



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

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

مِفْتَاحُ الْإِسْلَامِ

فِي تَرْجُومَةِ أَحْوَالِ الْمَلَائِكَةِ

لِلْمَوْلَانَا مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْبَغْدَادِيِّ

الْمَوْلَانَا مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ

وَالْمَوْلَانَا مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ
الْمَوْلَانَا مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمه)

كاتب:

سيد جواد بن محمد حسينى عاملى

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) المجلد ٥
١٢	اشارة
١٢	اشارة
١٢	[كتاب الدين و توابعه و فيه مقاصد]
١٢	اشارة
١٢	[المقصد الأول فى الدين و فيه مطلبان]
١٢	اشارة
١٢	[المطلب الأول تكره الاستدانة اختيارا]
٣٨	[المطلب الثانى فى القرض]
٣٨	اشارة
٦١	(افروع]
٦١	اشارة
٦١	[الأول لو قال ملكتك و عليك رد عوضه فهو قرض]
٦٢	[الثانى لو رد المقرض العين فى المثلى و جب القبول]
٦٢	[الثالث للمقرض مطالبة المقرض حالا بالجميع]
٦٣	[الرابع لو اقترض جارية كان له وطؤها و ردها]
٦٤	[الخامس لو أقرضه دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن]
٦٥	[السادس ينصرف إطلاق القرض إلى أداء المثل فى مكانه]
٦٦	[السابع لو اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحا]
٦٦	[الثامن لو دفع ما اقترضه ثمنا عن سلعة اشتراها من المقرض]
٦٧	[التاسع لو قال المقرض إذا مت فأنت فى حل كان وصية]
٦٧	[العاشر لو اقترض ذمى من مثله خمرا ثم أسلم أحدهما سقط القرض]

- ٦٨ [الحادى عشر لو دفع المديون أعضاضا على التفاريق]
- ٧٠ [الثانى عشر يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم]
- ٧٠ [الثالث عشر لا يجب دفع المؤجل]
- ٧٣ [الرابع عشر لو أسقط المديون أجل الدين الذى عليه لم يسقط]
- ٧٤ [الخامس عشر لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان]
- ٧٥ [المقصد الثانى فى الرهن]
- ٧٥ اشارة
- ٧٧ [الفصل الأول فى الصبغة]
- ٨٢ [الفصل الثانى فى المحل]
- ٨٢ اشارة
- ٩٢ [فروع]
- ٩٢ اشارة
- ٩٢ [الأول يصح رهن المشاع و بعضه على الشريك و غيره]
- ٩٤ [الثانى يصح رهن المرتد]
- ٩٧ [الثالث لو رهن ما يسرع إليه الفساد]
- ٩٨ [الرابع لو نذر العتق عند شرط ففى صحة رهنه قبله نظر]
- ٩٩ [الخامس لو رهن عصيرا فصار خمرا فى يد المرتهن زال الملك]
- ١٠١ [السادس يجوز أن يستعير مالا ليرهنه]
- ١٠٧ [السابع لو قال أذنت لى فى رهنه بعشرة]
- ١٠٧ [الثامن لا يصح رهن المجهول]
- ١٠٨ [التاسع لو غصب عينا ثم باعها]
- ١٠٩ [العاشر لو رهن ما له الرجوع فيه (٢) قبله لم يصح]
- ١١٠ [الحادى عشر لو رهن الوارث التركة و هناك دين فالأقرب الصحة]
- ١١٤ [الفصل الثالث فى العاقد]

- ١٣٣ [الفصل الرابع فى الحق]
- ١٤٠ [الفصل الخامس فى القبض]
- ١٤٠ اشارة
- ١٦٠ [فروع]
- ١٦٠ اشارة
- ١٦٠ [الأول لو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم]
- ١٦١ [الثانى لو جعلاه على يد عدلين جاز]
- ١٦٢ [الثالث ليس لأحدهما ولا للحاكم نقله عن العدل الذى اتفقا عليه]
- ١٦٣ [الرابع للعدل رده عليهما لا على أحدهما]
- ١٦٥ [الخامس لو لم يمتنع من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن]
- ١٦٥ [السادس لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك]
- ١٦٧ [السابع لو عينا ثمننا لم يجز له التعدى]
- ١٦٩ [الثامن كل موضع يحكم فيه ببطلان البيع يجب رد المبيع]
- ١٦٩ [التاسع لو عينا له قدرا لم يجز بيعه بأقل]
- ١٧٠ [العاشر لو تلف الثمن فى يده من غير تفريط]
- ١٧٢ [الحادى عشر لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن]
- ١٧٤ [الثانى عشر لو تلف العبد فى يد المشتري]
- ١٧٥ [الثالث عشر لو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن]
- ١٧٧ [الرابع عشر لو غصبه المرتهن من العدل]
- ١٧٧ [الفصل السادس فى اللواحق]
- ٢٠٤ [الفصل السابع فى التنازع]
- ٢٢٩ [المقصد الثالث فى الحجر]
- ٢٢٩ اشارة
- ٢٣٠ [الفصل الأول فى الصغير]

- ٢٣٠ اشارة
- ٢٣١ [أما البلوغ فيحصل بأمر]
- ٢٣١ اشارة
- ٢٣١ [الأول إنبات الشعر الخشن على العانة]
- ٢٣٣ [الثاني خروج المنى]
- ٢٣٤ [الثالث السن]
- ٢٣٧ [الرابع الحيض و الحمل]
- ٢٣٨ [أما الرشد]
- ٢٤٥ [الفصل الثاني فى المجنون و السفية]
- ٢٤٥ اشارة
- ٢٤٥ [أما المجنون]
- ٢٤٦ [أما السفية]
- ٢٧٥ [الفصل الثالث فى المملوك]
- ٢٨٨ [الفصل الرابع فى المريض]
- ٣٠٠ [الفصل الخامس فى المفلس و فيه مطالب]
- ٣٠٠ اشارة
- ٣٠٠ [المطلب الأول المفلس لغة]
- ٣٠٤ [المطلب الثانى فى المنع من التصرف]
- ٣١٧ [المطلب الثالث فى بيع ماله و قسمته]
- ٣٢٨ [المطلب الرابع فى الاختصاص]
- ٣٢٨ اشارة
- ٣٣٠ [يفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة العوض و المعوض و المعاوضة]
- ٣٣٠ اشارة
- ٣٣٠ [أما العوض فهو الثمن و شرطه أمران]

- ٣٣٠ اشارة
- ٣٣٠ [الأول تعذر الاستيفاء بالإفلاس]
- ٣٣١ [الثاني الحلول]
- ٣٣٢ [أما المعاوضة فلها شرطان]
- ٣٣٢ اشارة
- ٣٣٢ [الأول كونها معاوضة محضة]
- ٣٣٦ [الثاني سبق المعاوضة على الحجر]
- ٣٣٧ [المقصد الرابع فى الضمان]
- ٣٣٧ اشارة
- ٣٤٠ [الفصل الأول الضمان بالمال]
- ٣٤٠ اشارة
- ٣٤٠ [المطلب الأول فى أركانه و هى خمسة]
- ٣٤٠ اشارة
- ٣٤٠ [الأول الصيغة]
- ٣٤٤ [الثانى الضامن]
- ٣٥٠ [الثالث المضمون عنه]
- ٣٥٣ [الرابع المضمون له]
- ٣٥٥ [الخامس الحق المضمون به]
- ٣٦٩ [المطلب الثانى فى الأحكام]
- ٣٨٨ [الفصل الثانى فى الحواله]
- ٣٨٨ اشارة
- ٤٠٢ [فروع]
- ٤٠٢ اشارة
- ٤٠٢ [الأول لو أحال بئمن العبد على المشتري]

- ٤٠٥ [الثانى لو جرى لفظ الحوالة]
- ٤٠٧ [الثالث لو شرط فى الحوالة القبض بعد شهر مثلا فالأقرب الصحة]
- ٤٠٨ [الرابع لو أحال البرىء على مشغول الذمة فهى وكالة تثبت فيها أحكامها]
- ٤٠٩ [الفصل الثالث فى الكفالة]
- ٤٠٩ اشارة
- ٤٢٤ [فروع]
- ٤٢٤ اشارة
- ٤٢٤ [الأول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له]
- ٤٢٥ [الثانى لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر]
- ٤٢٦ [الثالث لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف و برئ من الكفالة]
- ٤٢٧ [الرابع لو ترامت الكفالات صح]
- ٤٢٧ [الخامس لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه أو برأسه صح]
- ٤٢٩ [السادس لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة]
- ٤٢٩ [السابع يجب على المكفول الحضور مع الكفيل]
- ٤٣٠ [الثامن لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة]
- ٤٣٢ [التاسع لو خيف على السفينة الغرق]
- ٤٣٦ [العاشر الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث]
- ٤٣٦ [الحادى عشر لو أدى الكفيل لتعذر إحضار المكفول]
- ٤٣٦ [المقصد الخامس فى الصلح]
- ٤٣٦ اشارة
- ٤٣٧ [الفصل الأول الصلح عقد جائز سائغ]
- ٤٥٣ [الفصل الثانى فى تراحم الحقوق]
- ٤٥٣ اشارة
- ٤٧١ [فروع]

٤٧١ اشارة

٤٧١ [الأول إذا استحق وضع خشبة على حائط]

٤٧١ [الثاني لو وجد بناء أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره]

٤٧٢ [الثالث لا يجوز بيع حق الهواء]

٤٧٢ [الفصل الثالث في التنازع]

٤٩١ تعريف مركز

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة) المجلد ٥

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: وزیرى 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

دار إحياء التراث العربی للطباعة و النشر و التوزيع مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة للمحقق المتتبع السيد محمد جواد الحسيني العاملی قدس سرّه المتوفى حدود سنة ١٢٢٦ هـ «المجلد الخامس» مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢

[كتاب الدين و توابعه و فيه مقاصد]

إشارة

(كتاب الدين) و توابعه و فيه مقاصد

[المقصد الأول في الدين و فيه مطلبان]

إشارة

الأول في الدين و فيه مطلبان (١)

[المطلب الأول تكره الاستدانة اختياراً]

(الأول) تكره الاستدانة اختياراً (٢)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله كما هو أهله و الصلاة و السلام على خير خاتمه محمد و آله الطاهرين المعصومين و رضى الله عن علمائنا و مشايخنا أجمعين و عن روايتنا الصالحين (و بعد) فهذا ما وفق الله سبحانه بفضلله و إحسانه إليه و أعان بمنه و كرمه و حسن تجاوزه عليه من أجزاء (مفتاح الكرامة) في شرح قواعد العلامة أعلى الله مقامه تأليف الأقل الأذل محمد الجواد الحسيني الحسنی العاملی عامله الله سبحانه بفضلله في الدنيا و الآخرة

(كتاب الدين و توابعه و فيه مقاصد الأول في الدين و فيه مطلبان)

قال في (الصحيح) أبو عبيد الدين واحد الديون يقال دنت الرجل أقرضته و هو الذى يظهر من مطاوى كلام النهاية و فى (المصباح المنير) الدين لغه القرض و ثمن المبيع فالصداق و الغصب ليس بدين لغه بل شرعا على التشبيه و فى (القاموس) الدين ما له أجل و ما لا أجل له فقرض و فى (جامع الشرائع) الدين ما ثبت فى الذمه بقرض أو بيع أو إتلاف أو جناية أو نكاح أو نفقة زوجة أو سبب جنائية من يعقل عنه فكل قرض دين و لا عكس (و فى الوسيلة) القرض كل مال لزم فى الذمه بعقد عوضا عن مثله و الدين كل مال لزم فى الذمه عوضا عن غير مثله و فى (جامع المقاصد) فى الفرع الثالث عشر كلام نافع فى المقام جدا ستسمعه و المصنف جعل فى الدين مطلبين ثانيهما فى القرض و قضيته أن الدين واقع على كل ثابت فى الذمه سواء كان قرضا أم لا و سيأتى له فى الفرع الثالث عشر ما يلوح أو تظهر منه المخالفة لما هنا

(قوله) (تكره الاستدانة اختيارا)

كما فى (السرائر و الغنية و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المفاتيح و هداية الحر) و هو ظاهر النهاية حيث قال لا- ينبغى و نقل عنه فى (المختلف) أنه قال يكره و هو ظاهر (المختلف) أيضا من وجه آخر (و فيه) أيضا أن المشهور كراهية الدين مع الغنى و فى (مجمع البرهان) أن الأكثر على الكراهية مطلقا إلا ما استثنى و لعل دليلهم على شدة الكراهية مع الاختيار مع عدم ما يرجع إليه لقضائه و عدم الولى الأخبار الدالة على المنع و ستعرف حالها و على الجواز الأصل و حصول التراضى و آية الدين و آية الرهن و أدلة السلف و النسب و خصوص أخبار الباب مع الشهرة فجمع بينهما بالكراهية و معنى الاختيار الغنى عنه و عدم الحاجة إليه و تتفاوت الكراهية بالشدة و ضدها كما ستعرف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣

و تخف الكراهية لو كان له ما يرجع إليه لقضائه (١)

و لعل مرادهم بالدين المستفاد من الاستدانة ما أشغل الذمه كما أشار إليه فى (جامع الشرائع) فيدخل البيع سلفا و نسيئة بل و نقدا إذا لم يحضر الثمن إلا أن يخص بما لا يكون حالا مقصودا أداؤه فى الحال عرفا كما سمعته عن (القاموس) و يمكن أن يكون مرادهم به القرض كما هو موجود فى كلام جماعة و يؤيده ما فى (الصحيح) لكن الأدلة بإطلاقها أعم من ذلك

(قوله) (و تخف الكراهية لو كان له ما يرجع إليه لقضائه)

كما هو صريح (الدروس و ظاهر التحرير) حيث قال الأولى تركه و ظاهر (النهاية و السرائر و جامع الشرائع) أن لا كراهية حينئذ و لعله لما دل كما ستسمع على الجواز مطلقا غير مقيد بالحاجة و لا بإمكان الوفاء و لا بالذى كان له من يقضى عنه ظنا أو علما فكيف إذا كان مع أحد هذه الثلاثة مضافا إلى أدلة السلف و النسيئة و حصول التراضى و غيرها و قد نفى فى (التذكرة) الكراهية مع الحاجة إذا كان له وفاء أو كان له من يقوم مقامه فى الأداء و يشهد لذلك قول الصادق عليه السلام فى رواية سلمة و لا يستقرض على ظهره إلا و عنده وفاء (و قوله عليه السلام) بعد ذلك إلا أن يكون له ولى يقضى عنه من بعده و ليس منا من يموت إلا جعل الله عز و جل له ولىا يقوم فى عدته فيقضى عنه عدته و دينه لكن هذه الرواية دلت على كمال المبالغة فى الكراهية حيث دلت على أن السؤال و الطواف على الأبواب يتقدم على الاستدانة مع شدة ما ورد فى المنع عن السؤال (و أما قوله) فى صحيحة معاوية بن وهب إنما فعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ذلك يعنى عدم الصلاة على الأنصارى الذى مات ليعطوا و يرد بعضهم على بعض و لثلا يستخفوا بالدين و قد مات رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و عليه دين و مات الحسن عليه السلام و عليه دين و قتل الحسين عليه السلام و عليه دين فقد يدل على أن المنع للمبالغة و لهذا أول فعله صلى الله عليه و آله و سلم بما ذكر و لم يذكر عدم الحاجة و لا عدم مال يرجع إليه لقضائه و لا عدم من يقضى عنه (نعم) قد يستفاد من رواية سلمة و نحوها عدم شدة الكراهية مع وجود هذه الثلاثة (فليتأمل) و فعلهم صلوات الله عليهم يحتمل أحد الأمرين المذكورين فى خبر سلمة أو كليهما بناء على زوال الكراهية بأحدهما مع

الحاجة أو يكون لمحض الدلالة على الجواز أو رفع الشدة و لا- حاجة إلى حمله على الضرورة و شدة الحاجة كما فى (التحرير و الدروس و جامع المقاصد) و فى (الدروس و المفاتيح) أن الكراهية تخف أيضا إذا كان له ولى يقضى عنه و قد يلوح ذلك من (التحرير) و ظاهر (النهاية و جامع الشرائع) زوال الكراهية إذا كان يعلم أنه إذا مات قضى عنه و ليه و هو الذى فهمه من (النهاية) المصنف فى (المختلف) و قد سمعت ما فى التذكرة و قد اعترض فى (السرائر) كلام النهاية فقال إنه غير واضح لأن الولي لا يجب عليه قضاء دين من هو ولى له بلا- خلاف و رده (فى المختلف) بأن الشيخ لم يدع وجوب القضاء على الولي و إنما عول فى زوال الكراهية على ما رواه سلمة و ساق محل الشاهد من الرواية و رده أيضا فى (الدروس) قال و كذا أى تخف الكراهية لو كان له ولى يقضيه و إن لم يجب عليه فزالت مناقشة ابن إدريس لأن عدم وجوب القضاء لا- ينافى وقوع القضاء (و فيه) أن زوال مناقشة ابن إدريس بما قاله غير واضح بل بالرواية و نفى الحرج (و يعلم) أن إطلاق عبارة الكتاب و الدروس يقتضى كراهية الاستدانة كراهية مخففة إذا كان له ما يرجع إليه لقضائه سواء كان غنيا أو محتاجا و قد تشعر بنحو ذلك عبارة التحرير و قد سمعت آنفا ما فى (التذكرة) من نفى الكراهية مع الحاجة إذا كان له وفاء أو ولى و اعتمده صاحب (جامع المقاصد) و قد يكون قيد الاختيار فى المسألة الأولى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤

و تزول مع الاضطرار إليه (١) فيقتصر على كفايته و مؤنة عائلته على الاقتصاد (٢) و يجب العزم على القضاء (٣)

مأخوذا هنا فى عبارة الكتاب و نحوها كما هو الظاهر

(قوله) (و تزول مع الاضطرار إليه)

كما فى (السرائر و جامع الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس) و هو معنى قوله فى (التذكرة) و إن اشتدت زالت و هو ظاهر (النهاية) و قد يلوح من (الغنية) و دليله العقل و ظاهرهم أنه لا فرق بين أن يكون له وفاء أو ولى و عدمه و لم يعلم من فعله صلوات الله عليه و لا من فعلهم صلى الله عليهم أنه كان للحاجة كما أشرنا إليه آنفا و قد يدل خبر سلمة على عدم زوالها بالكلية مع الاضطرار إذا لم يكن له أحد الأمرين لأنه قدم فيه سؤال اللقمة و اللقمتين و التمرة و التمرتين على الدين و إن أرادوا بالاضطرار خوف التلف و جبت «فتأمل» و قال (الرضا عليه السلام) فإن غلب عليه فليستدنى على الله و على رسوله صلى الله عليه و آله و سلم ما يقوت به عياله (و يعلم) أنه لو تمكن من الصدقة حيث لا- ولى و لا- وفاء كرهت له الاستدانة و إن اضطر فى وجه قوى يرشد إليه خبر سلمة و فى (التذكرة) أن سؤال الناس حينئذ أولى من الاستدانة و فى (النهاية و السرائر و التحرير و الدروس) أن قبول الصدقة للمستحق أولى من الاستدانة و نحوه ما يأتى للمصنف و لو خاف التلف و لا- وجه له سواها و جبت كما فى التذكرة و غيرها و إذا توقف قضاء حاجة المؤمن مثلا مع القدرة على الأداء بسهولة و سرعة استحبت و إذا قصد التوسعة مع القدرة كذلك كانت مباحة و إذا لم يقدر على الأداء لا حالا و لا مؤجلا لعدم شئ عنده و عدم قدرته على الكسب و نحوه مما يحصل به الأداء عرفا مع عدم الحاجة بالفعل و عدم اطلاع المدادين على حاله حرمت و كذا مع نية عدم الأداء و على الأول يمكن حمل قول أبى الصلاح و أبى المكارم بالحرمة إذا لم يكن قادرا على قضائه و الذى يقتضيه النظر باعتبار القواعد و مراعاة الأخبار أن القدر المحتاج إليه لنفسه و عياله لا كراهية فيه مع وجود الوفاء أو الولي و ما عداه يكره بغير تفاوت و أخبار النهي و المنع ما بين صحيح غير صريح كقول (الصادق عليه السلام) نعوذ بالله من غلبة الدين و غلبة الرجال و بوار الأيم أو لا صحيح و لا صريح كالأخبار المروية عنه صلى الله عليه و آله و سلم و عن أمير المؤمنين و الصادقين عليهم السلام (و منها) خبر سلمة الدال على شدة الكراهة أو المنع و على زوالها أو خفتها مع الولي أو القدرة على الوفاء كما عرفت و الضمير فى إليه فى العبارة راجع إلى الدين المستفاد من الاستدانة

(قوله) (فيقتصر على كفايته و مؤنة عياله على الاقتصاد)

وفى (النهاية) وعند الضرورة لا يستدين إلا مقدار حاجته إليه من نفقته و نفقة عياله و فى (السرائر) لا يستدين إلا بمقدار حاجته و كفايته على الاقتصاد من نفقته و نفقة عياله ممن يجب عليه نفقته و لا يخفى أن مرتبة الكفاية و الحاجة دون مرتبة الاقتصاد و الاقتصاد دون مرتبة التوسعة فيحتمل أن يكون الاقتصاد فى عبارة الكتاب قيدها فى الأمرين أعنى كفايته و مئونة عياله فإراد الكفاية حينئذ الكفاية عادة فتتبادف الاقتصاد فيكون للإيضاح و يحتمل أن يكون قيدها فى الأخير فيكون المراد أنه يقتصر فى الاستدانة على ما تندفع به حاجته و إن لم يبلغ مرتبة الاقتصاد بالنسبة إليه و أما بالنسبة إلى عياله فيستدين ما يبلغ به مرتبة الاقتصاد و لا يتجاوز إلى التوسعة (و مما) ذكر يعرف توجيه عبارتي النهاية و السرائر

(قوله) (و يجب العزم على القضاء)

كما فى (المراسم و السرائر و التذكرة و الإرشاد و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المفاتيح) و هو معنى ما فى (المقنع و النهاية و جامع الشرائع) من أنه إن لم ينو كان سارقا و هو مضمون ما فى النصوص من أن من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥

و يكره لصاحب الدين النزول عليه (١) فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام (٢) و ينبغى له احتساب ما يهديه إليه مما لم تجر له به عادة من الدين (٣) و الأفضل للمحتاج قبول الصدقة و لا يتعرض للدين و لو التجأ المديون إلى الحرم لم تجز مطالبته (٤)

السارق و لما كان القضاء واجبا كان العزم عليه كذلك و فى (جامع المقاصد) يدل عليه النص و الإجماع و فى (المسالك) أن ذلك من أحكام الإيمان و فيه نظر ظاهر «١» نعم اعتقاد وجوب الأداء من أحكام الإيمان لا قصد الأداء و فعل الواجب و إلا لكفر من اعتقد وجوب الصلاة و لم يقصد فعلها أو لم يفعلها و لعل معنى العزم على القضاء أنه يجب عليه الوفاء عند الطلب و الإمكان بمعنى أنه يكون فى قصده إذا خطر بباله و لا- يفرق فى ذلك بين أن يكون المدين حاضرا أو غائبا و إن كاد يتوهم من عبارة الشرائع خلاف ذلك

(قوله) (و يكره لصاحب الدين النزول عليه)

للصحيح و غيره و إجماع (الغنية) و لما فيه من الإضرار و به صرح فى (النهاية و السرائر و التذكرة) و غيرها و الضمير راجع إلى المديون و إن لم يجز له ذكر

(قوله) (فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام)

كما فى (النهاية و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المفاتيح) للموثق و غيره و إجماع الغنية و عن أبى الصلاح أنه يحرم الزائد و فى رواية سماعه لا يأكل من طعامه بعد ثلاثة أيام و هو محمول على الكراهية الشديدة (قوله) (و ينبغى له احتساب ما يهديه مما لم تجر له به عادة من الدين)

كما فى (النهاية و السرائر و جامع الشرائع) و غيرها لأمر أمير المؤمنين عليه السلام بذلك و هو على الاستحباب قطعاً لأن الهدية يجوز قبولها مطلقاً كما فى (جامع المقاصد) و فى (الدروس و المفاتيح) ينبغى له احتساب ما يهديه و يتأكد فيما لم تجر عاداته به و الحجّة على ذلك الموثق و مفهوم الخبر أ كان يصلحك قبل أن تدفع إليه مالك قلت نعم قال فخذ منه ما يعطيك و فى (الغنية) الإجماع على كراهية قبول هديته لأجل الدين و على أن الأولى به إذا قبلها الاحتساب بها من جملة ما عليه (قوله) (و لو التجأ المديون إلى الحرم لم تجز مطالبته)

كما فى (السرائر و التذكرة و التحرير و الدروس) و معنى الالتجاء أنه دخل إليه متحصنا به و هاربا من المطالبة و عليه حمل فى (السرائر) عبارة النهاية حيث قال فى (النهاية) إذا رأى صاحب الدين المديون فى الحرم لم تجز مطالبته و لا ملازمته و نحوه ما حكى عن على بن بابويه إذا كان لك على رجل حق فوجدته بمكة أو فى الحرم فلا- تطالبه و لا تسلم عليه فتفرغه إلا أن تكون أعطيته

حقك في الحرم فلا- بأس أن تطالبه في الحرم قال في (السرائر) و ما ذكره و أورده شيخنا في (نهايته) يجب أن يحمل الخبر أن صاحب الدين طالب المدين خارج الحرم ثم هرب منه و التجأ إلى الحرم فلا- يجوز لصاحب الدين مطالبته و لا إفزاعه فأما إذا لم يهرب إلى الحرم و لا التجأ خوفا من المطالبة بل و جده في الحرم و هو ملء بماله موسر بدينه فله مطالبته و ملازمته (و قول ابن بابويه) إلا أن تكون أعطيته حقك في الحرم فلك أن تطالبه في الحرم يلوح بما ذكرناه و ينه على ما حررناه و لو كان ما روى صحيحا لورد ورود أمثاله متواترا و الصحابة و التابعون و المسلمون في جميع الأعصار يتحاكمون إلى الحكام

□

(١) مراده على الظاهر أنه من لوازم الإيمان و مقتضياته لمن عمل بمقتضاه فإن مقتضى الإيمان بالله تعالى العزم على فعل الطاعة و ترك المعصية و لا يستلزم ذلك كفر من خالف هذا المقتضى كما لا يخفى (محسن الحسيني العاملي) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦
أما لو استدان فيه فالوجه الجواز (١) و يجب على المدينون السعي في قضاء الدين (٢)

في الحرم و يطالبون الغرماء بالديون و يحبس الحاكم على الامتناع من الأداء إلى عصرنا من غير تناكر بينهم في ذلك و إجماع المسلمين على خلاف ذلك و وافق ما اخترناه و هذا معلوم ضرورة أو كالضرورة إلى آخر ما قال و هو صريح التحرير أيضا و لكن في (الغنية) الإجماع على أنه لا يحل له المطالبة على حال و على هذا فيحمل ما في (السرائر) على سيرة المخالفين لأنه من يوم مات صلى الله عليه و آله لم يكن لنا قضاء و لا حكام «فتأمل» و في (جامع الشرائع) و لا يطالبه في الحرم و لا يسلم عليه فيه لثلاث يروعه حتى يخرج و قد يحمل كلاهما على ما حمل عليه كلام النهاية «١» و في (المختلف) تكره المطالبة إن أدانه خارج الحرم و إن أدانه فيه لم يكره و في (الدروس) أنه قول نادر و ألحق القاضي و التقى مسجد النبي صلى الله عليه و آله و سلم و المشاهد المشرفة بالحرم و هو الموافق للاعتبار و قال جماعة أنه يضيق عليه في المطعم (المأكل خ ل) و المشرب بأن يمنع من أسباب النقل و قد تقدم مثله في باب الحج فيمن التجأ إلى الحرم و عليه حد أو تعزير أو قصاص و تمام الكلام في المطالبة يأتي إن شاء الله في الفرع السادس (قوله) (أما لو استدان فيه فالوجه الجواز)

كما في (التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد) و هو الذي سمعته عن علي بن بابويه و قد سمعت ما في (السرائر) و هو ظاهر كل من قال و لو التجأ إلى الحرم لم تجز مطالبته لأن المستدين في الحرم أحد قسمي غير الملتجئ و دليله أن سبب المطالبة و هو الاستدانة قد تحقق في الحرم و أنه لولاه لزم الحرج لإفضائه إلى منع المدائنه في الحرم لأن المدين إذا علم منعه من المطالبة امتنع من (عن خ ل) الإدانة و في ذلك ضرورة و تضيق على الناس و لأن الجناية الواقعة في الحرم تجوز المطالبة بها و الدين أولى لأنه أخف فتأمل (قوله) (و يجب على المدينون السعي في قضاء الدين)

كما في (النهاية و السرائر) و ظاهر إطلاقهم وجوب السعي حتى بالتكسب و هو الموافق لما في (الوسيلة و جامع الشرائع و المختلف و اللمعة و الروضة و مجمع البرهان) حيث قيل فيها أمر بالاكْتِسَاب و في (الدروس و الروضة) أنه يجب عليه التمسك بما يليق به أي بالمدينون و لو كان إجارة نفسه و عليه تحمل الرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام و استحسنته في (المسالك) و قواه في (جامع المقاصد) و كأنه يوافق ما حكى عن عميد الدين أنه يجب على المدينون السعي إذا جرت عادته بالسعي و كذا لو لم تجر عادته إذا لم يستضر و قد تحمل (عبارة الكتاب و النهاية و السرائر) على غير السعي بالتكسب كأن يؤاجر دار غلته الموقوفة عليه و دابته كذلك و أم ولده الموقوفة عليه على تأمل في ذلك لأن في المبسوط في موضعين منه (و الخلاف و السرائر و الشرائع و التذكرة) في موضعين منها (و التحرير و التبصرة) و فلس الكتاب و ظاهر (الإرشاد) أنه لا- يجب عليه التمسك و لا- يجبر عليه و هو (خيرة غاية المرام و الكفاية) بل صرح في أكثر هذه أنه لا يجب عليه قبول الصدقة و الوصية و لا القرض و لا تجبر المرأة على التزويج لتقبض المهر و تفي

الدين ولا هو على خلع زوجته ولا على

(١) وإن أبقى على ظاهره كان مستندهما قوله جل شأنه وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا فإنه يقضى ببطلان سببها المطالبة وهي الاستدانة لكونه في الحرم وفيه أنه إذا لم يستحق المطالبة حين القرض لم يستحقها أصلاً لانتفاء سبب آخر يقتضيه ثم إنه ليس التمسك بهذا العموم في هذا الفرد بأولى من التمسك بعموم النصوص الدالة على استحقاق المطالبة بالدين والإجماع المنعقد على ذلك خرج منه ما إذا التجأ وبقي الباقي مضافاً إلى ما استسمع عن قريب إن شاء الله تعالى (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧

و ترك الإسراف في النفقة بل يقنع بالقليل (١)

الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاعتنام والتلصص في دار الحرب وقتل الأبطال وسلب ثيابهم وسلاحهم وقد نفى الخلاف عن ذلك كله الشيخ في (المبسوط) «١» وفي (التذكرة) لو جنى عليه أو على عبده جان لا يجب عليه أن يعفو على مال وفي قصاص (المبسوط) والتحرير والإرشاد والمسالك) أن له العفو مجانا وفي (غاية المرام والمسالك) والروضه ومجمع البرهان والكفاية) أن المشهور أنه لم يجز (يجب خ ل) دفعه إلى غرمائه ليستعملوه وفي (الغنية وظاهر السرائر) الإجماع على ذلك والمشهور كما في (المسالك والكفاية) أنه لا يجوز إلزامه ومؤاجرته وهو كذلك وقد طفحت عباراتهم بذلك وذلك نوع من التكسب كما هو ظاهر جماعة كثيرين كالشيخ في (الخلاف) وابن زهرة في (الغنية) والمصنف في (المختلف) والشهيد في (اللمعة) حيث جعلوا المسائلتين من سنخ واحد وهو كذلك إلا أن تقول إن إلزامه ومطالبتة ومؤاجرته واستعماله غير وجوب التكسب عليه وإجباره عليه قلت هو كذلك بالنسبة إلى غير الأخيرين وفي (التذكرة) الإجماع على عدم جواز مطالبتة وملازمتة وحسبه ولم يتعرض لمؤاجرته لكنه يظهر من بعضهم في كتاب القضاء الفرق بين وجوب التكسب وبين تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه ويتسلطوا على منافعه بإجارة أو نحوها وقد استوفينا الكلام هناك أكمل استيفاء (حجة) القائل بوجوب التكسب عليه لقضاء الدين (ما روى عن علي عليه السلام) بطريق السكوني أنه كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء وإن لم يكن دفعه إلى غرمائه فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم إن شئتم فأجروه وإن شئتم استعماله وهو يدل على وجوب التكسب في وفاء الدين وأن قضاء الدين واجب على القادر مع المطالبة والمتكسب قادر ولهذا يحرم عليه الزكاة لأن المنافع تجرى مجرى الأعيان وحينئذ فهو خارج من الآية وأنه يلزم الضرر والإضرار لو لم نوجب عليه التكسب وإن فتح باب عدم الوجوب يلزم مفسد كثيرة (و حجة القائل بالعدم) الأصل و ظاهر الآية وخبر غياث بن إبراهيم عن الباقر والصادق عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يحبس في الدين فإذا تبين له إفلاس الرجل وحاجته خلى سبيله حتى يستفيد مالا واستعدت امرأة على زوجها عند أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسرا فأبى أن يحبسه وقال إن مع العسر يسرا ولو كان التكسب واجبا لأمره به والمنافع لا تجرى مجرى المال في جميع الأحكام و روى أبو سعيد الخدرى من طرق العامة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك ولما حجر على معاذ لم يزد على بيع ماله والشهرة تجبر ما هناك من ضعف وقد رد في (السرائر) خبر السكوني بأنه غير صحيح ولا مستقيم لأنه مخالف لأصول مذهبنا ومحكم التنزيل (وقد استوفينا الكلام) في هذه المسائل وأطرافها في باب القضاء وجمعنا بين الأخبار ونقلنا جميع الأقوال و بينا الحال بما لا مزيد عليه وما ذكرناه في المقام نبذة من ذلك على حسب ما اقتضاه المقام وقد تقدم في المكاسب أن الواجب منها ما يحتاج إليه لقوته وقوت عياله ولا وجه له إلا الاكتساب ويأتي بعض الكلام في باب الفلس

(قوله) (و ترك الإسراف في النفقة بل يقنع بالقليل)

(١) و في قصاص السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف و الروضة و المسالك و مجمع البرهان بأنه إذا مات و عليه دين يجوز لورثته القصاص و إن لم يضمّنوا الدين للغرماء و هذا يناسب ما نحن فيه (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨

و لا يجب أن يضيق على نفسه (١) و لو طوب و جب دفع ما يملكه أجمع عدا دار السكنى و عبد الخدمة و فرس الركوب و قوت يوم و ليلة له و لعيله إن كان حالا (٢)

و لا يجب أن يضيق على نفسه)

و لعله أراد ما في الوسيلة من أنه يؤمر بالاكتساب و الإنفاق بالمعروف على نفسه و عياله و صرف الفاضل في الدين و نحوه ما في (جامع الشرائع) من أنه يقتصد من دون صرف و لا تقتير و ما فضل لدينه و في (التحرير) يجب عليه ترك الإسراف في النفقة و يقتصد بها و لا يجب عليه التقتير و مثله ما في (الدروس) مع زيادة أن الأقرب أنه يستحب له التقتير إذا رضى عياله و لعل المراد بالاعتقاد في الكتب الثلاثة هو المراد من قول المصنف بل يقنع بالقليل فيكون الممنوع منه التوسعة التي هي فوق الاعتقاد و إن لم يعد إسرافا و بهذا تندفع المخالفة بين مفهومى تحريم الإسراف و القناعة بالقليل إذ مفهوم الأول حل ما عداه و مفهوم الثانى تحريم ما سواه و يبعد أن يراد بالقليل القليل الذى يسد رمقه بالنسبة إلى نفسه و إن كان بالنسبة إلى عياله براعى الاعتقاد لكن ففى (النهاية) ينبغي أن يتقنع بالقصد و لا- يجب عليه أن يضيق على نفسه بل يكون بين ذلك قواما و مثله ما فى (السرائر) غير أنه أبدال يتقنع بيتوسع و فى (جامع المقاصد) الذى يقتضيه النظر و جوب الكف عما عدا المستثنى له من قوته و قوت عياله بالمعروف و لا يجب عليه أن يقنع بما دون ذلك

(قوله) (و لو طوب و جب دفع ما يملكه عدا دار السكنى و عبد الخدمة و فرس الركوب و قوت يوم و ليلة له و لعيله إن كان حالا) كما فى (التذكرة و جامع المقاصد) مع زيادة ثياب بدنه فى الأخير و هو الظاهر من (التذكرة) فى أثناء عباراتها و اقتصر فى (النهاية) و الوسيلة و جامع الشرائع) على استثناء الأولين فقط و فى (السرائر و التحرير و الدروس) على استثنائهما و استثناء قوت يوم و ليلة له و لعيله و لم يذكر فرس الركوب و ستسمع أن فى الغنية الإجماع عليه نعم زاد فى الدروس ثياب البدن و فى (التذكرة) الإجماع على أنه لا يجوز بيع دار السكنى و نسب الخلاف فى الخادم إلى العامة و ظاهره اتفاقنا على استثنائه قلت و النصوص متضافرة باستثناء دار السكنى و حسنهُ الحلبي دالة على استثناء الجارية و ستسمع ما فى (المبسوط و الغنية) من الإجماع و قال الصدوق كان شيخنا محمد بن الحسن رضى الله تعالى عنه يروى أنها إن كانت الدار واسعة يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج إليه و يقضى ببقيتها دينه و كذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها و اشترى بثمانها دارا يسكنها و يقضى أيضا بالثمن دينه و فى (الروضة) لو زادت هذه الأشياء فى أحد الوصفين يعنى الكم و الكيفية و جب الاستبدال و الاقتصار على ما يليق بحاله و أنه لو احتاج إلى المتعدد استثنى كالمتردد و منع فى (التذكرة) من بيع الدار و الخادم و تكليفه شراء أدون منهما و استند إلى الأصل و عموم النهى عن بيع هذه الأشياء و قال إن كان فى دار سكناه فضلة يستغنى عنها و جب بيع تلك الفضلة لعدم الضرورة و لحديث مسعدة و نص على الأخير جماعة منهم صاحب الجامع (و فى جامع المقاصد) لو كانت ثياب بدنه نفيسة و نفاستها لائقه بحاله لم يجب بيعها و أن قوت اليوم و الليلة له و لعيله بالاعتقاد من غير تفاوت بينه و بينهم هذا كلامهم فى باب الدين و الظاهر عدم الفرق بين المفلس و غيره من المدنيين فى أكثر هذه كما فى (مجمع البرهان) و أما كلامهم فى باب المفلس ففى (المبسوط و الغنية) الإجماع على أنه لا تباع داره التى يسكنها و لا- خادمه الذى يخدمه و زاد فى (الغنية) الإجماع على عدم بيع دابته التى يجاهد عليها و لم تذكر فرس الركوب فى غير فلس (التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و الروضة) كالمبسوط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩

.....

و غيره (نعم) ذكر فيه وفي غيره زيادة على الدار والخادم ثياب بدنه كما في (المبسوط) وغيره و ثياب تجمله كما في (الإرشاد و المختلف و اللعنة) و غيرها و كسوته كما في (الشرائع) و حكى عن أبي علي أنه يستحب أن لا يطلب الغرماء بيع الدار و الخادم و ثياب التجميل و في (المبسوط) أيضا يجب أن يكسى و يكسى جميع من تجب عليه كسوته من زوجته و أقاربه إجماعا و قدرها ما جرت به عادته من غير سرف و قد حد ذلك بمقيص و سراويل و منديل و حذاء لرجله و إن كان من عادته أن يتطلس دفع إليه طيلسان و إن كان بردا شديدا زيد في ثيابه محشوة و أما جنسها فإنه أيضا يرجع فيها إلى عادة مثله من (مع خ ل) الاقتصاد و نحوه ما في (التذكرة) و في (المبسوط) أيضا أنه لا خلاف في أنه يجب عليه أن ينفق عليه و على من تجب نفقته من أقاربه و زوجته و ممالিকে من المال الذي في يده و لا يسقط عنه نفقة واحد منهم و قال في (الكفاية) إنهم قالوا إنه يجري عليه نفقته و نفقة من تجب عليه نفقته و كسوته و يتبع في ذلك عادة أمثاله إلى يوم قسمه ماله فيعطى هو و عياله نفقة ذلك اليوم انتهى و في (التذكرة) لا يزيد على نفقة ذلك اليوم لأنه لا ضبط بعده و في (المسالك) لا فرق في هذه المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء و عدمه عندنا و ظاهره الإجماع و استشكل في (التحرير) فيما إذا كانت الدار و الخادم عين مال بعض الغرماء و ينبغي أن لا تباع و لا تدفع أم الولد في ثمن رقبته إذا كان محتاجا إليها للخدمة و يكون هذا مستثنى من الرجوع في العين و من بيعها في ثمن رقبته و في (التذكرة) أن كل ما يترك له إذا لم يوجد في ماله اشترى له لقوله صلى الله عليه و آله و سلم (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) و معلوم أن فيمن يعوله من تجب نفقته عليه فيقدمون لأنهم يجرون مجرى نفسه لأن النفقة لأحيائهم و قال جماعة منهم المصنف في (التذكرة) إذا كانت هذه المستثنيات رهنا جاز بيعها كما لو باشر بيع هذه الأشياء باختياره فإنه يجوز قبض ثمنها و يشير المصنف إلى بعض ذلك قالوا و لا يترك الفرش و البسط بل يسامح بالبد و الحصر القليلة القيمة و قال في (التذكرة) اعتبار ما يليق بحاله في حال إفلاسه لا في حال ثروته و لو كان يلبس دون اللائق بحاله في حال الثروة تقتيرا لم يزد عليه (إذا عرفت هذا) فاعلم أن معظم أهلوا استثناء الكسوة في باب الدين و من ذكر الكسوة فإنما ذكرها بثياب بدنه أو البدن مما لا يتناول كسوة عياله و ذكروا في باب الدين استثناء قوت يوم و ليلة له و لعياله و استثنوا في باب الفس نفقة يوم القسمة لا غير قالوا و تجرى عليه نفقته مدة الحجر و نفقة من تجب عليه نفقته إلى يوم القسمة فيعطى نفقة ذلك اليوم خاصة و الجمع ممكن هين و لم أجد نصا و لا فتوى في استثناء كتب العلم إلا ما قاله المولى الأردبيلي من أنهم قد يستثنون بعض الأمور المحتاج إليها غالبا مثل الكتب العلمية لأهلها (نعم قد يقال) إذا كان قاضيا في بلد ناء عن الكتب و لا يمكنه القضاء بدونها يمكن استثناءها كما لعله يرشد إليه قوله في (التذكرة) إن شرط الأخذ عندنا أن لا يكون مما يحتاج إليه المفلس في ضروريات معاشه انتهى فتأمل فيه (و روى) المشايخ الثلاثة عن العجلي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن علي دينا و أظنه [أن يعوزني و مال] لأيتام و أخاف إن بعث ضيعتي بقيت و ما لي شيء فقال لا تبع ضيعتك و لكن أعط بعضا و أمسك بعضا و نحوه خبر الحظر و الوسمة و قد يحملان على عدم الطلب المضيق إذ قد لا يكون للأيتام ولي يطلب على الضيق بل ينفق عليهم بالتدرج فلا ينفان كلام الأصحاب و قد يستبعد استثناء مثل الفرس و الخادم و الخادمين إذا احتاج إليهما و ثياب التجميل دون قوت أكثر من يوم و ليلة و لا وجه له لأن المدار على ما كان من ضروريات معاشه و به دوام بقائه و حياته و عدم إذلاله و مهاتته و ما زاد على نفقة اليوم و الليلة ليس له حد يرجع إليه كما أسمعناكه عن (التذكرة)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠

و عند حلول الأجل مع المطالبة إن كان مؤجلا (١) و لا تصح صلاته في أول وقتها و لا شيء من الواجبات الموسعة المنافية في أول أوقاتها قبل القضاء مع المطالبة و كذا غير الدين من الحقوق كالزكاة و الخمس (٢)

هذا ولو أنه تبرع و أعطى هذه المستثنيات فى الدين فالظاهر أنه يجوز له ذلك و يبرأ كما نص عليه المولى الأردبيلى لكنه أمر بالتأمل و هذا حديث إجمالى و تمام الكلام فى محله

(قوله) (و عند حلول الأجل مع المطالبة إن كان مؤجلا)

أعاد ذكر المطالبة بعد العهد

(قوله) (و لا تصح صلاته فى أول وقتها و لا شىء من الواجبات الموسعة المنافية فى أول أوقاتها قبل القضاء مع المطالبة و كذا غير الدين من الحقوق كالزكاة و الخمس)

كما صرح بذلك فى (السرائر و المختلف و التذكرة و مجمع البرهان) و استدل عليه فى الأول بأن قضاء الدين واجب مضيق و أداء الصلاة فى أول وقتها واجب موسع و كل شىء يمنع من الواجب المضيق فهو قبيح بلا خلاف من محصل و فى (الوسيلة) أن الحال يلزم قضاؤه متى طالبه صاحبه مع فقد العذر و العذر الإعسار و دخول وقت الصلاة حتى يفرغ من أدائها و الأصحاب فى باب الوكالة و غيره جعلوا العذر الشرعى ما إذا كان يصلى فطالبه أو ضاق الوقت فتشاغل بالصلاة و العذر العرفى ما إذا كان فى الحمام أو كان يأكل و نحوه و قد جعل المصنف هنا و فى (التذكرة) الزكاة و الخمس كالدين و إن لم يطالب بها الحاكم لأن أربابها فى العادة مطالبون و كذلك الدين لغير العالم و احترز بالمنافية عن الصلاة و من أقوى ما يستدل به على بطلان صلاته فى أول وقتها أن أداء الدين مأمور به على الفور و لا- يتم إلا- بترك العبادة و ما لا- يتم الواجب إلا- به فهو واجب و ما وجب تركه ففعله منهى عنه و النهى فى العبادات يقتضى الفساد و إن كان تبعا و لا ريب فى التوقف المذكور لأن وجود أحد الضدين يتوقف على انتفاء الآخر عقلا و إن كان الضد شرعا إذ المراد بعد فرضه ضدا و القول بنفى التوقف مخالف لما عليه القوم أجمع لأن عدم المانع من جملة العلل كما قاله ملا ميرزا ثم إن إرادة أحد الضدين مضادة لإرادة الضد الآخر صرح به فى الشرح الجديد للتجريد و نفس الفعل متوقف على إرادته ففعل الضد متوقف على إرادته المتوقفة على انتفاء إرادة الضد الآخر و هو المراد بالصارف فى كلام القوم فممنع توقف فعل الضد على الصارف عن الآخر كما وقع لجماعة يصادم الأصول المقررة (و قد اعترض) جماعة بمنع كون ترك الضد مقدمة للمأمور به بل هو من المقارنات الاتفاقية فلو كان ترك الضد مقدمة لفعل ضده لكان القول بأن فعل الضد مقدمة لترك ضده أولى بالإذعان و لما كان منشأ توهم التوقف هو المقارنة الاتفاقية حصل الاشتباه فى المقامين مع أنه محال و غرضهم من الصورة الثانية الإشارة إلى لزوم شبهة الكعبى و وجه كونها أولى بالإذعان أن فعل المباح مستلزم لترك الحرام لا- ينفك عنه فينبغى على مدعاك أن يكون فعل المباح مقدمة لترك الحرام بالأولوية و لا- كذلك ترك العبادة مثلا فإنه لا يستلزم أداء الدين بل كثيرا ما يترك الضد الخاص و لا يؤتى بالمأمور به و أنت خبير بأن الاستلزام غير التوقف و فرق تام بين كون وجوب المقدمة للتوصل و كون وجودها للتوصل و قد حصل لهم الاشتباه فى المقامين (بيان ذلك) أنا نقول إن فعل المباح و إن استلزم ترك الحرام لكنه ليس مقدمة له و ليس ترك الحرام متوقفا عليه فإن ترك الحرام قد يتخلف عن جميع الأفعال مع وجود الصارف إن كانت الأكواف باقية مستغنية عن المؤثر إن لم نقل بأن الكون الباقي يوصف بالإباحة و إن قلنا بوصفه بها كما يوصف السكوت المستمر فى المكان المغصوب بالحرمة لم يتجه ذلك إلا على وجه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١

.....

آخر و إن قلنا بعدم البقاء أو الاحتياج كان ترك الحرام مقارنا لفعل ضد من أضداده من حيث إنه من لوازم وجود المكلف و أنه لا يخلو منه و هذا بخلاف فعل المأمور به و هو أداء الدين فإنه لا يتخلف عن ترك الضد و هو العبادة و هى مقدمة له كما عرفت و إن لم يستلزمه وجودا فممنشأ الخلط و الاشتباه عدم الفرق بين الاستلزام و التوقف و عدم الفرق بين كون وجوب المقدمة للتوصل أو

وجودها فنظر الجماعة المذكورين إلى الوجود لا الوجوب كما سيتضح و ما قالوه من أنه محال يحتمل أمرين (الأول) أنه يلزم الدور (و فيه) أن المقامين متغايران و قد تعرض أهل الأصول لبيانه و قياسه على الحركة و السكون لا وجه له لأنهما نقيضان و كلامنا فى الضدين اللذين ترك أحدهما مقدمة لفعل الآخر (الثانى) أن يكون المراد أن ترك الضد كما هو مقدمة لفعل الضد الآخر على دعواك ففعل الضد الآخر أيضا علته لترك هذا الضد و قد عرفت أن فعل الضد فى الغالب ليس مقدمة و لا علة لترك الضد الآخر هذا (و التحقيق) أن شبهة الكعبى لا تندفع إلا بالتزام أن المباح واجب تخيرا مباح عينا لأن مقدمة ترك الحرام أمر (قدر خ ل) مشترك بين وجود الصارف الذى هو عدم التصور و الشوق و الإرادة و بين فعل مباح و المفروض أن التكليف بترك الحرام مستمر فالتكليف الناشئ من قبله بالقدر المشترك كذلك (نعم) لو انقطع وجوب ذلك القدر كما فى خصال الكفارة لا نقطع وجوب تلك المباحات بوقوع بعض أفراد ذلك القدر المشترك و ما نحن فيه ليس كذلك (إلا أن تقول) إن الواجب التخييرى لا يسمى واجبا تخييرا إلا فيما لا يمكن أن يكون لخصاله التى هى أمور اختيارية بدل غير اختيارى (و فيه) أن ترك تزويج إحدى الأختين أى إحدى التركيبين واجب مع أنه يمكن أن لا يكون هناك شوق أصلا إلى شىء منهما و معلوم أن الشوق غير اختيارى فيلزم أن لا يسمى ذلك واجبا تخييرا فتأمل جيدا (و كيف كان) فلعل منشأ توهم النافين للتوقف فيما نحن فيه ما أشرنا إليه آنفا من أنهم نظروا إلى أن ترك الضد كثيرا ما يتخلف عن فعل ضده فظنوا أن لا مدخيلة لترك الضد فى فعل ضده و إلا فكيف يدعى أن تركه ليس إلا لفعل ضده مع ما نراه من أنه يترك هذا الضد و لا يؤتى بالآخر و ظنوا أن مقدمة الشىء هى ما يتوقف عليه الفعل فى نظر المكلف مع تفتنه لكونه مما يتوقف عليه (و أما) مع وجود الصارف عن الأمور به و عدم حصوله فى الخارج فلا يتحقق واجب فى الخارج فلا توقف ثم سرورا الكلام إلى حال الاشتغال و التفتن و أنكروا التوقف (و فيه) أن عدم تفتنه للتوقف لا يقضى بعدم التوقف فى نفس الأمر مع أنه جار فى سائر المقدمات (و مما ذكر) يعلم حال ما أوجب به عن الدليل المذكور من أن وجوب المقدمة توصلى و الوجوب كذلك يقتضى اختصاصه بحالة الإمكان و مع وجود الصارف عن فعل الأمور به لا يمكن التوصل إليه بترك الضد إذ أنت خير بأن اختيار الصارف بالاختيار لا ينافى إمكان تركه و اختيار الفعل و التوصل إليه بالمقدمة كما فى تكليف الكافر بالعبادة إذ هو مكلف بالواجب و بمقدماته مضافا إلى ما يلزم هذا القائل من أنه يجرى فى كل واجب لغيره فيقال وجوب الوضوء للصلاة يختص بحال إمكان الصلاة و مع وجود الصارف عنها لا معنى لوجوب الوضوء و لم يقل به أحد بل يلزمه أن يقول إن وجوب كل شىء مخصوص بحال إمكانه و مع وجود الصارف عنه ينتفى وجوبه و نحوه ما قيل من أن دليل وجوب المقدمة لو سلم فإنما هو فى حال إرادة الفعل و إذا وجد صارف عنه لم يكن مريدا للفعل فلا يلزم تكليف ما لا يطاق أو خروج الواجب عن كونه واجبا (و فيه) أن الدليل يدل على الوجوب فى حال إمكان الإرادة و لا يشترط فعليتها نعم وجودها لا بد و أن يكون فى حال الإرادة و هو غير ما نحن فيه (و ربما أوجب) بأن وجوبها ليس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢

.....

أصليا و إنما هو تبعى و هو غير نافع للمستدل لأن ما وجب تركه تبعا لا يكون فعله منهيا عنه لعدم العقاب على ترك المقدمة لأنه ليس مطلوبا لذاته و لهذا لم تثبت له أحكام الواجب الأصلي لأنه يجتمع مع الحرام (و فيه) أن معنى قولنا إن وجوبها تبعى أن وجوب ذبيها يحصل من الأمر به و وجوبها يحصل من العقل و هو من أدلة الشرع فهنا خطابان أصليان للشارع أحدهما لفظى و الآخر عقلى و مقتضى قواعدهم و حججهم أنها واجبة شرعا و أن الوجوب الشرعى لا يجتمع مع الحرام (أما الأول) فلو كان مراد القائلين بوجوبها هو الأكثر غير المعنى الشرعى لم يكن هناك خلاف و لا نزاع لأن النافى لم ينف إلا المعنى الشرعى كما هو واضح و ما وجب شرعا تبعا أو أصالة كان تركه حراما منهيا عنه لكن العقاب فى التبعى على ترك متبوعه على المشهور لكننا نحن قد نفرق بين المقدمات كما

ستسمع (و أما الثاني) فالاتفاق علمائنا على عدم جواز اجتماع الأمر والنهي في شيء واحد شخصي ومعناه أن ما أمر به لا يتصور أن يقع على وجه يكون حراما بحيث يقع الامتثال سواء قلنا ببقاء التكليف وعدمه لا- ما توهمه صاحب المعالم من أن امتناع اجتماع المأمور به والمنهى عنه إنما هو على تقدير بقاء الوجوب بعد الفعل و ما استندوا إليه من قطع المسافة على الوجه المحرم لا وجه له لأنه إذا انحصر القطع في الوجه المحرم كانت مقدمة الواجب المشروط لا- المطلق و كذا إذا لم ينحصر و اختار القطع على الوجه المحرم و ليست في الصورتين مقدمة للواجب المطلق حتى تكون واجبة و حراما كما نسب ذلك إلى القائلين بوجوبها صاحب (المعالم) و بعض من تأخر عنه مع أنه خلاف ما صرحوا به و اقتضته قواعدهم لأنهم يقولون بأن المقدمة الواجبة ليست إلا القطع بالنحو السائغ و لا- يجوز القطع بالنحو الحرام فإذا عصى المكلف صار حجه واجبا مشروطا و هذا القطع بالنسبة إلى حجه مقدمة للواجب المشروط و كذلك الحال في إنقاذ الغريق على الوجه المحرم إذ الواجب عليه الإنقاذ على الوجه السائغ الحلال لكنه لما عصى حصل الغرض فظن أنه امتثل و ليس كذلك بل هو عاص و إن حصل الغرض (و فيه) أن الخصم لا يريد أكثر من هذا فتأمل جيدا و القول بأن المقدمة إنما هي قطع المسافة أي الأمر الكلي من حيث هو من دون خصوصية الفرد المخصوص من القطع لا يدفع ضيما لتحقيق القدر المشترك في ضمن الحرام (فليتدبر) فقد تحصل أنها واجبة شرعا كسائر الواجبات الشرعية لا تجتمع مع الحرام أقصى ما هناك أنه لا يترتب عليها ثواب و لا على تركها عقاب على المشهور لأنها لم تجب لنفسها و إنما وجبت لغيرها لكننا قد نفرق بين المقدمات التي هي ترك أضداد و غيرها فنقول بترتب العقاب على ترك الأولى فإذا صلى و لم يقض الدين كان معاقبا على فعل الصلاة فليلاحظ هذا و المحقق الثاني في (جامع المقاصد) لم يلتفت إلى هذه الأجوبة لشدة وهنها (فأجاب) عن الدليل المذكور بأننا لا نسلم أن الواجب الموسع يكون تركه مقدمة لواجب مضيق لأنه لم يقم عليه دليل و ظاهر الأوامر الواردة به الإطلاق في جميع وقته إلا ما أخرجه الدليل (ثم اعترض) بأن وجوب قضاء الدين على الفور ينافي وجوب الصلاة في الوقت الموسع لأنه حين وجوب الصلاة إذا تحقق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا- يطاق و إن لم يبق وجوب القضاء خرج الواجب عن كونه واجبا (و أجاب) بأننا لا نسلم وجوب تكليف ما لا يطاق إذ لا يمتنع أن يقول الشارع أوجب عليك كلا من الأمرين لكن أحدهما مضيق و الآخر موسع فإن قدمت المضيق فقد امتثلت و سلمت من الإثم و إذا قدمت الموسع فقد امتثلت و أثمت بالمخالفة في التقديم (و الحاصل) أن الأمر يرجع إلى وجوب التقديم و كونه غير شرط في الصحة و الامتثال مع انتقاضه بتضييق الوقت فإنه إن بقي الوجوب لزم ما سبق و إن خرج لزم خروج الواجب عن صفة الوجوب مع أنه لا دليل على الترجيح إذ هما واجبان

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣

.....

مضيقان قد تعارضا فلا بد من خروج أحدهما عن صفة الوجوب لئلا يلزم المحذور و الدلائل تدل على خلافه و مع تسليمه فلا دليل يقتضى خروج واحد بعينه من الصلاة في (من خ ل) أجزاء الوقت للحق المضيق فالحكم بصحة الصلاة في آخر الوقت أيضا باطل لأنه يستلزم الترجيح بلا مرجح و لا انتقاضه بمناسك يوم النحر فإن الترتيب فيها واجب و لو خالف أجزأت عن الواجب الذي في الذمة و إنما يجزئ لو كانت واجبة مع عدم الترتيب لامتناع إجراء غير الواجب عن الواجب و إنما يعقل الوجوب على التقديرين و التأثيم على تقدير واحد بخصوصه بناء على ما قدمناه فلو كان وجوب شيء يقتضى إيجاب ما يتوقف عليه و إن كان مقابله (في مقابلة خ ل) واجبا لامتنع الإجزاء هنا و في كل موضع أشبهه و قال إن هذا من غوامض التحقيق (و فيه) على أن الأمر بقضاء الدين عند المطالبة معارض للأوامر المطلقة المتعلقة بالعبادة تعارض قولك صل و أنقذ الغريق في أي وقت غرق و معلوم أن الثاني يحكم في مثله على الأول لإطلاقه فكأنه قال صل و أنت مأمور بالصلاة و إنقاذ الغريق إلا إذا عرض لك غريق فليست مأمورا بالصلاة فكان الدليل قائما على أن ترك الواجب الموسع مقدمة لواجب مضيق (و قوله) لا- يمتنع إلى آخره لا- نمنعه لكننا لا- نصير إليه إلا- إذا علمت إرادته كما في

مناسك منى وإلا- فالبناء على ظاهر الخطاب من الإطلاق والتقييد و في صورة ضيق الوقت نقول ببقاء الوجوب إن كان ذلك من تقصير المكلف وإلا فلا يقدم ما هو أهم في نظر الشارع فتقدم الصلاة على إيفاء الدين و يقدم إنقاذ المؤمن و حفظ بيضة الإسلام على الصلاة ثم إنه في (جامع المقاصد) قال فإن قيل الضد العام إنما يتقوم بالأضداد الخاصة فيكون الضد الخاص أيضا منهيًا عنه (و أجاب) بأن المطلوب في النهي هو الكف عن الشيء و الكف عن الأمر العام غير متوقف على شيء من الأمور الخاصة لإمكان الكف عن الأمر الكلي من حيث هو هو (و فيه) على تقدير إمكانه أن ذلك ليس بمطلوب بل المطلوب الاجتناب عن الخصوصيات كما في سائر المناهي كالزنا ونحوه ثم إن قوله جل شأنه «إِنَّمَا يَتَّبِعُ اللَّهُ مَنَ الْمُتَّقِينَ» ونحوه مما ورد في الأخبار يقتضى عدم قبول الضد من تارك المأمور به إلا أن يفرق بين الإجزاء والقبول لكن يشكل ذلك في المستحبات لأن إجزاءها حصول الثواب وهذا هو القبول (إلا أن يقال) إن قوله عز وجل «إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ» ونحوه مما ورد في الأخبار في المستحبات يقتضى القبول من المسيء أيضا (إلا- أن يقال) إن القبول على سبيل اللزوم إنما يكون من المتقين و أما القبول من غيرهم فإنما هو بعنوان التفضل ولذا ورد أن من فعل كذا كان له كذا و يستوجب الغفران و دخول الجنة و ما تعلق به الشهيد الثاني من عظم البلية و عموم البلوى من لزوم بطلان النافلة مطلقا و الفريضة إلا مع الضيق و لزوم التيمم إلا لأوحدى الناس فإنما يدل على الصحة و عدم إعمال هذا المقتضى لا على نفى المقتضى فيصير الحاصل أن اقتضاء الأمر النهي عقلي لكن لا نقول إن النهي يقتضى الفساد و ذلك لو صح كان أصح ما يتمسك به للصحة إذا لو صح ذلك لكثير في الناس القليل و القال و التناهي و لوجدت حملة العلم و أهل الديانات ينهون أكثر الناس عن النافلة و يلزمونهم بتأخير الفريضة إلى آخر الوقت و في انتفاء ذلك و استقامة الطريقة على قديم الدهر و سالف العصر على خلافه دليل على بطلانه لكنه يلزم على هذا اجتماع الأمر و النهي في الضد المنهي عنه أعنى الصلاة في المثال المذكور إلا أن تقول إن النهي التبعي لا يقتضى التحريم كما أنه لا يقتضى الكراهية و كما أن الوجوب التبعي لا يستحق عليه ثوابا و لا على تركه عقابا لكن قد يقال إن هذا رجوع إلى المقارنة (فتأمل) و أما قطع المسافة على البعير المحرم فالنهي فيه إيصاله فليأمل في ذلك أو تقول إن المنهي عنه بالنهي التبعي إيقاع الضد أعنى الصلاة لا ماهيتها كالصلاة في المسجد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤

و تباع دار الغلة (١) و فاضل دار السكنى و دار السكنى إن كانت رهنا (٢) و لو غاب المدين و جب على المديون نية القضاء و العزل عنه وفاته و الوصية به ليوصل إلى مالكة أو وارثه و لو جهله اجتهد في طلبه فإن آيس منه قيل يتصدق به عنه (٣)

فإن ماهيتها واجبة و إيقاعها في المسجد مستحب و هذا رجوع إلى ما في (جامع المقاصد) فقد تحصل أن المقدمة إن كانت تركا لضعف كان النهي عن إيقاع ضدها و إن كانت فعلا و أتى بها على وجه محرم كان النهي عن فعلها كقطع المسافة على البعير المحرم فليلاحظ فإنه دقيق

(قوله) (و تباع دار الغلة)

بلا خلاف أجد و المراد بها الدار المرصدة للنماء كالبيت المعد للإجارة و نحو ذلك

(قوله) (و فاضل دار السكنى و دار السكنى إذا كانت رهنا)

قد تقدم الكلام فيهما

(قوله) (و لو غاب المدين و جب على المديون نية القضاء و العزل عند وفاته و الوصية به ليوصل إلى مالكة و لو جهله اجتهد في طلبه فإن آيس منه قيل يتصدق به عنه)

هذه المسألة قد تكلمنا فيها في باب الميراث عند الكلام على ميراث الغائب غيبة منقطعة لعدم الفرق بين الميراث و بين سائر الحقوق كما نص عليه بعضهم و لا بد أن نذكر كلامهم في المقام و قد عبر المصنف و غيره بما لو غاب المدين و نحوه و زاد في (النهاية و

السرائر) غيبه لا يقدر عليه معها (و في الشرائع و النافع و المختلف) غيبه منقطعاً و المراد بمنقطع الغيبه ما صدق عليه ذلك عرفاً لأنه يختلف فيه باعتبار نباهه الشأن و خمول الذكر و ذلك قد يكون لطول الغيبه حتى ينقطع خبره أو لافتقاده بين ركب و عسكر و نحو ذلك أما من عرف مكانه كمن أسرته الروم أو أسره السلطان و لم يعرف خبره فكأنه لا يصدق عليه هذا العنوان و لا كذلك عنوان النهاية لكن المصنف في (المختلف) نزل عنوان النهاية على ما في الشرائع (و قد يقال) إن المدار على القدرة و عدمها و من ذلك ما إذا لم يعلم أحي هو أم ميت فليتأمل في ذلك إذ قد يفهم من العبارات الأربع أن الغائب غيبه غير منقطعاً أو يقدر عليه معها أنه لا يجب الإيصاء بها له و لا عزلها بل يسلمها إليه أو يستأمره في أمرها أو يكون حاله حال سائر الديانه و قد صرحوا بأنه لا يجب على المديون «حينئذ» نية القضاء و قد سمعت فيما سلف ما دل على وجوب نية القضاء مطلقاً من نص و إجماع و لعل الوجه في إعادته أن الحكم هنا أكد أو يكون المراد وجوب تجديد العزم «فليتأمل» فيه و أما وجوب العزل عند وفاته فظاهرهم أنه إجماعي كما في (جامع المقاصد) و ظاهر كلامهم أنه لا خلاف فيه كما في (المسالك) و الإجماع ظاهر (المختلف) كما ستعرف و قد نسبه إليه صاحب (المسالك و الكفاية) أيضاً و في (النهاية) وجب أن ينوى قضاءه و يعزل ماله عن ملكه فإن حضرته الوفاة أوصى به و ظاهره أنه يجب العزل مطلقاً و حمله في (المختلف) على من حضرته الوفاة أو على استبقاء ما يساوى الدين بمعنى أنه يجوز له التصرف في جميع أمواله بالصدق و غيرها إلا ما يساوى الدين و ذلك لأنه في (السرائر) بعد أن نقل كلام (النهاية) رده بأن العزل غير واجب بلا خلاف بين المسلمين فضلاً عن طائفتنا و ظاهر توجيه (المختلف) بأن العزل عند الوفاة مجمع عليه عندنا و إلا لما صح أن يكون جواباً لابن إدريس و هو الذي فهمه منه صاحب (المسالك و الكفاية) كما عرفت و مما يقطع به على ذلك أن ابن إدريس قال قبل ذلك إنه إذا حضرته الوفاة سلمه إلى من يثق به كما ستسمع كلامه و هو يقضى بوجوب العزل عند الوفاة و في (جامع الشرائع) أهمل ذكره بالكلية و كأنه فهم من إجماع جده الإطلاق و في (المسالك) و غيرها لو لا ظهور الإجماع لأمكن تطرق القول بالعدم للأصل مع عدم النص (و ربما)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥

.....

وجه بأنه غاية ما يمكن و أنه أقرب إلى الوفاء و بعيد عن تصرف الغير و هو كما ترى لا يقضى بالوجوب مع أن قضية ذلك أنه يتعين بذلك فلو تلف يكون من مال الغريم و ليس كذلك لعدم الدليل على الانتقال و لعل معقد الإجماع لا يتناول ذلك و في (إيضاح النافع) الظاهر أنه يتعين بالعزل و قد يكون العزل ليتصرف في باقي التركة إذ بدونه لا يجوز له التصرف فيها و في (الرياض) نسب وجوب العزل عند الوفاة للنهاية و الموجود في (النهاية) و المحكى عنها ما سمعته و حكى عن (السرائر) أنه ادعى إجماع المسلمين على عدم وجوب العزل و الموجود فيها نفى الخلاف بينهم و هذا سهل و حكى عن (المسالك) أنه احتمل عدم الخلاف و قد سمعت عبارة المسالك بلفظها و أعظم من ذلك أنه في (الرياض) وجه إجماع (السرائر) على عدم وجوب العزل مطلقاً و قد عرفت أنه محكى على مخالفة ما في (النهاية) و إلا لما صح توجيه (المختلف) و لما صح ما في (المسالك و الكفاية) من أن ظاهر (المختلف) الإجماع كما عرفت و أما وجوب الوصية به فهو ظاهر (النهاية) كما عرفت (و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التذكرة) و غيرها و في (غاية المرام) أنه لا خلاف فيه و في (مجمع البرهان) كأنه لا خلاف فيه و يدل عليه بعض الأخبار مؤيداً بالاعتبار و في (السرائر) أنه يسلمه إلى من يثق بديانته و يجعله وصيه في تسليمه إلى صاحبه و في (الروضة) يجب كون الوصاية إلى ثقة و إن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة لأنه تسليط على مال الغير و في (إيضاح النافع) أن الوصية واجبة إن توقف الثبوت عليها و إلا استجبت مؤكداً و ربما وجبت و إن كان مشهوداً عليها خصوصاً إذا أسقطنا اليمين في دعوى الدين على الميت إذا أوصى به عند موته (فتأمل) و أما أنه يجتهد في طلبه لو جهله فقد صرح به في (النهاية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة) و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية) غير أن

المسألة مفروضة في (النهاية و السرائر) فيما إذا جهل الوارث و في (جامع الشرائع) فإن حضره الموت وصى إلى ثقته به و اجتهد الوصى في طلبه فإذا مات طلب وارثه و في (المسالكة) المعتبر في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الأمكنة التي يمكن كونه أو خبره بها و يستمر كذلك على وجه لو كان لظهر و مما أهمل فيه ذكر الطلب و الاجتهاد فيه (الإرشاد و المختلف و الدروس و اللمعة و الروضة) و غيرها و في (الرياض) و لو لم يعرفه اجتهد في طلبه بذل الوسع في السؤال عنه في الأمكنة التي يمكن كونه أو خبره بها و يستمر كذلك على وجه لو كان لظهر بلا خلاف أجده انتهى (فتاوى) و قضية كلام (السرائر و الكتاب) و ما وافقهما أنه إذا جهله لا يجب عليه العزل و لا الوصية به بل يكفي الاجتهاد في الطلب ثم التصديق به عند القائلين بوجوب التصديق و ستعرف الحال في ذلك و قد استدلوا على وجوب الاجتهاد في الطلب بصحيفة هشام بن سالم قال سأل خطاب الأعمور أبا إبراهيم عليه السلام و أنا جالس فقال إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجرة ففقدناه و بقي من أجره (أجرته خ ل) شىء و في (التهذيب) و لا نعرف له وارثا قال فاطبوه قال فطلبناه فلم نجده فقال مساكين و حرك يديه فأعاد عليه فقال اطلب و اجهد فإن قدرت عليه و إلا فهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فإن حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع إليه و بصحيفة معاوية بن وهب على ما يراه المتأخرون في أصحاب الإجماع عن (أبي عبد الله عليه السلام) في رجل كان له على رجل حق ففقده و لا يدرى أين يطلبه و لا يدرى أحي هو أو ميت و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا قال اطلبه قال فإن ذلك قد طال فأتصدق به قال اطلبه و الظاهر أن المراد بالطلب و الاجتهاد السؤال و الارتقاب و ربما أشعر ظاهر الأخير بوجوب الطلب دائما كما قد يشعر به أيضا مفهوم خبر زرارة كما ستسمعه و من المعلوم أنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦

.....

لا يحسن من الحكيم الأمر بالطلب مع اليأس و عدم إمكان الوجدان فيحمل على عدم اليأس أو الاستحباب و قد استدلوا بهذه الأخبار على المشهور بين الأصحاب من أن ميراث المفقود يتربص به مدة لا يعيش إليها مثله عادة و لم يحكموا هناك بوجوب الفحص و الطلب (فتاوى) و الاعتبار يستبعد أن يكلفه بالمراسلات و الكتابات إلى الأطراف أو الطلب و السؤال في المجمع و الأسواق أو في أطراف الأرض لبقايا أجره و نحوها لم يكن له تقصير في شأنها إذ من المعلوم أن ذلك يحتاج إلى إتلاف المال و تعب البدن و ليست هي لقطه و قد روى زرارة في (الصحيح) عن أبي جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه و لا على ولي له و لا يدرى بأي أرض هو قال لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء و قد عرفت أن جماعة أهملوا ذكر الطلب و الاجتهاد في المقام أيضا و أما أنه يتصدق به مع اليأس فظاهر (الكتاب و الشرائع و النافع و التذكرة) التردد حيث نسب فيها ذلك جميعها إلى القيل و نحو ذلك ما في (كشف الرموز) و الظاهر أن ذلك لمكان خبر ابن وهب الذي ظاهره المنع من التصديق به كما أشار إليه في (التذكرة) و قد أسمعناكه لا لعدم النص كما في (المسالكة و الكفاية) و لا لأن التصديق بماله لغيره مع عدم براءة ذمته غير معلوم الجواز لأنه لا شبهة في الجواز كما في (المسالكة) و لا ينبغي النزاع فيه كما في (مجمع البرهان) إذا كان دينا لأنه ماله فيكون مسلطا عليه و أما الحكم بأنه يتصدق به «حينئذ» فهو المشهور كما في (جامع المقاصد و الروضة) و هو خيرة النهاية و القاضي على ما حكى عنه (و جامع الشرائع و الإرشاد و المختلف و التبصرة و اللمعة و المقتصر و جامع المقاصد) و ظاهرهم أن ذلك على سبيل الوجوب كما فهمه الصيمرى و الشهيد الثانى و المولى الأردبيلي و صاحب الرياض و قد قواه في (الميسية) و استجوده في (المسالكة) و الذى فهمه في (جامع المقاصد) منهم إنما هو الجواز قال و ذهب في (المختلف) إلى الجواز تبعا للشيخ و جماعة و هو الظاهر من جماعة و هو الأسد لوجوه كما ستسمع و في (جامع المقاصد و المسالكة) أنه حيث يمكن مراجعة الحاكم هو أولى من الصدقة بغير إذنه و إن كان جائزا إلا أنه أبصر بمواقعها و حجتهم عليه ما أرسله في (الفقيه) بقوله بعد ذكر خبر ابن وهب و قد روى

في هذا خبر آخر إن لم تجد له وارثا و علم منك الجهد فتصدق به و ما أرسله في (السرائر) قال و قد روى أنه إذا لم يظفر تصدق به عنه و ليس عليه شيء و ما رواه في (الكافي و التهذيب) عن نصر بن حبيب صاحب الخان قال كتبت إلى عبد صالح (العبد الصالح خ ل) عليه السلام قد وقعت عندى مائة درهم و أربعة دراهم و قد مات صاحبها و لم أعرف له ورثة فأرىك في إعلامى حالها و ما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعا فكتب عليه السلام اعمل فيها و أخرجها صدقة قليلا قليلا حتى تخرج قال في (الإستبصار) إنما له أن يتصدق بها إذا ضمن لصاحبها أو أنها للإمام فأمره أن يتصدق عنه بها و يبعد الثانى أن عدم معرفة الورثة لا يدل على عدمهم و هو لم يطلب و لم يفحص و كون ذلك للإمام مشروط بالعلم بعدم الوارث (إلا أن تقول) الشرط فى إرثه عدم العلم بالوارث و فى (موثقة) هشام بن سالم «١» تدفع إلى المساكين يكرر عليه ذلك و كأن قصد السائل فى المراجعة

(١) و هى ما رواه الشيخ فى الموثق عن هشام بن سالم قال سأل حفص الأعمور [□] أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده جالس قال إنه كان لأبى أجير كان يقوم فى رحاه و له عندنا دراهم و ليس له وارث فقال أبو عبد الله عليه السلام تدفع إلى المساكين ثم قال رأىك فيها ثم أعاد عليه المسألة فقال له مثل ذلك فأعاد عليه المسألة ثالثة فقال أبو عبد الله عليه السلام تطلب له وارثا فإن وجدت له وارثا و إلا فهو كسبيل مالك ثم قال ما عسى أن تصنع بها ثم قال توصى بها فإن جاء لها طالب و إلا فهى كسبيل مالك (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧

.....

أولا و ثانيا و ثالثا مع أمره له بالصدقة أولا و ثانيا هو أنه قد سمع جواز التملك مع الضمان و كانت رغبته فى ذلك فجوزه عليه السلام أخيرا و الشهرة تجبر ما فى الأخبار من الضعف و لولا- ذلك لتعطل المال و خرج عن الانتفاع ثم إن من هو عليه محتاج إلى تفرغ ذمته و لا- سبيل إلا الصدقة إذا لم يمكن الحاكم و فى (الدروس و إيضاح النافع و الروضة) أنه يتخير بين إبقائه فى يده و دفعه إلى الحاكم و الصدقة و فى (السرائر) أنه يجتهد فى طلبه فإن لم يجده سلمه إلى الحاكم فإن قطع على أنه لا وارث له كان لإمام المسلمين و وافقه فخر الإسلام لأنه مع وجود الوارث يكون للوارث و وليه الحاكم مع غيبته و إلا- فهو للإمام و قضية كلامهما أنه لا- يجوز التصدق به كما فهمه جماعة من السرائر و فى (التنقيح) قول ابن إدريس هو الحق إذا علم موته و عدم وارثه أما إذا انتفى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أو خبر وارثه و فى (الدروس و جامع المقاصد) أنه مع القطع على موته و انتفاء الوارث لا شك فى كونه للإمام و نحوه ما فى المختلف (و فى الحدائق) أنه لا خلاف فيه حينئذ (و فى جامع المقاصد) أنه لا شك فى جواز دفعه إلى الحاكم مع اليأس أما الوجوب فلا- دليل عليه مع أن أكثر الأصحاب على خلافه انتهى و القطع بجواز دفعه إلى الحاكم لا يجتمع مع وجوب التصدق به هذا و الظاهر أن الصدقة لا تتوقف على سبق العزل و يكفى قصد الصدقة بما يدفعه عن المستحق و ظاهر كلامهم أنه حين التصدق لا- يحتاج إلى وصية لأنه قد برئت ذمته (و فيه) أنه قد يظهر بعد ذلك و لا يرضى و يكون للمديون مال يمكن الوفاء منه ففائدة التصدق جواز التصرف فى باقى المال إن كان فيه عين موجودة غير ممتازة و الخروج عن عهده الواجب و عدم الضمان مع عدم ظهور صاحب و مصرف هذه الصدقة عند القائل بالجواز مصرف الصدقة المندوبة و أما القائل بالوجوب فيحتمل أن يكون كذلك لأنها لم تجب على المالك و إنما وجبت بالعارض على المدين و وارثه (و ربما قيل) إن الأحوط أن تصرف إلى مستحق الزكاة كما هو الظاهر من كلامهم فى أمثال ذلك و فيه تأمل واضح إذ ذلك إنما هو فى الزكاة لأنه نسب فى (المنتهى) حلية المندورة إلى علمائنا و أكثر العامة إلى غير ذلك من المؤيدات (و ليعلم) أن بعض أخبار الباب دل على إبقائه أمانة فى يده و بعضها دل على التملك و أنه كسبيل ماله يتصرف فيه كيف شاء مع الضمان و الوصية به و هو شاذ كما فى (الرياض) و ليعلم أن أخبار الباب و كلام الأصحاب فى المقام قد تضمننا بيان حال المال المجهول المالك المشهور برد المظالم كما فى (مجمع البرهان) و ضابطه كل مال لا

فائدة في تعريفه كما تضمنه الخبر كما ستسمع و بالجملة كل مال حصل في يدك من مالكة أو وكيله أو مستودعه معلوما كان المالك ثم جهلته أو كان مجهولا لك من أول الأمر كأن كنت معه في فندق أو خان أو قافلة و لا تعرفه و حصل في متاعك أو يدك شيء و نحوه من ماله غفلة أو خطأ و ليس هذا لقطعة و لا في حكمها لمكان كلام الأصحاب و قد سمعته و أخبار الباب الصريحة في ذلك (منها ما رواه) على عن العبيدي عن يونس قال سئل (أبو الحسن الرضا عليه السلام) عمن وجد متاع شخص معه و لم يجده حتى جاء إلى الكوفة و لم يعرفه صاحبه (قال أبو الحسن عليه السلام) كيف يعرفه و لم يعرف بلده فإذا كان كذلك فبعه و تصدق به قال له على من جعلت فداك قال على أهل الولاية (و منها) ما رواه على عن العبيدي عن يونس قال سألت عبدا صالحا عليه السلام فقلت جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة و ارتحلنا عنهم و حملنا بعض متاعهم بغير علم و قد ذهب القوم و لا نعرفهم و لا نعرف أوطانهم و قد بقي المتاع عندنا فما نصنع به قال فقال تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة قال يونس فقلت له

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨

و المعسر لا يحل مطالبته و لا حبسه (١) و يجوز له الإنكار و الحلف إن خشى الحبس مع الاعتراف و يورى و ينوى القضاء مع المكنة (٢)

لست أعرفهم و لا ندرى كيف نسأل عنهم قال به و أعطى ثمنه أصحابك فقلت جعلت فداك أهل الولاية قال نعم و هما يدلان على الموضوع و الحكم و أنه لا يشترط الحاكم و لا العدالة في المعطى و لا المعطى و أنه يصح إعطاؤه للسادة و لعل من ذلك ما يقع فيه الاشتباه من النعال في المجامع و الحمامات و نحوها و من ذلك ما يؤخذ من الحاكم الظالم و لا يعرف صاحبه مما علم أنه حرام و غضب لأنه لا يمكن تعريفه عملا بالعلة المومى إليها في خبر يونس المتقدم و لعل حال الظالم حال السارق و الغاصب كما ستسمع و ليس من ذلك ما يؤخذ من السارق أو يستودعه السارق له فإنه في حكم اللقطة كما في خبر حفص قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم قال لا يردده فإن أمكنه أن يرد على أصحابه فعل و إلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فإن جاء صاحبها ردها عليه و إلا تصدق بها فإن جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم و لم يذكر فيها أنه له أن يملكها بعد التعريف كاللقطة هذا عند المشهور كما في (الكفاية) و أوجب ابن إدريس دفعها إلى إمام المسلمين فإن تعذر أبقاها أمانة و اختار المصنف في (الإرشاد) و غيره أنه يتصدق به فيكون من المال المجهول المالك و كذلك ما جاء به الریح أو الطير إلى دارك مما هو أمانة شرعية لأنه لا يمكن تعريفه عملا بالعلة المومى إليها إذ قد لا يعرف صاحبه ذهابه منه و ليس منه ما يجده في داره أو صندوقه الذي يشاركه في غيره كما أفتى به جماعة لورود النص به على تأمل لنا فيه لمخالفته قواعد اللقطة و عند الشيخ في (المبسوط) أن اللقطة إن أراد تملكها و جب تعريفها و إلا فهي مال مجهول المالك و مما يسمى برد المظالم ما إذا كان في ذمته ديون لا يعرف أصحابها و أموال غضبها و أتلفها و أخماس و زكوات و نحو ذلك فليحظ ذلك في باب اللقطة و الوديعة و الدين و غيرها من الأبواب فإن هذا مجموع من مجموع ذلك و ليس له في الفقه باب على حده (قوله) (و المعسر لا تحل مطالبته و لا حبسه)

إجماعا كما في التذكرة و في (مجمع البرهان) لا خلاف على الظاهر في تحريم حبسه بل مطالبته و ملازمته و أذاه على تقدير ثبوت عدم قدرته على الأداء شرعا و في (المختلف) أنه الأشهر و بحرمة المطالبة و الإلحاح عليه صرح (في النهاية و المبسوط و فقه الراوندى و الغنية و السرائر) و غيرها و قد يظهر من الغنية الإجماع على ذلك و إذا لم تحل مطالبته فبالأولى أن لا يحل حبسه و في الكتاب و السنة إشارة إلى ذلك كخبر عبد الله ابن سنان و موثقة عمار و قال الصدوق في (المقنع) نقلا عن أبيه مختارا له إن أنفق ما أخذه في طاعة الله سبحانه فَتَطْرُقُ إِلَيْهِ مَيْسِرَةٌ و إن كان أنفق ما أخذه في معصية الله فطالبه بحقوقك فليس هو من أهل هذه الآية انتهى و قال في (الدروس) فيه بعد مع أن المنفق في المعروف أوسع مخرجا لأنه تحل له الزكاة و لعل المنفق في المباح ملحق بالطاعة عنده و

فى (المختلف) أن ظاهر كلام أبى الصلاح يوافق قولهما وقد تقدم عند شرح قوله و يجب على المديون السعى فى قضاء الدين ما له نفع تام و ذلك كله حيث يثبت إعساره أو يعلم المدين به
 (قوله) (و يجوز له الإنكار و الحلف إن خشى الحبس مع الاعتراف و يورى و ينوى القضاء مع المكنة)
 كما فى (السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و المختلف و الدروس و جامع المقاصد) و هو المحكى عن الحلبي غير أنه فى (جامع الشرائع) ترك ذكر التورية و صرح فى (جامع المقاصد)
 مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩
 و لو استدان الزوج النفقة الواجبة و جب على الزوج دفع عوضه (١) و لا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لأن تعيينه بقبضه (٢) فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل (٣) و إلا فللمالك (٤)

بأن التورية واجبة لأن الكاذب ملعون انتهى فتأمل و أبو الصلاح اشترط إعلامه ذلك أى العزم على القضاء قبل اليمين أو بعدها و فى المختلف أن الأقرب أن إعلامه ليس شرطاً فى الجواز و نحوه ما فى الدروس
 (قوله) (و لو استدان الزوج النفقة الواجبة و جب على الزوج دفع عوضه)
 كما فى (النهاية و جامع الشرائع و التذكرة) لأن المتبادر من دفع العوض دفعه إلى المدين و هو قول الشيخ فى (النهاية) و جب عليه القضاء عنها و فى الخبر يقضى عنها ما استدان بالمعروف و قال فى (السرائر) الواجب على الزوج تسليم النفقة بالمعروف إلى المرأة ثم تقضى هى ما استدان و أن قضاء الدين واجب عليها دون الزوج و فى (المختلف) أن قول الشيخ ممكن إذ الزوجة هنا كالوكيل عن الزوج فيجب عليه القضاء و منع عليه ذلك فى (جامع المقاصد) لأن استحقاقها النفقة لا يصيرها كالوكيل و قال إن كلام ابن إدريس هو المتجه و إن كان العدول عن ظاهر الرواية لا يخلو عن شىء (قلت) من الشائع الذائع عرفاً أن من دفع إلى شخص مالا ليقتضى به دينه يقال إنه قضى دينه و دفع عوض دينه و عليه تحمل الرواية و كلام النهاية و غيرها و فى (الدروس) أنه يقضى نفقة الزوجة استدانته أم لا أذن فى الاستدانة أم لا و لا يقضى نفقة الأقارب مطلقاً إلا مع إذنه أو إذن الحاكم و نحوه ما فى حواشى الكتاب (قلت) وجه الفرق أن نفقة الزوج حق مالى كالعوض اللازم فى المعاوضة و نفقة الأقارب إنما وجبت على طريق المساواة و سد الخلة لا للتملك فلا تستقر فى الذمة و إنما يأنم بتركها و تمام الكلام فى باب النكاح
 (قوله) (و لا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لأن تعيينه بقبضه)

قال فى (التذكرة) فى باب المضاربة لا يجوز القراض على الديون و لا نعلم فيه خلافاً قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له مضاربة انتهى و فى (السرائر) و ظاهر (المختلف) الإجماع على منع جعل الدين مضاربة ذكرها فى أثناء كلامهما (كلام لهما خ ل) فى بيع الدين و بالحكم صرح فى (النهاية) و أكثر من تأخر عنها و فى الخبر القوي الذى رواه السكونى فى رجل له على رجل مال فتقاضاه و لا يكون عنده ما يقضيه فيقول هو عندك مضاربة قال لا يصح حتى يقضيه و أشار بقوله لأن تعيينه بقبضه إلى جواب ما لعله يقال من أن الثابت فى الذمة مقبوض لمن هو فى ذمته كما صرحوا به فى السلم و الصرف فلم لا يكون مقبوضاً هنا و المضاربة شرطها القبض و حاصل الجواب أن المضاربة شرطها تشخيص المال و تعيينه و الدين قبل قبضه لا يتشخص فانتفى شرط المضاربة

(قوله) (فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل)

كما فى التذكرة فى موضعين منها و الكتاب فى باب المضاربة (و الدروس و حواشى الكتاب) و موضعين من (جامع المقاصد و المسالك) لما عرفت من أن ذلك لا يقتضى تعيين الدين لكونه إلى الآن فى يد المديون و لم يجعله و كيلاً فى التعيين (القبض خ ل) فيكون الدين باقياً فى الذمة و نية القراض لا أثر لها فى الشراء بملكه قال فى (التذكرة) و كذا إذا اشترى للقراض فى الذمة و دفع المال

لأن المأذون فيه هو الشراء لينقد فيه مال القراض و قد تقرر أن المال الذي في يده له فإذا اشترى وقع الشراء له (و قد يقال) لم لا يكون الشراء فضولياً و يتوقف على الإجازة لأنه نواه و العقود بالقصود
(قوله) (و إلا فللمالك)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠
و عليه الأجرة (١) و يصح بيع الدين على من هو عليه و على غيره (٢)

و عليه الأجرة)

أى و إن لم يكن المديون هو العامل بل كان العامل ثالثاً فالربح للمالك و قد قيد فى (الدروس و حواشى الكتاب و جامع المقاصد) بما إذا اشترى بالعين و أجاز المالك لبطلان الإذن السابق بفساد المضاربة قالا و إذا اشترى فى الذمة فالربح للعامل و عليه الإثم و الضمان و ينبغى أن يقيد بما إذا نوى الشراء لنفسه و فى (حواشى الكتاب) فى الفرق بين كون العامل المديون أو غيره نظر و كذا فى اختصاص المالك بالربح إذا كان العامل غير المديون لأن القراض فاسد فيفسد ما تضمنه من الإذن فى القبض و أنت قد عرفت الفرق من أن العامل إذا كان هو المديون لم يتعين المال للمالك بخلاف ما إذا قبضه الثالث فإنه و كيل للمالك فى قبض الدين فيتعين بتعيين المديون و قبض الوكيل و أما الفساد فمخصوص بما إذا كانت تلك الأمور المتضمنة من توابع العقود الفاسدة و لوازمها أما إذا اقتضى اللفظ مضاربة و وكالة لاشتماله على الإذن فى التصرف فإن فساد المضاربة لا يقتضى فساد الوكالة كما لو باعه و أجره فى عقد واحد و اختلت بعض شروط البيع فإن الإجارة صحيحة و إن فسد البيع كما نبه على ذلك الكركى فى (جامع المقاصد) فقد تحصل أن الذى يفسد بفساد المضاربة إنما هو الإذن فى المضاربة لا الإذن فى القبض لأنه بمنزلة الوكيل بالنسبة إلى قبض المال و المضارب بالنسبة إلى العمل فيبطل متعلق المضاربة خاصة (و قد يقال) إن المضاربة الفاسدة إن اقتضت فى الثالث الأجنبى وكالة فى القبض خارجة عن حقيقتها فلتكن فى المديون كذلك فكيف يفرق بينه و بين الثالث لأن المفروض فى المقامين إفراز المال و عزله و الشراء به و حينئذ فالمضاربة الفاسدة إن كانت مجامعة للوكالة فى تعيين المال فهى واقعة فى الموضعين و إلا فلا ثم إن كون الإذن فى القبض خارجاً عن مقتضيات المضاربة أول ممنوع بل الظاهر أنه بعض لوازمها و توابعها فينبغى أن يتبعها فى الفساد (و قد يقال) إن المراد ما إذا كان اللفظ مشتملاً على وكالة و مضاربة كأن يقول خذ دينى من فلان و قد جعلته مضاربة فتأمل جيداً و كيف كان فحيث يكون الربح للمالك مع إجازته الشراء بالعين يكون للعامل أجره المثل كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة
(قوله) (يصح بيع الدين على من هو عليه و على غيره)

قد تقدم الكلام فيه فى باب السلم و قال أيضاً فى المقام فى (المختلف) يجوز بيع الدين و هو مذهب علمائنا و لا فرق بين بيعه على من هو عليه و لا على غيره و فى (اللمعة و الروضة) أنه المشهور و نسبه فى (المبسوط) إلى رواية أصحابنا و فى (السرائر) أن إجماعهم منعقد بغير خلاف على صحة بيع الدين و إمضائه و أخبارهم على ذلك و كذلك أقوالهم و تصنيفاتهم و مسطوراتهم و فتاواهم إلا أنه خصه ببيعه على من هو عليه كما ستسمع و المراد بعد الحلول بما هو حاضر و أما قبله فستسمع الكلام فيه و المخالف فيما نحن فيه ابن إدريس فمنع من بيعه على غير من هو عليه استناداً إلى دليل قاصر و تقسيم غير حاصر و قد نقل كلامه فى (المختلف) برمته على طوله و بالغ فى رده و قد رماه جماعة بالضعف للأصل و العمومات السالمة عن المعارض إلا ما يظهر من (السرائر) من دعوى الإجماع الموهون بمصيرهم إلى خلافه و أما بيعه قبل الأجل ففى (السرائر) إن كان مؤجلاً لا يجوز بيعه على من هو عليه بلا خلاف و يلزم عليه بطريق الأولوية تحريمه على غيره و فى (التنقيح) أن المشهور أن الدين لا يجوز بيعه قبل حلوله مطلقاً و هو ظاهر جماعة كالمحقق فى (الشرائع و النافع) و المصنف فى (الإرشاد) و ما يأتى من الكتاب و غيرهما و صريح آخرين منهم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١

فيجب على المديون دفع الجميع إلى المشتري وإن كان الثمن أقل على رأى (١)

المصنف في (التحرير) و الشهيد في (الدروس) و الجواز خيرة جماعة كالمصنف في (التذكرة و المختلف) و الشهيد في (اللمعة و الروضة) و صاحب إيضاح النافع و المقدس الأردبيلي و المولى الخراساني و مال إليه في (المسالك) و كأن المحقق الثاني متردد و قد نص أكثر هؤلاء على أن ذلك أي الجواز إنما هو فيما إذا باعه بالحال لا بالمؤجل و في (الروضة) مال إلى جوازه بالمؤجل أيضا و كذلك المقدس الأردبيلي و قواه صاحب (إيضاح النافع) و لقد خبط صاحب (غاية المرام) في المقام فتوق خبطه و لعل مستند المانعين بعد الإجماع الظاهر من (السرائر) المعتضد بشهرة (التنقيح) إجماعهم على عدم جواز بيع السلم قبل حلوله و هو محكى في (كشف الرموز و التنقيح و ظاهر الغنية و جامع المقاصد و مجمع البرهان و الكفاية) كما بينا ذلك كله و قلنا إن المخالف صاحب (الوسيلة) في ظاهره و بعض من تأخر ممن ندر مستندا إلى أنه حق مالى فيجوز بيعه و لا ينافيه عدم استحقاق المشتري له لتعلق ذلك بالمطالبة دون الملكية إلى آخر ما بيناه هناك و قد يضعف بأن ذلك مبنى على حصول الملكية و هي محل مناقشة إذ هي فرع الانتقال و هو مشروط بانقضاء المدة فصرف الاستحقاق المنفى إلى المطالبة خاصة دون الملكية لا وجه له لظهور اشتراطها بانقضاء المدة و فيه نظر ظاهر فالمدار على الإجماع و حينئذ فيتجه للقائل بالجواز أن يقول إن الإجماع مفقود فيما نحن فيه فيبقى الأصل و العمومات سالمة عن المعارض (ثم) إن سلمنا عدم انتقال المال المسلم فيه حين العقد (قلنا) إن الملكية حاصلة فيما نحن فيه بمجرد السبب غاية الأمر توقف المطالبة على انقضاء الأجل كما في مهر الزوجة و لذا أطبقوا على المنع في السلف و اختلفوا هنا فقد ظهر ما يحتج به لكل من القولين و وجه جوازه بالمؤجل يتوقف على بيان المراد من الدين في بيع الدين بالدين الذى نهى عنه في خبر طلحة و انعقد الإجماع عليه هل هو ما كان دينا قبل العقد كما هو ظاهر جماعة فيخص بذلك أو يشمل ما صار دينا بسبب العقد و إن لم يكن دينا و قد تقدم منا بيان ذلك في أول المقصد الرابع في أنواع البيع و قلنا هناك إن المشهور الثاني و فى باب السلف ظهر لنا أنه محل إجماع لأن المسلم فيه ليس بدين حال العقد و إنما يصير دينا به مع أن ظاهرهم الإجماع كما هو صريح (جامع المقاصد) على أنه من بيع الدين المنهى عنه لو كان الثمن دينا كما أوضحنا ذلك فيما سلف و قد تقدم فى أول هذا الباب أى باب الدين عن (الوسيلة و جامع الشرائع) ما قد يدل على ذلك و تقدم فى باب الصرف ما له نفع تام فى المقام و تمام الكلام يأتي قريبا عند تعرض المصنف له عند قوله و لا يصح بيع الدين بدين آخر

(قوله) (فيجب على المديون دفع الجميع إلى المشتري و إن كان الثمن أقل على رأى)

قاله المتأخرون كما فى (الدروس و المهذب البارع) و هو المشهور كما فى (مجمع البرهان) و عليه الأكثر كما فى (الإيضاح و جامع المقاصد) و هو الموافق للقوانين كما قاله جماعة و فى (غاية المرام) أنه لا- خلاف فى جواز بيع الدين بأقل من قيمته مع علم البائع بالقيمة انتهى فتأمل «١» و هو خيرة (السرائر) إذا صح البيع (و التحرير و التذكرة و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و التنقيح و المقتصر و غاية المرام و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) و قال الشيخ فى (النهاية) من باع الدين بأقل

(١) و كأنه نقل عبارة السرائر غير متأمل فيها (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢

(الشرائع) و الشهيد في (اللمعة و غاية المراد) و صاحب (إيضاح النافع) و في (الدروس) لا معارض للخبر و تردد في (النافع) كما هو ظاهر تلميذه في شرحه و استندوا إلى ما رواه الكليني و الشيخ عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزة (قال) سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان لرجل عليه دين فجاء رجل فاشتراه منه بعرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال له أعطني ما لفلان عليك فإني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك فقال أبو جعفر عليه السلام يرد عليه الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشتري به من الرجل الذي له الدين و عن محمد بن الفضل (قال) قلت للرضا عليه السلام رجل اشترى ديننا على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له ادفع إلي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه قال يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين و برئ الذي عليه المال من جميع ما بقى عليه و هما على اضطراب فيهما لأن محمداً روى هذا المضمون تارة عن الإمام عليه السلام و تارة عن أبي حمزة و قصور سندهما و عدم الجابر مخالفاً للقواعد مع أن الأولى غير صريحة في المطلوب بل قيل و لا ظاهرة فيه و لهذا أغفلها جماعة و لا وجه لما في الثانية من براءة ذمة المديون من الباقي و قد بالغ في (السرائر) في ردهما و قد حملتا على إرادة الضمان من البيع مجازاً لشبهه به في المعاوضة أو فساد البيع للربا و غيره فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في مقابله ما دفع و يبقى الباقي لمالكه و يكون المراد ببراءة المدين البراءة من حق المشتري لا مطلقاً أو تحمل على أن البائع شرط على المشتري إبراء المديون من الزائد أو اشتراط أخذ قيمة المدفوع ثمناً لا غير و ربما حملتا على كون المدفوع مساوياً لكنه لا يجري في الثانية إلى غير ذلك من التوجيهات (و قد) يناقش في الحملين الأولين بأن لفظ الشراء لا يستعمل في الضمان حقيقة و لا مجازاً على أنه ضمان من دون إذنه و إضمار الإذن و لم يجز له ذكر بعيد و يدفع فساد البيع قوله عليه السلام و برئ من جميع ما بقى عليه فإن ظاهره مطلق البراءة و الحمل على البراءة من المشتري خاصة بعيد جداً إذ ليس له عليه شيء و كيف يلزمه الدفع بحكم العقد الفاسد فإن المشتري العالم بالفساد أدى بغير إذنه فليس له الرجوع عليه و إن كان جاهلاً كان له الرجوع على البائع لكن التأويل و إن بعد خير من الطرح كما عليه جماعة و قد استظهر فخر الإسلام من كلام الشيخ أن المديون يبرأ من الباقي براءة تابعة لصحة البيع و لزومه فلو عرض له البطلان برد لعيب أو خيار أو غير ذلك عادت الزيادة هذا و قد قال جماعة إنه لا بد من رعاية السلامة من الربا لو كانا ربويين و رعاية شروط الصرف لو كانا من الأثمان و يبقى الكلام في تصوير الأخير و لو وقع صلحاً فإن كان مما يجري فيه الربا اغتفر الثاني و إلا اغتفرا معا و قد تقدم الكلام فيه في باب الربا و لو كان الثمن مساوياً أو أزيد كأن يكون الدين مائة فيبيعه بثوب مساو للمائة أو زائد عليها قيمة صح إجماعاً كما في (شرح الإرشاد و حواشي الكتاب) و في (السرائر) بعد أن نقل كلام النهاية و قد سمعته قال قول الشيخ طريف عجيب تضحك منه الثكلى و هو أنه إذا كان الدين ذهباً فكيف يجوز أن يبيعه بذهب أقل منه و إن كان فضةً كيف يجوز أن يبيعه بفضة أقل منه و إن كان ذهباً فباعه بفضة أو فضةً فباعه بذهب أقل منه و إن كان فضةً كيف يجوز انفصالهما من مجلس البيع إلا بعد أن يتقابضا إلى آخر ما قال و رده في (المختلف) بأن الشيخ لم يحصر هو و لا غيره الدين في النقود بل يجوز أن يكون ذهباً و فضةً و غيرهما من الأقمشة و الأمتعة ثم لم يحصروا بيع الدين بالنقود و لا أوجبوا أن يكون الثمن من الذهب و الفضة حتى يتعجب من ذلك و يظهر للعامة قلة إدراكه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣

و لو باع الذمي على مثله خمراً أو خنزيراً جاز أخذ الثمن في الجزية و الدين (١) و لو كان البائع مسلماً لم يحل

و عدم تحصيله و سوء أدبه و مواجهته مثل هذا الشيخ المعظم الذي هو رأس المذهب و المستخرج للمعاني من كلام الأئمة عليهم أفضل الصلاة و السلام إلى آخر ما قال قلت لعل ابن إدريس نظر إلى أن الدين إن كان من غير الأثمان لا تتقدر فيه الأكثرية و الأقلية إلا أن تقول أنهما تتقدران بالنسبة إلى القيمة و على كل حال فلا وجه لمواجهته لشيخ الطائفة و إمامها بهذا الكلام (فرع) و لو كان على الدين رهن انتقل إلى المشتري تبعاً للدين نص عليه فخر الإسلام في (الإيضاح) في باب الكفالة (قوله) (و لو باع الذمي على مثله خمراً أو خنزيراً جاز أخذ الثمن في الجزية و الدين)

أما جواز أخذ الثمن المذكور من الذمي في الدين فقد صرح به في (المبسوط) في باب الرهن (و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و المختلف و الإرشاد و اللمعة و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية) و غيرها و هو ظاهر الباقيين و إن تفاوتوا في الظهور و عليه يحمل قوله في (النهاية) من شاهد مدينا قد باع ما لا يحل للمسلم تملكه من خمر أو خنزير أو غيرها و أخذ ثمنه جاز أن يأخذه منه و يكون حلالا له بأن يكون المراد من المدين الذمي و في أكثر ما ذكر صرح بأنه يجوز أخذ الثمن و إن شاهده المسلم كما في الأخبار فيحتمل أن يحمل على أنه كان يبيع في بيته أو نحوه من الأماكن المستورة فيطلع عليه المدين أو يحمل على أن لا يكون الستر مشروطا عليه في الذمة فليتأمل لأن جماعة قيدوا الحكم بما إذا كان مستترا كما هو مقتضى الشرع قالوا فلو تظاهر به لم يجز قلت لأنه حينئذ في حكم الحربى عند الأصحاب و من ثم قيدوا بالذمي لأن الحربى لا يقر على شىء من ذلك فلا يجوز تناوله منه اقتصارا فيما خالف الأصل الدال على تحريم أثمان هذه على المسلم مطلقا على المتيقن و ليس إلا الذمي و لاختصاص النصوص به تصريحها في بعض و ظهورا في بعض آخر بحكم الغلبة و التبادر لندور وجود الحربى في بلاد الإسلام التى هى مورد الأخبار و دليل المسألة أن له عليه دينا فيكون في ذمته فيجوز أخذه من كل ماله و ظاهر (مجمع البرهان و الرياض) أنه إجماعى و هو كذلك لأننا لم نجد مخالفا مضافا إلى أخبار الباب كخبر منصور قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام لى على رجل ذمى دراهم فيبيع الخمر و الخنزير و أنا حاضر فيحل لى أن يأخذها فقال إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك و احتمال عدم العلم بكون ذلك المدفوع ثمن الخمر كما في (مجمع البرهان) من البعيد جدا و مثله صحيح محمد بن مسلم المروى في (الكافى و التهذيب) عن ابن جعفر عليه السلام و رواه الشيخ في (التهذيب) بسند آخر عن داود بن سرحان فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرأ أو خنازير و هو ينظر إليه فقضاه قال لا بأس أما للمقتضى فحلال و أما للبائع فحرام و نحوه صحيحة زرارة المروية فى (الكافى) و خبر محمد بن يحيى الخثعمى و خبر أبى بصير و إطلاق هذه الروايات الأربع و إن شمل المسلم إلا أن الظاهر بحكم التبادر و الغالب هو الذمي دون المسلم لعدم اعتياده لبيع هذه الأشياء فى بلاد الإسلام التى هى مورد الروايات و على تقدير الشمول يجب تخصيصها بغيرها من الأخبار المتضاهرة بتحريم بيع الخمر و الخنازير و أن ذلك من السحت و عدم تملكه لثمنهما و فساد بيعه لهما فكيف يجوز اقتضاء ما لا يملكه و يكون باقيا على ملك المشتري و يجب رده عليه أو التصديق به عنه مع جهله

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤

و لا يصح قسمة الدين فلو اقتسما ما فى الذمم كان الحاصل لهما و التالف منهما (١) نعم لو أحال كل منهما صاحبه بحصته و قبل المدينان صح

به و على ذلك تحمل حسنة محمد بن مسلم فى رجل ترك غلاما له فى كرم له يبيعه عنبا أو عصيرا فانطلق الغلام فعصر خمرأ ثم باعه قال لا يصلح ثمنه إلى أن قال ثم قال أبو عبد الله عليه السلام إن أفضل خصال هذه التى باعها الغلام أن يتصدق بثمانها و مثله رواية أبى أيوب الخزاز فتحملان على عدم معرفة المشتري أو عدم إمكان تحصيله مضافا إلى فحوى رواية ابن أبى نجران الصحيحة إليه عن مولانا الرضا عليه السلام عن نصرانى أسلم و عنده خمر و خنازير و عليه دين هل يبيع خمره و خنازيره قال لا فإن تحريم قضاء الدين من أثمانها عليه بعد إسلامه يستلزم تحريم الاقتضاء على المسلم الأصلى بطريق أولى و أما مقطوعة يونس فى مجوسى باع خمرأ و خنازير إلى أجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال قال له دراهمه و قال إن أسلم رجل و له خمر و خنازير ثم مات و هى فى ملكه و عليه دين قال يبيع ديانه أو ولى له غير مسلم خمره و خنازيره فيقضى دينه و ليس له أن يبيعه و هو حى و لا يمسكه و هذه قد أفتى بها فى (النهاية) على ما قيل إذ لم أجد ذلك فيها و أعرض عنها الأصحاب و رموها بالضعف بل قال فى (كشف الرموز) إن إطراح مثل هذه الرواية أولى من إثباتها لثلا يضل بها مقلد الكتب و نقل المحقق فى (النافع) لم يصادف الواقع لأن الشيخ قال و عليه دين على ما حكى عنه و لهذا قال فى (التنقيح) لا نعلم القائل ثم قال إن العمل بالرواية باطل لأن المسمى إن خرج عن ملك الذمي بإسلامه لا

يجوز بيعه حيا و ميتا لا- بنفسه و لا- بوكيله و إلا- جاز بيعه بنفسه لكنه باطل إجماعا فهذه أخبار الباب و بما حررناه في بيانها يندفع إشكال المقدس الأردبيلي و إشكال المولى الخراساني قال في (مجمع البرهان) إن الأخبار مختلفة بحيث يشكل الجمع بينها و انطباقها على القوانين و قال في (الكفاية) قال بعضهم لو كان البائع مسلما لم يجوز و هو مناف لإطلاق أخبار كثيرة فالحكم به مشكل و أنت قد عرفت الحال و البعض الذى أشار إليه هو الشيخ فى رهن (المبسوط) و ابن إدريس فى (السرائر) و المحقق فى (الشرائع) و المصنف فى (الكتاب و التذكرة و التحرير و المختلف) و قد يلوح من (السرائر و المختلف) أنه إجماعى و أما جواز أخذ الجزية من ثمن خمورهم و خنازيرهم كما صرح به المصنف فى (الكتاب و التذكرة) فهو صريح صحيح محمد بن مسلم و رواه الصدوق فى (المقنع) على ما قيل

(قوله) (و لا يصح قسمة الدين فلو اقتسما ما فى الذمم كان الحاصل لهما و التالف منهما)

كما فى (النهاية و الخلاف و المبسوط) على ما حكى عنه (و الجواهر للقاضى و الوسيلة و الغنية و السرائر) فى باب الدين (و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة) فى موضعين (و الإرشاد و الدروس و اللمعة و حواشى الكتاب و التنقيح) و هو ظاهر أكثر الباقيين و حكاها فى (المختلف) عن أبى على و أبى الصلاح التقى و فى (إيضاح النافع) أنه أظهر و فى (الغنية) الإجماع عليه و فى (الكفاية) أن المعروف بين الأصحاب أنه لا تصح قسمة الدين و فى (الروضة و مجمع البرهان) أنه المشهور و إذا لم تصح قسمته كان الحاصل لهما و التالف منهما و قد حكيت على كون الحاصل لهما و التالف منهما الشهرة أيضا فى شركة التذكرة و دين مجمع البرهان أيضا و نسبة فى (التنقيح) إلى الشيخ و أتباعه و فى (الرياض) تارة أنه الأشهر و أخرى أن الشهرة عظيمة فتأمل و محل النزاع ما إذا كان بين اثنين فصاعدا دين بسبب واحد إما عقد أو ميراث أو استهلاك أو إتلاف أو غير ذلك كما ذكر ذلك فى شركة (التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح) و قد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥

.....

صرح فى باب الشركة (فى النهاية و الخلاف و المبسوط و الوسيلة و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و المختلف و شرح الإرشاد للفخر و جامع المقاصد و الروضة «ظ» و الكفاية) و غيرها بأنه لو باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما شيئا شاركه الآخر فيه و قد حكى عن القاضى و صرح فى شركة (الكافى و الغنية و جامع الشرائع و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح) بأنه لا تصح قسمة الدين و قضيته كما هو صريح بعضها أن الحاصل لهما و التالف عليهما و قد حكى فى شركة (الخلاف) إجماع الفرق و أخبارهم على ما حكيناه عنه و فى شركة (الغنية) أيضا الإجماع على ما حكيناه عنها و قد حكيت الشهرة فى شركة (جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان) كل على ما حكيناه عنه و فى (الكفاية) نسبته إلى الأكثر بل فى (مجمع البرهان) أيضا كأنه لا خلاف فيه إلا من ابن إدريس و روى الشيخ فى الصحيح عن سليمان بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرق عنهما فاقسما بالسوية ما كان فى أيديهما و ما كان غائبا عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائبا و استوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله و رواه الصدوق بإسناده عن ابن مسكان عن سليمان بن خالد مثله و روى فى (التهذيب) عن عبد الله بن سنان فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألت عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين فاقسما العين و الدين فقوى الذى كان لأحدهما أو بعضه و خرج الذى للآخر يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله و روى فى (التهذيب) عن أبى حمزة قال سئل أبو جعفر عليهما السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما و منه غائب فاقسما الذى بأيديهما و أحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر قال ما اقتضى أحدهما فهو بينهما و ما يذهب بماله و رواه أيضا بسند آخر فى الموثق عن محمد بن مسلم مثله و رواه بسند آخر عن معاوية بن عمار و ما رواه فى (التهذيب و الفقيه) عن غياث عن جعفر عن أبيه

(آبائه خ ل) عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال بأيديهما و منه غائب فاقتهما الذي بأيديهما و أحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر قال ما اقتضى أحدهما فهو بينهما و ما يذهب بماله و قصور السند فيما عدا الصحيح منجبر بالشهرة المعلومة و المنقولة و الإجماع المحكى و بعض الوجوه الاعتبارية من أن المال مشترك فإن التقدير ذلك فلا يختص به القابض و لا دليل على لزوم القسمة في مثل ذلك مع أن الأصل عدمه و ظاهر (مجمع البرهان) بل صريحه أنه لم يقف إلا على رواية غياث قال و مستندهم رواية غياث إلى أن قال و المستند غير معتبر لوجود غياث و قد نسب جماعة الخلاف في المسألة لابن إدريس مطلقين و الموجود في دين (السرائر) ما نصه و إذا كان الشريكان لهما مال على الناس فتقاسما و اختار كل واحد منهما شيئا منه ثم قبض أحدهما و لم يقبض الآخر كان الذي قبضه أحدهما بينهما على ما يقتضيه أصل شركتهما و ما يبقى على الناس أيضا مثل ذلك لأن المال الذي في ذم الغرماء من الديون غير مقسوم فهو شركة بعد لأن ما في الذم غير مقبوض و لا يتعين حتى تصح قسمته فلأجل ذلك مهما حصل منه شيء يكون بينهما على ما يقتضيه أصل شركتهما انتهى فكلامه هنا نص صريح في موافقة المشهور كما حكينا عنه آنفا (سابقا خ ل) و قال في شركة (السرائر) فيما إذا كان بينهما شيء فباعاه بثمان معلوم إن الشيخ قال إنه إذا أخذ أحدهما حقه من المشتري شاركه الآخر و رده بما حاصله أن مقتضى الأصول أن لكل منهما أن يقبض حقه و لا يشاركه الآخر و قال ما ذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر و من قلده و تابعه و قال إن المفيد و المرتضى ما تعرضا للمسألة إلى آخر ما قال كما ستسمعه ثم قال إن الوارد في المقام ثلاثة أخبار أحدها مرسل و لو سلم الخبران الأخيران تسليم جدل لحملناهما على أن المال الذي

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦

.....

هو الدين كان على رجلين فأخذ أحد الشريكين جميع ما على أحد الغريمين فالواجب عليه هاهنا أن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه لأنه أخذه ما يستحقه هو و شريكه فهذا وجه صحيح فيحمل الخبران عليه إن أحسنا الظن برواتهما هذا محصل ما ذكره و حاصله أن قوله عليه السلام ما اقتضى أحدهما فهو بينهما لا صراحة فيه لأن المقتضى لم يصرح فيه بكونه مجموع الدين أو حصة المقتضى فقط و دلالتهما على المطلوب متوقفة على إرادة الأمر الثاني و اللفظ يحتمل الأمرين (و يرد) عليه أن ما الواقعة في الجواب للعموم و كذا ترك الاستفصال في حكاية الحال المحتملة يقتضيه أيضا (و أما) خبر قرب الإسناد عن رجلين اشترك في السلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا قال لا- بأس فيحمل على الصحة دون اللزوم كما أننا حملنا الأخبار السابقة على عدم اللزوم أو يحتمل الخبر المذكور على ما إذا اصطلاحا على ما في الذم أو نحو ذلك جمعا بين الأخبار كما سيأتي فاندفع الإشكال عن صاحب الكفاية و في (المختلف و إيضاح النافع و المسالك) أن قول ابن إدريس لا- يخلو عن قوة و في (جامع المقاصد) أنه قوى متين و ميل إليه في (مجمع البرهان و المفاتيح) و كأنه في المفاتيح مستشكل (ثم خ) قال في (السرائر) كما أشرنا إليه آنفا أنه لم يذهب إلى ذلك إلا الشيخ في (النهاية) و من تابعه و أن المفيد و علم الهدى لم يتعرضا للمسألة و أن أحدا من المتقدمين ما وضعها في تصنيف له و لا ذكرها أحد من القميين و أنت قد عرفت أن الشيخ ذكرها في (النهاية) و غيرها و أن من تقدم عليه كأبي علي و من عاصره صرح بذلك بل هو في كتاب الدين صرح بذلك و كأنه نسي ذلك إلا أن تدعى الفرق بين المقامين فنقول إنه يوافق المشهور فيما إذا اقتسما و كان الدين على متعددين و لا كذلك ما إذا كان الدين على واحد قلت كلامه و تعليقه في باب الدين يعطى عدم الفرق ثم ما ذا تقول فيما إذا كان لهما على شخص قفيز حنطه و عشرون درهما فاقتهما ذلك فكانت الحنطة لواحد و الدراهم لآخر فاستوفى أحدهما و لم يستوف الآخر و الحاصل أن تكليف الفرق لا- يكاد يتم و قوله و لا- ذكرها أحد من القميين فيه أن غير القميين من الأجلاء العظام قد رووا المسألة كما عرفت و كم من حكم ما علم به القميون ثم إن الصدوق روى خبر غياث فيكون عاملا به على ما قاله في أول كتابه و قد رواه أيضا محمد بن علي بن محبوب و هو قمي و قد روى خبر أبي حمزة شيخ القميين و رئيسهم و هو أحمد

بن عيسى ثم إن طريق الصدوق إلى غياث فيه أبوه و سعد و أحمد و كلهم قميون فكيف يقول و لا- ذكرها أحد من القميين و قد احتج فى شركة (السراير على مختاره بأن لكل واحد منهما أن يبرأ الغريم من حقه و يهبه و يصلح على شىء منه دون الآخر و متى أبرأ برئ من حقه و إن بقى حق الآخر و كذا إذا صالح عليه فكما لا يشارك من وهب و صالح المستوفى الآخر كذلك لا يشاركه هو إن استوفى و لأن متعلق الشركة بينهما كان هو العين و قد ذهبت و لم يبق عوضها إلا دين فى ذمته فإذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذنا عينا من أعيان الشركة بل من أمر كلى فى الذمة لا يتعين إلا قبض المالك أو وكيله و هنا ليس كذلك لأنه إنما قبض لنفسه و لم يقبض لشريكه بالوكالة و أنت خبير بضعف الملازمة السابقة كما رماها بذلك جماعة و أطال فى بيانه فى (المختلف) و حاصله الفرق بين إسقاط الحق و قبضه و أما دليله الثانى فقد أيده المحقق الثانى و الشهيد الثانى بوجوه خمسة كلها غير وحيهة و إن قال فى (جامع المقاصد) إن بعضها فى غاية المتانة و القوة و إن الروايات لا تقاومها و ذلك لعدم تحقيق المقام لأنها إنما تتوجه لو جعلنا حق الشريك متعينا فى المقبوض على جهة الشركة و الأمر عند القائل به ليس كذلك لأنهم أجمعوا هنا على أنه لصاحب الدين أن يطالب به

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧

.....

منفردا لأن الأصل فى مستحق الدين أن يتسلط على تحصيله و أجمعوا على أن الشريك إذا لم يختر مشاركته يختص بما قبض و حينئذ فإذا أقبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضى هو و القابض على حصر بعض هذا الأمر الكلى الثابت فى الذمة فى الفرد المقبوض و الحال أن ما فى الذمة و هو الأمر الكلى مشترك بين الشريكين فللشريك الآخر إجازة هذا التخصيص فى الفرد المعين فيشاركه فيه و أن لا يجيزه فيطالب المديون بحقه لأن حق التعيين لا يتم إلا برضاه و حينئذ فيتعين المعين أولا لقابضه و هذا هو الوجه فى تخييرهم له بين المشاركة و مطالبه المديون بحقه فعلى هذا لو اشترى بما قبضه شيئا وقف البيع على إجازة شريكه بمقدار حقه (فإن قيل) إذا كان تعيين الكلى متوقفا على رضى الشريكين فيجب أن يبطل حق الشريك القابض من المقبوض أيضا لأن الكلى لم يصح حصره فى المعين بسبب عدم رضى الشريك فكيف يتعين بالنسبة إلى واحد دون واحد مع استحالة الترجيح بغير مرجح (و يجاب) بأن المرجح موجود هنا و هو أن القابض قد رضى بتعيين حقه أجمع فى المعين لكنه موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته و الحال أنه ليس مجموع ما فى الذمة حتى يحكم بطلانه بسبب تعلق حق الشريك بالتعيين و إنما هو بقدر حقه فإذا لم يتخير الشريك مشاركته فيه انحصر حقه فيه لقدمه على ذلك فى ابتداء القبض و إنما توقف على أمر و قد حصل و بقى القدر الآخر باقيا فى ذمة المديون للشريك و من هنا وجب على الغريم الدفع إليه لأنه بقدر حقه و أمره يثول إلى انحصاره فيه أو فيه و فى شريكه و كلاهما يجب الدفع إليه و الشريك و إن لم يجب الدفع إليه قبل المطالبة إلا- أن هذا المدفوع لم يجب دفعه لأجله بل لأجل الشريك المطالب و الحاصل أن الحق لما كان قد تعين باختيار المالك و قبض الغريم و إنما كان موقوفا على أمر الشريك فإذا لم يرض به تحقق شرط التعيين للقابض و استقر ملكه على المقبوض و بهذا تندفع الأمور الخمسة و يظهر أن ليس فيها من القوة شىء كما ظنه جماعة كما عرفت و ستسمع هذه الوجوه فهذا المقبوض على المذهب المشهور نصفه يكون ملكا للقابض تاما لتعيينه له على التقديرين بل على القولين فمأوه قبل اختيار الشريك له و تلفه عليه و أما النصف الآخر فهو مقبوض بيده لنفسه قبضا مترلزلا مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون فيتم أو على مشاركته فينتقل ملكه إليه فإن اختار الرجوع على المديون تبين ملك القابض له بالقبض و تبعه النماء و إن اختار أخذه ملكه على الظاهر من حين قبض شريكه لأنه يكون بمنزلة عقد الفضول و أما تلفه قبل اختيار الشريك فهو من القابض على التقديرين لقدمه على ضمانه و لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى و قد بين ذلك كله فى (المسالك) لكنه بعد ذلك قال إن قول ابن إدريس لا يخلو من قوة كما ستسمع و قد حاول هذا التحرير صاحب (التنقيح) و لم

ينقحه فبقى كلامه مجملا مشكلا ونحوه ما في شركة (التذكرة) و الوجوه التي أيدوا بها كلام ابن إدريس (أولها) أنه إن وجب الأداء بالمطالبة بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه حق وقد عرفت الحال في هذا آنفا (الثاني) أنه لو كان للشريك في المدفوع حق لازم وجه قبض وهو تسلط الشخص على مال غيره بغير إذنه وقد عرفت أن حق الشريك غير متعين على جهة الشركة بل جعلناه مخيرا فلا قبض (الثالث) أنه لو كان كذلك لوجب أن يبرأ الغريم من مقدار حقه من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه وجوابه يعرف مما مر (الرابع) أنه لو ناهى الشريك عن قبض حقه فإن تمكن من المطالبة بحصته وجب أن لا يكون للشريك فيها حق وإلا امتنع أخذ حقه بمنع الشريك (و الجواب) أنك قد عرفت أن ليس للشريك حق متعين على جهة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨

و لا يصح بيع الدين بدين آخر و لا يبيعه نسيئة (١) و لو كان الثمن و المثل من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوى قدرا و الحلول

الشركة فيتمكن من المطالبة بحقه و للشريك الإجازة بعد و إن ناهى قبل (الخامس) أن المقبوض إما أن يكون مالا مشتركا أو لا فإن كان مشتركا وجب على تقدير تلفه أن يتلف منهما كسائر أموال الشركة و تبرأ ذمة الغريم منه و إلا لم يكن للشريك فيه حق و قد عرفت أن ليس للشريك حق متعين و أن التلف من القابض لعموم الخبر و إقدامه على الضرر و زاد في جامع المقاصد (سادسا) و هو ما إذا ضمن ضامن لأحد الشريكين حصته فإنه يصح الضمان لعموم أدلته فيختص بالمال (بأخذ المال خ ل) المضمون من الضامن قال و هذا أحد دلائل التمكن من أخذ الحصص منفردا (و سابعا) و هو أنه لو أجل أحد الشريكين حصته باشتراط ذلك في عقد لازم و نحوه جاز قطعاً فإن قبض الشريك بعد ذلك لم يرجع شريكه عليه بشيء لأنه لا يستحق شيئا الآن و تمكنه من تأجيله يقتضى جواز قبض الحصص منفردا لاستلزامه تمييز حصته عن حصص الآخرين فلو امتنع ذلك امتنع التضمين و هذان هما اللذان دعيا صاحب (المسالك) إلى القول بقوة قول ابن إدريس و هما ليس بشيء لأن الإبراء و الهبة و بيع حقه على المديون و مصالحته عنه و تصالحهما على ما في الذمم بعضها ببعض و ضمان الغير لأحد الشريكين و تأجيل أحدهما حصته و نحو ذلك خارجة عما نحن فيه إذ لا ريب في بقاء حق الشريك و ليست كالمقبوض إذ التمييز الذهني كاف في صحتها و أما في صورة القبض فليس كذلك إذ المال مشترك فإن التقدير ذلك فإذا دفع إلى أحدهما وإنما دفع عما في ذمته و الدفع إنما هو للمال المشترك فلا يختص به القابض و ما ذكره المصنف في الكتاب من أنه لو أحال كل واحد منهما صاحبه بحصته و قبل المدينان صح فقد استشكل فيه في التذكرة و نظر فيه في التنقيح و في (الدروس) أنه لا أثر له لأنه توكيل في المعنى قلت و جملة من أخبار الباب قد أشير فيها إلى ذلك و ربما حمل كلام المصنف على سبق الدين كما في (الدروس و الحواشي و التنقيح و المسالك و الكفاية) و غيرها و حمل أيضا في (جامع المقاصد و المسالك و الروضة) و غيرها على صحة الحوالة من البريء و ذلك في الحوالة الأولى خاصة لأنها حوالة ممن ليس في ذمته دين فينبى على صحتها و لا يلزم في الثانية لأنها تقع ممن كانت ذمته مشغولة بما أخذه في الأولى و ليس هو من الحوالة على البريء لأنها صحيحة على الأقوى لمكان إجماع (السراير) و عموم الأمر بالوفاء و هو المشهور و المخالف الشيخ في أحد قوله في (المبسوط) و حينئذ يمكن توجيه بعض أخبار الباب التي تضمنت بظاهرها أنها لا أثر لها و تمام الكلام في المسألة في باب الشركة فليلاحظ

(قوله) (و لا يصح بيع الدين بدين آخر و لا يبيعه نسيئة)

الكلام يقع في مقامات (الأول) بيع الدين المؤجل بعقد آخر و الحال أنه لم يحل بدين كذلك (الثاني) أن يكونا مؤجلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلا بثمن كذلك (الثالث) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بحاضر مشخص مشار إليه (الرابع) بيع دين مؤجل حال بحاضر مشار إليه (الخامس) بيع دين حال بدين مؤجل حال (السادس) بيع دين مؤجل حال بمضمون في الذمة حال (السابع) بيع دين مؤجل حال بثمن مؤجل كأن يبيعه نسيئة (الثامن) ما إذا كان لكل منهما دين على الآخر فتبايعا بالدينين (أما الأول) فقد نقل الإجماع

جماعة على فساده وقد فسّر بيع الكالى بالكالى المصنف والشهيدان والمقداد والكركى وغيرهم بما إذا كان العوضان مؤجلين و النهى عن بيع الكالى بالكالى بهذا اللفظ من طرق العامة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩

والذى فى أخبارنا إنما هو النهى عن بيع الدين بالدين كما فى رواية طلحة بن زيد وفى (الصحيح) فى بيع الدين قال لا يبيعه نسيئا و أما نقدا فليبيعه 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 كلا الأمرين و قد تقدم الكلام فى ذلك فى المقصد الرابع فى أنواع البيع (و أما الثانى) ففى مجمع البرهان أن ظاهر العرف و كلام الفقهاء فساده و أنه كالأول لأنه أيضا بيع الكالى بالكالى ثم احتمل قصره على الأول لأنه المتبادر و أيده بالأصل مع عدم العلم بالإطلاق عرفا و بالعمومات مع أن سند روايتى المنع غير معلوم الصحة لأن الأولى عامية و الثانى ضعيفه بطلحه بن زيد البترى فيقتصر على موضع اليقين (قلت) الضعف منجر بالشهرة و الاشتهار كما اعترف هو بذلك و قد صرح جماعة ببطلان هذا القسم و فساده و كلامهم فى باب السلم معلوم و ستسمع الإجماع عن جامع المقاصد بل صرح (فى النهاية و السرائر و المختلف و الدروس و اللعنة و حواشى الكتاب و جامع المقاصد و الروضة) ببطلان البيع فيما إذا جعل ثمن المسلف فيه دينا يستحقه فى ذمة البائع و هو أقرب إلى الصحة مما نحن فيه و لهذا ذهب المحقق و تلميذه الآبى و المصنف فى (التحرير) و المقداد و القطيفى إلى الصحة فيما مثلنا به و مبنى الكلام فى مسألتنا يتوقف على بيان المراد من الدين ببيع الدين بالدين الذى نهى عنه فى الخبر و انعقد الإجماع عليه هل عبارة عما كان دينا قبل العقد فيخص بذلك أو يشمل ما صدر دينا بسبب العقد و إن لم يكن دينا قبله و المشهور بل المجمع عليه الثانى كما بيناه غير مرة لأن المسلم فيه فيما مثلنا به ليس بدين حال العقد و إنما يصير دينا به مع أن ظاهرهم الإجماع على أنه من بيع الدين المنهى عنه لو كان الثمن دينا غير حال و إنما يتأملون فيه من جهة الثمن الذى هو فى الذمة و فى حكم المقبوض و لم أجد من أخرج المسلم فيه عن الدين لأن كان بعد العقد لا قبله إلا الفاضل الشيخ إبراهيم القطيفى و هو على تأخره معلوم النسب عند من يعتبر ذلك و قال المحقق الثانى فى (جامع المقاصد) اسم الدين واقع على المؤجل و إن لم يكن قد ثبت فى الذمة بعد لأن المحققين من أهل اللغة فسروا الكالى بالمؤخر و قد أطبق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل (قلت) و قد سمعت ما ذكرناه فى أول الباب فى تفسير الدين (و مما ذكر) يعلم حال ما ذكره الشهيد الثانى فى كتابيه من أن الدين الممنوع منه ما كان عوضا حال كونه دينا بمقتضى تعلق الباء به و المضمون عند العقد ليس بدين و إنما يصير دينا بعده فلم يتحقق بيع الدين به و لأنه يلزم مثله فى بيعه بحال و الفرق غير واضح و دعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد فممنوع أو بعده فمشارك و إطلاقهم له عليه عرفا إذا بيع فيه مجاز و لو اعتبر هذا الإطلاق جاء مثله فى الحال إذا لم يقبضه خصوصا إذا أمهله من غير تأجيل انتهى و هذا إيراد أورده المحقق الثانى و أجاب عنه بما حكيناه عنه (قلت) و الفرق بينه و بين الحال أنه مع اشتراط التأجيل و ذكره فى العقد يصدق أنه بيع دين بمثله أما بعد العقد فواضح و أما فى أثنا فلا أن الشرط كالجزم من العقد و ترتب الحكم من الصحة و الفساد إنما يتوقف على تمامه فإطلاق اسم الدين عليه فى أثناء العقد و بعده حقيقى بخلاف الحال فإنه إن صح إطلاقه فى صورة الإمهال فمجاز لما عرفت فلا اشتراك فليحفظ (فليحظ خ ل) هذا فإنه نافع فى المقامات الآتية (و أما المقام الثالث) فقد تقدم الكلام آنفا عند شرح قوله يصح بيع الدين على من هو عليه (و أما الرابع) أعنى بيع الدين الحال بحاضر مشار إليه فقد حكى على جوازه الإجماع فى (المقتصر) و هو ظاهر (إيضاح النافع) و فى (مجمع البرهان) لا كلام فيه و فى (الرياض) لا خلاف فى الجواز إلا فى البيع على غير من هو عليه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠

فخالف فيه ابن إدريس وقد تقدم ولا فرق في ذلك بين أن يكون مؤجلا- ثم حل أو يكون غير مؤجل (و أما الخامس) و هو بيع الدين الحال بدين مؤجل قد حل فقد جوزه في (الدروس) قال لو كان الدين حالا جاز بيعه بالعين و الدين الحال و نحوه ما في (اللمعة) و قواه في (الروضة) و منع منه الشيخ في (النهاية) و المصنف هنا و في (التذكرة) في موضع منها و المختلف و منع في (الوسيلة) و النافع و كشف الرموز و حواشى الكتاب و المذهب البارع) من بيع دين بدين آخر و في (المهذب) الإجماع عليه قال ما حاصله فلو باعه ديننا في ذمة زيد بدين للمشتري في ذمة عمرو لم يجز قولاً واحداً و إطلاق كلامهم يتناول ما نحن فيه فليأمل فيه و ما نسبناه إلى النهاية هو الذى فهمه منها المصنف فى المختلف و هذه عبارة (النهاية) و لا بأس أن يبيع الإنسان ما له على غيره من الديون نقداً و يكره أن يبيع الإنسان ذلك نسيئاً و لا يجوز بيعه بدين آخر مثله و هى محتملة لما إذا كانا مؤجلين أو حالين كعبارة الكتاب و التذكرة لكنه قال فى (المختلف) و أما إن كان حالا لم يجز بيعه بدين آخر مثله و هل يجوز بيعه نسيئاً قال فى (النهاية) يكره ذلك مع أنه منع من بيعه بدين آخر مثله فقد فهم منها المنع من بيع الدين الحال بالحال و إلا لما صحت المعارضة لأن المؤجلين الذين لم يحلوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر إجماعاً (و كيف كان) فالدين المؤجل إذا حل يحتمل أنه لا يجوز بيعه بدين مؤجل قد حل لصدق اسم الدين عليه لتضمنه الأجل فى الزمان السابق على العقد فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين إذ لا يبعد من اعتبار الأجل فيه اعتباره حين ثبوته فيكون الدين ما ضرب له أجل فى أول الأمر فلا ينافيه خلوه عنه فى ثانياً الحال و لذا تراهم يطلقون عليه بعد حلول أجله اسم الدين إطلاقاً حقيقياً لا يصح السلب عنه و يحتمل الجواز للشك فى الصدق و هو كما عرفت و للزوم الاقتصار فى المنع عن بيع الدين بالدين المخالف للأصل على محل الوفاق و ما نحن فيه محل خلاف فليس من محل الفرض و الخبر المانع عنه و إن كان عاماً لكنه قاصر سنداً يشكل الاعتماد عليه فيما عدا محل الإجماع إلا أن تقول إن الشهرة جابرة له سلمنا عدمها لكن اشتهاه لا يكاد ينكر (و أما المقام السادس) فهو كما إذا باعه الدين الحال بدينار كلى لم يكن مستقراً فى ذمته قبل البيع فقد صرح بجوازه (فى الشرائع و النافع و الكتاب) فيما يأتى (و التحرير و التذكرة و الإرشاد و المهذب البارع و المقتصر و المسالك و الروضة و مجمع البرهان) و هو ظاهر (الدروس و اللمعة) و غيرهما و فى إيضاح النافع يجوز قطعاً و ظاهره الإجماع و فى (المسالك و الرياض) لا إشكال فيه و يظهر أيضاً من المسالك الإجماع و قد سمعت ما فى (جامع المقاصد) أنفاً و دليلاً بعد الأصل و العمومات أنه لا يصدق عليه لغيره اسم الدين و لا الكالى بل و لا عرفاً و إن تأمل فى العرف المقدس الأردبيلي (و أما السابع) فقد منع منه فى (السرائر و التذكرة) فى موضع منها (و الإرشاد و التحرير و الدروس و اللمعة و المقتصر و جامع المقاصد) و استحسنته (فى المختلف) و وجهه ما حررناه فى بيان المقام الثانى و المقام الخامس و الجواز خيراً (النهاية و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة) فى موضع منها (و حواشى الكتاب و التنقيح و إيضاح النافع و المسالك) و ميل إليه (فى الروضة و مجمع البرهان) للأصل و أن الدين الممنوع عن بيعه بمثله ما كان عوضاً حال كونه ديناً إلى آخر ما حكيناه عن الشهيد الثانى فى المقام الثانى مضافاً إلى ما ذكرنا فى حجة الجواز فى المقام الخامس و فى كثير مما ذكر صرح بالكراهة و أما الثانى فقد منع منه (فى جامع المقاصد) و فصل هو (فى حاشية الإرشاد) فمنع منه إذا كان مؤجلين لم يحل و جوزه إذا كانا حالين و قد تقدم الكلام فى مثله فى باب الصرف هذا و حيث يصح البيع فلا بد من مراعاة شروطه كما أشار إليه المصنف بقوله و لو كان الثمن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١

و أرزاق السلطان لا يصح بيعها إلا بعد قبضها (١) و كذا السهم من الزكاة و الخمس (٢)

[المطلب الثانى فى القرض]

(المطلب الثاني في القرض) وفيه فضل كثير (٣) وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب (٤)

والمثمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوى قدرا والحلول

(قوله) (و أرزاق السلطان لا يصح بيعها إلا بعد قبضها)

كما (في المقنعة و النهاية و الوسيلة و السرائر و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد) لأن ذلك غير مملوك
(قوله) (و كذا السهم من الزكاة و الخمس)

كما (في السرائر و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد) لعدم ملكها لعدم قبضها (المطلب الثاني في القرض)
(قوله) (و فيه فضل كثير)

و هو مندوب مرغّب فيه إجماعا كما (في التذكرة) بل استحبابه ضروري لكنه كاد لا يوجد في الغرى على مشرفه أفضل الصلاة و السلام (قال الباقر عليه السلام) من أقرض قرضا إلى ميسرة كان ماله في زكاة و هو في صلاة من الملائكة عليه حتى يقتضيه (و عن) كتاب عقاب الأعمال عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال من شكى إليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله عليه الجنة يوم يجزى المحسنين (و عن الأمالي) في خبر المناهي من احتاج إليه أخوه المسلم في قرض و هو يقدر عليه و لم يفعل حرم الله عليه ربح الجنة إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الحاثئة عليه المرغبة إليه
(قوله) (و هو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب)

هذا من الأخبار المرغبة فيه و قد رواه الشيخ (في النهاية) و ابن إدريس في (السرائر) و المصنف (في التحرير) و نقل روايته (في التذكرة) عن الشيخ قال في (جامع المقاصد) الجار في بمثله يحتمل أن يتعلق بالصدقة فيكون المعنى القرض لشيء أفضل من الصدقة بمثل ذلك الشيء و أفضليته في الثواب فيكون الجار في قوله في الثواب متعلقا بأفضل (و قد يقال) الأفضلية هنا لا تكون إلا باعتبار الثواب فقد يقال إن في الثواب مستدرك و يحتمل أن يكون الجار الأول متعلقا بأفضل و يكون المعنى المراد أن القدر المقرض أفضل من الصدقة به بمقدار مثله في الثواب (و يرد) أن المتفاضل به هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله فيكون فاسدا انتهى (قلت) التقدير بمثل المتصدق به يستلزم التقدير بمثل ثوابه فلا فساد كما أنه لا استدراك على التقديرين لجواز كون القيد لبيان الواقع من قبيل قتل النبيين بغير حق و يطير بجناحيه و دابة في الأرض و المعنى الثاني هو الأوفق بمناسبة الآخر المشهور و هو أن درهم الصدقة بعشرة و القرض بثمانية عشر و ذلك لأن القدر المعروف من ثواب الصدقة و المشترك بين جميع أفرادها عشرة فيكون درهم القرض بعشرين لا- أنه يرجع إلى ثمانية عشر و يوافق الخبر المشهور و ذلك لأن الصدقة بدرهم مثلا ما صارت عشرة و حصلت لصاحبها حتى أخرج درهما و لم يعد إليه فالثواب الذي كسبه في الحقيقة تسعة فيكون القرض بثمانية عشر لأنه أفضل منه بمثله لأن درهم القرض يرجع إلى صاحبه و المفاضلة إنما هو في الثواب المكتسب و لك أن تقول إن درهم القرض لما كان يرجع بعينه و يرجع ما قبله من الثواب المخصوص بتلك العين يكون الباقي ثمانية عشر فتأمل في هذا و أما المعنى الأول فإنما يدل على أرجحية القرض على الصدقة مطلقا لا على تقدير الرجحان ثم إن ترتب الثواب عليه فضلا عن زيادته على ثواب الصدقة فرع التقرب به إلى الله سبحانه و تعالى فلو خلى عنه لم يترتب عليه ثواب فضلا عن زيادته و ذلك ظاهر مضافا إلى الخبرين الربا رباة أحدهما حلال و الآخر حرام فأما الحلال فهو أن يقرض الرجل أخاه قرضا طمعا أن يزيده و يعوضه أكثر مما يأخذ من غير شرط فهو مباح له و ليس له عند الله ثواب فيما أقرضه و هو قوله تعالى فلا يُزْبُوا عِنْدَ اللَّهِ الحديث (و قد يقال) إن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢

و لا بد فيه من (إيجاب) صادر عن أهله (١)

ترتب الثواب عليه وزيادته على ثواب الصدقة تفضل من الله سبحانه وتعالى و إن لم يقصد القربة لأنه لا يقع إلا فى يد المحتاج و لأنه يعود فيقرض مرة أخرى و لا كذلك الصدقة و قد يقع التفضل على كثير من فاعلى البر من غير اعتبار القربة كالكرم و الحياء هذا و قد روى أن القرض مرتين بمثابة الصدقة مرة و يحمل على الصدقة الخاصة كالصدقة على الأرحام و العلماء و الأموات فقد روى أنها على أقسام كثيرة منها ما أجره عشرة و منها سبعون منها (سبعمائه خ ل) و سبعمائه و سبعون ألفا (قوله) (و لا بد فيه من إيجاب صادر عن أهله)

قال فى (جامع المقاصد) ظاهر عباراتهم أنه لا بد من الإيجاب القولى و عبارة (التذكرة) أدل على ذلك قلت و هو كذلك فى (المراسم و الوسيلة) و جملة من العبارات أنه يفتقر إلى إيجاب و قبول و هذه العبارات ظاهرة فى القولى فيهما أى الإيجاب و القبول و كما أن عبارة (الشرائع) فى بعض نسخها (و المسالك و الروضة و الكفاية) صريحة فى ذلك فيهما و قريب منها عبارة (اللمعة) و عبارة (التذكرة) كادت تكون صريحة فى إيجاب الإيجاب القولى و عبارة (الإرشاد و التحرير) ظاهرة فى اشتراط اللفظ فيهما و إن تفاوتتا فى الظهور و عبارة (التذكرة) فى القبول كعبارة الكتاب صريحة فى الاكتفاء فيه بالفعل و القولى و هو الذى قرره فى (الدروس) قال و الأقرب الاكتفاء بالقبض لأن مرجعه إلى الإذن فى التصرف و كأن التعليل عليل إن أراد الاكتفاء به فى الملك كما هو الظاهر و نسب ذلك إلى جماعة فى (المسالك) قلت بل ظاهر (التذكرة) كما فهمه منها المولى الأردبيلي أنه لا نزاع فى القبول الفعلى و إنما النزاع فى عدمه مطلقا و قد خلت بقية العبارات عن التعرض للعقد بالكلية لكن كلامهم فى الأحكام و الثمرات يدل على التوقف على العقد على أحد القولين كقولهم أن ليس للمقرض انتزاع العين و أن للمقرض أن يمتنع من رد العين فيرد بدلها و قد يكونون ممن يكتفون بالمعاطة (حجة) القائل باشتراط الإيجاب و القبول القوليين أنه لا خلاف فى إفادته انتقال الملك إما بالعقد و القبض أو مع ضميمة التصرف على الخلاف الآتى فلا جرم و جب الاقتصار فيه لمخالفته الأصل على ما يتحقق به الانتقال بالإجماع و الضرورة و هو ما إذا كان بعقد يتضمن الإيجاب و القبول فلا تكفى المعاطة فيه و إن اكتفى بها فى حصول إباحة التصرف (قلت) و يكتفى بها فى حصول الثواب و لزوم العوض إذ يكفى فى ذلك القصد و الإعطاء و القبض بذلك القصد و لا ينبغى النزاع فى ذلك كما فى مجمع البرهان (و حجة) القائل باعتبار اللفظ فى الإيجاب و الاكتفاء بالقبول الفعلى فى حصول الملك و ترتب الأحكام كعدم جواز انتزاع العين للمقرض صدق اسم القرض لغه و عرفا و الأصل عدم اعتبار أمر زائد عليه و أنه لم ينقل عن العصر السالف اعتبار الصيغة مع استمرار الطريقة على ذلك فى الجليل و الحقيق بل الظاهر أنهم كانوا يكتفون بمجرد الطلب و القرينة و الإعطاء كما يرشد إلى ذلك حديث استقرض على بن الحسين عليهما السلام فإنه كالظاهر فى ذلك (إلا أن يقال) إن ذلك كله من باب المعاطة و أما كلام أهل اللغة فقد قال فى (مجمع البيان) أقرض فلان فلانا إذا أعطاه ما يتجازاه منه و فى (الصحاح و القاموس) القرض ما تعطيه لتتقاضاه و نحوه ما فى (مجمع البحرين) و فى (المصباح المنير) استقرض طلب القرض و اقترض أخذه و نحوه ما فى (النهاية الأثيرية) و كلامهم هذا و إن دل على عدم الحاجة إلى القول من الجانبين فتكفى المعاطة كما احتملناه من كلام جماعة إلا أنك يمكنك أن تدعى أن ظاهرهم الإجماع على اعتبار اللفظ فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣

كقوله أقرضتك أو تصرف فيه أو انتفع به أو ملكتك و عليك رد عوضه و شبهه (١)

الإيجاب و قد اكتفوا فى الوكالة فى الإيجاب و القبول بما يدل عليهما و لو بالإشارة المفهومة فى الأول و الفعل الدال على الرضا فى الثانى من غير خلاف بينهم «١» و المشهور فى العارية الاكتفاء بما يدل على الإيجاب و القبول و إن لم يكن لفظا كما أن المشهور ذلك فى الهبة أعنى صدقة التطوع و ظاهر (التذكرة) عدم الخلاف بيننا فى جواز قبول المضاربة بالفعل و فى الاكتفاء فى الإيجاب و القبول بكل لفظ هذا مضافا إلى ما سمعته عن (التذكرة) من ظهور عدم الخلاف فى الاكتفاء بالقبول الفعلى فيما نحن فيه نعم قال

جماعة في الشركة حيث تكون من جملة العقود لا بد فيها من اللفظ الصريح من الجانبين و لعله الفرق بينها وبين الشركة و يحتمل أن يكون لمخالفة الأصل ثم الظاهر أنه على القولين لا يشترط فيه المقارنة و لا غيرها مما يشترط في العقود اللازمة و هذا كله بناء على المشهور من عدم توقف الملك على التصرف و أما على القول بتوقفه عليه فينبغي أن لا يتوقف على العقد بمعنييه لأن ثمره الخلاف في جواز رجوع المقرض بالعين ما دامت باقية و وجوب قبولها لو دفعها المقترض فعلى المشهور ليس للمقرض الرجوع بالعين و له ذلك على القول الآخر و كذلك الحال في النماء قبل التصرف إن قلنا بأنه أي التصرف ناقل للملك حقيقة أو ضمنا يعني قبل التصرف بلحظة يسيرة كما في العبد المأمور بعقده عن الأمر الغير المالك فإنه للمقترض على المشهور و للمقرض على القول الآخر و لو قيل فيه بالكشف ففيه احتمالان و تظهر الفائدة أيضا في نفقة الحيوان و في وقت انعاقه لو كان ممن يعتقد على المقترض إلى غير ذلك و بذلك يظهر ما في (المسالك) من قوله و لو قلنا بتوقف الملك على التصرف كان قبله بمنزلة الإباحة فينبغي أن لا يتوقف على العقد (إلا أن يقال) إن ترتب الأثر بعد التصرف على الوجه الآتي المغير للإباحة يتوقف على ما يدل عليه و هو العقد انتهى فتأمل في كلامه الأخير ثم إنه ليس في كلامهم تصريح ببيان المراد بالتصرف الموجب للملك على ما ذكر هو في (المسالك) و بعض العبارات تشعر بأنه المتلف أو الناقل و عن الشهيد أنه مطلق التصرف كما هو الظاهر فيعود الخلاف لفظيا بينه و بين القول الثاني فإن القبض نوع من التصرف على ما قد قيل و هذا حديث إجمالي و تمام الكلام يأتي بعون الله تعالى كما يأتي الجمع بين قولهم إنه عقد جائز و قولهم ليس للمقرض الرجوع بالعين و إن كانت باقية بل له المطالبة بها أو غيرها و يندفع الإشكال عن صاحب المسالك و لعل المصنف أراد بقوله صادر عن أهله ما أشار إليه في (التذكرة) بقوله يعتبر فيه أهلية التبرع لأن القرض تبرع فلا يقرض الولي مال الطفل إلا لضرورة و منه يعلم حال قوله في (الدروس) و أهله أهل البيع إذ ليس أهله أهل البيع بل هناك شرط آخر زائد كما عرفت (قوله) (كقولك أقرضتك أو تصرف به أو انتفع به أو ملكتك و عليك رد عوضه و شبهه) و نحوه ما في التحرير و زاد في (التذكرة) أسلفتك أو خذ هذا بمثله أو خذه و اصرفه فيما شئت ورد مثله و قال جماعة إنه لا ينحصر في لفظ كالعقود الجائزة بل كل لفظ دل عليه كفي إلا أن أقرضتك صريح في معناه فلا يحتاج إلى ضميمة عليك رد عوضه و نحوه و غيره يحتاج إليها كما صرح به في (جامع

(١) و قد يقال إن ذلك من باب المعاطاة في الوكالة و الفرق أنه لا يثبت بذلك جعل لو كان مشروطا فيها فتأمل و يجرى مثل ذلك في العارية بل في الوديعة بل قيل في الوديعة أنها ليست من العقود (منه طاب ثراه) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤ (و قبول) و هو ما يدل على الرضا قولاً أو فعلاً (١) و شرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة (٢)

المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض) و لم يذكر في الإرشاد هذا القيد أعنى عليك رد عوضه بعد انتفع به و تصرف به و لعله اكتفى بالمقابلة و ذكره قبل و قال في (الدروس) له عقد إيجابه أقرضتك أو أسلفتك أو ملكتك و عليك رد عوضه أو خذه مثلا أو قيمة أو تصرف فيه أو انتفع به كذلك و شبهه انتهى و لعله لو أخر و عليك رد عوضه مع قوله مثلا أو قيمة إلى بعد قوله و انتفع به و استغنى عن قوله كذلك لكان أجود و سيأتي الكلام فيما إذا قال له ملكتك و أطلق و الضمير في شبهه في عبارة الكتاب عائد إلى قوله كقوله أقرضتك و يمكن عوده إلى قوله و عليك رد عوضه بتأويل هذا المعنى و شبهه (قوله) (و قبول و هو ما يدل على الرضا قولاً و فعلاً)

قد عرفت الحال في ذلك و القائل بافتقاره إلى اللفظ قال لا ينحصر في عبارة ففي (الشرائع) هو اللفظ الدال على الرضا و لا ينحصر في عبارة و نحوه ما في التحرير و في (الدروس و اللعة) قبلت و شبهه

(قوله) (و شرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة)

ربوية كانت العين المستقرضة أم غيرها عندنا كما في التذكرة و المسالك و في (الغنية) الإجماع على أنه يحرم اشتراط الزيادة سواء كان في القدر أو الصفة و في (السرائر) أنه لا خلاف بين أصحابنا أنه متى شرط زيادة في العين أو الصفة كان باطلا و الإجماع حاصل منعقد على هذا انتهى و في (المختلف) إذا أقرضه شيئا و شرط عليه أن يرد عليه خيرا مما افترض كان حراما و بطل القرض إجماعا و في (مجمع البرهان) أن تحريم شرط النفع في القرض عينا إجماعى بين المسلمين و في (الكفاية) يحرم اشتراط النفع لا أعلم فيه خلافا و بالحكم المذكور بأطرافه صرح في (المبسوط و السرائر) و ما تأخر عنهما و هو معنى قول المحقق في كتابيه و يجب الاقتصار على العوض و هذا الإطلاق و ما كان نحوه و إن عم صورتى اشتراط الزيادة و عدمها كعموم أدلة تحريم الربا و الزيادة إلا أنها مخصصة بالصورة الأولى خاصة كما ستسمع و قد استثنى جماعة من منع اشتراط الصفة ما لو شرط الصحاح عوض الغلة فإنه جائز منهم الشيخ في (النهاية) و القاضي و الحلبي فيما حكى عنهما و ابن حمزة في (الوسيلة) و زاد الحلبي أيضا جواز اشتراط العين من النقدين بدل المصوغ منهما و اشتراط الخالص بدل الغش و في (السرائر) أن مراد الشيخ بالغلة مكسرة الدراهم و قد صرح في (الوسيلة و النهاية) بالفساد بزيادة الصفة فيما عدا ذلك كما ستسمع كلام الوسيلة و ظاهر (التحرير) التردد و قد يلوح ذلك أى التردد من الكفاية و ظاهر المحقق المقدس الأردبيلي الميل إلى ذلك و تعميم الحكم في المنفعة الحكمية لا خصوص ما في النهاية و ما وافقها بل ربما يظهر من حكايته عن الشيخ و الجماعة أنهم عموما الحكم قال و أما اشتراط الزيادة و صفا مثل أن يشترط الصحيح عوضا عن المكسور فنقل عن الشيخ و الجماعة جوازه و كأنه مثل اشتراط الجيد عوضا عن الردي للأصل و عدم ظهور دخوله تحت الربا و عدم دليل آخر من إجماع و نحوه و خبر العامة ليس بصحيح و معارض بخبر محمد بن مسلم ثم ذكر جملة من الأخبار المطلقة في جواز أخذ نفع القرض إلى أن قال نعم يمكن حملها على ما إذا لم يشترط جمعا بين الأدلة ثم أورد جملة من الروايات الدالة على نفي البأس ما لم يشترط ثم ذكر صحيحة محمد بن قيس و قال هذه صريحة في المنع و التحريم عن الزيادة الوصفية إلى أن قال فلو لا الحمل بل و لو لا هذه الرواية لكان قول الشيخ و الجماعة قويا بما تقدم من عدم نص صحيح في المنع في الوصف لأن الأخبار المتقدمة لنا دلت بالعموم على البأس مع الشرط و هو أعم من الكراهية و التحريم و كان الحمل على الكراهية أولى فتأمل (و فيه) مع إطباق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥

فلو شرطها فسد (١) و لم يفد جواز التصرف (٢)

باقي الأصحاب على خلاف هذا القول و منهم الشيخ في (المبسوط) أنه مصادم لإجماع (الغنية و السرائر و المختلف) و أن ثبوت البأس المدلول عليه بالمفهوم في الأخبار مع الزيادة مطلقا أو مع الشرط كقول الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط و إن كان أعم من الكراهية و التحريم إلا أن صحيحة محمد بن قيس لما صرحت بالتحريم كما اعترف به هو و جب حمل هذا الإطلاق في هذه الأخبار عليها و تقييده بها و هذا متن الصحيحة المذكورة من أقرض رجلا ورقا فلا يشترط إلا مثلها فإن جوزى بأفضل منها فليقبل و لا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل ورقه ثم إن خبر خالد بن الحجاج قد تضمن أن الربا جاء من قبل الشرط و إنما يفسده الشروط و الضعف منجر بالشهرة معتضد بما عرفت و قد وسمه في (الرياض) بالصحة و ليس بصحيح لأن أحدا لم يوثق خالدا غير ما حكاه ابن داود عن النجاشي قال يحيى بن الحجاج بغدادى ثقة هو و أخوه خالد ناقلا لذلك عن النجاشي و استظهر بعضهم زيادة لفظ هو و أيده بأن النجاشي لم يذكر خالدا في الموثقين و لعل مستند الشيخ و من وافقه كما في (السرائر) موثقه (صحيحة خ ل) يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الغلة فيأخذ منه الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه قال لا بأس و ذكر ذلك عن علي عليه أفضل الصلاة و السلام و رده في (السرائر) و غيرها بأنه ليس في الخبر للشرط ذلك فلا دلالة فيه فإن إعطاء الصحيح و الزائد بدون الشرط مما لا

خلاف فيه و قد حكى عليه الإجماع جماعة كما ستسمع هذا و فى صحيحه محمد بن قيس المذكورة آنفا كلام و تحقيق يأتى ذكره قريبا و قد ذكرنا بعضه فى باب الربا عند شرح قوله و لو أراد المعاوضة إلخ (قوله) (فلو شرطها فسد)

أى لو شرط الزيادة فى قدر القرض أو صفته كالثنى عشر فى عشرة و الصحيحة فى المكسرة فسد القرض للإجماعات المحكية آنفا كإجماع السرائر و المختلف بل و إجماع الغنية و للنبوى المنجبر بالشهرة و استدلال عليه فى (جامع المقاصد) بالنصوص الدالة على صحته مع الزيادة إذا لم يشترطها (و قد يقال) إن الظاهر من أخبار الباب إنما هو بطلان الشرط فإن مفهوم نفي البأس مع عدم الشرط فى كثير منها إنما توجه إلى الزيادة كموثقة إسحاق بن عمار المشتملة على أنه ينيله الشئ بعد الشئ كراهة أن يأخذ ماله أو يحل ذلك قال لا بأس إذا لم يكونا شرطاه و مثله خبر إسحاق الآخر و حسنة الحلبي و نحوه قوله عليه السلام فى صحيحه ابن قيس و لا يأخذ أحدكم ركوب دابة إلى آخره و قد تقدم لنا فى بحث الشروط أن فساد الشرط لا يقتضى فساد العقد على الأصح (و قد يجاب) بأن بعضها أيضا دال على ما ذكره فى (جامع المقاصد) على تأمل و قد نقلنا فى باب الربا عن (مجمع البيان) و عن ظاهر الأصحاب تحريم المعاملة و ما يحصل منها من رأس المال و الزيادة (قوله) (و لم يفد جواز التصرف)

للإجماع و ظاهر النصوص المصرحة بفساد الزيادة مع اشتراطها المستلزم لفساد المشروط بها كما فى (الرياض) و قد عرفت الحال فى ظواهر النصوص و فى (المسالك) الإجماع على أنه لا يفيد و هو معلوم من الإجماعات المحكية على فساد العقد و يكون مضمونا كما هو الشأن فى البيع الفاسد للقاعدة المشهورة بل المجمع عليها و هى كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده و خالف فى (الوسيلة) فإنه قال و الفاسد ما يؤدي إلى الربا مثل شرط الزيادة فى وصفه أو القدر أو إباحة ما يلى الرهن فإذا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦

و إن لم يكن ربويا (١) و لو تبرع المقترض بالزيادة جاز (٢)

كان كذلك لم يملكه بنفس القرض و بقى أمانة فى يده و قد حملة فى (مجمع البرهان) على صورة جهل المقترض و استظهر عدم ضمانه حيثئذ لأن القاعدة المذكورة لم تثبت عنده بالدليل و لا إجماع عليها لوجود الخلاف فى الجملة و لعله فهم الخلاف من ابن حمزة هنا و قد تقدم الكلام فى هذه القاعدة لكن العجب من صاحب الرياض إذ هو ممن يعترف بصحة هذه القاعدة و مع ذلك قيد الضمان بالعلم مستندا إلى هذه القاعدة و نسب الخلاف لابن حمزة و قد عرفت أن القاعدة مطلقه كعبارة الوسيلة (قوله) (و إن لم يكن ربويا)

قد عرفت أن ظاهر (التذكرة و المسالك) الإجماع على ذلك و قد حاول بذلك التنبيه على أن القرض ممنوع فيه من الزيادة مطلقا لأنه إنما جعل للارتفاق و محض الإحسان لا كالبيع الذى إنما يمنع فيه من الزيادة فى الربويات لأنه مبنى على المغالبة و المماكسة فدليل دخول الربا فى القرض غير الآية كالتبوى و غيره و لهذا يحرم القرض مع الزيادة و إن لم يكن ربويا و لا يصح اشتراط الصحيح و الجيد عوض المكسر و الردى فلا يصح أن يقال إن دخول الربا فى القرض مؤيد للقول بأنه أى الربا يعم جميع المعاوضات إذ القول باختصاصه بالبيع و القرض من دون سائر المعاوضات بعيد كما فى (مجمع البرهان) و قد استوفينا الكلام فى ذلك فى باب الربا (قوله) (و لو تبرع المقترض بالزيادة جاز)

إجماعا كما فى (الغنية و التذكرة و ظاهر المسالك و الروضة) حيث نفى عنه الخلاف فىهما و النصوص بذلك مستفيضة و فيها الصحاح و فى (الغنية) الإجماع على أنه لا فرق فى ذلك بين أن يكون ذلك عادة المقترض أو لم يكن و قد نص على ذلك جماعة منهم الشيخ فى (المبسوط) و قال جماعة إنه لا يكره لإطلاق النصوص (قلت) و فى أخبار الخاصة و العامة ما يدل على عدم كراهية

الإعطاء بل على استحبابه و الشيخ فى (النهاية) بعد أن عد جملة من المواضع التى يجوز قبول الزيادة فيها عينيه أو وصفية مع عدم الشرط قال و الأولى تجنب ذلك أجمع و نص جماعة على أنه لا فرق بين أن يكون ذلك من نيتهما أو لم يكن (قلت) و يدل عليه صريحا بعد إطلاق النصوص خبر أبى الربيع حيث يقول فيه و قد علم المستقرض و القارض إنما أقرضه ليعطيه أجود منه قال لا بأس إذا طابت نفس المستقرض و قد روى هذا الخبر صحيحا فى (الكافى و التهذيب) إلى السرد فهو عند جماعة ملحق بالصحيح و فى (الدروس) أنه يكره إذا كان ذلك من نيتهما و لم يذكره لفظا و لعله بناه على المسامحة فى أدلة الكراهية و قد سمعت ما فى (النهاية) و هذه الزيادة إن كانت حكمية كما لو دفع الكبير بدل الصغير و الجيد بدل الردى فقد قال جماعة أنه يملكه المقرض بقبضه مستقرا و هو الظاهر و فى (حسنه الحلبي) لو وهبها له كمالا- كان أصلح و كأنه عليه السلام أراد الإشارة إلى رفع الكراهية و إن كانت عينيه فالظاهر كون الزائد بمنزلة الهبة فيلزمه أحكامها كما قاله جماعة منهم صاحب الجامع لأصالة بقاء الملك على أصله مضافا إلى إطلاق الهبة عليه فى الحسنه فى الزيادة الحكمية كما سمعت فتأمل و فى عبارة (مجمع البرهان) فى المقام نوع خلل هنا و فى بعض الأخبار دلالة على المنع عن الزيادة مطلقا كصحيحه يعقوب بن شعيب و قد حملها الشيخ على الكراهية تارة و على الشرط أخرى و ربما حملت على التقيية كما يفهم من خبر هذيل بن حيان حيث قال و قد سألت من قبلنا فذكروا أن ذلك فاسد لا يحل و ربما استوجود الحمل الأول و لا- منافاة فيه لما سلف فإن موارد ما دل على الفضل فى الزيادة إنما هو فى صورة الإعطاء خاصة و لا كذلك ما دل على المنع فإن مورده صورة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧

و لو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة أو الأنقص أو تأخير القضاء لغا الشرط و صح القرض لأنه عليه لا له (١) و لو شرط رهنا أو كفيلا به جاز لأنه أحكام ماله (٢) أما لو شرط رهنا بدين آخر فالأقرب الجواز (٣)

الأخذ خاصة و قد استوفينا الكلام فى هذا الخبر فى باب الربا عند شرح قوله و لو أراد المعاوضة على المتفاضلين و سيجىء الكلام مستوفى أيضا قريبا و فى (مجمع البرهان) أن ظاهر جملة من الأخبار وجوب أخذ الأجود ذكره فى التذكرة و ليس ببعيد و عدم الأخذ و تكليف المقترض بغير الأ-جود منفى بالأصل و لأنه فضل ماله و زيادة بلا مانع فيجب القبول و لدخوله تحت مثل المال و لما تقدم من الوجوب فى السلف نعم يمكن المنع فى الزيادة العينية و هنا أيضا لا ينبغى مع عدم المنه بل قد يكون له المنه لو قبل خصوصا إذا تعسر دفع الحق بغير زيادة لفقد الكيل أو الوزن و لم يقبل أن يأخذ ما يحتمل حقه و يبرأ عن الزيادة لو كانت و يدل على استحسان القبول حسن الاقتضاء و القضاء و هو ظاهر انتهى (و قد يقال) إن الأخبار التى ادعى ظهورها فى وجوب أخذ الأجود إنما تضمنت نفي البأس كصحيحه الحلبي و حسنته و روايتى خالد و أبى الربيع و هو ليس بتلك المكانة من الظهور فى الوجوب و هو يحتاج إلى دليل صريح واضح ثم إنه إذا كان مكروها كيف يكون واجبا و عساک تقول إنه استند إلى قوله عليه السلام فى صحيحه ابن قيس فإن جوزى بأفضل منها فليقبل (و فيه) أنه أمر بعد الحظر أو توهمه

(قوله) (و لو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة أو الأنقص أو تأخير القضاء لغا الشرط و صح القرض لأنه عليه لا له)

وفاقا (للتذكرة و الدروس) فى الأول مع التصريح فى (التذكرة) بأن الأقوى صحته لا لزومه و للتحريم فى الأول و الثالث و استشكل فيه فى الثانى أعنى رد الأنقص سواء كان مما يجرى فيه الربا أو لا و قد يلوح من التذكرة التردد فى الثالث أعنى اشتراط تأخير القضاء و ليس كذلك و وجه ما قواه فيها أى التذكرة من عدم لزوم هذا العقد حيث يصح أن القرض مبنى على المماثلة بين القرض و العوض فإذا شرط ترك البعض أو التأخير مثلا- فقد وعده بالإحسان و لا يجب الوفاء إنما الواجب أداء ما اقتضاه القرض (و قد أورد) على تعليل المصنف بأنه لا يرتبط بالدعوى فإن كون الشرط عليه لا له إذا كان فاسدا لاغيا كيف يصح القرض مع أنه لم يقع التراضى إلا على الوجه المتضمن للشرط (و أجاب) فى (جامع المقاصد) بأن فى ذلك تنبيهها على أن هذا الشرط كما دل على الرضا بالقرض معه

دل على الرضا به بدونه لأنه إذا رضى بما عليه رضى بما له بطريق أولى فيكون الرضا بالقرض واقعا على وجهين أحدهما مدلول عليه بمنطوق اللفظ و الآخر بمفهوم الموافقة فإذا امتنع أحدهما لغا و صح القرض باعتبار الوجه الآخر (قوله) (و لو شرط رهنا أو كفيلا جاز لأنه أحكام ماله)

هذا مما لا أجد فيه خلافا كما يظهر ذلك من (جامع المقاصد) حيث جعل المسألة الآتية محل خلاف و بالجواز صرح فى (التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد) و هو ظاهر الباقيين كما يظهر ذلك من كلامهم فى المسألة الآتية و غيرها و كذلك الحال فيما إذا أقرضه بشرط الإشهاد أو الإقرار به عند الحاكم كما فى التذكرة لأن ذلك كله من التوثيق و أحكام الحجة و ليست بمنافع مالية (قوله) (أما لو شرط رهنا بدين آخر فالأقرب الجواز)

كما فى (المبسوط و التذكرة و الإيضاح و كنز الفوائد و جامع المقاصد) و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال و لو شرط رهنا بدين آخر فالأقرب عندهم الجواز و قالت الشافعية إنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨

و كذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه آخر أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه (١)

كشروط زيادة الصفة و هو ممنوع انتهى و خيرة (التحرير و حواشى الكتاب) المنع و استجوده فى (الدروس) على الظاهر لتحقيق زيادة المنفعة و للخير النبوى (و فيه) أن ذلك ليس زيادة فى مال القرض و إنما هو شرط خارج عنه و إن كان زيادة بحسب الواقع فإن المنهى عنه هو الزيادة فى مال القرض و النبوى معارض بالإجماع و الأخبار الأخر كما ستسمع و منه يعلم الحال فيما إذا شرط كفيلا بدين آخر و كأن صاحب (التنقيح) متردد فى المسألة و تمام الكلام فى المسألة الآتية

(قوله) (و كذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف (يستلف خ ل) منه) هذه المسألة من أمهات المسائل و مهماتها و قد صنف أستاذنا العلامة الإمام الماهر ملا محمد باقر حشره الله سبحانه مع من ضاعجه فى الحائر رسالة فى تحريم ذلك أعنى القرض بشرط البيع المشتمل على المحاباة و ادعى على ذلك اتفاق الأصحاب و تضافر الروايات و وافقه على ذلك العلامة الحبر المعبر الشيخ جعفر دام ظله و خالفهما فى ذلك أستاذنا الإمام العلامة أستاذ الكل فى عصره السيد محمد مهدى حشره الله تعالى مع أجداده الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين و لما كان كذلك أحب شيخنا و مولانا العالم العابد الزاهد الحبر التحرير الكامل الشيخ حسين نجف دام ظله أن أنظر الأخبار و كلام الأصحاب و أميز الخطأ من الصواب فذكرت ذلك لسيدنا المشار إليه أسخ الله رحمته و رضوانه و غفرانه عليه فدل على بعض المطالب و أشار إلى ملاحظة كلام كاشف الرموز الحسن بن أبى طالب فنظرت الرسالة المذكورة فوجدتها قد تضمنت أمرين (الأول) أن فتح هذا الباب يسد باب المعروف بالكلية (و الثانى) أن ذلك قرض يجر نفعاً و كل قرض كذلك فهو حرام فعارضت الأمر الأول بما ذكره أصحابنا من الحيل للتخلص من الربا متفقين عليه من دون مخالف أصلاً و ما ذكره من جواز بيع الشيء بأضعاف قيمته حالاً و مؤجلاً - من غير خلاف أيضاً فبالأول قد فتحوا باب الحيلة و بالثانى يتحقق سد باب القرض و المعروف لمن أراد أن يقرضه مائة بشرط أن يشتري منه المقترض متاعه الذى محاباة له مندوحة عن ذلك ببعض ما ذكره من التخلص كما إذا أراد أن يقرضه مائة بشرط أن يشتري منه المقترض متاعه الذى يسوى عشرة بعشرين فليبيعه المتاع المذكور بمائة و عشرين و يهبه المائة و يقرضه إياها إلى غير ذلك من أنواع التخلص من القرض بشرط البيع مع المحاباة و بدونها فمسألتنا إن قلنا بالتحريم فيها لم يفتح بها باب المعروف و قد جعلوا ما ذكره طريقاً لسده لمن أراد و إن قلنا بجوازها لم يكن السد مستنداً إليها بل هى كغيرها من أنواع التخلص فلم يكن هناك شىء لولاها لم يكن (و أما الأمر الثانى فذكرت أنه مردود بالإجماع و النصوص و الفتاوى و أسبغت الكلام فى رسالته بلغنا فيها أبعد الغايات (و خلاصة) الكلام فى المقام أن الأستاذ رضى الله عنه قال لا يجوز أن يبيع المقرض من المستقرض بأزيد من ثمن المثل أو يشتري منه بأنقص أو يصالح أو يعارض

(يعاوض خ ل) كذلك أو يملك منه عينا أو منفعة بعقد هبة أو غيرها و ادعى على ذلك الوفاق تارة و عدم الخلاف أخرى و أن الروايات بذلك متضافرة و نحن نقول قال الفاضل الآبى اليوسفى فى (كشف الرموز) إن الشيخ ادعى الإجماع على أنه لمن يقرض غيره مالا أن يبتاع منه شيئا بأقل من ثمن المثل لا على وجه التبرع بل بسبب مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩

.....

الإقراض و أنه لا- يعرف له (مخالف مشهور خ ل) مخالفا و قال فى (الخلاف) إذا باع دارا على أن يقرض المشتري ألف درهم أو يقرضه البائع ألف درهم فإنه سائغ و ليس بمحظور دليلنا إجماع الفرقة و فى (الغنية) يجوز أن يقرض غيره مالا على أن يأخذه فى بلد آخر أو على أن يعامله فى بيع أو إجارة أو غيرهما بدليل إجماع الطائفة و هذان الإجماعان بإطلاقهما يتناولان محل النزاع و الإطلاق حجة حتى يظهر المخصص و دعوى ظهور ما كان بضمن المثل على تقدير تسليمها نقول إن ذلك ليس بحيث يمنع من شمول غيره لكونه خفيا أقصاه أنه أظهر و قد تظهر دعوى الإجماع من المقنعة و ستسمع عبارتها برمتها (و فى التذكرة) يجوز أن يقترض الزائد ثم يستقرض الآخر منه الناقص ثم يتبرأ ان سواء شرط فى إقراضه ما يفعله الآخر أو لا خلافا للشافعى فقد قصر الخلاف على الشافعى (فليتأمل) و المراد بفعل الآخر الإقراض و الإبراء و قد سمعت ما فى (المبسوط و التذكرة و الكتاب و كثر الفوائد و الإيضاح و جامع المقاصد) من الحكم بالجواز ما إذا شرط فيه رهنا على دين آخر و أن ظاهر التذكرة دعوى الإجماع على ذلك و الأستاذ قدس سره فى الرسالة حكى عن بعض علماء زمانه دعوى عدم الخلاف إلا- من العامة فى صحة جميع ما منع هو منه انتهى و يؤيد ذلك الإجماعات المستفيضة على صحة عقد البيع بشرط القرض و الإقراض و قد صرح بعضهم بأنهما من سنخ واحد كما يأتى نقله عن التنقيح و هو ظاهر المقنعة كما ستسمع كما هو ظاهر جميع من شرك بينهما فى الأدلة بل قد يقال إن الإمام عليه السلام جعلهما من واد (سنخ خ ل) واحد كما فى صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام 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 فلا يصلح فتراه عليه السلام كيف نفى صلاحية البيع بشرط القرض لأنه قرض يجر نفعاً و قد ذكر جماعة هذا الخبر فى دليل المانعين فى المسألتين و يأتى بيان الحال فيه عند التعرض للأخبار و الشافية لم يفرقوا بين المسألتين و قالوا بفسادهما بل قضية استدلال الأستاذ على المنع فيما نحن فيه بأن الشرط فى المعاملة جزء العوض أن المسألتين من واد واحد و على ذلك تكون الإجماعات المتضافرة فى تلك دليلا على هذه لكننا نحن قد نتأمل فى كونهما من سنخ واحد و صرح بعضهم بأنهما مختلفان و هو ظاهر آخرين كما يأتى بيان ذلك كله و الغرض أن ذلك لازم للأستاذ و من صرح بالاتحاد أو ظهر منه ذلك و فى (النهاية و السرائر و جامع الشرائع) يجوز أن يقرض غيره مالا على أن يعامله فى التجارات و هذا بإطلاقه يتناول ما كان بضمن المثل أو أزيد أو أنقص كما تقدم نحوه فى عبارة الغنية و فى (التذكرة) القرض قابل للشروط السائغة فلو أقرضه شيئا بشرط أن يقرضه مالا صح و لم يلزمه ما شرط بل هو وعد وعده و كذا لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يبيعه بضمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه كما فى (الكتاب و جامع المقاصد) و هو ظاهر الكاشانى فى الوافى أو صريحه و حكى الشهيد عن السيد العميد القول باللزوم خلافا لما فى التذكرة و أن له الفسخ و الرجوع فى العين إذا تعذر الحاكم أما مع وجوده فله إلزامه بما شرط لأنه يجب الوفاء و فى موضع آخر من التذكرة لو كان له عليه دين فطالبه فسأله الصبر عليه إلى وقت معلوم بشرط أن يشتري منه ما يساوى مائة بثمانين جاز و المخالف المصنف فى (التحرير) قال لو شرط فى القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئا أو يقرضه مرة أخرى جاز أما لو شرط أن يؤجره داره بأقل أو يستأجر منه بأكثر فالوجه التحريم و منع فيه أيضا من اشتراط رهن أو كفيل على فرض آخر كما سمعت و ظاهر الشهيد فى (الدروس) موافقته فى ذلك على تأمل فى ظهور

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠

.....

ذلك من الدروس و ستسمع كلامه في المسألة الآتية و استجود في حواشيه على القواعد المنع من اشتراط الضمين و الكفيل على قرض و منع مولانا المقدس الأردبيلي من اشتراط العارية لرواية محمد بن قيس و نقل في (كشف الرموز) عن بعض الأصحاب المنع من اشتراط المعاملة المحابائية و تردد هو فيه و هو الذى يلوح من صاحب التنقيح كما أنه قد يظهر من (المختلف و غاية المرام) موافقه الأستاذ قدس سره قال في (المختلف) في ذيل كلام له في مسألة البيع بشرط القرض المتنازع فيه بإباحة البيع بالمحابة مع اشتراط القرض لا العكس و نقل هذا الكلام في غاية المرام ساكتا عليه إذ قد يقال إن أقصى ما في المختلف نفى كون ذلك محل نزاع بينه و بين أهل عصره فيحتمل أن يكون حكمه عنده و يكون بخلافه و أن يكون مترددا و الإنصاف أن هذا عدول عن الظاهر و نقل الأستاذ عن المحقق موافقه و لعله أشار إلى قوله في الحيل الشرعية كل ذلك بغير شرط و نحن قد نوافقه في ذلك أى اشتراط الهبة كما ستسمعه في الكلام على صحيحة محمد بن قيس أو أشار إلى قوله و لو شرط النفع حرم و السوق يعطى أنه مساق لغير هذا و ستعرف أن المراد من النفع في كلامهم الزيادة في نفس مال القرض و اشتراط النفع كذلك مما لا خلاف في حرمة كما سمعته فيما مضى عن الكفاية ثم إن هذه الكلمة قد وقعت لمن جوز أو تردد ثم إن الشهيد و صاحب التنقيح حكيا عن المحقق التردد في بعض تصانيفه فيما إذا جعل الفرض شرطا في البيع مع المحابة كما ستسمع و قال صاحب (التنقيح) إن له كلاما و احتجاجا لا يحسن ذكره و قد عرفت أن ظاهره أى المقداد أن المسألتين من سنخ واحد و يأتى تمام الكلام في حال هذه الكلمة و نقل الأستاذ عن أبى طالب الحسينى موافقه في رسالته الفارسية و لعلها كعبارة الشرائع و نحوها و استظهر من الإستبصار موافقه و لعله ظهر له مما ذيل به فيه خبر يعقوب بن شعيب و يأتى نقله و أنه ليس من الظهور فى شىء كما أنه نسب إلى (القواعد و جامع المقاصد) موافقه و الموجود فيهما صريحا مخالفته كما رأيت و سمعت و أقوى ما استند إليه من كلامهم إطلاقهم أنه لو شرط الزيادة فى القرض فسد و لو تبرع جاز و قولهم لو شرط النفع حرم و لم يفد الملك فقال إن فقهاءنا رحمهم الله تعالى بأجمعهم صرحوا بأن القرض بشرط المنفعة حرام مطلقين للفظ غير مقيد بما إذا لم تكن معاملته محابائية أو غيرها كالعارية و الهبة بل خصوا الحيلة بصورة التبرع و اتفقت عباراتهم و لم تختلف مقالاتهم أصلا و رأسا (قلت) هذا هو الأمر الثانى من الأمرين الذين بنيت عليهما الرسالة و فى الاستناد إلى هذا الإطلاق نظر من وجوه (الأول) أنهم قد اتفقوا على اشتراط الرهن و قالوا لو شرط فى الرهن انتفاع المرتهن به جاز و هو نفع جره القرض (الثانى) أن من ادعى موافقتهم له كالمصنف فى التحرير و الشهيد و غيرهما قد جوزوا القرض بشرط البيع بدون محابة بل الظاهر إطباقهم على ذلك كما عرفت و هذا نفع جره القرض (الثالث) أن الشيخ و جماعته كثيرين جوزوا اشتراط رهن على دين آخر بل قلنا إن ظاهر التذكرة الإجماع عليه كما عرفت ذلك آنفا (الرابع) أن الشيخ و التقى و القاضى و الحلبي و العماد جوزوا اشتراط إعطاء الصحيح بدل الغلة و سمعت ما زاده أبو الصلاح فأين اتفاق عباراتهم و عدم اختلاف مقالاتهم أصلا و أسا (الخامس) قد نقل الإجماع جماعة على جواز أن يقرضه بشرط أن يعطيه فى بلدة أخرى و هذا نفع جره القرض فى بعض الأحوال و عليه استمرت الطريقة فى الأعصار و الأمصار و حصول النفع قد يكون من خوف الطريق أو زيادة فى سعر أو كمال رغبة (السادس) أن الإجماعات السالفة مع تصريح جماعة بمعاقدها مقيدة لهذا الإطلاق (السابع) أن الإطلاق معارض بإطلاق الأخبار المتضاهرة أن خير القرض ما جر نفعاً (الثامن) أنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١

.....

موافق للجماعة كما حكاها عنهم (فى التذكرة) و الرشيد فى خلافهم و لهذا احتمل جماعة فى خبر يعقوب ابن شعيب المتضمن أن القرض

إذا جر نفعاً لا يصلح حمله على التقية و قد صرح جم غفير من أصحابنا بأن الخير المروى عنه صلى الله عليه وآله وسلم المتضمن أن كل قرض جر نفعاً فهو حرام من طرق العامة و ليس من طرقنا و التبع يشهد بذلك (التاسع) أن السياق في كلامهم و ملاحظه أطرافه يدلان على أن المراد بالنفع هو الزيادة في نفس مال القرض لا ما كانت بسبب آخر خارج و إن كانت زيادة بحسب الواقع كما تقدم بيانه آنفاً و بذلك جمعوا بين الأخبار كما في الحدائق (العاشر) أن هذا الإطلاق معارض بالأخبار المصرحة بجواز القرض بشرط المعاملة مع المحاباة كخبر إسحاق بن عمار و خبر عبد الملك بن عتبة بل قد عقد في الوافي بابا سرد فيه شطراً صالحاً من الأخبار المتضمنة لذلك (الحادي عشر) أن هذا الإطلاق معارض بالإجماعات المستفيضة على جواز البيع بشرط القرض بناء على أن المسألتين من باب واحد (الثاني عشر) أنه معارض بما لعله يظهر من دعوى الإجماع في (التذكرة) على جواز القرض بشرط الإقراض أو الإبراء و بما يظهر منها من دعوى الإجماع أيضاً على جواز اشتراط رهن على دين آخر كما قد عرفت أبعده هذا كله يستند إلى هذا الإطلاق و يدعى عليه الوفاق فقد تحصل أن النفع عندهم على ضررين حرام و حلال فالحرام ما كان في نفس مال القرض من زيادة في القدر أو الصفة على خلاف في بعض أقسام الصفة قد سمعته آنفاً و أما نحو ركوب الدابة فيدخل في الصفة و الحلال ما كان بشرط خارج عن ذلك و بذلك تلتئم الكلمة و يجمع بين الأخبار كما أن الربا ربوان حرام و حلال فالحلال ما قاله الصادق عليه السلام في تفسير قوله تعالى وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّاً لِيُزْبِتُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ الْآيَةَ قال هو هديتك إلى الرجل تطلب منه الثواب أفضل منها فذاك ربا يؤكل ثم إن ما ورد في علته تحريمه فهو لبيان الحكمة لا العلة و إلا لحرمت الحيل التي ذكرها الفقهاء و دلت عليها الأخبار و من ذلك يعلم الحال فيما ذكره الأستاذ قدس سره من أن الحيل الشرعية إنما تتحقق في موضوعات الأحكام لا فيها أنفسها و أنها هنا فيها نفسها لأن النفع المحرم أعظم من المعاملة المحاباتيّة عندهم (لأننا نقول) على تقدير تسليم الحيلة هنا و أن ذلك ليس أمراً على حده قضت به الأصول و الأدلة أنها هنا في الموضوع لمكان العقد الآخر كما هو الشأن في الربا الحلال و قد ادعى الأستاذ قدس سره أنه يظهر من المولى الأردبيلي عدم الخلاف فيما ادعاه هو و كذا من المفلق الصيمري و لقد تبعت مجمع البرهان فما ظهر لي ذلك الظهور بل قد سمعت أنه في مجمع البرهان مال إلى جواز اشتراط الزيادة في الصفة مطلقاً فتجاوز مضمار الشيخ و القاضي و التقى و العماد و استدل بالأصل و عدم ظهور دخوله تحت الربا و عدم دليل آخر من إجماع و قال إن خبر العامة ليس بصحيح و معارض بحسنه محمد بن مسلم المتضمنة أن خير القرض ما جر نفعاً و قال إن هذه الرواية و رواية العامة إلى آخر ما تقدم نقله عنه آنفاً فكيف يرجي من صاحب هذا الكلام نفى الخلاف عما ادعاه الأستاذ مع شدة ما بينهما من الاختلاف نعم منع من اشتراط العارية لمكان الرواية كما عرفت آنفاً و ما زاد الفاضل الصيمري في (غاية المرام) على نقل كلام العلامة في المختلف و قد سمعته آنفاً فكانت النسبة إلى المصنف في المختلف أولى نعم أسهب و أطنب في إيضاح كلام المختلف و قال في موضع آخر منها لو عين الثمن في اشتراط البيع على زيد لزم و إن كان أقل من ثمن المثل و لو اشترط الرهن و الكفيل لزم و لو اشترط على دين آخر جوزه العلامة في (القواعد) و منعه في التحرير لما فيه من جر النفع انتهى (احتج) الأستاذ قدس سره و من نقل عنه المنع كاشف الرموز بخبر محمد بن قيس و هو أقعد ما يستدل به لهم عن أبي

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٢

.....

جعفر عليه السلام قال من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها فإن جوزى بالأجود منها فليقبل و لا يأخذ أحد منكم ركوبة دابة أو عارية متاع من أجل قرض ورقه وجه الدلالة النهي عن كل شرط سوى شرط عوضه و أخذ مثله و حصر الشرط الجائر فيه فقط و قد أوجب عنه في (كشف الرموز و المختلف) باشتراك محمد بن قيس بين الثقة و غيره (قلت) الظاهر أنه الثقة لأنه روى عنه يوسف بن عقيل و قد قال النجاشي أنه و عاصم بن حميد يرويان عنه و قال النجاشي و المصنف في (الخلاصة) إن البجلي له كتاب و نقلاً عن

القميين أن ليوسف بن عقيل كتابا وقال- الظاهر أن الكتاب لمحمد بن قيس ولأنه تلميذه و ينقل عنه و لم ينقلا- و لا غيرهما أن لمحمد بن قيس الضعيف الذي يروى أيضا عن أبي جعفر عليهم السلام كتابا و كذا الممدوح مع عدم ثبوت نقله عن الإمام عليه السلام (و أجاب في المختلف) أيضا بأنها معارضة بقولهم عليهم السلام خير القرض ما جر نفعا و لا يخفى عليك أن العلامة في المختلف إنما تعرض للبيع بشرط الإقراض و قد استدل و عارض بما سمعت و هذا يؤيد ما قد قيل من تساوى المسألتين (و نحن نقول) في الجواب (أولا-) أنها معارضة بالأخبار الأخر التي يأتي نشرها و هي غير ما ذكره في المختلف (و ثانيا) بأنها متروكة الظاهر على ما بيناه في وجه دلالتها من حصر الشرط الجائز في المثل و قد عرفت انعقاد الإجماعات على جواز اشتراط الرهن و الكفيل و البيع بدون محاباة و غير ذلك (و ثالثا) أن تعليق الحكم على الورق قد يشعر بجواز ذلك في غيره لا- لأنه مفهوم لقب فقط بل لمكان التعليق عليه و عدم حاجة إلى ذكره لو لم يرد النقي عما عداه لأنه يمكن أن يقال لو أقرض قرضا أو شيئا و إنما يلغى مفهوم اللقب حيث لا يتأتى التعبير عن المراد إلا به كما في قولنا زيد موجود و محمد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و لذلك كان معتبرا قطعا في عبارات الفقهاء و به يثبت الوفاق و الخلاف و على هذا يكون الخبر متروك الظاهر أيضا بالإجماع المنقول في (الخلاف و ظاهر التذكرة) على أنه لا فرق بين مال القرض ربويا كان أو غير ربوي في تحريم الزيادة مع الشرط بل الإجماع على ذلك معلوم (و رابعا) 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 الردي و لا بشرط زيادة القدر كما هو في جملة من الأخبار ستسمعها و قد عرفت أن هذا هو الذي فهمه الأ-كثر من الأخبار و جعلوه وجه الجمع بل قد وجدت بعض الأجلاء يستدل بالخبر المذكور على جواز البيع بشرط الإقراض و يتعجب من العلامة في المختلف كيف سكت عن الاستدلال به ثم إن صحة الخبر ليست بتلك المكانة من الوضوح فيرجح عليه ما هو أوضح منه صحة أو كان معتصدا بشيء آخر و أما ما اشتمل عليه من تحريم اشتراط العارية فقد نقول به و كذلك الهبة الغير المعوضة لأنها ليست معاملة محضة لكن تسميتها معاملة في عرفهم يوجب دخولها تحت عقدة إجماع الغنية إلا أن تقول لا فرق عرفا بين قوله بشرط أن تعطيني أو تهبنى فليتأمل جيدا (و احتجوا) أيضا بصحيح الحلبي قال سألته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطى سودا و قد عرف أنها أثقل مما أخذ فتطيب نفسه أن يجعل له فضلا قال لا بأس إذا لم يكن فيه شرط و لو وهبها له كان أصلح (و فيه) أنه إنما تضمن المنع عن زيادة القدر (فإن قلت) عدوله عليه السلام عن قوله ما لم يشترط إلى قوله ما لم يكن فيه شرط ربما يدل على عموم الشرط بحيث يشمل المعاملة (قلت) هو مخصوص لمكان السياق و الأخبار الأخر سلمنا لكن أقصاه أنه دل بمفهومه على وجود البأس و هو ليس نصا في التحريم كما أشار إليه المولى الأردبيلي حيث قال إن غير خبر محمد بن قيس لا ينهض دليلا انتهى (و فيه) أن الظاهر من وجود البأس خصوصا في باب الربا التحريم بل قد يقال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣

.....

كما قال الشهيد إن كلمة لا بأس تفيد الكراهية فالمدار في الجواب على أنه مخصوص (و احتج) لهم في (كشف الرموز) بخبر يعقوب بن شعيب و هو صحيح قال سألته عليه السلام عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين دينارا و يقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين دينارا قال لا يصلح إذا كان قرضا يجر نفعا قال و سألته عن الرجل يأتي حريفه و خليطه فيستقرضه الدنانير فيقرضه و لو لا أنه يخالطه و يحارفه و يصيب عليه غلته لم يقرضه فقال إن كان معروفا بينهما فلا بأس و إن كان إنما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه غلته فلا يصلح (قلت) كأن المراد من صدر الخبر في كلام السائل أن المشتري يعطى بصيغة السلم و بصيغة القرض ثم يأخذ من المقترض بالقرض بقدر ما يأخذه بالسلم فالمراد بصاحب السلم البائع و على هذا فلا إشكال و إن كان المراد أنه يبيعه بشرط أن يقرضه و قلنا إن قوله عليه السلام لا يصلح ظاهر في التحريم كان معارضا بالأخبار الدالة على صحة اشتراط القرض في البيع و الإجماعات المستفيضة و

إن كان المراد أنه يقرضه بشرط البيع بدون محاباة كان معارضا بالإجماع المعلوم و إن كان مع المحاباة كان معارضا بالإجماعات المنقولة و الأخبار المستفيضة الدالة على صحة ذلك البيع و بالأخبار الدالة على أن خير القرض ما جر نفعاً و قد احتمل صاحب الوافي حمله على التقيّة كما جزم صاحب الحدائق و هو حسن بالنسبة إلى ما عدا المعنى الأول و الشيخ في (الإستبصار) احتمل الكراهية و الحمل على الاشتراط كما سمعته فيما سلف و الاحتمال الأول أعنى الحمل على التقيّة لا يناسب المعنى الأول كما عرفت بل يناسب ما عداه و الاحتمال الثاني يناسب الأول كما بينا فيما سلف فإن كان المعنى الثاني أظهر تعين حمله على التقيّة و كذلك الحال في المعنى الثالث و الرابع و هما بعيدان فتعين أحد الأولين و على إرادة أولهما لا غبار عليه هذا كله إن قلنا لا يصلح ظاهر في التحريم و إلا فقد تأمل فيه من قد تأمل و عليه فيجىء كلام آخر (و أما) عجزه فهو ظاهر أو نص في غير المعاملة و الكلام إنما هو فيها على أنه معارض بمرسلة جميل الذي قال فيها و يصرفون إلينا غلاتهم فتبيحها لهم بأجر و لنا في ذلك منفعة فقال لا بأس قال و لا أعلم إلا قال لو لا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم نقرضهم فقال لا بأس و هذا واضح الدلالة مروى في (الفقيه و التهذيب) هذا كله إن قلنا إن منطوق لا يصلح و مفهوم لا بأس ظاهران في التحريم و قد يستدل لهم بخبر أبي الربيع و هو محمول على التبرع كما أسمعناكه عند شرح قوله و لو تبرع المقترض و ليس فيه دلالة لهم أصلاً إن لم يكن عليهم و مثله صحيحة يعقوب بن شعيب الأخرى التي هي مستند الشيخ في نهايته و من وافقه في جواز اشتراط الجيد عوضاً عن الردى و قد سمعتها عند شرح قوله و شرطه عدم الزيادة و استدلالهم كاشف الرموز بالاحتياط (و فيه) أنه ليس بدليل شرعى و الإقدام على تحريم ما لم يعلم تحريمه حرام لأن احتمال الصحة قائم و هو مقدم على احتمال الفساد في المعاملات فالحكم بالبطلان يكون تهجماً على منع المسلم من مال يحتمل أن يكون ملكه (فإن قلت) إن احتمال الصحة غير قائم (قلنا) فلا وجه حينئذ للاحتياط و أما استناد الأستاذ قدس سره إلى أنهم في الحيل الشرعية صرحوا بأنه لا يجعل هبة الزائد شرطاً و عللوه بأن الشرط جزء العوض (ففيه) أن المصرح إنما هو المحقق و الشهيدان في (الشرائع و الدروس و اللمعة و الروضة) و لا رابع لهم فيما أجد فكيف يعبر عن ذلك بما لعله يظهر منه إرادة الجميع و قد سلف لنا أنا قد نوافقه على ذلك لمكان العرف كما سمعت (حجة) القائلين بالجواز بعد الإجماعات التي قد سمعتها آنفاً عموم الكتاب و الأصل و الأخبار المتضاربة بأن خير القرض ما جرّ نفعاً كما في حسنة محمد بن مسلم أو صحيحته عن أبي عبد الله عليه السلام

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤

.....

حيث قال قلت إن من عندنا يرون أن كل قرض يجر نفعاً فاسد فقال أ و ليس خير القرض ما جر نفعاً و مثله خبر محمد بن عبده و مرسلة بشر بن مسلمة المروية (في الكافي و التهذيب) بطريقتين و خبره الآخر و هو صحيح على الصحيح في الحسن بن علي بن فضال إلى غير ذلك من أخبار الباب و قد عقد له صاحب الوافي باباً واسعاً (و خبر) محمد بن إسحاق بن عمار قال قلت لأبي الحسن عليه السلام إن سلسبيل طلبت منى مائة ألف درهم على أن تربحنى عشرة آلاف درهم فأقرضها تسعين ألفاً و أبيعها ثوباً أو شيئاً تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم قال لا بأس (و في رواية) أخرى لا بأس أعطها مائة ألف درهم و بعها الثوب بعشرة آلاف درهم و اكتب عليها كتابين و الخبر صريح في المطلوب و محمد بن إسحاق عند الأستاذ ثقة لم يثبت وقفه كما أنه لم يثبت عنده ضعف على بن حديد فيكون حجة عنده (و خبر) محمد بن إسحاق أيضاً عن الرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم و يؤخر عليه المال إلى وقت قال لا بأس قد أمرنى أبي عليه السلام ففعلت ذلك و زعم أنه سأله أبا الحسن عليه السلام فقال له مثل ذلك (قلت) البيع إنما جاء من القرض و لا تأثير للتأخير بل القرض و تأخيره سواء كما أشار إليه (في الدروس) و خبر عبد الملك بن عتبة و هو صحيح على الصحيح إلا أنه مضمّر و هو حجة عندنا و المسئول إما الصادق أو الكاظم عليهما السلام قال سألت عن الرجل يريد أن أعينه المال و يكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى مالا أزيدة على مالى الذى لى عليه

أ يستقيم أن أزيده مالا- و أبيع له لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم فأقول له أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخر ثمنها و مالي عليك كذا و كذا شهرا قال لا بأس و صحيح محمد بن إسحاق بن عمار على الصحيح قال قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها و أنا أربحك بها فأبيعه حبة تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين ألف درهم و أخره بالمال قال لا بأس (و مثله) خبر مصدق بن صدقة و كذا مرسل يونس و خبر سليمان الديلمي عن رجل كتب إلى العبد الصالح عليه السلام يسأله أنى أعامل قوما أبيعهم الدقيق أربح عليهم في القفيز درهمين إلى أجل معلوم و أنهم يسألوني أن أعطيهم من نصف الدقيق دراهم فهل من حيلة لا أدخل في الحرام فكتب إليه أقرضهم الدراهم قرضا و ازدد عليهم في نصف القفيز بقدر ما كنت تريح (و أما) خبر يونس الشيباني قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يبيع البيع و البائع يعلم أنه لا يسوى و المشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه سيرجع فيه فيشتره منه إلى أن قال فقال لا تقربنه فليس مما نحن فيه على أنا نحمله على المتبايعين الذين لم يقصدا البيع و لم يوجبا في الحقيقة و مما يشهد على ما نحن فيه ما قد يدل بظاهره على حصر الربا الحرام فيما إذا كان النفع مستندا إلى نفس مال القرض فمناه (ما رواه) في الفقيه من قوله عليه السلام الربا ربوان ربوا يؤكل إلى أن قال و الربا الذي لا يؤكل فهو أن يدفع الرجل إلى الرجل عشرة دراهم على أن يرد عليه أكثر فهذا الذي نهى الله تعالى عنه و مثل ذلك بعينه ذكر في الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام و هو حجة عند الأستاذ قدس الله تعالى روحه فأين يقع خبر محمد بن قيس على ما فيه من هذه الأخبار المستفيضة المتعاضدة المعتضدة بما عرفت و قد عرفت أن قضية استدلال الأستاذ دام ظله بأن الشرط في المعاملة جزء العوض أنه لا يجوز عنده البيع بشرط الإقراض أو القرض و قد عرفت أن جماعة جعلوا المسألتين من واد واحد و أن الشافعية مخالفون لنا في المسألتين لأنهما عندهم على حد سواء فالواجب أن نتعرض للأخرى على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥

و لو قال أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صح و لم يجب الوعد بخلاف البيع (١)

سبيل الإجمال قال علم الهدى في (الانتصار) مما انفردت به الإمامية جواز ابتياع الإنسان من غيره متاعا أو غيره على أن يسلف البائع أو يقرضه مالا- إلى أجل أو يستقرض منه و أنكره باقي الفقهاء و حظروه و حجتنا بعد الإجماع دخوله في عمومات البيع و قد نص على ذلك كله المفيد في (المقنعة) بهذه العبارة مع زيادة أو يستسلف (يستلف خ ل) منه و اقتصر على نسبة الخلاف إلى أهل الخلاف و قال لسنا نعرف لهم حجة على الإنكار و ذلك لأن البيع واقع على وجه حلال و السلف و القرض جائزان و اشتراطهما في عقد البيع غير مفسد له بحال و قد سئل الباقر عليه السلام عن القرض يجر نفعا فقال خير القرض ما جر نفعا و هذا منه تنبيه على اتحاد المسألتين و في (المبسوط) نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع و سلف و هو أن يبيع مثلا دارا على أن يقرضه المشتري ألف درهم و هذا عندنا مكروه و ليس بمفسد للبيع و في (غاية المراد) هذا عندنا سائغ و في (الخلاف) الإجماع عليه و في أربعة مواضع من التذكرة أنه يجوز عندنا ابتياع الإنسان من غيره متاعا أو غيره بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر أو إجاره و في (كشف الحق) ذهب الإمامية إلى جواز بيع أشياء بشرط سائغ و أبو حنيفة و الشافعي أبطلا ذلك و في (كشف الرموز) لو كان البيع جارا للقرض فالعقد صحيح كما أفتى به الأصحاب و به أفتى و أجزم القول و قال أيضا قد تواردت ألفاظ الأصحاب من الثلاثة و سلا و كثير من متابعيهم على أنه لا بأس أن يبتاع الإنسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك بالنقد و النسئته و يشترط أن يسلفه شيئا أو يستسلف (يستلف خ ل) منه في شيء أو يقرضه شيئا معلوما إلى أجل معلوم أو يستقرض منه و البيع و الوفاء به لازم و ربما يدعى على هذه المسألة الإجماع انتهى و في (المختلف) المشهور بين علمائنا الماضين و من عاصرناهم إلا من شذ أنه يجوز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئا لأنهم نصوا على جواز بيع الإنسان شيئا و يشترط الإقراض و الإجاره و السلف و غير ذلك من الشروط السائغة و كان بعض من عاصرناهم يتوقف في ذلك قلت المتوقف شيخه المحقق نص عليه في (الدروس و التنقيح) كما عرفت و قال في

(الدروس) لا وجه لتوقفه ثم احتج عليه في المختلف بخمسة و عشرين دليلا بعضها على سبيل الاحتجاج و بعضها على سبيل الإلزام و بعضها لم يظهر لنا وجهه و ادعى في (المختلف) في أثناء الاحتجاج اتفاق علماء الإمامية على ذلك قال لأنهم قالوا لا بأس أن يبتاع الإنسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك إلى آخر ما نقله عنهم في (كشف الرموز) و قد أسمعناكه ثم قال في (المختلف) و إجماع الإمامية حجة ثم نقل عبارة المقنع برمتها و قال الشهيد في (قواعده) الشرط الذي لا ينافي العقد كشرط خياطة ثوب و قرض مال صحيح عندنا فهذه الإجماعات التي كادت تكون متواترة إن لم تكن دليلا على المسألة الأولى لأن كانت هذه من سنخ تلك كما سمعته عن جماعة فلا أقل من أن تكون شواهد و أمارات تعضد أدلة تلك بها و يستأنس بها لها

(قوله) (و لو قال أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صح و لم يجب الوعد بخلاف البيع)

لأنه عقد لازم من الطرفين فما تضمنه من الشروط الصحيحة معتبرة في العوضين فيلزم بخلاف القرض فإنه جائز من الطرفين أو من طرف المقترض و أعاد هذه المسألة و قد تقدم ذكرها في قوله أو يقرضها لبيان عدم وجوب الشرط لأنه وعد عليه لا له و رضاه ثابت معه و بدونه بطريق أولى فلا يفسد العقد و لا يلزم الشرط بل لو كان له كما إذا كان له زمان نهب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦

و يصح قرض كل ما يضبط وصفه و قدره (١) فإن كان مثليا يثبت في الذمة مثله (٢) كالذهب و الفضة و زنا و الحنطة و الشعير كيلا و زنا (٣) و الخبز و زنا و عددا للعرف (٤) و غير المثلي تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة (٥)

أو غرق صح العقد كما عرفت آنفا و احتمال المنع حينئذ في الدروس احتمالا

(قوله) (و يصح قرض كل ما يضبط وصفه و قدره)

قد قرروا لما يصح قرضه ضابطا و هو كل ما يضبط وصفه و قدره قالوا فهذا يجوز إقراضه فيجوز إقراض الذهب و الفضة و زنا فيرد و زنا و عليه اقتصر الأ-كثر و قال في (التحرير) لو كانت الدراهم مما يتعامل بها عددا اشترط تعيين العدد و يرد عددا و لم يتعرض للذهب و الدنانير و لعله لوجود التفاوت الكثير لو أقرضت عددا و يظهر من المصنف في الفرع الخامس أنه لا يجوز إقراض الدراهم و الدنانير بغير الوزن و قال في (الدروس) إنما يصح القرض مع علم العين بالمشاهدة و بالاعتبار كيلا و زنا و عددا فيما شأنه ذلك فقد تدخل الدراهم في قوله عددا إذا كان شأنها ذلك كما هو المتعارف في القروش في هذه الأوقات و الأعصار و يجوز إقراض الحنطة و الشعير كيلا- و زنا و كذا سائر الحبوب و التمر و الزبيب لكن يشترط في إقراض الموزون كيلا عدم الاختلاف المؤدى إلى الجهالة كما إذا كان قطعاً كبيراً تتجافى في المكيال و نحو ذلك فلو اقترض المقدر جزافاً غير معتبر لم يفد الملك و لم يجز التصرف فيه و إن اعتبره بعد ذلك و إن تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه و لا طريق إلى التخلص منه إلا بالصلح و سيأتي في كلام المصنف ما إذا قدره بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس و أنه لم يصح لتعذر المثل و يأتي كلام من تأمل فيه إذا كان ذلك محفوظاً و سيأتي الخلاف في بعض الموارد التي لا يصح السلم فيها لعدم انضباطها بالوصف

(قوله) (فإن كان مثليا ثبت في الذمة مثله)

يجوز إقراض المثل إجماعاً كما في (التذكرة و الدروس و غاية المرام) و يثبت مثله في الذمة إجماعاً كما في (الغنية و التذكرة و غاية المرام و ظاهر المسالك و المفاتيح) و ألحق به جماعة كثيرون العين المستقرضة منهم المصنف في (التذكرة) و ما يأتي من الكتاب و الشهيد و المقداد و غيرهم

(قوله) (كالذهب و الفضة و زنا و الحنطة و الشعير كيلا و زنا)

قد تقدم الكلام في ذلك

(قوله) (و الخبز و زنا و عددا للعرف)

الجار متعلق بالعدد و جواز إقراضه وزنا مما لا-خلاف فيه كما فى (المسالك) و غيره و أما جواز استقراضه عددا ففى (المبسوط) يجوز استقراض الخبز إن شاء وزنا و إن شاء عددا لأن أحدا من المسلمين لم ينكره و من أنكر من الفقهاء فقد خالف الإجماع و فى (الخلايف و الدروس و ظاهر السرائر و التذكرة) الإجماع على جواز استقراض الخبز و السوق يدل على أنه مسوق لهما أى الوزن و العدد و فى (جامع الشرائع) قد سبق الإجماع عليه الخلاف و إجماع المختلف و غاية المرام نص على جوازه عددا و ظاهر المسالك الإجماع على ذلك و فى (الكفاية و المفاتيح) أنه المشهور و لعل ذلك منهما لاشتراط الشهيد فى الدروس فى إقراضه عددا عدم العلم بالتفاوت و نحوه ما فى (التفريح و إيضاح النافع) و لعلمهم أرادوا كما فهمه جماعة التفاوت الذى لا يتسامح به بل عبارة إيضاح النافع كادت تكون صريحة فى ذلك و إلا فرواية الصباح بن سيابة و إسحاق بن عمار مصرحان بالجواز مع التفاوت و منجبرتان معتضدتان بما عرفت مضافا إلى إطلاق خبر غياث و مثله الجوز و البيض كما صرح به فى (الميسية و المسالك و الكفاية و المفاتيح و الحدائق) و قد قال عليه السلام فى خبر الصباح نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عددا فيه الصغيرة و الكبيرة (قوله) (و غير المثلى تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة)

أما جواز اقتراض القيمي المعبر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧

.....

عنه بغير المثلى الذى يمكن فيه السلف فقد حكى عليه الإجماع فى (التذكرة و الدروس و غاية المرام) و ظاهر مجمع البرهان و قد يظهر من الغنية الإجماع عليه و فيما لا يضبطه الوصف قولان كما ستسمع و قد يظهر من الوسيلة أن لا قرض فى غير المثلى و أما ثبوت قيمته فى الذمة فهو المشهور كما فى (غاية المرام و المسالك و المفاتيح) و فى (الكفاية) أنه أشهر و به صرح فى (المبسوط و الغنية و السرائر) و غيرها و قد يظهر من الثانى الإجماع عليه لاختلاف الصفات فالقيمة أعدل و ظاهر الخلاف أنه يثبت مثله أيضا و فى (الشرائع) لو قيل به أيضا كان حسنا لأنه أقرب إلى الحقيقة و لخبرين عاميين واردين فى مطلق الضمان أحدهما تضمن أنه صلى الله عليه و آله و سلم أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى و الثانى أنه ضمن عائشة إناء حفصة و طعامها لما كسرت و قد عورضا بخبر آخر وارد فى معتق الشقص و مع ذلك فهما حكاية حال فلعل الغريم رضى بذلك و تظهر الفائدة فيما إذا وجد مثله من كل الوجوه التى لها مدخل فى القيمة و دفعه الغريم فعلى هذا القول يجب قبوله و على المشهور لا- يجب و فيما إذا تغيرت أسعار القيمي فعلى المشهور يوم القبض و على القول الآخر يوم دفع العوض و اختيار فى (التذكرة) ضمان المثل الصورى فيما يضبطه الوصف و هو ما يصح السلم فيه و ضمان ما ليس كذلك بالقيمة لخبرين عاميين أحدهما أنه صلى الله عليه و آله و سلم استقرض بكرة فرد بازلا و أنه استقرض بكرة فأمر برد مثله (وفيه) أن مطلق الدفع أعم من الوجوب و لا ريب فى جوازه مع التراضى لأنه زاده خيرا و ما أمر به صلى الله عليه و آله و سلم لم يقع إذ لم ينقل لأن المنقول أنه اقترض قرضا من رجل بكرة فقدمت عليه إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكرة فرجع أبو رافع و قال لم أجد إلا جملا جبارا رباعيا فقال أعطه إياه إن خير الناس أحسنهم قضاء فلا يدل على تحقق البراءة بالبركة بل يجوز كونه مشروطا بالتراضى و قد اتفقوا فى باب الغصب على ضمان القيمي بالقيمة من دون تأمل و لا خلاف و قد استوفينا الكلام فى ذلك و أما أن المعتبر قيمته وقت القرض على تقدير اعتبار القيمة مطلقا أو على بعض الوجوه فهو المشهور كما فى (غاية المرام) و به صرح فى (جامع الشرائع و جامع المقاصد و المفاتيح) و المراد بالقرض هنا القرض و التسليم بناء على الغالب من اتصال القبض باللفظ الدال على القرض الذى هو الإيجاب و لأن القبض هو القبول بناء على الاكتفاء بالفعل و هو الغالب فى العادة فيكون القرض مستلزما للقبض عادة أو غالبا فتوافق عبارة الكتاب عبارة الدروس و اللعة و الروضة حيث صرح فيها بوقت القبض و فى (الدروس) أنه المشهور و هو معنى ما فى السرائر من قوله وقت الإقباض و ما فى (التحرير) من قوله وقت الإقراض و ما فى (الشرائع

و التبصرة و الإرشاد) من قولهما فيها وقت التسليم فليس هناك تعدد أقوال بالنسبة إلى هذه العبارات كما صنع صاحب الكفاية و صاحب الرياض و قد فهم جماعة عدم التخالف بين عبارة الكتاب و عبارة الشرائع و قد سمعت ما حكيناه عن الصيمرى فى (غاية المرام) فى شرح عبارة الشرائع و قد قال المحقق الثانى فى شرح عبارة الكتاب إذا ثبت هذا فالواجب قيمته يوم القرض لأنه وقت الثبوت فى الذمة و هذا لا يتم إلا أن يراد من القرض القبض و التسليم بالتقريب الذى ذكرناه و قيل الاعتبار بقيمته يوم التصرف بناء على انتقال الملك به كما سيأتى و أما عدم اعتبار قيمته يوم المطالبة فقد قال فى (المسالك) و لا اعتبار بقيمته يوم المطالبة هنا قولاً واحداً إلا على القول بضمانه المثل و يتعذر فيعتبر يوم المطالبة كالمثل على أصح الأقوال و يأتى الكلام فيما إذا دفع المقترض العين فى القيمى هل يجب القبول على المقترض أم لا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨

و لو تعذر المثل فى المثلى وجبت القيمة يوم المطالبة (١) و يجوز اقتراض الجوارى (٢) و اللثالى لما قلناه من ضمان القيمة (٣) و يملك المقترض القرض بالقبض (٤)

(قوله) (و لو تعذر المثل فى المثلى وجبت القيمة يوم المطالبة)

كما فى (السرائر و التذكرة و جامع المقاصد) لما ستمعه عنه فى الدراهم (و مجمع البرهان و المسالك و الكفاية و المفاتيح) لأن الثابت إنما هو المثل إلى أن يطالبه و لعل المراد المطالبة مع التسليم فلو فرضنا أنه طالبه و لم يسلم إليه ثم اتفق وجوده فالظاهر انحصار الحق فيه لا فى القيمة فلم يكن ما فى المختلف من قوله و الأجود يوم الدفع مخالفاً لما فى السرائر حتى يعد قولاً آخر و قد اتفقوا فى باب الغصب على وجوب قيمته يوم الإقباض و التسليم و قد استوفينا فيه هناك الكلام (و قيل) تجب قيمته وقت القرض و هذا نسب إلى ابن إدريس فيما إذا تعذرت الدراهم نسبه إليه فى الإيضاح و لم أجد له فى السرائر ذكراً فى المسألتين و كأنه اختاره فى التحرير فيما إذا تعذرت الدراهم لسبق علم الله سبحانه و تعالى بتعذر المثل وقت الأداء و فى (جامع المقاصد) أن به روايةً صحيحةً ثم ضعفه بأنه لا منافاة بين وجوب المثل وقت القرض طرداً للقاعدة الإجماعية و الانتقال إلى القيمة وقت المطالبة و يأتى تمام الكلام فى الفرع الخامس عشر (و قيل) وقت التعذر و هو خيرة التحرير و نسب إلى الشيخ فى النهاية و القاضى و ابن إدريس فى موضع من كتابه فيما إذا تعذرت الدراهم و هو خيرة الكتاب فى ذلك كما يأتى و يظهر ذلك من الإيضاح أيضاً لأنه وقت الانتقال إلى البدل الذى هو القيمة و ضعف بأن تعذره بمجرد لا يوجب الانتقال إلى القيمة لعدم وجوب الدفع حينئذ فيستصحب الواجب إلى أن يجب دفعه بالمطالبة فحيث لم يوجد الآن ينتقل إلى القيمة و يأتى تمام الكلام

(قوله) (و يجوز إقراض الجوارى)

إجماعاً كما فى ظاهر (التذكرة و المسالك و الكفاية) حيث قال فى الأول عندنا كما يجوز إقراض العبيد و نفى الخلاف عن ذلك فى الأخيرين و عن إقراض العبيد أيضاً فى الأخير و فى (المبسوط) لا- أعرف نصاً لأصحابنا فى جواز إقراض الجوارى و لا فى المنع و الأصل جوازه و عموم الأخبار يقتضى جوازه و نحوه ما فى الخلاف بتفاوت يسير و نص فى (السرائر و الشرائع) و غيرهما مما تأخر عنهما على الجواز و إن لم يجز السلف فيها لأن ضبطها غير محتاج إليه «ظ» للاستغناء عنه بوجوب القيمة و المخالف بعض العامة فى الجارية التى يحل وطؤها

(قوله) (و اللثالى لما قلنا من ضمان القيمة)

كما فى (السرائر و التحرير و التذكرة و المختلف و جامع المقاصد و المسالك) و إليه مال فى الشرائع حيث قال ينبغى الجواز و مال إليه أيضاً المقدس الأردبيلى و عدم الجواز خيرة المبسوط و جامع الشرائع و ظاهر الإرشاد و فى (الدروس) فيه قولان و فى (الكفاية) وجهان و على القول بالجواز هل يعتبر فى صحة القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حاله العقد فإن ذلك بمنزلة تقدير ما يقدر بالكيل

و الوزن أم يكفي في جوازه مشاهدته على حد ما يعتبر في جواز بيعه و يبقى اعتبار القيمة بعد ذلك أمر وراء الصحة على المقترض معرفتها مراعاة لبراءة ذمته إطلاق كلام الأصحاب كما في (المسالك) يدل على الثاني و للأول وجه وجيه (قوله) (و يملك المقترض القرض بالقبض)

هذا هو المشهور كما في (غاية المرام و المسالك و الروضة و الكفاية و مجمع البرهان) بل في الأخير أنه المعقول و في (المسالك) أن كثيرا منهم لم يذكر فيه خلافا بل فيه أيضا أنه لا يكاد يتحقق فيه خلاف و في (الرياض) أن عليه عامة من تأخر و ظاهر (الغنية و السرائر) و موضعين من التذكرة الإجماع عليه و به صرح في (المبسوط و الخلاف) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩

.....

و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الدروس و للمعة) و سائر ما تأخر و كل من قال إن المقرض ليس له الرجوع في العين فهو قائل بأنه يملك بالقبض فكانت الكلمة متفقة على ذلك و في (الخلاف و المبسوط و الغنية و الشرائع و الدروس) و غيرها أنه لا يملك بالتصرف لأنه فرع الملك فلا يكون مشروطا به بل قال في الغنية أنه لا خلاف في جواز التصرف بعد قبضه و لو لم يكن مملوكا لما جاز ذلك فيه و استدلل عليه في (الخلاف) بأنه إذا ملك جارية جاز التصرف فيها فلو لم يملكه لم يجز له التصرف فيه فما نسب إليه من القول بأنه إنما يملك بالتصرف لم يصادف محله و يرشد إليه أن الشهيد في (الدروس) نسب المشهور إلى الشيخ و القول بالتصرف إلى القيل نعم قال في (الخلاف) في مسألة أخرى بعد مسألتنا التي نص فيها على أنه يملك بالقبض لا بالتصرف قال يجوز للمستقرض أن يرد مال القرض بلا خلاف و أما المقرض فعندنا أن له الرجوع فيه و لأصحاب الشافعي فيه قولان أحدهما مثل ما قلناه و منهم من قال إن قلنا يملك بالقبض فليس له الرجوع و إن قلنا يملك بالتصرف فليس له الرجوع بعد التصرف دليلنا أنه عين ماله فكان له الرجوع فيه لأن المنع يحتاج إلى دليل انتهى و ليس في هذا ظهور و لا إشعار في أنه إنما يملك بالتصرف كما ستعرفه عند بيان الثمرة و قد وقع مثله في (المبسوط) قال بعد تصريحه بما نقلناه عنه و يجوز للمقرض أن يرجع فيه كما أن له أن يرجع في الهبة مع أن أحدا لم ينسب إليه الخلاف غير صاحب التنقيح فإنه نسبه إليه و لم ينسبه إلى الخلاف (و الحاصل) أن هذا القول لم نجده لأحد من طائفتنا و إنما نسب في الخلاف و التذكرة إلى الشافعية في أحد قوليهما و لهذا نفى الخلاف عما عليه الأصحاب في (الغنية و السرائر) و غيرهما كما عرفت و إن كان فهو شاذ نادر و لهذا أهمل الأكثر ذكره فلا معنى لما في الرياض من نسبة القول بالملك بالقبض إلى الأشهر فلا أقل من أن يقول إنه المشهور كما في (المسالك) و غيرها كما عرفت و إن كان في النفس منه شيء أيضا و يبقى الكلام في هذا التصرف هل هو المسبوق بالعقد أو غيره فإن كان الأول كما هو ظاهر كلام الحاكمين له و كلام بعض الشافعية المحكي عنه فإن كان كاشفا عن سبق الملك من حين القبض كما هو الظاهر مما حكاه في الدروس عن هذا القائل قال إنه يجعل التصرف كاشفا عن سبق الملك مطلقا عاد النزاع لفظيا من حيث إن النماء حينئذ للمقرض على القولين و إن قلنا أنه كاشف عن سبق الملك قبله بلا فصل أو ناقل قبل التصرف بلحظة كما في العبد المأمور بعقده عن الأمر غير المالك كان النزاع معنويا لكن إنما صرنا إلى ذلك في العبد المأمور بعقده لمكان الضرورة و لا ضرورة هنا و لذلك ترك المحقق الثاني هذا التأويل و قال في العبد المذكور أنه ثبت ملكه بالدليل و ما نعرف وقته و لا موجه و لا يضر ذلك و إن كان المراد بالتصرف المعنى الثاني أي غير المسبوق بالعقد فلا مانع من حصول الملك به حينئذ لأنه حينئذ معاطاة في القرض كالمعاطاة في البيع و على ذلك استمرت الطريقة فكيفي حينئذ في جواز التصرف إذن المالك و ليس تابعا للملك و لا متوقفا عليه كما حررناه في بيع المعاطاة بما لا مزيد عليه و بذلك ينقدح دليل المشهور كما ستعرف و على كل حال فيحتمل أن يكون المراد بالتصرف التصرف المتلف للعين أو الناقل للملك أو يراد به مطلق التصرف كما حكى عن الشهيد في بعض تحقيقاته أو يراد التصرف المستدعي للملك

كالتزويج و الإجارة و طحن الطعام و قد حكى فى (التذكرة) الوجوه الثلاثة عن بعض الشافعية و لم يرجح شيئا و على بعضها يعود النزاع لفظيا (إذا عرفت) هذا فاعلم أن إطلاق كلام أكثر الأصحاب ملكه بالقبض منزل لمكان ذكرهم العقد فى أول الباب على ما إذا كان بعد العقد كما هو الشأن فى الصرف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠

.....

و الهبة و هو صريح (التحرير و التذكرة و المختلف و الدروس و إيضاح النافع) لكن قد عرفت فى أول الباب أن أكثر العبارات قد خلت عن التعرض لذكر العقد بالكليّة فينبغى ملاحظة كلام من أطلق و لم يتعرض لذكر العقد إلا- أن تقول إنه مأخوذ فى ماهية القرض بالتوجيه الذى ذكرناه فى أول الباب و يظهر من (الوسيلة) أنه يملك بالعقد قال ملكه بنفس القرض إلا أن تقول أراد بالقرض القبض و التسليم كما مر مثله فى كلام المصنف و لعله نظر إن أبى على ظاهره إلى أنه عقد مملك صدر من أهله فى محله من غير مانع مع قصد التملك فينبغى أن يترتب عليه أثره و لا يحتاج إلى القبض وحده لكنه بإعراض الأصحاب عنه تمكن أصل عدم الانتقال منه و بذلك يظهر عدم الملك بالقبض وحده من دون عقد قبله و قد يستدل على حصول الملك به وحده باستمرار الطريقة و إطلاق بعض الفتاوى و الصحيحة مضافا إلى عدم الاقتصار على صيغة مخصوصة و عدم نقل ذلك و عدم وقوعه فى الزمن الأول كما قيل و عدم اعتبار القبول القولى عند جماعة فإن هذه شواهد على أن مراد من اشترط الإيجاب و القبول إنما هو التمييز بينه و بين العطيّة و لما كان هذا التمييز لا يتأدى بدون لفظ يدل عليه من الموجب اشترطوا الإيجاب القولى بأى لفظ يدل على المطلوب و لم يشترطوا بعد القبض أزيد من ذلك فليتأمل فى ذلك كله و قد احتج على أنه يملك بالقبض لا بالتصرف بعد الإجماعات التى سمعتها بأن التصرف فرع الملك فيمتنع كونه شرطاً فيه و إلا دار كما صرح بذلك جماعة و أشير إليه فى (المبسوط و الخلاف و الغنية و الشرائع) و غيرها كما عرفت و قال فى (المسالك) فيه نظر واضح لمنع تبعية التصرف للملك مطلقا و توقفه عليه فيكفى فى جواز التصرف إذن المالك فيه و رده فى (مجمع البرهان) أولا بأن الإذن إنما حصل من المالك بأن يكون مالكا و عليه العوض لا مطلقا كما فى سائر المعاوزات فإنها على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بأن الإذن قد حصل و ثانيا بأنه يشكل جميع التصرفات لأن الوطاء مثلا لا يمكن إلا بالملك أو التحليل و معلوم عدم الثانى فإذا لم يكن الأول لم يجوز و كذا البيع و نحوه فإنه لا يجوز لغير ماله إلا بالوكالة أو فضولا و معلوم انتفاؤهما انتهى و هذا إنما يتم مع سبق العقد و اعتقاد أنه إنما شرع للتملك مع حصول القبض لا للتمييز و إلا فلنائل أن الإذن سبب تام فى جواز التصرف و ناقص فى إفادة الملك و بالتصرف يحصل تمام سبب الملك فإن كان غير ناقل و اكتفينا به فالأمر واضح و إن كان ناقلا أو وطئا أفاد الملك الضمنى قبل التصرف بلحظة يسيرة لمكان الضرورة و استقامة الطريقة يكتب الرجل لأخيه أو يرسل إليه رسولا أقرضنى كذا و كذا فيرسل إليه ما أراد أو دونه و لا صيغة و لا عقد و لا أقل من أن يكون كالمعاطاة فى البيع فى جارية كانت أو غيرها فليلحظ ذلك و قد قالوا فيما يقع بين الناس من الهدية من غير لفظ يدل على الإيجاب و القبول يحتمل إفادته الملك و الإباحة و قد احتمل فى (الدروس) عدم اشتراط الإيجاب و القبول فى الهدية و يلوح ذلك من التذكرة و به حكم فى التحرير و استحسنته بعضهم و قال بعضهم أنه يجوز وطاء الجارية التى أرسلت هدية و مارية القبطية كانت من الهدايا و أم زيد أهداها المختار لزين العابدين عليه السلام و قد احتمل فى (المسالك و الكفاية) فيما نحن فيه جواز الوطاء على القولين و فيه زيادة على ما نقول و فى (الدروس) أنه ليس عقدا محققا و لهذا اغتفر فيه ما فى الصرف بل هو راجع إلى الإذن فى الإلتلاف المضمون و الإلتلاف يحصل بإزالة الملك أو العين فهو كالمعاطاة انتهى فليتأمل فى ذلك و لا بد من مراجعة ما ذكرناه فى أول هذا الباب و قد استدلل بعض متأخرى المتأخرين على المشهور بصححة زرارة قال قلت لأبى جعفر عليه السلام رجل دفع إلى رجل مالا قرضا على من زكاته على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥١

فليس للمقرض ارتجاعه (١) بل للمقرض دفع المثل مع وجود الأصل فلو اقترض من ينعق عليه انعتق بالقبض

المقرض أو على المقرض قال لا بل زكاتها إن كانت موضوعه عنده حولاً على المقرض قال قلت فليس على المقرض زكاتها قال لا يزكى المال من وجهين في عام واحد وليس على الدافع شيء لأنه ليس في يده إنما المال في يد الآخذ فمن كان المال في يده زكاة قال قلت أفيزكى مال غيره من ماله قال إن ماله ما دام في يده وليس ذلك المال لأحد غيره ثم قال يا زراراً رأيت وضيعه ذلك المال أو ربحه لمن هو وعلى من هو قلت للمقرض قال فله الفضل وعليه النقصان وله أن ينكح ويلبس منه ويأكل وهذا الخبر صريح في حصول الملك بدون التصرف الناقل أو المتلف أو المستدعى للملك لكنه ظاهر في حصول الملك بمجرد القبض من دون توقف على عقد سابق إلا أن تدعى أنه مأخوذ في ماهية كما سلف فتأمل قيل وقد يقرب منه الموثق عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعه وقال الآخر إنما كانت عليك قرضاً قال المال لازم له إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعه فتأمل في وجه دلالاته فقد تحصل أن هنا أموراً خمسة يمكن حصول ملك المال المقرض بها وهي إما القرض أي العقد وحده وإما هو مع القبض بعده أو القبض فقط أو التصرف بدون القرض أو معه فالأول مما لا ريب في عدم حصوله به كما أنه لا ريب في عدم توقفه على الخامس لأنه لا ريب في حصول الملك بالثاني وإنما الإشكال في الثالث والخامس فليتأمل فيهما جيداً وليلاحظ ما ذكرنا في معنى القرض في أول الباب وما في (مجمع البرهان) من أن صاحب المسالك نقل عن الدروس أن لا خلاف في عدم الملك بالتصرف فمبنى على جعله كاشفاً كما حكاه في (الدروس) عن القائل به كما عرفت ويحتمل وجهاً آخر وثمره القولين على تقدير وجود القائل بالتصرف تظهر في الزكاة كما أشير إليه في الخبر وفي النماء وغيره كما أشرنا إليه في أول الباب ويأتي تمام الكلام قريباً

(قوله) (فليس للمقرض ارتجاعه)

كما في (السرائر) وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة واللمعة والميسية والمسالك والروضه والكفاية والرياض) ونسبه في الدروس إلى الفاضل فكأنه متأمل فيه وفي (الكفاية) أنه أشهر وفي (المسالك) أنه المشهور وفي (الرياض) نسبه إلى الأكثر وقال إن عليه عامة من تأخر وقال أيضاً ربما يستشعر من كثير من العبارات الإجماع عليه وهذه يكذبها الوجدان وقد تبع بذلك صاحب المسالك لكنه إنما استشعر ذلك من عبارة الكتاب فقط وستعرف أنه وهم والمخالف الشيخ في (الخلاص) والمبسوط) فقد جوز فيهما أن المقرض ارتجاعه وظاهر الأول الإجماع عليه حيث قال عندنا مع التصريح فيهما بأنه يملكه بالقبض وفي (السرائر) ليس على ما قاله الشيخ دليل ولا دل عليه شيء يرتضى وفي (التحرير) أنه ضعيف (حجة المشهور) أن فائدة الملك أن لا يتسلط عليه غيره والثابت بالعقد والقبض للمقرض إنما هو البديل فيستصحب الحكم إلى أن يثبت المزيل وليس هناك سوى دعوى الإجماع في (المسالك) على جواز العقد وهي مع فتوى الأكثر بعدم جواز الرجوع في العين موهونة وقد سمعت إنكاره في السرائر على الشيخ الدليل ولو كان جائزاً من الطرفين عنده لما اتجه ذلك له (فتأمل) والمصرح بجوازه من الطرفين الشهيدان (في الدروس والمسالك) والفاضل الميسي وهو ظاهر الشيخ في (المبسوط والخلاص) ولا تغفل عما في السرائر وستسمع أن ليس مراد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٢

.....

الشهيدين بالجواز الجواز بالمعنى المتعارف وإن اختلفا في تنزيهه (شرطه خ ل) وفي (التحرير) أنه عقد لازم من جهة المقرض جائز من جهة المقرض على معنى أن للمقرض رد العين والمثل ولو طلب المقرض العين لم يجبر المقرض على دفعها وتظهر الفائدة فيما إذا أقرضه عينا قيمة فعلى القول بجوازه من طرف المقرض أنه يجوز للمقرض ردها بعينها ويجبر المقرض على قبولها وأما في

المثلى فلا تظهر فائدة عند التأمل الصادق و كلام جامع المقاصد محتمل الجواز من الطرفين أو من طرف المقترض و قد يستند في كونه جائزا إلى عدم انحصار إيجابه في لفظ و اكتفاء جماعة فيه بالقبول الفعلى و ذلك شأن العقود الجائزة (و فيه) أن الرهن لازم من طرف الراهن و لا- ينحصر إيجابه في لفظ فليتأمل ثم إنا نقول الظاهر أن مراد القائل بجوازه عدم إمهال المقترض إلى قضاء الوطر من العين و إن كان قضية العرف ذلك فيجوز لكل منهما الرجوع في الجميع أو البعض في المجلس و غيره كما صرح به في (الدروس) و يكون الغرض من ذلك الرد على المالك حيث قال ليس للمقرض الرجوع فيما أقرضه حتى يقضى المستقرض وطره منه أو يمضى زمان يتسع لذلك و ما في (المسالك) من أن المراد بالجواز تسلط المقرض على أخذ البديل إذا طالب به متى شاء و أنهم إذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح و إن كان مغايرا لغيره من العقود من هذا الوجه فإن كان أراد ما ذكرناه و إلا ففيه أن جواز أخذ البديل كان مقتضى القرض و القبض و حاصل قبل الفسخ و ليس ذلك أثره بل ذلك حاصل لو كان عقدا لازما و هذا بعيد عن معنى الفسخ إذ هو إبطال أثره الشرعى فإذا لم تخرج العين الموجودة عن ملكه لم يكن العقد مفسوخا و ليس النزاع في أمر اصطلاحوا عليه حتى أنهم يسامحون فيه و لا- يشاحون عليه بل في ترتب الأثر الشرعى كما هو ظاهر و مثله في الوهن ما في (مجمع البرهان) من أنه ليس ببعيد أن يكون النزاع فيما قبل الفسخ يعنى إذا تحقق العقد مع الشرط و حصل الملك الناقل فمع عدم طريان الفسخ عليه بالتقابل من الجانبين أو من جانب واحد هل يجوز الرجوع في العين مع كراهية المقترض أم لا إذ فيه أن النزاع حينئذ قليل الفائدة إذ للمقرض أن يفسخه و يأخذ ماله بل المطالبة به فسخ و للمقرض الفسخ و إعطاء العين فليس للمقرض عدم القبول مع احتمال حصول الفسخ بمجرد رد العين من دون احتياج إلى عبارة (و احتج) في (المبسوط) على جواز الرجوع بأنه كالهبة قال له أن يرجع فيه كما له أن يرجع في الهبة و نحوه ما في (الخلاص) من أنه عين ماله فله أن يرجع فيه و هو كما عرفت مبنى و متفرع على تملك المقرض و ظاهر في كونه عقدا جائزا و غاية الأمر أنه لم يفصله فحمل في (المسالك) كلامه على غير ظاهره و أجاب عنه بإبداء الفرق بينه و بين الهبة بالعوض و عدمه أو بالدليل و عدمه و لم تكن حجة الشيخ المساواة بينه و بينها بل كونه عقدا جائزا و اكتفى عن ذلك بالمثل ثم إن هناك فرقا آخر بينه و بين الهبة و هو أن الملك فيها لا يستقر إلا بالتصرف و في القرض يستقر بالقبض ثم قال في (المسالك) و يمكن تعليقه بالاتفاق على أن القرض عقد جائز و من شأنه أن من اختار فسخه رجع إلى عين ماله و قال هذا وجه حسن لم ينبهوا عليه و قد عرفت أن الشيخ نبه عليه لكنه لم يفصله فلم يكن أتى بغير ما أتى به الشيخ إلا أن تقول إنه في (المسالك) فهم من الشيخ ما أشار إليه في (السرائر) حيث لم يفهم منه أن العقد عنده جائز و إلا لما صح له أن يقول في رده إنه لا دليل عليه إلى آخره فليتأمل جيدا ثم إنه في المسالك قال إن الحكم في المسألة مبنى على الخلاف السابق فإن قلنا إن المقترض لا يملك إلا- بالتصرف بأى معنى اعتبرناه فللمقرض الرجوع في العين قبله لأنها ملكه و إن قلنا إنه يملك بالقبض فهل يمكن القول بذلك ظاهر (القواعد) لعدم لأنه جعل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٣

و لو شرط الأجل في القرض لم يلزم (١)

هذه المسألة مفرعة على تلك بالفاء و يظهر من المصنف يعنى المحقق أن الخلاف في هذه المسألة جار و إن قلنا يملك بالقبض و هذا هو الظاهر انتهى (و فيه) أن أقصى ما في عبارة الكتاب أنه فرع عدم الارتجاع على القول بالملك و ذلك لا يدل على أنه لا يمكن القول بخلافه حتى لا- يكون فيه خلاف مع ما يراه من خلاف الشيخ في كتابيه و مع ما شاهده من شيخه المحقق من ظهور جريان الخلاف في عباراته على القول بالملك و ها هو ذا في التذكرة فرع كالكتاب ثم نقل كلام الشيخ و احتجاجه عن الشافعى و أجاب عنه بما ذكره في المسالك فليحظ ذلك و مما ذكر يعرف حال ما فرعه المصنف من أن للمقرض دفع المثل مع وجود الأصل إذ هو ظاهر على المشهور و كذلك لو استقرض من يعتق عليه فإنه يعتق عليه بالقبض عندنا كما في (التذكرة) و من قال بالملك

بالتصرف يعتقد عنده بالتصرف و تظهر الثمرة أيضا فى النماء قبل التصرف و قد قلنا بقيام الاحتمالين على القول بالكشف و فى نفقته لو كان حيوانا و قد أوضحنا ذلك كله فيما سلف
(قوله) (و لو شرط الأجل فى القرض لم يلزم)

هذا هو المشهور كما فى (الكفاية) و الظاهر أنه مجمع عليه كما فى (مجمع البرهان) و لا خلاف فيه يعرف إلا ممن ندر من بعض من تأخر كما فى (الرياض) و قال فيه ربما أشعرت عبارة الشرائع و غيرها بالإجماع و هو الحجة انتهى فتأمل فيه و موضع الإشعار من الشرائع قوله إن الرواية مهجورة و هو خيرة السرائر فى ظاهرها و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و التنقيح و غاية المرام و الروضة و مجمع البرهان على تأمل ضعيف له فيه و يمكن تعميم عبارة الإرشاد بحيث تشمله كما احتمله المقدس الأردبيلي للأصل مع عدم الموجب معتصدا بما يظهر من دعوى الإجماع من جماعة و قد استدلووا عليه بجواز أصله المستلزم لجواز شرطه و قد عرفت من قبل الحال فى جواز الأصل و ما أريد بهذا الجواز و أن الأصح أن المراد به عدم لزوم الأجل الذى اقتضاه العقد بحسب العرف و ذلك لا يدل إلا على عدم لزومه بمجرد العقد و هو لا ينافى لزومه مع الشرط و قد يستدل عليه أيضا بأنه مستحب بالإجماع و الكتاب و السنة و الاستحباب لا يتعلق بإيقاع الصيغة بل بمدلولها و ما هو إلا تأخير المطالبة إلى قضاء الوطر و استحباب التأخير و هو عين معنى الجواز و فيه كما بينه فى (الرياض) أنا نقول إن الاستحباب إنما تعلق بإجراء الصيغة لا بخصوص مدلولها و إن كان هو الوجه فى تعلقه بإجرائها فكان مفاد الأدلة أنه يستحب القرض و إيجاد سببه و لا ينافيه وجوب المسبب بعده كما هو الشأن فى التجارة فقد تضافت الأدلة باستحبابها مع وجوب العمل بمقتضيات أسبابها سلمنا لكن ذلك إنما يتجه بالنسبة إلى نفس العقد و أنه بمجرد لا يقتضى وجوب التأخير بل غايته الاستحباب كما يستفاد من أدلة استحبابه و لا كلام فيه للإجماع على جواز العقد المستلزم لعدم وجوب التأخير فيه و لكنه لا ينافى لزومه بسبب آخر غير نفس العقد المجرد و هو العقد المركب من الشرط لعموم ما دل على لزوم الوفاء بالشرط كما لو أوقع عقد البيع حالا فإنه لا يقتضى وجوب التأخير فى أحد العوضين إلى أجل و لا كذلك لو أوقعه مؤجلا فقد يكون عقد القرض بنفسه لا يفيد لزوم أجل و مع شرطه يفيد لزومه فلا منافاة بين جواز أجل القرض نظرا إلى نفس العقد و لزومه باشرطه فيه لتغاير السببين كما لو اشترط أجله فى عقد آخر لازم كما ستسمعه عن الأكثر فالاستدلال بذلك على المطلوب غير موجه و قد يفرق بين القرض و البيع بعدم دلالة عقده على أجل بخلاف القرض لدلالته عليه بحسب العرف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٤

لكن يصح أن يجعل أجله شرطا فى عقد لازم فيلزم (١)

كما مر فإذا لم يجب الوفاء به مع دلالة العقد الذى هو الأصل فى لزوم الوفاء به و بالشرط الحاصل فى ضمنه عليه فعدم وجوب الوفاء به إذا دل عليه الشرط أولى فيتم الاستدلال فليتأمل جيدا (هذا) و المخالف فى المسألة المحدث الكاشانى فى ظاهر المفاتيح فإنه يظهر منه فى القول بلزوم العقد المشترط فيه التأجيل و لزوم الأجل و كأنه ميل إليه فى (المسالك و الكفاية) و به قطع صاحب (الحدائق) و قد سمعت ما حكيناه عن (مجمع البرهان) و استدلووا عليه بعمومات الوفاء بالعقود و التزام الشروط و مضمرة الحسين بن سعيد قال سألته عن رجل أقرض رجلا - دراهم إلى أجل مسمى ثم مات أ يحل مال القرض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الأجل ما للمستقرض فى حياته فقال إذا مات فقد حل مال القارض و التقريب فيها من تقريره عليه السلام أن الأجل لازم فى القرض مطلقا بل ظاهرها كون ذلك فى عقد القرض و من مفهوم الشرط الذى هو حجة و ما عساه يقال بمنع ظهورها فى المطلوب إذ أقصى ما هناك الدلالة على صحة الأجل لا - اللزوم الذى هو المفروض (ففيه) أن لفظه يحل ظاهرة فى عدم استحقاق المطالبة قبل انقضاء المدة المضروبة حال حياة المستقرض (و استدلت فى الحدائق) بقوله جل شأنه (إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) قال و هى شاملة

للسلم والنسيئة والقرض (و بما روى) فى الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام من أقرض قرضا ولم يرد عليه عند انقضاء الأجل كان له من الثواب فى كل يوم صدقة دينار (و بالخبر) المروى عن ثواب الأعمال من أقرض و ضرب له أجلا الحديث و أيده المولى المقدس الأردبيلي بما دل على وجوب الوفاء بالوعد من العقل و النقل قال إلا أن عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك و إلا كان القول به جيدا (و فيه) مع عدم القائل به و إطباق الأصحاب على خلافه على الظاهر كما عرفت أن غاية الأدلة المذكورة ما عدا المضمره صحة التأجيل و ليست محل نزاع و ثمرتها جواز تأخير الدفع إلى الأجل و وجوبه بعده و ذلك غير لزومه الذى هو عبارة عن وجوب التأخير إليه الذى هو محل النزاع و ضعف دلالة الآية الشريفة من وجه آخر و هو اختصاصها بالدين و هو غير القرض كما تقدم بيانه مضافا إلى أن الخبرين قاصران من جهة السند و لا جابر لهما فى المقام و أما المضمره ففى (الشرائع) أنها مهجورة و قد حملت على الاستحباب و مثل ما نحن فيه ما إذا شرط فى عقد القرض تأجيل مال حال سواء كان القرض أم غيره إذ الحكم فيهما واحد كما هو ظاهر كلامهم و قد صرح بذلك فى (الميسية و المسالك)

(قوله) (لكن يصح أن يجعل أجله شرطا فى عقد لازم فيلزم)

كما فى (التذكرة و الإرشاد و التنقيح و غاية المرام و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و الكفاية و مجمع البرهان) بل فى الأخير يمكن عدم الخلاف فيه و كأنه فى الدروس متردد حيث قال قال الفاضل يلزم تبعا للآزم و يشكل بأن الشرط فى اللازم يجعله جائزا فكيف ينعكس و فى رواية الحسين إشعار بذلك و يمكن حمله على النذب انتهى (حجة المشهور) عمومات الوفاء بالعقود و التزام الشروط مع عدم المانع المذكور هناك و أن جزء العقد اللازم لازم و قال فى (جامع المقاصد) إن الشهيد أورد إشكالا فى المقام حاصله أنه إن أريد بلزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فمسلم لكنه خلاف المتبادر من كونه لازما إذ العقود المشروط فيها شروط لا تقتضى لزومها بل فائدها تسلط من تعلق غرضه بها على الفسخ بالإخلال بها و إن أريد لزوم ذلك الشرط فى نفسه بمعنى أنه لا سبيل إلى الإخلال به لم يطرد إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع و ما هو واقع و يجعل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٥

و كذا لا يلزم لو أجل الحال (١) بزيادة فيه و لا يثبت الزيادة (٢) و له تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه مع التراضى (٣)

التأجيل من قبيل الواقع فيتم (و يمكن الجواب) بأن المراد بكون الشرط لازما وجوب الوفاء به كما وجب الوفاء بالعقد اللازم لأنه من جملة مقتضياته و تسلط من تعلق غرضه به على الفسخ بدونه لا يناهى هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر فيكون الشرط و العقد لازمين من طرف المشتراط و من طرف من تعلق به غرضه يكون لازما مع الإتيان بالشرط لا بدونه و هذا معنى واضح صحيح نعم ما سبق من اشتراط العتق فى العبد المبيع إذا أخل به المشتري يسقط البائع على الفسخ و ليس له إجبار المشتري مناف لهذا و إن كان المختار أن له الإجبار فلا منافاة و ما ذكره من الفرق بين الشرط الذى سيفعل و غيره أيضا متجه فلا يبعد أن يقال إذا شرط الحال فى عقد لازم كان كما لو شرطه فى العوض الواقع فى ذلك العقد فيلزم بهذا الاشتراط و هذا هو المفهوم من إطلاق الأصحاب تأجيل الحال فى عقد لازم و ليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلانى انتهى و قد تقدم الكلام فى المقام فى أول باب النقد و النسيئة و فى الفصل الثالث فى الشرط عند شرح قوله و لو أخل المشتري بالرهن و الكفيل و قد استوفينا الكلام فى البابين و رجحنا أنه يلزم و إن امتنع يجبره الحاكم فإن تعذر تسلط على الفسخ لمكان الإجماعات و العمومات إلى غير ذلك مما ذكرناه فى باب النقد و النسيئة و بينا أن هذا الشرط هل يلزم من الجانبين أو من جانب واحد فالأمر بيد المشتراط و نفع الشرط له و أنه لو شرط توكيله فى عقد لازم ثم عزله هل ينزول أم لا- و قلنا إن ذلك كله إذا لم يكن لغيرهما مدخل فى الشرط و أما معه فلا مثل شرط العتق و بينا الحال فيه بما لا مزيد عليه و مثال ما نحن فيه أن تقول بعتك الدار مثلا بكذا و شرطت عليك أن يكون قرضك أو دينك الفلانى مؤجلا إلى سنة فيقبل المشتري و مثله فى (التذكرة) بما إذا قال بعتك هذا بشرط أن تصبر بالدين كذا و اشتري على هذا الشرط إلى آخره و فيه تأمل

لأنه يشبه أن يكون تعليقا

(قوله) (و كذا لا يلزم لو أجل الحال)

كما فى (المبسوط و الخلاف و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التبصرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و الميسية و المسالك و الكفاية) و فى الأخير أنه المشهور بين الأصحاب و مثاله أن يعبر صاحب الدين بعبارة تدل عليه من دون ذكره فى عقد كأن يقول أجلتك فى هذا الدين مدة كذا إذ ليس ذلك بعقد يجب الوفاء به بل هو وعد يستحب الوفاء به و لا فرق بين أن يكون مهرا أو غيره كما فى (النافع) و غيره و خالف بعض العامة حيث ذهب إلى ثبوت التأجيل فى ثمن المبيع و الأجرة و الصداق و عوض الخلع دون القرض و بدل المتلف و ذهب آخرون منهم إلى ثبوته فى الجميع و منه يعلم الحال فيما لو أجل الحال بزيادة فيه كما نبه عليه المصنف و نص عليه فى (المبسوط) بل لا يصح بذلها و لا أخذها (قوله) (و لا تثبت الزيادة فيه)

كما فى (المبسوط و الخلاف و السرائر) و غيرها و لا يصح أخذها لو بذلت بمجرد جعلها فى مقابلة التأجيل (قوله) (و له تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه مع التراضى)

كما (فى السرائر و الشرائع و التبصرة و التحرير) و غيرها و يدل عليه ما رواه الكلينى و الشيخ فى (الكافى و التهذيب) عن أبان بن تغلب فى الصحيح عن حدثه عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل النصف من حقى على أن أضع عنك النصف أ يحل ذلك لواحد منهما منه قال نعم و نحوه حسنة الحلبي أو صحيحته كما ستسمع و كما يعتبر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٦

[فروع]

إشارة

فروع

[الأول لو قال ملكتك و عليك رد عوضه فهو قرض]

الأول) لو قال ملكتك و عليك رد عوضه فهو قرض (١) و لو قال ملكتك و أطلق و لم يوجد قرينه داله على القرض كسبق الوعد به فهو هبة (٢) فإن اختلفا احتمل تقديم قول الواهب لأنه أبصر بنيته (٣)

التراضى فى إسقاط البعض يعتبر فى تعجيله بغير إسقاط لأن الأجل أيضا حق لهما لتعلق غرض كل منهما به فإن التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر بالقبض لخوف و نحوه و بالنسبة إلى الآخر واضح لكن إسقاط الأجل يكفى فيه مجرد الرضا أما إسقاط البعض فى حق فاحتمل كونه كذلك كما يقتضيه ظاهر إطلاقهم و يكون الرضا بالبعض قائما مقام الإبراء فإنه كما يظهر من تضاعيف كلامهم فى مواضع متفرقة أنه لا يختص بلفظ و فى (كتاب الجنائيات) يقع بلفظ العفو و نحوه فيكون هذا منه و يحتمل قويا توقف البراءة على لفظ يدل عليه صريحا كالبراءة و الإسقاط و العفو أو الصلح لا- مطلق الرضا لأصالة بقاء الملك إلى أن يتحقق

المزيل شرعا و في (الكفاية) هل يكفي الرضا في الإسقاط أو تتوقف البراءة على لفظ فيه وجهان و قال و كذا يصح تعجيل بعضه بزيادة في أجل الباقي لا تأخير بزيادة فيه و مستند المجموع صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قلت) روى الحلبي في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول أنقذني كذا و كذا و أضع عنك بقيته أو يقول أنقذني بعضه و أمد لك في الأجل فيما بقي عليك قال لا أرى به بأسا الحديث و تمام الكلام في باب الربا

(قوله) (فروع الأول لو قال ملكتك و عليك رد عوضه فهو قرض)

قد سبقت هذه المسألة و إنما أعادها ليبنى عليها ما بعدها

(قوله) (و لو قال ملكتك و أطلق و لم توجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة)

كما في (التذكرة و جامع المقاصد) و في (التحرير و حواشي الكتاب) أن فيه نظرا ينشأ من أن الهبة كذلك و من استعمال هذه اللفظة في الهبة و غيرها و لا دلالة للعام على الخاص و هو كما ترى لأن قوله ملكتك إذا تجرد عن ذكر رد العوض و هو المعنى بالإطلاق كان حقيقة في الهبة و مجازا في القرض لأنه جزء مفهومه و جزؤه الآخر رد العوض و قيد بعدم وجود القرينة لأنه مع وجودها يجب حمل اللفظ على مقتضاها لأن القرائن تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره فيكون معها قرضا و بدونها هبة

(قوله) (و لو اختلفا احتمل تقديم قول الواهب لأنه أبصر بنيته)

و الأصل عصمة ماله و عدم التبرع و وجوب الرد على الآخذ بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ على اليد ما أخذت حتى تؤدي و هو خيرة (التحرير و التذكرة) و محل الاختلاف ما إذا قال ملكتك و أطلق و اختلفا في القصد (و فيه) أنك قد عرفت أن لفظ التملك المجرد عن رد العوض حقيقة في الهبة و مجاز في القرض فلا يصار إليه إلا بقرينة و الفرض انتفاؤها على الظاهر من عبارة الكتاب و دعوى خلاف الظاهر و الحقيقة في سائر العقود لا التفات إليها و القصد و إن كان معتبرا إلا أن الظاهر في الألفاظ الصريحة اقتراها بالقصد فيحمل الإقرار عليه و قد أجمعوا كما في المسالك على أنه لو ادعى عدم القصد إلى البيع و نحوه مع تصريحه بلفظه لم يلتفت إليه (و مما ذكر) يعرف حال باقى الأدلة فإن أصالة العصمة قد انقطعت بما وقع من اللفظ الصريح و مثله القول في الخبر فإنه مع وجود السبب الناقل للملك شرعا الراجع للضمان يخرج موضع النزاع عن ذلك فهي إنما يستدل بها عند عدم وجود ما يعد سببا ناقلا شرعا لا معه نعم لو شهدت قرينة كسبق الوعد بالقرض و اختلفا حينئذ في القصد قدم قول الدافع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٧

و تقديم قول المتهم قضية للظاهر من أن التملك من غير عوض هبة (١)

[الثاني لو رد المقرض العين في المثلي وجب القبول]

(الثاني) لو رد المقرض العين في المثلي وجب القبول و إن رخصت (٢) و كذا غير المثلي على إشكال منشأه إيجاب قرضه القيمة (٣)

[الثالث للمقرض مطالبة المقرض حالا بالجميع]

(الثالث) للمقرض مطالبة المقرض حالا بالجميع و إن أقرضه تفاريق (٤) و لو أقرضه جملة فدفع إليه تفاريق وجب القبول (٥)

بيمينه عملا بالقرينة و كأن المسألة مفروضة عند المصنف في (التذكرة و التحرير) من هذا القبيل و أما لو اختلفا في ذكر البدل فإنه

يقدم قول المقترض أى المتبهب لأصالة عدم الذكر كما فى (التذكرة و جامع المقاصد) و هذا غير مذكور فى عبارة الكتاب (قوله) (و تقديم المتبهب قضية للظاهر من أن التمليك من غير عوض هبة)

الوجه فيه ظاهر ما لم تشهد القرينة بالقرض كسبق الوعد به

(قوله) (لو رد المقترض العين فى المثلى و جب القبول و إن رخصت)

كما فى (التذكرة و التحرير و الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و مجمع البرهان) لأن الواجب أمر كلى فى الذمة و العين أحد أفرادها و التعيين إلى من عليه الحق و فى الأخير أن الظاهر عدم الخلاف فى جواز إعطاء العين فى المثلى و وجوب قبولها و معنى رخصت

بضم العين نقصت قيمتها السوقية عما كانت مع بقاء العين بحالها

(قوله) (و كذا غير المثلى على إشكال منشأه إيجاب قرضه القيمة)

و الوجه الآخر من الإشكال مساواة المدفوع للمأخوذ و أن القيمة إنما اعتبرت لتعذر المثل و نحوه ما فى (التذكرة و التحرير) فى عدم الترجيح و اختيار عدم وجوب القبول فى (الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد) لأن الواجب فى قرض القيمي هو القيمة وقت القرض

كما أشار إليه المصنف هنا فإذا دفع العين فقد دفع غير الواجب فيكون القبول مشروطا بالتراضى و كون القيمة إنما اعتبرت لتعذر المثل أولا غير معلوم ثم إن الكلام فى الثابت فى الذمة الآن لا فيما كان حقه الثبوت و قد عدل عن ثبوته بدليل نعم لو كان الواجب

المثل و مع التعذر القيمة تم ذلك و اختيار وجوبه فى (الخلاف و الدروس و المسالك و مجمع البرهان) و قد يظهر ذلك من المبسوط و فى (الدروس) أن فى الخلاف الإجماع عليه و فى (الخلاف) يجوز للمقترض أن يرد مال القرض على القارض بلا خلاف

انتهى فتأمل و يأتى فى اللقطة ما يشهد بذلك و فى (مجمع البرهان) أنه يفهم عرفا أنه إذا أعطى العين يجب القبول و لا يطلب غيره إلا- مع التغيير المنقصر للقيمة و قال أيضا إن العرف و التبادر من العوض و التسامح فيه من جانب المقترض دليل وجوب القبول و أن

كون الواجب هو القيمة محمول على تقدير عدم إعطاء العين كما فى المثلى فإنه يجب المثل على تقدير عدم إعطاء العين و فى (الدروس) أيضا يحتمل وجوب قبولها إن تساوت القيمة أو زادت وقت الرد و إن نقصت فلا- و سيأتى فى الفرع الرابع من كلام

المصنف ما هو كالصريح فى ذلك

(قوله) (للمقترض مطالبة المقترض حالا بالجميع و إن أقرضه تفاريق)

كما فى (التحرير و الدروس و جامع المقاصد) و الوجه فيه واضح لأن الجميع حال فله المطالبة به و كذلك الحال فى العكس كما لو أقرضه جملة فإن له المطالبة بها تفاريق و حالا- فى عبارة الكتاب مخفف و المراد بقوله و إن أقرضه تفاريق أنه أقرضه الجملة فى

دفعات

(قوله) (و لو أقرضه جملة فدفع إليه تفاريق و جب القبول)

كما فى (الدروس و جامع المقاصد) لأنه حق له استحق أخذه و ليس كالمبيع و الثمن يجب تسليم جميعه نظرا إلى اتحاد الصفقة فليس له فيما نحن فيه الامتناع من أخذه إلى أن يسلمه الجميع إذ لا صفقة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٨

[الرابع لو اقترض جارية كان له وطؤها و ردها]

(الرابع) لو اقترض جارية كان له وطؤها (١) و ردها إذا لم تنقص على المالك مجانا (٢) و لو حملت صارت أم ولد يجب دفع قيمتها (٣) فإن دفعها جاهلا لحملها ثم ظهر استردها و فى الرجوع بمنافعها إشكال (٤) و يدفع قيمتها يوم القبض لا يوم الاسترداد (٥)

[الخامس لو أقرضه دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن]

(الخامس) لو أقرضه دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن أو قبه من طعام غير معلومة الكيل أو قدرها بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح لتعذر رد المثل (٦)

هنا و يطالب بالباقي فى الحال و لا يجب على المقرض التأخير و إن قل الزمان إلا مع الإعسار
(قوله) (و لو استقرض جارية كان له وطؤها)

كما فى (التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) و فى الأول التقييد بعد الاستبراء إن وجب و لا ريب أن المراد بعد القبض كما قيد بذلك فى (التذكرة و الدروس) و فى (المسالك و الكفاية) كان له وطؤها بمجرد القبض و إن أوقفناه على التصرف لم يحل بمجرد القبض و عن بعض العامة أن الملك بالقرض سبب ضعيف فلا يحل به الوطء فيشبه عارية الجوارى للوطء و هو منهى عنه و قد قيل إنه من قبيل الهديات

(قوله) (و ردها إذا لم تنقص على المالك مجاناً)

كما فى (الدروس) و ظاهرهما أن له ذلك كذلك و إن لم يرض المقرض و هو متجه على مختار الدروس من أن الأصح و جوب قبول العين فى القيمي إذا لم تنقص أو مطلقاً و المصنف استشكل فى ذلك و قد يكون رجع عنه إلا أن يكون المراد جواز الرد إذا رضى المالك لكنه حينئذ لا يحتاج إلى التقييد بعدم النقص و لعله لذلك لم يذكره فى (التذكرة) و أما الرد مجاناً حيث يجب القبول حيث لا نقص فلأنه صادف ملكاً فلا عوض عليه فيه و أما مع النقص أو الحمل من غيره فإن اتفقا على الأرش جاز كما فى (الدروس)
(قوله) (و لو حملت صارت أم ولد يجب دفع قيمتها)

كما فى (التذكرة و الدروس) و الوجه فيه ظاهر

(قوله) (فإن دفعها جاهلاً بحملها استردها و فى الرجوع بمنافعها إشكال)

أما الأول فظاهر و أما الرجوع بمنافعها فقد استشكل فيه فى (التذكرة و الإيضاح) كالكتاب من أن إباحة المنافع بغير عوض معلول للدفع للتملك لا انتفاء جميع أنواعه كالعارية و نحوها إلا هذا و قد انتفى و انتفاء العلة يقتضى انتفاء المعلول و من إذنه للمقرض فى استيفاء المنافع بغير عوض لأنه المفرط و الأول أقوى كما فى حواشى الكتاب و أقرب كما فى (الدروس) و لا يخلو عن قوة كما فى (جامع المقاصد) لما ذكر و لعموم قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لأنه قد تبين أن يد المقرض بغير حق فتكون يد عدوان إذ لا واسطة بينهما غاية ما فى الباب أن ذلك لم يكن معلوماً بحسب الظاهر فإذا علم ترتب عليه أثره و قد سبق فى المبيع بيعاً فاسداً أنه يستحق الرجوع بمنفعه و هذا نظيره

(قوله) (و يدفع قيمتها يوم القرض لا يوم الاسترداد)

كما فى (التذكرة و الدروس) أما الأول فقد تقدم بيانه فيما سلف و أما الثانى و هو عدم اعتبار قيمة يوم الاسترداد فلظهور فساد الدفع
(قوله) (و لو أقرضه دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن أو قبه من طعام غير معلومة الكيل أو قدرها بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح لتعذر المثل)

كما صرح بذلك كله فى (التذكرة) و صرح فى (التحرير) بعدم الصحة فى المكيال و الصنجة المعينين الغير المعروفين عند الناس و قضية كلام الكتاب و التذكرة أنه لا يصح إقراض الدراهم و الدنانير عدداً كما هو المتعارف فى هذه الأعصار فيما هو مضروب بسكة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٩

[السادس ينصرف إطلاق القرض إلى أداء المثل فى مكانه]

(السادس) ينصرف إطلاق القرض إلى أداء المثل فى مكانه (١) فلو شرط القضاء فى بلد آخر جاز سواء كان فى حمله مئونة أو لا (٢) و لو طالبه المقرض من غير شرط فى غير البلد أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقترض (٣)

السلطان من الفضة و الذهب كما أشرنا إلى ذلك عند شرح قوله و يصح قرض كل ما يضبط وصفه و أما عدم الصحة فى المكيال و الصنجة المذكورين فى الكتاب و إن فرض حفظهما لأن شرط صحة القرض العلم بالقدر و إنما يتحقق بكون المكيال عاماً و كذا الوزن و هما مع كونهما فى معرض التلف فلا يبقى إلى العلم بالقدر طريق لا يخرج المقدر بهما عن الجهالة و لو ادعى المالك العلم لم يقبل منه إلا- بالبينه و لو ادعى الغريم العلم قبل قوله مع اليمين لأنه غارم و قد قيل عليه أن تعذر رد المثل مع حفظ المكيال و الصنجة غير واضح فكان عليه أن يعلل بغير ذلك و أوجب بإمكان إرادته كونه بمعرض التلف فيكون الشأن فيهما تعذر رد المثل باعتبار تلفهما

(قوله) (ينصرف إطلاق القرض إلى أداء المثل فى مكانه)

كما فى (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) لأنه موضع الوجوب إذ القرض على طريق الحلول و استظهر فى (جامع المقاصد) أنه لو أجل بسبب لازم فموضع الرد مكان الحلول
(قوله) (فلو شرط القضاء فى بلد آخر جاز سواء كان فى حمله مئونة أو لا)

للأخبار و الإجماع المحكى فى (الخلافة) و الظاهر من التذكرة و عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم و لا فرق فى ذلك بين أن تكون المصلحة فى جانب المقرض أم المقترض إذ الممنوع منه الزيادة فى مال القرض عينا أو وصفا و ليس هذا من ذلك كما مر بيانه و يبقى الكلام فى أن ذلك يلزم أم لا بل يجوز لكل منهما المخالفة و الذى يقتضيه النظر أنه لا يجوز للمقرض المخالفة و المطالبة فى غير بلد الشرط لأن العقد لازم من طرفه كما عرفت فيما سلف و يلزمه ما شرط أو شرط عليه و ليس ذلك من التأجيل فى شىء و إن رجع إليه بالأخرة و لا- فرق فى ذلك بين أن يكون للمقرض مصلحة فى ذلك أم لا أو يكون عليه ضرر أم لا و أنه يجوز للمقرض المخالفة و الدفع متى شاء لعدم لزومه من طرفه فيجب على المقرض قبوله و إن كان عليه فى ذلك ضرر لأنه أقدم على ذلك و قد قيل مثل ذلك فى السلم و ستسمع كلام الأصحاب و ما اختاره المصنف لكن يرد على التحقيق أنه قد مر أن المراد باللزوم من طرف المقرض أنه لا يجوز له المطالبة بالعين لأنه لا يجوز له المطالبة بالبدل فليأمل

(قوله) (و لو طالبه المقرض من غير شرط فى غير البلد أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقترض)

و قال فى (التذكرة) وجب الدفع و لم يتعرض للمصلحة و قد يكون مستشكلا فى التذكرة بناء على عود الإشكال فى آخر كلامه إلى الجميع و قال فى (الدروس) فى المسألتين لم يجب الدفع و إن كان الصلاح للدافع و اختار فيهما فى (جامع المقاصد) وجوب الدفع ما لم تختلف قيمة المثلى و تكون قيمة مكان المطالبة أكثر فإنه لا يجب الدفع حينئذ للضرر إلا أن يرضى المقرض بقيمة موضع القرض جمعا بين الحقين و قد سلف فى أول الباب فيما إذا التجأ المديون إلى الحرم أنه اختار فى (المختلف) وجوب الدفع وقت المطالبة كالغصب و ستسمع له كلاما آخر و الوجه فيما اختاره المصنف من وجوب الدفع إذا طالبه فى بلد القرض و قد شرط الأداء فى غيره و كان للدافع مصلحة أن القرض حال و الشرط لا يصيره مؤجلا و لا معنى «١» لاطراح الشرط بالكلية فيجب أداء ماله عند المطالبة حيث لا مانع

(١) كذا فى بعض النسخ و الظاهر أن الصواب حذف و لا معنى كما فى البعض الآخر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦٠
و لو دفع في غير بلد الإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض (١)

[السابع لو اقترض نصف دينار فدفعت دينارا صحيحا]

(السابع) لو اقترض نصف دينار فدفعت دينارا صحيحا وقال نصفه قضاء و نصفه أمانة جاز و لم يجب القبول (٢) أما لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول (٣)

[الثامن لو دفع ما اقترضه ثمننا عن سلعة اشتراها من المقرض]

(الثامن) لو دفع ما اقترضه ثمننا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفاً فإن كان المقرض عالماً و كان الشراء بالعين صح البيع (٤)

يمنع شرعا و ليس إلّا الضرر و قد فرض عدمه فالمراد بقوله مع مصلحة المقرض عدم ضرر على المقرض لأن مصلحة المقرض قد تكون في عدم الدفع و إن لم يكن ثم ضرر و بذلك يجمع بين الحقين و أما عدم وجوب الدفع إذا لم يكن له مصلحة فلأنه ضرر لم يقتضه عقد القرض و لم يلزمه فلا يجب عليه الالتزام به لظاهر لا ضرر و لا ضرار و كذلك الحال فيما إذا طالبه بمال القرض في غير بلد القرض و الحال أنه لم يشترط أداءه في غير بلد القرض إذ الحكم في المسألتين من واد واحد و في (المبسوط و التحرير) لو أقرضه في بلد ثم طالبه في بلد آخر لم يجب عليه حمله إلى بلد المطالبة و لا يجبر على دفعه لأن قيمته تختلف و لو طالبه بالقيمة لزم و قد حكى ذلك عن القاضي أيضا في المختلف و قال إنه غير جيد ثم قرب أن القرض كالغصب يجب فيه دفع المثل وقت المطالبة (قوله) (و لو دفع في غير بلد الإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض)

استشكل في (التذكرة) و لم يتعرض للمصلحة و نفى في (الدروس) وجوب القبول و إن كان الصلاح للقبض و في (التحرير) لو تبرع المستقرض بدفع المثل و امتنع المقرض كان له ذلك و إن لم يكن في حمله مؤنث و حاصل ما أراد المصنف أن الحق لما كان حالا و كان لبلد الإطلاق و بلد الشرط علامة بوجوب الدفع فيه جمعنا بين الأمرين بأنه إن كان على المقرض ضرر كالاختياج إلى حمله حيث كان ذا مؤنث أو الخوف من النهب و نحوه لم يجب القبول و إلا وجب و ينبغي إبدال اشتراط المصلحة بعدم الضرر كما مر و قد سمعت ما اقتضاه النظر في المقامين ثم إنني وجدت بعض الفضلاء ينقله عن بعض المحققين لكنك قد عرفت ما فيه

(قوله) (لو اقترض نصف دينار فدفعت دينارا صحيحا و قال نصفه قضاء و نصفه أمانة جاز و لم يجب القبول)

كما في (المبسوط و جامع الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس) لأن الشركة عيب و الالتزام بالوديعة تكليف فلا بد من المراضاة فإذا تراضيا كان بينهما نصفين و لكل منهما أن يتصرف بنصفه مشاعا و إن اتفقا على كسره جاز و إن اختلفا لم يجبر الممتنع و إن اتفقا على أن يكون نصفه قضاء و نصفه قرضا أو ثمن لمبيع كان جائزا و كان له التصرف في جميع الدينار و قد فرضت المسألة في (المبسوط و التذكرة) في نصف دينار مكسور و هو ظاهر التحرير و كلام الدروس مطلق بحيث يشمل النصف المضروب على حده و كذلك الحال فيما لو اقترض نصف عبد فدفعت إليه عبدا تاما كما في الدروس

(قوله) (أما لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول)

كما في (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) لأن المجموع مستحق له عنده و هذا ظاهر متجه فيما إذا كان النصفان قراضة كما هو

مفروض في (التذكرة) في خصوص الفرض أما لو كان مضروبين على حده فقد يقال إنه لا يجب عليه القبول لأنه غير الحق و في مفروض (التذكرة) إيماء إلى ذلك و قد نفى عنه البعد في جامع المقاصد

(قوله) (لو دفع ما اقترضه ثمنا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفاً فإن كان المقرض عالماً و كان الشراء بالعين صح البيع)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦١

و على المقرض رد مثل الزيوف (١) و إن كان في الذمة طالبه بالثمن سليماً و للمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض (٢) و لو لم يكن عالماً و كان الشراء بالعين كان له فسخ البيع (٣)

[التاسع لو قال المقرض إذا مت فأنت في حل كان وصية]

(التاسع) لو قال المقرض إذا مت فأنت في حل كان وصية و لو قال إن مت كان إبراء باطلاً لتعلقه على الشرط (٤)

[العاشر لو اقترض ذمي من مثله خمراً ثم أسلم أحدهما سقط القرض]

(العاشر) لو اقترض ذمي من مثله خمراً ثم أسلم أحدهما سقط القرض (٥)

كما في (التذكرة و التحرير و الدروس) قال في (جامع المقاصد) لأنه قد رضى بكون المدفوع ثمناً و إن كان خلاف ما يظن بحسب الظاهر لأن ضرر ذلك مع الجهل عليه و قد اندفع بعلمه

(قوله) (و على المقرض رد مثل الزيوف)

لأن القرض صحيح و إن كان إنما أخذها على أنها خالصة لأنه إنما اقترض هذا المعين ظاناً أنه خالص فخرج على خلاف ما ظن و ذلك لا ينافي صحة القرض نعم لو شرط في عقد القرض كونها خالصة فخرجت زيوفاً كان منافياً كما هو الشأن فيما لو اشترى المعيب أو بالمعيب من الجنس فتدبر

(قوله) (و إن كان في الذمة طالبه بالثمن سليماً و للمشتري احتساب ما دفعه ثمناً عن القرض)

كما في (التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) أما الأول فلأن البيع إنما جرى على نقد مخصوص غير معين بالمدفوع فينصرف إطلاقه إلى الخالص فلا يصلح دفعه ثمناً لعدم المطابقة و أما الثاني فلأنه حق له في يد البائع و له عليه مثله بالقرض فيسوغ له احتسابه عنه

(قوله) (و لو لم يكن عالماً و كان الشراء بالزيوف كان له فسخ البيع)

كما في (التذكرة و الدروس) و في (جامع المقاصد) أنه يشكل بأن الثمن المعين إذا خرج من غير الجنس بطل البيع و لو خرج بعضه بطل في ذلك البعض و أنت خبير بأن الظاهر أن المراد أن المعيب كان من الجنس

(قوله) (لو قال المقرض إذا مت فأنت في حل كان وصية و لو قال إن مت كان إبراء باطلاً لتعلقه على الشرط)

كما في (التذكرة و التحرير و جامع المقاصد) و وافق في (الدروس) في الأول دون الثاني حيث نسبه إلى القيل و قال الأقرب العمل بقصده فإن المدلول محتمل في العبارتين و في وصايا الكتاب و تصح مطلقاً مثل إن مت فثلثي للمساكين و مقيدة مثل إن مت في مرضى هذا أو في سفرى هذا أو سنتى هذه أو بلدى فثلثي للمساكين و وافقه على ذلك في (جامع المقاصد) فقد خالفنا هناك ما هنا

إلا أن تقول الإبراء غير الوصية لأنه يعتبر فيه الجزم دونها و فى (حواشى الشهيد و جامع المقاصد) أن الفرق بين إن و إذا أن إذا ظرف فى الأصل و إن عرض لها معنى الشرط فكأنه قال وقت موتى أنت فى حل و ذلك مجزوم به غير مشكوك فيه فلا تعليق فيه فيصح و إن حرف وضع للشرط فإذا قال إن مت كان مقتضيا للشك فى كونه إبراء لأن مقتضى تعليق الموت بكلمة إن الشك فى حصوله و متى كان المعلق عليه مشكوكا فيه فالمعلق بطريق أولى و لا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعا به لأن الاعتبار فى الجزم و عدمه بالصيغة الواقعة إبراء فمتى لم تكن واقعة على جهة الجزم لم تكن صحيحة نعم قد استثنى بعضهم ما إذا كان المعلق عليه واقعا و المبرئ أو الموكل أو الواقف أو البائع عالما بوقوعه كقوله أبرأت ذمتك إن كان اليوم الجمعة اختار ذلك الشهيد فى باب الوقف و كأن المحقق الثانى وافقه عليه و فيه تأمل نعم قد استثنى ما إذا كان الشرط مكتملا كقوله إن كان هذا مالى فقد بعته أو هذه زوجتى فهى طالق و زاد فى الحواشى فى الفرق بين إن و إذا أن الشارع فى إنشاء الوصايا وضع إذا لا إن و مع نقل الشارع لا بحث و الكلام فى الثبوت

(قوله) (لو اقترض ذمى من مثله خمرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما سقط القرض)

كما فى (التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦٢

و لو كان خنزيرا فالقيمة (١)

[الحادى عشر لو دفع المديون أعواضا على التفاريق]

(الحادى عشر) لو دفع المديون أعواضا على التفاريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع (٢) لا وقت المحاسبة و إن كان مثليا

لأنه لا يجب على المسلم أداء الخمر و لا قيمته لأنه من ذوات الأمثال فلا يجوز للمسلم المطالبة به لكنه قال بعد ذلك فى (الدروس) الأقرب لزوم القيمة بإسلام الغريم و قد تقدم فى باب السلم فيما إذا أسلم كافر إلى كافر فى خمر فأسلم أحدهما قبل القبض أنه يحتمل بطلان السلم و للمشتري أخذ دراهمه و هو خيرة المصنف (و جامع المقاصد) و السقوط لا إلى بدل و القيمة عند مستحليه و يأتى للمصنف فى باب الكفالة فيما إذا كان لذمى خمر على ذمى و كفه آخر مثله و أسلم أحد الغريمين أنه يبرأ الغريم (الجميع خ ل) على إشكال و المحقق الثانى قال إن أسلم صاحب الحق بطلت الكفالة و حصلت البراءة و إن أسلم من عليه الحق بقيت الكفالة فقد اختلف كلامه فى الأبواب الثلاثة فليرجع إلى الكفالة من أراد الوقوف على ذلك

(قوله) (و لو كان خنزيرا فالقيمة)

كما فى (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) و كذلك الحال فى آله الله و على القول بضمان المثل فكالأول

(قوله) (لو دفع المديون أعواضا «١» على التفاريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع)

أى القبض أو الإقباض إجماعا كما فى (المسالك و المفاتيح) و فى (الكفاية و الرياض و الحدائق) نفى الخلاف عنه و إليه أشير فى النهاية فى موضع منها و السرائر و به صرح فى النهاية أيضا فى موضع آخر و الوسيلة و الشرائع و النافع و الإرشاد و التبصرة و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و غيرها لأن جعل المدفوع قضاء يقتضى كونه من جنس الدين فلما لم يكن عند الدفع الذى هو وقت القضاء من جنسه فلا بد من احتسابه على وجه يصير من الجنس و ذلك باعتبار قيمته يومئذ سواء كان مثليا أو قيميا كما نبه عليه المصنف بقوله و إن كان مثليا و لا فرق فى الدين بين أن يكون سلفا أم غيره و لا فى

المدفوع بين كونه عروضاً أو غيرها كما صرح به جماعة و هو ظاهر آخرين و استظهر جماعة كالميسى و الشهيد الثانى و المقدس الأردبيلى و الخراسانى و الكاشانى و هو قضية كلام الباين أن هذه الأعراض تدخل فى ملك الغريم بمجرد القبض و إن لم يحصل المساعرة قلت و قضية ذلك أنه يسقط بإزائها من الدين بسعرها ذلك اليوم لأنها لم تنتقل إليه مجاناً و إنما انتقلت عوضاً فلا بد من سقوط عوضها و ذلك ظاهر فيما إذا كان الدين أحد النقدين و المدفوع من الأعراض و أما إذا كان الدين حنطه و المدفوع قماشاً فالظاهر أنهما يحسبان بسعر (سعر خ ل) ذلك اليوم و يشكل فيما إذا كان له عليه دنائير فدفع إليه دراهم ثم إنه تغير سعر الدنانير بالزيادة أو النقصان فإن موثقه إسحاق بن عمار المرويه فى (الفقيه و التهذيب) قد تعطى فى أحد الوجهين أنه يحاسبه على الدنانير بسعر اليوم الذى استقرضها فيه المستدين و ستمعه ثم إنى وجدت الشهيد فى حواشيه يحكى عن شمس الدين أنه قال إن المقبوض يدخل فى ملك القابض ساعره أم لم يساعره و إن لم يقع عليه عقد سواء كان المقبوض مثلياً أو غير مثلى عن قيمي أو مثلى و تلزم القيمة وقت القبض آن دخوله فى ملكه لأنه دفعه عوضاً عما له مع تعيين المديون انتهى و يدل على الحكم المذكور من الأخبار ما رواه الشيخ عن محمد بن الحسن الصفار قال كتبت إليه فى رجل كان له على رجل مال فلما حل عليه المال أعطاه به طعاماً أو قطناً أو زعفراناً و لم يقاطعه على السعر فلما كان بعد شهرين أو ثلثه ارتفع الطعام و الزعفران و القطن أو نقص بأى السعيرين يحسبه هل لصاحب

(١) أعراض خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦٣

و لو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل إن كان مثلياً و إلا فالقيمة وقت الدفع لا وقت المحاسبة فى البابين معا (١)

الدين سعر يومه الذى أعطاه و حل ماله عليه أو السعر الثانى بعد شهرين أو ثلثه يوم حاسبه فوقع عليه السلام ليس له إلا على حسب سعر وقت ما دفع الطعام إن شاء الله تعالى و روى نحوه فى (الكافى) عن محمد بن يحيى فى الصحيح قال كتب محمد بن الحسن إلى أبى محمد عليه السلام الحديث و ما يدل على انسحاب الحكم فى النقدين لو كان أحدهما فى ذمته فأعطاه الآخر قضاء عن دينه من غير محاسبة كما أشرنا إليه ما رواه المشايخ الثلاثة رحمهم الله تعالى عن إسحاق بن عمار فى الموثق قال سألت أباً إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لى عليه المال فيقضينى بعضاً دنائير و بعضاً دراهم فإذا جاء يحاسبنى ليوفينى يكون قد تغير سعر الدنانير أى السعيرين أحسب له الذى كان يوم أعطانى الدنانير أو سعر يومى الذى أحاسبه فقال سعر يوم أعطاك الدنانير لأنك حبست عنه منفعتها و لعل قوله عليه السلام حبست عنه منفعتها كناية عن انتقالها إلى القابض و زوال ملك الدافع عنها فلا انتفاع له بها بالكلية لخروجها عن ملكه و به يحصل حبس منفعتها عنه و إذا انتقلت إلى ملك القابض سقط بإزائها من تلك الدراهم بما قابلها بصرف ذلك اليوم فالمال فى الخبر عبارة عن الدراهم و ما رواه فى (التهذيب) عن يوسف بن أيوب عن شريك بن إبراهيم بن ميمون عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنائير و لا يصارفه فتصير الدنانير بزيادة أو نقصان قال له سعر يوم أعطاه و نحوه خبر عتبة بن عبد الملك الهاشمى و موثقه إبراهيم بن عبد الحميد و موثقه إسحاق بن عمار الأخرى و فى دلالة الأخيرة نوع خفاء و ذلك لأن الخبر هكذا قال قلت لأبى إبراهيم عليه السلام الرجل يكون له على الرجل الدنانير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر قال فهى على السعر الذى أخذها منه يومئذ و إن أخذ دنائير فليس له دراهم عنده فدنانيره عليه يأخذها براء و سها متى شاء فقول الراوى ثم تتغير السعر ظاهره أنه تغير سعر الدراهم فيوافق الأخبار الأخرى و يكون معناه أنه أخذ الدراهم أولاً مكان دنائيره ثم أخذ دنائير ثانياً بعد ذلك فليس للمعطى أن يجعلها فى مقابلة دنائيره التى كانت له عليه أولاً و يطلب منه دراهمه إذ لا دراهم له عليه حينئذ بل ليس له إلا دنائيره التى أعطاه ثانياً يأخذها متى شاء و إن كان المراد أنه تغير سعر الدنانير جاء الإشكال الذى ذكرناه آنفاً و كان

الخبر مخالفا للأخبار الأخر و كلام الأصحاب عند إمعان النظر و قد يؤول حينئذ لأن تغيير سعر الدينانير يستلزم تغيير سعر الدراهم فليتأمل فى المقام جيدا

(قوله) (و لو كان الدفع قرضا لا قضاء كان له المثل إن كان مثليا و إلا فالقيمة وقت الدفع لا وقت المحاسبة فى البابين معا) الحكم فى ذلك ظاهر كما تقدم غير مرة و قد دلت موثقة إسحاق بن عمار الأخيرة على الحكم فى المثلى كما عرفت و إنما الكلام فى قوله فى البابين فقد قال الشهيد فى حواشيه (قيل) إن المراد بالبابين القرض و القضاء أما فى القضاء فظاهر و أما فى القرض فلا يجابه فى القيمي القيمة يوم القرض و كلامه فى القضاء دال على أن القيمي سواء كان من جنس الحق أو من غيره تعتبر قيمته يوم الدفع أيضا لإطلاقه ذلك و قوله و إن كان مثليا فإنه يعرف منه القيمي بطريق أولى و صرح به فى الدفع قرضا لتساوى الدفيعين بالنسبة إلى القيمي انتهى (و فيه) أولا- أنه تكرر و ثانيا أن هذا الحكم فى المدفوع قضاء لا يختص بما إذا كان قيميا و قال الشهيد و ليس المراد بالبابين المثلى و القيمي لأن المثلى فى القرض لا التفات إلى قيمته إلا عند تعذر المثلى و هو غير مختص بحالة الدفع بل مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦٤

[الثانى عشر يجوز بيع الدين بعد حله على الغريم]

(الثانى عشر) يجوز بيع الدين بعد حله على الغريم و غيره بحاضر أو مضمون حال لا بمؤجل (١)

[الثالث عشر لا يجب دفع المؤجل]

(الثالث عشر) لا- يجب دفع المؤجل سواء كان ديناً أو ثمناً أو قرضاً أو غيرها قبل الأجل فإن تبرع لم يجب أخذه و إن انتفى الضرر يأخذه و مع الحلول يجب قبضه فإن امتنع دفعه إلى الحاكم و يكون من ضمان صاحبه و كذا البائع سلماً يدفع إلى الحاكم مع الحلول و يبرأ هو من ضمان المشتري و كذا كل من عليه حق حال أو مؤجل فحل فامتنع صاحبه من أخذه و لو تعذر الحاكم و امتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه لا من المديون (٢)

أى وقت تعذر قال و يحتمل أن يكون المراد بالبابين الدفع من جنس الدين و من غير جنسه على معنى أن المراد سواء كان المدفوع قرضاً من جنس القرض الأول أم من غيره و فى (جامع المقاصد) أن هذا أوجه و قال الشهيد و يتصور فى القرض صور أربع (الأولى) ما إذا دفع مثليا من الجنس فله المثل و يتهاثر إن وافق الدفع الحلول (الثانية) ما إذا دفع مثليا من غير الجنس فله المثل و لا تهاتر (الثالثة) ما إذا دفع قيميا من جنس الحق كما إذا أسلم فى جارية فدفع إليه جارية قرضا بصفات السلم فله القيمة أيضا يوم القرض (الرابعة) ما إذا دفع قيميا من غير الجنس فله القيمة أيضا و لا تهاتر و الصور الأربع آتية فى الدفع قضاء و فى الكل يعتبر القيمة يوم القبض

(قوله) (يجوز بيع الدين بعد حله على الغريم و غيره بحاضر أو مضمون حال لا بمؤجل)

هذا تقدم الكلام فيه مرارا أقربها عند شرح قوله فى أواخر المطلب الأول من مطلبى الدين و يصح بيع الدين على من هو عليه و على غيره و احترز بالحلول عما قبله فلا يصح قبله عنده و قد سلف لنا أن الأصح الصحة قبله و إن منعناها فى السلم و أراد بقوله و غيره الرد على الحللى و ما فى الذمة يعبر عنه بالمضمون و احترز بقوله لا بمؤجل عن بيعه به لصدق اسم الدين عليه و إن لم يكن قد ثبت فى الذمة بعد كما بيناه فيما سلف و قد أوضحنا الفرق بينه و بين المضمون الحال و حكى الشهيد فى حواشيه قولين فيما إذا باعه ما فى

ذمته بشيء آخر فى ذمته مؤجلا الصحة لأن ما فى الذمة مقبوض ونسبه إلى الفخر وأبى القاسم وقواه و البطلان لأنه عين بيع الدين بالدين وقد استوفينا الكلام فى ذلك الصرف عند شرح قوله ولو كان له عليه دنائير فأمره أن يحولها دراهم (قوله) (لا يجب دفع المؤجل سواء كان دينا أو تمنا أو قرضا أو غيرها قبل الأجل فإن تبرع لم يجب أخذه وإن انتفى الضرر يأخذه و مع الحلول يجب قبضه و إن امتنع دفعه إلى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه و كذا البائع سلما يدفع إلى الحاكم مع الحلول و هو يبرأ من ضمان المشتري و كذا كل من عليه حق حال أو مؤجل فحل فامتنع صاحبه من أخذه و لو تعذر الحاكم و امتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه لا من المديون)

هذه الأحكام قد تذكر فى المقام و قد تذكر فى السلم و الأكثرون ذكروها فى النسيئة و قد تعرض المصنف لبعضها فى موضعين من باب السلم و تكلمنا هناك بما اقتضاه المقام و تمام الكلام فى هذه الأحكام أن يقال لا ريب أنه لا يجب دفع المؤجل قبل حلوله كما طفت بذلك عباراتهم فى مقامات شتى تمسكا بالأصل و التفاتا إلى لزوم العمل بمقتضى الشرط و قد حكى فى (التذكرة) الإجماع على أنه ليس للمشتري المطالبة بالمسلم فيه قبل الأجل و لا- قائل بالفصل بل الإجماع معلوم فى النسيئة كما ادعاه شيخنا صاحب الرياض و فى قول المصنف سواء كان دينا أو تمنا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦٥

.....

