه بأكثر من هذا الثمن فقد تصور حصول النفع في سعيه لكل منهما و كان قوله باعنا

للشراء و البيع و الرغبة و ذلك كاف فى استحقاق الأجره فلا يتجه قوله فى (جامع المقاصد) إنه إذا أمر بهما معا كان ما يأتى به من السعى محسوبا للأمر بالبيع فلا يبقى فعل للأمر بالشراء ليتولاه إلا أن نقول أقصى ما هناك أنه راعى المصلحة لهما و هى لا تكفى بل الواجب عليه مراعاة الأصلح لكل منهما كما صرح به الشهيد و الجماعة و هو غير متصور فى المقام (وفيه) أنا نمنع عدم تصوره فى التصوير المذكور إذ قد يكون البيع بهذا الثمن أصلح لهذا و الشراء به أصلح لذاك بل قد نقول قد يكون الغرض مجرد البيع و الشراء لا- السعى فى كمال ما يسوى و ذلك فإننا نرى بعض الناس يرضى ببيع بعض الأمتعة فى بعض الأوقات بأدنى شىء بل قد يصرح بذلك بل قد يخليه عند الدلال و يتركه و حينئذ يرضى ببيعه بما يبيع و يأخذ الأجره كما نبه على ذلك المقدس الأردبيلي و قد دلت الأخبار على جواز أخذ الأجره للدلال و السمسار من المشتري كخبر عبد الله بن سنان المروى بثلاثة طرق و خبر أبى ولاد و خبر ابن أبى عمير لكنه قد تضمن النهى عن أخذ الأجره من البائع و الظاهر أن الوجه فيه أن الأمر له إنما هو المشتري و قد شهد لها الاعتبار و على جواز الأخذ من البائع إن أمره بالبيع له فإذا باع و اشترى لاثنتين شيئا واحدا كان له أجرتان لحصول العمل الموجب للأجر و هو الأمر فيأخذ «١» لأنه حينئذ يكون قد أقدم على التزام تمام الأجر بحصول الأمور به و لا مدخل لاتحاد العمل خصوصا مع جهل أحدهما بأمر الآخر فيأخذ ما يستحقه من كل منهما بعمله و إن كان واحد كما هو صريح (المختلف) و ظاهر (المقنعة و النهاية و الوسيلة و الإرشاد) و هو المحكى عن (الخلاص) حكاه عنه الشهيد فى حواشيه و هو الذى يعطيه مفهوم عبارة (التحرير و المهذب البارع) و غيرهما و قد يراد ذلك من قوله فى (اللمعة) و لو أمره بتولى الطرفين فعليهما بأن يراد بالطرفين الداليتين و أن يراد أن عليهما له أجرتان لكن هذا بعيد و الظاهر منها ما ذكرناه آنفا كما ستعرف ذلك مبينا و ما يتخيل

(١) لفظه فيأخذ غير موجودة فى نسختين (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١٠

.....

من عدم استحقاقه الأجرتين قد ظهر لك عدم تمامه و حينئذ فيمكن حمل قولهم و لا- يتولاهما الواحد على أن المراد لا يتولى الأجرتين الشخص الواحد إذا كان مأمورا من أحدهما و هو معنى عبارتى (النافع) و لا يجمعهما لواحد و لا يجمعهما الواحد و بيان ذلك كما فى (إيضاح النافع) أن من أمر بالبيع فلا- ريب أن أجرته على أمره و ليس له على المشتري أجره بترغيبه فيه و سعيه فى إرضائه و كذلك الكلام فى شرائه إذا أمره به المشتري فإنه لا يستحق أجره على البائع و إن سعى فى إرضائه و ترغيبه و قبوله فمعنى عدم الجمع لواحد و عدم التولية له و عدم جمع الواحد لهما أنه لا يستحق أجره على البائع و المشتري إذا كان و كيلا لأحدهما خاصة بل إنما يستحقها على موكله خاصة و يرشد إليه قول المصنف بعد ذلك بل له أجره ما يبيعه على الأمر بالبيع و ما يشتريه على الأمر بالشراء (و قوله أيضا) فى (التحرير) و لا يأخذ عن سلعة أجرتين من البائع و المشتري بل يأخذ ممن كان عاقدا له و و كيلا و قضية كلامه فى الكتابين أنه لو كان و كيلا لهما كان له أن يأخذ الأجرتين أو يأخذ منهما أجره واحدة على التنصيف كما فهمه الشهيد فى حواشيه من عبارة (التحرير) و الغرض تقريب ما ذكره صاحب (إيضاح النافع) ثم قال فى (إيضاح النافع) و ما يذكر فى معانى هذه العبارات غير ذلك فليس بشىء كقولهم لا- يتولى طرفى العقد لأن من أجازه يقول بهذه العبارة و كقولهم إنه لا- يكون و كيلا للمتبايعين إنه لا تجتمع رعايته لمصلحتهما فإنهما قد يوكله على ثمن معين يبيعا و ابتياعا و كقولهم إنه إذا تولى طرفى العقد لا يستحق كمال الأجره على أحدهما بل أجره الإيجاب على موكل البيع و أجره القبول على موكل الاتياع فإن ذلك يستلزم التخصيص بالوكيل على الإيجاب و القبول و بعض القوم لا يجيزه مع أنه يعبر بهذه العبارة (و بهذا) الفرق ظهر أنه لا فرق بين أن تكون النسخة لا يجمعها الواحد أو لواحد (انتهى) و مما ذكر يظهر حال ما قاله فى (التنقيح) قال فى بعض نسخ الكتاب لا يجمع بينهما الواحد أى لا يكون

موجبا قابلا يجمع بين الشراء و البيع و المشهور لواحد بغير ألف و له تفسيران أحدهما أنه لا يأخذ أجره البيع من الآذن فيه كلها و لا أجره الشراء من الآذن فيه كلها بل يؤخذ من كل واحد أجره ما فعل له فيأخذ أجره الإيجاب من الآذن فى البيع و أجره القبول من الآذن فيه (و فيه) مضافا إلى ما عرفت أن الشهيد و السيد العميد قالا إنه لا يستحق على اللفظ من دون السعى و العمل أجره لأن العقد لا أجره له عادة ثم قال فى (التنقيح) و ثانيهما أنه إذا أمراه بالبيع و الاتباع فالأجره على السابق و إن اقترنا و كان الغرض تولية طرفى العقد فالأجره عليهما و كذا إن تلاحقا و كان الغرض مجرد العقد و إن لم يكن الغرض مجرد العقد بل السمسرة لكل منهما فللواسطة أجرتان على قدر العملين (انتهى) و هو حاصل عبارة (الدروس) مع زيادة و هو كما ترى ليس له تعلق فى تفسير العبارة و صاحب (المهذب البارع) كأنه لحظ فى تفسير قوله لا يجمعهما لواحد ما ذكرناه عن (إيضاح النافع) و لحظ فى تفسير لا يتولاهما الواحد و لا يجمعهما الواحد ما ذكرناه عن الشهيد فى (الدروس) و ما ذكرناه عنه و عن المحقق الثانى فى حواشيهما على الكتاب و نحوه ما فى (غاية المرام) مع خبط له فى المقام يظهر للنقاد البصير و قال فى (الروضة) كما أشرنا إليه آنفا إن المراد من قولهم لا يجمع بينهما لواحد أنه لا يجمع بينهما لعمل واحد و إن أمراه بالبائع بالبيع و المشتري بالشراء بل له أجره واحدة عليهما أو على أحدهما (انتهى) و معناه أنه لا يجمع بين الأجرتين لعمل واحد كما إذا كان الأمر من طرف واحد أو من الطرفين لأن عمله واحد فلا يجمع بين الأجرتين له بل فى الأول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١١

و لو هلك المتاع فى يد الدلال من غير تفريط فلا ضمان (١)

يأخذ الأجره ممن كان عمله له حيث أمره به و فى الثانى منهما أنصافا و ظاهره كما هو صريح (المسالك) أنه لا فرق فى ذلك بين كون العمل دلالة أو عقدا مع احتمالهما فى (المسالك) كون الأجره على السابق فيما إذا أمراه بتولى طرفى العقد و لعله دليله على وجوب الأجره الواحدة سواء اقترنا فى الأمر أم تلاحقا الأصل مع عدم المخرج عنه سوى العمل و هو لوحده لا يوجب إلا أجره واحدة عادة و تعدد الطرفين غير موجب لتعددتها إذ لا دليل عليه شرعا و لا عرفا و هى مع الاقتران موزعة عليهما لعدم المخرج و كذا مع التلاحق لاستواء الموجب و هو العمل بالنسبة إليهما و أنت قد عرفت المخرج آنفا و دليله على احتمال تقديم السابق أصالة براءة ذمه المسبوق و وجود المرجح من سبق الأمر «فتأمل» و قد اقتفى فى ذلك أثر الشهيد فى (اللمعة و الدروس) قال فى (اللمعة) و أجره الدلال على الأمر و لو أمراه بتولى الطرفين فعليهما و الظاهر من هذه العبارة و إن كان الكلام فى الدلالة لا فى العقد أنهما لو أمراه بتولى العملين أى الداللتين فعليهما معا أجره واحدة و قد يحتمل بعيدا أن يكون له عليهما أجرتين و قد شرحها فى (الروضة) بأن المراد بالطرفين الإيجاب و القبول و أن عليهما أجره واحدة بالتنصيف سواء اقترنا أم تلاحقا و الذى دعاه إلى شرحها بذلك كلامه فى (الدروس) و كأنه ليس بالمكانة من الدلالة قال فى (الدروس) و أجره الدلال على أمره و لو أمراه فالسابق فإن اقترنا و كان الغرض تولية طرفى العقد فعليهما و كذا لو تلاحقا و كان مرادهما مجرد العقد و لو منعنا من تولية الطرفين امتنع أخذ الأجرتين و عليه يحمل كلام الأصحاب أنه لا يجمع بينهما لواحد انتهى و المحقق الثانى فى (جامع المقاصد) جوز أخذ الأجره على إيقاع الإيجاب و القبول قال لا يمتنع إيقاعهما بالأمر و أخذ الأجره عليهما لأن كلا منهما عمد برأسه مستقل بنفسه و عبارة هذه لعلها لا تأبى عن إرادة أخذ أجرتين على إيقاعهما (فتأمل) و فى وكالة (الكتاب) أنه يصح أن يوكله واحد ببيع عبد و آخر بشراء عبد و هو خيرة وكالة (التذكرة و التحرير و الإرشاد و الإيضاح) و قال فى (جامع المقاصد) فى الباب المذكور إنما يسوغ له ذلك إذا استقصى فى القيمة إلى الحد الممكن عادة و لم يقصر فى إعلام ذوى الرغبات إلى آخر ما قال و ينبغى ملاحظة ذلك فى باب الوكالة فإننا قد حررنا فيه كلام القوم و قد تقدم لنا فى أوائل الباب ما له نفع تام فى المقام هذا و لا ريب أن له أن يتولى العملين بغير أجره قال فى (جامع المقاصد) إذ لا محذور فيه قطعا و كذا يجوز له توليها بأجره من أحدهما قطعا إذا أتى بما أمره به كما أشرنا إليه آنفا و كذا لو أتى بغير ذلك من

الأعمال مثل كيل المبيع أو وزنه و نقد الثمن و وزنه و إن أخذ أجرتين للعلمين كما هو ظاهر و أنت إذا أحطت خيرا بما حررناه و لحظت جملة من العبارات كعبارة (التنقيح و المهذب البارع و غاية المرام و المسالك و الروضة و الرياض) عرفت أنها محتاجة إلى التحرير و التنقيح و الغرض بيان الحال و التنبيه على ذلك و أن لا عصمة إلا لآل الله صلى الله عليهم أجمعين و جزى الله سبحانه علماءنا أفضل الجزاء

(قوله) (و لو هلك المتاع في يد الدلال من غير تفريط فلا ضمان)

كما في (المقنعة و النهاية و المراسم و السرائر) و ما تأخر عنها مما تعرض له فيه و في (مجمع البرهان) لعله مجمع عليه و في (الرياض) أنه لم يجد فيه خلافا (قلت) الإجماع معلوم و الوجه فيه ظاهر و هو أنه أمين و قد اقتصر المعظم على ذكر التفريط و المراد به مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١٢

و يضمن لو فرط (١) و يقدم قوله مع اليمن و عدم البيئة في عدم التفريط (٢) و في القيمة لو ثبت بالإقرار أو البيئة (٣)

### [المطلب الثاني في حكمه و وجوبه]

#### إشارة

(المطلب الثاني) في حكمه و وجوبه حكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري (٤)

ما يشمل التعدي مجازا أو اشتراكا

(قوله) (و يضمن لو فرط)

كما في (المقنعة) (و النهاية و المراسم و السرائر) و غيرها و هو مما لا ريب فيه و في (مجمع البرهان) لعله مجمع عليه (قوله) (و يقدم قوله مع اليمن و عدم البيئة في عدم التفريط)

كما في (السرائر و الشرائع و النافع) و ما تأخر عنها لأنه منكر و في (مجمع البرهان) لعله مجمع عليه و في (الرياض) لا خلاف فيه (قوله) (و في القيمة لو ثبت بالإقرار أو البيئة)

كما في (الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة) (و مجمع البرهان) و غيرها و في الأخير لعله مجمع عليه لأصل عدم الزيادة و براءة الذمة منها و لا ينافيه التفريط و إن أوجب الإثم كما يقبل قول الغاصب فيها على الأصح و قد صرح في (الدروس) بأنه يقبل قوله في التلف و في (مجمع البرهان) لعل ذلك مجمع عليه و ليس لهم عليه دليل غير ما يتخيل من أنه لو لم يكن ذلك لم يصير أحد دلالاته و في ذلك ضرر عظيم كما قيل ذلك في الودعي فإن مجرد ذلك يشكل أن يكون كافيا في مثل ذلك مع أصل عدم التلف قلت لعل المستند لهم لزوم تخليده في الحبس و يقدم قول المالك في عدم الرد و لا درك على الدلال في استحقاق المبيع أو الثمن أو تعيينهما كما في (المقنعة و النهاية و السرائر) و غيرها من سائر ما تأخر عنها و المخالف الشيخ «ره» في (الخلاف) في باب الرهن قال إذا باع العدل الرهن بتوكيل الراهن و قبض الثمن و ضاع في يده و استحق المبيع من يد المشتري فإنه يرجع على الوكيل و الوكيل يرجع على الراهن و كذلك كل و كيل باع شيئا فاستحق و ضاع الثمن في يد الوكيل فإن المشتري يرجع على الوكيل و الوكيل على الموكل و قد رجع عنه في (الخلاف) في كتاب التفليس و هناك أحكام آخر للدلال ذكرها في (التحرير)

المطلب الثاني في حكمه و وجوبه المراد بحكم التسليم ما يترتب عليه بعد تحققه

(قوله) (حكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري)

لا- ريب أن المبيع قبل قبضه مضمون على البائع فإذا تلف كان محسوباً من ماله و بعد القبض ينتقل ضمانه إلى المشتري فإذا تلف حينئذ كان من ماله و الحكمان معلومان عندنا و قد حكى عليهما الإجماع كما عرفته فى محله بل قالوا لو أبرأ المشتري البائع عن ضمان المبيع لم يبرأ و قد أورد فى (جامع المقاصد) سؤالاً و هو أنه قد سبق للمصنف أن القبض فى المنقول نقله فيشكل عليه أنه لو أخذه المشتري بيده و لم ينقله بل تسلمه فى موضعه الذى كان فيه ثم تلف لا يكون من ضمانه مع أنه فى يده و ذلك غير ظاهر و الرواية و إن دلت على ذلك إلا- أن ما دل على ثبوت الضمان بإثبات اليد ينافيها و الجواب يحتاج إلى فضل تأمل و تحقيق هذا موقف على تحقيق معنى إثبات اليد انتهى (قلت) قد حققوا فى باب الغصب أن معنى إثبات اليد هو الاستيلاء على الشيء و الإقلال و الاستبداد به و هو فى كل شيء بحسبه عرفاً و عدواً منه نقل المنقول و الركوب على الدابة من دون نقل و الجلوس على الفراش و الدخول إلى الخيمة و الحيا و الدار مستولياً على ذلك قاصداً له لأن اليد فى غير المنقول حكمية فلا بد فى ذلك من قصد الاستيلاء أخرجوا منه وضع يده على ثوبه الذى هو لابسه فأخذ المشتري المبيع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١٣

و التسلط على التصرف مطلقاً على رأى للنهى عن بيع ما لم يقبض خصوصاً الطعام و الأقوى الكراهية (١) و له بيع ما انتقل إليه بغير بيع قبل قبضه كالميراث و الصداق و عوض الخلع (٢) و لو أحال من له عليه طعام من سلم بقبضه على من (٣)

بيده مع دفع ثمنه و قبضه له و إمساكه عليه بإذنه إن كان من قبيل إمساكه على الثوب الذى هو لابسه عرفاً لم يكن قبضاً موجبا لنقل الضمان و لا أظن أن أهل العرف يقولون بذلك لأنه حينئذ مستول عليه مستبد به مثبت يده عليه و ليس للبائع فيه حق الحبس و لا غيره كالفسخ للتأخير عن الثلاثة إذ المفروض أنه أذن له و دفع له ثمنه بل أحدهما كاف (نعم قد يتجه ذلك) إذا لم يحصل معاً لأنه حينئذ يكون للبائع حق الحبس ليأخذ الثمن و له الفسخ للتأخير فيكون كالمغصوب لا يتحقق إثبات اليد عليه إلا بنقله فى غير الفراش و الدابة و نحوهما فالجواب لا يتجه إلا على هذا الفرض مع تأمل فيه أيضاً و هذا يؤيد ما أسلفناه آنفاً و قد عرفت الحال فى الخبر و العرف و كلام أهل اللغة فتذكر و تأمل

(قوله) (و التسلط على التصرف مطلقاً على رأى للنهى عن بيع ما لم يقبض خصوصاً الطعام و الأقوى الكراهية)

قد تقدم الكلام فى المسألة فى باب السلف عند شرح قوله و لا يجوز بيع السلف قبل حلوله و يجوز بعده قبل القبض على الغريم و غيره مستوفى تمام الاستيفاء و معنى العبارة أن التسلط على مجموع التصرف من حيث المجموع متوقف على القبض و حكم من أحكامه على رأى جماعة من الأصحاب قادم إلى النهى عن بيع ما لم يقبض فيكون أراد بقوله التسلط على التصرف المجموعاً من حيث المجموع و يكون قوله مطلقاً كاشفاً عن ذلك و الشهيد حمل الإطلاق على التعميم فى الطعام و غيره المكمل و الموزون و غيرهما و ربما حمل على ما إذا كان فى يد البائع أم لم يكن و أما قوله للنهى عن بيع ما لم يقبض فهو علة لعدم التسلط كما سمع ذلك من المصنف فيما حكى و ليس متعلقاً بالتسلط كما فهمه جماعة فيكون الدليل أخص من الدعوى كما اعترض به بعضهم لأن العبارة إذا حملت على إرادة كل تصرف تصرف بحيث يراد الجميع كان الدليل أخص من الدعوى كما ذكر مع فساده من حيث المعنى إذ من المعلوم أن ليس كل فرد من أفراد التصرفات متوقف «١» على القبض و يندفع بما أشرنا إليه فى بيان معنى العبارة كما حققه المحقق الثانى من أن جواز مجموع التصرفات من حيث المجموع متوقف على القبض لا- جميعها و توقف المجموع عليه يتحقق بالمنع من بعضها قبله و إنما ينتفى توقفه عليه بجواز المجموع قبله لا- بجواز البعض لأنه إذا جاز البعض قبله و امتنع البعض الآخر لم يكن المجموع الذى هو عبارة عن جميع التصرفات مع مراعاة الهيئة الاجتماعية و اعتبارها جائزاً قبل القبض و لا يجوز إلا- بعده و فرق بين توقف الجميع باعتبار الهيئة الاجتماعية و توقف الجميع لا باعتبارها فإن الهيئة الاجتماعية منظور إليها فى الأول و لا يلزم من توقفها توقف كل فرد من تلك الأفراد بخلاف توقف الجميع فإن الهيئة الاجتماعية غير منظور إليها فإثبات الحكم

لكل الأفراد مع قطع النظر عن الهيئة الاجتماعية إنما يتحقق إذا كان كل فرد متوقفا كما هو ظاهر

(قوله) (و له بيع ما انتقل إليه بغير بيع قبل قبضه كالميراث و الصداق و عوض الخلع)

هذا تقدم الكلام فيه أيضا في الموضوع المذكور في ذيل المسألة و يأتي تمام الكلام في ذلك عن قريب إن شاء الله تعالى  
(قوله ره) (و لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من)

(١) كذا في ثلاث نسخ و الظاهر متوقفا (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١٤

له عليه مثله من سلم فالأقوى الكراهية (١) و على التحريم يبطل لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه (٢)

له عليه مثله من سلم فالأقوى الكراهية)

أما الجواز فللأصل و ظاهر (الخلاف) الإجماع عليه عندنا حيث قال تجوز الإحالة سواء كان الطعامان قرضين أو أحدهما قرضا و الآخر سلما بلا خلاف أو كانا سلمين عندنا لأن الأصل جوازه و المنع يحتاج إلى دليل فما نسب إليه في (المسالك) من موافقه (المبسوط) غير صحيح و أما الكراهية فلأنه عنده مبيع قبل القبض كما هو خيرة (الشرائع) و هو قضية (المختلف) و في (الدروس) أنه كالمبيع قبل القبض و هي أي الكراهية خيرة (جامع المقاصد و المسالك) لا- لأنه مبيع قبل القبض لأن الواقع من المسلم إما حواله لغريمه في القبض أو وكالة له فيه و كلاهما ليس ببيع بل للخروج من خلاف الشيخ و من وافقه كما ستعرف و تحرزا مما هو مظنة التحريم و في (الكفاية) لا كراهة و لا تحريم لأنه ليس ببيع (قلت) فليس من تلك المسألة في شيء عنده كما قاله المحقق الثاني و الشهيد الثاني لأن المنع من بيع ما لم يقبض تحريما أو كراهة مشروط بشرطين انتقاله بالبيع و نقله به و دعوى أن الحواله ملحقة بالبيع في حيز المنع لأن الحواله استيفاء لما فيها من معنى التحويل و بتقدير أن تكون معاوضة لا يتعين كونها بيعا (قلت) و يؤيده ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن بعض و الموثق في آخر عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل عليه كرم من طعام فاشترى كرا من رجل آخر فقال للرجل انطلق فاستوف كرك قال لا بأس به و لم يفت بشيء في (التحرير) بل اقتصر على نقل كلام (المبسوط) و كأنه مال إليه و في (الإيضاح) يبنى على أن الحواله معاوضة أو استيفاء فإن قلنا بالأول فهل المعاوضة على مال السلم حرام أو مكروهة انتهى (وقد يقال) يلزم القائل بالكراهية تفصيا من الخلاف و تحرزا عما هو مظنة التحريم أنه يكفي كون أحد المالكين سلما إما المحال به أو المحال عليه فلا حاجة إلى أن يفرض كونهما معا سلما (و أجيب) بأن المنع إنما هو من بيع ما لم يقبض و إذا كان أحد المالكين سلما دون الآخر لم يتعين كونه مبيعا لإمكان اعتباره ثمنا إذ لا معين لأحدهما فتأمل و الباء في قوله بقبضه و على في قوله على من له متعلقان بقوله أحال

(قوله) (و على التحريم يبطل لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه)

قال في (المبسوط) و إن كان سلمين لا يجوز بلا خلاف لأن بيع السلم لا يجوز قبل القبض إجماعا لا لعله و وافقه على عدم الجواز القاضى فيما حكى عنه و صرح قبل ذلك في (المبسوط) بعدم الصحة و في موضع من (التذكرة) أن القبض فاسد و المقبوض مضمون على القابض و هل تبرأ ذمة الدافع وجهان أصحهما نعم و هذا تصريح منه بالطلاق كالكتاب بناء على التحريم و لعله لأن النهى على تقديره راجع إلى نفس المبيع و حكى في (جامع المقاصد) عن (المختلف) أنه صرح بعدم الطلاق و كأنه بناه على أن النهى في المعاملات لا- يقتضى الفساد لكنى لم أجد ذلك في (المختلف) في المقام و قد سمعت ما في (التحرير) و اقتصر في (الشرائع) على قوله إنه يحرم على ما قالوه و لم يصرح بالطلاق و لعله أراداه و قد قال جماعة إن ذلك كله غير واضح و إن الجواب بأن الحواله ملحقة بالبيع غير متجه و حكى في (المسالك) عن الشهيد «ره» في بعض تحقیقاته أنه أجاب عن ذلك بأن مورد العلم لما



كان ماهية كليه ثابتة في الذمة منطبقه على أفراد لا نهاية لها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١٥

و كذا لو دفع إليه مالا و أمره بشراء طعام له لم يصح الشراء و لا يتعين له بالقبض (١)

فأى فرد عينه المسلم إليه تشخص ذلك الفرد و انصب العقد عليه فكأنه لما قال له الغريم اكنل من غريمي فلان قد جعل عقد السلم معه واردا على ما في ذمة غريمه المستسلف منه و لما يقبضه بعد و لا ريب أنه مملوك له بالبيع فإذا جعل مورد السلم الذي هو بيع يكون يبيعا للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان و يلتحق بالباب قال و هذا من لطائف الفقه (و قال في المسالك) و هذا التحقيق غاية ما يقال هنا في توجيه كلام الشيخ و من تبعه إلا أنه مع ذلك لا يخلو من نظر لأن مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة في الذمة لما كان أمرا كلياً كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي و ما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحواله و غيرها ليس هو نفس المبيع و إن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصة فإنها ليست عينه و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقاً أو معيباً رجع الحق إلى الذمة و المبيع المعين ليس كذلك و نظير ذلك ما حققه الأصوليون من أن الأمر بالكلي ليس أمراً بشيء من جزئياته الخاصة و إن كان لا يتحقق إلا بها و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض و كونه حينئذ مبيعاً غير واضح فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجه انتهى (و هو كلام جيد) لكنه إذا لم يكن مبيعاً كيف تلحقه أحكام المبيع من التلف و الخيار و النماء و لم يدع أنه عين المبيع أولاً و بالذات بل صار بعد التعيين مبيعاً و انصب العقد عليه نعم يفرق بينه و بين المعين بما ذكره و ذلك لا يقضى بكونه غير مبيع نعم يقضى بكونه غير معين و قد اعترف بذلك صاحب (المسالك) في باب الصرف فيما إذا كان العيب من الجنس في غير المعين قال له الرد و الإمساك بالأرض مع اختلاف الجنس و المطالبة بالبدل و إن تفرقا لأن الإمساك بالأرض لا يتم إلا إذا كان مبيعاً و قد أوضحنا ذلك في محله أكمل إيضاح و تعرضنا لما نحن فيه هناك و أزلنا الإشكال و قد طفحت عباراتهم بصدق اسم المبيع عليه في باب الخيار و الصرف و السلم و القبض إلى غير ذلك مما لا يكاد يحصى و كلامهم في باب الإجارة فيما إذا وقعت على عين موصوفة في الذمة كالصريح في أنها مستأجرة في عدة مواضع خصوصاً فيما إذا غضبت و تعذر البدل (و أقصى ما يمكن أن يقال) أن الأصل عدم كونه مبيعاً و لا يخرج عنه إلا في موضع نصوا عليه و حكموا به و في غيره نقول إنه وفاء و الأصل بعد التعيين ممنوع و توهم استلزامه الربا في بعض الصور أو هن شيء لأن المعاوضة الثانية تدفع الربا (و تمام الكلام) في باب الصرف فليرجع إليه ثم إن هذا التوجيه متوجه في كلام الشيخ و غيره فتدبر و خبر عبد الرحمن لا ينافيه عند القائل بالكراهية فيحمل البأس فيه على التحريم (فتأمل) و مرادهم بقولهم الأمر بالكلي ليس أمراً بشيء من جزئياته أنها ليست مأموراً بها أولاً و بالذات و إن كانت مأموراً بها ثانياً من باب المقدمة بالأمر الكلي لمكان التلازم الخارجي و بما (ذكرناه) يتجه تعليل المصنف كما قاله الشهيد و يسقط عنه اعتراض (جامع المقاصد) حيث قال إنه لا ارتباط له بالمدعى فإن الحوالة إذا لم تكن يبيعا لم يكن القبض عوضاً عن مال المحتال مؤثراً للفساد مع أنه «ره» في باب الصرف اعتمد على تحقيق الشهيد في ثبوت الأرض و المطالبة بالبدل بعد التفرق فيما أشرنا إليه آنفاً و أطال في بيانه و اقتفاه في ذلك صاحب (المسالك) و غيره

(قوله) (و كذا لو دفع إليه مالا و أمره بشراء طعام له لم يصح الشراء و لم يتعين له بالقبض)

كما في (المبسوط و الشرائع و الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك) لأن مال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١٦

أما لو قال اشتر به طعاماً و قبضه لى ثم قبضه لنفسك صح الشراء (١) و في القبض قولان (٢)

الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه ما دام على ملك الغير و اقتصر في (التذكرة و التحرير) على نقل كلام الشيخ في (المبسوط) و استقرب

في المختلف جواز ذلك و جعله قضاء للطعام بجنس الدراهم أو قرضا للدراهم و هو صحيح إن علم بقرينه أحد الأمرين و قبل القابض ذلك و كذا لو علم منه إرادة استيفائه بعد الشراء و قبضه له و نحو ذلك و يكون التعبير بكون الشراء له لكونه آثلاً إلى ذلك كما نبه عليه في (جامع المقاصد و المسالك) و قد روى المشايخ الثلاثة في (الصحيح) في بعضها عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حل طعامي عليه بعث إلى بدراهم فقال اشتر لنفسك طعاما و استوف حقك قال أرى أن يولى ذلك غيرك و تقوم معه حتى تقبض الذي لك و لا تتول أنت شراءه و روى في (الكافي و التهذيب) عن ابن سماعه عن غير واحد عن أبان عن عبد الرحمن البصري قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف دراهم في طعام فحل الذي له فأرسل إليه بدراهم فقال اشتر طعاما و استوف حقك هل ترى به بأسا قال يكون معه غيره يوفيه ذلك و هذان الخبران قد يحتج بهما لما في (المبسوط) و ما وافقه لكن قد روى الشيخ في (التهذيب) في (الصحيح) و الصدوق في (الفتاوى) عن صفوان عن يعقوب ابن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فبعث إليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الذي لك قال لا بأس إذا اتتمنه و هذا يحكم على أن النهي عن الشراء في الخبرين الأولين إنما هو لخوف التهمة كما أفصح به فحينئذ يجوز له الشراء متى أمن التهمة و على ذلك تكون الأخبار دالة على جواز الشراء و القبض و الإقباض فقله اشتر لك أو لنفسك و استوف حقك إنما هو عبارة عن توكيله في الشراء بتلك الدراهم و على هذا لا تنافي المشهور بالتوجيه الذي ذكرناه عند كلام (المختلف) عن المحقق الثاني و الشهيد الثاني و قد حمل النهي صاحب (الوافي) في الخبرين الأولين على غير البصير بالمسألة الفقهية لأن دفع الدراهم قد يكون لفسخ البيع لعدم وجوده فلا يستحق أزيد من رأس ماله و قد يكون لتوكيل صاحب الطلب في شرائه و قبضه و إقباضه فيصح مع الزيادة و كأنه جيد في غير الخبرين من أخبار الباب الذي عقده لذلك و يؤيده أن هذين الخبرين لم يتعرض فيهما لجواز الزيادة و عدمها (إذا عرفت) ذلك فعد إلى عبارة الكتاب فإن قوله و كذا لا يخلو عن حرازة إذ التشبيه لهذه بما قبلها كأنه غير واضح و المراد بالطعام الحنطة و الشعير كما بيناه في باب السلف و عن (التحريم) أنه الحنطة خاصة

(قوله) (أما لو قال اشتر به طعاما و قبضه لي ثم قبضه لنفسك صح الشراء)

كما في (المبسوط و الشرائع و المختلف و حواشي الشهيد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك) و غيرها و في (غاية المرام) صح الشراء و القبض بلا خلاف و أما قبضه لنفسه من نفسه فينبى على الخلاف انتهى و قد سمعت الأخبار آنفا (قوله) (و في القبض قولان)

ظاهره التردد (كالإيضاح و التحرير) و هو أى التردد صريح (الشرائع) و منع منه في (المبسوط) كما حكى عن القاضي لأنه لا يجوز أن يتولى طرفي القبض و قيل بصحته أى القبض في (المختلف و حواشي الكتاب و الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك) لأنه يكون قد وكله في الإقباض و هو الموافق للأخبار هذا و لو قال اشتر لي بها طعاما ثم قبضه لنفسك صح الشراء كما في (المبسوط و المختلف) و في (غاية المرام) أما الشراء للأمر فلا إشكال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١٧

و لو كان المالك أو المحال به قرضا صح (١) و كذا يصح بيعه على من هو عليه (٢) و لمالك الوديعة و القراض و مال الشركة البيع في يد المستودع و العامل و الشريك و كذا كل أمانه هي في يد الغير كالمترهن و الوكيل (٣) و لو باع ما ورثه صح إلا أن يكون الميِّت قد اشتراه و لم يقبضه فخلاف (٤)

في صحته و هو كذلك لأنه و كيل و أما القبض لنفسه فينبى على القولين و منع الشيخ من صحة القبض و قال في (المبسوط) لو دفع إليه دراهم فإن قال خذها بدل الطعام لم يجز لأن بيع المسلم فيه لا يجوز قبل القبض و في (المختلف و حواشي الكتاب) أنه يجوز و يكون معاوضة على ما في الذمة و قضاء للحق من غير جنسه قالوا و لو كان يباعا جاز لأنه يجوز عندنا بيع الطعام قبل قبضه

(قوله) (و لو كان المالان قرضاً أو المحال به قرضاً صح)

قطعا كما فى الشرائع) و قولاً واحداً كما فى (التحرير) و فى (المبسوط و الخلاف) أنه لا خلاف فى الصحة إذا كان المالان قرضاً و فى (جامع المقاصد) أنه لا بحث فيه و الوجه فيه انتفاء شرطى المنع و الكراهة فيه و هما انتقاله بالبيع و نقله به و أما إذا كان المحال به قرضاً فلا انتفاء الشرط الثانى لأنه لم يتحقق بيع ما لم يقبض لكن لا وجه لتخصيص القرض بالمحال به كما فى الكتاب (و الشرائع و التحرير) بل متى كان أحدهما قرضاً صح لعين ما ذكرنا من أنه إذا كان أحدهما قرضاً لم يتعين كون الآخر هو المبيع و قد نص عليه فى (المبسوط) (و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك) و ما عساه يقال فى توجيه ما فى (الشرائع) و ما وافقها من أن المحال به يشبه المبيع من حيث تخيل كونه مقابلاً بالآخر (ففيه) أن شبهه بالثمن أظهر لمكان الباء و ظاهر (التذكرة) قيام احتمال عدم صحة الحوالة إذا كان المحال به قرضاً حيث حكاه عن أحد وجهى الشافعى موجهاً له بأنه بيع سلم بدين ساكتا عليه و هو مخالف لإجماع (التحرير) و قطع (الشرائع) الملحق بالإجماع و هذا كله بناء على القول بعدم صحة الحوالة كما سبق و إلا فإذا صحت هناك فهنا أولى هذا و بيع الدين قبل قبضه و بعد حلوله جائز بلا خلاف إلا من ابن إدريس فى بيعه على غير من هو عليه و هو شاذ كما يأتى فى محله فلا يتأتى الخلاف فيما نحن فيه إلا من ابن إدريس (فليتأمل)

(قوله) (و كذا يصح بيعه على من هو عليه)

الضمير راجع إلى السلم و قد حكى عليه الإجماع فى (التنقيح) و نسبه فى (كشف الرموز) إلى الشيخ و أتباعه و فى (المبسوط) فى موضع منه بيع المسلم فيه لا يجوز قبل القبض سواء باعه من المسلم فيه أو من الأجنبى إجماعاً (انتهى) و فيه أيضاً الإجماع على المنع فى الطعام و قد تقدم الكلام فى ذلك كله فى محله

(قوله) (و لمالك الوديعة و القراض و مال الشركة البيع فى يد المستودع و العامل و الشريك و كذا كل أمانة هى فى يد الغير كالمرتهن و الوكيل)

قال فى (التنقيح) لم نسمع خلافاً بين أصحابنا و غيرهم فى جواز بيع الأمانات قبل قبضها لتمام الملك و عدم كونها مضمونة على من هى فى يده (انتهى) و قد تقدم الكلام فى ذلك و قد تشعر عبارة المصنف بعدم الخلاف فى ذلك كله حيث يقول فيما يأتى فخلاف (فتأمل) و كذلك الحال فى يد الولى بعد بلوغ الصبى و رشده و ما احتطبه العبد و كسبه و قبله بالوصية قبل أن يأخذها لتمام الملك و حصول القدرة على التسليم و يصح بيع المغصوب على الغاصب و على غيره و يتخير المشتري إن لم يعلم أو لم يتمكن من الانتزاع سريعاً

(قوله) (و لو باع ما ورثه صح إلا أن يكون الميت قد اشتراه و لم يقبضه فخلاف)

و نحو ذلك قال فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١٨

و كذا الإشكال فى الأصداق و شبهه (١) و لو قبض أحد المتبايعين فباع ما قبضه ثم تلفت الأخرى قبل القبض بطل الأول و على البائع الثانى قيمة ما باعه (٢)

(التذكرة) و مثله ما فى (الإيضاح و جامع المقاصد) فالمانعون يقولون ليس للوارث بيعه كما لم يكن للموروث و الآخرون يقولون بالجواز على كراهية و ظاهر (المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد) الصحة مطلقاً حيث أطلقوا من دون استثناء و لعله كذلك لأن انتقاله إلى الوارث بالإرث واسطة بين البيعين و كذلك الحال فى الصداق إذا كان المصدق اشتراه و لم يقبضه ثم أصدقه و أرادت المرأة بيعه و مثله عوض الخلع من جانب المرأة المشترية له قبل القبض إذا أراد الزوج بيعه و إليهما أشار المصنف بقوله و كذا الإشكال فى الأصداق و شبهه و قد تقدم لنا الكلام فى ذلك كله فى باب السلم و أعاد المصنف صحة بيع الموروث مع أنه ذكره آنفاً

ليستثنى منه ما إذا اشتراه الميت و لم يقبض

(قوله) (و كذا الإشكال فى الإصداق و شبهه)

معناه كما أشرنا إليه آنفا و بيناه فى باب السلم و هو الذى فهمه المحقق الثانى أن مثل الإشكال و الخلاف فى الموروث إذا اشتراه الميت و لم يقبضه و باعه الوارث الإشكال فى الإصداق و شبهه كعوض الخلع إذا اشترى المصدق الصداق مثلا و لم يقبضه و أرادت المرأة يبعه لكنه غير متبادر من العبارة و لو قال و كذا الإشكال فى الصداق و شبهه لكان أظهر و أولى لأن الغرض تشبيه الصداق بالميراث و من البعيد أن يكون المراد أن الإشكال فى أنه يجوز للمرأة بيع الصداق قبل قبضه لأن هذا مما لا خلاف فيه عندنا و قد نص عليه فى المبسوط و غيره و قد تقدم ذكره فى كلام المصنف (نعم) الإشكال فيه للشافعى منشأه من أنه مضمون فى يد الزوج ضمان عقد أو ضمان يد فعلى الأول و هو أصحهما عنده لا يصح و كذلك الحال عنده فى بيع الزوج بدل الخلع قبل القبض و العافى عن القود المال المعقود عليه و قال فى (التذكرة) إن ذلك كله جائز عندنا

(قوله) (و لو قبض أحد المتبايعين فباع ما قبضه ثم تلفت الأخرى قبل القبض بطل الأول و على البائع الثانى قيمة ما باعه)

أى إن كان قيميا و مثله إن كان مثليا و قد نص على ذلك فى (المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد) (و الدروس و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و المسالك و صريح المبسوط) أن تلف العين التالفة كان بعد بيع العين الأخرى و مثله ما فى (الكتاب و التذكرة و التحرير و الدروس) حيث أتى فيها بضم و هو ظاهر الباقيين قال فى (المبسوط) إذا اشترى من رجل عبدا بثوب و قبض العبد و لم يسلم الثوب فباع العبد صح يبعه لأنه قبضه و انتقل ضمانه إليه و إذا باعه و سلمه إلى المشتري ثم تلف الثوب الذى فى يد البائع انفسخ البيع و لزمه قيمة العبد لبائعه لأنه لا يقدر على رده بعينه فهو بمنزلة المستهلك و إن باع العبد و لم يسلمه حتى تلف العبد و الثوب جميعا فى يده بطل البيعان معا و نحوه ما فى (التذكرة) و هذا منهم بناء على المعروف بينهم من أن البطلان من حين التلف لا من رأس و إلا لا استرد العين فسقط ما فى (مجمع البرهان) من قوله و بالجملة إن كان البيع الثانى قبل التلف فذلك غير بعيد و أما إذا كان أعم كما هو ظاهر المتون فليس بواضح لأنك قد عرفت صريح المتون و ظاهرها فالبطلان فى الأول لمكان تلف أحد العوضين قبل القبض و ذلك يقتضى انفساخ العقد و أما عدم انفساخ البيع الثانى و وجوب قيمة ما باعه فلأن العين المبيعة كانت ملكا خالصا للبائع و إنما طرأ البطلان على العقد بعد انتقال العين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧١٩

و الإطلاق يقتضى تسليم الثمن و المثلن فإن امتنعا أجبرا و يجبر أحدهما لو امتنع سواء كان الثمن عينا أو دينا (١)

فلا- يؤثر فيما سبق من التصرفات بل يلزم البائع الثانى دفع المثل إن كانت العين مثلية و قيمتها إن كانت قيمة كما لو تلفت العين و نحوه ما حكموا به فى باب الشفعة و المقام من أنه لو اشترى شقصا من دار و أرض بشاة أو طعام فأخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام أو ماتت الشاة قبل القبض لم يبطل الأخذ بالشفعة و قيد الشهيد فى حواشيه عبارة الكتاب بما إذا كان التلف من جانب الله سبحانه و تعالى و أما إذا كان من جهة البائع أو المشتري أو الأجنبى فإنه لا يبطل البيع (قلت) سيأتى التنبيه على ذلك فى كلام المصنف و هل المعتبر قيمته يوم البيع أو يوم تلف العين الأخرى الأجد الثانى لأن القيمة حينئذ لم تكن لازمة للبائع و إنما لزم بتلف العين الأخرى الموجب لبطلان البيع و لو باع الشاة بشعير مثلا فأكلته فإن كانت فى يد المشتري فكما لو أتلفه و إن كانت فى يد البائع فكما تلافه و كذا لو كانت فى يد الأجنبى فإنه كالتلافه و إن لم تكن فى يد أحد انفسخ البيع لأن المبيع تلف قبل قبضه بأمر لا ينسب إلى آدمى فكان كالسماوى

(قوله) (و الإطلاق يقتضى تسليم الثمن و المثلن فإن امتنعا أجبرا و يجبر أحدهما لو امتنع سواء كان الثمن عينا أو دينا)

إطلاق العقد تجريده عن شرط تأخير أحد العوضين أو تأخيرهما إذا كانا عينين أو أحدهما عينا و أما إذا كانا معا مؤجلين فإن البيع

باطل كما تقدم الكلام فيه فى محله و المراد بالدين فى عبارة (الكتاب) و غيرها مما كان موصوفا فى الذمة مع كونه حالا يجب تسليمه فى الحال و ليس المراد به المؤجل لأنه لا يجب تسليمه إلا مع حلول الأجل و أما أن الإطلاق المذكور يقتضى وجوب تسليم المبيع و الثمن فمما لا كلام فيه و ظاهر (التنقيح) الإجماع عليه حيث قال الحق عندنا أن إطلاق العقد يقتضى وجوب التسليم على كل من البائع و المشتري و أما أنهما إذا امتنعا أجبرا فهو خيرة (السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و المختلف و الإرشاد) و شرحه لولد المصنف (و الدروس و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و غايه المرام و الروضة و المسالك) (و الكفاية) و قد حكاها فى (المختلف) عن أبى على و هو ظاهر (جامع الشرائع) حيث نسب قول الشيخ إلى القيل و ظاهر (التنقيح) الإجماع عليه و فى (الرياض) نسبه إلى الأكثر بل إلى عامة من تأخر و احتمل فى (السرائر) القرعة و ما فى (الرياض) من نسبه إلى الحلّى موافقه الشيخ فسهو قطعا و المخالف الشيخ فى (الخلاف) قال على الحاكم أن يجبر البائع على تسليم المبيع أولا ثم يجبر المشتري بعده سواء كان الثمن عينا أو فى الذمة لأن الثمن إنما يستحق على المبيع فيجب أولا تسليم المبيع ليستحق الثمن ذكر ذلك فى مسألتين و مثله ما فى (الغنية) و نحوه ما فى (المبسوط) لكنه قال فيه الأولى أن يجبر البائع «إلخ» و حكى فى (المختلف) عن القاضى موافقه (المبسوط) و لعلهم ما أنصفوهم حيث ناقشوهم بعدم الأولوية مبالغين فى ذلك إذ لعلهم أرادوا أن البيع و الشراء يبنى الحال فيهما على المتعارف بين الناس و المتداول بين التجار و غيرهم من أن البائع ما لم يسلم المبيع يعاب عليه طلب الثمن فلا يطلبه ما لم يسلم بل فى الغالب أن البائع أحوج فإذا تبايعا على ما هو المتعارف لم يجب الدفع و الإعطاء إلا عليه على أنهم مطبقون على الظاهر فى باب الإجارة أنه لا يجبر المستأجر على دفع الأجرة إلا بعد تسليم العين كما أوضحناه هناك (و الغرض) أنه ليس بتلك المكانة من الضعف و السقوط و هذا الخلاف مفروض فيما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢٠

و لو اشترط أحدهما تأخير ما عليه صح (١)

إذا كان تنازعهما فى مجرد البدء و كان كل واحد منهما باذلا ما عنده و لا يخاف فوت ما عنده صاحبه فأما إذا لم يبذل البائع المبيع و أراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف و قد حكى فى (التذكرة) عن أكثر الشافعية أنهم نفوا الخلاف أيضا عن ذلك (و كذا) للمشتري حبس الثمن خوفا من تعذر تحصيل المبيع و ليس المراد كما لعله يتوهم أن الخلاف فى البدء بالتسليم يبنى عليه ثبوت حق الحبس للبائع و عدمه فعلى القول بوجوب التسليم على البائع أولا ليس له حق الحبس إلى استيفاء الثمن و على القول بالعدم له ذلك كما أشار إلى ذلك كله فى (التذكرة) فى آخر باب السلم و إليه أشار فى (المبسوط) بقوله هذا إذا كان كل منهما باذلا فأما إذا كان أحدهما غير باذل أصلا أجبره الحاكم على البذل فإذا حصل البذل حصل الخلاف فى أيهما يدفع و بهذا يندفع الإشكال عن المقدس الأردبيلي حيث قال بأنه قد ذكر فى (التذكرة) فى هذا المقام أكثر من مرتين أن للبائع حق الحبس مع تعجيل الثمن و ليس له ذلك فى المؤجل و لا فى المعجل بعد نقد الثمن و هذا يقتضى عدم وجوب الدفع على البائع بل له الحبس و إليه أشار صاحب (الكفاية) حيث قال و لو امتنع أحدهما من التسليم فهل للآخر الحبس حتى يرضى صاحبه بالتسليم ظاهرهم المنع من ذلك و من المتأخرين من استشكل ذلك انتهى (و أنت قد عرفت) مرادهم و محل الخلاف فكيف ينسب إلى ظاهر الأصحاب المنع و صاحب (الحدائق) لما لم يعرف حقيقة الحال و لم يطلع على الأقوال ارتكب شططا فى دفع الإشكال هذا و ليس له الحبس فى المؤجل و إن حل الأجل و لو تبرع بالتسليم لم يكن له رده إلى حبسه و كذا لو أعاره للمشتري و لا كذلك لو أودعه إياه و للأردبيلي إشكال فى ذلك أيضا و هو أن ثبوت الانتقال يقتضى وجوب الدفع و لا يجوز الحبس لأحدهما و لو منعه الآخر و ظلمه إذ ظلمه له لا يستلزم جواز ظلمه له (و فيه) بعد الأصل أن الرضا بالبيع إنما حصل للانتفاع بالعوض و أخذه لا بمجرد تملكه و إن امتنع صاحبه فكأن العقد وقع بشرط عدم المنع فيحصل له الخيار و المنع إلى ثلاثة أيام ثم له الفسخ بعدها فإن لم يفسخ كان له المنع و إن كان معسرا

فهو مفلس فإن حجر عليه الحاكم تخير بين الفسخ و الضرب مع الغرماء و ستسمع ما في (المبسوط) و يؤيده ما ذكره في النكاح من جواز الامتناع للزوجة حتى تقبض مهرها مع الحلول كما أشار إليه هو أيضا و للشافعي قول آخر في أصل المسألة و هو أنهما لا يجبران بل يمنعان من التنازع فإذا سلم أحدهما أجبر الآخر و قال أبو حنيفة و مالك إنه يجبر المشتري على تسليم الثمن لأن حقه متعين في المبيع و حق البائع غير متعين و هذا ساقط إذا كان الثمن معيناً هذا و قال في (المبسوط) هذا كله إذا كان المشتري مؤسراً فإن كان معسراً كان للبائع الفسخ و الرجوع إلى عين ماله و إن كان غائباً منع من التصرف في هذه السلعة و غيرها إذا كان ماله حاضراً معه حتى يسلم الثمن و إن كان غائباً عنه احتفظ على السلعة فحسب فإن تأخر للبائع فسخ البيع و الرجوع إلى غير ماله و قد حكاه عنه في (التحرير) ساكتاً عليه و الأصح أنه لا- حجر عليه في أمواله بل يلزمه الحاكم بالأداء (و يعلم) أن هذا التفريع جار فيما إذا اختلف المتأجران في البداية بالتسليم من غير فرق كما ذكره في (التذكرة) (قلت) و قولهم لو حبس الصانع العين حتى يستوفى الأجرة ضمنها لا ينافي ذلك لأن الضمان لا ينافي جواز الحبس كما حققه المحقق الثاني في باب الإجارة

(قوله) (و لو اشترط أحدهما تأخير ما عليه صح)

و وجب على الآخر البذل و لو امتنع أجبر و لو امتنع أحدهما من قبض ماله

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢١

و كذا يصح لو اشترط البائع سكنى الدار سنة أو الركوب مدة (١) و إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من ضمان البائع و يفسخ العقد (٢) و إتلاف المشتري (٣) قبض و إتلاف الأجنبي لا- يوجب الانفساخ على الأقوى نعم يثبت للمشتري الخيار و إتلاف البائع كإتلاف الأجنبي على الأقوى و لو تعيب بجناية أجنبي (٤) فللمشتري الفسخ و مطالبته الجاني بالأرش و الأقوى أن جناية البائع كذلك و لو كان بأفه سماوية فللمشتري الخيار بين الرد و الأرش على إشكال (٥) و لو تلف أحد العبدین انفسخ البيع فيه و سقط قسطه من الثمن (٦) و كذا كل جملة تلف بعضها و له قسط من الثمن و لو لم يكن له قسط من الثمن كقطع يد العبد فللمشتري الرد و في الأرش نظر

أجبره الحاكم فإن أصر و كل من يقبض عنه و مع فقد الحاكم فالظاهر أنه كالدين إذا بذله له و عرضه عليه فامتنع من قبوله يصير في ضمانه لأن الدين كذلك على رأى مع أنه غير متعين فالمبيع المتعين أولى (قوله) (و كذا يصح لو اشترط البائع سكنى الدار سنة و الركوب مدة)

معينه كما في الشرائع و غيرها لأنه شرط سائح لا ينافي مقتضى العقد كما سيأتى في الفصل الثالث

(قوله) (و إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من ضمان البائع و يفسخ العقد)

هذا قد تقدم الكلام فيه في المطلب الثاني في أحكام الخيار مسبقاً فارجع إليه و لا تصغ إلى ما ذكره مولانا الأردبيلي في هذا الباب و ذلك الباب و أعاده المصنف ليفرع عليه بعض الفروع (قوله) (و إتلاف المشتري قبض إلى قوله و لو تعيب)

تقدم الكلام في ذلك بما لا مزيد عليه في المطلب المشار إليه آنفاً

(قوله ره) (و لو تعيب بجناية أجنبي إلخ)

هذا قد تقدم فيه «١» في المطلب الثاني في أحكام بيع الحيوان في أوائل الكتاب

(قوله) (و لو كان بأفه سماوية فللمشتري الخيار بين الرد و الأرش على إشكال)

هذا قد تقدم الكلام فيه في مقامين الأول في المطلب الثاني في أحكام بيع الحيوان و الثاني في المطلب الرابع في اللواحق من مطالب العيب و قد استوفينا الكلام في المقامين أكمل استيفاء فليطلب في أحدهما (قوله) (و لو تلف أحد العبدین انفسخ البيع فيه و سقط قسطه من الثمن)

هذا لا إشكال فيه كما فى (الدروس) و أما العبد الآخر ففى (التذكرة) أنه لا يبطل فيه البيع عندنا بل يتخير المشتري فى الفسخ لتبعض الصفقة عليه و الإمضاء و به صرح فى (المبسوط) (و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس) و غيرها فما يتوسط الثمن فيه على القيمة كالمثال فإنه يتوسط عليهما أى العبدین و ما يتوسط على الأجزاء كالحبوب فإنه يمسك الباقي بحصته قال الشيخ و الأولى أنه لا خيار للبائع و إن قلنا له الخيار كان قويا و لو اختار إمساكه بكل الثمن فلا خيار له قطعا و الأولى أن لا خيار له مطلقا لأن التلف فى يده كالإتلاف من نفسه و كذلك الحال فى كل جملة تلف بعضها و له قسط من الثمن كما أشار إليه المصنف و أما ما لا قسط له من الثمن كقطع يد العبد فللمشتري رده أو أخذه بجملة الثمن قطعا و قد طفحت عباراتهم بذلك و اختلفوا فى الأرش لمكان اختلافهم فى ضمان الأرش لو حدث فى المبيع عيب قبل القبض كما تقدم إذ الظاهر عدم الفرق بين حدوث عيب و نقص شىء كجزء لا يصح إيقاع العقد عليه كيد العبد و رجله و هنا الأرش أظهر كما فى (الإيضاح) لأن المبيع

(١) كذا فى ثلاث نسخ و الظاهر سقوط لفظ الكلام (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢٢

و السقف من الدار كأحد العبدین لا كالوصف (١) و لو اشترى بدينار فدفعه فزاد زيادة لا يكون إلا غلطا أو تعمدا فالزيادة فى يد البائع أمانة و هى للمشتري فى الدينار مشاعة (٢)

هو مجموع بدن العبد و قد نقص بعض عينه بخلاف نقصان الصفة و لهذا اختير فى (التذكرة و الإرشاد) (و اللعة و جامع المقاصد و غاية المرام و المسالك و الروضة) ثبوت الأرش و فى (التحرير) أحاله على ما سلف و الذى سلف له فى العيب القول بالأرش و قد عرفت هناك أنه المشهور و أن ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه و أن المخالف الشيخ فى (المبسوط و الخلاف) و ابن إدريس و الآبى و ظاهر (الشرائع) فى المقام عدم القول بالأرش و قد قال بالأرش هناك و فى مقام آخر تردد فيهما و الفرق بين ما له قسط و الذى ليس له قسط من الثمن أن الأول يمكن إفرازه بالبيع كأخذ العبدین و لا كذلك الثانى و الفرق بينهما الموجب لاختلاف الحكم أن الأول لا يبقى مع فواته أصل البيع بل بعضه و الأرش جزء من الثمن و الثمن موزع على أجزاء المبيع و الثانى يبقى معه أصل البيع فعند الشيخ و من وافقه أن الجزء التالف بمنزلة الوصف كيد العبد و نحوها من أعضائه التى فواتها لا يخل ببقاء العبد و إذا فات لم يكن له قسط من الثمن فلا أرش له لأن الأرش هو مقدار حصته من الثمن و عند المشهور أنه كالأول لأن القيمة تزيد بوجوده و تنقص بعدمه و فواته من أظهر العيوب و لأن المبيع هو المجموع و قد فات بعضه فيتخير المشتري بين الرد لتبعض الصفقة فى الموضعين و الأرش و هذا كله إذا كان الفات جزءا من المبيع أما لو كان وصفا محضا كما لو كان العبد كاتبا فنسى الكتابه قبل القبض فللمشتري الرد خاصة أو الإمساك بجميع الثمن لأن الفات ليس جزءا من المبيع و من ثم لو شرط كونه كاتبا فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد كما نبه على ذلك جماعة منهم الشهيد الثانى فى (المسالك) و محل النزاع فى المقام ما إذا حدث النقص أو العيب بعد البيع و قبل القبض كما هو ظاهر بديهي (و صاحب الحدائق) أيد القول بثبوت الأرش بأنهم قالوا فى باب العيب الموجب للخيار و الأرش بأنه كلما زاد عن أصل الخلقه أو نقص و الزيادة كالإصبع الزائدة و النقصان كفوات عضو (قال و المسألة) المفروضة إحدى جزئيات هذه القاعدة فيكون الحكم فيها هو الأرش لا الأخذ بالقيمة (و اعترض) بذلك على الأصحاب و هذا منه خبط عظيم لعدم تحرير محل النزاع و خبط أيضا فى اعتراضه على صاحب (المسالك) و اعترضه أيضا على الأردبيلي و الغرض أن يتوقى زلله و قد يشتهه تلف بعض الجملة قبل القبض بما إذا ظهر نقصان بعضها من مختلف الأجزاء فإن الأكثر فى هذه أيضا على تخييره بين الفسخ و الإمضاء بقدر حصته من الثمن كما هو الشأن فى متساوى الأجزاء و الشيخ فى (المبسوط) فرق بينهما فجوز فى المتساوى الأخذ بحصته من الثمن دون مختلف الأجزاء فخييره بين الفسخ و الأخذ بجميع الثمن و لعله يقول فى المقام بذلك كما سيأتى بيان ذلك فى الفرع الخامس من الفصل

## الثالث

(قوله) (و السقف من الدار كأحد العبدین لا كالوصف)

یرید أن احتراق سقف الدار مثلاً- أو تلف بعض آلاته كتلف عبد من عبدین لأنه یمكن إفراده بالبیع بتقدير الاتصال و الانفصال بخلاف ید العبد و ربما احتمل أنه مثله

(قوله) (و لو اشترى بدینار فدفعه فزاد زیادة لا تكون إلا غلطا أو تعمدًا فالزیادة فى ید البائع أمانة و هى للمشتري فى الدینار مشاعة) قد تقدم الكلام فى مثل ذلك فى باب الصرف عند شرح قوله و لو وجد زیادة فإن كان قال بعتك هذا الدینار بهذا الدینار بطل و إن قال بعتك دینارا بدینار صح و كانت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢٣

و لو ادعى المشتري النقصان قدم قوله مع اليمين و عدم البينة إن لم یکن حضر الكیل أو الوزن (١) و إلا- فالقول قول البائع مع يمينه (٢)

الزیادة أمانة و لعله أراد هنا بقوله لا- تكون إلا- غلطا أو تعمدًا التنبيه على التسوية بین الأمرین أو الاحتراز عن الزیادة الیسيرة التى تتفاوت بها الموازين «١» فإنها للبائع كما أن مثلها فى المبیع للمشتري و مثله زیادة الثمن أو نقصانه بما یتغابن به و یتسامح عادة و قد حکم المصنف هنا و هناك بأن الزیادة أمانة كالشیخ فى (المبسوط) و الشهد و فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أن الأصح الضمان و قد بینا أدلة الفريقین فیما مضى و بینا أنها فى صورة التعمد أمانة قطعًا و فى صورة الغلط على القول بأنها أمانة یحتمل أن تكون مالکیة و أن تكون شرعیة و فائدة الإشاعة تظهر إذا قلنا إنها أمانة و تلف المجموع أو البعض فإن التالف من الزیادة لا یجب له عوض و لیس ببعید أن یثبت للبائع الفسخ لأن الشركة عیب سواء كان الثمن أى الدینار معینا أو فى الذممة

(قوله) (و لو ادعى المشتري النقصان قدم قوله مع اليمين إن لم یکن حضر الكیل أو الوزن)

قولا واحدا كما فى الرياض و حکى الشهد عن (التذكرة) نسبه إلى علمائنا لأن الأصل عدم وصول حقه إليه و هو منكر لوجود معناه فيه

(قوله) (و إلا فالقول قول البائع مع يمينه)

عند علمائنا كما حکى عن (التذكرة) فى الحواشى المنسوبة إلى الشهد و بلا خلاف أجده كما فى (الرياض) و كأنه لم یطلع على ما فى (التحریر و التذكرة و الدروس) و فى (مجمع البرهان) قالوا و قد یظهر منه أو یلوح دعوى الإجماع (قلت) و هو خیرة (المبسوط) (و الشرائع و النافع و كشف الرموز و الإرشاد و اللمعة و التنقیح و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و الكفاية) و هو ظاهر الباقین من الشراح و المحشین حیث سکتوا و لم یتأملوا كالمولى الأردیلى فإنه قال فى هذا أيضا الأصل عدم وصول حقه إليه لاحتمال الغفلة و السهو و فى (إيضاح النافع) أن مقتضى النظر أن القول قول المشتري فى الموضوعین ثم وجه المشهور بما ستسمع و أمر بالتأمل فيه و فى (التحریر) أن القول قول البائع بيمينه إن ادعى المشتري نقصانا كثيرا (و الوجه) قبول قوله فى قلیل یمكن وقوعه فى الكیل و فصل فى (التذكرة) على ما حکى فقال یقدم قول مدعى التمام إن اقتضى النقص بطلان العقد كالصرف بعد التفرق و السلم و إلا فمدعى النقص و احتمل ذلك فى (الدروس) (حجة المشهور) بأن المشتري إذا حضر یكون قد احتاط لنفسه فىكون الظاهر مرجحا لقول البائع و مقويا لجانبه فىقدم الظاهر على الأصل مع أنه یمكن موافقة الأصل للظاهر باعتبار آخر و هو أن المشتري لما قبض حقه كان فى قوة المعترف بوصول حقه إليه كمالا- فإذا ادعى بعد ذلك نقصانه كان مدعىا لما یخالف الأصل و لا یلزم مثله فى الصورة الأولى لأنه إذا لم یحضر لا- یكون معترفا بوصول حقه إليه لعدم اطلاعه عليه حتى لو فرض اعترافه فهو مبنى على الظاهر بخلاف الحاضر و قد منع علیهم الظهور فى الأول باحتمال الغفلة و السهو مع معارضته للأصل و رجحانه علیه و إقامة أخذ الحق مع الحضور مقام الاعتراف



ممنوعة في الثاني إن هو إلا قياس فالمدار على الإجماع إن كان و أيضا قد صرحوا بأنه يجوز الشراء بالكيل أو الوزن الذي أخذ به البائع إذا كان المشتري الثاني قد حضر ذلك فحضور الكيل أو الوزن في كلامهم أعم من أن يكون ذلك للمشتري أو للبائع و التعليل بالاحتياط لنفسه

(١) كذا في نسختين و في نسخة الميازين (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢٤

بخلاف ما لو ادعى إقباض الجميع (١) و لو أسلمه طعاما بالعراق لم يجب الدفع في غيره (٢)

إنما يتم في الصورة الأولى فليتأمل هذا و في (النافع) و غيره أن التفصيل المذكور بين صورتى الحضور و عدمه جار في المعدود و المدرع

(قوله) (بخلاف ما لو ادعى إقباض الجميع)

هذا مما لا- (لم خ ل) أجد فيه مخالفا و لا- متأملا- و ظاهر (الرياض و الكفاية) الإجماع عليه و به أى بالحكم المذكور صرح في (الدروس و اللمعة و حواشى الكتاب و جامع المقاصد) (و إيضاح النافع و الروضة و المسالك و الكفاية) لأن معنى العبارة أن البائع لو ادعى إقباض المشتري الجميع فأنكره المشتري فإن التفصيل السابق لا يجرى فيه لأن القول هنا قول المشتري بيمينه سواء حضر الاعتبار أم لا- إذ لم يتفقا على تسليم المبيع هنا و إنما البائع يدعيه و المشتري ينكره و لا يلزم من حضور المشتري الاعتبار حصول تسليمه (و أما) في المسألة الأولى فقد اتفقا على تسليم ما يعد أنه مبيعا و المشتري يدعى نقصانه عن القدر المعين و لا يلزم من هذا أنه يجب أن يكون القول قول البائع مطلقا حضر المشتري الكيل أم لم يحضر لأنه إذا لم يحضر الاعتبار لا وجه لتقديم قول البائع لأنه إنما بنى على قول غيره و تمسك بظاهر الحال و تطرق الخلل إليه كثير بخلاف ما لو حضر و أيضا فالبناء على ظاهر الحال لا يقتضى وصول حقه بوجه فإنه لو صرح بأن الذى وصل إلى تسلمته على أنه مجموع المبيع بناء على الظاهر و ركونا إلى قول الغير لم يكن إقرارا بوصول حقه إليه (فالأصل) في المقام عدم وصول حقه إليه و بقاءه عند البائع و ليس لهذا الأصل معارض من ظاهر و لا غيره كما في الشق الأخير فكان قوله بيمينه هو المقدم كما صرح بذلك المحقق الثاني و إلى ذلك أشار الشهيدان في (الدروس و اللمعة و المسالك) (و الروضة) فقالا- و لو حول المشتري الدعوى حيث لا- يقبل قوله في النقص إلى عدم إقباض الجميع من غير تعرض لحضور الاعتبار و عدمه أو معه حلف ما لم يكن سبق بالدعوى الأولى أى دعوى الغلط فلا تسمع الثانية لتناقض كلاميه و هذه من الحيل التى يترتب عليها الحكم الشرعى فإنه مبنى على القواعد الظاهرة المنضبطة كدعوى براءة الذمة من حق المدعى لو كان قد دفعه إليه بغير بينة فإنه لو أقر بالواقع لزمه و في بعض الحواشى المدونة على الروضة زال في المقام فتوق زلله

(قوله) (و لو أسلفه طعاما بالعراق لم يجب الدفع في غيره)

كما في (المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة) (و الإرشاد و غاية المرام و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية) و في (المسالك) لا شبهة فيه لأن مال السلم يتعين دفعه في بلده عند الإطلاق و قد تقدم أن ظاهر (الإيضاح) الإجماع عليه و في موضع التعيين إن فرض دفعه في غير بلد يتعين دفعه فيه غير واجب سواء كانت قيمته في بلد المطالبة مخالفة لقيمته في بلده أم مساوية و استشكل في (جامع المقاصد) في ذلك بأنه ربما لا يريد العود إلى بلد السلف أو أن المسلم إليه لا يوثق بعوده إليه و الظفر به هناك بل ربما قد يكون قد هرب من السلف فيكون منعه من مطالبته مفضيا إلى ذهاب حقه أبدا و طريقا إلى مدافعة الغريم عن أداء الحق دائما و ذلك ضرر بين مع كون الدين حالا ثم قال (و التحقيق) أن يقال له المطالبة به إن كان في موضع التسليم مثل بلد السلف أو أدون و إن كان أكثر فله المطالبة بقيمة بلد السلم لتعذر المثل و لو أتاه برهن أو ضميين و تهيأ للمسير معه مع أول رفقة فالظاهر عدم وجوب الصبر لما فيه من

الضرر و تأخير الدين الحال المستحق (و فيه) أنه لو فرض الضرر في بعض موارد كمال علم بالقرائن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢٥

فإن طالبه بالقيمة لم يجز على رأى لأنه يبيع الطعام قبل قبضه (١) و لو كان قرضاً جاز أخذ السعر بالعراق (٢)

أن المديون لا يرجع إلى تلك البلد و أن الحق يفوت بالتأخير اتجه حينئذ رفع أمره إلى الحاكم ليجبره على أحد الأمرين دفع العين أو القيمة في بلد التسليم أو دفع العين فيها بوجه يمكن أما لو كان المسلم إليه مصاحباً له في الطريق إلى بلد التسليم أو وكل في تسليمه فيه فالأمر كما قالوه لأن ذلك هو الذي اقتضاه الأمر الشرعي فالعدول عنه مطلقاً غير جيد (فتأمل) و أما ما حققه (ففيه) أنا نمنع حصول الارتفاق فيما ذكره مطلقاً لجواز أن يكون المدين قادراً على عين الحق في بلد التسليم عاجزاً عنها في الآخر و إن كان أنقص قيمة فيحصل الضرر عليه بذلك مع مخالفته ما شرط عليه من الارتفاق أو دل عليه الإطلاق و المؤمنون عند شروطهم فالقول بالمنع من المطالبة عينا أو قيمة هو الأصح كما هو مذهب الأكثر و في (الحدايق) أنه المشهور (و قد) حكى الخلاف عن المصنف في (التذكرة) في الثاني فأوجب دفع القيمة محتجاً بأن الطعام الذي يلزمه دفعه معدوم فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه (و فيه) منع ظاهر إذ ليس ثمّة طعام يلزمه دفعه و علل أيضاً بنحو ما حكيناه آنفاً عن (جامع المقاصد) من حصول الضرر بالتأخير و قد عرفت الحال فيه لكني وجدت المصنف في (التذكرة) في موضعين منها لم يصرح بالخلاف المذكور و لعله في مقام آخر زاغ عنه النظر نعم هو خيرة (جامع المقاصد) محتجاً بأن الطعام قد حل و التقصير من المسلم إليه حيث إنه لم يحضره في مكان التسليم عند الحلول و لا مانع من التسليم الآن إلا- كونه ليس في مكان التسليم فإذا أسقطنا حق المسلم من المطالبة بالطعام ارتفاقاً بحال المسلم إليه فلينتقل حق المسلم إلى القيمة في مكان التسليم جمعاً بين الحقين و ليس هذا كما إذا انقطع المسلف فيه عند الحلول فإن تعذر العوض يمنع من استحقاق المطالبة به لأنه يستلزم التكليف بما لا- يطاق و القيمة لم يجر عليها العقد انتهى (و فيه) أن مثل هذه التعليلات لا توجب الانتقال إلى القيمة متى طلبها المسلم و هي لم يجر عليها عقد و لا- دل دليل على استحقاقها و إنما المستحق هو الطعام فإن ثبتت المطالبة فذاك و إلا فلا مطالبة بالقيمة و لا فرق في ذلك بين أن يكون المسلم إليه قد قصر أو لم يقصر فالوجه في الثاني ظاهر و لهذا لم يفرض المسألة فيه و أما الأول فلا ريب أن تقصيره لا يوجب ما ذكره عقلاً و لا شرعاً نعم مع خوف ضياع حقه يتجه ذلك بأن يرفع أمره إلى الحاكم كما مر لكن كلامهم في القرض قد يؤيد ذلك كما ستسمع و كذا موثقة سماعه و سنتلونها فيما يأتي

(قوله) (و إن طالبه بالقيمة لم يجز على رأى لأنه يبيع الطعام قبل قبضه)

يعنى إذا رضى المسلم إليه بالدفع فالشيخ و جماعة على أنه لا يجوز و الأكثرون على الكراهية و لو تخلصنا من خلاف الشيخ و أما إذا لم يرض بناء على الجواز فقد عرفت أن المشهور أنه لا يجبر على ذلك

(قوله) (و لو كان قرضاً جاز أخذ السعر بالعراق)

كما في (الشرائع و الدروس) و في (المسالك) لا شبهة في جواز ذلك إذا تراضيا عليه و في (غاية المرام) لا خلاف فيه لانتفاء المانع المذكور و هو بيع الطعام المنتقل بالبيع قبل قبضه و إنما الكلام في دفع العوض في غير بلد القرض لأن إطلاقه منزل على قبضه في بلده فليس للمقرض المطالبة في غيره كما أنه لو بذله المقترض لم يجب عليه قبضه أيضاً لما في نقله إلى ما عينه الشارع موضعاً للقبض من المثونة و إذا لم يجب عليه دفع عين الحق لم يجب دفع قيمته لعدم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢٦

و لو كان غصباً فله المثل حيث كان فإن تعذر فالقيمة الحاضرة عند الإعواز (١)

## إشارة

«فروع»

## [الأول النماء قبل القبض إذا تجدد بعد العقد للمشتري]

(الأول) النماء قبل القبض إذا تجدد بعد العقد للمشتري فإن تلف الأصل قبل القبض بطل البيع ولا ثمن على المشتري و له النماء (٢)  
فإن تلف النماء من غير تفريط لم يضمن (٣) البائع

وقوع المعاوضة عليها و هو خيرة (الإرشاد و المسالك) و اختير فى (المبسوط و التذكرة و التحرير) (و غاية المرام) أنه لا يجبر على دفع الطعام و إنما يجبر على دفع قيمته بسعر العراق لأنه يملك ذلك و هو المحكى عن القاضى و كأنه مال إليه أو قال به فى (جامع المقاصد) و قد يلوح من (غاية المرام) أنه لا- خلاص فيه و اختار فى (المختلف) أنه يجب عليه دفع المثل وقت المطالبة فإن تعذر فالقيمة بسعر العراق أى بلد القرض و فى (جامع المقاصد) أن فيه قوة و كأنه مال إليه المقدس الأردبيلى لأنه تأمل فى فتوى (الإرشاد) ثم قال يمكن الرجوع إلى القرائن و مع عدمها إلى العرف الغالب (قلت) روى الشيخ فى الموثق عن سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل لى عليه مال فغاب عنى فرأيته يطوف حول الكعبة فأتقاضاه قال قال لا تسلم عليه و لا ترعه (تروجه خ ل) حتى يخرج من الحرم و ترك الاستفصال يفيد العموم و كأنه فى (جامع المقاصد) فهم من الجواز فى عبارة (الكتاب) الوجوب و النسخة التى عندى لا تخلو من غلط فى المقام فينبغى مراجعة أخرى