أو قرضا أو غيرها نظر لأنه يظهر منه أن الدين مبين للقرض و الثمن و قد عرفت حقيقة الحال فى أول الباب و أن القرض و الثمن يعدان دينا و قوله أو غيرها يقتضى مغايرة الدين للحقوق الثابتة بما سوى هذه الأمور كالإتلاف و النذر و نحو ذلك فتأمل و أما أنه إن تبرع بالحق المؤجل الذى عليه سواء كان من الدين أو الثمن فى النسيئة أو المبيع فى السلم قبل الأجل لم يجب أخذه و لا قبضه فمما لا أجد فيه خلافا و قد صرح بذلك على منوال هذا العنوان فى الوسيلة و كذا المراسم و المقنعة و صرح بذلك فى بيع النسيئة فى النهاية و غيرها و قد نفى عنه البعد فى مجمع البرهان و استظهره صاحب الكفاية و فى (الرياض) الإجماع عليه و صرح به فى باب السلم جماعة و فى (التحرير) سواء كان عليه ضرر أو خوف أو مؤنة أم لا و قال فى (مجمع البرهان) قد يتخيل وجوب القبض لأن الأجل لرعاية حال المشتري و الترفه له لا- لأجل البائع و لهذا يزداد الثمن فإذا حصل الثمن الزائد للبائع نقدا فهو غاية مطلوبه و لأن الظاهر أن الحق ثابت و الأخذ مع دفع صاحبه عندهم واجب عقلا و نقلا و قد أفاد الأجل عدم وجوب الدفع لا عدم وجوب الأخذ (و فيه) أنا نمنع (أولا) استلزام انحصار فائدته فى ذلك بعد تسليمه وجوب الأخذ على البائع مع مخالفته الأصل السالم عن المعارض من نص أو إجماع لاختصاصه بغير صورة القرض (و ثانيا) بمنع الانحصار لجواز تعلق غرض البائع بتأخير القبض إلى الأجل فإن الأغراض لا تنضب كما يأتى التنبيه على ذلك فى الفرع الرابع عشر و أما أنه مع الحلول يجب قبضه فهو صريح المبسوط و الوسيلة و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الكتاب فيما سلف و الإرشاد و المختلف و الدروس و اللعة و غيرها ذكروا ذلك فى مقامات شتى و هو أى وجوب القبض قضية كلام المقنعة و النهاية و المراسم و الحكم مما لا ريب فيه و فى (الرياض) الإجماع عليه و معنى وجوبه عليه أنه يأتى بتركه كما صرح به فى (الدروس) و لا فرق فى الحلول بين ما كان حالا فى الأصل أو مؤجلا و حل الأجل كما صرحوا به و لا- فرق بين أن يكون فى قبضه ضرر أم لا- كما فى التحرير و هو قضية إطلاق كلام غيره و أما أنه إن امتنع دفعه إلى الحاكم إن أمكن فهو خيرة المبسوط و السرائر و الشرائع و الإرشاد و التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و اللعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها على اختلاف لهم فى التعبير عن ذلك ففى بعضها قبضه الحاكم أو النائب عنه كالمبسوط و التذكرة و التحرير و اللعة و الدروس فى موضع منه و فى بعضها قبضه الحاكم إن سأل البائع كالشرائع و الكتاب فى باب السلف و فى بعضها وجب دفعه إلى الحاكم إن أمكن كالمختلف و الدروس فى موضع آخر منه و هو ظاهر جماعة كالمصنف هنا و غيره حيث

يقولون دفعه إلى الحاكم كالكتاب فليتأمل و في (الكفاية) جاز الدفع إلى الحاكم و أوجب في (السرائر) على الحاكم القبض و منع من إجباره المستحق على قبضه أو إبرائه و هو ظاهر المبسوط في الأول و صريحه في الثاني و استبعد ما في السرائر في الأمرين صاحب الدروس و قد حكم بهما في حواشيه على الكتاب فقال ليس له إجباره على القبض و الإبراء و حكى في (المختلف) عن أبي علي أنه يجبره على الأخذ و حكى في سلم جامع المقاصد قولاً بأنه إنما يقبضه الحاكم إذا سأله البائع 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 لا يجب عليه قبضه و أنه يجوز له ذلك و إن لم يسأله لأنه نائب مناب المالك و أنه ليس له إجباره إن لم يسأله المالك لأن يده يد رضى بها المشتري و لم يصدر منه ما ينافيه (قلت) و على ما استظهره يمكن تنزيل إطلاق كلام الأصحاب فتجتمع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦٦

.....

الكلمة و يبقى الكلام في كلام من أوجب دفعه إلى الحاكم بعد امتناعه من قبضه من أول مرة لعدم الدليل عليه و حيثئذ فله تأخير دفعه و التصرف فيه حيث يكون كلياً كما هو المفروض إلى أن يطالبه لذلك أو من يقوم مقامه و لعله إلى ذلك أشار في (الكفاية) بقوله جاز كما سمعت إلا- أن الإيصال إليه أحوط مسارعة إلى إبراء الذمة و خروجاً عن خلاف فتوى من عرفت و كيف كان فإذا قبضه الحاكم وجوباً أو جوازاً كان من ضمان صاحبه من غير خلاف يعرف و أما إذا لم يدفعه إلى الحاكم مع إمكان الوصول إليه بلا مشقة بالغة فإنه يكون من ضمان المديون و استندوا في ذلك كله إلى أن فيه اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على عدم تعيين الدين حيث كان كلياً إلا قبض صاحبه أو من بحكمه على محل الوفاق و التفاتاً إلى اندفاع الضرر عن المديون بالدفع إلى الحاكم فلو قصر كان كالمفرط من حيث تمكنه من دفعه إلى مستحقه أو نائبه فيكون من ماله و قد خالف على الظاهر في ذلك جماعة منهم الشيخ في النهاية فقال ما حاصله أنه إن حل الأجل و امتنع من قبضه مع تمكنه و تعيينه ثم هلك كان من مال البائع إن كان ثمناً و نحوه ما في المراسم و الوسيلة و النافع من دون أن يخصوه بصورة عدم التمكن من الحاكم ليدفع إليه و هو المحكى عن المفيد و القاضى و عبارة المقنعة التي عندى غير نقيه في المقام من الغلط لكن الظاهر منها ذلك و يناسبه ما حكاه عن أبي الصلاح في المختلف و قد ينزل كلامهم على صورة عدم التمكن من الحاكم و قد يكون نظرهم إلى أن الأصل عدم وجوب الدفع إلى الحاكم الذي هو وكيل مع وجود الموكل و إمكان تسليمه له بالإتيان به إليه و طرحه بين يديه كما هو ظاهر الوسيلة بل و النهاية و إليه مال المولى الأردبيلي و الخراساني من دون اعتبار الإتيان به و طرحه عنده بل اكتفياً بتعيينه و تمكنه منه و بذلك صرح جماعة في باب الكفالة و حيث يقبضه الحاكم فجماعة على أنه يخلى بينه و بينه و يبرأ الحاكم منه و آخرون أنه يجعله في بيت المال فيحفظه على صاحبه و ليس هناك من مخالفة فلا اختلاف و قد عرفت أن كلامهم في هذه المقامات قد جمعناه من أبواب شتى كالسلم و النسبة و الدين و غير ذلك إذ المدار في الكل على التأجيل و الحلول في الحقوق مع مساواة المدفوع للحق في الجنس و القدر و الوصف كما نبه على ذلك في (الوسيلة و المراسم و التذكرة و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) و غيرها حيث يعبرون بالحق أو يقولون و كذا كل من عليه حق حال أو مؤجل فحل كما في الكتاب و حيث يقولون إنما يجب القبض في الحال إذا ساوى المدفوع الدين جنساً و وصفاً و قدراً فلو فقد أحد الثلاثة لم يجب القبض قطعاً و قضية قول المصنف و كذا البائع سلماً إلى آخره أن حكم البائع سلماً لم يندرج في عموم ما سبق و ليس كذلك لاندراجه في عموم المؤجل و لعل ذكره لمكان الاهتمام بشأنه و أما أنه لو تعذر الحاكم و امتنع صاحبه من أخذه فإنه يكون هلاكه منه لا من المديون فقد صرح به الشهيدان و المحقق الثاني و المولى الأردبيلي و الخراساني و غيرهم لأن في الحكم يكون هلاكه من المديون ضرراً عظيماً و لأن الممتنع من أخذ حقه مع إمكانه يكون مضيعاً له و لأنه يجب قبول المدفوع سلماً (سليماً خ ل) و لا نغنى بالتعيين إلا ذلك و لا فرق في ذلك بين ما إذا عرضه على

المالك بعد تعيينه و لم يأت به و بين ما إذا أتاه به و طرحه عنده نعم يجب حفظه بمجرى (لمجرى خ ل) العادة في الصورة الأولى دون الثانية و إن كان قضية كلام الأصحاب عدم وجوب الحفظ في صورتين حيث أطلقوا نفى الضمان عنه دفعا للضرر و لو وجب الحفظ لبقى الضرر المحذور و للزم الضمان بالتقصير فيه و المتجه ما قلناه و هو الذي استوجهه المحقق الثاني و يمكن تنزيل إطلاقهم عليه و يأتي عن الدروس ما يشهد عليه و في حواشي الشهيد أن المنقول أنه مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦٧

[الرابع عشر لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط]

(الرابع عشر) لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط و ليس لصاحبه المطالبة في الحال (١)

مع تعذر الحاكم يشهد شاهدين على أنه دفع إليه دينه فامتنع من قبضه فإذا تلف من غير تفريط كان من مال صاحب الدين انتهى و لعل الغرض من اعتبار إشهد الشاهدين إثبات الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو أنكرها المدين لا لتحقق ذلك في نفس الأمر و اعتبر المولى الأردبيلي و الخراساني أن يجعله في مكان يسهل عليه أخذه منه و يرفع يده عنه و وجه غير الأقرب أن الدين إنما يتعين بقبض المالك أو من يقوم مقامه و من ثم كان للمديون تغييره ما لم يقبض و كأنه مال إليه في (الإيضاح) و رد بأن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون فإذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره حذرا من لزوم الضرر و من ثم يجوز أخذ الدين إذا ظفر المالك بمال للمديون الممتنع من الأداء و تعذر الحاكم و يكون تعيين المالك كافيا و هل ينسحب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الإشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك فلا يتلف منهما معا و كذا لو تسلط الظالم بنفسه فأخذ قدر نصيب الشريك قال (في جامع المقاصد) لم أجد للأصحاب فيه تصريحاً بنفى و لا إثبات مع أن الضرر قائم هنا أيضا و المتجه عدم الانسحاب انتهى و هو كذلك لأن القسمة لا تصح إلا باتفاق الشركاء و تمام الكلام في باب القضاء هذا و مقتضى كلامهم أن المشتري إذا لم يطرحه عنده بل عرضه عليه و هو عنده و امتنع أنه يبقيه بيده مميزا على وجه الأمانة و ينبغي مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه و أن يكون نماؤه للممتنع و زكاته عليه و أن لا يشاركه الديان لو حجر على المديون المفلس بعد ذلك قبل القبض و ظاهر الإيضاح أن الأصحاب لا يقولون بذلك و قد قال في (الدروس) إن للمشتري التصرف فيه و قد عرفت آنفاً أنه حكم فيه بالضمان فيما نحن فيه و مقتضى ذلك أنه لا يخرج عن ملكه و إنما يكون تلفه من البائع عقوبة و إلا لزم ضمان مال الغير الذي في يد مالكة بلا جناية و لا يد و هو مستحيل فليتأمل و في جواز المرافعة إلى حكام الجور عند تعذر الوصول إلى الحق أو تعسره إشكال كما في (الكفاية) و نحوه ما في (مجمع البرهان) لمكان الأخبار الكثيرة الناهية عن ذلك و أنت خبير بأن الظاهر كما ذهب إليه جملة من أصحابنا كما قيل اختصاص تحريم الترافع إليهم بوجود الحاكم الشرعي كما هو ظاهر جملة من أخبار المسألة و بعضها و إن كان مطلقا إلا أنه يحمل على المقيد فتأمل ثم إن ظاهر الأخبار المشار إليها المنع من الترافع في إثبات الحق بالبينه أو اليمين دون مجرد الاستعانة بهم على أخذه مع ثبوته و عدم إنكار الخصم ذلك كما هو محل البحث فلتلحظ الأخبار في المقام

(قوله) (و لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط و ليس لصاحبه المطالبة في الحال)

قد عرفت أن لزوم الأجل في الدين إنما يكون لثبوته بالعقد اللازم كما إذا باعه نسيئة أو لجعله أي الأجل شرطا في عقد لازم بناء على المشهور كما عرفته في أول الباب أو يكون بنذر و شبهه فإن كان الأول فلا ريب في عدم سقوطه لأنه قد ثبت بالعقد اللازم كما هو المفروض فلا يسقط بمجرد الإسقاط و لأن في الأجل حقا لصاحب الدين و لهذا لا يجب قبوله قبل الأجل نعم لو تقايلا في الأجل

سقط و أما الثانى فقد عرفت أن فيه احتمالىن اللزوم من الجانبين أو من جانب واحد فالأمر بيد المشترط و نفع الشرط له و قد استوفينا الكلام فى ذلك و إن كان الثالث فكالأول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦٨

[الخامس عشر لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان]

(الخامس عشر) لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى فإن تعذرت فقيمتها وقت التعذر (١) و يحتمل وقت القرض من غير الجنس لا من الدراهم الثانية حذرا من التفاضل فى الجنس المتحد (٢)

و يزيد عليه أنه لا يسقط بالتقاييل لأنه إنما يكون فى العقود لا فى النذور

(قوله) (و لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى)

قد عرفت مما مر أنه لو اقترض دراهم و جب عليه رد مثلها فى الوزن و الصفة و لا- يردّها بسكّة مخالفة لسكّة القرض فلو أسقط السلطان تلك الدراهم و جاء بغيرها لم يكن له إلا الدراهم الأولى كما هو خيرة الشيخ فى النهاية و القاضى على ما حكى عنهما و ابن إدريس و سبطه و صاحب جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و المختلف و الدرّوس و فى الأخير أنه أشهر و فى (المفاتيح) أنه مذهب الأ-كثر لأنها من ذوات الأمثال فكانت مضمونة بالمثل و للصحيحين الصريحين فى ذلك أحدهما عن يونس فى مكاتبتة الرضا عليه السلام و المخالف الصدوق فى المقنع قال و إن استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم و تغيرت فلا يباع بها شىء فلصاحب الدراهم الدراهم التى تجوز بين الناس و قال فى (الفقيه) كان شيخنا محمد بن الحسن يروى حديثا فى أن له الدراهم التى تجوز بين الناس ذكر ذلك عقيب رواية يونس عن مولانا الرضا عليه السلام (قلت) لعل الحديث الذى رواه شيخه هو ما رواه ثقة الإسلام و الشيخ عن يونس فى الصحيح فى الكافى على الصحيح فيما يرويه العبيدى عن يونس و فى إبراهيم بن هاشم (و أما التهذيب) ففى طريقه سهل فإن فيه لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس و حكى عن أبى على أنه قال و لا نختار للمستقرض إلا أن يعطى ما ينفق بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس و قد جمع الشيخ بين الأخبار بحمل ما ينفق بين الناس فى الخبر الأخير على معنى قيمة ما كان ينفق بين الناس و كذلك أول الدراهم الأولى فى الأولين بقيمة الدراهم الأولى دفعا للتنافى قال لأنه لا يجوز أن تسقط الدراهم الأولى حتى لا تكاد تؤخذ أصلا فلا يلزمه أخذها و هو لا ينتفع بها و إنما له قيمة الدراهم الأولى و ليس له المطالبة بالدراهم التى تكون فى الحال انتهى و هو كما ترى و أبعد منه جمع الصدوق فى الفقيه و مثله حمل بعض متأخرى المتأخرين الرواية الأخيرة على مهر الزوجة أو ثمن المبيع فإن فيه مع خروجه عن الظاهر أن حكم هذين يرجع بالأ-خرة إلى حكم القرض

(قوله) (فإن تعذرت فقيمتها وقت التعذر)

هذا مختار (التذكرة) فى المقام و قد حكى فيه عن النهاية و القاضى و السرائر و قد تقدم الكلام فيما إذا تعذر المثل فى المثلى و أن المختار و الأصح و جوب القيمة يوم المطالبة كما حكيناها هناك عن جماعة و قد اختاره هنا الشهيد فى (الدرّوس) و المحقق الثانى و الحاصل أنا قد استوفينا الكلام فيما سلف و تعرضنا لكلامهم فى المقام و القول فيما نحن فيه بالوجوب وقت القرض موافق للنظر و لخبر نفى الضرر و قد حكى عن الشيخ فى المقام و عن السرائر فى مقام آخر و لم أظفر به فى كلاميهما فيما نحن فيه و كأنه مال إليه أو قال به فى التحرير فى المقام و فيما سلف قال بوقت التعذر

(قوله) (من غير الجنس لا من الدراهم الثانية حذرا من التفاضل فى الجنس المتحد)

كما صرح به فى (السرائر و التذكرة و المختلف و الدروس و جامع المقاصد) و هو قضية كلام الباين لأنه إذا أبطل رواجها من حيث كونها دراهم لم يبق إلا اعتبار النقد و هو أنقص باعتبار أن للسكة اعتبارا فتزيد بها القيمة و أما مع المساواة فى الوزن فلا بأس مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٦٩

و كذا لو جعل قيمتها أقل (١) و لو ضارب فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطة (٢) مع احتمال جبر النقص بالربح (٣) و لو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع إلا النقد الأول (٤) و لو تعامل بعد النقص و العلم فلا خيار (٥) و إن كان قبل العلم فالأقرب ثبوت الخيار للبائع سواء تبايعا فى بلد السلطان أو غيره (٦)

[المقصد الثانى فى الرهن]

إشارة

(المقصد الثانى فى الرهن) و هو وثيقة لدين المرتهن و أركانه أربعة الصيغة و المحل و العاقد و الحق فهنا فصول

و الجار متعلق بمحذوف على أنه حال من قيمتها أو صفة لها
(قوله) (و كذا لو جعل قيمتها أقل)

أى لو جعل السلطان قيمتها أقل كان الحكم فيه كما فى إسقاطها فمع التعذر يأخذ القيمة من غير الجنس حذرا من الربا
(قوله) (و لو ضارب فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطة)

وجه القرب كما فى (الإيضاح و جامع المقاصد) أنها رأس المال فكيف يتصور المطالبة بغيرها كما لو دفع فضة فإنه ليس له المطالبة بذهب و لأنه نقص لم يحصل من التجارة أى البيع و الشراء و إنما حصل من السلطان و المضاربة إنما انعقدت بالنسبة إليها و الأصل بقاء ما كان

(قوله) (مع احتمال جبر النقص بالربح)

و وجهه أنه نقص حصل بعد دورانه فى التجارة و ضعف بأن رأس المال بحاله و النقص الذى يجب جبرانه هو النقص عن رأس المال و لم يحصل فإن نقصان قيمة رأس المال لا يعد نقصا فى رأس المال و هو ظاهر و كأنه متأمل فى (التذكرة)
(قوله) (و لو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع إلا النقد الأول)

كما فى (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) لوجوب حمل العقد على المتعارف حينئذ أو الغالب
(قوله) (فلو تعامل بعد النقص و العلم فلا خيار)

كما فى (التذكرة و جامع المقاصد) و المراد بعد علم البائع لأنه هو الذى يدخل عليه الضرر حينئذ و أما المشتري فلا ضرر عليه لو لم يعلم

(قوله) (و إن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع سواء تبايعا فى بلد السلطان أو غيره)

ثبوت الخيار للبائع حينئذ خيرة (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) لأنه نقص سابق على العقد و لم يعلم به فطريقه و طريق العيب واحد و هو نقص المالىة لأنه إما عيب أو كالعيب و لم تفرق الأمة بينهما كما فى (الإيضاح) و وجه العدم أنه ما زادت فيه صفة و لا نقصت منه صفة هى زيادة أو نقيصة عن المجرى الطبيعى فلا يكون عيبا و قد وقع عليه العقد و ضعف بأن المراد بالزيادة و النقيصة باعتبار الغالب و لهذا يعد كون الضيعة منزل الجيوش عيبا مع عدم نقصان منها و لا زيادة و هذا المعنى ثابت هنا لأنه صار ناقصا باعتبار العرف الغالب و يستوى فى ذلك بلد السلطان و غيره إذ لا- أثر لتفاوت البلد أن يكون الأمر فى ذلك متفاوتا بالظهور و الخفاء

[المقصد الثاني في الرهن و هو وثيقة لدين المرتهن] الرهن إما مصدر أو اسم الشيء المرهون و الثاني يجمع على رهن كسهم و سهام و قال أبو عمرو رهن أيضا جمع و قال الأخفش هي قيحة لأنه لا يجمع فعل على فعل إلا قليلا كسقف و سقف بل هو جمع الجمع أى رهن و قد طفحت عباراتهم بأنه لغة الثبات و الدوام و أن اللغة الغالبة رهن و أما أرهن ففي (المبسوط و السرائر و التحرير) قد قيل إنها لغة و في (التنقيح) أنها لغة قليلة و في (المهذب البارع) لا يقال أرهن و في (القاموس) رهن و أرهن بمعنى و نحوه ما في الصحاح و المصباح المنير و قال في (المسالك) و يطلق على الحبس بأى سبب كان قال الله تعالى (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ) أى محبوسة و أخذ الرهن الشرعى من هذا المعنى أنسب (قلت) و بهذا المعنى صرح في (المصباح المنير) و قد يظهر من مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧٠

.....

(المبسوط و فقه الراوندى و الغنية و السرائر و التحرير و الدروس و حواشى الكتاب و التنقيح و كنز العرفان و المهذب البارع و إيضاح النافع و المسالك) أنه حقيقة شرعية حيث قيل فى المبسوط و السرائر و فى (الشرعية) اسم لجعل المال وثيقة إلى آخره و فى (فقه الراوندى) أنه فى الشرعية اسم لما يجعل وثيقة و فى (الغنية) أنه فى الشرعية عبارة عن جعل العين وثيقة فى دين إلى آخره و فى (التحرير و المهذب البارع) أنه فى الشرع عبارة عن المال الذى يجعل وثيقة و فى (الدروس و الحواشى و التنقيح و كنز العرفان و إيضاح النافع و المسالك) أنه شرعا وثيقة و ظاهرهم أن المراد أنه كذلك فى لسان الشارع و لا مانع منه إن لم يثبت أنه فى اللغة لما جعلوه معنى شرعيا له من المصدر أو اسم المصدر أو المال لكن فى (الصحاح) أنه أى الرهن معروف و مثله ما فى نهاية ابن الأثير فى أثناء كلام له و فى (المصباح المنير) رهته المتاع بالدين حبسته به فهو مرهون و فى (القاموس) الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك فكان ذلك ثابتا فى اللغة و لا ريب أنهم كانوا يتدانيون و يرهنون فلم تتحقق فيه الحقيقة الشرعية لأن معيارها أن يستعمل الشارع لفظا فى ماهية جديدة و معنى مستحدث و يكون اللفظ حقيقة فيه فى لسان المتشرعة و لم يوجد ذلك فى الرهن فلا بد حينئذ من تنزيل كلام الأصحاب على حقيقة المتشرعة و اصطلاح الفقهاء لينزل كلامهم عند إطلاقهم عليه فيكون المراد أنهم اصطالحوا على أحد معانيه و لا مؤاخذه فى ذلك إلا على صاحب المسالك حيث قال و أخذ الرهن الشرعى من هذا المعنى أى الحبس أنسب إن افتقر إلى المناسبة و الإنصاف أن قولهم شرعا كالنص فى إرادة المعنى الشرعى فيتساوى فى ذلك صاحب المسالك و غيره و هكذا الحال فى كل ما كان من هذا القبيل كالقرض و الإجارة و البيع و نحو ذلك و نعم ما قال فى (مجمع البحرين) و فى عرف الفقهاء وثيقة لدين المرتهن (و قد يقال) إن الشارع و المتشرعة إذا استعملوه فى أحد المعانى و خصوه بها و هجروا بقيتها كان حقيقة شرعية (قلت) هو كذلك إن تحقق ذلك و الظاهر تحققه لأن الظاهر أخذ القبض فى ماهيته كما تدل عليه الأخبار كما أتى بيان ذلك مفصلا فى الكلام على اشتراط القبض ثم إنى وجدت الأستاذ قدس سره قد تعرض فى الفوائد الجديدة لذلك فقال اعلم أنه ربما يقول الفقهاء فى العبادات و المعاملات فى مقام التعريف أنه لغة كذا و شرعا كذا و لعل المراد معنى اللفظ المذكور لتلك العبادات و المعاملات أعم من أن يكون حقيقيا أو مجازيا لئلا يفتقر فى ثبوت الحقيقة الشرعية أو يكون مرادهم أعم من الشارع و المتشرعة أو يكون المراد من المعنى المعنى الصحيح شرعا و المعتبر عند الشارع و المثمر بحسب الشرع و هذا هو الأقرب ثم بينه بأن الفقهاء متفقون على أن المعاملات ليست توقيفية كالعبادات إلى آخر ما حرره و أنت خير بأن ما قرره لا يتم فى الرهن فى بعض تعاريفه لأن قولهم وثيقة لدين المرتهن لم يزيدوا فيه على المعنى اللغوى شيئا من الشروط و غيرها إلا ذكر الدين و لعلهم جروا فيه على الغالب لا لقصده الإخراج و لعل العرب إنما كانوا يرهنون على الدين فتأمل جيدا و إنما يتم فى تعريف البيع و نحوه حيث يذكرون فيه بعض الشرائط و غيرها كتعريف المصنف الرهن فى التذكرة بأنه عقد شرع للاستيثاق على الدين فليلاحظ ذلك (و الحاصل) أنه لو كان المقصود تحديد المعاملات الصحيحة لوجب استقصاء شرائط الصحة مع أنهم لم يتعرضوا فيها إلا لقليل منها و يمكن أن يقال لما كان

الغالب فى المعاملات مشاركة بعضها لبعض فى بعض الصفات كاشتراك البيع مع الهبة فى نقل الملك و مع الإجارة فى النقل بعوض و اشتراك الإجارة مع الجعالة إلى غير ذلك و كان الواجب تمييز بعضها عن مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧١

[الفصل الأول فى الصيغة]

(الأول) الصيغة و لا بد فيه من إيجاب كقوله رهنتك أو هذا وثيقة عندك على كذا أو ما أدى معناه من الألفاظ (١)

بعض لتوقف العلم بثبوت أحكامها المختلفة عليه و ليحمل كلامهم عند الإطلاق على ذلك فقصدوا تمييز بعضها عن بعض بوجه ما من الوجوه و هذا أمر يختلف من حيث الاستغناء عن الشروط و الاحتياج إليها كما أنهم ربما احتاجوا فى بعضها إلى واحد من الشروط أو إلى أكثر (فإن قلت) فما الوجه حينئذ فى الحكم بأنها شرعية مع عدم اشتمال بعضها على شروط الصحة و اشتمال بعضها على بعض شروطها (على شروطها خ ل) (قلت) المراد بالشرعى هنا الموقوف على الشرع فى الجملة و مقابله اللغوى و العرفى أعنى ما لا توقف له على الشرع أصلاً فلا يقدح فى الحكم بالشرعية اشتمال الحد على شىء من المفهومات اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتماله على شىء من المعانى الشرعية و لم يوجد فى كلامهم إطلاق الشرعى على مثل ذلك إلا الرهن على بعض التعاريف على تأمل فيه و الوثيقة تطلق على المذكر و المؤنث كما فى (التذكرة) و غيرها يقولون فى الصيغة هذا وثيقة دينك فإنه يراد به ما يوثق به مطلقاً من غير نظر إلى التأنيث و التذكير فاستويا فيه بحسب الاستعمال و خرجت عن كونها للتأنيث قال ذلك كله فى (مجمع البرهان) و قال جماعة إن التاء للنقل و الأمر فى ذلك سهل و فى (حواشى الكتاب و التنقيح) أنه اختلف فى معناها هنا فقبل ليستوفى دينه (حقه خ ل) منه و قيل ليستوفى دينه به قال فى (الحواشى) و الأول أشهر و تظهر الفائدة فى رهن أم الولد فعلى الأول لا يصح و على الثانى يصح لأن منع المالك من التصرف فيها و إمكان بيعها فى الجملة لجواز زوال المانع يدعو المالك إلى القضاء و ليس فى إضافة الدين إلى المرتهن دور لأننا نعرفه فى التعريف بصاحب الدين أو من له الوثيقة من دون أن نأخذ الرهن فى تعريفه و التخصيص بالدين مبنى إما على الغالب أو على عدم جواز الرهن على غيره و إن كان مضموناً كالغصب و كذا ما يمكن تطرق ضمانه كالمبيع و ثمنه لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما و بنقصان قدرهما أو على أن الرهن عليها إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين و يكون مبدأ الرهانة هنا من حين الظهور و فيه تكلف مع أنه قد يبقى بحاله فلا يكون ديناً و كيف كان فهو ثابت بالإجماع كما فى (المبسوط و فقه الراوندى و الغنية و السرائر و التذكرة و التحرير و الدروس و التنقيح و المهذب البارع) بل فى الأخير كالتذكرة التصريح بإجماع المسلمين و هو ظاهر غيره كالغنية و غيرها و لم يقل أحد بوجوبه و الأمر المستفاد من الجملة الخبرية فى الآية الشريفة للإرشاد و به نص الكتاب المجيد و السنة الغراء

(قوله) (الصيغة) و لا بد فيها من إيجاب كقوله رهنتك أو هذا وثيقة عندك على كذا و ما أدى معناه من الألفاظ)

ظاهر المصنف هنا أنه لا بد فى الإيجاب و القبول من أن يكونا لفظيين و هو ظاهر (المبسوط و الفقه الراوندى و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللمعة و الروضة و المسالك و الكفاية) و يستفاد من الشرائع أن القبول غير منحصر فى اللفظ بل يكون بالفعل و الإشارة و نحوهما لقوله و القبول و هو الرضا بذلك الإيجاب و لعله لكونه جائزاً من طرف القابل و فى (المسالك) أن ظاهر الجماعة اعتبار القبول القولى انتهى و ظاهر المبسوط و الفقه الراوندى و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و النافع و الإرشاد و التبصرة أنه لا بد فيهما أى الإيجاب و القبول من اللفظ العربى الماضى و المقارنة و تقديم الإيجاب على القبول كما هو الشأن فى سائر العقود اللازمة لأنه المتبادر من قولهم لا بد فيه من الإيجاب و القبول و لعلهم استندوا فى ذلك إلى أن الأصل عدم الانعقاد و عدم ترتب أحكام الرهن إلا إذا ثبت كونه رهناً بالإجماع و نحوه و لا إجماع إلا مع

الأمر المذكورة ولا دليل على غيرها (و في الوسيلة والغنية والسرائر و جامع الشرائع) التصريح بأنها من مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧٢

.....

شروط الصحة ولم يتعرض في المقنعة والنهاية والمراسم للصيغة أصلاً و صريح الشرائع والتحرير والكتاب والتذكرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح أنه أي عقد الرهن لا يختص بلفظ ولا بلفظ الماضي ولم يشترط في التذكرة والدروس والكفاية اللفظ العربي و في (جامع المقاصد) لا بد من كون الإيجاب والقبول بلفظ الماضي لأنه صريح في الإنشاء وقال أيضاً إنه يشكل غير العربي لأن الإطلاق محمول على العربي ولأن العقود اللازمة تتوقف على العربية ونمى صدق العقد على العقد بالعجمية مع إمكان العربية واعتبر في (التذكرة) لفظ الماضي مع أنه أجاز كما عرفت هذا وثيقه وهذا رهن وليس ماضيين فيحتمل أنه احتراز عن المستقبل خاصة كما يشعر به آخر كلامه وهو قوله فلو قال أرهنك كذا وأنا أقبل لم يعتد به أو أنه أراد ما يدل على الإنشاء صريحا لا الماضي المصطلح أو أراد أنه إذا أتى بالفعل فلا بد من الماضي فلا يجوز الأمر ولا المستقبل وقد أجاز الإيجاب في الدروس بلفظ الأمر كخذه وأمسكه وقال في (التذكرة) الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطة والاستيجاب والإيجاب عليه المذكورة في المبيع آت هنا واستشكل فيه في (جامع المقاصد) بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطة بالإجماع بخلاف ما هنا أما الاستيجاب والإيجاب فنعم انتهى وقسم الرهن في التذكرة إلى قسمين (الأول) الرهن ابتداء أي من غير كونه شرطاً في عقد لازم (و الثاني) ما اشترط فيه مثل أن يقول بعتك هذا الشيء بشرط أن ترهنني عبدك فتقول اشترت و رهننت أو زوجتك نفسي على مهر قدره كذا بشرط أن ترهنني دارك على المهر فيقول الزوج قبلت و رهننت فالقسم الأول لا بد فيه من الإيجاب والقبول عند من اشترطهما ولم يكتف بالمعاطة وأما القسم الثاني فقد اختلف فيه فقال بعض الشافعية لا يكفي ذلك بل لا بد أن يقول البائع بعد ذلك قبلت وكذا المرأة تقول بعد ذلك قبلت الرهن لأنه لم يوجد في الرهن سوى الإيجاب وهو بمفرده غير كاف وقال الآخرون الشرط من البائع والمرأة يقوم مقام القبول ولم يرجح شيئاً وهذا قد يشعر بأنه غير جازم بالاشتراط وستسمع تردده فيما يأتي من الكتاب واختار في موضع آخر من التذكرة و ولده وابن المتوج فيما حكى عنه والمحقق الثاني أنه لا بد من القبول ولا يكفي الاشتراط عنه كما ستسمع بيانه (كلامه خ ل) وللشيخ في المبسوط كلام ستسمعه هذا كلام الأصحاب على اختلاف آرائهم وتنقيح البحث أن يقال إن هذا العقد لما كان لازماً من جانب وجائزاً من جانب آخر فبعضهم غلب فيه جانب الجائز مطلقاً وآخرون غلبوا جانب اللزوم لأن اعتبار ما اعتبروه في العقود اللازمة دون الجائزة إنما هو للاقتصار فيما خالف الأصل الدال على عدم اللزوم وعدم ترتب الأحكام على المتيقن وهو جار في المقام لتضمنه اللزوم من طرف الراهن وعدم اللزوم من جانب المرتهن غير قاذح بعد كون المنشأ للاعتبار هو نفس اللزوم المخالف للأصل من حيث هو من دون اعتباره من الطرفين فليتأمل في كل من الوجهين والتحقيق أن يقال إن عموم قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يقضى بالصحة والجواز في كل ما يصدق عليه أنه عقد رهن إلا أن يدل دليل على اشتراط أمر آخر غير ذلك أو شيء زائد فيه على ذلك كما قام مثل ذلك في البيع ولعل الشهرة كافية في المقام لأنها تكون قرينة على أن ذلك بدون معقد الشهرة كان مما لا يسمى عقداً في زمن الصدور فليتأمل وقالوا مما يؤدي معنى رهننتك وثقتك بالتضعيف وأرهننتك لأنه لا يبلغ شذوذها حد المنع وهي أوضح دلالة من كثير مما عدوه وقال في (الدروس) لو قال خذ على مالك أو بمالك فهو رهن ولو قال أمسكه حتى أعطيك مالك وأراد الرهن جاز ولو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧٣

و تكفي الإشارة مع العجز كالكتابة (١) و شبهها و قبول كقوله قبلت أو ما يدل على الرضا و هل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر (٢)

أراد الوديعه أو اشتبه فليس برهن

(قوله) (و تكفى الإشارة مع العجز كالكتابة)

أى كما تكفى الكتابة مع العجز عن النطق إذا عرفت ذلك من قصده و الاكتفاء بالإشارة مع العجز مصرح به فى (الشرائع) و أكثر ما تأخر عنها و يعتبر فيها كونها مفهومة للمقصود كما صرح به جماعة و لا ريب أن ذلك مراد من أطلق و لا يعتبر رفع إمكان غير الواقع لاحتمال اللفظ الصريح له بل الإفهام المقصود عرفا و لا تنحصر فى عضو و لا فرق بين أن يكون العجز لعارض أو أصليا و إن أوهمت بعض العبارات اعتبار الثانى حيث يعبرون بالأخرس و لا تكفى الكتابة بمجرد إمكان العبث أو إرادة أمر آخر قال فى (التذكرة) و لا تكفى الكتابة و الإشارة إلا مع العجز فتكفى الإشارة الدالة عليه و كذا الكتابة مع الإشارة و لا تكفى الكتابة المجردة عن الإشارة الدالة على الرضا انتهى و نحوه ما فى الشرائع من عدم الاكتفاء بمجرد الكتابة إلا أن عبارة الشرائع أشمل و أولى لأن الأولى أن يقول فى (التذكرة) و لا تكفى الكتابة المجردة عن الدلالة إذ قد تكون الكتابة مع أمر آخر غير الإشارة دالة على الرضا فيكتفى بذلك كما هو الشأن فى الإشارة المجردة عن الكتابة مع الفهم و الدلالة و فى (مجمع البرهان) ينبغى الاكتفاء بهما مع القدرة على النطق لأن الغرض الفهم لا اللفظ و إلا لانتفت صحتهما مع العجز أيضا لعدم اللفظ المشترط إلا مع تعذر النيابة فالاشتراط بالعجز غير واضح و هذا منه بناء على أصل فاسد و هو أن المدار على الرضا فى نحو ذلك و قد مر بيانه فى باب البيع

(قوله) (و هل يقوم شرط الرهن فى عقد البيع مقام القبول نظر)

هذا ما أشرنا إليه آنفا و قد سمعت تصوير المسألة فيما حكيناه عن التذكرة حيث فرضها فيما إذا كان إيجاب الرهن عقيب إيقاع البيع بحيث لا يقع بينهما تراخ يمنع كون أحدهما مع الآخر جزءا للعقد لاشتراط وقوع أحدهما عقيب الآخر على الفور عادة و وجه النظر على ما فى جامع المقاصد من أصالة عدم اشتراط التأخر عن الإيجاب و من أن صحة الرهن موقوفة على حصول الصيغة المعبرة شرعا و الأصل عدم اعتبار ما تقدم فيه القبول على الإيجاب و لأن القبول عبارة عن الرضا بالإيجاب فقبل حصول الإيجاب لا يتحقق الرضا به إذ ليس ثم شىء يرضى به فالأصل عدم الاكتفاء به و أنت خبير بما يرد على الأخير بأن يقال إن الغرض من القبول العلم بالرضا الباطنى و هو حاصل بالاشتراط إذ معناه أنه راض بما توجهه و قابل طالب لما اشترطه عليك إذا فعلته إلا أن يقال لا يلزم من الرضا وقت الاشتراط الرضا وقت الرهن و وجهه فى (الإيضاح) من أنه أى الشرط لفظ دال على الرضا و يصح تقدمه إن قلنا به أى بصحة تقديم القبول على الإيجاب و من أن القبول متأخر عن القابل و المقبول بالذات و اشتراطه موجب فيتقدم فلو اتحدا لكان الشىء الواحد متأخرا عن آخر بالذات و متقدما عليه بالذات فيدور و لأن القبول لا يكون موجبا للإيجاب بالضرورة و يلزمه قولنا الموجب لا يكون قبولا بالضرورة و الشرط موجب و الأقوى عندى أن القبول لا يصح تقدمه على الإيجاب مطلقا انتهى فليتأمل فى كلا وجهيه إذ ذلك موقوف على بيان معنى القبول و قد أوضحنا الحال فى باب البيع و الشيخ فى (المبسوط) جوز تقديم القبول فى المقام قال و أما الوقت الذى يجوز أخذ الرهن به فإنه يجوز بعد لزوم الحق و يجوز أيضا مع لزومه مثل أن يكون مع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧٤

و شرط ما هو من قضايا الرهن كعدمه كقوله على أن يباع فى الدين أو يتقدم به على الغرماء (١) و لو شرط ما ينافى العقد بطل كالمنع من بيعه فى حقه (٢) أما لو شرط فى البيع إذن فلان أو بكذا فالوجه الصحة و كذا يصح لو شرط أن ينتفع به المرتهن أو أن يكون النماء المتجدد رهنا

الرهن «١» أن يقول بعتك هذا الشىء بكذا على أن ترهن كذا بالثمن و قال اشتريته على هذا صح شرط الرهن و ثبت و يرهنه بعد عقد البيع و يسلمه إليه و إذا ثبت جواز شرطه جاز إيجاب الرهن و قبوله فيه فيقول بعتك هذا الشىء بألف درهم و ارتهنت منك هذا

الشيء بالثمن وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم و رهنتك هذا الشيء فيحصل عقد البيع و عقد الرهن انتهى و في (المختلف) بعد نقله هذا عن الشيخ تأمل فيه بأنه وثيقة للدين فلا يصح اقترانه معه في العقد و ليعلم أنه لو قدم البائع أو المشتري الارتهان على البيع في المثال لم يصح على الظاهر كما لو قال المشتري ارتهنت و اشتريت أو قال البائع رهنتك و بعثك و سيتعرض المصنف لهذا الفرع في الفصل الرابع في الحق و يأتي تمام الكلام هناك

(قوله) (و شرط ما هو من قضايا الرهن كعدمه كقوله على أن يباع في الدين أو يتقدم به على الغرماء)

أو كأن يشترط منافعه للراهن و أن لا يبيعه إلا بإذن المرتهن أو يكون في يده أو يد عدل فإن هذه الشروط لا يضر التعرض لها في رهن التبرع و لا-المشروط و إنما يفيد تأكيداً لمقتضاه كما (في الوسيلة و التذكرة) و تفصيل المقام أن يقال إن الرهن عقد قابل للشروط الصحيحة التي لا تفضي إلى جهالة في بيع إن شرط فيه إجماعاً كما في (التذكرة) فإن شرط في الرهن شرطاً فإما أن يكون من مقتضى عقده أو لا يكون من مقتضاه و على الثاني إما أن يتعلق بمصلحة العقد كالإشهاد أو لا يتعلق به غرض كقوله بشرط أن لا تأكل الهريسة أو يكون غير هذين و على الأخير فإما أن يكون مما ينتفع به المرتهن و يضر الراهن أو بالعكس و على التقادير إما أن يكون الرهن رهن تبرع أو مشروطاً في عقد بيع و شبهه و الذي يقتضيه النظر جواز اشتراط كل مباح في الرهن إذا لم يناف مقتضاه و لم يكن مما لا تتعلق به أغراض العقلاء لأنها شروط سائغة فيجب الوقوف عندها سواء كان تبرعاً أو مشروطاً في بيع و شبهه و قد يقع الاشتباه في بعض الشروط هل هي منافية أو لا كما ستسمع عن المبسوط و غيره و قد أسبغنا الكلام في أحوال الشروط في باب البيع في الفصل الثالث في الشروط

(قوله) (و لو شرط ما ينافي العقد بطل كالمع من بيعه في حقه)

أو من تسليمه إليه بالكلي و كاشتراط عدم فكه بعد أداء الحق و اشتراط أن يرهنه عند غيره و عد في (الوسيلة) من الشروط المخالفة ما إذا شرط أن لا يبيعه إلا بما يرضاه الراهن أو فلان و عد في (المبسوط) من الشروط المخالفة لمقتضى العقد ما إذا شرط أن يبيعه بعد شهر أو لا يبيعه إلا بما يرضاه الراهن أو يرضاه رجل آخر أو يكون نماؤه رهناً معه و ما أشبه ذلك قال فهذه كلها شروط فاسدة لأنه مخالفة لمقتضى العقد و ما كان كذلك فهو مخالف للشرع فكان فاسداً و هل يفسد الرهن الأقوى في نفسى أن الشرط يفسد و يصح الرهن و لا يبطل البيع الذي اقترن به الرهن لعدم الدليل و قال بعد ذلك إذا رهن نخلا على أن ما أثمرت يكون رهناً مع النخل أو رهن ماشية على أن ما ينتج يكون النتاج داخلاً في الرهن فالشرط باطل و قيل إنه يصح و يدخل في الرهن و هو الأقوى انتهى و هذا رجوع

(١) كذا وجدناه في نسختين صحيحتين و المراد ظاهر (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧٥

و لو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع و يصح الرهن سفراً و حضراً (١)

منه عن بعض ما ذكره و يأتي عند قوله و الأقرب عدم دخول المتجدد إلا مع الشرط نقل الإجماعات و الأقوال و قال في (الخلاف) إذا شرط في حال عقد الرهن شروطاً فاسدة كانت الشروط فاسدة و لم يبطل الرهن و لا-البيع و في (المختلف) أنهما يبطلان أيضاً و ستسمع الحال و المصنف هنا قد صحح ما لو شرط في البيع إذن فلان أو يبيعه بكذا أو أن ينتفع به الراهن أو يكون النماء المتجدد رهناً و صحح في المختلف و التذكرة أيضاً ما إذا شرط أن لا يبيعه إلا بعد شهر أو لا يسلمه إياه إلا بعد شهر مثلاً بل صحح في التذكرة اشتراط كون منافع الرهن للمرتهن إذا لم يكن الدين قرضاً مشروطاً بذلك و قال في (الوسيلة) إذا شرط النماء لنفسه فإن كان ذلك في دين في الذمة صح الرهن و بطل الشرط و إن كان في قرض مستأنف بطل القرض و الرهن و الشرط و إن كان في بيع فإن كان النماء مجهولاً لم يصح و إلا صح و نحوه ما في جامع الشرائع و منع في الدروس من اشتراط توقف البيع على رضى الراهن أو أجنبي و

قوى فى (الإيضاح) الجواز فى اشتراط إذن الغير و البطلان فى اشتراط بيعه بكذا و مال المحقق الثانى إلى البطلان فيهما لأن فلانا قد لا يأذن و الثمن المعين قد لا يبلغه الرهن فيتعذر أخذ الدين من قيمته فينتفى مقصوده فيكون الشرط منافيا و قد حكم فى (التذكرة و المختلف) أنه إذا بطل الشرط بطل المشروط لأن الرضا بالعقد إنما وقع على ذلك الشرط فإذا لم يصح لم يصح العقد و هو كذلك بالنسبة إلى عقد الرهن لأن الفرض أنه مخالف لمقتضاه و أما إذا كان هذا الرهن الفاسد لفساد شرطه مشروطا فى بيع مثلا فهل يفسد البيع أو لا الظاهر التفصيل فالفساد فيما إذا جر الشرط جهالة الثمن كما إذا شرط فى البيع رهنا و شرط أن يبقى عنده و تكون منافعه و زوائده للمرتهن فالبيع باطل لأن المشروط استحقيقه حينئذ يصير جزءا من الثمن و هو مجهول و يصح البيع فيما عدا ذلك و يكون للبائع الخيار لأنه لم يسلم له الرهن و لا شرطه لفساده بفساده كما هو الفرض بل نقول له الخيار و إن قلنا بصحة الرهن مع فساد شرطه كما سمعته عن المبسوط لأنه لم يسلم له الشرط المذكور فيصح أن نقول له الخيار صح الرهن أو فسد لأنه إن صح الرهن لا يسلم له الشرط و إن لم يصح لم يسلم له أصل الرهن

(قوله) (و لو شرط عليه رهن فى بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع)

و فى بعض النسخ فلا- رجوع و المراد أنه شرط عليه فى البيع الفاسد رهنا على دين آخر و وجه الأولى أنه إنما قصد الرهن بشرط اللزوم فهو و إن كان منجزا فى الصورة فهو فى المعنى معلق فكان كما لو باع مال أبيه بظن الحياة و أنه فضولى فبان ميتا و أن المبيع ملكه فإن فيه وجوها ثلاثة الصحة و الوقوف على إجازته بعد ذلك و البطلان و وجه الثانية أنه عقد صدر من أهله مع القصد إلى الرهن غاية الأمر أنه أوقعه على اعتقاد وجوبه عليه فكان كما لو أبرأت ذمة الزوج بظن صحة الطلاق أو وهب واهبه بظن صحة الهبة الأولى و قد قارن الثانية ما يقتضى اللزوم و أمثال ذلك و لو ظن صحة البيع الفاسد و لم يكن قد شرط عليه فيه الرهن على دين آخر فرهنه تبرعا باعتقاد صحة البيع و أنه لولاه لم يرهنه غاية الأمر أنه لم يكن مشروطا عليه فلا رجوع له و هذا مما يرشد إلى عدم الرجوع فيما نحن فيه

(قوله) (و يصح الرهن سفرا و حضرا)

إجماعا كما فى (الخلافة و كنز العرفان) و ظاهر غيرهما قال فى (الخلافة) و به قال جميع الفقهاء إلا مجاهدا فقال لا يجوز

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧٦

و هو عقد لازم من جهة الراهن خاصة (١) فإن أدى أو أبرأ أو أسقط المرتهن حقه من الرهن كان له أخذه من المرتهن (٢) و لا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة إلا بعد المطالبة به و يبقى أمانه فى يده (٣)

إلا فى السفر و حكى ذلك عن داود و حكاه فى كنز العرفان عن الضحاک أيضا و لا يشترط عدم الكاتب إجماعا كما فى (التحرير) و التقييد فى الآية بالسفر و عدم وجدان الكاتب خرج مخرج الأغلب (قوله) (و هو عقد لازم من جهة الراهن خاصة)

و جائز من طرف المرتهن إجماعا كما فى (التذكرة و مجمع البرهان) و ظاهر الغنية و لم أجد فيه خلافا من أحد و قد يتوهم من الشيخ فى (المبسوط و الخلافة) و ليس كذلك قال عقد الرهن ليس بلازم و لا يجبر الراهن على تسليم الرهن فإن سلم باختياره لزم التسليم و الأولى أن نقول يجب بالإيجاب و القبول و يجبر على تسليمه و قال فى مقام آخر و إذا قبض المرتهن بإذن الراهن صار الرهن لازما إجماعا و إنما الخلاف قبل القبض ثم صرح بأنه لازم من جهة الراهن دون المرتهن و حكم أيضا فى عدة مواضع أن القبض واجب على الراهن فى مسألة ما إذا مات المرتهن قبل قبض الرهن و مسألة ما إذا أذن للمرتهن فى قبض الرهن ثم رجع عن الإذن و مسألة ما إذا أذن له ثم جن الراهن أو أغمى عليه و قال لو خرس الراهن فإن كان لا- يحسن الإشارة و لا- الكتابة لم يجز للمرتهن قبضه لأنه يحتاج إلى رضاه و لا طريق له إلى ذلك فالأحكام الأولى تدل على لزوم الرهن بمجرد العقد و أن القبض واجب على الراهن و قوله

فى مسألة الأخرس ينافى ذلك كما سيأتى بيان ذلك فى الفصل الخامس و لو لم يكن لازماً من طرف الراهن لانتفت فائدته و إنما جاز من قبل المرتهن لأنه يسقط حق نفسه و لا كذلك الراهن قالوا و ليس له نظير فى العقود إلا الكتابة المشروطة عند الشيخ فإنها عنده (ره) جائزة من قبل العبد خاصة و يناسبه عقد الفضولى من أحد الجانبين و كان القرض نظيراً له إذا قلنا أنه لازم من طرف المقرض جاز من طرف المقرض إذا قلنا بأن له أن يرد العين فى القيمي و يجب على المقرض القبول كما هو مذهب جماعة (قوله) (فإن أدى أو أبرأ أو أسقط المرتهن حقه من الرهن كان له أخذه من المرتهن)

من لوازم اللزوم عدم جواز الانتزاع إلا بأن يؤدى الراهن الدين أو يبرئه المرتهن أو يسقط هو أى المرتهن حقه من الرهن فإنه حينئذ يجوز له الانتزاع و فى حكم تأدية الراهن ما إذا تبرع عنه متبرع بذلك أو إذا ضمنه ضامن مع قبول المرتهن أو حوله هو به و فى حكم إبراء المرتهن الإقالة المسقطه للثمن المرهون به أو الثمن المسلم فيه المرهون به و معنى إسقاط المرتهن حقه من الرهن فسخه لعقد الرهانة لجوازه من قبله و يبقى الكلام فيما لو أقبضه البعض أو أبرأه هو منه فهل يكون حكمه حكم ما لو قبض الجميع أو أبرأ منه فيبطل الرهن بسقوط جزء ما من الدين و إن قل كما هو مختار المصنف فيما يأتى من الكتاب أو يبقى الرهن بأجمعه ما بقى من الدين جزء كما هو خيرة المبسوط مدعيًا أنه إجماع كما ستسمع إن شاء الله تعالى (قوله) (و لا يجب على المرتهن دفعه إلّا بعد المطالبة به و يبقى أمانه فى يده)

كما هو الشأن فى كل حق كان ثبوته فى اليد بإذن شرعى كالمستأجر و حينئذ يبقى أمانه مالكية لا شرعية لأنه مقبوض بإذن المالك و قد كان وثيقه و أمانه فإذا سقطت الوثيقة بقيت الأمانة فيصير بمنزلة الوديعة لا بمنزلة ما إذا أطارت الريح ثوبا إلى دار إنسان حيث يلزمه رده على مالكة ابتداء أو إعلامه به و هذا و نحوه مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧٧

[الفصل الثانى فى المحل]

إشارة

(الثانى) المحل و شروطه أربعة أن يكون عيناً مملوكة يصح قبضه للمرتهن و يمكن بيعه (١) فلا يصح رهن المنافع (٢) و رهن المدبر إبطال للتدبير على رأى (٣)

هو المعبر عنه بالأمانة الشرعية حيث إن الشارع جعله أمينا عليه دون المالك لأن المالك لم يرض بكونه فى يده و نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب إلى أنه إذا قضاه يكون مضمونا و إذا أبرأه ثم تلف الرهن فى يده لا يضمنه استحسانا و هو تحكم بل ينبغى العكس فإنه مع القضاء يكون المالك عالماً بانفكاك ماله فإذا لم يطالب به فقد رضى ببقائه أمانه و أما الإبراء فقد لا يعلم به الراهن قال فى (التذكرة) و ينبغى أن يكون المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين و لم يعلم الراهن أن يعلمه بالإبراء أو يرد الرهن عليه لأنه لم يتركه عنده إلا على سبيل الوثيقة بخلاف ما إذا علم به لأن قد رضى بتركه فى يده (قوله) (الثانى المحل و شروطه أربعة أن يكون عيناً مملوكة يصح قبضه للمرتهن و يمكن بيعه)

كما صرح بذلك كله فى (الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللمعة) و صرح فى (الغنية و السرائر و جامع الشرائع و كنز العرفان) و غيرها باشتراط كونه عيناً يمكن بيعه و قد يلوح من الأولين الإجماع على الأمرين حيث حكى الخلاف فيهما فى القبض و لم يحكيهما فيهما و ستسمع عند التفريعات الإجماعات و النزاعات و الشهرة و المراد بكون الرهن مملوكاً ما هو أعم من ملك الأصل و المنفعة كالمستعار و هذه الشرائط ليست على وتيرة واحدة فمنها ما هو شرط الصحة و هو ما عدا المملوكية

فإنها شرط اللزوم باعتبار رهن ملك الغير و لا يضر لأنها شروط في الجملة و لأن المملوكية المطلقة من شروط الصحة و صدوره عن المالك أو إجازته من أسباب اللزوم فصح التفريع على الأمرين
(قوله) (فلا يصح رهن المنافع)

إجماعاً كما في (المسالك) و قد يظهر من جماعة لكنه في (المختلف) صرح بوجود المخالف و لم يسمه و لم نجده لأحد من الخاصة و العامة في التذكرة و الخلاف و لعله أشار إلى ما ذهب إليه جماعة من صحة رهن خدمة المدبر كما ستسمع لأن الدين إن كان مؤجلاً فالمنافع تتلف إلى حلول الأجل فلا تحصل فائدة الرهن و إن كان حالاً فيقدر ما يتأخر قضاء الدين يتلف جزء من المرهون فلا يحصل الاستيثاق و لأن المنافع لا يصح إقباضها إلا بإتلافها فكان عدم الصحة متجهاً على القول باشتراط الإقباض و بدونه و تأمل فيه الشهيد الثاني في حاشيته على الروضة بأن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط بل منه أو من بدله و لو بيعه قبل الاستيفاء كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله و المنفعة يمكن جواز ذلك فيها بأن يؤجر العين و يجعل الأجرة رهناً و قريب منه القبض لإمكانه بتسليم العين ليستوفى منها المنفعة و يكون عوضها رهناً ثم قال إلا أن يقال إن ذلك خروج عن المتنازع إذ لا كلام في جواز رهن الأجرة إنما الكلام في المنفعة نفسها و الفرق بينها و بين ما يتسارع إليه الفساد إمكان رهنه و المانع عارض (قلت) الفرق بينهما أن الإذن في البيع معلوم بقرينة ظاهرة و هو قصد كل منهما حفظ ماله إلا أن تقول إن ذلك جار فيما نحن فيه فليتأمل و قوله و المانع عارض لا وجه له لأن المقتضى للفساد فيما يتسارع إليه الفساد موجود وقت الرهن و لا كذلك الحال في الحنطة إذا تعفت فإنه يجب بيعها و جعل الثمن رهناً قطعاً كما في الإيضاح كما ستسمع و قال في (التذكرة) و إنما جعل تسليم العين قبضاً في الإجارة لمكان الحاجة إلى المنافع و لا حاجة إلى رهن المنافع و أن قبض العين ليس قبضاً تاماً في الإجارة
(قوله) (و رهن المدبر إبطال لتدبيره على رأى)

موافق (للشرائع و التذكرة و الإرشاد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧٨

.....

و شرحه لولده و التحرير و المختلف و التلخيص و اللمعة و حواشى الكتاب و غاية المرام و جامع المقاصد و في (المسالك) نسبته إلى الأ-كثر و هى فى محل النظر إلا- أن يراد أكثر المتأخرين نعم فى (المبسوط و السرائر) إذا دبر عبده ثم رهنه بطل التدبير لأن التدبير وصية و رهنه رجوع فيها و إن قلنا إن الرهن صحيح و التدبير بحاله كان قويا لأنه لا دليل على بطلانه فعلى هذا إذا حل الأجل فى الدين و قضاء المدين من غير الرهن كان جائزاً و إن باعه كان له ذلك و فى (الخلاف) إذا دبر عبده ثم رهنه بطل التدبير و صح الرهن إن قصد بذلك فسخ التدبير و إن لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح الرهن و استدلل بعدم الخلاف و الإجماع على أن التدبير بمنزلة الوصية قال و الوصية له الرجوع فيها فكذا التدبير و قال فأما إذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه إلى أن قال و إن قلنا إن الرهن صحيح و التدبير بحاله كان قويا انتهى لكنه فى (الدروس) قد نسب إلى أكثر القدماء أنه لا ينقض تدبيره لو باعه أو وهبه و لما ينقض تدبيره و هو كذلك فعن الحسن أنه قال يبيع خدمته أو يشترط عتقه على المشتري فيكون الولاء له و عن أبى على أنه يبيع خدمته مدة الحياة و قال الصدوق فى (المقنع) أنه لا يصح بيعه إلا أن يشترط على المشتري إعتاقه عند موته و قال المفيد فى (المقنعة) إذا باع و مات تحرر فلا سبيل للمشتري عليه و قال الشيخ فى (النهاية) أنه لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره إلا أن يعلم المشتري أن البيع للخدمة قال فى (الدروس) و تبعه على ذلك جماعة قلت منهم صاحب الجامع و قد يفهم ذلك من الوسيلة و حكى فى الدروس عن الحلين إلا- الشيخ يحيى أنهم على بطلان التدبير بمجرد البيع و عن ابن إدريس أنه حمل بيع الخدمة على الصلح مدة حياته و عن الفاضل أنه حمل بيعها على الإجارة مدة فمده قال و قطع المحقق ببطلان بيع الخدمة لأنها منفعة مجهولة و الروايات مصرحة بها و أن

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته و عورضت برواية محمد بن مسلم هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أعتقه و أوجب بحمل البيع على الرجوع قبله توفيقاً و الجهالة فى الخدمة غير قاذحة لجواز استثناء هذا من القواعد المرعية على أن المقصود من البيع فى جميع الأعيان هو الانتفاع و لا- تقدير لأمدته فالعمل على المشهور و تخريجه على تناول البيع الرقبة و يكون كمشروط العتق باطل بتصريح الخبر و الفتوى بتناول البيع الخدمة دون الرقبة انتهى و هذا و إن كان فى البيع و الهبة إلا أنهما إذا كانا لا يبطلانه أى التدبير فالرهن بالأولى أن لا يبطله و استوجه المصنف فى تدبير التحرير عدم بطلانه بالرهن و كأنه مال إليه فى الروضة و لعله متوقف فيه فى المسالك و فى (مجمع البرهان) الظاهر الصحة فى الرهن و عدم إبطاله التدبير لعموم أدلة الرهن و جواز التصرف فى المدبر و لكن لما لم يكن بينه و بين الرهن منافاة فالظاهر إبقاؤه موقوفاً فإن بيع فى الدين بطل تدبيره و إن لم يبع بقى مدبراً و يؤيده أنه لو كان بينهما منافاة لزم عدم صحة الرهن لوجود التدبير قبله و على تقدير بطلان التدبير بالرهن إنما يبطل بعد إتمام الرهن و صحته و هو غير معلوم الصحة هنا لورود العقد على المدبر الذى لا يجتمع رهنه مع تدبيره و لأجل هذا قيل بعدم صحة بيعه إلا بعد إبطال التدبير على أن البطلان بعد تمام الرهن لا ينفع لوقوع الصيغة على المدبر إلا أن يقال يبطل قبل الصيغة أنا ما كما فى العبد المأمور بعتقه و لكن إنما قيل بذلك هنا للضرورة و هى مفقودة هنا لعدم النص و الإجماع و سيأتى فى رهن البائع ما له خيار فيه أن الفسخ يحصل بالقصد المقارن و قد ذهب جماعة فى باب القصاص إلى أن العبد المدبر إذا قتل عمداً و اختار أولياء المقتول استرقاقه أنه لا يبطل تدبيره و الذاهب إلى ذلك المفيد فى المقنعة و الشيخ فى النهاية و التهذيب و المصنف و الفاضل الهندى و حكى عن الكاتب و الصدوق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٧٩

فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأى (١)

و لهم على ذلك أخبار لكن الأكثر على بطلان تدبيره (و حجة) القائل بالبطلان أن التدبير من الصيغ الجائزة كالوصية فإذا تعقبه الرهن أبطله كما لو تعقبه غيره من العقود كالبيع و الهبة لكون ذلك رجوعاً عنه لأن الغرض من العقود المملكة ملك من انتقل إليه و لا يتم إلا بالرجوع و الغرض من الرهن استيفاء الدين من قيمته فهو مناف للتدبير و بنى فى (جامع المقاصد) القولين على أن التدبير هل هو عتق بصفته أو وصية بالعتق فعلى الأول لا- يبطل و على الثانى يبطل و هذا غير مستقيم على مذهبننا لإجماعنا كما فى (الخلافة و المسالك) و ظاهر السرائر على جواز الرجوع بالتدبير فيكون وصية و إنما بنى هذا البناء أصحاب الشافعى و نقل فى (الكفاية) فى المسألة أقوالاً ثلاثة القول بصحة الرهن و أن رهن رقبته إبطال لتدبيره و القول بعدم الصحة و القول بأن التدبير مراعى بفكه فيستقر أو يأخذه فى الدين فيبطل انتهى و القول بعدم الصحة لم نعرفه و لا نقله أحد إلا ما سمعته فى عبارة الخلافة على بعض الوجوه و هو ما إذا لم يقصد الفسخ و صاحب الكفاية أطلق و تعبيره عن القول الثانى أعنى صحة الرهن و التدبير بأن التدبير مراعى إلى آخره غير جيد فإنه تعبیر باللازم هذا و فى (النهاية و المقنعة و المبسوط) أنه إذا دبر الراهن المملوك كان باطلاً- قال فى (المبسوط) لأنه ليس له التصرف فيه و فى (المختلف) أنه لا يبطل و لعل غرض المصنف من ذكر هذه المسألة هنا إنما هو باعتبار ما بعدها

(قوله) (فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأى)

موافق للشرائع و التذكرة و المختلف و غاية المرام و المسالك و مجمع البرهان) و نسبه فى (الإيضاح) إلى من عدا الشيخ فى النهاية قال ذهب الشيخ فى النهاية إلى انصراف البيع و الرهن إلى منافعه فعلى هذا لو شرط رهن الخدمة صح عند الشيخ رحمه الله و لم يصح عند الباقيين انتهى (قلت) كلامه منظور فيه لأن الشيخ فى النهاية لم يتعرض لرهن المدبر لا فى الرهن و لا فى التدبير و إنما تعرض لبيعه كما سمعت و قد عرفت أن جماعة وافقوه على ذلك و أن الشهيد نسبه فى تدبير الدروس إلى المشهور تارة و إلى الأكثر أخرى ثم قال إن الخبر و الفتوى صريحان فى تناول البيع للذمة و قد ذكروا ضابطه و هى أن ما صح بيعه جاز رهنه ذكرها الشيخ و

المصنف في (الخلاف و الميسوط و التذكرة) و الشهيد في قواعده فكان هؤلاء موافقين للشيخ في (النهاية) في صحة رهن الخدمة و لهذا قال الشهيد في (الدروس) في المقام إن خدمة المدبر يصح رهنها وفاقا لجماعة و قد سلف انتهى و أشار إلى أكثر القدماء بقوله جماعة كما عرفت و بعض متأخري المتأخرين أنكر القاعدة و الرواية الدالة على جواز بيع خدمة العبد و لم نجد من طعن في القاعدة صريحا غير المولى الأردبيلي قال ليس كل ما يجوز بيعه يجوز رهنه نعم العكس صادق و ستسمع في رهن الطير في الهواء تصريحهم بصدق الأصل و عدم صدق العكس عكس ما قال لكن سيأتي في رهن أم الولد و المرتد ما قد يناقش ذلك و عساك تقول من لم يصحح رهن الخدمة قائل بعدم صحة القاعدة (قلت) لا ملازمة قطعا إذ لعله لم يظفر بالرواية أو لا يقول بصحة بيع المنافع مطلقا و إن وردت به رواية لمنافاتها القواعد المرعية و ستعرف أن عباراتهم طافحة بهذه القاعدة في رهن الدين و غيره في مواضع ستسمعها إن شاء الله تعالى و أما الرواية فقد اعترف بها المحقق في الشرائع و المصنف في المختلف و غيرها ما قد سمعت أن الشهيد قال و الروايات مصرحة بها فكان هناك روايات و ليس ما يحكونه إلا كما يروونه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨٠

و لا رهن الدين (١)

و قد روى في (الهداية) عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل أعتق جاريته عن دبر أ يظوها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها مدة حياته قال أي ذلك شاء فعل فلا تصغ إلى ما في الحدائق من احتمال كونها من روايات العامة حيث لم يقف عليها بعد التتبع و خص المصنف منافع المدبر بالذكر لمكان الرواية و الخلاف و إلا فهي من جزئيات رهن المنافع و قد تقدم عدم جواز رهنها و وسط قوله و رهن المدبر إلى آخره تمهيدا لذلك و نحو ذلك ما في الشرائع فيكون قوله فلو شرط متفراغا على قوله و لا يصح رهن المنافع (قوله) (و لا رهن الدين)

كما في (الغنية و السرائر و الشرائع و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد) و كذلك النافع و التحرير و التبصرة و في (الكفاية) أنه المشهور إما لعدم جواز بيعه إن قلنا به أو لاشتراط القبض و عدم إمكانه فيه لأنه أمر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه و ما يقبض بتعيين المديون ليس نفسه و إن وجد في ضمنه و احتمال جوازه على هذا القول أعنى اشتراط القبض و الاكتفاء في القبض بما يعينه المديون بناء على صدق قبض الدين عليه عرفا كهبه ما في الذمة فرع وجود عموم في الأدلة يتناول ذلك إذ المتبادر من الأدلة قبض المرهون نفسه لا ما هو فرد من أفرادها و صدق القبض عرفا لا يستلزم القبض المتبادر من الأدلة فلم يتم ما احتمله في الدروس و الروضة من الصحة كهبه ما في الذم و أنه يجتري بقبض ما يعينه المديون و قد قال بها في (المسالك) و مال إليها في مجمع البرهان تمسكا بالإطلاق و التفاتا إلى ما ذكر و إن كان القبض شرطا و قد عرفت الحال في هذا الإطلاق و ستعرف أيضا أن هذا القول على إطلاقه محل نظر بل قد نقول بعدم صحة رهن الدين و إن قلنا بعدم اشتراط القبض كما هو خيرة الكتاب لا لأنه لا يصح بيعه كما قيل بل لعدم المنافاة بين عدم اشتراطه أي القبض و اعتبار كونه ماما؟؟؟ مضافا إلى الوقوف على ظواهر الأصول و عدم الاكتفاء في الخروج عنها بمجرد الإطلاق المتبادر منها غير ما نحن فيه و أما عمومات الوفاء بالعقود فتصرف إلى ما يتبادر من إطلاقات نصوص الرهن لأننا إذا لحظناها و لحظنا ما ورد في بعضها مما هو كالتعليل لشرعية الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل في أغلب أفراد ما نحن فيه حصل لنا الظن المعتد به بأن عقد الرهن لا يصح إلا فيما يمكن قبضه و إن لم نشترط إقباضه فمضمون العقد الذي يجب الوفاء به هو الصحيح الشرعي و الذي يكون المرهون فيه بنفسه مما يمكن قبضه كما سيأتي في نظائره من عدم لزوم الوفاء فيما لا يمكن قبضه و بيعه كالحر و شبهه فليتأمل و من هنا يندفع تعجب الشهيد من المصنف في الكتاب حيث قال بعدم اشتراط القبض و عدم صحة رهن الدين نعم لو كان قد صرح في الكتاب بالبناء المذكور في التذكرة لم يتجه الاعتذار عنه بما ذكرناه لكنه لا يعلم أن رأيه في الكتاب مبني على ما قاله في التذكرة قال فيها لا يصح رهن الدين إن شرطنا في الرهن القبض لأنه لا يمكن قبضه انتهى و قد يستدل

على عدم جواز رهن الدين بأن أخذ الرهن ليس إلا من جهة عدم الوثوق باستيفاء ما في الذمة فكيف يستوثق باستيفائه بمثله وفيه مع اختلاف الناس في القضاء والديون أنه لا يجري لو كان الدين المرهون على المرتهن نفسه فإن الاستيثاق حاصل كالتبض بناء على أن ما في الذمة مقبوض فلو وجد القائل بالفصل وقلنا إن ما في الذمة مقبوض وقلنا بتناول الإطلاقات الدالة على اشتراط القبض لهذا الفرد لكان القول به جيدا جدا ومن هنا مضافا إلى سابقه يظهر أن الاستناد إلى الإطلاقات في الجواز على الإطلاق أي حتى لو كان الدين المرهون على غير المرتهن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨١

ولا - ما لا يملك فيقف على الإجازة ولو ضمه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على إجازة المالك (١) ولا رهن ما لا يصح تملكه كالحشرات (٢) ولا ما لا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلما كالخمر (٣) وإن كان المرتهن ذميا أو الراهن عبد المسلم وإن وضعها على يد ذمي على رأى (٤)

مع اشتراط القبض في محل التأمل

(قوله) (و لا ما لا يملك فيقف على الإجازة ولو ضمه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على إجازة المالك)

كما في (الشرائع والنافع والتذكرة والإرشاد والتحرير والتبصرة والدروس واللمعة) وغيرها إذ المعروف المشهور بين الأصحاب جريان العقد الفضولي في سائر العقود وقد عرفت المخالف في ذلك في باب البيع والشيخان في (المقنعة والنهاية) نصا في المقام على بطلان الرهن فيما لا يملك ولذلك نسب الحكم هنا في الكفاية إلى المشهور وقال في (الروضة) أنه يصح على أشهر الأقوال و قال في (مجمع البرهان) قد مر في باب البيع التأمل في دليله ويزيد هنا عدم الدليل على جواز الفضولي في الرهن إلا القياس على البيع والشراء أو عدم القائل بالفرق إن صح (وفيه) أنه ليس من القياس في شيء إذ ليس المراد بالعقود في الكتاب والسنة العقود الصادرة عن مباشرة الملاك وإلا لم يدخل عقد ولي ولا وكيل بل المراد التي يرتضونها هم أو أولياؤهم ويستوى فيها الرضا السابق بالتوكيل أو المقارن أو المتعقب بالإجازة وبه يظهر معنى قوله تعالى إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و ليس معنى التجارة مجرد العقد (والحاصل) أنا ندعى استقامة السيرة على العقود الفضولية وفيما دل على صحة نكاح الفضولي من إجماع وأخبار أئمة شاهد على ثبوتها في باقي العقود وكذلك الأخبار الواردة في اقتراض الوصي غير الملى مال الصبي ليتجر به وأخبار الخمس من تحليل المناكح والمسكن إلى غير ذلك من إجازة صاحب المال المجهول مالكة الذي تصدق به عنه واللقطة إلى غير ذلك مما مر بيانه في باب البيع وقد يستشكل في الصحة مع الضميمة إذا جهل المرتهن بالحال ولم يجز المالك على القول باشتراط تعيين المرهون وعدم صحة ما فيه جهالة وكذلك على القول بعدم الاشتراط والاكتفاء بالتميز في الجملة لعدم التمييز في المسألة وهو إشكال واه فاسد كما تقدم بيانه في باب البيع ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان الرهن واحدا مشاعا بينهما أو كان قد رهن ملكين صفقة أحدهما له والآخر لصاحبه

(قوله) (و لا رهن ما لا يصح تملكه كالحشرات)

وما لا - منفعة فيه كفضلات الإنسان وأشباهاها مما لا يعد ملكا للإجماع المحكى في (المبسوط) على عدم صحة بيع ذلك كما أوضحناه في باب المكاسب وبين المراد من الحشار وكذلك الحر لا يصح رهنه إجماعا عند مسلم وكافر من مسلم وكافر إذ لا شبهة في عدم ملكه

(قوله) (و ما لا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلما كالخمر)

والخنزير إذ لا - خلاف في عدم صحة رهنهما إذا كان الراهن مسلما وكذا إذا كان المرتهن كذلك ولم يضعهما عند ذمي كما ستعرف

(قوله) (وإن كان المرتهن ذميا أو الراهن عبد المسلم (أو الرهن عبداً لمسلم خ ل) أو الرهن عبد المسلم (خ ل) وإن وضعها على يد ذمي على رأى)

أشار إلى ما قاله الشيخ في (المبسوط و الخلاف) قال إذا استقرض ذمي من مسلم مالا و رهن بذلك خمرا يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها و أتى بثمنها جاز له أخذه و لا يجبر عليه و زاد في (الخلاف) أن له أن يطالب بما لا يكون ثمن محرم هذا كلامه في الكتابين و لم يحتج بشيء مما ذكره له من أن حق الوفاء إلى الذمي فيصح كما لو باعه و أوفاه ثمنه لكنه مستنبط من كلامه و الفرق واضح لأن الرهن يتول إلى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨٢

و لا الأرض المفتوحة عنوة و يصح رهن الأبنية و الأشجار فيها (١) و لا رهن الطير في الهواء

بيع الحاكم بخلاف المبيع فإنه يبيعه الذمي و لذلك أطبق من تأخر عنه ممن تعرض للفرع المذكور على خلافه كابن إدريس على ما حكاه عنه في تخليص التلخيص و المحقق و المصنف في كتبه و ولده و الشهيدان و المحقق الثاني و الصيمري و المقدس الأردبيلي و غيرهم و ستعرف الحال في رهن العبد المسلم أو المصحف عند كافر على يد مسلم و قد عطف المصنف يان الوصلية للتنبه على اندراج هذه المسائل التي هي في محل الخفاء في إطلاق قوله و لا ما لا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلما فإن كون المرتهن ذميا قد يتخيل بسببه صحة الرهن لأن مقصوده عائد عليه و ليس كذلك لأن الرهن إنما يصح إذا كان للراهن سلطنة ملك على الرهن أو ما في حكمه كالمستعار و كذلك لو كان الراهن عبداً لمسلم و هو ذمي فإن يده يد مولاه و كذا لو وضع المسلم الخمر على يد ذمي لأن الذمي حينئذ وكيل المسلم فيده يده و في بعض النسخ أو الرهن عند المسلم بحذف ألف الراهن و قراءة عند بالنون لكن في هذه العبارة حينئذ قبح إذ ليس هذا فردا خفيا فإن جعل الخمر مرهونة عند المسلم ليس أخفى ليعطف على المعطوف يان و لو ضم إليه وضعها على يد ذمي لوجب إسقاط إن الأخرى و لو أنه قال و إن كان المرتهن ذميا و الرهن عند المسلم على يد ذمي إلى آخره لكان أولى كذا قال في (جامع المقاصد) و نحوه ما حكى عن ابن المتوج و المناسب في مقابلة كلام الشيخ أن يقرأ الراهن عند المسلم بإثبات ألف الراهن و نون عند لكن يرد عليه ما ذكر أخيرا و هو سهل و قد يرشد إليه قوله على رأى و قد يكون عائدا إلى الجميع (قوله) (و لا الأرض المفتوحة عنوة)

كما في (المبسوط و الخلاف و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و التذكرة و الدروس) و غيرها مع التعبير في أكثر هذه بأرض الخراج و لعله ليشمل الأرض التي صولح أهلها على أن تكون ملكا للمسلمين و ضرب عليهم الخراج و قد استوفينا الكلام في ذلك في باب البيع بما لا مزيد عليه و هذا يصح تفريعه على الثاني لعدمه و احتمال كونه من باب بيع ما يملك و ما لا يملك مردود بانتفاء العلم و القدرة مع عدم إمكان الإجازة و تفريعه على الرابع لعدمهما أى العلم و القدرة (قوله) (و يصح رهن الأبنية و الأشجار فيها)

كما (في الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و مجمع البرهان) مع التقييد في الأربعة الأخيرة بما إذا لم يكن البناء معمولا- من ترابها و إليه أشار في (المبسوط) في أرض الوقف و قد يقال بالجواز في ذلك كما هو ظاهر إطلاق الباقي عملا بما استمرت عليه السيرة من بيع الأباريق و الجحلات و الجوب و السبح الحسينية على مشرفها السلام و غير ذلك مما يعمل من ترابها فتأمل و ظاهر العبارة و ما كان نحوها كصريح التذكرة و التحرير أن الأرض لا يصح رهنها معهما فإن فعل جاء حكم تبعض الصفقة مع أنه في بيع التذكرة و الكتاب جوز بيعها معهما و لا أجد فرقا إلا أن الآثار قد تزول قبل حلول أجل الدين فلا يصح بيع الأرض فتأمل أو أن الأخبار هناك دلت بظاهرها على جواز بيعها مطلقا فنزلت على ما إذا تصرف فيها بهما و لم يرد هنا شيء من الأخبار لكن ذلك لا يصلح للفرق لأن ما جاز بيعه جاز رهنه و قد بينا في باب البيع أنه يجوز بيعها بالتبع و استوفينا الكلام في ذلك الباب بما لم

يوجد في كتاب وفي (الدروس) لو قلنا بملكها تبعا لهما جاز رهنها و هو خيرة المسالك

(قوله) (و لا رهن الطير في الهواء

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨٣

و لا السمك في الماء (١) و لا العبد المسلم أو المصحف عند الكافر فإن وضعهما (وضعا خ ل) على يد مسلم فالأقرب الجواز (٢) و كذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره (٣) و لا رهن الوقف (٤)

و لا السمك في الماء)

كما (في الشرائع و الإرشاد) و في حواشي الكتاب إذا جرت عادة الطير بالرجوع إلى البرج يصح رهنه و كذا السمك في الماء إذا كان مملوكا محصورا و قبضه ممكن و نحوه ما في جامع المقاصد و المسالك و تمام الكلام في باب البيع و لعل هذا منهم مبنى على اشتراط القبض و لو لم يشترط القبض أمكن القول بالصحة مطلقا لعدم المانع و توهم تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحته ببعه يندفع بإمكان الصلح عليه و كليه ما صح ببعه صح رهنه ليست منعكسه كليا عكسا لغويا و قد تقدم مثله في الدين فليتأمل

(قوله) (و لا العبد المسلم أو المصحف عند الكافر و إن وضعهما على يد مسلم فالأقرب الجواز)

و في (المبسوط و الشرائع) أنه أولى و نحو ذلك ما في الإرشاد و شرحه لولده و الإيضاح و الدروس و اللمعة و حواشي الكتاب و غاية المرام و الروضة و استحسنة في المسالك و استظهره في مجمع البرهان و قال فخر الإسلام في (شرح الإرشاد) و الشهيد في حواشي الكتاب إلا أن يكون المرتهن و كيلا في البيع فإنه لا يصح و لم يرجح في التحرير و حكي المنع من ذلك في المختلف عن بعض علمائنا و قال إنه أولى و هو ظاهر ابن الجنيد حيث قال فيما حكى عنه و لا أختار أن يرهن الكافر مصحفا و لا ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيرا من الأطفال و منع في (التذكرة) من رهنهما عند الكافر و قضيته الإطلاق بقريته ما ذكره من طريقي الشافعي فيكون مخالفا للكتاب و قد استوفينا الكلام في باب البيع (حجة القول بالجواز) أن المقتضى موجود و المانع مفقود إذ لا مانع إلا الكفر و هو إنما يمنع إذا استلزم ثبوت سبيل له لكنه لا يستلزم ذلك إذ الرهن ليس بتملك و لا يستلزم استحقاق تملك و إنما يستلزم منع المالك عن التصرف و ذلك لا يستلزم سيلا للغير لأنه ممنوع أيضا و يستلزم إيفاء دينه من ثمنه و لا ريب أنه يجوز إيفاء دين الكافر من ثمن المصحف و العبد و يستلزم أن يباع في دينه و البائع هو الوكيل و الحاكم و على كلا التقديرين هو ليس بسبيل كما لو مات و لم يخلف غيرهما أو حجر عليه لدين الكافر و ليس له سواهما و قد أشكل الفرق على صاحب الحدائق و شيخنا صاحب الرياض بين ما نحن فيه و بين ما إذا رهن الدمى الخمر عند المسلم على يد ذمي و الفرق واضح كما أشرنا إليه آنفا لأن الرهن يثول بالأخرة إلى بيع الحاكم و لا يجوز له أن يبيع الخمر و له أن يبيع المصحف و العبد المسلم و في (المبسوط) أن أحاديث النبي و أهل بيته صلى الله عليهم بمنزلة المصحف و في (التحرير) أن الأقرب كراهية رهن الأحاديث و كتب الفقه و لا بد أن يلحظ المقام في باب البيع و في رهن السلاح من الحربى احتمالان

(قوله) (و يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره)

نه بذلك على أقاويل للعامه في ذلك ذكرها في التذكرة

(قوله) (و لا رهن الوقف)

و إن اتحد الموقوف عليه للمنع من صحته ببعه أو لعدم ملكه أو تمام ملكه و على تقدير جواز بيعه على بعض الوجوه فإن بعضه لا يتعدى بثمانه عن شراء وقف على بعض الآراء و ما يباع للحاجة قد يتطرق إليه في وقت الاحتياج إلى بيعه عدمها فلا يكون مقصود الرهن حاصلا و لعله لذلك أطلق من تعرض له كالمحقق في الشرائع و المصنف في التحرير و التذكرة و الشهيد في الدروس و إطلاق كلامهم في الوقف يعطيه و لو قلنا إنه يباع و لا يجب إقامة بدله كما إذا بيع لخوف تلفه مع شدة حاجة أهله كما هو مذهب بعضهم

كالمفيد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨٤

و لا المكاتب (١) و إن كان مشروطا و في رهن أم الولد في ثمن رقبته مع إيسار المولى إشكال (٢) و مع يساره أشكال (٣)

و السيد و الشيخ في النهاية و أبى يعلى أمكن رهنه و قد استوفينا الكلام في ذلك في باب البيع بما لم يوجد في كتاب
(قوله) (و لا المكاتب)

عند علمائنا سواء كانت مشروطة أو مطلقة لأنها عقد لازم لا- يمكن استيفاء الدين منه لأنه لا يصح بيعه كما ذكر ذلك كله في
(التذكرة) و قال نعم لو كانت الكتابة مشروطة و عجز فإنه يصح رهنه لأن للمالك حينئذ فسخ الكتابة و قد يكون الرهن فسحا لها قلت
و قد مر نظيره في المدبر فتدبر

(قوله) (و في رهن أم الولد في ثمن رقبته مع إيسار المولى إشكال)

نسب في (الإيضاح و حواشى الكتاب) للشهيد إلى الأصحاب المنع من رهن أمهات الأولاد و ظاهرهما الإجماع على ذلك و لعلهما
فهما ذلك من اشتراطهم في الرهن أن يكون مما يجوز بيعه و هو محل تأمل و لم أجد من صرح بذلك أى المنع من رهن أمهات
الأولاد مطلقا غير ابن سعيد في جامع الشرائع و المصنف في التذكرة و قد يظهر ذلك من السرائر و هو خيرة الإيضاح و جامع المقاصد
و لم يتعرض لذلك في المقنعة و المراسم و النهاية و الخلاف و الوسيلة و الجواهر و غيرها بل قد يظهر من موضعين من المبسوط و
كذا الغنية الجواز على الإطلاق كما حكى عن أبى على و قد نفى عنه البعد في المختلف و قال في (جامع المقاصد) إن فيه قوة و
اختير الجواز في ثمن رقبته مع إيسار المولى في (التحرير و الدروس) و المنع كذلك بل مطلقا كما عرفت في الإيضاح و جامع
المقاصد حجة المنع و إن جاز بيعها حينئذ الإجماع الظاهر من الفخر و الشهيد كما سمعت و أنه يجوز إيسار المولى فيمنع البيع فتنفى
فائدة الرهن كما هو الشأن في رهن الوقف عند الاحتياج كما مر لأن دوام التمكّن من البيع شرط في الرهن و إلا كان كعدمه فتأمل
فكانت «١» الأولوية التي استند إليها في (الدروس) في الجواز و جعلها غيره أحد وجهى الإشكال ممنوعة لعدم اطراد الكلية «٢» في
المقام و أما جواز البيع و إن كان الأصل عدمه لانقطاع أصل الجواز عندنا قطعاً فلأن المقتضى موجود و المانع بالإيسار للإجماع
مفقود و لا كذلك الرهن لعدم العلم بفقد المانع لعدم تحقق معقد الإجماع و هو الإيسار الذى هو علة لارتفاع المانع و لا يلزم من
ذلك أن لا يجوز رهن المرتد عن فطرة و الجانى لبقاء المالىة فيهما كما ستسمع و إطلاق عبارة الكتاب و غيرها يقتضى عدم الفرق
بين حياة مولاها و موته

(قوله) (مع يساره أشكال)

لامتناع البيع حينئذ فيكون جواز الرهن حينئذ أبعد و لذلك جزم في الدروس هنا بعدم الجواز و قال في (التحرير) لو جوزنا رهنها
مطلقا لم يجز بيعها ما دام ولدها حيا و بنى في (الإيضاح) هذه المسألة على أن صحة الرهن هل هي مشروطة بإمكان البيع بالفعل دائما
أو إمكانه في الجملة قال و الحق الأول فلا يجوز رهن أم الولد هنا قطعاً و جعل إشكال المصنف مبني على الوجه الثانى قال و على
الثانى و هو مراد المصنف منشأ الإشكال أن الرهن ليس بإخراج عن الملك و لجواز الإيسار و جواز موت الولد و ليس من لوازم
الرهن البيع قطعاً و من حيث إن الرهن أثره إمكان استيفاء الدين منه أو من ثمنه و لا- يمكن إلا- بالنقل عن ملك الراهن إلى غيره و
كونها أم ولد مضاف له لا يمكن اجتماعه معه و امتناع

(١) يعنى إذا جاز بيعها كان رهنها أولى (منه طاب ثراه)

(٢) أى كل ما جاز بيعه جاز رهنه (منه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨٥
و فى غير الثمن أشد إشكالا و يصح رهن ذى الخيار لأيهما كان (١)

الاجتماع مع اللازم أى البيع يستلزم امتناعه مع الملزوم أى الرهن و كونها أم ولد ثابت فينتفى أثر الرهن إلى آخر ما قال و فى البناء المذكور نظر لأنه قد توجه منشأ الإشكال مع قطع النظر عن البناء المذكور فمنشأ الصحة أن الرهن ليس بيعا و قد لا يفضى إلى البيع فلا- يجب الحكم ببطلانه فيما لا- يصح بيعه أصلا لإمكان حصول الفائدة منه و هى معنى التوثق بوجه آخر فإن المالك إذا صار محجورا عليه فى ماله بحيث يمنع من نحو العتق مثلا كان ذلك سببا باعثا له على أداء الدين و زوال الحجر و أما وجه العدم فواضح لكن يضعف وجه الصحة بأن المقصود الأصلي من الرهن استيفاء الدين من قيمته فلا بد فيه من صلاحيته لذلك لأنه معرض لذلك و إن كان قد يحصل الأداء بوجه آخر و قال الشهيد فى حواشيه فى قوله أشكل نظر لأن أفعل التفضيل لا يبنى من رباعى إلا ما شد نحو ما أعطاه و ما أكرمه (قلت) مذهب سيويه و هو الرئيس أن بناء أفعل التفضيل من أفعل مقيس و قد قالوا هو أعطاهم للدراهم و أولاهم للمعروف و أكرم لى من زيد و هذا المكان أفقر من غيره و فى المثل أفلس من ابن المذلق و قد استعمل فى الرباعى من غير باب أفعل كما فى النبوى فهو لما سواه أضيع
(قوله) (و فى غيره أشد إشكالا)

وجه الإشكال ما ذكرناه أو ما ذكر فى الإيضاح من إمكانه بالفعل أو بالجملة و جزم فى (الدروس) بأنه لا يجوز رهنها فى غير ثمنها موسرا كان المولى أو معسرا و وجه الشدة أن إمكان البيع ثم أقرب
(قوله) (و يصح رهن ذى الخيار لأيهما كان)

و قال فى (الشرائع) يصح الرهن فى زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشتري أو لهما لانتقال المبيع بنفس العقد و نحوها عبارة للمعة و قد حملها فى الروضة على خلاف المراد منها و قال فى (الدروس) رهن ذى الخيار جائز و يكون من البائع فسحا و من المشتري إجازة عند الفاضلين فمراده بذى الخيار صاحب الخيار على الظاهر و ظاهر نسبه ذلك إلى الفاضلين التأمل فى ذلك لكنه يحتمل أنه متأمل فى الطرفين أو فيما إذا كان من طرف البائع و الظاهر الثانى لأنه لا تأمل فى أن تصرف المشتري فيما له فيه الخيار التزام و إجازة و كأنه لذلك قال فى (المسالك) لو كان الخيار للمشتري خاصة فلا إشكال و يكون الرهن مبطلا للخيار و لذلك أيضا نص فى التحرير على المشتري و سكت عن البائع و استشكل فيما إذا رهن الموهوب الذى يصح رجوعه فيه قال لو باع عبدا بالخيار له أو لهما فرهنه المشتري فى مدة الخيار جاز و عند الشيخ لا يجوز بناء على قوله بعدم الانتقال إلا بعد الخيار و لو رهنه المشتري فى مدة خياره لزم البيع إلى أن قال و كذا لو رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه هل يكون رجوعا إشكال انتهى و يأتى الكلام فى الموهوب عند تعرض المصنف له و فهم فى المسالك من الشرائع من التعليل أن الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك إليه و إن كان ثم خيار و استشكل فى جواز رهن المشتري لو كان الخيار للبائع أو لهما و إن قلنا بملكه لما فيه من التعرض لإبطال حق البائع قال و مثله بيعه و ما أشبهه من الأمور الناقلة للملك و قال و يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أو لهما و يكون فسحا للبيع و نحن نقول إذا رهنه البائع فإما أن يكون له الخيار خاصة أو للمشتري خاصة أو لهما و كذلك الشأن فيما إذا رهنه المشتري فإن كان قد رهنه البائع و الخيار له خاصة كان ذلك فسحا للقاعدة المشهورة بل المجمع عليها كما بينا ذلك فى باب الخيار و هل يصح الرهن حينئذ أو لا يصح لأن الشئ الواحد لا يحصل به (العقد خ ل) الرهن و الفسخ معا قولان أقواهما الأول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨٦
و رهن الأم دون ولدها الصغير و إن حرمتا التفرقة (١)

لأن المحصل للفسخ و الملك القصد المقارن فيحصلان قبيله كما هو المشهور كما بيناه فى آخر باب الخيار أيضا و منه يعرف ما إذا رهنه و الخيار لهما و ما إذا رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه و أما حيث يرهن البائع و الخيار للمشتري خاصة ففيه احتمالان الصحة فيكون كرهن مال الغير يتوقف على الإجازة و عدمها لأن المشتري قد يمضى فيفوت الوثوق الذى هو مقتضى الرهن فتأمل (و أما) إذا رهنه المشتري و الخيار له خاصة فلا ريب فى أنه إجازة و فى صحة الرهن كما لو وطئ أو أعتق أو باع و قد حكى على ذلك الإجماع جماعة و لم يتأمل فى ذلك أحد إلا المقدس الأردبيلي و الخراساني كما بيناه فى باب الخيار أيضا و أما إذا رهنه المشتري و الخيار لهما أو للبائع خاصة فيرشد إليه ما قالوه فى باب البيع من أنه لو باع المشتري أو وقف أو وهب فى مدة خيار البائع أو خيارهما لم ينفذ إلا بإذن البائع 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 شيء من هذه العقود مطلقا و لم يقل بذلك أحد منا فيما أجد و لو رهن غريمه المفلس عينه التى له الرجوع فيها قبله فالأجود المنع ثم عد إلى عبارة الكتاب و ظاهرها أن من ثبت له الخيار بالشركة أو الاستقلال يصح له رهن ما له فيه الخيار عند غيرهما أو عند أحدهما إذا أمكن و قد احتمل المحقق الثانى فى العبارة وجوها ثلاثة قال يمكن أن يكون المصدر مضافا إلى مفعوله و المعنى يصح رهن ما فيه الخيار فيكون الجار و المجرور متعلقا بيصح أى يصح ذلك لكل من ثبت له الخيار منهما فيكون المجرور فى خبر كان هو العائد و فيه تكلف لأن ذا الخيار هو صاحبه فيكون المصدر مضافا إلى فاعله أى يصح رهن صاحب الخيار ما فيه الخيار و متعلق الجار فى لأيهما محذوف و الجار و المجرور فى موضع الوصلية و كان فيه ناقصة هى صلة الموصول و التقدير و إن كان الخيار لأى المتعاقدين كان له و يمكن أن يكون متعلق الجار و المجرور محذوف على أنه حال من الخيار و التقدير و يصح رهن ذى الخيار ثابتا لأيهما الخيار كان و العائد فى الموضعين الضمير المجرور فى الخبر (قلت) لعل الأولى أولى إذ صدق ذى الخيار على ما فيه الخيار لا يرمى بالتكليف و الإنكار و أما الثانى ففيه من كثرة الحذف و التقدير ما لا يخفى و أما الثالث فلأن الحال من المضاف إليه لا تجوز إلا إذا اقتضى المضاف عمله أو كان جزء ما له أضيف أو مثل جزئه و الكل مفقود و إذا كان المراد بذى الخيار صاحب الخيار و إن كان المراد به ما فيه الخيار فلعله يكون من قبيل مثل الجزء كقوله جل شأنه (مَلَأَ إِبْرَاهِيمَ حَنِينًا) لكنه يشمل حينئذ ما لا يراد على أنه قد فر فى الوجه الأول من إرادة ذلك و قال فيه تكلف و قد يقال إن هناك وجها رابعا خاليا من كثرة الحذف و التقدير و التقدير و التأخير و هو أن يكون الجار صلة الخيار و كان تامة فيصير المعنى يصح رهن ما ثبت فيه الخيار لأحدهما (و فيه) أنه يشمل رهن عادم الخيار ما لصاحبه فيه الخيار مع أمور آخر فتدبر

(قوله) (و رهن الأم دون ولدها الصغير و إن حرمتا التفرقة)

هذا فرع على الرابع و قد حكى الإجماع على جواز رهن الجارية بدون ولدها الصغير فى التذكرة و الإيضاح و فى (التحرير) يجوز رهن الجارية و إن كان لها ولد صغير إجماعا انتهى و لا يحرم ذلك و إن حرمتا التفرقة لأن الرهن لا يعد تفرقة لأنه غير مزيل للملك و لا يمنعها الرهن من الرضاع فله أمرها بتعهد الولد و حضانتها كما أشير إليه فى المبسوط و غيره نعم إن قلنا بجواز بيعها مفردة بعد الرهن احتمال عدم جواز أفرادها بالرهن لأن ذلك يفضى إلى التفرقة المحرمة و قد تقدم فى باب البيع أن التفرقة محرمة بالنصوص و الإجماعات المحكية

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨٧

و حينئذ إما أن نبيع الأم خاصة و يقال تفرقة ضرورية (١) أو نقول بباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الأم (٢) فتقوم مفردة فإذا قيل مائة و منضمه فيقال مائة و عشرون بقيمة الولد السدس (٣) و يحتمل تقدير قيمة الولد منفردا حتى تقل قيمته فإذا قيل عشرة فهو جزء من أحد عشر

(قوله) (و حينئذ إما أن نبيع الأم خاصة و يقال تفرقة ضرورية)

أى حين رهنها منفردة لأن كان جائزا إذا حل الحق و أراد بيعها و قلنا بتحريم التفرقة فإن باع المالك فلا إشكال كما فى (الإيضاح) فى وجوب الضم و إن بيعت عليه جبرا احتمل أن يقال تفرقة ضرورية لأن علته جواز البيع الرهن و هو مختص بها (و فيه) أن الرهن اقتضى بيعها لا يبيعها منفردة و التفرقة محرمة بالنص فيجب بيع الولد معها من باب المقدمة لتوقف صحة البيع على عدم التفرقة فيكون استحقاق بيعها مستندا إلى الرهن و وجوب بيع الولد مستندا إلى تحريم التفرقة و لهذا ترك هذا الاحتمال فى (المبسوط و التذكرة و الدروس) و غيرها نعم جزم به فى التحرير و لعله منه بناء على جواز التفرقة لأننا إن لم نقل بتحريم التفرقة فإن باعها المالك فالأفضل جمعها فى البيع و يجوز الأفراد و إن بيعت عليه كما لو باعها الحاكم فى الدين بغير إذنه لتعذره منه مثلا ففى (الإيضاح) أنه يبيعها منفردة قطعا و يبيع فى عبارة الكتاب بالنون ليناسب قوله أو نقول و يتضح وجه التفرقة الضرورية و يحتمل أن يكون بالياء فيراد الحاكم أو الراهن أو المرتهن فتأمل

(قوله) (أو نقول يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الأم)

قال فى (المبسوط) يباعان معا فما قابل الجارية فهو رهن يكون المرتهن أحق به و هو الذى جزم به فى الدروس على التقدير المذكور أى تقدير تحريم التفرقة و قربه فى التذكرة و قواه فى جامع المقاصد (قوله) (فتقوم منفردة فإذا قيل مائة و منضمه فيقال مائة و عشرون بقيمة الولد السدس)

للتقويم على تقدير بيعها معا و اختصاص المرتهن بقيمة الأم ثلاثة أنحاء (الأول) ما ذكره المصنف هنا و احتمله فى (الإيضاح) و الدروس و جامع المقاصد) و هو قول الشيخ فى المبسوط حكاه عنه فى الدروس من أنها تقوم منفردة عن ولدها ذات ولد فتنتظر قيمتها منفردة لتعلق حق المرتهن بها لا بولدها و قيمتها مع الولد فما زاد على قيمتها حال الانفراد يكون للراهن و القيمة للمرتهن و هذا التقويم بعد البيع فإذا قيل قيمتها منفردة ذات ولد مائة و قيمتها و قيمة الولد مائة و عشرون فظاهر أن قيمة الولد سدس و هو العشرون لأنها سدس المائة و العشرون و كان الأولى للمصنف أن يقول فتقوم منفردة ذات ولد لأنها على تقديره نقل قيمتها لمكان اشتغالها بالحضانه كما أن الأولى أن لا يقول منضمه بل يقول قيمتها و قيمة ولدها لأن قيمتها منضمه مائة و تسعة و عشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من عشر جزء كما ستسمع (الثانى) أن يقوم كل واحد منهما وحده فتقل قيمة الولد لأنه يكون ضائعا يحتاج إلى من يربيه و يؤخذ من الثمن بالنسبة و لم يذكر فى التذكرة و التحرير غيره و هو الظاهر من المبسوط و قد سمعت ما فى الدروس و فى (الإيضاح) أنه الأصح و إليه أشار المصنف بقوله و يحتمل تقدير قيمة الولد منفردا إلى آخره و كان الأولى أن يقول و قيمة الأم منفردة كما أشرنا إليه و بيانه أنه إذا قيل بعد بيعها معا بمائة و عشرين و تقويمها بمائة منفردة إن قيمة الولد منفردا عشرة فقيمتها جزء من أحد عشر لأن المجموع إحدى عشرة عشرة و العشرة جزء الإحدى عشرة عشرة و قد زادت القيمة مع الانضمام عشرة فلا بد أن نجعلها أحد عشر جزءا فنأخذ من كل درهم جزءا فيحصل عندنا عشرة أجزاء فنأخذ جزءا من هذه الأجزاء العشرة و نضعه على حده فيبقى من هذه مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨٨

[فروع]

إشارة

فروع

[الأول يصح رهن المشاع و بعضه على الشريك و غيره]

(الأول) يصح رهن المشاع (١) و بعضه على الشريك و غيره

الأجزاء تسعة مجموعها درهم إلا جزءاً فإذا ضممناه إلى العشرة دراهم التي أخذنا من كل واحد منها جزءاً يحصل عندنا أحد عشر درهماً كل درهم ناقص جزءاً فنأخذ من هذه للعبد درهماً إلا جزءاً هو تسعة أجزاء و الباقي للأم و مجموعته تسعة تامه ثم يرجع إلى الجزء الذي وضعناه على حده فنقسمه أحد عشر جزءاً للولد جزء و الباقي للجارية فتكون قيمة الولد عشرة دراهم و تسعة أجزاء درهم و جزءاً من أحد عشر جزءاً من عشر درهم و قيمة الأم مائة درهم و تسعة دراهم و عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من عشر درهم و قد قال في (جامع المقاصد) إن قيمة الأم مائة و تسعة و جزء من أحد عشر جزءاً من درهم فليأمل و ناقش في تقسيط هذه الزيادة و ادعى أنها للمالك لأن الرهن إنما تعلق بالجارية منفردة فتكون له قيمتها كذلك و أطال في بيان ذلك (و فيه) أنا نقول على تقدير تحريم التفرقة كما هو المفروض أنه قد أخذ في رهنيتها بيعها مع ولدها فكأنه رهن عنده بيعها مع ولدها إلا أن تقول إنه رهن عنده ذلك لا على سبيل الاجتماع بل على سبيل الانفراد و ربما يقال إن المتبادر الاجتماع نعم المناقشة تتوجه على القول الآخر (الثالث) من أنحاء التقويم ما احتمله في (الدروس) و هو أن يقوم جميعاً ثم يقوم الولد منفرداً من دون تقويم الجارية منفردة فيقال قيمته منفرداً عشرة و مع أمه خمسون فقيمتها الخمس و بقي هناك شيء آخر و هو أنه لم لا يباعان كل منهما بانفراده لرجل واحد فلا تفرقة و لا تقويم إلا أن يقال إن الغالب الأسهل الصفقة قال في (التذكرة) الأقرب بيعهما معاً لأن الجمع بينهما في العقد ممكن ثم قال بعد ذلك فإذا بيعا بيعة صفقة واحدة لثلاث يقع التفريق المنهى عنه و لم يزد على ذلك

(قوله) (و يصح رهن المشاع)

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 ٥، ص: ٨٨

كما في (المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف و المراسم و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع) و سائر ما تأخر عنها و في (الخلاف و الغنية و التذكرة و ظاهر الدروس) الإجماع عليه و في (التذكرة) أيضاً يصح رهن المشاع سواء رهن من شريكه أو من غير شريكه و سواء كان ذلك مما يقبل القسمة أو لا يقبلها و سواء كان الباقي للراهن أو لغيره مثل أن يرهن نصف داره أو نصف عبده أو حصته من الدار المشتركة بينه و بين غيره عند علمائنا أجمع انتهى و ظاهرها أيضاً الإجماع على جواز رهن المشاع من دون إذن الشريك حيث قال و لو لم يأذن الشريك فكذلك عندنا و نسب الخلاف إلى أبي حنيفة قال أبو حنيفة لا يجوز رهن المشاع من غير إذن الشريك انتهى و هذا غير القبض و الإقباض كما استسمع و قد نسب في الخلاف و غيره إلى أبي حنيفة المنع على الإطلاق و مرادهم بقولهم يصح رهن المشاع و رهن المشاع جائز أنه يصح رهن الجزء المشاع (حجة) الأصحاب بعد الإجماع المعلوم الأصل و العموم و احتج الكوفي بأنه لا يمكن قبضه و هو خطأ صرف و بأنه قد يصير جميع ما رهن بعضه في حصه الشريك و ليس كالبيع فإنه إذا باع زال ملكه فكانت المقاسمة مع المشتري و الأصل و العموم و الإجماع منا و منهم حجة عليه و بيان ما استند إليه من الفرض المذكور ما إذا رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة فاتفق وقوع ذلك البيت في حصه شريكه و أما حكمه فيحتمل أن يكون اتفاق حصوله في حصه الشريك كإتلاف الراهن فتلزمه القيمة أو كتلف الرهن من الله سبحانه و تعالى فلا تلزمه أو يبنى الحكم على الاختيار و الإيجاب فإن كان في القسمة مختاراً فهو كالإتلاف و إلا فكالتلف و الأول أولى لأنه قد حصل له في ذلك الجانب مثل ما رهنه و هو خيرة التذكرة و الدروس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٨٩

و يكون على المهاية كالشركاء (١)

[الثانى يصح رهن المرتد]

(الثانى) يصح رهن المرتد و إن كان عن فطرة على إشكال (٢)

(و مما ذكر) يعلم حكم ما قاله المصنف أو بعضه على الشريك وغيره و قد سمعت إجماع التذكرة المنطبق على ذلك إذا عرفت هذا فهل يتوقف الإقباض على إذن الشريك فى المنقول وغيره كما هو خيرة التحرير و الدروس و اللمعة لاستلزامه التصرف فى مال الشريك و هو منهى عنه بدون إذنه فلا يعتد به شرعا أو إنما يتوقف على إذن الشريك فى المنقول كالجواهر و السيف كما هو خيرة المبسوط و كأنه مال إليه فى الروضة لأنه فى غير المنقول لا يستدعى تصرفا بل رفع يد الراهن عنه خاصة و تمكنه منه و قد يتوهم من كلام التذكرة أنه لا يتوقف على إذن الشريك مطلقا و ليس كذلك قطعا و على تقدير اعتباره فلو قبضه بدون إذن الشريك و فعل الحرام ثم القبض على الأصح لأن النهى إنما هو لحق الشريك فقط للإذن من قبل الراهن الذى هو معتبر شرعا و فى (الروضة) أنه أجود و لو رضى الشريك بعد القبض تم كما صرح به فى اللمعة (قوله) (و يكون على المهاية كالشركاء)

الظاهر أنه عطف على قوله يصح و الضمير إما للجزء المشاع أو لرهن ذلك الجزء المشاع و قد يشعر ذلك باشتراط القبض فى تحقق الرهن كما عليه جماعة و الأنسب بمذهب المصنف فى جميع كتبه من أن القبض ليس بشرط فيه أن يكون مبنيا على مطوى فى الكلام تقديره و إذا قبضه يكون على المهاية فتأمل و كيف كان فلما كان القبض فى رهن المشاع بتسليم الكل أراد أن يبين أنه إذا حصل القبض جرت المهاية بين المرتهن و الشريك جريانها بين الشريكين و لا بأس بتبعض اليد بحكم الشيوع فلا يدافع الرهن تبعض اليد كما لا يدافعه استيفاء الراهن المنافع فإن تشاحوا و لم يتهايوا أخذه الحاكم و جعله عند أمينه قالوا و يكره لهم و يتعلق الرهن بحصة الراهن من الأجرة و لتكن مدة الإجارة لا تزيد عن أجل الحق فلو زادت بطل الزائد و يتخير المستأجر الجاهل إلا أن يجيز المرتهن

(قوله) (و يصح رهن المرتد و إن كان عن فطرة على إشكال)

قال فى (التذكرة) المرتد إما أن يكون عن فطرة أو لا عن فطرة و الأول يجب قتله فى الحال و لا تقبل توبته عند علمائنا ثم إنه اختار فيها أن المرتد عن فطرة لا يصح رهنه و هو خيرته فى المختلف و كأنه مال إليه فى الإيضاح أو قال به وفاقا لأبى على فيما حكى لأنه فى كل آن يجب إعدامه و يتعين إتلافه فانتفت غاية الرهن و هو الوثوق لأن الرهن يقتضى وجوب البقاء إلى حلول أجل الوفاء و هذه الردة تقتضى فى كل آن كما عرفت وجوب القتل إن أمكن أو دفعه إلى السلطان فحصل التضاد بين الحكيم لاختلاف مقتضى الأمرين و لأن المرتد بمنزلة ما لا نفع فيه أو بمنزلة غير المملوك أو بمنزلة المستحق للغير و لا نسلم أنه يجوز بيعه لأنه لا يقبل التطهير كما ستسمع سلمنا لكننا نفرق كما فى (الإيضاح) بينه و بين الرهن لجواز الانتفاع به فى البيع منفعة حالية بخلافه هنا و قد يظهر من المحكى من كلام أبى على أنه خارج حينئذ عن الملك إلا أن تقول إن المفروض أنه قد فات السلطان أو لم يتهاى من يقتله كما فى هذه الأزمان و لم يخرج بها عن الملك فجاز رهنه للأصل و العموم و لا معارض إلا الارتداد الذى قد عرفت حاله و لأنه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى أو نقول إن رهنه حينئذ كرهن المريض المأبوس من برئه فجاز رهنه و إن وجب قتله فى كل آن لأن المانع إنما هو القتل و هو غير موجود و لا معلوم الوجود فلا مانع حينئذ بل المانع متوقع الوجود فهو كرهن المريض و لعله لذلك أطلق فى

المبسوط و جامع الشرائع جواز رهن المرتد بحيث يشمل ما كان عن فطرة و صرح به فيه في الشرائع و التحرير و الإرشاد
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩٠
و الجاني عمدا أو خطأ (١)

و شرحة لفخر الإسلام و حواشى الكتاب و اللعة و الروضة و غاية المرام و مجمع البرهان و استجوده في المسالك و في (جامع المقاصد) أنه أقوى و لم يرجح شيئا الشهيد في الدروس بل اقتصر على نقل الأقوال و يظهر من جامع المقاصد أن جواز بيعه مما لا ريب فيه عنده لأنه قال في وجه الإشكال منشؤه من جواز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى و لم أجد بذلك مصرحا من أصحابنا نعم حكى ذلك في التذكرة عن العامة حيث نقل عنهم أنهم استدلو على جواز رهنه بجواز بيعه و المولى الأردبيلي خص جواز بيعه في الدين و هو مطالب بالدين و العموم لا يجدى لما ستسمع نعم كل من قال بجواز رهنه قد يقال إن ظاهره جواز بيعه و ليس كذلك إذ قد سمعت ما حكيناه عن الإيضاح و قد استشكل فيه في جواز بيعه كوالده في التذكرة و قد ذكرنا في باب المكاسب عن الأصحاب أن كل نجس لا يقبل التطهير لا يجوز بيعه و قلنا إن القول بجواز بيع المرتد عن فطرة ضعيف جدا و أن من جوزه لعله بناه على قبول توبته كما هو خيرة بعض من تأخر و قلنا إن المعروف من مذهب الأصحاب عدم جواز بيعه ثم إنا قد لا نسلم جواز رهن العبد المريض المأيوس من برئه المشرف على الموت قبل حلول أجل الدين كما ستسمع و لو كان المرتد عن فطرة أمه أو كان الارتداد عن ملة ففى (الروضة) أن الأمر واضح لعدم قتلها مطلقا و لقبول توبته قلت و كذلك لو كان خنثى و قد صرح بجواز رهن المرتد لا عن فطرة فيما منع فيه من رهنه أو استشكل فيه كالتذكرة و المختلف و الدروس و قد ينزل إطلاق المبسوط و جامع الشرائع على ذلك بل كلام المبسوط في مطاويه كالظاهر في ذلك و قد يكون المصنف مستشكلا فيه أيضا لأن الملى قد لا يتوب فلا تحصل فائدة الرهن و هو الوثوق إلا أنى لم أجد مصرحا من الأصحاب بعدم جواز رهن الملى و كلام أبى على يحمل على الفطرى فتكون الكلمة متفقة على الجواز فيه أى الملى فليتأمل
(قوله) (و الجاني عمدا أو خطأ)

كما في (الشرائح و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التلخيص و المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و الدروس و اللعة و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان) و هو ظاهر إطلاق جامع الشرائع حيث صحح رهن الجاني و حكى هذا القول في المبسوط بلفظ القيل لبقاء المالية و إن استحق العائد القتل و لجواز العفو (و فيه) أن المالية معرضة الزوال باسترقاق المجنى عليه له أو بقدر الجناية في الخطاء و في العمد باستحقاق القتل و الاستناد إلى احتمال العفو ضعيف و الشرائط التي اعتبرت في الرهن كالمالية و الملكية و صحة بيعه و قبضه إنما اعتبرت لتحصيل الوثوق لا لنفسها فلا التفات إليها إذا تخلف عنها إلا أن تقول إن المعتبر في صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد فليتأمل و تجوز البيع لمكان إمكان حصول المقصود منه و هو الانتفاع به بخلاف الرهن و لذا قال الشيخ في (المبسوط و الخلاف) ببطلان رهن الجاني سواء كانت الجناية عمدا أو خطأ قال لأنها إن كانت عمدا فقد وجب عليه القصاص و إن كانت خطأ فلسيده أن يسلمه إلى من جنى عليهم فإنها تتعلق برقبه العبد و السيد بالخيار بين أن يسلمه لبيع في الجناية و بين أن يفديه فأيهما فعل فالرهن على البطلان لأنه وقع باطلا في الأصل و لا يصح حتى يستأنف انتهى و هو موافق لقاعدة الرهن مضافا إلى أن الجناية العارضة في دوام الرهن تقتضى تقديم حق المجنى عليه فإذا وجدت أولا منعت من ثبوت حق المرتهن فتأمل (و قد يحتج) للمشهور بأن الجناية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩١

و لا تبطل الحقوق بل تقدم على الرهن (١) فإن كان عالما بالعيب أو تاب أو فداه مولاه ثم علم فلا خيار (٢) لزوال العيب (٣) و إلا تخير في فسخ البيع المشروط به لأن الشرط اقتضاه سليما (٤) فإن اختار إمساكه فليس له أرش (٥) و كذا لا أرش لو قتل قبل علمه و لا

يجبر السيد على فداء الجانى و إن رهنه أو باعه (٤)

لا تنافى الرهن و لهذا إذا جنى بعد ما رهن تعلقت به الجناية و لم يبطل الرهن و فى (المسالك) أنه يفهم من قوله فى الشرائع و الجانى خطأ و فى العمدة تردد و الأشبه الجواز أن جواز رهن الجانى خطأ مما لا خلاف فيه قلت و لعله لأن رهنه التزام بفكه (قوله) (و لا تبطل الحقوق بل تقدم على المرتهن)

هذا أحسن مما يوجد فى بعض النسخ بل تقدم على الرهن لأن ضمير كان و علم و تخير لا مرجع له إلا المرتهن نعم لا بد من تقدير شىء و هو حق مضافا إلى المرتهن و كان تقدمها على حق المرتهن و المشتري مما لا ريب فيه لأن الرهن ليس بأعظم من الملك فلو كان العبد ملكا للمرتهن و جنى كانت الجناية مقدمة و لسبقها و تعلق حق المجنى عليه بالرقبة و من ثم لو مات الجانى لم يلزم السيد بخلاف المرتهن فإن حقه لا ينحصر فيها بل تشاركها ذمة الراهن و ذلك أى التقدم إذا عجز المولى عن فكه حيث له فكه (قوله) (فإن كان عالما بالعيب أو تاب أو فداه مولاه ثم علم فلا خيار)

أى إن كان المرتهن عالما بالعيب فى المرتد و الجانى فلا خيار له فى فسخ البيع المشروط به و كذا إن تاب المرتد حيث تقبل توبته أو فدى الجانى مولاه و لم يكن عالما بعيبه ثم علم فلا خيار (قوله) (لزوال العيب)

هذا لا يصح تعليلا لسقوط الخيار فى المسائل الثلاث لعدم زواله مع العلم فلا يصح فى الأولى

(قوله) (و إلا تخير فى فسخ البيع المشروط به لأن الشرط اقتضاه سليما)

أى و إن لم يعلم بالعيب و لا حصلت التوبة و لا الفداء تخير المرتهن فى فسخ البيع المشروط بذلك الرهن لأن الشرط اقتضى رهنه سليما لتزويل الإطلاق على السلامة و به صرح فى الدروس و جامع المقاصد (قوله) (فإن اختار إمساكه فليس له أرش)

كما فى (المبسوط) فى المرتد (و جامع المقاصد) فهما لأن الأرش لفات المبيع بحصول العيب فيه و قال فى (جامع المقاصد) فإن قيل لما اقتضى الشرط رهنه سليما و جب أن يبذل أرش الفات ليجعله رهنا قلنا إنما و جب بالشرط رهن العبد و قد حصل و كونه معييا لا يقتضى اشتراط رهن شىء آخر و قضية ذلك أن كل ما فات من صفات الرهن لا يمكن المطالبة به و منه يعلم أنه ليس له المطالبة بالأرش لو قتل قبل علمه أو بعد علمه كما أشار إليه المصنف بقوله و كذا لا أرش لو قتل قبل علمه و ترك ما لو قتل بعد العلم لأنه يعلم بالأولوية

(قوله) (و لا يجبر السيد على فداء الجانى و إن رهنه أو باعه)

لما كان المولى مخيرا فى جنائة عبده خطأ بين فكه و دفعه إلى المجنى عليه أو وليه ليستوفى ذلك من رقبته فإذا رهنه أو باعه و امتنع من فكه فمختار المصنف أنه لا يجبر عليه بل يتسلط المجنى عليه على العبد و قد تقدم الكلام فيما إذا باعه و أن الأكثر على أن يبعه التزام بالفداء إذا كان مؤسرا و أن المصنف فى نهاية الأحكام احتمال عدم التزام السيد بالفداء لأن أكثر ما فيه أنه التزام بالفداء فلا يلزمه الفداء كما إذا قال الراهن أنا أفضى الدين من غير الرهن و قواه فى التحرير و الفرق أنه أزال ملكه عنه فلزمه الفداء كما لو قتله بخلاف الرهن و قد استوفينا الكلام فى المسألة و أطرافها فى الفصل الثالث فى العوضين و فى خيار العيب و أما إذا رهنه فيحتمل زوال تخيره لتعذر الدفع إلى المولى ليستوفى من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩٢

بل يتسلط المجنى عليه (١) فإن استوعب الأرش القيمة بطل الرهن و إلا ففى المقابل

[الثالث لو رهن ما يسرع إليه الفساد]

(الثالث) لو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل فإن شرط بيعه و جعل الثمن رهنا صح (٢) و إن شرط منعه بطل (٣) و إن أطلق فالأقرب الجواز فيباع و يجعل الثمن رهنا (٤)

رقبته لمكان الرهن و يحتمل بقاء تخييره لإمكان أداء الدين من غيره فهو قادر على الدفع و هذا الوجه لا يتوجه فى البيع و ستمسح ما توجه به كلام المصنف فجعلهما من سنخ واحد كما فى الروضة غير جيد
(قوله) (بل يتسلط المعنى عليه)

أى عليه إن امتنع المولى من فدائه و كأنه كره التكرار فى لفظ عليه فاكتفى بواحد و وجهه أن محل الجناية باق و الجناية لا تنافى الرهن و لهذا إذا جنى بعد ما رهن تعلقت به الجناية و لم يبطل الرهن و ليس رهنه كعتقه إذا صححنا عتقه لأنه إبطال لمحل الجناية كالبيع عند جماعة فإن استوعب الأرش القيمة بطل الرهن و إلا ففى المقابل أى و إن لم يستوعب الأرش القيمة بطل الرهن فى مقابلة الأرش لأن العين رهن و قد تعلق حق آخر بها مقدم عليه فإن استوعبها بطل الرهن و سقط و إن بقى منه شىء مثل العشر مثلا كان ذلك رهنا و لا فرق بين العمد و الخطاء

(قوله) (و لو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل فإن شرط بيعه و جعل الثمن رهنا صح)

كما فى (المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و اللمعة و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك و الروضة) و هو قضية كلام الغنية و السرائر و ظاهر غاية المرام الإجماع عليه حيث قال قطعا و وجه أنه شرط يحصل معه المقصود من الرهن فيبيعه الراهن و يجعل ثمنه رهنا فإن امتنع منه رفع المرتهن أمره إلى الحاكم ليبيعه أو يأمره به فإن تعذر جاز البيع دفعا للضرر و الحرج و احترزوا بقولهم قبل الأجل عما إذا كان لا يفسد إلا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فإنه لا يمتنع و كذا لو كان حالا لإمكان حصول المقصود منه و يجب على المرتهن السعى على بيع ما يفسد حيث صح رهنه بأحد الوجوه لمراجعة المالك أو الحاكم فإن ترك مع إمكانه ضمن إلا أن ينهائى المالك فينتفى الضمان و قد نبه على هذه الفروع جماعة و لو أمكن إصلاحه بدون البيع كتجفيفه كما فى العنب و الرطب صح رهنه قولاً واحداً كما فى المسالك و لم يجز بيعه بدون إذن المالك و مؤنثة إصلاحه على الراهن كنفقة الحيوان فالمراد بما يسرع إليه الفساد فى المسألة المفروضة ما لا يمكن إصلاحه بتجفيفه و فى (الدروس) أنه لو توهم فساده فهو أولى بالصحة و يباع عند الإشراف على الفساد

(قوله) (و إن شرط منعه بطل)

أى إن شرط منعه من بيعه بطل الرهن كما فى (المبسوط و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) و هو قضية كلام الغنية و السرائر و الشرائع لأنه لا ينتفع به المرتهن فلا يحصل معه المقصود من الرهن قلت الصحة محتملة كما فى المسالك لما ستمسحه فيما إذا أطلق من أنه يجبر على بيعه

(قوله) (و إن أطلق فالأقرب الجواز فيباع و يجعل الثمن رهنا)

هذا حكاية فى (المبسوط) قولاً - و قال إنه لا دليل عليه و نسبه فى الدروس إلى الفاضلين و الموجود فى الشرائع الاقتصار على نقل القولين كما صنع هو فى الدروس و كما فى التحرير و لم يذكر فى النافع و قد وافق المصنف هنا و فى التذكرة ولده فى الإيضاح على الظاهر و الشهيدان فى اللمعة و الروضة و المسالك و المحقق الثانى و الصيمرى لأن المقصود من رهن العين إنما يتحقق على هذا التقدير فيجب المصير إليه صيانته لتصرفات من له أهلية التصرف عن الفساد مع إمكان تنزيلها على وجه يصح معه من غير احتياج إلى ارتكاب المجاز أو حمل على ما لا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩٣

و لو طراً ما عرضه للفساد فكذلك (١)

[الرابع لو نذر العتق عند شرط ففى صحة رهنه قبله نظر]

(الرابع) لو نذر العتق عند شرط ففى صحة رهنه قبله نظر (٢)

يدل عليه العقد فإن عقد الرهن يتضمن الإذن فى البيع لأذن الغرض الأسمى من الرهن استيفاء الدين من ثمنه و قال الشيخ فى (المبسوط) و إن أطلقا ذلك لم يجرى الرهن و هو قضية كلام الغنية و السرائر و نسبه فى (الدروس) إلى كتابى الشيخ و لم أجده فى الخلاف و النهاية لأن الإجماع على البيع إجبار على إزالة ملكه و بيع الرهن قبل حلول الأجل و ذلك لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب فإذا ثبت أنه لا يجبر على البيع فالمرهون لا يملك استيفاء الحق منه فلم يصح عقد الرهن كما لو رهن عبداً علق عتقه بشرط يوجد قبل المحل (وفيه) أن فى ترك بيعه إضراراً بالمالك و المرتهن معا و فى بيعه إحساناً إليهما فوجب البيع جمعا للحقين (قوله) (و لو طراً ما عرضه للفساد فكذلك)

كما فى (التذكرة و الدروس و جامع المقاصد) و ظاهر الإيضاح الإجماع عليه قال لو طراً على الرهن ما عرضه للفساد كتعفن الحنطة و جب بيعه و جعل الثمن رهناً قطعاً و لعله أراد إذا خيف عليه الفساد فتأمل و فرضها فى (التذكرة) فيما إذا ابتلت الحنطة و تعذر التجفيف و الفرق بينه و بين ما سبق أن المقتضى لظرو الفساد فيما سبق موجود وقت الرهن و فى هذا طار بعده و الطارى لا يساوى المقارن و من ثم يتعلق الرهن بالقيمة لو أتلف الرهن متلف و هى دين و لا يجوز رهن الدين ابتداءً فحينئذ يباع و يتعلق بثمنه و نظيره فى البيع إباق العبد فإنه يمنع من بيعه و إذا طراً لم يوجب الانفساخ هذا إذا طراً ذلك بعد القبض و أما إذا طراً الفساد قبل القبض فالظاهر البطلان

(قوله) (لو نذر العتق عند شرط ففى صحة رهنه قبله نظر)

إذا نذر عتقه صح إجماعاً سواء علقه على وقت أو وصف مثل أن يقول لله على أن أعتقه إن دخل رأس الشهر أو إن جاء زيد أو أطلقه كقوله لله على أن أعتقه أو قيده بالتعجيل مثل قوله لله على أن أعتقه الآن و على كل واحد من هذه التقادير لا يخرج ملكه عنه بالنذر بل بنفس الإعتاق فإن كان النذر مطلقاً أو مقيداً بالتعجيل لم يجر له رهنه لتعلق حق العتق به و وجوب إخراجه عن ملكه فينافى جواز رهنه الذى يقتضى وجوب إبقائه فى دين المرتهن محفوظاً عليه حتى يستوفى منه أو من غيره و إن كان مقيداً بالوقت أى الشرط فقد تردد فيه المصنف هنا و ولده فى الإيضاح على الظاهر و الشهيد فى الدروس و لم يتعرضوا لما إذا علقه على الوصف كما إذا علق عتقه على دخول الشهر و قرب فى (التذكرة) جواز رهنه فى الوصف أو الشرط لكنه قال إنه لا يباع لو حل الدين قبل الوصف أو الشرط لأنه و إن لم يخرج عن ملكه بالنذر إلا أنه قد تعلق به حق الله تعالى و بيعه مبطل لذلك الحق و جعل وجهى النظر فى الدروس من بقاء الملك و أصالة عدم الشرط و من أن سبب العتق سابق و الشرط متوقع (ثم قال) فعلى الأول لو وقع الشرط و عتق خرج عن الرهن و لا يجب إقامة بدله إذا كان المرتهن عالماً بحاله و إلا فالأقرب الوجوب و اعترض فى (جامع المقاصد) على الاستناد فى العدم إلى أن الشرط متوقع بأن توقع خروجه عن ملكه بسبب يتجدد لا يمنع صحة الرهن كما لو رهن مريضاً لأن المعتمد فى صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد و لا أثر لما يمكن تجدده من المنافيات (قلت) قد عرفت فى رهن الجانى أن اعتبار الشروط لمكان الوثوق لا لها نفسها فتأمل (ثم قال) إن التحقيق أن المسألة مبنية على أن من نذر أن يفعل فعلاً عند شرط أو غداً هل يحث بفعل ما ينافى ذلك قبل الغد كما لو نذر أو حلف لياكلن هذا الطعام غداً هل يحث بإتلافه الآن أم لا للأصحاب فى ذلك قولان ثم قال إن

الأحوط القول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩٤

[الخامس لو رهن عصيرا فصار خمرا فى يد المرتهن زال الملك]

(الخامس) لو رهن عصيرا فصار خمرا فى يد المرتهن زال الملك (١) فإن أريق بطل الرهن و لا يتخير المرتهن لحصول التلف فى يده (٢)

بعدم الصحة و وجه ابتناء هذه المسألة على تلك أنه على تقدير الحث يكون بيع العبد ممنوعا منه فيمتنع الرهن لانتهاء مقصود الوثيقة حينئذ و على العدم لا أثر للمنافى الذى تجددته ممكن لكن المصنف فى نذر الكتاب و الشيخ فى المبسوط و ابنى سعيد فى الجامع و الشرائع و غيرهم قالوا لو حلف لياكلن هذا الطعام غدا فأكله أو بعضه اليوم حث لتحقق المخالفة لأن التوقيت كما يقتضى نفي الفعل فيما بعد الوقت المقدر يقتضيه قبله فكأنه حلف أن لا يأكله قبل الغد و لا بعده فكما يحث بالتأخير يحث بالتقديم و للعامه قول بالانحلال و قد احتمله بعض الأصحاب لأنه إذا وقت اليمين لم يجب عليه الوفاء قبل الوقت و حين حضر كان قد انتفى متعلق اليمين و مبنى القولين على أن اليمين هل تقتضى الأمر حالها بالإيقاع إذا حضر الوقت أو لا تقتضيه إلا إذا حضر و الحاصل أنا لم نجد المصرح بالخلاف فى مسألة الحلف بل من لم يحكم بها و هو أقل قليل ما بين محتمل أو مستشكل كبعض من تأخر كالشهيد الثانى و ربما بنى الحكم فيها على المسألة الأصولية و هى أن المكلف إذا علم انتهاء شرط التكليف هل يحسن تكليفه قبل مجيء غدا أو لا فعلى الأول يحث و تجب الكفارة و البناء غير صحيح و عندنا أنه لا يحسن التكليف و لا الاشتراط عند العلم بانتهاء الشرط و فى (الإيضاح) أن مبنى مسألتنا على مسألتين (الأولى) أنه هل يجوز بيع هذا المنذور عتقه أم لا (الثانية) هل يشترط إمكان البيع فى صحة الرهن أم لا (قوله) (لو رهن عصيرا فصار خمرا فى يد المرتهن زال الملك)

يصح رهن العصير إجماعا كما فى (المبسوط و التذكرة) و خوف تغييرها لا يمنع من صحة الرهن كما يجوز رهن المريض فلو صار خمرا بعد تحقق الرهن زال الملك و انفسخ الرهن كما فى (المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك) و قال فى (الخلاف) يجوز إمساكه للتحلل و التخليل و لا تجب إراقته لأنه لا خلاف فى جواز التحلل و التخليل و عن أبى الصلاح أنه إن صار خمرا بطلت وثيقته الرهن و وجبت إراقته و هو شاذ و قال فى (التذكرة) معنى قولنا يبطل الرهن لا نريد به ارتفاع أثره بالكلية و إلا لم يعد الرهن بل المراد ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية ثابتة قلت يريد أن العلاقة باقية لمكان الأولوية ففى الحقيقة الرهن و الملك موجودان بالقوة القريبة لأن تخلله متوقع و إنما الزائل كونه ملكا و رهنا بالفعل لوجود الخمرية المنافية لذلك فيكون البطلان مراعى ببقائه كذلك أو بتلفه فإن عاد خلا عاد الملك و الرهن كما ستسمع و نظيره ما إذا أسلمت زوجة الكافر فإنه تخرج من حكم العقد و يحرم عليه و طؤها فإذا أسلم الزوج قبل انقضاء العقد عاد حكم العقد و كذلك إذا ارتد أحد الزوجين و ليس انقلابه خمرا كارتداد العبد حتى نقول ببقاء الملك لأن المرتد يصح التصرف فيه فلم يخرج عن الملكية و لا كذلك الخمر و كأنه لما ذكر قال المصنف زال الملك فيما إذا صار خمرا و لم يقل بطل الرهن و مع الإراقة حكم ببطلان الرهن فأشار بذلك إلى أن أثر الرهن لا يضمحل بالتخمير بالكلية

(قوله) (فإن أريق بطل الرهن و لا يتخير المرتهن لحصول التلف فى يده)

أى إن كان مشروطا فى بيع كما إذا باع أو اشترى بشرط رهن له فعرض للرهن التخمير فى يده فإنه لا خيار له فى فسح ذلك البيع المشروط فيه بحصول التلف فى يده كما فى (التذكرة و المسالك) و كذا التحرير و قد يعطى التعليل أنه لو تلف فى يد الراهن يتخير

في البيع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩٥

فإن عاد خلا- عاد الملك و الرهن (١) و لو استحال قبل القبض تخير المرتهن في المبيع المشروط (٢) فيه فإن عاد خلا تعلق حق المرتهن به إن لم نشترط القبض في الرهن (٣) و لو جمع خمرًا مراقًا فتخلل في يده ملكه (٤) و لو غصب خمرًا فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك (٥)

و ليس كذلك بل الحكم فيه أنه إذا تلف في يد الراهن قبل القبض فإن قلنا بأنه ليس شرطًا كما هو خيرة المصنف في الكتاب فالحكم كذلك لعروض المبطل بعد تمام الرهن و إن اشترطناه تخير المرتهن في العقد المشروط فيه كما ستسمع ذلك قريبًا (قوله) (فإن عاد خلا عاد الملك و الرهن)

كما في (المبسوط و الجواهر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك) و هو معنى قوله في الإرشاد و عاد رهنا و قوله في الشرائع عاد إلى ملك الراهن لأنه إذا عاد إلى ملكه عاد الرهن بحاله لأنه تابع للملك كما صرح بذلك في (المبسوط) فاندفع عنها اعتراض المسالك و قد سمعت ما حكى من كلام أبي الصلاح و وجه الحكم المذكور ظاهر مما مر فلا معنى لتأمل المولى الأردبيلي فيه و قد يشبه بما إذا تجددت بينة لمن مات بينته و قد عرفت أن له نظائر (و منها) أيضًا ما إذا اشترى المرتهن عينًا من الراهن بدينه فإنه يصح و يبطل الرهن فإذا تلفت العين قبل القبض عاد الدين و الرهن عند جماعة و كذا لو قبضه ثم تقايلا

(قوله) (و لو استحال قبل القبض تخير المرتهن في البيع المشروط)

كما في (التذكرة) حيث قال بطل الرهن و كان للمرتهن الخيار في البيع الذي شرط فيه و الذي ينبغي كما في (جامع المقاصد) أن يكون هذا منزلا- على اشتراط القبض في الرهن أما على القول بعدم اشتراطه فلا وجه له و بمثل ذلك صرح في التحرير قال لو رهنه عصيرا فصار خمرًا قبل القبض بطل الرهن و لا خيار للمرتهن في البيع الذي شرط فيه ارتهانه عندنا و من شرط القبض أثبت الخيار و مثل ذلك قال في المسالك

(قوله) (فإن عاد خلا تعلق حق المرتهن به إن لم نشترط القبض في الرهن)

لأن الرهن قد تم لعدم توقف تمامه على القبض و لم يبطل بالكلية بمجرد صيرورته خمرًا كما عرفت (قوله) (و لو جمع خمرًا مراقًا ملكه)

كما في (المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك) و هو الذي قواه في التحرير بعد الاستشكال و في (الشرائع) في كونه ملك الثاني تردد و لعله لخروجها عن ملك الأول بصيرورته خمرًا و قد خرجت عن أولوية اليد بإراقتها فانتهى تعلقها به بالكلية لأنه أسقط حقه منها و أزال يده عنها و من أن الجامع للخمر ممنوع من ذلك و محرم عليه و يده لا تثبت عليها فلا يصح تملكه بذلك قولكم الأول أسقط حقه ليس بصحيح لأنه فعل الإراقة التي أمره الشارع بها (و فيه) أنا نمنع منعه من الجمع على تقدير إرادة التخلييل و إنما تمنع على تقدير إرادة استعماله خمرًا و نمنع كون يده لا تثبت عليها على تقدير إرادة التخلييل و لا نمنع بإسقاط حقه إلا إراقتها و عدم إمساكه و الجامع لا- يملكها إلا- بالجمع بل يكون أحق باليد فإذا صارت خلا في يده فقد تجدد له الملك بالاستيلاء على المباح كالاصطياد فقد تحصل أنه إن جمعه الثاني بنية التخلييل ملكه و إلا فالأول أحق به لأنه قبضه قبضا منها عنه و الأول يده أسبق فتأمل جيدا و يقبل قوله في قصد نية التخلييل و عدمه

(قوله) (و لو غصب خمرًا فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك)

كما في (المبسوط و الإيضاح) و غصب الكتاب لأنها قد خرجت عن ملك المغصوب منه و سلطنته و قد حدثت ملكيتها في يد

الغاصب فتكون له كسائر المباحات وهذا إنما يتم إذا لم تكن محترمة ووجه احتمال كونها للمالك أن يد الغاصب يد عدوان و هذه هي عين

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩٦
أما لو غصبه عصيرا فصار في يده خمرا ثم تخلل فإنه يرجع إلى مالكة (١)

[السادس يجوز أن يستعير مالا ليرهنه]

(السادس) يجوز أن يستعير مالا ليرهنه (٢)

ملك المالك فتكون له و هو خيرة غضب (التذكرة) وقد يلوح منها الإجماع حيث قال هذا مذهبا و في غضب (الخلافا) نفى الخلافا عنه و التحقيق كما في موضعين من جامع المقاصد أنها إن كانت محترمة كالتخذة للتخليل و خمر الذمي المستتر فإنها يتصور فيها الغضب و سلطنة المغصوب منه ثابتة عليها يكون الملك فيها بعد العود خلا للمالك الأول و يجب عليه ردها و بالتخليل يضمن المثل لو تلفت و إن كانت غير محترمة لم يتصور فيها الغضب و لا بقاء السلطنة و لا وجوب الرد فالمالك المتجدد للأخذ و تمام الكلام في باب الغضب و اعلم أن في (التذكرة و جامع المقاصد) و كذا المسالك أن الخمر قسما محترمة و هي التي اتخذت للتخليل فإن إبقاءها لذلك جائز إجماعا و لأنه لو لا احترامها لأدى ذلك إلى تعذر اتخاذ الخل لأن العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة فلو لم تحترم و أريق في تلك الحال لتعذر اتخاذ الخل و كلامهم هذا قد يعطى أنه ما من خل إلا و يصير خمرا قبل انتهاء الحموضة و هو قضية كلام جماعة من المتقدمين كما بيناه في رسالة العصرة في العصير و بينا فيها أيضا معنى العصير و أنه غير خاص بما استخرج ماؤه و أما غير المحترمة فهي التي اتخذت لغرض الخمرية و هل تجب إراقته للشافعي فيه قولان و عندنا تجب إراقته كما في التذكرة فلو لم ترقها حتى تخلت طهرت عندنا

(قوله) (أما لو غصبه عصيرا فصار خمرا في يده ثم تخلل فإنه يرجع إلى مالكة)

بلا خلاف كما في (غاية المرام و المسالك) و يرد معه أرش النقصان إن قصرت قيمة الخل و هل يجب دفعه إلى المغصوب منه إذا صار خمرا في يد الغاصب الظاهر ذلك لبقاء الأولوية لإمكان إرادة التخليل إلا أن يعلم منه إرادة الشرب و يجب على الغاصب أيضا رد مثل العصير كما هو واضح فإن صار خلافا في يد المالك و جب عليه رد المثل على الغاصب لأن الإجزاء عين ماله و المانع من ملكيتها الخمرية و قد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد و إن حدث له صورة أخرى نعم لو نقص وجب الأرش و قد استوفينا الكلام في باب الغضب (و يعلم) أن الخمر قد يذكر كما في (القاموس) و غيره فلذا ذكر المصنف و الشيخ في المبسوط و المحقق و الشهيد الضمائر في هذه المباحث و لا ريب أنها تؤنث و أن تأنيثها سماعي و لم ينسب إنكار التذكير في (المصباح المنير) إلا للأصمعي بل ظاهر الكتاب المذكور أنهما على حد سواء قال الخمر معروفة و يذكر و يؤنث فيقال هو الخمر و هي الخمر و قال الأصمعي الخمر أنثى و أنكر التذكير انتهى و لم يتعرض في (الصحاح) لشيء منهما و كيف كان فلا- تنبغى المبادرة إلى الإنكار على أساطين الأصحاب و الإشارة إلى التذكير خلاف الصواب

(قوله) (يجوز أن يستعير مالا ليرهنه)

لا أجد خلافا في صحة هذا الرهن إلا من ابن شريح حيث قال فيما حكى عنه على القول بأنها عارية لا يصح رهنه لأنها غير لازمة و لعله غير مخالف في أصل الحكم و لذلك قال ابن المنذر فيما حكى عنه إنه إجماع كل من يحفظ عنه العلم انتهى و في (المسالك) أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه في الجملة و مثله ما في المفاتيح و في (مجمع البرهان) لا شك في أنه جائز

مجمع عليه و قد اختلفوا في سبيل هذا العقد فعندنا كما في موضعين من التذكرة أن سبيله سبيل العارية و به صرح في المبسوط و عارية التذكرة أيضا و كذا جامع الشرائع و عارية التحرير و هو ظاهر أكثر الباقيين و حكاها في (الإيضاح) عن والده و المحققين و حكي في (المبسوط) قولاً بأنه على سبيل الضمان المعلق بالمال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩٧

فيذكر قدر الدين و جنسه و مدة الرهن (١)

و هذا حكاها في التذكرة عن بعض الشافعية و معناه أن سيد العبد ضمن دين الغير في رقبته ماله من غير تعلق بالذمة و هذا المعنى فاسد لأنه لو قال التزمت دينك في رقبته هذا العبد بطل كما ستسمع إلا أن يقال في توجيهه كما في (الدروس) أن المعير أناب المستعير في الضمان عنه و مصرفه هذا المال وجه الأول أنه قبض مال غيره لمنفعة نفسه منفردا بها فكان عارية كما لو استعاره للخدمة و أن الضمان إنما يثبت في الذمة و لا يثبت في رقبته العبد كما قلتم لأنه لو قال التزمت دينك في رقبته هذا العبد بطل و لا استبعاد في إفضاء العارية إلى اللزوم كإعارة الأرض للدفن و الجذع للبناء و قد لا نقول باللزوم كما ستسمع و وجه الثاني قياسه على ما لو أذن لعبد في ضمان دين غيره فصح الضمان مع فراغ الذمة و كما ملك إلزام ذمة العبد دين الغير له أن يملك إلزامه غرما له و الجامع كون كل منهما محلا للحق و التصرف و لأن الحق المتعلق بالذمة ينبغي أن يتعلق مثله بالرقبة كالمالك و الأولى أن يستدل له بأن العارية تقتضى استيفاء المنفعة مع بقاء العين و لا تقتضى بيعها و مقتضى هذا العقد و منفعتها بيع العين و إخراجها عن الملك فباين العارية و إن شابهها صورة و لا مانع بعد قيام الإجماع على الصحة من استعمال الشارع صيغة عقد في آخر و أما ما استدلوا به (ففيه) أنا نمنع فراغ ذمة المولى في المقيس عليه و الضمان عندنا مستقل بنفسه يتعلق بالذمة لا بالمال و ثمرة هذا الخلاف كما في المبسوط و الدروس في أنه هل يجب ذكر قدر الدين و جنسه و حلوله أو تأجيله أم لا قال في (المبسوط) من قال إنه ضمان قال لا يجوز إلا أن تكون هذه الأشياء معلومة لأنه لا يجوز ضمان مال مجهول و من قال هو عارية جوز مع الجهالة لأنه يجوز أن يستعير عبدا للخدمة و يستخدمه فيما شاء من الأعمال و لا يجب ذكر المدة فيه و نحوه ما في الدروس لكن حكي في التذكرة عن الشافعي القائل بأنه ضمان أنه قال لا بد من ذكر هذه الأشياء لاختلاف أغراض الضمان (الضامن خ ل) لاحتمال أن يرهنه على أضعاف قيمته و على مدة تزيد على عمره و هو غرر عظيم و قد جعل في المبسوط أكثر فروع هذه المسألة من ثمرات الخلاف (منها) ما إذا رهنه على دين مؤجل قال فليس لمالك العبد إجباره الراهن على الفك على القول بالضمان كمن ضمن ديننا مؤجلا فإنه لا يطالب الأصيل بتعجيله لإبراء ذمته و إن قلنا إنه عارية كان له مطالبته بفكها لأن العارية لا تلزم (و منها) ما إذا باعه المرتهن بأقل من ثمن المثل مما يتغابن بمثله قال فعلى العارية يرجع بقيمة تامة و على الضمان يرجع بما بيع به و كذا إذا بيع بأكثر منه فعلى الضمان يرجع بالجميع و على العارية يرجع بقدر قيمته (و منها) أيضا ما إذا رجع عن الإذن بعد القبض كما يأتي بيان ذلك كله بحول الله و قوته

(قوله) (فيذكر قدر الدين و جنسه و مدة الرهن)

إذا أذن في الرهن فإن سوغ له الرهن كيف شاء جاز للراهن أن يرهنه على أي مقدار شاء و عند أي مرتهن شاء و كيف شاء من حلول أو تأجيل أي أجل شاء كما صرح به جماعة لأن تعميم هذا النوع من التصرف يجري مجرى التنصيص على كل واحد من الجزئيات و إن خص البعض و عم الباقي يخصص ما خصه و لا يجوز له التجاوز إلا مع العلم برضا المالك و الغبطة له و ساغ التصرف في الباقي كيف شاء كما سيأتي بيانه و إن أطلق الإذن و لم يقيد بتعميم و لا تخصيص احتمل الجواز للإطلاق و انتفاء التخصيص لعدم الأولوية بالبعض دون البعض فيتخير كما لو عمم و هو خيرة التحرير و جامع الشرائع في آخر كلامه و ظاهر إطلاق الشرائع و الإرشاد و اللعنة و مجمع البرهان و صريح المبسوط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩٨

فإن خالف فللمالك فسخه (١) وإلا فلا (٢) ولو رهن على أقل صح (٣) وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد (٤)

و الدروس إن جعلناه عارية كما سمعت آنفا و سمعت ما حكاه في التذكرة عن الشافعي القائل بأنه ضمان ثم إن الظهور من إطلاقات الكتب الأربعة ليس بالمكائنة منه و احتمل البطلان و المنع لما فيه من التغير بالمالك لاحتمال أن يرهنه على أضعاف قيمته و إلى مدة تزيد على عمره و لا غرر أعظم من ذلك فلا بد من ذكر هذه الأشياء كما هو ظاهر الكتاب في الباب و العارية و صريح التذكرة في المقام و العارية و جامع المقاصد و هو المحكى عن ابن المتوج و في (المسالك) أنه أولى و لم يرجح في الروضة و لا عارية التحرير ثم إنه في التذكرة ذكر الثلاثة التي في الكتاب و زاد الصفة التي هي غير صفة الحلول أو التأجيل إن كان قوله و غيرهما بالثنية و إن كان بالتأنيث يكون «١» زاد الصفة و غيرها كتعيين من يرهن عنده لاشتراك العلة لاختلاف الناس في ذلك اختلافا شديدا و إن كان حكى فيها عن العامة خلافا فيه و لم يفت بشيء و حكى عن ابن المتوج أنه لا بد من تعيينه و في (جامع المقاصد) لا بأس بوجود تعيينه و زیدت الصفة في المسالك و الروضة على تقدير احتمال الوجوب و يبقى الكلام في قول المصنف فيما بعد و لو لم يعين تخير الراهن فإن ظاهره المخالفة لما استظهرناه منه هنا و من البعيد جدا أن يقال إن التعيين واجب و لو أخل به تخير تمسكا بظاهر الإطلاق فيكون جميعا بين الكلامين فإنه جمع غير واضح و قد يكون مراد المصنف أنه يجب التعيين إذا علم من حال المالك إرادته و بدونه حينئذ يقع باطلا و إن لم يعلم حاله و لم يعين تخير فيكون موافقا للقول الآخر فتدبر بل قد نقول إن مراد الجميع ما عدا بعضا أنه إنما يجب الذكر و التعيين فيما يعلم من حال المالك إرادته دون غيره كما ينبئ عنه تمثيلهم بما إذا أذن له في الرهن على مائة عند من شاء و كيف شاء لم تجز له مخالفته و كذا لو عين المدة أو غيرها و يكون ذكرهم للثلاثة أو الأكثر بناء على الغالب أو على التمثيل فليحظ ذلك و قد يرشد إلى ذلك عدم ذكر جماعة للمرتهن و الصفة

(قوله) (فإن خالف فللمالك فسخه)

كما في (الدروس و عارية التحرير) و في (المبسوط و جامع الشرائع) لم يصح و لعله بناه في المبسوط على ما يختاره من عدم صحة الفضولي و في (جامع المقاصد و المسالك و الروضة) كان فضوليا و في (التحرير) لا تجوز المخالفة و في (التذكرة) إلا مع الغبطة و في (التحرير) أنه لو أذن في الحال فرهن في المؤجل لم يصح

(قوله) (و إلا فلا)

هذا قد يعطى بأن العارية للرهن لازمة من دون توقف و قوله فيما يأتي قريبا و قبله إشكال يقتضى التردد في كونها لازمة (و يجاب) بأن الفسخ بمعنى الرجوع في الإذن غير المطالبة بالفك لأن المطالبة بالفك لا تنافي لزوم الرهن كما ستسمعه عن جماعة و المحقق الثاني في آخر المسألة فهم التنافي بين المقامين و ستعرف حقيقة الحال

(قوله) (و لو رهن على أقل صح)

كأنه مما لا خلاف فيه و به صرح في (المبسوط و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس) و غيرها لثبوت الإذن في الأقل بطريق أولى

(قوله) (و على أكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد)

إذا رهنه على أكثر مما أذن له في رهنه عليه فقد احتمل المصنف البطلان بمعنى عدم اللزوم بدليل ما سبق فيما لو خالف المأذون فيه و هو خيرة الدروس على الظاهر و حكاه في المبسوط عن بعض الناس لأنه تصرف غير مأذون فيه و أما احتمال البطلان فيما زاد فهو خيرة المبسوط و كذا التحرير على إشكال له فيه و احتمله في الدروس و لم يرجح في التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٩٩

و لو لم يعين تخير الراهن (١) فى رهنه بما شاء عند من شاء إلى أى وقت شاء و للمالك مطالبته بالفك عند الحلول (٢) و قبله إشكال (٣)

و جامع المقاصد شىء منهما كالكتاب و فى بعض نسخ جامع المقاصد يجب أن يستثنى من هذه المسألة ما لو رهنه بالزائد و بكل جزء منه فإنه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الإذن و الزائد موقوف و يكون موضع الوجهين ما إذا رهنه على المجموع ثم إنه استشكل فى الصحة لأننا إذا قسنا الأجزاء على الأجزاء يكون بعضه رهنا بالمأذون فيكون خلاف الإذن لأن الإذن اقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه و فى نسخة أخرى المتجه أنه إن رهن على الأكثر و على كل جزء منه يصح فى المأذون فيه و بطل فى الزائد وجهها واحدا و إن رهن على الأقل مقتصر على ذلك فالمتجه البطلان مطلقا و نحن نقول إذا رهن على الأقل و كل جزء منه احتمال الوجهين البطلان فى الجميع لمكان المخالفة كما لو باع الوكيل بالغبن الفاحش كما إذا باع ما يساوى مائة بخمسين فإننا لا نقول إنه يصح من المبيع فى القدر الذى يساوى الثمن و هو نصفه مضافا إلى بعض الصفقة على المرتهن فقد صح أن يكون موضع الوجهين ما إذا رهنه على كل جزء جزء و الوجه الثانى البطلان فى الزائد و وجهه شبهه بالمأذون و غير المأذون

(قوله) (و لو لم يعين تخير الراهن)

هذا تقدم الكلام فيه

(قوله) (و للمالك المطالبة بالفك عند الحلول)

على القولين كما فى (المبسوط و التذكرة) فكأنه إجماعى و لا فرق بين أن يكون مؤجلا فيحل أو حالا من أصله كما فى (المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس) لأنه لم يدفعه ليملكه المستعير بل ليتنفع به و يرده و العارية و إن لزم بالنسبة إلى الرهن عند القائل بذلك لكن لزومها غير مانع من المطالبة بالفك بعد الحلول فقد وجد المقتضى و انتفى المانع لمكان الاستصحاب و على القول بالضمان فللضامن أن يطالب المضمون عنه بفكاه ليخلص نفسه من الضمان إذا ضمن بأمره و كان مال الضامن حالا كل ذلك مع قدرة المديون و عبارة الكتاب كالمبسوط و جامع الشرائع و الروضة و المسالك أن المطالب بالفك إنما هو الراهن و هو ظاهر إطلاق التحرير و الدروس و قد يقال إنه إذا حل الأجل و أمهل المرتهن الراهن إن للمالك أن يقول للمرتهن إما أن ترد مالى على أو تطالب الراهن بالدين ليؤديه فيفك الرهن كما إذا ضمن دينا مؤجلا و مات الأصيل فللضامن أن يقول إما أن تطالب بحقك من التركة أو تبرئنى

(قوله) (و قبله إشكال)

كما فى (التلخيص) ينشأ من أنه عارية فله المطالبة متى شاء لأن ماهية العارية تقتضى عدم اللزوم و هو خيرة المبسوط و التذكرة فى المقام كما يظهر لمن تدبر و السرائر و جامع الشرائع و عارية التحرير و التذكرة و من أنه أذن فى عقد لازم فلزم لأن الإذن فى عقد لازم يوجب على الآذن الوفاء به فليس له المطالبة قبل الأجل لمنافاته لمقتضى الرهن المأذون فيه و هو خيرة التحرير فى المقام و جامع المقاصد و ظاهر المسالك و الروضة و عارية الإيضاح و حواشى الشهيد و رهن المفاتيح و استشكل فى عارية الكتاب و هذا بناء منا على كونه عارية و على فرض إجابة المرتهن لمتمسه من قبول قبض الدين و الفك قبل الأجل أما الثانى فواضح و أما الأول فلأن أصحابنا على أنه عارية فكيف يبنى إشكالهم على رأى غيرهم فليحظ ذلك و ستمتع الكلام فى بيان الثانى مستوفى و أما على القول بأنه ضمان فلا مطالبة له قبل الأجل كما إذا ضمن دينا مؤجلا فإنه لا يطالب الأصيل بتعجيله لإبراء ذمته و فى (المبسوط و التذكرة) بين الجواز و عدمه على القول بالعارية و الضمان و لما كان خيرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠٠

و للمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من القيمة و ما بيعت به (١) و للمالك الرجوع في الإذن قبل العقد و بعده قبل القبض إن جعلنا القبض شرطا (٢)

الكتابين أنه عارية نسبنا إليهما الجواز و كذلك صنع الشهيد في الدروس حيث نسب إليهما الجواز على أنه في موضع آخر من التذكرة صرح بالجواز و قضيه كلام المبسوط و التذكرة و كل من قال بالجواز أن العارية غير لازمة و أن ذلك لا ينافي لزوم الرهن و في (جامع المقاصد) بنى الإشكال على ما بناه عليه في المبسوط ثم حقق أنه عارية لازمة و في (الإيضاح) في المقام كلام أنه غير ملتئم الأطراف عند إمعان النظر فيما وجه به الإشكال و بنى البحث عليه

(قوله) (و للمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من القيمة و ما بيعت به)

كما في (جامع الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و مجمع البرهان) و هو خيرة المبسوط عند ملاحظة أطرافه قطعا و هو الذي فهمه مولانا المقدس الأردبيلي من عبارة الإرشاد و عبارة الشرائع مثلها كما ستسمعها و هو خلاف ما فهمه منها في المسالك كما ستسمعه و بيان ذلك أنه إذا باعه على وجه يصح بوكالة أو استيذان من المالك أو الحاكم فإن باعه بقيمته رجع المالك بذلك على القولين كما في (التذكرة) و إن بيع بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن بمثله بطل و إن كان مما يتغابن بمثله صح و ضمن النقيصة فيرجع المالك بتمام القيمة على القول بالعارية لأن بيعه بأنقص من القيمة كان لأجل مصلحة الراهن في وفاء دينه و أما القول بالضمان فلا يرجع إلا بما بيع به لأنه لم يقض من الدين إلا ذلك القدر و الضامن إنما يرجع بما غرمه فتأمل فيه و إن بيع بأكثر استحقه لأنه ثمن ملكه لأن العين باقية على ملكه إلى زمان البيع و قال في (المسالك) في شرح قوله في الشرائع و لو بيع بأكثر من ثمن مثله كان المطالبة بما بيع به لا يتصور بيعه بنقصان عن قيمته فعبارة المصنف بثبوت الزيادة عن ثمن المثل أجود من عبارة القواعد بأنه يرجع بأكثر الأمرين لإيهامها إمكان بيعه بدون القيمة و هو ممتنع بخلاف الزيادة لإمكان اتفاق راغب فيها فيزيد عن ثمن المثل بحيث لو لا ظهوره لما وجب تحريه لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله و ربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع بسبب قلة الراغب في الشراء مع كون قيمة المال في ذلك الوقت و المكان عند ذوى الرغبة أزيد مما بذل فيه و يشكل بأن المعتبر في القيمة ما يبذل في ذلك الوقت لا ما يمكن فإن كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواء و إلا لم يصح البيع انتهى (و فيه) أن من الذي يسوغ بيعه به ما إذا باعه مما يتغابن به و لسنا نريد بالأنقص أكثر من ذلك فلم يكن هناك إشكال (و أورد في جامع المقاصد) إشكالا و هو أن البيع إذا كان برضا المالك لم يستحق إلا الثمن و إلا كان باطلا (و أجاب) بأن خصوص ذلك البيع ليس برضا المالك لأنه صار حقا لازما بإذنه حتى لو صرح بعدم الرضا لم يعتد به فيجب حينئذ أن يضمن له كمال حقه حذرا من الضرر و لا يخفى أن ضمان القيمة حيث يكون الثمن أقل منها إنما هو في القيمي فلو كان أقل منها في المثلي فالضمان بالمثل

(قوله) (و للمالك الرجوع في الإذن قبل العقد و بعده قبل القبض إن جعلنا القبض شرطا)

كان الأولى ذكر هذا عند قوله و للمالك المطالبة فيقول بعد ذلك و له الرجوع و يحصل من ذلك انتظام أحكام المرتهن في سلك واحد و قد حكى الإجماع في التذكرة على أن لمالك العبد الرجوع في الإذن قبل الرهن و لا ريب أن له الرجوع بعد العقد و قبل الإقباض إن قلنا إنه شرط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠١

و لو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه (١)

في الصحة أو اللزوم كما أطلق في الكتاب و غيره و وجهه ظاهر و أما إذا قلنا إنه ليس شرطا أو كان الرجوع بعد العقد و القبض فلا يصح له الرجوع على القول بالضمان و كأن العامة لا يختلفون في ذلك و أما على القول بالعارية فكذلك كما في (المبسوط و السرائر

و التذكرة و التحرير و اللعنة و المسالك و الروضة) و هو قضية كلام الدروس لأنه لا دليل على فسخ العقد بعد لزومه

(قوله) (لو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه)

كأن الكلمة متفقاً على سقوط الضمان عن المرتهن لو تلف في يده قال في (المبسوط) لو هلك عند المرتهن أو جنى فباع «١» في الجنائية ضمنه الراهن على القول بالعارية لا على القول بالضمان وقضيته أن لا ضمان على المرتهن مطلقاً ونحوه ما في التحرير حيث قال لو تلف في يد المرتهن بغير تفريط رجع على الراهن بالقيمة وينفي الضمان عن المرتهن صرح في عارية الكتاب و في (الشرائع والإرشاد) ضمنه الراهن بقيمته إن تلف و من المعلوم أنه في يد المرتهن غالباً فيكون تلفه في يده و قد قيد في المسالك عبارة الشرائع بما إذا كان بعد الرهن و في (اللعنة) يضمن الراهن لو تلف وقضيته أن المرتهن لا يضمن وقيدها في (الروضة) بما إذا كان بعد الرهن و في (الدروس) اقتصر على نقل كلام المبسوط و في (المسالك) لا يضمن المرتهن بغير تفريط و في (التذكرة) لو تلف في يد المرتهن فإن كان بغير تفريط فلا ضمان عليه لأن المرتهن أمسكه على أنه رهن لا عارية و المرتهن أمين لا يضمن ما يتلف في يده من الرهن و هذا كله يشهد لما فسر به السيد عميد الدين عبارة الكتاب قال السيد في (كنز الفوائد) مراده أنه لو تلف الرهن للمستعار في يد المرتهن فأقرب الوجهين أنه لا ضمان على المرتهن لأنه أمين لا يضمن إلا بالتفريط وأضعفهما الضمان لأن العارية للرهن مضمونة و يد المرتهن مترتبة على يد الراهن المستعير و هي يد ضمان فتكون المترتبة كذلك و قال في (الإيضاح) هذه المسألة موضع اشتباه قال المصنف قدس سره لى في الدرس حيث حققت البحث عليه أن هذه المسألة فرع على قوله وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله إشكال و تقريره أن بعد الحلول إذا كان الراهن موسراً فللمالك إلزامه بالافتكاك فإن جعلناه عارية أو غلبنا عليه العارية كاختيار والدى و المحققين فهل له الرجوع فيها قبل الافتكاك قيل نعم لأن العارية ماهيتها تقتضى عدم اللزوم فإذا رجع قيل له مطالبة المرتهن بأن يلزم المديون بماله أو برهن غيره يقوم مقامه ليخلص له عين ماله إذ قبض المرتهن مبنى على العارية و قد بطلت فإذا أهمل المرتهن و أمسك الرهن في يده ضمن و الأقوى أنه ليس له ذلك لأنه أذن في عقد لازم فيلزم فلا يضمن المرتهن و هو الأقرب بل هو الأصح فهذا وجه قول المصنف فالأقرب سقوط الضمان عنه (قلت) إذا لم يكن له الرجوع و لا مطالبة المرتهن فلا وجه لاحتمال الضمان على هذا التقدير فلا- معنى لتخصيصه بترتب الحكم عليه إلا- أن يقال إن بناء الأقرب على ثبوت الرجوع و جواز المطالبة و مقابله يعنى غير الأقرب مبنى على عدم ذلك فيكون الأقرب مبنياً على اللزوم و مقابله على عدمه فلم يكونا من واد واحد ثم قال في (الإيضاح) و أما قبل الحلول فعلى تقدير أن يدفع الراهن هل يجب على المرتهن القبول يحتمل ذلك لأنها عارية لا تلزم فلا يلزم المبنى عليها و الأصح أنه لا يجب فعلى الأول يعنى وجوب القبول إذا لم يأخذ المرتهن المال فتلف الرهن في يده ضمن و على الثانى لا يضمن و هو الأصح (قلت) إذا لم يجب القبول لم يبق احتمال لغير الأقرب إلا أن تقول إن الأقرب مبنى على

(١) فيع «ظ»

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠٢

و يضمنه المستعير و إن لم يفرط (١) بقيمته (٢)

وجوب القبول و غير الأقرب مبنى على عدم الوجوب كما مر مثله في ما بعد الحلول ثم إن وجوب قبول الدين قبل الأجل لا قائل به إلا من شذ ممن تأخر عن تأخر كما عرفت و إن أراد وجوب قبول رهن عوض الرهن (ففيه) أن العارية إن كانت لازمة لا يجب و إن لم تكن فجواز الرجوع ثابت من دون عوض فكيف مع العوض بل لا وجه لتخصيص ذلك بما إذا دفع الراهن لأن ذلك جائز دفع أو لم يدفع إن كانت جائزة و إلا فلا على كل حال (ثم قال في الإيضاح) قال و الذى يمكن توجيه هذه المسألة بأن نقول على القول بأنها عارية له الرجوع مطلقاً أى قبل الحلول و بعده فلا يبطل الرهن فلا يجوز للمرتهن إمساك العين بل يجعلها بقول الحاكم أو باتفاقهما

عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها فإن لم يفعل المرتهن كان ضامنا (قلت) فتكون الفائدة فى رجوعه عن الرهن رفع يد المرتهن عن الرهن لا غير و هو بعيد عن العبارة و تكون المسألة مبنية على أن العارية لازمة أو غير لازمة و احتمال فرض المسألة فيما لو رضى المرتهن بقبول الدين أو البديل خلاف ظاهر العبارة مع ما فيه من مفسد آخر (و كيف) كان فأقسام المسألة على هذه الاحتمالات أن يقال تلف الرهن فى يد المرتهن إما أن يكون قبل الحلول أو بعده و على الأول إما أن يدفع الراهن الرهن أو لا و على الثانى إما أن يكون بعد الافتكاك أو قبله و على الثانى إما أن يكون المعير قد طالب المرتهن بأن يلزم الراهن بالافتكاك فأهمل أو لا أو يكون قد طالب الراهن بالافتكاك و علم المرتهن و لم يلزمه به أو لا- يعلم و على التقادير إما أن يكون الرهن أزيد من الدين أو مساويا أو أنقص و الراهن إما موسرا أو معسرا و على التقادير إما أن يكون من باب الضمان أو العارية اللازمة أو غير اللازمة مع لزوم الرهن أو عدم لزومه و لما كان فرض المسألة فى عدم التفريط لم يتوجه التعرض للتشقيق فيه فعلى القول بأنه من باب الضمان فالظاهر أن لا ضمان على المرتهن و لا- الراهن أما الأول فظاهر على جميع الاحتمالات و أما الثانى فلأنه تلف من مالكة لأنه لم يقض عنه شيئا و الضامن إنما يرجع بما أدى و لم يسقط الحق عن ذمة الراهن كما حكى عنهم ذلك فى المبسوط و غيره و أما على القول بأنه عارية فأحكام هذه الأقسام لا تخفى بعد ما ذكرناه عند التأمل التام

(قوله) (و يضمن المستعير و إن لم يفرط)

ظاهر (المسالك) الإجماع عليه و قد سمعت كلام الأصحاب و أنه ظاهر فى ذلك فى صدر المسألة المتقدمة فجمعوا بين مقتضى العارية من وجوب الرد و إفضاؤها إلى التلف بوجوب ضمان العوض و هو صريح الإيضاح و جامع المقاصد و المفاتيح و فى عارية التحرير لم يكن على أحد ضمانه و قد احتمله فى الدروس لأنها أمانة عندنا قال إلا أن تقول الاستعارة المعرضة للتلف مضمونة (قلت) هو كذلك كما ستسمع فيما إذا تلف قبل أن يرهن و فى عارية الكتاب يضمن المستعير فى المضمونة و هذا على القول بأنه عارية و أن التلف بعد الرهن و أما على القول بالضمان فلا ضمان كما سمعت و ظاهر إطلاقهم فى المقام أنه أى المستعير يضمن إذا تلف فى يده بعد فكه و هو كذلك لما ستسمع من ظهور دعوى الإجماع على أنه عارية مضمونة و المصنف فى آخر كتاب الرهن من التذكرة استقرب عدم الضمان لأن حفظ العين حينئذ ياذن المالك فصار كالأمين و فيه نظر واضح ستعرفه

(قوله) (بقيمه)

كما (فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد) و غيرها يوم التلف كما فى (المسالك و الروضة) و ظاهر جامع المقاصد و احتمال فى التحرير ضمانها يوم الإقباض أو بأعلى القيم على إشكال و الأصح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠٣

و كذا إن تعذر إعادته (١) و لو لم يرهن ففى الضمان إشكال (٢)

[السابع لو قال أذنت لى فى رهنه بعشرة]

(السابع) لو قال أذنت لى فى رهنه بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين (٣)

[الثامن لا يصح رهن المجهول]

(الثامن) لا يصح رهن المجهول (٤)

أنه يضمه بها يوم التلف لأنه باق على ملك الغير و ليس بأسواً حالاً- من الغاصب و تمام الكلام يأتى فى محل آخر و ذلك فى القيمى لا المثلى

(قوله) (و كذا إن تعذر إعادته)

لغصب و نحوه كما فى (الشرائع و التحرير) فى أول كلامه و المسالك و ظاهر الكتاب و الشرائع أن تعذر الرد فى حكم التلف مطلقاً ما عدا بيعه فى الرهن كما هو صريح المسالك و قد صرح فى التحرير وفاقاً للمبسوط أنه إذا جنى العبد و بيع فى الجنائى أنه يرجع بقيمته و هو يوافق إطلاق الشرائع و الكتاب و لعله مبنى على الغالب من بيعه بقيمته و إلا فالظاهر أن المالك يرجع بالأكثر من القيمة و الثمن فليأتمل جيداً

(قوله) (و لو لم يرهن ففى الضمان إشكال)

الأقوى أنه يضمن كما فى (التذكرة) فى موضع منها و قواعد الشهيد و جامع المقاصد و كاد يكون صريح التحرير و هو ظاهر مجمع البرهان لأنه عارية مضمونه عندنا كما فى التذكرة و قد نص الأصحاب على أنها عارية مضمونه كما فى الإيضاح و ذلك يقتضى أنها تضمن بمجرد القبض و لأنه قبضها للإتلاف فى دينه فهو قبض ضمان فيكون المقتضى للضمان هو القبض لذلك لا الرهن فى الدين فكان كالمقبوض بالسوم و فى (المسالك و الروضة) لا- يضمن إلا- بالتفريط و قد سمعت ما فى الدروس و عارية التحرير و فى (التذكرة) بعد تسع و عشرين قائمة كما نقلناه عنه استقرب عدم الضمان قبل الرهن فى أول عنوان المسألة ثم استشكل ثم استقرب العدم و وجهه أنه أمانة فلا يضمن إلا بالرهن و أنه إنما يضمن بالتعريض للإتلاف و سببه الرهن و المسبب لا يتقدم على السبب و جوابه أن الموجب إنما هو القبض على سبيل الضمان كما فى كل عارية مضمونه و يزيد أن هذا شبيه بالمعوضة كما فى الإيضاح و مما ذكر يعلم الحال فيما إذا تلف فى يد الراهن بعد فكه و طلب المالك له كما أشرنا إليه آنفاً

(قوله) (لو قال أذنت لى فى رهنة بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين)

للأصل و لأنه منكر لزيادة ما يدعيه المستعير و الأصل براءة ذمته من وجوب إبقائه حتى يوفى العشرة و كان الأولى أن يجعله تذييباً لأنه فرع الفرع لا فرعاً برأسه و قد يستشهد له بالأخبار و الإجماعات الدالة على تقديم الراهن فيما إذا اختلف هو و المرتهن فى مثل ذلك كأن قال الراهن رهنته بخمسة و قال المرتهن بعشرة كما ستسمع ذلك إن شاء الله تعالى عند تعرض المصنف له

(قوله) (لا يصح رهن المجهول)

قال فى المختلف قال الشيخ لو قال رهنتك هذا الحق بما فيه لم يصح فيما فيه للجهل به و هذا يشعر بمنع رهن المجهول و الأولى عندى الجواز عملاً بالأصل الدال عليه نعم يشترط تعيينه فلو قال رهنتك أحد هذين بطل انتهى (قلت) نفى فى الخلاف الخلاف عن عدم صحة الرهن فيما فى الحق و ظاهره أنه إجماع المسلمين كما هو عادته و صرح فى (المبسوط) فى مواضع بعدم جواز رهن المجهول و فى (التذكرة) لو كان ما فى الحق مجهولاً لم يصح الرهن قطعاً فى الظروف خاصة للجهالة على إشكال و يصح الرهن فى الحق عندنا و إن تفرقت الصفقة إذا كان له قيمة مقصودة و التحقيق ما حققه الشهيد فى حواشيه و اقتفاه المحقق الثانى من أن المجهول من جميع الوجوه أو من بعضها بحيث يمنع من توجه القصد إليه لا- يصح رهنه و ما فى الحق كالشاة من القطيع لا- يتوجه القصد إليهما و أما المجهول لا كذلك كهذه الصبرة إذا لم يعلم قدرها فلا بأس به لأن عقد الرهن ليس من العقود المبنية على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠٤

[التاسع لو غصب عينا ثم باعها]

(التاسع) لو غصب عينا ثم باعها أو رهنها أو وهبها أو آجرها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث أو شراء و كيل و شبهه صح

(١) التصرف

[العاشر لو رهن ما له الرجوع فيه (٢) قبله لم يصح]

(العاشر) لو رهن ما له الرجوع فيه (٢) قبله لم يصح على إشكال كموهوب له الرجوع فيه و كالبائع مع إفلاس المشتري (٣) أما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل

المغابنة لأن ذلك فى عقود المعاوضات التى يطلب فيها كل من المتعاضين غبن صاحبه لأن الرهن مبنى على قبول الغبن لأن الراهن مغبون للمرتهن قال فى (التذكرة) الراهن و الواهب مغبونان و المتهب و المرتهن مرتفقان و لا خيار لهما عند الرؤية كما إذا رهنه المال الغائب أو وهبه له لانتفاء الحاجة إليه و معلوم أنه لا خيار لهما باعتبار هذين العقدين أما لو شرط كل من الهبة و الرهن موصوفين فى عقد البيع مثلا فظهرت بخلاف الوصف ثبت الخيار بالعارض (قوله) (لو غصب عينا ثم باعها أو وهبها أو رهنها أو آجرها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث أو شراء و كيل و شبهه صح التصرف)

إذا أوقع الغاصب بعض هذه ظانا لزومها و عدم توقفها على إجازة المالك ثم ظهر سبق ملكه للعين على التصرف صح و كان القصد إلى ذلك كافيا و لا يحتاج إلى إجازة كما قلنا فيما إذا شرط عليه رهن فى بيع فاسد فظن اللزوم ف رهن و قد سمعت قول المصنف هناك أن له الرجوع كما فى بعض النسخ و إن كان ممن يعتقد توقفها على إجازة المالك فالظاهر توقفه على الإجازة لأنه قصد البيع الموقوف على الإجازة دون المنجز و قد سبق فى باب البيع ما إذا باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا أن فيه وجوها ثلاثة و أن الأقوى الصحة و أما لو سبق التصرف الملك فعلى المشهور من كشف الإجازة يكون باطلا لتضاد الملكين من شخصين لشيء واحد بعينه و قد تحقق أحد الضدين و هو ملك الغاصب فينتفى الآخر و على القول الآخر من أنها ناقلة يصح و هل يتوقف على الإجازة احتمالان (قوله) (لو رهن ما له الرجوع فيه قبله لم يصح على إشكال كموهوب له الرجوع فيه)

رهن الموهوب فى موضع يصح فيه الرجوع يصح كرهن ما فيه الخيار وفاقا للإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و كذا حواشى الكتاب للأصل و وجود المقتضى و انتفاء ما يعده الخصم مانعا و عدم الفرق بينه و بين ما فيه الخيار فكما صح فيه صح فيما نحن فيه و لأنه يصدق كل ملك يمنع غير من هو له من التصرف فهو ملك لازم و يلزمه بعكس النقيض على رأى القدماء كل ما ليس بملك لازم فهو ليس بملك مانع غير من هو له من التصرف فيه و وجه عدم الصحة أنه ليس ملكه قبل الرجوع فيه و الرهن مشروط بالملك فيتأخر عنه فلو كان علة فيه لتقدم عليه فيلزم الدور و هو معنى ما يقال إن الرهن موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن الرهن (و قد أجاب) الشهيد عن مثل ذلك فيما إذا باع ذو الخيار ما له فيه الخيار بأنه دور معية كما بيناه فى باب الخيارات عند قوله و الأقرب صحة العقود و هو معنى قوله فى الإيضاح إن الجزء الأول من عقد الرهن علة فى الرجوع و الملك و مجموعه علة لصحة الرهن و هو مشروط بالملك فلا دور انتهى فتأمل و نحن نقول المحصل للفسخ و الملك القصد المقارن فيحصلان قبيله كما هو الشأن فيما لو وطئ البائع أو أعتق أو وهب فى مدة الخيار فإننا لا نقول إن وطأه محرم و لا أول جزء منه و قد استوفينا الكلام فى المسألة فى بيع ذى الخيار و باب الهبة

(قوله) (و كالبائع مع إفلاس المرتهن)

يريد أن البائع لو رهن عين ماله التى وجدها عند المفلس كان الرهن صحيحا لأنه برهنه لها قد رجع بها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠٥

[الحادى عشر لو رهن الوارث التركة و هناك دين فالأقرب الصحة]

(الحادى عشر) لو رهن الوارث التركة و هناك دين فالأقرب الصحة و إن استوعب ثم إن قضى الحق و إلا قدم حق الديان (١)

و فسخ العقد و فى بعض نسخ الدروس لو رهن غريمه المفلس عينه التى له الرجوع فيها قبله فالأجود المنع و هذه غير ما نحن فيه و حكمها أن الصحة تتوقف على الإجازة و فى بعض نسخه لو رهن غريم المفلس عينه التى له الرجوع فيها قبله فالأجود المنع و أولى منه لو رهن الزوج نصف الصداق قبل طلاق غير الممسوسة و على هذه النسخة نطالبه بالفرق بينه و بين رهن الموهوب حيث صححه و استجود المنع هنا و هو غير واضح نعم رهن الزوج نصف الصداق المعين قبل طلاق غير الممسوسة غير صحيح بدون الإجازة لأن الفسخ هنا لا بد فيه من لفظ الطلاق و الإشهاد كما هو ظاهر و إليه أشار المصنف هنا بقوله أما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل

(قوله) (و لو رهن الوارث التركة و هناك دين فالأقرب الصحة و إن استوعب ثم إن قضى الحق و إلا قدم حق الديان) لم يفرق المصنف هنا بين ما إذا استوعب الدين التركة أم لا و إطلاقه يقضى بعدم الفرق بين ما إذا كان الوارث موسرا أم لا و فقه المسألة يتوقف على بيان حال التركة إذا كان على الميت دين مستوعب لها أو غير مستوعب و هى من المشكلات التى تعم بها البلوى و قد اضطربت فيها الفتوى حتى من الفقيه الواحد فى الكتاب الواحد بل فى الباب الواحد كما ستسمع (و تنقيح البحث) أن يقال قد اتفقوا على أن للدين تعلقا بالتركة و على أنها لا تنتقل إلى الغرماء و لا إلى الله سبحانه و تعالى لأن مصبها حينئذ أوعية المساكين و على أنها إن لم يكن هناك دين و لا وصية تنتقل إلى الوارث بمجرد الموت و على أن الفاضل عن الدين إن لم يستوعب ينتقل إلى الورثة إن لم يكن هناك وصية و على أن ما زاد عن الثلث ينتقل إليهم و إن أوصى به إذا لم يجيزوا و الظاهر أنه لا خلاف فى أنهم إذا أجازوا كان تنفيذها للوصية لا عطية مبتدئة و اختلفوا فى مواضع (الأول) ما إذا كان الدين مستوعبا للتركة فهل تبقى على حكم مال الميت و لا تنتقل إلى الورثة أو تنتقل إليهم و يكون تعلق الدين بها كتعلق الأرش برقبه الجانى فيصح للورثة له التصرف و يحتم عليهم أداء الدين المساوى لها أو كتعلق الدين بالرهن فلا ينفذ تصرفهم إلا مع الإجازة من الغرماء أو يكون تعلقا مستقلا برأسه محتملا لنفوذ تصرف الورثة و عدمه (الثانى) ما إذا لم يكن الدين مستوعبا كما إذا كان أنقص فقد اختلفوا فيما قابل الدين منها فبعض على أنه على حكم مال الميت و آخرون على انتقاله إلى الورثة و إن تعلق حق الغرماء إما كتعلق الرهن أو كتعلق الأرش كما مر مثله فى المستوعب و اختلفوا أيضا فى الفاضل عن الدين الذى اتفقوا على أنه ينتقل إلى الورثة فبعضهم على أنه لا يجوز للوارث التصرف فيه قبل القضاء و أنه لا يسقط شىء من الدين بتلف بعض من التركة لتعلق حق الغرماء بكل جزء منها مشاعا لأن التركة حينئذ بأجمعها كالرهن و بعض على أنه ينفذ تصرفه فيه أى فيما زاد على الدين و للمصنف فى إرث الكتاب مذهب غريب فإنه ذهب إلى أن التركة تنتقل إلى الورثة إذا كان الدين مستوعبا و أما إذا لم يكن مستوعبا فما قابل الدين على حكم مال الميت هذا و اتفقوا على التقديرين أى الاستيعاب و عدمه على أن المحاكمة للوارث فيما يدعيه لمورثه و ما يدعى عليه و أنه لو أقام شاهدا بدين حلف هو دون الديان و الظاهر اتفاقهم أيضا كما قيل على أن الورثة أولى و أحق بعين التركة و لذلك قال قال «١» بعضهم أن النزاع إنما هو فى قيمة التركة لا فى عينها و إلا فالناس متسالمون

(١) الظاهر زيادة أحدهما.

.....

على أنهم أحق بالعين و أنه من هنا نشأ الظن لبعض الناس أن القول بأن التركة للورثة مع الاستيعاب هو المشهور بل ظن أنه محل وفاق انتهى فليتأمل جيدا في قول هذا البعض (و كيف) كان فالقائل بأن التركة تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل إلى الورثة الشيخ في الخلاف و كذا المبسوط كما نقل عنه و ابن إدريس في وصايا السرائر و باب قضاء الدين عن الميت و المحقق في الشرائع في باب الموارث و القضاء و القصاص و المصنف في الإرشاد و الشهيد في ميراث الدروس و قد مال إليه أو قال به الفخر في رهن الإيضاح و مثله والده في وصايا المختلف و هو ظاهر المقنع و النهاية و فقه الراوندى بل هو ظاهر الخلاف أو صريحه في باب الفطرة فيمن أوصى بعبد ثم مات قبل هلال شوال و لم يقبل الموصى له إلا بعد أن هل فإنه قال لا يلزم أحدا فطرته و قضية ذلك كما فهمه منه في السرائر أنه يبقى تلك المدة بلا مالك و هو مذهب الأكثر كما في المسالك و الكفاية و المفاتيح و في (السرائر) لا خلاف في أن التركة لا تدخل في ملك الورثة و لا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين و قال في باب قضاء الدين إنه الذي تقتضيه أصول مذهبنا و قد استدلوا عليه باستمرار طريقه الناس على دفع النماء في الدين إذ لو اقتصر مقتصر على دفع الأصل في الدين دون النماء لأنكروا عليه أشد إنكار و بقوله جل شأنه (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ) و لقد تكررت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقادم عهد أربع مرات و ما كانت عاداته سبحانه في بيان الأحكام ذلك بل يجمل و يحيل و قال الأردبيلي في آياته قالوا إن قوله جل شأنه (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ) متعلق بجميع ما تقدم من أول قسمه الميراث فالمال بمقتضى ظاهر الآية الشريفة إما باق على حكم مال الميت أو منتقل إلى الغرماء و لا قائل بالثاني فتعين الأول و قد استدل بها جماعة كالشيخ و ابن إدريس و فخر الإسلام و الشهيد و غيرهم على عدم انتقال المال إلى الورثة و الحمل على استقرار الملك أو على استقرار الظرف أعنى قوله جل شأنه (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ) جعله حالا من الأنصبة المذكورة في الآية الشريفة حتى يكون المعنى لكل ما وظف له بالفرض أو غيره بعد الوصية و الكون و الثبوت أعم من الملك فيجوز أن يكون المراد أن ذلك يكون لهم بعد الوصية و الدين على وجه الاستقرار بعد أن كان مترزلا يدفعه أن المتبادر إنما هو الملك و الاستحقاق كما في المال لزيد و من ثم سمي النحاة هذه اللام لام الملك فكيف ينزل قوله تعالى له النصف على أن المراد يستقر له ما في ملكه من قبل إن هو إلا -إعراض عن الظاهر إلى التأويل من دون دليل واضح و لا ريب أن الظاهر أن الظرف لغو لا حال من الثلث مثلا و من هنا يظهر ضعف ما في حجر جامع المقاصد من أن الآية الشريفة إنما تدل بمفهوم المخالفة و هو ضعيف انتهى لأنه من المنطوق الذي لا يلحظ فيه المفهوم كقولنا يملك المبيع بعد العقد و مثله كثير كما في قولنا إذا باعك فاشتر و إذا سلم عليك فرد عليه السلام فليتبدر في ذلك فقد صح لنا أن نقول إن المعلق في الآية الشريفة إما الملك أو جواز التصرف أو هما معا أو لا واحد منهما و الأخير باطل قطعا كالثالث لأنه يستحيل تعلق الملك على بعدية الدين و الوصية مع بقاء جواز التصرف مطلقا أي تصرف كان حتى يكون المعنى في أحد الوجهين أنه لا يملك إلا بعد الدين و يجوز له التصرف قبله فتعين أحد الأولين و يدفع الثاني ظهور الملك و الاستحقاق من اللام و عدم تبادر كون الظرف حالا من الأنصبة و التقدم في قوله جل شأنه (مَنْ بَعْدَ) هو التقدم الذي أراده المتكلمون و هو أن المتأخر لا يجامع المتقدم كتقدم عدم الحادث على وجوده و تقدم بعض أجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك أو جواز

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠٧

.....

تصرفه في رهن أو غيره حتى ينتفى المتقدم و ستسمع تمام الكلام في الآية الشريفة و قال في (جوامع الجامع) «١» لا خلاف في أن الدين مقدم على الوصية و الميراث و إن قدمت الوصية على الدين فكأنه قيل من بعد أحد هذين فإن لفظ أو لا توجب الترتيب و إنما

هى لأحد الشئيين أو الأشياء و لعله أراد أن يراد أو لإرادة بيان التساوى بين الدين و الوصية فى تقديمهما على الإرث و أن كل واحد منهما مستقل فى التقديم لا لأن أحدهما مقدم لا المجموع و تقديم الوصية إما لأنها مظنة التفريط أو لأن الغالب فى أهل الجدة و أصحاب الأموال إنما هو الوصية أو لأنه لا ينبغى أن يترك الدين إلى ما بعد الموت و استدلووا على هذا القول بما رواه ثقة الإسلام فى باب قضاء الزكاة عن الميت فى الصحيح عن عباد بن صهيب الذى وثقه النجاشى و المصنف فى الإيضاح و الظاهر وقوع الاشتباه من الكشى فإن ما فى الحديثين من القدح فيه إنما وقع من عباد بن كثير البصرى كما يظهر من أحاديث أخر مع أن فى الحديث الثانى تصريحاً به مضافاً إلى أن الشيخ فى (الفهرست) و (قر) و (ق) لم يتعرض لفساد عقيدته و ابن أبى عمير عن الحسن عنه و قال الأستاذ فى الفوائد الرجالية لا تأمل و لا شبهة فى كون ابن صهيب ثقة جليلاً و كثيراً ما رأينا الكشى يروى الأحاديث الواردة فى شخص فى آخر لمشاركته له فى الاسم أو الكنية أو اللقب سلمنا و لكن أقصاه أن يكون موثقاً و الموثق حجة عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل فرط فى إخراج زكاة فى حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكاة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى من تجب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال إنما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شىء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة و هى ظاهرة أو صريحة فى المراد و لا قائل بالفرق بين الوصية بالزكاة و غيرها و بصحيفة سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى دية المقتول أنه يرثها الورثة على كتاب الله و سهامهم إذا لم يكن على المقتول دين و الحمل على استقرار الملك خروج عن الظاهر كما هو الظاهر و لا يخفى عليك أن هذه الأدلة الثلاثة تدل على عدم الانتقال إلى الورثة و إن لم يستوعب الدين التركة فلي تأمل و قد ذهب ناس إلى أن الميت ممن يملك على الحقيقة كما يبقى عليه الدين بل قيل قد يتجدد له الملك بعد الموت كملكه لديته و لما يقع فى شبكته كما هو خيرة و صايا الروضة و مال إليه الفخر فى ميراث الإيضاح و نسبه إلى بعض و لعله أراد المحقق فى باب القصاص فيما إذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال و كأنهم استندوا إلى أنهم أجمعوا على أن ديونه تقضى من ذلك و تنفذ وصاياه و لا طريق له إلا الملك و الحق أن ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذى دل على ذلك أى أن الميت فى حكم المالك له لعصمته به عن تعلق ملك غيره به و صرفه فى مصالحه و أنى يملك الميت و بالموت تزول عنه الأملاك و ما ذكره فى وصايا جامع المقاصد من الاتفاق على أن المال لا يبقى بلا مالك فعليه يريد ما اتفق العلماء على نفيه من أنه لا يبقى بلا مالك و لا من هو فى حكمه و إلا فكيف يتم له ذلك و الأكثرون من القدماء على أن التركة لا يملكها الوارث إذا أحاط بها الدين لكن كلامه فى الوصايا صريح فى أن المال لا بد له من مالك حقيقة فلا يجدى هذا التأويل ثم إنه معارض بإجماع السرائر و قد سمعته و قد أطبقوا على أن من مات و لا وارث له إلا مملوك أنه يشتري من التركة و يعتق ليرثها و قد بقى المال فى هذه المدة بلا مالك و مثله ما لو أوصى

(١) و بعض الناس يسميه بجامع الجوامع و هو غلط (كذا بخط المصنف قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠٨

.....

بأن يصرف مال معين فى الصلاة أو الصيام أو الحج أو شراء الآجر و الجص لبناء القناطر و نحو ذلك مما هو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه فى ذلك ملك الورثة و لم تدر ما ذا يقول فيمن مات و لا وارث له إلا مملوك و لعله يريد الاتفاق بينه و بين خصمه فى ملك الوصية أو اتفاقاً حدث فيما قارب عصره لكن الشهيد ممن يوافق الخلاف كما عرفت (و أما) القول بأن التركة فى الفرض المذكور للورثة فهو خيرة المبسوط على ما وجدناه و جامع الشرائع و مواريث الكتاب و قضائه و شفيعته و وصاياه و حجره و رهنه كما تعطيه عبارته هنا و قضاء التحرير و المختلف و رهن التذكرة و حجرها و حجر الإيضاح و وصاياه و جامع

المقاصد فى المقام و الحجر و الوصايا و المختلف أيضا فى ظاهره أو صريحه فى موضع آخر منه و كذا حواشى الشهيد فى المقام و الموارث و قضاء المسالك و موارثه و موارث كشف اللثام و ظاهر حجر التذكرة الإجماع عليه حيث قال الحق عندنا أن التركة تنتقل إلى الوارث و قد سمعت إجماع وصايا جامع المقاصد و ربما ظهر من بعضهم أنه المشهور و حجتهم أن المال لا يبقى بلا مالك و أن الإجماع منعقد على أنها لا تنتقل إلى الغرماء فتعين الانتقال إلى الورثة و أنها لو لم تنتقل إليهم لما شارك ابن الابن عمه لو مات أبوه بعد جده و حصل الإبراء حينئذ و التالى باطل إجماعا فالمقدم مثله و أن الحالف مع الشاهد إنما هو الوارث فلو لا الانتقال لساوى الغريم و قد عرفت ما يجيب به أهل القول الأول عن الدليل الأول و لعلمهم يجيبون عن الثانى بأن الإبراء مما يكشف عن الانتقال من حين الموت فتأمل و عن الثالث بأن ذلك لمكان الأولوية و الاختصاص بالأعيان فليتأمل (و كيف) كان فعلى القولين يمنع الوارث من التصرف فيها إلى أن يوفى الدين أو يأذن الغرماء و قد حكى على ذلك الإجماع فى قضاء الإيضاح و المسالك و ظاهر السرائر فى قضاء دين الميت قال فى (الإيضاح) أجمع الكل على أنه إذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها إلا بعد قضاء الدين و إذن الغرماء و نحوه قال فى المسالك و هو كذلك كما يشهد به التبع لأن أصحاب هذا القول يقولون إن تعلق الدين بها تعلق الرهن بالدين كما فى المبسوط و غيره و هو الذى جزم به المصنف فى ثلاثه مواضع من الكتاب كالموارث و القضاء و الوصايا و إنما يترددون فى أنه كتعلق الرهن أو تعلق الأرش فيما إذا لم يستوعب و قل من تردد فى الأمرين فيما نحن فيه على أنك ستعرف فيما إذا لم يستوعب أن جماعة على أن التعلق فيه كتعلق الرهن بل لم أجد مصرحا فى المقامين بأن تعلق الدين بالتركة كتعلق الأرش إلا ما حكاه الشهيد فى حواشى الكتاب فى باب الحجر عن السيد الرضى رضى الله عنه و لم يظهر من جامع المقاصد فى الباب تبعا للكتاب حيث قربا هنا صحة رهن الوارث التركة لكنه فى جامع المقاصد رجع عنه فى باب الحجر فقال بالمنع فيما إذا لم يستوعب و إن كان ربما ظهر منه فى أثناء الكلام التردد أو العدول فهنا أولى بالمنع أو التردد و المصنف كأنه متردد فى الباب المذكور و قد جزم فى التحرير بعدم صحة الرهن فى المقام و قد سمعت ما جزم به فى الموارث و غيره بل جزم فى الموارث بأنه كالرهن فيما إذا لم يستوعب و فى (المبسوط) ذكر الاحتمالين فى المقام من دون ترجيح و قد سمعت ما حكيناه عنه و ستسمع أيضا من أن التعلق عنده كتعلق الرهن فيما لم يستوعب و كيف كان فالمنع من التصرف فيما نحن فيه أعنى مع الاستيعاب مما لا ينبغى الشك فيه على القولين للإجماعين المنقولين الذين يشهد لهما التبع و غيره و إنما تظهر الثمرة فى النماء كما صرح به جماعة كثيرين و هو أيضا مما يؤيد الإجماعين المذكورين و أما المحاكمة و التخيير فى جهات القضاء فإنهما ثابتان على القولين كما عرفت آنفا و صرح بهما جماعة و ليعلم أن الفخر فى الإيضاح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٠٩

.....

و المحقق الثانى اختارا أن تعلق الدين بالتركة ليس واحدا من التعليقين و إنما هو تعلق ثالث مستقل برأسه و قد حكى عن الشهيد و حكاه فى التذكرة عن بعض العامة و لا فائدة مهمة فى المقام تقتضى تحرير ذلك و إذ قد ثبت منع التصرف فلو ظهر أن هناك دينا مستوعبا و قد تصرف الوارث كان تصرفه غير نافذ إذا لم يؤد الوارث و لا كذلك ما إذا حدث دين كأن كان قد باع متاعا و أكل ثمنه فرد بالعيب السابق فالظاهر نفوذه إن أدى الدين و إلا فسخ المدين التصرف توصلا إلى أخذ دينه من تركته و كلام المصنف فى هذا الفرع فى باب الحجر غير منقح و أما إذا لم يستوعب الدين التركة فقد علمت أن الكلام يقع فيه فى مقامين فى الفاضل عن الدين و فيما قابله أما الأول ففى ميراث الكتاب أنه يمنع من التصرف فيه و تكون التركة بأجمعها كالرهن و هو خيرة الإيضاح فى الحجر و الرهن و الدروس فى الإرث و جامع المقاصد فى موضع من الحجر كما عرفته آنفا و إيضاح النافع فى باب الدين و هو ظاهر المبسوط و قد سمعت ما فى السرائر من الإطلاق للآية الشريفة و الخبرين المتقدمين و أنه لا أولوية لبعض على بعض فى اختصاص التعلق به و

لأن الأداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التلف و لما خرج الميِّت عن صلاحية استغراق الدين لذمته وجب أن يتعلق بكل ما يمكن أدائه منه من أمواله لأن حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم الانتفاء و لأن الباقي إذا تلف قبل القضاء ضمن الوارث و هذا يدل على أن التعلق بجميع التركة و إلا- فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث تعذر و احتمال في التذكرة نفوذ التصرف فيه أى فى الفاضل عن الدين و هو خيرته فى حجر الكتاب و قضائه و الشهدى فى حواشيه على موارىث الكتاب و المسالك و الكفاية و هو قضيه كلام جامع الشرائع بل صريحه فى باب الدين للضرر و الحرج و لبعده الحجر فى مال كثير ليسير جدا و أن الحجر إنما وقع لأجل الدين و ذلك يتقدر بقدره مؤيدا باستمرار طريقة الناس على ذلك و يكون التصرف مراعى بوفاء الباقي بالدين فلو قصر لتلف أو نقص لزم الوارث الإكمال فإن تعذر الاستيفاء منه تسلط المدين أو الحاكم على نقض تصرفه على الأجود و لعله إذا عزل و عين ما يقوم بالدين و زيادة كان أحوط و قد يستدل على ذلك بما رواه المشايخ الثلاثة عن البنزلى بإسناد له أنه سئل عن رجل يموت و يترك عيالا و عليه دين أ ينفق عليهم من ماله قال إن استيقن أن الذى عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم و إن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال و قد رواه الحر العاملى عن أبى الحسن عليه السلام بهذا المتن و هو صحيح إلى البنزلى فى طريقى الكافى و التهذيب فىكون صحيحا عند جماعة ممن تأخر لو لا الإضمام و روى فى الكافى و التهذيب عن البجلي عن أبى الحسن عليه السلام بهذا المتن مع تغيير فيه قالاً كأنه سهو من بعض الرواة و يبقى الكلام فى الآية الشريفة لأنك قد عرفت أنها ظاهرة فى خلاف هذا القول إلا أن تقول إن الاحتمالات فى البعديّة فى قوله جل شأنه مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنِ ثَلَاثَةَ (الأول) أن يكون المراد من بعد وصولهما لأهلها فلا يجوز التصرف فيها قبله بوجه من الوجوه (الثانى) أن يكون المراد من بعد عزلهما و تعيينهما فلا يجوز قبله بوجه (الثالث) من بعد وجودهما فى المال الواسع فيجوز التصرف فيما يفضل أو فى الكل و يكون ضامنا و قد يؤيد الأخير أنه ثبت ملك الأم الثلث مثلا فلها التصرف فيه كيف شاءت و قوله جل شأنه من بعد الوصية و الدين لا بد أن يحمل على معنى لا- ينافى ذلك و هو الوجه الأخير و قد عرفت ما يؤيد الأول من الخبرين و غيرهما فالقول بالمنع أوفق بظاهر الأدلة و أشبه بأصول المذهب و أقرب إلى الاعتبار و لا سيما مع الإعسار أو عدم الوثوق بالوارث و أحوط فى الدين و الضرر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١٠

[الفصل الثالث فى العاقد]

(الفصل الثالث فى العاقد) و يشترط كمالية الموجب و القابل (١) و تملك الموجب (٢) أو حكمه كالمستعير و ولى الطفل مع المصلحة كالاقتراض فى نفقته أو إصلاح عقاره (٣)

و الحرج يندفعان بالاستيذان من المدين أو الدفع إليه أو إلى الحاكم إن عسر الوصول إليه أو العزل عند الثقة الأمين كما ذكره فى باب الدين و قد أوضحنا الحال فى ذلك و نحوه عند شرح قوله و لو غاب المدين و الاستبعاد لا يصلح أن يكون دليلا و السيرة سيرة عوام و إلا فالعلماء مختلفون و مضطربون و الخبران غير صحيحين و لا صريحين لاحتمال حملهما على القرض و الضرورة مع ما اشتمل عليه الأخير من المخالفة للإجماع كما أشرنا إليه مع أن أصحاب هذا القول ما أموا بهما و لا وجدت أحدا ذكرهما دليلا و كيف كان فلا ينهضان على مقاومة أدلة القول الآخر و مما ذكر فى المقامين يعرف حال ما قابل الدين من التركة و الحال فى الوصية و الدين واحد كما فى جوامع الجامع و فقه الراوندى و غيرهما مما صنف فى آيات الأحكام و به صرح جماعة فى باب الوصايا مستدلين بالآية الكريمة و إن كانوا فى باب الدين و الرهن و الحجر و الموارىث و القضاء إنما تعرضوا لحال الدين و هذه المسألة قد تعرضنا لها فى باب الموارىث و أسبغنا الكلام فيها هناك و كذلك فى باب القضاء و كثير من الأصحاب ما تعرض لها و من تعرض لها ما أسبغ الكلام فيها كما سمعت كلامهم حتى أن أصحاب آيات الأحكام كالراوندى و المقداد و المولى الأردبيلى و المفسرين من الخاصة و

العامه كالبيضاوى وغيره ما تعرضوا للحكم فيها أصلا ما عدا المولى الأردبيلى فإنه نظر و تأمل و احتمل ثم قال إن المسأله مشكله ثم أحالها على كتب الفروع و قال إن العلامه اختلف كلامه فيها فى القواعد فى ثلاثه مواضع (الفصل الثالث فى العاقد) (قوله) (و يشترط كمالیه الموجب و القابل)

كما هو الشأن فى سائر العقود و الكمالیه بالبلوغ و الرشد و جواز التصرف و القصد و الاختيار كما عبر بذلك جماعه و فى (المبسوط و السرائر و الجامع و الشرائع و الإرشاد) و غيرها الاقتصار على كونهما جائزى التصرف و الحكم فى ذلك واضح فلا يصح رهن الصبى و المجنون مطبقا و معتورا و لا- الغافل و الساهى و النائم و السكران و العاثر و الهازل و لا المكره المسلوب القصد فإن لم يسلبه فكالفضولى يتوقف على إجازته بعد لا كالصبى (قوله) (و تملك الموجب)

قال فى (جامع المقاصد) لو قال و ملك الموجب لكان أولى و أخصر مع أن فيه إيهام الاكتفاء بتجدد تملكه (قلت) لعله أراد إدراج المكاتب لأنه ليس مالكا على الظاهر بل ممتلك و إدراجه فى حكم المالك كالوكيل و الولى لا يخلو من بعد فالتملك يشمل و المالك إما على الاشتراك بمعنييه أو على عموم المجاز و الإيهام المذكور موهوم أو أراد دفع توهم التكرار لأنه لو قال و ملك الموجب لربما فهم أنه يشترط أن يكون الرهن مما يملك و قد تقدم حكمه و الأمر سهل (قوله) (أو حكمه كالمستعير و ولى الطفل مع المصلحه كالاقتراض فى نفقته أو إصلاح عقاره)

أما المستعير فقد تقدم الكلام فيه و أما ولى الطفل ففى (المسالك) أنه لا خلاف عندنا فى أنه يجوز له أن يرهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانه مع المصلحه و المخالف بعض الشافعيه فمنع من رهنه مطلقا قلت و به صرح فى المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس و غيرها و قيده فى المبسوط و الروضه و الرياض بما إذا لم يكن بيع شىء من ماله أعود و فى الأخيرين أو لم يمكن و فى (التذكرة و المسالك) بما إذا تعذر البيع و فى الأولين و الروضه يجب أن يكون على يد ثقة يجوز إيداعه منه قلت و يصح أن يرهن ماله فيما إذا اشترى له بمائه نسيئه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١١

.....

ما يساوى مائتين و رهن من ماله ما يساوى مائه فإن لم يعرض التلف ففيه الغبطه الظاهره و إن عرض فلا ضرر مع حصول الغبطه أيضا كما صرح به فى التذكرة و أشار إليه فى المبسوط بقى الكلام فيما إذا لم يرض إلا برهن تزيد قيمته عن المائه و لم يكن الرهن مما لا يخشى تلفه كالعقار كأن يكون مما يخاف عليه التلف و قد قوى فى التذكرة الجواز فى موضع يجوز إيداعه و أنت خبير بأن الإرهان مانع من التصرف فربما يتلف فيتضرر به الطفل بخلاف الإيداع فليأمل و فى (المبسوط و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الدروس) و غيرها أنه يجوز لولى الطفل أخذ الرهن له إذا باع ماله نسيئه إذا كان له فيه الحظ و مثله ما فى اللعنه و الدروس و الروضه من أنه يصح أخذ الرهن له إذا بيع كذلك أو خيف على المال و نحو ذلك ما فى الكفايه و يمكن أن يراد بالجواز أو الصحه المعنى الخاص فلا يجب لأصالة العدم إذا كان الدين فى ذمه ملى أو ثقة و لجواز إبطاع ماله و لا يتصور فيه الرهن و كأن المراد به هنا معناه الأعم و المقصود منه الوجوب و به قطع فى التذكرة قال بعد ما حكيناه عنه و لو كان المشتري موسرا لم يكتف الولى به بل لا بد من الارتهان بالثمن قال و لو لم يحصل أو حصل الظن بيساره و أمانته أمكن البيع نسيئه بغير رهن كما يجوز إبطاع مال الطفل انتهى و فى (المسالك و الروضه و الرياض) أنه يعتبر كون الرهن مساويا أو أزيد و كونه بيد الولى أو عدل و الإشهاد على الحق فلو أخل ببعض هذه ضمن مع الإمكان و فى (حجر التذكرة) أنه يرتهن به رهنا وافيا فإن لم يفعل ضمن و فى رهنها أنه لا فرق فى ذلك بين الأولياء فالأب و الجد له و الوصى و الحاكم و أمينه سواء فى ذلك و فى (المبسوط) أن هؤلاء الخمسه لا- يصح تصرفهم إلا- على وجه

الاحتياط و الحظ للصغير و فى (حجر التذكرة) لا يحتاج الأب إذا باع مال ولده عن نفسه نسيئته أن يرتهن له من نفسه و كذا لو اشترى له سلما مع الغبطة بذلك و المحصل من مجموع كلامهم و ما يقتضيه أصول المذهب أنه يجوز لولى الطفل مطلقا الرهن و الارتهان مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحة سواء رهن أو ارتهن ما يخاف تلفه أم لا فى بيع أو قرض بل قد يجبان إذا قطع بالتلف أو الذهاب لو لم يرهن أو يرتهن و نحو ذلك ما إذا باع له أو منه نسيئته مع كمال الغبطة كما أشرنا إليه آنفا إذا لم يحصل الاطمئنان أما لو اطمئن الاثنان لمكان الديانة و الملاءة و الإيمان جاز كذلك من غير رهن و ارتهان و العقار بفتح العين (وقد تعرض الأصحاب فى المقام لحال إقراض الولى مال الطفل للغير و اقتراضه منه لنفسه أما الأول ففى (المبسوط) أنه لا-يجوز له القرض إلا-فى موضع الضرورة كالخوف من نهب أو حرق أو غرق فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقة ملئ يقدر على قضائه و زيد فى جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و المسالك و مجمع البرهان مع الارتهان و زيد فى جامع الشرائع و المسالك الإسهاد و فى (حجر التحرير) إن استرهن كان أحوط و فى (الكفاية) أن الأحوط الإقراض من الثقة الملى و الارتهان و الإسهاد مع الإمكان و اقتصر فى الشرائع و الإرشاد و اللمعة و رهن التذكرة و حجر الكتاب على أنه يجوز له مع المصلحة كالخوف أن يقرضه و يرتهن و قضيه كلام هؤلاء أنه مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقرض ثقة لانضباط الدين بالرهن و صريح بعضهم أن ذلك غير واجب و لا يبعد القول بالوجوب إذا ظهرت أمارات الخوف بل لا يبعد وجوب الإسهاد إذا قلنا إن أداء الدين من الوكيل بغير إسهاد تفريط و فى (حجر التذكرة) أنه لو تمكن من الارتهان و رضى بالكفيل ضمن و فى (الشرائع و حجر الكتاب و اللمعة و الروضة و المسالك) أنه لو تعذر الرهن فى موضع الخوف و الضرورة و الحاجة أقرضه من ثقة غالبا و زاد فى اللمعة العدل بعد الثقة و اقتصر فى الإرشاد على إقراضه من الثقة و قضيه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١٢

.....

كلامهم أنه إذا تعذر الثقة لا يجوز الإقراض و هو مشكل بل الإقراض أولى لأنه مرجو الحصول فى الدنيا أو الآخرة بخلاف التلف من الله سبحانه إلا أن يثبت العوض عليه جل شأنه فيرجح لأنه أكثر فتدبر و فى (مجمع البرهان) إذا تعذر الرهن اكتفى بالملاءة و الثقة و مع التعذر يسقط و مع وجودهما يحتمل تقديم الثقة و يحتمل تقديم الملى و فى (حجر التذكرة) كل موضع جاز له أن يقرضه فيه فإنه يشترط أن يكون المقرض مليا أمينا فإن تمكن من الارتهان ارتهن و إن تعذر جاز من غير رهن لأن الظاهر ممن يستقرض من أجل حظ اليتيم أنه لا يبذل رهنا فاشترطه مفوت لهذا الحظ هذا و الجمع بين الثقة و العدل فى عبارة اللمعة تأكيد أو تفسير للثقة بالعدل لأن ذلك هو المعبر شرعا مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فإنها أعم من الشرعية و المراد بقولهم الثقة غالبا الثقة فى ظاهر الحال يعنى الاكتفاء بظاهر أمره و لا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظرا إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لأن المراد كونه فى أغلب أحواله ثقة دون القليل لأن ذلك غير كاف و قد صرح فى التذكرة أيضا بأنه لو لم يكن لليتيم حظ وإنما قصد إرفاق المقرض لم يجز إقراضه كما لو «١» لم تجز هبته و قال إن من الخوف على مال اليتيم ما إذا خاف على حنطته من السوس و مثل ذلك قال فى المسالك و أما الثانى و هو اقتراض الولى من مال الصبى لنفسه فقد أجازته الشيخ فى النهاية و الطوسى فى الوسيلة إذا كان متمكنا من قضاء ذلك و قال فى (السرائر) لا يجوز له بحال لأنه أمين و الأمين لا يجوز أن يتصرف فى أمانته و قد ذكر القولين فى التحرير من دون ترجيح و فى (جامع الشرائع و حجر التذكرة) اشتراط الملاءة و المصلحة للطفل و احتمال ذلك فى المسالك و الكفاية قال لأنه كإقراضه لغيره لأنه تصرف فى مال اليتيم و هو مشروط بالمصلحة و احتملا جواز اقتراضه مع عدم الضرر على الطفل و إن لم يكن له مصلحة قال فى (المسالك) لإطلاق رواية أبى الربيع عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل ولى يتيم فاستقرض منه فقال إن على بن الحسين عليهما السلام كان يستقرض من مال أيتام كانوا فى حجره فلا بأس بذلك قال و الرواية مع تسليم سندها مطلقة يمكن تقييدها بالمصلحة (قلت) الرواية صحيحة فى أحد طريقى الكافى رواها عن منصور بن حازم و فى آخر

رواها عنه بطريق غير صحيح لكنه عندنا قوى لأن معلى بن محمد لم يثبت عندنا اضطرابه ورواية أبي الربيع مذكورة في التهذيب و مثلها عنه في الكافي و التهذيب في سند صحيح إلى الحسن بن محبوب و المصنف في التذكرة استدل على اشتراط الملاءة و المصلحة برواية أبي الربيع المذكورة و لم يتضح لنا وجهه و ينبغي أن يعتبروا الرهن عليه حذرا من إفلاسه و زيادة ديونه فيحفظ بالرهن و كذا يعتبر الإشهاد حفظا للحق كما قالوا مثله فيما إذا قوم الوصى على نفسه مع كون البيع مصلحة للطفل و ربما فسر قوله جل شأنه (وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) بأن يكون للمتصرف مال بقدر مال الطفل زائدا على المستثنيات في الدين و فسرهم بعضهم بكون المتصرف قادرا على أداء الدين المأخوذ من ماله بحسب حاله و في رواية ابن أسباط إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا- بأس و إن لم يكن له مال فلا- تعرض لمال اليتيم و نحوه روايته الأخرى و نحوها غيرهما مما تضمن العمل بمال اليتيم على سبيل القراض أو القرض و كلها خالية عن اشتراط الرهن و الإشهاد و هذا حديث إجمالي و تمام الكلام في باب الحجر بلطف الله سبحانه و بركة خير خلقه محمد و آله صلى الله عليه و آله و سلم و قد تقدم في باب الزكاة و باب القرض ما له نفع في المقام

(١) كذا في النسخة و الظاهر زيادة لو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١٣

و لو استنادا و رهنا ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقا إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء (١) من الدين و لو تعدد المرتهن و اتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف (٢) خاصة

(قوله) (لو استنادا و رهنا ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقا إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء)

يريد أنه لو استدان شخصان من رجل مقدارا معلوما كمائة درهم مثلا ثم رهنا عنده على الدينين رهنا مشتركا بينهما بعقد واحد صادر منهما مباشرة أو توكيلا ثم قضى أحدهما ما عليه صارت حصته من الرهن طلقا كما صرح بذلك في (المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد) و المخالف أبو حنيفة حيث قال إن الرهن رهن بكل الدين و مثل القضاء الإبراء هذا إذا لم يجعل في حال الرهن مجموع كل من الاستحقاقين رهنا لمجموع الدين و بكل جزء منه أما لو جعله كذلك فلا انفكاك لأن رهن الغير ملكه على مال آخر جائز بخلاف ما إذا لم يجعله كذلك لأن رهن ملك الإنسان على دين غيره خلاف الأصل فلا يصار إليه إلا بما يدل عليه و لما انتفى وجب أن يصرف ملك كل منهما إلى ما عليه من الدين و حينئذ ينفك نصيب كل منهما بأداء ما عليه لامتناع بقاء الرهانة بعد أداء الحق و في (المبسوط و التذكرة) ليس له أن يطالب المرتهن بالقسمة بل المطالب بها الشريك و أنه لا يجوز للمرتهن أن يقاسمه إلا بإذن الشريك و نحوه ما في التحرير و جوز في المبسوط أن يقاسمه و إن لم يأذن الشريك إذا كان الرهن من المكيل و الموزون ثم قال الأحوط أن لا يجوز القسمة إلا برضاه في كل شيء و لم يتعرض المصنف هنا لحال القسمة و سيتعرض لها في الفصل السادس حيث قال قاسم المرتهن بعد إذن الشريك سواء كان مما يقسم بالأجزاء كالمكيل أو لا كالعبد (و تفصيل الكلام في المقام) أن يقال العقد إما أن يتحد أو يتعدد فعلى الأول فإما أن يتحد الراهن و المرتهن أو يتعدد الراهن فقط أو المرتهن كذلك و كذا الحال إذا تعدد العقد و على كل الأحوال فالرهن إما واحد بالذات أو متعدد و المصنف قد بحث عن صورتين في المقام إحداهما تعدد الراهن و اتحاد المرتهن مع اتحاد العقد كما عرفت و الثانية عكسها كما ستسمع (و هناك تفصيل) آخر و هو أن يقال ينفك بعض الرهن دون بعض بأحد أمور ستة (الأول) تعدد العقد كما إذا رهن نصف العبد بعشرة بصفقة على حده و نصفه الآخر في صفقة أخرى فإنه إذا قضى دين أحد النصفين خرج ذلك النصف عن الرهن و بقي الآخر رهنا بدينه المختص (الثاني) أن يتعدد من عليه الدين و هو ما ذكره المصنف هنا (الثالث) أن يتعدد مستحق الدين و هو ما يأتي (الرابع) أن يقضى أحد الموكلين كما لو وكل رجلان رجلا في أن

يرهن عبدهما من زيد بدينه الذي عليهما فرهن ثم قضى أحد الموكلين (الخامس) إذا فك المستعير نصيب أحد المالكين (السادس) أن يقضى أحد الوارثين ما يخصه من الدين على أحد الاحتمالين فيما إذا رهن عبدا بمائة ثم مات عن ولدين فقضى أحدهما حصته من الدين فإنه يحتمل أن يفك نصيبه كما لو رهن في الابتداء اثنان و لعل الأقوى عدم الانفكاك لأن الرهن في الابتداء إنما صدر من واحد و قضيته حسب كل المرهون إلى أداء كل الدين و لا كذلك لو لم يكن هناك رهن و تعلق الدين بكل التركة أو بعضها ففك أحدهما نصيبه فإنه ينفك لأن تعلق الدين بها إن كان كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن و إن كان كتعلق الأرش بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه و سينبه المصنف على ذلك في أواخر الباب

(قوله) (و لو تعدد المرتهن و اتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف)

كما في (المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد) إذا استوى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١٤

و في التقسيط مع اختلاف الدين إشكال (١) فإن وفي أحدهما صار النصف طلقا (٢) فإن طلب قسمة المفكوك و لا ضرر على الآخر أوجب (٣) و إلا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهنا و نصفه أمانة (٤) و الراهن و المرتهن ليس لأحدهما التصرف إلا بإذن الآخر (٥)

قدر الدينين و هذه هي الصورة الثانية التي أشرنا إليها آنفا و هي تنحل إلى صورتين لأنه إما أن يتحد فيها قدر الدين أو يختلف فعلى الأول يكون كل منهما مرتهنا للنصف فكان بمنزلة عقدين فإذا وفي أحدهما خرجت حصته من الرهن كما ذكره المصنف هنا و عليه نص في المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و منع أبو حنيفة من انفكاك شيء حتى يؤدي دينهما جميعا قياسا على الرهن الواحد (قوله) (و في التقسيط مع اختلاف الدين إشكال)

هذه هي الصورة الثانية من الصورة الثانية و هي ما إذا اختلف قدر الدين سواء اختلف مع ذلك في الجنس أم لا فيحتمل التقسيط و التنصيف و التقسيط أقسط إذا لم يف الرهن بالمجموع و هو خيرة الإيضاح و جامع المقاصد لقيام الدليل عليه لأن مقتضى الرهن قضاء الدين كله من ثمن المرهون إذا وفي و فيما نحن فيه إذا قضى الزائد من أحد الدينين على الآخر من ثمن الرهن اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن فيكون متعلق مجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من متعلق الآخر و إن لم يقض امتنع كونه رهنا بالمجموع و قد فرض كونه رهنا بالمجموع فكان التقسيط مستفادا من خارج و هو جعل الرهن رهنا بالمجموع لا من أصل التشريك (و يمكن) أن يستدل عليه بعكس النقيض على مذهب القدماء كأن يقال كل ما لم يجب صرف ثمنه مع بيعه في الدين لم يكن متعلقا به و يلزمه قولنا كل ما صرف ثمنه في الدين مع بيعه تعلق به و أكثر الثمن ثمن الأكثر مع تساوى الأجزاء فيكون الدين الأكثر متعلقا به و هو المطلوب و لا قائل بالفرق بين متساوى الأجزاء و مختلفها كما في الإيضاح (و وجه التنصيف) أنه أصل في الاشتراك كما شرك بينهما في الملكية و أن الأسباب إذا اجتمعت تساوت (و الجواب) أن الأصل قطع بما ذكرنا و كذا أصل تساوى الأسباب في التقسيط ثم إن المفروض عدم تساويها (و ليعلم) أن تعلق الدين بالرهن على أربعة أقسام (تعلق) كل الدين بكل الرهن (و تعلق) كل الدين بكل جزء من الرهن (و تعلق) كل جزء من الدين بكل الرهن و وهذا ادعى في المبسوط الإجماع عليه (و تعلق) كل جزء من الدين بكل جزء من الرهن و المذكور في كلام (كتب خ ل) الأصحاب ثلاثة أقسام يأتي إن شاء الله تعالى ذكرها و تمام الكلام فيها عند تعرض المصنف لذلك في الفصل السادس عند شرح قوله و لو أدى بعض الدين بقى كل المرهون رهنا بالباقي

(قوله) (فإن وفي أحدهما صار النصف طلقا)

كما عرفت وجهه و أن ذلك عند التساوى أو إذا قلنا بعدم التقسيط عند التفاوت

(قوله) (فإن طلب قسمة المفكوك و لا ضرر على الآخر أوجب)

كما في (المبسوط و التذكرة) و المقاسمة هنا بين المالك و المرتهن

(قوله) (و إلا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهن و نصفه أمانة)

كما في (التذكرة) و حكاها فيها عن الشيخ لما في ذلك من تضرر المرتهن بالقسمة

(قوله) (و الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف ليس لأحدهما التصرف إلا بإذن الآخر)

كما في (المراسم و التحرير و الإرشاد و التبصرة و مجمع البرهان) و في (المهذب البارع) أنه المشهور و في (التذكرة) بعد أن ذكر أنه

يمنع من التصرفات القولية كالبيع و الهبة و الرهن قال و كذا التصرفات الفعلية يمنع من جميعها إجماعا و في (مجمع البرهان) الظاهر

أن عدم جواز تصرف المرتهن مما لا خلاف فيه قلت هو كذلك و ستمتع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١٥

.....

إجماع المفاتيح لأنه ليس ماله مجردا و مجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف مضافا إلى العمومات و خصوص بعض الروايات كموثقة

عبيد بن زرارة و موثقة عبد الله بن بكير حيث تضمنتا أنه لا يباع حتى يجيء صاحبه و نحوهما موثقة إسحاق بن عمار و الظاهر أن

المراد من منعه من التصرف عدم الصحة أو عدم النفوذ كالفضولي لا حصول الإثم و فعل الحرام بقوله بعث كما بيناه في بيع الفضولي

و أما الراهن فليس له التصرف في الرهن ببيع أو نحوه مما يوجب إزالة الملك و لا بإجاره أو سكنى و غيرهما مما يوجب نقصه كما

في المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التحرير و التبصرة و الدروس و اللمعة و الروضة

و المسالك و هو قضية مفهوم كلام الغنية بل هو قضية كلام الباقيين بالأولوية كالشيخ في الخلاف و المبسوط و غيره كما ستمتع و

في (الرياض) أنه لا خلاف فيه و في (غاية المرام) لا شك فيه و في (المفاتيح) ليس لأحدهما التصرف فيه إلا بإذن الآخر إجماعا إلا

تصرفا يعود نفعه عليه انتهى ما أردنا نقله من كلامه (و حجتهم) بعد الإجماع النقل المشهور كما في إيضاح النافع من قوله صلى الله

عليه و آله و سلم الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و نحوه ما في التنقيح و أما ما لا يوجب إزالة الملك و لا نقصه فصريح

الوسيلة و التحرير و التذكرة في أثناء كلام له و الروضة و المسالك منع الراهن منه أيضا و هو ظاهر إطلاق المقنعة و النهاية و المراسم

و التبصرة و الإرشاد و الدروس و اللمعة و المهذب البارع و هو قضية مفهوم كلام الغنية و في (الرياض) أن الشهرة به عظيمة و في

(مجمع البرهان) أنه ظاهر أكثر العبارات و عن (السرائر) الإجماع على المنع في مطلق التصرفات و لم أجده «١» و في (الخلاف)

الإجماع على أنه ليس له أن يكرى داره المرهونة أو يسكنها غيره و ظاهر المبسوط الإجماع على أنه ليس له استخدام العبد و ركوب

الدابة و زراعة الأرض و سكنى الدار قال إن ذلك كله غير جائز عندنا و يجوز عند المخالفين و نص في (الشرائع) على المنع من

الاستخدام «٢» و في (المبسوط و الخلاف) الإجماع على أنه لا يجوز له و طء الأمة المرهونة و في (الجواهر) أنه لا خلاف فيه و في

(كشف الرموز) أن العمل منعقد على خلاف الرواية الدالة على الجواز و ظاهره الإجماع كما هو ظاهر النافع و الدروس حيث وسمت

الرواية في الأول بأنها مهجورة و في الثاني بأنها متروكة و في (التنقيح و إيضاح النافع) هجرها الأصحاب و في الثاني أيضا هجرها

القوم و قد يظهر من الغنية دعوى الإجماع أيضا و قد نص على الحكم المذكور في النهاية و السرائر و جامع الشرائع و غيرها و لا فرق

في الجارية بين ما إذا كانت تحبل أو لا كما في الخلاف و غيره (و حجتهم)

(١) بل هو موجود فإنه ذكر أن نفقة الحيوان المرهون على الراهن دون المرتهن و أنه إن أنفق المرتهن كان متبرعا ليس له الرجوع

على الراهن إلا إذا شرط عليه ذلك ثم قال و قد روى أن له أي للمرتهن ركوبها و الانتفاع بها بما أنفق أو الرجوع على الراهن ثم قال

و الأولى عندي أنه لا يجوز له التصرف في الرهن على كل حال لأننا قد أجمعنا بغير خلاف أن الراهن و المرتهن ممنوعان من

التصرف في الرهن انتهى و كأن الشارح طاب ثراه نظر إلى كلامه في أوائل المبحث حيث منع الراهن من التصرف المبطل أو المنقوص لحق المرتهن كالبيع و الرهن عند آخر إلا برضا المرتهن و منعهما أيضا مما عدا ذلك مثل السكنى و الزراعة و الاستخدام و الركوب و غيرها إلا- بالتراضى و لم يدع إجماعا و لم يقع نظره على هذه العبارة المذكورة في أواسط المبحث (لمصححه محسن الحسينى العاملى)

(٢) و غير الاستخدام حيث قال لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام و لا سكنى إلى آخره (محسن)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١٦

فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا (١)

بعد الإجماعات الخبر المذكور المشهور المؤيد بالأمر الاعتبارية من التعريض للإبطال و بما ذكر في التذكرة و المسالك و غيرها من وجه الحكمة و هو تحريك الراهن إلى الأداء إذ لو جاز له الانتفاع و لو في الجملة لانتفت الفائدة إلى آخر ما ذكره و الرواية المشار إليها حسنة الحلبي أو صحيحته و صحيحه محمد بن مسلم حيث تضمنتا أنه إن قدر عليها خاليا لا بأس و هما محمولتان على التقيّة كما أشار إليه في المبسوط و قد مال إلى العمل بها المولى الأردبيلي و الخراساني و جزم بها الكاشاني و البحراني معترضين بما احتمله في (التذكرة) حيث قال بعد حكايته فيها كلام المبسوط و قال إنه يشعر بعدم الخلاف عندنا قال و يمكن الاحتجاج للجواز بقوله عليه السلام الظهر يركب و برواية السكوني و ساقها و بأن التعطيل ضرر قال المولى الأردبيلي بعد نقل كلامه هذا يشم منه رائحة الجواز قلت ما كنا لنعدّل عن المعلوم من كلامه إلى المشموم الموهوم فإنه صرح في أول البحث الثالث في الرد على الشيخ حيث جوز التزويج و استدلل بعموم قوله جل شأنه (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ) بأن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن ثم إن كلامه هذا الذى استندوا إليه قد يشعر أوله بدعوى الإجماع على المنع حيث نسب الجواز إلى الشافعى و مالك في رواية عنه و نسب إلى الشيخ المنع و قال إن كلامه يشعر بعدم الخلاف كما سمعته آنفا (سلمنا) لكنه ما عساه يجدى موافقة التذكرة لهم في أحد محتملاتها مع ما سمعته من الإجماعات لكن هؤلاء ما عدا الأردبيلي لا يباليون بالإجماعات أصلا (و مما ذكر) يعلم حال ما ذكره المصنف في التذكرة و الشهيد فى الدروس و أبو العباس و الصيمرى و الشهيد الثانى و غيرهم من جواز التصرف بما يعود به النفع على المرتهن كمداداة المريض و رعى الحيوان و تأبير الفحل و ختن العبد و خفض الجارية إن لم يؤد إلى النقص إلا- أن يقال بحصول الإذن بذلك بالفحوى و لكنه حينئذ خروج عن الفرض لأن محله التصرف الذى لم يتحقق فيه إذن أصلا و ليعلم أنه لا يجبر على المداداة و نحوها بخلاف النفقة و كان الرعى منها و فى معناه سقى الأشجار و مئونة الجدار و تجفيف الثمار و أجره الإصطبل و البيت الذى يحفظ فيه المتاع المرهون كما سيأتى ذلك فى كلام المصنف فى أثناء الفصل السادس فى اللواحق

(قوله) (فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا)

إذا تصرف الراهن بما يمنع منه فإن كان بعقد أو بعقود كان موقوفا على إجازة المرتهن كما فى (النهاية و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و اللعة و المقتصر و غاية المرام و الميسية و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض) لعموم أدلة العتق السالمة عن المعارض لأن المانع قد زال بالإجازة و ذلك لا ينافى تنجيز العتق (العقد خ ل) كسائر العقود التى يشترط فيها ذلك لأن التوقف الممنوع منه هو توقف المقتضى على شرط لا- على زوال مانع و الفرق بين المراعى و الموقوف أن ما يتوقف عليه الحكم بالصحة فى الموقوف يكون جزء سبب و فى المراعى يكون كاشفا عما هو صحيح فى نفس الأمر (و قد يقال) إنه إذا كان منهيّا عنه مع اشتراطه بالقربة كيف يمكن الحكم بالصحة مضافا إلى الأصل و أنا لا نجد عموما فى أدلة لزوم العتق بحيث يشمل ما نحن فيه (و قد يجاب) بأن متعلق النهى هو التصرف و ليس مجرد إيقاع الصيغة تصرفا كما أشرنا إليه آنفا و بيناه فى باب الفضولى و يشهد على ذلك أن الشيخ جوز فى المبسوط و الخلاف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١٧

إلا عتق المرتهن فإنه يبطل و إن أجازته الراهن (١) و لو سبق إذنه صح (٢) فلو افتكك الرهن ففى لزوم العقود نظر (٣)

□

و غيره تزويج العبد المرهون إذا اشترط عدم التسليم إلا- بعد الفك كما سيأتى إن شاء الله تعالى و أما العموم فقد قيل إنه مما قد تسالم الخصوم فى الظاهر على وجوده لأن المانع لم يستند إلى عدمه بل استند إلى غيره كذا قيل (قلت) الذى استدل بالعموم فى المقام صاحب إيضاح النافع لكنه قد يكون قضيه كلام الباين و قد طفحت عباراتهم فى المقام بالاستدلال بأن العتق مبنى على التغلب و الراوندى أخذ يحاول الاستدلال على وجود العموم بكل آية تنطق بتحرير الرقبة فى الكفارات قال فإنها تدل على جواز العتق إلى آخر ما قال (و أطلق) المانع من عتق الراهن فى (المبسوط و المراسم و الوسيلة و الغنية) و كأنه مال إليه أو قال به فى الدروس لكون العتق إيقاعا فلا يكون موقوفا لاعتبار التنجيز فيه و قد عرفت الحال فى ذلك و بعض هؤلاء لا يقول بالفضولى فى البيع و لا ترجيح فى كشف الرموز و التنقيح و إن كان التصرف بدون عقد أو إيقاع كأن يكون بانتفاع منه أو ممن سلطه عليه و لو بعقد لم يصح و فعل محرما ثم إن قلنا إن النماء المتجدد يتبع الرهن كما يأتى بيانه فى الفصل السادس ثبتت عليه أجره ذلك إن كان مما له أجره عادة و كانت رهنا و إن لم نقل بالتبعيه لم يلزمه شيء كما نبه على ذلك فى المسالك و استحسنته صاحب الكفايه

(قوله) (إلا عتق المرتهن فإنه يبطل و إن أجازته الراهن)

كما فى (الشرائع و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و الدروس و اللمعة و غاية المرام و التنقيح و جامع المقاصد و الميسيه و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفايه) و فى (الروضة) أن العتق يقع باطلا- قطعاً ما لم تسبق الإذن إذ لا- عتق إلا فى ملك و ظاهره الإجماع و فى (شرح الإرشاد (الإيضاح خ ل) لفخر الإسلام قد اتفق الكل على إضمار الصحه فى قوله عليه و آله السلام لا عتق إلا فى ملك و فى (المسالك) أن كثيرا من الأصحاب لم يتوقفوا فيه (قلت) إن كان هناك إجماع فلا كلام و إلا فالفضولى جار فى مثله إذا أعتقه المرتهن عن الراهن

(قوله) (و لو سبق إذنه صح)

أى لو سبق إذن الراهن للمرتهن فى العتق صح إن كان عن الراهن أو مطلقاً و كذا لو كان عن المرتهن و ينتقل ملكه إلى المعنى قبل إيقاع الصيغه المقترنة بالإذن كغيره من المأذونين فيه أى العتق و يحتمل على تكلف أن يكون المراد أنه لو سبق إذن أحدهما للآخر فى التصرف صح تصرفه فيه

(قوله) (فلو افتكك الرهن ففى لزوم العقود نظر)

أى لو افتكك الراهن الرهن أو افتكته مفتكك بأن يقرأ مبنياً للمجهول ففى لزوم العقود الصادرة من الراهن من دون إذن المرتهن أو إجازته نظر و قال فى (التذكرة) و لو لم يعلم أى المرتهن حتى قضى الراهن الدين احتمال بقاؤها أى العقود فتكون لازمه انتهى فتأمل و كما استشكلوا هنا فى لزوم العقود و عدمه كذلك استشكلوا فى نفوذ العتق و عدمه و ينبغى أن يستشكلوا أيضا فى نفوذ الوقف و عدمه و قد يفرق بينه و بين العتق لأنه مبنى على التغليب قال فى (التحرير) فإن فكك ففى نفوذ العتق إشكال و فى (الدروس) لو انفكك لا- ينفذ العتق لأنه لا يقع معلقاً و فى (المسالك) أنه ينفذ و فى (التذكرة) نقل عن الشافعى قولين أحدهما أنه لا ينفذ لأنه لا يملك إعتاقه فأشبهه ما إذا أعتق المحجور عليه للسفه ثم زال الحجر و الثانى أنه ينفذ لأن المانع حق المرتهن و قد زال ثم قال و الخلاف فيه كالخلاف فيما إذا أعتق المحجور عليه بالفلس عبداً ثم انفكك عنه الحجر و لم يتفق بيع ذلك العبد ثم رجعنا إلى باب الحجر فوجدناه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١٨

و الأقرب للزوم من جهة الراهن قبل الفك (١) و لو أجاز الرهانه الثانیه ففى كونه فسحا لرهنه مطلقاً أو فيما قابل الدين الثانى أو العدم مطلقاً نظر (٢)

ينقل عن الشيخ قدس الله روحه و بعض العامة القول ببطلان العتق و جعله أقوى ثم نقل قولاً بأن العتق لا يقع باطلاً بل يكون موقوفاً و نفى عنه البأس و الأ-كثرون لم يتعرضوا لحال العقود و العتق مع الفك أو الافتكاك و إنما تعرضوا لحالهما مع الإجازة فيحتمل أن يكون الجميع من سنخ واحد و أن لا يكون كذلك و يأتي فى أواخر الفصل السادس عند شرح قوله فإن انفك ظهر صحة العتق ما له نفع تام فى المقام و قد قوى اللزوم فى العقود الفخر فى الإيضاح و الشهيد فى حواشيه و المحقق الثانى لأنها لازمة فى أصلها كما هو الغرض و جوازها إنما كان بسبب حق المرتهن و قد زال فيزول الجواز و لأنها لازمة من طرف الراهن لصدور العقد اللازم منه فى حال كونه مالكا فحقه أن يكون لازماً كما يأتى قريباً فقد وجد المقتضى و الجواز إنما هو لعلاقة حق المرتهن فإذا زال لم يبق للجواز مقتضى و فرق واضح بين ما إذا باع مال غيره فضولياً ثم ورثه أو اشتراه و كيله حيث قالوا إنه يقع باطلاً- أو موقوفاً على إجازة البائع الوارث لأن مال الغير غير مملوك للمتصرف فالمقتضى للصحة منتف و مجرد الصيغة لا تعد مقتضياً بخلاف ما نحن فيه فإن الملك منحصر فى الراهن و المقتضى و هو العقد الصادر من أهله فى مملوك موجود غاية الأمر أن حق المرتهن مانع فإذا انتفى عمل المقتضى عمله (و أيضاً) فإنه لا سبيل إلى اعتبار إجازة المرتهن بعد انقطاع علاقته و لا إلى بطلان تصرف الراهن المالك إذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه بعده و وجه الجواز أن هذه العقود وقعت جائزة فيبقى جوازها مستصحبا و سيأتى للمصنف فى الفصل السادس أنه إذا جنى على الرهن فى يد المرتهن جان فغفا الراهن عن المال الذى لزم الجانى بسبب الجنائية أن الأقرب أن المرتهن يأخذ المال الذى أوجبه الجنائية من الراهن (الجانى خ ل) فإن انفك الرهن ظهرت صحة العفو و إلا فلا و قوى فى جامع المقاصد عدم صحة العفو و عدم وقوعه موقوفاً بل قال إن القول بصحة العفو و كونه موقوفاً على فك الرهن ليس بشيء قلت و قد يكون قضية ذلك أن العتق و الوقف كذلك بل قد يلزمه ذلك فى العقود فليتأمل

(قوله) (و الأقرب للزوم من جهة الراهن قبل الفك)

كما هو خيرة (الإيضاح و جامع المقاصد) لأنه صدر منه العقد فى حال كونه مالكا فحقه أن يكون لازماً و لا مقتضى للجواز إلا حق المرتهن و هو منحصر فى جانبه فيختص به لأن العقد فضولى بالنسبة إليه متوقف على إجازته و شأن العقد الفضولى على القول بأن الإجازة كاشفة كما هو الحق أن يكون جائزاً من طرف من وقع العقد فضولياً بالنسبة إليه خاصة دون العاقد الآخر مع الفضولى فالعقد فيما نحن فيه لازم من جهة الراهن البائع و المشتري و جائز من جهة المرتهن خاصة لأن الفضولية إنما هى بالنسبة إليه نعم لو قلنا إن الإجازة ناقلة و جزء للسبب فى الفضولى كان العقد جائزاً من طرف الفضولى و غيره أعنى العاقد الآخر لكننا قد نقول باللزوم فيما نحن فيه و إن قلنا إن الإجازة فى الفضولى ناقلة لأن المأتى به هنا سبب تام أقصاه أن المانع موجود و هو لا يخل بوجود السبب التام من الراهن الذى هو المالك كذا حقق فى جامع المقاصد و هو جيد

(قوله) (فلو أجاز الرهانة الثانية ففى كونه فسحا لرهنه مطلقاً أو فيما قابل الدين أو العدم مطلقاً نظر)

تجوز الزيادة فى الرهن على الدين و فيه عليه و هذا الثانى إما أن يكون عند المرهون عنده أو عند غيره (فالصور ثلاث) أما الصورة الأولى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١١٩

.....

فقد تعرض لها المصنف بخصوصها فيما يأتى من الباب فى آخر الفصل الرابع فى الحق و مثالها أن يكون قد رهن عنده ثوباً بعشرة دراهم ثم بعد ذلك زاده ثوباً آخر ليكون مرهوناً مع الأول بالعشرة و لا كلام فيها لجواز عروض مانع من الاستيفاء من الرهن الأول و لزيادة الارتفاق و قد نفى الخلاف فى المبسوط عن صحة ذلك و نص عليها فى جامع الشرائع و التذكرة فى موضعين منها و التحرير و

الدروس و جامع المقاصد فيما يأتى و المسالك و مجمع البرهان و لا فرق بين كون قيمة كل من الرهين مساوية لقدر الدين أو أنقص أو أزيد و الثوبان فى المثال يكونان رهنا بكل الدين على ما سيأتى من أنه إن شرط كونهما على الحق و على كل جزء منه لم يفسخ ما دام من الحق شىء و إن شرط كونهما رهنا عليه لا على كل جزء منه صح و انفسخ بأداء شىء من الحق و فى وجوب القبول هنا لبعض الحق نظر من أدائه إلى الضرر بالانفساخ و من قضية الشرط و وجوب قبض بعض الحق فى غير ما يلزم منه نقص فى المائىة و إن أطلق فى حمله على المعنى الأول و الثانى نظر أقواه الأول كما ستعرف و قال أبو حنيفة يقسم الدين على قيمة الرهن الأول يوم قبضه و على قيمة الزيادة يوم قبضها فلو كانت قيمة الأول يوم قبضه ألفا و قيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة و الدين ألف يقسم الدين أثلاثا فى الزيادة ثلث الدين و فى الأصل ثلثا الدين (و أما الصورة الثانية) و هى رهن المرهون عند المرتهن على دين آخر فى (المبسوط و الخلاف و الشرائع و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد فيما يأتى و المسالك و مجمع البرهان) أنه يصح و لا يشترط فسخ الرهن الأول ثم تجديده لهما كما فى الدروس بل يضم الثانى بعقد جديد كما فى المسالك و قال فى (الدروس) فإن شرط كونه رهنا عليهما فالرهانة الأولى باقية و لو لم يشترط الرهن بأن اتفقا على إرادة المجموع فكذلك و إن أطلقا فى بطلان الأول تردد و قضية كلام الأصحاب الإطلاق و لعله لما أشار إليه فى التذكرة من أن الدينين إذا كانا لواحد لم يحصل من التنازع ما إذا تعدد فتأمل و منع أبو حنيفة من هذه الصورة كما منع الثالثة كما يأتى مستندا إلى أن الدين يشغل الرهن و لا- عكس و معناه أن الزيادة فى الرهن شغل فارغ و الزيادة فى الدين شغل مشغول (و فيه) أنه مع عدم اطراده لعدم الشغل فيما إذا كانت القيمة زائدة على قيمة الرهن الأول أضعافا مضاعفة غير مانع لعدم المانع مع وجود المقتضى فإن التوثيق بشىء لشىء آخر لا- ينافى التوثيق به لآخر فتدبر (و أما الصورة الثالثة) و هى رهن المرهون عند غير المرتهن بإجازة منه و هذه تنحل إلى صورتين (الأولى) أن يكون ذلك باتفاق المرتهنين من غير إبطال الأول و حينئذ يكون رهنا على الحقين كما فى التحرير و ظاهر الشرائع و الإرشاد و فى (الدروس) ما سمعته آنفا من التردد فى بطلان الأول إذا أطلقا و الصحة إذا اشترطا كونه رهنا عليهما أو اتفقا على إرادة المجموع (الثانية) أن يكون ذلك من دون إذن المرتهن الأول ثم يعلم فيطلق الإجازة فإن كان الرهن أزيد من دين الأول قام فى المسألة احتمالات ثلاثة و إن كان مساويا أو أنقص فاحتمالان و لم يرجح المصنف هنا و لا فى التحرير و لا ولده فى الإيضاح و لا الشهيد فى الدروس و حواشى الكتاب و لا الصيمرى فى غاية المرام شيئا من الاحتمالات (الأول) منها عدم البطلان مطلقا أى فى مجموع الرهن سواء ما قابل دينه و ما زاد عليه كما هو خيرة التذكرة و جامع المقاصد و نفى عنه البعد فى مجمع البرهان و هو ظاهر الإرشاد لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد الشامل لموضع النزاع و عدم ثبوت منافع يقتضى البطلان لأنه لا يمتنع كون الشىء رهنا لمجموع (بمجموع خ ل) لا- يفى ثمنه بأدائه لأن الأداء ثمره الرهن بعد تحققه لا- نفسه و إنما يثبت الأداء بحسب حال الثمن باعتبار كثرته و قلته و تقديم دين شخص فى الأداء على آخر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢٠

و يترتب حكم إسقاط الثانى حقه (١) و لو لم يعلم الأول حتى مات الراهن فى تخصيص الثانى بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء إشكال و لا حكم لإجازة الأول و لا فسخه بعد موت الراهن (٢)

لا ينافى تعلق كل من الدينين بالرهن لما قلناه من أن ذلك ثمره الرهن و مقصوده و لا محذور فى أن يكون المقصود فى بعض أولى و أسبق من البعض الآخر و إن استويا فيما له المقصود و الثمرة و لأنه لو تضمن عقد واحد رهنا بدينين و تقديم أحدهما فى الأداء على الآخر ثم تأديته الآخر بعد أداء الأول لم يكن ذلك باطلا فى العقدين المستقلين أولى لوقوع الثانى بعد القطع بصحة الأول فلا بد فى طرو البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة (الثانى) البطلان مطلقا و وجهه أن مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة إلى الدين المرهون به ليقضى ذلك الدين من ثمنه و اختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متنافيان لأن اختصاص أحدهما

بالمجموع على هذا الحكم ينافى اختصاص الآخر وقد ثبت رهن الثانى بالسبب الطارى و إجازة المرتهن الأول فيبطل الأول الثالث أن الإجازة موجبة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثانى لأن المنافاة باعتبار مقصود الرهن مختصة به بخلاف ما زاد و ضعف بأن الرهن متعلق بالمجموع فإن اقتضى الاختصاص اقتضاه فى المجموع و إلا لم يقتض فى شىء منه و لأن الثمن على تقدير اعتبار المقابلة و الزيادة بالنسبة إليه لا ينضب فقد يكون فى وقت الرهانة كثيرا يبقى منه بقیة بعد الدين الثانى ثم يتجدد النقصان و بالعكس و يستحيل تجدد ثبوت الحق بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له و أما إذا ساواه أو نقص عنه فإنه يسقط الاحتمال الثالث (قوله) (و يترتب حكم إسقاط الثانى حقه)

يريد أنه لو أسقط المرتهن الثانى حقه فحكمه يترتب على الاحتمالات الثلاثة فعلى الأول فى كلام المصنف لا حق للمرتهن الأول و على الثانى لا حق له فيما قابل الدين الثانى و على الثالث حقه بحاله و منه يعرف حال ما إذا أسقط المرتهن الأول حقه و يزيد هذا فى شىء و هو ما إذا كان دين المرتهن الأول مائة مثلا و دين المرتهن الثانى كذلك و كانت قيمة الرهن يوم قبضه المرتهن الأول تساوى مائة و يوم قبضه الثانى تساوى خمسين فإذا أسقط الأول حقه كان رهنا عند الثانى على خمسين فقط و إن كان له عنده مائة فإذا وفاه خمسين له أن يأخذ الرهن و تبقى الخمسون الأخرى بلا رهن بناء على أن المعتبر فى قيمة الرهن إنما هو حين قبضه أو حين العقد هذا فى الصورة الثانية من الثالث و أما على الأولى منها فإذا أسقط أحدهما حقه احتمل اختصاص الآخر بالجميع إن قلنا إنه رهن على كل من الحقين و على كل جزء منهما أو بالنصف إن تساوى الدينان أو قلنا إن التنصيف هو الأصل و إلا فالتقسيم كما مر مثله فيما لو تعدد المرتهن و اتحد العقد

(قوله) (و لو لم يعلم الأول حتى مات الراهن ففى تخصيص الثانى بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء إشكال و لا حكم لإجازة الأول و لا فسخه بعد موت الراهن)

إذا لم يعلم المرتهن الأول بالرهانة الثانية حتى مات الراهن فإن كان مساويا لدين المرتهن و لم يجوز أو قلنا بعدم اعتبار إجازته اختصاص به و لا- بحث و إن قلنا باعتبارها و أجاز جاء الاحتمالان السابقان و إن كان زائدا فإما أن تكون العين قد بيعت فى دين الأول و بقيت من القيمة بقیة عن دينه أو بيع بعضها فى دين الأول و بقى البعض الآخر عن العين فاضلا فإن كان الأول امتنع نفوذ الرهن الثانى فى الفاضل من القيمة عن دين الأول لأن الرهانة الثانية حينئذ خالية عن الإجازة و الافتكاك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢١

و لو أعتق الراهن بإذن المرتهن و بالعكس سقط الغرم (١)

و هى لا- تكون إلا- بهما فإذا انتفى التعلق بالعين انتفى التعلق بالقيمة فلا- يختص الثانى بالفاضل دون الغرماء كما حكم بذلك فى حواشى الكتاب و غاية المرام و جامع المقاصد و لا حكم حينئذ أى بعد البيع لإجازة المرتهن و لا لفسخه لانقطاع علاقته و استيفائه حقه كما هو المفروض و أما احتمال الاختصاص استنادا كما فى الإيضاح و غيره إلى أن الرهن الثانى لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة الأول و قد زالت فى الفاضل و إلى أنه كان لازما من جهة الراهن فأوهن شىء لأن ذلك إنما يتجه إذا افتكه أو أجاز المرتهن و إذا لم يكن شىء منهما ظهر أنه وقع باطلا- نعم يتم ذلك إذا كان الفاضل فاضلا من العين لا- من القيمة لما ذكر من الوجوهين هذا كله إذا لم يجوز قبل البيع فى المسألتين أو قلنا بعدم اعتبار إجازته و إن أجاز قبله و قلنا باعتبارها كما هو الظاهر جاءت الاحتمالات الثلاثة السابقة و كانت إجازته كاشفة عن عدم تعلق حق باقى الغرماء و رده كاشفا عن التعلق المذكور فكان تعلق حق الغرماء و عدمه فرع الاختصاص و عدمه فرع نفوذ الرهانة الثانية و عدم نفوذها و نفوذها بالنسبة إلى العين إنما يكون بأحد أمرين الإجازة و الافتكاك كما عرفت فتكون إجازته بالنسبة إلى العين معتبرة بعد موت الراهن كما كانت قبله إذ لا دليل على زوال اعتبارها فقول المصنف و لا حكم لإجازة الأول و لا فسخه إنما يصح على تقدير احتمال نفوذ رهن الثانى بقيمة الرهن بعد بيعه

لأداء دين الأول و صاحب غاية المرام قال كما قال المصنف من أنه لا حكم لإجازة الأول و لا فسخه و وجهه بتوجيه سخييف جدا بل هو غلط صرف هذا تنقيح البحث فى المسألة و قد جعل فى حواشى الشهيد وجهى الإشكال من عدم جوازه ابتداء فكذا انتهاء و فى (الإيضاح) من أنه لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة الأول و قد زالت و لأنه كان لازما من جهة الراهن و من أنه لم يكن عقدا لازما و لأنه حال وجوده كان ممنوعا من التصرف و فى هذه الحال لا يعتبر (لا يعلم خ ل) تصرفه و نحوه ما فى جامع المقاصد لكنه بعد ذلك حقق المقام بنحو ما ذكرناه

(قوله) (و لو أعتق الراهن بإذن المرتهن أو بالعكس سقط الغرم)

دين المرتهن إما حال أو مؤجل و على التقديرين فإما أن يأذن فى العتق أو الهبة مما كان بغير عوض أو فى البيع فإن أذن فى الأولين ففعل فلا إشكال فى عدم لزوم إقامة بدله لأنهما بغير عوض و قد زال متعلق الرهن و هو العين بإذن المرتهن و لا فرق فى ذلك بين كون الدين حالا أو مؤجلا كما نص على ذلك جماعة و إن أذن فى البيع فباع انفسخ الرهن و لا يجب عليه جعل قيمته مكانه كما فى الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الكتاب فيما يأتى و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و فى (المسالك) أنه المشهور لأن البيع إنما وقع بإذنه و لم يوجد ما يدل على رهنية الثمن إذ الفرض عدم العقد عليه و للشيخ فى المبسوط تفصيل لأن له فيه عبارتين قال فى إحداهما لو باع بإذنه انفسخ الرهن و لا يجب عليه جعل قيمته مكانه و قال فيه بعد أسطر و لو أذن له فى البيع بعد (فى خ ل) محل الحق فباع صح البيع و كان ثمنه رهنا مكانه حتى يقضى منه أو من غيره و هو خيرة التحرير و ظاهر الدروس و لم يرجح فى المسالك فالخلاف إنما هو فيما إذا كان حالا- أو قد حل و لا مخالف فى المؤجل إلا ما حكى عن الكوفى من وجوب جعل قيمته رهنا هذا كله إذا لم يشترط المرتهن كون القيمة رهنا و إلا لم كما نص عليه فى الخلاف و المبسوط و غيرهما و الظاهر أنه لا خلاف فيه عندنا بل يظهر من التذكرة و المسالك الإجماع عليه حيث قال فى الأول صح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢٢

و لو أذن فى الهبة فوهب فرجع قبل الإقباض صح الرجوع على إشكال ينشأ من سقوط حقه بالإذن و عدمه (١)

البيع و الشرط عندنا و فى الثانى قطعا لعموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم المؤمنون عند شروطهم و لا فرق فى ذلك بين أن يكون الدين حالا أو مؤجلا و مثله فى الجواز عندنا كما فى التذكرة ما لو كان الدين مؤجلا فأذن المرتهن فى البيع بشرط أن يجعل ثمنه من حقه فإنه يلزم الشرط لأنه شرط سائغ تدعو الحاجة إليه و ظاهره الإجماع عليه و المخالف الشيخ فى الخلاف قال يكون الثمن رهنا و لا يلزمه الوفاء بتقديم الحق قبل الأجل و نحوه ما فى المبسوط (قلت) و مثل اشتراط كون القيمة رهنا ما إذا اتفقا على نقل الوثيقة إلى عين أخرى و احتمال المنع فى هذا متوجه لأنه يمتنع البديل مع بقاء الأول إلا أن يخاف عليه من الفساد فيقوى احتمال الجواز لأن الحق لا يعدوهما فتأمل و أما إذا أعتق المرتهن بإذن الراهن كما أشار إليه المصنف بقوله و بالعكس فالحكم فيه ظاهر كما فى جامع المقاصد (قلت) إن كان المرتهن أعتقه عن نفسه بنى على أنه هل ينتقل إليه بالصيغة أو قبلها أنا يسيرا أو بالإذن و إن كان عن المالك فكالأصل و يبنى الحال فيه على قبوله التوكيل و الظاهر أنه يقبله فليلحظ فى محله و إذا باع المرتهن بإذن الراهن قبل حلول دينه جاز و يكون الثمن رهنا حتى يحل الدين و لا (فلا خ ل) يجوز للمرتهن التصرف فيه كما صرح به جماعة كثيرين منهم المصنف فيما يأتى و قيل لا يكون رهنا حكاة فى جامع الشرائع

(قوله) (و لو أذن له فى الهبة فوهب فرجع قبل الإقباض صح الرجوع على إشكال ينشأ من سقوط حقه بالإذن و عدمه)

أى ينشأ الإشكال من التردد فى سقوط حق المرتهن بالإذن و عدمه و وجه التردد أن الإذن فى المسقط يدل على الرضا بالسقوط فيمكن عده مسقطا (و فيه) أن المنافى للرهن هو المقتضى للسقوط لا الرضا به قال فى (جامع المقاصد) فالأصح صحة الرجوع و به جزم فى (التذكرة) و لم يرجح صاحب الإيضاح و لا الشهيد فى حواشى الكتاب للتردد الناشئ من أن التصرف الناقل لا يجامع الرهن

فإذا أذن و أوقع الراهن فقد رفع لازم الرهن و رفع اللازم يستلزم رفع الملزوم فيسقط حقه و من أن المسقط هو النقل فعلا لا إمكانه و الإذن إنما أفادت الثانى لا الأول و نحن نقول إذا أذن المرتهن و رجع فإما أن يأذن فى تصرفات ناقلة كالبيع و الهبة المقبوضة أو غير ناقلة كالهبة الغير المقبوضة و الوطاء مثلا و على التقديرين فالرجوع إما قبل إيقاع التصرفات أو بعده و على التقادير فالراهن إما عالم بالرجوع أم لا و كذلك الحال فيما إذا أذن الراهن للمرتهن و رجع كذلك فإذا أذن المرتهن فى تصرف ناقل ثم رجع قبل إيقاعه مع علم الراهن به فهو كما إذا لم يأذن و لا يسقط حقه بذلك صرح بذلك فى المبسوط و غيره و أما إذا رجع و لم يعلم الراهن فباع و تصرف فى المبسوط أن البيع باطل و الرجوع صحيح و فيه نظر إذ الظاهر أنه من باب عزل الوكيل و لم يعلم حتى تصرف و لو أذن له فى البيع أو الهبة فباع بشرط الخيار أو وهب و لم يقبض فرجع المرتهن فى الأول يحتمل عدم الصحة لأن مبنى البيع على اللزوم و النقل و الخيار عارض إنما يظهر أثره فى حق من له الخيار و يحتمل الصحة لأن العقد لم يلزم و يقوى الإشكال فيما إذا كان الخيار أصيلا كخيار المجلس و لعل الأقوى فيهما عدم الصحة كما لعله يفهم من كلام الإيضاح و جامع المقاصد و أما الثانى و هو ما إذا وهب و لم يقبض فإنه يصح له فيه الرجوع بلا إشكال لأن الإذن ليست مسقطه بمجرد قطعها لما عرفته فيما إذا أذن و رجع قبل الإيقاع فالمسقط إنما هو العقد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢٣

و لو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن و إن كان يأذن المرتهن و إن صارت أم ولده و فى بيعها إشكال و لو ماتت فى الطلق فعليه القيمة (١)

فيجب النظر فى حاله فنظرنا فيه فإذا هو عار عن النقل فضلا عن اللزوم لأن الركن الأعظم فيه هو الإقباض و لم يحصل و حينئذ فلا إشكال فى صحة الرجوع و امتناع الإقباض سواء كان أذن فى الهبة مطلقا أو صرح بالإذن بالإقباض و أما إذا أذن فى غير الناقل كالوطء فيأتى حكمه فى المسألة الآتية و أما إذا انعكس الأمر كما لو أذن الراهن للمرتهن فى البيع أو الهبة أو غير ذلك فلا ريب أن له الرجوع فى زمن الخيار مطلقا و فى الهبة قبل الإقباض بل و بعده إلا- فى مواضع معلومة نعم حكمه حكم المرتهن باعتبار العلم بالرجوع و عدمه لأن المرتهن حينئذ و كيل عنه و يبقى الكلام فى أنه إذا رجع الراهن فى زمن الخيار أو فى الهبة بعد الإقباض هل يعود رهنا كما كان الظاهر العدم لمثل ما تقدم لكنهم قد قالوا فيما إذا اشترى المرتهن عينا من الراهن بدينه إنه يصح و يبطل الرهن فإن تلفت العين قبل القبض عاد الدين و الرهن قاله فى المبسوط و هو قد يستأنس به لما نحن فيه و ليس به و قال أيضا و كذا لو قبضه ثم تقايلا عاد الدين و الرهن كالعصير يصير خمرا ثم يعود خلا و هذا الأخير نظير ما نحن فيه و يأتى بيان الحال فيه و أما إذا رجع فى الهبة قبل الإقباض فالظاهر بقاء الرهنية

(قوله) (و لو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن و إن كان يأذن المرتهن و إن صارت أم ولده و فى بيعها إشكال و لو ماتت فى الطلق فعليه القيمة)

الجارية المرهونة إما أن يطأها الراهن أو المرتهن و ذلك إما مع الإذن أو بدونها فالصور أربع و لك أن تزيد فى القسمة فتقول و ذلك إما مع الحبل أو بدونه و على الأول إما أن تموت فى الطلق أم لا و عليه أيضا إما أن يحل الحق و هى حامل أم لا و إذا ولدت من الراهن فهل تباع قبل أن تسقيه اللبن أو لا- و على التقادير إما أن يرجع بالإذن أم لا مع علم الآخر و بدونه إلى غير ذلك و نحن نستوفى الكلام فى ذلك إن شاء الله تعالى (فالأولى) من الصور الأربع أن يطأها الراهن يأذن المرتهن و يحبلها فإن الرهن لا يبطل كما نص عليه فى المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التلخيص و المختلف و للمعة و غاية المرام و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و هو قضية كلام الباين و فى (المسالك) لا شبهة فيه و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا لأن الرهن بعد تمامه و لزومه إنما يبطل بمنافيه و الإحبال و إن وقع بالإذن غير

مناف و إن صارت أم ولد إذ لا يمتنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتهن سابقا على الاستيلاء إما مطلقا أو مع الإعسار على اختلاف الآراء و القائل بامتناع بيعها يقول بعدم المنافاة أيضا لأن الولد مانع طار يجوز زواله بموته فتباع لزوال المانع كما ستسمع و أما أنها تصير أم ولده فقد نص عليه في أكثر الكتب السالفة و هو مما لا ريب فيه و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث نسبه إلى مذهبا و هذان الحكمان جاريان فيما إذا وطئها بدون إذن المرتهن كما هو قضية إطلاق الأكثر و صريح السرائر و الغنية و غاية المرام و المسالك و الروضة و غيرها و هي الصورة الثانية بل لعل الأول في هذه أولى نعم تفترقان في أمور كالإثم و التغير و التزام القيمة كما ستسمع و على التقديرين أى الوطاء مع الإذن و بدونه هل يجوز بيعها أم لا فالمصنف هنا و فى الإرشاد و التلخيص و ولده فى الإيضاح و الشهيد فى الدروس و غاية المراد و ابن السيد عميد الدين فى تخلص التلخيص و الخراسانى فى الكفاية لم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢٤

.....

يجزوا بشيء فهم بين مصرح بالتردد و الإشكال و بين قائل فى المسألة خلاف أو قولان أو أقوال و ستعرف وجه ذلك عندهم و لعلمهم لا يتأملون فى جواز بيعها لو كانت مرهونة فى ثمن رقيبتها لكن المستشكل و المجوز و المانع أطلقوا و لم يفرقوا و الذى ينبغى تنزيل كلامهم على ما عدا هذا الفرض و الشيخ فى الخلاف و السيد حمزة فى الغنية و المصنف فى التذكرة و الشهيد فى الحواشى على الظاهر منه أنها تباع مع إعسار الراهن و مع يساره يجب بذل القيمة لتكون رهنا جمعا بين الحقين و فى (الغنية) الإجماع عليه و لم يبينوا لنا أن بذل القيمة مع اليسار هل هو بعد حلول الدين أو قبله و كيف كان فيه أن الرهانة إن بقيت فهى متعلقة بالعين و إلا فلا تعلق لها بالقيمة فتأمل و لا- حق لها مع سبق حق غيرها عليها و كأن الإجماع موهون بمصير الجماعة إلى خلافه و إن اختلفوا و فى (السرائر) أن ما فى الخلاف مخالف لأصول المذهب قلت لكنه أحوط و الشيخ فى المبسوط على ما حكاه عنه فى جامع المقاصد و ابن إدريس فى السرائر و المصنف فى المختلف و الشهيد فى اللمعة و الكركى فى جامع المقاصد و الشهيد الثانى فى المسالك و المقدس الأردبيلي فى مجمع البرهان على أنه يجوز بيعها مطلقا لسبق حق المرتهن على حقها فيقدم أسبق الحقين عملا بالاستصحاب و لعدم الفارق بين تعلق الدين (الحقين خ ل) بها و بثمان رقيبتها و لعله أقوى لأن عموم بيع الرهن لأداء الدين و إن عارضه عمومات النهى عن بيع أمهات الأولاد إلا أن هذا أرجح بسبق حق المرتهن الذى لا دليل على بطلانه فيخص به عموم النهى قلت هذا متوجه فيما إذا لم يأذن و على هذا القول تباع إن استوعب الدين قيمتها و إلا فلا يجوز بيع الفاضل إلا إذا لم يوجد من يشتري المقابل و المحقق فى الشرائع و المصنف فى التحرير على المنع من البيع و كذا الشيخ فى المبسوط على ما حكى عنه الشهيد فى غاية المراد و حكاه عنه فى باب الكتابة ابن السيد العميد فى تخلص التلخيص و لم يحضرنى المبسوط فى باب الكتابة و كلامه فى المقام كأنه ظاهر فى الجواز و كيف كان فقد قال فى الإيضاح فى تحرير هذا القول إنه يمنع من التصرف حينئذ حتى يؤدي الدين و فى (الدروس) أنه يقام بدلها و يتوقع قضاء الدين أو موت ولدها و كأنه أراد هذا الصيمرى بقوله إنه يجبر على فكها بخلاف غيرها فإن الراهن لا- يجبر على الفك بل له أن يوفى الدين من الرهن لكن قال الشهيد أيضا فى (غاية المراد) إنه لا تنافى بين المنع من بيعها و بقاء الرهن تربصا لموت الولد و منعا للمالك عن التصرف فيها و قضيته أنه لا يقيم بدلها ثم إنهم لم يوضحوا لنا متى يقيم بدلها أ قبل الحل أم بعده و كأنه قال فى الروضة بهذا القول بل قد يظهر منها أن المنع من البيع جاز على الأقوال الثلاثة فلتلحظ عبارتها فإنها غير واضحة (و حجة) هذا القول عموم النهى عن بيع أم الولد و أن قوة الاستيلاء تضاهى قوة العتق بل ربما كانت أنفذ منها باعتبار نفوذ الاستيلاء فيما لا ينفذ فيه العتق كاستيلاء المجنون و المحجور عليه و كذا المريض ينفذ استيلاءه من الأصل و إعتاقه من الثلث و لا تنافى بين المنع من بيعها و بقاء الرهن تربصا لموت الولد و منعا للمالك من التصرف (و فيه) أن العموم معارض بما هو أقوى منه و أكثر فيخص به و سبق تعلق الحق هو القاضى بالفرق بين ما نحن فيه و ما مثلوا به و التربص تعطيل لحق المرتهن و تعليق بغير المعتاد

(و هناك) قول رابع حكاه فى المسالك و هو جواز بيعها مع وطئه بغير إذنه و منعه مع وقوعه بإذنه و حكى عن الشهيد اختياره فى بعض حواشيه و هو قوى موافق للأصول و الاعتبار إن لم يكن خارقا للإجماع على الخلاف (و هناك) قول خامس لأبى حنيفة لم يحتمله أحد من أصحابنا و هو أنها تعتق مطلقا فإن كان معسرا استسعت فى قيمتها و إن كان موسرا ألزم رهن قيمتها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢٥

و كذا لو وطئ أمه غيره بشبهة (١)

(قلت) هو مقتضى القياس على استيلاء المجنون و المحجور عليه هذا كله إذا حبلت أو ولدت و لم تمت أو لم تنقص قيمتها أما لو ماتت بالطلق أو نقصت قيمتها بالولادة فالصواب أن لا قيمة و لا أورش إذا كان الوطاء مع الإذن كما نبه عليه فى جامع الشرائع و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و قد أطلق المصنف الحكم بأن عليه القيمة فينزل على ما ذكرنا و إلا فقد يقال إن إضافة الهلاك إلى الوطاء و لو كان بغير إذن بعيدة و إحالته إلى علل آخر و عوارض تعرض أقرب من إضافته إلى الوطاء إلا- أن تقول إنه سبب ظاهر كحفر البئر و نحوه و حيث يجب الأورش أو القيمة يكون رهنا معها و له أن يصرفه إلى قضاء الحق و لا يرهن و هل تباع قبل أن تسقيه اللبن الظاهر ذلك إذا وجد من يسقيه أو شرط على المشتري سقيه و عدم المسافرة بها و إلا فلا عملا بخبر الضرار و موافقة للاعتبار (الصورة الثالثة) أن يطأها المرتهن بإذن الراهن فالوطء جائز و لا- حد و لا- مهر و الولد حر لاحق بالمرتهن و قد حكى على هذا الإجماع فى الخلاف و المبسوط و فى (الغنية) نفى عنه الخلاف و ظاهر الخلاف الإجماع على أنه لا يلزم الأب قيمته و نص عليه فى (المبسوط و الغنية و السرائر) و فى (الدروس) أنه لا مهر و لا قيمة عند الشيخ و هو بعيد إلا أن يحمل على التحليل لكن كلام الشيخ ينفيه لأن الغرض من الرهن الوثيقة و لا- وثيقة مع تسلط المالك على البيع و الوطاء و غيره من المنافع المعرضة للنقص أو الإتلاف انتهى فتأمل فيه و لم يرجح فى التذكرة لكن للشيخ فى المبسوط و الخلاف و السيد حمزة فى الغنية كلام يعطى تحريم الوطاء على المرتهن مع إذن الراهن قال فى (المبسوط) إذا وطئها بإذن الراهن فإن لم يدع الجهالة بتحريم ذلك فهو زنا و قال فى (الخلاف) إذا وطئ الجارية المرهونة بإذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر انتهى و مثله قال فى الغنية و كأنه مخالف للإجماع فعله محمول على اشتراط التلفظ بالتحليل أو على وطئها على صفة لا يباح معها الوطاء كما إذا كانت محرمة أو فى حيض لكن ذلك فى غاية البعد عن عبارة المبسوط فليلحظ ذلك و هل تصير أم ولد فى الحال أو لا تصير و لو ملكها المرتهن بعد ذلك ففى (الخلاف و المبسوط و التحرير) أنها لو اشتراها المرتهن صارت أم ولد له و استدلوا عليه بالاشتقاق و فى (المختلف) أنها لا تصير بذلك أم ولد و هو ظاهر التذكرة و هو الظاهر و هذه يجوز بيعها بلا خلاف كما فى السرائر (الرابعة) أن يطأها بدون إذن فإن كان ظنها زوجته أو أمته فلا حد و عليه المهر و الولد حرّ و عليه قيمته للراهن يوم سقط حيا و إن ادعى الجهالة و كانت محتملة قبلت دعواه ثم إن أكرهها و جب المهر و كذلك يجب إن ادعت الجهالة و كانت محتملة و يسقط عنها بذلك الحد و إن كان عالما فهو زان و عليه الحد و يجب المهر إن كانت مكرهة إجماعا و إن طاوعت فقولان ذكرناهما غير مرة و إن كانت جاهلة حد هو دونها و لو أحبلها كان الولد رقيقا لأن نسبه لا يثبت للمرتهن لأنه زان فيتبع الولد الأم هذا و أما إذا رجع عن الإذن بعد الوطاء لم ينفعه الرجوع و إن رجع قبله فإن علم برجوعه فقد سقط إذنه و لا- يجوز له وطؤها و إن لم يعلم و فعل كان ما فعله ماضيا و قد قيل إنه لا يكون ماضيا كما نبه على ذلك كله فى المبسوط

(قوله) (و كذا لو وطئ أمه لغيره لشبهة)

أى تجب القيمة للمالك لو وطئ شخص أمه غيره لشبهة فماتت فى الطلق و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا لأن الوطاء استيلاء عليها و العلوق من آثاره فأدمننا به اليد و الشبهة إنما تمنع الإثم لا إسقاط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢٦

ولا يضمن زوجته (١) ولا المزنى بها الحره المختاره لأن الاستيلاء إثبات يد و الحره لا تدخل تحت اليد (٢) و فى اعتبار القيمه يوم التلف أو الإحبال أو الأعلى نظر و لو باع (٣) الراهن بإذن المرتهن صح و لا يجب رهنه الثمن إلا إذا شرط و لو قال أردت بالإطلاق أن يكون الثمن رهنا لم يقبل (٤) و لو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر (٥) و لو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف فى الثمن قبل الأجل (٦) و لو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعه ففى كونه إجازة إشكال فإن قلنا به فلا شفعه و لو أسقط حق الرهانه فله الشفعه إن قلنا بلزوم العقد (٧)

ضمان مال الغير و منه يعلم حكم ما إذا كان بدون شبهة بالأولى
(قوله) (و لا يضمن زوجته)

بلا خلاف كما فى التذكرة لأن الوطاء مستحق شرعا فلا يترتب عليه ضمان إذ لا عدوان
(قوله) (و لا المزنى بها الحره المختاره لأن الاستيلاء إثبات يد و الحره لا تدخل تحت اليد)

احترز بالحره عن الأمه فإنها تضمن مطلقا و بالمختاره عن المكروه فإنه يجب عليه ضمانها لأن التكوين من نطفته و السبب فى التلف صادر عنه

(قوله) (و فى اعتبار القيمه يوم التلف أو الإحبال أو الأعلى نظر)

الأصح اعتبار قيمته يوم التلف كما تقدم الكلام فى ذلك مستوفى فى البيع الفاسد و العين المغصوبه و ليس المراد بالأعلى فى كلام المصنف الأعلى من يوم التلف و يوم الإحبال بل الأعلى من يوم الإحبال إلى حين التلف و المراد بالقيمه السوقية فلو نقصت لنقصان فى العين بعيب و نحوه فهو مضمون قطعاً كما فى (جامع المقاصد) و قد أوضحنا الكلام فى ذلك أيضا
(قوله) (و لو باع إلى آخره)

قد تقدم الكلام فى ذلك عند شرح قوله و لو أعتق الراهن بإذن المرتهن

(قوله) (و لو قال أردت بالإطلاق أن يكون الثمن رهنا لم يقبل)

كما فى (المبسوط و التحرير و الدروس و جامع المقاصد) و مرجعه إلى الاختلاف فى النيه و وجهه أن الاعتبار بما دل عليه اللفظ و لا دلالة فى الإذن فى البيع على ذلك

(قوله) (و لو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر)

أى الراهن كما فهمه فى (جامع المقاصد) مختاراً له وفاقاً للدروس و فى (التذكرة) حلف المرتهن لأن القول قوله فى أصل الإذن فكذا فى صفته و هو ظاهر المبسوط قال لو قال أذنت بشرط أن تعطينى حقى منه فقال الراهن بل مطلقاً فالقول قول المرتهن لأن القول قوله فى أصل الإذن فكذا فى صفته و هو نظير ما نحن فيه و قال فى (التحرير) بعد نقل ذلك عنه عندى فيه إشكال و كذا لو قال أذنت بشرط جعل الثمن رهنا انتهى فهو فى التحرير مستشكل فيما نحن فيه أيضا و قد يكون الإتيان بلفظ المنكر دون الراهن فى كلام المصنف للإشعار بسبب تقديم قوله و هى كونه منكراً و قد يكون لما سمعته عن التذكرة و المبسوط فتأمل

(قوله) (و لو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف فى الثمن قبل الأجل)

المراد بانعكاس الفرض أن يبيع المرتهن بإذن الراهن و قد صرح بذلك جماعة كثيرون و قد تقدم الكلام فى ذلك عند قوله و لو أعتق الراهن بإذن المرتهن

(قوله) (و لو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعه ففى كونه إجازة إشكال فإن قلنا به فلا شفعه و لو أسقط حق الرهانه فله الشفعه إن قلنا بلزوم العقد)

استشكل المصنف هنا و فى الإرشاد فى كون طلب المرتهن الشفعه إجازة و الأظهر أنه إجازة كما هو خيره غايه المراد و جامع

المقاصد و مجمع البرهان و لا تبطل به الشفعة أما الأول فلأن الشفعة مسبوقة ببيع صحيح و هو فرع رضا المرتهن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢٧

.....

فطلبها يدل على رضاه بالبيع لأنه طلب معلول البيع فتثبت العلة ضرورة إذ يجب تنزيل طلب المكلف على الوجه الصحيح لوجوب صيانته كلامه شرعا عن الهذرية مع الإمكان لأن طلبها قبل البيع غير مشروع و فعل المسلم لا ينزل إلا على المشروع و لا ريب أن الشفعة تابعة لمالك المشتري سواء كان لازما أو جائزا و إن وقع الخلاف فى الجائز فيمتنع القول بأن المرتهن غير مجيز على تقدير القول بترتب الشفعة على العقد المطلق أعنى الملك إذ قبلها لا- ملك لكنه طلبها فيمتنع على تقديرها انتفاء الملك إلا أن يقال إن الشفعة و الفسخ متساويان كما ستسمعه عن الإيضاح و تعرف ضعفه و الدلالة دلالة اقتضاء و هى معتبرة و إن كانت لا تستفاد من اللفظ بمجرد بل بمعونه شىء آخر و بذلك فارقت دلالة الالتزام لأنها تستفاد من اللفظ بمجرد بشرط العلم بالوضع و تحقق اللزوم و أما الثانى فلأن هذا الطلب استلزم الرضا ببيع ترتب عليه طلب الشفعة كما عرفت و لا يزيد هذا الرضا عن رضا غيره من طالبى الشفعة و هو الذى حكاه الشهيد عن ابن المتوج و وجه احتمال كونه ليس بإجازة أن اللفظ لا يدل عليها بإحدى الدلالات الثلاث و أنه أعم لجواز صدوره حال الغفلة عن الرضا بالبيع و عن الرهن و لا دلالة للعام على الخاص كما فى (الإيضاح و الحواشى و جامع المقاصد و غاية المراد) و وجهه فى الإيضاح أيضا بأن طلب ثبوت ملكه و إزالة ملك المشتري هو طلب مساوى الفسخ يعنى الشفعة فلا يثبت عليه ضده يعنى ملك المشتري لأنه إنما صدر منه المساوى قلت معناه أن الفسخ و الشفعة متساويان فى طريق إزالة الملك عن المشتري فكما أن الفسخ لا يكون إجازة فكذا الأخذ بالشفعة و فى (غاية المراد) أنه ضعيف لأن الشفعة إزالة ملك بعد ثبوته و الفسخ رفعه بالكلية فكيف يتساويان انتهى و وجهوا سقوط الشفعة إن قلنا أن الطلب إجازة أنها رضا بالبيع و الرضا بالبيع يسقط الشفعة و قد عرفت أن الرضا بالبيع الذى يترتب عليه طلب الشفعة لا يسقطها و إلا لم تثبت شفعة أصلا و قد قالوا ببقائها فيما إذا شهد أو بارك أو أذن فى الاتياع أو ضمن الدرك أو توكل فى البيع الموجب للشفعة و إن كان بعضهم تردد و قال فى (الإيضاح) التحقيق أن هذه المسألة تبنى على أن الشفعة هل تثبت بمجرد العقد أم بلزومه فإن قلنا بالأول لم تكن إجازة و لم تسقط الشفعة به و إن قلنا بالثانى كان إجازة فتبطل الشفعة لأن طلبها يدل على إجازته لتلزم الشفعة و إلا لم يصح الطلب انتهى و معناه كما أن الشريك إذا أجاز البيع و رضى به بعد البيع بطلت الشفعة و معنى الأول كما فى شرحه على الإرشاد أن الشفعة تتبع مطلق البيع القابل للزوم سواء لزم أو لا فلا يدل الطلب على الرضا بالبيع فاعترضه المحقق الثانى بأنه لا يعقل ثبوت الشفعة بمجرد العقد الذى هو الإيجاب و القبول لأن هذا بمجرد لا- يقتضى البيع فإن البيع نفس النقل أو نفس الإيجاب و القبول المقتضيين للنقل أو الانتقال فكيف يعقل إثبات الشفعة التى هى تابع من توابع البيع بمجرد العقد و مع ذلك فلا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه انتهى و أنت خبير بأنه قد يقال لعله أراد أن يبيع الراهن بيع صحيح لازم من طرف الراهن قابل للانتقال و اللزوم بالإجازة أو الإبراء أو إسقاط حق الرهانة لأن هذه تكشف عن الانتقال حين العقد فكان حال طلب الشفعة كحال النماء المتجدد فيما بين العقد و الإجازة فإن اكتفينا بمثل ذلك فى ثبوت الشفعة صح طلبها كما اكتفينا فيه بصحة العقد و إن لم يكن لازما كما إذا باع و الخيار له أو لهما فبناء على ذلك لم يكن حينئذ طلب الشفعة إجازة لأنه لعله بادر إلى طلبها لأنه يريد أن يسقط حق الرهانة ليأخذ بالشفعة و يكون قد فاز فيكون ذلك منه إشارة إلى خلاف ما ذكر والده من الإشكال و ما بعده من قوله و لو أسقط حق الرهانة فله الشفعة إن قلنا بلزوم العقد و لهذا سماه تحقيقا مضافا إلى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢٨

و يجوز أن يشترط المرتهن الوكالة فى العقد لنفسه أو لغيره (١) أو وضعه على يد عدل (٢) و ليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ (٣)

أنه لا- يكاد يتحصل لقوله و لو أسقط إلى آخره معنى صحيح إذ لا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه لثبوتها بل لو كان جائزا من الطرفين ثبتت كما عرفت ثم إنك قد عرفت أيضا أنهم قالوا ببقائها فيما إذا شهد أو بارك و قد سلف له أن الأقرب لزوم العقد من طرف الراهن فليتأمل في ذلك جيدا و ستسمع تفسيره في جامع المقاصد و كيف كان كلام المصنف فلا يرد على كلام ولده على النحو الذي وجهناه به ما أورده عليه في جامع المقاصد من قوله إن في كلام المصنف و لو أسقط حق الرهانة ما يدل على عدم صحته بنائه لأنه بعد إسقاطه الرهانة حكم بأنه يستحق الشفعة على تقدير القول بلزوم العقد لأنه حينئذ يكون يباع صحيحا و بدونه هو كالفضولي لا- يثمر ملكا و مقتضاه أنه لا- يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم إذ ليس يباع و لا- يثمر تملكًا فلو كان بناء الشارح الإشكال صحيحا لكان جزم المصنف باشتراط القول بلزوم العقد في ثبوت الشفعة منافيا للتردد المستفاد من الإشكال انتهى و نقلناه بتمامه لأن فيه تبيانا للمراد من عبارة المصنف و هو كما ترى و كيف لا يكون عقد الفضولي يباع و لا يثمر تملكًا ثم إنه يبيع في ملك فكان كالفضولي و كيف لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم مع وجود العقد المملك و الشارح لم يبين «١» الإشكال على ما حقق و إنما بنى المسألة و لكن يبقى في كلام الإيضاح أشياء و هي أن المقابلة بين الشقين على ما نزلنا عليه كلامه ليست تامة و الشقان في أنفسهما أيضا ليسا تامين على أى توجيه كان و ما ذكرناه تأويل و تنزيل و إلا فالظاهر أن إيراد صاحب جامع المقاصد متوجه عليه و على كل حال ينبغي التأمل في هذا المقام

(قوله) (و يجوز أن يشترط المرتهن في العقد الوكالة لنفسه أو لغيره)

كما (في المبسوط و الخلاف و الوسيلة و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية) و هو قضية كلام الباين و في (الرياض) نفى الخلاف عنه و في (الغنية) الإجماع على جواز اشتراطه في العقد لنفسه و لا قائل بالفرق و يدل عليه الأصل و العمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعقود و الشروط السائغة أى الغير المخالفة للكتاب و السنة (قوله) (و وضعه على يد عدل)

هذا أيضا مما لا خلاف فيه و في (الخلاف) الإجماع عليه و به صرح في المبسوط و السرائر و أكثر ما تأخر عنهما و يأتي تمام الكلام فيه

(قوله) (و ليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ)

كما في (المبسوط و الخلاف و السرائر و جامع الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) و هو ظاهر كثير من الباين و قد يظهر من السرائر أن لا مخالف منا حيث نسب الخلاف إلى بعض أهل الخلاف و حكاها في المبسوط بلفظ القيل و لعله أراد الشافعي في أحد قولي و تردد في الشرائع في اللزوم و ضعفه في اللمعة بأن المشروط في اللازم يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط لا وجوب الشرط و ربما احتل في وجه ترده في الشرائع بأن الوكالة من العقود الجائزة و من شأنها تسلط كل منهما على الفسخ و أن لزوم الشرط إنما يكون مع ذكره في عقد لازم كالبيع و ليس الرهن كذلك لأن ترجيح أحد طرفيه ترجيح بلا مرجح و الوجوه الثلاثة ضعيفة جدا فالأول يمنع عدم لزوم الوفاء بالشرط إذ المشهور الوجوب كما تقدم بيانه خصوصا فيما يكون العقد المشروط كافيا في تحقيقه كالأول لأنه يصير كجزء من الإيجاب و القبول يلزم حيث يلزمان و الثانى بأن جواز الوكالة بحسب

(١) كذا في النسخة و لكن الظاهر بين.

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٢٩

نعم لو مات بطلت دون الرهانة (١) و لو مات المرتهن فإن شرط في العقد انتقال الوكالة إلى الوارث لزم و إلا لم ينتقل أما الرهنية فتنتقل بالميراث كالمال بين الورثة (٢) و لو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهنية دون الوكالة و الوصية (٣)

الأصل لا ينافى لزومها بسبب كالاتى فى العقد اللازم و الثالث بأن عقد الرهن لما كان لازماً من طرف الراهن كان ما يلزمه الراهن على نفسه بعقده لازماً من قبله عملاً بمقتضى اللزوم و الشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزمه و أما تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروطة فيه الوكالة فغير متوجه فيما نحن فيه لأنه دفع ضرر بضرر أقوى منه نعم لو كان مشروطاً فى عقد لازم آخر كالبيع توجه الفسخ حينئذ إلا- أن المقصود هنا شرطها فى عقد الرهن و هناك وجه رابع ذكره الصيمرى بعنوان السؤال و هو أنه إذا مات الراهن بطلت الوكالة دون الرهانة كما ستسمع و لو كانت لازمة لما بطلت لأن العقود اللازمة لا تبطل بالموت و أجاب عنه بما حاصله أن تغير حكم الوكالة لعارض لا يوجب تغير حقيقتها إذ هى استنابة الوكيل و مع موت الراهن لا استنابة و مع انتفاء الحقيقة ينتفى الحكم لأن الجواز و اللزوم من أحكام الوكالة و لا بقاء للحكم مع انتفاء الحقيقة و هل للمرتهن عزل نفسه الظاهر أن له ذلك و كذلك الحال فى الأجنبي فإنه لمصلحته أيضاً فكأنه نفسه لجواز عقد الوكالة إلا مع ثبوت اللزوم و هنا غير ثابت و قد يقال إذا كانت الوكالة و البيع مصلحة الراهن أو كانت لغيره إنه ليس له عزل نفسه لدليل لزوم الشرط خرجت الوكالة الغير المشروطة و بقى الباقي و لأنه يفوت الغرض من التوكيل و فيه نظر ظاهر

(قوله) (نعم لو مات بطلت دون الرهانة)

كما هو قضية كلام المبسوط و صريح الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية لأن الوكالة استنابة فى فعل مخصوص بحال الحياة لأن الوكيل ينزل بموت الموكل و لا كذلك الرهانة بل تنتقل إلى ورثة المرتهن كما كانت له لأنها حق من الحقوق المتعلقة بالمال فيكون الحكم فى استحقاقها كاستحقاق المال بين الورثة (قوله) (و لو مات المرتهن فإن شرط فى العقد انتقال الوكالة إلى الوارث لزم و إلا لم تنتقل أما الرهانية فتنقل بالميراث كالمال بين الورثة)

ذكر هذا مع إمكان فهمه مما سبق ليبين أن الوكالة تنتقل مع الشرط فافتضى المقام ذكر عدم انتقالها بدون و ذكر الرهانية و دليل انتقال الوكالة مع الشرط أدلة لزوم الشروط إذ الظاهر عدم المانع منه و أنه مشروع و بذلك صرح فى (الإرشاد و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية) و لم يتأمل فيه سوى المولى الأردبيلي و كأن تأمله فى محله فليتأمل

(قوله) (و لو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهانية دون الوكالة و الوصية)

إذا ظهر استحقاق الدين لغير المدين صح الرهن و كان القابل فضولياً فإذا أجاز المالك صح و لزم و لا فرق فى ذلك بين كونه بإقرار أو بينة و مثله ما لو باع المرتهن الدين الذى استحقه فى ذمه الراهن فقد حكى الشهيد عن إمامة فخر الإسلام أنه نقل الإجماع على أن الرهن ينتقل إلى المشتري و أنه حكاه أيضاً على أنه ينتقل إلى الوارث أيضاً إذا انتقل الدين إليه بالإرث و أنه قال إنه فى هذه الصور كلها لا ينتقل حق الوكالة و الوصية و معنى عبارة المصنف أنه لو أقر المرتهن بأن الدين الذى وقع عليه العقد لآخر صح الإقرار و ثبت كون الدين و الرهانة به حقاً للمقر له إذا أجاز و لو كان قد اشترط المرتهن فى عقد الرهن أو غيره من العقود اللازمة كونه و كيلاً فى البيع حال حياة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣٠

إذا امتنع الراهن من الأداء وقت الحلول باع المرتهن إن كان و كيلاً و إلا فالحاكم و له حبسه حتى يبيع بنفسه (١)

الراهن و وصياً فى بيعه بعد موته لم ينتقل ذلك إلى المقر له لأنه خلاف المشروط و لأن ذلك استنابة عن الراهن لا حق يختص به المرتهن ليعقل نفوذ إقراره فيه و لا حاجة فى تفسيرها إلى تصوير أنه أقر أنه كان و كيلاً كما صنع فى جامع المقاصد ثم اعترض عليه (أولاً) بأنه لا انتقال هناك بل الرهانية بمقتضى الإقرار حق للمقر له من أول الأمر إلا أن تقول إن لم تفسر بذلك التفسير احتاجت إلى

تقدير إذا أجاز كما صنعت ثم إنه قد يكون المراد على ذلك التفسير أنه ظهر انتقال الرهنبة (و ثانيا) بأنه إنما تثبت الرهنبة للمقر له بشرط كونه وكيلا- عنه و اعترافه بأنه أوقعها عنه و ظاهر العبارة أن مجرد إيقاع الرهانة بين الراهن و المرتهن كاف فى ثبوتها انتهى و هى مناقشة هينة جدا على التقديرين (و ثالثا) بأن العبارة خالية من الدلالة على ما يراد بقوله و الوصية فإنه و إن جرى للوكالة فى بيع الرهن ذكر لكن لم يجر للوصية ذكر أصلا ففى دلالة اللفظ على المعنى المراد شدة خفاء
(قوله) (و إذا امتنع الراهن من الأداء وقت الحلول باع المرتهن إن كان وكيلا)

يريد أنه أى المرتهن إذا كان وكيلا باع الرهن بنفسه مع حلول الدين إما بأصله أو بانقضاء أجله حتى لو كان حالا فله البيع فى مجلس الرهن ما لم يشترط عليه تأخير التصرف إلى مدة فىقوم مقام تأجيل الدين و على ذلك أى كونه وكيلا حمل ما روى فى الكافى و التهذيب و الفقيه عن إسحاق بن عمار فى الموثق برواية الثالث و ظاهر الكتاب و الشرائع و النافع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المفاتيح و الكفاية أنه يجوز له استيفاء دينه من الثمن مطلقا حيث عبر فيها بمثل عبارة الكتاب ما عدا النافع فإن فيه أنه لو كان وكيلا فى بيع الرهن فباع بعد الحلول صح البيع فإنه لم يفرض فيه الامتناع و التعذر و فى (النهاية و السرائر) التقييد بما إذا كان وكيلا- فى البيع و استيفاء حقه لكنه فى السرائر فرض المسألة فيما إذا غاب و لا مغايرة كما ستعرف فى آخر البحث و نحوهما ما فى الكفاية و ربما قيد بتوافق الدين مع المثل فى الجنس و الوصف و الوجه فى الأول الاستناد إلى ما دل على جواز المقاصة عند الامتناع من أداء الحق من نفى الحرج و الضرر فى الشرع و إلى ما عد من الحسن أو الصحيح الدال على جوازها عند الخوف من جحود ورثة الراهن و غيره و المظنة قد تقضى بجريانها فيما نحن فيه بل فيما فى النافع على أننا قد نقول إن الإذن فى البيع بعد الحلول قرينة على الرخصة فى الاستيفاء فى الأغلب فنزل عليه الإطلاقات المذكورة و قد يستدل على ذلك بقول الصادق عليه السلام فى صحيحة عبد الله بن سنان استوثق من مالك إذ الظاهر أن الاستيثاق باعتبار أخذ الدين من الرهن بعد الامتناع من الأداء و احتمال إرادة الحجر عن الانتفاع بعيد و الوجه فى التقييد أن الأصل عدم الجواز و لا- دليل عليه سوى الإذن فى البيع و هو لا- يستلزم الإذن فى الاستيفاء (و فيه) أن التقييد المذكور مع الغض عما ذكرنا لا يجدى لعدم قيام دليل صالح عليه و إن قيل بمثله فيما إذا كان ما فى ذمة المديون مثل الدين فى الوصفين فإنه يجوز له المقاصة و التهاتر من دون توقف على المراضاة كما مر مثل ذلك عن الشهيد فى باب القرض فليتأمل فيه و فى (السرائر و الإرشاد و المختلف) عبارات أخر و هى إذا حل الدين لم يجز بيعه إلا أن يكون وكيلا و هذه قد تعطى ما يفهم من عبارة الكتاب و نحوها

(قوله) (و إلا فالحاكم و له حبسه حتى يبيع بنفسه)

أى و إن لم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣١

[الفصل الرابع فى الحق]

(الفصل الرابع) فى الحق و شروطه ثلاثة أن يكون دينا لازما أو أثلا إليه يمكن استيفاؤه منه فلا يصح الرهن على الأعيان و إن كانت مضمونة كالغصب و المستعار مع الضمان و المقبوض بالسوم على إشكال (١)

يكن وكيلا طلب من الراهن البيع أو الإذن فيه فإن فعل و إلا رفع أمره إلى الحاكم و المصنف طوى ذلك لظهوره فيلزمه الحاكم بالبيع أو يبيع عليه لأنه ولى الممتنع و له حبسه لأن ذلك حق عليه و يدل عليه الخبر المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام و كذا له تعزيره و الظاهر عدم الخلاف فى جواز ذلك للحاكم بل يمكن أن يقال إنه يجب عليه ذلك كما هو صريح السرائر و قد يفهم ذلك من التذكرة و غيرها و قد تقدم مثله و قد يحمل موثق إسحاق بن عمار الذى أشرنا إليه آنفا على ما إذا أذن الحاكم و قد اختلفت عباراتهم

في المقام اختلافًا لا- يؤدي إلى اختلاف في الحكم فالمبسوط كالكتاب و في (الشرائع) و إلا رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه البيع فإن امتنع كان له حبسه و له أن يبيع عليه و في (التحرير) و إلا- رفع أمره إلى الحاكم و للحاكم حبسه حتى يبيع أو يوفيه و في (الدروس) للحاكم بيعه و له حبسه و تعزيره حتى يبيع بنفسه و في (الوسيلة) إذا لم يأذن أو غاب باعه الحاكم و في (السرائر و المختلف و الإرشاد) إذا حل الدين لم يجز بيعه إلا- أن يكون و كيلا أو يأذن الحاكم و في (الكفاية) إن لم يكن و كيلا في البيع لم يكن له البيع بنفسه لا أعرف فيه خلافا (قلت) أطلق أبو الصلاح جواز البيع مع عدم التمكن من استئذان الراهن و في (التذكرة) أنه لو لم يكن له بينة أو لم يكن في البلد حاكم فله بيعه بنفسه كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون و هو جاحد و لا بينة له له بيعه و يأخذ حقه و الظاهر أن مراده بعدم كونه أي الحاكم في البلد كونه بعيدا بحيث يشق التوصل إليه عادة لا مطلق كونه في غير البلد و نحوه ما في جامع المقاصد قال لو لم يكن الحاكم موجودا باع بنفسه و لو أشهد شاهدي عدل كان أولى و لو تعذر إثبات الرهانة عند الحاكم باع بنفسه و إن كان مع وجود الحاكم لثلا يضيع حقه و نحوه ما في الميسية و المسالك لكنهما عبرا عن الحكم الأول بتعذر وصوله إلى الحاكم لعدمه أو لبعده و قد يكون مستندهم في ذلك دفع الضرر و الحرج و إطلاق موثق إسحاق المتقدم و قد لا يعارضه في المقام الموثقان الآتيان لعدم انصرافهما إليه فليلاحظ و زاد في المسالك ما إذا افتقر إلى اليمين لكون المدعى عليه غائبا و نحوه فإنه احتمال فيه جواز الاستقلال دفعا لمشقة الحلف و استظهر عدمه لإمكان الاستيفاء من وكيل المديون و هو الحاكم فلا يستبد بنفسه و قول المصنف و غيره إذا امتنع الراهن من الأداء يشمل ما إذا كان حال غيبته أو حضوره و لذا فرضت المسألة في السرائر فيما إذا غاب و قد تضمن موثقا عبيد و ابن بكير أنه إذا غاب الراهن لا يباع الرهن حتى يجيء و قد حملا على ما إذا لم يكن و كيلا

(قوله) (الفصل الرابع في الحق و شروطه ثلاثة أن يكون ديننا لازما أو آثلا إليه يمكن استيفاؤه منه فلا يصح الرهن على الأعيان و إن كانت مضمونة كالغصب و المستعار مع الضمان و المقبوض بالسوم على إشكال)

قد طفت عباراتهم بأن الحق هو الدين الثابت في الذمة صرح بذلك في (المبسوط و فقه الراوندي و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و الإرشاد و التذكرة و التبصرة و الدروس و اللمعة و الروضة و المسالك و المفاتيح) و قال في (الشرائع) كالقرض و ثمن المبيع و مثله ما في اللمعتين و قال في (النافع) مالا كان أو منفعة و قال في (التذكرة) أن يكون ديننا ثابتا في الذمة حالة الرهن لازما ثم قال ثابت في الذمة إما بالفعل أو بالقوة و في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣٢

.....

(مجمع البرهان) كأن دليله الإجماع و في (المسالك و الروضة و الكفاية) أنه الدين الثابت في الذمة و إن لم يستقر و زاد في الدروس الذي يمكن استيفاؤه من الرهن و مرادهم بالثابت في الذمة كما بينه جماعة ما كان مستحقا فيها أعم من أن يكون ثبوته مستقرا كسائر الديون أو غير مستقر كالثمن في زمن الخيار كما سمعت التصريح به عن بعض و ظاهر اشتراطهم كونه ديننا عدم جوازه على العين مطلقا مضمونة أو غير مضمونة و ستعرف المصريح بالجواز و ظاهرهم أنه لا بد من ثبوته في الذمة قبل الرهن و ستعرف القائل بجوازه مع المقارنة (إذا عرفت) هذا فعد إلى عبارة الكتاب فالمراد بكونه لازما إما اللزوم الحقيقي كالدين اللازم و بالآثلا إلى اللزوم الثمن في زمن الخيار و إما أن يكون المراد بكونه لازما أن يكون ثابتا في الذمة فإنه سيأتي له جواز الرهن على الثمن في مدة الخيار و بكونه آثلا- إلى اللزوم أن يكون ثبوته في الذمة بالقوة القريبة من الفعل كما في مسألة التشريك بين الرهن و سبب الدين و هي صورة المقارنة كما يأتي و على تقدير بطلان هذه الصورة لا يبقى لاشتراط أحد الأمرين من كون الحق ثابتا أو آثلا إلى الثبوت وجه أصلا إلا- أن يقال إنه يتحقق في الأعيان المضمونة فإنها لكون الحق فيها آثلا إلى الثبوت لوجود سببه يصح الرهن بها من هذه الجهة فلا يبقى مانع إلا جهة كونها أعيانا لكنه قال في (التذكرة) يشترط مع ثبوت الدين لزومه فعلا حالة الرهن أو قوة قريبة من الفعل كالثمن

في مدة الخيار لقرب حاله من اللزوم وقال ما كان الأصل في وضعه الجواز كالجعل في الجعالة فإن كان قبل الشروع في العمل لم يصح الرهن عليه لأنه لم يجب و لم يعلم إفضاؤه إلى اللزوم فليحظ ذلك فإنه يناسب إبقاء عبارة الكتاب على ظاهرها و أراد بإمكان استيفاء الحق من الرهن إخراج الإجارة المتعلقة بعين المؤجر كالأجير الخاص فإنه لو تعذر لم تستوف المنفعة من غيره فلا يرتهن على المنفعة كما ستسمع و بيان عدم صحة الرهن على الأعيان مطلقا امتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر و هو أى عدم الصحة في غير المضمونة موضع وفاق كما في جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح و استظهر المولى الأردبيلي من التذكرة عدم الخلاف و أما المضمونة فالمنع فيها خيرة الغنية و السرائر و الرياض و ظاهر إطلاق المحقق و جماعة كما عرفت و نسبة في الرياض إلى الأكثر و في (المسالك و الكفاية) أطلق المحقق و جماعة المنع و هذا أثبت مما في الرياض و حجتهم الأصل و أن لا دليل على الصحة لعدم الإجماع و اختصاص الآية الشريفة و جملة من النصوص بالدين و عدم انصراف إطلاق باقيها إلى محل الفرض لأنه سبق لأمر آخر و ما سمعته عن المصنف و غيره من عدم استيفائها بعينها من شيء آخر (و فيه) أن العمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعقود هي الدليل القاطع للأصل و لم يعلم عدم تداولها في زمن الشرع (الشارع خ ل) حتى لا تتناولها هذه العمومات و لم تتحقق الشهرة على المنع حتى تكون أمانة على عدم التداول في العصر المذكور يستند إليها في الجملة مضافا إلى القطع بتداول حبس الرهن فيه و دعوى أن ذلك يسمى رهنا لغة و عرفا و أما الأخير فيرد (أولا) بإمكان التوثيق بأخذ العوض عند التلف كما ستعرف الحال في ذلك (و ثانيا) بعدم جريانه في الدين المجمع على جواز الرهن عليه فإن ما يستوفى من الرهن أو ثمنه ليس عين الدين الكلي الذي اشتغلت به الذمة لأنه مغاير لجزئياته و لو في الجملة و لذلك اختير جواز الرهن عليها في التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و مال إليه أو قال به في المفاتيح للأصل و العمومات و هو عقد صدر من أهله في محله و لا مانع إلا ما ذكر في حجة المنع كما قد عرفت الحال في ذلك كله و أن معنى التوثيق حاصل باستحقاق أخذ عوض العين عند تلفها من المرهون و ذلك هو المقصود من

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣٣

و لا- على ما ليس بثابت حالة الرهن كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتريه منه (١) فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصير بذلك رهنا (٢)

الرهن إذ المعقول منه كونه وثيقة للحق المرهون به على أن يستوفى منه عند الحاجة و هذا كما يصدق في الرهن على الدين يصدق على الرهن في موضع النزاع و عساک تقول فعلى هذا يجوز الرهن على غير المضمون من الأعيان لثبوت التوثيق بهذا المعنى في الرهن عليها فيجاب بوجهين (الأول) أن الفارق الإجماع لانعقاده على عدم الجواز فيها و وقوع الاختلاف هنا (الثاني) أن العين في محل البحث مضمونة عند الرهن فعهدها متعلقة بالذمة و لا كذلك العين المضمونة (و فيه) أن مضمونيتها عند الرهن مشروطة بالتلف و ليست بالفعل على اليقين و الضمان بالشرط جار في نحو العارية فإنها و إن لم تكن مضمونة عند العقد بمجرد التلف فيما بعد إلا أنها مضمونة به مع التفريط فكل منهما مضمون عند العقد في الجملة و إن كان الضمان في الأول بمجرد التلف و في الثاني به مع التفريط و مجرد الافتراق في ذلك غير مجد للفرق بعد دعوى عموم دليل الجواز للاشتراك في الضمان في الجملة الذي جعل عليه المدار في صحة الرهن فالمدار في الفرق على الإجماع و قد استدلل في (المفاتيح) على الجواز فيما نحن فيه بما ورد في المستفيضة المعتمدة من جوازه على خصوص المضمون كما في الخبر عن السلم في الحيوان و الطعام و يؤخذ الرهن فقال نعم استوثق من مالك ما استطعت و لعله من حيث إشعار التعليل بالاستيثاق بالعموم فليحظ ذلك و لم يرجح أحد القولين في التنقيح و الكفاية و بنى المسألة في الأول على تعريف الوثيقة من أنها ما يستوفى منه الدين أو يستوفى به الدين و قد عرفت الحال في ذلك (و مما ذكر) يعرف وجه الإشكال في كلام المصنف حيث قال فلا يصح الرهن على الأعيان و إن كانت مضمونة كالنصب و المستعار مع الضمان و المقبوض بالسوم

على إشكال فالإشكال كما في جامع المقاصد إنما هو في الأعيان المضمونة و في (حواشي) الشهيد أنه راجع إلى الجميع و يرده دعوى الإجماع كما عرفت و هل يجوز أخذ الرهن على الثمن للمشتري أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد البيع جوزه في (جامع المقاصد) بل استظهر أن أخذ الرهن على الصنجة حذرا من نقصها (نقصانها خ ل) كالرهن على البيع و قد نسب ذلك في المسالك إلى الشهيد و جماعة و في (التحرير) يجوز أخذ الرهن على الدرر و المغصوب و كل ما أشبهه في الحقوق التي تثبت في العين على إشكال و في (الدروس) يجوز أخذ الرهن على عهدة الثمن و كذا المبيع و الأجرة و عوض الصلح إن جوزنا الرهن على الأعيان و ظاهر مجمع البرهان أن ذلك ليس محل خلاف حيث قال و لهذا نجد تجويزهم الرهن في الدرر على الثمن و المبيع و غير ذلك انتهى و قال في (التذكرة) عهدة البيع يصح ضمانها و لا يصح الرهن بها لأن الرهن بها يبطل الإرفاق فإنه إذا باع عبده بألف و دفع رهنا يساوي ألفا فكأنه ما اقتضى الثمن و لا ارتفق به (و فيه) أنه يرد عليه مثله فيما إذا رهن على ثمن المبيع مؤجلا فتأمل و في موضع آخر من التذكرة قال لا يصح عندنا و قد يوجه المنع فيما نحن فيه بحصول الضرر بحبس الرهن دائما إلا أن نقول ذلك مستند إلى الراهن و لعلهما إذا أمنا الاستحقاق يتفاكان

(قوله) (و لا على ما ليس بثابت كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتريه منه)

قد حكى الإجماع على عدم الصحة في ذلك في (التذكرة و جامع المقاصد) و ظاهر الكفاية حيث قال قالوا

(قوله) (فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصح بذلك رهنا)

«١» المخالف في ذلك أبو حنيفة و مالك و فصل

(١) كما إذا أراد أن يستقرض منه عشرة دراهم مثلا فرهن عنده ثوبا قبل أن يستقرض منه الدراهم (منه فده)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣٤

و لو شرك بين الرهن و سبب الدين في عقد ففي الجواز إشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في متنه أكد و من توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بألف و ارتهن الدار بها فيقول اشترت و رهننت و لو قدم الارتهان لم يصح (١)

بعض الشافعية بأنه إن عين ما يستقرضه لزم و إلا فلا (احتج أبو حنيفة) بأن ذلك وثيقة فجاز أن يكون عقدها موقوفا على حق يحدث في المستقبل قياسا على ضمان الدرر (و فيه) أنه جاز للحاجة إليه و الاحتياط للمال بخلاف ما نحن فيه و السر فيه أن العقود إذا اشترط تأخير مقتضاها لم يتحقق الإنشاء الصريح للفعل المطلوب ثبوته حالا و لا سيما إذا اعتبر فيه لفظ الماضي (قوله) (و لو شرك بين الرهن و سبب الدين في عقد ففي الجواز إشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في متنه أكد و من توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بألف و ارتهننت الدار بها فيقول اشترت و رهننت و لو تقدم الارتهان لم يصح)

قد تقدم عند شرح قوله في أول الباب و هل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر ما له نفع في المقام (و تنقيح البحث) أن يقال هنا مسائل (الأولى) أن يقول بعتك العبد بألف و ارتهننت الدار بها فيقول اشترت و رهننت (الثانية) أن يقول بعتك هذا العبد و ارتهننته بكذا فيقول اشترت و رهننت (الثالثة) أن يقول بعتك هذا العبد على أن يكون رهنا في يدي (الرابعة) أن يشترط البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري ثم يرده إلى يده رهنا بالثمن و الكل محل خلاف (أما الأولى) فقد حكم فيها بالصحة في المبسوط و التذكرة و التحرير و نفى عنها البعد في مجمع البرهان لعموم الأدلة و عدم ظهور مانع إلا اشتراط ثبوت الحق حال الرهن و هو غير ثابت بالدليل في محل النزاع و قد جوزوا في الدرر على الثمن و المبيع و غير ذلك و لأن الحاجة تدعو إليه فإنه لو لم ينعقد مع ثبوت الحق و

شرط فيه لم يتمكن من إلزام المشتري عقده و كان الخيار إلى المشتري و لعله لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق و لأن شرط الرهن فى البيع و القرض جائز لحاجة الوثيقة فكذا مزجه بهما بل هو أولى لأن الوثيقة هنا أكد فإن الشرط قد لا يفى به و هذا مراد المصنف لا ما فهمه فى جامع المقاصد من أن الصحة هنا أكد فقال ما ادعاه من الأكديّة غير واضح فإن اشتراط الرهن فى العقد الذى يقتضى وجوبه و ثبوته غير إنشاء عقد الرهن و المشروط بثبوت الحق فى الذمّة هو الثانى دون الأول و لأن اشتراط الرهن مقتضاه إثبات استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته و أما الرهن فإنه أنشأ التوثق و إنما يكون بحق ثابت إذ لا يكاد يعقل معنى الوثيقة بحق لم يثبت بعد انتهى و فيه (أولا) أنك قد عرفت أنه لم يقم دليل على اشتراط ثبوت الحق حال الرهن (و ثانيا) أنه فى الحقيقة و عند التحقيق لا ثبوت فيهما و إنما هو الأول إلى الثبوت لأنه إذا شرط عليه الارتهان كان الرهن جزءا من الثمن فلم يقع البيع تاما إلا بعد الرهن فيلزم أن يرهن الرهن على الثمن قبل تمام الشراء و استيفاء الثمن فليتأمل جيدا (ثم) ما ذا يقول فيما إذا قال البائع بعد ذلك ارتهنت أو قبلت فإن الصحة حينئذ مقطوع بها كما فى الدروس أتره يلغى ذكر الارتهان فى إيجاب البائع و يعتمد فى قبول المشتري و البائع أم يقول ذلك القبول من المشتري إيجاب بناء على ما اعتمده فى أول الباب من وجوب تقديم الإيجاب و أن المعاطاة لا تجرى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣٥

.....

فى الباب و لذا قال فى المقام و يشكل على الصحة فى المسألة تقديم قبول الرهن على إيجابه و هذا الإشكال فى محله بناء على ما هو الظاهر من الأ-كثر من أنه لا-بد من تقديم الإيجاب على القبول كما بيناه فى أول الباب و قلنا إنه قال فى التذكرة إن الخلاف فى الاكتفاء فى الرهن بالمعاطاة و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكورة فى البيع آت هنا و الشهيد فى الدروس استشكل من هذه الجهة و من غيرها لكن هذه كانت أوقع فى نفسه فإنه بعد أن ذكر وجهى الصحة و المنع و بينهما أحسن بيان قال و يحتمل المنع لأن شقى الرهن فى صورة الاشتراط موجودان بخلاف هذه الصورة فإنه لم يوجد إلا شق الإيجاب و الاشتراط المتقدم لا يعد قبولا و فى حكمه الاستيجاب بل هو أضعف منه و قد حكم فى الإيضاح و جامع المقاصد بالبطلان و هو ظاهر المختلف فى مقام آخر و نقل فى الرياض حكايته عن الأ-كثر و لم نظفر بالحكاكى لما عرفته من تقدم القبول و من توقف الرهن على تمامية الملك بمعنى أصل الاستحقاق و الثبوت و أن مساواة هذا الرهن الأعيان المضمونة و الدرك غير واضحة فإن هناك حقا فى الجملة بخلاف ما هنا و أما الصورة الثانية فقد حكم بالصحة فيها فى الإيضاح مع حكمه فى الأولى بالبطلان و الفرق غير ظاهر و استند إلى الصحة بأنه لا أقل من أن يكون فضوليا ثم يلزم بحصول شرط الصحة و من الغريب أنه حكى فيه عن المبسوط أنه قال فيها بالبطلان و الموجود فيه فى أول الباب التصريح بالصحة كما حكاها عنه والده فى المختلف و الفاضل الكركى و أما الصورة الثالثة و الرابعة فقد حكم فيهما بالبطلان الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و سبطه صاحب الجامع قال فى (السرائر) و هذا معنى قول شيخنا المفيد إذا اقترن إلى البيع اشتراط فى الرهن أفسده و إن تقدم أحدهما على صاحبه حكم له به دون المتأخر (و احتج) على ذلك فى (المبسوط و السرائر) بأن شرطه أن يكون رهنا لا يصح لأنه شرط أن يرهن ما لا يملك فإن المبيع لا يملكه المشتري قبل تمام العقد و إذا بطل الرهن بطل العقد لأن البيع يقتضى إيفاء الثمن من غير ثمن المبيع و الرهن يقتضى إيفاء الثمن من ثمن المبيع و ذلك متناقض (و أيضا) فإن الرهن يقتضى أن يكون أمانة فى يد البائع و البيع يقتضى أن يكون المبيع مضمونا عليه و ذلك متناقض قالوا و أما إذا اشترط البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري ثم يردّه إلى يده رهنا بالثمن فإن الرهن و البيع فاسدان مثل الأول (و فيه أولا) أنه فى المبسوط جوز المسألة الأولى و الثانية و هما أبعد من هاتين بل من جوزهما استند فيه إلى أنهما كهاتين كما سمعت و قضيه ذلك أن الجواز مسلم لا ريب فيه فى هاتين بل هو صريح فى المبسوط بذلك قال و إذا ثبت جواز شرطه أى الرهن جاز إيجاب الرهن و قبوله فيه فيقول بعثك هذا الشىء بألف و ارتهنت منك هذا الشىء بالثمن فقال المشتري اشتريته منك بألف و رهنتك هذا الشىء بالثمن إلا أن تقول أن المفروض فى كلامه

هو أن المشروط رهنه غير المبيع فليلاحظ (و ثانيا) أنه قال فى الخلاف إذا شرط فى حال عقد الرهن شروطا فاسدة كانت الشروط فاسدة و لم يبطل الرهن و لا البيع الذى كان الرهن شرطا فيه مستندا إلى أن فساد الشرط لا يتعدى إلى فساد الرهن و لا فساد البيع لأنه لا دليل على ذلك (و ثالثا) أنا نمنع من كونه رهن ما لا يملك لأن الرهن إنما يتم بعد كمال عقد البيع المتقدم القاضى بالملك فكان حينئذ مملوكا ثم إن الملك شرط فى الرهن لا شرط فى اشتراط الارتهان و قد استوفينا الكلام فى المسألة من جميع أطرافه فى الفرع الثانى من الفصل الثالث فى شروط البيع و ذكرنا الدور و بينا الحال فيه فليراجع (و رابعا) أنا لا نسلم أن البيع يقتضى إيفاء الثمن من غير ثمن المبيع بل المسلم أنه لا يقتضى إيفاء الثمن من ثمن المبيع و هذا لا يناقض إيفاء الثمن من ثمن البيع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣٦

و لو رهن على الثمن فى مدة الخيار (١) أو على مال الجعالة بعد الرد (٢) أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح لا على المستقبل (٣) و الأقرب جواز الرهن على مال الكتابة (٤)

(و خامسا) أنا لا نسلم التناقض الأخير لأنه لما جعله رهنا خرج عن كونه مضمونا عليه فلا تناقض و يبقى الكلام فيما أراداه المفيد فإنه لم يعلم مراده و لا سيما كلامه الأخير و قد فسره الشيخ فى الحائريات بما لم يظهر لنا و لا لصاحب السرائر وجهه على أن حاصله قد ذكره المفيد قبل هذه العبارة فليلاحظ ذلك فى الكتابين و المراد بتقديم السبب فى كلام المصنف تقديمه إيجابا و قبولا فلو تأخر فيهما أو فى أحدهما لم يصح لتقدم الرهن حينئذ على سلب الدين المقتضى لصحته (قوله) (و لو رهن على الثمن فى مدة الخيار)

لقرب حاله من اللزوم فيصح الرهن عليه كما فى (المبسوط و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة) و غيرها و لا ينافيه كون الفسخ بالخيار جائزا لأن ذلك إبطال لما ثبت طار على الثبوت فهو بمنزلة عقد مستأنف و لو جعلنا الخيار مانعا من نقل الملك فى الثمن إلى البائع كما حكى عن الشيخ و قد عرفت الحال فى محله امتنع الرهن عليه على الظاهر لوقوعه قبل ثبوت الدين و لا ريب أنه لا يباع الرهن فى الثمن ما لم تمض مدة الخيار (قوله) (أو على مال الجعالة بعد الرد)

أى تمام العمل إجماعا كما فى (التذكرة) لأنه لازم ثابت فى الذمة حينئذ و بالصحة صرح فى المبسوط و الشرائع و أكثر ما تأخر عنهما لا قبله كما يأتى فى كلام المصنف و به صرح فى الخلاف و الشرائع و أكثر ما تأخر و فى (الكفاية) أنه المشهور قالوا و إن شرع فيه لأنه لا يستحق شيئا منه إلا بتمامه و لا يعلم إفضاءه إلى الوجوب و اللزوم و اختار فى التذكرة جوازه بعد الشروع قبل الإتمام لانتهاه الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن فى مدة الخيار و احتمله فى الدروس و هو ضعيف و الفرق واضح لأن المبيع يكفى فى لزومه إبقاؤه على حاله فتتقضى المدة و الأصل عدم الفسخ عكس الجعالة (قوله) (أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح لا على المستقبل)

كما (فى جامع الشرائع و جامع المقاصد) و الوجه فى ذلك ظاهر لأن الأولتين «١» واجبتان بخلاف المستقبل (قوله) (و الأقرب جواز الرهن على مال الكتابة)

أى مطلقا لأن المكاتبه إن كانت مطلقة يجوز الرهن على مالها بلا خلاف كما فى (المسالك) و لا كلام فيه كما فى الإيضاح و غاية المرام و كذا حواشى الكتاب و إن كانت مشروطة فقد جوز الرهن على مالها فى ظاهر الشرائع و إن كانت عبارتها غير جيدة و صريح التذكرة و التحرير و التلخيص و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و فى (غاية المرام و الكفاية) أنه المشهور عند المتأخرين لأنها لازمة للمكاتب مطلقا عندنا كما فى المختلف و المخالف الشيخ فى المبسوط و القاضى فى الجواهر و ابن إدريس و سبطه يحيى بن سعيد فى الجامع قال فى (السرائر) لأن مال الكتابة المشروطة عندنا غير لازم و قال

في (المبسوط) لا- يجوز الرهن عليه لأن العبد له إسقاطه عن نفسه متى شاء فهو غير ثابت في الذمة ولأنه متى امتنع العبد من مال الكتابة كان للمولى رده في الرق فلا يحتاج إلى الرهن و هو على تقدير تسليمه غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار وذلك لأن بناء البطلان على جواز إبطال المكاتب لها لأن من خواص الرهن أن يكون لازماً من طرف الراهن و حيث يجوز فسخه لا تبقى فائدته و هنا الكتابة جائزة من قبل المكاتب فجاز له تعجيز نفسه عن مالها أجمع و فسخ الرهن كما لو كانت جائزة من الطرفين على قول ابن حمزة في المشروطة (و فيه) أن إمكان الفسخ عند

(١) الأوليين خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣٧

و لا يصح على مال الجعالة قبل الرد و لا على الدية قبل استقرار الجناية (١) و يجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطاء على العاقلة (٢) و مطلقاً في غيره (٣) و مع فسخ المشروطة يبطل الرهن إن جوزناه (٤) و لو رهن على الإجازة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء و يصح على العمل المطلق الثابت في الذمة (٥)

إسقاط الحق غير قاذح لأنه كالأداء و يجوز لكل راهن ذلك بل القاذح جواز فسخه مع كون مال الكتابة في ذمته كما ستسمع ثم إن التعجيز إبطال طار لما ثبت في الذمة بالعقد الصحيح فلا أثر له (قوله) (و لا على الدية قبل استقرار الجناية)

كما في (المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة) و هو قضية مفهوم كلام الباين كما ستسمع و في (الكفاية) أنه المشهور و المراد قبل انتهائها إلى الحد الذي يوجب الدية و إن علم أنها تأتي على النفس لعدم ثبوت ذلك حين الرهن و ما حصل بالجناية في معرض الزوال بالانتقال إلى غيره بل هو في الحقيقة ليس بثابت لأن الشارع لم يرتب عليه حكماً إلى أن تستقر و ربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقر موجبها و إن لم تستقر هي كقطع ما يوجب الدية فإن غايته الموت و لا يوجب أكثر منها بخلاف ما دون ذلك و هو جيد (قوله) (و يجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطاء على العاقلة)

لا يجوز الرهن على الدية من العاقلة قبل الحلول لأنها لم تجب بعد و لا يعلم إفضاؤها إلى الوجوب لأن المستحق عليه غير مضبوط لأن المعبر منها بمن وجد حال الحلول جامعا للشرائط و لم يعلم لاحتمال الجناية و الموت و الافتقار فافتقرت عن الدين المؤجل لتعيين المستحق عليه فيه بخلاف العاقلة و احتمال في (التذكرة) جوازه قبل الحلول لأصالة بقاء الحياة و اليسار و أما بعد الحلول فيجوز لاستقرار القسط لأنه مال ثابت في الذمة فيرهن على الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثة (قوله) (و مطلقاً في غيره)

إذا استقرت الجناية في النفس أو الطرف في غير الخطأ صح الرهن قبل الحلول و بعده كما في شبهة العمد لأنها تستأدى في سنتين و ذلك لأن الدية من مال الجاني حينئذ و الثبوت في ذمته متحقق و الأجل في شبهة العمد لا ينافي الثبوت و هو الذي صرح به الجماعة و استقر عليه رأى الشهيد في الدروس و جعله هو الظاهر بعد أن حكم أولاً بأنه لا يجوز الرهن في شبهة العمد إلا بعد الحلول كما هو الشأن في العاقلة

(قوله) (و مع فسخ المشروط يبطل الرهن إن جوزناه)

أى الرهن و يحتمل الفسخ و المعنى على الأول أن المكاتب المشروط إذا عجزه مولاة و فسخ المولى فيكون المصدر مضافاً إلى مفعوله كان كالإبراء فيسقط الدين و يبطل الرهن و يصير المعنى على الثاني أنا إن جوزنا له أى للمشروط الفسخ بطل الرهن لأنه

كالأداء كما أشرنا إليه آنفا لكننا لا نجوز له الفسخ و تعجيز نفسه مع القدرة بل يجبره الحاكم أو المالك على السعى و لا يلزم من كون المولى يتخير فى الفسخ عند عجز المكاتب تسويغ العجز له سلمنا لكن لا يلزم من ذلك بطلان الرهن كالرهن فى مدة الخيار و ليعلم أنه قال فى المبسوط مال السبق و الرمى لا- يجوز أخذ الرهن عليه و فى (الدروس و جامع المقاصد) أنه يجوز لأن الأصح لزومهما و فى (التحرير و التذكرة) أنا إن جعلنا المسابقة عقدا لازما كالإجارة صح الرهن على العوض قبل العمل و إلا فلا (قوله) (و لو رهن على الإجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء و يصح على العمل المطلق الثابت فى الذمة)

قد صرح بالحكمين فى (المبسوط)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣٨

و لا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة فى الرهن بدين واحد (١) و كذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد

[الفصل الخامس فى القبض]

إشارة

(الفصل الخامس) فى القبض و ليس شرطا على رأى (٢)

و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و الدروس و اللعة و غاية المرام و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية) و فى (جامع الشرائع) بالأول و الوجه فى الأول أن تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفائها إلا- من العين المخصوصة حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت و نحوه بطلت الإجارة و فى الثانى أنه يمكن استيفائها حينئذ من الرهن فإن الواجب تحصيل المنفعة على أى وجه اتفق و لو لا- ظهور الإجماع على ذلك لأمكن أن يقال إن فى إطلاق الدين المشترك فى الرهن على ذلك تأملا فإن كان باعتبار ما فى الذمة من الأجرة فالرهن فى الحقيقة إنما هو عليها (ففيه) أنه حينئذ ينبغى الجواز على العمل الخاص أيضا فإن الشأن فيه كالأعيان فإنه يمكن أن يكون معنى الاستيفاء أعم من أن يكون مثلا أو قيمة كما نبه عليه فى مجمع البرهان فليلاحظ ذلك و ليتأمل فيه

(قوله) (و لا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة فى الرهن بدين واحد و كذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد) قد تقدم الكلام فى المسألتين بما لا مزيد عليه عند شرح قوله فى الفصل الثالث و لو أجاز الرهانة الثانية ففى كونه فسحا لرهنه إلى آخره (الفصل الخامس فى القبض)

(قوله) (و ليس شرطا على رأى)

لا بد من تحرير محل النزاع فقد اضطرب فيه كلام القوم ففى (الخلاف و الغنية و السرائر و المختلف و التنقيح و المهذب البارع و إيضاح النافع و الروضة و المسالك) و عدة مواضع من التذكرة و التحرير أن الكلام فى اللزوم و عدمه و فى (المقنعة و المراسم و النهاية و المبسوط فى المقام و باب بيع الخيار و فقه القرآن للراوندى و الوسيلة و مجمع البيان و جوامع الجامع و الشرائع و النافع و جامع الشرائع و كشف الرموز و الإرشاد و الكتاب و الإيضاح فى موضعين منه و غاية المراد و الدروس و المقتصر و كنز العرفان و جامع المقاصد و آيات الأردبيلي و المفاتيح) أن الكلام فى الصحة و عدمها تصريحاً فى أكثرها و ظهوراً فى الباقى و هو أيضا ظاهر كل ما أطلق فيه الاشتراط لانصرافه إلى اشتراط الصحة و هو مقتضى الأدلة إذ سوقها و اتحادها على القولين يقضى بأن الكلام فى الصحة و عدمها حتى من القائلين بأن محل النزاع اللزوم و عدمه كما ستعرف و يمكن الجمع بأحد أمور ثلاثة (أحدها) أن تكون

المذاهب ثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه و اشتراطه فى الصحة و اشتراطه فى اللزوم لكن ظاهر الفريقين أن فى المسألة قولين لا غير بل صرح جماعة أن فى اشتراط القبض قولين من دون تعرض لصحة و لا لزوم (الثانى) أن يؤول اللزوم بالصحة و هو وجهه جدا لكنه بعيد من جهة اللفظ و من جهة ما فرعوا عليه من الأحكام لكن يقربه سوق الأدلة و اتحادها و قد يقال إن الصحة صحتان صحة بمعنى تمامية العقد و صحة بمعنى قابليته للتمامية فمن عبر باللزوم أراد الأولى و من عبر بالصحة أراد الثانية و فى كلام الشهيد فى الدروس ما يرشد إلى ذلك و ذلك فى الفرع الثالث و فى فرقه بين موت الراهن و المرتهن (الثالث) تأويل الصحة باللزوم و هذا أيضا يبعده الأمران المذكوران و هو الذى اعتمده صاحب إيضاح النافع قال معنى الكلام أن الإقباض هل هو شرط فى الصحة على معنى أنه لو أوجب و قبل المرتهن لا- يكون رهنا لازما و يكفى الإيجاب و القبول و يكون الإقباض مؤكدا للزوم (و كيف) كان فما صرح فيه باشتراط القبض المقنعة و النهاية و المراسم و الغنية و فقه الراوندى و مجمع البيان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٣٩

.....

و جوامع الجامع و الوسيلة و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و كشف الرموز و الدروس و اللمعة و غاية المراد و التنقيح و آيات الأردبيلي و المفاتيح و الهداية للحر و الرياض و هو خيرة المبسوط فى أول كلامه فى بابى الرهن و بيع الخيار ثم قال فى الأول و الأولى أن تقول إنه يلزم بالإيجاب و القبول و فى الثانى إنه أولى تارة و إنه أحوط أخرى و الاشتراط هو المحكى عن أبى على و التقى و القاضى و لعله فى غير الجواهر و مال إليه فى كنز العرفان و فى (مجمع البرهان) أنه أحوط و عليه الأكثر كما فى حواشى الشهيد و كنز العرفان و آيات الأردبيلي و المفاتيح و فى (الرياض) أنه أشهر و فى (التنقيح) أن الخبر الدال على الاشتراط انجبر بعمل الأصحاب و تلقوه بالقبول و نسبه فى الإيضاح فى مسألة ما إذا رهن المغصوب إلى كثير من الأصحاب و قد حكى عليه الإجماع فى مجمع البيان و الغنية لكن الأول على الصحة و الثانى على اللزوم لكنه ينزل على الصحة جزما لأنه إنما ادعى إجماع من تقدمه كأبى على و المفيد و الشيخ فى النهاية و سلار و القاضى و الطوسى صاحب الوسيلة و الحلبي (و الحلبي خ ل) و الراوندى و غيرهم و قد عرفت أن كلامهم نص صريح فى الصحة كأدلتهم التى هى الأصل و الآية و الرواية كما ستعرف و أنه لا دليل على الصحة بدون القبض لانحصار أدلتها فى المسألة حيثئذ فى الإجماع الذى قطعنا بعدم تحققه و فى أدلة لزوم الوفاء بالعقود و هى بعد دعوى الإجماع على عدم اللزوم الذى هو مفادها غير تامه فبذلك كله علم أن مراده من اللزوم الصحة و ستسمع عبارة الغنية برمتها و ليس فى القائمين بالاشتراط من صرح بأنه للزوم (اللزوم خ ل) غير صاحب الغنية و قد حكاها أى الاشتراط البيضاوى عن جمهورهم إلا مالكا و حكاها فى التذكرة عن أبى حنيفة و الشافعى و أحمد فى إحدى الروايتين عنه و ليعلم أن كلام الوسيلة صريح جدا فيما حكينا عنه و له كلام آخر قد ينافيه و القول بعدم الاشتراط خيرة الخلاف و المبسوط كما سمعت فى البابين و الجواهر و السرائر و البشرى فيما حكى عنها و التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و شرحه لولده و الإيضاح و تخلص التلخيص و المقتصر و غاية المرام و إيضاح النافع و جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و الحدائق و مال إليه صاحب المذهب البارع و المقدس الأردبيلي و صاحب الكفاية و فى (السرائر) ذهب إليه الأكثرون و المحصلون و فى (كنز العرفان) أن عليه المحققين و فى (آيات الأردبيلي) بعد نقل ذلك عن الكنز أنه غير واضح (قلت) و هو كذلك لكن الأمر بالنسبة إلى المقداد قد يستسهل فى الجميلة لمكان ابن إدريس و ابن طاوس و العلامة و ولده لكن دعوى ابن إدريس يكذبها الوجدان و هو أعلم بما قال و هو مذهب أبى ثور و مالك و أحمد فى إحدى الروايتين عنه و اقتصر فى التبصرة على قوله و فى اشتراط الإقباض إشكال ثم إننا رأينا فى المبسوط جملة من فروع فرعها يأتى ذكرها تدل على أنه ممن يختار لزوم الرهن بمجرد العقد لكنه صرح فى مسألة ما إذا خرس الراهن أنه لا يجوز للمرتهن قبضه و قد فهم منه فى المختلف مخالفة هذا الفرع لتلك الفروع فمذهبه فى المبسوط غير مستقر (احتج) المشترطون بالأصل و الإجماعين المتقدمين و بالآية الشريفة و

الرواية التى رواها الشيخ فى الموثق عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام لا رهن إلا مقبوضا و رواها العياشى فى تفسيره أيضا فيما حكى عن محمد بن عيسى عن أبى جعفر عليه السلام قال لا- رهن إلا مقبوضا وقد يستدل بأدلة أخر رديئة كوجوب حفظ المال فتجب مقدمته و أن الرهن كالقرض لكونهما شرعا للإرفاق (أما الأصل) فيقرر بأصل عدم حصول ما يقتضى منع الراهن عن التصرف و أصل عدم اللزوم و عدم الصحة (و أما الإجماعان) فلا يضرهما وجود الخلاف كما قرر فى محله قال فى (الغنية) كون القبض شرطا فى اللزوم هو الظاهر من المذهب الذى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٠

.....

عليه الإجماع و إذا تعين المخالف باسمه و نسبه لم يؤثر خلافه فى دلالة الإجماع و لما ذكرنا استدلال فى المسألة بالإجماع و إن كان فيها خلاف من بعض أصحابنا انتهى (قلت) لم يتحقق الخلاف صريحا من الشيخ و القاضى لأنهما تارة وافقا و تارة خالفا و المخالف على البت ابن إدريس و هو معاصر لشيخه أبى المكارم السيد حمزة بن زهرة و أمين الدين أبى على الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسى فكانت دعواهما الإجماع فى محلها (و منه يعلم) حال ما قاله مولانا الأردبيلى من أن قوله فى مجمع البيان إن لم يقبض لم ينعد بالإجماع كأنه يريد الأكثر أو لم يعتبر المخالف و هو بعيد إذ الشيخ فى الخلاف و موضع من المبسوط و العلامة و ابن إدريس ذهبوا إلى عدم الاشتراط انتهى فالإجماعان دليلان سالمان عن المعارض و الوهن بوجود المخالف و فيهما لو لم يكن غيرهما بلاغ فكيف و قد اعتضدا بغيرهما (و أما الآية) فهى قوله تعالى (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) حيث إنه سبحانه أمر بالرهن المقبوض فلا يتحقق الرهن المطلوب شرعا بدون القبض فلم نستدل على الاشتراط بدليل الخطاب بل بالأصل و ذلك لأن شرعية الرهن و لزومه تثبتا مع القبض و لم تثبتا مع عدمه أو نقول إنه سبحانه قيد الرهان بالمقبوضة فكان كالتراضى فى التجارة و العدالة فى الشهادة و مفهومه حجة عرفا و عادة (و أما الخبران) فنفى الصحة فيهما أقرب من نفى الكمال إلى نفى الحقيقة مع احتمال إرادة نفى الحقيقة بناء على كون القبض جزءا من مفهوم الرهانة كما قد ادعى دلالة الأخبار و كلام بعض أهل اللغة عليه كما ستسمع و على هذا فتكون مقبوضة فى الآية صفة موضحة لا مخصصة و حجة القول الآخر الأصل أى أصل عدم الاشتراط و الآية الشريفة من حيث إن القبض وصف للرهن فهو يتحقق بدونه و إلا- لزم اللغو و أنه لو كان شرطا كالإيجاب و القبول لكان قوله تعالى مَقْبُوضَةٌ تكرارا كما أنه لا يحسن فرهان مقبولة ثم إن الآية مسوقة للإرشاد إجماعا حكاه فى (مجمع البرهان) فالقيود أيضا كذلك ألا ترى أن السفر و عدم وجدان الكاتب غير شرط إجماعا فالقبض كذلك و لما كان الإرشاد إنما يتم بتمام التوثق و هو إنما يحصل بالقبض التام فالظاهر حمل الآية عليه لئتم الغرض إذ بمجرد القبض ثم الدفع إلى المالك لا يتم بل وجوده و عدمه سواء و أنه يصدق الرهن بدون القبض و يتحقق عقده فيدخل تحت عموم قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هذا كله مضافا إلى الأخبار المتواترة الدالة على جواز الرهانة من غير تقييد برهن مقبوض بل قال الأردبيلى إنها لا تعد و لا تحصى و قد ذكر فيها أحكام الرهن التى تترتب على المقبوض من غير ذكر القبض و عدمه و لو صح ما قالوا لوجب التفصيل و إلا لزم الإغراء بالجهل و لهذا حكمنا بأن ترك الاستفصال دليل العموم ثم إن الخبر الذى استدلل به المشهور ضعيف لضعف محمد بن قيس كما فى التنقيح و غيره و لا اشتراكه كما قاله بعض معلق كما فى مجمع البرهان مع أنهم تارة روه عن الصادق عليه السلام و أخرى عن الباقر عليه السلام و أنت خبير بأن ما ذكر فى أدلة المشهور يقطع الأصل و يخصص العمومات الآمرة بالوفاء و إطلاقات هذه الأخبار التى لا تعد و لا تحصى مضافا إلى عدم انصرافها إلى غير المقبوض لعدم التبادر لندرة غير المقبوض جدا مع أن هناك قاعدة أصولية و هى أن انصراف الإطلاقات إلى العمومات مشروط بعدم ورودها لبيان حكم آخر غير ما يتعلق بنفسها و ليست الإطلاقات هنا كذلك قطعاً فلا عموم فيها أصلا مضافا إلى أنا إذا لحظنا الأخبار المتضمنة لها حصل لنا الظن القوى جدا بتلازم الرهن و القبض بحيث كادت تدل على أنه جزء من مفهومه كما نبه عليه

بعض أهل اللغة كصاحب القاموس وغيره كما بيناه فى أول الباب و يشهد بذلك سوقها و سياقها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤١

و هل له المطالبة به إشكال (١)

و إن اختلفت فى الدلالة عليه ظهورا و خفاء فالحظ أخبار الباب جميعها و هى تقرب من سبعين خبرا فإنها ترد بك على القطع بما ذكرنا و إن قلنا إنه حقيقة شرعية كما احتمالنا ذلك فى أول الباب تم الاستدلال و ارتفع الإشكال فتأمل و على هذا فتكون مقبوضة فى الآية الشريفة صفة موضحة كما أشرنا إليه آنفا و إن كان الأصل فيها التخصيص و سوقها للإرشاد لا ينافى كون بعض قيودها شرطا كالعادلة فى الشهادة و قد سيقت آياتها للإرشاد أيضا و أما حديث ضعف الحديث و تعليقه فمن ضعف التأمل لأن طريق الشيخ إلى الحسن بن محمد بن سماعة قوى معتبر و هو أحمد بن عبدون عن أبى طالب الأنبارى عن حميد بن زياد عن الحسن بن سماعة و قد رواه عن صفوان (و قد رواه صفوان خ ل) عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام و قد قرر فى محله أن محمدا هنا هو البجلي الثقة لمكان عاصم فكان الخبر موثقا سلمنا لكنه معتضد بخبر العياشى و الإجماعات منجبر بالشهرة المعلومة و المنقولة و عمل الأصحاب كما سمعته عن التنقيح إذ قد عرفت أن العامل به جميع المتقدمين و جماعته من أعظم المتأخرين كالمحقق و ابن عمه و تلميذه الآبى و الشهيد وغيرهم و أما ابن إدريس فهو و إن كان من المتقدمين لكنه خالف جريا على أصوله من عدم العمل بأخبار الآحاد و الموجود فى التهذيب و الوافى و الوسائل و المختلف و الإيضاح و غاية المرام و المهذب البارع و إيضاح النافع و مجمع البرهان و الكفاية و الهداية للحر روايته عن أبى جعفر عليه السلام (نعم) رواه فى التذكرة و التنقيح و المسالك عن الصادق عليه السلام و هو من سهو القلم قطعاً فلم يبق للقوم ما يستند إليه و لا- بعد اليوم إشكال يعرج عليه (و ليعلم) أنه لا- يشترط مقارنة القبض لعقد الرهن إجماعاً فلو طالت المدّة بعد العقد ثم قبض الرهن صح و أن إطلاق الشرطية على القبض بطريق المجاز فإن الشرط خارج مقدم على المشروط فى الوجود و هنا لا يعتبر تقدمه إجماعاً معلوماً و منقولاً فكونه جزء السبب أنسب لكن هذا الإطلاق شائع عند الفقهاء فى هذا الباب و غيره

(قوله) (و هل له المطالبة به إشكال)

قد عرفت أن الاحتمالات و الأقوال ثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه و اشتراطه فى الصحة و اشتراطه فى اللزوم فقط فعلى الأول بمعنى أنه يلزم بالعقد من دون قبض لا يجب على الراهن الإقباض لكن لا يجوز له الرجوع بعد العقد فلا يشكل لو شرط فى عقد لازم و لا يجب عليه التسليم و الإقباض بل إنما يجب عليه إيقاع عقد الرهن و عدم الخروج عن مقتضاه إلا أن يصرح بالقبض أو يدل عليه قرينه (و الحاصل) أن فائدة الرهن الاستيثاق بعدم تصرف المالك فيه و قد حصل و إن لم يكن قد قبضه و ما شرط عليه إلا الرهن اللازم و قد فعل و ما يجب عليه غيره و ظاهر الكتاب و صريح الإيضاح و المسالك أن اللزوم لا كلام فيه و إنما الإشكال فى الإقباض و أنت قد عرفت أن لا- إشكال و إن كان فهو ضعيف جداً لكن الشيخ فى المبسوط قال إذا جن الراهن أو أغمى عليه أو رجع قبل القبض قبض المرتهن لأن العقد أوجب القبض و قد عرفت أنه قال فيه إن الأولى أن يقال إن الرهن يلزم بالإيجاب و القبول و أما على الثانى فإن لم يكن مشروطاً فى عقد لازم فلا وجه لثبوت المطالبة به بمجرد إيقاع العقد إذ لم يثبت حق إلى الآن كما نبه عليه فى الإيضاح و حواشى الشهيد و جامع المقاصد و أما إذا اشترط الرهانة فى عقد لازم فالظاهر أنه لا بد من الإقباض و عدم الخروج عن مقتضاه كما هو ظاهر حواشى الشهيد و جامع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٢

و قيل يشترط فيجب إذن الراهن فيه (١)

المقاصد و صريح مجمع البرهان و الكفاية و أما على الثالث فيجىء الإشكال كما فى حواشى الشهيد و جامع المقاصد و مجمع البرهان حيث جعلوا إشكال الكتاب مبنيًا عليه من أصالة العدم و انتفاء المقتضى إذ العقد لا يقتضيه و لا سبب غيره و كذلك الحال فيما إذا كان مشروطًا فى عقد لازم لأنه حصل الشرط الذى هو الرهن بمجرد العقد فلا يكلف بالإقباض بل لو رجع لكان له ذلك لعدم اشتراط اللزوم عليه و إنما شرط عليه محض العقد الصحيح و قد أتى به و من ظاهر قوله تعالى مقبوضه فإنه سبحانه أرشد إلى أن كمال التوثق لا- يتحقق بدونه و حيث استحق أصل التوثق كان له المطالبة بالقبض الذى أمر الله سبحانه به (و فيه) أن الإرشاد إلى التوثق بالقبض لا يدل على أن ذلك مستحق للمرتهن على الراهن بمجرد العقد إن لم يكن مشروطًا فى لازم فليأمل و سيأتى للمصنف أن الراهن لا يجبر على الإقباض و بذلك صرح جماعة و هو جزم من المصنف بعد التردد لأن الإشكال فى أن له المطالبة يقتضى التوقف فى عدم الإيجاب فإنه متى استحق المطالبة اتجه أن يجبر الراهن عليه لأنه حينئذ حق واجب عليه و يظهر من الشهيد أن الرهن المشروط فى العقد اللازم يستحق القبض و إن قلنا بكونه شرطًا فى اللزوم (و تنقيح المسألة) على هذا الوجه أنه إن لم يكن مشروطًا فى لازم لا- يلزمه الإقباض قطعًا و إن كان مشروطًا فهناك أمران وجوب الإقباض و عدم جواز الرجوع و الظاهر أنه لا يلزمه الإقباض إلا- بالقرينة و لا- يجوز له الرجوع لأن الغرض ليس إيقاع الصيغة فقط بل الاستيثاق و استيفاء الحق و ذلك إنما يتم إذا لم يكن له الرجوع فكان فى اشتراطه فى العقد دلالة صريحة على أن المراد رهن لازم مقبوض فلا يحتاج إلى قرينة أخرى و إن ضمها كان أولى فلا إشكال على هذا الوجه أيضا و بذلك يندفع إشكال المسالك قال يشكل فيما لو شرط فى عقد لازم فإن ما يجب الوفاء به هو الرهن الصحيح فينبغى أن يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض و إن لم يلزم و حينئذ فللراهن فسخه بعد ذلك لجوازه من طرفه فلا تحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه فينبغى التقييد برهن مقبوض و نحوه و أنت قد عرفت أن ليس للراهن فسخه إذ هو لازم و ليس جائزًا من طرفه و معنى المطالبة فى كلام المصنف أنه يستحقها و تجب إجابته كما عرفت آنفاً و هو الظاهر الذى يعطيه كلام الإيضاح و غيره و ليس معناها أن له أن يطالب و إن لم تجب إجابته لأنه لا- مانع من ذلك إلا أن تقول إن الكلام فى استحقاقها و هو حكم شرعى لا بد له من مقتضى و العقد لا يقتضيه إلا أن تقول إن الآية الشريفة أرشدته إلى أن له تحصيل كمال التوثق و قد يكون ذلك ملحوظًا فى ضمن الإشكال و ليس هو الأول فليأمل جيدا و يقرب فى الشبه بما نحن فيه ما إذا نذر أمرا جائزا كالتدبير و الوصية ثم دبر أو أوصى فهل يجوز له الرجوع فيه

(قوله) (و قيل يشترط فيجب إذن الراهن فيه)

ظاهره كما فهمه المحقق الثانى فيما يظهر من فحوى كلامه اختصاص الحكم بالقول بالاشتراط (و قد يقال) إنه يشترط فيه إذن المالك سواء قلنا بلزومه من غير قبض أو صحته كذلك و لا سيما إن احتاج إلى التصرف فى ماله لعموم عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بطيب نفس منه إلا أن يستحق القبض بوجه من الوجوه الشرعية اللازمة عليه من غير اشتراط إذنه و جزم فى (الكفاية) بوجود إذن الراهن إن قلنا بعدم اشتراط القبض فى اللزوم قال و إن قلنا باشتراطه فى اللزوم دون الصحة فإشكال و قد دقق النظر لكن الظاهر ما قلناه و أما إن قلنا بعدم الصحة إلا بالقبض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٣

و لو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أغمى عليه أو مات قبله بطل (١)

فلا بد من إذن الراهن كما صرح به جميع من قال به أى بالاشتراط المذكور كالراوندى و صاحب الوسيلة و صاحب جامع الشرائع و من تأخر عنهم ممن تعرض له كما ستعرف اللهم إلا أن يكون قد لزمه الرهن الشرعى بوجه شرعى لازم مثل ما إذا شرطه فى عقد لازم كما فى الوسيلة أو بنذر أو شبهه فالظاهر عدم الاشتراط لأنه لازم عليه شرعا من غير توقف على أمر آخر فيجب عليه التسليم و يجوز الأخذ من غير إذنه للزومه عليه و عدم جواز الامتناع له فلا- أثر للإذن إذ ليس له المنع نعم إن احتاج إلى التصرف احتاج إلى الإذن

كما نبه على ذلك في مجمع البرهان وقد يقال لمكان العموم المشار إليه بالاحتياج إلى الإذن أيضا على تأمل

(قوله) (فلو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أغمى عليه أو مات قبله بطل)

كما في (الدروس و اللعنة) و معناه بطلان الرهن و عدم انعقاده كما نبه على ذلك في الشرائع بقوله لم ينعقد لأن القبض جزء السبب فهو بدون إذن الراهن غير مستحق إذ لم تحصل الرهانة إلى الآن فهو ظلم و عدوان و ما هذا شأنه كيف يكون معتبرا في السبب المشروط بالتراضي هذا في الأولين و أما في الثلاثة الأخيرة فالأمر واضح و لما فهم صاحب المسالك أن النزاع إنما هو في اللزوم و عدمه تكلف ما تكلف في تأويل عبارة الشرائع و اللعنة فحمل قوله في الشرائع لم ينعقد على أن المراد لم ينعقد القبض ثم أشكل عليه ذلك فيما إذا جن أو مات أو أغمى عليه إذ لا قبض هناك فحملة على عدم انعقاد اللزوم ثم أخذ عليه بأنه من بيان الواضحات و أنه كان الواجب عليه أي المحقق بيان أنه هل يبطل بذلك بناء على أنه قبل القبض عقد جائز و من شأن الجائز بطلانه عند عروض هذه الأشياء و به قطع في القواعد و الدروس أو لا يبطل بذلك لأنه ليس على حد العقود الجائزة مطلقا بل هو آئيل إلى اللزوم كبيع الخيار و به قطع في التذكرة انتهى كلامه في المسالك و نحوه ما في الروضة و فيه وهم من وجوه (و تنقيح المسألة) أن يقال إن القائل بأن القبض ليس شرطا بل الرهن لازم بدونه قال بأن الرهن لا يبطل بالموت أو الإغماء أو الجنون كما صرح بذلك في الخلاف و المبسوط و الجواهر و التحرير و قوله فيه أي التحرير عندنا لم يرد به الإجماع قطعا و هذه هي الفروع التي أشرنا إليها فيما سلف عن المبسوط لكنه خالفها فيما إذا خرس فقال لم يجز للمرتهن قبضه و من قال إنه شرط في الصحة قال بالبطلان بعروض أحد الثلاثة كالمحقق و الشهيد و كذا المصنف بناء على القيل و هو قضية كلام الراوندي و الطوسي صاحب الوسيلة و يحيى بن سعيد في الجامع و غيرهم و من قال بأنه شرط في اللزوم كالمصنف في التذكرة و غيره يلزمه أن يقول بالبطلان أيضا بعروض أحد الثلاثة كما هو الشأن في العقود الجائزة كالوكالة و القراض و غيرها إذا عرضت لها أحد الثلاثة لكن المصنف في التذكرة فرق بين الموت و بين الإغماء و الجنون على القول بأنه شرط في اللزوم فتردد في الأول و لم يرجح و إنما نقل أقاويل العامة و لم يفرق بين موت الراهن و المرتهن و حكم في الأخيرين بعدم البطلان لأنه عقد يؤول إلى اللزوم كالباع الذي فيه الخيار (و فيه) مع أنه لا قائل بالفصل بين الثلاثة في غير المقام بل و في المقام غيره «١» أن لزومه على القول به مشروط بالقبض فقبله جائز مطلقا سواء قلنا إنه كالعقد الجائز أو اللازم و كذلك كلام الشهيد في الدروس مضطرب فإنه حكم بأنه إذا مات المرتهن

(١) أي غير العلامة في التذكرة (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٤

و لا تشترط الاستدامة (١) فلو استرجعه صح (٢) و يكفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر إلى تجديد قبض و لا مضى زمان يمكن فيه (٣)

قبل القبض لم يبطل العقد و انتقل حق القبض إلى وارثه لبقاء الدين فتبقى وثيقته بخلاف ما إذا مات الراهن فإن حق الورثة تعلق بالرهن فلا استتار لأحد به أي فيقع التعارض بين الحقين فيقع التنافي و لا منافاة عند موت المرتهن و هو من تخريجات العامة ذكره في التذكرة في تخريجات أصحاب الشافعي و قد عرفت الحال في التركة إذا كان على الميت دين في أول الباب بما لم يوجد في كتاب و كيف يصح منه ذلك و هو ممن يذهب إلى أن القبض شرط في الصحة كالهبة ففرقه بين الموتين غير صحيح و إن تأولنا الصحة بكل تأويل من تمامية أو قابلية و مما ذكر في المقام و سابقه يعلم الحال فيما إذا شرطه في عقد لازم و مات قبل عقد الرهن بعده قبل الإقباض

(قوله) (و لا تشترط الاستدامة)

قد تسالم الناس على ذلك على اختلاف آرائهم في القبض و به طفحت عباراتهم و قد حكى الإجماع على ذلك في (الغنية و التذكرة و غاية المرام و المسالك و الروضة و المفاتيح) و هو ظاهر كشف الحق حيث نسبه فيه إلى الإمامية و جامع المقاصد حيث قال لا يشترط على شيء من القولين عندنا و استدلل عليه في الخلاف بأخبار الفرقة و لم نجد لها و الذي يحكيه كما يرويه و قد استفاد ذلك بتجشم من أخبار باب منفعة الرهن و غلته و لعله أراد العمومات و استدلل عليه فيه أيضا و في (الغنية و التذكرة) بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم الرهن محلوب و مركوب قال و قد أجمعنا على أنه لا- يحل ذلك للمرتهن فدل على أن ذلك للراهن و مثله ما في (التذكرة) و نحوه قال في الغنية (قلت) معنى هذا الخبر رواه الصدوق في الفقيه الظهر يركب إذا كان مرهونا و على الذي يركب نفقته و الدر يشرب و على الذي يشرب الدر نفقته و نحوه ما روى في (الكافي و التهذيب) و قد فهم المقدس الأردبيلي من ظاهر التذكرة في مسألة منع المرتهن عن التصرف أن القائل بالاشتراط يقول بالاستدامة (قلت) قال في التذكرة في المسألة المذكورة فإن جعلنا القبض شرطا و كان لازما استحق المرتهن إدامة اليد و لا تزال يده إلا للانتفاع على خلاف و قد أشار بذلك إلى خلاف أبي حنيفة و مالك و أحمد حيث قالوا استدامة القبض شرط مستدلين بأدله واهية

(قوله) (فلو استرجعه صح)

هذا فرع عدم اشتراطها

(قوله) (و يكفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر إلى تجديد قبض و لا مضى زمان يمكن فيه)

إذا شرطنا القبض في الرهن فالمعتبر تحققه و لو بالاستصحاب كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن بولاية أو مضاربة أو استيلاء أو عارية أو ودیعة أو إجارة لتحقق تمامية السبب لأن استدامة القبض قبض حقيقة فيصدق عليه أنه رهن مقبوض و لا دليل على كون القبض واقعا مبتدأ بعد الرهانه فيكتفى بالسابق و المقارن و لا يحتاج إلى تجديد قبض و مضى زمان و هو في القبض المأذون فيه شرعا كما أشرنا إليه بالأمثلة خيرة الشرائع و التذكرة في موضعين منها و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و في (المسالك) أنه واضح و قد يستشهد له بقولهم بصحة الصرف إذا كان أحد العوضين في ذمة البائع و في (المبسوط و الخلاف) إذا كان له في يد رجل مال ودیعة أو عارية أو إجارة أو غصبا فجعله رهنا عنده بدين له كان الرهن صحيحا و يكون ذلك قبضا إذا أذن له الراهن في قبض غير الرهن قال في (الخلاف) و إذا لم يأذن لم يكن على كونه قبضا دليل و نحوهما (و نحوه خ ل) ما في جامع الشرائع و قال في (المبسوط)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٥

.....

في مسألة ما إذا أذن له و جن تم القبض و قد قيل إنه لا يصح إلا بعد أن يأتي عليه زمان يمكن قبضه فيه و قد حكى عن الشيخ في الدروس أنه حكم بأنه لا- بد من مضى زمان يمكن فيه القبض و لعله فهم أن الإذن في القبض و هو قوله أقبض يلزمه مضى زمان يمكن وقوعه فيه فلا- بد بعد الإذن من أقل ما يمكن فيه وصول المرتهن إليه دون القبض لأنه تحصيل الحاصل لكنك قد سمعت كلامه في المبسوط فليتأمل و لم يرجح في الدروس شيئا و في (جامع المقاصد) ربما قيل باشتراط مضى زمان و في (المسالك) ربما قيل باشتراطهما أي الإذن و مضى الزمان في المقبوض صحيحا (قلت) و نحن لم نظفر باشتراط مضى الزمان إلا للشافعي إلا أن يكون القائل باشتراط الزمان قائلا بالإذن و هو بعيد جدا (و قد قيل) في توجيه هذا القول أعني اعتبار مضى الزمان أن الأمر بالقبض دل على اعتبار القبض بالفعل مطابقة و على اعتبار مضى زمان إما بالالتزام أو بالاختصاص و إذا تعذر المعنى المطابق لا امتناع تحصيل الحاصل بقي المعنى الآخر و ضعفه ظاهر لأن الزمان المدلول عليه ما كان من توابع القبض و قد قلنا إن القبض المقارن كاف في الامتثال فلا معنى لاعتبار مضى الزمان بعده نعم لو كان تأخره عن العقد معتبرا و جب اعتبار مضى الزمان و أقصى ما يوجه به قول الشيخ كما أشار

هو إليه أن المعتبر من القبض ما وقع بعد الرهن و هو لا يتم إلا بالإذن كالمبتدئ و ضعفه أيضا ظاهر لأننا نمنع اعتبار المقيد بالبعدي بل الأعم و هو حاصل كما عرفت و إن قلنا إن الإذن يستلزم مضى زمان قلنا فى توجيه كلام الشيخ أن المعتبر منه ما وقع بعد الرهن و هو لا يتم إلا بإذن كالمبتدئ و الإذن فيه يستدعى تحصيله و من ضرورياته مضى زمان فهو دال عليه بالمطابقة و على الزمان بالالتزام إلى آخر ما ذكر فى توجيه القول باعتبار الزمان و ضعفه يعرف مما ذكر فى تضعيفه و قد لا يكون هناك إلا قول واحد فيكون القائل باشتراط الزمان قائلا- باشتراط الإذن على بعد كما أن القائل بالإذن يلزمه الزمان فتأمل و قد يكون الأقوال ثلاثة (و ليعلم) أن القائل باشتراط الزمان يقول إنه معتبر من حين العقد و القائل باشتراط الإذن يقول إن الزمان حينئذ معتبر من وقت الإذن (و ليعلم) أنه فى الخلاف نفى الخلاف عن صحة الرهن فيما ذكر و هو قضية كلام الخلاف و التذكرة و غاية المرام لأنه ادعى الإجماع فيها على صحة رهن المغصوب عند الغاصب فالصحة فيما نحن فيه أولى فكان النزاع إنما هو فيما سمعته من اشتراط الإذن و الزمان و لكن يبقى الكلام فى معنى الصحة التى ادعى عليها الإجماع فعند القائلين بأنه شرط فى الصحة يكون معناها القابلية و عند القائلين بأنه شرط فى اللزوم يكون معناها التمامية و هذا إن كان أحد من الأولين قائلا باشتراط شىء مما ذكر هذا كله فى القبض المأذون فيه شرعا كما عرفت فلو كان غير مأذون فيه كقبض الغاصب و المشتري فاسدا فالقولان جاريان فيه و قد يوجد التفصيل بين الغصب و غيره ففى الغصب لا- بد من الإذن و مضى الزمان و فى غيره لا يشترط شىء من ذلك كما هو قضية كلام المصنف فى التذكرة و قد يكون بعض من قال بأنه لا يشترط شىء فى القبض المأذون فيه قائلا باشتراط أحد أمرين فى غير المأذون فيه و كيف كان فقد أطلق الأكثر الاكتفاء به كما فى المسالك و الكفاية و الحدائق لما تقدم من الدليل إذ يصدق على الرهن أنه مقبوض فقد وجد شرط الصحة و قد عرفت أن الشيخ قال لا بد من الإذن و قطع فى التذكرة باشتراط الإذن و مضى زمان يمكن فيه تجديد القبض فى خصوص المغصوب كما عرفت و استوجهه فى (المسالك و الروضة) فى مطلق المقبوض بدون إذن و وجهه ما ذكرنا فيما سلف من أنه على تقدير اعتبار القبض فى الصحة أو اللزوم ركن لا يعتد به بالمنهى عنه مطلقا و لو كان مطلقه كافيا لكفى فى القبض المبتدئ بغير إذن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٦

و لو باع من المستودع دخل فى ضمانه بمجرد البيع (١) و الأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا (٢) و يحتمل الضمان لأن الابتداء أضعف من الاستدامة و يمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى المرتهن فيه فلا أن لا يرفع ابتداء الرهن دون الضمان أولى

فعلى هذا يحتاج إلى الإذن فى القبض بقوله أقبض و من لوازمه مضى زمان يمكن وقوعه فيه فلا بد بعد الإذن من أقل ما يمكن فيه وصول المرتهن إليه دون القبض لأنه تحصيل الحاصل (و فيه) أن النهى قد زال بالعقد المتضمن للإذن و إذا انتفت العلة انتفى المعلول و النهى معلوم لعدم الإذن و المثال لا إذن فيه صريحا و لا ضمنا و يأتى فى رهن الغائب ما له نفع فى المقام (قوله) (و لو باع من المستودع دخل فى ضمانه بمجرد البيع)

هذا استطراد و حاصله أن القبض المقارن للعقد لما كان كافيا فى صحة الرهن لكونه معتبرا و جب الاكتفاء به فى القبض المعتبر فى البيع فيتحقق بمقارنته للعقد دخول المبيع فى ضمان المستودع لو كان هو المشتري و المستودع فى العبارة بفتح الدال مبني للمفعول (قوله) (و الأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا)

قد عرفت فيما تقدم أنه يجوز رهن العين المغصوبة عند الغاصب و أن الإجماع محكى عليه فى الخلاف و التذكرة و أن الخلاف منفى عنه فى غاية المرام و أنهم قد اختلفوا فى أن قبضه هل يتحقق بمجرد العقد إذ لا بد فيه من إذن جديد و مضى زمان و أن المصنف و المحقق و جماعة اکتفوا بالقبض السابق و الخلاف هنا إنما وقع فيما إذا اکتفينا بالقبض السابق كما اختاره المصنف و الجماعة كما فهمه المحقق الثانى و الشهيد الثانى و الصيمرى من عبارة الكتاب و الشرائع أما لو قلنا بافتقار الرهن إلى قبض جديد كما هو خيرة الشيخ و غيره و خيرة التذكرة فى المغصوب ففى (المسالك) أنه لا شبهة فى أنه قبله مضمون لأنه مقبوض قبله بالغصب أى قبل الإذن

و هو كذلك و أما إذا جدد له المالك الإذن في القبض على القول بافتقاره إليه فيمكن جريان الخلاف فيه أيضا لقيام الاحتمالين فيه كما في المسالك و إن كان الأقوى هنا زوال الضمان لأن إذن المالك له في قبضه بمنزلة قبضه إياه ثم دفعه إليه لأنه حينئذ كوكيله و في (جامع المقاصد) أنه موضع إشكال و صريح جامع الشرائع و التحرير و ظاهر التذكرة و الإيضاح أو صريحهما و ظاهر الدروس أن المسألة مفروضة في هذا أعنى الأخير بل هو ظاهر الخلاف أيضا بل و المبسوط و قد يلوح ذلك من مجمع البرهان لكن ظاهر عبارة الكتاب ينافي ذلك لمكان قوله بمجرد العقد إذ ظاهره أنه مبنى على ما اختاره سابقا من أن القبض الجديد ليس شرطا في الرهن إن قلنا بأن القبض شرط في الصحة كما بيناه و نحوها عبارة الشرائع و غيرها فمحل النزاع في كلامهم غير محرر و تحريره أن يقال إن القائل بأن القبض غير شرط في صحة الرهن فينعتد بدون القبض يلزمه القول بالضمان لأنه باق في يده بالقبض الأول فلا يزول الضمان نعم يتأتى النزاع من هؤلاء فيما إذا أذن له في القبض و أما القائل بأن القبض شرط في صحة الرهن و أنه إذا كان في يد المرتهن و لو بالغصب لا يحتاج إلى إذن و قبض جديد فإنه يتجه منهم النزاع في المقام مع الإذن و بدونها فإن كان أحد من القائلين بأن القبض شرط في الصحة قال بأنه لا بد في المغصوب من قبض و إذن جديد فلا شبهة عنده في بقاء الضمان ما لم يحصل أحدهما و لكن لا قائل منهم بذلك (و ليعلم) أن الشهيد في حواشي الكتاب قال إن مراد المصنف في كل هذه الصور بأن الضمان هل يزول بمجرد العقد أم لا أما لو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٧

.....

أقبضهم أو أذن لهم في إبقاء اليد و استدامتها فإن الضمان يزول بلا خلاف انتهى و هذا يخالف ما صرحوا به و يمكن الجمع بالفرق بين الإذن في القبض و الإذن في البقاء و الاستدامة فليتأمل في ذلك (و كيف) كان فالمصرح فيه ببقاء الضمان و عدم زواله الخلاف و المبسوط و الشرائع و الإرشاد و الدروس و حواشي الكتاب و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و هو المحكى عن ابن المتوج و في (المختلف) أن فيه قوة و كأنه مال إليه أو قال به في التذكرة و استشكل في التحرير و لم يرجح في الإيضاح و استقرب المصنف هنا زواله أي الضمان و هو خيرة جامع الشرائع و مجمع البرهان حيث جعله أوضح فهذه أقوالهم على اختلافهم في محل النزاع و الموافق للشيخ من العامة الشافعي و مالك و أبو ثور و الموافق للمصنف هنا أبو حنيفة و المزني و أحمد (احتج) الشيخ في الخلاف بكلام حاصله يرجع إلى الاستصحاب و لم يحصل ما يزيله لأن الحاصل و هو الرهن المقبوض يجامع الضمان كما لو تعدى المرتهن في الرهن فإنه يصير مضمونا ضمان الغصب و هو رهن فإذا لم يكونا متنافيين استمر الضمان لعدم المعارض و بقوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي (و احتج) له الباقر بأن ابتداء كل شيء أضعف من استدامته بناء على احتياج المبتدئ إلى المؤثر و استغناء الباقي عنه أو الخلاف في احتياجه فإن المتفق على احتياجه أضعف من المختلف فيه و إذا كانت حالة الرهن القوية و هي استدامته لا تمنع حالة الضمان الضعيفة و هي ابتداءه كما إذا طرأ التعدى على الرهن فلأن لا تمنع حالة الرهن الضعيفة و هي ابتداءه حالة الضمان القوية و هي استدامته فيما إذا طرأ ابتداء الرهن على استدامة الغصب أولى خصوصا و قد تقدم أن وجه الاكتفاء بالقبض السابق و إن كان غصبا صدق قوله تعالى فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ أَعَمَّ من كونه مقبوضا أمانة و عدوانا و حينئذ فيبقى ضمان الغصب مستمرا إلى أن يقبضه المالك ثم يردده إليه أو يسقط عنه ضمانه إن قلنا بصحته كما هو خيرة المبسوط و غيره و تأمل فيه المصنف و الشهيد و غيرهما كما ستسمع لأنه إبراء مما لم يجب (و أجيب) عن الأول بأن الحكم المستصحب قد زال سببه و هو الغصب بالإذن أو بالرضا بالرهن و كونه عنده على اختلافهم في محل النزاع فيزول المسبب و هو الضمان و لهذا لا يجب عليه حينئذ دفعه إليه و تصح عباداته المنافية للأداء في أول الوقت عند المانع منها و كون مجرد الأخذ ظلما سبب للضمان دائما حتى بعد الرضا بكونه عنده أو الإذن غير معلوم (و قد نقول) في رد الاستصحاب إن عموم كل رهن لا ضمان فيه إذا لم يتعد فيه قد قطع استصحاب

الضمان لوروده عليه فإن قلتم بتحقيق الرهنية لزمكم القول بعدم الضمان و تحقق الملزوم بدون لازمه غير معقول كما أن الشك فى جريان العموم هنا غير مقبول إلا أن تقول إن كل استصحاب لا بد و أن يعارض عموماً فمثل هذا العموم لا يعارض الاستصحاب (و أجب) عن عدم التنافى بين الضمان و الرهن كما فى المثال المذكور و هو ما إذا تعدى المرتهن بأنه إذا ضمن لعدوانه لا لكونه غاصبا و نمنع عدم التنافى فإن يد الغاصب عادية و يد المرتهن محقة و يد المرتهن يد أمانة و يد الغاصب يد ضمان و هما متنافيان و فيه نظر لأين المستدل لم يبين الأمر على عدم التنافى بين الغصب و الرهن حتى يقابل بما ذكر بل على عدم التنافى بين الرهن و الضمان زال الغصب أو لم يزل فينبغى فى الرد أن يردد الأمر معه فيقال له أ تريد ذلك مع بقاء الغصب أم مع زواله فيجاب بما ذكر على تقدير إرادة الأول و بعدم بقاء اللازم المساوى أعنى الضمان بدون ملزومه و هو الغصب على تقدير إرادة الثانى و احتمال بقاء المعلول هنا إن زالت علته غير مسموع لأن الأصل انتفاؤه و لا يصار إلى غيره إلا بدليل كما فى تحريم أم المعقود عليها و إن ماتت فليتأمل (و أما الخبر) فهو غير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٨

و لو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الضمان (١)

ناصر الدلالة بحيث لا يقبل التخصيص مع أن سنده غير ظاهر كما قال فى مجمع البرهان (و فيه) أن شهرته تغنى عن النظر فى سنده نعم هو مخصص عند جماعة بما إذا أودعه عنده كما ستعرف و بما إذا باعه له عند الشيخ فى المبسوط و ابن سعيد فى الجامع و المصنف فى التحرير فإنهما قطعاً بزوال الضمان و تحصل الثمرة فى البيع فيما إذا باعه له و جعل الخيار له أى الغاصب فإنه لو تلف على القول بعدم الزوال كان من مال الغاصب مقبوضاً كان أو غير مقبوض إن قلنا بتحقيق الغصب بدون قبض و على القول بالزوال مع البناء المذكور أعنى تحقق الغصب بدون قبض يكون من مال البائع فإنه لا خيار له فليلاحظ ذلك (و يجاب) عن الثالث بأنه مبنى على مناسبات اعتبارية لا يعرج عليها فى إثبات الأحكام الشرعية و مما ذكر يعلم حجة القائل بالزوال و المسألة محل إشكال و القول بالزوال لا يخلو من قوة كما هو الشأن فى الوديعة عنده و الفرق بأن الائتمان فيها مقصود بالذات بخلاف الرهن فإنه فيه تابع لا يجدى فرقا يعتد به لأن لازم الذات كالمقصود بالذات كما ستسمع و يأتى التحقيق و يضعف الإشكال فيما ضاهى الغاصب كالمستام و المستعير ضامنا و المشتري فاسداً لأن الأمر فيهم أخف من الغاصب لاستناد اليد فيهم إلى رضا المالك و لا إثم عليهم كما فى التذكرة و قد نص فى المبسوط و الشرائع على عدم زوال الضمان فى المشتري فاسداً و تمام الكلام عند تعرض المصنف لذلك (إذا عرفت هذا) فقول المصنف و يحتمل الضمان لأن الابتداء أضعف من الاستدامة إلى آخره يحتمل أن يكون ساقه سنداً لمنع التنافى المدعى فى وجه القرب كأن يقال لا نسلم أن الرهن ينافى الضمان لأن الرهن قد يكون أمانة و قد يكون مضموناً فيجتمعان و حيث كان الابتداء أضعف من الاستدامة بناء على أن الباقي مستغن عن المؤثر كان دوام الرهن أقوى من ابتدائه بالتقريب الذى عرفته آنفاً فيكون سنداً لمنع بأبلغ الوجهين إذ يكفى أن يقال لا نسلم التنافى لإمكان اجتماعهما فى صورة التعدى و يحتمل أن يكون ساقه دليلاً برأسه على الاحتمال الذى هو مذهب الشيخ

(قوله) (و لو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الضمان)

كما فى (الإيضاح و غاية المرام) و هو قضية مختار جامع الشرائع و مجمع البرهان لما عرفت من أنهما ذهباً إلى زوال الضمان فى رهان الغاصب بل قد يكون ذلك قضية كلام المبسوط و الخلاف و الدروس حيث لم يتعرض فيها إلا لضمين الغاصب الرهن و نص على زواله فى الإيداع دون الإجارة فى التذكرة و جامع المقاصد و عن ابن المتوج أن الضمان يزول عن الودعى و المستأجر لأنهما لمصلحة المالك و الحاصل كأن الزوال فى الإيداع ليس محل خلاف لأن الاستئمان فى الإيداع استئمان محض و المقصود منه بالذات الاستئمان فى الحفظ فالمالك قد جعله نائباً عنه فى الحفظ و إثبات اليد و أما الاستئمان فالقائل بسقوط الضمان فيه يقول إنه أمانة و قد

صرفه فيه و سلطه على منافعه و ملكه إياها و أنه لمصلحة المالك أيضا فيزول الضمان و القائل ببقائه يقول إن يده و إن كانت فى الأصل يد أمانة إلا أن الضمان قد يجمع يد المستأجر إذا تعدى و ليست يد نيابة عن المالك فى الحفظ كالمستودع و إنما هى يد استيفاء للمنفعة فهى لمصلحة المستأجر فوجب أن يبقى الضمان معها إلى أن تتحقق التأدية إلى المالك بنفسه أو وكيله كما دل عليه الحديث و لم يتعرض المصنف لما إذا ضاربه بالمال المغصوب و قد قرب فى باب المضاربة زوال الضمان و هو خيرة جامع الشرائع و التذكرة و اختيار فى (المبسوط و المهذب و الشرائع و الإرشاد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٩

و فى العارية و التوكيل بالبيع و الإعتاق نظر (١) و لو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب و المال فى يده فأشكال منشؤه الإبراء مما لم يجب و وجود سبب وجوبه لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف و الأقرب أنه لا يبرأ و لا تصير يده يد أمانة (٢)

و شرحه لولده و جامع المقاصد و الروض و المسالك) بقاؤه

(قوله) (و فى العارية و التوكيل بالبيع أو الإعتاق نظر)

أقربه عدم الزوال كما فى (حواشى الكتاب و غاية المرام و جامع المقاصد) و هو خيرة التذكرة و الإيضاح فى التوكيل و لم يرجح فى الإيضاح شيئا فى العارية و وجه الزوال فيها أى العارية أنه قد سلطه على منافعه كالإجارة و أنها أمانة و وجه البقاء أصالة بقاء الضمان أن العارية لا تنافى الضمان كما فى بعض أقسامها و مع اشتراط الضمان مطلقا و حصول الفرق بين إمساك المستأجر و المستعير فإن إمساك الأول بحق لازم و عقد مقابل بالعوض فصار قبضه كقبض المالك و إمساك المستعير لنفسه بغير عوض و لا عقد لازم فإمساكه ضعيف فلا يزول عنه الضمان ما لم يسلمه إلى المالك و وجه زوال الضمان فى التوكيل فى البيع أو العتق قبل البيع و التسليم إلى البائع أو العتق أن الوكيل كالمستودع و يد الوكيل يد الموكل و وجه البقاء الأصل و ما سبق فى الرهن و حصول الفرق بينه و بين المستودع بثبوت الأجرة له ما لم يتبرع فلا تكون يده كيده نعم لو كان و كله فى إثبات اليد مع التوكيل فى البيع و عدمه اتجه زوال الضمان و لم يتعرض المصنف لما إذا باعه من الغاصب بيعا صحيحا أو فاسدا

(قوله) (و لو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب و المال فى يده فأشكال منشؤه الإبراء مما لا يجب و وجود سبب وجوبه لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف و الأقرب أنه لا يبرأ و لا تصير يده يد أمانة)

ما قربه من أنه لا يبرأ خيرة جامع الشرائع على الظاهر و الإيضاح و حواشى الكتاب للشهيد و غاية المرام و جامع المقاصد) و حكاها فى (المبسوط) قولا عن بعض الناس و هو الموافق للقواعد لأن العين ما دامت موجودة لا يتعلق بالذمة منها شىء سوى وجوب ردها على الفور و ضمانها عند التلف فإذا أبرأه تعلق الإبراء بالأمر الأول و لا يسقط الضمان حينئذ بزعم أنه أثر وجوب الرد على الفور فإذا سقط سقط لأنه ليس أثره و إنما هو أثر يد العدوان و الإبراء إنما يسقط به الحق الثابت فى الذمة لا كون اليد يد عدوان و نحوه و إنما يزول عدوان اليد بأن تصير أمانة و لا- دخل للإبراء فى ذلك ما دام وصف العدوان ثابتا فتأمل (فإن قلت) فعلى هذا يتجه ما قاله فى (التذكرة) من أنه يؤكد ما تقدم من انتفاء البراءة مع عقود الأمانات لأنها أدون من التصريح بالإبراء فإذا لم تحصل البراءة هنا فتلك العقود أولى (قلت) المقتضى للزوال هناك إن قلنا به كون الرهن و نحوه أمانة و هو سبب غير الإبراء و لا يمتنع إمكان أحد السببين و امتناع الآخر و اختار الشيخ فى المبسوط و المحقق فى الشرائع و المصنف فى التحرير سقوط الضمان به أى الإبراء و ما ذكره المصنف فى توجيهه ففى (جامع المقاصد) أنه لا محصل له لأن وجود سبب وجوب الشىء لا يقتضى صحة تعلق الإبراء بذلك الشىء الذى لا تحقق له فلهذا كان الأقرب أنه لا يبرأ بذلك و لا تصير يده يد أمانة و إنما يبرأ بالرد إليه أو يستتبه فى الحفظ عنه فهو فى الثانى باعتبار كونه غاصبا مؤد و باعتبار كونه و كيلا- فى إثبات اليد عن المالك أخذ و قد يكون المصنف أراد بوجود سبب وجوبه أن الضمان سبب عن التعدى و معنى الضمان جعل ذمة الودعى متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه و لزوم البدل

ثمرة الضمان وفائده لا نفسه و الساقط بالإبراء هو الأول لا الثاني و لذلك يحكمون عليه بالضمان

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥٠

أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب (١) و لا- يجبر الراهن على الإقباض (٢) فلو رهن و لم يسلم لم يجبر عليه (٣) نعم لو كان شرطاً في بيع فللبائع الخيار (٤)

بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا و إذا فعل كذا ضمن مع أن لزوم البديل لم يحصل بذلك و إنما حصل قبول ذمته له و هذا معنى يمكن زواله بالبراءة و تمام الكلام في باب الوديعة فإننا أسبغناه هناك و لم يرجح المصنف في التذكرة و لا الشهيد في الدروس شيئا من القولين و لم يتعرض له في المسالك مع ذكره في الشرائع و يبقى الكلام فيما إذا أبرأ المالك المستعير المفرط و المشروط عليه الضمان و المستودع المتعدى و القابض بالسوم و الشراء الفاسد إذ سيأتي أن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب و ذلك لا يجدى لكن في وديعة المبسوط و الخلاف و التذكرة و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد أن المالك لو أبرأ المستودع برئ من الضمان (قوله) (أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو بالشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب)

هذا احتمله في (التذكرة) و مراده أنه قد سبق أن ضمان الغاصب يزول بالارتهان فهذا أولى لأن ضمانهم أخف لأن لوازمه أقل و قلة اللوازم الضمانية مشعرة بالضعف أما الكبرى فظاهرة و أما الصغرى فلأنهم أقل إثما أو لا إثم عليهم و لأنهم يضمنون بالقيمة على المشهور بخلاف الغاصب فإنه يضمن بالأعلى على المشهور كما في (جامع المقاصد) و قد ذكرنا في محله أن المشهور خلافه و لأنهم عند بعضهم لا- يضمنون المنافع بخلاف الغاصب و أما أنه إذا كان الضمان أخف يسقط بالارتهان فلأنه مقتضاه لأن مقتضاه عدم الضمان فلا- يزول إلا- بمانع أقوى و لما منع الحكم في الأصل في جامع المقاصد انتفى عنده ثبوته في الفرع كما صرح به و في (حواشي الكتاب) يشكل بعد تسليم الأخفية بعدم صلاحيتها لعدم المعارضة فإن الأخف و الأثقل يشتركان في مطلق الضمان المنافي للرهن المعين فإذا صلح أحدهما للمنافاة صلح الآخر هذا كلامه (و حاصله) أنا نستند في بقاء الضمان إلى وجود سببه لا إلى خصوصية السبب فلا فرق بين الأمرين و فصل في (الإيضاح) فقوى زوال الضمان بالتفريط بالإقباض بالرهن و في المقبوض بالسوم و البيع الفاسد قال و أما العارية المقتضية للضمان فيبقى فيها ما دامت باقية انتهى فليلحظ قوله بالإقباض بالرهن و جزم في (التحرير) ببقاء الضمان في العارية المضمونة و استشكل في المقبوض بالشراء الفاسد (و نحن نقول) إن القائلين بعدم اشتراط القبض في صحة الرهن يلزمهم القول ببقاء الضمان إلا أن يصدر منه إذن بالقبض له فيجىء الخلاف (و أما القائلون) بأنه شرط و يكتبون بهذا القبض كما هو المختار في الأمرين فالظاهر سقوطه لما عرفت آنفا و ليس الإرهان كالإبراء كما عرفت أيضا (قوله) (و لا يجبر الراهن على الإقباض)

قد فصلنا الحال عند شرح قوله و هل له المطالبة به إشكال و بينا هناك أن المصنف هنا عدل عن التردد إلى الجزم و قلنا إنه إن كان غير مشروط لا يلزمه الإقباض إن قلنا إن القبض شرط في اللزوم و إن كان مشروطا لا يجوز له الرجوع و لا يلزمه الإقباض و بينا الحال فيه أي الإقباض على الاحتمالين أو القولين الأخيرين

(قوله) (فلو رهن و لم يسلم لم يجبر عليه)

هذا توضيح و توطئة و تمهيد لقوله نعم لو كان شرطاً و ليس تفريعا إذ هو عين ما فرع عليه

(قوله) (نعم لو كان شرطاً في بيع فللبائع الخيار)

ظاهر كلامه بقرينة ما سبق في باب شروط البيع من أنه إذا شرط العتق لا يجبر عليه أنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥١

و كفيته كما تقدم (١)

إذا شرط الرهن في بيع مثلاً- فللبائع الخيار وأنه لا- يجبر المشتري على الإقباض كما هو خيرة التذكرة و المختلف و الدروس و هو المحكى عن أبي على لكنه إنما يتم على القول بأن القبض شرط في الصحة و أما على القول بأنه ليس بشرط و القول بأنه شرط في اللزوم فلا إلا أن ينزل على العلم بأن ليس قصد المشتري إيقاع الصيغة فقط بل إنما قصده استيفاء الحق منه على تقدير عدم حصوله و ذلك إنما يتم بالقبض و اللزوم فكان اشتراطه في اللازم قرينه ظاهرة على إرادة القبض كما أشرنا إلى ذلك كله فيما سلف و استدل عليه في (المختلف) بأنه شرط في عقد البيع الرهن الصحيح و إنما يصح باختيار الراهن فلا يجبر عليه فإن امتنع لم يسلم للبائع ما شرطه فكان له خيار الفسخ (و فيه) أن مقتضى العقد اللازم وجوب الوفاء و أن الإخلال بالشرط يقتضى المعصية لقوله عليه السلام إلا من عصى الله و ما كان الإخلال به معصية ففعله واجب و الحق الواجب للآدمي يجبر عليه عقداً كان أو قبضاً سلمنا أنه لا يصح الإجبار على العقد فما بال القبض لا يصح الإجبار عليه بناء على القول بأن القبض شرط في اللزوم أو ليس بشرط أصلاً إذ ليس هناك إلا اشتراط القبض فالأصح أن له الإجبار كما هو خيرة الشيخ و المصنف في آخر هذا البحث حيث قال نعم لو اشترطه وجب و المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى المقام و خيرة جماعة كثيرين فى كل شرط شرط فى عقد لازم كما بينا ذلك فى باب النقد و النسيئة و باب شرائط البيع و باب القرض و غير ذلك بل قد حكى على ذلك الإجماع فى (الغنية و السرائر) نعم ينبغى أن يكون له الخيار بمجرد الامتناع للاتفاق على ثبوت الخيار بالامتناع و فقد الدليل على اعتبار تعذر الإجبار كما ذكر ذلك فى جامع المقاصد و هو خلاف ما فى المسالك لأنه بعد أن اختار فيه الإجبار جعل له الخيار عند تعذره أى الإجبار و لعل ذكر البائع فى العبارة للتمثيل لا للتخصيص إذ المشتري المشترط كذلك

(قوله) (و كفيته كما تقدم)

كما فى (التذكرة و الدروس و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك) و قد تقدم للمصنف أن التخليه مطلقاً و فيما لا ينقل و لا يحول كالأراضى و الأبنية و الأشجار و النقل فى المنقول و الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن و قد بينا الحال فى ذلك بما لم يوجد فى كتاب و فى (جامع المقاصد و المسالك) القبض هنا كالقبض فى البيع فجميع ما تقدم هناك آت هنا (قلت) قد حكى الشهيد فى حواشيه عن القاضى أنه قال لا يكفى التخليه فى المنقول هنا و لو قلنا بالاكْتفاء بها فى البيع لأن البيع يوجب استحقاق القبض فيكفى التمكين منه و هاهنا لا استحقاق بل القبض سبب فى الاستحقاق و حكاها فى (التذكرة) عن بعض الشافعية و سكت عنه و فيه نظر لعدم ظهور الملازمة و كذلك الفرق بأن القبض لما كان جزء سبب هنا على القول باعتباره لأن هذا البحث ساقط على القول بعدم اشتراط القبض و جب فيه الأخذ و النقل لاكتفاء المسمى بدونه و لما كان المقصود به فى البيع زوال الضمان عن البائع و انتفاء سلطنة حبسه إياه اكتفى بما يزول معه السلطنة و هو رفع اليد و التخليه لأنه لا يتم أيضاً لأن انقطاع سلطنة البائع و الدخول فى ضمان المشتري يحتاج إلى تحقق مسمى القبض كذا قال فى جامع المقاصد (و الجواب) الرفع للإشكال أن القبض معنى واحد و المعبر فيه العرف و هو متحد فى البابين و ما ذكره القاضى يقتضى الفرق فى حكمه لا فى حقيقته كما بيناه فى باب الهبة (و قد يقال) إن القبض و التسليم المتحقق الذى يجب على البائع و الغاصب و الراهن المشروط عليه ذلك ليس هو النقل الذى هو من فعل الآخر و لا وضع اليد و القبض بها لأن ذلك فعل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥٢

و إنما يصح القبض من كامل التصرف (١) و تجزى (و تجزى خ ل) فيه النيابة كالعقد (٢) لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن (٣) و هل له استنابة عبد الراهن و مستولده إشكال ينشأ من أن أيديهم يده (٤)

المشترى و نحوه مما ذكرنا و لا- معنى لإيجابه على الغير لأن الظاهر أنه لا يجب على البائع أو الراهن مثلا أن يأخذ بيد المشتري أو المرتهن و يضعها على المبيع و يلزمه بحمله و نقله و لا- أن يكيل إن باعه مكيلا- بحضوره و علمه بل لا- يجب عليه عقلا- و عرفا إلا التخليه بأن يرفع يده عنه و يأذن له فى القبض و يرفع الموانع عنه بحيث يسهل على المشتري و نحوه قبضه بسرعة عرفا فيسقط بذلك الضمان عن البائع و الغاصب و يكون الراهن قد وفى بشرطه و يدل على ذلك أنهم صرحوا أنه لو أدنى المبيع و قربه منه و مكنه فلم يأخذه المشتري أنه لا ضمان على البائع و صرحوا بأن الغاصب إذا وضع المغصوب عند المالك بحيث يسهل عليه تناوله بسرعة أنه يبرأ من ضمانه و كذلك الحال فى الموارث و سائر الأموال المشتركة بعد قسمتها و تمكين صاحبها منها و رفع المانع عنها بل قيل فى باب الإجازة إن ذلك جار فى الديون و ليس كذلك لعدم التشخيص كما بينا ذلك كله فى باب البيع هذا كله فى القبض المستحق و أما غيره كالرهن الغير المشروط على القول بشرطية القبض فى صحته فإنه لما لم يتعلق حقه به و لا سلطان له قد نقول فيه إن التخليه حينئذ غير كافية فليحظ ذلك و ليتأمل فيه (و قد يقال) إن قضية حكم المصنف فيما يأتى قريبا بعدم جواز استنابته الراهن فى القبض لعدم تحقق الاستيثاق أن لا يكتفى فى غير المنقول بالتخليه إذ ليس الاستيثاق فيها بأعظم من قبض الراهن إذا و كله فتأمل فيه (قوله) (و إنما يصح من كامل التصرف)

و هو الحر المكلف الرشيد غير المحجور عليه لسفه أو فلس لأن فعل غيره لا يعتد به شرعا فلا يكون مكملا للسبب الشرعى (قوله) (و تجزى فيه النيابة كالعقد)

هو بالراء المعجمة كما فى أكثر النسخ و فى (جامع المقاصد) أن متعلقه حقيقة العبادات و فى غيرها مجاز (قلت) ورد فى المعاملات فى كلامهم صلوات الله عليهم قالوا يجزى من البول أن يغسله بمثله و يجزيك من الاستنجاء ثلاثة أحجار و كذا فى كلام الفقهاء رضى الله عنهم و إن أبيت إلا أنه مجاز فهو كثير شائع و أجزاءها فيه مما لا ريب فيه (قوله) (لكن لا يجوز للمرتهن استنابته الراهن)

هذا كما فى (الإيضاح و الحواشى و التذكرة) عن الشافعى مبنى على أنه لا يجوز للواحد تولى طرفى القبض و بناء فى جامع المقاصد على أنه لا- يحصل به معنى الاستيثاق و كيف كان فالأقرب الجواز كما فى (التذكرة و التحرير و الدروس و الحواشى و جامع المقاصد) لأنه يجوز للواحد تولى طرفى العقد و القبض لكن لا بد من مضى زمان بعد الرهن يمكن فيه القبض و يضعف ما فى جامع المقاصد بما ذكر فيه من أنه إن أريد به الدوام فهو غير معتبر أصلا أو مسماه و هذا مع أنه لا يحصل به كمال معنى الاستيثاق يصدق فى قبض الراهن عن المرتهن لأنه بالوكالة عنه تصير يده يده فيكون مقبضا لكونه راھنا و قابضا لكونه وكيل المرتهن (قوله) (و هل له استنابته عبد الراهن و مستولده إشكال من أن يدهم يده)

هذا وجه عدم الجواز و وجه الجواز أن توكيله ليس توكيلا- لمولاه و له أهلية التوكيل بإذن المولى فليست يده يد مولاه فيما ينوب الغير فيه فلا- يلزم من توكيله تولى طرفى القبض بخلاف المولى و كأنه حاول إدراج القن و القنة و المدبر بقوله عبد الراهن فلذلك أتى بضمير الجمع فكانت العبارة شاملة لأقسام المملوك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥٣

و يستنيب مكاتبه (١) و كل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع البيع و العتق و الإصداق و الرهن من آخر مع القبض و الكتابة و يلحق به الإحبال (٢) و إن لم يزل فلا- كالوطء من دون إحبال و التزويج و الإجارة و التدبير (٣) و لو انقلب خمرا قبل القبض فالأقرب الخروج و لو عاد افتقر إلى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خمرا بعد القبض فإنه يخرج عن الرهن ثم يعود إليه عند العود خلا و لا يجوز إقباضه و هو خمر و لا يحرم الإمساك و لا العلاج و لا النقل إلى الشمس (٤)

و الجواز صريح الدروس و الحواشى و جامع المقاصد و قضية كلام التذكرة و التحرير و كأنه قال به فى الإيضاح
(قوله) (و يستنيب مكاتبه)

لانقطاع سلطنة المولى عنه سواء كانت الكتابة مطلقة أو مشروطة

(قوله) (و كل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع و العتق و الإصداق و الرهن من آخر مع القبض و الكتابة و يلحق به
الإحبال)

لو تصرف الراهن فى الرهن قبل الإقباض بهبه أو بيع أو عتق أو وقف أو جعله صداقا أو رهنه من آخر مع القبض أو جعله مال إجارة
أو كاتبه فعلى القول بلزوم الرهن بمجرد العقد تكون التصرفات موقوفة على إجازة المرتهن فإن أجازها صحت و إلا بطلت إلا فى
العتق على رأى كما سلف و على القول بأن القبض شرط فى الصحة يكون ذلك رجوعا عن الرهن فيبطل الرهن لأنه أخرجه عن
إمكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصد ذلك و كلها صحيحة نافذة و لا فرق فى ذلك بين أن يكون قد قبض المبيع و
الموهوب أم لا كما فى التذكرة (و أما الرهن) فإذا لم يقبضه فلا حكم له لكونه شرطا و فى (الدروس) أنه يتخير فى إقباض أيهما شاء
و هو كذلك و ظاهر (التذكرة) أنه مبطل كما فى صورة الإقباض و فى عد الرهن فى العبارة فى التصرف المزيل للملك مسامحة و
وجهها أنه إذا أفاد المنع من التصرف أشبه المزيل للملك فى منع التصرف بالإقباض عن الرهن السابق فيبطل العقد السابق و ما أحسن
قوله و يلحق به الإحبال فإنه لا يزيل الملك و إنما يمنع التصرف المزيل عن الملك

(قوله) (و إن لم يزل فلا كالوطء من دون إحبال و التزويج و الإجارة و التدبير)

إذ لا تعلق للوطء المجرد و التزويج بمورد الرهن فإن رهن الزوجة ابتداء جائز و ظاهر التحرير الإجماع على التزويج و قال فى
(التذكرة) أما الإجارة فإن قلنا إن رهن المؤجر جائز فهو كالتزويج و إلا فهو رجوع (قلت) هو عين مملوكة يصح قبضه للمرتهن بإذن
المستأجر و يمكن بيعه و به قطع فى الدروس و أما التدبير فقد احتمل فى التذكرة أنه رجوع لتنافى غايته و غاية الرهن و إشعاره
بالرجوع و قواه فى الدروس و قد بينا فى الفصل الثانى فى المحل أنه لا تنافى بين الغايتين و أنه يجوز رهن المدبر و تدبير المرهون

(قوله) (و لو انقلب خمرا قبل القبض فالأقرب الخروج و لو عاد افتقر إلى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خمرا بعد القبض فإنه يخرج
عن الرهن ثم يعود إليه عند العود خلا و لا يجوز إقباضه و هو خمر و لا يحرم الإمساك و لا العلاج و لا النقل إلى الشمس)
قد تقدم فى الفرع الخامس من الفصل الثانى ما يعرف به حال هذه المباحث و مراده فى المسألة الأولى أنه لو رهنه عصيرا أو خلا
فانقلب خمرا قبل القبض بناء على اشتراطه بطل عقد الرهن الواقع قبل الانقلاب من دون القبض لأن الأقرب خروج العصير بالخميرية
عن ملك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥٤

و لو رهن الغائب لم يصير رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله (١)

الراهن فإذا عاد احتاج إلى تجديد عقد و هذا هو المطلوب لأن الغرض أنه هل يعود بعوده خلا أو عصيرا أم لا إذ الخروج عن الرهنية
حينئذ مما لا شبهة فيه كما أن الخروج عن ملك الراهن كذلك و المحقق الثانى فهم أن المراد من العبارة الأولى أعنى الخروج عن
الرهنية دون الثانى أعنى الخروج عن الملكية فأورد عليه أنه لم يصير رهنا بعد فكيف يتصور خروجه عن ذلك و عدمه و على ما قررناه
من إرادة الثانى و هو الذى فهمه الشهيد فى حواشيه و نبه عليه فى موضع من التذكرة يندفع الإيراد المذكور و كلاهما معلومان
متلازمان متبادران كفرسى رهان و المطلوب غيرهما كما عرفت فلا ترجيح بالتبادر و أن الثانى من بيان الواضحات لتساويهما فى
الأمرين معا و كيف كان فالبطالان و الاحتياج إلى تجديد عقد عند العود مذهب أعظم القائلين باشتراط القبض فى الرهن بل لا نجد
الآن من يقول بعدم البطلان ممن اشترط القبض كما فى (جامع المقاصد) و المصنف فى التحرير و الشهيد الثانى فى المسالك أسندا

البطلان و عدم العود بزوال الخمرية إلى القائلين باشتراط القبض و به صرح فى الإيضاح و الدروس و الحواشى و موضع من التذكرة و حكاها فى الأول عن الشيخ و أبى الصلاح لأن ما بقى و هو القبض جزء من أجزاء السبب فيشترط فيه شروط ابتداء السبب فكما لا يصح ابتداء على الخمر لا- يصح القبض و هو خمر و لأن الانقلاب خمرا مخرج عن الملك و متى تخلل بين أجزاء السبب مبطل الملك بطل لخروج الجزء الحاصل عن الصلاحية بذلك و قد ناقش فى جامع المقاصد فى كلا الوجهين و كأنها فى غير محلها و جعلهما فى الإيضاح وجها واحدا و هذا الفرع ساقط عند من لا يشترط القبض قال فى (التحرير) و عندنا يعود و فى (جامع المقاصد) هذا الفرع ساقط عندنا إذ لا يشترط القبض و نحوه ما فى المسالك و لم يرجح فى التذكرة (و أما المسألة) الثانية فقد استوفينا الكلام فيها فيما سلف و أما أنه لا يجوز له إقباضه و هو خمر فلأن جزء السبب يعتبر فيه ما يعتبر فى ابتدائه و أما أنه لا يحرم الإمساك و لا العلاج و لا النقل إلى الشمس فالغرض به الرد على الشافعى فإنه حرم الثلاثة و قال إنما تحل إذا استحالت من نفسها حكاها عنه الشهيد و حكى فى التذكرة عن بعض الشافعية أقاويل و أباطيل

(قوله) (و لو رهن الغائب لم يصر رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله)

هذا الحكم مبنى على اشتراط القبض فى الرهن كما فى (جامع المقاصد) و جعله فى التحرير مفرعا على أحد قولى الشيخ و هو اشتراط القبض و لذا قال فيه و فى (الشرائع) لم يصر رهنا حتى يحضر المرتهن عند الرهن و يقبضه هو أو القائم مقامه و فى (جامع الشرائع) حتى يصل إليه و حمل فى المسالك عبارة الشرائع على أنه لا يصير رهنا لازما و لا حاجة إلى ذلك لأن المحقق ممن يذهب إلى اشتراط القبض و لما كان الشيخ فى المبسوط ممن يذهب إلى أنه غير شرط قال لا يصير مقبوضا حتى يصير إليه و لا يصح القبض إلا- بأن يحضر المرتهن فيقبض أو يوكل فى قبضه فيصح قبض الوكيل و قال فى (جامع المقاصد) بعد أن بنى الحكم على اشتراط القبض كما سمعت لا بد فى حصول القبض من عود الغائب إلى موضع الرهن ليتصور قبضه إياه عادة أو توكيله فى القبض لمن كان قريبا حيث يتمكن منه سواء فى ذلك ما ينقل و غيره نص على ذلك الأصحاب و غيرهم و به قال المصنف فى التذكرة انتهى و أنت قد سمعت كلام من تعرض لهذا الفرع من الأصحاب و أما كلام المصنف فى التذكرة فهو قوله و لو كان غائبا اعتبر زمان يمكن المصير فيه إليه و نقله و هل يعتبر مع ذلك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥٥

و يحكم على الراهن لو أقر بالإقباض ما لم يعلم كذبه فإن ادعى المواطأة فله الإحلاف (١)

نفس المصير إليه و مشاهدته له و جهان أحدهما نعم ليتيقن حصوله و يثق به و أصحابهما عندهم لا و يكتفى بأن الأصل بقاؤه و اختلفوا فى محل القولين منهم من جعله احتياطا مطلقا و منهم من حمله على ما إذا كان المرهون مما يتردد فى بقائه بأن يكون حيوانا غير مأمون الآفات أما إذا تيقنه فلا حاجة و على اشتراط الحضور و المشاهدة فهل يشترط النقل و جهان أحدهما نعم لأن قبض المنقول به يحصل و الثانى لا يشترط لأن النقل إنما يعتبر ليخرج من يد المالك و هو خارج هنا انتهى و لم أجد له كلاما فى المسألة غير هذا الذى يقتضيه النظر أن الغائب إما أن يكون غائبا عن مجلس العقد أو عن بلده مما ينقل أو من غيره و إما أن يكون أمانه عند المرتهن كما إذا كان وكيلا عليه فى غير المنقول أو لا فإن كان غائبا عن مجلس العقد لا عن البلد و كان مما لا ينقل فالظاهر أنه لا يحتاج إلى مضى زمان فضلا عن المصير إليه للأصل و قضاء العرف و لا سيما إذا كان قريبا فحال كالحاضر كما إذا تعاقدا على باب الدار أو البستان و هو خلاف ظاهر المصنف و الجماعة و أما إذا كان غائبا عن بلد العقد أو كان فيها إلا أنه بعيد عادة كما فى البلدان الكبار فأشكال من صدق التخليئة و كونه تحت يده و عدم إمكان قبض جميعه و أقصى ما يفيد المصير إليه قبض بعضه كما إذا أوصى بالأراضى البعيدة أو وهبها فإن القول بعدم حصول الملك فى ذلك إلا بعد الوصول إليها بعيد و من أن الأصل العدم و حصول الشك لمكان البعد و الأصل معارض بمثله فيبقى الكلام فى صدق العرف و عدمه و الظاهر العدم عند المصنف و الجماعة و أما إذا

كان بيد المرتهن غاصبا كان أو وكيلًا عليه و هو غير منقول احتمل قويا جدا أنه لا يحتاج إلى تجديد قبض و لا مضى زمان و إن كان غائبا عن بلد العقد و احتمل اعتبارهما و أما إذا كان غائبا عن مجلس العقد أو عن البلد و كان مما ينقل فقد سمعت ما قالوه من أنه لا بد من مصيره إليه و قبضه له من دون فرق بين الحيوان و غيره و لكنهم يفرقون بين أن يكون في بيته أو يد و كيله و بين أن لا يكون كذلك كما مر في رهن المقبوض و هذا عند من لا- يكتفى في المنقول بالتخليه و قد تقدم في باب قبض المبيع ما له نفع تام في المقام

(قوله) (و يحكم على الراهن لو أقر بالإقباض ما لم يعلم كذبه فإن ادعى المواطاة فله الإحلاف)

كما في (المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و اللعنة و غاية المرام و المسالك و الروضة) و كذا جامع المقاصد (أما الأول) فلعوم إقرار العقلاء فيحكم عليه و لو كان في يده (و أما الثاني) كما إذا قال أرهنه اليوم داري بالحجاز و هما بالعراق و أقبضته إياه فلأنه محال عادة بناء على اعتبار وصول القابض إلى الرهن أو من يقوم مقامه في تحققه (و أما الثالث) و هو ما إذا ادعى بعد الإقرار بالقبض المواطاة على الإقرار و الإشهاد عليه إقامة لرسم الوثيقة حذرا من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض فلجريان العادة بذلك فتسمع دعواه فله إحلاف المرتهن على عدمها و أنه وقع موقعه هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره أما لو شهدا على نفس الإقباض و مشاهدته لم تسمع دعوى الراهن أنه لم يقبضه و كذا إذا شهدا على إقراره فأنكر الإقرار كما صرح بذلك في الأول في المبسوط و التذكرة و التحرير و الروضة و الدروس و الكفاية و في الثاني في الأربعة الأول و المسالك و كذا لو رجع أي الراهن عن الإقرار بالإقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه و حكم عليه به و لا تسمع دعواه بحيث يتوجه على المرتهن اليمين كما في الشرائع و التحرير و الدروس و المسالك و الروضة و كذا المبسوط في أول كلامه ثم إنه قوى بعد ذلك السماع لجريان مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥٦

و لا يجوز تسليم المشاع إلا بإذن الشريك (١) فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر أقربه ذلك للقبض و إن تعدى في غير الرهن (٢) و لو رضى الراهن و المرتهن بكونها في يد الشريك جاز و ناب عنه في القبض (٣)

العادة بوقوع الشهادة في الوثائق قبل تحقق ما فيها و استقر به في التذكرة و لو ادعى الغلط في إقراره و أظهر تأويلا ممكنا كأن قال إنني أقبضته بالقول فظننت الاكتفاء به حيث يمكن في حقه توهم ذلك أو قال استندت فيه إلى ما كتبه و كيلى فظهر مزورا و نحو ذلك سمعت دعواه كما في (المبسوط و التذكرة و الدروس و المسالك و الروضة) لأنه لم يكذب الإقرار في الحقيقة و معنى سماع دعواه توجه اليمين على المرتهن بأن القبض حقيقى أو على نفى ما يدعيه الراهن لأن الأصل صحة الإقرار و مطابقته للواقع و هل يقبل تأويله الممكن لو كان الإقرار في مجلس الحكم احتمالا لأن أشبههما القبول و لا- يفرق في ذلك كله بين أن يكون الرهن في يده أو يد المرتهن أو في يد غيرهما و كذا لا- يفرق بين تلفه و عدمه كأن يقول توطأنا على الإقرار ثم أخذه من دون إذن فتلف و المرتهن كالراهن فيما ذكر كما في المبسوط و هذه الأحكام جارية على القول بأن القبض شرط في الصحة أو اللزوم بل و على القول بعدم اشتراطه على بعض الوجوه و لذا ذكرها من عرفت على اختلاف آرائهم فلا باعث على قصرها أو قصر بعضها على القول باشتراطه في الصحة كما في ظاهر جامع المقاصد و أيضا قال المصنف في آخر البحث إن هذه كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض و لكنه قد ذكر فيها ما هو غير مختص باشتراط القبض كقوله و لو تنازع الشريك و المرتهن في إمساكه إلى آخره (قوله) (و لا يجوز تسليم المشاع إلا بإذن الشريك)

ظاهره كما هو ظاهر اللعنة و صريح الشرائع و التحرير و الدروس و غاية المرام أنه لا فرق بين ما ينقل و بين ما لا ينقل لاستلزامه التصرف في مال الشريك و هو منهي عنه بدون إذنه فلا يعتد به شرعا و يشكل فيما يكفى فيه مجرد التخليه فإنها لا تستدعى تصرفا بل رفع يد الراهن و تمكينه منه فلا- حاجة فيه إلى إذنه كما جزم به في المبسوط و استجوده في المسالك و الكفاية و الحدائق و

الرياض و لم يرجح فى الروضة

(قوله) (فلو سلم بدونه ففى الاكتفاء به فى الانعقاد نظر أقربه ذلك للقبض و إن تعدى فى غير الرهن)

هذا هو الأصح كما فى (الإيضاح و جامع المقاصد) و كذا الحواشى و الأجود كما فى الروضة و الأقوى كما فى المسالك و الأقرب كما فى الكفاية لأن النهى الذى توهم منه القول بعدم التمامية إنما هو لحق الشريك خاصة للإذن من قبل الراهن الذى هو المعبر شرعا و كونه قبضا واحدا لا ينافى الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة و ظاهر جماعة كما حكى عن صريح الشهيد عدم تمامية القبض للنهى المانع كما لو وقع بدون إذن الراهن و هو خيرة الكتاب و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك فى باب الهبة و قد نقلنا كلامهم فى الباب هناك فقد ظهر وجه النظر و المراد بقول المصنف للقبض حصول القبض المعبر شرعا

(قوله) (و لو رضى الراهن و المرتهن بكونها فى يد الشريك جاز)

كما فى (المبسوط و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك) فى موضعين منه و الروضة و كذا غاية المرام و وجهه ظاهر و الضمير فى كونها يعود إلى العين المشاعة و مثله شائع

(قوله) (و ناب عنه فى القبض)

معناه أن الشريك حينئذ ينوب عن المرتهن فى القبض كما فى التحرير (و فى جامع المقاصد) لكن لا بد من إذن الراهن و فى (المسالك و الروضة)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥٧

و لو تنازع الشريك و المرتهن نصب الحاكم عدلا يكون فى يده لهما فيكون قبضا عن المرتهن (١) و لو تنازع الشريك و المرتهن فى إمساكه انتزعه الحاكم و أجره إن كان له أجره ثم قسمها و إلا استأمن من شاء (٢) و لو حجر عليه لفسل لم يكن له الإقباض لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء (٣) و لو كانا ساكنين فى الرهن فخلى بينه و بينها صح القبض مع خروج الراهن (٤) و لو اختلفا فى القبض قدم قول من هو فى يده (٥)

يعتبر سماع الشريك إذن الراهن فى قبضه للرهن و إذن المرتهن فيه و فى (جامع المقاصد) هل يكفى إذنه أى الراهن للشريك فى القبض و للمرتهن فيه من دون أن يأذن للمرتهن فى توكيل الشريك أم لا بد من ذلك فيه احتمال و فى الاكتفاء قوة لاستلزام الإذن فى كل منهما فى القبض الإذن للمرتهن فى توكيل الشريك و به جزم فى المسالك نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف (قوله) (و لو تنازع الشريك و المرتهن نصب الحاكم عدلا يكون فى يده لهما فيكون قبضا عن المرتهن)

يريد أنه إذا أذن الراهن للمرتهن فى القبض فنزعه الشريك فيه نصب الحاكم عدلا إلى آخره و به صرح فى المبسوط و جامع الشرائع و التحرير و غاية المرام و فى (حواشى الكتاب) أن هذا ضابط كل مطرد فى كل شريكين أو أكثر تنازعا فى ملك و لم يمكن قسمته فإن الحاكم ينزعه من الشركاء أو يؤجره و هل يؤجره على بعض الشركاء الأقوى الجواز مع عدم الضرر و أما ما لا أجره له كفص الياقوت و الفيروزج و شبهه فإن الحاكم ينتزعه من أيديهم و يجعله عند أمين إلى أن يتفقا و قيدنا العبارة بالإذن و القبض لأنه بدون الأول لا يعتد بمنزاعته و بدون الثانى لم تفترق عن المسألة الآتية

(قوله) (و لو تنازع الشريك و المرتهن فى إمساكه انتزعه الحاكم و أجره إن كان له أجره ثم قسمها و إلا استأمن من شاء)

التنازع هنا فى استدامة اليد بعد القبض إذا لم يتهاينا و لتكن مدة الإجارة لا تزيد عن محل الحق و أجله و بمضمون ما ذكر حكم فى المبسوط و جامع الشرائع و التحرير و الدروس و فى (جامع المقاصد) كأنه إنما أفرد هذا بخصوصه لبعده تصور ثبوت الأجرة لزمان القبض لقصره بخلاف زمان الإمساك (و فيه) أن قوله إن كان له أجره يدفع ذلك و لا ريب فى طول العبارة من دون نكتة و لو قال و لو تنازعا انتزعه الحاكم و أجره إن كان له أجره و إلا نصب عدلا يكون فى يده لهما لكان أخصر و معنى قوله و إلا استأمن إن لم

يكن له أجره و هذا الفرع غير مختص باشتراط القبض

(قوله) (و لو حجر عليه لفلس لم يكن له الإقباض لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء)

كما في (الدروس) و كذا التحرير على أحد قولي الشيخ باشتراط القبض إذ المفروض وقوع التحجير بعد العقد و قبل الإقباض فلو أقبض لم يعتد به و الأقرب أن العبارة لا تبطل فلو أقبض بعد زوال الحجر كان ماضيا كما نص عليه في الدروس

(قوله) (و لو كانا ساكنين في الرهن فخلى بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن)

إذ لو لم يخرج لم يصح لثبوت يده على الرهن حينئذ و هو مناف للتخليه لكن لم يعرف المراد من صحه القبض هل هي الصحه في الجميع أو في البعض و أن التخليه هل هي بعد خروج الراهن عنها أو قبل خروجه و لا ريب أنها إن كانت بعد خروجه صح القبض و إن كانت قبل خروجه فالمصنف في التذكرة أنه يصح في النصف و حكى عن الشافعي أنه يصح في الجميع و ضمير بينها يعود إلى الرهن بتأويل الدار

(قوله) (و لو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده)

إذ اختلفا في القبض

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥٨

و لو اختلفا في الإذن احتمل ذلك (١)

فإما أن يعلم سبق الإذن أو لا يعلم و على التقديرين إما أن يكون في يد أحدهما أو لا يكون كأن يكون في يد ثالث و على التقادير إما أن يدعيه أي القبض المرتهن كما هو الغالب أو الراهن كما إذا كان مشروطا في لازم و مشروطا على المرتهن نفقته و حفظه و هو يريد الخلاص من ذلك فإن علم سبق الإذن و كان في يد أحدهما فقد جزم في التذكرة بتقديم قول صاحب اليد و احتمله في التحرير و الدروس عملا بالأصل لو كان في يد الراهن و بالظاهر لو كان في يد المرتهن لأنها يد شرعية واقعة بالإذن و في (جامع المقاصد) لو قيدت المسألة بما إذا علم سبق الإذن فسد الكلام إذ لا معنى للتقديم و لا للنزاع بعد تحقيق اليد و سبق الإذن و لأن المراد التقديم مع اليمين و هو غلط على هذا التقدير انتهى و وجهه أنه مع سبق الإذن في الرهنية و حصول القبض لا يصح للمرتهن أن يقول هو وديعه لأنه خلاف الفرض و يأتي حكمه و هو ما إذا اختلفا في أنه رهن أو وديعه إلا أن تقول إنه يقول رجعت بعد الإذن فقبضته منى سرقة أو غصبا و أنكر المرتهن الرجوع كما نبه عليه في التحرير قال فالقول قول المرتهن في قبضه بإذنه لا بعد الرجوع انتهى و قد حقق المحقق المذكور أن الأصل بعد تحقق كون العين ملكا للراهن كون اليد الطارئة يد عدوان و أصل عدم الرجوع معارض به و باستصحاب بقاء التصرف إلا أن تقول إنه يرجع إلى الاختلاف في الرجوع لا في القبض و هو خلاف الفرض سلمنا أنه يستلزمه لكن الأصل و الظاهر و أصل صحه العقد قاضية بتقديم قول المرتهن حينئذ كما حكم به في التذكرة لأصل عدم الرجوع لكننا نقول لا غلط حينئذ و لا-فساد إلا- أن تقول إن الكلام في احتمال تقديم قول الراهن حينئذ مع اليمين و فيه من الغلط و الفساد ما لا يخفى و إن احتمله كذلك المصنف في التحرير و الشهيد في الدروس فليتأمل جيدا و إن لم يعلم سبق الإذن و كان في يد أحدهما فإن كان في يد الراهن وقت النزاع فالقول قوله مع يمينه كما في أصل الرهن لأنه منكر و الأصل معه و إن كان في يد المرتهن فإن قال غصبت منى أو أجرته لغيرك فحصل في يدك فالقول قول الراهن أيضا مع يمينه لأن الأصل عدم القبض و عدم الإذن فيه و عدم الرضا به و يحتمل في وجه بعيد أن القول قول المرتهن لدلالة اليد على الاستحقاق كما يستدل بها على الملك (و فيه) أن الأصل بعد تحقق كونه ملكا للراهن كون اليد الطارئة يد عدوان كما عرفت و إن ادعى قبضه من جهة أخرى مأذون فيها غير الرهن كأن قال أودعتك أو أكريته من فلان فأكره منك فوجهان أحدهما أن القول قول المرتهن لأنهما اتفقا على قبض مأذون فيه و أراد الراهن أن يصرفه إلى جهة أخرى و الظاهر خلافه لتقدم العقد المحجوج إلى القبض و بهذا يفترق عما إذا اختلفا في أنه رهن أو وديعه و الثاني أن القول قول

الراهن لأن الأصل عدم اللزوم و عدم إذنه فى القبض عن الرهن (و مما ذكر) يعرف الحال فيما إذا كان فى يد ثالث و إن كان المدعى القبض الراهن و أنكره المرتهن بأن قال أخذته غصبا أو عارية فقد يعطى إطلاق العبارة تقديم قوله مع يمينه و ليس كذلك (فإن قلت) إذا كان العقد جائزا من طرف المرتهن قبل قوله إذا أنكر فعبارة المصنف متجهة فيه (قلت) فيه مع عدم الحاجة إلى اليمين حيث أن العقد قد يكون لازما مشروطا فى لازم كما عرفت فالظاهر عملا بالظاهر و أصل الصحة تقديم قول الراهن و هذا الفرع غير مختص باشتراط القبض و قد نقول بجريان هذا التفصيل فيما إذا اختلف البيعان فى القبض إذا كان للبائع حق الحبس فليحظ ذلك (قوله) (و لو اختلفا فى الإذن احتمل ذلك)

أى تقديم قول من هو فى يده لأن الأصل فى اليد كونها شرعية

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٥٩

و تصديق الراهن مع اليمين (١) و لو تلف بعض الرهن قبل القبض و كان الرهن شرطا فى البيع تخير البائع بين الفسخ و القبول للباقي و ليس له المطالبة ببدل التالف و يكون الباقي رهنا بجميع الثمن (٢) و لا خيار لو تلف بعد القبض

بالإذن و فى (جامع المقاصد) أنه ليس بشيء لأن ذلك فى اليد التى لا يعلم ما ينفىها و أما إذا علم سبق استحقاق شخص آخر فالأصل عدم الإذن و الأصل عدم كونها شرعية كما هو ظاهر (قلت) و هو خيرة الدروس و لم يرجح فى الإيضاح و نحن نقول الاختلاف فى الإذن يقع على نحوين (الأول) أن يختلفا فى نفس الإذن فيقول المرتهن أذنت لى فى قبضه فيقول الراهن لم آذن و إنما أخذته غصبا أو سرقة هذا إذا كان فى يد المرتهن و أما إذا كان فى يد الراهن فهو كأن يقول أذنت لى فقبضته رهنا و أرجعته إليك و ديعه فينكر الراهن الإذن بالكلية و فى هذين يقدم قول الراهن للأصل بجملة من معانيه (الثانى) أن يقع الاختلاف فى أفراد الإذن و لعله غير مراد للمصنف و تصويره إذا كان فى يد المرتهن أن يقول أذنت لى فى قبضه رهنا و يقول الراهن أذنت لك فى قبضه عارية بعد حصول العقد و إذا كان فى يد الراهن فهو كأن يقول أذنت لك فى قبضه عارية و رددته إلى و لم أرد انعقاد الرهن و يقول المرتهن أذنت لى فى قبضه رهنا فقبضته و أودعته عندك و حكمهما يعرف مما تقدم (قوله) (و تصديق الراهن مع اليمين)

أى احتمل تصديق الراهن مع يمينه إذا اختلفا فى الإذن لأن الأصل فى طرفه و فى (جامع المقاصد) أنه الأصح

(قوله) (و لو تلف بعض الرهن قبل القبض و كان الرهن شرطا فى البيع تخير البائع بين الفسخ و القبول للباقي و ليس له المطالبة ببدل التالف و يكون الباقي رهنا بجميع الثمن)

تلف البعض إما أن يكون قبل قبضه فقط و البعض الآخر مقبوض أو بعده و الآخر غير مقبوض أو قبل قبض الكل و هو الظاهر من كلام المصنف هنا و فى التحرير و الشهيد فى الدروس أو بعد قبض الكل و قد يتلف الكل قبل القبض و عليها إما أن يكون مشروطا فى لازم أو غير مشروط فإن كان مشروطا و قلنا إن القبض شرط فإن كان التالف غير مقبوض و كان الآخر مقبوضا ثبت للبائع الخيار لفقد الرهن بكماله بين الفسخ و القبول للباقي و ليس له المطالبة ببدل التالف لأن الرهن لم يتم و الاشتراط إنما تعلق بالعين و قد تعذر بعضها بتلفه و ليس للراهن خيار لمكان قبض البعض فتأمل و إن كانا غير مقبوضين ثبت الخيار للراهن و البائع أما الراهن فلأنه إنما وقع الشرط عليهما معا و قد تلف أحدهما فتبعضت الصفقة إذ لعله لا مصلحة له كما إذا وقع على الجارية و ولدها مثلا فهو مخير بين إقباض الباقي و إمساكه فإن امتنع من قبضه ثبت للبائع الخيار و أما البائع فلما تقدم و أما لو تلف بعد قبضه و الآخر غير مقبوض فيحتمل أن لا- خيار للبائع لأنه لو تلف كله حينئذ فلا خيار فإذا تلف بعضه فكذلك أو أولى فيكون الباقي رهنا بجميع ماله و يحتمل ثبوت الخيار له لأنه بعد لم يقبض البعض الآخر فتبعضت الصفقة فله أن يرضى برهنه الباقي و لا بدل عن التالف و أن يفسخ من المبيع فى مقابلة الباقي و يمضى فى مقابلة التالف أو يفسخ فى الجميع و قال الشيخ فيما إذا رهن عبدان و سلم أحدهما إلى المرتهن

فمات فى يده و امتنع من تسليم الآخر لم يكن للمرتهن الخيار فى فسخ البيع لأن الخيار فى فسخ البيع إنما ثبت إذا رد الرهن و لا يمكنه رده لفواته و الحق ثبوت الخيار كما ذكرنا و هل يثبت للراهن خيار الظاهر ثبوت ذلك له على الثانى من الاحتمال الثانى و منه يعلم حال تلف الكل قبل القبض و حال تلف البعض بعد قبض الكل فإنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦٠

و كذا يتخير البائع لو تعيبت العين قبل القبض كأنهدام الدار (١) و هذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض (٢) نعم لو شرطه و جب (٣))

[فروع]

إشارة

فروع

[الأول لو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم]

الأول) لو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم (٤) و يشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله (٥) و هو الجائز التصرف و إن كان كافراً أو فاسقاً أو مكاتباً لكن بجعل لا صبياً و لا عبداً إلا بإذن مولاه (٦)

لا خيار لتحقيق حصول الشرط و إليه أشار المصنف بقوله و لا خيار لو تلف بعد القبض و بأدنى تأمل يعرف حال غير المشروط

(قوله) (و كذا يتخير البائع لو تعيبت العين قبل القبض كأنهدام الدار)

لأنه لا يفسخ عقد الرهن لأن ماليتها لم تذهب بالكلية فإن عرصتها و أنقاضها باقية فيثبت للمرتهن الخيار إن كان الرهن مشروطاً فى بيع لأنها تعيبت و نقصت قيمتها و تكون العرصه و الأنقاض رهناً بجميع الدين إذا لم يفسخ لأن العقد ورد على مجموع الدار المشتملة على العرصه و الأنقاض من الأخشاب و الأحجار و نحوهما و ما دخل فى العقد استقر بالقبض

(قوله) (و هذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض)

قد عرفت أن جملة منها جارية على القولين

(قوله) (نعم لو شرطه و جب)

قد أشرنا إلى هذا عند شرح قوله نعم لو كان شرطاً فى بيع فللبائع الخيار و أن هذا عدول عن ذلك و استوفينا الكلام هناك

(قوله) (و لو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم)

و فى (المبسوط و الخلاف و السرائر) إذا شرط الراهن وضعه على يد عدل صح شرطه و زاد فى الأولين فإذا قبض العدل لزم و فى (الخلاف) أن عليه إجماع الفرقه و جميع الفقهاء إلا ابن أبى ليلى فإنه قال لا يصح قبضه و نسبه فى التذكرة إلى علمائنا و جماعة من الفقهاء و فى (الشرائع) إذا شرط المرتهن وضعه على يد عدل معين لزم و فى (التحرير و الدروس) يجوز اشتراط وضعه على يد عدل و فى (الإرشاد) يجوز وضعه على يد أجنبى و قيده فى مجمع البرهان برضاها فقد تحصل أنه يجوز أن يشترط المتراهنان وضع الرهن على يد ثالث سواء تعدد أو اتحد عملاً بالأصل و بقوله صلى الله عليه و آله و سلم المؤمنون عند شروطهم و للإجماع المذكور

لانطباقه عليه و نسب إلى علمائنا في التذكرة أنه يكون وكيلا للمرتهن نائبا عنه في القبض و الظاهر من الوضع الاستدامة و الابتداء معا كما ستعرف و من اللزوم في العبارة لزوم القبض و يحتمل لزوم الشرط و الوضع و لا- كلام في لزومه من طرف الراهن و كذلك المرتهن لأن الراهن ما رهن إلا على هذا الشرط و لعله لمصلحة له في ذلك و ينبه عليه ما يأتي في الفرع الثالث و في (الخلافا) إذا عزل المرتهن العدل لم ينزل و هل للراهن أن يستقل بالوضع من دون حضور المرتهن و إذنه أم لا- احتمالان أظهرهما أن له ذلك لأنه و إن تعلق حق المرتهن به لكنه على هذا الشرط فإن دام عليه فذاك و إلا ارتفع حقه (قوله) (و يشترط كونه ممن يجوز توكيله)

لأنك قد عرفت أنه و كيل كما سمعته عن التذكرة و هو ظاهر جماعة و صريح آخرين و معناه أنه يشترط في صحة القبض و لزومه كونه ممن يجوز توكيله فإن قبض الصبي و عدمه سواء و كذلك العبد بدون إذن مولاه فلا يصح القبض و لا يلزم به الرهن إذا جعل الصبي وكيلا- فيه ابتداء و استدامة معا فلو شرطا استدامة قبضه في يد صبي مأمون رشيد بعد قبض المرتهن له كان وكيلا جعليا لا شرعا و صح القبض و الرهن

(قوله) (و هو الجائر التصرف و إن كان كافرا أو فاسقا أو مكاتبا لكن يجعل لا صبيا و لا عبدا إلا بإذن مولاه) و لا فرق في هذه بين الذكر و الأنثى و ظاهر الإطلاق قد يعطى أنه يجوز ائتمان الكافر و إيداعه المصحف و العبد مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦١

[الثاني لو جعله على يد عدلين جاز]

(الثاني) لو جعله على يد عدلين جاز (١) و ليس لأحدهما التفرد به (٢) و لا ببعضه (٣) و لو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف (٤) و يحتمل أن يضمن كل منهما الجميع (٥) ففي استقراره على أيهما إشكال (٦)

المسلم و قد مر الكلام في ذلك في باب البيع و الرهن و اعتبر في الجعل في حواشي الكتاب أن يكون أكثر من أجره المثل أو مساويا لها لا أقل و نحوه ما في جامع المقاصد و أطلق في التذكرة و الدروس و لا يعتبر حينئذ إذن مولاه و لو أذن له المولى زال الحجر لأن الحق دائر بينهما

(قوله) (و لو جعله على يد عدلين جاز)

إجماعا كما في التذكرة

(قوله) (و ليس لأحدهما التفرد به)

كما في (المبسوط و الشرائع و الإرشاد و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية) هذا إذ شرطا عليهما الاجتماع أو أطلقا عملا بظاهر الحال من أن اختيار الاثنين لعدم الاكتفاء بحفظ أحدهما كأن يضعه في بيت و يضع كل واحد منهما عليه قفلا و أما إذا لم يمكن اجتماعهما على حراسته فإنه ينفرد أحدهما به بإذن الآخر كما في مجمع البرهان و ربما حكى عن بعض أنه قال لا- يسلم أحدهما إلا- بإذن الآخر و ليس كذلك قطعا بل يجب التسليم فورا لأن المال لهما و ليس للآخر إلا حفظه بإذنها فإذا أخذ ما لهما لا يجوز لأحد منعهما اللهم إلا أن يكون للإشهاد و نحوه

(قوله) (و لا ببعضه)

لأنهما لا يجوز لهما أن يقتسماه و إن كان مما يمكن قسمته من غير ضرر كما في (المبسوط و التحرير و التذكرة) خلافا لجماعة من العامة

(قوله) (و لو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف)

لأنهما بمنزلة أمين واحد و لأن الواجب عوض واحد و هما متساويان فى ثبوت سبب الضمان لأن أحدهما متعدد و الآخر مفرد و فى (جامع المقاصد) أنه ليس بشيء لأن تساويهما فى ثبوت سبب الضمان لا يقتضى التقسيط كما لو ترتبت أيدي الغاصبين على العين الواحدة و نمنع كونهما بمنزلة أمين واحد بل كل واحد أمين مستقل على الجميع غاية ما فى الباب أنه قد شرط عليه انضمام يده إلى يد الآخر و حفظه إلى حفظه

(قوله) (و يحتمل أن يضم كل منهما الجميع)

هذا هو الأصح كما فى (جامع المقاصد) و الأجود كما فى (المسالك) لأن كلا منهما يجب عليه حفظه أجمع و لهذا لا يصح الاقتسام و قد حصل منه سبب الضمان للجميع فيتخير المالك فى تضمين من شاء منهما (قوله) (ففى استقراره على أيهما إشكال)

الإشكال مبنى على الاحتمال الأخير و هو ضمان كل منهما الجميع على طريق البدل و فى (الإيضاح) أن الأصح أنه يستقر الضمان على من ضمنه المالك و نحوه ما حكى عن ابن المتوج من أنه إن أتلغه أحدهما أو هما بغير الإمساك ضمنه و إن تلف بأفء من الله سبحانه (سماوية خ ل) أو أجنبى و لم يحصل منهما إلا الإمساك فالأقوى حينئذ الضمان على من ضمنه المالك و ليس له الرجوع على الآخر و قال الشهيد فى حواشيه أن المنقول استقرار الضمان على من تلف فى يده و فى (جامع المقاصد) أن هذا هو المعروف فى المذهب فى أبواب الغصب و غيرها لأنه إذا استوى شخصان فى إثبات اليد عدوانا و فى العلم بذلك و انفرد أحدهما بوقوع التلف فى يده كان قرار الضمان عليه و استجوده فى المسالك و على هذا لا يبقى مجال للإشكال و وجه الإشكال على ما ذكره الشهيد و المحقق الثانى ينشأ من أن المسلم مضيع بتسليمه و المتسلم حافظ فقد عمل بمقتضى الاستئمان فيكون قرار الضمان على المسلم و ضعفه فى (جامع المقاصد) بأنه لو تم لم يجر الرجوع عليه بشيء أصلا و ليس كذلك بل يده يد عدوان لأن الإذن لأحدهما فى وضع اليد إنما هو مع وضع يد الآخر و من أن يد مثبت اليد المتسلم يد عادية و الآخر مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦٢

[الثالث ليس لأحدهما و لا للحاكم نقله عن العدل الذى اتفقا عليه]

(الثالث) ليس لأحدهما و لا للحاكم نقله عن العدل الذى اتفقا عليه ما دام على العدالة و لم يحدث له عداوة و لو اتفقا على النقل (١) جاز فإن تغيرت حاله أوجب طالب النقل فإن اتفقا على غيره و إلا وضعه الحاكم عند ثقته و لو اختلفا فى التغير عمل الحاكم على ما يظهر بعد البحث و لو كان فى يد المرتهن فتغيرت حاله فى الثقة أو الحفظ نقله الحاكم إلى ثقته و لو مات العدل نقلاه إلى من يتفقا عليه فإن اختلفا نقله الحاكم و لو كان المرتهن اثنين فمات أحدهما ضم الحاكم إلى الآخر عدلا للحفظ

مفرد تارك للحفظ و متعدد بالتسليم إلى الثانى و اليد العادية أقوى فى الضمان من تارك الحفظ و هو أولى بالاستقرار مع التعارض فكان الأول أى مثبت اليد كالمباشر و الثانى أى المسلم كالسبب لأن الشارع ساواهما فى سببية الضمان مع المباشرة و السببية للإتلاف و الأول أقوى فيساوى الأقوى أى مباشر التلف مضافا إلى أن الضمان و إثبات اليد وجوديان و ترك «ظ» الحفظ عدمى و سببية الوجودى للوجودى أقوى و أولى من سببية العدمى للضمان و إلى أن اليد العادية سبب سببية التضمين بالتسليم مع كونها علة تامة فى التضمن فكانت أقوى و أولى فى التضمين من التسليم هذا ما ذكره فى الإيضاح فى هذا الوجه مع زيادة إيضاح و حاصل ما يعتد به منه أن المسلم مفرد و المتسلم متعدد و المتعدى أقوى (و فيه) أن كلا من التعدى و التفريط سبب مستقل فى الضمان و لكل منهما يد

على العين فإذا تلفت كان التلف مضمونا على كل منهما و المفروض أن التلف بآفة سماوية أو من أجنبى و أن الممسك لم يباشر التلف بنفسه و لم يحصل منه إلا الإمساك و هذا الوجه ذكره الشهيد و المحقق بعبارة أخرى غير عبارة الإيضاح و المراد واحد و قال الشهيد و ذكر بعض ثالثا و هو أن كل من ضمنه المالك فقرار الضمان عليه فلا يرجع على الآخر لما عرفت من اشتراكهما فى حصول سبب الضمان و قضية ذلك أن الإشكال فى كلام المصنف دائر بين تضمين المسلم أو تعيين الضمان عليه أو بين تضمين المتسلم كذلك و أن لا- خيار للمالك و قضية كلام الإيضاح أن الإشكال فى تضمين المتسلم خاصة و فى تخيير المالك لأن الوجه الأول الذى ذكرناه فى توجيه استقرار الضمان على المسلم لم يذكره فى الإيضاح و إنما ذكر مكانه فى وجه عدم استقراره أى الضمان على مثبت اليد على الكل بتسليم الآخر له ما يدل على الوجه الثالث الذى حكاه الشهيد الذى هو غير ما يظهر من العبارة قال فى (الإيضاح) إن الوديعة لا تستعقب الضمان للمودع لأن يد المستودع ليست عادية بالنسبة إليه و لا مضمونة له بغير العدوان كالغاصب من الغاصب فإنه أزال تمكينه من الدفع إلى المالك و المشتري العالم من الغاصب فإنه أثبت يده بعوض للغاصب فقد جعلها مضمونة له و يده مساوية ليده لأنها استتابة فى الحفظ فضمن تلفها كضمان تلف يده فلا يضمن مثبت اليد للدافع إليه مع تضمين الدافع و لا بالعكس و لأن كل واحد منهما سبب تام فى التفريط و الضمان من غير التفات إلى الآخر فإن المسلم بمجرد ترك حفظه يضمن سواء أثبت الآخر يده منفردة أو لا و إثبات الآخر يده منفردة سبب تام فى التضمن سواء فرض كون الآخر مسلما أو لا فلا يرجع أحدهما على الآخر فيستقر الضمان على من ضمنه المالك منهما

(قوله) (الثالث ليس لأحدهما و لا للحاكم نقله عن العدل الذى اتفقا عليه ما دام على العدالة ما لم يحدث له عداوة و لو اتفقا على النقل)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٤٣

[الرابع للعدل رده عليهما لا على أحدهما]

الرابع للعدل رده عليهما لا على أحدهما إلا باتفاق الآخر أو إلى من يتفقا عليه (١)

جاز إلى آخر الفرع يد العدل يد أمانه و هو متطوع بالحفظ فلو اتفقا على نقله من يده كان لهما ذلك لأن الحق لهما و إن اختلفا فيه فلا يجوز لأحدهما و لا للحاكم أن ينفرد بنقله و إخراجه من يده لأنهما رضيا بأمانته و نيابته عنهما اللهم إلا أن يخرج عن العدالة لأن الفاسق غير موثوق على ما فى يده كما نص على ذلك فى المبسوط و غيره و كذا إذا حدث له عداوة مع أحدهما إذا لا يؤمن أن يرتكب بعض الحيل المترتب عليها ضرر أحدهما و بمجرد حصول العداوة لا يخرج عن العدالة ما لم يفعل فعلا من مقتضيات العداوة يوجب الفسق فالظاهر أن المراد بالعداوة الدنيوية كما فى الحواشى و جامع المقاصد و ينقدح من هذا أنه من أول الأمر لا ينعقد الشرط مع العداوة و لا يسوغ للحاكم استئمان من كان عدوا لصاحب الإنابة «١» و من صرح بأنه إذا حدثت عداوة بينه و بين الراهن أو المرتهن أوجب طالب النقل الشيخ فى المبسوط و المصنف فى التحرير و التذكرة و الشهيد فى الدروس و غيرهما و كذلك الحال فيما إذا تغيرت حاله بمرض أو كبر أو نحو ذلك بحيث لا- يقدر على حفظه و كل موضع وجب نقله فإن اتفق الراهن و المرتهن على من ينقل إليه نقل لأن الحق لهما و إن اختلفا و دعا كل واحد إلى غير الذى يدعو إليه الآخر فإن الحاكم يجتهد فى ذلك و ينقله إلى ثقة أمين نص عليه فى المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس و إن اختلفا فى التغيير فادعى أحدهما أنه تغير حاله و أنكر الآخر ذلك نظر الحاكم فإن ثبت عنده تغير حاله نقل على النحو المذكور و إلا أقر فى يده كما فى المبسوط و التحرير و التذكرة و كذلك ينقله الحاكم إلى ثقة إذا كان فى يد المرتهن و تغيرت حاله و اختلف المرتهن و الراهن فكل يريد نقله إلى غير من أراده الآخر و أما مع

تراضيها على عدل فلا مدخل للحاكم و عبارة الكتاب هنا مطلقه و بالحكم المذكور صرح فى المبسوط و غيره و كذلك الحال فيما إذا مات العدل الذى فى يده الرهن فإنهما إن اتفقا على نقله إلى يد رجل عدلا كان أم فلا كلام و إن اختلفا نقله الحاكم إلى ثقة أمين و كذلك ينقله الحاكم إلى يد ثقة إن كان فى يد المرتهن و مات و صار الرهن فى يد وارثه أو وصيه و لم يرض الراهن بكونه فى يد أحدهما كما فى المبسوط و لو كان المرتهن اثنين و لم يأذن لكل منهما بالانفراد فمات أحدهما ضم الحاكم إلى الآخر عدلا للحفظ و عبارة الكتاب مطلقه فى المقام

(قوله) (الرابع للعدل رده عليهما لا على أحدهما إلا باتفاق الآخر أو إلى من يتفقان عليه)

العدل لما كان أمينا متطوعا لا يلزمه المقام على الحفظ فإذا أراد رده رده عليهما كما فى (المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس و الكفاية) فإن امتنعا أجبرهما الحاكم أو قبضه عنهما كما فى المبسوط و بعض ما ذكر و لا يجوز له الرد على أحدهما سواء كان قد امتنع الآخر أم لا فإن دفعه إلى أحدهما ضمنا كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و هو قضية كلام الباقي و يبقى الكلام فى تصوير ضمان الراهن إذا كان هو القابض و استظهر فى (مجمع البرهان) جواز تسليمه إلى الراهن و قال إن الاستصحاب يقتضيه و كونه مالكا و احتمال حمل عبارة الإرشاد حيث اقتضت عدم جواز تسليمه إلى أحدهما على ما إذا كانا قد شرطا ذلك فى الرهن و الاستصحاب لا مجال له مع الارتهان و تسليمه إلى الراهن تضييع لوثوق المرتهن أو لحقه إذ لا مهيح حينئذ للراهن على دفع الحق و قضية الارتهان أن يكون الرهن فى يد المرتهن فلو احتمل هذا احتمل أنه يكون له وجه (و أما) أن يسلمه إلى من يتفقان

(١) يحتمل أن يكون الصواب الأمانة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦٤

و يجب عليهما قبوله (١) و لو سلمه إلى الحاكم أو إلى أمين مع وجودهما و قبولهما للقبض من غير إذن ضمن (٢) فإن اختلفا عنه سلمه إلى الحاكم (٣) و لو كانا غائبين أو أحدهما لم يجوز له تسليمه إلى الحاكم و لا غيره من غير ضرورة (٤) فيضمن و مع الحاجة يسلمه إلى الحاكم أو إلى من يأذن له (٥)

عليه و لو كان المتفق عليه أحدهما فوجهه ظاهر أيضا

(قوله) (فيجب عليهما قبوله)

كما فى (التذكرة و التحرير) لأنه لا يلزمه المقام على ذلك فإن امتنعا أجبرا أو قبضه الحاكم أو نصب من يقبضه كما أشرنا إليه آنفا

(قوله) (و لو سلمه إلى الحاكم أو إلى أمين مع وجودهما و قبولهما للقبض من غير إذن ضمن)

إذا سلمه و الحال كذلك إلى الحاكم ضمن العدل و الحاكم كما فى (المبسوط و التذكرة و التحرير) و إن سلمه كذلك إلى الأمين ضمنا أيضا و الوجه فيهما واضح لأنه لا يجوز للعدل أن يدفع الرهن إلى غير المتراهنين مع حضورهما و إمكان الإيصال إليهما و لا يجوز للحاكم أن يقبضه حينئذ لأنه إنما ثبت له ولاية عليهما إذا امتنعا من قبضه و أما الأمين الذى قبضه فإنه قبضه بغير حق فلزمه الضمان و كان الأولى للمصنف أن يقول ضمنا و لو قال و لو سلمه إلى الحاكم أو إلى أمين يأذنه مع وجودهما إلى آخره لأغنى عن السطرين الذين فى أول الفرع الخامس بل الاستغناء على هذه الحال أيضا ظاهر

(قوله) (فإن اختلفا عنه سلمه إلى الحاكم)

كما فى (المبسوط و الشرائع و التذكرة و الدروس) و غيرها فينصب أمينا يقبضه منه لهما و المراد أنهما اختلفا عنه عمدا لئلا يتسلماته منه مع طلبه منهما تسليمه

(قوله) (و لو كانا غائبين أو أحدهما لم يجز تسليمه إلى الحاكم ولا إلى غيره من غير ضرورة)

كما في (المبسوط و الخلاف و الشرائع و التحرير و التذكرة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية) فيضمن حينئذ كما صرح في بعض هذه و لا يسلمه إلى الحاكم و الحاضر منهما حتى يكون الحاكم نائباً عن الغائب و الحاضر قابضاً عن نفسه و لا إلى الحاضر فقط كما هو واضح و ليس له قسمته و إعطاء الحاضر نصفه بخلاف ما لو أودع اثنان وديعة عند ثالث و غاب أحدهما و حضر و طالب فإن الحاكم يقسمها بينه و بين الغائب لأنهما مالكان و فيما نحن فيه الملك لأحدهما و للآخر حق الوثيقة و ذلك لا يمكن قسمته فاختلفا و حينئذ فيجب على العدل الصبر إلى أن يحضر أو يحضر الغائب إذ المفروض حصول الغيبة اتفاقاً فلم يحصل تقصير و المراد بالضرورة العذر العرفي كسفر عزم عليه و نحوه كما صرح به جماعة (و قد يقال) إن الحاكم ولي الغائب كما هو مقرر في أبواب الفقه فللعدل دفعه إليه مع غيبتهما و إن لم يكن له ضرورة كما أن له دفعه إلى مالكة كذلك (و يجاب) بأن ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مطلقاً بل هي منوطة بالحاجة و المصلحة فتقدر بقدرها و الشاهد على ذلك إطباقهم هنا على عدم جواز تسليمه إليه من غير عذر و في (المسالك) أن من القواعد المقررة في بابها أن الودعي ليس له دفع الوديعة إلى الحاكم مع إمكان المالك و لا مع غيبته إلا مع الضرورة و ما نحن فيه من أفراد تلك و لو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع إليه في الموضعين فليتأمل في المقام (قوله) (و مع الحاجة يسلمه إلى الحاكم أو إلى من يأذن له)

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 ٥، ص: ١٦٤

كما في (المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و مجمع البرهان) و غيرها و الحكم لا ريب و لا خلاف فيه هذا فيما إذا كانا غائبين كما هو المفروض و كذلك لو كان أحدهما حاضراً و امتنع و إلا سلمه إليه و إلى الحاكم لأنه نائب الغائب لمكان الضرورة كما هو المفروض

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦٥

فإن سلمه إلى الثقة من غير إذن الحاكم ضمن (١) و لو تعذر الحاكم و افتقر إلى الإيداع أودع من ثقة و لا ضمان (٢)

[الخامس لو لم يمتنعا من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن]

(الخامس) لو لم يمتنعا من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن و لو أذن له الحاكم ضمن أيضاً لانتفاء ولايته عن غير الممتنع و يضمن القبض (٣) أيضاً و لو امتنعا لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجة و تعذر الحاكم فإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن و الفرق أن العدل يقبض لهما و الآخر يقبض لنفسه (٤)

[السادس لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك]

(السادس) لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك (٥) و للراهن فسخ الوكالة إلا أن تكون شرطاً في عقد الرهن و ليس للمرتهن عزله (٦)

(قوله) (فإن سلمه إلى الثقة من غير إذن الحاكم ضمن)

أى مع الحاجة والقدرة على الحاكم كما جزم به فى الإرشاد وقربه فى التذكرة لأن الحاكم ولى الغائب وقال فى (المبسوط) قيل فيه وجهان أحدهما يضمن والآخر لا يضمن

(قوله) (ولو تعذر الحاكم وافتقر إلى الإيداع أودع من ثقة ولا ضمان)

كما فى المبسوط والتحرير والتذكرة وفى (الدروس والمسالك) يودعه من الثقة ويشهد عليه عدلين واحتمل فى مجمع البرهان دونه وإعلام الثقة بذلك ولو أودعه من غير ثقة ضمن

(قوله) (لو لم يمتنع من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن ولو أذن له الحاكم ضمن أيضا لانتفاء ولايته عن غير الممتنع و يضمن القابض)

إن رجع ضمير ضمن الثانية إلى الحاكم فلا بد من تقييده مع التعمد وإلا فهو من خطأ الحكام وإن رجع إلى الدافع لأن تسليمه حينئذ عدوان فحكمه أن له الرجوع على الحاكم إن تعمد لأنه اغتر بإذنه وإن رجع إلى القابض كما هو أحد الاحتمالين فى ضمن الأولى أغنى عن قوله و يضمن القابض ولو قال فيهما ضمنا فكذلك ووجه ضمان القابض أن يده عاديه ولا أثر لعدم علمه بالحال لكن مع الجهل يرجع على من غيره ولو امتنع لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم تقدم «١» لمثله فيما لو غابا وقضيته أنه يضمن الدفع إلى العدل إذا امتنع مع تعذر الحاكم وعدم الحاجة وفيه تأمل قال فى (التذكرة) و لو امتنع من القبض و ليس هناك حاكم فتركه عند ثقة جاز و لم يتعرض للحاجة و عدمها

(قوله) (فإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن والفرق أن العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه)

ومثل ذلك قال فى (التذكرة) ومعناه أن العدل الأجنبى لما لم يكن له فى العين حق فهو لا يقبض إلا لهما لعدم ظهور ما يقتضى خلافه و أما أحدهما فإن شأنه أن يقبض لنفسه وهذا ظاهر حاله باعتبار أن له فى العين حقا فلا يجوز تمكينه حينئذ منها نظرا إلى هذا الظاهر و قبضه لهما مرجعه إلى قصده وهو أمر خفى فلا يصح أن يقال إنه لو قبض لنفسه وللآخر وجب التسليم إليه وذلك كله مع الحاجة وتعذر الحاكم

(قوله) (لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك)

قد تقدم أنهما إذا شرطا أن يبيعه العدل عند الحلول صح الشرط وكان ذلك توكيلا فى البيع منجزا و ليس شرطا فى الوكالة وإنما الشرط فى التصرف كما نص عليه فى التذكرة والتحرير و حواشى الكتاب و نبه عليه فى المبسوط فاندفع ما أورد من أن الوكالة شرطها التنجيز فلو أمر الراهن العدل بالبيع عند الحلول كان له ذلك كما فى (التذكرة) لكن صرح الأصحاب كما فى جامع المقاصد أنه لا بد لجواز البيع من إذن المرتهن و ستمتع ذلك

(قوله) (و للراهن فسخ الوكالة إلا أن تكون شرطا فى عقد الرهن و ليس للمرتهن عزله)

قد نص على ذلك كله فى المقام فى (المبسوط والخلاف و الدروس)

(١) يحتمل أن يكون و تقدم، أو كما تقدم «ظ».

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦٦

لأن العدل وكيل للراهن لكن ليس له البيع إلا بإذنه (١) و لو لم يعزلاه لم يبيع عند الحلول إلا بتجديد إذن المرتهن (٢) لأن البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه و لا يفتقر إلى تجديد إذن الراهن (٣) و لو أئلف الرهن أجنبى فعليه القيمة تكون رهنا فى يد العدل (٤)

و اقتصر في التذكرة و التحرير على نسبة ذلك إلى الشيخ و صرح في (الوسيلة) بالحكم الأول المتعلق بالرهن و لم يتعرض للمرتهن و في (جامع الشرائع) فإن عزله الراهن انعزل و يحمل على ما إذا لم يكن مشروطا في لازم و قد استوفينا الكلام في ذلك في أواخر الفصل الثالث عند شرح قوله و ليس للراهن فسخ الوكالة و معنى قولهم أن ليس للراهن فسخ الوكالة أنه ليس له أن يوكل غيره أو يتولاه بنفسه إذ من المعلوم أن له أن يفسخ الوكالة و يدفع الحق من غير الرهن و كذلك الحال في المرتهن فمعنى قولهم أن ليس له عزله أنه ليس له ذلك و تولى البيع بنفسه أو غيره و ليس معناه أنه ليس له أن يبرئ الراهن و يفسخ الوكالة كما هو ظاهر (قوله) (لكن ليس له البيع إلا بإذنه)

معناه أن للمرتهن عزله عن البيع كما عبر عن ذلك بذلك في (التذكرة و التحرير و الدروس) فكأنه قال ليس له عزله عن الوكالة و له عزله عن البيع لأن البيع إنما يستحق بمطالبتة فإذا لم يطالب و منع منه لم يجز كما ذكر ذلك كله في التذكرة و قال في (الدروس) للمرتهن عزله عن البيع لأن البيع لحقه و لهذا يفتقر إلى إذنه عند حلول الأجل انتهى و بهذا التوجيه يندفع التكرار و المسامحة عن قوله و لو لم يعزله إلى آخره و الوجه في عدم جواز البيع عند الحلول و عدمه إلا بإذنه ما ذكره من تعلق حقه بالعين فلا يسوغ التصرف فيها على وجه يفرض إلى إبطال التوثق و لأن البيع لحقه فيتوقف على إذنه ليعلم أنه مطالب أو مهمل أو مبرئ و سيأتي ما فيه و تظهر الفائدة في أنه و كيل الراهن و أن ليس للمرتهن عزله بل له منعه لحقه فيما لو وكله الراهن في البيع و لم يقيده بكونه لأداء دين الرهن ثم حصل الافتكاك فإن الوكالة تبقى

(قوله) (و لو لم يعزله لم يبيع عند الحلول إلا بتجديد إذن المرتهن)

كما في (المبسوط و الخلاف و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس) و في (جامع المقاصد) ذكر ذلك الشيخ و تبعه الجماعة و قد سمعت أنه نسبه آنفا إلى صريح الأصحاب و المصرح به من عرفت و لا يخفى أن ما ذكره من التعليل بأن البيع لحقه ضعيف فإن الغرض توفية حقه ثم إن كونه لحقه لا يستلزم تجديد الإذن استصحابا لما كان كما في الراهن و الفرق غير ظاهر قولكم لا بد من مراجعة المرتهن ليعلم أنه مطالب أو مهمل أو مبرئ جار مثله في الرهن بأن يقال لا بد من مراجعته لأنه قد يكون له غرض في بقاء الرهن و يريد قضاء الحق من غيره و إبقاء الرهن لنفسه (فإن قلت) إذنه السابقة قضت بعدم ذلك فلا يحتاج إلى تجديد إذن عملا بالاستصحاب (قلنا) ذلك يجري في المرتهن كما أشرنا إليه أولا نعم يمكن الفرق بأنه لو اعتبر إذن الراهن لأدى إلى أنه لا يباع الرهن أصلا إن امتنع من الإذن أبدا و لعل هذا هو الأصل في الباب و بما سمعته آنفا يظهر لك أن لا تكرار و لا مسامحة في قوله و لو لم يعزله إلى آخره و قال في (جامع المقاصد) في إسناد النفي إليهما توسع بين فإن المرتهن ليس له عزله كما علم عن قريب انتهى (قوله) (و لم يفتقر إلى تجديد إذن الراهن)

كما صرح به في (المبسوط و الخلاف و التحرير و الدروس) و اقتصر في التذكرة على نسبته إلى الشيخ و قد عرفت الوجه فيه آنفا

(قوله) (و لو أئلف الرهن أجنبي فعليه القيمة تكون رهنا في يد العدل)

كما صرح به في (المبسوط و الجامع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد) لأن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦٧

و له المطالبة بها و هل له بيعها بالإذن في بيع الأصل الأقرب المنع (١)

[السابع لو عينا ثمنا لم يجز له التعدي]

(السابع) لو عينا ثمنا لم يجز له التعدي (٢) فإن اختلفا لم يلتفت إليهما إذ للراهن حق ملكية الثمن و للمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر

الحاكم بنقد البلد (٣) وافق الحق أو قول أحدهما أو لا (٤) فإن تعدد فبالأغلب فإن تساويا فبمساوى الحق (٥)

القيمة بدل العين وقائمة مقامها فى الرهن هذا الذى ذكره فى الرهن المشروط وضعه على يد عدل وإلا فقد نص فى الغنية و السرائر و الشرائع و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها أنه لو أتلّف الرهن متلف ألزم قيمته تكون رهنا من دون تقييد بكونه مشروطا وضعه على يد عدل و فى (المسالك) أنه لا- فرق فى المتلف بين كونه الراهن أم المرتهن أم الأ-جنبى و حاصله أن إتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلا أو قيمة كان العوض رهنا

(قوله) (و له المطالبة بها و هل له بيعها بالإذن فى بيع الأصل الأقرب المنع)

أما أن له المطالبة بها فلأنه أمين فى حفظها و ذلك حق له و سلطنة و أما أنه يمنع من بيعها بالإذن فى بيع العين و أنه لا بد من تجديدها فهو خيرة المبسوط و التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و بمثل ذلك صرح فى الشرائع و الدروس و المسالك و الكفاية فى غير المقام قال فى (الشرائع) لو أتلّف الرهن متلف ألزم قيمته و تكون رهنا و لو «١» أتلّف المرتهن لكن لو كان وكيلا فى الأصل لم يكن وكيلا- فى القيمة لأن العقد لم يتناولها و مثله قال غيره و معنى قوله إن العقد لم يتناولها أن الوكالة فى البيع إنما كانت فى العين و قد ذهبت و لم تتعلق بالقيمة و لا دليل على تعلقها بها و هذا وجه القرب فى كلام المصنف و وجه العدم أنه يحتمل أن له ذلك كما ثبت له الاستئمان فى القيمة كما كان فى الأصل فلا فرق بين الرهن و الوكالة مع اشتراكهما فى التعلق ابتداء بالعين (و فيه) أن الغرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفى الحق من قيمتها فالقيمة لا تخرج عن غرض الرهن و الاستئمان محض نفع إذ هو حفظ العين و صيانتها فلا- يحتاج إلى مزيد احتياط بخلاف الوكالة فإنها منوطه بما عينه المالك و الأغراض تختلف كثيرا فى حفظ الأموال و بيعها باختلاف الأشخاص فربما استأمنه على متاعه و لا يستأمنه على قيمته و ربما كان عارفا ببيع متاع بحيث لا يغبن فيه و ليس عارفا ببيع غيره و الحاصل أن البيع بمعرض حصول الضرر فلا يكتفى فيه بالسبب الضعيف

(قوله) (لو عينا ثمنا لم يجز له التعدى)

عن القدر و الجنس كما فى (المبسوط و التذكرة و التحرير) لأن الحق لهما لا شىء للعدل هذا فى جانب النقيصة كما أشار إليه فى التذكرة و يأتي فى الوكالة بلطف الله و بركة آل الله صلوات الله عليهم (أجمعين) أنه يجوز البيع بزيادة عما قال الموكل لكن ذلك حيث لا يمنع من الزيادة و لقد تكرر هذا الحكم فى كلامه لأنه سيأتى له فى التاسع لو عينا له قدرا لم يجز بيعه بأقل و الأمر سهل (قوله) (فإن اختلفا لم يلتفت إليهما إذ للراهن حق ملكية الثمن و للمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد)

كما فى (المبسوط و التذكرة) و كذا التحرير و الدروس لأنهما قيل فيهما بيع بنقد البلد لأن الحظ فى البيع يكون بنقد البلد و معنى اختلافهما أن يقول أحدهما بع بدراهم و يقول الآخر بدنانير و أنهما لا بد لهما من بيعه

(قوله) (وافق الحق أو قول أحدهما أو لا)

أى سواء وافق نقد البلد الدين أم لا و سواء وافق قول أحدهما أم لا كما نص عليه فى التذكرة و التحرير و الدروس و هو قضية كلام المبسوط

(قوله) (فإن تعدد فبالأغلب فإن تساويا فبمساوى الحق)

يعنى إذا تعدد نقد البلد حيث

(١) لو وصليّة.

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦٨

و إن باينهما عين له الحاكم (١) و لو باعه نسيئة لم يصح إلا بإذن (٢)

[الثامن كل موضع يحكم فيه بطلان البيع يجب رد المبيع]

(الثامن) كل موضع يحكم فيه بطلان البيع يجب رد المبيع (٣) فإن تلف تخير المرتهن فى الرجوع على من شاء من العدل و المشتري بالأقل من الدين و القيمة لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه (٤) لا رهنا فإن فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل و المشتري و لو استوفى المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على من شاء و متى ضمن العدل رجع به على المشتري و لا يرجع المشتري عليه لو ضمن (٥)

[التاسع لو عينا له قدرا لم يجز بيعه بأقل]

(التاسع) لو عينا له قدرا لم يجز بيعه (٦) بأقل و لو أطلقا باع بثمن المثل (٧)

عينه الحاكم يبيع بالأكثر استعمالا و ما ذكره المصنف خيرة الدروس و فى (المبسوط و التحرير) إن تعدد فبالأغلب فإن تساويا فأوفرهما حظا فإن تساوى فبمساوى الحق و فى (التذكرة) فإن تعدد باع بأعلاهما فإن كانا متساويين باع بأوفرهما حظا فإن تساويا باع بجنس الحق

(قوله) (فإن باينهما عين له الحاكم)

أى إن باين الحق النقدين و فى (المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس) أنه إن باينهما يباع بما هو أسهل صرفا إلى جنس الحق فإن تساويا عين له الحاكم بما يراه صلاحا

(قوله) (و لو باعه نسيئة لم يصح إلا بالإذن)

فإن أجاز صح و إلا بطل

(قوله) (كل موضع يحكم فيه بطلان البيع يجب رد المبيع)

كما إذا باع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بما لا يتغابن به و الحكم مما لا ريب فيه

(قوله) (فإن تلف تخير المرتهن فى الرجوع على من شاء من العدل و المشتري)

ذكر فى (المبسوط و التذكرة و التحرير) فى المسألة أن الراهن يتخير فيما ذكر و لم يتعرض فى الثلاثة للمرتهن و لعل ما فى الكتاب أولى لأنه قد تقدم أن ليس للراهن و المرتهن أن يطلب الرهن من العدل إلا مع اتفاقهما و أن العدل لو سلم إلى أحدهما من دون إذن الآخر كان ضامنا لكن المرتهن لما كان يقبض قيمته ليستوفى منها حقه لا على سبيل الارتهان لأن الفرض أن البيع لوفاء دينه و الغالب فيه أن يكون بعد الحلول صح له مطالبته من شاء و لا كذلك الراهن و الوجه فى ضمان العدل مع أنه أمين أنه غير مأذون فى البيع الفاسد لعدم تناول الوكالة له بل إنما تناول العقد الصحيح و التسليم به

(قوله) (بالأقل من الدين و القيمة لأنه يقبض الرهن مستوفيا لحقه)

الجار متعلق بالرجوع و قد عرفت الوجه فيما ذكر مما مر و قد حكم بجواز رجوعه على العدل بجميع القيمة إذا كانت مساوية للدين أو أقل إذا اختار الرجوع عليه أى على العدل مع أنه يحتمل فيما إذا باع بدون ثمن المثل مما لا يتغابن بمثله تعين الرجوع على العدل بما نقص من (عن خ ل) ثمن المثل كذلك لأن ذلك هو القدر الذى فرط فيه فيرجع على المشتري بالباقي و لعله إنما اختار ذلك لأنه أخرج من يده على وجه لم يجز له فضمن جميع القيمة كما لو أتلف

(قوله) (فإن فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع على من شاء من العدل و المشتري و متى ضمن العدل رجع به على المشتري و

لا يرجع المشتري عليه لو ضمن)

لأن تلف المبيع لما كان بيد المشتري كان قرار الضمان عليه و يجب أن يقرأ ضمن فى الموضوعين مشددا مبينا للمفعول (للمجهول خ ل)

(قوله) (لو عينا له قدرا لم يجز بيعه)

قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (و لو أطلقا باع بثمن المثل)

أى حالا بنقد البلد كما فى (المبسوط و الخلاف و جامع الشرائع و التحرير و التذكرة)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٦٩

أو بزيادة خاصة (١) و لو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع و ضمن (٢) و لو كان مما يتغابن به صح و لا ضمان (٣)

[العاشر لو تلف الثمن فى يده من غير تفريط]

(العاشر) لو تلف الثمن فى يده من غير تفريط فلا ضمان (٤) و الأقرب أنه من ضمان الراهن لأنه و كيله (٥) و يحتمل المرتهن لأن البيع لأجله (٦) و يقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف (٧) و لو ادعى قبضه من المشتري و خالفاه احتمل المساواة لأنه أمين فيبرأ بيمينه دون المشتري و تقديم قولهما لأنهما منكران (٨)

(قوله) (أو بزيادة خاصة)

خلافاً لأبى حنيفة فإنه جوز أن يبيعه و لو بدرهم واحد للإطلاق (و فيه) أنه محمول على المعتاد المتعارف بين الناس و هو هنا مقيد بما قاله أصحابنا

(قوله) (و لو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل و ضمن)

كما فى المبسوط و التذكرة

(قوله) (و لو كان مما يتغابن به صح و لا ضمان)

كما فى (المبسوط و التذكرة و التحرير) لأن هذا القدر لا يمكن الاحتراز عنه و هو يقع لأهل الخبرة و البصيرة و المرجع فى ذلك إلى أهل الخبرة لكن ذلك إن لم يدفع إليه زيادة قبل تمام العقد و إلا فلا يصح و هل يجرى هذا المجرى ما إذا دفعت له فى زمن الخيار فالشيخ فى المبسوط على أنه يجوز له قبول الزيادة و فسخ العقد فإن لم يقبل لم يفسخ العقد لأنه قد صح و هذه الزيادة مضمونة فلا يفسخ العقد و فى (التحرير) لو كان فى مدة الخيار فالوجه عدم الفسخ (قلت) و يحتمل تعيين الفسخ لأنه مأمور بالاحتياط و حالة الخيار كحالة العقد و قال المصنف فى باب الوكالة فى وجوب الفسخ إشكال فليتأمل

(قوله) (لو تلف الثمن فى يده من غير تفريط فلا ضمان)

إجماعاً كما فى التذكرة

(قوله) (و الأقرب أنه من ضمان الراهن لأنه و كيله)

كما فى الخلاف و التحرير و التذكرة لأنه و كيله فى البيع و الثمن ملكه و هو أمين له فى قبضه فإذا تلف كان من ضمانه كسائر الأمان

(قوله) (و يحتمل المرتهن لأن البيع لأجله)

أى و يحتمل كونه من ضمان المرتهن كما هو خيرة مالك و أبى حنيفة و استند مالك إلى أن البيع حق للمرتهن فهو بائع لحقه فالثمن

يكون للمرتهن و يبرأ الراهن و أما أبو حنيفة فبناه على أصله من أن الرهن مضمون على المرتهن و الثمن بدله فيكون مضمونا و لم يوافقهم أحد منا فيما أجد و يرد على مالك أن حق المرتهن إنما تعلق باستيفاء الثمن و لا يلزم من كونه و كيلا له فى حفظ الرهن أن يكون و كيلا له فى حفظ الثمن و أنه روى عنه صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال الرهن من رهنه و معناه من ضمان رهنه و أنه قال صلى الله عليه و آله و سلم الذى رهنه له غنمه و عليه غرمه يعنى ضمانه و قد ثبت الدين فى ذمة الراهن و لا- دليل على براءة ذمته بهلاك ثمن الرهن و أصل أبى حنيفة فاسد فما ظنك فيما بناه عليه

(قوله) (و يقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف)

و لا- يكلف إقامة البينة كما فى (المبسوط و التذكرة و التحرير) لأننا إن كلفناه البينة شق و ربما أدى إلى أن لا- يدخل الناس فى الأمانات و فى ذلك إضرار كثير

(قوله) (و لو ادعى قبضه من المشتري و خالفه احتمال المساواة لأنه أمين فيبرأ بيمينه دون المشتري و يحتمل تقديم قولهما لأنهما منكران)

أطال المحقق الثانى فى بيان المسألة و توجيه العبارة و مناقشتها قال أى لو ادعى قبض الثمن من المشتري و تلفه بغير تفريط و إن لم يذكر فى العبارة لأن ما قبله يدل على إرادته و خالفه أى الراهن و المرتهن احتمال المساواة للمسألة السابقة فى قبول قوله مع يمينه نظرا إلى كونه أمينا فلا يختلف الحال فى دعوى التلف بين كون القبض معلوما أو لا و إذا برئ العدل بيمينه لما قلناه لم يلزم براءة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧٠

.....

المشتري من الدعوى لأن يمين العدل إنما هى لدفع الغرم عن نفسه بمقتضى إقراره بالقبض لا لدفع الدعوى عن المشتري و لا يلزم من إقراره بالقبض تحققه لإمكان كونه كاذبا فتبقى الدعوى على المشتري بحالها و لأن يمين شخص عن الدعوى المتعلقة به لا تسقط الدعوى عن غيره و يحتمل تقديم قولهما أى الراهن و المرتهن لأنهما منكران و فى هذا الاحتمال مناقشة لأن تقديم قولهما إن كان بالنسبة إلى تضمين العدل فليس بظاهر لأن العدل أمين و قوله فى التلف مصدق و أما قوله بالقبض فإن كان مصدقا فلا بحث فى تصديقه فى التلف بيمينه و إن لم يكن مصدقا فلا حاجة إلى يمينه للتلف و اليمين منحصر فى جانبها مع عدم البينة فيكون الغرم على المشتري هذا بالنسبة إلى العدل و أما بالنسبة إلى المشتري فقد ذكر أنه على تقدير تصديق العدل فى ذلك بيمينه لا يبرأ بذلك و لا يصدق باليمين فالحال بالنسبة إليه منحصر فى عدم قبول قوله بيمينه و إنما المصدق باليمين قولهما فلا معنى لهذا الاحتمال و يحتمل أن يكون الاحتمال الأول منزلا على أن تصديق العدل فى دعوى القبض و التلف بيمينه موجبا لبراءته و براءة المشتري لاستلزامه ذلك بخلاف المشتري لو ادعى ذلك فإنه لا يصدق باليمين إلا أن هذا مستبعد من وجهين (الأول) بعده عن العبارة (و الثانى) أن الحكم بحسب الواقع لا يطابق ذلك لأن إقرار العدل بالقبض لا يوجب القطع بوقوعه لتدفع الدعوى عن المشتري و ربما حصلت التهمة عند الراهن و المرتهن فى صدق العدل و المشتري فى وقوع القبض فلا تسقط الدعوى عنه و أيضا فإن يمين العدل إنما هى لحصول التلف لأن القبض يكفى فيه إقراره فلا- يحتاج إلى اليمين لأجله بالنسبة إليه لأنه بدون إقراره بالقبض لا يتوجه عليه طلب الثمن ليدفعه عن نفسه بدعوى التلف و اليمين عليه فلا وجه حينئذ للتردد فى قبول قوله فى ذلك بيمينه و الإتيان بالحكم احتمالا و بالجملة فالعبارة لا تخلو من شىء انتهى كلامه فقد تضمن كلامه تقدير التلف و أنه حصل فى يد العدل و ظاهر كلامه أولا و صريحه أخيرا حيث قال إن القبض يكفى فيه إقراره إلى آخره و لا- أقل من الظهور أن القبض مسلم عند الراهن و المرتهن و فى ذلك ما ستعرفه من الفساد و الخروج عن الظاهر و الشهيد فى حواشيه حمل العبارة على ما إذا كان سلمه المبيع قبل قبض الثمن من دون إذنهما قال عميد الدين هذا هو المقصود من كلام المصنف لأن الدعوى على المشتري و على الوكيل انتهى كلامهما و لعلهما أرادا أن العدل لو باع و

لم يدفع الثمن إليهما لأنه أمانة فى يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمه بتأخيره إلا مع الطلب أو لأمر عاقه عن ذلك كما إذا كانا فى بلد أخرى ثم اتفق أنهما شاهدها والمشتري فى مكان كان الثمن محفوظا فى غيره فقالا له بعت وسلمت ولم تقبض الثمن وإلا لدفعته أو أرسلته إلينا فخذها من المشتري وادفعه لنا فقال قبضته وجعلته فى حرز فى البيت أو المكان الفلانى فيحتمل تقديم قولهما مع يمينهما عملا بالأصل وظاهر الحال وإن لم يكن بتلك المكانة من الظهور ولا سيما إذا كانت وكالة العدل بجعل فيجب عليه دفع الثمن إليهما ويحتمل تقديم قوله مع يمينه كما لو ادعى التلف مع العلم بالقبض لأنه أمين فيبرأ من وجوب التحصيل والدفع فقد ظهر فى هذا الفرض أن القبض لا يكفى فيه إقراره ولا حاجة إلى تقدير التلف والسيد العميد والشهيد أدري بمراد المصنف لأنه منه أخذ وعليه تلمذ (تلمذ ل) وإن أبيت إلا تقدير التلف وأن القبض يكفى فيه إقراره قلنا إنا ندعى أن معنى العبارة أن العدل لو ادعى قبض الثمن وإبقاءه عنده أمانة لأنه وكيل فى حفظه وقد اعتقد أن إبقاءه عنده أحفظ حتى تلف وأنكر الراهن والمرتهن ذلك وقالوا لم تقبضه فيحتمل تقديم قولهما عملا بالأصل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧١

[الحادى عشر لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن]

(الحادى عشر) لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل إن علم المشتري بوكالته فإن علم بعد تلف الثمن فى يده رجع على الراهن ولو علم بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري عليه لا على العدل (١)

والظاهر كما هو ظاهر ويحتمل تقديم قوله لأنه أمين كما لو تحقق قبضه وادعى التلف فى يده فيبرأ بيمينه وتبقى الدعوى على المشتري بحالها فيقدم قولهما على قوله ولا يلزم من براءة العدل براءته على هذا الفرض لكنه لا معنى حينئذ لإحلافه على عدم القبض إلا ليطالب لهما المشتري حيث لا يعلم أنه لهما وعلى ما فهمه المحقق المذكور من أن العدل ادعى التلف فى يده فربما يتجه القول ببراءة المشتري أيضا بل ربما يقال إنه لا يتجه لهما عليه دعوى إذ ظاهره أنه فهم أنهما إنما خالفاه فى دعوى التلف أى أنكرا التلف مصدقين بالقبض كما أشرنا إليه آنفا فلا مجال لاحتمال توجه دعواهما على المشتري إذ لا أصل ولا ظاهر يؤيد دعواهما كما كان فى فرضنا وفى (الإيضاح) أن احتمال المساواة هو الحق ونقل فى الحواشى المنسوبة إلى الشهيد عن المصنف أنه قال عدم قبول قول الوكيل مطلقا إلا بالبينة والأصحاب قالوا كذلك إن كان بجعل وإلا قبل والأقرب تقديم قولهما انتهى

(قوله) (لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا على العدل إن علم المشتري بوكالته فإن علم بعد تلف الثمن فى يده رجع على الراهن ولو علم بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري عليه لا على العدل)

إذا خرج الرهن مستحقا بعد دفع المشتري الثمن فإما أن يكون الثمن باقيا فى يد العدل أو تالفا أو يد الراهن والمرتهن كذلك «١» و على الحالات الست إما أن يكون علم بوكالته حالة العقد أو حالة القبض أو حالة التلف أو الرجوع أو لم يعلم أصلا فالصور عديدة (و الضابط) أنه إذا كان عين ماله باقيا رجع على من هو فى يده عدلا كان أو غيره علم بالوكالة أو لم يعلم بإطلاق المصنف بكون العهدة على الراهن غير جيد إلا- أن تقول إن الفرض فى صورة التلف ولا- يدفعه معنى العهدة (قال) الشهيد فى باب الضمان فى حواشى الكتاب العهدة اسم للوثيقة ثم نقل إلى الثمن انتهى ولكن العبارة تشتمل حينئذ على تطويل وتكرار بلا فائدة كما ستعرف والمسألة فى المبسوط والخلاف والتذكرة مفروضة فى صورة التلف وفى (التحرير) وغيره ليس إلا الإطلاق وأما إذا تلف فى يد العدل فإن كان علم بوكالته حالة العقد أو حالة القبض أو حالة التلف فالعهدة على الراهن كما هو ظاهر إطلاق المصنف وتقييد العبارة بحالة العقد كما صنع المحقق الثانى لعله لم يصب محزه وكذلك الحال ما إذا تلف فى يد الراهن ويأتى بيان الحال لو تلف فى يد

المرتتهن و إن لم يعلم أصلا كان له الرجوع على العدل بقيت عين الثمن أو تلفت و أما قوله فإن علم فقد ضبطه المحقق المذكور بالبناء للمجهول و المعنى فإن علم الاستحقاق و استند فى ذلك إلى توهم احتمال عود الضمير إلى المشتري فيفسد المعنى لأن العلم المؤثر من المشتري بكون العدل و كيلا إنما هو حالة البيع لا بعده و أنت خيرر بأنه لا حاجة إلى ذلك بل هو البناء للفاعل على الأصل فيكون التقدير فإن علم المشتري بالاستحقاق و أما احتمال عوده أى الضمير إلى المشتري و أن المفعول هو قوله بوكالته حتى يصير التقدير و إن علم المشتري بوكالته بعد التلف كما تنحى عنه المحقق المذكور فمدفوع بقوله قبله إن علم المشتري بوكالته من غير تقييد

(١) أى تالفا أو باقيا (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧٢

و لو رده بعيب رجح على الراهن خاصة لأن العدل و كيل و المرتتهن قبض بحق (١)

بحالة العقد و غيرها و المحقق المشار إليه لما قيده بحالة العقد التزم بما التزم على أن قوله إن العلم المؤثر من المشتري إلى آخره غير سديد لما عرفت و ستعرف من أنه لا فرق بين علمه حال البيع و غيرها ثم إن قول المصنف فإن علم إلى قوله و لو علم سواء قلنا إن الضمير المضاف إليه فى يده راجع إلى الرهن أو العدل مستغنى عنه بقوله فالعهدة على الراهن لأن معناه سواء تلف فى يده أو فى يد العدل إذ المفروض أنه تلف كما تقدم و إن قلت أراد الإيضاح (قلنا) كان له أن يقول فالعهدة على الراهن سواء تلف الثمن فى يده أو يد العدل إن علم بوكالته و يستغنى عن ذلك كله مع كمال الإيضاح و الأمر سهل لأنه فى عبارة (و كيف كان) فالذى صرح فيه بأن العهدة على الراهن لا العدل فيما إذا خرج الرهن مستحقا إن علم المشتري بوكالته العدل المبسوط و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و نحو ذلك ما فى جامع الشرائع و الدروس و المسالك و فى (الدروس) إلا أن يعلم العدل بالاستحقاق و هو فى محله و فى الثلاثة الأول و كذا كل و كيل باع مال غيره قال فى (المبسوط) فإن المشتري يرجع على الموكل و لا يرجع على الوكيل و ليس عليه ضمان و المخالف الشيخ فى الخلاف فإنه قال يرجع على الوكيل و الوكيل يرجع على الموكل الراهن و به قال أبو حنيفة و جماعة منهم فرضوا ذلك فى صورة تلف الثمن و آخرون أطلقوا و ظاهرهم بقاؤه كما عرفته آنفا و الوجه فيما ذكر فى المبسوط و غيره أنه لم يبايعه إلا على أنه نائب عن الغير فكان العقد فى الحقيقة عن الراهن و إقباض الثمن له و العدل ليس له فى القبض اعتبار و لا يرد أن تضمينه فيما لو ظهر البيع فاسدا و تلف المبيع فى يد المشتري يقتضى التضمين هنا لأننا نقول إنه هناك متعد بالتسليم إذ ليس مأذونا فيه و ليست يده يد نيابة عن الغير و هنا لا عدوان منه لأن يده يد نيابة و تسلمه بإذن المشتري لمالك المبيع (البيع خ ل) و إن كان المشتري إنما سلم الثمن ظنا منه أن البيع صحيح لأن هذا الظن لا يخل بكون التسليم بالإذن فى الجملة و لا يكون التسليم إنما هو للراهن فى الحقيقة و الوكيل وسيط فهو بمنزلة الناقد لو نقد الثمن و سلمه إلى البائع و مما صرح فيه بأنه يرجع على المرتتهن لو علم المشتري بالاستحقاق بعد دفع الثمن إلى المرتتهن الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان لأنه قبض ما لا يستحقه لكونه باقيا على ملك المشتري لفساد البيع و أما عدم الرجوع على العدل فقد ظهر وجهه فيما سبق و ليس رجوع المشتري على المرتتهن مقصورا عليه بالنسبة إلى الراهن بل له الرجوع على الراهن أيضا سواء تلف الثمن فى يد المرتتهن أم لا فالقصر بالنسبة إلى العدل كما صرح به المصنف هنا و أشار إليه فى التذكرة حيث قال إن للمشتري أن يرجع على الراهن

(قوله) (و لو رده بعيب رجح على الراهن خاصة لأن العدل و كيل و المرتتهن قبض بحق)

قد صرح برجوعه على الراهن دون المرتتهن فى (الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان) و كذلك الحال فى أرش النقص لو لم يفسخ كما فى الأخير و الفرق بين العيب و الاستحقاق أن العيب لا يبطل البيع و إنما يبطل بفسخ المشتري من

حين الفسخ و هو مسبوق بقبض المرتهن الثمن و تعلق حق الوثيقة به سواء كان قد أخذه من دينه أم أبقاه وثيقه بل تعلق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع لأنه وقت نقل الثمن إلى الراهن فلا يبطله الفسخ الطارى من المشتري بل يرجع المشتري على الراهن بعوض الثمن بخلاف ظهور استحقاق الرهن فإنه يبطل البيع من أصله فلا يدخل الثمن في ملك البائع و لا يصح قبض المرتهن له

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧٣

و لو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل و يرجع العدل على الراهن إن اعترف بالعيب (١) أو قامت به بينه (٢) فإن أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فإن نكل فحلف المشتري رجوع على العدل و لا يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم (٣)

(قوله) (و لو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل و يرجع العدل على الراهن إن اعترف بالعيب) كما في (التذكرة و التحرير) لكنه في التحرير لم يقيد عدم العلم بحالة البيع كالكتاب و التذكرة و ليس هو في الحقيقة قيدا بل جريا على الغالب كما عرفت آنفا و إلا لما تركه في الكتابين فيما سبق أعني فرض العلم و لقد ترك هذا القيد في التحرير في الموضوعين أى عند فرض العلم و عدمه و لو كان قيدا لاقتضى أنه لو لم يعلم حالة البيع لكن علم حالة الإقباض للثمن بكونه و كيلا استحق الرجوع عليه و فيه نظر ظاهر لأن الإقباض له لم يكن لنفسه فيكون مضمونا بل للموكل و هو الراهن فيكون اعتبار يده بالنسبة إليه ساقطا و هذا هو الذى أشرنا إليه آنفا في الرد على المحقق الثانى و قلنا هناك إن التقييد غير سديد و فى (جامع المقاصد) أنه فى التذكرة أطلق و لم يقيد بحالة البيع قال فإن كان العدل قد علم (أعلم خ ل) أنه و كيل الراهن فإن العهدة على الراهن و فى هذا الإطلاق أيضا شىء انتهى ما فى جامع المقاصد و أنت قد عرفت أنه فى التذكرة فرض المسألة المشار إليها فى صورة تلف الثمن فعلى هذا ليس فى هذا الإطلاق شىء أصلا ثم إن هذا الإطلاق إنما كان فيما سلف و هو صورة فرض العلم فذكره فى هذا المقام كأنه لم يصادف محزه و النافع له بيان حال كلام التذكرة فى هذا المقام و أنت قد عرفت أنه قيد فيها فى المقام قال فى (التذكرة) و إن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه و كيل كان للمشتري الرجوع عليه ثم إن ظاهر الكتاب و التحرير و التذكرة أو صريحها أن هذا من أقسام مسألة العيب لارتباط تمام كلامه بالعيب و اختصاصه به كما هو ظاهر لكل ناظر فلا ربط له بمسألة الاستحقاق حتى يقيد إطلاقه أولا بحالة البيع لمكان ذكره هنا و على تقدير عوده إلى الأول و مخالفة الظاهر أو إلى كل من المسألتين لأن كان الحكم فيهما فى ذلك واحدا فقد عرفت أن القيد هنا جار على الغالب و الضمير فى اعترف راجع إلى العدل فى عبارة الكتاب و التذكرة ليكون قوله فيهما فإن أنكر فيما يأتى معادلا له و يحتمل أن يعود إلى الراهن كما هو متعين فى عبارة التحرير لأنه قال و رجوع هو على الراهن إن أقر و لو أنكر فإن لم يكن مع العدل بينه حلف الراهن انتهى و يكون قول المصنف حينئذ فإن أنكر منفصلا عن هذا (إذا تقرر ذلك) فعد إلى الحكم و الوجه فيه أنه عدم علم المشتري بوكالة العدل يقتضى كون المعوضة باعتقاده جارية بينهما و أن الثمن المدفوع إليه مملوك له فيكون مضمونا عليه بمقتضى ذلك الاعتقاد و كذا كل و كيل باع مال غيره و لم يعلم المشتري و يجىء فى شرائه لغيره مثل ذلك

(قوله) (أو قامت به بينه)

هذا ذكره فى التذكرة و أهمله فى التحرير و كان الأولى ذكره

(قوله) (فإن أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فإن نكل فحلف المشتري رجوع على العدل و لا يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم) كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و الظاهر أن الضمير فى أنكر راجع إلى العدل كما عرفت آنفا و لا يجوز عوده إلى الراهن فإنه لا معنى لكون القول قول العدل بيمينه حينئذ و ليس صحيحا و المعنى على الأول فإن أنكر العدل العيب الذى ادعاه المشتري و الحال أنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧٤

(الثانى عشر) لو تلف العبد فى يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجح المالك على من شاء من الغاصب و العدل و المرتهن القابض و المشتري و يستقر الضمان على المشتري للتلف فى يده و لو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب (١)

لم يعلم بوكالته و لم تقم به بينة فالقول قوله بيمينه كما هو ظاهر فإن نكل العدل عن اليمين و قد أنكر العيب فحلف المشتري برد اليمين عليه رجح على العدل و لا- يرجح العدل على الراهن لأنه أنكر العيب و ذلك يقتضى بطلان دعوى المشتري و كونه ظالما فلا تسوغ له المطالبة بما أقر بكون المطالبة به ظلما و من ثم لا تسمع دعواه و لا بينته و لو أظهر تأويلا كأن قال أنكرت جريا على الظاهر من أن الأصل الصحة لم يبعد استحقاق المطالبة على تقدير الإثبات و قد سبق مثله فى بيع المغصوب فى أول كتاب التجارة و يبقى الكلام فيما إذا اعترف العدل بالعيب و أنكر الراهن و الظاهر تقديم قول الراهن مع يمينه كما جزم به فى التحرير كما سمعته آنفا (قوله) (لو تلف العبد فى يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجح المالك على من شاء من الغاصب و العدل و المرتهن القابض و المشتري و يستقر الضمان على المشتري للتلف فى يده و لو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب)

ذكر العبد فى فرض المسألة على طريق التمثيل إذ لا خصوصية للعبد و إذا تلف الرهن فى يد المشتري ثم ظهر مستحقا فلا يخلو إما أن يكون قبل أداء الثمن أو بعده و عليهما فإما أن يكون المشتري عالما أو جاهلا فإن ظهر بعد الأداء مع علم المشتري استقر الضمان عليه للمالك لمساواته لغيره فى العلم و انفراده بالتلف فى يده و منه يظهر حال المسألة الثانية إذ لا فرق فى صورة العلم فى استقرار الضمان على المشتري بين ظهور الاستحقاق قبل أداء الثمن أو بعده بالنسبة إلى المالك أو المشتري فلعلة (إذ خ ل) لا وجه يعتد به للتقييد به و هل له الرجوع بالثمن على من دفعه إليه احتمالات و أقوال الرجوع و عدمه و التفصيل بالبقاء و عدمه كما بينا ذلك كله فى أوائل باب البيع و إن كان جاهلا و قد أدى فإنه يرجع بالثمن و بزيادة القيمة عنه على الأقوى لدخوله على أن يكون له مجانا أما ما قابل الثمن من القيمة فلا يرجع به و ربما قيل إنه لا يرجع بالزائد لدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه كما هو شأن البيع الصحيح و الفاسد و هو محل نظر هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حالة البيع كما تقدم بيان ذلك كله فى باب المكاسب و يستقر الضمان أى ضمان ما زاد عن القيمة على الغاصب على الأقوى و لا فرق فى هذا بين كون الظهور قبل الأداء و بعده بالنسبة إلى المالك و المشتري و الغاصب فلا وجه للتقييد فى هذه الصورة أيضا هذا بناء على ما اقتضته قواعدهم و نطق به صريح كلامهم فى مقامات آخر و ظاهر كلام المصنف فى المقام و صريح (جامع المقاصد) أن الغاصب يضمن الثمن و ما زاد عن القيمة و ما قابل الثمن من القيمة فيكون معنى العبارة أنه يستقر الضمان حيثنشد أى حين جهل المشتري على الغاصب إذا كان العدل و المرتهن القابض جاهلين أيضا لأن المشتري مغرور و لا فرق فى الغاصب بين الراهن و الأجنبى إذا كان الراهن جاهلا و إن كان عالما تخير المالك بين تضمينه و تضمين الغاصب الأجنبى كما لو كان الكل عالمين ما عدا المشتري (و الحاصل) أنه يتعين الضمان على العالم المغر واحدًا كان أو متعددا لأن التغير سبب الإلتلاف فكان المغر كالمثلف فإن استند التغيرير إلى الكل فأيهما ضمنه المالك ضمن و لا يرجع على الآخر (و منه) ما لو باعه واحد و سلمه الآخر و إن استند التغيرير إلى واحد ضمن هو خاصة فعلى هذا يتعين الضمان على العدل لأنه هو البائع فكان هو المغر هذا إن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧٥

[الثالث عشر لو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن]

(الثالث عشر) لو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن قبل قوله فى حق الراهن لأنه و كيله على إشكال (١) و لا- يقبل قوله فى حق

المرتتهن لأنه وكيه فى الحفظ خاصة فلا يقبل قوله فى غيره (٢) كما لو وكل رجلا فى قضاء دين فادعى تسليمه إلى صاحب الدين

جعلنا العلة هى التغرير كالباع أو التسليم و إن أنطنا الحكم بمجرد العلم تخير المالك فى تضمين من شاء ممن علم سواء كان هو الباع أو غيره و لا- يرجع على غيره فليلاحظ ذلك هذا كله فى استقرار الضمان على ما يظهر من العبارة و هل للمالك الرجوع على الجاهل من هؤلاء مع علمه بجهله أو يتعين عليه الرجوع على العالم منهم أو الغاصب ظاهر المصنف هنا و غيره فى غير موضع الأول و هو كذلك بل هو صريح الدروس و غيره فى باب التجارة و مما ذكر يعلم حال الصورة الرابعة و هو ما إذا كان ظهور الاستحقاق قبل أداء الثمن إذ لا فرق فى ذلك بالنسبة إلى المالك فإنه مخير فى الرجوع على من شاء و يستقر الضمان على المشتري لانفراده بالتلف فى يده فإذا رجع عليه لا يرجع هو على أحد إلا بزيادة القيمة على الأقوى و إذا رجع على أحدهم رجوع هو على المشتري بالثمن لا بما زاد و قد عرفت أن ظاهر كلام المصنف خلاف ذلك و تنقيح المسألة بما لا مزيد عليه فى باب المكاسب عند شرح قوله و لو وجد عنده سرقة ضمنها و اعتبر المصنف فى المرتتهن أن يكون قابضا لأنه إذا لم يقبض لم يكن له يد على المغصوب و ليس من لوازم الرهن قبضه أما بناء على كون القبض ليس شرطا فظاهر و أما على الآخر فلا إمكان التوكيل فيه

(قوله) (لو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتتهن قبل قوله فى حق الراهن لأنه وكيه على إشكال)

القبول أصح كما فى الإيضاح و أقوى كما فى الحواشى و فى (جامع المقاصد) أن الوكيل إذا ادعى الرد كان القول قوله بيمينه إذا لم تكن الوكالة بجعل فعلى هذا تكون الفتوى هناك (هنا خ ل) كذلك انتهى و منشأ الإشكال تعارض الأصل و الظاهر إذ الأصل العدم و أنه أمين و ظاهر حاله أداء الأمانة على أنه لو لا ذلك لأدى إلى عدم قبول الوكالة فيفضى إلى الضرر و تمام الكلام و تحريره فى باب الضمان و فى (الإيضاح) أن الإشكال هنا فى مسألتين أحدهما أن الوكيل فى الدفع إذا دفع من غير إسهاد هل يكون ضامنا أم لا و فى دلالة العبارة على ما ذكر نظر نعم يستفاد من كلام المصنف الآتى ثبوت إشكال فى المسألة و إن لم تفده هذه العبارة على أنه لا دخل لذلك فى أن القول قوله أو قول الراهن لأن هذا هل يعد تفريطا أم لا سواء كان القول قوله أم قول الراهن نعم قد يتصور له اعتبار و هو على تقدير عده تفريطا لا تكون دعواه الأداء تامة إلا إذا قال و أشهدت فى وقت الأداء أو نحو ذلك لأنه ما دام لا يقول ذلك لم يدع دعوى على تقدير صحتها تكون مسقطه للمطالبة و الرجوع فلا تكون مسموعة و مع هذا فلا ربط لها بهذا و لا إشعار لها به بوجه من الوجوه كما نبه على ذلك فى جامع المقاصد

(قوله) (و لا يقبل فى حق المرتتهن لأنه وكيه فى الحفظ خاصة فلا يقبل فى غيره)

هذا أقوى لانتفاء الوكالة فى الأداء من طرفه قطعاً كما فى جامع المقاصد و فى (المبسوط و التحرير و التذكرة) القول قول المرتتهن مع يمينه و على الدافع البيئ كغيره من دعاوى و عن أبى حنيفة أن القول قول العدل بيمينه لأنه بمنزلة التلف فى يده لأنه أمين يقبل قوله فى إسقاط الضمان عن نفسه و لا يقبل فى إيجاب الضمان على غيره (و فيه) ما أشار إليه المصنف من أنه وكيل للمرتتهن فى الحفظ خاصة فلا يقبل قوله فيما ليس بوكيل فيه من جهته كما لو وكل رجلا فى قضاء دينه فادعى أنه سلمه إلى صاحب الدين و أنكر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧٦

و يحتمل قبول قوله على المرتتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره (١) فعلى هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه و لم يثبت على المرتتهن أنه قبضه (٢) و على الأول يحلف المرتتهن فيرجع على من شاء (٣) فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم و إن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته أو بينه غابت أو مات لعدم التفريط فى القضاء (٤) و إلا رجع على إشكال منشؤه التفريط (٥) و كونه أمينا له اليمين عليه إن كذبه (٦)

ذلك فإن القول قول صاحب الدين بيمينه و حال المرتتهن لا ينقص عن ذلك و نمع أنه كالتلف لأن قوله إذا لم يقبل على المرتتهن

وجب أن يسقط قوله و لا يكون بمنزلة الإلتلاف لأنه لم يدع التلف

(قوله) (و يحتمل قبول قوله على المرتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره)

هذا إشارة إلى ما حكيناه من مذهب أبى حنيفة و فى (الإيضاح) أنه الأصح

(قوله) (فعلى هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه و لم يثبت على المرتهن أنه قبضه)

أى فعلى هذا الاحتمال الثانى ينتفى الضمان عنه بالنسبة إلى الراهن و المرتهن معا لقبول قوله فى حقهما و لا يثبت على المرتهن أنه قبضه لأن اليمين لشيء لا يقتضى ثبوت شيء و الأصل بقاء حقه فيرجع على الرهن و له أى الراهن إحلاف المرتهن حينئذ على عدم القبض

(قوله) (و على الأول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء)

من العدل و الراهن كما فى (المبسوط و التذكرة و التحرير) لأصل عدم الأداء و له حق متعلق بعين ثمن الرهن فلا يسقط فإذا رجع على العدل رجع بأقل الأمرين من القيمة و الدين و لا بد فى هذه اليمين من طلب العدل أو الراهن لأن الدعوى لهما و هل يغنى تحليف أحدهما عن تحليف الآخر احتمالان من أن الدعوى واحدة و من أن لكل واحد منهما حقا و استظهر فى (جامع المقاصد) أنه لو أحلفه أحدهما قبل إنشاء الدعوى من الآخر بقى حق الآخر فله الدعوى و الإحلاف

(قوله) (فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لا-عترافه بالظلم فإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته أو كانت بينه غابت أو مات لعدم التفريط فى القضاء)

أما الحكم الأول فظاهر و أما الثانى فلأنه مع الدفع بحضرته يكون التقصير بترك الإشهاد مستندا إلى الراهن و أما مع الدفع بالبينه فلأنه قد حافظ على طريق الاحتياط و إنما فرض البينة غائبة أو ميتة لئتم له إنكار المرتهن و عدم إمكان إثباته عليه

(قوله) (و إلا رجع على إشكال منشؤه التفريط)

اختير الرجوع فى (المبسوط و التذكرة و التحرير و الإيضاح) و لا- يخلو من قوة كما فى جامع المقاصد لأن العدل مفرط فى ترك الإشهاد كما فى المبسوط لأنه و كله فى دفع يبرؤه من الثمن و قد دفع دفعا لا يبرؤه كما فى التذكرة و نحوه ما فى الإيضاح و ليس بعيد أن يقال إن الوكيل يجب عليه رعاية الغبطة و المصلحة بالنسبة إلى الموكل و الأخذ بما يكون سليما عن التضييع و لهذا لا يجوز له البيع نسيئة و لا التسليم قبل التسلم و لا ريب أن الدفع بغير إشهاد معرض للإنكار و موت القابض و عدم علم الوارث بالقبض فعد ذلك تفريطا موجبا للضمان لا يخلو من قوة و تمام الكلام فى فى المسألة فى باب الوديعة و الوكالة فإننا قد أسبغنا الكلام فى البابين محررا

(قوله) (و كونه أمينا له و اليمين عليه إن كذبه)

ظاهره أنه وجه عدم استحقاق الرجوع و هو الشق الثانى من الإشكال (و فيه) أن كونه أمينا و كون الأمين إنما عليه اليمين إذا كذبه مستأمنة فى الأداء إنما يكون مع عدم تقصيره

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧٧

[الرابع عشر لو غصبه المرتهن من العدل]

(الرابع عشر) لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه (١)

[الفصل السادس فى اللواحق]

(الفصل السادس) في اللواحق لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسبيل ماله (٢)

و تفريظه فإذا قصر و فرط يضمن و إن حصل القطع بصحة قوله فلا يثبت به المدعى و بنى الإشكال في الإيضاح على أنه هل يكون مفرطاً لكونه و كيلاً- في الإبراء ظاهراً و باطناً أو لا يكون مفرطاً لأنه و كل في الإبراء و قد فعل و في (جامع المقاصد) أن في استعلام ذلك من الوكيل تأملاً و أن منشأ الإشكال من التردد في كونه مفرطاً بترك الإشهاد و عدمه (قوله) (لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه)

لأنه قد رده إلى و كيله كما في (المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد) و كذلك الحال فيما لو قبضه المرتهن لا بعنوان الغصب (كما في التذكرة خ) فإنه يجب عليه رده لأن الراهن لم يرض بتسليمه له فإذا رده إلى العدل زال عنه الضمان كما في التذكرة و لا كذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم زال التعدي أو سافر به ثم رده فإنه لم يزل عنه الضمان لأن استئمانه قد بطل بذلك فلم يعتد بفعله و لا- تعود الأمانة إلا بأن يرجعه إلى صاحبه ثم يرده إليه أو إلى و كيله أو يبرأه من ضمانه كما في المبسوط و التذكرة و التحرير (الفصل السادس في اللواحق)

(قوله) (و لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسبيل ماله)

كما في (السرائر و الشرائع و التحرير و الميسية و جامع المقاصد) حتى يعلم بعينه كما في الأولين و حتى تقوم البينة كما في الثالث و في (المسالك) أن المحقق و غيره ذكروا هذه المسألة جازمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارة متقاربة أو متحدة انتهى و معنى هذه العبارة أن الوارث مثلاً إذا كان غافلاً جاهلاً أن في التركة رهناً بحسب الواقع فما تركه الميت المرتهن من الأعيان فالظاهر أنه ماله فيكون ماله و لا- يجب عليه الاجتناب و الفحص لقيام احتمال أن في التركة رهناً و إن كان بعضها في نفس الأمر رهناً كما إذا كان بعضها حراماً و لا يعلمه الوارث و لا يدري به لأن المكلف به هو العمل بالظاهر فقد حاولوا بقولهم كان كسبيل ماله إفادة هذا المعنى لأنه ليس مالا- له في الواقع وإنما هو ماله ظاهراً و ليس مرادهم أن الرهن إذا لم يعلم عينه في التركة و لكن علم حصوله في الجملة يكون كسبيل ماله قطعاً كما في المسالك لأن اشتباه العين بغيرها لا يصيرها ملكاً للغير كما لو اشتبهت الوديعة و طريق التخلص حينئذ الصلح و ليس مرادهم أيضاً أنه إذا علم أن في يد الميت قبل موته رهناً و لم يوجد في التركة فاحتمل الحال تلفه بغير تفريط و بقاءه عنده و لم يعلم بعينه و تصرفه فيه على وجه يكون مضموناً كما فهمه صاحب المسالك من هذه العبارات فأشكل عليه جزمهم هنا مع أنهم ذكروا نظير المسألة في باب الوديعة و باب القراض و استشكلوا حكمها مع أن الكل من واد واحد و تبعه على ذلك صاحب الحدائق فأخذ يتعجب غير متأمل و لا- مثبت و بما ذكرناه من معنى كلامهم يظهر الفرق و يرتفع الإشكال (قال) المصنف في باب الوديعة و لو مات المستودع و لم توجد الوديعة في تركته فهي و الدين سواء على إشكال هذا إن أقر أن عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت أنه مات و عنده وديعة أما لو كانت عنده في حياته و لم توجد بعينها و لم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال و الإشكال الأول في كيفية الضمان و تقديم المودع على الديان و الثاني في أصله و نحوه ما في الشرائع و الإرشاد و غيرهما بل في شرح الإرشاد لفخر الإسلام نسبة الضمان في الوديعة إلى نص الأصحاب (و قال) المحقق في باب المضاربة إذا مات العامل و في يده أموال مضاربة فإن علم مال أحدهم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧٨

و يجوز للمرتهن ابتياع الرهن فإن كان و كيلاً فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمان المثل (١) و حق المرتهن أقدم من حق الحي (٢) و الميت (٣)

بعينه كان أحق به و إن جهل كانوا فيه سواء و إن جهل كونه مضاربة قضى به ميراثاً و قال المصنف و لو مات العامل و لم يعرف بقاء

مال المضاربة بعينه صار ثابتا (باقيا خ ل) في ذمته و صار صاحبه أسوة الغرماء على إشكال فالموضوع في المقام غير الموضوع في البابين إذ فيهما تعارض أصلان أصل البراءة وأصل بقاء الوديعة و مال المضاربة و كذلك الحال فيما إذا علم أنه كان في يده رهن و لم يوجد في التركة و احتمال تلفه بغير تفریط و تصرفه فيه و بقاؤه غير معلوم العين و هذا غير ما نحن فيه لكن أصل بقاء المال في هذه المسائل الثلاث لا يعارض أصل البراءة لأن المال بيد العامل و المستودع و المرتهن غير مضمون بل هو أمانة يمكن تلفه بغير تفریط فلا يكون مضمونا و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ على اليد ما أخذت حتى تؤدي لا بد من تخصيصه بالأمانات و لم يعلم هنا ما يزيل الأمانة و الأصل عدمه فيبقى أصل البراءة سالما عن المعارض مضافا إلى ظاهر حال المسلم من أنه لا يخل بواجب من رده أو الإيضاء به هذا مقتضى النظر لكن قال في (التذكرة) في باب الوديعة إن فتوى أكثر العلماء منا و من الشافعية على الضمان و قد عرفت أن ولده نسبه إلى نص الأصحاب و في (المسالك و الكفاية) أنه المشهور لكننا لم نتحقق هذه الشهرة كما ستعرفه في باب الوديعة و لعلمهم استندوا إلى ظاهر الخبر و أنه قصر في ترك الرد و الإيضاء و التعيين فليتأمل هذا و قد روى المشايخ الثلاثة عن صفوان عن عمر بن رباح القلاء قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل هلك أخوه و ترك صندوقا فيه رهون بعضها عليها أسماء أصحابها و بكم هو رهن و بعضها لا يدري لمن هو و لا بكم هو رهن فما ترى في هذا الذي لا يعرف صاحبه فقال هو كماله و قد نعمل بهذا الخبر و نزل عليه عبارة السرائر و ما ذكر بعدها و يفرق بين الرهن و غيره بالخبر و بالاعتبار لتعلق حق المرتهن به

(قوله) (و يجوز للمرتهن ابتياع الرهن فإن كان وكيلا فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل)

على الأشهر من غير كراهية كما في المختلف و به صرح المصنف و الشهيدان في التذكرة و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و غيرهم لأن الغرض بيعه بثمن المثل و هو حاصل و خصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض لها بل في اللمعة يجوز للمرتهن ابتياعه من دون تقييد و في (جامع المقاصد) الأصح أنه إنما يجوز بالإذن أو وجود قرينه تدل عليه و نقل في (المختلف) عن أبي علي أنه قال لو وكل المرتهن في بيعه لم أختر له بيع ذلك و خاصة إن كان الرهن مما يحتاج إلى استيفاء أو وزن أو أراد المرتهن شراءه أو بيعه لولده أو شريكه أو ما يجري مجراها انتهى و هذا جار في كل وكالة و قد أسبغنا الكلام في ذلك في أوائل باب البيع (قوله) (و حق المرتهن أقدم من حق الحي)

أى إن حجر عليه كما قيد بذلك الشهيدان و المحقق الثاني و المقدس الأردبيلي و وجهه واضح و أما الدليل على الحكم فالإجماع المحصل و الظاهر من المسالك و كذا مجمع البرهان حيث قال الظاهر أنه إجماع و في (الرياض) نفى الخلاف عنه و أن ذلك من خصائص الرهن و فوائده لأن فائدة الرهن شرعا و لغه و عرفا اختصاص المرتهن بالاستيفاء و مقتضى ذلك تقديمه على غيره من الغرماء

(قوله) (و الميِّت)

كما في المقتعة و النهاية و السرائر و جامع الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و التبصرة و الإرشاد و شرحه لولده و الدروس و اللمعة و التنقيح و المهذب البارع و المقتصر و غاية المرام و جامع المقاصد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٧٩

فإن قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء (١) و الرهن أمانة في يده لا يضمن (٢)

و إيضاح النافع و الميسية و المسالك و الروضة و المفاتيح و في (مجمع البرهان) أنه لا يخلو من قوة و هو الأشهر كما في الشرائع و المشهور كما في المهذب البارع و المقتصر و غاية المرام و مجمع البرهان و الكفاية و في (الرياض) أنه المشهور من غير خلاف يعرف و إن أشعرت كثير من العبارات بوقوعه لكن لم يصرح أحد منهم بقائله إلا أن بعض متأخري المتأخرين عزاه إلى الصدوق في الفقيه انتهى و في (السرائر) الإجماع عليه و أن الرواية بخلافه شاذة و في (الدروس و إيضاح النافع) الرواية مهجورة و هذا في معنى

الإجماع و في (مجمع البرهان) قد لا يذكر الخلاف و في (الحدائق) لم أقف على مخالف و نقل حكاية إجماع السرائر صاحب كشف الرموز ساكتا عليه و في (المهذب البارع و المقتصر) أن الرواية ضعيفة و قد يظهر من الميسية و المسالك أن هناك خلافا و في (الكفاية و المفاتيح) المسألة محل خلاف و قال فخر الإسلام أن المخالف ابن بابويه فإنه روى رواية أن الرهن يكون بين أصحاب الديون على السوية و قد مال إليه المولى الأردبيلي و الخراساني للخبرين الضعيفين الشاذين المهجورين مع رأى العين (أحدهما) ما رواه الصدوق و الشيخ في الفقيه و التهذيب عن محمد بن حسان عن أبي عمران الأرمي عن عبد الله بن الحكم الضعيف المرتفع القول سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أفلس و عليه الدين لقوم و عند بعضهم رهون و ليس عند بعضهم فمات و لا يحيط ماله بما عليه من الدين قال يقسم جميع ما خلف من الرهون و غيرها على أرباب الدين بالحصص (و الثاني) ما رواه أيضا في الكتابين عن العبيدي عن المروزي و هو سليمان بن حفص قال كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات و عليه الدين و لم يخلف شيئا إلا رهنا في يد بعضهم فلا يبيع ثمنه أكثر من مال المرتهن يأخذه بماله أو هو و سائر الديان فيه شركاء فكتب عليه السلام جميع الديان في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص و العبيدي مختلف في توثيقه و لم ينص علماء الرجال على سليمان بمدح و لا قدح بل لم يذكره على أن هذه مكاتبه و قد تؤولان بتأويلات بعيدة لا بأس بها جمعا بين الأدلة و إن كنا أمرنا بطرح أمثالهما لمخالفتهما لما عرفته من الفائدة المتفق عليها فيما بينهم فتوى و روايته مضافا إلى الإجماع و سبق حق المرتهن و أصالة بقائه و ثبوت سلطانه

(قوله) (فإن قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء)

كما نص عليه جماعة و وجهه واضح

(قوله) (و الرهن أمانة في يده لا يضمن)

كما في المقنع و المقنعة و النهاية و المبسوط و الخلاف و المراسم و الوسيلة و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و كشف الحق و الدروس و اللعة و سائر ما تأخر و في (الخلاف و الغنية و السرائر و التذكرة و المفاتيح) الإجماع عليه و هو ظاهر كشف الحق و مجمع البرهان و الكفاية و في (المسالك) أن ما روى مخالفا متروك و هو في معنى الإجماع و في (الدروس) أنه أمانة لا يضمن إلا بتعد أو تفريط على الأشهر و نقل فيه الشيخ الإجماع هنا و ما روى من التقاص بين قيمته و بين الدين محمول على التفريط انتهى و من العجيب قوله أنه أشهر مع أنا لم نقف على مخالف أصلا كما اعترف بذلك جماعة و المخالف أبو حنيفة كما في الخلاف قال قال إنه مضمون و شريح و النخعي و الحسن البصري كما في التذكرة قال قالوا إن الرهن يضمن بجميع قيمته و حكى عن مالك أنه إن كان تلفه بأمر ظاهر فمن ضمان الراهن و إن ادعى تلفه بأمر خفي ضمن أي المرتهن و عن الثوري و أصحاب الرأي أنه يضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين و الغرض من ذكر مذاهب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨٠

.....

أهل الخلاف إمكان تنزيل الأخبار المخالفة عليها و بيان حال ما في الحدائق (لنا) الأصل و أنه شرع و وثيقه للدين فهلاك محله لا يسقطه كموت الكفيل و أنه بمنزلة الودعي و الإجماع المعلوم و المنقول و الأخبار المستفيضة و فيها الصحاح (فمنها ما رواه) الصدوق في الفقيه عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن دراج قال قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن قال هو من مال الراهن و يترجع المرتهن عليه بماله و طريقه إلى محمد بن أبي عمير صحيح (و ما رواه) المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يرهن الرهن عند الرجل فيصيبه شيء أو ضياع قال يرجع بماله عليه و ظاهره أنه يرجع بدينه (و ما رواه) الصدوق أيضا عن صفوان و طريقه إليه صحيح على الصحيح في إبراهيم بن هاشم عن إسحاق بن عمار بن حيان الصيرفي الثقة لأن روايته صفوان بن يحيى عنه من القرائن المعينة له الصارفة عن كونه الساباطي كرواية عبد الرحمن و على بن

إسماعيل و زكريا المؤذن و غياث بن كلوب فإن رواية هؤلاء عنه معينة له عن أبي إبراهيم عليه السلام قال قلت الرجل يرتهن العبد فيصبيه عور و ينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك قال على مولاه قال إن الناس يقولون إن رهنت العبد فمرض أو انفقت عينه فأصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد قال أ رأيت لو أن العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته قال جنايته في عنقه (و ما رواه) الشيخ في التهذيب عن أحمد عن البزنطي عن حماد بن عثمان عن إسحاق بن عمار قال قلت لأبي إبراهيم عليه السلام الرجل يرتهن الرهن الغلام أو الدار فيصبيه الآفة على من يكون قال على مولاه ثم قال أ رأيت لو قتل قتيلا على من كان يكون قتل لمولاه قال و كذلك يكون عليه ما يكون له إلى غير ذلك من الأخبار الأخر الكثيرة و هذا الأخير و ما في معناه مما دل على التلازم بين النقصان و المنفعة ثم يرشد إلى أنه يمكن الاستدلال في المقام بالأخبار الدالة على أن نماء الرهن للراهن مضافا إلى ما استدل به في الغنى و السرائر و التذكرة من الخبرين النبويين المشهورين (أحدهما) لا يعلق الرهن الرهن من صاحبه له غنمه و عليه غرمه و معنى لا يعلق الرهن بالغين المعجمة و فتح الياء و اللام لا يملكه المرتهن بالارتهان (و ثانيهما) قوله صلى الله عليه و آله و سلم الخراج بالضمان و خراجه إذا كان للراهن بلا- خلاف و جب أن يكون من ضمانه لكن هناك أخبار أخر يظهر منها المخالفة بحسب الإطلاق في الحكم كصحيحه أبي حمزة و صحيحه محمد بن قيس و موثقه ابن بكير و غيرها و قد حملها الأصحاب كما في الكفاية على تفريط المرتهن (قلت) لعدم صراحتها في ضمانه مع عدم التفريط و يرشد إلى هذا التفصيل مرسله أبان و قد تشعر به صحيحه إسحاق ابن عمار و عليه تحمل رواية سليمان بن خالد و إلا لنافى أولها آخرها و يمكن حملها أى الأخبار المشار إليها على التقيية كما يشير إليه صحيح ابن عمار الذي قال فيه إن الناس يقولون إلى آخره و يشعر به صحيح أبي حمزة حيث نسب الحكم فيه إلى على عليه السلام (و ليعلم) أن ظاهر جملة من العبارات كعبارة الشرائع و النافع أنه يسقط الحق بتلف الرهن مع الضمان كما هو ظاهر جملة من أخبار الباب و يمكن الحمل على التراضى أو النقصان و إلا- فلا يسقط من الحق شيء و إن كان التالف مضمونا لاختلاف الحقين إذا لم يكن الدين من جنس ما يضمن به التالف بقى هناك شيء و هو أن جملة من الأخبار كصحيح البقباق و مرسل أبان قد تضمنت عدم ضمان المتاع إذا لم ينشره و لم يتعاهده و لم يحركه حتى تأكل وهلك و بذلك أفتى في المقنع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨١

إلا بالتفريط (١) و لا يسقط من دينه شيء (٢) فإن تصرف بركوب أو سكنى أو لبن و شبهه فعليه الأجرة و المثل (٣) و يقاص في المثونة (٤)

(و اعترضه) في المختلف بأن الأقرب أنه يضمن لأن ترك نشر الثوب المفتقر إلى ذلك يعد تفريطا و المفرط ضامن و كأنه لم يخطر بباله هذه الأخبار التي هي مستند الصدوق و قد تنزل على عدم علمه بحصول الضرر إلى «١» المتاع مع بقائه على تلك الحال و الشهيد في الدروس نبه على كلام الصدوق و قال إن في رواية أبي العباس دلالة على قوله (قوله) (إلا بالتفريط)

كما صرح به جماعة كثيرون و حكى عليه الإجماع في التذكرة و لم يذكره بعضهم للعلم به (قوله) (و لا يسقط من دينه شيء)

أى إذا تلف من دون تعد و لا تفريط و هذا تأكيد لما سلف و نص في الرد على العامة و في (التذكرة) الإجماع عليه و في (الكفاية) أنه المعروف من مذهبه أى الأصحاب

(قوله) (فإن تصرف بركوب أو سكنى أو لبن و شبهه فعليه الأجرة و المثل)

الأجرة في مثل الركوب و السكنى و المثل في مثل أخذ اللبن و هو المشهور كما في (المسالك و الكفاية و الحدائق) و قد يظهر من

المفاتيح الإجماع عليه حيث قال قالوا إلى آخره وستمع ما في الدروس لأنه ليس للمرتهن الانتفاع به بدون إذن الراهن بلا خلاف كما في التذكرة و دليله أنه بعد خروجه عن الأمانة صار كسائر المتصرفين غير الأمانة في أموال الناس (و ما رواه) ثقة الإسلام و الشيخ في الحسن بإبراهيم عن أبي جعفر عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال في الأرض البور يرتنها الرجل ليس فيها ثمرة فزرعها و أنفق عليها من ماله أنه تحتسب له نفقته و عمله خالصا ثم ينظر نصيب الأرض فيحتسب من ماله الذي ارتهن به الأرض حتى يستوفى ماله فإذا استوفى ماله فليدع الأرض إلى صاحبها و البور الأرض قبل أن تصلح للزرع أو التي تترك سنة للزرع من قابل و قد وقع في عبارة الشرائع أنه لو تصرف بإجارة لزمته الأجرة و هو يتم مع مضي مدة تقابلها أجرة عادة لا بمجرد العقد و حينئذ يتخير الراهن بين فسخ الإجارة و الرجوع بأجرة المثل و بين الإجارة فيرجع بالمسمى فقد اختلفت كيفية الضمان إذ ليس الضمان هنا كضمان أجرة الركوب و السكنى فإن المضمون في هذين أجرة المثل و في (الدروس) لو كان له منفعة كالركوب و الدار فالمشهور جواز الانتفاع بهما و يكون بإزاء النفقة و هو في رواية أبي ولاد و السكوني و في (النهاية) إن انتفع و إلا رجع بالنفقة و منع ابن إدريس من الانتفاع فإن انتفع تقاصا و عليه المتأخرون و الروايتان ليستا صريحتين في المقابلة و لا مانعتين من المقاصة نعم تدلان على جواز ذلك و هو حسن لثلا تضييع المنفعة على المالك نعم يجب استيدانه إن أمكن و إلا فالحاكم انتهى و مراده بالمشهور الشهرة بين المتقدمين و قد استحس جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك و تمام الكلام يأتي مفصلا بعد هذا بلا فاصلة و الغرض من نقل عبارة الدروس الإشارة إلى الخلاف

(قوله) (و يقاص في المئونة)

كما عبر بذلك في الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التذكرة و اللمعة و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و في (الدروس) عليه المتأخرون كما سمعته آنفا و يأتي الكلام في معنى المقاصة و ابن إدريس و المصنف في المختلف لم يعبرا بالمقاصة و هو الأوفق بالأصل قال في (السرائر) فإن أنفق بشرط العود و أشهد على ذلك كان له الرجوع بما أنفق و نحوه ما في المختلف و قد نقلت الشهرة في المسالك و الكفاية و الحدائق على أنه إن أمره الراهن بالنفقة رجع بما غرم و إلا استأذنه فإن امتنع أو غاب رفع أمره إلى الحاكم

(١) كذا في النسخة و لعل الصواب على أو بوصول الضرر إلى.

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨٢

.....

فإن تعذر أنفق هو بنية الرجوع و أشهد عليه ليثبت له استحقاقه فإن تصرف مع ذلك في شيء بغير الإذن ضمن مع الإثم و تقاصا لكنك قد سمعت أنه في السرائر لم يشترط في الرجوع في النفقة الآتية العود بها و المحقق و المصنف و الشهيد في الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و الكتاب و اللمعة لم يشترطوا شيئا و قد عرفت أنه نسب ذلك في الدروس إلى المتأخرين من دون اشتراط شيء نعم اشتراط عدم التبرع مما لا ريب فيه لأحد قال في (التذكرة) و أما إن أنفق متبرعا فإنه لا يرجع به قولوا واحدا و قال في (المهذب البارع) و اشتراط الشهيد في جواز الرجوع بالنفقة إذن المالك أو الحاكم فإن تعذر فالإشهاد و لم يشترط الباؤون إذن الحاكم و هو أولى انتهى و أول من اشترط إذن الحاكم فإن تعذر فالإشهاد المصنف في التذكرة ثم المحقق الثاني و الشهيد الثاني في المسالك و المولى الأردبيلي قال ينبغي و قوى في الروضة قبول قوله من دون إشهاد في قدر المعروف بيمينه و رجوعه به و الشهيد في الدروس اشترط إذن الحاكم فقط و لم يذكر الإشهاد لأنه إرشاد فما حكاه عنه في المهذب البارع غير موافق للواقع و نحو ما في الدروس ما في التنقيح و إيضاح النافع (فإن قلت) اشتراط إذن الحاكم و إن لم يذكره الأ-كثر لكنه مراد لهم قطعا لإجماعهم على أن التصرف في

الرهن لا يجوز إلا بإذن المالك و الإنفاق على الدابة و علفها تصرف فإن تعذر المالك فالحاكم فإن تعذر فالمرتهن من باب الحسبة و قد أرشده إلى الإسهاد ليسلم من اليمين فالشهرة المحكية في المسالك و الكفاية إنما هي بالنسبة إلى قول الشيخ في النهاية و من وافقه و إلا فإذن الحاكم لا بد منه (قلت) الرهن لا يزيد عن اللقطة و الوديعة فالمرتهن يجب عليه حفظه و لا يتم إلا بالإنفاق فيرجع به مع عدم التبرع كما هو الشأن في الإنفاق على الوديعة و اللقطة فإنهم لم يشترطوا في الإنفاق عليهما إذن الحاكم فليلاحظ كلامهم في البابين و قد نبه على ذلك أبو العباس في المقتصر و المهذب و في (المبسوط) عبارة تناسب ما نحن فيه قال و متى أكرى المرتهن من ماله بغير إذن الحاكم فإن كان الحاكم مقدورا عليه لم يرجع على الراهن لأنه متطوع به و إن لم يكن مقدورا فإن أشهد عليه عدلين أنه يكره ليرجع به عليه فيه قولان و إن لم يشهد لم يكن له الرجوع انتهى فتأمل فيه و يأتي عن الشهيد ما يشمل مثل هذا فيكون ما في المبسوط مما نحن فيه و كيف كان فهذه الأقوال الثلاثة متفقة على رجوع كل من الراهن و المرتهن مع التصرف على الآخر فيما يستحقه بعد إنفاق المرتهن فهو بنفقتة و الراهن بمنفعة ماله على الإطلاق خلافا للشيخ في النهاية و الحلبي فيما حكى عنه في الحيوان فجوزا الركوب و الحلب بعد الإنفاق و حكما بأن المنفعة بإزاء النفقة على الإطلاق و لو مع عدم المراضة و تفاوت الحقين بالزيادة و النقصان و ستسمع كلامهما و هو ظاهر ابن حمزة في الوسيلة و ابن سعيد في الجامع و مال إليه الخراساني في الكفاية و قد سمعت أنه قال في الدروس إن المشهور جواز الانتفاع بهما أي بالدار و الدابة و يكون بإزاء النفقة انتهى و قد زاد الدار فلا يكون الحكم عند هؤلاء مقصورا على الحيوان قال في (النهاية) إذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كان نفقتها عليه و كذلك إذا كانت شاة و شرب لبنها كان عليه نفقتها و إذا كان عند إنسان دابة أو حيوان أو رقيق رهنا فإن نفقتها على الراهن دون المرتهن فإن أنفق المرتهن عليها كان له ركوبها و الانتفاع بها أو الرجوع على الراهن بما أنفق (و قال) أبو الصلاح فيما حكى عنه يجوز للمرتهن إذا كان الرهن حيوانا فيتكفل مئوته أن ينتفع بظهره أو خدمته أو صوفه أو لبنه و إن لم يتراضيا و لا يحل شيء من ذلك من غير تكفل مئونه و لا مراضة و الأولى أن يصرف قيمة منافعه في مئوته انتهى فليتأمل فيه و قال في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨٣

فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا قيل يوم قبضه و قيل يوم هلاكه و قيل الأرفع (١)

(الوسيلة) و إن رهن حيوانا كان نفقته على الراهن فإن أنفق عليه المرتهن كان له الرجوع على صاحبه ما لم ينتفع به فإن انتفع به و لم ينفق رد قدر ما انتفع به و نحوه ما في جامع الشرائع و حجتهم على ذلك (ما رواه) المشايخ الثلاثة عن أبي ولاد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة و البعير رهنا بماله أله أن يركبه قال فقال إن كان يعلفه فله أن يركبه و إن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه و طريق الكليني فيه سهل و طريق الشيخ و الصدوق صحيح (و ما رواه) الشيخ و الصدوق عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الظهر يركب إذا كان مرهونا و على الذي يركب نفقته و الدر يشرب إذا كان مرهونا و على الذي يشرب نفقته و قد حملها الأصحاب كما في الرياض و الحدائق على حصول الإذن و مساواة الحقين قالا و هو بعيد جدا (قلت) الحامل لهما على تساوي الحقين المصنف في المختلف و على الأمرين أعنى حصول الإذن و مساواة الحقين صاحب إيضاح النافع و الشهيد الثاني و المولى الأردبيلي و لم أجد الآن لهم رابعا (و قد يقال) إن رهنه مع عدم الإنفاق قرينة الإذن فيه و في التصرف و لا سيما إذا اضطر الراهن إلى الركوب و الحلب فإن ترك الركوب قد يفسده كما أن ترك الحلب مفسد مضر بالحيوان مفوت للبن على المالك فلو لم يجز له الركوب و الشرب لزم تفويت المنفعة و حصول المفسدة على المالك قال في (مجمع البرهان) يمكن حمل خبر السكوني على الإذن و لو كان مأخوذا من العادة المتعارفة بينهم انتهى فانتفى البعد عن حصول الإذن في الإنفاق و التصرف و قد سمعت ما قاله في الدروس من أن الروايتين ليستا صريحيتين في المقابلة و لا مانعتين عن المقاصة نعم تدلان على جواز ذلك و هو حسن لثلا تضع المنفعة على المالك انتهى (و قد يقال) إنهما ظاهرتان و لا

سيما الأولى في المقابلة و المنع من المقاصة و في الظهور بلاغ فليأمل و ما استحسنته في الدروس من جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك كأنه ميل إليه في التنقيح و المهذب البارع و المقتصر و الروضة و كيف كان فالروايتان مع قصور سند إحداهما و إن صح إلى صاحب إجماع على أن في البرقى كلاما لا تقاومان الأدلة الدالة على عدم جواز تصرف كل من الراهن و المرتهن بدون إذن الآخر مع مخالفتها للقاعدة المقررة في الضمان فإن مقتضاها رجوع الراهن بحق المنفعة و المرتهن بحق النفقة فتخصيص هاتين القاعدتين بهاتين الروايتين اللتين أطبق المتأخرون على عدم العمل بهما على ظاهرهما و شهرة المتقدمين و إن حكيت في الدروس لم نتحققها هذا المفيد و الصدوق و السيد و سلار و القاضي و الراوندى و أبو المكارم لم يفتوا بظاهر الخبر مع وجود الصحيحة في الكافي و الفقيه و التهذيب و وجود الثانية في الأخيرين فقد أعرضوا عنهما مع أنهما بمرأى من العين و المراد بالمقاصة كما في كشف الرموز أن يقاص المرتهن ما أنفق عليها بالأجرة المضمونة عليه حيث تصرف فيها من غير إذن الراهن قال و لا تتحقق المقاصة إلا بهذا التأويل انتهى فتأمل و المقاصة مشروطة بشرائط فلعل المراد عند حصول شروطها و في (مجمع البرهان) يمكن أن يراد بالمقاصة مجرد الرجوع

(قوله) (فلو تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا قيل يوم قبضه و قيل يوم هلاكه و قيل الأرفع)

و عن أبي على أنه يضمن أعلى القيم من يوم هلاكه إلى يوم يحكم عليه بقيمته و قيل أعلى القيم من حين التفريط إلى وقت التلف و قد تقدم الكلام في مثل ذلك مرارا و الأصح أنه يوم هلاكه لأنه وقت استقرار الضمان و انتقالها إلى

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨٤

و لو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء (١) و لو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين إلا بالبينه و له إحلان الوارث على عدم العلم (٢) و يجب على المرتهن بالوطة العشر أو نصفه (٣)

ذمة المرتهن

(قوله) (و لو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء)

الذى طفحت به عباراتهم أنه يجوز للمرتهن أن يستوفى دينه مما في يده إن خاف جحود الوارث كالشرايع و النافع و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح) و غيرها و في (الكفاية) أنه المعروف بينهم و في (مجمع البرهان) الإجماع عليه إن لم يكن له بينه مقبولة أو لم يمكن إثباته عند الحاكم و في (الرياض) قد صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بل في شرح الإرشاد الإجماع عليه بأن للمرتهن استيفاء دينه من الرهن و إن لم يكن و كيلا في البيع أو انفسخت و كالتة بموت الراهن إن خاف جحود الراهن أو الورثة للحق و لم يمكن إثباته عند الحاكم لعدم البينة أو غيره من العوارض لعدم الحرج و الضرر و للخبر انتهى و لم يقيد أحد بالعلم بجحود الوارث كما في الكتاب و لعله أراد بالعلم الظن الغالب لكن في جامع المقاصد أن الظن أيضا غير شرط بل يكفي خوف جحوده دفعا للضرر المخوف فقد اكتفى بمجرد الاحتمال فليلاحظ و قال جماعة المرجع في الخوف إلى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده و مما صرح فيه بأنه يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن أيضا الإرشاد و الدروس و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و قد سمعت ما في الرياض و مما قيد فيه ذلك بعدم البينة التحرير و إيضاح النافع و الروضة و المسالك و الكفاية تبعا للرواية و نسبه في الحدائق إلى الأصحاب قال في (المسالك) كل ذلك مع عدم البينة المقبولة عند الحاكم و إلا لم يجز بل يثبت عنده الدين و الرهن و يستأذنه في البيع و لعله لحرمة التصرف في مال الغير إلا بإذنه خرج منه صورة عدم إمكان الإثبات للإجماع و الضرر و الضرورة و أطلق الباقر و في (مجمع البرهان) لا يشترط عدم البينة و عدم إمكان الإثبات عند الحاكم و هو الأصح و الرواية غير صريحة باشتراط عدم إمكان الإثبات و إنما فيها إشعار و لعلها خرجت مخرج الغالب و ألحق بعضهم بخوف الجحود الحاجة إلى اليمين و في (المسالك و الروضة) أنه ليس بمعتمد و في (الكفاية) أن فيه

أى الإلحاق نظرا قلت لعدم التضرر باليمين الصادقة وإن كان تركها تعظيما لله جل شأنه أولى وقد روى الصدوق والشيخ عن العبيدى عن المروزي عن أبى الحسن عليه السلام أنه كتب إليه فى رجل مات و له ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا و أن عنده رهنا فكتب عليه السلام إن كان له على الميت مال و لا بينة له فليأخذ ماله مما فى يده و ليرد الباقي على ورثته و متى أقر بما عنده أخذ به و طوب بالبينة على دعواه و أوفى حقه بعد اليمين و متى لم يقم البينة و الورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون له على ميتهم حقا

(قوله) (و لو اعترف بالرهن لم يصدق فى الدين إلا بالبينة و له إحلاف الوارث على عدم العلم)

كما نص على ذلك مولانا الهادى عليه السلام فى الخبر المتقدم و يحتمل أن يكون الكاظم و الرضا عليهما السلام لأنه يظهر من الأخبار أنه ممن أدرك الكاظم و الرضا و الجواد و الهادى و العسكري عليهم السلام و قال مولانا المجلسى إنه له مكاتبات إلى الجواد و الهادى و العسكري صلوات الله عليهم أجمعين مضافا إلى الأصل و الضابط العام مع عدم خلاف فى المقام كما فى الرياض (قلت) و إنما ترك الأكثر التصريح به للعلم به

(قوله) (و يجب على المرتهن بالوطة العشر أو نصفه)

تقدم الكلام فى هذا و مثله فى المطلب الثانى فى أحكام بيع الحيوان فى مقامين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨٥

و لو طاعت فلا شيء (١) و لو شرط كون الرهن مبيعا عند تعذر الأداء بعد الحلول بطلا (٢)

فيما لو وطئ أحد الشركاء الجارية و فيما لو ظهر استحقاق الأمة الموطوءة و تقدم أيضا فى باب العيب فى مقامين و فى باب شروط البيع و مغايرة المورد لا- تقضى بالمغايرة مع اتحاد طريق المسائل و قد استوفينا الكلام فى هذه المسألة و أطرافها أكمل استيفاء و سيتعرض المصنف لمثل ذلك فى باب الغضب و باب الحدود و مما صرح فيه بجميع ما ذكره المصنف هنا الشرائع و الجامع و التحرير و الدروس و اللعة و فى (الروضة) أنه المشهور و قد تقدم منا فى باب البيع نقل الشهرة عن عدة كتب و أن فى الخلاف الإجماع عليه و قيل عليه مهر أمثالها و هو خيرة المبسوط و التذكرة و المفهوم من كلام الغنية و السرائر و فى (التذكرة) و يجب المهر إن كانت مكرهة إجماعا و لعله أراد بالمهر ما يشمل العقر و ربما قيل إن المالك تتخير بين الأمرين و حكى عن الشهيد أنه رجحه فى بعض حواشيه و هل يجب مع ذلك أرش البكارة جزم به فى الروضة و قال به جماعة فى غير المقام كما بيناه فيما سلف من المواضع المشار إليها و فى (المسالك) أن أكثر عبارات الأصحاب فى المقام مطلقة و هو كذلك و ربما قيل بدخوله فى العشر و عدم دخوله فى مهر المثل

(قوله) (و لو طاعته فلا شيء)

كما فى (المبسوط و الشرائع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد) و هو المشهور كما فى المسالك و الروضة و الكفاية و الحدائق و لم يرجح فى التذكرة و قوى أحد الأمرين أى العقر أو المهر فى المسالك و الروضة و الكفاية لأنه بضع مستحق لغير الموطوءة فلا يسقط برضاها و لأنه تصرف فى مال الغير و فى (جامع الشرائع) إن طاعته ثيبا فلا مهر لها و إن أكرهها فعليه نصف عشر قيمتها و إن طاعته بكرا أو أكرهها فعليه عشر قيمتها انتهى فليتأمل فى تفصيله و على تقدير نفي أحد الأمرين من المهر و العقر فلا شبهة فى ثبوت أرش البكارة هنا كما فى المسالك و نحوه كما فى جامع المقاصد لأنه جنابة على مال الغير هذا كلامهم فى المقام و قد تقدم تفصيله و دليله فى بيع الحيوان و غيره

(قوله) (و لو شرط كون الرهن مبيعا مع تعذر الأداء بعد الحلول بطلا)

إجماعا كما فى المبسوط و ظاهر السرائر أو صريحها و ظاهر المسالك و مجمع البرهان و فى (التذكرة) الشرط فاسد بلا خلاف و إذا

فسد فسد الرهن و بالحكم صرح فى الجامع و الشرائع و النافع و الإرشاد و التذكرة و الدروس و اللعة و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق النافع و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و غيرها لكنه فى الشرائع أطلق قال و لو شرط إن لم يؤد كان الرهن مبيعا لم يصح و لم يقل عند الأجل كالنافع و قال فى (الإرشاد) بطل و لم يقل بطلا كالكتاب و غيره و الأمر سهل لأنه لا شك فى بطلان هذا الشرط لعدم الصيغة و للتعليق المانع من صحة البيع و لأن الأصل عدم الانتقال و لا موجب له إذ ليس الموجود إلا عقد الرهن فلا بيع ثم إنه لا يصح كون الشئ الواحد رهنا على دين شخص و مبيعا له و ببطلان الشرط يبطل المشروط ثم إن لهم على بطلان الرهن أنه موقت و هو لا- يتوقت إلا- بالوطء و إن أبيت ذلك كله قلنا فى الإجماع على بطلانهما أكمل بلاغ و عساک تقول كما قال بعض العامة إن الراهن إذا رضى بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى مع بطلانه فيصح الرهن و يفسد البيع (و فيه) أن مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد كما هو ظاهر و عبارة الشرائع تنزل على ما فى النافع و غيره من أن المراد أنه رهنه الرهن على الدين المؤجل و شرط له إن لم يؤد الدين فى ذلك الأجل يكون الرهن مبيعا له بالدين أو بقدر مخصوص و إن كان الإطلاق كما فى الشرائع مبطلا أيضا إلا أنه حيث لم يعين وقتا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨٤

فإن تلف قبل مدة الحلول لم يضمن و لو تلف بعدها ضمن (١)

لا- يتحقق عدم الوفاء ما دام الراهن حيا فيتعلق البيع على الوفاء و هو غير صحيح إلا أن الأصحاب و غيرهم كما فى المسالك فرضوا المسألة كما ذكرنا و مع ذلك كله قال فى (التحرير) إذا شرط كونه مبيعا عند حلول الأجل بالدين هل يفسد الرهن بفساد الشرط فيه نظر و الذى قواه الشيخ عدم الفساد و هو جيد و أنت قد عرفت أنه قال فى المبسوط بطلا إجماعا (قوله) (فإن تلف قبل مدة الحلول لم يضمن و إن تلف بعدها ضمن)

كما فى (المبسوط و جامع الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الدروس و اللعة و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك و الروضة) لأنه فى مدة الأجل و هو فاسد و بعده مبيع فاسد و كل عقد يتبع صحيحه فى الضمان و عدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك و حيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك و فى (المسالك) أن الأصحاب و غيرهم أطلقوا القول فى هذه القاعدة لم يخالف فيها أحد (قلت) و بها طفحت عباراتهم فى المقام و غيره و مما استندوا فيه إليها فى المقام المبسوط و الجامع و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و فى (المبسوط) البيع الصحيح و الفاسد مضمون إجماعا و فى (مجمع البرهان) أنها قاعدة مشهورة فكأنها مجمع عليها و لا نعرف دليلها (قلت) دليلها بعد الإجماع أنهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان و دفع المالك عليه مضافا إلى قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي و حيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقعا على اعتقاد صحة العقد فلم يقصد المسلم ضمنا بل سلم على قصد العدم و لم يلتزم المتسلم ضمنا أيضا فينتفى المقتضى له مضافا إلى الأصل و عدم تناول عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت له لعدم انصرافه إلى ما نحن فيه أعنى ما قصد فيه المسلم عدم الضمان و به يندفع (ما عساه يقال) إن الأصل فى كل مقبوض الضمان ما لم يكن أمانه و هنا ليس كذلك لأن كونه أمانه فرع كونه رهنا لأنك قد عرفت أنه حينئذ بمنزلة الأمانة و لا يتناوله العموم و قال فى (المسالك) هذا القسم إنما يتم فيما إذا كانا جاهلين بالفساد أو عالمين به فإن الدفع و القبض يكون بمنزلة الأمانة و كذا لو كان الدافع عالما دون الآخر و يشكل العكس من حيث إن القابض لعله بالحال أخذ بغير حق و الدافع توهم الصحة و إلا لما رضى بدفع ماله فيكون مضمونا للعموم السابق و أنت خيرير بأن هذا الإشكال غير مختص بالأخيرة بل جار فى الأولى أيضا و هى ما إذا كانا جاهلين كأن يقال إن رضا المسلم بدفع العين فيها إنما هو لتوهم صحة العقد بحيث لولاه لما رضى بالدفع (و أجاب) فى المسالك عما أورده من الإشكال بالإجماع على إطلاق القول فى هذه القاعدة و قال و يمكن توجيهه بأن المالك أذن فى قبضه على وجه لا

ضمان فيه و المتسلم تسلمه منه كذلك و عدم رضاه لو علم بعدم لزوم غير معلوم فالإذن حاصل و المانع غير معلوم انتهى و أنت تعلم أن هذا بانفراده غير مخرج عن العموم السابق إلا أن تقول إن غرضه أنه حينئذ لا يتناوله العموم لانصرافه إلى غيره كما أشرنا إليه آنفاً فيبقى على الأصل فيتجه الجواب بالنسبة إلى الصورتين فكأن المدار فى الصور الأربع على عدم تناول العموم لها فلا يخرج عن الأصل و قال فى (التنقيح) عند شرح قوله فى النافع لم يصح أى لم يصح البيع لتعلقه على المدء و يكون مضموناً لقبضه بالبيع الفاسد و مراده أنه يكون مضموناً بعد الأجل لا قبله إذ لا بيع قبله فلا مخالفة (ثم) إنه قد يقال إن فى ضمانه بعد الأجل على الإطلاق إشكالا لأنه إذا كان مقبوضاً عنده بالرهن الفاسد الذى لا يضمن به فينبغى أن يبقى عنده

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨٧

و فوائد الرهن للراهن (١) و لا تدخل فيه (و إن خ ل) إن كانت موجودة (٢) و الأقرب عدم دخول المتجددة إلا مع الشرط أو كانت متصلة (٣)

على هذا الوجه حتى ينوى تملكه بعد الأجل بزعم أنه مبيع له فيمنعه منه لو طلبه و يتصرف فيه و تظهر الفائدة فيما إذا غفل عن كونه مبيعاً و لم ينو تملكاً فليأمل جيداً و تظهر الفائدة فى أصل المسألة فيما عدا التلف فيما إذا غرس أو بنى قبل دخول وقت البيع فإنه يقلع مجاناً و لو فعل ذلك بعده و هو جاهل بالفساد لم يقلع كذلك لوقوعه بإذن المالك و جهله بعدم الجواز فيكون كما لو غرس المستعير و رجع المعير

(قوله) (و فوائد الرهن للراهن)

كما فى المقنع و ما تأخر عنه و عليه الإجماع كما فى كشف الحق و ظاهر كشف الرموز و المسالك و المفاتيح و مجمع البرهان و الرياض و الإجماعات الآتية منطبقه عليه و تدل عليه الأخبار الكثيرة المتضاهرة و لا فرق فى ذلك بين المتصلة و المنفصلة و خالف أبو حنيفة فقال فيما حكى عنه المتصلة (تبقى خ ل) تبطل لا تحصل للراهن و لا للمرتهن و المنفصلة تدخل فى الرهن (قوله) (و لا تدخل فيه إن كانت موجودة)

كما فى المقنعة و النهاية و سائر ما تأخر عنهما و فى (المختلف) أنه مذهب الأ-كثر و فى (التنقيح) الإجماع عليه و فى (الإنتصار) الإجماع عليه فى الحمل و فى (المسالك) أنه المشهور ذكره فى مقام آخر و المخالف أبو على ما حكى عنه فى المختلف قال قال جميع ذلك يدخل فى الرهن و ضعفه واضح لأن الموجود حاله كسائر أمواله و ربما قيل بدخول نحو الصوف و الوبر و الشعر على ظهر الحيوان و نحو ذلك مما هو بحكم الجزء و استقربه فى التذكرة و هو حسن إن حكم العرف بالدخول و إلا فالأظهر ما حكم به الأصحاب و لعله المفروض و تردد فى التذكرة فى دخول اللبن فى الضرع و سيأتى تردد المصنف هنا فى الأمرين (قوله) (و الأقرب عدم دخول المتجدد إلا مع الشرط أو كانت متصلة)

الفوائد المتجددة المتصلة اتصالاً-لا- يقبل الانفصال كالسمن و الطول تدخل فى الرهن إجماعاً كما فى المختلف و التذكرة فى موضعين منها و المسالك و الروضة و المفاتيح و قد نفى عنه الخلاف فى التنقيح و الكفاية و الحدائق و فى (غاية المراد) أنه لا بحث فيه و كذلك المنفصلة كالثمره و الحمل و القابلة للانفصال كالشعر و الصوف إذا شرط المرتهن دخولها لنفى الخلاف فيه عندنا إلا فى الدروس (ثم قال) و إن لم يصح رهن المعدوم لأنها تابعة و فى (المسالك و الكفاية و المفاتيح) لو اشترط المرتهن الدخول أو الراهن الخروج ارتفع الإشكال و المصنف فى التذكرة استثنى ما يتجدد من المنافع بالاختيار كاستساب العبد فلا يصح اشتراط دخوله و فى (الدروس) أنه لا فرق بين كسب العبد و غيره (أما الفوائد) المتجددة التى ليست متصلة كذلك و لا مشروطة فقد قرب المصنف هنا عدم دخولها و هو خيرة الخلاف فى موضعين منه و المبسوط و نكت النهاية للمحقق و التحرير و التذكرة فى موضعين منها و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و مال إليه فى المسالك و هو المنقول

في الدروس عن المحقق في الدرر المباركة الميمون وفي (الخلافة) في باب الزكاة الإجماع عليه وهو ظاهر التذكرة حيث قال عندنا في مطاوي البحث في فروع المسألة قال في (زكاة الخلاف) إذا رهن جارية أو شاة فحملتا بعد الرهن كان الحمل خارجا عن الرهن بإجماع الفرقة وهو قوى متين جدا للأصل بمعنى أصل العدم ولعدم دلالة اللفظ على دخولها بشيء من الدلالات ولأن الأصل في الملك أن يتصرف فيه مالكة كيف شاء خرج منه الأصل بوقوع الرهن عليه وهذا النماء ما دام متصلا بالأصل لأنه يلزم منه التصرف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨٨

ولو أدى ما يخص أحد الرهنيين لم يجز إمساكه بالآخر ولا بالخالي (١) ويقدم قول الدافع (٢) ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة (٣)

في المرهون الذي قام الإجماع على منعه ويبقى الباقي وهو ما إذا انفصل عن الأصل على الأصل وقد استدلل عليه المصنف في المختلف برواية السكوني وخبر إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام (قلت) فإن رهن دارا لها غلة لمن الغلة قال لصاحب الدار وقال وادعى ابن إدريس أن قوله مذهب أهل البيت عليهم السلام وإجماعهم عليه وأن ما ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط مذهب المخالفين خطأ لا برهان عليه ولا شبهة له (قلت) الخبران لا دلالة فيهما على ما نحن فيه إذ غاية ما دلا عليه إنما هو التبعية في الملك ولا ينافيها الدخول في المرهون كما هو فرض المسألة (وقد يقال) إنهما عند التأمل ظاهران في ذلك فتأمل والعامه على أقوال حكاها في الانتصار قال فقال أبو حنيفة إذا ولدت المرهونة بعد الرهن دخل ولدها في الرهن وكذلك اللبن والصوف وثمره النخل والشجر وهو قول الثوري والحسن بن حي وقال مالك ما حدث من ولد فهو رهن وقال الشافعي لا يدخل الولد ولا الثمرة الحادثة في الرهن وقال الليث إذا كان الدين حالا دخلت الثمرة فإن كان إلى أجل فالثمرة لصاحب الأصل وروى عنه أنه لا يدخل إلا أن يكون موجودا يوم الرهن انتهى ما حكاها في الانتصار وفي (المقنعة والنهائية والوسيلة والغنية والسرائر والجامع والشرائع والنافع وكشف الرموز والدروس واللمعة وغاية المراد وإيضاح النافع) أنه يدخل في الرهن وهو المحكى عن أبي على وأبي الصلاح والقاضي وفي (الدروس والمسالك والكفاية والمفاتيح والحدائق والرياض) أنه المشهور وفي (جامع المقاصد) أنه مذهب الأكثر وفي (إيضاح النافع) أنه أشهر بل كاد يكون إجماعا بل صرح بعضهم بدعوى الإجماع عليه وفي (الغنية والسرائر) الإجماع عليه وفي الأخير أيضا أنه مذهب أهل البيت عليهم السلام وفي (الانتصار) أن دخول الحمل الحاصل في الارتهان مما انفردت به الإمامية ولا حجة لهم يعول عليها إلا الإجماع المنجبر بالشهرة المعلومة والمنقولة وربما احتج عليه بتبعيته للأصل (وفيه) أنها ممنوعة في مطلق الحكم بل إنما هي في الملك ولا كلام فيها وبتبعيته ولد المدبرة لها بالتدبير لخروجها بالدليل مع حرمة القياس وجود الفارق وهو تغليب جانب العتق (وقد) يستدل لهم بلزوم جواز انتفاع الراهن بالرهن لأن المنفعة إذا لم تكن رهنا لا وجه لمنعه من التصرف فيها لكن الإجماع على منعه (ويندفع) ذلك بما أشرنا إليه آنفا من أن منعه من التصرف لا من حيث المنفعة بل من حيث استلزامه التصرف في المرهون ولهذا لو انفصلت المنفعة كالثمن والولد لم يمنعه من التصرف فيها

(قوله) (ولو أدى ما يخص أحد الرهنيين لم يجز إمساكه بالآخر ولا بالخالي)

قد طفحت بذلك عباراتهم ووجه ظاهر لأنه قد فكه مما رهن عليه ولم يرهنه على الآخر ولا الخالي فلا يكون رهنا والارتهان غير واجب نعم إذا تراضيا فلا كلام كما تقدم

(قوله) (ويقدم قول الدافع)

في أن المدفوع عن أي الدينين لأن المعتبر نيته وهو أعرف بها وذلك مع اليمين

(قوله) (ولو تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة)

كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و قال في (التذكرة) الحق عندنا ذلك و إن دخلت في البيع اقتصارا على النص فلا يتعدى إلى غيره (قلت) لأنها غير داخله في مسماها و دخولها في البيع قبل التأبير للنص على خلاف الأصل و لذلك خصها بالذكر بخلاف غيرها من الثمار فإنها متى ظهرت لا تدخل مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٨٩

□
و لا الشجر في رهن الأرض (١) و إن قال بحقوقها (٢) إلا مع الشرط (٣) و كذا ما ينبت بعد رهنها سواء أنبتة الله سبحانه أو الراهن (٤) أو أجنبي إلا أن يكون الغرس من الشجر المرهون (٥) و في دخول الأس تحت الجدار (٦) و المغرس تحت الشجر (٧) و اللبن في الضرع (٨) و الصوف المستجز على ظهر الحيوان (٩)

في عقد مطلقا إلا مع الشرط و نبه به أيضا على خلاف بعض العامة حيث أدخلها قياسا على البيع (قوله) (و لا الشجر في رهن الأرض) كما في الكتب الستة المتقدمة لما مر (قوله) (و إن قال بحقوقها)

كما في التذكرة و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك لأنه لا يعد من حقوقها لغة و لا عرفا و تردد في الشرائع مما ذكر و من توهم كون الشجر من حقوقها كما فهمه الشيخ رحمه الله في المبسوط و قد سبق مثله في البيع و في (التذكرة و المسالك) أنه لو قال بجميع ما اشتملت عليه أو نحوه دخلت على الظاهر و في جامع المقاصد لم يبعد الدخول حينئذ (قوله) (إلا مع الشرط)

لا إشكال في الدخول مع الشرط كما في (جامع المقاصد) و غيره

(قوله) (و كذا ما ينبت بعد رهنها سواء أنبتة الله سبحانه أو من الراهن)

كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و التلخيص و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو قضية كلام الدروس لعدم دخوله فيها و لا يعد ذلك نماء الأرض حتى يجيء فيه الخلاف في النماء المتجدد و لهذا خصه بالذكر و منه يعلم حال الأجنبي إذا غرسه

(قوله) (إلا أن يكون الغرس من الشجر المرهون)

فإنه رهن كما في الشرائع و جامع المقاصد و المسالك لأنه لا إشكال في بقاءه على ما كان لا أنه يتجدد له الدخول و هل يتوقف غرسه حينئذ على إذن المرتهن يحتمل ذلك لأنه تصرف في الرهن و انتفاع به فيتوقف على إذنه و عدمه لأنه مصلحة له و زيادة في قيمته كالسقى و الدواء و قد تقدم و لو كان الغرس من غير المرهون أو كان منه و أضر بالأرض فلا ريب في توقفه على إذنه و أطلق في الدروس المنع من الزرع و إن لم تنقص به الأرض حسما للمادة (قوله) (و في دخول الأس تحت الجدار)

الأس بالضم أصل البناء كما في الصحاح و القاموس و المصباح المنير و مجمع البحرين و كذا الأساس و قال الشهيد في حواشيه له تفسيران (الأول) ما هو مستور من الحائط و وجه دخوله دلالة اللفظ عليه بالتضمن و وجه عدمه عدم تعلق الإشارة الحسية ظاهرا به (و الثاني) أنه موضع الأساس و وجه الدخول دلالة اللفظ عليه بالالتزام و وجه عدمه عدم دخوله في مسمى اللفظ و التفسير الثاني أصح و الفائدة تظهر لو انهدم الحائط فهل يبقى الأس على الرهن أم لا انتهى و في (جامع المقاصد) بعد نقل ذلك عنه الأصح على الأول الأول و على الثاني الثاني و تردد المصنف في المغرس يشعر بأن المراد بالأس موضع الأساس إذ يبعد ترده في دخول بعض الجدار و لأن الموضوع شبيه بالمغرس و حكم في التذكرة و غاية المرام بعدم دخوله بناء على أنه الموضوع و لم يرجح في الإيضاح مع أنه فهم

من الأسس الموضوع

(قوله) (و المغرس تحت الشجرة)

حكم فى التذكرة و غاية المرام بعدم دخوله و هو قضية كلام جامع المقاصد و لم يرجح فى الإيضاح

(قوله) (و اللبن فى الضرع)

لا ترجيح فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد للتردد فى أنه جزء نظرا إلى أنه من جملة رطوبات البدن و أن العادة قاضية بأخذه و كونه منظورا إليه بخصوصه فلا يكون داخلا فى مسمى اللفظ عرفا و مثله يأتى فيما لو باع شاة فى ضرعها لبن و فى حواشى الشهيد أنه يدخل

(قوله) (و الصوف المستجز على ظهر الحيوان)

بكسر الجيم لم يرجح فى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩٠

و أغصان الشجر (١) نظر و الأقرب جواز إجبار الراهن على الإزالة (٢) و لو رهن ما يمتزج بغيره كلقطة من الباذنجان صح إن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية أو بعدها و إن لم يتميز على رأى (٣)

الإيضاح و فى (التحرير و جامع المقاصد) أنه يدخل لكونه جزءا حقيقه و إنما يخرج عن جزئيته بعد الانفصال و استقره فى موضع من التذكرة و هو قضية كلامه فيها فى موضع آخر و فى (المبسوط و حواشى) الشهيد لا يدخل و قد تقدم أن المدار على العرف فإن حكم بالدخول و إلا فالأظهر ما عليه الأصحاب (قوله) (و أغصان الشجر)

لم يرجح فى الإيضاح و فى (التذكرة و الحواشى و جامع المقاصد) أنها تدخل و المراد بها ما كان من الأغصان يابسا أو جرت العادة بقطعة من سعف النخل و غيره و فى (حاشية الإيضاح) أن الرطب داخل بلا-خلاف و لعله أراد فيما لم تجر العادة بقطعة فتأمل و الأوراق كالأغصان و ما ينفصل منها غالبا فكالذى ينفصل منها غالبا (و قد يقال) إن الضابط أنه يدخل فى الرهن ما يدل عليه مطابقة أو تضمنا من الأجزاء الحقيقية أو العرفية و ما لا يمكن وجود المرهون إلا مصاحبا له و هو شرط وجوده كما إذا رهن السقف فإنه لا يمكن انفراده عن الحائط فيستحق المرتهن مصاحبه له و إن لم يقل بحقوقه لأن الرهن للاستيثاق يتوقف على استمرار وجوده مملوكا و إمكان بيعه و لا يتم إلا بذلك

(قوله) (و الأقرب جواز إجبار الراهن على الإزالة)

هذا فيما لا يدخل فى الرهن من المتجدد و غيره و ما اختاره المصنف هنا خيرة الشرائع و المختلف و الإيضاح و غاية المرام و جامع المقاصد لأن إبقاءه فى المحل المرهون تصرف فيه و هو ممنوع كما لو وضع متاعه فى الدار و لتضرر الأصل بالثمرة لكن هذه تجب إزالتها عند انتهائها عادة كما فى الإيضاح و غاية المرام و فى (المبسوط و التذكرة) أنه لا يجبر على إزالته كذا حكى عن المبسوط فى المختلف و الموجود فيه و فى التذكرة أنه لا-يجبر على إزالته فى الحال و احتجوا له فيما حكى عنه بالأصل و منع أن مثل ذلك يعد تصرفا و قد يفرق بينه و بين المتاع بأن وضع المتاع منه فهو سبب فى بقائه بخلاف ما أنبته الله سبحانه و تعالى نعم لو كان ذلك بفعل الراهن فإجباره على إزالته قوى و لا-ترجيح فى التلخيص و التحرير و الكفاية و قال فى (الدروس) ليس له إزماء بإزالته قبل حلول الدين لعدم تعديه فإن احتيج إلى البيع قلعه فإن بيعا ففى توزيع الثمن ما تقدم فى بيع الأمة مع ولدها (قلت) هذا الذى نحن فيه إما أن يكون من فعل الله جل ذكره كأن يحمل السيل أو الطير النوى إلى الأرض البيضاء فينبت و من فعل الراهن فإن كان الأول فإنه لا يجبر على قلعه فى الحال لإمكان أن يؤدى الدين من مكان آخر و هذا البقاء له لا منه فلا تصرف عرفا فإذا دعت الحاجة إلى بيع الأرض

فإن قام ثمن الأرض لو بيعت وحدها بالدين و لم يقلع النخل فذاك و كذا لو لم تف به إلا أن قيمة الأرض لم تنقص بما نبت فيها فقيمتها و فيها الأشجار كقيمتها بيضا و إن نقصت قيمتها بالأشجار و لم تف بالدين فللمرتهن قلعها لتباع الأرض بيضاء إلا أن يأذن الراهن فى بيعها مع الأرض فتباعان و يوزع الثمن عليهما هذا إذا لم يكن الراهن محجورا عليه بالإفلاس فإن كان كذلك فلا قلع لتعلق حق الغرماء بها فتباعان و يوزع الثمن عليهما فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار حسب النقصان على الغرماء لأن حق المرتهن فى أرض فارغة و إنما منع من القلع لرعاية جانبهم و أما إذا كان بفعل الراهن فإجباره على إزالته قوى كما صرح به جماعة و فى (التذكرة) أنه لا يجبر على القلع قبل حلول الأجل فلعله يقضى الدين من غيره فلعل إطلاق المانع من الإجبار و المجيز ليس فى محله (قوله) (و لو رهن ما يمتزج بغيره صح إن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية أو بعدها و إن لم يتميز على رأى) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩١

و يقدم حق المجنى عليه و إن تأخر على حق المرتهن (١) فيقتص فى العمد أو يسترق الجميع أو مساوى حقه فالباقى رهن (٢) و فى الخطأ إن فكه مولاه فالرهن بحاله و إن سلمه فللمجنى عليه استرقاقه و بيعه أو بيع ما يساوى حقه فالباقى رهن

لا- إشكال و لا- بحث فى الجواز حيث لا يحصل الاشتباه كما فى جامع المقاصد و المسالك لوجود المقتضى و عدم المانع أما مع الاشتباه و عدم التمييز فى المبسوط و التذكرة فى موضع منها أنه لا يصح الرهن لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التمييز و لأنه لا يصح بيعه عند الأجل لجهله فلا- يصح رهنه و يرد على الأول أنه يمكن الاستيفاء بالصلح على أن حصوله غير مقطوع به لإمكان التخلف و أن الراهن قد يسمح برهن الجميع أو يتفقان على قدر الرهن فإن لم يحصل ذلك كله كان القول قول الراهن مع اليمين (و يرد) على الثانى أن المعبر اجتماع الشرائط وقت الرهن و هى حاصله و صحة البيع لو سلمت شرطيتها فالمعتبر منها ما كان عند إنشاء الراهن لأنه وقت اعتبار الشرائط و هى حاصله أيضا و أطبق المتأخرون ممن تعرض للفرع على الصحة و مما صرح فيه بها الشرائع و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و الدروس و غاية المرام و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان فيكونان شريكين أما الصحة فلما عرفت من كونه عينا مملوكة صالحة للبيع و أخذ الدين منها من غير مانع كسائر الأموال و وجه الشركة و وجود موجبها و هو المزج مع عدم التمييز فحكمه حكم سائر المشتركات كذلك هذا إذا وقع المزج و عدم التمييز بعد القبض و أما لو وقع قبل القبض فالأقرب الفسخ و البطلان كما نبه عليه فى الدروس و قال فى (المبسوط) إذا اشترط قطعه إذا حدث البطن الثانى صح الرهن (قوله) (و يقدم حق المجنى عليه و إن تأخر على حق المرتهن)

كما فى الشرائع و التذكرة و الإرشاد و الدروس و المسالك و مجمع البرهان و هو فحوى المبسوط و الخلاف و التحرير و جامع المقاصد لأن المرتهن بدلا و لا بدل للمجنى عليه لأن حقه متعين فى الرقبة و حق المرتهن متعلق بالرقبة و بذمة الراهن فلا يفوت حقه بفواتها و لأن حق المجنى عليه يتقدم على حق المالك فبالأولى أن يتقدم على حق المرتهن ألا ترى لو كان ملكا للمرتهن و جنى كان حق المجنى عليه مقدما على حقه و لأن حق المجنى عليه أقوى و من ثم كان له الاستيفاء من دون مراجعة المالك و هذا الأخير إنما يجرى فى العمد و لا يستثنى من ذلك إلا ما إذا جنى على سيده خطأ لأنه لا يثبت له على ماله مال فيبقى حق المرتهن بحاله كما يأتى

(قوله) (فيقتص فى العمد أو يسترق الجميع أو مساوى حقه و الباقى رهن و فى الخطأ إن فكه مولاه فالرهن بحاله و إن سلمه فللمجنى عليه استرقاقه و بيعه أو بيع مساوى حقه و الباقى رهن)

جناية العبد المرهون إن كانت نفسا و أوجبت قصاصا فأمره إلى ورثة المجنى عليه فإن اقتصوا بطل الرهن و كذا إن استرقوا و إن عفوا عنه بقى رهنا لأن الجناية لا تبطل الرهن و إنما تراحم عليه الحقوق و إن عفوا على مال فإن بذله السيد بقى رهنا أيضا و إلا بيع العبد و بطل الرهن و إن عاد إلى ملك الراهن و إن أوجبت قصاصا فى الطرف و نحوه اقتص منه و بقى رهنا أيضا و إن أوجبت مالا فى بعض

صور العمد أو في الخطاء مطلقاً فالأمر كما قرر من أنه إن فداء السيد بقي رهنا وإن استرق أو بيع فإن فضل منه شيء بقي كذلك ولا بطل الرهن ولو كان الواجب دون قيمة العبد ولكن تعذر بيع البعض أو انتقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من الثمن عن الجناية يكون رهنا كما لو اضطر إلى بيع الرهن وقد ذكر ذلك كله في التذكرة والمسالك وأشير إليه في المبسوط وغيره ولو افتكه المرتهن على

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩٢

ولو جرح مولاه عمدا اقتص منه ولا يخرج عن الرهن وإن قتله فللوارث قتله والعفو فيبقى رهنا ولو جرح خطأ لم يثبت لمولاه عليه شيء فيبقى الرهن بحاله (١) ولو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص أو الافتكاك من الرهن فيه وفي الخطاء مع الاستيعاب (٢)

أن يكون له الرجوع على الراهن وعلى أن يكون العبد رهنا على مال الفك والدين الأول جاز كما نبه عليه في الدروس وقضية كلام المصنف في المقام أن للمجنى عليه في الطرف إذا كان الجاني رقاً الخيار بين القصاص والاسترقاق على قدر حقه كلاً أو بعضاً وهو الموافق لإجماعهم ورواياتهم في أن الجاني القاتل إذا كان عبداً كان لولى المجنى عليه الخيار بين القصاص والاسترقاق فليكن كذلك في الأَطراف وبيان ذلك يطلب مما حررناه في باب القصاص وهذا كله إذا جنى العبد بغير إذن السيد أما لو أمره السيد بالجناية فإن لم يكن مميزاً أو كان أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيد فالجاني هو السيد وعليه القصاص والضمان كما في المبسوط والتذكرة وكذا التحرير ونسبه في جامع المقاصد والمسالك إلى التذكرة وهو خيرة قصاص المبسوط والشرائع والكتاب والمخالف الشيخ في الخلاف وابن إدريس في السرائر فأسقطا فيما إذا كان صغيراً القود عن المأمور والأمر عن الأول لنقصه وعن الثاني لعدم قتله ولا يتعلق برقبة العبد شيء بل يبقى رهنا وإن كان السيد معسراً كما في التذكرة وفي (المبسوط) أنه أحوط واقتصر في التحرير على نقل ذلك عن الشيخ

(قوله) (و لو جرح مولاه عمدا اقتص ولا يخرج عن الرهن وإن قتله فللورثة قتله والعفو فيبقى رهنا ولو جرح خطأ لم يثبت لمولاه عليه شيء فيبقى الرهن بحاله)

قد ذكرت هذه الأحكام على سبيل الإجمال في (المبسوط والشرائع والتذكرة والإرشاد ومجمع البرهان) وغيرها وتحريرها أن يقال إذا جنى العبد المرهون على سيده فلا تخلو جنايته إما أن تكون عمداً أو خطأً على النفس أو ما دونها فإن كانت عمداً على ما دون النفس مثل قلع العين وقطع اليد أو الإذن والجرح الذي فيه القصاص فللسيد القصاص عليه لعموم أدلة القصاص ولأنه يجب للزجر والانتقام والعبد أحق بالزجر عن سيده بخلاف القطع في السرقة فإن القطع يجب بسرقة ما لا شبهة فيه والعبد له شبهة في مال سيده وهو غير محرز عنه في العادة فإن أراد المولى استيفاء القصاص كان له ولا تبطل الرهانة للاستصحاب والقصاص لا يمنع الباقي عن الرهانة فلا يخرج عن الاستصحاب وإن أراد العفو على غير مال فكذلك وإن أراد على مال ففي المبسوط لا يصح ذلك لأنه لا يجوز أن يثبت له على عبده مال قال وعلى هذا لو كانت الجناية خطأً كانت هدراً مطلقاً ولم أجد من خالفه من أصحابنا وإن كانت الجناية على نفس سيده عمداً كان للورثة القصاص فإن اقتصوا بطل الرهن وفي (المبسوط) كظاهر الكتاب أنه ليس للوارث العفو على مال قال لأنه لا يستحق على ماله مالا وهذا العبد للورثة انتهى ولعله بناء على أن الديّة إنما تحصل في ملك الورثة بعد الموت والعبد انتقل إليهم بالموت أيضاً لكن سيأتي فيما إذا جنى على مورثه أن الأصحاب على أن الديّة تنتقل إلى المقتول في آخر جزء من أجزاء حياته وحينئذ ينبغي التعليل لعدم العفو على مال بأنها تكون واجبة عليه لسيدته فلا يثبت له على ماله مال كما عرفت فليحظ فإنه دقيق

(قوله) (و لو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص و الافتكاك من الرهن فيه و في الخطاء مع الاستيعاب)

كما في (المبسوط و الشرائع و الإرشاد و حواشى الكتاب و الدروس و جامع المقاصد و المسالك) تصريحاً و فحوى و الغرض من العبارات و ما كان على نحوها أن ذلك إذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩٣

و المقابل مع عدمه (١) فالباقي رهن و لو جنى على عبد مولاه فكمولاه إلا- أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله و يبطل حق المرتهن و العفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر و لو عفا بغير مال فكعفو المحجور (٢) عليه و لو أوجبت أرشاً فلثانى و لو اتحد المرتهن و تغاير الدين فله بيعه و جعل ثمنه رهنا بالدين الآخر و فى الخطأ مع الاستيعاب و المقابل مع عدمه فالباقي رهن

لم تكن الجناية على الطرف و لم يمت إذ مع ذلك يكون أمره إلى المجنى عليه و هو فى ذلك كالأجنى كما هو واضح (و بيان الحال) أن العبد المرهون لو جنى على من يرثه السيد كأبيه و ابنه فإن كانت على الطرف عمداً كان للمجنى عليه القصاص فى الطرف و يبقى الباقي رهنا كما كان و له العفو على مال و لو كانت خطأ ثبت المال و إن كانت على النفس عمداً فللسيد قتله لأنه لا يخرج عن الجناية على نفس السيد أو الأجنى و القصاص ثابت فيهما (و الحاصل) أنه يثبت للسيد ما كان ثبت لمورثه من الحكم قصاصاً و مالا فله الاسترقاق فى العمد و العفو على مال و بيعه إذا كانت نفساً أما الاسترقاق و البيع فلا لأنه أشبه الملك الجديد له و لأن لصاحب الجناية القتل و التملك فله التخليص من الرهن بالأولى و وجه العفو ظاهر و له فكه من الرهن إذا كانت خطأ مع الاستيعاب أو كان المورث قد مات فيما إذا كانت على الطرف قبل الاستيفاء و له العفو فيبقى رهنا و هو ظاهر و قد يومهم هذا أنه يجوز الافتكاك إذا جنى خطأ على طرف المولى و جواز الفك فى العمد إذا كانت على نفس المولى كما احتمله المولى الأردبيلي و ليس كذلك للفرق بين الجناية على المولى و على مورثه مع أن الحق للمولى فى الموضوعين أن الواجب فى الجناية على المولى له ابتداء فلا يثبت له على ماله مال و أما الجناية على مورثه فالحق فيها ابتداء للمجنى عليه و إنما ينتقل الحق إلى الوارث من المورث و إن كان دية لأنها محسوبة من تركته تقضى منها ديونه و تنفذ وصاياه لأنها تجب فى آخر جزء من أجزاء حياة المقتول و كما لا يمتنع ثبوت مال لمورث المولى على عبده لا يمتنع انتقاله عنه إليه فيفكه عن الرهن لذلك و قد نهوا بالفرق على خلاف بعض الشافعية حيث حكم بسقوط المال بانتقاله إلى سيده و يبقى رهنا للوجه الذى انتفى لو كان المال للسيد ابتداء و لعله لذلك لم يرجح فى التذكرة شيئاً و الضمير المجرور فى قوله فيه يعود إلى العمد و لو قدمه مع جاره على القصاص أو أخره كما فى بعض النسخ عن الرهن لكان أولى (قوله) (و المقابل مع عدمه)

أى له افتكاك المقابل للجناية فى العمد و الخطأ على المورث مع عدم الاستيعاب و الباقي يبقى رهنا و وجهه ظاهر مما سلف (قوله) (و لو جنى على عبد مولاه فكمولاه إلا أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله و يبطل حق المرتهين و العفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر و لو عفى بغير مال فكعفو المحجور)

إذا جنى العبد المرهون على عبد آخر للمولى فإما أن لا- يكون مرهوناً أو يكون و على الثانى إما عند غير مرتهن الجانى أو عنده و على الأول إما أن تكون الجناية عمداً أو خطأ و على الأول إما أن يقتص أو يعفو على مال أو بدون مال أو يطلق العفو و على الثانى أى إذا كانت خطأ فإما أن تكون قيمة المقتول مستوعبة لقيمة العبد القاتل أو مساوية أو أقل و إن كان مرهوناً عند مرتهن الجانى فإما أن يتحد الحق أو يتعدد فإن تعدد فإما أن تتساوى القيمتان و يتساوى الحقان قدراً و جنساً أو لا و على الثانى فإما أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩٤

.....