(قوله) (و لو كان غصبا فله المثل حيث كان فإن تعذر فالقيمة الحاضرة عند الإعواز)

كما هو خيرة (الشرائع) (و التحرير و الإرشاد و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك) و حكاها المصنف فى (المختلف) عن والده لأنه حق ثبت عليه بعدوانه فيعم كل مكان و هو مؤاخذ بأسوأ الأحوال و فى (التذكرة) كان له مطالبته به حيث كان و إن غلب ثمنه و فى (المبسوط) أنه لا يجب عليه دفع المثل و يجبر على دفع القيمة بسعر بلد الغصب لا عند الإعواز و حكى ذلك عن القاضى و فى (المختلف) أنه يجبر على دفع المثل فإن تعذر فقيمة بلد الغصب أى العراق كما هو المفروض و ربما احتتمل وجوب أعلى القيم من حين الغصب إلى حين الدفع

(فروع الأول) (قوله) (النماء قبل القبض إذا تجدد بعد العقد للمشتري فإن تلف الأصل قبل القبض بطل البيع و لا ثمن على المشتري و له النماء)

كما فى (الشرائع و التذكرة و التحرير) (و الإرشاد و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) قالوا و لا بعد فى ذلك لأن التلف لا يبطل البيع من أصله بل يفسخه من حينه كما لو انفسخ بخيار (قلت) هذا مما لا إشكال فيه إن جعلنا النماء تابعا للملك كما فى موضع من (المبسوط) و إن جعلناه تابعا للضمان كما فى موضع آخر من (المبسوط) لظاهر قوله عليه السلام الخراج بالضمان فمحل إشكال كما نبه على ذلك فى (الدروس) فى باب العيب و قد تقدم الكلام فيه فى المقام المذكور مستوفى

(قوله) (فإن تلف النماء من غير تفريط لم يضمن)

لأن المضمون عليه إنما هو المبيع لا نماؤه لأن المعاوضة لم تجر إلا على الأصل فيقتصر فيما خالف الأصل و هو ضمان مال الغير مع عدم العدوان على ما دل عليه الدليل فيكون هذا النماء فى يد البائع أمانة و يبقى الكلام فى أنها شرعية أو مالكية مع احتمال التفصيل (و أما النماء) المتصل كما إذا سمن المبيع فى يد البائع ثم هزل (ففيه و جهان) لعل أقواهما عدم الضمان أما إذا كان السمن موجودا

حال العقد فلا ريب فى ضمانه لأنه من توابع العين الداخلة فى البيع و سيأتى للمصنف التأمل فى إلزام البائع بالأجرة مدة الغضب و ليس فى محله بعد حكمه هنا بأن النماء  
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢٧

### [الثانى لو امتزج المبيع بغيره]

(الثانى) لو امتزج المبيع بغيره قبل القبض تخير المشتري بين الفسخ و الشركة (١)

### [الثالث لو غصب قبل القبض]

(الثالث) لو غصب قبل القبض و أمكن استعادته بسرعة لم يتخير المشتري و إلا تخير (٢) و فى لزوم البائع بالأجرة عن مدة الغضب نظر (٣)

غير مضمون و إنما هى نماء فتدبر

(قوله) (و لو امتزج المبيع بغيره قبل القبض «١» تخير المشتري بين الفسخ و الشركة)

كما فى (الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد) (و الميسية و المسالك) و غيرها و لا يسقط الخيار ببذل البائع له ما امتزج به و قال الشيخ يزول و قد تقدم الكلام فى ذلك فى موضعين فى بيع الثمار و فى الفرع السابع من فروع ما يدخل فى المبيع و المصنف فى الفرع السابع خالف ما هنا كما فى بعض النسخ فلا بد من المراجعة و إطلاقهم يقضى بأنه لا فرق بين أن يختلط بمثله أو أجود أو أدون باختيار البائع أو بغير اختياره و فصل فخر الإسلام فى (شرح الإرشاد) فقال إن كان الامتياز باختيار البائع كان الخيار للمشتري على كل حال و إن كان بغير اختياره فأما أن يكون قد امتزج بالأجود أو بالأردى أو بالمساوى فإن كان بغير الأجود كان للمشتري الخيار خاصة و إن كان بالأجود كان الخيار للبائع أيضا لتضرره بذلك مع اختيار المشتري الشركة و هذا رجحه فى (المسالك) و متى رضى بالشركة فمؤنة القسمة على البائع لأن هذا عيب مضمون عليه و التخلص منه واجب عليه و لوجوب تسليم المبيع إلى المشتري بعينه

(قوله) (و لو غصب قبل القبض و أمكن استعادته بسرعة لم يتخير المشتري و إلا تخير)

هذا مما لا أجد فيه خلافا و به صرح فى (الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك و الروضة) (و مجمع البرهان و الكفاية) و غيرها و المراد بالسرعة أن لا يفوت من منافعه ما يعتد به عرفا و عدم الخيار للمشتري و لعدم موجبه و يجب على البائع حينئذ استعادته لأن التسليم واجب عليه و معنى قولهم و إلا تخير أنه إن لم يمكن استعادته بسرعة بأن لا يمكن أصلا أو أمكن بمضى زمان كثير أنه يتخير بين الفسخ و الرجوع على البائع بالثمن إن كان دفعه و بين الالتزام بالمبيع و ارتقاب حصوله فيتتبع به حينئذ بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد ثم إن تلف فى يد الغاصب فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع و إن كان قد رضى بالصبر مع احتمال كونه قبضا و كذا لو رضى بكونه فى يد البائع و أولى بتحقيق القبض هنا و مثل عدم إمكان استعادته ما إذا أمكنت بسرعة و لم يفعل و قضية إطلاقهم أنه يفسخ و إن كان حين الفسخ استرجعه و مثل ذلك يجرى فى العين المستأجرة إذا غصبت قبل القبض كما ذكره فى محله و يبقى الكلام فيما إذا اختار الصبر ثم أراد الفسخ فيه احتمالا أن أقواهما أنه له ذلك كما هو خيرة (التذكرة) لأنه يتضرر كل ساعة كما لو انقطع المسلم فيه فأجاز ثم أراد الفسخ و كما لو أتلف الأجنبي المبيع قبل القبض و أجاز لاتباع الأجنبي

(قوله) (و فى لزوم البائع بالأجرة عن مدة الغضب نظر)

أظهره العدم كما هو خيرة (الشرائع) وجميع ما ذكر بعدها فى المسألة السابقة ما عدا (الكفاية) ففيها أن فيه قولين لكننا لم نجد القائل بالإلزام وإن حكاه الشهيد الثانى أيضا وإنما هناك تردد كالكتاب و ظاهر (الإيضاح) مع أن فى حواشى الشهيد نسبة عدم الإلزام إلى إطلاق الأصحاب حيث قال فى وجه النظر و من إطلاق الفقهاء أنه إذا شاء فسخ و طالب بالثمن أو التزم و طالب الغاصب فجعلوا الغاصب غريم

(١) قوله قبل القبض ليس موجودا فى ثلاث نسخ من الكتاب نعم وجدناه فى القواعد (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢٨

و لو منعه البائع عن التسليم فعليه أجره مدة المنع (١)

### [الفصل الثالث فى الشرط]

#### إشارة

(الفصل الثالث فى الشرط) عقد البيع قابل للشروط التى لا تنافيه (٢) و هى إما أن يقتضيها العقد كالتسليم و خيار المجلس و التقابض و خيار الحيوان فوجود هذه الشروط كعدمها (٣)

المشتري مع التزامه بالمبيع انتهى و دليلهم الأصل و أن الأجره بمنزلة النماء المتجدد المنفصل و هو كما تقدمت الإشارة إليه غير مضمون و لا يجب على البائع استنماء المبيع للمشتري (و وجه الالتزام) أنه نقص دخل على المبيع قبل القبض فيكون من ضمان البائع و قد علمت آنفا أن المضمون عليه إنما هو العين و ما كان من توابعها الداخلة فى البيع و السمن (و الأولى) أن يقول المصنف و فى التزام البائع «إلخ» كما هو واضح

(قوله) (و لو منعه البائع عن التسليم ثم سلم فعليه أجره مدة المنع)

كما صرح بذلك فى جميع الكتب المذكورة آنفا لأنه يكون غاصبا إذا كان المنع بغير حق فلو حبسه ليتقابضا أو ليقبض الثمن حيث شرط تقدم قبضه فلا- أجره عليه للإذن فى إمساكه شرعا كما فى (التذكرة و المسالك) (و الروضة) و تأمل فيه صاحب (جامع المقاصد) و كذا المقدس الأردبيلي و لعله لما ذكر و لأن جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة و لا يلزم من ثبوت الأول الثانى و هو قوى جدا قلت و قد قالوا مثل ذلك فى نظير ذلك فى باب الإجارة حيث قالوا يجوز للخياط حبس الثوب ليأخذ أجرته للإذن فيه و ذلك لا- يرفع عنه ضمانه فتأمل و حيث يكون الحبس سائغا فى المقام فالنفقة على المشتري لأنه ملكه و لو طلب المشتري الانتفاع بالمبيع فى يد البائع بنفسه أو بغيره إلى حين تسليم الثمن فالظاهر أن للبائع المنع و يبقى الكلام فى أن منع البائع هل يجرى مجرى غضب الغاصب فيتسلط المشتري على الفسخ إن لم يكن للبائع حق الحبس كما إذا قبض الثمن أو كان مؤجلا احتمالا أن أظهرهما أنه كذلك (و الأولى) أن يقول المصنف فمنعه البائع عن التسليم لأن التسليم فعل البائع فكيف يمنع عنه

الفصل الثالث فى الشرط (قوله) (عقد البيع قابل للشروط التى لا تنافيه)

هذا مما لا ريب فيه إذ ليس مما لا يقبل الشروط كالإيمان بالله و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم و حججه عليهم السلام و اعتقاد وجوب الواجبات و تحريم المحرمات و نيات العبادات غالبا لا فى مثل قول إن كان مالى الغائب باقيا فهذه (فهذا خ ل) زكاته و إلا فنافله و هذه لا تقبل التعليق أيضا و ليس هو أيضا من قبيل العبادات المنذورة فإنها تقبل التعليق و لا تقبل الشرط و قد تقدم فى أول الكتاب أن عقد البيع و الصلح و الإجارة لا يقبل التعليق لأنه لا رضا مع التعليق لأن الرضا يعتمد الجزم و الجزم ينافى التعليق

(قوله ره) (و هي إما أن يقتضيها العقد كالتسليم و خيار المجلس و التقابض و خيار الحيوان فوجود هذه الشروط كعدمها) لا تفيد نفعاً و لا ضراً كما في (المبسوط) و أكثر ما تأخر و في (الغنية) لا خلاف في صحة أن يشترط في العقد ما يقتضيه و ظاهره نفى (الخلاف) بين المسلمين و الفرق بين التسليم و التقابض فرق ما بين العام و الخاص لأن التسليم أعم من أن يكون للثمن أو المثلثن أو هما على التعاقب أو دفعة و التقابض لا يكون إلا لهما معا و قد تقدم أن شرط تعجيل الثمن في متن العقد يفيد التأكيد و قد استوفينا هناك الكلام غاية الاستيفاء فليرجع إليه في صدر المطلب الأول في النقد و النسيئة و المراد بالشروط التي يقتضيها العقد ما كان مفيداً لها في نظر الشارع كالمملك فإنه المطلب الأعظم الأصلي و كالتسليم الذي لا يتم الغرض

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٢٩

و إما أن لا- يقتضيها فيما أن يتعلق بمصلحة المتعاقدين كالأجل و الخيار و الرهن و الضمين و الشهادة و صفة مقصودة في السلعة كالصياغة و الكتابة و هو جائز إجماعاً (١) و إما أن لا يتعلق فيما أن لا ينافي مقتضى العقد كاشتراط منفعة البائع كخياطة الثوب و صياغة الفضة (٢)

و هو الانتفاع إلا- به و كخيار المجلس و الحيوان مما جعله الشارع من كمال الارتفاق (و المراد بالعقد) العقد المطلق فإن مقتضاه لوازمه التي لا تنفك عنه كما أشرنا إليه في باب النقد و النسيئة و يأتي تمام التحقيق في معنى مقتضى العقد و قول المصنف و هي عائد إلى الشروط مطلقاً قطعاً و إن كان المتبادر عوده إلى الشروط التي لا تنافي البيع لأنها المذكورة (قوله) (و إما أن لا يقتضيها فيما أن يتعلق بمصلحة المتعاقدين كالأجل و الخيار و الرهن و الضمين و الشهادة و صفة مقصودة في السلعة كالصياغة و الكتابة و هو جائز إجماعاً)

كما في (التنقيح) و عندنا و عند الشافعي كما في (التذكرة) و في (الغنية) لا خلاف في صحة الشرط الذي للمتعاقدين مصلحة فيه و مراده نفى (الخلاف) بين المسلمين كما يعطيه سوق كلامه و نص في (المبسوط) و غيره على الجواز و قد جعل في (التذكرة) الأجل و الرهن و الضمين مما يتعلق بالثمن و الصفة المقصودة في السلعة مما يتعلق بالثمن و جعل الخيار مما يتعلق بهما قلت و كذا الشهادة على تلك المعايير فالمراد بتعلق هذا القسم بمصلحة المتعاقدين تعلقه بهما بالنسبة إلى العقد أو أحد العوضين كما يفهم من سرد الأمثلة و به يفرق بينه و بين القسم الثالث الذي سيأتي و هو الذي لا يتعلق بمصلحة المتعاقدين و لا ينافي مقتضى العقد كاشتراط خياطة الثوب و صياغة الفضة فيحمل الثوب على ثوب لا- يكون هو المبيع و لا- بعضه و كذا الفضة حتى لا يلزم التداخل و يندفع اعتراض القطب كما نبه عليه الشهيد في حواشيه و المحقق الثاني و أشاء إليه في (التذكرة) و من طريف ما يحكى ما رواه محمد بن سليمان الدهلي قال حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال دخلت مكة زادها الله شرفاً فرأيت فيها ثلاثة كوفيين أحدهم أبو حنيفة و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة فصررت إلى أبي حنيفة فقلت ما تقول فيمن باع يبيعا و شرط شرطاً فقال البيع فاسد و الشرط فاسد فأتيت ابن أبي ليلى و سألته فقال البيع جائز و الشرط باطل فأتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع و الشرط جائزان فرجعت إلى أبي حنيفة فقلت له إن صاحبك قد خالفك فقال لست أدري ما قال حدثني عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه و آله نهى عن بيع و شرط فأتيت ابن أبي ليلى فقلت له إن صاحبك قد خالفك فقال ما أدري ما قال حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت لما اشتريت بريرة جاريتي شرط على موالها أن أجعل و لاءها لهم إذا أعتقتها فجاء النبي صلى الله عليه و آله و قال الولاء لمن أعتق فأجاز البيع و أفسد الشرط فأتيت ابن شبرمة فقلت له إن صاحبك قد خالفك فقال لست أدري ما قال حدثني مشعر بن محارب بن زياد عن جابر بن عبد الله قال ابتاع النبي صلى الله عليه و آله مني بغيراً بمكة فلما نقدني الثمن شرطت أن يحملني إلى المدينة فأجاز النبي صلى الله عليه و آله البيع و الشرط و ستمسح أن الشرط الباطل عندنا ما ينافي المشروع أو يؤدي إلى جهالة الثمن أو المثلثن (قوله) (و إما أن لا يتعلق فيما أن لا ينافي مقتضى العقد كاشتراط منفعة البائع كاشتراط خياطة الثوب أو صياغة الفضة)

قد عرفت أن المراد من عدم تعلقه بمصلحة المتعاقدين عدم تعلقه بهما من حيث إنهما متعاقدان

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣٠

أو اشتراط عقد في عقد كأن يبيعه بشرط أن يشتري منه أو يبيعه شيئاً آخر أو يزوجه أو يسلفه أو يقرضه أو يستقرض منه أو يؤجره أو يستأجره أو يشترط ما بنى على التغليب و السراية كشرط عتق العبد فهذه الشروط كلها سائغة (١) و إما أن ينافى مقتضى العقد كما لو شرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو لا يظأ أو لا يهب أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن أو أن يعتقه و الولاء للبائع فهذه الشروط باطله و الضابط أن كل ما ينافى المشروع أو يؤدي إلى جهالة الثمن أو المثلث فإنه باطل (٢)

(قوله) (و اشتراط عقد في عقد كأن يبيعه بشرط أن يشتري منه أو يبيعه شيئاً آخر أو يزوجه أو يسلفه أو يقرضه أو يستقرض منه أو يؤجره أو يستأجر منه «١» أو يشترط ما بنى على التغليب و السراية كشرط عتق العبد فهذه الشروط كلها سائغة)

عندنا كما في عدة مواضع من (التذكرة) و في (الغنية) الإجماع على صحة اشتراط ما يمكن تسليمه نحو أن يشتري ثوبا على أن يخيظه البائع أو يصبغه أو أن يبيع شيئاً آخر أو يبتاع منه و أن يشترط على مشتري العبد عتقه و في (السرائر) لا خلاف في أنه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع شيئاً من أفعاله إذا كانت مقدورة له (ثم قال) و إجماعهم حجة و هو نافع في المقام لأن عبارة المصنف قابلة لا لاشتراط كل منهما على الآخر و في (المبسوط و غاية المراد) (و المهذب البارع و إيضاح النافع و المسالك) الإجماع على صحة اشتراط عتق العبد و في (غاية المرام) نفى الخلاف عنه و إن نافي مقتضى العقد كما في (التحرير) لأن العتق مبنى على التغليب لأن عناية الشارع بفك الرقبة بأدنى سبب يقتضيه تعرف من تتبع مسائل العتق و من دلائل ابتناؤه على التغليب ثبوت السراية إلى المجموع بالشقص و يأتي الكلام في الفرع الثالث في اشتراط عتقه مطلقاً أو عن المشتري و مثل اشتراط العتق اشتراط التدبير و الكتابة كما نص عليه جماعة منهم المصنف فيما يأتي (و الأصل) في صحة هذه الشروط كلها بعد الإجماع (الكتاب و السنة) المستفيضة (منها الصحيح) المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط (إلا شرط خ ل) خالف كتاب الله تعالى فلا يجوز و نحوه صحيح آخر مثله و الخبر المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلل حراماً و ستعرف ما المراد بالحلال و الحرام كما ستعرف الحال فيما إذا امتنع المشتري أو البائع من الوفاء بالشرط و فيما إذا باعه الشيء بأضعاف قيمته مع شرط الإقراض

(قوله) (و إما أن ينافى مقتضى العقد كما لو شرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو لا يظأ أو لا يهب أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن أو أن يعتقه و الولاء للبائع فهذه الشروط باطله و الضابط أن كل ما ينافى المشروع أو يؤدي إلى جهالة الثمن أو المثلث فإنه باطل)

قال في (الغنية) من الشروط الفاسدة بلا خلاف أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد مثل أن لا يقبض المبيع و لا ينتفع به أو يشترط ما يخالف السنة مثل أن يكون الولاء للبائع (انتهى) و ضابط ما ينافى مقتضى العقد كل ما يقتضى عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو بحيث يقتضيه و رتب عليه كما حققه جماعة (و يشكل) باشتراط عدم الانتفاع به زماناً معيناً فإن مقتضى العقد إطلاق التصرف في كل وقت و باشتراط إسقاط خيار المجلس و الحيوان و ما شاكل ذلك مما أجمع على صحة اشتراطه (و ما) عساه

(١) كذا في نسخ ثلاث و في القواعد يستأجره (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣١

.....

يقال من أنه قد يراد بمقتضى العقد ما لم يجعل إلا- لأجله كانتقال العوضين الذي هو الأثر الحقيقي فمردود بأن ذلك ينافى منع اشتراط أن لا يبيع المبيع مثلاً و في (جامع المقاصد) في باب الإجارة منع من اشتراط عدم الانتفاع زماناً معلوماً مع أنه في (التذكرة) في

الباب المذكور ظاهره أيضا الإجماع على صحته و قد اختلفوا في باب الإجارة فيما إذا اشترط المؤجر ضمان العين المستأجرة و قد حررناه هناك ثم إن المصنف ضبط ما يبطل من الشرط بما ينافي المشروع أو يؤدي إلى الجهالة في أحد العوضين و نحوه ما في (الشرائع و اللعة و المهذب البارع و الروضة) و غيرها من أنه ما يؤدي إلى الجهالة في أحد العوضين أو يمنع منه الكتاب و السنة و قد نسبته أبو العباس إلى علمائنا و هو معنى ما في الصحيحين المتقدمين كما أفصح الخبر عن ذلك حيث قال فيه عليه السلام المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حل حراماً لكن في النص و الفتوى إجمالاً فلا يدري ما المراد بالمشروع و بالحلال و الحرام أ هو ما كان كذلك بأصل الشرع من دون توسط العقد أو ما يعم ذلك و قضية اتفاقهم على صحة اشتراط إسقاط خيار المجلس و الحيوان و اشتراط عدم الانتفاع به مدة معينة و ما شاكل ذلك أن المراد الأول لأن مقتضى العقد حلية الرد في زمان الخيار و الانتفاع به على الدوام و قد حرماً بالشرط فقد حرم الشرط ما كان حلالاً بتوسط العقد لكن نصهم على بطلان اشتراط عدم الهبة و نحوها ينافي ذلك أي إرادة الأول لأنه مما يشرع و يجوز كون الشيء مملوكاً و لا يهبه مالكة فكيف يبطل اشتراطه إذ منافاة اشتراطه للمشروع في العقد المتضمن له غير واضح كما نص عليه في (جامع المقاصد) ثم قال فإن قلت منافاته من جهة منعه من الهبة قلت منعه من الهبة إن أريد بالنسبة إلى العقد العاري عن الشرط فهو وارد في كل شرط لأنه مخالف لمقتضى العقد الخالي عنه و إن أريد بالنسبة إلى العقد المتضمن له فهو غير واضح (انتهى) إلا أن تقول بجواز اشتراط عدم البيع و الهبة كما ورد ذلك في الأخبار المستفيضة كما أشار إليه في (النافع) لكن في (كشف الرموز) ما رأيت أحداً عمل بها و هو كذلك بالنسبة إلى من تقدم عليه أو عاصره كما ستعرف (و كيف كان) فالمراد معرفة مرادهم لا معرفة ما تختار (نعم لك) أن تقول إن مرادهم إنما هو الأول إلا أن يمنع منه مانع من عقل أو نص أو إجماع كما قام في البيع و الهبة على ما ذكره (كاشف الرموز) فليتأمل و أطلق في (المبسوط) فقال إن الشرط الذي لا يقتضيه العقد و لم تتعلق به مصلحة المتعاقدين و لم يبين على التغليب يكون باطلاً (انتهى) و في (التذكرة) ذكر هذه العبارة و قال إن ذلك جائز عندنا إن لم يخالف المشروع و لم يناف مقتضى العقد قلت و الجمع ممكن و الأمر هين و يتعين البطلان عند الشيخ فيما إذا شرط تعيين الشهود و ألغينا التعيين أو شرط بيعه على زيد بكذا و لم يقصد إرفاقاً به و لا غرضاً معتبراً و في (جامع المقاصد) أن الحاسم لمادة الإشكال أن الشروط على أقسام (منها) ما انعقد الإجماع على حكمه من صحة أو فساد فلا عدول عنه (و منها) ما وضح فيه المنافاة للمقتضى كشرط عدم الضمان عن البيع أو وضح مقابله و لا كلام في اتباع ما وضح (و منها) ما ليس واحداً من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه (قلت) و الفقيه إذا نظر في القواعد الشرعية و أصولها رأى إلغاء الشرط في كل موضع لا يتعلق به غرض عرفاً بمعنى أن لا يكون له فيه عوض عرفاً و لا- يقوم شرعاً فكل حلال حرمة الشرط و كان من هذا القبيل فهو باطل و إلا فهو صحيح و هذا المعنى مستفاد من (المبسوط و التذكرة و إيضاح النافع) و غيرها و في (مجمع البرهان) أن الأصل و الخيار و الآيات تقتضي جواز كل شرط إلا ما علم عدم جوازه بالعقل أو النقل و هو كلام جيد جداً

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣٢

و الأقوى بطلان البيع أيضاً (١)

كما أشرنا إليه آنفاً و لم أجد من تأمل أو خالف في بطلان هذه الشروط الخمسة المذكورة في (الكتاب) إلا المصنف في (التذكرة) فإنه استشكل في بطلان اشتراط البيع و العتق لا غير و ظاهر (النافع) التأمل في بيع الأمة و هبتها حيث قال المروى الجواز و في (إيضاح النافع) بعد نقل كلامه أن الجواز غير بعيد لأن بقاء الأمة عند المالك الصالح مطلوب فاشتراط بقاء ملكه عليها جائز و ذلك لا ينافي كما في أم الولد و منذور التصديق به (انتهى) و قد سمعت ما في (كشف الرموز) و مثل ما ذكر في الكتاب ما لو شرط أن يكون تلفه من البائع متى تلف أو شرط عدم الخسارة على المشتري كما صرح به الأكثر لكن في الصحيح ما يشعر بكرهته حيث قال عليه السلام لا- ينبغي أو شرط تأخير تسليم المبيع أو الثمن مدة غير معينة أو وطأ البائع الأمة و قول المصنف و المحقق و غيرهما ما يؤدي إلى



الجهالة كأنه يستغنى عنه بقولهم ما ينافى المشروع فإن بيع الغرر مما ينافى المشروع كذا قيل و ليس كذلك كما بيناه في باب المزارعة و بقى شىء آخر و هو ما إذا باعه و شرط البائع على نفسه أن يكتب له الكتاب الفلانى فإن هذا الشرط باطل لأنه يستلزم نقل المنفعة بالبيع لأن المشروع مبيع و قد أسبغنا الكلام فى ذلك فى الضابط الذى ذكره المصنف فى الشروط فى أوائل البيع (قوله) (و الأقوى بطلان البيع أيضا)

الأصحاب فى البيع الذى تضمن شرطا فاسدا على أنحاء (الأول) صحة البيع و بطلان الشرط و هو خيرة الشيخ فى (المبسوط) و ابن سعيد فى (الجامع) و الآبى فى (كشف الرموز) و المحكى عن أبى على و القاضى و ربما حكى عن الحلبي و لم أجده فى (السرائر) و وافقهم أبو المكارم فى الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة (و احتج فى الغنية) على صحة العقد حينئذ بالإجماع و غيره كما ستسمع و وافقهم ابن المتوج فى الشرط الفاسد الذى لا- يتعلق به غرض كما لو شرط أكل طعام بعينه أو لبس ثوب و نحوه فليأمل (الثانى) بطلانها معا كما هو خيرة الكتاب هنا و فيما يأتى (و التذكرة و المختلف) (و الإرشاد) و شرحه لولده (و الدروس و اللعة و المهذب البارع و المقتصر و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و تعليق النافع و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) و وافقهم أبو المكارم فى الشرط الغير المقذور كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمرا فقال إنه فاسد مفسد بلا خلاف لكنه فى (التذكرة) جعل هذا أيضا محل خلاف للشيخ (الثالث) ما فى (الشرائع و النافع و التحرير) (و الإيضاح و التنقيح و غاية المرام و إيضاح النافع) من عدم الترجيح و هذه الأنحاء جارية فى كل ما شابه البيع من العقود اللازمة (احتج) الشيخ فى (المبسوط) بأنه لا دليل على بطلان العقد (و احتج فى الغنية) بالأصل و الإجماع و ظاهر القرآن و بخبر بريده أن مولاتها شرطت على عائشة حين اشترتها أن يكون ولاؤها لها إذا أعتقتها فأجاز النبى صلى الله عليه و آله البيع و قال الولاء لمن أعتق فأفسد الشرط (و احتج) له غيره أيضا بلزوم الدور لأن لزوم الشرط و صحته فرع على صحة البيع فلو كانت موقوفة على صحته لزم الدور (و أجيب) عن الأصل أى أصل الصحة بأنه مقطوع بما يأتى من الأدلة و معارض بأصل عدم الانتقال و بأن عموم القرآن أعنى أحلَّ الله البيع و أوفوا بالعقود ليس شاملا- لما نحن فيه من وجهين (الأول) تقييده بالقصد المنفى فيه لأن البائع إنما رضى على هذا الشرط و إذا لم يسلم كانت تجارة عن غير تراض مع أن التراضى شرط إجماعا فلم يستكمل العموم الشروط (الثانى) تطرق الجهالة المانعة من الصحة لأن الشرط له قسط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣٣

.....

من الثمن فإنه قد يزيد باعتباره و ينقص فإذا بطل بطل ما بإزائه من الثمن و هو غير معلوم (و أجاب) عن الرواية فى (المختلف) بضعف السند أولا و أنها رويت على وجه آخر و أورده من طرق العامة و ظن أنه لا دلالة فيه بالكلية مع أنه دال على ما دل عليه خبر الشيخ إذا أبقى على ظاهره كما هو المناسب لمذاق العامة ثم ما ذا يصنع بما رواه المشايخ الثلاثة فى (الصحيح) عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام أنه ذكر بأن بريده كانت عند زوج لها و هى مملوكة فاشترتها عائشة فأعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه و آله و قال إن شاءت تفر عند زوجها و إن شاءت فارقت و كان مواليها الذين باعوها شرطوا على عائشة أن لهم ولاها فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و آله الولاء لمن أعتق (و مثله صحيحة) عيص بن القاسم و بذلك يظهر أن خبر الشيخ و إن كان عاميا أصح من خبر (المختلف) لموافقة أخبارنا و قد ورد فى النكاح جملة أخبار دلت على صحة عقده و فساد الشرط فيه كصحيحة محمد بن قيس و خبر الوشاء و قد اعترف صاحب (نهاية المرام) بدلالة خبر الوشاء على عدم فساد العقد بفساد شرطه (و أجاب) فى (المهذب البارع) عن الدور بأن تسويغ الشرط ليس شرطا فى الحقيقة لصحة البيع حتى يلزم الدور بل هو من صفات البيع فما كان منها سائغا داخلا تحت القدرة لزم باشرطه فى العقد كما لو شرط صفة كمال فى البيع و إن لم يكن سائغا بطل العقد لا من حيث فوات شرطه بل من

حيث وقوع الرضا عليه و شروط الصحة إنما هي المذكورة في أوائل الكتاب ككمال المتعاقدين و نحو ذلك انتهى (و قوله) إن هذا الشرط من صفات البيع كأنه أخذه من قول فخر الإسلام في (الإيضاح) إن كون هذه شروطاً مجازاً لأنها تابعة للعقد و العقد سبب فيها فلا ينعقد كونها شرطاً له و إلا دار بل هي من صفات البيع تختلف الأغراض باختلافها و قد أسهب المحقق الثاني في رده و قال هذا الكلام لا محصل له (قلت) لعله أراد أن هذا دور المعية كما حكاه في (شرح الإرشاد) عن والده قال و أما ما ذكره الشيخ من الدور فهو دور المعية كالصلاة و أجزاءها فإن مجموع الصلاة متوقف على أجزائها من حيث الصحة و أجزاءها من حيث الصحة متوقفه على مجموعها انتهى (فتأمل) و أقوى ما يحتج به للمصنف و من وافقه الأصل الذي أشرنا إليه آنفاً من أن الأصل في الملك بقاؤه على ملك مالكه فلا ينتقل عنه إلا بسبب شرعي و لم يحصل و أن التراضي إنما وقع على هذا الوجه أعني المجموع من حيث هو مجموع فإذا بطل بعضه و امتنع نفوذه انتفى متعلق التراضي مضافاً إلى تطرق الجهالة في الثمن كما أشرنا إلى ذلك كله آنفاً (و أنت خير) بأن الأصل مع معارضته بمثله مقطوع بإجماع (الغنية) و خصوص أخبار بريرة مع تأييدها بأخبار النكاح و العمومات لأنه عقد يجب الوفاء به إلا أن يدل دليل قاهر على بطلانه و لا نص و لا إجماع في المقام (و أما) التراضي و الجهالة فإنهم قالوا إنه لو شرط كون العبد كاتباً مثلاً و اشترى عبدين جميعاً و تبين أن أحدهما غير كاتب أو هما أو أن أحدهما ليس ملكاً له فإن البيع لا يبطل ذلك و إن ثبت له الفسخ مع أن التراضي لم يتحقق إلا على الوجه الذي ليس بواقع مع ما هناك من الجهالة و هذا يرشد إلى أن التراضي وقع بكليهما لا بالمجموع نعم حيث يعلم تعلقه بالمجموع أو يكون الشرط هو المقصود كما يأتي اتجه ذلك (و أما) حديث الجهالة فكم من جهالة اغتفروها مما لا يكاد يحصى و قد بينا في أول الكتاب الحال في الجهالة التي لا تغتفر و احتمل في (إيضاح النافع) إلغاء الشرط في كل موضع لا يكون له فيه عوض عرفاً و لا يقوم شرعاً و قال إن التراضي في الحقيقة إنما هو على المعوض انتهى (فتأمل) و قد يفرق بين الشروط الفاسدة فما كان منها غير مقدور بطل به العقد و قد نفى عنه الخلاف في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣٤

و يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرًا (١) و لو شرط التبقية صح (٢) و لو شرط الكتابة و التدبير صح (٣) و لو شرط أن لا خسارة لم يصح

(الغنية) كما عرفت و ظاهر (إيضاح النافع) الإجماع حيث قال عليه الفتوى و كذا ما كانت جهالته مؤدية إلى الغرر كأن يشترط عليه أن يعمل له عملاً أو يكتب له كتاباً و بالجملة ما اقتضى تجهيل أحد العوضين للغرر و إجماع (جامع المقاصد) ذكره في الفرع السادس و كذا ما كان المقصود منه أولاً و بالذات هو الشرط و جرى بالبيع تبعا و خصوصا إذا كان محرماً على تأمل في ذلك لا ما إذا كان من قبيل اشتراط الولاء أو أن لا خسارة أو لا يظاً أو لا يبيع أو لا يهب أو لا يعتق أو أن يأكل الهريسة أو نحو ذلك مما لا يتعلق به غرض و في (التذكرة) أن شرط أكل الهريسة لا يقتضى فساد العقد عندنا و قد تقدم في المطلب الثاني في أحكام بيع الحيوان تمام الكلام فيما إذا شرط أن لا خسران

(قوله) (و يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرًا)

الحكمان مما لا خلاف فيهما كما عرفت و قد صرح بهما المحقق في كتابيه و المصنف في (التحرير و التذكرة) و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم و يجب أن يقيد الأول بما إذا كان سائغاً كما في (الشرائع) و غيرها و لعله تركه للعلم به و لأن النظر موجه إلى القدرة و في (حواشي) الشهيد فسر جعل الزرع سنبلًا بأن يجعل الله جل اسمه الزرع سنبلًا قال لأننا إنما نفرض ما يجوز أن يتوهمه عاقل لا امتناع ذلك من غير الإله جلت عظمتة (قلت) و هذا الشرط باطل أيضاً كما نص عليه الشهيدان و الكركي و غيرهم لأن جعل الله سبحانه ذلك ليس فيه للبائع مجال السعي و لا كذلك اشتراط الضمين و الكفيل لأن المشتري قادر على تحصيل أسباب الضمان بخلاف تحصيل أسباب الصيرورة سنبلًا و بذلك دفع الشهيد ما أورد على المصنف من أنه جوز اشتراط الضمين و الكفيل و كلاهما

غير مقدور

(قوله) (و لو شرط التبقية صح)

كما فى (الشرائع و النافع) إلى أوان السنبل كما فى (السرائر و التذكرة) (و الدروس و اللمعة) و ظاهر الأربعة الأخيرة بل صريحها أنه لا يشترط تعيين المدة بل يكفى أن يحال على المتعارف من البلوغ لأنه مضبوط كما هو خيرة (المسالك و الروضة و الكفاية) و استدل فى (المسالك) بأن إطلاقهم يقضى بذلك و الأقوى كما فى (إيضاح النافع) أنه إن اشترط التبقية فلا بد من ضبط المدة لئلا يتجهل الشرط لأن مدة البلوغ غير مضبوطة بالزمان لاحتمال التقدم و التأخر و إن أطلق يلزم البائع إبقاءه إلى أوان إدراكه و بلوغه لأنه إذا لم يشترط كان التراضى على الزرع و الإبقاء حكم شرعى لزم بلا معاوضة عليه و مع الشرط يكون له جزء من العوض فلا بد من عدم جهالته و لعله إلى ذلك أشار فى (النافع) حيث قال و لا بأس باشتراط تبقيته و مع إطلاق الابتياح يلزم البائع إبقاءه إلى إدراكه و كذا الثمرة ما لم يشترط الإزالة انتهى (فتأمل) و قد حكموا بمثل ذلك فى عدة مواضع (منها) ما قالوه فى باب إجارة الأرض حيث يستأجرها مدة لزرع لا يكمل فيها من أنه لو شرط التبقية إلى وقت البلوغ تجهل العقد و قد يشهد على ذلك ما قالوه فيما لو استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه من أنه إن كانت نفقته على المستأجر شرعا انصرفت إلى المتعارف و لا يحتاج إلى تعيين القدر و الوصف و إلا فإن شرطها اشترط العلم بالقدر و الوصف