تتفق القيمتان و يختلف الحقان و اختلاف الحقين إما بالجنس أو القدر أو بهما و إما بالحلول و التأجيل أو بالتأجيل مع التفاوت فى

الأجل أو ينعكس الأمر بأن يتفق الحقان و تختلف القيمتان (إذا عرفت هذا) فإن لم يكن رهنا كان لسيدته أن يقتص منه لأن العبد كفو للعبد كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس إلا أن يكون المقتول ابن القاتل كما في الثلاثة الأخيرة و قد اتفقت الأربعة على أنه ليس له أن يعفو على مال لبيع العبد المرهون و يقتص ثمنه هذا إذا كانت الجناية عمدا و إن كانت خطأ لم يثبت المال و كانت هدرا و يبقى العبد القاتل رهنا و إن كان العبد المقتول رهنا عند غير مرتتهن الجاني و قد قتل عمدا كان للسيد القصاص أيضا كما في الكتب الأربعة لأن حق القصاص مقدم على حق المرتتهن لأن ما أوجب المال مقدم فالقصاص أولى و كان للسيد أيضا أن يعفو على مال لحق المرتتهن لأنه بنفسه لو جنى على عبده المقتول و جب عليه أرش الجناية فبالأولى أن يثبت على عبده فيتعلق المال حينئذ برقبته العبد لحق مرتتهن المقتول كما في الكتب الأربعة و جامع المقاصد أيضا و إن عفا على غير مال أو عفا مطلقا فهل يثبت المال فيه قولان فمن قال إن جناية العمد توجب القصاص و يثبت المال بالعفو كما هو مذهبنا كما في التذكرة صح العفو على غير مال و مطلقا و لم يكن للمرتتهن مطالبته بالعفو على مال لأن اختيار المال ضرب من الاكتساب و الراهن لا يجبر على ذلك لحق المرتتهن و من قال إن الواجب أحد الأمرين إما القصاص و إما الدية فإذا عفى عن القصاص ثبتت الدية فلا يصح العفو عن القصاص على غير مال و عفو حيث كعفو المحجور عليه بفلس كما صرح به في (التذكرة) فكل موضع يصح فيه العفو من المحجور عليه و هو حيث لا يكون المعفو عنه مالا يصح و مالا فلا و حينئذ فلا بد في صحته أى العفو من وقوع العقد على الدية ثم إن ما ذكره في التذكرة من أن مذهبنا أن جناية العمد توجب القصاص و المال إنما يثبت صلحا إنما هو بالنسبة إلى الأحرار و أما العبد فإنه إذا قتل الحر كان الولي من أول الأمر مخيرا بين استرقاقه و قتله قولاً واحداً و الأظهر أنه كذلك في الأطراف و كيف كان فما نحن فيه ليس من هذا القبيل فليتأمل جيدا جدا و إن كانت الجناية خطأ و جب المال و مهما وجب المال بالعفو أو كانت الجناية خطأ أو عمدا يوجب المال ينظر فإن كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها فقد قال الشيخ في المبسوط إنه يباع لأنه ربما رغب فيه رغب فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتتهن و قال بعض العامة إنه ينقل إلى يد مرتتهن المجنى عليه رهنا و ينفك من رهن مرتتهن و احتمله في التحرير لأنه لا فائدة في بيعه و الأول أولى كما في التذكرة لأن حقه في ماله العبد لا في العين و هو متجه إذ لم يجر الرهن عليها و إنما تعلق بها حق مرتتهن المقتول بسبب الجناية و إن كان الواجب فيهما أقل من قيمته فعلى الوجه الثاني ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتتهن القاتل و على الأول يباع منه قدر الواجب و يبقى الباقي رهنا فإن تعذر بيع البعض أو نقص بالتشقيص بيع الكل و جعل الزائد عن الواجب عند مرتتهن القاتل قال في (التذكرة) و هذان الوجهان إنما يظهران فيما إذا طلب الرهن النقل و طلب مرتتهن القاتل البيع ففى وجه يجاب هذا و فى وجه يجاب ذلك أما إذا طلب الرهن البيع و مرتتهن المقتول النقل فإنه يجاب الرهن لأنه لا حق لصاحبه فى عينه (و اعترضه) فى جامع المقاصد بأننا قد نقول على الوجه الثانى يجاب مرتتهن المقتول إلى النقل لأنه إن تم دليله و هو أن البيع لا فائدة فيه فينفك من رهن الأول و يتعلق به حقه تعين إجابهته و ما علل به من أنه لا حق له فى عينه و هو دليل الوجه الأول إن تم اقتضى ترجيح الأول على الثانى و لو اتفق الرهن و المرتتهنان على أحد (الفعلين خ ل) النقلين تعين و لو اتفق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩٥

.....

الراهن و مرتتهن المقتول على النقل فعند الجوينى على ما حكى عنه أنه ليس لمرتتهن القاتل المناقشة فيه و طلب البيع و مقتضى دليل الأول أن له ذلك كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و إن كان العبد المقتول رهنا عند مرتتهن العبد الجاني و اختار المالك العفو على الدية و تعلق برقبته الجاني أو كانت خطأ على ما سبق فللمرتتهن أن يتوثق لدين القاتل حيث يتأتى له و تحصل له فائدة (و تفصيل) ذلك أن يقال إنه إذا اتحد الحق فالجناية هدر إذ لا توثق و لا فائدة فيه و إن تعدد فإن تساوت القيمتان و تساوى الحقان قدرا و جنسا فالجناية هدر كذلك لما ذكر إلا أن يكون دين المقتول أصح و أثبت من دين القاتل كأن يكون مستقرا و دين القاتل عوض

شئ يرد بعيب أو صدق قبل الدخول فيحتمل نقله و عدمه و مع النقل يباع و يكون الثمن رهنا أو يتفقا على التبقية كما نبه على ذلك كله في المبسوط و التحرير و في (التذكرة و جامع المقاصد) أن الأصح ثبوت نقل التوثيق فيباع و يقام ثمنه مقام القتل أو يقام عينه مقامه على الوجهين السابقين و قال في (التذكرة) لو اتفقا على البيع فلا بحث و لو تساوى الدينان في الأوصاف و حكمنا بعدم النقل فقال المرتهن إنى لا- آمنه فقد جنى فيعوه و وضعوا ثمنه مكانه فالأقرب إجابته دفعا لاحتمال الضرر عنه و وافقه على ذلك في جامع المقاصد و إن تعدد الدينان و اختلفا بالحلول و التأجيل صح للمرتهن أن يتوثق لدين المقتول بالقاتل لأنه إن كان الحال دين المقتول فقد يريد استيفاءه من ثمنه في الحال و إن كان الحال دين القاتل فقد يريد الوثيقة للمؤجل و يطالب الراهن بالحال في الحال و مثله لو كانا مؤجلين و أحد الأجلين أطول و إن اتفقا حلولا و تأجيلا فإما أن يتفقا جنسا و قدرا أو يختلفا فإن اتفقا و اختلف العبدان في القيمة و كانت قيمة المقتول أكثر فالجناية هدر لانتفاء الفائدة كما لو تساويا كما مر و إن كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر قيمة القتل إلى دين القتل و بقى الباقي رهنا بما كان و إن اختلف الدينان قدرا لا جنسا فإن تساوت قيمة العبدان أو كان القتل أكثر قيمة فإن كان المرهون بأكثر الدينين القتل فله التوثق بالقاتل لأن التوثق لأكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة بخلاف ما لو كان القتل مرهونا بأقله فلا فائدة في النقل حينئذ و إن كان القتل أقل قيمة و كان مرهونا بأقل الدينين فلا فائدة في النقل و إن كان مرهونا بالأكثر نقل من القاتل قدر قيمة القتل إلى الدين الأخير (الآخر خ ل) و يبقى الباقي رهنا و إن اختلف الدينان في الجنس فهو كالاختلاف في القدر أو الحلول و التأجيل كما نبه عليه في المبسوط و التحرير و صرح به في التذكرة و جامع المقاصد و قد جزم في التحرير في هذه المواضع بالبيع و جعل الثمن رهنا و لم يلتفت لإقامة العين أو بعضها مقام القتل و نحوه ما في المبسوط و لعله لأنه إنما تعلق الأرش لحقه لامتناعه لو لا ذلك فله حينئذ تحصيل الأرش ببيعه خصوصا إذا حصلت فائدة أخرى بالنسبة إلى الدين الآخر بأن يطلبه طالب بزيادة لكن هذا إنما يدل على أنه له يبعه كما في الكتاب و هو المراد من عبارة التحرير قطعا و إن أوهم ظاهرها خلاف ذلك (إذا عرفت) هذا فعد إلى عبارة الكتاب فمعنى قوله فكمولاه أنه يقتص منه في العمد و تفرغ ثبوت قتله للمولى على المستثنى قد قال في جامع المقاصد أنه غير جيد لأن هذا ثابت على كل حال و أنت خير بأن المقصود بالذات في التفرغ إنما هو العفو على مال لكونه محل خفاء فذكر القتل تمهيدا له و المراد بقوله كعفو المحجور عفو المحجور عليه بالفلس و معنى قوله و لو أوجبت أرشا فللثاني أن الجناية لو كانت خطأ بحيث توجب الأرش فحق الرهانة فيه للمرتهن الثاني حيث إن الجناية مضمونة لحقه فيتعلق الأرش المذكور برقبته القاتل و يتعلق به حقه و قوله و لو اتحد المرتهن و تغاير الدين فله يبعه و جعل ثمنه رهنا بالدين الآخر لا يخلو من مناقشته

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩٦

و يتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبى (و كذا لو أتلفه الراهن (١) خ) و لا- يتعلق بها الوكالة و لو صارت البيضة فرخا و الحب زرعا فالرهن بحاله (٢) و إذا لزم الرهن استحق المرتهن إدامة اليد (٣)

لأن إطلاق البيع بمجرد المغايرة غير متجه لما عرفت مع قصوره عن تأدية أحكام المسألة التي ذكرها في التذكرة و التحرير و مثل عبارة الكتاب عبارة الدروس قال و لو اختلف الدينان جاز نقل ما قابل الجناية بدلا من المجنى عليه لمرتنه انتهى فتأمل و معنى قوله و في الخطأ مع الاستيعاب و المقابلة مع عدمه و الباقي رهن أنه إذا جنى خطأ فالحكم فيه كالحكم في العمد إذا عفى المولى على الدية إذا استوعبت الجناية فتأتى جميع الأحكام السابقة و الظاهر أن قوله مع الاستيعاب قيد فيهما أى العمد و الخطأ لا في الخطأ وحده لأن جناية العمد قد لا تستوعب و أن «١» للمرتهن يبع مقابل الجناية مع عدم الاستيعاب و عن الشهيد في بعض حواشيه أن هذه الزيادة متروكة في بعض النسخ و لعلها أولى بالترك

(قوله) (و يتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبى و كذا لو أتلفه الراهن)

لأن معنى الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفى الدين من قيمته فإن جرى عليه شئ بحيث يكون له عوض يكون ذلك هو الرهن و كما

أنها أى القيمة صارت ملكا للمالك لتكون رهنا للمرتهن و إن كان العقد إنما جرى على العين و كأن الحكم إجماعى إذ لا نجد فيه خلافا و كذا لو جنى عليه أى المرهون فوجب الأرش فإنه يكون رهنا كالأصل و ليس من الزوائد لأنه بدل جزء من المرهون و فصل الراهن عن المرتهن و الأجنبى لا يخفى وجهه
(قوله) (و لا تتعلق بها الوكالة)

لا تتعلق الوكالة فى بيع العين بالقيمة بل تبطل لأنها كانت فى العين دون قيمتها و لا دليل على تعلقها بها بخلاف إمساك العدل لأنها بدل الرهن و له إمساك الرهن و حفظه و القيمة قائمة مقامه
(قوله) (و لو صارت البيضة فرخا و الحب زرعاً فالرهن بحاله)

كما فى الشرائع و غيرها لأن هذه الأشياء نتيجة ماله و مادتها له فلم يخرج عن ملكه بالتغيير و الاستحالات المتجددة صفات حصلت فيهما و حصل بسببها استعدادات مختلفة لتكونات متعاقبة خلقها الله تعالى فيها و وهبها له قلت هنا مسألتان (الأولى) أنها تبقى على ملك المالك و هذه التغييرات لا تفيد القابض ملكا كما هو خيرة الشيخ و جماعة من العامة تنزيلا للعين منزلة التالف فغايبته ضمان المثل أو القيمة و هو ضعيف جدا و الجمهور منا على خلافه و فى (مجمع البرهان) الظاهر عدم الخلاف فيه و كأنه لم يطلع على خلاف الشيخ لأنهم يذكرون المسألة فى باب الغصب و يدل عليه رواية عقبه بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير إذنى فزرعك لى و على ما أنفقت أله ذلك أم لا فقال للزارع زرعه و لصاحب الأرض كراء أرضه و الشهرة تجبر السند و الدلالة (و المسألة الثانية) كون الفرخ أو الزرع رهنا للراهن على ما كان الحب رهنا عليه و هذا أيضا كأنه مجمع عليه إذ لا مخالف لما أشرنا إليه من أن الزرع فى الحب كالسمن فى الحيوان فلا مانع و إن قلنا إن النماء لا يدخل فى الرهن على ما مر بيانه (و قد يقال) إن مقدار الحب من الزرع يكون رهنا و يكون شريكا كما لو امتزج فليتأمل

(قوله) (و إذا لزم الرهن استحق المرتهن إدامه اليد)
هذا يوافق أن القبض شرط فى صحة الرهن و قد سبق للمصنف

(١) عطف على قوله أنه إذا جنى (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩٧

و على الراهن مئونة المرهون (١) و أجره الإصطبل و علف الدابة و سقى الأشجار و مئونة الجداد من خاص ماله (٢) و لا يمنع من الفصد و الحجامة و الختان (٣) و يمنع من قطع السلع (٤)

التردد فى أن للمرتهن مطالبة الراهن بالقبض فيؤول بما فى جامع المقاصد بأن يراد باستحقاقه إدامه اليد أصل الاستحقاق و إن كان غير تام فإن الحق فى ذلك لكل من الراهن و المرتهن و لهذا لا يجوز لأحدهما الاستقلال بإثبات اليد عليه انتهى و كأنه غير متجه على شىء من الأقوال الثلاثة أو القولين و لا على شىء من الوجهين فى بيان الإشكال السالف على اختلاف الاحتمالات و الأقوال و قد سلف للمصنف فى مقام آخر أن الراهن لا يجبر على الإقباض فلا بد من مراجعته ما حررنا فى أوائل الفصل الخامس فى القبض فإننا قد أسبغنا الكلام فى أن له المطالبة أم لا و هل تجب إجابته أم لا و بينا الحال فى ذلك على جميع الأقوال و الاحتمالات
(قوله) (و على الراهن مئونة الرهن (لمرهون خ ل)

حيوانا كان أو غيره كما فى (المبسوط) و غيره و قد تقدم (و هو خ ل) و كأنه مما لا خلاف فيه و الوجه فيه ظاهر لأنه المالك و لما رواه العامة عنه صلى الله عليه و آله و سلم الرهن من راهنه له غنمه و عليه غرمه و من طريق الخاصة الظهر يركب إذا كان مرهونا و

على الذى يركبه نفقته و الدر يشرب إذا كان مرهونا و على الذى يشربه نفقته و قد قلنا إن المرتهن ممنوع من التصرف و إن المنافع للراهن فتكون نفقته عليه و هل يجبر على هذه النفقة الظاهر ذلك و للشافعى وجهان ثانيهما أنه لا يجبر بل يبيع القاضى جزءا من المرهون بحسب الحاجة و أنه يلحق بما يفسد قبل الأجل

(قوله) (و أجره الإصطبل و علف الدابة و سقى الأشجار و مؤنة الجداد من خاص ماله)

هذه كلها داخله فى المؤنة و لكنه أراد التنصيص عليها و فى (المبسوط و التحرير و الدروس) و غيرها أن له رعى الماشية و من خاص ماله قيد فى الجميع و قد خالف أبو حنيفة فى أجره الإصطبل و البيت و أجره من يرد العبد من الإباق و ما أشبه ذلك

(قوله) (و لا يمنع من الفصد و الحجامة و الختان)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و غيرها و قيد الختان فى حواشى الكتاب بكونه فى الزمان المعتدل و إن لا يحل الحق قبل برئه و لا يحصل بذلك نقص فى الثمن قال فله المنع حينئذ و لا يجبر الراهن عليها و كذلك الشأن فى المداواة بالأدوية التى لا خطر فيها كما فى المبسوط و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و لا يمنع من إنزاء الفحل المرهون و لا من الإنزاء على الأنثى غير الآدمية عند الشيخ فى المبسوط و منع منهما فى التحرير و الدروس و حواشى الكتاب و جوز له فى التذكرة ما فيه مصلحة قال و لا يجوز للمرتهن منعه و لا يجبر الراهن على ذلك و نحوه ما ذكره الشهيد و أبو العباس و الصيمرى و الشهيد الثانى حيث قالوا يجوز بما يعود به النفع على المرتهن إن لم يؤد إلى النقص و قد تقدم الكلام فى ذلك فى الكلام على منعها من التصرف حيث استثنى ذلك و قلنا هناك قد يقال بحصول الإذن فى ذلك بالفحوى لكنه خروج عن الفرض فليراجع و قد طفحت عباراتهم بأن له تأبير النخل كالشيخ و المصنف و الشهيدين (و أبى على خ) و الصيمرى و غيرهم

(قوله) (و يمنع من قطع السلع)

كما فى المبسوط و التذكرة و الدروس و غيرها (قلت) المدار على ظن السلامة مع النفع و المصلحة و فى (التحرير) لا يجوز للراهن ضرب الجارية للتأديب و غيره إلا بإذن المرتهن و فى (المبسوط) إذا ضربه بإذنه و مات لم يضمن و إن لم يأذن ضمن و يجب أن يقيد هذا بالتأديب المختص جوازه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩٨

و لو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء و يستقر على الغاصب و كذا المودع و المستأجر و المستعير من الغاصب هذا إن جهلوا و لو علموا لم يرجعوا (١) عليه و أحكام الوثيقة كما تثبت فى الرهن تثبت فى بدله الواجب بالجناية على المرهون (٢) و الخصم فى بدل الرهن الراهن (٣) فإن امتنع فالأقرب أن للمرتهن أن يخاصم (٤)

بالمولى لا مطلقا لأن الأمر بالمعروف واجب عموما

(قوله) (و لو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء و يستقر الضمان على الغاصب و كذا المودع و المستأجر و المستعير من الغاصب هذا إن جهلوا و لو علموا لم يرجعوا)

العالم من هؤلاء الأربعة بالغصب غاصب يرجع المالك عليه إن شاء و يستقر الضمان عليه إذا تلف فى يده و كذلك الحال فى المضارب و الوكيل فى بيعه و أما الجاهل منهم فلا يستقر عليه ضمان إذا تلف فى يده إلا المستعير إذا كانت العارية مضمونة بالأصل كالذهب و الفضة أو بالشرط لأن الجاهل منهم دخل على أنه غير ضامن و أن العين أمانة فى يده و المغرور يرجع على من غره كما سيصرح به فى باب الغصب و أما المستعير عارية مضمونة فقد دخل على الضمان و قد استقر التلف فى يده فيستقر الضمان عليه و قد يحتمل ضعيفا لعدم لغوره و ليس بشيء لأن الضمان غير ناش عن الغصب بل عن كونها مضمونة كما هو ظاهر و أما حال الجاهل منهم باعتبار رجوع المالك عليه فالظاهر منهم فى غير موضع كما تقدم مرارا و كما يأتى فى باب الغصب أن له الرجوع عليه و به

صرح جماعة كالمحقق الثانى فى باب العارية و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال فى المقام الحق عندنا نعم لكن ظاهر الكتاب فى باب العارية أنه لا يرجع على الجاهل منهم قال و لو استعار من الغاصب عالما بالغصب فللمالك الرجوع على من شاء بالأجرة و أرش النقص و القيمة لو تلفت و يستقر الضمان على المستعير و مع الجهل يضمن الغاصب الجميع إلا أن يكون ذهباً أو فضةً انتهى و قد تأول كلامه فى جامع المقاصد بأن المراد أن مع الجهل يستقر الضمان على الغاصب و ليس المراد أنه ليس له الرجوع عليه و المودع فى العبارة بفتح الدال

(قوله) (و أحكام الوثيقة كما تثبت فى الرهن تثبت فى بدله الواجب بالجناية على المرهون)

أى فيكون رهنا كالأصل فيجعل فى يد من كان الأصل فى يده من المرتهن أو العدل و هل يكون رهنا من حيث ثبوته أو بعد تعيينه احتمالان للثانى أنه قبل التعيين دين و الدين لا يكون رهنا فإذا تعين صار مرهونا و الحالة المتخللة كتخميم العصير و تخلله بعد ذلك و للأول أن المسلم أنه لا يرهن إنما هو الدين ابتداء و قد أطلق فى المبسوط و غيره أن بدل الرهن رهن و قد سبق مثل هذا و أعاده لكونه أنص و أشمل مع ما فيه من التمهيدي

(قوله) (و الخصم فى بدل الرهن الراهن)

مما لا أجد فيه خلافا حتى من العامة إذا لم يمتنع عن الخصومة لأنه هو المالك لرقبته و الأرض ملكه و ليس للمرتهن إلا حق الوثيقة فإن أحب المرتهن أن يحضر خصومته كان له ذلك فإذا قضى للراهن بالأرض تعلق به للمرتهن حق الوثيقة و كذلك العبد المستأجر و المودع الخصم فيهما المالك

(قوله) (فإن امتنع فالأقرب أن للمرتهن أن يخاصم)

كما فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد لأن حقه متعلق به كما لو كان الجانى سيده فكان له الطلب به و الوصول إلى تحصيله و لما فى منعه من ذلك من الضرر و قد يظهر من المبسوط و التحرير العدم لانتفاء كونه مالكا فلا يستحق المطالبة (و قد يقال) إن المدار فى استحقاق المطالبة على ثبوت الحق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ١٩٩

و لو نكل الغريم حلف الراهن (١) فإن نكل ففى إحلاف المرتهن نظر (٢) فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال فى الحال لحق المرتهن فإن انفك ظهر صحة العفو و إلا فلا (٣)

و هو أعّم من الملك و مثل امتناعه ما إذا كان غائبا أو آخر المطالبة

(قوله) (و لو نكل الغريم حلف الراهن)

إذا ردت اليمين عليه قولاً واحداً

(قوله) (فإن نكل ففى إحلاف المرتهن نظر)

و فى التذكرة للشافعى قولان كما فى يمين الغريم إذا نكل الوارث و فى (التحرير و الإيضاح و حواشى الشهيد و جامع المقاصد) أنه لا يجوز له أن يحلف لأن يمين شخص لإثبات مال غيره مما أجمع على عدم شرعيته فالتوصل إلى حقه إنما يسوغ حيث تكون الوسيلة جائزة شرعاً و فرق بينه و بين استحقاق المطالبة لعدم المانع من الثانى و عدم توقفه على شىء بخلاف الأول و وجه الجواز أن حقه متوقف على اليمين و بدونه يلزم الضرر بضياعه فيجوز له إثباته باليمين و قد ظهر وجه ضعفه

(قوله) (فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال فى الحال لحق المرتهن فإن انفك ظهر صحة العفو و إلا فلا)

قال فى (التذكرة) إن عفا الراهن لم يصح عفو و فيه قول إن العفو موقوف و يؤخذ المال لحق المرتهن فإن انفك يرد إلى الجانى و بان صحة العفو و إلا- بان بطلانه انتهى و قد اختاره هنا و استدلل عليه فى (الإيضاح) بأن فيه جمعا بين الحقيقين و بأنه لا مانع إلا حق

المرتتهن فإذا انفك انتفى المانع ثم بين وجه قول المصنف ظهر صحة العفو بأن الأمور العدمية لا توصف بأنها موقوفة بل تكون مراعاة و ما يدل على صحتها كاشف والكاشف هو دليل على سبق العلة المؤثرة التامة و أما الموقوف عليه فهو من تمام العلة أعنى علة الصحة أو اللزوم (قلت) نذر الأعدام المتقرب بها إذا كان معلقا كانت موقوفة و مثاله تمام علة الصحة إجازة المالك عقد الفضولى بناء على أنها ناقلة و مثال اللزوم إسقاط ذى الخيار خياره و حاصل كلامه بيان الفرق بين المراعى و الموقوف بأن المراعى يكون وجود ما يتوقف عليه الحكم به كاشفا عن صحته فى نفس الأمر حين وقوعه و الموقوف يكون وجود الموقوف عليه الحكم سببا فالأمور العدمية يمتنع أن تكون موقوفة و العفو عدمى لأن المقصود منه الإسقاط و هو إعدام ما فى الذمة فيكون مراعى انتهى فليلاحظ ذلك و ليتأمل فيه و قد عبر فى التذكرة بأن العفو موقوف و قد تقدم لنا فى الفصل الثالث فى العاقد فى أوائل الكتاب ما له نفع فى المقام و ضعف استدلال الإيضاح فى جامع المقاصد بأنه لم يتحقق ثبوت حق للجانى إلى الآن ليجمع بينه و بين حق المرتتهن و مانعية حق المرتتهن من صحة العفو تقتضى بطلانه وقت إنشائه فكيف تنكشف بعد صحته فى حال وجود المانع و أورد على ما ذكره من تفسير معنى المراعى و الموقوف و رتب عليه أن العفو مراعى أن العفو إما أن يكون سببا تاما أو لا- فإن كان الأول لزم إما تأثيره مع وجود المانع أو بطلانه و إن كان الثانى لزم كونه موقوفا انتهى (قلت) قد سلف له فيما إذا عقد الراهن على الرهن ثم افتك (افتكه خ ل) أن الأقرب لزوم العقد و وجهه بأن المأتى به سبب تام غاية ما فى الباب أن المانع موجود و هو لا يخل لوجود السبب التام من الراهن الذى هو المالك و هو ينافى ما هنا ثم إن قضية ذلك أن لا يصح عتق الراهن إذا افتك الرهن بعد ذلك كما هو خيرة الشهيد و غيره لكن الظاهر أن أكثر المتأخرين على النفوذ لأنه مبنى على التغليب فيخرج بذلك عن ذلك و يبقى الحكم هنا هو البطلان لوجود حق المرتتهن المنافى لوقوع العفو و قد استوفينا الكلام فى العتق و غيره من الإيقاعات و العقود إذا أوقعها الراهن و تعقبها الفك أو الإجازة و أنه هل بينها فرق أم لا و هل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠٠

و لو أبرأ المرتتهن لم يصح (١) و الأقرب بقاء حقه فإن الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه كما لو وهب الرهن من غيره (٢) و لو اعتاض عن الدين ارتفع الرهن (٣)

يفرق فيها بين ما تعقبه الفك و بين ما تعقبه الإجازة فى أوائل الفصل الثالث فى العاقد فليرجع إليه من أراد الوقوف عليه عند شرح قوله فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا إلى آخره و حكى فى الإيضاح عن المصنف وجهها ثالثا و هو صحة العفو و أنه يضمن الراهن للجانى مع عدم الفك لأن ماله ذهب فى قضاء دينه فلزمه غرامته كما لو استعاره للرهن و استغربه المحقق الثانى و هو كذلك و كيف كان فالأصح فيما نحن فيه بطلان العفو و أنه له أخذ المال فى الحال كما هو خيرة التذكرة كما عرفت و التحرير و جامع المقاصد و ينبغى لكل من قال ببطلان عتق الراهن فيما سلف أن يقول به هنا بالأولى لأن حق المرتتهن متعلق بالعين و أرشها و بدلها و الراهن ممنوع من التصرفات التى تنافى ذلك لكن الأوفق بالقواعد و الموافق لما سلف لنا أن العفو يقع موقوفا أى مراعى كما هو الشأن فى العقود و الإيقاعات و ربما احتتمل عدم جواز أخذ المال فى الحال و هو خلاف الأقرب فى كلام المصنف لأن العفو عنده لا يقع باطلا بل مراعى كما عرفت فإذا وقع العفو ربما نفذ فى الواقع و إن لم يظهر لنا لتوقف الانكشاف على الانفكاك و عدمه فكيف يؤخذ حق يحتمل أن لا- يكون ثابتا فى الواقع و ضعفه ظاهر لأن المقطوع به لا- يدفع بالمحتمل إذ حق المرتتهن مقطوع به فكيف يترك لأمر محتمل هذا على تقدير عدم بطلان العفو و المراد بالمال فى عبارة الكتاب ما أوجبه الجناية أو الإتلاف (قوله) (و لو أبرأ المرتتهن لم يصح)

قولا واحدا لأنه ليس بمالك للأرش فكيف يبرأ منه و صيغته أن يقول أسقطت الأرش أو أبرأت منه أو يقول أبرأتك مما فى ذمتك و هذا أوفق بلفظ التضمن الذى يأتى فى كلام المصنف و على الأولين يكون إطلاق التضمن على المجاز و التوسع لأن سقوط حقه

لازم لصحة الإبراء

(قوله) (و الأقرب بقاء حقه فإن الإبراء الفاسد يفسد ما تضمنه كما لو وهب الرهن من غيره)

كما هو خيرة جامع المقاصد لأن الإبراء فاسد قطعاً وقد تضمن سقوط حقه لامتناع بقاء حقه مع صحة الإبراء فحيث وقع المتضمن فاسداً فالمتضمن كذلك إذ لا يثبت التابع من حيث هو تابع مع انتفاء متبوعه كما هو الشأن فيما إذا وهب المرتهن المرهون من إنسان فالهبة باطله و الرهن باق و لأن سقوط حقه إما أن يثبت بتصريحه و المفروض أنه لم يصرح أو بإثبات علته كقوله صلى الله عليه و آله و سلم «١» أي ينقص إذا جف و العلة هنا منتفية أعنى إبراء المرتهن لأنه باطل أو بإثبات ملزومه كقوله أعتق عبدك عنى فإنه يستلزم الملك و لا ملزوم هنا و فى (التذكرة و التحرير) أن الأقرب سقوط حقه من الوثيقة بهذا الإبراء و يخلص المأخوذ للراهن كما لو صرح بإسقاط حق الوثيقة لأن الإبراء إذا اقتضى أمرين قد امتنع صحة أحدهما لمانع فإن الآخر يصح اقتصاراً بالبطلان على موضعه و لأن إبراء أبلغ فى إسقاط حقه من الصيغة المصرحة به لأنه حكم بنفى العلة و الحكم بنفيها أبلغ فى نفي المعلول و هو تعلق حق الرهانة به من الحكم بنفيه خاصة من دون الحكم بنفى علته لأنه استدلال بالعلة على المعلول فكان لميا و لعله مال إليه أو قال به فى الإيضاح و أنت خبير بأن ذلك كذلك إذا كان الإبراء صحيحاً و فى (جامع المقاصد) أنه ضعيف

(قوله) (و لو اعتاض عن الدين بطل الرهن)

يبطل الرهن بالقضاء و الإبراء و الحوالة و الضمان و الإقالة المسقطه للثمن المرهون به و المسلم فيه المرهون و يفسخ الرهن منهما أو من المرتهن وحده و بتلف

(١) الظاهر أن الرواية إمامية لا نبوية فليراجع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠١

و لو أدى بعض الدين بقى كل المرهون رهنا بالباقي على إشكال أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهنا على الدين و على كل جزء منه (١)

المرهون بآفة سماوية

(قوله) (و لو أدى بعض الدين بقى كل المرهون رهنا بالباقي على إشكال أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهنا على الدين و على كل جزء منه)

لو أدى بعض الدين أو أبراه هو منه بقى كل المرهون رهنا بالباقي لأن الرهن رهن على الحق و على كل جزء منه نظراً إلى غالب الوثائق فإن الأغلب تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن كما هو خيرة المبسوط و التذكرة و التحرير و المختلف و الدروس و ظاهر السرائر و فى (المبسوط) الإجماع عليه (و قد يحتج) عليه بعد الإجماع و هو الحجة أن التقسيط يقتضى أنه إذا تلف جزء من المرهون لا يبقى (الباقي خ ل) الرهن رهنا على الكل بل على جزء يقتضيه الحساب و هو باطل قطعاً فكان الشأن فيه كما هو الشأن فى حق الحبس و عتق المكاتب فإنه يبقى ما بقى شىء من الثمن و لا يعتق من المكاتب شىء ما بقى المال و كأن المحقق الثانى و المولى الخراسانى مترددان حيث لم يرجحاً شيئاً و اختار المصنف هنا و ولده فى الإيضاح التوزيع و التقسيط و قد حكاه الشهيد فى حواشيه عن خط المصنف و مال إليه صاحب المسالك لأن رهن المجموع بالمجموع يقتضى مقابلة الأجزاء بالأجزاء إذ لا يظهر من مقابلة الجملة بالجملة مقابلة الجملة بالأجزاء كما هو مقتضى كل معاوضة كالبيع و نحوه فإذا برئ من بعض الدين ينفك من الرهن بحسابه فمن النصف النصف و من الثلث الثلث و هكذا لأن إطلاق المقابلة بين الأمرين يقتضى ذلك (و فيه) بعد مخالفته للإجماع المنقول أنه يشكل بما أشرنا إليه آنفاً من أنه إذا تلف جزء من المرهون أن لا يبقى الباقي رهنا على مجموع الدين بل على

جزء يقتضيه الحساب و هو باطل إجماعا (و قد يجب) بما ذكرناه فى توجيه الاحتمال الأول من تعلق الغرض باستيفاء الدين كله من الرهن فمرجهه إلى دلالة العرف على هذا المعنى فيصير حاصله أنه ينفك من الرهن مقابل ما أدى من الدين فإذا تلف مثلا نصف الرهن بعد الأداء لمقابلته كان نصف الباقي رهنا و نصفه طلقا و لا كذلك لو تلف نصفه قبل أداء شيء من الدين فإن الباقي كله رهن على جميع الدين و هذا القول لم يذكره الشهيد فى الدروس و هناك احتمال ثالث نسبة فى المسالك إلى المصنف فى القواعد و قد يلوح من أول كلام الإيضاح أنه خيرة الكتاب لكنه فى آخر كلامه صرح بما حكيناه عنه و فهمناه من عبارة الكتاب لكن الشهيد فى الدروس لم يذكر إلا- هذا الاحتمال و الاحتمال الأول و ظاهره أن فى المسألة قولين لا غير عكس ما فى جامع المقاصد حيث لم يتعرض له أصلا و إنما ذكر الأول و الثانى (و كيف كان) فهو أن الرهن إنما وقع فى مقابلة مجموع الدين من حيث إنه مجموع فإذا ارتفع بعض الدين بأحد الأسباب ارتفع المجموع ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه فعلى هذا يبطل الرهن بسقوط جزء ما من الدين و إن قل و هو كما ترى يخالف العرف و المعروف فى الوثائق و على تقدير صحته لو بذل الراهن شيئا من الدين ففى وجوب قبوله فى غير ما يلزم منه نقص المال كمال السلم و ثمن المبيع نظر من أدائه إلى الضرر بالانفساخ و من وجوب قبض بعض الحق فى غير ما ذكر و يمكن أن يلحق هذا الفرد بنقص المالية فإن إبطال الرهن موجب للنقص خصوصا مع إفسار الراهن فيؤدى إلى الضرر المنفى و يجىء هذا الإشكال فيما إذا شرط فى متن عقد الرهن أن يكون كذلك و يحتمل قويا جدا حينئذ وجوب القبول لقضيه الشرط و قد علم أن هذا كله إذا أطلق أما إذا شرط كونه رهنا على المجموع لا على كل جزء منه أو شرط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠٢

و لو رهن عبيدين فكل منهما رهن بالجميع (١) إلا أن يتعدد العقد و الصفقة (٢) أو مستحق الدين (٣) أو المستحق عليه (٤)

كونه رهنا على كل جزء لزم الشرط قولاً واحداً إذ لم أجد فيه متأملاً و لا مخالفاً بل فى جامع المقاصد أنه لا نزاع فيه و كذا لو شرط أن يكون كل جزء رهنا فى مقابلة كل جزء و إن لم يذكره و قد تقدم فى أول الفصل الثالث فى العاقد ما له نفع تام فى المقام و يبقى الكلام فيما فى جامع المقاصد من أنه قد يتوهم عدم إفتاء المصنف نظراً إلى أن المذكور فى كلامه هو الحكم مع الاشتراط و لا نزاع فيه لأن النزاع مع عدم الشرط و ليس كذلك لأن الأقرب يقتضى الفتوى إذ لا يتطرق الاحتمال مع الشرط إنما يتطرق بدونته انتهى و العبارة و ما نقله الشهيد يشهدان بخلاف ذلك و كثيراً ما يقول فى معقد الإجماع أنه أقرب و له وجوه أخر و هو أنه قد يكون متأملاً فى صحة الشرط للزوم التناقض فيه ظاهراً مع مخالفته لمقتضى المعاوزات كما عرفت آنفاً (قوله) (و لو رهن عبيدين فكل منهما رهن بالجميع)

الموافق لمذهبه هنا أن يكون هذا بناء على اشتراط ذلك و عليه فالأولى الإتيان بالفائدة و لا (يحصل خ ل) تظهر حينئذ فائدة الاستثناء لإمكان الاشتراط فى المستثنى و إن بعد فليتأمل و يحتمل أن يكون ذلك منه بناء على أنه مع الإطلاق يثبت رهن الجميع بالأبعض (قوله) (إلا أن يتعدد العقد و الصفقة)

كما إذا رهن نصف العبد بعشرة مثلاً فى صفقة و نصفه الآخر فى صفقة أخرى فإنه إذا قضى دين أحد النصفين خرج ذلك النصف عن الرهن وبقى الآخر رهنا بدينه المختص فظهر أن المراد بالصفقة دينه المرهون به و اقتصر فى التذكرة فى المقام على ذكر تعدد العقد و لم يذكر الصفقة و مثل له بما ذكرنا و المصنف هنا ذكر الصفقة عاطفاً لها بالواو دون أو كما فى مستحق الدين و المستحق عليه و لعل ذلك لأن تعدد العقد مع اتحاد العوض المرهون به لا يقتضى أن لا يكون كل من الرهنيين رهنا بذلك الدين بخلاف مستحق الدين و المستحق عليه فإن تعددهما محل بذلك فينقذ من ذلك أن المدار على تعدد الصفقة «١» و لا أثر لتعدد العقد و اتحاده مع تعددها «٢» و ظاهر العطف بالواو يشعر باعتبارهما إلا أن يقال إنما أراد رفع المعتاد (العناد خ ل) و الشهيد فى حواشيه مثل لتعدد العقد بما إذا قال رهنتك هذين العبيدين على ثلاث مائة أما هذا فعلى مائتين و أما هذا فعلى مائة قال و يسمى هذا عند أهل

المعاني لفا و نشرا و لعله حاول أنه يمكن أن يتعدد العقد و تتحد الصفقة و لا يكون كل من الرهنيين رهنا بذلك الدين (و فيه) أن هذا مما تعددت فيه الصفقة أيضا إن كان العقد فيه متعددا و مثل أى الشهيد لتعدد الصفقة بما إذا رهن كل عبد فى صفقة مفردة بإيجاب و قبول و كأن فى نسخته عطف الصفقة بأو لا بالواو فليتأمل
(قوله) (أو مستحق الدين)

هذا تقدم الكلام فيه فى الفصل الثالث فى العاقد عند شرح قوله و لو تعدد المرتهن و اتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة و فى التقسيط مع اختلاف الدين إشكال فإن وفى أحدهما صار النصف طلقا إلى آخر كلامه
(قوله) (أو المستحق عليه)

هذا أيضا تقدم الكلام فيه فى الفصل المشار إليه عند شرح قوله و لو استداننا و رهنا ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقا إلى آخر كلامه و لم نتعرض هناك لحال القسمة لأن المصنف تعرض لها هنا كما يأتى قريبا

(١) أى الدين (منه)

(٢) الأقسام أربعة و كلها متصورة و حكمها معلوم (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠٣

و لا اعتبار بتعدد الوكيل و لا المالك فى المرهون المستعار من شخصين (١) و لو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على إشكال (٢) أما لو تعلق الدين بالتركة و أدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته إذ لا رهن حقيقى (٣) هنا و إذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد إذن الشريك سواء كان مما يقسم بالأجزاء كالمكيل و الموزون أو لا كالعبيد (٤)

(قوله) (و لا اعتبار بتعدد الوكيل و لا المالك فى المرهون المستعار من شخصين)

لأن الوكيل و إن تعدد يده يد الموكل و كذا لو تعدد المعير مع اتحاد الراهن لأن الانتفاع بالعين المستعارة فى جعلها رهنا حق للراهن و المخالف فى ذلك الشافعى فى أحد قوليه فإنه قال فى أحد القولين لو كان لاثنين عبد فاستعاره واحد ليرهنه ثم أدى نصف الدين عن نصيب أحدهما بعينه انفك كما لو رهن رجلان من رجل ثم أدى أحدهما نصيبه فقد نظر إلى تعدد المالك و قطع النظر عن المستعير العاقد و هذا قد احتمله فى التحرير و عليه فإن علم المرتهن تعدد المالك فلا خيار و إلا احتمل ثبوته و عدمه

(قوله) (و لو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على إشكال)

هذا أيضا تقدم الكلام فيه فى الفصل المشار إليه و رجحنا هناك عدم الانفكاك لأن الرهن فى الابتداء إنما صدر من واحد و قضيته على المختار حبس كل المرهون إلى أداء كل الدين و احتمال الانفكاك ملحوظ فيه أن الشأن فيه الآن كما لو رهن فى الابتداء اثنان و كيف كان فالإشكال من المصنف لعله فى غير محله بل اختياره أنه مع الاشتراط يكون الرهن رهنا بكل جزء و بدونه على ما يقتضيه التقسيط إذ مع الاشتراط لا ينفك قطعا و بدونه بمقتضى التقسيط يلزم الانفكاك و فى (حواشى الشهيد) أن هذا مبنى على ما تقدم و هو أنه رهنه على الدين و على كل جزء منه

(قوله) (أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته إذ لا رهن حقيقى)

يريد أنه لو مات من عليه الدين و تعلق الدين بتركته فقضى بعض الورثة نصيبه من الدين فالأقرب انفكاك حصته لأن تعلق الدين بالتركة إن كان كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن على أنه لا رهن فى الواقع و إن تعلق الدين بها أضعف من تعلق الدين بالرهن و لهذا يمنع الراهن من التصرف إجماعا بخلاف الوارث ففيه خلاف و الأصح منعه أيضا كما بيناه فيما تقدم و إن كان كتعلق الأرش

بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه فإنه ينقطع التعلق عنه و احتمال العدم بينى على ما إذا أقر أحد الورثة بالدين و أنكر الباقيون فعلى القول بأنه يجب على المقر أداء جميع الدين من حصته من التركة لا تنفك و على القول بأنه لا يجب عليه ذلك كما هو مذهبا انفكت حصته و قد تقدم الكلام فى المسألة أيضا فى الفصل المشار إليه
(قوله) (و إن انفك نصيب أحد مالكي المرهون و أراد القسمة قاسم المرتهن بعد إذن الشريك سواء كان مما يقسم بالأجزاء كالمكيل و الموزون أو لا كالعبد)

إذا اتحد المرتهن و تعدد الراهن فلو أراد القسمة من انفك نصيبه من الراهنين ففى (المبسوط و التذكرة) أنه ليس له أن يطالب المرتهن بالقسمة بل المطالب الشريك و أنه لا يجوز للمرتهن أن يقاسمه إلا بإذن الشريك و نحوه ما فى التحرير و وجهه أن حق المرتهن تعلق بملك الراهن فقط و تمييز ملكه عن ملك الشريك إنما يكون برضاهما و لا دخل للمرتهن فى ذلك نعم لو لزم من القسمة نقصان و رضى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠٤

و إذا قال المالك بع الرهن لى و استوف الثمن لى ثم قبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع (١) لكن لا يكفى فى الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك بل لا بد من وزن جديد أو كيل لأن قوله ثم استوف لنفسك يقتضى الأمر بتجديد فعل (٢)

به الشريكان توقف على رضا المرتهن ثم إنه جوز فى المبسوط أن يقاسمه المرتهن و إن لم يأذن الشريك إذا كان الرهن من المكيل و الموزون و قد نبه المصنف هنا على خلافه بقوله سواء كان مما يقسم بالأجزاء إلى آخره لكنه قال فى (المبسوط) إن الأحوط أن لا تجوز القسمة إلا برضا فى كل شىء و أما فى صورة العكس كما إذا تعدد المرتهن و اتحد الراهن و قد وفى أحدهما و طلب القسمة أجيب حيث لا- ضرر على المرتهن الآخر و إلا- أقر الرهن فى يد المرتهن نصفه رهن و نصفه أمانة و المقاسمة هنا بين المالك و المرتهن كما تقدم بيان ذلك كله فى الفصل الثالث و مما ذكر يعرف الحال فيما إذا تعددا أى الراهن و المرتهن
(قوله) (و إذا قال المالك بع الرهن لى و استوف الثمن لى ثم قبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع)

كما فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد لأن كلا منهما جائز مع الانفراد فكذا مع الاجتماع إذ لا مانع و قد تقدم الكلام فى مثله فى باب البيع فى الفصل الثانى فى التسليم عند شرح قوله لو قال اشتر به طعاما و قبضه لى ثم قبضه لنفسك صح الشراء و فى القبض قولان و قد استوفينا الكلام هناك و بينا أن القبض صحيح و استدللنا عليه بالأخبار و قلنا إن المخالف الشيخ و القاضى لأنه لا يجوز أن يتولى طرفى القبض و أن التردد صريح الشرائع و ظاهر الكتاب هناك و التحرير و الإيضاح
(قوله) (لكن لا يكفى فى الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك بل لا بد من وزن جديد أو كيل لأن قوله ثم استوف لنفسك يقتضى الأمر بتجديد فعل)

كما فى التذكرة غير أنه عبر بالإشعار لا بالاختضاء قال لأن قوله ثم استوفه لنفسك مشعر بإحداث فعل فلا بد من إذن جديد فقد زاد اعتبار الإذن أيضا و قال فى (الدروس) لدلالة اللفظ عليه و زاد اعتبار النقل فيما ينقل (قلت) و مثله لو قال ثم أمسكه لنفسك فالمنشأ فيما ذكره ليس كلمه ثم و إلا للزم أنه لو قال و استوف بدون ثم لم يحتج إلى التجديد و لا مادة الاستيفاء و القبض و إلا للزم أنه لو قال و ليكن و فاء لك أو عوضا عن دينك أو نحو ذلك لم يحتج إلى التجديد أيضا و ظاهر الكتاب أن المنشأ هو الإذن الصادر بصيغته الأمر و قضيته أنه لو صدر بقوله و أنت مأذون بأن تتصرف فيه من قبل دينك أو قد جعلته و فاء لك أو نحو ذلك لم يحتج إلى تجديد و لعله أراد أن المنشأ هو الإذن فى الاستيفاء و القبض بناء على أن الكيل و الوزن يجبان فى المكيل و الموزون من حيث كونهما قبضا يترتب عليهما ما يترتب على القبض الذى هو النقل أو الأخذ باليد فلا يكفى الاعتبار السابق كما هو مذهب جماعة و قد استوفينا الكلام فيه فى باب قبض المبيع أكمل استيفاء و بينا عدم الحاجة إلى ذلك و استندنا فى ذلك إلى الأخبار و كلام الأصحاب

في مواضع متفرقة و نقلنا كلام المصنف في المقام و ينبغي زيادة النقل في العبارة كما في الدروس و لعله إنما خصهما بالذكر لمكان الخلاف في أنهما شرط في صحة البيع أو في تحقق القبض فتأمل في ذلك و احتمال في الدروس الاكتفاء بدوام اليد كقبض الرهن و الهبة من المودع و الغاصب و المستعير (قلت) و قد تقدم عند شرح قوله و يكفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر إلى تجديد قبض و لا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠٥

و لو قال بعه لى و اقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لأنه لم يصح قبض الرهن (١) لكن ما قبضه يكون مضمونا عليه فإن القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان (٢) و لو قال بعه لنفسك بطل الإذن لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه و لو قال بع مطلقا صح (٣)

[الفصل السابع في التنازع]

(الفصل السابع في التنازع) لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه (٤)

مضى زمان يمكن فيه ما له نفع في المقام و قال في (جامع المقاصد) في كلام المصنف نظر للمنع من كون الإذن في الاستيفاء أمرا بتجديد فعل و لو سلم فإثبات اليد في كل زمان متجدد فعل جديد و لو سلم أنه ليس كذلك فلا يتعين للفعل الجديد الكيل في المكيل و الوزن في الموزون انتهى فليتأمل فيه جيدا

(قوله) (و لو قال بعه لى و اقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لأنه لم يصح قبض الراهن)

هذا كله حكاة عن الشافعي في التذكرة و اختار هو فيها صحة القبض لأنه يتضمن التوكيل و في (الدروس) الأقرب جوازه لنفسه بإذنه و إن لم يقبضه الراهن و إن كان مكيلا- أو موزونا أو طعاما و لو كان غير مقدر بهما فالظاهر أنه لا إشكال فيه لصحة بيع ذلك قبل قبضه عندنا بغير اختلاف و في (جامع المقاصد) أن قبض الراهن ليس شرطا لصحة البيع و لا لملك الثمن فبمجرد البيع يملك الراهن الثمن و أداء الدين بما يملكه الراهن صحيح (قلت) إن كان الثمن مشخصا فبمجرد البيع يملكه الراهن و إن كان في الذمة فبمجرد البيع يملك عليه أمرا كلياً في الذمة فإذا قبضه لنفسه فهو باق على ملك المشتري فكان قوله اقبضه لنفسك بمنزلة بعه لنفسك فلا بد من التنزيل على التوكيل كما هو الشأن فيما إذا أمره ببيعه في بلد بعيد عن بلده فإن قوله له حينئذ اقبضه لنفسك توكيل له في قبضه عنه و أمره بالاستيفاء و قد قلنا إنه يتحقق القبض في المكيل من دون كيل و معنى قوله لم يصح قبض الراهن أنه لم يحصل قبضه و قبض المرتهن فرع عليه

(قوله) (لكن ما قبضه يكون مضمونا عليه فإن القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان)

معناه أنه إذا قبضه لنفسه و كان القبض فاسدا اقتضى الضمان لكونه قصد دخوله في ملكه المستلزم أنه إذا تلف يكون منه و هذا القدر يكون هو المراد من الضمان بالقبض الصحيح

(قوله) (و لو قال بعه لنفسك بطل الإذن لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه و لو قال بع مطلقا صح)

المخالف في الأول الشافعي في أحد قولي له لأن السابق إلى الفهم من الأمر بالبيع أن يبيع الإنسان لغرضه و هو التوسل إلى قضاء الدين فيلغى قوله لنفسك و له في الثاني احتمالان أصحهما صحة الإذن و البيع و وقوعه للراهن كما لو قال لأجنبي بعه و هو الذي صرح به أصحابنا الذين تعرضوا له تنزيلا للمطلق على الصحة و الثاني المنع لأن البيع مستحق للمرتهن فيقيد الإذن به و لأنه متهم في ترك النظر استعجالا للوصول إلى الدين و هو كما ترى ظاهر الفساد لأنه لو باعه بدين أو عين له الثمن سقط التعليان على الأول لعدم الاستحقاق و التهمة و الثاني على الثاني (الفصل السابع في التنازع)

(قوله) (لو اختلفا فى عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه)

لأنه منكر بمعانيه الثلاثة لأنه لا يترك و يوافق قوله الأصل بمعانيه الثلاثة و الظاهر بمعنييه لأنه مسلم و الظاهر أنه لا يخل بواجب و قد يكون هذا أصلا و الظاهر براءة ذمته و الظاهر أن الحكم محل وفاق و تركه الجميع لظهوره حتى لو كان هناك ظاهر كأن تكون العين فى يد المدعى و يحصل الاختلاف المذكور أعنى الاختلاف فى وقوع العقد و عدمه لأنه هو المراد هنا مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠٦

و لو ادعى دخول النخل فى رهن الأرض قدم قول الراهن فى إنكار الدخول و الوجود عند الرهن فإن كذبه الحس و أصر جعل ناكلا و ردت على المرتهن اليمين و إن عدل إلى نفي الرهن حلف (١)

لأن الاختلاف فى أحواله سيأتى فإن القول قوله أيضا لأن اليد لا دلالة لها على الرهن على الملك «١» و لهذا لا تجوز الشهادة بها على الرهن و لا- يكون من قبيل ما لو ادعى الزوج الإنفاق على الزوجة مع اجتماعهما و يساره و أنكرته فمعه الظاهر و معها الأصل ثم إنا اطلعنا على التذكرة فوجدناه قال لو اختلفا فى أصل العقد فقال رب الدين رهنتى بكذا و أنكر المالك كان القول قول الراهن مع يمينه سواء كان الشئ المدعى هنا (رهنا خ ل) فى يد الراهن أو المرتهن

(قوله) (و لو ادعى دخول النخل فى رهن الأرض قدم قول الراهن فى إنكار الدخول و الوجود عند الرهن فإن كذبه الحس و أصر جعل ناكلا و ردت على المرتهن اليمين و إن عدل إلى نفي الرهن حلف)

فسر العبارة فى جامع المقاصد بأن المرتهن ادعى دخول النخل فى عقد الرهن الجارى على الأرض فإن أنكر الراهن الدخول فالقول قوله بيمينه و كذا لو أنكر وجود النخل فى وقت رهن الأرض فإن ذلك كاف فى الجواب لاستلزامه نفي رهنه انتهى فقد جعل إنكار الوجود و إنكار الدخول من سنخ واحد كأن يكون قال له إنك قلت رهنتك الأرض و ما فيها فقال له فى إنكار الدخول إنما قلت رهنتك الأرض فالنخل ليس بداخل و فى إنكار الوجود لا يجيب إلا بأن النخل لم يكن موجودا (قلت) قد يكون المراد فى إنكار الدخول ما فهمه الشهيد فى حواشيه بأنه قال نعم قلت رهنتك الأرض و ما فيها لكن النخل لم يكن موجودا فلم يكن داخلا على ما فهمه المحقق المذكور أنه أنكر العقد على النخل و على ما فهمه الشهيد أنه إنما أنكر الوجود لا العقد و يبتنى على التفسيرين أن الحس لو كذب الراهن و أصر على إنكار الوجود لا يحتاج إلى جعله ناكلا و رد اليمين على المرتهن فلا مناص عما حكاه الشارح عن الشهيد من احتمال عدم اليمين لظهور كذب الراهن كما أنه لو كذب الحس دعوى المرتهن الدخول انتفت دعواه و لا حاجة إلى اليمين و على تفسيره لا بد من اليمين لأنها حيثئذ لثبوت رهن النخل و لا يلزم من الكذب فى عدم الوجود الكذب فى عدم الدخول و لعل الذى دعاه إلى ذلك تصحيح عبارة المصنف و إلا فعلى ما فهمه الشهيد لا يتضح وجه قوله فإن كذبه الحس و أصر جعل ناكلا و لا يصح قوله و إن عدل إلى نفي الرهن حلف لأن معناه أنه إذا عدل عن الإصرار على الجواب بأنه لم يكن موجودا إلى دعوى أنى لم أقل رهنتك الأرض و ما فيها فيكون عدولا إلى نفي الرهن كما قال فى إنكار الدخول و من المعلوم أن هذا لا يصح منه بعد إقراره بأنه رهنه الأرض و ما فيها لكنه حيثئذ لا معنى لتقييده قول المصنف و إن عدل إلى نفي الرهن حلف بقوله إنما يصح جوابه هذا إذا لم يسبق منه ما ينافيه فإن سبق ما ينافيه كأن أقر بأنه رهنه الأرض و ما دار عليه حائطها مثلا فإنه لا يحلف حيثئذ لدخول النخل بمقتضى القطع بوجوده وقت العقد انتهى و هذا ينقض ما صححه و يشهد بصحة كلام الشهيد فتأمل جيدا و لعل الأصح أن تحمل العبارة على أن المدعى ادعى أنه قال رهنتك الأرض و ما فيها فإن وافقه الراهن كان النخل داخلا و لا حاجة إلى الإحلاف و لا يسمع إنكاره فيما بعد و إن أجاب بأنها لم تكن موجودة و اقتصر على ذلك طوّل بجواب دعوى الراهن فإن أصر على إنكار الوجود المعلوم كذبه فيه جعل ناكلا فإن رجع إلى نفي الرهن حلف لأنه لا يلزم

(١) كذا وجد و الظاهر أن صوابه بل على الملك (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠٧

و لو ادعى عليهما رهن عبدهما فلاأحدهما إذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجر نفعاً بأن يشهد بالرهن على الدين و على كل جزء منه (١) و لو كذبه كل منهما عن نصيبه و شهد على شريكه لم تقبل شهادتهما لزعمه أنهما كاذبان (٢) إلا أن نقول الصغيرة لما تطعن فى العدالة و الكذب منها

من كذبه فى نفي الوجود كذبه فى نفي الرهن و يكفى فى إنكاره إنكار الوجود لأنه تضمن إنكار ما يدعيه المرتهن و هو رهن النخل مع الأرض و يكون ذلك رداً على قول بعض الشافعية من أنه لا بد من إنكار الرهن صريحا و لا يخفى عليك ما بين هذا التفسير و تفسير الشارح من الفرق لأنه جعل كلام المصنف محتملا لما إذا أقر أنه رهنه الأرض و ما فيها و لما إذا لم يقر و لهذا قيد قوله و إن عدل إلى آخره بما سمعت و على ما فهمه الشهيد يكون كلام المصنف ساقطا و على ما حرره الشارح يكون كلامه ككلام المصنف متناقضا

(قوله) (و لو ادعى عليهما رهن عبدهما فلاأحدهما إذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجر نفعاً بأن يشهد بالرهن على الدين و على كل جزء منه)

لو ادعى إنسان على اثنين أنهما رهنا عبدهما بمائة و أقبضاه فإن أنكرا الرهن فقط أو الدين و الرهن جميعا قدم قولهما كما تقدم و لو صدقه أحدهما خاصة فنصيبه رهن بخمسين و القول فى نصيب المكذب قوله مع يمينه فإن شهد المصدق للمدعى على شريكه المكذب قبلت شهادته إذا انتفت شبهة جلب النفع لعدالته و انتفاء تهمته فإن شهد معه آخر أو حلف ثبت حقه و المراد بجر النفع أن يرجع بشهادته مدعىا و بدفع الضرر أن يعود منكرا و المتصور الغالب فى المقام فى جلب النفع أن يشهد بالرهن على الدين و على كل جزء منه عكس ما هو المعروف فيما إذا تعدد الراهن لأن الحكم فيما إذا تعدد الراهن و اتحد المرتهن أن يقابل المجموع بالمجموع و مقابلة المجموع بالمجموع تقتضى مقابلة الأبعاض بالأبعاض فينصرف رهن كل منهما إلى دينه حذرا من ارتكاب خلاف الأصل لأن رهن ملك إنسان على دين غيره خلاف الأصل هذا إذا أطلقا و لم يشترطا و أما إذا اتحد الراهن فإن الرهن يكون على الدين و على كل جزء منه ما لم يشترط خلافه كما تقدم بيانه عند شرح قوله و لو أدى بعض الدين بقى كل المرهون رهنا و فى أول الباب و وجه جر النفع إذا شهد بذلك أنه يصير مال كل منهما رهنا بكل جزء من أجزاء الدين فيكون سهم الآخر من العبد رهنا بما عليه من الدين و فى ذلك من جر النفع و الإرفاق ما لا يخفى و لما كان ذلك كذلك أتى المصنف بعبارة تفيد الحصر و بذلك يندفع اعتراض جامع المقاصد عنه حيث قال و لا ينحصر جر النفع فيما ذكره فالأولى أن يعبر بعبارة لا تقتضى الحصر فيقول كأن و نحوه انتهى و أنت قد عرفت وجه الدفع بأن ذلك لما كان هو المتصور غالبا فى المقام كان كأن الأمر محصور فيه و كل مقام يؤتى فيه بما يناسبه و إلا فلم لم يعترض عليه أيضا بأن قبول الشهادة لا ينحصر فى عدم جر النفع بل فى عدم التهمة و بقیة الشرائط و أقسام التهمة ستة و هى البغضة و العداوة و التغافل و الحرص و دفع عار الكذب و منها جر النفع فتدبر

(قوله) (و لو كذبه كل منهما عن نصيبه و شهد على شريكه لم تقبل شهادتهما لزعمه أنهما كاذبان)

هذا حكاية فى التذكرة عن بعض الشافعية قالوا لأن المدعى إذا نسب شاهده إلى الفسق منع من قبول شهادته له و حكى عن أكثرهم القبول و أنه يحلف لكل منهما يمينا و يقضى له برهن الجميع لأنهما ربما نسيا أو اشتبه عليهما و لحقهما شبهة فيما يدعيه و بالجملة إنكار الدعوى لا يثبت فسق المدعى عليه و لأن الكذبة الواحدة لا توجب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠٨

و لو ادعى على واحد رهن عبده عندهما فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد الآخر فأشكال ينشأ من تشارك

الشريكين المدعين حقا فيما يصدق الغريم أحدهما عليه أولا فإن قلنا بالتشريك لم يقبل وإلا قبلت (١)

الفسق و حكى عن بعض آخر من الشافعية أن الذى شهد أولا تقبل شهادته دون الذى شهد أخيرا لأنه انتفض خصما منتقما (قلت) لا ريب أن الضابط فى ذلك التهمة و أن إنكار الدعوى لا يثبت فسق المدعى فلو تخاصما ثم شهدا لغيرهما سمعت شهادتهما كما أنه لا ريب أن الصغيرة لا تقدر فى العدالة و المصنف ممن يقول بذلك و الكذب على غير الله جل شأنه و رسوله و الأئمة صلوات الله عليهم من الصغائر إلا ما أذن بالخسة و أخرج عن المروءة و أما أن من نسب شاهده إلى الفسق لا تقبل شهادته له فلم أجد به تصريحاً إلا من المحقق الثانى و الظاهر أن مراده و مراد الشافعية أن الحاكم لا يسمع حينئذ شهادته له و يبقى الكلام فيما استشهده (أشده خ ل) و كيله و حكم له الحاكم بشهادة الفاسقين عند الموكل و قد استشكلوا فيمن أشهد على طلاقه شاهدين ظاهرهما العدالة و هما فاسقان واقعا فى حلية المطلقة عليهما

(قوله) (و لو ادعى على واحد رهن عبده عندهما فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد الآخر فأشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعين حقا فيما يصدق الغريم أحدهما عليه أولا فإن قلنا بالتشريك لم تقبل وإلا قبلت)

إذا ادعى رجلان على ثالث أنه رهن عبده عندهما فإن كذبهما فالقول قوله مع يمينه و إن صدق أحدهما خاصة فنصف العبد مرهون عند المصدق مبنيا للمفعول و يحلف للآخر فإن شهد له المصدق فهناك وجوه (أحدها) أنه لا يقبل مطلقا (و الثانى) أنه يقبل مطلقا (و الثالث) أنا إن قلنا إن الشريكين إن ادعى حقا أو ملكا بالابتاع أو غيره فصدق المدعى عليه أحدهما دون الآخر لا يشتركان فيما صدق فيه المدعى عليه أحدهما و يختص به المصدق قبلت شهادته للشريك و إلا فلا لأنه يرفع بشهادته مزاحمة الشريك له فمنشأ الإشكال التردد فى أن ذلك هل يقتضى الشركة أو الاختصاص و اختار فى الإيضاح الأول أعنى الشركة و عدم الاختصاص و عدم قبول الشهادة و أشار فى التذكرة إلى تفصيل اختاره الشهيد فى حواشيه و المحقق الثانى فيما نحن فيه و اختاره المصنف و المحقق (المحقق و المصنف خ ل) فى كثير من كتبه و جماعة كثيرون فى باب الصلح بل هو المشهور كما فى مجمع البرهان و هو أنه إن كان سبب الاستحقاق موجبا للتشريك ككون الدين المرهون به مستحقا لهما بالإرث بتصادقهما أو الرهن منقولاً إليهما بالإرث أو الدين من مال اشتركا فيه و نحو ذلك فلا إشكال فى مشاركة الآخر للمصدق و عدم قبول الشهادة و إن لم يكن هناك ما يقتضى التشريك فى الدين و لا فى الرهن فلا إشكال فى عدم المشاركة و انتفاء المانع من قبول شهادته كأن يكون أحدهما مستحقا للنصف بالإرث و الآخر بالشراء و هل يكون شراؤهما معا و اتهاهما و قبضهما معا إذا أقر به المصدق من المدعين كالإرث أم يلحق بالسببين المتغيرين قرب المصنف فى التذكرة الأول و هو خيرة المبسوط و التحرير و مجمع البرهان و الكفاية فى باب الصلح و ضعف الثانى هذا إذا ادعى الرهنية على الاجتماع أما لو قال كل واحد منهما إنه رهنه عنده و أقبضه دون صاحبه فإن صدقهما و لم يعرف السابق منهما فالقرعة فيكون رهنا عند من أخرجته و يغرم للآخر قيمته لتكون رهنا عنده أو يكون رهنا بينهما كما لو تنازعا ملكا فى يد ثالث و اعترف بأنه لهما أو يحكم ببطان العقد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٠٩

و لو اختلفا فى متاع فادعى أحدهما أنه رهن و قال المالك وديعة قدم قول المالك مع اليمين على رأى (١)

كما لو زوج الوليان و لم يعرف السابق منهما و إن كذبهما حلف يمينين و إن صدق أحدهما حلف يميناً واحدة و لا عبرة باليد

(قوله) (لو اختلفا فى متاع فادعى أحدهما أنه رهن و قال المالك وديعة قدم المالك مع اليمين على رأى)

موافق لأصول المذهب كما فى السرائر و عليه انعقد العمل كما فى كشف الرموز تارة و عليه عمل الأصحاب كما فى كشف الرموز أخرى و عليه الفتوى كما فى إيضاح النافع و عليه العمل كما فى المسالك و ظاهر النافع الإجماع عليه حيث روى الرواية المخالفة بأنها

متروكة و هو المشهور كما فى الدروس و إيضاح النافع و الحدائق و مذهب الأكثر كما فى التنقيح و المسالك و الكفاية و هو خيرة النهاية و المبسوط و الخلاف فيما حكى و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الإيضاح و الدروس و حواشى الكتاب و اللعة و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الرياض و هو المحكى عن القاضى و التقى للأصل بمعانيه و لكونه منكرا فيشملة النبوى و لما رواه الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنه قال فى رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال الذى عنده الرهن (أرهنته خ ل) ارهنه عندى بكذا و كذا فقال الآخر إنما هو عندك وديعة فقال البيه على الذى عنده الرهن أنه بكذا و كذا فإن لم يكن له بينه فعلى الذى له الرهن اليمين و قد استدلى عليه فى (الرياض) بما رواه فى الكافى فى الصحيح فى رجل قال لرجل لى عليك ألف درهم فقال الرجل لا و لكنها وديعة فقال عليه السلام القول قول صاحب المال فتأمل و قد عارض صحيح ابن مسلم ما رواه الشيخ فى التهذيب و الكلينى فى الكافى فى الموثق عن ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام قال و إن كان الرهن أقل مما رهن به أو أكثر و اختلفا فقال أحدهما هو رهن و قال الآخر هو وديعة قال على صاحب الوديعة البيه فإن لم يكن له بينه حلف صاحب الرهن و قد روى الصدوق فى الصحيح عن أبان عن أبى عبد الله عليه السلام مثله و ما رواه الكلينى و الصدوق و الشيخ فى الصحيح فى الطرق الثلاثة عن عباد بن صهيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع فى يد رجلين أحدهما يقول استودعتك و الآخر يقول هو رهن فقال القول قول الذى يقول هو رهن عندى إلا أن يأتى الذى ادعى أنه أودعه بشهود و أما عباد بن صهيب فقد قال قال الأستاذ قدس سره فى تعليقه إنه لا تأمل و لا شبهة فى كونه ثقة جليلا و أنه وقع اشتباه من الكشى فإن ما فى الحديثين من قضية الثوب القوهى أى البيض نسبة إلى قوهستان و الثياب الفلاص إنما وقع من عباد بن كثير البصرى و قد وثقه النجاشى و غيره و لكنى وجدت الآبى و المقداد و الفاضل القطيفى و الشهيد الثانى ضعفوه فى المقام و كيف كان فهذه الأخبار متروكة و إن عمل بها الصدوق فى المقنع و الشيخ فى الإستبصار و صاحب الكفاية على الظاهر منه و كذلك صاحب الحدائق لضعفها عن المقاومة لما مر من الأدلة المعتمدة المتعاضدة و صاحب كشف الرموز قال إن ما ذكره فى الإستبصار كان على وجه الجمع لا على وجه الفتوى ثم إنه شنع على ابن إدريس بتشييعه على الشيخ و تمثل لابن إدريس بقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم يصب أحدهم القذى فى عين أخيه و يدع الجذع فى عينه ثم قال و ليت شعرى منذ الذى لم يختلف قوله و لا خبط فى تصنيفه و قد قال الله تعالى و لو كان من عند

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١٠

و لو قال الرهن العبد فقال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن و حلف الراهن على الآخر و خلاصا عن الرهن (١) أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتمال تقديم قول الراهن و هو الأقوى و التحالف و فسخ البيع (٢)

غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا (و عساک تقول) إن لقول الإستبصار نظائر منها أن من استودع شخصا مالا فتلف فقال صاحب المال هو قرض فى ذمتك و قال الآخر هو أمانة فإن مقتضى الأصل الذى اعتمدموه تقديم قول مدعى الأمانة لأن صاحب المال يدعى أمرا زائدا و هو اشتغال الذمة و الأصل عدمه و الحال أن الأخبار جاءت بأن القول قول مدعى القرض و أن مدعى الوديعة يكلف البيه (قلت) هذه الأخبار أيضا موافقة لأصولنا لأن الأصل فى المال أن لا يخرج عن يد مالكة إلا بقوله فلو ادعى المالك الغصب و ادعى الآخر العارية أو الاستيداع أو الاستيجار قدم قول المالك و كذا لو ادعى المالك الإجارة بعد انتفاع من هى فى يده بها و ادعى الآخر العارية هذا و لابن حمزة فى الوسيلة فيما نحن فيه قول بالتفصيل و هو أنه إذا اعترف صاحب المتاع بالدين كان القول قول خصمه و إن لم يعترف بالدين كان القول قول صاحب المتاع مع اليمين و لأبى على تفصيل آخر و هو أنه إن اعترف القابض للمالك بكونه فى يده على سبيل الأمانة ثم صار رهنا فالقول قول المالك و إن ادعاه ابتداء فالقول قول خصمه و لا حجة لهما إلا الجمع بين الأخبار على ما قيل و هو فرع التعادل مع عدم قيام شاهد على الجمع و ظهور الحال فى الصورة الأولى لابن حمزة لا تجدى فى مقابلة الأصول و

الأدلة و اعلم أن المراد بقول المصنف أحدهما هو المستودع بقريته ما بعده و بعدم الفائدة لو كان غيره فلو أبدله به لكان أصح و أوضح

(قوله) (و لو قال الرهن العبد فقال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن و حلف الراهن على الآخر و خلاصا عن الرهن) كما فى الشرائع و التذكرة و الدروس و اللمعة و تعليق الإرشاد و جامع المقاصد و الروضة و مجمع البرهان أما بطلان رهن ما ينكره المرتهن فلأن الرهن المحض حق المرتهن و مصلحته فإذا ما أراد و أنكره يبطل بمجرد إنكاره و أيضا فإن الرهن جائز من طرفه فإذا نفى رهن العبد انتفى عنه و لم يحتج إلى اليمين و أما حلف الراهن لنفى ما يدعى به من رهن الجارية فواضح و فى (الإرشاد) أنهما يتحالفان و رده المحقق الثانى فى تعليقه بمثل ما قلناه فى توجيهه و اعتذر عنه فى مجمع البرهان بأنه قد لا يبطل بمجرد الإنكار لأن العقد الثابت يقينا غير معلوم البطلان بمجرد الإنكار فيريد الراهن بطلانه حتى يتصرف فى العبد بما يريد لأنه يعرف أنه رهن يقينا و أيضا قد يكون العبد مما اشترط على المرتهن حفظه و نفقته بوجه من الوجوه و يريد هو الخلاص من ذلك و أيضا قد يكونان شرطا رهنيا فى بيع لازم فيريد الخروج عن العهدة فإذا قبل خروج و إذا لم يقبل يطلب منه رهنيا فيحلف لذلك و غير ذلك من الفوائد انتهى و غرضه الإشارة إلى قاعدة التحالف و أنه لا يفسخ العقد إلا بها فهذه القاعدة ليست كقيام البيتين لكل من المدعين و الفرق بينهما واضح فكان القول بالتحالف أوفق بالاحتياط و عدمه أظهر فى المذهب و لهذا أطلق القوم و كلامه الأخير كأنه قول ثالث خرق لما اتفق عليه الخلاف كما ستسمع فى المسألة الآتية

(قوله) (أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن و هو الأقوى و التحالف و فسخ البيع)

ما قواه المصنف قال ولده أنه الأصح لخروج الجارية بإنكار المرتهن فلا يمين عليه فيبقى التداعى فى العبد و القول قول منكر مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١١

و لو قال رهن العبد فقال بل هو و الجارية قدم قول الراهن (١) و لو قال دفعت ما على الرهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه (٢)

الرهن و على هذا فينتفى العبد باليمين و الجارية بإنكار المرتهن فيبقى عقد البيع بلا رهن و قد اتفقا على وقوع العقد مع شرط الرهن و لا مانع من ذلك مع الجرى على الضوابط الشرعية لكن تكون الجارية رهنيا فيما بينه و بين الله تعالى فتأتيه أحكامه فلا بد من التحالف إن أراد التصرف أو الخلاص من النفقة إن قلنا لا بد من الحلف له و فرضت المسألة فيما إذا أقبضه أو قلنا بعدم اشتراطه و أبعده شىء احتمال انفساخ العقد اللازم بمجرد نفى المرتهن اشتراط رهن الجارية لأنه ينافى وجوب الوفاء بالعقد الذى لم يدل دليل على ثبوت التسلط على فسخه و مثله فى العبد احتمال أن يكون فسخ البيع قيدا فى العبارة فى الأمرين فليأمل فيه و اختار الشهيدان فى (الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة) التحالف و فى (جامع المقاصد) أنه قوى متين لأن اختلاف الشرط على الثمن من جملة مكملات الثمن فكل واحد يدعى ثمنافه كما لو قال بعتك بهذا العبد فقال بل بهذه الجارية و ليس هذا كما لو قال بعتك بمائة و خمسين فقال بل بمائة لاتفاقهما على قدر متفق الأوصاف و اختلافهما فى ثبوت الزائد و نفيه فإن منكر الزائد قد يقال هو المنكر بخلاف ما هنا (قلت) هو قوى متين إذا أراد الراهن التصرف فى الجارية و الخلوص من النفقة و الحفظ إن قلنا أنه لا بد منه له لا لما قاله لأن اشتراط الأجل و الخيار و الرهن و الضمين و الشهادة و الوكالة مما يتعلق بمصلحة المتعاقدين و لا تعلق لها بالثمن أولا و بالذات فلا يكون ما نحن فيه من قبيل ما لو قال بعتك بهذا العبد فقال بل بهذه الجارية بل من قبيل بعتك و شرطت أن يكون زيد كفيلا أو ضامنا أو شاهدا فيقول الآخر بل شرطت أن يكون عمرو كذلك و منه يعرف حال قوله فى تضعيف الاحتمال الأول بأن إنكار اشتراط الجارية يقتضى انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذى يدعيه الراهن و هو للزومه من الجانبين لازم للمرتهن على تقدير وقوعه فكيف ينتفى بمجرد الإنكار و

يسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به لأنك قد عرفت أن إنكار اشتراط الجارية إنما يقتضى انتفاء هذا الشرط الجائز من طرف المرتهن الذى يكفى فيه إنكاره ولا ينفسخ بذلك العقد حتى يسقط حق الآخر منه بمجرد إنكاره أى المرتهن و كأنه استظهر من العبارة أن فسخ البيع قيد فى الأمرين و قد عرفت أنه ليس كذلك نعم إن قال المصنف بمقالته تم تضعيفه ما قواه و قد عرفت أنه لا يقول بذلك فيكون المصنف قوى على مذهبه و الشارح ضعف على مذهبه و أما انفساخ عقد الرهن فلا ياباه الراهن مع لزوم البيع فقد تحصل أن فى المسألة قولين و ما حكيناه فى المسألة المتقدمة عن المقدس الأردبيلي قول ثالث فتأمل

(قوله) (و لو قال رهنه العبد فقال بل هو و الجارية قدم قول الراهن)

إجماعا كما فى التذكرة

(قوله) (و لو قال دفعت ما على الرهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه)

كما فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و فى الأخير لا شبهة فى ذلك و هو كذلك لأن ذلك مستند إلى نيته و هو أعرف بها و لا طريق إلى العلم إلا من قبله و لا يكلف إقامة البيئه بأنى تلفظت بكذا و إن أمكنه لأن الأصل عدم وجوب ذلك عليه و كذا لو قال المرتهن إنه كان قد أقر لى بأنه إنما دفع عن الدين الآخر فالقول قوله باليمين و فرض المسألة ما إذا كان له دينان أحدهما برهن فدفعت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١٢

أما لو أنكر الغريم القبض قدم قوله (١) و لا- فرق بين الاختلاف فى مجرد النية أو فى اللفظ (٢) و لو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع و أن يقال له اصرف الأداء الآن إلى من شئت (٣) و كذا نظائره كما لو تباع مشركان درهما بدرهمين و سلم مشترى الدرهم ثم أسلما فإن قصد تسليمه عن الفضل فعليه الأصل و إن قصد عن الأصل فلا شىء عليه و إن قصدهما وزع و سقط ما بقى من الفضل و إن لم يقصد فالوجهان (٤)

إليه مالا و اختلفا و منه يعلم حال ما إذا كان على كل من الدينين رهن

(قوله) (أما لو أنكر الغريم القبض قدم قوله)

وجهه ظاهر كما أن توسطه غير ظاهر لأنه غير مختص بهذا الفرض

(قوله) (و لا فرق فى الاختلاف فى مجرد النية أو فى اللفظ)

أما الاختلاف فى اللفظ فظاهر كما لو قال دفعته متلفظا بأنه عن الدين الفلانى أو أقررت بذلك فأنكر و قال إنى قلت إنه عن الفلانى و يقدم قوله بيمينه لأنه منكر و أما الاختلاف بالنية كأن يقول الراهن نويت الدين الفلانى و يقول المرتهن بل نويت الدين الفلانى فاحلف لى فربما يقال فيه إن دعوى غريمه غير معقولة إذ لا- اطلاع له على نفسه فلا- يلزمه يمين و الحق ثبوته لما حررناه فى باب القضاء و القصاص من أن الدعوى فيما يخفى تسمع بمجرد التهمة و قد نص عليه فى المقام المصنف فى التحرير و الشهيدان فى الحواشى و المسالك و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و هو ظاهر الشرائع و غيرها حيث قيل فيها لأنه أبصر بنيته

(قوله) (و لو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع و أن يقال له اصرف الأداء الآن إلى من شئت)

ذكر المصنف الاحتمالين من دون ترجيح كما ذكرنا كذلك فى التحرير و الإيضاح و الدروس و اختير فى المختلف و جامع المقاصد التوزيع لأنه قد وقع صحيحا و ليس أحدهما أولى من الآخر و لأنه قد ملكه ملكا تاما فإما عن الدينين أو عن أحدهما بعينه أو لا عن أحدهما أو عن أحدهما لا بعينه و الكل باطل إلا الأول لاستحالة الترجيح بلا مرجح و ملك المقضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمة و لأنه إن لم يزل عن ذمته شىء منهما لزم المحال و إلا- كان هو المقضى عنه و أما الاحتمال الثانى فهو خيرة الشيخ على ما حكى عنه و وجهه أن النية متنتية حال الدفع فليتداركها الآن لأن المرجع فى ذلك إلى اختياره و حيث لم يسبق له اختيار شىء فليختر

متى شاء (و يدفعه) أن ملك القابض للمقبوض يقضى بأنه لا بد أن يقع عن شيء (و قد يجاب) بأن القابض لا يملك أو يملك عما فى ذمته و إليه التعيين أو يستخرج بالقرعة كما إذا كان له زوجتان أو زوجات فقال زوجتى طالق و لم ينو واحدة منهما فالشيخ و الفاضلان و الشهيد على أن الطلاق يقع على واحدة غير معينة فتستخرج إما بالقرعة أو بتعيينه و يقع الطلاق إما من وقت اللفظ أو من وقت التعيين و مثله ما إذا أسلم على أكثر من أربع و مثله ما إذا دفع الزكاة و كان له مالان غائب و حاضر و ما إذا سمي و لم ينو السورة عند جماعة و ما إذا كان له خيارا حيوان و شرط و أسقط من خياره يومين و لو وجب الترجيح لوجب عند دفع الدافع حيث يكون عليه دينان متساويان عليهما رهنان كذلك فليتأمل

(قوله) (و كذا نظائره كما لو تباع مشركان درهما بدرهمين و سلم مشترى الدرهم ثم أسلما فإن قصد تسليمه عن الفضل فعليه الأصل و إن قصد عن الأصل فلا شيء عليه و إن قصدهما وزع و سقط ما بقى من الفضل و إن لم يقصد فالوجهان) أى احتمال التوزيع و احتمال أن يقال اصرف الأداء الآن إلى من شئت و الأصح التوزيع و إنما فرض المسألة فى المشركين لأنهما لو كانا مسلمين لكان الحال دائرا بين المنع من الربا فى حقهما أو مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١٣

و لو كان لزيد عليه مائة و لعمر و مثلها و وكلا من يقبض لهما دفع المديون لزيد أو لعمر و فذاك (١) و إلا فالوجهان (٢) و لو أخذ من المماطل قهرا فالاعتبار بنية الدافع و يحتمل القابض (٣) و لو فقدت فالوجهان (٤) و لو كان التداعى فى الإبراء قدم قول المرتهن (٥) و يقدم قول الراهن فى عدم الرد مع اليمين (٦)

الجواز الذى لا يتطرق إليه المنع و تقريبه معلوم مما سبق

(قوله) (و لو كان لزيد عليه مائة و لعمر و مثلها و وكلا من يقبض لهما و دفع المديون لزيد أو لعمر و فذاك) يعنى أنهما وكلا و كيلا واحدا يقبض لهما كما هو واضح (قوله) (و إلا فالوجهان)

معناه إن لم يدفع لواحد بعينه و هذا له مفهوم الأول أن لا- ينو أحدا منهما و الثانى أن ينويهما معا و الأول هو المراد و أطلق لظهوره و المراد بالوجهين الوجهان السابقان و الأصح التوزيع كغيره (قوله) (و لو أخذ من المماطل قهرا فالاعتبار بنية الدافع و يحتمل القابض)

الآخذ من المماطل قهرا إما أن يكون على سبيل المقاصة و هذا إذا استقل بالآخذ خفيه حيث يجوز له لا نية فيه للدافع و إن أخذ له الحاكم فالنية نية الحاكم و إن قهره الحاكم على الدفع أو المالك و استمر القهر إلى حصول الدفع فغير ناو و لا قاصد فلا نية له حينئذ لانتفاء الموضوع و أما لو نوى حينئذ فليست نيته من المحال فإن المقهور على الدفع غير مقهور على عدم النية و الشارع لا يقهر قهرا يسلبه الاختيار فلو لا القهر ما دفع لكنه لما قهر نوى أحد الدينين على كراهية منه لذلك و وجه ترجيح نيته حينئذ أن الاعتبار إنما هو بها لأن تعيين الجهة إليه لا إلى القابض و وجه ترجيح نية القابض أنه بالقهر و الإيجاب لم يعتبر قصده و كان الاعتبار بقصد القابض كنية الزكاة و الخمس إذا أخذها قهرا لعدم الخروج عنهما (قوله) (و لو فقدت فالوجهان)

ظاهره أن النية فقدت من كل منهما و فى (الإيضاح) دقق النظر فجعل معنى قوله و لو فقدت أنا لو فرضنا فقدهما و إن وجدتا لمعارضة دليل كل منهما بالآخر فكانتا مع وجودهما و اختلافهما بل و مع اتفاقهما مفقودتين قال ما نصه فى شرح قوله و إذا أخذ من المماطل إلى قوله فالوجهان وجه الأول أن تعيين الجهة إليه إلى آخر ما سمعته آنفا ثم قال و وجه الثالث يعنى ما إذا فقدت أن القابض لا اعتبار بنيته لأنه ليس له التعيين و القهر أسقط اعتبار المقبوض منه فبقى بلا نية فيحتمل التوزيع إلى آخره و هو صريح فى فرض فقدهما و

عدم الاعتداد بهما وإن كانتا موجودتين و قال فى (جامع المقاصد) فى شرح العبارة يريد لو فقدت نية كل واحد منهما إذ لو وجدت النية من القابض فقط فرجحان اعتبارها عنده ظاهر و مع فقدتها فأصح الوجهين التوزيع كما فى باقى النظائر و الشارح ولد المصنف زعم أن مجيء الوجهين احتمال ثالث فى مسألة الأخذ من المماطل قهرا التى هى موضع الوجهين الأولين و هو غريب لأن موضع الوجهين مسألة أخرى و هو ما إذا فقدت النية من كل منهما و هنا لا يجىء الاحتمالان الأولان انتهى و أنت قد عرفت ما أرادته فخر الإسلام و المحققين و هو معنى جيد جدا و قد يكون أخذه شفاها و على ما فهمه منه المحقق الثانى يكون كلامه ملحقا بالهذيان و على ما فهمه فى الإيضاح يتضح لك ما فى كلام المحقق الثانى أولا فتأمله

(قوله) (و لو كان التداعى فى الإبراء قدم قول المرتهن)

لأنه منكر و الأصل بقاء الدين

(قوله) (و يقدم قول الراهن فى عدم الرد مع اليمين)

لا أجد فيه خلافا لأصالة عدم الرد فيلزم المرتهن بالمثل أو القيمة لإمكان

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١٤

و فى قدر الدين على رأى (١) و فى أن الرهن على نصف الدين لا كله

أن لا تكون فى يده فيلزم تكليفه بما لا يطاق أو تخليده الحبس و الفرق بين المرتهن و المستودع حيث قبل قوله فى الرد أن المستودع قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض بخلاف المرتهن فإنه قبض لمصلحة نفسه و مثله المستعير و المقارض و الوكيل بجعل (قوله) (و فى قدر الدين على رأى)

هذا خيرة المقنع و النهاية و الخلاف و المبسوط على ما حكى عنه و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و التذكرة و المختلف و الإيضاح و الدروس و حواشى الكتاب و اللعة و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و قد حكى عليه الإجماع فى الغنية و حكاها فى الرياض عن السرائر و لم أجده ادعى ذلك صريحا و عليه عمل الأصحاب كما فى كشف الرموز تارة و هو المعول عليه أخرى و فيه أيضا و فى (إيضاح النافع) أن الرواية بخلاف ذلك متروكة و هو فى معنى الإجماع و فى (السرائر) أنها من شواذ الأخبار و هو فى معنى الإجماع أيضا و فى (جامع المقاصد) أن الرواية مخالفة لظاهر التواتر و هو الأشهر كما فى الشرائع و مذهب الأكثر كما فى المسالك و الرياض و المشهور كما فى الدروس و الكفاية و فى (السرائر) أن الرواية مخالفة لأصول المذهب (قلت) و هو كذلك لأن الأصل عدم الرهن و عدم الزيادة و براءة الذمة و يدل عليه النبوى المتواتر و ما رواه الكلينى و الشيخ بطريقين صحيحين على الصحيح فى على بن الحكم عن محمد بن أبى جعفر عليه السلام فى رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينة بينهما فيه فادعى الذى عنده الرهن أنه بألف درهم فقال صاحب الرهن إنما هو بمائة درهم فقال البيهقى على الذى عنده الرهن أنه بألف و إن لم يكن له بينة فعلى الراهن اليمين و روى الشيخ فى الحسن على الصحيح فى محمد بن خالد لتوثيق الشيخ له و العلامة و إن قال النجاشى إنه ضعيف فى الحديث و القاسم بن سليمان لأنه ممدوح بكون الصدوق له إليه طريق و رواية الأجلاء كتابه كالنظر و أحمد و الحسين عن عبيد بن زرارة عن أبى عبد الله عليه السلام مثله و روى الصدوق بطريقه الصحيح إلى أبان مثله فهو إما موثق أو صحيح و روى الكلينى و الشيخ فى الموثق عن ابن أبى يعفور مثله و قد وقع سهو من المتأخرين فى وصف هذه الأخبار و لهذا بينا الحال فيها و أما الرواية المخالفة فهى التى رواها الشيخ و الصدوق عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على بن عليه السلام فى رهن اختلف فيه الراهن و المرتهن فقال الراهن هو بكذا و كذا و قال المرتهن هو بأكثر قال على بن عليه السلام يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لأنه أمينه و قد عمل به أبو على و حملها فى الإستبصار على أن الأولى له تصديق المرتهن و حملها جماعة على التقيية و لا بأس به لأن ذلك مذهب الحسن و قتادة و مالك و فى رواية

الراوى لها و عمل العامل بها شهادة على ذلك بقى الكلام فى شىء آخر و هو أن الشيخ فى النهاية و ابن إدريس فى السرائر حكيا عن الرواية بأن القول قول المرتهن ما لم يستغرق الرهن ثمنه و حكى فى السرائر عن ابن الجنيد أنه قال ما لم تستغرق دعواه الثمن و حكى الأكثر عنه و منهم المحقق فى النافع أن القول قول المرتهن ما لم يدع زيادة على ثمن الرهن و الرهن فى عبارة النهاية و السرائر مفعول يستغرق و فاعله إما ثمنه أو ضمير مستكن راجع إلى القول و ثمنه بدل من الرهن و قد فسرها فى السرائر فقال معنى هذه الرواية أن القول قول المرتهن حتى يحيط قوله و دعواه بثمن الرهن جميعه فمتى أحاط بثمن الرهن أو استغرقه فالقول قول الراهن أيضا على هذه الرواية فلم يفرق بين ما إذا أحاط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١٥

و على المؤجل منه لا الحال (١) و قول المرتهن فى عدم التفريط (٢) و القيمة (٣)

أو استغرق لتتحقق الاستغراق فيهما لأنه أعم من الإحاطة بثمن الرهن بمعنى مساواته و من الزيادة عليه و مقتضى العبارات الثلاث أنه مع المساواة و الزيادة لا يقدم قوله و مقتضى عبارات الأكثر أنه لا يقدم قوله مع الزيادة و يقدم قوله مع المساواة و حاصل معنى الرواية جعل الإحاطة غاية القبول و الغاية خارجة عند المحققين فهى موافقة للعبارات الثلاث و الموجب لاختلاف النقل عن أبى على اختلاف كلامه قال المرتهن يصدق فى دعواه حتى تحيط بالثمن فإن زادت دعوى المرتهن عن القيمة لا تقبل إلا بينة فقد جعل فى أول كلامه غاية التصديق إحاطة الدعوى بالثمن و الغاية خارجة فيقتضى عدم التصديق مع الإحاطة و عقبه بقوله فإن زادت الدعوى عن القيمة لا- تقبل و مفهوم الشرط أنه مع عدم الزيادة تقبل فقد تعارض المفهومان فى كلامه فاختلف النقل عنه لكنك خير بأن المفهوم مما يعتبر إذا لم يصرح بخلافه فنقل الأكثر بحسب الظاهر أوفق لكن لما كان مستنده الرواية ظن المحقق فى السرائر إلغاء مفهوم قوله و إن زادت و حمل كلامه على أن المراد إن ساوت أو زادت و ذلك كثير كما قيل فى قوله جل شأنه (فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ) و كما قيل فى قوله عليه السلام جراحات المرأة و الرجل سواء إلى أن تبلغ ثلث الدية فإذا جازت ذلك تضاعف جراحه الرجل على جراحه المرأة ضعفين فإن المراد فإذا ساوى أو جاز ذلك فكان نقل السرائر أدق و أتقن إلا أن تقول نقل الأكثر موافق للاعتبار لأن الظاهر أن الرهن بقدر الحق (و فيه) أن العادة تقتضى رهن الشىء بأقل من قيمته هذا و أخبار الباب تعطى أنهما إذا اتفقا على أن الدين ألفان و قال الراهن إنما رهنتك بأحد الألفين و قال المرتهن بل بهما كان القول قول الراهن أيضا مع يمينه مضافا إلى الأصول و هو معنى قول المصنف و فى أن الرهن على نصف الدين لا كله (قوله) (و على المؤجل منه لا الحال)

قال فى (التذكرة) لو اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين لكن قال الراهن هو رهن بالمؤجل و قال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر و لأن القول قوله فى أصل الدين فكذا فى صفته و كذا لو قال الراهن إنه رهن على الحال و قال المرتهن إنه رهن على المؤجل يقدم قول الراهن مع يمينه (قلت) لعل فى قوله فكذا فى صفته إشارة إلى استفادة ذلك من فحوى الأخبار المذكورة ثم إن عندنا أصلا آخر و هو أن الأصل قبول قول صاحب المال فى وجه خروجه عن يده و المرتهن لما أنكر الرهن فى صورتى الأصل و العكس اندفع بإنكاره و لا يحتاج إلى يمين فيبقى النزاع فيما ادعاه المرتهن فيحلف الراهن على نفيه فينتفى و يبقى المال بلا رهن و لا مانع منه إذا قضت به القواعد لكنه فيما بينه و بين الله سبحانه يكون رهنا بما ادعاه فتأتيه أحكامه و قد سمعت ما سلف فى مثله أو نقول إنه يحلف يميناً جامعاً بين النفي و الإثبات فيكون رهنا بالدين الذى لم يدع المرتهن أنه رهن عليه كما تقدم مثله و احتمال التحالف الذى احتمله الشهيد فى حواشيه و قواه فى جامع المقاصد لم يتضح وجهه على أن الشهيد حكم فى مثله بما ذكرناه (قوله) (و قول المرتهن فى عدم التفريط)

لا أجد فيه خلافا بل فى الغنية الإجماع عليه مضافا إلى الأصول السالمة عن المعارض

(قوله) (و القيمة)

أى حيث تلزم المرتهن بتعد أو تفريط فإنه يقدم قوله فيها مع يمينه كما هو خيرة الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و سائر المتأخرين ما عدا الشهيد فى الدروس و المقداد فى التنقيح فإنهما لم يرجحا و فى (الدروس) قال به الحليون و حكى كاشف الرموز عن مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١٦

و فى أن رجوعه عن إذنه للراهن فى البيع قبله ترجيحاً للوثيقة و لأن الأصل عدم بيع الراهن فى الوقت الذى يدعيه و عدم رجوع المرتهن فى الوقت الذى يدعيه فيتعارضان و يبقى الأصل استمرار الرهن و يحتمل تقديم الراهن عملاً بصحة العقد (١)

ابن إدريس أنه ادعى الإجماع عليه و قال إنه مشكل مع تحقق الخلاف و الموجود فى السرائر أن القول قول المرتهن على الصحيح من المذهب لأنه غارم و مدعى عليه و لا خلاف أن القول قول الجاحد المنكر المدعى عليه إذا عدم المدعى البيئه و قال بعض أصحابنا القول قول الراهن فى هذا و هو مخالف لما عليه الإجماع و ضد لأصول الشريعة انتهى فظاهره أن الإجماع على القاعدة لا على خصوص المسألة لكن الإجماع من المتأخرين كاد يكون معلوماً كما أن الشهرة بين المتقدمين على تقديم قول الراهن عظيمة مزاحمة للإجماع أيضاً إذ هو خيرة المقنعة و النهاية و المراسم و الوسيلة و الغنية و هو المحكى عن الكاتب و التقى و القاضى و قد نسب فى الدروس و المسالك إلى الأكثر و فى (الغنية) الإجماع عليه فهذا الإجماع معتضد بالشهرة و الظاهر أنه ما أفتى به فى النهاية و المقنعة إلا عن خبر كما يقضى به التبع و ليس مستندهم ما استدل لهم به من سقوط أمانته بخيانته فإنى لم أجد أحدا منهم استدل به إلا أبا على و لعل هذا هو الذى جرى المتأخرين على المخالفة و وجه قوة القول ظاهرة لمكان الأصل و النبوى لكن هذين لم يكونا ليخفيا على المتقدمين

(قوله) (و فى أن رجوعه عن إذنه للراهن فى البيع قبله ترجيحاً للوثيقة و لأن الأصل عدم بيع الراهن فى الوقت الذى يدعيه و عدم رجوع المرتهن فى الوقت الذى يدعيه فيتعارضان و يبقى الأصل استمرار الرهن و يحتمل تقديم الراهن عملاً بصحة العقد)

تقديم قول المرتهن فى المسألة مذهب الشيخ و أكثر المتأخرين كما فى جامع المقاصد و قد نسبه تارة أخرى كالشاهد الثانى فى المسالك إلى الأصحاب فكل من تعرض لهذا الفرع كالشيخ فى المبسوط و المحقق و المصنف و غيرهم قدم قول المرتهن إلا المصنف فى التذكرة فإن ظاهره التردد لأنه حكاة عن الشيخ و لم يفت بشيء و المحقق الثانى و المقدس الأردبيلى و إن تأملا كما ستسمع لكنهما بعد ذلك وافقا و الشهيد فى الدروس و الحواشى فصل بأنهما إن اتفقا على تعيين وقت لأحدهما و اختلفا فى الآخر حلف مدعى التأخير عن ذلك الوقت و إن أطلقا الدعوى أو عينا وقتاً واحداً حلف المرتهن و قد تبعه على ذلك الشهيد الثانى فى التمهيد و المسالك و ستسمع بيان ذلك (و لا بد) من بيان ما لا بد منه فى المقام و هو أنه إذا تعارض الأعلان فلا يخلو إما أن يكون هناك مرجح واجب أو لا فإن كان فلا يخلو ذلك المرجح من أن يكون ظاهراً أو أصلاً آخر و إن لم يكن هناك مرجح واجب فلا يخلو إما أن يكون فى أحدهما حائطة أم لا فإن كانت حائطة أخذ بها و إلا خرج فى هذه المسألة وجهان كذا أطلقوا الكلمة و لم نرهم فى أبواب الفقه من الطهارات إلى الديات تعرضوا عند تعارض الأصول للاقتران و لا للعلم بتاريخ أحدهما و جهل الآخر و لا لورود أحدهما على الآخر إلا- فى مواضع نادرة من هذه الأمور الثلاثة تعرض لها بعض المتأخرين و من ذلك مسألتنا هذه فإن الأصحاب أطلقوا الكلمة فيها و الشهيدان فصلاً بالعلم بالتاريخ و عدمه إذا تمهد هذا (فنقول احتج) المصنف على المشهور بوجهين (الأول) ترجيح جانب الوثيقة عملاً بالاستصحاب و هذا تركه الشيخ فى المبسوط و الأصحاب لأنه بالآخرة يرجع إلى ما ذكره و هو الثانى فى كلام المصنف و بيانه أى الثانى أن الراهن يدعى تقدم البيع على الرجوع و الأصل عدمه و المرتهن يدعى تقدم الرجوع على البيع و الأصل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١٧

عدمه أيضا فتكافأ الأصلان فتساقطا فيبقى حكم الرهن على العين باقيا و هو ترجيح جانب الوثيقة و قد قال فى (جامع المقاصد) فيه نظر من وجوه (الأول) أن الأصل و إن كان عدم صدور البيع على الوجه الذى يدعيه الراهن إلا أنه لا يتمسك به الآن لحصول الناقل عنه و هو صدور البيع مستجمعا لجميع ما يعتبر فيه شرعا و ليس هناك ما يخل بصحته إلا كون الرجوع قبله و يكفى فيه عدم العلم بوقوعه كذلك و الاستناد إلى أن الأصل بقاء الإذن السابق لأن المانع لا يشترط العلم بانتفائه لتأثير المقتضى و إلا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية إذ لا يقطع بنفى موانع تأثيرها بحسب الواقع و هو معلوم البطلان فإن من صلى مراعى للأفعال و الشرائط يكفيه لصحة صلاته الاستناد إلى أصالة عدم طرو النجاسة المانعة من الصحة على ثوبه و بدنه الطاهرين و إن لم يعلم انتفاءها بحسب الواقع قطعا انتهى (و فيه) نظر من وجهين (الأول) أنه تقرر فى الأصول (عند الأصوليين خ ل) أن رفع المانع من جملة العلل فرفعه شرط لا بد من تحققه لكن لا- فى الواقع بل يكفى تحققه بالاستصحاب كالشرط و استوضح ذلك فى المثال الذى ضربه هو فإن النجاسة فى الثوب مانع من الصلاة و رفعها شرط كما أنا نقول طهارة الثوب شرط و لهذا قال ثوبه و بدنه الطاهرين ففرضهما أولا طاهرين ثم قال يكفيه لصحة صلاته الاستناد إلى أصالة عدم طرو النجاسة و ما ذاك إلا بالاستصحاب كما قلناه و الحاصل أن الأمر واضح و ما كنا نؤثر أن يغفل عنه مثله (الثانى) أنا لو سلمنا الفرق بين رفع المانع و الشرط و أنهما غيران فى الحكم و ما كان ليكون لكننا نقول لا نسلم وقوع العقد جامعا للشرائط الشرعية هنا لأن من جملة شرائطه إذن المرتهن حالة البيع و لما حصل الشك فى حصولها حالته وقع الشك فى حصول الشرط نفسه لا فى وجود المانع و معلوم أن الشرط لا يكفى فيه عدم العلم بانتفائه بل لا بد من العلم بحصوله ليرتب عليه المشروط و لو بطريق الاستصحاب كالصلاة مع يقين الطهارة سابقا و الشك فى بقائها الآن و الأمر هنا كذلك فإن الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا و مستصحب الآن و الشرط المقتضى لصحة البيع و إن كان معلوم الوقوع لكن لا فى زمان البيع لا باليقين و لا بالاستصحاب فيرجح جانب الوثيقة كما ذكره الأصحاب (الثانى) من وجوه النظر الذى ذكره المحقق الثانى هو أن ما ذكره يعنى المصنف من الاستدلال إنما يدل على تقدير تسليم (تسليمه خ ل) بقاء الأصلين المذكورين مع الانحصار فيهما و فى الأصل الثالث الذى ذكره و ليس كذلك فإن لنا أصلا آخر من هذا الجانب أيضا و هو أن الأصل فى البيع الصحة و الزوم و وجوب الوفاء بالعقد انتهى (قلت) مراده أن أصالة بقاء الرهن التى رجعنا إليها عند تعارض الأصلين معارضة بأصالة صحة البيع لأن وقوعه معلوم كما أن وقوع الرهن معلوم فتساقطان و يبقى مع الراهن ملكية الرهن و صحة تصرفه فيه و لعله من هنا قيل فى الأصول إنها مما تعارض فيها أربعة أصول (و فيه أولا) أنه قال فى باب الضمان و الإجارة إن أصالة صحة العقود إنما يتمسك بها بعد استكمال أركانها و جميع الأمور المعتبرة فيها ليتحقق وجود العقد أما قبله فلا وجود للعقد كما أوضحنا ذلك فى آخر باب البيع و يأتى فى باب الضمان مفصلا إن شاء الله تعالى و ثانيا على تقدير تسليمه أنه لا ينفعه فيما يحاوله لأن هذا إن تم كان من باب ما إذا تداعى المشتريان السبق و أراد كل منهما الأخذ من الآخر بالشفعة فالأصل يقتضى عدم سبق كل منهما و الأصل عدم استحقاق الآخر عليه فيتساقطان و يتحالفان و يستقر ملكهما على ما كان و تنتفى الشفعة (و ثانيا) أن أصالة صحة العقد مترتبة على سبقه على الرجوع فإذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد (فإن قلت) و أصالة استمرار الوثيقة مترتبة على سبق الرجوع البيع فإذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بترجيحها (قلنا) صحة العقد غير معلومة لقيام الاحتمال المذكور

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١٨

و صحة الرهن معلومة لوقوعها سابقا جامعة للشرائط و إنما حصل الشك فى طرف المبطل فترجح لأنها أقوى من هذه الجهة مضافا

إلى ما ذكرناه آنفاً (و ثالثاً) أن عندنا ظاهراً و احتياطاً و الظاهر يرجع إلى قاعده و كل منهما أى الظاهر و الاحتياط يرجح الأصل كما عرفت آنفاً من أن الحائضه مرجح راجح (أما) الظاهر فلأن الظاهر أن الراهن مدع لأنه يريد إثبات بطلان ما هو معترف بوجوده و صحته بدعوى الإذن فى البيع المبطل للرهن فهو يريد إخراج الحق عن يده و تسلطه و الأصل بقاؤه فيصدق عليه تعريف المدعى و على المرتهن تعريف المنكر (و أما) الاحتياط فلأن رعايه جانب المرتهن أحوط لاحتمال تضييع حقه على تقدير بطلان الرهانه بخلاف الراهن فإنه لا بد له من دفع الدين فلا يضره بقاء الرهن غالباً (الثالث) من وجوه النظر أن ما ذكره من الاستدلال على إطلاقه يجرى على ما إذا أطلقا الدعوى و لم يعينا وقتاً للبيع أو الرجوع و ما إذا عينا وقتاً للبيع أو الرجوع و ما إذا عينا لأحدهما وقتاً و اختلفا فى الآخر و ليس بجيد لأنهما إذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعة و اختلفا فى تقدم الرجوع عليه و عدمه الأصل عدم التقدم و ينعكس الحكم لو اتفقا على وقت الرجوع و اختلفا فى تقديم البيع عليه فيحصل على هذا التقدير أصل آخر و قد نبه على ذلك فى الدروس (قلت) و لألحق فيه بما إذا أطلقا ما إذا اتفقا على وقت واحد كما سمعت ذلك عنه و عن الشهيد الثانى (و قد يقال) إن الأصحاب هنا و فى كل ما تعارض فيه أصلاً و قد عد فى التمهيد منها ما يبلغ سبعة و ثلاثين موضعاً أطلقوا و لم يفرقوا و ما ذاك إلا لأن كلا منهما حادث و الأصل تأخره سواء كان تاريخ أحدهما معلوماً أم لا و العلم بتاريخ أحدهما لا يصير المجهول متأخراً عنه فوقع البيع يوم الجمعة حادث و الأصل تأخره عما يدعيه المرتهن من وقوع الرجوع يوم الخميس جازماً قاطعاً به نعم يتم ذلك حيث يقول المرتهن لا أدري أو وقع قبل يوم الجمعة أم بعده (و يجب) بأن قطع المرتهن أنه يوم الخميس معارض بقطع الراهن أنه يوم السبت و كلاهما مسلمان الأصل فى قولهما الصدق و قد اعتضد قول الراهن بأصل تأخر الحادث فيكون الأصل معه فيرجح فيكون إطلاق الأصحاب مقيداً بما عدا ذلك لظهوره و لذا قدم قول المنكر على قول المدعى فى أبواب الفقه مع أنهما مسلمان الأصل فى قولهما الصدق و ما ذاك إلا لأن قول المنكر موافق للأصل معتضد به فقوى جانبه و أما حديث الاقتران فإنه يتأتى فى مسألتنا فيما إذا اتفقا على زمن واحد أو لم يتفقا كأن يقول رجعت يوم الجمعة عند الزوال و يقول الآخر بعثت يوم الجمعة عند الزوال فإن قضية تعارض الأصلين أن نحكم باقتران البيع و الرجوع بأن يكون أول أناء البيع أول أناء الرجوع فيكون البيع باطلاً- و كذلك الحال فيما إذا لم يتفقا فليتأمل و ربما احتمله بعض متأخري المتأخرين فيما إذا وجد فى الماء نجاسة و شك فى وقوعها قبل الكرية أو بعدها فحكم بالاقتران و طهارة الماء و الأصحاب حكموا بالطهارة لوجود المقتضى لها و هو الكرية و الشك فى المانع و هو سبق النجاسة فينفى بالأصل و ليس كذلك ما إذا وقع فى الماء نجاسة و شك فى بلوغه الكرية فإنه و إن تعارض فيه أصل عدم بلوغه كرا و أصل الطهارة لكنهم رجحوا الأول لأن ملاقات النجاسة سبب فى تنجيس ما يلاقيه و بلوغه الكرية مشكوك فيه فينفى بالأصل هذا إذا لم يتعين عليه استعماله و إذا تعين فلا بد من الاعتبار و إطلاقهم الحكم بنجاسته محمول على تعذر اعتباره بوقوع ماء آخر عليه حصل به الجهل بقدر الماء الأول عند (حين خ ل) ملاقات النجاسة و هذا جاء بالتبع حرصاً على تحقيق المقام (و كيف) كان فاتحاد الزمان حاله حال الإطلاق عند الأصحاب حيث أطلقوا و لم يفرقوا و به صرح الشهيدان جازمين به فى الدروس و المسالك و التمهيد و منه يعرف حال الاقتران فإنهم أهملوه فى أبواب الفقه جميعها إلا نادراً منهم كما عرفت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢١٩

و لو ادعى الراهن الغلط فى إقراره بقبض المرتهن الرهن تعويلاً- على كتاب و كيله فخرج مزوراً (١) أو قال أقبضه بالقول و ظننت الاكتفاء به قدم قول المرتهن مع اليمين (٢)

آنفاً و لعله لأنه فى بعض المقامات لا حاصل مع ندرته و كونه حادثاً و الأصل عدمه و أما حال ورود أحدهما فليس له ضابط يعتد به و لهذا أهمل ذكره الأصحاب بالكلية و إنما تعرض له بعضهم و مثله بما إذا وقع الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب و شك فى جفاف النجاسة فالأصل بقاء الرطوبة فيكون نجساً و الأصل طهارة الثوب لكن الأصل الأول وارد و طار على الأصل الثانى

فيدفعه و يرفعه و فيه من الحرج ما لا يخفى فلعله يريد (يؤيد خ ل) الأصل الثاني و نحوه المثال الثاني و هو ما إذا وقع في الماء نجاسة و شك في بلوغه الكرية و حكى في (التذكرة) تفصيلا و هو أنه لو قال الراهن أولا تصرفت بإذنتك ثم قال المرتهن كنت رجعت قبله فالقول قول الراهن مع يمينه و إن قال المرتهن أولا- رجعت عما أذنت فقال الراهن كنت تصرفت قبل رجوعك فالقول قول المرتهن بيمينه لأن الراهن حين ما أخبر لم يكن قادرا على الإنشاء و قد حكى المقدس الأردبيلي عن المحقق الثاني أنه قال هذا هو المفتى به و لعله ذكره في تعليقه على الإرشاد و أنت خير بأنا إنما فزعنا إلى الأصول لمكان تعارض قولي المسلمين لأن كان الأصل صدقهما كما أشرنا إليه و حرر في محله فلا- يتفاوت الحال بهذه الاعتبارات الواهية التي أعرض أصحابنا و أصحابه عنها ثم إن التعليل لم يتضح وجهه و مرجعه إلى تقدم الدعوى و قال في (جامع المقاصد) بعد أن حكى هذا عن هذا البعض و يقرب منه ما إذا تصادقا على صدور البيع ثم اختلفا في حال الرجوع أو تصادقا على صدور الرجوع ثم اختلفا في حال الرجوع و اختلفا في المتقدم و أما إذا تصادقا على أحدهما و نفى الآخر وقوع الآخر فالقول قوله مع يمينه كما نص عليه في التذكرة و الدروس و مجمع البرهان قال في (التذكرة) بعد أن فرض المسألة فيما ذكرنا و لو أنكر الراهن أصل الرجوع فالقول قوله مع اليمين لأن الأصل عدم الرجوع و قال في (الدروس) و لو ادعى الرجوع حلف الراهن إن ادعى علمه يعني بعدم الرجوع و الأمر أوضح من أن يبين إلا أن يكون أراد معنى آخر و إلا فهذا منه غريب

(قوله) (و لو ادعى الراهن الغلط في إقراره بقبض المرتهن الرهن تعويلا على كتاب و كيله فخرج مزورا)

يريد أنه تسمع دعواه و يتوجه له اليمين على المرتهن لأنه أبرز لإقراره و جهها معتبرا لأنه لم يكذب الإقرار في الحقيقة لكن ذلك لا يقوى جانبه حتى يقدم به قوله مع يمينه بل جانب المرتهن مع ذلك أقوى لأن الأصل في الإقرار الصحة و مطابقه الواقع فيحلف على وقوع القبض لا- على عدم وقوع الغلط إن علمه لكنه جوز الحلف عليه في التذكرة في المقام فتأمل و يأتي نظيره و مثله ما إذا قال أخبرني من تركن إليه النفس بالقبض ثم تبينت أنه لم يكن قبضه نبه عليه في المبسوط و المصنف في التذكرة في باب الإقرار قال لم يلتفت إلى إنكاره في المقامين لأنه مكذب نفسه

(قوله) (أو قال أقبضه بالقول و ظننت الاكتفاء به قدم قول المرتهن مع اليمين)

للأصل المذكور و يحلف على وقوع القبض و معنى أقبضته بالقول قلت له أقبضتكم و نحوه من القول الذي ليس قبضا و قد يوجد في بعض النسخ أو أقبضته من دون

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٠

و كذا لو قال تعمدت الكذب إقامة لرسم القبالة (١) أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت إليه (٢)

لفظ قال فيجب تقديره أو نحوه

(قوله) (و كذا لو قال تعمدت الكذب إقامة لرسم القبالة)

هذا نبه عليه الشيخ في المبسوط في المقام و جزم به في التذكرة في المقام و في باب الإقرار و المحقق في مثله في باب الإقرار و نحوه المصنف في مثله في الإرشاد في الإقرار أيضا و نسبه في مثله في المسالك إلى الأكثر و ذكر مثله المصنف في الكتاب في باب الهبة و في باب الإقرار قال في الهبة و لو أقر بالهبة و الإقباض حكم عليه و إن كان في يد الواهب و له الإحلاف لو ادعى المواطأة و قال في الإقرار لو أقر بالبيع و قبض الثمن ثم أنكر و ادعى الإشهاد تبعا للعادة من غير قبض فالأقرب سماع دعواه فيحلف المشتري و وافقه على ذلك في المقامين في جامع المقاصد و قال إنه له إحلافه على وقوع القبض و في (الدروس) أنه ليس له إحلافه على نفى المواطأة و قال في (جامع المقاصد) كأنه مبني على أن الدعوى بالمواطأة و ما جرى مجراها غير مسموعة و إنما أحلف على حصول القبض لأن

الواهب يدعى فساد الإقرار بعدم وقوع القبض (قلت) هو كما ترى وقد صرح هو أى الشهيد فى حواشيه فى المقام بأنه يحلف على عدم ما يدعيه الراهن أو على وقوع القبض أو على عدم المواطأة ونحوه ما فى التذكرة و فى باب الهبة تردد فى الحلف على عدم المواطأة و فى باب الإقرار حكم بالعدم و فى (جامع المقاصد) حكم فى الموضوعين بأن له أن يحلف على الإقباض أو على عدم المواطأة لأن ذلك واقع تعم به البلوى فعدم السماع يقتضى الضرر و هو كذلك (قوله) (أما لو أقر فى مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت إليه)

كما فى الإيضاح و حواشى الكتاب و جامع المقاصد لأن الإقرار فى مجالس الحكام بعد توجه الدعوى و طلب الجواب مما لم تجر العادة فى المسامحة فيه و المجازفة و العقل يقضى بأن المدعى عليه لا يقر الآن إلا بما أقدم على المؤاخذه به و إلا لزم بمقتضاه فلا يجيب إلا بما هو محقق عنده و لو لا ذلك لم يوثق بالأقارير الجارية فى مجالس الحكام (وفيه) أنه يمكن تصويره كما لو قال أقررت ليقرضنى فلم يقرضنى فحلفوه أو أقررت ليلزم البيع المشروط و نحو ذلك على أنه لا- يتم فيما ذكره المصنف هنا و هو ما إذا قال للحاكم أقبضته بالقول و ظننت الاكتفاء به و لما بدرنى بالدعوى أقررت بالواقع فى اعتقادى و لما أمرتنى بتسليمه إليه و عرفت الحال أظهرت الحال و يمكن تصوير مثل ذلك فيما إذا كان إقراره لمكان كتاب و كي له و إخبار من يثق به ثم يتذكر أنه كان مزورا و أن المخبر كاذب و نحو ذلك و لعله لذلك لم يرجح فى التذكرة نعم ذلك لا يكاد يتصور فى إقامة رسم القبالة و لعله لذلك فرض المسألة فى الإيضاح فى مسألة القبالة و المواطأة و إن كان فى أول كلامه فرض المسألة فيما لو ادعى الغلط فى إخباره لكنه فى الاستدلال اقتصر على مسألة القبالة و دليله لا ينطبق على غيرها فليلحظ ثم إن الأصحاب أطلقوا فى المقامات التى أشرنا إليه آنفا و لم يتعرضوا لهذا الشرط بل كاد يكون ظاهرهم أن الإقرار بما عدا القبالة كان فى مجلس الحاكم فليلحظ ذلك و لو لا قول المصنف بعد ذلك و كذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض لاحتمل أن يكون القيد متوجها إلى القبالة خاصة و قد لا يكون هذا مانعا من تخصيص القيد بالقبالة لأن الأصحاب يذكرون سماع قوله فى دعوى إقامة رسم القبالة و يقيدونه مما إذا لم تشهد البينة بمشاهدة القبض و ما إذا شهدت على إقراره بالقبض فأنكر الإقرار و كيف كان فلا ريب أن الأقرب ما ذكره مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢١

و كذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض (١) و لو اعترف الجانى بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة أخذ الأرش و لم يتعلق به حق المرتهن و لو صدقه المرتهن خاصة أخذ الأرش و كان رهنا إلى قضاء الدين (٢) فإذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد (٣) و لو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليمين (٤)

المصنف و احترز بقوله بعد توجه الدعوى عما لو أقر فى مجلس القضاء لا مع توجه الدعوى بل إقامة لرسم القبالة مثلا فإن اليمين على المرتهن هنا

(قوله) (و كذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض)

يعنى بعنوان الرهن و أنه ياذنه

(قوله) (و لو اعترف الجانى بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة أخذ الأرش و لم يتعلق به حق المرتهن و لو صدقه المرتهن خاصة أخذ الأرش و كان رهنا إلى قضاء الدين)

إذا أقر شخص بالجناية على العبد فإن صدقه المتراهنان فالأرش رهن عند المرتهن لأنه عوض الرهن و إن كذبه فلا شىء لهما و إن صدقه الراهن و كذبه المرتهن كان للراهن أخذ الأرش و لا- حق للمرتهن فيه و إن صدقه المرتهن و كذبه الراهن كان للمرتهن المطالبة بالأرش و يكون مرهونا عنده لأن حقه متعلق به حيث هو جزء الفات من الرهن و لا يؤثر فى سقوطه إنكار الراهن كما هو خيرة المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و مراده بقوله كان رهنا إلى قضاء الدين أنه يبقى فى يده إلى حين قضاء الدين و

إلا كل رهن إلى قضاء الدين و لما تعذر إذن الراهن هنا لإنكاره الجناية و جب أن يحكم باليد للمرتهن على أن المرتهن يستحق إدامة اليد على الرهن على مختارنا
(قوله) (فإذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد)

إذ المرتهن انقطعت علقته و الراهن منكر استحقاقه و المقر يعترف بوجوب أدائه عليه فيدفع إلى الحاكم و قد نفى عنه البأس فى التذكرة و اختاره فى جامع المقاصد و الذى استقر عليه رأيه فى التذكرة فيما إذا أقر بعين لزيد و أنكر ذلك زيد أن الحاكم ينتزع ذلك و يحفظه لمالكه فإذا ظهر سلمه إليه و قال فى (جامع المقاصد) أنه أصح و فى (المبسوط و التحرير) فى المقام أن الأرش يرجع إلى المقر و به حكم فى التذكرة أولاً و قال إنه أصح و جهى الشافعية و لم يتضح وجهه فى المقام و فى الإقرار قد يتصور له وجه كأن يقال الأصل فى يد المسلم أن لا تكون عدوانا و ربما كانت يد استحقاق فلا يجوز الانتزاع من يده لأن ذلك فرع كونها بغير استحقاق و هو خلاف الأصل و إن كان فيه نظر لأن الاستحقاق خلاف الأصل و العدوان خلاف الأصل فلذلك قالوا إنها توضع فى يد الحاكم و كيف كان فقد اتفقوا فى المقامين على أنه لا يتصدق به عن المالك مع أن قضية المال الضائع المجهول المالك أنه يجب التصديق به فوراً و لعل ذلك لانحصاره فى المقامين بين محصورين و لهذا قالوا فى الإقرار إذا رجع المقر إلى الإقرار سلمت العين إليه و لعلهم يقولون هنا إذا رجع الراهن إلى الاعتراف سلم الأرش إليه و قضية كلام التحرير و التذكرة و الكتاب حيث قال فيها إذا قضى من مال إخوانه يجوز القضاء منه و فى (جامع المقاصد) أنه صحيح لا مانع منه و قد يقال إن المانع موجود و كلام المبسوط لا يدل على ذلك حيث قال فإن أبرأه المرتهن فليأمل

(قوله) (و لو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليمين)

حكى الشهيد عن ابن المتوج أنه قال هذه العبارة غير متجهة فإن حكم عليه بكونه جانيا فالصواب لو ادعى على العبد المرهون الجناية و وجه تقديم قول الراهن مع يمينه سواء ساعد العبد المرتهن أم لا أنه المالك
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٢

و لو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين (١) فإن بيع فى الدين فلا شىء للمقر له و لا يضمن الراهن و يحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه فى دينه (٢)

و ضرر الجناية يعود إليه و يبطل الرهن إلا أن يعفو المجنى عليه أو يفديه أحد أو يفضل منه فضل عن الجناية و يحتمل بقاء الرهن لعدم صحة إقرار المرتهن و اعتراف الراهن بالصحة و على تقدير البطلان و عدم العفو و الفداء و الفصل فإذا بيع فى يد المرتهن لم يلزمه تسليم الثمن إليه لأن العبد إذا كان جانيا لم يصح بيعه للمرتهن لتعلق حق المجنى عليه به و إذا لم يصح بيعه كان الثمن باقيا على ملك المشتري و إن لم يكن جانيا فلا حق فيه لغير المرتهن و قد أقر بعدم استحقاقه
(قوله) (و لو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين)

لأصالة عدم الجناية و استصحاب الرهن و لا معارض إلا إقرار الراهن و مجردة لا يدفعهما و لا ريب أنه لا يمين عليه كما صرح به فى الدروس إلا أن يدعى عليه العلم فيحلف على نفيه و إرادته من العبارة بعيد

(قوله) (فإن بيع فى الدين فلا شىء للمقر له و لا يضمن الراهن و يحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه فى دينه)

أما عدم ضمان الراهن فلعدم تقصيره حيث أقر بالجناية و لا تعديه إذ الفرض أن البيع ليس منه و لا بأمره و هو خيرة الإيضاح و أما احتمال الضمان فقد قال فى (الإيضاح) لأنه قد تأدى به دينه مع استحقاق المجنى عليه ثم قال و الأول عندى أقوى و فى (الدروس) وجهان من قضاء دينه به و من عدم نفوذ إقراره فى حق المرتهن انتهى فتأمل فيه و قال فى (جامع المقاصد) فى شرح قوله و يحتمل الضمان مع تمكنه إلى آخره كبرى القياس محذوفة و هى كل ما كان كذلك فهو مضمون و قد نقل الشارح الإجماع على حقيته

الكبرى و مقتضى الدليل المذكور الضمان مع قضاء الدين به و إن لم يتمكن من الفك و وجهه ظاهر فإن إقرار الراهن بالجناية يقتضى استحقاق المجنى عليه الجاني لو لا حق المرتهن فإذا قضى دين الراهن منه بأمره أو بأمر الحاكم الجارى مجرى أمره كان عليه الضمان و هذا قوى جدا ثم قال لكن يرد عليه أنه على تقدير وقوع الجناية فبيع العبد غير صحيح إن كانت الجناية عمدا و يبقى استحقاق القصاص و الاسترقاق بحاله لأن الاختيار فيه إلى المجنى عليه فلا يصح الاستدلال بالقياس المذكور على الضمان فى هذا الفرد نعم لو كانت الجناية خطأ و بيع بأمر الراهن فإن وجه الضمان هنا ظاهر لأن الأمر بالبيع من الراهن يكون التزاما للفداء فيضمنه و الظاهر أن أمر الحاكم بالبيع لكونه لقضاء دين واجب منزل منزلة أمره فينبغى أن يلحظ ذلك انتهى (قلت) قد لاحظناه فوجدنا فيه نظرا من وجوه (الأول) أن ما حكاه عن الإيضاح من دعوى الإجماع لم نجده فيه فى نسخة عتيقة مصححة (مقابلة) معربة محشاة و إنما وجدنا فيه ما حكيناه عنه فى صدر المسألة حرفا فحرفا و أنه اختار الاحتمال الأول و المحقق المشار إليه أدرى بما نقل (الثانى) أن قوله إن مقتضى الدليل المذكور الضمان إلى آخره (فيه) أن صورة الدليل المذكور هكذا هذا العبد صرف ثمنه فى قضاء دينه و كل ما كان كذلك فهو مضمون و هذا لا يدل على الضمان و لا وجه له فضلا عن أن يكون ظاهرا كما هو ظاهر فإن أخذت فى الدليل أنه صرف ثمنه فى قضاء دينه بأمره صح الدليل و اتضح وجهه لكنه خلاف الواقع لأنه ما أمر بذلك بل فعل ما أمره الهن سبحانه به من الاعتراف بالجناية و النهى عن بيعه و تسليمه إلى المجنى عليه فأبى الحاكم عملا بظاهر الشرع إلا يبيعه و مخالفة أمره فأمر الحاكم ليس بمنزلة أمره نعم لو لم يعترف بالجناية و ماطل و لم يؤد كان أمره بمنزلة أمره فكان هذا الاحتمال ضعيفا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٣

و لو قال الراهن أعتقته أو غضبته أو جنى على فلان قبل أن رهنت حلف المرتهن على نفى العلم و غرم الراهن للمقر له للحيلولة (١)

جدا و لهذا أضاف المصنف إلى الدليل تمكنه من الفك حتى يكون مقصرا فى الجملة و هذا أيضا ليس مما يجدى فى تضمينه (الثالث) أن ما أورده عليه غير وارد لأن بيع العبد صحيح فى ظاهر الشرع كما هو واضح فتم الاستدلال بالقياس من هذا الوجه بلا شبهة (الرابع) أن قوله نعم لو كانت الجناية خطأ و بيع بأمر الراهن فإن وجه الضمان ظاهر (فيه) أنه لو اعترف بأن الجناية خطأ و قال إنى اخترت تسليمه للمجنى عليه ليسترقه لأن جنائته تستوعب قيمته لم يكن منه أمر و لا يكون أمر الحاكم منزلا منزلة أمره و لو كان المفروض ما ذكره لا نحتاج إلى الاستدلال بالقياس بل دليله الإجماع و لم يكن هناك احتمال بل يتعين الضمان كما هو واضح و قال فى (جامع المقاصد) هذا إذا كانت الجناية بعد الرهن أما قبله فعليه الضمان قطعا لأنه ضيع حق المجنى عليه حيث رهن الجاني و لم يخبر بالحال و هو جيد جدا واضح الوجه و سيذكره المصنف لكن قال فى (التذكرة) الوجه عندنا أنه لا يغرم لأنه أقر فى رقبته العبد بما لم يعقل إقراره فيه فكأنه لم يقر لكن لو ملكه يوما فعليه تسليمه فى الجناية و يأتى تمام الكلام إن شاء الله تعالى و قال فى (جامع المقاصد) إن فى العبارة مناقشة لأنه لا معنى لقضاء الثمن فى الدين لأن القضاء للدين لا للثمن فكان حقه أن يقول لقضاء دينه من ثمنه فهو كلام مقلوب و هو فن من فنون كلامهم (قلت) هذا يتم على أن المراد بالقضاء الوفاء إذ لا يقال و فى ثمنه فى دينه و إن أريد به الأداء كان المعنى لأنه أدى ثمن العبد فى الدين و هو معنى صحيح و لهذا أتى المصنف بفى دون من و لو كان من باب القلب كما قال و قصد التفنن لقال لقضاء ثمنه من دينه

(قوله) (و لو قال الراهن أعتقته أو غضبته أو جنى على فلان قبل أن رهنت حلف المرتهن على نفى العلم و غرم الراهن للمقر له للحيلولة)

قضية ذلك أن الراهن لا يقبل إقراره و إن كان مالكا فى الحال لمكان التهمة لجواز أن يكون الراهن و المقر له قد تواطئا على ذلك حتى يرتفع الرهن (و فيه) إن تم إنما يتم فى صورة الغضب و الجناية و أما فى صورة العتق فكأن التهمة مرتفعة و يرشد إلى ذلك أنه لا بد من تصديق المغضوب منه و المجنى عليه فى الأولين دون العتق فإنه لا يشترط تصديق العبد فينبغى أن يكون الوجه فى ذلك أنه

من ملك إنشاء أمر قبل إقراره به و هذا لا- يملك إنشاءه فلا يقبل فيه إقراره (و عساك) تقول إن المشهور على أنه يملك إنشاءه فيبقى مراعى (لأننا نقول) و كذلك الحال فى الإقرار يبقى مراعى إذ الفرض أنه لا- ينفذ فى الحال و فى ذلك بلاغ و نقول إنه لا يملك الإنشاء لأنه ممنوع منه شرعا لأنه تصرف و إن أنفذناه مراعى إذا فعله و خالف الشرع فكان غير مالِك للإنشاء شرعا فكان غير مقبول الإقرار شرعا (و قد يقال) إن إنشاء العتق لا يعد تصرفا كما قيل فى بيع الغاصب فإنهم جوزوه إذا أجازه المالك و لو كان تصرفا منها عنه لما أجدت فيه الإجازة فكان الاعتماد على الأول (و قد يقال) أيضا إن عدم قبول إقراره فى الجناية مبنى على أن رهن الجانى لا يجوز مع أنه جائز فكيف لا يقبل إقراره فيها (قلت) قد تقدم التأمل فى ذلك فى العمدة و أن قواعد الرهن تقضى بعدم جوازها و إن ذهب الأ- كثر إلى الجواز و أما فى صورة الخطأ فالظاهر أنه لا خلاف فى أنه جائز كما هو ظاهر المسالك هناك لكن ظاهر أصحابنا أن مولاه لا يجبر على فكه و أنه مخير بينه و بين تسليمه حيث تكون خطأ إلا أن تقول هذا إذا لم يرهنه و قد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٤

.....

جنى قبل و أما إذا رهنه كذلك فقد نقول إنه التزم بفكه كما إذا باعه فيكون إقراره فى صورة الخطأ نافذا فيغرم للمجنى عليه و يستمر الرهن فلا معنى لعدم قبول قول الراهن إذ لا تهمة حينئذ و لا مانع إلا أن تقول إن هذا يخالف ظاهر كلام الأصحاب على أن ذلك يخل بلزوم الرهن فى وجهه و هو ما إذا عجز المجنى عليه من أخذ الغرامة من الراهن فإنه يرجع إلى العبد فيخل بالرهن و إن بعد الفرض إلا أن تقول إن رهن الجانى خطأ ليس التزاما للفتاء بخلاف البيع لأن محل الجناية باق هنا و الجناية لا تنافى الرهن ألا ترى أنه لو جنى و هو مرهون تتعلق به الجناية و لا تبطل الرهن و هو قول بعض العامة و ظاهر جماعة كثيرين من أصحابنا فى مقامات منها ما نحن فيه و ما زاد فى المسالك أن قال فيه وجهان و لم يقل قولان فتأمل و أما حلف المرتهن على نفى العلم فإنما هو إذا ادعى عليه العلم و قضية كلام المصنف و المحقق الثانى أنه يحلف على نفى العلم و إن قال لا أدري لأنهما أطلقا الكلمة و فى المسألة إشكال عظيم و الذى يستفاد من ظواهر الأصحاب أنه حيث يقول لا أدري يلتزم (يلزم خ ل) أو يرد احتياطا و لا معنى لتحليفه على نفى العلم لأن المدعى يقول هذا عبدى و غصبه (و غصبته «ظ») منى لكنك لا تعلم و تحريرها فى محلها و بعضهم يقول حيث يدعى عليه العلم إنه يحلف على نفى العلم و لا- يجب عليه الرد لو نكل و إذا حلف على نفى العلم فإن كان فى الواقع عالما اندفعت عنه الغرامة دون الإثم و إن لم يكن عالما فإنما تندفع عنه باليمين الغرامة و لا إثم عليه حلف أو لم يحلف كأن أسقطوا اليمين عنه و هذا فى غير الجناية و أما فيها إذا كانت خطأ فلا غرم عليه و لا إثم حلف أو لم يحلف علم أم لم يعلم لما عرفت من أنه إنما يغرم فى فرض بعيد فحلفه فيها لنفيه لا غير إن قلنا بأن رهنه التزام بفكه و إلا فحاله ما قدمناه فقله فى جامع المقاصد فى توجيه حلفه على نفى العلم إن تخليص نفسه من الإثم و الغرم أمر مطلوب فإذا حلف اندفعت الدعوى لم يتضح لنا وجهه و أما غرم الراهن للمقر له حيث يحلف المرتهن فلحيلولته بين هؤلاء و بين حقوقهم برهنه قبل الإقرار (و فيه أولا) أنه إذا أقر بما يوجب القصاص لم يقبل إقراره على العبد فلا غرامة و قد سمعت آنفا ما فى التذكرة من أنه قال الوجه عندنا أنه لا يغرم لأنه أقر فى رقبته العبد بما لا يقبل إقراره نعم إن ملكه يوما فعليه تسليمه فى الجناية و كذا لو انفك انتهى و لعل مراده فى التذكرة أنه أقر بما يوجب القصاص و أنه يسلمه للخصومة لا للجناية و كيف كان فيجب تقييد كلام المصنف هنا بما إذا أقر بما لم يوجب القصاص (و ثانيا) أنا قد بينا أنه إن كان رهنه كبيعه التزام بالفك فى صورة الخطأ فعليه الغرم للمجنى عليه حلف المرتهن أم لم يحلف بل لو صدقه المرتهن كان عليه الغرم و قد بينا أنه إنما يحلف مخافة الخلل فى الرهن فى الفرض البعيد إلا- أن تقول أن مبنى الكلام فى المقام أن رهنه ليس التزاما بالفك و بقى هنا شىء و هو ما إذا تعذر جواب المرتهن كأن مات و ورثه يتيم فإن المقر يغرم للمقر له قطعا كما فى الإيضاح و كيف كان فحيث يغرم ففى صورة الغصب يضمن القيمة و لو ضمنه كل قيمة تتجدد للعبد إلى أن يفكه أو يموت أى العبد كان له ذلك و فى صورة الجناية يغرم أقل

الأمرين من القيمة والأرش على المشهور وعند الشيخ الأرش في بعض أقواله في غير هذه المسألة وأما في صورة العتق فيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى عند تعرض المصنف لها وبقى هنا شيء وهو أن ظاهر المصنف ولده والمحقق الثاني أن كل من ادعى عليه العلم أنه يجب الحلف عليه على نفى العلم فإن نكل وجب عليه الرد وبعضهم يقيد ذلك بما إذا لم يكن مثارا للفساد العظيم كتخليف كل من حكم له أو شهد له على نفى العلم بالفسق أو بأن الشاهدين لم يشهدا زورا كما يأتي بيانه في آخر البحث

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٥

و لو نكل فالأقرب إحلاف المقر له لا الراهن (١) فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن (٢) أو العبد فيعتق (٣) و لو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة (٤) و عدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر بإقراره والمرتهن بنكوله (٥)

في المسألة

(قوله) (و لو نكل فالأقرب إحلاف المقر له لا الراهن)

كما في الإيضاح و جامع المقاصد لأن الحق للمقر له و الراهن لا يدعى لنفسه شيئا و لا يجوز الحلف لإثبات مال الغير و وجه إحلاف الراهن أنه المالك و الخصومة بينه و بين المرتهن و لأنه ينفي عن نفسه الضمان و خلاصه منه أمر مطلوب فإذا ردت عليه أى الراهن فهل ترد بعد على المجنى عليه يحتمل ذلك لأن الحق له فلا ينبغي أن يبطل بنكول غيره و يحتمل العدم لأن اليمين لا ترد مرة بعد أخرى و يأتي الكلام فيما إذا ردت على المقر له فنكل

(قوله) (فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن)

إذا حلف المقر له اليمين المردودة ثبت الحق ففي المغصوب يأخذ المغصوب منه ماله و لم يتعرض له المصنف لظهوره و في الجناية يباع العبد إن استوعبته أو لم يمكن بيع ما تستدعيه الجناية و الفاضل عنها من القيمة يكون رهنا و إن أمكن بيع مقدار الجناية فالباقى كما كان رهن كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد في بيان مختار المصنف (و قد يقال) إن اليمين المردودة إن كانت كالبينة أو كالإقرار كان الحال فيه كالحال فيما إذا قامت البينة أنه كان جانيا قبل أو أقر المرتهن بأنه كان جانيا كذلك فلا يصح الرهن في شيء منه و لا ينطبق ما في المقام إلا على القول بأنها ليست كأحدهما (و كيف كان) فهل ليس للمرتهن الخيار في فسخ البيع إن كان الرهن مشروطا في بيع لأن الفوات جاء من نكوله أم لا لأنه لم يسلم له الرهن و النكول عن اليمين أمر مندوب

(قوله) (أو العبد فيعتق)

العبد بالجر معطوف على المقر له و لما كان الإقرار بعقده لا يسمى في عرف الفقهاء إقرارا له لأن شرط المقر له أن يكون ممن يملك الحق الثابت بالإقرار و العبد لا يملك نفسه إلا مجازا فقوله في جامع المقاصد إن نظم العبارة ليس بحسن لأن العبد مقر له فيندرج في قوله فالأقرب إحلاف المقر له فلا يحسن قوله بعد أو العبد فيعتق لأن ذلك تكرار بغير فائدة مع إبهامه عدم اندراجه في قوله المقر له ليس بحسن و لا صحيح بل هو جار على قواعد الإقرار خال عن التكرار مشتمل على إيحاء إلى ذلك لا على إبهام بخلاف ذلك أتى به عن عمد و قصد و إلا فما كان ليخفى على المصنف مثل ذلك و قوله فيعتق بفتح الياء و كسر التاء يقال عتق يعتق خرج عن الرق كما في القاموس

(قوله) (و لو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة)

أى احتمل ضمان المقر لاعترافه بالحيلولة الموجبة لضمانه فلا يسقط الغرم الواجب بسببها بنكول المقر له كما هو خيرة الإيضاح و جامع المقاصد

(قوله) (و عدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر بإقراره والمرتهن بنكوله)

أى يحتمل عدم ضمان المقر لتقصير المقر له بنكوله و في (جامع المقاصد) أنه ليس بشيء لأن تقصيره في إثبات حقه على المرتهن لا

يسقط حقه على الراهن على أن النكول عن اليمين لا يعد تقصيرا لأن اليمين محدورة و الفرار عنها أمر مرغوب و عدم تقصير الراهن بالإقرار لا يرفع ما وجب عليه بالعدوان السابق حيث رهنه و لم يخبر بالواقع و لعل غرض المصنف من تمكين المقر بإقراره الإشارة إلى معنى دقيق و هو أننا لو مكنا كل أحد من تحليف الآخر على نفي العلم فإن حلف و إلا قضى عليه بالنكول أو وجب عليه الرد لكان مثار الفساد و هو اجترأ الناس على تحليف أصحاب المروات و الديانات أو إلزامهم بالغرامات كأن يقول هذا الكتاب أو هذا مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٦

و غرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحلول (١) فإن تعذر و بيع وجب فكه بالقيمة (٢) مع البذل و بالأزيد على إشكال (٣) فإن أعتق فلا ضمان إلا فى المنافع التى استوفاه المشتري لا غيرها إذ منافع الحر لا تضمن بالفوات (٤)

العبد أو هذا السيف أو الدار مالى و أنت تعلم ذلك فاحلف أو رد اليمين على أو يدعى على المدعى عليه أنه يعلم فسق الحاكم أو أن الشاهدين شهدا زورا إلى غير ذلك مما لا يحصى فلا بد من أن تكون الدعوى مما لا يستبعد وقوعها و لا يحصل منها و من مثلها الفساد العظيم و بعض مشايخنا المعاصرين حرسه الله تعالى كان يتمسك بمثل هذا على الحلف على نفي العلم حيث يقول المدعى عليه لا- أدرى فالمعنى الذى أراه المصنف أن المقر بإقراره مكته من سماع الحاكم دعواه و أخرجها عن موضع أثاره الفساد و لو لا أن يقر له بذلك لم تسمع دعواه عند حاكم يقول بمثل ذلك و لم يمكنه من تحليف المرتهن على نفي العلم و إلزامه عند نكوله بالرد فقول المحقق الثانى و لا محصل لقوله مع تمكين المقر بإقراره فإن رد اليمين على المقر له لا يتوقف على إقرار المقر لعله لم يصادف محله فليتأمل لكننا نحن لا نوافق على ذلك إن كان هذا مراده لأن دعوى العلم بأن هذا المال له كدعوى أن هذا المال له و قد فتحه الشارع شارعا و المسألة محلها بابها

(قوله) (و غرامته للعبد بفكه عند الحلول)

لأن غرامته له إنما تعقل بفكه من الرهن إذ لا يعقل أمر آخر مثل غرم القيمة مثلا إذ الحر لا قيمة له قال فى (جامع المقاصد) قوله عند الحلول مستدرك بل مفسد لأن فكه واجب سواء كان قبل الحلول أو بعده و إن كان بعد الحلول قد صار متمكنا من إلزام المرتهن باستيفاء دينه و فك الرهن إلا أنه قبل الحلول لو أمكنه ذلك بإرضائه و لو ببذل زيادة و وجب عليه (قلت) مراده بقوله عند الحلول عند التمكن لأن الغالب فيمن يستدين إنما يستدين لمكان الحاجة و الضرورة و إن كان من المتدينين بسنن الشريعة لا يستدين إلا عند الضرورة و شدة الحاجة و لا يحتاج فيه إلى قيد الغلبة و الغالب فيهما عدم القدرة على الوفاء إلا عند الأجل الذى يظن قدرته فيه عليه و إلا فكيف يحكم عليه بالقدرة عند عدم القدرة ثم إن الرهن قد يكون على غير المؤجل و هو الغالب فهلا اعترض عليه به و يرشد إليه قوله بعد ذلك فإن تعذر و بيع وجب فكه إذ على ما فهمه الشارح يكون كفرض المحال فينبغى الاعتراض عليه به أيضا فعلم أن قوله عند الحلول كناية عن القدرة و التمكن فخص هذا القسم من الدين بالذكر ليعرف منه حال غيره و لو قال يفكه حيث يتمكن لكان أوضح و أحسن لكن هذا أدق و أتقن و توهم الفساد بادئ بدء يندفع بوضوح المراد مضافا إلى ملاحظة ما بعده

(قوله) (فإن تعذر و بيع وجب فكه بالقيمة)

معناه إن لم يتمكن فى المؤجل و غير المؤجل لعدم القدرة على وفاء الدين كما هو الغالب أو لغير ذلك ثم تمكن من فكه بالقيمة فما دون وجب عليه الفك بلا شبهة كما فى (جامع المقاصد) و به جزم فى الإيضاح كما هو واضح

(قوله) (و بالأزيد على إشكال)

أصح و وجوب فكه عليه لوجوب تخليص الحر و لا- يمكن إلا- بالأزيد و ما لا- يتم الواجب إلا- به فهو واجب فيجب و لو أحاط بمال الراهن و استلزم الضرر لأنه أدخله على نفسه كما فى (الإيضاح و جامع المقاصد) إلا أنه فى الأخير استثنى ما إذا أجهف بماله و لم يرجع الشهيد فى الحواشى

(قوله) (فإن أعتق فلا ضمان إلا في المنافع التي استوفاهما المشتري لا غيرها إذ منافع الحر لا تضمن بالفوات)

لو أعتق لم يضمن إلا المنافع التي استوفاهما

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٧

وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجناية (١)

المشتري بنفسه أو بإذنه لا- الرقبة لأذن رقبة الحر لا- تضمن إلا بإتلافه و المنافع التي لم يستوفها لا تضمن لأن منافع الحر لا تضمن بالفوات و ظاهر العبارة أنه لو استوفى المنافع غير المشتري بأن غصب العبد غاصب فانتفع به أنه لا يجب ضمانها على المقر و هو محتمل لأن ذلك ليس ناشئاً عنه لأنه عدوان و يحتمل الضمان لأن الظاهر أنه غصبه لزعمه أنه مملوك و ذلك الاعتقاد بسبب المقر كذا قال في جامع المقاصد فليتأمل فيه

(قوله) (و قبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجناية)

□
أى يضمن منافع العبد قبل العتق في حال العبودية الظاهرية قال في (الإيضاح) أوردت على المصنف رحمه الله أن ضمان منفعه لا نحكم شرعاً بملك العبد لها و إلا لزم أحد أمرين إما تملك العبد شيئاً و ليس للمولى التصرف فيه و هو باطل إجماعاً و إما أن يملكها المشتري فإن غرماً المقر تسلسل و إلا انتفت فائدة الغرم و معنى التسلسل أنه لو أخذ المشتري غرامة المنفعة التي استوفاهما لزم المقر تلك الغرامة للعبد فإما أن يكون للمشتري أخذها أو لا- فإن كان الأول غرمها ثانياً و ثالثاً و هكذا إلى ما لا يتناهى لأننا قلنا إن كل غرامة يغرماً المقر للعبد فهي من منافع العبد فتكون للمشتري فيغرمها أيضاً المقر و هكذا فيلزم التسلسل قال (و أجاب) المصنف رحمه الله بأنه يغرماً و تعدد عند الحاكم لأحد أمور ثلاثة إما لما يتبع به العبد بعد العتق كالجناية أو حتى يعتق العبد أو يموت فيرثها الإمام أو وارثه الحر لأن الإقرار بالملزوم يعنى العتق إقرار باللازم يعنى الإرث انتهى و هو كلام حق متين كما يظهر وجهه إن شاء الله تعالى (و قد اعترضه) المحقق الثاني بما لا يؤثر أن يقع من مثله قال و أما ضمانها فقد يتوهم امتناعه للزوم التسلسل و هذا إنما يتم لو قلنا بأن كل ما ضمن للعبد لا بد من دفعه إليه على وجه يعلم به المشتري و ليس ذلك بلازم لإمكان ضمانه له على وجه يرضى ببقائه في يده أو يد شخص آخر بالوكالة أو يسلمه إليه بحيث لا يعلم المشتري و يسره العبد عنه انتهى و قد سبقه إليه الشهيد في حواشيه و أنت خبير بأنه إذا كان العبد محكوماً عليه بالرقبة شرعاً و لا سيما إذا كان لا يعلم أنه أعتقه كيف يجوز له الحاكم أو يصح له هو أن يسره عن مولاه و يتصرف فيه كيف يشاء و المفروض أن هذه الغرامة من منافع العبد و ملكه فلا بد و أن يلزم أحد الأمرين إما تملك العبد شيئاً و ليس للمولى التصرف فيه و هو باطل إجماعاً أو التسلسل فأين الملك في ظاهر الشرع و كيف يعد هذا توهماً و هو حق واضح (فإن قلت) فما معنى ضمانها حينئذ له (قلت) معناه أنه لا يسلمها إليه بل يدفعها إلى الحاكم كما صرح به الشهيد و نبه عليه المصنف في جواب ولده (ثم اعترضه) ثانياً بأنه إنما يتم إذا قلنا بأن كل ما وصل إلى المشتري من العبد يجب على المقر ضمانه و مقتضى كلام المصنف الآتى فيما لو سعى العبد أنه لا يضمن المقر إلا أجره المنافع دون ما دفعه للكتابة عدم الضمان و حينئذ فإذا أخذه المشتري لا- يجب ضمانه دفعه أخرى انتهى (و فيه) أنه كيف لا- يضمنه و قد فرط في دفعه له لعلمه بأن الحاكم يأمره بدفعه للمشتري و علمه أيضاً بأن العبد لا بد و أن يدفعه إليه إذا لم يكن عالماً بالعتق فكأنه رماه في البحر فالأصل في الضمان التفريط و عدم الإيصال إليه لا ما قاله الشارح كما هو واضح (و اعترضه) ثالثاً بأن قوله أجره المنافع تعدد عند الحاكم إن أراد به تعيين ذلك (ففيه) أنه لا يتعين بل إن أمكن أن يرصد في يد شخص بإذن العبد جاز بل هو متعين و مقدم على التسليم إلى الحاكم (قلت) قد تقدم ما يدل على فساد هذا فكان الحال فيه كمال الغائب و يأتي بيان الحال إن شاء الله تعالى و كيف يصح للعبد أن يأذن و هو

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٨

و إن كوتب بالقيمة أو بالأدون أو بالأزيد مع عدم التخليص «١» إلا- به و جب على المقر تخليصه به (١) فإن سعى العبد ضمن الأجرة

خاصة على الأقوى بخلاف الميراث (٢)

ممنوع من ذلك شرعا خصوصا إذا لم يعلم بعقده فإذا كان ملكه كان لمولاه و إن لم يكن ملكه لا حاجة إلى إذنه (و اعترض) على المصنف رابعا بأن قوله يضمنها لما يتبع به بعد العتق ليس بجيد لأن مقتضاه الحصر في ذلك و ليس بجيد لأن هذا مال للعبد و تعذر إيصاله إليه على ما قرره المصنف إن تم لا يقتضى حصره في المصرف المذكور فإنه لو صرف في مأكله و ملبسه مع الحاجة جاز و لو صرف في نفقة قريبه إذا كان واجب النفقة جاز إلى غير ذلك فلا وجه لما ذكره (و فيه) كما عرفت مرارا أن هذا المال إذا كان من منافع العبد و ملكه كما هو المفروض و قد سلمه الشارح حيث قال هذا مال العبد و تعذر إيصاله إليه لزم أحد الأمرين فكيف يصح التصرف فيها في منفعه و أقاربه و منع المولى منها و هي ملكه لأن ملكه ملكه و إن لم تكن من منفعه و لا من ملكه صح للمقر (له خ) و لمن يأذن له التصرف فيها و حيث قلنا إنها ليست ملكا و للمقر حاجة في إبراء ذمته خوفا من عدم تمكنه بعد ذلك من ذلك على أنه مأخوذ بإقراره كان الشأن فيه كالشأن في مال الغائب يدفع إلى الحاكم يحفظه له و الغائب حاجته إليه بعد العتق كالجناية التي يقر بها العبد و ينكرها المشتري و كما إذا أقر بمال أو أتلف مالا أو تزوج امرأة بغير إذن المشتري و هي جاهلة بحاله فإنه يرصد لهذه بيد الحاكم و لا يمنع أن يصرفه في مأكله إذا احتاجه لا ملبسه لأنه قد ينتزعه منه المشتري و فرض القريب الواجب النفقة نادر كحاجته إليه في المأكل فإن كان كان للحاكم صرفه في ذلك و كيف كان فكلام الشارح غير جيد لأنه إذا سلم أنه ملكه كيف يصح له أن يجوز التصرف فيه و الشرع بظاهره يمنعه عنه

(قوله) (و إن كوتب بالقيمة أو بالأدون أو بالأزيد مع عدم التخليص إلا به و جب على المقر تخليصه به)

أى بما كوتب به سواء كان زائدا عن القيمة أو مساويا لها أو ناقصا عنها حيث تعذر فكه و قد لا يكون قوله بالأزيد رجوعا عن الإشكال السابق في وجوب التخليص بالأزيد من القيمة لأن الغالب في الزيادة هنا أن تكون قليلة بخلافها هناك حيث يمنع من بيعه فليتأمل

(قوله) (فإن سعى العبد ضمن الأجرة خاصة على الأقوى بخلاف الميراث)

أى فإن لم يخلصه من مال الكتابة لقصوره أو تقصيره و سعى العبد في أداء مال الكتابة فالواجب على العبد ضمان أجرة منفعه خاصة لأن الأجرة قيمة المنفعة المستوفاة و كل منفعة مستوفاة من الحر مضمونة و لا يضمن ما أداه من مال الكتابة لأنه دفعه بغير إذنه في فك رقبته لم تدخل تحت ضمانه لأن رقبته الحر لا تضمن و فرق بين ما أخذه مولاه من كسبه و بين ما دفع في مال الكتابة لأن ما أخذه مولاه من كسبه قهره مولاه عليه بسبب من المقر شرعى في الظاهر لأنه أى السبب موجب بغير اختيار العبد و السبب الشرعى ظاهرا كالمباشرة في الإلتلاف كالشهود الزور في القتل فإنهم يقتلون دون الحداد و أما مال الكتابة فالعبد هو الذى قرره في نفسه فلم يكن المولى سببا تاما فيه و احتمال في (الإيضاح) أنه يضمن أكثر الأمرين من الأجرة و مما أدى في الكتابة لأن المقر سبب في إلتافه و المباشر هنا ضعيف و السبب أقوى لأن المقر صير كسب العبد مملوكا لغيره فإن لم يكاتب ملكه بكونه كسب عبده و إن كاتب ملكه بالكتابة فكان كما لو قدم الغاصب إلى المغصوب منه طعامه مع جهله فأكله و في (حواشى الشهيد) لو قيل بالأكثر كان وجهان و في (جامع المقاصد) أنه الأصح (قلت) أكثر

(١) التلخيص خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٩

و إن أعتق من الزكاة فلا ضمان فيه (١) و كذا لو أبرأه السيد (٢) و لو عجز عن أداء الجميع و جب دفع ما يتمكن منه (٣) و لو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص (٤)

الفروع إنما تتخرج على ضمان أكثر الأمرين و احتمال فيه تبعاً للإيضاح ضمان أقل الأمرين لأنه إن كان المدفوع أقل فهو التالف و إن كانت الأجرة أقل فهي المضمونة على ما سبق أولاً قال فى (جامع المقاصد) و ضعفه معلوم و أما قوله بخلاف الميراث ففي الحواشى أنه جواب دخل مقدر تقديره لم حكمت هنا بضمان الأجرة و لو فرض موته فأدى مال الكتابة من ميراثه و جب ضمانه للوارث و إن كان أزيد من أجرة المنافع (و جوابه) أنه مدفوع بأمر الشارع لا باختيار المكاتب و أمر الشارع نشأ عن تسبب المقر فيكون عليه ضمان الجميع و قال فى (الإيضاح) يريد أن يبين الفرق بين مال الكتابة و بين ما أدى فى فك رقبة لو مات مورثه و لم يخلف وارثاً غيره و خلف تركة فإن المقر يضمن العين لأنه أداها بأمر الشارع فيما و جب عليه شرعاً ظاهراً بسببه فلم يتحقق فيه تبرع أصلاً و لا تتصور الأجرة هنا و لا يحتمل هنا عدم ضمانه لما دفع و حاصله أن الدفع هنا بأمر الشارع الناشئ عن رهن المقر و المدفوع هنا بك باختيار العبد (قوله) (و إن أعتق من الزكاة فلا ضمان فيه)

أى لو اشترى هذا العبد من الزكاة و أعتق أو أدى مال الكتابة من الزكاة فلا ضمان فى هذا المال إذ لا منافع مستوفاة إذ لا تفويت و لم يدخل المأخوذ فى ملك العبد و احتمال الشهيد ضمانه للأصناف و قواه هو و المحقق الثانى لأن صرفه فى غير وجهه مستند إلى تسببه (قوله) (و كذا لو أبرأه السيد)

أى لا ضمان فى هذا المال الذى أبرأه السيد إذ لا مال بمقتضى الإقرار و لا إبراء و يحتمل أن يكون المراد أن لا ضمان هنا أصلاً إذ لم يستوف المشتري شيئاً من منافعه (قوله) (و لو عجز عن أداء الجميع و جب دفع ما يتمكن منه)

أى لو عجز المقر عن أداء جميع مال الكتابة و جب عليه أن يدفع ما يتمكن من دفعه لأن فيه تخفيفاً على العبد و تقليلاً لدينه و ما لا يدرك كله لا يترك كله

(قوله) (و لو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه فى التخليص) يريد لو أن المشتري كاتب العبد فدفع المقر قيمة العبد إليه أو إلى المشتري بإذنه لعجزه أى المقر عن تمام الكتابة لأن كان أزيد من القيمة ثم إن العبد عجز عن أداء تمام الكتابة فرده المشتري إلى الرقية فإن المقر يرجع بما دفعه فى التخليص لانتفاء غايته و احتمال الشهيد فى حواشيه و المحقق الثانى عدم الرجوع لأن المشتري ملكه بالدفع على أنه من مال الكتابة فالشأن فيه كالشأن فى المأخوذ من الزكاة فإنه لا يستعاد لو دفع إلى المولى أو إلى العبد فدفعه إلى المولى فهنا أولى (قلت) عدم استعادتها أى الزكاة فى الفرض محل تأمل و لم أجد مصرحاً به لا فى باب الزكاة و لا فى باب المكاتب بل ظاهر بعض العبارات فى البابين أن الزكاة إنما تدفع حيث تورث حرية (و قال) المحقق الثانى الحق أن يقال له الرجوع فيما بينه و بين الله عز و جل إن كان إقراره صحيحاً و أما ظاهراً فإن دفع إلى المشتري ذلك و أخبره بالصورة حين الدفع فله الرجوع عليه و كذا لو أقر بأن الدفع ما كان إلا لهذه الجهة و إلا فلا (قلت) الحق إن كان إقراره صحيحاً و دفع ذلك إلى العبد فدفعه إلى المشتري فلا رجوع له بحال و إن كان دفعه إلى المشتري بإذن العبد أو بدونه فله الرجوع إذ المفروض علم المشتري بذلك لأنه فى الصورة الأولى يملكه العبد الذى هو حر و لا كذلك فى الثانية

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣٠

و لو جنى على عبد المقر أو نفسه أو مورثه و كان عبداً أو مكاتباً خلص منه بقدرها (١) و لو أوصى لشخص بخدمته دائماً و لآخر برقبته فأعتق ضمن له أجرة المثل لكل خدمته مستوفاة (٢) و لو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجرة منافعه المستوفاة و ما وصل إلى مولاه من كسبه (٣) و لو أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمن للإمام (٤)

و كلام المصنف ينزل على الصورة الثانية و أما حيث لا يعلم المشتري فلا رجوع له ظاهراً و لا باطناً و إن كان إقراره ظاهراً فتفصيل

المحقق المذكور هو المتعين و ذكر القيمة في الفرض لأن الواجب عليه فكه بما يتمكن و حيث عجز عن تمام مال الكتابة تعينت القيمة كما سلف له من قوله و إن كوتب بالقيمة إلى آخره فليأمل

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 ٥، ص: ٢٣٠

(قوله) (و لو جنى على عبد المقر أو نفسه أو مورثه و كان عبداً أو مكاتباً خلص منه بقدرها)

إذا جنى هذا العبد الذي أقر الراهن بحريته و كان باقياً في قيد الرق كأن كان قنا صرفاً أو مكاتباً على عبد المقر أو نفسه أو مورثه الذي مات قبل الاستيفاء و ورثه المقر فإنه يخلص منه من سلطان المشتري مقدار ما أوجبه جنايته كلاً أو بعضاً فإن كان الثاني و جب عليه أي المقر السعي في تخليص ما بقي و من المعلوم أن المراد ما إذا كانت الجناية عمداً و لم يقتص أو خطأً و سلمه المشتري و لم يفده فلا ينبغي من الشهيد أن يناقش المصنف في الواضحات و قد تبعه على ذلك المحقق الثاني قال في الحواشي هذا ليس على إطلاقه بل إنما يتم إذا كانت الجناية خطأً و لم يفده المالك أو عمداً و لم يقتص أما لو اقتص أو فداه المولى لم ينسحب الحكم انتهى و كيف كان فيسقط عنه و جوب تخليصه لكن لا يسقط عن العبد القصاص في العمد و لا المال في الخطأ فلو ثبت له عليه أجره المنافع تقاصاً حيث تجتمع شروط القصاص أو تهاترا صلحا و لو فداه المشتري حرم عليه أخذ العوض و لو لدفعه في قيمته ليفكه بالشراء إلا- أن يخبره بالحال و يدفع إليه تبرعاً فلو لم يتبرع دفعه إلى الحاكم و كان كالمجهول المالك و لو خلص العبد من الرق و تقاصاً أو تهاترا صلحا على الظاهر فليأمل و ليس للمقر المطالبة بالجناية حيث يفكه المولى ما دام في قيد الرق

(قوله) (و لو أوصى لشخص بخدمته دائماً و لآخر بربيته فأعتق ضمن له أجره المثل لكل خدمته مستوفاه)

يريد أن المقر في هذا الفرض يضمن لهذا العبد الذي صار حراً و استحققت خدمته كل خدمته استوفاه الموصى له و أما المنافع التي فاتت فإنها لا يجب ضمانها لأن منافع الحر لا تضمن بالفوات و في (جامع المقاصد) أنه يضمن له كل ما استوفاه منه مما له قيمة من خدمته و غيرها و هو كذلك بناء على ضمان أكثر الأمرين

(قوله) (و لو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجره منفعه المستوفاه و ما وصل إلى مولاه من كسبه)

يريد أنه لو مات العبد عبداً ضمن لوارثه الحر الذي لا مانع له من الإرث منفعه المستوفاه و ما وصل إلى مولاه من كسبه و هذا لا يجرى إلا على القول بضمان أكثر الأمرين و يحتمل أن يكون المراد لو مات العبد و قد أوصى به قبل أن يعتق على ما سبق و قال في (جامع المقاصد) و لو سكت عن قوله الحر لم يضر لأن العبد لا يعد وارثاً و التقييد بالحر لا يكفي في كونه وارثاً أجره منفعه المستوفاه على ما سبق و ما وصل إلى مولاه من كسبه (قلت) و قد يكون التقييد بالحر لإخراج ما إذا كان وارثه رفاً و لكن منفعه تقوم بفكه و يبقى منها بقیة فتأمل

(قوله) (و لو أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمن للإمام)

يريد أن المشتري لو أعتقه تبرعاً بحيث ثبت له عليه الولاء ظاهراً فأخذ كسبه بالولاء إرثاً فإن المقر يضمنه للإمام إذا كان المقر قد أعتقه سائبةً إذ لو أعتقه تبرعاً كان الولاء له و إلى ذلك أشار الشهيد في حواشيه حيث قال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣١

و لو انتقل إلى مورث المقر فأعتقه في كفارة أو نذر غير معين و حاز المقر التركة أو بعضها أخرج الكفارة و النذر (١) و لا تراحم الديون و الوصايا مع التكذيب (٢) و لو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثاً (٣)

في كلام المصنف ليس على إطلاقه بل إن اعترف بعقته في واجب و إلا فلا و بالجملة في موضع يكون الإمام وارثا انتهى و إطلاقه ضمان الكسب للإمام يتخرج على ضمان أكثر الأمرين و إلا لضمن أجره المنافع خاصة كما في جامع المقاصد (قوله) (و لو انتقل إلى مورث المقر فأعتقه في كفارة أو نذر غير معين و حاز المقر التركة أو بعضها أخرج الكفارة و النذر) إذا حاز المقر التركة وحده من غير شريك و قد كان مورثه أعتقه في كفارة فلا ريب أن إعتاقه غير مجز لأن عتقه باطل لأنه أعتق حرا و كذلك لو نذر عتقه بعينه فإن نذره باطل فهذا فرض المصنف أنه أعتقه في نذر غير معين حتى يصح النذر و يبطل العتق فيصير أنه لو أعتقه حيث يجب عليه عتق بنذر أو كفارة فإن العتق يبطل و تبقى الكفارة و النذر في ذمة مورثه فيجب عليه أن يخرجها مما في يده و كذا لو كان مورثه أعتقه في زكاة واجبة و جب على المقر إخراج تلك الزكاة و الأمر في ذلك واضح إذا كان قد حاز كل التركة و أما إذا كان قد حاز بعضها فإن صدقه الشريك فذاك و إن كذبه فلا بد أن يكون البعض بقدر الكفارة و أن يكون الإقرار ينزل على نصيبه كما هو مقتضى كلام المصنف و إن قلنا إن كل إقرار ينزل على الإشاعة لأنه غير ذاك (قوله) (و لا تراحم الديون و الوصايا مع التكذيب)

يريد أن هذه الكفارة الباقية في ذمة مورثه لا تراحم الديون مع تكذيب أرباب الديون له في أنه حر لو ضاقت التركة فلا يقبل إقراره عليهم و يجب عليه صرف التركة في الدين و تبقى الكفارة في ذمة مورثه و قد حصل مقصوده بما فعله مورثه لأنه كان يجب عليه دفع قيمته إلى الفك و قد حصل لكن يجب عليه إخراج الكفارة من التركة على ما يقتضيه التقسيط بحيث لا يعلم أرباب الدين بل لو كان أجنبيا لوجب عليه ذلك إذا كان المال في يده كما إذا كان في ذمة الميت دين و علم أن الوارث لا يؤدي فإنه يؤدي إما مستقلا أو بإذن الحاكم كمسألة الحج و حيثئذ فالواجب إنما هو القدر الذي اشتراه به ما لم يزد عن ثمن المثل أو عن قيمته يوم أعتقه و لعل المدار على قيمته يوم أعتقه سواء زادت بتعلم صنعة أو زيادة صفة أو نقصت بفقدتهما و كذلك الحال في النذر الغير المعين من دون تفاوت و يبقى الكلام في تصوير مزاحمة الوصايا لهما بحيث تستوعب التركة و لا ينفذ إقرار المقر على أربابها لأن الوصايا من الثلث فلا بد أن يبقى بعدها بقية فنصرف في النذر أو الكفارة نعم قد يتصور قصور الباقي فلا تراحم في الثلث إلا أن تقول إنه يتصور ذلك فيما إذا أجاز الوصايا فيؤاخذ بها ظاهرا و إن حرمت عليه إجازتها هذا و في (الحواشي) أنه لا يزاحم إذا لم يصدقوه و أما إذا صدقوه فإنه يزاحم و إنما يتم إذا كان المورث عالما أما مع الجهالة فإن الغرم يختص بالمقر و إن صدقوه انتهى فتأمل (قوله) (و لو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثا)

يريد أنه لو كان هذا المملوك أمه و انتقلت إلى المشتري فاستولدها و مات و كان المقر وارثا له فإن نصيبه من المستولدة على تقدير الرقية لا يحسب على الولد من نصيبه من التركة لاعترافه بكونها حرة (قلت) بل يجب عليه أن يدفع القيمة إلى باقي الشركاء عن الولد فلو غرمها

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣٢

و لا يحتسب من مال المشتري بالنسبة إلى المقر فلا يخرج ما أوصى له به منها إلا في أخذه في دينه لو دفع إليه فيعتق (١) عليه و لو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر إنكاره في اللزوم إن اشترطناه (٢) و لو اعترف أحدهما خاصة فالقول قول المنكر (٣)

الولد لهم غرمها له لأنه مكلف بالفك

(قوله) (و لا يحسب من مال المشتري بالنسبة إلى المقر فلا يخرج ما أوصى له به منها إلا في أخذه في دينه لو دفع إليه فيعتق) لما كان هذا العبد حرا عند المقر فلو أن مشتريه أوصى لهذا المقر من ماله بشيء معلوم (معين خ ل) شخصي أو غير مشخص و كان محتمل الزيادة عن الثلث و مات و لم يجز الوارث فاحتجنا إلى معرفة قدر الثلث لتخرج منه الوصية فإن العبد لا يحسب من التركة لأنه

ليس منها بزعم المقر فيكون له من الثلث بحسابه و كذا لو أوصى له بثلث ماله فإنه يأخذ من كل شىء ثلثه إلا العبد لكنه يجب عليه أن يطلب من الوارث أن يحصر له ما أوصى له به فى العبد و يصلحه به عما شخصه له إذا انحصر لأنه لا طريق إلى فكه حينئذ سواء و قال فى (جامع المقاصد) قوله فلا يخرج ما أوصى له به منه المتبادر منه أن ما أوصى به المشتري للمقر لا يخرج فإن الضمير الأول للمقر و الثانى للوصية و الثالث للعبد و لا محصل له لأنه لو أوصى له بعبد يختاره الوارث فدفعت إليه هذا العبد لم يكن له الامتناع بعد قبول الوصية خصوصا إذا توقف تخليصه على القبول فإنه يجب قطعا و يحسب من مال المشتري على هذا التقدير فلا تخلو العبارة من شىء إلا أن تنزل من على معنى السببية و فيه ما لا يخفى (قلت) إذا ضمن يخرج معنى يحسب لم يبق فى العبارة شىء هذا و أما قوله إلا فى أخذه فى دينه إلى آخره فقد قال فى جامع المقاصد فى بيانه ما نصه لو كان ما أوصى به له المشتري دينا فدفعت إليه عن دينه و جب القبول فينعتق عليه حينئذ بمقتضى إقراره ثم قال (فإن قلت) إنما يجب قبول المدفوع إذا ساواه جنسا أو قدرا فكيف يجب قبول العبد (قلت) يمكن فرض المساواة كما لو كان العبد ثبت بالسلف و طابق الواجب ما فى الذمة و يجب أيضا قبوله لو انحصر طريق تخليصه من الرق فى قبوله عن الدين لا إن أمكن تخليصه بوجه آخر فإطلاق بعض الشارحين وجوب القبول لا يخلو من شىء (قلت) ما ذكره مراد المطلق لمكان القرينة التى هى القاعدة المعلومة ثم إن كلامه هذا يدل على أن الاستثناء استثناء من جملة قوله فلا يخرج ما أوصى له به منه و قد قال بعد ذلك و ليس الاستثناء منقطعا لأنه مما دل عليه قوله و لا يحسب من مال المشتري بالنسبة إلى المقر فكأنه قال لا يحسب منه فى حال إلا فى أخذه من دينه على تقدير دفعه و عبارة الكتاب خالية عن الدلالة على وجوب القبول لأن كونه فى حال الأخذ عن الدين محسوبا مالا-لا-يستلزم وجوب الأخذ انتهى فتأمل و قوله الأخير لا يخلو من شىء لأن المفروض بل و المتبادر انحصار الطريق فتأمل

(قوله) (و لو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر إنكاره فى اللزوم إن اشترطناه)

الضمير فى إنكاره راجع إلى العدل فالمعنى أنه لو اعترف الراهن و المرتهن بقبض العدل عن المرتهن بإذن الراهن و أنكر هو لم يضر إنكاره فى صحة الرهن و لزومه إن قلنا باشتراط القبض لأن تصديقه لا أثر له إذ المعتبر إقرارهما (قوله) (و لو اعترف أحدهما خاصة فالقول قول المنكر)

لأنه إن كان هو الراهن فلا بد من اليمين لنفى دعوى المرتهن و إن كان المرتهن انتفى عنه بغير يمين و قد يكون إنكاره ليستفيد به فسخ البيع المشروط به إذا كان قد تلف فلا بد من اليمين كما هو الظاهر من الكتاب لا كما فهمه فى جامع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣٣

و لا تقبل شهادة العدل عليه (١) و لو قال المالك بعتك السلعة بألف فقال بل رهنتها عندي بها فالقول قول كل منهما فى العقد الذى ينكره بعد اليمين و يأخذ المالك سلعته (٢)

[المقصد الثالث فى الحجر]

إشارة

(المقصد الثالث فى الحجر (٣)) و هو المنع عن التصرف و أسبابه ستة الصغر و الجنون و الرق و المرض و السفه و الفلس (٤)

المقاصد

(قوله) (و لا تقبل شهادة العدل عليه)

أى على المنكر لأن الفرض كونه و كيلا فى القبض الذى به لزم الرهن و لا تقبل شهادة الوكيل فيما هو و كيل فيه

(قوله) (و لو قال المالك بعتك السلعة بألف فقال بل رهنتها عندي بها فالقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين و يأخذ المالك سلعته)

لأن كلا منهما مدع لشىء و ينكره الآخر فيتحالفان و يندفع كل من العقدين المدعى بهما فيأخذ المالك سلعته و يبقى الدين في ذمته أى المالك بلا رهن إن اعترف به و إلا حلف يمينا جامعة لنفى الدين و الرهن (المقصد الثالث في الحجر) و هو المنع من التصرف (قوله) (الحجر)

مثلثة المنع كما في القاموس و المحجور عليه هو الممنوع و الفقهاء كثيرا ما يحذفون الصلة تخفيفا لكثرة الاستعمال فيقولون محجور قال في (المبسوط) الحجر في اللغة هو المنع و الحظر و التضييق إلى أن قال فإذا ثبت هذا فالمحجور عليه إنما سمي بذلك لأنه يمنع ماله من التصرف فيه فأشار إلى بيان الوجه في التسمية و ما في التحرير من أنه لغة المنع (و في الشرع) منع الإنسان عن التصرف في ماله و كذا ما في الشرائع من أن المحجور عليه شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله لا يريدان بذلك أن للحجر حقيقة شرعية كما قد يتوهم بل المراد بالشرعي هنا المتوقف على الشرع في الجملة و مقابله اللغوي و العرفي أعنى ما لا توقف له على الشرع أصلا فلا يقدح في الشرعية اشتمال الحد على شىء من المفهومات اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتماله على شىء من المعاني الشرعية و لم يوجد في كلامهم إطلاق شرعي على مثل ذلك و لما لم يشتهر بغيره من أبواب الفقه ما احتاجوا إلى ذكر بعض شرائطه و أسبابه و قد أوضحنا الحال و أزلنا الإشكال عن هذه المقامات عند الكلام على تعريف الرهن فلا بد من ملاحظته و المحجور عليه إما لمصلحة الغير أو لمصلحته (و الأول) خمسة أقسام حجر المفلس و حجر الراهن و حجر المريض و حجر العبد و المكاتب و حجر المرتد فإنه لحق المسلمين (و الثانى) ثلاثة حجر المجنون و حجر الصبى و حجر السفه و قد أورد على التعريف المذكور أعنى منع الإنسان عن التصرف في ماله إيرادات و مناقشات و تندفع كلها بأن يراد بالمنع فيه المنع في الجملة أو على بعض الوجوه إذ لا منع شرعا فيما نحن فيه عن الكل إذ ليس في الستة أضعف من الصبى و المجنون و هما غير ممنوعين عن أكل مالهما عند الحاجة و الشرب و السكنى و ليسا ممنوعين عن العبادات أيضا و الظاهر أن العبد كذلك فاندفع ما يقال إنه إن أريد البعض يشكل بالصبى و المجنون و إن أريد الكل يشكل بالمريض و لا حاجة في دفع ذلك إلى ما في المسالك و غيره بأن المراد هو الأعم و بأن يراد بإضافة المال إليه ما هو أعم من الملك حقيقة أو ظاهرا و بحسب كونه في يده مسلطا عليه فيخرج المغصوب منه و يدخل العبد و إن قيل إنه لا يملك و لا ينبغي جعله مبنا على مذهب من يقول إنه يملك كما في المسالك لأن المنع الذي ذكر فيه أعم من كونه عن ماله أو ما في يده من مال سيده

(قوله) (و أسبابه ستة الصغر و الجنون و الرق و المرض و السفه و الفلس)

قد عرفت أن هذه هي التي جرت العادة بذكرها و إلا فهناك أسباب آخر تذكر في محالها كحجر البائع المثلث حتى يقبض الثمن إذ أوجبنا تأخيرها و حجرهما الثمن و المثلث

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣٤

فهنا فصول

[الفصل الأول في الصغير]

إشارة

الأول الصغير و يحجر عليه في جميع التصرفات و يعتد بإخباره عن الإذن في فتح الباب و الملك عند إيصال الهدية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣٥

و إنما يزول الحجر عنه بأمرين البلوغ و الرشد

[أما البلوغ فيحصل بأمور]

إشارة

أما البلوغ فيحصل بأمور

[الأول إنبات الشعر الخشن على العانة]

(الأول) إنبات الشعر الخشن على العانة سواء كان مسلماً أو كافراً ذكراً أو أنثى و الأقرب أنه أمانة (١)

بل يرضى علماً أو ظناً متاخماً له و يدل عليه عموم أدلة قبول الهدية من غير تفصيل بأن يكون الموصل حراً بالغاً فتأمل و مع ذلك الاحتياط أمر مطلوب انتهى (قلت) فيما ذكره من استقامة السيرة و استمرار الطريقة و انعقاد الإجماع ما يدفع التأمل و يغنى عن الاحتياط إن ثبت عموم الحجر لجميع التصرفات

(قوله) (و إنما يزول الحجر عنه بأمرين البلوغ و الرشد أما البلوغ فيحصل بأمرين إنبات الشعر الخشن على العانة سواء كان مسلماً أو كافراً ذكراً أو أنثى و الأقرب أنه أمانة)

أى دليل و علم لا أنه بلوغ بنفسه و قد اختير كونه بلوغاً فى صلاة التهذيب و صوم المبسوط و حدوده و وصايا النهاية و المهذب و خمس الوسيلة و صوم السرائر و وصاياها و صوم الشرائع و حجرها و حجر النافع و كشف الرموز و صوم الجامع و حجره و جهاد المنتهى و التذكرة و صوم التحرير و حجره و حجر الإرشاد و التبصرة و صوم اللمعة و الروضة و هو خيرة مجمع البيان و جوامع الجامع و الغنية و كنز العرفان و الجعفرية و قد حكى عليه الإجماع فى الغنية و ظاهر حدود المبسوط و مجمع البيان و نوادر قضاء السرائر و كشف الرموز و كنز العرفان و صوم المسالك و فى حسنة بريد الكناسى أن الغلام إذا زوجه أبواه كان له الخيار إذا أدرك أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر فى وجهه أو أنبت فى عانته و فى خبر حمران سألت أبا جعفر عليه السلام قلت متى يجب على الغلام أن يأخذ بالحدود التامة و يؤخذ بها فقال إذا خرج عنه اليتيم و أدرك (قلت) فلذلك حد يعرف قال إذا احتلم و بلغ خمس عشرة سنة أو أنبت قبله إلى أن قال و الغلام لا يجوز أمره فى الشراء و البيع و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر أو ينبت قبل ذلك و أما ما قربه المصنف من أنه أمانة و دليل و علم فهو خيرة المبسوط و الخلاف و حجر التذكرة و كشف الحق و جامع المقاصد و المسالك و هو ظاهر الإيضاح و فى (المسالك) أنه المشهور و فى (الخلاف) أن عليه إجماع الفرقة و أخبارهم و فى (كشف الحق) أنه مذهب الإمامية و فى (التذكرة) أنه دليل على البلوغ فى حق المسلمين و الكفار عند علمائنا أجمع و قد استدل شيخنا فى الرياض على قوله فى النافع يعلم بإنبات الشعر الخشن على العانة الظاهر بل الصريح فى كونه بلوغاً لا دليلاً بإجماع نهج الحق و التذكرة و هما نصان فى أنه دليل على أنه ليس فى الأول إجماع و إنما فيه ذهب الإمامية كما سمعت و قد خبط فى ذلك صاحب الحدائق فى رده على صاحب المسالك فزعم أن إجماع التذكرة يرد القول بأنه أمانة و دليل على سبق البلوغ مع أنه قال فى التذكرة قبل ذلك بلا فاصلة و الأقرب أنه دلالة على البلوغ فإننا نعلم سبق البلوغ عليه لحصوله على التدريج و للشافعى قولان أحدهما أنه بلوغ و الثانى أنه دليل على البلوغ و قال بعد ذلك بلا فاصلة أعنى بعد قوله علماً أننا أجمع و به قال مالك و أحمد و الشافعى فى أحد القولين إلى أن

قال وإن قال إنه بلوغ كان بلوغا في حق المسلمين والكفار ووجه أنه بلوغ كذا وكذا ووجه أنه دليل عليه وهو أظهر القولين عندنا أن البلوغ غير مكتسب إلى آخره (و كيف كان) فقد استدل على كونه دليلا بتعليق الأحكام في السنة والكتاب على الحلم والاحتلام فلو كان الإنبات بلوغا بنفسه لم يختص غيره بذلك ومعناه أن الحجر مستمر عليه إلى أن يحتلم كما دل عليه الحديث فلو كان الإنبات بلوغا بنفسه لم يكن مستمرا إلى الاحتلام فتعين أن يكون أماره وبأن البلوغ غير مكتسب والإنبات قد يكتسب بالدواء ولحصوله على مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣٦

.....

التدريج والبلوغ لا يكون كذلك (قلت) قد علق في الخبرين حكمان على الإنبات وجعل فيهما كالاختلام والخمس عشرة سنة فلم يتم الدليل الأول وقولهم إن البلوغ غير مكتسب والإنبات قد يكون مكتسبا (فيه) أنه بظاهره لو تم لدل على عدم جواز عد الإنبات في العلامات المذكورة ولا كونه علامة على السبق ولعله لذلك تركه المحقق الثاني على أن القائمين به إنما يريدون به الإنبات الحاصل من جانب الله سبحانه بمقتضى العادة والطبيعة وحينئذ لا يمتنع أن يكون بنفسه بلوغا لا أنه مراد به ما هو أعم حتى يتجه ما ذكره فليتأمل وقولهم لحصوله على التدريج قد يقال عليه إن العلامة تحصل بمجرد خروج شيء من الشعر لأنه يقع في أول تحريك الطبيعة في أول الشهوة ولا توقف له على تزايد حتى يتجه قوله والبلوغ لا يكون كذلك فكان القول الأول أقوى مع موافقته للأصول الثلاثة السالمة عن المعارض وإجماعات القول الثاني لا تأبى الحمل على الأول فتأمل ويمكن إرجاع الأول إلى الثاني بحمل حد البلوغ في كلام النهاية ونحوها على ما يعم العلم والدلالة فيرتفع الخلاف بين فتاوى الشيخ في النهاية والتهذيب والمبسوط والخلاف وقيد الشعر بالخشن في العبارة وفاقا للمبسوط وغيره وهو المتبادر من الخبرين ولا ريب أنه لا يكتفى بمجرد الشعر لعدم خلو المولود عنه في جميع الأحيان مضافا إلى الأصل بمعانيه وقيد بكونه على العانة كغيره لإخراج غيره من الشعور النابتة في المواضع المعهودة وفي (المبسوط) لا-خلاف أن إنبات اللحية لا يحكم بمجرد البلوغ وكذا سائر الشعور وحكم فيه بأنه علم على البلوغ والإجماع أيضا ظاهر المسالك وبذلك صرح في التذكرة وغيرها وحكم في صوم المبسوط أن اللحية والأشعار حد البلوغ ويمكن حمل الحد على ما يعم نحو العلم وفي (التحرير) أن الأقرب أن إنبات اللحية دليل على البلوغ أما باقي الشعور فلا وقد يظهر من الشهيد الثاني أنه في التحرير يقول إن إنبات اللحية كإنبات العانة والاحتلام وبه أي بما ظهر من الشهيد الثاني جزم شيخنا في الرياض وقواه وليس كذلك على الظاهر لأنه جعله في التحرير دليلا وأماره لا بلوغا بنفسه ونحوه ما في المبسوط والتذكرة حيث جعل فيهما علما ودليلا والحسنه يعنى حسنة يريد لم يعمل بها أحد في خصوص ذلك بل ظاهر المبسوط والمسالك الإجماع على خلافها بل لا مخالف أصلا وإن قواه في الروض فهو معلوم بل المخالف الشافعي لا-غير في أحد قولييه وقد سمعت ما تأولنا به عبارة صوم المبسوط وإطلاق إجماع الغنية منزل على المتبادر وهو إنبات العانة بل لا ريب في ذلك هذا وقد يكون أراد في التحرير بالدليل السبب بمعنى أنه بلوغ بنفسه لكنه في المسالك ذكر أن العادة قاضية بذلك وقد صرح في أول كلامه بأن الأغلب تأخير اللحية عن البلوغ وأغلبه التأخير تستلزم ثبوت التقدم في غير الأغلب فلم تطرد العادة ثم لا-فرق بين اللحية وغيرها فإن الغلبة ثابتة في الجميع فلا-وجه لتخصيصها بالدلالة دون غيرها ثم إن العادة متى كانت قاضية بدلالة نبات اللحية على البلوغ كان نباتها دليلا بمقتضى العادة وقد صرح في كلامه بنفى العبرة به عندنا في جملة ما نص عليه من الشعور وظاهره الإجماع على ذلك فتأمل إذ يمكن تجشم الجواب عن الأمرين وأما شعر الإبط فلا-اعتبار به عندنا كما في التذكرة كمثل الصوت ونهود الثدي وتطرف الحلقوم وانفراق الأرنبة و اخضرار الشارب وأما أنه لا فرق في كون إنبات شعر العانة دليلا على البلوغ في المسلمين والكافرين ففي الخلاف أن عليه إجماع الفرقه وأخبارهم وفي (التذكرة و ظاهر كشف الحق) الإجماع عليه والمخالف الشافعي فإنه جعله دليلا في حق الكفار خاصة لأنه يمكن الرجوع إلى المسلمين في معرفة بلوغهم ومراجعة الآباء والاعتماد على أخبارهم بخلاف الكفار ولأن التهمة تلحق المسلم

بهذه العلامة لأنه يستفيد الكمالات و الولايات و الكفار يقتلون و تضرب عليهم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣٧

و لا اعتبار بالزغب و لا بالشعر الضعيف (١) و لا شعر الإبط

[الثانى خروج المنى]

(الثانى) خروج المنى الذى يكون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذكر و الأنثى (٢)

الجزية و أما أنه لا فرق فى ذلك بين الذكر و الأنثى فهو المعلوم من معاهد الإجماعات و الفتاوى لمكان الإطلاقات و تنقيح المناط من الحسنه أو الإجماع المركب

(قوله) (و لا اعتبار بالزغب و لا بالشعر الضعيف)

الزغب محركه صغار الشعر و لينه حين يبدو من الصبى من باب تعب كما فى القاموس و غيره و كأن المراد بالشعر الضعيف الذى ينبت قبل الشعر الخشن و قد ذكرهما فى التذكرة و اقتصر فى المبسوط على الزغب كما أنه اقتصر فى التحرير على الشعر الضعيف و فى (المسالك) أن الشعر الضعيف يعبر عنه بالزغب

(قوله) (الثانى خروج المنى الذى يكون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذكر و الأنثى)

أما كون خروج المنى بلوغاً فهو صريح المبسوط و فقه القرآن للراوندى و الغنية و الشرائع و التحرير و الإرشاد و فى (المسالك) الإجماع عليه فى الذكر و الأنثى و هو معنى قوله فى صلاة التهذيب و وصايا النهاية و المهذب و صوم السرائر و وصاياها و صوم الشرائع و كشف الرموز و صوم جامع الشرائع و حجره و حجر التذكرة و صوم التحرير و حجر التبصرة و الجعفرية و حجر جامع المقاصد و صوم الروضة أن حده الاحتلام و أنه يحصل به و أنه بلوغ لأن الاحتلام كما فى التذكرة خروج المنى الدافع الذى يخلق منه الولد و قال إنه بلوغ فى الرجل و المرأة عند علمائنا أجمع و فسر الحلم فى التذكرة أيضاً بخروج المنى من الذكر و قبل المرأة مطلقاً سواء كان بشهوة أو غيرها بجماع أم بغيره فى نوم أو يقظة قال و لا- يختص بالاحتلام بل منوط بمطلق الخروج مع إمكانه و استكمال تسع مطلقاً عند الشافعى و عندنا فى المرأة خاصة و أما فى جانب الذكر فما وقفت له على حد لأصحابنا و فى (المسالك) أن ما بعد العاشرة محتمل و به أى الحلم و ظهور المنى عبر فى الغنية و ادعى إجماع الطائفة و ظاهر صوم المبسوط و الوسيلة أو صريحها كقوادى قضاء السرائر تخصيص الاحتلام بالذكر و فى (مجمع البرهان) تحقق البلوغ ببلوغ النكاح بمعنى الحد الذى يتمكن معه من المجامعة و الإنزال جامع أم لم يجامع أنزل أم لم ينزل و ظاهر كلامه إجماع الأصحاب على تحقق البلوغ به و كلامه مقصور على الذكور و فى (جوامع الجامع) بلوغ النكاح هو أن يحتلم لأنه يصلح للنكاح عنده أو يبلغ خمس عشرة سنة أو ينبت و تفسيره بلوغ النكاح هنا بالاحتلام لا ينافى ما ذكره فى المجمع من عدم إرادته منه فإن المنفى إرادته على وجه الخصوص و المثبت إرادته لكونه مما يعرف به بلوغ النكاح كما يقتضيه التعليل هذا و لأخبار التى علق فيها التكليف اللازم على الحلم و الاحتلام معتبرة مستفيضة و فيها الصحاح و الظاهر عدم الفرق فى الاحتلام بين أن يكون الخروج فى نوم أو يقظة خلافاً لما حكى عن بعض أهل اللغة فقصره على الأول و النوم غير معتبر على الظاهر فى البلوغ اتفاقاً كما فى الكفاية و فى (المبسوط و الشرائع و التذكرة و الكتاب) فيما يأتى و جامع المقاصد و الروضة أن الخنى إن أمنى من الفرجين و إن حاض من فرج الإناث و أمنى من فرج الذكور حكم ببلوغه و أنه إن أمنى من أحدهما لم يحكم ببلوغه و فى (التذكرة) أنه المشهور عند علمائنا و فى (المسالك) أنه هو الذى اختاره أكثر العلماء و وجهه بأنه لو أمنى من الفرجين فإن كان ذكراً فقد أمنى من فرجه المعتاد و إن كان أنثى فكذلك و مثله لو أمنى من فرج الذكر بعد مضى تسع

سنين و إمكان الإماء من الذكر لأنه إن كان أنثى فقد بلغ بالسن و إن كان ذكرا فقد أمني في وقت إمكانه و أما حيضه من فرج الإناث و إناؤه من

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣٨

[الثالث السن]

(الثالث) السن و هو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية و تسع في الأنثى (١) و في رواية إذا بلغ الصبي عشرا جازت وصيته و صدقته و أقيمت عليه الحدود التامة و في أخرى خمسة أشبار

فرج الذكور فدلالته على البلوغ واضحة و أما أنه لو أمني من أحدهما خاصة لا يحكم ببلوغه فلجواز أن يكون ذلك الفرج زائدا فلا يكون معتادا و مثله لو حاض من فرج النساء خاصة (قلت) لو صار ذلك معتادا قويت الدلالة جدا و للجويني قول نفى عنه البأس في التذكرة و كذا المسالك و كأنه مال إليه في التحرير و هو أن ذلك كاف في البلوغ لأن خروج المنى من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا كما يحكم به لو خرج البول خاصة و كذا القول في الحيض و المنى من فرج الأنثى (قال) و كيف ينتظم منا أن نقول إنه ذكر أمني و لا- نحكم بأنه قد بلغ و لأن خروج منى الرجل من المرأة و الحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين و متى ثبت التعيين كان دليلا على البلوغ و لأن خروجهما معا دليل على البلوغ فخرج أحدهما أولى لأن خروجهما يفضى إلى تعارضهما و إسقاط دلالتهما إذ لا يتصور أن يجتمع حيض و منى رجل (و قد يقال) مع تحقق هذا العجب لا يبعد خروج الحيض من الذكر و لا خروج المنى من ذكر المرأة و للبول دليل خاص من نص و إجماع فالخروج عن الأصل و قول الأكثر بمثله مشكل فقد تحصل أن الخنثى المشكل لما كان منحصرا في الذكورة و الأنوثة و إنما يشتهه حكمه في الإلحاق بأحدهما فمتى حصل له وصف من أوصاف البلوغ يتحقق فيهما إما لا- اشتراكه بينهما كالإنبات أو لإلحاق الآخر بطريق أولى كبلوغ خمس عشرة أو لكونه جامعا للوصفين على التقديرين كما لو أمني من الفرجين أو حاض من فرج الإناث و أمني من فرج الذكور حكم عليه بالبلوغ (إذا عرفت) هذا فعد إلى عبارة الكتاب فإن ظاهرها كعبارة الشرائع أن المنى قسمان ما يكون منه الولد و ما لا يكون و أن البلوغ لا يتحقق إلا بالأول و قد قال في (المسالك) أنه فهم هذا المعنى جماعة و في (حواشي الكتاب) نقلا عن بعض العلماء أنه يعلم المنى الذي منه الولد مما ليس منه بأن يوضع في الماء فإن طفا فليس منه الولد و إن رسب فممنه الولد قال في (المسالك) و الظاهر أن هذا المعنى فاسد بل المعتبر في البلوغ خروج المنى مطلقا سواء صلح لتخلق الولد بحسب شخصه أم لا لإطلاق النصوص الدالة على ذلك المتناولة لمحل النزاع و الوجه في هذه الصفة أنها كاشفة لا- مقيدة و المراد أن المنى هو الذي من شأنه أن يخلق منه الولد و إن تخلف في بعض الأفراد لعارض و في عبارة التذكرة خروج الماء الذي منه الولد فالصفة مقيدة و لا بد في هذا أيضا من إرادة المعنى الذي ذكرناه من كون المراد ما من شأنه ذلك لثلاث يفهم اشتراط كونه بالفعل و قيد بالموضع المعتاد مع إطلاق الأدلة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف خصوصا و في بعضها بلوغ النكاح فلو خرج من جرح و نحوه لم يعتد به

(قوله) (الثالث السن و هو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية و تسع في الأنثى)

هذان الحكمان قد حكى عليهما الإجماع في الخلاف و الغنية و ظاهر نوادر قضاء السرائر و حجر التذكرة و كثر العرفان في تفسير الآية الشريفة و آيات المقدس الأردبيلي و في (المسالك) أن بلوغ الذكر بالخمس عشرة هو المشهور بل كاد يكون إجماعا و أن بلوغ الأنثى بالتسع مشهور و عليه العمل و في (السرائر) الإجماع واقع على التسع و في (إيضاح النافع) أن بلوغ الذكر بالخمس عشرة عليه الفتوى و في (المقتصر) أنه مذهب الجمهور من الأصحاب و ظاهر مجمع البيان و كشف الرموز إجماع الأصحاب عليه و هو أيضا

ظاهر آيات الأسترآبادى و فى (المختلف و غاية المرام) أنه المشهور بل قد تشعر عبارة الشرائع و اللمعة بدعوى الإجماع حيث لم ينقل فيهما خلافا فى الذكر مع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٣٩

.....

نقلهما له فى الأثنى خاصة و قد حكيت الشهرة على الحكمين فى المهذب البارع و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و مما صرح فيه بالحكمين حجر المبسوط و صومه و حجر الخلاف و الغنية كما سمعت و حجر فقه القرآن للراوندى و صوم السرائر و نوادر قضائها كما عرفت و وصاياها و حجر الشرائع و صومها و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الإيضاح و صوم التحرير و اللمعة و كنز العرفان و جامع المقاصد و الجعفرية و صوم الروضة و حجر المسالك و آيات الأردبيلى و صلاة المفاتيح و مما صرح فيه باعتبار الخمس عشرة فى الذكر جوامع الجامع و خمس الوسيلة و صوم جامع الشرائع و حجره و جهاد المنتهى و التذكرة و الفقيه فى موضع منه و فى (التذكرة و المسالك) أن بلوغ الذكر لا يحصل بالطعن فى الخمس عشرة بالاستصحاب و فتوى الأصحاب و ظاهرهما الإجماع و مما نص فيه على بلوغ الأثنى بالتسع و سكت فيه عن ذكر الذكر صلاة النهاية و وصايا المهذب و نكاحه و نكاح الوسيلة فقد انحصر الخلاف فى بلوغ الذكر فى أبى على فيما حكى عنه حيث قال إنه أربع عشرة و ظاهر الفقيه فى باب انقطاع يتم اليتيم أنه يحصل باستكمال ثلاث عشرة و الدخول الأربع عشرة و كأنه صار إليه بعض متأخرى المتأخرين كالأردبيلى و صاحب المدارك و صاحب الكفاية و حكاه فيها «١» عن ظاهر التهذيب و الإستبصار و حكاه فى المدارك قولاً و لم يعين القائل كما ستعرف لكنه فى الفقيه تردد فى الحد الذى يؤخذ فيه الصبيان بين الأربع عشرة و الخمس عشرة و هو ينافى الأول و إن بقى متردداً بين الأربع عشرة و الخمس عشرة و قال فى (المقنع) أنه يؤخذ ما بين أربع عشرة إلى ست عشرة و مثله ما فى الخصال فى أبواب الخمسة عشر لكنه فى أبواب الثلاثة عشر ذكر أن بلوغه ثلاث عشرة إلى أربع عشرة و فى موضع آخر من الفقيه وافق المشهور كما عرفت و يلوح من قضاء النهاية العمل بحديث الثمالى المتضمن أن بلوغ الصبيان ثلاث عشرة أو أربع عشرة و قد يلوح أيضاً من الإستبصار و ستعرف الحال فى هذه الأقوال و المخالف فى الأثنى ابن حمزة و ابن سعيد فى خمس الوسيلة و صوم الجامع و حجره ففى الأولين أن بلوغها بعشر سنين تامة و قد حكاه فى اللمعة عن المبسوط و لعله فى موضع لم يعثر عليه و فى الثانى بتسع أو عشر و قد عرفت أنه فى نكاح الوسيلة وافق المشهور و ستسمع قول أبى على من اعتبار التزويج و الحمل مع التسع و قد ذكر فى المسالك أن فى بلوغ الذكر قولاً بالثلاث عشرة و لم يعين القائل و الالتفات فيه إما إلى قول ابن الجنيد و هو بعيد لأنه يجب أن يراد بالأربع عشرة فى كلامه الدخول فيها و بالثلاث عشرة هنا إكمالها و الدخول فيما بعدها أو إلى قول الشيخ فى النهاية من العمل بحديث الثمالى إن حمل على الأقل و هو غير متعين فيه أو ما يلوح منه فى الإستبصار من القول بالثلاث عشرة أخذاً برواية عمار لكنها غير ضعيفة بل موثقة و هو قد قال استناداً إلى رواية ضعيفة و استفادة ذلك من الإستبصار محل نظر إلا أن يقال إنه التفات إلى ما فى الفقيه فى يتم اليتيم و هو أيضاً بعيد فى الجملة على أنه لاختلاف كلامه لا يتعين ذلك مذهبا له و قد عرفت أن سبطه حكى القول بالدخول فى الأربع عشرة و لم يعين القائل و نحن لم نجد به قائلًا على التعيين و إيراد الشيخ الحديث الدال عليه لا يقتضى كونه قولاً له و كذا الصدوق و إن أورده فى كتابه الذى ذكر أنه لا يورد فيه إلا ما يفتى به لأنه قد أورد فيه أيضاً ما ينافيه فلم يتعين ذلك مذهبا له و حكى فى (مجمع البرهان) قولاً بالدخول

(١) أى فى النهاية (منه قدس سره).

.....

في الخمس عشرة و اختاره و لم أجد له في كلامهم عينا و لا أثرا و لعله ملتفت إلى قول أبي على بالأربع عشرة بناء على أن استكمالها إنما يتحقق بالدخول فيما بعدها لكن الذي يستفاد من التقيح و غيره أن مذهب أبي على الدخول في الرابعة عشرة و قد قال في (مجمع البرهان) أن القول بالثلاث عشرة هو الظاهر من الشيخ في كتابي الأخبار و قد سمعت ما حكاه عن ظاهرهما في الكفاية و نحن نمنع الظهور فيما ادعياه و ذلك أن الشيخ أورد في باب الصبيان متى يؤمرون بالصلاة من الكتابين الأحاديث الواردة في تأديب الصبي بالصلاة و ذكر في التهذيب حديث عمار في جملة هذه الأخبار و لم يذكر ما يوهم الأخذ به في تحديد البلوغ و أما الإستبصار فإنه أورد في أول الباب حديث علي بن جعفر في الغلام متى يجب عليه الصوم و الصلاة قال إذا راهق و عرف الصوم و الصلاة و عقبه بحديث عمار و هو هذا عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فإذا احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة و جرى عليه القلم و الجارية مثل ذلك إذا أتى لها ثلاث عشرة أو حاضت قبل ذلك وجبت عليها الصلاة و جرى عليها القلم ثم قال فأما ما رواه و ساق الروايات المتضمنة لأخذ الصبيان بالصوم إذا أطاقوه و بالصلاة بست سنين أو سبع سنين و فيما بين الست و السبع و قال فالوجه في هذه الأخبار أن نحملها على ضرب من الاستحباب و الندب و التأديب و الأدلة على الوجوب لثلاث تناقض الأخبار و إيراد حديث عمار في هذا الباب يقتضى كون الحديث المذكور و ما قبله من جملة أخبار الباب و مقتضى الجمع الذي ذكره وجوب الصلاة عليه أو أخذه بها إذا راهق الحلم أو بلغ ثلاث عشرة سنة دون ما قبله و لا دلالة في ذلك على كون الثلاث عشرة حدا للبلوغ كالمراهقة و الذي ينبغي أن يقال في كلام الشيخ أنه إنما قصد بما ذكره مجرد الجمع الراجع للتناقض دون أن يكون ذلك قولاً فإن رواية عمار صريحة في التسوية بين الغلام و الجارية فيما تضمنته من التحديد و هو خلاف الإجماع في الأنثى سواء أريد منه التمرين أو تحديد البلوغ و ما ذكر أيضا من أن الظاهر ذهاب غير الشيخ أيضا إلى التحديد بالثلاث عشرة فكأنه أراد بغيره الصدوق كما يفصح عنه ما ذكره في كتاب البيع حيث قال و في تحقيقه بالشروع في الأربع عشرة قول قوى و الإجماع على غيره غير معلوم بل هو ظاهر الإستبصار و الفقيه و قد عرفت الحال في ما في الكتابين و على تقدير التسليم فلا ريب أنهما لا يقدحان في الإجماع و أما صحيح عبد الله بن سنان أو حسنه الذي اعتمد عليه بعض متأخري المتأخرين عن أبي عبد الله عليه السلام قال إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة و دخل في الأربع عشرة و جب عليه ما وجب على المحتملين احتلم أو لم يحتلم و كتبت عليه السيئات و كتبت له الحسنات و جاز له كل شيء إلا أن يكون ضعيفا أو سفيها ففيه (أولا) أنه لا يكافئ أدلة المشهور (و ثانيا) أنه يمكن أن يكون المراد إذا بلغ حد النكاح في ثلاث عشرة سنة و دخل في الأربع عشرة لا أن ثلاث عشرة بيان أو بدل من أشد أو يحمل الوجوب على تأكيد الاستحباب و لا يضر الأول قوله احتلم أو لم يحتلم و لا الثاني قوله كتبت عليه السيئات فليتأمل و لا يبعد أن يراد منه كمال العقل و تحقق الرشد كما ورد في القرآن المجيد و قال بعضهم إنه شاذ و هو كذلك لا بالتوجيه الذي ذكرناه و كذا غيره من الأخبار الأخر كالصحيح و الموثقين و الخبر المخالف للمشهور المختلفة في الدلالة و يدل على المشهور في الذكور الأصول الكثيرة و الإجماعات التي كادت تبلغ اثني عشر إجماعا من صريح و ظاهر و مشعر به بل هو معلوم و مع ذلك قد أيدت بالشهرات

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤١

.....

المستفيض نقلها مع العلم بها و أخبار الباب و هي بين عامية و خاصية فمن الأولى النبويان المرويان في الخلاف و الغنية و التذكرة و كنز العرفان و غيرها ففي أحدهما إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له و ما عليه و أخذت منه الحدود و نحوه الآخر

المروى عن ابن عمر و أما الأخبار الخاصة فمنها خبر حمران عن أبي جعفر عليه السلام الجارية إذ تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع إليها مالها إلى أن قال قال و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر أو ينبت قبل ذلك و قد رواه في مستطرفات السرائر نقلا من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب إلا أنه رواه عن حمزة بن حمران و حسنة الكناسي عن الباقر عليه السلام قال الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك و بلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عاتقه قبل ذلك و الشهورات و الإجماعات تجبر ما هناك من سند أو دلالة فلا يعرج على ما يقال إن البلوغ أعم من الإكمال و الشروع إذ النبوي إذا انجبر سنده كان نصا في المقام على أنه قال في المسالك إن الداخل في الخمس عشرة لا يسمى ابن خمس عشرة لغة و لا عرفا فليتأمل و أما الصحيح الذي فيه في كم يؤخذ الصبي بالصيام قال ما بينه و بين خمس عشرة سنة أو أربع عشرة سنة فإنه ربما يستدل به على المشهور لظهوره في عدم إلزامه بالصوم قبل الخمس عشرة لمكان التخيير النافي للوجوب العيني و حيث لا قول بالوجوب التخييري حتى من أبي على تعين حمل الأخذ فيه على الأخذ المستحب كما يشهد به صدوره حيث قيل فيه في كم يؤخذ الصبي بالصلاة قال ما بين سبع و ست سنين فقال في كم يؤخذ بالصيام إلى آخر ما تقدم و الأخذ الأول مستحب إجماعا فكذا الثاني جمعا يقتضيه السياق و تحديده إلى الحد المذكور ظاهر أو صريح في ارتفاعه بالبلوغ إليه و هو ملازم للوجوب بعده إذ لا- قائل بالإباحة حينئذ و كيف كان فلا- يدل على مذهب أبي على و لا- على ما مال إليه أو قال به بعض متأخري المتأخرين و كذلك الخبر الذي تضمن أنه من ثلاث عشرة إلى أربع عشرة على أنه ضعيف شاذ كالموثق إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات الحديث و الموثق الآخر إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات الحديث (و قال كاشف الرموز) البلوغ يحصل بخمس عشرة و لعل ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على أنه احتلم أو أنبت و هو جيد جدا و أما الأخبار الدالة على بلوغه بالعشر فهي كثيرة واردة في الطلاق و الوصية غير مكافئة للأدلة المتقدمة فيراد منها دفع الحجر عنه في الأمور المذكورة كما ذهب إليه جماعة و لا يلزم من ذلك حصول البلوغ تماما و هي مع قصور سندها معارضة أيضا بأخبار أقوى منها تأتي إن شاء الله تعالى في الطلاق و يدل على بلوغ الأنثى بالتسع الإجماعات من صريح و ظاهر و هي ثمانية معتضدة بما سمعته من الشهورات و الأخبار المستفيضة و القائل بالعشر لا مستند له إلا رواية مرسله قاصرة عن المكافئة و ما في الموثق أنها إذا أتت لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة فهو شاذ قاصر عن المكافئة أيضا و الأصول مقطوعة بالأدلة القاطعة و ما ذهب إليه أبو على من عدم ارتفاع الحجر عنها إلا بالتزويج و الحمل فشاذا لا مستند له هذا و ظاهر التذكرة و المسالك إجماع الأصحاب على عدم كفاية الطعن في الخمس عشرة و التسع بل لا- بد من إكمالهما و هو مقتضى الأصول و ظواهر النصوص و الفتاوى الحاكمة بالبلوغ بهما بحكم التبادر و الصدق عرفا و عادة كما سمعت ذلك آنفا عن التذكرة و المسالك و قد سمعت قوله صلى الله عليه و آله و سلم في الخبر المروى في كتبنا مستفيضا إذا استكمل المولود خمس عشرة و ما في الخبر إذا دخل بها و لها تسع سنين و هما صريحان في ذلك فمناقشته

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤٢

الرابع الحيض والحمل

(الرابع) الحيض و الحمل دليلان على سبقه (١) و لا يعرف الحمل إلا بالوضع فيحکم حينئذ بالبلوغ قبل الوضع بستة أشهر و شيء

في مجمع البرهان في ذلك و اكتفاؤه بالطعن فيها لم تصادف محزها هذا و المعبر من السنين الهلالية أعنى القمرية دون الشمسية لأن ذلك هو المعهود في شرعنا كما في المسالك و هو كذلك لأنها المتبادرة لأن كانت هي المتعارفة

(قوله) (الرابع الحيض و الحمل دليلان على سبقه)

كما هو صريح حجر الشرائع و الإرشاد و الروضة و المسالك و صوم الروضة بل فى الأخير الإجماع عليه تارة و نفى الخلاف عنه أخرى و فى (مجمع البرهان) الظاهر أنهما دليلان بالإجماع و فى (التذكرة) الحيض فى وقت الإمكان دليل البلوغ لا نعلم فيه خلافاً و صريح حجر المبسوط أيضاً و خمس الوسيلة و صوم التحرير أن الحمل علم و دلالة و هو ظاهر صوم المبسوط و وصايا النهاية و المهذب و حجر التذكرة فى أثناء كلام له فيه لكن ظاهر صوم السرائر أن الحمل بلوغ و هو ظاهر حجر التحرير و كذا حجر التذكرة فى أول كلامه و هو صريح نواذر (النواذر خ ل) قضاء السرائر و وصاياها و حجر الجامع بل نسب فى الأخير القول بأن الحمل دلالة إلى القيل و هو غريب و أما المخالف فى الحيض فى الظاهر ففى صوم المبسوط و حجره و وصايا النهاية و خمس الوسيلة و نكاحها و حجر الغنية و صوم السرائر و نواذر قضائها و وصاياها و صوم الجامع و حجر التحرير أن الحيض بلوغ بل فى الغنية الإجماع عليه فالإجماعات متصادمة ظاهراً كالفقهاء بل فى المسالك لا خلاف فى كونهما دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف فى كونهما بلوغاً بأنفسهما و يمكن الجمع بأن يكون المراد من كونهما بلوغاً بأنفسهما تعليق أحكام البلوغ فى الشرع عليهما و إن كانا كاشفين عنه حقيقة و دليلين على سبقه بالإنزال و السن و يرشد إلى ذلك فى عبارة المسالك قوله بعد ذلك بلا فاصل أما الحيض فقد علق الشارع أحكام المكلف عليه فى عدة أخبار كقوله صلى الله عليه و آله و سلم لا تقبل صلاة حائض الأخبار و قوله صلى الله عليه و آله و سلم لأسماء بنت أبى بكر إن المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا و أشار إلى الوجه و الكفين و يبقى الكلام فى عبارة الشرائع حيث قال إنهما ليسا بلوغاً فى حق النساء بل قد يكونان دليلاً على سبق البلوغ و ظاهره أنه متردد فى دلالتهما مع أنها إجماعية كما عرفت و لعله إنما أتى بقدر المفيدة للتقليل لأنهما مسبوقان غالباً بغيرهما من العلامات خصوصاً السن و دلالتهما على البلوغ بحيث يتوقف العلم به عليهما نادرة فناسبه التقليل و يمكن أن يكون التقليل فى الحيض إشارة إلى ما قالوه فى باب الحيض من أن الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيضاً و إن كان بصفته و إنما يعتبر فى الحكم به ما كان بعدها و حينئذ تنتفى فائده دلالتها لأنه قبلها لا اعتبار به و بعدها لا يحتاج إليه (و يمكن) أن يقال تظهر الفائدة فى المجهول سننها فإنها إذا رأت ما هو بصفته جامعاً لشرائطه فى القلة و الكثرة يحكم بكونه حيضاً و يكون دليلاً على سبق البلوغ و لا يحكم بكونه قبل التسع مع أن الغالب فى مثله أن لا يقع إلا بعد التسع و حينئذ تتناول دلالة النصوص على كون الحيض موجبا للأحكام لأنه حيض لغه و عرفاً و معنى دلالتهما على سبقه أنهما إذا وقعا نحكم ببلوغ المرأة قبلهما فلو أوقعت عقداً قبلهما بلا فصل نحكم بصحته «١» و ليعلم أن الولد لا يتيقن

(١) و ليعلم أنه لا فرق بين الدليل و العلم و الأمانة و الدلالة فى كلامهم فى هذه المقامات لكن قد يستعمل الدليل فى نفس البلوغ و السبب كما احتملناه آنفاً فى عبارة التحرير و لقد رأيت الشهيد يفرق بين الدليل و الأمانة بفرق غير سديد على الظاهر المعروف من كلامهم قال الدليل لا يتأخر عن المدلول و الأمانة قد تقارن و قد تتأخر بمعنى تنفك فإن أراد أن ذلك مراد فى المقام فأول ممنوع و إن أراد فى غيره فمسلم إذ قد نسمع بكاء أهل الملك فيمكن أنه قد مات و يمكن أنه أغمى عليه (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤٣

و الخشنى المشكل إن أمنى من الفرجين أو حاض من فرج النساء و أمنى من الآخر حكم ببلوغه و إلا فلا (١)

[أما الرشد]

و أما الرشد فهو كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال و صرفه فى غير الوجوه اللانقبة بأفعال العقلاء (٢)

إلا بالوضع فإذا وضعت حكماً بالبلوغ قبل الوضع لستة أشهر و شىء إن ولدته تاماً و لا فرق بين كون ما ولدته تاماً و غير تام إذا علم

أنه آدمي أو مبدأ نشوه كالعلة كما في التذكرة و المسالك

(قوله) (و الخنى المشكل إن أمنى من الفرجين أو حاض من فرج النساء و أمنى من الآخر حكم ببلوغه و إلا فلا)

قد تقدم الكلام فيه مفصلاً

(قوله) (و أما الرشد فهو كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال و صرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء)

كما في المهذب البارع و إيضاح النافع و جامع المقاصد عند بيان الاختبار و المسالك في موضعين منه و الروضة و مجمع البرهان و هو قضية التذكرة في تذنب ذكره و نحوه ما في التبصرة و كذا الإرشاد و لم تذكر الملكة في المبسوط و الخلاف و فقه القرآن و مجمع البيان و الغنية و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التحرير و المختلف و المقتصر و كنز العرفان و التنقيح و إنما ذكر فيها كلها في بيانه أن يكون مصلحاً لماله لكن كلام أكثر هؤلاء في بيان الاختبار كما ستسمع يعطى اعتبارها أى الملكة و فى (مجمع البيان) أن المراد به العقل و إصلاح المال و هو المروى عن الباقر عليه السلام (قلت) حذف العقل من تعريف الرشد فى عبارات الأصحاب مع وجوده فى الخبر لأن المفروض حصول العقل بل و البلوغ و الغرض حصول ما يعتبر بعد ذلك و أرسل فى مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام فى تفسير الآية أنه حفظ المال و فى آيات المقدس الأردبيلي أنه يكفى فى الرشد حفظ المال فقط بحيث لا يعد مضيعاً له و إن تصرف لا يتصرف تصرفاً غير لائق بحاله و لا يحتاج إلى كون ذلك ملكة و لا يحتاج إلى القدرة على الكسب و لا يضر عدم الكسب بل تركه تحصيل المال لأن كل أحد ليس ممن له كسب أو قدرة على تحصيل المال فما ذكر فى كتب الفقه مثل شرح الشرائع محل تأمل و قد قال فى (مجمع الفائدة و البرهان) لا خلاف و لا كلام فى اعتبار إصلاح المال بمعنى أن يكون له ملكة يقتدر بها على حفظه و صرفه فى الأغراض الصحيحة لا- غير لا- بمعنى أنه فعل مرة اتفاقاً بل يكون ذلك من عقله و معرفته و قال أيضاً و الظاهر أنه لا يعتبر تكرار الفعل للملكة و لا اشتغاله بعمل يحصل به المال فالذى يترك صنعاً أبيه ليس بسفيه و لا القدرة على حفظ الموجود و تحصيل المعدوم من المال كما اعتبره فى شرح الشرائع (قلت) يأتى الحال فى كلام القوم و أما حديث الملكة فليس الرشد إلا كالعادلة و الشجاعة و الكرم و الجبن و البخل و هى إنما تعرف بآثارها و لا يكفى فيها المرة و لا بد فيها من التكرار مراراً يحصل بها غلبة الظن إذ الملكة لا يعرف حصولها بمرة كذا فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و غيرها (قلت) المدار على حصول العلم بتلك الملكة لا على حصول الملكة بتلك الأفعال التى ذكرها فإذا رأيناه إذا أراد البيع و نحوه من الأفعال يتوقف حتى يتبين الحال و يصبر حتى يتحقق الأمر بحيث لا يغبن و لا يضيع و لا يتساهل و لا يتسامح بل مع تبصر و تدبر علمنا حصول الملكة و لا نحتاج إلى علم سابق و معرفة قديمة و لا تكرار الفعل كما قد يستفاد ذلك من المبسوط كما ستسمع كلامه برمته و أما اعتبار الرشد فى رفع الحجر و دفع المال فقد دل عليه الكتاب المجيد كقوله جل شأنه (فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) و الإجماع المحكى فى الغنية و التذكرة و المسالك و مجمع البرهان و ظاهر نهج الحق حيث نسبة إلى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤٤

و لا تعتبر العدالة (١)

الإمامية بل فى التذكرة فى موضع آخر أنه لو بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله و إن صار شيخاً و طعن فى السن عند أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز و العراق و الشام و مصر و قصر الخلاف على أبى حنيفة (قوله) (و لا تعتبر العدالة)

عند أكثر أهل العلم كما فى التذكرة و المسالك و عند الأكثر كما فى المقتصر و مجمع البرهان و فى (الرياض) بعد نسبته إلى الأكثر قال بل عليه عامة من تأخر و فى (الروضة و الكفاية) أنه المشهور و قد طفحت عباراتهم أن المفهوم من الرشد عرفاً إصلاح المال و فى (التنقيح) أنه لا- شك فيه عند العرف و فى (مجمع البرهان) أنه هو الظاهر المتبادر منه عرفاً و أنه هو الذى ذكره الأصحاب (قلت) و

العرف مقدم على اللغة إن ثبت أن اللغة في خصوص المقام على خلافه كما حرر في فنه ثم إن الفسق أمر شرعي مغاير للرشد من حيث هو هو فكيف يعتبر ما لا مدخلية لهم في فهمه فيما هو متداول بينهم و متعارف عندهم تعارفا شائعا و عن (الكشاف) أن الرشد الهداية و في (القاموس) الاهتداء و لعل المراد به في المقام الاهتداء إلى إصلاح المال نعم في النهاية و الصحاح أن الرشد خلاف الغي و قد فسر فيهما بالضلال و كيف كان فالقائل بعدم اشتراط العدالة أبو على فيما حكى عنه و كاشف الرموز على الظاهر منه و المصنف في المختلف و التذكرة و التحرير إن كان فسقه لا يستلزم التبذير و الشهيدان في الحواشي و اللمعة و المسالك و الروضة و أبو العباس في المقتصر و المقداد في كثر العرفان و التنقيح إن لم يستلزم الفسق تبذيرا و الفاضل الكركي في جامع المقاصد و الفاضل القطيفي في إيضاح النافع و المقدس الأردبيلي في آياته و مجمع برهانه و الخراساني في كفايته و الكاشاني في المفاتيح و شيخنا في الرياض و هو ظاهر كل من اقتصر على إصلاح المال كالإرشاد و التقييد في التذكرة و التحرير و التنقيح بما إذا كان الفسق لا يستلزم التبذير ليس تفصيلا في المسألة لأن التحجير على هذا الفاسق محل وفاق كما في التذكرة و محل النزاع إنما هو الفسق الذي لا يستلزم التبذير و المخالف الشيخ في الخلاف و المبسوط و الراوندي في فقه القرآن و أبو المكارم في الغنية و فخر الإسلام في شرح الإرشاد حيث قالوا أن يكون مصلحا لماله عدلا في دينه و في (الغنية) الإجماع عليه و المحقق في كتابيه متردد و ما في الرياض من أن عبارة الشيخ المحكية غير صريحة فيه و لا ظاهرة من حيث التعبير بالاحتياط الظاهر في الاستحباب فلم يبق قائل به صريحا بل و لا ظاهرا إلا مدعى الإجماع يعني صاحب الغنية غير صحيح لأن الشيخ قال في (المبسوط) و إيناس الرشد منه أن يكون مصلحا لماله عدلا في دينه فأما إذا كان مصلحا لماله غير عدل في دينه أو كان عدلا في دينه غير مصلح لماله لا يدفع إليه ماله و لم يتعرض فيه لذكر الاحتياط أصلا و مثله عبارة الخلاف حرفا فحرفا غير أنه قال و حد الرشد موضع قوله في المبسوط و إيناس الرشد نعم قال في (الخلاف) بعد عدة مسائل إذا صار فاسقا إلا- أنه غير مبذر فالأحوط أن يحجر عليه ثم نقل عن الشافعي قولين ثم قال دليلنا قوله تعالى (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) و روى عنهم عليهم السلام أنهم قالوا شارب الخمر سفيه فوجب أن يمتنع دفع المال إليه فقد صرح بوجوب منعه و نحوه ما في الغنية ثم إن كلامه هذا في مقام آخر كما يرشد إليه صريح كلامه في المبسوط قال و إذا بلغ الصبي و أونس منه الرشد و دفع إليه ماله ثم صار مبذرا مضيعا لماله حجر عليه و إذا صار فاسقا إلا أنه غير مبذر فالظاهر أنه يحجر عليه ثم استدلل بالآية و الرواية كما في الخلاف فالمسألتان مختلفتان إذ محل النزاع في الابتداء (و ما قيل) فيه إنه أحوط إنما هو في الاستدامة على أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤٥

.....

عبارة الغنية كعبارة الخلاف و كأنه لم يلحظ كلامه في الغنية إلى آخره فإن كان عول شيخنا في الرياض على المختلف فهلا عول على صريح كلامه أولا الناص على أن الشيخ في المبسوط و الخلاف اشترط العدالة ثم إنه في المختلف بعد عدة مسائل ذكر هذه المسألة أعنى ما إذا صار فاسقا إلى آخره و قال إنه بناء على أصله من اشتراط العدالة في الرشد و سبب ذلك ضعف التأمل و قلة التلبث و لو تأمل لعرف أن المسألتين مختلفتان و أنه في المبسوط قال و الظاهر أنه يحجر عليه و لم يقل الأحوط و في (الخلاف) صرح بوجوب الحجر فلا يكون الاحتياط مرادا به الاستحباب ثم إن المصنف في التذكرة قال إذا طرأ الفسق الذي لا يتضمن تضييع المال و لا تبذيره فإنه لا- يحجر عليه إجماعا فكأنه لم يحتفل بخلاف الشيخ و ابن زهرة في المقام مع أنه قد يظهر من الغنية الإجماع عليه و قد تناقل إجماع التذكرة جماعة ممن تأخر و عولوا على المختلف في النقل و لم يراجعوا الأصول (و ليعلم) أن ترك المروءة ليس داخلا في هذه العدالة عند الشيخ و موافقيه لأنه قال في التذكرة و من لا يتحفظ من الأشياء المفضية إلى قلة المروءة كالأكل في السوق و كشف الرأس بين الناس و مد الرجل عندهم و أشباه ذلك لا تقبل شهادته و يدفع إليه ماله إجماعا (حجة) المشهور الأصل بمعنى أن الأصل الجواز و الأصل عدم جواز منع الناس من أموالهم و قد دل عليه العقل و النقل كتابا و سنة و إجماعا خرج منه غير البالغ و غير الرشيد

بالمعنى المتفق عليه بالإجماع والنص وبقى الباقي وأنه علق فى الآية زوال الحجر برشد ما للتكثير و يصدق على المصلح لماله أن له رشدًا فتأمل ونقل عن ابن عباس وغيره فى تفسير الآية الشريفة أنه إصلاح المال وقد سمعت ما فى مجمع البيان عن الباقر عليه السلام حكاه عنه المقدس الأردبيلي فى آياته وما فى (مجمع البحرين) عن الصادق عليه السلام ولأنه ضرر فى الجملة وقد عرفت معناه عرفا وأنّ العرف مقدّم على اللغة وأن الكافر لا يحجر عليه لكفره فالفاسق أولى وبعض هذه الأدلة لا يخفى حالها (ثم) إنه استدلال فى المسالك على المختار بأن العدالة إنما تعتبر على القول بها فى الابتداء لا فى الاستدامة فلو كانت شرطا فى الابتداء لاعتبرت بعد ذلك لوجود المقتضى (قال) والشيخ لم يجعل التحجير إذا عرض الفسق بعد العدالة لازما (قلت) قد عرفت أنه يلتزمه ويجعله لازما وكذلك صاحب الغنية والمولى الأردبيلي نسج على منوال المسالك وأخذ يعترض على الشيخ بأنه لا فرق بين الابتداء والاستدامة عقلا ولا شرعا وبأنه لا شك أن عدم الرشد مانع وأن وجوده كافى فى الزوال وموجب له بالنص والإجماع والعدالة ما اعتبرت إلا- لكونها داخله فى مفهومه كما يرشد إليه استدلال القائل باعتبارها فلو اعتبرت ابتداء لزم اعتبارها استدامة وهو ظاهر ويؤيده أن الرشد بالمعنى الآخر أعنى إصلاح المال شرط مطلقا ابتداء واستدامة ولا يقول الشيخ باشتراط العدالة فى البقاء ولأنه لو اعتبرت لزم عدم جواز معاملة الفاسق مع أنهم مجمعون على جوازها وقالوا بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنما والعنب لمن يعمل خمرا ولا- شك أنه فاسق بل يلزم أن لا- تجوز المعاملة إلا- مع العلم بالعدالة بالمعاشرة وغيرها من طرق معرفتها إذ لم يكن مجرد الإسلام مع عدم ظهور الفسق كافيا فى العدالة لأنّ المعتبر الملكة ولا يمكن دعوى ظهورها فى المسلم لما نرى من أحوال المسلمين ولا- يكتفى فى الرشد بالأصل والظاهر سواء كان إصلاح مال فقط أو مع العدالة بعد دلالة الأدلة على وجوب الاختبار وأن القول باشتراطها موجب لترك المعاملة والمناكحة وتعطيل المعيشة ومخالف لعمل الأمة بل الكتاب والسنة بل فى الأخبار ما يدل على جواز معاملة الفاسق إلى آخر ما قال ونحوه ما فى المسالك من أنه لو اعتبرت العدالة فى الرشد لم يقم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال لأن الناس إلا النادر منهم إما فاسق أو مجهول الحال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤٦

.....

والجهل بالشرط يقتضى الجهل بالمشروط وأنت قد عرفت الحال وأن الشيخ وأبا المكارم يقولان باشتراطها فى الاستدامة ولا يرد عليهما شىء مما أورده أى الشهيد الثانى والمولى الأردبيلي إلا معاملة المعلوم فسقه كما ستسمعه أيضا إذ العدالة عند الشيخ حسن الظاهر أو مجرد الإسلام مع عدم ظهور الفسق وهما موجودان فى الناس إلا- النادر فالأصل عند الشيخ والمفيد وأبى على فى المجهول الحال العدالة والأصل فى أقواله وأفعاله الصحة وأما الفسق فطار على هذا الأصل فغلبته كغلبته المجاز على الحقيقة فلا تعارض بين الأصلين والقائل بحسن الظاهر يقول أصلا تعارضا فلا بد من ظاهر يعضد أحدهما وليس هو إلا حسن الظاهر و شيخنا صاحب الرياض بعد أن نقل ما حكيناه من كلام المسالك ومجمع الفوائد والبرهان قال وفيه مناقشة لعدم تماميته إلا على تقدير اشتراطها على الإطلاق وليست شرطا كذلك إذ قد صرح الأصحاب بأن اعتبارها عند القائل به إنما هو فى الابتداء لا فى الاستدامة وعليه حكى الإجماع فى التذكرة (و بذلك) صرح القائلان فى الكتب المذكورة وإن احتاطا باعتبارها أيضا فى الاستدامة فعلى هذا يمكن أن يمنع ما ذكر من المؤيدات لاحتمال ابتنائها على وجه الصحة وهو حصول العدالة ابتداء وإن طرأ بعدها وصف الضد ومرجعه إلى حمل أفعال المسلمين على الصحة ولا يضر معه الجهل بالشرط فى المسألة كما لا يضر معه الجهل بكثير من الشروط المعتمدة فى الأموال المبتاعة فى أسواق المسلمين كالجلود المشترط فيها التذكية ومطلق الأموال المشترط فى المعاملة عليها وابتاعها الملكية وعدم كونها سرقة ومنه مفروض المسألة بالإضافة إلى شرط أصل الرشد الذى هو إصلاح المال فلو صح التمسك بالمؤيدات المزبورة لنفى اعتبار العدالة لصح التمسك بها لنفى اعتبار أصل الرشد لتساوى النسبة إليهما بالضرورة فكما لا يضر الجهل

بالشروط فيما عدا المسألة بناء على حمل أفعال المسلم على الصحة فكذلك فيها بالبديهة انتهى (و فيه) مناقشة من وجهين (الأول) أنهما هما اللذان نبها على أنها لا تشترط في الاستدامة عند القائل بها لمكان إجماع التذكرة و قالوا إنها لو اعتبرت ابتداء لا اعتبرت استدامة و استدالا عليه بما سمعت و حينئذ تتوجه الإيرادات التي أوردها على الشيخ و أيدا بها المختار لأنهما حاولا أن ليس في غالب الناس عدالة لا- ابتداء و لا استدامة بل الغالب عدم حصولها ابتداء و هو في سن الشباب و قرب عهده بعدم التكليف و إن أعطى كلامهما في بعض مطاويه ما فهم في الرياض سلمنا لكنه ما ذا عسى يجدي ما أجاب به في رد الإجماع على جواز معاملته الفاسق الذي لا شك في فسقه كعمله الخمر و صانعي الأصنام و الظلمة و الحكام و أتباعهم كما دلت عليه الأخبار كما نبه عليه المولى الأردبيلي فكلامه إن تم فإنما يتم بالنسبة إلى البعض الثاني أن أول كلامه نص في أنه ما رأى كلام الشيخ في كتابيه و ظاهره هنا حيث قال صرح القائلان في الكتب المذكورة أنه رأى الكتب المذكورة و هذا سهل و إن كان ليس بسهل على أنك قد علمت أن الشيخ و ابن زهرة لا- يفرقان و عرفت ما يمكن أن يجيب به عما أورد عليهما و لا حاجة إلى ما تكلفه شيخنا مع عدم تمامه (و حجة) الشيخ و موافقيه ما قاله في الخلاف قال دليلنا قوله تعالى (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) فاشترط الرشد و من كان فاسقا في دينه كان موصوفا بالغي و من وصف بالغي لا يوصف بالرشد لأن الغي و الرشد صفتان متنافيتان لا يجوز اجتماعهما و لأنه إن كان عدلا في دينه مصلحا لماله فلا خلاف في جواز دفع المال إليه و ليس على جواز الدفع مع انفراده «١» إحدى الصفتين

(١) كذا في النسخ و لعل الصواب مع انفراد إحدى الصفتين أو انفراده بإحدى الصفتين (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤٧

و يعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فإن عرف منه جودة المعاملة و عدم المغابنة إن كان تاجرا و المحافظة على ما يتكسب به و الملازمة إن كان صانعا و أشباه ذلك في الذكر و الاستغزال و الاستساج في الأنثى إن كانت من أهلها و أشباهه حكم بالرشد (١)

دليل و روى ابن عباس «١» أنه قال في قوله تعالى (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) و الفاسق سفية و الأخبار التي تفردنا بروايتها كثيرة في هذا المعنى انتهى و نحوه ما في الغنية مع زيادة دعوى الإجماع و لم يستدل الراوندي و قد يستدل لهم بالأصل و الاحتياط و قد يستدل له بخبر أبي الجارود كما يأتي و ليست هذه الأدلة بتلك المكانة من الضعف كما قد يظن و لذا تردد المحقق في كتابيه و قد توجه الجماعة لردها و بيان حالها

(قوله) (و يعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فإن عرف منه جودة المعاملة و عدم المغابنة إن كان تاجرا و المحافظة على ما يتكسب به و الملازمة إن كان صانعا و أشباه ذلك في الذكر و الاستغزال و الاستساج في الأنثى إن كانت من أهلها و أشباهه حكم بالرشد)

لا- بد من الاختبار للأصل و الكتاب و الإجماع و الأخبار و قد ذكر الشيخ في المبسوط كيفية الاختبار و تبعه عليها الجماعة قال في (المبسوط) الأيتام على قسمين ذكور و إناث فالذكور على ضربين ضرب ينبذلون في الأسواق و يخالطون الناس بالبيع و الشراء و ضرب يصانون عن الأسواق فالذين يخالطون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب إلى السوق و يساوم في السلع و يقول فيها و لا يعقد العقد فإن رآه يحسن ذلك و لا يغبن فيه علم أنه رشيد و إلا لم يفك عنه الحجر و قيل إنه يشتري له بغير أمره و يواطئ البائع على بيعها من اليتيم و ينفذه الولي إليه ليشتريها منه و قيل إنه يدفع إليه شيء من المال يشتري به سلعة و يصح شراؤه للضرورة فيجوز و إن كان اليتيم ممن يصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء فإن اختبارهم أصعب فيدفع الولي إليهم نفقة شهر يخبرهم بها فينظر فإن دفعوا إلى أكرتهم و غلمانهم و عمالهم و معاملتهم حقوقهم من غير تبذير و أفسطوا في النفقة على أنفسهم في مطاعمهم و مكاسبهم سلم إليهم المال و أما الإناث فإنه يصعب اختبارهن فيدفع إليهن شيئا من المال و يجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن

فإن غزلن و استغزلن و نسجن و استنسجن و لم يبذرن سلم المال إليهن فإن كان بخلاف ذلك لم يسلم إليهن انتهى و زيد في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و غيرها أنه لا بد من تكرار ذلك مرارا يحصل بها غلبة الظن ليعلم اتصافه بالملكة كما تقدم نقله فيما مر و كأن كلام المبسوط خال عن ذلك و في كلامهم جميعا مناقشة من وجوه (الأول) أن ظاهرهم التعيين و الظاهر خلاف ذلك بل الضابط حصول العلم أو الظن المتآخم له بأنه ضابط حافظ لماله لا يصرفه إلا في الأغراض الصحيحة عند العقلاء بالنسبة إلى حاله كائنا من كان في أي شيء كان و لا يتعين عليه في ذلك شيء من تجارة أو نفقة فكأن المدار كما قدمنا على العلم بحصول الملكة من التدبر و التبصر و الصبر و التروي حتى يحقق الأمر و ينقر عنه لا على حصول الملكة بتكرر هذه الأفعال إلا أن تقول إن ذلك منهم ليس على سبيل التعيين (الثاني) أن تسليم المال لأولاد الأكارب لينفقوه في مطاعهم و مكاسبهم و معاملتهم مشكل قبل حصول العلم برشدهم «٢» إلا أن تقول إن هذا جاز للضرورة

(١) لعل الصواب و روى عن ابن عباس

(٢) إذ المفروض أن الابتلاء قبل البلوغ كما هو المعروف عندنا كما ستسمع و لا تنفع إجازة الولي في العقد الذي ألغاه الشارع و ما قاله في التذكرة أن هذا مستثنى يحتاج إلى دليل مع أنه قال قبل ذلك في ذلك إنه يتولاه الولي (منه قدس سره)
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤٨

.....

كما في بيع الاختبار و هو خلاف المختار بل يتولى البيع في المثال الولي كما هو الموافق للضوابط ثم إن الموضوع فيما نحن فيه منتف إذ لا ضرورة لإمكانه بغيره كأن يوضع المال في يده و ينظر حاله فيما إذا أراد بيعا أو شراء أو صرفا في نفقته و غيرها فإذا كان يحفظه و لا يفعل ما يريده إلا بعد التدبر و البحث دفع إليه كما قدمنا إذ المقصود تحصيل العلم بحفظ المال و عدم تضييعه و صرفه فيما لا يناسبه (الثالث) أنه لا باعث على تكليف المرأة بالغزل و الاستغزال و اكتساب المال إذ الغرض حصول العلم أو الظن القريب منه بعدم تضييعها المال و حفظه و عدم صرفه في غير محله بأي وجه كان فتختبر بما قاله في التذكرة و هو أن يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت فإن كانت ضابطة في ذلك حافظة للمال الذي في يدها فهي رشيدة (و الحاصل) أنه لا يعتبر في رشدها و لا رشد الصبي مزاوله الكسب و الاسترباح إذ ليس كل أحد له قدرة و استعداد على اكتساب المال و لا يسمى ذلك إصلاحا للمال كما نبه على ذلك كله المقدس الأردبيلي إلا- أن ينعقد إجماع على أن المراد بإصلاح المال كونه مصححا له على الوجه اللائق بحاله عند العقلاء بالتنمية و نحوها كما صرح به قوم و أشار إليه آخرون و كيف كان فالإكتساب بالعمل لا نسلم دخوله في إصلاح المال و إن سلمنا دخول تنمية المال الحاضر في إصلاحه و محل الاختبار قبل البلوغ كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و غاية المراد و كنز العرفان و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و المفاتيح و هو ظاهر عبارة الكتاب لأن الضمير في قوله باختباره يعود إلى الصغير و نحوها عبارة اللمعة و أظهر منهما عبارة النافع و الإجماع محكى عليه في ظاهر التذكرة و غاية المراد أظهر منهما في ذلك عبارة المسالك و نحوها عبارة المفاتيح قال في (المسالك) هذا مما لا خلاف فيه عندنا و إنما خالف فيه بعض العامة (و الحاصل) أنه لم يحك الخلاف في التذكرة و غاية المراد و المسالك إلا عن بعض العامة حيث جعله بعده بالإجماع معلوم نعم قد حمل السيد العميد في (كنز الفوائد) و الفخر في (الإيضاح) و الشهيد و ابن المتوج عبارة الكتاب كما يأتي على أن الاختبار بعد البلوغ و جعله- البيع الواقع بالاختبار متفرعا على ذلك و ستعرف الحال في ذلك إن شاء الله و المولى الأردبيلي أخذ يتأمل و يحتمل كونه بعد البلوغ و لم يجزم بالخلاف و إنما احتمل الأمرين على تأمل منه لكن في خبر أبي الجارود الذي رواه علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام دلالة على أن الاختبار إنما هو بالبلوغ و عدمه فإذا علم بلوغه بأحد الأسباب دفع إليه المال إن

أنس منه الرشد وإلا فلا قال قال عليه السلام في قوله جل و عز شأنه (وَ اٰتٰلُوۡا الۡيٰتٰمِ) من كان في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز أن يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم فإذا احتلم و وجب عليه الحدود و إقامة الفرائض و لا- يكون مضيعا و لا شارب خمر و لا زانيا فإذا أنس منه الرشد دفع إليه المال و أشهد عليه فإذا كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ فليمتحن بريح إبطه أو نبت عانته و إذا كان ذلك فقد بلغ فيدفع إليه ماله إذا كان رشيدا الحديث و قد منع ظهوره في مخالفة الأصحاب فإن كان و لا- بد قلنا هو شاذ مخالف لما عليه الأصحاب و يكفيك أن راويه سرحوب الشيطان الأعمى بصرا و بصيرة الذي لا شبهة في ذمه و هل هو على سبيل الوجوب أو الجواز صريح جماعة كالشهيد و المقداد و الكركي و ظاهر آخرين الأول لأن تأخير الاختبار إلى البلوغ يؤدي إلى الإضرار به بسبب الحجر عليه و منعه منه مع جواز كونه بالغا رشيدا لأن المنع يمتد إلى أن يختبر و يعلم رشده و ربما طال ما به يثبت العلم بالملكة فإذا أمكن دفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان أولى كما في التذكرة و المسالك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٤٩

و في صحة العقد حينئذ إشكال (١)

فتأمل و في (غاية المراد و كثر العرفان) لو كان الاختبار بعد البلوغ لأدى إلى الحجر على البالغ الرشيد و هو خلاف الإجماع و في (جامع المقاصد) لو كان بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد و هو ظلم محرم فيجب التحفظ عنه و لا يكون إلا بالاختبار قبل البلوغ فتأمل (و قد احتج) أصحابنا على كونه قبل البلوغ بعد الإجماع بما ذكرنا من لزوم الضرر و بقوله جل شأنه وَ اٰتٰلُوۡا الۡيٰتٰمِ حَتّٰىۤ اِذۡ بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمۡ رُشۡدًا فَادْفَعُوۡا إِلَيْهِمۡ أَمْوَالَهُمۡ (و وجه) دلالة الآية من وجهين (الأول) أنه سبحانه و تعالى جعل متعلق الابتلاء اليتامى و المراد باليتيم لغة و شرعا من لا أب له دون البلوغ فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقة و اللفظ يحمل على حقيقته إذا لم يمنع منها مانع و هو منتف هنا (الثاني) قوله جل شأنه (حَتّٰىۤ اِذۡ بَلَغُوا النِّكَاحَ) فقد جعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على أن الاختبار قبله (و تنقيحه) أن حتى ابتدائية لأن ما بعدها جملة شرطية و الجزء جملة أخرى شرطية و هي فإن آنستم فالفاء الأولى جواب الشرط الأول و الثانية جواب الثاني و قول المولى الأردبيلي أن ظاهر قوله تعالى فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمۡ رُشۡدًا فَادْفَعُوۡا إِلَيْهِمۡ أَمْوَالَهُمۡ يدل على دفع المال بعد إيناس الرشد بلا فصل فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الإعطاء بعد الرشد و قبل البلوغ و هو منفي بالإجماع و قوله و لا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتيم و أنه من المعلوم أن الإبلاء لم ينته بالبلوغ فكأنه مقيد بعدم الرشد و غرضه بهذين الجواب عن دليلي الأصحاب فاسد قطعاً من وجهين (الأول) أنه يلزم أن تكون حتى الداخلة على الجملة الفعلية التي فعلها ماض جارة و الجمهور على خلاف ذلك كما نص عليه في المعنى في قوله جل شأنه (حَتّٰىۤ اِذۡ بَلَغُوا النِّكَاحَ) فنسب إلى الجمهور أن حتى ابتدائية و أن إذا في موضع نصب بشرطها أو جوابها المحذوف و قدره امتحنتم مع أن الجواب هنا موجود و نسب جعل إذا في قوله إذا فشلتم في موضع جر بحتى إلى الأخفش و ابن مالك و قال إن الجمهور على خلافهما فما الباعث على مخالفة جمهور النحويين و جميع الأصحاب و حمل القرآن على الوجه الشاذ على أن الأخفش و ابن مالك إنما تجريا على المخالفة في تلك الآية لعدم الجواب و لا أظن أنهما يحتملان ذلك في هذه الآية لمكان وجود الجواب الذي تناسق مع شرطه و تناسق جوابه معه (الثاني) أنه يلزم إخراج لفظ اليتامى عن حقيقته من دون باعث و داع إليه و من ذهب إليه من العامة و هو بعض الشافعية و أحمد في إحدى الروايتين عنه إنما كان لأمر آخر أشكل عليهما و هو أن الصبي محجور عليه قبل البلوغ فتصرفه غير نافذ فكيف يختبر (و قد أجابهما) أصحابهما و أصحابنا بأنه يختبر بالممارسة و المماكسة و المساومة فإذا آل الأمر إلى العقد تولاه الولي و قد سمعت الوجه الآخر الذي في المبسوط (و أما) قوله من المعلوم إلى آخر (فجوابه) أن الأصحاب يقولون إن الوجوب ينتهي بالبلوغ فكان غاية للوجوب و قد دلت الآية الشريفة على وجوب الدفع بعد ذلك و لا- يحتاج إلى حاكم و لا إلى ولي و لا إلى طلب صاحب المال كسائر الحقوق من الدين و نحوه و كأنه بمنزلة الأمانة الشرعية و أن الظاهر وجوب الفور بل ظاهرها وجوب الإشهاد و لكن حمل الأمر فيه على الإرشاد (إذا تقرر هذا) فعد إلى

عبارة الكتاب فقوله يعلم باختباره يعنى اختبار الصغير ذكرا كان أو أنثى بدليل قوله و أشباه ذلك فى الذكر و الاستغزال و الاستساج فى الأنثى إذ هو المحدث عنه بما يناسبه من التصرفات
(قوله) (و فى صحة العقد حينئذ إشكال)
الظاهر أنه يريد أن فى صحة العقد
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥٠

.....

الواقع للاختبار قبل البلوغ إشكالا ينشأ من أن الصغر مانع من الصحة و أفعال الصبى و أقواله فى غير العبادات غير شرعية كما برهن عليه فى موضعه و الأمر بالابتلاء لا يستلزم أزيد من كون ما به الابتلاء معتبرا فى إفادة الرشد و عدمه فلا يقتضى ترتب أثر آخر عليه من صحة العقد و عدمه لأن ذلك خارج عن مقتضاه و على هذا فكيفية اختباره أن يأمره الولي بالمساومة فى البيع و يمتحنه بالممارسة و المساومة و تقرير الثمن فإذا آل الأمر إلى العقد عقده الولي و هو أعنى عدم الصحة خيرة المبسوط و الشرائع و جامع المقاصد و المسالك و هو الذى استقر عليه رأيه فى التذكرة و هو الذى تقتضيه القوانين لأن غير البالغ إذ لم يصلح للبيع و نحوه لا يصلح مطلقا حال الاختبار و غيره و الاختبار غير موقوف على حصول التصرف منه صحيحا حتى يقال به هنا للضرورة على أن الآية الشريفة لا تدل على صحة المعاملة حال الاختبار و إنما تدل على الابتلاء قبل البلوغ و دفع المال بعد الرشد كما أشرنا إليه آنفا فاحتمال الصحة لظاهر الآية إذ الأمر بالابتلاء يقتضى كون الأمر الصادر من الصبى معتبرا خصوصا على القول بأن أفعال الصبى شرعية كما فى التحرير و موضع من التذكرة فيه ما لا يخفى و هذا هو الوجه الثانى من الإشكال و القول بشرعية أفعاله إنما هو فى العبادات لمكان الإجماع أو أمر الأولياء بأن يأمرهم و غير ذلك و ذلك مفقود فى المقام إذ ليس قولك ابتله و اختبره إلا كقولك سله و ادعه و لا ريب أن المسئول و المدعو ليس مدعوا للأول كما قيل ذلك فى قوله عليه السلام مروهم إذ الكلام فى المميز الذى يعلم أن ذلك من الله سبحانه فتأمل جيدا (و ليعلم) أن فخر الإسلام و عميد الدين و الشهيد و ابن المتوج حملوا عبارة الكتاب على ما إذا كان العقد الواقع للاختبار بعد بلوغه فقال ولد المصنف إذا ظهر رشده حال العقود صحت العقود قطعا فاستثنى هذه الصورة و جعل ما إذا ظهر سفهه أو لم يتبين شىء بعد محل الإشكال و منشؤه من أن السفه يصح تصرفه بإذن الولي و هذه العقود مأذون فيها شرعا و من حيث بطلان تصرفات السفه و هذا سفه و معناه أن الولي أذن له فى البيع أو الشراء مطلقا و لم يعين له شخص المبيع و المشتري و الثمن إذ لو عين له ذلك كله فات الاختبار و لا ريب أن الإذن المطلق بعد الحكم بسفهه لا للاختبار لغو و أما مع الاختبار فاحتمال الصحة قائم لمكان إذن الشارع به و هذا ما أراده بالوجه الأول و ليس مراده قطعا أنه أذن له و أجازة كما فهمه المحقق الثانى و إلا لما صح له ذكر الوجه الثانى من منشأ الإشكال و معنى قوله هذا سفه فى الوجه الثانى ظاهر فيما إذا ظهر سفهه لأنه سفه واقعا و أما إذا لم يتبين فهو سفه حكما لمكان مفهوم الشرط فى قوله جل شأنه فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا كَمَا هُوَ ظَاهِرُ مَا أوردته عليه من أن عقد السفه صحيح إذا أجازة الولي و كان بالغاً إجماعاً فأى وجه للإشكال إذا أذن له الولي ابتداء غير وارد لما عرفت من أنه فى الإيضاح لم يتعرض للإجازة و إنما تعرض للإذن المطلق حال الاختبار و الصحة حينئذ محل إشكال لا محل إجماع قطعا على أن الإجازة حينئذ إنما تكون من الحاكم عند الأكثر على ما حكى عنهم فيمن بلغ سفهه من أن الولاية عليه للحاكم فيكون الآذن الأب أو الجد أو الوصى و المميز الحاكم فكلامه عليه فى جامع المقاصد لا وجه له من وجهين و كذا قوله إن العلم بكون العاقد رشيدا ليس شرطا لصحة العقد قطعا إنما الشرط كونه رشيدا فى الواقع لا وجه له لأنه فى الإيضاح كما سمعت جعل الإشكال فيمن ظهر سفهه و من لم يتبين سفهه و هو غير وارد على الأول قطعا و لا على الثانى لأنه محكوم بسفهه بمفهوم الآية فى دفع المال و لا قائل بالفرق بين دفع المال و صحة العقد سلمنا أن العقد حينئذ صحيح فى الواقع على فرض أنه رشيد فى الواقع لكن من أين لنا العلم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥١

و لا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين و إن طعن في السن (١) و يثبت الرشد في الرجال بشهادتهم و في النساء بها و بشهادتهن (٢)

بالواقع فالأصول تقضى بعدم صحته و لا أقل من تعارضها و إن كان إنما وجهه على السيد العميد فقط لأنه عمم الإشكال للمسائل الثالث فمع أنه خلاف الظاهر فمن المعلوم أنه لا- يريد و يمنع ظهوره من كلامه و على تقديره فالظاهر يعدل عنه لليقين من جهة القواعد المعلومة و بذلك كله ظهر فساد قوله أخيرا و لو اعتبرنا ما ذكره الشارحان في حل العبارة فالبيع الواقع بعد البلوغ صحيح على كل حال كما عرفت الحال مفصلا فقوله هذا عجيب غريب إنه منه لعجيب غريب (و قال) ابن المتوج فيما حكى عنه الشهيد أن هذا الإشكال مبنى على أن مجرد ظهور السفه مبطل لتصرفاته من دون توقف على حكم الحاكم أما على القول باشتراط حجر الحاكم فلا يتأتى هذا الإشكال فيكون هذا التصرف صحيحا لازما انتهى فليتأمل فيه لكنه فهم أنه فيما بعد البلوغ (و قال الشهيد) الأقوال ثلاثة الصحة مطلقا لأمر الشارع بذلك و البطلان مطلقا لاعتبار الرشد و الثالث إن ظهر الرشد ظهرت الصحة و إن ظهر السفه ظهر البطلان و قد فهم أيضا أنه بعد البلوغ و الذي دعا هؤلاء الأجلاء إلى حمل العبارة على ذلك مع ظهورها فيما قبل البلوغ مع إيناس الرشد إما أن الأولين سمعا ذلك من المصنف و اقتفاهما الآخرون و قد ظهر وجهه مما حررناه و إما أن حملها على ما قبل البلوغ بعيد لأنه لا ريب في بطلانه لأن البلوغ شرط إجماعا عندهم (و فيه) أن المصنف سيتدرد في بيع المميز بالأولى أن يتردد هنا لمكان الأمر بالابتلاء و الشيخ نقل القول بالصحة لمكان الضرورة و المحقق حكم بعدمه بعد تأمل و في (التحرير) حكم بالصحة فالتأمل و الإشكال له وجه في الجملة

(قوله) (و لا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين و إن طعن في السن)

هذا قول أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز و العراق و الشام و مصر و المخالف أبو حنيفة كما في التذكرة و هو محل وفاق منا كما في المسالك و الروضة و ظاهر نهج الحق حيث نسبته إلى الإمامية (و قال) أبو حنيفة إذا بلغ خمسا و عشرين سنة فك عنه الحجر و إن كان سفيها لأنه قد بلغ أشده و صلح أن يصير جدا قال في (التذكرة) بعد كلام طويل كونه جدا ليس تحته معنى و لا أصل له في الشرع و هو ثابت فيمن له دون هذا السن فإن المرأة تكون جدة لإحدى و عشرين و المراد بفقد أحد الوصفين فقد الصغر و فقد عدم الرشد إذ لا بد من فقدهما و قيل لا بد في حمل الوصفين على الصغر و عدم الرشد من العناية لأن عدم الرشد لم يجر له ذكر و الأمر سهل لمكان الملازمة من أول الأمر

(قوله) (و يثبت الرشد في الرجال بشهادتهم و في النساء بها و بشهادتهن)

كما في الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و كذا الكفاية و هو ظاهر بقية الشروح و الحواشي حيث لم يكن فيها مناقشة و لا تأمل و في (مجمع البرهان) لعل دليل الجميع الإجماع و في (التذكرة) لو اقتصر في ثبوت رشد النساء على شهادة الرجال لزم الحرج و الضيق و هو منفي بالإجماع و قال في (الكفاية) في خصوص هذا الفرع قالوا و في (الرياض) أما ثبوت رشده بشهادة رجلين في الرجال فلا- إشكال فيه و أما ثبوته بشهادة الرجال منفردين أو النساء كذلك أو ملفقات منهن و منهم كرجل و امرأتين في النساء فلا خلاف فيه في الظاهر بل عليه الإجماع في كثير من العبارات و هو الحجج (قلت) و نحن تتبعنا عبارات الأصحاب في المقام فما وجدنا إلا ما ذكرنا و لم نجد هذه العبارات الكثيرة التي قد اشتملت على هذا الإجماع المتضمن ثلاثة أحكام و قد تتبعنا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥٢

و صرف المال إلى وجوه الخيرات ليس بتبذير (١)

كلامهم فى باب الشهادات فلم نجدهم ذكروا الرشد فضلا عن نقل الإجماع عليه فى النساء نعم قالوا تقبل شهادة النساء منفردات فيما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا و مثلوه بالولادة و الاستهلال و عيوب النساء الباطنة و الرضاع و الوصية له و كيف كان فلا ريب فى قبول شهادة الرجال فى الرجال للإجماع المعلوم و الاستقراء و العموم أعنى عموم الأدلة بقبول شهادتهما و إنما الكلام فى أنه هل يشترط قيامها عند الحاكم و حكمه بها أم لا- و هل تقبل فى الإنبات و الاحتلام أم لا فالمقدس الأردبيلي على أنه يمكن الثبوت مع تعذر الحاكم دفعا للحرص و أن الاحتياط يقتضى الاختبار مع الإمكان و مع عدم لزوم تأخير تسليم المال إلى صاحبه بزمان كثير يضر به خصوصا إذا طلبه و ثبوت عمل الأمة فى المعاملات مع عدم ثبوته عندهم بحكم الحاكم مع تحقق كونه غير رشيد ييقن و ما ذاك إلا للحكم بظاهر الحال و شهادة العدلين ليست بأقل من ذلك و لصدق الرشد الذى هو شرط فى الآية و الأخبار الدالة على التسليم مع ثبوت كونه رشيدا عند التصرف من غير قيد حكم الحاكم و لهذا قالوا إن فك حجر الصبى ليس بموقوف بعد البلوغ و الرشد على حكم الحاكم فتأمل فالظاهر أن الضابط حصول العلم بل الظن المتأخم له إما بالاختبار على أى وجه كان أو حكم الحاكم أو شهادة العدلين سواء كانا على الرجل أو المرأة أو أربع نسوة أو امرأتين و عدل لصدق الآية و الأخبار (قلت) بعد تسميتهم لها شهادة و تسليم اشتراطهم فى الشهادة انضمام حكم الحاكم إليها فى جميع الأمور إلا ما استثنى و ليس الرشد منه يجب الحكم بعدم الثبوت و عدم ترتب الأحكام إلا بحكمه إذ الشهادة عندهم إخبار جازم بحق أو غيره عند الحاكم و لو كان الأمر كما قال لا اكتفى فيه بخبر الواحد إذا أفاد ظنا متاخما للعلم و فرق تام بين ظاهر الحال و شاهد الحال و شهادة العدلين إذ الأخير متوقف على الجرح و التعديل و معرفة الكبائر و الصغائر و الملكة و غيرها و تلك وظيفة الحاكم إلا ما استثنى و شاهد الحال جار مجرى القطع و عمل الأمة إما على شاهد الحال لمن عرف بالحال (تحتة معنيان) أو على القاعدة المجمع عليها و هو أصل صحة فعل المسلم و أما قبولها فى غير الرشد من السن و الإنبات و الاحتلام و الظاهر قبولها فى الجميع و إن كان الفرض فى الأخيرين مع عدالة الشهود نادرا جدا لندرة العلم بهما جدا خصوصا فى النساء خصوصا فى أمثائهن على وجه يبقى للشاهد عدالة و أما قبول شهادة الرجال منفردين فى النساء فدليله ما تقدم و أما قبول شهادة النساء الأربع منفردات أو الخنثى كذلك أو ملفقات منهن و من الرجال كرجل و امرأتين فى النساء فدليله العسر و الحرج لأن رشد المرأة مما لا يطلع عليه الرجال فلو اقتصرنا فى ثبوت رشدهن على شهادة الرجال لزم الحرج و الضيق و هو منفي إجماعا كما فى التذكرة فتأمل و لعل الأولى الاستدلال عليه بالنصوص الدالة على الاكتفاء بشهادتهن منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال غالبا مع دعوى أن هذا منه و بفحواها يستدل على التلقيق بل و على الخنثى فليتأمل و لم ينص على الخنثى سوى المصنف فى التذكرة و الشهيد الثانى فى الروضة و المسالك

(قوله) (و صرف المال إلى وجوه الخيرات ليس بتبذير)

ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين الإفراط فى ذلك و عدمه و لا بين كون ذلك لاثقا بحاله أو لا و هو ظاهر مجمع البرهان و قد يلوح ذلك مما حكى عن مجمع البيان و فى (المسالك) أنه المشهور و قد استدلل عليه بأنه لا سرف فى الخير كما لا خير فى السرف و هو ليس بحديث و إنما حكى أن رجلا تصدق كثيرا فقال له رجل لا خير فى السرف فأجابه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥٣

.....