(قوله ره) (و لو شرط الكتابة أو التدبير صح)

هذا قد تقدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣٥

**[فروع]****إشارة**

(فروع)

**[الأول لو شرط أجلا يعلمان عدمهما قبله]**

(الأول) لو شرط أجلا يعلمان عدمهما قبله كما لو شرط تأخير الثمن ألف سنة أو الانتفاع بالمبيع كذلك فالأقرب الصحة على إشكال (١) و لو شرطاً أجلا مجهولاً بطل البيع لاشتماله على جهالة فى أحد العوضين (٢)

**[الثانى الأقرب تعيين الرهن المشروط]**

(الثانى) الأقرب تعيين الرهن المشروط إما بالوصف أو المشاهدة (٣)

الكلام فيه و ظاهر (التذكرة و المهذب البارع) الإجماع على صحة الكتابة و فى (غاية المرام) لا خلاف فى صحة اشتراط التدبير و ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه فإن أطلق الشرط فى المكاتبه تخير بأى قدر شاء إلا أن يزيد على (عن خ ل) القيمة و لم يرض العبد كما

أنه يتخير معه بين المطلقة والمشروطة وأنه محل تأمل وإن عين القدر تعين كما لو عين إحدى الكتابتين و يأتي الكلام فيما لم يف المشتري بالكتابة أو التدبير أو دبر ثم رجع في تدبيره وقد تقدم الكلام فيما إذا اشترط أن لا خسارة (فروع) (الأول) (قوله) (لو شرط أجلا- يعلمان عدمهما قبله كما لو شرط تأخير الثمن ألف سنة أو الانتفاع بالمبيع كذلك فالأقرب الصحة على إشكال)

لعل وجه القرب عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وإطلاق الأصحاب جواز الأجل المضبوط والقطع بالموت قبله قد يمنع (سلمنا) لكننا نمنع صلاحيته للتأثير كالشك في حياته في المدة القليلة فكما لا يمنع الشك فكذلك اليقين كما في (التذكرة) ثم إنه يلزم أن من كان مريضا أو مطعوننا بسهم أو رمح يقطع بموته عادة لا يصح تأجيله سنة أو سنتين وهو بعيد وأقصى ما يوجه به العدم عدم انتفاع البائع بالثمن والمشتري بالمبيع (وفيه) أنه يتحقق بانتفاع الوارث لأنه إذا أجل الثمن إلى المدة المذكورة سقط الأجل بموت من عليه الثمن وإن ثبت حينئذ للورثة الخيار كما قد يقال وإن كان الأصح عدمه هان الخطب على أن وجه العدم لو كان صحيحا لوجب استثناءه من عموم الشرط ويسقط وجه الصحة ولم يبق إشكال وفي (الإيضاح) (و حواشى الكتاب) أن الأقرب عدم الصحة وفي (جامع المقاصد) بعد أن رجح الصحة قال إن التوقف في مثل ذلك طريق السلامة والإشارة بقوله كذلك إلى ألف سنة فليتأمل في صحة مثل ذلك (وقوله) الأقرب الصحة على إشكال قد وقع له مثله غير مرة وقد تأولناها بوجود (قوله ره) (و لو شرطا أجلا مجهولا بطل لاشتماله على جهالة في أحد العوضين)

لأنه يشترط في الأجل المشروط في البيع أن يكون مضبوطا محروسا من الزيادة والنقصان فإذا كان الأجل المجهول في الثمن كانت الجهالة فيه وإن كان في المثلث فالجهالة فيه (قوله) (الثاني الأقرب وجوب تعيين الرهن المشروط إما بالوصف أو المشاهدة)

كما في (التذكرة و التحرير) (و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد) دفعا للغرر وحسما لمادة التنازع لمكان التفاوت الكثير في الرهون باعتبار تعلق الرغبات وسهولة بيعها وحاجة رهنها إلى فكها وعدم ذلك واحتمل في (الدروس) صحة الإطلاق للأصل فيحمل على حافظ الحق أى قائم بالمال فلا- تخيير كما احتمله في (الإيضاح) حيث قال ويحتمل الصحة ويتخير الراهن ويحتمل انصراف الإطلاق إلى رهن وكفيل يقوم بالمال (انتهى) وفي (جامع المقاصد) أنه حينئذ يتخير الراهن في التعيين ولعل الأولى أن يقال إنه ينزل على ما يصلح أن يكون رهنا لمثل ذلك في العرف والعادة (فتأمل) وقضية الاكتفاء بالوصف أنه لا يشترط أن يكون شخصا فلو شرط ارتهان عبد حبشى موصوف بصفات السلم جاز وإن لم يكن له عبد في (مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣٦

وتعيين الكفيل إما بالاسم والنسب أو المشاهدة أو الوصف كرجل موسر ثقة (١) ولا يفتقر إلى تعيين الشهود بل الضابط العدالة (٢) فلو عينهم فالأقرب تعيينه وهل يشترط مغايرة الرهن للمبيع نظر (٣)

الحال ولعل الاكتفاء بالصفة في بعض الأحيان أولى من مشاهدة من لا يعرف حاله خصوصا في الكفيل واستدل في (الإيضاح) على الأقربى بعكس النقيض قال وجه القرب أن كلما يصح اشتراط رهنه يصح رهنه بالضرورة ويلزمه قولنا كل ما لا يصح رهنه لا يصح اشتراط رهنه والمجهول لا يصح رهنه واعترضه في (جامع المقاصد) بأن المقدمة الأولى وإن كانت صحيحة لأن ما لا يصح رهنه أصلا لو صح اشتراط رهنه لزم صحة اشتراط ما لا يصح شرعا إلا أن هذا لا يثبت به المدعى لأن المتنازع فيه هو اشتراط رهن مجهول في وقت الاشتراط معلوم في وقت الرهن ولا تناوله المقدمة المذكورة (نعم) لو كانت المقدمة هكذا كلما يصح رهنه يصح اشتراط رهنه سواء كان في وقت الاشتراط معلوما أو مجهولا لتناول المتنازع فيه وتوقف صحتها على البيان كصحة المتنازع فيه ولا بد في المقدمة الواقعة في كلام الشارح من تقييدها بالوقت فإن كل ما يصح اشتراط رهنه يجب أن يكون رهنه في الوقت الذى يطلب هو

الإتيان بالشرط صحيحا حتى لو صح في وقت كونه مجهولا اشتراط رهنه إذا صار معلوما لم يكن رهنه في وقت الاشتراط صحيحا فلا بد من تقييد صحة وقوع الرهن بكونه معلوما على أن العكس أيضا و هو كلما لا يصح رهنه لا يصح اشتراطه إذا لوحظ فيه ما قلناه كان صحيحا و لم يكن فيه دلالة على ثبوت هذا المدعى و إن أجرى على إطلاقه كان محل المنع انتهى و كأنه غير منقح (فليتأمل فيه جيدا)

(قوله) (و تعيين الكفيل إما بالاسم و النسب أو بالمشاهدة «١») أو الوصف كرجل موثر ثقة)

المخالف الشافعي حيث شرط تعيين شخصه و بعض الشافعية لم يشترط التعيين مطلقا بل إذا أطلق أقام من شاء و الكلام فيه كالرهن (قوله) (و لا يفتقر إلى تعيين الشهود بل الضابط العدالة)

لأن الغرض من الشهادة قبولها شرعا و مناط ذلك العدالة لا الشخص المعين (و قد يقال) إن تفاوت الأغراض هنا متحقق كما في الرهن و الكفيل فإن بعض العدول أوجه و عدالته أوضح و قوله أسرع قبولاً (و فيه) أن هذه الجزئيات لا اعتبار بها لعدم انضباطها (قوله) (فلو عينهم فالأقرب تعينهم)

كما في (التذكرة) (و الدروس و جامع المقاصد) عملا بالشرط الغير المخالف للكتاب و السنة و لتعلق الغرض بالتعيين غالبا كما عرفت آنفا (و وجه العدم) أن الغرض إثبات الحق عند الجحود و مناطه العدالة كما أشرنا إليه آنفا (و فيه) ضعف و منع و على كل حال لا يلزمهم التحمل

(قوله) (و هل يشترط مغايرة الرهن للمبيع نظر)

أقربه العدم كما هو خيرة (التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس) و كأنه مال إليه أو قال به الفخر في (الإيضاح) و الشهيد في (الحواشي) و المحقق الثاني في (جامع المقاصد) للأصل و اتفاق أصحابنا على جوازه (على جواز الشرط خ ل) في البيع من غير تفصيل كما في (الحواشي) و لوجود المقتضى و انتفاء المانع إذ ليس هو إلا اقترانه بهذا الشرط و هو سائغ لا ينافي الكتاب و السنة فيكون لازما لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم و المخالف الشيخ في (المبسوط) و ابن إدريس فقالا بالاشتراط و حكاها في (السرائر) عن المفيد و قال هذا معنى قول شيخنا المفيد إذا اقترن إلى البيع اشتراط في الرهن أفسده و إن تقدم أحدهما

(١) كذا في نسخ الكتاب و في القواعد أو المشاهدة (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣٧

نعم يشترط المغايرة في البيع فلو قال بعثك هذا بشرط أن تبيني إياه لم يصح و لو شرط أن يبيع فلا ناصح و لو أدخل المشتري بالرهن أو الكفيل تخير البائع (١) فإن أجاز فلا خيار للمشتري و لو امتنع الشاهدان اللذان عيننا من التحمل تخير البائع أيضا (٢)

على صاحبه حكم له به دون المتأخر (و احتج) الشيخ بأنه شرط أن يرهن ما لا يملك و بأن البيع يقتضى إيفاء الثمن من غير ثمن المبيع و الرهن يقتضى إيفاء الثمن من ثمن المبيع و ذلك متناقض و أن الرهن يقتضى أن يكون المبيع أمانة و البيع يقتضى أن يكون مضمونا عليه و ذلك متناقض (و ربما احتج) بأن المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحة البيع فلا يتوقف عليه صحة البيع و إلا دار (و ربما قرر) الدور بعبارة أخرى و هي أن لزوم التصرفات معلولة للزوم البيع فلو كانت علة فيه دار (و الجواب) أن الرهن إنما يتم بعد كمال العقد و هو حينئذ مملوك ثم إن كون الرهن مملوكا و كون الدين ثابتا إنما هما شرطان في صحة الرهن و ليستا شرطين في اشتراط الارتهان مع أن الشيخ جوز ما هو أبعد منه مثل بعثك هذا الشيء بألف و ارتهنت منك هذا الشيء بالثمن فيقول المشتري اشترت منك بألف و رهنتك هذا الشيء فيحصل عقد البيع و عقد الرهن معا و فرق تام بين أن يقتضى البيع إيفاء الثمن من غير ثمن المبيع و بين أن لا يقتضى إيفاء الثمن من ثمن المبيع فالثاني أعظم و هو المسلم دون الأول و لا تناقض بين العام و إيفاء الثمن من المبيع

بخلاف الخاص و الضمان خرج بجعله رهنا فلا تناقض ثم إن قوله فى المقام ببطلان البيع و الرهن معا يقتضى بطلان العقد إذا تضمن شرطا فاسدا و هو خلاف ما تقدم له و خلاف ما صرح به فى (الخلاف) فى باب الرهن (و أنا نقول) بأن صحة البيع لا تتوقف على الرهن و نسلم ذلك فلا دور بالتقرير الأول و لا استبعاد فيكون المعلول أعنى التصرفات علّة لصفة علته و هى اللزوم فلا دور بالثانى «١» ثم إن ذلك لا ينافى كون مقتضى البيع عند الإطلاق إجبار البائع على الابتداء بالتسليم إن قلنا به لأننا نقول إن ذلك إذا لم يشترط ذلك و كذلك الحال فيما إذا قلنا إنهما يجبران معا و أما المفيد فإن الشيخ فسر كلامه هذا بمعنى آخر فى المسائل الحائريات لكن تفسيره كأنه غير واضح و لو رهنه بالثمن من غير شرط صح عندنا مطلقا قبل القبض و بعده كما فى (التذكرة) و كذا لو شرط أن يرهنه المبيع بالثمن بعد القبض و يرده إليه فإنه يصح البيع و الشرط عندنا كما فى (التذكرة) أيضا

(قوله) (نعم يشترط المغايرة فى البيع فلو قال بعثك هذا بشرط أن تبغى إياه لم يصح)

هذا قد تقدم فيه الكلام مستوفى فى باب النقد و النسيئة

(قوله) (و لو أخل المشتري بالرهن أو الكفيل تخير البائع)

كما فى (المبسوط و التحرير و الدروس) و موضع من التذكرة (و ظاهر الشرائع و اللعة و غاية المرام) و غيرها و اختير فى (المسالك و الروضة و الكفاية) أنه يجبر المشتري على الوفاء و فى (التذكرة) أنه أولى و نفى عنه البعد فى (جامع المقاصد) و فى باب القرض أنه لو أجله فى شرط لازم لزم صرح به فى (التذكرة و الإرشاد و التنقيح و غاية المرام و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان) (و الكفاية) و غيرها كما سيأتى فى الباب المذكور تمام الكلام و سيأتى فى باب الرهن ما له مزيد فائدة فى المقام و قد تقدم الاحتجاج لكل من القولين فى أول باب النقد و النسيئة و رجحنا أنه يجبر على الوفاء

(١) التصرف اللازم معلول للزوم البيع و التصرف الغير اللازم علّة للزوم كما فى تصرف المشتري فى زمن الخيار (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣٨

و لو هلك الرهن أو تعيب قبل القبض أو وجد به عيبا قديما تخير البائع أيضا و لو تعيب بعد القبض فلا خيار (١)

### [الثالث لو باعه العبد بشرط العتق مطلقا]

(الثالث) لو باعه العبد بشرط العتق مطلقا أو عن المشتري صح (٢)

لمكان إجماعى (الغنية و السرائر) و فصل الشهيد فى بعض تحقیقاته (فقال) الشرط الواقع فى العقد اللازم إن كان العقد كافيا فى تحققه و لا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكالة فى العقد و إن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق فليس بلازم بل يقبل العقد اللازم جائزا و جعل السر فيه أن اشتراط العقد كاف فى تحققه كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما فى اللزوم و الجواز و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق عليه العقد و المعلق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللازم جائزا (قلت) و بذلك يرتفع التعجب من أن اشتراط الجائز فى اللازم يجعل الجائز لازما و اشتراط اللازم فى اللازم يجعل اللازم جائزا و قد جعل الشهيد الثانى هذا التفصيل أجود من القول بأنه يتخير و هو محل التأمل (فليتأمل) فيه و يبقى الكلام فيما إذا شرط الوكالة مثلا فى عقد لازم ثم عزله فهل ينعزل و يصير الشرط كالعدم أو لا ينعزل و يصح تصرفه قبل الإيجاب أو الاختيار و هل تخرج الوكالة باشتراطها عن الجواز بالكلية و تصير لازمة من الجانبين مثل العقد الذى شرطت فيه فليس لأحدهما العزل و الانعزال بل (قد يقال) إنها لا تسقط بالتقاييل فتريد على الأصل أو لا تخرج عن الجواز بالكلية بل نفعها للمشتري فقط ليحصل له

التسلط على الفسخ بادئ بدء أو بعد عدم التمكن من إجباره لعدم الحاكم ظاهر (التذكرة) أو صريحها في باب القرض الأول (فليتأمل) و الأكثرون على الثاني هذا إذا لم يكن لغيرهما مدخل كشرط العتق كما ستعرف و كذا يتخير ما لو امتنع الكفيل من الكفالة و لا يقوم كفيل مقام آخر لتفاوت الأغراض في خصوصيات الأعيان و لا يبعد أن له إجباره على ذلك إذا كان المنع من قبل العاقد كما مر و يأتي مثله في الشاهدين المعينين إذا امتنعا من التحمل و هل هذا الخيار على الفور أو التراخي وجهان تقدم مثلهما غير مرة (قوله) (و لو هلك الرهن أو تعيب قبل القبض أو وجد به عيبا قديما تخير البائع أيضا)

كما في (التذكرة) (و التحرير) و كذا (الدروس) و ليس له الأرش و لا المطالبة بالبدل و كذا لو هلك الضمين قبل الضمان و المراد بقبليته القبض قبيلته في الرهن «١» و ينبغي أن يكون هذا بناء على اشتراط القبض في الرهن لتحقيق كمالية الرهن بدونه على القول الآخر

(قوله) (و لو تعيب بعد القبض فلا خيار)

كما في (التذكرة و التحرير) و كذا لو هلك بعده و لو اختلفا في زمن حدوث العيب حكم لمن قامت القرينة على صدقه و إن احتمل الأمران احتمل تقديم قول الراهن عملا بصحة العقد «٢» و قول المرتهن لعدم ثبوت قبضه للجزء الفائت (فتأمل) و لو اختلفا في تلفه فالقول قول منكر القبض

(قوله) (الثالث لو باعه العبد بشرط العتق مطلقا أو عن المشتري صح)

قد سمعت فيما مضى الإجماعات على صحة اشتراط عتق العبد و هذا الإطلاق يشمل ما لو شرط عتقه عن المشتري و أطلقه و شرطه عن البائع و عن كفارة و تبرعا و بعوض و في (المسالك) الإجماع على اشتراط صحة عتقه عن المشتري و هو مما لا ريب فيه لأنه أظهر أفراد الإطلاق بل

(١) أي لا في المبيع (منه)

(٢) قد يعضد الظاهر هذا الأصل فالأقوى تقديم الراهن لمكان الأصلين و الظاهر و في الجانب الآخر أصلا لا غير فتأمل (منه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٣٩

و الأقرب أنه حق للبائع لا لله تعالى (١) فله المطالبة به و لو امتنع المشتري تخير البائع في الفسخ و الإمضاء لا إجبار المشتري

قال في (الدروس) يحمل مطلقا عليه و قال في (التذكرة) يجوز اشتراط العتق مطلقا و بشرط أن يعتقه عن المشتري و به قال الشافعي أما لو شرط العتق عن البائع فإنه يجوز عندنا خلافا للشافعي لأنه شرط لا ينافي الكتاب و السنة فعلى هذا قد يكون المتبادر من قوله في عبارة الكتاب مطلقا تجريد الشرط عن التقييد بواحد معين (و حينئذ) فيفهم منها أن اشتراط العتق عن البائع لا يجوز كمقالة الشافعي و هو خيرة الشهيدين في (الدروس و المسالك و الروضة) و الفاضل المقداد و تأمل فيه المولى الأردبيلي لأنه لا عتق إلا في ملك (و قد يقال) بوقوعه في الملك فيما نحن فيه لكون المعتق و هو المشتري مالكا و لا دليل على اشتراط ملكية المعتق عنه (فليتأمل) و كيف كان فالأصل صحة هذا الشرط عملا بعموم ما دل مستفيضا على وجوب الوفاء بالشروط التي لا يمنع منها كتاب و لا سنة مضافا إلى إطلاقات الإجماعات المستفيضة (نعم) إن كان هناك تأمل فليكن في هذا الشرط بجميع أقسامه لمنافاته لمقتضى العقد (و يجاب) بأننا لا نقول بالكلية المشهورة من فساد الشروط المنافية له إذ قد عرفت الحال فيها سلمنا لكننا نقول إنها مخصصة بهذا الشرط لمكان الأدلة القاهرة و أما عتق هذا العبد عن الكفارة فقد أطلق في (إيضاح النافع) جواز ذلك (و التحقيق) أن يقال إن كان البائع شرط عتقه عن كفارة المشتري أجزاءه و به صرح في (التذكرة و المهذب البارع و غاية المرام) و غيرها و ظاهر الأخير الإجماع عليه و يكون فائدة الشرط التخصيص لهذا العبد بالإعتاق و إن لم يشترط بنى على أن العتق هل هو حق لله تعالى أو للبائع أو للعبد أو للجميع كما يأتي

بيان الوجه في كل منها فإن قلنا الحق لله سبحانه لم يجز كالمندور وكذا إن قلنا إنه للبائع إن لم يسقط حقه فإن أسقطه جاز لسقوط وجوب العتق كما صرح بذلك في (التذكرة) (والمهذب البارع و غاية المرام و المسالك) و إن قلنا إنه للعبد أجزأ لوقوع العتق في الجملة و وقوع مراد العبد كما في (المهذب البارع) و على القول بأن الحق للجميع إذ لا منافاة بين هذه الحقوق لا يصح مطلقاً و أما إذا كانت الكفارة على البائع فعند القائل بعدم وقوعه تبرعاً فهنا أولى بالمنع و أما عتقه تبرعاً فلا شبهة في جوازه بشرط أن يكون بسبب مباح دون ما إذا نكل به فالعتق و ظاهر الشرط يقتضى إيقاعه مباشرةً مجاناً فلو شرط عليه عوضاً من خدمة و غيرها لم يأت بالشرط و يأتي حكمه

(قوله) (و الأقرب أنه حق للبائع لا لله سبحانه)

لأنه ثبت بفعله و ربما تسامح لأجله كما هو ظاهر (المبسوط و التحرير) حيث اختير فيهما عدم إجبار المشتري على العتق و هو يدل على أنه حق للبائع لا لله سبحانه و تعالى شأنه كما أنه ظاهر (الشرائع) و غيرها مما خير فيه البائع بين الفسخ و الإمضاء بل كاد يكون صريحاً لو لا تحقيق ستسمعه و ظاهر الشهيد في (الدرروس) أنه حق لله تعالى لأنه كالملتزم بالنذر في حقهما و لأنه شرط يقتضى زوال الملك عن جميع الملاك فلا يكون حقاً لغير الله جل شأنه و في (التذكرة) أن العتق المشروط اجتمع فيه حقوق حق الله جل شأنه و حق البائع و حق العبد (انتهى) و هو خيرة المحقق الثاني و الشهيد الثاني (و قد يقال) عليه إنه لو كان للبائع بعض الحق لم تكن له المطالبة بالجميع و التحقيق في ذلك كما في (جامع المقاصد) أن العتق فيه معنى القرية و العبادة و ذلك لله جل اسمه و زوال الحجر و هو حق للعبد و فوات المايه على الوجه المخصوص و هو حق البائع و لما لم يكن لله سبحانه و لا للعبد تعلق بالمالية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤٠

فإن تعيبت أو أحبلها المشتري أعتق و أجزأه لبقاء الرق (١) و إن استعمله أو أخذه من كسبه فهو له (٢) و لو مات أو تعيب بما يوجب العتق رجع البائع بما نقصه شرط العتق (٣)

ساغ قطع النظر في البحث عن ذلك لأن البحث هنا إنما هو لأجل تحقيق ما يترتب على ذلك من أحكام المالية فحسن إطلاق كون الشرط حقاً للبائع فيكون ما في الكتاب مع صحته أحسن مما في (التذكرة) و إن كان كل منها صحيحاً (و يبقى الكلام) في تفرعات الكتاب و تطبيقها على هذا التحقيق مع التوفيق بين ما هنا و ما في (التذكرة) فقد فرغ المصنف هنا على كونه حقاً للبائع أن له المطالبة به و قضيته أنه على تقدير كونه حقاً لغيره أن ليس له المطالبة به و الذي في (التذكرة) يخالف ذلك لأنه قال فيها و إن قلنا إنه حق للبائع فله المطالبة به قطعاً و إن قلنا إنه حق لله تعالى فكذلك عندنا و هو أصح و جهى الشافعية و له وجه آخر أنه ليس للبائع المطالبة إذ لا ولاية له في حقوق الله تعالى و على ما اخترناه نحن للعبد المطالبة على إشكال ثم قرب أن له المطالبة و فرغ هنا على ذلك أنه لو امتنع تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء و ليس له إجبار المشتري و لو كان كله حقاً لله تعالى أو له سبحانه بعض الحق أجبر كما عرفت مضافاً إلى ما عرفته آنفاً في بيان عتقه عن الكفارة (فليتأمل) في هذا التحقيق و ما أراد منه محققه و إلا فهو في نفسه ظاهر لا ريب فيه و يجب تقييد قول المصنف و لو امتنع تخير بما إذا كانت المدة معينة أو امتنع بالكلية فلو قال أعتقه في وقت آخر لم يتسلط نعم لو ماطل و عرف منه الترك عرفاً تسلط و ينبغى أن يقرأ قوله لا إجبار المشتري بالجر عطفاً على الإمضاء إذ لا يحسن عطفه على الفسخ لأن التخيير في شيء واحد لا يستقيم (فتأمل)

عاملى، سيد جواد بن محمد حسيني، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ١١ جلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، اول، هـ



مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)؛ ج ٤، ص: ٧٤٠

(قوله) (فإن تعيبت أو أحبلها المشتري أعتق و أجزاءه لبقاء الرق)

قال فى (التذكرة) إذا صارت أم ولد و أعتقها صح عندنا و قال إن الإحبال كالإتلاف و قضيته أنه يرجع بالقيمة و لا يثبت له الفسخ لو امتنع المشتري من الإعناق و إن قلنا إنه يثبت له الفسخ لكون حقه أسبق كان من المواضع التى تباع فيها أم الولد و لم يذكره الشهيد الثانى فى (الروضة) من جملة تلك المواضع و أما مع التعيب الذى لا يوجب العتق فيحتمل أن يكون للبائع الفسخ فيطالبه بأرش العيب و ستسمع الشأن فيما يوجب العتق بقسميه

(قوله) (و إن استعمله أو أخذ من كسبه فهو له)

أى للمشتري كما فى (التذكرة و الدروس) و كذا إن امتنع من عتقه لأننا أن أجبرناه على العتق لم يضمن شيئاً و إن خيرنا البائع ففسخ فكذا لك لأن النماء المتجدد فى زمان خيار البائع للمشتري سواء فسخ بعد ذلك أم لا

(قوله) (و لو مات أو تعيب بما يوجب العتق رجع البائع بما نقصه شرط العتق)

إلى آخره احتمال فى (التحرير) فيما إذا مات بتفريط المشتري أو بدونه ثلاثة احتمالات استقرار الثمن عليه و لا شىء عليه و أن يكون للبائع الرجوع بما يقتضيه الشرط من نقصان و تخيير البائع بين إجازة البيع بجميع الثمن و بين فسخه فيرجع بالقيمة أى و يرد الثمن إن كان قد قبضه و اقتصر فى (الشرائع) (و الدروس) على تخيير البائع و هو الذى قواه فى (المبسوط) و فى (المسالك) لا كلام فى ذلك و الاحتمال الأول لم نجده إلا فى (التحرير) نعم حكاه عنه الشهيد فى (حواشى الكتاب) و حكاه فى (التذكرة) فى جملة احتمالات الشافعية و ظاهر محتمل هذا الاحتمال أنه لا خيار للبائع و لهذا قال فى (غاية المراد) إنه ضعيف جدا و إلا لم تثبت فائدة للشرط (و أما الاحتمال الثانى الذى اختاره المصنف هنا ففى (حواشى الكتاب) أنه المنقول و قد حكاه فى (المبسوط) قولاً - و كذا فى (الدروس)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤١

فيقال كم قيمته لو بيع مطلقاً و بشرط العتق فيرجع بالنسبة من الثمن (١) و له الفسخ فيطالب بالقيمة و فى اعتبارها إشكال (٢)

مصرحاً بضعفه و هو كذلك و إلا لا طرد فى كل شرط فيثبت مع التدليس و قد نصوا على أن لا أرش مع التدليس (فتأمل) و جعله أى هذا الاحتمال فى (المسالك) مترتباً على ما إذا خيرنا البائع و اختار الإمضاء و لم يجعله قولاً على حده و لا احتمالاً برأسه من أول الأمر و حكى فيه الخلاف (و فيه) مع عدم تحريره خلل فى النقل لأن ظاهر قائله أن ذلك له من أول الأمر و لا خيار له فليلحظ (المبسوط) و غيره و ذلك لا يمنع ترتبه على ما إذا قلنا له الخيار و اختار الإمضاء كما يفهم من (الدروس) إلا أن تقول إن بقاء الخيار مع الموت مجمع عليه و فيه على تقدير تسليمه و إلا - فظاهرهم خلاف ذلك أنه إنما يتخير بين الفسخ و الإمضاء بالثمن لا غير كما هو ظاهر (المبسوط) و غيره فى بيان القول بالخيار نعم ما فهمه فى (المسالك) قد يفهم من عبارة (الدروس) بعد ملاحظة أطرافها و استند المصنف إلى أن الشرط يقتضى نقصاناً و لم يحصل و ضعفه فى (الدروس) بأن الشروط لا يوزع عليها الثمن ذكر ذلك فيما إذا انعق عليه قهراً و ظاهره أنه إذا أجاز تعيين عليه ما عين من الثمن و قد تقدم أنه فى (الدروس) اقتصر على تخيير البائع فيما إذا مات و الجمع ممكن بل ظاهر فلا تغفل عن ذلك كله و رد تضعيف (الدروس) بأن الثمن لم يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلاً له و إنما الشرط محسوب مع الثمن و قد حصل باعتباره نقصان فى القيمة و هل هذه الوجوه متفرعة على أن العتق للبائع أو مطردة سواء قلنا للبائع أو لله سبحانه و جهان و الظاهر الثانى و أما إذا تعيب بما يوجب العتق كما إذا صار مجذوماً أو مقعداً أو أعمى فليس فيه إشكال التنكيل لأن ذلك ليس من فعل المولى و به فرق المصنف بين المسألتين فجزم بهذه و استشكل فى تلك و مثل العيب الذى يوجب العتق ما إذا انعق عليه قهراً كما إذا باعه أباه و البائع جاهل بكونه أباه

(قوله) (فيقال كم قيمته لو بيع مطلقا و بشرط العتق فيرجع بالنسبة من الثمن)

يريد بيان طريق معرفة ما يقتضيه الشرط و هو أن يقوم العبد بدون الشرط و يقوم معه و ينظر التفاوت بين القيمتين و ينسب إلى القيمة التي هي مع الشرط العتق و يؤخذ من المشتري مضافا إلى الثمن بمقدار تلك النسبة من الثمن فلو كانت قيمته بدون الشرط مائة و معه ثمانين فالتفاوت بعشرين نسبتها إلى الثمانين الربع فيؤخذ من المشتري مقدار ربع الثمن مضافا إليه و ذلك هو الذى تسامح به البائع فى مقابلة شرط العتق فلو كان الثمن ستين أضيف إليه خمسة عشر أخرى فيكون التقدير فى عبارة (الكتاب) يرجع البائع على المشتري بمقدار تلك النسبة من الثمن فيكون متعلق من محذوف على أنه حال من النسبة و يأتى الكلام فى تعيين كيفية اعتبار القيمة (قوله) (و له الفسخ فيطالب بالقيمة)

كما طفحت به عباراتهم لعدم الوفاء بالشرط فيدفع ما أخذه من الثمن إن كان قد دفع و يطالب بجميع القيمة و هذا أحد الوجوه التي احتملها فى التحرير (قوله) (و فى اعتبارها إشكال)

جعل فى (الإيضاح) الإشكال فى موضعين الأول فى تعيين اعتبار وقتها و الثانى فى تعيين كيفية اعتبارها و لم يرجح فيهما شيئا و عبارة (التذكرة) كالكتاب و الذى فهمه الشهيد فى حواشيه أن الإشكال فى الموضع الأول و هو الذى ذكره الشهيدان فى (غاية المراد و المسالك) و بيانه أنه يحتمل أن تعتبر قيمته يوم التلف لأنه وقت الانتقال إلى القيمة إذ قبلها كان الحكم متعلقا بالعين و لأن ضمان العين لا يقتضى ضمان القيمة مع وجودها و يحتمل اعتبار قيمته يوم القبض لأنه أول دخوله فى ضمان المشتري مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤٢

و فى التنكيل إشكال (١) و لو باعه أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء (٢) و إذا أعتق المشتري فالولاء له (٣) و لو شرطه البائع لم يصح (٤)

### [الرابع لو شرط أن الأمة حامل صح]

(الرابع) لو شرط أن الأمة حامل أو الدابة كذلك صح أما لو باع الدابة و حملها و الجارية و حملها بطل لأنه كما لا يصح بيعه منفردا لا يصح جزءا من المقصود و يصح تابعا (٥)

و هذا لم يذكره فى (الإيضاح) بل احتمل بدله أعلى القيم من حين القبض إلى التلف لأنه فى جميع ذلك مضمون عليه و ضعف الوجهين الأخيرين ظاهر و لذا قال المحقق الثانى إن حق الإشكال أن يكون فى الثانى و بيانه (و منشؤه خ ل) من احتمال قيمة عبد مشروط العتق لأنه كذلك دخل فى ضمان المشتري لأنه المقبوض و المبيع و من احتمال قيمة عبد سليم عن الاشتراط لأن الشرط حق للمشتري أى البائع و هو محسوب من جملة الثمن و لم يأت به المشتري و مجموع العبد مضمون فعند الفسخ يصير العبد مجردا عن البيع و الشرط و بعبارة أخرى أنه شرط لم يستعقب حكمه فلم يكن به اعتبار (قوله) (و فى التنكيل إشكال)

أقواه عدم الإجزاء كما فى (التذكرة و الإيضاح) (و حواشى الكتاب و الدروس و المهذب البارع و غاية المرام و جامع المقاصد و مجمع البرهان) لأنه لو ذكره صريحا لم يصح الشرط فإذا لم يذكره أولى أن لا يدخل فى الشرط لأن المشتري عتق هو قرينة لا معصية فيأتى فيه ما سبق من الفسخ أو الرجوع بما يقتضيه شرط العتق و أقصى ما يوجه به الإجزاء حصول العتق (و فيه) أن الحاصل غير المشروط و قد عرفت أننا الفرق بين هذا و بين ما إذا تعيب بما يوجب العتق

(قوله) (و لو باعه أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ والإمضاء)

كما في (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و الروضة) لأن الشرط لم يحصل فإن فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام كما في (التذكرة) و إن قلنا إنه حق لله سبحانه وقعت باطله كما في (غاية المرام) لأن تصرف المشتري بكل ما ينافي العتق تصرف غير مستحق له شرعا و في (الدروس) لو أسقط البائع الشرط جاز إلا في العتق لتعلق حق العبد و حق الله تعالى به و في (التذكرة) عبارة تعرض لحالها في (جامع المقاصد) و لو أن هذا المشتري باعه بشرط العتق فالوجه بطلان البيع الثاني كما في (التحرير و التذكرة و المهذب البارع)

(قوله) (و إذا أعتق المشتري فالولاء له)

لقوله صلى الله عليه و آله و سلم الولاء لمن أعتق و هو خيرة (الإيضاح و حواشى الكتاب) في باب الولاء (و جامع المقاصد) و قال في باب الولاء من الكتاب لو اشترى عبدا بشرط العتق فلا ولاء لمعتقه لوجوبه على إشكال و احتمال في (التذكرة) إلحاقه بالواجب من نذر و شبهه لوجوبه عليه بعقد البيع و إجباره على فعله و بالمترجع به إذ له الإخلال بالشرط فيثبت الخيار للبائع فكان العتق في الحقيقة مستندا إلى اختياره فيكون متبرعا به فعلى الأول لا- و لاء للبائع و لا- للمشتري و على الثاني للمشتري و الأول قوى جدا و كأنه في (الدروس) متردد حيث تعرض لبقية أحكامه و لم يتعرض لهذا الحكم أصلا و التردد صريح (المهذب البارع و غاية المرام)

(قوله) (و لو شرطه البائع لم يصح)

كما في (الدروس و جامع المقاصد) و به صرح المصنف فيما يأتي من الكتاب لأنه شرط مخالف للسنة و في صحة البيع خلاف تقدم (قوله) (الرابع لو شرط أن الأمة حامل أو الدابة كذلك صحح أما لو باع الدابة و حملها و الجارية و حملها بطل لأنه كما لا يصح بيعه منفردا لا يصح جزءا من المقصود و يصح تابعا)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤٣

### [الخامس لو باعه متساوى الأجزاء على أنه قدر معين فزاد فالزيادة للبائع]

(الخامس) لو باعه متساوى الأجزاء على أنه قدر معين فزاد فالزيادة للبائع و لا خيار للمشتري (١)

هذا قد تقدم الكلام فيه مستوفى في موضعين (الأول) في الفرع السادس من فروع المقصد الثالث في العوضين في أوائل الكتاب (و الثانى) في الفرع الثامن من فروع المقصد السادس في أحكام العقد و ما يندرج فيه و بينا هناك أن لهم ثلاثة ضوابط و أن الثالث منها و لعله أراد المصنف هنا ليس بشيء و أن المدار على ضابط ضبطه في الموضع الأول و اعتمده في عدة مواضع من (المختلف) و أن الضابط الثانى ليس بذلك البعيد لمكان الخبر فتدبر

(قوله) (الخامس لو باعه متساوى الأجزاء على أنه قدر معين فزاد فالزيادة للبائع و لا خيار للمشتري)