لا سرف فى الخير و بأن أمير المؤمنين تصدق بالأقراص كما هو مشهور فنزلت فيه سورة هل أتى (و أجيب) بأن ذلك من خواصهم و لا يثق بحالهم لعظمة كمالهم لكن قال فى (مجمع البيان) إن ذلك ليس مخصوصا بهم صلوات الله عليهم بل كل مؤمن يفعل ذلك ينال ذلك (و بقوله) صلى الله عليه و آله و سلم لعلى عليه السلام و أما الصدقة فجهدك و بالأخبار الدالة على الترغيب و التهيب على تركه و هى لا تدل على ذلك و قال فى (المسالك) و من المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة و بعض الأئمة صلوات

الله عليهم كالحسن عليه السلام من أموالهم في الخير لكنه قال إلا أن يمنع أن ذلك لا يليق بحالهم (قلت) على أن المروى عن الحسن عليه السلام إنما هو أنه قاسم ربه ماله حتى النعل لا أنه خرج منه كمالاً (و الحاصل) أن جميع ما يمكن أن يستدل به في هذا المقام قابل للحمل على عدم التصديق بجميع المال إلا ما ورد عن آية الله الكبرى فإنه لا يقدر عليه إلا هو عليه السلام و من كان في عيلته لمكان بركنه على أن في رواية القمي أنه عليه السلام أعطى ثلث العصيده للمسكين ثم جاء اليتيم فأعطاه الثلث ثم جاء الأسير فأعطاه الثلث الباقي و قال في (التذكرة) لو بلغ و صرف أمواله في وجوه الخير كالصدقات و فك الرقاب و بناء المساجد و أشباه ذلك مما لا يليق بحاله كالتاجر و شبهه فهو تذيير و هو معنى قوله في التحرير صرف أكثر المال في صنوف الخير مع قناعته بالباقي ليس بتذيير و معنى قوله في الإرشاد و صرف المال في صنوف الخير ليس بتذيير مع بلوغه في الخير إذ معناه أن صرف المال في الخير ليس بتذيير بشرط بلوغ المال ذلك بمعنى كون ذلك فاضلاً عما يحتاج إليه و كونه لائقاً بحاله و لا تصغ إلى ما ذكر في معناه غير هذا و هو خيرة المقداد و صاحب الكفاية و لم يرجح المحقق الثاني و الشهيد الثاني و كان الثاني مال إليه و قد استدل عليه في (التذكرة) بقوله تعالى (وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ) و هو مطلق فيتناول محل النزاع و لكنه لا يدل على مطلوبه لأن الحكم بكونه تذييراً يقتضى فساد التصرف و النهي هنا لا يقتضيه فليتأمل جيداً إذ قد يقال إن النهي للتحريم و المستفاد من كلام هؤلاء أن المدار على ما هو اللائق بحاله و غيره و الأولى الاستدلال عليه بالآيات و الأخبار و قد تضمن بعضها الدلالة على المطلوب مع استلزامه رد الخصم و بعضها على رد الخصم مع استلزامه المطلوب قال الله سبحانه و تعالى (يَسْئَلُونَكَ مَاذَاذَا ذُو الْقُرْآنِ يُفْقُونَ قَوْلَ الْعَفْوِ) فعن الصادق عليه السلام أن العفو هو الوسط من غير إسراف و لا إقتان و عن الباقر عليه السلام ما فضل عن قوت السنة و عن ابن عباس ما فضل عن الأهل و العيال أو الفضل عن الغنى و روى أنه صلى الله عليه و آله و سلم قال لمن أتاه بيضة من ذهب أصابها في بعض الغزوات يجيء أحدكم بماله كله يتصدق به و يجلس يتكفف الناس إنما الصدقة عن ظهر غنى و الظهر قد يرد في مثل هذا إشباعاً للكلام و تمكيناً كأن صدقته مستنده إلى ظهر قوى من المال فكأنه قال إذا أعطيتها كانت عن استغناء منك و كانت عفواً فضلاً (فضل خ ل) عن غنى و مثله خير الصدقة ما أبت غنى و قد يكون المراد بظهر الغنى كظهر الغيب و ظهر القلب و حق اليقين (و قد روى) في الكافي و تفسير العياشي على ما حكى عن أبي عبد الله عليه السلام لو أن رجلاً أنفق ما في يده في سبيل الله ما كان أحسن و لا وفق للخير أ ليس الله تبارك و تعالى يقول و لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ و أَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ) و في صحيحه عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في تفسير قوله تعالى (وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا و لَمْ يَقْتُرُوا و كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا) فبسط كفه و فرق أصابعه و حناها (و حثاها شيء خ ل) شيئاً فشيئاً و عن قوله و لا تبسطها كل البسط فبسط راحته و قال هكذا و قال القوام ما يخرج من بين الأصابع و يبقى في الراحة منه شيء

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥٤

و صرفه إلى الأغذية النفيسة التي لا تليق بحاله تذيير (١)

(و عن الصادق عليه السلام) أنه تلا هذه الآية فأخذ قبضه من حصي و قبضها بيده فقال هذا الإقتار الذي ذكره الله في كتابه ثم قبض قبضه أخرى فأرخى كفه كلها ثم قال هذا الإسراف ثم قبض أخرى فأرخى بعضها و أمسك بعضها و قال و هذا القوام (و في صحيحه) الوليد بن صبيح قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاء سائل و أعطاه ثم جاء آخر فأعطاه ثم جاء آخر فقال يوسع الله عليك ثم قال إن رجلاً لو كان ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهم ثم شاء أن لا يبقى منها إلا وضعها في حق فيبقى لا مال له فيكون من الثلاثة الذين يرد دعاؤهم (قلت) من هم قال أحدهم رجل كان له مال فأنفقه في وجهه ثم قال يا رب ارزقني فيقال له ألم أرزقك و روى ابن أبي نصر في الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن قول الله عز و جل (وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ و لَا تُسْرِفُوا) قال كان أبي يقول من الإسراف في الحصاد و الجذاذ أن يتصدق بكفيه جميعاً و كان أبي إذا حضر شيئاً من هذا فرأى أحداً من غلمان يتصدق

بكفيه صاح به أعط بيد واحده القبضة بعد القبضة والضغث بعد الضغث من السنبل وفي الحسن عن ابن ابي عمير عن هشام بن المثنى قال سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ قَالَ كَانَ فُلَانُ ابْنِ فُلَانٍ الْأَنْصَارِيِّ سَمَاهُ وَكَانَ لَهُ حَرْثٌ وَكَانَ إِذَا أَخَذَهُ (أَجْزَهُ خ ل) يَتَصَدَّقُ بِهِ وَيَبْقَى هُوَ وَعِيَالُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ فَجَعَلَ اللَّهُ ذَلِكَ سِرْفًا وَرَوَى فِي (الكَافِي) عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي بَابِ دُخُولِ الصُّوفِيَّةِ عَلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَإِنْكَارِهِ عَلَيْهِمْ فِيمَا يَأْمُرُونَ النَّاسَ بِهِ مِنْ خُرُوجِ الْإِنْسَانِ مِنْ مَالِهِ بِالصَّدَقَةِ عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ هَذَا (وَفِي حَسَنَةٍ) شَهَابُ بْنُ عَبْدِ رَبِّهِ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَيْسَ فِي الطَّعَامِ سِرْفٌ وَفِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ أَنَّ السِّرْفَ أَنْ تَجْعَلَ ثَوْبَ صَوْنِكَ ثَوْبَ بَدَلْتِكَ وَفِي بَعْضِهَا أَنَّ السِّرْفَ أَمْرٌ يَبْغِضُهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ حَتَّى طَرَحَكَ النَّوَاءُ فَإِنَّهَا تَصْلُحُ لَشَيْءٍ وَحَتَّى فَضَلَ شَرَابُكَ (وَفِي رِوَايَةٍ) إِسْحَاقُ لَيْسَ فِيمَا أَصْلَحَ الْبَدَنَ إِسْرَافًا وَفِيهَا إِنَّمَا الْإِسْرَافُ فِيمَا أَفْسَدَ الْمَالُ وَأَضْرَبَ الْبَدَنَ قِيلَ وَمَا الْإِقْتَارُ قَالَ أَكَلَ الْخَبْزَ وَالْمَلْحَ وَأَنْتَ تَقْدِرُ عَلَى غَيْرِهِ قِيلَ فَمَا الْقَصْدُ قَالَ الْخَبْزُ وَاللَّحْمُ وَاللَّبَنُ وَالْخَلُّ وَالسَّمْنُ مَرَّةً هَذَا وَمَرَّةً هَذَا وَنَحْوَهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى لِإِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ عَنِ رَجُلٍ وَنَحْوَهُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ تَغْلِبَ (قَوْلُهُ) (وَصَرَفَهُ إِلَى الْأَغْذِيَةِ النَّفِيسَةِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ تَبْذِيرًا)

هذا مما لا خلاف فيه عندنا كما في مجمع البرهان لصدق الإسراف والتبذير المنهى عنه (وقال) أكثر الشافعية لا يكون تبذيرا لأن الغاية في تملك المال الانتفاع به والالتذاد وكذا قالوا إن شراء الثياب الفاخرة وإن لم تكن لائقه «١» وبالجملة حصر أكثرهم التبذير في التضييعات كالرمي في البحر واحتمال الغبن الفاحش وشبهه وفي الإنفاق في المحرمات والمراد بالحال قلة المال وكثرته فلو كان معه مال كثير وغير عاداته في المأكل والملبوس والمركوب لم يحجر عليه ومن التبذير الحرام عند علماء الإسلام صرف المال وإن كان قليلا في الرياء نصوا على ذلك في تفسير الآية الشريفة وفي (مجمع البرهان) أنه مما لا شك فيه وقد حكى في التذكرة الإجماع وظاهره

(١) كذا في النسخ والعبارة ناقصة ولعل صوابها كذا قالوا في شراء إلى آخره أو صوابها وإن لم تكن لائقه ليس بتبذير انتهى (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥٥

وولى الطفل أبوه أو جده لأبيه وإن علا ويشتركان في الولاية فإن فقدا فالوصى فإن فقد فالحاكم ولا ولاية للأب ولا لغيرها من الإخوة والأعمام وغيرهم عدا من ذكرنا (١)

إجماع الأمة على أن صرف المال في المحرمات سفه وتبذير وقد سمي الله سبحانه وتعالى المرءين كافرين قال سبحانه وتعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صِدْقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَى كَالَّذِي يُنْفِقُ مَالَهُ رِثَاءَ النَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَمَثَلُهُ كَمَثَلِ صَيِّفٍ إِذَا عَلِيَهُ تَرَابٌ فَأَصَابَهُ وَابِلٌ فَتَرَكَهُ صَلْدًا لَا يَقْدِرُونَ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا كَسَبُوا وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ) قالوا ولذا ورد عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال الشرك في أمتي أخفى من النملة السوداء في الليلة الظلماء وقال صلى الله عليه وآله وسلم إن أخوف ما أخاف عليكم من الشرك الأصغر قيل وما الشرك الأصغر قال الرياء يقول الله تعالى لهم يوم يجازى العباد اذهبوا إلى الذين كنتم تراءونهم في الدنيا هل تجدون عندهم جزاء وعنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه يقال للمرائي في الإنفاق ما فعلت فيما آتيتك فيقول كنت أصل الرحم وأتصدق فيقول الله له كذبت وتقول الملائكة كذبت ويقول الله بل أردت أن يقال فلان جواد فقد قيل لك فقد عمت البلوى والبليّة لأنه يلزم عدم جواز معاملته هؤلاء وعدم جواز الأكل من هذا المال لأن باذله سفيه ولا أظن أن أحدا يخلو من ذلك من أصحاب الأموال فضلا عن الحكام والظلمة وأنت إن لم تعاملهم لا بد وأن تعامل من يعاملهم ولعلمهم في مثل ذلك يبنون على أصل صحة فعل المسلم وأنه لا يفعل حراما وإنما قصد قصدا سائغا أو يخصصون ذلك بما إذا لم يكن له غرض صحيح في نظر أهل

الدنيا فليتأمل أو يقولون إن الرياء محله العبادات كما يشعر به مقابلته بالإخلاص وغير ذلك فلا يضر فى غيرها (و فيه) أنه لم يثبت فيه حقيقة شرعية و الذى نص عليه أهل اللغة أنه مأخوذ من أرى فأصله إراءء و هو ما فعله ليرى كما أن السمع ما فعل ليسمع كما فى القاموس وغيره و هو ظاهر الكتاب المجيد حيث قال جل شأنه كَالَّذِي يُنْفِقُ مَالَهُ رِثَاءَ النَّاسِ و لم يقل كمثل الذى يتصدق مع أن صدر الآية فى التصدق (و فى الخبر) من بنى بناء رياء و سمع طوقه الله الحديث و هو ظاهر إطلاقات القوم و أخبارهم و صريح مجمع البرهان و عد فى المفاتيح من المعاصى المنصوص عليها البناء رياء و سمع (و فى النبوى) المروى فى كتبنا المفتى به الوليمة أول يوم حق و الثانى معروف و ما زاد رياء و سمع و نحوه فى ذلك كله النهى عن النكاح للرياء و السمع و فى (قواعد الشهيد) أنه يجرى فى الجهاد و الغزو و ليس عبادة إجماعا و كذا الأذنان و لا ينافى ذلك قوله فى قواعده أيضا فى بيان الإخلاص فى العبادة و يتحقق الرياء بقصد مدح المرائى أو الانتفاع به أو دفع ضرره و الكلام فى المقام طويل الأذنان و فيما ذكرناه بلاغ و قد عقد له بابا فى الكافى سرد فيه أخبارا مطلقه و التخصيص يحتاج إلى دليل فليكن الرياء مطلقا كالعجب و الظلم و الكبر و نحو ذلك و الكلام فيما يقع على نحوين أو أنحاء أحدها الرياء و لا يشترط فى النحو الآخر أو الأنحاء الأخر أن يكون عبادة بل يكفى فى إباحته و عدم حرمة أن لا يكون رياء و إن خلا عن نية أخرى فليلحظ ذلك و ليتدبر فيه

(قوله) (و ولى الطفل أبوه و جده لأبيه و إن علا و يشتركان فى الولاية فإن فقدا فالوصى فإن فقد فالحاكم و لا ولاية للأُم و لا لغيرها من الإخوة و الأعمام و غيرهم عدا من ذكرنا)

تنقيح البحث فى المقام أن يقال هنا طفل و مجنون و سفیه و مفلس و قد نص فى المبسوط و الشرائع و النافع و التذكرة و التبصرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها أن الولاية فى مال الطفل و المجنون

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥٦

.....

لأبيه و جده لأبيه و إن علا و قد حكى عليه الإجماع فى التذكرة و نفى الخلاف عنه فى المسالك و الكفاية و فى (مجمع البرهان) كأن عليه إجماع الأمة مضافا إلى النصوص المستفيضة بل المتواترة كما قيل الواردة فى التزويج الصريحة فى ثبوت ولايتهما عليهما فيه المستدل بها بالفحوى و الأولوية فى المسألة مضافا إلى خصوص النصوص المستفيضة الواردة فى بحث أموال اليتامى و الوصية و غيرها من المباحث الكثيرة كما فى الرياض و قد أطلق المجنون فيما عدا جامع المقاصد و مجمع البرهان من غير فرق بين من اتصل جنونه بصغره أو تجدد له ذلك بعد بلوغه و رشده التفاتا إلى ثبوته فى بحث التزويج على المشهور كما فى إيضاح النافع مع ظهور الإجماع من التذكرة ثم المستلزم لثبوت الحكم هنا بالأولوية لكن هذا الإجماع من التذكرة مستفاد من إطلاق ضعيف ليس بتلك المكانة من التعويل عليه على أنه قد نص فيها بعد ذلك بست قوائم فى السبب الرابع على أن الولاية حينئذ للحاكم و السلطان و ظاهره الإجماع لكنه أيضا ليس بتلك المثابة من الظهور لأنه قال ليس عندنا للسلطان ولاية فى التزويج على الكبار و لا على الصغار بل على المجانين و السفهاء و ستسمع تمام الكلام فى السفیه ثم إن الشهرة محكية على ذلك أى على أن الولاية للحاكم فى التزويج على من بلغ و رشد ثم تجدد جنونه و قد يشهد على صحة الشهرة الأولى إطلاق الجميع هنا إلا ما قل و إطلاق الأكثر فى باب النكاح فتأمل و قال فى (جامع المقاصد) إن المجنون إن بلغ فاسد العقل فالولاية للأب و الجد أما إذا كمل بالغا ثم تجدد جنونه فالذى يقتضيه صحيح النظر أن الولاية عليه للحاكم و مثله ما فى مجمع البرهان و ما فى نكاح المسالك و ظاهر مجمع البرهان فى مقام آخر أنه لا خلاف و لا نزاع فى أن أمره إلى الحاكم و قال أيضا فى مقام آخر لا دليل على ثبوتها لهما فتكون للحاكم كسائر الولايات و لا يساويه أحد فى العلم و الديانة و لأن العلماء ورثة الأنبياء و أنهم بمنزلة أنبياء بنى إسرائيل و لا شك فى ثبوت ذلك للأنبياء فيكون للعلماء أيضا و لأن

الفقيه نائب الأصل بمقتضى بعض الأخبار المؤيدة بالشهرة و نقل الإجماع (و قد يوجه) الأول بأن ولايتهما ذاتية منوطه بإشفاقهما و تضررهما بما يتضرر به الولد فكانت أولى من ولاية الحاكم و هما من جهة الأصول أيضا متساويان إذ كما يقال قد زالت ولايتهما و الأصل بقاء انقطاعها يعارض بمثله فى ولاية الحاكم و إذا كان كذلك فلا بد لهذا من ولى و هو دائر بين أبيه و الحاكم و لا ريب أن الحاكم أولى لما ذكرنا أولا و لا سيما إذا كان أبوه غير عدل و لأن ولايته عامة و ولاية الأب حينئذ تحتاج إلى الدليل مضافا إلى ما ستسمع فى السفيه بل لو لا الإجماع المنقول على ثبوت ولايتهما فى التزويج و البيع و سائر التصرفات على البالغ المتصل جنونه بالصغر لأمكن القول بثبوت ولاية الحاكم عليه أيضا و هذا الإجماع و نفى الخلاف حكى فى جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و غيرها و الأحوط موافقة الحاكم للأب و موافقة للحاكم و أما اشتراك الأب و الجد فى الولاية فظاهر نكاح المسالك الإجماع عليه و قد نص على الحكم فى المقام المحقق و المصنف فى غير الكتاب أيضا و الشهيدان و غيرهم بمعنى نفوذ تصرف أحدهما مع فقد تصرف الآخر أو الموافقة و عدم المعارضة و سبق تصرف المتصرف منهما من غير علم الآخر أو مع علمه حتى لو كان السابق الأب و قد علم أن الجد مخالف له و قصد سبقه بالعقد أو التصرف فقد ترك الأولى و صح عقده و تصرفه و فى (التذكرة) إذا كانا موجودين اشتركا فى الولاية و كان حكم الجد أولى و لعله يريد إذا اقترنا لأنه قد قيل حينئذ بتقديم الأب و قيل بتقديم الجد و قيل بالطلاق و أوسطها الوسط للنصوص المستفيضة الدالة على ذلك فى التزويج بل و الإجماعات المحكية و فى (تعليق الإرشاد) هل تكون ولاية الجد أولى (أقوى خ ل) حتى لو باعا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥٧

.....

معا يقدم بيع الجد لا- أعلم تصريحاً بذلك لكن كلامهم فى باب الأنكحة يقتضيه و لعله يريد أنه يقتضيه بالفحوى و الأولوية و المخالف فى ذلك المصنف فى وصايا التذكرة قال على ما حكى أن ولاية الأب مقدمه على ولاية الجد و الشهيد الثانى فى وصايا المسالك قال و فى تعدى الحكم إلى أب الجد و جد الجد و إن علا مع الأب أو مع من هو أدنى منه حتى يكون أب الجد أولى من الجد و جد الجد أولى من الجد وجهان من زيادة البعد و وجود العلة و قد يقال بتقديم الجد و إن علا على الأب فإن الجد و إن علا يشمل اسم الجد لأنه مقول على الأعلى و الأدنى بالتواطؤ و يبقى الكلام فى إقامة الجد مع أبيه مقام الأب مع الجد فلعل الأقوى عدم إقامته لفقد النص الموجب له مع اشتراكهما فى الولاية فإن الجد لا يصدق عليه اسم الأب إلا مجازا فلا يتناوله و من جعله أبا حقيقة كما ذهب إليه جمع من أصحابنا يلزمه تعدى الحكم و ليس بذلك البعيد كما اخترناه فى حواشينا على الروضة فعلى الأول يبطل العقد و التصرف لاستحالة الترجيح بغير مرجح أو اجتماع الضدين و على الثانى يقدم عقد الأولى (الأعلى خ ل) و فى (جامع المقاصد) هل يكون للجد الأعلى مع الجد الأدنى ولاية فيه نظر هذا و فى (مجمع البرهان و الكفاية) أن أكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة فى الأب و الجد و الأصل يقتضى عدم الاشتراط (قلت) قد تردد المصنف فى ذلك فى وصايا الكتاب و فى (الوسيلة) اشتراطها فيه و فى (الإيضاح) أن الأصح أنه لا ولاية للأب أو الجد ما دام فاسقا لأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يعرب عن حاله و يستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أمينا تقبل إقراراته و إخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه (قلت) قد حكى فى نكاح التذكرة الإجماع على ولاية الفاسق فى النكاح و قد يشهد هذا على خلاف ما فى الإيضاح فتأمل و فى (جامع المقاصد) أن الذى يقتضيه النظر أن ولايته ثابتة بمقتضى النص و الإجماع و اشتراط العدالة فيه لا دليل عليه و المحذور يندفع بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولاية عزله و منعه من التصرف فى ماله و إثبات اليد عليه و إن ظهر خلافه فولايته ثابتة و إن لم يعلم حاله استعمله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله و أما أنهما إن فقدوا فالولاية للوصى لأحدهما فإن فقد الوصى فالحاكم فلا خلاف فى ذلك ولاية و ترتيبا و لا فى كون المراد بالحاكم حيث يطلق من يعم الفقيه المأمون

الجامع لشرائط الفتوى و يستفاد من بعض الأخبار ثبوت الولاية للحاكم مع فقد الوصى و للمؤمنين مع فقدته و فى (الحدائق) نسبتة إلى الأصحاب و فى (مجمع البرهان) الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه و أمانته بعد تعذر ذلك كله و يدل عليه قوله تعالى (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) و حكاية فعل الخضر عليه السلام و الخبر الصحيح يدل على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصى من غير قيد تعذر الحاكم و لا شك أنه أولى مع إمكانه و إلا فالظاهر أن له ذلك كما فى مال ولده و لا يبعد ذلك فى المجنون و السفيه أيضا على تقدير ثبوت حجه لعدم الفرق و للضرورة و لحكاية الخضر عليه السلام و فهم أن العلة فى مال اليتيم هى الحسنى و لقوله تعالى (وَأَعْلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) و أراد بالخبر الصحيح ما رواه محمد بن إسماعيل بن بزيع قال إن رجلا من أصحابنا مات و لم يوصى فرفع أمره إلى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد ابن سالم القيم بماله و كان رجلا خلف ورثة صغارا و متاعا فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه فى بيعهن و لم يكن الميت صير إليه و كان قيامه بأمر القاضى لأنه فروج فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام فقلت جعلت فداك يموت الرجل من أصحابنا فلا يوصى إلى أحد و خلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا لبيعهن أو قال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥٨

.....

يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى فى ذلك فقال إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد ابن سالم فلا بأس و فى رواية سماعة قال سألته عن رجل مات و له بنون صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك و عقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث فقال إن قام رجل ثقة فقا ستم ذلك فلا بأس و مثله صحيحة ابن رثاب و لم نجد خلافا إلا من ابن إدريس فإنه قال لا يجوز لمن ليس بفقير تولى ذلك بحال و قد يظهر ذلك من المفيد و التقى حيث لم يذكر إلا السلطان و الفقيه و أما أنه لا ولاية للأُم و لا لغيرها من الإخوة و الأعمام و غيرهم فهو مما لا خلاف فيه و فى (التذكرة) الإجماع على أنه لا ولاية للأُم و فى (مجمع البرهان) أنه إجماع الأمة و الظاهر كما صرح به المصنف فى التذكرة و جماعة أن وصى الأب لا ولاية له مع الجد لأن ولايته شرعية و ولاية الوصى جعلية (و أما السفيه) فقد قال المصنف فيما يأتى الولاية فى ماله للحاكم خاصة و أطلق من غير فرق بين من تجدد السفه عليه بعد بلوغه رشيدا أو بلغ سفيها و نحوه فى ذلك المبسوط و الشرائع و الإرشاد و التبصرة و التحرير و غيرها و بذلك الإطلاق صرح فى حجر التذكرة فى أول كلامه و هذا الإطلاق ذكره فى باب النكاح أيضا قال فى (الشرائع) و تثبت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله يعنى بالسفه و لم يقيد الأول بفقد الأب و الجد و فى (المسالك) أن إطلاق الشرائع فى الحجر يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد و من بلغ سفيها و أنه أشهر القولين قال و وجهه على ما اختاره يعنى المحقق من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم و دفعه ظاهر لكونه «١» النظر حينئذ إليه انتهى و يأتى بيان الحال فيه و فى (المفاتيح) أيضا أنه أشهر حكى ذلك فى الباب الخامس فى التصرف بالنيابة و فى (اللمعة) و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان) أنه إن بلغ سفيها فالولاية فيه للأب و الجد ثم لو وصى أحدهما و إن بلغ رشيدا ثم تجدد سفهه فالولاية عليه للحاكم و قد نفى عنه البأس فى التذكرة فى آخر كلامه و حكاة الشهيد عن ابن المتوج و قد صرح بذلك الشهيدان أيضا فى باب النكاح و لم يذكر السفيه فى النافع فى المقام و لعله لأن حاله عنده كالمجنون بالنسبة إلى المال فاكتفى عنه ببيان ولى المجنون (قلت) أما كون الولاية عليه للحاكم إذا بلغ رشيدا ثم تجدد سفهه فمما تسالم عليه المطلقون و المفصلون و قد حكى فى الكفاية فى مقام آخر و المفاتيح و نكاح الرياض قول بأن ولاية الأب و الجد تعود بعد زوالها و هذا القول لم يحكه غير هؤلاء بل فى حجر الرياض أن ظاهر المسالك و الروضة و غيرهما عدم الخلاف فى أن الولاية للحاكم دونهما و هو كذلك و من الغريب أنه بعد ذلك قال لا يخلو هذا القول من قوة التفاتا إلى ثبوتها فى بحث التزويج على الأقوى مضافا إلى ظهور الإجماع من التذكرة و قد عرفت أن إجماع التذكرة مستفاد من إطلاق ضعيف

معارض بمثلها فيها مضافا إلى أنه في المجنون لا في السفية و ثبوتها لهما فيه في التزويج في محل المنع أو التأمل إن صريح التذكرة الإجماع على ثبوت ولاية الحاكم على الإطلاق قال ليس له ولاية على الصغيرين و لا على من بلغ رشيدا و إنما تثبت ولايته على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله إذا كان النكاح صلاحا له لأصالة انتفاء الولاية و أما ثبوت ولايته على من ذكرنا فلأنه وليه إجماعا فيكون وليه في النكاح (و أما) أن الولاية عليه للأب أو الجد ثم لوصى أحدهما إذا بلغ سفيها ففى (مجمع البرهان) فى باب البيع أنه مما لا خلاف فيه و لا نزاع فيه و قد سمعت ما حكاه عن الأكثر فى المسالك و المفاتيح

(١) كذا فى النسخ و الظاهر لكون (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٥٩

.....

و ما حكينا عن التذكرة و فى (نكاح المفاتيح) أنه لا خلاف فى ثبوت الولاية لهما على السفية و المجنون مع اتصال السفه و الجنون بالصغر و حمل هذا على خصوص النكاح دون المال كما ربما يتوهم من ذكر ذلك فى باب النكاح حتى يرتفع التناقض يرد ما يفهم من التذكرة و المسالك من أنه لا فرق فى هذا الخلاف بين المال و النكاح قال فى (نكاح المسالك) و أما ثبوت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله فعلموه بأنه وليه فى المال فيكون وليه فى النكاح و له تصريح آخر بذلك فى آخر كلامه فى هذه المسألة و المفهوم من كلام بعض الأصحاب فى باب النكاح أن هذا الخلاف المنفى أو الإجماع المحكى إنما هو فى المجنون خاصة بمعنى أنه إن بلغ مجنونا فإن ولايته للأب و الجد بلا خلاف و هو كذلك لأن هذا الإجماع إنما ادعى فى المجنون و تراهم يحكون الخلاف فى السفية لكنك قد سمعت ما فى التذكرة فى موضعين و بذلك كله يظهر ما فى الرياض هنا و فى باب النكاح حيث قال و تثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه أو جنون إجماعا فيما إذا اتصل الفساد بالصغر لأنه مخالف لما فى موضعين من التذكرة و لما حكى من كلام بعض الأصحاب و لما حكى عن الأكثر و كيف كان فقول مولانا الصادق عليه السلام فى خبر هشام ابن سالم فإذا احتلم و لم يؤنس منه رشدا و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه و ليه يدل على ثبوت ولاية الأب أو الجد فى صورة اتصال السفه بالبلوغ و هو الظاهر من قوله فَإِنْ آتَشْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَإِنْ مَفُوهَ مَعْ عَدَمِ إِيْنِاسِ الرُّشْدِ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ وَ الْخُطَابُ لِلْأَوْلِيَاءِ حَالِ الصَّغْرِ وَ هُمُ الْأَبُ وَ الْجَدُ وَ مِنْ تَفَرَّعَ عَلَيْهِمَا بِلَا خِلَافٍ (و أما القائلون) بأن ولاية السفية للحاكم سواء تجدد سفهه بعد البلوغ رشيدا أو بلغ سفيها فقد قال فى المسالك كما أسمعناكه أن وجهه ظاهر على تقدير القول بتوقف الحجر بالسفه و رفعه على حكم الحاكم لكون النظر حينئذ إليه و كأنه أخذه ذلك من التذكرة حيث قال الولاية فى مال السفية للحاكم سواء تجدد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ سفيها لأن الحجر يفتقر إلى حكم الحاكم و زواله أيضا يفتقر إليه فكان النظر فى ماله إليه و فى كلامهما نظر من وجهين (الأول) أنه قد قال فى التذكرة إذا بلغ الصبى لم يدفع إليه ماله إلا بعد العلم برشده و يستديم التصرف فى ماله من كان متصرفا فيه قبل بلوغه أبا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم فإن عرف رشده انفك الحجر عنه و دفع إليه المال و هل يكفى العلم بالبلوغ و الرشد فى فك الحجر أم يفتقر إلى حكم الحاكم و فك القاضى الأقرب الأول لقوله جل شأنه فَإِنْ آتَشْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا وَ لَزُوالِ الْمَقْتَضَى لِلْحَجَرِ كَالْمَجْنُونِ وَ لِأَنَّهُ لَوْ تَوَقَّفَ عَلَى ذَلِكَ لَطَلَّبَ النَّاسُ عِنْدَ بُلُوغِهِمْ فَكَّ الْحَجَرِ عَنْهُمْ مِنْ الْحَاكِمِ وَ لَكَانَ عِنْدَهُمْ مِنْ أَهْمِ الْأَشْيَاءِ إِلَى آخِرِهِ وَ هَذَا ظَاهِرٌ أَوْ نَصٌّ فِي اسْتِمْرَارِ الْوَلَايَةِ الْوَالِدِ وَ الْجَدِّ عَلَى مَنْ بَلَغَ سَفِيهَا مَعَ أَنَّ مَذْهَبَهُ كَمَا سَمِعْتَهُ تَوَقَّفَ الْحَجَرُ وَ زَوَالُهُ عَلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ وَ مَا ذَاكَ إِلَّا مِنْ حَيْثُ تَخْصِيصُهُمُ الْقَوْلَ بِالتَّوَقُّفِ عَلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ بِصُورَةٍ تَجَدَّدَ السَّفْهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَ أَنَّهُ لَا- نِزَاعَ فِي عَدَمِ تَوَقُّفِ حَجَرِ السَّفِيهِ عَلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ إِذَا كَانَ السَّفْهُ مُتَّصِلًا بِالْبُلُوغِ وَ يَأْتِي فِي بَابِ السَّفِيهِ نَقْلَ الْإِجْمَاعَاتِ عَلَى ذَلِكَ وَ حَيْثُ فَتَرِيَعَ الْوَلَايَةَ الْحَاكِمِ فِي صُورَةِ اتِّصَالِ السَّفْهِ بِالْبُلُوغِ عَلَى الْقَوْلِ بِتَوَقُّفِ الْحَجَرِ وَ زَوَالِهِ عَلَى حُكْمِ

الحاكم كما ذكره غير سديد و ينقدح من هذا أنه لا ينبغى النظر إلى الدليل فإنه قد يرجح الحكم عند الفقيه لأمر و يستدل عليه بدليل غير صحيح كما يظهر ذلك لمن تتبع الخلاف و المختلف و المنتهى و غيرها ألا تراه فى التذكرة كيف قال بعد استدلاله و قوله فكان النظر فى ماله إليه ما نصه (و قال) أحمد إن بلغ الصبى سفيها كانت الولاية للأب و الجد أو الوصى لهما مع عدمهما و إلا فالحاكم و لا بأس به كما حكيناه عنه آنفاً فإن هذا يدل على عدم تمام دليله

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦٠

و إنما يتصرف الولي بالغبطة (١) فلو اشترى لا- مع الغبطة لم يصح و يكون الملك باقيا للبائع (٢) و الوجه أن له استيفاء القصاص و العفو على مال لا مطلقا (٣)

السابق و عدم صحة الدعوى فينبغى تأويل دليله الأول إن أمكن و إلا فهو رجوع كما هو الظاهر هنا و أما قوله فى التذكرة الأقرب الأول فالظاهر أنه لمكان خلاف بعض الشافعية (النظر الثانى) أنا إن سلمنا توقف حجر السفيه و زواله على حكم الحاكم فإننا نمنع الملازمة إذ لا يستلزم ذلك كون الولاية له لجواز أن لا يثبت و لا يزول إلا بحكمه مع كون الولاية و التصرف للأب و الجد و إنما التوقف لعدم معرفته و قصر نظره بخلاف الحاكم فإنه المجتهد الجامع للشرائط القائم مقام صاحب عجل الله فرجه و أما المفلس فلا خلاف و لا نزاع أصلا فى كون الولاية فى ماله للحاكم خاصة كما طفحت به عباراتهم و أفصحت به كلماتهم فى باب و غير باب من غير تأمل و لا حكاية خلاف

(قوله) (و إنما يتصرف الولي بالغبطة)

قال فى (التذكرة) الضابط فى تصرف المتولى لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطة و كون التصرف على وجه النظر و المصلحة و ظاهره أنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين و أنه لا فرق فى ذلك بين الأب و الجد و الوصى و الحاكم و أمينه و قد تقدم لنا فى باب الرهن نقل كلام الأصحاب فى إقراض الولي لماله و اقتراضه و نقل الأدلة على ذلك مع تمام الاستيفاء و يأتى فى مطاوى المقام تمام الكلام

(قوله) (فلو اشترى لا مع الغبطة لم يصح و يكون الملك باقيا للبائع)

و يكون الثمن باقيا أيضا على مال المولى عليه و نمائه له

(قوله) (و الوجه أن له استيفاء القصاص و العفو على مال لا مطلقا)

القول بأن له استيفاء القصاص خيرة حجر التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و قصاص الإرشاد و الإيضاح و حواشى الكتاب و المسالك و الروضة و المفاتيح و فى (قصاص الكتاب و التحرير) لو قيل به كان حسنا (قلت) وجهه تسلطه على استيفاء حقوقه مع المصلحة و لما فى التأخير من التعريض للضياع و المحقق فى الشرائع استشكل و لم يرجح الشهيد فى غاية المراد و المقدس الأردبيلي فى مجمع البرهان و قال الشيخ فى (الخلاف و المبسوط) ليس له استيفاء القصاص و هو خيرة الشهيد فى قصاص للمعة و فى الأول الإجماع عليه و هو أى الإجماع ظاهر الثانى و نص فى المبسوط على أنه يحبس حتى يبلغ الصبى أو يفيق المجنون أو يموت فيقوم وارثه مقامه و لا فرق فى ذلك بين الطرف و النفس و وافقه عليه الشهيد فى للمعة لأن فيه منفعة للقاتل بالعيش و لهذا بالاستيثاق و الواجب على الحاكم حفظ الحقوق و لا- يتم هنا إلا- بالحبس و ما لا- يتم الواجب إلا به فهو واجب و فى (قصاص الشرائع) أنه أى الحبس أشد إشكالا و منع منه فى المسالك و تبعه الكاشانى و فى (غاية المراد) أن تجوز العفو على مال ثم تجوز القصاص للصغير أقوى إشكالا من التأخير و الحبس و كأن هذه الإشكالات كلها ليست فى محلها و الشيخ استند فيما ذهب إليه إلى أن الاستيفاء تفويت لا يمكن تلافيه و كل تصرف هذا شأنه لا يملكه الولي كالعفو عن القصاص فإنه لا يتم و لا يسقط به القصاص إذا أكمل المولى عليه و إن كان على مال و كذلك الطلاق و العتق بخلاف تصرف يمكن تلافيه فإنه للولي أن يفعله كالنكاح و لذا قال فى المبسوط إن

للولى العفو عن القصاص على مال لأن المولى عليه إذا كمل كان له القصاص و لم يستند إلى أن القصاص للتشفى و هو منتف كما حكاه عنه المصنف فى التذكرة و ولده فى الإيضاح و المحقق الثانى فى جامع المقاصد حتى يجاب بأنه ربما ظهرت علامات موته و أن انتفاء التشفى ليس بظاهر إذا بلغ الطفل و علم بفعل الولى و لعل ذلك هو الذى جرى المتأخرين على مخالفة مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦١

و لا يعتق عنه إلا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز (١) و لا يطلق عنه بعوض و لا غيره (٢)

الشيخ مع دعواه الإجماع على أنه لو كان قد استدل بذلك لم يكن لهم المخالفة مع دعواه الإجماع لأنك قد عرفت أنفا أنه قد يقوى الحكم فى نفس الفقيه لأمر عنده و يستدل عليه بما لا ينهض حجة تقريبا لكنه فى لقطه المبسوط استند إلى التشفى و تصوير المسألة فى طفل قتلت أمه و له أب أو جد عندنا و قد طلقها أبوه عند العامة و تمام الكلام فى باب القصاص و ليعلم أن الشيخ منع من القصاص للإمام فى لقطه المبسوط فيما إذا جنى على طرف اللقيط و كان صغيرا و جزم فى لقطه الإرشاد بجوازه له مع المصلحة و هو الذى قربه المصنف فى لقطه الكتاب و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و نسبه فى المسالك إلى الأكثر و قال فى (الشرائع) لو قيل به كان حسنا و لا ترجيح فى الدروس و أما أنه له العفو على مال فظاهر قصاص المبسوط الإجماع عليه سواء كان الصبى فى كفاية أو فقيرا لا مال له قال له ذلك عندنا لأنه له القصاص إذا بلغ فلا يبطل التشفى الذى استند إليه قوم من العامة فى عدم جواز العفو على مال و هو خيرة التحرير فى باب القصاص و خيرة قصاص الكتاب و الإرشاد و مجمع البرهان بشرط المصلحة لا بدونها و خيرة حجر التذكرة و جامع المقاصد مع الشرط المذكور و احتمال المنع فى التحرير إذا كان ذا كفاية لما فيه من تفويت حقه من غير حاجة و ينبغى معرفه ما إذا أراد بالمصلحة من قيد بها فهل أراد بها أن يكون فقيرا لا كفاية له أو ما هو أعم من ذلك بحسب نظره الظاهر الثانى كما ستسمع و الظاهر أنهم يقولون بأن له القصاص إذا بلغ كما سمعته فى المبسوط (كما ستسمعه عن المبسوط خ ل) و قد جوز فى لقطه التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان للإمام العفو على الدية إذا جنى على اللقيط و نسبه فى المسالك إلى الأكثر و منع من ذلك فى لقطه المبسوط و التذكرة و تمام الكلام فى هذا يأتى فى اللقطه و أما أنه ليس له العفو مطلقا غير مقيد بالمال فهو خيرة قصاص الكتاب و التحرير و ظاهر الإيضاح لانتفاء المصلحة و اختيار فى حجر التذكرة و جامع المقاصد و قصاص الإرشاد و الروض و كذا مجمع البرهان أن له ذلك مع المصلحة و يمكن فرضها بأن يكون الذى يقتص منه ذا جاه و سلطان و يحصل للطفل بسبب العفو عنه مراعاة فى الخراج فلا يأخذ منه شيئا و يتوجه إليه بالتربية و علو المنزلة و لو اقتص منه حصل له منه ضرر فى نفسه أو ماله أو أقاربه أو نحو ذلك مع أنه لا نفع له فى القصاص أصلا و مع العفو عن شىء يسقط ذلك الشىء لا غير كما إذا استحق على شخص واحد قصاص طرف و نفس و فى (التحرير و كشف اللثام) لو كان الأصلح أخذ الدية و بذلها الجانى ففى منع الولى من القصاص إن قلنا بأن له استيفاءه إشكال (قلت) إذا قلنا بأن ذلك لا يسقط قصاصه إذا بلغ فلا إشكال فى منعه و تمام الكلام فى الفصل السابع فى العفو من كتاب القصاص

(قوله) (و لا يعتق عنه إلا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز)

الذى لا ينتفع به فى الاستخدام و غيره و لا يرغب فى شرائه راغب و مثله ما إذا كان له جارية و لها أم و قيمتهما مجتمعين مائة و لو انفردت بنت ساوت مائتين و لا- يمكن إفرازهما بالبيع فلو أعتقت الأم ليكثر ثمن البنت كان جائزا و له أيضا إعتاقه على مال إذا اقتضت المصلحة ذلك كأن تكون قيمة العبد مائة فيعتقه على مائتين أو يكاتبه على ذلك كما قرره فى التذكرة قال و لو لم يكن للطفل حظ لم يصح قطعاً

(قوله) (و لا يطلق عنه بعوض و لا غيره)

إجماعا كما فى جامع المقاصد فى المقام و غيره فى باب الطلاق و لا فرق فى ذلك بين الحاكم و غيره

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦٢

و لا يعفو عن الشفعة إلا لمصلحة (١) و لا يسقط ما لا في ذمة الغير (٢) و له أن يأكل بالمعروف مع فقره و أن يستعفف مع الغنى و الوجه أنه لا يتجاوز أجره المثل (٣)

و يدل عليه الأصل و عموم الإطلاق بيد من أخذ بالساق كما في المستفيضة و خصوص المعترضة المستدل بها في الأب و الجد بالمنطوق و في الحاكم بالأولوية منها الصحيح و غيره هل يجوز طلاق الأب قال لا و الفرق بينه و بين المجنون حيث حكموا بجواز طلاقه عنه أن له مدة يمكن فيها زوال المنع عن الطلاق بخلاف المجنون فتأمل و الأصل فيه استفاضة النصوص المخرجة فيه عن حكم الأصل و إجماع الإيضاح بخلاف الصبي فلا- مخرج عنه فيه فيصح طلاق الولي عن المجنون مطلقا مطبقا كان أو أدواريا خلافا للخلاف و السرائر مدعيا عليه في الخلاف الوفاق مع عموم الخبر المستفيض الطلاق بيد من أخذ بالساق و هو مخصوص بما عرفت و الإجماع معارض بمثله موهون بمصير الأكثر إلى خلافه سلمنا لكنه خبر صحيح لا يعارض الأخبار الصحاح و غيرها مما انجبر بالشهرة (قوله) (و لا يعفو عن الشفعة إلا لمصلحة)

إذا باع شريكه شقفا مشفوعا كان لوليه العفو و الأخذ بحسب المصلحة فإن عفا الولي بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي و أراد الأخذ لم يمكن منه و كذا لو أخذ كذلك ثم بلغ و أراد رده لم يكن له ذلك كما سيأتي في باب الشفعة من دون نقل خلاف و لا إشكال (قوله) (و لا يسقط ما لا في ذمة الغير)

إلا- مع المصلحة كاستكفاف الظالم بإبرائه منه بل له أن يرشيه لمثل ذلك و لتخليص ماله من تعويقه و إطلاق زرعه بل لو طمع في ماله و جب عليه أن يعطيه ما لا يقدر على دفعه عن ماله إلا به فإن كان يقدر على دفعه بدون المدفوع ضمن (قوله) (و له أن يأكل بالمعروف مع فقره و أن يستعفف مع الغناء و الوجه أنه لا يتجاوز أجره المثل)

ولي اليتيم القائم بأمره و جمع أمواله و حفظها إما أن يكون غنيا أو فقيرا فإن كان فقيرا جاز له أن يأخذ إجماعا و في قدره خلاف كما في التذكرة و في (التنقيح) لا خلاف في جواز أخذه شيئا و نفى عنه الريب في الكفاية و الإقتصاد في النافع على الوصي لأنه الغالب و لأن غيره واجب النفقة عليه فتأمل و يأتي في بيان الغنى ما يعرف به وجه التأمل (و أما) إذا كان غنيا فخيرة المبسوط و السرائر و النافع و كشف الرموز و التحرير و اللعة و التنقيح و كثر العرفان و جامع المقاصد في موضعين منه و المسالك و الروضة و المفاتيح و الرياض أنه يجب عليه الاستعفاف و إليه مال في إيضاح النافع لظاهر الأمر به في الآية الشريفة (و في الموتق) تقييد بما إذا كان محتاجا و ليس له ما يقيمه لكن بعض هؤلاء قال إنه يأخذ الأجرة كما ستسمع و حقه أن لا يفرق في جواز الأخذ بين الغنى و الفقير لأن محط نظره هو العمل دون الفقر كما نبه عليه في وصايا جامع المقاصد و صريح التذكرة و ظاهر الوسيلة و الشرائع و الكتاب في موضعين أنه يستحب له التعفف مع الغناء بل هو ظاهر النهاية و المحكى عن أبي علي لقرينة العفة الظاهرة في الجواز و في المسالك له وجه (قلت) كأن هذه القرينة لا تقوى على صرف الأمر عن ظاهره في الآية و كذا الرواية و قد نسب إليهم في التنقيح أنهم يقولون بكراهية الأخذ و لعله لأنه ترك مستحب و فيه نظر و لعل مرادهم بالغنى الغنى الشرعي و هو القادر على قوت سنة له و لعياله الذي هو ضد الفقير الشرعي و يحتمل إرادة الغنى عرفا و هذا فيمن صار المال في يده باختياره أو صار وصيا كذلك و أما من يجعله الحاكم فيمكن أن يكون له أخذ أجره المثل و إن كان غنيا و يجوز للحاكم أن يعين له ذلك إذا لم يوجد المتبرع هذا كله مع نية أخذ العوض بعمله أما لو نوى التبرع لم يكن له أخذ شيء مطلقا قطعا و لو ذهل عن القصد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦٣

فالظاهر جواز الأخذ لأنه مأمور بالعمل من الشارع فيستحق عوضه ما لم يتبرع لأنه عمل محترم فكان كما لو أمره مكلف بعمل له أجره فى العادة فإنه يستحق عليه أجره المثل ما لم ينو التبرع كما ذكره فى باب الإجارة خصوصا إذا قلنا بجواز أخذ قدر الكفاية للإذن فيها من الله سبحانه من غير قيد فيشمل ما إذا نوى العوض أو لم ينو ثم إن ظاهر إطلاق أكثر العبارات عدم الفرق فى جواز الأخذ بين كثرة المال وقلته و هو الموافق لإطلاق الآية و بعض الروايات لكن فى بعض العبارات كعبارة النهاية و الوسيلة و السرائر و غيرها إشعار باشتراط الكثرة و فى الصحيح أو القريب منه فإن كان المال قليلا فلا يأكل شيئا و فى الموثق و إن كانت صنيعتهم لا تشغله عما يعالج لنفسه فلا يبرز أن من أموالهم شيئا إذ ظاهره اشتراط صرف العمل كله فى مال اليتيم و هو يوافق القول بالأخذ قدر الكفاية و لعله بدون ذلك لا يتم فتأمل و ظاهر أكثر العبارات و الروايات تخصيص الحكم بالمتولى لأموال الأيتام و قضيته أنه لو لم يكن يتيم أو كان لكن لا ولاية له عليه بل على الثلث أو قضاء الدين مثلا- أنه لا يستحق شيئا لكن جملة من العبارات كعبارة التذكرة فى باب الوصايا و الكتاب و الدروس أطلق فيها الحكم و هو الأظهر و إلا فلو كان وصيا على الأطفال و قضاء الدين و ثلث المال و تحصيله و إنفاقه فى وجوه البر و نحو ذلك لكان عمله المتعلق بالثلث و قضاء الدين لا أجره له أو يأخذها من مال الأطفال و كلاهما محل منع أو إشكال و الموافق للاعتبار التوزيع و استوضح ذلك فيما إذا كان وصيا على قضاء الدين أو الثلث وحده أو عليهما فإنه لو لم يستحق أجره لضاع عليه العمل المحترم المأمور به من الميت و الشارع الغير المتبرع به و ذلك بعيد فليتأمل بل قد يدعى الأولوية لأنه إذا جاز الأكل من مال اليتيم فبالأولى أن يجوز من الثلث و الدين هذا و إذا جعل للوصى شيئا لحق سعيه جاز بلا ريب كما فى وصايا جامع المقاصد و فى (التنقيح) إن كان يجعل أجره مثله من غير زيادة صح بلا- خلاف و إن زاد فإن خرجت الزيادة من الثلث و إلا اعتبرت إجازة الوارث انتهى و هو كذلك و إن عين له ما هو أنقص من أجره مثله لم يتجاوز عنه إذا علم و رضى به و محل الخلاف ما إذا لم يجعل له جعلاً فتولى أمور الأطفال و قام بمصالحهم و قد عرفت أنهم أجمعوا على أنه له أن يأخذ مع فقره شيئا و فى قدره حينئذ ثلاثة أقوال كما فى كشف الرموز و المهذب البار و المقتصر و التنقيح و غيرها مما صرح به أو ذكر فيه توجيه أقل الأمرين كما ستعرف و جعل فى النافع قولان فى المسألة مع فقره و ترك فيها أقل الأمرين و قد حكى هذين القولين كاشف الرموز فى تفسير قوله جل شأنه فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ و جعل فى السرائر فى أول كلامه فى المسألة مع فقره قولين قدر الكفاية و أقل الأمرين منها و من أجره المثل و فى آخر الباب جعل الأقوال ثلاثة مع الفقر أيضا و ظاهر الشرائع و وصايا الكتاب و غيرها أن فى المسألة مع غناه ثلاثة أقوال و فى (الإيضاح) أن فى المسألة خمسة أقوال (الأول) أنه أجره المثل قال و هو قول الشيخ فى النهاية فى باب التصرف فى مال الأيتام قلت يعنى فى آخر الباب المذكور (الثانى) أن له قدر الكفاية قال و هو قول الشيخ فى النهاية قلت يعنى فى أول الباب المذكور (الثالث) أقل الأمرين قال و هو قول الشيخ فى الخلاف و التبيان (الرابع) قال و قال فى المبسوط إذا كان فقيرا جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقل الأمرين من كفايته و أجره مثله (الخامس) قال قال ابن إدريس يأخذ قدر الكفاية إن كان فقير قال فهذه خمسة أقوال (قلت) يجمعها أجره المثل مطلقا قدر الكفاية مطلقا أقلهما مطلقا إن كان فقيرا قدر الكفاية إن كان فقيرا و يلزمه قول سادس و هو أجره المثل مع الحاجة لأن كان معروفا لا يكاد ينكر كما ستسمع و نحن نذكر الكتب التى اختير فيها أحد هذه الأقوال و لا ينبغى أن نعيد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦٤

.....

ذكر ما قيد فيها أحد الأقوال بالفقر و ما أطلق فيها ذلك لأنك قد عرفها فيما سلف فالقول بأن له أجره المثل خيرة النهاية فى آخر الباب كما عرفت و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و الكتاب فى البابين و الإيضاح و اللمعة و المقتصر و المسالك و المفاتيح على اختلاف آرائهم فى التقييد و الإطلاق و جعله فى كشف الرموز مقتضى النظر و عن (مجمع البيان) أنه الظاهر من روايات أصحابنا و يرد على النافع و كشف الرموز و اللمعة و المسالك و المفاتيح ما أوردناه عليه آنفا مما حكيناه عن جامع المقاصد و القول

بأن له قدر كفايته خيرة النهاية و الوسيلة و السرائر و في الأخير أنه الحق اليقين و كأنه ظاهر فقه الراوندى و في (كشف الرموز) أنه خيرة الشيخ و أتباعه و القول بأقل الأمرين خيرة التبيان و المبسوط و الخلاف على ما حكى و لم أجده في الخلاف و في (كشف الرموز و التنقيح و كنز العرفان و الرياض) أنه أولى و أحسن و في (جامع المقاصد) أنه أوضح و في (الروضة) أنه أقوى و في (التحرير) أنه أحسن و في (إيضاح النافع) أنه هو الذى يجب تحصيله و في (المسالك و المفاتيح) أنه أجود و أحسن لو تحقق للكفاية معنى معروف و في الأخير أنه مبهم جدا و في (الكفاية) أنه لا ريب في استحقاقه أقل الأمرين مع الفقر و في الزيادة على ذلك تردد (حجة القول الأول) أن عمله محترم فلا يضيع عليه و حفظه بأجرة مثله و ما رواه الشيخ في الصحيح عن هشام بن الحكم على الصحيح في على بن السندي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام فيمن تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه قال ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر فليأكل بقدر ذلك و قد سمعت ما حكى عن مجمع البيان من أنه الظاهر من روايات أصحابنا و قد تعرض الراوندى لأخبار الباب و لم يذكر هذا الخبر الصحيح (و حجة القول الثانى) قوله جل شأنه وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ و المعروف ما لا إسراف فيه و لا تقتير و ما رواه ثقة الإسلام و الشيخ عن سماعة في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تعالى وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ من كان يلى شيئا لليتامى و هو محتاج إليه ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم و يقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر و لا يسرف و ما رواه في الكافي بطريق فيه سهل و في (التهذيب) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز و جل فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ قال المعروف هو القوت و مثله الصحيح الآخر و في موثقه حنان له أن يصيب من لبنها من غير نهك لضرع و لا فساد لنسل و مثله المروى في تفسير العياشى و يمكن الجمع بإرجاع هذه إلى الصحيح المتقدم و كأن التكافؤ موجود لمكان ما في مجمع البيان و كثرة العاملين به أى بالصحيح و حينئذ يكون الأكل كناية عن التصرف و الأخذ بأكل و بدونه و كونه بالمعروف كناية عن أجره المثل لأنها إن كانت أقل فالمعروف بين الناس أن الإنسان لا يأخذه عوض عمله من غيره زيادة عن عوضه المعروف و هو أجره مثله و مثل هذا يسمى أكلا بالمعروف و الزيادة عليه أكلا بغير المعروف (و الحاصل) إما أن يراد بالمعروف حينئذ المعروف عرفا أو شرعا و على كليهما فالمعروف في الشرع و العرف أجره عمله الذى هو حفظ الأولاد و الأموال فلا يجوز له إلا ذلك المقدار فيأخذه و إن كان زائدا عما يحتاج إليه من سد الخلة و أما احتمال أن يراد بالمعروف ما يحتاج إليه فبعيد جدا لأنه كيف يجوز له أخذه مع زيادته على أجرته و إن أريد بالأكل المعنى الحقيقي كما هو ظاهر بعض هذه الأخبار و صريح خبر حنان كان المعروف فيه القوت و الغالب فيه كونه أقل من الأجرة إذا كان العمل كثيرا كما سمعته آنفا فليلاحظ هذا فإنه نافع في الجمع بين أخبار الباب و فتاوى الشيخ و إلا فما كان الشيخ في النهاية ليختلف كلاماه في صفحة واحدة من دون تقادم عهد فراده إن أراد أن يأخذ أجره فلا يستحق إلا أجره المثل و إن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦٥

.....

أراد أن يأكل فليأكل قدر كفايته و حاجته كما أشار إليه مولانا الصادق عليه السلام في خبر حنان (قال) قال سألتني عيسى بن موسى عن القيم للأيتام في الإبل ما يحل له منها (قلت) إذا لاط حوضها و طلب ضالتها و هنا جريانها فله أن يصيب من لبنها من غير نهك لضرع و لا فساد لنسل و مثله خبر العياشى و لعله معنى ما في الصحيحين فليأكل بالمعروف و هو القوت و هو ينطبق على ما في التبيان و الخلاف و المبسوط من أن له أقل الأمرين بمعنى آخر كما ستعرفه و لم يعرف أن هناك خلافا إلا من ابن إدريس و تبعه بعض من تأخر من دون إمعان نظر و لعله لهذا لم يذكر ذلك في المختلف و ظاهر التذكرة أو صريحها أن كلامى الشيخ في النهاية لا خلاف بينهما فلتلاحظ و حينئذ فعند إمعان النظر يظهر أن لا خلاف بين أجره المثل و قدر الكفاية و الأكل بالمعروف بحمل ذلك على أجره المثل لأنه المعروف عرفا و شرعا كما قدمنا أو بالترفة بين الأكل و الأخذ من غير أكل كما بينا إذ مرجعه أنه لا يأكل الأكل الحقيقي

إلا- بمقدار الأجرة و لو لا- أن يكون المحقق و فخر الإسلام حكيما الخلاف في ذلك لجزنا بعدمه نعم قول الشيخ في المبسوط و الخلاف و التبيان على ما حكى مخالف لقوله في النهاية لأن مرجع قوله في النهاية على ما بينا أن له الأجرة سواء زادت عن قوته و قدر كفايته و حاجته أم لا و أنه إذا تناول منه أكلا أو بمقدار الكفاية لا يزيد عنها و إلا فقد يكون العمل قليلا و القوت و قدر الكفاية كثيرا فيؤدى إلى الإضرار بمال اليتيم و قد يكون المال و العمل قليلين كلبن الشاء إذا حلبها فلو أكل قوته أكل اللبن كله و لعله إليه أشار مولانا الصادق عليه السلام في خبر الكنانى بقوله و إن كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئا و لعل معناه أنه يأخذ أجرة مثل ذلك أو أن مثل ذلك لا أجرة له عرفا كما يأتى فى بابہ عند بعضهم و مرجع قوله فى المبسوط و التبيان إلى الفرق بينهما و يمكن الجمع بحمل قوله فى هذين الكتابين على الاستحباب بمعنى أنه مخير بين الأكل بمقدار قوته و الأخذ لقوته بحيث لا يزيد عن الأجرة و بين الأخذ منه أجرة لكن يستحب له أن يختار أقلهما كما أشار إلى مثل ذلك فى التذكرة و بذلك يحصل الجمع و يرتفع الخلاف بين فتاوى الشيخ و لا يبعد هذا الجمع إلا نقل جماعة الخلاف و هو ليس بتلك المكانة من التباعد مع إمكان الجمع السديد و إلا فلو فرقنا بينهما و حملنا الكلام على ظاهره لم يتجه و لم يظهر له حاصل فى أحد تفسيرى معنى الأكل لأن الأكل بالمعروف و قدر الحاجة و الكفاية إن أريد به الأكل الحقيقى و جعل مختصا بالولى دون عياله و كان أقل من الأجرة يلزم أن يجب الاقتصاد عليه و لا يجوز له أن يأخذ بقية الأجرة و لا نجد له وجها إلا أن يقال أن الكفاية حينئذ تكون حاصله فيكون غنيا فيجب عليه الاستعفاف عن الباقي (وفيه) أن المحكى من عبارة التبيان و الخلاف فى السرائر ليس فيها تقييد بالفقر سلمنا أن الفقر مراد بقرينة ما ذكره فى السرائر من كلامه أن ذلك مع الفقر و عدم الغنى و بقرينة التصريح بذلك فى المبسوط لكن حصول القوت يحتاج معه إلى بقية مئونة السنة من نفقة و كسوة و مسكن و غيرها حتى يتحقق ارتفاع الفقر إن لم نشترط حصول ذلك فى بقية عياله الواجبى النفقة خصوصا إذا صرف عمله كله تمام سنته فى مال اليتيم فقد حصلت الكفاية بهذا الاعتبار مع الفقر و الاضطرار فلم يكن غنيا حتى يجب عليه أن يستعفف عن بقايا أجرة عمله المحترم الغير المتبرع به و أن أريد بالأكل بالمعروف و قدر الكفاية مطلق التصرف و الأخذ كما هو المراد من قوله جل شأنه (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا) و نحو ذلك فيكون قوله عليه السلام فى الصحيحين هو القوت تخصيصا لمعنى الأكل إلا أنه ليس بصريح بأكله بنفسه لأن الأكل يستعمل كما عرفت فيما هو أعمّ فالمعروف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦٦

و يجب حفظ مال الطفل و استنماؤه قدرا لا تأكله النفقة على إشكال (١)

من ذلك غير معروف حتى إذا كان أقل من أجرة مثله يجب الاقتصاد عليه لأن التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الأشخاص و اختلاف الحاجة إلا- أن تقول لو كان تصرفه و قدر كفايته بالمعروف خمسين درهما مثلا و قدر أجرة مثله مائة فإنه يجب عليه الاقتصاد على الخمسين إن ارتفع فقره بها و هذا معنى صحيح إلا أن يدعى أن الظاهر من الآية و بعض الأخبار هو الأول (لكن) لقاتل أن يقول إن الظاهر من كلام القائل هو الثانى فتأمل و لا تغفل عما ذكرناه آنفا (و كيف كان) فقد ظهرت حجة القول الثالث أعنى أقل الأمرين من الأجرة و الكفاية مع اعتبار الفقر من أن الكفاية إن كانت أقل من الأجرة فلائنه مع حصولها يكون غنيا فيجب عليه الاستعفاف و إن كانت أجرة المثل أقل فإنما يستحق عوض عمله فلا يحل له أخذ ما زاد و لأن العمل لو كان لمكلف يستحق عليه الأجرة لم يستحق أزيد من أجرة عمله فكيف يستحق الأزيد مع كون المستحق عليه يتيما و قد ناقشهم فى المسالك بمثل ما ذكرناه فى التريديد فى معنى الأكل و كلامه فى ذلك غير منقح فليلحظه من أرادته ثم إن ما فيه و فى (المفاتيح) من أنه ليس للكفاية معنى معروف مضبوط و أنه مبهم جدا غير جيد لأن معناها كما قدمنا ما يرتفع بها الفقر كما أشار إليه فى الروضة فإن كانت المسألة خلافية فهذا القول أجودها جمعا بين الأدلة إن كانت مختلفة و أما القول بأن فيه اقتصادا على المتيقن فيما خالف الأصل كما فى الرياض فكأنه فى غير محله لأن أجرة العمل المحترم غير مخالفة لأصل و لا نقل و أما ما رواه ثقة الإسلام عن البنزطى بطريق فيه سهل قال

سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال الأيتام فيحتاج إليه فيمده يده فأخذه و ينوى أن يردده قال لا ينبغي له أن يأكل إلا- القصد ولا- يسرف و إن كان من نيته أن لا يردده عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله تعالى (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا) ففيه على ضعفه و إعراض الأصحاب عنه أنه محمول على التقية لأن وجوب رد عوضه إذا أيسر مذهب عبيدة السلماني و عطاء و مجاهد و سعيد بن جبير و أبي العالبي و الشافعي في أحد القولين و قد حملة بعض أصحابنا كالمقداد على الاستحباب (قوله) (و يجب حفظ مال الطفل و استنماؤه قدرًا لا تأكله النفقة على إشكال)

أصح عدم الوجوب كما في جامع المقاصد و جزم في نكاح التذكرة بأنه يجب عليه استنماؤه بحيث لا تأكله النفقة و المؤن إن أمكن قال و لا- يجب عليه المبالغة في الاستنماء و طلب النهاية و لم يرجح ولده في الإيضاح و لا الشهيد في حواشيه قال في (الإيضاح) الإشكال ينشأ من أنه اكتساب و لا يجب و من أنه منصوب للمصلحة و هذا من أتم المصالح و لأنه مفسدة و ضرر عظيم على الطفل و نصب الولي لدفعهما هذا يبني على أن هذا هل هو مصلحة أو أصلح و على الثاني هل يجب أم لا و قد حقق ذلك في علم الكلام انتهى (قلت) الواجب على الوصي فعل ما فيه مصلحة بمعنى دفع الضرر و لا يجب عليه الأصلح و إلا لوجب عليه شراء الرخيص له حيث لا يكون حتما و لا يلزم العدول إلى الغالي و وجب البيع إذا طلب متاعه بزيادة و سينص المصنف على استحباب ذلك و قال في (التذكرة) يستحب له أن يتجر بمال اليتيم و يضارب به و يدفعه إلى من يضارب له به و يجعل له نصيبا من الربح سواء كان الولي أبا أو جدا له أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم و به قال على عليه السلام و عمر و عائشة و الضحاک و لا نعلم فيه خلافا إلا ما روى عن الحسن البصري كراهية ذلك لأن خزنه أحفظ له و أبعد له عن التلف مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦٧

فإن تبرم الولي به فله أن يستأجر من يعمل (١) و يستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة و كذا يستحب شراء الرخيص (٢)

انتهى و قد أفاد نفى الخلاف عن الاستحباب و إن كان مسوقا لغير ذلك و يدل على عدم الوجوب أيضا قول الصادق عليه السلام في خير أسباط ابن سالم حيث سأله عن مضاربه أخيه في مال ابن أخيه الصغير الذي هو وصي له و أنه يدفع الربح لليتيم إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به و إن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم حيث قال عليه السلام لا بأس به و لم يقل فليتجر به أو يضارب أو يجب عليه أو نحو ذلك مما يدل على الوجوب و مثله خبر أبي الربيع حيث قال له أ يصلح له أن يعمل به فقال عليه السلام نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما نعم روى العامة عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنه قال من ولي يتيما له مال فليتجر به و لا يتركه حتى تأكله الصدقة و هو على ضعفه مخالف لما عليه أصحابنا إذ ليس في نقديه من زكاة و جوبا و لا استحبابا نعم لو اتجر له الولي استحباب (قوله) (فإن تبرم الولي به فله أن يستأجر من يعمل)

برم برما فهو برم ضجر ضجرا فهو ضجر وزنا و معنى إذا سئمه و مله و يقال أبرمه أى أمله و أضجره و لعله يريد أنه إذا تبرم باستنمائه فله أن يستأجر من يعمل به و يستنميه لأن المدار على الاستنماء لكن هذا يغنى عنه ما يأتي له من أن له أن يضارب به و يبضعه مع عدم مناسبة الاستئجار له في الجملة و يحتمل أن يراد أنه إذا تبرم بحفظه و مباشرته فله أن يستأجر من يباشره و يعمل لحفظه و هذا يناسبه ذكر الاستئجار و قوله فيما يأتي و إذا تبرع أجنبي إلى آخره لكنه يغنى عنه أيضا قوله و للأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعلة و الأقرب في الوصي ذلك و لعل غرضه أنه إن تبرم بما يصح له الاستنابة فيه و يستحق عليه أجره كان له أن يستأجر (و تنقيح هذا) أى حكم الاستنابة أن للوصي الاستنابة فيما لا يقدر على مباشرته إجماعا كما في التذكرة دفعا للضرر و كذا ما يقدر عليه لكن لا يصلح مثله لمباشرة قضاء للعادة و تنزيلا للإطلاق على المتعارف بين المباشرين و المعهود بينهم و أما ما يصلح لمثله أن يليه فالأولى عدم المنع للإطلاق على المتعارف بين المباشرين و المعهود بينهم و أما ما يصلح لمثله أن يليه فالأولى عدم المنع و في (التذكرة) الأولى

المنع فتأمل هذا مع الإطلاق و أما مع التخصيص على الاستنابة فإنه جائز إجماعاً كما في التذكرة قال و مع التخصيص على المنع لا يجوز إجماعاً و لعل هذا مقيد بغير الذي لا يصلح مثله لمباشرته كما أنه مقيد قطعاً بغير الذي لا يقدر عليه قال في (جامع المقاصد) أما ما لا يقدر مثله على فعله أو لم تجر العادة بتولى مثله فإنه يجوز له الاستنابة قطعاً و هذا بإطلاقه يتناول ما ذكرنا و قد يكون قوله في التذكرة و أما مع التخصيص إلى آخره إنما لحظ فيه ما يصلح لمثله أن يليه و لعل هذا هو الظاهر فلا يحتاج إلى التقييد و تمام الكلام يأتي إن شاء الله تعالى

(قوله) (و يستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة و كذا يستحب شراء الرخيص)

قد أوجب عليه الأمرين في نكاح التذكرة و استثنى من الثاني ما إذا رغب الولي في شرائه لنفسه فيجوز و قال في (جامع المقاصد) في بعض النسخ عوض يستحب يجب في الموضوعين و في (حواشي) شيخنا الشهيد أنهما متوجهان لتردده في الاستنماء بين الوجوب و الاستحباب فجاز كل من الأمرين هنا لأن ذلك استنماء و قال معترضاً على الشهيد إن هذا القدر لا يجدي لأن ما سبق تردد و ما هنا فتوى و جزم فالمخالفة ثابتة نعم (قد يقال) هو رجوع عن التردد إلى الجزم و إن قرب ما بينها (وقد يقال) في الاعتذار لنسخة الاستحباب مع التردد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦٨

و إذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأجرة على إشكال (١) و له أن يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل (٢) و المضاربة بماله و للعامل ما شرط له (٣) و هل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة فيه إشكال ينشأ من أن له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه و من أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا بعقد و لا يجوز أن يعقد الولي مضاربة مع نفسه (٤)

السابق أن الاستنماء على تقدير وجوبه لا يستدعي أزيد من مراعاة حصول زيادة لا يذهب مال الطفل معها بالنفقة أما البيع في وقت مخصوص و الشراء على وجه معين فلا و على تقدير الوجوب أن التردد في الاستنماء الذي يحتاج إلى توجه و سعى لتحصيل النماء أما ما حصل بغير تكلف و سعى فإنه واجب لا محالة (قلت) الاعتذار أن لا يخفى حالهما على تقدير التردد السابق ثم إن الموجود في النسخ التي رأيناها يستحب في الموضوعين قال و كيف كان فنسخة الاستحباب أوجه إلا في شراء الرخيص على بعض الوجوه فإن العدول عنه إلى شراء الغالي لا يجوز قطعاً لكن هذا كالمستغنى عنه باشتراط المصلحة و هي منتفية عن مثل هذا فلعل المراد الشراء حيث لا يكون حتماً أولاً يلزم العدول إلى الغالي أو تحمل العبارة على استحباب السعي في شراء الرخيص

(قوله) (و إذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأجرة على إشكال)

أقوى الوجهين أن له ذلك كما في الإيضاح و هو الأصح كما في جامع المقاصد لمكان مزيد الشفقة فلا تعد الأجرة ضرراً معها و لثبوت ولايته بالأصالة و لم يرجح في نكاح التذكرة و في (الحواشي) أن الأولى أن لا يأخذ و قضية كلامهم أن لا إشكال في عدم جواز أخذ الوصي مع تبرع الأجنبي

(قوله) (و له أن يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل)

قد تقدم في بابه أنه لا خلاف فيه منا و إنما المخالف بعض الشافعية و أنه قيده في المبسوط و غيره بما إذا لم يكن بيع شيء من ماله أعود أو لم يمكن و أن جماعة قالوا يجب أن يكون على يد ثقة يجوز إيداعه منه و قد أسبغنا الكلام في المقام فليرجع إليه من أراد الوقوف عليه

(قوله) (و المضاربة بماله و للعامل ما شرط له)

قال في (التذكرة) للولي أن يتجر بمال اليتيم و يضارب به و يدفعه إلى من يضارب له به و يجعل له نصيباً من الربح و يستحب له ذلك سواء كان الولي أباً أو جدّاً له أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم و به قال على عليه السلام و عمر و عائشة و الضحاك و لا نعلم فيه

خلافًا إلا ما روى عن الحسن البصرى كراهية ذلك لأن خزنه أحفظ له و أبعد له من التلف ثم قال فى مسألة أخرى ينبغى أن يتجر فى المواضع الأمانة و لا يدفعه إلا - لأمين و لا - يغزر بماله (و الحاصل) أن هذا الحكم أعنى المضاربة بمال الطفل يأخذونه مسلماً كما ستسمع كلامهم فى إبطاعه و فيما إذا اتجر به مضاربة لنفسه

(قوله) (و هل للوصى أن يتجر بنفسه مضاربة فيه إشكال ينشأ من أن له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه و من أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا بعقد و لا يجوز أن يعقد الولى مضاربة مع نفسه)

لا - نجد فى المسألة إشكالا يعبأ به بل له أن يتجر كذلك كما جزم به فى التذكرة و جامع المقاصد بل قد يظهر ذلك من كلام التذكرة السالف فلا يكون فيه خلاف لأنه أسند التصرف إلى رأيه و هو يعم ما إذا اتجر بنفسه مضاربة و ما إذا ضارب غيره و بالجملة يعم كل تصرف مع المصلحة و إذا جاز الثانى لكونه منوطاً بنظره فبالأولى أن يجوز إذا كان فى يده لقربه من مقتضى الوصية و كونه أدخل فى الحفظ و مبنى الوجه من الإشكال على أنه لا يجوز

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٦٩

و يجوز إبطاع ماله و هو أن يدفع إلى غيره و الربح كله لليتيم (١) و أن يبنى له عقاراً أو يشتريه (٢) و لا يجوز له بيع عقاره إلا للحاجة (٣) و يجوز كتابته رقيقه و عتقه على مال مع الغبطة (٤) و خلطه مع عياله فى النفقة و ينبغى أن يحسب عليه أقل (٥)

أن يعقد الولى المضاربة مع نفسه فإن كان لأن العقد يقتضى متعاقدين كما ذكره بعض العامة (ففيه) أنه يكفى حصولهما بالقوة و تغييرهما بالاعتبار و إن كان لأنه لا بد من الإذن فى ذلك فقد عرفت أن إسناد التصرف إليه يتناول ذلك و فى (التحرير) الأقرب أنه لا تصح المضاربة و تكون له أجره المثل و كأن ولده و الشهيد مستشكلان أيضاً حيث لم يتعرضا للمسألة و اكتفيا بما ذكره المصنف فى وجهى الإشكال

(قوله) (و يجوز إبطاع ماله و هو أن يدفع إلى غيره و الربح كله لليتيم)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد مع المصلحة لأن ذلك أنفع من المضاربة لأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه إلى من يدفع جميع ربحه إلى اليتيم أولى سواء كان بأجرة أو متبرعا و البضاعة طائفة من مالك تبعثها للتجارة (قوله) (و أن يبنى له عقاراً و يشتريه)

أما الشراء فلأنه مصلحة له لأنه يحصل منه الفضل و لا يفتقر إلى كثير مؤنثه و سلامته متيقنة و الأصل باق مع الاستئمان و الغرر فيه أقل من التجارة لما فيها من الأخطار و انحطاط الأسعار فإن لم يكن فى شرائه مصلحة إما لفضل الخراج و جور السلطان أو إشراف الموضع على البوار لم يجز (و أما) بناء عقار له و استجداد ما استهدم من الدور و المساكن فلأنه فى معنى الشراء إلا أن يكون الشراء أنفع فيصرف المال إليه و إذا أراد البناء على ما فيه الحظ لليتيم بناه بما هو أنفع و أبقى كالأجر و الطين و إن اقتضت المصلحة باللبن فعل و بالجملة يبنى على ما هو المعتاد فى البلاد

(قوله) (و لا يجوز له بيع عقاره إلا للحاجة)

كأن يكون به ضرورة إلى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه و لا تندفع حاجته إلا بالبيع و الجزئيات لا تنضب فالمدار على الحاجة مع المصلحة و قد روى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال من باع داراً أو عقاراً و لم يصرف ثمنه فى مثله لم يبارك له فيه و حيث يجوز البيع يجوز بالنقد و النسيئة و بالعرض و إذا باع الأب أو الجد و ذكر أنه للحاجة و رفع الأمر إلى الحاكم جاز له أن يسجل على البيع و لا يكلفهما إثبات الحاجة و الغبطة لأنهما غير متهمين فى حق ولدهما و لو باع الوصى أو أمين الحاكم لم يسجل الحاكم إلا إذا قامت البينة على الحاجة و الغبطة فإذا بلغ الصبى و ادعى على الأب أو الجد بيع ماله من غير حاجة و مصلحة كان القول قولهما مع اليمين و عليه البينة لأنه ادعى عليهما خلاف الظاهر إذ الظاهر من حالهما الشفقة و عدم البيع إلا للحاجة و لو ادعى على

الوصى أو الأمين فالقول قوله في بيع العقار و عليهما البيئه لأنهما مدعيان و في غير العقار الأولى ذلك أيضا لهذا الدليل و الفرق عسر الإشهاد في كل قليل و كثير يبيعه كما ذكر ذلك كله في التذكرة و يأتي قريبا ما له نفع في المقام عند قوله و يقبل قول الولي في الإنفاق

(قوله) (و يجوز كتابة رقيقه و عتقه على مال مع الغبطة)

كما في التذكرة و التحرير و قد تقدم ما في التذكرة

(قوله) (و خلطه مع عياله في النفقة و ينبغي أن يحسب عليه أقل)

لما نزل قوله تعالى (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَ سَيَصِيلُونَ سَئِيرًا) تجنب أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أموال اليتامى و أفردوها عنهم فأنزل الله سبحانه و تعالى (وَ إِن تَخَالَطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَ لَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَبَكُمْ) أى ضيق عليكم و شدد فخالطوهم فى مأكولهم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧٠

و جعله فى المكتب بأجرة أو فى صنعته (١) و قرض ماله إذا خشى تلفه من غرق أو نهب و شبهه فيأخذ عليه رهنا يحفظ قيمته (٢)

و مشروبهم و بالحكمين المذكورين صرح فى التذكرة و التحرير و معنى ينبغي أن يحسب عليه أقل أنه يحسب أقل مما يحتاج إليه و ليس بواجب لأن الواجب هو أن لا يزيد عليه و ينبغي للولي النظر فى حال اليتيم فإن كانت الخلطة له أصلح و أرفق فى المثونة و اللين فى الخبز و غير ذلك جاز له بل كان أولى كما قال الله سبحانه و تعالى (يَسْرِئُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَ إِن تَخَالَطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ) و إن كان الأفراد أرفق له و أصلح أفرده و سأل عثمان بن عيسى الصادق عليه السلام عن قول الله عز و جل (وَ إِن تَخَالَطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ) قال يعنى اليتامى قال إذا كان الرجل على الأيتام فى حجره فليخرج من ماله على قدر ما يخرج لكل إنسان منهم فيخالطوهم و يأكلون جميعا و لو تعدد اليتامى و اختلفوا كبيرا و صغرا حسب على الكبير بقسطه و على الصغير بقسطه و قال أبو الصباح الكنانى للصادق عليه السلام رأيت إن كان يتامى صغارا و كبارا و بعضهم أعلى من بعض و بعضهم آكل من بعض و مالهم جميعا فقال عليه السلام أما الكسوة فعلى كل إنسان ثمن كسوته و أما الطعام فاجعله جميعا فإن الصغير يوشك أن يأكل أكثر من الكبير و يجب على الولي الإنفاق بالمعروف و لا يجوز له التقدير عليه فى الغاية و لا الإسراف فى النفقة بل يكون فى ذلك مقتصدا و يجرى الطفل على عادته و قواعد أمثاله من نظرائه فإن كان من أهل الاحتشام أطعمه و كساه ما يليق بأمثاله و إن كان من أهل الفاقة أنفق عليه نفقة أمثاله

(قوله) (و جعله فى المكتب بأجرة أو صنعته)

يجوز له أن يجعل الصبى فى المكتب و عند معلم القرآن العزيز و الآداب و الحكمة و غيرهما من العلوم إن كان من أهل ذلك و له ذكاء و فطنة و منع منه سفيان و أنكر أحمد ذلك غاية الإنكار و كذا يجوز له أن يسلمه إلى معلم الصناعة إذا كانت تليق بحاله و لا تتلم من مجده إذا كان من أرباب البيوتات و ليس له أن يسلمه إلى مسلم السباحة إلا أن يكون تعليمه فيما لا يغمره و لا يخاف عليه الغرق فيه كما نص عليه فى التذكرة

(قوله) (و قرض ماله إذا خشى تلفه من غرق أو نهب و شبهه فيأخذ عليه رهنا يحفظ قيمته)

كما فى الشرائع و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعة و المسالك و مجمع البرهان و غيرها و زيد فى جامع الشرائع و المسالك الإشهاد (قلت) يتجه ذلك إذا قلنا إن أداء الدين من الوكيل به بغير إشهاد تفریط فيلزم القول هنا بوجود الإشهاد حذرا من التفریط و احتاط فى الكفاية مع ذلك بالإقراض من ثقة مع الإمكان و فى (التذكرة) أنه لو تمكن من الارتهان و رضى بالكفيل ضمن و فى (الشرائع و اللعة و الروضة و المسالك) كما يأتي فى الكتاب أنه لو تعذر الرهن فى موضع الخوف و الضرورة و الحاجة أقرضه

من ثقة و فى بعضها من ثقة غالبا و فى (اللمعة) من الثقة العدل و قضية كلامهم أنه إذا تعذر الثقة لا يجوز الإقراض و لعل الإقراض أولى لأنه مرجو الحصول فى الدنيا و الآخرة بخلاف التلف من الله عز و جل إلا أن تقول إنه سبحانه و تعالى يثبت العوض عليه جلت عظمته فيرجح لكونه أكثر فليحفظ هذا و فى (جامع المقاصد) لا يبعد و جوب الإقراض إذا ظهرت أمارات حصول التلف و اقتصر فى المبسوط على إقراضه من ثقة ملى و فى (الإرشاد) على الثقة من دون ذكر رهن فيهما و قال المقدس الأردبيلي إذا تعذر الرهن اكتفى بالملاءة و الثقة و مع التعذر يسقط و مع وجودهما يحتمل تقديم الثقة و يحتمل تقديم الملى (قلت) الظاهر ممن يستقرض من أجل حظ اليتيم كما هو المفروض أن لا يبذل رهنا فاشترطه مفوت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧١

فإن تعذر أقرضه من الثقة و لا يجوز قرضه مع الأمن (١) و لو احتاج إلى نقله جاز إقراضه خوفا من الطريق (٢) و كذا لو خاف تلفه بتداول مدته و لم يتمكن من بيعه (٣) أو تعيبه كتسويس التمر و عفن الحنطة (٤) و لو أراد الولي السفر كان له إقراضه (٥) فإن تمكن من أخذ الرهن و جب و إلا فلا (٦) و للأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله و الأقرب فى الوصى ذلك (٧)

لهذا و قضية كلامهم جميعا أنه لا يجوز الإقراض مع الأمن كما سيصرح به المصنف هذا و مرادهم بقوله «١» الثقة غالبا الثقة فى ظاهر الحال يريدون أنهم يكتفون بظاهر أمره و لا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظرا إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لأن المراد كونه فى أغلب أحواله ثقة و الجمع بين الثقة و العدل فى عبارة اللمعة تأكيد و تفسيراً للثقة بالعدل لأن ذلك هو المعبر شرعا إذ لا يشترط الضبط مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فإنها أعم من الشرعية و لو لم يكن لليتيم حظ و إنما قصد إرفاق المقترض لم يجز إقراضه كما لم يجز هبته كما صرح بذلك فى التذكرة و فيها و فى المسالك و ما يأتى من الكتاب أن من الخوف على مال اليتيم ما إذا خاف على حنطته من السوس و فى (جامع المقاصد) أنه كما يجوز ذلك للوصى يجوز للحاكم مع عدمه و كذا يجوز لعدول المؤمنين مع عدمهما و لا ضمان فى موضع الجواز و تمام الكلام تقدم فى باب الرهن (قوله) (فإن تعذر أقرضه من الثقة و لا يجوز قرضه مع الأمن)

قد تقدم الكلام فى هذين الحكمين

(قوله) (و لو احتاج إلى نقله جاز إقراضه خوفا من الطريق)

إذا كان للصبى مال فى بلد فأراد الولي نقله عن ذلك البلد إلى آخر كان له إقراضه من ثقة ملى و يقصد بذلك حفظه من الغزو و السراق و قطاع الطريق و غير ذلك و الفرق بين هذه و التى قبلها أن الإقراض هناك من غير نقل مع ظهور علامات الخوف و الإقراض هنا للنقل لأن الطريق مظنة السارق و غيره مع ظهور علامات الأمن إذ لا يجوز نقله مع أمارات الخوف (قوله) (و كذا لو خاف تلفه بتداول مدته و لم يتمكن من بيعه)

أى يقرضه من الثقة الملى

(قوله) (أو تعيبه كتسويس التمر و عفن الحنطة)

هذا بالنصب عطف على تلفه أى يقرضه من الثقة الملى إن خاف تعيبه و إن لم يخف تلفه

(قوله) (و لو أراد الولي السفر كان له إقراضه)

لأن سفر الولي يعرض المال للضياع فيجوز إقراضه و لا يجوز له نقله لأن الطريق مظنة العطب إلا مع الحاجة و جواز القرض هنا غير مشروط بالخوف و القرض أولى من الإيداع لأن الوديعة لا تضمن و لو لم يوجد المقترض الثقة الملى أودعه من ثقة أمين ذى يسار لأنه أولى من السفر به و لو أودعه من الثقة مع وجود المقترض الثقة الملى البازل للرهن فاحتمال الضمان قوى جدا لو تلف و مع عدم بذل الرهن فلا ضمان و قد يكون الإيداع أنفع من الإقراض

(قوله) (فإن تمكن من أخذ الرهن وجب و إلا فلا)

أى إن تمكن من أخذ الرهن فى جميع ما سلف وجب أخذه و بدونه يكون مفرطا و إلا يتمكن سقط و ليس الكفيل كالرهن إذا لا يزيد على المرتهن الثقة الملى و قد سمعت كلام التذكرة فيما إذا تمكن من الرهن و رضى بالكفيل
(قوله) (و للأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله و الأقرب فى الوصى ذلك)
أما (الأول) فلأن ذلك مما جرت العادة بمثله فلا

(١) كذا وجد و الظاهر بقولهم (محسن)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧٢

و يقبل قول الولى فى الإنفاق بالمعروف على الصبى أو ماله و البيع للمصلحة و القرض لها و التلف من غير تفريط سواء كان أبا أو غيره على إشكال (١) و هل يصح بيع المميز و شراؤه مع إذن الولى نظر (٢)

[الفصل الثانى فى المجنون و السفیه]

إشارة

(الفصل الثانى فى المجنون و السفیه)

[أما المجنون]

أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات أجمع المالىة و غيرها (٣) و أمره إلى الأب و الجد له و إن علا- فإن فقدا فالوصى فإن فقد فالحاكم (٤) و للولى التصرف فى ماله بالغبطة (٥)

يعد مقصرا و قد تقدم الكلام فى ذلك و فى (نكاح التذكرة) يجوز للأب أن ينصب عن ولده قيما لحفظ ماله و استنمائه و حراسته بأجرة المثل (و أما الثانى) فلأنه قائم مقام الأب فيجوز له ما يجوز له و لما قلنا من جريان العادة بالاستنابة فى مثله و هو الأصح كما فى جامع المقاصد و الأقوى كما فى الإيضاح و يحتمل عدمه لأصالة عدمه
(قوله) (و يقبل قول الولى فى الإنفاق بالمعروف على الصبى أو ماله و البيع للمصلحة و القرض لها و التلف من غير تفريط سواء كان أبا أو غيره على إشكال)

إذا ادعى الأب أو الجد أو الوصى الإنفاق بالمعروف على الصبى أو على عقاره أو ماله أو دوابه إن كان ذا دواب كان القول قوله كما فى وكالة الشرائع و التذكرة و التحرير و الكتاب و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و فى (الإيضاح) أنه لا شك فى ذلك لعسر إقامة البينة فى كل وقت على الإنفاق و عسر ضبطه و لا فى أن القول قوله فى التلف من غير تفريط للأصل و لأنه أقوى من الودعى منه ما إذا ادعى أن ظالما قهره عليه و أخذه و أما إذا ادعى الأب أو الجد القرض أو البيع للمصلحة فالقول قولهما إذ الظاهر منهما الشفقة و عدم البيع إلا للحاجة و المصلحة و فى (الإيضاح) أنه لا شك فى ذلك أيضا و ظاهر حواشى الكتاب و جامع المقاصد أنه لا إشكال فيه و ظاهرهم يشمل ما إذا كان المبيع عقارا و لو كذلك كما تقدم و أما الوصى و أمين الحاكم ففى (التذكرة) أنه لا يقبل قولهما فى بيع العقار إلا مع البينة و فى غير العقار أن الأولى ذلك و قد استشكل هنا لصحة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف و لأنه موضوع لفعل ما يعتقد أنه مصلحة فيرجع إليه فيه و لا يكلف إقامة البينة عليه و لأن دعواه صلاح التصرف دعوى عدم التعدى و

هو الأصل و القول قوله فيه و من أصالة بقاء الملك على مالكة إلى أن يثبت الناقل و أصالة عدم الحاجة إلى البيع و عدم خفاء المصالح و الأول أقوى كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و هو الظاهر من حواشى الكتاب و قد قالوا فى باب الوكالة إنه لا يقبل قول الأب و الجد له و الوصى و الحاكم و أمينه فى تسليم المال لو أنكر الصبى بعد رشده تسليم المال إليه و كذلك الوصى صرح به فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و كذا الكفاية و تمام الكلام هناك (قوله) (و هل يصح بيع المميز و شراؤه مع إذن الولي نظر)

الوجه أنه لا يصح كما فى التذكرة و الأصح كما فى جامع المقاصد و قد تقدم الكلام فيه عند قوله و فى صحة العقد حينئذ إشكال (الفصل الثانى فى المجنون و السفية) (قوله) (أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات أجمع المالية و غيرها) قال فى (التذكرة) لا خلاف بين علمائنا كافة فى الحجر على المجنون ما دام مجنوناً و أنه لا ينفذ شىء من تصرفاته لسلب أهليته عن ذلك و الحديث المشهور يدل عليه

(قوله) (و أمره إلى الأب و الجد له و إن علا فإن فقدا فالوصى فإن فقد فالحاكم)

قد تقدم فيه الكلام مستوفى أكمل استيفاء

(قوله) (و للولي التصرف فى ماله بالغبطة)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧٣

و حكمه حكم الصبى فيما تقدم إلا الطلاق فإن للولي أن يطلق عنه (١) و إلا البيع فإنه لا ينفذ و لو أذن له الولي (٢) و له أن يزوجه مع الحاجة لا بدونها (٣)

[أما السفية]

و أما السفية فهو الذى يصرف أمواله فى غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء (٤)

هذا مما لا شك فيه

(قوله) (و حكمه حكم الصبى فيما تقدم إلا الطلاق فإن للولي أن يطلق عنه)

قد تقدم الكلام فيه أيضا عند الكلام على طلاق الصبى

(قوله) (و إلا البيع فإنه لا ينفذ و لو أذن له الولي)

و قد تقدم منه فى الصبى أن فى صحة بيعه نظراً و الفرق أن المجنون كغير المميز فلا أثر لعبارة و لا قصد

(قوله) (و له أن يزوجه مع الحاجة لا بدونها)

الذى اعتراه الجنون إما ذكر أو أنثى و كل منهما إما صغير أو كبير فالمجنون الكبير لا يزوج إلا أن تدعو الحاجة إليه لما فيه من لزوم المهر و النفقة عليه و تظهر الحاجة إذا ظن شفاؤه بالنكاح أو رغب فى النساء و تعلق بهن و طلب منهن أو احتاج إلى امرأة تخدمه و كانت مثنونها أخف من شراء أمه فتستأجر للزوجة أولاً لئلا ترجع عن الوعد فإن ذلك ليس واجبا عليها و يكون القابل الأب أو الجد أو السلطان على ما مر فى بيان حال الولاية عليه و لا يزوج إلا واحدة إذا اندفعت الحاجة بها و إن كان صغيراً جاز للأب و الجد أن يزوجه مع المصلحة كما فى التذكرة و قضية إطلاق عبارة الكتاب أنه لا بد من الحاجة و ليس لغيرهما ذلك حتى السلطان إجماعاً كما فى نكاح التذكرة (و أما المجنونة) فلا يزوجه إلا الأب أو الجد له و لا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة بكرة أو ثيباً عندنا كما فى نكاح التذكرة هذا إذا اتصل و أما إذا تجدد فقد تقدم الإجماع من التذكرة أيضاً أن الولاية للحاكم و لا يشترط فى تزويجها ظهور الحاجة بل يكفى ظهور المصلحة بخلاف المجنون لأنها تستفيد من النكاح النفقة و المهر و المجنون يغرمهما و لو دعت الحاجة إلى

تزوجها فأولى بالجواز بل ربما وجب و لو لم يكن لها أب و لا جد فإن كانت صغيرة فأكثر علمائنا كما فى (التذكرة) على أنها لا تزوج لأنه لا حاجة لها فى الحال و غير الأب و الجد لا يملك الإجماع و إن كانت بالغة زوجها الحاكم و المجنون المنقطع جنونه لا يجوز تزويجه إلا أن يفيق فيأذن و يشترط وقوع العقد حال الإفاقة

(قوله) (و أما السفية فهو الذى يصرف أمواله فى غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء)

هذا التعريف قد طفت به عباراتهم بهذا اللفظ و نحوه كقولهم الذى يصرف أمواله فى غير الأغراض الصحيحة و قولهم المبذر لأمواله فى غير الأغراض الصحيحة و غير ذلك و السفية يقابل الرشيد و لما عرف المصنف الرشد بأنه كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال و صرفه فى غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء كما تقدم الكلام فيه مسبقا مشبعا كان السفه عبارة عن الملكة التى يترتب عليها أضداد تلك الأمور فلا يقدر الغلط فى بعض الأحيان و الانخداع نادرا لأن ذلك لا ينافى الملكة و صرف المال فى المحرمات و تضييعه مثل إلقائه فى البحر سفه بإجماع الأمة كما يفهم من التذكرة و كذا صرفه فى الأتعمة و الأشربة و الأكسية الغير اللائقة بحاله بحيث يعاب عليه ذلك عرفا و غالبا قال فى (التذكرة) الفاسق إذا كان ينفق أمواله فى المعاصى و يتوصل بها إلى الفساد فهو غير رشيد و لا تدفع إليه أمواله إجماعا و إن كان فسقه لغير ذلك كالكذب و منع الزكاة دفع إليه ماله أى عند من لم يشترط العدالة و الظاهر أن مراده بهذا الإجماع إجماع الأمة كما يعرف ذلك من تتبع كلامه و الظاهر عدم اختصاصه بالابتداء فإن الرشد شرط دائما و يرشد إليه قوله فى موضع آخر منها و نحن لما ذهبنا إلى أن الفسق لا يوجب الحجر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧٤

و يمنع من التصرفات المالية و إن ناسبت أفعال العقلاء كالبيع و الشراء بالعين أو الذمة و الوقف و الهبة و الإقرار بالدين أو العين و العتق و النكاح فإن عقد لم يمض (١) و هل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفى ظهور السفه الأقرب الأول و لا يزول إلا بحكمة

و أنه لا يشترط فى الرشد العدالة لم يثبت الحجر عندنا بطريان الفسق ما لم ينضم إليه تضييع المال فى المحارم و غيرها و هذا لا يمكن تخصيصه بالابتداء كما هو ظاهر غيره أيضا و قال فى (التذكرة) أيضا لو طرأ الفسق الذى لا يتضمن تضييع المال و لا تبذيره فإنه لا يحجر عليه إجماعا و قضيته أن الذى يتضمن ذلك يوجب التحجير عليه من غير تخصيص بالابتداء و فى (التحرير) إن استلزم فسقه التبذير كشراء الخمر و آلات اللهو و النفقة على الفاسق لا يسلم إليه شىء لتبذيره و لعله أراد النفقة على الفاسق فيما فسق فيه و إلا فهو مشكل جدا (و كيف كان) يرد الإشكال العظيم الذى أورده المقدس الأردبيلي قال إنه قلما يخلو عن ذلك الإنسان فإنهم يشترطون ما لا يجوز و يستعملون الربا و يعطون الأموال للمغنى و الملاعب بالمحرم و إلى من يأخذ من الناس الأموال قهرا خصوصا الحكام و الظلمة فيلزم أن يكونوا سفهاء لا تجوز معاملتهم و مناكحتهم و أخذ عطاياهم و زكاتهم و خمسهم فإنهم سفهاء بإجماع الأمة كما فهمناه من التذكرة مع أنهم صرحوا و أطلقوا معاملاتهم و مناكحتهم و قبول جوائزهم و قالوا بكراهتها بل يمكن أن يقال إن صرفه فى العنب بأن يعمل خمرا و فى الخشب بأن يعمل صنما و نحو ذلك صرف فى المحرم فيكون فاعله سفيا لا تجوز معاملته و مناكحته مع أنهم جوزوا ذلك و قالوا بكراهتها و لا شك أن صرفه و لو كان قليلا من الإطعام للرياء و السمعة و غير ذلك من الأغراض الغير الصحيحة شرعا حرام فيكون موجبا للسفه و من الذى يخلو عنه من أرباب الأموال فيلزم عدم جواز أخذ العطية بل الزكاة و الخمس منهم فتأمل و بالجمله التنزه عنه متعسر جدا فإنه لو لم يعامل السفية فإنه يعامل من يعامله و يصعب ذلك أيضا أنهم قالوا إن الرشد شرط فلا بد من تحققه ليعمل بالمشروط فمن جاء إلى سوق كيف يعرف ذلك بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذى هو شرط بالإجماع فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر و يتركون الأصل فإن ظاهر حال الإنسان أنه لم يفعل حراما و لا يصرف ماله فيه و لعل هذا المقدار كاف للعلم بالرشد المطلوب فى جواز المعاملة و المناكحة و لهذا ما نقل الامتناع و التفحص عنهم عليهم السلام و لا عن

أحد من العلماء المتدينين و يكون الاختبار الابتدائى لتسليم المال للنص و الإجماع (قلت) هذا لا يجدى فيمن يعلم صرفهم المال فى المحرمات كالظلمة و الحكام و صانع الخمر و عامل الصنم فكيف يصح البناء على الظاهر من حال المسلم مع العلم بخلافه و لعلمهم يخصصون السفه بما إذا لم يكن له غرض صحيح فى نظر أهل الدنيا كما أشار هو إليه و تقدم منا التنبيه عليه فى حال الصرف للرياء و هذا أيضا لا يجدى بعد إجماعهم على أن صرفه فى المعاصى تبذير و لا جواب إلا بأن يقال إن السفه التى تحرم معاملته و مناكحته هو من حجر عليه الحاكم لا غير كما سيتضح لديك

(قوله) (و يمنع من التصرفات المالية و إن ناسبت أفعال العقلاء كالبيع و الشراء بالعين أو الذمة و الوقف و الهبة و الإقرار بالدين أو العين و العتق و النكاح فإن عقد لم يمض)

يمنع السفه بعد ثبوت الحجر عليه بمجرد ظهور سفهه أو بشرط حكم الحاكم به على الخلاف الآتى من التصرفات المالية ما ذكره و غيره و لا فرق بين ما ناسب أفعال العقلاء و غيره و لا بين الذكر و الأنثى و إن عقد لم يمض إلا مع إجازة الولى على القول بالفضولى و ذلك كله قضية إطلاق كلام جماعة و به صرح آخرون و فى (مجمع البرهان) أن وجه منعه من التصرفات المالية لنفسه من دون الولى مطلقا مع إصابة المصلحة و الربح أم لا الإجماع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧٥

.....

ظاهرا و قد تعرض لعدم الفرق بين الذكر و الأنثى المحقق الثانى و الشهيد الثانى و هو كذلك بل الأنثى أشد إذ هى إلى نقصان العقل و الانخداع أقرب و من ثم ذهب بعض العامة إلى بقاء الحجر عليها و إن بلغت رشيدة و لا- يفرق فى ذلك بين النكاح و غيره لأن الزوجة تجعل البضع فى مقابلة الصداق فهو تصرف مالى من طرفها إذ البضع ملحق بالأشياء المتقومة و لهذا لو أنكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصح بل الولى لا يصح منه ذلك و الحال فى الزوج ظاهر لأنه يراد منه الصداق و النفقة لكن قال فى نكاح الكتاب أن السفه إذا كان به ضرورة إلى النكاح و تعذر الحاكم و الولى فإنه يجوز أن يتزوج واحدة لا يزيد بمهر المثل و فى (نكاح التذكرة) أنه لو نكح السفه بغير إذن الولى مع حاجته إليه و طلبه من الولى فلم يزوجه قال الشيخ رحمه الله تعالى الأقوى الصحة لأن الحق تعين له فإذا تعذر عليه أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كمن له حق عند غيره فمنعه و تعذر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضى المديون و حكى عن أحد وجهى بعض الشافعية أن النكاح يبطل و لا حد و لا مهر و عن بعض أن لها مهر المثل و عن بعض أن لها أقل ما يتمول رعاية لحق السفه و وفاء لحق العقد إذ به يتميز عن السفاح و لم يرجح شيئا و لعل الأقوى ما قاله الشيخ قدس سره و تمام الكلام فى البيع و الإقرار يأتى عند تعرض المصنف لذلك و قد أسبغنا الكلام فى نفوذ وصيته فى باب الوصايا و قلنا إن الأقوى عدم النفوذ قوله (و هل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفى ظهور السفه الأقرب الأول و لا يزول إلا بحكمه) اختلف الأصحاب فى المسألة على أقوال و لا- بد من تحرير محل النزاع لأنه قد اشتبه على بعض الأخباريين فتكلم على الفضلاء و المحققين بما لا يليق و محل النزاع إنما هو ما إذا حدث السفه بعد بلوغه رشيدا و إلا فلو كان متصلا بالصغر فإنه يحكم بالحجر عليه بمجرد السفه و لا يتوقف على حكم الحاكم و كذا حجر الصبى يزول عنه بلوغه رشيدا و لا يحتاج إلى حكم الحاكم و ما الصبى إلا كالمجنون فإنه يحجر عليه بجنونه و يزول عنه بمجرد الإفاقة و قد استظهر نفى النزاع فى المقامين فى موضعين من مجمع البرهان و استظهر الإجماع على ذلك من الشهيد فى أحد المقامين و ظاهر التذكرة أن زوال الحجر عنه بلوغه رشيدا من دون حكم الحاكم ضرورى قال لأنه لو توقف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم و لكان عندهم من أهم الأشياء و فى (المبسوط و التحرير) جعل النزاع فى غير الصبى قال فى (المبسوط) و أما حجر الصبى فإنه يزول بلوغه و لا يحتاج إلى حكم حاكم و فى الناس من قال لا بد فيه من حكم الحاكم و هو خلاف الإجماع انتهى و قال فى (التذكرة) إذا بلغ الصبى لم يدفع إليه ماله إلا بعد

العلم برشده و يستديم التصرف فى ماله من كان متصرفا فيه قبل بلوغه أبا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم فإن علم رشده انفك الحجر و دفع المال و هل يكفى العلم بالبلوغ و الرشد فى فك الحجر أم يفتقر إلى حكم الحاكم الأقرب الأول فلم يسأل عن الأول لأنه محل وفاق عند الأمة و سئل عن الثانى لمكان الخلاف الضعيف من بعض الشافعية كما تقدم منا التنبيه على ذلك نعم يظهر من نكاح التذكرة أن النزاع عام فليحظ (إذا تمهد هذا) فاعلم أن ما اختاره المصنف هنا خيرة المبسوط و الشرائع و التذكرة و مجمع البرهان و كذا شرح الإرشاد لفخر الإسلام و كأنه ظاهر الغنية و كأنه مال إليه فى غاية المراد و حكى المقدس الأردبيلي عن المحقق الثانى أنه المشهور (قلت) قد صرح بذلك فى تعليق الإرشاد قال المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم فيقوى حينئذ توقف إزالته عليه انتهى و هذا القول ذكره فى المبسوط و لم يشر إلى خلاف منا و لا من العامة و الحاصل أن الأقوال الأخر حادثة و بعضها لا يعرف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧٦

.....

قائله و الذى جرى المتأخرين على المخالفة ضعف ما ذكر فى دليله كقولهم إن المسألة اجتهادية لوقوع الاختلاف فى بعض ما يعد فعله سفها لأن هذا جوابه أن الكلام إنما هو حيث نقطع بالأمرين و قولهم لمخالفة قول كل منهما الأصل فيقتصر على المتيقن لأنه يجاب عن هذا أيضا بأن الأصل يقطعه الدليل و هو ظاهر قوله تبارك و تعالى فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد فلو توقف معه على أمر آخر لم يكن الشرط صحيحا و مفهوم الشرط حجة و المفهوم هنا أن مع عدم الإيناس لا يدفع إليهم فدل على أن وجود السفه و زواله كافيان فى إثبات الحجر و رفعه لأن السفه و الرشد متقابلان و لظاهر قوله تعالى فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَثَبْتِ عَلَيْهِ الْوَلَايَةَ بمجرد السفه من غير إشعار بذكر حاكم و لا ابتداء حال لأن معناه على ما ذكره المفسرون من العامة و الخاصة سفيتها محجورا عليه لتبذيره و جهله فى التصرف أو ضعيفا أى صيبا أو شيئا مختلا أو لا يستطيع أن يمل هو بنفسه لخرس أو جهل باللغة فليملل وليه الذى يلي أمره فتوقفها على أمر خارج يحتاج إلى دليل و أنت خير بأن مورد الآية الأولى إنما هو الحجر على الصبى ابتداء و إيناس الرشد شرط فى زوال الحجر عن الصبى ابتداء و هو غير محل النزاع فلا يلزم كونه شرطا فى السفه بعد زوال الحجر عنه (و أما) الآية فقد قيل إن المراد بالسفيه فيها الجاهل بالإملاء و قيل الطفل و قيل الأحمق قال فى (مجمع البرهان) (البيان خ ل) و يحتمل كونه فى الابتداء و المحجور عليه بحكم الحاكم و لهذا قال فى الكشاف المحجور عليه فمع هذه الأقوال لا تنهض دليلا و ما الاستدلال بهذه الآية الشريفة إلا كالأستدلال بأن العلة السفه لأن تعليق الحكم على المشتق يفيد العلية لمكان تبادرها و وجود العلة يستلزم وجود المعلول و بأنه إن جاز التصرف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطا و هو باطل بالآية و إن لم يجز فالمطلوب و بأن اشتراط جواز التصرف بالرشد يقتضى بأن زوال الشرط يستلزم زوال المشروط و يدفع ذلك كله أن مبدأ الخلاف لم يعرف صريحا إلا من الشهيد فى اللمعة فى الثبوت و إلا فقد وافق على توقف الزوال على حكم الحاكم و هى آخر ما ضعف مضافا إلى دعوى المحقق الثانى أن هذا القول هو المشهور و هذان يعضدان الأصل و أدلة تسلط الناس على أموالهم عقلا و نقلا و أدلة صحة التصرفات الشاملة لتصرفاته التى فعلها فى زمن سفهه قبل التحجير و صدقها عليها و أنه لو كان مجرد السفه حجرا لعمت البلوى و البلية إذ أكثر الناس سفهاء كما قدمنا بيانه و خصوصا إذا اعتبرنا العدالة فى الرشد و خصوصا ما إذا اعتبرنا ما اعتبره جماعة من إصلاح المال و الاكتساب و تحصيل المعدوم و فى بعض هذا بلاغ و ليس لكم دليل من كتاب و سنة دال صريحا إلا- على استصحاب السفه إلى أن يرشد و أما الحادث بعده فلا و كيف يوجد دليل على ما قضت الضرورة بخلافه و إلا لم تكن الشريعة سهلة سمحاء (و الحاصل) أنه لا جواب و لا مناص عما أورده المقدس الأردبيلي آنفا إلا بهذا القول فلا مناص عنه و لو تنبه المتأخرون المخالفون أو المترددون لهذا الخطب العظيم ما عدلوا عن هذا القول و لا تأملوا فيه على أنا نجيب عما ذكر من الأدلة إذ

مرجع الشرطية و العلية إلى أن منصوص العلة حجة و أقصاه الظهور و الظاهر يعدل عنه لهذه الأدلة (و عساک تقول) أن عبارات الأصحاب فى أكثر الأبواب كالبيع و الإجارة و الوقف و الوصية و الهبة و غيرها مشحونة باشتراط الرشد كاشتراط البلوغ و العقل و يبعد حملها على أن السفه مانع مع حكم الحاكم أو السفه و الرشد ابتداء لأنهم يطلقون و يفرعون عليه الفروع الكثيرة بحيث يفهم عدم النزاع فى ذلك (قلت) هذه مسألة أصولية و هو أن مثل هذه الإطلاقات التى ليست مسوقة لبيان الحكم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧٧

فإن اشترى بعد الحجر فهو باطل (١) و يسترد البائع سلعته إن وجدها (٢) و إلا فهى ضائعة إن قبضها بإذنه عالما كان البائع أو جاهلا و إن فك حجره (٣)

لا يصح الاستدلال بها كما هو الشأن فى إطلاقات الرهن مع عدم التعرض فيها للقبض مع أنه شرط فيه على المعروف عند أكثرهم (و الحاصل) أن هذا حكم مخالف للعقل و النقل كتابا و سنة و إجماعا فيقتصر فيه على محل اليقين و الوفاق و هو فى الابتداء و تسليم المال أو حكم الحاكم و لا يخرج عن ذلك إلا بأدلة قاهرة و بما ذكرنا ظهرت أدلة القول الثانى و هو ثبوته بظهور السفه و انتفاؤه بانتفاؤه حيث يقطع بالأمرين و هو خيرة جامع المقاصد و الروضة و المسالك و الكفاية و المفاتيح و الرياض بلفظ الأصح فى الأول و الأقوى فى الروضة و المسالك و الأقرب فى الكفاية و غيرها و مفهوم ذلك أن الأول صحيح و قوى و قريب فلم يقدموا على المخالفة كما ترى و فى (تعليق الإرشاد) أنه قوى و القول الثالث ما اختاره فى اللمعة من ثبوته بمجرد السفه و توقف زواله على حكم الحاكم و وجهه يعرف مما مر من أن المقتضى للحجر هو السفه فى الأول فيجب تحققه بتحقيقه و لأن زوال السفه يفتقر إلى الاجتهاد و قيام الأمارات لأنه أمر خفى فينبط بنظر الحاكم فى الثانى (و فيه) إنا إذا قطعنا بزواله زال الحجر و قد يسر إعلام الحاكم فيلزم بالضرر بالمنع من تصرفه فى ماله مع عدم السفه فتأمل و القول الرابع هو ما اعترف جماعة بعدم معرفة قائله و هو توقف ثبوته على حكم الحاكم و زواله بزوال السفه و قال فى (جامع المقاصد) أنه يظهر من كلام الشهيد فى غاية المراد و لم يكن هذا الظهور من الكتاب المذكور بمكانة منه و وجهه أن حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده فلما عدم السفه امتنع ثبوت الحجر إذ يمتنع بقاءه من دون الشرط خصوصا على القول بأن البقاء يحتاج إلى علة و أن علة البقاء علة الحدوث و لعله أظهر مما فى اللمعة و منه يعرف حال ما فى الإرشاد كما ستسمع و جزم فى التحرير بتوقفه على حكم الحاكم و توقف فى زواله و عكس فى الإرشاد فتوقف فى ثبوته على حكم الحاكم و جزم فى زواله من دونه و لم يرجح فخر الإسلام فى الإيضاح و الشهيد فى حواشيه و قد عرفت الحال فيمن يتولى ماله فيما تقدم بما لا مزيد عليه

(قوله) (فإن اشترى بعد الحجر فهو باطل)

هذا مما لا أجد فيه مخالفا و هو و إن لم يصرح به فى المبسوط لكنه قضية كلامه فى فروع المسألة و فى (مجمع البرهان) لا شك فى بطلان البيع عالما كان أو جاهلا قال بل يمكن تحريم أصل المعاملة و مجرد إيقاع صورة البيع و الشراء معه (قلت) من صحح الفضولى بالإجازة صححه بإجازة الولي فالبطلان ليس على حقيقته و ليس بأسوا من بيع الغاصب فتأمل و يأتى كلام الشيخ و ابن البراج حيث

منعنا من جواز بيع السفه بإذن الولي

(قوله) (و يسترد البائع سلعته إن وجدها)

هذا مما اتفقت عليه عبارات من تعرض له

(قوله) (و إلا فهى ضائعة إن قبضها بإذنه عالما كان البائع أو جاهلا و إن فك حجره)

كما فى المبسوط و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و كذا الشرائع و الإرشاد لأنهما لم يصرح فيهما بالجاهل لكن إطلاقهما يشملهما و فى (الكفاية) أنه أشهر و وجهه أن تسليطه للغير على إتلاف ماله قبل اختبار حاله و علمه بأن العوض المبذول

منه ثابت أو لا تضييع لماله و لا فرق بين بقاء حجره و فكه لعدم اللزوم فى وقت الإلتلاف فلا يلزم بعد الفك فقول المصنف و غيره و إن فك حجره وصلّى و حكى فى التذكرة بعد ذلك عن بعض الشافعية أنه إذا أتلفه بنفسه ضمن بعد رفع الحجر عنه و قال لا بأس به و خص فى اللعنة ضياعها و عدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧٨

و كذا لو اقترض و أتلّف المال (١) و لو أذن له صحح إن عين و إلا فلغو (٢) و كذا لو باع فأجاز الولي و لو أتلّف ما أودع قبل الحجر أو غضب بعده أو أتلّف مال غيره مطلقا ضمن (٣)

ضمانها بالعامل العالم و نص فى الروضة على أنه لو كان جاهلا بحاله كان له الرجوع مطلقا لعدم تقصيره و تأمل فى مجمع البرهان مع الجهل خصوصا إذا لم يكن مقصرا فى التفحص ثم تأمل فى صورة العلم أيضا لأنه صار سفيها أيضا ثم استظهر عدم الضمان قم قال الذى يختلج فى صدرى ضمانه مع علمه أى السفيه بعدم صحة هذا العقد و عدم صحة التسلط إلا أن يكون المسلم إليه عالما و قبضه إياه فتأمل (قلت) هو جيد كما ستسمع و قضية كلام الكتاب و الشرائع أنه إن كان قبضه بغير إذن المالك رجع به كما هو صريح المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و استحسنته فى الروضة لأنه يلحق بغيره من القبض عدوانا و قد جعله فى الروضة قولاً ثالثاً مقابلاً للقولين الأولين و ليس كذلك بل لم يخالف فيه أحد منا و لا من العامة و فى (مجمع البرهان) أن الظاهر عدم الضمان سواء كان قبضه إياه أو قبضه بنفسه لأنه بالعقد المملك و المسلط على تملكه ضيعة المالك هو بنفسه (و فيه) أنه لا تفریط من المالك و إنما صدر منه مجرد العقد الفاسد الذى لا يترتب عليه حكم هنا و الصبى و المجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى

(قوله) (و كذا لو اقترض و أتلّف المال)

كما نص عليه فى المبسوط و غيره لأن الإقراض تسليط على الإلتلاف و كذا كل ما يتضمن التسليط على الإلتلاف و حكم الصبى و المجنون حكم السفيه فى وجوب الضمان عليهما إذا أتلّفا مال غيرهما بغير إذنه أو غضباه فتلّف فى أيديهما و انتفاء الضمان عنهما فيما حصل فى أيديهما باختيار صاحبه كالمبيع و القرض (قوله) (لو أذن له صحح إن عين و إلا فلغو)

أى إذا أذن له الولي فى التصرف صحح إن عين نوعا منه و قدر العوض كأن قال له بع الشىء الفلانى بكذا أو انكح فلاناً بكذا أما صحة إذنه فى النكاح فمما لا خلاف فيها كما يظهر من نكاح التذكرة و لعله كذلك لأن الشيخ و القاضى موافقان فيه و أما فى البيع فهو خيرة الشرائع و حجر التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و هو قضية كلامه فى التحرير و الإرشاد لأنه صحح فيهما إجازته لما باعه و كذا مجمع البرهان و الوجه فى ذلك أن المانع ليس إلا- خوف المحذور من إلتلاف المال و هو مندفع بالتعيين و معلوم أن اعتبار إذن الولي مشروط بالمصلحة كتصرفه بل أولى و المخالف الشيخ فى المبسوط و القاضى و حكاها فى المسالك عن جماعة و لم نجد غير هذين و كأنه فى نكاح التذكرة مال إليه و وجهه أن البيع يختلف حكمه ساعة فساعة لأن السوق قد يزيد و قد ينقص بدخول الجلب و انقطاعه فافتقر إلى عقد الولي لاحتياطه فى ذلك بخلاف النكاح و لأن المقصود من البيع المال و هو محجور عليه و ليس المقصود من النكاح المال فافترقا و هو كما ترى و أما أنه إذا أطلق كان لغوا لأنه لو صحت فات الغرض من الحجر عليه (قوله) (و كذا لو باع فأجاز الولي)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان لما عرفت من أنه بالغ عاقل و خوف الإلتلاف منتف هنا كما أن محذور اختلاف السوق أيضا منتف و لعله لهذا ترك التصريح بالإذن فى التحرير و الإرشاد و صرح بالإجازة فيهما فتأمل

(قوله) (و لو أتلّف ما أودع قبل الحجر أو غضب بعده أو أتلّف مال غيره مطلقا ضمن)

مفهوم قوله قبل الحجر إن ما أودعه بعد الحجر لا- يضمه بالإتلاف و هو الذى فهمه منه فى المسالك فهنا حكمان (الأول) أنه لو أتلّف السفية بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن إذ لا تسليط على الإتلاف هنا من مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٧٩

.....

المسالك و لا تعريض للإتلاف لكونه حينئذ غير محجور عليه فيضمن لأن إتلاف مال الغير سبب فى الضمان و كأنه مما لا خلاف فيه كما هو قضية كلامهم فيما ستسمع (الثانى) إذا أتلّف ما أودعه بعد الحجر لا يضمه كما هو خيرة الشرائع و الإرشاد لأن المودع فرط بإعطائه و قد نهى الله سبحانه عن ذلك بقوله جل شأنه (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) فيكون بمنزلة من ألقى ماله فى البحر و اختير فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان أنه يضمن لأن المالك لم يسلمه على الإتلاف و إنما أمره بالحفظ فقد حصل منه الإتلاف بغير اختيار المالك كما لو غضب و الحال أن السفية بالغ عاقل و الأصل عصمة مال الغير و من الأمور المستبعدة تضمينه بالغضب و عدم تضمينه بالإتلاف للوديعه مع كونه أبلغ و أفحش مع أن وضع يده حال الإتلاف غضب و تسليم مالكة إياه لا يستلزم عدم الضمان لأن له أهلية الحفظ و الضمان لأنه مكلف إلا أنه تسامح فى ماله و ذلك غير قادح فى أهليته فلا يستلزم كون المالك هو المضيع و لهذا يجوز توكيه و لم يرجح الشيخ فى المبسوط و المصنف فى التحرير و الشهيد فى اللمعة (قلت) قد يستشهد للقول الأول بالخبر و مضمونه أن إسماعيل ابن مولانا الصادق عليه السلام أراد أن يستبضع رجلا فنهاه أبوه عليه السلام عن ذلك لأن ذلك الرجل كان يشرب الخمر فخالف و استبضعه فاستهلك ماله فحجج أبو عبد الله عليه السلام و حجج معه ابنه إسماعيل فجعل يطوف بالبيت و يقول اللهم أجرنى و اخلف على فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له مه يا بنى فلا و الله ما لك على الله حجة و لا لك أن يأجرك و لا يخلف عليك و قد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته إلى أن قال فإن الله عز و جل فى كتابه قال (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) فأى سفه أسفه من شارب الخمر إن شارب الخمر لا يزوج و لا يؤتمن على أمانة فمن ائتمنه على أمانته فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله عز و جل أن يؤجره فإن مضمونه يعطى أنه غير مستحق لشيء بالكلية عقوبة و مؤاخذه له حيث خالف الله سبحانه و تعالى و لو كان المال مضمونا و الحق ثابتا فى ذمة السفية كسائر الحقوق و الديون لم يكن للمنع من الدعاء بالأجر و الخلف وجه لأنه له أن يتوصل إلى حقه بكل وجه من الوجوه و منها الدعاء مع عدم الحيلة فى الوصول بغيره من الأمور (و الحاصل) أنه لو كان حقا شرعيا فى ذمة من دفعه إليه لاستحق العوض من الله سبحانه أو كان له أن يدعو عقلا و نقلا كسائر الحقوق التى تفوت على أصحابها فتأمل (و قولكم) من الأمور المستبعدة إلى آخره (فيه) أن الفرق واضح لأنه فى الوديعه سلمه المالك و سلطه عليه مع علمه بحاله و لا- كذلك الحال فى الغضب و قد صرح كثير بأن العارية كالإيداع و زيد فى اللمعة الإجارة و أما ضمان ما غضبه بعد الحجر فكأنه مما لا خلاف فيه و مراده بالإطلاق فى قوله أو أتلّف مال غيره مطلقا ضمن ما كان قبل الحجر أو بعده سواء جعل باختيار صاحبه فى يده أو بدون اختياره و هذا يقضى أنه لو أتلّف الوديعه بعد الحجر يضمن فيبقى المفهوم فى قوله قبل الحجر مقصورا على ما إذا فرط فى الحفظ فتكون فتوى الكتاب أنه يضمن بالإتلاف لا- بالتفريط و لا يكاد يفرق بين الإتلاف و التفريط فإنه إتلاف و لا يكاد يتم للإطلاق وجه يلتزم به مع أول كلامه و يبقى الكلام فى المجنون و الصبى فى (التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك) و غيرها أنهما كالسفيه يجب عليهما الضمان إذا أتلفا مال غيرهما بغير إذنه أو غضباه فتلف فى أيديهما و انتفاء الضمان عنهما فيما حصل فى أيديهما باختيار صاحبه كالبيع و القرض و قد نبه على ذلك فى المبسوط و نبه عليه فى باب البيع من نهاية الأحكام و التذكرة أيضا أنه مما لا خلاف بين المسلمين حيث لم يحك فيه عن العامة خلافا و إنما حكاه فى إيداعهما و عاريتهما لكن هذا يخالف تعريفهم الحكم بأنه خطاب الله

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨٠

و لو أقر بدين لم ينفذ إقراره سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو لا و كذا لو أقر بإتلاف مال أو بجناية توجب مالا (١) و يصح طلاقه و لعانه و ظهاره و رجعته و خلعه و لا يسلم مال الخلع إليه (٢) و إقراره بالنسب و ينفق على من استلحقه من بيت المال (٣)

المتعلق بأفعال المكلفين بالاختصاص و التخير و الوضع فليتأمل و أما الوديعة و العارية إذا دفعهما صاحبهما إليهما باختياره فتلفتا بتفريطهما أو أتلفاهما فالأقرب أنه لا- ضمان عليهما و في (التذكرة و التحرير) إن تلفتا فلا ضمان عليهما و إن أتلفاهما فالأقرب أنه كذلك و لم يفرق في تلفهما بين التفريط و عدمه و التفريط لا يكاد يقصر عن الإتلاف و في (جامع المقاصد) أن ضمان الصبي المميز إذا باشر الإتلاف قوى و كذا إذا فرط لأن التفريط لا يكاد يقصر عن الإتلاف أما غير المميز و المجنون فهما كسائر الحيوانات و فرق في المسالك بين التلف و الإتلاف و أن الأجود الضمان في الثاني دون الأول و علل عدم الضمان في الأول بأن الضمان باعتبار الإهمال إنما يثبت حيث يجب الحفظ و الوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين فلا- يتعلق بالصبي و المجنون و وجوب الضمان في الثاني بأن إتلاف مال الغير مع عدم الإذن فيه سبب في الضمان و الأسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف (قلت) لكن لا- ينافيه التعريف كما عرفت و لم نقف على دليل يدل عليه إلا قوله صلى الله عليه و آله و سلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي و هو خاص بالمكلف بل الاحتمال كاف و تمام الكلام في الوديعة

(قوله) (و لو أقر بدين لم ينفذ إقراره سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو لا و كذا لو أقر بإتلاف مال أو بجناية توجب مالا)

لأننا لو قبلنا إقراره في ماله لزال معنى الحجر لأنه يقر به فيأخذه المقر له و لأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ إقراره كإقرار الرهن في الرهن و هل يلزمه حكم إقراره بعد فك الحجر عنه الوجه لا لأن المنع من نفوذ إقراره في الحال إنما يثبت لحفظ ماله عليه و دفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفد إلا تأخر الضرر عليه إلى أكمل حالته بخلاف المحجور عليه لفلس فإن المانع تعلق حق الغرماء به فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى إقراره و في مسألتنا انتفى الحكم لا تنفاه سببه إذ لا يندفع الضرر إلا بإبطال إقراره بالكيفية و هذا حكم تكليفنا في الظاهر أما حكمه فيما بينه و بين الله عز و جل فإن علم لزوم ذلك له قبل الحجر عليه و جب عليه أداؤه بعد فك الحجر عنه كما لو لم يقر به لكنه لا يجب عليه الأداء فيما أتلفه بعد الحجر بدفع صاحب المال إليه و تسليطه عليه بالبيع و شبهه و لو ادعى عليه شخص بدين لزمه قبل الحجر فأقام بينه قضية بها و إن لم يكن بينه فإن قلنا إن النكول و رد اليمين كالبينة سمعت و إن قلنا كالإقرار لم تسمع إذ أقصاه أن يقر و إقراره غير معقول

(قوله) (و يصح طلاقه و لعانه و ظهاره و رجعته و خلعه و لا يسلم مال الخلع إليه)

أما صحة طلاقه فعليه عامة أهل العلم كما في (التذكرة) و به قال جميع الفقهاء إلا ابن أبي ليلى لأن البضع ليس بمال و لا جار مجراه لأنه لا ينتقل إلى الورثة و لا يمنع المريض من إزالة الملك عنه و لا يطلق الولي عنه أصلا بل يطلق هو بنفسه و يصح لعانه و ظهاره و يكفر بالصوم و تصح منه الرجعة لأنها ليست ابتداء نكاح بل تمسك بالعقد السابق لأن هذه لا تعلق لها بالمال و يصح منه الخلع لأنه إذا صح منه الطلاق مجانا فبالأولى أن يصح الخلع و لا يدفع إليه مال الخلع و إن دفع إليه و أتلفه لم تبرأ المرأة و هو من ضمانها و لا يشترط أن يخالع على مهر المثل أو يزيد

(قوله) (و إقراره بالنسب و ينفق على من استلحقه من بيت المال)

أى لو أقر بنسب صحيح قبل و يثبت

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨١

و بما يوجب القصاص و لو صولح فيه على مال فالأقرب ثبوت المال (١) و لو وكله غيره في بيع أو هبة جاز لبقاء أهلية التصرف (٢) و للولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فإن تبرم بها أبدلت (٣) و هو في العبادات كالرشيد (٤) إلا أنه لا يفرق الزكاة بنفسه و

ينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً (٥)

النسب لانتفاء المانع و هو مصادفة الإقرار المال إذ لو وجب الإنفاق على المقر به أنفق عليه من بيت المال و في (حواشي الشهيد) أن إقرار الزوج بالزوجة يوجب نفقتها لأنها معاوضة (قلت) ظاهر التذكرة أنه مما لا ريب فيه عند العامة و قال الشهيد لو قيل من ماله مطلقاً كان حسناً لأنه قد ثبت نسبه شرعاً و لاستلزامه الإضرار بجميع المسلمين بواسطة قول واحد (فإن قلت) المنع من الإنفاق في ماله نظراً إلى صيانتها (قلت) صيانة مال جميع المسلمين أولى قلت قد حكى ذلك في التذكرة عن بعض العامة و أجاب في (جامع المقاصد) عن قول الشهيد بأنه أي النسب إنما ثبت بالنسبة إلى ما عدا المال و بيت مال المسلمين لمصالح المسلمين و هذا منهم فلا يتصور أن يقال وجوب النفقة إضراراً بالمسلمين و إلا لقليل في كل فرد منهم مثل هذا انتهى (قلت) قد لا يرد هذا على الشهيد لأنه أراد الإضرار بمال جميع المسلمين بقول واحد كأن سرق ولده الصغير الحر و بيع فعرفه و أقر به و صدقه المولى فإنه كان واجب النفقة على مولاه و الآن صار واجب النفقة على جميع المسلمين بقول واحد فدار الأمر بين أن لا يقبل إقراره أصلاً أو يقبل في النسب لا في النفقة لأنهما غير معلومي التلازم أو يقبل فيهما و النفقة في ماله لأن ذلك حصل بالتبع لأنه لما ثبت النسب جاءت أحكامه فلا يتجه حينئذ قوله فلا يتصور إلى آخره فتأمل جيداً و القول بالإنفاق عليه من بيت المال للشيخ في المبسوط و وافقه المصنف في التذكرة و الكتاب و ظاهر التحرير التأمل في ذلك

(قوله) (و بما يوجب القصاص و لو صولح فيه على مال فالأقرب ثبوت المال)

إذا أقر السفية بما يوجب القصاص قبل منه لأنه مكلف عاقل و يحكم عليه به في الحال و لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم كما في التذكرة فلو عفا المقر له على مال لم يثبت عندنا لأن موجب العمد القصاص فإذا صولح على مال كان له خلاص نفسه بالمال لأن حفظ النفس أولى فجاز له الصلح و يحتمل العدم لأنه يرجع على الأصل بالإبطال لأن أصل الحجر على السفية لحفظ ماله و يمكن أن يتواطأ مع المقر له على الإقرار ثم الصلح توصلاً إلى الغرض الفاسد و جوابه كما في جامع المقاصد اندفاع ذلك بقرائن الأحوال فإن المقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى و لا يلتبس بمن يحاول المال فيصح الصلح (قلت) إذا كان عالماً بالحكم يمكن أن يخفى الحال فيه قال الشهيد و لك أن تمنع أصل صحة هذا الإقرار لأن فتح هذا الباب ينافي الحجر (قوله) (و لو وكله غيره في بيع أو هبة جاز لبقاء أهلية التصرف)

عندنا لأن عبارته معتبرة لم يسلب الشارع حكمها عنه فيصح عقده كما في التذكرة

(قوله) (و للمولى أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فإن تبرم بها أبدلت)

الوجه في ذلك واضح بل قد يجب عليه ذلك

(قوله) (و هو في العبادات كالرشيد)

كأنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقل فيه خلاف في المبسوط و التذكرة و لا فرق بين البدنية و المالية

(قوله) (إلا أنه لا يفرق الزكاة بنفسه و ينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً)

أما الأول فالأول لأنه تصرف مالي ممنوع منه على الاستقلال و أما الثاني فلو أحرم بحجة الإسلام أو عمرته فإنه إنما يؤدي واجبا تجب المبادرة إليه فيصح إحرامه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨٢

و في التطوع إن استوت نفقته سفراً و حضراً أو أمكنه تكسب الزائد (١) و إلا حلله المولى بالصوم دون الهدى (٢)

بغير إذن المولى و ليس له الاعتراض عليه سواء زادت نفقة السفر أو لا- و هذا المراد بالإطلاق و ينفق عليه المولى أو يبعث معه حافظاً

يحفظ ماله و ينفق عليه و لو بأجرة و كذا لو أحرم بحج أو عمره واجبتين بنذر أو شبهه كان قد أوجب ذلك قبل الحجر عليه و لو نذر الحج بعد الحجر عليه فالأقوى انعقاده لكن لا يمكن منه إن زادت نفقته في السفر و لم يكن كسب يفي بها بل إذا رفع الحجر عنه حج و لو نذر التصدق بعين ماله لم ينعقد و لو نذر في الذمة انعقد و لو نذر عبادة بدنية لزمته كما في التحرير و يأتي تمام الكلام في المقام (قوله) (و في التطوع إن استوت نفقته سفرا و حضرا أو أمكنه تكسب الزائد)

هذا مما لا أجد فيه مخالفا و لا مستشكلا قبل المقدس الأردبيلي و قد صرح به في المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح بل قد يظهر من المبسوط و التذكرة أن لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقلا فيهما خلافا عن أحد من الخاصة و العامة لا تتفاء الضرر مع تساوى السفر و الحضر في النفقة و التفاوت مع الاكتساب و استظهر المقدس الأردبيلي عدم منعه من المندوب و إن استلزم صرف المال زائدا على الحضر (قلت) لو لم يمنع من الصدقات و النذور (و النفقة خ ل) المتعلقة بالأموال و فعل كبناء المساجد و القناطر لأمكن أن يجعل ذلك وسيلة إلى ذهاب المال فيعود على الحكم بالإبطال و قد تكلم بعض الناس في المقام بكلام هو أهون من أن نرده و أورد في (جامع المقاصد) بأن ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به (و أجاب) بأنه قبل الاكتساب لم يكن مالا- و بعده صار محتاجا إلى زيادة النفقة و أيضا فإن الاكتساب غير واجب على السفية و ليس للولى قهره عليه فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف الشيء من المال الذى تعلق الحجر به (و قد يقال) على الجواب الأول إنه إنما يتم لو لم يمكنه العود أو أمكنه بنفقة مساوية لنفقة الإكمال و إلا لم ينفعه احتياجه إلى النفقة و على الثانى أنه و إن لم يجب عليه الاكتساب إلا أنه إذا اكتسب باختياره تحقق المال و لزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر و كان بعد التلبس بالحج أو قبله و لم يمكن العود إلا بصرفه زال الإشكال (قوله) (و إلا حلله الولي بالصوم دون الهدى)

كما في المبسوط و التحرير و فى (الشرائع و الإرشاد) و غيرهما حلله الولي و قضية كلامهم أن إحرامه ينعقد (و قد يقال) إنه كيف ينعقد مع الإخلال بالشرائط للنهي عنه حينئذ المقتضى للفساد فى العبادة إلا أن تقول النهي هنا عن أمر خارج و هو إتلاف المال الزائد فليس هناك نهى عن ذات العبادة و لا عن شرطها لأن المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد فطريق استدراكه أى الزائد تحليل الولي له بالصوم لأنه حينئذ كالمحصور حيث يحرم عليه الذهاب للإكمال هذا إن جعلنا لدم الإحصار بدلا و إلا بقى على إحرامه إلى زمان الفك و ظاهر المبسوط و الكتاب تعيين التحليل بالصوم و هو الذى يقتضيه الحجر لحفظ المال و ظاهر التحرير و التذكرة و كذا الشرائع و الإرشاد أن له كلاً- من الأمرين هذا و الصوم الذى يحلله الولي به على القول بالبدل عشرة أيام من دون اعتبار التوالى و الزمان و كونه فى الحج و روى الشهيد ثمانية عشر يوما قال لم أقف على كون التحليل بالصوم إلا من طرق العامة نعم روى معاوية ابن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى المحصر إن لم يجد هديا قال يصوم و فى كتاب المشيخة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨٣

و ينعقد يمينه فإن حث كفر بالصوم (١) و له أن يعفو عن القصاص لا الدية و الأرش (٢) و الولاية فى ماله للحاكم خاصة (٣) و لو فك حجره ثم عاد التبذير أعيد الحجر و هكذا (٤)

[الفصل الثالث فى المملوك]

(الفصل الثالث فى المملوك) المملوك ممنوع من التصرف فى نفسه و ما فى يده بيع و إجارة و استدانة و غير ذلك من جميع العقود إلا بإذن مولاه (٥) عدا الطلاق فإن له إيقاعه و إن كره المولى (٦)

لابن محبوب روى صالح ابن عامر بن عبد الله بن خزاعة عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل خرج معتمرا و اعتل فى بعض الطريق

وهو محرم قال ينحر بدنة ويحلق رأسه و يرجع إلى رحله فلا يقرب النساء فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوما و قد استقرب بعضهم في باب الحج أن ليس لدم الإحصار بدل «١» و المصنف في الكتاب استشكل (قوله) (و يعتقد يمينه فإن حنث كفر بالصوم)

كما في المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و كذا الشرائع على تردد له فيه من أنه ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم كالعبد و الفقير و من أن الكفارة تصير حينئذ واجبة عليه و هو مالك للمال فيخرج من المال كما تخرج الواجبات من الزكاة و الخمس و مؤنة الحج الواجب و الكفارة التي سبق وجوبها الحجر (و فيه) أن هذه تثبت عليه بغير اختياره فلا تصرف له في المال و إنما هو حكم الله عز و جل و ما نحن فيه سببه مستند إلى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيلة له إلى إذهابه و قد ذكر الحكم في المبسوط و التذكرة من دون نقل تردد و لا خلاف و كيف كان فوجوب الكفارة مما لا خلاف فيه و في (المسالك) أنه قطعي و إنما التأمل في أنه يكفر بالصوم أو المال هذا و يحتمل مع إذن الولي في اليمين مع المصلحة صرف المال فيها و مثل اليمين النذر و العهد و يكفر بالصوم لو عاد في ظهاره أو لزمته كفارة قتل الخطأ أو الإفطار في شهر رمضان و شبهه

(قوله) (و له أن يعفو عن القصاص لا الدية و الأرش)

صرح في المبسوط و غيره أن له العفو على مال لأنه تحصيل للمال و ليس تضييعا له لكنه لا يسلم إليه المال و في (التذكرة و المسالك) إن عفا على غير مال صح عندنا لأن الواجب في العمد القصاص و من قال الواجب أحد الأمرين لم يصح عفو عنده على المال و أما أنه ليس له العفو عن الدية و الأرش فواضح و تمام الكلام في باب القصاص (قوله) (و الولاية في ماله للحاكم خاصة)

قد تقدم الكلام بما لا مزيد عليه

(قوله) (و لو فك حجره ثم عاد التبذير أعيد الحجر و هكذا)

لأن الحجر كان لعله فإذا عادت عاد الحكم و إذا زالت زال قضاء للعله و بذلك صرح في المبسوط و غيره (الفصل الثالث في المملوك) (قوله) (المملوك ممنوع من التصرف في نفسه و ما في يده ببيع و إجارة و استدانة و غير ذلك من جميع العقود إلا بإذن مولاه)

قد تقدم الكلام في ذلك في المطلب الثاني من مطلبى الفصل الأول في الحيوان و لا فرق في المنع من تصرفه بدون إذنه بين أن نقول بملكه و عدمه لأنه على ذلك التقدير محجور عليه و المراد بالمملوك ما يشمل المملوكة لعموم الأدلة و جعله إجارة نفسه تصرفا فيها واضح و أما الاستدانة و نحوها من العقود الموجبة لجعل الشيء في ذمته فوجه إلحاقه بالتصرف في نفسه أنه يجعل نفسه مديونا ففيه مناسبة للتصرف فيها بوجه

(قوله) (عدا الطلاق فإن له إيقاعه و إن كره المولى)

هذا هو الأشهر إذا كانت

(١) الذي وجدناه في النسخ بدلا (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨٤

و الأقرب أنه لا يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة أو أرش الجنائية على رأى و سواء ملكه مولاه على رأى أم لا (١) و لا تصح له الاستدانة فإن استدان بدون إذن مولاه استعيد (٢) فإن تلف فهو في ذمته إن أعتق أده و إلا ضاع سواء كان المدين جاهلا بعبوديته أم

الزوجة غير أمة المولى و قد خالف جماعة فنفوا خياره فيه أيضا لمكان صحاح كثيرة و استثنى فى التذكرة أيضا الضمان لأنه تصرف فى الذمة لا بالعين و رد بعموم الآية مع عدم وضوح شاهد على التخصيص

(قوله) (و الأقرب أنه لا يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة أو أورش الجنائى على رأى و سواء ملكه مولاه على رأى أم لا)

قد تقدم منافى المطلب المشار إليه آنفا نقل الشهرة و الإجماعات و الفتاوى على أنه لا يملك مطلقا و استدللنا عليه بعد ذلك بالأصل و الآيات الكريمة و السنة و بينا الحال فى المواضع التى يظهر منهم أنه يملك و أسبغنا الكلام فى ذلك كله

(قوله) (و لا تصح له الاستدانة فإن استدان بدون إذن مولاه استعيد)

إذا اقترض العبد أو اشترى فى ذمته بغير إذن سيده لا يصح قرضه و لا شراؤه لاستحالة أن يثبت الملك له فإنه ليس أهلا للملك و لا يثبت للمولى لأنه إن ملك بغير عوض فهو تجارة عن غير تراضى إذ المالك إنما دفع العين ليسلم إليه العوض فإذا لم يكن هناك عوض يكون تسلطا على ملك الغير بغير إذنه و إن ملك السيد بعوض فإما فى ذمته فهو باطل لأن السيد ما رضى به أو فى ذمة العبد فهو أيضا باطل لامتناع حصول الشئ لمن ليس عليه عوض بل على غيره فالبائع و المقرض يرجعان بالعين إن كانت موجودة سواء كانت فى يد العبد أو يد السيد لبقاء ملك البائع و المقرض فيهما

(قوله) (فإن تلف فهو فى ذمته إن أعتق أده و إضاع سواء كان المدين جاهلا بعبوديته أم لا)

قال الشيخ فى النهاية إذا لم يكن مأذونا فى التجارة فكل ما يقع عليه من الدين لم يلزم مولاه من ذلك شئ و لا يستسعى أيضا فيه بل كان ضائعا و قد حكى هذه العبارة فى السرائر ما عدا قوله بل كان ضائعا و نفى عنها الخلاف و قال بل يتبع به بعد العتق (ثم قال) و قال شيخنا فى نهايته بل كان ضائعا يريد به ما دام مملوكا و نحو ما فى السرائر ما فى الغنية و الكافى و قال فى (التذكرة) إذا استدان شيئا لم يلزم مولاه منه شئ بل يتبعه المدين بعد العتق فإذا أعتق رجح عليه بماله عليه إن كان ذا مال و إن مات عبدا سقط الدين بلا خلاف و لا فرق بين أن يكون صاحب المال عالما بعبوديته أو جاهلا و قد طفحت عباراتهم كعبارة الشرائع و النافع و غيرهما بأنه إذا استدان من دون إذن مولاه فتلف كان لازما لذمته يتبع به دون المولى و مرادهم أنه يتبع به إذا أعتق كما صرح به فى النافع و غيره نعم قال ابن حمزة يكون ضائعا إلا إذا أبقى المال فى يده أو كان قد دفعه إلى سيده (و حجتهم) على ذلك بعد الإجماع أصالة البراءة و أنه فعل غير مأذون فيه و أما صحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال قلت له رجل يأذن لمملوكه فى التجارة فيصير عليه دين قال إن كان أذن له السيد أن يستدين فالدائن على مولاه و أن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شئ على المولى و يستسعى العبد فى الدين و موثقة و هب ابن حفص سأل أبا جعفر عليه السلام عن مملوك يشتري و يبيع قد علم بذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه قال يستسعى فيما عليه فقد استدلل بهما فى الرياض على ما نحن فيه و ليسا مما نحن فيه و إنما محلها كما فهم منها الأصحاب فيما أذن له فى التجارة دون الاستدانة و حصل عليه ديون و جعلوا هذه مسألة أخرى كما ستسمع إن شاء الله تعالى على أنهم فى هذه أيضا لم يعولوا عليهما (أى الخبرين) إذ ظاهرهما أنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨٥

و لو أذن له مولاه فى الاستدانة لزم المولى إن استبقاه أو باعه و لو أعتقه فالأقوى إلزام المولى (١)

يستسعى فى حال الرق فيرجع إلى ضمان المولى و جعل بعضهم كالمصنف فى المختلف الوجه فى ذلك أن المولى غار بالإذن فى التجارة فوجب عليه التمكين من السعى و قال بعضهم إن علم المولى باستدانته مع عدم منعه يرجع إلى الإذن بالفحوى كما هو ظاهر الموثقة و أما الصحيحة فتقيد بذلك جمعا بين الأدلة و يفرق حينئذ بين الإذن الصريح و الإذن بالفحوى بأن الأول يقضى بالضمان على السيد مطلقا حتى مع عجز المملوك عن السعى و الثانى يقضى باختصاص الضمان عليه فى صورة قدرة العبد على السعى و أما

مع العجز فلا ضمان عليه لقوله عليه السلام في صحيحة أبي بصير الأخرى ليس على مولاه شيء و ليس لهم أن يبيعوه و لكن يستسعى و إن عجز عنه فليس على مولاه شيء و لا على العبد شيء و بعضهم حملهما على ما إذا رضى السيد و إلا فيتبع به بعد العتق لقول الصادق ع في خبر روح ابن عبد الرحيم في رجل مملوك استتجره مولاه فاستهلك مالا كثيرا قال ليس على مولاه شيء و لكنه على العبد و ليس لهم أن يبيعوه و لكن يستسعى و أن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء و لا على العبد و هي كصحيحة أبي بصير الثانية لكن في هذه حجر عليه و في تلك عجز عنه لكن هذه الرواية قاصرة مصحفة المتن و بعضهم حمل الاستسعاء على ما بعد العتق و لكنه يلزم منه استسعاء الحر فيما عليه و لا- يقولون به إلا أن يقال إن ذلك إذا كان الدين حال الحرية لكن ذلك فرع ظهور كون الاستسعاء بعد العتق من الأخبار (و كيف كان) فهذه الأخبار قد أعرض عنها الأصحاب في خصوص الاستسعاء إلا الشيخ في النهاية و ابن حمزة على تفصيل له عليل ستسمعه إنشاء الله تعالى و هذه التأويلات كما قد عرفت حالها لا يعول عليها في إثبات الأحكام الشرعية

(قوله) (و لو أذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى أن استبقاه أو باعه و لو أعتقه فالأقوى إلزام المولى)

إذا أذن المولى لعبده في الاستدانة فاستدان لسيدته فالدين يلزم سيده قطعا كما في المختلف و المقتصر و قولاً واحداً كما في إيضاح النافع و المسالك و الروضة و بلا خلاف كما في غاية المراد و مجمع البرهان و بلا شك كما في المهذب البارع و أما إذا استدان حينئذ لنفقته الواجبة على السيد فكذلك أى يلزم سيده إجماعاً كما في إيضاح النافع و بلا خلاف كما في غاية المراد و قطعا كما في المقتصر و بلا شك كما في المهذب البارع و إذا استدان لما سوى هذين من مصالح العبد فإن استدان لذلك و استبقاه سيده أو باعه فالدين لا يُلزم للمولى بلا- خلاف كما في إيضاح النافع و قولاً واحداً كما في المهذب البارع و بالحكم المذكور نطقت كلماتهم و طفحت به عباراتهم و أما لو أعتقه و هو محل النزاع فالمشهور كما في التذكرة إلزام المولى أيضاً و الأشهر فتوى كما في إيضاح النافع و الأشهر رواية كما في الشرائع و النافع و هو المنقول كما في حواشى الشهيد و هو خيرة الشيخ في الإستبصار و ابن حمزة و ابن إدريس و المصنف في الإرشاد و ولده و الشهيدان في اللمعين و المسالك و أبى العباس في المقتصر و المحقق الثاني و المقدس الأردبيلي و المحدث الخراساني و قد سمعت ما في الشرائع و النافع من أنه أشهر الروايتين و تردد في التحرير و استشكل في التنقيح و لم يرجح في غاية المراد و المخالف الشيخ في النهاية و التقى و القاضى على ما حكى عنهما و ابن زهرة في الغنية و المصنف في التذكرة فقالوا يتبع به العبد و قد نفى عنه البعد في المختلف (حجة المشهور) الأصل بمعنى الاستصحاب أعنى استصحاب الحكم بالضمنان على المولى الثابت في حال عدم العتق و صحيحة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال قلت له الرجل يأذن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨٦

.....

لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال إذا كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه و أن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى و يستسعى العبد في الدين (وجه الدلالة) أن ترك الاستفصال يشمل صورة العتق و البيع و الاستبقاء و قد اعتضد هذا الخبر مع صحته بالأصل و الشهرة في العمل في خصوص المسألة و الشهرة في الرواية لأن كان قد رواه الشيخان في الكافي و التهذيب و لا حاجة إلى حمله على صورتى البيع و الاستبقاء جمعا بينه و بين الأخبار الأخر لأنها مع مخالفتها للقواعد و إمكان حملها على صورة عدم الإذن في الاستدانة لا تكافؤه بحسب السند و الاعتضاد (فمنها) خبر ظريف «١» ابن ناصح الأصفهاني قال كان أذن لغلام له في الشراء و البيع و أفلس و لزمه دين فأخذ بذلك الدين الذى عليه و ليس يساوى ثمنه فقال إن بعته لزمك الدين و إن أعتقته لم يلزمك الدين فعتقه و لم يلزمه شيء و قد روى مثله الشيخ بسند آخر عن ظريف بأدنى تفاوت و هما و إن اختصا بصورة البيع إلا أن ثبوت الحكم فيها يستلزم ثبوته بصورة الاستبقاء بالأولوية فتأمل و أنت خبير بأنهما يحملان عند المشهور على ما إذا كانت الاستدانة بغير إذن

المولى فإن الإذن فى التجارة فيهما أى الخبرين لا يستلزم الإذن فى الاستدانة ثم إن ما تضمنناه من لزوم الدين على العبد مع الإذن مخالف للقواعد الشرعية فإن العبد المأذون وكيل أو بمنزلة الوكيل على اختلاف الرأيين و إنفاقه على نفسه و تجارته بإذن المولى إنفاق لمال المولى كما لو لم يعتق (فإن قلت) إن قضية ما ذكرت من حمل الخبرين على عدم الإذن أن لا يلزم الدين المولى فيما إذا باع (قلت) لعل الوجه فى تضمين المولى للدين فى صورة البيع هو حيلولته بين أصحاب الدين و بين العبد بالبيع لا من حيث أن المال لازم من جهة الإذن فى التجارة و إن كان لم يأذن فى الاستدانة ثم إنه فى السرائر قال إن ظريفا الأكفانى مجهول حامل الذكر و عندنا أنه ظريف ابن ناصح الثقة بنص (جش و صه) و أما قول أمير المؤمنين عليه السلام فى خبر شريح فى عبد بيع و عليه دين قال دينه على من أذن له فى التجارة و أكل ثمنه فإنه قابل للحمل على صورة الإذن فى التجارة و الاستدانة و لا منافاة و على صورة عدم الإذن فى الاستدانة و أما موثقة و هب ابن حفص و خبر روح ابن عبد العظيم الدالان على عدم ثبوت الدين على المولى فمحمولان أيضا على الاستدانة بغير إذن المولى و مما ذكر يعرف الحال فيما استدل به للشيخ فى النهاية و من وافقه و هو الخبر الذى رواه فى التهذيب فى باب العتق بطريق فيه ضعف و جهالة (قال) حدثنى عجلان عن أبى عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق عبدا له و عليه دين قال دينه عليه لم يزد فى العتق إلا خيرا فإنه يحمل على ضعفه على ما إذا لم يقع الدين بإذن المولى على أن صحيح النظر يقضى بأن الضمير المجرور بعلی راجع إلى المولى بقرينه قوله عليه السلام لم يزد فى العتق إلا خيرا إذ معناه على الظاهر أن العتق لا يقضى بأن الدين على العبد و إلا - لم يكن زاده خيرا (و عساک تقول) إن خبر أبى بصير الذى جعلته أصلا فى المقام و نزلت عليه أخبار الباب قد اشتمل عجزه على ما لا تقولون به (قلت) اشتماله على ذلك لا يخرج عن الحجية و إلا لوجب العمل بجميع روايات الراوى الواحد كما قرر فى محله و نحن إنما عملنا به فى موضع لم يعرض الأصحاب عنه على أنك قد سمعت آنفا ما ذكرناه فى تأويله على أنه مؤيد بموثقة زرارة و ستسمعها فقد اتضح الحال فى المسألة و أخبار الباب و لم يبق فى هذه إشكال و لا فى تلك فى خصوص المسألة اضطراب و لا تصغ إلى ما فى المختلف و غيره و عد إلى عبارة الكتاب فإنه قد قال المحقق الثانى إن نظمها

(١) الموجود فى نسخة طريف بالطاء المهملة هنا و فى جميع ما يأتى (محسن)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨٧

و يتشارك غرماؤه و غرماء المولى فى التركة القاصرة على النسبة (١) و لو أذن له فى التجارة لم يجز له التعدى فيما حده (٢) و ينصرف الإذن فى الابتاع إلى النقد (٣)

غير حسن لأن ظاهر اشتراط استبقائه أو بيعه فى لزوم الدين المولى يقتضى النفى عما عداهما مع أن مختاره مع العتق اللزوم فلو قال و كذا لو أعتقه على الأقوى لكان أحسن

(قوله) (و يتشارك غرماؤه و غرماء المولى فى التركة القاصرة على النسبة)

يريد أنه لو استدان بإذن المولى ثم مات المولى و عليه ديون قسمت تركته على دين المولى و دين العبد على النسبة لأنهما معا مستحقان فى ذمة المولى و لا يقدم أحدهم على الآخر كما صرح بذلك فى النهاية و السرائر و غيرها على أنى لم أجد فيه خلافا و فى (مجمع البرهان) أنه ظاهر (قلت) و به صرح الشيخ فى النهاية و من تأخر عنه ممن تعرض له و قد استدل عليه فى التذكرة و غيرها بموثقة زرارة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات و ترك عليه ديناً و ترك عبدا له مال فى التجارة و ولدا و فى يد العبد مال و متاع و عليه دين استدانه العبد فى حياة سيده و فى تجارته و إن الورثة و غرماء الميت اختصموا فى ما فى يد العبد من المال و المتاع و رقبه العبد فقال أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبه العبد و لا على ما فى يده من المال و المتاع إلا أن يضمنا دين الغرماء جميعا فيكون العبد و ما فى يديه للورثة فإن أبوا كان العبد و ما فى يديه للغرماء يقوم العبد و ما فى يديه من المال ثم يقسم ذلك

بينهم بالحصص فإن عجز قيمة العبد و ما فى يديه من أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقى إن كان الميِّت ترك شيئاً و إن فضل من قيمة العبد و ما كان فى يديه عن دين الغرماء رد على الورثة و أما ما رواه الشيخ فى باب العتق عن ابن محبوب عن على ابن محمد بن يحيى عن الحسن بن على عن أبى إسحاق عن فيض عن أشعث عن الحسن عليه السلام فى بعض النسخ و عن أبى الحسن عليه السلام فى بعض آخر فى الرجل يموت و عليه دين و قد أذن لعبده فى التجارة و على العبد دين قال يبدأ بدين السيد فهو قاصر السند بالضعف و كثرة المجاهيل و يمكن تأويله بالبعيد بأن يراد بدين السيد ما يعم دين العبد و التقديم إضافى بالنسبة إلى الإرث و الوصايا أو يحمل على ما إذا أذن له فى التجارة دون الاستدانة و يخص دين السيد حينئذ بدين نفسه دون دين العبد و يجعل الأمر بأداء دين العبد المفهوم من الأمر بالابتداء بدين السيد للاستحباب فلا منافاة كما أشار إلى ذلك الشيخ فى الإستبصار و كان الاستحباب غير متجه لأنه مبنى على رضى الورثة و وفاء التركة

(قوله) (و لو أذن له فى التجارة لم يجز له التعدى فيما حده)

كما فى الشرائع و غيرها و لا فرق فى عدم جواز التعدى بين أن يكون فى جنس ما يشتريه و يبيعه أو فى القدر أو فى السفر إلى موضع و إن عم له جاز و لا يختص الإذن بشيء دون شيء و يستفيد المأذون له فى التجارة بالإذن كل ما يندرج تحت اسم التجارة أو كان من لوازمها و توابعها حتى الرد بالعيب و المخاصمة

(قوله) (و ينصرف الإذن فى الابتاع إلى النقد)

كما فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و غيرها و قد أطلقها الأصحاب و غيرهم فى الباب و باب القراض و باب الوكالة و الظاهر الإجماع على ذلك و لولاه أمكن جعل جواز النسيئة وجهاً و إنما اختص بالنقد للقرائن الخارجية و هى الإضرار بالمولى فى النسيئة بثبوت شيء فى ذمته بخلاف النقد لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه إلى العبد من المال أو لا غرض له و هى التى عينته من بين أفراد الكلى و هذا هو حاصل ما أجاب به المصنف قدس سره لما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين الرازى حين قرأ عليه هذه المسألة بأن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨٨

و له النسيئة إن أذن فيها و يثبت الثمن فى ذمة المولى (١) و لو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه (٢) و ليس له الاستدانة إلا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى (٣) و غيره يتبع به بعد العتق (٤) و لإضاع (٥) و لا يستسعى على رأى (٦)

البيع أمر كلى و النسيئة جزئى فلم لا تدخل (فأجاب) أولاً بأن البيع أعمّ فلا يدل على النسيئة بإحدى الدلالات (فأورد) عليه القطب أنه لا يلزم من نفي الدلالة نفي الاستلزام لجواز كون اللزوم غير بين ثم عارضه بالنقد فعدل الفاضل إلى الجواب المذكور من أن فى النسيئة إضرار بالمولى بثبوت شيء فى ذمته بخلاف النقد و كأنه فى جامع المقاصد فهم من الابتاع البيع لأنه استدلى على انصرافه إلى النقد بأنه الغالب و بأن النسيئة غير مرغوبة غالباً و بأنها معرضة للتلف و الضياع

(قوله) (و له النسيئة إن أذن فيها و يثبت الثمن فى ذمة المولى)

من المعلوم أنه إذا أذن له فى النسيئة كان الثمن فى ذمة المولى و به صرح فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و غيرها و لو لم يكن السيد أذن فى النسيئة و اشترى كان فضولياً يتوقف على إجازة المولى

(قوله) (و لو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه)

كما فى الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك لأن تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد و ليس المراد به الثمن المعين لأن تلفه يبطل البيع فلا يلزم المولى عوضه على ما هو الظاهر منهم فى باب البيع

(قوله) (و ليس له الاستدانة إلا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى)

لأن الإذن فى التجارة يستلزم الإذن فى جميع ضرورياتها لأنه فى معنى الإذن فحوى كما لو ماتت الدابة الحاملة للمتاع و لم يمكن غيرها إلا بالاستدانة و كأجرة الحافظ و نحوها
(قوله) (و غيره يتبع به بعد العتق)

أى غير المستدان لضروريات التجارة يتبع به بعد العتق إن عتق و يندرج فيه أمران ما استدانه لا لضرورة التجارة المأذون فيها و ما استدانه لغير المأذون فيها مطلقا و الظاهر الإجماع على أنه لا يلزم ذممة المولى
(قوله) (و إضاح)

هذا معطوف على محذوف يدل عليه قوله بعد العتق أى إن أعتق و إن لم يعتق ضاع ذلك فى الدنيا
(قوله) (و لا يستسعى على رأى)

موافق للمبسوط و الخلاف و الكافى فيما حكى و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و التذكرة و الإيضاح و الحواشى و اللمعة و شرح الإرشاد للفخر و ظاهر الإرشاد و غيره و حكى عن الخلاف الإجماع عليه و هو الموافق للأصل و يجاب عن الصحيحة بالوجه الثلاثة المذكورة فيما سلف و هى حملها على ما إذا علم المولى باستدانتها فيجرب علمه مجرى الإذن فحوى أو على أن الاستسعاء برضى المولى أو على أنه بعد العتق (و قال الشيخ) فى النهاية يستسعى فيه و لا يلزم مولاه شىء للصحة المذكورة و نفى فى المختلف عنه البعد لأن المولى غار بالإذن للعبد فى التجارة فوجب عليه التمكين من السعى و قال أيضا فى (المختلف) إن المعتمد أنه إن استدان لمصلحة التجارة لزم المولى أداؤه كالأجنىبى و إن لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه شىء و تبع به بعد العتق عملا بأصالة براءة ذممة المولى و تبعه على ذلك صاحب المقتصر (و أورد) عليه إن الإذن فى التجارة إن استلزم الإذن فى الاستدانة لضرورياتها فهو خلاف الفرض لأن المفروض أنه غير مأذون فى الاستدانة و إن لم يستلزم فلا نسلم أنه يلزم المولى حينئذ لأنه نفس المتنازع (و أجاب فى التنقيح) بأن محل النزاع هو عدم حصول الإذن صريحا لا عدم حصوله مطلقا قال و بينهما فرق (قلت) الموجود فى الرواية التى هى الأصل فى النزاع و إن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شىء على المولى و يستسعى العبد
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٨٩

و لا يتعدى الإذن إلى مملوك المأذون (١) و لو أخذ المولى ما استدانه و تلف فى يده تخير المقرض بين ابتاع العبد بعد العتق و إلزام المولى معجلا (٢) و يستعيد المقرض و البائع العين لو لم يأذن المولى فيهما فإن تلفت طولب بعد العتق (٣) و لو أذن له الولي فى الشراء لنفسه ففى تملكه إشكال (٤)

فى الدين فالإذن نكرة فى سياق النفى و هو يفيد العموم اللغوى إلا أن تقول إن النفى متوجه إلى ما أريد من الإذن فى الإثبات و هى الصريحة و الفحوى المقطوع بها دون المظنونة و كلام المختلف ناظر إلى المظنونة على الظاهر ثم إن هذا التحرير فى محل النزاع لم نجده لغيره و قد سمعت ما ذكرناه فى تفسير قول المصنف و غيره من الوجهين و فصل ابن حمزة بأنه إن علم المدين عدم الإذن تبع به بعد العتق و إلا استسعى و قد وافقه على ذلك صاحب إيضاح النافع قال لأن السيد غر الناس بالإذن فى التجارة و الصحيحة منبهاً على العلة و قال إنه أقوى الأقوال و فى (جامع المقاصد) أنه ضعيف و فصل فى المسالك و الروضة فقال الأقوى أن استدانتها لضرورة التجارة إنما تلزم مما فى يده فإن قصر استسعى فى الباقي و لا يلزم المولى من غير ما فى يده و عليه تحمل الرواية و هو كما ترى
(قوله) (و لا يتعدى الإذن إلى مملوك المأذون)

كما فى الشرائع و التذكرة و غيرها و يمكن أن يراد بمملوك المأذون معناه المجازى لأن الإضافة تصدق بأدنى ملاسبة فيراد به من هو فى خدمته من ممتلك المولى حال التجارة بحيث يدخل تحت أمره و يمكن أن يراد الحقيقة تفرعا على القول بأنه يملك و على التقديرين لا يتناول الإذن له مملوكه لأن المولى اعتمد على نظره فلم يكن له أن يتجاوز به بالاستنابة كالتوكيل و كذا ليس لهذا العبد

المأذون أن يوكل غيره لما ذكر وقد وافق على ذلك الشافعى وخالف أبو حنيفة فذهب إلى أن له أن يأذن لمملوكه فى التجارة مع أنه لا يقول بأن العبد يملك

(قوله) (و لو أخذ المولى ما استدانه و تلف فى يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق و إلزام المولى معجلا)

كما فى الشرائع و التذكرة و الإرشاد و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و وجه التخيير أن كلا منهما قد أثبت يده على ماله فيرجع على من شاء لأن كان القرض فاسدا لأنه بغير إذنه صريحا أو فحوى كما هو المفروض فإن رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد و إن أعتق بعد ذلك لاستقرار التلف فى يده و إن كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد فإن كان عند أخذه للمال عالما بأنه قرض فلا رجوع له على العبد أيضا و إن كان قد غره العبد بأن المال له أو من كسبه اتجه رجوعه عليه لمكان الغرور و لو رجع المقرض على العبد بعد عتقه و يساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف فى يده إلا أن يكون قد غر المولى فلا رجوع له عليه و مثله لو أخذه المولى ثم رده على العبد فتلف فى يده و قد سها قلم مولانا المقدس الأردبيلي فى المقام (قوله) (و يستعيد المقرض و البائع العين لو لم يأذن المولى فيهما فإن تلفت طولب بعد العتق)

أما أن البائع و المقرض يستعيان العين إن كانت موجودة فمما لا ريب فيه لبقاء ملك البائع و المقرض و أما مع التلف فيتبع العبد بمثلها أو قيمتها بعد عتقه و يساره كما هو واضح و الضمير المثنى فى فيهما يعود إلى البيع و القرض لدلالة البائع و المشتري عليهما (قوله) (و لو أذن له فى الشراء لنفسه ففى تملكه إشكال)

الضمير فى تملكه يعود إلى المولى لأن العبد لا يملك عند المصنف قال فى (التذكرة) لو أذن المولى لعبده فى الشراء للعبد صح و الأقرب أنه لا يملكه فحينئذ يملكه المولى لاستحالة ملك لا مالك له و هو خيرة الشهيد فى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩٠

و هل تستبيح العبد البضع الأقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن (١)

نكاح غاية المراد و فى (جامع المقاصد) الأصح أنه لا يثمر ملكا للمولى و هو خيرة نكاح المسالك و المصنف هنا استشكل و وجهه الشهيد بأنه لم يقع للسيد فلا يملكه و لا للعبد لأنه لا يملك (قلت) قضية ذلك أن يكون باطلا و الأصل فى ذلك أى الإشكال أن بطلان المركب لا يستلزم بطلان جزئه المعين و بعبارة أخرى بطلان الخاص لا يستلزم بطلان العام و أن الإذن فى الخاص يستلزم الإذن فى المطلق اللازم له فإذنه له فى الشراء لنفسه قد تضمن أمرين مطلق الإذن فى الشراء و تقييد «١» بكونه لنفسه و إذا بطل القيد أعنى الجزء المعين بقى المطلق و إن كان الشراء فى الجملة مأذونا فيه أثمر الملك للمولى و من أن الكلى لا يوجد إلا فى أحد جزئياته و هى غير متلازمة هنا فالإذن حينئذ إنما تعلق بأمر واحد و هو شراء مخصوص للعبد و قد انتفى لأن كان محالا غير متحقق و بعبارة أخرى فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه فلا يثمر ملكا للمولى (و حاصله) أن الإذن فى المقييد يستلزم الإذن فى المطلق لا مطلقا أى فى أى جزء كان بل فى ذلك المقييد و إذا امتنع ذلك المقييد لم يبق ذلك الإذن فرجع الأمر إلى منع القاعدة الثانية على إطلاقها ثم إننا قد نمنع القاعدة الأولى و نقول فيمن نذر صلاة نافلة فى مكان لا مزية له أو جالسا أو على الراحلة بانعقاد النذر و لا نقول بانعقاد المطلق و بطلان المقييد و فيمن نذر الصلاة محدثا ببطلان النذر من أصله و نقول إن من نذر أن يضحي بحيوان خاص فمات قبل ذلك لا يجب أن يضحي بغيره و إن القضاء ليس تابعا للأداء و الحاصل أن بقاء المطلق مع انتفاء المقييد فى مثل هذه المواضع ظاهر المنع و من الجائر أن يرضى المولى بتملك الأمة المعينة للعبد و لا يرضى بتملكها لنفسه

(قوله) (و هل تستبيح العبد البضع الأقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة و وجهه فى الإيضاح بأنه أذن له فى سائر التصرفات لأن التمليك أبلغ ثم احتمال لعدم محله (ثم قال) و يرد أنه أذن له فى التصرف فى الثمن بالبيع و فى المثلن بعد ذلك و هذا الإذن صحيح (قلت) هذا تفريع على ثبوت

الملك للمولى و نحن إن سلمنا صحة الإذن فى الوطاء لكننا نقول إنه غير كاف فى جواز الوطاء لكونه سابقا على الملك و قد قال المصنف و غيره إنه لا يكتفى بإذن المالك للعامل فى شراء جارية يطؤها و لا فرق قال فى باب القراض و لو أذن له المالك فى شراء أمه يطؤها قيل جاز و الأقرب المنع و هو الذى صححه المحقق الثانى هناك و القائل بالجواز الشيخ فى النهاية تعويلا على رواية الكاهلى و قد قالوا فى باب النكاح إذا تزوج العبد بمملوكة ثم أذن له المولى فى شرائها لنفسه و قلنا إنه يملك و إن العقد يبطل هل يستبيحها العبد بغير إذن جديد من المولى إما بالملك أو الإذن الضمنية المستفاد من الإذن فى شرائها لنفسه أم لا كل من الأمور الثلاثة محتمل وجه الأول واضح لأن الفرض كونه مالكا و المالك يستبيح أمته بالملك كغيره و ضعف بأنه لا يلزم من الحكم بملكه جواز تصرفه مطلقا للإجماع على أن العبد محجور عليه فى سائر التصرفات و فائدة الحجر لا تظهر إلا على القول بكونه مالكا إذ لو نفينا ملكه أصلا كان منعه من التصرف كمنع سائر الناس من التصرف فى مال غيرهم و مثل هذا لا يسمى حجرا اصطلاحا و حينئذ فلا يلزم من الحكم بملكه جواز وطئها بدون إذن جديد و وجه الثانى

(١) كذا فى النسخ و الظاهر و تقييده (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩١

و لو أذن له فى التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته (١) كحمل المتاع إلى الحرز و الرد بالعيب (٢) و ليس له أن ينكح و لا- يواجر نفسه (٣) و الأقرب أن له أن يواجر أموال التجارة (٤) و لو قصر الإذن فى نوع أو مدة لم يعم (٥) و لا يتصدق (٦) و لا ينفق على نفسه من مال التجارة (٧) و لا يعامل سيده بيبعا و لا شراء خلافا للمكاتب (٨)

إن أذن المولى له فى شرائها لنفسه دل على أمرين أحدهما تملكه لها و الآخر تسويفه التصرف فيها بالوطء فيستبيحها بالإذن الضمنى لا- بمجرد الملك للحجر و يضعف بأن مجرد الإذن له فى شرائها لنفسه لا- يدل على الإذن له فى الوطاء بشىء من الدلالات و لا يستلزمه و إنما تضمنت مجرد التملك للعبد و قد اعترفت بأن التملك المجرد لا يفيد إباحة الوطاء ثم قالوا إنه على تقدير الإذن له فى الوطاء قبل الشراء ففى استباحته للوطء نظر لأن المولى غير مالك حين الإذن لما أذن فيه (قوله) (و لو أذن له فى التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته)

كما فى التذكرة و التحرير

(قوله) (كحمل المتاع إلى الحرز و الرد بالعيب)

و كشر الثوب و طيه و المخاصمة فى العهدة و كأنه أراد بالاستلزام ما يشمل المقدمات لأن حمل المتاع ليس من التجارة التى هى الاكتساب و إنما هو من مقدماته

(قوله) (و ليس له أن ينكح و لا يواجر نفسه)

أما النكاح فظاهر لأن الإذن تعلق بالتجارة و هى لا- تتناول النكاح كما أن المأذون له فى النكاح ليس له أن يتجر إذ كل منهما لا يندرج تحت الآخر و أما الإجارة فقد صرح فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد بأنها ليس له لما مر من عدم تناول الإذن فى التجارة لها و لأنه لا يملك التصرف فى منفعة فيتوقف على الإذن و عساک تقول الإذن فى التجارة يعم وجوه الاكتسابات و هذا من جملةنا قلنا المتبادر من الإذن له فى التجارة الاكتساب بغير منفعة

(قوله) (و الأقرب أن له أن يواجر أموال التجارة)

هذا هو الأصح كما فى جامع المقاصد لأن المقصود بالإذن الاكتساب و هو هنا أبلغ و لأن له التصرف فى الأعيان و المنافع تابعة لها و لجواز تملكها بغير عوض تبعا للأعيان فهنا أولى كذا وجهه فى الإيضاح (قلت) و لأن المنفعة من فوائد المال فيجوز له العقد عليها

كالصوف واللبن ولأن الإيجار مما يعتبره التجار وقد يوجه العدم بعدم دلالة الإذن عليه بإحدى الدلالات بل الإجارة و البيع متنافيان لأن البيع نقل العين و الإجارة نقل المنفعة و الأمر بالشئ يستلزم النهى عن منافيه كذا قال فى الإيضاح فتأمل (و الجواب) أنها من جملة وجوه الاكتساب

(قوله) (و لو قصر الإذن فى نوع أو مدة لم يعم)

و كذلك الحال فى القدر و السفر و قال الشهيد وجد بخط المصنف و قال أبو حنيفة يعم لأنه زال الحجر بالإذن الخاص (قوله) (و لا يتصدق)

إلا مع انتفاء كراهية المولى كما فى التذكرة و قد استحسنته فى جامع المقاصد (قوله) (و لا ينفق على نفسه من مال التجارة)

لأنه ملك السيد و عند أبي حنيفة يجوز له ذلك (و تنقيحه) أن يقال إنه إن اضطر و لم يمكنه الاستئذان فيه و فى القرض للإنفاق و لا الاكتساب كان ذلك من ضروريات التجارة على احتمال قوى جدا و لو استأذن الحاكم حينئذ فلا كلام و لو تعذر ذلك كله و بلغ حد الضرورة كان من ضروريات التجارة بل له دفعها و إن لم تكن (قوله) (و لا يعامل سيده بيعة و لا شراء خلافا للمكاتب)

لأن تصرفه لسيدته بخلاف المكاتب فإنه يتصرف لا لسيدته لانقطاع سلطانه عنه و به قال الشافعى و قال أبو حنيفة له أن يعامل سيده و قيده بعض الشافعية بما إذا ركبت الديون

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩٢

و لا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب و الاصطياد إلى مال التجارة (١) و هل ينزل بالإباق نظر أقربه ذلك (٢) و لا يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدة بيعه و شرائه (٣) و إذا ركبت ديون لم يزل ملك سيده عما فى يده (٤) و يقبل إقراره بديون المعاملة فى قدر ما أذن له لا أزيد (٥)

و لا أستحلى قوله خلافا للمكاتب

(قوله) (و لا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب و الاصطياد إلى مال التجارة)

و كذلك قبول الوصية و الأخذ من معدن أو مباح لعدم تعلق الإذن به فليس له التصرف فيه إلا بإذنه لأنه مال اكتسبه بغير التجارة فيكون للسيد و السيد لم يأذن له فى التصرف و لم يسلمه إليه ليكون رأس مال التجارة (قوله) (و هل ينزل بالإباق نظر أقربه ذلك)

كما فى التذكرة قضاء للعادة و شهادة الحال فإن خروجه عن طاعة مولاه يؤذن بكراهية المولى لتصرفه حيث خرج عن الأمانة و أن الشارع نزل منزلة الموت و لهذا يزول نكاحه عن امرأته و الموت موجب للبطلان و وجه عدم الانعزال كما هو خيرة التحرير و جامع المقاصد الأصل فيتمسك بصريح الإذن إلى أن يتحقق العزل و أن الإباق عصيان فلا يوجب الحجر كما لو عصى السيد من وجه آخر و الفرق ظاهر فإنه إذا قهر المولى على نفسه فقد قهره على ما فى يده و الحال تشهد بأنه لم يأذن له حينئذ بالتصرف فيه و على القول ببقاء الإذن له التصرف فى البلد الذى أبق إليه إلا إذا خص السيد الإذن بهذا البلد

(قوله) (و لا يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدة بيعه و شرائه)

إذا شاهد عبده يبيع و يشتري فسكت عنه و لم ينكر و لم يظهر منه أثر الاختيار لم يصير مأذونا فى التجارة كما لو رآه ينكح فسكت لم يكن مأذونا له فى النكاح و قال أبو حنيفة يكون مأذونا فى التجارة بمجرد السكوت و يستفاد من بعض أخبارنا فى باب النكاح أن السكوت إذن و إجارة

(قوله) (و إذا ركبته ديون لم يزل ملك سيده عما فى يده)

و لا اعتراض للعبد و لا للغرماء على السيد و قال أبو حنيفة يزول و لا يدخل فى ملك الغرماء و هو يستلزم المحال و هو وجود ملك بلا مالك له و لا من هو فى حكمه

(قوله) (و يقبل إقراره بديون المعاملة فى قدر ما أذن له لا أزيد)

كما فى الغنية و الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و مجمع البرهان و نهاية المرام و الرياض و فى (المسالك و الكفاية و المفاتيح و الرياض) أنه المشهور و معناه أنه أقر بأن ما فى ذمته لزيد مائة دينار من ثمن مبيع و الحال أن المائة دينار مقدار المال المأذون فيه فيقبل إقراره لأن المأذون فيه جائز له بخلاف ما سواه خلافا للتذكرة و وفاقا للتحرير ثم إنه قال فى (التحرير) إن كان ما فى يده بقدر الإقرار مضى منه و إلا كان الفاضل فى ذمته يتبع به بعد العتق و ظاهره أى التحرير أن سيده أذن له فى التجارة و المعاملة بمائة دينار مثلا و لم يدفع إليه شيئا فعاد و بيده أغراض يدعى شراءها فى ذمته و بقاء الثمن فإنه يقبل إقراره فى المقدار الذى أذن له فيه و يؤخذ من المال الذى فى يده و الفاضل يكون فى ذمته يتبع به بعد العتق و عبارة الكتاب قابلة للتزليل على ذلك لأنها كعبارة التحرير و إنما زيد فيه ما سمعت و وجهه شهادة الحال له لأن كان ذلك مقتضى الإذن و أن معاملته يتضررون بالصبر إلى ما بعد العتق لو لم يقبل و فى (جامع المقاصد) أن الأصح أنه لا يمضى إقراره على المولى و شهادة الحال ليست حجة لشغل الذمة الخالية و التضمر يندفع بالإشهاد و ليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل (قلت) إن لم يقبل إقراره فهل تكون هذه الأغراض التى فى يده لمولاه أو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩٣

سواء أقر لأجنبى أو لأبيه أو لابنه (١) و لا تجوز معاملته بمجرد دعواه الإذن ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بينه عادله (٢) و الأقرب قبول الشيع (٣)

يردها على أصحاب الديون و كلامه يعطى أنها للمولى و ما أشبهها بما إذا ادعى أن ما فى يده ملك لزيد و دعيه أو غصبا فإنه إقرار على ما فى يده لا على المولى و قد صارت يده بالإذن كيد الوكيل و وجه عدم القبول فى هذا الفرض أن ما بيده لمولاه و يشبه ذلك أيضا ما إذ أقر بدين اقتضته ضروريات التجارة و يحىء على ما فى جامع المقاصد أن لا يقبل إقراره و على ما فى التحرير و الكتاب يجب القبول و لا يتقيد بمقدار المأذون بالتجارة فيه لأن ضروريات التجارة لا تنحصر فى مقدار ثم إن المصنف فى باب الإقرار من الكتاب صرح بما فى التحرير قال و لو كان مأذونا فى التجارة فأقر بما يتعلق بها قبل و يؤخذ ما أقر به مما فى يده و إن كان أكثر لم يضمه المولى بل يتبع به بعد العتق و استشكل فيه فى التذكرة و صاحب جامع المقاصد قال الإشكال فى محله ثم قال لا ريب أن القبول إنما هو بقدر ما فى يده و قال و احترز بقوله فأقر بما يتعلق بها عما إذا أقر بإتلاف و نحوه مما لا مدخل له فى التجارة فإنه لا ينفذ فى حق المولى انتهى و حينئذ فكيف يصح له أن يحتمل فى عبارة الكتاب هنا أنه أذن له فى التجارة بمقدار معين و دفع إليه مالا ليتجر به ثم عاد و بيده أغراض يدعى أنه اشتراها فى ذمته و أن دينها باق و ادعى تلف ما كان فى يده و أنه يقبل إقراره هنا على السيد ثم يقول إنه مستبعد جدا ثم إنه لم يتضح لنا قوله و ليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل فإنه أى الوكيل تارة يقبل إقراره و تارة لا يقبل كما فصلوه فى بابه و لا نظن أنهم لا يقبلون قول الوكيل فى مثل ما نحن فيه فليتأمل جيدا و تمام الكلام فى باب الإقرار فإننا قد أسبغناه هناك

(قوله) (سواء أقر لأجنبى أو لأبيه أو لابنه)

قال فى (التذكرة) و قال أبو حنيفة لا يقبل إقراره لهما أما لو أقر بغير دين المعاملة فإنه غير نافذ و كذا لو أقر غير المأذون لأنه إقرار فى حق المولى

(قوله) (و لا تجوز معاملته بمجرد دعواه الإذن ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بينه عادله)

لأن الأصل عدم الإذن فأشبهه ما إذا زعم الراهن أذن المرتهن في بيع المرهون لأنه مدع لنفسه فلا تقبل دعواه إلا بينه و قال أبو حنيفة يكفى قول العبد كما يكفى قول الوكيل و فرق واضح بينهما لأنه لا حاجة في الوكيل إلى دعوى الوكالة بل تجوز معاملته على ظاهر الحال و إن لم يدع شيئاً و هذا بخلافه فكان قياساً مع الفارق حتى مع العلم بكون ما في يده لغيره و جملة أو تقوم أو يقيم على اختلاف النسخ معطوفة على الجملة لا على المجزوم و إلا لجزمت و يصير التقدير أو تقوم أو يقيم بينه فيجوز (قوله) (و الأقرب قبول الشيع)

كما في الإيضاح لأن إقامة البينة لكل معامل مما يعسر و استوجه في التذكرة العدم قال و العسر يندفع بإثبات ذلك عند الحاكم (قلت) يرد عليه مثله لأن سؤال الحاكم يعسر عند كل معاملة إلا أن يريد أنه يناهى عليه و يعرف الناس خبره ثم إنه يرد على الشيع مثل ذلك لأن إخبار جماعة يثمر إخبارهم ظناً قوياً متاخماً للعلم عند كل معاملة مما يتعذر أو يتعسر أيضاً و ليس مطلق الإخبار شيئاً ثم إنه لو ثبت الإذن بالشيع لثبت في الإذن و الوكالة للحر لاتحاد طريق المسألتين و هو الإذن مع أن العبودية لا تزیده إلا منعا من التصرف و في (جامع المقاصد) إن أريد قبول الشيع بحيث يحكم به على المولى لو أنكر فهو مشكل لأنه سيأتى أن الشيع لضعفه مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩٤

و لو عرف كونه مأذوناً ثم قال حجر على السيد لم يعامل (١) فإن قال السيد لم أحجر عليه احتمال أن لا يعامل لأنه العاقد و العقد باطل بزعمه (٢) و المعاملة أخذ بقول السيد (٣) و لو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد (٤) و لا يقبل إقرار غير المأذون بمال و لا حد (٥) و هل يتعلق بذمته نظر (٦)

لا- يثبت به الملك الذى عليه يد شخص آخر فكيف يحكم به على المولى فى قطع سلطنة الحجر على عبده و خروج أملا-كه عنه بتصرفه نعم لو اعتبرنا فى الشيع حصول العلم بالإخبارات اتجه ذلك لأنه أقوى من البينة و إن أريد جواز المعاملة بسببه بحيث يرتفع المنع فهو متجه لكن اشتراط حصول الشيع لجواز ذلك لا وجه له بل لا يبعد الاكتفاء بخبر الواحد العدل إذ الأصل فى إخبار المسلم الصحة و قد تأكد بالعدالة بل لو أخبر من أثمر خبره الظن أمكن القبول إذ ليس ذلك بأقل من خبر من يدعى الوكالة عن الغير فى بيع ماله و ليس بأقل من خبر الصبى فى الهدية و لو ظفرت بموافق على هذا لم أعدل عنه انتهى (قلت) مراد المصنف الاحتمال الثانى بناء على كفاية الشيع فيما يعسر الاطلاع عليه و العلم به و إن كان غير السبعة المشهورة أعنى النسب و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق و الولاية و هو خلاف الأصل و خلاف المشهور فالأصح عدم قبوله فى المقام و إلا لقبلى فى الحر كما عرفت آنفاً و الاكتفاء بخبر المسلم العدل إنما هو فى الأمور العامة كالرواية أو الخاصة المتعلقة بنفسه لا الأمور الخاصة المتعلقة بغيره و الاكتفاء بالظن مطلقاً يقضى بالقبول لو حصل من الفاسق أو الفاسقة بل لو حصل من مجرد دعواه بل قد يحصل الظن من دون دعوى و لا خبر و إثبات الحكم الشرعى بمثل ذلك لا يقول به أحد سواء كان الحكم جواز معاملته أو غيرها و الوكيل كما عرفت آنفاً تجوز معاملته على ظاهر الحال و الصبى خرج بالدليل فلا يقاس عليه غيره

(قوله) (و لو عرف كونه مأذوناً ثم قال حجر على السيد لم يعامل)

لأنه إقرار على نفسه

(قوله) (فإن قال السيد لم أحجر عليه احتمال أن لا يعامل لأنه العاقد و العقد باطل بزعمه)

هذا أصح الوجهين عند الشافعية لأنه غير قاصد إلى عقد صحيح (و رد) بأن الشرط لصحة العقد هو القصد إليه لا القصد إليه من حيث كونه صحيحاً للقطع بصحة مبيعة من ينكر صحة بيع الغائب من العامة و لجواز المتعة بالمرأة من المخالفين و فى (جامع المقاصد) أن الأصح أنه إن قصد إلى العقد و لم يقصد إيقاعه باطلاً صح و لا يلتفت إلى قول العبد

(قوله) (و المعاملة أخذاً بقول السيد)

هذا هو مذهبنا كما فى التذكرة لأن الحجر حق السيد و لا يعتبر رضى العبد كما لا يعتبر رضاه فى ثبوت الإذن له إذا أذن له فلا يعتد بمخالفته لأن السيد أحق بنفسه منه

(قوله) (و لو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن فى يده رجع المشتري على السيد)

لأن العقد له و العبد نائب عنه و عبارته مستعارة فكأن السيد هو البائع و القابض للثمن و الحاصل أن العبد لم يقبضه إلا للسيد و يده يد ضمان

(قوله) (و لا يقبل إقرار غير المأذون بمال و لا حد)

قد تقدم أن إقراره بالمال لا يقبل لأنه إقرار فى حق المولى و أما الحد فيأتى قريبا أنه لا يقبل إقراره فيه و قد يوجد فى بعض النسخ فى مال لا حد بدون واو و هذا القيد يمنع العموم لأن المال المقر به لنحو المسجد و البقعة لا يقبل إقراره فيه (قوله) (و هل يتعلق بدمته نظر)

أقربه التعلق كما هو خيرته فى التذكرة و باب الإقرار من الكتاب و خيرة ولده فى الإيضاح و فى (جامع المقاصد) أنه الحق قلت هو خيرة إقرار المبسوط و السرائر و الجامع و الشرائع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩٥

و لا يقبل إقرار المأذون و غيره بالجناية سواء أوجبت قصاصا أو مالا (١) و لا بالحد (٢)

و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و نهاية المرام و الكفاية للقطع بكونه كامل التصرف لو لا حق المولى فلا تخرج بذلك عبارته عن الاعتبار فتعد لغوا و لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و العبد منهم فيؤاخذ به بعد العتق و قال فى إقرار الكتاب لو قيل كان وجهها فكأنه متردد كما هنا و ستعرف وجه تردده (قوله) (و لا يقبل إقرار المأذون و غيره بالجناية سواء أوجبت قصاصا أو مالا)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و إقرار الكافي و الجامع و الشرائع و النافع و الكتاب و قصاص الكتاب و فى (إقرار المبسوط) لا يقبل إقراره بحد عندنا و فى (الخلاص و الغنية) الإجماع على أنه لا يقبل إقراره بما يوجب جناية على بدنه و فى (التذكرة و جامع المقاصد) الإجماع على أنه لا يقبل إقراره بعقوبة و لا مال و نفى عن ذلك الخلاف فى المسالك و فى (الكفاية) أنه لا يعرف فيه خلافا لأنه إقرار فى حق مولاه و قد سأل أبو محمد الوابشى مولانا الصادق عليه السلام عن قوم ادعوا على عبد جناية تحيط برقبته فأقر العبد بها فقال عليه السلام لا يجوز إقرار العبد على سيده فما رواه العامة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قطع عبدا بإقراره فممنوع و قال فى (التذكرة) أنما قطعه بالبينه و معنى عدم قبول إقراره أنه لا يقتض من مملوكا و لا يطالب بالمال سواء كان مأذونا فى الاستدانة و التجارة أو لا فإذا أعتق فإن كان الإقرار يوجب القصاص استوفى من العبد بما يقتضيه إقراره كما فى التذكرة و جامع المقاصد و لم يفت فى إقرار الدروس بشىء قال و قيل يتبع بالجناية أيضا و لعله أشار إلى ابن إدريس فى السرائر و فى إقرار (جامع المقاصد) لا أرى به بأسا إلا فى الحد لأنه مبنى على التخفيف و درئه بالشبهة و قد فهم ذلك من إطلاق عبارة إقرار الكتاب و لم يظهر لى ذلك منها بل لا- إشعار فيها بذلك و وجه أخذه بإقراره انتفاء المانع و أنه يؤخذ به فى المال كما يأتى و وجه العدم سقوط ما وقع منه من الإقرار شرعا و لأنه ربما كان غرضه من الإقرار تغريم المولى أو إدخال النقص على المولى بقله الرغبة فيه و إن كان الإقرار بما يوجب المال فإنه يتبع به إذا أعتق و أيسر بخلاف المحجور عليه للسفاهة فإنه لا يلزمه حال الحجر و لا بعد فكه لأن ذلك تضييع لماله فى أحسن أحواله و هذا إنما رددنا إقراره لحق سيده فإذا زال حقه و ملك المال ألزمناه حق إقراره و هو المحكى عن المبسوط و خيرة إقرار جامع المقاصد و حجره و قد عرفت أننا المصرح بذلك فيما إذا أقر بالمال و فى إقرار الكتاب لو قيل به كان وجهها (حسنا خ ل) و لعله لأن فى نفوذه بعد العتق نقضا على المولى لقله الرغبة فيه لأن ضمان شىء فى حال الحرية يزاحم الإرث

بالولاء (و فيه) أن ذلك لا ينظر إليه إذ مجرد حصول الحرية مظنة التصرفات المانعة من الإرث بالولاء أو المنقصة له و أما إقراره بالخطأ فعندنا أنه لا يقبل إقراره لأنه إقرار في حق مولاه كما في التذكرة
(قوله) (و لا بالحد)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و قد سمعت ما حكيناه عن المبسوط و ما ذكر بعده آنفا من الإجماعات و في حدود الكتاب أنه إن أقر بالزنا لم يحكم عليه بشيء و أنه إن أقر بالسرقة لا يقبل إقراره و في (الخلاف) الإجماع عليه في الثاني أي ما إذا أقر بسرقة و قال مولانا الصادق عليه السلام في صحيح الفضيل إذا أقر العبد على نفسه بالسرقة لم يقطع و خصه الصدوق بمن يريد الإضرار بسيدته لما في حسنة ضريس عن أبي جعفر عليه السلام أن العبد إذا أقر على نفسه عند الإمام مرة قطعه و هو شاذ قد حمله الشيخ على ما إذا انضاف إلى الإقرار الشهادة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩٦
و لو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ (١)

[الفصل الرابع في المريض]

(الفصل الرابع في المريض) و يحجر على المريض في التبرعات كالهبة و الوقف و الصدقة و المحاباة فلا تمضى إلا من ثلث تركته و إن كانت منجزة على رأى (٢)

و يتبع بالمال بعد الحرية كما في التذكرة و التحرير و نفى عنه العبد في جامع المقاصد و هو خيرة حدود الكتاب و هل يقطع وجهان من ارتفاع المانع و من اندرائه ابتداء و هو الذي رجحه في إقرار جامع المقاصد و أما في حد الزنا فقد قرب في الكتاب الثبوت لزوال المانع و هو كذلك و وجه احتمال العدم أنه أقر حين لم يكن عبرة بإقراره فهو كما إذا أقر صبيا ثم بلغ و الفرق واضح و قد بينى الوجهان على أن تعلق حق المولى به مانع السبب كالأبوة المانعة من القصاص و الرضاع المانع من النكاح أو مانع الحكم كالدين المانع من وجوب الخمس في المكاسب و الظاهر أنه من قبيل الثاني لأن تعلق حق المولى لا يخل بحكمة السبب و إنما يناقضها مع بقاء الحكمة في الحدود فهو كالحليلة الموطوءة بشبهة فإن عدتها لا تحرمها على زوجها و إن حرم وطؤها لمكان العدة
(قوله) (و لو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ)

أشار بقوله في ذلك إلى ما سبق من القصاص و الحد و ما قربه هنا خيرته في التذكرة و حدود الكتاب في الزنا و السرقة جاز ما به فيهما و في (قصاص الكتاب) أنه الأقرب كما هنا و في إقراره جزم بالجميع أعنى قبول إقراره بالمال و الحد و الجنابة بأقسامها و في (إقرار الغنية و السرائر) نفى الخلاف في ذلك و في (المسالك و الكفاية) أنه لا إشكال في ذلك لانتفاع المانع و أن الحق لا يعدوهما و يحتمل ضعيفا العدم لاحتمال سلب الأهلية و لأن المولى لا يملك ثبوت الحد و القصاص عليه و ليس بشيء لأن المثبت إقراره و قد زالت مانعية حق المولى بتصديقه و تمام الكلام في هذه المسائل في باب الإقرار

(الفصل الرابع في المريض) (قوله) (و يحجر على المريض في التبرعات كالهبة و الوقف و الصدقة و المحاباة فلا تمضى إلا من ثلث تركته و إن كانت منجزة على رأى)

مشهور كما في المهذب البار و هو الأظهر في فتاوى أصحابنا كما في إيضاح النافع و عليه الفتوى كما في التنقيح و عليه عامة المتأخرين كما في حجر المسالك و الأكثر و سائر المتأخرين كما في وصاياه و عليه المتأخرون كما في غاية المراد و مجمع البرهان و النصوص به متواترة كما في جامع المقاصد «١» و في موضع آخر منه أنه قد دلت عليه صحاح الأخبار و في (المفاتيح) أن الأخبار به أكثر و أشهر و قد حكاه المصنف في المختلف و الشهيد في غاية المراد عن الصدوق و أبي علي و الشيخ في المبسوط و ظاهر كلام

الشيخ فى الخلاف و تبعهما من تأخر عنهما فى الحكاية عن هؤلاء و ستعرف الحال فى ذلك كله نعم لا ريب أن المحقق و من تأخر عنه مطبقون على ذلك

(١) أقول قد تبع المصنف على نسبة دعوى التواتر إلى جامع المقاصد تلميذه صاحب الجواهر و نحن قد تأملنا عبارة جامع المقاصد فوجدناه لم يدع ذلك و إن أوهمته عبارته فى بادئ النظر و هى قوله فى مسألة من أوصى بعق مماليكه و عليه دين أن نفوذ تصرفات المريض فى الثلث ثبت بالنص تواترا إلى آخره فإنه لا يبعد ظهورها فى إرادة التصرف بالإيصاء و يؤيده عدم دعواه التواتر فى باب الوصايا الذى بسط فيه الكلام فى المنجزات مع أنه أحوج إليها و لا فى باب الحجر و اقتصر على دعوى دلالة صحاح الأخبار (لمحرره محسن الحسينى العاملى)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩٧

.....

إلا- من ستعرفه لكن المحقق و المصنف و الشهيدان فى موضع من النافع و الإرشاد و غاية المراد و موضع من المسالك لم يرجحوا واحدا من القولين و كذا الشيخ فى موضعين من المبسوط أحدهما باب الوقف و الراوندى فى فقه القرآن و فى عتق الغنية العتق فى مرض الموت من أصل التركة إن كان واجبا و إن كان تبرعا فهو من الثلث و قد يظهر منه دعوى الإجماع عليه و قد يتوهم من ذلك أنه يخالف ما يأتى من أن المنجزات من الأصل و ليس كذلك لأن هذا فى الوصية و يمثل ذلك قال فى الخلاف و صرح بأنه فى الوصية (و القول) بأنها أى المنجزات من الأصل خيرة (الكافى و الكلينى خ) «١» و الفقيه و المقنع و الانتصار و التهذيب و الإستبصار و النهاية و الخلاف فى مواضع منه الهبة و الشفعة و الوصايا و المبسوط فى موضع منه و المهذب فيما إذا أعتق فى الحال و الوسيلة و الغنية فى موضعين منها و السرائر فى ثلاثة مواضع و جامع الشرائع فى باب الوقف و كشف الرموز و مجمع البرهان فى باب الحجر و الكفاية و الوافى و الوسائل و الهداية و الرياض و هو المحكى عن الكلينى و القاضى أيضا و لعل وجه حكايته عن ثقة الإسلام هو أنه عقد باب صاحب المال أحق بماله ما دام حيا ثم ساق الأحاديث الدالة عليه خاصة و لم يذكر شيئا من روايات القول الآخر و هو لازم لسائر كما ستسمع و هو ظاهر نكت النهاية و فى (كشف الرموز) أنه مذهب الأكثر و فى (الرياض) أنه المشهور بين القدماء ظاهرا بل لعله لا شبهة فيه جدا و فى موضع من السرائر أنه الصحيح من المذهب التى تقتضيه الأصول و فى موضع آخر و هو باب الوصية قال إنه الأظهر فى المذهب و عليه الفتوى و به العمل لأن للإنسان التصرف فى ماله و نفقة جميعه فى مرض الموت بغير خلاف و فى (هبة الانتصار و الغنية) الإجماع عليه و هو أى الإجماع ظاهر مهور السرائر أيضا كما ستسمع قال فى (الانتصار) مما انفردت به الإمامية أن من وهب شيئا فى مرضه الذى مات فيه إذا كان عاقلا- مميذا تصح هبته و لا- يكون من ثلثه بل يكون من صلب ماله و خالف باقى الفقهاء فى ذلك و ذهبوا إلى أن الهبة فى مرض الموت محسوبة من الثلث (دلينا) الإجماع المتردد و مثله معقد إجماع الغنية بدون تفاوت و قال فى (مهور السرائر) و الصحيح من المذهب أن العطاء المنجز فى حال مرض الموت يخرج من أصل المال لا من الثلث لأنه لا- خلاف أن له أن ينفق جميع ماله فى حال مرضه فلو كان ما قاله بعض أصحابنا صحيحا لما جاز ذلك و لما كان تصح منه النفقة بحال انتهى و تدل عليه الأخبار الكثيرة و قد عقد له فى الوافى بابا و سرد فيه أحد عشر خبرا (منها) الموثق المروى فى الكتب الأربعة عن ابن أبى عمير عن مرزم عن عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام قال الميت أحق بماله ما دام فيه الروح بيمين به فإن تعدى فليس له إلا الثلث كما فى الفقيه و بعض نسخ الكافى و فى (التهذيب) فإن قال بعدى مكان فإن تعدى و هو أوفق بقوله بيمين فإنه من الإبانة و هى العزل عن ماله و تسليمه إلى المعطى له فى مرضه و فى بعض نسخ الكافى هكذا قال قلت له الميت أحق بماله ما دام فيه الروح بيمين به قال نعم فإن أوصى به فليس له إلا الثلث و هو المناسب لما فى التهذيب و فى (الخبر) الصحيح إلى صفوان عن

(١) الموجود فى بعض النسخ و هو خيرة الفقيه و المقنعة إلى آخره و لعلها هى الأصح فإنه سينسب ذلك إلى الكلينى بطريق الحكاية عنه و أما الكافى فإن أريد به كتاب الكلينى فلا يجتمع النقل عنه مع النقل عن الكلينى و إن أريد به كافى أبى الصلاح فكان اللازم تأخيره عن الكتب التى بعده مما هو متقدم عليه فى الزمان كما هى عادة الشارح فتأمل (لمحرره محسن)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد الصلاة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩٨

.....

عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يعطى الشيء من ماله فى مرضه قال إذا بأن فيه فهو جائز و إن أوصى به فهو من الثلث و فى (الحسن) بإبراهيم عن أبى شعيب المحاملى عن أبى عبد الله عليه السلام قال الإنسان أحق بماله ما دامت الروح فى بدنه و فى (خبر) أبى بصير أن لصاحب المال أن يعمل به ما شاء ما دام حيا إن شاء وهبه و إن شاء تصدق به و إن شاء تركه إلى أن يأتية الموت فإن أوصى به فليس له إلا- الثلث إلى غير ذلك من أخبار الباب المذكورة فى الوافى و يدل عليه أيضا غير أخبار هذا الباب صحيحة محمد بن مسلم فى الفقيه و التهذيب عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصية و كان أكثر من الثلث قال يمضى عتق الغلام و يكون النقصان فيما بقى و حسنته فى رجل أوصى بأكثر من الثلث و أعتق مملوكه فى مرضه فقال إن كان أكثر من الثلث رد إلى الثلث و جاز العتق و هاتان واضحتان سنداً و دلالة و لعل الثانية أوضح دلالة بحيث لا مجال للمناقشة فيها فلا تلتفت إلى ما قاله الشهيدان و المحقق الثانى و الكاشانى من أن الأخبار به غير صحيحة و لعل هذا هو الذى جرأهم و غيرهم على المخالفة لقدماء الأصحاب العالمين بالسيرة و استمرار طريقة الشيعة و منهم خرجت الأخبار و بهم عرفنا السيرة و الآثار مضافا إلى ما سمعته من الإجماعات و الشهرة فى المتقدمين المتقدمة فى مثل المقام على الشهرة المتأخرة مضافا إلى الأصل بثلاثة معان و الاستصحاب و أصالة صحة العقود و أدلة تسلط الناس على أموالهم عقلا و نقلا كتابا و سنة و إجماعا و عموم أدلة صحة الهبة و العتق و المحاباة مثلا لو فعلها فى مرضه مضافا إلى إطباق العامة على القول بأنها من الثلث كما فى الانتصار و المبسوط و السرائر و ظاهر الغنية و التذكرة و الرشد فى خلافهم فالأخبار المخالفة و إن صح بعضها تحمل على التقيّة أو على الوصية أو على الاستحباب و أن الأولى ترك المال للورثة مع عدم صحيح صريح فى كونها كالوصية (و منها) صحيحة على بن يقطين قال سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث و الثلث أكثر و صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ما له من ماله فقال ثلث ماله و للمرأة أيضا و نحوه صحيحة أبى بصير و فى رواية عبد الله ابن سنان بإسناد فيه محمد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام قال للرجل عند موته ثلث ماله و إن لم يوص فليس على الورثة إمضاؤه و هذه الأخبار قابلة للحمل على الوصية كما قاله الشهيدان و غيرهما و فى الأخير إشعار أو ظهور بذلك على أن الأول و الثالث قابلان للحمل على التقيّة لمكان على بن يقطين و عبد الله بن سنان و أما خبر على بن عتبة عن الصادق عليه السلام فى رجل حضره الموت و أعتق مملوكا ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه قال ما يعتق منه إلا ثلثه و سائر ذلك الورثة أحق به و لهم ما بقى و هذه و إن كانت متضمنة للعتق خاصة إلا أنه لكونه سببا فى التغليب يفيد حكم غيره بطريق أولى و القول بأنها مخصوصة بالعتق خرق للإجماع المركب إذ لا قائل بالفصل كما فى غاية المراد فيمكن حمله على الوصية لأن حضور الموت قرينته منعه من مباشرة العتق و يجوز نسبة العتق إليه لكونه سببه القوى بواسطة الوصية لكن فى كشف الرموز أن الخبر مخصوص بالعتق فلا يعم و لعل نظر الشهيد إليه و مثله خبر الحسن بن الجهم و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال إن أعتق رجل خادما ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية و أعتق الخادم من ثلثه إلا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية و لا يخفى أن قول الراوى أعتق لعله ظاهر فى أنه أوصى

بالتعق كما يشهد له قوله ثم أوصى بوصية أخرى وقد وقع إطلاق الإعتاق على الوصية فى بعض عبارات الأصحاب كالخلاف والغنية وغيرها وفى صحيحة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٩٩

.....

عبد الرحمن الطويلة وجعل ذلك قرينه صارفه عن المعنى الحقيقى للإعتاق وهو المنجز إلى الأعم منه ومن الوصية ليس بأولى من جعلها صارفه إلى المجاز الأخص وهو الوصية خاصة والأصل والظواهر ترجح الثانى وأما خبر أبى ولاد (ففيه) أن مضمونه لا يقول به أحد كما فى المسالك لأن الإبراء مما فى الذمة صحيح بالإجماع كما فى المسالك أيضا دون هبته والحكم فى الخبر بالعكس حيث قال فى الرجل يكون لامرأته عليه دين فبترته منه فقال بل تهبه وأما ما استدلوا به من الاعتبار من أن العطية المؤخره عن الموت لا تنفذ إلا من الثلث فكذا المتقدمه مراعاة لجانب الورثة فهو مبنى على العلة المستنبطه مع أنه قياس مع الفارق لأن الإنسان ما دامت فيه الروح يحرص على المال ويخاف الفقر ولا- كذلك الوصية بعد الموت وبه يجاب عن قولهم لو لا كون المنجزات من الثلث لاختلت حكمه حصر الوصية فى الثلث لأنه لو لا ذلك لالتجأ كل من يريد الزيادة فى الوصية على الثلث إلى العطايا المنجزه فتختل الحكمة وأنت خبير بأن الخوف من البرء يمنعه عن الزيادة بخلاف ما بعد الموت فلا اختلال وهذا حاصل بالوجدان ثم على تقدير كون العلة منصوصه فى الدليل الأول فهو منقوض بالصحيح مع انسحاب الدليل وهو النظر إلى الورثة والشفقة عليهم فينبغى أن يحجر عليه أيضا والفرق بأن المال حال المرض فى قوة ملك الورثة فى الحال بخلاف الصحيح فغير صحيح فكم من مريض عاش أكثر من صحيح على أنه ربما كان فى حال الطاعون أو المرامات التى يغلب معها الظن بالتلف أبلغ من المرض واستوضح ذلك فى الوصية فإن الشارع لم يفرق فيها بين الصحيح والمريض فمنعهما إلا- من الثلث ولما كانت منجزات الصحيح من الأصل ولا حجر فلتكن كذلك فى المريض ولعل هذا أنسب بالحكمة إذ ليس ببعيد أن يكون الوجه فى الفرق بين الوصية والتنجز سهولة إخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التجري عليه مع حفظه له وشحه عليه لما كان حقه وماله وهذه الحكمة ليست حاصله فى الحى صحيحا كان أو مريضا لأن البرء ممكن بل المريض لا- ينقطع رجاؤه من الحياة إلى حال الاحتضار والشح بالمال حينئذ بالجملة حاصل فيكون كتصرف الصحيح حينئذ بماله لا مال غيره (ثم إن الضابط) عندهم فى المنجزات التى هى محل الخلاف أنها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض والمشهور عندهم على الظاهر أنه لا- يشترط فى حصول المرض أن يكون مخوفا للعمومات من غير تخصيص كما هو خيرة المحقق والمصنف والمقداد وغيرهم وما نسب الخلاف إلا إلى الشيخ فى المبسوط لرواية على بن يقطين المتقدمه فإن فيها عند الموت وذلك لا يكون إلا بأماره الموت وحملوه على أن معناه إذا حصل الموت وهو أعم من المخوف وغيره فعلى هذين الأصلين أعنى الضابط والمشهور يجب على كل من مرض أن يأخذ طامورا ويكتب فيه جميع ما يهديه إلى الطيب وما يتصدق به طلبا للعافية وما يصل به رحمه وما يتحف به العائدين له من بلد إلى بلد من كسوة وإطعام كما هو متعارف فى بعض البلدان إلى غير ذلك مما نعلم أن أصحاب هذا القول لا يعملون به إلا أن تقول إن هذا مستثنى وإن أطلقوه ولم يصرحوا به وعلى تفصيل الشيخ فى المبسوط يهون الخطب فى الجملة وينبغى أن يستثنوا مهر مثل المنكوحه بالعقد الصحيح مع الدخول كما هو ظاهر المبسوط وصريح المصنف وقد تردد فيه المحقق وإن يستثنوا ما باعه بثمان المثل لجريان العادة به ويجبىء على قولهم قيام احتمال كون ذلك من الثلث لتعلق غرض الورثة بأعيان الأموال ككتب العلم ونحوها وهو اختيار المصنف لكنه قال إذا أوصى ببيعه كان من الثلث وفى الفرق نظر إذ الأعيان إن اعتبرت كانت من الثلث فيهما وإلا فمن الأصل فيهما وما إذا أعار ماله فإنه قد فوت عليهم أجرته وما إذا خصص بعض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠٠

.....

الغرماء بالإيفاء لأنه إخراج لبعض ما وجب عليه مع احتمال العدم لتساويهم في الاستحقاق لكنه ضعيف و ما نذره في مرضه لعموم ما دل على إخراج كل واجب من الأصل لكن الأقوى على قولهم العدم كتعلق النذر بمال ممنوع منه و ما إذا زوجت المريضة نفسها بدون مهر المثل فإنه يرثها فتكون قد فوتت بعض المال بدون عوض مقابل و لذلك و نحوه جعل في غاية المراد في المسألة قولاً ثالثاً و هو كونها من الثلث إلا- في مواضع بل له ذلك كله لكنهم ما بالهم اختلفوا في الإقرار على أقوال شتى مع أن كل من قال إن المنجزات من الأصل يلزمه القول بكون الإقرار من الأصل و كذلك كل من قال إنها من الثلث يلزمه القول بأنه من الثلث كما قاله في المهذب البارع لكننا قد تأملنا في ذلك في باب الإقرار و أوضحناه فليراجع و كيف كان فما بال أصحاب هذا القول اختلفوا على أقوال و الأكثر منهم أنه من الأصل مع عدم التهمة و معها من الثلث إلا أن تقول إنما قادمهم إلى ذلك ضرورة الجمع بين الأخبار (قلت) ليس في أخبار هذه المسألة ما يدل على أنه مع التهمة يكون من الثلث نعم في الصحيح عن امرأة استودعت رجلاً ما لفلما حضرها الموت قالت له إن المال الذي أودعته إياك لفلانة و ماتت المرأة و أتى أولياؤها الرجل فقالوا إنه كان لصاحبتنا مال و لا نرى مالها إلا عندك فاحلف لنا ما لنا قبلك شيء أ يحلف لهم فقال إن كانت مأمونة فيحلف لهم و إن كانت متهمه فلا يحلف و يضع الأمر على ما كان فإنما لها من مالها ثلثه إشعار بذلك إذ وضع الحق على ما كان ظاهره في عدم نفوذ الإقرار في شيء مطلقاً و لا ينافيه التعليل بأنها لها من مالها ثلثه لعدم تصريح فيه و لا ظهور في النفوذ من الثلث نعم ربما كان فيه إشعار ما به و يبقى الكلام في بيان وجه التعليل و يمكن بيانه و احتمال عود ضمير لها إلى فلانة بعيد جداً فلم يكن في الأخبار ما يدل صريحاً أو ظاهراً على أنه ينفذ من الثلث مع التهمة إلا أن تقول قد اتفقت كلمتهم على أن المقر له لا يحرم كما يستفاد من الأقوال في المسألة و اتفقت على إعطائه من الثلث مع التهمة و إن اختلفت في الزيادة عليه على أقوال و حينئذ يمكن الاستدلال عليه بمفاهيم الأخبار الآتية كصحيحة منصور و الموثقة و كيف كان فقد وافقوا أصحاب القول الثاني فيما إذا كان مأموناً (فإن قلت) هذا مشترك الإلزام فإن الشيخ في النهاية فصل في الإقرار بين التهمة و عدمها في الإخراج من الأصل و الثلث و كان الواجب أن يقول من الأصل مطلقاً بناء على ما اختاره في المنجزات فكان موافقاً لذلك القول فيما إذا كان متهماً (قلت) هو الشيخ في النهاية لا غير لأن كانت متون أخبار و إلا فهذا سلار و ابن إدريس و كاشف الرموز على أنه من الأصل و هو ظاهر إطلاق الخلاف و الغنية مدعين عليه الإجماع و بعد ذلك كله فقد يقال في ترجيح القول الأول إن القائل بالثاني قليل إذ الصدوق و الشيخ قد اختلفت فتاوهما فانحصر الخلاف في المفيد و السديد و القاضي و ابن حمزة و ابن إدريس و كاشف الرموز و هو من المتأخرين و ظاهر الكليني و يوهن إجماعاتهم مصير المتأخرين عنهم إلى خلافها و لو كان الأمر كما ذكروه ما خفى عن المتأخرين لأنه ليس من الأحكام النادرة الوقوع مضافاً إلى ضعف أخباره ثم إنها عامة و أخبار القول الأول خاصة و الخاص مقدم مضافاً إلى أخبار العتق و أخبار الإقرار في مرض الموت و أنه من الثلث إن كان متهماً إذ لو لم يكن محجوراً عليه لما احتاج إلى الاتهام مضافاً إلى ما ذكروه من موافقة الاعتبار (هذا) أقصى ما يمكن أن يقال في ترجيح القول الأول و أنت قد عرفت الحال في ذلك كله فليس هناك دليل يوجب على الفقيه المصير إليه بحيث يخصص أصول المذهب و قواعد الشريعة و استمرار السيرة مضافاً إلى اعتضادها بالأخبار الصحيحة الصريحة المخالفة لجمع العامة الغير القابلة للتأويل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠١

بشرط موته في ذلك المرض (١) و إقراره كذلك إن كان متهماً و إلا فمن الأصل سواء كان لأجنبي أو لو ارث على رأى (٢)

المعتزدة بالشهرة المعلومة و المنقولة بين المتقدمين المتعاضدة بالعمومات كتاباً و سنه و بالإجماعات المتكررة من الدين لا يعملون إلا- بالقطعيات و ناهيك بعلم الهدى حاكياً و ناقلاً- و بالاعتبار كما بيناه مع التأييد بأنها لو لا صحتها لما لزمنا بالبرء و التالي باطل

إجماعاً مستفيضاً والالتجاء إلى القول بأن البرء كاشف عن الصحة والزرور والموت كاشف عن البطلان فرع وجود دليل على ذلك حتى نخرج به عن الأصول ونجعله كالفضولي مضافاً إلى جميع ما يلزم ذلك القول من استثناء ما عرفت أبعده هذا من توقف ولا أقل من التوقف والاحتياط (و بيانه) أنه إن كان في الورثة يتيم جعلناها من الثلث وإن كانت العطيّة والهبة ليتيم قلنا إنها من الأصل لأن الفقيه إذا كان متوقفاً كان في العمل والفتوى مخيراً مع أولوية ترجيح جانب الاحتياط (قوله) (بشرط موته في ذلك المرض)

فلو برئ من مرضه ذاك ثم مات في مرض آخر نفذت إجماعاً مستفيضاً في كتب الاستدلال بل هو منقول في الشرائع (قوله) (و إقراره كذلك إن كان متهماً وإلا فمن الأصل سواء كان لأجنبي أو لو ارث على رأى)

في المسألة أقوال هذا أحدها وقد نسبه الشهيد الثاني والخراساني والكاشاني إلى الأكثر وهو خيرة الشيخ في النهاية والقاضي والمحقق في الشرائع والمصنف في كتبه في عدة مواضع من بعضها والشهيدان في الدروس واللمعة والروضه والمسالك والمحقق الثاني في عدة مواضع من جامع المقاصد وغيرهم وقد نسبه الشهيد الثاني وغيره إلى المفيد وقد عرفت مستندهم في الشق الأول والحال فيه وأما الشق الثاني فاستندوا فيه إلى صحيحة منصور بن حازم عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً فقال إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له ونحوه الموثق وقد يستدل بمفهومه على الشق الأول لانعقاد الإجماع على أنه لا يحرم فيتعين أن يكون إعطاؤه لا- من الأصل وإلا- لاتحد المنطوق والمفهوم (و القول الثاني) إنه أي الإقرار ينفذ من الأصل في الوارث والأجنبي مطلقاً وهو خيرة الكافي والمراسم والغنية والسرائر والجامع وكشف الرموز وفي (إقرار السرائر) الإجماع عليه واستدل لهم عليه في وصايا السرائر بأن الإجماع منعقد على أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز واستدل عليه غيره بأنه بإقراره يريد إبراء ذمته من حق عليه في حال الصحة ولا- يمكن التوصل إليه إلا به فلو لم يقبل إقراره بقيت ذمته مشغولة وبقي المقر له ممنوعاً من حقه وكلاهما مفسدة فقبول قوله أوفق بمقتضى الحكمة الإلهية (وقد يقال) إن العموم مخصوص بالأخبار المتقدمة في الشقين والتعليل قد يمنع باحتمال مجرد حرمان الورثة مع عدم كون ذمته مشغولة بشيء والإنصاف أن هذا القول ظاهر الخلاف أو صريحه كما فهمه ابن إدريس وكاشف الرموز لا- كما فهمه منه في المختلف كما ستسمع قال في (الخلاف) إذا أقر بدين في حال صحته ثم مرض فأقر بدين آخر في حال مرضه نظر فإن اتسع المال لهما استوفيا معا فإن عجز المال قسم الموجود منه على قدر الدينين وحكاها أيضاً عن المبسوط (الثالث) أنه يمضى من الأصل مع العدالة وانتفاء التهمة مطلقاً ومن الثلث مع عدم الشرطين مطلقاً وقد نسبه في غاية المراد إلى الشيخ في النهاية والقاضي ورواية الصدوق في الفقيه والموجود في النهاية إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي والوارث إذا كان مريضاً موثقاً بعدلته فإن كان غير موثق به وكان متهماً فإن لم يكن مع المقر له بينة أعطى من الثلث وهذا يصدق ما حكيناه أولاً عن الشيخ في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠٢

و إذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأى والأقرب إلحاق مال السلم والجناية به (١)

النهاية والقاضي والظاهر أن مراده من الموثوق بعدلته غير المتهم وما أشار إليه من رواية الفقيه فهي صحيحة منصور بن حازم وقد سمعتها آنفاً وقال المحقق الثاني إن تصريح بعض الأصحاب باعتبار العدالة محل تردد وليس في الأخبار ما ينهض حجة على اعتبارها (قلت) المصنف في التذكرة قوى اعتبار العدالة وجعلها هي الرافعة للتهمة ولعله فهمه من خبر منصور من قوله عليه السلام إن كان الميت مرضياً ولعل الأولى حمل التهمة على معناها وهو الظن المستند إلى القرائن الحالية والمقالية الدال على أن المريض لم يقصد الأخبار بالحق وإنما قصد تخصيص المقر له أو منع الوارث والتهمة بهذا المعنى قد تجامع العدالة لأن مناطها الظن بما ذكر وهو لا يرفع العدالة الثابتة التي لا تزول بالظن (الرابع) أنه إن كان عدلاً مضى من الأصل وإلا فمن الثلث (الخامس) تعميم الحكم للأجنبي

بكونه من الأصل و تقييد ذلك فى الوارث بعدم التهمة فإن كان متهما كان بحكم الوصية و هو قول ابن حمزة فى الوسيلة (السادس) التفصيل بالتهمة و عدمها للأجنبى فى المضى من الثلث و الأصل و للوارث من الثلث مطلقا و هذا للمحقق فى النافع و اعترف المقداد بعدم معرفة قائل به غيره قلت قد وافقه بعد المقداد صاحب إيضاح النافع (السابع) أنه يمضى من الثلث فى حق الوارث مطلقا و هو قول الصدوق فى المقنع (الثامن) قال الشهيد أطلق الشيخ فى الخلاف محاصصة الأجنبى للديان إذا أقر له فى المرض و صحة الإقرار للوارث و لم يبين كيفيته قال قال شيخنا يعنى المصنف فى المختلف مراده ما فصله فى النهاية و هو رد على ابن إدريس حيث قال إنه رجوع عن ذلك فى الخلاف فليتأمل فى كون ذلك قولاً و قد سمعت ما استظهرناه من الخلاف (التاسع) ما قاله المفيد فى المقنعة من أنه إن أقر بدين كان إقراره ماضيا عليه أى من الأصل و إن كان عليه دين محيط بما فى يده فأقر بأن ما فى يده وديعة قبل إقراره إن كان عدلا مأمونا و إن كان متهما لم يقبل إقراره و قال إن الوارث و الأجنبى سواء (العاشر) قول التقي فى الكافي إذا كان الإقرار من حر كامل العقل سليم الرأى مريضا كان أو صحيحا فإن كان مبتدأ أى من دون تقدم دعوى و كان غير مأمون لم يمض إقراره و إن كان مأمونا مضى إقراره انتهى فقد جعل المدار فى الصحة و البطلان على التهمة و عدمها من دون فرق بين الصحيح و المريض فليتأمل فإنه مخالف لما عليه الأصحاب فإن إقرار غير المأمون نافذ إلا أن يكون مريضا و الأخبار فى المقام كأنها متشابهة ففى صحيحة الحلبي عن رجل أقر لوارث بدين فى مرضه أ يجوز ذلك قال نعم إذا كان مليا و قد سمعت خبر منصور حيث قال عليه السلام فيه إذا كان مرضيا و نحوه الموثق و فى صحيح إسماعيل بن جابر قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له و هو مريض بدين عليه قال يجوز عليه إذا أقر به دون الثلث و فى صحيح أبى و لاد مثله من دون تفاوت إلا أنه قال فيه يجوز ذلك و لم يتعرض فيه لثلث و لا لما دونه و صاحب إيضاح النافع قال المراد من قوله عليه السلام إذا كان مليا ما كان دون الثلث قلت لعل المراد إذا كان الوارث الذى أقر له مليا لأن ملاءته قرينة على صدقه أو المقر و يكون المراد مليا بالصدق و الأمانة مجازا أو فى الثلث و ما دونه بأن تبقى ملاءة بالثلثين بعد الإقرار بالثلث و عن الصحاح ملء الرجل صار مليا أى ثقة و تمام الكلام فى المسألة و فروعها فى باب الإقرار

(قوله) (و إذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأى و الأقرب إلحاق مال السلم و الجنائية به)

أما حلول ما عليه فعليه إجماع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠٣

و لا يحل المؤجل بالحجر (١) و ديون المتوفى متعلقة بتركته و هل يكون كتعلق الأرش برقبته الجانى أو كتعلق الدين بالرهن احتمال (٢)

الفرقة بل إجماع المسلمين و خلاف الحسن البصرى قد انقرض كما فى الخلاف و بلا خلاف إلا من الحسن البصرى كما فى الغنية و عليه الإجماع فى جامع المقاصد و الظاهر أنه لا خلاف فيه كما فى الكفاية و به طفحت عباراتهم فى المقام و فى باب الفلس حيث قالوا لا- تحل ديونه المؤجلة بالتحجير عليه بخلاف الميت و لا فرق فى دينه بين مال المسلم و الجنائية المؤجلة عليه و غيرهما عملا بإطلاق النصوص و الإجماعات و الفتاوى و كون أجل السلم يقتضى قسطا من الثمن و أجل الجنائية بتعيين الشارع و به يتحقق الفرق بين الجنائيات لا يدفع عموم النص ففى خبر أبى بصير إذا مات الرجل حل ماله و ما عليه من الدين و فى خبر السكونى أنه قال إذا كان على الرجل دين إلى أجل و مات الرجل حل الدين و فى مضمرة الحسين ابن سعيد إذا مات فقد حل مال الفارض و قد وسمها فى الكفاية بالصحة و هى كذلك لو لا الإضمار و عموم تأجيل الديه و مال السلم لا يعارض هذه العمومات أعنى عمومات حلول الدين كما فى الإيضاح لأنها خاصة بالنسبة إليه لأن الديه و مال السلم فردان من الدين و لو تم ذلك لكان طريقا إلى بقاء الأجل فى كل فرد و فى (الإيضاح و حواشى الشهيد) أن الأقوى أن مال السلم لا يحل بموته و أما عدم حلول ماله من الدين ففى الخلاف أنه لا خلاف فيه بين المسلمين و فى (الغنية) نفى الخلاف فيه و هو خيرة المبسوط و جمهور من تأخر عنه و فى (النهاية) أنه يحل ماله و به قال أبو

الصلاح والقاضى والطبرى حكاه عنهم فى المختلف استنادا إلى خبر أبى بصير وقد سمعته وأنه كما لو مات من عليه و الرواية ضعيفة مرسله و الفرق بين موت من عليه و من له إنا إن أمرنا الورثة بالتصرف لزم الضرر على صاحب الدين و الميِّت و إن منعناهم لزم الضرر عليهم فوجب القول بالحلول دفعا لذلك بخلاف موت من له الدين (وقال) علم الهدى فى الناصريات لا أعرف إلى الآن لأصحابنا فيها نصا معيناً و فقهاء الأمصار كلهم يذهبون إلى أن الدين المؤجل يصير حالاً بموت من عليه الدين و يقوى فى نفسى ما ذهب إليه الفقهاء و يمكن أن يستدل عليه بقوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنِ علق القسمه بقضاء الدين فلو أخرجت تضررت الورثة و لأنه يلزم انتقال الحق من ذمة الميِّت إلى ذمة الورثة و الحق لا ينتقل إلا برضا من له انتهى (قوله) (و لا يحل المؤجل بالحجر)

للأصل مع عدم الدليل و عدم القول بالقياس

(قوله) (و ديون المتوفى متعلقة بتركته و هل يكون كتعلق الأرش برقبه الجانى أو كتعلق الدين بالرهن احتمال)

قد استوفينا بلطف الله سبحانه و تعالى الكلام فى المقام فى باب الرهن عند قوله و لو رهن الوارث التركة و هناك دين إلى آخره و بلغنا فيه أبعد الغايات و قد نقلنا عن جماعة كثيرين إن التركة تبقى على حكم مال الميِّت و نقلنا عن جماعة نسبتها إلى الأكثر و عن السرائر نفى الخلاف فى ذلك و أكثرنا من الأدلة عليه و قلنا إنا لم نجد مصرحاً بأن تعلق الدين بالتركة كتعلق الأرش إلا ما حكاه الشهيد عن السيد الرضى أخى علم الهدى رضى الله عنهما و إلا ما يظهر من رهن الكتاب و جامع المقاصد حيث قربا صحة رهن الوارث التركة لكنه فى جامع المقاصد رجع عنه هنا أعنى فى الباب و بينا أن القائلين بأن التركة تنتقل إلى الورثة جم غفير و أن ظاهر التذكرة و جامع المقاصد الإجماع عليه و أن أصحاب هذا القول جزموا إلا من قل فيما إذا استوعب الدين التركة بأنه يتعلق بها تعلق الرهن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠٤

و يظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع نفذ على الأول دون الثانى (١)

بالدين و إنما ترددوا بين الأمرين فيما إذا لم يستوعب كما أن جماعة فى غير المستوعب على أن التعلق فيه كتعلق الرهن و بينا أن جماعة منهم فخر الإسلام و المحقق الثانى فى المقام على أنه تعلق مستقل و وجه أن تعلقه كتعلق الأرش أن الدين يسقط بتلف التركة من غير تفريط من الوارث و لا يلزمه الضمان كما لا يلزم المولى ضمان لو تلف الجانى لا من قبله و إن تعلقه بالتركة لا باختيار المالك كما أن تعلق الأرش برقبه الجانى كذلك و أنه ليس للمدين إلا أقل الأمرين من الدين و التركة كما أن المجنى عليه ليس له إلا أقل الأمرين من الأرش و قيمة الجانى و ليس الراهن كذلك فى شىء من الأمور المذكورة و وجه الثانى أن هذا التعلق ناشىء عن دين سابق فى ذمة من كان مالكا و أنه يسقط بالأداء و المساوى فى ذلك دين الرهن و ضعفاً بأن مشابهته لكل من الأرش و دين الرهن تقتضى أن لا يكون من قبيل واحد منهما و أن مجرد المشاركة فى شىء من الصفات لا يقتضى المساواة فى الماهية ليشتركا فى باقى الأحكام

(قوله) (و يظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع نفذ على الأول دون الثانى)

قد ذكرنا فى الموضوع المشار إليه آنفا فيما إذا كان الدين مستوعباً أن القائلين بأن التركة تبقى على حكم مال الميِّت و القائلين بأنها للورثة اتفقوا على أن الوارث يمنع من التصرف فيها إلى أن يوفى الدين أو يأذن الغرماء حكى ذلك فى الإيضاح و المسالك و ظاهر السرائر فى باب قضاء دين الميِّت قال فى (الإيضاح) أجمع الكل على أنه إذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها إلا بعد قضاء الدين و إذن الغرماء و نحوه ما فى المسالك و هو كذلك كما يشهد به تتبع كما بيناه هناك و أما إذا لم يستوعب الدين التركة فهناك أمران ما فضل منها عن الدين و ما قابله (أما الأول) ففى ميراث الكتاب و الدروس أنه يمنع من التصرف

فيه و تكون التركة بأجمعها كالرهن و هو خيرة الإيضاح في الباب و الرهن و جامع المقاصد هنا و إيضاح النافع في باب الدين و هو ظاهر المبسوط و أطلق في السرائر قال لا خلاف في أن التركة لا تدخل في ملك الورثة و لا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين و قال في باب قضاء الدين أنه الذي تقتضيه أصول مذهبنا للموتق عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل فرط في إخراج زكاته في حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكاة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى من تجب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال إنما هو بمنزلة لو كان عليه دين ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة و لا قائل بالفرق بين الوصية بالزكاة و غيرها على أنه ذكر فيه الدين و نحوه صحيحة سليمان ابن خالد قضى أمير المؤمنين عليه السلام في دية المقتول أنه يرثها الورثة على كتاب الله و سهامهم إذا لم يكن على المقتول دين فهو دال بالمفهوم و للآية الشريفة و لأنه لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به و لأن الأداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التلف و الميت لما خرج عن صلاحية استغراق الدين لذمته و جب أن يتعلق بكل ما يمكن أدائه منه لأن حدوث تعلقه بالبعض الباقي عند تلف بعضه منتف قطعاً و أن الباقي إذا تلف قبل القضاء ضمن الوارث و هذا يدل على أن التعلق بجميع التركة و إلا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث يتعذر و اختار المصنف هنا و في قضاء الكتاب و الشهيد في حواشيه على ميراث الكتاب و جامع المقاصد في المقام و المسالك و الكفاية نفوذ التصرف فيه أى في الفاضل عن الدين و هو قضية كلام جامع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠٥

و هل يشترط استغراق الدين إشكال أقربه ذلك (١) فينفذ تصرف الولي في الزائد (٢) فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث فإن أعسر فالوجه أن للمدين الفسخ (٣)

الشرائع للضرر و الحرج و بعد الحجر في مال كثير لأجل الدين بل يتقدر بقدره مؤيدا باستمرار طريقة الناس و يكون التصرف مراعى بوفاء الباقي بالدين فلو قصر لتلف أو نقص لزم الوارث الإكمال فإن تعذر الاستيفاء منه تسلط المدين أو الحاكم على نقض تصرفه و ربما استدل عليه بخبر البرزطي بإسناد له أنه سئل عن رجل يموت و يترك عيالا و عليه دين أن ينفق عليهم من ماله قال إن استيقن أن الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم و إن لم يستيقن فلينفق عليهم و نحوه خبر آخر مثله بهذا المتن و هما لا ينطبقان على ما ذكره من التفصيل كما هو واضح مع ما في الأخير مما حمل على السهو من بعض الرواة مع إمكان حملهما على أن ذلك على سبيل القرض و الضرورة مع أن أصحاب هذا القول ما أموا بهما و لا وجدت أحدا منهم أخذ واحدا منهما دليلا و الضرورة و الحرج يندفعان بالاستئذان من المدين أو الدفع إليه أو إلى الحاكم إن عسر الوصول إليه أو العزل عند الثقة الأمين كما ذكره في باب الدين و أوضحنا الحال فيه هناك و السيرة سيرة عوام و إلا فالعلماء مختلفون و مضطربون و قد اتفقوا على أنه إذا مات حل ما عليه و تعليهم يقضى بأن الوارث ممنوع من التصرف على أن الآية ظاهرة في خلاف هذا القول إلا أن يقال إن المراد من بعد وجودهما أى الوصية و الدين في المال الواسع لا من بعد عزلهما و لا من بعد وصولهما لأهلها و مما ذكر يعلم حال ما قابل الدين من التركة فليتأمل جيدا و ثمرة الخلاف ظاهرة على القول بأنه كتعلق الرهن و القول بأنه كتعلق الأرش و أما القائل بأنه تعلق برأسه فيحتمل عنده أنه ينفذ تمسكا بأصل الصحة و أصالة عدم بلوغ الحجر إلى مرتبة لا يكون التصرف فيها معتبرا و إن في القول بالصحة جمعا بين الحقين و يحتمل العدم لانتفاء فائدة التعلق بدونه و لأداء النفوذ إلى ضياع المال و من أصحاب هذا القول المحقق الثاني و قد قال إن النفوذ أقوى و قد تقدم بيان ذلك كله في باب الرهن

(قوله) (و هل يشترط استغراق الدين إشكال أقربه ذلك)

أى هل يشترط لتعلق الدين بكل التركة أن يكون مستغرقا لها بأن يكون بقدرها و أزيد إشكال من حيث إننا إنما منعناه لحفظ مال الديان و هو يحصل بمنعه من قدر الدين فيختص الحجر بقدره و من أنه لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به إلى آخر

ما سمعته آنفا و قد قرب المصنف هنا الاشتراط و فى (الإيضاح و جامع المقاصد) الأصح أنه لا يشترط و هو الأصح كما عرفت (قوله) (فينفذ تصرف الولي فى الزائد)

هذا ما حكيناه عنه آنفا من أن الدين إذا لم يستغرق التركة و تصرف الولي أى الوارث بيع أو هبة فى الزائد عن الدين نفذ تصرفه و إن قلنا بأن تعلقه بها كتعلق الرهن لأن الزائد على الدين طلق لا حجر عليه فيه و على القول بعدم اشتراط الاستغراق مع القول بأن تعلقه كتعلق الرهن لا ينفذ تصرفه فى شىء منها لتعلقه بجميعها و ثبوت المنع و على القول بأنه كتعلق الأرش كانت التصرفات نافذة على القولين أى اشتراط الاستغراق و عدمه و على القول بأنها تبقى على حكم مال الميِّت لا ينفذ شىء من التصرفات (قوله) (فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث فإن أعسر فالوجه أن للمدين الفسخ)

أما ضمان الوارث فلأن ما تصرف فيه حيث يتلف الباقي كأن يتعين للقضاء لو كان باقيا و حيث تصرف فيه الوارث و جب ضمانه لأنه إنما يستقر استحقاقه إياه بعد وفاء الدين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠٦

و على القول بطلان تصرف الوارث لو لم يكن فى التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بأن كان قد باع متاعا و أكل ثمنه و رد بالعيب أو تردى فى بئر حفرها عدوانا أو سرت جنايته بعد موته احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبهه الدين المقارن (١) و عدمه فإن أدى الوارث الدين و إلا فسخ التصرف (٢)

و هو تفريع على ما سبق أيضا و هذا ما أشرنا إليه آنفا من أنه يدل على تعلق الدين بجميع التركة و إلا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث تعذر و أما الوجه فى أنه إذا أعسر أن يتسلط المدين على الفسخ فلأن تصرفه إنما جاز بشرط الأداء و يحتمل العدم لتسويغه و ثبوت الإذن فيه و قد امتنع التعلق به لخروجه عن الملك و دخوله فى ملك آخر و الصحيح الأول على تقدير الجواز و هذا أيضا مما يدل على تعلق الدين بجميع التركة و إن قل و خيرة الإيضاح المنع من التصرف مطلقا و الضمان به و إن لم يكن ناقلا

(قوله) (و على القول بطلان تصرف الوارث لو لم يكن فى التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بأن كان قد باع متاعا و أكل ثمنه و رد بالعيب أو تردى فى بئر حفرها عدوانا أو سرت جنايته بعد موته احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبهه الدين المقارن)

يريد أنه لما كان فى هذه الفروض الثلاثة عهدة على الميِّت و درك لأن كان المبيع معيبا و الحفر فى طريق المسلمين أو ملك الغير عدوانا بمعنى أنه لا لمصلحة المسلمين و من دون إذن المالك و الجناية فى محل السراية و تلك العهدة و ذلك الدرك كانا متعلقين بذمة الميِّت قبل موته و لما مات تعلقا بالمال قام احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فيكون ذلك بمنزلة تقدم الدين فيكون كالدين المقارن فى بطلان التصرف فى التركة معه و ضعف فى الإيضاح و جامع المقاصد بأن تقدم السبب لا يقتضى تقدم المسبب و المنع من التصرف إنما هو مع وجود الدين لا لحدوثه لسبق وجود سببه فلا يمكن أن يقال إن الوارث ممنوع من التصرف هنا بمجرد وجود العهدة إذ لا دين و مقتضى العهدة و وجوب تعلق الحادث بالتركة (قلت) ما أشبهه بما إذا باع المشتري أو وقف أو وهب فى مدة خيار البائع فإنهم قالوا لا ينفذ إلا بإذن البائع و الغرض أن هذا الاحتمال ليس بتلك المكانة من الضعف بل لعله أقوى من الثانى كما ستسمع و قولكم إنه لا يمكن أن يقال إن الوارث ممنوع من التصرف (فيه) إنا لا نمنعه من التصرف و إنما نقول بفساده بعد حدوث الدين فلا منع و لا ضرر و يأتى تمام الكلام ثم عد إلى عبارة الكتاب فقد قال فى (جامع المقاصد) لو سكت عن قوله ظاهر فى قوله لو لم يكن فى التركة دين ظاهر لكان أولى إذ ليس فى هذا الفرض دين ظاهر و لا خفى (قلت) المراد ظاهر إذ المراد دين بالفعل و فى الحال و قال فى قوله لو ظهر دين لو قال بدله ثم حدث لكان أولى قلت هو المراد و عبر بالظهور لمكان وجود سببه فلعل الظهور

بملاحظة ذلك أولى و قال في قوله و أكل ثمنه لا يحتاج إلى تقييده بكون الميت أكل الثمن بل يكفي تصرف الوارث في الجميع (قلت) كلام المصنف يتم في جميع الصور أعني ما إذا تصرف الوارث في البعض أو الجميع و كلام الشارح لا يتم فيما إذا كان الثمن عينا و تصرف فيما عداها و يعرف حينئذ ما ذكره الشارح من كلام المصنف بالفحوى و الأمر سهل أو نرؤى أكل بالبناء للمجهول و أنت خبير بأن الأصح على ما اخترناه في باب القصاص أن السراية كاشفة فلا تكون من سنخ الفرضين الآخرين (قوله) (و عدمه فإن أدى الوارث الدين و إلا فسخ التصرف)

أى يحتمل عدم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠٧

و على كل حال فللوارث إمساك عين التركة و أداء الدين من خالص ماله (١) و هل يتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب و النتاج و الثمرة الأقرب المنع

فساد التصرف في المسائل الثلاث فعلى هذا إن أدى الوارث الدين فلا بحث و إلا فسخ المدين التصرف أعني البيع مثلا توصلا إلى أخذ دينه من التركة و في (الإيضاح) أنه الأقوى و في (جامع المقاصد) أنه الأصح لعموم أوفوا بالعقود و لتعلق حق ثابت بالمبيع حين لم يكن حق آخر و لا- مانع من صحة التعلق بإبطاله يحتاج إلى دليل قلت يلزم مثل ذلك حرفا فحرفا فيما إذا باع المشتري في زمن خيار البائع من دون تفاوت فتقدم السبب كخيار البائع حق آخر مانع من صحة التعلق فلا ينفع التعلق بالعموم فكان الاحتمال الأول أشبه على القول بطلان التصرف على أن في قولهم و مقتضى العهدة و جوب تعلق الحادث بالتركة ما يرشد إلى ذلك فتأمل و كأنه اشتبه الحال على الشارحين حيث ظنا أنه يستلزم المنع من التصرف كالدين الموجود و ليس كذلك و الفرق بينهما أن الدين الحاضر على هذا القول يمنع من التصرف و يبطله و الدين الحادث لا يمنع من التصرف لكنه يبطله فحاله كحال بيع المشتري في زمن خيار البائع بل قد جوز جماعة له الوطء في زمان الخيار و هو الأقوى و لذا ترى المصنف قال و على القول بطلان تصرف و لم يقل على القول بمنعه من التصرف فتأمل

(قوله) (و على كل حال فللوارث إمساك عين التركة و أداء الدين من خالص ماله)

قد قدمنا في باب الرهن أن الخصوم متسالمون في جميع الأحوال أى على تقدير الاستيعاب و عدمه و على الاحتمالات الثلاثة في التعلق و على تقدير انتقالها إلى الورثة أو بقائها على حكم مال الميت على أن المحاكمة للوارث فيما يدعيه لمورثه و ما يدعى عليه و أنه لو أقام شاهدا حلف هو دون الديان و أن الورثة أولى و أحق بأعيان التركة لأنها لا تنتقل إلى الغرماء إجماعا (و هل يتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب و النتاج و الثمرة الأقرب المنع) كما في (الإيضاح و جامع المقاصد) و قد بينا في باب الرهن أن من قال بأن التركة تبقى على حكم مال الميت استدلل عليه فيما استدلل باستمرار الطريقة على دفع النماء في الدين إذ لو اقتصر مقتصر على دفع الأصل في الدين دون النماء لأنكروا عليه (و احتج) الشارحان على المنع بأن الملك يتمتع بقاؤه بغير مالك و الميت يتمتع بملكه لانتفاء لوازم الملك عنه من عدم ثبوت الزكاة عليه و نحوه فالمقتضى لملك الوارث موجود و هو الموت و المانع ليس إلا تعلق الدين بالتركة و هو لا يصلح للمانع لعدم المنافاة و لم يبق إلا مفهوم الآية الشريفة و هو ضعيف (قلت) قد عرفت أنه في السرائر قال لا خلاف في أن التركة لا تدخل في ملك الوارث و لا الغرماء بل تبقى موقوفه على قضاء الدين و قد قال الله سبحانه و تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ ذَيْنِ و لقد تكررت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقادم عهد أربع مرات و ما كانت عاداته جل شأنه في بيان الأحكام ذلك بل يجمل و يحيل و قد استدلل بها جماعة كالشيخ و ابن إدريس و فخر الإسلام و الشهيد و غيرهم على عدم انتقال المال إلى الورثة إذ المتبادر منها إنما هو الملك و الاستحقاق مثل المال لزيد و من ثم ترى النحاة يسمون هذه اللام لام الملك فالحمل على استقرار الملك إعراض عن الظاهر إلى التأويل من دون دليل واضح و لا ريب أن الظاهر أن الظرف لغو لا حال

من الثلث مثلا- حتى يكون المعنى لكل ما وظف له بالقرض أو غيره بعد الوصية و الدين و الكون أعّم من الملك فيجوز أن يكون المعنى أن ذلك يكون لهم بعد الأمرين على وجه الاستقرار بعد أن كان متزلزلا فقد صح لنا أن نقول إن المعلق في الآية الشريفة إما الملك أو جواز التصرف أو هما معا أو لا واحد منهما و الأخير باطل كالثالث لأنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠٨

و تحسب من التركة الدية في الخطأ و العمد إن قبلها الوارث و لا يلزمه ذلك و إن لم يضمن الدين على رأى (١)

يستحيل تعلق الملك على بعدية الدين مع بقاء جواز التصرف مطلقا أى أى تصرف كان حتى يكون المعنى فى أحد الوجهين أنه لا يملك إلا بعد الدين و يجوز له التصرف قبله فتعين أحد الأولين و يدفع الثانى ظهور الملك و الاستحقاق من اللام و عدم تبادر كون الظروف حالا- من الأنصبا و التقدم فى قوله جل شأنه مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ هو التقدم الذى أرادته المتكلمون و هو أن المتأخر لا يجمع المتقدم كتقدم عدم الحادث على وجوده و تقدم بعض أجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك أو جواز تصرف حتى ينتفى المتقدم فكانت دلالة الآية من المنطوق لا من المفهوم كقولنا يملك المبيع بعد العقد و إذا سلم عليك فرد عليه السلام و إذا باعك فاشتر هذا كله مضافا إلى الخبرين و قد سمعتهما آنفا و قد ذهب ناس إلى أن الميت يملك على الحقيقة كالمحقق فى الشرائع فى باب القصاص فيما إذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال و الشهيد الثانى فى وصايا الروضة و مال إليه الفخر فى ميراث الإيضاح بل قالوا قد يتجدد له الملك كملكه لديته و لما يقع فى شبكته و كأنهم استندوا إلى أنهم أجمعوا على أن ديونه تقضى من ذلك و تنفذ وصاياهم و لا- طريق له إلا- الملك و الحق أن ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذى دل على ذلك أى أن الميت فى حكم المالك لعصمته به عن تعلق ملك غيره به و صرفه فى مصالحه و أنى يملك الميت و بالموت تزول عنه الأملاك و أما إجماع جامع المقاصد فى وصاياهم على أن المال لا- يبقى بلا- مالك فلعله أراد ما اتفق العلماء على نفيه من أنه لا يبقى بلا مالك و لا من هو فى حكمه و إلا فكيف يتم له ذلك و الأكثرون من القدماء على أن التركة لا يملكها الوارث إذا أحاط بها الدين لكن كلامه فى الوصايا صريح فى أن المال لا بد له من مالك حقيقة فلا يجدى هذا التأويل فى كلامه و هو مما يفت فى عضد إجماعه على أنه معارض بإجماع السرائر و قد سمعته و قد أطبقوا على أن من مات و لا وارث له إلا مملوك أنه يشتري من التركة و يعتق ليرثها و قد بقى المال فى هذه المدة بلا وارث و مثله ما لو أوصى بصرف مال معين فى الصلاة أو الصيام أو الحج أو شراء الجص لبناء القناطر و نحو ذلك و هو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه فى ذلك ملك الورثة و هو كما ترى و ما ذا يقول فى مال من مات و لا وارث له و قد أشبعنا الكلام فى باب الرهن

(قوله) (و تحسب من التركة الدية فى الخطأ و العمد إن قبلها الوارث و لا يلزمه ذلك و إن لم يضمن الدين على رأى)

أما أن الدية تحسب من التركة فتقضى منها الديون و الوصايا فقد طفحت به عباراتهم فى مواضع من باب القصاص و فى باب الميراث و فى باب الديون و الرهن و الحجر و انعقدت عليه إجماعاتهم و دلت عليه دلالة صريحة رواياتهم كخبر يحيى الأرزق و روايات أبى بصير و خبر عبد الحميد بن سعيد حيث سأل الرضا عليه السلام عن رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا و أخذ أهله الدية من قاتله أ عليهم أن يقضوا الدين قال نعم الحديث فالقول الشاذ الذى لا نعرف قائله بأن الدية لا تصرف فى الدين لتأخر استحقاقها عن الحياة لا يلتفت و مثله الفرق بين دية الخطأ و دية العمد إذا رضى بها الوارث فتقضى من الأولى ديونه و وصاياهم دون الثانية فإنه اجتهاد فى مقابلة الإجماع و الفتاوى و الأخبار المطلقة و خصوص روايات أبى بصير و خير عبد الحميد و عبد الحميد يحتمل اتحادهم مع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٠٩

عبد الحميد بن سعد و مع عبد الحميد بن سالم الذى وثق فى ترجمته ابنه محمد و كيف كان فرواية صفوان عنه تشير إلى الاعتماد عليه و قد أجهد ابن إدريس نفسه فى رد هذا الخبر و لم يطعن فيه من جهة السيد و كذلك المصنف فى المختلف كما يأتى فى المسألة الآتية و أما أنه للوارث القصاص و إن لم يكن له مال و لم يكن عليه ضمان الديون و غيرها فهو خيرة قصاص السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف و الروضة و المسالك و خيرة الإيضاح و جامع المقاصد فى المقام و هو ظاهر كلام المبسوط أو صريحه و هو الأشهر كما فى المسالك و المفاتيح و عليه الحليون كما فى الدروس و الإجماع ظاهر السرائر أو صريحها كما أنه أى الإجماع ظاهر نكت النهاية و كذا المختلف و المخالف أبو على و القاضى و التقى و الصهرشتى و الكيدرى و صفى الدين محمد بن معد العلوى حيث قالوا فيما حكى عنهم أن ليس للأولياء القود إلا بعد ضمان الديون قلت و هو خيرة النهاية و فى (الغنية) الإجماع عليه و فى (المبسوط) أنه الذى رواه أصحابنا و نسبه فى الدروس إلى المشهور و كأنه مال إليه فيه و فى غاية المراد و نقل القولين فى اللعة من دون ترجيح و حكى على بن منصور الطبرسى أنه إذا بذل القاتل الدية لم يكن للأولياء القود إلا بعد ضمان الديون و إن لم يبذلوا جاز لهم من دون ضمان (و ليعلم) أن القاتل بعدم جواز القود بدون الضمان لعلمهم لا بد لهم أن يقولوا بالأولوية و نحوها بعدم جواز العفو بدونه أيضا و قد حكم فى المبسوط فى أول كلامه بأن لهم القصاص و العفو على مال و بدونه و صورة عبارة النهاية لم يكن لأوليائه القود إلا بعد أن يضمنوا الدية عن صاحبهم فإن لم يفعلوا لم يكن لهم القود و جاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم و لعله أراد أنه إن كانت الدية أزيد من الدين جاز لهم العفو بمقدار نصيبهم الزائد و قد نسب المصنف و الشهيد كلام النهاية إلى الجماعة الذين ذكرناهم آنفا و فيه مسامحة لأنهم لم يتعرضوا لجواز العفو لهم بمقدار نصيبهم (حجة الأولين) الأصل بمعنيين و العمومات من الكتاب و السنة الدالة على ثبوت القصاص مطلقا سواء كان المقتول مديونا معسر أم لا من دون إيجاب ضمان (و احتج) للشيخ ابن إدريس بخبر عبد الرحمن بن سعيد و قد سمعته ثم قال فى السرائر ليس فى الحديث إذا سلم ما ينافى ما قلناه لأنه ما قتل عمدا و إنما قال أخذ أهله الدية و هذا يدل على أن القتل كان موجه الدية فيكون خطأ ثم قال فإن قيل قد قال فى الخبر فأخذ أهله الدية من قاتله و لو كان خطأ محضا ما أخذوها من القاتل و أجاب بأنه هنا عمد شبيه الخطأ (و أجاب فى المختلف) بأنا نقول بموجبه فإن الورثة لو صالحوا على الدية و جب قضاء الدين منها و فى (غاية المراد) الحق فى الاحتجاج رواية أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يقتل و عليه دين و ليس له مال فهل للأولياء أن يهبوا دمه لقاتله فقال إن أصحاب الدين هم الخصماء فإن وهب أولياؤه دمه للقاتل فجائز و إن أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغرماء و حكى عن المحقق الاستدلال بها للشيخ (قلت) قد أوردنا على الاستدلال بها وجوها ذكرناها فى باب القصاص و قد استوفينا الكلام هناك أكمل استيفاء و قد تقدم شرحه و من الوجوه أنها معارضة بخبرى أبى بصير أيضا و أنه يبعد الفرق بين الهبة و القود و أنه لم يظهر لنا الوجه فى قوله عليه السلام أصحاب الدين هم الخصماء و أن متعلق الهبة عين المال و هنا تعلقت بغير عين و مال و هو الدم و الحاصل أن هذه الروايات لم تتفق اثنتان منها على حكم و لم تدل واحدة على مختار النهاية فلتحمل على التقية و الشهرة معارضة بمثلهما و الإجماع بمثله و يزيد الأول بنسبة المحقق قول الشيخ فى النهاية إلى الندرة و تمام الكلام فى القصاص فإنه مستوفى أتم استيفاء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١٠

[الفصل الخامس فى المفلس و فيه مطالب]

إشارة

(الفصل الخامس) فى المفلس و فيه مطالب

[المطلب الأول المفلس لغة]

الأول المفلس لغةً من ذهب جيد ماله و بقى رديئه فصار ماله فلوسا و زيوفا (١) و شرعا من عليه ديون و لا مال له يفى بها و هو شامل لمن قصر ماله و من لا مال له (٢)

(قوله) (الفصل الخامس في المفلس وفيه مطالب الأول المفلس من ذهب جيد ماله و بقى رديئه فصار ماله فلوسا و زيوفا) هذا تعريفه لغةً و نحوه ما في الشرائع و هو معنى ما في المبسوط من أن المفلس لغةً هو الفقير المعسر و هو مشتق من الفلوس و كأن معناه فنى خيار ماله و جیده و بقى معه الفلوس و نحوه ما في التحرير من أنه مأخوذ من الفلوس التي هي آخر مال الرجل و قال في (التذكرة) الإفلاس مأخوذ من الفلوس و قولهم أفلس الرجل كقولهم أخبث أى صار أصحابه خبثا لأن ماله صار فلوسا و زيوفا و لم يبق له مال خطير و قولهم أذل الرجل أى صار إلى حالة يذل فيها و كذا أفلس أى صار إلى حالة يقال فيها ليس معه فلس أو يقال لم يبق معه إلا الفلوس أو كقولهم أسهل الرجل و أحزن إذا وصل إلى السهل و الحزن لأنه انتهى أمره إلى الفلوس و الأصل أن المفلس في عرف اللغة هو الذى لا مال له و لا ما يدفع به حاجته و لهذا لما قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم أتدرون ما المفلس قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له و لا متاع قال ليس ذلك المفلس و لكن المفلس من يأتي يوم القيامة حسناته أمثال الجبال و يأتي و قد ظلم هذا و أخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته و هذا من حسناته فإن بقى عليه شىء أخذ من سيئاتهم فيرد عليه ثم صك في النار و في (القاموس) أفلس إذا لم يبق معه مال فكأنما صارت دراهمه فلوسا أو صار بحيث يقال ليس معه فلس و فلسه القاضى تفليسا حكما بإفلاسه

(قوله) (و شرعا من عليه ديون و لا مال له يفى بها و هو شامل لمن قصر ماله و من لا مال له)

أى لأن السالبة لا تستدعى وجود الموضوع بخلاف قولنا لا مال له لأنه سالبة كلية بل المدار على العرف و هذا التعريف نسبه في المسالك إلى أكثر الفقهاء منا و من العامة و هو شامل لغير المحجور عليه كالصبي إذا استدان له الولي إلى هذه المرتبة و كذا السفية و كذا المديون كذلك قبل الحجر مع أن واحدا من هؤلاء لا يعد مفلسا شرعا إذا التفليس إنما يكون بحكم الحاكم و الحجر بالفلس لا يثبت إلا بحكم الحاكم إجماعا كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد و ستسمع ما في المسالك و في (المبسوط) المفلس في الشريعة هو الذى ركبته الديون و ماله لا يفى بها و هو يعطى أن له مالا لكنه لا يفى لأنها معدولة بل المدار على العرف و هو معنى ما في (التذكرة و التحرير) أنه في الشرع اسم لمن عليه ديون لا يفى ماله بها لكنه نسبه إلى القيل في التذكرة و قال إنه يشمل من لا مال له البتة و من له مال قاصر و فيه نظر ظاهر و تفسير النبي صلى الله عليه و آله و سلم مفلس الآخرة يوافق ما في المبسوط و عرفه في الشرائع بأنه هو الذى جعل مفلسا و فسره بأنه منع من التصرف في أمواله و لا يخفى أن الممنوع من التصرف في ماله أعم من المفلس بل من الستة التى عقد لها كتاب الحجر ثم إن كلامه أى المحقق يؤذن بأنه لا يسمى مفلسا شرعا حتى يحجر عليه لأجل الفلس بل في كلامه أن تفليسه هو الحجر عليه كما يقال فلسه القاضى إذ جعله و صيره مفلسا و كلامهم في الباب مختلف فمنهم من جعل التفليس هو الحجر المذكور كالمحقق الأول و الثانى و هو الظاهر من كلام المصنف كما ستسمع فقبل الحجر لا يسمى المديون مفلسا عندهما و إن استغرقت ديونه أمواله و زادت عليها و منهم من اعتبره مفلسا متى كان كذلك و إن لم يحجر عليه و لهذا يقولون الفليس من أسباب الحجر و يقولون لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١١

فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب و شبهه (١) و الفليس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية و ثبوت الديون عند الحاكم و حلولها و قصور ما في يده عنها و التماس الغرماء الحجر أو بعضهم (٢)

تترتب الأحكام و يقولون شرط الحجر على المفلس التماس الغرماء له إلى غير ذلك من الأحكام التي صار هذا الاسم بسببها حقيقة لكثرة استعمال الفقهاء له بهذا المعنى و إطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز إما بما يؤول إليه أو باعتبار المعنى اللغوي بعيد كذا قال في المسالك و قال في مقام آخر عند قوله في الشرائع لا يجوز حبس الغريم أن المديون المعسر مفلس و رده المقدس الأردبيلي بأن كون المديون المعسر مطلقا مفلسا غير ظاهر شرعا و لغه و قال في (المسالك) أيضا أن الحق أن الفليس سابق على الحجر و مغاير له و هو أحد أسبابه كما ذكره لا- عينه و لا- الحجر جزء مفهومه نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس كما يقال فلسه القاضي لكنه من باب إطلاق اسم السبب على المسبب قال و على هذا لا مانع من اجتماع الفليس و الصغر كما إذا استدان الولي للصبي إلى هذه المرتبة و كذا السفية و لا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي للفليس لأنه ليس شرطا في تحقق مفهومه شرعا و على هذا فيبين المعنى اللغوي و الشرعي عموم من وجه يجتمعان فيمن عليه الديون و لا مال له و ينفرد اللغوي بمن ذهب ماله و ليس عليه دين و ينفرد الشرعي بمن له مال كثير و لكن عليه دين يزيد على ماله و على ما يظهر من تعريف المحقق يكونان متباينين و مرادهم بالمعنى الشرعي في المقام إما الحقيقة الشرعية أو ما ذكرناه في باب الرهن و قد أسبغنا الكلام فيه (قوله) (فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب و شبهه)

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 ٥، ص: ٣١١

أي يحجر على من لا- مال له أصلا و يكون الحجر في المتجدد من أمواله الحاصلة من معاملته و غيرها كما صرح بذلك أيضا في التذكرة و يأتي تمام الكلام و هذا يدل على ما أشرنا إليه آنفا من أن معنى الفليس شرعا لا يتحقق إلا بالحجر من الحاكم (قوله) (و الفليس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية و ثبوت الديون عند الحاكم و حلولها و قصور ما في يده عنها و التماس الغرماء الحجر أو بعضهم)

يريد أن الفليس سبب في أنه يجب على الحاكم أن يحجر على المفلس بالشروط الخمسة و قد استدل عليه أي الوجوب في الخلاف بإجماع الفرقه و أخبارهم و قال أيضا في مقام آخر عندنا أن للحاكم أن يحجر على من عليه الدين و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة لا يجوز له الحجر عليه بل يحبس أبا إلى أن يقضيه (دلينا) إجماع الفرقه و أخبارهم قال و قد أوردناها فيما مضى و قد استدل فيما مضى بخبري غياث ابن إبراهيم و إسحاق بن عمار (قلت) أما خبر غياث فقد رواه عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله الحديث و أما خبر إسحاق فقد تضمن أنه عليه السلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه فتأمل و في (الغنية) يجب على الحاكم الحجر عليه بشروط أربعة ثم ذكر أحكاما كثيرة و ادعى إجماع الطائفة و روى في التذكرة أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حجر على معاذ بالتماسه فلا يلتفت إلى قول من قال أن الذي دلت عليه أخبار الباب أنه بعد رفع الأمر إلى الحاكم يقسم أمواله بين الغرماء إن وجد له مال و إنه لم يحجر الإمام عليه و لم يأمر به فكيف يسوغ لناثبه و هو الفقيه أن يفعل ذلك مع أنه هو بنفسه قال إن المشهور بين الأصحاب بل الظاهر أنه لا- خلاف بينهم أن المفلس يجب الحجر عليه كما يحجر على الصبي و السفية و المجنون و تستمع كلام المقدس الأردبيلي

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١٢

و يحتسب من جملة ماله معوضات الديون (١)

ومنه أخذ القائل وقد جعل المصنف هنا و فى التذكرة الشروط خمسة و الأكثر إنما ذكروا الأربعة الأخيرة كالشيخ و ابن زهرة و المحقق و المصنف فى التحرير و الإرشاد و غيرهم و لعلمهم إنما تركوا الأول لاستغنائهم عنه بثبوت الدين عند الحاكم فإنه فرع المديونية كما أنهم تركوا ما إذا لم يكن فى يده شىء لعدم وجوب التحجير عليه حينئذ و يأتى بيان الحال فى المتجدد و المقدس الأردبيلى بعد أن ذكر هذه الشروط و ما يترتب عليها من الأحكام كمنعه من التصرف المالى فى الموجود و المتجدد و نحو ذلك قال لعل دليل هذه الأحكام كلها الإجماع و لعل لهم بعض الأخبار من العامة و الخاصة و ما وقفنا عليها (قلت) هذه الشروط و ما يتفرع عليها كلها قد قام الدليل عليها من إجماع أو غيره أما الشروط فقد حكى عليها الإجماع فى الخلاف و ظاهر الغنية و بيان الدليل (و الوجه) فيها على التفصيل أن نقول إما اشتراط كون ديونه ثابتة عند الحاكم فوجهه ظاهر لأن الحجر إنما يقع من الحاكم إجماعاً و حينئذ فلا بد من ثبوت الديون عنده و أما كونها حالة فلائنه مع كونها مؤجلة لا وجه للحجر عليه لعدم استحقاق المطالبة و ربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة فلا وجه لتعجيل العقوبة و أما اشتراط كون أحواله قاصرة فلائنها لو كانت زائدة أو مساوية فلا حجر عليه إجماعاً كما فى التذكرة فى موضعين منها و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة بل يطالب بالديون فإن امتنع تخير الحاكم بين حبسه إلى أن يقضى بنفسه و بين أن يقضى عنه من ماله و لو بيع ما خالف الحق و لا فرق فى ذلك بين من ظهرت عليه أمارات الفلاس مثل أن تكون نفقته من رأس ماله أو يكون ما فى يده بإزاء دينه و لا وجه لنفقته إلا ما فى يده و من لم تظهر كمن كان كسوباً ينفق من كسبه خلافاً للشافعى حيث جوز الحجر على المساوى فى أحد أقواله و على من ظهرت عليه أمارات الفلاس فى آخر و وافقنا فى ثالث و أما اشتراط التماس الغرماء أو بعضهم فلائنه ليس للحاكم أن يتولى ذلك من دون طلبهم لأنه حق لهم و هو لمصلحة الغرماء و المفلس و هم ناظرون لأنفسهم لا- حكم للحاكم عليهم نعم لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولاية كان له الحجر لأنه الغريم فى الحقيقة فله التماس ذلك من نفسه و فعله كما لو كانت لمجانين أو أطفال أو المحجور عليهم بالسفه و كان وليهم الحاكم هذا إذا التمس الكل و أما إذا التمس البعض فإنما يحجر عليه إذا كانت ديون ذلك البعض لا يفى ماله بها كما يأتى لانتفاء بعض الشروط لو وفى بها لأن دين غير الملتمس ليس للحاكم الحجر لأجله فهو بالنسبة إلى الحجر بمنزلة المعدوم فإذا حجر لأجلهم لم يختص الحجر بهم بل يعم أثره الجميع و أما إذا كانت ديونه أى البعض الملتمس تفى بها و لم تكن زائدة على أمواله فقد قرب فى التذكرة جواز الحجر و أنه لا- ينتظر التماس الباقيين لئلا- يضيع على الملتمس ماله و فى (جامع المقاصد) أن عموم الحجر للجميع لا يكاد يتخرج إلا على هذا الوجه و فى هذا الوجه قرب

(قوله) (و يحتسب من جملة ماله معوضات الديون)

كما فى الشرائع و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و قد نبهوا بذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم أنها لا تقوم لأن لأربابها الرجوع فيها فلا- تحتسب من ماله و لا- عوضها عليه من دينه و الشيخ فى المبسوط اقتصر على ذكر الوجهين من دون ترجيح و المراد بها الأموال التى ملكها بعوض ثابت فى ذمته كالأعيان التى اشتراها و استدانها و إنما احتسبت من جملة أمواله لأنها ملكه الآن و إن كان أربابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها و بين أن لا يرجعوا و يطالبوا و كما تحتسب من أمواله تحتسب أعواضه من جملة ديونه و ضمير أمواله يعود إلى المديون الذى يراد تعلق الحجر به لدلالة المقام عليه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١٣

و لو حجر الحاكم تبرعاً لظهور أمارات الفلاس أو لسؤال المديون لم ينفذ (١) نعم يحجر الحاكم لديون المجانين و الأيتام دون الغياب (٢) و لو كان بعض الديون مؤجلاً فإن كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال أربابها و إلا فلا ثم يقسم فى أرباب الحالة و لا يدخر للمؤجلة شىء و لا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء (٣) أما لو سأل بعض أرباب الديون الحالة حجر عليه إن كان ذلك البعض يجوز الحجر به ثم يعم الحجر الجميع (٤)

(قوله) (و لو حجر الحاكم تبرعا لظهور أمارات الفلاس أو لسؤال المديون لم ينفذ)

أما الأول فالظاهر أنه محل وفاق إذ لم أجد فيه مخالفا حتى من العامة بل الظاهر أنه لا يجوز له ذلك و أما الثاني فلا أجد فيه مخالفا إلا ما ذكره في التذكرة كما ستسمع و في (المسالك و الكفاية) أنه المشهور لأن الحجر عقوبة و الرشد و الحرية ينافيان فلا يصار إليه إلا بدليل صالح و إنما يتحقق بالتماس الغرماء كذا قال الشافعي في أحد وجهيه و وافقه جماعة من أصحابنا في التوجيه المذكور و الأصل فيه الإجماع كما عرفت آنفا و قد نقول يجوز له ذلك لا على وجه الإلزام بل نظر لمصلحته و قال في (التذكرة) الأقرب عندي جواز الحجر عليه لأن في الحجر مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرماء و كما أجبنا الغرماء حفظا لحقوقهم كذا يجب أن يجاب المفلس تحصيلاً لحقه و هو حفظ أموال الغرماء ليسلم من المطالبة و الإثم و قد روى أن حجر النبي صلى الله عليه و آله و سلم على معاذ كان بالتماس من معاذ دون طلب الغرماء و هو أحد وجهي الشافعي و الحجّة اعتبارية و الخبر لا جابر له

(قوله) (نعم يحجر الحاكم لديون المجانين و الأيتام دون الغياب)

أما تحجيره لديون المجانين و السفهاء إذا كان له الولاية عليهم فقد تقدم بيانه و أما عدم تحجيره لديون الغياب فلأن الحاكم لا يستوفى ما للغياب في الذم بل يحفظ أعيان أموالهم كما في التذكرة و جامع المقاصد

(قوله) (و لو كان بعض الديون مؤجلاً فإن كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال أربابها و إلا فلا ثم يقسم في أرباب الحالة و لا يدخر للمؤجلة شيء و لا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء)

لو كان بعض الديون حالاً و الباقي مؤجلاً فإن وقت أمواله بالديون الحالة فلا حجر لعدم اعتبار الديون المؤجلة و إن قصرت و جب الحجر و إذا حجر عليه بالديون الحالة لم تحل عليه الديون المؤجلة لأن المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدة الأجل بخلاف الميت فإنه لا يتوقع منه اكتساب و لأنه دين مؤجل على حي فلا- يحل قبل أجله كغير المفلس بخلاف الميت فإن ذمته قد بطلت و ليس الإفلاس سبباً في تعلق الدين بالمال كالموت لما عرفت من الفرق كما أن الجنون عندنا لا يوجب الحلول فتقسم أمواله بناء على عدم حلول المؤجلة على الديون الحالة و لا يدخر شيء لأصحاب المؤجلة و إن كان في الديون المؤجلة ما كان ثمن مبيع و هو قائم عند المفلس بل يقسم على الديون الحالة و لا يدام الحجر عليه بعد القسمة لأصحاب الديون المؤجلة كما لا يحجر بها ابتداء لعدم استحقاقهم المطالبة حينئذ

(قوله) (أما لو سأل بعض أرباب الديون الحالة حجر عليه إن كان ذلك البعض يجوز الحجر به ثم يعم الحجر الجميع)

قد سمعت آنفا ما قاله في التذكرة من أنه لو لم تكن ديون السائل زائدة على أمواله فالأقرب جواز الحجر و ما أيده به في (جامع المقاصد) و الوجه في أن الحجر يعم الجميع أن الجميع مستحقون للمطالبة كما أنها جميعها ثابتة فلا- يختص بأمواله من انفراد بالالتماس و من ثمة لو ظهر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١٤

و لو ساوى المال الديون و المديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فإن امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه (١) و كذا غير الكسوب إلى أن يقصر المال و إن قل التفاوت (٢) و يستحب إظهار الحجر لثلاث يستضر معاملوه (٣) ثم للحجر أحكام أربعة منعه من التصرف و بيع ماله للقسمة و الاختصاص و الحبس (٤)

[المطلب الثاني في المنع من التصرف]

(المطلب الثاني) في المنع من التصرف و يمنع من كل تصرف مبتدئ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر (٥)

غريم سابق على الحجر شارك

(قوله) (و لو ساوى المال المديون و المديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فإن امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله

(قوله) (و كذا غير الكسوب إلى أن يقصر المال و إن قل التفاوت)

يريد أن غير الكسوب لا- يحجر عليه إلى أن يقصر المال عن الديون و لو قليلا- و هو معنى قوله و إن قل التفاوت فيحجر عليه عند

القصور لا قبله و المخالف بعض العامة

(قوله) (و يستحب إظهار الحجر لثلا يستضر معاملوه)

كما فى المبسوط و التحرير و التذكرة قال فى الأخير يستحب للحاكم الإعلام بالحجر و النداء على المفلس و يشهد الحاكم عليه بأنه

قد حجر عليه و الإعلان بذلك بحيث لا يستضر معاملوه

(قوله) (ثم للحجر أحكام أربعة منعه من التصرف و بيع ماله للقسمه و الاختصاص و الحبس)

كما فى التذكرة و الإرشاد و جعل الرابع فى التحرير المنع من حبسه لا حبسه كما هنا و اقتصر فى الشرائع على الثلاثة الأول و هى التى

عدها فى المبسوط ثلاثة و ذكر الحبس بعنوان آخر و لم يتضح لنا الوجه فى جعل الحبس من أحكام المفلس فإن المفلس هو الذى

حجر عليه الحاكم و منعه من التصرف فلا- معنى لحبسه و لا لمماطلته و لا لبيعه بنفسه و لا البيع عليه و الحاصل أن الحبس مخصوص

بغير المفلس إذ لا- خلاف على الظاهر فى تحريم حبس المفلس بل و مطالبته و أذاه فقوله فى المسالك فى مناقشة الشرائع فى أواخر

الباب و لا يختص هذا الحكم بالمفلس غير جيد بل و لا صحيح لأنه خاص بغير المفلس و قد سمعت ما فى التحرير كما قد عرفت أن

الشيخ و المحقق غير الأسلوب و تركا ذكر الحبس و الأمر واضح

(قوله) (المطلب الثانى فى المنع من التصرف و يمنع من كل تصرف مبتدئ فى المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى

العوض أو زاد أو قصر)

هذا نبه عليه فى المبسوط و أشار إليه فى الشرائع و بعد ضم كلاميهما من أطرافهما بعضه إلى بعض يوافق ما فى الكتاب و به صرح فى

التحرير و الإرشاد و الروضة و كذلك المسالك و اللعة و مجمع البرهان و فى الأخير لعل دليل الكل الإجماع و ظاهر الخلاف و كذا

الغنية الإجماع على منعه من التصرف بماله بما يبطل حق الغرماء و احتترز بالتصرف المبتدئ عن التصرف فى ماله بمثل الفسخ بخيار

لأنه ليس بابتداء تصرف بل هو أثر أمر سابق على الحجر و كذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقا فله الفسخ به و هل يعتبر فى جواز

الفسخ الغبطة أم يجوز اقتراحا الأقوى الثانى كما هو خيرة المحقق الثانى و الشهيد الثانى و هو قضيه كلام الشرائع و به صرح فى

المبسوط و كذا التحرير نظرا إلى أصل الحكم و إن تخلفت الحكمة (قلت) قد نص فى التذكرة و الكتاب فيما يأتى و الإرشاد أن

الغبطة تعتبر فى الثانى دون الأول قال فى (التذكرة) إن له الرد بالعيب إن كانت الغبطة فى الرد و إن كانت الغبطة فى ترك الرد بأن

كانت قيمته مع العيب أكثر من ثمن المثل لكن له الرد لما فيه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١٥

.....

من تفويت المال بغير عوض و فرق الشهيد فى حواشيه بينهما بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف

العيب و فى (جامع المقاصد و الروضة) أن فيه نظرا بينا لأن كلا منهما ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة و إن كانت الحكمة

المسوغة له هى المصلحة أى مصلحة صاحب الخيار و الإجماع على جواز الفسخ بالعيب و إن زادت القيمة فضلا عن الغبطة فيه (و فى

مجمع البرهان) أن الفرق غير واضح (قلت) ما ذكره فى وجه النظر لا- يدفع الفرق لأنه و إن كان ثبوت الخيار بأصل العقد و أن

الحكمة المسوغه للخيار مطلقا إنما هي لمصلحة صاحبه لكن جهات المصلحة متغايرة فالخيار الأصلي كخيار الشرط و الحيوان لم يتقيد بشيء كخيار الغبن و العيب فإن الأول مقيد بالضرر و الثاني بالنقص بل له في الأول اختيار أصل العقد و عدمه بخلاف الثاني فإن حق الغرماء متعلق بخيار الحيوان مثلا تعلقا ضعيفا جدا لأن العقد من أجله متزلزل بخلاف خيار العيب فإن تعلق حقهم فيه أقوى فإنه مع إرادته أى المفلس الاختيار فيه يراعى فيه مصلحة ماله لئلا يفوت منه شيء أو يأخذ الناقص كما حكيناه آنفا عن التذكرة فهذه المصلحة غير الأولى فقول الشهيد إن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها أراد به مصلحة الغبن و العيب و الفرق واضح يفيد اعتبار الغبطة فى الثانى أى العيب دون الأول فقول المعترض فى وجه النظر إن كلا منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة ليس بتمام و ما فرضه من أنه يمكن أن تكون قيمة المبيع مع كونه معييا أزيد من الثمن و مع ذلك يجوز فسخه إجماعا بالعيب هو الوجه فى إثبات الخيار كما عرفت و من ثم قيل هنا باعتبار الغبطة فى الثانى و هو عين المدعى فليتأمل فى ذلك كله جيدا و المناسب فى بيان المنع أن يقال إن الإجماع منعقد على جواز البيع بأزيد من القيمة أو أنقص منها فتحرى رعاية الغبطة فى الأول أيضا لوجود العلة (و يمكن الجواب) بأنه إن كان عالما بها وقت البيع فهو كالهبة و إن لم يعلم بها فهو داخل فى الثانى لوجود الغبن نعم لو كانت الزيادة فى طرفه أشكل الفرق بينهما و الفسخ حينئذ مطلقا فليتأمل جيدا و لعله من هنا قال فى مجمع البرهان إن الفرق المذكور غير واضح هذا و المصنف فى آخر كلامه فى التذكرة مال إلى عدم الفرق بين الخيارين انتهى و ينبغى النظر فى معنى الغبطة و عدمها و لعل عدمها مقيد بما إذا لم يصير به سفيها و إن ذلك لمعتبر بالرد بالعيب و غيره و قد عرفت أن كلمة من تعرض لهذا الفرع متفق على أن له إجازة البيع و فسخه و على الفرق بين الابتداء و الاستدامة (و قد يقال) إن سبب الحجر فى الابتداء موجود فى الاستدامة و هو حفظ مال الديان فكما منعه الحاكم عن البيع فى الابتداء لذلك وجب عليه أن يمنعه فى غيره مع اشتماله على عدم الغبطة فسند الإجماع هنا أيضا موجود و مجرد وجود سببه حال عدم الحجر لا يقتضى ذلك مطلقا حتى مع وجود الدليل على عدمه و لذلك قال المقدس الأردبيلي لا أعرف الفرق بين منعه من البيع و بين منعه من فسخه فإن كلا منهما تصرف مالى موجب لفوات مال الديان فلا يبعد أن يكون المدار فى غير الابتداء مطلقا على المصلحة و الوجه الذى ذكره فى التذكرة فى مراعاة الغبطة فى خيار العيب جار فى غيره و قد سمعته آنفا و يمكن أن يجعل الظرف فى العبارة و هو عند متعلقا بكل من تصرف و الموجود ليحسن كونه احترازا عن التدبير و الوصية و الجماعة احترزوا عنهما بوصف التصرف بالمنافى لحق الغرماء لأنهما يخرجان من الثلث بعد وفاء الدين فتصرفه فى ذلك و نحوه جائز إذ لا ضرر فيه على الغرماء إذ التدبير إما وصية أو فى معناها و قوله بعوض و غيره يتعلق بتصرف و لا يتفاوت الحال بزيادة العوض و عدمها عينا كان أو منفعة لتعلق الحجر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١٦

فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح و الطلاق و استيفاء القصاص و العفو و استلحاق النسب و نفيه باللعان و الخلع (١) و كذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاحتطاب و الانتهاب و قبول الوصية (٢) و لا ما يصادف المال بالإتلاف بعد الموت كالتدبير و الوصية (٣) إذ لا ضرر فيه فى الغرماء (٤) أما لو صادف المال فى الحال فإن كان مورده عين مال كالبيع و الهبة و الرهن و العتق احتمل البطلان من رأس و الإيقاف فإن فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ (٥)

مع الجميع

(قوله) (فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح و الطلاق و استيفاء القصاص و العفو و استلحاق النسب و نفيه باللعان و الخلع) هذا مما لا أجد فيه خلافا قال فى (جامع المقاصد) أما الطلاق فواضح فإن الحجر لم يتناول كل تصرف بل التصرف فى المال الموجود و المتجدد على أنه إسقاط ما يوجب المال فكان أولى بالجواز و أما النكاح فلأن الصداق إذا كان فى الذمة لم يصادف التصرف فى المال الموجود عند الحجر و أما مئونة النكاح فيأتى إن شاء الله تعالى بيان الحال فيها و أما أن له استيفاء القصاص فلا لأنه

ليس تصرفا فى المال ولا يجب عليه قبول الديه و إن بذل الجانى لأن القصاص شرع للتشفى و دفع الفساد و الديه إنما تثبت صلحا و لا يجب عليه تحصيل المال بإسقاط حقه و كذا العفو عن القصاص مجانا بغير عوض أما لو وجبت له الديه بالأصله كما فى جنايه الخطأ فإنه ليس له إسقاطها لأنه بمنزلة الإبراء من الدين و كذا له استلحاق النسب إذ ليس ذلك تصرفا فى المال و إن وجبت المئونه ضمنا و كذا له نفيه باللعان كما هو واضح و كذا له الخلع لأنه إذا صح له الطلاق مجانا كانت صحه الخلع الذى هو فى الحقيقه طلاق بعوض أولى بالجواز هذا إذا كان المحجور عليه بالفلس رجلا فلو كان امرأه منع

(قوله) (و كذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاتطاب و الاتهاب و قبول الوصيه)

لأن فى ذلك كله جلب مال للغرماء فكيف يمنع منه قال فى التذكرة و هذا لا يمنع منه إجماعا

(قوله) (و لا ما يصادف المال بالإتلاف بعد الموت كالتدبير و الوصيه إذ لا ضرر فيه على الغرماء)

و قد تقدم أن هذين لا ينافيان الدين لأنهما إنما يكونان بعد أدائه و أن عبارة المفلس معتبره فيما لا يكون مصادفا للمال وقت الحجر من التصرفات و هو مختار التذكرة و الشهيد و المحقق الثانى و الشهيد الثانى لكنه فى باب التدبير من الكتاب جزم بعدم الصحه و جزم بها فى باب الوصايا فى الوصيه

(قوله) (إذ لا ضرر فيه على الغرماء)

هذا تعليل للمذكورات فى حيز قوله و لا يمنع مما لا يصادف المال إلى آخره

(قوله) (أما لو صادف المال فى الحال فإن كان مورده عين مال كالبيع و الهبه و الرهن و العتق احتمال البطلان من رأس و الإيقاف فإن فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ)

إذا صادف تصرفه عين المال بالإتلاف بالمعاوضه كالبيع و الإجاره أو بغير معاوضه كالهبه و العتق و الكتابه أو بالمنع من الانتفاع كالرهن ففى (المبسوط و الشرائع و التحرير و الإيضاح) أنه يبطل و هو المحكى عن أبى على لأنه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته و كانت عبارته كعبارة الصبى فلا يصح و إن لحقته الإجاره و هذا هو المناسب للحجر فإن معنى قول الحاكم حجرت عليك منعتك من التصرف و معناه تعذر وقوع هذه العقود منه و أما الإيقاف فقد نفى عنه البأس فى التذكرة و قال فى (جامع المقاصد) فيه قوة و فى (المسالك) لعله أقوى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامه (ط - القديمه)، ج ٥، ص: ٣١٧

فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه فإن قصر الباقي أبطل الأضعف كالرهن و الهبه ثم البيع و الكتابه ثم العتق (١)

و الوجه فيه أنه لا يقصر عن التصرف فى مال الغير فيكون كالفضولى و حينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف المنافى لحق الغرماء إذ لا دليل على إرادة غيره و لأن عبارته لا تقصر عن عبارة السفیه المحجور عليه مع صحه تصرفه إذا لحقته إجاره الولى فلو كان الحجر يقتضى المنع من التصرفات و سلب الأهليه لسقط به اعتبار عبارة السفیه فعلى هذا إذا أجاز الغرماء نفذ و إلا أخر إلى أن يقسم ماله لا يباع و لا يسلم إلى الغرماء فإن لم يفضل من ماله شىء بطل و إن فضل ما يسعه صح و قد قلنا فى باب البيع أن الرد الذى يفسخ به الفضولى أن يقول فسخت فلو قال لم أجز كان له الإجاره بعد ذلك كما يشهد به الأخبار و به صرح الشهيد فى باب النكاح بل هو ظاهر الأصحاب و اشتراط بعضهم عدم مسبقته بنهى المالك غير جيد على إطلاقه و إلا فالغاصب و العبد منهيان شرعا عن التصرف فالأول فى مال الغير و الثانى فى نفسه بل قد نقول إن هذا النهى مطلقا غير مضر لكن قضيه كلامهم فى هذا المقام أن الغرماء لو صرحوا بالرد لا يفسخ العقد وإنما يعتبر كلامهم فى الإجاره لا فى الرد و أن الواقع موقع المجيز هو بقاء شىء من ماله يسع ذلك فإن حصل ذلك كان إجاره و إلا كان ردا و قد نبهنا على ذلك فى باب البيع عند قوله و الأقرب اشتراط أن يكون مجيز فى الحال و بينا الحال فى ذلك و يتصور كون الشىء فاضلا بارتفاع القيمة السوقيه و بإبراء بعض الغرماء من حقه و بتجدد مال و بموت بعض الغرماء

فيرثه المفلس

(قوله) (فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه فإن قصر الباقي أبطل الأضعف كالرهن والهبة ثم البيع و الكتابة ثم العتق) أى حين إذا كان الحكم بكون التصرف موقوفاً إلى أن ينظر هل تفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا يجب تأخير ما تصرف فيه و قضى الدين من غيره فربما فضلت و وفى ما سواها بدينه و إن لم تف أمواله بديونه و كان التصرف متعدداً بطل الأضعف ثم ما يليه فى الضعف كما هو خيرة التذكرة فى أول كلامه فعلى هذا فلو كان قد تصرف ببيع و كتابة و هبة و رهن و عتق و وقف أبطلنا أولاً الرهن و الهبة لأنهما أضعف من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن و كون الهبة موضوعاً على الجواز ثم البيع و الكتابة لأنهما و إن كانا لازمين من الطرفين إلا أن العتق أقوى منهما لكونه فى نظر الشارع على التغليب و لهذا كان من خواصه السراية و لا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق لأن كلاهما لا يقبل الفسخ بخلاف باقى العقود و احتمال الشافعية احتمالاً آخر استحسنته فى التذكرة و قواه فى (جامع المقاصد) و هو أن ينقض من تصرفاته الأخير فالأخير كما فى تبرعات المريض إذا زادت عن الثلث و وجهه أن المزاحمة إنما وقعت بين ديون الغرماء و التصرف الأخير فيكون السابق ماضياً لعدم ما ينافيه قال فى (جامع المقاصد) و يمكن الفرق بين تصرفات المريض و هذه لأن الحجر على المريض إنما هو فيما زاد على الثلث فالتصرف الزائد على الثلث هو الأخير فيكون باطلاً دون ما سواه بخلاف المفلس فإنه محجور عليه فى الجميع فلا يظهر فرق بين الأخير و غيره لأن الجميع كالفصولى فإذا احتج إلى بيع بعض الأعيان التي تعلق بها التصرف أمكن أن يقال جميع التصرفات موقوفة و لا بد من إبطال بعضها و لا أولوية لبعض على غيره بشىء من الاعتبارين المذكورين من التقدم و التأخر و الضعف و القوة لأن المتقدم و المتأخر سواء فى كونهما موقوفين و الضعيف و القوى سواء فى كونهما غير نافذين نعم لما لم يتصور فى العتق أن يكون موقوفاً حكماً بكونه مراعى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١٨

و إن كان المورد فى الذمة فيصح كما لو اشترى فى الذمة أو باع سلماً أو اقترض (١) و ليس للبائع الفسخ و إن كان جاهلاً (٢)

فحقه أن يكون نافذاً ثم إنه قال فى (جامع المقاصد) و التحقيق أنا إن قلنا إن الإجازة كاشفة لا ناقله كانت جميع التصرفات مراعاة فيظهر للتقدم أثر حينئذ و حيث إنا رجحنا هذا القول فيما سبق كان هذا الاحتمال الأخير أقوى فعلى هذا لو وقعت التصرفات دفعة واحدة احتتمل القرع و الإبطال فى الجميع و هذا التحقيق لا مناص عنه و به يسقط ما ذكره المصنف و يبقى الكلام فيما إذا باع من الغرماء و يأتى بيانه إن شاء الله تعالى

(قوله) (و إن كان المورد فى الذمة فيصح كما لو اشترى فى الذمة أو باع سلماً أو اقترض)

قال فى (جامع المقاصد) إن تقسيم ما صادف المال فى الحال من التصرف إلى ما مورده العين و ما مورده الذمة غير مستقيم فإن ما مورده الذمة ليس مصادفاً للمال فى الحال قطعاً فإن البيع بثمن فى الذمة كالصداق فى النكاح إذا كان فى الذمة و أمثال هذين لا تعلق لهما بالمال الموجود عند الحجر و لا يعد تصرفاً فيه كما لا يخفى فلا تكون العبارة مستقيمة (قلت) قوله أما لو صادف المال فى الحال إنما هو فى مقابلة قوله و لا- ما يصادف المال بالإتلاف بعد الموت فكأنه قال لا يمنع مما يصادف المال بعد الموت و أما الذى يصادف المال فى غير ما بعد الموت و هو الذى يصادفه فى الحال و الحياة قسمان قسم يحتمل البطلان و الإيقاف و قسم صحيح و هو ما يصادف الذمة و ليس المراد بالحال المال الموجود عند الحجر كما توهمه فى جامع المقاصد و يرشد إلى ذلك قوله فى التذكرة فى تقسيم التصرف فإن تعلق بما بعد الموت كالتدبير و الوصية صح و إن كان غير متعلق بالموت فإما أن يكون مورده عين مال أو مال فى الذمة و من هذا يظهر معنى قوله و إن كان المورد فى الذمة أن معناه على ما أشار إليه فى التذكرة إن كان مورد التصرف مال فى الذمة فقوله فى جامع المقاصد لو قال و إن كان المورد الذمة كان أفصح لعله لم يصادف محله لأن التصرف هنا لا يرد على الذمة و إنما يرد على مال فيها و كيف كان فصحة تصرفاته الواردة على ما فى الذمة مما لا أحد فيه خلافاً إلا من الشافعى فى أحد قوليه

مستندا إلى أنه كالفقيه لوجود المقتضى و هو صدور العقد من أهله في محله سالما عن معارضة منع حق الغرماء لأنه لم يرد على أعيان أمواله

(قوله) (و ليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلا)

نبه بالبائع على المشتري سلما و المقرض فكأنه قال و لا للمشتري سلما و لا للمقرض الفسخ و هو خيرة الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و الإيضاح فيما سيأتي في شروط المعاوضة و به جزم المصنف هناك و قواه الشهيدان في الحواشي و المسالك قالوا لأنه فرط بإقدامه على معاملة من لم يعلم حاله فكان كالراضى بعسره و يسره و هذا لا يتم فيمن قامت له البينة على أنه غير مفلس فإنه لم يفرط بإقدامه على معاملة من لم يعلم حاله مع أنه جاهل واقعا و قالوا لأن الأصل في العقد المملك عدم التسلط على الفسخ و الإخراج عن الملك إلا بدليل شرعى و لتعلق حق الغرماء بما دخل في ملكه فلا يصح إبطاله و هو مبنى على تعلق الحجر بالمتجدد و سيأتي للمصنف في المسألة أى مسألة الجاهل احتمالات ثلاثة من دون ترجيح الضرب و الاختصاص بعين ماله و الصبر و مثل ذلك ما في الإرشاد و الإيضاح و خيرة ولده في شرح الإرشاد بين الأمور الثلاثة و وجه الضرب أنه غريم لأنه صاحب دين و لأنه أدخل في مقابل الثمن مالا فليضرب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣١٩

و يتعلق بالمتجدد كالقرض و المبيع و المتهب و غيرها الحجر (١)

بالثمن إذ ليس فيه إضاعه على الغرماء و وجه الثانى يعنى أنه يفسخ و يختص بعين ماله عموم (١) قول السائل فيوجد متاع رجل عنده بعينه و قوله عليه السلام لا- يحاصه الغرماء و يضعف الوجهان بما تقدم من تعلق حق الغرماء بماله و إن كان متجددا على أن العموم ممنوع لأن مورده من سبقت معاملته على الحجر عملا بدلالة الفاء لأنها تقتضى وجدان المتاع عقيب ركوب الدين بلا فصل فتأمل و الضرب مع الغرماء يقتضى إبطال حقهم من عين المال التى سبق تعلق حقهم بها مع أن الوجهين متنافران لأنه إن كان غريما اختصاص بعين ماله و إن لم يكن غريما لم يضره و أما العالم بإعساره فإنه يصير و لا يشارك الغرماء إجماعا كما فى المسالك و قد نفى عنه الإشكال جماعة

(قوله) (و يتعلق بالمتجدد كالقرض و المبيع و المتهب و غيرها الحجر)

كما هو خيرة التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و مجمع البرهان و هو الذى تعطيه عبارة الشرائع و قال ولد المصنف فى (شرح الإرشاد) إن عدم تعلق الحجر به أولى و استشكل فى الإرشاد و لم يرجح الشهيد فى حواشيه و غاية المراد (وجه الأول) أنها أموال للمفلس و قد حكم الحاكم بتعلق الدين بأمواله و الحجر عليه فيها و أن الغرض من المنع صرف المال فى الدين و عدم تضييع حق الناس و أنه قد ثبت وجوب قسمة أمواله فى الدين و هو مشترك فى الموجود و المتجدد و وجه العدم أن الأصل عدم الحجر و أن الناس مسلطون على أموالهم و قد ثبت الحجر فى الموجود حال الحجر بالإجماع و بقى غيره على الأصل و أنه إنما حجر عليه فى ماله الموجود لنقص فيه و المعدوم لم يتعلق به و إلا لزيد المال على الدين كذا قالوا فى بيان القولين و من الوجهين يعلم وجه الإشكال و كأن الكلام فى المسألة غير محرر لأن كلام بعض القائلين بالتعلق كالمحقق الثانى يعطى أن الحاكم حجر عليه فى الموجود و المتجدد كأن يقول له حجرت عليك جميع التصرفات المالية من موجود و متجدد و لا أظن أن أحدا يخالف فى التعلق و يستشكل فى ذلك كما أن كلام فخر الإسلام صريح فى أن الحجر إنما يتعلق بالموجود لا غير و هذا لا ينبغى أن يستشكل فيه لأن الحجر لا بد فيه من حكم الحاكم و لا يثبت بدونه فإن كان حكمه و تحجيره شاملا للمتجدد ثبت فيه و إلا فلا و حينئذ ينبغى الرجوع إلى الحاكم و يسأل كيف حجر و حيث يتعذر و لا- يعلم الحال فالأصل عدم التعدى لعدم الدليل و الظاهر لا يعارض الأصل إن كان أن تقول إن المتبادر لمكان القرائن الحالية من قوله حجرت عليك أو حجرت عليك التصرف فى المال أو فى مالك التحجير فى المتجدد و غيره

فيكون محل النزاع ما إذا أتى بهذه الألفاظ و ما مائلها مما ليس نصا في تخصيص و لا تعميم فهذا يتمسك بالتبادر بمعونة القرائن و هذا يتمسك بالأصل و ينكر التبادر فتأمل جيدا و إن كان محل النزاع أنه هل له أن يحجر عن الموجود و المتجدد فالظاهر أنه له ذلك لاتحاد الطريق إذ لا- فرق و لا- مانع و إن كان محل النزاع أنه هل للحاكم أن يحجر عليه ثانيا في ذلك المتجدد فالظاهر أن له ذلك أيضا لما تقدم من عدم الفارق و المانع و يبقى الكلام في نماء المال الموجود عند الحجر و لعلهم يتسالمون على تعلق الحجر به لتبعيته و وجوده بغير اختياره و إرادته و لا كذلك ما يكتسبه

(١) عموم قوله عليه السلام من وجد عين ماله فهو أحق بها و يضعف إلى آخره (نسخة)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢٠

و لو باعه عبدا بثمان في ذمته بشرط الإعتاق فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع و إلا جاز العتق و يكون موقوفاً فإن قصر المال احتل صرفه في الدين لا رجوعه إلى البائع و الأقوى صحة عتقه في الحال (١)

إذ لا يجب عليه الاكتساب فكان محل إشكال

(قوله) (و لو باعه عبدا بثمان في ذمته بشرط الإعتاق فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع و إلا جاز العتق و يكون موقوفاً فإن قصر المال احتل صرفه في الدين لا رجوعه إلى البائع و الأقوى صحة عتقه في الحال)

هذا فرع ذكره في التذكرة و أوضح مبناه و عبارة الكتاب مبنية على ذلك المبني خالية مما رماها به في جامع المقاصد من النظر و المدافعة جيدة النظم واضحة المعنى و قد فهم منها في جامع المقاصد غير المراد منها قال في (جامع المقاصد) في بيان معناها إذا باع بائع المفلس عبدا بثمان في ذمته و شرط في البيع أن يعتقه بنى صحة البيع المذكور على أن تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة فإن قلنا بالبطلان كان الأقوى هنا القول ببطلان البيع لأن الشرط الواقع فيه مخالف لحكم السنة حيث إنه اقتضى التصرف في المال الموجود حين الحجر فإن العبد على تقدير صحة البيع مال المفلس لانتقاله إلى ملكه و الحجر يتعلق بالمتجدد كغيره على ما سبق فيكون باطلا فيبطل البيع ببطلانه لأن الشرط إذا بطل أبطل خصوصا هنا لأن إعتاق العبد غرض مطلوب للبائع مقابل بعوض لأن الثمن حينئذ يكون أقل فإذا فات فقد فات بعض الثمن فتمتنع الصحة ثم قال و في هذا التفريع نظر إذ لا يلزم من بطلان التصرفات في الأموال التي تعلق بها حق الغرماء بطلان ما ليس كذلك فهو بمنزلة ما إذا كان المورد الذمة و هنا لم تتعلق حقوق الغرماء بالعبد على تقدير صحة البيع لأن تعلق حقهم بالمتجدد إنما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به و هنا كذلك لأن انتقال العبد مشروط في سبب انتقاله العتق و هو مناف لتعلق حق الغرماء و إلا لم ينفذ فينتفى المانع من صحة الشرط فيصح البيع و اختيار المصنف أخيرا بنه على هذا انتهى ما أردنا نقله من كلامه و قد عرفت أنه بنى صحة البيع المذكور على أن تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة و المصنف لم يبين المسألة على ذلك و إنما بناها على أن التصرف في الذمة باطل كما هو أحد وجهي الشافعية قال في (التذكرة) لو باعه عبدا بثمان في ذمته بشرط الإعتاق فإن أبطلنا جميع التصرفات سواء وردت على العين أو في الذمة فالأقوى بطلان البيع و إن قلنا بالصحة فيما يكون مورده الذمة على ما اخترناه صح البيع و العتق معا و يكون العتق موقوفاً فإن قصر المال احتل صرفه في الدين لا رجوعه إلى البائع و الأقوى صحة عتقه في الحال انتهى و هي عبارة الكتاب بمعنى و على هذا المبني لا يرد عليها شيء مما أورده في (جامع المقاصد) من النظر و المدافعة كما ستسمع المدافعة نعم قد يرد عليها بناء على ذلك أنه يتعين بطلان البيع لا أنه الأقوى و يمكن تأويله بمثل ما مضى في التصرف الوارد على العين و أنه يبعد على القول بالصحة فيما مورده الذمة أن يكون العتق موقوفاً فإن فضل نفذ العتق و إن قصر المال احتل صرفه في الدين لأنه مال المفلس و وجه البعد ما ذكره في (جامع المقاصد) من أن تعلق حقهم بالمتجدد إنما هو في المتجدد الذي لم يشترط

فى سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به إلا أن تقول إنه بناء على أن هذا الشرط مخالف للسنة فيكون باطلاً وأنه إذا بطل الشرط لا يبطل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢١

و لو وهب بشرط الثواب (١) ثم أفلس لم يكن له إسقاط الثواب و لو أقر بدين سابق لزمه (٢) و هل ينفذ على الغرماء إشكال ينشأ من تعلق حقهم بماله كالمرتهن و من مساواة الإقرار للبيئة و لا تهمة فيه (٣)

العقد لكنه يقوم حينئذ احتمال تسلط البائع على الفسخ و رجوعه إليه و كان الواجب حينئذ أن يذكره و لعله نبه عليه بقوله لا رجوعه إلى البائع فتأمل و لما كان هذان الاحتمالان كما ترى قال و الأقوى صحة عتقه فى الحال فقوله أولاً الأقوى بطلان البيع مبنى على القول ببطلان ما مورده الذمة و ليس مفرعاً على كونها أى التصرفات موقوفة كما فهمه فى (جامع المقاصد) حتى يدافع قوله الأقوى صحة البيع و العتق فى الحال قال فى (جامع المقاصد) و اعلم أن نظم العبارة غير حسن لما يظهر من المدافعة بين كون الأقوى بطلان البيع تفرعاً على كونها موقوفة و بين ما صرح به أخيراً من أن الأقوى صحة البيع و العتق فى الحال فلو قال احتمال بناء البطلان هنا و وقوعه موقوفاً على القولين السابقين و الأقوى الصحة و جواز العتق فى الحال لكان أحسن و أبعد عن الخلل فى الفهم انتهى و أراد بقوله تفرعاً على كونها موقوفة للإيقاف الذى مضى للمصنف فيما إذا كان مورد التصرف عين مال فإنه احتمال هناك البطلان و الإيقاف و ظن أن ما نحن فيه مفرعاً على الإيقاف و لقد ذهب بعيداً إذ تلك مسألة عين المال و قد فرغ منها و من فروعها و ما نحن فيه من مسألة الذمة و بقايا فروعها ثم إن المصنف قال فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع فقد فرغ الأقوى على البطلان كما فهمه هو أولاً لا الإيقاف الذى فرغ منه و لو لحظ التذكرة لضرب على ما حرره

(قوله) (و لو وهب بشرط الثواب ثم أفلس لم يكن له إسقاط الثواب)

إذا وهب المفلس شيئاً فإما أن يقبض قبل الفلاس أو لا فإن كان الثانى فلا حكم له و إن كان الأول فإما أن يعين ثواباً أو يطلق فإن كان الأول فلا بحث و إن كان الثانى فقد ذكر فيه فى التحرير ثلاثة أوجه (الأول) وجوب قيمة الموهوب فلا يجوز له أخذ أقل من ذلك (الثانى) ما جرت العادة أن يثاب مثله فليس له أن يرضى بدونه (الثالث) ما يرضى به الواهب فيكون ما يرضى به و إن قل و لا اعتراض للغرماء و قال فى باب الهبة إن شرط ثواباً مجهولاً صح و لزمه دفع ما يصدق عليه إطلاق الاسم و لو أثابه منها أى الهبة فالأقرب الجواز و لا يجب عليه دفع ما يرضى به الواهب و لا قيمة الموهوب و لا ما تقضى العادة به و قوى الشيخ لزوم الأخير و وجه عدم الإسقاط أنه مال ثبت له فلا يكون له إسقاطه لأنه تصرف فى المال بالإسقاط فيكون ممنوعاً منه و لو شرط عليه فى عقد لازم اشتراط رهن عين من ماله فقد احتمال فى جامع المقاصد أنه كاشتراط الثواب

(قوله) (و لو أقر بدين سابق لزمه)

قولاً واحداً كما فى جامع المقاصد و ظاهر المسالك و لا أجد فيه مخالفاً و لا حكايةً خلاف سوى ما حكاه فخر الإسلام فى شرح الإرشاد عن بعض الأصحاب أنه لا يصح إقراره مطلقاً كالسفيه لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و المانع فى العين منتف هنا لأنه فى العين مناف لحق الديان المتعلقة بها و أن الإقرار ليس كالإنشاء حيث قيل ببطلانه رأساً فلا ينفذ بعد الحجر لأن الغرض من إبطال التصرف إلغاء الإنشاء الموجب لإحداث الملك أما الإقرار فإنه إخبار عن حق سابق لم يتعلق به الحجر و لم يقتض الحجر سلب أهلية العبارة عن المحجور فإذا تعلق له غرض براءة ذمته بالإقرار وجب قبوله منه و إنما الخلاف فى أن المقر له هل يشارك الغرماء أم لا كما ستسمع

(قوله) (و هل ينفذ على الغرماء إشكال ينشأ من تعلق حقهم بماله كالمرتهن و من مساواة الإقرار للبيئة و لا تهمة فيه)

اختير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢٢

و لو أسنده إلى ما بعد الحجر فإن قال عن معاملة لزمه خاصة (١) لا فى حق الغرماء و إن قال عن إتلاف مال أو جناية فكالسابق (٢)

النفوذ على الغرماء و المشاركة لهم فى المبسوط و الخلاف و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و حكاة فى غاية المراد عن أبى منصور الطبرسى و هو الذى قربته الشهيد فى حواشيه بشرط أن يكون عدلا (حجة الشيخ) و من وافقه عموم جواز إقرار العقلاء و عموم الإذن فى قسمه أمواله بين غرمائه و الفرق بين الإقرار و الإنشاء كما عرفت آنفا و أنه كالبينة و مع قيامها لا إشكال فى المشاركة و أن التهمة على الغرماء منتفية لأن ضرر الإقرار فى حقه أكثر منه فى حق الغرماء و أن الظاهر من حال الإنسان أنه لا يقر بدين عليه مع عدمه (و أجب) بأن الخبر قد قبلناه على نفسه و من ثم أئزمناه بالمال بعد زوال الحجر و الدليل الثانى ظاهر ضعفه (و الجواب) عن الثالث أن الإقرار فى أثناء الحجر كالتصرف الحادث بحسب المعنى لمكان المشاركة و إن كان بينهما فرق عند عدمها أى المشاركة و كونه كالبينة مطلقا ممنوع و استوضح ذلك فىمن لا يقبل إقراره إذا أقيمت عليه البينة فالقاعدة ليست كلية فلا تصح كبرى الشكل و لا تنتج و التهمة على الغرماء موجودة لأنه يريد إسقاط حقهم من المال الموجود و تأخيرهم بمواطأة بينه و بين المقر له فلا يتحقق الضرر إلا عليهم سلمنا لكن أقصاه أنه قد يكون متهما و قد لا يكون فلا يصح جعل عدم التهمة وجها للنفوذ و لذلك اختير عدم النفوذ فى الإرشاد و المختلف و الإيضاح و شرح الإرشاد لولده و اللمعة و غاية المراد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان بل فى جامع المقاصد أنه لا ريب أن تعلق حق الغرماء بمال المفلس أقوى من تعلق حق المرتهن بمال الراهن لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلافه هناك فكما أن الراهن لو أقر بسبق رهن لآخر أو بيعه إياها لا يسمع فى حق المرتهن فهنا كذلك بطريق أولى و فى (التحرير) بعد أن اختار النفوذ كما حكيناها عنه قال و هل يفتقر إلى اليمين فيه إشكال و لو كذبت الغرماء و قلنا بوجوب اليمين فإن نكل ففى إحلاف الغرماء على المواطأة أو المقر له إشكال هذا و يلزم على القول الأول أنه لو ادعى عليه شخص بدين فأنكر فحلف المدعى ثبت الدين و شارك الغرماء لأن اليمين بعد الإنكار كالإقرار فتأمل

(قوله) (و لو أسنده إلى ما بعد الحجر فإن قال عن معاملة لزمه خاصة)

هذا ما ذكره الشيخ فى المبسوط و المصنف فى التذكرة و التحرير و معناه أنه لو أقر بدين لاحق بعد الحجر و أسنده إلى ما بعد الحجر فإن كان قد لزمه باختيار صاحبه كالبيع و القرض و غيرهما من المعاملات المتجددة بعد الحجر فإنه يكون فى ذمته خاصة و لا يشارك المقر له الغرماء لأن صاحب المال رضى بذلك إن علم أنه مفلس و إن لم يعلم فقد فرط فى ذلك فيلزم الصبر بها إلى الفك و لا يشارك الغرماء لأن المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلقت بأعيان أمواله كانت باطلة أو موقوفة بالإقرار بها لا يزيد عليها و قد جزم بذلك فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الروضة

(قوله) (و إن قال عن إتلاف مال أو جناية فكالسابق)

يريد أنه إذا أقر بدين و أسنده إلى ما بعد الحجر و قال إنه لزمه بإتلاف مال أو جناية و حاصله أنه لزمه من غير رضا و اختيار من المالك و المجنى عليه و به يفرق بينه و بين المعاملة الصادرة عن الرضا و الاختيار من الجانبين فإن فى نفوذه على الغرماء الإشكال السابق لأن كان منشؤه فى الموضوعين واحدا و قد حكم فى (المبسوط و الروضة) بالنفوذ

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢٣

و كذا الإشكال لو أقر بعين (١) لكن هنا مع القبول يسلم إلى المقر له و إن قصر الباقي (٢)

و قربته فى التذكرة و لم يرجح أحد الاحتمالين فى جامع المقاصد و المسالك و لم يتعرض له فى الإيضاح و الظاهر أن محل الإشكال ما إذا كان من غير رضا و اختيار من الطرفين فالسارق و الجانى عمدا ليسا محل إشكال (و عساك تقول) لم لم يقدم حق المجنى عليه

على حق الغرماء كما قدم حقه على حقه المرتهن (لأننا) نفرق بأن العبد المرهون إذا جنى فقد تعلقت جنايته بنفسه التي علق بها صاحب الدين دينه و الجناية كانت حصلت من المفلس دون ماله ثم إن الدين في الرهن متعلق في الذمة و الرهن معا و أما الجناية فلا محل لها سوى الرهن و فيما نحن فيه الدينان متعلقان بالذمة فاستويا و نظيره في حق المفلس أن يجنى عبده فيقدم المجنى عليه حينئذ على حق الغرماء و تمام الكلام عند قوله و يضرب المجنى عليه بالأرش (فرع) لو أقر بدين و لم يسنده إلى ما قبل الحجر و لا إلى ما بعده حمل على الثاني و جعل بمنزلة ما لو أسنده إلى ما بعد الحجر لأصالة التأخر و عدم التعلق (قوله) (و كذا الإشكال لو أقر بعين)

أى يجيء الإشكال السابق فيما إذا أقر المفلس بعين من أعيان الأموال التي بيده لشخص و قد اختير النفوذ في المبسوط و التحرير و شرح الإرشاد لولده على الظاهر منه في آخر كلامه لمكان تعليقه و كذا التذكرة لأنه في آخر المبحث كأنه تردد و كأنه قال به أو مال إليه في الإيضاح و وجوه بمثل ما مر في الدين و أنه لو لم يجعل له سبيل إلى رد الغصب و العارية و الوديعة و المستام و نحو ذلك للزم الحرج و لبعد أن يقر بما في يده لمن ليس له و إلا لكان سفيها و البحث أنه رشيد و لأن هذه العين لم يثبت أنها ماله و احتمال المواطأة يدفع الاستبعاد و عدم النفوذ خيرة الإرشاد و اللعنة و غاية المراد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كذا مجمع البرهان لمثل ما مر في الدين و لزيادة هنا تردد لأجلها في الشرائع و هي تعلق حق الغرماء بأعيان أمواله (و فيه) أنه لا فرق بين أخذه بعض الأعيان بموجب التقسيط و بين أخذه ذلك البعض مع تعلق حقهم به و في (مجمع البرهان) و كذا شرح الإرشاد أن الحاكم ينبغي له أن يؤخر هذه العين فإن فضلت سلمها إلى المقر له و إلا جاء الإشكال كما في الأول و باعها في الديون كما في الثاني و غرمة مثلها أو قيمتها للمقر له و ستسمع ما في المبسوط هذا و قال في (المسالك) إن جملة الأقوال في المسألة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة و هي أربعة نفى نفوذه فيهما إثباته فيهما ثبوته في العين دون الدين اختاره ابن إدريس و بالعكس قال و هو ظاهر المصنف و الكتاب أى الشرائع انتهى و هذا النقل كما ترى لأنك قد عرفت ما حكيناه عن ابن إدريس و عن الشرائع ثم إن الشهيد في غاية المراد قال لم يقل أحد بالقبول في العين دون الدين إلا متكلف و قد سمعت ما حكيناه عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد من النفوذ في العين دون الدين و يفهم مما سيأتي قريبا عن المبسوط أن الأقوال تزيد عن الأربعة عند التأمل الصادق لأن القول بوجود تأخير العين هنا كما إذا تصرف بها ببيع أو نحوه قوى جدا (قوله) (لكن هنا مع القبول يسلم إلى المقر له و إن قصر الباقي)

هذا ذكره في المبسوط و تبعه عليه المصنف و غيره قال في (المبسوط) فإن أقر بعين فإن إقراره صحيح و تكون العين لمن أقر بها و قيل إنه لا- يرد العين إلا- بعد أن يقسم ماله بين الغرماء فإن وفى بها أخذ العين و إن لم يف تمت من العين و بقى قيمتها في ذمة المفلس و نحوه ما في التذكرة و التحرير و المسالك و لعل غرضهم بقولهم إن وفى بها و لم يقصر الباقي ما إذا أبرأ بعضهم أو زادت القيمة و بذلك تندفع مناقشة المحقق الثاني عن العبارة حيث قال فيها مناقشة فإن قوله و إن قصر الباقي يقتضى مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢٤

و لو كذبه المقر له قسمت (١) و مع عدم القبول إذا فضلت دفعت إلى المقر له قطعا بخلاف المبيع فإن فيه إشكالا (٢) و كذا الإشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر و صدقه (٣) و لو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده و لو قال لحاضر و صدقه دفع إليه و إلا قسم (٤) و يصير من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالما و يحتمل في الجاهل بالحجر الضرب (٥)

ثبوت الحكم بتسليم العين إن لم يقصر الباقي و إن قصر على ما هو مقتضى العطف بأن الوصلية و ليس بمستقيم إذ مع عدم القصور كيف يتصور صحة الحجر ثم احتمال جعل الواو للحال و لا يخفى بعده (قوله) (و لو كذبه المقر له قسمت)

كما فى التذكرة و معناه أنه لو كذب المقر له المحجور عليه فى إقراره بكون العين له قسمت بين الغرماء لتعلق حقوقهم بها سابقا و إخراجها عنهم إنما كان مع صحة الإقرار و مع رد المقر له لا- يكون الإقرار صحيحا و لا يشكل بأن الإقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل برد المقر له و تكذيبه بل تخرج العين عن المقر بالإقرار و إن لم يتعين مالها فكيف تعود إلى المقر و تقسم بين الغرماء و يأتى فى الإقرار بلطف الله و بركة خير خلقه محمد و آله صلى الله عليه و آله و سلم تحقيق الحال

(قوله) (و مع عدم القبول إذا فضلت دفعت إلى المقر له قطعا بخلاف المبيع فإن فيه إشكالا)

أى فى دفع المبيع إلى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء إشكال ينشأ من بطلان التصرفات الواقعة بعد الحجر المصادفة للمال و كونها موقوفة و لا- كذلك الإقرار الصادر من المفلس فإنه لازم و نافذ عليه قطعا و إن لم ينفذ على الغرماء فإذا فضلت العين عن الديون بارتفاع قيمة و نحوها دفعت إلى المقر له قطعا بلا إشكال

(قوله) (و كذا الإشكال لو ادعى أجنبى شراء عين فى يده منه قبل الحجر و صدقه)

و مثله ما فى التذكرة أى و كذا الإشكال فى النفوذ على الغرماء و عدمه لو ادعى أجنبى شراء عين فى يد المفلس و يحتمل عود ضمير يده للأجنبى فيكون الأجنبى قد ادعى شراءه عينا من المفلس و هى فى يد الأجنبى فيصدقه فإن فى نفوذ ذلك على الغرماء فى صورتين الإشكال و لا كلام فى نفوذه فى حقه فيجب عليه مثلها أو قيمتها إذا قسمت على الغرماء

(قوله) (و لو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر فى يده و لو قال لحاضر و صدقه دفع إليه و إلا قسم)

و نحوه ما فى الشرائع و التحرير و قال فى (المبسوط) إن أقر بالمال إلا أنه قال هو مضاربة لفلان فإن المقر له لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون غائبا أو حاضرا فإن كان غائبا كان القول قول المفلس مع يمينه أنه للغائب فإذا حلف أقر المال فى يده للغائب و لا حق للغرماء فيه و إن كان حاضرا نظر فيه فإن صدقه ثبت له لأنه إقرار من جائر التصرف و صدقه المقر له فوجب أن يكون لازما و إن كذبه بطل إقراره و وجب قسمته بين الغرماء (و فيه) بعد تسليم نفوذ إقراره على الغرماء أن اليمين لم تشرع لإثبات مال الغير ثم إنه لا وجه لها مع الإقرار و أما إبقاؤه فى يده حيث يسمع إقراره فغير بعيد لأصالة عدم العدوان و هو مكلف رشيد و إنما ترفع يده عن ماله لتعلق حق الغرماء به أما مال الغير الذى هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه و أما إذا كان لحاضر فقد وافقه المصنف على ما ذكر و فى (جامع المقاصد) فيه الإشكال المتقدم و إن الأصح عدم القبول و إن لم يصدقه فقد مر مثله و حكمه حكمه

(قوله) (و يصير من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالما و يحتمل فى الجاهل بالحجر الضرب)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢٥

و الاختصاص بعين ماله و الصبر (١) و كذا المقرض (٢) و يضرب المجنى عليه بعد الحجر بالأرش و قيمة المتلف (٣) و أجره الكيال و الوزن و الحمال و ما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون (٤) و له الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها و له الفسخ بالخيار و الإمضاء من غير تقييد (٥)

(و الاختصاص بعين ماله و الصبر)

قد تقدم الكلام فى ذلك و أنه قوى الأخير فى التحرير و قربه فى جامع المقاصد و أن فخر الإسلام فى شرح الإرشاد خيره بين الثلاثة و أما العالم فإنه يجب عليه الصبر بلا ريب

(قوله) (و كذا المقرض)

أى تحتمل فيه الوجوه الثلاثة مع الجهل

(قوله) (و يضرب المجنى عليه بعد الحجر بالأرش و قيمة المتلف)

هذا ما لزمه بغير اختيار المستحق كأرش الجناية على نفس كانت أو طرف و عوض التالف إذا كانت على مال مثلا أو قيمة و قد صرح

بأنه يضرب فيهما فى جامع المقاصد و المسالك و اقتصر فى الشرائع و الإرشاد على ذكر الثانى أعنى ما إذا أتلف مالا (و حجتهم) على الحكم فى الأمرين أن المجنى عليه أو على ماله لم يوجد منه تقصير و لا - رضا و إنما ثبت حقه بوجه قهرى فثبت له استحقاق الضرب فيبعد تكليفه الصبر و الانتظار و هذا هو الإطلاق الذى أشرنا إليه آنفا و من ثم قيل مثل ذلك فى الجاهل إلا أن بينهما فرقا و هو أن الجاهل مختار و ربما كان جهله مستندا إلى تقصيره فى البحث عن حال معاملة لأن المحجور عليه يشيع خبره على وجه لا يشبهه إلا على المقصر فى البحث و هذه الأدلة كما ترى لا تدفع ما دل على تعلق حق الغرماء بالأعيان فكأنها صارت لهم و لا مال للمفلس فصار ما نحن فيه كما لو جنى الراهن و لا مال له غير المرهون فإنه لا يزاحم المجنى عليه المرتهن فتأمل و لا تغفل عما سلف آنفا و قد يستدل عليه بعموم الخبر الدال على الضرب و بما دل على وجوب عوض المتلف و هى أيضا كما ترى و لعله لذلك لم يرجح فى التذكرة و تأمل مولانا المقدس الأردبيلي

(قوله) (و أجره الكيال و الوزان و الحمال و ما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون)

كما فى الإرشاد و مجمع البرهان و فى الأخير أن وجهه ظاهر و هذه العبارة نطقت بأنها فى مال المفلس من دون تقييد و فى (الشرائع و التحرير) إذا لم يوجد من يتبرع بالبيع و لا بذات الأجره من بيت المال و جب أخذها من المفلس و مقتضى ذلك جواز أخذها من بيت المال و معنى عدم بذلها من بيت المال أنه إذا لم يكن فى بيت المال سعة إما لعدمه أو للاحتياج إلى صرفه إلى ما هو أهم من ذلك جاز أخذها من مال المفلس و فى (التذكرة) أنه مئونة الأموال كأجره الوزان و الناقد و الكيال و الحمال و المنادى و أجره البيت الذى فيه المتاع مقدمة على ديون الغرماء لأنها لمصلحة الحجر و إيصال أرباب الحقوق حقهم و لو لم تقدم لم يرغب أحد فى تلك الأعمال و حصل الضرر للمفلس و الغرماء و هذا كله إذا لم يوجد متطوع بذلك و لا فى بيت المال سعة له فإن وجد متطوع أو كان فى بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس إليها و هو يوافق ما فى الشرائع و التحرير و استجوده فى المسالك و قال فى (جامع المقاصد) إنه مع وجود بيت المال يشكل المنع من صرف الأجره من مال المفلس فإن ذلك لضرورة و فاء دينه فكيف لا يجوز صرفه من ماله نعم يجوز ذلك قلت و هو كذلك و أما إذا وجد المتطوع فلا شبهة فى عدم جواز صرف الأجره من مال المفلس

(قوله) (و له الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها و له الفسخ بالخيار و الإمضاء من غير تقييد)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢٦

بشرط الغبطة (١) و يمنع من قبض بعض حقه (٢) و لا يمنع من وطء مستولته (٣) و فى وطء غيرها من إمانه نظر أقربه المنع (٤) فإن أحبل فهى أم ولد و لا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها و لو أقر بمال و أطلق لم يشارك المقر له الغرماء لاحتمال كون السبب لا يقتضى الضرب (٥)

بشرط الغبطة)

قد تقدم الكلام فيه فى أول المطلب الثانى

(قوله) (و يمنع من قبض بعض حقه)

و كذا قال فى التذكرة و فسر الشهيد العبارة بأنه يمنع عن قبض البعض عن الكل و هو معنى قوله فى الإرشاد و التحرير ليس له قبض دون حقه أى صفة كان أو مقداراً و قيد العبارة فى جامع المقاصد بما إذا لم يلزم قبض البعض إذا بذله من عليه قال فلو كان عن إتلاف مال كان له قبض البعض و لو كان عوضاً فى بيع لم يكن له ذلك لأن فيه إسقاطاً لحق يتعلق بالمال فيمنع منه لأنه تصرف مبتدأ انتهى فليتأمل فيه و لا - ريب أن المفلس لا يمنع من قبض ماله و إنما يمنع من التصرف فيه لأنه ليس بسفيه فلا بد أن يراد من العبارة ما فهمه الشهيد و فرقه فى جامع المقاصد بين ما كان عن إتلاف و ما كان عوضاً فى بيع لم يتضح لنا وجهه لأن كلا منهما دين لا يجوز له إسقاطه لأنه ممنوع من الإسقاط بعوض بغير العوض الموضوع أولى كما نص عليه فى مواضع من التذكرة كما لم يتضح

لنا وجه القيد أيضا

(قوله) (و لا يمنع من وطء مستولدته)

كما نص عليه في التذكرة لأن الحجر لا يتعلق بها لأنها لا تباع إلا إذا كانت قد رهنتم قبل الاستيلاء أو كان ثمنها ديناً على مولاهما ولا وجه له سواها وأما بيعها في غير ذلك من تمام العشرين موضعاً فلا تعلق لأكثرها بما نحن فيه والقول بوجوب مؤاجرتها لا يستلزم الحرج بها إذ ذاك متعلق ببعض المنافع لكن المصنف ستردد فيما يأتي من الكتاب في بيعها من غير رهن قال و هل تباع أم ولده من غير رهن نظر فإن منعناه ففي مؤاجرتها نظر وهذا النظر ينافي الجزم بجواز وطء المفلس أم ولده و تردده في وطء غيرها من الإماء و يأتي تمام الكلام بلطف الله تعالى و بركة خير خلقه محمد و آله صلى الله عليه و آله و سلم

(قوله) (و في وطء غيرها من إماءه نظر أقرب به المنع)

كما في التذكرة و هو الأصح كما في جامع المقاصد و لم يرجح في الإيضاح و ينشأ النظر من أنه تصرف معرض للإتلاف لجواز موتها في الطلق أو نقصان قيمتها و من أنه لا يقتضى إخراج ملك و بهذا التقرير يتضح وجهها النظر و لا حاجة بنا إلى ما في جامع المقاصد من توجيه الأول بمنعه من التصرف في أمواله بالحجر و أنه معرض للإتلاف بالإحبال فأورد عليه بأنه لا يتم إلا إذا أبطلنا حق الغرماء بالإحبال و سيأتي أنه لا يبطل و يفهم من كلامهم في المقام أن التصرف الذي لا يضر بحقوق الغرماء في الحال و لا في المآل لا يمنع منه المحجور عليه

(قوله) (فإن أحبل فهي أم ولد و لا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها)

هذا عين عبارة التذكرة و قضية قوله فيهما مع القصور دونها أنها تؤخر في البيع لئلا يبطل حق الاستيلاء من غير موجب

(قوله) (و لو أقر بمال و أطلق لم يشارك المقر له لاحتمال كون السبب لا يقتضى الضرب)

معنى الإطلاق أنه لم يسنده إلى ما قبل الحجر و لا إلى ما بعده و لا إلى إتلاف و لا إلى غيره و الوجه في عدم مشاركته حينئذ احتمال كونه بعد الحجر لا عن إتلاف و أصل عدم المشاركة و أصل تأخره مع جهل تاريخه كما هو المفروض و إلا وجبت مطالبته بالبيان يقضيان بتعيين هذا الاحتمال و قد يكون من صور الإطلاق ما إذا أسنده إلى إتلاف و لم يبين أنه قبل الحجر أو بعده أو أسنده إلى بعد الحجر و لم يبين أنه عن إتلاف و غيره إلى غير ذلك فليتأمل و هذا مبنى على أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢٧

و لو أقام شاهداً بدين حلف معه و جعل في سائر أمواله فإن نكل ففي إحلل الغرماء إشكال (١) و كذا لو كان الدين لميت و نكل الوارث (٢) و يمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء (٣)

الإقرار بمال أسنده إلى سبب قبل الحجر أو إتلاف مطلقاً ماض على الغرماء

(قوله) (و لو أقام شاهداً بدين حلف معه و جعل في سائر أمواله فإن نكل ففي إحلل الغرماء إشكال)

لا- نعلم خلافاً في أنه للمفلس المحجور عليه الدعوى كما في (التذكرة) فلو أقام شاهداً واحداً بدعواه فإن حلف مع شاهده جاز و استحق به المال و تعلق به حق الغرماء و قد صرح بذلك في المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و غيرها و وجهه واضح و إن امتنع لم يجبره الحاكم على اليمين لأننا لا نعلم صدق الشاهد و لو علمناه ثبت الحق بشهادته من غير يمين فلا نجبره على الحلف على ما لا- نعلم صدقه و أيضاً فالحلف تكسب و هو غير واجب عليه فلو نكل لم يحلف الغرماء مع الشاهد كما هو خيرة المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و هو مذهب الأكثر كما في المسالك و في (مجمع البرهان) كأنه مجمع عليه و في (التذكرة) لم يحلف الغرماء مع الشاهد عندنا و في (جامع المقاصد) الإجماع على امتناع اليمين لإثبات مال الغير و القول بالجواز لأبي على لأنه يعود النفع إليهم و يستحقون المطالبة فهو مال لهم بالقوة القريبة (و فيه) أنه لا

يخرج بذلك عن كونه مال الغير وقيل إن فيه إشكالا آخر وهو أن كل واحد منهم إن حلف على مجموع المال كان حلفا لإثبات مال لغيره وهو باقى الغرماء وهو ممتنع أيضا زيادة على ما تقدم وإن حلف على بعضه وهو القدر الذى يصيبه بالتقسيم لم يثبت له أجمع بل يثبت له بعضه (وفيه) أن لأبى على أن يقول إنا نختار الأول ولا يستلزم ذلك إثبات باقى الدين لباقى الغرماء لأننا نقول إنما يثبت بذلك استحقاقه إلا أن تقول إنه يتضمن إثبات مال الغير أيضا لأن استحقاقه حصته فرع على ثبوت جميع الدين فى ذمة المديون وإن لم يثبت بذلك استحقاق باقى الغرماء فتأمل (ثم إن) الشهيد ذكر أن أقسام الحالف لمال الغير ثلاثة (الأول) أن لا يكون للحالف فيه حق فلا يصح حلفه إجماعا (الثانى) أن يكون للحالف حق و لغيره حق لكن حق الحالف مقدم كما نحن فيه و كالمرتهن و خلاف أبى على فى هذا القسم (الثالث) أن يكون للحالف حق و لغيره حق و لكن حق الغير مقدم كالراهن و مالك الجانى فهذا يحلف و يثبت حق غيره و هو جائز إجماعا قال و الوسيلة فى جواز حلف الغرماء إذا علموا امتناع الوارث أو المفلس أن ينقلوا المال إليهم بعقد شرعى يعلم به الشاهد ثم يشهد و يحلفون انتهى فليتأمل فيه جيدا (قوله) (و كذا لو كان الدين لميت و نكل الوارث)

أى و كذا يجىء الإشكال لو كان الدين لميت له غرماء و نكل الوارث لكن قال الشهيد لو كان الدين لميت و امتنع الورثة من اليمين جاز للغرماء أن يحلفوا على الأقوى كذا فى الحواشى و لعله لأن نكون المفلس يورث ريبه ظاهرة و لا كذلك الوارث لأنه قد يخفى الحق عليه و لا يخفى على الغرماء و أن غرماء الميت آيسون من حلفه فمكنوا من اليمين و لا كذلك غرماء المفلس فتأمل (قوله) (و يمنع صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء)

الوجه فيه أن أداء الدين الحال مع المطالبة و التمكن من الأداء واجب على الفور فله المنع من كل ما ينافيه و الحكم مما لا ريب فيه و ليس هذا فى الحقيقة منعا من السفر كما يمنع السيد عبده و الزوج زوجته بل هو شغل له عن السفر يرفعه إلى الحاكم و مطالبته حتى يوفى الحق و حبسه إن ماطل و الضمير فى يمنعه راجع إما إلى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢٨ لا- المؤجل و لا يطالبه بكفيل و لا إسهاد و إن كان الدين يحل قبل الرجوع (١) و لا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب

[المطلب الثالث فى بيع ماله و قسمته]

(المطلب الثالث) فى بيع ماله و قسمته ينبغى للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لثلاث تطول مدة الحجر (٢)

المديون بدلالة صاحب الدين عليه أو بدلالة المفلس عليه لأنه مثله على حد قوله جل شأنه و مَا يُعَمَّرُ مِنْ مُعَمَّرٍ وَلَا يُنْقَصُ مِنْ عُمُرِهِ أى من عمر آخر لامتناع النقص فى عمر من زيد فى عمره بالتعمير

(قوله) (لا المؤجل و لا يطالبه بكفيل و لا إسهاد و إن كان الدين يحل قبل الرجوع)

إذا كان الدين مؤجلا- لا- يمنع منه سواء كان السفر مخوفا أم لا خلف و فاء أم لا إذ ليس له مطالبته فى الحال بالحق فليس له أيضا مطالبته برهن و لا كفيل لأنه ليس له مطالبته بالحق فكيف تكون له المطالبة بالرهن و الكفيل و هو المفرط فى حظ نفسه حيث رضى بالتأجيل من دون رهن و لا- كفيل و قد حكم هنا بأنه ليس له المطالبة بالإسهاد لأصالة العدم و لأن الأمر فى قوله جلت عظمتة و استشهدوا شهيدين للإرشاد و لمثل ما قلناه سابقا حيث رضى بدون إسهاد و قرب فى التذكرة أنه له ذلك و فى (جامع المقاصد) أنه الظاهر لأن فى ترك الإسهاد ضررا بينا فهو منفى بالآية و الحديث (وفيه) أنه هو الذى أدخله على نفسه و لعموم قوله و استشهدوا فيشمل ابتداء الإدانة و استدامتها و متى توجه الأمر بالإسهاد إلى صاحب الدين فلا بد من إيجاب ذلك على المديون و إلا لم تكمل

فائدة الأمر (و فيه) أنا إذا قلنا إن الأمر للإرشاد كما عليه الأصحاب لم يتجه ذلك قال ولأن حقيته الدين ثابتة إنما المنفى استحقاق المطالبة قبل الأجل فكل ما تفرع على استحقاق الأخذ من الرهن والكفيل لا- يجب بخلاف ما كان مرتبا على أصل الدين وهو الإشهاد (و فيه) أن هذه التفرقة غير واضحة ولا فرق بين أن يكون الأجل قليلا أو كثيرا ولا بين أن يكون السفر طويلا أو قصيرا فلو بقي من الأجل نصف نهار ثم أراد إنشاء سفر طويل في أوله لم يكن لصاحب الدين منعه كما في (التذكرة و جامع المقاصد) و المخالف في ذلك بعض الشافعية و مالك

(قوله) (و لا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل لكن لا يلزمه ملازمة الرقيب)

لما فيه من الإضرار والاستخفاف من غير استحقاق قال في (التذكرة) إذا ثبت هذا فإنه إذا حل الأجل و هو في السفر و تمكن من الأداء وجب عليه إما برجوعه أو بإنفاذ وكيله أو ببعث رسالته أو بغيره من الوجوه قال في (جامع المقاصد) هذا ناظر إلى عدم وجوب الأداء في غير بلد الدين و قد حققنا الحال في باب البيع و باب الدين و هذه المسائل من أحكام الدين استطرادها هنا للمشاكلة (المطلب الثالث في بيع ماله و قسمته)

(قوله) (ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر)

هذا الحكم لم يتعرض له أحد قبل المصنف فيما أجد و ظاهره هنا أو صريحه الاستحباب كما هو صريح التذكرة و قال في (التحريم) على الحاكم أن يبادر إلى بيع ماله و قسمته و ظاهره الوجوب و قد علله هنا بما سمعت و زاد في التذكرة خوف التلف و قال في (جامع المقاصد) إن تعليل الكتاب يرشد إلى الوجوب فإن المنع من التصرفات بالحجر على خلاف الأصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة قال و الوجوب أظهر و أن عبارة الكتاب تحتل الأمرين و إن كانت أظهر في الاستحباب إلا أن التعليل يرشد إلى الوجوب (قلت) قد عرفت ما في التذكرة من التصريح بالاستحباب مع التعليل المذكور و زيادة و الأصل بمعانيه الثلاثة يدفع الوجوب و قال في (التذكرة) و لا يفرض في الاستعجال كيلا يطمع فيه المشترون

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٢٩

و إحضار كل متاع إلى سوقه (١) و إحضار الغرماء (٢) و البدأ بالمخوف تلفه (٣) ثم بالرهن (٤)

بشمن بخس و استحسنة في (جامع المقاصد)

(قوله) (و إحضار كل متاع إلى سوقه)

أى أن ذلك مستحب كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و غيرها و في (المسالك و مجمع البرهان) أطلق الجماعة الاستحباب و ظاهر اللمعة الوجوب و به جزم في (الروضة) مع رجاء زيادة القيمة و في (المسالك) أنه حينئذ أولى و استحبه فيه إذا وثق بانتفاء الزيادة إذا باعه في غير سوقه و نفى عنه أى الوجوب البعد في جامع المقاصد إلا أن يقطع بانتفاء الزيادة بإحضاره في سوقه و في (مجمع البرهان) أن المناسب حينئذ الوجوب (قلت) و الأصل ينفي ذلك و الوجوب يحتاج إلى دليل إلا أن يقطع بنقصان القيمة إذا بيع في غير سوقه لأنه لا- يزيد عن مال الطفل و قد قالوا إنه لا يجب عليه أكثر من مراعاة المصلحة بمعنى عدم النقيصة و منهم صاحب (جامع المقاصد) و أنه لا يجب عليه تحرى الأصلاح و ما فيه الغبطة و هذا نافع في هذا الباب و في (المبسوط و التذكرة) أنه إن باعه في غير سوقه بشمن مثله كان جائزا لأن المقصود قد حصل و في (جامع المقاصد) لو شق نقله إلى سوقه نودى عليه فيه (قوله) (و إحضار الغرماء)

أى يستحب ذلك كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان لأنه يباع لهم فرما رغبوا في بعض المتاع فزادوا فيكون أوفر للثمن و أبعد للثمة و ظاهر المبسوط وجوب إحضار الغريم و في (التذكرة و التحرير) صرح باستحباب إحضاره أو وكيله و في (جامع المقاصد) أنه لو رعى بحضورهم زيادة نفع و جب و احتمله في (المسالك) و ينبغي إحضار المفلس و

قد ذكر فى التذكرة لحضور المفلس فوائده و هى أنه أخير بمتاعه و أعرف بجيده من رديئه و ثمنه و يعرف المعيب من غيره و لأنه تكثر الرغبة بحضوره فإن شراء المال من مالكة أحب إلى المشتري و لأنه أبعد عن التهمة و أطيب لقلب المفلس و ليطلع على العيب إن كان فيباع على وجه لا يرد و مثل هذا فى الرهن قال و ليس ذلك واجبا فيهما (قوله) (و البدء بالمخوف تلفه)

أى يستحب كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و ظاهر الإرشاد و التذكرة الوجوب و هو صريح جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان بل فى الأول أنه لا- ريب فى وجوبه لوجوب الاحتياط على الأمانة و الوكلاء فالحاكم أولى فإن تصرفه قهرى فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف فيبيع الفاكهة و الطعام و نحوهما أو لا (قلت) لعل من جعل ذلك من المستحب اعتبر احتمال التلف كغيره لا- ظن التلف و العلم به قبل بيعه فإنه حينئذ تجب المبادرة و يمكن أن يقال إن كون الشيء مخوفا تلفه فى نفسه لا يقتضى حصول خوف فى الوقت فلا- يلزم وجوب المبادرة إليه لأن ذلك إنما هو عند خوف التلف و لا يلزم من كون الشيء مخوف التلف باعتبار شأنه من جنسه أن يكون مخوف التلف فى وقته (قوله) (ثم بالرهن)

البدء بالرهن بعد المخوف تلفه خيرة المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد على ما اختير فيها من وجوب و ندب إلا أن وجوب تقديم الرهن على غيره كما هو ظاهر الإرشاد و صريح جامع المقاصد غير ظاهر و وجهه على التقديرين أنه ربما زادت قيمته على دين المرتهن فيضم الباقي إلى مال المفلس و ربما نقصت فيضرب المرتهن بباقي دينه مع باقى الغرماء و هذا قد يعلم قبل القسمة فيناسب الاستحباب و ظاهر التذكرة وجوب تقديم ما يخشى تلفه و استحباب البدء ببيع الرهن و تقديمه على غيره (قال مسألة) ينبغي للحاكم أن يبدأ ببيع الرهن إلى آخره (ثم قال) مسألة و يقدم بيع ما يخاف عليه الفساد ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة و كونه مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣٠

و الجانى (١) و التعويل على مناد مرضى عند الغرماء و المفلس (٢) فإن تعاسروا عين الحاكم (٣) و أجرته على المفلس (٤) و لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن بل متأخرا أو معا (٥)

عرضة للهلاك ثم سائر المنقولات فقوله فى المسالك و هذا التقديم يناسب الاستحباب أى تقديم الرهن على غيره لأن الغرض معرفة الزائد و الناقص و هو يحصل قبل القسمة و فى (التذكرة) قدمه أى الرهن على بيع المخوف و ما هنا أى الشرائع أولى غير جيد إذ قد عرفت ما فى التذكرة و أنه ليس فيها إلا التقديم بحسب الذكر لا التقديم بالفعل (قوله) (و الجانى)

جعل بيع الجانى بعد الرهن كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و المسالك لأن العبد الجانى فى حكم الرهن لتعلق حق المجنى عليه برقبته و اختصاصه به و ربما فضل منه فضله كالرهن و يفارقه بأنه لو قصر عن أرش الجناية لم يستحق المجنى عليه الزائد لأن حقه لم يتعلق بالذمة بل بالعين بخلاف الرهن فإنه متعلق بهما و فى (جامع المقاصد) أن هذا الحكم كسابقه ينبغي أن يكون على سبيل الوجوب و جعل فى المبسوط و التذكرة و كذا التحرير و المسالك بيع الحيوان بعد بيع الجانى و نفى عنه البعد فى جامع المقاصد لحاجته إلى النفقة و كونه عرضة للهلاك و قال فى (التذكرة) ثم سائر المنقولات لأن التلف إليها أسرع من العقارات لأنها لا يخشى عليها التلف و لا السرقة

(قوله) (و التعويل على مناد مرضى عند الغرماء و المفلس)

أى ينبغي ذلك فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و قال فى (المبسوط) إذا أراد الحاكم بيع متاع المفلس يقول للمفلس و الغرماء ارتضوا بمناد ينادى و يكون ثقة صادقا لأن الحاكم لا يتولى ذلك و لا يكلف الغرماء أن يتولوا ذلك فإن اتفقوا على رجل

نظر الحاكم فإن كان ثقة أمضاه و إن كان غير ثقة رده لأنه يتعلق بنظره فكلامه محتمل للوجوب و الندب و الوجوب أظهر و في (جامع المقاصد) هذا الحكم ينبغي أن يكون على طريق الوجوب لأن الحق في ذلك للمفلس فإنه ماله و الغرماء لأنهم استحقوا صرفه إليهم بدينهم (قلت) بل قد يقال إنه ينبغي أن يكون على سبيل الاستحباب لأن الحاكم بحجره على المكلف أسقط اعتباره و كان كوكيله و حق الغرماء الاستيفاء من القيمة و هي حاصله بنظر الحاكم و الحاصل أنه يفوض إليهم التعيين كما قال هو في (جامع المقاصد) قال فإن اتفقوا عليه و كان مرضيا أى ثقة أمضاه الحاكم و إلا رده و عين مرضيا (قلت) هذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم و في (التذكرة و جامع المقاصد) و ليس ذلك كالراهن و المرتهن إذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن إذ لا نظر للحاكم معهما بخلاف ما هنا فإن للحاكم نظرا في مال المفلس إذا الحجر بحكمه و ربما ظهر غريم فيتعلق حقه (قوله) (فإن تعاسروا عين الحاكم)

كما في الشرائع قال في (المبسوط) و إن اختلفوا فاختر المفلس رجلا و الغرماء آخر نظر الحاكم فإن كان أحدهما ثقة و الآخر غير ثقة أمضى الثقة و قبله و إن كانا ثقتين إلا أن أحدهما بغير أجره قبله و أمضاه و إن كانوا جميعا بأجره قبل أو ثقتهم و أصلحهما للبيع و زاد في التذكرة أنهما إن كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر لأنه أحوط قال في (جامع المقاصد) بعد نقل كلام التذكرة و من هنا يعلم أن عبارة الكتاب تحتاج إلى تنقيح (قلت) قوله إن تعاسروا عين الحاكم محرر منقح لأنهما إن كانا متطوعين ثقتين عارفين و تعاسروا فلا ريب أنه يعين الحاكم و الضم أيضا من تعيين الحاكم (قوله) (و أجرته على المفلس)

تقدم الكلام فيه

(قوله) (و لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن بل متأخرا أو معا)

هذا معنى قوله في الشرائع و لا يجوز تسليم مال المفلس إلا مع قبض الثمن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣١

و إنما يبيع بثمان المثل بنقد البلد حالا (١) فإن خالف جنس الحق صرف إليه (٢) ثم يقسم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة و لا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكتفى بإشاعته حاله بحيث لو كان لظهر (٣)

فإن تعاسرا تقابضا معا و في (التحرير) لا يدفع إلى من اشترى شيئا حتى يقبض الثمن فإن امتنع المشتري أجبر على التسليم و الأخذ (قلت) الأقسام أربعة لا سبيل إلى جبر البائع على التسليم أولا لأن من يتصرف للغير لا بد و أن يحتاط فإن خالف الواجب و سلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن و أثم لكنه قال في (المبسوط) إن هذا أولى بعد أن صحح أنهما يجبران كما ستسمع و لا سبيل إلى عدم جبرهما لتعلق حق الغرماء بالثمن و هو حال فلا سبيل إلى تأخيره بل لو رضى المفلس و الغرماء بالتأخير لم يكن للحاكم أن يرضى بذلك على احتمال لإمكان ظهور غريم آخر فدينه يتعلق بالمال فتعين أحد القسمين الآخرين و هو إما أن يجبر المشتري على التسليم أو يجبران معا و هو خيرة المبسوط في أول كلامه و المختلف فقد اختلف كلام المبسوط كما قال في المختلف من دون تقادم عهد و قد يتجشم الجمع و التأويل و قد يحتمل احتمال آخر و هو أن يجبر على التسليم إلى عدل و ما يقبضه الحاكم من أثمان المبيع من أموال المفلس على التدرج فإن كان الغريم واحدا سلم إليه من غير تأخير و كذا إن أمكنت قسمته بسرعة لم يؤخر و إن كان يعسر قسمته لقلته و كثرة الديون فله أن يؤخر ليجتمع فإن امتنعوا من التأخير قسم عليهم و يأتي في كلام المصنف ما إذا اقتضت المصلحة تأخير القسمة

(قوله) (و إنما يبيع بثمان المثل بنقد البلد حالا)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و وجهه واضح لما في النقصان عن ثمن المثل من الضرر في ذلك الزمان و المكان بل يباع بثمان

المثل فصاعداً إن أمكن من دون سعى بل قال في (التذكرة) لو كان بقرب بلد ملك المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس أنفذ الحاكم إليهم ليتوفر الثمن على المفلس و خص العقار بالذكر لأنه و نحوه مما يرحد إليه و لا يستهجن الإنفاذ بسببه و إلا فما كان الناس ليرحلوا من بلد إلى بلد لشراء أثاث البيت و نحوه من طعام و غيره فلا وجه لقوله في جامع المقاصد لا وجه لتخصيص العقار بل و كذا غيره و قال في (التذكرة) و يبيع بنقد البلد و إن كان من غير جنس حق الغرماء و معناه أنه لا يبيع إلا بنقد البلد لأنه أوفر و لأن التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف و أما كونه حالاً فلا لأنه قد تقدم أنه يجب قبض الثمن أولاً و لما في إدامه الحجر من الضرر

(قوله) (فإن خالف جنس الحق صرف إليه)

قال في (التذكرة) إن كان الثمن من جنس مال الغرماء دفع إليهم و إن كان من غير جنسه فإن لم يرض المستحقون إلا بجنس حقهم صرف إلى جنس حقهم و وجهه أن ذلك معاوضة لا تجوز إلا مع التراضي فإن رضوا جاز صرفه إليهم برضا المفلس و في (التحرير) فإن كان من غير جنس الحق دفع إلى الغرماء بالقيمة (قوله) ثم يقسم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة و لا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكتفى بإشاعة حاله بحيث لو كان لظهر

قال في (التذكرة) إذا طلب أرباب الديون القسمة عليهم لم يكلفهم الحاكم إقامة البينة على أنه لا غريم سواهم و يكتفى الحاكم في ذلك بالإعلان و الإشهاد بالحجر عليه إذ لو كان هناك غريم لظهر و طالب بحقه و لا فرق بين القسمة على الغرماء و القسمة على الورثة إلا أن الورثة يحتاجون إلى إقامة البينة على أن لا وارث غيرهم بخلاف الغرماء و الفرق أن الورثة أضبط من الغرماء و هذه شهادة على النفي يعسر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣٢

و لو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملى احتياطاً فإن تعذر أودع (١) و لا تباع دار السكنى و لا خادمه و يباع فاضلها (٢) و يجرى عليه نفقته مدة الحجر و نفقة من تجب عليه نفقته بالمعروف و كسوته جارى عادة أمثاله إلى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة (٣)

تحصيلها و مدرتها فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعسر انتهى و فيه تأمل كما في مجمع البرهان بل ينبغي عدم التأخير في الورثة و الغرماء إلا مع المظنة للأصل و عدم جواز منع الناس عن حقوقهم

(قوله) (و لو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملى احتياطاً فإن تعذر أودع)

كما في المبسوط و التذكرة لكنه قال في (التذكرة) إنه أولى و كأنه وافقه صاحب جامع المقاصد و ينبغي أن يقولوا مع الرهن كما تقدم مثله في باب الدين و ينبغي أن يذكروا بيعة أيضاً و قد يكون مراداً من العبارة و ظاهر الشرائع التوقف في جعله في ذمة ولى حيث نسبه إلى القيل و وجهه أى التوقف أن وظيفة الحاكم في الأموال التي يليها إنما هو الإيداع كما هو الشأن في أموال اليتامى و غيرهم ممن أمره أشد من مال المفلس فينبغي أن يجوز الاقتصار على الوديعة و فرق بينهما في التذكرة فرقا حكاه عن بعض أصحاب الشافعي و هو أن مال الصبي معد لمصلحة تظهر له من شراء تجارة أو عقار و قرضه قد يتعذر معه المبادرة إلى ذلك و مال المفلس معد للغرماء خاصة فافتقرا انتهى فتأمل و لا يجوز تأجيل القرض بسبب يقتضيه من اشتراط في بيع و نحوه كما في التذكرة و جامع المقاصد و قال في (التذكرة) و ينبغي أن يودع ممن ترتضيه الغرماء فإن اختلفوا أو عينوا من ليس يعدل لم يلتفت الحاكم و عين من أراد من الثقات و لا يودع من ليس يعدل و المحقق الثاني و الشهيد الثاني على أنه ينبغي اعتبار رضا المفلس أيضاً

(قوله) (و لا تباع دار السكنى و لا خادمه و يباع فاضلها)

قد حكى الإجماع فى المبسوط و الغنية على أنه لا تباع دار سكناه و لا خادمه الذى يخدمه و هو أى الإجماع صريح التذكرة فى الأول أى الدار و ظاهرهما فى الخادم و زاد فى الغنية الإجماع على عدم بيع دابته التى يجاهد عليها و قد جزم هنا بأنه يباع فاضلهما و هو الذى كان يرويه محمد ابن الحسن ابن الوليد و به جزم فى الروضة و منع فى التذكرة من بيع الدار و الخادم و تكليفه شراء أدون منهما للأصل و عموم النهى عن بيع هذه الأشياء و قال إن كان فى سكناه فضله يستغنى عنها و جب بيع تلك الفضله و وافقه على هذا جماعة منهم صاحب الجامع و قد تقدم الكلام فى ذلك كله مستوفى فى باب الدين و قد يكون أراد بالفاضل هنا ما يخص العين فيوافق التذكرة أو ما يعم باعتبار العين و القيمة فيوافق ما رواه ابن الوليد رضى الله عنه فإذا كانت الدار واسعة يكتفى ببعضها أو نفيسه يكفيه دار بقيمة بعضها أو الخادم متعددًا أو نفيسًا كذلك و جب البيع و الاقتصار على ما يكفى و كذلك الشأن فى فرسه و تمام الكلام فى باب الدين

(قوله) (و يجرى عليه نفقته مدة الحجر و نفقته من تجب عليه نفقته بالمعروف و كسوته جارى عادة أمثاله إلى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة)

لأنه مؤسر فى أول ذلك اليوم و لا يزيد على ذلك لأنه لا ضبط بعده هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلى هذه الجهات فإن كان ذا صنعه تكفيه لذلك أو كان يقدر على تكسب ذلك لم يترك له شيء و قد نص على ذلك فى التذكرة و لا ينافيه قولهم لا يجب عليه التكبس كقبول الهبة و الوصية و الصدقة لأن هذا لا يجب للغرماء لا للنفقة فتأمل و هل ينفق على الزوجات نفقة المعسرين أو المؤسرين قرب فى التذكرة الأول و احتمال الثانى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣٣

و لو اتفقت القسمة فى طريق سفره فالأقرب الإجراء إلى يوم وصوله (١) و يقدم كفته الواجب (٢) فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب و يحتمل النقض (٣)

و لعل الدليل على جميع ما ذكر فى المتن الإجماع كما يفهم من ظاهر كلامهم كما فى مجمع البرهان و يمكن فهم ذلك كله من الرواية الدالة على استثناء المسكن بمفهوم الموافقة أو تنقيح المناط و أطلق الأهل فى الإرشاد و لم يقيدهم بمن تجب نفقتهم و قد تقدم الكلام فى ذلك كله أيضا و بينا أنهم قالوا فى باب الدين إنه يستثنى له قوت يوم و ليلة له و لعياله و هذا يخالف ما هنا من أنه يعطى نفقة ذلك اليوم خاصة و كأن الجمع ممكن و قوله بالمعروف قيد فى النفقة كما أن قوله جارى عادته قيد فى الكسوة كما هو المتعارف فى لسان أهل العرف و المراد العادة فى الشرف و الضعة على الظاهر فلا يغنى أحدهما عن الآخر كما ظنه فى جامع المقاصد و قد يراد بالمعروف الاقتصاد و يكون الغرض المنع من التوسع التى هى فوق الاقتصاد و إن لم تعد إسرافا كما تقدم مثله فى باب الدين

(قوله) (و لو اتفقت القسمة فى طريق سفره فالأقرب الإجراء إلى يوم وصوله)

كما فى الإيضاح و جامع المقاصد و قد استضعفا عدم لمكان الإضرار المؤدى إلى الهلاك أو المشقة العظيمة لولاه و ظاهر العبارة أن المراد وصوله إلى منزله و فى (جامع المقاصد) أنه مستقيم إن لم يكن دونه موضع آخر فإن كان دونه بلد آخر ففى الإجراء إلى وطنه المألوف إشكال

(قوله) (و يقدم كفته الواجب)

إجماعا كما فى جامع المقاصد و ظاهر مجمع البرهان و يدل عليه صحيحة زرارة و رواية إسماعيل بن أبى زياد قالوا كما فى الكفاية و يقتصر على الواجب و الرواية مطلقة و فى (التذكرة) بأنه لا يجوز أن يكفن بأزيد إلا بإذن الغرماء و صرح جماعة بأنه يقدم كفن من تجب نفقته ممن يجب تكفينه عليه قبل الإفلاس قالوا و يعتبر فيه الوسط مما يليق به عادة و لا يقتصر على الأدون مع احتمالها و به قطع

فى البيان و قالوا و كذا تستثنى مئونة التجهيز من سدر و كافور و ماء و غيرها كالمكان إذا احتاج إلى الأجره و تمام الكلام فى باب الطهارة

(قوله) (فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب و يحتمل النقض)

الاحتمال الأول خيرة الإيضاح و جامع المقاصد و الاحتمال الثانى خيرة المبسوط و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و التحرير و المسالك (حجة) الأول أن كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله فى محله فلا يجوز النقض لأنه يقتضى إبطال الملك السابق أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر فإنها غير مملوكة له فتستعاد و أنت خير بأن الملك كان مبنيا على الظاهر من انحصار الحق فيهم و قد تبين خلافه و لا فرق فى نفس الأمر بين سائر غرمائه و هذه و إن لم تكن شركة حقيقية لكن الإيفاء مشروط ببسط المال على نسبة ديون سائر الغرماء أقصى ما هناك أنه لم يكن فى أول الأمر سواهم فى الظاهر فصحت ظاهرا فلما ظهر المشارك فى الاستيفاء لم تصح القسمة الأولى و حصة الغريم مشاعة فى جميع المال و قد قسم بغير إذنه فلا تصح القسمة من رأس فكان الشأن فيه كما لو اقتسم الشركاء ثم ظهر شريك آخر (و مما ذكر) تظهر حجة القول الآخر و تنقيح البحث أن يقال إذا ظهر غريم بعد القسمة فإما أن يطالب بعين من مال بأن يكون قد باعه مبيعا و عينه قائمة فى أموال المفلس فإن له أن يرجع فى تلك العين أو يطالب بدين فى الذمة و على الأول فإما أن تكون تلك العين قد صارت بالقسمة فى حصة بعض الغرماء أو صارت للغرماء جميعا بالسوية فهى فى أيديهم جميعا أو فى يد أجنبى بأن يكون قد باعها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣٤

ففى الشركة فى النماء المتجدد إشكال (١)

الحاكم و قسم قيمتها على الغرماء فهنا أربع صور ففى صورتى ما إذا كانت عينا و اختص بها بعض الغرماء أو باعها الحاكم لا سبيل إلا بنقض القسمة لأن العين إذا انتزعت من أحدهما و ردت إلى البائع بقى الآخر بغير حق و أما فى صورتى ما إذا كان الطلب دينا أو عينا و لكنها فى يد جميع الغرماء بالسوية ففيه الخلاف و الظاهر النقض و جعل فى الإيضاح منشأ الاحتمالين أنها هل هى قسمة حقيقية أو قضاء دين قال و مبنى ذلك على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن أو الجناية برقبه العبد فإن قلنا بالأول كان قضاء فيرجع بحصة يقتضيها الحساب لأنه يكون بمنزلة صاحب الدين إذا أخذ أكثر مما يستحقه فيرجع عليه بالزائد و إن قلنا بالثانى فهى قسمة حقيقية فتبطل لأنها قسمة الكل بين بعض المستحقين و هو كما ترى لم يتضح لنا وجهه و لا سيما الشق الثانى لأنه لا يلزم من كون تعلقه بها كتعلق الأرش ثبوت القسمة حقيقة التى هى فرع الشركة الحقيقية و المجنى عليه لا يملك الجانى و لا شيئا منه بمجرد الجناية و إن استحق ذلك إذا كانت غير عمد أو كانت عمدا على الصحيح و تظهر فائدة القولين فى النماء المتجدد بعد القسمة فعلى النقض لا- شركة بل الأصل و النماء باق على ملك المفلس فيقسم الجميع بين الغرماء و على الرجوع بالحصة النماء مشترك بين المفلس و الغرماء على نسبة المملوك بالقبض فإذا كان دين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلها بعد اعتباره معها مثلا ملك كل واحد من القابضين تسعة أعشار المقبوض فيملك تسعة أعشار النماء و يبقى عشر المقبوض و عشر النماء على ملك المفلس فيجمع الجميع و يدفع الحصة إلى الغريم و يقسم نموؤها بين الجميع كما ستسمع تمام الكلام عند بيان الإشكال فى كلام المصنف و تظهر أيضا فيما إذا تصرف واحد فى مقدار نصيبه فعلى الأول يمضى و على الثانى يجب بدله و تظهر أيضا فى وجوب الزكاة إذا بلغ النصيب النصاب و اجتمعت الشروط على الأول دون الثانى و فيما إذا زادت القيمة الآن فعلى النقض تصرف الزيادة فى باقى الديون و إلا أخذ ما نصيبه من القسمة الأولى و فيما إذا أتلف أحدهم ما أخذه و كان معسرا لا يمكن الرجوع عليه بشيء فإن قلنا بالأول أى الحصة رجع على المؤسر بذلك القدر لا غير و إن قلنا بالنقض جعل ما فى يد الآخر كل المال و اقتسماه دون المعسر و لنوضح الحال فى أصل المسألة فى عنوان المثال (فنقول) إذا قسم الغريمان المال و هو خمسة عشر و دين أحدهما عشرون و الآخر عشرة فإنه يقسم أثلاثا يأخذ

صاحب العشرين عشرة و صاحب العشرة خمسة فإذا ظهر غريم ثالث و له ثلاثون فإن قلنا بالنقض نقضت القسمة و بسط المال على نسبة ما لكل منهم فإذا كانت الخمسة عشر من جنس الدنانير بسطانها على الديون أرباعاً لأنها ستون و إن قلنا بعدم النقض استرد الظاهر من كل واحد منهما نصف ما حصل له و إن كان الذي ظهر دينه عشرة استرد من كل واحد منهما ثلث ما أخذه (قوله) (ففى الشركة فى النماء المتجدد إشكال)

قال فى (الإيضاح) هذا فرع على النقض و عدمه فإن قلنا بالنقض شارك و إلا فلا و منشأ الإشكال هل هو رفع قسمة من أصلها أم فسخ متجدد و هو كما ترى و قد عرفت أننا أنه متفرع على الاحتمالين السابقين و كيفية تفريعه بما لا مزيد عليه لكن المتبادر من العبارة تفرع الشركة فى النماء و عدمه على احتمال النقض و ليس مراداً و لا صحيحاً كما فى جامع المقاصد و هو ظاهر و كذا المتبادر منها أن الشركة فى النماء و عدمها بين الغريم الظاهر و عدمه و باقى الغرماء لا بينهم و بين المفلس و هو الذى فهمه الشارح و الشهيد الثانى مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣٥

و لو تلف المال بعد النقض ففى احتسابه على الغرماء إشكال (١) و لو خرج المبيع مستحقاً رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف و يحتمل الضرب لأنه دين لزم المفلس و الأقرب التقديم لأنه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء (٢)

فى المسالك و لا شبهة أنه غلط لا محصل له يظهر بأدنى تأمل كما فى جامع المقاصد قال بل المراد الشركة بين المفلس و الغرماء و عدمها و إن صعب فهمه من العبارة ثم إن المصنف اختار الرجوع بالحصصة و جعل النقض احتمالاً فكيف يكون عنده إشكال فى الشركة و عدمها لأن الإشكال يقضى بتكافؤ الطرفين (قوله) (و لو تلف المال بعد النقض ففى احتسابه على الغرماء إشكال)

ينشأ من الضمان بصحيحه و الأصل كما فى الإيضاح و الأصح الضمان و احتسابه على الغرماء كما فى جامع المقاصد و معناه أنه لو تلف المال فى يد الغرماء بغير تفریط بعد ظهور غريم آخر و نقض الحاكم ففى احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الغرم إشكال ينشأ من عدم التفریط و أصالة البراءة و من أنهم قبضوه للاستيفاء و القبض يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه للقاعدة المقررة مع تأييده بظاهر قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدى و فى (جامع المقاصد) أن فى كلام المصنف مناقشتين (إحدهما) أنه قد أسلف فى الرهن الجزم بالضمان بفاسد القبض للاستيفاء و كذا فى نظائره فلا وجه للإشكال (قلت) لعل هذا عند المصنف و ولده ليس من نظائره لأنه بحكم الحاكم بالتسليم و التسلم واجبان فكان محل إشكال مضافاً إلى ما يأتى (الثانية) أن تقييده التلف بكونه بعد النقض لا محصل له لأنه إن أراد بالنقض تصريح الحاكم بقوله نقضت القسمة فلا أثر لهذا القول و القسمة منقوضة مع هذا القول و عدمه (قلت) كأنه لم يلاحظ كلام القوم إذ قضية كلامهم أنها لا تنقض إلا بحكم الحاكم لأن فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و غيرها نقضها الحاكم و ظاهره توقف على قوله و نقضه و الظاهر أنه كذلك اقتصاراً على المتيقن و بذلك أيضاً تدفع المناقشة الأولى أيضاً عند إمعان النظر فتدبر

(قوله) (و لو خرج المبيع مستحقاً رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف و يحتمل الضرب لأنه دين لزم المفلس و الأقرب التقديم لأنه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء)

ما قربه المصنف هو الذى صححه فى المبسوط و جزم به فى الخلاف و قواه المصنف فى التذكرة و ولده فى الإيضاح و استجوده فى جامع المقاصد و الظاهر منه فى التذكرة كما هو صريح المبسوط و التحرير أن المسألة مفروضة فى التلف فى يد الحاكم أو أمينه قبل قبض الغرماء له و لا ريب أن تلفه فى يد أحدهما كتلفه فى يد المفلس فينحصر الضمان فيه فيقدم المشتري أو يضرب مع الغرماء على الاحتمالين و قيده فى (جامع المقاصد) بما إذا لم يكن الغصب معلوماً عند القبض يعنى الحاكم أو أمينه قال و إلا استقر الضمان عليه لأنه غاصب (قلت) هذا فرض بالنسبة إلى الحاكم موهون لأن المفروض أنه الفقيه المأمون على الدنيا و الدين فلا يخون و لا يغصب و

لا- يستأمن إلا- الثقة الأمين و ظاهر الكتاب أن التلف بعد قبض الغرماء له و هو حينئذ مضمون عليهم لقبضهم إياه للاستيفاء فيتخير المشتري فى الرجوع عليهم جميعا كل بقدر ما يتلف فى يده و الرجوع على المفلس فيقدم به أو يضرب مع الغرماء فإن رجوع على الغرماء لم يرجعوا به على المفلس سواء كانوا عالمين أو جاهلين لأن قبضهم كان مضمونا نعم لهم الرجوع بدينهم لأنه باق و إن رجوع على المفلس رجوع هو على الغرماء لما عرفت و المصنف فى الكتابين لم يفصل بين علم المشتري مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣٦

و لو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ (١) فإن بقى من الدين شىء لم يستكسب (٢) و هل تباع أم ولده من غير رهن نظر (٣) فإن منعناه ففى مؤاجرتها و مؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ من كون المنافع أموالا كالأعيان و من كونها لا تعد مالا ظاهرا و الأول أقوى (٤)

بوكالة الأمين و عدمه كما صنع فى الرهن قال لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل إن علم المشتري بوكالته و لو لم يعلم المشتري بوكالته حالة البيع فله الرجوع على العدل و لعله لوضوح الفرق إذ المفروض أنه مفلس نودى عليه و اشتهر أمره على أن الأمين غير العدل على الظاهر لأنه أمين الحاكم و العدل ما اختاره المترهنان فتأمل (قوله) (و لو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ)

قال فى (المبسوط) إذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بثمن مثله ثم جاء به زيادة بعد لزوم البيع و انقطاع الخيار سأل المشتري الإقالة أو بذل الزيادة و يستحب للمشتري الإجابة إلى ذلك لأن فيه مصلحة المفلس و إن لم يجبه إلى ذلك لم يجبر عليه لأن البيع الأول قد لزم و ظاهره أنه يستحب ذلك للحاكم أو أمينه و هو ظاهر جامع المقاصد و قد يظهر من الشرائع عدم استحباب ذلك لهما حيث قال و لو باع الحاكم أو أمينه ثم طلب زيادة لم يفسخ العقد و لو التمس من المشتري الفسخ لم تجب الإجابة لكن تستحب خصوصا إذا قرأنا التمس مبنيا للمجهول و ليس فى التحرير إلا- أنه يستحب للمشتري الإقالة أو بذل الزيادة و لعل مراده إذا التمس المفلس و فى (الحواشى) إنما يستحب إذا كان للبائع خيار مجلس أو شرط أو حيوان و إلا فلا و أما استحباب ذلك للمشتري فلا ريب فيه بل لا ريب فى استحباب كل إقالة و أما إذا كان هناك خيار يقتضى الفسخ ففى (جامع المقاصد) أنه لا إشكال فى وجوب الفسخ و فى (المسالك) أنه أقرب و قد سمعت ما فى الحواشى و قال فى باب الوكالة لو حضر فى مدة الخيار من يزيد على ثمن المثل ففى وجوب الفسخ على الوكيل إشكال و صاحب (جامع المقاصد) قال هناك إن كانت وكالته شاملة للفسخ بخيار و جب (قوله) (فإن بقى من الدين شىء لم يستكسب)

قد نص على ذلك فى المبسوط و الخلاف و ما تأخر عنهما مما تعرض له فيه قال فى (المبسوط) لا خلاف فى أنه لا يجب عليه قبول الهبات و الوصايا و الاحتشاش و الاحتطاب و الاغتنام و المخالف ابن حمزة و المصنف فى المختلف فأوجبا عليه التمسك و استحسانه الشهيد و قد تقدم الكلام فى ذلك كله فى باب الدين و قد جمعنا هناك بين قولهم لا يستكسب و قولهم يجب عليه السعى فى قضاء الدين

(قوله) (و هل تباع أم ولده من غير رهن نظر)

جعل منشأ النظر فى الإيضاح و جامع المقاصد من تعارض عمومى بيع أمواله فإن أم الولد مال و منع بيع أمهات الأولاد إلا فيما استثناه النص و لا- نص هنا قلت و الأصح أنها لا تباع و لهذا لم يتعرض له الجماعة و إنما تعرضوا لمؤاجرتها و هذا النظر ينافى ما سبق من جزم المصنف بجواز وطء المفلس أم ولده و تردده فى وطء غيرها من الإماء فإنه على هذا التردد يجب هناك أيضا إذ هى على أحد الاحتمالين من متعلقات الحجر و قد تقدم الكلام فى ذلك

(قوله) (فإن منعناه ففى مؤاجرتها و مؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ من كون المنافع أموالا كالأعيان و من كونها لا تعد مالا ظاهرا و

(الأول أقوى)

كما في الإيضاح و في (التحرير) أنه الوجه و في (جامع المقاصد) أنه قوى و في (المبسوط) إذا كانت له أم ولد يؤمر بإجارتها و يجبر على ذلك بلا- خلاف لأنها ماله و ظاهره نفيه بين المسلمين لكنه في التذكرة نقل عن الشافعية وجهين و فيها أى التذكرة أن الثانى أقرب و قد جعل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣٧

و إذا لم يبق له مال و اعترف به الغرماء فك حجره و لا يحتاج إلى إذن الحاكم (١) و كذا لو اتفقوا على رفع حجره (٢)

وجهى النظر فى التذكرة من أن المنافع و إن لم تكن مالا فإنها تجرى مجراها فيجب بذلها للدين و من حيث إن المنافع لا تعد أموالا حاضرة حاصله و لو كانت تعد لوجب إجارة المفلس نفسه و لوجب الحج و الزكاة فكأن وجهى النظر فى الكتابين من واد واحد على اختلافهما أو كالمتمدافعين و التأويل ممكن و الجمع هين و الأولى توجيه النظر بما فى جامع المقاصد من أن المنافع تعد أموالا أم لا و الأصح أنها لا تعد أموالا إلا إذا استوفيت أو استؤجر عليها فإنهم حينئذ عدوها أموالا و أجروها مجراها و لهذا قالوا منافع المملوك لا تضمن إلا بالاستيفاء و إن منافع الحر إذا استؤجر عليها كالأجير الخاص تضمن و إنها لو كانت مالا لوجب على المفلس إجارة نفسه و قالوا إنه لا يجب الحج مع الاستطاعة بالمنافع كما إذا استطاع بإجارة الدار فلو كانت مالا لوجب إجارتها لتحصيل الاستطاعة كما يجب بيع عين المال كذلك و ليس هو حينئذ من قبيل الواجب المشروط بل من قبيل الواجب المطلق الذى يجب تحصيل مقدمته و قال فى (جامع المقاصد) يمكن التفصلى عن لزوم الحج بها بأنه إنما يجب بالمال الحاضر و المنفعة تتجدد شيئا فشيئا و لا يوثق بها بحيث يستوفى الجميع فيستقر ملك الأجرة و قال نعم لو آجر الأعيان بمقدار المؤنة و جب حينئذ لكونه مالكا انتهى و هذا غير ما ذكرناه و الظاهر أنه غير مرادهم قال الشهيد و على الأقوى هل يجب الحج مع الاستطاعة بإجارتها و لم يقل باستيفاء منفعتها المتجددة شيئا فشيئا و الحاصل أن الوجه الذى ذكره من البعيد جدا أن أحدا يحتمله فتأمل جيدا و لعل ما قربه فى التذكرة أقرب إلا أن يكون الإجماع على خلافه فإنه على القول بوجوب مؤجرتها يجب أن يؤجرها مرة بعد أخرى إلى أن يفى الدين أو مدة طويلة و قضية ذلك إدامة الحجر إلى قضاء الدين و هو بعيد جدا عن محاسن الشرع لأنه و إن ملك الأجرة بالعقد لكنه لا يجب تسليمها إلا بعد العمل لأنه لا يوثق ببقائها بحيث يستوفى الجميع فيستحق ملك الأجرة

(قوله) (و إذا لم يبق له مال و اعترف به الغرماء فك حجره و لا يحتاج إلى إذن الحاكم)

هذا مما لا أجد فيه خلافا إلا من الشافعى فى أحد قولييه و قد حكى فى الكفاية قولاً بالاحتياج إلى إذن الحاكم و لم نجد له و لا حكاية غيره و به صرح فى الشرائع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و ظاهر الإرشاد و هو خيرة الإيضاح كما يأتى و وجهه فى التذكرة بأن الحجر لحفظ مال الغرماء و قد حصل فيزول الحجر و لتفريق ماله و قد حصل فتركه محجورا عليه يزيد فى الفرض قلت لا- داعى إلى تركه محجورا عليه بل يذهب إلى من حجر عليه إذ المفروض وجوده و التمكن منه ثم إنه هو الذى نادى عليه و أعلن و أشهد بالحجر عليه فإن لم ينقض هو ذلك لم يعامله معاملة و استصحبوا الحجر ثم إن الحجر يشمل المتجدد بالاحتطاب و شبهه و أيضا من أقسامه من لا مال له أصلا فلو رفع الحجر عنه لانتهاء المال و جب أن لا يصح الحجر على من لا مال له إلا أن يقال إن الحجر فى هذا القسم لا يرتفع إلا بفك الحاكم عند ما يقتضيه نظره و اجتهاده و بالجملة فإن كان إجماع و إلا فللنظر مجال و هذا كله مع اعتراف الغرماء بأنه لا مال له سواه أو عدم تعرضهم لغيره فلو ادعوا أو بعضهم عليه مالا آخر فسيأتى إن شاء الله تعالى

(قوله) (و كذا لو اتفقوا على رفع حجره)

أى لا- يحتاج إلى إذن الحاكم كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن الحجر لهم و هو حقهم و هم فى أمواله كالمترتهن فى

حق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣٨

و لو باع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة (١) و لو باع من الغريم بالدين و لا دين له سواه صح على الأقوى «١» لأن سقوط الدين يسقط الحجر (٢)

المرهون و يحتمل أنه لا- يرتفع و هو القول الآخر للشافعى لاحتمال أن يكون هناك غريم سواهم غائب فلا- بد من نظر الحاكم و اجتهاده (و فيه) أن الأصل عدم و إلا لما جازت قسمة المال على الموجودين مع قيام الاحتمال و إدامة العقوبة بالتجويز غير جائزة على أنه لو بقى الحجر لأجله لم يكن للحاكم رفعه كما أنه ليس له رفع الحجر قبل القسمة من دون رضا الغرماء (قوله) (و لو باع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة)

كما فى التذكرة و التحرير و الإيضاح كما يصح بيع المرهون بإذن المرتهن و لأن الحجر لحقهم فإذا أذنوا جميعا سقط حقهم و الأصل عدم غريم آخر و عموم الحجر بالنسبة إلى غير الملتمس من الغرماء إنما يقتضى المشاركة فى الضرب لا توقف صحة البيع على إذنه مع كونه غير معلوم لا متناع أن تخاطب بتحصيل إذن غير المعلوم (و فى جامع المقاصد) أنه قريب (أقرب خ ل) و إن كان التوقف على إذن الحاكم أولى (قلت) لا- دليل على هذه الأولوية مع كونه إنما حجر عليه لحق الغرماء و لو بقى الحجر لأجل هذا المحتمل لم يكن للحاكم دفعه فليتأمل

(قوله) (و لو باع من الغريم بالدين و لا دين له سواه صح على الأقوى لأن سقوط الدين يسقط الحجر)

كما فى التذكرة و التحرير و قال فى (التذكرة) و يمكن أن يقال لا نجزم بصحة البيع و إن قلنا إن سقوط الدين يسقط الحجر لأن صحة البيع إما أن تفتقر إلى ارتفاع الحجر أو لا فإن افتقرت و جب الجزم بعدم الصحة و إلا لزم الدور لأنه لا يصح البيع ما لم يرتفع الحجر و لا يرتفع الحجر ما لم يسقط الدين و لا يسقط الدين ما لم يصح البيع (قلت) و يقرر الدور بعبارة أخرى كما فى جامع المقاصد و هى أن صحة البيع فرع زوال الدين المقتضى لزوال الحجر و زوال الدين موقوف على صحة البيع (و يمكن الجواب) بأن صحة البيع موقوفة على رضا الغريم الحاضر الظاهر به و شراؤه من المفلس يستلزم رضاه لأن العاقل لا يفعل عبثا فلا يفرق بين المسلم و غيره و إن كان مسلما فلوجب حمل فعل المسلم على الصحة فيحمل الشراء على المعتمد شرعا و احتمال ظهور غريم آخر لا يجدى لأن صحة التصرف غير موقوفة على إذن غريم آخر غير ظاهر و يأتى بيان الحال فيما إذا ظهر الغريم الآخر و حكى فى جامع المقاصد عن الشارح أنه قرر الدور بأن سقوط الدين معلول صحة البيع و البيع مشروط بصحة المبيع فيدور (و رده) بأنه مختل لأن كونه معلولا لصحة البيع هو عبارة عن كونه مشروطا به و هذا لا يقتضى الدور (قلت) لم أجد ذلك فى النسخة التى عندي من الإيضاح و هى عتيقة معربة محشاة و عد إلى عبارة التذكرة قال و إن لم تفتقر صحة البيع إلى ارتفاع الحجر فغاية الممكن اقتران صحة البيع و ارتفاع الحجر فلتخرج الصحة على الخلاف فيما إذا قال العبد لزوجه إن مات سيدى فأنت طالق طلقتين و قال السيد لعبدته إذا مت فأنت حر فمات السيد و هو لا يتأتى على مذهبنا و فيه كما فى جامع المقاصد أن إمكان اقتران صحة البيع و ارتفاع الحجر لا يقتضى الصحة لوجب تقدم الشرط فإن رفع الحجر شرط لصحة البيع (قلت) قد يكون حينئذ من قبيل الصلاة و أجزائها فإن مجموع الصلاة متوقف على أجزائها من حيث الصحة و أجزاؤها من حيث الصحة متوقفة على مجموعها فهو دور المعية و به يجاب عن الدور أيضا فليتأمل (إذا تقرر هذا) فإذا ظهر غريم و الحالة هذه أخذ من المشتري حصة يقتضيها الحساب و يحتمل بطلان البيع فى مقدار تلك الحصة هذا إن لم نقل بالنقض و إن قلنا به أمكن الحكم ببطلان

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٣٩

و المجنى عليه أولى بعبده من الغريم فإن طلب فكه فللغريم منعه (١) و لو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن أو العين (٢)

[المطلب الرابع في الاختصاص]

إشارة

(المطلب الرابع في الاختصاص) و من وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره (٣) و إن لم يكن سواها

البيع من رأس لأن الدين لا يجوز جعله ثمناً إذ لا يستحق استيفاؤه و الحالة هذه فلا يجوز أن يقابل به مال كما حققه المحقق الثاني و قال فما قواه المصنف لا يخلو من نظر إذ لو ظهر غريم و الحالة هذه تطرق احتمال بطلان البيع في مقدار الحصه و إن أذن الحاكم لتبين عدم صحه مقابلتها بمال و ليعلم أنه لا فرق بين ما إذا اتحد الغريم أو تعدد و اشتروا جميعاً و أنه لو كان شراء الغريم بغير الدين فعلى ما سبق اختياره من صحه بيع الأجنبي يجب الحكم هنا بالصحه في الجميع و إن ظهر غريم (قوله) (و المجنى عليه أولى بعبده من الغريم فإن طلب فكه فللغريم منعه)

كما في الشرائع و التحرير و جامع المقاصد فيبيع العبد في الجنايه فإن زادت قيمته رد الفاضل إلى الغرماء و لو كانت أقل لم يثبت للمجنى عليه غيرها و له استرقاقه و إنما كان أولى مع استيعاب الجنايه لقيمته لأن حقه متعلق بعين الجاني و لا يستحق سواه فلذلك كان للغريم منعه لو طلب فكه مع عدم المصلحه في فكه فلو كانت هناك مصلحه كما إذا كان كسوباً يثمر مالا إلى حين القسمة و قيمته باقيه فله فكه لمصلحته و الضمير راجع إلى المفلس و التقدير ظاهر لا- إلى المجنى عليه توسعاً لأن الإضافه تكفي فيها أدنى ملابسه و لو كان المفلس هو الجاني كان غريمه أسوأ الغرماء لأنها هنا تتعلق بدمه الجاني فكان كغيره من الغرماء و قد تقدم وجه مشاركته لهم مع تأخر سببه عن الحجر

(قوله) (و لو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن أو العين)

كما في التذكرة لأن المال للمفلس تلف في يد أمينه و هو ظاهر إذا كان عينا و أما إذا كان ثمناً فلائنه دخل في ملكه بالبيع عنه و إنما يملكه الغرماء بقبضه لكن تعلق حقهم به يجرى مجرى الرهن حيث تعلق حق المرتهن به و كما أن تلف الرهن من الراهن و إن كان في يد المرتهن فكذا هنا و لا ريب أن المراد إذا لم يكن التالف بالتعدى أو التفريط و قال مالك العروض إذا تلفت من ماله و الدراهم و الدنانير من مال الغرماء و لا- فرق بين أن يكون الضياع في حياة المفلس أو بعد موته و قال أبو حنيفه ما يتلف بعد موته فهو من ضمان الغرماء (المطلب الرابع في الاختصاص)

(قوله) (و من وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره)

قاله في الصحابه أمير المؤمنين عليه السلام و عثمان و أبو هريره و في التابعين عروه ابن الزبير و في الفقهاء مالك و الأوزاعي و الشافعي و العبري و أحمد و إسحاق و به صرح في الخلاف و الغنيه و السرائر و الشرائع و ما تأخر عنها مما تعرض له فيه و هو المحكى عن أبي علي و القاضي و في (الغنيه و جامع المقاصد) الإجماع عليه و في (المسالك) أنه المشهور و عليه العمل و في (مجمع البرهان) أنه المشهور و في (الكفايه) أنه الأشهر و لا فرق عندهم بين أن يكون للمفلس مال سوى العين أم لا كما هو قضيه كلام جماعة و صريح آخرين تمسكا بعموم النص و في (التهذيب و الإستبصار و النهايه و المبسوط) أنه لا اختصاص إلا أن يكون

هناك وفاء و يتصور ذلك بتجدد مال آخر للمفلس يارث أو اكتساب و بكون الديون إنما تزيد على أمواله مع ضميمه الدين المتعلق بمتاع واجده فإذا خرج الدين من بين ديونه و المتاع من بين أمواله صارت وافية بالديون (حجة المشهور) صحيحة عمر ابن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال لا يحاصه مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤٠
و له الضرب بالدين (١) و الخيار على الفور على إشكال (٢)

الغرماء و قد خصصت بالمحجور عليه لفلس مع حلول دين صاحب المتاع حين الحجر و حياته بالإجماع إذ الظاهر أنهم مطبقون على أنه لا رجوع بالعين لو كان الغريم غير مفلس محجور عليه لفلسه و لعل فيها إشعارا بكونه محجورا عليه للفلس لمكان قول السائل يركبه و قول الإمام عليه السلام لا يحاصه و قول السائل عنده قد يقضى بأنه حى و ظاهر قوله عليه السلام لا يحاصه يدل على أن ليس هناك وفاء للغرماء فكان فهم الأصحاب فى محله و روى العامة عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال إذ أفلس الرجل و وجد سلعته فهو أحق بها و نحوه ما رووه عن أبى حلوة البرقى (و حجة الشيخ) صحيحة أبى ولاد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنة فمات المشتري قبل أن يحل ماله و أصحاب البائع متاعه بعينه له أن يأخذه إذا خفق له (خفى له خ ل) قال فقال إن كان عليه دين و ترك نحو ما عليه فليأخذ إن خفى له فإن ذلك حلال له و لو لم يترك نحو ما دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شىء يأخذ بحصته و لا سبيل له على المتاع و خفى يستعمل فى الظهور و الخفاء و خفق يأتى بمعنى لمع و هى لا تدل على مطلوبه لتخصصها بالميت بل يمكن تخصيصها بالمفلس إذا مات لإشعار قوله عليه السلام يأخذ بحصته بتقسيم ماله على الغرماء و ذلك فى المفلس و كأنه إلى ذلك نظر بعضهم و قال باختصاص الحكم بالمفلس حين الموت لكن قد عرفت أن الميت يحل ما عليه من الديون فتقسم و تخصص مع عدم الوفاء و معه يقدم صاحب العين فتكون واردة فى الميت مطلقا و لك أن تقول إنها ليست فى ذلك نصه و لا بتلك المكانة من الظهور و أن الرجوع إلى العين خلاف القواعد فيقتصر فيه على محل الوفاق و ظهور الدليل لكن المشهور أنه لا فرق بين أن يموت المديون محجورا أم لا فقد فهموا الإطلاق من الرواية و كيف كان فليست بموجبة لحمل صحيحة عمر ابن يزيد على ما إذا كان ميتا و وفى ماله لأنه لا منافاة بينهما على أن الأولى ظاهرة فى عدم الوفاء كما عرفت و قد وجهوا الفرق بين الميت و الحى المفلس أن الميت لا تبقى له ذمة فديونه تتعلق بأمواله و لا كذلك الحى فإنه قادر على الاكتساب و تحصيل شىء للغرماء و لا كذلك الميت (قوله) (و له الضرب بالدين)

لعله لا خلاف فيه كما فى مجمع البرهان و هو كذلك و إن ترك ذكره البعض و صحيحة أبى ولاد التى تقدمت تدل على أن أخذ العين جائز لا واجب فما فى الحدائق غير صحيح و أشار بقوله بالدين إلى أنه يضرب بالثمن لا بالقيمة (قوله) (و الخيار على الفور على إشكال)

و لم يرجح أيضا ولده فى الإيضاح و لا الشهيد فى الحواشى و فى (المبسوط) أن الفور أحوط و فى (المسالك) أولى و فى (الشرائع) لو قيل بالتراضى جاز و فى (التحرير) كان وجهها و هو خيرة المسالك و فى (التذكرة) الأقرب أنه على الفور و فى (جامع المقاصد) يمكن ترجيح الفورية بأنها الأشهر فى كلام الأصحاب و فيه جمع بين الحقين فالقول بالفورية قريب انتهى (قلت) وجه الفورية كما فى التذكرة بأن الأصل عدم الخيار فيكون الأصل عدم بقاءه لو وجد و معناه أن الأصل فى البيع اللزوم فيقتصر فى الخروج عنه على ما تندفع به الضرورة و أنه خيار ثبت فى المبيع لنقص فى العوض فكان على الفور كالرد بالعيب و هذا كما ترى و أن القول بالتراخي يؤدي إلى الإضرار بالغرماء من حيث إنه يؤدي إلى تأخير حقوقهم و وجه التراخي أنه حق رجوع لا يسقط إلى عوض فكان على التراخي كالرجوع فى الهبة و هذا كما ترى و أن النص دل على ثبوت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤١
سواء كان هناك وفاء أم لا (١)

[يفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة العوض و المعوض و المعاوضة]

إشارة

و يفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة العوض و المعوض و المعاوضة (٢)

[أما العوض فهو الثمن و شرطه أمران]

إشارة

أما العوض فهو الثمن و شرطه أمران

[الأول تعذر الاستيفاء بالإفلاس]

تعذر الاستيفاء بالإفلاس فلو وفى المال به فلا رجوع (٣) و لا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة و تجوز ظهور غريم (٤)

الخيار فيكون مخرجا لهذا الفرد عن اللزوم و عوده يحتاج إلى دليل و أصل اللزوم معارض بأصل بقاء الخيار و استصحابه و قد يفهم من صحيحته عمر و أبى و لاد عدم الفورية لعدم التعرض لها فيهما بإشارة و لا تلويح و الأمر فى قوله عليه السلام فليأخذ ليس للفوز إجماعا و قد ثبت له الأخذ فيبقى و قد تقدم لنا فى خيار الغبن و الرؤية ما له نفع تام فى المقام هذا و قوله الخيار على الفور جملة معترضة

(قوله) (سواء كان هناك وفاء أم لا)

فى الحواشى فى هذه العبارة نظر لأنه مع وفاء المال يمنع من الرجوع فى العين قلت لأن التقدير أن من وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره إذا كان هناك مال سواها سواء وفى لباقي الديون أم لا لأن هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بقوله و إن لم يكن سواها لكنه على الشق المحذوف أى هو أحق إن كان سواها و إن لم يكن و على تقدير أن يكون سواها فهو أحق سواء كان هناك وفاء لباقي الديون أو لا و يتصور أن يكون فى التركة وفاء لباقي الديون مع الحجر بما ذكرناه آنفا فى توجيه كلام الشيخ من تجدد إرث أو اكتساب أو ارتفاع قيمة أو بإخراج دين صاحب العين من بين الديون و عينه من بين الأموال و حينئذ فكيف يثبت له الخيار قلنا يثبت له الخيار فى أول الأمر عند أول الحجر فيستصحب

(قوله) (و يفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة العوض و المعوض و المعاوضة)

قال فى (التذكرة) حق الرجوع لا يثبت للبائع على الإطلاق بالإجماع بل مشروط بأمور و لا يختص الرجوع بالبائع بل يثبت فى غيره من المعاوضات و إنما يظهر الغرض بأمور ثلاثة العوض المتعذر تحصيله و المعوض المسترجع و المعاوضة التى انتقل بها الملك إلى المفلس

(قوله) (أما العوض فهو الثمن و شرطه أمران تعذر الاستيفاء بالإفلاس فلو وفى المال به فلا رجوع)

لا يعجبني جعل هذا شرطا هنا لأن هذا شرط للتحجير لا للاختصاص بعد ثبوت الحجر الذى من جملة أحكامه الأربعة الاختصاص و

لعله إنما ذكره تمهيدا لما بعده أو للتنبيه على خلاف الشافعى أو لهما أو للتنبيه على خلاف الشيخ فإنه جعل امتناع المؤسر من دفع المثلث للبايع مسلطا له على الفسخ كما يأتى التنبيه عليه
(قوله) (و لا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة و تجوز ظهور غريم)

هذا ذكره الشيخ فى المبسوط و فرض المسألة فيه فيما إذا قالوا له نوفر عليك ثمنها بكمالها و تسقط حقك من العين قال و تكون فائدتهم أن العين تساوى أكثر من دينه الذى هو ثمنها فيوفروا عليه الثمن ليرتفعوا بقيمتها فى ديونهم و هو الذى حكاه عنه فى التذكرة بعبارة موجزة محررة و زاد فى التحرير ما إذا أرادوا دفع الثمن منهم و لا ريب أن فى الفرض الأول منه فى الجملة و خوف ظهور غريم يزاحمه مع عموم الخبر و فى الثانى منه خاصة مع العموم و عبارة الكتاب ظاهرة فى معنيين و هما دفعهم إليهم من مالهم حيث لا تكون فى العين زيادة تقتضى الرغبة فى بذل العوض أو من مال المفلس بمعنى تقديمه فى الدين و التعليلان جاريان فى الثانى قطعا و الأول فى الأول و يبقى ما إذا دفعوا من مالهم للمفلس على سبيل الهبة أو لا على سبيلها مع ظهور فائدة لهم و بدونها و مقتضى التعليلين و جوب القبول فى الأول حيث يشترطون عليه فى عقد الهبة إيفاء صاحب العين بناء على المختار من جواز الشراء بشرط الإعتاق و تعينه إذا لا اعتراض

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤٢

و لو امتنع المشتري المؤسر من الدفع فلا رجوع و يستوفيه القاضى (١)

[الثانى الحلول]

الثانى الحلول (٢) فلا رجوع لو كان مؤجلا (٣)

حينئذ للغريم الظاهر و لا منه و بذلك صرح فى التحرير حيث (قالوا) قال فلو دفعوا إلى المفلس ثمننا فبذله للبايع لم يكن له الفسخ بل هذا يشمل الصورة الثانية و هو ما إذا كان الدفع لا على سبيل الهبة و لعل إطلاق الخبر عنده لا يتناوله فيجب الرجوع إلى الأصل و الجرى على القواعد و إن قلنا إن شرط الإيفاء غير صحيح دخل فى ملك المفلس و تعلق به الحجر على القول بتعلقه بالمتجدد فيعود المحذور و هو تجوز مشاركة الغريم و منه يعلم حال ما إذا كان الدفع لا على سبيل الهبة فصار الحاصل أن الفرض الأول و هو ما كان على سبيل الهبة إما غير داخل تحت إطلاق النص و يكفى فيه الشك مع المحافظة على القواعد الشرعية أو غير خارج عن المحذور و هو مشاركة الغريم الظاهر (و أما الفرض الثانى) فالمحذور موجود فيه و يبقى الكلام فيما إذا دفعوا إليه أى صاحب العين الثمن من مالهم ليرتكب العين حيث يكون فيها ما يقتضى الرغبة و صاحبها عالم بذلك و هنا لا- منه و لا خوف ظهور غريم و قضية كلام المصنف أن لا خيار له حينئذ (قلت) هو كذلك عنده لندرة وقوعه جدا و ذلك لأنه من البعيد أن الغرماء يدفعون قيمة ثمن عينه مجانا لمكان ظهور زيادة فيها تساوى ذلك أو تزيد عليه على أنه قد نبه عليه فى التذكرة قال إذا كان فى السلعة زيادة لغلاء السعر أو كثرة الراغبين إليها بحيث يرجى صعود سعرها يجب على صاحبها أخذ دينه الذى بذله الغرماء و لعله استند إلى الأصل و عدم الخروج عن القوانين إلا فى محل الوفاق و اليقين و هو ما إذا كانت قيمة العين الآن مساوية لدينه أو أنقص محافظة على الضوابط الشرعية و لا نعلم شمول الخبرين لذلك فقله فى جامع المقاصد أن العدول عن النص بمثل هذه الأوهام لا يجوز لعله لا يجوز فتأمل فكان المتبادر من عبارة الكتاب سالما عن اعتراض الشهيد و المحقق الثانى قال فى (جامع المقاصد) تبعا للشهيد مع تهذيب لكلامه و زيادة و حسن تأدية لا فرق فى ذلك بين أن يكون دفع الغرماء لدين صاحب العين من مالهم أو من مال المفلس سواء دفعوا إلى المفلس ليوفى عن نفسه صاحب العين أو دفعوا إلى صاحب العين و سواء كان فى العين ما يقتضى رغبتهم فى دفع القيمة أو لا لأن الخيار قد ثبت بالنص فلا يسقط بما ذكر و تعليل المصنف بالأمرين أعنى المنه و تجوز غريم آخر لا يأتى على جميع الصور إلى آخر ما قال و قد عرفت

الحال

(قوله) (و لو امتنع المشتري المؤسر من الدفع فلا رجوع و يستوفيه القاضى)

و كذا لو هرب و زاد فى التذكرة أو مات و هو ملى و امتنع الوارث من دفع الثمن فإن البائع لا يتسلط على الفسخ للأصل فلا يعدل عنه إلا بالنص و لا مخالف منا إلا الشيخ حيث جوز للبائع الفسخ فى كل موضع يتعذر فيه قبض الثمن سواء قبض المبيع المشتري أو لا و فى (الدروس) أنه لا يخلو عن قوة و قد يرد على ما زاده فى التذكرة أنه يجوز رجوع غريم الميِّت بعينه مع الوفاء كما سيجىء و قد يرد هذا على إطلاق الكتاب كما قد يرد عليه أيضا جواز رجوعه فى خيار التأخير مع عدم القبض أو القبض بغير إذن البائع و التأويل ممكن و قد تقدم الكلام فى ذلك مستوفى عند الكلام فى خيار التأخير و هذا تفريع على تعذر الاستيفاء بالإفلاس لأن التعذر هنا ليس من جهة الإفلاس فذكره غير مستدرك و فيه أيضا التنبيه على خلاف الشافعى أيضا فتأمل

(قوله) (الثانى الحلول)

هذا هو الأمر الثانى من شرط العوض أى الثمن

(قوله) (فلا رجوع لو كان مؤجلا)

كأنه مما لا خلاف فيه لأنه لا مطالبه له فى الحال فكيف يفسخ البيع اللازم بغير موجب و لا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤٣

و لو حل الأجل قبل فك الحجر ففى الرجوع إشكال (١)

[أما المعاوضة فلها شرطان]

إشارة

و أما المعاوضة فلها شرطان

[الأول كونها معاوضة محضه]

كونها معاوضة محضه فلا يثبت الفسخ فى النكاح و الخلع و العفو عن القصاص على مال فليس للزوجه فسخ النكاح و لا للزوج فسخ الخلع و لا للعافى فسخ العفو بتعذر الأعواض (٢) و يثبت فى الإجارة و السلم فيرجع إلى رأس المال مع بقاءه أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه أو برأس المال على إشكال لتعذر الوصول إلى حقه فيتمكن من فسخ السلم (٣)

يحل الأجل بالفلس و قد تعلق بالعين حق الغرماء و لا دليل على سقوطه

(قوله) (و لو حل الأجل قبل فك الحجر ففى الرجوع إشكال)

من عموم الخبر و تعلق حق الغرماء قبله كما فى الإيضاح من دون ترجيح و زاد فى جامع المقاصد أن عموم النصوص دال على تعلق حقوق الغرماء بأعيان أمواله و هو يقتضى عدم اختصاص البائع بعد الحلول لامتناع الاختصاص مع تعلق حقوق الغرماء (قلت) ليس فى أخبار الباب و هى أربعة إلا أنه يقسم ماله بين غرمائه و إن كان له مال أعطى الغرماء و هذا الإطلاق قد يقال إنه لا يتناول ذلك فتأمل و قد يوجه الإشكال أيضا من استحقاق المطالبة الآن و أنه يشارك قبل القسمة و من عدمه سابقا فكذا لاحقا و قد قرب فى التذكرة أنه لو حل الأجل قبل انفكاك الحجر أنه لا يشارك صاحبه الغرماء و بنى عليه أنه ليس لصاحب الدين الذى قد حل الرجوع فى عين ماله سواء كان الحاكم قد دفعها فى بعض الديون أم لا و قال فى (التحرير) إن كان قسم المال و بيعت العين فلا رجوع و إن لم تبع كان له الرجوع و هو جيد جدا بناء على المختار من أنه يشارك قبل القسمة و فى (جامع المقاصد) أن الأصح عدم الرجوع من دون تفصيل

(قوله) (و أما المعاوضة فلها شرطان كونها معاوضة محضه فلا يثبت الفسخ فى النكاح و الخلع و العفو عن القصاص على مال فليس للزوجة فسخ النكاح و لا للزوج فسخ الخلع و لا للعافى فسخ العفو بتعذر الإعراض)

هذا الشرط إجماعى كما فى (جامع المقاصد) و كأن كل ذلك مجمع عليه عند الأصحاب كما يفهم من التذكرة كما فى مجمع البرهان و هو أيضا مقتضى الأصل و القواعد الشرعية و حاصله أنه إنما يثبت الفسخ إذا كان سبب الانتقال معاوضة محضه مثل البيع و الإجارة و الهبة المعاوضة و الصلح و غيرها لا غيرها مما فيه شائبة المعاوضة كالنكاح و الخلع و العفو عن القصاص على مال بمعنى أن المرأة لا تفسخ النكاح بتعذر استيفاء الصداق بالفلس و ليس للزوج فسخ النكاح إذا لم تسلم المرأة نفسها و هكذا نعم لو طلقها قبل الدخول فسقط نصفه و بقى نصفه و عين الصداق موجودة و قد أفلست فهو أحق بعين ماله و قد قال جماعة إنه إذا أعسر زوج المرأة بنفقتها كان له «١» الفسخ و آخرون إنها ترفع أمرها إلى الحاكم ليجبره على طلاقها

(قوله) (و يثبت فى الإجارة و السلم فيرجع إلى رأس المال مع بقائه أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه أو برأس المال على إشكال لتعذر الوصول إلى حقه فيتمكن من فسخ السلم)

لما ذكر ثبوت الاختصاص فى الإجارة و السلم بدأ أولا بذكر بيان حكم السلم و قد تسالم الأصحاب على أن رأس المال إذا كان باقيا كان له الرجوع إليه و الضرب كما تقدم و اختلفوا فيما إذا كان رأس المال تالفا مطلقين الكلمة من دون

(١) كذا وجد و الظاهر لها (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤٤

.....

فرق بين ما إذا كان التلف قبل الحجر أو بعده و يأتي بيان الحال فيه و أول من تعرض لهذا الفرع من أصحابنا الشيخ فى المبسوط و قد فرض المسألة فيه فيما إذا كان مال المفلس مشتملا على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وفاؤه منه قال و إن لم يجد غير ماله فإنه يضرب مع الغرماء بقدر ما له عليه من الحنطة و قيل أيضا إنه إن أراد فسخ العقد و الضرب مع الغرماء برأس المال كان له ذلك و الأول أصح و كيفية الضرب بالطعام أن يقوم الطعام الذى يستحقه بعقد السلم فإذا ذكرت قيمته ضرب بها مع الغرماء بما يخصه منها فيه فإن كان فى مال المفلس طعام أعطى منه بقدر ما خصه من الثمن و إن لم يكن فى ماله طعام اشترى له بالقدر الذى خصه من القيمة طعاما مثل الطعام الذى يستحقه و يسلم إليه و لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام بالقيمة التى تخصه لأنه لا يجوز صرف المسلم فيه إلى غيره قبل قبضه انتهى فقد اشتمل كلامه على أن المال مشتمل على جنس المسلم فيه و أنه يضرب بقيمة المسلم فيه و أنه لا يجوز صرف السلم فيه إلى غيره قبل قبضه و قد وافقه على الأول المصنف فى صريح التحرير و التذكرة و كذا المختلف فى آخر كلامه لا فى أوله و هو ظاهر جامع المقاصد بل كاد يكون صريحه عند التأمل الصادق و خالفه المصنف فى المختلف فى أول كلامه و الشهيدان فى الحواشى و المسالك و المقدس الأردبيلي فى مجمع البرهان ففرضوا المسألة فيما إذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه كما صرح بذلك فى المسالك و رتبوا على ذلك أنه مع تلف عين ماله يتخير بين الضرب بقيمة المسلم فيه و رأس المال لأنه متى تعذر المسلم فيه فى وقته و لو بغير الانقطاع تخير المسلم بين الفسخ و الصبر فيكون هناك (هنا ل) كذلك إلا أنه هنا مع الفسخ يضرب بالثمن و مع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه إذ لا صبر هنا لأحد من الغرماء فإن كان المصنف فى الكتاب يوافقهم على هذا الفرض كما هو الظاهر من قوله لتعذر الوصول إلى حقه فيتمكن من فسخ السلم أى و لا ينحصر أمره فى الضرب بالقيمة فيكون هذا أحد وجهى الإشكال و يكون الوجه الثانى أن المسلم فيه قد تعذر فيضرب بقيمة كما هو الشأن فى غيره و أنه عقد لازم و الفسخ إنما يكون عند انقطاع جنس المسلم فيه لا عند تعذره بغير إيجائه إذ يمكن حصوله باستقراض

و نحوه لا يتوجه على العبارة شيء مما ذكره في جامع المقاصد قال فيها نظر لأن تعذر الوصول إلى حقه صغرى قياس حذف كبراه و تقديرها و كل من تعذر وصوله إلى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له و معلوم عدم صحتها كلية (قلت) صغراه على ما قلناه هذه صورتها هذا مسلم تعذر وصول حقه و كل مسلم تعذر وصوله إلى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له و هي صادقة في باب السلم مجمع عليها في صورة الانقطاع بالجائحة و كذا غيرها على الظاهر من أخبار ذلك الباب حتى لو كانت هذه الأخيرة محل خلاف و ما كان ليكون فليس نظره في جامع المقاصد إليها و قال أيضا إنه لم يقيد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده و يجب التفريق بينهما فإنه إذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم إلا المسلم فيه فبعد الحجر يستحق الضرب ليس إلا و أما إذا كان التلف بعد الحجر فإن الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجدان عين ماله فلا يسقط بتلفها استصحابا لما كان انتهى (قلت) على ما عرفت من أن المسلم فيه متى تعذر وصوله إلى حقه فسخ لم يبق فرق بين التلف قبل الحجر أو بعده كما هو واضح و إن قلنا إن العبارة موافقة للمبسوط و ما وافقه من اشتغال مال المفلس على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وفاؤه منه يكون الوجه في الضرب بالقيمة و عدم الفسخ إن تلف رأس المال لا يفسخ السلم مع وجود المسلم فيه فيضرب بدينه كما في كل غريم و دينه هو المسلم فيه فيضرب به فيكون حينئذ هو أحد وجهي إشكال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤٥

و لو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدء فللمؤجر فسخ الإجارة تنزيلا للمنافع منزلة الأعيان (١)

المصنف و وجه الفسخ و الضرب برأس المال أنه تعذر عليه الوصول إلى تمام حقه لمكان مشاركة الغرماء فليمكن من فسخه كله كما لو انقطع أو فسخ البعض الذي لم يصل إليه فيكون معنى قول المصنف لتعذر الوصول إلى حقه عدم وصوله إلى حقه تاما و هو الوجه الثاني من الإشكال كما نبه على ذلك كلامه في التذكرة و حينئذ فالقائل بأنه يضرب بالقيمة في هذا الفرض لا يفرق بين كون تلف الثمن قبل القبض أم بعده و كذا القائل بالفسخ لأنه ينزل عدم الوصول إلى تمام حقه بمنزلة الانقطاع فيتسلط عنده على الفسخ مطلقا و لهذا أطلقوا أو لم يفرقوا كما هو واضح و معنى الضرب بالقيمة في عبارة الكتاب و غيرها الضرب باعتبارها لأنه إنما يعلم مقدار المستحق للمسلم من مال المفلس باعتبار قيمة المسلم فيه فكأنه ضرب بها كما نبه على ذلك الشيخ في المبسوط في بيان الكيفية كما سمعته آنفا و قد جعل الإشكال في الإيضاح في ضربه في القيمة مع التلف نظرا إلى أن بعض الفقهاء يمنع من المعاوضة على مال السلم قبل قبضه و فيه أن المانع الشيخ و قد عرفت كيف ذكر الكيفية ثم إن المصنف لا يرى المنع من هذه المعاوضة فكيف يستشكل صحتها (و كيف كان) فالقائل بالضرب بالقيمة الشيخ في المبسوط كما سمعت و قد قربه في التذكرة في أول كلامه و القائل بالتخيير بين الضرب بالقيمة و الضرب برأس المال على اختلافهم في تصوير المسألة و فرضها المحقق في الشرائع و المصنف في المختلف و صاحب المسالك و المقدس الأردبيلي و نفى عنه البعد في التذكرة في آخر كلامه و في (المسالك) نسبتها إلى الأكثر و حكى الشهيد عن ابن المتوج أنه إن حل الأجل قبل قسمة ماله اختص بالعين و إن حل بعده لم يكن له إلا الضرب بالمسلم فيه أو الفسخ و هو كما ترى و حقق هو أي الشهيد أنه يضرب بقيمة المسلم فيه فإن تعذر أي المسلم فيه جاز له الفسخ انتهى فتأمل (و ليعلم) أن عبارة الإرشاد مطلقة جدا قال و يتخير المشتري سلما في الضرب بالقيمة أو الثمن انتهى فليتأمل

(قوله) (و لو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدء فللمؤجر فسخ الإجارة تنزيلا للمنافع منزلة الأعيان)

هذا ذكره الشيخ في المبسوط بعبارة مطلقة قال و إذا أفلس المكتري بالكراء نظر فإن أفلس قبل مضى شيء من المدء رجح المكري في المنافع و فسخ الإجارة لأنه قد وجد عين ماله لم يتلف منه شيء و أشد منها في الإطلاق عبارة الشرائع قال و لو أفلس المستأجر كان للمؤجر فسخ الإجارة و بذلك عبر في إجارة المبسوط و الخلاف و المهذب و الغنية و السرائر و الشرائع و الكتاب و لعل الإطلاق لوضوح المراد و إلا فلا-ريب أن فسخ الإجارة من أصلها إنما يكون إذا كان الحجر قبل مضى شيء من المدء كما نبه عليه في

المبسوط و المصنف هنا و فى التذكرة و المحقق الثانى و يأتى الكلام فيما إذا مضى شىء من المدة و لا ريب أيضا أن ذلك إذا لم يكن قد دفع المستأجر الأجرة كما نبه عليه فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و ترك فى المبسوط و الكتاب لشدة وضوحه و وجهه أنه يدخل فى عموم الخبر لأنه وجد عين ماله و أن المنافع تنزل منزلة الأعيان فى جملة من المواضع مضافا إلى اتحاد الطريق و هو الاشتراك فى الضرر و الإجارة كالباع معاوضة محضة لا يقصد بها إلا العوضان و لا يفرق فى هذا أى حيث يريد الفسخ بين أن تكون الإجارة على عين أو ذمة و قد يقال إن الرجوع و الفسخ على خلاف الأصل و المنافع ليس لها وجود مستقر فيشك فى دخولها تحت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤٦

و له الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الأرض و يدفع إلى الغرماء (١) و لو بذلوا له الأجرة لم يجب عليه الإمضاء (٢) و لو حجر عليه و هو فى بادية ففسخ المؤجر نقلت العين إلى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على حق الغرماء (٣)

العموم إذ فى الخبر فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال عليه السلام لا يحاصه الغرماء فتأمل لأنه قد يقال إنه يتناوله إطلاقه لكنه هو و الخبر الوارد فى الميت عندهم من سنخ واحد على الظاهر و فيه رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يقبض الثمن ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه فقال إذا كان المتاع قائما بعينه رد إلى صاحب المتاع و قد يناقش فى اتحاد الطريق و تنقيح المناط لكننا لم نجد مخالفا و لا متأملا منا فى الباب و لا باب الإجارة (قوله) (و له الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الأرض و يدفع إلى الغرماء)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و قد ترك ذكره فى المبسوط و الشرائع و لعله لوضوحه و حاصل العبارة أن المؤجر إن اختار إمضاء الإجارة ضرب مع الغرماء بالأجرة و أجر الحاكم العين على المفلس كما يؤجر أعيان أمواله التى لا يمكن بيعها و صرف الأجرة إلى الغرماء إذا كانت الإجارة على عين أو فى الذمة و حصل التعيين و لو لم يكن قد عين و لم يفسخ طالبه الحاكم بالتعيين ثم يؤجر العين حينئذ

(قوله) (و لو بذلوا له الأجرة لم يجب عليه الإمضاء)

للأصل و أنه قد ثبت له الخيار فلا يزول بذلك و للمنة و خوف ظهور غريم على نحو ما مر فتدبر و هذا كله إذا لم يمض من المدة شىء فلو مضى شىء منها له قسط من الأجرة فإن فسخ المؤجر ضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الأجرة المسماة كما لو باع عبيدين قتل أحدهما ففسخ فى الآخر و إن اختار الإمضاء ضرب بجميع الأجرة كما نبه على ذلك فى المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد

(قوله) (و لو حجر عليه و هو فى بادية ففسخ المؤجر نقلت العين إلى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على حق الغرماء)

المراد بالعين المتاع المحمول على الدابة المستأجرة و قد صرح بذلك فى المبسوط و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان قالوا لو أفلس مستأجر الدابة و حجر عليه فى خلال الطريق ففسخ المؤجر لم يكن له طرح متاعه فى البادية المهلكة و لا فى موضع غير محرز بل يجب عليه نقله إلى مأمّن بأجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان و يقدم به على الغرماء لأنه لصيانته المال و حفظه و إيصاله إلى الغرماء فأشبهه أجرة الكيال و الجمال و أجرة المكان المحفوظ فيه و فى (الإرشاد) لو كانت الدابة فى بادية نقلت إلى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على الغرماء و ظاهره أن الدابة من عين مال المفلس يخاف هلاكها نقلت إلى المأمّن بالأجرة و قد يكون أراد أنه لو كانت العين المستأجرة دابة عليها حمل أو متاع و فسخ صاحبها الإجارة فى بادية نقلت مع حملها إلى المأمّن بالأجرة كما عرفت فيوافق القوم و كيف كان لا يسلم ماله إلا إلى الحاكم و مع التعذر يحفظه حتى يوصله إليه و يمكن تسليمه إلى العدل ليوصله إليه و لعل الأولى أن يحفظه و يعلمه به لئلا يحصل التصرف و النقل من غير إذن بل فى (مجمع البرهان) احتمال عدم جواز

ذلك في كل مال له صاحب و قد كان بيد المستعير أو الودعي فأخذه ليوصله إلى صاحبه أو بعث به إليه إلا أن يكون مأذونا بوجهه فليتأمل و مثل ذلك ما لو كانت الأجرة لركوب المفلس و حصل الفسخ في أثناء المسافة فإنه ينقل إلى المأمن بأجرة مقدمة دفعا للضرر عن نفسه الذي هو أولى من حفظ ماله و لا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الإجارة العين أو الذمة مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤٧

و لو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأجرة مقدمة على الغرماء إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء (١) و لو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن (٢)

لتحقق التعيين و يبقى الكلام في المأمن فإن كان في صوب المقصد و جب المضي إليه و هل للمؤجر تعجيل الفسخ أو يجب عليه الصبر إلى المأمن الأقرب الأول و تظهر الفائدة فيما لو كان الأجر في نقله مخالفا لما يقع له بعد التقسيط من المسمى لأنه حينئذ إن فسخ كان له أجرة المثل سواء زادت عن القسط من المسمى أو نقصت أو ساوت و إن لم يفسخ كان القسط من المسمى و لو كان النقل إلى المأمن هو منتهى مسافة الإجارة و جب النقل إليه و يجيء الاحتمالان و هما هل له الفسخ أو لا و لو كان النقل إلى المأمن لا يحصل إلا بأجرة مساوية للمقصد أو أكثر فالأولى و جوب النقل و عدم تخيره و هو يقدم بالقسط للنقل أم لا إشكال و لو كان الأمان في صوب المقصد و صوب مبدأ المسافة على حد واحد أو تعددت مواضع الأمان و تساوت قريبا و بعدا فالمدار على المصلحة فإن تساوت كان له سلوك أيها شاء لكن الأولى سلوك ما يلي المقصد لأنه مستحق عليه في أصل العقد و إن اختلفت الأجرة سلك أقلها أجرة و إن اختلفت مصلحة المفلس و الغرماء فالأولى تقديم مصلحة المفلس كما نبه على ذلك كله في التذكرة

(قوله) (و لو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأجرة مقدمة على الغرماء إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء)

هذا ذكره الشيخ في المبسوط و المصنف في التحرير و الإرشاد و التذكرة (و حاصل الكلام) في المقام أنه لو فسخ المؤجر للأرض لإفلاس المستأجر فإن كانت فارغة أخذها فإن كان قد مضى من المدة شيء كان كما تقدم و إن كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن كان قد استحصد طالب بحصاده و تفرغ أرضه و إن لم يستحصد فإن كان له قيمة إذا قطع و اتفق المفلس و الغرماء على قطعه كان لهم و إن اتفقوا على التبقية و بذلوا لصاحب الأرض أجرة فلهم ذلك بشرط أن يقدموا المؤجر بأجرة المثل و في (التحرير و الإرشاد) أنه يجب عليه الصبر و الإبقاء و في الأخير أنه ليس له الإزالة بالأرض و الظاهر أن له ذلك و إن أرادوا التبقية بغير عوض لم يكن لهم ذلك و لو اختلفوا أوجب من طلب القطع و احتمال إجابته من طلب الأنفع و كذلك في كل ما كان من هذا القبيل كما في جامع المقاصد

(قوله) (و لو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن)

كما في المبسوط و التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان لأن ذلك هو مقتضى الأصل و القواعد لأنه عقد لازم عقده قبل الحجر و المنافع المستحقة للمستأجر متعلقة بعين ذلك المال فيقدم بها كما يقدم المرتهن و لا فرق في التعيين بين أن يكون في أصل العقد أو بعد و روده على الذمة ثم الغرماء لهم الخيار بين الصبر حتى تنقضي مدة الإجارة ثم يبيعونها و بين البيع في الحال لأنه يجوز عندنا بيع الأعيان المستأجرة و لا- مبالاة بما ينقص من الثمن بسبب الإجارة إذ لا يجب على الغرماء الصبر إلى أن يزيد مال المفلس و في (جامع المقاصد) أنها تباع إن حصل راغب و إلا- أخر بيعها إلى انقضاء الإجارة و لو اختلف الغرماء في الصبر و البيع أوجب من يطلب البيع و حيث يختارون الصبر هل يبقى الحجر مستمرا إلى انقضاء الإجارة و جهان و لعل الأقوى العدم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤٨

و لو كانت الإجارة على الذمة فله الرجوع إلى الأجرة إن كانت باقية أو الضرب بقيمة المنفعة (١)

الثانى سبق المعاوضة على الحجر (٢) و الأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر (٣) و لو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمال مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده إلى عقد سابق على الحجر و المنع لأنه دين حدث بعد القسمة (٤)

[المقصد الرابع فى الضمان]

إشارة

((المقصد الرابع فى الضمان (٥))

(قوله) (و لو كانت الإجارة على الذمة فله الرجوع إلى الأجرة إن كانت باقية أو الضرب بقيمة المنفعة) كما فى التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان أما الأول فلأنه غريم ظفر بعين ماله فله الرجوع فيه و الضرب مع الغرماء و أما الثانى و هو أنه يضرب بقيمة المنفعة حيث تكون الأجرة تالفه فلأن المفروض عدم التعيين فيكون كسائر الغرماء لا يقدم عليهم فى الاستيفاء و ليس له الفسخ و الضرب بالأجرة لأنه ليس كالمسلم (قوله) (الثانى سبق المعاوضة على الحجر)

هذا هو الشرط الثانى من شروط المعاوضة

(قوله) (و الأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعه عليه بعد الحجر)

قد سبقت له هذه المسألة فى بحث منع التصرف فى موضعين أحدهما حيث قال و ليس للبائع الفسخ و إن كان جاهلا و الثانى حيث قال و يحتمل فى الجاهل الضرب و الاختصاص و الصبر و هنا قرب عدم الاختصاص و عدم تعلقه بها و قد استوفينا الكلام فى الموضوع الأول و احتمال الشهيد أن يكون تقريب عدم رجوعه لعلمه و فيه أن عدم رجوع العالم محكى عليه الإجماع منفى عنه الإشكال من جماعه

(قوله) (و لو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمال مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده إلى عقد سابق على الحجر و المنع لأنه دين حدث بعد القسمة)

الاحتمال الأول جزم به فى التحرير و قرينه فى التذكرة لأنه دين استند إلى عقد سابق على الحجر و هو الإجارة فصار كما لو انهدم قبل القسمة و ضعف الثانى فى التذكرة بأن السبب متقدم فيكون مسببه كالمقدم و رده فى (جامع المقاصد) بعنوان الاحتمال بأن وجود السبب و إن كان كوجود المسبب لا يستلزم ما ذكره لأنه لا يجرى مجراه من جميع الوجوه قطعا و من بعضها لا يفيد و خصوص هذا الوجه لا دليل عليه قال و المنع قريب انتهى فتأمل

(بسم الله الرحمن الرحيم و عليه أتوكل و به أستعين) الحمد لله كما هو أهله رب العالمين و الصلاة و السلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين المعصومين و رضى الله تعالى عن مشايخنا و علمائنا أجمعين و عن رواتنا المحسنين و أدرجنا إدراجهم و سلك بنا سبيلهم اللهم بالأمين آمين (و بعد) فهذا ما برز من أجزاء مفتاح الكرامة على قواعد العلامة زاد الله سبحانه إكرامه تصنيف العبد الأقل الأذل محمد الجواد الحسينى الحسنى العاملى عامله الله تعالى بلطفه الخفى و الجلى

(قوله) (المقصد الرابع فى الضمان)

هو عندنا كما قاله المصنف فى التذكرة و الشهيدان و غيرهم مشتق من الضمن لأنه يجعل ما كان فى ذمته من المال فى ضمن ذمة أخرى أو لأن ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه أصلية بناء على أنه ينقل المال من الذمة إلى الذمة و عند أكثر العامة أنه غير ناقل و إنما يفيد اشتراك الذمتين فاشتقاقه من الضم و النون فيه زائدة لأنه ضم ذمة إلى ذمة فيتخير المضمون له فى المطالبة و الترجيح معنا

من وجوه (منها) وجود النون في جميع تصاريفه من ماض و مضارع و أمر و تشبيه و جمع و دعوى اشتقاق ما فيه النون في جميع تصاريفه مما هو خال عنه كذلك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٤٩

.....

غير معقول (و منها) أن ضمان النفس يمكن توجيهه على مذهبنا و يحتاج على مذهبهم إلى تكلف شديد جدا و أما ضمان المتلفات من نفس و مال فإنه يناسب المختار و إن خرج عما نحن فيه (و منها) قوله صلى الله عليه و آله و سلم الزعيم غارم فقد قال الشهيد إن ظاهره اختصاصه بالغرم إذ هو خير في معنى الإنشاء و ظاهره أن ذلك لمكان الوصف و هو حجة و هل هذا النزاع نشأ من اختلافهم في الحكم أم للعكس «١» وجهان و تظهر الفائدة في مسائل (منها) أنه لو أبرأ الضامن برئا معا عندنا و لا يبرأ المضمون عنه عندهم و ينعكس الحكم مع انعكاس الفرض نعم لو أبرأ المضمون عنه يبرأ عندهم و لا يبرأ عندنا لأنه إبراء لمن ليس له عليه شيء إلى غير ذلك مما ذكره أبو العباس مما يأتي في تضعيف الباب و كيف كان فالضمان مشترك لفظي بين معنيين أعّم و أخص فالأعم هو التعهد على وجه خاص بنفس أو مال لمن كان له في ذمته شيء أم لم يكن فإن كان نفسا فهو الكفالة و إن كان مالا فإن كان في ذمته شيء فهو الحوالة و إلا فالضمان بالأخص إلا أن الضمان إذا أطلق بغير قيد يتبادر منه المعنى الأخص لكثرة تداوله مع كونه فردا من العام و إذا أريد منه القسمان الآخران بخصوصهما احتيج إلى التقييد مثل أن يقال ضمان نفس أو ضمان لمن في ذمته شيء و هذا هو مراد الأصحاب مما طفحت به عباراتهم من قولهم أن الضمان الخاص هو المسمى بالضمان بقول مطلق و ليس مرادهم أن الضمان مفهوم كلي تحته أفراد ثلاثة منقسم إليها انقسام الكلي إلى جزئياته لكن هذا الفرد الخاص لا يحتاج إلى قيد و قرينه بخلاف الفردين الآخرين ليرد عليه أن ذلك يقتضى كون إطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة لأن من علاماتها صحة الإطلاق من غير قيد كما أن توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم إليه دليل المجاز فكيف يجتمع كونهما من أفراد الكلي بطريق الحقيقة و افتقارهما مع ذلك في صحة الإطلاق إلى التقييد كما صرح به في المسالك و نبه عليه في جامع المقاصد (و يجاب) كما في المسالك بأن المنقسم إليهما بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان لا الضمان المطلق و هذا أى مطلق الضمان لا ينافى كونهما مجازين بالنظر إلى الضمان المطلق و حقيقتين بالنسبة إليه أى مطلق الضمان (و الحاصل) أنه فرق بين الشيء المطلق و مطلق الشيء و مثل هذا البحث يأتي في الماء فإنهم قسموا مطلق الماء إلى الماء المطلق و المضاف مع أن إطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز إلا أنه فرد حقيقة من مطلق الماء و منشأ الاختلاف باختلاف الوجهين و لكن لما اشتبه المعنى المطلق و خفى مطلق المعنى لوحظت الحقيقة و المجاز باعتبار المشتهر خاصة (و أنت خير) بأن الإيراد و الجواب في غير محلها كما ستسمع على أنا لو قلنا إن الضمان اسم لمفهوم كلي و تحته أفراد ثلاثة لكن هذا الفرد هو المتبادر منها فمعناه أنه مطلق صار حقيقة عرفية في بعض أفرادها و هذا معنى قولهم الإطلاق ينصرف إلى الفرد الشائع فتصير بقية الأفراد كالمجازات تحتاج إلى قرينه (ثم يرد) على الإيراد أنا لا نسلم أن إطلاق الكلي على كل فرد منه حقيقة بل هو مجاز قطعاً لكنه قد استعمل في غير ما وضع له و معنى قولهم إنه يصح استعماله في الفرد من حيث كونه فرداً حقيقة أنه يصح تعليق الحكم بالكلي من حيث تعلقه بفرد منه بأن لا يكون من مقصود المتكلم و إرادته في الواقع إلا ذلك الفرد مع استعمال اللفظ في الكلي و تعليقه أى المتكلم الحكم به إلا أنه أراد من اللفظ و استعماله فيه كما حققه المحقق التفتازاني في باب البيان و له تحقيق آخر و هو أن الكلي إذا استعمل في فرد باعتبار حصول الماهية فيه مع قطع النظر عن الخصوصيات و المشخصات و بالجملة أريدت الماهية المتحققة في ضمن فرد فإنه يكون حقيقة أيضاً و هذا أنكره جماعة و اتفقوا على أن استعماله في فرد باعتبار

(١) الظاهر العكس

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥٠

و هو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه مثله أو لا (١)

شخصه و خصوصه يكون مجازا (و يرد) على الجواب أنا لا- نسلم أن المنقسم فى كلامهم مطلق الضمان بل الضمان المطلق لأنهم يقولون الضمان كذا و كذا و لا- شك أنه مطلق و لا- يشترط فى المنقسم عندهم أن يكون صادقا على جميع الأفراد حقيقة كما هو الشأن فى تقسيم الطهارة و الماء المطلق و الوضوء و نحو ذلك كما صرح به جماعة و أنت إذا أحطت خبرا بما حررناه فى المقام ظهر لك عدم صحة تفسير المحقق الثانى لعبارة الكتاب فيما يأتى و اندفاع اعتراضه على الشهيد و عدم توجه اعتراض الشهيد الثانى على المحقق قال فى (جامع المقاصد) فى شرح قوله و يسمى ضمانا بقول مطلق ما نصه أى غير محتاج إلى تقييده بكونه ضمان المال ممن ليس عليه مثله فيكون الضمان واقعا على معينين و هذا بخلاف الكفالة فإنها لا تطلق على ضمان المال إلا بقيد فيقال كفالة بالمال و فى (حواشى الشهيد) أن الكفالة و الحوالة لا يطلق عليهما إلا مضافا فيقال فى الكفالة ضمان النفس و فى الحوالة ضمان المال ممن عليه مثله فيكون قوله بقول مطلق مشيرا إلى ذلك و فيه نظر فإنه على هذا لا يكون صدق الضمان عليهما بطريق الحقيقة و تعريف المصنف يقتضى الحقيقة و مع ذلك فالحوالة لا تختص بمن عليه مثله كما سيأتى فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى و الصواب ما ذكرنا و هو الذى ذكره فى التذكرة انتهى و الموجود فى التذكرة أن الضمان قد شرع للتعهد بمال أو نفس وسمى الأول ضمانا بقول مطلق و يخص الثانى باسم الكفالة و قد تطلق الكفالة على ضمان المال لكن بقيد فيقال كفالة بالمال و ليس بتلك المكانة من الدلالة على ما أراد و أما المحقق فإنه اختار التقسيم على المشهور حيث قال و التعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال و قد لا يكون فهنا ثلاثة أقسام ثم بين ما عنده فى المسألة من جريان الحوالة فى بعض أقسام الضمان فلا يرد اعتراض الشهيد الثانى من أن الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمحيل فيدخل هذا القسم فى الضمان الأخص و لا يحتاج إلى جوابه بأن التقسيم جار على محل الوفاق أو باعتبار القسم الآخر و هو تعهد مشغول الذمة محيل فيكون هو أحد الأقسام الثلاثة خاصة و كون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا و حوالة يسهل معه الخطب انتهى ثم يرد عليه أيضا أن الظاهر من القسمة التغير و حصر اسم كل قسم فيما ذكر له

(قوله) (و هو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه مثله أو لا)

هذا تعريف له بالمعنى الأعم الشامل للأخص و الحوالة و الكفالة و فى (جامع المقاصد و المسالك) أنه يجيء فى قوله عقد ما سبق فى البيع على القول بأنه العقد من أن الضمان هو نفس التعهد لا- العقد الدال على التعهد و أنه هو التحقيق و أن إطلاقه على العقد بطريق المجاز إقامة للسبب مقام المسبب (قلت) هذا شىء أطال فى بيانه المحقق الثانى فى باب البيع و قال إنه النقل لا العقد و وافقه على ذلك الأستاذ الشريف قدس سره و قد بينا فى باب البيع أنه ليس بشىء و أن الفقهاء إنما يعرفون ما اصطلاحوا عليه حيث يقولون كتاب البيع و أقسام البيع و أحكام البيع و نحو ذلك فإنهم إنما يريدون بذلك المعاملة القائمة بالبائع و المشتري معا و هو المعنى الحاصل بالعقد و كذلك الحال فى الضمان و الإجارة و الرهن و الوكالة و القرض و غيرها و ليس المراد بالبيع فى كلامهم فعل البائع فقط أى النقل و لا بالضمان فعل الضامن فقط و لا بالإجارة فعل المؤجر فقط و هكذا و يرشد إلى ذلك أنا ما وجدنا أحدا حدد البيع صريحا بالنقل كما بيناه فى محله و إن هى إلا غفلة و إلا فالأمر أوضح من أن يشته و قال فى (جامع المقاصد) و يرد على هذا هنا و فى البيع أن البيع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥١

فهنا فصول ثلاثة

[الفصل الأول الضمان بالمال]

إشارة

الأول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء و يسمى ضمانا بقول مطلق (١) و فيه مطلبان

[المطلب الأول فى أركانه و هى خمسة]

إشارة

الأول فى أركانه و هى خمسة

[الأول الصيغة]

الصيغة و هى ضمنت و تحملت و تكفلت و ما أدى معناه (٢) و لو قال أودى أو أحضر لم يكن ضمانا (٣) و لا تكفى الكتابة مع القدرة و تكفى مع عدمها مع الإشارة الدالة على الرضا لإمكان العبث (٤)

و الضمان و غيرهما قد يكون صحيحا و قد يكون فاسدا و نقل الملك لا يكون إلا صحيحا و كذا التعهد (و يجب) بأن النقل لا يلزم أن يترتب عليه الانتقال و كذا التعهد قد لا يترتب عليه أثره (قلت) لم يتضح وجه هذا الإيراد لأنه إن كان المراد بيان أن المعاملات أسماء للأعم من الصحيح و الفاسد فلا إيراد لأن المعلوم أن شرعية العقد المذكور للتعهد أعم من كون أثره يحصل معه و عدمه فيشمل الصحيح و الفاسد و إن كان المراد أن تعريف البيع و الضمان ليس جامعا للشرائط فقد عرفت فيما حورناه فى تعريف الرهن أن غرضهم من التعاريف تمييز العقود بعضها عن بعض و بعضها قد لا يتميز عن الآخر إلا بذكر بعض الشرائط لأن بعضها يتميز بذكر شرط و آخر بذكر شرطين و آخر لا- يحتاج إلى ذكر شيء من الشرائط و ليس الغرض بيان البيع الصحيح و الضمان كذلك بل الغرض أن هذا العقد من شأنه أن يدل على نقل الملك و ذاك على نقل المنفعة و الصحة و هكذا «١» و الفساد أمر آخر وراء ذلك و الأمر هين و التأويل ممكن لكن لا يخلو عن تجشم أو يكون من باب بيان الواضحات فليتأمل جيدا و الضمان جائز و ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع كما فى المبسوط و السرائر و التذكرة و غيرها

(قوله) (فهنا فصول ثلاثة الأول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء و يسمى ضمانا بقول مطلق)

هذا تقدم الكلام فيه آنفا

(قوله) (و فيه مطلبان الأول فى أركانه و هى خمسة الصيغة و هى ضمنت و تحملت و تكفلت و ما أدى معناه)

من الألفاظ الدالة عليه صريحا كتقلده و التزمته و أنا بهذا المال ظهير أو كفيل أو ضامن أو زعيم أو حميل أو قبيل كما فى المبسوط و غيره و كذا لو قال دين فلان على كما فى التذكرة لأن على ضمان لاقتضاء على الالتزام (قلت) و مثله فى ذمتى أما ضمانه على فكاف بانتفاء الاحتمال مع تصريحه بالمال و قيل إنه لو قال ما لك على أو دينه على أو ما عليه على فليس بصريح لجواز إرادته أنه قادر على تخليصه أو أن عليه السعى أو المساعدة و نحوه و كذا لو قال مالك عندي فإنه ليس بصريح لأنه يجوز أنه للغريم تحت يده مال و لا تضر ندره بعضها كالحميل و القبيل بعد ثبوته فى اللغة و قبيل بمعنى كفيل من قبل كعلم إذا كفل

(قوله) (و لو قال أودى أو أحضر لم يكن ضامنا)

لأنه وعد و ليس بالتزام كما فى التذكرة مضافا إلى الأصل و المولى الأردبيلي على أنه يكفى ما يدل على أنه يعطى و يشترط فيه قبول المضمون له كما سينبه المصنف عليه لأنه عقد إجماعا كما فى جامع المقاصد فلا بد فيه من القبول و من رعاية ما يشترط فى سائر العقود من التواصل المعهود بين الإيجاب و القبول و ضابطه ما لا- يخرج به القبول عن كونه قبولا- لذلك الإيجاب عرفا و المولى الأردبيلي على أنه لا يشترط القبول بل يكفى ما يفيد العلم برضاه و تمام الكلام يأتى فى محله بلطف الله تعالى (قوله) (و لا تكفى الكتابة مع القدرة و تكفى مع عدمها مع الإشارة الدالة على الرضا لإمكان العبث) كما صرح

(١) كذا فى النسخ و لعل الصواب و هكذا و الصحة و الفساد إلى آخره (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥٢

و شرطه التنجيز فلو علقه بمجىء الشهر أو شرط الخيار فى الضمان فسد (١) و الإبراء كالضمان فى انتفاء التعليق فيه (٢) و لو شرط تأجيل الحال صح (٣)

بذلك كله فى التذكرة و به طفحت عباراتهم فى باب البيع و وجه عدم كفاية الكتابة مع القدرة على النطق أنه أى النطق معتبر فى العقود اللازمة بالإجماع و لا- فرق بين أن يكون حاضرا أو غائبا و لا- بين الضامن و المضمون له بناء على اعتبار قبوله لفظا و وجه كفايتها مع عدم القدرة مع الإشارة الدالة على الرضا أنه حيثئذ أخرج أو كالأخرس و لا ريب فى صحة عقوده و التوكيل لا بد أن يكون بذلك أيضا أو بالإشارة وحدها إذا أفهمت و الظاهر الاكتفاء بالإشارة إذا عجز عن النطق و إن قدر على الكتابة و لو عجز عن النطق لإكراه فهل تكفى كتابته مع الإشارة الدالة أم لا لم أجد للأصحاب نصا فى ذلك فى باب البيع و النكاح و غيره و قضية الأصل العدم

(قوله) (و شرطه التنجيز فلو علقه بمجىء الشهر أو شرط الخيار فى الضمان فسد)

أما اشتراط التنجيز فلأنه عقد من العقود فلا يقبل التعليق و فى (تمهيد القواعد) الإجماع على عدم صحة تعليق العقود على الشرط و قد يلوح ذلك من التذكرة و كشف اللثام و قد علل فى قواعد الشهيد و تمهيد القواعد بأن الانتقال مشروط بالرضا و لا رضا إلا مع الجزم و لا- جزم مع التعليق و لو كان وصفا و قد استوفينا الكلام فيه فى باب البيع و كذلك لا يقبل التوقيت كما تقبله الإجارة فيصح أن يؤجره داره بعد سنة و لا يصح أن يضمن بعد سنة و لا أن يقول أنا ضامن إلى شهر فإذا مضى و لم أغرم فأنا برىء و أما شرط الخيار فى الضمان كأن يشترط الضامن الخيار لنفسه فإنه يكون باطلا كما فى التذكرة و ظاهر بيع المبسوط و وجهه أنه ينافى مقتضى الضمان لأن الضامن على يقين من الغرامة و الغرر فتدبر (و قال) فى بيع التذكرة و الضمان يصح دخول خيار الشرط فيه للعموم؟؟؟ ما فى بيع التحرير و ضمان جامع المقاصد و استظهر المقدس الأردبيلي من التذكرة الإجماع على دخول خيار الشرط فى كل معاوضة قال و عموم أدلة العقود و الوفاء بها و بالشروط دليل واضح على الكمال حتى يوجد المانع من إجماع و نحوه (قلت) و الأمر كما ذكر لما ذكر من العموم و الأصل و انتفاء المانع إلا ما يتخيل من أن الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه و الإبراء لا يدخله خيار الشرط و جوابه أن الضمان حكم من أحكام نقل المال و لا يتضمن الإبراء فإذا تحقق النقل غير مترنزل تحققت البراءة و إلا فلا فليتأمل فيه (قوله) (و الإبراء كالضمان فى انتفاء التعليق فيه)

قد يلوح من التذكرة الإجماع عليه و أنه يبطله و المهم تأصيل الأصل فيمكن أن يقال إن العقود و الإيقاعات ألفاظ متلقاة و الأصل عدم قبولها التعليق إلا ما خرج بالدليل كالظهار إن قلنا به و الوصية و العتق على احتمال و يمكن أن يقال الأصل فيها قبول الشرط و

التعليق إلا ما خرج بالدليل، كالبيع والصلح والإجارة والرهن فليأمل و لعله ترك ذكر الخيار هنا لمكان ظهور عدم قبول الإبراء له (قوله) (و لو شرط تأجيل الحال صح)

إجماعا كما فى الشرائع والتنقيح وإيضاح النافع والمسالك وكذا جامع المقاصد والمفاتيح وفى (الكفاية) لا أعرف فيه خلافا و يدل عليه بعد ذلك الأصل والعمومات السالمة عن المعارض إلا ما قد يتوهم من أنه تعليق للضمان على الأجل و ليس كذلك بل هو تأجيل للدين الحال فى عقد لازم فيلزم (و عساک تقول) إن الضمان نقل المال على ما هو به و هذا ليس كذلك و لا أقل من أن يختلفوا فيه كما اختلفوا فى عكسه (لأننا نقول) لا نسلم هذه الكلية لأننا نجوز ضمان المؤجل حالا كما ستسمع سلمنا و لعل اشتراط تأجيل الحال شرط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥٣

و الأقرب جواز العكس (١)

يستقل به صاحب الدين فى العقد اللازم بخلاف اشتراط حلول المؤجل فإن الأجل هنا مشترك بين المضمون له و المضمون عنه (قوله) (و الأقرب جواز العكس)

كأن يضمن المؤجل حالا و هو ظاهر المبسوط على تأمل فيه و قد نسب إلى صريحه فى السرائر وغيرها قال فى (المبسوط) إذا أطلق الضمان فله المطالبة أى وقت شاء و هو المحكى عن المهذب و صريح السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و الإرشاد و المختلف فى أول كلامه و اللمعة و التنقيح و المقتصر و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و الرياض و ظاهر التذكرة فى موضعين منها الإجماع عليه حيث قال عندنا و استشكل فى التحرير فى أول كلامه و كذا الكفاية للأصل و العمومات السالمة عن المعارض عدا ما ستسمعه من أدلة المخالف و سيوضح فسادها و أن الأداء معجلا جائز فكذا الضمان لأنه كالأداء و قد نسب الخلاف فى المختلف إلى الشيخ فى المبسوط و أنه قال لا يصح لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل و لم أجد ذلك فيه و قد سمعت ما نسب إليه فى السرائر وغيرها و نسب الخلاف جماعة إلى المفيد فى المقنعة و الشيخ فى النهاية و لم أجد ذلك فى المقنعة و ليس فى النهاية إلا قوله و لا يصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل و إلى ذلك أشار فى السرائر بقوله و قد يوجد فى بعض الكتب لأصحابنا و لا يصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل قال و المراد بذلك إذا اتفقا على التأخير و الأجل فلا بد من ذلك و لا يصح إلا بأجل محروس فأما إذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل و كذا إذا أطلقا العقد و إلى هذا القول ذهب شيخنا فى مبسوطه و هو حق اليقين لأنه لا يمنع منه مانع و من ادعى خلافه يحتاج إلى دليل و لم يجده انتهى و كلامه يعطى أنه فهم من عبارة المبسوط المتقدمة أنه لو كان مؤجلا و ضمنه مطلقا حل و جاز له المطالبة أى وقت شاء فليلاحظ ذلك كما أنه يعطى وجود الخلاف و كأنه تعريض بما يظهر من الوسيلة و الغنية ففى (الوسيلة) إنما يصح الضمان بتعيين أجل المال و عد فى الغنية من شروط صحته أن يكون إلى أجل معلوم و عد شرطين آخرين و ادعى الإجماع و كلامهما ليس بنص فى الخلاف و تأويل السرائر جار فيه و يشهد له ما يظهر من موضعين من التذكرة من دعوى الإجماع كما سمعت لكن المحقق صرح فى النافع بوجود الخلاف و قد حكى أى الخلاف فى (المسالك) عن الشيخ و أتباعه و حكاه بعضهم عن القاضى فى الكامل و لعل كلامه كغيره نعم الخلاف صريح فخر الإسلام فى الإيضاح و شرح الإرشاد و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و استندا إلى أن الحلول زيادة فى الحق و لهذا تختلف الأثمان به قلت و يحصل به الربا و هذه الزيادة غير واجبة على المديون و لا ثابتة فى ذمته فيكون ضمان ما لم يجب و استحسنته فى المختلف و رده الشهيد الثانى و من تأخر عنه بأن المضمون إنما هو المال لأن مدلول ما فى قولهم ضمان ما لم يجب هو المال و أما الأجل فلا يتعلق به الضمان و إن كان من توابع الحق و أوصافه إلا أن دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعية و هو حق للمديون فإذا رضى الضامن بإسقاطه أو تعجيل الإيفاء فقد ضمن ما يجب و هو المال و رضى بإسقاط الوصف و لا يرد أنه غير واجب الأداء بسبب الأجل لأنه

واجب في الجملة غايته أنه موسع سيما مع رضا المضمون عنه (قلت) مرادهما أنه ضمان مال لم يجب أدائه لأن الضمان عندهما نقل المال على ما هو به وقد قصدا بقولهما أن الحلول زيادة في الحق التوضيح فهذا القول لو لا ما سيأتي قوى مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥٤

.....

جدا و يعضده إجماع الغنية و يعضد هذا الإجماع أن لا مخالف قبل مدعيه و عبارة المبسوط التي ذكرناها في القول الأول ليست بتلك المكانة من الظهور فيه و لعل عبارة المهذب مثلها و قد يحتج عليه بأن الضمان إرفاق و تسهيل على المضمون عنه و ضمان المؤجل حالا يقتضى تسويغ المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبه المضمون عنه في الحال فتنتفى فائدة الضمان و بأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل و لعل ذلك هو الذى جرى المتأخرين على المخالفة أو التأمل لأنه يجب عن الأول أولا بعدم جريانه في الضمان تبرعا و ثانيا بأنه إن ضمن بسؤاله و تصريحه بالرجوع عليه حالا فهو الذى أدخل الضرر على نفسه و إلا فليس له المطالبة بما أداه بل يشترط حلوله على المضمون عنه و ثالثا بأننا نمنع انحصار فائدة الضمان في الإرفاق إذ لا- دليل على ذلك من نص و لا إجماع و يحتمل كون الفائدة فيه هو تفاوت الغرماء بحسن الاقتضاء و بذلك يظهر ضعف الثاني مع أن الضمان كالقضاء على اعترافهم فكما أنه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلا فكذا يجوز الضمان معجلا هذا أقصى ما يوجه به هذا القول و لك أن تقول إن عبارتي الوسيلة و الغنية يجرى فيهما تأويل السرائر و لعله ناظرا إليهما أيضا و قوله حق اليقين يجرى مجرى الإجماع و زيادة فيكون مدعيا للإجماع مضافا إلى الإجماعين الظاهرين من التذكرة فينحصر الخلاف في الشارحين و ما في النافع من وجود الخلاف فكأنه مبنى على الظاهر و لم يحكه في الشرائع و لم يلتفت إلى حكايته من غيره من الفحول فإنهم غالبا لا- يرجعون إلى الأصول بل يعولون على الفاضلين و كيف كان فقد عرفت ما قضى به التتبع ثم إن كلام بعض المانعين يقضى بشيء و تعلييلهم يقضى بآخر خلافه مع أنهم لم يتفقوا على كلمة واحدة نصا و تعليلا فمما اتفقوا عليه نصا و اختلفوا فيه تعليلا ما إذا كان الدين مؤجلا و الضمان حالا فقد نصوا و اتفقوا على منعه و اختلفوا في تعليله فالشارحان عللا بما سمعت و الشيخ و أتباعه عللوا بما عرفت فتعليل الشارحين يقضى بجواز الضمان حالا إذا كان الدين حالا لوجوب الحق فكان ضمان ما يجب و تعليل الشيخ يقضى بمنعه لعدم الارتفاق و أما الضمان تبرعا فعند الشارحين أنه كغيره و ستعرف حقيقة الحال فيه و عند الشيخ المعلل بالإرفاق جائز مطلقا لانتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه و أما ما اختلف فيه النص و التعليل فهو كلام الشيخ و أتباعه إذ قضية نص النهاية و الوسيلة و الغنية و قد سمعت عباراتها أنه متى كان الضمان مؤجلا جاز سواء كان الدين حالا أو مؤجلا و الأجل مساو لأجل الضمان أو أزيد منه أو أنقص و هو الذى يعطيه إطلاق إجماع الشرائع قال و الضمان المؤجل جائز إجماعا و فى (شرح الإرشاد) لفخر الإسلام أن ضمان المؤجل بمثل أجله يصح إجماعا و فى (التنقيح و إيضاح النافع) أن ضمان المؤجل بأزيد من أجله يصح إجماعا و قضية تعلييلهم بأن الضمان إرفاق فالإخلال به يقتضى تسويغ المطالبة للضمان فيتسلط على مطالبه المضمون عنه في الحال فتنتفى فائدة الضمان أنه لا يجوز الضمان في الأجل المساوى و القاصر و عند الشارحين يجوز في المساوى و لا يجوز في القاصر فكان محل النزاع فى كلامهم غير محرر و جاء المتأخرون فنظر بعضهم كصاحب التنقيح و المسالك إلى التعليل فقال الأول إن كان الأجل أنقص ففيه الخلاف و قال الثانى الحق أن الخلاف واقع فيما عدا الضمان المؤجل للحال أو الزائد أجله عن أجل الأصل و قضيته أن المساوى أيضا محل خلاف و يقضى أيضا بأن ضمان الحال حالا محل خلاف و بكونه محل خلاف صرح المقداد أيضا و هذا يوافق التعليل و النص و قضية كلام المسالك أن التبرع محل خلاف لكن ظاهر إيضاح النافع أو صريحه الإجماع على أن ضمان المؤجل حالا و المؤجل بدون أجله صحيح حيث قال صح قطعا و قد حرر فى محله أن هذه الكلمة

فيحل مع السؤال على إشكال (١)

في كلام الفقيه تجرى مجرى الإجماع لكن كلام الشارحين يقضى بعدم الصحة في الضمان تبرعا في هاتين الصورتين كما أشرنا إليه آنفاً ولعله لم يفهم ذلك من فخر الإسلام و المحقق الثاني معاصر له (و نظر) بعضهم كالمحقق و فخر الإسلام إلى نص عباراتهم فادعيا ما سمعته من الإجماعين و لو لا هذان الإجماعان لقلنا بأن التعليل يحكم على النص و يخصه بما عدا المساوي و القاصر فقد تحصل أنه يجوز الضمان حالا و مؤجلا عن حال و مؤجل تساوي المؤجلان في الأجل أم تفاوتا بأن كان الأجل الثاني أزيد أو أنقص فهذه صور ست و عليها إما أن يكون الضمان تبرعا أو بسؤال المضمون عنه فالصور اثنتا عشرة و كلها جائزة على الأشبه بأصول المذهب و عمومات الأدلة مضافا إلى ما سمعته من الإجماعات و ما قضى به تتبع العبارات (قوله) (فيحل مع السؤال على إشكال)

هذا فرع على صحة ضمان المؤجل حالا و إنما يكون ذلك مع السؤال لا مع التبرع و تحرير المسألة أنا إذا قلنا بجواز ضمان المؤجل حالا- أو بأجل دون الأجل الأول فلو أذن المضمون عنه للضامن كذلك أو مطلقا فهل يحل عليه فيما إذا ضمن حالا و ينقص الأجل فيما إذا كان دون الأجل الأول على تقدير الضمان كذلك أم يبقى عليه الأجل في الصورتين كما كان فلا يرجع عليه الضامن إلى حلوله و إن أدى قبله الأصحاب فيه على أنحاء (أحدها) عدم الرجوع عليه إلا بعد الأجل مطلقا سواء صرح بالإذن حالا أو أطلق و هو خيرة المختلف و المسالك و الروضة و ظاهر التحرير و مجمع البرهان و هو الذي استقر عليه رأيه في التذكرة فإنه قطع فيها بعدم الحلول مع الإطلاق و استشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقر عدم الحلول (أما الأول) فلأن الإذن في الضمان و إن كان حالا إنما يقتضى حلول ما في ذمة الضامن و لا يدل على حلول ما في ذمة المضمون عنه بإحدى الدلالات و لأصالة بقاء الأجل و لأنه لا يحل إلا بإسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم و هو منتف و هذا إن لم يصرح مع ذلك بالرجوع عليه حالا فلو صرح بذلك رجع كذلك و منه يعلم حال ما حققه في جامع المقاصد من أنه إذا كان الإذن في قضاء المؤجل في الحال موجبا لثبوت الرجوع كذلك قوى حلول المؤجل بما ذكر لأننا قد لا- ندعى الفرق لأن الإذن في القضاء كالتصريح بالرجوع فليأمل (و أما الثاني) فلأن الإطلاق إنما اقتضى الإذن في الضمان و ذلك لا يقتضى حلول الحق على المضمون عنه للأصل و لأنه لا يحل عليه إلا بإسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم إلى آخر ما تقدم (الثاني) أنه يرجع عليه كما أدى في الحالين أما مع التصريح بالإذن حالا فلأن الضمان في حكم الأداء و متى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاه استحق مطالبته و لأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن و أما مع الإطلاق فلتناوله التعجيل فيكون مأذونا ضمنا لأنه بعض ما يدل عليه اللفظ و هو ظاهر التنقيح بل صريحه و لم أجد أحدا من الخاصة و العامة قال به غيره لأن الناس في صورة الإطلاق بين قاطع بعدم الرجوع و مستشكل فيه كما عرفت و ستعرف (الثالث) التفصيل فيرجع عليه حالا- مع التصريح لا- مع الإطلاق (أما الأول) فلما تقدم في الوجه الثاني (و أما الثاني) فلما تقدم في الوجه الأول و هو ظاهر المفاتيح (الرابع) أنه مع التصريح بالسؤال حالا يرجع عليه كذلك و أما مع الإطلاق فمحل إشكال و هو خيرة الإيضاح لأنه قطع بأن إشكال الكتاب إنما هو مع الإطلاق لا- مع التصريح قال لأنه لا يقتضى الحلول على المضمون (الخامس) ضده و هو ما في جامع المقاصد

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥٦

[الثاني الضامن]

الثاني الضامن و شرطه البلوغ و الرشد (١) و جواز التصرف (٢) و الملاءة حين الضمان أو علم المستحق بالإعسار (٣)

من أنه مع الإطلاق قد يقال إنه لا إشكال في عدم الحلول و إن الإشكال إنما هو مع التصريح قلت على هذا شواهد من كلامهم و في (المسالك) أن الحق أن الإشكال واقع على التقديرين
(قوله) (الثاني الضامن و شرطه البلوغ و الرشده)

فلا يصح ضمان الصبي و المجنون إجماعا كما في ظاهر الغنية أو صريحها و صريح المسالك لمكان الحجر عليهما و رفع القلم عنهما و لا فرق في الصبي بين أن يكون مميزا أم لا- أذن له الولي أم لا- لأن كانت عباراته مسلوبة الاعتبار فلا يؤثر فيها إذن الولي و يصح الضمان عنهما بلا- خلاف إلا- ما حكاه في المختلف عن الطبرسي من أن من لا يعقل كالصبي و المجنون و المغمى عليه لا يصح ضمانهم و لا الضمان عنهم و الأصل و العمومات و فحوى ما دل على صحته عن الميت حجة عليه و يدخل تحت اشتراط الرشده عدم صحة ضمان المحجور عليه لسفهه إذا لم يأذن له الولي و كذا المغمى عليه و السكران و النائب و المبرسم الذي يهذى و يخلط في كلامه و يبقى الكلام في الساهي و الغافل و الهازل و قد تخرج هذه من اشتراط جواز التصرف فليتأمل و الأولي أن يأتي لها بعنوان آخر و هو القصد أو أن لا يكون مسلوب العبارة و لعله يدخل فيه الأخرس الذي لا تفهم إشارته و لا يكتب و عد في (التحرير) من شروط الصحة الاختيار ثم قال فلو ضمن مكرها لم يصح إجماعا و لم أجد أحدا عد العدالة
(قوله) (و جواز التصرف)

هذا أيضا من شروط الصحة و هذا يغني عما قبله لدخوله تحته فلا يصح من السفه بلا خلاف و يأتي في كلام المصنف التعرض لحال ضمان المملوك و المفلس و المريض و الأخرس
(قوله) (و الملاءة حين الضمان أو علم المستحق بالإعسار)

كما في النهاية و الوسيلة و الغنية و السرائر و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و الرياض (و فيه) أنه لم يجد خلافا فيه و في ظاهر الغنية الإجماع على ذلك و نسبه في السرائر إلى أصحابنا و قال في (الكفاية) قالوا و في جامع المقاصد أن ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق و أراد بالحكم أن للمضمون له الفسخ إذا لم يعلم بإعسار الضامن و هذا الإجماع يتناول ما نحن فيه باللائم (قلت) و في موقفة الحسن ابن الجهم ما قد يظهر منه الدلالة على ذلك فإن فيها (قلت) ما تقول في الصبي لأمه إن تحلل قال نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه (قلت) فإن لم يكن لها قال فلا و الشهرة تجبر السند و الدلالة و الإجماع يعضده على أن الموثق في نفسه حجة مضافا إلى الأصل و أن عقد الضمان مبنى على الارتفاق و أن المتبادر أن المقصود من الضمان استيفاء الحق من الضامن و به يشعر ظاهرا اشتراط رضا المضمون له في بعض النصوص و إنما يكون ذلك إذا أمكن الأداء بيساره فلا ينصرف إطلاق النصوص إلى غير الملى و غير العالم بإعساره مع ما في عدم اعتباره من لزوم الضرر و به يجاب عن عموم الأمر بالوفاء بالعقود لو تمسك به نعم هذا العموم سالم عن المعارض إذا علم بإعساره لاندفاع الضرر بالإقدام عليه و في خبر عيسى ابن عبد الله دالة على ذلك قال احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه و طالبوه بدين لهم فقال لهم لا مال عندي فأعطيتكم و لكن ارضوا بمن شئتم من ابني عمي على ابن الحسين عليه السلام أو عبد الله ابن جعفر فقال الغرماء عبد الله ابن جعفر ملى مطول و على ابن الحسين عليه السلام رجل لا مال له صدوق و هو أحبهما إلينا فأرسل إليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥٧

و لا يشترط استمرار الملاءة (١) فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان أما لو لم يعلم كان له الفسخ (٢)

□

فأخبره الخبر فقال أضمن لكم المال إلى غلة و لم تكن له غلة تجملا فقال القوم قد رضينا و ضمنه فلما أتت الغلة أتاحت الله له المال فأداه و قد يقال إن مجرد الملاءة مع حصول المطل كما تضمنه هذا الخبر لا تفيد فائدة في ترتب الأثر عليها فلو جعل الشرط هنا رضا

المضمون له بالضامن و قبوله له مليا كان أو غير ملي لكان أظهر فتدبر فينقدح من ذلك أن اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور كما يأتي بالضمان والضامن كاف عن هذا الشرط والمراد بالملاءة هنا أن يكون مالكا لما يؤدي به الدين فاضلا عن المستثنيات وهذا الشرط شرط في اللزوم لا في الصحة كما ستعرف ثم عد إلى عبارة الكتاب فقوله حين الضمان إما قيد في الجميع أو في الأخيرين أعنى جواز التصرف والملاءة أو في الأخير كما في التحرير والكل متجه و خصه في (جامع المقاصد) بالأخير قال لا يخفى أن الشروط السابقة إنما تشترط حين الضمان وإنما خص هذه يعني الملاءة بالتقييد لينبه على أن طرو الإعسار لا يثبت الفسخ وإنما كان هذا موضع توهم ثبوت الفسخ دون غيره لأن الضمان في معنى أداء الدين والمقصود الأصلي منه الارتفاق بنقل الدين إلى ذمة الضامن وإنما يكون كذلك إذا كان الأداء منه أيسر فلا جرم إذا فات هذا المقصود الذي إنما بنى الضمان عليه تخير المضمون له لفوات المقصود منه كما يتخير المشتري إذا ظهر في البيع عيب أو غبن حيث كان المقصود هو الصحة والأخذ بالقيمة أو أدون إذ البيع مبني على المماكسة وهذا بخلاف ما إذا باع مؤجلا فظهر الإعسار إذ ليس مقصود البيع الأصلي بالنسبة إلى أداء الثمن كما في الضمان انتهى وهو جيد جدا وتشهد له عبارة التحرير حيث ذكر اشتراط الملاءة وحده وقيدته بوقت الضمان غير أن توهم ثبوت الفسخ بطرو الإعسار يدفعه التصريح به بعده بلا فاصلة حيث قال ولا يشترط استمرار الملاءة فلو تجدد لم يكن له فسخ ثم إنه بناء على ما قال كان الواجب أن يقول فلا يشترط استمرار الملاءة بالفاء دون الواو ثم إن هذا التنبيه جار في جواز التصرف فلعله أراد أن ينبه أن طرو الإعسار وطرو الفسح لا يثبتان الفسخ إذ التعليل الذي ذكره جار فيهما فتأمل وقد يكون القيد تصريحًا بالمراد والواقع و توضيحا لمكان جريانه في الجميع وهي فيه على وتيرة واحدة أوردنا على الشافعي حيث قال بصحة ضمان السكران أو على أحمد حيث قال بجواز ضمان الصبي المميز وهو كاف في ذلك على أنه قد خلت عن هذا القيد عبارات الأصحاب جميعها ما عدا عبارة التحرير والروضة فلو كان يجدي نفعًا غير التوضيح والتصريح أو الرد على الشافعي وأحمد لذكره المحققون المدققون كالمحقق والشهيد وغيرهما والغرض بيان الحال في هذا القيد وإلا فالأمر سهل

(قوله) (و لا يشترط استمرار الملاءة)

فلو تجدد إعساره لم يكن له فسخ الضمان طفحت به عباراتهم منطوقا ومفهوما لتحقق الشرط حين الضمان والأصل بقاء الصحة فلا يقدر تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدر تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذلك لا يقدر تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان

(قوله) (أما لو لم يعلم كان له الفسخ)

كما في النهاية والوسيلة والسرائر وما تأخر عنها ولذا قال في (جامع المقاصد) ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق ونسبه في السرائر إلى أصحابنا مؤذنا بدعوى الإجماع أيضا وقضية ذكره في النهاية أن يكون به خبر أو أخبار معتمدة وإلا فما كان ابن إدريس ليحكم بذلك مع أن قضية الأصل أن يكون فاسدا لفقد الشرط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥٨

و يصح ضمان الزوجة (١) من دون إذن الزوج وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد إشكال ينشأ من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبهه النكاح (٢) وانتفاء الضرر على مولاه (٣)

و ليس من قبيل ما إذا باع مؤجلا فبان الإعسار كما حكينا آنفا عن جامع المقاصد فالحظه فلم أر من حرره قبله و هل هو على الفور أو التراخي وجهان أجودهما الثاني كما عليه الشهيد الثاني و شيخنا صاحب الرياض و في (التحرير) في الفورية إشكال و احتمال في (مجمع البرهان) الفورية خصوصا مع العلم بالمسألة

(قوله) (و يصح ضمان الزوجة)

ولا يحتاج إلى إذن الزوج كما في سائر تصرفاتها و به قال أكثر أهل العلم من العامة و الخاصة و قال مالك لا بد من إذن الزوج كما في التذكرة و قال في (المبسوط) يصح ضمان المرأة كما يصح ضمان الرجل بلا خلاف فأطلق و لم يفصل و لعل مستند مالك في ذلك ما قيل من أنه قد يفضى إلى تعطيل بعض حقوقه بنحو استحقاق الحبس (و أجيب) بأن هذا ليس من لوازمه و إن كان قد يترتب عليه بمطل و نحوه و لو كان هذا مانعا لمنعت من جميع المعاوزات لتطرق المحذور إليها و أما ضمان الخالية من بعل فلا نعلم فيه خلافا كما في التذكرة

(قوله) (و في صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد إشكال ينشأ من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبهه النكاح) هذا هو الوجه الأول من الإشكال و معناه أن العبد ممنوع من النكاح لأنه يتضمن إثبات مال في ذمته و هذه العلة قائمة في الضمان و هذا أحد وجهي الشافعية (و فيه) مع كونه قياسا باطلا منع كون المانع من النكاح هو إثبات المال في الذمة بل المانع قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه مع أنه ينتقض (بمفهومه خ) بمفوضة البضع فإن المنع من العقد ثابت مع انتفاء المال و بما إذا بذله أجنبي فالمانع هو ما أشرنا إليه من كونه لا يقدر على شيء و تخصيصه بالمال كما في (المختلف) لا دليل عليه مضافا إلى استشهادهم صلوات الله عليهم بالآية في منعه في نحو الطلاق الذي ليس بمال في كثير من النصوص و أن ذمته مملوكة للمولى فلا يملك إثبات شيء فيها بدون إذنه و ما ثبت قهرا من عوض إتلاف و جناية أو غصب لا يقدح لأن ذلك مبنى على القهر بالنسبة إلى كل جان لوقوعه بغير إذن مستحقه و ليس ذلك بالالتزام و من ثم لزم ذلك الصبي و المجنون مع عدم صحة ضمانهما إجماعا فالأصح عدم الصحة كما في المبسوط و الشرائع و الإرشاد و التحرير و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و غيرها (قوله) (و انتفاء الضرر على مولاه)

هذا هو الوجه الثاني من الإشكال و هو وجه الصحة و هي خيرة التذكرة و المختلف و بيانه أن المانع هو تضرر المولى بتعطله عن خدمته و هو منتف لأن استحقاق المطالبة بما يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه كما لو استدان بغير إذن سيده مضافا إلى الأصل و عمومات الضمان و عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قد عرفت أن المانع ليس هو التضرر و إنما هو عدم قدرته على شيء و الأصل لا أصل له بعد قطع النظر عن العموم بل مقتضاه الفساد و لا لعمومات الضمان بعد فقد اللفظ الدال عليها في اللغة و العرف و ما روى أن الزعيم غارم فعامى على أنه يخرج بالأخير و الإطلاق ينصرف إلى الغالب المتبادر و ليس منه ما نحن فيه و عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يتناول ما نهى عنها منها لعدم استكمال أركانها حتى يتحقق وجود العقد أو مخصوص بها أو نقول إنه مخصوص بالحاضرين و جريانه فيمن عداهم بالإجماع المفقود في محل الفرض لمكان النزاع بل ذهاب الأكثر إلى عدم الصحة بل قد نقول إن ذهاب المشهور إلى مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٥٩

فإن جوزناه تبع به بعد العتق قطعاً (١) و لو أذن احتمال تعلقه بكسبه و بذمته فيتبع به بعد العتق (٢) أما لو شرطه في الضمان (٣)

□
عدم الصحة قرينة على أنه لا يسمى عقداً في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم
(قوله) (فإن جوزناه تبع به بعد العتق قطعاً)

كما في جامع المقاصد لأن كسبه مملوك للمولى و لا يملك التصرف في مال مولاه
(قوله) (و لو أذن له احتمال تعلقه بكسبه و بذمته فيتبع به بعد العتق)

إذا ضمن بإذن سيده صح ضمانه قولاً - واحداً كما في التذكرة و بلا خلاف كما في المبسوط و إجماعاً قاله في المبسوط كما في المختلف فإذا أذن له و أطلق و لم يشترط له الأداء من الكسب و لا الصبر إلى أن يعتق فهل يتعلق بكسبه أو ذمته أقوال (أحدها) أنه يتعلق بكسبه و هذا لم أجد به قائلنا منا و إنما حكى في المبسوط و المسالك و جعله في جامع المقاصد احتمالاً و قال في (التذكرة) إنه أحد قولي الشافعية و إنه أظهر عندهم و وجهه أن إطلاق الضمان إنما يحمل على الضمان الذي يستعقب الأداء فإنه المعهود و

الأداء من غير مال السيد ممتنع و كذا من ماله غير الكسب و إلا لكان هو الضامن لا العبد و هو خلاف التقدير فيكون في كسبه قال في (جامع المقاصد) هذا التوجيه إن تم اقتضى عدم القصر على الكسب بل وجوب الأداء على السيد و هو قريب من قول ابن الجنيد و لا يخلو من قرب و نحو ذلك ما في المسالك و قال لعله أقوى و في (الروضة) أنه متجه قلت فهو قول آخر و قال في (المختلف) هذا البحث يبنى على البحث في استدانة العبد بإذن مولاه فإن قلنا إنه لازم للمولى فكذا هنا و إن قلنا إنه لازم لذمة العبد فكذا هنا و كان أبا على نظر إلى ذلك فإن الضمان نوع من الاستدانة في الحقيقة ثم رجح أنه يتعلق بذمة العبد لأنه ذهب إليه هناك (و أنت خير) بأن محل النزاع هناك إنما هو فيما أذن له في الاستدانة لمصالح نفسه أي العبد ثم أعتقه و المشهور المعروف هناك إلزام المولى و المخالف جماعة قليلون منهم المصنف في المختلف ظاهراً و قلنا هناك إن لزومه للعبد مخالف للقواعد الشرعية فإن العبد المأذون و كيل أو كالوكيل على اختلاف الرأيين فاستدانته و ضمانه بإذنه للمولى (له و عليه خ ل) و على المولى (الثاني) أنه يتعلق بذمته فيتبع به بعد العتق و هو خيرة الشرائع و التذكرة و الإرشاد و المختلف و اللمعة لأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما و العام لا يدل على الخاص و لم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه و كسبه ملكه و لأن الإذن في الكلي ليس إذناً في الجزئي المعين و إن كان لا يوجد إلا في ضمنه هكذا ذكروا في توجيهه و هو لا يدل إلا على عدم تعلقه بمال المولى إلا أن تقول إنه يدل على تعلقه بذمة العبد باللازم لأن المفروض أن الضمان صحيح و قد يوجه أيضاً بأنه بالإذن زال عنه الحجر بالنسبة إلى الضمان فيصير كسائر الضماناء لقيام السبب به و إن كان رفع المانع من المولى و لم يرجح في المبسوط و الإيضاح (الثالث) ما حكاه في المختلف عن أبي على من أنه إذا أذن له السيد في الضمان أدى المال فإن كان معدماً يبيع العبد و أدى ثمنه في كفالته عن المعسر و إن أعتق و أعسر المضمون عنه كان على السيد ما يجب بحق الكفالة و لعله يعود إلى ما استوجهه الشهيد الثاني و قد سمعت ما في جامع المقاصد من أنه غيره و قريب منه إلا- أن تقول إن الفارق نصه على بيع العبد مطلقاً مع أنه لا يباع في الدين (الرابع) ما في التحرير من أنه يتعلق برقبته كما في نسختين منه و لعله أراد ذمته و هو على ظاهره قول لبعض الشافعية و أنه يباع في الضمان حكاه في التذكرة (قوله) (أما لو شرطه في الضمان)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦٠

يأذن السيد صح كما لو شرط الأداء من ماله بعينه (١) و السفية بعد الحجر كالمملوك و قبله كالحجر (٢)

يأذن السيد صح كما لو شرط الأداء من مال بعينه)

كما صرح بذلك كله في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و معناه أنه لو قال السيد لعبيده اضمنه و اقضه مما تكتسبه صح الضمان و تعلق المال بكسبه و وجهه أن كسبه مال مخصوص من أموال السيد فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بعينه فإن وفي كسبه بمال الضمان فقد تم للمضمون له حقه و إلا ضاع عليه ما قصر و يحتمل أن يكون المراد أنه شرط الضمان في كسبه أو ذمته كما صرح به في المبسوط و بالأول صرح في التحرير و المسالك و اقتصر فيهما عليه و في (اللمعة) إلا أن يشترط كونه من مال المولى فيلزم و حينئذ فيدخل فيه ما إذا شرط كونه من كسبه لأنه من جملة مال المولى و كيف كان يرد على الأول أنه لو أعتق العبد قبل تجدد شيء من الكسب ففي المسالك أن الظاهر من كلامهم أنه يبقى التعلق و لا يبطل الضمان لفوات المحل المعين لأداء المال و عليه يشكل صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته لأن السيد لا حق له فيه فلا مدخل لإذنه فيه لأن مال العبد بعد العتق ليس من جملة أموال السيد بل و لا يسمى كسباً فلا يكون كما لو شرط الأداء من مال بعينه و العبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء بل هو بالإذن يصير كالوكيل و اشتراطه في الكسب بمنزلة التعيين من الموكل في مال مخصوص و قد فات فلا- يتبع به و إن أطلق عليه الكسب بالمعنى الأعم و عساك تقول إن عقد الضمان على كسبه يأذن المولى كعقد الإجارة على منفعة كذلك فلو باعه حينئذ أو أعتقه بقيت منافعه مملوكة للمستأجر (قلت) الضمان كالأستدانة و قد أطبقوا كما مر أنه لو استدان لمصالح نفسه بإذنه ثم باعه لم

الدين المولى و كذا لو أعتقه على المشهور المعروف بينهم و المخالف نادر فكان فرق واضح بين الضمان و الإجارة و إن دق فالأولى رد ما فى المسالك مما استظهره من كلامهم من بقاء التعلق و هذا كلامهم بين أيدينا و السير بيننا و بينه و إنما نسب ذلك إلى القبل الذى لا يعلم قائله بل قولهم كما لو شرط الأداء من مال بعينه يقضى بخلاف ما قال كما ستسمع و على الثانى أن ذمة العبد مملوكة للسيد فكيف يثبت فيه مال باختيار العبد و السيد و لا يكون المال على السيد مع كون العبد لا يقدر على شىء و لا ينتقض بعوض الإلتلاف لأنه مال قهرى فليس هو أيضا كما لو شرط الأداء من مال بعينه إلا أن يقول إنه بالإذن صار كسائر الضمان كما أشرنا إليه آنفا و يتفرع على الأول لو مات العبد قبل إمكان الأداء فهل يلزم المولى الأداء لما بقى يحتمل اللزوم لأن إذنه له فى الضمان فى كسبه كإذنه له فى الضمان فى مال معين فإذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمة صاحب المال أعنى الضامن على الخلاف الآتى فى المطلب الثانى و الأقوى ذلك أعنى العود على الضامن و أنه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الأرش بالجاني و إن قلنا بعدم عوده إليه فلا إشكال و يحتمل ضعيفا عدم لزومه للمولى و إن قلنا به ثمة لأن الكسب ليس كمحض مال السيد بل حق له و لهذا قيل إنه لو أعتق بقى متعلقا بكسب المعتق فدل على أنه لم يتعلق بالمولى محضا و قد عرفت الحال فى ذلك

(قوله) (و السفية بعد الحجر كالمملوك و قبله كالحجر)

الذى جزم به فى التذكرة و التحرير أنه لا يصح ضمان المحجور عليه لسفه لأنه ممنوع من التصرفات المالية بل نفى بعضهم الخلاف فيه و قضية قوله هنا أنه بعد الحجر كالمملوك أنه يمكن القول بالصحة و يتبع به بعد فك الحجر و هو قول لبعض العامة و أنه يمكن القول بالبطلان و الصحيح أنه لا وجه للصحة لأن الضمان إما إقراض له فيه الرجوع أو تبرع و كلاهما يمنع منهما كما يمنع من

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦١

و كذا المفلس كالحجر لكنه لا يشارك (١) و لا- يصح من الصبى و إن أذن له المولى (٢) فإن اختلفا قدم قول الضامن لأصالة براءة الذمة و عدم البلوغ و ليس لمدعى الأهلية أصل يستند إليه و لا ظاهر يرجع إليه (٣)

القرض و الهبة و البيع و سائر التصرفات المالية نعم لو أذن له الولي فى الضمان فهو كما لو أذن له فى البيع و قضية كلامهم فى المقام أن الحجر لا يثبت عليه إلا بحكم الحاكم و قد تقدم أنه المشهور و أنه لم يعرف الخلاف فيه إلا من الشهيد فى اللمعة

(قوله) (و كذا المفلس كالحجر لكنه لا يشارك)

أى لا يشارك المضمون له الغرماء فاسم لكن و ضمير يشارك بالبناء للفاعل راجعان إلى المضمون له الذى دل عليه المقام فكأنه قال المفلس كالحجر يصح ضمانه إذا رضى المضمون له لكنه لا يشارك الغرماء كما يأتى له فى قوله فإن اختلفا نعم قوله كذا مستدرك لا يكاد يتجه له وجه و الحكم مما لا ريب فيه إذ الحجر عليه إنما هو فى ماله لا فى ذمته

(قوله) (و لا يصح من الصبى و إن أذن له الولي)

قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (فإن اختلفا قدم قول الضامن لأصالة براءة الذمة و عدم البلوغ و ليس لمدعى الأهلية أصل يستند إليه و لا ظاهر يرجع إليه)

أى فإن اختلف الضامن و المضمون له فى وقوع الضمان من الضامن حال الصبا أو حال الكمال قدم قول الضامن فى أنه كان صبيا وقت الضمان لأن الأصل براءة الذمة و كذا الأصل عدم البلوغ و ليس لمدعى أهلية الضمان حين وقوعه و هو المضمون له أصل يستند إليه و لا- ظاهر يرجع إليه يكون معارضا للأصلين كما نبه على ذلك كله فى التذكرة و جامع المقاصد و نحوه ما فى المبسوط و التحرير و حكى الشهيد عن القطب أنه قال للمصنف إن معه أصل صحة العقد فقال يعارضه أصالة الصبا فيبقى أصالة البراءة سليما عن المعارض فكأنه لا أصل انتهى فليتأمل فيه و قال فى (جامع المقاصد) فإن قيل للمضمون أصالة الصحة فى العقود و ظاهر حال البالغ أنه لا يتصرف باطلا قلنا الأصل فى العقود الصحة بعد استكمال أركانها ليتحقق وجود العقد أما قبله فلا وجود للعقد فلو اختلفا فى كون

المعقود عليه هو الحر أم العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد و كذا الظاهر إنما يثبت مع الاستكمال المذكور لا مطلقا انتهى و هو جيد جدا و فيه دقة لكن ينبغي فيما إذا اختلفا في كون المعقود عليه الحر أن يقيد فيما إذا كان باعه بظنه أنه العبد أو نحو ذلك و إلا فعلى إطلاقه لا يتجه و الحاصل أنه يقدم مدعى الفساد في أركان العقد حيث يكون أصل يستند إليه أو ظاهر يعول عليه و قد صرح بذلك في باب الإجارة و غيرها لكنه في باب البيع فيما لو قال بعتك و أنا صبي قال إن احتمال تقديم قول البائع يعنى مدعى الصبا في غاية الضعف لأن أصالة البقاء مندفعه بالإقرار بالبيع المحمول على البيع الصحيح شرعا فإن صحته تقتضى عدم بقاء الصبوة فلا يعد معارضا كما لا يعد احتمال الفساد معارضا لأصالة الصحة في مطلق الإقرار بوقوع عقد البيع ثم قال (فإن قلت) أصلا قد تعارضا للقطع بثبوت وصف الصبوة سابقا (قلت) قد انقطع بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح إلى آخر ما قال و قد أطنب في ترجيح ذلك و أطال و مثل ذلك قال في باب الرهن فيما إذا قال الراهن أذنت لى فى البيع فبعت قبل رجوعك عن الإذن و قال المرتهن إنما بعت بعد الرجوع و قد بينا الحال فى ذلك هناك و نقضناه عليه فى المقامين (هذا) و لو انعكس الأمر كأن قال المضمون له ضمنت و أنت صبي و ادعى الضامن البلوغ قدم قول مدعى الصحة و هذا كله إذا لم يحصل العلم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦٢

بخلاف ما لو ادعى شرطا فاسدا لأن الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا (١) و كذا البحث فيمن عرف له حالة جنون أما غيره فلا (٢) و المكاتب كالعبد (٣) و المريض يمضى من الثلث (٤) و الأخرس إن عرفت إشارته صح ضمانه و إلا فلا

[الثالث المضمون عنه]

(الثالث) المضمون عنه و هو الأصيل و لا يعتبر رضاه فى صحة الضمان (٥) لأنه كالأداء

بصدق أحدهما كما إذا عينا للضمان وقتا يعلم الحال فيه و لو حصل الاختلاف فى وقوع العقد يوم الجمعة و كان فيه كاملا و فى يوم الخميس قبله و كان باتفاقهما فيه صبيبا فالعقد حادث و الأصيل تأخره عن يوم الخميس فيقضى بوقوعه يوم الجمعة و دخول يوم الجمعة حادث و الأصيل تأخره عن العقد فيقضى بوقوعه يوم الخميس فتساقطا و أصل البراءة يعضد الأصيل الثانى و أصل صحة العقد و ظاهر حال المسلم البالغ يعضدان الأول لكنه يجرى فيهما ما تقدم فتأمل
(قوله) (بخلاف ما لو ادعى شرطا فاسدا لأن الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا)
لأن الأصيل فى العقد الصحة مع اعتضاده بالظاهر
(قوله) (و كذا البحث فيمن عرف له حالة جنون أما غيره فلا)

كما فى التذكرة و التحرير و معناه أنه لو ادعى من يعتوره الجنون أنه ضمن حال جنونه و ادعى المضمون له أن ضمانه فى حال إفاقته فإن القول قول الضامن لما تقدم أما لو لم يعلم منه جنون سابق فادعى أنه حال الضمان كان مجنونا فإنه لا تسمع دعواه و له إخلاف المضمون له إن ادعى علمه بالجنون و كذلك لو ادعى أنه كان ساهيا أو غافلا أو مكرها إلا أن تعلم له هذه الحالات فى الغالب أو كثير من حالاته و هذه و إن رجعت بالأخرة إلى شرائط الأركان لكنها لا يعتد بها ما لم تعرف من حاله فى كثير من أحواله فما لم تعرف من حاله يكون حالها حال الشروط الخارجة و فى (المبسوط) أنه إذا لم يعرف له حال جنون و ادعى أنه كان مجنونا أن القول قوله لأن الأصيل براءة الذمة و المصنف فى باب الخلع قال و لو ادعت وقوعه حال جنونه و ادعى وقوعه حال إفاقته و بالعكس فالأقرب تقديم قول مدعى الصحة (و فيه) أن الأصيل عدم الوقوع و بقاء النكاح و البراءة من العوض مضافا إلى ما مر

(قوله) (و المكاتب كالعبد)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و تحرير المقام أن يقال المكاتب المشروط و أم الولد و المدير كالتن فى الضمان لا يصح ضمانه إلا بإذن سيده لأنهم محجور عليهم فى تصرفاتهم أو يقال إنه يصح و يتبع به بعد العتق على الخلاف الذى سبق و لو ضمن بإذن سيده صح لأن الحق للمكاتب أو للسيد لا يعدوهما و قد اتفقا على الضمان و يكون فى ذمته أو فى كسبه (وقال) فى التذكرة الوجه عندى الصحة إن استعقب ضمانه الرجوع كما لو أذن له المضمون عنه فى الضمان و كان الضمان مصلحة لا مفسدة كما لو كان المضمون عنه معسرا فإنه لا يصح و أما المكاتب المطلق فليس للسيد منعه من الضمان مطلقا كيف شاء لانقطاع تصرفات المولى عنه و لو كان بعضه حرا و بعضه رقيا و لا مهابة بينه و بين السيد لم يكن له الضمان إلا بإذنه و كذا لو كان بينهما مهابة و ضمن فى أيام السيد و لو ضمن فى أيام نفسه فالأقرب الجواز كما فى التذكرة (قوله) (و المريض يمضى من الثلث)

إذا كان مرض الموت عند قوم و من الأصل عند آخرين كما تقدم بيانه مسبقا (قوله) (الثالث المضمون عنه و هو الأصيل و لا يعتبر رضاه فى صحة الضمان)

إجماعا كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح و فى (الرياض) بلا خلاف أجده حتى من القائلين بعدم الصحة مع الإنكار فإن قولهم بذلك غير مبنى على اعتبار رضاه ابتداء بل على جعلهم الإنكار مانعا انتهى و هو كلام غير منقح و لا محرر كما ستعرف و يدل عليه بعد الإجماع العمومات و ظواهر

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦٣

فيصح ضمان المتبرع و لو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأى (١)

الآيات المعبرة التى اكتفى فيه فى شرائط الصحة و الحكم بالزوم بمجرد رضا المشروط له أعنى المضمون له كما ستسمعها فى الكلام على رضاه و النبوى الدال على ضمان أمير المؤمنين عليه السلام ما فى ذمة الميت ليصلى عليه النبى صلى الله عليه و آله و سلم مضافا إلى الإجماع المحكى فى التذكرة و غيرها على صحة الضمان عن الميت و من المعلوم أنه لا يتصور رضاه و ما ذكره المصنف بقوله لا أنه كالأداء إذ المراد أن الضمان كأداء الدين و لما لم يعتبر رضا المديون لم يعتبر فى الضمان رضاه أيضا (قوله) (فيصح ضمان المتبرع و لو أنكر بعد الضمان على رأى)

موافق للسرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و المختلف و الإيضاح و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و هو الذى حكاها المصنف عن والده و قد نسب الخلاف إلى الشيخين فى المقنعة و النهاية و القاضى و ابن حمزة قال فى (النهاية) و متى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه ذلك و قبل المضمون له فقد برئ المضمون عنه إلا أن ينكر ذلك و يأباه فيبطل ضمان المتبرع فيكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان انتهى فظاهر المحقق فى الشرائع و المصنف فى الكتاب و التذكرة أنهما فهما من هؤلاء الجماعة أن مجرد الإنكار مانع عندهم و به فسر فى المسالك عبارة الشرائع قال أى أنكر المضمون عنه الضمان فإنه لا أثر لإنكاره فإنه إذا لم يعتبر رضاه ابتداء لا عبرة بإنكاره بعده و هو الذى فهمه شيخنا صاحب الرياض فقال ما سمعته آنفا و الذى فهمه ابن إدريس و كاشف الرموز و المصنف فى التحرير و المختلف و أبو العباس و المقداد و القطفى و فخر الإسلام فى بعض تحقیقاته و المحقق الثانى أن المراد بالإنكار فى كلام الجماعة عدم الرضا بالضمان و قد يكون المحقق و المصنف فى الكتابين فهما ذلك لمكان التفریع و هو الذى أفصحت به عبارة الوسيلة حيث عبر بالآباء و لم يعبر بالإنكار و إليه أشار فى النهاية بقوله و يأباه و على هذا فالمسألة أعنى مسألة عدم اعتبار الرضا خلافية كما فى كشف الرموز و التنقيح فلا- معنى لنفى الخلاف فيها و أما دعوى الإجماع فممكنة مع وجود الخلاف لأن المدار على القطع و وجه فهمهم الخلاف من كلام الشيخين أنهما جعلاه- عدم الرضا مانعا فيكون وجوده شرطا لعدم الطهارة بالنسبة إلى الصلاة فالمشكوك فيه يلحق بعدم كما حرر فى محله فيصير حاصل عبارة النهاية فقد برئ

المضمون عنه إذا رضى و إلا لم يبرأ سواء علم عدم رضاه أم لم يعلم و كيف كان فقد رموه على التقديرين بالضعف لعدم مقتضى للبطلان و الحق أن الشيخين و من وافقهما قد استندوا إلى رواية أشار إليها فى السرائر قال فى (السرائر) فأما رضا المضمون عنه فليس من شرط صحة انعقاده بل من شرط استقراره و لزومه لأن المضمون عنه إذا لم يرض بالضمان لم يصح على ما رواه و أورده بعض أصحابنا و الصحيح أنه يستقر و يلزم لأن الضمان نقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن بلا خلاف بينهم إلى آخر ما قال و على هذا يكون الخلاف فى اللزوم لا فى الصحة فيكون كالفضولى و سهل الخطب فى دعوى الإجماع و نفى الخلاف فى الجملة و هو خلاف الظاهر و لا يكون كلام قدمائنا بتلك المكانة من الضعف و لا معنى لقوله فى المسالك إنه ضعيف جدا بل يكون قويا جدا لمكان الرواية المرسله المعمول بها عند هؤلاء الأجلء و إنما ردها ابن إدريس على أصله و مخالفة المحقق و المصنف و أتباعهم لهم غير قاذحة لأنهم لم يحرروا كلامهم و لم يقفوا على دليلهم و مرادهم إلا أن تحمل عبارة الكتاب و الشرائع على ما احتملناه فيهما آنفا و ذلك كأنه بعيد عن عبارة التذكرة لأنه ذكره

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦٤

و يصح الضمان عن الميت و إن كان مفلسا (١) و لا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتيازته عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد منه إلى الضمان عنه (٢)

فى تذييب على حده من دون تفريع و إن جريت بها على ذلك انحصر عدم الفهم فى المسالك و الرياض لأنهما لا يجرى فيهما هذا التأويل و ليس هذا منا موافقة لهم و إنما هو بيان الحال و إن كلامهم ليس بتلك المكانة من الضعف و الاختلال (قوله) (و يصح الضمان عن الميت و إن كان مفلسا)

عند علمائنا أجمع كما فى التذكرة و به طفحت عبارات أصحابنا كالخلاف و المبسوط و الغنية و غيرها مما تأخر عنها و به قال الشافعى و مالك و أبو يوسف و محمد و المخالف أبو حنيفة و سفيان كما فى الخلاف قالوا لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء لأن الموت مع عدم المطالبة يسقط الوفاء بالحق و بطلانه ظاهر إذ لا يسقط بذلك ما فى الذمة ثم إن الأخبار من طرق الخاصة و العامة تخالف ما قالوا و ستمعها إن شاء الله تعالى

(قوله) (و لا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتيازته عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه)

أما عدم اشتراط معرفته بالوصف و النسب فهو خيرة الخلاف و الغنية و الشرائع و التذكرة و التحرير و المختلف و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و فى (التذكرة) لا يشترط معرفة المضمون عنه فلو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا لكن هؤلاء اختلفوا فى الشرائع و التحرير و المختلف و اللعة كالكتاب أنه لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه و فى (التذكرة) أن الأقرب أنه لا يشترط ذلك و هو خيرة الروضة و المسالك و المفاتيح و الكفاية و ظاهر إطلاق الباقيين و كأنه مال إليه فى جامع المقاصد لكنه حكى عن التذكرة ما يفهم منه التناقض بين كلاميهما لأنه حكى عنها أولا أنه لا يشترط معرفته بما يميزه ثم حكى عنها أنه قال نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن معه القصد إلى الضمان عنه و سكت مع أن الموجود فى التذكرة بعد ذلك التقييد بما لو لم يقصد الضمان عن أى من كان و به يرتفع التناقض و ما حكى فى المسالك و الكفاية عن المختلف من أنه اشترط فيه العلم بالمضمون عنه لعله لم يصادف محله و كأنهما إنما لحظا أول كلامه و قد قال فى آخر كلامه إنه لا يشترط علمه بنسبه و حاله فإنه يعنى الميت الذى صلى عليه النبى صلى الله عليه و آله و سلم بعد ضمان أمير المؤمنين عليه السلام معين بشخصه و حضوره عنده و هو معنى ما فى الكتاب و الأصل عدم معرفته بنسبه و حاله فتأمل و المخالف الشيخ فى المبسوط و المقداد فى التنقيح حيث ذهبوا إلى أن من شرطه معرفته أى المضمون عنه و قال فى (المبسوط) إنه الأظهر و وجهه بأنه لينظر هل يستحق ذلك عليه أم لا و معناه هل هو مما يستحق

عليه المال أو ليس مما يستحق عليه شيء و هذا قد يكون المراد به معرفته بنسبه و حاله و قد لا يكون مخالفا فيرجع بالأخرة إلى ما في الكتاب و قد استدل عليه في التنقيح بوجه للشافعي غير صحيح و هو أنه إحسان و لا بد من معرفة محله و إلا لجاز وضعه في غير أهله فلا يستفيد إلا محمده اللثام (و كيف كان) فحجبه المشهور على عدم اشتراط المعرفة بالوصف و النسب عموم قوله جل شأنه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ المتأيد بالأصل و بإطلاقات أخبار الباب و ما رواه أبو سعيد الخدرى فى ضمان أمير المؤمنين عليه السلام الدرهمين عن الميت الذى امتنع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من الصلاة عليه و ما رواه جابر فى ضمان أبى قتادة الدينارين عن الميت كذلك و هما يدلان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه و له حيث لم يسأل صلى الله عليه و سلم مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦٥

[الرابع المضمون له]

(الرابع) المضمون له و هو مستحق الدين و لا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه (١)

أمير المؤمنين عليه السلام و لا- أبا قتادة عن الميت و لا صاحب الدين (قلت) و قد يكون ذلك لعلمهما بهما لكن الأصل ينفيه و بأن الضمان وفاء دين عنه و هو جائز عن كل مديون و بأنه لا- يشترط رضاه فلا يشترط معرفته (و احتج القائلون) منهم باشتراط امتياز المضمون عنه ليصح معه القصد إلى الضمان عنه بأن الضمان يتوقف على العقد و هو متعلق بالمضمون عنه و الحق فلا بد من تمييزه بوجه تزول عنه الجهالة و يمكن القصد إليه (و أورد) عليه بأنه يشكل بمنع توقف القصد على ذلك فإن المعبر القصد إلى الضمان و هو التزام المال الذى ذكره المضمون له و ذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين فلو قال شخص إنى أستحق فى ذمة آخر مائة درهم مثلا فقال آخر ضمنتها لك كان قاصدا إلى عقد الضمان عن من كان عليه الدين مطلقا و لا دليل على اعتبار العلم بخصوصيته (قلت) قد يكونون أرادوا ما فى المبسوط من أنه هل هو ممن يستحق عليه حتى يتوجه القصد إليه فتأمل و ربما قيل إن الاستفادة من أخبار الباب اعتبار معرفة المضمون عنه و لو بوجه ما و الحكم بالصحة فيما ذكره كأنه يتوقف على الدليل و يشك فى تناول العمومات له فليتأمل

(قوله) (الرابع) المضمون له و هو مستحق الدين و لا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه

أما عدم اشتراط معرفته و العلم به فهو خيرة الخلاف و الغنية و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و الرياض و فى (جامع المقاصد) نسبتبه إلى الأكثر لما مر فى الحجته على عدم اشتراط معرفة المضمون عنه و لأن الواجب أداء الحق فلا حاجة إلى ما سوى ذلك و دعوى حصول الغرر لتفاوت الناس فى القضاء و الاقتضاء شدة و سهولة و اختلاف الأغراض فى ذلك فلا بد من المعرفة لأن الضمان مع إهمالها غرر و ضرر من دون ضرورة كما ترى لأنه هو الذى أدخله على نفسه مع أن الاستناد إلى الغرر يوجب اشتراط المعرفة بسهولة القضاء من المضمون له و حسن المعاملة و هو منفى بالإجماع كما فى المختلف و المخالف الشيخ فى المبسوط و المقداد فى التنقيح فقالوا- باشتراط علم الضامن به و قد نفى عنه البأس فى التذكرة لحصول المعاملة بين الضامن و بينه فافتقر إلى معرفته للحاجة (قلت) إن اعتبرنا قبوله لفظا كما عليه الأكثر و إن لم يصرحوا به لمكان تصريحهم بأنه عقد لازم اقتضى ذلك تمييزه كما هو صريح اللمعة و جامع المقاصد و المسالك (و قد يقال) يمكن القول بعدم اعتبار تمييزه كما هو ظاهر إطلاق الأكثر حيث اعتبروا هنا رضاه و لم يذكروا فيه قبولا مخصوصا و لا امتيازه هنا مع اعتبار امتياز المضمون عنه و إن قلنا باشتراط قبوله لإمكان أن يضمن الضامن المال الذى فى ذمة المضمون عنه لمن كان له الحق و الحال أن المستحق حاضر فيقبل و لا يعلم به الضامن فاعتبار قبوله إنما يوجب تمييزه غالبا فتأمل و أما اعتبار رضاه فهو خيرة المبسوط و الوسيلة و الغنية و

سائر ما تأخر وقد نسب إلى الأ-كثر في التذكرة و المفاتيح و في (الرياض) نسبه إلى الأكثر و عامه من تأخر و هو كذلك و في (المسالك) أنه المشهور و في (التحرير) و كذا الغنية للإجماع عليه و في (الخلاف) أنه أولى محتجا بأن أمير المؤمنين عليه السلام و أبا قتادة ضمنا الدين عن الميت و لم يسأل النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن رضا المضمون له (و أجيب) بعد الغض عن السند بأنها واقعة لا عموم فيها و بأن ذلك إنما يدل على عدم البطلان قبل علمه و رده و نحن نقول بموجبه لأنه صحيح و لكن لا يلزم إلا برضا المضمون له كذا في المختلف و غيره (و قد يقال) إن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لم يصل إلا بعد وقوعه منهما و لا قائل بأنه مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦٦

.....

يقع صحيحا ثم ينفسخ و إن كان فضوليا لم يكن فيه دلالة للشيخ فتأمل و باحتمال وجود القرينة الدالة على رضا عدم ما يوفى به دينه من التركة على الظاهر مع كون الضامن مثل أمير المؤمنين عليه السلام أو أبي قتادة بمحضر من النبي صلى الله عليه و آله و سلم و بذلك يحصل العلم برضا المضمون له و لو بالفحوى و لعله كاف في الصحة بل و اللزوم و إن توقف على القبول اللفظي على الاختلاف على أنا قد نقول بأنه قد يكون حصل رضا المضمون له في الواقعتين و عدم النقل لا يدل على العدم و التمسك بأصالة العدم مشروط بعدم النص على الاشتراط و قد يقال إن رضا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كاف لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم (و استدل) للشيخ في الكفاية بموثقة إسحاق ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه علي دينك قال يبرئه ذلك و إن لم يوفه وليه من بعده و قال أرجو أن لا يأتهم و إنما إثمه على الذي يحبسه (و استدل) له في الحدائق بموثقة الحسن ابن الجهم قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات و له على دين و خلف ولدا رجالا و نساء و صبيانا فجاء رجل منهم فقال أنت في حل مما لإخوتى و أخواتى و أنا ضامن لرضاهم عنك قال تكون في سعة من ذلك و حل قلت و إن لم يعطهم قال ذلك في عنقه (قلت) فإن رجع الورثة علي فقالوا أعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم الظاهر فأما بينك و بين الله تعالى فأنت في حل منها إذا كان الرجل الذي أحلك يضمن رضاهم و بصحيفة حبيب الخثعمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له الرجل يكون عنده المال و دبعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه قال لا يأخذ إلا أن يكون له و فاء قال قلت أ رأيت إن وجدت من يضمنه و لم يكن له و فاء و أشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه قال نعم و أنت خير بأن ما تضمنه هذا الصحيح مخالف للقواعد الإجماع خارج عن محل النزاع لأنه ما تضمن براءة ذمة المديون من مال الغريم ينقله إلى ذمة الضامن و مثله الموثق الثاني في الأمرين معا لكونه صريحا في حصول البراءة بمجرد ضمانه لرضاهم و بهذين حصلت المخالفة للإجماع و الخروج عن محل النزاع و لهذا أطلق عليه السلام و قال إن للورثة المطالبة بالحكم الظاهر و هو أعم من وجود البينة على الضمان و عدمه و الحاصل أن استدلال صاحب الحدائق بهذين غفلة و الأصحاب أغفلوهما على رأى العين و أما الموثق الأول فهو مطلق بالنسبة إلى حصول رضا المضمون له و عدمه فليقيد بأدلة المشهور القوية المعتضدة المتعاضدة جمعا بين الأدلة للإجماع على تقديم النص على الظاهر و القوي على الضعيف (و حجة) المشهور بعد إجماعى التحرير و الغنية الأصل بمعنى أن الأصل عدم شرعيته حتى يثبت و صحيفه عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت و مفهومه نص في المطلوب و قد روى مثله في الفقيه عن الحسن ابن محبوب عن الحسن ابن صالح الثوري عن أبي عبد الله عليه السلام و مثله في الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام و إن كان لك على رجل مال و ضمنه رجل عند موته و قبلت ضمانه فالميت قد برئ و قد لزم الضامن رده عليك و الضعف منجبر بما عرفت مع التأييد بخبر احتضار عبد الله ابن الحسن فلو لم يعتبر رضا المضمون له لم يخبرهم و يبقى الكلام في حجية فعله لأنه قد يكون أخذه عن آبائه عليهم السلام و لهذا جعلناه مؤيدا و قد جعله في المختلف دليلا و على هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق و لو مع التراضى أم لا- بد من كونه بصيغة القبول اللفظي قولان أشار إليهما

المصنف كما ستسمع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦٧

و في اشتراط قبوله احتمال (١) فإن شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الإيجاب و القبول في العقود (٢)

[الخامس الحق المضمون به]

(الخامس) الحق المضمون به و شرطه المالىة (٣) و الثبوت فى الذمة (٤) و إن كان مترلزلا كالثمن فى مدة الخيار و المهر قبل الدخول (٥)

(قوله) (و فى اشتراط قبوله احتمال)

اختاره فى اللمعة و هو الأقرب كما فى التحرير و التذكرة و الأصح كما فى جامع المقاصد و الأجود كما فى المسالك و الأقوى كما فى الروضة لأن الضمان عقد إجماعا كما فى جامع المقاصد فلا بد فيه من القبول و لأن المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله إلى ذمته بغير رضاه و قد عرفت الحال فى قضيه أمير المؤمنين عليه السلام (و ليعلم) أن كل من قال إنه عقد قال إنه لازم و الاحتمال الثانى العدم و فى (الإيضاح) أنه الأولى لأنه التزام و إعانة للمضمون عنه و ليس هو على قواعد المعاملات و لقوله تعالى وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ و قد وافقه على ذلك المولى الأردبيلى و ليس بشيء بعد دعوى الإجماع على كونه عقدا لازما و انتقاض ما فى الإيضاح بالرهن كما فى التذكرة و المسالك فإن فائدته التوثق مع اشتراط القبول فيه فتأمل مضافا إلى الأصل و الاقتصار فيما خالفه من اللزوم و الانتقال على المتيقن من الإجماع و النص و ليس فيه تصريح بكفاية مطلق الرضا و إطلاقه مسوق لبيان حكم آخر فلا عبرة به لعدم وروده فى بيان حكمه كما حرر فى محله مضافا إلى ما فى الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام من قوله و قبلت ضمانه و هنا شيء و هو أنهم فى أول الباب قالوا إنه عقد و اختلفوا فى اشتراط القبول و القائل به حكم به بالأصح و الأقرب و نحو ذلك (قوله) (فإن شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الإيجاب و القبول فى العقود)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و كونه باللفظ الماضى و اللفظ العربى كما فى جامع المقاصد و المسالك و وجهه ظاهر

(قوله) (الخامس الحق المضمون و شرطه المالىة)

إجماعا معلوما و محكيا فى ظاهر الغنية و قد يظهر من غيرها و ضابطه ما جاز عقد الرهن عليه كما فى (اللمعة) أو أن يكون مما يصح تملكه و بيعه كما فى (التذكرة) قال فلا يصح ضمان ما ليس بمال و كما لا يصح بيع المحرمات و الربويات و غيرها مما تقدم فكذا لا يصح ضمانها

(قوله) (و الثبوت فى الذمة)

إجماعا كما فى الغنية و غيرها كما ستسمع فلو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو على لم يصح إجماعا كما فى (التذكرة) و قد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة فى الذمة كضمان الأعيان المضمونة و العهدة و نقصان الصنجة و غير ذلك كما ستسمع فهى إما مستثناة أو الشرط أغلبى كما يأتى بيان ذلك

(قوله) (و إن كان مترلزلا كالثمن فى مدة الخيار و المهر قبل الدخول)

كما طفحت به عباراتهم كالخلاف و الغنية و غيرها و فى (المبسوط) نفى الخلاف و ظاهره بين المسلمين عن صحة ضمان الثمن فى البيع بعد تسليم المبيع و المهر بعد الدخول و الأجرة بعد دخول المدة و عن صحة ضمان الثمن قبل التسليم و الأجرة قبل انقضاء

الإجارة و المهر قبل الدخول قال فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة فيصح ضمانها أيضا بلا خلاف انتهى و قول المصنف و غيره كالثمن فى مدة الخيار شامل بإطلاقه لما إذا كان الخيار لهما أو لأحدهما و لما إذا كان ضمانه أى الثمن قبل القبض أو بعده عن المشتري أو عن البائع لنفسه أو لعهدته أما ضمانه قبل القبض فإنما يصح عن المشتري لا عن البائع أما صحته عن المشتري سواء كان الضمان لنفسه أم لعهدته فإنما تكون إذا لم يكن معينا فيضمن عن المشتري للبائع الثمن الذى فى ذمته فينتقل إلى ذمة الضامن هذا إذا كان لنفسه و إذا كان لعهدته فإنه يضمن للبائع عهده الثمن لو ظهر مستحقا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦٨

أو لو لم يكن لازما لكن يؤول إليه كمال الجعالة قبل الفعل (١)

إذا كان غير معين أيضا لأنه لا يبطل البيع باستحقاقه بل يرجع إلى ثمن آخر و لا كذلك لو كان معينا و ظهر مستحقا فإنه يبطل البيع و لو كان الضمان حينئذ لتجوز كونه معينا صح سواء كان معينا أو غير معين و أما عدم صحته عن البائع قبل قبضه على تقدير ظهور المبيع مستحقا فإنه ضمان ما لم يجب لأنه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهدته فيكون كما لو ضمن ما يستدينه و هذا هو المراد مما فى الشرائع و التحرير من قولهما و لو كان قبل القبض لم يصح ضمانه عن البائع و أما ضمانه بعد القبض فقد يكون للبائع القابض له بأن يضمن له عهدته على تقدير ظهوره مستحقا على وجه لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان غير معين أو على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بأرشفه و قد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقا ليرجع به و على التقديرين فالضمان إنما هو لعهدته لا له نفسه فكان الضمان فى أكثر الصور ضمان عهده فقولهم كالثمن فى مدة الخيار تشبيه للحق الثابت المتزلزل لا للمضمون إذ المضمون هو نفسه إنما هو فى صورة واحدة (و ليعلم) أن ضمان العهدة يفارق ضمان الثمن نفسه من جهة الصيغة و الحكم فصيغة الأول ضمنت لك عهدته و دركه فلا يفيد نقلا و صيغة الثانى أعنى ضمان النفس ضمنت لك الثمن الذى فى ذمة زيد يفيد انتقاله إلى ذمة الضامن فالفرق بينهما فى اللفظ و المعنى

(قوله) (أو لم يكن لازما لكن يؤول إليه كمال الجعالة قبل الفعل)

عقد الجعالة من العقود الجائزة يصح لكل من الجاعل و العامل فسخه قبل العمل و بعده و من أحكامه أن العامل لا يستحق المال المجعول إلا بتمام العمل فلو بقى منه شىء و إن قل فليس له شىء بخلاف الإجارة حيث إن أجرتها موزعة على العمل بالنسبة فضمان مال الجعالة إن كان بعد تمام العمل فلا خلاف فى صحته للزومه للجاعل و قد نفى عنه الريب و الشبهة جماعة و إن كان قبله ففى المبسوط و الشرائع و التحرير و مجمع البرهان أنه يصح ضمانه و كذا المختلف و إن خالف فى الدليل و فى (الخلاف و الغنية) يصح ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة به و لعله يؤول إلى ما فى المبسوط كما فهمه الجماعة و إلا فلو أراد بعد تمام العمل كما يظهر من المختلف لما احتاج إلى الاستدلال عليه بما ستمتع و وافق فى التذكرة فيما إذا ضمن بعد الشروع فى العمل (و احتج) عليه فى المبسوط و الخلاف و الغنية بقوله تعالى (وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) قال فى (الخلاف) و هذا نص و قوله صلى الله عليه و آله و سلم الزعيم غارم و قد استدلت الفقهاء بالآية الكريمة و كذا الحديث على مسائل من الجعالة و الضمان فليكن هذا منها و استدلت الشيخ أيضا على ما حكاه عنه فى التذكرة و لم أجده فى المبسوط و الخلاف بأن مال الجعالة يؤول إلى اللزوم إذا عمل تمام العمل و الذى لا يلزم إنما هو العمل و أما المال فيلزم به فالضمان للمال لا للعمل انتهى فتأمل و استدلت عليه فى المختلف بأن الحاجة ماسة إليه فجاز ضمانه كقوله ألق متاعك و على ضمانه و يستفاد من هذا أن الظالم إذا حبس رجلا و أراد منه مالا غرامه من غير حق كما هو عادة الحكام و قال لآخر اضمن عنى هذا المال و خلصنى من يد الظالم من الحبس و العقوبة أن الضمان صحيح و له الرجوع عليه بما أدى عنه و قد نبهنا على ذلك فى باب الديات و استدلت على ما ذهب إليه فى التذكرة بوجود سبب الوجوب و بانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن فى مدة الخيار و مراده بسبب الوجوب الشروع فى العمل المنتهى إلى اللزوم لا أنه العقد كما فهمه فى المسالك

و قد ناقشه المحقق الثاني و الشهيد الثاني بانتفاء الثبوت و اللزوم فيما بقي من الجعل الذي لم يأت بمقابله من العمل و بالفرق بينه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٦٩

و مال السبق و الرماية (١) و الأقرب صحة ضمان مال الكتابة و إن كانت مشروطة (٢)

و بين الثمن في مدة الخيار (قلت) هو لم يقل إنه يلزم فيما بقي بل قال إنه ينتهي إلى اللزوم يعني بتمام العمل كما صرح به في آخر كلامه في حجة الشيخ و هذا هو المراد من التشبيه فلم يتجه الإيرادان و الأمر واضح و كلام المحقق الثاني قد يدل على أنه لا دليل في المسألة غير ما حكاه عن التذكرة و اختار أي المحقق الثاني عدم الصحة قبل الفعل و الشهيد الثاني كأنه متردد كصاحب الكفاية و مثل ضمان مال الجعالة ضمان الوديعة قبل استقرار الجنائية و قد حررناه في بابه و قول المصنف لم يكن لازماً لكن يؤول إلى اللزوم أراد به الإيماء إلى وجه الصحة و لذلك وقعت هذه العبارة في المبسوط و الشرائع و التحرير و غيرها فلو قال لو لم يكن ثابتاً لكنه يؤول إليه لفاتت هذه الفائدة و خالف كلام الأصحاب فاندفع ما في جامع المقاصد (قوله) (و مال السبق و الرماية)

كما في المبسوط و الخلاف و جامع المقاصد و المسالك لقوله صلى الله عليه و آله و سلم الزعيم غارم و لأن الأصح أنه عقد لازم و كيف كان فيلزم المال فيه بالعقد فيصح ضمانه و تردد فيه في الشرائع و بين الأمر في التذكرة على أنه هل هو جعالة أو إجارة فإن كان إجارة صح الضمان و إن كان جعالة فكضمان الجعل و قد عرفت مختاره فيه فيها و هذا كله إذا كان الضمان قبل العمل أو قبل تمامه و أما إذا كان بعد تمام العمل فلا شبهة في صحة ضمانه كما هو واضح و قد صرحوا به (قوله) (و الأقرب صحة ضمان مال الكتابة و إن كانت مشروطة)

كما هو خيرة التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و في (الشرائع) لو قيل به كان حسناً و المخالف الشيخ في المبسوط حيث منع من ضمان مال الكتابة مطلقاً للعبارة و لم يفرق بين المطلقة و المشروطة قال لأنه لا يلزم العبد في الحال لأن للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز فلا يلزم العبد في الحال و لا يؤول إلى اللزوم لأنه إذا أدها عتق و إذا عتق خرج عن أن يكون مكاتباً فلا يتصور أن يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه فهذا المال لا يصح ضمانه لأن الضمان إثبات مال في الذمة و التزام لأدائه و هو فرع لزومه للمضمون عنه فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم و يكون في الفرع لازماً فهذا منعاً من صحة ضمانه و هذا لا خلاف فيه انتهى و هو مبني منه على ما يختاره من عدم لزوم مال الكتابة المشروطة من قبل العبد و المشهور المعروف بين المتأخرين هو القول باللزوم فيصح ضمان مالها بل قالوا لو قلنا بالجواز فالصحة متجهة أيضاً لأن المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد غايته أنه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق كما في التحرير و غيره و امتنع التعجيز كما لو أدى المال بنفسه و بهذا يحصل الفرق بينه و بين الثمن في زمن الخيار فإن أداء الثمن لا يمنع الخيار و غاية الضمان أنه قبض فلا يمنع بطريق أولى و من هنا أشكل الجواز على تقدير الجواز لأنه يؤدي إلى اللزوم قهراً على المكاتب بناء على عدم اشتراط رضا المضمون عنه فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز و موضع الخلاف كما في المسالك الكتابة المشروطة و قال لا خلاف في لزوم المطلقة (قلت) ظاهر عبارة الشرائع و التحرير و التذكرة و المختلف أن محل النزاع بينهم و بين الشيخ المطلقة (مطلق خ ل) الكتابة حيث تعرض في هذه الأربعة للخلاف و لعله فهمه أي نفى الخلاف من أن مذهبه في المبسوط أن الكتابة إن كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين و إن كانت مشروطة فهي لازمة من جهة السيد دون العبد و إن كان كلامه في الخلاف قد يعطى خلاف ذلك لكن الظاهر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧٠

و يصح ضمان النفقة الماضية و الحاضرة للزوجة لا المستقبل (١)

كما فى المختلف موافقة المبسوط فكلامه فى الباب منزل على كلامه فى ذلك الباب فتأمل
(قوله) (و يصح ضمان النفقة الماضية و الحاضرة للزوجة لا المستقبلة)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و كذا الخلاف و فى (مجمع البرهان) لعله لا خلاف فيه و هو كذلك لأن النفقة كالعوض عن التمكين فهى دين فيصح ضمان الماضية و الحاضرة منها أما الماضية فلا استقرارها فى ذمة الزوج بمضى الزمان و أما الحاضرة فلأنها تجب بطولع الفجر و تثبت فى ذمته و أما المستقبلة فإنها غير واجبة فى الذمة فلا يصح ضمانها لأن النفقة عندنا إنما تجب بالعقد مع التمكين الكامل و هى أن تخلى بينه و بين نفسها قولاً و فعلاً لا بمجرد العقد و عدم النشوز و فرق واضح بين التمكين الكامل و عدم النشوز و التمكين الكامل ليس بحاصل فى زمان لم يقع بعد و قد علل فى الشرائع صحة ضمان الحاضرة و الماضية باستقرارهما فى ذمة الزوج فأورد عليه فى المسالك أن النفقة الحاضرة لا إشكال فى وجوبها و ثبوتها مع التمكين أما استقرارها ففيه نظر مبنى على أنها لو نشزت فى أثناء ذلك النهار هل تسترد أم لا و فيه خلاف و أنت خير بأن مراده بالاستقرار الثبوت كما يرشد إليه مقابلتها بالمستقبلية و عدم فرقهم فى المقام بين المئونة و الكسوة حيث يقولون بصحة ضمانها حاضرة و ماضية يقضى بأنهما من سنخ واحد و أنهما تمليك و إلا فلو لم يكسها مدة كانت الكسوة كالإسكان لا تكون ديناً عليه على القول بالإمتاع فلا يصح ضمانها و على القول بالتمليك تكون ديناً يصح ضمانها ثم إن صاحب المسالك أطلق الخلاف من دون تفصيل بالنسبة إلى الكسوة و المئونة مع أن الناشز و الميئة و الميت زوجها بالنسبة إلى الكسوة على القول بأنها إمتاع يسترد زوجها ما وجده منها قولاً واحداً من القائلين بذلك إن كان هناك قائل بذلك و لم نجده لأحد من المتقدمين و الأساطين نعم هو لبعض متأخري المتأخرين و المصنف فى الإرشاد و إن كان ظاهره الإمتاع لكن آخر كلامه يعطى التمليك و أما المئونة فقد اختلفوا فى استردادها فى الناشزة فى أثناء النهار و أما لو ماتت أو مات فى أثناءها أو طلقها فالظاهر أنهم لا يختلفون فى أنها لا تسترد منها نفقة النهار لو بقى منها شىء و اختلفوا فى نفقة الليل و كيف كان فقد قال فى التحرير فى الفرق بين مال الجعالة قبل العمل و بين النفقة المستقبلية إشكال (قلت) قد يمكن تجشم الفرق و قال فى (المبسوط) بعد أن قال بصحة ضمان الحاضرة و الماضية دون المستقبلية إنما يصح ضمان نفقة المعسر لأنها ثابتة على كل حال و أما الزيادة عليها إلى تمام نفقة المؤسر فهى غير ثابتة لأنها تسقط بإعساره و تبعه على ذلك القاضى و رده فى المختلف بأن الاعتبار حينئذ بالزوج فإنه إن كان مؤسراً و جبت نفقة المؤسر و إن كان معسراً و جبت نفقة المعسر و لا يسقط الزائد على نفقة المعسر بإعسار المؤسر بعد وجوبه و إنما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحة ضمان النفقة المستقبلية و قول الشيخ فى المبسوط كأنه مذهب المخالف و تفرغ على تسويغ ضمان النفقة المستقبلية و تبعه ابن البراج توهم أن ذلك فتواه (قلت) كلام المبسوط فى المقام ليس فيه تعرض لأهل الخلاف أصلاً لكن الباعث له على حمل كلامه على هذا الوجه البعيد جداً أنه بالنسبة إلى النفقة الماضية لا يكاد يعقل و بالنسبة إلى الحاضرة بعيد جداً لبعده احتمال الإعسار فى ذلك النهار و وجه التفرغ المذكور على مذهب أهل الخلاف أن القائل بضمن المستقبلية شرط تقدير المدة و أن يكون المضمون نفقة المعسر و إن كان المضمون عنه مؤسراً أو متوسطاً لأنه ربما يعسر فالزائد على

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧١

و الحاضرة للقريب دونهما (١) و لو ضمن ما سيلزمه ببيع أو قرض بعده لم يصح (٢) و لا ضمان الأمانة كالوديعة و المضاربة (٣) و يصح ضمان أرش الجنابة و إن كان حيواناً (٤)

نفقة المعسر غير ثابت لأنه يسقط بالعسر و هناك خلاف آخر لابن إدريس فإنه بعد أن حكم بصحة ضمان الماضية و الحاضرة دون المستقبلية قال فى الموضع الذى يصح ضمانها لا يصح إلا أن تكون معلومة لأن ضمان المجهول على الصحيح من المذهب و

عند المحصلين من الأصحاب لا يصح و قضيته أنها لا يصح ضمانها فى الحالين إلا بعد أن يحكم بها الحاكم و يأتى إن شاء الله تعالى أن ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه يصح و أن الذى لا يمكن استعلامه لا يصح قولاً واحداً و النفقة مما يمكن استعلامها (قوله) (و الحاضرة للقريب دونهما)

أى يصح ضمان النفقة الحاضرة للأب و الأم و إن عليا و الولد و إن نزل و لا يصح ضمان المستقبل و الماضى كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و كذا مجمع البرهان لأن الحاضرة تجب بطول الفجر و الفرق بينها و بين نفقة الزوجه أن الغرض منها البر و الصلة و المواساة فتفوت بفوات الوقت و بضيافة الغير و نحو ذلك و نفقة الزوجه معاوضة فسيلها سبيل الدين ف ضمان الماضى من نفقة الأقراب ضمان ما لا يجب و أما المستقبل منها فأولى بعدم الصحة (قوله) (و لو ضمن ما سيلزمه ببيع أو قرض بعده لم يصح)

هذا تفريع على الثبوت فى الذمة و المراد أنه لو ضمن ديناً لم يجب بعد و لكنه يجب بعد ذلك بقرض أو بيع أو شبههما لم يصح و لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو على لم يصح أيضاً عند علمائنا أجمع كما فى التذكرة و فاعل يستلزمه راجع إلى المضمون عنه فيصير المعنى لو ضمن ما يستلزمه ببيع أو قرض (قوله) (و لا ضمان الأمانة كالوديعة و المضاربة)

كما فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و قال فى (التذكرة) إذا ضمن عينا لمالكها و هى فى يد غيره فإن كانت أمانة لم يتعد فيها الأمين لم يصح الضمان كالوديعة و العارية غير المضمونة و مال الشركة و المضاربة و العين التى يدفعها إلى الصانع و المال فى يد الوكيل و الوصى و الحاكم و أمينه إذا لم يقع منهم تعد أو تفریط عند علمائنا أجمع لأنها غير مضمونة العين و لا مضمونة الرد و إنما يجب على الأمين مجرد التخليه فإذا لم تكن مضمونة على ذى اليد لا تكون مضمونة على الضامن و لو ضمنها إن تعدى فيها لم يصح أيضاً لأنه ضمان ما لم يجب و لم يثبت فى الذمة فيكون باطلاً كما لو ضمن ما يدفعه إليه قرضاً و يدل على عدم صحته فى الأمرين أعنى ضمان الأعيان أو على تقدير تلفها زيادة على ما سمعت أن الأصل عدم الضمان فيقتصر فيه على المتيقن و المتيقن هو المال الثابت فى الذمة و الأعيان فى الصورة الأولى لا يمكن ضمانها لأنها لا تنتقل من ذمة إلى أخرى و فى الصورة الثانية لم يثبت شىء فى الذمة حين الضمان كما عرفته آنفاً و ستعرف الحال فيما علل به عدم صحة الضمان فى الشرائع من قوله لأنها غير مضمونة بالأصل (قوله) (و يصح ضمان أرش الجنائى و إن كان حيواناً)

أى و إن كان الأرش حيواناً قال (فى التذكرة) يصح ضمان أرش الجنائى عند علمائنا سواء كان من النقدين أو الإبل و غيرها من الحيوانات لأنه مال ثابت فى الذمة فصح ضمانه كغيره من الحقوق الثابتة فى الذمة و قال بعض أصحاب الشافعى لا يجوز ضمان إبل الدينة لأنها مجهولة الصفة و اللون و فيه أنا نمنع بطلان ضمان هذا المجهول و أن الإبل الواجبة فى الذمة عن النفس و الأعضاء و الجراحات معلومة العدد و السن و جهالة اللون و غيره من الصفات لا تضر مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧٢

و مال السلم (١) و الأعيان المضمونة كالغصب و العارية المضمونة و الأمانة مع التعدى على إشكال (٢)

(قوله) (و مال السلم)

إجماعاً كما فى ظاهر التذكرة و المخالف أحمد فى إحدى الروايتين لأنه يؤدى إلى استيفاء المسلم من غير المسلم إليه و هو كما ترى (قوله) (و الأعيان المضمونة كالغصب و العارية المضمونة و الأمانة مع التعدى على إشكال)

صحة ضمان الأعيان المضمونة (المغصوبة خ ل) خيرة المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و كذا المفاتيح مطلقين هذه الكلمة

بهذه العبارة و نحوها و لعلمهم أرادوا إما وجوب الرد أو ضمان القيمة على تقدير التلف كما نبه عليه في المبسوط في آخر كلامه إذ لا معنى لضمان العين بدونهما و لذلك صور في التذكرة لضمانها صورتين (الأولى) أن يضمن رد أعيانها و جوزه لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه و رده في (جامع المقاصد و المسالك) بأن الثابت إنما هو وجوب الرد و ليس بمال و أن من خواص الضمان انتقال الحق إلى ذمة الضامن و براءة المضمون عنه و هنا ليس كذلك لأن الغاصب مخاطب بالرد و مكلف به إجماعاً و إنما يفيد هذا الضمان ضم ذمة إلى ذمة و ليس من أصولنا (الثانية) أن يضمن قيمتها على تقدير التلف و قوى صحته لأن ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان و يأتي له في باب الكفالة أنه يصح ضمانها و أنه لا يضمن قيمتها على تقدير التلف و رد في الكتابين بأنه ليس بواقع فهو ضمان ما لم يجب و إن وجد سببه لأن القيمة لا تجب إلا بالتلف و لم يحصل و أيضاً فإن الثابت في ذمته هو كونها بحيث لو تلفت ثبتت قيمتها في ذمة الغاصب و هذا حكم شرعي تابع لوصف الغصب و الاستعارة و التعدي في الأمانة و الحكم الشرعي لا يمكن نقله بالضمان و في الأول أعني جامع المقاصد أن عدم صحة الضمان قوى و في الثاني أنه أقوى و في الإيضاح أنه الأصح و لا ترجيح في شرح الإرشاد لفخر الإسلام و لا الكفاية (قلت) قد يقال أن ليس من لوازم الضمان انتقال المال الثابت في الذمة أو شرائطه و لعل المراد أن الغالب أنه كذلك و إلا فما كان ليخفى على أولئك الأجلاء العظام هذا الشيخ في المبسوط ذكر الوجهين و علل عدم صحة الضمان بأنها غير ثابتة في الذمة و قال إنما يصح ضمان الحق الثابت في الذمة و يرشد إلى ذلك أنه في التذكرة قال ضمان المال عندنا ناقل و في ضمان الأعيان المضمونة و العهدة إشكال أقربه عندي جواز المطالبة كل من الضامن و المضمون عنه و قد جوز فيما حكيناه ضمان الأعيان المغصوبة و نحوها و جوز ضمان العهدة في موضع آخر و يرشد إلى ذلك أيضاً إطباقهم كما ستسمع على صحة ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع إذا كان قد قبضه و هو فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حالة الضمان و صرحوا أيضاً بصحة ضمان الثمن للبائع عن المشتري و إن كان عينا كما ستسمع فلو لم يكن ذلك أغلباً لما صح منهم ذلك مع تنبيههم على ما ردوا به عليهم بل لا نستبعد كما قال المقدس الأردبيلي صحة ضمان الأعيان بمعنى جواز طلب العين من الضامن أو ممن هو في يده على سبيل التخيير بمعنى أن المضمون له مخير في الطلب من أيهما شاء أو نقول يجب عليهما معا رد العين و عوضها بعد التلف كما هو الشأن في الغاصبين المتعديين أو نقول إن الضمان هنا ناقل بمعنى أنه يجب رد العين على الضامن بمعنى أنه يختص بالمطالبة فأخذها من الغاصب و يردها إلى مالكةا إن ثبت أنه لا بد من النقل مطلقاً و إلا فنقول إن النقل مخصوص فيما يمكن من الأموال التي في الذمة و الحاصل أنا قد نقول إنه لا دليل على كون الضمان مطلقاً ناقلًا فإن الإجماع و الخبر إنما هما في غير الأعيان و يشهد لذلك كلامهم في ضمان العهدة (و يعلم) أن قوله في الشرائع

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧٣

و ضمان العهدة للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه (١) و ضمان عهده إن ظهر عيب أو استحق (٢) و للمشتري عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج المبيع مستحقاً (٣)

لأنها غير مضمونة بالأصل في توجيه عدم صحة ضمان الأمانات كما أشرنا إليه آنفاً قد يعطى أن الأمانة مع التعدي لا يصح ضمانها لأنها ليست مضمونة بالأصل كالمغصوب و المستام و المقبوض بالبيع الفاسد إلا أن تقول إن مراده بالأصل ما يعم حالة الضمان بمعنى أن كل ما ليس بمضمون حين إرادة ضمانه لا يصح ضمانه و الأمانة مع التعدي مضمونة حال ضمانها لو ضمنها فتأمل (قوله) (و ضمان العهدة للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه)

قال في (المبسوط) العهدة و إن كان اسماً للصك فقد صار في عرف الشرع عبارة عن الثمن حتى إذا أطلق لا يعرف إلا ما قلناه و نحوه ما في التحرير و حواشي الشهيد و قد حكاه بعض عن التحرير و بعض عن الحواشي ساكتين عليه و قال في (التذكرة) سمي ضمان العهدة للالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده أو لما ذكره في الصحاح قال يقال في الأمر عهدة بالضم أي لم يحكم بعد و في

عقله عهده أى ضعف فكأن الضامن ضمن ضعف العقد و التزام ما يحتاج إليه من غرم أو أن الضامن التزم الرجعة عند الحاجة و هذا الأخير تفسير للعهد بـمعنى الدرك لا بمعنى الثمن و كلاهما معروف و معنى العبارة أنه يصح ضمان الثمن عن المشتري للبائع إذا كان ديناً و هذا لا ريب فيه و أما إذا كان عينا فهو من جملة الأعيان المضمونة ففى (جامع المقاصد) لعل تجوز ضمانه لعموم البلوى و رعاية الحاجة و إطباق الناس على ضمان العهد انتهى و لم أجد من صرح بذلك لكن الأمر كذلك و إطلاق التحرير يتناول ذلك و يأتي تمام الكلام

(قوله) (و ضمان عهده إن ظهر عيب أو استحق)

أى يصح ضمان عهده الثمن أى دركه على تقدير ظهور عيب فيه أو ظهور استحقاقه و المراد ضمان عهده عن المشتري للبائع لأن الأرش على تقدير ظهور عيب حق ثابت حين الضمان و إن كان مترزلاً- لجواز الفسخ قبل التصرف و البديل واجب على تقدير الاستحقاق إذا لم يجر العقد على عينه و لا يضر كونه غير معلوم الثبوت حين الضمان للضرورة و انكشاف ثبوته بعد كما صرح بذلك كله فى جامع المقاصد و نحوه ما فى التذكرة فى موضع منها و فى (التذكرة) فى موضع آخر و التحرير و مجمع البرهان و المفاتيح الاقتصار على صحة ضمانه فيما إذا ظهر مستحقاً و قال فى (التذكرة) إن الأقوى عدم الجواز فيما إذا خرج معيباً و تمام الكلام و تحرير المقام يأتي إن شاء الله تعالى

(قوله) (و للمشتري عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج المبيع مستحقاً)

كما فى المبسوط و الخلاف و الوسيلة و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح لإطباق الناس على جوازه فى جميع الأعصار كما فى التذكرة و كذا مجمع البرهان و فى (المسالك) أن ظاهرهم الاتفاق عليه و قد قيد بكونه بعد القبض فى أكثر الكتب المتقدمة ما عدا المبسوط و الشرائع و الإرشاد و اللمعة بل فى الوسيلة و التذكرة و التحرير التصريح بأنه إن كان قبض الثمن صح الضمان و إن لم يكن قد قبض لم يصح و هو أيضاً مراد فى كلام من لم يقيد به لأنهم لا يختلفون فى أن الضمان لا بد فيه من ثبوت حق فى ذمة المضمون عنه فى نفس الأمر وقت الضمان بحيث يمكن تكليف غيره به و البائع ما لم يقبض لم يتعلق بذمته حق و قد استدلووا عليه بعموم أدلة الضمان و منها المؤمنون عند شروطهم و بالإجماع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧٤

أو رد بعيب على إشكال (١)

و استمرار الطريقة فى الأعصار المؤيد بالضرورة فإنه لو لم يجوز مثله و إن «١» قلنا إن ضمان الأعيان لا يصح لزم تعطيل كثير من المعاملات فإنه كثيراً ما يحتاج الإنسان إلى معاملة أشخاص لا يعرفون و لا يوثق بكلامهم و لا بملكيتهم و لا بيدهم إذ كثيراً ما تكون عادية و يخاف عدم الظفر بهم لو خرج مستحقاً و هذا و إن كان يقضى بألوية صحة ضمانه قبل قبضه كما هو ظاهر لكن تعارضه القاعدة الأخرى التى عرفتها و هى عدم صحة ضمان ما لم يجب كالإبراء عما لم يجب لكن قضية ذلك أن لا يتأملوا فيما إذا رد بعيب سابق و ما إذا ضمن درك ما يحدثه فليكن ذلك من هذا القبيل فتارك القيد قد يكون مخالفاً و لا سيما أن لحظت ما ذكرناه آنفاً فليتأمل جيداً و هذا كله إن لم يجز المالك البيع أو أجازته و لم يرض بقبض البائع و مثله ما لو تبين خلل فى البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه و نحو ذلك فإن ضمان الثمن للمشتري يصح فى جميع ذلك لما تقدم من العلة كما نص على ذلك جماعة كثيرين و قد يقال إنه لا يصح الضمان لأنه إنما جوز للحاجة و إنما تظهر الحاجة فى الاستحقاق لأن التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن و التحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن و عدم خلافهم فى صحة هذا يشهد على ما قلناه آنفاً و يأتي تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف له

(قوله) (أو رد بعيب على إشكال)

ينشأ من أن الثمن إنما وجب حينئذ بالفسخ فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب و من تقدم سبب الفسخ و دعاء الحاجة إليه كما في الإيضاح و جامع المقاصد و استشكل في التذكرة بسبب تفریط البائع لأن كان يمكنه الإعلام. و ما أعلم بالثمن فصار كأن الاستحقاق ثابت فيستحق الطلب و بسبب أنه فسخ متعقب كالتقاييل (قلت) و هو قوی و مجرد تفریطه لا يستلزم صحة ضمانه مضافا إلى الأصل مع عدم تحققه حين ضمان العهدة و هو الأشهر كما في الكفاية و هو خيرة الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكتاب أيضا في موضعين كما يأتي و في (جامع المقاصد) أنه قريب و ذكر الاحتمالين في المبسوط من دون ترجيح و قال في (الإيضاح) إن الحق الصحة لأن العذر الغالب أولى بالرخصة من النادر و ألق متاعك في البحر و على ضمانه أقل وقوعا من صورة النزاع فيكون الجواز هنا أولى انتهى و هو قوی متين أيضا بل قد يقال إنه أحد الفردين الثابتين حالة العقد على وجه التخيير لأنه مخير بين الرد بالعيب و المطالبة بالثمن و بين الرضا به و المطالبة بالأرش فيوصف بالثبوت قبل اختياره كالفرد من الواجب المخير فإنه يوصف بالوجوب قبل اختياره كما يأتي لهم مثله في ضمان الأرش انتهى و على تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق كما في الشرائع و إلا فقد يصح الفسخ بعيب لاحق كما لو وقع قبل القبض أو في الثلاثة و هذا لا يكون موجودا حالة الضمان الواقع عند البيع فيكون كالمتجدد من الأسباب لا يصح ضمانه قولاً واحداً هذا و قد عرفت أن المصنف هنا استشكل في الرد بالعيب و يأتي له بعد أسطر أن الأقرب أنه لا يصح يأتي له بعد صفحة الجزم بعدم الصحة و قد حكى في جامع المقاصد أن بعض الناس حاول الفرق بأن الإشكال هنا في تناول إطلاق لفظ ضمان عهدة الثمن لهذا القسم و أما تناولها لما إذا ظهر مستحقاً فلا شك فيه و استشهد على ذلك بقول الشيخ في المبسوط أنه إذا ضمن عهدة الثمن فخرج بعض المبيع مستحقاً

(١) كذا في النسخ و الظاهر زيادة أن (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧٥

أو أرش العيب (١)

فسخ المشتري لتبعض الصفقة طالب الضامن بالثمن كله و رده في (جامع المقاصد) بأن عبارة المصنف تأبى هذا الحمل قال و مع ذلك فالإشكال في وجوب الثمن على الضامن هنا إنما يتأتى على تقدير اللزوم لو صرح بضمانه إذا خرج عيب و رد به و المصنف لا يقول به كما سيأتي و أيضا فسيأتي هنا في كلام المصنف بعد صفحة رد كلام الشيخ هذا (قلت) هو توجيه لا بأس به في دفع التناقض من دون تقادم عهد و قوله بعده و الأقرب قرينه عليه و العبارة لا تأباه عند التأمل و ما ذكره لا يدفعه و قد أخذ هذا المتأول من مواضع من التذكرة و التحرير و قد فسر به في المسالك عبارة الشرائع في مواضع فمنها ما قاله في الشرائع و كذا لو فسخ بعيب سابق قال في (المسالك) أي لا يدخل ذلك في ضمان العهدة إلى أن قال و ربما قيل بدخول هذا الفرد في الإطلاق و صحة ضمانه إلى آخره و مثله المقدس الأردبيلي في مجمع البرهان حيث فسر تردد الشرائع في أرش العيب كما ستسمع على أنه هو في جامع المقاصد سيعترف بمثل ذلك حيث قال يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة إلى أرش المبيع إلى أن قال فيكون ضمانه مندرجا في ضمان عهدة الثمن و عبارة المبسوط تشهد بذلك و كم له في إشكالات الكتاب مثل ذلك فتأمل جيدا و يأتي الكلام في حال الضمان في «١» ما إذا تلف المبيع قبل قبضه و ما إذا ظهر بعضه مستحقاً فإن هذا من سنخ المسألة

(قوله) (أو أرش العيب)

هذا معطوف على الثمن أي يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة إلى أرش عيب المبيع كما هو خيرة الإرشاد و شرحه لولده و جامع المقاصد و كذا المسالك و تردد في المبسوط و الشرائع و التذكرة و جزم بالعدم في التحرير وجه الصحة أن الأرش جزء من الثمن

ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه مجهول القدر فيكون مبنيا على صحة ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه أو يختص ضمان العهدة بحكم زائد كما خرج من حكم ضمان الأعيان و بذلك يفارق الثمن حيث لا يدخل على تقدير الفسخ لأنه أي الثمن إنما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم (و وجه) العدم أن الاستحقاق له إنما حصل بعد العلم بالعيب و اختيار أخذ الأرش و الموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الأرش بل التخيير بينه و بين الرد فلم يتعين الأرش إلا باختياره و لو قيل إنه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كأفراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هنا بالثبوت قبل اختياره لزم مثله في الثمن لأنه قسيمه في ذلك كما نبهنا على ذلك آنفا قال في (المسالك) و الحق ثبوت الفرق بينهما فإن الثمن إنما وجب بالفسخ و أما الأرش فإنه كان واجبا بالأصل لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضة و يكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشراء و إنما ينتقل إلى الثمن بارتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تاما (قلت) قد يقال إنا لا نسلم أن الأرش واجب بالأصل و إنما الحاصل سببه و لا يثبت إلا باختياره فكان كالثمن كما أشار إليه هو في قوله و محصل الإشكال يرجع إلى أن الأرش هل هو ثابت بالعقد و إنما يزول بالفسخ و الرجوع إلى الثمن أو أن سببه و إن كان حاصلًا لا يثبت إلا باختياره قال و تظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب أو علم و لم يطالب فهل تبقى ذمته من انتقل عنه المعيب مشغولة له بالأرش أم لا (قلت) قد يقال إنه إذا لم يعلم تبقى ذمته الآخر مشغولة على التقديرين لئن كان عالما بالعيب كاتما له و إلا لزم ذهاب جزء من الثمن من غير عوض و هو بعيد جدا نعم يبرأ مما زاد

(١) لفظ في غير موجود في نسختين (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧٦

و يصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع و في السلعة للمشتري (١) و رداءة الجنس في الثمن و المثلث (٢) و الأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا و رده (٣) و الصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به (٤)

على أرش عيبه و تظهر الفائدة فيما إذا علم و لم يطالب فإنه يحتمل براءة ذمته و إن كان ثابتا فيها حيث إنه لم يختر المطالبة لأنه إنما ثبت له المطالبة مع العلم و عدم الرضا بالعيب و عدم الفسخ فإذا فعل أحدهما سقطت و يحتمل عدم براءتها لثبوته بالعقد طالب أم لم يطالب فليتأمل جيدا و احتمال في مجمع البرهان أن يكون وجه تردد الشرائع أن ضمان عهدة الثمن لا يشملها إلا أن يكون مقصودا و معلوما بينهما سواء ذكر ما يدل عليه بخصوصه أم لا حيث قال أي في الشرائع لأن استحقاقه ثابت عند العقد و فيه تردد (قوله) (و يصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع و في السلعة للمشتري)

كما في التذكرة بالنظر إلى آخر كلامه و التحرير و جامع المقاصد و المسالك ذكره في أثناء كلام له و بيان ضمان نقصانها في الأول أنه إذا جاء المشتري بصنجة و وزن بها الثمن فاتهمه البائع فيها فضمنها الضامن عن النقصان فإذا كانت الصنجة ناقصة صح الضمان لأنه ضمان العهدة فيطالب الضامن بالنقصان و منه يعلم حال ضمان نقصانها في السلعة للمشتري هذا إذا ضمن ذلك صريحا و هل يندرج تحت مطلق ضمان العهدة احتمالان و الصنجة بفتح الصاد و بالسین أفصح قاله في القاموس (هذا) و ألفاظ ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشتري ضمنت لك عهدته أو ثمنه أو دركه أو خلصتك منه و لو قال ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح لأنه لم يملك المبيع و لا خلاصه إلا بابتاعه لو ظهر مستحقا كما صرح بذلك في المبسوط و التذكرة و التحرير و قال في (مجمع البرهان) بعد أن نقل ذلك عن التذكرة الظاهر أن المراد التمثيل و إلا فكل لفظ يفهم منه ما يراد من ضمان العهدة يصح ذلك به للمشتري أو للبائع (قلت) ما استظهره هو الظاهر و قال في (المبسوط) فمتى أتى بواحدة من هذه الألفاظ صح الضمان لأنها موضوعة له انتهى فليتأمل فيه

(قوله) (و رداءة الجنس في الثمن و المثلن)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و التحرير بعد تأمل فيه و معناه أنه لو خرج المبيع رديئا من غير الجنس الذي يستحقه المشتري فرده على البائع طالب المشتري الضامن بالضرب المستحق له و كذلك الحال في الثمن و يبقى الكلام في أنه يندرج تحت مطلق ضمان العهدة أم لا الظاهر الأول لأنه كما إذا ظهر مستحقا

(قوله) (و الأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا و رده)

قد تقدم الكلام فيه مسبقا

(قوله) (و الصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به)

يعنى أن الأقرب الصحة في هذا الفرض كما هو خيرة التذكرة و المسالك و الروضة و الكفاية و كذا جامع المقاصد لأن الثمن يجب رده على البائع فأشبهه ما لو بان الفساد بالاستحقاق فكان الحق ثابتا وقت الضمان في الواقع و إن لم يعلم ثبوته ظاهرا فلا يكون ضمان ما لم يجب و يحتمل عدم الصحة لأن هذا الضمان إنما جوز للحاجة و إنما تظهر الحاجة في الاستحقاق لأن التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن و التحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن و أن المضمون ليس ثابتا في الذمة لأنه عين موجودة غاية ما في الباب أنه مضمون (أنها مضمونة خ ل) على تقدير التلف فيكون كضمان الأعيان المضمونة و قد عرفت الحال فيه بل هذا أبعد لأنه وقت الضمان غير معلوم الثبوت لأنه إنما يضمن على تقدير انكشاف الثبوت و يدفع ذلك قضاء

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧٧

و الأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته (١)

الضرورة بذلك و مشاركته الاستحقاق في المعنى و أنه كثيرا ما يتعذر على المتعاقدين أو أحدهما الاطلاع على صحة العقد و فساده وقت العقد فيكون في ذلك مندوحة عن هذا الضرر و هذا إذا ضمن ذلك صريحا و لعل الظاهر اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة لمشاركته الاستحقاق في المعنى

(قوله) (و الأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته)

كما في المقنعة و النهاية و الكافي و الكامل على ما حكى عنهما و المراسم و الغنية و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الإيضاح و اللمعة و المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و هو المحكى عن أبي علي و عن صاحب الرائع (١) و هو الأشهر كما في كشف الرموز و المسالك و الرياض و عليه الأكثر كما في جامع المقاصد و المفاتيح و عليه الفتوى كما في إيضاح النافع و عليه إجماع الطائفة كما في الغنية و روى الأصحاب جواز ذلك كما حكاه كاشف الرموز عن المبسوط و لم أجده في نسختين منه و قال في (كشف الرموز) لو عملنا بهذا نكون عملنا بقول الصادق عليه السلام خذ ما اشتهر بين أصحابك و قد تأمل في التذكرة و كذا التحرير في فهم ذلك من عبارة النهاية و ليس في محله كما اعترف به هو في المختلف و غيره و المخالف الشيخ في الخلاف و المبسوط و القاضى في المذهب على ما حكى عنه و ابن إدريس قال في (السرائر) إنه الصحيح من المذهب و عند المحصلين من الأصحاب و في (كشف الرموز) أنه أشبه و قد سمعت كلامه آنفا و كأنه تأمل في التحرير في ظهور عبارة المبسوط في الخلاف و قال إن عبارة النهاية مشككة و لم يرجح صاحب الوسيلة و المصنف في التذكرة (و احتجوا) عليه بأن الأصل الصحة و لعلمهم أرادوا عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بعموم قوله تعالى (وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ) و أشار إلى حمل البعير و الأصل عدم تعيينه و قوله صلى الله عليه و آله و سلم الزعيم غارم و ما رواه عطاء عن الصادق عليه السلام قال قلت له جعلت فداك إن علي دينا ذكرته فسد على ما أنا فيه فقال سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فعلى (٢) ضياعه و من ترك دينا فعلى دينه و من ترك مالا فعلى و كفاله رسول الله صلى الله عليه و آله و

سلم ميتا ككفالتة حيا و كفالتة حيا ككفالتة ميتا فقال الرجل نفست عنى جعلنى الله فداك و لو لم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم و لا- اعتبار إذ الباطل لا اعتبار به و امتنع من الإمام عليه السلام الحكم بأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كافل (قلت) و ينبغى أن يحتجوا عليه بضمان مولانا على بن الحسين عليهما السلام دين عبد الله بن الحسن و ضمانه لدين محمد بن أسامة فإنهما ظاهران بل صريحان فى عدم معلومية الدين و قدره و كميته وقت الضمان و أنت خير بأن محل البحث إنما هو بالنسبة إلى الضمان الذى يرجع به صاحبه على المضمون عنه و ظاهر الأخبار الثلاثة أنه ليس كذلك فلا تكون هذه الأخبار إلا صالحة للتأييد و كذلك الكلام فى الآية الشريفة فإنه متى خص محل البحث بما ذكرنا لم تكن من ذلك فى شىء لأن الظاهر منها إنما هو ضمان الجعالة فإن كان محل البحث الضمان بقول مطلق ثم الاستدلال بالآية الشريفة و الأخبار و إن خص بما ذكرنا صلحت للتأييد لا للاستدلال (و احتج الشيخ) فى الخلاف بأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن الغرر و ضمان المجهول غرر و بعدم الدليل على صحته (و أجاب) عنه فى المختلف بأنما هو فى المعاوزات التى تفضى إلى التنازع أما مثل الإقرار

(١) و هو ابن طاوس صاحب البشرى (منه)

(٢) الظاهر نقصان كلمة هنا فليراجع.

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧٨

فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان (١) لا ما يتجدد (٢) و لا ما يوجد فى دفتر أو كتاب (٣) أو يقر به المضمون عنه (٤) أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون (٥)

و الضمان فلا لأن الحكم فيها معين و هو الرجوع إلى المقر فى الإقرار و إلى البينة فى الضمان فلا غرر (و اعترض) بأن الغرر لا يزول بقيام البينة لجواز قيامها بمال يعجز عنه الضامن فلو ألزمناه لأدى إلى ضرره (و أجاب) جماعة كالمقداد و القطيفى بأن الضامن أدخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه فكان كما لو ضمن المعلوم مع عجزه عنه و لعل كلا من السؤال و الجواب فى غير محله إذ لعل غرضه فى المختلف أن الضمان كالجعالة و الرهن و نحوهما يحتل من الغرر ما لا يحتمله البيع و الإجارة و نحوهما و ليعلم أنه إنما يصح فى صورة يمكن العلم به بعد ذلك كقوله أنا ضامن للدين الذى لك عليه أما ما لم يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئا مما فى ذمته فلا يصح قولاً واحداً كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و به جمع بين قولى الشيخ صاحب الرائع حكاه عنه كاشف الرموز لعدم إمكان العلم به لصدق الشىء على القليل و الكثير و إليه أشار المصنف بقوله كما فى ذمته أى كضمان ما فى ذمته و نحوه ما فى الشرائع و غيرها و عساک تقول لم لا يصح و يلزمه أقل ما يقع عليه اسم الشىء لأننا نقول ليس هذا هو المضمون لانتفاء مانعته و إن كان بعض أفراده و الواجب هو المجهول و وجوب شىء فرع صحته (قوله) (فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان)

عاملى، سيد جواد بن محمد حسینی، 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 ٥، ص: ٣٧٨

كما فى المقنعة و النهاية و المراسم و أكثر ما تأخر عنها و فى (الغنية) الإجماع عليه و قيد بوقت الضمان لأنه الذى فى الذمة حينئذ (قوله) (لا ما يتجدد)

كما صرح به فى التحرير و التنقيح و جامع المقاصد و هو قضية قولهم يلزمه ما تقوم به البينة وقت الضمان لعدم دخوله فى الضمان (قوله) (و لا ما يوجد فى دفتر و كتاب)

بلا خلاف كما فى التنقيح و به صرح فى المقنعة و النهاية و غيرها لعدم ثبوته فى الذمة و إنما يلزم الثابت فيها خاصة (قوله) (أو يقر به المضمون عنه)

بلا- خلاف إلا من أبى الصلاح و أبى المكارم فيلزمه ما يقر به عندهما و ادعى الثانى عليه الإجماع و يوهنه مع كونه إقرارا على الغير انحصار القائل به فيهما نعم استشكل فى التنقيح و المفاتيح نعم إن كان الإقرار سابقا على الضمان لزم ضمان ما أوجبه الإقرار كما فى المختلف و غيره و عبارة الغنية لا تأبى التنزيل على ذلك و قد يكون مثله ما إذا صرح فى عقد الضمان بذلك (قوله) (أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون)

كما فى الشرائع و ما تأخر عنها و إنما استشكل صاحب المفاتيح و فى (المقنعة) أنه يلزمه ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد و قيده الشيخ فى النهاية برضا الضامن قال فإن حلف أى المضمون له على ما يدعيه و اختار هو ذلك و جب عليه الخروج منه و نحوه ما حكى عن القاضى فلو حلف المدعى بسبب الرد من غير رضا الضامن لزمه على مقتضى قول المفيد دون قول الشيخ و فى (المختلف) أن التحقيق أن نقول إن جعلنا يمين المدعى كالبينة كان له الرجوع على الضامن سواء رضى يمينه أو لا و إن جعلناها كالإقرار افتقر إلى رضا الضامن و وافقه على ذلك صاحب التنقيح و فى (جامع المقاصد) أن التحقيق أن الرضا لا أثر له إنما المؤثر وقوع الرد منه قال و لعلمهم أرادوا بالرضا ذلك (قلت) و لعل المفيد أراد بقوله إلا أن يحلف على ما يدعيه أن المضمون له يحلف برد الضامن فتلتزم كلمة المفيد و الشيخ و تقييد المصنف عدم اللزوم بحلف المضمون له بكون الرد من المديون يعطى ذلك فإنه متى كان الرد من الضامن أو منه و من المضمون عنه لزم ما يحلف عليه (و اعترض فى جامع المقاصد)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٧٩

و لو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ (١) و لا ضمنت شيئا مما لك عليه

على المختلف بأن كون اليمين المرودة كالبينة إنما هى فى حق راد اليمين كما أنها إذا كانت كالإقرار تكون كإقراره فلا يلزم الضامن على التقديرين إذا لم يرد أيضا قال فى (المسالك) يمكن دفعه بأن البينة لا فرق فيها بين أن يكون المنازع المضمون عنه أو الضامن لأن الحق يثبت بها مطلقا بخلاف الإقرار فإنه لا يثبت إلا على المقر فالبناء عليها متجه (قلت) كلامهم فى باب القضاء بعضه يعطى ما قاله المحقق الثانى و بعضه يعطى ما قاله الشهيد الثانى و مما يعطى ما قاله الثانى قولهم فى الثمرة أنه إذا اشترى المدعى شيئا من وكيل البائع ثم ادعى عليه فسخه بعيب سابق و أنكر الوكيل العيب و الفسخ و نكل عن اليمين و ردها على المدعى فإنه على القول بأنها كالبينة يرد لها أى السلعة على البائع و على الثانى على الوكيل و قد حققنا فى باب القضاء أنه حكم برأسه و أنه يجب اعتبار الأدلة فى الفروع التى فروعها و أن تلك التقريبات أشبه بالقياس و قد أسبغنا الكلام فى ذلك محررا هذا و ظاهر العبارة و غيرها و صريح التنقيح أن الخصومة بين المضمون عنه و المضمون له قال فى (التنقيح) لو لم يقم البينة بشيء من المال و أنكر المضمون عنه فتوجهت عليه اليمين فردها على المضمون له فحلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا قال الشيخ إلى آخره و قال فى (المسالك) و لا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه لأن الخصومة حينئذ مع الضامن و المضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقربه نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت ما حلف انتهى و نحوه ما فى الروضة و الرياض فظاهر المفيد كما هو صريح التنقيح أن الخصومة بين المضمون له و المضمون عنه و قد يظهر من النهاية أن الخصومة بين الثلاثة كما هو صريح جامع المقاصد و المسالك و الروضة و يمكن تنزيل كلامهم جميعا على ما إذا كانت خصومة المضمون له معهما و يبقى الكلام فى إمكان الفرض مع فرض الجهل من الضامن و هو ممكن فى أمثلة كثيرة (منها) ما إذا اختلفوا فى تشخيص ما فى الذمة كأن يثبت أن له عنده مائة فيقول

المضمون عنه و الضامن إنها مائة درهم و يقول المضمون له إنها مائة دينار و على هذا تلتئم الكلمة و يرتفع الخلاف في المسألة بين المفيد و الشيخ بالتنزيل المتقدم و بينهما و بين المشهور لأنهم يقولون لا بد من الرد من الضامن منفردا أو مع المضمون عنه و استبعاد التأويل مع حكاية الخلاف يعارضه استبعاد وقوع الخلاف من الشيخين و التقييد برد اليمين من المديون ليخرج ما إذا حلف مع شاهده فإن حاله حال ما إذا قامت البيئنة

(قوله) (و لو ضمن ما تقوم به البيئنة لم يصح لعدم العلم بثبوتها حينئذ)

كما في الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف حكما و تعليلا و كذا المبسوط و السرائر و هو المحكى عن المفيد و التقى و قضية كلامهم هذا أن العلم بالثبوت وقت الضمان شرط في صحته و هو ظاهر في غير ضمان العهدة بل يمكن فيه على نوع من التأويل و لا مانع من أن يكون ذلك شرطا عملا- بالأصل إلا في موضع اليقين و لأنه ضمان ما لم يجب كما في المختلف أى ما لم يعلم وجوبه فيصير الحاصل من الجمع بين كلماتهم أنه لو ضمن ما في ذمته و هو يعلم أنها مشغولة بشيء لزمه ما قامت عليه البيئنة و أنه لو ضمن ما في ذمته و هو لا يعلم شغلها بشيء لا يصح ضمانه و لو قامت البيئنة بأنها مشغولة بشيء معلوم فعدم صحة ضمان ما تقوم به البيئنة بهذه الصيغة إنما هو لعدم علمه بأنها مشغولة فلو قال له إن ذمتي مشغولة لزيد بمبلغ كثير فقال له أنا ضامن ما تقوم البيئنة به له عليك صح الضمان و لزم و قال المحقق الثاني لو قال بعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨٠

.....