أما أن الزيادة حينئذ للبائع فهو صريح (المبسوط و التحرير و الإرشاد و التبصرة و التنقيح) و ظاهر (الدروس) في موضع منه حيث جعل الزيادة فيه أمانة و في (مجمع البرهان) لا شك في أنها للبائع و في (التنقيح) لا كلام في أن الزيادة في متساوى الأجزاء يردها المشتري و في (غاية المرام) أن المشهور أن متساوى الأجزاء يقسط الثمن على أجزائه في الزيادة و النقضان و حكى في (الإيضاح) عن الشيخ أن الزيادة في المتفق للمشتري و صريح (المبسوط) ما عرفت و ظاهر هؤلاء أن لا خيار للبائع و لعله لتقصيره و الأصل في البيع اللزوم و الذى استقر عليه رأى المصنف فيما يأتي أنه يثبت حينئذ للبائع الخيار في الفسخ و الإمضاء بجميع الثمن و ليس له شيء في المبيع و هو الذى صححه ولده في (شرح الإرشاد) و قواه في (شرح الكتاب) و ظاهر (التذكرة) اختياره و كذا المولى الأردبيلي حيث قال إنه

ظاهر القوانين و مال إليه صاحب (جامع المقاصد) و قال فى (المختلف) الأقرب أن يتخير البائع بين تسليم المبيع زائدا و بين تسليم القدر المعين المشروط فإذا رضى بتسليم المبيع زائدا فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيرا و إن امتنع من تسليمه زائدا فللمشتري الخيار بين الفسخ و الأخذ بجميع الثمن المسمى و قسط الزائد فإن رضى بالأخذ فالبائع شريك له بالزائد و هل للبائع خيار الفسخ يحتمل ذلك لتضرره بالمشاركة و أن لا خيار له لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن فإذا وصل إليه الثمن فى البعض كان أولى و لأن الضرر حصل بتغيره و إخباره بالكذب فلا يتسلط به على الفسخ و هذا و إن ذكره فى مختلف الأجزاء إلا أنه قال فى (المختلف) بعد ذلك إنهما سواء فى الحكم و مثل ذلك قال فى (التذكرة و نحوه ما فى (المسالك) و غيرها و على هذا يكون الحكم بكون الخيار للبائع بين الفسخ و الإمضاء بجميع الثمن خيرة القاضى (و الشرائع) لأنهما ذكرا ذلك فى مختلف الأجزاء (و كيف) كان فالوجه فى ذلك أن المبيع هو العين الشخصية الموصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعين و فوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونها مبيعا فيتخير البائع لفوات الوصف بين الفسخ و الإجازة بالثمن لكن الشيخ فى (المبسوط) صرح بالفرق بين الزيادة فى مختلف الأجزاء و متفقها فاستظهر فى الأول ثبوت الخيار للبائع بين الفسخ و الإجازة بجميع الثمن و احتمال بطلان البيع و فى الثانى أن الزيادة للبائع لأن الثمن ينقسم على أجزاء الطعام لتساويها و قال فى (الوسيلة) فى مختلف الأجزاء للبائع الخيار بين الفسخ و الإمضاء فيكون شريكا بقدر الزيادة انتهى (فليحفظ) هذا و تمام الكلام فى مختلف الأجزاء إذا زاد و أما أنه لا خيار للمشتري على تقدير كون الزيادة للبائع كما فى الكتاب فهو خيرة (التحرير) و لعله استند إلى أن الأصل لزوم فى البيع و أن الحال فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤٤

و لو نقص تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بقدر حصته من الثمن (١) و لو كان مختلف الأجزاء فنقص تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بقدر حصته من الثمن على رأى (٢)

هذه الزيادة كالحال فيما إذا باعه قفيزا من صبرة فإنه محتاج إلى الكيل و التمييز فليكن هذا مثله (فتأمل) و الذى جزم به فى (التبصرة) أنه حين كون الزيادة للبائع يكون للمشتري حينئذ الخيار بين الفسخ و الرضا بالمبيع للشركة التى هى عيب عندهم و لم يدخل على الرضا بها و لتبعض الصفة و هو خيرة (الدروس) فى موضع منه و كذا (المسالك) و فى (جامع المقاصد) ينبغى الجزم به و احتمله فى (مجمع البرهان) و قال إنه ظاهر (القوانين) و قد سمعت ما فى (المختلف) و مثله ما فى (التذكرة) و قال ابن إدريس فيما إذا زاد مختلف الأجزاء للمشتري الخيار بين الرد و استرجاع الثمن و بين إمساك المبيع و يكون شريكا للبائع ثم قال و لى فى هذه المسألة نظر و تأمل فإن كانت المسألتان من سنخ واحد كان مترددا فيما نحن فيه و تمام الكلام يأتى فى مختلف الأجزاء و احتمال البطلان فيما نحن فيه غير ظاهر و وجهه كما فى (جامع المقاصد)

(قوله ره) (و لو نقص تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بقدر حصته من الثمن)

كما هو خيرة (المبسوط و الشرائع و التحرير و التبصرة) (و المختلف و الدروس و اللمعة و التنقيح و الروضة) و ظاهر (غاية المراد و غاية المرام) و فى الأخير أنه المشهور و فى (مجمع البرهان) أنه ظاهر (القوانين) و هو لازم (للنهاية و السرائر و الإرشاد و إيضاح النافع) حيث حكموا بذلك فى مختلف الأجزاء فهذا أولى فتكون الرواية كما ستسمع مؤيدة لما نحن فيه أيضا و قد ادعى جماعة كما ستسمع على ذلك فى مختلف الأجزاء أنه مذهب الأكثر و فى (الرياض) أن جماعة ادعوا عليه الشهرة و ذلك كله جار فيما نحن فيه لأن كل من قال به هناك قال به هنا و قد وجدت جماعة يأخذون هذه فى ضمن الاستدلال على تلك مسلمة كالمصنف فى (المختلف) و كالشهيد فى (غاية المراد) و أبى العباس و الصيمرى و غيرهم (و حجتهم) بعد ما عرفت أن المبيع مقدر معين و لم يحصل ذلك القدر فيقسط الثمن عليه و على الفائت إن اختار المشتري الإمضاء و التقسيط ممكن بسبب تساوى الأجزاء و الذى استقر عليه رأى المصنف فيما يأتى أن له الخيار بين الفسخ و الإمضاء بالجميع و هو خيرة ولده فى (الإيضاح) و فى (الحواشى و الميسية و

الكفاية) أنه أقوى و فى (المسالكة) أنه متجه و مال إليه فى (جامع المقاصد) لأن مجموع المبيع المقابل لمجموع الثمن هو ذلك الموجود غاية ما هناك أنه لم يعلم بالنقصان فيكون من فوات الوصف فتأمل فيه و لم يرجح فى (التذكرة و المفاتيح) شىء من القولين و على المشهور لا يسقط الخيار إذا حط البائع من الثمن قدر النقصان كما فى (التذكرة و غاية) (المرام و إيضاح النافع) (قوله) (و لو كان مختلف الأجزاء فنقص تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بقدر حصته من الثمن على رأى)

هو مذهب الأ-كثر كما فى (الإيضاح و غاية المرام و المسالكة) و فى (المختلف) أن مذهب الشيخ فى (المبسوط) لا-يجىء على مذهبنا فالحظه و هو خيرة (النهاية و السرائر و الشرائع) (و الإرشاد و المختلف و التبصرة و الكتاب) فى باب الصرف (و الدروس و إيضاح النافع) و قد مال أو قال به صاحب (التنقيح) و المقدس الأردبيلي و صاحب (الرياض) بل قد يلوح من (غاية المرام) الميل إليه فى آخر كلامه و مرادهم أنه لا يقسط الثمن بالنسبة إلى الأجزاء لاختلافها بل بالنسبة من قيمة الأرض مثلا حال كمالها و نقصها (و حجتهم) على ذلك الخبر المؤيد بالنظر و عمل جماعة من الأصحاب كما فى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤٥

.....

(التنقيح و إيضاح النافع) و ضعفه منجبر بما عرفت من نسبه إلى الأكثر فى عدة مواضع بل فى (الرياض) أن جماعة ادعوا عليه الشهرة و لعله أراد من ذكرنا و إن نقص الأجزاء ليس بأنقص من العيب إذ الغائب جزء حقيقى فهو أولى بأن يكون له قسط من الثمن بخلاف العيب فإن الغائب لأجله ليس له قسط من الثمن مع أنه فى المعيب أيضا إنما رضى بالثمن المعين و النص فى المقامين موجود بل لو لم يكن نص هناك لقصت الأولوية العرفية التى هى حجة عندهم بذلك فالحكم مؤيد بالنظر موافق للخبر المنجبر بعمل الأكثر معتضد بالأولوية العرفية مناسب لما تقدم لهم فى باب القبض كما ستسمعه و لا يضره احتمال ذيله على ما لم يعمل به الأكثر و المخالف الشيخ فى (المبسوط) و القاضى فيما حكى عنه و المصنف فيما أتى قريبا و ولده فى شرحه و أبو العباس فى (المقتصر) و الصيمرى فى (غاية المرام) فقالوا بأنه يتخير بين الرد و أخذ الموجود بكل الثمن و هو ظاهر (الوسيلة و النافع) و كأنه قال به أو مال إليه (كاشف الرموز) حيث استشكل أولا- (ثم ذكر) ما يدل على الميل إليه أو القول به و مال إليه فى (جامع المقاصد) و قواه فى (الميسية) و استوجهه فى (المسالكة) و التوقف ظاهر (التذكرة) (و التحرير و غاية المرام) و حواشى الكتاب و الكفاية و المفاتيح) لأنهم لم يرجحوا فيها شيئا نعم قد يلوح من (غاية المرام) الميل إلى القول الأول كما أشرنا إليه آنفا (حجة المبسوط) و ما وافقه على ما فى (الإيضاح و شرح الإرشاد) و غيرهما أن ما فات لا قسط له من الثمن لاستحالة تقسيط الثمن على الأجزاء أو القيم لعدم الفئات و عدم المماثل له فاستحال تقومه فاستحال ثبوت قسط له فقواته كفوات صفه كمال و هو كم و الكم عرض فكان كالتدليس و فرق بينه و بين ما إذا باع عبدين فبان أحدهما مستحقا لأنه فى هذه لم يسلم المبيع و هو مجموع العبدین و هنا قد سلم المبيع و هو مجموع الأرض و إنما فقد منها كونها بقدر الجريب الواحد عشر مرات مثلا و هذا وصف يعد كمالا و لا يعد نقصه عيبا و لأن التقسيط يؤدي إلى جهالة الثمن فى الجملة و التفصيل (قلت) قد حكموا فى المطلب الثانى فى أحكام التسليم أن كل جملة تلف بعضها قبل القبض و لها قسط من الثمن يسقط فيها قسط التالف و قالوا لو لم يكن له قسط من الثمن كقطع يد العبد فالأظهر أن له الأرض و صرحوا هناك بأنه لا فرق بين حدوث العيب و نقص الجزء كيد العبد و رجله و المخالف هناك الشيخ فى (المبسوط و الخلاف) و ابن إدريس و الآبى و هذا كله مما يشهد على خلاف ما قالوه هنا كله عند التأمل الصادق و إن اختلف المسألتان و الثمن هنا يقسم على قيمة الذرعان و يجعل الغائب كواحد منها فتقوم هذه الأرض حال كمالها و نقصها لمكان المماثلة غالبا كما ستسمعه قريبا فيما إذا باعه عشرة أذرع من هنا إلى حيث ينتهى فإن الأكثر على الصحة لأن الغالب تساوى الأجزاء المتجاورة فتدبر فلم يتضح ما فى (الإيضاح) و لا نقسمه على عدد الذرعان لاختلافها لأنه لو باعه ذراعا منه و لم يعينه لم يصح و إذا قسمنا الثمن على القيمة لا جهالة فى جملة و لا تفصيل على أنه وقع

مثله كثيرا أليس إذا وجد عيبا وقد حدث عنده عيب آخر أخذ أرشه فصار الثمن مجهولا فى الجملة و التفصيل (و عساک تقول) بالفرق لأنه فى المعيب وقع فى الابتداء على الجملة و صح بها و هنا يكون واقعا فى الابتداء (و فيه) على تقدير تسليمه و ما كان ليكون أنه لا يتم فيما إذا باع عشرة أذرع مشاعة بينه و بين غيره و لم يجز شريكه إلى غير ذلك و تجشم جعل هذا من باب الصفة حتى تكون الأرض موصوفة بكونها قدر الجريب الواحد عشر مرات حتى يكون كالتدليس مما لا ينبغى إذ ما من شىء إلا و يمكن أن يتجشم له صفة مثل هذه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤٦

و لو كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض لم يكن للمشتري الأخذ منها على رأى (١) و لو زاد احتمال البطلان (٢) و الصحة فالزيادة للبائع (٣) و له جملة الثمن و يتخير المشتري حينئذ للتعب بالشركة فإن دفع البائع الجميع سقط خياره

الصفة (و الحاصل) أنه لا ينبغى الاستناد إلى مثل هذه الأشياء مع وجود النص الذى وجدت شروط العمل به و غير ذلك مما عرفته (و هذا متن النص) رجل باع أرضا على أن فيها عشرة أجرية فاشتري المشتري منه بحدوده و نقد الثمن و وقع صفقة البيع و افترقا فلما مسح الأرض فإذا هى خمسة أجرية (قال) إن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض و إن شاء رد المبيع و أخذ ماله كله إلا أن يكون إلى جنب تلك له أيضا أرضون فليوفيه و يكون البيع لازما و عليه الوفاء بتمام البيع فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله و إن شاء رد الأرض و أخذ المال كله و يمكن حمل آخرها على احتمال قصد تلك الأرض التى فى جنب المبيع المفروض فيكون المبيع فى الحقيقة عشرة أجرية من ماله إلى أن ينتهى فليتأمل فى ذلك و على القول الأول لو لم يعلم البائع بالنقصان هل يثبت له الخيار أيضا احتمال ذلك فى (المختلف و المهذب البارع) (و غاية المرام و المسالك) و حكاها فى (التحرير) قولاً و قواه لأنه لم يرض إلا ببيعها بالثمن أجمع و لم يسلم له و على تقدير الثبوت هل يسقط ببذل المشتري جميع الثمن جزم به فى (التحرير و المختلف) (و المهذب البارع و غاية المرام) لحصول ما رضى به و احتمال فى (المسالك) العدم لثبوت الخيار فلا يزول بذلك كالغبن لو بذل الغابن التفاوت و فى (التذكرة و إيضاح النافع و غاية المرام) لا يسقط خيار المشتري إذا حط البائع من الثمن قدر النقصان و قد تقدم مثله فى متفق الأجزاء

(قوله) (و لو كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض لم يكن للمشتري الأخذ منها على رأى)

عليه الأ-كثر كما فى (الإيضاح) و غيره و المخالف الشيخ فى (النهاية) استنادا إلى ذيل الخبر المذكور و لم أجد من وافقه عليه إلا المصنف فى (التذكرة) فإنه قال إنه ليس بعيدا من الصواب لأنه أقرب إلى المثل من الأرش انتهى (فتأمل) و فى (إيضاح النافع) لا عمل على ذيل الخبر قلت فلا جابر له فى خصوص ذلك و قد تقدم فى باب الخيار تمام الكلام

(قوله) (و لو زاد احتمال البطلان)

هذا احتمله الشيخ فى (المبسوط) و جماعة و قال فى (التبصرة) الوجه عندى البطلان و وجهه جهالة المبيع لأن الزيادة غير معينة و ربما وجهه بوجه آخر منها أن المبيع ذلك الموصوف بالوصف المنتفى فيكون منتفيا (و فيه) أنه يجرى فى متفق الأجزاء و وجهه فى (المبسوط و التنقيح) بأن الصحة تستلزم إجبار البائع على تسليم جملة المبيع

(قوله) (و الصحة فالزيادة للبائع إلخ)

احتمال الصحة هو الذى استظهره فى (المبسوط) و هو المشهور المعروف لأن المبيع بحسب الصورة هو المجموع و قد تجدد كون الزائد ليس منه بعد الحكم بصحة العقد لكن يبقى الكلام فى الزيادة لمن هى و قد حكم المصنف هنا و فى (المختلف) بأنها للبائع و قد جعله فى (التذكرة و التحرير) احتمالا بعد أن اختار فيهما أن له الخيار كما ستمسح و كذلك صنع صاحب (المسالك) و استبعد هذا الاحتمال صاحب (الكفاية) و إذا قلنا به فللبائع الخيار بين تسليمه زائدا و تسليمه المقدر و يسترجع الزيادة فإذا اقتصر على تسليم

المقدر تخير المشتري لعيب الشركة كما في (التذكرة) (و التحرير و الكتاب و المختلف) بين الفسخ و الإمضاء فإن اختار الإمضاء فهل للبائع حينئذ خيار الفسخ

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤٧

و الأقرب أن للبائع الخيار في طرف الزيادة بين الفسخ و الإمضاء في الجميع في متساوي الأجزاء أو مختلفها (١) و للمشتري الخيار في طرف النقصان فيهما بين الفسخ و الإمضاء بالجميع و لو باعه عشرة أذرع من هنا إلى هناك صح (٢) و لو قال من هاهنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح لعدم العلم بالمتنهي (٣)

احتمالان ذكرهما في (المختلف و التحرير) الثبوت لتضرره بالشركة و العدم لرضاه بالثمن عوض الجميع فعوض البعض أولى و في (جامع المقاصد) لا أعلم فيه شيئا و إن دفع إليه البائع الجميع ففي (التذكرة) (و التحرير و الكفاية) أنه يسقط خيار المشتري كما في الكتاب لأنه زاده خيرا و لم يرجح في (التنقيح) لمكان المنه و الذي اختاره الشيخ في (المبسوط) و القاضي فيما حكى عنه و المحقق في (الشرائع) و المصنف في (التذكرة و الإرشاد و التحرير) و المقداد و المحقق الثاني و الشهيد الثاني و المقدس الأردبيلي و الخراساني و الكاشاني أنه إذا زاد مختلف الأجزاء كان الخيار للبائع بين الفسخ و الإجازة بالثمن و الظاهر كما في (التنقيح و مجمع البرهان) ثبوت الخيار للمشتري أيضا لمكان التفاوت و الحاصل بالقسمه هذا و في (التذكرة) لو قال المشتري للبائع لا تفسخ فإني أقنع بالمقدر المشروط و الزيادة لك ففي سقوط خيار البائع وجهان و لو قال لا تفسخ حتى أزيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك و لا يسقط خيار البائع قولاً واحداً و ظاهر كلام ابن إدريس كما فهمه منه صاحب (التنقيح) أن لا خيار إلا للمشتري بين الرد و إمساك المبيع و يكون شريكا للبائع و قد سمعت كلامه فيما مضى و أن له في ذلك نظرا و تأملا و في (الوسيلة) للبائع الخيار بين الفسخ و الإمضاء و يكون شريكا بقدر الزيادة و هو يخالف (المبسوط) و ما وافقه

(قوله) (و الأقرب أن للبائع الخيار في طرف الزيادة بين الفسخ و الإمضاء في الجميع في متساوي الأجزاء و مختلفها «إلخ»)

قد تقدم الكلام في ذلك مستوفى

(قوله) (و لو باعه عشر أذرع من هنا إلى هنا صح)

إجماعا كما في (التحرير و المسالك) و هو كذلك لأنه عين فيه المبدأ و المتنهي فكان معلوما بالحد و المشاهدة

(قوله) (و لو قال من هنا إلى حيث ينتهي لم يصح لعدم العلم بالمتنهي)

كما في (التذكرة و المختلف و جامع المقاصد) و قد يلوح ذلك من الشرائع أو يظهر لاختلاف الأذرع و جهل الموضع الذي ينتهي إليه و قال الشيخ في (المبسوط و الخلاف) و ابن إدريس و القاضي على ما حكى أنه يصح و هو خيرة (الإرشاد) و شرحه لولده كما وجدناه لكن الشهيد في (غاية المراد) حكى عن ولد المصنف أنه أصلح صح بلم يصح حتى يوافق باقي فتاويه في كتبه قلت في (التحرير) لم يرجح (و في غاية المراد) يمكن أن ينظر الشيخ بأن مثل هذا الاختلاف غير قادح لأنه اختلاف مقارنة لا مفارقة مع غلبة تساوي الأجزاء المتجاوزة فحينئذ الأولى أن يحمل قوله على تساوي أجزاء الأرض غالبا أو تقاربها انتهى و في (جامع المقاصد) أن فيه نظرا لأنه يلزمه الصحة و إن لم يعين المبدأ و لا-المتنهي كما في الصبرة (قلت) لعله يقول بذلك إذا تساوت أو تقاربت جدا و إلى ذلك نظر في (المسالك) حيث قال الأ-جود الصحة إن تساوت الأرض أو تقاربت و إلا فالأجود البطلان و في (مجمع البرهان) أن الظاهر الصحة للعموم و الأصل و عدم ظهور كونه غررا و لجواز بيع الثوب و الأرض مع رؤية بعضه بلا خلاف و جواز بيع شيء مع عدم العلم بدخول ما يدخل فيه عرفا مما يحزر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤٨

و لو قال بعثك نصيبي من هذه الدار و لا يعلمانه (١) أو بعثك نصف دارى مما يلي دارك لم يصح لعدم العلم بالمتنهي (٢)

**[السادس كل شرط يقتضى تجهيل أحد العوضين فإن البيع يبطل به]**

(السادس) كل شرط يقتضى تجهيل أحد العوضين فإن البيع يبطل به و ما لا يقتضيه لكنه فاسد فالأقوى بطلان البيع (٣) به و لا يحصل به ملك للمشتري سواء اتصل به قبض أو لا و لا ينفذ تصرف المشتري فيه بيع أو هبة أو غيرهما (٤) و عليه رده مع نمائه المتصل و المنفصل و أجره مثله و أرش نقصه (٥)

النزاع فيه إلى آخر ما قال

(قوله) (و لو قال بعتك نصيبى من هذه الدار و لا يعلمانه)

أى لم يصح كما فى (المبسوط) و غيره إلا أن يتصادقا على أنهما عرفا نصيبه قبل عقده البيع و كذا لو قال بعتك نصيبا أو سهما أو جزءا أو خطأ أو قليلا أو كثيرا من دارى

(قوله) (أو بعتك نصف دارى مما يلى دارك لم يصح لعدم العلم بالمنتهى)

قلت فيه القولان

(قوله) (السادس كل شرط يقتضى تجهيل أحد العوضين فإن البيع يبطل به و ما لا يقتضيه لكنه فاسد فإن الأقوى بطلان البيع)

هذا تقدم الكلام فيه بما لا مزيد عليه آنفا فى الضابط الذى ضبطه فى هذا الفصل

(قوله) (و لا يحصل به ملك للمشتري سواء اتصل به قبض أو لا و لا ينفذ تصرف المشتري فيه بيع أو هبة أو غيرهما)

كما صرح بذلك فى (المبسوط) و غيره و قد تقدم فى الفصل الأول من المقصد الثانى فى البيع عند شرح قوله و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك نقل الإجماعات و الفتاوى مع تحقيق فى المقام و فى (التذكرة) حكى إجماع علمائنا أجمع على ذلك كله و أنه وافقنا على ذلك مالك و الشافعى و أحمد و المخالف أبو حنيفة فإنه قال لو قبض المبيع بإذن البائع ملكه و نفذ تصرفه فيه لكن للبائع أن يسترده بجميع زوائده إلى آخر ما؟؟؟ و ما فى (جامع المقاصد) من نسبتبه إلى بعض العامة من أنه يصح له التصرف فيه لكنه لا يملكه لأن العقد تضمن إذنا فى التصرف و ملكا فإذا انتفى الثانى بقى الأول لم نجده فى (التذكرة) و لا فى (الخلاص) و ما قيل فى وجهه لا وجه له لأن الإذن إنما كان على وجه مخصوص و قد انتفى و قد تقدم لنا فى أول باب البيع فى مواضع ما له نفع تام فى هذا الفرع

(قوله) (و عليه رده مع نمائه المتصل و المنفصل و أجره مثله و أرش نقصه)

كما صرح بذلك فى (المبسوط) و غيره و المخالف ابن حمزة و ابن إدريس فقال ابن حمزة ليس له الرجوع بالمنافع المستوفاة لأن الخراج بالضمان و نقض بالغاصب و قال ابن إدريس إنما يرجع بالعين و قول الحلبي إذا كان البيع فاسدا مما يصح التصرف فيه للراضى و هلكت العين فلا رجوع لعله أراد به المعاطاة و قد تقدم الكلام فى ذلك و كيف كان فالمشهور ما فى (الكتاب) و على المشتري مئونة الرد لوجوب ما لا يتم الواجب إلا به فهو كالمغصوب و ليس له أى للمشتري حبسه لاسترداد الثمن كما صرح به فى (التذكرة) و النماء نماء ملك البائع فيتبع الملك و لا فرق فى وجوب أجره مثله للمدته التى فى يده بين أن يكون استوفى المنفعة أو تلفت تحت يده لأن يده يد عدوان فعلية الأجره مع الضمان فلا ينافى قوله صلى الله عليه و آله الخراج بالضمان و فى (الدروس) فيه وجهان و ربما قوى عدم الرجوع مع جهلهما و لا يضمن تفاوت السعر و وجوب أرش النقصان لأن الجملة مضمونة عليه حيث قبضها بغير حق و لأنه قبضها على سبيل المعاوضة فأشبهت المقبوض على وجه السوم و لا يرجع المشتري بالنفقة إذا كان عالما و يرجع إن كان جاهلا و لا (إذ لا خ ل) يعد (حينئذ) متبرعا لأنه لم ينفق إلا بناء على أنه ماله و جعل فى (التذكرة) البائع غارا و تمام الكلام قد



تقدم في الفرع الخامس من فروع الفصل الثالث في العوضين و في جملة مسائل الفصل الثاني في المتعاقدين و في مواضع مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٤٩ و قيمته لو تلف يوم تلفه (١) و يحتمل أعلى القيم (٢) و لو وطئها لم يحد و عليه المهر و أرش البكارة (٣) و الولد حر (٤)

آخر

(قوله) و قيمته لو تلف يوم تلفه)

هذا هو الأشهر و الأظهر و الوجه في ضمان القيمة ظاهر بل لم ينقل فيه خلاف حتى من العامة

(قوله) (و يحتمل أعلى القيم)

هذا مختار الشيخ في (المبسوط) في المقام و المصنف في غضب الكتاب و لكن نقل عنه في (التحرير) أنه قال قيمته يوم التلف و الموجود فيه ما ذكرناه و ربما يحتمل أنه يضمن قيمته من يوم العلم بالفساد إلى يوم رد البدل و احتمل أيضا ضمان قيمته يوم القبض هذا كله في القيمي و إذا كان مثليا و جب رد المثل لأنه أقرب للعين من القيمة و قد تقدم الكلام في هذه المسائل في أوائل الكتاب مستوفى و سيستطرد المصنف في باب الغضب أحكام المقبوض بالبيع الفاسد و له هناك إشكالات و احتمالات

(قوله) (و لو وطئها لم يحد و عليه المهر و أرش البكارة) «إلخ»

قد تقدم الكلام في هذه الأحكام بما لا مزيد عليه في المطلب الثاني في أحكام بيع الحيوان في موضعين الأول فيما لو وطئ أحد الشركاء الجارية و الثاني فيما لو ظهر استحقاق الأمة الموطوءة و تقدم الكلام فيها أيضا في باب العيب فيما لو ظهرت الأمة حاملا و في الفرع الثاني من الباب المذكور فيما لو حملت من السحق فلا بد من ملاحظة هذه الأبواب كلها لتقف على أطراف المسألة جميعها و سيتعرض المصنف لذلك في باب الرهن و باب الغضب و باب الحدود و إنما يسقط عنه الحد إذا لم يعلم بالفساد فإن وطئها عالما به و جب عليه الحد عندنا كما في (التذكرة) و المخالف الشافعي في بعض أقواله

(قوله ره) (و يجب عليه المهر و أرش البكارة)

أما وجوب المهر فهو أحد القولين في المسألة و هو خيرة (السراير و التذكرة) في المقام و الآخر و هو المشهور المحكى عليه الإجماع في (الخلاف) و غيره أنه يجب عليه العقر من العشر و نصف العشر و لم يرجح المصنف في باب الغضب و قد بينا ذلك فيما سلف عند شرح قوله في أول باب البيع لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك و قلنا في أحكام بيع الحيوان إنه يستفاد من الأخبار و إن اختلفت مواردنا أنه يلزم العشر أو نصفه في وطئ كل مملوكة للغير على سبيل الانفراد أو الاشتراك حتى لو كانت هي الشريكة فليرجع إلى ما ذكرناه في أحكام بيع الحيوان في مقامين (و كيف كان) فالمهر أو العقر لا يسقط بسقوط الحد و لا بالإذن الذي تضمنه التمليك الفاسد و لا يشترط في وجوب ذلك عليه جهلها بالتحريم عند جماعة منهم المصنف في (التذكرة) لأنها ملك الغير بخلاف الحره حيث سقط مهرها مع علمها بالتحريم و اشترطه آخرون لقوله عليه السلام لا مهر لبغي و استشكل المصنف في باب الغضب (و قد تقدم) في ذلك تمام الكلام و أما وجوب أرش البكارة مع المهر أو العقر فهو مختار جماعة منهم المصنف في (التذكرة) و غيرها و الشهيد في أحد قولييه و المحقق الثاني في باب الغضب و باب الرهن و الشهيد الثاني في رهن (الروضة) لأن إتلاف البكارة إتلاف جزء من البدن و المهر لمكان المنفعة فلا يدخل أحدهما في الآخر (و عساك تقول) إنه يضمن مهر ثيب لأنه قد ضمن البكارة (لأننا نقول) إذا وطئها بكرها فقد استوفى منفعة وطئ بكر لأنه خلاف وطئ الثيب و قال آخرون بالتداخل كما بينا ذلك كله فيما سلف و

يأتي في باب الرهن تمام الكلام

(قوله) (و الولد حر)

إجماعا كما (في المبسوط و الخلاف) و ظاهر (المقنعة و النهاية) الخلاف و تمام الكلام فيما سلف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥٠

و على أبيه قيمته (١) يوم سقط حيا (٢) و لا شيء لو سقط ميتا (٣) و أرش ما نقص بالولادة (٤) و لو باع المشتري فاسدا لم يصح و لمالكة أخذه من الثاني و يرجع على الأول بالثمن مع جهله (٥) فإن تلف في يد الثاني تخير البائع في الرجوع فإن زادت القيمة على الثمن و رجع المالك على الثاني لم يرجع بالفضل على الأول لاستقرار التلف في يده و إن رجع على الأول رجح بالفضل على الثاني (٦)

(قوله ره) (و على أبيه قيمته)

كما في (المبسوط) و غيره للموثق و المرسل

(قوله) (يوم سقط حيا)

لأنه أول حالات انفصاله و أول حالات إمكان تقويمه لو كان مالا و قبل ذلك بمنزلة عضو من الأم فلا يقوم حملا كما تقدم بيان ذلك كله

(قوله) (و لا شيء له لو سقط ميتا)

كما هو خيرة (التذكرة) و غيرها و استشكل في باب الغصب و في (جامع المقاصد) في الباب المذكور ترجيح الضمان كما أسلفنا ذلك فيما سلف

(قوله) (و أرش ما نقص بالولادة)

يجب عليه مع قيمة الولد أرش ما نقص بالولادة و لا تجبر قيمة الولد النقصان و المخالف أبو حنيفة

(قوله) (و لو باع المشتري فاسدا لم يصح و لمالكة أخذه من الثاني و يرجع على الأول بالثمن مع جهله)

هذه الأحكام مما لا ريب فيها و قد استوفينا فيها الكلام في أوائل الكتاب في الفصل الثاني في المتعاقدين فينا حال المشتري مع الجهل عند شرح قوله و لو فسخ رجح على المشتري بالعين «إلخ» و بينا حاله مع العلم عند شرح قوله قبل ذلك و مع علم المشتري إشكال

(قوله) (فإن تلف في يد الثاني تخير البائع في الرجوع فإن زادت القيمة على الثمن و رجح المالك على الثاني لم يرجع بالفضل على الأول لاستقرار التلف في يده و إن رجح على الأول رجح بالفضل على الثاني)

قد تقدم الكلام لنا في مثل هذا في مواضع أدقها و أتقنها ما ذكر في القسم الرابع من أقسام المحذور من باب المكاسب عند شرح قوله و لو وجد عنده سرقة ضمنها فإننا أسبغنا فيه الكلام و أرحنا ما اشتبه على بعض الأعلام (و قلنا) إن بعضهم فرق فيما إذا بيع مال الغير و قبضه المشتري و تلف في يده بين ما إذا كان قبض المشتري له بعقد صحيح لو لا أنه مال الغير ككونه سرقة أو غصبا أو نحو ذلك و بين ما إذا كان قد قبضه بعقد فاسد من غير جهة كونه غصبا أو نحو ذلك بل لتخلف شرط أو نحوه و إن كان غصبا أو سرقة و قد قال جماعة في الشق الأول إنه يرجع بالفضل و آخرون إنه لا يرجع لاستقرار التلف في يده و أما الثاني فربما ظهر من بعضهم أنهم قائلون فيه بأنه لا يرجع إذ ليس للغرور (حينئذ) مدخل لأن المقبوض بالبيع الفاسد مضمون غر أو لم يغر و بينا الحال أحسن بيان و قضية ذلك أنه يرجع فيما نحن فيه بالفضل لأن البيع الثاني صحيح لو لا أنه مال الغير و فساد البيع الأول لا يزيد فيه المشتري الأول عن كونه غاصبا و بينا أن المصنف و غيره قد اختلفت فتاواهم و بينا أن المراد بالفضل ما زاد من القيمة عن الثمن لا ما قابل الثمن من القيمة و بعبارة أخرى إنه يرجع بالقيمة و المراد بها قيمته يوم التلف على المشهور المعروف و قال في (المبسوط) في هذا المقام بأنه يجب عليه أكثر ما كانت قيمته انتهى (لا يقال) إنه قد دخل على ضمان العين بالثمن خاصة فكيف يضمن القيمة لأننا (نقول) الوجه الذي دخل عليه قد تبين بطلانه و اليد عادية فيجب رد كل ملك إلى مالكة فإذا حصل تلف أو نقصان وجب البدل أو الأرش كائنا ما

كان ولا وجه حينئذ لا اعتبار الثمن ومثله ما إذا استأجره فاسدا فإنه إذا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥١

و لو زاد فى يد المشتري الأول ثم نقص فى يده إلى ما كان احتمال رجوع المالك عليه بتلك الزيادة لأنها زيادة فى عين مضمونة (١) و عدمه لدخوله على انتفاء العوض فى مقابلة الزيادة فحينئذ إن تلفت بتفريطه ضمن و إلا فلا (٢) و لو أتلف البائع فاسدا الثمن ثم أفلس رجوع فى العين و المشتري أسوأ الغرماء (٣)

### [ (السابع) لو قال بع عبدك من فلان على أن على خمس مائة فباعه بهذا الشرط بطل ]

(السابع) لو قال بع عبدك من فلان على أن على خمس مائة فباعه بهذا الشرط بطل لوجوب الثمن بأجمعه على المشتري فليس له أن يملك العين و الثمن على غيره (٤) بخلاف أعتق عبدك و على خمس مائة أو طلق امرأتك و على مائة لأنه عوض فى مقابلة فك و لو كان على وجه الضمان صح البيع و الشرط

استوفى المنفعة و جب أجره المثل و إن زادت على المسمى

(قوله) (و لو زاد فى يد المشتري الأول ثم نقص فى يده إلى ما كان احتمال رجوع المالك عليه بتلك الزيادة لأنها زيادة فى عين مضمونة)

رجوع المالك بالزيادة على المشتري الأول أو الثانى لو حصلت فى يده أيضا خيرة (جامع المقاصد) و كذا (الإيضاح) و هو ظاهر كل من قال بكون المنفعة المتجددة مضمونة مع أنها ليست جزءا من المبيع فالأولى أن يضمن ما يعد جزءا حقيقة مع ظهور الوجه و هو أن يد المشتري فاسدا يد عدوان كيد الغاصب فكل ما هو حق للبائع يجب رده عليه فعند فواته يجب المصير إلى بدله (و قد يقال) إنه إذا زاد أو نقص فى يده و لم تنقص قيمة المبيع مع بقاء العين على حالها أشكل الرجوع لأن الأصل براءة الذمة (فليتأمل) فى ذلك و قد قال الشهيد إن المنقول عدم الرجوع فى مثل ذلك (و ما استدلل) به المصنف من أنها زيادة فى عين مضمونة لا ينتج مطلوبه فإنه ليس كل زيادة فى عين مضمونة يجب أن تكون مضمونة عينا كانت كالصبيغ أو صنعة كالصنع فإن الزيادتين للمشتري إذا فعلهما جاهلا كما نبه عليه فى (الدروس) و غيره فلم يتضح ما فى (الإيضاح) من قوله فإن صنعت الكبرى (أجيب) بأنها مقبوضة بقبض العين إذ هو قبض العين على أنه مال كها و مالك منافعتها و هو مستعقب للضمان انتهى و لا وجه للتقليد فى العبارة بالمشتري فلو حذف الأول كان أخصر و أشمل