الذمة لكان أولى و تخرج العبارة على أن المراد لعدم العلم بثبوتها من صيغة الضمان و تبعه على ذلك صاحب المسالك و قال إن تعليل الشرائع و هو كتعليل الكتاب كما عرفت لا يخلو عن قصور لأنه يدل على أنه لو ضمن بهذه الصيغة يعنى قوله أنا ضامن ما تقوم به البيئنة ما علم ثبوته وقته أى الضمان يصح و أنه لو لم يعلم و ضمن كل ما ثبت في ذمته وقت الضمان لم يصح و الأمر بالعكس فالصحيح في التعليل أن يقال إن هذه الصيغة أعم من أن تثبت في الذمة حين الضمان و ما يتجدد بعده و إنما يصح لو ثبت حينه و العام لا دلالة له على الخاص و فيه نظر من وجوه (الأول) أن كلام المحقق الثاني الذى هو الأصل فى ذلك قابل للتنزيل على ما قلناه فيصير معنى كلامه لعدم دلالة عقد الضمان على ضمانه ما علم ثبوته فى الذمة و يكون معنى قوله و تخرج العبارة إلى آخره أن المراد لعدم دلالة الصيغة على علمه بثبوت ما قامت به البيئنة فى الذمة و أما على ما فهمه منه فى المسالك فيصير المعنى لعدم علمنا بدلالة الصيغة على إرادة ثبوت ما قامت به البيئنة فى الذمة حين الضمان لا ما يتجدد و فيه من التكلف الشديد و التقدير الكثير ما لا يخفى (الثانى) و هو وارد عليهما أن ظاهر التعليل ما تقدم لما تؤيدا بالعقل و كون الأمر بالعكس غير مسلم بل عكس العكس هو ما ذكره الأصحاب و لا- باعث لصرف عباراتهم عن ظاهرها و تحميلها لما يتجدد (الثالث) أنا نقول بناء على ما تقول إن تم أن المطلق ينصرف إلى الصحيح لا غير لأنه المتبادر لا ما يتجدد خصوصا مع القرينة فتأمل جيدا هذا و قد نقل فى المبسوط عن قوم أنه يصح أن يضمن ما تقوم به البيئنة دون ما يخرج به دفتر الحساب ثم قال و لست أعرف به نصا و جاء العجلى مستعجلا فقال فى السرائر إذا لم يعرف بصحة ضمان ما تقوم به البيئنة نصا من أين أورده فى نهايته و أطال فى الكلام عليه فى سوء أدب و الظاهر أن ما فى المبسوط غير ما فى النهاية لأنه فى المبسوط قسم ضمان المجهول إلى غير واجب كضمنت لك ما تعامل فلانا ثم قال و المجهول الذى هو واجب مثل أن يقول أنا ضامن لما يقضى به القاضى على فلان أو ما تشهد لك البيئنة من المال عليه أو ما يكون مثبتا فى دفترك و هذا لا- يصح لأنه مجهول و إن كان واجبا فى الحال و قال قوم من أصحابنا إنه يصح إلى آخر ما سمعته آنفا و الظاهر أن مراده أنه ضمن بهذه الصيغة و لم يعلم الضامن ثبوته فى الذمة و إن كان ثابتا فى الواقع فبطلانه عنده لمكان الجهالة الموجبة للغرر كما مر و كلامه فى النهاية نص أو ظاهر فيما عليه المفيد و المشهور من أنه إذا ضمن له ما فى ذمته أنه يلزمه ما تقوم البيئنة على ثبوته وقت

الضمان لأنه الذى فى ذمته حينئذ و هو الذى فهمه منه الجماعة و حكوه عنه كما مرّ مفصلاً و إنما استشكل فيه فى التحرير فتكون المسألتان مختلفتين موضوعاً و حكماً قال فى (النهاية) و لو قال أنا أضمن ما ثبت لك عليه إن لم آت به فى وقت كذا ثم لم يحضره و جب عليه ما قامت به البيئـة للمضمون عنه إلى آخره نعم لو كان فى النهاية يثبت مكان ثبت كما فى نسختين منها اتجه كلام ابن إدريس و العجب من المصنف فى المختلف أنه لم ينبه على ما ذكرنا (و أجاب) بأن عدم النص لا يقتضى عدم الدليل لعدم انحصار الدليل فى النص لجواز أن يكون شيئاً مستتباً من النص أو دليلاً عقلياً و جاز أن يقف عليه بعد ذلك إلى آخره و أنت خير بأن النهاية متون أخبار و أن تصنيف المبسوط بعدها كما نص على الأمرين فى خطبة المبسوط فلا يصح الجوابان الأخيران و كأن نسخته فيها يثبت مكان ثبت و إذا كان كذلك لا يصح منه اختيار مذهب النهاية أولاً و الاستدلال عليه و قوله بعد ذلك بثلاث مسائل أنه لا يصح ضمان ما تقوم به البيئـة حيث لا يعلم ثبوته وقت الضمان لأنه ضمان ما لم يجب فتأمل جيداً

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨١

و يصح الإبراء من المجهول (١) و لو قال ضمنت من واحد إلى عشرة احتـمـل لزوم العشرة و ثمانية و تسعة باعتبار الطرفين (٢)

(قوله) (و يصح الإبراء من المجهول)

عندنا كما فى التذكرة قال لأنه إسقاط عما فى الذمة بل هو أولى من ضمان المجهول لأن الضمان التزام و الإبراء إسقاط (قلت) غرضه أنه مبنى على العبن و المسامحة إذ هو إسقاط محض بلا عوض و فى (جامع المقاصد) أنه لا بد من قصده إلى الإبراء من المجموع قليلاً كان أو كثيراً فلو ظن قلته فبان كثيراً لم يقع فعلى هذا لو عرف من عليه الحق قدره عرفه صاحبه فإن لم يفعل و أبرأه منه كائناً ما كان فإنه يبرأ و إلا ففيه تردد و يرشد إلى ذلك أنه ذكر فى التذكرة فى تذييب للمسألة أنه لو اغتاب شخص غيره ثم جاء إليه و قال إنى اغتبتك فاجعلنى فى حل ففعل و هو لا يدري بما اغتابه فللشافعية و جهان أحدهما أنه يبرأ لأن هذا إسقاط محض كما لو عرف أن عبداً قطع عضواً من عبده و لم يعرف عين العضو المقطوع فعفا عن القصاص صح و الثانى لا- يصح لأن المقصود حصول رضاه و الرضا بالمجهول لا- يمكن و العفو عن القصاص مبنى على التغليب و إسقاط المظالم غير مبنى عليه و لم يرجح أحد القولين فى التذكرة و لعل تفصيل المحقق الثانى المتقدم متجه هنا و لعلم الهدى كلام فى نحو المقام و قضيته أنه لا بد من بيان الحق فى الجملة كأن يقول إنى اغتبتك فى عرضك أو نحو ذلك و هل هو محض إسقاط أو تملك ظاهر التذكرة إجماعاً على أنه إسقاط لا تملك فلو كان له دين على اثنين فقال أبرأت أحداً كما فعلى قولنا بأنه إسقاط يصح و يطالب بالبيان و على القول بأنه تملك لا يصح كما لو كان فى يد كل واحد منهما ثوب فقال ملكت أحداً كما الثوب الذى فى يده و منه يعلم ما إذا قال أبرأت بعض الدين الذى عليك و على التقديرين لا يحتاج إلى القبول لأنه و إن كان تملكاً لكن المقصود منه الإسقاط و قد اتفق الفقهاء على بطلان الإبراء عما ليس ثابتاً فى الذمة و إنما صح فى المتطبب و المتيطر للضرورة و لهم إشكال و اختلاف فيما إذا عفا عن سرية الجنابة و قد بينا ذلك كله فى باب القصاص و قد بينا هناك أن العفو و الإبراء بمعنى واحد و قد عبر عن الإبراء بالتصدق فى الكتاب المجيد كقوله جل اسمه (فمن تصدق فهو خير له) و عبر عن العفو بالتصدق كقوله جل شأنه (فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ) و الإبراء لا يقبل التعليق إلا إذا كان مقوماً له كما إذا قال إذا كان له عليك دين فقد أبرأتك منه

(قوله) (و لو قال ضمنت من واحد إلى عشرة احتـمـل لزوم العشرة و ثمانية و تسعة باعتبار الطرفين)

أصل الضمان صحيح كما فى التذكرة و التحرير لأننا إن أبطلنا ضمان المجهول فإنما هو للغرر و مع بيان الغاية ينتفى الغرر فينتفى المقتضى للفساد فيبقى أصل الصحة سالماً عن المعارض لأنه حيث وطن نفسه على تلك الغاية لم يبق غرر فتأمل و على القول بصحة ضمان المجهول فالوجه واضح و حيث قلنا بالصحة و كان عليه عشرة أو أكثر فيحتمل أن تلزمه العشرة إدخالاً للطرفين كما هو المتعارف يقال أعط من واحد إلى عشرة و خذ من واحد إلى عشرة و إن تلزمه ثمانية إخراجاً للطرفين لأن المشهور عند الأصوليين

خروج الغاية و خروج الابتداء إذا كان مدخولا لمن و إن تلمزه تسعة إدخالا للطرف الأول لأنه مبدأ الالتزام أو إخراجا له لأنه مقرون بمن و إدخالا- للطرف الثانى لأن الغاية فى مثل هذا تدخل عرفا أما لو قال ضمنت لك ما بين درهم و عشرة فإن عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة صح ضمانه و كان ضامنا لثمانية و إن عرف نقصانه ضمن الثمانية فما دون و أما إذا قال ما بين واحد إلى عشرة كما قال عليه السلام فى النزح ما بين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨٢

[المطلب الثانى فى الأحكام]

(المطلب الثانى فى الأحكام) الضمان ناقل و إن لم يرض المديون (١) فلو أبرأه المستحق بعده لم يبرأ الضامن (٢) و لو أبرأ الضامن برئا معا (٣) و لو ضمن الحال مؤجلا تأجل (٤) و ليس للضامن مطالبه المديون قبل الأداء (٥) و إذا مات الضامن حل و لورثته مطالبه المضمون عنه قبل الأجل (٦) و لو كان الأصل مؤجلا لم يكن لهم (٧) ذلك و لو مات الأصيل حينئذ خاصة حجر الحاكم من التركة بقدر الدين (٧)

الثلاثين إلى الأربعين فلا- يجوز أن يراد بين الوسط فقط لأنه لا بد من تقدير معادل على أنه لو أريد به ذلك و قلنا إن الأطراف خارجة كان الواحد خارجا قطعاً و الطرف الثانى ما فوق الواحد يكون خارجا لأنه طرف و داخلا من حيث إنه وسط و هو كما ترى فلا بد من أن يراد بين الأطراف و الوسط فيصير المراد ضمنت ما فوق الواحد منتها إلى العشرة فإن دخلت الغاية كان المضمون تسعة و إلا فثمانية فتأمل

(المطلب الثانى فى الأحكام) (قوله) (الضمان ناقل و إن لم يرض المديون)

بدليل إجماع الطائفة كما فى الغنية و عند علمائنا أجمع كما فى التذكرة و وافقنا من العامة ابن أبى ليلى و ابن شبرمة و داود و أبو ثور و قال الشافعى و الباقر هو بالخيار فى مطالبه أيهما شاء و خبر ضمان أمير المؤمنين عليه السلام و خبر ضمان أبى قتادة يدلان على ذلك و خبر عطاء عن الباقر عليه السلام صريح فى ذلك و قد تقدم ذلك كله

(قوله) (فلو أبرأه المستحق بعده لم يبرأ الضامن)

لأن الحق سقط عن ذمة الأصيل فلا يصادف الإبراء استحقاقا فلا يكون صحيحا

(قوله) (و لو أبرأ الضامن برئا معا)

عند علمائنا كما فى التذكرة لأن الضمان عندنا ناقل للدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الضامن و ليس للضامن أن يرجع على المضمون عنه إلا بما أداه فإذا سقط الدين عنه لم يؤد شيئا فلم يرجع بشيء فيبرأان معا

(قوله) (و لو ضمن الحال مؤجلا تأجل)

هذا هو الموضع المتفق على جوازه كما فى المسالك و قد تقدم بيان ذلك و أعاده لينبه على حكم المطالبة

(قوله) (و ليس للضامن مطالبه المديون قبل الأداء)

لأنه إذا ضمن حالا فليس له المطالبة إلى أن يؤدى فهنا أولى

(قوله) (و إذا مات الضامن حل و لورثته مطالبه المضمون عنه قبل الأجل)

قد تقدم أن الميت يحل ما عليه من الديون المؤجلة بموته و هذا من جملة أفرادها فإذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل الأجل حل ما عليه من مال الضمان و أخذ من تركته و جاز للورثة مطالبه المضمون عنه لأن الدين عليه حال لأن المؤجل هو الدين الذى فى ذمة الضامن لا الذى فى ذمته إلا أن الضامن لا يستحق الرجوع إلا بالأداء و لما كان موته مقتضيا لحلول دينه فإذا أخذ من تركته زال المانع

من مطالبته المضمون عنه و مثله ما لو دفع الضامن إلى المضمون له الحق قبل الأجل باختياره فإن له مطالبته المضمون عنه كما نبه على ذلك في المبسوط و التحرير و التذكرة و صرح به كله في جامع المقاصد و المسالك و الوجه في الجميع واضح (قوله) (و لو كان الأصل مؤجلا لم يكن لهم)

أى لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فإنه بحلوله عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لأن الحلول عليه لا يستدعى الحلول على الآخر كما لا يحل المؤجل لو ضمنه الضامن حالا بإذنه كما سبق و بذلك صرح في المبسوط و التذكرة و التحرير

(قوله) (و لو مات الأصيل حينئذ خاصة حجر الحاكم من التركة بقدر الدين)

لو مات المضمون عنه فلا عبرة بموته هنا من جهة الحلول و عدمه و المطالبة و عدمها إذا لم يؤد الضامن و إن هناك حكم آخر و هو التحجير على الوارث بقدر

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨٣

فإن تلف فممن الوارث كما أن النماء له (١) ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون و إن أذن له في الأداء (٢) و إلا رجع بالأقل من الحق و ما أداه و إن أبرئ و لو أبرأ من الجميع فلا رجوع و إن لم يأذن له في الأداء (٣)

الدين و منعه من التصرف فيه حذرا من أن يضيع على الضامن ما يؤديه بعد الحلول فيضعه الحاكم عند ثقة حتى يحل الأجل (قوله) (فإن تلف فممن الوارث كما أن النماء له)

لأن المفروض أن الدين لم يستوعب التركة و إلا لكان النماء على حكم مال الميت عندنا و قد تقدم الكلام في ذلك مستوفى في باب الرهن

(قوله) (ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون و إن أذن له في الأداء)

أحكام رجوع الضامن و عدمه بالنسبة إلى كون الضمان و الأداء معا ياذن المديون أو أحدهما أو عدم الإذن فيهما أربعة و قد نبه المصنف عليها كلها و ذكر هنا قسمين ضمانه بغير إذنه و أداءه بغير إذنه و ضمانه بغير إذنه و أداءه بإذنه و الحكم أن لا رجوع له عليه في القسمين عند علمائنا أجمع كما في المسالك و المفاتيح و عند علمائنا كما في التذكرة و كذا جامع المقاصد و قال في (الغنية) و لا- يرجع الضامن على المضمون عنه بما ضمنه إذا ضمن بغير إذنه ثم ادعى الإجماع عليه و هو بإطلاقه يتناول القسمين و نحوه في ذلك الإجماع الظاهر من نهج الحق و في (الرياض) نفى وجود الخلاف في القسمين و في (السرائر) نفى الخلاف عن الأول و استدلل عليه في الخلاف و غيره بأنه لو كان الدين باقيا لم تبق فائدة في ضمان أمير المؤمنين عليه السلام و أبى قتادة عن الميت من جهة صلاته صلى الله عليه و آله و سلم و حصول التبريد و فك الرهان مضافا إلى أصالة البراءة و استدلل عليه في السرائر أيضا بأنه قد قضى دين غيره بغير إذنه فلا- يرجع عليه و على الثاني بأنه التزم و ضمن متبرعا و انتقل المال إلى ذمته فلا تأثير لإذنه في القضاء عنه لأن ما قضاه بعد الضمان إنما هو عن نفسه لا عن غيره لأنه واجب عليه دونه

(قوله) (و إلا رجع بالأقل من الحق و ما أداه و إن أبرئ و لو أبرأ من الجميع فلا رجوع و إن لم يأذن له في الأداء)

أى و إن لم يتبرع بالضمان بل ضمن بسؤاله و أمره و تحته قسمان يندرجان في العبارة بوصليته قوله و إن لم يأذن بقوله و إلا رجع (الأول) أن يؤدي بإذنه (و الثاني) أن يؤدي بغير إذنه و فيهما يرجع عليه لكنه إنما يرجع بأقل الأمرين من الحق المضمون و ما أداه أما رجوعه في القسمين ففي الغنية و التذكرة و المسالك و المفاتيح الإجماع عليه و نحوه الإجماع الظاهر من الكفاية حيث نسبه إلى الأصحاب و في (الرياض) نفى الخلاف عن القسمين و في (السرائر) نفى الخلاف عن القسم الأول و يدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن الحسين بن خالد قال قلت لأبي الحسن عليه السلام قول الناس الضامن غارم قال فقال ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل

المال و هو ظاهر في الرجوع محمول على ما إذا كان الضمان بإذن المضمون عنه و ما رواه الشيخ بإسناده عن عمر ابن يزيد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال ليس له إلا الذي صالح ورواه الكليني عن عمر ابن يزيد في الموثق و رواه ابن إدريس في مستطرفات السرائر من كتاب عبد الله بن بكير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمن عنه قال ليس له إلا الذي صالح عليه و هو ظاهر في الرجوع محمول على الإذن في الضمان مضافا إلى ما أرسله في السرائر حيث قال وردت به الأخبار عن الأئمة الأطهار صلى الله عليهم آتاء الليل و أطراف النهار و قد تأمل المولى الأردبيلي فقال الإذن في الضمان لا يدل على قبول أداء العوض بشيء من الدلالات

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨٤

.....

و الأصل عدمه إلا أن تدل قرينه حال أو مقال على ذلك كما في لزوم الأجره على من أمر شخصا بفعل له أجره عادة و لهذا قال في التذكرة لو قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع و كذا لو قال أعتق عبدك أو ألق متاعك في البحر عند خوف الغرق إلا أن يضم إليه ما يدل على قبول العوض مثل قوله عنى في الأولين و على ضمانه في الثالث ثم قال و لى في اللزوم مع انضمام قوله عنى أيضا تأمل و إن قاله إلا أن ينضم إليه قرينه و يعلم من التذكرة الإجماع على الرجوع مع الإذن في مجرد الضمان فتأمل انتهى و كلامه ناش عن عدم وقوفه إلا على إجماع التذكرة و عدم وقوفه على الأخبار المذكورة (و ليعلم) أنه لا فرق في ذلك بين أن يقول المضمون عنه اضمن عنى أو انقد عنى أو قال انقد أو اضمن كما هو صريح التحرير و ظاهر الباقيين و يأتى لهم في باب الجعالة فيمن استدعى الرد و لم يبذل أجره ما يشهد للمولى الأردبيلي و أما أنه يرجع بأقل الأمرين من الحق المضمون و ما أداه فهو الذى صرح به فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و التذكرة و المختلف و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و غيرها و هو المشهور كما فى المختلف و المفاتيح و قال فى (الكفاية) قالوا و به وردت الأخبار عن الأئمة الأطهار صلوات الله عليهم أجمعين كما فى السرائر و عد من ذلك خبر عمر بن يزيد و قال إن المضمون عنه جعل الضامن كالوكيل فى قضاء دينه فإن لم يكن وكيلا على الحقيقة فهو كالوكيل فلا يرجع الوكيل على موكله إلا بما غرمه و صالح عليه فحسب فأما إن كان زائدا على مقدار الدين فلا يلزمه بغير خلاف و إن كان على مذهبتنا أن المال قد انتقل إلى ذمة الضامن إلى آخر ما قال و فى (المسالك) الضابط أنه يرجع بأقل الأمرين فى كل موضع له الرجوع و لا فرق عندنا فى رجوعه بالبعض الذى أداه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له أو غيره خلافا لبعض العامة و ظاهره الإجماع على ذلك و وجهه أنه إذا كان الحق أقل فلائنه هو الواجب أدائه من غير زيادة فالزيادة تبرع و إذا كان ما أداه أقل من الحق فلائ الضامن إنما يرجع بعد الأداء فلا يرجع بما لم يؤده (و يؤيده) أن الضمان موضوع للإرفاق و الرجوع بأكثر مما دفع مناف له و الأصل فى ذلك النصوص الناطقة بأنه ليس له إلا الذى صالح عليه و هى مبنية على أنه أقل الأمرين كما هو الغالب و الظاهر من المصالحه و إلا فلو كان ذلك قدر الحق كان أداء للدين و لا يحتاج إلى صلح و المخالف إنما هو أبو على فيما حكى عنه من أنه أن صالح قبل و جوب الحكم على الضامن بالمال الذى ضمنه لم يكن له إلا قيمته أو قدر ما أعطاه و إن كان بعد و جوب الحكم كان له الرجوع بأصل الحق و الحكم فى كلامه عبارة عن المطالبة و الحكم عليه بوجوب الدفع و هو شاذ مخالف للأخبار و الاعتبار و الأصول مع عدم الدليل على الزائد لاختصاص الفتاوى و الإجماعات و الأخبار بما أداه خاصة و لا أجد خلافا فى أنه لو ضمن عشرة فأدى خمسة و أبرأه رب المال عن الباقي لم يرجع إلا بالخمسة و تسقط الخمسة الأخرى عن الأصيل و ظاهر التذكرة و المسالك الإجماع عليه حيث قال فى ههما عندنا و لا فى أنه لو أبرأه من الجميع فلا رجوع له بشيء أصلا و لا فى أنه إذا أدى عرضا رجع بأقل الأمرين من قيمته و من الحق سواء رضى المضمون له به عن الحق من غير عقد أو صلح و قد قرب جماعة منهم المصنف فى التذكرة بأنه لو أدى الضامن جميع الدين ثم وهبه الدين بعد الدفع إليه كان له الرجوع عليه ثم عد إلى عبارة الكتاب

فقوله و إن أبرئ فهو بصيغته المجهول أى أبرأه المضمون له و قوله و إن لم يأذن له فى الأداء متصل وصلّى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨٥

و يصح ترمى الضمان (١) و دوره (٢) و اشتراط الأداء من مال بعينه فإن تلف بغير تفريط الضامن ففى بطلان الضمان إشكال و مع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الأرش بالجاني فيرجع على الضامن و على الثانى يرجع على المضمون عنه (٣)

لقوله و إلا رجع بالأقلّ و ما بينهما من قوله و لو أبرأ من الجميع معترض

(قوله) (و يصح ترمى الضمان)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و المفاتيح و الكفاية و مجمع البرهان و فى الأخير أن الظاهر عدم الخلاف فيه عند الأصحاب و فى (المسالك) لا شبهة فى جوازه ما أمكن لإطلاق النص و عدم المانع لتحقيق الشرط و هو ثبوت المال فى ذمة المضمون و هو هنا كذلك و يرجع كل ضامن بما أداه على مضمونه لا على الأصيل إذا ضمن بإذنه إلى آخر ما يعتبر ثم يرجع الضامن الأول على الأصيل بالشرط و لا عبرة بإذن الأصيل للثانى و من بعده فى الضمان فلا يرجع عليه به إذ لا حق عليه إلا أن يقول له اضمن عنه و لك الرجوع على فتأمل

(قوله) (و دوره)

كما فى السرائر و التحرير و المختلف و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و الكفاية و ظاهر السرائر و كذا مجمع البرهان الإجماع عليه لما ذكر كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه و إن تعدد فيسقط بذلك الضمان و يرجع الحق كما كان إذا كان الفرع مأذونا أما لو كان الفرع متبرعا ثم ضمنه الأصل بإذنه فإنه إذا أدى الأصل رجع على ضامنه الذى تبرع بالضمان عنه و المخالف الشيخ فى المبسوط محتجا باستلزامه سيرورة الفرع أصلا و الأصل فرعا و بعدم الفائدة (و رد) بأن الاختلاف بالأصلية و الفرعية لا يصلح للمانعية و الفائدة موجودة بأن يضمن الحال مؤجلا و بالعكس و بأنه لو وجد المضمون له الأصيل الذى صار ضامنا معسرا فإن له الفسخ و الرجوع إلى الضامن السابق و قد عرفت الحال فيما إذا ضمن الفرع متبرعا

(قوله) (و اشتراط الأداء من مال بعينه فإن تلف بغير تفريط الضامن ففى بطلان الضمان إشكال و مع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الأرش بالجاني فيرجع على الضامن و على الثانى يرجع على المضمون عنه)

هذا الفرع من متفردات الكتاب و التذكرة أما صحة اشتراط الأداء من مال بعينه من الضامن و المضمون له فلعوم قوله صلى الله عليه وآله و سلم المؤمنون عند شروطهم و لتفاوت الأغراض فى أعيان الأموال و به صرح فى التذكرة و جامع المقاصد و لا بد من أن يكون المال المشترط الأداء منه ملكا للضامن ليكون الشرط مقدورا (و قد يقال) إنه لا بد من أن يكون غير متبرع بالضمان و إلا لم يتوجه الإشكال و فيه نظر و منشأ الإشكال فى البطلان فيما إذا تلف بغير تفريط الضامن من ضمن الأداء إنما يجب من ذلك المال بالشرط و قد تعذر و لا سبيل إلى سقوط الدين فيتعين بطلان الضمان لانحصار الأقسام فى ثلاثة و قد بطل الأولان و من أن الضمان ناقل و لا منافاة بين ثبوته فى الذمة و اشتراط الأداء من مال بعينه كما ذكر ذلك كله فى جامع المقاصد و هو يرجع إلى ما فى الإيضاح من أنه ينشأ من أن تعلقه بالمال هل هو كتعلق الرهن لأنه نقل المال من ذمة إلى ذمة أو كتعلق الجناية برقبه العبد لأنه إنما يجب الأداء من هذا المال لصحة الشرط و قد فات و قد قويا عدم البطلان و ستسمع كلام الشهيد و قرب فى التذكرة البطلان و كيف كان ينبغى أن يكون ذلك المال المشترط بقدر الدين فصاعدا فلو نقص تطرق احتمال عدم لزوم ما زاد عنه من الدين و احترز بتلفه بغير تفريط عما إذا فرط فإنه حينئذ يلزمه الدين المتعلق به بتفريطه و لما كان مبنى الإشكال على ما ذكره فى الإيضاح من أن وجه

الصحة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨٦

و كذا لو ضمن مطلقا و مات معسرا على إشكال (١)

أن تعلقه كتعلق الرهن و وجه البطلان أنه كتعلق الأرش كان الشق الأول هو الصحة و به تشعر عبارة الكتاب و الشق الثاني البطلان فقال المصنف و مع عدمه أى عدم البطلان و هو الصحة يتعلق به تعلق الدين بالرهن و معناه أنا لو قلنا بالأول و هو عدم البطلان بعد فرض تلفه يلزمنا أن نقول إنه حين الاشتراط كان تعلقه به تعلق الدين بالرهن فيرجع المضمون له على الضامن و ليس كتعلق الأرش فكان معنى العبارة منتظما أحسن انتظام و قال أى المصنف و على الثانى أى على القول بالبطلان يرجع على المضمون عنه لأن الأداء إنما يجب من ذلك المال عملا بالشرط و قد تعذر و لم يسقط الدين فتعين بطلان الضمان و يرجع الحق كما كان و على هذا التوجيه الظاهر من العبارة يندفع عنها جميع ما أورده عليها من المفاسد المحقق الثانى فى جامع المقاصد قال فى قوله و مع عدمه المتبادر عود الضمير فى عدمه إلى البطلان لقربه لكن الحكم بكون تعلق الدين به كتعلقه بالرهن بعد فرض تلفه غير منتظم مع أن فيه فسادا آخر و هو أنه على تقدير عدم البطلان كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلق كتعلق الأرش (قلت) ما كنا لنؤثر أن يقع مثله من مثله لأنك قد عرفت انتظام المعنى و العبارة و قد عرفت أن الرجوع على المضمون عنه إنما هو على تقدير البطلان و هو الشق الثانى ثم قال إن أصح الاحتمالين أنه كتعلق الدين لأن الدين موضعه الذمة و الأرش ليس دينا و قال و على هذا لا يكون للإشكال وجه بل الوجه الجزم بالعدم و أنت خبير بأن المصنف إنما استشكل من جهة الشرط الذى دل على صحته عموم الخبر و تفاوت أغراض الناس فقام احتمال أن التعلق كتعلق الأرش و لذلك قرب فى التذكرة البطلان و الشهيد فى حواشيه قال إن منشأ الإشكال الشك فى تعلق الضمان بذلك المال فى ذمته و كأنه يريد أنه نقل ما فى ذمة المضمون عنه بعوض لم يسلم للمضمون له و المفروض أن الضمان بإذنه ثم إنه فى جامع المقاصد فسر قوله و على الثانى يرجع على المضمون عنه بأنه على تقدير الصحة و كون التعلق كتعلق الأرش برقبه الجانى (و اعترضه) بأنه على هذا التقدير يجب أن لا يبقى فى ذمة المضمون عنه شىء فكيف يعود إلى الذمة بالتلف (قلت) أنت قد عرفت أن المراد بالثانى الشق الثانى من الإشكال و هو البطلان فلا يبقى للاعتراض وجه (قوله) (و كذا لو ضمن مطلقا و مات معسرا على إشكال)

و مثل ذلك قال فى (التذكرة) و كذا ولده فى الإيضاح حيث لم يرجح و معناه أنه يرجع المضمون له على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدين مطلقا أى لم يشترط الأداء من مال بعينه ثم مات معسرا و جعل منشأ الإشكال فى جامع المقاصد من أنه لو لا ذلك لضاع الدين و من انتقال المال بالضمان إلى ذمة الضامن و براءة المضمون عنه فلا يعود (و رده) بأننا نمنع من أن المال ضائع بذلك بل هو باق و إن تعذر الأخذ فى الدنيا و لو سلم فلا نسلم امتناع ضياع المال إذ لو مات المديون معسرا ضاع الدين ثم قال و الحق أن لا وجه لهذا الإشكال عندنا نعم على القول بأن الضمان ليس ناقلا فيرجع على المضمون عنه لكن لا يجىء الإشكال على هذا التقدير أيضا (قلت) كلامه متجه فيما إذا ضمن تبرعا و أما إذا ضمن بإذنه فلا يكون أحد وجهى الإشكال لزوم ضياع المال بل يكون منشأ الإشكال من أن ضمان الضامن بمنزلة الأداء أو بمنزلة التحمل عنه كما فى حواشى الشهيد أو يكون منشؤه من انتقال المال إلى ذمة الضامن و من أنه تمليك ما فى ذمة المضمون عنه بعوض فى ذمته و لم يسلم كما فى الإيضاح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨٧

و لو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجح الضامن بتمام القيمة لأنه يرجع بما أدى و يحتمل بالثمن خاصة لأنه الذى قضاه (١) و للضامن مطالبة الأصيل إن طوّل كما أنه يغرمه إن غرم على إشكال (٢) و ليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة (٣) و من أدى دين غيره من غير ضمان و لا إذن لم يرجع (٤)

و كان الأولى التعبير بغير التمليك و إن أراد الضامن

(قوله) (و لو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجح الضامن بتمام القيمة لأنه يرجع بما أدى و يحتمل بالثمن خاصة لأنه الذى قضاه)

كما ذكر ذلك كله فى التذكرة (و تصوير المسألة) أن نفرض أن الحق مائة و قيمة المال المشروط فى عقد الضمان الأداء منه باعتبار الزمان و المكان مائة و لكنه بيع بتسعين لعدم الراغب و قد صالح الضامن المضمون له بهذه التسعين عن المائة المضمونة كما نبه عليه الشهيد فهل يرجع الضامن على المضمون عنه بالمائة التى هى قيمة المتعلق أو بالتسعين التى بيع بها خاصة و قد استجوده الشهيد الثانى و قال المحقق الثانى أن الحق بطلان الأول أصلا لكنه فرض المسألة فيما إذا لم يصلح عن التسعين بالمائة و رده من وجهين (الأول) أنه إنما يرجع بما أدى إذا كان قدر الدين أو أقل و ليس كذلك هنا (الثانى) أنا نمنع أنه أدى المال أو قيمته و إنما أدى ما بيع به انتهى فتأمل ثم قال و لو فرض ذلك فيما إذا كان الدين بقدر القيمة فصالح بالقدر الذى بيع به عن ذلك الدين لأمكن تخيل هذا الاحتمال تخيلا ضعيفا و أشار بذلك إلى ما حكيناه عن الشهيد و التصحيح أولى من الإبطال أصلا هذا و قد تقدم أن الزمان و المكان إنما هما باعتبار الطالب و لا تغفل عما تقدم من أنه لو نقص تطرق احتمال عدم لزوم الزائد من الدين

(قوله) (و للضامن مطالبه الأصيل إن طوب كما أنه يغرمه إن غرم على إشكال)

يريد أن المضمون له إذا طالب الضامن فهل للضامن مطالبه المضمون عنه إذا ضمن بإذنه إشكال عند المصنف هنا من أنه كما ثبت له استحقاق التبريم إذا غرم فله استحقاق المطالبة إذا طوب و من أن المطالبة فرع استحقاق المال و هو إنما يستحق بعد الأداء لأن المال فى ذمة الضامن و لا شىء فى ذمة المضمون عنه لكنه بالأداء يحدث الاستحقاق و هو خيرة التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و الأول خيرة التحرير و كذا المبسوط لأنه جوز له المطالبة و إن لم يطالبه المضمون له فبالأولى أن يجوزها هنا هذا و قوله على إشكال متعلق بمطالبة و قوله كما أنه يغرمه إذا غرم معترض بينهما و هو دليل أحد طرفى الإشكال

(قوله) (و ليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة)

معناه أنه ليس للضامن مطالبه المضمون عنه بالمال المضمون بأن يدفعه إليه ليدفعه إلى المضمون له أو يدفعه الأصيل إلى المضمون له و هو المراد بالتخليص و هو خيرة القاضى و المختلف و جامع المقاصد مصرحا فى الأخير بلفظ القطع الجارى مجرى الإجماع و خيرة المبسوط كما عرفت آنفا أن له ذلك و لم يرجح فى التذكرة (قلت) إذا قلنا أن ليس له مطالبته فلا-ريب أن له أن يقول للمضمون له إما أن تطالبنى أو تبرئنى و ذكر التخليص فى هذه دون تلك لأنه مختص بهذه بل هو جار فى تلك لأنك قد عرفت معناه و قد عبر به فى المبسوط فى المسألتين

(قوله) (و من أدى دين غيره من غير ضمان و لا إذن لم يرجع)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و التحرير و فى الأخير و إن كان من نيته الرجوع لأنه متبرع بفعله و هذا يأخذونه فى أبواب الفقه مسلما و ما نسبوا الخلاف فى ذلك إلا لمالك فإنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨٨

و إن أداه بإذنه بشرط الرجوع رجح (١) و لو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع و ثبوته للعادة (٢) و لو صالح المأذون فى الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع إن قال أدّ دينى أو ما علىّ بخلاف أدّ ما علىّ من الدراهم إن علق بالأداء و عدمه لأنه أذن له فى الأداء لا الصلح (٣)

جوز الرجوع إلا إذا أدى العدو دين عدوّه حذرا من التسلط عليه بالمطالبة و فى (التذكرة و جامع المقاصد) أنه بخلاف ما لو أوجر طعامه المضطر فإنه يرجع عليه و إن لم يأذن المضطر لأنه ليس متبرعا بذلك لأنه واجب عليه (قلت) يبقى عليهما سؤال الفرق بين ما إذا ألقى متاع نفسه فى البحر لتخليص غيره من الغرق و هو غير خائف على نفسه كأن كان فى سفينة أخرى لا خوف عليها فإنهم قالوا

في باب الديات لا رجوع له على أحد و أقصى ما فرقوا به هناك أن المطعم مخلص لا محالة و ملقى المتاع غير دافع لخطر الغرق لأنه يحتمل أن يغرق حينئذ و أن لا يغرق و قد أوردنا عليهم هناك ما إذا قطع بنجاتهم و قلنا لعلهم يلتزمون أو يفرقون بالمباشرة في المضطر و عدما في أصحاب السفينة و تمام الكلام قد استوفينا هناك
(قوله) (و إن أداه بإذنه بشرط الرجوع رجع)

كما في التذكرة و قال في (التحرير) فإن أداه بإذنه مع نية الرجوع فإنه يرجع

(قوله) (و لو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع و ثبوته للعادة)

و مثل ذلك قال في التذكرة و أيد الأول في جامع المقاصد بأن الإذن في الأداء أعم من اشتراط الرجوع و العام لا يدل على الفرد المعين بإحدى الدلالات الثلاث (ثم قال) إن الحق أن العادة إن كانت مضبوطة في أن من أذن في الأداء يريد به الرجوع و يكتفى بالإذن مطلقا استحق الرجوع و إلا فلا (قلت) قد يفرق بين ما إذا ابتدأه بالسؤال كأن يقول له أدّ عني ديني و بين أن يقول له أ تحب أن أقضى عنك دينك و نحو ذلك و لعل العادة قاضية بالفرق بين هذين و في (التحرير) أنه إذا أداه بإذنه فالوجه أنه يرجع مع عدم نية الرجوع و لعل قضيته أن الإذن في الأداء يقضى بالرجوع ما لم ينو القاضى التبرع

(قوله) (و لو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع إن قال أدّ ديني أو ما عليّ بخلاف أدّ ما على من الدراهم إن علق بالأداء و عدمه لأنه إذن له في الأداء لا الصلح)

أى لو صالح المأذون له في أداء دين الآذن المشروط له الرجوع رب الدين على غير جنسه فهناك ثلاثة وجوه (أحدها) أن له الرجوع لأن مقصوده براءة ذمته و قد حصل و الخصوصية لا اعتبار بها و ذلك إذا كان قد قال له أدّ ديني أو ما عليّ و لهذا لو حلف أن يؤدي دين شخص برئ بتخليص ذمته بالصلح عنه لأنه هو الذى يقضى به العرف و الحاصل أن هذا الصلح قد تضمن شيئين أحدهما أداء غير الجنس و الثانى براءة ذمته و الإذن شامل لهما أما الأول فلأن دفع غير الجنس عن الدين يصدق عليه أنه أداء و لهذا يحاسب بقيمته وقت الدفع و إن كان مثليا من غير احتياج إلى عقد معاوضة فكان عرفيا و شرعيا و أما الثانى فظاهر و قد استوجه هذا الوجه في التحرير و جامع المقاصد و قواه في الإيضاح لكن في الأول و الأخير أنه يرجع بأقل الأمرين و لعله مراد الثانى و الكتاب و غيره و قال في (التذكرة) إن الرجوع أصح و جوه الشافعية و ستسمع عبارة التحرير (الثانى) الفرق بين أن يقتصر على قوله أدّ ديني أو ما عليّ فيرجع و بين أن يقول أدّ ما عليّ من الدراهم

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٨٩

و لو صلح الضامن عن مائة بما يساوى تسعين رجع بالتسعين (١) و كذا لو صلح بحط قدر أو نقص صفة و لو صالح بالأزيد رجع بالدين (٢) و يرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقاييل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع و لو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن (٣)

إذا علق الجار بالأداء فيصير التقدير أدّ من الدراهم ما على منها فلا يرجع لأنه خالف الإذن و إذا خالف الإذن لم يرجع بل هو متبرع و ظاهر الكتاب و غيره الجزم به و إلا- فإن علق بكائن أو ثابت إن جعلت ما موصولة أو علق بمحذوف على أنه مع مجروره حال أو وصف لما كان الحكم فيه كالحكم فيما لو قال أدّ ما على لأن الأداء المأمور به مطلق على هذه الوجوه الثلاثة و قد جعله في الإيضاح تحقيقا و لعله ليس من التحقيق في شىء كما ستسمع (الثالث) أن ليس له الرجوع إذا قال أدّ ما عليّ لأنه إنما أذن له في الأداء دون المصالحة و الأداء غير الصلح و غير مستلزم له فلا يستلزم الإذن فيه و معنى الأداء رد مثله جنسا و قدرا لامتناع الحقيقة لأن الذى عليه أمر كلى فيصير إلى أقرب المجازات (و فيه) أنا نمنع أن هذا أقرب المجازات لأن إرادة براءة الذمة بهذا اللفظ أشيع في الاستعمال بل قد يدعى كونه حقيقة عرفية في ذلك كما في جامع المقاصد مضافا إلى ما مر و المفروض أنه مشروط له الرجوع فكان هذا الوجه

ضعيفا جدا و يرشد إليه الإجماع الذى فى التذكرة على الرجوع مع الإذن فى مجرد الضمان إلا أن تقول بالفرق بين الإذن فى الضمان و الإذن فى الأداء و فيه تأمل واضح و قد ذكر فى التذكرة الاحتمالات الثلاثة من دون ترجيح و قال فى (التحرير) و لو أذن لغيره فى قضاء دينه فصالح المأذون على غير جنس الحق فالوجه رجوعه بأقل الأمرين فأطلق و لم يفرق بين ذينك اللفظين المذكورين فى الاحتمال الثانى و قد جعلناه احتمالا تبعا للتذكرة التى هى الأصل فى ذلك و إلا فظاهر المصنف و غيره الجزم بعدم الرجوع إن علق الجار بالأداء و فيه على بعده و عدم تبادره من هذه اللفظة أنه لا يفيد قاعدة و إنما يحكم به مع العلم بالمراد و مع التنازع يرجع فيه إلى أمور آخر

(قوله) (و لو صولح الضامن عن مائة بما يساوى تسعين رجع بالتسعين)

كما إذا صالحه المضمون له مراعاة له عن مائة درهم بعبد يساوى تسعين فإنه يرجع بالتسعين لأنه لم يغرم سواها و لموثقة عمر ابن يزيد عن رجل ضمن ضمنا ثم صالح عليه قال ليس له إلا الذى صالح عليه و قد سمعت حال الخبر فيما غبر و مثله الخبر الآخر و المستفاد منهما أنه لا يجب على المضمون عنه أن يؤدى إلى الضامن أكثر مما دفعه إلى المضمون له و قد نفى عنه الخلاف و يعضده الأصل و عدم دليل على الزائد لاختصاص الفتاوى و الإجماعات التى هى العمدة فى الباب بما أداه خاصة و خلاف الإسكافى لا يلتفت إليه كما تقدم بيان ذلك كله

(قوله) (و كذا لو صولح بحط قدر أو نقص صفة و لو صالح بالأزيد رجع بالدين)

لا فرق بين أن يدفع الأقل فى القدر و الوصف فلو ضمن ألفا صحيحة فدفع ألفا مكسرة إرفاقا به من المضمون له لم يكن له الرجوع بالمكسرة و لا بالصحيحة و إنما يرجع بما غرم و بالأقل منه و من المال و لو انعكس القرض فضمن ألفا مكسرة فأدى ألفا صحيحة لم يكن له الرجوع بالصحيحة و لا يخفى النكتة فى بناء الأولين للمجهول و الثالث للمعلوم

(قوله) (و يرجع على ضامن عهده الثمن فى كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقاييل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع و لو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩٠

و لو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق و على البائع بالآخر (١)

هذا كله قد تقدم الكلام فيه مستوفى ما عدا حكم تلفه قبل قبضه فمما صرح فيه بأنه يرجع فيه المضمون له على البائع المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و فى الأخير أنه أشهر (قلت) لم نجد فيه مخالفا و لعله أشار بالأشهر إلى ما فى التذكرة من قوله و لو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن انفسخ العقد فيطالب الضامن بالثمن إن قلنا إن البيع يفسخ من أصله فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق و إن قلنا يفسخ من حينه فكالرد بالعيب و قد أراد بقوله بغير الاستحقاق ظهور الفساد من أصله بسبب فقد شرط من شروط صحته و بقوله فكالرد بالعيب أن فيه إشكالا لأنه استشكل فيه من قبل هذا بلا فاصلة و فرع هذا عليه و هذا البناء مخالف لما عليه الأصحاب لأنهم من غير خلاف بينهم على أنه يفسخ من حينه فيقدر دخوله فى ملكك البائع قبل التلف آنا ما و يكون التلف كاشفا عنه و على أن النماء فى البين للمشتري و إنما حكى احتمال الفسخ من أصله المصنف فى التذكرة وجهها و عليه يكون النماء للبائع و قال فى (المسالك) و اعلم أن فى التذكرة بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على أن التلف هل يبطل العقد من حينه أو من أصله فعلى الأول لا يتناوله الضمان و على الثانى يتناوله فيطالب الضامن و تبعه على هذه الحكاية صاحب الكفاية و أنت خبير بأنه فى التذكرة ما قال بأنه لا يتناوله الضمان على تقدير البطلان من حينه و إنما استشكل كما عرفت إلا أن تقول إنهما أرادا أنه جوزة و أنه لبعيد عن كلامهما أو أنهما أرادا ما قواه فى أول الباب و هذا أيضا لا وجه له مع تفرع ما نحن فيه على العيب الذى استشكل فيه ثم إنه فى المسالك ناقش ما فى التذكرة قال إنا و إن حكمتنا بكونه مبطلا من

أصله لكن هذا حكم لاحق للضمان فإن المبيع حالته كان ملكاً للمشتري ظاهراً و في نفس الأمر فلا يتناول الضمان الثمن لأنه لم يكن لازماً للبائع مطلقاً و إنما التلف الطارى كان سبباً في حكم الله تعالى لعود الملك لصاحبه من أصله (قلت) هذا خلاف الأصحاب بناء على احتمال الفسخ من أصله فاعتراض مولانا المقدس الأردبيلي عليه في محله حيث قال الحكم بالبطلان من أصله و كونه ملكاً للمشتري من حين العقد إلى زمن التلف مما لا يجتمعان لأن معنى كونه ملكاً له إلى الآن أن آثار الملكية مترتبة عليه و أن النماء له و معنى البطلان من أصله عدم ترتب تلك الآثار عليه قال و الذى نفهمه أنه إذا قيل إنه يبطل من أصله إنما يكون ذلك بأن تكون صحته البيع غير معلومة بل تكون معلقة بالبقاء إلى حين القبض فكان البقاء إلى القبض شرطاً من شروط الصحة و عدمه مانعاً أو أن ذلك يكشف عن ذلك

(قوله) (و لو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق و على البائع بالآخر)

أما رجوعه على الضامن بما قابل المستحق فمما لا خلاف فيه و أما أنه يرجع على البائع خاصة بالآخر فقد يظهر من التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا و هو المشهور كما فى الكفاية و هو خيرة الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك لعدم تناول الضمان له و المخالف الشيخ فى المبسوط فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب (قلت) و هذا يلزم صاحب الإيضاح لأنه جوز الرجوع على الضامن فى الرد بعيب سابق و قد قربه فى جامع المقاصد هناك فيلزمه هنا و ينبغى أن يستشكل هنا فى التذكرة كما استشكل هناك لكنه فى المبسوط هناك

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩١

و لو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن و البائع (١) و لو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً فضمن تسليم الرهن لم يصح لأن الأصيل لا يلزمه ذلك (٢) و لو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب (٣) و فى ضمان البائع ذلك إشكال (٤)

ذكر الاحتمالين من دون ترجيح و قال هنا إن الصحيح أن له الرجوع إلا أن يفرقوا بين الأمرين و الظاهر أنهما من واد واحد لا نجد بينهما فرقا فإن تبعض الصفقة الذى هو سبب الفسخ كان موجوداً وقت البيع و المصنف فى المختلف رد كلام الشيخ بأن سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذى كان فى بعضه و فيه نظر فتأمل و ينبغى ملاحظة ما تقدم فى الرد بالعيب

(قوله) (و لو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن و البائع)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد لأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري فيرجع عليه لا على البائع لأن الثمن الذى تسلمه أخذه بحق و لم يبطل البيع فيه و لا على الضامن لأن الذى ضمن عهده هو الثمن المدفوع للبائع

(قوله) (و لو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً فضمن تسليم الرهن لم يصح لأن الأصيل لا يلزمه ذلك)

أى لا يلزمه تسليم الرهن بناء على أن الشرط فى العقد اللازم لا يجب الوفاء به لأنه يقبل اللازم جائزاً (قلت) قد تقدم أنه يلزم و يجب الوفاء به سلمنا لكن الجائر الثابت يصح ضمانه كالثمن فى زمن الخيار فالحق فى التوجيه كما فى جامع المقاصد أنه لا يستحق العين و إنما يستحق الاستيثاق بها و ذلك ليس بمال فيصح ضمانه

(قوله) (و لو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب)

كما فى المبسوط على ما حكى و ستسمع ما وجدناه و الشرائع و التحرير و المسالك لأنه حين الضمان لم يكن مستحقاً للأرض على البائع و إنما استحققه بعد القلع و لكن سببه كان موجوداً وقت الضمان و هو كون الأرض مستحقاً للغير و من ثم قال فى اللمعة إن الأقوى جوازه و كأنه مال إليه أو قال به فى الروضة و احتمله فى التحرير على ضعف و هو غير بعيد لما ذكر و لمسيس الحاجة إليه و قضاء الضرورة به مضافاً إلى ما سياتى و لم يرجح فى التذكرة و المراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتاً و مقلوعاً لو ظهرت

الأرض مستحقة و قلع المالك غرسه و خرب بنيانه

(قوله) (و فى ضمان البائع ذلك إشكال)

إذا قلع المالك غرس المشتري و بناءه فى الصورة المذكورة فلا ريب أن له الرجوع على البائع بالأرث ضمن أم لم يضمن فعلى هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصح الضمان استشكل المصنف هنا و جزم فى المبسوط بعدم الصحة لأنه ضمان مجهول و ضمان ما لم يجب و نحوه ما فى التحرير و الإيضاح و المسالك و الروضة من أن الأقوى عدم الصحة و قرب فى التذكرة الصحة و قال نمنع كون المضمون غير واجب و فى (الشرائع) أن الوجه الجواز أى الصحة قال لأنه لازم بنفس العقد و لعله أراد أنه إذا كان لازما له و إن لم يضمن كان ضمانه تأكيدا (وفيه) أنه إذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره و إن لم يصح ضمانه لا يصح ضمان غيره فما الوجه فى تجويزه هذا و منعه ذاك و ضعفه فى المسالك و الروضة بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بايعا مسلطا على الانتفاع مجانا ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التى من جملتها كونه ثابتا حال الضمان و هو معنى ما قلناه و تظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته و قد بالغ فى المبسوط حيث قال فإن شرطا ذلك فى نفس البيع بطل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩٢

و لو ضمن اثنان طولب السابق و مع الاقتران إشكال (١)

البيع و لعله لمكان الجهالة قال و كذا لو شرطاه فى مدة الخيار لا بعد انقضائه و هو بناء على قوله بعدم انتقال الملك قبل الخيار و كيف كان فليس الخلاف فى ثبوت ذلك على البائع أم لا فإنه ثابت بغير إشكال كما فى المسالك و إنما الإشكال فى ثبوته بسبب الضمان و قد جعل منشأ الإشكال فى الإيضاح و حواشى الشهيد من دعاء الضرورة إليه كأتق متاعك و على ضمانه و من أنه ضمان ما لم يجب و لم يوجد سببه و أنت خبير بأنه لا ضرورة فى المقام لمكان الالتزام و إنما يتصور ذلك فى الأجنبى و فى (جامع المقاصد) أن الإشكال إن كان فى ثبوت ذلك على البائع فلا- وجه له لأن ذلك واجب و إن كان فى اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضا ليكون مؤكدا فلا وجه له أيضا لأنه ضمان ما لم يجب بعد (قلت) لكنهم يقولون قد وجد سببه و هو العقد و دعت الضرورة إليه و يمنعون كون المضمون غير واجب كما مر عن التذكرة و قد عرفت مختارها و مختار الشرائع و ما خالفهما فيه أتى فيه بلفظ الأقوى ما عدا المبسوط و قد عرفت الثمرة فالإشكال لعله فى محله و كيف كان فالمسألة غير محررة و لعل مثله ما إذا ضمن البائع درك العيب (و ليعلم) أن الشيخ فى المبسوط إنما تعرض لهذا الفرع خاصة قال إذا ضمن البائع للمشتري قيمة ما يحدثه فى الأرض التى اشتراها من بناء و غرس بالغه ما بلغت لم يصح ذلك لأنه ضمان مجهول و ضمان ما لم يجب و كلاهما باطلان و لعله أراد بالقيمة الأرش و لعلهم لمكان التلازم بين المسألتين كما أشرنا إليه آنفا حكوا عنه عدم الصحة فى الأولى أو أن فى النسخة التى عندنا سقطا

(قوله) (و لو ضمن اثنان طولب السابق و مع الاقتران إشكال)

ضمان الاثنىن إما أن يقع على التعاقب أو دفعة فإن وقع على التعاقب فمن رضى المضمون له أولا بضمانه انتقل المال إلى ذمته و بطل ضمان الآخر سواء كان هو السابق أو اللاحق كأن يقول رضيت بضمنا زيد السابق دون عمرو اللاحق أو بالعكس أو يقول رضيت بضمنا زيد السابق و رضيت بضمنا عمرو اللاحق أو بالعكس و أما إذا رضى بضمنا كل واحد منهما دفعة كأن يقول رضيت بضمنا كل واحد منكما انتقل المال إلى ذمة الأول لأنه إذا رضى بضمنا كل واحد منهما فقد رضى بضمنا الأول فينتقل المال إليه فلا يصادف ضمان الثانى و لا الرضا به حقا على المضمون عنه فيبطل و أما إذا وقع ضمان الاثنىن دفعة فإن وقع رضا المضمون له بضمنا كل واحد على التعاقب كأن يقول رضيت بضمنا زيد و رضيت بضمنا عمرو صح ضمان من رضى بضمانه أولا لانتقال المال بالضمان و رضا المالك إلى ذمته فلا- يصادف الضمان الثانى ذمة مشغولة فيبطل و إن وقع الرضا منه دفعة فهناك ثلاثة أقوال و

إشكال (الأول) قول أبي علي و هو صحة الضمان فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع فإن كانا اثنين طالب كل واحد منهما بنصف المال و لو زاد وأفيا لحصة بعد اعتبار العدد (و فيه) أنه خلاف ما أراد الضامنان و اقتضاه العقدان فيبطلان إلا أن تقول الأصل صحة الضمان و لا أولوية و انتقال المجموع إلى كل من الدمتين ممتنع فوجب أن نقول إنه انتقل إلى كل واحد منهما ما يقتضيه التحاص و هو كما ترى لا- يجمع بين مقتضى العقدين (الثاني) التخيير في مطالبة من شاء منهما و مطالبتهما معا و يسمى ضمان الاشتراك و الانفراد معا و قد جزموا به في باب الدييات فيما إذا قال ألق متاعك و على كل واحد منا ضمانه أو قال إني و كلا من الركبان ضامن و هو قول ابن حمزة في المقام قال في (الوسيلة) و ينقسم الضمان قسمين آخرين ضمان انفراد و ضمان اشتراك ف ضمان الانفراد ضمان جماعة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩٣

و لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الأصالة و الفرعية فيهما إن أجازهما و يتساقطان (١)

عن واحد و يكون للمضمون له الخيار في مطالبة المال من أيهم شاء على الانفراد و على الاجتماع و ضمان الاشتراك بالعكس من ذلك و لعل حجته التمسك بصحة العقدين فإنها الأصل و نقل الفخر و الشهيد عن المصنف في درسه المبارك الميمون توجيهه بأن مثله واقع في العبادات كالواجب على الكفاية و في الأموال كالغاصب من الغاصب و نظر فيه في جامع المقاصد بأن العقدين المتنافيين يمتنع التمسك بصحتهما و وجه التنافي أن انتقال المال إلى ذمة أحدهما يقتضى أن لا ينتقل إلى ذمة الآخر شيء فيكون ضمانه باطلا لانتفاء مقتضاه و لا نعى بالبطل إلا ما لا يترتب عليه أثره و هذا يصلح جوابا عما ذكره المصنف إذ في الغاصب من الغاصب لم يثبت المال في ذمم متعددة و إنما وجب على من جرت يده على المغصوب رده على مالكة عملا بعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي فإن تعذر وجب البدل للحيلولة و هذا لا يتفاوت الحال فيه ببقاء العين و تلفها و معلوم أنه مع بقائها لا تكون في ذمة أحد و إنما الذي في الذمة وجوب الرد فظهر أن ليس هناك مال واحد في ذمم متعددة و لك أن تقول إذا تعذر البدل للحيلولة كان المال الواحد في ذمم متعددة و لهذا أقره عليه ولده و الشهيد و ظاهر الأول و صريح الثاني الرضا به (و قد أوردنا) عليه لزوم اجتماع العلل على معلول واحد إذ العلة في براءة ذمة المضمون عنه ضمان كل واحد (و أجابا) بأنها معرفات أي أمارات ليست بأسباب و بأن براءة ذمته معلولة لعدم علة الثبوت و هي الإدانة مع عدم الضمان غيره «١» و انتفاء عدم الكلى بوجود جزئيات كثيرة جاز و معناه أن عدم انتفاء الإنسان بوجود زيد و بكر و عمر و خالد جائز فتأمل إلا أن تقول إن هذا خرج عن الأصل في خصوص هذا الفرد للنص و الإجماع فيقتصر عليه من دون تعد و بذلك يجاب عن الحال في السفينة لتطابق الفتاوى ممن تعرض له و الضرورة (الثالث) البطلان للحصر في الأمور الثلاثة و قد بطل اثنان فتعين الثالث و في (المختلف) أنه أقوى و في (جامع المقاصد) أنه أصح و مما ذكر يعرف وجه الإشكال فيكون دائرا بين الأقوال الثلاثة فيكون منشؤه أصالة الصحة و وقوعه من أهله و من اتحاد الحق و من عدم الأولوية

(قوله) (و لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الأصالة و الفرعية فيهما إن أجازهما و يتساقطان)

إذا كان لرجل على اثنين عشرة دراهم على كل واحد خمسة و ضمن كل منهما ما على صاحبه فلا شك في صحة الضمان كما في المسالك و به صرح في المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و غيرها و انتقال ما في ذمة كل منهما إلى الآخر إذا أجاز المضمون له الضمان لكنه لم يقد شيئا عندنا في باب المطالبة لأنه عندنا ناقل فكانا في الدين و المطالبة كما كانا قبل الضمان إذا وقع ذلك دفعة لكن يصير كل واحد بضمانه فرعا و بمضمونيته أصلا فتعاكس الأصالة و الفرعية فيصير كل واحد منهما فرعا بالجهة التي يكون بها الآخر أصلا فيتساقطان بعد أداء الدينين إذا كان ضمانهما بسؤال و المفروض أنهما متساويان قدرا و وصفا و لم يتغير وصف الدين بالحلول و التأجيل فيقع التهاتر و التقاص و إنما تظهر الفائدة في باب الأصالة و الفرعية حيث تعاكسا كما أشار إليه المصنف بقوله تعاكست إلى آخره فإنه إذا أبرأ المضمون له أحدهما فإنه يبرأ الآخر و أنه إذا أدى بعضه و أبرأه المضمون له من الباقي لم يكن له

الرجوع على المضمون عنه إلا بما أداه و تظهر الفائدة أيضا في انفكاك الرهن الذي كان على الدينين أو على أحدهما لأن الضمان بمنزلة الأداء و إن اختلف وصف

(١) لعل الصواب ضمان غيره أو الضمان من غيره

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩٤

فلو شرط أحدهما الضمان من مال بعينه و حجر عليه لفلس قبل الأداء رجح على المؤسر بما أدى و يضرب المؤسر مع الغرماء (١) و إلا طوب من أجزى ضمانه بالجميع خاصة (٢) فإن دفع النصف انصرف إلى ما قصده و يقبل قوله مع اليمين (٣) إن أطلق فالوجه التقسيط (٤)

الدينين بالقله و الكثرة و الحلول و التأجيل و وصف الضمان بالتبرع و عدمه ظهرت فوائد أخر مضافا إلى ما سيأتي في كلام المصنف و قد تضمن جميع ذلك مجموع كلامهم و قوله في الشرائع و لو أبرأ الغريم أحدهما برئ مما ضمنه دون شريكه ليس فيه مخالفة لما قلناه إذ معناه أن شريكه لا يبرأ مما ضمنه لكنه يبرأ مما كان عليه و لا يخفى أن ذلك إنما هو إذا كان الضمان دفعه و أجاز صاحب الدين فإن وقع على التعاقب كان الجميع على الأخير و لو رد أحدهما طوب من أجزى ضمانه بالجميع كما يأتي في كلام المصنف (قوله) (فلو شرط أحدهما الضمان من مال بعينه و حجر عليه لفلس قبل الأداء رجح على المؤسر بما أدى و يضرب المؤسر مع الغرماء) هذا الفرع من متفردات هذا الكتاب و هو مبني على صحة الضمان في مال بعينه و هو من متفردات المصنف أيضا (و حاصله) أن من فوائد ما إذا ضمن كل من المديونين ما على صاحبه أنه لو شرط أحدهما في عقد الضمان الأداء من مال بعينه و كان المال المشروط الأداء منه يفى بذلك الدين إذ لو قصر لكان الضامن بالزائد من جملة الغرماء ثم إنه حجر عليه للفلس قبل أداء الدين المضمون فإن المضمون له مقدم على الغرماء بدينه لتعلقه بالعين المشروط الأداء منها كما في دين المرتهن فإذا استوفاه من العين استحقه المفلس على المؤسر فيرجع عليه به و لا يتساقطان إذا أدى المؤسر الدين الآخر قبل الحجر لاختلاف الدينين حكما لأن المفلس يستحق الجميع و الآخر له حكم الغرماء فيضرب معهم بالحصه و ما يبقى له بعد التحاص غير مستحق الآن فلا يصح التسايط و إنما قلنا إن المؤسر أدى الدين قبل الحجر لأنه لو كان بعده لاتجه أن يصير إلى ما بعد الفك و لا يزاحم الغرماء كمن باع بعد الحجر كما تقدم لأن الضامن لا يستحق شيئا على المضمون عنه إلا بعد الأداء و لهذا لا يستحق الأخذ قبله و أيضا فلا بد من كون الإفلاس طارئا بعد الضمان أو كون المضمون له عالما بتقدمه أو رضاه بعد علمه فإنه لو لم يكن عالما و فسخ لما علم لم يترتب هذا الحكم كما نص على ذلك كله في جامع المقاصد

(قوله) (و إلا طوب من أجزى ضمانه بالجميع خاصة)

أى و إن لم يجز المضمون له ضمانهما بل أجاز ضمان أحدهما كان الدينان معا عليه و طوب بهما و لم يبق له مطالبه الآخر لكن الضامن يرجع على الآخر إن ضمن بإذنه و إلا فلا و الوجه في ذلك كله واضح و به صرح في التذكرة و كذا التحرير و جامع المقاصد (قوله) (فإن دفع النصف انصرف إلى ما قصد و يقبل قوله مع اليمين)

أى أن دفع من أجزى ضمانه دون صاحبه نصف الدين مثلا و بالجملة بعضا منه إذ الحكم لا يختص بالنصف انصرف المدفوع إلى ما قصده الدافع فإن قصده عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه و إن قصده عنه رجح عليه فإن وقع اختلاف بينه و بين المضمون عنه قدم قوله بيمينه لأنه أعرف بقصده و صرفه إلى شيء بخصوصه إنما يكون به (قوله) (و إن أطلق فالوجه التقسيط)

أى دفع نصف الدينين مثلا- و لم يقصد عن أحدهما و لا عن المجموع فالوجه عند المصنف هنا التقسيط أى توزيع المدفوع على

الدينين بالنسبة و هو خيرة المختلف و جامع المقاصد في مثله في باب الرهن و الأخير في المقام لأنه قد وقع صحيحا و ليس أحدهما أولى من الآخر و أنه قد ملكه ملكا تاما فإما عن الدينين
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩٥
و ينصرف الإبراء إلى ما قصده المبرئ فإذا أطلق فالتقسيط (١) و لو ادعى الأصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن إشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير و خفاء القصد (٢)

أو عن أحدهما بعينه أو لا- عن أحدهما أو عن أحدهما لا بعينه و الكل باطل لاستحالة الترجيح و ملك المقضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمة و لأنه إن لم يزل عن ذمته شيء منهما لزم المحال و إلا كان هو المقضى عنه و يحتمل صرفه الآن إلى من شاء لعدم القصد و امتناع وقوعه بدونه و هو خيرة الإيضاح في المقام و الشيخ في مثله في باب الرهن (و رد) بأن ملك القابض للمقبوض يقضى بأنه لا بد أن يقع على شيء (و قد يجاب) بأن القابض لا يملكه أو يملكه عما في ذمته و إليه التعيين و مثله ما إذا قال زوجتي طالق و لم ينو واحدة منهما فنستخرج إما بالقرعة أو بتعيينه و ما إذا كان له مالان غائب و حاضر و دفع الزكاة من دون تعيين و ما إذا أعتق عبدا عن كفارته و كان عليه كفارتان إلى غير ذلك من النظائر و لم يرجح المصنف في مثله في باب الرهن في الكتاب و التحرير و لا ولده في الإيضاح و لا الشهيد و لا المصنف في التذكرة في مثله في المقام في الدروس «١»
(قوله) (و ينصرف الإبراء إلى ما قصده المبرئ فإن أطلق فالتقسيط)

أى إذا أبرأ المضمون له الضامن عن بعض الدينين فإن عينه من واحد منهما أو من كل منهما فلا كلام و إن أطلق الإبراء و عراه عن القصد إلى شيء مخصوص من واحد منهما أو من كل منهما بالنسبة فالحكم عند المصنف التقسيط المذكور في ما تقدم لعين ما تقدم

(قوله) (و لو ادعى الأصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن إشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير و خفاء القصد)
هذه عين عبارة التذكرة و معناها أنه لو ادعى الأصيل أى المضمون عنه على الضامن أن المضمون له قصده في إطلاق عقد الإبراء و أنه قد برئ بذلك ففي توجه اليمين على المبرئ أو الضامن إشكال ينشأ في الأول من أنه منكر و الدعوى على قصده فيحلف و من أن حلفه لإثبات مال الغير لا- غير لأنه لو حلف لم يدفع بها شيئا عن نفسه و لا يثبت بها لها شيئا نعم إن أثرت فإنما تؤثر في رجوع الضامن على المضمون عنه بما يؤدي و ينشأ في الثانى من أن الغريم في الحقيقة إنما هو الضامن لأنه لو اعترف بما ادعى المضمون عنه لم يرجع عليه فيكلف باليمين فلعله يخاف فيعترف و من أنه حلف على قصد المبرئ و هو أمر يخفى على غيره فلا يحلف الضامن على قصده و هذا إيضاح ما في الإيضاح لأنه فرض المسألة فيما إذا أطلق المبرئ و ادعى المضمون عنه أنه قصده فاحتمل توجه اليمين على المبرئ ثم صحح العدم لأنه حلف لإثبات حق الغير ثم احتمل عدم حلف الضامن لخفاء قصد المبرئ فصار الحاصل أنه يحتمل حلف كل من المبرئ و الضامن لكن الراجح عنده عدم حلفهما و لما كان ذلك كذلك صح له أن يقول فيقسط و معناه أنه لما لم يتوجه الحلف على المبرئ و لا على الضامن رجعا إلى الإطلاق و حكمة التقسيط فما ادعاه عليه المحقق الثانى من جملة الشق الثانى من شقى الإشكال غير جيد و قال إن الإشكال ينشأ من أن اليمين من المبرئ لإثبات حق الغير فيمتنع توجهها إليه و من أن القصد أمر خفى فلا- يحلف الضامن على قصد المبرئ بل تنحصر اليمين في جانبه فليلاحظ إذ حصل الوجه الثانى انحصار اليمين في جانب المبرئ كما صرح هو به و حاصل الأول على الظاهر منه انحصارها في

(١) كذا في ثلاث نسخ و الظاهر أن قوله في الدروس بعد قوله و لا الشهيد (محسن)

و لو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجوع عليه دون الأصيل و لو أذن له الأصيل في الضمان و الأداء (١) و لو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحق فقد برئ و إن لم يأذن الضامن في الدفع (٢)

جانب الضامن و حاصلهما قيام الاحتمالين في كل منهما أى الضامن و المبرئ و هذا ما في الإيضاح غير أنه لما ترجح عنده عدم حلف كل منهما قال بالتقسيت ثم إنه قال و الذى يقتضيه النظر أن المبرئ إن صرح فى عقد الإبراء بعين الدين الذى يبرأ منه بحيث علم الضامن بذلك جاز حلفه على عدم سقوط الحق عن ذمته المضمون عنه و إلا لم يحلف على البت بل على نفى العلم (و فيه) أن الأول خارج عن محل الفرض لأن محله ما إذا أطلق و أما الحلف على نفى العلم فلا يجدى الضامن بل يضره لأنه يرجع جوابه إلى أنى لا أعلم و المضمون عنه يدعى العلم بأن الإبراء إنما هو له فيحلف و يبرأ على قول أو يبرأ من دون حلف على اختلاف الرأيين فما جعله المحقق الثانى مقتضى النظر غير صحيح و لا محرر سلمنا أنه لا يضره و ما كان ليكون فأقصى ما هناك أن تقول كما قال هو إنه إذا حلف على نفى العلم انتفى المسقط للدين الذى فى ذمته المضمون عنه فيتمسك بأصالة بقاء الدين فيستحق الرجوع عليه إذا أدى ثم إنه تأمل فيه من حيث إن عدم علمه بالمسقط لا يقتضى عدمه و أصالة بقاء الدين قد زالت بالقطع بوجود مسقط أحد الدينين كما زال أصل الطهارة عما اشتبه فيه الطاهر بالنجس لأن الإبراء ثابت منه مشتبه انتهى و هذا يقتضى بأن المسألة مفروضة فيما إذا قصد أحد الدينين ثم اشتبه و أنت تعلم أن المفروض خلافه و الذى يقتضيه النظر فى المقام أن يقال إنه لو قال المبرئ أبرأت عن الأصيل و قال المضمون عنه بل عن الضمان فالقول قول المبرئ من دون يمين و ينظر بعد ذلك فى دعوى المضمون عنه على الضامن فيحكم بينهما بما تقتضيه القواعد و كذا لو أطلق المبرئ و قال قصدت بالإطلاق الإبراء عن الأصيل أو عن الدينين على النسبة و التقسيط فالقول قوله أيضا من دون يمين و على هذا فلا مجال للقرعة و إن قال المحقق الثانى و لا أرى هنا شيئا أوجه من القرعة

(قوله) (و لو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجوع عليه دون الأصيل و لو أذن له الأصيل فى الضمان و الأداء)

قال فى (التذكرة) لو تبرع بالضمان ثم سأل ثالثا الضمان عنه فضمن رجوع عليه دون الأصيل و إن أذن له الأصيل فى الضمان و الأداء و معناه أنه لو ضمن زيد ما فى ذمته عمرو تبرعا ثم سأل زيد بكرا أن يضمن ما ضمنه فضمن و أدى فإنه يرجع على زيد و لا يرجع على بكر الذى هو الأصيل و إن أذن أى الأصيل للضامن الثانى أعنى بكرا فى ضمان الضامن المتبرع و فى أداء المال لأن ذمته الأصيل قد برئت بضمان الضامن الأول فلا أثر لإذنه فى الضمان و لا فى الأداء

(قوله) (و لو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحق فقد برئ و إن لم يأذن الضامن فى الدفع)

كما صرح بذلك كله فى الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و معناه أنه إذا دفع المضمون عنه الدين إلى الضامن أو المستحق فقد برئت ذمته لأنه إذا دفع إلى الضامن و كان الضامن قد أدى قام هذا المدفوع مقام ما أداه كما هو واضح و إن كان لم يؤد فقد تبرع بالأداء قبل وجوبه فلا يستحقه و ليس له التصرف فيه نعم له دفعه فى الدين تبعا للإذن فإن أدى منه فواضح و إن أدى من غيره قام هذا مقام المدفوع و عدم استحقاقه عليه شيئا إلا بعد الأداء لا يمنع من دفعه إليه لجهة ذلك الدين و إن أبرأ من الدين أو بعضه وجب عليه رده أو رد بعض ما قابله و يبقى الكلام فيما إذا تلف فى يده بغير تفريط و لعل الظاهر أنه كالمقبوض بالسوم على تأمل و لا إشكال فيما إذا قال له اقض به ما ضمنت عنى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩٧

و على الضامن البيئته بالإذن لو أنكره الأصيل أو أنكر الدين (١) و لو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق بالبيئته لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضا أو الإذن و إلا رجح اقتصاصا إلا أن ينكر الأصيل الإذن و لا بيئته (٢)

فإنه حينئذ و كيل و المال أمانة و أما براءتها بدفعه إلى المستحق فلأن الضامن لا يرجع عليه حينئذ بشيء لأنه لم يؤد عنه شيئا أقصى ما

هناك أن الأصيل قد تبرع بأداء الدين الذي لزم الضمان بالضمان وهذا لا يمنع من براءة ذمته

(قوله) (و على الضامن البيئه بالإذن لو أنكره الأصيل أو أنكر الدين)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و معناه أنه ضمن فأنكر الأصيل الإذن في الضمان فالقول قوله مع اليمين و على الضامن البيئه بالإذن و كذا لو أنكر الأصيل الدين الذي ضمنه الضامن فإن عليه البيئه بالإذن أيضا في ضمان الدين و ليس البيئه بثبوت الدين و لزومه أنه مدع على كل واحد من التقديرين و الأصل عدم الإذن في الأول و الأصل براءة الذمة من الدين و عدم الإذن في الثاني و قد يعطى كلام المحقق الثاني أن عليه البيئه بثبوت الدين لأنه قال لأنه مدع على كل واحد من التقديرين و استحقاؤه الرجوع مشروط بكل من الأمرين و مراده بالأمرين الإذن و الدين

(قوله) (و لو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق بالبيئه لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أو الإذن و إلا رجع اقتصاصا إلا أن ينكر الأصيل الإذن و لا بيئه)

هذه عين عبارة التذكرة و قد فهم منها في جامع المقاصد خلاف المراد فأورد ما أورد و احتمل ما احتمل و معناها أن الضامن بزعم المستحق لو أنكر كونه ضامنا فأقام المستحق للدين و هو المضمون له البيئه بكونه ضامنا و استوفى ما شهدت البيئه بضمانه له لم يرجع على الدين الذي في ذمه الأصيل مقاصد للمستحق صاحب الدين لأن كان ظالما له إن كان الضامن قد أنكر الدين أو أنكر الإذن في الضمان و الأداء لأنه إذا أنكر الدين امتنع استحقاؤه مقاصد صاحب الدين مما في ذمه الأصيل و كذا إن أنكر إذن الأصيل في الضمان أو الأداء لأنه ليس له عليه حينئذ وجه شرعي و إلا ينكر الدين و الإذن كأن يقول له أنت أذنت لي في وفاء دينك و شرطت لي الرجوع و هذا توهم و أخذني بالضمان و بيئته توهمت فشهدت له بذلك فأنت يجب عليك لمكان إذنتك و شرطتك أن تعطيني ما في ذمتك له اقتصاصا لأنه ظلمني و أخذني بالضمان و قد حصل وفاء دينك على شرطه و ها هو ذا قد أعرض عما في ذمتك لمكان ما أخذه مني بزعمه أني ضامن له فإن أنكر الأصيل الإذن في الأداء و قال إنما ظلمك و سكت عما له في ذمتي إما إعراضا بالكلية أو إلى مدة أو نحو ذلك و لا بيئه للضامن عليه بذلك أي الإذن و الشرط و استحلفه فحلف فإنه لا يتوجه له عليه الرجوع مقاصد بوجه من الوجوه و ترك المصنف ما إذا أنكر الأصيل الدين لوضوح حاله و هذا معنى صحيح لا غبار عليه و المحقق الثاني فرض المسألة فيما إذا أنكر الضامن في نفس كونه ضامنا و وجه عدم رجوعه على الأصيل بأنه إنكاره الضمان مقر بأنه لا يستحق في ذمه المضمون عنه شيئا قال إذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير إنما هو الضمان و قد نفاه و لا تنفعه البيئه لأنه مكذب لها بنفي الضمان و اقتضاء نفيه كونه مظلوما في المطالبة و الأخذ قال و لا فرق في ذلك بين أن ينكر الضامن الدين أيضا أي مع إنكاره الضمان أو ينكر الإذن فيه من المضمون عنه و عدمه كما هو ظاهر فلا يظهر الوجه في اشتراط المصنف لعدم الرجوع على الأصيل أحد الأمرين و كذا قوله و إلا رجع اقتصاصا إلا أن ينكر الأصيل الإذن و لا بيئه إذ المعنى و إن لم ينكر واحدا من

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩٨

و لو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم إنكاره (١) فإن شهد الأصيل و لا تهمة قبلت (٢)

الأمرين رجع على المضمون عنه اقتصاصا أي باطنا على ما فسره بعضهم و لا يستقيم غيره على فرض المسألة في الضمان أي لا في الإذن في الأداء إلا أن ينكر الأصيل الإذن في الضمان و لا بيئه هذا وجه عدم ظهور وجهه لأنه إذا كان رجوعه اقتصاصا وقع الضمان في نفس الأمر هذا كلامه ثم إنه احتمل تنزيل العبارة على وجه بارد بعيد ثم إنه قال يمكن أن يقال إنه إذا كان ضامنا في نفس الأمر بسؤال لا يمتنع رجوعه على المضمون عنه بمجرد إنكار الضمان إذا أدى الدين إلى المستحق بالبيئه لأن لاستحقاق الرجوع طريقين (أحدهما) الضمان بسؤال إذا أدى الضامن (و الثاني) أداء الدين بالإذن و شرط الرجوع إذا انتفى الاستحقاق لإنكار أحدهما لم ينتف مطلقا إذ لا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم كما هو ظاهر فيرجع اقتصاصا إلى أخذ الحق الذي يستحقه في نفس الأمر بشروط (الأول)

أن لا ينكر الضامن أصل الدين فإنه لو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق الثاني أيضا (الثاني) أن لا ينكر الإذن فإن أنكره فكالأول (الثالث) أن لا ينكر المضمون عنه الإذن أو تثبت بحجة شرعية فإن انتفت امتنع الرجوع أيضا وحينئذ فلا يكون المراد بالاقتصاص الرجوع باطنا كما قيل بل يرجع على هذا التقدير ظاهرا و طريق مطالبة الضامن المنكر للضمان في الفرض المذكور أن يقول للمضمون عنه إنى أديت دينك على وجه يلزمك الأداء إلى و يقيم عليه البينة بالإذن إن كانت و إن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالإذن لأن التوصل إلى الحق بطريق لا يكون مشتتلا على محذور جائز ثم قال فإن قيل هل يسوغ أن تشهد البينة بالإذن على تقدير حصوله مع سؤال الضمان و وقوعه مع العلم بأن طريق الاستحقاق إنما هو الضمان بسؤال و قد امتنع بإنكاره قلنا لا محذور إذا كان مطابق الواقع أما مع عدم المطابقة فهل تكفى شهادة البينة بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحد من الطريقتين الظاهر نعم حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم انتهى و أنت خبير بأنه إذا كان ضامنا في نفس الأمر و متن الواقع يبعد تصوير الشروط الثلاثة و ما ذا عسى يجدى إنكار المضمون عنه الإذن في رفع الاقتصاص منه باطنا بعد علم الضامن بالدين و الإذن في الضمان و الأداء و شرط الرجوع إن هو إلا مديون جاحد إلا أن يفرض نسيانه و لهذا جعل لمطالبته ما سمعته من الطريق و أنت إذا حملت العبارة على ما ذكرناه خلصت من هذه التكاليف و ما ذكرناه قد نبه عليه الشهيد في حواشيه على قوله و إلا رجع بقوله لأن المضمون له ظلمه فيرجع على ماله الموجود في ذمه الأصيل اقتصاصا انتهى هذا و لا يجوز أن يجعل الضمير في قوله إن أنكر الدين راجعا إلى الأصيل لوجوه لا تخفى

(قوله) (و لو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم إنكاره)

كما في المبسوط و أكثر ما تأخر عنه و وجهه واضح لأنه منكر فالقول قوله مع يمينه و معناه أنه لو أنكر المستحق وصول الحق إليه من الضامن الذى ضمن بسؤال المضمون عنه قدم إنكاره و قيده بذلك أى السؤال لأنه لو كان تبرعا لم يتطرق إلى المضمون عنه تهمه لبراءة ذمته فهو كالتهميد لما قبله و إلا فلا فرق في تقديم قول المستحق بين ضمانه بسؤاله و عدمه (قوله) (فإن شهد الأصيل و لا تهمه قبلت)

كما في المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الحواشى و اللعة و جامع المقاصد لأنه إن كان أمرا بالضمان فشهادته شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع و شهادة لغيره فسمع و أما إذا كان متبرعا فوجهه واضح لأنه أجنبي لبراءته من الدين أدى أم لم يؤد و التهمه تتحقق بأن تفيده الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٣٩٩

و معها يغرم ثانيا و يرجع على الأصيل بالأول مع مساواة الحق أو قصوره (١) و لو لم يشهد رجح بالأقل من الثاني و الأول و الحق (٢)

لو لم يثبت الأداء فترد و قد ذكروا أن من صور التهمه أن يكون معسرا و لو لم يعلم المضمون له بإعساره فإن له فسخ الضمان حينئذ و يرجع على المضمون عنه فشهادة الأصيل تدفع عنه عود الحق إلى ذمته (و منها) أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوعه إنما هو بذلك المصالح به فيقل ما يؤديه عن أصل الحق لو ثبت الأداء على هذا الوجه و قال جماعة في هذا نظر إذ يكفى لعدم وجوب الزائد إقرار الضامن بذلك و لا حاجة إلى الثبوت ظاهرا فتندفع التهمه فتقبل الشهادة (و منها) أن يكون قد تجدد الحجر عليه للفلس و المضمون عنه أحد غرمائه فإنه بثبوت الأداء نقل الغرماء فيزداد ما يضرب به و قال جماعة لا فرق في هذه الصورة و الأولى بين كون الضامن متبرعا و بسؤال لأن فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين و مع الإفلاس ظاهر (قلت) ليس فيه من الظهور شيء لأن توفير مال المفلس بشهادته و ازدياد ما يضرب به إنما يتحقق و ينفعه إذا تبرع الضامن أما في حال السؤال فإن شهادته تضره كما إذا كان له على الضامن مائة و لزيد مائة و المال المضمون خمسون و مال المفلس خمسون فإنه لو قبلت شهادته صار مال المفلس مائة و ليس للمضمون عنه إلا الخمسون التى في ذمته و أما إذا ردت شهادته فإنه يبقى للمضمون عنه خمسة عشر

لأننا إذا وزعنا مال المفلس و هو الخمسون على مائة المضمون عنه و مائة زيد و الخمسين المضمونة يصير لكل خمسين عشرة فإذا لم تقبل شهادته يكون له عشرون و للمضمون له عشرة و لزيد عشرون فإذا استرد زيد من المضمون عنه نصف ما أخذ المضمون له بقى للمضمون له خمسة عشر و إذا قبلت شهادته لم يبق له شيء و قد حكى الشهيد عن الفخر أن شهادة المضمون عنه بالضمان ترد إجماعاً و بالأداء إن أثرت في البراءة فكالضمان على التأمل عندهم انتهى

(قوله) (و معها يغرم ثانيا و يرجع على الأصيل بالأول مع مساواة الحق أو قصوره)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و الكفاية و معناه أنه مع التهمة يغرم الضامن ثانيا لانتفاء ثبوت الأداء و إنما يرجع على الأصيل بالأول بشرط أن لا يزيد على الدين لأنه قد علم أنه لا يستحق الرجوع بالزائد و وجهه أنه هو الذي وقع به الأداء باعترافه و الثاني ظلم و إن كان بقدر الدين و هذا القيد مراد في عبارة من تركه كالمحقق و المصنف في غير الكتاب و غيرهما و كذلك لو ردت شهادته لعدم عدالته و مثله ما لو صدقه و لم يشهد

(قوله) (و لو لم يشهد رجع بالأقل من الثاني و الأول و الحق)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و الكفاية و معناه أنه لو أنكر المستحق الدفع إليه و لم يشهد المضمون عنه و حلف المضمون له و غرم الضامن ثانيا فإنه يرجع على المضمون عنه بالأقل من الثلاثة المذكورة لأنه إذا كان ما دفعه أولاً أقل فقد اعترف الضامن بأنه لا يستحق غيره لأنه يزعم أنه مظلوم في الأخذ منه ثانيا فالأداء الصحيح عنده هو الأول فيؤاخذ به و أما إذا كان الثاني أقل فلأن الأداء الأول الذي يدعيه لم يثبت و الثابت ظاهراً هو الثاني و أما إذا كان الحق أقل منهما فلأنه إنما يرجع بالأقل من المدفوع و الحق و في (الشرائع) و غيرها أنه لو لم يشهد رجع الضامن بما أداه أخيراً و لا بد من تقييده بما إذا لم يزد على ما ادعى دفعه أولاً و لا على الحق و إلا رجع بالأقل من الثلاثة كما في الكتاب و قول المصنف و غيره و لو لم يشهد إلى آخره لا بد من تقييده بعدم اعترافه بالدفع الأول و لو جعل مناط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠٠

و لو ادعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق فإن كان في غيبة الأذن فهو مقصر بترك الإشهاد إذ كان من حقه الاحتياط و تمهيد طريق الإثبات فلا يرجع عليه إن كذبه و إن صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل (١) و الرجوع لاعترافه ببراءة ذمته و فعل ما أذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق (٢)

الحكم عدم تصديقه كما في اللعمه لكان أجود لتناول عدم الشهادة و غيره

(قوله) (و لو ادعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق فإن كان في غيبة الأذن فهو مقصر بترك الإشهاد إذ كان من حقه الاحتياط و تمهيد طريق الإثبات فلا يرجع عليه أن كذبه و إن صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل)

و بمثل ذلك عبر في التحرير و في (الإيضاح و الحواشي و جامع المقاصد) في باب الرهن أنه لو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن قبل قوله في حق الراهن و لو لا ذلك لأدى إلى عدم قبول الوكالة فيفضى إلى الضرر و المصنف هناك يستفاد منه الإشكال و قال في باب الوكالة لو كان و كيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على إشكال و في (وكالة المبسوط و التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد) أن الأصح الضمان إلا- أن يؤد بحضرة الموكل و هو خيرة التذكرة في المقام في أول كلامه ثم عد إلى عبارة الكتاب و معناها أنه لو ادعى قضاء الدين الشخص المأذون له فيه فأنكر المستحق أي صاحب الدين فإن كان ذلك في غيبته فهو مقصر في ترك الإشهاد إذ كان من الحق الواجب عليه الاحتياط للأذن في إسقاط حق الغير عنه ظاهراً و باطناً و تمهيد طريق الإثبات بالإشهاد ليقطع عنه الدعوى فحيث ترك الإشهاد صار كأنه لم يقض فلا يستحق رجوعاً إن كذبه و إن صدقه احتمل ذلك يعني عدم الرجوع لأنه مقصر بترك الإشهاد و لأنه كمن لم يقض حيث لم ينتفع به الأصيل أي المديون الأذن مجازاً إذ ليس هنا ضمان فيكون مضمون

عنه أصيلا وقال فى (جامع المقاصد) فى توجيه المقام إن إطلاق الإذن لما حمل على القضاء الذى لا يبقى معه دعوى الدين ثانيا بحسب الإمكان وذلك بالإشهاد كان قضاؤه بدونه غير مأذون فيه فلم يستحق رجوعا قال وهذا التوجيه لا يفترق فيه الحال بين تصديق الآذن فى الدفع وتكذيبه فلم يبق لقول المصنف أن كذبه وجهه ولم يحسن قوله وإن صدقه إلى آخره لأنه يدافع التعليل المذكور وكان الأولى فى العبارة أن يقول فأنكر المستحق فإن كذبه ولا طريق للإثبات لم يرجع قطعا وإن صدقه فإن كان فى غيبه الآذن فى الرجوع احتمالان ينشآن من كونه مقصرا بترك الإشهاد إذ كان حقه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات ولأنه كمن لم يقض إذ لم ينتفع به الأصيل وعدمه لأن المأذون فيه القضاء وقد حصل انتهى ولعل قلمه الشريف سها فأثبت الرجوع مكان عدمه و بالعكس كما هو واضح ثم إن قضية التعليل أن لا يكون هناك إلا احتمال عدم الرجوع وأراه فى بيان الاحتمال الأول رجوع إلى التعليل الأول فلم يكن حينئذ الأولى أولى فليتأمل وياتى فى الوديعه ما له نفع تام فى المقام (قوله) (و الرجوع لاعترافه ببراءة ذمته و فعل ما أذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق)

هذا هو الاحتمال الثانى المعادل لقوله احتمال ذلك وقد قواه فى أول كلامه فى التذكرة فى المقام ثم حكى عن الشافعية وجهين (أحدهما) عدم الرجوع ونفى عنه البأس وفى باب الوكالة جزم بعدم الرجوع وقد وجه المصنف الرجوع هنا بأنه قد اعترف و صدق ببراءة ذمته باطنا وأنه قد فعل ما أذن له فيه فلا يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بظلم المستحق و طلبه ثانيا وفى (جامع المقاصد) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠١

وهل له إحلاف الأصيل لو كذبه إن قلنا بالرجوع مع التصديق خلفه على نفى العلم بالأداء وإن قلنا بعدمه فإن قلنا اليمين المردودة كالإقرار لم يحلفه لأن غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل وإن قلنا كالبينة حلف الأصيل فلعله ينكل فيحلف (١) و لو جحد الأصيل الدفع و صدقه المستحق احتمال الرجوع لسقوط المطالبة بإقراره الذى هو أقوى من البينة (٢) وعدمه إذ قول المستحق ليس حجة على الأصيل (٣)

أن ضعفه ظاهر لأن اعترافه إنما هو ببراءة ذمته باطنا فقط ففى كونه فعل ما أذن له فيه منع وقد سبق سنه (قوله) (و هل له إحلاف الأصيل لو كذبه إن قلنا بالرجوع مع التصديق خلفه على نفى العلم بالأداء وإن قلنا بعدمه فإن قلنا اليمين المردودة كالإقرار لم يحلفه لأن غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل وإن قلنا كالبينة حلف الأصيل فلعله ينكل فيحلف)

هذا ذكره فى التذكرة من فروع العامة فرعوه على القول بأنه إذا صدقه لا يرجع عليه قال فى (التذكرة) حاكيا عنه وعلى هذا القول لو كذبه الأصيل هل يحلف قال بعض الشافعية يبنى على أنه إن صدقه هل يرجع عليه أم لا إن قلنا نعم خلفه على نفى العلم بالأداء وإن قلنا لا يرجع يبنى على أن النكول و رد اليمين كالإقرار أو كالبينة إن قلنا بالأول لم يحلفه لأن غايته أن ينكل فيحلف الضامن ويكون كما لو صدقه وذلك لا يفيد الرجوع وإن قلنا بالثانى خلفه طمعا فى أن ينكل فيحلف الضامن فيكون كما لو أقام البينة و أنت خير بأن هذا التفريع على خصوص القول بالتصديق غير واضح و أن دعواه الأداء ياذنه على القول بأن الإشهاد واجب لا تسمع و لا تستحق جوابا بإنكار و لا- إقرار لأنها غير محررة و ما هى إلا- كما إذا ادعى عليه أنه وهبه و لم يذكر الإقباض نعم إن قال أدت بإذنتك و أشهدت و أنت تعلم ذلك و أجاب الأصيل أى الآذن بالإنكار توجهت عليه اليمين على نفى العلم لأن المدعى به فعل الغير و سمي المأذون ضامنا مجازا كما سمي الآذن أصيلا ثم إن المفروض فى كلامهم أنه ادعى الأداء بدون إشهاد و حينئذ يكون مقصرا و فعل فعلا غير مأذون فيه فلا ريب فى أنه لا يرجع حينئذ سواء أقر المأذون أو أثبت ذلك بالبينة أو اليمين المردودة و إن قلنا بأنه غير مقصر و أنه يستحق الرجوع بهذا الأداء كان له الرجوع بتصديقه و باليمين المردودة سواء كانت كالبينة أو كالإقرار و إن فرضت المسألة أنه ادعى الأداء بإشهاد فلا- شبهة فى ثبوت ذلك باليمين المردودة سواء كانت كالبينة أو الإقرار فلا- وجه لما ذكره و كان الأولى

بالمصنف أن لا يذكره و إن كان لا بأس بذكره فى التذكرة

(قوله) (و لو جحد الأصيل الدفع و صدقه المستحق احتمال الرجوع لسقوط المطالبة بإقراره الذى هو أقوى من البيئنة)

التي يمكن ظهور فسقها أو توهمها وهذا أظهر وجهى الشافعية كما فى التذكرة لأن المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة و قد حصل على أقوى وجه و منع فى جامع المقاصد من كون المطلوب بالقضاء ذلك و إنما يراد به براءة الذمة ظاهرا و باطنا (قلت) لعل المراد بسقوط استحقاق المطالبة ظاهرا و باطنا و أنهم يدعون أنه بإقراره و اعترافه و تسليطه المأذون عليه سقط حقه عنه باطنا

(قوله) (و عدمه إذ قول المستحق ليس حجة على الأصيل)

أى و احتمال عدم الرجوع لما ذكر و نظر فيه صاحب جامع المقاصد بأن إثبات ذلك بقوله إنما هو من جهة سقوط المطالبة لا من حيث كونه حجة عليه قال و الأصح عدم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠٢

و لو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان إذ التقصير ينسب (١) إليه و لا تفريط لو أشهد رجلا و امرأتين أو مستورين (٢) و فى رجل واحد ليحلف معه نظر (٣) و لو اتفقا على الإشهاد و موت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان (٤) و لو ادعاه (٥)

الرجوع لعدم تحقق ما يقتضى الرجوع و هو الأداء المأذون فيه و إقرار المستحق لا يحققه لإمكان كذبه و جواز المواطاة بين المستحق و الضامن بالصبر عليه إلى مدة و أخذه من المديون (قلت) قد يكون صادقا و منعه حينئذ من الرجوع إضرار به و تكليفه حينئذ الدفع للمستحق مرة ثانية بحضوره أو بشاهدين أشد ضررا فليصدق للضرر و الضرورة إذ لا يعرف ذلك إلا من جهتهما كما هو الشأن فى أمثال ذلك

(قوله) (و لو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان إذ التقصير ينسب إليه)

هذا قسيم قوله أولا فإن كان فى غيبة الأذن و عن بعض الشافعية أنه يضمن كما لو ترك الإشهاد فى غيبته

(قوله) (و لا تفريط لو أشهد رجلا و امرأتين أو مستورين)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و لم يرجح فى المبسوط فى المستورين اللذين بان فسقهما بعد ذلك و الأقرب أنه ليس بمفطر لأن البحث عن البواطن إلى الحكام دون غيرهم و الذى عليه أن يشهد شاهدين لا يعرف فسقهما و كونهما عدلين فى نظر الشرع حين الإشهاد و قد فعل فالشأن فيهما كما لو فسقا بعد الإشهاد و الأداء

(قوله) (و فى رجل واحد ليحلف معه نظر)

أى فى كونه مفطرا لو أشهد رجلا - واحد عدلا ليحلف معه عند الحاجة إلى إثبات الدفع إلى المستحق نظر ينشأ من تمهيد طريق الإثبات بذلك فإن الدفع يثبت بالشاهد و اليمين و هو الذى استوجه فى التذكرة و لا ترجيح فى المبسوط و الإيضاح و من أنه لم يشهد إسهادا مثبتا لأن الدفع لا يثبت بشاهد واحد و لأنهما قد يترافعان إلى حنفى لا يقضى بالشاهد و اليمين فكان ذلك ضربا من التقصير (قلت) لا يخفى ما فى هذين الوجهين لأن الواجب هو تمهيد طريق الإثبات و هو حاصل بهذا و لا حاجة بالشيعى إلى الحنفى ثم إن الغرض من الإشهاد إنما هو صحة الرجوع و دفع المطالبة قال فى (التذكرة) كل موضع قلنا فيه بأن المأذون له فى الأداء أو الضامن يرجع على الأذن و المضمون عنه بما غرم فإنما هو مفروض فيما إذا أشهد المؤدى أو الضامن على الأداء شهادة يثبت بهذا الحكم سواء استشهد رجلين أو رجلا و امرأتين أو أشهد واحدا اعتمادا على أن يحلف معه (قلت) فإذا أتى بشاهده الثقة و شهد له عند الحاكم و حلف معه ثبت له الرجوع و اندفعت عن الأصيل المطالبة بحكم الحاكم و تسجيله فقوله فى جامع المقاصد يرد عليه أنه لو أمكنه الإثبات باليمين المردودة لم يعد مقصرا مردود بأن رد اليمين إلى المستحق لا له فلا اختيار له فى ذلك إلا أن تقول ليس المدار على ما ذكره فى التذكرة و إنما المدار على العلم بإذن الأذن فى قضاء الدين و الاستقلال بإثباته و على استقلال المضمون عنه بإثبات

الدفع إلى المستحق و لا يتأتى ذلك إلا بالبينة العادلة التي يستقل الآذن و المضمون عنه بإثبات الدفع بها و لا استقلال لها بالشاهد و يمين الدافع المأذون أو الضامن و احتمال غيبتها أو موتها لا يدفع ذلك لأنه إنما يخاطب بمقدوره (قوله) (و لو اتفقا على الإشهاد و موت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان)

لعدم التفريط لاعترافه بأن الضامن أتى بما عليه و الموت و الغيبة ليسا إليه و قد نص عليه في المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد فلو حلف المستحق بعد غيبتهم أو موتهم و رجع على المأذون رجح على الآذن (قوله) (و لو ادعاه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠٣

الدافع فأنكر الأصيل الإشهاد تعارض أصلا عدم الإشهاد و عدم التقصير لكن تأيد الأول بأصالة براءة ذمته (١) عن حق الدافع

[الفصل الثاني في الحوالة]

إشارة

(الفصل الثاني في الحوالة) و هي عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى (٢) و شروطها ثلاثة (٣) رضاء الثلاثة (٤)

(الدافع فأنكر الأصيل الإشهاد تعارض أصلا عدم الإشهاد و عدم التقصير لكن تأيد الأول بأصالة براءة ذمته)

أى الأصيل عن حق الدافع فإن شغل ذمته لم يكن ثابتا و إنما يحدث بالقضاء المأذون فيه بالإشهاد و الأصل عدمه إلى أن يثبت و يؤيده أيضا أن الأصل عدم موت الشهود أو غيبتهم أو نسيانهم أو إنكارهم و تكذيبهم فيكون القول قول الأصيل مع يمينه و أصل عدم التقصير كأنه غير أصيل لأنه لم يخل بواجب يعاقب عليه و إنما أخل بواجب يرفع الغرامة عنه و هو عدم استحقاق الرجوع نعم قد يمكن أن يراد به أن الراجح الغالب من حال العاقل أن يتحرز عن الغرامة نعم قد يعضد هذا الأصل على تقدير أصالته أن في ذلك ضررا عليه لو كان صادقا فيصدق كما يصدق الصبي في دعوى البلوغ إذ لا يعرف ذلك إلا من قبله فتأمل جيدا (الفصل الثاني في الحوالة) بفتح الحاء كسحابة و هي مشروعة بالنص و إجماع الأمة كما في المبسوط و السرائر و ليست يبيعا و لا محمولة عليه عند علمائنا أجمع كما في التذكرة

(قوله) (و هي عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى)

كما في التذكرة و التحرير و نحوه ما في الوسيلة و السرائر و قال الشهيد هذا ينتقض في طرده بالضمنان بالمعنى الأخص و السبب في ذلك أن المصنف لما لم يشترط في الحوالة شغل ذمة المحال عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لثلا ينتقض في عكسه قال في (المسالكة) لكنه وقع فيما هو أصعب من ذلك و هو انتقاضه في طرده (قلت) فيه نظر من وجهين (الأول) أنا لا نسلم أنه أصعب بل هو إما مساو أو أسهل أما الأول فلأن التعريف عند المتأخرين لا بد و أن يكون جامعا مانعا مطردا منعكسا و لا تفاوت بينهما عندهم و أما الثاني فلأن التعريف بالأعم جائز عند المتقدمين بخلاف الأخص فإنه غير جائز قولاً واحدا فكان أسهل قطعاً (الثاني) أن المراد أن التحويل و النقل إنما هو عن ذمة المحيل و المحول و المضمون عنه ليس محيلا و لا محولا و لا دور أو يقال التعهد إن كان بالنفس فالكفالة و إن كان بالمال فإن كان العاقد الموجب مشغول الذمة فالحوالة و إلا فالضمنان فقد اتضح الفرق و بان الأمر و لعله إلى ذلك أشار في جامع المقاصد بقوله و يمكن دفعه بأن المراد عقد مخصوص شرع لكذا و عرفها في الشرائع بأنها عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله و نحوه ما في اللمعة فخرجت الحوالة على البريء مع أنه جوزها فيما بعد و لا ينفعه حكمه بكونها بالضمنان أشبه فإن رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها حوالة و أوجب عنه بأنه لعله عرف الحوالة المتفق على صحتها

(قوله) (و شروطها ثلاثة)

أى شروط صحتها ثلاثة

(قوله) (رضاء الثلاثة)

أى المحيل و المحتال و المحال عليه أما اشتراط رضاء الأولين فقد حكى عليه الإجماع فى التذكرة و المسالك و الروضة و المفاتيح و الكفاية و نفى عنه الخلاف فى مجمع البرهان و الرياض و فى (الغنية) الإجماع على الأول و نفى الخلاف عن الثانى إلا من داود و مراده بين المسلمين و أما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور كما فى المختلف و المهذب البارع
مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠٤

.....

و المقتصر و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و ظاهر التذكرة الإجماع عليه فى موضعين منها حيث نسبه تارة إلى أصحابنا و قال أخرى عندنا و نسبه إلى علمائنا فى المختلف و نسب الخلاف فى كشف الرموز إلى التقى و اشتراط رضاه إلى باقى الأصحاب و فى (مجمع البرهان) أنه لم يظهر فيه خلاف و نقل حكاية الإجماع عليه فى جامع المقاصد و المسالك و غيرهما عن الشيخ و الموجود فى الخلاف و المبسوط و الغنية و السرائر أنه يعتبر رضاه لأن الإجماع من الأمة كما فى الأول و إجماعنا كما فى الثلاثة الأخيرة على أنه إذا رضى صحت الحوالة و لم يدل على صحتها مع عدم رضاه دليل انتهى و هذا ليس إجماعاً على اشتراط رضاه كما حكوه قطعاً و ليس فيها جميعها فى الباب كلام آخر صريح أو ظاهر فى ذلك و الظاهر أن ذلك منهم اشتباه و قد نسب عدم اشتراط رضاه كاشف الرموز و المقداد إلى أبى الصلاح و استشعره فى المختلف من كلام المفيد و الشيخ فى المقنعة و النهاية قالوا- إذا كان للإنسان على غيره مال فأحال به على رجل ملئ به فقبل الحوالة و أبرأه منه لم يكن له رجوع ضمن ذلك المال المحال به أو لم يضمن فإن لم يقبل الحوالة إلا بعد ضمان المحال عليه و لم يضمن من أحيل عليه ذلك كان له مطالبة المديون و لم تبرأ ذمته بالحوالة و كأنهما أشارا بضمان المال إلى قبول الحوالة و التزامها و انتقال الحق إلى ذمته و قد قال فى السرائر بعد أن حكى ذلك عن الشيخ لا أرى لقول الشيخ وجهاً و أخذ فى بيان فساد و يأتى تمام الكلام فيه و عبارة الوسيلة تؤذن بوجود الخلاف حيث قال و رضا المحال عليه على الصحيح و كذلك عدم حكاية الإجماع عليه فى الغنية مع حكايته فى الأولين و ما فى المبسوط و الغنية و السرائر من التصريح بوجود الخلاف فإنما أرادوا به الخلاف من العامة و قد مال إليه فى المختلف و هو خيرة المقتصر و التنقيح و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مال إليه أو قال به فى الرياض بل فى التنقيح إن اعتبرنا شغل الذمة و الحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً و هذه الكلمة تجرى مجرى الإجماع ممن يعمل بالظنيات و قال و إن لم نشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً و نحو هذا الأخير ما فى إيضاح النافع و جامع المقاصد و الروضة و غيرها من أنا لو جوزنا الحوالة على البرى اعتبر رضاه قطعاً و نسب أبو العباس فى كتابيه إلى ابن إدريس الاقتصار على رضا المحيل و المحتال و هو خطأ قطعاً و لعل ما نسب إلى أبى الصلاح كذلك و الحاصل أن الإجماع كاد يكون معلوماً ممن تقدم على المختلف و خلاف هؤلاء مسبوق به فلا يؤيه به (١) على أنه فى المختلف لم يخالف صريحاً قليل و على تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما لأن الحوالة عقد لازم لا يتم إلا بإيجاب و قبول فالإيجاب من المحيل و القبول من المحتال و يعتبر فيهما ما يعتبر فى غيرهما من اللفظ العربى و المطابقة و غيرهما و أما رضا المحال عليه فيكفى كيف اتفق متقدماً و متأخراً و مقارناً (حجة المشهور) بعد ما عرفت أن الأصل بقاء الحق فى ذمة المحيل فيستصحب و يقتصر على المتيقن و أن نقل المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه تابع لرضاه و أنه أحد من تتم به الحوالة فأشبه المحيل و المحتال و أن الناس متفاوتون فى المعاملات و الاقتضاء سهولة و صعوبة (وقد يجاب) بأن الأصل معارض بأصل عدم الاشتراط بعد وجود الدليل و هو عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إطلاق ما سيأتى من النصوص و إنما نمنع أن الحوالة تقتضى النقل بل هى

إيفاء لما في ذمّة الغير فلا تقصر عن بيع ما في ذمّة الغير ولا يشترط فيه الرضا إجماعاً (و منه يعلم) حال دليل التفاوت في الاقتضاء لأنه جار فيه و قد قالوا في الجواب عنه أيضاً أن المحيل قد أقام المحتمل مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه و اختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من

(١) الذي وجدناه في النسخ فلا يؤبه به و معناه غير ظاهر و كان الصواب فلا يرد به أو نحو ذلك

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠٥

و علمهم بالقدر (١) و لزوم الدين و كونه صائراً إليه (٢)

مطالبة المستحق أو من نصبه خصوصاً مع اتفاق الحقين جنساً و وصفاً (و أورد) عليه بأنه قياس للحوالة اللازمة المترتب عليها كثير من الأحكام المخالفة للأصول القطعية على الوكالة الجائزة (و أوجب) بأن المراد من تشبيهها بالوكالة ليس إلا لدفع دليل الاشتراط أعنى اختلاف الناس في سهولة القضاء و صعوبته بناء على أنه لو صلح للاشتراط و إثبات المانع عن الحوالة بدون رضاه لصلح لإثبات المانع عن الوكالة مع عدم رضاه لجريان دليل المنع عن الحوالة فيها و مثله لا يسمى قياماً بل تنظيراً و هو جائز إجماعاً حيث يحصل دليل آخر للحكم في المنظر غير نفس القياس كما فيما نحن فيه لأن الدليل هو عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الإطلاقات الأخر كما أشرنا إليه آنفاً و يدفع ذلك كله بعد الإجماع المحصل السابق على المخالف و المنقول في ظاهر كلام جماعة ما نطقت به تعريفاتهم و طفحت به عباراتهم من أن الحوالة ناقلة للمال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه و أنها من أجل ذلك سميت حوالة قال في (التذكرة) الحوالة تقتضى نقل الحق من ذمّة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع انتهى و نحوه ما في المبسوط و الخلاف و السرائر و الغنية و غيرها كما ستسمع ذلك كله فكان المحال عليه كالضامن لا بد من رضاه أو كالمستقرض من المحتمل إن قلنا إنها إيفاء و البيع دل عليه الدليل و هو الإجماع الذي حكيته و إلحاق الحوالة به قياس و صاحب جامع المقاصد الذي قال إنا نمنع أنها تقتضى النقل ستأتى له أنه أي النقل هو المشهور و عليه الفتوى و لعله لم يبق بعد اليوم في المسألة إشكال (و ليعلم) أنه استثنى في التذكرة من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء قال فإنه لا يعتبر رضاه المحيل لأنه وفاء دينه بغير إذنه و العبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتمل أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيقومان بركني العقد و تبعه على ذلك جماعة منهم الشهيد الثاني في المسالك و الروضة (و فيه) أن مثل هذا لا يندرج في الحوالة التي هي من العقود اللازمة لأن المتبادر من إطلاقات أخبار الباب غير هذا القسم و لا عموم في العقود التي أمرنا بالوفاء بها إلا بالنظر إلى العقود المتداولة في زمن الصدور فليلاحظ هذا قوله) (و علمهم بالقدر)

هذا قد نبه عليه في المبسوط و الخلاف في أثناء كلام له فيهما و به صرح في الشرائع و التذكرة و الإرشاد و التحرير بل قال في الأخير يجب أن يكون المال معلوماً فلا تصح الحوالة بالمجهول إجماعاً و في (مجمع البرهان) لعله لا خلاف في الاشتراط هنا و في (جامع المقاصد و الكفاية) أن المشهور اشتراط علمهم بالقدر قلت لم نجد المخالف و إنما احتملت الصحة مع الجهل في التذكرة و المسالك و مجمع البرهان احتمالاً إلا أن تقول إن الخلاف يفهم من الوسيلة و الغنية و غيرها حيث لم يذكر هذا الشرط فيها مع ذكر غيره من الشروط فتأمل إذ لعل تركهم له لمكان ظهوره كالبلوغ و الرشد و الوجه في هذا الشرط أنه لو أحاله بما له من الدين و لا يعرف قدره كان فيه من الغرر ما لا يخفى لعدم العلم بالمأخوذ و المعطى فلا تصح و أن الحوالة إن كانت اعتياضاً فلا يصح على المجهول كما لا يصح بيعه و إن كانت استيفاءً فإنما يمكن استيفاء المعلوم و وجه احتمال الصحة أنها كالضمان فيلزم ما تقوم به البيئة و هو إنما يتم على الاحتمال الثاني أعنى الاستيفاء و حمله على الضمان لا يتجه لأنه مبني على الإرفاق و المسامحة و الغرامة

قوله) (و لزوم الدين و كونه صائراً إليه)

يريد أنه يشترط أن يكون المال ثابتا للمحتال فى ذمة المحيل لا فى ذمة المحال عليه و لا فرق فى الثابت بين كونه مستقرا و غيره كالثمن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠٦

و علم المحتال بإعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط للزوم (١) و هل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الأقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان (٢)

فى مدة الخيار و تكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع فلو فسخ بالخيار ففى بطلان الحوالة و جهان يأتى الكلام عليهما فى نظيره و بهذا التقرير لا يبقى وجه لقوله فى جامع المقاصد فى اشتراط هذا الشرط مع القول بأن الحوالة على برىء الذمة جائزة نظر انتهى (و كيف كان) فهذا الشرط قد نبه عليه فى المبسوط و صرح به فى الشرائع و التذكرة و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و التحرير بل فيه أن شرطها ثبوت الحق فى ذمة المحيل فلو أحاله بما يقرضه لم يصح إجماعا و قد نقل عن بعضهم حكاية الإجماع على هذا الشرط فى مجمع البرهان و لعله أراد ما فى التحرير و فى (الحداثق) حكايته على البت و هو منه عجيب و فى (الكفاية) المشهور أنه يشترط أن يكون ثابتا فى الذمة و لعل نسبته إلى الشهرة لعدم تعرض جماعة كثيرين له و لعل السر فى ذلك ظهوره من كلامهم و تعريفهم الحوالة و فائدة هذا الشرط الاحتراز عما ليس بثابت سواء لم يوجد سببه كما فى مثال التحرير أو وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل فإنه لا يصح إحالة الجاعل به للمجعول له لعدم ثبوته أما إحالة المجعول له به على الجاعل لمن له عليه دين فإنه جائز بناء على جوازها على البرىء

(قوله) (و علم المحتال بإعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط للزوم)

ملاءة المحال عليه وقت الحوالة أو علم المحتال بإعساره شرط فلو كان معسرا و احتال عليه مع جهله بإعساره كان له فسخ الحوالة و مطالبته المحيل بالمال سواء شرط اليسار أو أطلق عند علمائنا كما فى التذكرة و نسب فى السرائر إلى أصحابنا اعتبار الملاءة وقت الحوالة أو علم المحتال بإعساره و فى (الخلافة) الإجماع على الأول و فى (الغنية) نفى الخلاف عنه و قال فإن رضى المحال بعدم ملاءته جاز و روى فى الكافي عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بدراهم يرجع عليه قال لا يرجع عليه أبدا إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك قال فى (التذكرة) و هو نص فى الباب و مثله رواية الصدوق عن أبى أيوب الخزاز من دون تفاوت و المراد بقوله عليه السلام إلا أن يكون قد أفلس من قبل أنه كان مفلسا و لم يعلم بإفلاسه و يفهم من الخبرين أنه لو كان وقت الحوالة مليا ثم تجدد له الإعسار فلا خيار و به نطق خبر عقبه بن جعفر عن أبى الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفى ثم تغير حال الصيرفى أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى قال لا و تغير الحال كناية عن الإفلاس و يأتى الكلام فيما إذا انعكس الفرض المذكور عند تعرض المصنف له

(قوله) (و هل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الأقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان)

عدم الاشتراط خيرة المبسوط فى أول الباب و عدة مواضع منه و الخلاف و الغنية و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الإيضاح و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و فى (السرائر) نفى الخلاف فيه بين أصحابنا و حكى فى الرياض عن السرائر الإجماع عليه و إجماعها الصريح كإجماع المبسوط إن دلا فإنما يدلان بإطلاقهما (و حجتهما) على ذلك أصل الجواز و أصل عدم الاشتراط و إطلاقات أخبار الباب و هى الثلاثة التى سمعتها آنفا و ما فى المسالك تبعا لجامع المقاصد تبعا للشهيد فى حواشيه من أن مبنى القولين على أن الحوالة هل هى استيفاء أو اعتياض فعلى الأول تصح دون الثانى لأنه ليس على المحال عليه شىء يجعل عوضا عن حق المحتال فهو من تخريجات الشافعية

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠٧

و لا يجب قبولها و إن كانت على ملي (١) فإن قبل لزم (٢) و ليس له الرجوع و إن افتقر (٣)

في المسألة و إنما هي أصل برأسه و عقد مفرد كما هو صريح المبسوط و الخلاف و السرائر و المختلف و حواشي الكتاب و غيرها و قال في (الخلاف) إن الذي يقتضيه مذهبنا أن نقول إنها عقد قائم بنفسه انتهى (قلت) أما أنها ليست بيعا فلا يطابق أصحابنا على ذلك كما تقدم إلا- ما يلوح من المبسوط في أثناء كلام له و هو مأول لأنه صرح في عدة مواضع بأنها ليست بيعا و لأنها لو كانت بيعا لجازت بلفظ البيع و لجازت الزيادة و النقصان فيها و لما جازت في النقود إلا مع التقابض في المجلس و أما أنها ليست استيفاء فلأنها لو كانت استيفاء لقدر أن المحتال استوفى ما كان له على المحيل و أقرضه المحال عليه و ليس فيها استيفاء و لا إقراض محقق فلا يقدران ثم إنها لو كانت استيفاء لوجب قبولها إذا أحاله على ملي و الإجماع على خلافه كما يأتي فلا ريب أنها ليست استيفاء و إن قواه في التذكرة و نسبة الشهيد إلى ظاهر كلام الأصحاب على أنه قال في التذكرة في آخر مسألة الاختلاف في أنها استيفاء أو بيع كل هذه الخلافات لا- فائدة تحتها و لا دليل عليها و المخالف فيما نحن فيه الشيخ في المبسوط في آخر الباب و حكاها في الإيضاح عن القاضي و ابن حمزة و لم نجد ذلك في الوسيلة و لم يحكه والده في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط في آخر كلامه و كأنه في جامع المقاصد متأمل و ليس في محله و في (المفاتيح) أن الأظهر أنه ضمان (قلت) قد قال المحقق و المصنف و غيرهما أنه أشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة بريئة و كأن المحال عليه لقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل قال في (المسالكة) و لكنه بهذا الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعا فتلحقه أحكامها و هذه الكلمة تجرى مجرى الإجماع ممن يعمل بالظنون و قوله تلحقه أحكامها فيه أنه ينبغي على ما سلف له أنه لا- يعتبر فيها رضا المحيل نعم له الرجوع مع الإذن كما في الضمان فليتأمل و ليلحظ ما تقدم و يعتبر رضا المحال عليه قطعا كما تقدم

(قوله) (و لا يجب قبولها و إن كانت على ملي)

بلا خلاف إلا من داود و قد سمعت الإجماعات المحكية على اشتراط رضاه أى المحتال مضافا إلى الأصل و فقد المانع و الدليل لأن الواجب قبوله أداء الدين و ليست أداء و إنما هي نقل و أوجب داود القبول لقوله صلى الله عليه و آله و سلم فيما حكى إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل و قصور السند يمنع من حمله على الوجوب فليحمل على الإرشاد بل على الاستحباب لما فيه من قضاء حاجة أخيه و إجابته إلى ما يبتغيه و هذا يرشد إلى أنها ليست استيفاء و إلا لوجب القبول إلا أن تقول إن وجوب القبول إنما هو في الأموال الموجودة في الخارج لا في الماهية الكلية فتأمل

(قوله) (فإن قبل لزم)

بالنص و الإجماع كما تقدم و انتقل الحق إلى ذمة المحال عليه و به قال جميع الفقهاء إلا زفر ابن الهذيل كما في الخلاف و بلا خلاف إلا من زفر كما في الغنية و إجماعا إلا من زفر كما في المبسوط و السرائر و التذكرة و المسالكة و مجمع البرهان

(قوله) (و ليس له الرجوع و إن افتقر)

بلا- خلاف بيننا و به نطق خبر عقبه المتقدم ذكره و هو المروى عن على أمير المؤمنين عليه السلام كما في الخلاف و المخالف أبو حنيفة قال له الرجوع عليه إذا جحدته المحال عليه أو مات مفلسا و حكوا عن عمر أنه يرجع عليه إذا أفلس و حجر عليه الحاكم و به قال أبو يوسف و محمد بن الحسن و لا فرق عندنا بين أخذ المحتال شيئا من المال و عدمه عملا بإطلاق النص و الفتوى و الإجماع مضافا إلى أصالة لزوم العقد و عدم اشتراط الأخذ بل ظاهر المختلف الإجماع صريحا و خالف سائر فقهاء الحوالة بين ضربين أحدهما أن يكون

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠٨

و لو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ (١) و هل يتخير لو تجدد اليسار و العلم بسبق الفقر إشكال (٢) و هي ناقله فيبرأ المحيل

عن دين المحتال و إن لم يبرئه المحتال على رأى (٣)

قد أخذ المحال له بعضا و الآخر أن يكون لم يأخذ فإن أخذ لا يجوز له الرجوع و إن لم يأخذ يجوز له الرجوع و هو شاذ نادر مرغوب عنه كما فى السرائر و لا حجة له إلا أن القبول يتم بذلك و هى واهية

(قوله) (و لو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير فى الفسخ)

قد تقدم الكلام فيه و به خبر منصور و أبى أيوب

(قوله) (و هل يتخير لو تجدد اليسار و العلم بسبق الفقر إشكال)

يريد أنه لو كان معسرا ثم تجدد له اليسار قبل أن يفسخ فهل يزول الخيار إشكال ينشأ من زوال الضرر و من ثبوت الرجوع قبله فيستصحب و هذا هو الأظهر من إطلاق النص و الفتوى و هو خيرة جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض لأن الموجب للرجوع ليس هو الإعسار على الإطلاق ليزول بزواله بل هو الإعسار وقت العقد و هذا لم ينتف و لم يزل فيثبت حكمه و فيه نظر ظاهر لأن الإعسار وقت العقد قد انتفى لانتفاء الضرر لأنه هو السبب فى ذلك قطعا و ليس الإعسار وقت العقد موجبا للخيار من حيث هو إعسار كذلك حتى يكون حكمه بل هو معلل و منه يعلم قوة ما حققه فى الإيضاح قال و التحقيق أنه يبنى على أن علل الشرع هل هى معرفات أو علل حقيقة و على الثانى هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج و مراده أنه إذا استغنى الباقي عن المؤثر أو قلنا العلل معرفات ثبت الخيار و إن قلنا إنه يحتاج إلى المؤثر زال الخيار لزوال العلة و قد عرفت الحال و لم يرجح فى التذكرة و لا فى الحواشى و فى الأخير إذا قلنا بالخيار كان على الفور قلت فيه نظر كما فى نظائره

(قوله) (و هى ناقلة فيبرأ المحيل عن دين المحتال و إن لم يبرئه المحتال على رأى)

أما أنها ناقلة فقد سمعت أن الإجماع محكى على ذلك صريحا فى خمسة مواضع و ظاهرا فى موضعين و بذلك طفحت عباراتهم من غير خلاف بينهم و لا يستلزمه ما ستمعه و إن توهمه صاحب التنقيح كما ستمع و أما أنه يبرأ المحيل من دين المحتال و إن لم يبرئه فهو الذى تقتضيه عبارة المبسوط و الخلاف و الغنية بل كاد يكون صريحها بل نسب ذلك صاحب السرائر إلى الخلاف و عبارة المبسوط و الغنية كعبارة الخلاف من دون تفاوت قال فى (الخلاف) إذا أحال رجل على رجل بالحق و قبل الحوالة و صحت تحول الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (دليلنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل فينبغى أن يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق و به قال جميع الفقهاء إلا زفر ابن الهذيل فإنه قال لا يتحول الحق عن ذمته و قال أيضا إذا انتقل الحق بحوالة صحيحة فإنه لا يعود عليه سواء بقى المحال عليه على غناه إلى آخره فما فى المختلف من أنه لم يتعرض فى الخلاف و المبسوط لذلك لعله لم يصادف محزه و كيف كان فما نحن فيه صريح السرائر و الشرائع و النافع و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الإيضاح و حواشى الشهيد و المقتصر و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و الرياض و فى (التذكرة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك) أنه المشهور و زاد الكركى أن عليه الفتوى و فى (الكفاية) أنه الأشهر و قضية ما فى التذكرة أنه مشهور بين المتقدمين فلا تغفل عن هذا و المخالف الشيخ فى النهاية و ابن حمزة فى الوسيلة و هو الظاهر من المقنعة و المحكى عن أبى على و القاضى و التقى و كأنه قال به أو مال إليه صاحب التنقيح (حجة المشهور) الإجماعات المتقدمة المحكية على انتقال الحق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٠٩

و يتحول حقه إلى ذمة المحال عليه و يبرأ المحال عليه عن دين المحيل (١) و تصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأى (٢)

بمجرد الحوالة مضافا إلى إطلاق النصوص الثلاثة التى سمعتها آنفا و بعضها صريح فى عدم الرجوع بعد الرضا و هو خبر عقبه و عموم الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود كتابا و سنه بناء على أن معنى الحوالة الانتقال من حينها نظر إلى مبدأ اشتقاقها فإذا تحققت و جب تحقق المبدأ مع أن الإبراء إن كان قبل الانتقال استلزم بطلان الحوالة إذ ليس له حينئذ شىء فى ذمه المحيل و إن كان بعدها لزم تحصيل الحاصل لأن ذمته برئت بالحوالة فلا حاجة إلى إبراء آخر و بعبارة أخرى إن الحوالة تقتضى البراءة و الإبراء يقتضى البقاء و إسقاط الحق فتكون الحوالة من قبيل الوكالة هذا خلف و هذا كله مبنى على الإجماعات المحكية على الانتقال بل الإجماع معلوم فكان جميع ما فى التنقيح غير صحيح لأن الشيخ فى النهاية و من وافقه ما استندوا إلى عدم الانتقال و لا نازعوا فيه و لا قالوا إن سقوط الحق عن المحيل لا تقتضيه الحوالة إلا على القول بأنها عقد معاوضة و إنما استندوا إلى حسنة زرارة عن الباقر عليه السلام بإبراهيم و هى مروية أيضا بإسنادين آخرين ضعيفين فى الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل فيقول له الذى احتال برئت من مالى عليك قال إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه و إن لم يبرئه فله أن يرجع على الذى أحاله و قد حملت تارة على التقيية من الحسن البصرى و أخرى على السلب الكلى و الإيجاب الجزئى فيكون المراد فى الإيجاب أن له أن يرجع إليه فى بعض الأحيان و هو ما إذا ظهر إفسار المحيل حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله و فيه نظر ظاهر و أخرى على أن الإبراء كناية عن قبول المحتال الحوالة فمعنى قوله برئت من مالى عليك أنى رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرئت أنت فكفى عن الملزوم باللازم و هكذا القول فى قوله و لو لم يبرئه فله أن يرجع لأن العقد بدون رضاه غير لازم فله أن يرجع و حملت فى التذكرة على ما إذا شرط المحيل البراءة قال فإنه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه و نعم ما قال المقدس الأردبيلي و غيره لما كانت غير صحيحة و مخالفة للإجماع على أنها ناقلة و مخالفة للأخبار الأخر الصريحة فى عدم الرجوع بعد الرضا كخبر عقبه فلا بد من تأويلها و إن بعد

(قوله) (و يتحول حقه إلى ذمه المحال عليه و يبرأ المحال عليه عن دين المحيل)

هذا مما يتفرع على قوله ناقلة فهو من تنمى التفريع و وجهه أنه متى انتقل الحق من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه صار فى ذمته حق المحتال فامتنع بقاؤه على ملك المحيل فيبرأ المحال عليه من دين المحيل (قوله) (و تصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأى)

قد تقدم الكلام فى الأول و أما الثانى و هو الحوالة على من عليه مخالف للحق فإنه يتصور على وجهين (الأول) أن يكون على المحيل مزيد مثلا دراهم فيحيله على عمرو بدنانير و الحال أنه له على عمر دنانير (و الثانى) أن يحيله على عمرو الذى ليس له عليه إلا الدنانير بدراهم و هذا هو الذى فرضوا النزاع فيه و صحة الحوالة فى المثال و نحوه خيرة المبسوط فى موضع منه و التذكرة و التحرير و الحواشى و اللمعة و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح عملا بأصالة الجواز الناشئة من العموم و الإطلاق و فحوى ما دل على جوازها على البرىء فعلى من عليه بالمخالف أولى و ضرر التسلط مدفوع باعتبارنا رضا المحال عليه مطلقا أو فى خصوص ما نحن فيه كما فى المختلف فإذا رضى أن يدفع من غير الجنس الذى عليه فلا مانع أصلا و المخالف الشيخ فى المبسوط فى أول الباب

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١٠

و يصح ترامي الحوالات و دورها (١)

و ابن حمزة و السيد حمزة ابن زهرة و القاضى فيما حكى عنه فاعتبروا اتفاق الحقين فى الجنس و النوع و الصفة و هو ظاهر النافع و نحوه مما عرفت فيه الحوالة بتحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغولة بمثله إذ المخالف ليس مثلا و قال فى (التذكرة) من مشاهير الفقهاء و جوب التساوى فى الدينين إلى آخره و تردد فى الشرائع و كذا الكفاية (حجة الشيخ) و من وافقه أن حقيقة الحوالة تحويل ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه فإذا كان على المحيل دراهم و له على المحال عليه دنانير كيف يصير حق المحال على المحال عليه

دراهم و لم يقع عقد يوجب ذلك فإن الحوالة إن كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه و أقرضه المحال عليه و حقه الدراهم لا الدنانير و إن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أو صفة و إنما هي معاوضة إرفاق و مسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس و التساوى و القدر و الصفة لئلا يتسلط على المحال بمال ليس في ذمته كما ذكر ذلك في التذكرة و غيرها و الظاهر أن هذا القول مبنى على عدم اعتبار رضا المحال عليه و منع الحوالة على البريء فإذا اعتبر أو جوز لم يشترط قطعاً لكن المخالفين في المقام يعتبرون الرضا و يجوزون الحوالة على البريء ثم إن ذلك لا يتم مع قلب حق المحتال إلى جنس المال المحال به كما في الوجه الأول من وجهي المسألة فإنهما لو تراضيا على هذا الوجه لم يستوف من المحال عليه غير ما في ذمته فلا محذور هذا و في الوجه الثاني يبرأ المحيل قطعاً من مال المحال في الحال قاله الشهيد و قال في براءة المحال عليه من مال المحيل في الحال أو بعد الأداء احتمالان البراءة لأنه لو بقي له حق لكان له المطالبة به و هو خروج عن معنى الحوالة و عدمها لعدم منافاة أداء دينه عنه و بقاء دينه عليه لأنه في المثال إنما لزم المحال عليه للمحال دراهم لمكان رضاه و بقيت الدنانير في ذمته للمحيل و صار له في ذمته أي المحيل دراهم فحينئذ مع الأداء تحتل المقاصد لانتهاض معنى الحوالة و يحتمل اعتبار التراضي لأن لكل منهما على صاحبه حقاً مخالفاً و المعهود في مثله اعتبار التراضي و لكنك قد عرفت أن المفروض أن التراضي حصل سابقاً بين الثلاثة على تحول الحق الذي في ذمته المحال عليه إلى جنس ما في ذمته المحيل فلا حاجة إلى تراض جديد عند الأداء و التقابض و يبقى الكلام فيما إذا أطلق و لم يعين أحد الوجهين فيحتمل البطلان لاختلاف الفرض من كل من الصورتين و عدم لفظ يدل على التعيين و الصحة و ينصرف الإطلاق إلى وجوب دفع الحق المحال به كما في الحواشي

(قوله) (و يصح ترامى الحوالات و دورها)

أما صحة تراميها فقد صرح به في المبسوط و الشرائع و التحرير و الكفاية و التذكرة و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و أما دورها فقد صرح به في السبعة الأخيرة و هي التذكرة و ما ذكر بعدها عملاً فيهما بالأصل المستفاد من عموم أوفوا و إطلاقات أخبار الباب و لأنه كما تصح الحوالة الأولى لاجتماع شرائط الصحة تصح الثانية كذلك و متى أحال المحال عليه برئ كأول و هكذا لو تعدد و هو المراد بالترامى كأن أحال المديون زيديداً على عمرو ثم أحال عمرو زيديداً على بكر ثم أحال بكر زيديداً على خالد و هكذا و دورها بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأول بأن تكون ذمته مشغولة لمن أحال عليه أو بريئة على المختار و في الصورتين المحتال متحد و إنما تعدد المحيل و المحال عليه و في (جامع المقاصد) أن الترامي وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغاية مخصوصة و في (مجمع البرهان) أن الترامي إلى غاية فتأمل (و يعلم)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١١

و الحوالة بما لا- مثل له (١) و بالثمن في مدة الخيار (٢) و بمال الكتابة بعد حلول النجم (٣) و قبله على إشكال (٤) و لو أحال المكاتب سيده بثمن ما باعه جاز (٥)

أنه يصح ترامى الكفالة دون دورها لأن حضور المكفول يبطل ما تأخر منها

(قوله) (و الحوالة بما لا مثل له)

يشير بذلك إلى خلاف الشيخ في المبسوط و ابن حمزة في الوسيلة و لا ثالث لهما فيما أجد فنسبته إلى الشيخ و جماعة من جماعة لم تصادف محزهاً قال في (المبسوط) إنما تصح في الأموال ذوات الأمثال و استند في عدم جواز الحوالة بالقيمي إلى كونه مجهولاً (و فيه) أنه مضبوط بالوصف و الواجب فيه القيمة و هي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه بالوصف الذي يوصف به السلم فصار الحاصل أنه إن حوله بنفس القيمي كأن يكون قد أسلفه على خمس من الإبل و قد أسلف هو آخر على خمس كذلك فحوله عليها أو بنفسه أيضاً بأن يراد الحوالة بقيمتها فالحوالة بهما صحيحة فالمانع مفقود و عموم الأدلة تشمله و الصحة خيرة المبسوط بعد ذلك بأوراق إذا كان

معلوماً والخلاف والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والرياض وهو المحكى عن أبى على (و يبقى الكلام) فيما لا- يصح السلم فيه فهل تجوز الحوالة به احتمالان أقربهما كما فى التذكرة الجواز لأن الواجب فى الذمة حينئذ القيمة فالعين غير ثابتة فى الذمة فالحوالة بها حوالة بقيمتها وقد فهم فى جامع المقاصد من عبارة الكتاب أنها مبنية على أن الواجب فى القيمي مثله ثم ينتقل إلى القيمة للتعذر حيث إنه لا مثل له وإن المصنف أراد ثبوت صحة الحوالة فيه وإن قلنا إن الواجب فيه هو المثل ثم ينتقل إلى القيمة لأن الوصول إلى الحق ممكن بالمثل وبالقيمة فيما لا مثل له ومتى أمكن الوصول إلى الحق فلا مانع من صحة الحوالة انتهى وقد عرفت أن الغرض التنبيه على خلاف الشيخ فتجشم ما تجشم فتأمل (قوله) (و بالثمن فى مدة الخيار)

كما فى التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لأنه حق ثابت آتئلى إلى اللزوم وتزلزله لا- ينافى نقله إلى ذمة أخرى ولا- استيفاءه والمخالف بعض الشافعية وكلام المبسوط فى العبد يعطى المنع وهل يسقط بذلك الخيار وجهان أقواهما السقوط وقوى فى التذكرة البقاء وإذا انفسخ البيع لفسخ صاحب الخيار ففى بطلان الحوالة وجهان أظهرهما البطلان فى بعض الصور كما يأتى (قوله) (و بمال الكتابة بعد حلول النجم)

كما فى الشرائع والتحرير والتذكرة والإرشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لأنه مال ثابت فى ذمة المكاتب فصحت الحوالة به على العبد وفى (المسالك) لا إشكال فيه وخصوص خلاف الشيخ فى المبسوط بما قبل الحلول ونحو ذلك مما فى الشرائع والشيخ منع من الحوالة به على العبد وأطلق لجواز تعجيز نفسه فلا يمكن إلزامه بالأداء فيكون مخالفاً فيما نحن فيه فتأمل (قوله) (وقبله على إشكال)

ونحوه ما فى الشرائع والإيضاح من عدم الترجيح والجواز خيرة التذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لأنه مال ثابت بعقد لازم ومنع أنه يجوز له تعجيز نفسه ولو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن فى مدة الخيار وقد سمعت أن الشيخ أطلق المنع وتبعه على ذلك القاضى فيما حكى ووجه الإشكال مما ذكر وما استند إليه الشيخ من أن مال الكتابة ليس بدين ثابت لأن للمكاتب إسقاطه بالتعجيز وزيد له إمكان موته قبل حلول النجم فيظهر عدم استحقاقه فليتأمل فى الوجه الثانى فإنه لا يناسب على مختار المصنف

(قوله) (و لو أحال المكاتب سيده بثمان ما باعه جاز)

معناه كما فى جامع المقاصد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١٢

ولو كان له على أجنبى دين فأحاله عليه بمال الكتابة صح لأنه يجب تسليمه (١) ولو قضى المحيل الدين بمسألة المحال عليه رجع عليه وإن تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه (٢) ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليمين (٣)

أنه إذا أحال المكاتب سيده على إنسان بمال الكتابة صحت الحوالة وبه صرح فى المبسوط وحكى عليه الإجماع فى التحرير وظاهر التذكرة حيث قال عندنا وعند كثير من العامة (قلت) فيتحرر ويكون ذلك بمنزلة الأداء سواء أدى المحال عليه أو لا حتى لو أفلس به لأنه أحاله على مال مستقر وقد قيل فيبرأ كما فى التذكرة وغيرها ويحتمل أن يكون معنى العبارة أن المكاتب أحال سيده بثمان الثوب مثلاً الذى باعه السيد للمكاتب كما فى الشرائع قال فيها ولو باعه السيد سلعة له فى إحالة بثمانها جاز وخص البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما فى المعنى تنبيهاً على خلاف الشيخ فى المبسوط فى مسألة البيع حيث إنه يمكن فسخ الكتابة بناء

على أصله من جوازها من جهته فيوجب استحقاق السيد شيئا على عبده بخلاف ما لو باعه أجنبي و أحاله على المكاتب بثمنه فإنه لا سبيل له إلى إسقاطه و لو فسخت الكتابة فإنه يثبت فى ذمته و به يرتفع التكرار الذى نبه عليه فى جامع المقاصد (قوله) (و لو كان له على أجنبي دين فأحاله عليه بمال الكتابة صح لأنه يجب تسليمه)

هذا صرح به فى المبسوط و غيره و قال فى (جامع المقاصد) قد كان هذا مغنيا عما قبله لأن الدين شامل للثمن و غيره و معنى قوله يجب تسليمه أنه يجب على المديون تسليم ما للمكاتب عليه أو إلى من يرتضيه و الشهيد فهم من العبارة أن المولى أحال الأجنبي المديون للمكاتب على المكاتب بمال الكتابة و شرط فى الصحة إجازة العبد

(قوله) (و لو قضى المحيل الدين بمسألة المحال عليه رجوع عليه و إن تبرع لم يرجع و يبرأ المحال عليه)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و المسالك و الكفاية و وجهه ظاهر لأن الحوالة لما كانت ناقلة صار المحيل بالنسبة إلى دين المحتال بمنزلة الأجنبي لبراءة ذمته فإذا أداه بعد الحوالة كان كمن أدى دين غيره بغير إذنه فيشترط فى جواز رجوعه عليه مسألته و إلا كان متبرعا و برئ المحال عليه من الدين و نبهوا بذلك على خلاف أبى حنيفة و أصحابه حيث قالوا لا يكون متبرعا و يكون له الرجوع به لأن الدين باق فى ذمة المحيل من طريق الحكم و إن برئ فى الظاهر و هو غلط لأنه لو كان الحق باقيا فى ذمته حكما لمملك مطالبته إلى غير ذلك من المفاسد المخالفة لقواعد الباب

(قوله) (و لو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليمين)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعة و جامع المقاصد و مجمع البرهان و الكفاية لأن الحوالة جائزة على البرىء فلم تقتضى بإطلاقها ثبوت دين كذلك فالقول قوله مع يمينه عملا بأصل البراءة و لا معارض له إلا الظاهر إذ الظاهر أنه لو لا اشتغال ذمته لما أحيل عليه و الأصل مقدم على الظاهر و إنما يتخلف فى مواضع نادرة و لو اشترطنا فى الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه تعارض أصل صحة العقد و أصل البراءة و فى (جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان) أنهما يتساقطان و يبقى مع المحال أداء دين المحيل بإذنه فيرجع عليه و لا يمنع وقوع الإذن فى ضمن الحوالة الباطلة المقتضى بطلانها لبطلان تابعها لاتفاقهما على الإذن و إنما اختلفا فى أمر آخر فإذا لم يثبت ما اختلفا يبقى ما اتفقا عليه من الإذن فى الوفاء المقتضى للرجوع (قلت) أصل مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١٣

و لو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق فإن قلنا الحوالة استيفاء بطلت لأنها نوع إرفاق فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحا ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح و إن قلنا إنها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب (١)

صحة العقد قد ورد على أصل البراءة فينقطع به إذ المفروض اتفاقهما على وقوع العقد الجامع للأركان كما هو الشأن فيما لو اختلفا فى صحة البيع و فساده كما لو ادعى فقد شرط كجهالة الثمن و نحوها فإن القول قول مدعى الصحة و إن كان الأصل بقاء الملك على مالكة و الأصل براءة ذمة كل واحد منهما من وجوب التسليم فالقول قول المحيل حيثنذ كما هو خيرة التذكرة و احتمال إطلاق الحوالة هنا مجازا على غير ذات الشغل لا يمكن الاستناد إليه لما فيه من الفساد فى سائر الأبواب و بالغ فى جامع المقاصد فقال سيأتى بيان عدم الاعتداد بأصل الصحة عن قريب يعنى فى مقابلة أصل البراءة و قد لاحظنا ما يأتى له فلم نجد له ما يبين منه عدم الاعتداد بهذا الأصل إلا ما ذكره فى شرح قوله و لو صدقهما المحتال و ادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين و ذلك فى مقام آخر لا يشبه ما نحن فيه بل كلامه هناك يؤيد هذا الأصل و يشيده فى مثل ما نحن فيه فليلاحظ ذلك نعم تقدم له فى باب الضمان و يأتى له فى الإجارة أن أصل الصحة فى العقود إنما يتمسك به بعد استكمال أركانها كما تقدم بيانه مفصلا و ما نحن فيه فى غير الأركان ثم إننا نقول كما سيأتى أن الحوالة إذا بطلت لم يبق الإذن لأن بناء البقاء على أن الخاص إذا ارتفع يبقى العام (و فيه) أن الإذن العام إنما

كان في ضمن الإذن الخاص و الإذن الضمني لا يقوم بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمنه و لا كل الوكالة و الشركة كما سيأتي بيان ذلك كله عند تعرض المصنف له و ليعلم أن المحال عليه إذا كان برىء الذمة لا يرجع على المحيل إلا بعد الأداء لأن الحوالة حينئذ في معنى الضمان و لهذا عبر في الشرائع و غيرها بالأداء

(قوله) (و لو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق فإن قلنا الحوالة استيفاء بطلت لأنه نوع إرفاق فإذا بطل الأصل بطلت هيئته الإرفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحا ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح و إن قلنا إنها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم ردّ بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب)

لا فرق بين الفسخ بخيار العيب و غيره من أنواع الخيار و الإقالة و الفسخ بالتحالف و نحو ذلك مما لا يبطل البيع من أصله بل من حينه لكن المحقق و المصنف مثلوا بالعيب تبعا للشيخ في المبسوط و العامة و معنى العبارة أن زيدا باع عبدا مثلا بمائة درهم لعمرو ثم إن عمرا أحال زيدا بالمائة على بكر ثم إن عمرا وجد في العبد عيبا سابقا على العقد أو لاحقا على وجه يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض و قبل انقضاء الثلاثة في الحيوان فردّه أي ردّ المشتري العبد بالعيب و فسخ البيع فالشيخ في المبسوط قال بطلت الحوالة لأنها تابعة لصحة البيع فإذا بطلت الحوالة و في (مجمع البرهان) أنه أي البطلان أقوى و إليه يرجع كلام الإيضاح و جامع المقاصد و كل من قال إن الحوالة استيفاء كما ستعرف و المحقق في الشرائع و المصنف في الإرشاد ترددوا و كذلك التحرير و التذكرة و غاية المراد و المسالك حيث لا ترجيح فيها (و قال فخر الإسلام) في شرح الإرشاد إن البطلان أولى (حجة الشيخ) ما حكيناه عنه من أنها تابعة للبيع و مترتبة على شغل ذمة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١٤

فلمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض و لا- يتعين المقبوض و إن لم يقبضه فله قبضه و هل للمشتري الرجوع على البائع قبل قبضه إشكال ينشأ من أن الحوالة كالقبض و لهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة و من أن التبريم للمقبوض و لم تحصل حقيقته (١)

المحيل فإذا بطل الأصل و حصلت البراءة بطلت الحوالة (و حجة عدم البطلان) أنها عقد برأسه ناقلة للمال إلى ذمة المحال عليه في حال كون المحتال مستحقا للدين في ذمة المشتري فلا يزيله الفسخ المتعقب لأنه إبطال العقد من حينه لا من أصله و منه يعلم وجه التردد و الإشكال و أصحاب الشافعي و المصنف هنا بنوا الوجهين على أن الحوالة هل هي استيفاء ما على المحيل أو اعتياض فعلى الأول تبطل لأنها نوع إرفاق و إذا بطل الأصل بطلت هيئته الإرفاق كما لو اشترى شيئا بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحا تطوعا فإنه يرجع بالصحاح و لا يقال يرجع بمثل المكسرة لبقاء التبرع بصفة الصحة و إن كان لو لا الفسخ لكان هذا الدفع لازما و على الثاني لا يبطل كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوبا بأن باع أحدهما بالآخر ثم فسخ بالعيب فإنه يرجع بمثل الثمن لا بالثوب لأنه مملوك بمعاوضة مستقلة و لا فرق في ذلك بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع و قبله و لا بين أن يكون الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة و قبله و قد جعل في التحرير النظر و الإشكال فيما إذا رد قبل قبض المحتال مال الحوالة و هو لبعض العامة و بعضهم فرق بين كون الرد قبل قبض المبيع فتبطل و كونه بعده فلا تبطل

(قوله) (فلمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض و لا يتعين المقبوض و إن لم يقبضه فله قبضه و هل للمشتري الرجوع على البائع قبل قبضه إشكال ينشأ من أن الحوالة كالقبض و لهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة و من أن التبريم للمقبوض و لم تحصل حقيقته)

هذا تفريع على عدم بطلان الحوالة و قد ذكر ذلك كله في التذكرة قال لو أحال المشتري البائع بالثمن ثم فسخ بالعيب فإن قلنا لا تبطل الحوالة برئ المحال عليه و لم يكن للمشتري مطالبة المحال عليه بشيء بحال لأنه قبض منه بإذنه بل يرجع إلى البائع فيطالبه إن كان قد قبض مال الحوالة و لا يتعين حق المشتري فيما أخذه البائع من المحال عليه بل للبائع أن يدفع إليه عوضه لبقاء الحوالة صحيحة و إن لم يكن البائع قد قبض فله أن يقبضه و هل للمشتري الرجوع عليه قبل قبضه وجهان للشافعية أحدهما نعم لأن الحوالة كالمقبوضة

ألا ترى أن المشتري إذا أحال البائع بالثمن سقط حق الحبس و الزوج إذا أحال المرأة سقط حق حبسها و أصحابهما عنده أنه لا يرجع لأنه لم يوجد حقيقة القبض و إن كان للحوالة حكم القبض و الغرامة إنما تكون بحيث يكون القبض انتهى و هذا الأخير هو معنى قوله هنا و من أن التبريم للمقبوض إذ معناه أن أخذ العوض من البائع إنما هو عن المقبوض و إلى الآن لم يحصل القبض حقيقة و إن حصل ما يقوم مقامه و هذا الصحيح عندهم فاسد عندنا لأن البائع حيث ملك المحال به بالحوالة التي هي بيع عندهم خرج ذلك عن كونه ملكا للمشتري فلا بد أن يثبت عوضه فى ذمة البائع حيث حصل الفسخ و يثبت التراد فى العوضين و لا أثر للقبض و عدمه فى ذلك فتوجيههم الشق الأول بكون الحوالة كالمقبوض ضعيف و نحوه توجيه المصنف الشق الثانى لأن التبريم ليس للمقبوض بل لما ثبت فى ذمة البائع بدلا عن الدين الذى كان ملكا للمشتري و كيف كان فالأصح أن له الرجوع فى هذه الحالة إن قلنا إن الحوالة اعتياض كما فى المبسوط و التحرير و جامع المقاصد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١٥

فإن منعنا الرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع إشكال (١) و على تقدير البطلان لا يرد البائع على المحال عليه بل يرد على المشتري و يتعين حقه فيما قبضه فإن تلف فعليه بدله و إن لم يقبضه فلا يقبضه (٢)

و المسالك

(قوله) (فإن منعنا الرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة إشكال)

أى فإن منعنا رجوع المشتري على البائع حتى يقبض إذا حصل فسخ البيع و لم يكن قبض فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة أى بقبض المال المحال به ليرجع عليه يحتمل ذلك لأنه إذا بطل ملك المشتري للمبيع و عاد إلى البائع فإما أن يستحق عليه العوض الذى ملكه فى مقابلته أولا- و الثانى باطل لاستحالة أن يملك العوض و المعوض فتعين الأول فللمشتري مطالبته البائع بأمرين أما التحصيل ليغرم أو الغرم فى الحال فيقول له خذه لتغرم و إن رضيت بدمته فشاؤك فاغرم لأنه إن توقف استحقاق مطالبته على قبض البائع له و القبض غير واجب على البائع جاز تأخيره دائما فلا يستحق عليه المطالبة بشىء دائما فلا يستحق عليه شىء حينئذ فيؤدى إلى ضياع ماله و هو ضرر منفى بالآية و الرواية و ذلك حيث يعاند البائع بتأخير قبض حقه و إن وجب القبض استحقاق المطالبة و هو المطلوب (و قد يقال) عليه إن إيجاب قبض مال الإنسان عليه ليرتب عليه حق للغير لم يكن قبل ذلك ضرر و الضرر لا يزال بالضرر إلا أن تقول إن الضرر الأكثر يزال بالأقل فتأمل و يحتمل العدم لأن استحقاق المطالبة بأى شىء فرض بنفس المال أو بقبضه من المحال عليه موقوف على استحقاق التبريم و وجوبه و استحقاق التبريم و وجوبه موقوف على القبض لأننا نبحت على هذا التقدير فلو استحق المطالبة قبل القبض لزم الدور و هو على تقدير مطالبته بنفس المال واضح و أما على تقدير مطالبته بأن يطالب فتوجيهه أن يقول له إما أن تطالب أو تغرم فتخيره بين الأمرين و من المعلوم أن المخير فيه يكون له تسلط عليه فيه و قد علم أن لا تبريم إلا بعد القبض (و قد يقال) إن هذا التبريم غير ذاك التبريم لأن هذا ناش من المطالبة بالمطالبة و ذلك (و ذاك خ ل) غيره فتأمل و قرره فى جامع المقاصد بأن وجوب التبريم متوقف على القبض و استحقاق المطالبة موقوف على وجوب التبريم فلو توقف وجوب القبض على استحقاق المطالبة لزم الدور و حاصله أنه لا- يستحق المطالبة إلا- إذا قبض و لا- يجب القبض إلا إذا استحق المطالبة فليتأمل فيه و ليلحظ ما حررناه و استدلل على العدم بأنه ليس للإنسان قهر غيره على قبض حقه و الحوالة حق للبائع و قد عرفت أن البائع ملك المحال به بالحوالة و لا بد أن يثبت عوضه فى ذمته للمشتري و يجب التراد فكان له الرجوع و إن لم يقبض البائع فالإشكال ضعيف و قد قال فى التذكرة و للشافعية وجه بعيد و هو أنه لا يملك المطالبة بالتحصيل

(قوله) (و على تقدير البطلان لا يرد البائع على المحال عليه بل يرد على المشتري و يتعين حقه فيما قبضه فإن تلف فعليه بدله و إن لم يقبضه فلا يقبضه)

لما فرغ من التفريع على الصحة و أنها اعتياض شرع فى التفريع على البطلان و أنه استيفاء قال فى (التذكرة) و إن قلنا تبطل الحوالة فإن كان قد قبض المال من المحال عليه فليس له رده عليه لأنه قبضه بإذن المشتري و لو رده لم تسقط مطالبة المشتري عنه بل حقه الرد على المشتري و يتعين حقه فيما قبضه و إن تلف فعليه بدله و إن لم يكن قبضه فليس عليه قبضه لأنه عاد إلى ملك المشتري كما كان و به كله صرح فى المسالك انتهى (قلت) أما أنه يتعين حقه فيما قبضه فلأنه مال المشتري قد تعين بالقبض عن الدين الذى كان عليه و إلا لا تمتنع وقوعه عن دينه فلا يزول ذلك بزوال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١٦

فإن قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك أنه كان مأذونا فى القبض بجهة فإذا بطلت بقى أصل الإذن و الأصح العدم لأن الإذن الذى كان ضمنا لا يقوم بنفسه (١) و الوكالة عقد مخالف للحوالة (٢) بخلاف ما لو فسدت الشركة و الوكالة فإن الإذن الضمنى يبقى و يصح التصرف لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالإذن و هما مختلفان و بطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر و فى الشركة يتصرف بالإذن فإذا بطل خصوص الإذن بقى عموم (٣)

الدين و قال المقدس الأردبيلي يمكن أن لا يكون للمحيل استحقاق الأخذ من البائع لبطلان الحوالة فيكون المطالب هو المحال عليه و هو غير بعيد على تقدير الأخذ بعد البطلان و أما أنه عليه بدله إن تلف فلأنه قبضه بدلا عن دينه الذى هو الثمن فكان قادما على ضمانه

(قوله) (فإن قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك لأنه كان مأذونا فى القبض بجهة فإذا بطلت بقى أصل الإذن و الأصح العدم لأن الإذن الذى كان ضمنا لا يقوم بنفسه)

كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و حاصل ما ذكره جميعا أن البائع إذا خالف و قبض مال الحوالة الذى قلنا إنه ليس له قبضه فإنه لا يقع له قطعا لأنه لا استحقاق له و هل يقع عن المشتري بحيث يتعين له بهذا القبض فيه احتمالان (أحدهما) أنه يقع لأنه كان مأذونا فى القبض لحقه بالحوالة فإذا بطلت بقى أصل الإذن لأن الخاص إذا ارتفع يبقى العام (و الثانى) العدم لأن الإذن العام إنما كان فى ضمن الإذن الخاص و الإذن الضمنى لا يقوم بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمنه (قوله) (و الوكالة عقد مخالف للحوالة)

و مثله قال فى التذكرة و يريد أنا لو قلنا بوقوع القبض و جوازه بالإذن فإنما يكون عن المشتري بوكالة منه لأنه يكون قد استنابه فى القبض عنه و ليس لهذه الوكالة ما يقتضيها إلا الحوالة و هى لا تقتضى الوكالة لأنهما عقدان متغايران و قد يقال لا حاجة إلى هذا بعد فرض انتفاء الإذن الضمنى

(قوله) (بخلاف ما لو فسدت الشركة و الوكالة فإن الإذن الضمنى يبقى و يصح التصرف لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالإذن و هما مختلفان و بطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر و فى الشركة يتصرف بالإذن فإذا بطل خصوص الإذن بقى عموم)

هذا ذكره فى التذكرة فى فرع فرعه على المسألة و قد أوضحه الشهيد فى حواشيه و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و كذلك صاحب المسالك بأنه جواب سؤال مقدور صورته أنه كيف انتفى الإذن فى قبض المال المحال بطر و بطلان الحوالة مع أن الإذن فى التصرف يبقى فى الوكالة و الشركة الفاسدتين كما لو وكله فى التصرف إذا جاء رأس الشهر و شاركه على الاستواء فى الربح و اختصاص أحدهما بالخسران فيعتبر الإذن الضمنى فيهما و يحكم ببقائه (و الجواب) بالاختلاف بينهما و بين الحوالة لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق و للمحيل بالإذن و هما أى قبضه لنفسه بالاستحقاق و قبض للمحيل بالإذن مختلفان لأن أحدهما حوالة و الآخر وكالة فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الأخرى قطعا إذ من المعلوم البين أن الحوالة لم تتضمن التوكيل كما أن البيع لا يتضمنه

فإذا بطلت الحوالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضى له أما في الشركة و الوكالة فلا- و اقتصر المصنف على ذكر الشركة إشاراً للاختصار و اعتماداً على حصول المراد بذكرها فإنه يتصرف بالإذن حيث استنابه في التصرف فإذا بطل خصوص الإذن لفساد العقد بقى عمومته (ثم قال في جامع المقاصد) و الحق أن الذي يتحصل مما ذكره هو أن بقاء عموم الإذن في التصرف في الوكالة و الشركة إذا

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١٧

و لو أحال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا (١)

فسدتا أقرب من ثبوت الوكالة بفساد الحوالة لشدة البعد بينهما أما صحة بقاء الإذن الضمني فيهما بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعائه بقاء عموم الإذن فليس بظاهر لامتناع بقاء الضمني بعد ارتفاع المطابقى إلا بدليل يدل عليه غير كونه ضمناً و نحو ذلك ما في المسالك (قلت) هما قولان مشهور أن في باب الوكالة منشأ البقاء كون الفاسد إنما هو العقد أما الإذن الذي هو مجرد إباحة تصرف فلا كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال بع كذا على أن لك العشر من ثمنه فتفسد الوكالة دون الإذن و أن الوكالة أخص من مطلق الإذن و عدم الأخص أعم من عدم الأعم و منشأ عدم أن الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن و ما يزيد عنه مثل الجعل أمر زائد على الوكالة لصحتها بدونه فلا يعقل فسادها مع صحته أى الإذن لكن المصنف هنا و في التذكرة في موضعين منها و المختلف و غيره ذهب إلى صحة التصرف بالإذن الضمني و هذا حديث إجمالي و التفصيل في بابه إن شاء الله تعالى

(قوله) (و لو أحال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا) عدم بطلان الحوالة هنا خيرة المبسوط و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و شرحه لولد المصنف و جامع المقاصد و الإيضاح و المسالك و قد حكى في التحرير و الأخيرين عن الشيخ دعوى الاتفاق عليه و الموجود في المبسوط لم تبطل الحوالة بلا خلاف و الظاهر أن مراده بلا خلاف بين العامة لأنه ذكر خلافهم في العكس أو أن مراده بلا خلاف بينه و بين العامة و إلا فهذا الفرع ما ألم به أحد منا قبله نعم الإجماع محكى صريحاً في شرح الإرشاد لفخر الإسلام و لا فرق في ذلك بين أن يكون قد قبض أولاً لانتقال الملك بدون القبض و احتمال في التحرير بطلان الحوالة إن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن ثم احتمال الصحة و الوجه في المسألة بعد ما سمعته عن المبسوط أنه لا- يشترط شغل ذمة المحال عليه كما مر فإذا بطل البيع لم تبطل الحوالة لأنها من حين البيع إلى حين بطلانها حوالة على مشغول الذمة و من حين البطلان صارت على برىء فلا تحتاج إلى بقاء شغل الذمة و قد وجهه في المبسوط و الشرائع و الكتاب و غيره بأنها تعلقت بغير المتعاقدين و قد أشاروا به إلى الفرق بين حوالة المشتري البائع و حوالة البائع الأجنبي على المشتري فإن الحق في الأول كان مختصاً بالمتعاقدين بسبب المبيع فإذا بطل السبب بطل التابع لأن الحوالة إنما كانت طريقاً لاستيفاء البائع الثمن فلم يتعلق بذلك حق ثالث بخلاف حوالة الأجنبي فإنها لا تبطل و إن حكم بالبطلان ثمة لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين حيث إن الثمن صار مملوكاً للأجنبي قبل فسخ العقد كما لو باع البائع الثمن لشخص آخر (قلت) هذا يتوجه (يتجه خ ل) حيث يسبق القبض الرد و صاحب الإيضاح لم يعول إلا على إجماع الشيخ قال لأن الإجماع المنقول بخبر الواحد حجة و قد عرفت حال هذا الإجماع و خلاف الأقرب احتمال البطلان لأن استحقاق المحال فرع على استحقاق المحيل و قد بطل و لأن الإحالة إنما هي بالثمن (و رد في جامع المقاصد و المسالك) بأنه فرع وقت الحوالة لا مطلقاً أى لا بعد الحوالة لإفادتها الملك حين وقعت بغير معارض و قد سمعت ما في التحرير و أنت خبير بأنه على القول باشتراط شغل ذمة المحال عليه يجيء الإشكال و يقوى احتمال البطلان بل قد يقال على القول بعدم الاشتراط إن المشتري ما قبل الحوالة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١٨

و لو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في صورتين (١) و يرجع على من شاء من المحتال و البائع (٢)

[فروع]

إشارة

(فروع)

[الأول لو أحال بئمن العبد على المشتري]

الأول لو أحال بئمن العبد على المشتري و صدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة (٣) و يرد المحتال ما أخذه من «١» المشتري و يبقى حقه على البائع (٤) و إن كذبهما المحتال و أقام العبد بينه أو قامت بينه الحسية فكذلك (٥)

إلا باعتقاد شغل ذمته فيكون كأنه قد اشترط ذلك و يرشد إليه ما سيأتى فيما إذا بطل العقد من أصله فى هذه الصورة فليس ذلك الاحتمال ظاهر الضعف كما فى جامع المقاصد و لا بتلك المكانة منه كما فى المسالك و لذلك عبر المصنف هنا و فى التذكرة بالأقرب و توقف فى التحرير

(قوله) (و لو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة فى صورتين)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و فيه الإجماع على بطلان الحوالة فيما إذا أحال البائع أجنبيا و ظهر فساد البيع و المراد بالصورتين و الموضوعين فيما عبر فيه بذلك ما إذا أحال المشتري البائع و ما إذا أحال البائع أجنبيا و قد وجهوه بأن صحة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين فإذا تبين بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن فى نفس الأمر فى ذمة المشتري (قلت) إذا جازت الحوالة على البرىء لم يتجه هذا التوجيه فى الصورة الثانية نعم يتجه فى الأولى لأن من شرطها أن يكون المحيل مشغول الذمة فالوجه فيه بعد الإجماع المنقول أنه إنما أحاله على الثمن الذى فى ذمة المشتري باعتقاد ذلك مع أنه لا شغل فى نفس الأمر و الواقع فلم تقع الحوالة موقعها بخلاف صورة طريان الفسخ فإن الشغل ثابت حين العقد و الدوام غير شرط فتأمل و لا تغفل عما ذكرناه فى وجه احتمال عدم القرب فى المسألة السابقة و لا يخفى أن الحوالة وقعت فى نفسها باطله لا- أنها بطلت بظهور بطلان البيع كما هو ظاهر العبارات و لهذا قال فى جامع المقاصد قد كان الأحسن أن يقول و لو فسد البيع فالحوالة باطله و الأمر فى ذلك سهل

(قوله) (و يرجع على من شاء من المحتال و البائع)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك أما رجوعه على المحتال فلأنه قد وضع يده على المال و أما رجوعه على البائع لو كان القابض محتاله فلأنه أوفاه للمحتال عما فى ذمته فقبضه منسوب إليه بل قيل إنه أقوى و لهذا يمنع من حبس المبيع بعد الحوالة بالثمن و ليس للمشتري الرجوع على المحال عليه بعد القبض حينئذ لصدوره بإذنه (فروع) هذه فروع أربعة بها يتم الباب

(قوله) (الأول لو أحال بئمن العبد على المشتري و صدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة)

كما فى المبسوط و التحرير و التذكرة و معناه أنه باعه عبدا و أحال البائع غريمه بالثمن على المشتري ثم ادعى العبد الحرية و صدقه المحيل و المحتال و المحال عليه و لا ريب أن الحوالة حينئذ تكون باطله لاتفاقهم على بطلان البيع و إذا بطل من أصله لم يكن على المشتري ثمن و يجىء فيه ما تقدم من الحوالة على البرىء و كذلك الحال لو تصادقوا على الحرية و إن لم يدعها العبد

(قوله) (و يرد المحتال ما أخذه من المشتري و يبقى حقه على البائع)

لا ريب أنه إذا بطلت الحوالة رد المحتال على المشتري ما أخذه منه وبقى حقه على البائع كما كان كما في التذكرة (قوله) (وإن كذبهما المحتال وأقام العبد بينه أو قامت بينته الحسية فكذلك)

كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذلك المبسوط والتحرير ومعناه أن المحتال إذا كذب البائع والمشتري في كون العبد المبيع حراً فإما أن تقوم البيئته على الحرية أو لا فإن قامت بطلت الحوالة كما لو تصادقوا ووجب رد ما أخذه

(١) على خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤١٩

وليس للمتبايعين إقامتها لتكذيبها بالمبايعه (١) إلا مع إمكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله (٢) ولو فقدت البيئته فلهما إحلافه على نفي العلم فيأخذ المال من المشتري (٣)

المحتال على المشتري وهو معنى قوله فكذلك وهذه البيئته تتصور بأن يقيمها العبد لأن العتق حقه و أن يبتدى بها الشهود على سبيل الحسية أي إقامته للمعروف ودفعاً للمنكر فتشهد عند الحاكم من غير دعوى مدع فإن ذلك جائز محافظة على دفع المنكر و يأتي ما إذا فقدت البيئته

(قوله) (و ليس للمتبايعين إقامتها لتكذيبها بالمبايعه)

كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ومعناه أنه ليس للمتبايعين إقامتها بالحرية ولا تسمع منهما لأنها قد كذباها بالتبايع إذ بيع أحدهما وشراء الآخر قاضيان بالاعتراف بالرقية وقد أجمعوا على أن كل من كذب بينته بقول أو فعل لا تسمع منه إقامتها لكنه ينتفع بها العبد إذا أقامها أو أقامها أحدهما

(قوله) (إلا مع إمكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله)

هذا جعله في التذكرة احتمالاً قال ويحتمل أن يقيماها إذا أظهرها عذراً بأن يكون البائع قد وكل بالعتق وصادف البيع العبد معتوقاً فإن للبائع هنا إقامة البيئته حيث لم يكن في إقامتها تكذيب وكذا لو ادعى المشتري عتق البائع و جهله أي ثم تجد العلم بعد البيع وبه جزم هنا وفي جامع المقاصد ولم يذكر في المبسوط والتحرير ولعل الأولى ذكره إذ لو كان الأمر كذلك لا سبيل إلى ذلك إلا ذلك (قوله) (و لو فقدت البيئته فلهما إحلافه فيأخذ المال من المشتري)

قال في (التذكرة) وإن لم يكن بينه لم يلتفت إلى تصادقهما في حق المحتال كما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قوله على المشتري لكن لهما تحليف المحتال على نفي علم العتق فإن حلف بقيت الحوالة في حقه ولم يكن تصادقهما حجة عليه إلى أن قال وإن نكل حلف المشتري ثم إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار بطلت الحوالة وإن جعلناها كالبيئته فالحكم كما لو لم يحلف لأنه ليس للمشتري إقامة البيئته وقال في (جامع المقاصد) بعد أن فسر عبارة الكتاب هل يشترط في صحة دعواهما عليه العلم وطلب حلفه على نفيه إظهار ما به يندفع التنافي ويمكن الجمع أم لا- عبارة المصنف هنا محتملة وإن كانت أظهر في اشتراط ذلك حيث إنه بناء على فقد البيئته وجود البيئته إنما يعتد به بالنسبة إليهما بعد إظهار ما يندفع به التنافي وفي (التذكرة) صرح بأنه لو نكل المحتال حلف المشتري قال ثم إن جعلنا اليمين المردودة إلى آخر ما حكيناها عنها قال وفيها كلامان هذا أحدهما أعني تحليف المحتال ومع نكوله فالمشتري وإن لم يظهر العذر الراجع للتنافي الثاني أنه حكم بحلفه على كل حال ويكون وجود اليمين كعدمها على تقدير أن المردودة كالبيئته فلا يكون لهذه اليمين فائدة أصلاً على هذا التقدير والمعروف أن من كذب إقراره دعواه لا تسمع دعواه أصلاً فينبغي تحقيق ذلك انتهى (قلت) عبارة التذكرة كعبارة الكتاب في بناء التحليف على فقد البيئته بل لعله أظهر لمكان الاستدراك من النفي ولعل توسط التمثيل لا يضر بالتفريع والاستدراك ولعل قوله والمعروف إلى آخره راجع إلى الكلام الأول

الذى أورده على التذكرة و هو أن التبايع قضى بإقرارهما و اعترافهما بالرقية فلا تسمع دعواهما العلم على المحتال و إن لم يظهر العذر و نحن نقول إن دعوى العلم تسمع لأنها دعوى أخرى ثم إنه على ما بيناه من أن العبارتين متساويتان يسقط ذلك و لا يكاد يتجه رجوعه إلى غير ذلك و لم يحكم فى التذكرة بالحلف عليه على كل حال و إنما قال حلف المشتري و معناه أن له الحلف و له الترك كما هو المعروف فقد بين أن له أن يحلف إذا شاء و كان قاضيه ممن يرى أن اليمين المردودة كالإقرار و إن مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٢٠

و فى رجوع المشتري على البائع إشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه و من أنه قضى دينه بإذنه (١) و لو صدقهما المحتال و ادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين لأن الأصل صحة الحوالة (٢)

كان القاضى ممن يرى أنها كالبينة لا يحلفه لأن وجودها كعدمها و الحاصل أن غرضه بيان أحكام المسألة للحاكم حتى لا يغفل كما هو الشأن فى غيرهما كما هو واضح و ليس غرضه التسجيل عليه أى المشتري بالحلف على كل حال ثم إن الأمر للقاضى لا له فالأمر أوضح من أن يحتاج إلى بيان و هذا تحقيق ما أحب تحقيقه نعم قد يتجه عليه فى التذكرة ما تقدم منا غير مرة من أن اليمين المردودة أصل برأسه على أنها لو كانت هنا كالبينة كانت مقبولة لأنها تقبل لو أقامها على أنه يعلم عتقه و قد قلنا إنه إذا ادعى ذلك سمع منه لأنها دعوى أخرى كما اعترف به فى التذكرة و إلا لما صح لهما تحليفه

(قوله) (و فى رجوع المشتري على البائع إشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه و من أنه قضى دينه بإذنه)

إذا حلف المحتال على نفي العلم بالعتق أخذ المال المحتال به من المشتري و هل يرجع به المشتري على البائع استشكل المصنف هنا و جزم فى التذكرة و جامع المقاصد بالرجوع إذا دفع المحتال لأنه قضى دينه بإذن شرعى و الدفع واجب عليه و ربما أجبره الحاكم عليه و قرب فى الأول عدم الرجوع قبل الدفع و هو ظاهر و كان ينبغى الجزم به

(قوله) (و لو صدقهما المحتال و ادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين لأن الأصل صحة الحوالة)

كما فى المبسوط و التحرير و حاصل ما ذكره أن المحتال صدق البائع و المشتري على أن العبد حر و ادعى أن الحوالة بغير الثمن فقد حصل الاختلاف فى صحة الحوالة و فسادها و الأصل الصحة فيقدم قوله بيمينه لأن دعواه موافقة للأصل و هو كلام جيد متين جار فى جميع شقوق المسألة (و عساك تقول) إنه تقدم غير مرة أن أصل الصحة لا يتمسك به إلا بعد تمام أركان العقد و المشتري يدعى فساده لعدم تمامية الأركان (لأننا نقول) إن هذا جاء بالأخرة و إلا فهو معترف بأنه كان صحيحاً ظاهراً ثم انكشف فساد فليأمل فى ذلك جيداً إذ قد لا يكون ذلك مبنيًا على ذلك (و اعترضه فى جامع المقاصد) بما حاصله أن هذا يتم فيما إذا ادعى المحتال الحوالة بدين آخر على المشتري و المشتري مقر بأصل الدين و لكنه ينكر الحوالة به أو ادعى المحتال وقوعها على المشتري مع خلو الذمة (أما الأول) فلأنه ليس فى طرف المشتري أصل و لا ظاهر و مع المحتال أصل الصحة و أما أصل براءة ذمة المحال عليه من دين المحتال فقد قطعه أصل صحة الحوالة التى اعترف بها و بقى الاختلاف فى الفساد موجبا لليمين على من ينكره و منه يعلم حال الثانى قال و أما إذا ادعى الحوالة بدين آخر و أنكره المحال عليه فقد قيل إنه قد تعارض أصل الصحة و أصل البراءة و يمكن أن يقال نمنع تعارض الأصلين إذ لا يلزم من كون الحوالة بغير دين فى الذمة فسادها بل هو أعم من الفساد لما عرفت من أن صحة الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فيبقى أصل البراءة بغير معارض فيقدم قول المحال عليه بيمينه و هذا متجه و هو خيرة التذكرة انتهى و معناه على ما اقتضاه تقسيمه أن المحال إنما يدعى الحوالة بهذا الدين الخاص و المحال عليه ينكر ذلك فالأصل براءة ذمته من هذا الدين الخاص و الحوالة به و لا ينكر الحوالة المطلقة و يقول إنها فاسدة لأن صحة الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فلا معارض لأصل البراءة فكانت الحوالة صحيحة و الدين غير ثابت فلا تعارض و فيه بعد الغرض عما فيه أن مراد القائل بأصل البراءة أصل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٢١

فإن أقاما بينه أن الحوالة بالثمن قبلت لأنهما لم يكذباها (١)

[الثانى لو جرى لفظ الحوالة]

(الثانى) لو جرى لفظ الحوالة و اختلفا بعد القبض فادعاها المحتال و ادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل لأنه أعرف بلفظه و قصده و اعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه و حق المحتال على المحيل و يحتمل تصديق المستحق عملا بشهادة اللفظ (٢) له

البراءة من وجوب الإعطاء و الدفع إلى المحتال لأنه هو محل نظره و غاية قصده و هذا يعارضه اعترافه بالسبب المقتضى لذلك و هو الحوالة سواء كانت واردة على شغل ذمة أو لا- فإن الأصل فيها الصحة فيقطع أصل البراءة لوروده عليه قطعاً فالمدار على وجوب الإعطاء و عدمه لأنه هو محل البحث ثم إن ما حكاه عن التذكرة إنما هو فيما إذا ادعى البائع أن الحوالة على المشتري بدين آخر لا المحال عليه إلا أن تقول إن أراد فى جامع المقاصد ذلك لكنه يمنع منه تقسيمه فتأمل جيداً

(قوله) (فإن أقاما بينه أن الحوالة بالثمن قبلت لأنهما لم يكذباها)

كما فى المبسوط و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد و معناه أنه لو أقام البائع أو المشتري أو أحدهما بينه بكون الحوالة إنما هى بالثمن الذى تضمنه البيع حيث ادعى المحتال أن الحوالة بغيره فإنها تقبل كما تسمع دعواهما بذلك لأنهما لم يكذباها فإن كون المبيع حراً لا يقتضى عدم وقوع الحوالة بما سمي ثمناً فى مقابله غاية ما هناك أنهما يدعيان فساد الحوالة فتثبت بالبينه (قوله) (الثانى لو جرى لفظ الحوالة و اختلفا بعد القبض فادعاها المحتال و ادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل لأنه أعرف بلفظه و قصده و اعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه و حق المحتال على المحيل و يحتمل تصديق المستحق عملا بشهادة اللفظ)

لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع العقد فإن كان قال له أحلتك بالمائة التى لك على على زيد فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة فالقول قول مدعيها قطعاً كما فى التذكرة و التحرير و إن كان قال له أحلتك بالدين الذى لى قبل زيد أو أحلتك بمائة على زيد فادعى المحتال أن اللفظ الذى صدر بينهما من لفظ الحوالة أريد به الحوالة و ادعى المحيل قصد الوكالة بلفظ الحوالة فالذى فى المبسوط تقديم قول المحيل و قد قربه المصنف هنا و قد نسبه فى المسالك إلى الشيخ و جماعة و لم نعرفهم و لا وجدنا ناقلاً عنهم و فى (الشرائع و الكفاية) التردد و كذا التذكرة حيث لا ترجيح فيها و فى (التحرير و جامع المقاصد) اختيار ترجيح قول المحتال و هو الاحتمال المذكور فى الكتاب (حجة الشيخ) ما ذكره المصنف من أنه أعرف بلفظه باعتبار استعماله فى المعنى الحقيقى و غيره و كذا هو أعرف بما قصده إذ لا يعلم قصده إلا من قبله و أن قوله معتضد بأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه و أصل بقاء حق المحتال على المحيل (و اعترضه فى جامع المقاصد) بما نبه عليه فى التذكرة من أن اللفظ الواقع مجرداً عن القرائن يجب حمله على حقيقته لأين الواجب على المتكلم نصب القرينة إذا أراد المجاز فالتجرد دليل إرادة الحقيقة و إلا لزم الإغراء بجهل المقصود و الأصل خلافه فدعواه بعد ذلك مخالفة للأصل على أن هذا لو قدح هنا لقدح فى جميع الأبواب من بيع و صلح و إقرار و نكاح و غيرها و أن الأصلين قد زالا بالحوالة الصادرة بينهما التى الأصل فيها الحقيقة و الصحة و لو قدح هنا لانقدح فى البيع و غيره إذا وقع الخلاف بعد صدوره انتهى و قد أجهد نفسه صاحب المسالك و أطال فى رده و إصلاح كلام الشيخ و المصنف فجوز أن تكون الحوالة لفظاً مشتركاً بينها و بين

و لو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً (١) و لو انعكس الفرض قدم قول المحتال (٢)

الوكالة إما لأن الوكالة تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الإذن بطريق الحقيقة و الحوالة مؤدية لذلك لأن معنى أحلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمة إلى ذمة يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال أو لأن دلالتها على الإذن للمحتال حاصلة على التقديرين وإنما الكلام في المعنى الزائد على الإذن و هو تحويل الحق ثم استشعر بأن المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند إطلاقه هو المعنى المتعارف لها و لا يفهم منه إرادة الوكالة إلا بانضمام قرائن خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها دون الوكالة (و أجب) بأن هذه العلامة لا تتم في المشترك (قلت) و هو كذلك لأنه مع وجود قرينة تعيين أحد معانيه يتبادر الذهن إلى إرادته مع عدم كونه في الآخر لكن الشأن في إثبات الاشتراك و ما ذكره في إثباته لا يجدي ثم استشعر بأن الحوالة حقيقة شرعية في العقد المخصوص و إطلاقها على الوكالة إنما هو بطريق اللغة و الشرعية مقدمة و يعضدها دلالة العرف و القرينة مقدمة (و أجب) بأن دلالتها على الوكالة أيضاً بطريق الشرع لأن الوكالة شرعا حقيقة في الإذن في التصرف كيف اتفق و بأي لفظ دل عليه و إن وافقها مع ذلك اللغة و ترجيح الشرع و العرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضى ترجيح أحد معني المشترك و هو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة ثم استشعر أن ذلك يستلزم كون الحوالة مشتركة و المجاز خير من الاشتراك (ثم أجب) بأن ذلك غير مجمع عليه على أن ذلك إذا لم يثبت الاشتراك و قد أثبتناه فيكون دعوى المحيل الوكالة خلاف الظاهر و دعوى المحتال الحوالة موافقة للظاهر لكن هذا لا يندفع به الأصولان المتقدمان فيرجع الأمر إلى تعارض الأصل و الظاهر و الأصل مقدم انتهى كلامه مع اختصار فيه (و فيه) نظر من وجوه (منها) أن الحقيقة الشرعية ليست ثابتة في الحوالة و لا الوكالة كما أوضحناه في كتاب الرهن و قد حرر في فنه (و منها) أن الحقيقة الشرعية إنما تقدم على العرفية في كلام الشارع لا في كلام المتعاقدين نعم لو عرفنا اصطلاح الشارع و أوقعا العقد عليه كان المرجع اصطلاح الشارع لكن لا من جهة تقديمه على اصطلاحهما بل من جهة تعيينه كما لو أوقعا باصطلاح طائفة أخرى (و منها) أن ظاهر اللفظ يقطع الأصل أصل براءة كان أو غيرها كظاهر الشرع و إذا ادعى أنه أقام قرينة و أنه فهم منها مراده و نسي فالأصول تنفي ذلك كله نعم ظاهر الحال لا يقطع الأصل و كيف كان فتقديم قول المحتال أشبه بالأصول المقررة و الضوابط المحررة (قوله) (و لو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً)

كما في الشرائع و قال في (جامع المقاصد) إن هذا في غاية البعد و ما قطع به غير ظاهر لأن اختلافهما قبل القبض و بعده لا يجدي فيه فرقا لأن عقد الحوالة من العقود اللازمة فإذا صح و حمل على الحقيقة تعين فيه الأداء إلى المحتال لأنه صار ملكه و قال في (المسالك) يمكن أن يكون قطع المحقق من جهة ترجح الأصل لأنه الغالب معتصدا بأصالة عدم ملك المحتال له بخلاف ما في يده و هو كما ترى (و وجه) الفرق في جامع المقاصد بأن الحوالة استيفاء و الاستيفاء إنما يثمر الملك بالقبض فقبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف (و رده) بأن نفس الحوالة استيفاء و ثمرة للملك إن لم يحصل القبض حتى لو أراد المحيل بعد كمال الحوالة دفع البدل توقف على رضا المحتال و ليس هو كالإيفاء بغير الحوالة فإن الملك فيه متوقف على القبض و من ثم يجوز له الإبدال قبله (قوله) (و لو انعكس الفرض قدم قول المحتال)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٢٣

و لو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق أحلتني و قال المديون و كلتني في استيفاء ديني صدق المديون (١) فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لانعزاله بإنكاره الوكالة و له مطالبة المديون بالمال لثلا يضيع حقه (٢) و يحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة أما لو قال المستحق و كلتني فقال لا بل أحلتك صدق منكر الحوالة باليمين (٣)

كما في الشرائع و قال في (التذكرة) و لو انعكس الفرض بعد اتفاهما على جريان لفظ الحوالة فقال المديون لزيد أحلتك على عمرو و قال القابض بل و كلتنى بقبض ما عليه و حقى باق عليك و تظهر الفائدة عند إفلاس عمرو فالوجهان فى المسألة الأولى على العكس فكل من قال فى المسألة الأولى القول قول مدعى الوكالة قال هنا القول قول مدعى الحوالة و بالعكس و نحوه ما فى التحرير و المحقق و المصنف هنا قالاً بتقديم قول المحتال بيمينه عملاً بأصالة بقاء الحقيين و المديون يدعى خلافهما و انتقالهما فكان عليه البينة (و رده فى جامع المقاصد) بأن الأصل فى اللفظ الحقيقة و الحمل على المجاز خلاف الأصل و المحيل أعرى بلفظه و قصده و الأصل الذى ادعاه بالنسبة إلى الحقيين زال بالسبب الواقع بينهما و من هذا علم أن ما اختاره هنا أيضاً فى غاية البعد مع مخالفته لما سبق من مجيء الوجهين فى المسألة الأولى فلا أقل من مجيئهما (قلت) يمكن حمل عبارة الكتاب و الشرائع على ما إذا اتفقا على جريان لفظ الوكالة أو ادعاها المحتال و ادعى المحيل قصد الوكالة و حينئذ فلا إشكال لكنه يدفعه التصريح فى التذكرة فى بيان العكس بما عرفت و كذا التحرير فتأمل

(قوله) (و لو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق أحلتنى و قال المديون و كلتنى فى استيفاء دينى صدق المديون) كما فى التذكرة و التحرير و المبسوط و فيه أنه لا خلاف فيه لأن الأصل عدم الحوالة و استمرار حق القابض على المديون و استمرار حق المديون على الثالث و لا يعارض أصل عدم الحوالة أصل عدم الوكالة و تظهر فائدة هذا فيما إذا كان الثمن باقياً و أراد الإبدال أو أراد التأخير للدفع إلى بلد الدين إذا كانا فى غيره و لم يشترط الأداء فى غيره

(قوله) (فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لانعزاله بإنكاره الوكالة و له مطالبه المديون بالمال لثلاً يضيع حقه)

أما انعزاله بإنكاره الوكالة فقد وافقه عليه فى جامع المقاصد و فيه تأمل مع إصرار المديون على دعواها بل احتمال فى الأخير فى باب الوكالة أنه لو عزل نفسه فى حضرة الموكل و لم يرضى الموكل لم ينزل فتأمل و أما أن له مطالبه المديون بالمال الذى له عليه فثلاً يضيع حقه و لأن الحوالة إن كانت هى الواقعة فى الواقع فقد ظلمه بدفعه عن ماله و ملكه و أخذه منه و إن كانت الوكالة هى الواقعة فلا ريب فى بقاء حقه عليه

(قوله) (و يحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة)

لأن الحوالة تتضمن براءة المحيل فدعواه إياها يكون قد اعترف ببراءة ذمته المحيل فكيف يطالبه و هذا الاحتمال ضعيف لأنه يزعم أنه ظلمه بأخذ ماله كما عرفت قال فى (جامع المقاصد) بعد أن اختار أن له مطالبته هذا الحكم فى الظاهر و فيما بينه و بين الله يعتمد ما يعلم أنه الحق (قلت) له مطالبته فى الظاهر و الواقع لأنه إن كان الذى جرى بينهما عقد الوكالة فدعواه الحوالة لا تسقط حقه فى الواقع لأنها عقد يحتاج فى الإسقاط إلى إيجاب و قبول و رضا من الطرفين و إن كان الذى جرى عقد الحوالة فوجهه ظاهر مما تقدم

(قوله) (أما لو قال المستحق و كلتنى فقال لا بل أحلتك صدق منكر الحوالة باليمين)

كما فى المبسوط و التحرير لأن الأصل عدم الحوالة و الأصل بقاء الحقوق و منكر الحوالة هنا المستحق و فيما قابله المديون فلو قال

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٢٢٤

و ليس للمستحق القبض لأن إنكار الوكالة يتضمن العزل (١) فإن كان قبض فالأقرب أنه يمتلكه لأنه جنس حقه و صاحبه يزعم أنه ملكه (٢) و إن تلف احتمال عدم الضمان لأن الوكيل أمين و ثبوته لأن الأصل ضمان مال الغير فى يد آخر و لا يلزم من تصديقه فى نفى الحوالة تصديقه فى إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان (٣)

[الثالث لو شرط فى الحوالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة]

(الثالث) لو شرط فى الحوالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة و إن كان حالاً (٤)

صدق المستحق ليكون الاختلاف بينها وبين ما سبق فى تصديق المديون و عدمه لكان أحسن

(قوله) (و ليس للمستحق القبض لأن إنكار الوكالة يتضمن العزل)

أى لو كان و كيلا- لكن المصنف فى باب الوكالة تأمل فى كون إنكارها عزلا و قال فى (جامع المقاصد) هناك إنه ليس عزلا على الأصح

(قوله) (فإن كان قبض فالأقرب أنه يتملكه لأنه جنس حقه و صاحبه يزعم أنه ملكه)

فلا أقل من أن يكون ذلك إذنا فى التملك قال الشهيد فى حواشيه قوله يتملكه يحتمل معنيين أحدهما الملك القهرى لزعم صاحبه ذلك و هو من جنس الحق فهو فى قوة التعيين بجهة مخصوصة من جهات القضاء فعلى هذا لا- يحتاج إلى أمر آخر الثانى جواز الملك و يتوقف حقيقته الملك على أحد أمرين إما إنشاء المديون تعيينا كقوله خذ ما فى يدك و أما مما طلته بدفع غيره فيختار أخذه قصاصا لكن على الأول يدخل فى ملكه قهرا و على الثانى يتوقف على الاختيار فله رده و المطالبة بالبدل إلا أن يشاء المديون تعيينها و قال فى (جامع المقاصد) عندى أن الثانى بعيد إذ المتبادر من كلام المصنف تمكله من غير توقف على شىء آخر فإما أن يجعل زعم المديون بمنزلة التعيين إن لم يكن أقوى فيملكه بالقبض على طريق القهر أو يجعل ادعاء الحوالة المتضمنة لبراءة ذمته بحيث لا يستحق عليه المطالبة بعد مماثلة حيث إنها أقوى إذ منكر الدين مماطل و زيادة فيسوغ له الأخذ مقاصد ثم قال و على كل حال فما قربه المصنف هو المختار هذا و فى المبسوط صرف إليه فى مكان ملكه

(قوله) (و إن تلف احتمل عدم الضمان لأن الوكيل أمين و ثبوته لأن الأصل ضمان مال الغير فى يد آخر و لا يلزم من تصديقه فى نفى الحوالة تصديقه فى إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان)

يريد أن المستحق الذى قبض المال و حلف على نفى الحوالة ثم إن المال تلف فى يده فإنه يحتمل عدم ضمانه له لأنه وكيل ثبتت وكالته بحلفه على نفى حوالاته لأن الحال دائر باعترافهما بين الحوالة و الوكالة فإذا بطلت إحداها تعينت الأخرى فإذا ثبت أنه وكيل و هى الصغرى ثبتت الكبرى و هى كل وكيل أمين فلا يضمن و هو خيرة المبسوط و يحتمل ثبوت الضمان لأن الأصل ضمان مال الغير و لا يلزم من تصديق المستحق فى نفى الحوالة بيمينه تصديقه فى إثبات الوكالة لأنه قد تقرر عندهم أن اليمين لنفى شىء لا تكون لإثبات شىء آخر كما لو أقر الوكيل بالبيع و قبض الثمن بهما و أنكر الموكل القبض فإن الوكيل يحلف لاستثمانه فلو خرج المبيع مستحقا و رجع المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت وكالته به عنده لم يرجع الوكيل على الموكل لأن اليمين كانت لدفع الغرم لا لإثبات المال على الموكل فالقول الآن قول الموكل بيمينه و قد قوى المحقق الثانى الاحتمال الثانى و ضعف الأول و فصل الشهيد فقال يضمن إن كان المقبوض من جنس الحق

(قوله) (الثالث لو شرط فى الحوالة القبض بعد شهر فالأقرب الصحة و إن كان حالا)

أى و إن كان الحق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٢٥

[الرابع لو أحال البرى على مشغول الذمة فهى وكالة تثبت فيها أحكامها]

(الرابع) لو أحال البرى على مشغول الذمة فهى وكالة تثبت فيها أحكامها (١) و جازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى المقصود و هو استحقاق المطالبة (٢) و لو انعكس القرض فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض (٣)

المشروط قبضه حالا- كما فى التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و التذكرة و ظاهر الأخير الإجماع عليه قال لو كان الدينان حالين فشرط فى الحوالة أن المحتال يقبض حقه أو بعضه بعد شهر صح عندنا خلافا لأحمد لعموم قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم و لأن مبنى الحوالة على الإرفاق و هذا مناسب لمقتضى العقد و توجيه الصحة فى الإيضاح يكون الشرط سائغا يريد به أنه غير مناف لمقتضى العقد فليس فى معنى المصادرة و وجه غير الأقرب أن الحوالة إنما هى لما عليه و هو حال (و فيه) أن حلوله لا ينافى اشتراط الأجل و أقسام المسألة بالنسبة إلى الحلول و التأجيل أربعة و عليها إما أن يتجانس الحقان أو لا و على التجانس إما أن يكون ربويين أو لا و مضروب الثلاثة فى الأربعة اثنا عشر و الحاصل أنه مع التأجيل فيهما و توافق الأجلين تصح الحوالة قطعا كما فى التذكرة (قلت) و لا بحث فيها عند من يجعلها اعتياضا و أما عند من جعلها استيفاء فلم تحصل حقيقته هنا إلا أن يقول بصدقه بمجرد الانتقال و إن تأخر القبض و إن اختلفا فى التأجيل صحت عندنا أيضا كما فى التذكرة (قلت) إن كان الحق المحال به حالا و المحال عليه مؤجلا- مع اتفاق الجنس فعلى الاعتياض يحتمل البطلان و مع اختلافه يصح و كذلك الحال فى العكس و لو كانا حالين متفقى الجنس فشرطا الأجل فعلى المعاوضة يحتمل البطلان و على الاستيفاء ما تقدم و إن كانا غير ربويين فعلى المعاوضة يصح و على الاستيفاء ما تقدم و هناك أقسام أخر بالنسبة إلى تساوى أجلى الحقيين و اختلافهما و البحث فيهما ما تقدم (فرع) كثير الوقوع و هو أنه لو شرط المحتال الرجوع على المحيل مع تعذر الاستيفاء فالوجه بطلان الشرط و فى بطلان الحوالة حينئذ إشكال كما فى التحرير و كذا التذكرة و لعل الأصح بطلان الشرط و العقد

(قوله) (لو أحال البرىء على مشغول الذمة فهى وكالة تثبت فيها أحكامها)

كما فى التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و معناه أنه لو قال صاحب الدين لمن لا دين له عليه قد أحلتك بالدين الذى لى على فلان كان ذلك وكالة عبر عنها بلفظ الحوالة فلو مات المحيل بطلت و كان لورثته المطالبة بالمال و كذا لو جن كان للحاكم المطالبة بالمال

(قوله) (و جازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى المقصود و هو استحقاق المطالبة)

أى جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى المقصود من الوكالة فيكون حينئذ العقد بالمجاز و لا يمتنع ذلك خصوصا فى العقد الجائر و لا ريب أنهما لا يشتركان فى المقصود من الحوالة

(قوله) (و لو انعكس الفرض فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض)

أى أحال مشغول الذمة على البرىء بلفظ الحوالة فإن شرطنا شغل ذمة المحال عليه فى الحوالة و لم يكن المحال عليه مشغول الذمة كما هو المفروض كان ذلك اقتراضا و لا يكون حوالة لفقد شرطها و لا ضمانا لعدم لفظه و لأنه لو جعل ضمانا لم يكن الشغل شرطا و يرجع الفرع على أصله بالإبطال فعلى هذا يكون الصادر من المحيل استدعاء الاقتراض إذ لا أقرب إلى الحوالة حينئذ من معنى الاقتراض و يكون الصادر من المحال عليه قبوله و لا- يلزم القبول إذ لا- يجب الوفاء بالوعد و إن لم نشترط الشغل كان حوالة على البرىء كما تقدم و فى (جامع المقاصد) أن انعكاس الفرض أن يحيل بلفظ الوكالة و هو كما ترى لا حاصل له على أنه قال بعد ذلك إنه اقتراض بلفظ الحوالة مجازا و فى (حواشى الشهيد) و إن لم نشترط الشغل فهو

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٢٦

فإن قبض المحتال رجوع على المحيل (١) و إن أبرأه لم يصح لأنه إبراء لمن لا دين عليه (٢) و إن قبض منه ثم وهبه إياه رجوع المحال عليه على المحيل لأنه غرم عنه (٣) و لو أحال من لا دين عليه فهى وكالة فى الاقتراض

[الفصل الثالث فى الكفالة]

(الفصل الثالث فى الكفالة) و هى عقد شرع للتعهد بالنفس (٤) و يعتبر فيها رضا الكفيل و المكفول له (٥)

ضمان و جاز بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى المقصود منه فليفهم و قوله فهو اقتراض يجوز أن يحمل على استدعاء القرض و على المال المدفوع إلى المحتال

(قوله) (فإن قبض المحتال رجع على المحيل)

أى رجع المحال عليه و هو المقرض على المحيل و هو المقرض و به صرح فى التحرير و جامع المقاصد لأنه قرض (قوله) (و إن أبرأه لم يصح لأنه إبراء لمن لا دين له عليه)

كما فى التحرير و جامع المقاصد و وجهه ظاهر لأنه لا دين له عليه إذ المطلوب منه الإقراض فكان الإبراء لغوا (قوله) (و إن قبض منه ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل لأنه غرم عنه)

و إنما عاد المال إليه بعقد مستأنف كما فى التذكرة و التحرير (الفصل الثالث فى الكفالة) الكفالة بالفتح عقد صحيح عند عامة أهل العلم كما فى التذكرة و هى ثابتة بالكتاب و السنة أيضا قال الله تعالى (قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ) فطلب يعقوب من بنيه كفيلا- ببدن يوسف عليه السلام و قال تعالى (فَخُذْ أَسَدًا مَكَانَهُ) و ذلك كفالة بالبدن فتأمل و هى مكروهة كراهية شديدة كما هو المستفاد من الأخبار الكثيرة

(قوله) (و هى عقد شرع للتعهد بالنفس)

قد طفت بذلك عباراتهم أى التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له و يصح دخول الخيار فيه مدة معينة خلافا للتحرير بل كل شرط لا- ينافيها و تصح فيه المعاطاة و لعلها تلزم فى بعض الفروض و يشترط فيه الإيجاب ككفالت لك بدن فلان و نحوه كضمنت لك إحضاره أو التزمت بإحضاره و أنا كفيل و القبول على الفور و كونهما بالعريضة من كاملين كما صرح به جماعة لأنه عقد لازم و فى (جامع المقاصد) أنه سيأتى أنه يصح التكفيل بالأعيان المضمونة فلا يتناولها هذا التعريف (قلت) إنما يأتى له صحة ضمانها لا كفالتها لكن قال فى التحرير هى التعهد بالنفس غالبا و لعله أشار إلى ما سنذكره عند قول المصنف بصحة كفالة بدن الصبي و المجنون من أنه تصح الكفالة ببدن الدابة إذا جنت على آدمى أو أتلقت مالا- بتفريط صاحبها لإقامة الشهادة على صورتها بل قلنا بصحة كفالة الكتاب و نحوه لإقامة الشهادة على صورته و قد يكون أشار إلى ما سنذكره فى كفالة العبد الآبق (و قال فخر الإسلام) الكفالة فى مذهبنا إنما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعى و الحق أهم من أن يكون ديناً أو عينا و قيل كل من يستحق إحضاره إلى مجلس الشرع فإنه تصح كفالته فعلى الأخير و هو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى دون الأول

(قوله) (و يعتبر فيها رضا الكفيل و المكفول له)

بلا- خلافاً كما فى المفاتيح و الرياض و لا نعلم خلافاً فى اشتراط رضا الكفيل و كذا يعتبر رضا المكفول له كما فى التذكرة و قد حكى الإجماع عنها عليهما جماعة و لعله لأنهم فهموا نفي الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر (قلت) أما اشتراط رضى الكفيل فظاهر كما فى مجمع البرهان لأن إثبات حق له من دون رضاه على شخص باطل و أما اشتراط رضى المكفول له فلأن إثبات حق على شخص لا على وجه يثبت كونه قهريا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٢٧

دون المكفول (١) و تعيين المكفول (٢) فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فإن لم آت به فعمره (١) أو يزيد أو عمرو بطلت (٣) و تنجيز الكفالة (٤) فلو قال إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على إشكال

(قوله) (دون المكفول)

عند علمائنا كما في التذكرة و هو المشهور بين علمائنا وغيرهم كما في (المسالك) و المشهور كما في مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و نسبه إلى باقي علمائنا في المختلف بعد أن نسب الخلاف إلى الشيخ في المبسوط و القاضي و ابن حمزة و ابن إدريس و الحاصل أنه لا خلاف إلا من هؤلاء نعم قواه في التحرير (حجة المشهور) بعد ما سمعت مضافا إلى الأصل و العموم أن غاية الكفالة هي إحضار المكفول حيث يطلب و من المعلوم أنه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه أو وكيله و الكفيل بمنزلة الوكيل و لا يشترط إذن الموكل عليه في التوكيل و إنما قالوا إنه بمنزلة الوكيل لأنه لا يجب عليه الإحضار و لا يجب على المكفول الحضور ما لم يطلبه المكفول له كما ستعرف الحال في ذلك كله (و حجة الشيخ) و موافقيه أنه إذا لم يأذن بها أو لم يرض لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من إحضاره فلا تصح كفالاته لأنها كفالة بغير المقدور و هذا بخلاف الضمان لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه و لا يمكن أن ينوب عنه في الحضور مضافا إلى الأصل (و رد) بأن مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه و هو ممنوع لأن المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور و إن لم يكن مكفولا إجماعا كما في المسالك و فائدة الكفالة راجعة إلى التزام الكفيل بالإحضار حيث يطلبه المكفول له فإن طلبه منه لم يقصر عن وكيله و إن لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور و إن كان برضاه و سيأتي في كلام المصنف أنه لا- يجب عليه الحضور مع التبرع و عدم طلب المكفول له و معنى التبرع أن يكفله من دون إذن منه و احتمال المحقق الثاني أنه يجب عليه الحضور مع التبرع لأن التكفيل يقتضى التسليط على الإحضار و فيه نظر ظاهر لكن قد يؤيده أنه قد يريد السفر البعيد بحيث لا يتمكنان منه أو مع المشقة الشديدة فإذا لم يجز للكفيل منعه و لا يجب عليه الحضور إذا لم يطلبه منه يلزم منه الضرر العظيم على الكفيل فإذا لم يجزوا هذا الضرر فالتسليط غير بعيد بل ينبغي القول باشتراط رضاه كما هو واضح إلا أن تقول إنه هو الذى أوقع نفسه فى هذا الضرر على أنهم لا يجوزون لصاحب الدين منع المديون من السفر البعيد إذا كان دينه مؤجلا و لو حل بعد ذلك بزمن قليل جدا فتأمل جيدا هذا و على تقدير اعتبار رضاه ليس على حد رضى الأخيرين من وجوب المقارنة بل يكفى كيف اتفق كما مر نظيره و به صرح جماعة

(قوله) (و تعيين المكفول)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك بل فيه أنه لا خلاف فيه و قد يظهر من الباقيين عدم اعتباره خصوصا ابن حمزة فى الوسيلة لذكره لها شروطا خمسة غيره و لعل تركه لظهوره كالكمال و فى (مجمع البرهان) أن دليله غير واضح و أن الذى يظهر له جواز التردد إذا كان المراد فيهم كلهم غراما للمكفول له (قلت) لعل دليله أنها على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين و لا نسلم أنه كان متداولاً فى زمن الصدور لما فيه من الضرر و الإبهام و كمال الغرر للمتعاقدين بالاعتبارات فتدبر (قوله) (فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فإن لم آت به فعمر أو يزيد أو عمرو بطلت)

و نحو ذلك ما فى الشرائع و ما ذكر معها آنفا لا اشتراك الثلاثة فى أنه لا يعلم المكفول بعينه و يزيد الثانى بالتعليق و شرطها التنجيز و ستسمع الحال فى التنجيز

(قوله) (و تنجيز الكفالة)

فلو قال إن جئت به فأنا كفيل لم يصح

(١) فبعمرو خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٢٨

و لو قال أنا أحضره أو أؤدى ما عليه لم يكن كفالة (١) و تصح حاله و مؤجلة (٢)

على إشكال لم يرجح أحد وجهيه فى الإيضاح و الحواشى و المولى الأردبيلى لم يعتبره إذا حصل الشرط و فى (المبسوط و التحرير و جامع المقاصد) و كذا التذكرة اعتبار هذا الشرط قال فى (المبسوط) لا يجوز تعليق الكفالة بشرط (قلت) لعدم جواز مثله فى مثلها لأن التعليق يقتضى عدم الجزم بالكفالة و لأن أثر السبب يجب أن يترتب على وقوعه و إلا لم يكن صحيحا و مع التعليق يمتنع ذلك و لأن المعلق عليه يمتنع أن يكون جزء السبب و إلا - لوجب كونه معه مع أن تراخى القبول ممنوع فكيف باقى الأجزاء فإذا امتنع ذلك امتنع اعتباره فى العقد فيجب تأثيره بدون المعلق عليه و التعليق ينافيه لكونه مقصودا فلم يبق إلا بطلان العقد كذا حرره فى جامع المقاصد و نحوه ما فى الإيضاح لكن عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يهدم ذلك كله نعم إن كانت شهرة على اعتبار هذا الشرط كانت شاهدة على عدم تداولها فى زمن الصدور بدونها فالإشكال فى محله

(قوله) (و لو قال أنا أحضره أو أؤدى ما عليه لم يكن كفالة)

لأنه وعد و ليس بالتزام مضافا إلى الأصل و قد تقدم مثله فى الضمان

(قوله) (و تصح حاله و مؤجله)

أما صحتها مؤجلة فموضع وفاق كما فى الروضة و كأنه لا خلاف فيه كما فى مجمع البرهان و التأجيل كأن يقول كفلته إلى شهر مثلا فيلزمه إحضاره بعد انقضاء الشهر و لم يكن له مطالبته به قبله أما لو قال كفلته شهرا بمعنى أنى آتيك به فى ضمن الشهر فيكون الشهر ظرفا لإحضاره فإنه يصح إذا كان المراد أنه يحضره متى شاء المكفول له فى مدة الشهر كما فى التحرير (قلت) كما هو الشأن بعد حلول الأجل فإنه يجب عليه إحضاره متى شاء المكفول له و قد سماها فى التحرير موقته و الأولى مؤجلة و أما إذا كفله كذلك أى شهرا على أن يحضره متى شاء الكفيل فإنها لا تصح لمكان الجهالة و الغرر فالشأن فيه كالشأن فى تأجيله بغير الوقت المنضبط و قد قالوا بمثله فى السلم (و أما) صحتها حاله بمعنى أنه لا يشترط الأجل فهو خيرة المبسوط و السرائر و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و المختلف و اللعة و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و كذا الكفاية و هو مذهب أكثر علمائنا كما فى التذكرة و المشهور كما فى مجمع البرهان و الكفاية و هو حق اليقين كما فى السرائر و هذه ممن لا يعمل إلا بالقطعيات تجرى مجرى الإجماع و ظاهر المفيد و الشيخ فى النهاية و أبى جعفر فى الوسيلة و سلار فى المراسم أنها لا تصح حاله و هو المحكى عن القاضى فى أحد قولييه و به جزم كاشف الرموز و حكاة عن التقي و هذه عبارة الشيخين لا يصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل و ظاهر النافع و التبصرة و المفاتيح التردد حيث اقتصر فيها على ذكر القولين و فى (السرائر و التحرير و التذكرة) أنه إذا كفل مطلقا كانت صحيحة و كانت حاله و فى (السرائر) أنه حق اليقين (حجة المشهور) العمومات و أصل عدم الاشتراط مضافا إلى ما فى السرائر و فى (الرياض) أن حجة الشيخ و الجماعة غير واضحة و لا مذكورة فى كتب الجماعة عدا القياس على الضمان (قلت) يمكن أن يحتج لهم بأن الكفالة لا بد لها من فائدة فلو شرعت حاله لكانت خالية من فائدة إذ للمكفول له أن يطالب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تريض و ذلك يكون عبثا كما فى كشف الرموز قلت لكنه لا يكون عبثا فى بعض الموارد سلمنا لكن أقصاه أن لا تكون لازمة فتكون صحيحة غير لازمة فإذا رضى بالتأخير لزمته كما يأتى مثله فى كفالة المدعى عليه حقا إذا رضى بالتأخر و فى كفالة بدن المحبوس إذ لا فائدة فيه فليلاحظ ذلك مع تأمل و روية (و ليعلم)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٢٩

على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعى الغريم زوجيتها (١) أو كفيل يدعى عليه الكفالة (٢) أو صبي أو مجنون إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف (٣) و بدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمرين من حبسه ثم يعيده إلى الحبس (٤) أو عبد آبق (٥)

(قوله) (على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعى الغريم زوجيتها)

أى فيجب بالكفالة السعى فى إحضارها فلو لم يحضرها حبس لا غير كما سيأتى فى كفالة بدن الميت و الصبى و المجنون و لبعض العامة من الشافعية قول بالمنع بناء على أن الكفيل يغرم ما على المكفول لو لم يرد و هو متعذر هنا و هذا ضابط ذكره فى التذكرة قال و الضابط فى ذلك أن نقول حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول بيدنه فكل من يلزمه حضور مجلس الحاكم عند الاستعداد يستحق إحضاره بحق الكفالة بيدنه و عليه «١» نبه فى المبسوط

(قوله) (أو كفيل يدعى عليه الكفالة)

كما فى التذكرة أى و إن لم تقم البينة عليه بالكفالة كما سيأتى مثله لأن المنكر يجب عليه فصل الخصومة فإذا رضى بتأخرها صحت الكفالة و إن كانت الكفالة فى نفسها ليست لازمة إذا طلب الفصل فى الحال و كذا الحال فى غريم يدعى عليه المال كما سيأتى التنبيه عليه و لعله أولى بالذكر هنا و لعله أراد التنبيه على الخفى و هو صحة كفالة الكفيل أى المدعى عليه الكفالة

(قوله) (أو صبى أو مجنون إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف)

أى لإقامة الشهادة على صورتها فى الإتلاف و غيره لأنه ربما لم يكن الشاهدان بحيث يمكنهما تمييزهما بدون الإحضار فإن كان كفل ياذن وليهما فله مطالبه وليهما بإحضارهما عند الحاجة و إن كفل بغير إذنه فهى كالكفالة ببدن العاقل بغير إذنه و قد تقدم جوازه و لو لم يحضرهما حبس لا غير على الظاهر لعدم ثبوت الحق حينئذ و ينقذ من هذا أنه يصح كفالة الدابة إذا أتلفت شيئاً أو جنت على آدمى بتفريط صاحبها لإقامة الشهادة على صورتها بل تصح كفالة الكتاب إذا وقعت الخصومة على صورته لإقامة الشهادة عليها و يكون هذا من كفالة الأعيان فليحظ ذلك

(قوله) (و بدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده إلى الحبس)

أى تجوز الكفالة به لأن تسليمه ممكن بأمر من حبسه ثم يعيده إلى الحبس إن أراد فهو معطوف على كل من يجب لا على زوجه و ظاهره أن لا- فرق فى ذلك بين كون الحبس ظلماً أو بحق و به جزم فى جامع المقاصد و قال الشهيد يمكن تسليمه بغير أمره إذ لا ضرر على من حبسه قلت يبقى الكلام فى تصوير فائدة الكفالة و فى (التذكرة) تصح الكفالة ببدن الغائب و المحبوس و إن تعذر تحصيل الغرض فى الحال كما يجوز من المعسر ضمان المال و هو لعله غير ما فى الكتاب كما هو الظاهر و المانع من صحة كفالة المحبوس و الغائب أبو حنيفة و لعله لعدم ظهور الفائدة بناء على ما فى الكتاب أو لعدم الفائدة فى الحال بناء على ما فى التذكرة و يجمعهما عدم إمكان التسليم أو التسليم المفيد

(قوله) (أو عبد آبق)

أى لو تكفل ببدن عبد آبق لمالكه صح و يلزمه السعى فى رده و يأتى فيه ما قيل فى كفالة الزوجة كذا قال فى التذكرة و فسر العبارة فى الحواشى بما إذ كان العبد معتاداً لإباق فيكفله شخص لمولاه فإنه يصح و هو معنى صحيح و لعل هذا من كفالة الأموال

(١) أى الضابط

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣٠

□
أو من عليه حق لآدمى من مال أو عقوبة قصاص (١) و لا يشترط العلم بقدر المال فإن الكفالة بالبدن لا به (٢) و لا تصح على حد الله تعالى (٣) و الأقرب صحة كفالة المكاتب (٤) و من فى يده مال مضمون كالغصب و المستام (٥) و ضمان عين المغصوب و المستام ليردها على مالكها (٦)

(قوله) (أو من عليه حق لآدمى من مال أو عقوبة قصاص)

إذا كان عليه عقوبة فإن كانت من حقوق الله تعالى كحد الزنا و السرقة و الشرب لم تصح الكفالة بيدنه عليهما عند علمائنا أجمع كما في التذكرة لأن الكفالة للتوثيق و حقوق الله سبحانه مبنية على الإسقاط و ينبغي السعى في دفعها ما أمكن كما عرض رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لما عز بالرجوع و الإنكار و لما استسمع و إن كانت العقوبة من حقوق الآدميين كالقصاص و القذف فقد قرب في التذكرة ثبوتها في القصاص و الأولى الجزم به كالكتاب لأن الحق للمقتص و له تعجيله و تأخيره و جزم بأن الحد لا تصح الكفالة به و نسبه إلى أكثر العلماء و استدل بما روى من طريق الخاصة و العامة من أنه لا كفالة في حد قتل و لأنه لا تأخير في حد و هذا غير من يدعى عليه الحد في حقوق الناس فإنه تصح الكفالة بيدنه لوجوب حضوره عند الحاكم ليثبت المدعى حقه عليه بالبينه و الإقرار (قوله) (و لا يشترط العلم بقدر المال فإن الكفالة بالبدن لا به)

و البدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض يفرض كعدم إحضاره المكفول بل لو غرمناه لو لم يحضر المكفول فوجوبه بذلك لا بالكفالة و قد جوزوا ضمان المجهول مع أنه التزام بالمال ابتداء فالكفالة التي لا تعلق لها بالمال أولى و عن بعض الشافعية عدم صحة كفالة من عليه حق مجهول لأنه قد يتعذر إحضار المكفول فيلزمه الدين و لا يمكن طلبه منه لجهله و بنوه على أنه لو مات غرم الكفيل ما عليه و هذا عندنا غير صحيح و الحكم المذكور مصرح به في التذكرة و جامع المقاصد و كذا التحرير (قوله) (و لا تصح على حد الله تعالى)

كما عرفته فيما سلف

(قوله) (و الأقرب صحة كفالة المكاتب)

كما في التذكرة و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه و تردد في الشرائع و منع ذلك الشيخ في المبسوط و القاضى فيما حكى عنه بناء على أن له تعجيز نفسه (حجة الأولين) أنه إما عبد أو مديون و الأول أدخل في استحقاق الإحضار و الثانى ظاهر و إنه يصح ضمانه فصحة كفالته أولى و قد تقدم غير مرة أن ليس له تعجيز نفسه و محل النزاع المكاتب المشروط و إن أطلقوا الكلمة كما في المسالك (قوله) (و من في يده مال مضمون كالغصب و المستام)

قال في (التذكرة) و من في يده مال مضمون كالغصب و المستام و العارية بشرط الضمان تصح كفالته فيكون في حيز الأقرب هنا و قضية إطلاقهما أى الكتاب و التذكرة أنه لا فرق في صحة كفالته بين قولنا بصحة ضمان الأعيان المضمونة و عدمه أما على الأول فلا بحث في صحة الكفالة و أما على الثانى فلأن عليه حقا و هو الرد فيدخل تحت الضابط و وجه غير الأقرب و هو عدم صحة كفالته إن الذى عليه ليس هو الأعيان لتؤخذ منه عند عدم الإحضار لو قلنا يغرم إذ المفروض عدم صحة ضمانها و هو كما ترى ضعيف جدا إذ لا يلزم من عدم صحة ضمانها عدم كفالة من هي بيده فيجب عليه إحضاره ليردها فكانت كفالة الزوجه (قوله) (و ضمان عين المغصوب و المستام ليردها على مالكها)

أى الأقرب صحة ضمانها ليردها و به جزم في التذكرة هنا و قد تقدم الكلام فيه بما لا مزيد عليه في باب الضمان و احتمال أن يراد من العبارة صحة كفالة عين المغصوب و المستام بعيد جدا لأن شرطها التعهد بالنفس و على ما صورناه آنفا مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣١

فإن رد برئ من الضمان و إن تلف ففي إلزامه بالقيمة و جهان الأقرب لعدم كموت المكفول (١) دون الوديعة و الأمانة (٢) و يصح كفالة من ادعى عليه و إن لم يقم البينة بالدين و إن جحد لاستحقاق الحضور كموت المكفول عليه (٣) و الكفالة بيدن الميت إذ قد يستحق إحضاره لأداء الشهادة على صورته (٤) و الإطلاق يقتضى التعجيل (٥) فإن شرط أجلا و جب ضبطه (٦) و التسليم الكامل فى بلد العقد (٧)

لا وجه لتخصيصها بالذكر فتأمل و قد يكون من باب كفالة العبد الآبق

(قوله) (فإن رد برئ من الضمان و إن تلفت ففى إزمائه بالقيمة و جهان الأقرب لعدم كموت المكفول)

كما ذكر ذلك كله فى التذكرة و لعله إنما أعاده فى الكتابين ليعين ما قربه هنا و إلا فقد تقدم أن معنى ضمانها ردها مع البقاء و القيمة مع التلف و هنا قرب عدم إزمائه بالقيمة مع التلف لأن الواجب الرد لأن الضمان إنما كان له فإذا تعذر بالتلف لم يجب شىء آخر كما لو مات المكفول هذا و لو قلنا بالصحة كفالة أتجه الثانى لكن القول به بعيد كما فى جامع المقاصد

(قوله) (دون الوديعه و الأمانة)

يعنى لا يصح ضمان الوديعه و الأمانة كما تقدم بيانه فى باب الضمان مسبقا هذا و فى (التذكرة) تصح كفالة المستودع و الأمين لوجوب رد الوديعه عليه و هو مقام آخر

(قوله) (و يصح كفالة من ادعى عليه و إن لم يقيم البيئه بالدين و إن جحد لاستحقاق الحضور عليه)

كما ذكر ذلك كله فى التذكرة قال و الأصل فيه أن المنكر يجب عليه فصل الخصومه فإذا رضى بتأخيرها صحت الكفالة و إن كانت الكفالة فى نفسها غير لازمه إذا طلب الفصل فى الحال و هو الذى نقله قطب الدين عن إمام المصنف حكاه عنه الشهيد و الإتيان بأن الوصلية لأنه أخفى من السكوت و لو لم يحضره لا يغرم لعدم ثبوت الحق حينئذ (قوله) (و الكفالة بدين الميت إذ قد يستحق إحضاره لأداء الشهادة على صورته)

كما فى التذكرة فى أثناء كلام له و الحواشى و جامع المقاصد و ذلك حيث يكون الشاهد تحمل الشهادة على صورته فيستوفى من ماله ما أتلفه نفسا أو مالا فلو مات معسرا فهل لا يجب إحضاره لعدم الفائدة أو يجب استظهار الشهيد الوجوب ليعطى من الزكاة أو بيت المال ما يجب عليه و ظاهرهم أنه لا فرق بين أن يكون دفن أم لا ما لم تتغير صورته فلعله مستثنى من تحريم النباش و لم يبينوا لنا ما إذا لم يحضره و لعلهم يقولون بعدم غرامته لعدم ثبوت الحق بعد كما تقدم مثله

(قوله) (و الإطلاق يقتضى التعجيل)

كما فى المبسوط و السرائر و الشرائع و الإرشاد و التحرير و غيرها و فى (مجمع البرهان) كأنه لا نزاع فيه و قد سمعت ما فى السرائر أنه حق اليقين و وجهه أنه ينصرف إلى أنه كفيلا الآن لأن ذلك هو المتبادر منه لأن كان مقتضى الإطلاق عرفا كما هو الشأن فى سائر العقود و يبقى الكلام فى صحتها حالة و قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (فإن شرط أجلا و جب ضبطه)

إجماعا كما فى المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و به صرح فى الوسيلة و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و غيرها لاستلزام الجهل به الغرر المنهى عنه فى الشريعة فى المجهول مطلقا و غير المضبوط بحيث يقبل الزيادة و النقيصة كإدراك الغلات و مجيء القوافل و اكتفى بعض العامة بالأجل المجهول لاشتمالها على التبرع فيتسامح فيه كالعارية و هو قياس مع الفارق لأنها غير لازمه فلا يقدح فيها الأجل المجهول لجواز المطالبة بالمستعار فى الأجل و إن كان معلوما و لا يشبه هذا ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه

(قوله) (و التسليم الكامل فى بلد العقد)

أى و التسليم الكامل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣٢

و لو عين غيره لزم (١) و للمكفول له مطالبه الكفيل بالمكفول فى الحال مع التعجيل و الإطلاق (٢) و عند الأجل فى المؤجلة (٣) و يخرج الكفيل عن العهده بتسليمه تاما فى المكان الذى شرطه أو فى بلد الكفالة لو أطلق إرادة المستحق أو كرهه (٤)

لا يكون إلا فى بلد العقد و سيأتى ما يعلم منه التسليم الكامل و يحتمل أن يكون معطوفا على الفاعل حتى يصير التقدير و جب التسليم

الكامل والأحسن أن يكون معطوفا على التعجيل كما قيل مثله في السلم والقرض وغيرهما وهو الموافق للواقع كما ستسمع وإذا أطلق الكفالة ولم يعين موضع التسليم وجب تسليمه في بلد العقد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانصراف الإطلاق إليه ولو شرط كان أكد

(قوله) (ولو عين غيره لزم)

كما في التحرير وجامع المقاصد للزوم الوفاء بالشرط

(قوله) (و للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التعجيل والإطلاق)

الوجه فيه ظاهر وبه صرح في المبسوط والشرائع والتحرير وكذا التذكرة ولعل أو أولى من الواو

(قوله) (و عند الأجل في المؤجلة)

أي بعد الأجل كما في الشرائع وهو قضية ما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير

(قوله) (و يخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو في بلد الكفالة لو أطلق إرادة المستحق أو كرهه)

أما خروجه عن العهدة بتسليمه تاما فقد صريح به في الشرائع والتذكرة والإرشاد واللمعة وغيرها مما تأخر وهو المعلوم من كلام من تقدم والمراد بالتسليم التام كما هو حاصل ما في التذكرة والمسالك والروضة وغيرها أن يكون في الوقت والمكان المعينين إن عيناهما في العقد أو في بلد العقد مع الإطلاق وفي أي وقت شاء مع الحلول مطلقا ولا يكون للمكفول له مانع من تسليمه بأن لا يكون في يد ظالم ولا متغلب يمنعه منه ولا في حبسه ولا في موضع لا يتمكن من وضع يده عليه لقوة المكفول و ضعف المكفول له ونحو ذلك قالوا فإذا سلمه كذلك برئ لأنه أتى بما وجب عليه و ظاهرهم أنه يجب عليه قبوله كما هو صريح المبسوط والتذكرة و ظاهر الكتاب حيث قال أراد أو كرهه واستشكل فيه في التحرير واختلفوا فيما إذا لم يتسلمه ففي المبسوط والسرائر إذا لم يقبل أشهد عليه رجلين أنه سلمه إليه و امتنع وفي (التذكرة والمسالك والروضة) أنه إن امتنع سلمه إلى الحاكم و برئ فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره له و امتناعه من قبضه لكن في الأولين أعنى التذكرة والمسالك أن الأقوى الاكتفاء بالإشهاد و إن قدر على الحاكم لأنه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم وغيره واستوجهه في جامع المقاصد وفي (التحرير) أنه إن امتنع من تسليمه برئ الكفيل على إشكال ولا يفتقر إلى إشهاد ولا إذن الحاكم انتهى (قلت) أما وجوب التسليم إلى الحاكم فلا دليل عليه لأن له تأخير إحضاره إلى أن يطالبه و أما جواز دفعه إلى الحاكم و وجوب قبوله عليه فهو الموافق لأصول المذهب و قد قالوا في باب الدين و السلم و النسبية إنه إن امتنع قبضه الحاكم صرح بذلك في المبسوط و التذكرة و التحرير و الدروس و اللمعة و في (السرائر) و غيرها قبضه الحاكم إن سأله و في (المختلف) و غيره التصريح بوجوب دفعه أي الدين إلى الحاكم و منع في السرائر و غيرها من إجبار الحاكم المستحق على قبضه أي الدين لكن جماعة هناك كالمفيد و الديلمي و ابن حمزة و المحقق في النافع لم يتعرضوا للحاكم أصلا قالوا بل يكون من ضمان صاحب الدين إذا عينه له و مكنه منه و لم يقبضه و وافقهم عليه جماعة لما ذكره هنا في التذكرة كما سمعت هذا و قد قال هناك جماعة إنه حيث يقبضه الحاكم يخلى بينه و بينه و آخرون إنه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣٣

و بموت المكفول (١) في غير الشهادة على عينه (٢) أو فيها بعد الدفن إن حرمت النباش لأخذ المال (٣) و بتسليمه نفسه تسليما تاما (٤) و بإبراء المستحق لأحدهما (٥)

يحفظه له في بيت المال و حيث يقبضه هنا فالذي ينبغي أن يقال إنه يحضره و يقول له هذا غريمك فلما أن تطالبه بحقك من مال و نحوه و إلا خليت سبيله و أما الإشهاد فكذلك أي لا يجب إن كان المراد شرطيته و إن كان المراد إسقاط مطالبته مرة ثانية حتى لا يؤخذ به في ظاهر الشرع أو ظلما في نفس الأمر فلا مانع منه لأنه إرشاد و قد نبه على ذلك الشهيد في باب الدين و لم يتعرض له

سواء هناك

(قوله) (و بموت المكفول)

أى يخرج عن العهدة بموت المكفول فإنه إذا مات بطلت الكفالة و لم يلزم الكفيل شىء عند علمائنا كما فى التذكرة و عليه الإجماع فى الغنىة و بالحكم صرح فى المبسوط و غيره و فى (التنقيح) أنه المشهور و نفى عنه الخلاف فى الرياض لأنه تكفل بيديه على أن يحضره و قد فات بالموت و لأنه قد سقط المحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل و لأن المتبادر من الكفالة أنما هو الإحضار فى حال الحياة و هو المتعارف بين الناس فيحمل الإطلاق عليه و يبقى الكلام فيما إذا حضر الأجل فطلبه فمات فى إحضاره مع تمكنه منه حتى مات

(قوله) (فى غير الشهادة على عينه)

يريد أن الخروج عن العهدة بموته أنما هو فى غير الشهادة على صورته و عينه لدلالة ذلك على عدم الاختصاص بحال الحياة (قوله) (أو فيها بعد الدفن إن حرمتا النيش لأخذ المال)

يريد أن هذا لم يدفن فإن دفن و حرمتا النيش لأخذ المال لم ينبش هنا أيضا فيخرج عن العهدة بدفنه و فى (جامع المقاصد) أنه يشكل بأن نيش الميت للشهادة على عينه من الأمور المستثناة بالاستقلال غير متفرعة على جواز النيش لأخذ المال فلا يلزم من تحريم النيش ثم تحريمه هنا و قد سبق فى أحكام الجنائز جواز النيش لكل منهما فلا يبرأ بدونه نعم لو علم تغير صورته بحيث لا يعرف برئ الكفيل حينئذ

(قوله) (و بتسليمه نفسه تسليما تاما)

كما فى التحرير لأن المقصود رده إلى المكفول فلا فرق بين حصوله فى يده بالكفيل أو بنفسه و هو خيرة مجمع البرهان و التذكرة فى أول كلامه و قيده فى المبسوط و جامع المقاصد و موضع من التذكرة بما إذا سلمه نفسه عن جهة الكفيل كأن يقول سلمت إليك نفسى عن جهة الكفيل قال فى (المبسوط) لأنه يكون نائبا عن الكفيل بهذا التسليم و النيابة صحيحة و فى (التذكرة و جامع المقاصد) أنه لو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل لأنه لم يسلمه إليه و لا أحد من جهته لكنه فى الأول قال الوجه ما قلناه أولا (و كيف كان) فظاهرهم أنه يجب عليه القبول لو سلم المكفول نفسه و لعله لوجوب التسليم على كل منهما فاشتركا فى ذلك فمتى أداه أحدهما برئ الآخر و لا يضر كون الوجوب على المكفول فى الكفالة تبعا للوجوب على الكفيل و لا معنى للوجوب عليهما إلا وجوب القبول عليه فتأمل و فى (التذكرة و جامع المقاصد) أنه لو سلمه أجنبى لا عن الكفيل لم يبرأ الكفيل و إن سلمه عن جهة الكفيل فإن كان بإذنه فهو كما لو سلمه بنفسه إذ لا يشترط المباشرة و إن كان بغير إذنه لم يجب على المكفول له القبول لأنه لا يجب عليه قبض الحق إلا ممن عليه لكن لو قبل برئ الكفيل و لا يبعد كما فى مجمع البرهان أنه لو سلمه الأجنبى لا عنه أى الكفيل أنه يبرأ (قوله) (و بإبراء المستحق لأحدهما)

إذا أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة كأن يقول أبرأته برئ و يبقى الكلام فى تعلق الإبراء بمثل ذلك و الظاهر تعلقه بذلك و نحوه من الحقوق كما سنشير إليه فى باب الصلح و كذا إذا اعترف بالبراءة كأن

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣٤

و لا يبرأ بالتسليم و دونه يد غالبه مانعة (١) و لا بتسليمه قبل الأجل أو فى غير المكان المشترط و إن انتفى فيهما الضرر على رأى (٢) و لا- بتسليمه فى حبس الظالم بخلاف حبس الحاكم (٣) و يلزم الكفيل اتباعه فى غيبته إن عرف مكانه و ينظر فى إحضاره بقدر ما يمكنه الذهاب إليه و العود به و كذا إن كانت مؤجلة أخر بعد الحلول بقدر ذلك (٤) و لو امتنع الكفيل من إحضاره حبس حتى يحضره أو يؤدى ما عليه (٥)

يقول أبرأته أو برئى إلى أو بالرد كأن يقول رد إلى المكفول به و إذا أبرأ المكفول به من الحق الذى كفله الكفيل عليه برئ الكفيل أيضا كما فى المبسوط و التذكرة لسقوط الحق المقتضى لبطلان الكفالة

(قوله) (و لا يبرأ بالتسليم و دونه يد غالبه مانعه)

كما فى الشرائع و غيرها و وجهه ظاهر و قد تقدم

(قوله) (و لا بتسليمه قبل الأجل أو فى غير المكان المشترط و إن انتفى الضرر على رأى)

هو خيرة الشرائع و التذكرة و المختلف و الإيضاح و الحواشى و جامع المقاصد و خيرة التحرير فى الأجل لأنه تعرض فيه له لأنه غير التسليم الواجب إذ لم يجب بعد فلا يعتد به و لا يجب قبوله و خالف فيهما الشيخ فى المبسوط و القاضى قال فى المبسوط إذا لم يكن ضرر لزمه تسلمه قبل الأجل و فى غير المكان و هو قول لبعض العامة حكاه فى التذكرة و قد تقدم لهم فى باب القرض ما له نفع تام فى المقام و يشهد لكلام الشيخ

(قوله) (و لا بتسليمه فى حبس الظالم بخلاف الحاكم)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك للفرق بين الحبسين لأن الحاكم لا يمنعه من إحضاره و مطالبته بحقه بخلاف الظالم فإذا طالب أى المكفول له الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه و حكم بينهما فإذا فرغت الحكومة رده إلى الحبس بالحق الأول و لو توجه عليه حق للمكفول له يوجب الحبس حسبه بهما و توقف على تخليصه منهما كما فى التذكرة و غيرها و لو كان المكفول له قادرا على تسلمه تاما فى حبس الظالم فقد يجرونه مجرى المحبوس و قد لا يجرونه كما تقدم مثله فيما إذا سلم نفسه أو تسلمه و على الأول يكون إطلاق كلامهم مبنيًا على الغالب من تعذر تسلمه تاما كذلك

(قوله) (و يلزم الكفيل اتباعه فى غيبته إن عرف مكانه و ينظر فى إحضاره بقدر ما يمكنه الذهاب إليه و العود به و كذا إن كانت مؤجلة آخر بعد الحلول بقدر ذلك)

كما ذكر جميع ذلك فى المبسوط و التذكرة و المسالك و مجمع البرهان و الشرائع و التحرير و الإرشاد لكن لم يذكر فى الثلاثة الأخيرة التقييد بمعرفة مكانه لكنه مراد فيها قطعًا و بذلك كله قال عامة أهل العلم كما فى التذكرة و قال إنما يجب عليه إحضار الغائب عند إمكان ذلك فإن كان غائبا غيبه منقطعاً كأن لا يعرف موضعه و ينقطع خبره لم يكلف الكفيل إحضاره لعدم الإمكان أى لأنه تكليف ما لا يطلق و لا شىء عليه لأنه لم يكفل المال و نحو ذلك ما فى المسالك و مجمع البرهان و هو ظاهر الباقيين و لا فرق فى الغائب المعلوم محله بين التجاوز لمسافة القصر و غيره كما فى التذكرة و المسالك و المخالف بعض الشافعية

(قوله) (و لو امتنع الكفيل من إحضاره حبس حتى يحضره أو يؤدى ما عليه)

كما فى النهاية و السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الروضة و ظاهر هذه الكتب أنه إذا أدى ما عليه و جب على المكفول له القبول و يبرأ الكفيل بذلك و فى (التذكرة و جامع المقاصد) أنه إذا لم يرض بدفع المال و طلب إحضاره ألزمه الحاكم بإحضاره و فى (المسالك و المفاتيح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣٥

.....

و الرياض) أنه أقوى و فى (الروضة) أنه قوى و فى (مجمع البرهان) أنه ليس ببعيد و الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى جواز الاكتفاء عن الإحضار بأداء ما عليه إذا رضى به المكفول له و إنما الخلاف فيما إذا لم يرض (حجة الأولين) أن الغرض حاصل فكان كما لو أدى دين الغريم أجنبى نعم إن قيل هناك بعدم وجوب القبول أمكن هنا بل لعله أى احتمال الوجوب هنا أقوى لأنه يريد الخلاص من الكفالة و الظاهر أن المكفول له قد انعقد ضميره على ذلك من حين الكفالة لأن الظاهر أن مقتضاها لزوم المال إن لم يحضره فالزمه

بالإحضار تكليف و إضرار و قد يكون لا- غرض له إلا- اللجاج إلا- أن تقول إنه إذا علم منه ذلك لم يجب فتأمل مضافا إلى أنه قد يتعذر ذلك عليه فليتأمل (و حجة) ما في التذكرة أنه قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء أو بالأداء من الغريم بخصوصه فإن الأغراض قد تتفاوت إذ قد يكون ماله لا يخلو عن شبهة أو يخاف أنه أن ظهر مستحقا لا يقدر على أخذ بدله منه ولأنه مقتضى الشرط و هذا أقوى و ينقدح من ذلك أنه لا يجب قبول الحق من غير من هو عليه (و يؤيد) هذا القول أو يدل عليه ما رواه في الكافي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل تكفل بنفس رجل فحبسه و قال اطلب صاحبك و روى الشيخ مثله و كذا الصدوق في الفقيه عن سعد بن ظريف و نحو ذلك ما في الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام و هذه الأخبار على كثرتها و اعتبار سند بعضها و انجبار ضعف ما فيها بعمل العلماء ليس فيها تخير للكفيل بين الإحضار و أداء المال بل إنما فيها الأمر بالأول خاصة و قد يقال باحتمال ورود الأمر و الإلزام بالإحضار مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال فلا دلالة فيها على لزوم الإحضار على الإطلاق و الظاهر أن الحبس للحاكم فيحبسه إلى أن يحصل ما يقتضيه مذهبه (و يعلم) أن مختار الشيخ و من وافقه على تقدير تمامه إنما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال فلو لم يمكن كالمقاص و زوجية المرأة و الدعوى بعقوبة توجب حدا أو تعزيرا فلا بد من إلزامه بإحضاره مع الإمكان إن لم يكن له بدل أما ما له بدل كالدية في القتل و إن كان عمدا و مهر مثل الزوجة فإنه يجب عليه البدل كما نبه عليه المصنف في التذكرة و جماعه ثم على تقدير كون الحق مالا و أداء الكفيل يرضى المكفول له أو مطلقا فإن كان قد طالبه بالإحضار و أدى بإذن المكفول عنه رجع عليه و إن كان قد كفل بغير إذنه و كذا إن أدى بغير إذنه مع كفالاته بإذنه و تعذر إحضاره و المراجعة إليه لأن ذلك من لوازم الكفالة فلا إذن فيها إذن في لوازمها أو يكون من باب الأسباب بناء على ما مر في التذكرة و لا رجوع له إلا في هاتين صورتين أما إذا انتفى الأمران و طالبه و أمكنه إحضاره و لم يحضره لم يرجع عليه و كذا إذا كفل بإذنه و أدى بغير إذنه مع تمكنه من مراجعته و مثله ما إذا تعذر عليه إحضاره مع عدم إذنه في الكفالة و لم يطالبه المكفول له أما إذا طالبه و ضيق عليه فإنه يرجع عليه كما في التذكرة و الكتاب في آخر الباب و جامع المقاصد لأنه أدى دينه بإذن شرعى فيستحق الرجوع عليه و نسبه في المسالك إلى ظاهرهم و فيه تأمل و الفرق بين الكفالة و الضمان في رجوع من أدى بالإذن هنا و إن تكفل بغير الإذن بخلاف الضمان عدم تعلق الكفالة بالمال أولا و بالذات و إن حكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبي فإذا أداءه بإذن المديون فله الرجوع بخلاف الضمان لانتقال المال به إلى ذمته فلا ينفعه الإذن في الأداء بعده لأنه كإذن الأجنبي البريء للمديون في أداء دينه كما نبه على ذلك في التذكرة و غيرها و يأتي في آخر الباب الإشارة إلى بعض ذلك و ينبغي ملاحظة جميع ما ذكره بالنسبة إلى ما في التذكرة و غيرها من المذهبيين لأن ما في التذكرة يقضى بأنه ليس من مقتضى الكفالة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣٦

و لو قال إن لم أحضره كان على كذا إلى كذا لزمه الإحضار خاصة و لو قال على كذا إن لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال (١)

المال

(قوله) (و لو قال إن لم أحضره كان على كذا إلى كذا لزمه الإحضار و لو قال على كذا إن لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال) يعنى إن لم يحضره كما في النهاية و السرائر و النافع و كشف الرموز و التحرير و التذكرة و حواشى الكتاب و اللمعة و المذهب البار و التنقيح و الشرائع و الإرشاد و جامع المقاصد إلا أن الثلاثة الأخيرة خلت كالكتاب عن القيد الذى قيدناه و هو مراد فيها ما عدا الأخير و ستمتع كلامه و هو المحكى عن القطب و إلى ما في النهاية يرجع كلام القاضى و ابن حمزة بتقريب قريب (قال القاضى) إن قال إن لم أحضره فى وقت كذا فعلى كذا فقدم ذكر الوقت و آخر ذكر المال لم يجب عليه إذا حضر الأجل إلا إحضاره دون المال و إن قال على كذا إن لم أحضره فى وقت كذا فقدم ذكر المال و آخر الوقت وجب عليه إذا حضر الأجل و لم يحضره المال الذى ذكره

وقال فى (الوسيلة) إن قدم ضمان المال على الكفالة و عجز عن التسليم لزمه المال فإن قدم الكفالة على ضمان المال لزمه إحضاره دون المال و فى (المهذب البارع) فى شرح عبارة النافع أن المسألة إجماعية و فى (جامع المقاصد) فى شرح عبارة الكتاب هذا مروى من طرق الأصحاب و قد أطبقوا على العمل به و فى (حواشى الإرشاد و جامع المقاصد) أيضا أن الفارق بين المسألتين الإجماع و النص و نحوه ما فى غاية المرام فيما حكى عنها و ظاهر كشف الرموز و التنقيح و إيضاح النافع الإجماع على ذلك حيث نسب فيها إلى الأصحاب و فى (الغنية) دعوى الإجماع فى المسألة أو أحد شقيها لكن العبارة غير نقيه عن الغلط فلم نقلها أبعدها هذا كله يصح لصاحب المسالك أن يمنع الإجماع و يقول إن أحدا من الأصحاب لم يدعه و إنما ادعاه ابن فهد و تبعه الشيخ على ثم يتعجب منهما و يقول إن الموجود كلامهم فى المسألة جماعة سيرة و الباكون لا نعرف حكمهم فيها مع أنه نسبة فى الروضة إلى المشهور و استند فى منع الإجماع فى المسالك إلى خلاف أبى على الذى لا يزال مخالفا و قال إن المحقق له فى المسألة قولان لأنه ترك القيد الذى قيدنا به عبارة الكتاب فى الشرائع و أثبتة فى النافع و قال إن للعلامة أربعة أقوال باعتبار القيد المذكور و عدمه فإنه ذكره فى التذكرة و التحرير و أهمله فى الإرشاد و الكتاب فكان له بذلك قولان و لأنه استنب مذهب ابن الجنيد و هو قول يحتاج تقريره إلى تطويل ستسمع حاصله عن قريب و لأنه حكى عنه ولده أنه حمل الرواية على أنه التزم فى الصورة الأولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال إن لم أحضره فعلى عشرة دنانير مثلا- فهنا لا- يلزمه المال إجماعا لأنه التزم بما ليس عليه و أما الثانية فلأنه التزم بما عليه و هو الدينار مثلا فكأنه قال على الدينار الذى عليه إن لم أحضره فجعل هذا الاحتمال فى الرواية قولاً له رابعا كما جعل استنبابه مذهب أبى على قولاً و قطع بذلك الطريق على المتأخرين عنه و أنت قد عرفت الحال فى ذلك و إن غاية ذلك الاختلاف فى الإطلاق و التقييد و هو لا يوجب المخالفة فى أصل الحكم مع احتمال عدم المخالفة و الاتفاق كما هو الظاهر على اعتبار ذلك القيد و تركه فى تلك الكتب لتقدم الشرطية فيها حيث قيل فيها إن لم أحضره قبل الحكم مضافا إلى استدلالهم على ذلك بالموثقين المذكور فيهما القيد و الأمر فى ذلك واضح ثم إن لنا فى كلامه فى المسالك مناقشات يطول بذكرها الكلام و هى لا تخفى على المتأمل فقد تطابقت الفتوى و الإجماعات من صريح و ظاهر على مورد واحد و هو الحكم مع القيد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣٧

.....

كما هو واضح و إن أبيت قلنا على أصل الحكم لا وصفه من أحد الأمرين ثم إن إجماع الشيخ على أنما حكاها على العمل بالمروى كما سمعته فكان واقعا على الحكم مع القيد ثم قال و لا يكاد يظهر فرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ و مثل هذا أنما يصار إليه من غير نظر إلى حال اللفظ مصيرا إلى النص و الإجماع ثم حكى عن ابن الجنيد أنه إذا بدأ بالضمان للمال ثم عقبه الكفالة أنه يصح ضمانا و كفالة و إذا بدأ بالكفالة ثم علق الضمان أن الكفالة تصح و يبطل الضمان و حكى عن المختلف أنه قال إن كلامه أنسب ثم أورد على الأول أنه إذا صح الضمان برأ المضمون عنه فأى معنى للكفالة ثم قال و يمكن أن يقال إن السر فى لزوم المال إذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فتمتنع الكفالة و إذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا و لمنافاة الضمان صحة الكفالة و كيف كان فالمذهب ما عليه الأصحاب انتهى فإجماعه حيث حكاها على المروى فى محله و ما استنبطه من السر لم يصادف محله على أنه قد يكون ذلك منه فى بيان حال كلام أبى على كما يرشد إليه قوله و كيف كان فالمذهب ما عليه الأصحاب و إن احتاج ذلك إلى تجشم شديد و كيف كان فهذا لا يقدر فى إجماعه و لا يناسب صاحب المسالك إطالة الكلام عليه فى ذلك و إن قدح فى إجماعه و ما كان ليكون فلا يقدر فى الإجماعات الأخر (و أما الأخبار) فهى ما رواه الشيخ عن أحمد عن البنزطى عن داود بن الحصين عن البقباق عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألت عن الرجل يتكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا درهما قال إن جاء به إلى أجل فليس عليه مال و هو كفيل بنفسه أبدا إلا أن يبدأ بالدرهم فإن بدأ بالدرهم فهو له ضامن إن لم يأت

به إلى الأجل الذى أجله و رواه فى الفقيه عن داود بن الحصين و ليس فى سند التهذيب من يتأمل فيه غير داود بن الحصين و قد قال النجاشى إنه ثقة و الشيخ إنه واقفى فهو ثقة واقفى فيكون الخبر موثقاً و هو حجة بل الظاهر أنه صحيح لأن النجاشى أضبط من الشيخ مضافاً إلى أنه يروى عنه من لا يروى إلا عن ثقة كصفوان و جعفر بن بشير و البرزطى و لعل حكم الشيخ مأخوذ من ابن عقدة و ليس فى طريق الصدوق إلى داود بن الحصين من يتأمل فيه سوى الحكم بن مسكين و هو كثير الرواية و مقبولها و صاحب كتب متعددة و قد قال الشهيد لما كان كثير الرواية و لم يرد فيه طعن فأنا أعمل على روايته و قال أيضاً إن الكشى ذكره و لم يطعن فيه فذكره غير قادح و لا موجب للضعف و قال الأستاذ قدس سره فى تعليقه إن فى رواية ابن أبى عمير عنه إشعاراً بتوثيقه و يؤيده رواية ابن محبوب و ابن فضال و ابن أبى الخطاب عنه فكان الخبر فى الفقيه حسناً فقله فى المسالك إن فى سند الروايتين ضعفاً و جهالةً فى بعض رجالهما غير صحيح لأن سند هذه لا جهالة فيه و لا ضعف و ستسمع حال سند الأخرى و هو ما رواه الشيخ و ثقة الإسلام عن محمد بن حميد بن زياد عن ابن سماعه عن الميثمى عن أبان عن البقباق قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام رجل تكفل لرجل بنفسه رجل فقال إن جئت به و إلا فعلى خمسمائة درهم كما فى التهذيب و (فى الكافى) إن جئت به و إلا فعليك خمس مائة درهم و فيهما معا قال عليه نفسه و لا شىء عليه من الدراهم فإن قال على خمس مائة درهم إن لم أدفعه قال يلزمه الدراهم إن لم يدفعه و حميد بن زياد ثقة أو موثق و كذلك أحمد بن الحسن الميثمى و الحسن بن محمد بن سماعه واقفى ثقة و أبان بن عثمان ممن أجمعت له العصابة و حاله أشهر من أن يذكر فالخبر موثق بل قال المقدس الأردبيلي إن فى نسخة الكشى التى عنده أنه كان قادسياً أى من القادسية فلا يكون ناووسياً فهذان الخبران مشهوران رواية و فتوى ظاهران فيما فهم منهما العلماء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣٨

.....

الأقدمون الأجلاء الكبار العارفون بمعانى الأخبار فلا يلتفت إلى ما يرد عليهما من حيث مخالفتها للقواعد الشرعية و العربية فكم من نص خرجنا به عنهما و ليس كهذين فى أعلى مراتب القوة من جهة فتوى الطائفة و إجماعاتهم مع اعتبار السند و لا حاجة بنا إلى التكاليف الصادرة عن جماعة فى تطبيقهما على القواعد مع تضمن بعضها إخراجهما عن ظاهرهما كما ستسمع (و ما يقال) إن مفهوم الشرط فى الرواية الأولى أنه إن لم يجئ به لزمه المال فقد دل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة و أبدوه من الفرق (ففيه) أن قوله عليه السلام و هو كفى بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدراهم فهو له ضامن يدفع هذا المفهوم فكان المراد بهذا إلغاءه و تذكير الضمير فى له بتأويل الدراهم بالمال و تقييد الضمان بعد الإتيان به فى الأجل مع ثبوته من حين العقد من باب المساهلة فى العبارة و لا نظر فيه إلى اعتبار المفهوم و يحتمل أن يرجع ضمير له إلى المديون و كذلك الضمير المستتر فى لم يأت أو يرجع الأول إلى المال و الثانى إلى المديون و يكون المقصود أن الرجل ضامن للمديون أو المال بمعنى أنه يجب عليه الإتيان بالمال إن لم يتبرع المديون بالإتيان بالمال فى الأجل الذى أجله الضامن و التقييد بالشرط مبنى على تبرع المديونين بأداء المال حيث كان المال عليهم و الضمان فى كثير من الأحوال إلى مصلحتهم و هذان الاحتمالان يفوتان القيد الذى بنى عليه الأصحاب (و أما الرواية) الثانية فليس الكافى مخالفاً فيها للتهذيب فى الصيغة الثانية التى هى محل النظر بالنسبة إليهما و أما الأولى فلا بحث فيها بالنسبة إلى الكافى و صاحب الوافى قلب الأمور مع ما فيه من الفساد الواضح من اعتباره فى الفرق عدم القبول قال و يخطر بالبال أن مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء و تأخيره عنه كما فهموه بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الدراهم من قبل نفسه مرة و إلزام المكفول له بذلك من دون قبوله مرة أخرى كما هو ظاهر الحديث الثانى على رواية الكافى و الحديث الأول و إن كان ظاهره خلاف ذلك إلا أنه يجوز حمله عليه فإن قول السائل فإن لم يأت فعليه كذا ليس صريحاً فى أنه قول الكفيل و على تقدير آبائه عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوى و سوء تقريره فإن مصدر الخبرين واحد و السائل فيهما واحد و أما على نسخة التهذيب التى نشأت منها تكاليف الأصحاب فلا يتأتى هذا

التوجيه و الظاهر أنه من غلط النساخ (و ليعلم) أن ابن إدريس قال فى آخر كلامه هذان الخبران أوردهما الشيخ فى التهذيب و فى نهايته أورد عبارة ملتبسه فى هذا المعنى و فقه ذلك ما ذكرناه و قد كان ذكر فى أول كلامه الفرق بين الصيغتين بما نصه أنه بدأ فى الأول بضم الن فس قبل المال و فى الثانية بضم الم الم الم أولا فقال على كذا قال فافترق الأمان و غرضه بيان الفرق بين الصيغتين و تصويره و أن مناطه تقديم الشرط و تأخيره لأن ذلك محل اشتباه لأن الشرط لا فرق فيه بين أن يتقدم أو يتأخر و ليس غرضه بيان الوجه فى الفرق بين المسألتين فما أنصفوه حيث قالوا إنه فرق بنفس الدعوى لا يتحصل له فائدة و أول من طعن عليه المحقق و تلميذه غير ملاحظين آخر كلامه و إلا فمثل ذلك لا يخفى على أصغر الطلبة و قال أيضا فى (السرائر) لا بد من أن تكون الدراهم التى لزمته فى الموضوع المذكور ضمانا عما وجب له فى ذمة المضمون عنه ثابتة فى ذمته حتى يصح ضمانها لأنها قد بينا أن ضمان ما لم يجب و لا يثبت فى الذمة لا يجوز قلت و هو صريح غيره و من لم يصرح به فهو مراد له لما ذكر و فرق فى التنقيح بفرق قال إنه حسن و لم يذكره أحد من الأصحاب و ملخصه أن المراد من الأولى الإتيان بصيغة الكفالة و تعقيبها بإلزامه بالمال إن لم يأت به و ذلك يقتضى صحة الكفالة لتصريحه بها و ما بعدها من المال أمر لازم للكفالة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٣٩

و لو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق إلى ورثته (١)

لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به و أما الثانى فإنها تشتمل على ضمان معلق على شرط و الشرط متأخر فهى إما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط أو أن الضمان تم بقوله على كذا و الشرط بعده مناف له فلا يلتفت إليه فإنه كتعقيب الإقرار بالمنافى و لا يخفى ما فى هذا الفرق لأنه لا يتم فى الرواية الثانية لأن قوله فقال من باب توضحاً فغسل وجهه و يديه و قال فى (المسالك) الذى يقتضيه ظاهر الرواية أن الكفالة وقعت بصيغة تامة فى الموضوعين و تعقبها ما ذكر فى الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها إلى القسمين فإن التكفل إذا أطلق يحمل على معناه الشرعى و إنما يتم بذكر لفظ يوجهه إلى آخر ما ذكره و أطال فيه فمن أراد الوقوف عليه فليرجع إليه (و يرد) عليه ما يرد على التنقيح و زيادة كما ستسمع فى كلام المولى المقدس الأردبيلي فإنه ذهب إلى عكس ما فى المسالك و إن ذلك ليس كفالة بوجه قال إن القول بمقتضى القوانين أن يقال إن كان التعليق مطلقا مبطلا للكفالة و الضمان فالمسألان باطلتان لذلك إلا أن أوقع صيغتهما بمثل هذه الشرطية فيعمل بها و يحكم بطلان الشرطين و إن جوز مطلقا أو بخصوصهما لكون الشرط من مقتضى الكفالة و الضمان فينبغى أن يكون الحكم فى الصورتين بإلزام الحق المضمون و ضمانه إن لم يحضره فى الأجل و لما يكلف بالإحضار و لا يكون كفالة بوجه و لكنه إن أحضره قبل منه و سقط عنه المطالبة بالمال للشرط و لا يبعد حمل الرواية الأولى على هذا بأن يحمل قوله و هو كفيل بنفسه أبدا فإنه (بأنه خ ل) (على أنه) لا يخلصه من تسليم الدراهم إلا إحضاره و كذا الثانية بأن يكون المراد بقوله و لا عليه شىء من الدراهم أن يجيء به و الظاهر أن المراد لتوافق الأولى و أنه يرجع حاصل الروايتين فيهما أى الصورتين إلى أمر واحد و التخالف فى الحكم فى ظاهر الروايتين إنما هو بحسب الظاهر لا- بحسب نفس الأمر لوجود تغيير ما فى لفظهما لأنه ليس بمنقول عنه عليه السلام لفظا بل معنى ثم احتمال أن يكون المراد سبق ذكر الكفالة فى الأولى بأن قال على نفسه ثم قال فإن لم أحضره فعلى كذا و فى الصورة الثانية سبق ذكر الضمان بقوله على المال مثلا و لا حكم للشرطية و يكون ما فهم من سقوط المطالبة بنفس بدفع المال فى الأولى لحصول الغرض و هو استيفاء الحق كما أنه مقتضى الكفالة و أن معنى قوله عليه السلام فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذى أجله أنه إن سلم المال فى الأجل تسلمه (و تسلمه خ ل) و إلا فهو ضامن و لا بد من الخروج عن العهدة و كذا فى الرواية الثانية قال و يمكن أن تكون الدراهم غير الحق الذى فى ذمة المضمون عنه إلى آخر ما قال (و قال صاحب الكفاية) فى بيان الرواية الثانية إن الكفالة تقتضى إحضار النفس و ليس على الكفيل شىء سواه و حيث اشترط فى ضمن العقد أن عليه خمسمائة درهم إن لم يحضره كان عليه الخمس مائة بشرط عدم الإحضار

فكان كما لو نذر الحج في هذه السنة ثم نذر أن يتصدق بألف دينار إن لم يحج في هذه السنة إلى آخر ما قال وكلها تكلفات لا حاجة بنا إليها مضافا إلى ما يرد عليها

(قوله) (و لو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق إلى ورثته)

كما في التحرير و جامع المقاصد و في (التذكرة) أنه الصحيح عندنا لأنه حق للميت فينتقل إلى ورثته كغيره من الحقوق لعموم آية الإرث و قال بعض الشافعية إن الكفالة تنقطع لأنها ضعيفة فلا يحكم بثبوتها و لاقتضاءها الإحضار إليه و قد تعذر و ليس بشيء لأننا نمنع ضعفها سلمنا لكن تنتقل إلى الوارث و لو كانت ضعيفة و لا يسقط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤٠

و لو أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن إحضاره أو أداء ما عليه (١) و لو كان قاتلا لزمه إحضاره أو الدية (٢)

الحق بتعذر إيصاله إلى مستحقه الأول و لم يرجح في الإيضاح بقى هنا شيء و هو أن المستحق لو باع الدين أو أحال به غيره فإن الكفيل يبرأ لأن الكفالة لا تنتقل إلى من انتقل إليه الدين لعدم مقتضى لأنه لم ينتقل إلى مشتري الدين سواء لا سائر الحقوق المتعلقة به مضافا إلى أن الكفالة ليست حقا قابلا للنقل بالاختيار بخلاف الإرث ففرق واضح بين انتقال الحق من الموروث إلى الوارث و بين انتقال الحق من المستحق ببيع أو غيره فإن الكفالة هنا لا تنتقل كما سينبه عليه المصنف في آخر الباب و الظاهر فيما إذا باعه غلبته «١» نفسه بقاؤها و بقى شيء آخر و هو أنهم جميعا لم يتعرضوا لما إذا مات الكفيل فهل للمكفول له مطالبة ورثته بالإحضار إذا مات عن تركة وافية بالدين الذي على المكفول الظاهر أنه ليس له ذلك لأن ذلك حق متعلق بنفسه لا بماله و إنما عاد في بعض الصور بالآخرة إلى ماله و عليه نبه في التحرير في مسألة ترمى الكفالات

(قوله) (و لو أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن إحضاره أو أداء ما عليه)

كما في الوسيلة و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية و الرياض و في الأخير أنه لا- خلافاً فيه و علله في التذكرة و تبعه عليه الجماعة بأنه غضب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه إعادتها أو أداء الحق الذي بسببه ثبت اليد عليه و ينبغي أن يكون الحكم كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الإمكان لا- أنه يفوض التخيير إليه من أول الأمر على ما هو المختار من الترتيب بين الإحضار و الأداء و ما هنا لعله مبني على المشهور من أنه مخير من أول الأمر أو على صورة التعذر كما ستسمع نحوه و حيث يؤخذ منه المال هنا فلا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضى الرجوع كما صرح بذلك في المسالك و الروضة و في (التذكرة) ما يخالف جميع ذلك قال و لو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال و أخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصا انتهى فليتأمل فيه جيدا

(قوله) (و لو كان قاتلا لزمه إحضاره أو الدية)

كما صرح بذلك في جميع الكتب المذكورة آنفا و به طفحت عباراتهم في باب القصاص و قد روى ثقة الإسلام عن حرير في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل قتل رجلا عمدا فدفع إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلوا «٢» القاتل من أيدي الأولياء فقال أرى أن يحبس الذي خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل قيل فإن مات و هم في السجن قال فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا إلى أولياء المقتول و هو ظاهر في خلاف ما ذكره من التخيير بين إحضاره و بين دفع الدية و ظاهر في أنه مع حياة القاتل ليس الحكم إلا إحضاره و تسليمه كما هو مقتضى الكفالة و منه يفهم حكم المسألة الأولى فإن مرجع المسألتين إلى أمر واحد و هو من أطلق من عليه حق من يد غريمه قهرا فإنه يضمنه و يجب عليه إحضاره و تسليمه لمن أخذه من يده أو أن للحاكم أن يحبسه كما يحبس الكفيل حتى يحضره لكن يدفع ذلك كله أن الحكم

مخصوص بصورة التعذر ثم إن الخبر يدل على أنه ليس كفالة لأنها تبطل بالموت مع أن ظاهر جماعة و صريح آخرين كصاحب الوسيلة و صاحب اللعة و كذا الروضة و المسالك و مجمع البرهان

(١) لعل الصواب عليه أى إذا باع الدين على المديون نفسه.

(٢) الظاهر فخلصوا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤١

فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا و إن لم يقتل (١) و لا يتسلط الكفيل لو رضى هو و الوارث بالمدفوع على المكفول بديه و لا قصاص (٢)

[فروع]

إشارة

(فروع) (٣)

[الأول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له]

الأول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق (٤)

بل التذكرة أيضا و الكتاب لأنه سماه كفيلا فيهما أنها كفالة و احتمال الشهيد انسحاب الغريم إلى المحال عليه فاحتمل إدخال هذا القسم فى الحوالة لأنه لو مات لم تبطل فليحظ و الأولى أن يقال إن هذه الكفالة القهرية لا تبطل بالموت كما أنه هو الذى يوافق الاعتبار و كلام الأصحاب (هذا) و لا فرق بين كون القاتل عامدا أو مخطئا فلا يقتص منه فى العمد لأنه لا يجب على غير المباشر و فى (التذكرة و جامع المقاصد و المسالك) فى بيان الوجه أنه لما تعذر استيفاء القصاص وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمدا أو مات (قلت) و نحن قد اخترناه «١» فى باب القصاص فى باب العفو أنه إذا مات أن الأصح سقوط الدية و أنه إذا هرب و فر أنها تجب فى ماله إن كان له مال و إلا أخذت من الأقرب فالأقرب كما فى موثقة أبى بصير و قد أوضحنا ذلك و بيناه هناك بما لا مزيد عليه ثم إن استمر هاربا ذهب المال على المخلص

(قوله) (فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا و إن لم يقتل)

إذا تمكن الولي منه فى العمد وجب عليه رد الدية إلى الغارم و إن لم يقتص من القاتل لأنها وجبت لمكان الحيلولة و قد زالت و عدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق كما صرح بذلك فى التذكرة و المسالك و الروضة و استشكل فى التحرير قال و إذا حضر القاتل هل يقتل و يستعيد الدافع من الأولياء فيه إشكال ثم قال و هل له إلزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر انتهى و لو كان تخليص الغريم من يد كفيله و قد تعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال و أخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذى خلصه كتخليصه من يد المستحق

(قوله) (و لا يتسلط الكفيل لو رضى هو و الوارث بالمدفوع على المكفول بديه و لا قصاص)

كما صرح بذلك كله فى التذكرة لأنه لم يكفله بقوله و لم يدفع برضاه و لم يكن المدفوع واجبا بالأصالة و إنما وجب بعارض و هى الحيلولة و إن زالت و أما عدم تسلطه بالقصاص فظاهر و سمي المصنف المطلق قهرا مكفولا مجازا لكنه سمي المخلص كفيلا و الخبر يعطى أنه ليس بكفيل كما عرفت و قد سمعت ما حكيناه آنفا عن التذكرة من أنه لو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال و أخذنا المال أو الديه من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذى خلصه قاصا و لا تغفل عما فى التحرير من النظر (قوله) (فروع)

قد ذكر أحد عشر فرعا بها يتم الباب

(قوله) (الأول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق)

قد صرح بتقديم قول المكفول له فى الفرض المذكور فى المبسوط و السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية لأن الكفالة لا تصح إلا مع ثبوت الحق و الأصل فى العقد الصحة لأن الإنكار راجع إلى دعوى فساد الكفالة بعد صدورها ليسقط عن نفسه وجوب الإحضار و المكفول له يدعى الحق المصحح للكفالة فالدعوى راجعة إلى صحة الكفالة الصادرة و فسادها و الأصل فى العقد الصحة (و عساک تقول) هو لم ينكر الدعوى و صحتها و إنما أنكر الدين و ذلك

(١) كذا فى النسخ و الظاهر اخترنا بغير هاء (مصححه)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤٢

فإن أخذ منه المال قهرا لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم (١)

[الثانى لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر]

(الثانى) لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر (٢)

لا يقتضى بطلان الكفالة فلا تكون الدعوى راجعة إلى صحة الكفالة و فسادها (لأننا نقول) إنكاره الدين مع اعترافه بالدعوى عبث لا معنى له لأنه لا- يؤثر فى سقوط حق الإحضار فينبغى أن يكون غرضه فى قوله لا- حق لك عليه إبطال الكفالة ليسقط عنه وجوب الإحضار فلا- بد أن يكون منكرا حقا يصحح الكفالة و هو إما صحة الدعوى أو المال و الحق فى عبارته نكرة يفيد العموم شامل للأمرين هذا (و عساک تقول) قد تقدم فى باب البيع و الرهن و الضمان أن التمسك بأصالة الصحة فى العقود إنما يكون بعد استكمال أركانها ليتحقق وجود العقد أما قبله فلا وجود للعقد و ثبوت الحق من أركان الكفالة فليقدم قول الكفيل (لأننا نقول) إن ذلك إنما يكون حيث يكون لمدعى الفساد أصل يستند إليه أو ظاهر يرجع إليه غير أصل البراءة كمن ادعى أنه باع أو ضمن أو رهن حال الصبوة فإن معه أصالة الصبا و أصالة براءة الذمة و كمن ادعى أن العقد وقع على الحر لظن الرقية لعدم العلم بعنقه من الوكيل و نحوه فإن أصل الصحة لا يعارض ذلك لأن مرجعه إلى صحة فعل المسلم بمعنى أنه لا يتصرف باطلا لأنه يقال له ما تصرفت باطلا عامدا و ما نحن فيه ليس للكفيل إلا أصل البراءة و هو غير معتضد بأصل و لا ظاهر فكان مقطوعا قطعاً بأصالة صحة العقد المعتضد بالظاهر كما حررناه فى أول باب الضمان على أن الحق أن هذه القاعدة غير محررة و لم تعرف من أحد غير المحقق الثانى كما حررناه و أوضحناه فى باب الإجارة و هل يفتقر إلى اليمين ففى (مجمع البرهان) أنه لا يحتاج إلى اليمين لأن الكفيل معترف بالكفالة و هى من دون ثبوت حق فى ذمة المكفول غير معقول فلا- تسمع دعواه و لا- يحلف له لأن دعواه تخالف قوله و هو قوى و فى (المبسوط و السرائر و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية) أن القول قوله مع يمينه (قلت) لعلهم أرادوا أن ما

يدعيه ممكن و في (التحرير) أنه الأقرب و في (المسالك) أن القاعدة تقديم قول المكفول مع يمينه و لو نكل ففي التحرير أن الوجه إحلاف الكفيل مع احتمال بعيد (قلت) يريد أنه يجوز أن يعلم الكفيل أن لا حق له على المكفول من قول المكفول أو من قرائن آخر (قوله) (فإن أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و لعل المراد في عبارة الكتاب أن ذلك عند قيام البينة و إثباته عند الحاكم أو لعله بناه على الاحتمال المرجوح و في (التذكرة) أنه لو تعذر إحضاره فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة إشكال أقربه عدم الوجوب و هو خيرة جامع المقاصد و المسالك و الروضة لأن الحق لم يثبت بحلفه السابق لأنه لإثبات حق في الجملة يصحح الكفالة و يكفي فيه توجه الدعوى و وجوب الإحضار عليه لا المال نعم لو أقام بينة به و أثبتته عند الحاكم ألزم به و لم يرجع به على المكفول لاعترافه ببراءة ذمته و أنه مظلوم كذا قالوه و لى فيه تأمل إذ الحلف السابق صيره كفيلا واقعا فيجب عليه أداء المال إذا تعذر الإحضار كما هو ظاهر كلام المبسوط و السرائر و الشرائع و غيرها مما لا يذكر فيه ما في التذكرة في موضع منها و ظاهرها في موضع آخر كظاهر المبسوط بل هو أظهر منه و لا سيما إذا حلف على أنه يستحق عليه المقدم الذي ادعى نفيه أو نحوه ثم إنه إذا كان قد كفل بإذنه فإنه يرجع عليه سواء اعترف المكفول به أم لا

(قوله) (الثاني لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر)

كما في التحرير و التذكرة و المختلف و الإيضاح و اللمعة

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 ٥، ص: ٤٤٣

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤٣

و لو تكفل لاثنين فسلمه لأحدهما لم يبرأ من الآخر (١)

[الثالث لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف و برئ من الكفالة]

(الثالث) لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف و برئ من الكفالة دون المكفول من المال (٢)

و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و استحسنة في الشرائع لأن المقصود تسليمه و قد حصل حتى لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي برئ الكفيل لحصول الغرض فإذا سلمه أحد الكفيلين أولى و هل يشترط مع ذلك تسليمه عنه و عن شريكه أم يكفي الإطلاق بل تسليمه عن نفسه و جهان و ظاهر إطلاق القائلين بهذا القول هو الاجتزاء به مطلقا و هو متجه كما في المسالك و قد تقدم مثله و هو ما إذا سلم المكفول نفسه و مثله يأتي في وجوب قبول المكفول له و قبضه عن من لم يسلم إذ لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه أو بدله و قد تقدم مثله و هو ما إذا سلمه أجنبي بدون إذن الكفيل و القول بعدم البراءة للشيخ في المبسوط و ابن حمزة في الوسيلة و القاضى فيما حكى عنه لأنه لا دليل عليه و قد رماه جماعة كالمحقق الثاني و الشهيد الثاني بالضعف (قلت) هذه الكفالة إما أن تكون وقعت على الترتيب أو دفعة لأن الأصل و ظاهر إطلاقاتهم جواز الأمرين و عليهما يكون الشأن فيه كما لو كان بالدين رهنان فانفك أحدهما فإنه لم ينفك الآخر كما تقدم في الرهن على بعض الوجوه فقول الشيخ و اتباعه ليس بتلك المكانة من الضعف خصوصا في

صورة الترتيب فتأمل و لهذا ما أقدم المحقق على المخالفة بل قال لو قيل بالبراءة كان حسنا و المصنف و غيره أتى بالأقرب و تظهر الفائدة فيما إذا هرب بعد تسليم الأول فعلى المشهور بين المتأخرين لا حق للمكفول له و على قول الشيخ له الرجوع على الكفيل الثانى لبقاء حقه عليه

(قوله) (و لو تكفل لاثنتين فسلمه لأحدهما لم يبرأ من الآخر)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و الحاصل أنه لا خلاف فيه لأحد من الخاصة و العامة قالوا لأنه بمنزلة عقدين فهو كما لو كفل لكل واحد منهما بانفراده و كما لو ضمن دينين لشخصين فأدى أحدهما لم يبرأ من دين الآخر (قلت) الأظهر فى التنظير أنه كالمال المشترك بين اثنين فى ذمة آخر فإنه لا يبرأ بالدفع لأحد الشريكين إلا أن يكون و كيلا عن الآخر فى القبض

(قوله) (الثالث لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف و برئ من الكفالة دون المكفول من المال)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و هو مبنى على أن القول هنا قول المكفول له مع يمينه كما هو واضح و به صرح فى المبسوط و السرائر و التحرير و التذكرة و هو قضية كلام الباقيين و حاصل مرادهم أن الكفيل إذا ادعى أن المكفول له أبرأ المكفول و أنكر المكفول له فالقول قوله مع يمينه فيما أن يحلف على بقاء الحق أو يرد اليمين على الكفيل فإن حلف برئ من دعوى الكفيل و تثبت الكفالة ثم إذا جاء المكفول فادعى البراءة أيضا لم يكتف باليمين التى حلفها المكفول له للكفيل بل عليه له يمين أخرى لأن هذه دعوى مستقلة مغايرة لتلك فإن دعوى الكفيل إنما كانت لبراءة نفسه و إن لزمها بالآخره دعوى براءة المكفول و إن لم يحلف و رد اليمين على الكفيل و هو الذى ذكره المصنف و الأكثر فإذا حلف أى الكفيل برئ من الكفالة و لا يبرأ المكفول من المال لاختلاف الدعويين كما عرفت و لأنه لا يبرأ يمين غيره و هذا مما يشهد على أن اليمين المردودة أصل برأسه كما حررناه فى باب القضاء و ليست كالإقرار و لا كالبينة و لو كانت كأحدهما برئ المكفول نعم لو حلف المكفول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤٤

[الرابع لو ترامت الكفالات صح]

(الرابع) لو ترامت الكفالات صح فإن أبرأ الأصيل برءوا أجمع (١)

[الخامس لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه أو برأسه صح]

(الخامس) لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه أو برأسه صح إذ قد يعبر به عن الجملة (٢)

اليمين المردودة على الكفيل على البراءة برئنا معا لسقوط الكفالة بسقوط الحق كما لو أداه و تصوير ذلك ممكن و كذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برئنا معا و إن كان قد حلف المستحق أولا- للكفيل على عدم الإبراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة و هذا معنى ما فى التذكرة

(قوله) (الرابع لو ترامت الكفالات صح فإن أبرأ الأصيل برءوا أجمع)

قد صرح بصحة ترامى الكفالات فى المبسوط و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الشرائع و الإرشاد و مجمع البرهان و فى

الأربعة الأول أنه إن أبرأ الأصيل برءوا جميعا و معناه أن المكفول له لو أبرأ الكفيل الأصيل أعنى الأول برءوا جميعا لزوال الكفالة بسقوط الحق و يبرءون جميعا لو أحضر الأصيل مكفوله لأنهم فروعه و كذا لو مات من عليه الحق أعنى المكفول الأول و تختلف أحكامهم في أمور آخر ستسمعها (و بيان) الترامى أنه لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول و إن لم يكن مالا صحت كفالة الكفيل من كفيل ثانى لأن الكفيل الأول عليه حق للمكفول له و هو إحضار المكفول الأول و هكذا القول في كفالة كفيل الكفيل و هكذا و هو المعنى بالترامى و قد تقدم في الضمان و الحوالة و ورود الترامى و الدور فيهما و لا كذلك الكفالة فإنه لا يصح دورها لأن حضور المكفول الأول يوجب براءة من كفه و إن تعدد فلا معنى لمطالبته بإحضار من كفه (و ليعلم) أنه يختلف حكم الإحضار فيهم كاختلاف حكم الإبراء و الموت فتمت أحضر الكفيل الأخير مكفوله برئى من الكفالة خاصة و بقى على مكفوله إحضار من كفه و هكذا و لو أحضر الكفيل الثانى الكفيل الأول برئى هو و من بعده من الكفلاء و هكذا و قد عرفت أنه لو أحضر الكفيل الأول مكفوله برئى الجميع و أما الإبراء فقد عرفت أنه لو أبرأ المكفول له الكفيل الأول برءوا جميعا و لو أبرأ غيره من كفاله أى أسقط عنه حق الكفالة برئى من بعده دون من قبله و أما الموت فتمت مات واحد منهم برئى من كان فرعا له فموت من عليه الحق يبرءون جميعا كما عرفت و بموت الكفيل الأول يبرأ من بعده و هل للمكفول له مطالبته ورثته بإحضار المكفول أو أداء ما عليه احتمالات و الظاهر العدم كما تقدم و بموت الثانى يبرأ الثالث و من بعده دون من قبله و بموت الثالث يبرأ من بعده و لا يبرأ الأولان (قوله) (لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه أو برأسه صح إذ قد يعبر به عن الجملة)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللعنة و جامع المقاصد و مجمع البرهان بل لا نجد فى ذلك مخالفا قبل الشهيد الثانى و ظاهر بعضهم كما هو صريح آخرين أنه لا فرق بين أن يقول كفلته بوجهه و برأسه أو كفلت وجهه أو رأسه لأنه يعبر بذلك عن الجملة بل عن الذات عرفا و يراد منه الذات لعدم إمكان إحضار العضو بدونها فيصدق عليه عقد الكفالة و يندرج تحت أدلتها إذ الاستفادة منها صحة الكفالة على سبيل الإجمال لا خصوص صيغة بعينها فكل لفظ دل عليها إما بقريته عرف أو عدم إمكان إحضار العضو وحده يصلح لها و يكون المقصود الكل للأصل و إطلاق الأدلة كما عرفت مع حمل كلام العاقل على الوجه الصحيح دون اللغو و لا- سيما إذا صرح الكفيل بذلك أو عرف من حاله فكان الظاهر الصحة كما هو مختار أساطين المذهب و لا أقل من التفصيل بالقصد و عدمه و لا فرق فى ذلك بين المتعارف و غيره و لا بين الإطلاق و وجود القرينة لأنك ستعرف مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤٥

أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لم تمكن الحياة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففى الصحة نظر ينشأ من عدم السرمان كالبيع و من عدم إمكان إحضار الجزء إلا بالجملة فيسرى (١) و كذا لو كان جزءا يمكن الحيات مع انفصاله كبده و رجله (٢)

أن الإطلاق لا- ينفك عنها و لا تصنع إلى ما ذكره الشهيد الثانى تبعا لما احتمله المحقق الثانى فى القسم الثانى كما ستسمع قال فى (المسالك و الروضة) إن إطلاق الرأس و الوجه على أنفسهما خاصة أشهر من إطلاقهما على الجملة و حمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك فى حصول الشرط و أصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة بالكلام عند الإطلاق و عدم قرينته تدل على أحدهما فعند ذلك لا يصلح تعليل الصحة بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة قلت الحمل على الوجه المصحح و هو إرادة الجملة من الجزء يوجب أنه عاقل فيصان كلامه عن الهذر و اللغو و إنه عقد فيجب الوفاء به و لا يمكن إحضار العضو وحده فكان الإطلاق غير منفك عن القرينة و حينئذ فلا شك فى حصول شرط الصحة و هو إرادة الجملة من الجزء فالتعليل صحيح و الإطلاق يراد به الجملة و بعد ثبوت كونه عقدا جامعا لشرط الصحة لا يمكن التمسك بأصل البراءة (و مما ذكر) يعلم الحال فى القسم الثانى و هو الأجزاء التى لا يعيش بدونها و ما فى حكمها كما ستسمع

(قوله) (أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لا- تمكن الحياة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففى الصحة نظر ينشأ من عدم

السريان كالبيع و من عدم إمكان إحضار الجزء إلا بالجملة فيسرى)

الأقرب الصحة كما فى التحرير و هو الوجه كما فى التذكرة و مجمع البرهان و هو قضية كلام الشرائع لما عرفته آنفا من أن كفالة الجزء الذى لا تمكن الحياة بدونته تقضى إلى كفالة المجموع لأن إحضاره لا يمكن إلا بإحضار المجموع و قال فى (جامع المقاصد) و لقائل أن يقول إن إحضاره و إن كان غير ممكن بدون إحضار المجموع لا يقتضى الصحة لأن الإحضار فرع الكفالة و المطلوب أنما هو صحة الكفالة و إحضار ذلك العضو و حيث إن صحتها أنما تكون بكفالة المجموع و لم يصح هاهنا إذ المتكفل به ليس هو المجموع و لا ما يستلزمه و إن كان حكم الكفالة و هو إحضار ذلك العضو غير ممكن إلا بإحضار المجموع و العقود أسباب متلقاة من الشرع فلا بد فى صحتها من النص مع أن التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف انتهى و هذا ما أشرنا إليه آنفا و تبعه على جميع ذلك صاحب المسالك و استوجه البطلان فى كتابيه و مثله الشهيد فى حواشيه و قد عرفت الحال فى ذلك بما لا مزيد عليه «١» من أن المراد كفالة المجموع لأنه كناية عنه أو يستلزمه لأنه عاقل و لأن هذا عقد و أن إطلاق نصوص الباب تشملته فالحظ جميع ما ذكرناه آنفا

(قوله) (و كذا لو كان جزءا يمكن الحياة مع انفصاله كیده و رجله)

أى هذا كالأول فيه و جهان ناشئان من عدم السريان و إمكان الانفصال مع بقاء الحياة و من إحضار ذلك على صفته لا يكون إلا بإحضار البدن و عدم الصحة هنا خيرة المبسوط و الشرائع و الإرشاد و اللمعة و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و استحسنته فى التحرير و لم يرجح فى التذكرة قلت لو قيل بالصحة لم يكن بعيدا و نعم ما قال فى المسالك لا يبعد القول

(١) من أن المستفاد من أدلة الكفالة صحتها على سبيل الإجمال لا خصوص صيغة بعينها و إن كل لفظ دل عليها و لو بقريته عدم إمكان إحضار العضو وحده يصلح لها و يكون المقصود الكل (منه قدس سره) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤٦

[السادس لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة]

(السادس) لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب إلزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته و يحتمل الصبر (١)

[السابع يجب على المكفول الحضور مع الكفيل]

(السابع) يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه و إلا فلا إن كان متبرعا و إلا فكالأول (٢)

بالصحة لمن يقول بها فيما سبق انتهى و أما إذا علم من قصده بيده إرادة الجملة فالأشبه بأصول المذهب بل الأقوى الصحة خلافا للروضة حيث قال فيها لا يصح و إن قصدها بهما مجازا

(قوله) (لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب إلزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته و يحتمل الصبر)

ما قربه المصنف هو الذى صححه صاحب جامع المقاصد لأن ذلك مقتضى الكفالة فإنها تقتضى إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال و الأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ و هو المسقط للحق أو موت المكفول و أن الكفيل وثيقة على الحق كالرهن فإذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة و لعله لا ينافى ما سبق له و للتذكرة مما يقضى بأن مقتضى الكفالة أنما هو

الإحضار و يجوز الاكتفاء عنه بأداء المال لأنه له أن يقول إذا رضى بالأداء وجب فتأمل (و أما) الاحتمال الثاني فهو خيرة التذكرة و كذا التحرير على إشكال له فيه لأن الإحضار واجب مع الإمكان و إذا غاب غيبة انقطع خبره بها كان إحضاره ممتنعاً فكان بمنزلة ما لو مات و لأن وجوب الإحضار إذا سقط لم يجب المال لأنه لم يتعهد به و وجوبه مع وجوب الإحضار حين إمكانه إذا لم يأت به و رضى بالمال لا- يقتضى وجوبه بدونه و هذا أشبه بأصول الباب و أخباره إذ ليس فيها تخيير و إنما فيها الأمر بالإحضار و ظاهرها أنه مع الإمكان العرفي كما تقدم بيان ذلك كله و قد نسبناه إلى الأصحاب من صريح و ظاهر و هذا عين الثالث على الظاهر كما ستعرف و ضعف يمنع كون إحضاره مع الغيبة المنقطعة ممتنعاً بل هو أمر ممكن فيجب على الكفيل تتبعه في البلاد أو أداء ما عليه و لا يخفى ما فيه من الضرر العظيم أو تكليف ما لا يطاق مع فرضه «١» التعذر في الاستدلال لا وجه لذكر الإحضار حينئذ في الكتاب (و أما) الثالث فهو خيرة الإيضاح مستندا إلى أصالة بقاء الكفالة و لا تناول المال فيتوقع المكنة و إلا لزم تكليف ما لا يطاق و الفرق بين الهرب و الغيبة المنقطعة أن الهارب يعلم موضعه لكنه متى توجه إليه هرب إلى موضع آخر و هكذا فكان بذلك كالغيبة المنقطعة هذا و قد ذكر في التذكرة فروعاً (منها) أنه لو فرط الكفيل في إحضاره بأن طالبه المكفول له بإحضاره و كان متمكناً منه فهربه أو ماطل بإحضاره حتى غاب غيبة منقطعة فإن أوجبنا المال وجب هنا و إلا فإشكال و نحوه ما في جامع المقاصد (و منها) أنه لو كان غائباً حين كفل فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة و نحوه ما في جامع المقاصد و في الأخير أنه لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه أو في حبس ظالم بحيث لا يمكن تخليصه وجب الصبر إلى زمان إمكان إحضاره و لو رجا تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه و لو احتاج إلى بذل مال فإشكال و هذا منه كر على مذهب الإيضاح

(قوله) (يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه و إلا فلا إن كان متبرعاً و إلا فكالأول)

يجب على المكفول الحضور إذا طلبه منه المكفول له حيث يجوز له طلبه كأن كانت حاله أو بعد حلول الأجل سواء كان تكفل بإذن المكفول أو ابتداء أى تبرعاً كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد أما الأول فواضح و أما الثاني فلأن المكفول له أمره بإحضاره فهو بمنزلة وكيله بمطالبتة بالحضور فلا يجوز له الامتناع و ليس

(١) لا يخفى وقوع خلل في العبارة إلى قوله في الكتاب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤٧

[الثامن لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة]

(الثامن) لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة (١)

ذلك من جهة الكفالة كما وجه ذلك بذلك في التذكرة و جامع المقاصد و على الثاني أى حيث يكون قد كفله تبرعاً إذا لم يطلب إحضاره من الكفيل و لم يقل له أخرج من حقي و لا أخرج من كفالتك و لكن أراد الكفيل المتبرع إحضاره لا يجب عليه الحضور لأنه متبرع بالكفالة فلا حق له على المكفول و لا توكيل كما في التحرير و جامع المقاصد و إليه أشار المصنف بقوله و إلا فلا إن كان متبرعاً و معناه إن لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور لكن يدخل فيه ما إذا لم يطلبه بأن لم يقل له أحضره لكن قال له أخرج من حقي إذ قضية كلام المصنف أنه لا يجب عليه الحضور و هو خيرة التحرير و ظاهر كلام ابن المتوج فيما حكاه الشهيد عنه لأن ذلك ليس توكيلاً في الإحضار إذ هو طلب الحق فلا تجب المتابعة و في موضع من التذكرة أن الأقرب أنه يجب عليه الحضور لأن ذلك يتضمن الإذن في إحضاره و نفى عنه البعد في جامع المقاصد و في موضع آخر من التذكرة لا ترجيح (و على الأول) أى حيث يكون قد كفله

يأذنه فإنه تجب عليه المتابعة حيث يطلبه الكفيل سواء طلبه منه المكفول أو لا كأن لم يطلبه أصلا و لا قال له أخرج من حقي أو قال له أخرج من حقي و لم يقل له أحضره كما في التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و هو المحكى عن ابن المتوج لأنه سلطه على نفسه بالإذن في الكفالة بل في جامع المقاصد أنه قطعي و إليه أشار المصنف بقوله و إلا فكالأول إذ معناه أنه إن لم يكن متبرعا بل كانت الكفالة بالإذن فكالأول يعني ما إذا طلب المكفول له من الكفيل إحضار المكفول فإنه تجب عليه المتابعة كما عرفت و على كل حال حيث يجب عليه الإحضار فمثوته أي الإحضار عليه أي الكفيل كما نص عليه في التذكرة (قلت) إن كان كفلا يأذنه فالظاهر أنه يرجع عليه بها في بعض الوجوه و إلا فلا و لو أدى المال في شيء من هذه الواضع فإن كان متبرعا بأدائه لم يرجع قطعا و إن كان قد كفلا يأذنه و إذا أدى مع تعذر إحضاره و مطالبة المكفول له و تضييقه عليه فله الرجوع عليه قطعا مع إذنه في الكفالة و الظاهر منهم ذلك أيضا مع التبرع كما هو صريح الكتاب فيما يأتي و التذكرة و جامع المقاصد لأنه أدى دينه بإذن شرعي فيستحق الرجوع و لا يخلو عن تأمل و قد نسبه في المسالك إلى ظاهرهم و إذا تمكن من الإحضار و أدى المال فالأقرب أنه لا يرجع لأن الواجب الإحضار مع الإمكان و قد أمكن فيكون متبرعا في أداء المال سواء حبس مع ذلك أم لا كما في التذكرة و المسالك و كذا جامع المقاصد و قد تقدم بيان ذلك كله مفصلا

(قوله) (لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة)

كما في التذكرة و التحرير و معناه أنه إذا كان لدمي على ذمي خمر و كفه ذمي آخر ثم أسلم الكفيل فإنه يبرأ من الكفالة لامتناع كون المسلم كفيلا بالخمر فتبطل الكفالة و يبقى الحق بين الذميين كما كان و ظاهر التذكرة أنه لا مخالف فيه أيضا من العامة و قد استضعفه جدا في جامع المقاصد لأن الكفالة ليست بالخمر بل بمن عليه الخمر و هو حق بالنسبة إلى الذميين و لهذا يمنع المسلم من التعرض إليه و يضمن قيمته لو أتلفه مع عدم التظاهر قال بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فجوز كفالة المسلم للذمي إذا كان في ذمته خمر أو خنزير لدمي آخر محتجا بأن الكفالة ليست بالمال بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له في ذمة الكفيل و هو هنا كذلك و لا شبهة في وجوب الحضور على المديون هنا إلى مجلس الحكم لو طلبه المستحق فلا مانع من صحة الكفالة أصلا قال و ما ذكره حسن و جعل الإشكال في كلام المصنف

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤٨

و لو أسلم أحد الغريمين برئ الكفيل و المكفول على إشكال (١) فيهما أما لو كان ضمانا فإنه لا يسقط بإسلام المضمون عنه و في رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر

متناولا للمسألة و أنت خيرير بأن مقتضى الكفالة الإحضار فإن امتنع من إحضاره حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه و كذا لو امتنع عليه إحضاره على رأى فإنه يلزم بالمال و من المعلوم أن الخمر مثليه فالزام المسلم بها هو أن يأتي بمثلها لا بقيمتها و من المعلوم أن الخمر لا تجب على المسلم و لا على الكافر لأنه يمتنع في شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر فساد الأمر بالآخرة إلى كون المسلم كفيلا بالخمر كما قالوه فلا وجه لقوله أن الكفالة ليست بالخمر و ما استضعفه قوى جدا إن لم يكن متعينا و ما استحسنه غير سديد و إن ذهب إليه الفاضل السيد العميد مضافا إلى مخالفة الاعتبار مع التظاهر في الأمر و هو حبس المسلم لأجل كأس لدمي من خمر لأنهم متى تظاهروا بالخمر زال احترامها (فإن قلت) لا يلزم من الحكم باستحقاقها إظهارها (قلنا) الحكم باستحقاقها ينجر إلى الإظهار لأنه يحبس حتى يؤدي و ذلك مناف للاستتار كما ذكر ذلك كله في غضب جامع المقاصد فيما إذا أتلف الكافر لمثله خمر فإنه قال يجب عليه القيمة دون المثل مستندا إلى ما ذكرنا و بذلك تفارق الكفالة الإلتلاف الذي استندا إليه فإنه يضمن قيمتها سرا و ليس للكافر المطالبة بها و إنما يطالبه الحاكم و لا يتأتى مثل ذلك في الكفالة هذا إن قلنا بضممان المسلم لها إذا أتلفها من غير المتجاهر و إن قلنا بالعدم فالأمر واضح

(قوله) (و لو أسلم أحد الغريمين برئ الكفيل و المكفول على إشكال)

يريد أنه لو أسلم أحد الذميين المكفول له أو المكفول به في الفرض المذكور آنفا برئ الكفيل و المكفول كما جزم بذلك في التحرير و التذكرة لأن الخمر لا- تجب على المسلم إذا كان هو المكفول و يتمتع استحقاقه إياها إذا كان المكفول له فيبرئون جميعا (قلت) كما لو اقترض ذمي من مثله خمرا ثم أسلم أحدهما فإنه يسقط القرض كما جزم بذلك أيضا المصنف من دون إشكال في الفرع العاشر من باب القرض من الكتاب و في (التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد) مستندين إلى أنه لا يجب على المسلم أداء الخمر و لا قيمته لأنه من ذوات الأمثال و قالوا في باب السلم فيما إذا أسلم كافر إلى كافر في خمر فأسلم أحدهما قبل القبض أنه يحتمل بطلان السلم و هو خيرة الكتاب و جامع المقاصد هناك و السقوط لا إلى بدل و المصنف هنا استشكل و مثله ولده في الإيضاح حيث لم يرجح مما ذكر و من أن الواجب بالنسبة إلى المسلم القيمة عند مستحليه و الأصل بقاء الكفالة لكنهم قالوا فيما إذا عقد الذميان على الخمر ثم أسلما أو أسلم أحدهما أن المهر ينتقل إلى القيمة و استندوا إلى أن التعذر الشرعي كالتعذر الحسي و جماعة قالوا بالفساد و أنه ينتقل إلى مهر المثل و قال الأكثر على ما قيل لو كاتب الذمي عبده على خمر و لم يقبضه إنه ينتقل إلى قيمة الخمر و إنه لا يلزمه قيمة نفسه و لا تبطل و جماعة قالوا بالبطلان (و قد يجاب) عن الكتابة بأنها من قبيل العتق المبني على التغليب و المسامحة فيه و كذا النكاح لأن فيه شيها بالعبادة و اعلم أن الكلام أنما هو في الخمر و أما الخنزير في هذه الأبواب فإنه ينتقل إلى قيمته لأنه قيمى و مدار الأمر في نحو المسألة إن تعذر المثلى هل هو بتعذره في ذلك القطر أو بتعذره و لو بحكم الشرع و الظاهر أن تعذر القيمى كالخنزير شرعا يقوم عندهم مقام التعذر الحسى و توجيه الفرق ممكن إلا على القول بأن القيمى يجب مثله أولا ثم ينتقل إلى قيمته و حقق في جامع المقاصد تحقيقا نسبه في التذكرة إلى أبى حنيفة و قال المصنف فيها أى التذكرة أنه غلط و هو أنه إن كان المسلم هو مستحق الخمر سقطت الخمر و قيمتها لا تمنع ملكها له و الأصل براءة ذمة الذمي من وجوب قيمتها و حيث كان المانع منه انتفى استحقاقه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٤٩

[التاسع لو خيف على السفينة الغرق]

(التاسع) لو خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد و إن قصد الرجوع به أو قال له بعضهم ألقه فألقاه (١)

القيمة و إن كان المسلم هو من عليه الخمر كان عليه القيمة لأنه بإسلامه منع الخمر المستحقة في ذمته لذمي مستتر فيجب الانتقال للقيمة و هلا فصل هذا التفصيل في القرض و السلم مع أنه لا فرق كما نص عليه الشهيد في حواشيه و قد قال في (جامع المقاصد) في باب السلف إن تخيل أنه بإسلامه منع الخمر المستحقة فكان بمنزلة إتلافها ليس بشيء لأنه لم يتلف شيئا و لا تسبب في الإتلاف فما حققه هنا قال هناك إنه ليس بشيء و قد نبهنا في باب القرض على اختلاف رأيه في الأبواب الثلاثة و على تقدير صحة ما قاله في جامع المقاصد من الانتقال إلى القيمة هل يبرأ الكفيل أو لا يحتمل الأول لأنه إنما كفل على حق حاضر و قد زال و وجب غيره و لا كفالة على المتجدد و الثانى لأن الكفالة على الإحضار و هو هنا أقوى لأن إيجاب القيمة أقوى من وجوب الخمر (قوله) (لو خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد و إن قصد الرجوع به أو قال له بعضهم ألقه فألقاه)

هذه المسألة قد تذكر في باب الضمان و في باب الكفالة و في باب الديات و قد استوفينا الكلام فيها و في أطرافها في باب الديات و

كيف كان فالمستفاد من كلامهم فى المسألة فى الأبواب الثلاثة أن السفينة إذا أشرفت على الغرق جاز إلقاء بعض أمتعتها فى البحر و قد يجب رجاء نجاه الراكبين إذا خيف عليهم فيجب إلقاء ما لا روح له و إن علت قيمته لنجاه ذى الروح و لا يجب إلقاء الحيوان إذا حصل الغرض بغيره و إذا مست الحاجة إلى إلقاء الحيوان قدمت الدواب لبقاء بنى آدم و لا فرق بين العبيد و الأحرار فلا يقدم العبد على الحر و لعلمهم يريدون بنى آدم ما كان معصوم الدم كالمسلم و الذمى و المعاهد لا المرتد و الزانى المحصن و الحربى و اللاتظ فهذه تقدم على الدواب إلا الكلب العقور و الخنزير و الفواسق الخمس فإنه يتخير كما نبهوا على ذلك فى باب التيمم و الأظعمة و قال المحقق الثانى إذا قطع بغرق السفينة و هلاك بعض أهلها و سلامتها لو ألقى المال فى البحر ففى وجوب الإلقاء لإنقاذ الغير من الهلاك إشكال انتهى و نحو ذلك ما فى الخلاف و السرائر فى مثله من أنه لو اضطر إلى طعام الغير يعنى لحفظ نفسه لم يجب على الغير إعطاؤه لأن الأصل براءة الذمة و إيجاب ذلك يحتاج إلى دليل و فى (التحرير و الكتاب) فيما يأتى لو امتنع المالك من بذله بالأكثر من ثمنه حل للمضطر قتاله و كان دم المالك هدرا و دم المضطر مضمونا و نحو ذلك ما فى المبسوط من أن المضطر أولى من المالك بطعامه و حكى ذلك عن غير المبسوط و ظاهرهم فى باب اللقطة الإطباق على ذلك و لا دليل لهم إلا قوله صلى الله عليه و آله و سلم من أعان على قتل مسلم و لو بشرط كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى فانظر إلى هذا الاختلاف و لعل التفصيل بالطلب و عدمه أولى كما ستسمع و إذا قصر من لزمه الإلقاء فعليه الإثم دون الضمان كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتى هلك إذا لم يطلب المضطر منه و كذا كل من رأى إنسانا فى مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه نعم لو اضطر إلى طعام غيره أو شرابه فطلبه منه فمنعه إياه مع غنائه فى تلك الحال فمات ضمن المطلوب منه لأنه باضطراره إليه صار أحق من المالك و لو أخذه قهرا فمنعه إياه عند طلبه سبب لهلاكه كما نص عليه فى التحرير (و قد يقال) إن الطالب نوعان طالب بلسان حاله و آخر طالب بمقاله و قد قالوا فى باب الزكاة و الخمس إن الفقراء طالبون بلسان الحال فإذا ألقى متاع نفسه أو متاع غيره بإذنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥٠

أما لو قال له ألقه و على ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة (١)

رجاء السلامة فلا ضمان على أحد و لو ألقى متاع غيره بغير إذنه و جب عليه الضمان لأنه أتلغه بغير إذنه من دون أن يلجئه إلى الإلتلاف فكان كما إذا أكل المضطر طعام الغير و ليس كما إذا صال عليه البعير المغتلم فقتله دفعا عن نفسه لأنه هنا ألجأه إلى الإلتلاف (و يبقى) سؤال الفرق بين ما إذا ألقى متاع نفسه لتخليص غيره من الغرق فإنه حينئذ لا ضمان على أحد و بين طعام المضطر و إيجار الطعام فى حلقه فإنه يرجع عليه بقيمته إذا كان ذا مال (و جوابه) أن الملقى لمتاع نفسه إن شمله الخوف فهو ساع فى تأديته واجب و هو تخليص نفسه و إن حصل بذلك تخليص غيره فلا يرجع على غيره و لا كذلك صاحب الطعام مع المضطر للإذن من الشارع حيث أوجبه و هو مقتضى للرجوع و إن لم يشمله الخوف فالفرق أن المطعم مخلص لا محالة و ملقى المتاع غير دافع لخطر الغرق لأنه يحتمل أن يغرق و أن لا يغرق فكان الأول كشراب الخمر لدفع العطش و الثانى كشرابها للتداوى و أما حيث يقطع بعدم الغرق إذا ألقى فقد يفرق بالمباشرة فى المضطر و عدمها فى أصحاب السفينة أو يقال إنهم يلتزمون ذلك فى ذلك فليتأمل جيدا (إذا تقرر) ذلك فعد إلى عبارة الكتاب أما الأول فظاهر و أما الثانى و هو الحكم بعدم الضمان فيما إذا قال له بعضهم ألقه فألقاه من دون أن يقول و على ضمانه فقد صرح به فى ديات المبسوط و الشرائع و التحرير و المسالك و كشف اللثام و كفالة التذكرة و جامع المقاصد للأصل و هو كما لو قال أعتق عبدك فأعتقه أو طلق زوجتك فطلقها و الفرق بينه و بين قوله أدّ دينى فأداه أو اضمن عنى فضمن عنه حيث يرجع عليه إن أدى أو ضمن و أدى أنه لما أدى أو ضمن و أدى فقد وصل إليه النفع و لا كذلك إلقاء المتاع فإنه قد يفضى إلى النجاة و قد لا يفضى فلا يضمن إلا مع التصريح و لعل الأصل فيه أن الضمان على خلاف الأصل و هذا النوع منه على خلاف الأصل فى الضمان

لأنه ضمان ما لم يجب فيقتصر على المتيقن وقوله أدّ عنى و اضمن عنى قد تضمن وكالة في الاستقراض والأداء ولا كذلك ما نحن فيه

(قوله) (أما لو قال له ألقه و علىّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة)

كما صرح به في الشرائع وغيرها بل في الخلاف أن عليه إجماع الأمة و خلاف أبي ثور شاذ لا يعتد به و هو معنى قوله في المبسوط أن لا خلاف فيه إلا من أبي ثور فكان كما لو قال أطلق هذا الأيسر و لكّ علىّ كذا و أعتق عبدك عنى على كذا و عن (الخلاف) أن عليه إجماع الأمة و قد يلوح من ضمان التحرير التأمل في ذلك لأنه خارج عن الأصل لأنه ضمان ما لم يجب و في (ضمان التذكرة و كفالة جامع المقاصد) لو قلنا إنه جعله خلصنا من الإلزام (و ليعلم) أن الضمان إنما يجب على الملتمس بشرطين (أحدهما) أن يكون الالتماس عند خوف الغرق كما ستعرف (الثاني) أن لا تختص فائدة الإلقاء بصاحب المتاع كما ستسمع أيضا فلو اختصت به بطل و لم يحل له أخذه لأنه فعل ما هو واجب لمصلحته كما لو قال للمضطر كل طعامك و أنا ضامن فأكل فإنه لا يرجع على الملتمس و من هنا يعلم أن فائدة التخلص بإلقاء المتاع تفرض على وجوه خمسة (الأول) أن تختص بصاحب المتاع (الثاني) أن تختص بالملتمس فيجب الضمان (الثالث) أن تختص بغيرهما فيجب الضمان لأنه غرض صحيح في محل الحاجة (الرابع) أن تعم صاحب المتاع وغيره فيجب الضمان مع احتمال تقسيط المال على مالكة و سائر من فيها فيسقط قسط المالك و يجب الباقي فلو كان معه واحد و جب نصف الضمان (الخامس) أن يكون في الإلقاء تخلص الملتمس وغيره فيجىء الاحتمال

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥١

و لو قال علىّ و على ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فإن قال أردت التساوى لزمه قدر نصيبه (١) و لو قال و علىّ ضمانه و على الركبان فقد أذنوا لى فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على (٢)

في سقوط حصّة المالك هذا و قيمة الملقى إنما تعتبر حين الإلقاء لأنه وقت الضمان و يحتمل اعتبارها قبل هيجان الأمواج إذ المال لا قيمة له في تلك الحال

(قوله) (و لو قال علىّ و على ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فإن قال أردت التساوى لزمه قدر نصيبه)

و قال في باب الديات من الكتاب و لو قال حالة الخوف ألق متاعك و علىّ ضمانه مع ركبان السفينة فامتنعوا فإن قال أردت التساوى قبل و لزمه بحصته و أما الركبان فإن رضوا ضمنوا و إلا فلا و قالوا في باب الديات الضمان على ضربين ضمان اشتراك و ضمان انفراد و اشتراك معا فضمن الاشتراك كأن يكون لرجل على رجل ألف فقال عشرة أشخاص ضمنا لك ألف التي على فلان فيكون جميعهم ضمنا و كل واحد منهم ضامن عشر الألف فله أن يطالبهم جميعا بالألف و أن يطالب كل واحد بعشر الألف كما لو وكلهم في بيع عبد أو أوصى إليهم في بيع تركته و ضمان الاشتراك و الانفراد مثل أن يقول ضمنا لك و كل واحد الألف التي لك على فلان فيكون الجميع ضامين لكلها و كل واحد ضامن لكلها فإن قال واحد من العشرة ضمنت لك أنا و أصحابي ما لك على فلان و سكت و لم يكونوا قد و كلوا بذلك ضمن عشر الألف لأنه لم يضمن الكل و إنما ضمن بالحصّة هذا فإن كان ضمان الإلقاء في البحر ضمان الاشتراك ضمن كل واحد ما يخصه و إن كان ضمان اشتراك و انفراد ضمن كل واحد منهم كل المتاع و إن كان قد قال ألقه على أنى و ركبان السفينة ضامنون فسكتوا ضمن بالحصّة و إن قال على أنى و كل واحد منهم ضامن الكل نص على ذلك كله في المبسوط و هو يتأتى على مذهب ابن حمزة في باب الضمان حيث قسمه إلى ضمان انفراد و ضمان اشتراك و المتأخرون على خلافه كما حررناه في باب الضمان و لعلنا نجيزه في المقام و نخالف القواعد لمكان الضرورة كما خالفناها في أصل المسألة و ممن نص على جوازه في المقام غير الشيخ في المبسوط المصنف في التحرير و التذكرة ثم عد إلى عبارة الكتاب فقوله و لو قال إلى آخره يريد به أنه قال ذلك حالة الخوف و قوله فامتنعوا يريد به أنهم امتنعوا من الضمان قبل الإلقاء أو بعده بأن ردوا صريحا و قوله أردت

التساوى يراد به ضمان الاشتراك على أن يكون هو كأحدهم فيما يصيبه من المال بعد التوزيع (و قد يقال) إن هذا اللفظ ظاهر في الاشتراك كما صرح به في المبسوط فلو مات و لم يقل أردت التساوى حملناه عليه إلا أن تقول إن هذا اللفظ مطلق عرفا كما هو ظاهر المحقق و المصنف و غيرهما أو صريحهم أعنى ما إذا قال و على ضمانه مع ركبان السفينة أو أنا و ركبان السفينة ضامنون و الصريح في التقييد أن يردفه بقوله كل واحد بالحصه كأن يقول و على ضمانه مع ركبان السفينة كل واحد بالحصه كما أن صريح الاشتراك و الانفراد أن يقول إنى و كلا من الركبان ضامنون و أما قوله فى باب الديات إذا رضوا ضمنوا فمعناه أنهم إذا أجازوا ذلك العقد الفضولى بالقول كان لازما و أما قوله و إلا فلا فلا أصل بمعنييه و أنه لا يلزم بالفضولى شىء إذا تعقبه الرد الصريح و فى (جامع المقاصد) و كذا التذكرة أنه يكفى فى الرد السكوت فإن السكوت أعم من الرضا (قلت) و فيه تأمل و كيف كان فما فى الكتاب خيرة المبسوط و الشرائع و التحرير و المسالك كما بينا ذلك كله فى باب الديات

(قوله) (و لو قال و على ضمانه و على الركبان فقد أذنوا لى فأذكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥٢

إشكال ينشأ من استناد التفريط إلى المالك (١) و لو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان (٢) و كذا مزق ثوبك و على الضمان أو أخرج نفسك و على ضمانه (٣) بخلاف طلق زوجتك و على كذا (٤)

إشكال ينشأ من استناد التفريط إلى المالك)

و قال فى باب الديات فإن قال قد أذنوا لى فأذكروا بعد الإلقاء حلفوا و ضمن هو الجميع من دون إشكال و هو خيرة الشرائع و التحرير و هو يتم بغير إشكال مع إرادة ضمان كل واحد الجميع و على تقدير ضمان الاشتراك و هو التحاص يكون الوجه فيه أنه غر المالك بكذبه (و فيه) أنا نمنع الغرور هنا إذ لعله صادق فيما أخبر به عنهم و الخيانة من قبلهم فى الإنكار و ترك الإشهاد و السؤال منهم مستند إلى تقصير المالك مضافا إلى أصل البراءة فلا يضمن إلا حصته كما هو خيرة كفالة الإيضاح و جامع المقاصد و كذلك المسالك و كشف اللثام و قد استشكل المصنف هنا و فى كفالة التذكرة مما ذكر من أنه مغرور فيرجع على من غره و من استناد التفريط إلى المالك حيث ألقى متاعه قبل الاستيثاق و فى (المبسوط) أنه يضمن ديونهم و هو يحتمل الأمرين ضمان الجميع و الضمان بالحصه و تقييد الإنكار بكونه بعد الإلقاء لأنه لا يضمن لو كان قبله سوى حصته لأن التفريط حينئذ من المالك حيث لم يستوثق و لو ثبت أنهم لم يأذنوا له بالبينة و إن عسر ذلك لأنها شهادة على النفى أو بإقراره فالظاهر أنه يضمن لأنه قد غر المالك و بقى هنا شىء و هو أن المتاع الملقى لا يخرج عن ملك مالكة فلو لفظه البحر على الساحل و اتفق الظفر به فهو لمالكة و يسترد الضامن المبذول إن لم تنقص قيمة المتاع و لو نقصت لزمه من المبذول بنسبة النقص و هل للمالك أن يمسك ما أخذ و يرد بدله فيه و جهان تقدم مثلهما فى المغصوب إذا رد الغاصب بدله لتعذر العين ثم وجدت و أولى بلزوم المعاوضة هنا

(قوله) (و لو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان)

كما فى ديات الشرائع و التحرير و الكتاب و كفالة التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و به جزم فى ديات المبسوط و الإيضاح و هو المحكى عن المذهب و فى (المبسوط) لا خلاف فى عدم الضمان و قد بينا الحال فى عبارة المبسوط فى باب الديات و وجهه أن هذا الضمان على خلاف الأصل و الأصل براءة الذمة و لا فائدة فيه تركنا العمل بالأصلين مع الخوف للفائدة و المصلحة فيبقى الباقي فكان هو المفرط فى إتلاف ماله لأن المفروض كما له بالبلوغ و العقل لكنه قال فى الإيضاح إن المراد أنه خلا عن الخوف و لم يخل عن الفائدة بل ذكر فيه فائدة و هى أن تخف السفينة أو غير ذلك من الفوائد لأنه لو خلا عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعاً و نحوه ما فى جامع المقاصد (قلت) و يؤيده مع موافقته للاعتبار فى الجملة أنه فى المبسوط نفى الخلاف عن عدم الضمان فيما إذا قال مزق ثوبك و على ضمانه و ما ذاك إلا لخلوه عن الفائدة بالكلية لكنه ذكر هذا المثال بعده فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الكتاب قد يرشد

إلى أنه مثله فى الخلو عن الفائدة بالكلية و به صرح فى المسالك و ليس ذلك كله بشىء و وجه احتمال الضمان عموم الأمر بالوفاء بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و لا مخصص هنا على أنه قد غره بذلك و لأنه قد يحصل الانتفاع بخفة السفينة كما فى جامع المقاصد ثم قال و ليس بشىء

(قوله) (و كذا مزق ثوبك و على الضمان أو اجرح نفسك و على ضمانه)

قد سمعت ما فى المبسوط من نفي الخلاف عن عدم الضمان و مثل هذين أهدم دارك و على ضمانها

(قوله) (بخلاف طلق زوجتك و على كذا)

فإنه يصح ذلك جعالة إذا أتى بالمجعول عليه و دليل الصحة أنه عمل مقصود محلل و ربما كان عالما بالتحريم بينهما فطلب التفرقة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥٣

[العاشر الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث]

العاشر الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث و لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة أو غيرها برئ الكفيل و كذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء (١)

[الحادى عشر لو أدى الكفيل لتعذر إحضار المكفول]

الحادى عشر لو أدى الكفيل لتعذر إحضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه سواء كفله بإذنه أو لا (٢) و لو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له (٣)

[المقصد الخامس فى الصلح]

إشارة

(المقصد الخامس فى الصلح) و فيه فصول ثلاثة (الأول)

بالعوض و لا كذلك لو بذل له تبرعا مالا من ماله ليخلعها لأن المقصود من البذل جعل الواقع خلعا لتترتب عليه أحكامه المخصوصة لا مجرد بذل المال فى مقابلة الفعل بخلاف الجعالة فإن غرضه وقوع الطلاق بأن يقول طلقها و على ألف و لا مانع من صحته و لا يشترط فى إجابته الفورية و المقارنة لسؤاله بخلاف الخلع و مثل ما نحن فيه ما إذا قال أعتق عبدك و على كذا إذ لعله طلب الثواب فى العتق (ثواب العتق ل) أو علم كون العبد حرا و لو خلا فى هذين عن الفائدة لم يكن مقصودا للعقلاء

(قوله) (الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث و لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة أو غيرها برئ الكفيل و كذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء)

قد تقدم الكلام فى ذلك كله و أعاده للفرق بين انتقال الحق من الموروث إلى الوارث و بين انتقال الحق من المستحق إلى غيره ببيع و نحوه فإن الكفالة لا تنتقل حينئذ بخلاف الإرث فإنه يقتضى نقل كل حق للموروث فينتقل الدين و ما يتعلق به (و الحاصل) أن مورد الإرث عام فى المال و حقوقه و مورد المعاوضة ما وقع عليه العقد و قد نص عليه فى التذكرة و الحواشى و جامع المقاصد

(قوله) (لو أدى الكفيل لتعذر إحضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه سواء كفل بإذنه أو لا)

كما في التذكرة و جامع المقاصد و في (المسالك) نسبه إلى ظاهرهم و ذلك إذا طالبه المكفول و ضيق عليه بحيث يكون واجبا عليه و قد تقدم الكلام في ذلك في موضعين و لنا فيه نظر

(قوله) (و لو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له)

كما في التذكرة و وجهه ظاهر (فروع) الأول لو مات المحال عليه الموسر و لم يترك شيئا برئ الكفيل و سقط دين المحتال (الثاني) لو قال أعط فلانا كذا لم يكن كفيلا و لا يلزمه شيء و إن كان خليطا نص عليه في التحرير (الثالث) لو قال رجل لآخر أعط فلانا عنى كذا كان كفيلا صرح به في التحرير أيضا و هذا فرع تمس الحاجة إليه كثيرا كما إذا غضب الظالم على رجل و أراد منه مالا ليفكه من حبسه و أسرته و ظلمه أو نحو ذلك فقال لآخر أدّ عنى أو اضمن عنى فإنه يكون كفيلا لأنه أوقعه في يد غريمه أو ظالمه بالتماسه و له نظائر فكان هذا و من خلص غريما من يده صاحبه قسمين من أقسام الكفالة (الرابع) عقد الكفالة يصح دخول الخيار فيه مدة معينة لقوله جل شأنه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله صلى الله عليه و آله و سلم المؤمنون عند شروطهم نص عليه في التذكرة و حكى عن الشافعي بطلان العقد و عن أبي حنيفة بطلان الشرط فقط (الخامس) إذا قال رجل لرجل إن فلانا قد لازم فلانا و ضيق عليه فذهب فتكفل به فتكفل كما أمره غير مكره كانت الكفالة على من باشر العقد دون الأمر نص عليه في المبسوط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥٤

[الفصل الأول الصلح عقد جائز سائغ]

الصلح عقد جائز سائغ شرع لقطع التجاذب (١)

المقصد الخامس في الصلح و فيه فصول ثلاثة الأول (قوله) (الصلح عقد جائز سائغ شرع لقطع التجاذب)

أجمعت الأمة على جواز الصلح في الجملة و لم يقع بين العلماء خلاف فيه كما في التذكرة و المهذب البار و عليه إجماع المسلمين كما في المبسوط و السرائر و إجماع العلماء كافة كما في التحرير و قد نقل عليه إجماعنا في عدة مواضع و نفى عنه الخلاف بيننا كذلك و قد طفحت بهذا التعريف كتبهم كالوسيلة و الشرائع و النافع و التحرير و التنقيح و غيرها و قضيته اشتراطه بسبق الخصومة لأن القاطع للتجاذب مسبوق به و قد أطبقوا على أنه لا يشترط في صحته سبقها أي الخصومة كما صرحت بذلك عباراتهم بل ظاهر التذكرة و المسالك و المفاتيح الإجماع عليه و في (الكفاية) أنه لا يعرف فيه خلافا و في (مجمع البرهان) أن دليله الإجماع المفهوم من التذكرة و قبل ذلك ادعى هو أي الأردبيلي الإجماع منهم على ذلك و طريق الجمع أن يقال إن أصل شرعيته لذلك أي قطع النزاع و التعريف مبنى على ذلك و لا يلزم من ذلك ثبوته في كل فرد من أفراده إذ القواعد الحكمية لا يجب اطرادها كما قيل في قوله جل شأنه أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ و أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ فإنه لا ينافي دخول غير المتقين الجنة و العاصي غير الكافر النار و كما هو الشأن في مشروعيتها العدة فإنها عللت باستبراء الرحم و اطردت فيمن طلق زوجته المدخول بها أو مات عنها بعد مفارقتها لها سنين عديدة و كما في غسل الجمعة و كما في الفسخ بالعيب لأنه مظنة نقصان القيمة و كما في القصر للمشقة في السفر (و عساك تقول) إن السفر المخصوص مظنة المشقة و القصر تابع له بخلاف الصلح فإن الحكم لا يتعلق بما هو مظنة التجاذب بل أجريتموه فيما لا تعلق له بالمنازعة أصلا (لأننا نقول) إنها مناقشة في نظير واحد ثم إن الأدلة الدالة على ثبوته على نحوين (أحدهما) ما دل على أنه موضوع لقطع النزاع من دون أن يدل على انحصاره فيه كقوله جل شأنه (وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَالِحَا فإنه يدل على رفع المنازعة المتوقعة و كذلك بعض الأخبار و قوله تعالى فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا و نحو ذلك فإنه يدل على رفع السابقة (و الثاني) ما دل بإطلاقه على جوازه مطلقا كإجماعات و النبوى و حسنة البختری أو صحيحته إذ فيهما أي الخبرين الصلح

جائز بين المسلمين فيجوز أن يكون أصل شرعيته لقطع التنازع مع عدم انحصاره فيه كما دلت عليه بقية الأدلة سلمنا أنها لا تساعد لمكان لفظ الصلح المشعر أو الظاهر في الخصومة لكننا نقول حيث ثبت شرعيته لنقل الملك مع الخصومة تثبت مطلقا إذ الأصل عدم كون الخصومة شرطا له مع عدم القائل منا بالفصل على أنه تعريف غير متلقى من الشارع فليس بحقيقة شرعية فيجوز أن يكون تعريفا للمتفق عليه بين المسلمين و يظهر من فخر الإسلام كما هو صريح الفاضل المقداد و القطفى الجواب بأنهم أشاروا بهذا التعريف إلى أن الغرض الأقصى منه غالبا رفع الخصومة سواء تقدمت أم لا حيث يقدر أنه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين فإن النزاع يحصل غالبا لو لا عقد الصلح و ستمتع ما فى التحرير و الحواشى و كيف كان فهنا فوائد (الأولى) قال المصنف فى التحرير و الشهيد فى الحواشى الصلح على أنواع صلح بين المسلمين و أهل الحرب و صلح بين أهل العدل و البغى و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق و سيأتى و صلح بين الخصمين فى الأموال و هذا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥٥

إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا (١)

الباب معقود له انتهى كلامهما و قضيته أنه لا يصح الاستدلال عليه فى المقام بآية الشقاق و نحوها كما فى التذكرة و غيرها فتأمل (الثانية) قال فى المذهب البارع يثبت فيه خيار الشرط إجماعا (قلت) قد نفاه عنه الشيخ فى المبسوط لكن المشهور ثبوته فيه كما تقدم فى البيع و فى (التحرير و جامع المقاصد) أنه لا يجرى فى الصلح الذى يفيد الإبراء و قال فى (المذهب البارع) إنه لا يثبت فيه خيار الغبن و لا المجلس و قد يظهر ذلك أى عدم ثبوت خيار الغبن فيه من الوسيلة و التحرير و غيرهما و أما عدم جريان خيار المجلس فيه فمما لا-رب فيه و استشكل فى المقتصر فى ثبوت خيار الغبن فيه ثم استظهر عدمه و قال (فخر الإسلام و الشهيد فى الدروس) و المقداد و القطفى و الصيمرى إنه يثبت فيه خيار الغبن كما سلف فى باب البيع و لعل الأولى أن يقال إن وقع على معاوضة دخله خيار الشرط و إن وقع على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط لأنه شرع لقطع المنازعة و اشتراط التأخير يعود بالخصومة فكان منافيا لمشروعيته فتأمل جيدا بل قد يقال بعدم دخوله إذا وقع على إبراء ما فى الذمم مع جهالته و كذلك الحال فى خيار المؤامرة و أما خيار الغبن فإن وقع الصلح على معاوضة ثبت فيه خيار الغبن بل لو شرط سقوطه بطل العقد أو الشرط على احتمال كما قال بكل جماعة فى البيع و إن وقع على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقة ما يدعيه و كان مغبونا فيما صالح عنه فلا خيار و كذا إن وقع على ما فى الذمم و كان مجهولا ثم علم بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما على تأمل و إن فصل هذا التفصيل أبو العباس و الصيمرى لأن مداره على الضرر و عدمه و العموم قضية إطلاق الدروس (الثالثة) الظاهر أنه إذا وقع على معاوضة يثبت فيه خيار الرؤية و العيب و خيار التأخير و ما يفسده المبيت لمكان الضرر إلا أن تقول إن خيار التأخير خاص بالبائع و البيع لمكان الخبر الخاص كما قال جماعة و ذلك لا- يقضى بنفيه فيما يفسده المبيت و إن كان من سنخه لأن المدار فيه و فى العيب و الرؤية على الضرر (و الحاصل) أن أخبار الصلح إنما تدل على جوازه و مشروعيته و عموم أو فَوْوا بِالْعُقُودِ و إن قضى بالزوم لكنه مخصوص بخبر الضرر المجمع عليه فكان المدار على الضرر بل قد يقال كما قيل فى البيع إنه لو شرط سقوط خيار الرؤية بطل العقد و حيث يجوز الفسخ للعيب و لا «١» أُرش هنا مع احتمالهما كما فى الدروس (الرابعة) قال فخر الإسلام الصلح صالح لنقل الأعيان و نقل المنافع و إبراء الذمة و لمجرد قطع المنازعة و هذا من خصائصه و ليس فى العقود ما يجمع ذلك كله (قلت) و من خصائصه أنه يصح مع جهالة مخصوصة كما سيأتى و يأتى الكلام فى إفادته مجرد قطع المنازعة (الخامسة) الذى نختاره جريان المعاطاة فيه كما تقدم بيانه فى باب البيع (قوله) (إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا)

هذا هو الحديث النبوى المروى فى الفقيه مرسلا و قد روته العامة أيضا (قال فى الفقيه) قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما و حرم حلالا و قد نقل على هذا إجماع المسلمين فى المبسوط و السرائر و إجماع

العلماء كافة في التحرير و إجماعنا في الغنية و به طفحت عباراتهم و هذا الاستثناء معتبر في جواز جميع العقود بل يعتبر في جميع الأمور الجائزة عدم اشتغالها على حرام و لعلهم إنما يذكرونه في الصلح

(١) كذا في النسخ و الظاهر فلا أو لا (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥٦

كالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع أو صالحه بخمر أو خنزير أو صالحه مع إنكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه أو لا. فإن الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكا و لا إبراء إلا أن يعرف المالك ما عليه و يرضى باطنا و كذا لو كان المدعى كاذبا فصالحه المنكر فإنه غير مباح إلا مع رضا «١» الباطن (١) و هو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره و إن أفاد فائدته (٢)

و خيار الاشتراط لوجوده في الأخبار فيهما و ستسمع معنى ذلك

(قوله) (كالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع أو صالحه بخمر أو خنزير أو صالحه مع إنكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه أو لا. فإن الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكا و لا إبراء إلا أن يعرف المالك ما عليه و يرضى باطنا و كذا لو كان المدعى كاذبا فصالحه المنكر فإنه غير مباح إلا مع رضا الباطن)

هذه الأقسام يمكن أن تجعل من المحللة للحرام و المحرمة للحلال باعتبار العوضين و في (التنقيح و المسالك و الروضة) أنه قد فسر فيه تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع لا سبب لإباحته غيره أو ليشربا أو أحدهما الخمر و نحو ذلك و تحريم الحلال بأن لا يظأ أحدهما حليلته أو لا ينتفع بماله و نحو ذلك و الاستثناء على هذا متصل لأن الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا و باطنا و فسر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعتة أو بدله مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى و الاستثناء عليه يكون منقطعاً للحكم بصحته ظاهرا و إنما هو فاسد في نفس الأمر و الحكم بالصحة و البطلان إنما يطلق على ما هو الظاهر و يمكن كونه متصلاً نظراً إلى بطلانه في نفس الأمر و لعل هذا التفسير أجود مما قبله لأنه مؤثر ظاهرا و هو الذي يناسب ظاهر حال الشارع بخلاف السابق لعدم التأثير فيه أصلاً بل إطلاق المحلل و المحرم عليه إنما هو بحسب إرادة المصطلحين خاصة و زاد في التنقيح في تفسيره بأن يصطلح على معاملة تؤدي إلى الربا أو على جارية يأخذها أحدهما بشرط أن لا يظأها انتهى و هذان حكاهما كاشف الرموز عن صاحب الواسطة و هذا يعطى أنه يدخله الربا و يأتي الكلام فيه و قد يشعر إطلاق كلام التنقيح في المثال الثاني بأن المراد بالحلال و الحرام ما كان كذلك بأصل الشرع أو به و بتوسط العقد و قد تقدم الكلام في مثل ذلك في باب الشرط في البيع عند بيان معنى قوله صلى الله عليه و آله و سلم المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حلل حراماً أو حرم حلالاً و قد قلنا هناك إن مرادهم الأول إلا أن يدل دليل على إرادة ما يعم الثاني و قد بينا الحال هناك و معنى قوله في الكتاب أو صالحه مع إنكاره ظاهرا إلى آخره أنه إذا أنكر المدعى عليه المدعى به ظاهرا و صولح على قدر بعض ما عليه في الواقع سواء كان من جنسه أم لا فإن هذا الصلح باطل بحسب الواقع و لا يثمر ملكاً إن كان المدعى به عينا و لا إبراء إن كان ديناً سواء عرف المالك قدر حقه أم لا و سواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه أم لا لأن صلحه ربما كان توصلاً إلى أخذ بعض حقه إلا أن يعلم أن المالك قد رضى باطنا مع علمه بقدر الحق و وجه البطلان فيما لو كان المدعى كاذباً فصالحه المنكر أن الظاهر أنه يريد التخلص من عهده دعواه الكاذبة و أنه مع عدم التراضي أكل مال بالباطل هذا بحسب نفس الأمر أما بحسب الظاهر فإنه صلح صحيح و تمام الكلام يأتي في ذلك كله

(قوله) (و هو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره و إن أفاد فائدته)

قال في

(١) الرضا خ ل

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥٧

.....

(التذكرة) الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً على غيره بل أصل في نفسه منفرد في حكمه ولا يتبع غيره وجعله في السرائر مذهب أهل البيت عليهم السلام والإجماع ظاهره أى السرائر في موضعين منها أيضاً وهو أى الإجماع ظاهر شرح الإرشاد لفخر الإسلام والمفاتيح وفي مجمع البرهان كأن ما نسب إلى المبسوط نقله عن العامة لا- مذهباً له وإلا- لما ادعى في التذكرة الإجماع من دون نقل خلاف وقد حكيت الشهرة عليه في التنقيح وجامع المقاصد والكفاية ولا يعجبني ما في المختلف والروضه من أنه الأشهر مضافاً إلى ما ذكره بعده في المختلف كما ستسمع ومما صرح فيه بذلك أى بأصلته وعدم فرعيته الشرائع والتحرير والمختلف واللمعة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وإيضاح النافع والروضه والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو ظاهر الباقيين من وجوه أحدها أن الأصل في العقود الأصالة كما في التذكرة وقد نسب في السرائر وكشف الرموز الخلاف إلى الخلاف لقوله فيه إذا أتلف رجل على غيره ثوباً يساوي ديناراً فأقر له به فصالحه على دينارين لم يصح إلى أن قال فلو أجزنا أن يصلح على أكثر من دينار كان بيعاً للدينار بأكثر منه وذلك ربا لا يجوز (قلت) قد ذكر هذا الفرض بعينه في المبسوط وحكى عن أبي حنيفة أنه جوزه وقال إنه قوى لأننا بينا أن الصلح ليس ببيع وإنه عقد قائم بنفسه ونسب الخلاف في المختلف إلى الشيخ في المبسوط ثم قال إن الشيخ في المبسوط قال إنه ليس فرعاً للبيع وإنما هو عقد قائم بنفسه وتبعه جماعة من المتأخرين على نسبة الخلاف إلى المبسوط جازمين به وزاد أبو العباس نسبته إلى القاضي ولو كان كذلك لنبه عليه في السرائر بل قال أى في السرائر إنه أى الشيخ فيه أى المبسوط موافق له قال قال في (المبسوط) بعد أن ذكر مقالة الشافعي وقوى في نفسه أن يكون هذا الصلح أصلاً قائماً في نفسه ولا يكون فرع البيع ولا- يحتاج إلى شرائط البيع واعتبار خيار المجلس على ما بيناه فيما مضى انتهى (قلت) وهو كذلك غير أنه لم يصرح بأنه لأحد من العامة واحتمال أن تكون الإشارة إلى خصوص المثال الذي ذكره بعيد جداً نعم يمكن أن تكون الإشارة إلى خصوص عدم إجرائه مجرى البيع ويكون قائلاً- بإجرائه مجرى غيره من الإجارة وغيرها ويدفعه أنه لا- قائل بالفصل قال في (المبسوط) بعد أن نقل إجماع المسلمين على جوازه ما نصه فالصلح ليس بأصل في نفسه وإنما هو فرع لغيره وهو على خمسة أضرب (أحدها) فرع البيع (ثانيها) فرع الإبراء (ثالثها) فرع الإجارة (رابعها) فرع العارية (خامسها) فرع الهبة وسنذكر هذه الأقسام إذا ورث رجلان من مورثهما مالا فصالح أحدهما صاحبه على نصيبه من الميراث بشيء فإن هذا الصلح فرع البيع ويعتبر فيه شرائط البيع فما جاز في البيع جاز فيه وما لم يجز فيه لم يجز فيه ومن شرائط صحة البيع أن يكون المبيع معلوماً فيجب أن يعلم قدر نصيب البائع من التركة ويشاهدها جميعاً إلى أن قال وقوى في نفسه إلى آخر ما في السرائر وقد سمعت ما حكيناه عنه آنفاً في من أتلف ثوب غيره والذي بينه فيما مضى في باب البيع هو قوله فيه أى المبسوط إن كان الصلح معاوضة فليس له الرجوع فيه يعني في المجلس لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال الصلح جائز بين المسلمين ولا دليل على إجرائه مجرى البيع انتهى لكن كلامه فيما إذا ادعى عليه أن هذه الدار داره فأقر له بها ثم صالحه على سكنها سنة صريح فيما نسبوه إليه ونحوه غيره كما ستعرف وعلى تقدير أن يكون ذلك مذهباً للشيخ فالفرق بينه وبين الشافعي أنه لا بد عند الشافعي من سبق دعوى ومنازعة بخلاف الشيخ والفرق بين الشيخ والأصحاب أن حكمه عنده حكم ما جعل فرعاً له في الأحكام فحيث يكون فرع البيع يحتاج إلى شرائطه وتجرى فيه جميع أحكامه وحيث يكون فرع العارية

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥٨

و يصح على الإقرار والإنكار إجماعاً (١)

و الهبة على بعض الوجوه أو السكنى كذلك كما إذا تقيّد بوقت يكون جائزاً وبالجملة حكمه عنده حكم ما أفاد فائدته و عندهم لا يكون إلا لازماً مع استكمال شرائطه و تحرير مذهب الشافعى أنه فرع البيع حيث يكون فى يده عين أو فى ذمته دين فيدعيها إنسان فيقر له بها ثم يصلحه على ما يتفقان عليه فهو فرع على البيع بل هو بيع عنده و فرع الإبراء حيث يكون له فى ذمته دين فيقر له به ثم يصلحه على أن يسقط بعضه و يدفع إليه بعضه و فرع الإجارة حيث يكون له عنده دين أو عين فيصلحه عن ذلك بخدمة عبد أو سكنى دار مدّة و فرع الهبة حيث يدعى عليه دارين أو عبيدين و شبههما فيقر له بهما و يصلحه من ذلك على أحدهما فيكون هبة للأخرى و فرع العارية حيث يكون فى يده دار فيقر له بها فيصلحه على سكنائها شهراً فيكون ذلك عارية و لا يخفى قصور دليله إذ قد يفيد فائدتها و ليس هو هى كما أن الوصية بمنفعة الدار تفيد فائدة الإجارة و ليست هى و كذلك السكنى و الرقبة و العمرى و كذلك القسمة و الهبة المشروطة بالعوض تفيدان فائدة البيع و ليستا بيعاً (قوله) (و يصح على الإقرار و الإنكار إجماعاً)

كما فى المسالك و ظاهر جامع المقاصد و الروضة و الكفاية سواء كان المدعى به ديناً أو عيناً عند علمائنا أجمع كما فى التذكرة و هو من خواصنا و متفردات الإمامية لأن الحنفى لا- يجيزه إلا- مع الإنكار و الشافعى لا- يجيزه إلا مع الإقرار كما فى كشف الرموز و إيضاح النافع و التنقيح و الإجماع على جوازه مع الإنكار صريح الغنية و ظاهر الخلاف و المراد بصحته مع الإنكار صحته بحسب الظاهر و دليل ذلك بعد ذلك عمومات الكتاب و السنة و أنه سبب لإسقاط الخصومة فجاز مع الإنكار كالإبراء و أنه لو لم يصح مع الإنكار امتنعت أكثر فوائد الصلح لأنه شرع لقطع التنازع و هو أنما يتحقق مع المخالفة بين المتداعيين و هو أن ينكر أحدهما ما ادعاه الآخر و قول الشافعى أنه عاوض على ما لم يثبت له فلم يصح كما لو باع مال غيره (فيه) أنا نمنع بطلان المعاوضة بالصلح على ما لم يثبت فإنه عين المتنازع فيه و حمله على البيع قياس و بيان الحال فى المقام أن صحة الصلح مع الإقرار و الاعتراف بالمدعى مما لا ريب فيها لمعلوماته عند صاحبه و لا فرق بين أن يصلح عنه بأقل منه أو بأكثر لمكان العلم و حصول التراضى و أما فى صورة الإنكار فإنه باعتبار اختلاف الخصمين نفيًا و إثباتًا يحتمل أن يكون المدعى محقاً إذا ادعى على المنكر ديناً أو عيناً فالصلح و إن أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر و عدم صحة الدعوى بعد ذلك لصحته بحسب الظاهر إلا أنه لا يفيد براءة ذمّة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح فيما لو فرض أنه صالحه على أقل مما فى ذمته فى الواقع أو على بعض العين بل يبقى مشغول الذمّة بالباقي و إنما تبرأ ذمته بقدر ما دفعه خاصة لمكان إيصال بعض الحق لا للصلح كما أفصحت بذلك صحيحه عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام قال إذا كان للرجل حق فمطله حتى مات صاحبه ثم صالح ورثته على شىء فالذى أخذ الورثة لهم و ما بقى فهو للميت يستوفيه منه فى الآخرة و إن هو لم يصلحهم على شىء حتى مات و لم يقض عنه فهو للميت يأخذه به و فى هذا الحديث خمس فوائد و نحوه الموثق و فى معناه أخبار آخر و لو كان قد صالح منكر الحق على العين بمال آخر فهى بأجمعها فى يده مغصوبة و لا يستثنى له مقدار ما دفع لعدم صحة المعاوضة فى نفس الأمر و كذا لو انعكس و كان المدعى مبطلاً فى نفس الأمر لم يستبح ما صولح به من عين أو دين لأن هذا كله أكل مال بالباطل و إنما صالح المحق المبطل دفعا لدعواه الكاذبة و قد يكون استدفع

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٥٩

من غير سبق خصومة و مع سبقها (١) سواء علماً بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاًه ديناً كان أو عيناً (٢)

بالصلح ضرراً عن نفسه أو ماله و قد عد ذلك من صور الإكراه على الصلح كما يأتى و مثل هذا لا يعد تراضياً يبيح أكل مال الغير كما نبه على ذلك فى المسالك و الروضة و الكفاية و المفاتيح و الرياض و قال فى (المسالك و الروضة) نعم لو كانت الدعوى مستندة إلى شبهة أو قرينة يخرج بها عن الكذب المحض كما لو وجد المدعى بخط مورثه أن له على فلان مالا أو شهد له من لا

يثبت الحق بشهادته شرعا و لم يكن المدعى عالما و إنما ادعى بناء على هذا الفرض و توجهت له اليمين على المدعى عليه فصالحه على إسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الأمر لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها و نحو ذلك ما في المفاتيح و لا يخلو من تأمل كما في الكفاية و مثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث توجه اليمين على المنكر و لا يمكن ردها

(قوله) (من غير سبق خصومه و مع سبقها)

هذا قد تقدم الكلام فيه

(قوله) (سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاه دينا كان أو عينا)

التقييد بكون المصالح عليه متنازعا فيه كما وقع في كثير من العبارات كالشرائع و غيرها غير لازم بل مبنى على الغالب إذ الحكم آت في مطلق المصالح عليه و إن لم يكن بمنازعة مع علمهما بما يتصلحان عليه و جهلهما به كوارث تعذر علمه بمقدار حصته و شريك امتزج ماله بمال آخر بحيث لا يتميزان و لا يعلمان قدر ما لكل منهما و نحو ذلك و كيف كان فقد قال في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا و لا جنسا بل يصح الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه و جنسه أو جهلاه دينا كان أو عينا و سواء كان (إرثا خ ل) أرشا أو غيره عند علمائنا أجمع و في (الرياض) أنه لا خلاف فيه في الجملة و ظاهر المسالك الإجماع على الصحة مع جهلهما بمقداره بحيث تعذر عليهما علمه (قلت) فهنا أربع صور (الأولى) أن يعلم ما وقعت فيه المنازعة (الثانية) أن يجهلاه و يكون مما يتعذر معرفتهما له مطلقا (الثالثة) أن يجهلاه و يمكن معرفته في الحال (الرابعة) أن لا يمكن معرفته في الحال كعدم المكيال أو الميزان أو كون النصيب من الميراث يتعذر العلم به في الحال مع إمكان الرجوع بعد ذلك إلى عالم بعد مسيس الحاجة إلى أخذه أو كون العوضين غائبين أو أحدهما و تعذر الإحضار أو نحو ذلك (أما الأولى) فالحكم فيها بالصحة واضح من غير ريب كما في الكفاية لارتفاع الجهالة و يجيء في المبطل بمنازعة ما تقدم و لا فرق بين كون المدعى دينا أو عينا و كون الصلح بمقداره أو أقل أو أكثر مع حصول الرضا لصحة المعاملة ظاهرا و باطنا (و أما الثانية) فكذلك لتطابق النصوص و الإجماعات و الفتاوى عليها مع موافقة الحكمة و الاعتبار أما النصوص فبالعموم و الخصوص أما الأول فعموم السنة مع موافقة عموم الكتاب و أما الثاني ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام و في صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام و صحيح منصور بن حازم و موثقه عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لك ما عندك و لي ما عندى قال لا بأس إذا تراضيا و طابت أنفسهما و نحوها غيرها و قد يقال إنها ليس فيها صراحة بالصلح فليتأمل فقد استدلوا بها على ذلك من دون تأمل و لعلهم يريدون أنه إذا صح بالمعاطاة بالأولى أن يصح بعقد الصلح و قد سمعت ما في التذكرة و المسالك من الإجماع و عليه المدار (و أما الاعتبار) فإن من عليه حق يجهل هو و مالكة قدره و يريد إبراء ذمته يجب أن يكون له طريق إلى ذلك و لا طريق إلا الصلح فوجب أن يكون سائغا و إلا لزم الحرج و الضيق

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦٠

.....

و أنه إذا صح الصلح مع العلم بالأولى أن يصح مع الجهل لأنه في الأول له طريق إلى التخلص و مع الجهل لا طريق له و لو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع المال فتأمل (و أما الثالثة) فقد منع من صحة الصلح فيها في التحرير و التذكرة و الدروس و المهذب البارع و التنقيح و ظاهر الكتاب فيما يأتي و جامع المقاصد و المسالك و قد تؤذن عبارة التذكرة بالإجماع عليه و لعله لمكان الجهل و الغرر فيهما الموجبين للضرر بالزيادة أو النقص مع إمكان التحرز عنهما فيكونون قد رجحوا عموم أدلة النهي عن الغرر على عموم أدلة الصلح لاعتضاد تلك بالاعتبار و ظهور كونها قاعدة كلية لكثرة دورانها في كلامهم و تقديمها عندهم في أكثر أبواب المعاملات على

أدلة الصحة فيكون عموم أدلة الصلح مخصوصا بما لا ضرر فيه و لا جهالة و قد يكونون يقولون إنهما تعارضا فتساقطا فرجعنا إلى حكم الأصل الأصيل و هو عدم الصحة و قد ترجح عموم أدلة الصلح بكثرتها و ظهورها فيما يشمل هذه الصورة و بأن الصلح أوسع من البيع و نحوه لأنه قد شرع على المسامحة و المساهلة و لهذا يجوز عند تعذر العلم و ذلك لا يجوز في البيع إلا أن تقول إن ذلك أيضا جائز في البيع كبيع أس الحائط و أخشاب السوق و طي البئر و لك أن تقول إن الصلح يجوز بلا عوض كما يأتي فمع جهالته أولى فتأمل و بإطلاقات كثير من العبارات لكن الأول أشبه بأصول المذهب و عليه أى على الأول فلو صالحه على صبرة من طعام من غير كيل و لا وزن لم يصح و كذلك الصلح على نصيب شخص من ميراث مع إمكان العلم بقدره في الحال لكن في الإرشاد و مجمع البرهان أنه يكفي فيما وقع عليه الصلح العلم في الجملة و قال- إنه يكفي المشاهدة في الموزون و يأتي تمام الكلام (و أما الرابعة) فالصحة فيها خيرة الدروس و المهذب البارع و التنقيح و المسالك لتناول الأدلة كلها لها مع أنه قد تقضى الحاجة به و تمس الضرورة إليه لانحصار الطريق فيه و حصول الضرر بالتأخير و ليس من ذلك ما إذا كانا معدومين كأن يصلحه بما ستحمل به دابته على ما ستحمل به دابته و بالدار التي سيئنها على الدار التي سيئنها أو أحدهما موجودا و الآخر معدوما لعدم تناول الأدلة له و إن قلنا بالتناول قلنا إنها مخصوصة بغير ذلك لما فيه من الجهل و الغرر الموجين للضرر و السفه و إذا علم أحدهما دون الآخر وجب إعلامه كما في الدروس و جامع المقاصد و المسالك و في (التذكرة و الكتاب) في آخر الباب و جامع المقاصد أنه لا يحكم بالصحة بدون الإعلام و مرادها أنه لا يصح الصلح في نفس الأمر بدون الإعلام إذا كان المصالح به بدون قدر الحق كما نبه عليه في الدروس و التنقيح و المسالك و غيرها كما تقدم (و تنقيح) البحث أن يقال إذا كان العالم هو الغريم فقط فإما أن يكون الحق عينا أو دينا فإن كان الأول فإما أن يمكن إيصالها أو لا فإن كان الأول أى يمكن إيصالها فقد تقدم أن الصلح لا يصح في نفس الأمر و إن كان ما صالح عليه أكثر من قيمتها و يمكن القول بالصحة ظاهرا بالنسبة إلى المستحق خاصة في المقدار الذي أخذه بجعله مقاصد أو لمكان الحيلولة و إن كان لا يمكن إيصالها فالأصح الصحة بالأكثر و المساوى لا بالأقل و إن كان دينا فإنه يصح مع المساواة و الزيادة و لعله مما لا نزاع فيه و أما مع النقصان فلا يصح و لا يبرأ إلا فيما قبله لإيصال بعض الحق لا للصلح لما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق عن علي بن أبي حمزة قال قلت لأبي الحسن عليه السلام رجل يهودى أو نصرانى كانت له عندى أربعة آلاف درهم فمات أ يجوز لى أن أصلح ورثته و لا أعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى تخبرهم و لصحيحة عمر بن يزيد المتقدمة و في (الدروس) أن الأولى نص في الباب قلت و عليها ينزل إطلاق أدلة الصحة و صحيحة الحلبي و غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصلح عليه فقال إذا كان بطيب نفس من

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦١

و هو لازم من الطرفين (١) لا يبطل إلا باتفاقهما على فسخه و لا بد من متعاقدين كاملين (٢) و ما يتصلحان به و عليه و يشترط فيهما التملك (٣)

صاحبه فلا بأس و إطلاقه أى الموثق و إن شمل ما إذا وقع الصلح بقدر الحق و ما إذا وقع بدونه إلا أنه لمكان غلبة الثاني مقيد به فيرجع في المساوى و الزائد إلى عموم أدلة الصلح و يقتصر في تخصيصها بالخبر على ما إذا كان بالأقل لأنه الغالب المتيقن هذا كله إذا لم يكن من له الحق قد رضى باطنا بالصلح بالأقل فلو رضى به باطنا كان الصلح صحيحا ظاهرا و باطنا كما في التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح و قد استدل عليه بصحيحة الحلبي المتقدمة فلا يجوز للمستحق حينئذ أخذ ما زاد عن مال الصلح و إن علم الزيادة و لا كذلك لو لم يرض باطنا فإنه لو علم بعد ذلك مقدار الحق و زيادته عما صالح عليه بالبينه أو الإقرار و كان أخذ ما زاد و كان الصلح باطلا باطنا و ظاهرا و إن كان قبل ذلك صحيحا ظاهرا لعدم العلم بكونه خادعا مبطلا في صلحه إذ يكفي اشتباه حاله في صحة صلحه ظاهرا و إن كان العالم صاحب الحق فقط دون الغريم و رضى بالصلح الواقع فإن كان

بقدر الحق أو أقل فالصلح صحيح في نفس الأمر عينا كان الحق أو دينا و لعله إجماعى و كذا إذا كان زائدا عليه مع رضا الغريم باطنا و أما مع عدمه فيصح ظاهرا لا باطنا كما قاله جماعة و قد تقدم أيضا التنبيه عليه فلتلحظ هذه المباحث كلها فإن للبحث فيها مجالا (قوله) (و هو لازم من الطرفين)

كما في الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و التبصرة و الدروس و اللمعة و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و المفاتيح و هو معنى ما في الوسيلة و السرائر و التذكرة من أنه إذا تم لم يكن لأحدهما رجوع على الآخر و لا خيار بعد انعقاده و في (الكفاية) أنه لازم على المشهور من كونه أصلا في نفسه و هو كذلك و الوجه فيه أنه عقد و الأصل فيه اللزوم للعموم فتفريع اللمعة اللزوم على كونه صلحا جائزا جيد جدا و اعتراض الروضة بأن الصلح أعم من اللازم كأنه في غير محله و مراد الشهيد بالجائز الصحيح لأنه لا يتصف عنده بالجواز و إن وقع بغير عوض كما يأتي في مسألة السكنى و يجيء على قول الشيخ إن صح ما نسب إليه أنه جائز في بعض موارد إذا كان فرع العارية و الهبة على بعض الوجوه كما تقدم (قوله) (لا يبطل إلا باتفاقهما على فسخه)

كما صرح به في أكثر ما تقدم و هو قضية كلام الباقيين و في (الرياض) نفى الخلاف عن فسخه بالتقاييل (قلت) و لأنه تجارة عن تراض و كل مال بطيب نفس مضافا إلى أدلة استحبابها و عن (مجمع البرهان) الإجماع عليه و يبطل أيضا بظهور استحقاق أحد العوضين كما صرح به جماعة و سيأتي (قوله) (و لا بد من متعاقدين كاملين)

إجماعا كما في التذكرة كما ستسمعه و لا بد من صيغة و من الإيجاب و القبول كما في التذكرة و جامع المقاصد و اللمعة و الروضة و لا بد من المقارنة كما في التذكرة و نسب ذلك كله في مجمع البرهان إلى ظاهر الأصحاب و بالجملة حال سائر العقود اللازمة و تصح وظيفته كل من الإيجاب و القبول من كل منهما بلفظ صالح و قبلت كما في الروضة (قوله) (و ما يتصلحان به و عليه و يشترط فيهما التملك)

أى لا بد من العلم بما يتصلحان به و عليه كما في الحواشى و الأظهر أن المراد أنه لا بد من وجود مصالح به و مصالح عليه و اشتراط العلم شيء آخر كما ستسمع قال في (التذكرة) أركانه أربعة المصطلحان و يشترط كونهما جائزى التصرف كما في سائر العقود و رضاهما إجماعا و المصالح عليه و المصالح عنه و يشترط فيهما التملك فلو كان غير مملوك مثل خمر أو استرقاق حر مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦٢

.....

أو استباحة بضع محرم لم يقع و لم يفد العقد شيئا بل يقع باطلا بلا خلاف و كذا يبطل على مال غيره لعدم الملكية بالنسبة إليهما و لعله أراد بالتملك ما يشمل الحق كالشفعة و التحجير و إسقاط الدعوى و نحوها من الحقوق التي يصح الصلح عليها و وجهه أنه من عقود المعاوضات فلا بد من عوضين و قد قيل عليه إن الصلح إذا وقع موقع الإبراء كما لو صالحه من الحق على بعضه فإنه صحيح لعموم شرعية الصلح و ليس فيه عوضان (و أوجب) بأنه يكفي في حصول المغايرة الجزئية و الكلية كذا في جامع المقاصد لكن في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و الدروس و إيضاح النافع و المسالك و الروضة أنه لو ادعى عليه دارا فأقر له بها ثم صالحه المقر على سكنها فيها سنه صح الصلح و قد صرح (فيما خ ل) فيها عدى المبسوط باللزوم و عدم جواز الرجوع مع أنه ليس هناك عوض و العين الخارجة من يد المقر ليست عوضا عن المنفعة الراجعة إليه لثبوتها للمقر له بالإقرار قبل أن يقع الصلح فلا يكون في مقابلة المنفعة عوض نعم لو أنكر فصالح المنكر المدعى على سكنها سنه صح و لزوم لأن السكنى عوض عن دعواه و كذا لو كان الساكن المنكر لأنه عوض عن جوده و قد سها في ذلك القلم في المسالك و حكى الشهيد عن شيخه الفخر و العميد أنه

يصح بدون العوض و يكون فرع التملك كما لو قال مالك المتاع صالحتك على هذا المتاع فقال المصالح قلت فإنه يصح و يكون كأنه قال ملكتك هذا الكتاب انتهى فتأمل و الظاهر أنه لا نزاع كما في مجمع البرهان في أنه لا بد من معلومية ما يقع عليه الصلح إذا لم يكن هو مما يصلح عليه مثل ما في صحيحة محمد بن مسلم و معناه أنه يستثنى منه ما إذا لم يدر كل واحد كم له عند صاحبه فإنه يصح مع الجهالة حينئذ كما تضمنه الخبر ثم استظهر أنه يكفي العلم في الجملة (قلت) قد أوجب في التحرير و التذكرة أن يكون العوض معلوماً إن كان مما يحتاج إلى تسليمه لا فيما إذا كان لا يحتاج إلى تسليمه و لا سبيل إلى معرفته كالمتنازعين في مواريث مجهولة لكن عبارة التحرير أظهر في المراد من عبارة التذكرة و إن كان قد يظهر منها الإجماع و في (الدروس) أن الأصح أنه يشترط العلم بالعوضين إذا أمكن و هو الظاهر منه في موضعين آخرين و قد سمعت ما في الحواشي و قد تقدم نقل ما في الكتاب و حواشيه و التنقيح و المهذب البار و المسالك و في (الإرشاد) لا بد من العلم بما وقع عليه الصلح و أنه تكفي المشاهدة في الموزون و قد أطال المقدس الأردبيلي في الاستدلال بما لا ينهض دليلاً و إن صح ما حكى عن المبسوط من الفرعية كان الشيخ فيه موافقاً لهؤلاء في بعض مخالفاً لهم في آخر هذا و لا يشترط في مورد الصلح أن يكون مالا فيصح عن القصاص و عن عيب المبيع سواء قل العوض أو كثر و لإسقاط الدعوى و إسقاط الخيار و التحجير و حق الشفعة و الأولوية في موضع مباح من الخان و السوق و المسجد و المدرسة كما صرح به في التذكرة و غيرها و هو معنى قوله فيها أيضاً و لا يجوز الصلح على ما ليس بمال مما لا يصح أخذ العوض عنه و الحاصل في المقام هو ما قاله فيها أيضاً من أنه يصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه و إن لم يجز بيعه و لا خلاف بينهم على الظاهر في ذلك (فعلى هذا) لا يصح الصلح عن إسقاط الدعوى بحلف المنكر للمدعى على أنه برىء مما يدعيه لأن صحة ذلك فرع جواز مقابلة حلف المنكر بمال حتى يكون حقاً مالياً يصح فيه الصلح و فرع كون هذا الصلح يفيد المدعى فائدة لا تعود عليه بنقض مراده أو كرهه على أعظم مما فر منه أما الأول فلا- ريب أن المدعى إذا كان قاطعاً بكذب المنكر و أنه ظالم عالم غير غافل كانت يمينه حراماً لا تجوز المصالحة

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦٣

.....

عليها «١» و لا يرد مثل ذلك فيما إذا صالح المنكر المدعى الكاذب على إسقاط دعواه بمال لأنه مضطر إلى ذلك و يريد دفع ظلمه له و ضرره عنه كما هو واضح و قد تقدم بيانه و المدعى فيما نحن فيه مختار و قد أوجب على المنكر بعقد الصلح الكذب الصريح إن صح الصلح كما يقوله الخصم و لا- يرد أيضاً مثل ذلك ما إذا حلفه الحاكم لأن الحاكم لم يلزمه بذلك في عقد و لا غيره و إنما يخيره بين الحلف و الرد و أداء المال فإذا خالف و حلف فقد ظلم نفسه و صاحبه باختياره و للمدعى حاجة في تحصيل ماله فلا إعانة منه على الإثم و لا- معاوضة له عليه تلزمه بذلك فلم يكن الحلف هنا سائغاً فضلاً عن كونه مما يقابل بمال فلا يصح الصلح به عن إسقاط الدعوى و أما الثاني و هو أنه لا فائدة فيه فلأن أقصى ما يتخيل أن للمدعى أن يقول إن الخصومة عند الحاكم مكروهة و أنا أصالحك حتى لا أحضر و هذا أو هن شيء لأنه يكون قد فر من المكروه إلى الحرام ثم إن المنكر إذا حلف برأ كما تقولون و عاد النفع عليه بسقوط الدعوى عنه و لم يحصل للمدعى شيء يفيد (فإن قلت) لعله ينكل فيؤدى ما ادعاه عليه (قلت) هذا نكول عند غير القاضى فلا يلزم به بالحق قولاً واحداً على أنه لو انتفع بترك الحلف لزم الخلف لأن العقد كان على الحلف فعاد إلى تركه و قد قلنا إن النكول لا- يلزمه بالحق فعادت الدعوى باقية على حالها و المقصود إسقاطها و مثله ما إذا كان غرضه من تحليفه كاذباً هلاكه ليتشفى به فإنه صلح على حرام لغرض حرام و قد عرفت حال النكول على أن هذا ليس من مباحث العلماء و أما إذا كان المدعى عالماً بأن المنكر ناس قاطع بعدم شغل ذمته و أنه يحلف على البت و اليقين كان بذله له مالا على ذلك من السفه العظيم فالمصالحة عليه بإسقاط الدعوى كذلك و احتمال وجود مصلحة في ذلك مع ظهور ذلك تعويل على الهباء و اتكال على المنى على أنه يكون

قد صالح على الكذب على المهذب المشهور من أنه مخالفة الواقع لا كما يقوله الجاحظ و النظام و أما إذا كان ظانا كأن كان وليا لیتيم أو مدعيا عليه بسرقة أو غضب أو قتل فإن دعوى الظان تسمع في هذه فإن كان الأول فلا يصح أن يقابل حلف المنكر بمال ليرفع عنه كراهية الحضور عند الحاكم أو يحصل له الاطمئنان لأنه يجب عليه الحضور عند الحاكم لأنه مال یتيم و اطمئنانه لا يجدى جدوى في إسقاطه دعوى الیتيم عنه إذا بلغ قطعا و يغرم ما دفعه في مقابلة الحلف من ماله لا من مال الیتيم لأنه يقول له كنت تحضره عند الحاكم فلعله كان يقر و لا ضرر عليك لأنه لا رد عليك فكانت مصالحتك عبثا محضا و أما إذا ادعى على أحد هذين أنه سرق أو غضب أو قتل و هو قاطع بأن أحدهما سارق أو غاصب ظان بكل واحد منهما فالصلح على يمين كل واحد منهما بانفراده كالصلح على ما يحتمل أنه خمر و هو باطل ثم إن أحد الصلحين وقع على ما هو خمر قطعا و أما إذا قال إني أظن أن لى عندك مائة مثلا فصالحنى على حلفك بخمسين أدفعها لك مثلا حتى أطمئن فإن كان المدعى عليه عالما بأنه مشغول الذمة له لا يصح له أن يصلحه لأنه يكون قد صالح على حرام هذا إن سلمنا جواز التحليف للظن و إن كان المدعى عليه عالما بالعدم مع الصلح إن كان يصح على غير حق لأن الدعوى المظنونة ليست حقا و لا يلتفت إليها و هذا (و على هذا خ ل) أيضا إن سلمنا مشروعية اليمين و بذلها في مثل ذلك حيث لا باعث عليها و لا ضرورة إليها و لا سيما إذا كان المقابل لها مال يسير جدا فإن صح هذان صح الصلح على إسقاط الدعوى التي ليست بدعوى في هذا الفرد النادر و إن قلنا أن الدعوى المظنونة حق و تسمع

(١) سواء كان المنكر كما اعتقد المدعى أو لا إذ الشأن فيه كما لو علم زيد أن ما في يد عمرو خمر و عمرو يعتقد أنه خل فإنه لا يجوز لزيد شراؤه منه (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦٤

و لو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي إلحاقه بالبيع نظر (١)

و يطلب لأجلها اليمين كان مصالحة المدعى على حلفه مصالحة على ما يظن أنه خمر لأنه ظان بكذبه و يكفي في البطلان احتمال كذبه و كون ما في يده خمرا فضلا عن ظنه و قد سمعت ما في الكفاية عند شرح قوله و يصح على الإقرار و الإنكار في آخر المسألة و ستسمع ما في التذكرة و التحرير عند شرح قوله و لو صالح الأجنبي المدعى لنفسه إلى آخره قال في (التذكرة) ما نصه إن جواز الدعوى من المصالح مشروطة بعلم صدق مدعى المصالح فإن لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته و نحوه ما في التحرير و بعض مشايخنا المعاصرين جرى ذلك في كل رطب و يابس ثم إنه إذا حلف بدون طلب الحاكم لا يسقط الدعوى و هي معاطاة الصلح لأنه حينئذ برضاها فإذا لم تصح المعاطاة فيه لا يصح العقد عليه ثم إن ثمره المسألة سقوط البينة لو أقيمت بعد الدعوى (و فيه) أن ما دل على سقوط البينة باليمين مختص بحكم التبادر و غيره باليمين المعهودة و مما ذكر يعلم أنه لا- يصح الصلح على استحقاق؟؟؟ و لا على استحقاق الإنكار و سيأتى للمحقق الثاني عند شرح قوله و لو صالح الأجنبي الميل إلى صحة الأول هذا و قد تأمل مولانا الأردبيلي في نحو المسجد و لعله لأنه متأمل في جواز أخذ العوض عنه و في (الدروس) لا يصح عن الحد و التعزيرات و القسم بين الزوجات يعنى على تركه (قلت) و كذا ترك الاستمتاع بهن و ظاهر نكاح التحرير التوقف في الاعتياض عن القسم أو ترميضه و في (الروضة) أن له وجهها و تمام الكلام في النكاح

(قوله) (و لو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي إلحاقه بالبيع نظر)

كما في التذكرة و منشأ النظر في الكتابين من إمكان اختصاص الربا بالبيع لأنه المتبادر من الإطلاق و كذا القرض و يبقى غيرهما على أصل الإباحة مؤيدا 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 قال في (مجمع البيان) في تفسير قوله جل شأنه (إِنَّمَا بُئِيَ مِثْلُ الرِّبَا) إن

البيع الخالى عن الربا مثل البيع المشتمل عليه و هذا قد يرشد إلى التخصيص و أنه يلزمه عدم جواز الزيادة فى الهبة المعوضة لأن الزيادة مطلقا عند الخصم حرام فى الربويين إلا- أن نقول إنه خرج بالإجماع فتأمل و من أن ظاهر قوله تعالى (وَ حَرَّمَ الرَّبَا) يقتضى تحريم الزيادة فى المتماثلين فى كل المعاوضات و قول الصادق عليه السلام لعبد الرحمن ابن الحجاج لما سأله أ يجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير لا- يجوز إلا- مثلا- بمثل و ترك الاستفصال دليل العموم و الضعف منجر بالشهرة كما ستعرف و قوله أيضا عليه السلام فى صحيحة الحلبي الفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة و لا نقصان الزائد و المستزيد فى النار و أيضا فإنه حرام و معلوم كونه بمعنى الزيادة و ليس بمعلوم نقله فيجب حمله على معناه اللغوى و يخرج منه ما هو حلال بالإجماع و يبقى الباقي تحت التحريم كما يرشد إليه عدم تخصيصهم له بالبيع بل جرؤه فى القرض مضافا إلى ما ورد فى علة تحريمه من ذهاب المعروف و تعطيل المعاش و قد يقول المخصصون أننا لا- نقول بنقله بل يقولون الزيادة المحرمة إنما هى فى البيع و القرض لمكان التبادر و الإجماع و ليست تلك علة شرعية و إنما هى لبيان الحكمة و إلا لبطلت الحيل التى ذكرها الفقهاء و دلت عليها الأخبار (و كيف كان) فالقائل بالأول المصنف فى ربا الإرشاد و الكتاب و صلح المختلف و ظاهر دين الشرائع و صلح التحرير فى مواضع و جامع المقاصد و هو ظاهر كل من فسر (عرفه خ ل) بأنه شرعا بيع أحد المتماثلين بالآخر مع شرائط أخر حيث أخذوا

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦٥

.....

فى تعريفه البيع دون المعاملة و قد وقع هذا التعريف فى السرائر و التحرير و التذكرة و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و تعليقه للكركى و المسالك و غيرها و لكن الأمر فى هذا سهل نعم لهم فى الباب عبارات ظاهرة فى ذلك كقولهم لو صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالا صح و قد نسبه فى الدروس إلى إطلاق الأصحاب و قولهم لو أتلف عليه ثوبا قيمته عشرة فضالحه بأزيد أو أنقص صح و هذا هو المشهور مع أنه يؤدى إلى الربا و لهذا منعه فى المبسوط و الخلاف كما ستعرف فيكون مختصا بالبيع إلا أن تقول إن الصلح فى المثال الأول ليس معاوضة أو أن النقيصة فى مقابلة الحلول و أن الصلح فى الثانى ليس على القيمة بل على المثل و هذا مبنى على أن القيمي يضمن بمثله و هو غير المشهور المعروف و يأتى تمام الكلام فى هاتين المسألتين و قد قلنا فى باب الربا أن ذلك قد يظهر من المبسوط و الخلاف و المراسم و الوسيلة و مجمع البيان و اطراد ظهوره من المبسوط و الخلاف فى غير الصلح و كأنه ظاهر الانتصار فى الباب (و أما القول الثانى) و هو أنه ثابت فى كل معاوضة من صلح و غيره فهو خيرة الأ- كثر كما فى آيات الأردبيلي المسماة بمجمع البرهان فى فقه القرآن و هو المحكى عن السيد و الشيخ و القاضى و ابن المتوج و صريح الإيضاح و الدروس و المهذب البارع و المقتصر و إيضاح النافع و الروضة و المسالك و الشرائع فى باب الغصب و ظاهرها فى المقام (و فى جامع المقاصد) أن فيه قوة و تمسكا بجانب الاحتياط و جزم به فى باب الربا و أما الشيخ و القاضى فإن صح ما حكى عنهما من جعله بيعا أو فرعا له فلا إشكال فى تحريم الزيادة عندهما (هذا) و قد قال فى الإيضاح فى شرح العبارة ألحقه الشيخ بالربويات و هو اختيار ابن البراج و هو مبنى على إحدى قاعدتين (الأولى) هل الصلح فرع البيع أم لا (الثانية) هل الربا يشمل جميع المعاوضات أم يختص بالبيع و فى (جامع المقاصد) أن هذا كلام فاسد لأنه لا معنى لإلحاقه بالربويات عند الشيخ و ابن البراج إذ هو بيع على قولهما ثم بناء ذلك على قاعدتين أعجب و إن كان المبنى كلام المصنف فأغرب لأن المصنف قد حكم سابقا بأنه أصل برأسه لا فرع على غيره فكيف يكون تردده لاحتمال كونه فرعا و إنما تردده لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع انتهى (قلت) أنت قد عرفت أن الشيخ فى المبسوط بعد أن ذكر أنه فرع البيع قوى أنه أصل برأسه فمعنى قوله فى الإيضاح ألحقه الشيخ بالربويات إلى آخره أنه جعله مما يجرى فيه الربا من بيع و قرض إذا صالح فى الربويات و أن هذا منه أى من الشيخ مبنى على إحدى قاعدتين و هى أن الصلح فرع البيع إن استقر رأى الشيخ عليه لأنه لم يجزم به فى المبسوط و إن كان مذهبه أنه أصل برأسه كما قواه أخيرا كان مبنيا على القاعدة الأخرى و هو واضح لا غبار

عليه و ليس معنى قوله في الإيضاح ألحقه الشيخ بالربويات أنه ألحقه بالبيع خاصة حتى يتعجب منه على أن المصنف عبر بالإلحاق أيضا في الكتاب و التذكرة فيكون أراد في الإيضاح بيان الوجه في إلحاق الشيخ له بالربويات ليعلم منه وجه النظر في كلام المصنف باعتبار القاعدة الثانية و يحتمل أن يكون أراد أن النظر في كلام المصنف مبنى على إحدى قاعدتين فإما أن تكون هي الأولى و قد عرفت أن مختاره أنه أصل برأسه فتعين أن تكون هي الثانية التي جزم بها في جامع المقاصد و قد يكون أراد في الإيضاح التردد بين الأولى و الثانية فيكون مراده أن المصنف رجع عن الجزم إلى التردد و كم له مثل ذلك و يكون بيان مذهب الشيخ توطئة لاحتمال تردد المصنف بعد جزمه فيكون المراد لا تستعظم التردد بعد الجزم لأن الشيخ و القاضي قائلان بأنه فرع البيع ثم إنه سيأتي للمصنف قريبا فيما إذا صالح عن (من خ ل) ألف حالة بخمسائة مؤجلة أنه إبراء على إشكال و قد أقره في جامع المقاصد و لم يستغربه منه حيث تقدم له أنه أصل برأسه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦٦

و كذا في الدين بمثله (١) فإن ألحقناه فسد لو صالح من «١» ألف مؤجل بخمسائة حالة (٢)

و الغرض تصحيح كلام الفحول الكبار و تنزيهه على وجه ظاهر قريب جدا و رفع الاستعجاب عنه و الاستغراب منه و إلا فلا فائدة مهمة في تحرير ذلك و جعل وجه النظر في الحواشي من أنه وسيلة إلى الربا و من أنه أصل برأسه (قوله) (و كذا في الدين بمثله)

كما ذكر ذلك في التذكرة قال في (الإيضاح) ذكر هنا فرعين على كون الصلح بيعا أم لا (الأول) أنه لو صالح على دين بمثله فعلى كون الصلح بيعا لا- يصلح و على كونه ليس ببيع يصلح (الثاني) لو صالح على ألف بخمسائة إلى آخره و لا- يعجبني جعله تفريرا كالثاني و نعم ما قال في جامع المقاصد قال أي و كذا يجيء النظر في الصلح عن الدين بمثله أي بدين آخر فإنه يحتمل عدم صحته نظرا إلى مشاركته للبيع في علته المنع فيشتركان في الحكم و الأصح العدم (قلت) عبارة الكتابين «٢» ذات وجهين (الأول) أن يكون هذا قسما من المسألة الأولى في لحوق الربا لأنه لما تأمل في الصلح على العين بالعين عطف عليه الصلح على الدين بالدين و لما كانت الأولى في الربويات فلتكن الثانية كذلك و لكنه كان يغني عن ذلك كله أن يقول و لو صالح في الربوي ففي إلحاقه بالبيع نظر لأنه يشمل الصلح على العين بالعين و الدين بالدين لكن ما ذكره أوضح أو يكون أفاد بذلك أمرا آخر و هو أن الأقسام الممكنة هنا ثلاثة و أن النظر مختص باثنين منها و أما الثالث و هو الصلح على الدين بالدين فإنه جائز جزما أو غير جائز جزما لكن يرد عليه أنه أيضا محل إشكال و لا جزم فيه عنده بأحد الأمرين (الثاني) ما أشار إليه في الإيضاح و جامع المقاصد و هو الصلح على الدين في ذمة زيد بالدين الذي في ذمة عمر و وجه النظر حينئذ أنه هل يلحق بالبيع في المنع على القول بأصالة الصلح في نفسه يحتمل ذلك لوجود المعنى المحرم لبيع الدين بالدين في الصلح إذ هو التغير في المالين (بالمالين خ ل) و يحتمل المنع اقتصارا على النص و عملا بعموم شرعية الصلح و أما الصلح على الدين بالعين بهذا التفسير يعني غير الربوي فإنه جائز قطعا كالصلح فيه على العين بالعين و قد قسمنا بيع الدين في بابه إلى ثمانية أقسام و هي تجرى في الصلح (الأول) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بعقد آخر بدين كذلك (الثاني) أن يكونا مؤجلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلا بثمن كذلك (الثالث) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بحاضر مشخص مشار إليه (الرابع) بيع دين حال بحاضر مشار إليه (الخامس) بيع دين مؤجل حال بدين كذلك (السادس) بيع دين مؤجل حال بمضمون في الذمة حال (السابع) بيع دين مؤجل حال بثمن مؤجل كأن يبيعه نسيئة (الثامن) ما إذا كان لكل منهما دين على الآخر فيتبايعان بالدينين (قوله) (فإن ألحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسائة حالة)

أي إن ألحقنا الصلح بالبيع في تحريم الربا فسد هذا الصلح المذكور كما ذكر ذلك في التذكرة و جامع المقاصد أي فيكون كما لو باع ألفا مؤجلة بخمسائة حالة و هو فاسد لوجود الربا فيه من وجهين و قد نص على صحة هذا الصلح في التحرير و هو قضية كلام

المختلف و أبي على و ستسمع ما في الدروس من نسبه إلى إطلاق الأصحاب و جزم في المبسوط بفساد المعاملة على الدراهم ببعضها مطلقا و قال في (الدروس) إذا صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالا صح إذا كان بغير

(١) عن خ ل

(٢) أي التذكرة و الكتاب (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦٧

و لو صالح من ألف بخمسائة مؤجلة فهو إبراء على إشكال و يلزم التأجيل (١)

جنسه و أطلق الأصحاب الجواز إما لأن الصلح ليس معاوضة أو لأن الربا مختص بالبيع أو لأن النقيصة في مقابلة الحلول (قلت) الاحتمال الأخير ضعيف و أضعف منه الاحتمال الأول و لعله نظر في نسبه إلى إطلاق الأصحاب إلى قولهم في باب الدين يصح تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه مع التراضي لأن هذه العبارة وقعت في الإنتصار و السرائر و الشرائع و التحرير و التبصرة و غيرها و في الأول الإجماع عليه و من طرق الإسقاط الإبراء و العفو و الصلح و الظاهر الثاني كما فهمه الشهيد لا مطلق الرضا لأصالة بقاء الملك إلى أن يتحقق المزيل شرعا و إلا فالمتعرض لصحته في المقام قليل جدا كما عرفت و قد استدلوا عليه هناك بمرسل أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أي يحل ذلك لواحد منه قال نعم و نحوه حسنة الحلبي أو صحيحته و قال في (الدروس) أيضا لو صالح عن الربوى بنقيصة من جنسه روعى أحكام الربا لأنها عامة في المعاوضات على الأقوى إلا أن تقول الصلح هنا ليس معاوضة بل هو في معنى الإبراء و هو الأصح لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال لكعب بن مالك لما تقاضى ابن أبي حديد دينا كان له في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فخرج إليهما فنأدى يا كعب قال ليبيك قال فأشار إليه أن ضع الشرط من دينك و أتبعه بالباقي قال قد فعلت أترك الشرط و أتبعه ببقية و روى ذلك عن الصادق عليه السلام و ينبغي أن تكون صورته صالحتك على ألف بخمسائة فلو قال بهذه الخمسائة ظهرت المعاوضة و الأقوى جوازه أيضا لاشتراكهما في الغاية (العللة خ ل) انتهى (قلت) قد اختار في الدروس أن الصلح أصل برأسه فكيف يقول إنه ليس معاوضة بل في معنى الإبراء ثم إن الرواية التي استند إليها ليست بصحيحة و لا صريحة لأنها لم تشمل على لفظ الصلح و إنما اشتملت على الترك الصريح في الإبراء و نحن نقول بموجبه و كلامنا في العقد الواقع بلفظ الصلح

(قوله) (و لو صالح من ألف بخمسائة مؤجلة فهو إبراء على إشكال و يلزم التأجيل)

كذا قال في التذكرة و في (جامع المقاصد) أن الذي يقتضيه النظر البطلان للزوم الربا المحرم و في (التحرير) أن الوجه الصحة و هو قضية كلام المختلف و في (الإيضاح) الأصح أنه معاوضة لمخالفة الحال و المؤجل و الزائد و الناقص و معناه أن المغايرة بين العوضين ثابتة و أن أحدهما وقع في مقابلة الآخر فتكون معاوضة و يجيء فيها احتمال الربا و عدمه و احتمال أي في الإيضاح الإبراء و به جزم في الدروس لأنه ليس إلا إسقاط بعض ما في الذمة و تأجيل الباقي و الرواية النبوية إن كانت مما يستدل به فليستدل بها هنا و منه يعلم وجه الإشكال و جعل منشئه في الحواشي من أنه إبراء محض و من عدم لفظ الإبراء و ظاهره أن لا معاوضة فيه و مما ذكر يعرف فرق المصنف بين هذه و التي قبلها أنه في التي قبلها جعل الحلول في مقابلة الخمسائة فامتنع الإبراء فيها لأن الإبراء إسقاط محض بخلاف الأخيرة فإن الخمسائة المسقطه ليست في مقابلة شيء و الأجل المشروط نقصان آخر و هو أي الفرق ليس بشيء و في (جامع المقاصد) أن ضعفه ظاهر و أما لزوم التأجيل إن قلنا بالصحة فواضح و المخالف الشافعي فيما حكى الشهيد لما جزم بأنه إبراء من خمسائة قال لا يلزم الأجل بل يستحب الوفاء به و في (الدروس) أنه لو صالحه عن ألف مؤجلة بألف حالة احتمال البطلان لأنه في

معنى إسقاط الأجل و هو لا يسقط بإسقاطه نعم لو دفعه إليه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦٨

و ليس طلب الصلح إقرارا بخلاف معنى أو ملكنى (١) و لو اصططح الشريكان على أن لأحدهما رأس ماله و للآخر الربح و الخسران
صح (٢)

و تراضيا جاز و كذا لو صالح عن الحال بالموجل بطل زاد فى العوض أولا إذ لا يجوز تأجيل الحال قال و الفاضل حكم بسقوط الأجل فى الأولى و ثبوته فى الثانية عملا- بالصلح اللانزم (قلت) لا ريب أنه لا يجوز بيع درهم حالا بدرهم مؤجلا و لو يوما أو أقل حيث يقدر فيلزم القائلين بجريان الربا فى الصلح منع المثالين و ما باله فى جامع المقاصد لم يستغرب من المصنف قوله أنه أبرأه على إشكال مع أنه سلف له أنه أصل برأسه كما استغرب نحو ذلك من ولده آنفا
(قوله) (و ليس طلب الصلح إقرارا بخلاف معنى أو ملكنى)

كما صرح بذلك فى التحرير و الدروس و جامع المقاصد و اللمعة و الروضة و فى (التذكرة) أن طلب الصلح ليس بإقرار و أنه ظاهر عندنا لأن الصلح يصح مع الإنكار و الإقرار فقد يراد به قطع الخصومة و قد يراد به المعاوضة و إذا احتملها لا يحمل على الإقرار و يتم ذلك فى العارف بالحكم و نسب الخلاف إلى الشافعى حيث ذهب إلى عدم صحته مع الإنكار ففرع عليه أن طلبه إقرار لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح و إنما يصح مع الإقرار فيكون مستلزما له و يتم هذا فى العارف أيضا و ظاهرها أى التذكرة الإجماع على أن معنى إقرار و أن المخالف بعض الشافعية و أنه لا- خلاف بين العلماء فى أن ملكنى إقرار و قال فى موضع آخر لو قال بعينها أو هبنيها فالمشهور أنه إقرار و فى معناه أجرنى و أعرنى و زوجنى الجارية لو كان التنازع فيها و معنى كونه إقرارا أنه إقرار لخصمه بأنه ملكه لمكان نزاعه معه و كونه تحت يده مثلا من غير معارض غير المقر و الأصل عدم مالك آخر و لو خلى عن هذه القرائن لم يفد إلا كونه ملكا لغير المقر فى الجملة و أما كونه ملكا لمن طلب منه البيع و نحوه ففيه نظر لكونه أعم من كونه ملكه إذ قد يكون وكيلا فيرجع إلى كونه مالكا للبيع لا للمبيع

(قوله) (و لو اصططح الشريكان على أن لأحدهما رأس ماله و للآخر الربح و الخسران صح)

كما عبر بذلك و مثله من دون تفاوت أصلا فى الشرائع و النافع و الإرشاد و التبصرة و الكفاية و قد يفهم من هذه الكتب عموم الحكم بالصحة لما إذا اشترط ذلك فى عقد الشركة أو بعد العقد فى أثناء الشركة و إن لم يريدا القسمة و ليس كذلك كما ستعرف و قال الشيخ فى النهاية و الشريكان إذا تقاسما و اصطلحا على أن يكون الربح و الخسران على واحد منهما و يرد على الآخر رأس ماله على الكمال كان ذلك جائزا و هذا يقضى أن ذلك إنما هو عند انقضاء الشركة و إرادة فسخها كما صرح بذلك فى السرائر و التحرير و الدروس و اللمعة و حواشى الكتاب و إيضاح النافع و جامع المقاصد و تعليقى الإرشاد و النافع و المسالك و الروضة و المفاتيح و كذا التذكرة بل فى الأولين زيادة التصريح بأن صاحب رأس المال صالح الآخر على الربح و الخسران و النقد و النسيئة و العروض و سلم إليه و عليه تنزل العبارات المتقدمة لأننا لو لم ننزلها على ذلك و قلنا بأن الشرط المذكور كان فى عقد الشركة أو بعده لما صح تسميته صلحا لأنه يكون شرطا فى عقد الشركة لا صلحا على الأول لأنه إن أتى بلفظ الشرط فظاهر كأن يقول شاركتك بشرط أن يكون الربح لك فيقول قبلت و إن أتى بلفظ الصلح كأن يقول شاركتك لنعمل فى هذا المال و صالحتك على أن يكون الربح لك فيقول قبلت فلا صلح أيضا لأن الصلح من أركانه العوضان و لا عوض هنا و على الثانى و هو ما إذا كان بعد العقد فإن أتى بلفظ الشرط فلغو و إن أتى بلفظ الصلح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٦٩

قبل المزج أو بعده لم يظهر ربح كما هو المفروض فلا صلح إذ لا عوض خصوصا إذا كانت العين قائمة لم تمزج و إذا كان شرطا في عقدها كان مخالفا لمقتضى عقدها لأن مقتضاه أن الربح والخسارة تابعان لرأس المال فيكون مخالفا للكتاب والسنة فيكون فاسدا وليس هذا كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه في المنافاة لمقتضى العقد لأنه لا لزوم واشتراطه يوجب التزلزل المنافي له كما تحذلق به صاحب الحدائق وذلك لأن مقتضى عقد البيع إنما هو الانتقال خاصة واللزوم من صفاته و كفياته الخارجة فاشتراط الخيار ليس منافيا لمقتضاه بخلاف الشركة إذ ليس مقتضاها سوى ما عرفت فلو شرط فيها خلافه عاد عليها بالنقض كاشتراط عدم الانتقال في البيع لكننا قد حققنا في باب الشركة أن هذا الشرط غير مناف لها وإلا لما ساغ اشتراطه حيث يكون العمل من أحدهما مع أنه يجوز إجماعا (وقد يقال) إن اشتراطه في عقدها يقضى بطلانه و صرفه إلى عقد آخر و هو القرض و هو بعيد جدا كما يأتي و إن قلت إنه بعد العقد فقد عرفت أنه لغو غير لازم إذ ليس بصلح فاشتراطه في أثناء الشركة بعد العقد والاستمرار به على الشركة لا وجه له في الأخبار و كلام الأصحاب لأنه غير لازم نعم يلزم بالصلح بعد تقلبه أو ظهور الربح أو اشتراطه في عقد آخر لازم و لعله حينئذ يلزم منه إرادة الفسخ و القسمة كما قالوا أو العدول عن عقد الشركة إلى عقد القرض فقد اتفقت الكلمة و ظهر المراد من العبارات المتقدمة مضافا إلى ما سيأتي في باب الشركة لمن أطلق كالمحقق في الشرائع و النافع مما يوافق من قيد هنا لأنه يذهب في باب الشركة إلى عدم صحة اشتراط الزيادة لأحدهما و هو أيضا من الشواهد على تنزيل عبارتي الكتابين على ما ذكرناه و لا كذلك عبارة الإرشاد و التبصرة و الكفاية فإنه قد اختير فيها جواز اشتراط كون الربح لأحدهما في باب الشركة و فاقا للمرتضى و غيره و قد نسب ذلك في الروضة إلى الشيخ و جماعة و لا ريب أن النسبة لم تصادف محلها لأننا لم نجد في كتب الشيخ في البابين و لا غيره و لا حكاة حاك غيره سوى شيخنا صاحب الرياض فإنه حكى نقله معولا على الروضة كما هو عادته نعم قال في اللمعة و لو شرطا بقاءهما على ذلك ففيه نظر و لفخر الإسلام في شرح الإرشاد و المقدس الأردبيلي كلام يعطى ذلك ستمعه إن شاء الله تعالى و الأصل في الباب صحيحة الحلبي أو حسنته بإبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا و كان من المال دين و عليهما دين فقال أحدهما لصاحبه أعطني رأس المال و لك الربح و عليك التوى فقال لا بأس إذا اشترطا فإذا كان شرطا يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله و رواه في التهذيب عن الكنانى و فى (النهاية) عن حماد عن الحلبي إلا أنه قال و كان من المال دين و عين و لم يقل و عليهما دين و رواه فى التهذيب أيضا عن الحلبي إلا أنه قال و كان المال ديننا و لم يذكر العين و لا عليهما دين و رواه أيضا عن داود الأبرارى إلا أنه قال و كان المال ديننا و عينا و ليس فى الأخبار عموم الحكم بصورة اشتراط ذلك فى عقد الشركة أو بعده و إن لم يريدوا القسمة بل الأخبار لمكان ذكر الشركة أولا و تعقبها بالقول بأن الربح و الخسران لأحدهما و بقوله فربحا ربحا و قوله و كان من المال دين ظاهرة فى القيد الذى قلنا أن الكلمة متفقة عليه و لعل السر فى قوله عليه السلام إذا اشترطا خلو السؤال عن بيان رضا الآخر و إنما اشتمل على صدور القول من أحدهما أو يكون المراد إذا تراضيا رضا يحصل به اللزوم كوقوعه فى عقد صلح و نحوه و هذا هو الذى فهمه الأصحاب فذكروا ذلك فى الباب و ليس المراد أنه إذا اشترطا فى عقد الشركة لما عرفته عند بيان كلام الأصحاب و لأنه على هذا يكون دالا بمفهوم الشرط على ثبوت الأساس إذا وقع فى غير عقد الشركة (و منه) ما إذا وقع بعقد الصلح عند إرادة القسمة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧٠

.....

و هو خلاف كلام الأصحاب و فيه ما لا يخفى لأنه يدعى أنه ليس النظر بالمفهوم إلى ذلك و تحرير المقام فى باب الشركة هذا و قال فخر الإسلام الرواية على خلاف الأصل لأن الأصل أن يكون الربح تابعا لأصل المال و يمكن تأويلها بحمل الصلح على تمليك

أحد الشريكين نصيبه للآخر قرضاً قال لكن يلزم من هذا التأويل انتفاء الشركة و أن يكون نصيب من له رأس ماله ثابتاً فى الذمة لا فى نفس عين المال ثم قال و الأولى أن يقال إنه يعمل بها فى مورد النص و لا يتعدى إلى غيرها و إنما يكون ذلك إذا كان المال قرضاً لأن الإنسان لا يملك ربح مال غيره كله فلا بد أن يكون على جهة القرض لأن الأصحاب ذكروا ذلك اعتماداً على رواية و تقريره ما ذكرناه انتهى و هو يعطى أن الشرط كان فى نفس عقد الشركة و نحوه ما فى مجمع البرهان من أن غاية منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد بطلان الشركة و هو غير لازم لبطلان الشرط فقد يكون ذكره فى عقدها كناية عن إرادة الإقراض دون الشركة و هو مقتضى عموم أدلة الصلح و كونه بعد المعاملة و بعد ظهور الربح و كون بعض المال ديناً و بعضه عيناً ليس بشرط اتفاقاً على الظاهر انتهى حاصله و أنت خبير بأنه يرد عليهما بأن ذلك بعيد عن الأخبار و عن كلام الأصحاب الذين يجعلون من أركانه العوضين و عن قصد المتعاقدين المفروضين فيها إذ لا باعث لهما على لفظ صالحتك و هماً قال له أقرضك إن هذا لتجشم شديد مضافاً إلى القرض لا يجوز فيه الرجوع بالعين و إن كانت قائمة باقية لم تمزج و مقتضى الشركة لأن كانت غير لازمة جواز الرجوع فالقائلون بهذا الشرط قائلون بجواز الرجوع فكيف يصرف إلى غيره و لا يصح الاستناد فى ذلك إلى قوله فى الدروس و لو جعلنا ذلك فى ابتداء الشركة فالأقرب المنع لمنافاته موضوعها و الرواية تدل عليه إذ الظاهر أن مراده أن الرواية تدل على المنع لا على الجعل و فيه تأمل و لا بد من مراجعة باب الشركة فإننا قد استوفينا فيه الكلام محرراً و ينبغى تقييد الحكم بما إذا علما بالربح أو جهلاً به بعد تقلبه فى الإعراض و لو جهل أحدهما به و علم به الآخر و أخفاه عنه فلا يصح كما تقدم و قال فى (المسالك و الروضة) فى توجيه كلام الأصحاب إن ذلك عند انقضاء الشركة و إرادة فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزلة الهبة و الخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء قلت هذا يعطى أن الصلح قبل العلم بظهور الربح أو الخسران أما إذا ظهر أحدهما فالصلح بمنزلة الهبة مطلقاً لأن المصالح الذى أخذ رأس المال بمنزلة الواهب عند ظهور الربح و أما عند ظهور الخسران فالآخر أيضاً بمنزلة الواهب و أما فى صورة الجهل فمن المعلوم أنهما لا يجتمعان و لا يعرف الواهب منهما ظاهراً للجهل بالربح و الخسران فيكون مورد الهبة و الإبراء ما كان مقدرًا محتملاً و يزيد الثانى بوروده على العين و لعله أراد أن المصالح يعنى صاحب رأس المال على تقدير الزيادة يكون بمنزلة الواهب للمصالح له لكن المصالح له لما قبل الصلح سواء ربح المال أو خسر سقطت مطالبته بما نقص من حصته عما فى يد المصالح على تقدير الخسران فكان بمنزلة الإبراء لأنه لا يمكن أن يكون هبة لأنه لم يصدر من الموجب المصالح قبول كما هو المفروض (فإن قلت) و لا يمكن أن يكون إبراءً لأن متعلقه الذمة و المفروض بقاء العين فى يد المصالح (قلت) قد قال الشهيد فى قواعد إن الذمة معنى مقدر فى المكلف قابل للالتزام و الإلزام إلى أن قال إنما هى نسبة مخصوصة يقدرها صاحب الشرع عند وجود سببها انتهى و حاصله أن الإبراء محل الدين و غيره المالى و غيره و لهذا صح إبراء الكفيل من إحضار المكفول فسبب تقدير الذمة هنا الشركة و هى تقتضى المطالبة بكمال الحصه و احتمال الإبراء إنما هو من حق المطالبة بكمال الحصه و الصلح من شأنه أن يقع على المعلوم و على المقدر المجهول

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧١

و لو صالح عن الدين بديارهم أو بالعكس صح و لم يكن صرفاً (١) و لو ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح و يصح الصلح على كل من العين و المنفعة بجنسه أو مخالفه (٢) و لو صالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهمين لزم (٣)

و لما احتمل تقدير الزيادة هنا ورد مورد الهبة و لما احتمل تقدير الخسران ورد مورد الإبراء فكان المراد بالذمة هنا إمكان الاستحقاق فى الواقع و بالإبراء إسقاط حق المطالبة الذى هو له فى الظاهر كإسقاط الدعاوى و الأيمان و إن كان المدعى به عيناً لعدم ظهور كونها للمدعى فليحظ هذا كله و ليتأمل فيه جيداً و قد عرفت أن الصلح أصل برأسه فلا حاجة إلى هذه التنزيلات و التكاليف الساقطة و تحرير كلام الأصحاب فى المسألة من منفردات هذا الكتاب

(قوله) (و لو صالح عن الدين بديارهم أو بالعكس صح و لم يكن صرفاً)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المختلف و الدروس و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و ظاهر التذكرة الإجماع عليه و فى موضع آخر منها لا- يشترط فى الصلح عن الأثمان ما يشترط فى بيع الأثمان عندنا و المخالف الشيخ فى المبسوط و أبو على فيما حكى عنه قال فى (المبسوط) إذا صالحه من دراهم على دنائير و من دنائير على دراهم صح الصلح و هو فرع الصرف فما صح فيه صح فى الصلح و ما بطل فيه بطل فيه إلى أن قال إن قبضها قبل أن يفارقه جاز و إذا قبض البعض و فارقه فقد بطل الصرف فيما لم يقبض و لم يبطل فيما قبض

(قوله) (و يصح الصلح على كل من العين و المنفعة بجنسه أو مخالفه)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعنة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان لأنه بإفادته فائدة البيع صح على العين و بإفادته فائدة الإجارة صح على المنفعة و الحكم فى المجانس و المخالف فرع ذلك و الأصل فى ذلك الأصل و عموم أدلة الصلح بل يصح بذلك «١» ما هو أعمّ من ذلك كالصلح على الحقوق كحق الشفعة و الحيازة و أولوية التحجير و السوق و المسجد كما تقدم و به صرح فى أكثر ما تقدم بعين أو منفعة أو حق آخر مالى و الضابط فيما يصلح به و عنه أن يكون عينا أو منفعة أو حقا ماليا كما تقدم عند شرح قوله و ما يتصلحان به إلى آخره و المراد بالجنس كل ما يدخل تحت اللفظ الخاص مع الاختلاف فى الوصف كأنواع الحنطة و الشعير و به يفرق بين الجنس و المثل الذى زاده فى اللعنة و يصح الصلح على الثمرة و الزرع قبل بدو الصلاح و الحاصل أنه يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء جاز بيعه أم لا كما فى التحرير و غيره

(قوله) (و لو صالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهمين لزم)

و صح الصلح بغير خلاف كما فى السرائر و عندنا كما فى التذكرة و هو المشهور كما فى الحواشى و اللعنة و الدروس قال فى الأخير لأن مورد الصلح الثوب و هو الذى قواه فى المبسوط و استقر رأيه عليه و هو خيرة الشرائع و التذكرة و الإرشاد و المختلف و ظاهر اللعنة و الحواشى و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية التردد كما أنه استشكل فى الدروس و منع من صحته فى الخلاف و جامع المقاصد و المسالك و هو المحكى عن القاضى و به حكم فى المبسوط فى أول كلامه ثم قوى الأول كما عرفت فما حكى عنه فى الدروس و غيره لم يصادف محله (و قال فى التحرير) إن صالحه عن الثوب بأكثر من قيمته جاز و إن صالحه عن القيمة لا يصح (قلت) صريح المجوز و المانع أن الصلح عن الثوب و قد سمعت ما فى الدروس

(١) أى الأصل و العموم (منه قدس سره)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧٢

[الفصل الثانى فى تراحم الحقوق]

إشارة

(الفصل الثانى فى تراحم الحقوق) يجوز إخراج الرواشن و الجناح و وضع الساباط و استجداد الأبواب و نصب الميازيب فى الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة و إن عارض مسلم (١)

نعم المحكى من عبارة القاضى صريح فى أن الصلح عن القيمة و عبارة الخلاف و اللعنة يحتمل الأمرين قال فى (الخلاف) إذا أتلف رجل على غيره ثوبا يساوى دينارا فأقر له به فصالحه على دينارين و لم يقل صالحه عن الثوب و لا عن القيمة و نحوه اللعنة لكن تعليل الخلاف يقضى بالقيمة (حجة المجوزين) الأصل و عموم أدلة الصلح و أن الثوب و الحيوان يثبت فى الذمة مثلهما فى الإتلاف فكان

الصلح على مثلها صرح بذلك في التذكرة و لعله أراد ما في المختلف من أن الصلح وقع على الثوب قال في (المختلف) سلمنا أنه وقع على القيمة و لا- ربا هنا لأنه إنما يتحقق في البيع خاصة (و حجة الخلاف) أن الواجب قيمته بدلالة أن له مطالبته بها و يجبر صاحب الثوب على أخذها و القيمة هنا دينار واحد و لو أجزنا أن يصلح على أكثر كان يباع للدرهم بأكثر و ذلك ربا لا يجوز و في (التذكرة) أن الكل ممنوع و لم يستبعد في مجمع البرهان ضمان القيمي بمثله (قلت) المشهور المعروف أن القيمي يضمن بقيمته و ما جاء ضمانه بمثله كخبر القصة فعامى كما تقدم فيما أظن و يبقى الكلام في أن الربا يعم الصلح أم لا و قد تقدم و ليعلم أن بعض المجوزين هنا يقولون إن الربا يعم الصلح و غيره

(الفصل الثاني في تزامم الحقوق) (قوله) (يجوز إخراج الرواشن و الجناح و وضع الساباط و استجداد الأبواب و نصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة و إن عارض مسلم)

كما صرح بذلك في السرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هذا منا بناء على أنه لا فرق بين هذه الخمسة و إلا فليس في السرائر أولا إلا ذكر الرواشن ثم إنه ذكر بعد ذلك السقائف و ليس في الشرائع إلا ذكر الرواشن و الجناح و أضاف إليهما في الدروس الساباط (و في السرائر) أن المسلمين من عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى يومنا هذا و هو سنة سبع و ثمانين و خمسمائة لم يتناكروا فيما بينهم ذلك هذا كلامهم في الصلح و إحياء الموات و أما كلامهم في الديات ففي (المبسوط و النافع و التنقيح) الإجماع على جواز نصب الميازيب إلى الطرق المسكوكة و في (السرائر) نفى الخلاف فيه بين المسلمين و أنه لم ينكر ذلك أحد بحال و عليه عمل الناس كما في الشرائع قديما و حديثا من غير مخالف كما في المسالك و كشف اللثام و ظاهر الأصحاب و غيرهم الاتفاق على ذلك كما في المسالك أيضا (قلت) و لا خلاف إلا من ظاهر الشيخ في النهاية و صريح ابن حمزة في الوسيلة و يمكن حمل كلامهما على ما إذا كان مضرا كما بينا ذلك في باب الديات و قال في ديات (الخلاف) إن مخرج الجناح و الساباط ليس لأحد معارضته و لا منعه و استدلل عليه بالأصل و بالسيرة و بميزاب العباس و سقيفة بنى ساعدة و بالإجماع و بذلك صرح المحقق و المصنف و غيرهما و حكى عن القاضي و المخالف الشيخ في صلح الخلاف و المبسوط و ابن زهرة في صلح الغنية فمنع منه و إن لم يضر إذا اعترضه مسلم و قواه في ديات المبسوط و حكاها في صلح المختلف عن القاضي (و احتج) عليه في صلح الخلاف و الغنية بأن الطريق حق لجميعهم فإن أنكر واحد منهم لم يجز

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧٣

.....

أن يغضب على حقه و أنه لا- خلاف أنه لا- يجوز أن يملك شيئا من القرار و الهوى تابع للقرار و أنه لو سقط فقتل أو أتلف لزمه الضمان بلا خلاف و لو كان ذلك جائزا لم يلزمه ضمان و استدلل عليه أبو حنيفة بأنه كما لو بنى دكة في المسكوك و كل ذلك ليس بشيء أما أولا- فإن لنا أن نقول ليس لأحد في هذه الطرق ملك و لا- حق عام بل الناس شرع فيها في الانتفاع بها في جميع ضروب الانتفاع ما لم يمنع من الانتفاع الموضوع له و إن كان غير المرور أو المرور في بعض الأوقات فإنه يمنع من مرور آخر و لو كان ذلك كسائر الحقوق للزم عدم جواز التصرف بغير المرور بل المرور إلا بإذن الجميع لأن المفروض أنه حق لهم مشترك بينهم و قد أكدوا و شددوا عدم جواز تصرف الشريك بدون إذن شريكه حتى بالقليل من ترابه ثم إن للكافر أيضا حق المرور صرح به في التذكرة فلا وجه للقصر على المسلم سلمنا أن لهم حق المرور لكن المفروض عدم تضرر أحد به من المارة فالمانع معاند و أما قوله لا خلاف أنه لا- يجوز أن يملك شيئا من القرار و الهوى تابع للقرار فإنه بالمعنى المراد هنا ممنوع في الأصل و الفرع و دليله الإجماع و استمرار الطريقة و قد جوزوا كما سيأتي عمل سرداب في الطريق إذا أحكم أزجه و لم يحفر الطريق من وجهها فيكون المراد من معقد نفى الخلاف أنه سلمناه أنه لا يملك القرار و الهوى فلا يجوز له بيعه و الصلح عليه و لا منع غيره منه إن بنى روشنا تحته أو فوقه لأنه

إنما ملك الروشن لإقراره و هوأه لأنه مأذون فى الانتفاع و ليس ملزوما للملك و إباحة السبب لا تسقط الضمان كالتأديب و الطباية و البيطرة و بل الطين فى الطريق لحاجته و طرح القمامة و التراب فيه و قشور البطيخ و نحوها كبول دابته فإنه يباح ذلك كله بشرط السلامة و المخالفون فى المسألة قائلون بالضمان فى هذه المذكورات و الحاصل أن الأصل فى الفعل السائغ الذى يرفع الضمان ما خلا عن جميع المفاسد و وجوه القبح القريبة الحصول فتأمل جيدا (و أما) قياس أبى حنيفة فهو مع الفارق بوجود الضرر فى الدكة للأعمى و نحوه و عدمه فيما نحن فيه هذا و تقييدهم بالمارة يقضى بأنه لو حصل ضرر على الجار بالإشراف على عياله لا يمنع من ذلك للأصل و عموم ما يدل على التصرف فيما خلقه الله تعالى خرج ما إذا أضر بالمارة و يؤيده أن الممنوع منه التطلع على عورات الناس لا التمكن منه و أنه يجوز له مثل ذلك فى ملك نفسه لكنه قال فى التذكرة لو تضرر جاره بالإشراف فالأقرب أن له المنع لأنه قد حصل به الضرر بخلاف ما لو كان الوضع فى ملكه فإنه لا يمنع و إن حصل الضرر إلى أن قال و لست أعرف فى هذه المسألة بخصوصها نصا من الخاصة و لا من العامة و إنما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد و لعل غيرى يقف عليه أو يجتهد فيؤدى اجتهاده إلى خلاف ذلك و هذا كمال إنصاف منه و قد شنع بذلك الأسترآبادى و غيره من متحذلقه الأخباريين على المجتهدين و مراده بالاجتهاد هنا الاستنباط من الأدلة العامة كخبر الضرر لأنه إنما نفى عثوره على الخبر الخاص و قد عرفت أن الممنوع عدم الإضرار بأهل الطريق لأنه موضوع للاستطراق أما اعتبار عدم الإضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه بل قالوا إنه لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة فضلا عن غير المار و الجار خارج عن ذلك كله و حد عدم الإضرار أن يكون على صفة لا تناله الأحمال الثقيل الجافية و الكنائس و العماريات على الجمال كما فى المبسوط حكاه عن قوم و قال إنه الأصح و زاد كاشف اللثام أن لا يظلم عليهم الطريق و حكى فى المبسوط عن قوم تحديد ذلك بأن لا يناله رمح الفارس إذا كان منصوبا قلت هذا اعتبره فى التذكرة قال المرجع فى الضرر و عدمه العرف و يختلف بحال الطريق فإن كان ضيقا لا تمر فيه الفرسان و القوافل و جب رفعه بحيث يمر المار منتصبا و المحمل مع الكنيسة المنصوبة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧٤

أما لو كانت مضره أو أظلم بها الدرب على الأقوى أو كانت فى المرفوعة فإنه لا يجوز (١)

على رأسه على البعير لأنه يتفق ذلك و إن كان نادرا و إن كان متسعا تمر فيه الجيوش و الأجمال و جب أن لا يضر بالعماريات و الكنائس و أن يتمكن الفارس من الممر تحته و رمحه منتصب لا يبلغه لأنه قد تزدحم الفرسان فتحتاج إلى أن تنصب الرماح قال و قال بعض الشافعية لا يقدر بذلك لأنه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لا ينال رمحه أحدا و ليس بجيد لأن فى ذلك تعسرا و نفى الشهيد فى الدروس ما فى التذكرة للندرة و سهولة الميل و قواه فى المسالك و استجوده فى الكفاية و أنت خبير بأن الطريق إذا كان ممرا للجيوش و الفرسان الكثيرة لا- يبعد اعتباره و لا- يندفع بالندرة و لا- بإمكان إمالته على وجه لا يبلغهم إذ قد لا تمكن الإمالة لزدحام الفرسان و كثرتهم فإن أماله حينئذ أضر بالفارس أو الفارس و لا ريب أنه أحوط و مع الاعتياد يجب كما فى مجمع البرهان و الحاصل أنه فرق بين أن يكون لهم حق المرور و تندرج الحاجة إلى نصب الرماح و بين أن لا يكون لهم حق و يندر المرور و حد عدم الإضرار بالميزاب أن يكون غالبا لا يضر بالمارة و الرواشن جمع روشن و هو الكوة كما فى (الصحاح و القاموس) و الكوة بالفتح و الضم و التشديد الثقبه فى الحائط غير نافذة و الروشن و الجناح يشتركان فى إخراج خشب من حائط المالك بحيث لا يصل إلى الجدار المقابل و يبنى عليهما و لو وصل فهو الساباط و ربما فرق بينهما بأن الجناح يضم فيه إلى ما ذكر أن يوضع له أعمدة من الطريق و فى (القاموس) الساباط سقيفة بين دارين تحتها طريق و فسر الجناح بالروشن و عن الأزهري أن الروشن الرف و قد بينا ذلك كله فى باب الديات

(قوله) (أما لو كانت مضره أو أظلم بها الدرب على الأقوى أو كانت فى المرفوعة فإنه لا يجوز)

أما عدم الجواز فى المضرة بالمارة فمما لا ريب فيه عندهم كما عرفت و فى (موات التحرير) لو كانت مضرة و جب إزالتها إجماعاً و لعله يدخل فيه ما إذا ظلم بها الطريق و أما إذا ظلم بها الطريق فالأقوى عند المصنف عدم الجواز و لعل مراده الظلمة الغير المزيلة للضياء بالكلية و هو خيرة التحرير و المختلف و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و اقتصر فى الشرائع على قوله قيل لا تجب إزالتها (و قال فى المبسوط) فإن أدى إلى أن يظلم الطريق لم يكن ذلك إضراراً و لا يمنع من المشى و قد حكى ذلك عن موضع من الخلاف فكان مخالفاً و لعل إطلاقه منزل على الظلمة الغير المزيلة للضياء بالكلية لأنه قد حكى الإجماع فى التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر الكفاية على أنه إذا ذهب الضياء بالكلية منع و لا تغفل عن إجماع التحرير و قد لا يكون الشيخ مخالفاً عند التأمل و لعل المراد بذهاب الضياء أو بعضه ما هو أعم من أن يكون فى بعض أوقات المرور أو كلها ليلاً أو نهاراً لكل أحد أو لبعض الناس كضعيف البصر و الضرر أعم من أن يكون لخوف المعتاد أو إتلاف شىء من المار و لا يندفع بوضع السراج إذ قد لا تذهب الظلمة به و قد ينطفى و قد يموت واضعه و لا- يفعل و وارثه و تبطل العبادة فيه إن قلنا إنه غاصب و إن قلنا إن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده الخاص و أن هذا النهى مفسد للعبادة بطلت صلاة واضعه فى غيره و صلاة القادر على إزالته فإنه يجب عليه من باب الأمر بالمعروف إلا أن تقول إنما تجب إزالته على الواضع و السلطان كما تشير إليه عبارتا التذكرة و المسالك لمكان المشقة و العسر نعم يجب على غيرهما أمره و إعانتة و أما عدم جوازها لو كانت فى الطرق المرفوعة فواضح لأنها مملوكة لأرباب الأبواب فيها فهم محصورون فلا يجوز لأحدهم التصرف فيها بدون إذن الباقين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧٥

و لو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنة أو شبكاك جاز (١) و إذنههم إعاره يجوز الرجوع فيها (٢)

(قوله) (و لو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنة أو شبكاك جاز)

لا بحث فى الجواز مع الإذن كما هو واضح و أما الجواز لو أراد فتح روزنة أو شبكاك فكذلك و قد نص عليه فى الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد مع التصريح فى الآخريين بالجواز و إن لم يأذنوا أو نهوا لأنه إنما يتصرف فى جداره و لا ضرر عليهم

(قوله) (و إذنههم إعاره يجوز الرجوع فيها)

كما فى الغنية و التذكرة و الدروس و المسالك و فى الثانى نفى العلم بالخلاف فيجوز له الرجوع فيه لكل واحد منهم متى شاء و تبطل بموته و خروجه عن التكليف بإغماء أو جنون و هل يجب عليه الأرش لأنه سبب فى إتلاف مال الغير أم لا وجهان و هل يجوز إجراء الماء عن سطحه إلى الدرب المرفوع إذا لم يكن من أربابه لعل الظاهر الجواز لأن لكل أحد التصرف فى ماله بما شاء و إن كان سبباً لضرر غيره فله جعل سطحه بحيث لا يبقى فيه الماء و له أن يحدره حيث أمكن و لكن لهم أيضاً منعه فلهم ذلك بكل ما يمكنهم و يبقى الكلام فى بيان الدرب المرفوع و الظاهر أنه الذى لا ينتهى إلى طريق آخر أو موضع مباح يجوز استطراره كأن يكون منتهياً إلى ملك الغير أو المباح لغير الاستطراق سواء كان مسدوداً بحائط و نحوه أو لا بل منتهياً إلى ما لا يجوز المشى فيه و لعل المراد من أربابه من له إليه باب نافذ على وجه شرعى لا من كان حائطه فيه (و قد يقال) إنا نمنع أن الطريق المرفوع ملك لأربابه إذا كان مستند الملك مجرد كونه مسدوداً و أن أبوابهم شارعاً إليه و أنه محل ترددهم قال فى (التذكرة) يجوز لكل أحد الاستطراق فى الطرق النافذة على أى حال شاء من سرعه و بطء و ركوب و ترحل و لا فرق بين المسلم و الكافر و أما الطرق المقطوعة فكذلك مع إذن أربابها و لو منع واحد منهم أو منعوا بأسرهم فالأقرب عدم المنع لأن لكل أحد دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذ و هذا صريح فى أنها ليست ملكاً لكنه قال و فيه إشكال الأقرب أن جواز دخولها من قبيل الآيات المستندة إلى قرائن الأحوال فإذا عارضه نص المنع عمل به أما الجلوس و إدخال الدواب إليها فالأقوى المنع إلا مع إذن الجميع و أنت خبير بأن اعتماد جميع الناس على هذه الآيات

مشكل لأن كل أحد يدخل هذا المرفوع من غير إذن أهله و يقف فيه و يدخل إليه أحماله و دوابه و يبيع فيه التبن و الحشيش و لو لم يكن سائغا لورد المنع منه و لو عن بعض العلماء و لو كان ذلك لنقل إلينا بالعادة بل لو كان ملكا لما جاز لبعض أهلها ذلك إلا برضا الجميع لما شددوه في التصرف في المال المشترك من دون إذن الشريك و لو توقف على إذنهم للزم الحرج العظيم بل لو كان موقفا على إذنه و الذهاب إليه فيه لدار بل قد يصرح بعضهم بالمنع و لا يرد ذلك لو كان مملوكا لهم بوجه شرعى و قد قال فى (التذكرة) أيضا و هل يشترك جميعهم فى جميع السكة فيكون الاستحقاق فى جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة و باب داره لأن محل تردده هو ذلك المكان و مروره فيه دون باقى السكة فحكم ما عدا ذلك حكم غير أهل السكة و هو أظهر وجهى الشافعية و الوجه الثانى لهم أن الاستحقاق فى جميعها لجميعهم لأنهم ربما احتاجوا إلى التردد و الارتفاق بجميع الصحن لطرح الأثقال و وضع الأحمال عند الإخراج و الإدخال و لعل الأظهر عندهم هو الأظهر لأنه أى الدرب مأخوذ من التصرف و التردد و ليس إلا إلى بابه و الأصل عدم شركته فى الباقي و هذا صريح أو كالصريح فى أن ليس هناك ملك و إنما استحقاق تردد و تصرف و لكن سيأتى فيما إذا صالح واضح

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧٦

و يمنع من استجداد باب فى المرفوعة لغير الاستطراق دفعا للشبهة (١) و يجوز الصلح بينه و بين أرباب المرفوع على إحداث روشن و شبهه على رأى (٢)

الروشن أرباب الدور على وضعه أنهم جميعا مالكون جميع ذلك الدرب المرفوع و قال إن قسمة الصحن و سد الباب إنما هو إنما إذا لم يكن فى السكة مسجد فإن كان هناك مسجد قديم أو حديث فالمسلمون كلهم يستحقون الطروق إليه و كذا لو جعل بعضهم داره رباطا و مدرسة أو مستراحا لم يكن لأحد منعه و لا منع من له الممر فيه و هذا أصرح و قال فى (التذكرة) إن سبب الشارع أمور ثلاثة مثل أن يسبل أحد ملكه لذلك أو تبنى قرية أو بلدة فى مباح فخلوا بينهم شارعا أو بنى واحد حائطا و آخر فى محاذاته و خليا بينهما دربا و شىء منها ليس بمملك لصاحب الحائط و إن سد آخره و مجرد السد معلوم أنه ليس بمملك و قال فى (التذكرة) الطريق محدود بسبع أو خمس هذا لمن تشاح عليه أهل الدور المتقابلة و لا عبرة بغيرهم و لو اتفقوا على الوضع أضيقت فى الابتداء جاز و ليس لأحد الاعتراض عليهم و طلب التوسعة فيه و أنهم إذا وضعوه على حد السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضييقه و كلامه هذا يشمل ما إذا كان مرفوعا و لو كان ملكا لجاز لهم كل ما يتفقون عليه بعد البناء و قال المقدس الأردبيلي كل ما ثبت بالإجماع أو النص من عدم التصرف فى هذه الزفاقات مثل ما إذا كان مضرا فهو ممنوع و أما غيره فلا حتى يثبت من غير فرق بين المرفوعة و المسكوكة (قلت) لكن المعروف من مذهب الأصحاب من دون خلاف كما يفصح عنه كلامهم فى الشفعة و غيرها أن الطرق المرفوعة ملك لأربابها و هو الذى نص عليه الأ-كثر فى باب إحياء الموات و يظهر من جماعه هناك أنه غير مملوك و على القول بأنه مملوك فملكه ليس كسائر المملوكات لأن أكثر لوازم الملك فيه منتفية فملكه كملك حريم القرية ملك على حدة كما أوضحناه فى بابه

(قوله) (و يمنع من استجداد باب فى المرفوعة لغير الاستطراق دفعا للشبهة)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الإرشاد و شرحه لولده و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و هو الذى يقتضيه إطلاق الغنية و قد نفى عنه الخلاف و قال فى (الكفاية) قالوا و مرادهم بالشبهة ما قاله فى المبسوط من أن فتحه فى الجملة دلالة على الاستطراق و ثبوت الحق فى ذلك الزقاق أى و خصوصا إذا مضى عليه مدة و ماتت الشهود فكان فيه مفسدة و لك أن تقول إنه استدلال بما هو محل النزاع و المراد بفتحه لغير الاستطراق فتحه للاستضاءه قال فى (التذكرة) و يحتمل أن يمكن من ذلك لأنه لو رفع جميع الجدار لم يكن لأحد منعه فلأن يمكن من رفع بعضه أولى (قلت) فرق بين رفع الجدار و إحداث الباب لمكان الشبهة فى الثانى نعم لنا أن نقول إن فى منع الإنسان من تصرفه فى ملكه لشبهة لعلها تحدث نظرا ظاهرا لكن المحقق الثانى و الشهيد

الثاني رمياه بالضعف و هو عندنا قوى خصوصا إذا قال كما في التذكرة أنا أسمره بحيث لا يفتح و لا فرق في هذا الحكم بين الذى لا حق له فى الطريق المذكور كالجار الملاصق له بحائظه و بين من له باب فيها إذا أراد إحداث باب آخر أدخل من بابه لاشتراكهما فى عدم استحقاق المرور فى المحل الذى فتح فيه الباب

(قوله) (و يجوز الصلح بينه و بين أرباب المرفوع على إحداث روشن و شبهه على رأى)

موافق للسراير فيما حكى لأنى لم أجده و التحرير و التذكرة و الإيضاح و الحواشى و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و فى (التذكرة) أنه أظهر عندنا و شرط فى الدروس تعيين المدة و جعله فى التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧٧

و ليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض و لكل من له الاستطراق فيه إزالة ما أحدثه بغير إذنه (١) و لذى الدارين المتلاصقتين فى دربين مرفوعين فتح باب بينهما (٢)

أولى و لا نجد له وجهها إلا جعله فرع الإجارة فليتأمل فيه و شرط فى التحرير كونه معلوم القدر فى الخروج و العلو و المخالف الشيخ فى المبسوط و القاضى فيما حكى عنه و ابن زهرة نافيا فيه العلم بالخلاف قالوا لا يجوز لأن فيه إفراد الهوى بالبيع و هو مبنى على أن الصلح فرع البيع و معناه أن الهوى تابع فلا يفرد بالمال صلحا كما لا يفرد به بيعا و ما زاد فى الشرائع على قوله قيل لا يجوز لأنه لا يصح إفراد الهوى بالبيع و فيه تردد (قلت) و ليس فى محله لأنه حق مالى متعين المالك فجاز الصلح عليه و أخذ العوض عنه و نمنع مانعية التبعية من الانفراد بالصلح بخلاف البيع لأنه لا يتناول إلا الأعيان و الصلح هنا وقع عوضا عن الوضع مدة أو دائما (و كيف كان) فقد تسالمت الخصوم على خلاف ما فى المسالك من جواز بيع الهوى منفردا لكن هنا إشكالا و هو أنهم قالوا إذا كان فى المرفوعة بابان أحدهما أدخل بمعنى أنه آخر بالنسبة إلى أول المرفوعة فصاحبه شريك مع الأقدم من أول المرفوعة إلى بابه و أنه شريك معه فى الفاضل فى آخر المرفوعة إلى الموضوع الذى يكون بعد الباب الآخر الذى هو باب الأقدم و هو مختص بما بين البابين (و الحاصل) أن الأقدم مختص بما بين البابين و هما شريكان فى الطرفين و قالوا إنه يجوز لكل من الأقدم إخراج بابه مع سد الأول و عدمه لا- الإدخال بل احتمال فى التذكرة و الكتاب جواز الإدخال و قضية كلامهم الأول أن هذا الروشن المحدث إن كان خارجا عن جميع الأبواب فهو حق لهم أجمع و إن كان داخلا- عن بعضها لم يتوقف على إذن الخارج لأن ما بين البابين مختص بالداخل فإنما يتوقف على إذنه فقط و قضية كلامهم الثانى أنه يجوز لأحدهم إخراج الروشن و نحوه من دون إذن و يأتى تمام الكلام (قوله) (و ليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض و لكل من له الاستطراق فيه إزالة ما أحدثه بغير إذنه)

لأنه تصرف فى حقه بغير إذنه فكان له إزالته و لا فرق بين أن يأذن الباقر أم لا و يبقى الكلام فيما إذا جعل بعضهم داره مسجدا أو مدرسة أو رباطا فإن المسلمين كلهم يستحقون التردد إلى هذه و هم غير أهل السكة فهل لهم الاعتراض مع رضا أهل السكة و هل لهم إزالة ما أحدث بغير إذنه إذا لم يكن مضرا فى المسألتين احتمالا

(قوله) (و لذى الدارين المتلاصقتين فى دربين مرفوعين فتح باب بينهما)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان لأنه يستحق المرور فى كل واحدة من السكتين و رفع الجدار الحائل بين الدارين و جعلهما دارا واحدة جائز بلا خلاف كما فى المبسوط و إجماعا كما فى التذكرة و جامع المقاصد ففتح باب من إحداهما إلى الأخرى بطريق أولى إذ هو عبارة عن رفع بعض الجدار فليس لأحد من أهل واحدة من السكتين منعه و تصويبه هكذا؟؟؟

و لم يعرف المنع إلا من الشافعية فى أحد قولهم لأن ذلك يثبت له حق الاستطراق من الدرب الذى لا ينفذ إلى دار لم يكن لها طريق منه و ذلك ربما أدى إلى إثبات الشفعة فى قول من أثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين فى زقاق الأخرى (قلت) و ينبغى أن

يزيدوا (يريدوا خ ل) أن ذلك على تقدير القول بثبوتها مع الكثرة قال فى (التذكرة) و هو غلط لأن له رفع الحاجز بالكلية فرفع بعضه أولى و المحذور لازم فيما إذا رفع الحائط مع أنه لا يبطل حق

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧٨

و فى استحقاق الشفعة حينئذ نظر (١) و ينفرد الأدخل بما بين البابين و يتشارك فى الطرفين (٢)

الشفعة انتهى و الذى ينبغى أن يقال أن كل دار على ما كانت عليه فى استحقاق الشفعة بالشركة فى الطريق و لا يتعدى إلى الأخرى و متى صار فيها استحقاق المرور فى طريقها تبعا للكون الثانى و الدار التى هو فيها لا للأولى (قوله) (و فى استحقاق الشفعة حينئذ نظر)

لعله يريد أنه إذا باع إحدى الدارين بشرط بقاء مجازة فيها ثم بيعت دار فى دربها فهل يستحق الشفعة فيها حينئذ إن أثبتناها مع الكثرة نظر أو يريد أنه لو بيعت دار فى إحدى الدارين فهل يشفع فيها بسهمين لأن له دارين و يكون وجه النظر فى الأول من حيث إنه يستحق المجاز منها إلى الدرب و لا معنى بالمجاز إلا ذلك و من حيث إنه لا باب لها فيه و الاستحقاق إنما هو للدار الأخرى لا لها و هذا هو الذى صححه فى الإيضاح قال و لا وجه عندى للأول و منه يعلم وجه النظر فى الثانى مع زيادة التردد فى توزيعها على السهام و احتمال بعض الناس أن يكون المراد فى استحقاق الشريك الشفعة لو باع ذو الدارين أحدهما نظر من تخيل تكثر الشركاء باعتبار تكثر النصيب و من تخيل عدم التكثر بذلك و منهم من احتمال أن المراد أن فى حدوث استحقاق الشفعة لكل من الشريكين فى الدارين المرفوعين بالنسبة إلى الدار الأخرى إذا باعها هو أى صاحب الدارين نظرا ينشأ من التردد فى كون ذلك موجبا للاشتراك و عدمه (قلت) لعله لا بد فى هذا من التقييد بعدم اشتراط سد الباب بينهما فإن شرطه فلعله لا مجال للشفعة و قال فى (جامع المقاصد) إن هذا لا يستقيم إلا على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة و قال إن المراد أن فى بقاء استحقاق الشفعة بسبب الاشتراك فى الطريق حينئذ نظرا ينشأ من التردد فى كون ذلك موجبا للاشتراك فى الطريق من الجانبين الموجب للكثرة و عدمه و لعل (و لعله) أراد بالوجه الأول أن ذلك موجب للاشتراك الموجب للكثرة فلا شفعة بناء على المنع منها مع الكثرة و بالثانى أن ذلك لا يوجب الاشتراك الموجب للكثرة لأن الكثرة إنما هى هنا باعتبار دارين فلم تزد الشركاء باعتبار كل واحدة عن اثنين و المانع إنما هو هذا فيه ما لا يخفى و احتمال فى جامع المقاصد أن يكون معنى العبارة و فى بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما باعتبار كل منهما الشفعة على شريكه فى كل من الدارين المرفوعين لو باع داره و قلنا باستحقاق الشفعة بمجرد الاشتراك فى الطريق أو كانت الداران مشتركتين تم تميزتا بالقسمة و بقى الطريق نظر ينشأ من أن مجاز تلك الدار فى درب يشاركه فيه آخر غير الشريك فى هذه الدرب فتكثر الشركاء فينتفى استحقاق الشفعة حينئذ بناء على أن المنع منه مع الكثرة و مع أن شركته مع أزيد من واحد إنما هى باعتبار دارين فلم يزد الشركاء باعتبار كل واحدة على اثنين (قلت) قد عرفت أن الشفعة على ما كانت عليه قبل فتح الباب و أن فتحه لا يوجب ثبوت الاستحقاق بواحدة من الدارين فى طريق الأخرى و لا بد فيما إذا كانت الداران مشتركتين ثم تميزتا من أن يفرض الاشتراك فى الطريقين لكل من الدارين قبل القسمة فلما حصلت القسمة سد ما بينهما ثم طرأ فتح الباب و إلا فلو كان الاشتراك حادثا بعد القسمة لا يعتد به فى الشفعة ثم إنه لا يستقيم إلا على القول بثبوتها مع الكثرة لأن الشريك على هذا الفرض متكثر على أن المفروض أن هنا دارين لا حق لأحدهما فى درب الأخرى و قد فرضت سبق اشتراك الدارين فى الطريقين (قوله) (و ينفرد الأدخل بما بين البابين و يتشارك فى الطرفين)

يريد أنه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٧٩

و لكل منهما الخروج ببابه (١) مع سد الأول (٢) و عدمه (٣) فإن سده فله العود إليه (٤)

لو كان فى زقاق بابان لرجلين أحدهما أدخل من الآخر انفرد الأدخل بما بين البابين و تشاركوا فى الطرفين و هذا مثاله؟؟؟
و أما أن الأول ينفرد بما بين البابين فهو المشهور كما فى التذكرة و المسالك و جامع المقاصد مع زيادة فى الأخير و هى أن عليه الفتوى و فى (الدروس) عليه متأخرو الأصحاب و هو الأشهر كما فى الكفاية لأن المقتضى لاستحقاق الخارج هو استطراره و نهايته بابه فلا يشارك الداخل فى الداخل لأن حكمه بالنسبة إلى هذا الزائد على بابه حكم الأجنبى و قد عرفت حال هذا الدليل فيما سلف و قوى فى الدروس مشاركته للأدخلى فيما دخل عن بابه لاحتياجه إلى ذلك عند ازدحام الأحمال و وضع الأثقال و فى (مجمع البرهان) أنه الظاهر و نظر فيه فى جامع المقاصد بأنه لا يلزم من الاحتياج الشركة و إنما المقتضى للملك هو الإحياء فإذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه انتهى فتأمل ثم إنه قد يقال إنه لو كان ما استدلووا به من الاستطراق دليل الملك لكان الفاضل فى آخر المرفوعة ملكا للأخر فكيف يقولون بأنه مشترك كما يأتى ثم إن ما بين البابين قد يكون واسعا جدا و لا يمر الأدخلى إلا ببعضه و قد يكون فى مقابلة باب فيشكل اختصاص كل منهما بما يحاذى بابه لعدم الامتياز و عدم الدليل المذكور و أما أنهما يتشاركان فى الطرفين ففى التذكرة أنه المشهور و حكاها أى الشهرة فى المسالك على مشاركتها فى المجاز و لم يحكها فى الصدر و بتشاركهما فى الطرفين صرح فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك لاشتراكهما فى الارتفاق فلا أولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين لأن أدخلية الباب تقتضى الاستطراق و هو مختص بالمستطرق فيتحقق الترجيح و استشكل فيه فى المسالك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين لتوقف الانتفاع حينئذ بالفضلة على استحقاق السلوك إليها فإذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفساد ثبوت يد على الداخل و دفعه بأن ثبوت ملك شىء لا يتوقف على مسلك له و مع ذلك فيمكن دخول الخارج إلى الفضلة بشاهد الحال كسلوك غيره ممن لا حق له فى تلك الطريق به فإذا انضم إلى ذلك اشتراكهم جميعا فى التصرف و فى الفضلة حكم باشتراكها بينهما و لا يرد مثله فى المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك لأن الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذى لا يتم الانتفاع بداره إلا به بخلاف الفضلة فإن يدهم فيها سواء إذ لا تصرف لهم فيها إلا- بالارتفاق و هو مشترك انتهى و للمناقشة فيه مجال و لكن الخروج عما عليه الأصحاب مشكل جدا و يمكن التخلص عن جميع ما ذكرنا بما لعله به ينتفى الإشكال

(قوله) (و لكل منهما الخروج ببابه)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و غيرها و فى (التذكرة) أنه المشهور لأن كل ما خرج عن بابه فله فيه حق و له حق التصرف فى جداره برفعه أجمع فبعضه أولى

(قوله) (مع سد الأول)

قطعا كما فى التذكرة

(قوله) (و عدمه)

عندنا كما فى التذكرة و لا يمنع تكثر الأبواب لعدم تفاوت الحال

(قوله) (فإن سده فله العود إليه)

كما فى التحرير و التذكرة و جامع المقاصد لأن حقه الثابت

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨٠

و ليس لأحدهما الدخول (١) و يحتمله إذ قد كان له ذلك فى ابتداء الوضع و رفع الحائط أجمع (٢) و ليس للمحاذى فى النافذ منع مقابله من وضع الروشن و إن استوعب الدرب (٣)

لا يسقط بسد الباب ولا بالإسقاط

(قوله) (و ليس لأحدهما الدخول)

أى ببابه عن موضعه كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك لأنه لا حق لأحدهما فيما دخل عنه (قلت) أما الخارج فالأمر فيه واضح لأنه لما لم يكن له حق فيما جاوز مجازه إلى داخل لم يكن له الدخول إلا بإذن الداخل و أما الداخل فأقصى ما يمكن أن يقال فى توجيهه بأن تملك المباح إنما يقع على الوجه الذى اتفق فإنه كان له فتح بابه ابتداء إلى أى الجهات شاء فلما أحبب ما حوله منع منه فتأمل هذا و لعل الحال فى الميزاب كالحال فى الباب (قوله) (و يحتمله إذ قد كان له ذلك فى ابتداء الوضع و رفع الحائط أجمع)

أى يحتمل جواز الدخول لكل منهما و قد احتمله فى التذكرة و التحرير و ظاهرهما أو صريحهما بقريته ما قبله و ما بعده أن المراد جواز الدخول مع الاستطراق و فى (جامع المقاصد) أن هذا بعيد جدا قال العبارة تحتل أن يريد جواز الدخول بالباب من غير استطراق و أن يريد مع ذلك جواز الاستطراق و هو بعيد جدا و الوجه الأول من الوجهين لو تم لدل على الثانى بخلاف الوجه الثانى و ستعرف أن الثانى يدل على الأول باللازم و الوجهان قد استدل بهما أيضا فى التذكرة الأول أنه قد كان له ذلك فى ابتداء الوضع مخيرا بين وضع الباب داخلا- و خارجا و الأصل بقاء ذلك و ضعف فى جامع المقاصد و المسالك بأن تملك المباح إنما يقع على الوجه الذى اتفق فإنه قد كان له فتح الباب من أى الجوانب شاء و قد امتنع عليه الآن لسبق من حوله بالإحياء على فتحه و هذا جيد بالنسبة إلى الخارج لأنه يقدم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه لأنه مختص بالداخل و غير واضح بالنسبة إلى الداخل ثم إنه قد لا يتم على ما فهمه فى جامع المقاصد من العبارة من جوازه من غير استطراق ثم إنه قد يقضى باختصاص من حوله به و أنه لا شركة له معه فتأمل (الثانى) أن جعل الباب أدخل عبارة عن رفع بعض الجدار و رفع جميعه جائز فبعضه أولى و ضعفه فى جامع المقاصد بأن رفع الجميع لا يتطرق إليه شبهة استحقاق الاستطراق بخلاف جعل الباب أدخل قال و عليه رفع الجميع قد يتطرق إليه شبهة كون الطرف الأدخل كله أو بعضه داخلا فى ملكه قلنا ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهة نعم غير مانع بخلاف الباب فإنه هو السبب فى الشبهة ثم قال و لا خفاء فى ضعف هذا الاحتمال (قلت) إذا كان الفاضل مشتركا و قد جوزوا إخراج الباب فى المشترك فليجوزوا إدخال الباب للأدخال لأنه فى المشترك إلا أن تقول أنه قد يفضى إلى الاختصاص على تطاول الزمان لأنه قد تقرر عندهم أن الداخل يختص بما بين البابين ثم على تقدير تسليم الفرق بين فتح الباب و رفع الحائط كله إن كان المراد هو جواز الفتح من دون استطراق كما فهمه هو كانا سواء فى كونهما غير مانعين و أنهما ليسا محصلين للشبهة فليتأمل ثم إن منع المالك من التصرف فى ملكه لشبهة قد تعرض فى مال مشترك مما يستبعد جدا و خصوصا على ما فهمه من فتح باب لغير الاستطراق فتدبر هذا و فى (الإيضاح) أن هذا الاحتمال ذكره المصنف على سبيل البحث لأنه محتمل عنده هكذا قال المصنف فى درسه و قال هو لا وجه لهذا الاحتمال عندى

(قوله) (و ليس للمحاذى فى النافذ منع مقابله من وضع الروشن و إن استوعب الدرب)

كما هو حاصل كلام المبسوط و الإرشاد و صريح الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية لأن حق الطريق النافذ غير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨١

فإن خرب جاز لمقابله المبادرة و ليس للأول منعه (١) و يجوز جعل الدار اثنتين و يفتح فى المرفوع آخر فى موضع له استطراقه (٢) و فتح باب فى النافذ لذات المرفوع دون العكس (٣) إلا على احتمال (٤)

مختص بأصحاب الدور فلم يكن للجار المقابل ولا لغيره الاعتراض على واضع الروشن أو فاتح الباب فيهما و إن استوعبا عرض الدرب بحيث صار بمكانة لم يبق للجار موضع فيه لوضع روشن ولا فتح باب إذا لم يضر بالمارة و لم يضع شيئا منه على جدار

المقابل

(قوله) (فإن خرب جاز لمقابلة المبادرة و ليس للأول منعه)

كما صرح بذلك في المبسوط و ما ذكر بعده آنفا لأن الأول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه فلما خرب بناؤه زالت الأولوية و عاد الأمر كما كان و شبه ذلك في التذكرة و غيرها برجل جلس في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقيم قهرا و قالوا إن الأول يزول حقه من الجلوس و يكون لغيره الجلوس في مكانه و ليس للأول إزعاجه و إن أزعج الأول فكذا هنا بل في التذكرة و المسالك لو فرض أن الثاني أخرب روشن الأول و وضع روشنه لم يكن للأول أن يزيل الثاني و إن كان الثاني ضمن أرش الأول و اكتسب الإثم و حكى في التذكرة عن بعض الشافعية أنه إنما يزول حقه بالإعراض لا بالهدم و الانهدام كالجالس في المباح للأولوية (قلت) قول بعض الشافعية قوياً جدا فيما إذا أقامه من مكانه قهرا أو هدم روشنه كذلك و هو جار في كل أولوية بل قد نقول ببطلان صلاته في ذلك المكان و هذا هو الذي استوجهه في جامع المقاصد في باب إحياء الموات و قال لم أجد بهذا الفرع تصريحاً و كأنه غفل عن كلامهم في الصلح و قد مال إليه في الروضة و المولى الأردبيلي قوياً قول بعض الشافعية على إطلاقه و قال إنه ليس بأقل من التحجير قلت قد ذكر جماعة من الأصحاب أن حق أولوية التحجير لا تسقط بتغليب غيره فمراده أن هذا مثله لأنه أفاده أولوية (قوله) (و يجوز جعل الدار اثنتين و يفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراره)

كما في التذكرة و التحرير لأنه قد تقدم أن له أن يفتح لداره في الدرب المرفوع بابا آخر إلى صدر الدرب في الموضع الذي له استطراره فإذا جعل الدار الواحدة اثنتين ثم فتح بابا للأخرى في موضع استطراره لم يكن منه مانع (قوله) (و فتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس)

كما في التذكرة و تصويره أنه لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذ و لها حائط في شارع أو زقاق نافذ فأراد أن يفتح بابا في حائطه إلى الشارع جاز له لأنه يريد أن يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه (و عساک تقول) إن في ذلك إضرارا بأهل الدرب المرفوع لأنه كان منقطعاً و بفتح الباب يصير الدرب نافذا مستطرقاً إليه من الشارع (لأننا نقول) إنه بفتح الباب يصير داره نافذة و أما الدرب فإنه على حاله غير نافذ إذ ليس لأحد غيره استطراق داره و لو انعكس الحال و كانت بابه في الشارع و له حائط في المنقطع فأراد فتح باب للاستطراق فقد تقدم أنه ليس له ذلك إذ لا حق له في درب قد تعين مالكه و في (الدروس) يجوز العكس على الأقوى و هل يجوز لمن داره في صدر المرفوع أن يرفع جداره (جدارانه خ ل) و يجعل المرفوع نافذا كما جاز له أن يجعل داره مسجداً احتمالاً و قد يفرق بين ذلك و المسجد (قوله) (إلا على الاحتمال)

أى لا- يجوز العكس إلا- على الاحتمال السابق من جواز إدخال الباب في المرفوع نظراً إلى أن ذلك كان له في ابتداء الوضع و أن له رفع الجدار (فرعان الأول) في التذكرة و الدروس يجوز عمل سرداب في

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨٢

و الجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف و طرح خشب و غير ذلك (١) و لا- تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار بل تستحب (٢) و لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع (٣) و بعده على الأقوى لكن مع الأرش (٤)

الطريق النافذ إذا أحكم أزجه و لم يحفر الطريق من وجهها و لو كان في المرفوع لم يجوز و إن أحكم إلا- بإذنهم (الثاني) لو جعل المقابل روشنا تحت روشن مقابله أو فوقه فهل للسابق منعه قال في (الدروس) لم أقف فيه على كلام و قضية الأصل عدم المنع إلا أن يقال لما ملك الروشن ملك قراره و هواه و هو بعيد لأنه مأذون في الانتفاع و ليس ملزوماً للملك (قوله) (و الجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف و طرح خشب و غير ذلك)

إجماعاً كما فى التذكرة و عليه دل العقل لأنه قاض بقبح التصرف فى مال الغير بغير إذنه

(قوله) (و لا تجب عليه الإعارة بل تستحب)

هذا عندنا موضع وفاق كما فى المسالك و حكى فى التذكرة عن بعض الشافعية أن للجار أن يضع جذعه على جدار جاره و إن امتنع أجبر فيجب عليه القبول لما رواه أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال لا- يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره و هو محمول على الاستحباب إن سلمنا صحته و إلا فالعقل و النقل قاضيان برده أما الأول فلما تقدم من قبح التصرف فى مال الغير و أما الثانى فلقولهم عليهم السلام الناس مسلطون على أموالهم و لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه (و أما دليل الاستحباب فهو ما دل على قضاء حوائج المسلمين و ما جاء من الوصية فى حق الجار حتى كاد يظن أن يورثه إلى غير ذلك (قوله) (و لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع)

مجاناً قطعاً كما فى التذكرة و إجماعاً كما فى التحرير و المسالك و بغير خلاف عندنا كما فى مجمع البرهان (قوله) (و بعده على الأقوى لكن مع الأرش)

كما فى الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك و عارية الكتاب و الإيضاح و جامع المقاصد لأنه عارية و لأن الأصل جواز تصرف المالك فى ملكه كيف شاء و إلحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون إخراج البناء (و أما الأرش) فلأنه بناء محترم صدر بالإذن فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقضه و لأن فيه جمعا بين الحقين و لأنه سبب الإلتلاف لإذنه و المباشر ضعيف لأنه بالأمر الشرعى و الشهيد فى الدروس كأنه متردد قال قيل جاز له الرجوع فينقضه لأنه أعاره و يحتمل المنع من النقض للغرر الحاصل به فإنه يؤدى إلى خراب ملك المستعير نعم تكون له الأجرة فيها بعد الرجوع قلت قال فى (التذكرة) إنه يثبت له الخيار بين القلع مع الأرش و بين التبقية بالأجرة إن رضى صاحبه و مثل ذلك ما إذا أعاره خشبه و بنى عليها و نحو ذلك و قال فى (المبسوط) لم يكن له الرجوع ما دامت تلك الجذوع باقية لأن المقصود بوضعها التأييد و البقاء دون القلع فإن بليت و انكسرت بطل إذن المعير و قد حكى ذلك عن القاضى و هذا قول لبعض الشافعية قالوا لا يستفيد به القلع و لا طلب الأجرة فى المستقبل و هذا القول لعله قوى متين و إلا لزم الضرر العظيم الذى لا ينجر بالأرش لأنه يخرب ملكه و قد لا يجد من يبنى له و قد يكون لو لم يعره جداره أو خشبه كان يسهل عليه تحصيل غيرهما و لا يعارضه أن المنع أيضا ضرر على المالك لأنه أدخله على نفسه إذ العادة قاضية بأن مثل هذه العارية دائمة و لا عاقل يرتكبها بدون الدوام فكأنه قال له أعرنى ما دام خشبى باقيا و ليس لك الرجوع قبله و قد أعاره و التزم بذلك فكانت كالعارية للدفن و لا يجدى الفرق بأن النباش حرام

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨٣

على إشكال (١) و لو انهدم افتقر فى تجديد الوضع إلى تجديد الإذن (٢)

و أنه قياس لتفويض العلة المشتركة و ظهورها و لا فارق إذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النباش حراماً بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات الكثيرة على أنا قد نقول الأصل فى العقود اللزوم خرجت منها العارية فى غير محل النزاع بالإجماع و بقى الباقي ثم إنا إذا سلمنا جواز الرجوع متى شاء فلا معنى لوجوب الأرش لأن المستعير قد أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضى بالتهديم و التخريب فى أى وقت شاء فكان هو المهدم و السبب مع أن الأصل براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخليص ملكه منه بل أصالة البراءة مطلقاً فليتأمل فى ذلك كله جيداً و تمام الكلام فى باب العارية و هذا كله إذا لم يؤد إلى خراب ملكه كما إذا استعار الجدار ليضع طرف خشبه عليه و الطرف الآخر على ملكه فإن المصنف فيما يأتى فى العارية و المحقق و غيرهما ترددوا و جماعة جزموا بعدم جواز الرجوع و آخرون جزموا بجوازه (قوله) (على إشكال)

أى يرجع مع الأرش على إشكال و لم يرجح هنا كولدته فى الإيضاح و الشهيد فى الحواشى و منشؤه مما تقدم من أنه بناء محترم إلى آخره و من أنه إنما أذن له عارية و من خواصها الرجوع متى أراد مع أصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره كما تقدم آنفا و قد أطبقوا فى باب العارية على كلمة واحدة على لزوم الأرش من دون تردد و لا- إشكال و على تقدير ثبوت الأرش فهل له عوض ما نقص من آلات الواضع بالهدم أو تفاوت ما بين العامر و الخراب و جهان منشؤهما أن البناء إذا كان محترما فهو بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا و خرابا لأن ذلك هو نقص المالىة و به جزم فى تعليق الإرشاد و قال فى (جامع المقاصد) إنه لا يخلو عن قوة و فى (المسالك) أنه أقوى لأن جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير و ذلك الملك إنما أثر جواز النقص لا المشاركة فى المالىة و من أن نقص هذه المالىة مستند إلى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه و إنما يضمن نقصان مال الغير الذى كان سبب إتلافه و فواته و لم يرجح الشهيد فى الدروس و الحواشى و احتمال المقدس الأردبيلي ثالثا و هو عوض جميع ما أخرجه المالك فى المهودوم بسبب أخذ خشبة بعد وضع قيمة الآلات الموجودة فيدخل فيه أجره الأكار و غيرها قال و هو الأظهر و هو كذلك (قوله) (و لو انهدم افتقر إلى تجديد الإذن)

إن كان المراد انهدم الخشب و الآلات كان الحكم المذكور صريح المبسوط و الخلاف و التذكرة لكن الظاهر أن المراد انهدم الجدار و عليه فالحكم المذكور صريح المبسوط أيضا و الشرائع و التذكرة و الإرشاد و التحرير و المختلف و الدروس و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و ظاهر التذكرة الإجماع عليه و ستمتع عبارتها و فى (المسالك) أن كثيرا من الأصحاب لم يذكر فيه خلافا (قلت) و به جزموا فى باب العارية و دليله أن الإذن إنما كانت بالوضع على هذا الجدار الخاص و من المعلوم أنه بعد عوده غيره فلا تشمل الإذن و لا فرق فى ذلك بين أن يكون البناء الثانى بالآلات المنهدم أولا أم لا كما صرح به جماعة فى الباب و باب العارية قال فى (التذكرة) لو انهدم الجدار فبناه بتلك الآلة افتقر إلى إذن جديد و للشافعية و جهان و لو بناه بغيرهما لم يعد الوضع إلا بإذن جديد عندنا و عند الشافعية قولا- واحدا و ظاهرها أن لا- خلاف عندنا فى ذلك و أن الخلاف فى القسم الأول فقط للشافعية فقط و أنهم يوافقونا فى الثانى لكنه قال فى الشرائع فيه قول آخر و فى (المختلف و المسالك) أنه للشيخ فى المبسوط و هو أنه لو استهدم الجدار كان للمعير

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨٤

و يجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط التعيين عدد الخشب و وزنه و وقته (١)

نقضه و أنه إن أعاده بآلته الأولى لم يكن له منعه من رد الخشب و السقف و إن أعاده بغيرها كان له منعه و قال فى (المختلف) أيضا مع أن الشيخ قال أولا لو انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الإعادة إلا بإذن مستأنفه و أى فارق بين الموضعين سوى مباشرة الهدم فى الثانى دون الأول و تلك لا توجب دوام الإعادة بل نقول أبلغ من ذلك و هو أن المالك لو هدم الحائط من غير حاجة لم يكن للمستعير الإعادة و إن وجب عليه الأرش إن قلنا به انتهى (قلت) الشيخ تعرض للمسألة فى ثلاثة مواضع من المبسوط فى الصلح فرض فى موضعين منها تلف الخشب و انكسارها و انهدم السقف أو تعمد المستعير قلعه و فرض فى الموضع الثانى كونه شريكا فى الجدار و أذن له الشريك و قال فى الموضعين إنه ليس له إعادة الخشب إلا بإذن جديد و فرض الموضع الثالث و هو الذى ذكره فى المختلف فيما إذا ملكا الدار و رأيا الخشب على الحائط و لا يعلمان على أى وجه ثم انهدم السقف قال فإنه ليس لصاحب الحائط أن يمنع من رده لأنه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلا- يجوز الرجوع فيه بحال بلا خلاف فإن أراد صاحب الحائط نقض الحائط فإنه ينظر فإن كان الحائط صحيحا منع من نقضه لأنه يريد إسقاط حق المستعير و إن كان الحائط مستهدما كان له نقضه و ينظر فإن أعاده بتلك الآلة لم يكن له منعه من رد الخشب و السقف عليه و إن أعاده بغير تلك الآلة كان له منعه و قيل ليس له منعه و الأول أقوى انتهى و لعله أراد أنه من المحتملات أن يكون باعه آلات الجدار و شرط عليه أن يضع خشبه عليها مائة سنة أو ما دامت باقية إن

جوزناه أو صالحه أو نحو ذلك فلا- يكون مخالفا ولا يرد عليه ما فى المختلف فليأمل ثم إنا قد وجدناه وقد تعرض لها أيضا فى العارية و فرض فيها انكسار الجذع و قال إنه ليس له إعادة الآخر

(قوله) (و يجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب و وزنه و وقته)

أما جواز الصلح على وضع الخشب مع عده و وزنه فقد صرح به فى المبسوط و التذكرة و الإرشاد و الدروس و مجمع البرهان و الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و المسالك غير أن فى الأربعة الأخيرة التقييد بالابتداء كالكتاب ليحترز عما لو وقع عليه الصلح بعد البناء فإنه لا يعتبر حينئذ إلا تعيين المدة لصيرورة الباقي معلوما بخلاف ما إذا لم بين لتفاوت الضرر و لا ضابط يرجع إليه عند الإطلاق و اقتصر فى المبسوط على اشتراط عدد الخشب و وزنه و زيد طوله فى الشرائع و التحرير و الإرشاد و تعليق الإرشاد و المسالك و مجمع البرهان و لعله لاختلاف ضرر الحائط باختلافه فى الطول و إن اتفق وزنه قلت المدار على رفع الجهالة و قد ترك فيها كلها ذكر المدة و الوقت و لا- بد مع ذلك من ذكرها و ضبطها كما فى الكتاب و الدروس و غيرهما و دليل المسألة مع الشرائع المعتمدة فى المعاملات التى ترفع بها الجهالة و الغرر عموم أدلة الصلح بل لا يبعد كما فى مجمع البرهان اشتراط تعيين المحل الذى يوضع عليه طولاً و عرضاً و عمقا و هذا إذا كانت الآلات غائبة و لو كانت مشاهدة كفت المشاهدة عن كل وصف كما فى المبسوط و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و كذا مجمع البرهان و لكن لا بد من تعيين المدة و هذا فى الخشب أما فى الأجر و اللبن فيكفى فيهما العادة كما صرح به فى التذكرة و غيرها و لو كان الصلح على البناء على حائطه زيادة عليه افتقر إلى ذكر الطول و سمك البناء صرح به فى المبسوط و غيره و لاختلاف ضرره باختلافهما و إن كان الجدار جدار مسجد و نحوه لم يجز لأحد البناء عليه و لا الوضع بدون إذن الحاكم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨٥

و لو كان مشتركا لم يكن لأحدهما التصرف فيه بتسقيف و غيره إلا بإذن شريكه (١) و لا يجبر أحدهما على الشركة فى عمارته لو انهدم (٢) و لو هدمه فالأقوى الأرش (٣) و لا يجبر على عمارة الدولاب «١» و البئر و غيرهما (٤)

قطعا كما فى الدروس و فى جواز إذنه بعوض حيث لا ضرر على الموقوف و جهان أقواهما العدم كما فى الدروس و هو قضية إطلاق كلام التحرير

(قوله) (و لو كان مشتركا لم يكن لأحدهما التصرف فيه بتسقيف و غيره إلا بإذن شريكه)

كما فى المبسوط و الخلاف و الشرائع و التحرير و التذكرة و الإرشاد و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و غيرها و هو واضح بل فى التذكرة و غيرها أنه ليس لأحد الشركاء التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوند و فتح الكوة بل ليس له أخذ أقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون إذن جميع الشركاء و فى (الدروس) أنه ليس له حك شىء من آلاته حجرا كان أو آجرا و لا الكتابة عليه و قالوا إنه له الانتفاع به بالاستناد إليه أو إسناد المتاع مع انتفاء الضرر و فى (التذكرة و جامع المقاصد و المسالك) أنه لو منع المالك حرم لأنه نوع تصرف بإيجاد الاعتماد لأنه خلاف الاستقلال و فى (الدروس) أن الأقرب أن ليس له المنع إذا كان المجلس مباحا كما هو المفروض

(قوله) (و لا يجبر أحدهما على الشركة فى عمارته لو انهدم)

كما فى المبسوط و الخلاف و سائر ما ذكرناه بعدهما آنفا مع زيادة الكفاية و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث نسبه إلى علمائنا و فى (المسالك) لا- كلام فيه و دليلهم الأصل السالم عن المخرج عنه مضافا إلى ما فى التذكرة بخلاف الحيوان ذى الحرمة لتعلق غرض الشارع بالانتفاع به و إن إجباره على عمارته إما لحق نفسه و هو باطل لأنه لا يجبر قطعا لو انفرد به أو لحق غيره فكذلك لأنه لا يجبر الإنسان على عمارة ملك الغير كما لو انفرد به الغير و الحاصل أن المخالف الشافعى فى القول القديم

(قوله) (و لو هدمه فالأقوى الأرش)

كما فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و فى (التحرير) لو قيل به كان وجهها و فى (المبسوط و الشرائع و الإرشاد) أن عليه إعادته و حكاها فى المسالك عن التذكرة و ليس كذلك إذ الموجود فى نسختين منها ما ذكرناه و فى (الدروس و الحواشى) أن عليه إعادته لو أمكنت المماثلة كما فى جدر بعض البساتين و المزارع و إلا فالأرش (وجه الأول) أن ضمان المثل أنما يكون فى المثلى و الجدار قيمى على أن العين موجودة و الزائل أنما هو الصفة فعليه أرش ما بين قيمته منه وما و معمورا كما فى الحواشى و غيرها (و فيه) أنه قد يكون قيمته بعد الهدم قليلة جدا و قيمة الجدار الصحيح كثيرة جدا فتأمل ففعل الأولى على القول بالأرش أن يكون ما يصرف فى بنائه بمثل البناء الأول كما نبه عليه فى مجمع البرهان فالجدار و إن كان قيميا باصطلاحهم إلا أن العرف قد يقضى بالمماثلة فى بعض الجدران إذ المطلوب منه كونه حائلا- و مانعا و لا- يريدون فى مثل ذلك إلا المماثلة فى الجملة مؤيدا بما عرفته من حال الأرش فتفصيل الدروس لا بأس به و لكن جماعة فى باب الغصب لم يذكروا فى مثل ذلك إلا الأرش

(قوله) (و لا يجبر على عمارة الدولاب و البئر و غيرها)

كما فى المبسوط و الخلاف و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و لا فرق بين كون المشترك ذا غلة تفى غلته بعمارته و غيره عند الأصحاب كما فى المسالك و المخالف بعض العامة فحكم بإجبار الشريك على المساعدة فى هذه المذكورات دون الحائط فارقا بينهما بأن الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيضرب به

(١) و كذا لا يجبر على الشركة فى عمارة الدولاب خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨٦

و لو انفرد به أحدهما لم يمنع (١)

بخلاف الحائط فإنه يمكنه قسمته مع شريكه و قسمه عرصته و رد بأن قسمه العرصه و الحائط قد تكون أكثر ضررا فكانا سواء (قوله) (و لو انفرد به أحدهما لم يمنع)

أى انفرد بالبناء أو العمارة على اختلاف النسخ كما فى المبسوط و التحرير و هو قضية كلام التذكرة لأنه نفع و إحسان فى حق الشريك حيث يعمر له حائطه و لا يغرمه فى نفقته و لا ضرر عليه بوجه و فى (جامع المقاصد و المسالك) أن الأصح و الأقوى توقفه على إذنه و احتمال ذلك قويا فى الدروس أن بناء بالآلة المشتركة مع اشتراك الأساس لأنه مال مشترك فيمتنع التصرف بدون إذن الشريك و قوى من دون توقف التوقف على إذنه أن بناء بالآلة من عنده ففرق بين الأمرين و الأقوى التوقف مطلقا فإذا امتنع حيث لا ضرر عليه بل يكون فى ذلك نفع و إحسان إليه رفع أمره إلى الحاكم ليجبره على الإذن أو المساعدة فإن امتنع أذن له الحاكم بدون أجره لأنه إذا لم يجبره على العمارة لا يجبر على الإنفاق و فى (المبسوط و التحرير و التذكرة) حيث اختير فيها أنه لا يمنع أنه لو بناؤه بإنقاضه و بآلات من عنده فإن بناه بإنقاضه فالحائط على الشركة و إن بناه بآلات من عنده فالحائط للبانى (و فيه) أن الآلات إذا كانت مشتركة كيف يجوز له التصرف فيها بالعمارة من دون إذن المالك و فى الثلاثة أيضا أنه لو بناه بإنقاضه لم يكن للشريك نقضه و لا للبانى (و قد يقال) إنه لو طالبه الشريك بهدمه أمكن وجوب الإجابة لأن تصرفه فى الآلات كان بدون إذن و ربما تعلق غرضه بها و طلب قسمتها كذلك و فى الثلاثة أيضا أنه إن بناه بآلات من عنده للبانى نقضه و ليس للشريك ذلك و لا له وضع خشبة و رسومه عليه (قيل) إذا كان الأساس مشتركا كيف لا يكون له نقضه و هو خيرة الدروس و جامع المقاصد (قلت) إذا حصل للشريك ضرر عظيم بعدم عمارته فله دفع الضرر عن نفسه ببنائه من آله من عنده فإذا بناه على وجه شرعى كان مستحق البقاء مملوكا له فليس

للشريك نقضه و لا وضع خشبة و رسومه عليه فكان كلام الشيخ و المصنف أوفق بأصول المذهب و فى الثلاثة أيضا لو أراد البانى النقض حيث يكون الآلات من عنده فقال أنا أدفع نصف قيمة البناء و لا تنقضه لم يجبر و فى (التحرير) أنه لو قال إما أن تأخذ نصف قيمته لأنتفع بوضع خشبي أو تقلعه لتعيد البناء لزمه الإجابة و قيده فى التذكرة بما إذا كان له رسم خشب عليه لأنه لا يجوز للبانى إبطال رسوم بنيانه و لعله مراد التحرير و هو خيرة الشيخ فى المبسوط و قد حكى عنه فى الدروس و المسالك أنه خير الشريك الغير البانى بين مطالبته بهدمه و إعطائه نصف قيمة الحائط قالا و التخيير فى ذلك للبانى لا للشريك (قلت) الموجود فى المبسوط فإن قال الشريك البانى أنا لا أنقضه و أمنعك من الانتفاع به فقال شريكه أنا أعطيك نصف قيمته و أعيد رسمى من الخشب كان له ذلك و يقال للبانى أنت بالخيار بين أن تأخذ منه نصف قيمة الحائط و بين أن تنقضه حتى تعيدا جميعا حائطا بينكما لأن قراره مشترك بينكما و له حق الحمل عليه و لا يجوز لك الانفراد به انتهى و هو صريح فيما حكيناه مخالف لما حكياه و كيف كان فعلى القول باعتبار إذنه لو خالف الشريك و عمر فهل لشريكه نقضه الظاهر أن له ذلك سواء كان بناه بآلته أو غيرها أما الثانى فلأنه عدوان محض و تصرف فى أرض الغير إلا أن يضطر إلى ذلك كما تقدم و أما الأول فمع أنه تصرف فى الأرض و الإنقاض و تغيير لهيئته و وضعه الذى كان عليه بهيئة أخرى مغضوبه أو كالمغضوبه أنه ربما تعلق غرضه بآلته و لا يلتفت إلى أن هدمه له تصرف فى مال شريكه الذى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨٧

و لا يجبر صاحب السفلى و لا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو (١) و لو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز (٢)

بناه لأنه يريد الوصول إلى حقه و لا احترام لما وضعه عدواناً فتأمل و فى (جامع المقاصد) لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه فى الجدار و القنا و الدولاب و نحوها فإن امتنع من العمارة و غيرها من الوجوه التى يمتنع الانتفاع بدون جميعها فليس ببعيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخير الشريك بين عدة أمور من بيع و إجارة و موافقة على العمارة و غير ذلك من الأمور الممكنة فى ذلك عملاً بقوله صلى الله عليه و آله و سلم لا- ضرر و لا- ضرار و لأن فى ترك جميع هذه الأمور إضاعة للمال و قد نهى عنها قال و لم أظفر هنا بتصريح فينبغى أن يلمح انتهى (قلت) من الوجوه الممكنة انفراد الشريك بالعمارة و قد صرح به من عرفت من دون إذن الحاكم (قوله) (و لا يجبر صاحب السفلى و لا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو)

قال فى (التذكرة) لو كان علو الجدار لواحد و سفلهما لغيره فانهدم لم يكن لصاحب السفلى إجبار صاحب العلو على مساعدته فى إعادة السفلى لأصالة البراءة و كذلك ليس لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على إعادة السفلى ليبنى عليه عند علمائنا و فى (المبسوط) نفى الخلاف فى الأول و فى (الدروس) لا يجبر صاحب السفلى و لا العلو على بناء الجدار الحامل للعلو و لا على جدار البيت إلا أن يكون ذلك لازماً بعقد و بهذا القيد جزم فى جامع المقاصد و عليه نبه فى مثله فى المبسوط لكن فى التذكرة لو كان له ساباط استحق وضعه على حائط غيره فانهدم لم يجبر أحدهما على العمارة و للشافعية قولان و قضيته عدم اعتبار القيد فيما نحن فيه و فى (التحرير) لو طلب صاحب العلو البناء لم يكن لصاحب السفلى منعه و هذا يوافق ما سلف له فى الجدار من أنه إذا انفرد أحدهما بالعمارة لم يمنع كما تقدم و يمكن حمله على ما إذا كان حمل جدران العلو واجبا و إلا أشكل فيما إذا كان الأساس ملكا لصاحب السفلى أو مشتركا كما تقدم بيانه

(قوله) (و لو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز)

أى لو طلب كل من الشريكين فى الجدار قسمته طولاً أو عرضاً جاز و به صرح فى المبسوط و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و ظاهر الأخير الإجماع عليه حيث قال جاز قطعاً و تأمل فى قسمته عرضاً فى التحرير و القسمة تحصل بنشر الحائط و بالعلامة و وجه الجواز فيهما بالنحوين أن لهما هدمه كله إذا تراضيا عليه فإذا تراضيا على قسمته على وجه مخصوص جاز لهما ذلك بالأولى و لا أثر لحصول النقض بالنشر لو اختاراه و وجه ما فى التحرير ما قاله فيه قال لو اتفقا على قسمته عرضاً احتمل جوازه لانحصار الحق فيهما و

عدمه لعدم تميز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون صاحبه فإنه لو وضع خشبة على أحد جانبيه كان نقله على الحائط أجمع و معناه أن وضع خشبة على نصيبه موجب لتعدى الثقل و التحامل إلى الآخر و فيه أنهما إذا تراضيا على ذلك فلا مانع نعم ذلك يجدى فيما إذا طلب أحدهما القسمة كذلك و امتنع الآخر فإنه لا يجبر لذلك كما يأتى و المراد بطول الحائط امتداده من زاوية من البيت إلى الزاوية الأخرى أو من حد من أرض البيت إلى حد آخر من أرضه و ليس المراد ارتفاعه عن الأرض فإن ذلك عمقه و عرضه هو سطحه الذى يوضع عليه الجذوع و المراد بالقسمة طولاً هي القسمة فى كل الطول و نصف العرض و هذه صورتها و بقسمته عرضاً هي القسمة فى نصف الطول و كل العرض و هذه صورتها فلو كان طوله عشراً و عرضه ذراعين و اقتسما فى كل الطول و نصف

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨٨

و لا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة فى كل الطول و نصف العرض و كذا فى نصف الطول و كل العرض (١)

العرض ليصير لكل واحد ذراع فى طول عشر جاز و كذا لو اقتسماه فى كل العرض و نصف الطول ليصير لكل واحد منهما طول خمسة فى عرض ذراعين و يأتى الكلام فى القرعة و هذا الذى حكيناه فى القسمتين هو المذكور فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و يأتى عن المبسوط عكس ذلك فسمى قسمة الطول قسمة العرض و بالعكس و كلام التحرير فى قسمة عرصه الحائط يوافق اصطلاح المبسوط

(قوله) (و لا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة فى كل الطول و نصف العرض و كذا فى نصف الطول و كل العرض)

كما فى التحرير و جزم فى التذكرة بعدم الإجماع فى الأول و قال فى الثانى إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع أجبر عليها و إن تضرر الممتنع لم يجبر و مقتضى كلام الدروس الإجماع أيضاً على القسمة مع انتفاء الضرر فى الثانى و قد نفى عنه البعد فى جامع المقاصد و فصله فى عبارة الكتاب بقوله و كذا لعله يشعر بأنه أضعف فى الحكم من الأول و لا ترجيح فى المبسوط لأنه قال فى الناس من قال لا يجوز الإجماع على قسمة الحائط طولاً و عرضاً و فى الناس من قال يقسم طول الحائط و لا يقسم عرضه على حال لأن قسمته لا تتصور و وجه عدم الإجماع فى الأول أنه لو أوجبناها على هذا النحو لكان لا محيص عن القرعة فى التخصيص لأن المفروض عدم تراضيهما معاً و الأخذ بغير قرعة و لا تراضى مناف للقسمة و لا نظير له فى الشرع و القرعة ربما وقعت لأحدهما على الشق الذى يلى الآخر فلا يتمكن من الانتفاع بما وقع له و لعدم إمكان فصل كل سهم عن الآخر لأنه إن اكتفى بالعلامة أعنى خطأ بين السهمين كان بناء أحدهما على نصيبه موجبا لتعدى الثقل و التحامل إلى الآخر و إن كان بالنشر ضعف الجدار و تناقصت قوته و وجه العدم فى الثانى أنه لو فصل بالعلامة لزم تعدى الثقل إلى الآخر و إن كان النشر لزم إتلاف شىء من الجدار و لا إجماع مع الإضرار لكن هذا الإتلاف هين لأنه بمنزلة قسمة الثوب الصفيق و القرعة التى هى معيار القسمة ممكنة هنا بخلاف الأول و وجه ما حكاه فى المبسوط من أنه لا تتصور قسمته أنا وجدناه اصطلاح فيه على تسمية قسمة العرض بقسمة الطول و بالعكس كما ستسمع و حينئذ يتصور ما حكاه من أنه لا يتصور قسمته (إذا تقرر هذا) فعد إلى عبارة الكتاب و معناها مع ما قبلها أنهما لو طلبا القسمة طولاً أو عرضاً و تراضيا عليها فلا كلام فى الجواز و لو طلب أحدهما القسمة و امتنع الآخر فإن طلبها الطالب فى كل الطول و نصف العرض أو بالعكس و امتنع الآخر فلا إجماع و لا خلل فى العبارة و لا تكرار و إن كان فهو إظهار مكان إشارة أو إضمار و لعله قصد بذلك ما أشرنا إليه آنفاً من الإشعار و قد حكى فى جامع المقاصد عن الشهيد أنه أورد فى بعض حواشيه أن القسمة طولاً و عرضاً هي القسمة فى كل الطول و نصف العرض و فى نصف الطول و كل العرض و يلزم التكرار و أنه أجاب باختلاف الحكمين فإن الأول يعطى الجواز و الثانى يعطى عدم الإجماع فالفرق بينهما فرق ما بين العام و الخاص و قال فى (جامع المقاصد) أن السؤال و الجواب ليسا بشىء و الموجود فيما عندنا من الحواشى المنسوبة إليه حكاية ذلك عن الفخر قال إنه قال لا فرق بين قولنا طولاً و بين كل الطول و نصف العرض و كذا

الآخر ثم حكى عن ابن بوران أنه أظهر بينهما فرقا هندسيا لم نفهمه و قال يمكن أن يراد بالأول قسمة رأس الحائط طولاً و عرضاً مع بقاء باقيه مشتركاً فإنهما يصدقان عليه مع عدم صدق كل مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٨٩ و تصح القرعة فى الثانية دون الأولى بل يختص كل وجه بصاحبه (١) و لو تعاوننا على إعادة المشترك أو أعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة (٢)

الطول و كل العرض فإنهما لا يصدقان إلا مع الانتهاء إلى الأرض و قد نبه فى المبسوط على قريب من هذا فى قوله بقسمة عرصه الحائط و يمكن حمله على هذه العرصه التى ذكرها فى المبسوط و جعلها مقدمة على قسمة الحائط و صرح فى التحرير بقسمة العرصه انتهى (قلت) الموجود فى المبسوط لا يناسب شيئاً مما ذكره قال فى (المبسوط) إذا انهدم الحائط المشترك و أراد أحدهما أن يقاسم صاحبه عرصه الحائط فإن اتفقا على ذلك جاز لهما أن يقتسماها كيف شاءا و إن أراد أحدهما و امتنع الآخر نظر فإن أراد قسمة الطول أجبر الممتنع منهما على ذلك و قسمة الطول إن تقدر العرصه و تخط فى عرصتها خيطاً يفصل بين الحقين فإذا فعل ذلك أقرع بينهما فأيهما خرجت عليه القرعة أخذه و بنى عليه بناء يختص به فأما إذا اختار أحدهما قسمة عرضه قيل فيه قولان (أحدهما) لا يجبر عليه لأن القرعة لا تدخلها (و الثانى) و هو الصحيح أنه يجبر عليه لأنها قسمة ليس فيها إضرار إلى أن قال و مثال قسمة العرض أن يخط خطأ فى طول العرصه فإذا كان مقدار العرض مثلاً ذراعاً جعل مما يلي ملك كل واحد منهما نصف ذراع انتهى فقد فرضها فى المبسوط فى المنهدم و لا يخفى عليك أن اصطلاحه فى الطول و العرض عكس ما بيناه و عليه يحمل ما حكيناه فى قسمة الحائط و قال فى (التحرير) لو كان بينهما عرصه جدار فاتفقا على قسمتها جاز طولاً و عرضاً و لو اختلفا فطلب أحدهما القسمة طولاً و الآخر عرضاً أجبر الممتنع على ما لا- ضرر فيه و لو كان فيهما ضرر لم تجز القسمة و لو طلب أحدهما القسمة عرضاً و لا- يفى العرض بحائطين لم يجبر الممتنع و إن وفى بهما احتمال الإجماع لانتفاء الضرر و عدمه لانتفاء القرعة إذ معها ربما يحصل لكل منهما ما يلي ملك جاره فلا- ينتفع به و لو أجبرناه لأجبرناه على ما يليه من غير قرعة و لا- مثل له فى الشرع و هذا يوافق ما فى المبسوط من الاصطلاح فى التسمية و لا ينفع الشهيد فيما ذكره فى توجيه العبارة

(قوله) (و تصح القرعة فى الثانية دون الأولى بل يختص كل وجه بصاحبه)

قد ظهر الوجه فى ذلك مما تقدم

(قوله) (و لو تعاوننا على إعادة المشترك أو أعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة)

كما صرح بالأمرين فى التذكرة من غير نقل خلاف حتى من العامه و قال لو شرط مع التعاون على الإعادة و الشركة فى بنائه زيادة لأحدهما فالأقوى عندى الجواز عملاً بالشرط و به جزم فى التحرير قال لو كان الحائط نصفين فاتفقا على بنائه على الثلث جاز (قلت) و لعله لا بد فى ذلك من مشاهدة الآلات أو وصفها و مشاهدة الأرض بناء على أن الصلح أصل و إن كان بغير عوض إذ المراد من الشرط فى التذكرة و الاتفاق فى التحرير أنهما اصطلاحاً على ذلك و وجه العدم أنه شرط عوض من غير معوض لأنهما متساويان عملاً و جداراً و عرصه و إنفاضاً فيكون قد استوهب سدس حصه شريكه و هبه ما لم يوجد لا تجوز و هو خيره الشيخ فى المبسوط و هو بناء على أنه فرع الهبه و قد يجعل المانع عدم وجود التركيب الذى هو جزء صورى من الحائط و عدم إمكان ضبطه و فيه ضعف و إلا لما جاز الاستئجار على البناء المقدر بالعمل و هذا لا ينافى ما سلف لنا من أنه لا يجوز الصلح على ما سيبينه بما سيبينه الآخر و يمكن أن نقول فى تصحيح ما نحن فيه بالصلح بأن الشارط على نفسه قد تبرع بما يخص شريكه من عمله و الشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له فى مقابله قدر من الملك و أنه اشترط سدس النقص له فى الحال لا من الجدار بعد البناء لأنه تعليق ملك فى عين و هو ممتنع

لامتناع الأجل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩٠

و لو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بنقض صاحبه كان له المنع (١) و لو أعاده بآلة من عنده فله ذلك (٢) و المعاد ملكه و لا يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله لكن يمنع من الانتفاع بفتح كوة أو ضرب وتد (٣) و لو انفرد أحد الشريكين بالإنفاق على البئر و القناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء (٤) و لا يجب على مستحق إجراء الماء فى ملك غيره مشاركة المالك فى عمارة سقف المجرى و إن خرب من الماء و لا- على المالك إصلاح القناة لو خربت بغير سببه (٥) و يجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه و بين السفلى و إن كان مشتركا و وضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة (٦)

فى الملك فيصح الصلح حينئذ بلا إشكال و لو انفرد أحدهما بالعمل و الآلة مشتركة و شرط لنفسه الأكثر من الآلات و النقص صح قطعاً كما فى الدروس و يجرى مجرى الاستئجار على الطحن بجزء من الدقيق و على الارتضاع بجزء من الرقيق و على هذا يملك الأكثر من الحائط مبنياً و لو انفرد أحدهما بالعمل و الآلة بشرط أن يكون له الثلثان من الجدار فقد جمع بين البيع و الإجارة لأنه قد قابل ثلث الآلة المملوكة و نصف عمله بسدس العرصه المملوكة و يشترط فى صحة ذلك العلم بالآلات و بصفات الجدار (قوله) (و لو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بنقض صاحبه كان له المنع)

وجهه واضح و به صرح فى التذكرة و فى (التحرير) أنه ليس له منعه فإن بناه بالإنقاض فهو كما كان و إن بناه بآلة من عنده لم يكن لصاحب السفلى الانتفاع به من طرح الخشب و رسم الوتد و له السكنى فى السفلى انتهى و قد تقدم الكلام فى مثل ذلك هذا و قال فى (المبسوط) ليس لصاحب السفلى مطالبه صاحب العلو بالبناء بلا خلاف (قلت) و ليس لصاحب العلو مطالبه صاحب السفلى بالبناء إلا أن يكون ذلك لازماً بعقد و النقص بالكسر المنقوض و هو آلات البناء (قوله) (و لو أعاده بآلة من عنده فله ذلك)

كما فى التذكرة و قد سمعت ما فى التحرير و قال فى (جامع المقاصد) إنه ليس على إطلاقه بل هو مقيد بما إذا لم يكن الأساس للآخر و لا مشتركا بينهما و إلا لم يجز بدون الإذن (قلت) قد تقدم بيان وجه الإطلاق فى مثل ذلك (قوله) (و لا يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله لكن يمنع من الانتفاع بفتح كوة أو ضرب وتد) و نحو ذلك من التصرف المضعف للجدار لأنه إضرار بصاحب العلو فى أمر مستحق له كما نبه عليه فى التحرير و غيره (قوله) (لو انفرد أحد الشريكين بالإنفاق على البئر و القناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء)

كما فى المبسوط و التذكرة و التحرير لأن الماء ينبع من ملكهما المشترك و ليس للمنفق عين مال و إنما له أثر نقل الطين عنه إلا أن يكون الحبل و الدلو و البكرة له فيكون له منعه من الاستقاء بهذه الآلات فإذا استأنف الشريك لنفسه آلة لم يكن له منعه من الاستقاء و منه يعلم الحال فيما لو بناه بآلة من عنده (قوله) (و لا- يجب على مستحق إجراء الماء فى ملك غيره مشاركة المالك فى عمارة سقف المجرى و إن خرب من الماء و لا على المالك إصلاح القناة لو خربت بغير سببه)

كما فى التذكرة و جامع المقاصد فى الأمرين و لم ينص فى الدروس إلا على الأول لأنه لا يجب عليه أن يسقف المجرى فلا يجب عليه عمارته لو خرب بسبب الماء لأنه حصل بسبب مستحق و لأن استحقاق الإجراء لا يقتضى استحقاق عمارة المجرى فى الثانى (قوله) (و يجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه و بين السفلى و إن كان مشتركا و وضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة)

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩١

و لصاحب السفلى الاستئجار و تعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد فى السقف فلا (١)

[فروع]

إشارة

(فروع)

[الأول إذا استحق وضع خشبة على حائط]

الأول إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الإعارة (٢) و لو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر (٣)

[الثانى لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه فى ملك غيره]

(الثانى) لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه فى ملك غيره و لم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض و الجدار فى عدم الاستحقاق (٤)

و لصاحب السفلى الاستكنان و تعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد فى السقف فلا) السقف المشترك يجوز لصاحب العلو الجلوس عليه و وضع الأثقال عليه على المعتاد و لصاحب السفلى الاستظلال و الاستكنان به لأننا لو لم نجوز ذلك لزم الضرر العظيم و تعطيل المنافع و قد قرب فى التذكرة أنه ليس لصاحب السفلى تعليق الأمتعة فيه سواء كان له ثقل يتأثر به السقف أو لا كالثوب و نحوه و مختاره هنا خيرة الدروس (و فى جامع المقاصد) أنه قريب لجريان العادة بذلك نعم لا يجوز ضرب الوتد قطعاً و لو اختص به فله التصرف فى ملكه كيف شاء

(قوله) (فروع) إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الإعارة) كما فى التذكرة و جامع المقاصد و كذا التحرير و الفرق أن الإعارة إذن فى الوضع فلا تقتضى التكرار ما لم يصرح به و بعد انقضاء المأذون فيه لا يبقى استحقاق أما إذا كان الوضع مستحقاً بعقد لازم إلى أمد معين فإنه يقتضى استحقاق الإعادة للقطع ببقاء الاستحقاق بعد السقوط بل يجبر على بناء الجدار و الخصوصية غير ملحوظة (قوله) (و لو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر)

و نحوه ما فى الإيضاح و الحواشى من عدم الترجيح و فى (التذكرة) أن الأقوى تحريم الإبقاء لما فيه من الضرر العظيم و فى (جامع المقاصد) أن الأصح جوازه لأن الإزالة ضرر و الضرر لا يزال بالضرر مضافاً إلى أن له حق البقاء فيستصحب (و قد يقال) إن الضرر العظيم يزال بالضرر الأقل و فى البقاء ضرر عليهما فيكون مضاراً أى قاصداً للضرر و قد تقرر أنه يمنع و لا فرق فى ذلك بين استحقاق الوضع و الإعارة ما لم يبذل الأرش فى الإعارة فتجب الإزالة حينئذ

(قوله) (الثانى) لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه فى ملك غيره و لم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض و الجدار فى عدم الاستحقاق)

كأن المسألة غير محررة فى الكتاب و التذكرة بل فى جامع المقاصد لأنهما إما أن لا يعلما على أى وجه وضع ذلك أو يدعى صاحب

البناء و الخشبة الاستحقاق بصلح و نحوه و يدعى الآخر العارية أو يدعى الأول أنه بحق و الآخر أنه عدوان فإن كان الأول ففى (المبسوط) أنهما إذا ملكا دارين و رأيا الخشب على الحائط و لا- يعلمان على أى وجه وضع ثم انهدم السقف فإنه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من رده لأنه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلا- يجوز الرجوع به بحال بلا- خلاف و هو خيرة الدروس و فى (التحرير) فى استحقاق الاستمرار نظر و المخالف المحقق الثانى فى جامع المقاصد و قد روى قول الشيخ بالضعف مع أنه نفى الخلاف فيه و ظاهره بين المسلمين و لعله لأن الاستحقاق يتوقف على أمور كثيرة و الأصل عدمه و عدمها إلا- أن يقال إن الظاهر ظاهر يد فتقطع الأصول و إن كان الثانى و عليه تنزل عبارة الكتاب و التذكرة لأنهما فى الفرض سواء و إلا فمن لا يعلم سبب كون بنائه فى ملك الغير ما دام لا يعلم الاستحقاق لا يدعيه فلا يتصور منه و لا من الآخر الذى هو مثله اليمين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩٢

[الثالث لا يجوز بيع حق الهواء]

(الثالث) لا يجوز بيع حق الهواء و لا مسيل الماء و لا الاستطراق (١)

[الفصل الثالث فى التنازع]

(الفصل الثالث فى التنازع) لو صالح المتشبه المصدق لأحد المدعين بسبب يوجب التشريك كالإرث على شىء شاركه الآخر إن كان بإذنه و الأصح فى الربع و لا شركة (٢)

عليه فقد قرب المصنف هنا و ولده فى الإيضاح و جامع المقاصد و كذا الشهيد فى الحواشى تقديم قول مالك الأرض لأصالة عدم الاستحقاق فى ملك الغير و لأن اليد تقتضى الاختصاص بالانتفاع و الوضع أعم من الاستحقاق و أقصاه أن يكون بحق و هو أعم من العارية التى يجوز الرجوع فيها و ظاهر الشيخ أن على مدعى العارية البيئه و اليمين على الآخر و لعله لمكان الظاهر كما عرفت آنفا و لا ترجيح فى التحرير و التذكرة و الدروس و فسر العبارة فى جامع المقاصد بالمعنى الأول ثم اعترض عليها على المعنى الثانى و لعله لقوله و لم يعلم سببه و قد يقرأ يعلم بالبناء للمجهول و إن كان الثالث فالقول قول صاحب البناء للأصل فى فعل المسلم معتصدا بالظاهر و مثل البناء و الخشبة و المجرى الميزاب يقذف فى ملك غيره و المجاز فيه

(قوله) (لا يجوز بيع حق الهواء و لا مسيل الماء و لا الاستطراق)

كما فى التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و ظاهر الأول الإجماع عليه لأن موضع البيع الأعيان و المخالف الشافعية حيث ألقوا الحقوق المتعلقة بالأعيان (بالأعيان) «١» و يصح الصلح على الحقوق المذكورة بشرط التعيين كما صرح به هؤلاء و كذا الشيخ فى المبسوط و الشهيدان فى اللعة و الروضة فى الصلح على إجراء الماء و التعيين فيه يحصل بتقدير المجرى طولاً و عرضاً أى الممر الذى يمر فيه الماء لترتفع الجهالة و لا- يعتبر تعيين العمق لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض كما صرح بذلك كله جماعة و ينبغى مشاهدة الماء لاختلاف الحال بقلته و كثرته و لو كان ماء مطر اختلف بكبر ما يقع عليه و صغره فمعرفة تعرف بمعرفة محله و يأتى تمام الكلام فى محله

(الفصل الثالث فى التنازع) (قوله) (لو صالح المتشبه المصدق لأحد المدعين بسبب يوجب التشريك كالإرث على شىء شاركه الآخر إن كان بإذنه و إلا صح فى الربع و لا شركة)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و شرحه لولده و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و

في الأخير أنه المشهور و كأنه أشار بذلك إلى ما استسمعه عن المسالك و إلا فلا خلاف في ذلك و لا فرق بين أن يقولوا ورثناها و قبضناها ثم غضبها منا و عدمه كما قربه في التذكرة و جزم به في أول كلامه في جامع المقاصد لأن سبب التشريك موجود و حكي في الأول عن بعض العامة أنه لا- يشاركه لأن التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل منهما قابضاً لحقه و انقطع حقه عما في يد الآخر و لهذا يجوز أن يطرأ الغضب على نصيب أحدهما خاصة بأن تزال يده فالمغضوب لا يكون مشتركاً بينهما و حاصل ما أراد المصنف و الجماعة أن المدعين اتفقا على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة فإقرار المتشبه لأحدهما مقتضى لتشاركهما فيما أقر به و إن لم يصدقهما على السبب الذي ادعيا به لأنهما متفقان على أن البعض كالكل يستوي ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر كما أن الفأنت يكون ذاهبا عليهما فاشتركا في المقر به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الإقرار فلا يؤثر فيه تخصيص المقر أحدهما بالملك و حينئذ فإذا صالح المقر له المتشبه على النصف المقر به فإن كان الصلح بإذن شريكه

(١) وجد في نسختين غير مكررة و الظاهر التكرير (مصححه)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩٣

.....

أو إجازته بعده صح في جميعه بجميع العوض و إلا ففي ربع المقر له بنصف ما صولح عليه و يبطل في ربع شريكه و يأتي الكلام في اشتراكهما في المقر به و تردد من تردد في ذلك أو مثله و في (المسالك) ما حاصله أن هذا لا- يتم إلا- على القول بتنزيل البيع و الصلح على الإشاعة كالإقرار و هم لا يقولون به بل يقولون بأنه مخصوص بنصف البائع و المصالح بل إنما ينزل على ذلك الإقرار فلو أقر بالنصف للغير يكون إقراراً بربعه و ربع شريكه و وجهه أن البائع إنما يبيع مال نفسه و لا يصح بيع مال الغير إلا فضولاً أو وكالة و كل منهما غير المتبادر المتعارف فيصرف إلى ماله بخلاف الإقرار فإنه كالشهادة بأنه لفلان و هو قد يكون في ماله و قد يكون في غير ماله فينبغي أن يكون المصالح عليه إنما هو نصف المقر له فيكون العوض كله له هذا إذا قال له صالحتك على النصف مطلقاً للفظ أو على نصفي و أما إذا قال له صالحتك على النصف الذي أقررت به كان منزلاً على الإشاعة لأنه تابع للإقرار المنزل على ذلك فيكون قول المصنف و الجماعة متجهاً و يمكن تنزيله على ذلك لثلاثين ما ذكروه من القاعدة قال و هذا توجيه حسن لم ينبه عليه أحد نعم قال الشهيد في بعض تحقیقاته يحتمل انصراف الصلح إلى حصه المقر له و يكون العوض كله له و تبعه الشيخ على رحمه الله و أطلقوا انتهى حاصل كلامه و فيه نظر من وجوه (الأول) إن هذه القاعدة في البيع و الإقرار ليست مسلمة عند الكل أما البيع فقد تقدم في باب أنه لو باع مالك النصف النصف أنه يحتمل الحمل على الإشاعة كما في نهاية الأحكام و الكتاب و الإيضاح و غيرها و وجهه بأن البيع صالح لملكه و ملك غيره و لهذا يقبل التقييد بكل منهما و لفظ النصف إذا أطلق يحمل على الإشاعة و لم يجعل الشارع صحه التصرف قرينه في المجازات و المشتركات مضافاً إلى ما حكاه هو عن الشهيد و الشيخ على رحمهما الله تعالى (و أما الإقرار) ففي التحرير أن الأقرب أنه لو قال بعث نصفه أو أقر بنصفه التخصيص بنصبيه نعم ظاهر بيع الكتاب و نهاية الأحكام و الإيضاح الإجماع على التنزيل على الإشاعة (و عساک تقول) كيف يدعى الإجماع على ذلك و قد أطبقوا في باب الإقرار و الميراث أنه إذا أقر بمشارك في الإرث و لم يصدقه باقي الورثة أنه يدفع إليه ما فضل في يده عن ميراثه و إنه لا ينزل على الإشاعة (لأننا نقول) الإشاعة إشاعتان إشاعة بالنسبة إلى النصيبين و إشاعة للأجزاء في الأجزاء فالأولى يقابل بها تنزيل الإقرار على نصيبه فقط كما إذا باع مالك النصف النصف فإنه ينزل في المشهور على نصيبه فقط و الثانية ثابتة في كل مال مشترك و ملاحظتها تقضي بأن إنكار المنكر بمنزلة الإلتلاف كما سيتضح لديك فيما يأتي فالمنفية في الإقرار و الميراث الإشاعة الثانية قالوا لو أقرت بولد للزوج المتوفى و كذبها الإخوة دفعت إليه ما بيدها زائداً عن نصيبها و هو الثمن و لا تدفع إليه سبعة أثمان ما في يدها تنزيلاً للإقرار على الإشاعة فيستحق في كل

شئ سبعة أثمانه و المراد بالإشاعة فى الإقرار هنا و فى باب البيع الإشاعة بالنسبة إلى النصيين بل دفعها ما فى يدها زائدا عن نصيبها فى المثال من باب تنزيل الإقرار على الإشاعة بالنسبة إلى النصيين فليحظ ذلك فإنه نافع دقيق و ربما خفى على الأجلاء و تمام الكلام فى باب الإقرار فإننا قد أسبغناه هناك (الثانى) أن المحقق الثانى قد نبه على ذلك فإنه بعد أن فسر كلام المصنف و فرق بين السبب الواحد الموجب للتشريك و السبب المتغاير بأن الصلح يصح فى حصه المصالح أجمع و لا شركة للآخر معه كما سيأتى فى الثانى و أن الآخر يشاركه فى الأول كما عرفت قال و لقائل أن يقول لا فرق بين تغاير السبب و كونه مقتضيا للتشريك فى عدم الشركة لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر و هو أمر كلى يمكن نقله عن مالكة إلى آخر و لهذا لو باع أحد الورثة حصته من الإرث صح و لم

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩٤

و لو تغاير السبب صح الصلح فى حصته أجمع و لا شركة (١)

يتوقف على رضا الباقين و فى ذلك كمال التنبيه على ما اعترض به فى المسالك مضافا إلى ما ذكره فى تمام كلامه كما ستسمعه إن شاء الله تعالى و فى هذا بلاغ أقصاه أنه ما وجه التوجيه الذى نزل هو عليه كلام الأصحاب ثم إن كلام الشهيد و المحقق الثانى غير جيد قطعاً لأن كلام الأصحاب فى المقام صريح فى أن الصلح على ذلك النصف الذى أقر له به كما هو نص كلام المبسوط و فى (الشرائع) أنه صالحه على ذلك النصف و نحوها الإرشاد و فى (التحرير) صالحه عما أقر له به و فى (شرح الإرشاد) صالحه على مجموع هذا النصف فلا مجال لاحتمال الشهيد فى كلام القوم و لا لكلام المحقق الثانى و لا لتفصيله فى المسالك بالألفاظ الثلاثة و توجيه كلام القوم بذلك لأنه نص صريح لا يحتاج إلى توجيه على أنه ما ثبت له فى ظاهر الشرع و عند المقر إلا ذلك و لا صالحه إلا عليه فينصرف الصلح إليه و إن كان مطلقاً أو مقيداً بنصفى لأنه هو الذى له و إلا لما رضى المقر بالصلح و إلا فلو صرح له بأنه إنما يصلحه على نصفه الذى له فى نفس الأمر و الواقع من غير إشاعة متعلقه بربع صاحبه و رضى المقر به لزمه الإقرار بثلاثة أرباع الدار نصف للمصالح و ربع لشريكه كما هو واضح و الحال أنه منكر للنصف الآخر فالحكم فى عباراتهم كما قالوه سواء قال صالحتك على النصف المقر به كما هو صريح من عرفت أو نصفى أو أطلق و الأخيران ينصرفان إلى الأول و إلا لما صح الصلح لعدم رضى المقر فلو قال إنما قصدت مالى من غير إشاعة لا يسمع قوله لأن للمقر أن يقول ما اشترت إلا ما أقررت به و هذا موجه مسموع على أنهم رضى الله عنهم كفوناً مؤنثةً لذلك و عبارة الكتاب تحمل على ذلك على أن اعتراض المسالك على عبارة الشرائع و قد سمعتها (قوله) (و لو تغاير السبب صح الصلح فى حصته أجمع و لا شركة)

كما صرح به فى المبسوط و جميع ما ذكر بعده فيما إذا اتحد السبب و المراد بتغاير السبب أن يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك الآخر كأن يكون أحدهما مستحقاً للنصف بالإرث و الآخر بالشراء فلا يكون مقتضياً للتشريك و إنما تجيء الشركة من الشروع و لا فرق فى ذلك بين أن يصرحا بذلك أم لا و الحاصل أنهما لم يصرحا بما يقتضى الشركة المشاعة لعدم الدليل و ثبوت ملك أحدهما لا يستلزم ثبوت ذلك للآخر نعم إن ادعى أحدهما ذلك على الآخر كانت دعوى كسائر الدعاوى و هل يكون شراؤهما معا و اتهاهما و قبضهما معا إذا أقر به المصدق من المدعين كالإرث أم يلحق بالسببين المتغايرين صرح فى المبسوط و التحرير و مجمع البرهان و الكفاية بالإلحاق فى الأول أعنى الشراء و قرب فى التذكرة و جامع المقاصد الإلحاق فى الأمرين أعنى الشراء و الاتهاب و احتمال ضعيفا لعدم لأن البيع لاثنتين بمنزلة صفتين و لم يرجح فى المسالك هذا و فى (جامع المقاصد) أن لقائل أن يقول لا فرق بين تغاير السبب و كونه مقتضياً للتشريك فى عدم الشركة لأن الصلح إنما هو استحقاق المقر و هو أمر كلى يمكن نقله عن مالكة إلى آخر كما تقدم نقله و رده و قال قد سبق فى البيع فيما إذا قال النصف لك و النصف الآخر لى و لشريكى ما ينافى إطلاقه ما هنا حيث إنه حكم بالتشريك بينهما فى الحاصل و التالف و فى أحكام التنازع فى الرهن تردد فى التشريك و عدمه (قلت) لعله أراد كما هو

صريح كلامه أنه تقدم له فى ذلك أن الربع التالف بسبب تكذيب الشريك يكون من المقر والمقر له والحاصل لهما من دون فرق بين اتحاد السبب و تغييره حيث لم يتعرض له و بيانه أنه لما أقر له بالنصف الذى هو ستة من اثنى عشر مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩٥

.....

و أن النصف الآخر له و لشريكه و كذبه الشريك كان متعلق بالإقرار أمرا كلياً فى يد كل واحد من الشريكين فلما رد الشريك إقراره كان الرد نافذاً فى الربع الذى هو نصف ما فى يده فصار هذا الربع تالفاً و لا شبهة فى أن العين المشتركة إذا تلف بعضها أنما يتلف من الشريكين على قدر استحقاقهما و قد انحصرت الشركة بين المقر والمقر له لأن الأول رد و أنكر فلا شركة له معه فكان التالف من المقر والمقر له موزعاً على نسبة استحقاقهما فكان للمقر اثنان و التالف منه واحد و للمقر له أربعة و التالف منه اثنان و لم يفرق فى العين بين كون سبب الشركة فيها متحداً أو متغيراً و قضيه كلامه هنا التفصيل بأنه إن كان سبب الملك موجباً للشريك ككون المقر به مستحقاً لهم بالإرث كان إنكار الشريك بمنزلة تلف الربع و وجب كونه منهما لأنه لما أقر له بنصف كان متعلق بالإقرار أمراً كلياً فى يد كل واحد من الشريكين فلما رد الشريك إقراره كان الرد نافذاً فى الربع فصار تالفاً و يمتنع تلف الأمر الكلى إذ التلف أنما يتحقق فى نفس الأمر و الواقع بحيث يترتب عليه مقتضاه للأمر المتعين المشخص و إن كان سبب الملك لا يقتضى الشريك لم يكن رد المنكر بمنزلة التلف فيكون للثالث بمقتضى الإقرار نصف ما فى يد المقر لا- غير لأن له بمقتضى الإقرار ربع ما فى يد كل من الشريكين كما لو صرح فقال لك نصف ما فى يدي و نصف ما فى يد شريكى و الحاصل أن الإنكار لا يلحق بالتلف إلا فيما إذا كان سبب الملك متحداً موجباً للشريك و أما ما عداه فلا دليل عليه فيكون كلام المصنف هناك منزلاً على ما هنا لكن كلامهم فى باب الإقرار و الميراث يقضى بأن الإنكار من الوارث و غيره اتحاد السبب أو تغييره لا يلحق بالتلف كما سمعته آنفاً فى مثال إقرار الزوجة بولد إلا أن يحمل كلامهم فى البابين على ما إذا كان بعد قبض الوارث و استقرار الملك كما يأتى للمحقق الثانى فيما حقه بقوله و الذى يقتضيه إلى آخره كما سمعته و بالجملة كلامهم غير محرر فندبر و أما ما أشار إليه من استشكله فى باب الرهن فهو قوله و لو ادعى على واحد رهن عبده عندهما فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد للآخر فإشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعيين حقاً فيما يصدق الغريم أحدهما عليه أو لا- فإن قلنا بالتشريك لم تقبل و إلا قبلت و قد اختار هناك ولده التشريك و عدم قبول الشهادة لأنه بدفع بشهادته مزاحمته و فصل فى (التذكرة و الحواشى) التفصيل المذكور هنا و هو أنه إن كان سبب الملك موجباً للشريك ككون الدين المرهون به العبد مستحقاً لهما بالإرث أو نحوه شارك و لم تقبل شهادته و إلا فلا و قال فى (جامع المقاصد) فيما نحن فيه و الذى يقتضيه النظر أن الحكم فى مسألة الإرث قبل قبض الوارثين صحيح لأن الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة إلى الوارث (الورثة خ ل) و التالف لا- يحتسب عليهم و كأنه لم يكن و امتناع الوصول إليه كتلفه فى هذا الحكم و الظاهر أنه لا خلاف فى ذلك أما بعد القبض و استقرار الملك لهم فلا دليل على إلحاق تعذر الوصول إلى حق بعضهم بالإنكار مع عدم البيئته و نحوها بتلف البعض فى هذا الحكم فالأصل عدمه فينبغى التوقف فيه فليلاحظ الحكم المذكور فى البيع (قلت) قد لحظناه و تحريره ما اقتضاه نظره و لعله به يحصل الجمع بين كلماتهم فى الأبواب الأربعة و إن كان ظاهرهم فى باب البيع و الإقرار عدم الفرق بين ما كان قبل القبض و بعده و قضيته فى البيع أن التلف منهما مطلقاً و فى الإقرار أن التلف من المقر له مطلقاً و قد أورد على هذا الفرق فى المسالك إيراداً لا وجه له مبني على ما سلف له من أن الصلح أنما وقع على حقه فيختص به سواء كان قبل القبض أو بعده و ينقدح مما ذكرناه فى المقام إشكال فيما إذا كان الدين على الميت ألفاً و كانت التركة ألفين

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩٦

و يعطى مدعى الدرهمين أحدهما و نصف الآخر و مدعى أحدهما الباقي (١) مع التشبث

و عصى أحد الولدين مثلا بالألف التى فى يده فهل ينحصر الدين فيما فى يد المطيع أو لا احتمالان أشبههما العدم فتأمل و لو كان المشترك ديناً فأقر لبعض و أنكر بعضاً ففى الشركة قبل القبض لا بحث و بعد القبض و غير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لهما و التالف عليهما و عدمه و يتبنى عليه ما لو صالح عليه بعد قبضه (قوله) (و يعطى مدعى الدرهمين أحدهما و نصف الآخر و مدعى أحدهما الباقي)

كما فى النهاية و الشرائع و النافع و التحرير و الإرشاد و الدروس و الحواشى و اللمعة و التنقيح و التذكرة و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و مجمع البرهان و فى الأخير أنه مجمع عليه و فى الستة الأخيرة كما هو المحكى عن ابن المتوج أنه لا بد من اليمين قال فى (التذكرة) الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذى تصادمت دعوتهما فيه فمن نكل منهما قضى به للآخر و لو نكلا- أو حلفا معا قسم بينهما إلى آخره و فى (مجمع البرهان) كأن الأولين مجمع عليهما و الظاهر أن الحلف إنما هو مع طلب صاحبه و على عدم استحقاق صاحبه فى المدعى لا على استحقاقه كما هو ظاهر و الظاهر أن إطلاقات النصف كما ستسمعه و الفتوى مقيدة بذلك و بعدم البيئة أو بما إذا كانت لهما بيئة من غير رجحان و الإطلاق فيهما مبنى على الظاهر المعلوم و القواعد المقررة فالأولى لشيخنا فى الرياض أن لا يتأمل فى ذلك و قوله فى الدروس لم يذكر الأصحاب فى هذه يمينا فلعله أراد الأ-كثر أو أنه غفل عن التذكرة أو لم يظفر بها فيها و الأصل فى ذلك الرواية المشهورة كما فى (الدروس و التنقيح) و هى مرسله محمد بن أبى حمزة عن الصادق عليه السلام فى رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لى و قال الآخر بينى و بينك فقال عليه السلام قد أقر أن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و أنه لصاحبه و أما الآخر فبينهما و مثله مرسله عبد الله بن المغيرة عن غير واحد و هذا يدل على استفاضته عندهم و فيها التصريح بأنه يقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين و لا يضر الإرسال لأنه مجمع عليه كما فى مجمع البرهان و هو كذلك سلمنا لكن فى جبر الشهرة أكمل بلاغ على أنه عند جماعة أن تقدم صاحب الإجماع كاف فى الصحة و هو غير صحيح و هما مقيدان بالقيد المتقدم كما تقدم و فى (الدروس) أنه يشكل ذلك إذا ادعى الثانى النصف مشاعاً فإنه يقوى القسمة نصفين و يحلف الثانى للأول و كذا كل مشاع انتهى و قواه صاحب التنقيح و قال فى (إيضاح النافع) لا أرى له وجهاً حسناً و تأمل فيه فى قضاء الروضة فى آخر كلامه و فى (قضاء الكتاب و التحرير و الدروس و اللمعة) أنه لو كانت فى أيديهما عين فادعاها أحدهما و ادعى الآخر منها نصفها و لا بيئة فهى بينهما بالسوية و لكن على مدعى النصف اليمين لصاحبه و لا يمين على صاحبه و صرحوا فى آخر كلامهم أن ذلك إذا كان النصف مشاعاً و قد انتهض فى الروضة للفرق بين المشاع و غيره بأن كل جزء من العين على تقدير الإشاعة يدعى كل منهما تعلق حقه به و لا ترجيح فكانت نسبتته إلى الجميع على السواء (وفيه) أن كل جزء فرض يكون نصفه بالإشاعة متعلقاً بمدعى الكل بلا كلام و النزاع فى نصفه الآخر أى نصف فرض فليس نسبتها إلى الكل على السواء حتى يقسم الكل بل إلى النصف فلا- وجه لاختصاص أحدهما بالحلف لأن الفرض إشاعة التصرف فالنظر يقتضى فى هذا التقدير أيضاً التحالف و قسمة النصف كما فى ما نحن فيه أعنى صورة التعيين و كلامهم فى رد قول أبى على يؤيد ذلك كما أوضحنا ذلك فى قضاء الكتاب فليرجع إليه

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩٧

و كذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط و اشتبهه بخلاف ممتزج الأجزاء (١)

من أرادته ثم إن ما ذكر فى توجيه الحلف إن تم فإنما يصحح القسمة لا الحلف من الثانى خاصة و توجيهه أن يدهما على العين سواء فييد كل منهما نصفه مشاعاً و الثانى أقر بنصف المشاع من الجميع فخرج نصف الجميع بذلك عن الإشاعة و المفروض أن يد الأول على النصف كذلك بدون منازع و النصف الآخر فى يد الثانى يدعى الأول و ينكره الثانى فاليمين عليه و هو يقتضى القسمة إنصافاً

بعد حلف الثانى للأول كما فى كل موضع وجد الداخل و الخارج ففارقت الأولى لأن الثانى فى الأولى بدعواه الواحد المفروز اعترف للثانى بالآخر من دون نزاع وبقى فى يديهما درهم واحد و لا- ترجيح لأحدهما فيه فيقسم نصفين (و فيه) أن الإشاعة لا- تقتضى انصراف النصف المقر به إلى النصف الذى فى يد الأول لعدم التعيين فى الشيوخ بل اللازم منه عدمه فقولك إن الثانى فى النصف المتنازع فيه داخل و الأول خارج ممنوع بل كل منهما فيه داخل و خارج و يد الثانى كيد الأول على المتنازع فيه و غيره سواء فمحل القسمة النصف بعد التحالف كأولى و كأن كلام شيخنا صاحب الرياض غير محرر (و الحاصل) أن إطلاق الأصحاب فى المقام و الأخبار يشمل صورتى دعوى الثانى الدرهم على الإشاعة أو على التعيين و المصرح بالفرق فى باب القضاء هو من عرفته و هو المصنف و الشهيد لتوجيه لم يتضح وجهه فلا ينبغى العدول عن ذلك إلى هذا ثم إن ذلك كله إذا كان الدرهمان بيدهما معا كما عرفت دون ما إذا كان بيد أحدهما أو ثالث لخروجهما عن النص و فتوى الجماعة و يرجع فيهما إلى القاعدة كما بين فى محله و ذكر هذه و ما بعدها فى باب الصلح أما لأن ذلك لازم من غير يمين كما قاله بعضهم و إما لمناسبة له حيث إن الصلح لا يكون إلا كذلك لأنه العدل فيرغبان فى الصلح حذرا من الإيمان

(قوله) (و كذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط و اشتبه بخلاف ممتزج الأجزاء)

أى و كذا الحكم لو استودع إنسان من رجل دينارين مثلا و من آخر ديناراً ثم امتزجا إما بغير تفريط منه أو بإذن المالكين ثم تلف واحد بغير تفريط فإننا ندفع إلى صاحب الدينارين ديناراً لأن الآخر معترف له به و الدينار الآخر يقسم بينهما نصفين و هذا هو المشهور كما فى الدروس و التنقيح و إيضاح النافع و المسالك و الروضة و الكفاية و الرياض و فى (جامع المقاصد) نسبه إلى الأكثر تارة و إلى الأصحاب أخرى و قد نسب إلى الأصحاب فى الدروس و المسالك و الروضة و لم أجد فيه خلافاً إلا من المصنف فى التحرير فإنه قال الأولى عندي قسمة التالف على رأس المالكين فيعطى صاحب الدينارين ديناراً و ثلثاً و صاحب الدينار ثلثاً ديناراً و قد مال الشهداء و المحقق الثانى إلى القرعة لأنها مقتضى القواعد لكنهم لم يجسروا على المخالفة و دليل المشهور خبر السكونى عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام فى رجل استودع رجلاً دينارين و استودعه آخر ديناراً فضاع ديناراً منهما فقال يعطى صاحب الدينارين ديناراً و يقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين و الشهرة المعلومة و المستفيض نقلها تجبر ما هنالك من ضعف و قد قال الشهيد الثانى و صاحب الرياض يشكل هنا مع ضعف السند أن التالف غير محتمل كونه لهما بل من أحدهما خاصة لامتناع الإشاعة هنا فكيف يقسم الدرهم بينهما مع أنه مختص بأحدهما قطعاً و قالوا إن القول فى اليمين كما مر من عدم تعرض الأصحاب له و قال فى (الدروس) إن الأصحاب لم يذكروا يمينا هنا و فى التى قبلها

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩٨

و يباع الثوبان مع الاشتباه معا إن لم يمكن الانفراد و يقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فإن يباع منفردين فإن تساويا فى الثمن فلكل مثل صاحبه و إن تفاوتاً فالأقل لصاحبه (١)

و ذكروها فى باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريا و جاز أن يكون ذلك اختياريا فإن امتنعا فاليمين و فى (جامع المقاصد) أن ظاهر الرواية و كلام الأصحاب أن ذلك قهري و أنه بغير يمين بل ربما امتنعت اليمين إذا صرح كل واحد بعدم العلم بعين حقه (قلت) لعل ما ذكره الأصحاب أنما هو عند التخاصم و التداعى كما فى المسألة الأولى فالحكم فيهما حينئذ سواء فيجىء أنه لا بد من اليمين و تصح قسمة الدرهم بينهما لأنهما اتفقا على أن أحدهما بعينه لصاحب الاثنين و اختلفا فى الباقي المعين إذ كل منهما يدعيه أنه درهمه فيقسم بينهما و أما إذا طلبا حكم الله سبحانه و تعالى عند الاشتباه عليهما و تصريح كل واحد بعدم العلم بعين حقه فالحكم القرعة و على هذا فلا إشكال و ليس للتأمل مجال على أنا نقول قد اتفقت كلمتهم فى باب الشركة على الحكم بالإشاعة شرعا فيما إذا مزجا الدراهم أو الثياب أو الصوف أو الشعر و نحو ذلك مما هو قيمى و إن كان غير مشاع واقعا و لذلك عرفوها بأنها اجتماع أموال

الملاك على سبيل الإشاعة مع أن أظهر أفرادها مزج الدراهم و الاشتراك بها و احترز بقوله من غير تفريط عما لو فرط في الحفظ أو المزج فإن الودعي يضمن التالف كما صرح به جماعة كالمصنف في التذكرة و المقداد و المحقق الثاني و الشهيد الثاني و غيرهم فيضم إليهما و يقتسمان من غير نقص و قد يقع مع ذلك التعاسر على العين فتتجه القرعة لأنه يكون على تقدير الضمان لكل واحد منهما نصف الدرهم الواحد فيكون النزاع و التعاسر في الأخذ من الضامن و أخذ الباقي و أما ممتزج الأجزاء كالدهن و الحنطة و الشعير فإذا كان لأحدهما قفيزان مثلاً- و للآخر قفيز و تلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبة المالين و كذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث و للآخر ثلثا قفيز كما صرح به في التذكرة و الدروس و التنقيح معا بخلاف الدرهم لأنه مختص بأحدهما و يحتمل أن يكون الحكم فيه ما تقدم

(قوله) (و يباع الثوبان مع الاشتباه معا إن لم يمكن الانفراد و يقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فإن يباع منفردين فإن تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه و إن تفاوتتا فالأقل لصاحبه)

و نحوه ما ذكره في التذكرة غير أنه لم يقيد فيها بيعها معا بعدم إمكان الانفراد و يظهر مما في الكتاب أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع (و حاصله) أنهما إن يباع مجتمعين حيث لا يمكن الانفراد بأن يباع كل واحد وحده لعدم الراغب و تعاسرا بمعنى لم يخير أحدهما صاحبه صارا كالمال المشترك شركة إجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال و عليه تنزل الرواية و إن أمكن بيعهما منفردين و جب فإن تساويا فلكل واحد ثمن ثوب و إن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر و الأقل لصاحبه بناء على الغالب من عدم الغبن و إن أمكن خلافه إلا أنه نادر لا أثر له شرعا و يلزم على ما ذكره في التذكرة ما ذكره من ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معا أو منفردين إذ الحكم مختلف فتتحد العبارتان قال في (الدروس) لكن الرواية مطلقة في البيع و يؤيدها أن الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم فكانا بمثابة الشريكين و قال في (جامع المقاصد) فعلى هذا يكون مورد الرواية ما إذا تساوت القيمتان فيبقى ما إذا تفاوتتا خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف إذ لا راد له و قول ابن إدريس بالقرعة و إن كان له وجه إلا أن مخالفة النص و كلام الأصحاب مشكل (قلت) الرواية هي ما رواه المشايخ الثلاثة عن إسحاق بن عمار عن الصادق عليه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٤٩٩

.....

السلام أنه قال في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب و آخر عشرين درهما في ثوب فيبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه و هذا ثوبه قال يباع الثوبان و يعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن و الآخر خمسى الثمن قال (قلت) فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت قال قد أنصفه و يمكن عدها في الحسان إذا لوحظ السند بناء على الظنون الاجتهادية و يمكن عدها في الصحاح إذا لوحظ طريق الشيخ في الفهرست إلى الحسين بن أبي العلاء لأن الشيخ رواه معلقا عن الحسين بن أبي العلاء و قد عمل بها الشيخ في النهاية و القاضى فما حكى عنه و المحقق في كتابيه و المصنف في التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و في (الدروس) أن عليها المعظم و في (المسالك و مجمع البرهان) عمل بها المشهور و في (إيضاح النافع و جامع المقاصد) نسبته إلى أكثر الأصحاب و في (التنقيح) إلى الشيخ و أتباعه و قد نسب العمل بها إلى الأصحاب في مطاوى جامع المقاصد مرتين و في مضاربه جامع المقاصد أنه محل وفاق لأن الظاهر أنهما اشتريا بما يساويان و يباع كذلك لأن الظاهر عدم التغاين قيل و يكون الصلح قهريا و لا يتعدى إلى غير موردها من الثياب المتعددة و الأثمان و الأمتعة و يحتمل التعدية لتساوي الطريق كما ذكرهما جماعة و استقرب الشهيد و غيره القرعة في غير مورد النص لعموم أدلتها و سلامتها مما يصلح للمعارضه و على ما ذكرناه في توجيه كلام القوم لا يتجه ما نبه عليه الشهيد و ذكره المحقق الثاني من أن مورد الرواية ما تساوت فيه القيمتان إلى آخر ما حكيناه عن جامع المقاصد لأنه إذا

كان موردها كذلك عند الابتاع و البيع الثانى كيف يصح القسمه أحماسا بل يجب أن تكون بالسوية و قوله فى جامع المقاصد يبقى ما إذا تفاوتت خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف إذ لا- راد له فيه إذ لا وجه لوجوب البيع مجتمعين إذا تفاوتتا و لم يمكن الانفراد من دون رضاهما خصوصا مع تعلق غرضهما بالانتفاع بهما للكسوة أو القنية و المفروض أنه لا نص حتى نعمل به تعبدا كما عمل به المشهور كما أنه لا وجه لبيعهما منفردين إذا أمكن تساويا أو تفاوتتا إذ عند التساوى يعطى لكل ثوبا فإن تعاسرا أقرع و عند التفاوت فالذى يقتضيه عقد المعاش غالبا أن الأجدود يكون لصاحب الثلاثين و الآخر لصاحب العشرين (و الحاصل) أن إجبارهما على البيع مجتمعين أو بيعهما منفردين إذا خرجنا عن الخبر فيه أعظم ضرر منفى بالخبر و لا- يرد ذلك على الخبر لمكان اعتباره و عمل الأكثر به فنخرج به عن القواعد و نقتصر به على مورده و لا تصغ إلى ما فى التنقيح و إيضاح النافع من الإشكالات التى أوردت على الخبر حتى اختارا حملة على امتزاج المال قبل الشراء أو على الاستحباب و لا لقوله فى السرائر بناء على أصله إن استعملت القرعة فى ذلك كان أولى لأنها حجة و دليل عند عدم النص و قد وجد قويا أو حسنا مشهورا روايه و فتوى و قد وقع فى المختلف فى رد كلام ابن إدريس أنهما إذا كانا شريكين كان لكل منهما بنسبة رأس المال كما فى الطعامين لو امتزجا و هذا مسلم إذا كانت الشركة فى الثمن أما إذا كانت فى السلعة فممنوع و إلا لزم أنه لو اشترى رجل كرا من طعام بمائة و آخر كرا بمائتين مع تساويهما فى الصفة ثم امتزجا باختيار أو بدونه أن يقسم الثمن أثلاثا على نسبة المالىن و فى (التنقيح) أن ذلك قول باطل لم يقل به قائل و وقع فى الرياض فى رد كلام المصنف أنه اجتهاد فى مقابلة النص المعتبر مع تطرق الإشكال إليه بعدم دليل على اعتبار الغلبة التى غايتها إیراث المظنة خاصة فى نحو المسألة التى هى من قبيل الموضوعات دون الأحكام الشرعية فلا يكتفى فيها بالمظنة إلا إذا قامت عليها الأدلة (و فيه) أنه يقول إنى عامل بالنص فى صورة مورده و هو بيعهما مجتمعين و لا يصح تنزيله على خلاف ذلك لعدم الفائدة فيه و على ما تقدم عن الشهيد و الكركى

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠٠

و لو كان عوض الصلح سقى الأرض أو الشجر بمائة فالأقرب الجواز مع الضبط كما فى بيع الماء (١) و كذا لو صالحه على إجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذى يجرى الماء منه (٢) و يصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فإن أعتقه صح و فى رجوع العبد إشكال ينشأ من أن إعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر إلا فيه كما لو أوصى لرجل (٣)

يقول إنى عامل به فى صورة ما يظهر أو يلوح منه و هو التساوى فليس هناك اجتهاد فى مقابلته و الموضوعات فى غير ألفاظ العبادات يكتفى بها بالمظنة مطلقا كما حرر فى محله

(قوله) (و لو كان عوض الصلح سقى الأرض أو الشجر بمائة فالأقرب الجواز مع الضبط كما فى بيع الماء)

كما فى التذكرة و الإيضاح و الدروس و اللمعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و جعله فى الشرائع وجها مأخذه جواز بيع ماء الشرب و لم يقيد فى اللمعة بالضبط لكنه مراد له و المراد ضبطه بمدة معلومة و لو تعلق بسقى شىء مضبوط دائما أو بالسقى بالماء أجمع دائما و إن جهل السقى لم تبعد الصحة لأن جهالة مثل ذلك يتسامح فيها فى الباب و يصح أيضا جعله أى السقى موردا للصلح و عوضه أمر آخر من عين أو منفعة عكس ما فى الكتاب و كذا لو كان أحد السقيين عوضا و الآخر موردا و المخالف الشيخ فى المبسوط قال إذا أقر له بحق ادعاه عليه ثم صالحه منه على أن يسقى أرضه من نهر المقر أو قناته فى وقت معين لم يجز ذلك لأن المعقود عليه الماء و هو غير معلوم المقدار مع أنه قد جوز بعد ذلك بلا فاصله بيع جزء مشاع منه و جعله عوضا للصلح و جوز أيضا بيع ماء العين و البئر و من احتمال تخصيص منعه هنا بغير المضبوط كما فى الروضة فلهذا لم يلحظ قوله فى وقت معين و هذه المسألة ليست من مسائل التنازع و يبقى الكلام فى المشبه به فإن الماء الجارى من نهر أو عين يجوز بيعه على الدوام و إلا فالأشهر منعه لجهالته و لأنه يزيد شيئا فشيئا و إن كان راكدا جاز بيعه جزافا و كيلا و وزنا فالتشبيه ببيع الماء لا يجدى فيما نحن فيه

فتأمل و لعله لذلك ترك في اللمعة وغيرها

(قوله) (و كذا لو صالحه على إجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه)

كما في المبسوط و الشرائع و التذكرة و الدروس و اللمعة و الروضة و المسالك و الكفاية و لا فرق بين جعله له عوضا و موردا و يحصل العلم بالموضع الذي يجري الماء منه بتقدير مجراه طولاً- و عرضا لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه و لا يعتبر تعيين العمق لأن من ملك شيئا ملك قراره مطلقا بأي عرض و طول اتفق (و الحاصل) أن الصلح في هذا الفرض إنما يقع على مرور ماء غيره في ملكه إما على سطحه إذا كان الماء عاليا على داره أو ساحته فلا بد من تقدير الممر من السطح و الساحة طولاً و عرضا و لا يحتاج إلى تقدير السمك لعدم التفاوت فيه إلا بكثرة الماء و قلته و لعله لهذا أطلق المصنف و غيره حكم الماء من دون أن يشترطوا مشاهدته و لكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه لاختلاف الحال بقلته و كثرته و لو كان ماء مطر اختلف أيضا بكماله ما يقع عليه و صغره فمعرفة تحصل بمعرفة محله كما تقدم بيان ذلك كله و لو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح فعلى مالكيهما لتوقف الحق عليهما و ليس على المصالح مساعدته

(قوله) (و يصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فإن أعتقه صح و في رجوع العبد إشكال ينشأ من أن إعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر إلا فيه كما لو أوصى لرجل)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠١

برقبته و لآخر بخدمته فأعتق الأول و من اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة و المنفعة و قد حال بين العبد و المنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد (١) و الراكب أولى من قابض اللجام على رأى (٢)

برقبته و لآخر بخدمته فأعتق الأول و من اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة و المنفعة و قد حال بين العبد و المنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد

قد جزم في التذكرة و التحرير بعدم رجوع العبد على السيد و في (جامع المقاصد) أنه الأصح لأن العتق لم يصادف في ملك السيد سوى الرقبة فلا- يؤثر إلا- في ملكها فيزيله و منافعه لم تتلف بالعتق لأنه أعتقه بعد أن ملك منفعته للغير فلم يرجع بشيء و مثله ما لو أوصى مالك العبد لشخص برقبة العبد و لآخر بخدمته فأعتقه الموصى له بالرقبة فإنه لا يرجع على تركه الموصى بعوض الخدمة قطعا لمثل ما ذكر و مثل ما لو أعتق مقطوع اليدين و الأمانة المزوجه بحر فإنهما لا يرجعان عليه بشيء و قال الشافعي يرجع على سيده مستندا إلى ما ذكره المصنف (و فيه) أن اقتضاء زوال العتق الملك عن المنفعة إنما يكون لو كانت المنفعة مملوكة أما إذا كانت مملوكة للغير فلا إذ إعتاقه لا يقتضى زوال ما ليس بموجود و ضبط الخدمة بالعمل كبناء بيت معين و بالزمان كسنة مثلا

(قوله) (و الراكب أولى من قابض اللجام على رأى)

موافق للمبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الإيضاح و اللمعة و قد حكم بذلك أكثر هؤلاء و المصنف في باب القضاء أيضا من دون تردد لأن الراكب كما في المبسوط أقواهما يدا و أكثرهما تصرفا و في (الخلاف و السرائر) أنها بينهما نصفين و في (المبسوط) أنه أحوط و في (جامع المقاصد) أنه أصح و في (المسالك) أقوى و في (الروضة) قوى و قال في (جامع المقاصد) لكن لا بد أن يحلف كل منهما لصاحبه و لا ترجيح في الدروس و في (غاية المراد) لا شك أن كلا منهما مدع بتفسيرات المدعى و منكر أيضا بها و لكل يد إلا أن يد الراكب تضاف إلى تصرفه فإن ثبت أن التصرف له مدخل في الرجحان رجح به و أما الترجيح بقوة اليد فلا أثر له لأن قوة سلطان اليد لم تؤثر في ثوب بيد أحد المدعين أكثره و تبعه المحقق الثاني و الشهيد الثاني (قلت) قد استدلوا في السقف لكونه للأعلى بأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى ذكر ذلك في المسالك و أوضح من ذلك كلامهم في الغرفة كما استسمعه قريبا على أنه (قد يقال) إن كون قبض اللجام تصرفا مع الركوب غير معلوم و كثيرا ما يقبض أحد لجام دابة ركبها

صاحبها و العكس قليل و لعل هذا هو الفارق بينها و بين الثوب المذكور كما يأتى على أنه قال فى (جامع المقاصد) فى السقف أن الأعلى متصرف دون الأسفل و لا ريب أن صاحب الأسفل لشدة احتياجه إلى السقف أكثر تصرفا من قابض اللجام فيما نحن فيه و لا سيما إذا انضم إلى ذلك بعض القرائن كالسرج المناسب للراكب و نحوه و لا- يدفعه ما قاله فى الدروس من أنه لا عبرة هنا بكون الراكب غير معتاد قنينة الدواب و المتشبهت معتادا إن سلمناه له و إلا فالمانع منه مع ترجيحهم فى أمثال هذه المقامات بالعرف و العادات بل يمكن اعتبار مثل كون هذه الدابة يعلم عادة كونها للراكب لا للقابض و بالعكس و ذلك كله مع عدم ظهور تقدم تصرف من أحدهما و فى (جامع المقاصد و المسالك و الروضة) أن اللجام لمن هو فى يده و السرج لراكبه (و فيه) أن الحكم غير واضح لأنه يبعد أن تكون الدابة لرجل و اللجام لآخر و خصوصا إذا كان المقبوض حبالا مشدودا على رأس اللجام و كذلك الحال فى السرج و الرجل فتأمل و تمام الكلام فى باب القضاء

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠٢

و ذو الحمل على الدابة أولى من غيره (١) و يتساويان فى الثوب فى أيديهما و إن كان فى يد أحدهما أكثره (٢) و فى العبد و إن كان لأحدهما عليه ثياب (٣) و الأسفل أولى من مدعى الغرفة بسبب فتح الباب إليه و مع التصرف إشكال (٤)

(قوله) (و ذو الحمل على الدابة أولى من غيره)

بلا خلاف كما فى المبسوط و بهذه العبارة و مثلها من دون تعرض لكون الآخر قابضا لزمامها و لا لكونه غير قابض صرح فى الباب و باب القضاء المحقق و المصنف و الشهيدان و الكركى و غيرهم و ستسمع ما فى الروضة لأن وضع الحمل على الدابة يستدعى كمال الاستيلاء فيترجح صاحبه و لعل المراد أن لكل واحد منهما مع ذلك يدا بأن كانا قابضين بزمامه و نحو ذلك ليحصل الترجيح و بذلك قيد فى الروضة عبارة اللعة أو يكون المرد أن لأحدهما حملا و لا يد للآخر و هذا يناسب نفى الخلاف عنه فى المبسوط و المناسب من جهة المعادلة للمسألة الأولى أن يكون المراد أن أحدهما قابض بزمامه و للآخر عليه حمل و هو الظاهر من الدروس لأنه يظهر منه المساواة فى الحكم فى باب القضاء بينه و بين ركب الدابة مع القابض باللجام و لابس الثوب مع ماسكه و هذا الاحتمال هو الذى فهمه فى جامع المقاصد من العبارة و جزم به و قال إن كلام الدروس ليس بشيء و لعل وجهه أن الركوب أسهل تعلقا من الحمل و أنت خيرى بأن هذا التفاوت اليسير إن كان لا يجدى فى الترجيح فيجىء فيه الخلاف كما بيناه فى باب القضاء و فى قضاء الكتاب أن الراكب أولى بالحمل من صاحب الدابة و لم يتضح وجهه و لم نجد فيه نصا لأحد من أصحابنا

(قوله) (و يتساويان فى الثوب فى أيديهما و إن كان فى يد أحدهما أكثره)

بأن كان فى يد أحدهما تسعة أعشار و فى يد الآخر عشر فإنه يجعل بينهما نصفين بلا خلاف كما فى المبسوط و البتة كما فى الدروس و به صرح فى الشرائع و التذكرة و التحرير و اللعة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و غيرها لاشتراكهما فى اليد و لا ترجيح لقوتها و التصرف هنا و إن اختلفت كثرة و قلة لكنه من واد واحد بخلاف الركوب و قبض اللجام قيل نعم لو كان ممسكا و الآخر لابساً فكمسألة الراكب و القابض لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة و ربما قيل بتقديم اللابس لأن الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه إلا و هو غالب مستقل باليد و هو قوى جدا و فى (التذكرة) أن كل ذلك مع عدم البينة و اليمين

(قوله) (و فى العبد و إن كان لأحدهما عليه ثياب)

بلا- خلاف كما فى المبسوط و به صرح فى الشرائع و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و قضاء الكتاب و كشف اللثام لأنه قد يلبس الثياب بغير إذن و بمجرد القول أو عارية و لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحبه بخلاف الحمل على الجمل فإن صاحبه المنتفع به و لأن الحمل لا- يجوز أن يحمله على الجمل إلا بحق و يجوز أن يجبر العبد على لبس قميص غير مالكة إذا كان عريانا و بذله

(قوله) (و الأسفل أولى من مدعى الغرفة بسبب فتح الباب إليه و مع التصرف إشكال)

أطلق الحكم بأنها للأسفل فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و اللعة من دون تعرض لما إذا كان من إليه الباب متصرفاً أو غير متصرف بل فى المبسوط نفى الخلاف عن الحكم بها لمن هى فى داره و أنه لا اعتبار بالجار و وجهه بأنه «١» كذا موضوعه فى ملكه و هو هواؤه لأنه ملكه لأنه تابع للقرار و مجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد و المصنف استشكل فيما إذا كان من إليه الباب متصرفاً فيها بسكنى و غيرها لأن يده عليها بالذات لاقتضاء التصرف له و يد مالك الهواء بالتبعية و الذاتية أقوى و التبعية

(١) الظاهر بأنها.

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠٣

إذا صالح أجنبى عن المنكر صح فإن كان عن دين بإذنه كان توكيلاً و إلا تبرعاً فى القضاء و إن كان عن عين بإذنه فكالأول و بغير إذنه افتداء للمنكر من الخصومة و إبراء له من الدعوى و يرجع بما أدى إن صالح بإذنه (١) و لو صالح الأجنبى المدعى لنفسه لتكون المطالبة له صح دينا كانت الدعوى أو عينا (٢)

لضعفها أنما تثبت مع عدم ثبوت أخرى و تصرف بالفعل و فى (المسالك و الروضة) أنه أقوى و فى (جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة و من ثبوت اليد من الجنين فى الجملة و عدم تأثير قوة اليد

(قوله) (إذا صالح أجنبى عن المنكر صح فإن كان عن دين بإذنه كان توكيلاً و إلا تبرعاً فى القضاء و إن كان عن عين بإذنه فكالأول و بغير إذنه افتداء للمنكر و إبراء من الدعوى و يرجع بما أدى إن صالح بإذنه)

قصد بكلامه الأخير التعريض بكلام الشيخ فى المبسوط حيث قال إنه يرجع إن أدى المال بالإذن سواء صالح بإذنه أم لا (و فيه) أنه إذا صالح بغير إذن صار المال فى ذمة المصالح و برأ من عليه الحق فكيف يرجع عليه بشيء إذا أدى بإذنه و قال فى (الدروس) إلا أن تقول إن الصلح موقوف على رضى المدعى عليه و الأقرب أنه إن صالح ليؤدى هو فلا عبرة بالإذن و كذا لو صالح مطلقاً على احتمال و إن صالح ليؤدى المدعى عليه توقف على إجازته و استشكل فى التحرير و كذا لا يرجع عليه إن كان أذن له فى الصلح و لم يأذن له فى وزن المال و دفعه فدفح لأن الإذن فى الصلح ليس إذناً فى دفع المال و الافتداء للمنكر و الإبراء له من الدعوى بمعنى لأن افتداه بالصلح من الخصومة إبراء له من الدعوى

(قوله) (و لو صالح الأجنبى المدعى لنفسه لتكون المطالبة له صح دينا كانت الدعوى أو عينا)

و لا فرق بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أولاً و لا بين أن يكون الأجنبى المصالح عالماً بثبوت الحق فى ذمة المدعى عليه أولاً- كما هو قضية إطلاق المبسوط و الدروس و خالف فى الأخير فى التذكرة و التحرير قال فى الأخير فإن لم يعترف أى الأجنبى بصحة دعواه فالوجه عدم الجواز و صرح فى التذكرة بأن جواز الدعوى من المصالح مشروطة بعلم صدق مدعى المصالح فإن لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته و قال عليه فى (جامع المقاصد) و لقائل أن يقول اشتراط الدعوى بعلم الاستحقاق غير واضح فإن الوارث يدعى بخط مورثه و الوكيل يدعى عن موكله و قد لا يعلمان الاستحقاق و كذا الموكل قد يدعى بخط وكيله و نحو ذلك فيدعى عليه أن ما لزيد عنده صار مستحقاً له بالصلح و يطلب منه اليمين مع الإنكار و عدم البيئه و لا يضر عدم إمكان الرد أو القضاء بالنكول كما فى الوارث و القيم على الطفل و كذا لقائل (أن يقول) لم لا يجوز الصلح على استحقاق الدعوى فإن ذلك حق و يجوز الصلح على كل حق لكن يرد عليه أنه لو ثبت الحق امتنع أخذه لعدم جريان الصلح عليه (و يجب) بأن الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق فإن ثبت الحق أخذه و إلا كان له استحقاق الدعوى و طلب اليمين و بالجملة فيقوم مقام المدعى و لا بعد فى ذلك و

يغتفر في الصلح ما لا يغتفر في غيره انتهى (قلت) و يجب أن القائل بأنه لا بد من الجزم في الدعوى لا يستثنى منها إلا ما إذا كانت له بينة عادلة أو أقر المدعى عليه ثم أنكر فإنه حينئذ تصح له الدعوى من دون الجزم لأن كان هذا علمين شرعيين أرسى الشارع قواعد شرعه عليهما و استثنى جماعة السماع في القتل و السرقة فجوزوهما بلفظ الظن و نقول بأنه لا- يجوز للوارث و الوكيل و الموكل الدعوى إلا إذا علموا و إلا فهو كذب و تدليس من دون ضرورة و لا توريه

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠٤

و لو خرجت أغصان الجار إليه فله قطعها من حد ملكه إن لم يمكن العطف و إن لم يأذن الحاكم (١)

و دليل المنع هو لزوم القضاء بالنكول و اليمين فلا بد من العلم ليأخذ و ليستحلف نعم للوكيل أن يدعى عن موكله كأن يقول إن موكلتي يقول إن له عند فلان كذا و لا نسلم أنه يصح على استحقاق الدعوى لأنه يحتمل صدقها و كذبها و لا يجوز الصلح على ما يحتمل أنه خمر بل على ما يظن أنه خمر و هنا كذلك و الكبرى ممنوعة بل نقول إن كل حق معلوم يصح الصلح عليه و منه يتطرق المنع إلى الصغرى كأن نقول الدعوى إن كانت صدقا كانت حقا و قضية كلامه أنه يصح الصلح على الإنكار و ليس كذلك بل و قد «١» تقدم لنا عند شرح قوله و ما يتصلحان به و عليه و يشترط فيهما التملك ما له نفع تام في المقام و أما إذا كان المدعى عليه مقرا فلا خلاف في صحة صلح الأجنبي لنفسه على كل حال فإن تمكن من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث و إن لم يتمكن ففي (المبسوط) إن كانت عينا و الغريم معترف و عجز عن انتزاعها تخير بين فسخ الصلح و الإقامة و حكاة عنه في التحرير ساكتا عليه و أطلق في الدروس أن له الفسخ من دون فرق بين العين و الدين و احتمال في جامع المقاصد عدم ثبوت الفسخ في واحد من العوضين لأن الصلح عقد مستقل بنفسه و ليس مبني على المكايسة و المغابنة و لهذا يصح مع الجهالة و على ما لا يعد مالا فيجب التمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إِلَّا أَنْ يَدُلَّ دَلِيلٌ عَلَى خِلَافِهِ وَ هُوَ الْأَشْبَهُ

(قوله) (و لو خرجت أغصان الجار إليه فله قطعها من حد ملكه إن لم يمكن العطف و إن لم يأذن الحاكم)

يريد أن له قطعها و لا- يتوقف جواز ذلك على مطالبة المالك و امتناعه كما هو خيرة التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و مجمع البرهان و نفى عنه البعد في الكفاية و كأنه ميل إليه في المسالك لأن إزالة العدوان عليه أمر ثابت له و توقفه على إذن الغير ضرر و لو توقف على إذن المالك كان إذا امتنع يتوقف على إذن الحاكم إذ لا يسوغ له التصرف في مال الغير بغير إذنه أو إذن من يقوم مقامه مع التمكن فكان كإخراج دابة الغير عن ملكه لا يتوقف على إذن مالك و لا حاكم مع أن الدابة يحتمل تلفها مضافا إلى أن الأصل عدم وجوب إبقاء مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي و الأصل براءة الذمة من وجوب مراجعة المالك و لزوم التصرف في مال الغير بغير ضرورة يعارضه أن للمالك التصرف في ملكه كيف شاء و إن حصل الضرر على الجار و قد (قال عليه السلام) ليس لعرق ظالم حق فلا فرق حينئذ بين ما إذا أمكن إعلام المالك بسهولة أم لا و لا بين كون الموضع مشتركا بينهما أم لا و قضية كلام المبسوط و الشرائع و التذكرة و الدروس و الحواشي و المسالك و الكفاية أنه يتوقف جواز الإزالة على مطالبة المالك و امتناعه بل هو صريح بعضها إن لم يكن صريح الجميع و قد ذكروا مثل ذلك في باب الديات لما تقدم و فيه ما عرفت و هل يجب على الجار الإزالة لو طالبه ذو الهواء بها أم لا- (الأول) صريح المبسوط و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و هو ظاهر الشرائع فيجبر مع الامتناع و لا دليل لهم يعول عليه إلا الاستئناس له بما إذا مال حائظه إلى الشارع أو ملك الغير فإنهم أوجبوا عليه الإزالة مع التمكن و قالوا إن لم يفعل ضمن و لم يشترطوا في ذلك المطالبة إلا الشيخ فإنه اشترط في الضمان المطالبة و الإسهاد و لعله لاحتمال الغفلة بدونهما مع الأصل و الظاهر وجود الفرق و لذلك يوجبون عليه هدمه و إن لم يطالبه أحد و لم يختلفوا هناك في وجوب الإزالة و اختلفوا هنا فليتأمل (و الثاني) خيرة التذكرة حيث قال لا- يجبر لأنه من غير فعله و هو يدل على عدم الوجوب و يشهد له الأصل و المسألة سيالة و هي هل يجب على الإنسان تفرغ أرض

(١) قد خ ل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠٥

فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهائها و المدة (١) و كذا على الإبقاء فى الهواء على الأقوى (٢) و كذا البحث فى العروق الممتدة و الحائط المائل إلى هواء غيره و الخشب الواقعة على ملك غيره (٣) و يصح الصلح عن المجهول دينا كان أو عينا إذا لم يمكن معرفته كما لو طحن قفيز حنطة و شعير ممتزجين و لو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه و يصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه و إن لم يجز بيعه كدم العمدة و سكنى الدار (٤)

الغير من ماله إذا لم يكن ذلك بفعله أو لا يجب عليه و لا يخاطب به و إنما يكون الحكم متعلقا بصاحب الأرض كما مرّ و لعلنا نجزم بأنه يجب عليه إخراج الدابة التى يجب حفظها و أما أنه لا يتوقف على إذن الحاكم فقد صرح به فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و غيرها و وجهه بعد معرفة ما تقدم ظاهر و هل يضمن المالك أجره هواء الغير لو مضت مدة طويلة ففى جامع المقاصد أنه لا شبهة فى الضمان مع تفريطه و لو قطعها مع إمكان العطف ضمن بلا- خلاف أجده (و قال الشهيد) أن ليس له إيقاد النار لتحترق و لعله لأنه يجب عليه ملاحظة الأسهل و ما لا ضرر فيه ثم الضرر اليسير فمهما أمكن العطف لا يقطع و إذا لم يمكن يقطع و لا توقد النار تحته لأنه أشد ضررا و خروج أغصان شجرة الجار إليه إما أن يكون إلى داره المختصة به أو المشتركة بينهما أو إلى جداره كذلك أو إلى هوائه كذلك

(قوله) (فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهائها و المدة)

كما فى الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و غيرها و قد يظهر من التذكرة أن لا مخالف فيه من الخاصة و العامة و فى (المبسوط) جوازه على إبقائه على الجدار إذا كان الغصن يابسا و قال إن كان رطبا يزيد فالصلح باطل لأنه مجهول فإنه يزيد فى كل حال و لا يعرف قدره و الجماعة قالوا إن زيادته و انتهاؤها تعرفان بظن أهل الخبرة فلا جهالة (و قد يقال) إن الجهالة فى المعاوض عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض و الحاجة تدعو إلى الصلح لكثرة فى الأملاك المتقاربة و فى القطع إتلاف و ضرر (و كيف كان) فلو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائد حكم الأصل لما تعدى إلى المالك قبل الصلح و يمكن أن يعفى عن هذه الزيادة المتجددة كالأولاد الحادثة للمستأجر للغرفة و السمن الحادث لمستأجر الدابة و قالوا لا بد مع ذلك من تقدير مدة الإبقاء فلا يجوز مؤبدا (قلت) لأنه هنا يفيد فائدة الإجارة و كأنه فى المسالك متأمل فى ذلك حيث قال على ما ذكره الجماعة

(قوله) (و كذا على الإبقاء فى الهواء على الأقوى)

كما هو خيرة الدروس و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و ظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا خلافا للشافعية و فى (الشرائع) لا- يصح على تردد و قال فى (المبسوط) إذا لم يكن الغصن معتمدا على بناء صاحب الدار لم يجز لأنه بيع الهواء منفردا بناء على أصله السابق من عدم جواز أفراد الهواء بالصلح تبعا للبيع و هذا هو الفارق بين الصلح على إبقائه فى الهواء على الجدار

(قوله) (و كذا البحث فى العروق الممتدة و الحائط المائل إلى هواء غيره و الخشب الواقعة على ملك غيره)

الوجه فى ذلك كله يعرف مما مر

(قوله) (و يصح الصلح عن المجهول دينا كان أو عينا إذا لم يمكن معرفته كما لو طحن قفيز حنطة و شعير ممتزجين و لو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه و يصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه و إن لم يجز بيعه كدم العمدة و سكنى الدار)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠٦

و لو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقا أو حرا فالأقرب الرجوع إلى القصاص (١) و لو صالح عن القصاص بحر يعلمان حرته أو بعبد يعلمان استحقا ففى بطلان استحقاق القصاص و وجوب الانتقال إلى الدية نظر (٢) و لا- يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجة أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة (٣) أو عن حد القذف (٤)

قد تقدم الكلام في هذه المسائل كلها مسبقا في أول الباب

(قوله) (و لو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقا أو حرا فالأقرب الرجوع إلى القصاص)

كما في الدروس و جامع المقاصد و هو الأصح لأنه عقد باطل فلا يترتب عليه سقوط القصاص لأن سقوطه حينئذ أثر العقد الصحيح و الباطل لا يترتب عليه أثره و فى (التذكرة) أنه ينتقل إلى القيمة و لعله يريد إلى قيمة العبد لو ظهر مستحقا و قيمة الحر لو كان عبدا لتضمن الصلح إسقاط القصاص على مال فلا يعود القصاص بتعذره بل ينتقل إلى قيمته و عن خط المصنف و أبى حنيفة أنه إن ظهر العبد مستحقا انتقل إلى قيمة العبد و إن ظهر حرا رجع إلى الدية و احتمال الرجوع إلى الدية فيهما لأن المقدر بالتراضى قد فات فيرجع إلى المقدر الشرعى

(قوله) (و لو صالح عن القصاص بحر يعلمان حرته أو بعبد يعلمان استحقا ففى بطلان استحقاق القصاص و وجوب الانتقال إلى الدية نظر)

و كذلك الإيضاح لا ترجيح فيه و فى (التذكرة و الحواشى) أن الأقرب بقاء القصاص و فى (الدروس و جامع المقاصد) أنه الأصح لأن الصلح باطل فلا يترتب عليه أثره و جزم فى التحرير بالانتقال إلى الدية لتضمنه الرضا بإسقاط القصاص على عوض فإذا فات انتقال إلى المقدر الشرعى دون القيمة لعدم إرادتها لعلمهما بامتناع كون المذكور عوضا فكيف تراد قيمته و احتمال فى جامع المقاصد السقوط لا إلى بدل لأن التراضى على ما يمتنع كونه عوضا بمنزلة التراضى على السقوط بغير عوض فيكون إبراءهما ضعيفان لأن الباطل لا- يؤثر ما تضمنه من الرضا و إرادة المجاز غير معلومة هذا و فى (الإيضاح) أنه إن وقع الاتفاق على أنه لو وكل فى الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجانا و يأتى لهم فى باب الوكالة أنه لو قال له صالح عن الدم الذى استحقه بخمر ففعل حصل العفو و قد صرح بذلك جماعة و وجهه بأنه يصح التوكيل فى العقد الفاسد مع أنهم قد منعه و قد أسبغنا الكلام فى ذلك فى باب الوكالة

(قوله) (و لا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجة أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة) كما فى التذكرة و التحرير و الدروس لأنه من باب تحريم الحلال و تحليل الحرام أما الزوجة فإن كانت زوجته فى الواقع لم يجز لها أخذ العوض على ذلك فلا- يصح الصلح و إلا فإن كانت محرمة عليه فالأمر ظاهر و إلا فإن أرادت بذل نفسها لا يصح بغير عقد النكاح و مثله ما لو صالحته ليقر لها بالزوجة و لو صالحته عن دعوى الزوجة ليكف عنها ففى (التذكرة) أن الأقرب الجواز و أما الشاهد فلأن المشهود به إن كان حقا لآدمى كالدين أو لله سبحانه كالزكاة و الشاهد يعرف ذلك لم يجز له أخذ العوض على تركه كما لا يجوز أخذ العوض على ترك الصلاة و إن كان كذبا لم يجز له أخذ العوض أيضا على تركه كما لا يجوز له أخذ العوض على ترك شرب الخمر و كذلك لو صالحه ليشهد له و ما لو صالحه على أن لا يشهد عليه زورا لأن ترك ذلك واجب عليه كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله و لا يغصبه ماله

(قوله) (أو عن حد القذف)

أى لا يصح الصلح كما فى التحرير و التذكرة و جامع المقاصد لأنه ليس من الحقوق المالية و لا من توابعها و إنما شرع لتزويه العرض فلا يجوز أن

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠٧

و لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في أيديهما فيحكم لدى البيئ (١) فإن فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين (٢) أو لمن جذعه عليه على رأى (٣) أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته (٤) و لو كان متصلا بهما أو محلولا عنهما و لا طرح لأحدهما و لا غيره فمن حلف فهو (٥)

يعاوض عن عرضه و في (جامع المقاصد) أنه لو صالح عنه لم يسقط الحد لأن الباطل لا أثر له قال و هو مقرب التذكرة و الموجود فيما عندنا من نسخها أن الأقرب سقوط الحد و لعله لأنه في حكم العفو فتأمل (قوله) (لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في أيديهما فيحكم لدى البيئ)

إذا تداعيا جدارا مطلقا بمعنى أنه غير مقيد بوجه يوجب كونه لأحدهما شرعا كاتصاله ببناء أحدهما و ما في حكمه مما سيأتى فهو في أيديهما مستوية نسبتة إليهما يحكم به لدى البيئ منهما فإن فقدت فمن حلف عليه مع نكول صاحبه فهو له فإن حلفا أو نكلا قضينا به بينهما كما صرح بذلك كله في المبسوط و أكثر ما تأخر عنه و هو واضح و يبقى الكلام في الجدار في عبارة الكتاب فإن كان المراد به المنفصل المحلول عنهما فكان الأولى أن تذكر معه تمام أحكامه و لا معنى لذكره بعد ذلك بقوله أو محلولا عنهما و كذلك إن أراد به المتصل بهما معا و إن أراد به المنفصل عنهما و المتصل بأحدهما خاصة كما يشهد له قوله فإن فقدت فلمن اتصل به بناؤه فلا معنى لقوله فهو في أيديهما لأن اليد في الأخير للمتصل به بناؤه خاصة و يقضى هذا أيضا أن الحكم لبيئته مع أنه داخل و المشهور أن البيئ إنما تعتبر من الخارج و إن أراد جميع هذه الصور ورد عليه جميع ما ذكرنا (قوله) (فإن فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين)

كما طفحت به عباراتهم و المراد بالاتصال أن يكون اتصال توصيف و هو تداخل الأحجار و نحوها على وجه يبعد كونه محدثا بعد ذلك كما صرح به جماعة و الوجه فيه و في الحكم واضح (قوله) (أو لمن جذعه عليه على رأى)

مخالف للخلاف و المبسوط حيث حكم فيهما بأنه لا يحكم بالحائظ من الجذوع له بل يكون بينهما نصفين موافق للسرائر و الشرائع و التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة لأن وضع الجذع يفيد اليد للواضع فيبقى الآخر خاليا فأشبهه الحمل على الدابة و الزرع في الأرض (و حاصل) ما استدل به في الخلاف و المبسوط ما ذكره في الدروس من أن في كون الجدار سورا للدارين دلالة ظاهرة على أنه في أيديهما و وضع الجذع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص أحد الساكنين بزيادة الأمتعة و فيه ما عرفت و لا فرق بين الجذع الواحد و ما زاد عليه عند عامة أهل العلم في الدلالة على الاختصاص و المنع كما في التذكرة و فرق الكوفي بين الجذع و الجذعين و ظن في الإيضاح أن رأى إشارة إلى قول الشيخ في المبسوط بأن القول بالقرعة في هذه المسائل قوى قال في (جامع المقاصد) و ليس بجيد لأن من جملة المسائل التي قال الشيخ فيها بالقرعة ما إذا اتصل به بناؤه أو عقده أو قبته و المصنف جعل رأى في الجذع فقط فحيث قدمه على البواقي لا يكون إشارة إلى قول الشيخ هذا (قلت) الشيخ في المبسوط و الخلاف لم يتعرض في مسألة الجذع للقرعة أصلا فما في الإيضاح و جامع المقاصد عنه غير صحيح (قوله) (أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته)

أى يحكم لمن كان له عليه بناء أو عقد أو قبء مع اليمين لصيرورته بجميع ذلك ذائد فعليه اليمين مع فقد البيئ و لو كان لأحدهما واحدة من المرجحات و مع الآخر الباقية تساويا إذ لا أثر لزيادة اليد (قوله) (و لو كان متصلا بها أو محلولا عنهما و لا طرح لأحدهما و لا غيره فمن حلف فهو)

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠٨

له مع نكول صاحبه فإن حلفا أو نكلا- قضى لهما به (١) و لا- ترجيح بالدواخل كالطاقات و المحاريب و لا بالخارج كالصور و الكتابات بجص أو آجر و لا بالروازن و الشباييك (٢) و فى رواية يرجح فى الخص بمعاقد قمطه (٣)

له مع نكول صاحبه فإن حلفا أو نكلا قضى لهما به)

كما صرحت بذلك عباراتهم و قد تقدم

(قوله) (و لا ترجيح بالدواخل كالطاقات و المحاريب و لا بالخارج كالصور و الكتابات و لا بالروازن و الشباييك)

كما صرحوا به بدون خلاف أصلا لإمكان إحداثها من جهة واضعها من غير شعور الآخر و المراد بالخارج ما خرج عن وجه الحائط من نقش بالجص و الآجر أو وتد أو رف أو نحو ذلك

(قوله) (و فى رواية يرجح فى الخص بمعاقد قمطه)

□

هو ما رواه المشايخ الثلاثة عن منصور بن حازم صحيحا عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن خص بين دارين فذكر أن عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار التى من قبله معاقد القمط و بدل الخص بالحظيرة فى الكافى و الفقيه و فى (التهذيب و الكافى) مكان فذكر لفظ فزعم و ما رواه فى الفقيه عن عمر بن شمر عن جابر عن أبى جعفر عليه السلام عن على عليه السلام أنه قضى فى رجلين اختصما فى خص فقال إن الخص للذى إليه القمط و يدل عليه أيضا رواية عامية صريحة بذلك مروية فى الخلاف و الغنية و التذكرة بل فى الأول أن الخبر مجمع عليه لا يدفعه أحد سلمنا لكن الشهرة تجبره و تجبر الخبر الثانى فقد حكى عليه الشهرة الشهيدان فى الدروس فى موضعين و المسالك و الروضة و المقداد و المحقق الثانى فى تعليق النافع و المقدس الأردبيلى بل ظاهر التذكرة و المسالك أيضا الإجماع عليه و هو صريح الغنية و السرائر و فى (المبسوط) نسبه إلى رواية أصحابنا و المخالف و المتأمل الشيخ فى المبسوط و المحقق فى قضاء النافع و فخر الإسلام و الصيمرى و أبو العباس فى المهذب البار و المقتصر و قد نسب الأخير فيهما الخلاف إلى المتأخرين كافه و هو غريب لأن أساطينهم كابن إدريس و المحقق فى الشرائع و المصنف و الشهيد ممن تقدم عليه عاملون بالخبرين نعم لا ترجيح فى التنقيح و قد سمعت حكاية الشهرة فى سته كتب (و كيف كان) فلا وجه للمناقشة فى الخبرين من جهة السند و لا الدلالة حيث قيل فى قضاء النافع و غيره أن فى عمر ضعفا و أنهما قضية فى واقعة فلا يتعدى إلى غيرها (و فيه) أن الصحيح تضمن السؤال و يبعد أن يكون ما اشتمل عليه من قضايا الأعيان إلا أن يدعى أنه عليه السلام عرفها و أجرى الحكم بمقتضى ما علم لكن ظاهر السؤال لمولانا الصادق عليه السلام و جوابه بعده بنقل قضاء أمير المؤمنين عليه السلام فى الواقعة يقضيان بالعموم لكل واقعة و إلا- لكان السؤال مسكوتا عن جوابه و فيه تأخير للبيان عن وقت الحاجة نعم لا ريب أنهما مخالفان لأصول المذهب و يمكن تخصيصها بهما لمكان التكافؤ و قد يعمل بهما فيما إذا اقتضت العادة كون وقوع وجه القمط إلى جانب قرينه على ملكية الخص لكن النص و الفتوى مطلقان و قد يوافقان الاعتبار و الصحيح من الأنظار بأن الظاهر أن من كانت إليه المعاقد وقف فى ملكه و عقد نعم قد نقول بتخصيص الحكم بمورد الرواية من الخص دون غيره و إن حصلت فيه نحو معاقد القمط و شهدت العادة بكون ذلك قرينه على الملكية إذ أقصى ذلك الظهور و لا يخصص به الأصول بل ترجح هى عليه حيث لا يقوم على ذلك دليل كما قام فيما نحن فيه أعنى الخص و قال فى النهاية قالوا القمط هو الحبل و الخص الطن الذى يكون فى السواد

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥٠٩

و لو شهدت البينة لأحدهما بالملك صار صاحب يد فى الأس (١) و يحكم لصاحب السفلى بجدران البيت مع اليمين و لصاحب العلو بجدران الغرفة (٢) أما السقف فإن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذى لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فى العلو فهو لصاحب السفلى لاتصاله ببنائه على الترسيف (٣) و إن كان بحيث يمكن إحداثه كجذع يثقب له فى وسط الجدار و يجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لأنه أرض لصاحب العلو و سماء لصاحب السفلى و اختصاص الأول و الثانى (٣)

بين الدور و يستفاد من الفقيه أيضا أن الخص هو الحائط من القصب بين الدارين و هو الأوفق بالنص و الفتوى و فى (النهاية الأثرية) نقلا عن الهروى و مجمع البحرين أن الخص البيت الذى يعمل من القصب و هو الموافق للعرف و قد نص أنه بالضم و القمط بالكسر (قوله) (و لو شهدت البينة لأحدهما بالملك صار صاحب يد فى الأس)

كما فى الدروس و المراد بالأس مكان الأساس كما فى الحواشى و جامع المقاصد و معناه أنهما إذا اختلفا فى الأس و الجدار فأقام أحدهما بينته فى الجدار (بالجدار خ ل) فهو ذو يد فى الأس و كذا الشجرة مع المغرس لأن كون الجدار حائلا بين الملكين أمانة على اشتراك اليد و لا دلالة على اشتراك اليد فى الأس و المغرس فإذا ثبت الجدار لأحدهما اختصت يده و إن كان المراد به أى الأس الأساس المستتر من الحائط كان داخلا فى شهادة البينة بكون الجدار له كما فى المبسوط و جامع المقاصد فلا معنى لحصول اليد فيه بالبينة و قال الشهيد يمكن ذلك بأن تشهد البينة بتملك ما ظهر لا ما استتر انتهى فتدبر

(قوله) (و يحكم لصاحب السفلى بجدران البيت مع اليمين و لصاحب العلو بجدران الغرفة)

كما فى المبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و فى (المسالك) أنه المشهور و فى (الروضة) أنه الأشهر لأن جدران البيت جزؤه و جدران الغرفة جزؤها فيحكم بهما لصاحب الجملة و أن الظاهر أن وضع اليد على البيت وضع على جدرانه و كذلك الغرفة و عن أبى على أن جدران البيت بينهما لأن حاجتهما إليه واحدة بخلاف جدران الغرفة إذ لا تعلق لصاحب البيت بها إلا كونه موضوعا على ملكه و فى (المختلف) لا بأس به و فى (المسالك) أنه قول جيد و الأول أجود و استشكل فى التذكرة و لعله ليس فى محله و كذلك الحال فى سقف الغرفة يحكم به لصاحبها كما فى التحرير و اللمعة و الروضة

(قوله) (أما السقف فإن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذى لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفلى لاتصاله ببنائه على الترصيف)

كما فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر الأخيرين أنه ليس محل خلاف لأن الأزج بناء يعقد فوق الجدران بالجص و الآجر و لا ريب أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد الجدار فى العلو لأنه لا بد من إخراج بعض الأجزاء و نحوه عن سمة وجه الجدار عن قرب محل العقد ليكون حاملا للعقد فيحصل الترصيف بين السقف و الجدران و هو دخول آلات البناء من كل منهما فى الآخر و ذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل فإن اتصاله ببنائه اقتضى كون اليد له

(قوله) (و إن كان بحيث يمكن إحداثه كجذع يثقب له فى وسط الجدار و يجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لأنه أرض لصاحب العلو و سماء لصاحب السفلى و اختصاص الأول و الثانى)

أى يحتمل

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥١٠

و لو تنازع صاحب البيوت السفلى و صاحب العليا فى العرصة فإن كان المرقى فى صدر الخان تساويا فى المسلك و اختص الأسفل بالباقي (١)

اختصاص الأول به و هو صاحب العلو و يحتمل اختصاص الثانى به و هو صاحب السفلى و تفريع الاحتمالات الثلاثة على اشتراكهما غير صحيح قطعا و كيف كان فالاحتمال الأول خيرة المبسوط و قواه فى الدروس قال فى (المبسوط) إن لم يكن لأحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فإن حلفا كان بينهما نصفين و الأحوط أن يقرع بينهما فمن خرج سهمه حلف و حكم له به و قال فى (الخلاف) يقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف لصاحبه و حكم له به و إن قلنا إنه يقسم بينهما نصفين كان جائزا فقد قال أيضا فيه

بالتسوية و هو قضية القول بالقرعة كما هو خيرة للعمة كما هو خيرة الخلاف في أول كلامه و المبسوط في آخره و قد استحسنه في الشرائع (و قد استدل عليه في الخلاف) بإجماع الفرقة على أن كل مجهول فيه القرعة و هذا من الأمر المشتبه و يشكل بأن مورد القرعة المجهول الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتقارعين بل هو حق لأحدهما مشتبه و هنا ليس كذلك لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معا لاستوائهما فيه كما اعترف هو به في الكتابين (و الحاصل) أن القول بالقرعة ينافي القسمة التي جوزها في الكتابين و معنى قولنا أن القول بالتسوية قضية القول بالقرعة أنهما متساويان في اليد و لا ترجيح لأحدهما على الآخر و إلا فهو قول آخر كما في الشرائع و غيرها و الاحتمال الثاني و هو اختصاص صاحب العلو به خيرة السرائر و الإرشاد و المختلف و الحواشي و جامع المقاصد و مجمع البرهان و هو المحكى عن أبي علي و في (التذكرة) لا بأس به و في (الروضة) ليس ببعيد لأن الغرفة لا تتحقق بدونه و البيت يتحقق بدون السقف و هما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها و لأن تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر و الاحتمال الثالث لم نجد قائلًا به منا و إنما هو لأبي حنيفة قال لأن السقف على ملك صاحب السفلى فكان القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما (و فيه) أنه قياس مع الفارق لأن السرج لا ينتفع به غير صاحب الدابة و يده وحده عليه و السقف هنا ينتفع به معا و وجهه في (الإيضاح) بأن الهواء تابع للسفل لأنه متوقف عليه و لم يرجح فيه شيئا من الأقوال الأربعة و وجهه في (جامع المقاصد) بشدة احتياجه إليه و أن الغرفة على البيت و لا- تتحقق إلا- بعده و البيت لا يتم إلا بالسقف و فيه أن أقصى ذلك أنه الغالب و لم يثبت ما يقضى باليد لصاحب السفلى و صاحب العلو مختص باليد و التصرف

(قوله) (و لو تنازع صاحب البيوت السفلى و صاحب العليا في العرصه فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك و اختص الأسفل بالباقي)

كما في الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و نحوه الشرائع و التحرير و الإرشاد قال في (الشرائع) و لو تداعيا الصحن قضى منه بما يسلك فيه إلى العلو بينهما و ما خرج عنه لصاحب السفلى و هو معنى ما في الكتاب و وجهه أن صاحب العلو لما افتقر سلوكه إليه إلى التصرف من الصحن في قدر الممر كان له عليه يد دون باقي الصحن و صاحب السفلى يشاركه في التصرف و ينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما و قد خالف الشيخ في المبسوط و المصنف في التذكرة فذهبا إلى أن السفلى بينهما نصفين قال في (المبسوط) إن كانت الدرجة التي يرتقى منها إلى علو الخان في صدر الصحن كان السفلى بينهما نصفين و احتمله في الدروس لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥١١

و لو كان في الدهليز أو في أول الباب فمن أول الباب إلى المرقى بينهما و الباقي للأسفل (١) و لو خرج المرقى عن خطه الخان فالعرصة بأجمعها للأسفل (٢) و يقضى بالدرجة لصاحب العلو (٣)

مستقيم و لا يمنع من وضع شيء فيها و لا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة و جزم في اللمعة بأن الأعلى يختص بقدر ما يسلكه لكونه من ضرورة الانتفاع بالغرف و له عليه يد في جملة الصحن و هو الذي استظهره المولى الأردبيلي و صدر الخان نهايته في السعة و هو آخر خطه المقابلة للباب

(قوله) (و لو كان في الدهليز أو في أول الباب فمن أول الباب إلى المرقى بينهما و الباقي للأسفل)

قد صرح بالحكم المذكور فيما إذا كان في الدهليز في المبسوط و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و أما إذا كان في أول الباب ففي جامع المقاصد أن الاشتراك لا يتأتى إذ المرقى في أول الباب و يمكن أن يقال لا بد من الباب و الصعود في المرقى فالاشتراك إلى أول المرقى

(قوله) (و لو خرج المرقى عن خطه الخان فالعرصة بأجمعها للأسفل)

و لا تعلق لصاحب العلو بها بحال كما فى التذكرة و الدروس و المسالك و الروضة لأنه لا يدل على شىء منها إلا أن نقول فى السكة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع و يؤيده أن العرصة بجملتها يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل فليأمل (قوله) (و يقضى بالدرجة لصاحب العلو)

كما فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و مجمع البرهان و الدروس و المسالك و الروضة لأنها لا تتفاهة و الضرورة ماسة به إليها و لا كذلك صاحب السفلى و العقل يحكم بأن الأمر الذى هو ضرورى لشخص دون آخر مختص بصاحب الضرورة و قيد الحكم فى الثلاثة الأخيرة بما إذا اختلفا فى الخزانة قالوا أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب البيوت السفلى كانت كالسقف المتوسط بين الأعلى و الأسفل أى فعلى تقدير القول ثمة بأن السقف لصاحب الغرفة فإنه يحكم هنا بالدرجة للأعلى مطلقا سواء اختلفا فى الخزانة أم اتفقا على أنها للأسفل و على القول بالاشتراك فى السقف فإنه هنا مع الاتفاق على الخزانة للأسفل تكون الدرجة مشتركة بينهما كالسقف ثمة أما مع الاختلاف فيها أى الخزانة فالحكم فيها أنها للأعلى و أنت خير بأن الجماعة أطلقوا بل إطلاق المبسوط كاد يلحق بالتصريح بعدم الفرق بين الاختلاف فى الخزانة و الاتفاق ثم إنك قد عرفت أن جماعة قالوا فى السقف بالقرعة كالشهيد فى اللمعة و الشيخ فى أحد قوله فى الكتابين و جماعة قالوا فيه بالاشتراك و هذان لا يجامعان اختصاص العلوى بالخزانة مطلقا بل لا بد فيها من القرعة عند من ذهب إليها هناك كما أنه لا بد من الحكم بالاشتراك كما قيل به هناك مع أنهم أطلقوا هنا من دون تقادم عهد و لعله مبنى على ما أشار إليه فى المبسوط من شدة ندرة الاتفاق على أن الخزانة لصاحب السفلى قال فى أثناء كلام له إن الدرجة لا يقصد بنائها إلا الصعود عليها و لا يقصد أحد عمل خزانة بعقد درجة و تخالف السقف فإنه يقصد بنائه ستر البيت دون عمل غرفة و قد يقصد به عمل غرفة دون ستر البيت فلذلك كان أى السقف بينهما انتهى لكنه يقضى بأن الخزانة للأعلى أيضا و هو مختاره فيه كما ستسمع أو مبنى على أن الدرجة كالحائط أو السقف المتصل ببناء أحدهما بناء ترصيف فيحكم بها للأعلى و إن كانت خزانة للأسفل و ليست كالسقف الذى هو محل الخلاف أى الذى يمكن إحداثه فليأمل نعم لا بد من التقييد فى الدرجة بما إذا كانت معقودة فلو كانت دكة غير معقودة أو كانت سلما فى محل الصعود مربوطا به أم لا فلا مجال للاختلاف فيهما بل هما للأعلى قولوا واحدا على ما قد يفهم من التذكرة

مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ٥، ص: ٥١٢

و يتساويان فى الخزانة تحتها (١) كل ذلك مع اليمين (٢) و المسناة بين الملكين كالجدار (٣)

كما أن السلم الموضوع فى غير محل الصعود ملك لصاحب السفلى إذا كان فى ملكه (قوله) (و يتساويان فى الخزانة تحتها)

كما فى الشرائع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و فى (الروضة) أنه قوى لأن لكل منهما شاهدا بالملك إذ الظاهر أن الدرج لصاحب العلو فيكون مكانه له لأن الهواء تابع له و كذا الظاهر أن الخزانة كسائر البيوت السفلى و فى (المبسوط) أن الأقوى هنا أنها للأعلى كما تقدم عنه ما يدل عليه و فى (الإرشاد و مجمع البرهان) أنها للأسفل لاتصالها بملكه و وضع يده عليها كسائر بيوته و حكم فى اللمعة بالقرعة و فيه ما مر و احتمال فى التذكرة فيها الاحتمالات الثلاثة الاشتراك و اختصاص كل منهما بها و لا فرق فيها بين الصغيرة و الكبيرة كما فى مجمع البرهان و هو قضية الإطلاق و لا عبرة بوضع الأسفل آلاته و كيزانه فيها كما فى التذكرة و الخزانة بالكسر ككتابة قاله فى القاموس

(قوله) (كل ذلك مع اليمين)

أى فى جميع المسائل سوى التى جعلناهما فيها معا صاحبى يد و التى رجحنا فيها واحد فإن اليمين على صاحب اليد لأنه المنكر (قوله) (و المسناة بين الملكين كالجدار)

لو تنازعا مسنة بين نهر أحدهما و أرض الآخر أو بين أرضيهما أو بين نهريهما تحالفا و كانت بينهما لأنها حاجز بين ملكيهما كالحائط بين الملكين كما صرح به كله في التذكرة و نحوه ما في التحرير و قد وفق الله سبحانه و تعالى بمنه و يمنه و بركة خير خلقه سيدنا محمد و آله صلوات الله عليهم أجمعين لإتمام هذا الجلد في أول شهر ربيع الأول سنة ١٢٢١ ألف و مائتين و إحدى و عشرين من الهجرة مع تشتت الأحوال و اشتغال البال بما نابنا من الخارجى الملعون فى أرض نجد فإنه اخترع ما اخترع فى الدين و أباح دماء المسلمين و تخريب قبور الأئمة المعصومين عليهم صلوات رب العالمين فأغار سنة ١٢١٦ ستة عشر على مشهد الحسين عليه السلام و قتل الرجال و الأطفال و أخذ الأموال و عات فى الحضرة المقدسة فخر ببنائها و هدم أركانها ثم إنه بعد ذلك استولى على مكة المشرفة و المدينة المنورة و فعل بالبيع ما فعل لكنه لم يهدم قبة النبى صلى الله عليه و آله و سلم و فى السنة الحادية و العشرين فى الليلة التاسعة من شهر صفر قبل الصبح بساعة هجم علينا فى النجف الأشرف و نحن فى غفلة حتى أن بعض أصحابه صعداوا السور و كادوا يأخذون البلد فظهرت لأمير المؤمنين عليه السلام المعجزات الظاهرة و الكرامات الباهرة فقتل من جيشه كثير و رجع خائبا و له الحمد على كل حال م

بلغ مقابلة من أول كتاب الدين إلى هنا على يد الأقل محسن الحسينى العاملى عفى عنه (طبع بمطبعة الشورى بالفجالة بمصر لصاحبها محمد محمد عبد الرحيم)

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

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: رحمة الله عبداً أحيا أمرنا... يتعلم علومتنا و يعلمها الناس؛ فإن الناس لو علموا محاسن كلامنا لأتبعونا... (بناذر البحار - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا (ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافى بأصبهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادى" - رحمه الله - كان أحداً من جهابذة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفئ 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 العلمية و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرى الأذق للمسائل الدينية، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتى المبتدلة أو الرديئة - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامع ثقافية على أساس معارف القرآن و اهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافته القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم

الإسلامية، إنالة المنافع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبّهات المنتشرة في الجامعة، و...
- منها العدالة الاجتماعية: التي يُمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، على أنه يُمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات -
في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهةٍ أخرى.
- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي " القائمية " www.Ghaemiyeh.com و عدّه مواقعٍ أُخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديّه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائي و اليدوي للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد

جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسه " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسه

(ي) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسي: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع " پنج رمضان " و مُفترق " وفائي " / بنايه "القائمية"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسيه (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيّه، تبرعيّه، غير حكوميّه، و غير ربحيه، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا تُوفى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينيه و العلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكلّ توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