(قوله ره) (و عدمه لدخوله على انتفاء العوض فى مقابلة الزيادة فحينئذ إن تلف بتفريطه ضمن و إلا فلا)

فى (جامع المقاصد) أن هذا الاحتمال ضعيف جدا لأنه قد حكم بأن المنفعة المتجددة مضمونة و لم يتردد مع أنها ليست جزءا من المبيع و دخل على أنها له مجانا فأى مجال للتردد فيما يعد جزءا حقيقىة و معنى قوله فحينئذ إن تلف أنه حين لم يكن له الرجوع بتلك الزيادة و إن كانت أمانة على هذا التقدير إنما يضمن بالتفريط لا غير

(قوله) (و لو أتلف البائع فاسدا الثمن ثم أفلس رجوع فى العين و المشتري أسوأ الغرماء)

ليس له إمساك العبد على البائع بل يجب رده عليه لأنه لم يقبضه وثيقه و إنما قبضه على أنه ملكه و قد فات و الثمن بعد إتلافه دين من جملة الديون كما فى (التذكرة و التحرير و جامع المقاصد) و قال أبو حنيفة للمشتري إمساك العبد و يكون أحق به من الغرماء فيستوفى منه الثمن

(قوله) (السابع) لو قال بع عبدك من فلان على أن على خمس مائة فباعه بهذا الشرط بطل لوجوب الثمن بأجمعه على المشتري فليس

له أن يملك العين و الثمن على غيره)

إذا قال بع عبدك عن فلان بألف و هو (هى خ ل) على أو إن على ألفا أو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥٢

### [الثامن يجوز أن يجمع بين شيئين مختلفين فما زاد فى عقد]

(الثامن) يجوز أن يجمع بين شيئين مختلفين فما زاد فى عقد (١)

خمسائة فباعه على هذا الشرط فلا يخلوا إما أن يقصد الضمان أو الجعالة أو أنه جزء من الثمن أو يطلق فإن قصد الضمان و سبق الشرط العقد و عقد العقد مجردا عن الشرط ففى (المبسوط و الخلاف) أنه يلزم البيع و لا يلزم الضامن شىء لأنه ضمان ما لم يجب و الأمر فى هذا سهل و قد تقدم الكلام فى مثله و إن شرطه فى متن العقد صح العقد و الشرط كما فى (الخلاف و المبسوط و التذكرة و الدروس و حواشى الكتاب) (و جامع المقاصد و الكفاية) و عليه يحمل قوله فى (التذكرة) إذا قال بع عبدك من زيد بألف على أن على خمسمائة فباعه بهذا الشرط صح البيع عندنا المؤذن بالإجماع و هل يكون الأمر بقوله هذا ضامنا على وجه التبرع ضامانا لازما لا يرجع فيه بالثمن على المشتري و لا يجب على المشتري للبائع شىء كما فى (التذكرة) أولا بل إذا قال ذلك و أوقع العقد فإن ضمن على الوجه المعبر صح و تحقق لزوم البيع و إلا تخير البائع كما فى (المبسوط و الخلاف و الدروس و الحواشى و جامع المقاصد) بل لا يجب على الأمر الضمان بعد العقد لأمره السابق و إن قصد الجعالة بأن جعل له على هذا العقد و العمل ذلك الجعل صح كما فى (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) لوجود المقتضى و انتفاء المانع كما لو قال طلق أو أعتق و على ألف فإنه صحيح و لا يتصور فيه غير الجعالة و حينئذ يلزم الجعل بإيقاع عقد البيع و على المشتري تمام الثمن لكنه لا حاجة إلى ذكر هذا فى العقد لأن الجعالة عقد آخر خارج عن البيع بخلاف الضمان المشترط فى نفس العقد و إن قصد أنه جزء من الثمن بطل لما سترسمع و قد ينزل عليه إطلاق عبارة الكتاب و إن أطلق فظاهر إطلاق المصنف الحكم بالبطلان لأن ظاهر هذا الاشتراط الواقع بين الإيجاب و القبول أن يكون المشروط داخلا فى البيع فيكون القدر المشترط من جملة الثمن و ذلك مخالف لمقتضى عقد البيع من كون الثمن بأجمعه على المشتري و لا ينزل الإطلاق على ما يجوز من ضمان أو جعالة لوجهين (الأول) أن إطلاق ما يذكر من العوض محمول على الثمن عملا بمقتضى البيع فلا يحمل على شىء أجنبى عنه إلا بدليل يصرفه عن المقتضى (الثانى) أن الأصل عدم وجوب شىء زائد على الثمن يكون عوض الجعالة و الأصل عدم وجوب الأمرين معا أعنى ثبوت الثمن فى ذمة المشتري ثم ثبوت حق الضمان له أو لبعضه على الأمر لكن الشهيد فى (الدروس) نزله على الجعالة قال (و يمكن) أن يقال هو جعل للبائع لا من الثمن و هو ظاهر (المبسوط و الخلاف) حيث حكم بصحته و اقتصر فى (التحرير) على نسبه للشيخ و حكمهم بصحة قوله طلق أو أعتق و على ألف يرشد إليه لأنه لا يتصور فيه غير الجعالة و هى فيما نحن فيه جائزة هذا تحرير كلامهم فى المقام و الجمع بين أطرافه

(قوله) (يجوز أن يجمع بين شيئين مختلفين فما زاد فى عقد)

كما فى (المبسوط و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع) (و النافع و التذكرة و التحرير و التبصرة و الإرشاد و غاية المراد و الدروس و التنقيح) و غيرها و فى (مجمع البرهان) نسبه إلى الأكثر (و فى جامع المقاصد) لا محذور فى صحة ذلك عندنا و فى موضع من (التذكرة) أنه عندنا جائز و فى (المسالكة) لا خلاف فيه قلت قد صرح فى (المبسوط) بأن فيه خلافا و قد يظهر ذلك من (السرائر) و لعله أراد فى (المبسوط) الخلاف من العامة لا منا و قد سمعت ما فى (مجمع البرهان) حيث نسبه إلى الأكثر ثم إنه تأمل فيه لوجوه لم يظهر لكثير ممن تأخر عنه وجه دلالتها و غايتها حصول الجهالة و هى مدفوعة بأن الجميع بمنزلة عقد واحد و العوض فيه معلوم بالنسبة

إلى الجملة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥٣

كبيع و سلف (١) أو إجارة و بيع أو نكاح و بيع و إجارة (٢) و يقسط العوض على قيمة المبيع و إجارة المثل و مهر المثل من غير حصر على إشكال (٣) و لو كان أحد الأعواض مؤجلا قسط عليه كذلك (٤)

و هو كاف فى انتفاء الغرر و الجهالة و إن كان عوض كل منهما بخصوصه غير معلوم حال العقد و كون كل واحد بخصوصه بيعا فى المعنى أو بعضه إجارة أو غيرها الموجب لعوض معلوم لا يقدر لأن لهذا العقد جهتين فبحسب الصورة هو عقد واحد فيكفى العلم بالنسبة إليه و يدل عليه الأصل و العمومات السالمة عن المعارض عدا ما عرفت مما يتوهم و محل الفرض ما إذا قال مثلا بعتك هذه الدار و آجرتك تلك الدار بألف و نحو ذلك أما لو قال بعتك هذه بألف و آجرتك تلك بألف فقال قبلت كان صحيحا بالإجماع كما فى (المبسوط) و يكون العقد متعددا و إن جمع المشتري بينهما فى القبول كما فى (التذكرة) (قوله) (كبيع و سلف)

كان يقول بعتك هذا العبد و عشرة أفضة حنطة موصوفة بكذا مؤجلا إلى كذا بمائة درهم أو يقول المشتري أسلمت إليك هذا الدينار فى هذا المتاع و فى قفاز حنطة إلى كذا هذا إن فسرنا السلم بما هو المتعارف و إن فسرناه بالقرض كما هو لغة أهل الحجاز و عليه قولهم نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع و سلف و هو أن يبيع دارا على أن يقرضه المشتري ألفا فهو عند مكروه كما فى (المبسوط) و سائغ كما فى (غاية المراد) و فى (الخلاص) الإجماع عليه و قد تقدم الكلام فيه (قوله) (أو إجارة و بيع أو نكاح و بيع و إجارة)

و لو جمع بين البيع و الكتابة مثل كاتبك و بعتك كذا بدينار لم يجوز لأنه قبل تمام الكتابة عبد مملوك و مع بطلان البيع فى بطلان الكتابة و صحتها و جهان

(قوله) (و يقسط العوض على قيمة المبيع و إجارة المثل)

كما فى (المبسوط) و غيره و فى (المسالك) أن ثمن المثل و قيمته موضع وفاق

(قوله) (و مهر المثل من غير حصر على إشكال)

كما فى (التذكرة) فى موضع منها و كذا الإيضاح ينشأ من إطلاق الأصحاب التقسيط على مهر المثل كما فى (الإيضاح و جامع المقاصد) و لأنه بالنسبة إلى البضع كالقيمة السوقية بالنسبة إلى السلعة و من أن المرأة إنما تستحق مهر السنة لو زاد مهر مثلها عليه فلا يقسط على ما لا يعد عوضا لبضعها و هذا بناء على أن المفوضة ترد إلى مهر السنة مع زيادة مهر مثلها عليه و هنا لما لم يتعين لها مهر مقدر ابتداء أشبهت المفوضة فيحتمل كونها كذلك و لا يتم إطلاق مهر المثل و الأصح اعتباره مطلقا كما هو صريح (جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح) و ظاهر إطلاق (جامع الشرائع و الشرائع و الإرشاد) (و التذكرة) فى موضع منها (و غاية المراد و التنقيح) و غيرها لأنها ليست مفوضة بل مسماة المهر غايته عدم العلم بقدر ما يخصه ابتداء و فى (جامع المقاصد و المسالك) أن الأصح على تقدير التفويض عدم الرجوع إلى مهر السنة (قلت) إن أراد مفوضة البضع كما هو الظاهر فالمعروف المشهور أنه إذا دخل بها أن لها مهر المثل ما لم يتجاوز مهر السنة فإن تجاوزها رد إليها و قد حكى عليه الإجماع فى (الغنية و الإيضاح) و ظاهر (المبسوط) و دل عليه الموثق و لم يعرف الخلاف إلا من ظاهر (النافع و المختلف) و قد يلوح من (السرائر) و أما مفوضة المهر فإن كان التفويض إليها فلا خلاف فى أنها لا تتجاوز مهر السنة كما بينا ذلك فى حواشينا على (الروضة)

(قوله) (و لو كان أحد الأعواض مؤجلا قسط عليه كذلك)

فلو باعه عبدا يساوى عشرة حالا و عشرين مؤجلا فباعه مؤجلا و أجره داره مدة سنة بعشرين و العوض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥٤

و يجوز بيع السمن بطروفه و أن يقول بعتك هذا الزيت بطروفه كل رطل بدرهم (١)

### [الفصل الرابع فى الاختلاف]

#### إشارة

(الفصل الرابع فى الاختلاف) إطلاق العقد يقتضى نقد البلد فإن تعذر فالغالب فإن تساوت النقود افتقرا إلى التعيين لفظا فإن أبهماه بطل (٢) و كذا الوزن و لو اختلفا فى قدر ما عيناه أو وصفه بعد اتفاقهما على ذكره فى العقد و لا بينة فالقول قول البائع مع يمينه إن كانت السلعة قائمة (٣)

عشرون فإنه يقسط بينهما بالسوية

(قوله) (و يجوز بيع السمن بطروفه و أن يقول بعتك هذا الزيت بطروفه كل رطل بدرهم)

لا بد فى المسألتين من أن يكون وزن الظرف و المظروف معلوما و إن جهل تفصيله و إنما تمتازان بأن يقسط الثمن عليهما فى الأولى على ثمن مثلهما و فى الثانية عليهما باعتبار الوزن و تظهر الفائدة لو كان كل واحد منهما لواحد أو ظهر أحدهما مستحقا و أريد معرفة ما يخص كل واحد منهما فعلى الأول يقسط الثمن على ثمن مثلهما بأن يقال قيمة الظرف مثلا درهم و قيمة السمن تسعة فيخص الظرف عشر الثمن كائنا ما كان و على الثانى يوزن الظرف منفردا و ينسب إلى الجملة و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبة و قد تقدم الكلام فيه فى الفرع التاسع من فروع الفصل الثالث فى العوضين

(الفصل الرابع فى الاختلاف) (قوله) (إطلاق العقد يقتضى نقد البلد فإن تعدد فالغالب فإن تساوت النقود افتقر إلى التعيين لفظا فإن أبهماه بطل)

كما فى (المبسوط و الوسيلة) و كثير مما تأخر عنهما (كالنافع و الشرائع) (و التحرير و التذكرة و الإرشاد) و غيرها و إليه أشار فى (السرائر) و هو ظاهر أكثر الباقيين من وجوه و قد يظهر أو يلوح من (مجمع البرهان) الإجماع على ذلك و دعواه غير بعيدة لأنى لم أجد من تأمل فى ذلك سوى المولى الأردبيلى فإنه احتمل فيما إذا تساوت العقود «١» و لم يعين (و إن لم يعين خ ل) الصحة إن لم يكن خلاف الإجماع و خلاف علم الهدى و الشيخ فى (المبسوط) فى المشاهدة و كفايتها فإنه مقام آخر و كذا خلاف أبى على فى تجويزه البيع بسعر ما باع و دعوى الملازمة كأنها غير مسلمة فليتأمل فى ذلك و الوجه فى أن الإطلاق يقتضى نقد البلد إذا كانا يعلمانه مع وجوده فيه و عدم ما يصرف عنه أن العرف و العادة جاريان على ذلك فلا غرر و لا جهالة و أما انصرافه مع التعدد إلى الغالب فهو الغالب المعروف و كذلك يصح البيع إذا تعدد و تساوت فى القدر و القيمة و المالية و إن اختلفت الأفراد بحسب الرغبة على قول لا- يخلو من قوة إن لم يؤد التفاوت إلى الغرر و الجهالة أو النزاع و المشاجرة و أما مع تساويها فى الغلبة مع عدم التعيين فالبتلان لما ذكر من حصول الجهالة و المشاجرة (و مما ذكر) يعرف الحال فى الوزن و الكيل (و يعلم) أن الغلبة قد تكون فى الاستعمال و قد تكون فى الإطلاق بمعنى أن الاسم يغلب على أحدهما و إن كان غيره أكثر استعمالا فإن اتفقت الغلبة فيهما فلا إشكال و إن اختلفت بأن كان أحدهما أكثر استعمالا و الآخر أغلب و صفا ففى ترجيح أحدهما أو يكون بمنزلة التساوى نظرا إلى تعارض المرجحين نظر

(قوله) (و لو اختلفا فى قدر ما عيناه أو وصفه بعد اتفاقهما على ذكره فى العقد و لا بينة فالقول قول البائع مع يمينه إن كانت السلعة

قائمة)

(١) كذا في ثلاث نسخ و الظاهر النقود (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥٥

.....

المراد أنهما اختلفا في قدر ما عيناه من الثمن كما طفحت به عباراتهم فهذه الأحكام كلها للثمن دون المثل لأن أحكامه ستأتي إن شاء الله تعالى و خرج به ما إذا اختلفا في عين الثمن أو جنسه كما إذا قال بعتك بهذه الدراهم فقال لا بل بهذه أو قال بعتك بذهب فقال بل بفضة فإنهما يتحالفان بلا كلام كما في (شرح الإرشاد) لفخر الإسلام و قد خلى (خلت خ ل) أكثر العبارات عن ذكر الوصف ما عدا (التنقيح) فإنه جعل الاختلاف فيه كالاختلاف في قدر الثمن قال لا فرق بينهما (و تنسحب الأقوال) فيه و في (التذكرة) لو اختلفا في بعض صفاته قدم قول منكر زيادة الصفه و لو اختلفا في وصفين مختلفين تخالفا (و قوله) بعد اتفاقهما على ذكره في العقد احتراز عن اختلافهما في ذكر المعين ثنا في العقد فإنهما إذا اختلفا على هذا الوجه يكون القول قول مدعى الصحة إذ القائل بعدم ذكره يدعى فساده فيحلف الآخر على ذكر هذا المعين في العقد أو يحلف على ذكر ثمن يصح به العقد فتندفع دعوى الآخر و يبقى اختلافهما في القدر و الوصف بحاله و كيفية حلف المدعى أن يحلف أنه ما باعه بالأقل لأنه ينكر البيع به فإذا حلف مع اتفاقهما على صحة البيع انحصر فيما يدعيه (و فيه) أن عدم بيعه بالأقل لا يقتضى صحة دعواه و إثباتها يمينه إلا أن يعترف المشتري بأن العقد وقع على أحد الثمنين لا غير و إلا حلف أنه إنما باعه بالأكثر أو ما باعه بالأقل بل بالأكثر فليتأمل (و قد يقال) إن المتبادر من قوله ما عيناه كون التعيين في العقد فيكون قوله بعد اتفاقهما مستدركا لأنه ليس زائدا على تعيينهما إياه و احتراز بقوله و لا بينه عما لو كان هناك بينه فإنه لا يمين و سماعها موقوف على معرفة المدعى و المنكر كما ستعرف الحال من الأقوال و ما اختاره المصنف من أن القول قول البائع مع يمينه إن كانت السلعة قائمة و قول المشتري إن كانت تالفه هو مذهب الأكثر كما في (التذكرة و جامع المقاصد) و الأشهر كما في (الدروس) و المشهور كما في (جامع المقاصد أيضا و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) و الإجماع محكى عليه في (الخلايف) و ظاهر (الغنية و كشف الرموز) بل الإجماع محكى في (السرائر) في آخر مبحث الشرط في العقود كما ستسمع كلامه مع أنه قبل ذلك أنكرك ذلك غاية الإنكار قال (كاشف الرموز) و رأيت المتأخر يعني ابن إدريس ادعى الإجماع في آخر باب الشرط في العقود على ما قاله الشيخ و نسي ما اختاره أولا و المناقضة منه ليس ببدع انتهى (و في غاية المراد) أنه مذهب الشيخ و أتباعه و الرواية به مشهورة بين الأصحاب و في (كشف الرموز) أن الأصحاب عملوا بمراسيل البنظي و الرواية مقبولة عند أهل الحديث كما في (إيضاح النافع) و مشهورة متكررة في الكتب معمول بها بين الأصحاب كما في (الكفاية و في الدروس) نسب احتمال التحالف و حلف المشتري إلى الندره (قلت) و قال الشيخ في العدة إن البنظي لا يروى إلا عن ثقة و هو خيرة (النهاية و المبسوط) (و الخلايف) و القاضى و القطب فيما حكى عنهما (و السرائر) في آخر كلامه كما عرفت (و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و كشف الرموز و الإرشاد و التبصرة) (و الدروس و اللمعة و غاية المراد و جامع المقاصد و الكفاية) و قيل به أو ميل إليه في (إيضاح النافع) (و مجمع البرهان) و قد يقال إنه ظاهر الكليني و الصدوق و غيرهم كما ستسمع و الأصل فيه ما أرسله البنظي عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا و كذا بأقل مما قاله البائع قال القول قول البائع إذا كان الشيء قائما بعينه مع يمينه و قد رواها المشايخ الثلاثة مسنده في روايتي الكليني و الشيخ عن أحمد البنظي عن رجل عن الصادق عليه السلام و مرسله في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥٦

و قيل إن كانت في يده (١)

(الفقيه) عنه عليه السلام و مفهومها يعطى أن القول قول المشتري مع عدم بقائها مع عدم القول بالواسطة كما فى (المسالك و مجمع البرهان) و غيرهما و موافقته للأصل و هى أخص من الأصل و القاعدة فيخصصان بها مع تأيده بإطلاق الصحيح فإن اختلافاً فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا و ظاهر التتارك بقاء السلعة أو يكون الإطلاق محمولاً على التقييد فى الخبر السابق و محل الاختلاف فى (الصحيح) و إن كان مطلقاً إلا أن ما نحن فيه داخل تحت الإطلاق و روى فى الخلاف عن عبد الله بن مسعود أن النبى صلى الله عليه و آله قال إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع و المبتاع بالخيار مضافاً إلى الأخبار الذى أرسلها الشيخ فى الخلاف إن كانت غير هذه و ما يحكيه كما يرويه (و قد احتجوا) له بوجوه لا- تخلو من نظر أقواها أن البائع لما عين السبب المقتضى للانتقال و شخصه بوقوعه على الثمن الزائد أو بالوصف المخصوص لم يكن اعترافه بالملك مطلقاً بل على ذلك الوجه الذى إن ثبت ثبت به ذلك الثمن المخصوص فحينئذ يكون منكراً لما يدعيه المشتري (و فيه) أنه قد يقال إنه أيضاً مدع لعقد يتضمن الزيادة فيكون منكراً و مدعياً (فتأمل) و على المشهور لو كانت العين قائمة لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالات لازماً كالبيع و العتق ففى تنزيه منزلة التلف و جهان العدم لصدق القيام و منع المساواة للتلف و التنزيل اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتبادر أو المتيقن من النص و ليس هو إلا إذا لم تنتقل عنه و لو تلف بعضه ففى تنزيه منزلة تلف الجميع أو بقاء الجميع أو إلحاق كل جزء بأصله أو وجهها الأول لعدم صدق قيامها الذى هو مناط تقديم قول البائع مع الاقتصار على المتيقن فيما خالف و كذلك الحال لو امتزجت بغيرها امتزاجاً لا يمكن تخليصه و لا تمييزه لعدم صدق القيام عرفاً فإن ظاهره أنه أخص من الوجود

(قوله) (و قيل إن كانت فى يده)

هذا قول أبى على قال يحلف المشتري إن كانت فى يده أو أحدث فيها حدثاً و يحلف البائع إن كانت فى يده فيتخير المشتري بين الأخذ و الترك كما حكى عنه جماعة منهم المصنف فى (المختلف) و الشهيد فى (الدروس) و قد نفى عنه البأس فى (التذكرة) و قال فى (السرائر) و قال بعض أصحابنا و هو ابن الجنيد و أبو الصلاح صاحب كتاب (الكافى) و غيرهما من أصحابنا إذا كان الشئ فى يد بائعه فالقول قوله مع يمينه و إن كان فى يد مشتريه فالقول قول المشتري (و احتج) لذلك أنه إذا كان فى يد بائعه بعد فالمشتري يريد انتزاعه من يده فالقول قول من ينزع الشئ من يده و لو كان فى يد مشتريه فصاحبه يعنى بائعه يدعى زيادة على ما أقر به المشتري فلا تقبل دعواه إلا بينة ثم أطال فى الكلام إلى أن قال إن الشيخ استدل فى (الخلاف) بإجماع الفرقه و أخبارهم فقال من أجمع معه و أى أخبار وردت له و إنما هو خبر واحد مرسل (و قد يقال) إن ممن أجمع معه الكليني و الصدوق و البنظي و سهلا و عدته و فيها الأجلاء و محمد بن أحمد بن يحيى بن عمران الأشعري و معاوية بن حكيم الراونى لهذا الحديث و حال ما يحكيه الشيخ فى (الخلاف) و غيره كحال ما يسنده و يرويه فلا وجه لرده عليه بقوله من أجمع معه و أى أخبار وردت له و كان الواجب عليه أن يبين لنا من الذى أراد بقلوبه و غيرهما من أصحابنا فإنه لم نجده و لم يحكه أحد عن غير هذين غيره و قد قال بعد ذلك بأسطر قليلة و إن اختلفا فى الشرط و الذكر فالقول قول البائع مع بقاء السلعة لإجماع الطائفة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥٧

و قول المشتري مع يمينه كانت السلعة تالفه و قيل إن كانت فى يده يحتمل تقديم قول المشتري لأنه منكر (١) و يحتمل التحالف و بطلان البيع (٢)

على أنهما إذا اختلفا فى الثمن كان القول قول البائع مع بقاء السلعة و القول قول المشتري مع عدمها انتهى كلامه ثم المحكى عن أبى الصلاح فى (المختلف و الإيضاح و الدروس) و غيرها أنه قال يتحالفان إن تنازعا فى المبيع أو الثمن قبل التقابض و يفسخ البيع و لم يتعرض لما بعد القبض و هذا خلاف ما حكاه عنه فى (السرائر) و أما ما احتجوا به (ففيه) أن كون السلعة فى يد البائع مع اعترافه بزوال



ملكه عنها بالبيع الذي ادعاه لا أثر له في تقديم قوله لاعترافه بأن هذه اليد ليست يد ملك (و القول) بأنه نفى ملكية المشتري للسلعة إلا على الوجه المخصوص فتكون يده بالنسبة إلى ما عدا ذلك الوجه يد ملك (يدفعه) أن الدعوى لو تضمنت إقرار نفذ وإن لم تنفذ الدعوى و أما المشتري فإنه معترف بابتناء يده على يد البائع و سبق ملكه فكيف تعتبر يده و أما حدث المشتري فهو دليل اليد التي قد عرفت حالها و ذكر في (التحرير) القولين مترددا فيهما و قد ذكرنا في أواخر باب الشفعة ما له نفع في المقام حيث تعرض لهذا الفرع هناك و فيما إذا أقاما بينتين و أسبغنا فيه الكلام

(قوله) (و يحتمل تقديم قول المشتري لأنه منكر)

قال في (المسالك) هذا لم يذكره أحد من أصحابنا في كتب الخلاف و ذكره العلامة في (التذكرة) عن بعض العامة (انتهى) و هو كذلك و لذلك ذكره في (الدروس) احتمالا للفاضل و نسبه إلى الندره و في (التذكرة و الروضة) أن فيه قوة و في (الميسية) أنه حسن و في (المسالك) أنه أقوى الأقوال و في مجمع البرهان أنه الظاهر الموافق للقوانين و في (جامع المقاصد) أنه يشكل بأن قول كل منهما مناف لقول الآخر حيث إن كل واحد منهما شخص دعواه بما ينافي الدعوى الأخرى و هذا منه بناء على ما تقدم (يأتي خ ل) له من تقوية القول بالتحالف و قوة هذا الاحتمال لا- تكاد تنكر لو لا- الأخبار و الإجماعات لكن على تأمل في تقديم قوله على الإطلاق لرجوع الأمر في بعض الصور إلى التحالف كأن يدعى البائع بألف و المشتري بغيره مثلا (فتأمل) جيدا و إلى هذا القول يرجع ما في (المختلف) من أن القول قول المشتري مع قيام السلعة أو تلفها في يده أو في يد البائع بعد الإقباض و الثمن في الذمة و كذلك إذا كان معيناً لكن كان الأقل لا يغير أجزاء الأكثر و لو كان مغايراً تحالفاً و فسخ البيع (و احتج) على الأول بأن المشتري منكر و على الثاني بأن التحالف في عين الثمن و كل منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيتحالفاً و هو يرجع إلى تقديم قول المشتري مطلقاً حيث يكون الاختلاف في كمية الثمن و ذلك لأن موضع الخلاف ما لو كان الثمن في الذمة ليمكن جريان الأقوال فيه فلو كان معيناً كما لو قال بعتك بهذا العبد فقال بل بهذه الأمة أو الدراهم فإنه يتعين التحالف و هذا لا يطلق عليه الاختلاف في قدر الثمن نعم قد يتفق مع التعيين الاختلاف في القدر كما لو قال بعتك بهذين الدينارين فقال بل بأحدهما معينا فإن الحكم فيه كالحال في الذمة و الأقوال جارية فيه فظهر رجوع قول (المختلف) إلى هذا القول و في (التنقيح) أن تفصيل (المختلف) حسن لا غبار عليه (قوله ره) (و يحتمل التحالف و بطلان البيع)

هذا الذي صححه فخر الإسلام في (الإيضاح و شرح الإرشاد) و الشهيد في (قواعده) لأن كلا- منهما مدع و منكر و في (جامع المقاصد) أنه لا يخلو من قوة و نسبه في (الدروس) إلى النذور و أبطله في (مجمع البرهان) لأن موضع التحالف هو مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥٨

فيحتمل استحباب تقديم البائع في الإحلاف لعود الملك إليه فجانبه أقوى (١) و المشتري لأنه منكر الزيادة (٢) و التساوى لأن كل منهما مدع و مدعى عليه فإن البائع يدعى الزيادة و ينكر تملك المبيع بدونها و المشتري بالعكس في فرع (٣) ثم يحتمل أن يحلف كل منهما يمينا واحدة جامعة بين النفي و الإثبات فيقول البائع ما بعث بعشرة بل بعشرين و يقول المشتري ما اشتريت بعشرين بل بعشرة (٤)

إرجاع الدعوى إلى دعويين و عدم قطع الدعوى بحلف المنكر و ما نحن فيه ليس كذلك إذ الظاهر أن الدعوى واحدة و حلف المشتري على عدم الزيادة التي يدعيها البائع يقطع الدعوى و يرفع النزاع و الخصومة و قد عرفت فيما سلف الحال في كيفية حلف البائع على المشهور و الوجه في بطلان البيع مع التحالف انتفاء كل من دعوى أحدهما بيمين صاحبه و ستعرف الحال في أنه هل يبطل من أصله أو من حينه

(قوله) (فيحتمل استحباب تقديم البائع في الإحلاف لعود الملك إليه فجانبه أقوى)

هذا الاحتمال و ما بعده تفرع على احتمال التحالف و كلها على الاستحباب لعدم نهوض أدلتها على الوجوب و هي مخصوصة بما إذا

باع عرضا بثمن في الذمة فأما إذا تبادلا عرضا بعرض فلا وجه إلا التسوية كما في (التذكرة) و الوجه في احتمال استحباب تقديم قول البائع ما أشار إليه المصنف من عود الملك إليه بعد التحالف فهو في قوة صاحب اليد و صاحب اليد أقوى فهو أحق باليمين و لما رواه العامة من قوله صلى الله عليه و آله القول ما قاله البائع و المبتاع بالخيار و هو خيرة الشافعي و أحمد و الذي قربه في (التذكرة) أنه يبدأ بيمين من ادعى عليه أولا- و تبعه على ذلك صاحب (المسالك) و نفى عنه البعد في (جامع المقاصد) و في (الدروس) أن البادى باليمين من يتفقدان عليه فإن اختلفا عين الحاكم

(قوله) (و المشتري لأنه ينكر الزيادة)

و الأصل براءة ذمته منها فهو منكر فاليمين في جنبه أقوى و لأنه إذا نكل وجب الثمن الذي ادعاه البائع و انفصل الحكم و ما كان أقرب إلى فصل الحكم بدئ به

(قوله) (و التساوى لأن كلا منهما مدع و مدعى عليه فإن البائع يدعى الزيادة و ينكر تملك المبيع بدونها و المشتري بالعكس فيقرع)

كما يقرع بين المتسابقين إلى المباح و يحتمل أنه يتخير الحاكم في التقديم كما في (التذكرة) و قد سمعت ما في (الدروس)

(قوله) (ثم يحتمل أن يحلف كل منهما يمينا واحدة جامعة بين النفي و الإثبات فيقول البائع ما بعت بعشرة بل بعشرين و يقول المشتري ما اشتريت بعشرين بل بعشرة)

هذا بيان كيفية اليمين و وجه ما ذكره المصنف أن ذلك مغن عن يمين أخرى لو نكل الآخر فكان أفضل للحكم و أسهل للحاكم و أن اليمين محذورة و قد نهى عن تكرارها (و فيه) أن يمين الإثبات بعد النكول فلا تتقدم عليه و أنها أى يمين الإثبات قاطعة و هذه ليست قاطعة ثم إنها لا يبدأ بها في غير القسامة (إلا أن تقول) إنها أتت هنا تبعا فيقدم النفي على الإثبات لأنه الأصل في الإيمان فإذا حلفا يمين النفي سقطت الدعويان عندنا كما في (التذكرة) و كان الملك باقيا على حاله و لم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه و معناه أنه يبطل العقد من أصله و ينزل منزلة المعدوم (و يشكل) باتفاقهما على وقوع عقد ناقل فالظاهر أن البيع لا يبطل إلا من حينه كما هو خيرة (الدروس) فالنماء لمن كان مالكا و لو وقع التحالف بعد انتقال العين من المشتري بعقد لازم أو خرج عن ملكه بعق أو وقف فعلى الأول تبطل العقود و غيرها و ترجع العين إلى البائع و على الثاني يرجع إلى القيمة يوم الانتقال كما سيأتي في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٥٩

أو يمينا على النفي (١) فإن نكل أحدهما بعد يمين صاحبه الجامعة بين النفي و الإثبات قضى عليه (٢) و بعد المنفردة بالنفي تعاد عليه يمين الإثبات (٣) فإن نكل فهو كما لو تحالفا لأن نكول المردود عليه عن يمين الرد كحلف صاحبه (٤) و لو كان المبيع تالفا وجبت القيمة عند التحالف يوم التلف و يحتمل يوم القبض (٥)

الكتاب و لو تلف رجع بقيمته على القولين و الظاهر أن العقد يبطل بالتحالف و إن لم يفسخه فاسخ كما سمعته عن (التذكرة) على القول ببطلانه من أصله و الظاهر أنه كذلك على القول ببطلانه من حينه و في (الدروس) إذا حلفا أو نكلا احتمل أن يفسخ العقد إذ إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر و على وفق أحدهما تحكم و يحتمل أن يترزل و يفسخه المتعاقدان أو أحدهما أو يرضى أحدهما بدعوى الآخر أو يفسخه الحاكم إذا أيسر من موافقتهما أو امتنعا من فسخه لثلا يطول النزاع و على الانفساخ يفسخ من حينه لا من أصله و على الفسخ فمن حين إنشائه ثم إن تقارنا على الفسخ أو فسخه الحاكم انفسخ ظاهرا و باطنا و إن بدر أحدهما فإن كان المحق فكذلك و إلا انفسخ ظاهرا (انتهى) و هو خلاصة ما في (التذكرة)

(قوله) (أو يمينا على النفي)

قال في (التذكرة) اليمين عندنا واحدة على نفي ما ادعاه الآخر فيحلف البائع أنه لم يبع بخمسائة و يحلف المشتري أنه لم يشتري بألف ثم ينسخ العقدان و هو خيرة (الدروس) و جامع المقاصد و المسالك) و لم يرجح في الإيضاح

(قوله) (فإن نكل أحدهما بعد يمين صاحبه الجامعة بين النفى والإثبات قضى عليه)

هذا تفرغ على الاحتمال الأول و لا فرق فى ذلك بين نكوله عن النفى والإثبات جميعا أو عن أحدهما فإن نكلا معا عن اليمين أصلا فوجهان و يحتمل أن يكون تناكلهما كتتحالفهما و هو الذى حكم به فى (الدروس) أو يوقف الأمر لأنهما تركا الخصومة (قوله) (و بعد المنفردة بالنفى يعاد عليه يمين الإثبات)

فإن حلف قضى له و هذا تفرغ على الاحتمال الثانى و لو نكل الأول عن اليمين حلف الآخر على النفى و الإثبات و قضى له و لو حلف على النفى فقط فوجهان الاكتفاء بها لأن المحوج إلى الفسخ جهالة الثمن و قد حصلت و عرض يمين الإثبات عليهما فإن حلفا ثم التحالف و إن نكل أحدهما قضى للتحالف و إن نكلا معا فكما سلف و هذا كله إذا لم نقل بأنه يقضى على الناكل بمجرد النكول و ليتأمل فى ذلك كله

(قوله) (فإن نكل فهو كما لو تحالفا لأن نكول المردود عليه عن يمين الرد كحلف صاحبه)

أى فإن نكل عن يمين الإثبات الحالف ليمين النفى بعد نكول صاحبه عن اليمين أصلا فهو كما لو تحالفا فى ثبوت الفسخ و ذلك لأن اليمين لما انحصرت فى جانب لإثبات الحق كان نكوله عنها موجبا لسقوطه فهو كما لو حلف صاحبه و يحتمل أن لا يثبت الفسخ بذلك بل أقصاه أنه لا يقضى له لاحتمال صدقه فيما يدعيه صاحبه و كذبه فيما يدعيه هو فيوقف الأمر أو تعرض يمين الإثبات عليهما كما مر فليتأمل

(قوله) (و لو كان المبيع تالفا و جبت القيمة عند التحالف يوم التلف و يحتمل يوم القبض)

إذا تلف فى يد المشتري فعليه قيمته سواء كانت أكثر من الثمن أو أقل و هل تعتبر وقت التلف لأن مورد الفسخ العين لو بقيت و القيمة خلف عنها فإذا فات الأصل فحينئذ ينظر إليها أو يوم القبض لأنه وقت دخول المبيع فى ضمانه أو الأقل لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت فى ملك المشتري و إن كانت يوم التلف أو القبض أقل فهو يوم دخوله فى ضمانه أو بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف لأن يده يد ضمان فيتعين أعلى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦٠

و لو تلف بعضه أو تعيب أو كاتبه المشتري أو رهنه أو أبق أو آجره رجع بقيمة التالف و أرش العيب و قيمة المكاتب و المرهون و الآبق و المستأجر و للبائع استرجاع المستأجر لكنه يترك عند المستأجر مدة الإجارة و الأجرة المسماة للمشتري و عليه أجرة المثل للبائع و لو زالت الموانع بأن عاد الآبق أو فك الرهن أو بطلت الكتابة بعد دفع القيمة فالأقرب عود ملك البائع إلى العين فيسترد المشتري القيمة

القيم (و قد عرفت) أن هذا الفرع جار على القول بطلانه من أصله أو من حينه بخلاف ما سيأتى

(قوله) (و لو تلف بعضه أو تعيب أو كاتبه المشتري أو رهنه أو أبق أو آجره رجع بقيمة التالف و أرش العيب و قيمة المكاتب و المرهون و الآبق و المستأجر)

أما رجوعه بقيمة التالف فلأنه رجع بالتحالف إلى ماله فأخذ منه الموجود كيف كان و قيمة الذاهب و هذا خلاف ما تقدم فى التفرغ على القول المشهور و الفرق أن الحكم هنا معلق فى النص على قيام العين و هو غير متحقق مع تلف البعض و هنا يرجع بالتحالف إلى ماله كما عرفت (و وجه) رجوعه بالقيمة فى المذكورات أن هذه التصرفات صدرت من المشتري و هو مالك له أهلية التصرف فلا سبيل إلى إبطالها فيجب على المشتري دفع القيمة إذا طلبها المالك و لو كان يتمكن من ردها بعد يوم مثلا كما إذا كان قد بقى من مدة الإجارة يوم واحد فهل يجب دفع القيمة أم لا ظاهر إطلاق العبارة يقتضى ذلك و به قد صرحوا فى باب الغصب (و قد يفرق) بأن الغاصب مكلف بأشق الأحوال و يأتى تمام الكلام (و قد عرفت) أنه اختار فى (التذكرة) أن للبائع فسخ الكتابة و الإجارة و الرهن و

عرفت أن البطالين إنما طرأ بعد التحالف لاتفاقهما على ثبوت الملك قبله فلا سبيل إلى نفيه من أصله و الآبق مضمون عليه لأن يد المشتري يد ضمان

(قوله) (و للبائع استرجاع المستأجر لكنه يترك عند المستأجر مدة الإجارة)

فيتخير بين المطالبة بالبدل و بين الرجوع بها و الصبر إلى انقضاء مدة الإجارة و كذلك الحال إذا كانت مرهونة لكنه لما لم يكن عود الرهن موثوقا به لإمكان بيعه لوفاء الدين لم يذكر فيه ذلك و فى (الدروس) أن صاحب العين لو رضى بتأخير الأخذ إلى فك الرهن أو فراغ الإجارة احتملت إجابته إن سلم العين أو أسقط الضمان و جوزناه و إلا لم تجب و قال إن فى الإجارة و الرهن وجهين مبنيين على الحمل على الكتابة و الإباق

(قوله) (و الأجرة المسماة للمشتري)

لأن الإجارة عقد صدر منه فى وقت كان فيه مالكا لها

(قوله) (و عليه أجرة المثل للبائع)

أى أجرة المثل لما بعد الفسخ إلى آخر الإجارة لأن ما قبل ذلك حق المشتري و بعده حق للبائع و كذا منافعه فعليه عوضها و هو أجرة المثل لها لأنه فوتها بإجارتها

(قوله) (و لو زالت الموانع بأن عاد الآبق أو فك أو بطلت الكتابة بعد دفع القيمة فالأقرب عود ملك البائع إلى العين فيسترد المشتري القيمة)

وجه القرب كما فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أن القيمة أخذت للحيلولة لا معاوضة لأن المعاوضة مشروطة بصدور عقد و لم يتحقق و يحتمل ضعيفا عدمه لأن العين قبل رجوعها لم تخرج عن الملكية فهى إما للبائع و هو محال و إلا لزم أحد الأمرين إما ملك العوض و المعوض أو عدم ملك هذا العوض بل جواز التصرف فيه و كلاهما محال و ليس لغيرهما و إما للمشتري على حد ملك البائع العوض و هو المطلوب فإنه لم يعهد فى الشرع انقطاع الملك بغير عقد ناقل إلا فى مواضع معدودة ليس هذا منها أى عود المبيع (و قد يجاب) بأننا نلتزم بخروج المبيع عن ملك البائع كما تشير إليه عبارة الكتاب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦١

و النماء المنفصل للمشتري على إشكال و لو اختلفا فى تأخير الثمن و تعجيله أو فى قدر الأجل أو فى اشتراط رهن من البائع على الدرك أو ضميين عنه أو فى المبيع فقال بعتك ثوبا فقال بل ثوبين و لا بينة قدم قول البائع مع اليمين

و بدخول العوض فيه دخولا متزلزلا لأن له حقا فى عين ماله فلا يسقط حقه منها بالكلية و ثبوت العوض إنما كان محافظة على وصول حقه إليه بحسب المقدور فيكون بعود المبيع مسلطا على الرجوع إلى عين ماله و قد تدل عبارة الكتاب على أنه يعود بنفسه من غير توقف على فسخ ملكية العوض و يحتمل توقفه على الفسخ و المطالبة بالمبيع كما يرشد إليه دخول العوض فى ملكه إذ لا بد لزواله من سبب و قد يتوقف فى كون زوال الحيلولة سببا فى ذلك من دون فسخ البائع لكنهم صرحوا فى باب الغصب بأنه لو أبق العبد من يد الغاصب ضمن فى الحال القيمة للحيلولة و أن العبد باق على ملك المالك فإذا عاد ترادا و قالوا أيضا إنه يجب على الغاصب رد العين فإن تعذر دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبة فإن عادت فلكل منهما الرجوع و أنه يجبر المالك على إعادة البدل و مقتضى قولهم أن تملك القيمة للحيلولة أن لا يكون فى مقابلة العين المغصوبة و يرشد إليه تصريح جماعة ببقاء العين المغصوبة على ملك المالك و قول آخرين لا يملك الغاصب العين المغصوبة لامتناع كون المالك لا مالك له و انحصاره فيهما و المراد بالقيمة فى قول المصنف فى عبارة الكتاب فيسترد المشتري القيمة إما مطلق العوض ليشمل المثل أو نبه باستردادها فى القيمة على استرداد المثل فى المثل

(قوله) (و النماء المنفصل للمشتري على إشكال)

قال فى (الإيضاح) للنماء ثلاثة أقسام (الأول) المتجدد قبل التحالف و فيه الإشكال من حيث إن التحالف يفسخ البيع من الأصل و النماء تابع و من حيث إنه قد نما على ملكه و الفسخ متجدد (و فيه) أن احتمال رفع العقد من أصله بالتحالف ينافى بقاء الرهن و الإجارة و الكتابة كما هو المفروض و قال (الثانى) النماء المتجدد بعد التحالف و قبل أداء القيمة للبائع قطعاً (الثالث) المتجدد بعد أخذ القيمة و قبل الوجدان و هو مبنى على ما مر و لعله أراد ما ذكره فى وجه قرب عود ملك البائع إلى العين و احتمال عدمه و جزم فى (جامع المقاصد) بأن المراد فى المقام إنما هو القسم الثالث و جعل منشأ الإشكال من أن المبيع بدفع العوض دخل فى ملك المشتري و من أن عوده إلى الملك بعد رجوعه يقتضى عدم انقطاع علاقة الملك بالكلية ثم قوى الأول و الأقوى أن النماء فى القسم الأول للمشتري لما عرفت من أن الظاهر انفساخ العقد من حين التحالف و أنه فى القسمين الأخيرين للبائع لعدم دخول المبيع بدفع القيمة فى ملك المشتري و فى (التذكرة) أطلق كون النماء للبائع إن قلنا إن العقد يرتفع من أصله و للمشتري إن قلنا من حينه و احترز بالمنفصل عن النماء المتصل فإن ذلك للبائع قطعاً إذا استرد المبيع و يبقى الكلام فى نماء القيمة أعى العوض و البديل إذا استردها المشتري و لا-ريب فى أن المنفصل منه للبائع لأنه فى وقت النماء كان مالكا لها ملكا مراعى فكان نماء ملكه كما أنه لا ريب فى أن المتصل للمشتري فيجب رده مع عين القيمة

(قوله) (و لو اختلفا فى تأخير الثمن و تعجيله أو فى قدر الأجل أو فى اشتراط رهن من البائع على الدرك أو ضممين عنه أو فى المبيع فقال بعتك ثوبا فقال بل ثوبين و لا بينة قدم قول البائع مع اليمين)

كما صرح بذلك كله فى (المبسوط و الخلاف و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الدروس و اللمعة)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦٢

و لو قال بعتك العبد بمائة فقال بل الجارية تحالفا و بطل البيع

(و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و التحرير) إلا فى الأخير فظاهره التأمل فيه (و الغنية) فى المبيع و الأجل و الخيار و مقدار مدتهما و صرح فى (جامع الشرائع) بذلك فى تأخير الثمن و قدر الأجل و حكى عن القاضى الموافقة فيما إذا اختلفا فى المبيع و نحوه حكى عن أبى الصلاح لكنه قال بعد ذلك و فسخ البيع أولى (و وجه) تقديم قول البائع فى هذه المواضع مع يمينه أنه منكر لأنهما اتفقا على صدور العقد و حصول الملك و ثمن معين و اختلفا فى أمر زائد و البائع ينكر و ناقش فى (جامع المقاصد) فمال إلى القول بالتحالف بناء على القول به فى المسألة السابقة لاشتراكهما فى الوجه الذى اقتضاه بدعوى امتناع العمل بالمتفق عليه إذ ليس هناك فى الحقيقة متفق عليه لأن أحدهما يسند الملك إلى سبب مخصوص و الآخر ينفه و يسنده إلى سبب آخر ففى الحقيقة الملك بقول أحدهما خلاف الملك بقول الآخر و حينئذ فكل منهما مدع و مدعى عليه قال فيتحالفان إن لم تكن المسألة إجماعية (و فيه) أن السبب الناقل للملك و هو العقد لا نزاع بينهما فيه و لا تعدد و إنما الخلاف فيما صاحبه من الأمور المذكورة و هو أمر خارج عن السبب نعم هو مقيد بما يذكر فيه منها فما ثبت منها كان قيده و لا يلزم من ذلك اختلافه فتنازعهما يرجع إلى وجود تلك و عدمه و يقدم المنكر و هذا آت فى المسألة السابقة لو لا الدليل و ما ذكره فى المقام مبنى على الغالب من أن البائع يدعى التعجيل و تقليل الأجل و نحو ذلك فلو اتفق خلافه فادعى هو الأجل أو طوله لغرض تعلق بتأخير القبض أو ادعى اشتراط رهن أو ضممين على المشتري قدم قول المشتري للأصل و إنما يقدم قول البائع فى قدر المبيع سواء كان مطلقاً أو معيناً إذا لم يتضمن الاختلاف فى الثمن كبعتك هذا الثوب بألف فقال بل هو و الآخر بألفين فالأقوى التحالف إذ لا مشترك هنا يمكن الأخذ به كما فى (التذكرة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك) و غيرها أما إذا لم يتضمن الاختلاف فى الثمن كبعتك هذا الثوب بألف فقال بل هو و الآخر بألف ليكون قسط ما يدعى البائع بيعه خمسمائة فإنه يكون الاختلاف عند التحقيق فى أمرين (أحدهما) قدر الثمن فيقدم قول البائع فيه لما

مر إذا كانت السلعة قائمة كما هو المفروض في المثال (و الثاني) في انتقال السلعة الأخرى بالخمس مائة الأخرى و البائع ينكر ذلك فكان القول قوله مع اليمين فثبت له الألف في مقابلة ذلك الثوب و يجيء على مختار (المختلف) في المسألة الأولى من التحالف حيث يكون الأقل مغايرا لأجزاء الأ-كثر إنهما يتحالفان هنا في مثل ذلك و على مختاره هناك من تقديم قول المشتري عند عدم المغايرة تقديم قول البائع هنا كذلك فليلاحظ ذلك

(قوله) (و لو قال بعتك العبد بمائة فقال بل الجارية تحالفا)

بمعنى أنه يحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر كما في (المبسوط و الخلاف و الغنية و التحرير) (و الدروس و اللمعة و الكفاية) و قضية ذلك أنه يبطل البيع كما في (الكتاب و الإرشاد) و تبطل دعواهما كما في (الشرائع) و يحكم ببطان العقدین معا كما في (التذكرة) و قضية ذلك كله ما عدا (التذكرة) أنه يفسخ البيع كما في (جامع الشرائع) بنفسه من حينه و لا يحتاج إلى الفسخ لا من أصله كما في (اللمعة و الروضة) و تعبيرهم بالبطان ينبه على ذلك لاقتضائه سبق صحة فناء الثمن المنفصل المتخلل بين العقد و التحالف للبائع و أما المبيع فيشكل حيث لم يتعين و الوجه في التحالف أنهما لم يتفقا على أمر و يختلفا في ما زاد و هو ضابط التحالف فيحلف كل منهما يمينا واحدة على نفى ما يدعيه الآخر لا على إثبات

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦٣

و لو قال بعتك بعبد فقال بل بحر

ما يدعيه و لا جامعة بينهما لما عرفت فيما سلف فإذا حلغا انفسخ العقد و رجع كل منهما إلى عين ماله أو بدلها و البادى منهما من يتفقان عليه أو من ادعى عليه أولا أو البائع كما مر فيما سلف فإن حلف الأول و نكل الثاني و قضينا بالنكول ثبت ما يدعيه الحالف و إلا حلف يمينا ثانية على إثبات ما يدعيه ثم إذا حلف البائع على نفى ما يدعيه المشتري بقى على ملكه فإن كانت الجارية في يده و إلا انتزعا من يد المشتري و إذا حلف المشتري على نفى ما يدعيه البائع و كان العبد في يده لم يكن للبائع مطالبته به لأنه لا يدعيه و إن كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه لاعترافه بكونه للمشتري و له ثمنه في ذمته فإن كان قد قبض الثمن رده على المشتري و له أن يأخذ العبد قصاصا و إن لم يكن البائع قبض الثمن أخذ العبد قصاصا أيضا فإن زادت قيمته عنه فهو مال لا يدعيه أحد كما نبه على ذلك كله في (التذكرة و الروضة و المسالك) و على بعضه في (المبسوط و الخلاف) و على ما تقدم من التفصيل في الفسخ ظاهرا و باطنا على بعض الوجوه ينتفى ذلك و لا فرق في ذلك كله بين أن يكون الثمن معينا أو في الذمة خلافا للشافعي فيما إذا كان في الذمة فإنهما لا يتحالفان حينئذ عنده و ليعلم أنه في (الخلاف) بعد أن حكم بأنه يحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر قال و ليس هذا تحالفا و لعله أراد التنبه على ما يقوله الشافعي من أن التحالف أن يحلف كل واحد منهما على إثبات ما يقوله و نفى ما يدعيه الآخر و حكى في (اللمعة) عن الشيخ و القاضي في أصل المسألة أنه يحلف البائع كالاختلاف في الثمن و هذا لم نجده لهما و لا حكاة غيره عنهما و لعله لذلك ضرب عليه في بعض النسخ المقروءة على المصنف حكى ذلك في (الروضة)

(قوله) (و لو قال بعتك بعبد فقال بل بحر)

فإنه يقدم قول مدعى الصحة مع اليمين كما في (المبسوط و جامع الشرائع و الشرائع و التذكرة) (و الإرشاد و التحرير و الدروس و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد) و غيرها و في (الكفاية) أنه المعروف بينهم و ذلك لأن الأصل في العقود الصحة فيكون قول البائع موافقا للأصل (لا يقال) الأصل عدم العقد الصحيح و بقاء الملك فصار كما لو اختلفا في أصل البيع (لأننا نقول) الأصل عدم العقد الفاسد أيضا و قد وقع العقد منهما قطعا و الأصل في أفعال المسلمين و عقودهم الجارية بينهم الصحة (نعم قد يشكل) الحكم مع التعيين كبعتك بهذا العبد فيقول بل بهذا الحر فإن منكر نقل العبد إن كان هو المشتري فهو ينفي ثبوت الثمن في ذمته و إن كان هو البائع فهو ينفي انتقال عبده عنه فالأصل معهما في الموضوعين فهو يرجع إلى إنكار البيع فيقدم قول منكره (نعم) لو لم يعينا في

الصورتين توجه ما ذكروه و لعله إلى ذلك أشار الشهيد فى حواشيه حيث قال إن ذلك مخالف لما عليه الأصحاب فى غير هذا المقام (و يجاب) بأن المفروض عدم ظهور الحال فى الثمن كما إذا كان قد تلف أو مات أو هرب و أما مع ظهوره و ظهور كونه حرا فلا شك فى البطلان كما لا شك فى الصحة على تقدير ظهور الرقبه و لو بإقراره مع البلوغ أو الحكم عليه بذلك لكونه تحت يده يباع و يشتري أو لكونه طفلا تحت يده مع عدم ظهور الحرية (فليتأمل) فلا فرق حينئذ بين المعينين و المطلقين و لا بين كون مدعى الصحة البائع و المشتري و ظاهر عبارة الكتاب و غيرها أن منكر الصحة هو المشتري لا غير فلا وجه للتعميم فى تقديم قول مدعى الصحة ممن لم يقرب معه دعوى الفسخ قبل التفرق (فتأمل) لكن سيأتى قريبا أن تقديم مدعى الصحة إنما يصح بعد استكمال أركان المعاملة ليتحقق وجود العقد و ما إذا لم يدع مدعى الصحة دعوى زائدة كما إذا قال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦٤

أو قال فسخت قبل التفرق و أنكر الآخر قدم قول مدعى الصحة مع اليمين و اختلاف الورثة كالمتعاقدين )

## [فروع]

### إشارة

### فروع

## [الأول لو قلنا بالتحالف]

الأول) لو قلنا بالتحالف فاختلفا فى قيمة السلعة التالفه رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتهما فإن اختلفا فى الصفة قدم قول المشتري مع اليمين «١»

بعتك البيت بعوض غير معين فقال بل بعتنى البيت و تمام الدار بألف و قد استوفينا الكلام فى ذلك فى آخر باب الإجارة فليلاحظ (فتأمل)

(قوله) (أو قال فسخت قبل التفرق و أنكر الآخر قدم قول مدعى الصحة مع اليمين)

كما فى (المبسوط) و ما ذكر بعده فيما سلف آنفا ما عدا (اللمعة و الدروس و التنقيح) فإنه لم يتعرض له فيها (و وجهه) أن الأصل بقاء الصحة و عدم عروض المبطل فأطلق عليه الصحة مجازا و أريد به بقاؤها و إلا فمدعى الفسخ لا ينكر صحة العقد بل يعترف بها و يدعى أمرا آخر و لعله لذلك قال الشهيد فى حواشيه إنه مخالف لما قال الأصحاب و المصنف من قبول قول المشتري فى مثل ذلك و إنما هذا من فروع المخالفين انتهى (فليتأمل فيه) و لعله لذلك أهمل ذكره فى (الدروس و اللمعة) و على المشهور فيحلف على عدم الفسخ إن كان المدعى يدعى فسخ العقد بحضوره كما هو الظاهر و على عدم العلم بالفسخ إن لم يدع ذلك (قوله) (و اختلاف الورثة كالمتعاقدين)

عندنا فإن كانت السلعة قائمة حلف ورثة البائع و إن كانت تالفه حلف ورثة المشتري إن اختلفوا فى مقدار الثمن كما فى (التذكرة) و نسبه فى (الحدائق) إلى الأ-كثر و هو خيرة (جامع الشرائع و الدروس و اللمعة و التنقيح و جامع المقاصد و الروضة) و اختير فى (المختلف) (و المبسوط و الشرائع و التحرير) أن القول قول ورثة البائع فى قدر المبيع و ورثة المشتري فى الثمن على كل حال اقتصارا

فيما خالف الأصل على المتيقن و لو قلنا بالتحالف ثبت بين الورثة قطعا

(فروع الأول) (قوله) (لو قلنا بالتحالف و اختلفا في قيمة السلعة التالفة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتهما فإن اختلفا في الصفة قدم قول المشتري مع يمينه)

كما في (التذكرة) و في موضع آخر منها لو اختلفا في القيمة الواجبة عليه أو الأرش قدم قول المشتري مع اليمين و لم يتعرض للعرض على المقومين و قال الشهيد في حواشيه العرض على المقومين ليس معهودا عند أصحابنا بل فتواهم على تقديم قول الغارم مع التلف و قد ذكره المصنف في هذا الكتاب في غير موضع منها آخر مسألة في هذا الباب و هو قوله و لو اختلفا في قيمة التالف فالقول قول من ينكر الزيادة مع اليمين و في (المسالكة) أنه هو الذي تقتضيه أصول المذهب كما في نظائره حتى الغصب و ما ذكره العلامة أليق بأصول العامة نظرا إلى أن الوصف يفيد أهل الخبرة ظن القيمة فيكون مناسبا لرفع النزاع ثم وجه الشهيد في (حواشيه) كلام المصنف هنا بأن فيه حسم مادة الخلاف لارتفاع التهمة عن البينة و رده بعموم قوله عليه السلام و اليمين على من أنكر (و إنا) نمنع أن الصفات تعطى القيمة ضرورة أن للأعيان خصوصيات لا تعرف إلا بالمشاهدة قال فينبغي العمل على المشهور (انتهى) و اعترضه في (جامع المقاصد) فقال ما ذكره في التوجيه لا يخلو من شيء فإن حسم مادة الخلاف لم يكن لأن البينة لا تهمة بالنسبة إليها بل لمحض حكم الشارع و ذلك بالنسبة إلى البينة و اليمين سواء فيجب الأخذ بظاهر قوله عليه و آله الصلاة و السلام و اليمين على من أنكر (نعم قد يقال) البينة ممكنة في هذا الموضع و هي حجة المدعى و لا ينتقل إلى اليمين إلا مع تعذرهما فإن تم هذا فما ذكره جيد و إلا فلا و في تمامه نظر

(١) يمينه خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦٥

### [الثاني لو تقابلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض الثمن]

(الثاني) لو تقابلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض الثمن ثم اختلفا في قدر الثمن قدم قول البائع مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد الفسخ (١)

### [الثالث لو قال بعتك و أنا صبي]

(الثالث) لو قال بعتك و أنا صبي احتمال تقديم قول مدعى الصحة مع يمينه و تقديم قول البائع لأصالة البقاء (٢)

لأن الأوصاف لا تعطى قيمة الأشياء لأن للأعيان خصوصيات لا يفى بها الوصف إنما يطلع عليها بالمشاهدة فحينئذ الحكم بقبول يمين المنكر هنا مع تعذر البينة المطلعة على عين السلعة انتهى (فليتأمل) فيه

(قوله) (الثاني لو تقابلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض الثمن ثم اختلفا في قدر الثمن قدم قول البائع مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد الفسخ)

كما في (التذكرة) (و التحرير و الدروس و جامع المقاصد) لأنه كما قال المصنف منكر لما يدعيه المشتري بعد الفسخ لأنه بعد الفسخ لم يبق مبيع و لا ثمن فيكون كالدين في ذمته أو الأمانة عنده فيقبل قوله في قدره لأنه ينكر الزيادة



(قوله) (الثالث لو قال بعتك و أنا صبى احتمال تقديم قول مدعى الصحة مع يمينه و تقديم قول البائع لأصالة البقاء) و مثله ما فى (التذكرة و الدروس) من ذكر الاحتمالين من دون ترجيح و كذلك (التحرير) حيث استشكل فيه (و قد) استشكل فى باب الإقرار فى (الدروس و جامع المقاصد) و فى إقرار (التحرير) أن الصبى يحلف و فى (جامع المقاصد) أن الاحتمال الثانى فى غاية الضعف لأن أصالة البقاء مندفعه بالإقرار بالبائع المحمول على البيع الصحيح شرعا فإن صحته تقتضى عدم بقاء الصبوة فلا يعد معارضا كما لم يعد احتمال الفساد معارضا لأصالة الصحة فى مطلق الإقرار بوقوع عقد البيع (فإن قلت) أصلا قد تعارضا للقطع بثبوت وصف الصبوة سابقا (قلت) قد انقطع هذا الأصل بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح كما يحكم بانقطاع أصالة بقاء ملك البائع بالاعتراف بصدور البيع لو اختلفا فى صحته و فساده و لو ثبت فى هذه المسألة تعارض الأصلين لثبت تعارضهما فيما لو قالوا تبايعنا و ادعى أحدهما الفساد و الفرق غير واضح و كون الصبوة مستمرة سابقا لا دخل له فى الفرق (قلت) الفرق أنهما اتفقا فيما مثلت على أهلية التصرف و من له ذلك لا يتصرف إلا تصرفا صحيحا فكان القول قول مدعى الصحة لأنه يدعى الظاهر و فيما نحن فيه اختلفا فى أهلية التصرف فليس مع من يدعى الأهلية ظاهر يستند إليه و لا- أصل يرجع إليه و الأصل فى العقود الصحة إنما يتمسك به بعد استكمال أركانها ليتحقق وجود العقد فلو اختلفا فى كون المعقود عليه الحر أو العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد و كذا الظاهر إنما يثبت مع الاستكمال المذكور فلا يمكن التمسك لو قيل إن ظاهر حال البائع أنه لا يبايع الصبى و لا يتصرف باطلا فظهر الفرق و اتضح الأمر و كان الأصح أن القول قول البائع و قد قال المصنف فى باب الضمان لا يصح ضمان الصبى و إن أذن الولى فإن اختلفا أى الضامن و المضمون له فى وقوع الضمان من الضامن حال الصبا أو حال الكمال قدم قول الضامن لأصالة براءة الذمة و عدم البلوغ و ليس لمدعى الأهلية أصل يستند إليه و لا ظاهر يرجع إليه و قد حكى الشهيد عن القطب أنه قال له أى للمصنف إن معه أصل صحة العقد فقال يعارضه أصالة الصبا فيبقى أصالة البراءة سليما عن المعارض فكأنه لا أصل له و قد اعترف بذلك كله فى (جامع المقاصد) فى الباب المذكور و نحوه ما قاله فى باب الإقرار فى مسألة من يعتوره الجنون و هو خيرة ضمان (المبسوط و التذكرة و التحرير) لكنه فى رهن (جامع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦٦

و لو قال كنت مجنوننا و لم يعلم له سبقه قدم قول المشتري مع يمينه و إلا فكالصبى

#### [الرابع لو قال وهبت منى فقال بل بعته بألف]

(الرابع) لو قال وهبت منى فقال بل بعته بألف احتمال أن يحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر و يرد إلى المالك و تقديم قول مدعى الهبة مع اليمين

المقاصد) قال مثل ما قال فى المقام و هو الأصح عند التحقيق و إجابة التأمل (و هذا كله) فيما إذا لم يحصل العلم بصدق أحدهما كما إذا عينا للبيع وقتنا يعلم الحال فيه و لو انعكس الأمر كما لو قال المشتري للبائع بعتنى فى صغرك و ادعى البائع البلوغ قدم قول مدعى الصحة هذا و لو باعه و هو مراهق ثم اختلف هو و المشتري فى البلوغ فالقول قول الصبى من دون يمين كما بيناه فى باب الإقرار

(قوله) (و لو قال كنت مجنوننا و لم يعلم به سبقه قدم المشتري مع يمينه و إلا- فكالصبى) (١) أى يجيء فيه احتمال تقديم جانب الصحة أو الفساد و نحوه ما فى (التذكرة و التحرير و الدروس) و قد عرفت الحال فى ذلك و أن القول قول البائع و هو خيرة ضمان (التذكرة و التحرير) كما مر و كذلك لو ادعى من يعتاد الشرب أنه حال البيع كان سكرانا و ادعى المشتري أنه كان صاحيا فالوجه

تقديم قول البائع و هو خيرة إقرار (الكتاب و الإيضاح و جامع المقاصد) فيما إذا ادعى أنه حال الإقرار كان مجنوناً و علم له سبقه و لو لم يعهد له الشرب كان كمن لم يعلم له سبق جنون فإن دعوتهما غير مسموعة و فى إقرار (الكتاب و التذكرة) (و جامع المقاصد) أنه لا- تقبل دعواه لكن إن ادعى على المشتري علمه بجنونه أو سكره كان له إحلافه و لعل عبارة الكتاب و ما كان نحوها منزلة على ذلك لكن الشيخ قال فى باب الضمان فيما إذا لم يعرف له حال جنون و ادعى الضامن أنه كان مجنوناً إن القول قوله و هو غريب و المصنف فى باب خلع الكتاب قال و لو ادعت وقوعه حال جنونه و ادعى وقوعه حال الإفاقة أو بالعكس فالأقرب تقديم قول مدعى الصحة (و فيه) أن الأصل عدم الوقوع و بقاء النكاح و البراءة من العوض مضافاً إلى ما مر

(قوله) (و لو قال وهبت منى فقال بل بعته بألف احتمال أن يحلف كل منهما على نفي ما يدعيه عليه الآخر و يرد إلى المالك) كما هو خيرة (التذكرة و جامع المقاصد) لأن كل واحد منهما مدع و منكر و فى (جامع المقاصد) الذى يقتضيه النظر استواء هذه المسألة و ما سبق فى كلام المصنف من قوله أو اختلافاً فى تأخير الثمن و تعجيله إلى آخر المسائل فلا وجه لتردده هنا مع فتواه فيما سبق بتقديم قول البائع و حقه بناء على ذلك تقديم قول المستوجب (قلت) لاتفاقهما على انتقال الملك عن مالكة إلى آخر و اختلافهما فى استحقاق العوض فيحلف المنكر و فى (الإيضاح) أن الأقوى تقديم قول المالك لأن الأصل أن ملك المسلم الحر المحترم لا- ينقل عنه إلا برضاه و قوله (و فيه) أنه قد يقال إن هذا إنما يتم بالنسبة إلى أصل البيع أما بالنسبة إلى مقدار الثمن الذى يدعيه المالك خصوصاً مع زيادته على قيمته المثل فمشكل (و يمكن) أن يقال إنه يحلف البائع على الثمن مع بقاء العين كما تقدم فى اختلافهما فى الثمن (فتأمل) و قد استوفينا الكلام فى هذا الأصل فى أواخر باب الشفعة (و يعلم) أن المصنف فى باب المزارة قال لو ادعى العامل العارية و المالك الحصه أو الأجره قدم قول المالك فى عدم العارية و قال فى باب العارية لو ادعى العارية و المالك الإجارة فى الابتداء صدق المستعير و لو انتفع جميع المدء أو بعضها احتمال تصديقه يمينه لاتفاقهما على إباحة المنفعة و الأصل براءة الذمة من الأجره و تصديق المالك يمينه «إلخ»

(قوله) (و تقديم قول مدعى الهبة مع اليمين)

هو قوى متين و قد سمعت وجهه فتأمل فيه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦٧

### [الخامس لو قال البائع رددت إلى العبد المؤجل ثمنه]

(الخامس) لو قال البائع رددت إلى العبد المؤجل ثمنه فقال بل المعجل مع اتفاق الثمنين جنساً و قدراً فالقول قول البائع مع اليمين (١) و مع اختلافهما يتحالفان و يبطل البيع (٢)

### [خاتمة الإقالة]

(خاتمة) الإقالة فسخ لا بيع فى حق المتعاقدين و غيرهما (٣)

(قوله) (لو قال البائع رددت إلى العبد المؤجل ثمنه فقال بل المعجل مع اتفاق الثمنين جنساً و قدراً فالقول قول البائع مع اليمين) لأن المردود غير مبيع فرجعت المسألة إلى أن المشتري يدعى أن العبد الباقي الذى هو مبيع مؤجل ثمنه و البائع ينكر تأجيله فكان القول قوله لأنهما اتفقا على اتفاق الثمنين جنساً و قدراً فكان هناك مشترك يرجع إليه فنظرنا إلى الزائد لنقدم قول منكره مع يمينه فإذا هو الأجل و البائع ينكره و احتمال التحالف متجه

(قوله) (و مع اختلافهما جنسا يتحالفان و يبطل البيع)

لأنه لم يكن هناك مشترك بين الكلامين يرجع إليه و ينظر إلى الزائد فيقدم قول منكره فيكون بمنزلة ما لو اختلفا في المبيع و الثمن معا (خاتمة) خير إن شاء الله تعالى (قوله ره) (الإقالة فسخ لا بيع في حق المتعاقدين و غيرهما)

يدل على جواز الإقالة بعد الأخبار المستفيضة باستحبابها الإجماع المعلوم و المنقول كما ستسمع و صيغتها أن يقول كل واحد من المتعاقدين تقايلنا أو تفاسخنا أو يقول أحدهما أقلتك فيقبل الآخر كما في (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان) و الظاهر كما هو صريح بعضهم عدم الفسخ إلا بالقول و لا يحصل بمجرد القصد و الرد لأصالة بقاء العقد و عدم زواله إلا- بمزيل شرعى و لا- مزيل معلوما و لا مظنونا إلا القول فإنه مزيل بالإجماع و في (الدروس) لو التمس منه الإقالة فقال أقلتك ففي اعتبار قبول الملتمس هنا نظر من قيام الالتماس مقامه و من عدم علمه بإجابته (نعم) لو بدأه و قال أقلتك اعتبر قبول الآخر قطعا و في الاكتفاء بالقبول الفعلى هنا احتمال (انتهى) و في (المسالك) لا يكفي التماس أحدهما عن قبوله (قلت) احتمال الاكتفاء بالرد و القبض مع القصد قوى لخلو الأخبار و أكثر كلام الأصحاب عن التعرض للصيغة و في (التذكرة) لو تقايلنا بلفظ البيع فإن قصدا الإقالة المحضة لم يلحقه لواحق البيع حيث لم يقصده (انتهى) و لا- فرق في ذلك بين النادم و غيره و الإقالة جارية في سائر العقود المتقومة من الجانبين بالمال كما يعلم ذلك من تتبع كلماتهم في مطاوى تلك العقود و بذلك صرح في (المسالك) و هي فسخ لا بيع إجماعا كما في (مجمع البرهان) و عندنا كما في (التذكرة و الروضة) و إليه ذهب الإمامية كما في (كشف الحق) في حق المتعاقدين و غيرهما سواء كان قبل القبض أو بعده كما في (الوسيلة و الخلاف و التحرير) و سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقالة كما في (التذكرة و الروضة) و لا تثبت بها الشفعة عندنا كما في (التذكرة) (و استدلل) في (الخلاف و كشف الحق) بأن الإقالة لو كانت بيعا لوجب أن يكون للمتبايعين نقصان الثمن و زيادته و التأجيل و التعجيل فلما أجمعنا على أن الإقالة لا يصح فيها شيء من ذلك دل على أنها ليست ببيع و أيضا لو كانت بيعا لم تصح في السلم فلما صحت فيه إجماعا دل على أنها ليست ببيع و أيضا أجمعنا على أن رجلا- لو اشترى عبيد فمات أحدهما ثم تقايلنا- صحت الإقالة فلو كانت بيعا و يجب أن لا يصح لأن بيع الميت مع الحي لا يصح (انتهى) ما في (الخلاف) و نحوه ما في (كشف الحق) و محل الخلاف ما إذا ذكرت بلفظ الإقالة أما إذا ذكرت بلفظ الفسخ فلا خلاف في أنها فسخ و ليست بيعا قاله بعض الشافعية قاله في (التذكرة) و قال مالك هي بيع مطلقا و قال أبو حنيفة إنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦٨

و شرطها عدم الزيادة و النقصان في الثمن (١) فتبطل بدونه (٢) و يرجع كل عوض إلى مالكه إن كان موجودا أو مثله أو قيمته (٣)

(قوله) (و شرطها عدم الزيادة و النقصان في الثمن)

إجماعا كما سمعت حكايته عن (الخلاف و كشف الحق) و به أي الشرط المذكور طفحت عباراتهم و يدل عليه أو يشهد له ما رواه المشايخ الثلاثة في (الصحيح) عن الحلبي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال لا يصلح أن يأخذه بوضيعة فإن جهل فأخذه فباع بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول و لا فرق في الزيادة بين أن تكون عينيه أو حكمية فلو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يأخذ الصحاح عوض المكسرة و نحوه لم يصح كما في (التذكرة) و غيرها

(قوله) (فتبطل بدونه)

أي الإقالة بدون الشرط كما في (الوسيلة) (و الشرائع) و غيرهما و استدلل عليه في (الخلاف) بالإجماع المركب و ستسمع عن الشهيد نسبته إلى الأصحاب (و وجه) البطلان حينئذ أنها لما كانت فسحا كان مقتضاها رجوع كل عوض إلى صاحبه فإذا شرط فيها زيادة أو

نقصانا فى أحد العوضين فقد شرط فيها ما يخالف مقتضاها فيفسد الشرط و يترتب عليه فسادها لأنهما لم يتراضيا على الفسخ إلا على ذلك الوجه و لم يحصل فيبقى المبيع على ملك المشتري و لا يجب رد الثمن كما صرح فى (التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك) و غيرها و حكى الشهيد فى حواشيه عن أبى على أنها لو اصطلحا على الإقالة بزيادة أو نقيصة صح ثم قال و الأصحاب على خلافه

(قوله) (و يرجع كل عوض إلى مالكة إن كان موجودا و مثله أو قيمته مع عدمه)

هذا حكم كون الإقالة فسحا و بما ذكر صرح فى (الشرائع و الإرشاد و الدروس) (و اللعنة و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) و فى ذلك تنبيه على أن ليس من شرطها بقاء العوضين و رجوع كل إلى صاحبه بل تصح مطلقا لعموم الدليل و قد سمعت الإجماع على أنه لو اشترى عبيد و تلف أحدهما صحت الإقالة و هو ظاهر (التذكرة) حيث قال عندنا و قال فى (التحرير) إذا أقاله رد الثمن إن كان باقيا و مثله إن كان تالفا و قيمته إن لم يكن مثليا و لو دفع عوضا عنه لم أستبعد جوازه مع التراضى سواء كان باقيا أو تالفا بخلاف ما لو أقاله بغير الجنس و فى (الخلاف) إذا أقال جاز أن يأخذ مثل ما أعطاه من غير جنسه مثل أن أعطاه دنائير فأخذ دراهم أو عرضا و ما أشبه ذلك و فى (الشرائع) بعد أن حكم برجوعه فى المفقود بمثله إن كان مثليا و قيمته إن كان قيما قال (و فيه وجه آخر) و فسر فى (الميسية و المسالك) بأن القيمي يضمن بمثله كالمثلى و استضعفاه و لا يدخل فى الموجود ما حصل له نماء منفصل فإنه لا يرجع به بل بأصله أما المتصل فيتبع الأصل و الولد منفصل و إن كان حملا كما صرح بذلك كله فى (الميسية و المسالك و الروضة و الكفاية) و أما اللبن فى الضرع ففى كونه متصلا إشكال كما فى (المسالك و الكفاية) و كذا الصوف و الشعر و استظهر فى (المسالك) أنها من المتصل و لو وجده معيبا أخذ أرش عيبه مطلقا لأن الجزء الفائت بمنزلة التالف كما صرح به جماعة و فى (المسالك) لو وقعت الإقالة بعد أن أحدث المشتري فيه حدثا فما وقع منه بأعيان من عنده فهى له و لو كانت من المبيع فإن زاد بفعله كالعمارة فهى للبائع و للمشتري ما زاد بفعله بأن يقوم قبل الإحداث و بعده و يرجع بالتفاوت و فى (التذكرة) يجوز للورثة الإقالة بعد موت المتبايعين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٦٩

على التفصيل مع عدمه (١) و لا تثبت بها شفعة (٢) و لا تسقط أجره الدلال بها على البيع (٣) و تصح فى الكل و البعض و السلم و غيره (٤)

(قوله) (و على التفصيل مع عدمه)

أشار به إلى ما تقدم من احتمال قيمة يوم التلف و قيمة يوم القبض و الأعلى و اختير فى (جامع المقاصد و المسالك) قيمته يوم التلف و حكاه الشهيد عن فخر الإسلام سواء كان الفسخ قبل التلف ثم تلف أو بعده و الأولى اعتباره قيمته يوم الفسخ و الإقالة لأن العقد يبطل من حينه

(قوله) (و لا تثبت بها شفعة)

كما طفحت به عباراتهم فى البابين و قد عرفت أن ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه و هو معلوم

(قوله) (و لا تسقط أجره الدلال بها على البيع)

لسبق الاستحقاق كما فى (الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللعنة) (و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية) و كذا أجره الكيال و الوزان و الناقد بعد صدور هذه الأفعال كما فيما عدا (الشرائع و اللعنة) و أجره الكيال و وزان المتاع على البائع إذا أمره بذلك أو بالبيع و أجره البيع و أجره ناقد الثمن و وزانه على المشتري كذلك و أجره الدلال على من يأمره كما تقدم بيان ذلك و ما يتعلق به فى محله

(قوله) (و تصح في الكل والبعض والسلم وغيره)

كما في (الخلافة والشرائع والتذكرة والتحرير) وغيرها وفي (شرح الإرشاد) للفخر الإجماع على ذلك كما ستسمع وفي (الحدائق) أن الظاهر أنه لا خلاف بينهم في ذلك وقد سمعت إجماع (الخلافة) أنفاً وقال هنا أيضاً وبه قال ابن عباس ولا مخالف وحكى الخلاف عن بعض العامة حيث منع من الإقالة في بعض السلف لأنه يصير بيعاً وسلفاً وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عنه و ستسمع الكلام في الخبر (و استدلل) عليه أصحابنا بأن الإقالة مستحبة وهي من المعروف وكل معروف جار في جميع العوض جار في بعض كالإبراء والإنظار (قلت) هو صريح أخبار مستفيضة قد مر ذكر بعضها في السلم كحسنة عبد الله بن سنان أو صحيحته وصحيحه سليمان بن خالد وصحيحه الحلبي وغيرها والخبر الذي استندوا إليه قد رواه سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن سلف وبيع وعن يمين في بيع وعن يمين ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن ومعنى البيع والسلف أن يقول بعثك منا من طعام حالاً بعشرة وسلفاً بخمسة وهم فهموا منه أن المراد بالسلف القرض فإذا أقاله في بعضه ورد بعض رأس المال يصير في معنى القرض لأنه رد مثله ويصير الباقي بيعاً (وفيه) مع أنه منقوض بالرجوع بأرش العيب وأنه في معنى ما ذكره (أنا) نمنع أن رد المثل يوجب كونه قرضاً ثم لا مانع من السلف والقرض كما بين في محله (و نقل) الشهيد في حواشيه عن ابن المتوج أنه إذا اتحد العقد والبائع والمشتري لا تصح الإقالة إلا في الكل ولا تصح في البعض قال والمنقول خلافه في (شرح الإرشاد) لفخر الإسلام هنا خمسة أشياء تعدد العقد كما لو باع نصف الدار بدينار في عقد وربعها الآخر بدينار في عقد آخر وتعدد المبيع وتعدد المشتري وتعدد البائع وتفصيل الثمن كقوله بعثك هذه الدار بدينار والربع الآخر بالثوب وما عدا الرابع إجماعاً (انتهى) وإذا تقايلا في البعض اقتضى التسيط ففي ربع المبيع ربع الثمن وفي النصف النصف وهكذا (وقد نقول) إنه ينبغي تقييد جواز الإقالة ببعض المبيع بما إذا لم يستلزم الجهالة كما إذا اشترى عبيدتين وتقايل في أحدهما فليلاحظ هذا فإنه متجه على القول بأنها بيع وينبغي التأمل فيه عندنا ولو قال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٧٠

و لو اختلفا في قيمة التالف فالقول قول من ينكر الزيادة مع اليمين (١)

للمسلم إليه عجل لي حقي وأخذ دون ما استحققه بطيبة من نفسه كان جائزاً كما تقدم بيانه ولا كذلك لو أقاله في البعض ليعجل له الباقي أو عجل المسلم إليه البعض ليقيله في الباقي لأنها إقالة فاسدة كما أشرنا إليه آنفاً (قوله) (و لو اختلفا في قيمة التالف فالقول قول من ينكر الزيادة مع اليمين)

كما في (التذكرة) وقد أشرنا إلى ذلك في الفرع الأول وفي (التحرير) لو اختلفا في قدر الثمن فالوجه قبول قول المشتري مع اليمين وعدم البينة ولم أظفر فيه بكلام لأحد سبق (انتهى) والحمد لله على التمام والائتمام بمحمد وآله خير الأنام عليهم من الله سبحانه أفضل الصلاة والسلام م

هذا آخر كلام الشارح قدس الله روحه في (كتاب المتاجر) و يليه (كتاب الدين و توابعه) وقد عنى بتصحيحه قبل الطبع على نسخ منقولة عن نسخة الأصل بعد أن كان مقابلاً على نسخة الأصل أيضاً بكمال الدقة والتأمل ومراجعة كتب الفقه واللغة والحديث عند التحير العبد المفتقر إلى عفو ربه الغني (محسن بن المرحوم السيد عبد الكريم الحسيني العاملي) غفر الله له ولوالديه فأصبح بحمده تعالى خلياً من كل غلط أو نقصان إلا ما هو لازم طبيعة الإنسان من السهو والنسيان فلا ينسبنا من عثر على شيء من ذلك إلى تسامح أو تقصير فقد بذلنا في ذلك الجهد واستفرغنا الوسع ونرجو ممن انتفع بهذا الكتاب أن لا ينسانا والدنيا ومن تصدى لطبعه ونشره أو أعان على ذلك من صالح الدعاء في مظان الإجابة ونسأله تعالى أن لا يحرمنا ثوابه في يوم العرض عليه و وقع الفراغ من مقابلته و تصحيحه في السابع من شهر جمادى الأولى سنة ١٣٢٣ و الحمد لله وحده والصلاة والسلام على نبيه محمد وآله الطاهرين وصحبه

المنتجين و سلم تسليما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٧١

**[ترجمة المصنف]**

ترجمة أحوال المصنف قدس سره و تعداد مصنفاته جمع الفقير إلى عفو ربه الغنى محسن الحسينى العاملى عفى الله عن جرائمه هو محمد الجواد بن محمد بن محمد بن أحمد بن قاسم بن علي بن علاء الدين بن علي الأعرج بن إبراهيم بن محمد بن علي بن مظفر بن محمد بن علي بن حمزة بن الحسين بن محمد بن عبيد الله بن عيسى بن يحيى بن الحسين بن زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب عليهم السلام و قد يصف نفسه فى مصنفاته كما وجدناه بخط يده الشريف بالحسينى الحسنى الموسوى و كأن انتسابه إلى الحسن و موسى عليهما السلام من طرف أمهاته و جداته (ولد) فى قرية شقرا من قرى جبل عامل فى حدود المائة و نيف و خمسين بعد الألف و قرأ فى جبل عامل (ثم) سافر إلى العراق فقراً فى كربلاء على المحقق الآقا محمد باقر البهبهانى و على ابن أخته و صهره على ابنته المحقق السيد على صاحب الرياض و يظهر من تعبيره فى بعض مصنفاته و إجازاته عن صاحب الرياض بقوله أول من علمنى و ربانى و قربنى و أدنانى أن قراءته عليه كانت قبل قراءته على المحقق البهبهانى و لم يزل ملازماً لدرسيهما مشغولاً بذلك عن الخروج من كربلاء حتى لزيارة النجف الأشرف على ما قيل ثم ارتحل إلى النجف الأقدس فقراً على العلامة بحر العلوم السيد مهدي الطباطبائى و على الشيخ الفقيه الأكبر الشيخ جعفر صاحب كشف الغطا و على الشيخ الفقيه الزاهد العابد الشيخ حسين نجف قدس الله أرواحهم و لم يزل ملازماً لدرس العلامة الطباطبائى إلى حين وفاته و بقى بعده ملازماً لدرس الشيخ جعفر مدة ثم استقل و المشهور أنه بقى فى درسه إلى أن سافر الشيخ إلى بلاد إيران فاستقل بالتدريس و لم يعد إلى درس الشيخ بعد رجوعه من بلاد إيران (و قال صاحب روضات الجنات) إن معظم قراءته على بحر العلوم و المحقق البهبهانى و بعض من فى طبقتهما (و قال أيضاً) له تلامذة فضلاء معروفون (منهم) الشيخ مهدي ملا كتاب و الشيخ محسن بن أعسم و الشيخ محمد حسن الفقيه الأعظم يعنى صاحب الجواهر (قلت) و منهم جدى الأدنى لأبى السيد الأجل الفقيه العلامة على بن محمد الأمين بن أبى الحسن موسى كما يظهر من تعبيره عنه بالأستاذ (و منهم) على ما فى الروضات السيد الأجل الفقيه صدر الدين بن صالح بن محمد شرف الدين بن إبراهيم بن زين العابدين الموسوى العاملى (و كانت وفاته) فى أواخر سنة ست و عشرين بعد الألف و المائتين فى النجف الأشرف قبل وفاة أستاذه الشيخ جعفر بمدة قليلة لأن الشيخ توفى سنة ١٢٢٨ و دفن فى الصحن الشريف العلوى فى بعض الحجر التى فى الصف القبلى المقابل لوجه الأمير عليه السلام بوصية منه لرؤيا رآها و قبره مشهور تطلب عنده الحاجات و تستجاب الدعوات (يروى) عنه تلميذه صاحب الجواهر و الآقا محمد على بن الآقا محمد باقر الهزار جريبي المازندراني و سبط صاحب الترجمة الشيخ رضا زين العابدين و الأميرزا عبد الوهاب و رأيت إجازته له و تاريخها فى شهر ربيع الأول سنة ١٢٢٥ و ولد صاحب الترجمة السيد محمد و الشيخ جواد بن تقى ملا كتاب و غيرهم (و يروى) عن جماعة منهم المحقق البهبهانى و العلامة الطباطبائى و المحقق القمى صاحب القوانين و صاحب الرياض و الشيخ الأ-كبر الشيخ جعفر صاحب كشف الغطا و غيرهم (قال المحقق البهبهانى فى إجازته له) استجاز منى العالم العامل و الفاضل الكامل المحقق المدقق الماهر العارف ذو الذهن النقاد و الطبع الوقاد مولانا السيد السيد محمد جواد حرسه الله تعالى و أبقيه و وفقه لما يحبه و يرضاه فأجزت له أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٧٢

يروى عنى مصنفاتى و مقروءاتى و مسموعاتى و مروياتى عن أساتيدى الكرام و مشايخى العظام إلى أن قال و كتب محمد باقر بن محمد أكمل (و قال المحقق القمى) فى إجازته له بخط يده على مجلد الفرائض من مفتاح الكرامة (أما بعد) فقد استجازنى الأخ فى الله السيد العالم العامل الفاضل الكامل المتتبع المطلع على الأقوال و الأفكار الناقد المضطلع بمعرفة الأخبار و الآثار السيد جواد العاملى

مؤلف هذا الكتاب فاستخرت الله وأجزت له أدام الله إفضاله وكثر في الفرقة الناجية أمثاله أن يروى عنى ما جاز لى روايته إلخ و فى آخرها و كتب أقل العباد عملا و أكثرهم زللا و أعظمهم أملا الغريق فى بحار الخطايا و الجرائم ابن الحسن الجيلانى أبو القاسم أوتيا كتابهما يمينا و حوسبا حسابا يسيرا فى الغرى السرى فى جمادى الأولى سنة ست و مائتين بعد الألف (و عن) بعض أهل الورع و الفضل أنه قال مما تحققناه من أحواله على حد التواتر أنه كان مشهورا بين علماء عصره من زمن حضوره على الآقا البهبهاني قدس سره إلى يوم وفاته و معروفا بالضبط و الإتيان و صفاء الذات و أن أجلاء العلماء من مشايخه و غيرهم كانوا إذا أشكلت عليهم مسألة أرادوا تدريسها أو تصنيفها أو الإفتاء بها و وجدوا اضطراب كلمات الأساطين و تعارض الأخبار فيها سألوهم عما حققه فيها فإن أطلعهم و إلا- التمسوه على كتابتها فيقفون عند قوله لعلمهم بغزارة اطلاعه و جودة انتقاده و شدة تثبته و ممارسته لكلمات الفقهاء و معرفته بمحط أنظارهم و مأخذ براهينهم و استدلالهم و خبرته بعلم الرجال فإن هذا أول مشهور عنه و مشهود له به انتهى (و يدل على ذلك) أن جل كتبه أو كلها كانت بالتماس أساطين العلماء كما يظهر من ديابجاتها و فى دلالة ذلك على علو شأنه و انفراده بما لا يشاركه فيه أكثر علماء زمانه ما لا يخفى (و قال) فى حقه صاحب (روضات الجنات) كان من فضلاء الأواخر و متبعى فقهاءهم الأكابر و قد أذعن لكثرة اطلاعه و سعة باعه فى الفقهيات أكثر معاصرينا الذين أدركوا فيض صحبته بحيث نقل أن الميرزا أبا القاسم صاحب القوانين كان إذا أراد تشخيص المخالف فى مسألة يرجع إليه فيظفر به (و قال أيضا) فى ترجمه أحوال الميرزا القمى إنه كان يرجع فى مسائل الفقه عند شكه فى وجود مخالف فى المسألة إلى سيدنا الفقيه المتتبع السيد جواد العاملى صاحب (مفتاح الكرامة) أيام إقامته عنده و نزوله عليه فى قم المباركة (و لكن) حكى صاحب الروضات عن بعض أهل عصره شيئا عن صاحب الرياض يعده بل يكذبه ما وجدناه من حال كل من هذين العلمين مع الآخر و تعظيم كل منهما لصاحبه و ثنائه عليه و اطلعت على مكاتبة بينهما فى بعض المسائل التى أفتى بها صاحب الرياض و بين له صاحب الترجمة خطأ فى تلك الفتوى فرجع إلى قوله بعد تراد المكاتبة بينهما سؤالا و جوابا و قد رأيتها بخطهما الشريف و ذكر صاحب الترجمة فى خطبة بعض رسائله أنها كانت بأمر أستاذه صاحب الرياض (و كان) معظما مبجلا عند علماء عصره (حكى) عن بعض الثقات أن العلامة الطباطبائي اعتزل الدرس و المجلس ثلاثة أيام فاشتد الأمر على تلامذته و عزموا أن يرسلوا إليه من يجسر عليه و يكون مقربا عنده فوقع اختيارهم على صاحب (مفتاح الكرامة) فدخل عليه فلما رآه استبشر به و جعل يتعذر من اعتزاله أنه كان لما دهمه من الشك عند ملاحظة أخبار الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و ما ورد من التحريض عليهما و الوعيد و التهديد على تركهما (و قال) إنى تمكنت فى هذا الزمان مما لم يتمكن منه غيرى فلم يحصل لى يقين الخروج عن عهدة هذا التكليف و لا انكشف عن قلبى حجاب الشك إلا مع رؤيتك و ذلك بيمينك و بركتك و الحمد لله ثم أخذ بيده و خرج مظهرا للجماعة أنها كرامة للسيد (و أما) تعظيمه لأهل العلم و لا سيما

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٧٣

مشايخه فمما لم يعهد من غيره قديما و حديثا كما يظهر من ديابجات كتبه و ذلك من أقوى الدلائل على رسوخ قدمه فى التقوى و مكارم الأخلاق و صفاء الإيمان (و حكى) بعض أحفاده عن بعض مشايخه أنه قال ما رأيت مصنفا كصاحب (مفتاح الكرامة) فإنه يود أن ينسب جميع ما حققه فى مصنفاته إلى مشايخه هضما لنفسه (و قال) فى خطبة بعض مصنفاته ما كان فيه من تحقيق سمين فهو للأستاذ و ما كان فيه من غث فهو لى (قال) و هذا ما رأيت من غيره من المصنفين (و قال حفيده أيضا) تلى فى بعض المجالس بعض مدائحه فى بحر العلوم فقال بعض الجالسين هذه مغالاة فقلت له إنه يعبر عنه و عن صاحب الرياض بالعلامة على عصمة أجداده فزاد تعجبه (و أما) جده فى طلب العلم فأشهر من أن يذكر (حدث) بعض الثقات قال إن المنقول لنا من شيوخ عصره أنهم أحصوا عليه أوقاته فى الليل و النهار فكان جميع ما ينامه فيها شيئا يسيرا بحيث تعد استقامته عليه كرامة له (و حدثت ابنته) و كانت مشهورة بالتقوى قالت كان والدى مكبا على المطالعة و المباحثة نهاره كله و كان لا ينام من الليل إلا أقله و لا أعلم أنى استيقظت ليلا فوجدته نائما و كان جل أيامه لا يخرج من حجرته و إيوانه و هما على سعتهما مملوءان صحفا منشرة (و يدل) على صدقها ما فى آخر كثير من

مجلدات (مفتاح الكرامة) أنه فرغ منه ليلا فقد ذكر أنه فرغ من مجلد الوقف قريبا من انتصاف الليل و من مجلد الوكالة بعد انتصاف الليل من الليلة التاسعة من شهر رمضان و من المجلد الثاني من الطهارة في الربع الأخير من ليلة السبت و من مجلد الشفعة ليلة الخميس و من مجلد الإقرار في الليلة الرابعة عشر من ذي القعدة و في آخر بعضها أنه فرغ منه ليلة القدر أو ليلة الفطر و غير ذلك (قالت) و كتبه كلها مفتوحة و هو يدور عليها و القلم و الكاغذ بيده يطالع و يكتب و طال ما نسي نفسه في وقت الأكل فالتزمت والدتي أن تقدم الأكل إليه كل يوم في وقته ليتنبه (قالت) و لم نر أحسن منه خلقا و أوسع صدرا مع عياله و غيرهم و كان تلامذته و غيرهم يأتون إلى باب دارنا فيخرج إليهم بنفسه ثم يعود فيعمد إلى بعض الكتب و يفصله عن جلده و يدفع إليهم بعضه و يبقى البعض فلذا كانت كتبه كراريس (و مما اشتهر عنه) أن سبطه الشيخ رضا زين العابدين كان معه في داره فكان إذا فرغ من مطالعة دروسه ينام و يبقى جده مشغولا بشغله فيلتفت إليه و يقول ما هذا التعشق للنوم إنه ليكفيني منه هكذا ثم يضع رأسه بين ركبتيه و ينام من حينه ثم لا يكاد يلتذ بالنوم حتى يستيقظ فيرجع إلى شغله (و قالت) ابنته المذكورة إنه ربما كان يوقظ سبطه المذكور للنافلة و لا نجده هو يقوم للنافلة حرصا على شغله (و يؤيد ذلك) ما في آخر مجلد الإقرار من (مفتاح الكرامة) حيث قال كتبت في شهر رمضان من هذه السنة ثمانية أجزاء أو تسعة أو عشرة مع هذا التبع و الاستيفاء و ذلك أني تركت له سائر الأعمال التي يعملها العاملون في شهر رمضان إلا ما قل جدا مؤثرا للتحصيل و الاشتغال على جميع أعمال شهر رمضان (و من عجيب أحواله) أن جملة من مصنفاته كان تصنيفه أيام محاصرة الخارجي سعود الوهابي للنجف الأشرف و فيها جملة من مجلدات (مفتاح الكرامة) كما يظهر من أواخرها و في آخر بعضها بعد أن ذكر محاصرة عسكر الوهابيين للنجف الأشرف (قال) و العبد لم يترك الاشتغال مع ما نحن عليه من هذه الحال مع أنه كان مشغولا مع جملة العلماء بالجهاد و التحريض و ملاحظة الحفظة و المرور عليهم أغلب الأوقات و في خلال ذلك يجلس مع العلماء لإعمال الحيلة فيما يخلصهم و أعد مع ذلك وقتا للكتابة و الملاحظة (و كان) معروفا بالفراصة (فعن) شيخنا الفقيه الشيخ محمد طه نجف قدس سره عن الشيخ الأجل الشيخ جواد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٧٤

نجف (قال) كان بين والدي و صاحب (مفتاح الكرامة) مودة أكيدة فاجتمعا يوما و أنا صبي أخدمهما بما أطيعه فكان السيد يقول لوالدي إن ولدك هذا له حظ وافر من العلم أو كما قال يقول الشيخ جواد و كانت للسيد في الفراسة و لم تخطئ إلا في هذا الموضوع يقول ذلك هضمًا لنفسه (و يقال) إن الشيخ الأكبر الشيخ جعفر أراد إرسال صاحب الجواهر إلى أصفهان فاستشار أستاذه صاحب (مفتاح الكرامة) فمنعه من ذلك و بشره بأن يكون صاحب المنبر الأعظم في النجف الأشرف (و يقال) إن بعض السادات القاطنين خارج النجف الأشرف كانت له أخت فخطبت بعضها أخوها فشكته إلى الشيخ الأكبر الشيخ جعفر (قدس سره) فأرسل إليه جماعة و أمرهم بإحضاره قهرا إن امتنع فنهاه السيد عن ذلك (و قال) إن أحضره قهرا لتلقن فتنه لا تنطفي إلى يوم القيامة فلم يقبل حين رأى لزوم ذلك من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر فلما جاء الجماعة إلى ذلك السيد امتنع عليهم فأرادوا إحضاره قهرا فقاتلهم فقتلوه و ثارت الفتنة من ذلك اليوم بين الطائفتين المعروفتين بالزكرت و الشمرت إلى يومنا هذا (و كان) مستجاب الدعوة و يحصل الشفاء على يديه من العاهات و الأمراض ببركة شرب التربة المباركة الحسينية على صاحبها السلام (و سقى) بعض رؤساء الأعراب منها و كان به داء عياء فشفى (و سقى) آخر و كان مشرفا على الموت فشفى و استبصر و حسن إيمانه (و اشتهر عنه) أنه كان يخبر عند الاستخارة بالقرآن الشريف بالمنوى فيصيب (فمن ذلك) أنه استخار لرجل مكارى فقال له اشتر الحمار فإنه جيد فسئل عما نوى فكان كذلك و كانت الآية (سنشد عضدك بأخيك) و قال لآخر بعد الاستخارة لا تشتت الجارية فإنها و إن كانت جيدة إلا أنها تبول في الفراش فسئل الرجل عن قصده فكان كذلك و فتشوا عن الجارية فكانت بهذه الصفة و كانت الآية (جنات تجري من تحتها الأنهار) و قد تنسب الأولى لغيره (له مصنفات كثيرة) أكبرها و أجودها كتاب (مفتاح الكرامة) في شرح قواعد العلامة صنفه بالتماس شيخه الأكبر الشيخ جعفر و كان الغرض منه أولا نقل أقوال العلماء في المسائل الخلافية و نقل الشهرة و الإجماعات و ذكر أسماء الكتب



التي ذكر فيها ذلك و ذكر الدليل الذي لم يتعرض له الأصحاب و متنه و ذكر مذاهب؟؟؟ عند اختلاف الأخبار بوجه الاختصار حيث إن المختلف و إن كان عميم الفائدة إلا أنه خلا عن ذكر كثير من الخلافات و ما ذكر فيه منها قد خلا عن ذكر كثير من الأقوال و قد جرى على ذلك في جملة من الأبواب ثم بسط الكلام و لا سيما في المعاملات (و كان) قد كتب مجلد القصاص شرحا على كشف اللثام ثم عن له أن يكتب باقيه على متن الكتاب و أول ما بدأ به كتاب المواريث في اثني عشر ألف بيت و خمسمائة بيت ثم كتاب الطهارة ثم الصلاة و الزكاة ثم شرع في المعاملات و لم يكتب الصوم و لا- باقي العبادات و جرى في المعاملات على الترتيب حتى وصل إلى السبق و الرماية فلم يكتبه و كتب بعده الوقف ثم الهبات و الإقرار و الوصايا إلى آخر البحث الأول من البحثين الملحقين بالفصل الثالث من أحكام تصرفات المريض و لم يكمل كتاب الوصايا و لا كتب بعده شيئا من هذا الشرح و لا غيره كما يظهر من قرب تاريخ ما قبل الوصايا من الكتب إلى تاريخ وفاته و أما القضاء و الديات و القصاص فقد صنفها في البين و لم يكمل كتاب القضاء بل وصل فيه إلى أواخر الفصل الثاني في العقود و لم يكتب الشهادات (و عدد) مجلدات هذا الكتاب (اثتان و ثلاثون مجلدا) اثتان منها في الطهارة و خمسة في الصلاة و أربعون و عشرون مجلدا في المعاملات و توابعها و عدد أبياته يزيد عن ثلاثمائة ألف بيت يبسر (و هو) كتاب لم يسمح الزمان بمثله

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٧٥

في استيفاء أقوال العلماء و مواقع الشهرة و الإجماع و التنبيه على الخلل الواقع في جملة من الأنقال مع كمال التتبع و عدم الاكتفاء بالنقل (و بالجملة) فهو في بابه عديم النظر بين مصنفات (و من) مصنفاة (شرح طهارة الوافي) و هو تقرير بحث أستاذه بحر العلوم يتكلم في الخبر أولا على السند ثم المتن ثم (الدلالة) ابتدأ فيه برواية على بن جعفر عن أخيه في رجل رعب فامتخط إلخ لأنه لما عزم على الكتابة كان الدرس في هذا الخبر و انتهى فيه عند الشروع في باب مسح الأذنين و القفا في الوضوء و هو كتاب نفيس يشتمل على تحقيقات رجالية و فوائد في معاني الأخبار سنية و له (حاشية على طهارة المدارك) تقرب من خمسة آلاف بيتا كتبها أيام قراءته على الشيخ الأجل الشيخ حسين نجف و وصل فيها إلى آخر مبحث تنجس الماء القليل بالملاقاة (و حاشية على تجارة القواعد) كتبها حين قراءته على بحر العلوم بدأ فيها بتفسير العوض و أنه يصدق على الثمن و المثلث و ختم بمبحث ملك العبد و عدمه تقرب من ألف و مائتين بيتا (و حاشية) على كتابي الدين و الرهن من القواعد كتبها حين قراءته على الشيخ الأكبر الشيخ جعفر ابتدأ فيها من قوله و يملك المقترض و انتهى فيها إلى أواخر الرهن عدا عن ثلاث و رقات من آخره تقرب من ألفين و ثلاثمائة بيتا (و رسالته) مبسوطه في العصيرين العنبي و التمرى كتبها بالتماس من أستاذه المعبر الشيخ جعفر حين قراءته عليه هذه المسألة و قال له الذي يظهر لي الآن حليتهما و أن أستاذهما بحر العلوم يذهب إلى التحريم فيهما فأحب أن تكتب ما ذكر في هذه المسألة من الشهرة و الأقوال و الإجماعات و تورد جميع ما تجده في الوافي و الوسائل من الروايات و سماها بالعصرة في حكم العصير (و وجدت) عليها تقريبا بخط شيخه الأجل الشيخ حسين نجف و تقاربط آخر يطول بذكرها الكلام (و رسالة) في الموسعة و المضايقة كتبها بالتماس شيخه صاحب الرياض (و حواشي الروضة) على كتاب المضاربة و الوديعة و العارية و المزارعة و المساقاة و بعض الوصايا و تمام النكاح و بعض الطلاق (و منظومة في الرضاع) نحو من مائة و أربعين بيتا (و أخرى) في الخمس تقرب من ثمانين بيتا (و ثالثه) في الزكاة تقرب من مائة و عشر أبيات (و أوراقا) حقق فيها مسألة جواز العدول عن العمرة عند ضيق الوقت إلى الأفراد (و شرح الوافية) في الأصول مجلدان أكبر من القوانين تام على الظاهر إلا- قليل بسط فيه الكلام و تعرض لأغلب كلمات الأساطين من الأصوليين و الأخباريين المتقدمين و المتأخرين شارحي الوافية و غيرهم و ذكر فيه جميع ما وقع من المباحثة و المناظرة بين الشيخ الأكبر الشيخ جعفر و المحقق المتقن السيد محسن البغدادي في جريان أصل البراءة في أجزاء العبادات (و رسالة) في مسألة الشك في الشرطية و الجزئية في العبادات و ذكر فيها مباحثة في ذلك مع شيخه صاحب الرياض (و رسالة) جمع فيها مناظرة الشيخ الأكبر الشيخ و المحقق السيد محسن الكاظمي بالتمام و ما تكاتب به و فيها بعض خط الشيخ جعفر بيده (و حاشية) صغيرة على أول تهذيب الأصول (و أوراق) في

مقدمة الواجب تعليقا على المعالم (و رسالة) في التجويد (و رسالة) في الرد على الأخباريين نافعة جدا (و كتب) المحقق البغدادي على ظهرها بخطه الشريف أحسنت و أجملت و أفضلت حكمه و صوابا و موردا عذبا و مستزادا لبابا لا زلت موقفا لهداية الخلق و إرشاد الناس إلى الحق و الكشف عن الخفايا و الدلالة على الخبايا (و رسالة) في وجوب الذب عن النجف الأشرف و أنها بيضة الإسلام مختصرة كتبها من حفظه و لم تكن عنده كتبه (هذا) ما وقفنا عليه من مصنفاته (و عد منها) صاحب روضات الجنات تعليقات كثيرة على القوانين (قال) تعرض فيها للرد و النقد جزاء لما كان يبلغه من جهة المصنف «ره»

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٤، ص: ٧٧٦

يعنى من مدحه و الثناء عليه (ثم قال) و العهدة على الراوى و إن كان المروى فيه من العرب (أقول) هذا اشتباه فليس له تعليق على القوانين أصلا و صاحب البيت أدرى بما فيه (و كأنه) اشتبه عليه الأمر بما يحكى عن ابن عمه و معاصره الفاضل المحقق المدقق السيد حسين بن أبى الحسن موسى الحسينى العاملى أنه جرت بينه و بين صاحب القوانين حين قدومه إلى العراق مباحثات فى حجية الظن المطلق و أورد عليه إيرادات لم يجب المحقق عن جميعها فى المجلس و أدرجها مع أجوبتها فى مبحث الاجتهاد و التقليد من القوانين و قصتها مشهورة فكأنه سمع بها فظنها مع صاحب (مفتاح الكرامة) و أنها تعليق على القوانين و هو اشتباه فى اشتباه و فى كلامه كثير الأشباه (و انظر) إلى قوله جزاء لما كان يبلغه «إلخ» و قوله و إن كان المروى فيه من العرب تقضى العجب عامله الله و إيانا بعفوه (و لصاحب الترجمة) أشعار حسان تركنا ذكرها خوف الإطالة و الحمد لله وحده و صلى الله على سيدنا محمد و آله و صحبه و سلم تسليما و مما قاله السيد المجيد و العالم الوحيد المحقق المتقن السيد محسن الأمين بن المرحوم السيد عبد الكريم مقرظا على كتاب مفتاح الكرامة (بهذه الأبيات)

شرح به تنحل كل عويصة فى حلها قد أعيت الشراحا

جمع المقاصد كاشفا للثامها و لكل مشكلة غدا إيضا

كنز الفرائد و الفوائد و هو فى ظلم الجهالة قد بدا مصباحا

بحر تدفق من يراع محمد تلقى البحور بجنبه ضحضا

لله آية معجز ظهرت له فغدت لكل كرامة مفتاحا

(و لبعض الفضلاء المعاصرين للمصنف مقرظا على هذا الكتاب)

ألا إن القواعد حين وافت لدين محمد صارت دعامة

لقد جمعت قواعد جميعا و قد حفظت مقاصدها نظامه

و لكن أعيت العلماء طرا و قد جهدوا فما بلغوا مرامه

و كم قد أشكل الإشكال منها و ما من كاشف عنه لثامه

و لا من جامع للقصدها فيها و إن مزجوا بإيضاح كلامه

و حيث تغلق الأبواب عنها أتى البارى (بمفتاح الكرامة)

(و لبعض المعاصرين للمصنف مقرظا على هذا الكتاب)

جاد الجواد لنا بشرح قواعد قد جمعت كل المحاسن فيه

شرح يبين لك الفقاهاة كلها و يفى بنقل كلام كل فقيه

يكفى الفقيه عن الرجوع لما سوا و ما سواه عنه لا يكفيه

و عليه لو وقف المصنف لم يقف عن لثم صاحبه الجواد بفيه

إن لم تكن إياه أنت فأقرب القربى أخوه لأمه و أبيه

(و للمصنف قدس سره)

كتاب لباعى الفقه أقصى مراده و يغنى به عن جده و اجتهاده  
كحلت له جفنى بميل سهاده و خضبت كفى دائما من مداده

عاملى، سيد جواد بن محمد حسينى، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ١١ جلد، دار إحياء التراث العربى، بيروت  
- لبنان، اول، ه ق

## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ  
كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ  
الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصبهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادى - رَحِمَهُ اللهُ - كان أحداً من جهايدة هذه  
المدينة، الذى قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و  
بساحه صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠  
الهجرية القمرية)، مؤسسة و طريقة لم ينطقى مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.  
مركز "القائمية" للتحرى الحاسوبى - بأصبهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)  
تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامى - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب  
الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و  
عموم الناس إلى التحرى الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعه - مكان البلايتى المبتدله أو الرديئه - فى المحاميل  
(=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامعته ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت  
-عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءة و إغناء أوقات فراغه هواره برامج العلوم  
الإسلاميه، إناله المنابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة فى الجامعه، و...

- منها العدالة الاجتماعيه: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات -  
فى آكناف البلد - و نشر الثقافه الاسلاميه و الإيرانية - فى أنحاء العالم - من جهه أخرى.  
- من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل فى الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتى "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية

(و) الإطلاع و الدّعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعية، الاخلاقية و الاعتقادية (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعىة و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسة " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين فى الجلسة

(ى) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنّة

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "پنج رَمضان" و "مُفترق" و فائى / "بنايه" القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

البريد الالكترونى: [Info@ghaemiyeh.com](mailto:Info@ghaemiyeh.com)

المتجر الانترنتى: [www.eslamshop.com](http://www.eslamshop.com)

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلميه الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - فى حدّ التمكن لكل احد منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولى التوفيق.

مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
أصبحان

# الغامدية

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

